تفويت الفرصة
كأساس لتعويض الأضرار الطبية

د. أسعد عبيد عزيز الجميلي
كلية القانون-الفلوجة / جامعة الأنبار

الخبير اللغوي
د. عمر علي محمد

المقدمة

يحتاج العمل الطبي عموماً، والأضرار الطبية على وجه الخصوص أن ننظر إليها بمنظار خاص. فمعلوم مقدار العقبات والصعوبات التي تعترض عمل الطبيب أو الجراح حين العلاج أو حين إجراء التداخل الجراحي.

لذلك أجمع الفقهاء بأن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية (التزام بوسيلة وليس التزاماً بنتيجة) (تحقيق غاية)[1]، ولكن هذا التصنيف لم يعد ملائماً في عصرنا الحالي ونحن نشهد التطورات المهيلة والعظيمة في ميدان العمل الطبي، سواء من خلال استخدام الأجهزة المتطورة والمعدات الحديثة ووسائل الاتصال وتوفر المعلومات والخبرات فضلاً عن العوامل البشرية من حيث الكفاءات والخبرات في مختلف التخصصات الطبية،هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فأن ما هو مقرر في القواعد العامة للمسؤولية من ضرورة إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما أصبح أمراً غير مسلم به في مجال الأضرار الطبية خاصة في نطاق التطبيقات القضائية الحديثة في فرنسا.

إذ أظهر العمل عدم واقعية وفاعلية مثل هكذا أمر فضلا عن حياد العدالة هنا. إذ كثيراً ما يبقى المريض أو ورثته عاجزين عن أثبات تعدي الطبيب أو الجراح أو خطأهما الطبي ليقيموا المسؤولية ويطالبوا بالتعويض؛ لهذا اتجه القضاء الفرنسي أتجاهاً جديداً أيده أكثر الفقهاء في فرنسا وفي وطننا العربي، إذ ذهب

---

(١) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط٣، القاهرة ١٩٧٨، ف٩٨، ص١٧٠ وما بعدها ؛ د. السنهوري، الوسيط، ج ١،القاهرة ١٩٥٢،ف٤٢٨ ص٦٥٦ وما بعدها ؛ حلمي بهجت بدوي، اصول الالتزامات، القاهرة ١٩٤٣، ف٢٩٦ ص٤١٧ ؛ استاذنا د. حسن علي الذنون، اصول الالتزامات، بغداد ١٩٧٠، ف ١٩ ص١٤ وما بعدها وف ٢٠٤ ص١٧٥ وما بعدها

الى بناء أسس جديدة ليقيم عليها مسؤولية الطبيب كأساس للتعويض عن الأضرار الطبية، ومن هذه الأسس فكرة فوات الفرصة، وهنا نتساءل، ما مضمون هذه الفكرة؟، وما هو المقدار الذي تطبق فيه؟، وما هو حجم التأييد أو المعارضة الذي تلقاه ؟، وما هو موقفنا من فكرة الأخذ بها في العراق؟. هذا ما سنجيب عليه خلال هذه الدراسة.

تمهيد

تفويت الفرصة في القواعد العامة

ينبغي لتحقق المسؤولية المدنية أن تتحقق شروط ثلاثة هي: الضرر، والخطأ، والعلاقة السببية. ولست هنا بمعرض تناول هذه الأركان بالبحث، وإنما سأقتصر على ما يهم في توجهات هذا البحث، ذلك أن ليس كل ضرر يعوض عنه، وإنما يستلزم التشريع والقضاء أن تتحقق شروط معينة في الضرر، من هذه الشروط أن يكون الضرر محققاً، ويجدر بنا أن نتساءل هنا، هل فوات الفرصة بصورة عامة تعد ضرراً محققاً، ومن ثم ينبغي الحكم بتعويضها؟.

إن الإجابة عن هذا التساؤل تستلزم منا أن نعرض لتطور الاجتهادات القضائية بهذا الشأن خاصة فيما صدر عن المحاكم الفرنسية من قرارات بهذا الخصوص. ويشير تتبع خطى اجتهادات القضاء إلى وجود مرحلتين: الأولى: لم يكن القضاء فيها يرى في فوات الفرصة ضرراً يجب تعويضه؛ لأنه إن امكن عد فوات الفرصة ضرراً فإنه ضرر غير محقق، ومن ثم ليس هناك إمكانية للحكم بتعويضه. ففوات الفرصة ليس ضرراً أصاب ذمة مالية لكي يسأل مسببه عن التعويض، كما أنه ليس بضرر محقق الوقوع في المستقبل؛ لذا نجد القضاء في هذه المرحلة يشيح بوجهه عن التعويض عن فوات الفرصة.

وأما الثانية: فإننا نجد أحكاماً قضائية تخرج عما استقر عليه موقف القضاء الفرنسي بهذا الشأن، إذ رأت بعض المحاكم _ مؤيدة من قبل محكمة النقض الفرنسية _ أن فوات الفرصة يمكن أن يكون ضرراً يجوز شموله بالتعويض لا لأنها أهملت شرط كون الضرر محققاً، وإنما لأنها رأت في فوات الفرصة في حد ذاته ضرراً يستحق التعويض، فالمتضرر حرم من فرصة كانت قائمة، وفي حرمانه من هذه الفرصة فأنه لحقه ضرر وهو ضرر أكيد بيد أن المحاكم لا تعوض عن نتائج اغتنام تلك الفرصة فتلك النتائج احتمالية، ومن ثم لا تعويض عنها بيد أن الفرصة التي ضاعت بفعل المسؤول لاشك أن في ضياعها ضرراً، وهو ضرر أكيد، فتوالت الأحكام القضائية طبقاً لذلك حتى أصبح من المستقر في أحكام محكمة النقض الفرنسية التعويض عن فوات الفرصة.

فالفرصة هي إمكانية أو احتمالية تحقق واقعة معينة، وتوصف بأنها المكنة أو الوسيلة التي يترتب على توافرها تحقق واقعة ما(١).

وفوات الفرصة أو تفويتها يعني توقف سير الأحداث وتطورها بحيث تزول فكرة الكسب، أي: المنفعة الايجابية التي كان من الممكن تحققها لو سارت الأحداث بالمسار الاعتيادي، بمعنى أن تحقق تلك المنفعة أصبح مستحيلاً بعد أن كان محتملاً وممكناً(٢). والحرمان من الكسب (المنفعة المحتملة) لا تمثل سوى ضرر احتمالي غير قابل للتعويض عنه، لكننا نتساءل هنا ألا يمكن عد مجرد الحرمان من التطور المعتاد للأمور في حد ذاته ضرراً محققاً يتمثل في الحرمان من فرصة الكسب(٣)؟.

وهنا يمكن أن يقال أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فأن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه، والفرصة الجدية الحقيقية يترتب على ضياعها حرمان نهائي من الكسب وصيرورته مستحيلاً بعد أن كان ممكناً، أو على الأقل محتملاً(٤).

وهنا نقول إن كلاً من تعبيري الفرصة والاحتمال وجهان لعملة واحدة حيث إن كليهما تعبير عن ظاهرة واحدة، فالمقصود بالفرصة الإمكانية والأخيرة هي نفسها الاحتمال،أي: إمكانية تحقق أمر معين في ذاته محتمل وليس محققاً كما أنه ليس بمستحيل.

وتلك الفرصة أو ذلك الاحتمال الذي يسعى الشخص إلى تحقيقه، هل هو بالنسبة له أمل منشود وهدف مرغوب؟. وإذا كانت الإجابة بالإيجاب نتساءل أيضاً، هل إنه وكنتيجة لتعدي (خطأ) المدعى عليه أصبح ذلك الكسب (المنفعة) مستحيل التحقق بعد أن كان ممكناً ومحتملاً؟.

وهنا تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان الضرر المدعى به احتمالياً فقط وليس مؤكداً فأن عدم تحققه لا يدل يقيناً على الإصابة بضرر محقق، وفي الوقت نفسه لا يدل على انعدام الضرر كلياً(١).

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، ط٢، دار المعارف، القاهرة١٩٧٩، ف٤٤٢، ص٣٣٦ ؛ أستاذنا د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، بغداد ١٩٨١، ص٢٥-٣٣. ؛ د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٢ في الالتزامات، المجلد الثاني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط١٩٨٨،٥، ف٦٣ ص١٤٢ وما بعدها ؛ أستاذنا د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، ج١، ط٢، بغداد ١٩٦٣، ف٨٢٧، ص٤٥٧ وما بعدها ؛ د. مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، ط١، بيروت ١٩٨٥، ص٥٠-٥٢.

(٢) د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق، ف٢٦٣، ص٥٥١ ؛ د. عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، المصادر غير الإرادية، القاهرة ـ ١٩٦٣، ف١٧، ص١١.

(٢) د. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام ج٢، أحكام الالتزام والإثبات، مصر ١٩٦٧، ف٣١، ص٦١.

(٣) أستاذنا د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج١، الضرر، بغداد ١٩٩١، ف٢٢٣-٢٢٧، ص١٦٤ وما بعدها.

إلاّ أن الفرصة في حد ذاتها يجب أن لا تكون مجرد وهم أو خيال، بل لا بد من أن يكون وجودها وتأثيرها واضحين ظاهرين، ويتحقق ذلك إذا تبين أن الضرر الاحتمالي وما يستند إليه من حرمان من كسب محتمل ينطوي على قدر معقول من الاحتمال بأن يكون مرجحاً وقوعه وحدوثه، عندئذٍ يمثل الحرمان من ذلك الكسب ضرراً محتملاً يستوجب التعويض عن فوات فرصة تحققه، وإذا كانت الفرصة أمراً محتملاً أو مجرد أمل فأن تفويتها أمر محقق(٢).

وفي الوقائع المتعلقة بالمسؤولية الطبية فأننا نجد القضاء لم يخرج عن ذلك، بل لعلي أجزم أن المحاكم الفرنسية استبان موقفها من تعويض الفرصة في أطار المسؤولية الطبية على النحو الذي سنعرضه لاحقاً.

حتى أن القارئ لا يحتاج إلى عناء كبير لاستنتاج ذلك عندما يطلع على موقف محاكم الموضوع أو محكمة النقض الفرنسية من ذلك. ولم يكن موقف القضاء الفرنسي هذا ليمر دون أن يثير خلافاً في آراء الفقهاء، حيث انقسم الفقهاء بشأنه على رأيين: ذهب أحدهما إلى خلاف ما أخذ به القضاء، وذهب الآخر إلى تأييد موقف القضاء هذا ولا يرى فيه مخالفة لصريح النصوص، أو لما استقر من مبادئ في أحكام القضاء.

ومن هنا فأننا نتناول الموضوع على أساس تقسيمه على مباحث ثلاث: نعرض في الأول موقف القضاء الفرنسي من تعويض فوات الفرصة في نطاق الأضرار الناشئة عن التداخل العلاجي أو الجراحي، ونبحث في الثاني موقف الفقهاء من الاجتهادات القضائية الحديثة، ثم نبين في الثالث المعايير التي ينبغي مراعاتها عند تقدير التعويض عن فوات الفرصة.

تفويت الفرصة

كأساس لتعويض الأضرار الطبية.

المقدمة

تمهيد: تفويت الفرصة في القواعد العامة.

المبحث الأول: موقف القضاء الفرنسي من فكرة تفويت الفرصة في نطاق الأضرار الطبية.

المطلب الأول: الموقف التقليدي للقضاء الفرنسي.

المطلب الثاني: الموقف الحديث للقضاء الفرنسي.

الفرع الأول ـ تفويت الفرصة في مجال التشخيص الطبي.

---

(١) إبراهيم سيد أحمد، المسؤولية المدنية، مصر ٢٠٠٦، الفقرات ٢٣و ٢٤و ٢٥و ٢٦، ص٥١ وما بعدها ؛ د. السنهوري، الوسيط، ج١، المصدر السابق، ف٥٧٦، ص٨٦٢، وما بعدها.

(٢) أستاذنا د. حسن علي الذنون، المبسوط، ج١، المرجع السابق، ف٢٢٣-٢٢٧، ص١٦٤، وما بعدها.

الفرع الثاني . تفويت الفرصة في مجال الفحص التمهيدي الأولي.

الفرع الثالث . تفويت الفرصة في مجال التخدير والإنعاش.

المبحث الثاني:موقف الفقهاء من الاتجاه الحديث للقضاء الفرنسي.

المطلب الأول: الاتجاه الفقهي المعارض لموقف القضاء الفرنسي الحديث.

المطلب الثاني: الاتجاه الفقهي المؤيد الحديث للقضاء الفرنسي.

المطلب الثالث: تقييم الاتجاهات الفقهية في ضوء الاعتبارات العلمية.

المبحث الثالث: معيار تحديد الفرصة وضوابط تقدير التعويض عن فواتها.

الخاتمة.

المبحث الأول

موقف القضاء الفرنسي من فكرة تفويت الفرصة في نطاق الأضرار الطبية.

أن البحث في موقف القضاء الفرنسي بخصوص الاعتماد على تفويت الفرصة كأساس للحكم بالتعويض عن الأضرار الطبية يقتضي منا ابتداءً التعرف على الموقف التقليدي للقضاء الفرنسي الذي اتسم بالتمسك بالقواعد العامة وصولاً إلى الموقف الحديث الذي أعتمد على فكرة تفويت الفرصة في هذا المجال.

وللبحث في مضمون هذين الموقفين وأبعاد كل منهما فأننا سنقسم البحث في هذا المبحث على مطلبين، نتناول في أولهما الموقف التقليدي للقضاء الفرنسي، ونخصص الثاني للبحث في الموقف الحديث، وكما يأتي.

المطلب الأول

الموقف التقليدي للقضاء الفرنسي

لا تشير أحكام القضاء الفرنسي خصوصاً أحكام محكمة النقض الصادرة قبل عام ١٩٦٢م(١) إلى تخلي القضاء الفرنسي عن الإحكام المقررة بموجب القواعد العامة في المسؤولية المدنية التي تقضي بضرورة

---

(١) حكم محكمة (Grenoble) في ١٩٦٢/١٠/٢٤ ، أشار إليه د. محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، مصر ١٩٨٦، ص٤٣٦.

تحقق الخطأ (من قبل الطبيب المعالج) والضرر (الذي يصيب المريض) والعلاقة السببية بين كل من الخطأ والضرر(١).

حيث استلزم هذا القضاء توافر علاقة سببية بين خطأ الطبيب والضرر الذي أصاب المريض بحيث أنه رفض النظر بأي دعوى لم يقم فيها الدليل على أن الضرر الذي أصاب المريض كان نتيجة للتعدي الذي ارتكبه الطبيب، وسواء أكانت المسؤولية ذات طبيعة عقدية أم تقصيرية(٢).وخلفية هذا الموقف في تقديرنا ترجع إلى أن القضاء الفرنسي يرى أن مسؤولية الأطباء والجراحين ومن في حكمهم(٣)، ما هي إلاّ صورة خاصة من صور المسؤولية المدنية لا تنهض إلاّ إذا توافرت فيها عناصر هذه المسؤولية (الخطأ والضرر والعلاقة السببية).

وعلى ذلك فأنه إذا أقام المريض أو ذووه الدليل على ارتكاب الطبيب أو من في حكمه خطأ و أثبتوا أن ما لحقهم من ضرر كان نتيجة لفعل الطبيب، فإنه في مثل هذه الحالة يفترض أن ما ألمَّ بالمريض من أضرار كانت نتيجة لذلك الخطأ، ولا يكون أمام الطبيب من سبيل للتخلص من المسؤولية إلاّ إذا أقام الدليل على نفي العلاقة السببية بين فعله والضرر الذي أُصيب به المريض، وذلك بإسناد ذلك الضرر إلى سبب أجنبي لا يد له فيه أو إلى فعل الغير، أو أنه غير متوقع ولا يمكن تفادي آثاره السيئة وعواقبه الوخيمة لا من هذا الطبيب و لامن غيره إذا ما وجدوا في الموقف نفسه (٤)، وذلك طبقاً لأحكام القواعد العامة الخاصة بنفي المسؤولية.

وقد ركز القضاء الفرنسي في هذه المرحلة على العلاقة السببية بين خطأ الطبيب أو تعديه والضرر الذي أصاب المريض وعدها أساساً تقوم عليه المسؤولية وتدور معها وجوداً وعدماً.

لذلك فإن الطبيب كان يسعى إلى نفي الصلة بين فعله أو (خطأه) والضرر الحاصل عن طريق نفي رابطة السببية بأن يقيم الدليل على حضور السبب الأجنبي لكي يدفع هذه المسؤولية عن كاهله(٥)، كما لو أثبت الطبيب إن الوفاة لم تكن ناتجة عن خطأ أو إهمال ارتكبهُ بل كانت نتيجة نوبة قلبية أو جلطة دماغية أو غير ذلك من الأسباب الأجنبية كارتفاع ضغط الدم أو انخفاضه(٦).

---

(١) د. محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، القاهرة ١٩٨٠، ص٩٤، وما بعدها ؛ مازو وتنك، دراسة نظرية وعملية للمسؤولية المدنية، ط٦، ج١، ف٥٤٢، ص٥٣٧.

(٢) د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، القاهرة ١٩٨٦، ص١٠١ ؛ قارن د. وديع فرج، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، س١٥، ع ٤ و٥، ص٤٢٢، وما بعدها.

(٣) كطبيب التخدير وطبيب الإنعاش وغيرهم.

(٤) أستاذنا د. الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، ف١٠١، ص٦١.

(٥) د. الإبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، رسالة دكتوراه، مصر ١٩٥١، ص١٨٩-١٩٠.

(٦) د. الإبراشي، المصدر السابق، ص١٨٩-١٩٠.

نستخلص من ذالك أن أحكام القواعد العامة أخذت تلقي بظلالها الثقيلة على هذا النوع من المسؤولية المدنية بشكل خاص، حيث كانت شديدة الوطأة على المتضررين نتيجة للأخطاء الطبية، فإقامة الدليل على تعدي الطبيب او خطأه الفني ليس بالأمر السهل، حيث يعد هذا الإثبات أمراً شاقاً وعسيراً لكثرة الملابسات وتعدد العقبات والصعاب التي تعترض طريق إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وإثبات هذه الصلة لا يقل صعوبة عن إثبات الخطأ نفسه(١).

لذلك لجأ القضاء الفرنسي وبوحي من فكرة العدالة التي تقضي إن كل ضرر محقق يجب التعويض عنه سواء أكان حالاً أو مستقبلاً، فقد غير القضاء من موقفه قليلاً وتسامح بخصوص مسؤولية الطبيب المدنية وذلك لمصلحة المريض الطرف الضعيف في المعادلة وأخذ يعتمد على فكرة الخطأ المضمر او المقدر، وأخذ يستنتج ذلك الخطأ من واقعة حدوث الضرر خلافاً لما تقضي به القواعد العامة في المسؤولية المدنية التي تلزم المتضرر بإقامة الدليل على خطأ الطبيب والعلاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر الذي أصابه(٢).

وهنا نقول إن هذا التسامح الذي أقرته محكمة النقض الفرنسية في كثير من أحكامها كان البذرة الأولى للموقف الحديث للقضاء الفرنسي الذي يرى في تفويت الفرصة والحرمان من الاستفادة منها أمراً يمكن أن يسبب ضرراً محققاً يتمثل في الحرمان من فرصة الكسب بعيداً عن الفكرة القائلة بالحرمان من الكسب أو المنفعة المحتملة؛ لأن فواتها لا يمثل سوى ضرر احتمالي وهذا الأخير لا يمكن التعويض عنه. وهذا ما سنبحثه مفصلاً في المطلب القادم.

المطلب الثاني

الموقف الحديث للقضاء الفرنسي

اتجه القضاء الفرنسي اتجاها جديداً تمثل بالاعتماد على تفويت الفرصة كأساس لتعويض الاضرار الطبية بمعزل عن ضرورة وجودالخطأ او العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي تقرره القواعد العامة، حيث أصبحت مساءلة الطبيب والحكم عليه بالتعويض لا يقوم على أساس ثبوت خطئه أو تعديه وإنما أصبحت مسؤوليته قائمة على أساس تفويته فرصة الشفاء أو فرصة الإبقاء على حياة المريض وانتفاء العلاقة السببية التي تجعل من خطأ الطبيب سبباً لما وقع من ضرر للمريض أو ذويه(٣).

ويكفي في نظر القضاء الفرنسي أن يذهب المريض المتضرر أو ذووه إلى المطالبة بالتعويض على أساس مسؤولية الطبيب القائمة بسبب إضاعة الطبيب أو من في حكمه فرصة ابقاء المريض على قيد الحياة أو فرصة الشفاء من الداء أو السقم الذي ألمّ به، بل ليس من المهم أن يكون القاضي على يقين تام من أن

---

(١) سافاتيه، المسؤولية المدنية، ج٢، ف٤٥٩، ص٦، أشار إليه أستاذنا الذنون، النظرات،ص٦١.

(٢) سافاتيه، أمبريالية الأطباء في نطاق القانون، دالوز، فقه، ١٩٥٢، ص١٥٧.

(٣) أستاذنا د. الذنون، النظرات، ف١٠٥، ص٦٣.

الخطأ الصادر من الطبيب أو التعدي كان هو السبب الذي أدى إلى حدوث ما وقع من أضرار؛لأن فعل الطبيب أو تعديه لم يترك للمريض أية فرصة أو أمل في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة من وراء التدخل العلاجي أو الجراحي.

وقد طبق القضاء الفرنسي فكرة تفويت الفرصة على كثير من الحالات التي لم يكن القضاء يعدها من حيث المبدأ أخطاء طبية سواء في ميدان التشخيص الطبي أو في حالة انعدام الرعاية الطبية أو نقصها، أو عدم إجراء الفحوصات الأولية، أو عدم الاستعانة بطبيب اختصاصي في التخدير والإنعاش، وسنتكلم عن هذا التطبيق وكيفيته في فروع ثلاثة وكما يأتي:-

الفرع الأول

تفويت الفرصة في مجال التشخيص الطبي

استقر القضاء الفرنسي لمد ة طويلة على عدِّ الخطأ الصادر من الطبيب في مجال تشخيص المرض لا يعد من قبيل الأخطاء الطبية التي يسأل عنها الطبيب(١)، وجرى قضاء محكمة النقض الفرنسية على أن الخطأ هنا لا يكفي لوحده في تأسيس مسؤولية الطبيب المدنية ما دام أن التزام الطبيب من حيث الأصل هو التزام بوسيلة (ببذل عناية) وليس التزاماً بنتيجة (بتحقيق غاية)(٢)، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الأمر يعود من حيث الأساس إلى أن التشخيص الطبي ما هو الاّ فن تخميني يعتمد أساساً على علمية الطبيب وخبرته وقدرته الذهنية ومؤهلاته و موهبته وذكائه وكفاءته، أي: الكفاءة الفنية للطبيب وقوته الخاصة في الملاحظة والاستنتاج التي تتفاوت من طبيب إلى آخر(٣)، إلا إن الموقف لدى القضاء الفرنسي ما لبث أن تغير نحو اعتبار غلط الطبيب في التشخيص لوحده يكفي لمساءلته إذا أثبت المدعي (المريض أو من يمثله) أنه كان من الممكن تفادي هذا الخطأ من الناحية العلمية لو أن هذا الطبيب كان قد بذل قدراً اكبر من الانتباه والاحتياط والإخلاص.

حيث إن الغلط في تشخيص المرض وما يرتبط به من وصف علاج غير مناسب أو إقرار تداخل جراحي لا داعي له أو وصف دواء غير ملائم لوضع المريض واستعداده الجسدي يمثل فوات فرصة حقيقية جدية في الشفاء من المرض أو على الأقل الإبقاء على حياته، ومن ثم يصبح لهذا المريض أو لذويه الحق في إقامة الدعوى المدنية على الطبيب أو الجراح في حدود تفويت هذه الفرصة، حتى لو انتهى تقرير الخبراء إلى نفي

---

(١) د. محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، مصر ١٩٥١، ص٣٩٨ وما بعدها، والقرارات القضائية التي أشار لها في الهوامش ١ و ٣ و ٤ من نفس الصفحة.

(٢) د. محمد عادل عبد الرحمن، المسؤولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، مصر١٩٨٥، ص١٢٦ وما بعدها.

(٣) د. محمد فائق الجوهري، المصدر السابق، ص٣٩٨ وما بعدها.

التعدي (خطأ الطبيب) أو نفي العلاقة السببية بين الخطأ أو الضرر الذي أصاب المريض أو ذويه(١)، فضلاً عن ذلك فإن الأمر لم يقف عند هذا الحد بل أقرت محكمة النقض الفرنسية المبدأ الذي قررته محكمة باريس في عام ١٩٦٤ والذي يقضي بافتراض قيام رابطة السببية بين تعدي الطبيب وبين ضياع الفرصة على المريض بالشفاء أو البقاء على قيد الحياة(٢)، ولكن محكمة النقض الفرنسية رغم توجهها المهم هذا لم تقضِ بالتعويض الكامل على الرغم من إقرارها بمسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص، وذلك عندما لم تصادق على ما قضت به محكمة (Colmar) في حكمها الصادر في ١٩٧٦/٧/٩ بمسؤولية الطبيب وقضت بإلزامه تأدية تعويض كامل؛ لكونه ضيع على المريض فرصة الإبقاء على قيد الحياة، وجاء في حيثيات قرار محكمة النقض الفرنسية: (إن فوات الفرصة في البقاء على قيد الحياة أو فرصة الشفاء من المرض لا يمنح سوى الحق في تعويض جزئي وإن المادة ١٣٨٢ من التقنين المدني الفرنسي لا تستوجب سوى مسؤولية الطبيب المدنيةعن الأضرار المتولدة عن تفويت الفرصة)(٣).

الفرع الثاني

تفويت الفرصة في مجال الفحص التمهيدي الأولي

لقد ساير قضاء محكمة النقض الفرنسية في البداية الفكرة القائلة بتعدي الطبيب أو خطئه إذا هو لم يجرِ الفحص التمهيدي الأولي قبل إجراء التداخل العلاجي أو الجراحي الأمر الذي يستلزم نهوض مسؤوليته الطبية المدنية، مما يستدعي الحكم عليه بالتعويض المدني (الكامل)، إذا ما حضرت العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر الحاصل نتيجة عنه الاّ ان الامر لم يقف عند هذا الحد بل ذهب قضاء محكمة النقض الفرنسية الى أن مسؤولية الطبيب جراء التقصير في اجراء الفحص التمهيدي الاولي يستدعي الحكم عليه بالتعويض (الجزئي) رغم انتفاء علاقة السببية بين التقصير أو إهمال الطبيب والضرر الذي لحق بالمريض أو ذويه، مؤسساً ذلك على فكرة تفويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة على المريض كقرينة على خطأ الطبيب أو ذلك الجراح(٤).

وقد صادقت محكمة النقض الفرنسية على كثير من الأحكام الصادرة من المحاكم الفرنسية التي تقرر التعويض الجزئي رغم انتفاء العلاقة السببية، حيث جاء في أحد قراراتها((... لقد كان من حق المريض الذي

---

(١) قرار محكمة (Grenoble) الصادر في ١٩٦٢/١٠/٢٤، سبقت الإشارة إليه، وللمزيد من وقائع هذه القضية وملابساتها، يُنظر أستاذنا، د. الذنون، النظرات، المرجع السابق، ص٦٣ وما بعدها، وكذلك د. محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص٤٣٦.

(٢) حكم الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية، في ١٩٦٥/٢/٢٤، (J.C.P)، ١٩٦٦، ١١-١٤٧٥٣، أشار إليه د.الذنون، النظرات، المرجع السابق، ص٦٤.

(٣) نقض فرنسي، في ١٩٧٨/٤/٢، (J.C.P)، ١٩٧٨، ١١-١٨٩٦٦.

(٤) د. محمد سامي السيدا لشوا، المرجع السابق، ص٤٣٩.

لجأ إلى طبيب جراح اختصاصي أن يأمل أن هذا الجراح سيقوم بإجراء الفحص التمهيدي الأولي الذي استقرت عليه الأعراف الطبية أو أصول الفنن الطبي... وبالرغم من أنه لم يثبت أن وفاة المريض كانت نتيجة هذا الخطأ الثابت في جانب الجراح إلاّ أنه مما لا شك فيه أن هذا الخطأ قد فوت على المريض فرصة البقاء على قيد الحياة، وهذا وحده كاف للحكم على الطبيب بالتعويض الجزئي))(١).

الفرع الثالث

تفويت الفرصة في مجال التخدير والإنعاش

تفرض الأصول المهنية الطبية على الجراحين والأطباء الاستعانة بأطباء متخصصين في التخدير والإنعاش نتيجة لتطور المعطيات الطبية الحديثة وخطورة وأهمية الدور الذي يمثله طبيب التخدير والإنعاش في مجال العمل العلاجي أو الجراحي(٢).

إن القول بإمكانية إجراء التداخل الجراحي بدون حاجة إلى طبيب اختصاصي في التخدير أو الإنعاش امر غير مقبول علميا حتى إذا ما ساد مثل هكذا أمر بحيث أصبح عرفاً طبياً فأنه يبقى للقضاء سلطة تقديرية في أن يضرب بكل عادة أو عرفٍ من هذا النوع بعرض الحائط وأن أجمع عليه الأطباء أو الجراحون على أساس إنها تتنافى مع مستلزمات التعقل ومقتضيات الحيطة والحذر في ميدان العمل الطبي(٣).

وقد آمن القضاء الفرنسي بمثل هذه الفكرة وقضى بمسؤولية الطبيب الجراح عن الحوادث الناتجة عن أفعال أطباء التخدير والإنعاش وإن انعدمت علاقة السببية المباشرة بين التعدي الذي وقع من الطبيب والضرر الذي لحق بالمريض(٤)، حيث جاء في أحد قرارات محكمة النقض: ((إن مسؤولية الطبيب الجراح تكون محققة، ولو كان من غير المؤكد إن عدم تقصيره كان سيؤدي إلى تجنب وفاة المريض أثناء العملية الجراحية ما دام أن هذا التقصير قد أهدر فرصة حقيقية للحياة، ومن ثم وجب على هذا الطبيب تعويض الضرر الذي حلّ بورثة المريض المتوفى))(٥).

وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية بنهوض مسؤولية الطبيب الجراح عن الحوادث الناتجة عن العمليات التخديرية حتى أذا اضطرالطبيب الجراح الى الاستعانة في اجرائها بطبيب اخر غير اختصاصي في

---

(١) حكم الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية، في ١٩٦٩/٣/١٨، (J.C.P)، ١٩٧٠، ١١-١٦٤٢٢، أشار إليه أستاذنا د. الذنون، النظرات، المرجع السابق، ص٦٧ ؛ قارن نقض مدني فرنسي في ١٩٧٣/٣/٢٧، (J.C.P)، ١٩٧٣.

(٢) د. محمد عادل عبد الرحمن، المصدر السابق، ص٢٨٢ وما بعدها.

(٣) بينو، ف١١٨، أشار إليه أستاذنا د. الذنون، النظرات، المرجع السابق، ص٧٣.

(٤) د. محمد سامي السيد الشوا، المصدر السابق، ص٤٤١.

(٥) نقض فرنسي في ١٩٧١/١/٢٧، (J.C.P)، ١٩٧٠، ١١-١٦٤٢٢.

التخدير والإنعاش، وعدتْ هذه الاستعانة تقصيراً ينسب إلى الطبيب الجراح ؛ لأن ذلك قد أدى إلى تفويت فرصة ابقاء المريض على قيد الحياة (١).

نستخلص من هذا أن القضاء الفرنسي لم يكتفِ بالصور التي ذكرناها سابقاً في الفروع السالفة، ونستطيع أن نقول أنه لن يكتفي بهذه الصور في المستقبل فقد عد مثلاً أن ممارسة الإشراف على علاج المريض ومراقبة نتائج التداخل الجراحي الذي أجراه له واجب يجب على الطبيب أن يضطلع به، ومن ثم يعد مسؤولاً بل مقصراً ما لم يمارس هذا الإشراف وهذه الرعاية(٢)، حتى إن محكمة استئناف باريس على الرغم من أنه لم يثبت لديها توافر صلة السببية بطريقة قاطعة إلا أنها رأت أن تقصير الطبيب في الوفاء بالتزامه بالرعاية والعناية قد فوت على المريضة فرصة كبيرة ومهمة كانت تأملها في الشفاء والنقاهة أو على الأقل البقاء على قيد الحياة(٣).

المبحث الثاني

موقف الفقهاء من الاتجاه الحديث للقضاء الفرنسي

لم يقف الفقهاء سواء في فرنسا أو في غيرها من الدول كفقهاء العرب موقفاً موحداً من الاتجاه الحديث للقضاء الفرنسي، فمنهم من عارض هذا الاتجاه وأنتقده بشدة ومنهم من أيده وأسنده بحجج كثيرة وقوية، ولغرض الوقوف على كلا الموقفين فإننا سنتناول في هذاالمبحث مطلبين نفصل فيهما كلا الاتجاهين و كما ياتي:

المطلب الأول

الاتجاه الفقهي المعارض لموقف القضاء الفرنسي الحديث

يرى أنصار هذا الاتجاه أن فكرة فوات الفرصة لا يمكن أن تجد لها تطبيقاً في مجال العمل الطبي، ويقول أنصار هذا التوجه إن علم الطب لم يصل بعد إلى حد الكمال ولم يبلغ هذا العلم إلى اليوم تمامه، ومهما كان المرض (نوعه وجنسه) أو كان العلاج ميسراً ومعروفاً فليس من مقدور أي طبيب أو من في

---

(١) نقض مدني فرنسي، في١٩٧٨/١١/٢١، (J.C.P)، ١٩٧٩، ١١-١٩٠٣٣.

(٢) لغراد ووهل، الطب العدلي، ط٣، ١٩٧٦، ص٤٣٣ وما بعدها.

(٣) حكم محكمة استئناف باريس في ١٩٦٦/٣/١، (J.C.P)، ١٩٦٦، ١١-١٦٨٥٩ ؛ ايضا حكم محكمة Orleans في ١٩٦٩/٢/٢٧، مجلة الأسبوع القانوني، ١٩٦٩، ٤-٢٤٢.

حكمه أن يضمن شفاء المريض(١).وهذا أمر إنعكس بالضرورة على طبيعة إلتزام الطبيب إذ أجمع الفقهاء على أن ألتزامه هو ألتزام بوسيلة وليس إلتزاماً بنتيجة(٢).

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن فن الطب أو العمل الطبي عموماً يرتكز في أساسه على فكرة الاحتمالات والتخمينات، مما يعني عقد مقارنة بين الأخطار والآمال والنظر في تقديرها إلى المستقبل، ولا تتوقف النتيجة النهائية للعلاج أو التداخل الجراحي على علم الطبيب وخبرته ودرايته ومهارته، بل ينبغي فضلا عن ذلك مراعاة ظروف وعوامل أخرى كطبيعة المرض وحالة المريض الصحية واستعداده الذاتي لتقبل العلاج وردود فعل جسده وما إلى ذلك من عوامل لها تأثير على فاعلية العلاج فضلاعن الطبيعة والمناخ ؛ لأنها كلها عوامل تؤثر في نتائج العلاج. إلى جانب ذلك يتعذر على كل خبير أن يتتبع آثار فعل (خطأ الطبيب أو تعديه) الطبيب أثناء العملية أو تقديم العلاج المناسب في سهولة ويسر، حيث إنه في بعض الحالات تتداخل الأسباب وتتشعب النتائج ولا يمكن تحديد التأثير وتعيينه الذي تمخض عن كل هذه الأسباب كل على حدى(٣).

وعلى ذلك فإن الضررالناتج ليس بالضرورة أن يكون أساسه أو مصدره الفعل الضار أو تعدي الطبيب، وإن وصف هذا التعدي بالجسيم ؛ لأنه قد لا يفضي بذاته إلى إيذاء العليل أو المريض(٤)، لذلك يقرر أنصار هذا الاتجاه بعدم ملائمة فكرة فوات الفرصة بالتطبيق العملي خصوصاً في مجال العمل الطبي، لعدم فاعليتها وصيرورتها مفيدة للتطبيق على وفق مفهوم فكرة فوات الفرصة في القواعد العامة، وعليه فإن هذه الفكرة لا تجد لها تطبيقاً يمكن الاستناد إليه في مجال العمل الطبي وذلك كما سبق من أدلة وحجج.

---

(١) من الفقهاء الذين انتقدوا بشدة أعمال فكرة فوات الفرصة في المجال الطبي، سافاتيه، الأسبوع القانوني، ١٩٦٦-٢-١٤٧٥٣، الدورية نفسها، ١٩٧٤-٢-١٧٦٤٣ ؛ دالوز ١٩٧٥، ص١٧٨ ؛ شابا، دالوز ١٩٧١، ص٦٣٧، الاسبوع القانوني ١٩٨٠- ٢-١٩٢٧٢ ؛ بينو، دالوز ١٩٧٣، ص٥٩٥ ؛ بينو، المسؤولية المدنية للطبيب، طبعة سيري، الفقرات من ١٠٣ إلى ١١٠ ؛ تانك، المجلة الفصلية للقانون المدني، ١٩٦٢، ص٤٣٣ ؛ بور، الاسبوع القانوني ١٩٧٤-١-٢٦٢٠ ؛ ديري، المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٧٥، ص٧١٢.

(٢) عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية، ١٩٦٦، ف٤٥، ص٨٨ وما بعدها.

(٣) د. عبد المنعم محمد داود، النظرية العامة للمسؤولية الطبية، مجموعة بحوث قانونية، من أعمال مؤتمر المسؤولية في المستشفيات، الاسكندرية، يونيو ١٩٨٧، الجمعية المصرية للطب والقانون، ص٢١ وما بعدها ؛ قارن د. محمد حسين منصور، رابطة السببية بين الخطأ والضرر وقيام المسؤولية الطبية، مجموعة بحوث قانونية، من أعمال مؤتمر المسؤولية في المستشفيات، المرجع السابق، ص٣٣ وما بعدها، قارن محمد محرم، الخطأ الطبي في مراحله المختلفة، من أعما ل مؤتمر المسؤولية في المستشفيات، المرجع السابق، ص٤٢ وما بعدها.

(٤) د. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ف١٠٠، ص١٢٨ وما بعدها.

المطلب الثاني

الاتجاه الفقهي المؤيد لموقف القضاء الفرنسي الحديث

يرى كثير من الفقهاء في فرنسا أن توالي أحكام القضاء الفرنسي وتواتر أحكام محكمة النقض الفرنسية بخصوص تطبيقات فكرة فوات الفرصة في نطاق المسؤولية الطبية المدنية، هو تقدم كبير وخطوة مهمة في سبيل تعويض المتضرر أو ذويه بدلاً من الركون إلى القواعد العامة التي لا تقدم لنا حلاً ناجعاً في هذا المجال.

فما طبقه القضاء الفرنسي من حالات خاصة في تشخيص المرض أو عدم إجراء الفحوصات الأولية السابقة للتداخلات العلاجية أو الجراحية وعدم الاستعانة بطبيب مختص بالتخدير أو الإنعاش وغيرها من التطبيقات، و اعمال فكرة تفويت الفرصة،، أو إضاعتها في ميدان المسؤولية الطبية هو امر له في الواقع ما يبرره، فتفويت الفرصة هنا في مجال العمل الطبي خصوصاً له مفهوم خاص يختلف عن مفهومها في إطار الأمثلة التقليدية وهذه الخصوصية تبرز من ناحيتين:

الناحية الأولى: إن الفرصة التي ضاعت فعلا على المريض في عدم الدقة في تشخيص المرض تنصب مباشرة على نجاح أو فشل العمل الطبي أو أن الطبيب لم يفلح في العملية الجراحية التي كلف بها أو باشرها. وعليه فإن هذه الفرصة التي ضاعت على المريض ليس لها كما يقول (سافاتيه): قيمة مستقلة بحد ذاتها عن العمل غير المشروع، لذلك لا توجد فرصة مستقبلية ضاعت وإنما توجد حادثة وقعت بالماضي تمخض عنها وفاة أو عجز.

أما الناحية الثانية: إن التعويض عن فوات الفرصة يتصل بركن الضرر بحيث يؤدي الخطأ إلى تبديد احتمال تحقق كسب أو تجنب خسارة، وهنا يكون التعويض حقيقة تفويت أو إضاعة فرصة كانت تلوح بالأفق مستقبلاً للشفاء أو حتى البقاء على قيد الحياة، والقاضي عليه هنا أن يحكم بالتعويض بالنظر إلى المستقبل حين إصدار الحكم ليحدد مدى توقع الفرص فيه.

والأمر الذي نسلم به هنا في إطار المسؤولية الطبية يقع خلافاً لما هو معهود في المسؤولية المدنية بشكل عام، ففي المسؤولية الطبية لا توجد فرص مستقبلية بددها أو أضاعها خطأ أو عمل غير مشروع وإنما توجد حادثة ماضية أسبابها غير محققة أدت إلى نتائج ضارة بالمريض أو بذويه، وهنا يجب أن نميز بين الفرصة التي ضاعت على المريض وبين التعويض عن احتمال التسبب في إحداث ضرر وقع بالفعل(١).

وفي هذا الإطار نفسه يرى الفقيه الفرنسي (Chapas) أنه لواتحنا للطبيب فرصة نفي السببية بين خطئه والضرر الحاصل لكان من شأن ذلك أن يحوّل التزام الطبيب من بذل عناية إلى التزام بنتيجة، وذلك

---

(١) سافاتيه، الخطأ وإمكانية أن تتحقق معه المسؤولية عن ضرر لم يحدث، المرجع السابق، ص١٢٤، وما بعدها.

يعني أن الطبيب أو الجراح لا يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إلا بإثبات أو إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي وهذا أمر يخالف ما أتجه إليه القضاء الفرنسي بأن التزام الطبيب نحو مريضه إن لم يكن بشفائه فعلى الأقل بأن يقدم له العناية اليقظة والحريصة المتبصرة التي تتفق والمعطيات الطبية(١).

المطلب الثالث

تقييم الاتجاهات الفقهية في ضوء الاعتبارات العلمية

إن إلقاء نظرة فاحصة على مضمون كلا الاتجاهين وفحص الآراء المقدمة فيهما نجدهما يتلخصان في نقطتين:

أولهما: معارضة للأخذ بفكرة تفويت الفرصة في إطار المسؤولية المدنية الطبية عندما لا تتوافر العلاقة السببية بين خطأ الطبيب أو من في حكمه أو بين الضرر الذي أصاب المريض أو ذويه.

وثانيهما: تأييد هذه الفكرة والدعوة إلى تعميمها كأساس لتعويض الأضرار الطبية.

ولو ناقشنا كلا النقطتين من زاوية عملية فإننا نقول:

إن رابطة السببية بين الخطأ والضرر تعد ركناً أصيلاً لقيام المسؤولية المدنية بشكل عام بحيث تدور معها المسؤولية وجوداً وعدماً.

انطلاقاً من هذا القول نرى أنه في إطار المسؤولية المدنية الطبية إذا ما حضرت هذه الرابطة بين خطأ الطبيب والضرر الذي أصاب المريض بشكل قطعي وواضح، فإن الحكم بالتعويض واجب مفروض على المحكمة إقراره وتحديد قيمته، وهذا مطابق لما هو مقرر في القواعد العامة ولا خلاف فيه، وهنا نتساءل، ما العمل إذا لم تتوافر تلك الرابطة ؟.

وإجابة هذا التساؤل رأيناها عند أنصار الموقف الحديث للقضاء الفرنسي عندما أيدوا فكرة تفويت الفرصة وتطبيقها في مجال الأضرار الطبية. لكن أليس من شأن هذا الموقف أن يحرم الطبيب المعالج من أدنى درجات الحرية في ممارسته لعمله وصنعته؟ !، فيكون الطبيب خائفاً على الدوام وقلقاً من مبادرته بأي خطأ ولو كان تافهاً؛ لأن شبح المسؤولية وسيفها الصارم سيكون مسلطاً عليه دائماً، وهذا أمر يتنافى وطبيعة مهنة الطبيب ويتعارض مع أساسيات العمل الطبي من حيث كون الأخير قائماً على فكرة الاحتمال، الأمر الذي يؤدي في نهاية المطاف إلى تردد الأطباء وأحجامهم عن ممارسة هذه المهنة والاجتهاد فيها، وهذا أمر كارثي خصوصاً إذا عرفنا أهمية مهنة الطب بالنسبة لحياة البشر وكذلك لتقدمه وتطوره،بل الأفضل

---

(١) شابا، حصيلة بعض السنوات القضائية في موضوع السببية، دالوز، ١٩٧٠، ص١١٣.

أن نعترف للأطباء ومن في حكمهم بقدر معقول من الحرية في ممارسة فنهم وتطبيق علمهم دون خوف أو شك.

وهنا يمكن أن يقال أن الوسيلة المثلى لإقامة توازن بين حرية الأطباء وبين الضرر الذي يمكن أن يصيب المريض هي التطبيق الأمثل لقواعد المسؤولية المدنية مع مراعاة الطبيعة الخاصة التي تتميز بها صنعة الطب، فما دام الطبيب المعالج لم يخرج عن أصول وقواعد الفن الطبي الثابتة والمتعارف عليها(١)، فلا تنهض مسؤوليته شرط أن يكون قد بذل الجهود الصادقة المتبصرة التي يبذلها الطبيب المعتاد، إذا ما وجد في الظروف نفسها.

وهنا نود أن نلفت الانتباه إلى حقيقتين:

أولهما: إن إقامة الدليل على صلة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الحاصل أمر ليس بالهين بل عسير أحياناً.

وثانيهما: أنه قد يتعاقب الأطباء في الإشراف على المريض الواحد بحيث يتعذر معرفة تعدي (خطأ) أي منهم أدى إلى الوفاة أو الضرر، بل في بعض الأحيان يموت المريض وتبقى أسباب وفاته غامضة مما يستدعي ان يقف أكبر الأطباء علماً ودراية حائراً أمام التطور السريع لتدهور حالة المريض او ازدياد مضاعفات هذا المرض اوذلك الداء أو تلك العلة.

وقد تكشف العملية التشريحية عن عيوب جسدية أو بايلوجية كافية بذاتها لحدوث الوفاة.

وإذا ما اعتمدنا على القواعد العامة في المسؤولية فإن هذا الأمر يؤدي إلى إفلات كثير من الأطباء من المسؤولية وبقاء كثير من الأضرار دون أن تعوض بسبب الاحتماء وراء شكوك تقف مع صلة السببية(٢).

وهنا يقول بعض الفقهاء أنه لكي تثبت مسؤولية الطبيب لا بد من إثبات أنه لولا الخطأ الذي أرتكب في العلاج لشفيّ المريض حتماً فهذا القول معناه إفلات الأطباء جميعاً من المسؤولية، بينما علاقة السببية تعد متوافرة في نظرنا إذا كان خطأ الطبيب من شأنه أن يفوت على المريض فرصة حقيقية للشفاء(٣).

وعليه فإنه لما كان إثبات رابطة السببية أمراً شاقاً وعسيراً وأن النظرة العادلة إلى ذلك تقتضي منا البحث عن أساس لتعويض المريض المتضرر أو ذويه، فإننا نرى في توجه القضاء الفرنسي الحديث موقفاً

---

(١) الحكيم، راجي عباس التكريتي، السلوك المهني للأطباء، ط٣، بغداد ١٩٨٧، ص١٢٥ وما بعدها و ص ١٤١ وما بعدها.

(٢) محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج١، القاهرة ١٩٧٨، هامش ص٣٧٦.

(٣) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص١٩٦.

جريئاً وعادلاً يستحق أن ينال كلَ التقدير والاحترام والتشجيع من قبل الفقهاء، فيكفي للحكم بالتعويض على الطبيب أن يكون قد أخلّ بفرصة المريض بالشفاء أو على الأقل البقاء على قيد الحياة، وإنه قد قضى على كل الفرص والآمال التي كان المريض يرجوها من وراء التداخل العلاجي والجراحي(١).

المبحث الثالث

معيار تحديد الفرصة وضوابط تقدير التعويض عن فواتها

يرى الفقهاء أن حرمان المريض من فرصته في الشفاء أو على الاقل ببقائه على قيد الحياة يكفي لتبرير التعويض حتى لو كان هناك شك في نتيجة العلاج، أي حتى لو لم يكن من الممكن الجزم نهائياً بأن المريض كان سيشفى من المرض أو العلة أو على الأقل سيبقى على قيد الحياة في حالة استخدام غير هذا العلاج أو إقرار التداخل الجراحي(٢).

والفرصة هنا تتميز عن الأمل المحض الذي يتوقف على شعور المريض ونفسيته، إذ إن الفرصة هنا تقدر تقديراً موضوعياً وليس شخصياً، وهذا يعتمد على وجهة النظر الطبية العلمية في تحديد إمكانية وجود فرصة حقيقية وجدية للمريض في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة.إذن يشترط في الفرصة أن تكون يقينية تتميز بالضرورة عن مجرد الأمل وهيّ احتمال معقول ينفصل عن التحقق واليقين، فهي بعبارة أخرى تقع في منطقة وسطى بين مجرد الأمل وبين اليقين، فهي وإن كانت تعلو مجرد الأمل إلا إنها لا ترقى إلى مستوى اليقين أو التحقق.

ويمكن التمييز فيما يتعلق بالتعويض في دائرة مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ومن في حكمهم بين حالتين مختلفتين:

الحالة الأولى: إن تعدي (خطأ) الطبيب كان السبب المباشر في العلة والضرر الذي ألم بالمريض كأن يترك الجراح أحد ى أدوات الجراحة كالمشرط أو الشاش في مكان التداخل الجراحي في جسم المريض، وهذا يقتضي قيام مسؤولية الطبيب الكاملة عن جميع الأضرار الحاصلة دون نقصان.

أما الحالة الثانية: قد تجتمع فيها صور الخطأ (التعدي) التي يقتصر فيها دور خطأ الطبيب في العناية بالمريض وترك حالته تزداد سوءً فهنا لا يسند إلى الطبيب سوى التسبب بحرمان المريض من فرصة العلاج

---

(١) قارن مع أستاذنا د. الذنون، النظرات، المرجع السابق، ص٦٤.

(٢) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق، الكويت ١٩٨٦، س١، ع٢و ٣، ف١٧، ص١٠٧ ؛ محمد عمر عبد، تعويض الضرر الناتج عن تفويت الفرصة، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد ١٩٨٩، ص٨٤ وما بعدها.

والشفاء التي تقدر وتحدد قيمتها على ضوء التحسن المحتمل الذي كان يمكن أن تحققه العناية التي حرم منها المريض.

وتقدير هذه الفرصة أمر مرده إلى الأصول العلمية والفنية الطبية والسير العادي للأمور مع مداراة حالة المريض الصحية ودرجة تقدم المرض في جسمه ؛ لأن هذه الفرصة ترتبط إلى حد كبير بظروف تكون بعيدة عن مقدرة الطبيب وإنما تتصل بعوامل خارجية لا تمت إليه بصلة.

فالطبيب في هذا المضمار يواجه مخاطر لم ينشئها هو بل كشف عنها ولا يستطيع هو درأها أو دفعها بل يتحتم عليه مواجهتها على ضوء معطيات الظروف والإمكانيات التي يتواجد فيها الطبيب من حيث الزمان والمكان والإمكانيات من الأجهزة والمعدات وما يقدمه التقدم العلمي والطبي في مجالات العلاج والمعارف الطبية المختلفة.

كلّ هذه العوامل وغيرها يجب الاعتداد بها عند تقدير الفرصة وتحديد التعويض الناتج عن فواتها لما لها من دور وتأثير في مجال العمل الطبي.

ونستطيع أن نقول هنا إن لجوء القضاء إلى فكرة ضياع الفرصة في مجال المسؤولية المدنية الطبية يتضمن تخلياً عن أشتراط توافر علاقة السببية بين التعدي والضرر في إطار العمل الطبي(١).

الخاتمة

في نهاية هذه الدراسة نستطيع أن نقدم جملة من النتائج والتوصيات التي نرى بفائدتها العملية وضرورتها ونلخص هذه النتائج والمقترحات بما يأتي:

أولاً: الفرصة في القواعد العامة تعني المكنة القريبة من الاحتمال وفواتها يعني خسارة المنفعة الإيجابية التي يمكن أن تحققها لو سارت الأحداث بمسارها الاعتيادي.

ثانياً: لم يتجاوز القضاء الفرنسي أحكام القواعد العامة في خصوص مسؤولية الأطباء ومن في حكمهم في نطاق الأضرار الطبية، الأمر الذي كان شديد الوطأة على المتضررين ؛ لأن هذا الأمر لم يعد بالأمر السهل لكثرة الملابسات وتعدد العقبات؛ لذلك لجأ القضاء الفرنسي كبداية وبوحي من فكرة العدالة إلى التخفيف من حدة هذا الموقف باللجوء إلى أفكار عديدة وأبتكر فكرة الخطأ المضمَّر أو المقدر والتي أدت فيما بعد إلى ظهور فكرة تفويت الفرصة كأساس لتعويض الأضرار الطبية.

---

(١) سافاتيه، المقال السابق، دالوز ١٩٧٠، ص١٢٤.

ثالثاً: أعتمد القضاء الفرنسي في مرحلة متطورة فكرة تفويت الفرصة كأساس لتعويض الأضرار الطبية، وهنا أصبح بالإمكان إقامة مسؤولية الطبيب رغم إنتفاء خطئه أو العلاقة السببية بين الخطأ والنتيجة، وأصبحت المسؤولية قائمة على أساس تفويت الطبيب لفرصة شفاء المريض أو فرصة الإبقاء على حياته على الأقل، وطبقّ القضاء الفرنسي هذه الفكرة في مجالات عديدة كما في حالة التشخيص الطبي والفحص التمهيدي الأولي وفي مجال التخدير والإنعاش.

رابعاً: أنقسم الفقهاء في موقفهم من الاتجاه الحديث للقضاء الفرنسي على فريقين:

الأول يعارض فكرة الأخذ بفوات الفرصة في نطاق الأضرار الطبية ويرى عدم ملائمتها للتطبيق في هذا المجال، وينطلق أنصار هذا الموقف من مفهوم هذه الفكرة في القواعد العامة ويقرون بعدم جدوى تطبيقها في مجال العمل الطبي.

بينما يرى فريق آخر خلاف ذلك ويقرون بضرورة الأخذ بفكرة فوات الفرصة في هذا المجال على طول الخط.

ونحن نرى رأياً وسطاً بين هذين الاتجاهين نقول فيه:

إذا حضرت الرابطة السببية بين تعدي الطبيب والضرر الحاصل بشكل واضح فأن الحكم بالتعويض يكون ضرورياً وبشكل كامل وهو واجب مفروض على المحكمة لا بد لها من إقراره وهذا مطابق لما موجود في القواعد العامة لكن إذا لم تتحقق هذه الرابطة فإن أعمال تفويت الفرصة يكون ضرورياً لتعويض الأضرار الحاصلة ولو كان بشكل (جزئي)، وهذا ما سار عليه القضاء الفرنسي في موقفه الحديث.

خامساً: نقترح على القضاء عندنا في العراق أن ينظر إلى الأضرار الطبية بمنظار خاص وله في تجربة القضاء الفرنسي الثرة في هذا المجال خير معين وتلك النظرة يجب على القضاء العراقي فيها أن يفعّل أحكام القواعد العامة ويطوعها ليصل في النهاية إلى النتائج المبتغاة دون أن يخرج عن مضمونها أو يتجاوز إطارها العام وهو ما نراه أقرب إلى العدالة وأرجح إلى الصواب.

الكتب القانونية

١-ابراهيم سيد احمد:- المسؤولية المدنية، مصر، ٢٠٠٦.

٢-د. اسماعيل غانم:- في النظرية العامة للإلتزام، ج٢، أحكام الالتزام والاثبات، مصر ١٩٦٧.

٣-د. السنهوري:- الوسيط، ج١، القاهرة، ١٩٥٢.

٤-د.حسن علي الذنون:-اصول الالتزامات، بغداد، ١٩٧٠.

٥-المبسوط في المسؤولية المدنية، ج١، الضرر، بغداد، ١٩٩١.

٦-النظرات في المسؤولية الطبية، محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا جامعة بغداد/كلية القانون، عام، ١٩٨٦.

٧-د. حسين عامر وعبد الرحيم عامر:- المسؤولية المدنية، ط٢، دار المعارف، القاهرة ١٩٧٩.

٨-حلمي بهجت بدوي:- اصول الالتزامات، القاهرة، ١٩٤٣.

٩-رامي عباس التكريتي:- السلوك المهني للأطباء، ط٣، بغداد ١٩٨٧.

١٠-د.سعدون العامري:- تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، بغداد، ١٩٨١.

١١-سليمان مرقس:- الوافي في شرح القانون المدني، ج٢، في الالتزامات، المجلد الثاني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط٥، ١٩٨٨.

١٢-د.عبد الحي حجازي:- موجز النظرية العامة للالتزام، المصادر غير الارادية، القاهرة ١٩٦٣.

١٣-د. عبد الرشيد مأمون:- عقد العلاج الطبي بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.

١٤-د.عبد المجيد الحكيم:- مصادر الالتزام، ج١، ط٢، بغداد ١٩٦٣.

١٥-محمد السعيد رشدي:- عقد العلاج الطبي، القاهرة، ١٩٨٦.

١٦-د. محمد علي عمران:- الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، القاهرة، ١٩٨٠.

١٧-محمد عمر عبد، تعويض الاضرار الناتج عن تفويت الفرصة:- جامعة الدول العربية معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، ١٩٨٩.

١٨-د.محمود جمال الدين زكي:- الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط٣، القاهرة، ١٩٧٨.

١٩-- مشكلات المسؤولية المدنية، ج١، القاهرة، ١٩٧٨.

٢٠-د.مقدم السعيد:- التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، ط١، بيروت ١٩٨٥.

الرسائل الجامعية

١-د. الابراشي:- مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية، رسالة دكتوراه، مصر ١٩٥١.

٢-عبد السلام التونجي:- المسؤولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، مصر ١٩٨٥.

٣-د. محمد سامي السيد الشوا:- الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، مصر ١٩٨٦.

٤-د. محمد عادل عبد الرحمن، المسؤولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، مصر ١٩٨٥.

٥-د. محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، مصر ١٩٥١.

المراجع الأجنبية

١-بينو، المسؤولية المدنية للطبيب، دالوز، ١٩٧٣.

٢-بينو، المسؤولية المدنية للطبيب، مطبعة سيري.

٣-تانك، المجلة الفصلية للقانون المدني، ١٩٦٢.

٤-ديري، المجلة الفصلية للقانون المدني، ١٩٧٥.

٥-سافاتيه، المسؤولية المدنية، ج٢.

٦-سافاتيه، الخطأ وإمكانية أن تتحقق معه المسؤولية عن ضرر لم يحدث.

٧-سافاتيه، امبريالية الاطباء في نطاق القانون، دالوز.

٨-سافاتيه، الاسبوع القانوني، ١٩٦٦.

٩-سافاتيه، الاسبوع القانوني، ١٩٧٤.

١٠-شابا، دالوز، ١٩٧١، الاسبوع القانوني.

١١-لغراد ووهل، الطب العدلي، ط٣، لندن ١٩٧٦..

١٢-مازو وتانك، دراسة نظرية وعملية للمسؤولية المدنية، ط٦، ج١.

١٣-يور، الاسبوع القانوني، ١٩٧٤.

المجلات والدوريات

١-د. ابراهيم دسوقي ابو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق، الكويت، ١٩٨٦، س١، ع ٢و ٣.

٢-شابا، حصيلة بعض السنوات القضائية في موضوع السببية، داولز، ١٩٧٠.

٣-عبد المنعم محمد داود، النظرية العامة للمسؤولية الطبية، مجموعة بحوث قانونية من اعمال مؤتمر المسؤولية في المستشفيات، الاسكندرية، يونيو ١٩٨٧، الجمعية المصرية للطب والقانون.

٤-محمد حسين منصور، رابطة السببية بين الخطأ والضرر وقيام المسؤولية الطبية، مجموعة بحوث قانونية من اعمال مؤتمر المسؤولية في المستشفيات، الاسكندرية يونيو ١٩٨٧، الجمعية المصرية للطب والقانون.

٥-محمد محرم، الخطأ الطبي في مراحله المختلفة، من اعمال مؤتمر المسؤولية في المستشفيات، الاسكندرية يونيو ١٩٨٧، الجمعية المصرية للطب والقانون.

٦-وديع فرج، مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، س٢ ع ٤و٥.

القرارات القضائية

حكم محكمة، (Grenoble) الصادر ١٩٦٢/١٠/٢٤ J.C.P

حكم الدائرة المدنية الاولى لمحكمة النقض الفرنسية، في ١٩٦٥/٢/٢٤ J.C.P ١٩٦٦- ١١- ١٤٧٥٣.

حكم محكمة استئناف باريس في ١٩٦٦/٣/١، J.C.P ١٩٦٦-١١-١٦٨٥٩.

حكم محكمة (Orleans) في ١٩٦٩/٢/٢٧، مجلة الاسبوع القانوني، ١٩٦٩-٤-٢٤٢.

حكم الدائرة المدنية الاولى لمحكمة النقض الفرنسية، في ١٩٦٩/٣/١٨ J.C.P -١٩٧٠-١١- ١٦٤٢٢.

نقض مدني فرنسي، في ١٩٧١/١/٢٧، J.C.P ١٩٧٠-١١-١٦٤٢٢.

نقض مدني فرنسي، في ١٩٧٣/٣/٢٧، J.C.P ١٩٧٣.

نقض مدني فرنسي، في ١٩٧٨/٤/٢، J.C.P ١٩٧٨-١١-١٨٩٦٦.

نقض مدني فرنسي، في ١٩٧٨/١١/٢١، J.C.P ١٩٧٩-١١-١٩٠٣٣.