تعويض الضرر الناشىء عن تشوه المولود (دراسة تحليلية مقارنة بين القانون العراقي والمصري والفرنسي)

Compensation for damages arising from deformities of a newborn child: a comparative analytical study in Iraqi, Egyptian, and French law

أ.د.غني ريسان جادر
Dr. Ghani Raysan Gader
كلية القانون ـجامعة البصرة
college of law- university of basraha

م.م.حيدر فهيم رسن
Haider Fahim Rassan

الملخص

ان التعويض يعدّ النتيجة النهائية لجبر الضرر للمولود المشوه وذوي المولود المشوه , نتيجة اعاقة المولود او التشوه الحاصل في جسمه والتعويض في هذه الحالة التي يكون التعويض فيها ناشئاً نتيجة الاخطاء الطبية العلاجية قبل ولادة الطفل ولا يختلف التعويض في جميع احواله من حيث الانواع سواءً كان التعويض ناتجاً عن الاخلال بالتزام قانوني في اطار المسؤولية التقصيرية او ناشئاً عن الاخلال بالتزام عقدي في مختلف النشاطات الاقتصادية او الطبية من خلال العلاج .

الكلمات المفتاحية/ التعويض-الضرر-تشوه-المولود-الام

Abstract

The importance of this topic is to protect the pregnant mother and her newborn from the risks of deformity, the proportions of which have increased in recent years. This study aims to diagnose who is responsible for these deformed births and compensate those harmed as a result of the material and moral damage suffered by the deformed newborn and his family, through our focus on addressing the deformity with the recommendations that must be implemented. Represented by recommending legislation to enact binding and clear laws to reduce cases of deformity in the world.

Keywords/ **Compensation-damage- deformities- newborn-mother.**

المقدمة

ان الطفل المولود تتضح سلامة جسده الخارجي منذ ايام حياته الاولى اي الفترة التي تكون بعد الولادة مباشرةً ، واذا كان فيه ما يشير الى تشوه في جسمه الخارجي يبدو معروفاً للوالدين وامه خصوصاً وقد يكون واضحاً لطبيب التوليد منذ مجيئه في اليوم الاول للحياة ، وذكر الله تعالى ذلك بخلق هذا الانسان بجسمٍ صحيح وتكوينه بأجمل صورة وفضله بذلك على المخلوقات الاخرى ، فجعل الله الصفة الجمالية لهذا الانسان وفضله عن تقويم المخلوقات الاخرى ، فعلى الانسان ان يحافظ على هذه الهيئة والخلقة الجميلة ، وذلك من خلال الالتزام بالقواعد الصحية والابتعاد عن كل ما يؤثر في خلقة هذا الانسان منذ بداية خلقته في رحم أمه التي يكون الوالدين مسؤولين عنها وتستمر الى الولادة وكذلك بعد الولادة ، وحرم الله كل عمل او جرح او تغيير غير علاجي يقوم به الانسان في جسمه حيث إن هذا الجسد هو امانة من الله تعالى عند الانسان نفسه ، ومفردة المولود المشوه يدل على وجود عيب خلقي يظهر في جسد المولود يكون هذا الكائن الجديد على الحياة لا يدٍ لهُ فيه ، الا ان هذا لا يدل على أن هذا التشوه من دون سبب معين فهو في حالات كثيرة يكون بسبب خارجي لا دخل فيه لشخص

معين ، او قد يكون هذا التشــوه بســبب شــخص معين ، ففي الظروف الطبيعية نهت الشــريعة الوالدين في ظروف معينة وخاصــة من مقاربة بعضــهما ، كما اثبت العلم لاحقاً سبب ذلك المنع والتحريم ، بأنها تؤدي الى التشوه للأطفال المولودين حديثاً.

و بعد تحقق مسؤولية الطبيب المدنية واثبات ذلك بعد ربط الخطأ الطبي بالضرر الحاصل وهو تشوه المولود بعلاقة سببية وكفاية السبب لحصول الضرر ، فعند ذلك تتحقق المسؤولية المدنية للطبيب وتصدر بعد اثباتها احكاماً قانونية لجبر ضرر التشوه للمولود من خلال تعويض المولود المشوه وتعويض ذويه وبالأخص (والديه) من خلال انواع معينة من التعويض بالاتفاق او بحكم القضاء ، كما ان مسؤولية الطبيب المعالج خلال فترة الحمل للأم الحامل تنتفي في مواضع معينة يصعب معها ربط العمل العلاجي الطبي بضرر التشوه ، ومن هذه الحالات هو تقصير الام الحامل او اهمالها في الحفاظ على صحة المولود او حصول الضرر بسبب خطأ الغير كطبيب التحليل غير المرتبط بعلاقة عقدية مع الام الحامل او تابع بالعمل مع الطبيب المعالج ، كما ان مسؤولية الطبيب المدنية تنتفي في حالة حصول قوة قاهرة كانت كافية لإحداث ضرر التشوه في المولود ، وهناك حالة تكون مســؤولية الطبيب متحققة الا انه يتفادى التعويض من خلال التأمين على اخطائه الطبية وذلك بالاشتراك بأقساط ميسرة عليه مع شركات التأمين المعتمدة في بلده عند حصول خطئه الطبي فلا يؤثر على وضعه المادي كثيراً .

، ونظراً لقلة النصوص التشريعية في هذا المجال ، فأن بحثنا سيعالج الموضوع في ضوء القواعد العامة في القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة ، ونحن كثيراً ما نسمع في العراق بأن التشوهات التي تحصل للمواليد هي بسبب اليورانيوم المُنضب الذي القي على العراق ابان الحرب عام ٢٠٠٣ ، وقد يكون هذا صحيحاً ، لكن يجب أن لا يكون شماعة يلقي عليها المسؤول الحقيقي اخطاءه خاصةً من ألاطباء وألاشخاص الآخرين العاملين في مجال الطب ، فكثير من تلك التشوهات بسبب الاخطاء الطبية ومن ثم جاء هذا البحث ليركز على تلك الاخطاء وتحقق المسؤولية المدنية ومن ثم استحقاق المتضرر للتعويض عما اصابه من ضرر .

المشكلة الاساسية للبحث تتمثل في امكانية تحقق الصلة بين ولادة مولود مشوه وتحمل المسؤولية المدنية عن تلك النتيجة ، خاصةً مع صعوبة تحقق اركان المسؤولية وتعدد الاشخاص الذين يمكن أن يكونوا سبباً في تلك النتيجة من اطباء وعاملين في المجال الطبي فضلاً عن الأم أو أي شخصاً آخر ، فتحديد المسبب الرئيس للتشوه امر ليس بالسهل حيث توجد مُدّة زمنية بين الحمل و الولادة ، وتحديد الشخص المسؤول عن ذلك يثير الكثير من الصعوبات خاصة مع عدم وجود فعل ظاهري واضح يقود الى تلك النتيجة ، وانما غالباً ما يكون خطأً طبياً خلال فترة الحمل والعناية بالأم,ممايصعب معه تقدير التعويض. ويتفرع من تلك المشكلة الرئيسة اسئلة عديدة تحتاج الى الاجابة :-

كيف يمكن تقدير التعويض عن مثل ذلك التشوه وهل بالإمكان اصلاح الضرر المتحقق كنوع من التعويض ، ومن يستحق التعويض النقدي هل هو المولود او ذويه خاصةً وان الضرر لحق بالمولود وذويه على حدٍ سواء ؟ سنعتمد في بحثنا هذا المنهج التحليلي والمقارن في بحث مسؤولية الطبيب المدنية عن الاخطاء الطبية في الولادات المشوهة وذلك بمناقشة الآراء المطروحة وبيان مواطن القوة والضعف في التشريعات وتحديد الاختلاف والاتفاق في تلك التشريعات محل المقارنة العراقي والمصري والفرنسي مع بيان موقف القضاء من خلال التطبيقات القضائية بوصفها المرآة التي تعكس حقيقة الدراسة.

سنبين ذلك من خلال تقسيم هذا البحث على مبحثين وعلى النحو الاتي

المبحث الاول/ مفهوم تعويض الضرر الناشيء عن تشوه المولود.

المبحث الثاني/انواع التعويض عن ضرر تشوه المولود.

المبحث الاول
مفهوم تعويض الضرر الناشيء عن تشوه المولود

يعدّ التعويض هو النتيجة النهائية عند اثبات مسؤولية الطبيب المدنية بسبب خطئه الطبي العلاجي او تقصيره وأدى ذلك الى حصول ولادة مشوهة عند معالجة المرأة الحامل وكذلك وسيلة لإرضاء الوالدين عما اصابهم من ضرر مادي ومعنوي كبير.

و التعويض هو (وسيلة القضاء لجبر الضرر وتدور وجوداً وعدماً مع الخطأ)"[١]" ، وهو جزاء المسؤولية ، والهدف من التعويض هو اعادة التوازن الذي اختل نتيجة للضرر الذي حصل بفعل الخطأ ، ولن يتحقق ذلك (إعادة التوازن) الا بإعادة المتضرر الى الوضع الذي كان عليه قبل وقوع الفعل الضار[٢]" .

ويعدّ التعويض وسيلة القضاء الى تخفيف او ازالة الضرر وهو جزاء عام عن قيام المسؤولية المدنية ، ولا يعتبر التعويض عقاباً على المسؤول عن الفعل الضار ، وعند ثبوت الضرر على المضرور نتيجة خطأ طبياً في مجال العمل الطبي يكون المسؤول عن الضرر ملزماً بالتعويض وجبر الضرر الذي لحق به [٣]" .

والتعويض لا يقتصر على الضرر الجسماني كما ذكرنا هذا سابقاً في معرض كلامنا عن الضرر بنوعيه المادي والأدبي الذي يصيب المولود المشوه وانما يشمل الضرر بخسارة المضرور وما فاته من كسب متى ما كان الضرر نتيجة مألوفة للفعل الضار ، والتعويض يحدد من قبل محكمة الموضوع من خلال معرفتها لماهية الضرر المعوض ومدى الضرر ومنشأه أي سبب حدوثه ، ومعرفة فيما إذا كان الضرر ناشئاً من علاقة عقدية او جاء نتيجة المسؤولية التقصيرية[٤]" ، فإذا كانت المسؤولية في نطاق العلاقة العقدية يكون التعويض مقتصراً على الضرر المباشر وهو نتيجة طبيعية للخطأ الذي احدثه وهو ما لا يكون في وسع المضرور ان يتوقعه ببذل جهد مقبول[٥]" . لأن الضرر المباشر يكون محتفظاً بالعلاقة السببية بينه وبين الخطأ من الناحية القانونية ،أما إذا كان الخطأ ناشئاً عن فعل غير مشروع أي في نطاق المسؤولية التقصيرية ، فيتسع نطاق التعويض ليشمل اضافة الى الضرر المباشر الضرر الغير مباشر ، والضرر يكون غير مباشراً اذا تدخلت مع الخطأ المسؤول عوامل أخرى اجنبية في احداث الضرر شريطة ان يبقى خطأ المسؤول سبباً في الضرر الحاصل ويعتبر التعويض جابراً للضرر الذي لحق المتضرر"[٦]".

وفي نطاق المسؤولية التقصيرية لا محل للتفرقة بين ضرر متوقع وضرر غير متوقع عند التعويض ، لأن هذه المسؤولية لا تنشأ نتيجة اتفاق ممكن ان يكون الضرر ملحوظاً وقت وقوع الخطأ"[٧]".

"[١]" د . عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري و أ . محمد طه البشير ، الوجيز في شرح القانون المدني ، ج١ ، مصادر الالتزام ، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٠٧ .

"[٢]" ينظر :- د . احمد عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجهٍ عام ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ١٣٥١ .

"[٣]" ينظر :- د . انور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٧ ، ص ٣٩٩

"[٤]" ينظر :- د. ثروت عبد الحميد ، تعويض الحوادث الطبية, الالسكندرية,٢٠٠٧ ، ص ١٥٧ .

"[٥]" د . احمد عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجهٍ عام ، المصدر السابق ، ص ١٣٤ .

"[٦]" ينظر :- د. عبد السلام التونجي ، المصدر السابق , المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الاسلامية, حلب,١٩٦٦، ص ١٣١ .

"[٧]" د. عبد السلام التونجي ، المصدر نفسه ، ص ١٣٢ .

ان الطريقة المثالية في تعويض ضرر التشوه هي ازالته ومحوه متى كان ذلك ممكناً بحيث يعود المتضرر الى حالته التي كان عليها قبل الضرر وهذا يسمى التعويض العيني والقاضي ملزماً بهذا النوع من التعويض إذا كان ممكناً"[١]"، وهو افضل طرق الضمان ، ونطاق التعويض العيني محدد في حالات معينة إذ لا يمكن تحققه في أغلب الحالات فيكون ممكناً عندما يتخذ الخطأ الذي اقدم عليه المدين صورة القيام بعمل يمكن ازالته ، فالطبيب الجراح عندما يخطأ اثناء قيامه بعملية جراحية وينتج عن خطئه تشويهاً يمكن او يستطيع الطبيب ازالته واصلاحه ، فالقاضي يستطيع ان يلزم الطبيب بإصلاح التشويه او التلف الذي احدثه وازالته بإحداث عملية جراحية اخرى وهذا الحال ينطبق على المولود المشوه في حالات ممكنة المعالجة وازالة الضرر وهو نادر الحدوث ، لأن التعويض العيني قد يكون متعذراً فتشوه المولود عند ولادته بدون صيوان الاذن مثلاً او عدم وجود كف في يد المولود المشوه يجعل ذلك من الصعوبة تعويضه عينياً ، وفي مثل هذه الحالات من الضرر سواء كانت في حالة المولود المشوه او الاضرار الطارئة التي تحصل للمرضى كبتر الساق او قلع عين المريض خلال علاجاتهم الطبية المختلفة وهو ما يجعل التعويض العيني مستحيلاً فيكون بذلك التعويض النقدي هو الانسب لهم ويعوض من خلالها والدي المولود المشوه تعويضاً نقدياً ملائماً والحالة موضوع التعويض .

والتعويض كما نعرف يكون واجباً عندما تتوفر أركان المسؤولية المدنية في المسؤولية التقصيرية وتختلف بذلك المسؤولية العقدية التي يكون فيها الاعذار وعدم وجود اتفاق على الاعفاء من المسؤولية ، وقضت بذلك محكمة التمييز العراقية بقرار لها جاء فيه (.. التعويض عن العمل غير المشروع لا ضرورة للأعذار فيه بحكم المادة ٢٥٨/ب من القانون المدني ...) "[٢]" .

وكما نعرف ان القاعدة العامة التي تحكم التعويض هو ان يكون بقدر الضرر الذي لحق بالمتضرر ، فلا يزيد و لا يقل ، لأن التعويض يكون مقابل للضرر الذي اصاب المضرور نتيجة (الخطأ الطبي) "[٣]".

ويشترط للحصول على التعويض ما يأتي"[٤]" :-

١- يجب ان تنشأ هذه الاضرار والاضرار في بحثنا هذا التشوه في المولود بسبب تدخل طبي من قبل الطبيب المعالج ، سواء كان للتشخيص ام العلاج ، او غيرها من الامور الطبية العلاجية فتثار المسؤولية بالعمل او الامتناع عن العمل .

٢- من الضروري ان نعرف الاعمال الطبية التي ادت الى الضرر او التشوه في المولود كأن تكون نتيجة جراحة او تشخيص خاطئ او وصفة علاجية غير صحيحة او نتيجة خطأ طبيب الاشعة والمختبر ... الخ .

٣- يجب ان لا يكون الضرر أي التشوه في المولود كان له علاقة بالوضع الصحي لوالدته سابقاً للعمل العلاجي الذي سبب الضرر وتفاقم عند العلاج .

٤- أن يكون في الضرر بتشوه المولود فيه اعتداء على حق المولود او مصلحة والديه المعترف بها ، وحصل الاعتداء من قبل الطبيب المعالج او تابعيه او الاشخاص من ذوي الاختصاص الطبي على صورة تقصير او اهمال او عدم اتخاذ الحيطة والحذر اللازمين في العلاج اثناء فترة الحمل .

"[١]" ينظر :- د . انور سلطان ، مصادر الالتزام,عمان,٢٠٠٧ ، ص ٣٩٩ .

"[٢]" قرار محكمة التمييز المرقم ٩٠٢ / حقوقية / ١٩٧٠ / في ١٥/ ٩ / ١٩٧٠ ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، قسم القانون المدني ، نقلاً عن القاضي هيثم عبد الله خليل ، المسؤولية الطبية المدنية ، ص ١١٢ .

"[٣]" د. احمد الحيارى ،المسؤولية المدنية للطبيب,عمان,٢٠٠٨ ، ص ١٥٠ .

"[٤]" د. ثروت عبد الحميد ، المصدر السابق، ص ٣٠-٣١ .

وبالإضافة الى ما ذكرناه على ذوي المولود المشوه بالمطالبة بالتعويض بعد تحقق الضرر نتيجة خطأ طبي معروف تربطه العلاقة السببية بينه وبين الخطأ المرتكب من قبل اشخاص العلاقة العلاجية او احدهم ، وعلى ذوي المولود المشوه ان يقوموا بإعذار الطبيب واثبات الشروط السابقة .

اما القضاء فكان له رأي الا أنه لم يستقر على حكمٍ واحد فكان متجاذباً حول حق الطفل في التعويض عن ضرر الاعاقة ، فتدل الاحكام القضائية ان القضاء كان دائماً يعتمد على القواعد العامة في تقرير حق الطفل في تعويضه عن ضرر ميلاده معاقاً ، وان كان في حالات معينة امراً مقبولاً ، كتلك الحالات التي صدرت فيها احكام مشار اليها سابقاً ، وذلك يؤدي الى مسخ وتشويه القواعد العامة في حالات أخرى ونعني بها حالات التشوه والاعاقة التي لم يجد العلم الحديث اسباباً او علاجات للخلاص منها "[١]"، او تلك الحالات التي لا ترتبط بالخطأ الطبي برابطة سببية مباشرة وحقيقية ، وانما حصلت في الواقع ، بسبب عوامل وراثية او اسباب جينية لم تقع تحت سيطرة العلم الحقيقية ، بل ما زالت محط انظار الباحثين في المجالات الطبية ومحط آمالهم .

وبخصوص الحالات التي ذكرناها فقد كان الاتجاه القضائي السائد ، حتى عام ١٩٩٦ ، هو رفض الاقرار بمسؤولية الطبيب تجاه الطفل ، والاكتفاء بمسؤوليته اتجاه الوالدين ، واستمر الحال على ذلك الى ان غيرت محكمة النقض الفرنسية رأيها واقرت بقبول مبدأ مسؤولية الطبيب عن اعاقة الطفل ، وقامت بأعادة القضية الى محكمة الاستئناف التي اصرت ، مرة ثانية على موقفها بعدم تعويض الطفل عن ضرر اعاقته في مثل هذه الحالات"[٢]" ، واستمر عناد قضاة الموضوع لمحكمة النقض ، في اكثر من واقعة ، وهنا استوجب عرض الأمر على الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض في قضية اشتهرت في الوسط القضائي بقضية (Perruche) فواصلت فيها اصرارها ، وأكدت على التزامها بتعويض الطفل المولود معاقاً "[٣]" . ولأهمية هذه القضية لأنها تدور في صلب موضوعنا عن تعويض الولادة المشوهة سنقوم بعرض وقائعها تفصيلاً ثم نذكر التجاذب بين قضاة الموضوع ومحكمة النقض بشأن الحلول المطروحة لها .

فمن الطبيعي ان يقوم الطبيب بإجراء الفحوصات للتأكد من سلامة الجنين ، وفي هذه الاثناء عبّر الزوجين عن رغبتهما في اسقاط الجنين عند ثبوت اصابة الام بالحصبة الالمانية"[٤]" . بدأ الفحص بتحليل اول اجرته الزوجة في ١٢ مايو ١٩٨٢ فجاءت نتيجته سلبية ، فأجرت بعد ذلك تحليلاً آخر عند نفس المختبر في ٢٧ مايو فجاءت نتيجته ايجابية ، إذ تبين في التحليل وجود اجسام مضادة بنسبة معينة ، فأجرى المعمل تحليلاً فاصلاً ، بناءً على امر الطبيب ، فكانت النتيجة مطابقة للنتيجة الثانية وبنفس النسبة ، وخلص الطبيب الى ان الزوجة لديها مناعة ضد هذا المرض والآثار الموجودة هي علامات على عدوى قديمة اصيبت بها لا تؤثر على الجنين .

"[١]" كحالات التشوه الراجعة الى عوامل جينية او وراثية او خلل في الكروموسومات لدى الام . نقلاً عن د. مصطفى ابو مندور موسى ، مدى مسؤولية الطبيب عن ضرر تشوه الجنين تعليق على الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٧ نوفمبر ٢٠٠٠ والمعروف بحكم prruche وما تلاه من أحكام بتاريخ ١٣ يوليو ، ٢٨/ نوفمبر / ٢٠٠١ ، والقانون رقم ٣٠٣ بتاريخ ٤ / مارس / ٢٠٠٢ ، واخيراً الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في الطعن رقم ١٣٦ بتاريخ ٢٤ / يناير / ٢٠٠٦ ، مكتبة بيروت ، (د. ط) ، (د . ت) ، ص ٢١ .

"[٢]" وتعني بها حالات الاعاقة التي لم توفر حالة العلم القائمة سبيلاً يقينياً للخلاص منها . نقلاً عن د. مصطفى ابو مندور موسى ، المصدر نفسه ، ص ٢٢ .

"[٣]" وقد كان المأمول ان يقطع هذا المبدأ دابر الخلاف ، وهو ما لم يحدث ، بل استمر التجاذب قائماً في الاحكام اللاحقة بين قضاة الموضوع وقضاة النقض حول هذه المسألة . نقلاً عن د. مصطفى ابو مندور موسى ، المصدر نفسه ، ص ٢٢

"[٤]" لأنه مرض معدي وسهل الانتقال منها الى الجنين، إذ ان تأثيره على الجنين امراً مؤكداً لا سيما إذا حدثت اصابة الام قبل الاسبوع الحادي عشر ، فعندئذٍ تصل اصابة الطفل بالإعاقة الى ٩٠٪ فضلاً عن انه يؤدي الى الاصابة بالمتلازمات الثلاثة (الصم والبكم والعمى) بجانب الكثير من العيوب الخلقية في القلب والعقل . نقلاً عن د. مصطفى ابو مندور موسى ، المصدر نفسه ، ص ٢٣

وبعد هذه الاجراءات فقد اتت الرياح بالفعل ، بما لا تشتهي السفن ، إذ وضعت السيدة Perruche طفلها Nicolas الذي بدأ يعاني العديد من الامراض المختلفة بعد عام من وضعه ، فضلاً عن اصابته بالعمى والصم واضطرابات في القلب ، وتخلف عقلي نتيجة اصابته بعدوى الحصبة الالمانية ، انتقلت اليه من الأم في اثناء حياته في الرحم.

رفع الزوجان دعوى ضد الطبيب ومعمل التحليل وشركة التأمين الخاصة بهما مطالبين بالتعويض اولاً ، عن الضرر المادي والضرر الادبي الذي لحق بهما وثانياً عن الضرر الشخصي الذي اصاب ابنهما من جراء ولادته على هذه الصورة .

وكان موقف محكمة الموضوع أنها طلبت خبيراً طبياً لتحديد وجه الضرر ، وأوضح الخبير بدوره بتقريرٍ مفصّل ان نتيجة التقرير الفاصل كان خطأ من المختبر ، كما اشار إلى ان الطبيب اساء التقدير ، واثبت تقصيره بواجبه في تبصير المريض بحقيقة الحال ، حيث فوت عليها فرصة حريتها في الاجهاض ، وعلى ذلك اقرت المحكمة بمسؤولية الطبيب والمختبر عن الضرر وتعويض الضرر الذي لحق الابوين والطفل معاً .

أما موقف محكمة استئناف باريس"[١]" فقد كان حكمها مختلفاً عن حكم محكمة الموضوع ، حيث قضت في ١٧ ديسمبر ١٩٩٣ ، بتأييده لتعويض الوالدين ، أما بخصوص ضرر الطفل فرفضته مقررة بأن " الضرر اللاحق بالطفل ليست له علاقة سببية مع الأخطاء المرتكبة ، وأن هذه الاعراض المرضية الخطيرة التي يعاني منها الطفل لم يكن خطأ المختبر سبباً فيها ولا عدم قيام الطبيب بواجبه التعاقدي بكل ما يعانيه ، واشارت الى ان سبب ذلك الوحيد هو الحصبة الالمانية التي اصابت الجنين عدواها اثناء وجوده في رحم امه"[٢] .

اما موقف قضاة محكمة النقض الفرنسية فعند الطعن بحكم الاستئناف امامها "[٣]" فقضت في ٢٦/ مارس / ١٩٩٦"[٤]"بنقض الحكم فيما يتعلق برفض تعويض الطفل وايدت باقي الحكم بتعويض الابوين واحالت القضية الى محكمة استئناف Orleans والتي لم تذعن لحكم محكمة النقض وقضت في ٥ فبراير ١٩٩٩ بأن (الطفل المذكور لم يصب بضرر يقبل التعويض له علاقة بالأخطاء المرتكبة من المختبر والطبيب ، بل سببه وباء في الرحم انتقل اليه من الأم . هذا فضلاً عن ان إقرار الأم بوقف الحمل ما كان يفيده في شيء) "[٥]" حيث اعتبرت المحكمة الحياة مع الاعاقة ، على أية حال ، افضل من الموت.

"[١]" V.CA . Paris , 17 decembr 1993 ,D . 1995 , SOMM .P .98 , Note Jean PENNEAU
نقلاً عن د. مصطفى ابو مندور موسى ، المصدر نفسه ، ص ٢٤ .

"[٢]" وهو المعنى الذي عبرت عنه محكمة استئناف باريس بقولها :-

"Le prejudice de I, enfant n,est Pas en relation de causalite avee les fautes commises.. et que les tres graves sequelles don't I, enfant demeure attaint n, a pas pour cause I, erreur par le laboratoire , ni meme le manquement du praticien a,ses oblijation contractuelles, mais seulement la rubeole que lui a transmis in utero sa mere; . نقلاً عن د. مصطفى ابو مندور موسى ، المصدر نفسه ، ص ٢٥ .

"[٣]" ليس فقط من قبل الوالدين ، وانما ايضاً من قبل صندوق تأمين المرض (Lacaisse primaire d,assurance maladie de I,Yonne باعتباره مضروراً بالارتداد نتيجة نفقات التأمين الصحي للطفل نقلاً عن د. مصطفى ابو مندور موسى ، المصدر نفسه ، ص ٢٥ .

"[٤]" V.Cass.Civ. 26 mars 1996 , Bull. Civ , I . 1996 , N 156 – D . 1996 , Jur . P. 35 not Roche- Dahan . نقلاً عن د. مصطفى ابو مندور موسى ، المصدر نفسه ، ص ٢٥ .

"[٥]" وقد صاغت هذه الحيثية في العبارة التالية :-

"L, enfant N. P…. ne subit pas un prejuvice indemnisable en relation de causalite avee las fautes sa mere et non ces fautes =commises….. il etait attaint avaient pour seule cause la rubeole transmise par et qu, il ne pouvait se prevaloir de la decision deses parents quamd a une interruption de grossesse ; V . Cass . Civ. 17 nov
. 2000 . prec .نقلاً عن د. مصطفى ابو مندور موسى ، المصدر نفسه ، ص ٢٦ .

بعد القرار الصادر من محكمة استئناف Orleans طعن الزوجان امام محكمة النقض مرة ثانية وبينا انه كان من الثابت امام المحكمة ان الام عبرت عن ارادتها في اسقاط الحمل اذا كانت الاصابة بالحصبة الالمانية مؤكدة ، وكانت اخطاء الممارسين لم تسمح لها باللجوء لهذا الحل ، واشاروا الى استبعاد الحكم المطعون فيه اقراره بوجود علاقة سببية بين هذه الاخطاء الثابتة ، والضرر الذي لحق بالطفل نتيجة اصابته بالحصبة الالمانية ، فهو يكون مخالفاً لنص المادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي ، ولما كان الطعن للمرة الثانية ، فتصدت محكمة النقض بنفسها ، ونظراً لخطورة ودقة المسألة التي يثيرها الطعن ، فقد كان الرأي بطرح الموضوع على الجمعية العمومية لمحكمة النقض لترسي بعده مبدأً قانونياً ، المفروض فيه ان يقطع دابر الخلاف "[١]"وتم ذلك فعلاً في ١٧ نوفمبر ٢٠٠٠م

حيث حكمت بقطع النزاع بحكمها الذي تركز بعد بلورة رأي معين بالإشارة الى نصوص المواد ١١٦٥ ، ١٣٨٢ وانتهت الى نقض الحكم المطعون فيه فيما قضى برفض تعويض الاضرار التي اصابت الطفل وقررت بالحرف الواحد تعويض الطفل عن الاضرار التي اصابته.

نلاحظ ان محكمة النقض الفرنسية اصرت على موقفها في حكمها بتعويض الضرر الذي لحق الطفل المعاق على الرغم من وجود حالتين هما ان العلاقة السببية بين خطأ الطبيب والمختبر والضرر الذي لحق الطفل لم تكن علاقة سببية يقينية ، والحالة الثانية ان الحكم الذي صدر من محكمة النقض الفرنسية اعلاه كان خروجاً واضحاً عن القواعد العامة .

واخيراً ، نلاحظ ان مسألة التعويض في هذه القضية صدرت من اعلى المحاكم في القضاء الفرنسي والتي لم تبدِ اهمية كبيرة للظروف الأجنبية الأخرى التي احاطت بالحادثة وجعلت التعويض للأبوين والطفل وهذا يعدّ دليلاً مهماً وسابقة قضائية في التعويض لذوي المولود المشوه وتعويضه هو الآخر عن الاضرار التي لحقت بهم جميعاً .

اما القانون المدني المصري في المادة ٢٢١ منه يتفق مع القانون المدني العراقي ويقابل المادة اعلاه بالمادة ١٦٩ منه والتي بينت التعويض الغير منصوص عليه في العقد واعطت سلطة للمحكمة بتقدير التعويض .... .

واشار القانون المدني العراقي كذلك الى احقية الوالدين في التعويض عن ضرر ولدهما وهنا ما يخص تعويضهم عن المولود المشوه وذلك في المادة (٢٠٥) فقرة (٢) منه (ويجوز ان يقضى بالتعويض للأزواج وللأقربين من الاسرة عما يصيبهم من ضرر ادبي بسبب موت المصاب) وضرر التشوه يعتبر من الاصابات التي تستحق التعويض كما نصت الفقرة الثالثة منها (ولا ينتقل التعويض عن الضرر الادبي الى الغير الا اذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق او حكم نهائي) .

والحق وباعتقادي ان تعويض ذوي المولود المشوه وبالأخص الوالدين هو وسيلة للإرضاء لأن التشوه فيه من الضرر المادي والادبي ما لا يجبره التعويض مهما كان نوع التعويض ومهما كانت قيمته .

"[١]" وهو ما لم يحدث كما تشير الى ذلك كثرة التعليقات والخلافات والاعتراضات سواء من قبل المشتغلين بالقانون او من قبل الاطباء او من قبل المؤسسات والجمعيات المهتمة بحقوق الانسان عامة والطفل خاصة ينظر في بعض مساوئ هذا الحكم وفي الفقه الفرنسي :-
Serge Cluzeau , Qu , est – ce que l,arret Perruche ? Analyse et enjeux http:// egliseandernoslanton . free fr/ arret 20% perruche . htn .
Gilles Gelebaet , Jurisprudence perruche ; les conosequences juridiques et sociale du re gard . http;//lidealiste . free . fr/perruche. htm . نقلاً عن د. مصطفى ابو مندور موسى ، المصدر نفسه ،ص ٢٧

المبحث الثاني

انواع التعويض عن ضرر تشوه المولود

ان التعويض يعدّ النتيجة النهائية لجبر الضرر للمولود المشوه وذوي المولود المشوه (الأبوين) نتيجة اعاقة المولود او التشوه الحاصل في جسمه والتعويض في هذه الحالة التي يكون التعويض فيها ناشئاً نتيجة الاخطاء الطبية العلاجية قبل ولادة الطفل ولا يختلف التعويض في جميع احواله من حيث الانواع سواءً كان التعويض ناتجاً عن الاخلال بالتزام قانوني في اطار المسؤولية التقصيرية او ناشئاً عن الاخلال بالتزام عقدي في مختلف النشاطات الاقتصادية او الطبية من خلال العلاج وهو ما يهمنا في بحثنا هذا ، وسنتكلم عن انواع التعويض حيث كان الاصل في التعويض ان يكون نقدياً "[١]" ، أما التعويض غير النقدي فكان محل خلاف ولا سيما من جهة اقراره ، وجهة نطاقه ، فقد توجهت بعض المحاكم الفرنسية الى اجازة التعويض غير النقدي في بعض قراراتها وسار القضاء الانكليزي على ذلك حيث اجاز التعويض النقدي وعير النقدي .

أما موقف محكمة النقض المصرية فكان رأيها مخالفاً لذلك فقد رفضت الأخذ بالتعويض غير النقدي وسارت على ذلك وسار القضاء المصري في ظل القانون المدني المصري السابق على ذلك ، الا انه ما لبث الامر ان تغير بعد صدور القانون المدني المصري النافذ الذي اجاز التعويض بصورتيه ، التعويض النقدي والتعويض غير النقدي"[٢]".

أما القانون المدني العراقي فقد اخذ بالتعويض النقدي والتعويض غير النقدي في المادة (٢٠٩) منه إذ نصت على ما يأتي -:

١- تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح ان يكون التعويض اقساطاً او ايراداً مرتباً ويجوز في هذه الحالة الزام المدين بأن يقدم تأميناً .

٢- ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر ان تأمر بإعادة الحال الى ما كانت عليه او ان تحكم بأداء أمر معين او بردّ المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض .

والتعويض بوجهٍ عام قد يأتي في صورة تعويض قانوني كما هو مقرر في اصابات العمل "[٣]" ، وهو أمر بعيد يبتعد كثيراً عما نحن فيه ، وقد يأتي التعويض في صورة تعويض قضائي او تعويض اتفاقي فقد جاءت المادة ٦٩/ ١ من قانوننا المدني النافذ فجاءت بالنص على انه (اذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد او بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره) ، وتقابلها المادة (٢٢١) مدني – مصري حيث جاء فيها (اذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد او بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره) ، من خلال هذا سنتناول هذين النوعين من التعويض المذكورين في نصوص قانوننا المدني بفقرتين أحدها للتعويض القضائي والفقرة الثانية للتعويض الاتفاقي .

"[١]" ينظر د. جاسم العبودي ، مصادر الالتزام ، محاضرات مطبوعة القيت على طلبة كلية المعارف الجامعة – ١٩٧٧ ، ص١٢٦- ١٢٧ .

"[٢]" ينظر د. جاسم العبودي ، المصدر نفسه ، ص١٢٠ .

"[٣]" المادة ٥٦ / ٢ من قانون التقاعد والضمان لعام ١٩٧١ قد جاء فيها ما يأتي (إذا انتهت الاصابة بالعامل الى العجز الكامل او ادت الى وفاته يخصص له او لخلفه حسب الاحوال – راتب تقاعد اصابة على اساس ٨٠٪ من متوسط الاجر في السنة الاخيرة من عمله او خلال مدة عمله ان كانت (اقل من سنة) نقلاً عن د. ابراهيم علي حمادي الحلبوسي ، الخطأ المهني والخطأ العادي في اطار المسؤولية الطبية .ط١,منشورات الحلبي الحقوقية,لبنان,٢٠٠٧، ص٢٢٢

المطلب الاول

التعويض القضائي عن ضرر تشوه المولود

إذا صدر من شخص فعل وأصيب جنين بضرر التشوه ، وكانت هناك علاقة سببية قد ربطت بين ذلك الفعل فأن المسؤولية تنهض بتحقيق اركانها واستيفاء الشروط اللازمة في الضرر ، وهنا يأتي دور القاضي بتقدير جسامة الضرر الذي لحق بالمريض جراء خطأ الطبيب وبالمولود المشوه وذويه سواء كان الضرر مادياً او معنوياً ومن ثم يقوم القاضي بتقدير التعويض عن هذه الاضرار.

ونحن على علم ان الاصل في التعويض الذي يستحقه المريض (المضرور) ان يكون قضائياً لأن القاضي هو صاحب القدرة في استجلاء الحقائق ومعرفة مقدار الضرر الذي لحق بالمريض وعليه جبره بالتعويض ، ويشمل التعويض جميع المصاريف التي انفقها ذوي المولود المشوه او المريض على العلاج واجور المستشفى وطبيب الجراحة والطبيب المعالج ومصاريف شراء الدواء والنفقات التي انفقها بسبب هذا الضرر ، كما تشمل ما فات المريض او المولود المشوه من كسب عند بلوغه ومساعدة والديه في تكاليف المعيشة ، وقد بينت المادة ١٦٩ من تقنينا المدني فيما يتعلق بالمسؤولية التعاقدية عن كل التزامات العقد وفوات الكسب بسبب ضياع الحق وتأخره في استيفائه ، ونصت على نفس السياق المادة ١/٢٠٧ منه فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية (تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع) "[١]" ، وقد يكون تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية تعويضاً عن ضرر مادي او عن ضرر معنوي (أدبي) كما بينا ذلك سابقاً .

ومن هنا فأن الضرر في مجال المسؤولية الطبية عن الاخطاء الطبية العلاجية يتجاوز ما نصت عليه المادة (٢٠٧) من القانون المدني العراقي ليشتمل على التعويض المعنوي ، وتقدير التعويض في هذه المسؤولية عن الضرر الذي يلحق بالمريض او المولود المشوه وذويه خصوصية ينفرد بها وذلك لما يعاني المضرور (المولود المشوه) من الآم واضرار نفسية وجسدية كبيرة ، وهذه تتمثل في اثار الخطأ وما يخلفه من تشوهات وندبات او قصور في عمل الاعضاء او تعطل فيها يؤدي بدوره الى الآم لا يمكن جبرها بتعويض يقابلها و الضرر المعنوي لا يثبت كيانه المادي الا بإقرار المضرور او مطالبته بالتعويض امام القضاء"[٢]".

ويقوم التعويض عن الضرر الادبي على عنصرٍ واحد وهو الترضية الكافية التي تقدم للمضرور فتخفف من وقع الضرر عليه"[٣]" .

وفي التعويض القضائي يُسخر القاضي كل امكاناته وخبراته لغرض تقدير التعويض المناسب لجبر المضرور فهو يوظف كل ما لديه من خبرة وعلمية و معرفة ونزاهة وحيادية لمعرفة مقدار التعويض ، ولكن الامر في تقدير التعويض عن المسؤولية الطبية يكون اكثر صعوبة وتعقيداً ، فشق البطون وانطفاء البصر وبتر احد الاطراف والاخطاء الطبية على الجنين او والدته الحامل التي تسبب تشوهاً في المولود حديثاً هي مسألة في غاية الدقة وكما قلنا في غاية الضرر لأنها تجمع الضرر المادي والجسدي والادبي ، وبذلك يستعين القاضي برأي الخبراء لغرض تقدير تعويض يناسب الحالة المعروضة ، ورأي الخبير

"[١]" وقد جاء في المادة (٢٢١) من القانون المدني المصري النافذ ما يأتي (ويشمل التعويض ما لحق من خسارة وما فاته من كسب شرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام او التأخر في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن باستطاعة الدائن يتوقاه ببذل جهد معقول) .

"[٢]" ينظر:- د. جاسم العبودي ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص١٢٨ .

"[٣]" د. جاسم العبودي ، المصدر نفسه ، ص ١٢٨ .

لا يلزم القاضي الا ان ترك رأي الخبير يكون بناءً على سبب معقول ، لأن القاضي وحسب خبرته المتراكمة لديه الخبرة الكافية بذلك ، فهو لا يحكم بما يزيد على الضرر الحاصل لأن هذا يؤدي الى اثراء المضرور على حساب الغير ولا يحكم بما هو اقل من الضرر فيكون بذلك الحكم غير عادل .

وبناءً على ذلك فللقاضي سلطة واسعة في تقدير التعويض فهو يحكم بما يراه مناسباً من تعويض يحقق العدالة .

والقاضي عند الحكم بتعويضه لا يأخذ بجسامة الخطأ المرتكب انما يأخذ بمقدار الضرر الحاصل فهو بتقديره لا يقصد من تقدير التعويض والحكم به العقوبة على المسؤول ، الا ان النزعة الاخلاقية

وجسامة الخطأ المرتكب فكان التعويض في الاخطاء الجسيمة أكثر من الاخطاء اليسيرة .

وتتجسد جسامة الخطأ في الضرر الادبي ولا سيما عندما يتعدد المسؤولين ، فعند تعددهم وكان المضرور من ضمنهم جاز توزيع المسؤولية فيما بينهم بحسب جسامة فعل كلٌ منهم "[١]" .

ولغرض تحقيق العدالة بحكم القاضي فهو لا يأخذ كثيراً بجسامة الخطأ لأن الضرر الكبير لا يعتمد في تعويضه على جسامة الخطأ فاذا كان يسيراً فقد لا تتحقق العدالة بحصول المضرور على التعويض المناسب ، وتنعكس الحالة فلا ذنب للطبيب اذا كان الضرر بسيطاً ألا ان خطأه جسيماً ويتحمل تعويضاً مبالغاً فيه وعلى هذا الأساس كان التعويض في الغالب يُقدر على حجم الضرر الذي تكبده المضرور ، وبذلك يسلك القاضي نوعين من التعويض القضائي وهما طريق الحكم بتعويض عيني وطريق الحكم بتعويض مقابل .

اولا-التعويض العيني

وكما مر بنا وذكرناه في بحثنا هذا ان التعويض العيني يقصد به اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل ان يرتكب المسؤول الخطأ الذي ادى الى وقوع الضرر "[٢]" ، ويكون مجال التعويض العيني الاوسع في المسؤولية العقدية ، ويكون خلاف ذلك في المسؤولية التقصيرية ، فهو محصور في نطاق محدود إذ يندر ان يجبر المضرور على التعويض العيني ، لأن اعادة الحال الى ما كانت عليه امراً يصبح في غاية الدقة والصعوبة فهو يقوم على محو الضرر ، وان يكون معادلاً للضرر فيجب ان لا يزيد ولا ينقص عن الضرر .

والتعويض القضائي بشقيه العيني والتعويض بمقابل ليس الا تطبيقاً للقواعد العامة ، الا ان التعويض العيني وفي حالات كثيرة لا يكون ممكناً "[٣]" ، وبذلك يحتم على القاضي الرجوع الى التعويض بمقابل ، وان حالات الضرر الذي يمس جسم الانسان لا يكون التعويض العيني في بعضها ممكناً ، فمثلاً في اخطاء الطبيب الجراح مع المريض لا يمكن اعادة الحال كما كانت عليه قبل اجراء العملية الجراحية فلو اجبر الطبيب على ذلك بإجراء عملية لا يستطيع ان يؤديها على الوجه الامثل وموضوعنا في المولود المشوه تكون اكثر صعوبة على الطبيب لأنه من الصعب اعادة الحال عما هو عليه قبل التشوه كولادة طفل مبتور اليد او من دون صيوان الاذن او فاقد البصر او تشوه في اعضاءه الداخلية ، وتنطبق حالات استحالة التعويض العيني في

"[١]" تنظر المادة ٢١٧ /٢ من القانون المدني العراقي والمادة ١٦٩ من القانون المدني المصري .

"[٢]" د. سعدون العامري ، اتعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية,مطبعة وزارة العدل.بغداد,١٩٨١ ، ص ١٤٩ .

"[٣]" وقد تنص المادة (٢٤٦ / ١) من القانون المدني العراقي على أنه (يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى ما كان ذلك ممكناً) .

الاخطاء الطبية التي ينتج عنها وفاة المريض فلا مجال الا العمل بالتعويض بمقابل ، الا ان المحكمة لا تحكم بالتعويض غير النقدي الا اذا طالب به المضرور والمدين لم يعرض التعويض النقدي "١" .

ثانيا-التعويض بمقابل

يلجأ القاضي الى التعويض بمقابل لتغطية الضرر الذي اصاب المريض او اصاب المولود بعد التشوه الحاصل فيه لجبر ضرر المريض او افراد عائلته جراء خطأ الطبيب ، وكما قلنا عند عدم امكان التعويض العيني يكون التعويض بمقابل ، وفي الغالب يكون هذا النوع من التعويض نقدياً ، ولكنه يكون في بعض الاحيان تعويض غير نقدي ، فعندما يستعين القاضي بأهل الخبرة فهو يسعى لتحقيق تعويض مناسب فالتعويض بمقابل يكون على صورتين فهو يتخذ صورة تعويض نقدي ، كما يتخذ في احيان اخرى صورة تعويض غير نقدي سنبينهما تباعاً .

١- التعويض النقدي :-

الأصل في التعويض ان يكون نقدياً في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية ، فالنقود وسيلة للتبادل وكذلك وسيلة للتقويم ، وحيث ان الضرر (المادي والادبي) يمكن تقويمهما بالنقود "٢" ، وللقاضي في تقدير التعويض النقدي سلطة واسعة وكذلك في كيفية دفع التعويض للمضرور (المريض) ، فهو يستطيع دفع التعويض دفعة واحدة وقد يحكم بدفعه على شكل دفعات او اقساط او بإيراد راتب للمضرور مدى الحياة ويكون ذلك بدفع المسؤول مرتباً طيلة فترة حياته وينتهي ذلك بعد وفاة المسؤول "٣" ، وعند حكم المحكمة بدفع الضرر اقساطاً او مرتباً فبذلك تلزم الطبيب المسؤول بدفعه تأمين شخصي او عيني كضمان وبخلاف ذلك تحكم عليه المحكمة بأن يدفع قسط التعويض دفعة واحدة"٤" .

والتعويض عن خطأ الطبيب او اشخاص العلاقة التي كان بسببها الولادة المشوهة لا يختلف في تقديره ودفعه عن باقي التعويضات فقد تكون نقدية تدفع للمولود المشوه او ذويه بعد اثبات الضرر والخطأ مع وجود العلاقة السببية بينهما .

٢-التعويض غير النقدي :-

ان التعويض غير النقدي لم يكن هو الصورة المثالية للتعويض ، الا انه يجوز للدائن ان يطلبه ، ويحكم به القاضي حسب ظروف الحالة إذا لم يعرض المدين التعويض النقدي ، ولكن عند مطالبة المضرور بتعويض غير نقدي وعرض المسؤول التعويض النقدي هنا يكون الرأي لتقدير المحكمة فهي قد تستجيب لطلب الدائن بتعويض غير نقدي وقد تحكم بالتعويض النقدي باعتباره الاصل في التعويض فمثلاً في حالة السب والقذف الذي يصدر من الطبيب على مريضه اثناء علاجه ، فيجوز للقاضي بناءً على طلب المضرور (المريض) بنشر الحكم الصادر بحق الطبيب بعد صدوره في الجريدة الرسمية كتعويض غير نقدي ، او الاعتذار في الجريدة الرسمية من المضرور ، وما تجدر الإشارة إليه ان هناك خلافاً في قانوننا المدني النافذ ، وهذا الخلاف لم يكن له الاثر في الحياة العملية فهو لا يتعدى كونه خلافاً فقهياً فهناك من يجاري الفقه المصري فهم لا يرون

"١" ينظر :- د. جاسم العبودي ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص١٢٧

"٢" تنص المادة ٢٠٩ / ٢ من القانون المدني العراقي على أنه (ويقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر ان تأمر باعادة الحال الى ما كانت عليه او ان تحكم بأداء عمل معين او برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض) وانظر كذلك نص المادة (١٧١/ ٣) من القانون المدني المصري.

"٣" د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، فقرة ٦٤٥ ، ص ٩٦٨.

"٤" تنظر المادة (١/٢٠٩) من القانون المدني العراقي تنص على انه (تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح ان يكون اقساطاً او ايراد مرتباً ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأميناً) .

اعادة الوضع عما كان عليه تعويضاً غير نقدياً وانما قالوا بوصفه تنفيذاً عينياً جبرياً ومنهم من يرى ان رد المثل في المثليات ليس هي التسمية المناسبة وكان الاجدر تسميته (تعويضاً عينياً) فهذه التسمية اخص من تسمية (تعويض غير نقدي) .

والخلاف السابق الذكر لا يهمنا بيد ان الخلاف بين الأم الحامل او المريض والطبيب المعالج عند طلب المريضة فسخ عقدها مع طبيبها لتأخره بتنفيذ التزامه ، او امتناعه عن التنفيذ ، فحكم القاضي

بتحرر المرأة الحامل او المريض من التزامات العقد يعتبر تعويضاً عينياً غير نقدي"[١]".

وفي الولادة المشوهة تسري احكام التعويض غير النقدي التي تسري على المرضى المتضررين نفسها فعند اثبات الخطأ الطبي الذي انتج التشوه في المولود حديثاً يكون من حق ذوي المولود طلب التعويض غير النقدي المتمثل بالاعتذار او نشر حكم التعويض وخطأ الطبيب في الجريدة الرسمية وعند ذلك يكون القرار لمحكمة الموضوع بالحكم بالتعويض المناسب والضرر الحاصل مع الاخذ بالظروف المحيطة بالحالة محل التعويض.

المطلب الثاني

التعويض الاتفاقي

وهو التعويض الذي يتفق عليه الطرفين مسبقاً ، فعند اخلال أحد الطرفين بتنفيذ التزامه وجب عليه دفع مبلغ معين مثبت مقداره في العقد ويسمى التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) وهذا النوع من التعويض الاتفاقي يقع في المسؤولية العقدية ، ويكون الاتفاق العقدي بهذه الحالة يتفق الطبيب المعالج او الطبيب الجراح بأجراء عملية جراحية ويتفقون على دفع مبلغ محدد في العقد عند عدم نجاح الجراحة او الاخلال او التأخر بتنفيذ التزامه اتجاه المريض ، وفي احيان عندما يكون مبلغ التعويض المتفق عليه مبالغاً فيه اي فادحاً ، بذلك يحق للقاضي انقاصه اي ان يكون معادلاً للضرر الذي لحق بالمريض وهذا ما قضت به المادة (١٧٠/ ٢) من القانون المدني العراقي ، إذ نصت على ما يأتي (ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه اي ضرر ويجوز تخفيفه اذا اثبت المدين ان التقدير كان فادحاً او ان الالتزام الاصلي قد نُفذ في جزءٍ منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة) وتقابلها المادة ٢٤٤ من القانون المدني المصري الذي بين المعنى نفسه في صلاحية قاضي الموضوع وشرط التعويض الاتفاقي ان يكون قبل وقوع الضرر أي ان يكون في العقد او لاحقاً له باتفاق آخر ، فإذا وقع الاتفاق بعد وقوع الضرر فأن الاتفاق يكون عقد صلح يخضع لأحكام المادة (٦٩٨) من القانون المدني العراقي .

والتعويض الاتفاقي او (الشرط الجزائي) اشبع الكلام عنه في دراسات عديدة ولا تخلو دراسات القانون المدني منه و له خصائص عدة سنتطرق له قدر تعلق الامر بموضوعنا

١- التعويض الاتفاقي او الشرط الجزائي هو التزام تبعي ...
٢- انّ الشرط الجزائي يقع تقديره جزافاً لأنه يقع تقديره قبل وقوع الضرر ولا يستطيع الطرفان تحديد مقدار الضرر الذي سيلحق بالمريض تحديداً دقيقاً ...
٣- انّ الشرط الجزائي هو التزام احتياطي فهو ليس التزاماً تخييرياً وليس التزاماً بدلياً...

"[١]" د. حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، الضرر ، ج١ ، بغداد ، ١٩٩١ ، ص ٢٨٦ .

انّ وقت تقدير التعويض له اهمية خاصة في جبر الضرر وذلك لتغير قيمة الاشياء والعملة الشرائية النقدية صعوداً ونزولاً"[١]" ، وعلى هذا الاساس فقد اخذت محكمة النقض الفرنسية بوقت صدور الحكم بالتعويض إذ قضت بتاريخ ٥/ تشرين الثاني / ١٩٣٦ بـ (ان حق المضرور في التعويض لا ينشأ الا من تاريخ صدور الحكم) وصدر حكم آخر بتاريخ ٢/ كانون الاول/ ١٩٤٧ بـ (ان الحق في التعويض عن الضرر في نطاق المسؤولية العقدية يولد من النطق بالحكم) "[٢]".

وخالف القضاء العراقي محكمة النقض الفرنسية الى الاخذ بوقت وقوع الضرر بدلاً من وقت صدور الحكم إذ جاء قرار بذلك ينص على (ان التعويض عن الضرر في المسؤولية التقصيرية يُقدر بتاريخ حصول الضرر وليس بتاريخ اقامة الدعوى بشأنه) "[٣]".

ونرى ان رأي القضاء والمشرع العراقي في وقت تقدير التعويض من تاريخ حصول الضرر كان مناسباً وصحيحاً لأن اجراءات الدعوى تأخذ وقتاً طويلاً وفي حالة تعويض المولود المشوه وفقاً لحكم القضاء الفرنسي يلحقه ضرراً اضافياً بالإضافة الى ضرر التشوه لأن التشوه في اغلب حالاته يحتاج الى دواء وعمليات واجراءات طبية تستوجب نفقات منذ ولادة الطفل مشوهاً ، الا ان القضاء العراقي كان رأيه بذلك مناسباً وذلك للتقلبات الاقتصادية الكبيرة وتغير الاسعار بشكل مستمر وانخفاض قيمة النقد امام ارتفاع الاسعار يجعل من التعويض في وقت حصول الضرر مناسباً للمولود المشوه ولذويه .

الخاتمة

اولا-النتائج.

١- ان هذا الموضوع يتعلق بحماية صحة وسلامة إلانسان وخصوصا المولودين حديثاً من الاطفال ويحمي صحة الأم الحامل , وذلك من خلال تلافي ضرر تشوه الاطفال المولودين حديثاً وحماية الام الحامل من الامراض خلال فترة الحمل عند علاجها وعلاج الجنين في بطنها , وتحديد المسؤولية المدنية على اشخاص محددين من خلال دراسة العمل العلاجي الطبي والاشخاص الذين يقومون به خلال مُدّة حمل الأم الى حين ولادتها

٢- وجدنا ان مفهوم المولود المشوه في الطب هو مفهوم طبي يختص به اهل الطب والعلاج الطبي ، حيث يبين تعريف الجنين منذ بداية نشأته الى تكوينه في بطن امه ، كما ان هذا المفهوم لا يغيب عن ديننا الاسلامي ، فقد وجد في احاديث الائمة (عليهم السلام)بعض الاسباب التي تسبب التشوه والتي نهت عنها الشريعة الاسلامية ومنعت الزوجين من ممارستها خلال حياتهما الزوجية ، لأنها تؤدي الى التشوه وهي معلومات سبقت العلم الحديث في معرفة اسباب التشوه كما ان التعريف القانوني لا يبتعد كثيراً عن تعريفه في الطب.

"[١]" ينظر القاضي اياد احمد سعيد الساري ، الضرر المتغير مفاهيمه ومعالجاته (دراسة مقارنة في ضوء القوانين العربية والاجنبية ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٩ ، ص ١٩٤ .

"[٢]" د. مقدام السعيد ، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة) ، دار الحداثة للطباعة والنشر ، لبنان ، ١٩٥٨ ، ص ٢٦٠ .

"[٣]" القرار رقم ٥١٧٧ / م١ منقول / ٩٩٨ في ٧/ ٤/ ١٩٩٩ والقرار ٣/ م٣ / ٢٠٠١ في ١٤/ ١/ ٢٠٠١ ، نقلاً عن د. هبة ثامر محمود عبد الله ، القانون الواجب التطبيق على مسؤولية الطبيب (دراسة تحليلية مقارنة) ، ط١ ، مطبعة الكتاب ، بغداد ، ٢٠٢٠ ، ص ٧٣ .

٣- لا تعفى الام من مسؤوليتها اتجاه تشوه المولود في بطنها ، فقد يكون تقصيرها سبباً كافياً لتشوه مولودها نتيجة اهمالها وتقصيرها في الحفاظ على صحة وسلامة جنينها من خلال استخدام الادوية والعقاقير من دون وصفات طبية او التدخين وتعاطي الكحول او المخدرات او القيام بأعمال بدنية لا تناسب الحفاظ على سلامة مولودها في بطنها منذ نشأته الى حين ولادته .

٤- ان التزام الطبيب لا ينحصر بالعمل العلاجي فقط وانما على الطبيب ان يلتزم بالتبصير للمريض ولذويه وتوضيح المرض وتشخيصه وبيان نتائج العلاج الطبي او العمليات الجراحية المتوقعة ليكون للمريض الخيار في علاج معين او عدم خضوعه لإجراء العمليات الطبية بعد معرفته بمدى خطورة هذه العمليات الطبية او الجراحية ، كما عرفنا ان الطبيب عليه ان يوجه مريضه بالعلاج والالتزام بالمحافظة على سلامته من الاضرار الخارجية التي قد تصيبه في اثناء فترة العلاج الطبي وهنا يقصد بالسلامة شمول مكان رقود المريض والاجهزة المستخدمة في علاجه وسرير المريض وصلاحيته للأستخدام ويعرف من ذلك ان سلامة المريض لا تقتصر على سلامته في العمل العلاجي الطبي فقط .

٥- الضرر المادي والادبي للمولود المشوه كما لاحظت ضعف النصوص القانونية التي تأخذ بتعويض الضرر الادبي فوجدت ان القضاء حكم بحالات معينة ونادرة ، فتولدت لدي قناعة بأن الضرر الادبي عند حصول الولادة المشوهة هو ضرر كبير لا يضاهيه ضرر ، لأنه كامن في نفس المتضرر (المولود المشوه) وذويه وهو لا يزول الا بزوال الضرر والتشوه في المواليد الجدد وهو لا يزول في اغلب حالاته ، وقد يستمر طيلة فترة حياة المولود المشوه .

٦- ان القوانين المدنية المقارنة حددت احكاماً لتعويض المتضررين من المواليد المشوهة وذويهم لجبر الضرر المادي والادبي الذي يعاني منه المتضرر واختلفت انواع التعويض فمنها التعويض القضائي الذي يقره القضاء والتعويض العيني وهو نادر لأن اعادة حال المتضرر الى ما هو عليه قبل التشوه أمر نادر الحصول وخاصةً في حالات التشوه الكبيرة في اجسام المواليد المشوهين التي يصعب شفائها ، وهناك التعويض بمقابل وهو يشمل التعويض النقدي والتعويض غير النقدي في حالات معينة وكذلك التعويض الاتفاقي بين المتضرر والضار .

٧- ان الام قد يكون لها السبب الكافي لحصول الولادة المشوهة او قد يكون السبب مشتركاً مع الغير لحصول الضرر وذكرنا عدة حالات من الاهمال خلال بحثنا وانواع من التقصير التي تسببها الام وتؤدي الى ضرر مولودها وحصول التشوه قبل او بعد ولادتها .

٨- وجدنا ان التأمين على اخطاء الطبيب او المساعدين والمعاونين له دوراً كبيراً في تخفيف التعويض عن الطبيب وتقليل تكاليف التعويض وذلك من خلال دفع مبالغ التعويض من صناديق شركات التأمين التي يشترك فيها الطبيب او احد اشخاص العمل العلاجي الطبي فيها بدفعهم اقساطاً شهرية منتظمة لمواجهة تعويض الاخطاء الطبية المحتملة .

ثانياً :- التوصيات

١- نوصي المشرع العراقي بضرورة تنظيم قواعد واحكام المسؤولية التي تنشأ نتيجة الولادة المشوهة ، وذلك وفقاً لقواعد واحكام القانون لغرض توفير حماية قانونية للأم الحامل وجنينها وعدم السماح للأطباء ومساعديهم او تلزم

الاطباء ومساعديهم بعدم الاهمال او التقصير اثناء ممارسة عملهم العلاجي الطبي من مختلف الاختصاصات الطبية منذ بداية الحمل الى الولادة.

٢- ندعو المشرع العراقي في حال ارتكب الطبيب خطأً جسيماً سواء كان بصورة عمدية او اهمال وتقصير وتسبب بضرر جسيم في المولود أن يرفع من قيمة التعويض ليكون متناسباً مع حجم الضرر الحاصل في المولود لذلك بحيث يجعل من التعويض كافياً لجبر الضرر الجسيم .

٣- نوصي المشرع العراقي ان يوفر الحماية اللازمة للأم الحامل والجنين طيلة مدة الحمل ولحين الولادة ليأخذ الأطباء وكل العاملين في المجال الصحي الحيطة والحذر اللازمين لحماية الجنين من التشوّه .

ونوصي المشرع العراقي ان يضع قوانين تكون اكثر حماية للمرأة العاملة وخصوصاً من النساء الحوامل وان يكون التشريع على غرار ما سار عليه التشريع المصري حيث انه اكدّ على عدم انهاء عقد عمل النساء العاملات في اثناء اجازتهن مكتفياً بمنح الحق لصاحب العمل في حرمان المرأة العاملة من اجرها خلال مدة الاجازة ، لئلا تضطر النساء للاستمرار بالعمل وخصوصاً الحوامل منهن لما يؤثر ذلك الجهد البدني على صحة الجنين في بطن امه ، ومن ثم تشوهه في بعض الأحيان.

٤- نوصي المشرع العراقي التأكيد على تعليمات العلاج الطبي بإلزام الاطباء ومعاونيهم بالالتزام بتبصير مرضاهم ومتابعة علاج مرضاهم وخاصة النساء الحوامل منهن لتجنب حالات التشوه التي قد تحصل للجنين في بطن أمه او عند الولادة .

٥- نوصي المشرع العراقي بالنص على ضرورة تعويض الضرر الادبي بنصوص قانونية صريحة ، لأن الضرر الأدبي اكثر وقعاً على نفس المتضرر وخصوصاً على ذوي المولود المشوه ويكونون في أغلب ألاحيان الوالدين (الأب والأم) لأن اثر التشوه في نفسيهما لا يزول وهو شديد الوقع عليهما وتأثيره الاول على الوالدين وعلى المولود المشوه .

٦- ندعو دوائر الصحة العراقية في جميع المحافظات ان تقوم بوضع التعليمات الملزمة لوقاية النساء الحوامل والأجنة في بطونهن من ضرر التشوه من خلال وضع برامج علاجية وغذائية صحية دورية وتكون هذه التعليمات مثبتة ومحفوظة الكترونياً وتسجيل الحالات وما يطرأ على الأم وجنينها من مضاعفات صحية مع تسجيل أوقات وتواريخ العلاج للأمهات الحوامل وأسماء الأطباء المعالجين ومعاونيهم واختصاصاتهم جميعاً منذ بداية الحمل إلى الولادة وذلك لمعرفة المقصرين في العمل العلاجي واثبات مسؤوليتهم في ضرر تشوه المولود في حالة حصوله .