جامعة ابن خلدون
تيارت

كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الموضوع:

فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية

مقدم ضمن متطلبات التخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق

تخصص : علاقات مهنية

من إعداد الطالبتين :
بلعيد جهيدة
بلعسل فاطمة الزهرة

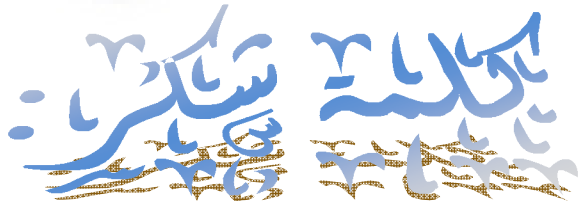
و إشراف :
الدكتور : بوغرارة الصالح

أعضاء لجنة المناقشة

- د.ولد عمر الطيب رئيسا
- د. بوغرارة الصالح مشرفا ومقررا
- د. شاشوا نور الدين مناقشا

السنة الجامعية: 2014-2015

بسم الله الرحمن الرحيم



الشكر لله وحده نحمده ونشكره كما ينبغي لجلال وجهه وعظمة سلطانه.

الحمد الله الذي هدانا إلى السبيل ووفقنا

في إنجاز هذا العمل، وما توصلنا إليه بفضل الله سبحانه وتعالى.

نتقدم بالشكر الجزيل والاعتراف بالجميل إلى الدكتور المشرف على هذا العمل المتواضع **بوغرارة صالح** الذي مد لنا يد العون بكل سخاء ولم يبخل علينا بما كان في وسعه تقديمه.

أسأل الله القدير أن يجازيه عنا وعن طلبة العلم خير جزاء

إهداء

أهدي ثمرة جهدي

إلى الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما .

وإلى كل إخوتي وأخواتي.

إلى كل أصدقائي وزملائي وأحبائي.

إلى كل من ساعدني في إنجاز هذه المذكرة ولو بكلمة طيبة.

إهداء

بسم اله الذي خلقني وسواني وأحسن خلقي وأنار عقلي ووجداني.

إلى من أنارت دربي بشموع دفئها وحنانها ورعايتها إلى من غمرتني بعطفها وحنانها ووهبتني كل أيامها ورعتني بأمانيها، إلى من كانت دوما رمزا للأمان

وأروع الناس وأجمل الإحساس

إلى أمي الغالية.

إلى أغلى إنسان في الوجود الذي أحبه بلا حدود أبي العزيز.

وإلى الذي أنار دربي وزرع الفرح في قلبي ورزقني في مشاوري وكل أيام دراستي خال العزيز

إلى نبع الحنان وفرحة الأيام وقرة عيني وأحبابي وإلى كل أفراد العائلة بدون استثناء.

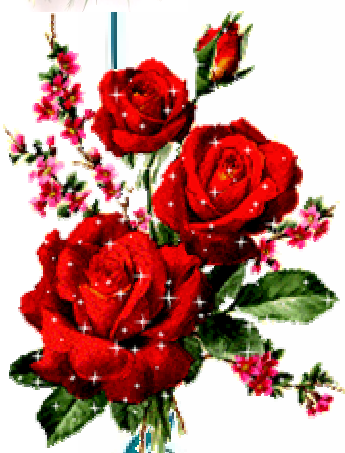
وإلى جميع صديقاتي التي أعرفهم.

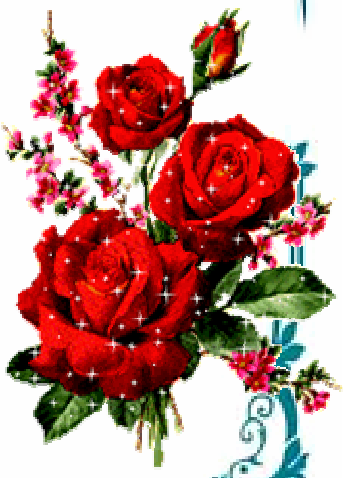
وإلى صديقتي العزيزة وأختي عائشة التي أحبها كثيرا.

وإلى كل من ساندني من قريب أو من بعيد بالكثير أو بالقليل.

إلى كل هؤلاء أهدي عملي هذا.

فاطمة الزهراء





خطة البحث:

مقدمة

الفصل الأول: فوات الفرصة أساس لقيام المسؤولية الطبية

المبحث الأول: المسؤولية الطبية ومشروعية العمل الطبي

المطلب الأول: مفهوم المسؤولية الطبية

الفرع الأول: تعريف المسؤولية الطبية

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية

المطلب الثاني: مفهوم العمل الطبي

الفرع الأول: تعريف العمل الطبي

الفرع الثاني:شروط مشروعية العمل الطبي

المبحث الثاني: فوات الفرصة وارتباطها بالعلاقة السببية

المطلب الأول : فوات الفرصة وتطبيقها في المجال الطبي

الفرع الأول : إثبات وجود الفرصة

الفرع الثاني: فوات الفرصة في مجال الأخطاء الطبية الفنية

الفرع الثالث:فوات الفرصة والتقصير في الإعلام

المطلب الثاني:تبرير وجود السببية

الفرع الأول: النظريات إثبات السببية

الفرع الثاني: الاستعانة بفوات الفرصة في المسؤولية غير الخطئية

الفصل الثاني : التعويض عن ضرر فوات الفرصة

المبحث الأول: الأحكام الخاصة بالضرر الموجب للتعويض

المطلب الأول: ماهية الضرر الطبي

الفرع الأول : صور الضرر الطبي

الفرع الثاني: شروط الضرر الطبي

الفرع الثالث: رقابة المحكمة العليا على شروط الضرر

المطلب الثاني: الضرر في فوات الفرصة

الفرع الأول: ازدواجية الضرر في فوات الفرصة

الفرع الثاني: تبعية الضرر الأولي للضرر النهائي

المبحث الثاني: طرق تقدير التعويض

المطلب الأول: أنواع ومصادر تقدير التعويض

الفرع الأول: مصادر تقدير التعويض

الفرع الثاني:أنواع التعويض

المطلب الثاني: طريقة التقدير المضاعف لفوات الفرصة

الفرع الأول: العناصر المتدخلة في تقدير التعويض عن فوات الفرصة

الفرع الثاني: موقف الفقه الفرنسي من التعويض عن فوات الفرصة

الفرع الثالث: رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض

خاتمة

قائمة المراجع

قائمة المختصرات

ق.م	القانون المدني
م.أ. ط	مدونة أخلاقيات الطب
أ. ط. ف	أكاديمية الطب الفرنسية
م. ن. ف	محكمة النقض الفرنسية
ق. م. ف	قانون المدني الفرنسي
ق. ن. أ. أ	قانون نقابة الأطباء الأردني
د. ط. أ	الدستور الطبي الأردني
ق. ص. ع. أ	قانون الصحة العامة الأردني
ق. أ. أ. م	قانون الإجراءات المدنية

مقدمة

مقدمة:

لقد خلق الله سبحانه وتعالى الإنسان وكرمه بان جعله على رأس مخلوقاته في الاعتبار والتفضيل حيث قال الحق في ذلك. ﴿ **وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آَدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا**﴾ سورة الإسراء. وقد أمر رسول الله صلى الله عليه و سلم بالمحافظة على الحياة الإنسانية والاهتمام بالصحة من المخاطر والأمراض، فأمر عليه الصلاة و السلام بالتداوي من خطر الأمراض و اللجوء إلى الطبيب قال عليه الصلاة والسلام :" إن الله عز وجل لم ينزل داء إلا وانزل عليه دواء ولا تتداووا بحرام" رواه أبو الترمذي وابن ماجة وأخرجه النسائي مسندا.

إن مهنة الطب من أهم المهن الإنسانية لذا يتوجب على الطبيب ان يحافظ على أرواح الناس وسلامتهم عندما يقوم بواجباته. لأنها تعرض عليه واجبا أخلاقيا و قانونيا ببذل أقصى الجهود أثناء معالجة مرضاه و يشير ذلك إلى أهمية المسؤولية الطبية والتحلي بالضوابط الأخلاقية لدى الطبيب المعالج لحماية المرضى، حيث وضع المشرعون تقنين لمهنة الطب ففي الحضارة الفرعونية كانت عقوبة الطبيب إذا اخطأ قد تصل إلى حد الإعدام. أما الإغريق فكان عندهم لا يسال جزائيا إذا توفي المريض رغما عنه ولكنه كان يسال جزائيا إذا كانت الوفاة بسبب تقصير الطبيب أو جهله حيث ترتب عليه مسؤولية طبية و موضوع المسؤولية الطبية لم يرد نص خاص في التشريع الجزائري يوضح التكيف القانوني كمسؤولية الاطباء إذا أحجم المقنن عن معالجة هذا المسالة لعدم سهولتها، فان القضاء في الجزائر على وجه خصوص لم يعرف قضايا المسؤولية الطبية إلا في سنوات قليلة و ذلك راجع إلى عدة أسباب تتداخل فيما بينها لتجعل المريض المضرور يعكف على مقاضاة الأطباء.

ومن بين هذه العوامل نجد عامل الإحساس بالضعف لدى المريض في مواجهة الطبيب وتؤدي الأضرار اللاحقة بالمريض إلى وفاته أو إصابته بعجز جسماني ، و يمكن أن تمتد هذه الأضرار

إلى المساس بشعوره وعواطفه، فقد يفوت خطا الطبيب أو نشاط المرفق الطبي على المريض فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة.

ولقد ساهمت كل هذه الأسباب في تطور قواعد المسؤولية الطبية بكافة أنواعها وأركانها المتمثلة في الخطأ أونشاط المسؤول والضرر وعلاقة السببية بين خطا الطبيب والضرر اللاحق بالمضرور وقيام نظرية فوات الفرصة.

فالمقصود بالفرصة إمكانية التحقق واحتماله وتوضح مدى اقتراب الاحتمال إلى التحقق واليقين، فان الفرص توضح مدى هذا الاحتمال، لذا يقال أن نظرية الفرص تعني الشيء نفسه، فاحتمال واقعة ما يعني تحديد نسبة وفرص لإمكانية وقوعها حيث تعتبر نظرية فوات الفرصة إحدى صور الضرر في المجال الطبي حيث نقل القضاء الإداري الفرنسي نظرية فوات الفرصة من مجال المسؤولية المدنية إلى مجال المسؤولية الطبية وذلك بموجب القرار الصادر عن مجلس الدولة 24 افريل 1964 والذي اعتبر أن إهمال الطاقم الطبي المتمثل في عدم العلاج المناسب للمريض قد فوت عليه فرصة تجنب بتر العضو.

اوجد القضاء الفرنسي في سبيل مواجهة الشك وعدم اليقين الذي يطغى على رابطة السببية بين خطأ الطبيب والضرر النهائي عن طريق استعمال نظرية فوات الفرصة فتم تغيير محل السببية، فبعدما كانت ترتبط بين الخطأ الطبي و الضرر النهائي أصبحت ترتبط بين خطا الطبيب وفوات فرصة الشفاء أوالبقاء على قيد الحياة.

وسار القضاء العادي الفرنسي على نفس النهج و ذلك بمناسبة خطا الطبيب في تشخيص المريض و تحميل الطبيب مسؤولية تعويض فرصة الشفاء التي أضاعها على المريض.

ومن خلال اللجوء إلى القضاء، لإنصاف المضرور حيث يتم التعويض بكافة صوره فلا يكفي ثبوت الخطأ و الضرر وعلاقة السببية لقبول طلب التعويض، بل يتعين أن تكون رابطة أكيدة.

ولهذا اعتمد على مبدأ إثبات علاقة السببية بين الخطأ و الضرر فقط لمحاسبة الطبيب، حيث أن علاقة السببية متوفرة إذا كان من شان الطبيب أن يفوت الفرصة في الشفاء.

ولهذا كان سبب اختيارنا الموضوع هو تزايد عدد ضحايا الأخطاء الطبية المرتكبة من قبل الاطباء، ولعدم الحيطة الحذر وعدم اليقظة لمزاولة مهنة الطب، مما يؤدي إلى الإضرار بالمريض وفوات فرصة شفائه أو بقائه على قيد الحياة.

ويرجع هدف دراسة هذا الموضوع إلى ضرورة توقيع المسؤولية على الاطباء، لاستحقاق الملائم و المناسب جراء فوات الفرص على المريض.

ونظرا للأهمية البالغة لهذا الموضوع فقد واجهتنا عدة صعوبات في انجاز هذا العمل و من بينها كثرة المادة العلمية و صعوبة صياغتها، و الإلمام بكل جوانب الموضوع المدروس.

ولقد اعتمدنا في دراستنا لهذا الموضوع على المنهج الاستدلالي و الوصفي لأنه المنهج المناسب لمثل هذه الدراسة.

إن حصول ضحايا الأخطاء على التعويض بسبب ضرر فوات الفرصة من الأمور العسير وذلك راجع إلى تعنت الأطباء وصعوبة إثبات الأخطاء الطبية من طرف المرضى وهذا ما يقودنا إلى طرح الإشكالية التالية:

- ما هي أركان قيام المسؤولية الطبية؟ و ما مدى ارتباط فوات الفرصة بالعلاقة السببية؟ و ما هي أنواع و مصادر تقدير التعويض عن ضرر فوات الفرصة؟

و للإجابة عن هذه التساؤلات:

قسمنا عملنا إلى فصلين:

الفصل الأول: فوات الفرصة أساس لقيام المسؤولية الطبية.

الفصل الثاني: التعويض عن ضرر فوات الفرصة.

الفصل الأول

فوات الفرصة أساس لقيام المسؤولية الطبية

الفصل الأول: فوات الفرصة أساس لقيام المسؤولية الطبية

تعتبر نظرية فوات الفرصة إحدى صور إدراج الصدفة في المجال القانوني عن طريقة الاحتمالات ولقد أخذت من طرف القضاء العادي الفرنسي والذي استعان بها لأول مرة سنة 1889 لتقرير المسؤولية العقدية للوكيل القضائي بسبب حرمان موكله من ممارسة حق الطعن كما لا يوجد ما يمنع القاضي الإداري من الأخذ بهذه النظرية كأساس لتقرير مسؤولية الإدارة فقد لجا إليها لأول مرة في مجال الوظيفة العمومية سنة 1928 هكذا استعملت نظرية فوات الفرصة في كل المجالات ومن بينها مجال الطب كما سمحت للقضاء بتوسيع دائرة الأضرار التي يمكن للمضرور طلب التعويض عنها. نقل القضاء الإداري الفرنسي نظرية فوات الفرصة في مجال المسؤولية المدنية عامة إلى مجال المسؤولية الطبية، بموجب القرار الصادر عن مجلس الدولة والذي اعتبر أن إهمال الطاقم الطبي المتمثل في عدم تقديم العلاج.

حيث أن قواعد المسئولية الطبية تطورت تطورا ملحوظا فلم يكن من المتصور في البداية مساءلة الأطباء عن أخطائهم ولكن مع استقرار مبادئ المسؤولية المدنية أصبح من الممكن مساءلتهم عن الأخطاء العمدية ثم تطورت المسؤولية بعد ذلك فأصبح الأطباء مسؤولين عن مجرد الإهمال والخطأ الجسيم.

المبحث الأول: المسؤولية الطبية ومشروعية العمل الطبي

إن مبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان يعتبر احد المبادئ الأساسية التي يحرص عليها المشرع في دول العالم المختلفة لكل فرد الحق في الدفاع عن نفسه وعن تكامل جسمه من أي اعتداء قد يتعرض له، وبالتالي فهو الذي يقرر تقديم جسمه للعلاج أو تدخل من جانب الطبيب فهذه الأمور لا يمكن حدوثها دون موافقته.

ومن غير المتصور في ظل حالة النظم القانونية المختلفة والتي تقوم على أساس الاحترام الكامل لشخصية الإنسان أن نعتبر الطبيب هو القاضي الوحيد الذي يقرر مدى ملائمة التدخل الطبي من عدمه بالنسبة للمريض بل يلزم أن يكون للمريض أيضا دور في هذا المجال إلا إذا كانت حالة المريض حرجة و محتاجة إلى التدخل السريع.

وعلى الطبيب أن يبذل الجهود الصادقة التي تتفق مع الظروف التي يعالج فيها المريض ومع الأحوال العلمية المستقرة في عالم الطب بهدف علاج المريض وشفائه أو تحسين حالته الصحية،إذا اخل الطبيب بهذا الالتزام يكون قد ارتكب خطأ طبيا يؤدي إلى قيام مسؤوليته الطبية .

المطلب الأول: مفهوم المسؤولية الطبية

في البداية وقبل التعريف بالمسؤولية الطبية لا بد لنا من تعريف الطب وتحديد معناه القانوني فالطب في اللغة يطلق على عدة معان منها:

-الحذق بالأشياء والمهارة فيها [1]، فيقال لمن له خبرة بالأشياء ودراية فيها طبيب.-منها السحر فيقال: رجل مطبوب أي مسحور ، والطبيب هو الساحر .

والطب باللغة أيضا يعني المداولة، يقال: طبب فلان فلانا، أي داواه، وجاء يستطبب لوجعه أي يستوصف الأدوية أيها يصلح لدائه، ومنها علاج الجسم والنفس

[1] -جمال الدين بن منظور الأنصاري، لسان العرب، ج1، دار اللسان العربي، بيروت ، لبنان، الدار المصرية للتأليف والترجمة ، القاهرة ، بلا سنة نشر، ص:554.

والطب هو علاج الجسم والنفس من قبل عالم بالطب حاذق بالامور عارف بها، وبه سمى الطبيب الذي يعالج المرضى والعارف و الحادق والعالم بشؤون الطب.

وعرفه العز بن عبد السلام بقوله :" الطب كالشرع، وضع لجلب مصالح السلام والعافية، ولدرء مفاسد المعاطب والإسقام، ولدرء ما أمكن درؤه من ذلك، ولجني ما أمكن جلبه من ذلك، فان تعذر درء الجميع او جلب الجميع، فان تساوت الرتب تميز، وان تفاوت استعمل الترجيح عند عرفانه والتوقف عند الجهل به[1].

وعرف الطب حديثا بأنه علم وفن ومهارة موضوعه علاج المرضى، ويتم من خلال تقديم الخدمات الصحية للمجتمع ، فهو علم لأنه يعتمد على كثير من العلوم الأساسية كعلم التشريح ووظائف الأعضاء وهو فن مهارة لأنه يتطلب دقة في العمل وسرعة في البديهة والأداء مع الإخلاص[2].

الفرع الأول: تعريف المسؤولية الطبية وبيان أركانها

المسؤولية كلمة حديثة الاستعمال، ليس لها وجود في استعمالات الفقهاء الأقدمين ، وإنما هي مصطلح معاصر استعمله رجال القانون [3] ، معناها كون الإنسان محلا للمؤاخذة مسؤولا عن أعمال أو هي اسم مفعول بمعنى المصدر منسوب إليه مأخوذ من سأل يسأل سؤالا واسم الفاعل من سائل وهم سائلون واسم المفعول مسؤول وهم مسؤولون[4].

[1] - العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصطلح الأنام، ج1، درا الشرق للنشر، القاهرة، مصر، 1967، ص:4.

[2] - الموسوعة العربية الميسرة، صادرة عن الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، المجلد الثالث، ط2، دار الجيل، القاهرة، مصر، 2001، ص:1557.

[3] - د.سليمان مرقس، الوافي في شرح ق.م،ج1،ط5، مصر الجديدة ، مصر، 1992، ص:01

[4] - د.عثمان بطيخ، المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي والقانون ، رسالة دكتوراه، الجامعة الزيتونية ، 1986، ص:100

ولذلك تكون كلمة المسؤولية لفظا عاما، يتصرف إلى كل ما يمكن أن يسال عنه في مجال الطب وغيره من العلوم المختلفة وقد عرفها البعض لغة أنها رد حالة أو حق من يسال عن أمر تقع عليه تبعته يقال انه برئ من مسؤولية كذا[1].

أما تعريف المسؤولية اصطلاحا: كلمة المسؤولية كلمة حديثة لم يستعملها الفقهاء الأقدمون وإنما جاءت في استعمالات بعض الفقهاء المعاصرون ورجال القانون وقد ورد على لسان فقهاء الشريعة التعبير بلفظ الضمان للدلالة على مسؤولية الشخص تجاه غيره، وما يلزم به في ذمته من مال أو عمل وفي الاصطلاح القانوني عرف فقهاء القانون المسؤولية بتعريفات كثيرة منها:

- تحمل المرء نتائج أعماله والتعويض عن الضرر الذي سببه للغير
- تعويض الضرر الناشئ عن عمل غير مشروع.
- المسؤولية التزام شخص بضمان الضرر الواقع للغير نتيجة عمل قام به[2]

ونعرف المسؤولية بوجه عام، أنها حالة الشخص الذي ارتكب امرأ يستوجب المؤاخذة ، فان كان هذا الفعل مخالفا لقاعدة أخلاقية وصفت مسؤولية مرتكب الفعل أنها مسؤولية أدبية لا تتعدى استهجان المجتمع لذلك المسلك المخالف أما إذا كان هذا الفعل مخالفا لقاعدة قانونية فهي حالة الشخص الذي سبب ضرراً للغير ما يستوجب مؤاخذة القانون له على ذلك.[3]

أولا: تعريف المسؤولية الطبية

وإذا أضفنا كلمة المسؤولية إلى الطب قصرنا مدلول هذا اللفظ على معنى خاص وهو المسؤولية المتعلقة بهذه المهنة دون النظر إلى ما سواها من المعاني الأخرى وبذلك تخرج المسؤوليات الأخرى غير المتعلقة بالطب مثل: مسؤولية المهندسين والمحامي والمعلم وغيرهم.

---

[1] - جمال الدين ، لسان العرب ، المرجع السابق ، ص:319.

[2] - د د.جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص:450..

[3] - د.سليمان مرقس، الوافي ، المرجع نفسه، ص:06.

والمسؤولية الطبية قد تكون جنائية وهي: اثر جناية الطبيب من قصاص أو تعزيز أو ضمان [1] والمسؤولية الجنائية يختص بها القانون الجنائي ويكون مرتكب الفعل مسئولا قبل الدولة باعتبارها ممثلة للمجتمع.

ويرى البعض أن المسؤولية الطبية تجاه المريض هي: مسؤولية المهارة في المعرفة الطبية المتيسرة وليس مسؤولية الشفاء [2]، أي أن الطبيب مسؤول عما يستعمله أو يقصر في استعماله من وسائل وهو مسؤول عن نتائج تقصيره سواء أكان ذلك بسبب عدم التروي أو الإهمال، أو الخفة أو الجهل بالأشياء التي يجب أن يعرفها كل طبيب، ثم أن اثر جناية الطب تختلف من حين لآخر فتارة تكون شديدة وقوية وتارة تكون ضعيفة فإذا كانت الجناية عمدية واكتملت فيها شروط الإتلاف المتعمد فلا شك أن أثرها هو القصاص ، أما إذا كانت الجناية غير عمدية ، وإنما من باب الخطأ ، أو لم يتعلق بها إتلاف في النفس او في الأطراف فان أثرها أقل واخفض من التي قبلها.

وصور الجناية التي يقع فيها الطبيب كثيرة، ولا تكاد تحصر ولكنها تندرج تحت مجموعة من الواجبات لا تكاد تخرج عنها وهي: العمد، الخطأ، مخالفة أصول المهنة، الجهل بأصول المهنة، تخلف رضا المريض، رفض لعلاج، المعالجات المحرمة، إفشاء سر المهنة.

أما المسؤولية المدنية فقد عرفها بعض الفقهاء بأنها التزام المدين بتعويض الضرر الذي ترتب على إخلاله بالتزام يقع عليه[3].

[1] - د. قيس بن محمد ال الشيخ مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الريال للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط2، 1997، ص:30.

[2] - د. ابراهيم احمد محمد الرواشدة، المسؤولية المدنبية لطبيب التخدير ، دكتوراه الفلسفة في القانون الخاص ، جامعة عمان العربية، دار الكتب القانونية ، دار شتات والبرمجيات، مصر، 2010،ص:26.للنشر

[3] - د.عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دراسة في ق.البناني والقانون المدني المصري، دار النهضة العربية، مصر، 1971، ص:512.

وعرفها البعض الآخر بأنها التزام شخص بتعويض الضرر الذي أصاب شخصا آخر [1]، وعليه فان مسؤولية الطبيب المدنية هي التزام ذلك الطبيب بتعويض الضرر الذي لحق بالمريض خلال خضوع ذلك المريض للعلاج من قبل ذلك الطبيب.

ثانيا: أركان المسؤولية الطبية

مسؤولية الطبيب تقوم في حالة إخلاله بالتزامه القانوني الذي يفرض عليه الامتناع عن إضرار بالغير عمدا أو خطا، ومسؤولية الطبيب تقوم على ثلاثة أركان أساسية : الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

أ. الخطأ الطبي:

الخطأ بصفة عامة هو إخلال الشخص عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر الذي يفرضها القانون وعدم حيلولته تبعا لذلك دون أن يفضي إلى حدوث الضرر، في حين كان في استطاعته ومن واجبه [2].

أما بالنسبة للخطأ الطبي فهو ذلك الانحراف في سلوك الطبيب المحترف الحريص والمثابر والمؤهل، لو قورن به سلوك طبيب آخر وضع في نفس الظروف التي كان فيها الطبيب مرتكب الضرر، فأي اختلاف بين مسلك الشخصين يظهر وجود الخطأ.

وأيضا يعرف بأنه عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي فرضتها عليه مهنته[3].

وقد ذهب جانب من الفقه إلى تقسيم الخطأ في المجال الطبي إلى خطا مادي أو عادي وخطا فني او مهني.

[1] - سليمان مرقس، مرجع سابق ، ص:06.

[2] - د. شريف الطباح، المرجع السابق، ص:110.

[3] - أ.وائل تيسير محمد عفاف، مسؤولية الطبيب المدنية، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الفلسطينية، 2008،ص:61.

ويعرف الخطأ المهني أو الفني بشكل عام: الخطأ الذي يرتكبه أصحاب المهن أثناء مهنتهم ويخرجون بها عن السلوك المهني المألوف طبقا للأصول الثابتة، وهذا الخطأ ينجم عن الإخلال بأصول المهنة وقواعدها المتعارف عليها، والخطأ المهني بالنسبة للطبيب هو الذي يحدث منه كلما خالف القواعد التي تفرضها عليه مهنة الطب [1].

ب.ركن الضرر الطبي:

إن إصابة المريض بضرر أثناء عملية العلاج أو من جرائها هي نقطة البداية للحديث عن المسؤولية الطبية، فوقوع الضرر يعد عنصرا لازما لإثارة تلك المسؤولية[2].

والضرر في المسؤولية الطبية شانه شان الضرر في النظرية العامة للمسؤولية ، فلا يكفي لانعقاد المسؤولية مجرد قيام خطأ من جانب الطبيب، بل يشترط أن يكون الخطأ أدى إلى وقوع ضرر معين أصاب المريض، ذلك لان الهدف من المسؤولية هو إصلاح هذا الضرر.

والضرر الذي يصيب المريض أما مادي متمثل في المساس بمصلحة مالية، وقد يكون أدبيا يصيب المضرور في قيمة غير مالية كشعوره او عاطفة او كرامة او غير ذلك من القيم.

فيمكن رغم حدوث الضرر ألا تثور المسؤولية الطبية إذا لم يثبت أي تقصير أو إهمال من جانب الطبيب أو إدارة المستشفى إلا في بعض الحالات الاستثنائية والتي يكون وقوع الضرر قرينة بسيطة على وجود الخطأ [3]

ج. ركن رابطة السببية:

لا يكفي مجرد وقوع الضرر للمريض وثبوت خطا الطبيب لقيام المسؤولية بل يلزم وجود علاقة مباشرة بين الخطأ والضرر ومتى اثبت المضرور الخطأ والضرر، وكان من شأن ذلك الخطأ أن يحدث

[1] - أ.وائل تيسير محمد عفاف، نفس المرجع،ص:203

[2] - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق ص:161.

[3] - عبد القادر بن تيشة،..ص:55،54.

الضرر فان القرينة على توافر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور وللمسؤول نفي هذه القرينة بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يدله فيه، وخطا المريض ينفي رابطة السببية إذا كان المريض هو وحده السبب في إحداث الضرر أما إذا كان قد ساهم مع خطا الطبيب في وقوع الضرر فان ذلك يؤدي إلى انتفاض وتخفيف المحكوم به على الطبيب بقدر نسبة خطا المريض واشتراكه في إحداث أو تفاقم الضرر.

انعدام السببية لقيام السبب الأجنبي:

تنتفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر إذا كان هناك سبب أجنبي ترتب عليه حدوث الضرر وهذا السبب قد يكون حادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطا المريض أو الغير.

ويشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه أو التحرز منه ويترتب عليه انتفاء رابطة السببية بين الخطأ والضرر فلا يكون هناك محل للتعويض وتقديم ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقرير موضوعي تملكه محكمة الموضوع.

وخطا المريض ينفي رابطة السببية إذا كان هو وحده السبب في إحداث الضرر أما إن كان قدساهم مع خطا الطبيب في وقوع الضرر فإن ذلك يؤدي إلى انتقاص وخفيف التعويض المحكوم به على الطبيب بقدر نسبة خطا المريض.[1]

وخطا المريض وان كان يمكن أن ينفي رابطة السببية بين الخطأ الطبي والضرر الواقع إلا انه يمكن أن ينفي كذلك الرابطة بين الخطأ ونوعا آخر من الضرر – يعوض عنه القضاء- ألا وهو فوات الفرصة في الحياة أو في الشفاء أو في تحسن الحالة أو تفادي تفاقمها.

وقد تنتفي رابطة السببية كذلك نتيجة خطأ الغير والفرض هنا هو ان الضرر قد وقع بفعل الغير وحده أي السبب الوحيد لإحداث الضرر.

[1]- محمد حسين منصور، المرجع نفسه،ص:171،172.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية

أولا: استقرار القضاء الفرنسي على الطبيعة التقصيرية حتى سنة 1936.

ففي بداية القرن التاسع عشر ظهرا تيار قوي في فرنسا يدافع عن عدم مسؤولية الأطباء عن نشاطاتهم الطبية، وقد أسس هذا التيار دفاعه عن الأطباء على مقولة أن الأطباء ينبغي أن يكونوا بمنأى عن القانون وذلك حماية التطور العلمي فخضوع الأطباء لسيف المسؤولية المسلط على رقابهم يجعلهم بمرور الزمن عاجزين عن المبادرة وعن تطوير أساليب العلاج والبحث العلمي، وهذا ليس في مصلحة المرضى أنفسهم، وكان من المتحمسين للدفاع عن هذه الفكرة أ ط ف ، حيث أعلنت هذه الأكاديمية في تقرير لها بخصوص المسؤولية الطبية أن الاطباء يتلقون عن مريضهم تفويضا غير محدود، وان الفن الطبي لا يمكن ان يكون ناجحا ومثمرا للمرضى إلا بناء على هذا الأساس وان الطبيب كالقاضي لايسال عن الأخطاء التي يقترفها وهو حسن النية في مزاولة نشاطه العلمي ، وان مسؤولية الطبيب لا تنهض إلا في اقترافه الغش والتدليس وخيانة الأمانة وهي واجبات مهنته.

وكذلك اعتمد أنصار هذا التيار في عدم مسؤولية الاطباء عن ممارسة نشاطهم الطبي أي انه لا يوجد نص قانوني يقرر المسؤولية الطبية ، لأن القانون الفرنسي لم ينظر يوم وضعه نظرة إلى الاطباء.

لذلك يخضع الطبيب في نطاق المسؤولية الجنائية للنصوص الخاصة بجرائم القتل والجرح بطريق الخطا، وفي نطاق المسؤولية المدنية يخضع الطبيب للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، ولاحكام المسؤولية العقدية حيث يكون المساس بجسم المريض نتيجة إخلاله أو تأخيره لالتزام مصدره عقد طبي بينه وبين مريضه[1].

وقد بدأت م.ن.ف. منذ بداية عام 1935 تتعرض لمسؤولية الأطباء وتقرر إرساء مبدأ هذه المسؤولية وقد أخذت محكمة النقض بتقرير المحامي العام لديها وذلك بتأسيس هذه المسؤولية

[1] - اسعد عبيد الجميلي، الخطا في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط2، عمان ، 2011،ص:79.

وإسنادها للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية [1]، حيث ان كل شخص يسال عن الضرر الذي تسبب في حدوثه وفقا للمادتين 1382-1383 من ق .م. ف إذ يقيم هذان النصان مبدأ عاما، لا ينطوي على الأفعال والوقائع العارضة للحياة العادية فحسب بل يشمل الأفعال والوقائع المرتبطة بمباشرة المهن والحرف المختلفة فيكون الشخص مسؤولا تجاه الغير عن جهله بمهنته، وبما ينبغي عليه أن يعمله باعتباره التزاما يحتم عليه العلم بمزاولة مهنته أو حرفته، ويعني العلم هنا أن يكون مراعيا في عمله القواعد العلمية الحديثة الثابتة المستقرة في اختصاصه فيجب على الطبيب أو الجراح – حتى يبعد المسؤولية عنه- أن يبذل في عمله الحرص والعناية والاحتياط واليقظة، مراعيا في ذلك كل قواعد المهنة المتعارف عليها في الميدان الطبي، فإذا لم يراع ذلك نهضت مسؤوليته، ويكون بذلك قد ارتكب خطا.

وقد قضت م.ن.ف، استنادا إلى المفهوم الذي عرضه المحامي العام، بان مسؤولية الطبيب عن فقد احد مرضاه لذراعه نتيجة لإهمال الطبيب في العناية والرعاية لمريضه وتركه بدون زيادة خطا يقع تحت طائلة المادتين 1382-1383 من ق م.ف وهو خطا يخضع في تقديره لقاضي الموضوع وقد اعتبر هذا الحكم فتحا جديدا في عالم المسؤولية الطبية نظرا لما كان سائدا في ظل القانون الفرنسي من عدم مسؤولية الاطباء عن أخطائهم المهنية المترتبة عن مزاولة مهنتهم.[2].

وقد تتابعت قرارات م.ن.ف مؤكدة على الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الاطباء وان هذه المسؤولية قوامها الإخلال بواجب قانوني عام هو عدم وجوب الأضرار بالغير حيث قضت بان المادتين 1382-1383، تنطبقان على أي خطا لأي شخص سبب ضرار أيا كان مركزه أو مهنته وانه لا يوجد أي استثناء لمصلحة الاطباء[3].

[1] - سليمان مرقس، الوافي، المرجع نفسه، ص:06.

[2] - اسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص:80.

[3] - محمد علي عمران ، الالتزام بضمان السلامة والتطبيقاته في بعض العقود ، القاهرة ،1982، ص:90،91.

فإذا أصيب المريض بضرر ما أثناء العلاج أو بسبب خطا في التشخيص، فعليه أن يثبت خطا الطبيب وعلاقته السببية بين هذا الخطأ وبين ما أصابه من ضرر، وقد استخدمت م.ن.ف تعبيرات الإهمال وعدم الالتزام بأصول التصرف الحسن وعدم الاحتياط، في إسنادها المسؤولية إلى الطبيب المعالج.

ومنذ صدور هذه الأحكام المهمة استمر القضاء حتى سنة 1935 يؤسس مسؤولية الطبيب على هذا الأساس ويستخدم في تبريرها ذات التعبيرات الخاصة بالخطأ والإهمال .[1] .

ثانيا: الطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية:

استقر قضاء م ن ف في حكم شهير لها في يوم 1936/05/20، على انه من المقرر نشوء عقد بين الطبيب والمريض يلتزم بمقتضاه الأول بشفاء الثاني بل بتقديم العناية اليقظة التي تقتضيها الظروف الخاصة للمريض، التي تتفق مع أصول المهنة ومقتضيات التطور العلمي ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام التعاقدي – ولو عن غير قصد-، ميلاد مسؤولية من نفس النوع أي المسؤولية التعاقدية[2].

وقد استقر هذا القضاء عن طريق تكراره من نفس المحكمة وإتباع جهات ودرجات القضاء الأخرى له، وتبني الكثير من رجال الفقه لنفس الاتجاه

وتظل مسؤولية الطبيب تعاقدية حتى ولو كان العلاج والرعاية الطبية قد تمت بدون مقابل من جانب المريض، أي على سبيل الود أو الصدقة [3].

نتائج الطبيعة التعاقدية للمسؤولية الطبية:

إن التزام الطبيب يتمثل في الالتزام ببذل العناية الواجبة في علاج المريض فعلى هذا الأخير أن يثبت تخلف هذا الالتزام.

---

[1] Kornproobst: la responsabilité médicale, paris, 1957, page, 108.109.

[2] Cass: 20 mai 1936 d . 1936.1.88 note . EP

[3] Besancon 20mars 1933 d 292.

ويترتب على اعتبار تلك المسؤولية تعاقدية أن الدعوى تخضع للتقادم طويل الأجل "30سنة في القانون الفرنسي" حتى لو شكل خطا الطبيب مخالفة ذات طبيعة جنائية لان الدعوى تنشا عن عقد [1]. وعلى هذا فهي لا تتقادم بمرور ثلاث سنوات كالدعوى الناشئة عن الفعل غير المشروع.

المطلب الثاني: مفهوم العمل الطبي

سوف نتناول في هذا المطلب تحديد المقصود بالعمل الطبي وتحديد شروط مشروعية العمل الطبي

الفرع الأول: تعريف العمل الطبي

لقد ظل الإنسان ومنذ أقدم العصور معرضاً للمخاطر وذلك بسبب طبيعة حياة الإنسان في ذلك الوقت، حيث كانت حياة بدائية تعتمد على الصيد والعيش في البراري، الأمر جعل مهنة الطب من أقدم المهن التي عرفتها الحضارة الإنسانية وان كانت هذه المهنة بدائية في بادئ الأمر وتتناسب مع التقدم العلمي والحضاري للإنسان في ذلك الوقت، وقد أفاضت كتب تاريخ العلوم عند العرب في الحديث عن الطب، وبالإمكان الرجوع إلى أمهات كتب تاريخ الحضارة العالمية التي لا تدخر وسعا في الإفاضة بالكلام عن تطور الطب العربي واعلامه وأنظمته ووسائل العلاج فيه، وتكفي الإشارة إلى المؤلفات المتعلقة بالحضارة من أمثال ول ديورانت والذي أورد في مؤلفه "قصة الحضارة" انه كان في بغداد وحدها عام 931م، ثمانمائة وستون طبيبا مرخصا [2] وفي فرنسا تطور امر الاشتغال بالمهن الطبية من الإطلاق إلى التقيد والتنظيم وانتهى بانضمام المشتغلين في هذه المهنة في نقابات خاصة، لها لوائحها وقوانينها التي تبين واجبات المنتسبين إليها[3].

وكان من الطبيعي أن العلوم الطبيعية ومنها الطب قد سبقت العلوم الإنسانية وحيث أن الإنسان كان دائما موضع اهتمام وحماية القانون على مر العصور فان العلوم الطبية جعل من موضوع

---

[1] Req .10sept.1940. g.p.10 dec.1940.

[2] - ول ديورانت، قصة الحضارة، ج2، مؤسسة الرسالة للنشر، ط1، بيروت، لبنان ، 2002، ص:263.

[3] - د.سليمان مرقس، المرجع السابق، ص:379.

حماية الإنسان عادة متجددة لبحث قانوني في ضوء أن حق الإنسان في سلامة جسده من الحقوق الأساسية له .

ولقد كانت الأعمال الطبية في القديم مقتصرة على علاج المرضى وتجبير الكسور ووصف الأدوية والتي كانت عبارة عن أعشاب وكذلك إجراء العمليات البسيطة.

أما الآن فقد توسع نطاق العمل الطبي وبات يشمل الإضافة الى العلاج التشخيص وإجراء العمليات الجراحية الخطيرة والتصوير الإشعاعي والتخدير وغيرها ، وكذلك القيام بالأعمال اللازمة للوقاية من الأمراض مثل التطعيم .

ولم تعرف القوانين الأردنية الخاصة بمزاولة مهنة الطب العمل الطبي وكذلك تحديد ما يشمله العمل الطبي إلا أن المادة الثانية من ق.ن.أ اشترطت لممارسة العمل الطبي أن يكون الممارس طبيبا، كما أن المادة العاشرة من د.ط.أ، بينت انه يحضر على الطبيب اللجوء إلى أساليب يمكنها ان تسف مهنة الطب، وخاصة منها ما يدخل في زمرة الغش والتدجيل والادعاء باكتشاف طريقة للتشخيص أو العلاج غير مثبتة علميا وهذا يعني أن العمل الطبي يشمل التشخيص والعلاج إلا أن المادة الثالثة من ق ص ع أ [1] حددت بعض الأعمال الطبية حيث نصت المادة:

"الوزارة مسؤولة عن جميع الشؤون الصحية في المملكة بما في ذلك :

1. تقديم الخدمات الطبية
2. مكافحة الأمراض السارية
3. نشر التوعية الصحية والثقافية الطبية"

أما في القوانين المصرية، فان القانون الخاص بمزاولة مهنة الطب [2] عرف العمل الطبي بأنه:" إبداء مشورة طبية أو عيادة مرضية أو إجراء عملية جراحية أو مباشرة ولادة أو وصف أدوية او علاج

[1] - قانون الصحة العامة الأردنية، رقم 54 سنة2002.

[2] - القانون الخاص بمزاولة مهنة الطب في مصر رقم 415 ، لسنة 1954.

مريض او اخذ عينة من العينات التي تحدد بقرار من وزير الصحة العمومية من جسم المرضى الآدميين للتشخيص الطبي أو المعملي بأية طريقة كانت أو وصف نظارات طبية..."

ولقد أورد بعض الفقه تعريف العمل الطبي ومثال على ذلك الدكتور "محمود نجيب حسني" حيث عرفه بانه:" النشاط الذي يتفق في كيفيته وظروف مباشرته مع القوانين المقررة في علم الطب واتجه في ذاته وفق المجرى العادي للأمور إلى شفاء المريض والأصل في العمل الطبي أن يكون علاجيا أي يستهدف التخلص من المرض أو تخفيف حدته أو تخفيف ألمه ، ويعد من قبيل الأعمال الطبية وما يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة أو مجرد الوقاية من الأمراض "[1].

ويرى الباحث أن العمل الطب هو : كل عمل يستهدف مصلحة المريض وعلاجه من الأمراض سواء أكان من خلال وصف الأدوية أم إجراء العمليات الجراحية وكذلك القيام بالأمور التي قد تكون علاجية مثل إجراء عمليات الولادة والوقاية من الأمراض والتوعية الصحية وغيرها[2].

الفرع الثاني: شروط مشروعية العمل الطبي

لقد شهد علم الطب في الفترة الأخيرة تقدما كبيرا الأمر الذي أدى إلى القضاء على بعض الأمراض التي كانت تفتك بالإنسان ومع تقدم دور الطب ازدادت معه إعداد الاطباء المعالجين وزادت معه أخطاء الاطباء وإعداد القضايا المنظورة أمام المحاكم نتيجة لقيام الطبيب بعمل ألحق ضررا بالمريض ، لذلك تدخل الفقه والقضاء معا لإحداث توازن بين مبدأين أساسيين فيما يتعلق بمدى مسؤولية الطبيب عن الأفعال التي أقدم عليها وهما:

1- الحرص على تحقيق اكبر قدر ممكن من الحماية للمريض في عدم المساس بسلامة جسده.

2- عدم التوسع في قيام مسؤولية الطبيب إلا ما يثبت وبشكل قاطع إهماله أو تقصيره في أدائه للمهام الموكلة اليه.

[1] - محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1977، ص:182.

[2] - د.إبراهيم احمد محمد الرواشدة، المرجع السابق ، ص:48،49.

وقد تصدى الكثير من الفقهاء لدراسة مدى مسؤولية الطبيب عن أعماله تجاه المضرورين مع الأخذ بعين الاعتبار عدم التعسف في مساءلة الطبيب حتى لا يكون ذلك سببا في عدم مبادرة الطبيب لعلاج مريضه خوفا من مساءلة قانونية عن أي خطا قد يصدر من خلال معالجته لمريضه[1] وقد وضعت القوانين المختلفة ضوابط وقيود على عمل الطبيب وذلك بهدف تنظيم عمل الطبيب وتحديد مهامه وصلاحيته، الأمر الذي انعكس إيجابا على حماية الأفراد وتوفير الرعاية الصحية لهم في نفس الوقت، فمثلا نص د ط أ على أن المسؤولية الطبية تقوم بين الطبيب والمريض على بذل العناية وعدم الإهمال وليس الشفاء وكل عمل طبي يجب ان يستهدف مصلحة المريض المطلقة وانه لا يجوز إنهاء حياة مريض مصاب بمرض مستعص غير قابل للشفاء ومهما رافق ذلك من آلام سواء أكان ذلك بتدخل مباشر أم غير مباشر ماعدا موت الدماغ فيكون ذلك حسب الشروط المعتمدة من النقابة [2]

أولا: الترخيص القانوني بمزاولة مهنة الطب

لا تسمح القوانين والتشريعات المنظمة للمهنة الطبية في كثير من الأحوال باستعمال بعض الحقوق التي تمس حياة الأشخاص وسلامة أجسادهم وصحتهم أو مصالحهم إلا من تتوفر فيه شروط خاصة وصفات معينة يتطلبها المشرع في كثير من دول العالم، ومن هذه الحقوق حق مزاولة مهنة الطب، اذ ان عمل الاطباء على اختلاف تخصصاتهم يمارس على جسم الإنسان، لذلك يطلب المشرع فيمن يزاول هذا الحق ان يكون على قدر من الكفاية العلمية والفنية التي يطمئن لها المشرع وذلك تحقيقا للمصلحة التي استهدفها المشرع من تقرير هذا الحق وانسجاما مع ذلك وضعت الدول على اختلاف أنظمتها القانونية الشروط الواجب توافرها لترخيص مزاولة مهنة الطب وهي تقريبا متماثلة الى حد كبير في مختلف بقاع الأرض

[1] - د نائل عبد الرحمن صالح، المسؤولية الجزائية للطبيب في القانون الأردني ، الجامعة الأردنية ، المجلد 26 ، العدد 1 ، 1999، مطبعة الجامعة الاردنية ، ص : 152.

[2] - المواد 2 ، 3 من الدستور الطبي الاردني .

وسوف نورد مثالا على ذلك الشروط التي تطلبها المشرع الأردني لطالبي مزاولة مهنة الطبي في الأردن، حيث نصت المادة 52 من ق ص ع أ على انه:" لا يجوز لأي شخص أن يتعاط أية مهنة صحية أو طبية ما لم يحصل على ترخيص بذلك من وزير الصحة للقوانين والأنظمة الموضوعة لهذه الغاية"[1]

ثانيا: رضاء المريض بالعلاج

الرضا هو التعبير عن الإرادة الصادرة من شخص عاقل قادر على أن يكون رأيا صحيحا عن الرضا أو من يمثله قانونا ويجب أن يكون من الناحية القانونية صادرا عن حرية بغير إكراه أو غش، وان يكون صريحا ومحله مشروعا [2]كما انه من المستقر عليه في الفقه والقضاء وبين الاطباء أن الرضا الحر الواضح من المريض الراشد أو من ينوب عنه قانونا شرط أساسي لإباحة العمل الطبي ، بعد علمه بالتدخل الطبي، وأثاره وقد أكدت غالبية التشريعات واللوائح المنظمة بمزاولة مهنة الطب في دول العالم ضرورة حصول الطبيب على رضا المريض بعد تبصيره بالتدخل الطبي.

وهناك حالات مستثناة يجوز للطبيب فيها التدخل الطبي دون الحصول على رضا المريض او من يمثله، ولا يترتب على ذلك التدخل أية مسؤولية ، حيث أجازت التشريعات وكذلك اللوائح المنظمة لمزاولة مهنة الطب، ذلك العمل وحددت تلك الحالات ضمن نصوصها وان كان القانون بصورة عامة لم يتطلب شكلا خاصا في الرضا، إلا ان القضاء وضع شروطا لصحته.

شروط صحة الرضا:

1- أن يكون الرضا حرا: ويعني ذلك حرية المريض في قبول التدخل الطبي العلاجي أو رفضه كمبدأ عام استقر عليه القانون تأكيدا لاحترام إرادة الإنسان وحقوقه على جسمه ويستثني القضاء

[1] - قانون الصحة العامة الأردني، رقم 21لسنة 1971.

[2] - حسني محمود نجيب ، المرجع السابق ، ص: 187.

في هذا الشرط حالات الاستعجال والضرورة وفقدان الوعي أو عدم وجود من يمثل المريض شرعا، إذ ان تدخل الطبيب في مثل تلك الحالات تبرره مصلحة المريض في المحافظة على حياته .

2- أن يكون المريض مميزا بالغا الأهلية القانونية وهذا يعني أن يكون قبول المريض صادرا عن ارادة يعتد بها القانون بان تكون إرادة مميزة واعية بقدر هذا القبول كتصرف قانوني وبالآثار التي قد تنجم عنه بعد إجراء التدخل الطبي وهذا يعني ان يكون المريض بالغا عاقلا وينبغي هنا أن يكون بالغا لسن الأهلية الإجرائية التي حددتها القوانين الجنائية فالمريض في هذا السن يستطيع أن يميز التدخل الطبي وأثاره فيما إذا كانت له أم عليه، وان يوائم بين الأقدام أو الأحجام عن هذا التدخل الطبي بعد تبصره من قبل الطبيب[1]

ثالثا : إتباع الأصول العلمية في الطب

الأصول العلمية في الطب كما عرفتها بعض المصادر الطبية ، هي الأصول الثابتة و القواعد المتعارف عليها نظريا وعلميا بين الاطباء و التي يجب أن يلم بها كل طبيب وقت تنفيذه العمل الطبي.

الأصول العلمية في الطب تشمل نوعين من المعارف الطبية:

1.العلوم الثابتة التي اقرها علماء الطب قديما وحديثا في فروع الطب ومجالاته المختلفة ومن أمثلتها المواد العلمية المقررة في الجامعات والمعاهد الطبية فهذه المواد تعد علوما اقرها أهل الاختصاص والمعرفة في علم الطب، فالسير على طريقها وإتباعها يعتبر إتباعا للأصول العلمية بشرط أن يبقى اعتبارها طبيا إلى حين تنفيذها.

[1]- فاطمة الزهرة منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية ، دراسة مقارنة ، ماجستير في القانون الخاص ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة 1، 2012، الاردن ، ص : 39.

2.العلوم المستجدة في الطب : وهي العلوم والمعارف التي يطرأ اكتشافها وتكون حديثة النظريات و الأساليب التي يتوصل إليها الباحثون من خلال بحوثهم ودراساتهم فهذه العلوم وان كانت مستجدة على الساحة الطبية إلا أنها أيضا تعد من الأصول العلمية، متى حققت الشروط التالية:

- أن تكون صادرة من جهة معتبرة من المدارس الطبية المختصة بالأبحاث والدراسات الطبية وان يسبق ذلك إجراء تجارب تؤكد نجاحها وصلاحيتها .
- إجراء التسجيل العلمي للأسلوب أو الطريقة العلاجية قبل استخدامها على الإنسان.

ومن المستقر عليه في الفقه والقضاء وبين الاطباء إن الاصولا العلمية ذات طبيعة ملزمة للأطباء في اتباعها والتقيد بها وقت تنفيذ العمل الطبي [1].

رابعا: قصد العلاج: لا يكون العمل الطبي مشروعا إلا إذ قصد علاج المريض، أما إذا لم يتوافر قصد العلاج زال حق الطبيب وانعدم قانونا بانعدام علته وزوال أساسه وجرى عليه حكم القانون أسوة بسائر الناس فيسال عن فعله جنائيا، وتطبيقا لذلك قضى بمعاقبة طبيب قام بإجراء عملية بتر عضو من أعضاء جسم شخص بقصد تسهيل تخليصه من الخدمة العسكرية رغم أن هذه العملية قد تمت برضا المجني عليه وبناء على رجائه أو إذا حصل الطبيب على رضاء امرأة باستئصال مبيض التناسل لديها على الرغم من أن حالتها الصحية لا تستدعي هذا التدخل الطبي [2]

كذلك يسال الجراح جنائيا عن جريمة عمدية إذا قام بإجراء جراحة يعلم انه لا جدوى منها، لكنه أجراها لمجرد ابتزاز مال الجني عليه، أو أن يوقع الكشف الطبي على امرأة إشباعا لشهوة لديه،أو لمجرد إجراء تجربة علمية، ولا يؤثر في قيام مسؤولية الجراح أو الطبيب ولا يمحو جريمته رضاء المجني عليه، بالفعل غير المشروع الذي وقع على جسمه، ذلك أن سلامة جسم الإنسان من النظام العام وحمايتها أمر يقتضيه الصالح العام ولا يجوز الخروج على هذا الأصل إلا إذا كان فعل المساس بجسم الإنسان يحقق فائدة للإنسان ذاته بعلاجه من مرض الم به، وذلك فان رضاء المجني عليه باطل ولا يعتد به،

[1] - فاطمة الزهرة منار، المرجع السابق ، ص: 40

[2] -شريف الطباخ ، المرجع السابق ، ص: 43.

لان الهدف العلاجي يعد بمثابة شرط من شروط إباحة العمل الطبي ويتعلق بوجود انصراف نية الطبيب إلى العلاج كشرط لإباحة أعماله الطبية ومثلا مسالة جراحة التجميل [1]، التي أصبحت من العمليات التي تجيزها الشرعية الإسلامية

[1] - حسني محمود نجيب ، المرجع السابق ، ص: 181.

المبحث الثاني: فوات الفرصة وارتباطها بالعلاقة السببية

يعد إثبات رابطة السببية في مجال الطبي من الأمور العسيرة ويرجع ذلك إلى تعقد جسم الإنسان وتغير حالاته فضلا عن عدم وضوح أسباب المضاعفات الظاهرة التي قد تنجر من التطور المتوقع للمريض او الخطأ الطبي فإذا تفاقمت حالة المريض الصحية مقارنة بحالته الأصلية قبل التدخل الطبي وأمام عجز الخبرة في إثبات السببية العلمية الأكيدة بين الخطأ الطبي والضرر والنهائي اللاحق بالمريض يتمسك القاضي رغم ذلك بالسببية القانونية [1]، متى يثبت له وجود قرائن قوية بما فيها كفاية تدل على أن ذلك الخطأ قد يكون السبب في أحداث الضرر النهائي فيفترض توافر رابطة السببية.

المطلب الأول: فوات الفرصة وتطبيقها في المجال الطبي

تسمح نظرية فوات الفرصة بافتراض رابطة السببية سواء تعلق الأمر بارتكاب الطبيب لخطا فني أو بإخلاله بالتزام الإعلام تجاه المريض والذي يعتبر من ابرز الأخطاء المتعلقة بأخلاقيات مهنة الطب

الفرع الأول: إثبات وجود الفرصة

تعني الفرصة الطريقة التي يتوقف عليها تحقق واقعة ما فهي طريقة من طرق حدوث أي واقعة احتمالية تقع اثر تحقق شروط غير معلومة مسبقا وفقا لقدرة الحوادث لذلك فالمقصود بالفرصة إمكانية التحقق واحتماله وتوضح مدى اقتراب الاحتمال إلى التحقق واليقين.

وبعبارة أخرى تعني الفرصة إمكانية واحتمال تحقق واقعة ما وتطلق كلمة فرصة ليس فقط على طريقة إمكانية تحقيق أمر واقعة ما بل تطلق أيضا على الواقعة القابلة لتحقق ذاتها والتي غالبا ما يكون المقصود بها حدثا صارا ومرغوبا فيه والذي يمثل في مجال القانون الكسب الاحتمالي المأمول تحقيقه.

استعملت كلمة الفرصة في صيغة الجمع فإنها تقيد المعنى نفسه لكن منظور إليه من زاوية أخرى فإذا كانت الفرصة تعني الاحتمال فان الفرص توضح مدى هذا الاحتمال لذا يقال أن نظرية الفرص وحساب الاحتمالات وتعني الشيء نفسه فاحتمال واقعة ما يعني تحديد نسبة الفرصة لإمكانية

[1] - يهتم الخبير الطبي باستخلاص السببية العلمية و التي تتجلى في إسناد الضرر للخطأ الطبي وذلك بعد إثبات واستبعاد تدخل العوامل الأخرى.

وقوعها هكذا نجد ارتباطا قويا بين الفرصة والاحتمال، فكلاهما تعبير للظاهرة نفسها فالفرصة هي احتمال تحقق أمر ما هو في ذاته محتملا وليس محققا ولا مستحيلا[1].

يقصد بفوات الفرصة حرمان الشخص من فرصة كان من المحتمل أن تعود عليه بالكسب.

إن المشرع الأردني لمن ينص على التعويض فوات الفرصة كما أن الضرر الذي يقبل التعويض عنه هو الضرر المختلف سواء كان هذا الضرر قد وقع بالفعل أو لم يقع بعد إلا أن وقوعه في المستقبل محقق لا مجال فيه، أما الضرر المحتمل الذي لا يمكن التعويض عنه ما لم يقع بالفعل ليصبح محققا [2].

ومن أهم التطبيقات التي يقع بها المحامي وأكثرها انتشارا فوات مدد الطعن القانونية على موكله مثل تقديم الاستئناف بعد مضي المدة القانونية والتعويض هنا لا يكون على نتيجة الحكم لأنه أمر احتمالي وإنما يكون التعويض نتيجة مضى المدة القانونية التي لو قدم الاستئناف ضمنها المدة يمكن أن تعود على العميل بالنفع وليس على نتيجة الحكم لأنه أمر بفوات الفرصة عما يكسبونه من الطعن وان الفرصة وان كانت أمرا محتملا إلا أن تفويتها أمر محقق يوجب التعويض احتمالي.

إن الفرصة التي تعتبر تفويتها محققا واجب التعويض فهي احتمالية من ناحية واقعية وحقيقية من ناحية أخرى[3]. ولا ينبغي قصر النظر على احد شقي لهذا المفهوم فإن كانت الصفة الاحتمالية تضيق من نطاق الفرصة وتحد من قيمتها ولا تجعلها جديرة بالتعويض فان الصفة الواقعة تضفي عليها قدرا من التحقق ويمكن التمثيل لتلك الفرصة في مجال نقل الدم بحالة ضياع فرصة على المصاب بالفيروس نتيجة نقل الدم في تحقيق مستوى اجتماعي ووظيفي أفضل أو تحسين حالة أسرته المعيشية نتيجة عجز عن العمل أو الإقالة منه وكذلك فوات الفرصة وإضاعة فرصة على الزوجة من الإنجاب من زوجها المريض أو إعطاء طبيب التخدير جرعة مخدرة زائدة يترتب عليها شلل الابن وقد استقر الفقه

[1] - د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض ، تفويت الفرصة ، القسم الأول ، مرجع سابق،ص ص : 110-111.

[2] - نصت المادة 266 من القانون المدني على أنه يقدر التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق بالمضرور.

[3] -على عكس المشرع الجزائري نجد ان المشرع الكويتي وسع من نطاق الضرر المعنوي في نص المادة 231 الفقرة 2

والقضاء إذا فوت خطأ الطبيب على المريض فرصة الشفاء فانه يلزم بالتعويض جزئيا عن الضرر النهائي.

أن القضاء يخلط بين التعويض عن الفرصة الضائعة وبين التعويض على احتمال السبب في أحداث ضرر وقع فلا يقدر التعويض لا حسب درجة احتمال تحقيق الفرصة الضائعة ولكون رابطة السببية غير مؤكدة وغير ثابتة يحكم القاضي بتعويض جزئي يتناسب مع شكوكه حيثما لا يقتنع بان خطا الطبيب كان سبب الضرر الذي لحق بالمريض.

إن إثبات السببية في نطاق المسؤولية الطبية ليس بالأمر السهل فكثيرا ما تختلف تطورات العلة أو الداء لغير ما سبب معروف حتى ليقف اكبر الأطباء حيث تقدير رابطة السببية مقرر استبعادها مادام لم يتأكد لها عن طريق إقامة الدليل القطعي[1].

ويقول الدكتور الابراشي في هذا الصدد بأنه حتى ثبت علاقة السببية لابد أن يثبت انه لولا الخطأ الذي ارتكب في العلاج لشفى المريض حتما معناه في الوقائع إفلات الأطباء جميعا من كل مسؤولية إنما علاقة السببية تعتبر متوافرة في الشفاء إن كان خطا الطبيب من شانه أن يفوت على المريض فرصة حقيقية للشفاء.

أن قيمة الشفاء متجسدة في قيمة الضرر الذي لحق بالمريض وحساب وتقدير الضرر الاحتمالي الذي يتمثل في فرصة الشفاء الاحتمالي حرم منه المريض بسبب ضياع فرصة الشفاء حيث أن مهمة القاضي يقوم يتحدد دور الفرصة في الشفاء مع مدى مشاركة الأسباب والعوامل.

حيث يصل القاضي تقدير القيمة لفرصة الشفاء الضائعة تتجسد هذه القيمة لفرصة الشفاء في مدى توقف هذا الشفاء أو البقاء على قيد الحياة ومدى نسبة تحقيقها لهذا الشفاء أو البقاء على قيد الحياة ومدى نسبة تحقيقها لهذا الشفاء أساس أو معيار تقدير قيمة الفرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة ينحصر في رابطة السببية بين ضياع فرص الشفاء التي أضاعها الطبيب أو الجراح والضرر الذي

[1] -اسعد عبيد الجميلي ، المرجع السابق ، ص:435.

لحق بالمريض وتواجد رابطة السببية بين ضياع فرصة الشفاء والضرر الاحتمالي المحدد قيمته في الشفاء الذي كان يرجو المريض من كسب الشفاء أو البقاء على قيد الحياة[1] بعد أن يستقر الطبيب على الطريقة العلاجية التي اختارها يبدأ بمباشرة العلاج وبديهي أن الطبيب لا يسال عن قيامه بالعلاج المطابق للأصول العلمية، فلا تنهض مسؤولية الآثار السيئة عن هذا العلاج إلا إذا أقيم الدليل على وجود خطا يستنتج من الإهمال الذي حدث من جانب الطبيب أثناء قيامه بمهمته حيث يمكن القول أن الطبيب غير مسؤول عن الأخطاء عندما يقع في غلط تقدير التعويض وتشخيصه أو أسلوب العلاج مادام معتمدا على الحد الأدنى من المهارة والعناية ، حيث يلزم بتقديمه العناية المناسبة التي تتفق ومنزلته المهنية والسبب في ذلك انه لا يتوقع من الأطباء أن يكونوا على دراية بكل تطور العلوم الطبية وإنما يتوقع منهم أن يسايروا المبادئ العامة وإتباع الأساليب العلمية في العلاج[2].

فقد اعتبر الطبيب مسؤولا عن الحروق التي أصابت المريض حال غيبوبة عقب إجراء العملية بسبب عمليات التدفئة التي قام بها الممرضون إذ كان ينبغي أن يراقب بنفسه درجات الحرارة اللازمة[3].

واعتبر الجراح مخطئا لعدم مراعاته وضع سيقان المريض في الوضع المناسب الذي يتفق مع العملية الجراحية التي أجراها له بالأعصاب ولم يلفت نظر المريض إلى هذا ومع ذلك من أهمية بالغة في نجاح العملية أو فشلها.

وعل الطبيب أن يتأكد بنفسه بان إجراءات العناية والرعاية يلزم القيام بها عقب العملية قد تمت على خير وجه .

الفرع الثاني: فوات الفرصة في مجال الأخطاء الطبية الفنية

أدى تطبيق نظرية فوات الفرصة في المجال الطبي إلى تغييرات محل السببية فبعد ما كانت تربط بين الخطأ الطبي والضرر النهائي في إطار المسؤولية الطبية التقليدية أصبحت تربط بين الخطأ الطبي

[1] -د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، المرجع السابق، ص:169.

[2] - اسعد عبيد الجميلي ، المرجع السابق ، ص:188.

[3] - محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص ص: 103-104.

وضرر وسيط هو فوات الفرصة فمتى تثبت علاقة سببية مباشرة وأكيدة بينهما يفترض ثبوت السببية التقليدية لذا يترتب عن كل خطا طبي فني فوات الفرصة على المريض.

أولا: الخطأ الطبي الفني: فوات الفرصة على المريض

وضع القضاء الفرنسي [1] مبدأ مفاده : كل خطا طبي فني إذا لم يكن السبب في أحداث الضرر النهائي فهو على الأقل سببا في تفويت الفرصة شفاء أو بقاء المريض على قيد الحياة.

يطبق القضاء المدني الفرنسي نظرية فوات الفرصة على جميع الأخطاء الطبية الفنية الايجابية منها والسلبية

أ. الأخطاء الإيجابية:

قد يفوت الطبيب فرصة الشفاء على المريض أثناء مرحلة التشخيص أو في مرحلة الرعاية الطبية في مجال التوليد (ب) قبل التطرق إلى تفصيل أهم الأخطاء الطبية الفنية التي اتخذ فيها القضاء نظرية فوات الفرصة كأساس لتقرير مسؤولية الطبيب لابد من الإشارة انه لا مجال لتطبيق هذه النظرية عندما يتعلق الأمر بالخطأ الطبي المرتكب في إطار التجارب العلمية المجردة من الأغراض العلاجية كون أن الشخص الخاضع لها لم تكن له فرصة أصلا تضيع عنه.

والأمر نفسه بالنسبة للتجارب الطبية العلاجية والتي يبدو فيها فوات الفرصة أمر ممكنا مادام أن الدافع الوحيد للمريض لقبولها هو أمله في الشفاء إلا انه ونظرا لعدم إمكانية السيطرة على أثار تلك التجارب بشكل مطلق فانه يصعب على القاضي تقدير السببية الاحتمالية التي ساهم من خلالها خطا الطبيب في إحداث الحالة الصحية التي آل إليها المريض.

وبتعبير آخر يصعب على القاضي استخلاص السببية و بين الخطأ الطبي والضرر الأولي المتمثل في تفويت الفرصة الشفاء مادام أن هذه الأخيرة في إطار التجربة الطبية عبارة عن أمل لا أكثر من ذلك.

[1] -د. عبد السلام التونجي ، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري و المصري ، دار المعرفة ، لبنان ، 1996، ص:384-386.

1. **الخطأ في التشخيص وفوات الفرصة:** ويقوم ذلك على الإهمال في الفحص الطبي وهو ما يطلق عليه : "الإهمال في التشخيص " والذي مفاده تسرع الطبيب في بت وتقرير حالة المريض دون الاستماع للمعلومات أو الاستعانة بالتحاليل الطبية التي تمكنه من تشخيص سليم لحالته الصحية ومن جهة ثانية عندما يشكل ذلك الغلط جهلا جسيما بأولويات الطب وما يسمى" الغلط العلمي في التشخيص" حيث أن كانت الانطلاقة الأولى لنظرية فوات الفرصة في المجال الطبي بمناسبة خطا في تشخيص المرض وذلك على مستوى محكمة استئناف فرنوبل الفرنسية التي أصدرت قراراتها بتاريخ 1961/10/24م وقضت بالتعويض الجزئي للمريض إذ قررت أن عدم تطبيق العلاج المستهدف من التدخل الطبي نتيجة للخطأ في التشخيص أدى إلى حرمان المريض بصفة مؤكدة فرصة حقيقية للشفاء [1].

في سنة 1965 ولأول مرة أبدت الغرفة المدنية م.ن.ف القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 7 جويلية 1964 والذي قضى بالتعويض على أساس فوات الفرصة في الشفاء إثر سقوط طفل بالغ من العمر 8 سنوات أصيبت يده اليمنى وشخصها الطبيب على أنها كسر في عظم العضد لم يؤدي إلى زحزحته وعالجه الطبيب وفق هذا التشخيص وبعد فترة شعر الطفل بصعوبة تحريك يده فعرضه والديه على أطباء آخرين والذين شخصوا الكسر على انه ليس كسر بل مجرد خلع أصاب كوع الطفل.

أقيمت عدوى على الطبيب فقضت المحكمة انه ليس هناك علاقة سببية بين الخطأ الطبي والضرر الذي لحق بالطفل لكن المحكمة الاستئناف ألغت هذا الحكم وقضت بالتعويض بحجة مفادها ثبوت قرائن خطيرة بما فيها الكفاية جسيمة ومحددة ومنسجمة للاعتراف بان العجز الذي لحق بالطفل هو نتيجة مباشرة للخطأ الذي ارتكبه الطبيب وقدرت مبلغ التعويض عن تفويت الفرصة في الشفاء بمبلغ 65000 فرنك فرنسي.

[1] - تتلخص وقائع القضية بإصابة شخص على مستوى اليد فامر الطبيب المعالج بعمل أشعة فسرعان ما استرد الشخص نشاطه العادي ، لكن بعد مرور سبع سنوات شعر المصاب بالآم مبرحة ناشئة عن حدوث تورم على مستوى الإصابة القديمة

2. الخطأ في الرعاية الطبية في مجال التوليد وفوات الفرصة: يقع على عاتق الطبيب الأخصائي في الولادة مجموعة من الالتزامات كالمتابعة المستمرة للحالة الصحية للمرأة الحامل والجنين أثناء مرحلة الحمل كإجراء الفحوصات والاختبارات التي تعود بفائدة عملية، لاسيما تجنب نزيف دموي أثناء الوضع بالنسبة للمرأة التي تعاني من اضطرابات دموية ويلزم أثناء مرحلة التوليد بأخذ كل الاحتياطات والإمكانيات اللازمة لهذه المرحلة كمراقبة نبضات القلب للمرأة الحامل والاستعانة بالمساعدين أو القابلة وعدم التسرع في جذب المولود ويستمر الالتزام بالمراقبة في المرحلة اللاحقة لعملية الوضع[1].

في قضية عرضت على م.ن.ف أين أصيبت امرأة بعد عملية وضع الجنين (طفلها الثامن) بنزيف دموي لم تتوصل الممرضة إلى إيقافه بشكل نهائي ورغم ذلك أمرتها بالعودة إلى منزلها بعد ثلاثة أيام فقط من الوضع وفجأة تدهورت الحالة الصحية ثم توفيت.

حيث استقر الفقه والقضاء على أن مجرد الخطأ في فحص المريض وتشخيص العلة والمرض لا يثير مسؤولية الطبيب إلا إذا انطوى خطا الطبيب في التشخيص على جهل في الأصول العلمية والفنية الطبية الثابتة والمستقرة، فالإخفاق أو الفشل في تشخيص علة المرض أو سقمه تشخيصا ليس في حد ذاته على الإهمال فلكي يكون الطبيب مسؤولا على المريض المدعي أن يثبت أن التشخيص غير الدقيق والخاطئ لعلته ودائه كان سبب الفشل أو الإخفاق بممارسة مهارة وعناية غير مقبولة [2].

حيث يعتبر التشخيص تحديد طبيعة المرض وصفاته أو أسبابه وبكلمات أخرى هو ذلك الجزء من الفن الطبي الذي يهدف إلى تحديد طبيعة ووضعه في الإطار المحدد له فهو الخطوة الأولى في الفن الطبي والجراحي ومن أولى المراحل في العلاقة بين الطبيب والمريض ومن صميم تنفيذ عقد العلاج الطبي حيث يبدأ الطبيب فنه أو العمل الجراحي والخطأ الطبي في التشخيص كأي خطا طبي آخر

[1] - منير رياض حنا ، مسؤولية الاطباء و الجراحين في ضوء القضاء و الفقه الفرنسي و المصري ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2008، ص: 466.

[2] - اسعد عبيد الجميلي ، المرجع السابق ، ص:241-243.

محكوم بالقواعد السياسية لمهنة الطب والتي سبق ذكرها فعلى الطبيب أن يطبق أثناء إجراءات الفحص تشخيص قدر المستطاع جميع الالتزامات الملقاة على كاهله طبقا للقواعد العلمية السائدة ويعتبر الطبيب مخطئا إذا هو لجا في عملية التشخيص إلى طريقة قديمة ومهجورة تخلى عنها الأطباء فهو في هذه الحالة لم ينفذ التزامه على الوجه الصحيح.

فالغلط في التشخيص لا يعد خطا يوجب بذاته مسؤولية الطبيب وبشكل خاص في الحالات التي تتشابه فيها الأعراض وتختلط أو تتعدد.

ويعتبر الطبيب مسؤولا عن الأخطاء التي تصدر من الطبيب المخدر إذا كان قد يلتجأ إليه من نفسه ودون الحصول على رضا المريض بذلك ليحل محله في عملية التخدير فهو في هذه الحالة يعد تابعا للطبيب ويقوم بعمل يشكل جزءا رئيسيا من الالتزام الأخير [1].

أما كان الالتجاء إلى الطبيب المخدر بناءا على رغبة المريض فانه ينشا عقد بينهما بالإضافة إلى العقد القائم بين المريض والجراح ومن ثم يسال كل منهما عن تنفيذ عقده مع المريض مسؤولية عقدية.

وليس هناك سلطة للطبيب الجراح في مستشفى عام على الطبيب التخدير الذي عينته المستشفى وذلك لانتفاء رابطة التبعية بينهما.

ويستقر القضاء الحديث على أن الطبيب لم يعد مسؤولا عن الأخطاء التي تصدر من طبيب التخدير طالما أن المريض لم يعترض على تواجده إذ يفترض نشوء عقد ضمني بين الطرفين ومن ثم يسأل الطبيب عن الأخطاء التي تصدر منه سواء قبل العملية أو أثنائها أو بعد الانتهاء منها.

في حالة ارتكاب كل من الطبيبين لخطا مشترك فان مسؤوليتهما تكون تضامنية في مواجهة المريض فقد حكم القضاء بالمسؤولية التضامنية على الطبيب المخدر والعيادة التي باشر فيها العملية لعدم تزويدها أثناء العملية بمساعدين أكفاء.

---

[1]- civil 18 octobre 1960 D1961-125 bordeaux

ومسؤولية الطبيب عن خطا الممرضة في معرفة فصيلة الدم لأنه لم يتأكد من مدى تخصصها قبل أن يعهد إليها بذلك بل إن القضاء قد ذهب إلى حد إدانة العيادة التي أجرى فيها نقل الدم على أساس التزام العيادة بنتيجة وهي نقل الدم بطريقة سليمة لا يترتب عليها أية أضرار المريض.

ونذكر بان المسؤولية هنا ليست بتحقيق نتيجة بل هي ببذل عناية فقد رفض القضاء مسؤولية الطبيب المخدر والجراح عما حدث للمريض طالما تم التيقن من أن كلا من الطبيبين قد قاما بالفحوص اللازمة بالتأكد من مدى قابلية المريض لتحمل البنج حتى ولو تبين بعد ذلك انه كان به حساسية خاصة يصعب اكتشافها على ضوء المعطيات العلمية والدراية الطبية المعاصرة.

وفي عمليات نقل الدم يجب أن يعطي المريض دم من فصيلة دمه ذاته وان يكون هذا الدم خاليا من الأمراض لكي لا يصاب المريض بأضرار جسيمة ولا تنتقل إليه العدوى بمرض معين من خلال الدم ولا يخفي اليوم أن الدم يؤخذ من مصرف الدم وان من النادر جدا أن يؤخذ من المتبرع مباشرة كما كان عليه الأمر قديما في أن الدم يحفظ في مصرف الدم بطريقة علمية تضمن عدم فساده، ولكن اخذ الدم من مصرف الدم بمقتضى عقد معه بتقديم دم سليم من الطبيب ومصرف الدم التزاما بتحقيق نتيجة.

وبعدما استعرضنا ما ذهب إليه القضاء في مصر وفرنسا يمكن القول بان التزام الطبيب هو في الأصل التزام ببذل عناية فإذا خاب العلاج أو ساءت حالة المريض الصحية أو إذا لم تتحقق النتيجة الموجودة في العملية الجراحية فلا يعد الطبيب مخطئا ما لم يقم الدليل على ذلك باعتماد معيار موضوعي هو معيار الطبيب المعتاد المجرد من ظروفه الخاصة والمحاط بذاته[1] .

ب . الأخطاء السلبية: :عدم الاستعانة بطبيب التخدير أثناء التدخل الجراحي أو عدم إجراء الفحص التمهيدي قبله قد يكون سببا في تفويت الفرصة الشفاء على المريض[2].

[1] - د. عبد الرزاق أحمدالسنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، 1952، فقرة 577، ص: 846

[2] - د منير رياض حنا، المرجع السابق ، ص: 507.

1-**عدم الاستعانة بطبيب التخدير وفوات الفرصة:** يعتبر التخدير من أهم الانجازات العلمية في المجال الطبي كونه يسهل العمليات الجراحية حتى لا يشعر المريض بالآلام التي تصاحبها لذا كان الاستعانة بطبيب التخدير أثنائها على درجة كبيرة من الأهمية إذا يتدخل قبل العملية لتخدير المريض ومساعدته بعدها على صحوته واستعادته لوظائفه الحيوية[1].

ففي احد القضايا أين خدر الطبيب المريض تخدير كاملا بالصدمة الكهربائية نتج عن ذلك التوقف الفوري لقلب المريض ووفاته ويشمل خطا الطبيب في عدم استعانته بطبيب التخدير كما تقتضيه الأصول الفنية فلا يمكن القول على وجه اليقين أن ذلك الخطأ هو سبب موت المريض ولكنه يعتبر مع ذلك سببا في تضييع بقاءه على قيد الحياة (لم يتم مساءلة الطبيب جزائيا لغياب علاقة سببية يقينية بين الخطأ الطبي ووفاة المريض، لكن قضى بالتعويض عن فوات فرصة البقاء على قيد الحياة).

يستخلص الأمر نفسه من القرار الصادر عن م.ن.ف بتاريخ 27 جانفي 1970 بحيث لهدف إجراء جراحة تجميلية قام الجراح بنفسه بتخدير المريضة تخديرا موضعيا بمادة Xylocone دون الاستعانة بطبيب تخدير وبعد نهاية العملية أحست المريضة بأزمات قلبية مفاجئة أدت إلى وفاتها.وهي في غيبوبة ثم توفيت بعد بضع أيام أكد الخبراء في تقريرهم على خطأ الجراح مما استوجب إدانته من قبل محكمة استئناف باريس التي قررت التقصير في واجب اليقظة والعناية المنسوبة إلى الجراح أدى إلى فقدان المريضة فرصة البقاء على قيد الحياة بإعفاء الطبيب إجراء الفحوصات يعد إهمال في جانبه ويكون مسؤولا عن الضرر الذي يصيب المريض [2].

2-**عدم إجراء الفحص التمهيدي وفوات الفرصة:** يلتزم الطبيب قبل إجراء العملية الجراحية بإخضاع المريض للفحص الشامل تستدعيه حالة المريض وتقتضيه طبيعة الجراحة المقبلة ولا يقتصر

[1] - د. محمد حسين منصور ، المرجع السابق ،ص :78.

[2] -د. امير فرح يوسف، خطأ الطبيب من الناحية الجنائية و المدنية ، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية ، 2007، ص:26.

هذا الفحص على موضع معين أو العضو الذي يكون محلا للعملية بل يشمل الحالة الصحية العامة للمريض وما يمكن أن يترتب من انعكاسات سلبية [1].

أجرى الجراح عملية استئصال زائدة دودية لمريض بدون فحصه مسبقا، وبعد العملية ظهرت على المريض أعراض انسداد الأمعاء فتم نقله إلى مستشفى خاص أين توفي بسبب تسمم في الدم، عرض النزاع أمام المحكمة استئناف "اكس aix" والتي قضت بمسؤولية الجراح المدنية وإلزامه بالتعويض أرملة المتوفى لما أصابها من ضرر مرتد.

فقررت انه يجب على الجراح القيام بفحوصات أولية قبل إجراء العملية والتي تعوّد الأطباء الأخصائيون على القيام بها، ويشكل هذا الامتناع خطا ثابتا لا شك فيه أن هذا الخطأ قد حرم المريض من فرصة البقاء على قيد الحياة، وهذا وحده يكفي للحكم بالتعويض.

وقد رفضت محكمة النقض الطعن المقدم ضد القرار المذكور بتقريرها ولو انه لم يثبت أن خطا الطبيب هو سبب الوفاة إلا انه على الأقل قد حرم المريض من فرصة البقاء على قيد الحياة.

الفرع الثالث: فوات الفرصة والتقصير في الإعلام

يعد من أهم الالتزامات المرتبطة بالواجب الأخلاقي الإنساني للطبيب التزامه بإعلام المريض ويقصد به إعطاء الطبيب لمريضه فكرة معقولة وأمنية عن الموقف الصحي بما يسمح للمريض بان يتخذ قراره بالقبول أو الرفض ويكون على بينة بالنتائج المحتملة للعلاج أو الجراحة

أولا : مضمون الإعلام

يقع على عاتق الطبيب التزام بإعلام مريضه بنوع المرض الذي يشكو منه وطبيعة العلاج المقترح الذي تستلزمه هذه العلة والبدائل العلاجية المتوفرة الأمر الذي يظهر بان الالتزام بالإعلام ينصب على كافة مراحل العلاج ، كما أن المريض ينتظر من طبيبه أن يخبره بالنتائج التي تترتب على العمل الطبي فمن حق المريض طبقا للمادة 02 فقرة واحدة من قانون الموافقة المستنيرة اللبناني :" أن يحصل على المعلومات

[1] - د . محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص: 75.

الكاملة حول وضعه الصحي، وتشمل هذه المعلومات الفحوصات والعلاجات والعمليات الطبية المقترحة كما تشمل من فعلها ومضاعفاتها السلبية والمخاطر المعهودة أو الكبرى التي تنطوي عليها والحلول الأخرى الممكنة في حال طرأت لاحقا معطيات جديدة تستدعي اتخاذ قرارات جديدة، إعلام المريض بها أيضا عند الإمكان".

ثانيا: التزام الطبيب بإعلام المريض :

يجب على الطبيب العامل في المستشفى العام أن يحيط مريضه بكافة المعلومات التي من شانها أن تجعل رضا المريض سليما ومتبصرا حول كل ما يتعلق بمرضه، والالتزام بالإعلام واجب قانوني مفروض على الطبيب بغض النظر عن طبيعة العلاقة بينه وبين المريض ، سواء كانت عقدية أو تنظيمية والحكمة من هذا الالتزام هو احترام الشخصية الإنسانية والمعنوية للمريض فالإخلال به يعد مساسا خطيرا بالسلامة الجسدية[1].

اهتم المشرع الفرنسي بهذا الالتزام من خلال نص المادة 35 من م.أ.ط.ف ، كما تناول المشرع الجزائري في عدة مواد قانونية من بينها المادة 44[2] من م.أ.ط.ج ولم يحدد الحد الأقصى لواجب الإعلام بل ترك ذلك للقواعد العامة[3].

المطلب الثاني: إثبات علاقة السببية

تقتضي القاعدة العامة بان المريض هو الذي يتحمل عبء الإثبات باعتباره مدعيا في دعوى المسؤولية الطبية فمتى اثبت المضرور الخطأ أو الضرر وكان من شك أن ذلك الخطأ أن يحدث عادة مثل هذا الضرر فان القرينة على توافر السببية بينهما تقوم على صالح المضرور وللمسؤول نفي هذه المسؤولية بأن يثبت ان الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يدله فيه وبناء على ذلك فان القضاء يتجه بصفة عامة إلى إلقاء

---

[1]-فريدة عميري ، المسؤولية المدنية للطبيب ، المرجع السابق ، ص:25

[2]-المادة 44 من قانون اخلاقيات الطب الجزائري تنص على: " يخضع كل عمل طبي يكون في خطر جدي على المريض موافقة حرة ومتبصرة او لموافقة الاشخاص المخولين منها ومن القانون ...."

[3]-سميرة لالوش ، عقد الممارسة الطبية الحرة ، مذكرة ماجستير في عقود ومسؤولية ، معهد الحقوق والعلوم الادارية ، بن عكنون الجزائر 2001 ، ص:69.

الإثبات على عاتق المريض فعليه إثبات أن خطا الطبيب هو الذي تسبب في إحداث الضرر [1] ويعد إثبات الرابطة السببية من الأمور العسيرة لتعقد الجسم البشري وتغير حالاته وخصائصه وعدم وضوح الأسباب التي تؤدي إلى المضاعفات الظاهرة وهذا فانه في حال ما إذا افترض قيام العلاقة السببية بين الخطأ الذي أدى إلى ضياع الفرصة تقوم قرينة على ثبوت خطأ الطبيب لمصلحة المريض.

وقد قضت م.ن.ف انه ليس هناك تناقض بين عدم اعتبار خطأ الطبيب هو السبب في الوفاة وكونه السبب في حرمان المريض من فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة

إن إثبات الرابطة السببية في المسؤولية الطبية تستوجب قرائن هامة ومتكاملة حتى يمكن القول بتوافر علاقة السببية بين الوفاة وخطا الطبيب فهي تقدم قرينة قانونية على عدم بذل المدين الجراح للعناية الواجبة فلا يكفي مسؤولية الجراح إثبات عدم الوفاء بالالتزام الذي يقع على عاتقه بالإضافة إلى حدوث الضرر[2].

الفرع الأول: النظريات المتعلقة بإثبات رابطة السببية

إن اشتراك أكثر من عامل في حدث واحد يجعل من الصعب اعتبار سبب معين دون غيره ذو علاقة في إحداث الضرر بمفرده باختلاف شرائح القانون لإسناد الضرر الحاصل إلى حد هذه الأسباب.

أ. نظرية تعادل الأسباب وتكافؤها:

وضع الفقيه الألماني فون بيري أسس النظرية ولقد وجدت صدى في الفقه الفرنسي على يد مارتو وكان الهدف من قيامها هو وضع المعيار الذي يتم على أساسه إسناد النتيجة الضارة إلى مصدرها ورأى أنصار هذه النظرية كل سبب ساهم في إحداث الضرر بحيث لولا ما وقع الضرر ويعد سببا منتجا له وتتلخص في أن كل سبب له دخل في إحداث الضرر مهما كان بعيد ويعتبر من الأسباب التي أحدثت الضرر ويكون السبب بهذا الوصف أن الضرر لم يكن ليقع لولاه فهذه النظرية توجب الاعتداء بجميع الأسباب التي اشتركت في حصول اعتبارها متكافئة في المسؤولية.

[1]-د.منير رياض حنا، المرجع السابق ، ص:574.

[2]- د.محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص:180،182.

ولذلك فان هذه النظرية تعتبر أن كل عامل من العوامل شرط لحدوث النتيجة دوما تميز بين عالم وآخر من حيث قوته أو إثره بالنتيجة كما أن النظرية تحمل المسؤولية لعمل الإنساني وحده حتى لو كان مصحوبا بالقوة القاهرة.

وتأخذ م.ن.ف بنظرية تعادل الأسباب كمعيار للسلبية فكل العوامل التي ساهمت في إحداث الضرر بدور ملحوظ يجب أن تتحمل نصيبها في التعويض [1]

ب. نظرية السبب الأقوى أو المباشر:

يعود تأسيس هذه النظرية إلى الفقيه "كارل باركر" وذهب القول بان سبب النتيجة هو العامل الأقوى فاعليه والأكثر إسهاما في إحداثها وتعدد الأسباب الأخرى مجرد ظروف ساعدت السبب الأقوى كما وتعد أسباب غامضة.

وفي المجال الطبي إذا تعددت الأسباب واستغرق سبب خطا الطبيب للأسباب الأخرى كما لو كان الطبيب متعمدا والخطأ غير متعمد أو أن السببين نتيجة لسبب آخر، ومثاله لو أخطا الطبيب في إصدار التوجيهات للمريض واقترن بخطأ المريض في إتباع تلك المعلومات مما يؤدي إلى إصابة هذا الأخير بضرر فيعتبر خطا الطبيب مستغرق لخطا المريض وعليه تعتبر مسؤولية الطبيب كاملة[2]

ج. نظرية السبب المنتج أو الفعال

وضع الفقه الألماني "فون كرير" مبادئ هذه النظرية وبمقتضاها لا يؤخذ بعين الاعتبار إلا السبب الفعال الذي لعب دورا أساسيا وفعالا في إحداث الضرر[3].

وقد تميزت هذه النظرية بين السبب المنتج والسبب العارض وحسبما يطرح السبب العارض جانبا ولا يأخذه كما أن من العمل يكفي لوقوع الضرر ويعد سببه الحقيقي ويوصف بالسبب الفعال وفقا للمجرى العادي للأمر في إحداث الضرر وليس هذا فحسب بل يجب أن يعتبر الفعل قد أسهم في إحداثه،

[1]-عبد الحميد ثروت ، التعويض عن الحوادث الطبية ، دار الجامعة الجديدة للتشر، الاسكندرية ، 2008، ص:135.

[2]- احمد حسين عباس الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء القانون الأردني والنظام الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن 2008،ص:137.

[3]-علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام ، الطبعة 3 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1993، ص:193.

بعبارة أخرى يعد السبب قائما ولو تدخلت عوامل سابقة أو لاحقه أو معاصرة على الفعل المرتكب مادامت هذه العوامل متوقعة ومألوفة.

موقف الفقه والقضاء منن نظريات علاقة السببية:

يظهر من خلال إبراز رأي كل من الفقه والقضاء الفرنسي والجزائري:

أ. **موقف الفقه والقضاء الفرنسي:** على الرغم أن الفقه الفرنسي قد اقترح معايير منطقية لحل مشكل تعدد الأسباب إلا أن القضاء نهج نهجا واقعيا وعمليا فهو يعتمد على استبعاد الأسباب البعيدة والضعيفة ويعتد بالأسباب التي تؤدي إلى الأخطاء العادية والأكثر جسامة.

ويرى الفقيه (سافاتيه) انه على القاضي استخلاص علاقة السببية من قرائن ودلائل متفقة وهي ليست بالشيء الذي يرى أو يلمس إنما هي ما يستنتجه الفكر من ظروف الواقع فتغير علاقة السببية متوفرة ولو فصل بين الخطا أو الضرر عامل أخر طالما أن الخطأ شرط ضروري لوقوع الضرر.

تطبيقا لذلك قضت م.ن.ف في 1926/02/14 بقيام مسؤولية الطبيب مدير المؤسسة الصحية نتيجة لهرب المريضة عقليا من المصلحة وتجمد قدميها الأمر الذي استدعى بتر احدها.

ب. **موقف الفقه والقضاء الجزائري:** إن قيام المسؤولية يقضي ان يكون الخطا هو السبب المباشر في احداث الضرر لا تنعدم رابطة السببية كما أن إشتراط ضرورة وجود ركن علاقة السببية بين الضرر والخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية في المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن الأشياء.

حسب نص المواد 124 و 134 و136 من ق.م[1] وفي هذا الصدد أخذت المحكمة العليا بنظرية السبب المنتج حيث جاء في قرارها الصادر في 1996/11/17 انه "يجب لاعتبار احد العوامل سببا في حدوث الضرر ان يكون سببا فعالا قيما يترتب عليه.

[1] -المادة 134 من القانون المدني :" كل من يجب عليه قانونا او اتفاقا رقابة شخص في حاجة للرقابة بسبب قصره او بسبب حالته العقلية او الجسمية".

الفرع الثاني: استعانة بفوات الفرصة في المسؤولية غير الخطيئة

يتمثل الهدف من ابتكار مثل هذه الوسائل القانونية في اعفاء المريض المتضرر من عبء اثبات الخطا الطبي وكذلك اعفاء القاضي من مشقة البحث في الوقائع لاستخلاص الخطا.

أولا - إقرار القضاء الاداري للمسؤولية غير الخطيئة:استمر القضاء الإداري في إقامة مسؤولية المستشفيات العامة أساس فكرة الخطأ وذلك الى غاية السنة 1990، حيث صدر قرار gommez بتاريخ 1990/12/21 عن محكمة استئناف ليون [1] تتلخص وقائع هذا القرار بان ولد يبلغ من العمر 15 عاما أدخل إلى المستشفى لإجراء عملية جراحية في العمود الفقري ظهرت اثر العملية مضاعفات أدت إلى شلل الطفل في أطرافه السفلي بعد 36 ساعة.

رفضت محكمة ليون طلب التعويض على أساس عدم وجود خطا مرتكب من طرف الطبيب او مساعديه وذلك وفقا لتقرير الخبراء استأنفت عائلة هذا الطفل الحكم أمام محكمة الاستئناف الإدارية، والتي استجابت لطلب التعويض وقضت بمسؤولية المستشفى وجاء في حكمها "ان استعمال طريقة صلاحية جديدة يمكن ان يستتبع خطرا على المرضى الذين يخضعون له خاصة أن نتائج هذه الطريقة غير معلومة بعد، وان استخدام مثل هذه الطريقة دون وجود ضرورة تفرضها حالة المريض، مما يؤدي الى قيام مسؤولية الطبية عن المضاعفات التي أصابت المريض والتي تعتبر نتيجة حتمية ومباشرة، ويكون بذلك القضاء الفرنسي قد وضع الشروط اللازمة لإعمال هذه المسؤولية حيث لا يمكن إقامتها إلا إذا كان العمل الطبي الذي تسبب في الضرر ضروريا للتشخيص أو لعلاج المريض ويكون الخطر الذي يمكن حدوثه معروف الوجود.

ثانيا: محاولات القضاء العادي تطبيق المسؤولية غير الخطيئة

حاول القضاء العادي اللحاق بالقضاء الإداري بشان إقامة مسؤولية الأطباء والجراحين دون حاجة لإثبات الخطأ وأثناء ذلك ابتكر القضاء العادي وسيلة قانونية لكن من خلال إقامة المسؤولية الطبية

[1] -علي عصام غصن، الخطأ الطبي ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان 2006 ، ص:134

غير الخطيئة وفقا لقواعد القانون الخاص تتمثل هذه الوسيلة في ظهور مبدأ الالتزام بضمان السلامة[1] وهذا المباد الذي انحصر في بادئ الأمر في مجال النقل سرعان ما أصبح مبدأ قانوني يمكن تطبيقه في مجالات أخرى بها في ذلك المسؤولية الطبية.

وقد تلحق المريض أضرار قيام الطبيب بمعالجة هذه الأضرار التي قد تكون مرتبطة بالعمل الطبي ذات طابع فني، أي ترتبط بالعلاج الذي يكون التزام الطبيب فيه التزام ببذل عناية وفقا للرأي الراجح باعتباره يتضمن عنصر الاحتمال ووفق ذلك يكون على المريض وفقا للرأي الأرجح باعتباره يتضمن عنصر الاحتمال ووفق ذلك يكون على المريض عبء إثبات تقصير الطبيب حتى يتحصل على تعويض ما إذا كانت الأضرار اللاحقة به غير مرتبطه بالعلاج بمفهومه التقليدي ومستقلة عنه حيث يكون التزام الطبيب فيها بتحقيق نتيجة فان المريض يعفى من إثبات خطا الطبيب فيها بتحقيق نتيجة فان المريض يعفي من إثبات خطا الطبيب حيث يكون على هذا الأخير بموجب ذلك إثبات السبب الأخر متى تنتفي عنه المسؤولية.

يقصد بالالتزام بضمان السلامة ليس الالتزام بضمان شفاء المريض ولكن التزام بعدم تعريضه لأي أذى وعدم إلحاق الضرر به بسبب ما يستعمله الطبيب من أدوات وأجهزة أثناء قيامه بالعمل الطبي[2] أو بسبب ما يعطيه له من أدوية و ألا يتسبب نقل مرض أخر اليه بسبب العدوى أما عدم تعقيم المكان الذي يتواجد به المريض أو الأدوات المستعملة نقل مرض أخر إليه بسبب العدوى إما بسبب عدم تعقيم المكان الذي يتواجد فيه المريض او الادوات المستعملة في علاجه او بسبب عملية نقل الدم اليه. فوفقا لمبدا الالتزام بضمان السلامة أصبح يمكن للمريض الحصول على تعويض عن الاضرار اللاحقة به دون البحث عن وجود خطا، والاضرار المقصودة هنا هي تلك التي لا ترتبط مباشرة باثر ما يتلقاها المريض من علاج كما انها اضرار مستقلة عن العمل الطبي [3] بمفهومه الفني . طبق القضاء الفرنسي مبدا ضمان السلامة في شان انتقال العدوى وكان ذلك في عدة قرارات صادرة عنه. أولها صدر بتاريخ 1999/06/29 والذي اعتبر

[1] -علي عصام غصن، المرجع السابق ، ص:137.

[2] -طلال عجاج، المرجع السابق ، ص:174.

[3] -جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية :" اذا تبين ان الحادث مرده الى سوء الالة التي يستخدمها الجراح عندها يكون قد اخل بالتزام هو من نوع التزام الغاية اذ من المحتم عليه ان يقدم الالات ولا يمكن ان يضار منها المريض ".

بموجبه انه في حالة انتقال العدوى بالتزام بضمان السلامة وهو التزام بتحقيق نتيجة حيث لا يمكنه التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي [1] وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 23 مارس 2007.

[1] -إن إثبات السبب الأجنبي للتخلص من المسؤولية يعتبر عبئ في منتها الصعوبة مقارنة بإثبات عدم ارتكاب خطا حيث يتوجب على الطبيب إثبات ثلاث شروط بسبب وهي: أن يكون السبب خارجيا عنه أو يكون غير متوقع وغير ممكن الدفع".

الفصل الثاني

التعويض عن ضرر فوات الفرصة

الفصل الثاني : التعويض عن ضرر فوات الفرصة

تهدف السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في إثبات حرمان المضرور من فرصة ما، إلى الحكم بتعويض مناسب لذلك الضياع وبتعبير آخر كلما توافرت في الفرصة نسبة احتمال كافية لتحققها لو لا الخطأ الثابت اعتبر ضياعها ضررا أكيد ومحققا يستوجب التعويض لجبر الضرر.

والسؤال الذي يتبادل إلى الذهن هو كيف يمكن ترجمة ضياع إلى مقدار مالي؟ هنا يكمن الغموض الذي تتميز به نظرية فوات الفرصة ومن اجل إزالة هذا الغموض لجا قضاء النقض الفرنسي إلى التمسك بمقدار التعويض المناسب للضرر النهائي .

وعليه قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: الأحكام الخاصة بالضرر في المجال الطبي.

المبحث الثاني: تقدير التعويض عن فوات الفرصة.

المبحث الأول: الأحكام الخاصة بالضرر الموجب للتعويض

يتدخل الطبيب أو المرفق الطبي لتقديم العلاج أو الخدمة الطبية لكل مريض أصيب بمرض أو يشكو من علة معينة ويمكن أن يصاب المريض اثر هذا التدخل بضرر يؤثر سلبا على حياته وسلامة جسده فيؤدي إلى إزهاق روحه أو إصابته بعجز جسماني، ويعتبر هذا مساس بكيانه الجسدي وقد يصاحب هذا المساس بالكيان الجسدي للمريض انقاض في ذمته المالية ويمكن أن يمس أيضا شعوره وعاطفته

المطلب الأول: ماهية الضرر الطبي

يتعامل الطب مع أثمن شيء يملكه الإنسان ألا وهو الحياة والصحة، فيملك الطبيب المهارة والخبرة في نظر المريض فيتعلق أماله عليه لتحقيق الشفاء إلا انه قد يصاب بضرر بين لحظة وأخرى اثر خضوعه للعلاج أو تلقيه للخدمة الطبية.

ويعتبر الضرر ركن أساسي في المسؤولية وقد أجمعت التعاريف الفقيه على انه :" الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك"[1].

رغم ورود فكرة الضرر في المواد من 124 إلى 140 من القانون المدني الجزائري [2] إلا أن هذه المواد لم تعط تعريفا جامعا مانعا للضرر فبقي التعريف الفقهي هو السائد.

ينطبق هذا التعريف على الضرر الطبي فيقصد به ما يصيب المرء في حق من حقوقه أو مصلحة مشروعة من جراء عمل الطبيب غير المعتاد، أو نتيجة خطا أو نشاط المستشفى .

[1] - د. سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 40

[2] - الأمر رقم 58/75 المؤرخ بتاريخ 26سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني،الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 30سبتمر 1975.

الفرع الأول : صور الضرر الطبي

لا يكفي مجرد حدوث الضرر لإسناد المسؤولية للطبيب أو المستشفى ذلك أن الضرر المقصود ليس الضرر الناجم عن عدم الشفاء أو عدم نجاح العلاج لان ذلك لا يكون في ذاته ركنا للضرر فالتزام الطبيب هو بذل عناية أصلا، وفي حالات استثنائية هو التزام بتحقيق نتيجة .

ويعتبر الضرر المقصود في إطار المسؤولية الطبية هو اثر لخطا الطبيب أو إهماله بالقيام بواجب الحيطة وأثناء ممارسته للعمل الطبي [1] أو نتيجة خطا في تنظيم وتسيير المرفق العام الطبي [2].

ويصاب المريض بضرر يمس حياته أو سلامته الجسدية أو ينقص من ذمته المالية، ويقصد به في هذه الحالة بالضرر المادي ويمتد هذا الضرر ليمس شعور وعواطف المريض فيسمى بالضرر المعنوي.

أولا: الضرر المادي:

يعرف الضرر المادي بأنه الضرر الذي يمس الشخص في جسمه أو في ماله فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب عن المساس بحق أو مصلحة سواء كان الحق حقا ماليا أو غير مالي [3].

وعرف الدكتور "محمد شريم" والمحامي فيس الصقير" الضرر المادي بأنه:" ذلك الضرر الذي ينقسم إلى ضرر جسدي متمثل بالأذى الذي يصيب جسم الإنسان كإزهاق روح أو إحداث عاهة دائمة أو مؤقتة وإلى ضرر مالي يصيب مصالح المتضرر ذات قيمة مادية أو اقتصادية كإصابة الجسم بعاهة تعطل قدرته على الكسب أو في نفقات العلاج "[4].

---

[1] - د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2001، ص 126.

[2] - د. محمد رايس، المسؤولية الممدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار الهومة الجزائر، 2007، ص 36.

[3] - د.العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج2، الواقعة القانونية، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 2007،ص 145.

[4] - د. أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص 127.

يعتبر الضرر المادي الذي يمس بالحق المالي للشخص ضررا ماليا، في حين يعتبر الضرر المادي المترتب عن المساس بحق غير مالي كالمساس بحياة الإنسان أو سلامة جسمه ضررا جسمانيا وتعتبر الخسارة المالية المترتبة عنه ضررا ماديا.

نستكشف منن خلال هذه التعاريف انه قد يصيب الضرر الطبي المادي جسد المريض كما يمكن أن يمس ذمته المالية.

أ. الضرر الجسدي:

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

1- الضرر الجسدي المؤدي للوفاة:

يسمى كذلك بالضرر الجسدي المميت وهو ضرر إزهاق الروح بسبب عمل غير مشروع ارتكبه الغير على جسد الإنسان فتتعطل جميع وظائف الجسد، إذ يعتبر عدوان على حق الإنسان في الحياة، ويقصد به في مجال الطبي الضرر الذي ترتبت عنه الوفاة ويعتبر اشد أنواع الضرر وذلك لإصابة الروح كتأخر طبيب التخدير المشرف على حالة المريض وهو تحت التخدير أثناء التدخل الجراحي بعدم الإسراع والسعي إلى إفاقته وحصول موت خلايا المخ وبالتالي بموت الدماغ[2] كما قد تترتب وفاة المريض بسبب خضوعه لأعمال وقائية المفروضة من قبل الدولة حماية للصحة العامة، إذا يمكن أن يكون ضررا إزهاق الروح ناتج عن خطا الطبيب أو نشاط المستشفى.

---

[1] - د. منذر الفضل، النظرية العامة لالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية، الوضعية، ج1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص 402.

[2] - د. المعايطة منصور عمر، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، الرياض 2004 ، ص 59.

يقع على عاتق الطبيب التزام بإسعاف لمريض وتقديم له العلاج الضروري [1] ومع ذلك قد يمتنع الطبيب عن علاجه أو إنقاذ حياته دون مبرر.

2- الضرر الجسدي المؤدي للعجز:

يسمى كذلك بالضرر الجسدي غير المميت وهو تلك الإصابة اللاحقة بجسد الإنسان وما يترتب عنه من عجز جسماني كإتلاف عضو من أعضاء الجسم أو الإنقاص منه أو إحداث جرح أو التسبب بالعجز الدائم أو التعطيل عن العمل [2] فقد يؤدي إلى تعطيل كلي أو جزئي لبعض وظائف الجسم بمعنى إصابة المريض نتيجة خطا الطبيب أو بسبب سوء العلاج الذي يتلقاه في المستشفى بعاهة مستديمة [3].

يترتب عن خطا الطبيب في التشخيص المساس بسلامة المريض الجسدية كإصابة بعاهة أو عجز دائم أو عجز مؤقت وهو ما حدث في قضية عرضت على محكمة "التمييز الأردنية" تتلخص وقائعها إن طفلة أصيبت بعاهة نتجت عن كسر في إحدى عظام الرقبة وبسبب الخطأ في التشخيص لم يتم علاجه في أوانه بسبب عدم تصوير رقبتها وهو ما أدى إلى الخطأ في العلاج مما ترتب عنه إصابة الطفلة بعاهة وتعتبر هذه العاهة صورة من صور الضرر الطبي المادي المتمثل في العجز الجسماني [4].

يؤدي سوء العلاج إلى فقدان المريض لعضو من أعضائه فيصاب بعاهة مستديمة ومن أمثلة ذلك ما عرض على القضاء الجزائري اثر كسر قدم المريض ترتب على سوء وضع الجبس على قدمه

[1] - المادة 09 من م أ ط تنص عما يلي(يجب على الطبيب أو الجراح الأسنان أن سعف مريضا يواجه خطرا وشيكا وأن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له).

[2] - د.علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 180.

[3] - د. منصور عمر المعايطة، المرجع السابق، ص 59.

[4] - د. طلال عجاج، المرجع السابق، ص 257.

فتعفنت مما أدى إلى بترها فأصيب بعاهة دائمة مستديمة ويعتبر الخطأ العلاجي السبب المباشر في الضرر الذي لحق بالمريض[1].

يمكن أن يصاب أيضا المريض بعجز جسماني نتيجة خطا المستشفى كأن يصاب بشلل نتيجة أعمال التمريض وهو ما تحقق فعلا في قضية السيدة دريج إذ أصيبت بشلل في أطرافها السفلية ناتج عن عملية الحقن داخل العضل فقضى مجلس الدولة الفرنسي بان الشلل الذي أصيبت به المريضة يرجع إلى خطا في تنظيم وتسيير المرفق العام الطبي [2]، يعتبر هذا الشلل صورة من صور العجز الجسماني.

ب. الضرر المالي أو الاقتصادي

الضرر المالي في المجال الطبي هو الخسارة التي يصيب الذمة المالية للشخص المضرور ويشمل هذا الضرر مالحق المريض من خسارة مالية كمصاريف العلاج والأدوية أو إجراء عملية جراحية كما لو أدى التدخل الجراحي إلى إصابة ساق المريض بالتعفن فينفق مبالغ مالية من اجل إجراء عملية جراحية كذلك دفع مبالغ مالية أخرى مقابل إقامته في المستشفى[3] وما فاته من كسب نتيجة تعطله عن العمل خلال فترة خضوعه للعلاج وإصلاح الخطأ الطبي، بمعنى أضعاف قدرته على الكسب كليا أو جزئيا بسبب العجز ويرجع هذا إلى الإصابات البدنية كالانداب والتشوهات والحروق.

يجتمع الضرر المالي والجسدي معا كما لو أصيب شخص بعاهة مستديمة نتيجة خطا الطبيب فيشكو ضررا جسديا وضررا ماليا نظرا لما يتطلبه من علاج ونفقات شراء الأدوية وتعطله عن العمل[4] كما لو سقط شخص من فوق طاولة العمليات وهو تحت التخدير فأصيب بكسور على مستوى

[1] - قرار الغرفة الإدارية لمجلس القضاء قسنطينة، في تاريخ 03/02/ 1988، الذي قضى بمسؤولية المستشفى بسبب بتر رجل مريض أن ينتج عن سوء علاج، نقلا عن حسين طاهري الخطأ الطبي والعلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة (الجزائر فرنسا)، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 29.

[2] - قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 26/ 02/ 1962.

[3] - د. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء الصيادلة والمستشفيات، ط2، منشأة المعارف الإسكندرية،2004، ص 92.

[4] - د.علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 180.

الساقين فيشكو المريض ضررا جسديا متمثلا في الكسور، وضررا ماليا متمثل في المبالغ المالية التي ينفقها في سبيل علاجه وانقطاع دخله الشهري خلال فترة خضوعه للعلاج.

ثانيا: الضرر المعنوي:

لا يقتصر الضرر المعوض عليه الضرر المادي الجسدي والمالي بل يتعدى إلى ما هو نفسي وهو ما يسمى بالضرر المعنوي [1] يلحق الشخص في غير حقوقه المالية ولا في سلامة الجسدية وإنما يصيبه في كرامته أو شعوره واعتبار مركزه الاجتماعي [2].

يقصد به في مجال الطبي ذلك الضرر الذي يصيب المريض في شعوره وأحاسيسه نتيجة الآلام والمعاناة الناتجة عن المساس بسلامته الجسدية بسبب خطا الطبيب أو سوء العلاج الذي يلقاه في المستشفى ويتمثل أيضا في الألم الجسمانية والنفسية التي يشعر بها المريض ، وما قد يظهرمن تشوهات وندب وعجز في أعضاء جسمه أو يعضها[3] كما يظهر أيضا في حالة الاعتداء على اعتبار المريض كما في حالة قيام الطبيب بإفشاء سر المريض فيصاب بضرر يمس بسمعته أو كيانه الاجتماعي أو حياته الخاصة وتسمى هذه الحالات بصور الضرر المعنوي، وأمام صعوبة إصلاح الضرر المعنوي ومحور أثاره لكونه يمس العاطفة ويسبب الحزن والآلام النفسية تردد الفقه في مسالة مدى تعويضه فكان للتشريعات المقارنة موقف بشان تعويضه.

- صور الضرر المعنوي: يلحق المريض اثر التدخل الطبي على جسمه أو عند تلقيه الخدمة الطبية من المستشفى أضرار مختلفة تمس كيانه الجسدي كالجروح أو فقد احد أعضاء الجسم أو التشويه مما يجعل المريض يشعر بالألم كالجروح أو فقد الألم الجسمانية الأم نفسية يشعر بها المضرور ويمكن ان ترتب الإصابة اللاحقة بالمريض تشويه وهذا التشويه يمس مظهره الجمالي وقد يشعر المضرور بالألم معنوية نابحة حرمانه من متع الحياة، أو أن يصاب بضرر في حالة تشاء الطبيب مرضه للغير

[1] - يسمى الضرر المعنوي أيضا بالضرر الأدبي.

[2] - د.حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، مجلة العلوم القانونية والسياسية 1984 ، ص 204.

[3] - د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 169.

1 - الضرر المتعلق بالآلام الجسمانية والنفسية: يشعر المريض اثر إصابته بضرر جسماني بآلام جسدية كالعجز الدائم أو المؤقت اللاحق به بسبب خطا الطبيب أو نتيجة الأدوات وأجهزة طبية عند التدخل الطبي على جسد المريض بصفة خاطئة [1].

2- الضرر الجمالي: يقصد به التشوهات الندبات التي تصيب جسم الإنسان نتيجة الإصابات اللاحقة به وتظهر أهميته أكثر كصورة من صور الضرر المعنوي في مجال جراحة التجميل هذا بالنظر إلى ما تهدف إليه هذه الجراحة وبالتالي الانتفاض من مجال الجسم والخلقة وما ينجر عن ذلك من تشويه . يرتكز الضرر المعنوي في مجال جراحة التجميل على الضرر الجمالي بغض النظر عن الآلام الجسمانية أو الضرر التأملي. قد ينتج الضرر الجسماني والجمالي في آن واحد وباعتبار الضرر الجمالي صورة من صور الضرر المعنوي الذي يستوجب التعويض يتم تقديره بالاستناد إلى عدة معايير كالسن الجنس والوظيفة والوضع العائلي وذلك لاختلاف هذا الضرر من شخص إلى آخر ويختلف أيضا حسب جنس الشخص المصاب فالتشويه في وجه المرأة يكون اشد اثر من التشويه ذاته في وجه الرجل [2] ويختلف كذلك حسب ما كان المصاب متزوجا أو اعزبا إذا انه في حالة الأخير يؤثر الضرر على فرص زواجه كما يؤثر على صلاحيته للزواج ويدخل في تقدير هذا التعويض مستوى الجمال السابق للشخص المصاب

3- الضرر المتعلق بحرمان الإنسان من متعة الحياة: هو ذلك الضرر الذي يمكن أن يؤدي إلى حرمان الشخص من التمتع بالحياة العادية التي يتمتع بها شخص سليم الجسم، كما لو أدى خطا الطبيب في علاج المريض أو نشاط المستشفى عند تقديم الخدمات الطبية إلى إصابة المريض بشلل في ساقه ومن شان هذه الإصابة إن تمنعه من ممارسة الرياضة التي اعتاد عليها[3] مما يجعله لا يحيا حياة عادية.

[1] - د. طلال عجاج، المرجع السابق، ص 156.

[2] - د. عاطف النقيب، المرجع السابق، ص 317.

[3] - عاطف النقيب ، المرجع السابق، ص318.

4 - الضرر الناتج عن المساس بشرف واعتبار المريض: يظهر المساس باعتبار المريض عندما يقوم بإفشاء سر المهنة فيصاب المريض بضرر يمس سمعته أو كيانه الاجتماعي أو حياته الخاصة، وباعتبار أن الالتزام بالسر من الالتزامات القانونية والوجبات الأخلاقية التي يتقيد بها الطبيب نص المشرع الجزائري على هذا الالتزام في عدة نصوص سواء في قانون حماية الصحة وترقيتها[1] أو في م.أ.ط ويتضح من خلال تلك النصوص أنه يقع على كل العاملين في المجال الطبي احترام السر المهني كما لو كشف الطبيب على امرأة فوجد إنها في حالة إجهاض وقام بأخبار خطيبها لكونه صديقه بأن خطيبته في حالة إجهاض وهو ما لمس بشرف واعتبار المريضة.

الفرع الثاني: شروط الضرر الطبي الموجب للتعويض

لا يكفي إصابة المريض ليتمكن من مطالبة المسؤول بإصلاحه بل لابد من أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط.

أولا: أن يكون الضرر محققا:

يعتبر الضرر محققا إذا كان حالا أي وقع فعلا فلا يكون افتراضا أو احتماليا ولكي يكون الضرر محققا وجب إثبات أن المريض كان لديه الأمل في الشفاء وان الضرر الذي وقع كان أثناء التدخل الطبي أو ممارسة المرفق الطبي لنشاطه ونتيجة لعدم وفاء الطبيب بالتزامه ببذل عناية للمريض [2] أو نتيجة سوء العلاج الذي تلقاه في المستشفى أو أن تصبح حالة الشخص بعد خضوعه للجراحة التجميلية أكثر تشوها وعيبا بالمقارنة عما كانت عليه قبل التدخل الجراحي، فالضرر هنا محقق يستوجب التعويض فلا يكفي الادعاء بوقوع الضرر بل يستوجب إن يكون مؤكدا.

ثانيا: أن يكون الضرر مباشرا وشخصيا:

[1] - المادة 206 من قانون حماية الصحة وترقيتها تنص على ما يلي: " يجب على الأطباء وجراحي الأسنان والصيادلة أن يلتزموا بالسر المهني إلا إذا حررتهم من ذلك صراحة الحكام القانونية.

[2] - أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه ، الطبعة 2، دار النهضة العربية، القاهرة 2007، ص461.

يسمى الضرر المباشر بالضرر الأصلي وعرفه الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري بأنه: ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه ويعتبر الضرر نتيجة طبيعة إذا لم يكن في استطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول ويجمع هذا المعيار بين الدقة والمرونة [1].

يعتبر الضرر مباشرا في المجال الطبي إذا كان نتيجة مباشرة لعمل الطبيب أو النشاط المرفق الطبي بمعنى أن تكون علاقة سببية مباشرة بين الخطأ أو النشاط والضرر الحاصل.

أما الضرر غير المباشر في المجال الطبي فهو ذلك الضرر الذي لا يكون نتيجة طبيعية لخطا الطبيب أو نشاط المرفق الطبي، وقد استقر المشرع الجزائري [2] على غرار المشرعين الفرنسي والمصري على مبدأ التعويض عن الضرر المباشر في إطار المسؤولية العقدية دون الضرر غير المباشر، أما بالنسبة للمسؤولية التقصيرية فاشترط المادة 1382 من ق.م.ف على انه للتعويض عن الضرر لابد من توافر علاقة السببية بينه وبين الخطأ الصادر من المسؤول.

ويقصد بأن يكون الضرر شخصيا أن يصيب شخصا معينا بذاته كالمريضة التي تصاب بالعقم بسبب خطأ الجراح أو أشخاص معينون بذواتهم كورثة المتوفي، فلا يقبل طلب التعويض إلا إذا قدم من المضرور نفسه أو ورثته في حالة وفاته، أو من له صفة قانونية كالنائب نيابة عن الشخص غير المؤهل قانونا كالشخص الذي لم يبلغ سن الرشد أو الشخص المصاب بعارض من عوارض الأهلية كالمجنون والمعتوه أو السفيه أوذي غفلة[3].

ثالثا: أن يصيب الضرر حقا مكتسبا أو مصلحة مشروعة للمضرور

لا يكفي وقوع الضرر حتى يطالب المضرور التعويض عنه، إنما يشترط أن يمس حقا مكتسبا أو مصلحة مشروعة له غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة، إذ يتمتع الإنسان بعدة حقوق يحميها القانون كالحق في سلامة حياته وجسمه وسلامة ممتلكاته والاعتداء على أي حق من هذه الحقوق

[1]- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 1035.

[2] - المادة182 من القانون المدني الجزائري، المقابلة للمادة 221.من القانون المدني المصري.

[3] - المواد 40 و41 و43 من القانون المدني الجزائري.

يمنح للمضرور الحق في المطالبة بالتعويض شرط أن يكون هذا الاعتداء قد انصب على مركز قانوني جدير بالحماية بمعنى أن كل ضرر يلحق بحق من حقوق الإنسان المحمية قانونا يستوجب طلب التعويض عنه ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك [1].

فكلما انصب الضرر على حق يحميه القانون يحق للمضرور رفع دعوى قضائية للمطالبة بتعويض عن الضرر اللاحق به، كحق الزوجة بالنفقة على زوجها حق مكرس قانونا وشرعا.

يلتزم المسؤول بتعويض من يعيلهم المسؤول المتوفى أو ورثة إذا كانت الوفاة راجعة إلى خطا المسؤول هو ما أكدته المادة 203 [2]من القانون المدني العراقي المقابلة للمادة 1122 من ق.م.ف. كما يحق للمضرور المطالبة بالتعويض إذا كان هناك مساس بمصلحة مشروعة له وتكون المصلحة مشروعة إذا كانت جديرة بحماية القانون ولا تخالف النظام العام والآداب السائدة في المجتمع.

أما إذا كانت المصلحة غير مشروعة مخالفة للنظام العام والآداب العامة فلا تعويض عن المساس بما.يتمتع كل شخص بالحق في سلامته الجسدية والمعنوية وان أي مساس بها من جراء التدخل الطبي أو نتيجة نشاط المرفق الطبي العام حتى ولو كان ضروريا وتم بناء على رضاه الصريح يعتبر من قبيل الأضرار التي يستوجب التعويض عنها[3].

أما إذا استند المضرور في دعوى التعويض إلى الادعاء بحق لا يمكن اعتباره من قبل الحقوق لمخالفتها للنظام العام والآداب العامة، فلا تعد من قبيل الأضرار ولا يمكن المطالبة بالتعويض عنها.

الفرع الثالث: رقابة المحكمة العليا على شروط الضرر

يجب على القاضي أن يبني حكمه على عناصر وشروط الضرر الذي يقضي من اجله بالتعويض وذلك حتى يتسنى للمحكمة العليا مراقبة صحة تطبيق القواعد المتعلقة بالتعويض وباعتبار

[1] - د. عبد العزيز اللصاصمة، المرجع السابق، ص 80- 81.

[2] - المادة 203 من القانون المدني العراقي، تنص على (في حالة القتل وفي حالة الوفاة بسبب الجرح أو فعل ضار آخر يكون من إحداث الضرر مسؤولا عن تعويض الأشخاص الذين كان يعينهم لمصاب وحرموا من الإعالة بسبب القتل أو الوفاة)

[3] - د. عبد الحميد ثروت، المرجع السابق، ص 45.

أن الضرر هو مناط تقدير التعويض،فلابد أن يتناسب هذا التعويض مع الضرر ويقدر بقدره ولا يتبين مدى هذا التناسب إلا بعد تحديد الشروط الواجب توفرها في الضرر حتى يكون مستحقا للتعويض.

وان التثبيت من وقوع الضرر ومداه مسألة واقعية يستقل بها قضاء الموضوع فان تعيين هذا الضرر في الحكم وذكر العناصر المكونة له قانونا والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض. يعتبر من المسائل القانونية التي تهيمن عليها المحكمة العليا لأن هذا التعيين هو من قبل التكييف القانوني للواقع[1].

ويعتبر استيفاء الضرر للشروط الواجب توفرها لاستحقاق التعويض مسالة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا من هذا كون الضرر ماسا بحق أو مصلحة مشروعة وتكيفيه بأنه ضرر محقق حال أو مستقبل أو بأنه احتمالي ووصفه بأنه ضرر مادي أو ضرر معنوي وفي الواقع العملي لا يحددون للضرر شروطه في أحكامهم فلا يتبين نوع الضرر إذا ما كان ماديا ومعنويا مباشر وغير مباشر محققا أو احتماليا متوقعا أو غير متوقع والأمثلة على ذلك هي حيثيات حكم صادر عن محكمة البليدة بتاريخ 2000/05/20 تحت رقم 2000/209 "حيث أن الإخلال المدعي عليها بالتزام تعاقدي ألحق ضررا بالمدعية فيما يتعين القول بأن طلبها الرامي على الحصول على التعويض مؤسسا قانونا..."

فالحكم جاء خاليا من تحديد للضرر الذي لحق المدعى عليها في عناصره وشرطه مما يجعله حكما معيبا قابلا للنقض وقد جاء في هذا الشأن في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2002/07/25 ما يلي:"حيث أن قضاة الاستئناف اكتفوا بحساب الغرامة المحكوم بها من طرف القاضي الاستعجالي فقط، في حين انه وبناء على المادة 471 من ق.إ.م. يلتزم قضاة الموضوع بتحديد الضرر وتقديره قصد مراجعة وتصفية الغرامة".

[1] - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص184.

المطلب الثاني: الضرر في فوات الفرصة

الضرر يقال عادة لا مسؤولية بدون ضرر pas de responsabilité son préjudice فالضرر هو الذي يقدر التعويض بمقداره عادة في المسؤولية التقصيرية أما في المسؤولية العقدية فهناك من يرى أن مجرد إخلال المدين بالتزامه يرتب التعويض دون البحث عما إذا كان الإخلال قد سبب للدائن ضررا غير أن الإخلال بالالتزام لابد أن يترتب عليه الضرر ولو معنوي للدائن.

فلا بد من ثبوت ضرر في المسؤوليتين حتى يستحق التعويض ولا يكفي أن يقع فعل ضار لكي يسال عنه فاعله ما لم يكن قد احدث للغير ضررا وبهذا تتميز المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية وعن المسؤولية الخلقية فالأولى قد تترتب لمجرد النوايا الشريرة ولو لم تبرز نتائجها إلى الوجود ولقد ورد نص المادة 124 ق.م.قاطعا في ضرورة توافر ركن ضرر في المسؤولية التقصيرية حيث قضى بان كل عمل أيا كان يرتكبه المرء بخطئه ويسبب ضررا للغير..."[1]

حيث يعد الضرر ركنا هاما من أركان المسؤولية التقصيرية إذا لا تقوم تلك المسؤولية بدونه بل انه ركن جوهري في المسؤولية عن الفعل الضار "التقصيرية" والضرر هو ما يصيب الشخص في حق من حقوقه مصلحة من مصالحه المشروعة وقد كان الضرر محط اهتمام الفقه الإسلامي ولقد كان حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار" بمثابة الركيزة التي أطلقها الفقهاء في هذا الصدد.

أن إصابة المريض بضرر أثناء عملية العلاج أومن جرائها هي نقطة البداية للحديث عن المسؤولية الطبية فوقوع الضرر يعد عنصرا لازما لإثارة تلك المسؤولية.

يمكن رغم حدوث الأضرار ألا تثور المسؤولية الطبية إذا لم يثبت أي تقصير أو إهمال (خطا) من جانب الطبيب المعالج أو إدارة المستشفى أو العيادة [2].

[1]- د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 162.

[2] - د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 161.

ينبغي توافر ضررين مغايرين للقبول بثبوت ضرر من جراء فوات فرصة ما وهذين الضررين هما:الفرصة الضائعة والضرر النهائي وحين ينعدم هذا الأخير لا يكون ثمة مجال لإثارة الفرصة الضائعة ولا يمكن ادعاء وقوع أية خسارة لكن بثبوت الضرر النهائي مع انعدام السببية الأكيدة بينه وبين الخطأ الطبي الثابت، فانه من المشروع التمسك بضرر حرمان من تلك الفرصة بغرض منح تعويض جزئي للمريض، هنا تبرز ازدواجية الضرر في فوات الفرصة.

نستوجب ازدواجية الضرر لتمييز بين الفرصة الضائعة والضرر النهائي، لأنهما أمرين مختلفين لكن هذا الاختلاف لا يمنع من الربط بينهما وفق علاقة تبعية لها بالغ الأثر في تقدير وجود ضرر فوات الفرصة.

الفرع الأول: ازدواجية الضرر في فوات الفرصة:

تعتبر فوات الفرصة ضررا خاصا بوجود ضررين مختلفين الفرصة الضائعة من جهة أولى والتي تمثل الضرر الأولي أو المحقق المعوض عنه والحالة النهائية للضحية من جهة أخرى والتي تمثل الضرر النهائي.

أولا: الضرر الأولي أو المحقق : الفرصة الضائعة

يقتضي تحديد مفهوم ضرر الحرمان من الفرصة تعبير عن بعض الحالات الأخرى، كما لا يكفي الادعاء بتوافر الفرصة للحصول على التعويض بل لابد أن يتوصل القاضي وفق سلطته التقديرية إلى اعتبار ذلك الضياع ضررا محققا حتى تتمكن القول بوجود الفرصة.

أ- تمييز فوات الفرصة عن بعض الحالات الأخرى: تتميز فوات الفرصة عن بعض المفاهيم القانونية مثل الفرضية [1] وحالة التعرض للخطر [2].

[1] - د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، التعويض عن تفويت الفرصة، القسم الأول، المرجع السابق، ص 101-105.

[2] - د. عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 2006 ص 104.

تمييز فوات الفرصة عن الفرضية: يشترك كل من فوات الفرصة والفرضية في عنصر الصدفة إلا أن الفرضية ولا يمكن إثبات تحقيقها بدلا من فرضية أخرى أما الفرصة فهي من مجال الاحتمالات هذه الأخيرة تسمح بجعل الضرر أكيد بإسناد نسبة معينة من احتمال تحققها من عدم ذلك عندما يكون هذا الضرر مجرد فرضية.

تمييز فوات الفرصة عن التعرض للخطر: يمكن اعتبار حالتي التعرض للخطر وفوات الفرصة حالتين متماثلتين تخضعان لنفس القواعد لان في كلتا الحالتين يكون الفعل الضار قد منع الضحية من التمتع بالنتيجة الموجودة من السير العادي للأمور مع عدم إمكانية التحديد الدقيق للسبب الحقيقي لهذا المساس والذي قد يكون نتيجة للصدفة أو الفعل الضار أو عوامل أخرى غير معروفة.

- يعني الخطر إمكانية تحقق واقعة سلبية أما فوات الفرصة فهي تمثل احتمال تحقق واقعة ايجابية فهي نظر لبعض أن استعمال عبارة "بسبب الحادث ضيع الأولياء فرصة الحصول على مساعدة من ابنهم "ليس صحيحا" بل الأدق القول انه بسبب الحادث الذي تعرض له الابن هناك خطر على الأولياء في عدم الحصول على المساعدة لكن اعتبرت الأكاديمية الفرنسية العبارة الأولى صحيحة.

- تميز م.ن.ف. بين حالة فوات الفرصة والتعرض للخطر والتي رفضت كل طلب يتضمن تعويض الضرر الاحتمالي فقد قضت في قرارها الصادر بتاريخ 16 جوان 1998 انه إذا كان الخطر أكيد فهذا غير كاف للأكيد بنية فوات الفرصة فالضرر الناتج لا يعتبر سوى ضرر احتمالي.

- يكون تعويض الخطر تعويضا إجماليا كان خطرا حقيقيا وكانت الخسارة المترتبة عن تحققه جسيمة.

- أما في المسؤولية الطبية فان الأمر ليس بهذه البساطة إذا يصعب وضع خط يفصل بين فوات الفرصة والتعرض للخطر بسبب نقص في الإعلام حول إمكانية تحققه وهذا راجع لتعقد جسم الإنسان إذا عادة ما يتم تعويض التعرض للخطر عن طريق فكرة فوات الفرصة ومنح تعويض جزئي للضحية.

- تطلق كلمة فرصة ليس فقط على طريقة وإمكانية تحقيق أمر واقعة ما بل تطلق أيضا على الواقعة القابلة للتحقق ذاتها غالبا ما يكون المقصود بها حدث سارا أو مرغوبا فيه على الواقعة القابلة للتحقق ذاتها التي غالبا ما يكون المقصود بها حدث سارا ومرغوبا فيه والي يمثل في مجال القانون الكسب الاحتمالي المأمول تحقيقه.

ثانيا : الضرر النهائي أو الاحتمالي: الحالة النهائية للضحية

الضرر الاحتمالي أو الكسب الاحتمالي الذي كان يريد المدعي تحقيقه أو تجنبه قد يكون ايجابيا بتحقيق كسب ما وقد يكون سلبيا يتجنب خسارة معينة وبطبيعة الحال يجب أن يكون محتملا أو ممكن التحقق أي يتوافر فرصة أو فرص ترجع تحقيقه فهو يختلف في المسؤولية المدنية وكذلك يختلف في المسؤولية الطبية.

أ- الضرر الاحتمالي لفوات الفرصة في ظل المسؤولية المدنية: يترتب على فقدان الفرصة التي تسعى إلى تحقيق كسب ايجابي في عدة صور وتطبيقات للضرر الاحتمالي بما فيها خسارة متنازع فيه[1].

1- خسارة حق متنازع عليه: تتمثل الصورة التقليدية لفكرة فوات الفرصة في إطار المسؤولية المدنية في فوات فرصة ممارسة حق التقاضي إذ صدر أول قرار في هذا الشأن سنة 1989 بسبب تقاعس الوكيل في تقديم الطعن في الميعاد القانوني مما افقد الموكل حق من حقوقه وخسر بالتالي القضية تعد هذه الخسارة ضررا احتماليا نظرا لعدم ثبوت علاقة سببية مباشرة وأكيدة بين خطا الوكيل وخسارة القضية التي تعكس الحالة النهائية التي يتواجد فيها المضرر أو يتم التعويض عن فوات الفرصة في تقديم حق الطعن باعتباره ضررا محققا ولو لم تكن نتيجة الطعن مضمونة[2].

لا يجد قاضي الموضوع صعوبة في تقسيم الأخطاء المرتبكة من الوكيل وكذا في منح التعويض عن فوات فرصة ممارسة حق الطعن مثلا لأن ذلك يدخل ضمن تخصصه ولا حاجة للجوء إلى الخبرة

[1] - د. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية للمحامي اتجاه العميل، مجموعة رسائل الدكتوراه، مصر، دس، ص 87.

[2] - د. محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 90.

لتقسيم الفرصة الضائعة فهو يدرس بنفسه ملفاه القضية فإذا تبين له أن القضية كانت ستؤول لصالح المدعى قضا له بالتعويض عن فوات الفرصة أما إذا تبين له عكس ذلك فلا يحكم بالتعويض [1].

2 - فقدان مركز دراسي أو مهني: يظهر الضرر الإجمالي الذي لحق بالمدعي من ضياع الفرصة في حرمانه مما كان ينتظر حصوله من شهادة علمية أو دورة تدريبية تمكن من الالتحاق بمهنة معينة أو تسمح له بتحسين مركزه الوظيفي أو تمنحه ترقية أو ميزة في عمله.

يتميز الضرر الاحتمالي المرتب على فقدان مركز دراسي أو مهني ببعض الصعوبات التي تكتنفه والتي ترجع إلى دقة وصعوبة تقدير وتحديد درجة احتمال هذا الضرر، غير فوات الفرصة وإضاعتها يصعب التكهن بها وتحديدها وإظهار دور في إحداث الضرر الأمر الذي يتعذر معه تحديد مدى احتمال الضرر ورجحان تحقيقه نتيجة تفويت الفرصة.

3 - الحرمان من المساعدة أو الإعالة:

عند الحديث عن المساعدات المالية والعينية التي يحصل عليها بعض الأشخاص من ترتيب لهم والذي توفي اثر حادث فان وفاته تؤثر على مركز هؤلاء الأشخاص مما يرتب حرمانهم من تلك المساعدة والإعالة.

لكن أشكال يثور عند ادعاء بعض الأشخاص أن المتوفي في الحادث كان سيساعدهم في المستقبل لولا تعرضه لذلك الحادث، وبتعبير آخر يدعون إصابتهم بضرر في المستقبل والذي يتمثل في حرمانه من قيام المضرور في حرمانهم من قيام المضرور بمساعدتهم نتيجة وفاته.

يعتبر هذا الضرر ضررا مستقبليا لأنه لا يوجد ما يؤكد تحققه كما أن الحرمان منه قد يكون نتيجة لسبب أخر حتى لو يقي الشخص على قيد الحياة ، لذا بتقى هذا الضرر مجرد ضرر احتمالي

[1] - د.سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، مطبعة الجيلاوي، مصر، 1971، ص 140.

الأمر نفسه عندما يدعى المضرور إن الضرر سوف يتفاقم في المستقبل وذلك نتيجة لما كان متوقعا من تحسن في مركز المالي ومدى تأثير ذلك على إعادته ولو ظل على قيد الحياة[1]

ب - الضرر الاحتمالي في فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية:

يبرز الضرر الاحتمالي عند إثارة فوات الفرصة في المجال الطبي سواء في صورة تحقق الخطر الذي كان يريد المريض تجنبه وراء التدخل الطبي أو في صورة الولادة أو الولادة المعاقة

1- تحقق الخطر: يظهر الخطر عادة في العجز أو الوفاة أو في انتقال العدوى بصفة خاصة وهناك عدة حالات أخرى للضرر الاحتمالي يعكس التعويض عن فوات الفرصة[2]

*** تحقق خطر العجز أو الوفاة:** في المجل الطبي يبرز أكثر التمييز بين الضرر الأولي والضرر النهائي فعبارة الحالة النهائية للضحية تشمل حالته الصحية النهائية (العجز المؤقت أو الدائم) وكذا وضعية ذمته المالية.

هذه الحالة النهائية التي يتواجد فيها المريض بعد التدخل الطبي لا يمكن إسنادها للخطأ الطبي مادام أن الشك يطغى على علاقة السببية إذا يتم التمسك بفوات الفرصة في الشفاء أو في البقاء على قيد الحياة أو في الحصول على نتائج أفضل متى كان الشفاء أمر يحتمل تحققه أي يتوافر فرص ترجح تحقيقه.

عندما يتجسد الخطأ الطبي في إخلال الطبيب بالتزامه وإعلامه حول إمكانية وقوع خطر ما فإن الضرر النهائي الذي يسعى المريض إلى تجنبه هو الآلام الناتجة عن تحقق الخطر الإصابة بالضرر الجسماني "نتيجة الخطر الذي لم يعلم بإمكانية وقوعه[3].

[1] - د. إبراهيم أبوا الليل الدسوقي ، تعويض تفويت الفرصة، المرجع السابق، ص 80.

[2]- د. إبراهيم أبو الليل الدسوقي ، المرجع نفسه، ص 101- 104.

[3]- د. عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 100.

وما دام أن هذا الضرر النهائي لا تربطه بالخطأ الطبي علاقة سببية مباشرة فلا يتم التعويض عنه بل يتم التعويض فقط على فوات فرصة تجنب الخطر باعتباره الضرر المحقق وذلك متى سمحت حالة المريض الصحية بالاختيار بين قبول أو رفض التدخل الطبي.

*** تحقق خطر العدوى:** من بين الحالات التي يكون فيها تفويت الفرصة واضحا هي الحوادث والأخطاء المتعلقة بعمليات نقل الدم. فرغم التطور الذي شهدته عمليات نقل الدم باعتبارها علاجا لبعض الأمراض إلا أنها ظلت غير أمنه من الحوادث والأمراض التي قد تصيب كل من المريض والمتبرع على حد سواء ولتفادي النقل العشوائي للدم، وحفاظا على صحة وسلامة المرضى والمتبرعين عملت تشريعات الدول كفرنسا والجزائر مثلا[1]، على تنظيم عمليات نقل الدم التي لا تتم إلا وفق شروط قانونية محددة بما فيها الرضا المتبصر للمريض، وتحديد مسؤولية كل طرف متدخل في عملية نقل الدم، حتى تتمكن المريض من الحصول على التعويض.

*** ضرر الولادة أو الولادة المعاقة:** حسم القضاء الفرنسي في مسالة مدى اعتباره لولادة ضررا معوضا عنه قانونا والتي حاولت الأم التخلص منها بفعل الإجهاض وذلك بالنفي رغم ثبوت خطا الطبيب وفشلت أثناء التدخل الجراحي فقد عبر مجلس الدولة الفرنسي عن موقفه اتجاه هذه المسالة في قراره الصادر بتاريخ 02 جويلية 1982.

أما الولادة لمعاقة فيتم التعويض عنها سواء كانت ناتجة عن فشل في عملية الإجهاض أو عنف وإكراه تعرضت له الأم وأصاب الطفل بالإعاقة، وذلك بحجة لولا هذا الخطأ فان المولود كان يتمتع بكل الفرص في الولادة بدون إعاقة إذن الإعاقة هي التي تشكل ضررا معوضا منه ليس الولادة في حد ذاتها.

أما الإسقاط العلاجي للحمل فقد تلجا إليه المرأة الحامل في أية مرحلة من مراحل الحمل ويشترط فيه إفادة طبيبين متخصصين وان متابعة الحمل قد يهدد صحة المرأة الحامل أو هناك احتمال

[1] - كان التشريع في فرنسا باعتباره نموذج تشريعي ثري جدا بهذا المجال أو القانون المنظم لعملية نقل الدم وكان ذلك بموجب قانون 52/ 854 المؤرخ في 27/ 1952/07، يطلق عليه استعمال علاج بشري الذي أدرج بعد نظام ضمن قانون الصحة العمومية في مواد 666 إلى غاية677.

كبير على إن الطفل سيولد مصابا بعاهة جسيمة [1].يتمثل في الضرر النهائي الاحتمالي عند حرمان الأم من ممارسة حقها في إسقاط الجنين في مجيء المولود إلى الحياة وهو مصاب بإعاقة فالمسالة المطروحة ليست مسالة تفصيل موت الطفل بدلا من بقاءه على قيد الحياة بل مسالة هي مسالة الإعاقة التي سيحمل الطفل والأولياء عبئها طوال حياته.

2- الفقدان المؤكد والنهائي للكسب المحتمل:لكي يتحقق فوات الفرصة باعتباره ضررا محققا واجب التعويض يجب ان تكون فرصة تحقق لنتيجة المرجوة قد فات على المضرور بصفة مؤكدة ونهائية بحيث يحرم نهائيا من الكسب الذي كان يتمله .

زيادة على توافر نسبة الاحتمال في إمكانية تحقق الفرصة، لابد ان يتبع ذلك التأكيد ضياع النتيجة المرجوة من الضحية من خلال السير العادي للأمور بمعنى ضياع الشفاء الذي ينتظره المريض من خلال قبوله للتدخل الطبي فلا يقع التأكيد على النتيجة المرجوة في المستقبل بل على ضياعها وانها لن تظهر في المستقبل.

في حالة تحقق الفقدان المؤكد والنهائي للكسب يرد اليقين على العكس ما كان محتملا أومرجحا في عدم تحقيق لخسارة المأمول تجنبها كتوقي مرض معين وما يترتب عليه من الشفاء أو البقاء على قيد الحياة ويمثل اليقين هنا في وقوع خطر لعجز أو الوفاة الذي اصبح نهائيا بعدما كان قبل التدخل الطبي أمرا محتملا[2]

الفرع الثاني: تبعية الضرر الأولي للضرر النهائي

لا يمكن إثارة ضرر حرمان من تحقق فرصة ما إلا بعد تحديد الحالة النهائية تعاني منها الضحية لأنها تمثل الضرر الواقعي والملموس ويفهم من ذلك إن الفرصة الضائعة مرتبطة بالضرر النهائي

[1] - المادة 2213 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

[2] د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق ، ص:124.

بموجب علاقة تبعية خاصة عندما يتعلق الأمر بمهمة إضفاء التأكيد على ذلك الضياع مما يجعله محققا.

أولا: الفرصة الضائعة ضرر محقق بالنظر إلى الضرر النهائي: يستند التعويض عن فوات الفرصة على احتمال أو تأكيد في أن واحد إلا أنهما من طبيعة مختلفة بمعنى يقعان على أمرين مغايرين إذا من المحتمل ان الفرصة الضائعة سوف تتحقق وان الشفاء قد ضاع على المريض بصفة أكيدة مما يلحق به ضررا.

*** توافر الاحتمال في الفرصة:**

يتمثل الضرر الذي يلحق المضرور في تفويت الفرصة في حرمانه وسيلة أو فرص تحقيق كسب معين بصفة عامة أو تحقيق الشفاء في المجال الطبي وإذا ربطنا بين الضرر المحقق والضرر الاحتمالي فالأول يتكون من فوات الفرصة على المريض من ربطنا بين الضرر المحقق والضرر الاحتمالي أي فرص الشفاء أو فرص تجنب التعرض للخطر[1] ،ولتعويض الضرر المحقق لابد أن تتوفر هناك جدية ومشروعية لتحقيق الكسب، وان يلحق بالمضرور من جراء الفقدان المؤكد للفرصة الموجودة تحقيقها لولا الخطأ الثابت.

إن توافر الاحتمال في إمكانية تحقق الفرصة الضائعة يستند لضرر فوات الفرصة صفة الضرر المحقق، وقد أكدت عن ذلك الغرفة الجزائية لمحكمة النقض الفرنسية يتقررها ما يلي : ضرر المتمثل في فوات الفرصة يمكن أن يكون مبار أو أكيد في كل مرة يثبت فيها ضياع عن طريق الفعل الضار احتمال تحقق واقعة ايجابية مع العلم ان تحقيق الفرصة لا يكون دائما أمرا أكيدا.

ثانيا: طبيعة الضرر النهائي لتحديد الضرر الأولي: يسمح الإسناد أو الإحالة إلى الضرر النهائي بتحديد خصائص الضرر الأولي والذي يمكن أن يشكل ضررا حالا أو مستقبليا ويلحق مساس

[1] - د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق ، ص:108.

بالضحية من عدة أوجه ذلك تناسبا الحالة النهائية التي تتواجد فيها مما يعكس طبيعة ضرر فوات الفرصة.

*** فوات الفرصة ضرر حال أو مستقبلي :**

1- **فوات الفرصة ضرر حال:** يعرف الضرر الحال انه ذلك الضرر الذي ثبت حدوثه على اثر وقوع الفعل الضار وأصبح محققا[1] وحين ضياع الفرصة أكيدة فان ذلك يجعل من فوات الفرصة ضررا حالا مادام أن آثار الضياع قد ظهرت في الوقت الحاضر أي تحقق الضرر النهائي وتعتبر أخر بعد التحقق من وقوع الضرر النهائي أو الاحتمالي أصبح ضياع الفرصة ضياعا نهائيا.

2- فوات الفرصة ضرر مستقبلي: يشكل فوات الفرصة ضرر مستقبلي عندما تظهر الفرصة قد يتحقق في المستقبل وهذا لا يمنع تعويضا متى ثبتت الفرصة أنها حقيقية وجدية بمعنى أخر يجب أن يتوافر الضرر المستقبل عنصر التحقق حتى يحكم القاضي بالتعويض ويظهر فوات الفرصة كضرر مستقبلي عندما يتعلق الأمر بفوات فرصة النجاح الوظيفي أو فوات فرصة تلقي الإعانة أو المساعدة ومثال إعطاء التخدير جرعة مخدرة زائدة ترتب عليها شلل الابن الذي كان يأمل الوالدين أن يرعاهما في شيخوختهما.

[1] - د. علي علي سليمان ، المرجع السابق، ص:193.

المبحث الثاني: طرق تقدير التعويض

تهدف السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في إثبات حرمان المضرور من فرصة ما الى الحكم بتعويض مناسب لذلك الضياع، وبتعبير أخر كلما توافرت في الفرصة نسبة احتمال كافية لتحققها لولا الخطأ الثابت، اعتبر ضياعها ضررا أكيدا و محققا يستوجب التعويض لجبر الضرر.

و السؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو كيف يمكن ترجمة ضياع الفرصة إلى مقدار مالي؟ هنا يكمن الغموض الذي تتميز به نظرية فوات الفرصة، و من اجل ازالة هذا الغموض، لجا القضاء النقض الفرنسي إلى التمسك بمقدار التعويض المناسب للضرر النهائي، و ربطه بنسبة احتمال تحقق النتيجة الموجودة كطريقة مثلى للتعويض عن فوات الفرصة لكن قضاة الموضوع اتبعوا طرق أخرى لتقدير التعويض عن فوات الفرصة مما جعل الفقه يتساءل عن طبيعة التعويض.

تبرز خصوصية ضرر فوات الفرصة عند التطرق إلى كيفية تقدير التعويض[1] المناسب له، اذ تتم طريقة التعويض في احتمال تحقق الفرصة لولا الخطأ الطبي حيث كان القضاء الفرنسي يرفض التعويض عن تفويت الفرصة باعتبار ان الضرر فيما ليس محققا لأنه لا يمس حقا ثابتا، و انما هو مجرد امل خاب تحققه[2]، غير ان هذا القضاء قد اخذ فيما بعد التعويض عن مجرد فوات الفرصة في احوال عديدة. كما في حالة محام يقتصر في رفع استئناف عن الحكم الابتدائي حتى يسقط ميعاد استئنافه أو ان يتسبب حادث في منع طالب من الدخول امتحان أو في مسابقة أو يفوت حادث قتل خطيب فرصة الزواج على خطيبته لا سيما ان اجل الزواج كان قريبا.

ما قضت به محكمة النقض المصرية في إحالة موظف إلى التقاعد قبل بلوغ سن التقاعد و دون مسوغ مما فوت عليه فرصة الترقي إلى درجة اعلي.

[1]-علي علي سليمان: المرجع السابق، ص 179.

[2] سليمان مرقس، الوجيز في نظرية الالتزام، القاهرة سنة 1961، الطبعة الثانية- بند 28، ص 37.

اقر القضاء الفرنسي ان فكرة التعويض عن تفويت فرصة الشفاء أو البقاء على المريض حيث ان رابطة السببية بين الخطأ الذي اقترفه الطبيب و الضرر الذي حاق بالمريض ركنا اساسيا في المسؤولية المدنية بصفة عامة و في المسؤولية الطبية بصفة خاصة ، و ينبغي على المدعي اثبات توافر علاقة السببية تجعل من الأول علة و الثاني سببا لوقوعه ومن جهة ثانية اذ كان التعويض أصبح مسلما به الفقه و في القضاء فليس في تلك الأحكام تعويض عن تفويت الفرصة.[1]

حيث ان التعويض عن فقدان أو تفويت الفرصة يتصل بمركز الضرر، و يقضي الخطأ الى تبديد احتمال تحقيق كسب أو تجنب خسارة بحيث لا يمكن إلى الأبد ما اذا كان الضرر سيتحقق و يقبل التعويض ما لحق المريض من خسارة و ما فانه من كسب كقولك الأضرار الأدبية التي لحقته. الا ان الضرر الذي يؤخذ في الحسبان هو الضرر المباشر.

و يراعى في تقدير التعويض ظروف الملابسة للمضرور، كحالته الجسمية و الصحية و ظروفه العائلية و المهنية و حالته المالية.

المطلب الأول: أنواع ومصادر تقدير التعويض

يحدد مبلغ التعويض الذي يسمح للمضرور طبقا للقواعد العامة أما باتفاق طرفي العقد على مقدار مسبقا هو ما يسمى بالشرط الجزائي. وإما أن يحدد بموجب نص قانوني وفي حالة عدم تحديد مقدار التعويض لا اتفاقا و لا قانونا يتحدد بمقتضى حكم قضائي ويستند القاضي عند النظر في الدعوى و تقدير مبلغ التعويض الممنوح للمضرور إلى معايير معينة.

الفرع الأول: مصادر التعويض

قد يتفق الأطراف أثناء إبرام العقد أو في اتفاق لاحق على تحديد مقدار التعويض الذي سيدفع المضرور نتيجة إخلال المدين بتنفيذ التزامه التعاقدي. كما قد يحدد مبلغ التعويض بموجب

[1] -د. اسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 421.

نص قانوني، و إذا لم يحدد مبلغ التعويض لا من قبل الأطراف و لا من قبل القانون يتولى القاضي تحديده.

1 - التقدير الإتفاقي: أجاز المشرع الجزائري على غرار المشرع المصري لطرفي العقد للاتفاق مسبقا على تحديد مبلغ التعويض، و ذلك بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق و الذي يجوز للمتعاقدين طبقا للمادة 183[1] من (ق.م.ج) ان يجرا مسبقا قيمة التعويض بالنص عليها في العقد المبرم بينهما أو في اتفاق لاحق ابرام العقد على ان تراعى أحكام المادة 176 [2] من نفس القانون و يشترط ان يتم الاتفاق قبل وقوع الإخلال بالالتزام.

ونقصد بالشرط الجزائي ذلك الاتفاق الموجود بين المتعاقدين مسبقا حول مقدار التعويض الواجب أداؤه اذا اخل المدين مستقبلا بالتزامه بعدم تنفيذه أو بالتأخير في تنفيذه، و شرط لاعتبار هذا الاتفاق شرطا جزئيا أن تتم قبل الإخلال بالالتزام، أما لو تم بعد ذلك فانه يعتبر اتفاقا على تعويض مستحق بالفعل.

لا مجال للحديث ان الشرط الجزائي في مجال المسؤولية الطبية. لان المريض لو رأوده الشك بان الطبيب لن يجري له عملية الجراحية في اليوم المحدد لفصل الاتفاق مع طبيب اخر، لان من شان هذا التأخير ان يؤدي إلى فقد المريض اثمن ما يملك و هي الصحة و الحياة.

2- التقدير القانوني: قد يكون مصدر تقدير التعويض في المسائل الاقتصادية للنص القانوني و هذا ما نستخلصه من المادة 186[3] من ق.م.ج التي نصت على تعويض الضرر اللاحق بالمضرور بسبب تأخر المدين في تنفيذ التزامه.

---

[1] - المادة 183 من القانون المدني الجزائري: " أن يحدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد..."

[2] - المادة 176 من القانون المدني الجزائري: " اذا استحال على المدين ان ينفذ الالتزام عينا، حكم عليه بتعويض الضرر التام عن عدم تنفيذ التزامه ان استحالة التنفيذ نشأت عن سببيه".

[3] - المادة 186 من القانون المدني الجزائري: تنص على : "إذا كان محل الالتزام بين الأفراد مبلغا من النقود غير مقدرة وقت رفع الدعوى و تأخر المدين في الوقاية فيجب عليه أن يعوض الدائن".

التزام الطبيب في العقد ليس مبلغا من النقود بل هو اتفاق بينه و بين المريض على ان يقوم بعلاجه في مقابل اجر معلوم[1] كما يمكن ان يؤدي تأخر الطبيب في علاج المريض الى اصابته بأضرار تمس سلامته الجسدية، و مهما كان المبلغ التعويض الذي سيمنح له بسبب التأخر لن يغطي حجم الأضرار اللاحقة به.

من غير المجال الطبي حدد المشرع الجزائري مقدار التعويض في بعض القوانين الخاصة ، فنجد مثلا قانون رقم 83-13[2] المتعلق بحوادث العمل و الأمراض المهنية حدد التعويضات التي تمنح المضرور من قبل هيئات الضمان الاجتماعي بسبب المرض و العجز الكلي المؤقت أمام غياب أي نص قانوني صريح سواء في مدونة أخلاقيات الطب أو قانون حماية الصحة ترقيتها يحدد مقدار التعويض الذي سيمنح للمضرور سواء عن العجز الجسماني أو الضرر الجمالي و ألتألمي اللاحق بالمريض بسبب خطأ المسؤول.

الفرع الثاني:أنواع التعويض

أولا: التعويض العيني: يقصد به إلزام المدعي عليه بتنفيذ الالتزام الذي تأخر في تنفيذه أو اخل به أو امتنع عن تنفيذه من اجل اعادة الحالة إلى ما كانت عليه عما قبل وقوع هذا الإخلال أو الفعل الضار[3] لكن الأصل والتنفيذ العيني وهو ما أكدته المادة 164[4] من (ق.م.ج) يحكم به القاضي بناء على طلب الدائن أو المدين، فلا يجوز للدائن و هو المريض المضرور شخصيا أو ذويه في حالة وفاته أو بطلب التنفيذ بمقابل، اذا أبدى المدين هو الطبيب أو المستشفى استعداده للتنفيذ العيني. و اذا طلب المريض بتنفيذ بمقابل، و لم يكن التنفيذ الغيني مرهقا للمدين، يحكم القاضي به، يتم اللجوء إلى التعويض العيني أذا كان التنفيذ العيني مستحيلا فهو جوازي للقاضي.

---

[1] -د/ عبد الرازق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 19-20.

[2] -قانون رقم 83-13 المتعلق بحوادث العمل و الامراض المهنية مؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق ل 1983/07/20 الجريدة الرسمية عدد 28 عام 1983.

[3] -د/ حسين علي الذنون، مرجع سابق ص 36.

[4] - المادة 164 من القانون المدني الجزائري: " يجبر المدين بعد اغذاره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه".

يجد التنفيذ العيني مجاله في المسؤولية العقدية و لا وجود له في المسؤولية التقصيرية وهو ما تطرق إليه المشرع الجزائري في المواد 164 الى 175، التي تتعلق بكيفية تنفيذ الالتزامات العقدية و لا نجد أية إشارة توحي الى تطبيق هذه الأحكام على المسؤولية التقصيرية.

ثانيا : التعويض بمقابل: كون التعويض العيني أمرا عسيرا في مجال المسؤولية الطبية، فغالبا ما يكون التعويض بمقابل بصفة خاصة على شكل نقدي[1] في التعويض الا انه يكون غير نقدي.

أ-التعويض النقدي: يعتبر الصورة الغالية في التعويض عن المسؤولية التقصيرية و يتمثل في المبلغ المالي الذي يقدره القاضي لجبر الضرر اللاحق بالمضرور سواء كان الضرر ماديا أو معنويا و يدفع التعويض النقدي دفعة واحدة الا انه يجوز ان يدفع على شكل اقساط أو ايراد مرتب لمدة معينة أو مدى الحياة و يجوز للقاضي ان يلزم المدين بتقديم تامين أو يأمر بان يودع مبلغا كافيا لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به و هذا عليه الفقرة الأولى من المادة 132 من ق.م.ج بنص مما يلي " كما يصح ان يكون ايرادا مرتبا و يجوز في هاتين الحالتين الزام المدين بان يقدم تامينا.

1- التعويض بدفعة واحدة: يفضل المضرور الحصول على مبلغ التعويض دفعة واحدة و هذا ما يمنح له حرية التصرف بالمبلغ المتحصل عليه إلا أن المدين هو مرتكب الفعل الضار يفضل ان يكون المبلغ الذي سيدفعه للمضرور على شكل أقساط أو إيراد مرتب مدى الحياة مما يسهل له الدفع أو ربح المدة المتبقية إذا ما توفى المريض. وقد ثار خلاف حول إمكانية استقطاع جزء من المبلغ الإجمالي لمصلحة المدين و في هذا الصدد قال الفقيه "جان بدور " أن هناك أحكام قضائية مستقرة تجيز مثل هذا الاقتطاع، فضلا أن قواعد القانون والعدالة تقتضي وبرره ذلك انه حصل المضرور علة مبلغ التعويض دفعة واحدة ومات بعد مدة قصيرة من حادث جديد فان المسؤول يتعرض إلى خسارة كبيرة وذلك بخلاف ما إذا كان التعويض يدفع على شكل إيراد مرتب إذا يتوقف لهذا الإيراد بمجرد موت المضرور، و لذلك فمن العدالة اخذ هذا الاحتمال بعين الاعتبار و تعويض عن مثل هذا الخطر بإعطائه الحق في استقطاع جزء من مبلغ التعويض و تطبيق هذا الرأي في المجال الطبي إذا ما تعرض المريض إلى

[1] -د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 132.

كسور في ذراعيه و نتيجة لسوء وضع الجبس من طرف الطبيب المعالج أصيب بتعفن استلزم بترها، فحكم على الطبيب بان يدفع للمضرور مبلغ التعويض دفعة واحدة عن مجمل الأضرار المادية و المعنوية.

2- التعويض المقسط: يحكم القاضي على المدعي عليه و هو الطبيب أو المستشفى بدفع تعويض للمضرور على شكل إقساط خلال مدة معينة، حتى يشفى المضرور من أصابته كما لو كسرت ساق المريض نتيجة سقوطه فوق طاولة العمليات وهو تحت التخدير فتستوجب هنا الإصابة مكوثه بالمستشفى للعلاج لفترة زمنية معينة، مما يعطله عن العمل خلال تلك الفترة، و هذا سيعرقله عن دفع تكاليف العلاج و متطلبات المعيشة بسبب عدم قدرته عن العمل فبالرجوع إلى الفقرة من المادة 132 السالفة الذكر انه يعين القاضي بسلطة تقدير طريقة للتعويض دون أن يوقف طلب المضرور فالتعويض المقسط هو صور التعويض النقدي يدفع على شكل إقساط تحدد مددها، و يعين عددها كان تدفع أسبوعيا أو شهريا و أن تكون عدد الدفعات عشرة أو خمسة عشرة دفعات حتى يشفى من أصابته وتمثل مجموع هذه الدفعات التعويض المحكوم به على المسؤول، و يلتزم هذا الأخير بدفع تلك الأقساط في أوقاتها و يتم استيفاء التعويض بدفع قسط أخر منها.[1]

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 132 المذكورة أنفا انه يجوز للقاضي أن يطلب من المدعي عليه أن يقدم تأمينا و ذلك في حالتي التعويض المقسط و الإيراد المرتب وطلب القاضي عليه تقديم تامين[2] حيث نصت المادة 02 من أمر رقم 95-07 على أن التامين في المادة 619 من ق.م.ج عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بان يؤدي إلى المؤمن له أو الغير المستفيد الذي اشترط لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي أداء مالي آخر في حالة الخطر المبين في العقد و ذلك مقابل قسط أو أية دفوع مالية أخرى.

[1]- د/ عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص 194.

[2]- يجوز التامين في صورة كفالة فيتقدم شخص أخر أجنبي.

3- التعويض في صورة إيراد مرتب: يحكم القاضي على المسؤول بدفع تعويض للمضرور على شكل إيراد لمدى الحياة في حالة إصابته بعجز دائم سواء كان كليا أو جزئيا كما لو قام الطبيب بخطأ باستعمال كلية المريض أو بتر ساقه السليمة بدلا من المريضة فأصيب بعجز جسماني دائم اقعده عن العمل، و ما صاحب لهذا العجز من نقص ذمته المالية. فيحكم لصالح المضرور بإيراد مرتب لمدى الحياة، و هو صورة من صور التعويض النقدي يدفع للمضرور على شكل إقساط تحدد مدتها و لكن لا يعرف عددها، فإذا يدفع الإيراد ما دام صاحبها على قيد الحياة و لا ينقطع الا بموته[1]، و نظرا لكون المسؤول هو المدين بهذا التعويض المقسط أو الإيراد المرتب و لما كان الدين للترتب في ذمته يبقى لمدة طويلة، اي طوال حياة المضرور.

-يتمثل هذا التأمين في مبلغ نقدي و يدفع إلى شركة التأمين من قبل المسؤول لتقوم بدورها بتحويله إلى المضرور في صورة دفعات مقسطة في حالة التعويض المقسط أو الإيراد المرتب لمدى الحياة و يكون بمثابة التامين للدائن.

ب- **التعويض غير النقدي:** يتمثل التعويض غير النقدي ، فيما تقضي المحاكم في دعاوى السب والقذف بنشر الحكم الذي قضى بإدانة المدعي عليه في الصحف فهذا النشر و يكون تعويضا غير نقدي عن الضرر الأدبي و هذا ما أكده المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 132[2]السالفة الذكر بنصها: أو أن يحكم و ذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع.

وتطبق الفقرة الثانية من المادة 132 من ق.م.ج على المجال الطبي يظهر في حالة ما إذا قام الطبيب بفحص مريضة فاخبر أفراد عائلتها كذبا بأنها حامل، فرفعت شكوى ضد الطبيب بسبب الكذب فصدر حكم بإدانته فتقضي المحكمة بنشر هذا الحكم في الصحف و يعتبر هذا النشر تعويض غير نقدي عن الضرر المعنوي اللاحق بالمريضة.

تبقى النقود في مجال المسؤولية الطبية الوسيلة و الصورة الغالبة لتقويم و إصلاح الأضرار.

[1] -د/ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص230.

[2] -استبدال المشرع الجزائري جملة " بأداء معين " الواردة في الفقرة الثانية من المادة 171 (ق.م.ج) بجملة "أداء الإيرادات ".

المطلب الثاني: طريقة التقدير المضاعف لفوات الفرصة

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

يتحدد مقدار التعويض عن فوات الفرصة في قيمة الصفقة الضائعة و ليس بمقدار الفائدة الموجودة منها لو تحققت،وأكد القضاء الفرنسي على هذا المبدأ في أكثر من مناسبة، بهذه الطريقة يكون القضاء بلغ حد أقصى لقيمة التعويض عن فوات الفرصة الذي يجب أن يكون أعلى من القيمة التقريبية للفرصة الضائعة في حد ذاتها. ولا مساويا لقيمة التعويض عن الضرر النهائي اللاحق بالمضرور.

هذه المحدودية المجسدة في قيمة الفرصة تعكس مرة أخرى خصوصية نظرية فوات الفرصة باعتبارها فكرة تقوم على وجود ضررين مغايرين لكنهما مرتبطان إلا أن الضرر الأكيد الذي يتم تعويضه هو الضرر فوات الفرصة فقط دون تعويض الحالة النهائية التي يتواجد فيها المريض و تقوم على أساس مرحلتين هما:

1- **المرحلة الأولى:** يقوم القاضي فيها بحساب تقدير الضرر النهائي و الذي يتمثل في كسب الأصلي الاحتمالي الذي حرم منه المضرور بسبب فوات فرصته.

2- **المرحلة الثانية:**يتم فيها تحديد قدر الأهمية و ما كان مهيأ لها في تحقيق النتيجة الموجودة من خلال التدخل الطبي، و يمثل ذلك القدر من الكسب " القيمة الذاتية للفرصة الضائعة والذي يعكس دائما جزءا من الضرر النهائي و يتحدد هذا الجزء استنادا إلى نسبة احتمال رفض المريض للعملية الجراحية لو تم إعلامه بالخطر .

تهدف هذه العملية إلى إيجاد توازن عددي يحدد بواسطته قيمة الفرصة والتي يستند لها عامل الفعالية أو التأثير مثلها مثل الأسباب الأخرى قد يؤدي إلى وقوع الضرر النهائي، يعني ذلك تجزئة هذا الأخير إلى عدد معين من الاحتمالات التي تستند كل واحدة منها إلى إحدى العوامل المؤدية إلى وقوعه.

أبدت م.ن.ف. في قرارها الصادر بتاريخ 8 جويلية 1997، طريقة التقدير المضاعف التي طبقها قضاة الموضوع في قضية موريس Maurice أين ثبت خطأ الأطباء في تشخيص المرض، مما أدى إلى تفويت فرصة الشفاء أو فوات فرصة تجنب المريض ضرر الإعاقة وكان في تعويض فوات الفرصة التناسب مع جسامة الضرر وأثره النهائي على المريض.

إن تعويض فوات الفرصة تعويضا جزافيا كان دائما مرفوضا لأنه يعبر عن تعويض رمزي لضرر معنوي أو نفسي أو مادي بسيط لا أكثر من ذلك، مما يسقط على ضرر فوات الفرصة خصوصياته.

نتيجة لذلك قصر على مجرد ضرر معنوي بسيط أو غيره ما دام انه قد يشملها، يكن لفوات الفرصة ان يكون لها آثار وخيمة على المضرور كأثر مادي وجسماني (العجز أو الوفاة) و نفسي (حرمان من المتعة أو البهجة) أي قد يكون فوات الفرصة مصدر لعدة أضرار تصيب المريض جراء حرمانه من إمكانية الشفاء أو حرمانه من الحصول على نتائج أفضل.

عبرت م.ن.ف. عن رفضها للتعويض الجزافي لفوات الفرصة ، إذا قضت في إحدى قراراتها على أن " تعويض ضرر فوات الفرصة حصول المريض على أفضل النتائج و بعد مدة تدهورت الحالة الصحية فتقدم الى القضاء بطلب تعويض تكميلي إلا أن محكمة الاستئناف، و نظرا لتمسكها بالاستقلال المحكم للضرر الأولي بالنسبة للضرر النهائي، رفضت الطلب بحجة انه تم التعويض عن ضرر فوات الفرصة في الشفاء أو في البقاء على قيد الحياة أو في الحصول على نتائج أفضل أو تجنب التعرض للخطر، فان تفاقم الحالة الصحية النهائية للمريض لا يؤخذ بعين الاعتبار".

رفضت محكمة النقض هذا الموقف القضائي بالتأكيد مرة أخرى على أهمية العلاقة التي تربط الضرر الأولي بالضرر النهائي، إذ عبرت عن ذلك بتقرير" أن فوات الفرصة تتناسب مع جسامة الحالة النهائية

التي يعاني منها المريض بحيث ان تعويض الضرر اللاحق به يمكن تعيله بالنظر الى تفاقم العجز الجسماني.

يقوم أساس هذا القرار على طريقة تقدير التعويض عن فوات الفرصة الذي يعتبر نتيجة لاحتمال تحقق الفرصة من عدمها، و بتعبير أخر هو احتمال تجنب الضرر النهائي من عدمه، فإذا تفاقم هذا الأخير من المنطقي أخذه في الحسبان عند تقدير التعويض التكميلي لضرر فوات الفرصة.

يترتب عن تمسك القاضي بهذا التحليل القانوني الذي يضفي الاستقلالية المطلقة بين الضررين إلى استبعاد تطبيق طريقة التقدير المضاعف عن فوات الفرصة و التي تعتمد بصفة أساسية على طبيعة الضرر النهائي و قيمته التعويضية.

إن ارتباط الضرر امر لا بد من التمسك به، و خاصة في مرحلة التقدير التعويض عن فوات الفرصة التي اختلف القضاء العادي عن القضاء الإداري.

قد يلجا القضاء الذي يلجا إلى فكرة ضياع الفرصة في إطار مسؤولية الأطباء يتضمن التخلي عن توافر السببية بين الخطأ الطبي و الضرر..

- لم يبق القضاء الإداري الفرنسي على هذا المنوال إذا سارع مجلس الدولة بمناسبة قضية" تال Tell" لتغيير موقفه و مسايرة محكمة النقض في اعتبار الضرر المترتب عن الإخلال بالالتزام بالأعلام ذات طبيعة مماثلة للضرر النهائي ما دام انه يمثل جزء منه و في الوقت نفسه إدانة طريقة التعويض الجزافي التي سارت عليها محكمة استئناف بصدد قضية guibot"

الفرع الأول: العناصر المتدخلة في تقدير التعويض عن فوات الفرصة

رغم كون طريقة تقدير التعويض عن فوات الفرصة ذات خصوصية تنفرد بها على باقي الأضرار الأخرى إلا أنها تبقى خاضعة لبعض القواعد العامة المتعلقة بأثار المسؤولية المدنية بما فيها رجوع الغير على المسؤول في إحداث الضرر أو منح تعويض تكميلي للمتضرر في حالة تفاقم الضرر النهائي.

أولا: حق رجوع الغير على الطبيب المسؤول عن فوات الفرصة: يسري حق رجوع الغير[1] على المسؤول في إحداث الضرر وفق أحكام عامة تطبق على مسؤولية الطبيب القائمة على أساس فوات الفرصة .

1-القواعد العامة التي تحكم حق رجوع الغير على المسؤول في إحداث الضرر: تقضي القواعد العامة انه إثر وقوع حادث يلحق ضررا جسمانيا للضحية، تتدخل هيئة الضمان الاجتماعي لتقديم إعانات تهدف إما إلى تغطية تكاليف العلاج و الأدوية والتي يطلق عليها الإعانات الخاصة، أو إلى تغطية فوات الكسب الذي يلحق بالضحية نتيجة العجز الجسماني المؤقت أو الدائم المترتب عن الحادث و يطلق عليه تسمية " الإعانات النقدية".

مجمل هذه الإعانات ذات طابع تعويضي ما دامت تهدف إلى تغطية و لو جزئية لمختلف الأضرار المترتبة عن الضرر الجسماني[2] كما أنها مرتبطة بعلاقة مباشرة بحق الرجوع الذي لا تمارسه هيئة الضمان الاجتماعي إلا بعد أن تدفع للضحية أو ورثتها مبلغ الإعانات التي تستحقها و بهذا الشكل تحل محلها في الرجوع بقيمتها على المسؤول، أي بفعل دفع الإعانات يتم نقل صفة الدائنية من المضرور إلى هيئة الضمان حتى يتم تجنب إثراء المتضرر.

يعد تقدير مبلغ التعويض الإجمالي لكافة الأضرار اللاحقة بالضحية يطرح منه قيمة الإعانات التي قدمتها هيئة الضمان للمضرور و هذا الأخير يكون له حق الرجوع على المسؤول، بما بقي من المبلغ الإجمالي أي على المسؤول أن يقدم فقط للمتضرر الفرق بين التعويض الإجمالي ومبلغ الإعانات، والتي يطلق عليها تسمية الراتب.

لكن المشرع الفرنسي قرر غير ذلك بالرجوع إلى نص المادة المتعلقة بأساس الرجوع تسمح لهيئات الضمان بممارسة حقها في الرجوع على المسؤول أو مؤمنه في حدود لتعويض الممنوح لتغطية

[1] يقصد به الغير " هيئات الضمان les trois payeurs ، مهما كانت صفتها سواء تمثلت في هيئات الضمان الاجتماعي l'organisation de sécurité social ، المستخدم العام أو الخاص ، جمعيات تعأونية.

[2] تختلف نوع الاعانات المقدمة للضحية حاث ما باختلاف الجهة سواء كانت ممثلة بهيئة الضمان الاجتماعي أو شركة التامين ضد الاضرار الجسمانية في إطار عقد تامين الأشخاص.

المساس بالكمال الجسدي للضحية، باستثناء التعويض الشخصي المقابل للآلام الجسدية و المعنوية التي تعاني منها وكذا الضرر الجمالي التي تعود الضحية بقيمتها على المسؤول.

يحمي هذا الحق المكرس تشريعيا مصالح هيئات الضمان و لكنه مجحف في حق المضرور بحيث يتحصل هذا الأخير على تعويض جزافي للأضرار الاقتصادية المتمثلة في مصاريف العلاج و الأدوية و فوات الكسب المهني و في مقابل ذلك تسترجع هيئات الضمان مبالغ تعويضية تفوق مبالغ الإعانات، فهي تتحصل على قيمة جميع الأضرار الأخرى المترتبة عن أساس بالكمال الجسمي للضحية، بما فيها التي لم تقم بتغطيتها مثل: العجز الجسماني المؤقت أو الدائم ما يترتب عنها مصاريف إعداد و تهيئة السيارة و المنزل المناسبين للإعاقة.

2-القواعد التي تحكم حق الرجوع الغير على الطبيب المسؤول عن فوات الفرصة: يطبق القضاء الفرنسي الأحكام نفسها المتعلقة بحق الرجوع عند التضامن في المسؤولية على مسؤولية الطبيب عن فوات الفرصة تجنب المساس بالكمال الجسدي للمريض هذا ما يعكسه قرار موريس "Meurice" الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 1997/07/8 بعد ثبوت خطا الأطباء الثلاث في إصرارهم على مواصلة العلاج بتشخيص خاطئ للمرض بعد ثبوت حالة المريض الصحية التي تتدهور تدريجيا أقرت مسؤوليتهم عن فوات الفرصة على السيد " موريس" في تجنب ضرر الإعاقة، و اعترفت لهيئة الضمان الاجتماعي بحق الأولوية عن المريض في الرجوع على المسؤولين (الأطباء أو مؤمنهم) بمبلغ التعويض المقابل لضرر " فوات فرصة تجنب المساس بكمال الجسدي باستثناء التعويض المقابل للضرر الشخصي".

ثانيا:تعويض تكميلي لضرر فوات الفرصة عند تفاقم الضرر النهائي: إذا تناقص الضرر بعد أن قدر القاضي التعويض وفقا لما تبين له من أضرار أثناء النظر في الدعوى فلا يجوز إعادة النظر فيه،

لإنقاصه أعمالا بمبدأ حجية الشيء المقضي فيه، آما في حالة تفاقم الضرر، يمكن طلب تعويض تكميلي و ذلك عندما ثبت الضحية أن هذا التفاقم قد حصل بعد صدور الحكم بالتعويض.[1]

وفي الحديث عن تفاقم الحالة الصحية للمريض لا بد من التمييز بين التفاقم من الوجهة الطبية و التفاقم من الوجهة القانونية.

فالأول: يعني بروز ضرر جسماني جديد بالنظر إلى التقرير الطبي الأولي الذي ساعد القاضي في تقدير التعويض هذا الضرر الجديد يكون بعلاقة مباشرة و أكيدة مع الضرر الأولي.

أما الثاني: فيقصد منه وجود ضرر جديد لم يؤخذ في الحسبان أي تعويض سابق و هو بعلاقة مباشرة مع الفعل الضار للمسبب للضرر الأولي، هذان المفهومان لا يلتقيان ألا عند الحديث عن حالة تفاقم الضرر النهائي بعد صدور الحكم بالتعويض.[2]

امتد تطبيق هذه الأحكام العامة ليشمل ضرر فوات الفرصة في مجال المسؤولية الطبية هذا ما يعكسه قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 07 جوان 1989 ان كان المريض و بسبب خطا طبي ضحية فوات فرصة في حصوله على نتائج افضل مما استوجب تعويضه.

الفرع الثاني: موقف الفقه الفرنسي من التعويض عن فوات الفرصة:

تعكس طرق تقدير التعويض عن فوات الفرصة صور التعويض الجزئي للضرر النهائي مما دفع الفقه من جهة أولى إلى التساؤل حول مدى اعتباره ضررا خاصا.

---

[1] -كما ادرج المشرع الجزائري هذا النوع من التامين ضمن التأمينات الاجبارية بموجب المادة 167 من الامر 95-07 المؤرخ في 25 يناير المتعلق بالتأمينات و جاء فيها " يجب على المؤسسات الصحية المدنية و كل اعضاء السلك الطبي و الصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص ان يكتبوا تامينا لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية اتجاه مرضاهم و اتجاه الغير.

- كما تنص المادة 131 من الامر75-58 المؤرخ في 09/26 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم بالقانون 05-10 " بقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي يلحق بالمصاب" طبقا للمادتين 182 و 182 مكرر.

[2] - من بين الحالات التي لا تعتبر تفاقما للضرر: 1/ حالة اصابة المريض بالعدوى، 2/ مرحلة الخبرة الطبية و قبل النطق بالحكم.

فوات الفرصة بين التعويض الجزئي للضرر النهائي و التعويض الإجمالي: إذا كان الأصل في المسئولية المدنية هو إعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر فان هذا الأصل يتعذر في حالة المسؤولية عن فوات الفرصة لان الفرصة قد ضاعت نهائيا لذلك و أمام القاضي إلى اللجوء إلى التعويض.[1]

يتحدد التعويض في قيمة الفرصة فقط لأنها تعكس الضرر المحقق الذي لحق بالمضرور نتيجة فواتها، و من ثم يقدر التعويض بقدر قيمتها فكل فرصة من فرص الشفاء أو البقاء على قيد الحياة تتضمن في ذاتها قدر من احتمال تحقيق ذلك الشفاء الذي يمكن ان يؤدي اليه أي تتحدد قيمتها التعويض عن فقدها بقدر هذا الاحتمال لذا لا يكون التعويض عنها إلا جزئيا.

يقدر التعويض الجزئي بقيمة معينة من الضرر النهائي و الذي كان بإمكان المريض تجنبه لو تحققت الفرصة الشفاء الموجودة من التدخل الطبي، فالضرر المحقق هو فقدان الفرصة لذا يقدر التعويض بقدر هذه الفرصة.

يتمثل التعويض الكامل للضرر في إلزام المسؤول بتعويض جميع الأضرار اللاحقة بالمضرور وذلك من اجل إعادة الضحية إلى الحالة التي كانت عليها قبل وقوع الفعل الضار، فيجب إن يكون التعويض معادلا للضرر الذي وقع، أي يقتصر التعويض عن الأضرار التي وقعت دون زيادة أو نقصان.

و طريقة التعويض عن فوات الفرصة عبر بعض الفقه عن موقفهم تجاه هذه المسالة، بالقول ان المبلغ الذي يتم التوصل اليه يعكس في حقيقة المار التعويض الجزافي النهائي.

الفرع الثالث:رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض:

إن المحكمة العليا ممارسة الرقابة على ما تقوم به محكمة الموضوع من الاعتداد بعناصر تقدير التعويض وفقا لما سبق، و ليس لمحكمة الموضوع أن تختار ما تريد اختياره أو إغفاله من بين هذه

[1]- يمكن للقاضي الموضوع التعويض عن فوات الفرصة باعتباره الضرر المحقق الذي يمكن للمضرور و اثاره بالاستناد الى نص المادة 1/132 من الامر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني .

العناصر و هذا هو المبدأ إلا أن هناك قرارات المحكمة العليا تسير من هذا المبدأ و ذلك في تقديري لأنها تخلط بين تقدير القاضي للتعويض بمبلغ ثابت أو نصاب معين أو قيمة ثابتة و بين عناصر تقدير التعويض.

فالأولى هي مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضع وفقا لما توضح له من جسامة أو يسر الضرر، دون رقابة عليه من المحكمة العليا، و لكن كيفية تحديد هذه الجسامة أو اليسر بمعنى كيفية تطبيق القانون على الواقع هو الذي يكون محل الرقابة في المحكمة العليا و تنصب هذه الوقاية على مدى احترام القاضي للعناصر والمعايير التي وضعها المشرع أمام القاضي الموصول أي تقدير التعويض بما يتناسب الضرر.فإذا كان القاضي بصدد تطبيق معيار الخسارة اللاحقة والكسب الفائت فعليه أن يبين الواقعة الموضحة في الدعوى المثبتة التي تصدق عليها وصف الخسارة أو الكسب.

وفيما يتعلق بمعيار الظروف الملابسة و من وجوب اعتداد القاضي بالظروف الشخصي للمضرور في حالته الشخصية والعائلية والمالية، فعلى القاضي ان يبين الواقعة التي تفيد اصابة الشخص بضرر في ذمته المالية، دخله، عدد الأشخاص الذي يعيلهم و هذه كلها تخضع لرقابة المحكمة العليا لأنها من قبيل التكييف القانوني للوقائع.

ومع ذلك فان المحكمة العليا في قرارات أخرى لها تأخذ بمبدأ المذكور آنفا و توجب ذكر العناصر التي اعتمدها القاضي في الوصول إلى تقدير التعويض فقد جاء في قرارا صر بتاريخ 25/07/2002[1]ما يلي " إن قضت المجلس منحوا للمطعون ضد تعويضا بسبب الضرر نتيجة منعه من مواصلة الأشغال و اعتمدوا في ذلك على عناصر تقرير خبرة وعلى محضر معاينة المحرر بتاريخ 1996/11/17 و هذا التقدير يدخل ضمن سلطتهم لا رقابة عليهم في ذلك من طرف المحكمة العليا". فالحكم جاء خاليا من تحديد الضرر الذي لحق المدعي عليا في عناصره أو شروطه مما يجعله حكما معيبا قابلا للنقض، و قد جاء في هذا الشأن في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ

[1] - ملف رقم 215762 قرار صادر بتاريخ مجلة قضائية العدد الأول لسنة 2002 صفحة 279.

2002/07/25 ما يلي " حيث ان قضاة الاستئناف اكتفوا بحساب الغرامة المحكوم بها من طرف القاضي الاستعجالي فقط، في حين انه و بناء على المادة 471 من قانون الإجراءات المدنية يلتزم قضاة الموضوع بتحديد الضرر و تقديره قصد مراجعة و تصفية الغرامة"[1].

كما نقضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 86/07/08 حكما صادرا عن محكمة الجنايات صرح بعدم أحقية والد الضحية في التعويض عن وفاة ابنه لان هذا الأخير كان تحت نفقة والده بدعوى عدم تضرره، دون ان يتبين نوع الضرر، فقد جاء في حيثيات هذا القرار " حيث انه تبين من مطالعة الحكم المطعون فيه ان القضاة اسسوا قضاءهم لإبطال دعوى والد الضحية على كون هذه الأخيرة كانت تحت نفقتها و انه لم يلحقه أي ضرر و حيث أن الضرر يكون أما مادي أو معنوي.

و حيث أن القضاة راعوا في الدعوى الحالية سوى الجانب المادي فقط و عليه فإنهم لم يحيطوا بالدعوى من جميع جوانبها، وجاء بذلك قضاءهم ناقصا..."[2]

[1] ملف رقم 215762 قرار صادر بتاريخ مجلة قضائية العدد الأول لسنة 2002 صفحة 279.

[2] ملف رقم 42308 قرار صادر بتاريخ 1986/07/08 المجلة القضائية العدد الأول لسنة 1990 ص 245.

خاتمة

خاتمة :

يشترط لتقرير المسؤولية على الطبيب، توافر الأركان الثلاث من خطا وضرر وعلاقة سببية مباشرة و أكيدة لكن يصعب على المريض إثباتها و ترجع صعوبة إثبات علاقة السببية بين الخطأ و القصر النهائي إلى الاحتمال الذي يكمن في طبيعة التدخل الطبي فقد يكون الضرر ناتجا اما عن عواما ثابتة كخطأ الطبيب أو من عوامل مختلفة كتفاعل جسم المريض مع علاج الذي قدم له و يترتب عن هذه الصعوبات التي تحيط مسالة الإثبات رفض طلب تعويض المريض عن الضرر اللاحق به.

و يعتبر ركن الخطأ أساس المسؤولية الطبية؛حيث انتقل القضاء الفرنسي من المساءلة عن الخطأ العادي الى الخطأ المهني و من الخطأ الجسيم إلى الخطأ اليسير لحماية المرضى و نتيجة صعوبة النصوص بالإثبات الذي يقع على عاتق المضرور قام القضاء بتطويع الخطأ من اجل تسهيل حصول المضرورين على التعويض.

أن الضرر أهم ركن في المسؤولية المدنية بوجه عام و له أهمية خاصة في المسؤولية الطبية فهذا أساس للتعويض إذا يعوض المضرور في جميع الحالات نتيجة الاذى اللاحق به في جسمه أو ماله أو شعوره وعاطفته حتى فوات الفرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة سواء ارتكب المسؤول الخطأ أو لم يرتكبه.

وتعتبر نظرية فوات الفرصة في المجال الطبي بمثابة الوسيلة القضائية التي تسير مهمة إثبات رابطة السببية بين الخطأ الثابت والضرر النهائي اللاحق بالمريض و يكون ذلك عندما يتصدى القاضي لوضعية عدم التأكيد العلمي. و يبرز بواسطة التعويض الممنوح للضحية أو ورثتها.

ويبقى تعويض المضرور ركن الأذى اللاحق بنتيجة خضوعه للعلاج أو لأعمال الوقاية الإجبارية المفروضة من قبل المرفق الصحي مرهونا بإثبات علاقة سببية مباشرة و أكيدة بين خطا ارتباط المسؤول و الضرر اللاحق بالمضرور.

يعتبر التعويض في المسؤولية الطبية عسيرا نظرا لصعوبة التحديد الدقيق للأضرار اللاحقة بالمضرور شخصيا أورثته في حالة وفاته خاصة المعنوية منها حيث مهما كان مبلغ التعويض الممنوح له فيبقى في نظره غير كافي.

التوصيات

يجب على المشرع الجزائري وضع قانون خاص بالمسؤولية الطبية محدداً فيه :

- التزامات الطبيب وحقوق المرضى تفصيلا حتى يسهل على المرضى من معرفة حقوقهم ومعرفة الأطباء لالتزاماتهم .

- طبيعة التزام الطبيب

- وضع عبء إثبات الالتزام بالإعلام على عاتق الأطباء

- على المشرع الجزائري إنشاء صندوق خاص لتعويض ضحايا الأضرار الطبية الغير الناجمة عن الخطأ

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: باللغة العربية

أ- الكتب:

- الكتب العامة:

- منذر الفضل، النظرية العامة لالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية، الوضعية، ج1، المكتبة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996.

- سليمان مرقس، الوجيز في نظرية الالتزام، الطبعة 2، بند 28، القاهرة 1961.

- محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1977، ص:182.

- جمال الدين بن منظور الأنصاري، لسان العرب، الجزء الأول، دار اللسان العربي، لبنان.

- العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصطلح الآنام ، الجزء الأول، دار الشرق للنشر مصر 1967.

-علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثالثة، الجزائر 1993.

- سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول ، مطبعة الجيلاوي، مصر 1971.

- إبراهيم أنس ورفاقه، المعجم الوسيط، ج1، ط2، القاهرة، مصر، 1960.

- جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995.

- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي، الحقوق ، بيروت- لبنان 2000.

- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دراسة في ق.اللبناني والقانون المدني المصري، دار النهضة العربية، مصر، 1971.

- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج2، الواقعة القانونية، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 2007 .

- قيس بن محمد ال الشيخ مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الريال للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط2، 1997 .

الكتب المتخصصة:

- عبد السلام التونجي ، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري ، دار المعرفة ، لبنان ، 1996.

- عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.

-حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، 1984، ف. 60.

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

- عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء الصيادلة والمستشفيات، ط2، منشأة المعارف الإسكندرية،2004.

- عبد الحميد ثروت، التعويض عن الحوادث الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.

- اسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط2، عمان ، 2011.

- أمير فرح يوسف، خطأ الطبيب من الناحية الجنائية والمدنية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية ، 2007.

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

- علي عصام غصن، الخطأ الطبي منشورات زين الحقوقية، لبنان 2006.

- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2001.

- محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار الهومة الجزائر، 2007.

- محمد علي عمران ، الالتزام بضمان السلامة والتطبيقاته في بعض العقود ، القاهرة ،1982.

- المعايطة منصور عمر، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعوم الأمنية، مركز الدراسات والعلوم، الرياض، 2004.

- منير رياض حنا ، مسؤولية الأطباء و الجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2008.

- نائل عبد الرحمن صالح، المسؤولية الجزائية للطبيب في القانون الأردني ، بحث منشور في مجلة الدراسات ، الجامعة الأردنية ، المجلد 26 ، العدد 1 ، 1999، مطبعة الجامعة الأردنية.

ب- المذكرات الجامعية

1- دكتوراه:

- محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية للمحامي اتجاه العميل، رسائل دكتوراه، مصر.

- عثمان بطيخ، المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي والقانون، رسالة دكتوراه، الجامعة الزيتونية 1986.

- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الفقه الإسلامي والقانون، رسالة دكتوراه، الجامعة الزيتونية، 1986.

- إبراهيم احمد محمد الرواشدة، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير ، دكتوراه الفلسفة في القانون الخاص، جامعة عمان العربية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010.

2- الماجستير:

- سميرة لالوش، عقد الممارسة الطبية الحرة، ماجستير في عقود ومسؤوليات، معهد الحقوق للعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 2001.

- عبد القادر بن تيشة، الخطأ الطبي في المستشفى العام، ماجستير في القانون الخاص.

- فاطمة الزهرة منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية ، دراسة مقارنة ، ماجستير في القانون الخاص، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة 1، 2012.

- وائل تيسير محمد عفاف، مسؤولية الطبيب المدنية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الفلسطينية، 2008.

ج- القوانين:

- الدستور الطبي الأردني.

- القانون الخاص بمزاولة مهنة الطب في مصر.

- قانون الصحة العامة الأردني.

-القانون المدني الأردني.

-مدونة أخلاقيات الطب في الجزائر.

- القانون المدني الجزائري.

- القانون المدني العراقي.

- قانون الصحة العامة الفرنسي.

- الأمر رقم 75/58 المؤرخ بتاريخ 26سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني،الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 30سبتمر 1975.

د- القرارات:

- قرار مجلس الدولة الغرفة الثانية، الصادر في 07/ 05/ 2001: حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج2، دار هومة، الجزائر، 2004.

- قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قسنطينة، في تاريخ 1988/02/03 .
- قرار مجلس الدولة الفرنسي، بتاريخ 1962/02/26.
- قانون رقم 83-13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية المؤرخ في 1983/07/20، الجريدة الرسمية ، العدد 28، 1983.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

- Kornproobst: la responsabilité médicale, paris, 1957.
- Cass: 20 mai 1936 d . 1936.1.88 note . EP
- Besancon 20mars 1933 d 292.
- Req .10sept.1940. g.p.10 dec.1940

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

كلمة شكر

إهداء

قائمة المختصرات

مقدمة.....أ

الفصل الأول: فوات الفرصة أساس لقيام المسؤولية الطبية

تمهيد 02

المبحث الأول: المسؤولية الطبية ومشروعية العمل الطبي 03

المطلب الأول: مفهوم المسؤولية الطبية 03

الفرع الأول: تعريف المسؤولية الطبية 04

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية 10

المطلب الثاني: مفهوم العمل الطبي 13

الفرع الأول: تعريف العمل الطبي 13

الفرع الثاني:شروط مشروعية العمل الطبي.....15

المبحث الثاني: فوات الفرصة وارتباطها بالعلاقة السببية 21

المطلب الأول : فوات الفرصة وتطبيقها في المجال الطبي 21

الفرع الأول : إثبات وجود الفرصة 21

الفرع الثاني: فوات الفرصة في مجال الأخطاء الطبية الفنية 24

الفرع الثالث:فوات الفرصة والتقصير في الإعلام.....31

المطلب الثاني:تبرير وجود السببية 32

الفرع الأول: النظريات إثبات السببية.....33

الفرع الثاني: الاستعانة بفوات الفرصة في المسؤولية غير الخطئية 36

الفصل الثاني : التعويض عن ضرر فوات الفرصة

تمهيد 39

المبحث الأول: الأحكام الخاصة بالضرر الموجب للتعويض 41

المطلب الأول: ماهية الضرر الطبي.....41

الفرع الأول : صور الضرر الطبي.....42

الفرع الثاني: شروط الضرر الطبي 48

الفرع الثالث: رقابة المحكمة العليا على شروط الضرر 50

المطلب الثاني: الضرر في فوات الفرصة 52

الفرع الأول: ازدواجية الضرر في فوات الفرصة 53

الفرع الثاني: تبعية الضرر الأولي للضرر النهائي 59

المبحث الثاني: طرق تقدير التعويض 62

المطلب الأول: أنواع ومصادر تقدير التعويض.....63

الفرع الأول: مصادر تقدير التعويض 63

الفرع الثاني:أنواع التعويض.....65

المطلب الثاني: طريقة التقدير المضاعف لفوات الفرصة 69

الفرع الأول: العناصر المتدخلة في تقدير التعويض عن فوات الفرصة 71

الفرع الثاني: موقف الفقه الفرنسي من التعويض عن فوات الفرصة..... 74

الفرع الثالث: رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض 75

خاتمة 78

قائمة المراجع..... 81