وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

المركز الجامعي صالحي أحمد – النعامة –

معهد الحقوق

قسم القانون الخاص

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر – ل.م.د–

الشعبة : حقوق

التخصص : قانون أعمال

تحت عنوان:

المسؤولية المدنية عن تفويت الفرصة في المجال الطبي

من إعداد الطالبتان :

- قاسمي وردية
- علالي سهام

تحت إشراف :

د . بن زلاط حافظ

المناقشة من طرف اللجنة المكونة من :

الاسم و اللقب	الرتبة	الصفة
براهيمي سهام	أستاذ تعليم عالي	رئيسا
بن زلاط حافظ	أستاذ محاضر ب	مشرفا مقررا
عليوة كريمة	أستاذ محاضر ب	مناقشا

السنة الجامعية : 2022 / 2023

عن أبي سعيد سعد بن مالك بن سنان الخدري رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :

" لا ضرر ولا ضرار"

حديث حسن رواه ابن ماجة والدارقطني وغيرهما مسندا.

إهداء الطالبة " قاسمي وردية ":

أولا لك الحمد ربي على كثير فضلك وجميل عطائك و جودك الحمد لله ربي ، ومهما حمدنا فلن نستوفي حمدك ، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده.

إلى ذلك الحرف اللامتناهي من الحب والرقة والحنان إلى التي بحنانها إرتويت وبدفئها إحتميت وببصرها إقتديت ولحقها ما وفيت. إلى الروح الطاهرة التي كم تمنت أن ترى هذا العمل وتراني أحقق النجاح ولكن لم يسعفها القدر... وشاء الله أن يأتي هذا اليوم ولكن مع دعواتها السابقة فقط ، أهدي هذا العمل المتواضع إلى النفس المطمئنة أسكنها الله فسيح جناته أمي الغالية رحمها الله .

إلى درعي الذي به إحتميت وفي الحياة به إقتديت والذي شق لي بحر العلم والتعلم إلى من إحترقت شموعه ليضيء لنا درب النجاح. ركيزة عمري وصدر أماني وكبريائي وكرامتي ، أبي شفاه الله لي و أطال في عمره وحفظه لي.

إلى أمي الثانية التي طالما أعطت دون الأخذ مقابل العطاء، أمي التي بين يديها كبرت وفي دفء قلبها إحتميت ومن عطائها إرتويت، إلى التي كانت لي مسكن في بردي ، مطعم في جوعي، بلسم في وجعي ، مشفى في مرضي ، حفلة في فرحي ، منبهي لو نمت تدعيلي لو غبت. يامن مهما قلت فيك سأبقى بحقك مقصرة أمام رب العباد فلولاك يا أمي ما كان لي في الدنيا نجاح (خالتي العزيزة) (مربيتي) حفظها الله لي .

إلى كل من يحمل لقب (قاسمي) وعلى رأسهم إخوتي وأخواتي وكل المقربين.

إلى من قدم لي يد العون وساهم في إنجاز هذه الرسالة ، إلى من يذكرهم القلب قبل أن يكتبهم القلم ، إلى أحسن من عرفني بهم القدر، إلى كل الأصدقاء الذين جمعتني بهم حلقة العلم.

وأخيرا أهدي هذا العمل المتواضع إلى التي أختم بها إهدائي التي أرى فيا الصبر والتفاؤل زميلتي علالي سهام .

وشكرا

إهداء الطالبة " علالي سيهام "

إلى أبي أطال الله في عمره ، ومثلي الأعلى في الحياة؛ فهو من علَّمني كيف أعيش بكرامة وشموخ.

إلى أمي الحنونة..... لا أجد كلمات يمكن أن تمنحها حقها، فهي ملحمة الحب وفرحة العمر، ومثال التفاني والعطاء.

إلى إخوتي العربي وفوزي وأمال سندي وعضدي ومشاطري أفراحي وأحزاني.

إلى قرة عيني معتصم بالله مبارك ابن أخي .

إلى صانع الطاقة الإيجابية في المجال العلمي والخيري زميلي إبراهيم بلعبدلي

إلى بنات خالاتي وبنات أخوالي

إلى زميلتي وأختي قاسمي وردية التي اشكرها كل الشكر عن الصبر والشجاعة طيلة مشوارنا الدراسي عامة وخاصة اثناء اعداد المذكرة .

الى جميع من يعرفني من قريب او بعيد ....

وشكرا.

شكر وتقدير

الشكر لله الذي على نعمه التي لا تحصى والتي منها توفيقه لنا تعالى على إتمام هذه الرسالة.

كما نتقدم بالشكر والتقدير والعرفان إلى أستاذنا الفاضل الأستاذ المشرف : الدكتور " بن زلاط حافظ " الذي تشرف علينا بقبوله الإشراف على هذه الرسالة رغم انشغالاته الكثيرة وعلى ما قدمه لنا من توجيهات ومتابعة والتي كانت سببا في إخراج هذا العمل الذي هو أمامنا اليوم.

أيضا نتقدم بالشكر الجزيل إلى الأساتذة الأجلاء أعضاء لجنة المناقشة .

أيضا الشكر موصول إلى كامل الأساتذة الأفاضل سواء الذين ساعفنا الحظ بالدراسة عندهم في مسيرتنا الدراسية من بينهم الدكتور مولاي محمد لمين، بن سويسي خيرة بلقاسم مولاي، عليوة كريمة و كل الأساتذة الآخرين في كلية الحقوق بالمركز الجامعي صالحي أحمد بالنعامة .

كما نتقدم بالشكر الجزيل لكل من الدكتور وائل أنور بندق بجامعة مصر وكذا الأستاذ إبراهيم سلمان رشيد الجبورى بجامعة العراق .

وفي الأخير فلكم منا أساتذتنا الكرام جزيل الشكر والتقدير وندعو الله أن نكون قد نجحنا في تنفيذ نصائحكم وسرنا على منوالكم ، و ندعوا الله أن يجعل ما بذلتموه معنا من جهد في ميزان حسناتكم ونسأل الله أن يرفع مقامكم .

قائمة المختصرات .

أولا: باللغة العربية :

ق م ف : القانون المدني الفرنسي .

ق م ج : القانون المدني الجزائري .

ق ع ج : قانون العقوبات الجزائري .

ق ص ج : القانون المتعلق بالصحة الجزائري .

م أ ط ج : مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية .

ق م م : القانون المدني المصري .

ج ر : الجريدة الرسمية .

ص : صفحة .

ط : طبعة .

د ط : دون طبعة .

د س : دون سنة نشر .

ف : فقرة .

ثانيا : باللغة الفرنسية :

C.C.F : Code Civil Français.

Cass.civ : Cour De Cassation, Chambre Civile.

N^{o} : Numéro.

Op.Cit. : Ouvrage Précité.

Ibid. : même ouvrage et même page.

Bull : Bulletin.

P. : Page.

T : Tome.

مقدمة

لقد عرف الإنسان الطب منذ وجوده على الأرض ، كونه معرض للأمراض والأوجاع التي تستدعيه للبحث عن العلاج و الدواء قصد شفاءه ، سواء كان مرضه جسدي أو نفسي فالعلوم الطبية من أقدم العلوم التي عرفها الإنسان عبر التاريخ ، والتي مرت بعدة مراحل فتطورت بتطور المجتمعات الإنسانية سواء من حيث طبيعة العمل أو من حيث القائم به.

فلقد كان إمتهان الطب في عصر من العصور مقترنا بالشعوذة والسحر فكان الكهنة والمشعوذين هم من يحترفون هذا العمل حيث إتصف بالقدسية المطلقة التي تمتع بها هؤلاء فكان من يسعى لعلاج المرضى لا يتحمل أي مسؤولية من جراء الأضرار التي لحقت بالمريض أوأدت إلى وفاته .

غير أنه وبتطور الحضارات القديمة تطورت النظرة إلى العمل الطبي على أنه علم وظهرت فكرة المسؤولية الطبية المترتبة عن العمل الطبي وهذا ما نجده صراحة في حضارة البابليين فوضعت قواعد صارمة لمزاولة مهنة الطب فإذا ما حدث و أخطأ الطبيب وهو يزاول مهنته تقطع يده (إذا كان المريض حرا) .

وقد عرف الإغريق الطب على أصوله العلمية ، فقد حرروا الطب والطبيب من الخرافات كما إهتم العرب كذلك بهذا العلم وإهتموا بالبحث عن التداوي بالأعشاب ، غير أن فكرة عدم مسؤولية القائم بالعلاج ظلت مقترنة بالعمل الطبي الى غاية ظهور الشريعة الإسلامية .

و لقد إهتمت الشريعة الإسلامية بالعمل الطبي بإعتباره يتعلق بالمساس بجسم الإنسان الذي يتمتع بالحرمة والحماية ، فيحظر المساس به إلا لضرورة ملحة ، كما أنها إعترفت بمشروعية العمل الطبي على جسم الإنسان الذي يتجسد في تدخلات الطبيب العلاجية والجراحية التي تسمح له بالمساس بجسم الإنسان من أجل شفاء المريض من العلل التي تعيق سير حاجياته و ممارسة نشاطاته الجسدية والعقلية والنفسية بصورة طبيعية .

فالعلاقة بين الطبيب والمريض هي علاقة إنسانية بطبيعتها من جهة وقانونية من جهة أخرى ، فإن هذه العلاقة توجب على الطبيب الإهتمام بالمريض وبدل العناية التي

توجبها عليه مهنة الطب ، وتكمن حساسية الميدان الطبي من خلال إتصاله بجسم الإنسان وما يقتضيه ذلك من إحترام وتقديس ، حيت أن المشرعين والقضاة يسعون جاهدين لحماية المريض مما قد يصدر من الأطباء من أعمال تكون لها آثار سيئة وضمان العناية الطبية اللازمة من خلال تأكيد مسؤولية الأطباء ، و من جهة أخرى توفير حماية للطبيب من أجل زرع الطمأنينة لديه أثناء قيامه بعمله وأداءه على أكمل وجه.

غير أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الأخرى لم يتعرض وبشكل صريح إلى المسؤولية المدنية في المجال الطبي ومن ثم أحال إسناد أخطاءهم المهنية التي يرتكبونها أثناء معالجة المرضى إلى الأحكام العامة للمسؤولية المدنية ، إذ تعتبر المسؤولية المدنية الطبية في الواقع سوى صورة من صور المسؤولية المدنية بشكل عام .

فيعتبر الطبيب مسؤولا عن خطئه إذا ألحق بالمريض ضررا واقعا ومحققا ، ومن بين الأضرار الحديثة التي عرفتها تطورات الطب ألا وهي ضرر تفويت الفرصة التي تعتبر صورة من صور الضرر كركن من أركان المسؤولية المدنية في المجال الطبي ذلك لكون فوات الفرصة تظهر في الواقع في العديد من المجالات ومن ضمن تلك المجالات هو المجال الطبي خاصة في مجال الشفاء أو البقاء على قيد الحياة ، فإذا فاتت الفرصة على المضرور نتيجة لخطأ الطبيب قامت مسؤولية الطبيب ومن ثم يحق للمضرور المطالبة بالتعويض عن تلك الفرصة الضائعة.[1]

و تعتبر محكمة قرونوبل أول من طبقت نظرية فوات الفرصة في مجال الضرر الطبي فيما يتعلق بخطأ الطبيب في التشخيص وذلك طبقا لما توصلت إليه المحكمة بحكمها الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 1962 والذي قررت فيه تعويض جزئي للمريض المتضرر من خطأ الطبيب في التشخيص مؤكدة بأن عدم تنفيذ العلاج محل العمل الطبي نتيجة لهذا الخطأ الذي قد أدى بصفة مؤكدة إلى حرمان المريض من فرصة حقيقية للشفاء وقد جاء في حكم المحكمة :" وحيث أن عدم تطبيق العلاج المستهدف من

[1]– أسعد عبيد الجميلي و طلال سالم نوار الجميلي ، مسؤولية الطبيب المدنية عن تفويت الفرصة (دراسة قانونية مقارنة) مجلة كلية المأمون ، العدد الحادي والثلاثون ، سنة 2018 ، ص : 52.

العمل الطبي نتيجة للخطأ في التشخيص قد أدى إلى حرمان المريض بصفة مؤكدة من فرصة حقيقية للشفاء".[2]

ولتفويت الفرصة في المسؤولية المدنية الطبية أهمية كبيرة تكمن في إقامة نوع من التوازن بين مصلحة المضرور وتحقيق العدالة المنصفة له ، وذلك من خلال الضرر الذي لحق به من أجل مطالبة الطبيب بالتعويض ، والمصلحة العامة المتمثلة في حق المجتمع في العلاج والتداوي ، والمصلحة الخاصة للطبيب والتي تقتضي تقديم العلاج المناسب للمريض من خلال بدل عناية أو تحقيق نتيجة التي توجبها عليه مهنة الطب حسب الحال وإلا تعرض للجزاء القانوني.

وما أثار رغبتنا في البحث في هذا الموضوع هو تزايد عدد ضحايا الأخطاء الطبية المرتكبة من طرف الأطباء في شتى مجالات الطب ، وأن المسؤولية المدنية الطبية في تفويت الفرصة في حد ذاتها أصبحت ترهق كاهل القضاء بكثرة نظرا لكثرة دعاوى المسؤولية المدنية الطبية في مواجهة الفراغات الواردة في النصوص القانونية سواء في قانون الصحة 11/18 و القانون المدني وأخلاقيات مهنة الطب.

ولعل الدوافع الشخصية للبحث في هذا الموضوع تتجلى أساسا في الرغبة في التعمق في احكام المسؤولية المدنية بصفة عامة والمسؤولية المدنية الطبية بصفة خاصة باعتبارها امتدادا لما درسناه في مرحلة الماستر ورغبة منا في طرح موضوع من المواضيع الحديثة في الدراسة لا سيما في نطاق القانون الخاص.

كما دفعنا لإختيار موضوع المسؤولية المدنية عن تفويت الفرصة في المجال الطبي بصفة عامة هو قلة الدراسات القانونية لا سيما في القانون الجزائري نظرا لصعوبة البحث في هذا الموضوع لكونه يجمع بين الأحكام العامة للمسؤولية المدنية الواردة في القانون المدني من جهة و من جهة أخرى الأحكام الخاصة المتوزعة بين قانون الصحة و المرسوم المتعلق بأخلاقيات ممارسة مهنة الطب .

[2]– محمد لمين مولاي ، النظام القانوني لفوات الفرصة كصورة من صور الضرر في المجال الطبي ، مداخلة بالملتقى الوطني الموسوم بالمسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية ، معهد الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، المركز الجامعي صالحي أحمد ، النعامة، بتاريخ 2023/05/08 .

و ممـا لا شـك فيـه أننـا واجهنـا صـعوبات فيمـا يتعلـق بالحصـول علـى المراجـع المتخصصة و بصفة خاصة الأحكام و القرارات القضائية و لقد ساعدنا في الإحاطة بهذا الموضوع مجموعة من المراجع و الأطروحات العلمية من بينها أطروحة الدكتوراه للأستاذ مولاي محمد لمين أستاذ جامعي بالمركز الجامعي صالحي أحمد بالنعامة بعنوان الضرر الطبي (دراسة مقارنة) ، وكذلك دراسة الأستاذ قاسمي محمد أمين في مقاله المعنون بفوات الفرصة كسبب لقيام المسؤولية المدنية للطبيب(الضرر بمفهومه الحديث) والذي كانت من بين نتائجه أن المشرع والقضاء نجح في ابتكار وسيلة جديدة لإعطاء المريض المضرور تعويض نتيجة أي ضرر يلحق به بغض النظر عن ثبوت الخطأ ، ممثلة في المسؤولية بدون خطأ عندما تعجز قواعد المسؤولية القائمة على الخطأ في مواجهة بعض الحالات التي يحدث فيها أن يتعرض المريض لضرر ولا يستطيع أن يثبت الخطأ ضد المسؤول.

ومن خلال إعطاء نظرة عن أهمية المسؤولية المدنية عن تفويت الفرصة فتتمحور الإشكالية الرئيسية لموضوع دراستنا في : **متى تقوم المسؤولية المدنية عن تفويت الفرصة في المجال الطبي وما الجزاء المترتب عنها؟**

غير أن هذه الإشكالية الرئيسية تضم تحت طياتها العديد من الإشكاليات والتساؤلات الفرعية التي يمكن تحديدها أساسا **فيما يتمثل مضمون النظام القانوني لتفويت الفرصة في المجال الطبي** ؟ من ناحية ومن ناحية ثانية **ماهي أركان المسؤولية المدنية عن تفويت الفرصة في المجال الطبي وما هو الجزاء القانوني المترتب عنها ؟**

وللإجابة على هذه الإشكاليات المطروحة إنتهجنا المنهج الوصفي و التحليلي والذي يقوم على تحليل الأفكار المعروضة بالإضافة إلى المنهج المقارن وذلك من خلال التعرض لبعض النصوص والتشريعات الأجنبية وذلك من أجل الإلمام بكافة عناصر البحث وتفصيلاته ومناقشتها والخروج بالرأي الراجح وذلك من أجل إسناد هذا الأخير إلى النصوص التي تعالج هذه المسؤولية.

وللإحاطة بموضوع البحث وتحديد نطاقه تطرقنا إليه وفق تقسيم ثنائي يتكون من فصلين ، فتناولنا في الفصل الأول :النظام القانوني لفوات الفرصة في المجال الطبي أما الفصل الثاني فتطرقنا إلى :أركان المسؤولية المدنية والجزاء المترتب عنها.

وفي الأخير نتوصل بعد البحث والتحليل إلى خاتمة للدراسة نجيب فيها على الإشكالية المطروحة مع التوصل إلى نتائج و إقتراح جملة من التوصيات.

الفصل الأول:

النظام القانوني لفوات الفرصة في المجال الطبي.

إن فكرة فوات الفرصة تكون في الحالة التي يحرم فيها الشخص من فرصة كسب كان يأمله أو تجنب خسارة ، فهي تجد بيئتها في المجال الطبي أكثر من غيره و إن كانت أمرا محتملا فإن تفويتها أمر محقق فهي في المسؤولية الطبية المدنية تنظر في مسألة المضرور الذي توفرت له فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة وضاعت فرصته بفعل محدث الضرر مما ألحق به ضررا إحتماليا قد يحدث وقد لا يحدث فهذا الضرر يكون نتيجة طبيعية ومباشرة لمخالفة الإلتزامات الطبية للقائمين بالعمل الطبي منها إلتزامات تقع على عاتق القائم بالعمل الطبي قبل الشروع والبدء في العمل الطبي وتتمثل في الإلتزام بإعلام المريض و الحصول على رضائه كما أن هناك أيضا إلتزامات طبية أثناء مرحلة التشخيص والعلاج والجراحة .

لذلك يتطلب أن نبين في هذا الفصل تحديد مفهوم فكرة فوات الفرصة ، من خلالها توضيح معناها وبيان المقصود بيها لكي نزيل الخلط الذي قد يحصل بين هذه الفكرة وبين غيرها من أنواع الضرر الأخرى ، وأيضا نبين أنواعها وتطبيقاتها في المجال الطبي وعليه سنتطرق في هذا الفصل إلى :

ماهية فوات الفرصة في المبحث الأول و إلى تطبيقات فوات الفرصة في المجال الطبي في المبحث الثاني .

المبحث الأول:

ماهية فوات الفرصة.

تفويت الفرصة هي عبارة عن صورة أو شكل من أشكال الضرر موضوعه ضياع فرصة كانت موجودة من قبل ، وهو بمثابة إحتمال غير مؤكد وغير مفترض في الوقت نفسه ، ويشكل عنصرا من عناصر الذمة المالية للمضرور.[1]

ولهذا سوف نتطرق في مبحثنا هذا إلى مفهوم فوات الفرصة وتمييزها عن المفاهيم المشابهة لها في المطلب الأول ثم نتناول في المطلب الثاني أنواع فوات الفرصة في المجال الطبي.

المطلب الأول:

مفهوم فوات الفرصة وتمييزها عن المفاهيم المشابهة له.

لقد طبق القضاء المدني الفرنسي فكرة تفويت فرصة البقاء على قيد الحياة أو فرصة الشفاء من العلة أو الداء على جميع الأخطاء الطبية سواء في إطار التشخيص أم العلاج أو نقص أو إنعدام الرعاية الطبية أم في مجال عدم إجراء الفحوص التمهيدية في نطاق عدم الإستعانة بطبيب إختصاصي في التخدير؛ لذلك سوف نتطرق من خلال هذا المطلب إلى تعريف فوات الفرصة في المجال الطبي في الفرع الأول ثم نتناول في الفرع الثاني تمييز فوات الفرصة عن المفاهيم المتشابهة له.

الفرع الأول:

تعريف فوات الفرصة.

إن البحث في إعطاء تعريف جامع لفوات الفرصة يستدعي ضرورة التطرق للتعريف اللغوي لفوات الفرصة والبحث عن مصدره في اللغة والمعنى الإصطلاحي وكذلك تعريفه فقهيا وقضائيا وهذا ما سوف نتطرق إليه .

[1]– أيمن إبراهيم العشماوي ، تفويت الفرصة (دراسة مقارنة)، كلية الحقوق ، جامعة المنوفية ، دار النهضة العربية للنشر ، القاهرة ، د ط ، دع ، سنة 2000 ، ص:197

أولا : تعريف فوات الفرصة لغة.

إن مصطلح فوات الفرصة مكونة من كلمتين الفوات والفرصة ، لذلك وجب علينا أن نوضح معناها لغة لكي يسهل علينا تعريفها إصطلاحا.

الفوات: فوت، فات ، يفُوت ، فُت، فوتًا، فهو فائت ، والمفعول مفوت .

فات الأمر: مر ومضى ، ذهب وقت فعله ، إنقضى ، فاتت الصلاة.

الفرصة: النُهزة والتوْبةُ، والسين لغة ، وقد فَرَصَهَا فَرْصًا وافْتَرَصَ وتَفَرَّصَها أي أصابها وقد افْتَرَصْتُ وانتهَزْتُ .وأفرصتك الفُرْصَة: أمْكَنْتُكَ ، أفرَصَتْني الفُرصة يعني أمْكَنَتْني إفْتَرَصْتُها يعني إغتَنَمْتُها.

ابن الأعرابي: الفَرصَاء من النُّوقِ التي تقوم ناحية فإذا خلا الحوضُ جاءت فشربت.

قال الأزهري: أُخِذَت من الفُرصة وهي النَّهْزَة.

يقال: وجد فلان فُرصةٌ أي نهزة، وجاءت فُرْصَتُك من البئر أي نوبتك، وإنْتَهَزَ فلان الفرصة والفريصة.

الأخيرة عن يعقوب : النوبة تكون بين القوم يتناوبونها على الماء في أظمائهم مثل الخُمْس والرُّبْع والسُّدْس وما زاد في ذلك .

ويقال في ذلك : بنو فلان يَتَفَارَصُونَ بئرهم أي يتناوبونها.

الأموي: هي الفُرصة والرَّفْصَة للنوبة تكون بين القوم يتناوبونها على الماء.

الجوهري: الفُرصة الشَّرْب النوبة.

الفريصُ: الذي يُفارِصُك في الشّرْب والنوبة.

وفُرصَة الفُرْسِ: سجيَتُهُ، سَبْقَهُ، قُوته.[1]

ثانيا : تعريف فوات الفرصة إصطلاحا.

الفرصة هي وسيلة أو طريقة كانت مهيئة لتحقيق ما كان يأمله المضرور من كسب نهائي، وضياعه بفعل المدعى عليه بصورة أكيدة ونهائية للفرصة، مما يلحق به ضررا

[1]– جمال الدين أبي الفضل محمد مكرم إبن المنظور الأنصاري الافريقي المصري ، لسان العرب ، الجزء السابع ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، د ط ، سنة 2009 ، ص : 71.

محققا ، والذي يتمثل في الحقيقة جزء فقط من ذلك الكسب النهائي ، وما يحتمله ذلك من تعويض عن القدر المتحقق من ذلك الضرر الإحتمالي.[1]

فيقصد بها بصفة عامة أن المضرور كان ينتظر في المستقبل أن يكون في مركز أفضل أو في وضع أكثر ملاءمة، إلا أن الفعل الضار الذي ارتكبه المدعى عليه قضى على هذا الأمل ، وبعبارة أخرى أكثر وضوحا فإن تفويت الفرصة يعني اختفاء نتيجة كان المدعى يرغب في تحققها قبل أن تتحقق بالفعل أو قبل أن يكشف الواقع عن إستحالة ذلك.[2]

ثالثا : تعريف فوات الفرصة في الفقه والقضاء.

يرى الفقه أن فكرة فوات الفرصة في المجال الطبي لا تثور إلا في الحالة التي تكون فيها لدى المريض فرصة البقاء حيا أو الشفاء على أقل تقدير، ولكن دون أن يعني ذلك تغيير طبيعة التزام الطبيب في مواجهة المريض، مل التزام ببذل عناية.[3]

أما في تصور القضاء فإن ضياع الفرصة كعنصر ضرر يقبل التعويض يعد أثرا يعكس الانقطاع النهائي ، الذي يحدثه الفعل غير المشروع لسير الأحداث، حيث كان يمكن أن تتدخل عوامل متباينة في طبيعتها، وتبعا لذلك تكشف من خلال دورتها عما إذا كان العنصر الذي يمثل القيمة التي كان يسعى المضرور إلى اكتسابها، يمكن أو يستحيل أن تتحقق.[4]

رابعا : تعريف فوات الفرصة في المجال الطبي .

فتعتبر فوات الفرصة في الطب هي تلك الأضرار التي تصيب المريض من جراء خطأ الطبيب فينجم عن هذا الخطأ حرمان هذا الشخص أو المريض من فرصة كان محتملا الفوز بها فمثل هذه الفرصة وإن كان تحققها أمرًا مستحيلاً، وعليه فالتعويض عن فوات الفرصة وضياعها بالنسبة للمريض مسألة جوابية، وإن كان أمرًا محتملاً، فإن

---

[1]– طلال سالم نوار دحام الجميلي ، فوات الفرصة في المسؤولية الطبية المدنية ، المركز العربي للدراسات والبحوث مصر، د ط ، سنة 2019 ، ص: 35.

[2]– أيمن إبراهيم العشماوي ، تفويت الفرصة (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص: 53.

[3]– أشرف جابر سيد، التعويض عن فرصة الشفاء أو الحياة (دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي) ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د ط ، سنة 2010، ص 06.

[4]– أيمن إبراهيم العشماوي ، المرجع السابق ، ص: 53.

تفويتها أمراً محققاً وهذا هو أساس التعويض أي تفويت استغلال والإستفادة من الفرصة المتاحة، فعدم الحصول على حق استغلال هذه الفرصة يمثل في حد ذاته ضرراً يوجب التعويض، وعليه يكون تفويت الفرصة في الكسب أو النجاح في الحياة أو الشفاء أو التعافي من المرض أو البقاء على قيد الحياة كلها تمثل أضراراً مؤكدة توجب التعويض.[1]

فهي تعد من عناصر الضرر، لكون أنه إذا كانت الفرصة أمرا محتملا، فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه، فالمدعي لا يطلب من المدعى عليه التعويض على أساس الفرصة ذاتها لأنها أمر إحتمالي وإنما يكون ذلك عن تفويتها، أو ضياعها فالمدعي كان يأمل في منفعة تعود عليه أو كان يعول أن تتيح له هذه الفرصة الحظ في أن يحقق أمله لو جرت الأمور بصفة طبيعية، إلا أن تدخل المدعى عليه بخطئه حرمه من هذه الفرصة وبدد أحلامه [2].

وأيضا هي حرمان الشخص من فرصة كان يحتمل أن تعود عليه بالكسب ومثاله حرمان المريض من الحياة نتيجة خطأ الطبيب الجراح إثر إجراء عملية جراحية ولقد جرت أحكام المحاكم سابقا على عدم التعويض على فوات الفرصة بسبب مساواتها مع الضرر الإحتمالي. [3]

أما في القانون الفرنسي فإن فكرة تفويت الفرصة في المجال الطبي تخول للقاضي الإداري والقاضي العادي سلطة الحكم بالتعويض للمريض أو المضرور مادام أن خطأ الطبيب أو القائم بالعمل الطبي هو السبب المباشر لتحقق الأضرار المترتبة عن الفرصة الفائتة.[4]

---

[1]– محمد أمين قاسمي ، الخطأ الطبي في إطار المسؤولية المدنية ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق ، تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق ، جامعة أحمد دراية أدرار ، تاريخ المناقشة 2019/12/05 ، ص: 173.

[2]– عبد القادر صديقي ، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية ، دار النشر الجامعي الجديد، تلمسان، الجزائر، د ط ، سنة 2020، ص 52.

[3] – محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ط 199 ، د س ن ، ص 112.

[4]– محمد لمين مولاي ، الضرر الطبي (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية والادارية ، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس ، السنة الجامعية 2020/2019 ، ص: 171 ، 172.

فالقضاء الفرنسي يشترط أن تكون هذه الفرصة فرصة حقيقية وجدية وأن تكون الفرصة الفائتة فرصة حالة أو وشيكة وبهذا أزيل الخلط الذي حصل أول الأمر بين الضرر المحتمل وفقدان الفرصة لأن هذه الأخيرة وبتفويتها على صاحبها تعتبر في حد ذاتها ضررا محققا يجب التعويض عنه طبقا للقانون.[1]

فإنها إذا كانت أمرا محْتَمَلاً فإن تفويتها أمر محقق. وعلى هذا الأساس يجب التعويض . وأن القانون لا يمنع أن يدخل في عناصر التعويض ما كان للمضرور من رجحان كسب فوته عليه العمل غير المشروع ، وتبدو الفرصة بالنسبة للمريض من عدة وجوه ، سواء كان أمامه من فرص للكسب ، أو النجاح في حياته العامة ، أو فيما يتعلق بسعادته وتوازنه . [2]

فنظرية تفويت فرصة الحياة أو الشفاء هي من ابتكار القضاء في فرنسا في مجال المسؤولية المدنية للأطباء والتي يُلجأ إليها عندما لا تكون الرابطة السببية بين الخطأ والضرر مؤكدة وثابتة ، ولقد اعتبرها بعض الفقه نظرية جديدة في نطاق المسؤولية الطبية وأنها متعلقة بالرابطة السببية ، وأنها أصبحت حلاً ثابتا من قبل الاجتهاد القضائي وأيضا من رأي الفقه ، ولقد مال القضاء منذ زمن بعيد في فرنسا الى التعويض عن تفويت فرصة الشفاء أو الحياة ولم تتبلور هذه النظرية إلا في القرار الشهير الصادر عن محكمة النقض في غرفتها المدنية بتاريخ 14-12-1965 ليستقر القضاء بعدها على الآخذ بهذه النظرية في كل حالة لا تتأكد فيها الرابطة السببية . [3]

---

[1]- محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، د ط سنة 2007 ، ص 276.

[2]- عبيد مجول العجمي ، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس ، السنة الجامعية 2009-2010 ، ص 355.

[3]- محمد أمين قاسمي ، فوات الفرصة كسبب لقيام المسؤولية المدنية للطبيب (الضرر بمفهومه الحديث) ، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أدرار ، الجزائر ، المجلد 08 ، العدد 02 السنة الجامعية 2023، ص : 577 ، 578 .

الفرع الثاني:

تمييز فوات الفرصة عن أنواع الأضرار المشابهة لها .

تكون ضرورة تمييز فوات الفرصة عن الضرر بأنواعه والتي تكون مشابهة لها كالضرر الإحتمالي والضرر المستقبلي وهذا ما سوف نتطرق إليه من خلال البندين التاليين.

أولا : تمييز فوات الفرصة عن الضرر الإحتمالي.

إن فوات الفرصة "Perte de Chance " عبارة تشير إلى ضرر خاص ناتج عن إحتمالية تلقي بظلها على العلاقة السببية بين الفعل الطبي والتعقيد الحاصل، فيشترط لتحقق فوات الفرصة وجود فرصة جدية وحقيقية للكسب أولاً بحيث يتحقق معها إحتمال أو رجحان هذا الكسب ثم تضيع هذه الفرصة، أما الضرر الإحتمالي فهو ضرر قائم على وهم وافتراض لا أساس له، وبالتالي قد يقع وقد لا يقع، وقد استقر القضاء الفرنسي والمصري والعراقي على عدم جواز التعويض عنه ، فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي على أن الخطأ في تشخيص العلاج والمرض الذي يؤدي إلى إصابة الشخص بعاهة مستديمة كان يمكن تفاديه لولا هذا الخطأ حين اعتبره من الأضرار الأكيدة طالما تعلق الأمر بفرصة جادة.[1]

فقد يدق التمييز أحيانا بين ما يعتبر ضررًا محققا وبخاصة إذا كان مستقبلا، وبين ما يعتبر ضررا إحتماليًا، ومن هذا القبيل حرمان الشخص من فرصة كان يحتمل أن تعود عليه بالكسب، مثل تفويت فرصة زواج الخطيبة من مخطوبها، وفرصة استمرار العائل في الإنفاق على من يعول، ممن لا يلزمه القانون بالإنفاق عليهم ، ففي مثل هذه الأحوال وأمثالها يكون هناك كسب احتمالي كان يمكن أن يتحقق، أو لا يتحقق، فبذلك قد قضى الفعل الضار على احتمال تحققه.[2]

فالأصل أن الضرر المحتمل هو ضرر غير محقق، قد يقع وقد لا يقع، فلا يكون التعويض عنه واجبا إلا إذا وقع فعلا. مثال ذلك أن يحدث شخص بخطئه خللا في منزل

[1]– محمد أمين قاسمي، الخطأ الطبي في إطار المسؤولية المدنية ، مرجع سابق ، ص: 148 ، 149.

[2]– منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات ودعوى التعويض الناشئة عنها، ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط الاولى، سنة 2021 ، ص: 535.

جاره، فالضرر المحقق هنا هو ما وقع من هذا الخلل، ويلتزم المسؤول بإصلاحه ، ولكنه لا يلتزم بإعادة بناء المنزل حتى إذا انهدم منزله فعلا بسبب هذا الخلل، رجع على المسؤول بالتعويض عن ذلك.[1]

لذلك ميز القضاء الفرنسي بين ضياع الفرصة ومجرد الإحتمال في ذلك، فقد رأى مسبقا التعريف من الفقه ، أن هذا الضياع ضرر محقق في إنتهاز فرصة جدية وحقيقية حال فعل الضار دون حصوله ويتجاوز النيل من مجرد الأمل، لوقع خليط أحيانًا ما بين الضرر المحتمل غير المؤكد الذي يد يقع أو قد لا يقع و الذي يجوز التعويض عنه وبين فوات الفرصة في الشفاء أو الحياة، لكونه ضرر مستقبلي غير مؤكد الوقوع ، وبسبب تعذر تحديد تاريخ وتقدير التعويض عنه.[2]

ويقول القضاء الإداري المصري أيضا: أنه يكون مدى التعويض بمقدار الضرر الواقع فعلا على أساس ثابت لا على افتراض أمور محتملة قد لا تحصل، إذ يجب لصحة الأحكام أن تبنى على الواقع لا على الفروض و الإحتمالات، بمعنى هذا الضرر الإحتمالي يتوقف تحققه أو تخلفه على النتيجة التي يتم التوصل إليها.[3]

فالتعويض عن تفويت الفرصة ليس تعويضا عن الضرر الناتج عن عدم حدوث واقعة كان من الممكن أن تحدث، إذ أننا لا نعلم ما إذا كانت هذه الواقعة ستحدث أم لا، ولكنه على العكس من ذلك تعويض عن الضرر الناتج عن فعل شخص ساهم في استحالة حدوث هذه الواقعة نهائيا والتي كان من الممكن أن تكون في مصلحة شخص آخر وهو المضرور الذي ضاعت عليه الفرصة في هذه الحالة. فهنا التعويض لن يمنح إلا عن تفويت فرصة حدوث هذه الواقعة.[4]

ولهذا فإنه وإن كان الضرر الذي سيترتب على عدم تحقق الفرصة ضررا محتملا لا يقبل التعويض عنه فإن الضرر الذي يترتب فعلا نتيجة القضاء على عنصر الاحتمال

---

[1]– أيمن إبراهيم العشماوي، تفويت الفرصة (دراسة مقارنة)، مرجع سابق ، ص 22،23.

[2]– عبدالقادر صديقي ، الأخطاء الطبية بين الإلتزام والمسؤولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الطبي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، سنة التخرج 2016 ، ص: 36.

[3]– هيمن حسين حمدامين ، الضرر المعنوي والتعويض عنه في القانون والقضاء الاداري (دراسة تحليلية مقارنة) المركز العربي ، مصر ، د ط ، سنة 2018 ، ص: 41.

[4]– أيمن إبراهيم العشماوي، نفس المرجع السابق ، ص : 24.

الذي تقوم عليه الفرصة يعتبر ضرر محقق يقبل التعويض، ففرصة المريض في الشفاء أمر احتمالي لكن تفويتها هو ضرر محقق.[1]

فالفرق بين الضرر المحتمل وتفويت الفرصة يكمن أساسا في أن موضوع الفرصة وإن كانت أمرا محتملا غير أن تفويتها أمر محقق ولذا يتعين التعويض عنها ، والتعويض لا يكون عن موضوع الفرصة لأنه أمر إحتمالي وإنما يكون عن تفويت الفرصة ذاتها ويراعى في تقدير هذا التعويض مدى إحتمال الكسب الذي ضاع على المضرور من جراء تفويت الفرصة عليه.[2]

وقد إستقر القضاء الفرنسي والمصري خاصة على الحكم بالتعويض عن فوات الفرصة في المجال الطبي والمثال على ذلك قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 2007/12/21 تحت رقم 289328 الذي قرر التعويض عن فوات فرصة الشفاء في قضية السيد M.JONCART.[3]

أيضا إستقرت أحكام القضاء على وجوب التعويض عن كل ضرر محقق سواء كان هذا الضرر حالا أو مستقبلا وإذا كانت هذه الأحكام قد إتجهت كذلك إلى أن الضرر الإحتمالي لا يمكن التعويض عنه فإن هناك بعض صور الضرر ليس من السهولة واليسر التعرف على طبيعتها هل هي ضرر محقق أم مجرد ضرر محتمل وأبرز هذه الصور هي صورة تفويت الفرصة في المجال الطبي.[4]

وذهب بعض الفقهاء إلى أن خطأ الطبيب في التشخيص والعلاج إذا ترتب عليه وفاة المريض أو عجزه فإن التعويض يقدر وفقا لنسبة إحتمالات تدخل الخطأ ومساهمته في تحقيق الضرر لا حسب قيمة الفرصة لأن الفرصة تنصب مباشرة على نجاح العمل

---

[1]– أشرف جابر ، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، د ط ، سنة 2018 ص: 140.

[2]– أنور سلطان ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الأول مصادر الإلتزام ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، مصر ، طبعة 1998، ص: 346، 347.

[3] -CE, sect., 21 Décembre 2007, n 289328 Centre Hospitalier de Vienne.
Françoise Vialla, Les grandes décisions du droit médical. Édition alpha. 2010. p : 630.
نقلا عن: محمد لمين مولاي ، الضرر الطبي (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص: 105.

[4]– أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية (دراسة مقارنة) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط 1 ، سنة 1430هـ–2009م ، ص 399.

الطبي ولذلك لا توجد بالمعنى الصحيح فرصة مستقلة فاتت بل توجد حادثة وقعت في الماضي ترتب عليها فعلا وفاة المريض أو عجزه.[1]

أما فيما يخص الحق في التعويض عن فوات الفرصة فأقرت عنه التشريعات طبقا للأحكام العامة المقررة لنطاق الضرر المستحق للتعويض في المسؤولية المدنية ، فيشمل الضرر ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب وذلك طبقا لنص المادة 182 فقرة 1 ق.م.ج والتي تنص عن مايلي : " **إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون.....معقول.**" و تقابلها المادة 1231 فقرة 2 ق.م.ف تنص :

Article 1231-2 : « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après ».[2]

فإذا كانت النتائج المترتبة عن فوات الفرصة محتملة غير محققة الوقوع فإن ضياع الفرصة في حد ذاته أمر محقق الوقوع.[3]

ثانيا : تمييز فوات الفرصة عن الضرر المستقبلي.

يتميز ضرر تفويت الفرصة عن الضرر المستقبلي أن الضرر المستقبلي هو ضرر تحقق سببه وتراخت آثاره كلها او بعضها إلى المستقبل كإصابة شخص بعاهة مستديمة تعجزه عن الكسب ، فإن الاصابة في ذاتها محققة .[4]

ولكن الخسارة المالية التي تصيب هذا الشخص من جراء عجزه عن الكسب، وهي تشمل كل ما كان سيربحه من عمله في مستقبل حياته ، يعتبر أكثرها ضررا مستقبلا وهذا

---

[1]– طه عثمان أبو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في مجال التوليد ، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع ، المنصورة ، مصر ، الطبعة الأولى ، سنة 2014 ، ص: 311.

[2] - Code Civil – Dernière modification le 03 Janvier 2018 – Document généré le 02 Juillet 2018 Copyright (C) 2007-2018 Legifrance.

[3]– علي فيلالي ، الإلتزامات(الفعل المستحق للتعويض) ، موفم للنشر، الجزائر، الطبعة الثالثة ، سنة 2015 ، ص: 293.

[4]– أيمن إبراهيم العشماوي ، تفويت الفرصة (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص: 21.

النوع من الضرر يعتبر في حكم الضرر المحقق ويستتبع قيام المسؤولية وبالتالي قيام حق المضرور في التعويض .[1]

فأقر القضاء الفرنسي مبدأ أن فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة تعتبر ضرر محتمل لكن مجرد تفويت هذه الفرصة يعتبر ضرر محقق يستوجب التعويض بشرط إثبات العلاقة السببية بين الخطأ وتفويت الفرصة وهذا ما أقرته الغرفة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية.[2]

المطلب الثاني :

أنواع فوات الفرصة في المجال الطبي .

إن نظرية تفويت فرصة الحياة أو الشفاء هي من ابتكار القضاء في فرنسا في مجال المسؤولية المدنية للأطباء، والتي لجأ إليها عندما لا تكون الرابطة السببية بين الخطأ والضرر مؤكدة وثابتة ، ولقد اعتبرها بعض الفقه نظرية جديدة في نطاق المسؤولية الطبية وأنها متعلقة بالرابطة السببية، و أنها أصبحت حلّا ثابتًا من قبل الاجتهاد القضائي وأيضًا في رأي الفقه، ولقد مال القضاء منذ زمن بعيد في فرنسا إلى التعويض عن تفويت فرصة الشفاء والحياة.[3]

وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب بدراسة تفويت فرصة الشفاء في الفرع الأول أما الفرع الثاني فسيكون حول تفويت فرصة الحياة.

الفرع الأول:

تفويت فرصة الشفاء.

يفترض أن فرصة الشفاء كانت قائمة ولو أنها احتمالية لدى المريض ، حيث خطأ الطبيب أدى إلى تفويت هذه الفرصة ، فأعتبر الطبيب مسؤولا عن إهماله وعدم ملاحظته وعنايته في ترك الأنيميا والعطب يزدادان لدى المريضة ، فالعلاقة السببية هنا وإن لم تقم

---

[1]– أيمن إبراهيم العشماوي ، نفس المرجع السابق ، ص: 21.

[2] - Gérard Mameteau , Cours de Droit Médical, Op.Cit. p : 463.

نقلا عن : محمد لمين مولاي ، الضرر الطبي (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص: 174.

[3]– عز الدين حروزي ، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن (دراسة مقارنة)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، د ط ، سنة 2008 ، ص: 185.

بين الخطأ والضرر إلا أنه فوت على المريضة فرصة الشفاء .[1] والأضرار préjudice المتمثلة في ضياع فرصة الشفاء بلا آثار sans séquelle يمكن أيضًا أن تكون محلًا للتعويض.[2]

قرار 14 ديسمبر 1965 كتطبيق قضائي : بحيث تتلخص وقائع القضية في إصابة طفل يدعى Pierre يبلغ من العمر 8 سنوات ، على إثر سقوطه أصيبت يده اليمنى حيث شخصها الطبيب على أنها كسر بالجزء السفلي من عظم الفخذ الأيمن ، وعالجه الطبيب وفق هذا التشخيص ولم يفلح الطبيب المعالج في شفاء الطفل الذي ظل يعاني من آلام مبرحة أثناء تحريك الكوع Coude ، الأمر الذي أدى إلى إعادة الكشف عليه بواسطة مجموعة من الأطباء بطلب من والد الطفل المريض ، والذين شخصوا المرض على أنه ليس كسرًا بالجزء السفلي من عظم الفخذ Fracture de L'humérus إنما مجرد خلع بمفصل الكوع Une Luxation de Coude في اليد اليمنى للطفل ، فرفع أولياء الطفل دعوى على الطبيب المعالج ، فاستعانت المحكمة بخبيرين اللذان أودعا تقرير خبرتهما ، فانتهت المحكمة إلى أنه ليس هناك علاقة سببية مؤكدة بين الخطأ الطبي و الضرر الذي لحق بالطفل ، لكن محكمة استئناف باريس بتاريخ 7 جويلية 1964 ألغت الحكم وقضت بالتعويض بحجة مفادها ثبوت قرائن خطيرة بما فيها الكفاية محددة ومقبولة على قدر من البينة والترابط تكفي للقول بأن الإصابة الجديدة التي لحقت بالطفل إنما كانت نتيجة مباشرة للخطأ في التشخيص الذي ارتكبه الطبيب ، وقدرت مبلغ التعويض عن تفويت فرصة الشفاء بمبلغ 65000 فرنك فرنسي ، أيدت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 ديسمبر 1965 قرار محكمة استئناف بباريس. [3]

---

[1]– محمد أمين قاسمي ، فوات الفرصة كسبب لقيام المسؤولية المدنية للطبيب (الضرر بمفهومه الحديث) ، مرجع سابق ، ص 578.

[2]– منير رياض حنا ، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق ، ص : 538.

[3] - Cass. Civ 1ére Ch.14 déc. 1965.Pourvoi N° 64-10094.

نقلا عن : كمال فريحة ، المسؤولية المدنية للطبيب ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص ، فرع قانون المسؤولية المهنية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، تاريخ المناقشة 2012/09/30 ، ص 276،277.

الفرع الثاني:

تفويت فرصة الحياة.

وهو أن المريض كانت لديه الفرصة في أن يبقى حيًا، لولا خطأ الطبيب، الذي أدى إلى موته فرغم أن فرصة المريض في الحياة كانت قائمة، إلا أنها لم تعد قائمة بعد نتيجة هذا الخطأ، فقد قضى بأنه يعد مسؤولًا الطبيب الذي أخطأ في استئصال الزائدة الدودية فهو وإن لم يؤد إلى الوفاة، إلا أنه حرم المريضة من فرصة الحياة.[1]

قرار 27 ديسمبر 1970 كتطبيق قضائي: تتمثل وقائع القضية في قيام جراح وهو بصدد إجراء عملية تجميل، حيث قام بتخدير المريضة بنفسه تخديرًا موضعيًا دون الاستعانة بأخصائي التخدير ، وأثناء إجراء العملية وقبل نهايتها انتاب المريضة بعض التشنجات المقترنة بتوقف القلب عن عمله ممّا أدى إلى وفاتها المفاجئ .

فقررت محكمة استئناف باريس بتاريخ 23 أبريل 1968 بمسائلة هذا الطبيب الجراح مؤسسة قرارها على فكرة فوات الفرصة ، حيث من المؤكد بأن عدم الاستعانة بطبيب أخصائي بالتخدير والانعاش أدى إلى إضاعة فرصة بقاء المريض على قيد الحياة ، وهذا وحده كاف للحكم على الطبيب الجراح بتعويض الضرر الناجم على ذلك رغم ثبوت إمكانية تفادي الوفاة .[2]

بحيث رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن بالنقض ، وأيدت قرار محكمة استئناف باريس ، حيث أظهرت في عبارات لا تدع محلا للشك ، رغبتها بتأكيد فكرة فوات الفرصة في تقريرها : « **يمكن إثارة الضرر بمجرد تضييع فرصة كانت موجودة فالجراح بعدم ضمان التدخل السريع لطبيب التخدير، حرم المريضة من فرصة البقاء على قيد**

---

[1]– منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق ، ص: 538.

[2] - Cass. Civ 1ére Ch. 27 Jan 1970. Pourvoi N° : 68-12782. Consulter L'arrêt sur le Lien suivant : http:/www.Legifrance.gouv.fr/ affiche Juri Judi.do? Olfaction=rechJuriJudi&idTexte=JURIT EXT00000681004&fastPos=48.

.نقلا عن: كمال فريحة ، المسؤولية المدنية للطبيب ، مرجع سابق ، ص: 275.

الحياة ، المتوفاة إثر هذا الإهمال ، ويلتزم بالتعويض عن هذا الضرر تجاه والدة المريضة... » .[1]

فالفرض هنا أن المريض كانت لديه الفرصة في أن يبقى حيًا لولا خطأ الطبيب الذي أدى إلى موته فرغم فرصة المريض كانت قائمة إلا أنها لم تعد قائمة بعد نتيجة هذا الخطأ فقد قضي بأنه يعد مسؤولا الطبيب الذي أخطأ في استئصال الزائدة الدودية ، فهو وإن لم يؤدي إلى الوفاة إلا أنه حرم المريضة من فرصة الحياة .[2]

[1] – Cour d'appel Paris du 23 avril 1968.

« Un préjudice peut être invoqué du seul fait qu'une chance existait et qu'elle a été perdue. Un chirurgien, en s'assurant pas l'intervention immédiate d'un médecin anesthésiste, compromet la chance de survie de l'opéré, décédée à la suite de cette défaillance, et doit réparation de ce chef de préjudice à la mère de la patiente... » .

نقلا عن : كمال فريحة ، المسؤولية المدنية للطبيب ، مرجع سابق ، ص 276.

[2]– محمد أمين قاسمي ، فوات الفرصة كسبب لقيام المسؤولية المدنية للطبيب (الضرر بمفهومه الحديث) ، مرجع سابق، ص 578.

المبحث الثاني:

تطبيقات فوات الفرصة في المجال الطبي .

إن تطبيقات وحالات فوات الفرصة في المجال الطبي متعددة وذلك حسب الخطأ الموجب للتعويض المرتكب من قبل الطبيب وتكون خلال عدة مراحل نذكر منها مرحلة ما قبل العمل الطبي كالإخلال بالالتزام بالإعلام أو الحصول على رضاء المريض كما يمكن أن تتوافر أيضا خلال مرحلة التشخيص والعمل الطبي فكل هذه المراحل سوف نتطرق إليها ضمن مطلبين إثنين فمرحلة الإعلام والحصول على رضاء المريض نتطرق إليها في المطلب الأول أما المطلب الثاني فسيكون حول مرحلة التشخيص والعمل الطبي.

المطلب الأول:

فوات الفرصة في مرحلة الإعلام والحصول على رضاء المريض.

إن مرحلة الإعلام والحصول على رضاء المريض تعتبر مرحلة سابقة على العمل الطبي لذلك سوف نتطرق لها عن طريق فوات الفرصة فيها في مطلبنا هذا لهذا نقوم بتقسيمه إلى فرعين إثنين فوات الفرصة في مرحلة الإعلام تكون في الفرع الأول أما الفرع الثاني فسنخصصه لفوات الفرصة في مرحلة الحصول على رضاء المريض.

الفرع الأول:

فوات الفرصة في مرحلة إعلام المريض .

لكي يكون رضا المريض صحيحا ومعتبرا نحو الطبيب، فإنه يقع على عاتق الأخير الالتزام بإعلام المريض وإحاطته علما بطبيعة المرض والعلاج ومخاطر العمليات الجراحية، وإلا يكون الطبيب مسؤولا عن النتائج الضارة التي تصيب المريض نتيجة العلاج ، ولو لم يرتكب خطأ في مزاولته لعمله. فنستطيع القول أن القضاء الفرنسي الحديث يقيم مسؤولية الطبيب عند إخلاله بواجب الإعلام وإبلاغ المريض بالمخاطر التي

قد يتعرض لها المريض نتيجة العلاج أو العملية، حتى ولو كانت هذه المخاطر نادرة الحدوث.[1]

فمرحلة إعلام المريض لها دور مهم في المعاملات الطبية بسبب اتصالها بأهم ما يملك الشخص وأعز ما يسعى للمحافظة عليه وهي صحته كما يمكن اعتبار إعلام المريض مظهرا من مظاهر احترام أدميته إذ أن في ذلك احترام لكرامته وشخصيته يضاف إلى ذلك أن عملية الإعلام تساعده على ممارسة حريته في الاختيار بين قبول أو رفض العلاج ، ومما لا شك فيه أن رضا المريض لا يمكن أن يكون حقيقيا إلا إذا سبقه تنويه و تبصير من قبل الطبيب بحالته الصحية وطبيعة مرضه ودرجة خطورته وما يقترحه له من علاج.[2]

أيضا تعتبر من الموجبات المهنية والانسانية للطبيب، إذ أنه يتعلق بإبلاغ المريض نتيجة تشخيصه الطبي وحقيقة حالته المرضية، فهو يعد التزامًا من جانب الطبيب يحمل في ثناياه أعمالاً مادية ومعلومات مهنية، والأعمال المادية تتمثل في المعلومات والبيانات والحوار الطبي مع المريض، وهذه المعلومات يجب أن تكون متسلسلة وبسيطة بحيث يسهل على المريض فهمها . [3]

وهكذا فإذا أخل الطبيب بإلتزامه بالتبصير بأن باشر العمل الطبي دون تبصير المريض أو تبصيره تبصيرا غير كاف فإن فكرة فوات الفرصة يمكن أن تثور حينئذ بإعتبارها جزاء لهذا الإخلال.[4]

ولقد قررت محكمة النقض الفرنسية مسؤولية الطبيب عن فوات الفرصة من خلال قرار صادر بتاريخ 26/مارس/1996 بحيث كانت وقائعه مستخلصة في إخلال الطبيب

---

[1]– طلال العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب ،(دراسة فقهية قضائية مقارنة) ، عالم الكتب الحديث للطباعة والنشر الأردن، ط 1، سنة 2011/2245، ص: 95.

[2]– عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر، د ط ، سنة 2006، ص 115.

[3] – محمد رياض دغمان، القانون الطبي (دراسة مقارنة) ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ط 1 ، سنة 2017 ص: 52-53.

[4]– أشرف جابر سيد ، التعويض عن فرصة الشفاء أو الحياة ، دراسة مقارنة في القوانين المصري والفرنسي ، المرجع السابق ، ص: 58.

بالتزاماته بإعلام الوالدين عن إحتمالات إنتقال المرض للجنين من الأب وبذلك قد فوت عليهما فرصة تجنب إنجاب طفل مصاب باضطرابات عصبية.[1]

والطبيب أيضا عليه أن يعلم راغبي الزواج بجميع المعلومات المتعلقة بالأخطار التي يمكن أن يتعرض لها الجنين سواء كانت متمثلة في مرض جيني أو إعاقة .[2]

لذلك في فوات الفرصة في المجال الطبي تثور مسألة التعويض بالنسبة لبعض التشريعات التي تسمح لراغبي الزواج بإجراء فحص للتأكد من خلوهما من الأمراض الوراثية ليتخذا قرارا بعد ذلك بالزواج من عدمه أو بالزواج وعدم الإنجاب .[3]

فتقصير الطبيب في التزامه هذا تجاه المريض ليس له علاقة سببية مباشرة مع الضرر النهائي اللاحق بالمريض وبناء على ذلك يتم تقرير تعويض جزئي عنه طبقا للأحكام العامة للتعويض عن فوات الفرصة في المجال الطبي وهذا ما أكدته محكمة باريس في مجال الإخلال بالالتزام بالإعلام في مجال الجراحة التجميلية والذي يترتب عنه ضرر مباشر و أكيد ناجم عن فوات الفرصة على المريض والمتعلقة برفض التدخل الجراحي وبالتالي تجنب الضرر الواقع .[4]

أيضا في خصوص مرحلة إعلام المريض فيما يخص عمليات التجميل ذهبت محكمة ليون إلى : " إذا كان التزام الطبيب في إعلام المريض والحصول على رضائه عامًا في كل أنواع العلاج والجراحة، إلا أنه أكثر شدة و أهمية فيما يتعلق بجراحة التجميل، فإذا كان الطبيب لا يلتزم كقاعدة عامة بتبصير المريض بالمخاطر التي تعتبر نادرة الحدوث إلا أنه في إطار العمل الجراحي التجميلي يتحتم عليه أن يلفت نظر الشخص الذي يرغب بإجراء جراحة تجميلية إلى الأخطار كافة سواء أكانت مهمة ام ثانوية أم نادرة الحدوث وهذا الالتزام يمتد في الزمان، فلا يكفي فقط للحصول على رضاء الشخص بالجراحة

---

[1]– محمد لمين مولاي ، الضرر الطبي (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص: 200،201.

[2]– محمد سعد خليفة ، المسؤولية المدنية عن الممارسات الطبية الماسة بالجنين (دراسة لحق الجنين في التعويض) دار النهضة العربية للنشر ، القاهرة ، مصر ، د ط ، سنة 2003 ، ص 144.

[3]– محمد سعد خليفة ، نفس المرجع السابق، ص 144 .

[4]– محمد لمين مولاي ، الضرر الطبي (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص 202.

التجميلية، بل يمتد إلى ما بعد ذلك في مراحل العلاج كافة، ولا ينتهي بانتهاء الجراحة التجميلية ".[1]

كما قررت محكمة النقض الفرنسية أن الإخلال بالإلتزام بإعلام المريض يشكل تفويتا للفرصة على المريض في إتخاذ قراره في رفض العلاج وتجنب المخاطر المترتبة عنه:

Attendu, Cependant que la violation d'une obligation d'information ne peut être sanctionnée qu'au titre de la perte de chance subie par le patient d'échapper par une décision peut être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé.[2]

إذًا فالالتزام بموجب الاعلام هو التزام بتحقيق نتيجة، وهو عبارة عن نقل المعلومات الصادقة والكاملة قبل التدخل العلاجي إلى المريض أو من ينوب عنه ، وبالتالي فإن إهمال الطبيب لموجب الإعلام ، يعرضه للمسؤولية في حال حدوث ضرر للمريض، إلا في الحالات الطارئة أو في حال الاستحالة.[3]

أيضا يتمتع المريض بحقه في رفض التدخل الطبي في غير الحالات الإستثنائية التي نص عليها القانون وأقرها القضاء والفقه وبالتالي فإن الإخلال بهذا الحق يترتب عليه تفويت فرصة على المريض في رفض العلاج أو العمل الطبي بحيث أن الطبيب لو أعلم المريض بمخاطر العلاج المقترح لتجنب بذلك مخاطر الضرر المحتمل وقوعه.[4]

---

[1]– حكم محكمة ليون، في 8 كانون الثاني (يناير) 1981، J.C.P 1982، 1ـ 19699.

نقلا عن : أيمن العشماوي ، تفويت الفرصة ، مرجع سابق ، ص : 56.

[2] - Cass.1 Civ. 07 décembre 2004, n 02 – 10957

François VIALLA, LES GRANDES DECISIONS DU DROIT MEDICAL, Édition alpha. 2010. p : 150.

[3]– محمد رياض دغمان ، القانون الطبي (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص : 53.

[4]– عماد الدين بركات ، التعويض عن الضرر الطبي والتأمين من مسؤولية الأطباء المدنية ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، مصر ، د ط ، سنة 2017 ، ص: 49.

الفرع الثاني:

فوات الفرصة في مرحلة الحصول على رضاء المريض.

فإلى جانب فكرة فوات الفرصة في الشفاء أو الحياة بدأ القضاء يعترف حديثا بصورة أخرى وهي فوات الفرصة على المريض في رفض أو قبول العلاج إما لعدم تبصيره بحالته الصحية تبصيرا صحيحا أو لعدم تبصيره تماما.[1]

ويعتبر رضاء المريض عنصرا جوهريا والتزاما قانونيا وأدبيا يقع على عاتق الطبيب فالمريض يعتبر إنسانا حرا له حقوق مقدسة في جسمه لا يجوز المساس بها بغير رضاه وموافقته الصريحة والمستنيرة، وكل مساس بجسم المريض بغير الحصول على رضائه الحر هو اعتداء على حريته واعتداء على حق من حقوقه يماثل الاعتداء على جسمه حتى وإن كان الدافع هو مصلحة المريض بإستثناء الحالات التي إستثناها القانون ووضع لها أحكامها الخاصة.[2]

في القاعدة العامة لا يشترط في موافقة المريض على الأعمال الطبية أي شكل معين بل قد يكون شفويا أو كتابيا ، بل جرت العادة في التدخلات الطبية التي تتضمن مساسا معتبرا بالسلامة الجسدية للمريض أو وجود مخاطر جسيمة ، أن يعبر المريض أو من يمثله عن رضائه كتابيا لضمان إثبات موافقة المريض أو من يمثله قانونا، وذلك في المؤسسات الإستشفائية سواء الخاصة أو العمومية من خلال إعداد نماذج مكتوبة لضمان الإثبات من خلال بيانات محددة.[3]

أيضا يتطلب الفقه والقضاء من الطبيب متى أراد إخضاع المريض لأي علاج أو عمل طبي الحصول مقدما على رضاء المريض أو أهله الأقربين أو من يخوله المريض صراحة وبالنيابة عنه إبداء هذا الرضاء قبل مباشرة أي عمل طبي أو علاجي

---

[1]– أشرف جابر سيد ، التعويض عن فرصة الحياة أو الشفاء (دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي) ، مرجع سابق ، ص: 62.

[2]– محمد لمين مولاي: الضرر الطبي (دراسة مقارنة)، مرجع سابق ، ص: 26.

[3]– عبد الكريم مأمون ، رضاء المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية (دراسة مقارنة) ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، السنة الجامعية 2005/2004 ، ص: 198.

خصوصا في حالة إجراء علاج يتضمن نوعا من الخطورة على المريض كالعمليات الجراحية الهامة. [1]

كذلك الطبيب أو القائم بالعمل الطبي يعفى من الإلتزام بالحصول على رضاء المريض في حالة وجود المريض في غيبوبة ولم يوجد أحد من أهله أو من ينوب عنه في إبداء الرضاء أو إذا إقتضت الضرورة علاجه.[2]

كما يشترط كذلك في طب التجميل أخذ رضاء المريض المستنير، ويكتسب هذا الشرط في نطاق جراحة التجميل أهمية خاصة من ناحيتين، الأولى جراحة التجميل لا تنطوي على أي مظهر من مظاهر الضرورة أو الاستعجال، ومن الناحية الثانية جراحة التجميل لا تهدف إلى شفاء المريض بعلاجه من داء أو علة مرضية، بل ترمي إلى إصلاح عيب مظهري جسماني من قبح أو تشويه بسيط.[3]

ورضا المريض قد يتعرض إلى بعض الإشكالات التي قد تعيبه ، حيث أن الرضا يصدر عن المريض بعد بيان الطبيب لحالته الصحية بعد إجراء الفحص اللازم فالمريض يسلم أمره للطبيب فهو الذي يقرر ما يحتاجه الأمر فالإعتماد الكلي على رأي الطبيب لأنه المختص صاحب العلم والمعرفة بحقل الطب وإشكالاته مما يجعل المريض عاجزا عن إبداء الرأي في طريقة العلاج المناسبة ، وإنما يعود له القرار النهائي بالموافقة على إجراء العملية أو رفضها ، فإرادة المريض واجبة الإحترام.[4]

وقد أكدت غالبية التشريعات ومنها التشريع الجزائري ضرورة حصول الطبيب على رضاء مريضه وذلك بعد تشخيصه عن طريق التدخل الطبي وذلك ما نصت عليه المادة 42 من المرسوم التنفيذي 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب :" للمريض حرية إختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته وينبغي للطبيب أو جراح الأسنان أن يحترم حق

---

[1]- وديع فرج ، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ، مقال منشور بمجلة القانون والإقتصاد ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، العدد الأول ، السنة الثانية عشر ، محرم سنة 1361هـ ، يناير سنة 1942م ، ص: 47.

[2]- وديع فرج ، المرجع نفسه ، ص : 48

[3]- أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق ، ص 341.

[4]- محمد سالم حمد أبو الغنم ، المسؤولية المدنية عن عمليات التجميل ، رسالة لنيل الدكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق قسم القانون المدني ، جامعة عين شمس ، مصر ، سنة التخرج 2010 ، ص: 51.

المريض هذا وأن يفرض إحترامه وتمثل حرية الإختيار هذه مبدأ أساسيا تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض والعلاقة بين جراح الأسنان والمريض. ويمكن للطبيب أو الجراح مع مراعاة أحكام المادة 09 أعلاه، أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج."[1]

أيضا نصت المادتين 43 و 44 على التوالي من نفس المرسوم عن ذلك على مايلي: " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي ." و أيضًا : " يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض حرة ومتبصرة أو موافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته".[2]

ومما سبق تبيانه وطبقا لما إستقر عليه الفقه والقضاء فإنه يشترط عدة شروط لصحة رضاء المريض بالعمل الطبي نذكر منها:

- ✓ بلوغ المريض سن الأهلية القانونية: نصت عليه المواد 40 و42 و43 من القانون المدني الجزائري.[3]
- ✓ أن يكون الرضاء حرًا: نصت عليه المادة 343 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة والمادتين 08 و 09 من مدونة أخلاقيات الطب.[4]
- ✓ الإلتزام بإعلام المريض.

---

[1]- المرسوم التنفيذي 92 - 276، المؤرخ في 5 محرم عام 1413، الموافق ل 6 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة رسمية العدد 52 مؤرخة في 1992/07/08، ص: 1421.

المرسوم التنفيذي 92 - 276، المؤرخ في 5 محرم عام 1413، الموافق ل 6 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة رسمية العدد 52 مؤرخة في 1992/07/08، ص:1421.

[3]- القانون المدني الجزائري ، الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 والمعدل والمتمم بموجب القانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007، ص 12.

[4]- المادة 343 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق ل 2 يوليو سنة 2018 يتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية العدد 46 ، السنة الخامسة والخمسون ، المؤرخة في 16 ذو القعدة عام 1439 هـ الموافق ل 29 يوليو سنة 2018، ص .33 - المرسوم التنفيذي 92-276، نفس المدونة السابقة ، ص: 1420.

- ✓ أن يكون موضوع الرضاء مشروعًا: نصت على ذلك المادة 49 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري والمادة 344 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

ويثور التساؤل حول رفض المريض للعلاج وهذا ما أجابت عنه المادة 49 من نفس المدونة بنصها: " يشترط من المريض إذا رفض العلاج الطبي أن يقدم تصريحا كتابيا في هذا الشأن."

فالرضاء ليس له شكل معين فقد يصدر ضمنيا و قد يصدر صحيحا غير أنه بالنسبة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أجمعت غالبية التشريعات ومنها التشريع الجزائري على أن يكون رضاء المتنازل ثابت كتابة وموقعا منه. [1]

وفيما يتعلق بإثبات إلتزام الطبيب بالحصول على رضاء المريض فهذا العبئ يقع على عاتق الطبيب طبقا لما إستقر عليه رأي الفقه والقضاء، كما أنه إذا قام الطبيب برغم رفض المريض للعلاج بمباشرة العلاج أو عدم الحصول على رضائه فيعتبر مخطئا وتقوم مسؤوليته على أساس الضرر اللاحق بالمريض بإعتبار أن الإلتزام بالحصول على رضاء المريض هو إلتزام بتحقيق نتيجة. [2]

فالأساس الأخلاقي لرضا المريض يتمثل فيما يسمى بنظرية " الإنسانية الطبية" L'humanisme Médical وتتجه هذه النظرية إلى إعطاء المريض حق قبول أو رفض العلاج المقترح من طرف الطبيب إستنادا إلى أن الفن الطبي ورغم تقدمه إلا أنه يتضمن درجة قد تضيق وقد تتسع من مرض إلى مرض ومن مريض لآخر من عدم اليقين في فعالية العلاج.[3]

فالطبيب وهو يتعامل مع المريض يجب عليه ألا ينسى أبدًا أنه يتعامل مع إنسان له حريته الفردية وسلامته الجسدية واجبة الإحترام، والحقيقة أن نظرية الإنسانية الطبية هي

---

[1]– هند شعبان ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والإدارية ، كلية الحقوق جامعة جيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، العدد الثالث لسنة 2007 ، ص: 183.

[2]– محمد حسين قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي (دراسة فقهية و قضائية مقارنة في ضوء التطورات المعاصرة لأحكام المسؤولية الطبية) ، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، الإسكندرية، مصر، د ط ، سنة 2016، ص 182.

[3]– محمد لمين مولاي ، الضرر الطبي ،(دراسة مقارنة)، مرجع سابق ، ص: 56.

البوتقة التي إنصهرت فيها مبادئ تقليدية راسخة في أي نظام قانوني تحكم الشخصية الإنسانية وتحيطها بهالة من القدسية ومن أهم هذه المبادئ التي تعتبر حجر الزاوية في نظرية الإنسانية الطبية مبدأ الحرية الفردية و مبدأ معصومية الجسد البشري.[1]

أما مبدأ الحرية الفردية La liberté Individuelle فهو يعطي لكل فرد الحق في أن يكون حرًا ومن ضمن مظاهر هذه الحرية، الحرية التعاقدية فلكل مريض الحرية في أن يختار طبيبه وأن يتعاقد معه على علاجه وله الحرية في قبول أو رفض هذا العلاج أما مبدأ معصومية الجسد البشري L'intégrité Corporelle ou Physique فهو يوفر قدسية لجسد الإنسان تحول دون الإعتداء عليه أيًا ما كان شكل هذا الإعتداء ولو كان مظهره إخضاع هذا الجسد للفحص الطبي أو العلاج عموما.[2]

ولا يقصد برضاء المريض مجرد الإيجاب الصادر من المريض للطبيب الذي كون العقد بينهما بإلتقائه بقبول الطبيب بل هو رضاء خاص يتطلبه الفقه والقضاء من المريض متى أراد الطبيب إجراء علاج له ويبنون وجوب حصول الطبيب مقدما على رضاء المريض أو أهله الأقربين ممن يستطيعون تمثيله في هذا الشأن قبل العلاج خصوصا في حالة إجراء علاج خطير كالعمليات الجراحية الهامة أو علاج يعرض حياة المريض للضياع أو عضو من أعضائه للتلف.[3]

بل يجب التنويه إلى أن رضاء المريض وإن وقع صحيحًا فإن ذلك ليس سببًا لإباحة العمل الطبي وإنما هو مجرد شرط في مزاولة ومباشرة مهنة الطب، حيث إن الإباحة المقررة للأعمال الطبية تستند إلى استعمال الحق وليس إلى رضا المريض ، فرضاء المريض أساس مشروعية العمل الطبي وليس أساس إباحته.[4]

وفي الأخير فرضاء المريض لا يعني إعفاء الطبيب من المسؤولية بل إنه يسأل طبقا للقواعد العامة أي عن الخطأ الصادر منه أثناء العلاج أو الجراحة، فإذا بذل العناية المطلوبة لن يكون مسؤولا عن الأضرار الناشئة من جراء تدخله إذا لم يلتزم بنتيجة

---

[1]– محمد لمين مولاي ، نفس المرجع السابق، ص 56.

[2]– المرجع نفسه ، ص: 57.

[3]– وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ، مرجع سابق ، ص: 47.

[4]– محمد سالم حمد أبو الغنم ، المسؤولية المدنية عن عمليات التجميل ، مرجع سابق ، ص : 51.

وتزداد أهمية الحصول على رضاء المريض كلما كان العلاج أمرا ينطوي على كثير من المخاطر فقد شددت المحاكم مسؤولية الطبيب الذي حقن المريض بمادة ينطوي إستعمالها بحسب تعليمات الشركة التي تصنعها على قدر من الخطورة مما يتطلب معه إلى جانب الحيطة أخذ رضاء المريض.[1]

ولكن ليس للمريض الحق في رفض أي علاج يوصف له ويقصد به إسعاف حياته أو أي إجراء تقتضيه الصحة العامة لمنع إضرار المريض بغيره لأن من القواعد الشرعية " أن الضرورات تبيح المحظورات" ، " ولا ضرر ولا ضرار" أن " درء المفاسد مقدم على جلب المصالح" ولا يتعين إذن المريض أو وليه في الحالات الطارئة التي تنذر بهلاك المريض.[2]

المطلب الثاني:

مرحلة التشخيص و العمل الطبي.

إن مرحلة العمل الطبي يتضمن مجموعة من المراحل يمر بها الطبيب أثناء مباشرته لهذا العمل في ثلاث مراحل أساسية منها التشخيص أما مرحلة إعلام المريض والحصول على رضائه بالعمل الطبي فهي مرحلة سابقة على العمل الطبي وقد تطرقنا له في المطلب السابق.

أما في هذا المطلب فسوف نتطرق إلى فوات الفرصة في مرحلة التشخيص والعمل الطبي وذلك من خلال فرعين إثنين نتناول في الفرع الأول فوات الفرصة في مرحلة التشخيص ثم نتناول في الفرع الثاني فوات الفرصة في مرحلة العمل الطبي.

---

[1]– شاهر البلتاجي الباجوري ، مسؤولية المستشفيات عن الأضرار الناشئة عن عمل التقارير الطبية (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي) ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، د ط ، سنة 2016 ، ص : 42،43.

[2]– شاهر البلتاجي الباجوري ، نفس المرجع السابق ، ص: 53.

الفرع الأول:

فوات الفرصة في مرحلة التشخيص.

إذا كان الهدف الأساسي للعمل الطبي هو علاج المريض أو على الأقل التخفيف من آلامه فلا شك أن ذلك لا يمكن تحقيقه إلا من خلال العمل أولا على معرفة حالة المريض ومدى الخطورة فيها وسوابقه المرضية وما يمكن أن تؤول إليه هذه الحالة ، وهذا في الواقع مالا يمكن التوصل إلى معرفته إلا من خلال التشخيص لذلك يعرفه الفقه بأنه " ذلك الجزء من الفن الطبي الذي يهدف لمعرفة طبيعة المرض ووضعه في الإطار المحدد له." [1]

فتكتسي عملية تشخيص الحالة المرضية للمريض أهمية بالغة، فعلى أساسها يتم تحديد طبيعة المرض ووضعه في الإطار المناسب له، فالتشخيص هو عملية فكرية معقدة من خلالها يُتعرف على المرض إنطلاقًا من الأعراض التي يعانيها المريض، كما يقرر على أساسها نوع المرض وطريقة العلاج الجراحي الذي يقترحه.[2]

وكان قانون الصحة الجزائري لسنة 1976 ينص بصورة أوضح في مادته 409 عن التشخيص وهي المادة التي لم يجدو لها نظيرًا في قانون الصحة الساري حاليا والذي ألغى حكم المادة المذكورة .[3]

فعملية التشخيص في الحقيقة هي الأرضية التي يبنى على أساسها العلاج الذي يقترحه الطبيب المعالج، وفي هذه المرحلة غالبا ما يكون خطأ الطبيب الجراح المعالج وغيره من الأطباء مرده إما التقصير في بذل العناية في تشخيص مريضه تشخيصا وافيًا ملمًا، وإما مرده الغلط العلمي، فبالنسبة إلى إهمال الطبيب أخصائي الجراحة في

---

[1]– محمد لمين مولاي ، أنواع الخطأ الطبي وصوره في المسؤولية المدنية للطبيب الممارس في القطاع الخاص ، مقال منشور بمجلة القانون والعلوم السياسية ، 159 العدد الأول– جانفي 2015/ ربيع الثاني 1436 ، ص : 08.

[2]– عزالدين حروزي ، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن (دراسة مقارنة) مرجع سابق ، ص: 122.

[3]– المادة 409 الملغاة من قانون الصحة الجزائري نصت على : " يجب على الطبيب أن يضع تشخيصه دومًا بكل إنتباه دون حساب الوقت الذي يصرفه لهذا العمل وإذا لزم الأمر أن يستعين أو يعمل على الاستعانة بقدر الإمكان بمستشارين أكثر إلمامًا وبأساليب علمية أكثر ملائمة، وبعد أن يضع الطبيب تشخيصه الدقيق مع قراره القاطع ولاسيما إذا كانت حياة المريض في خطر فإنه ينبغي عليه أن يبذل جهده لفرض تنفيذه لقراره".

تشخيص الحالة المرضية لمريضه فإن إلتزام الطبيب بذلك يكون ببذل جهوده اليقظة أثناء تشخيصه لمريضه دون حساب للوقت الذي يستغرقه منه كما عبرت عن ذلك صراحة المادة 409 الملغاة السابق الإشارة إليها.[1]

فتعتبر هذه المرحلة البداية في علاقة الطبيب بمريضه، لذلك فتشخيص المريض من قبل الطبيب الممارس ليس بالأمر الهين ، مما جعل من وظيفة الطبيب في هذا المجال مهمة صعبة ودقيقة ، ومن خلالها ترتب أمور عل عاتق الطبيب تستلزم منه التدقيق في فحص المريض فحصا دقيقا متلمسا مواضع الألم ، مستعملا في ذلك جميع الوسائل الكافية لأداء مهامه بنجاح.[2]

فهو المرحلة الأولى التي يبدأ فيها الطبيب عمله الطبي إذ يلجأ إلى جميع الوسائل الفنية التي يضعها العلم تحت تصرفه حتى يأتي تشخيصه صائبا ولا يكتفي بمجرد الفحص الأولي حتى لا يأتي متسرعا في تكوين رأيه.[3]

بحيث تظهر أهميته في أن أي خطأ فيه ينعكس على العلاج، وقد يؤدي الخطأ في التشخيص إلى الخطأ في العلاج أو القيام بإجراء عملية جراحية، وبالتالي إلى إزهاق روح المريض أو إصابته بعاهة دائمة أو مؤقتة.[4]

وتعتبر محكمة جرينوبل Grenoble أول من رسخ أساس الاجتهاد القضائي في مجال نظرية تفويت الفرصة أثناء مرحلة التشخيص في حكمها ال يجب أن يرتكز التشخيص على عناصر علمية تسمح بالكشف عن العلة الحقيقية التي يعاني منها المريض، وأن يتجنب الطبيب بقدر الإمكان الوقوع في الغلط في التشخيص، ويجب أن يبذل الطبيب الجهد في التيقن من وجود المرض الذي يشكو منه المريض، وذلك لمعرفة سببه، وتحديد مكانه، ومركزه، بين أنواع المرض الأخرى، ويقابل ذلك أنه يجب على

---

[1]– عزالدين حروزي ، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن (دراسة مقارنة) مرجع سابق ، ص: 124.

[2]– مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة) ، دار حامد للنشر والتوزيع الأردن ، الطبعة 01 ، سنة 2006 ، ص: 447.

[3] – رابح لالو ، مسؤولية الطبيب عن الخطأ الطبي ، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والاجتماعية ، جامعة زيان عاشور بالجلفة ، الجزائر ، المجلد السابع ، العدد الرابع ، السنة 2022 ، ص 910.

[4]– رابح لالو ، نفس المرجع السابق ، ص 910 .

المريض أن يذكر الحقيقة بأكملها لطبيبه، وأن يمده بالإجابة الصادقة، إذا كان خطأ الطبيب في التشخيص راجعًا إلى المعلومات الكاذبة الممنوحة له من المريض فلا مسؤولية على الطبيب.[1]

ويرى الرأي الغالب في الفقه أن فوات الفرصة في الشفاء أو الحياة يجب أن يكون ناجما عن خطأ في التشخيص لا عن مجرد غلط فيه ومما يعد خطأ لا مجرد غلط في نطاق فكرة فوات الفرصة إصرار الطبيب على تشخيص معين لحالة المريض مما أدى إلى عدم شفائه يشكل تفويت لفرصة تلقي العلاج المناسب.[2]

فبذلك تعتبر محكمة قرونوبل Grenoble أول من رسخ أساس الإجتهاد القضائي في مجال نظرية تفويت الفرصة أثناء مرحلة التشخيص في حكمها صادر في 24 أكتوبر 1966 و كان الحكم نتيجة خطأ في التشخيص من الطبيب الذي أدى بعد فترة زمنية إلى إصابة المريض بآلام مبرحة وغير محتملة ناتجة عن حدوث تورم كبير بيده.[3]

وقد أصدرت المحكمة حكمها بتعويض المريض تعويضا جزئيا Une Réparation Partielle و جاء في حيثيات حكمها أن عدم تطبيق العلاج المستهدف من العمل الطبي نتيجة للخطأ في التشخيص قد أدى إلى حرمان المريض بصفة مؤكدة من فرصة حقيقية للشفاء.[4]

يقصد به أيضا البحث والتحقق من نوع المرض الذي يعاني منه المريض، ليقرر حكمه في المراحل اللاحقة، كتقرير نوع المرض ودرجة خطورته وتاريخ تطوره، وعلى الطبيب في هذه المرحلة الاستماع لشكوى المريض وأخذ كل المعلومات عن طبيعة مرضه وأعراضه.[5]

---

[1] – عبيد مجول العجمي، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2009–2010، ص 150.

[2]– أشرف جابر سيد، التعويض عن تفويت فرصة الشفاء أو الحياة (دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي) مرجع سابق، ص 35.

[3]– محمد لمين مولاي ، الضرر الطبي (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص : 203.

[4]– محمد لمين مولاي، ، المرجع نفسه، ص : 203.

[5]– نسيمة بن دشاش ، المسؤولية المدنية للطبيب في المستشفيات العامة، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، تاريخ المناقشة 04–12–2013، ص 60.

فقضت في هذا الشأن محكمة بواتيه في 1984/10/23 بأن "حيث أن على الطبيب واجب إنتزاع المعلومات المرضية من المريض ولا يكتفي بما يدليه المريض، لأنه قد يكون لديه حياء أو قدراته العقلية محدودة أو يعتقد أنها معلومات غير هامة، فإكتفاء الطبيب بالمعلومات المختصرة التي قدمتها المريضة كتابة له لكي يحدد التشخيص ويصف العلاج الذي أودى بحياتها دون فحص وتشخيص، يعد خطأ يستوجب المساءلة عن القتل بإهمال في التشخيص، وتجدر الإشارة إلى أن الطبيب لا يسأل إذا كان الخطأ في التشخيص راجعا إلى تضليل المريض له في البيانات التي أدلى بها عن أعراض مرضه.[1]

وتعتبر هذه المرحلة البداية في علاقة الطبيب بمريضه، والعمل الطبي يعتمد على صحة التشخيص وسلامته، وإذا فشل فقد تصبح الأعمال اللاحقة وخصوصا العلاج الموصوف خاطئة أيضًا، وعلى الطبيب أن يبذل في التشخيص العناية اليقظة، إذ عليه أن يستمع إلى شكوى المريض وأن يأخذ منه ومن أهله كافة المعلومات التي يحتاج إليها ثم يبدأ بفحص المريض بشكل دقيق لمواضع الألم ومواطنه مستعملا جميع الوسائل التي يضعها العلم تحت تصرفه، بحيث يكون رأيه في التشخيص بعيدا عن الغلط قدر الإمكان.[2]

ذهب القضاء الفرنسي أيضا إلى أن التشخيص هو العمل الذي يحدد الأمراض بعد معرفة أعراضها، وتكتسي عملية التشخيص الحالة المرضية للمريض أهمية بالغة بحيث أنه على أساسها يتم تحديد طبيعة المرض ووضعه في الإطار المناسب له، فالتشخيص هو عملية فكرية معقدة من خلالها يتعرف على المرض إنطلاقا من الأعراض التي يعانيها المريض.[3]

أيضا تتلخص وقائع دعوى في أن طبيب أطفال قام بفحص طفل صغير يبلغ من العمر ثلاثة أعوام ونصف وكان يعاني من حمى شديدة مصحوبة بقيء، وقرر في النهاية

---

[1]– نسيمة بن دشاش ، المسؤولية المدنية للطبيب في المستشفيات العامة ، مرجع سابق، ص 61.

[2]– باسم محمد فاضل ، مسؤولية الطبيب مدنيا وإداريا (عن التزاماته في ضوء مستجدات مهنة الطب)، دار علام للإصدارات القانونية ، طبعة 2019 ، رقم الايداع 2019/418 ، ص 134.

[3]– باسم محمد فاضل ، المرجع نفسه، ص 135.

أنه مصاب بالحصبة.La Rougeole و بعد يومين لاحظ طبيب آخر تصلبا في رقبة الطفل فأمره بدخوله المستشفى حيث تم تشخيص المرض على وجه السرعة بأنه إلتهاب سحائي .Une Méningite . قضت محكمة الاستئناف بمسؤولية الطبيب الأول و أيدتها محكمة النقض في ذلك .[1]

وفي دعوى أخرى أيدت محكمة النقض محكمة الإستئناف في إعتبارها الطبيب مخلا بواجبه في تقديم النصح والمشورة ، لأنه لم يبلغ المريض بضرورة خضوعه على وجه السرعة لتدخل جراحي جديد ، في وقت كان لا يزال يوجد فيه احتمال معقول لحدوث تحسن جزئي في حالته .[2]

أيضا فصل القضاء المصري في الخطأ في التشخيص، حيث قضت محكمة النقض المصرية في القرار رقم 1033/364، بتاريخ 1953/06/30 بإدانة طبيب عن جريمة القتل وتشخيص الحالة على أنها روماتيزم في مفصل الركبة وذلك رغم علم الطبيب بأن المجني عليه قد عضه كلب، حيث أن الطبيب لم يتخذ كل الإجراءات اللازمة والمطلوبة في مثل هذه الحالة من تحاليل وفحص مجهري وجسدي وطبي للتحقق من طبيعة المرض، مع العلم أن هناك سبب قوي ومقنع علميًا للقيام بذلك وهو وجود عوارض المرض على المريض.[3]

كما أن بمجرد موافقة الطبيب على أي طلب من طرف المريض يجب عليه أن يلتزم بضمان تقديم تشخيص يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة والإستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين ، ومن أهم المسائل التي تطرح أثناء مرحلة التشخيص هي مسألة إخفاء مرض خطير عن المريض والذي يجب أن يكون لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب بكل صدق وإخلاص ويجب على الطبيب الإمتناع عن

---

[1] – أيمن إبراهيم العشماوي ، تفويت الفرصة (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص : 115.

[2] – أيمن إبراهيم العشماوي ، نفس المرجع السابق ، ص 116.

[3]– قاعدة الاجتهادات والتشريعات المصرية www.arablegalportal.. ؛ 2009/01/15 حكم محكمة النقض المصرية 1033/364 بتاريخ 1953/2/30 ، تاريخ الدخول 25 أبريل 2023 على الساعة 18:20.

البوح بهذا السر لغير المريض إلا بموافقة هذا الأخير ولا يمكن كشف هذا التشخيص إلا بالحذر والإحتراز.[1]

وفي النهاية يمكننا القول أن الطبيب مهما بذل عناية الرجل الحريص وكان يقضًا وإستخدم كل الوسائل الحديثة للعلم، وبتوسعه في العلوم الطبية الحديثة فإنه من الممكن أن يخطأ في تشخيص المرض لمريضه وبذلك فإنه سوف يسأل عن خطئه في التشخيص متى كان هذا الخطأ دالًا دلالة واضحة على جهله في العلوم الطبية لذلك، والأخذ بعين الإعتبار الظروف الخاصة أثناء التشخيص إن وجدت.

الفرع الثاني:

فوات الفرصة في مرحلة العمل الطبي.

عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه ذلك العمل الذي يجمع بين علاج البدن وعلاج الروح فقد يكون إعتلال البدن بسبب إعتلال النفس وقد تكون تقوية النفس أعظم أثرا في الشفاء من العلاج بالأدوية والمركبات فالطبيب كما يقول الشوكاني " هو من يعرف العلة ودوائها وله مشايخ في هذه الصناعة شهدوا له بالحذق وأجازوا له المباشرة".[2]

أيضا عرفه بعض الفقهاء " بأنه ذلك العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء المريض وذلك طبقا للأصول والمعارف الطبية المقررة في علم الطب والأصل في العمل الطبي أن يكون علاجيا أي يستهدف التخلص من مرض أو تخفيف حدته أو مجرد تخفيف آلامه وهو يعتبر فنًا علميًا من كونه علما بحتا لأنه يتقدم ويتطور بتقدم العلم كما أن الظواهر العضوية التي يهتم بها تتميز بالصعوبة والتعقيد".[3]

فالعمل الطبي هو" ذلك العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل مساعدة الغير على الشفاء ويجب أن يستند ذلك الشخص في مباشرته لذلك العمل على الأصول والقواعد المقررة في علم الطب " وعرفه البعض بأنه " ذلك النشاط الذي يتفق في كيفية

---

[1]– أنظر المادة 45 والمادة 51 من المرسوم التنفيذي رقم 92–276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المؤرخ في 5 محرم عام 1413الموافق ل 6 يوليو 1992، ج ر 52 مؤرخة في 1992/07/08.

[2]– محمد لمين مولاي ، الضرر الطبي (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص: 12،13.

[3]– شاهر البلتاجي الباجوري ، مسؤولية المستشفيات عن الأضرار الناشئة عن عمل التقارير الطبية (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي) ، مرجع سابق ، ص: 25–26.

وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب ويتجه في ذاته وفق المجرى العادي للأمور إلى شفاء المريض " .[1]

ولعل التعريف الجامع للعمل الطبي هو ما أورده الدكتور منصور عمر المعايطة في كتابه المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية بقوله : " أنه كل فعل يرد على جسم الإنسان أو نفسه ويتفق في طبيعته مع الأصول والقواعد الثابتة المتعارف عليها نظريا وعلميا في علم الطب يقوم به طبيب مصرح له قانونا بمزاولة ذلك العمل بقصد الكشف عن الأمراض وتشخيصها وعلاجها لتحقيق الشفاء أو تخفيف آلام المرضى أو الحد منها أم منع الأمراض ، ويهدف إلى المحافظة على صحة الأفراد وتحقيق مصلحة إجتماعية شريطة أن يتوفر رضا من يجري عليه هذا العمل الطبي".[2]

فتتضمن هذه المرحلة مجموعة من المراحل التي يمر بها الطبيب خلال مباشرته لهذا العمل وهي كالتالي : مرحلة التشخيص والعلاج والجراحة، فهو من وجهة نظر قضائية وإستخلاصه من أحكام القضاء الفرنسي، أنه شهد تطورا ملحوظا بعد ما كان في بادئ الأمر ينظر إليه على أنه عملا علاجيا فقط، ثم تغير هذا ليشمل إلى جانب العلاج، التشخيص، ليتسع بعد ذلك ليشمل الفحوص البكتريولوجية والتحاليل الطبية.[3] أما مرحلة إعلام المريض والحصول على رضائه بالعمل الطبي فهي مرحلة سابقة على العمل الطبي وقد تطرقنا لها سابقا.

فهنا في هذا الفرع نخصص بالذكر سوى مرحلتي العلاج والجراحة أما مرحلة التشخيص فقد سبق وأن تكلمنا عنها.

---

[1]– منصور عمر المعايطة ، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية ، مطبعة جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، د ط ، سنة 2004 ، ص: 15.

[2]– منصور عمر المعايطة ، نفس المرجع السابق ، ص : 15

[3]– عبد الرحمان فطناسى ، المسؤولية الادارية لمؤسسات الصحة العمومية (عن نشاطها الطبي في الجزائر) ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، د ط ، سنة 2015، ص: 24.

أولا: مرحلة العلاج.

جوهر العمل الطبي يتحدد في علاج المريض وتخفيف آلامه وتخليصه من مرضه كليا أو جزئيا وقد يعبر عن هذا الشرط بحسن النية كذلك أن ألحق في مباشرة العمل الطبي له غايته التي من أجله أباحه القانون من أجل هذا الهدف يخول القانون للطبيب حق ممارسة الأعمال الطبية والجراحية، ومن ثم لا يعد فعل الطبيب مشروعًا إذا إنحرف عن هذا الهدف أو خرج عن هذه الغاية ، لهذا يجب أن يكون الطبيب منصرفًا إلى العلاج لا إلى غاية أخرى.[1]

فمرحلة وصف العلاج للمريض تأتي لاحقة لمرحلة تشخيص المرض وتحديد هويته والوقوف على طبيعته بشكل دقيق ، فوصف العلاج للمريض يجب أن يستند على نتائج هذه المرحلة حتى يكون ناجحا وملائما للمريض، ومن الطبيعي أن يبدل الطبيب العناية اللازمة لإختيار العلاج والدواء الملائمين لحالة المريض بهدف التوصل إلى شفاءه أو التخفيف من آلامه.[2] فهذه المرحلة تمثل الجانب العملي والتطبيقي الفعلي لما توصل إليه الطبيب أثناء مرحلة التشخيص الطبي .[3]

وخطأ الطبيب في مرحلة العلاج يكمن في نوعين أحدهما هو خطأ ناتج عن عدم إتباع ومخالفة القواعد والأصول الطبية العلمية السائدة وقت مباشرة العلاج ، ويعد خطأ فني مهني فهو إلتزام عام يقع على عاتق الطبيب، فالطبيب الذي إستخدم أساليب قديمة في المعالجة مع إمكانية إستخدام وسائل حديثة بديلة عن الفن العلاجي القديم يعد هذا خطأ، كما عليه أن يتبع القواعد المستقرة التي وضع لها العلم حَلًّا، حتى لا يعرض المريض لخطر لا تبرير له[4]. والثاني هو خطأ ناتج عن عدم مراعاة قواعد الحيطة والحذر في وصف العلاج وهو الخطأ المادي، فيجب على الطبيب عند تحريره للوصفة

---

[1]– شاهر البلتاجي الباجوري ، مسؤولية المستشفيات عن الأضرار الناشئة عن عمل التقارير الطبية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، مرجع سابق ، ص: 37.

[2]– صفية سنوسي ، الخطأ الطبي في التشريع والاجتهاد القضائي ، رسالة ماجستير ، قانون خاص ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، سنة 2006 ، ص : 42.

[3]– منصور عمر المعايطة ، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية ، مرجع سابق ، ص: 76.

[4] – Khadidja Ouafi , Proof of Medical error Requiring Civil Liability , Journal of Legal and Political Sciences,v.13, N°01, Mai 2022, P:944.

الطبية للمريض أن يراعي جانب من الحيطة والحذر واليقظة في وصفه للعلاج ، بحيث تكون الوصفة مكتوبة بشكل واضح وموقعة من طرفه وموضح فيها مقدار الدواء وطريقة إستخدام العلاج ، ويجب أن يذكر على الوصفة الطبية إسم ولقب المريض وعمره ، تاريخ الوصفة، فإختيار العلاج بنوعيته ومقدار جرعته وكل هذا يقتضي من الطبيب الحيطة واليقظة والانتباه ، وأي شيء خلاف ذلك فهو خطأ.[1]

ففي هذه المرحلة على الطبيب أن يتقيد بمصلحة المريض ومصلحة المريض تتطلب أن يحصل هذا الأخير على علاج مناسب ونافع لا يعرضه لأخطار لا مبرر لها فإن فعل فقد خرج بمهنته عن الغرض الذي شرعت من أجله.[2]

وتنص المادة 45 من المرسوم التنفيذي رقم 92-576 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب " يلتزم الطبيب أو الجراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطالبة لمعطيات العلم الحديثة والإستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين".

لذلك يجب أن يكون تدخل الطبيب منصرفًا إلى العلاج لا إلى غاية أخرى فإذا كان تدخله منصرفًا إلى غرض آخر فقد خرج عن حدود مهنته وزالت صفته وتوافرت في فعله عناصر المسؤولية وفق المبادئ العامة لأن الطبيب بخروجه عن الغاية التي أتيحت له من أجلها مزاولة مهنته يكون قد خرج عن حدود هذه الإباحة وأسقط عن نفسه الحماية التي يسبغها القانون على فعله.[3]

فالضرر الطبي المترتب في مرحلة العلاج يكون في الغالب ناتج عن خطأ الطبيب في عدم إتباع الوسائل العلمية السائدة والمستقرة في مجال الطب وقت مباشرة العلاج

---

[1] – مصطفى أشرف مصطفى الكوني ، الخطأ الطبي مفهومه وآثاره في الشريعة ، أطروحة ماجستير الفقه والتشريع كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، فلسطين ، سنة 2009، ص : 106.

[2] – محمد رايس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، مرجع سابق ، ص: 79.

[3] – شاهر البلتاجي الباجوري ، مسؤولية المستشفيات عن الأضرار الناشئة عن عمل التقارير الطبية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، مرجع سابق ، ص: 39.

فالطبيب الذي يستخدم طريقة علاج قديمة أو نظرية علمية تجاوزتها النظريات العلمية الحديثة يعد مسؤولا عن الأضرار اللاحقة بالمريض. [1]

فيكون الطبيب مسؤولا عما يبذله من عناية كافية في العلاج ويكون ذلك عن طريق وصف المرض وإختيار الدواء المناسب والخطأ في هذه الحالة يكون في صورة ما إذا قام الطبيب بإختيار الدواء دون مراعاة ما إذا كان جسم المريض يتحمله كحالة إعطاء جرعة دواء لا يتحملها جسم المريض بسبب الحساسية التي يعاني منها المريض خاصة إذا كان الطبيب إختصاصي.[2]

فالذي يهمنا هنا في هذا المقام أن يكون الغرض من التدخل الطبي هو علاج المريض وهذا هو السبب الذي من أجله رخص المشرع للأطباء ممارسة عملهم، وبالتالي فإن الطبيب يكون محلا للمساءلة إذا استهدف بعمله غرضا آخر غير علاج المريض فالعمل الطبي غايته علاج الإنسان وتحقيق أفضل مصلحة له وإباحة العمل الطبي يرتبط بذلك فلا تتحقق الإباحة إلا إذا كان الطبيب يهدف إلى تحقيق هذه الغاية وهي العلاج.[3]

ثانيا : مرحلة الجراحة.

من المعروف أن للعمل الجراحي فوائد كثيرة خاصة للمرضى الذين يعانون من أمراض قد لا تنتهي بالعلاج فقط وإنما تحتاج التدخل الجراحي وهذا العمل لَمَّ من الخطورة التي تلزم الطبيب بالاحتياط الكافي قبل القيام بهذا التدخل ولا يجريها إلا بعد أن يتأكد أنه العلاج الوحيد للمريض ولإنقاذ حياته، فيقع على الطبيب الجراح أن يقوم بكافة الفحوصات التي من شأنها تعزيز عمل الطبيب الجراح وتبعد المريض عن حالة الخطر عند تدخل الطبيب بذلك.[4]

---

[1]– سميرة حسين محيسن ، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي للعاملين فيها دراسة مقارنة ، دار الفكر والقانون للتوزيع والنشر ، جامعة حلوان ، ط 1 ، سنة 2016 ، ص: 191.

[2]– دلال يزيد ، مختاري عبد الجليل ، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية ، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والإدارية ، كلية الحقوق بجامعة جيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، العدد الثالث ، سنة 2007 ، ص : 66.

[3]– سميرة حسين محيسن ، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي للعاملين فيها دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص: 59.

[4]– سميرة حسين محيسن ، مرجع نفسه ، ص: 193.

والحقيقة أنها تخضع للقواعد العامة وأن إلتزام الطبيب فيها هو إلتزام ببذل عناية وليس إلتزام بتحقيق غاية ، يبدو أن المحاكم تتشدد مع الجراحين أكثر من الأطباء العاديين وذلك لأن فتح البطون وقطع الشرايين وفتح الصدر أو الرأس أو بتر الأعضاء إنما يتطلب الجراح الدقة واليقظة لتلافي أي خطأ أو ضرر أثناء إجراءها، كما أن الطبيب الجراح يكون مسؤولا عن العملية من بدايتها إلى نهايتها.[1]

فلا يعقل أن يباشر الطبيب العمل الجراحي قبل إجراء فحص طبي شامل على مريضه مع دراسة كافة الإحتمالات والنتائج العرضية التي قد تنتج عن العمل الجراحي وعليه فإن أي إهمال أو عدم إحتياط من طرف الطبيب لتلك الإجراءات الأولية يرتب مسؤوليته كاملة، كما أن مباشرة هذا العمل من طرف الطبيب الأخصائي في الجراحة تكتسي خطورة بالغة إذا لم يراعي في مباشرته الأصول والقواعد الفنية المستقر عليها طبيا.[2]

فالعمل الجراحي يقف على جانب كبير من الدقة والخطورة مما يقضي على القائم بالعمل توخي الحيطة والإنتباه في قيامه بعمله فالعمل الجراحي يخضع للأحكام العامة للمسؤولية الطبية ويعتبر الإلتزام بالعمل الجراحي إلتزاما ببذل عناية في الأصل بإستثناء جراحة التجميل والتي ينتفي فيها هدف العلاج فقد تشدد القضاء في التعامل معها حتى أن بعض المحاكم ذهبت إلى حد إستعمال لغة تقترب من إلزام الطبيب الجراح بتحقيق نتيجة فقد قضت محكمة باريس بأن النتيجة هي فقط التي تبرر التدخل الجراحي بهدف التجميل .[3]

إن إلتزام الطبيب الجراح لا يخرج بطبيعته عن بقية الإلتزامات الطبية فهو لا يضمن للمريض الشفاء بل يلتزم ببذل العناية الكافية فمسؤولية الجراح لا تقوم إلا إذا كان فعله يشكل خروجا على القواعد الفنية والأصول العلمية في علم الطب ولا يشترط أن يكون خطأ الطبيب جسيما بل يكفي ألا يكون قد بذل ما يتوجب عليه بذله من العناية التي

---

[1]– سميرة حسين محيسن ، المرجع نفسه ، ص: 199، 200.

[2]– عز الدين حروزي ، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن (دراسة مقارنة) مرجع سابق ، ص : 135.

[3]– محمد لمين مولاي ، المسؤولية المدنية للطبيب الممارس في القطاع الخاص ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير تخصص قانون وصحة ، جامعة بشار ، السنة الجامعية 2012/2011 ، ص: 11.

تقتضيها الظروف المحيطة به ، فبناء عليه فإن مجرد فشل الجراحة لا يعتبر قرينة قاطعة على مسؤولية الجراح إذا كان قد قام بموجباته كاملة وفق أصول الفن الجراحي ومعطيات العلم وقت إجراء العملية الجراحية . [1]

ومن الحالات التي تقوم فيها مسؤولية الطبيب الجراح كذلك تركه لأجسام غريبة في الجرح (قطعة من القطن أو شاش Compresse أو آلة مما يستعمله) يتسبب عنها تقيحات والتهابات تؤدي بحياة المريض[2]، وعدم قيام الطبيب بما تستلزم نظافة الجرح وتطهيره حتى لا يكون ذلك بؤرة للعدوى ، وعدم تتبعه لحالة الجريح أمامه الذي كان يعاني وتزداد آلامه دون أن يأبه الطبيب لذلك وإستمر في الجراحة دون أن يطمئن عن سر تلك الآلام وما قد ينشأ عنها من أضرار.[3]

[1]– محمد رياض دغمان ، القانون الطبي (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص : 96 ، 97

[2]- Paris 16 Jtn.1950D.1950.150-Civ 6 mti1959 D.1960.24- Civ.26 Jan 1972 J.C.P.1972 IV,66.-Civ.28 oct,1968 D.1969.150

نقلا عن : محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، مرجع سابق ، ص :62.

[3]– محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية ، المرجع نفسه ، ص : 62، 63 .

الفصل الثاني:

أركان المسؤولية المدنية عن فوات الفرصة في المجال الطبي.

كما هو معروف أن المسؤولية المدنية تهدف إلى الوقاية من السلوك غير الإجتماعي أو الوقاية من الأضرار من جهة ، ومن جهة ثانية تهدف إلى تهدئة المضرور وصرف نظره عن فكرة الإنتقام من المسؤول، كما أنها تهدف إلى تحقيق العدالة سواء تعلق الأمر بالمسؤولية العقدية كأصل عام أو المسؤولية التقصيرية كإستثناء.

والطب قديم قدم البشرية ونظرا للتقدم الكبير الذي أحرزته العلوم الطبية وإتساع مجالات تطبيقاتها وتشعب فروعها وبروز اختصاصات فيها زاد من أهميتها ودورها في المجتمعات البشرية، فالتطور العلمي والتكنولوجي في عالم الطب رافقه تطور في تحديد إلتزامات الطبيب، وتحديد مسؤولياته المدنية فسنبسط هذا من خلال التطرق إلى أركان المسؤولية المدنية الطبية في المبحث الأول، وكذا الجزاء المترتب عنها في المبحث الثاني.

المبحث الأول :

أركان المسؤولية المدنية المترتبة عن فوات الفرصة في المجال الطبي.

إن موضوع المسؤولية المدنية الطبية من أهم المواضيع المهمة من الناحية العملية والفنية، ولقيام هذه المسؤولية يجب أن تتوافر ثلاثة أركان، التي لا تقوم لو تخلف ركن من هذه الأركان، وبالتالي لا يمكن مسائلة الطبيب، وتتمثل هذه الأركان في الخطأ الطبي الذي يعد الركيزة الأساسية للمسؤولية المدنية الطبية، غير أنه لا يكفي لقيام المسؤولية توفر الخطأ الطبي فقط ، بل يجب أن يلحق هذا الخطأ ضررا بالمريض، وهو ما يعرف بالضرر الطبي، إلى جانب توفر العلاقة السببية بينهما، وعلى هذا سنتطرق لمفهوم الخطأ الطبي والعلاقة السببية في المطلب الأول، تم نتناول الضرر الطبي في المطلب الثاني.

المطلب الأول:

ركن الخطأ الطبي والعلاقة السببية.

يعتبر الخطأ الطبي والعلاقة السببية ركنيين مهمين لقيام المسؤولية المدنية الطبية والناتجة عن تفويت الفرصة على المريض ، وعليه سنتطرق في الفرع الأول إلى مفهوم الخطأ الطبي والفرع الثاني سنتناول فيه العلاقة السببية.

الفرع الأول :

مفهوم الخطأ في مجال فوات الفرصة.

يفرض علينا التطرق إلى مفهوم الخطأ الطبي أن يسبقه تعريف للخطأ كأساس للمسؤولية المدنية بوجه عام، مبينين التعريف اللغوي للخطأ ثم تعريفه الاصطلاحي في مجال المسؤولية المدنية وبعد ذلك التطرق إلى الخطأ الطبي كأساس للمسؤولية المدنية في المجال الطبي.

أولا : تعريف الخطأ لغة وإصطلاحًا.

1/ تعريف الخطأ لغة.

خطأ الخَطَأُ والخَطَّاءُ: ضدُّ الصَّوَابِ. وَقَدْ أَخْطَأَ، وَفِي التَّنْزِيلِ : "وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُناحٌ فِيما أَخْطَأْتُمْ بِهِ"، عدَّاه بِالْبَاءِ لأَنه فِي مَعْنَى عَثَرْتُم أَو غَلِطْتُم؛ وَقَوْلُ رؤْبة: يَا رَبِّ إِنْ أَخْطَأْتُ أَو نَسِيتُ، فأَنْتَ لَا تَنْسَى، وَلَا تمُوتُ.[1]

والخطأ ضد الصواب وضد العمد وضد الواجب.[2]

2/ **تعريف الخطأ إصطلاحا.**

إن مختلف التشريعات لم تعرف الخطأ بل تركت ذلك للفقه، حيث أن أغلب الفقهاء منهم من عرّفوا الخطأ بأنه الإخلال بإلتزام قانوني، مع تحديد هذا الإلتزام بأنه إحترام حقوق الغير وعدم الإضرار بهم. وبصفة عامة هو الإنحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي عن إدراك، وهذا الإنحراف من شأنه أن يلحق الضرر بالغير.[3]

وعرف أيضا أنه إنحراف في السلوك على نحو لا يرتكبه الشخص اليقظ لو أنه وجد في ذات الظروف الخارجية التي وجد فيها مرتكب الفعل[4]، وعرّفه الفقيه بلانيول بأنه : "الإخلال بإلتزام سابق ".[5]

---

[1] – جمال الدين محمد بن مكرم إبن المنظور ، لسان العرب ، الجزء الأول ، دار الصادر ، بيروت ، د س ، ص : 65.

[2] – مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية ، مرجع سابق، ص : 47.

[3]– الرشيد بن شويخ ، دروس في النظرية العامة للالتزام ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، القبة القديمة ، الجزائر، د ط ، سنة 2011 ، ص : 148،149.

[4]– فاطمة الزهراء منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، د ط ، سنة 2012 ص:210.

[5]– عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الإلتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة الجديدة ، الجزء الأول ، المجلد الثاني ، سنة 1998 ، ص : 880.

ويعبر فقهاء الشريعة الإسلامية عن الخطأ بالاعتداء أو التعدي ، و يعرفونه بأنه تجاوز الحد و الظلم و العدوان.[1]

وتقضي القواعد العامة أن الخطأ شرط ضروري لقيام المسؤولية المدنية[2]، سواء كانت عقدية أو تقصيرية فكلاهما يستلزم توفره بل تجعله الأساس الذي تقوم عليه.[3]

والمشرع الجزائري مثله مثل التشريعات كما ذكرنا سابقا لم يتطرق إلى تعريف الخطأ بل تطرق إليه بوجه عام في نص المادة 124 من ق م ج حيث نصت على أنه :" الفعل أي كان يرتكبه الشخص بخطئه ، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض."[4]

ثانيا : تعريف الخطأ الطبي في مجال فوات الفرصة .

يعرف الخطأ في مجال المسؤولية المدنية الطبية على أنه كل خطأ يثبت في جانب القائم بالعمل الطبي سواء تعلق بأداء مهنته وهو ما يعرف بالخطأ الفني والمتمثل في المخالفة الواضحة لقواعد وأصول المهنة المستقرة في علم الطب.[5]

كما قد يكون الخطأ عاديا غير متعلق بالمهنة ، وإنما يكون ناتجًا وفقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية عن الإهمال والتقصير، وعدم الحيطة الحذر الذي يمليه واجب

---

[1]– عز الدين حروزي ، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن ، مرجع سابق ص:16.

[2]– أنظر المادة 172 من قانون المدني الجزائري التي جاء فيها:"...وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولا عن غشه أو خطئه الجسيم."

وأنظر في نفس المعنى:

M.M.Hannouz et A.R.Hakem-Précis de Droit Medical à Usage des Patricians de la Medicine et du Droit-O.P.U.-Alger-1933- p:50.

نقلا عن : محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص : 47

[3] – محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 47.

[4] – المادة 124 من القانون المدني الجزائري ، الصادر بموجب الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05–10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 والمعدل والمتمم بموجب القانون 07–05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007

[5] – مراد بن صغير، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية ، مرجع سابق، ص 121.

الحرص وحسن التبصر والتصرف، وهذا دون مراعاة للنظر إلى مقدار الخطأ من حيث كونه جسيما أو يسيرا خلافا لما إستقر عليه الرأي في الفقه الإسلامي.[1]

والفقه الحديث لا يفرق بين تعريف الخطأ العقدي والخطأ التقصيري في مجال المسؤولية المدنية الطبية ، فالخطأ في نوعي المسؤولية هو تقصير في مسلك الإنسان لا يقع من شخص يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالشخص المسؤول وعليه فالخطأ الطبي هو تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول. [2]

ولقد إستقر رأي الفقه والقضاء على تعريف الخطأ في المجال الطبي على أنه إخلال بإلتزام قانوني سابق ، سواء كان ذلك الإلتزام مصدره القانون أو العقد، وسواء كان مترتبا على الإخلال بالإلتزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة ، إلا أن بعض الفقه يرى الأخذ بالتعريف التقليدي للخطأ في المجال الطبي والمتمثل في الإنحراف في سلوك الشخص مع إدراكه لهذا الإنحراف. [3]

وهذا التعريف يشمل الخطأ العقدي والخطأ التقصيري، ومن ذلك يتبين أنه على الشخص أن يتخذ في سلوكه الحذر، وأن يلتزم بواجب الحيطة وعدم الإضرار بالغير، كما أن الخطأ في المجال الطبي يجب أن يتوافر على ركني أو عنصري الخطأ طبقا للقواعد العامة ، وهما ركن التعدي هو الركن المادي للخطأ وركن الإدراك هو الركن المعنوي للخطأ. [4]

فالطبيب يكون مخطئًا إذا لم يبذل العناية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المكتسبة وهذا ما عبّرت عنه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير الصادر بتاريخ 20 ماي

---

[1]– محمد لمين مولاي ، الضرر الطبي (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص : 185.

[2] – أسعد عبيد الجميلي ، الخطأ في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق ، ص : 177 .

[3]– عمر محمد عودة علايقات ، المسؤولية المدنية للصيدلي عن الخطأ الدوائي (دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي وبعض التطبيقات القضائية) ، الدار العلمية للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ط 2015م ، ص : 113.

[4]– عمر محمد عودة علايقات ، نفس المرجع السابق ، ص : 113.

1936' بوجه عام إذا لم يقم الطبيب بواجباته تجاه المريض نتيجة تهاونه أو بجهله هذه الحقائق العلمية المكتسبة أو المستقرة.[1]

وهذا التعريف يتماشى ونصوص القانون الجزائري ويظهر ذلك جليًا من خلال نص المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب التي نصت على أنه : "**يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة ، والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين.**"[2]

فطبقا لما سبق فإن ركن الخطأ الواجب توافره في المسؤولية المترتبة عن فوات الفرصة في المجال الطبي لا يتضمن أي أحكام خاصة تختلف عن الخطأ في المسؤولية المدنية بصفة عامة .

ثالثا : صور الخطأ الطبي.

للخطأ الطبي عن فوات الفرصة صور كثيرة وعديدة قد تطرقنا لبعضها فيما سبق في المبحث الثاني للفصل الأول المتعلق بتطبيقات تفويت الفرصة في المجال الطبي والمتمثلة في تفويت الفرصة في: إعلام المريض، التشخيص، العلاج و الجراحة، والبعض الآخر ستنطرق له على السبيل المثال لا الحصر في ما يلي :

1/ الخطأ الطبي في العلاج بالأشعة.

إن العلاج بالأشعة يحمل في ثناياه العديد من النعم على المرضى ، كالكشف السريع وفي وقت قصير عن الداء ولكنه له مخاطر كبيرة على جسم المريض ، لدى وجب على من يعرض أجسام المرضى لفعل تلك الآلات التي تشع من التيارات الكهربائية ما يقاس بمئات الآلاف من الوحدات أن يكون مختصا في فنه، وأن يكون هذا الأخير يقظا إلى درجة كبيرة في إستعمالها، إذ أن الخطر كامن دائما فيها، فإحتمال حدوثه لأقل

[1]– محمد هشام القاسم ، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية ، مجلة الحقوق والشريعة ،الكويت ، العدد الأول السنة الثالثة ، سنة 1979 ، ص :87.

[2]– المرسوم التنفيذي رقم 92–276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المؤرخ في 5 محرم عام 1413الموافق ل 6 يوليو 1992، ج ر 52 مؤرخة في 1992/07/08..

هفوة متوقع في كل الأوقات، فأي خطأ صادر من الطبيب المختص في هذا المجال يعتبر مسؤولا.[1]

فمجاميع الأحكام الفرنسية حافلة بالتعويض الصادرة على أطباء الأشعة نذكر من بينهم الحكم الصادر عن محكمة إستئناف باريس في 17 فبراير 1933 [2]، وقد بلغت اليقظة التي يتطلبها القضاء من الطبيب المعالج بالأشعة حدا قضت منه محكمة إستئناف جروينوبل بمسؤولية الطبيب في ظروف عجيبة فيما يأتي : تقدمت إليه سيدة تشكو ورم Tumeur في ثديها فعالجها بالأشعة ، و ثبت بناءًا على شكوى السيدة وطلبها أن الطبيب غيّر موضع الرأس عند رُقادِها للعلاج ووضع وسادة تحت رأسها لإراحتها كطلبها، فتعرض بذلك وجه السيدة لجانب من الأشعة X الصادرة من الآلة.[3]

2/ الخطأ الطبي في عمليات نقل وزرع الأعضاء.

تعرف عمليات نقل وزع الأعضاء على أنها :" عمليات جراحية يتم بموجبها إستبدال ونقل عضو مريض من جسم الإنسان، بعضو سليم، ليقوم هذا العضو السليم مقام العضو المريض." [4]

ولقد تعرض تقنين أخلاقيات المهنة الفرنسي في مادته 41 لمثل هذه العمليات على أنه :" لا يمكن أن يباشر أي تدخل طبي لبتر عضو إلا بباعث طبي جدي ، وبإعلام صاحب الشأن وبرضاه وذلك فيما عدا حالتي الإستعجال أو الإستحالة." [5]

كما أنه يخضع التصرف في أعضاء جسم الإنسان حسب القانون الجزائري سواء بنقلها أو زرعها لمجموعة من الشروط القانونية المتمثلة في:

أن يكون القصد من عملية نقل أو زرع الأعضاء هو تحقيق الشفاء للمريض حيث نصت المادة 355 من قانون الصحة أنه :" لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في

---

[1]– وديع فرج ، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ، مرجع سابق ، ص : 51.

[2]– وديع فرج ، المرجع نفسه ، ص: 52.

[3]– وديع فرج ، المرجع نفسه، ص : 52 ، 53.

[4]– زرارة عواطف ، مفهوم الخطأ الطبي في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية ، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، العدد11 ، د س ، ص : 182.

[5] - Article 41- Mutilation : Le code de déontologie / Devoirs envers les patients (art 32 à 55) .

القانون." [1] ، كما يحرم التعامل المالي في إنتزاع الأعضاء من الجسم، فلا تكون هذه الأعضاء محل بيع وشراء ، لأن جسم الإنسان له حرمته وقدسيته وهذا ما نصت عليه المادة 358 من ق.ص.ج. [2]

وهذا المنع أحاطه المشرع بعقاب، فشدد على معاقبة كل من يقوم بإنتزاع الأعضاء من شخص مقابل منافع مالية أو غيرها.[3]

كما أنه تراعى مصلحة المتبرع ، فلا يجوز تعريض حياته للخطر كما يجب أن يكون الشخص المتبرع له أهلية التصرف وكذا أخذ موافقته للتبرع بأحد أعضاء جسده لشخص آخر ، كما يجب أن تجرى هذه العمليات في مستشفيات مرخص لها قانونا من طرف وزير الصحة والسكان إلى جانب أخذ رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وصدور الموافقة من لجنة خبراء[4] ، وأخيرا عدم الكشف عن هوية المتبرع المتوفي للمستفيد ، وكذا عدم كشف هوية المستفيد لعائلة المتبرع المتوفي حسب ما جاءت به المادة 363 ف 1 من قانون الصحة الجزائري حيث نصت على :"...يمنع كشف هوية المتبرع المتوفي للمتلقي، وهوية المتلقي لأسرة المتبرع.."[5]

فيعد الطبيب القائم بعملية نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية ملزما بالتقيد بشروط قانونية التي تم ذكرها سابقا وإلا أعتبر مخطئا وجب مسائلته، فالطبيب الذي يقوم بنقل عضو حيوي من جسم إنسان سليم كالقلب مثلا ليزرعه في جسم شخص آخر يسأل مدنيا وجزائيا عن وفاة الشخص المتنازل لأنه فوت عليه فرصة الحياة ، فحق الحياة لا يمكن التنازل عليه ولو برضى الشخص نفسه.[6]

---

[1]– المادة 355 من القانون 11/18 المتعلق بالصحة ، المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق ل 2 يوليو 2018.

[2]– مادة 385 ، المرجع نفسه.

[3]– أنظر المواد 303 مكرر 16 حتى مكرر 20 من القانون 01/09 المعدل لقانون العقوبات ، المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 المعدل والمتمم.

[4]– عبد القادر صديقي ، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية ، مرجع سابق ، ص : 179،180.

[5]– المادة 363 ف 1 ، من القانون 11/18 المتعلق بالصحة ،المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق ل 2 يوليو 2018..

[6]– هند شعبان ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، مرجع سابق ، ص : 177.

3/ الخطأ الطبي في التوليد.

يعتبر التوليد فرع مهم من فروع الطب ، والتوليد بحد ذاته من العمليات المحفوفة بالمخاطر والمفاجآت ، ويقصد بالخطأ الطبي عند عملية التوليد كل إنحراف سلبي في سلوك الطبيب أو كل من يقوم بعملية التوليد ، وخطأ الطبيب في عملية جراحية بمناسبة التوليد شأنه شأن أي خطأ جراحي آخر تتحقق مسؤوليته متى انجر عن عمله ضرر أصاب المريض ما لم يتم الدليل على براءته.[1]

ولعل أول قضايا أخطاء التوليد هي قضية الدكتور "هيل" سنة 1825 وتتلخص في أن الطبيب دعي لتوليد إمرة فوجد أن الجنين في وضعية غير مناسبة وكان الأمر يقضي إلى تغيير وضعه لنجاح الولادة مما أدى إلى بتر ذراعيه ، حيث وجدت المحكمة أن الطبيب إرتكب خطأ جسيم بتسرع وبغير إحتياط ودون أن يستعين بأحد ، وهو الأمر الذي جعله مسؤولا عن بتر ذراعي الطفل الذي ولد حيا وعاش وبالتالي قررت المحكمة مساءلة الطبيب .[2]

كما قضي في فرنسا بمسؤولية المُولّد الذي أغفل ربط الحبل السري للوليد ، وتركه دون عناية حتى مات .[3]

وعليه يجب على طبيب الأمراض النسائية والتوليد إتخاذ كافة الإحتياطات والتدابير عند مباشرة أعمال التوليد ، ويقع على عاتقه إتباع الأصول الفنية والعملية وفق المعطيات العلمية والطبية ، وفي هذا الصدد نجد أن المشرع الجزائري نص في قانون أخلاقيات مهنة الطب في نص مادة الأولى على أن :" أخلاقيات مهنة الطب هي مجموعة المبادئ القواعد والأعراف التي يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي مراعاتها أو إلهامها في ممارسة مهنته".[4]

---

[1]– عز الدين قمراوي ، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في مجال الطب ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ، جامعة وهران ، الجزائر ، السنة الجامعية 2013/2012، ص : 320.

[2]– طلال عجاج ، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة فقهية قضائية مقارنة) ، عالم الكتاب الحديث للطباعة والنشر، الأردن، ط1 ، ص : 249.

[3]– طلال عجاج ، نفس المرجع السابق ، ص : 250.

[4]– المادة الأولى من الأمر 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب ، مرجع سابق.

الفرع الثاني :
مفهوم العلاقة السببية.

للعلاقة السببية أهمية خاصة في المجال الطبي، فهي التي تحدد الفعل الذي سبب الضرر وسط الأفعال المتنوعة المحيطة بالحادث، ومن هذا المنطلق سنتعرض في هذا الفرع إلى تعريف العلاقة السببية ومعاييرها وكذا حالات إنتفاء العلاقة السببية.

أولا: تعريف العلاقة السببية.

عرفها الفقه الإسلامي بالإفضاء حيث يشترط للضمان وجود رابطة بين الفعل والنتيجة، ويعد ركن العلاقة السببية أساسا في المسؤولية الطبية ، لأنها تجعل الخطأ علة الضرر و سبب وقوعه[1].

بينما تعريفها العلمي الجامع والشامل يبقى من المسائل التي تثير كثيرا من الصعوبات ، خاصة من الناحية العملية مما أدى برجال القانون إلى تركها لفطنة القاضي[2]. أما بالنسبة للعمل الطبي فالأمر يختلف عن سابقه حيث أن معرفة هذه الرابطة وإثباتها يعد من المسائل الدقيقة ، مما يجعل تحديدها من الأمور العسيرة نظرا لتركيبة الجسم البشري المعقدة من الناحية الفيزيولوجية والوظيفية ، إضافة إلى تغير حالاته المرضية ، حيث تتعدد أسباب حدوث الضرر عند المريض أحيانا وتتداخل أحيانا أخرى كما يمكن أن تصدر عن المريض نفسه سواء بفعله أو بطبيعة تركيبته الجسدية ، مما يستوجب على الجهة المعنية الكشف عن الأسباب وربطها للوصول إلى الحقيقة[3].

إذ تعتبر العلاقة السببية شرطا ضروريا وركنا مستقلا عن ركن الخطأ، فهي الركن الثالث من أركان المسؤولية المدنية ، فلا تثور هذه المسؤولية لمجرد وقوع الضرر وثبوت خطأ الطبيب ، بل يجب توافر علاقة مباشرة بين العمل الطبي والضرر الذي أصاب

---

[1]– أنس محمد عبد الغفار ، المسؤولية المدنية في المجال الطبي (دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية) ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والتوزيع 3، مصر ، سنة 2010، ص : 371.

[2]– محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، مرجع سابق، ص : 120.

[3]– منصور عمر المعايطة ، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية ، مرجع سابق ، ص : 62.

المريض[1]. أي بتوافر الأركان الثلاثة لقيامها (الخطأ والضرر والعلاقة السببية) وبالتالي يحق للمريض أو المضرور المطالبة بالتعويض.

فالعلاقة السببية ليست بالأمر الذي يرى أو يلمس، بل هي عبارة عن علاقة يستخلصها القاضي من الظروف والملابسات التي تشمل القرائن الدالة على وجودها.[2]

ولا شك في أن قيامها بين الخطأ والضرر تعتبر من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة من محكمة النقض ما لم يكن الحكم مشوبا بعيب الإنعدام أو القصور في التسبيب ، فقضت محكمة النقض المصرية بأن إستخلاص محكمة الموضوع للعلاقة السببية بين الخطأ والضرر هو من المسائل التي تدخل في إطار السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع متى كان إستخلاصها سائغا.[3]

أما بالنسبة لمسألة الضرر المترتب عن فوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة فإنها تثير إشكالية فيما يتعلق بالرابطة السببية ففي بعض الأحيان يكون ذلك دون إثبات العلاقة بين الخطأ والضرر لأن هذه الفرصة قد تتعلق بظروف خارجة عن إرادة الطبيب قد تتصل بالظروف الخارجية كالحالة المرضية السابقة للمريض أو طبيعة المرض وقد تكون بسبب المريض نفسه إذا ما كان الخطأ قد صدر منه.[4]

فتوافر العلاقة السببية قائم على الإحتمال ، وعليه فإنها تتمثل في العلاقة الموجودة بين فوات الفرصة والضرر الإحتمالي المحددة قيمته في الكسب الذي كان يأمله المضرور والذي يمثل في نفس الوقت العلاقة بين فوات الفرصة والضرر المحقق المتمثل في قيمة الفرصة في حد ذاتها إذ يعتبر هذا الضرر في الواقع ما هو إلا جزء من الضرر الإحتمالي.[5]

---

[1]– عبد الرحمان فطناسي ، المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي في الجزائر مرجع سابق ، ص : 119.

[2] – محمد رايس ، ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص : 293.

[3]– محمد لمين مولاي ، الضرر الطبي (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص : 366.

[4]– إبراهيم الدسوقي أو الليل ، تعويض تفويت الفرصة ، مرجع سابق ، ص : 113.

[5]– إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، المرجع نفسه ، ص 154.

وتحديد معنى السببية من أدق المسائل التي تثيرها دراسة المسؤولية المدنية بصفة عامة وخصوصا في مجال المسؤولية الطبية لأنه نادرًا ما ينفرد خطأ الطبيب لوحده في نشوء الضرر.[1]

ولقد أُسس القضاء الفرنسي للمسؤولية المدنية عن فوات الفرصة في المجال الطبي فقد اعتنقت محكمة النقض الفرنسية نظرية فوات الفرصة لأول مرة في حكمها الصادر سنة 1965 والذي أقرت فيه عن وجود قرائن خطيرة بما فيه الكفاية ودقيقة ومنسجمة للدلالة على أن الضرر الذي أصاب المريض كان نتيجة مباشرة لخطأ الطبيب ، ولو لم تثبت علاقة سببية بين خطأ الطبيب والضرر الناتج بصفة مؤكدة ، وألزمت القاضي بتقدير التعويض الجزئي المناسب على أساس أن الخطأ قد فوت فرصة الشفاء على المريض.[2]

وبالتالي فإن الفقه والقضاء يتفقان على أن تحديد قيمة الفرصة الفائتة والتعويض عن الضرر الناجم عنها سواء من حيث تقديره أو تحديد مداه يكمن في إثبات علاقة السببية بمفهومها الخاص في تفويت الفرصة والذي يتميز بقيامها على الإحتمال لا اليقين والجزم.[3]

ثانيا: معايير الرابطة السببية.

لقد إعتمدت عدة نظريات فقهية لتحديد نطاق وطبيعة العلاقة السببية أبرزها نظرية تكافؤ (تعادل) الأسباب، ونظرية السبب المنتج (الفعال) سنتناول بإيجاز محتوى النظريتين فيما يلي:

1/ نظرية تعادل الأسباب أو تكافؤها.

قال بهذه النظرية الفقيه الألماني (فون بيري) ومفادها أن كل سبب له دخل في إحداث الضرر مهما كان بعيدا فيعد من الأسباب التي أحدثت الضرر، فهذه النظرية توجب الاعتداد بجميع الأسباب التي إشتركت في حصول الضرر وإعتبارها متكافئة في

[1]– أسعد عبيد الجميلي ، الخطأ في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق، ص : 397.

[2]– إبراهيم الدسوقي ابو الليل ، تعويض تفويت الفرصة ، المرجع السابق ، ص 170.

[3]– إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، المرجع نفسه ، ص 170.

المسؤولية[1]، دون التمييز بينها على أساس خطورتها في إحداث الضرر، فالطبيب ومن خلاله مؤسسة الصحة العمومية مسؤولة عن الخطورة التي وصلت إليها الإصابة وفقا لما ذهب إليه الفقيه (ديموج)،لأنه يؤخذ بعين الإعتبار الأسباب القريبة والبعيدة.[2]

2/ نظرية السبب المنتج أو الفعّال.

وهي النظرية التي نادى بها الفقيه الألماني(فون كريز) ومفادها أنه لا يؤخذ في الحسبان والإعتبار إلا السبب الفعال والمنتج ، أي الذي كان له دور رئيسي في حصول الضرر فهو السبب المألوف الذي يؤدي عادة إلى الضرر ، أي حسب المجرى الطبيعي للأمور، على خلاف السبب العارض الذي هو سبب غير مألوف ولا يحدث الضرر عادة.[3]

فالمشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي أخذ بهذه النظرية ويتجلى ذلك في نص المادة 182 من ق م ج التي تنص على: " ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به".[4]

ثالثا: أسباب إنتفاء العلاقة السببية.

إن المسؤولية الطبية بشكل عام تنتفي بإثبات توافر السبب الأجنبي الذي يشمل عدة عوامل تقضي لإنعدام العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ، سنتناول أهم هذه العوامل المتمثلة في القوة القاهرة ، خطأ المضرور، وأخيرا خطأ الغير.

---

[1]– عبد الرحمان فطناسي ، المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي في الجزائر، مرجع سابق ، ص : 121،122.

[2] – محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، مرجع سابق ،ص : 300.

[3]– أحمد حسن الحيارى ، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، د ط ، سنة 1429/2008 ، ص : 138.

[4] – المادة 182 من الأمر 75–58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم.

1/ القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.

إن المشرع أجاز للطبيب أو مؤسسة الصحة العمومية (لم يحدد الشخص إذا كان طبيعي أو معنوي) أن يتخلص من مسؤوليته إذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه حسب ما جاء في المادة 127 من ق م ج[1] .

أما المقصود بالقوة القاهرة هي واقعة التي يتعذر على الفرد دفعها أو يمنع أثرها لا تكون متوقعة عادة ، عبارة عن أحداث مادية وكوارث طبيعية وأزمات اقتصادية تتمثل أساسا في الزلازل أو الفيضانات إضافة إلى الحرائق أو الحروب المباغتة ، حيث يترتب عنها عدة آثار سلبية ، كندرة الأدوية أو تعطل بعض الأجهزة خاصة تلك المستعملة في قاعات الجراحة مثلا، الأمر الذي يصعب من مهمة الطبيب في معالجة مرضاه ، فلا يمكنه توقعها ويستحيل عليه دفعها حتى وإن كان يقضا ومتبصرا.[2]

وعلى هذا الأساس، فإذا دفع الطبيب بالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ ، وأثبتت المحكمة صحة دفوعه بأن ذلك كان السبب الوحيد في حدوث الضرر، تنعدم في هذه الحالة العلاقة السببية وتنفي معها مسؤولية الطبيب ، وبالتالي ترفض دعوى المضرور أما إذا أمكن توقع الحادث حتى ولو إستحال دفعه فلا يعتبر قوة قاهرة[3].

2/ خطأ المريض.

من المتفق عليه فقهًا وقضاءًا أنه إذا تسبب المضرور بخطئه في إحداث الضرر الذي لحق به ، ويتحمل وحده تبعة هذا الضرر ، ولا يثور أي خلاف حول ذلك[4] . فيمكن نفي رابطة السببية بسبب خطأ المريض نفسه ، ومثال ذلك أن يقدم المريض على الإنتحار أو عدم إمتثاله لأوامر الطبيب أو الكذب عليه مما يضلل الطبيب ويوقعه في أخطاء تضر بصحة أو حياة المريض، وخطأ المريض وإن كان يمكن أن ينفي العلاقة

[1] – المادة 127 من الأمر 75–58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم.

[2]– محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص : 316.

[3]– عبد الرحمان فطناسي ، المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية (عن نشاطها الطبي في الجزائر) ، مرجع سابق ، ص :125،126.

[4]– عبد الرحمان فطناسي، ، المرجع نفسه، ص : 126.

السببية بين الخطأ الطبي والضرر الواقع إلا أنه يمكن أن ينفي كذلك تلك الرابطة بين الخطأ وضرر تفويت الفرصة في الشفاء أو الحياة والذي يعوض عنها القضاء.[1]

3/ **خطأ الغير.**

المقصود بالغير، والذي لا يسأل عن أفعاله الطبيب فهو ذلك الشخص أو الأشخاص الذين لا يكون الطبيب مسؤولا عنهم ، فإذا كان الغير ممن هم تحت مراقبته ، أو تابعا له فلا يكون للخطأ الصادر منه أثر في مسؤولية الطبيب نحو المريض لأن أعضاء الفريق من أطباء ومساعدين الذين إستعان بهم الطبيب الجراح لا يعتبرون من الغير(طبيب التخدير، طبيب الأشعة ، وغيرهم).[2]

كما أنه إذا صدر خطأ من أقارب المريض أو أحد الأصدقاء، ونجم عنه ضرر كما لو ناول أحدهم المريض وهو نائم غير مدرك دواء بكميات مخالفة لمواصفات العلمية فإن الطبيب لا يسأل عن هذا الخطأ، حتى ولو لم يعرف على وجه التحديد ذلك الشخص، إذ العبرة بإنعدام مسؤولية الطبيب، في هذا الصدد هي إنقطاع السببية بين فعله وبين الضرر.[3]

[1]– حسين طاهري ، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة (دراسة مقارنة الجزائر، فرنسا) ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، ط 2008، ص : 53.

[2]– منير رياض حنا ، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها ، مرجع سابق ، ص : 594.

[3]– منير رياض حنا ، المرجع نفسه ، ص : 595.

المطلب الثاني :

ركن الضرر.

يعتبر ركن الضرر ثاني ركن من أركان المسؤولية المدنية وسنتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم الضرر مترتب عن فوات الفرصة وكذا صوره وهذا ما سنوضحه في ما يلي:

الفرع الأول :

مفهوم الضرر المترتب عن فوات الفرصة.

إن الحديث عن الضرر المترتب عن تفويت الفرصة في المجال الطبي يستوجب علينا أن نتطرق أولا إلى تعريف الضرر الطبي بوجه عام ثم التطرق إلى تعريف الضرر المترتب عن تفويت الفرصة وإستعراض شروط قيامه.

أولا : تعريف الضرر الطبي .

1/ تعريف الضرر لغة:

اَلضَّرَر لُغَةَ كُلِّ مَا هُوَ ضِدَّ اَلنَّفْعِ ، وَالضُّرُّ بِالضَّمِّ اَلْهُزَالِ وَسُوءِ اَلْحَالِ وَمِنْ هُنَا أَتَتْ اَلْمَضَرَّةُ ، وَهِيَ خِلَافُ اَلْمَنْفَعَةِ ، وَيَرُدَّ اَلضَّرَرُ أَيْضًا بِمَعْنَى اَلضِّيقِ وَالنُّقْصَانِ يَدْخُلُ فِي اَلشَّيْءِ[1]. كذلك قوله تعالى " ... وما يضرونك من شيء وأنزل الله عليك الكتاب والحكمة وعلمك ما لم تكن تعلم وكان فضل الله عليك عظيما..."[2]

ويستخلص الضرر من الحديث النبوي الشّريف :" لا ضرر ولا ضرار" والحديث يمثل قاعدة الإسلام في الشرائع وقواعد الأخلاق والتعامل بين الخلق ، وهي دفع الضرر عنه بمختلف أنواعه ومظاهره ، فالضرر محرم وإزالته واجبة.[3]

---

[1]– جمال الدين محمد بن مكرم إبن المنظور الأنصاري : لسان العرب ، الجزء السادس ، الدار المصرية للتأليف والترجمة سنة 630 / 711 هـ ، ص153.

[2]– الآية 113 من سورة النساء.

[3]– موسوعة الأحاديث النبوية www.HadeetheEnc.com. تاريخ الدخول 2023/05/05 على الساعة18:00.

2/ تعريف الضرر الطبي المترتب عن فوات الفرصة:

بينما المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف الضرر الطبي لا من خلال القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ، ولا من خلال مدونة أخلاقيات الطب ، وبالرجوع إلى القواعد العامة للقانون المدني الجزائري لا نجد أي تعريف للضرر الطبي ، إلا أن فكرة الضرر وردت في النصوص القانونية من المادة 124 إلى 140 مكرر 1 المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية .

ويعرف الضرر بصفة عامة بأنه كل ما يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة ، سواء تعلق هذا الحق بسلامة جسم الشخص أو سلامة ماله أو سلامة عاطفته أو حريته أو شرفه.[1] وهذا ما يقاس على الضرر الطبي المتمثل فيما يصيب المريض من جراء الخطأ الطبي سواء كان قد مس جسمه من خلال إصابته بخسارة مادية أو إلحاق الألم بنفسه أو معنوياته نتيجة لما فاته من كسب وما لحقه من خسارة ويظهر مبدأ تفويت الفرصة بالنسبة للمريض من عدة وجوه منها ما كان أمامه من فرصة للكسب أو النجاح في حياته العامة أو سعادته كما في حالة ضياع فرصة الزواج لفتاة بسبب تشوهات أصابتها ، كما تبدو حالة تفويت الفرصة في الشفاء أو حياة المريض لو لم يرتكب الخطأ الطبي[2] ، وفقا لما تقضي به القواعد العامة للقانون المدني الجزائري فلا مجال للتعويض عن الخطأ الطبي المرتكب من الطبيب ما لم يثبت أنه ألحق ضررا بالمريض.[3]

[1]– علي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط 1، سنة 1995، ص : 143.

[2]– طلال عجاج ، المسؤولية المدنية (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، مرجع سابق ، ص : 298.

[3]– كريمة عباشي ، الضرر في المجال الطبي ، مذكرة لنيل الماجستير في القانون فرع قانون المسؤولية المهنية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، سنة 2011 ، ص : 398.

ثانيا: شروط قيام الضرر الطبي :

لكي يتحقق ركن الضرر الطبي لابد من توفر مجموعة من الشروط والتي سنبينها فيما يلي:

1/ أن يكون الضرر مخلا بحق أو بمصلحة مالية مشروعة للمريض.

يتمثل هذا الضرر في المساس بحق أو مصلحة مالية للمضرور ، كما قد يتمثل في إلحاق خسارة أو تفويت كسب مالي عليه ، كأن يصيب الضرر جسده فيؤثر على قدرته على العمل أو يقعده طريح الفراش مدة معينة .[1]

2 / أن يكون الضرر محققا.

أن يكون الضرر محقق الوقوع ، أي وقع فعلا أو أنه سيقع في المستقبل ، فالضرر المحقق في المستقبل هو ضرر تحقق سببه وتراخت آثاره كلها أو بعضها إلى المستقبل كإصابة شخص بعاهة دائمة تعجزه عن الكسب المادي ، فالإصابة مؤكدة ولكن الخسارة المالية بسبب العجز تعتبر ضررا مستقبلي يستحق التعويض.[2]

3/ أن يكون الضرر مباشرا وشخصيا.

يشترط في الضرر الطبي كغيره من الأضرار أن يكون مباشرا ، ويعني ذلك الضرر نتيجة خطأ المسؤول كأن يجري الطبيب عملية جراحية للمريض فيرتكب الطبيب خطأ فيصاب المريض بشلل نتيجة هذا الخطأ، وبالتالي يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين خطأ الطبيب والشلل.

والضرر المباشر قد يكون ضرر متوقع أو غير متوقع ، إلا أن التعويض في المسؤولية التقصيرية يكون على الضرر المباشر المتوقع والغير متوقع ، أما في المسؤولية العقدية فيكون فقط على الضرر المباشر المتوقع ، ماعدا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم.[3] كأن يتحايل الطبيب على المريض ويوهمه بألا أمل في شفاءه إلا من

---

[1]– عبد الرحمان فطناسي ، المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي في الجزائر ، مرجع سابق ، ص : 112.

[2]– أنس محمود عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي (دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية) مرجع سابق، ص : 351.

[3]– منصور عمر المعايطة ، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية ، مرجع سابق، ص : 55.

خلال إجراء عملية جراحية بغرض حصول الطبيب على مال أكثر، في حين كان يمكن شفاؤه عن طريق الأدوية فقط .

ويقصد بأن يكون الضرر شخصيا حتى يكون موجبا للتعويض، أن يقتصر حق المطالبة بهذا الأخير على من لحق به الضرر دون غيره، إلا في حالة ما لم يكن المضرور يعتريه عارض أو عيب في أهليته فيتولى عنه وليه أو المسؤول عنه الإدعاء بإسمه.[1] كما يمكن للورثة طلب التعويض في حالة وفاة المريض.[2] وخاصة إذا كان مُعيلهم الوحيد ومثال ذلك حق الزوجة والأبناء في طلب التعويض في حالة وفاة الزوج مُعيل العائلة بسبب خطأ الطبيب.

الفرع الثاني :

صور الضرر المترتب عن فوات الفرصة.

تتعدد تصنيفات الضرر الطبي وذلك حسب جسامة الضرر ودرجاته فمنها المادي ومنها المعنوي ومن خلال هذا سوف نبين صورتي الضرر فما يلي:

أولا: الضرر المادي.

هو الضرر الذي يصيب الإنسان في جسده أو ماله أو الإخلال بمصلحة ذات قيمة مالية[3] ، فالضرر الذي يوجب التعويض عنه يجب أن يكون قد مس حقا أو مصلحة مالية للمضرور، والحق يعني حق الشخص في سلامة جسمه وعقله من الأذى، ولا شك أن الضرر الذي أصاب جسم المريض نتيجة لخطأ الطبيب يعتبر هذا الأخير قد مس حقا من حقوق المريض الأساسية في الحياة ، فيعتبر التعدي على الحياة ضررا كما أن إتلاف

---

[1]– حسين كوسة ، النظام القانوني للمسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع قانون خاص تخصص قانون أعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد لمين دباغين ، سطيف2 ، ص: 154،155.

[2]– كريمة عباشي ، الضرر في المجال الطبي ، مرجع سابق ، ص : 43.

[3]– أحمد حسن الحيارى ، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، سنة 2008 ، ص : 127.

عضو أو إحداث جرح أو إصابة الجسم أو العقل بأي أدى من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب أو يكبده نفقات العلاج.[1]

ثانيا : الضرر المعنوي (الأدبي).

إن الضرر المعنوي هو الضرر الذي يصيب الإنسان في شرفه أو سمعته أو حريته أو شعوره أو عاطفته أو مركزه الاجتماعي أو المالي ويشمل الحزن والأسى، وما يفقده الإنسان من الحب والحنان وموت قريب له ، ونتيجة الإصابة بعجز أو نتيجة إفشاء سر المريض.[2]

و عليه يتمثل الضرر المعنوي في الأذى الذي يلحق بغير ماديات الشخص، وهو الألم النفسي أو الشعور بالانتقاص نتيجة الآلام النفسية والتشويه الذي تتركه الإصابة.[3] ولقد نص المشرع الجزائري صراحة على التعويض عن الضرر المعنوي في القانون المدني الجزائري في المادة 182 مكرر والتي تنص على أنه:" يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة." [4]

والضرر المعنوي في المجال الطبي هو مساس الطبيب المعالج أو المستشفى الخاص أو المستشفى العام بجسم المريض والتسبب بخطأ طبي يلحق به الأذى ، ويبدو ذلك من خلال الآلام الجسمية والنفسية ، أو ما ينتج عن ذلك من تشوهات أو عجز في وظائف الجسم ، ويختلف الضرر من شخص لأخر ومن ذكر إلى أنثى، والضرر الذي يصيب الفتاة يختلف عن الضرر الذي يصيب الشاب أو العجوز أو الطفل ، وكذلك الضرر الذي يصيب الفنان يختلف عن الضرر الذي يصيب الشخص العادي، فالأمر يتم من خلال النتائج التي تتركها الإصابة أو العجز على المريض ، مع الأخذ بعين الإعتبار عمله وسنه وظروفه الاجتماعية والصحية.[5]

---

[1]– منير رياض حنا ، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، د ط ، سنة 2007، ص: 528.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المرجع السابق ، ص : 864.

[3]– حسين كوسة ، النظام القانوني للمسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الجزائري ، مرجع سابق ، ص : 161.

[4]– المادة 182 مكرر، الأمر 75–58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم.

[5]–محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، مرجع سابق ، ص : 165، 166.

ومنـه فالضـرر المعنـوي قابـل للتعـويض مثلـه مثـل الضـرر المـادي غيـر أن تقـدير التعويض عن الضـرر المعنوي يشكل عبئا ثقيلا علـى القضـاء وذلك نظرا لدقة وصـعوبة تقديره ماليا.

المبحث الثاني :

الجزاء المترتب عن المسؤولية المدنية عن فوات الفرصة في المجال الطبي.

يتمثل الجزاء المترتب عن المسؤولية المدنية عن فوات الفرصة في المجال الطبي في التعويض عن الضرر اللاحق من خلال تفويت الفرصة للمريض وهذا ما سوف نتطرق إليه في المطلب الأول تحت عنوان مفهوم التعويض عن فوات الفرصة ثم نخصص المطلب الثاني لمعايير تقدير التعويض عن فوات الفرصة.

المطلب الأول:

مفهوم التعويض عن فوات الفرصة.

التعويض مصطلح عام يشمل تعويض الأضرار، أما معناه الضيق يعني إصلاح الضرر وجبره ، بمعنى إعادة المركز المالي للمضرور إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، فهو وسيلة لحماية المرضى الذين تصيبهم أضرار من جراء الأخطاء الطبية وعليه سوف نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف التعويض عن فوات الفرصة و شروطه في الفرع الأول أما الفرع الثاني فسنتناول فيه نطاقه و أنواعه.

الفرع الأول:

تعريف التعويض و شروطه.

إن موضوع التعويض يكتسي أهمية بالغة في المجال الطبي يستوجب علينا التطرق من خلاله في هذا الفرع إلى التعريف اللغوي للتعويض ثم التعريف الإصطلاحي وبعد ذلك نبين شروط التعويض.

أولا : تعريف التعويض عن فوات الفرصة في المجال الطبي.

1/ تعريف التعويض لغة:

التَّعْوِيضُ: دَفْعُ العِوَضِ. والعِوَضُ: البَدَلُ والـمُقابِلُ، تَقول :عَوَّضْتُهُ تَعْوِيضاً، أيْ: أَعْطَيْتُهُ بَدَلاً عَمّا ذَهَبَ مِنْـهُ، وتَعوَّضَ هو مِنْـهُ واعْتاضَ، أيْ: أخَذَ العِوَضَ. والتَّعْوِيضُ أيضاً :الإِبْدالُ، وإِقامَةُ شَيْءٍ مَكانَ آخَرَ[1].

[1] – https://islamic-content.com › word13:00 ،2023/05/25،

2/ تعريف التعويض إصطلاحا:

التعويض بصفة عامة يمكن تعريفه على أنه" جزاء الإنحراف الملوم في السلوك الذي سبب ضررا للغير، وبالتالي يجب أن يتحمل المسؤول في ذمته بكل نتائج لهذا الإنحراف أي التعويض العادل.[1] فيعتبر التعويض أحد آثار المسؤولية فمتى توافرت أركانها من خطأ وضرر وعلاقة السببية وتم إثباتها، أصبح مرتكب الفعل الضار ملزما بتعويض المضرور عن ما أصابه من ضرر، فينشأ بذلك إلتزاما بذمة المسؤول عن الضرر بحكم القانون.[2]

وبالرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري ، نجد أن المشرع أشار إلى مصطلح التعويض ولم يتطرق إلى تحديد معناه ، رصده كآلية قانونية لكل متضرر من أجل الحصول على حقه وهذا ما أشارت إليه المادة 124 ق م ج والتي تنص على أنه : " كل فعل أي كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".[3]

ويكون التعويض بحسب الظروف والأحوال ، أما في ميدان المسؤولية الطبية، فيمكن القول بأنه ثمرة المسؤولية ، إذ هو البدل النقدي الذي يدفعه الطبيب للمريض تعويضا له عن الضرر الذي ألحق به ، ويتركز التعويض عن فوات الفرصة أساسا على ما فات المضرور من كسب وما لحقه من خسارة .[4]

ثانيا: شروط التعويض عن فوات الفرصة.

إلى جانب الشروط العامة الواجب توافرها لقيام المسؤولية عن تفويت الفرصة والتي تم ذكرها في المبحث الأول من الفصل الثاني ، وقد تضافرت جهود الفقه والقضاء من أجل وضع مجموعة من الشروط لإستحقاق التعويض ، فليس كل تفويت فرصة يستوجب

---

[1]– كريم بشوش ، العقد الطبي ، مرجع سابق ، ص: 208.

[2]– أحمد حسن الحياري ، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري مرجع سابق ، ص : 150.

[3]– المادة 124 من الأمر 75–58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم.

[4]– عمارة مخطارية ، الضرر الطبي الموجب للتعويض وآثاره القانونية ، مجلة القانون ، معهد العلوم القانونية والإدارية المركز الجامعي أحمد زبانة ، غليزان ، العدد 08 ، جوان 2017 ، ص : 407.

التعويض ، لا بل يجب التعويض فقط عن الفرصة التي توافرت فيها شروط خاصة ، إذ يلزم أن تكون الفرصة جدية وحقيقية ، مشروعة ، ممكنة غير مستحيلة ، وأن تضيع على المدعي بإمكانية الكسب أو تجنب الخسارة بصفة نهائية.[1] وسنبين هذه الشروط باختصار فمايلي:

1/ ضرورة وجود فرصة ممكنة.

يشترط للحكم بالتعويض عن تفويت الفرصة وجود أسباب معقولة تبرر قيام تلك الفرصة ، بالإضافة إلى الأمل الكبير في نجاحها ويجب وقوع ضرر يتمثل في حرمان المضرور من كسب كان يأمل للحصول عليه، وكانت لهذا الكسب أسباب معقولة يترجح معها وقوعها في المستقبل وليس مجرد إحتمال إفتراضي[2]، فمثلا بمجرد مشاركة حصان في سباق هذا لا يكفي لعد ذلك فرصة لتحقيق الفوز وكسب السباق ، يوجد هنا في الواقع إرتباط كبير بين إحتمال تحقق الكسب المشوذ وجدية الفرصة ، فكلما كان الكسب مرجحا وجدت فرصة جدية لتحقيقه والعكس صحيح ، وهكذا لا يكفي أن يكون الهدف محتملا في ذاته بل يتعين أن يكون محتمل التحقق عن طريق فرصة أو فرص التي يملكها المتضرر.[3]

أما كون الفرصة ممكنة أي غير مستحيلة فيعني أن لا تكون الفرصة مستحيلة التحقق ماديا وإلا أصبحت من الخيال لا يتحقق على وجه الأرض ، فلا يمكن تصور وجود فرصة كسب ضائعة إذا كان هذا الكسب مستحيل التحقق، أما كون الفرصة ممكنة وغير مستحيلة فيعني أن لا تكون الفرصة مستحيلة التحقق ماديا وإلا أصبحت ضربا من الخيال لا يتحقق على أرض الواقع ، وهكذا يجب أن لا يكون الكسب الذي كان مأمولا من الفرصة الضائعة مستحيلا، فلا يمكن أن نتصور وجود فرصة كسب ضائعة إذا كان هذا الكسب مستحيل التحقق.[4]

---

[1]– إبراهيم سلمان رشيد الجبوري ، التعويض عن تفويت الفرصة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ، مصر، د ط ، د س ، ص: 129.

[2] – إبراهيم سلمان رشيد الجبوري ، التعويض عن تفويت الفرصة ، مرجع سابق ، ص : 130.

[3] – إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، تعويض تفويت الفرصة ، مرجع سابق ، ص : 326.

[4] – إبراهيم سلمان رشيد الجبوري ، نفس المرجع السابق ، ص : 131.

2/ أن تكون الفرصة جدية وحقيقية.

يشترط في الضرر الذي يقبل التعويض أن يكون محقق الوقوع كما أشرنا سابقا أي بأن يكون قد وقع فعلا أو يكون محقق الوقوع في المستقبل ، ولهذا فإن تفويت الفرصة يستلزم توافر فرصة جدية ومحققة ثم الحرمان منها ، ويتطلب ذلك أن تكون هناك فرصة حقيقية وجدية قابلة للتقدير ، فهي تتميز عن مجرد الأمل الذي يتوقف على شعور ونفسية صاحبه ، فإن تفويت فرصة الكسب المشروع يعتبر في حد ذاته ضررا محققا يستوجب التعويض. [1]

3/ تفويت الفرصة على المدعي بصفة نهائية.

لكي تقوم المسؤولية عن تفويت الفرصة يجب أن تكون فرصة تحقيق الكسب أو تجنب الخسارة قد فاتت على المدعي بصفة مؤكدة ونهائية ، حيث يحرم منها نهائيا فالقانون لا يهتم بالفرصة إلا في حالة ضياعها فقط ، فهو إهتمام غير مباشر يأتي من خلال فكرة تفويت الفرصة ، ولهذا يجب أن تكون الفرصة سابقة في وجودها للخطأ ، **وإلا** تكون قد إختفت عندما وقع الخطأ، أي أنها موجودة قبل حدوث الضرر.[2]

فالطبيب بخطئه في التشخيص يكون فوت على المريض فرصة الشفاء بغير عاهة مستديمة بصفة مؤكدة ونهائية ، ذلك لأن فرصة الشفاء هذه فاتت على المريض بصفة مؤكدة ونهائية ، والعاهة قد علقت بالمريض وبالتالي لا يبقى مع هذا الفقد النهائي للفرصة مجال للإنتظار لمعرفة ما سيؤول إليه الأمر ، ذلك لأن تحقق الضرر لم يعد متوقفا على وقائع مستقبلية أو إحتمالية ، بل إتضح الوضع بصفة نهائية وإستقر ولن يتغير مستقبلا ، لأن المسؤول بخطئه أوقف سلسلة الأحداث التي كادت أن تكون مصدر كسب أو تجنب خسارة.[3]

فإذا كان يكفي للكسب الذي يسعى المتضرر إلى تحقيقه أو يتوقعه ويأمل بأن يكون كسبا محتملا ، فإن فوات هذا الكسب والحرمان منه يجب أن يكون محققا أي تم يقينيا

---

[1] – إبراهيم سلمان رشيد الجبوري ، نفس المرجع السابق ، ص : 132.

[2] – محمد مومن ، مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة في القانون المغربي ، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 47، كلية العلوم القانونية والاجتماعية ، مراكش ، المغرب ، سنة 2007 ، ص: 46.

[3] – إبراهيم سلمان رشيد الجبوري ، التعويض عن تفويت الفرصة ، مرجع سابق ، ص : 135.

وبصفة نهائية بسبب فوات الفرصة سواءًا كان الكسب إيجابيا بالحصول عليه أو سلبيا يتمثل في خسارة متوقعة.[1]

الفرع الثاني :

نطاق التعويض عن فوات الفرصة و أنواعه.

سنتطرق في هذا الفرع إلى نطاق التعويض عن تفويت الفرصة أولا واستبيان أنواعه ثانيا.

أولا: نطاق التعويض عن فوات الفرصة

سوف نتطرق إلى نطاق التعويض عن فوات الفرصة من خلال إستبيان المبدأ العام ثم التطرق إلى التعويض الجزئي وتقدير قيمة الفرصة.

1/ المبدأ العام لنطاق التعويض.

إن وجدت فرصة للكسب بالمعنى والشروط التي تم التطرق إليها سابقا فإن تفويتها على المضرور والحرمان النهائي منها يستوجب التعويض عنها بإعتبارها ضررا محققا لحق بالمضرور ، لذى فإن التعويض عنها والذي يستحقه المضرور يجب أن يتم تقديره بحسب قيمة وتقدير ذلك الضرر المحقق، حيث أن تقدير التعويض يكون بحسب قيمة الفرصة التي ضاعت عليه ، وليس بقدر الضرر المحتمل المتمثل في كسب فائدة التي كان يرجوها ويأملها المضرور، ولكنها أصبحت مستحيلة نتيجة فوات فرصة تحقيقها.[2]

غير أن محكمة النقض المصرية في قرارها بتاريخ 1967/02/16 خالفت المبدأ السابق بقولها : "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا كانت الفرصة أمرا محتملا فإن تفويتها أمر محقق ولا يمنع من أن يحسب في الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب ما دام لهذا الأمل أسباب مقبولة ."[3]

ويرى البعض أن خطأ الطبيب إذا ترتب عليه وفاة المريض أو عجزه ، فإن التعويض يقدر وفقا لنسبة إحتمالات تدخل الخطأ ومساهمته في تحقق الضرر لا حسب

---

[1] – إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، تعويض تفويت الفرصة ، مرجع سابق ، ص : 34.

[2]– محمد لمين مولاي ، الضرر الطبي (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص : 190.

[3]– منير رياض حنا ، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين ، مرجع سابق ، ص : 488 ، 489.

قيمة الفرصة ، لأن فوات الفرصة ينصب على نجاح العمل الطبي مباشرة ، وبالتالي فهذه الفرصة ليست لها قيمة مستقلة في ذاتها عن الفعل الضار، وبالتالي لا يوجد فرصة مستقلة فاتت إنما وجود حادثة وقعت في الماضي ترتب عليها وفاة المريض أو عجزه.[1]

أيضا يرى بعض الفقه أن التعويض يكون مرتبطا بفرصة الشفاء التي كانت محتملة فالتعويض يقضى به لجبر الضرر المترتب عن تفويت الفرصة، بإعتباره ضررا محققا لأنه قضى على كل إحتمالات الشفاء لدى المريض.[2]

ولهذا قضت محكمة النقض المصرية بأن الحرمان من الفرصة حتى فواتها هو ضرر حال محقق ولو كانت الإفادة منها أمرا محتملا.[3]

فمثلا في مجال الأخطاء المترتبة عن نقل الدم نجد ضياع الفرصة على المصاب بفيروس السيدا نتيجة لعملية نقل الدم في تحقيق مستوى اجتماعي أفضل كتفويت فرصة الزواج عليه و الإنجاب أو تفويت الفرصة على زوجته في الإنجاب من زوجها المريض أو تفويت الفرصة عليه في الإلتحاق بوظيفة.[4]

فيجب تقدير الضرر اللاحق بالمريض بمقدار الفرصة الضائعة ، فالطبيب يعوض المضرور (المريض) في هذه الحالة عن الضرر الناجم عن خطئه بصورة أكيدة والمتمثل في تفويت فرصة الشفاء على المريض لأن تفويت الفرصة ضرر بحد ذاته يجب التعويض عنه بقدر الفرصة التي حرم منها المريض.[5]

وطبقا لما سبق فإنه إذا كانت الفرصة في حد ذاتها أمرا محتملا لا يمكن قبول التعويض عنه فإن تفويتها على المضرور يعد ضررا محققا يجب التعويض عنه وبالتالي

---

[1]– عبيد مجول العجمي ، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية ، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ، مصر، سنة 2010/2009 ، ص: 356.

[2] – رجب كريم عبد الله ، المسؤولية المدنية لجراح التجميل (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 2009 ص : 152.

[3]– عبد الكريم مأمون ، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية للأطباء نموذجا، مقال منشور بمجلة دراسات قانونية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي ، كلية الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت ، العدد الأول ، سنة 1979 ص : 141.

[4] – محمد لمين مولاي ، الضرر الطبي (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص : 191.

[5] – محمد هشام القاسم ، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية ، مقال منشور بمجلة الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت العدد الأول ، سنة 1979، ص : 92.

فإن العنصر الذي يتعين على القاضي النظر في مدى إستحقاقه للتعويض عنه من عدمه فهو ينظر إلى أي مدى كانت تلك الفرصة محققة الوقوع للمضرور فيقضي بالتعويض على هذا الأساس.[1]

ويذهب القضاء الفرنسي إلى أنه يكفي لتحقيق مسؤولية الطبيب المدنية والحكم عليه بالتعويض أي أن يكون ما إرتكبه من خطأ قد أضاع على المريض فرصة البقاء على قيد الحياة أو فرص الشفاء من الداء الذي ألم به.[2]

وليس من المهم أن يكون القاضي على يقين تام من أن السبب الذي أفضى إلى حدوث الضرر هو الخطأ الذي إرتكبه الطبيب أو الجراح ، وإنما يكفي في هذا المقام أن يقوم الشك في نفس القاضي حول قيام العلاقة السببية بين خطأ الطبيب وبين الضرر الذي أصاب المريض ، ومرد ذلك أن هذا الخطأ من الطبيب أو الجراح لم يترك للمريض كل الفرص والآمال التي كان يتوخاها من وراء العمل العلاجي أو الجراحي.[3]

2/ التعويض الجزئي وتقدير الفرصة.

الأصل في المسؤولية المدنية هو إعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر ، ولكن فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية المترتبة عن فوات الفرصة في المجال الطبي لا يمكن الإعتماد على هذا المبدأ ، فالفرضية أن الفرصة قد ضاعت على المضرور(المريض) نهائيا ولن تعود وليس من سبيل أمام القاضي إلا اللجوء للتعويض وعند تقدير القاضي للتعويض المقابل للضرر الذي لحق المضرور فإنه يبدأ بتحديد هذا الضرر ثم يقوم بتقديره وتقويمه ماليا.[4]

والقاضي في تقديره للتعويض الواجب عن فوات الفرصة لن يخرج عن أحد الإحتمالين فإما أن ينظر القاضي إلى فوات فرصة الكسب على أنها تتضمن قيمة ذاتية

---

[1] – طه عبد المولى إبراهيم ، مشكلات تعويض الأضرار الجسدية في القانون المدني في ضوء الفقه والقضاء ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية مصر ، السنة 2004 ، ص : 127.

[2] – أسعد عبيد الجميلي ، الخطأ في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص : 400.

[3] – أسعد عبيد الجميلي ، المرجع نفسه ، ص : 400.

[4] – إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، تعويض تفويت الفرصة ، مقال منشور بمجلة الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة الكويت د ط ، د س ، مرجع سابق ، ص : 158.

خاصة بها مستقلة عن قيمة الكسب الأصلي الإحتمالي الذي حرم المضرور من إمكانية تحقيقه فيحدد الضرر المترتب عن فوات الفرصة في هذه القيمة.[1]

وإما يغفل القاضي الفرصة في ذاتها وينظر إليها أنها مجرد وسيلة أو طريقة لتحقيق كسب معين ليس لها قيمة خاصة ، وإنما تتحدد قيمتها في الكسب الذي تؤدي إليه ، ومن ثم يكون فواتها وضياعها ضياعا وفقدا لهذا الكسب فيتحدد الضرر فيه ويقدر القاضي التعويض بقدره.[2]

والإحتمال الأول هو الذي إعتمد عليه الفقه والقضاء الذي قرر بأنه لو أدى الضرر الذي أصاب المريض أو المضرور إلى تفويت فرصة في الحصول على منفعة أو حرمانه من تحقيق مستقبل مادي أو إجتماعي في مهنته ، فإن هذا الضرر المترتب عن فوات الفرصة يشكل كسبا فائتا ويتم التعويض عنه. [3]

فالقضاء قد تبنى هذا الإقتناع على أساس أنه إذا كانت الفرصة أمرا محتملا فإن مجرد تفويتها يعد ضررا محققا يجب التعويض عنه ، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في قراراها رقم 1053 بتاريخ 1961/03/17 بأن خطأ الطبيب في التشخيص أدى إلى خطأ في العلاج ، مما أدى إلى إصابة فتاة بضرر نتج عنه فقدها أحد أعضاء جسمها وهذا حرمها من فرصة التقدم للإلتحاق بوظيفتها، وهذا الإتجاه في محكمة النقض الفرنسية يعد في حد ذاته تكريسا للرأي القائل بأن التعويض يكون عن ضرر فوات الفرصة، لأنه إذا كان موضوع الفرصة إحتماليا فإن تفويتها يعد أمرا محققا وموجب للتعويض.[4]

---

[1] – إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة ،المرجع السابق، ص : 158.

[2] – إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، ، المرجع نفسه ، ص : 158.

[3] – محمد عبد الغفور العماوي ، التعويض عن الأضرار الجسدية والأضرار المجاورة لها (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون) ، مرجع سابق ، ص 54

[4] – سميرة حسين محيسن ، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي للعاملين فيها(دراسة مقارنة)، مرجع سابق ، ص : 220 ، 221.

فكل فرصة من فرص الكسب تتضمن في حد ذاتها قدرا من إحتمال تحقيق ذلك الكسب الذي يمكن أن تؤدي إليه ، وبهذا القدر من الإحتمال تتحدد قيمة الفرصة ويتحدد قدر التعويض عن فواتها.[1]

وفي مجال تفويت الفرصة يتحدد الضرر الحقيقي الذي لحق المضرور والذي يتمثل في مدى وقدر الفرصة التي كان يملكها في تحقيق الكسب ، فهذه الفرصة لا شك لها قيمة موضوعية تقدر بقدر ما تتضمنه من إمكانية لتحقيق الكسب أي بقدر ما يتحقق لها من نصيب في الواقع.[2]

أما تقدير التعويض الجزئي الذي يمكن الحكم به من طرف القاضي في حالة فوات الفرصة على المضرور فيتحدد بنسبة معينة من الكسب الإحتمالي الذي كان يمكن أن تؤدي إليه الفرصة لو لم يتم تفويتها على المضرور، فالضرر المحقق الذي أصاب المضرور يتمثل في فقد فرصة الكسب ، فإن التعويض يجب أن يتم تقديره بقدر هذه الفرصة وليس بقيمة الكسب الذي حرم منه المريض أو المضرور.[3]

فالتعويض عن فوات الفرصة يستلزم أن تقدير و تحديد قيمة فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة التي حرم منها المضرور وبالتالي الحكم بالتعويض عن تلك الفرصة سواء في تقريره أو في تحديد مداه ، يكمن في إثبات الرابطة السببية بمفهومها الخاص في مجال فوات الفرصة.[4]

و الرابطة السببية تتميز بقيامها على عنصر الإحتمال والترجيح وليس اليقين والتأكيد، وذلك بالتوسع في المفهوم التقليدي للعلاقة السببية بالإرتكاز على الإحتمال والترجيح ، وهذا ما يؤكد نظرية التعويض الجزئي في مجال التعويض عن فوات الفرصة في المجال الطبي.[5]

---

[1] – إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، تعويض تفويت الفرصة ، مرجع سابق ، ص : 160.

[2] – محمد لمين مولاي ، الضرر الطبي (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص : 197.

[3] – إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، المرجع السابق ، ص : 160.

[4] – أسعد عبيد الجميلي ، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص : 436.

[5] – أسعد عبيد الجميلي ، ، المرجع نفسه ، ص : 436.

و تقدير التعويض يكون عن طريق حساب الإحتمالات والتي تحدد أثر حرمان المضرور من الفرصة على الضرر النهائي الذي أصابه.[1]

ثانيا : أنواع التعويض عن تفويت الفرصة.

وبإعتبار تفويت الفرصة صورة من صور الضرر فإن صور التعويض عن فوات الفرصة تتمثل في التعويض العيني والذي يتمثل أساسا في إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر وهذه الطريقة عادة ما تكون مستحيلة في المجال الطبي أما الطريقة الثانية فتتمثل في التعويض بمقابل وهي الغالبة في المجال الطبي ولهذا سنتطرق إلى الصورتين فيما يلي :

1/ التعويض العيني.

يقصد بالتعويض العيني إلزام المسؤول بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار إذ يعتبر أفضل طرق الضمان ، والقاضي ملزم بالحكم بالضمان العيني إذا كان ذلك ممكنا وطلبه الدائن أو تقدم به المدين ولكن لصعوبة التعويض العيني في مجال المسؤولية الطبية لعدم إمكانية حصول التعويض العيني في إصابة جسدية غير مميتة كقطع الطرف المتورم أو فقدان البصر ، خاصة وأن الطرف الإصطناعي لا يؤدي نفس وظائف الطرف الطبيعي.[2]

إتجه المشرع الجزائري نحو تطبيق التعويض العيني كأصل لتعويض الضرر، بنصه في المادة 164 من ق.م.ج : " يجبر المدين بعد إعذاره طبقا لنص مادة 180 و 181 على تنفيذ إلتزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا ".[3]

ويجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، فالقاضي ليس ملزما بالتعويض العيني ولكن يجوز له أن يحكم به إذا كان ممكنا وطالب به المضرور.[4]

---

[1] – أيمن إبراهيم العشماوي ، تفويت الفرصة (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق، ص : 181.

[2] – حسين كوسة ، النظام القانوني للمسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الجزائري ، مرجع سابق ، ص : 198.

[3] – المادة 164 من الامر 75–58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم.

[4] – نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، الجامعة الجديدة ، الأزاريطة ، مصر ، ط 2004 ص : 482.

والحكم بالتعويض العيني أكثر ما يكون في الإلتزامات التعاقدية ويتصور الحكم به في بعض حالات المسؤولية التقصيرية ، إلا أن نطاقه محدود لأنه لا يكون ممكنا إلا حين يتخذ الخطأ الذي أقدم عليه المدين صورة القيام بعمل تمكنه من إزالته ، فالطبيب الذي يخطئ أثناء العملية الجراحية وينتج عن خطئه تشويه للمريض يمكن إصلاحه وإزالته.[1]

ولقد نص المشرع الجزائري على طريقة التعويض العيني ضمن المادة 132 المعدلة من ق.م.ج التي تنص على : " **يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا. ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضي ، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور ،أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض ، بإداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع.**"[2]

فالأصل في التعويض عن الضرر الطبي أن يكون عينيا ويتعين على القاضي أن يحكم به متى كان ذلك ممكنا ، كأن يأمر القاضي بعلاج المضرور على نفقة الطبيب المسؤول ، ونظرا كون التعويض العيني عسيرا في مجال المسؤولية الطبية فالغالب أن يكون التعويض وبصفة خاصة نقدي.[3]

2/ التعويض بمقابل.

في الغالب يكون التعويض عن الضرر الطبي بمقابل ، والتعويض بمقابل قد يكون نقديا وهو العنصر الغالب وقد يكون غير نقدي كنشر الحكم القاضي بالبراءة وهذه الصورة غير موجودة في مجال التعويض عن الضرر الطبي ، والتعويض النقدي هو مبلغ من المال يحكم به للمضرور بدلا من التعويض العيني وذلك لجبر ما أصابه من ضرر فالتعويض النقدي يتمثل في مبلغ من المال الذي يقدره القاضي جبرا للضرر اللاحق بالمريض ، سواء كان ماديا أو معنويا ، ويتم دفع التعويض النقدي دفعة واحدة كما يجوز

[1] – محمد سالم حمد ابو الغنم ، المسؤولية المدنية عن عمليات التجميل ، مرجع سابق ، ص : 465.

[2] – المادة 132 من الامر 75–58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم.

[3] – محمد سالم ابو الغنم ، المسؤولية المدنية عن عمليات التجميل ، مرجع سابق ، ص : 468.

أن يدفع على شكل أقساط أو إيراد مرتب مع إمكانية إلزام المدين بتقديم تأمين كافي في الحالتين الأخيرتين طبقا لنص المادة 132 من ق.م.ج.[1]

وعلى المحكمة التي تنظر النزاع وأثناء إستعمال سلطتها في الحكم بالتعويض بمقابل عن الضرر الطبي أن تبين عناصر هذا الضرر الذي قضت بالتعويض على أساسه وأن تناقش كل عنصر منها على حدى و أن تبين أحقية التعويض فيه أو عدم أحقيته وقد إستقر على ذلك القضاء في كل من فرنسا ومصر.[2]

ولقد إستقر القضاء الفرنسي على أساس تقسيم مبلغ التعويض إلى جزئين جزء يدفع على شكل دفعة واحدة وهو التعويض عن الضرر المعنوي كالآلام و المعاناة و الضرر الجمالي وجزء آخر يتم دفعه على شكل أقساط في حالة التعويض عن الضرر المادي اللاحق بالمريض والناجم عن ضعف قدرته على العمل والكسب في المستقبل.[3]

فقد يجمع التعويض نوعين من الضرر ناجمين عن نفس الخطأ الطبي كالضرر الذي أصاب المريض بسبب خطأ الطبيب وأعجزه عن العمل وترتب عنه عجز جزئي أو كلي عن العمل يشكل في حد ذاته ضررا ماديا و أدبيا للمريض وفي هذه الحالة تتجه المحاكم الفرنسية إلى تقسيم مبلغ التعويض إلى قسمين ، قسم يتعلق بتعويض الضرر المادي وهذا يكون دفعة واحدة أما التعويض عن الضرر الأدبي فيكون على شكل أقساط .[4]

والتعويض على شكل أقساط يكون بصفة خاصة إذا كان المريض قد أصيب بعجز مؤقت عن العمل مدة زمنية إلى غاية شفاءه ، وتشكل تلك الأقساط مجموعة التعويض المحكوم به على المسؤول عن الضرر على أن يلتزم بتسديد الأقساط في وقتها .[5]

---

[1] – رفيقة عيساني ، مسؤولية الأطباء في المرافق الإستشفائية العمومية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، السنة الجامعية 2016/2015 ، ص : 307.

[2] – سميرة حسين محيسن ، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي للعاملين فيها (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص : 295.

[3] – رفيقة عيساني ، مسؤولية الأطباء في المرافق الإستشفائية العمومية ، المرجع السابق ، ص 308.

[4] – سميرة حسين محيسن ، نفس المرجع السابق ، ص : 295.

[5] – عماد الدين بركات ، التعويض عن الضرر الطبي والتأمين من مسؤولية الاطباء المدنية ، مرجع سابق ، ص : 89.

أما التعويض في صورة إيراد مرتب فالغالب أن القضاء يحكم به في حالة إصابة المريض بعجز دائم سواء كان كلي أو جزئي كما لو قام الطبيب بإستئصال كلية مريض على أساس خطأ في التشخيص أو بتر يد سليمة بدلا من اليد المصابة ، ففي هذه الحالة يحكم القاضي بتعويض للمضرور على شكل إيراد مرتب مدى حياة المريض ، ودفع الإيراد المرتب مرتبط ببقاء المريض على قيد الحياة وينتهي بوفاته.[1]

المطلب الثاني :

معايير تقدير التعويض عن فوات الفرصة.

تتمثل معايير تقدير التعويض عن الضرر في المجال الطبي في التقدير القانوني والتقدير الإتفاقي والتقدير القضائي غير أن التقدير القضائي هو التقدير المعتمد غالبا في التعويض عن الضرر الطبي ومن خلال هذا المطلب سنتطرق لكل منهم كما يلي :

الفرع الأول :

التقدير القانوني والتقدير الإتفاقي.

أولا : التقدير القانوني.

قد يكون نص قانوني هو مصدر التعويض بحيث يتولى تحديد مقدار التعويض سلفا، ونجد ذلك في قوانين العمل بكثرة ، وخاصة الناتجة عن الإصابات وحوادث العمل وهذا ما يفهم من نص المادة 189 من ق م ج :" إذا كان محل الإلتزام بين الأفراد مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى وتأخر المدين في الوفاء به ، فيجب عليه أن يعوض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير".[2]

كما أن التشريع المصري نص على تقدير التعويض تقديرا إجماليا في حالة التأخير عن الوفاء بالإلتزام حيث نصت على ذلك المادة 226 ق.م.م التي جاء فيها :" إذا كان محل الإلتزام مبلغا من النقود ، وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء

[1] – رفيقة عيساني ، مسؤولية الأطباء في المرافق الإستشفائية العمومية ، مرجع سابق ، ص : 309.

[2]– بركات عماد الدين ، التعويض عن الضرر الطبي والتأمين من مسؤولية الأطباء المدنية ، مرجع سابق ، ص: 77 .78

به ، كان ملزما بأن يدفع على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة في المئة في المسائل المدنية وخمسة في المئة في المسائل التجارية." وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية إن لم يحدد الإتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره.[1]

أيضا المشرع الفرنسي نجده في المادة 1153 من ق.م.ف [2] ، حدد قانونا السعر الرسمي للفوائد ، في حين المشرع الجزائري لم يقرر الفوائد التأخيرية ، تأثرا منه بمبادئ الشريعة الإسلامية التي تنظر إلى أن الفوائد تعتبر ربا وهذا ما يتضح من نص المادة 454 ق م ج .[3]

ففي المسائل الاقتصادية قد يكون مصدر التعويض النص القانوني ، وهذا ما نستخلصه من المادة 186 من ق م ج[4] ، التي نصت على تعويض الضرر اللاحق بالمضرور بسبب تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه ، غير أنه لا مجال لتطبيق نص هذه المادة في إطار المسؤولية الطبية ، لأن إلتزام الطبيب ليس إلتزام بأداء مبلغ من النقود بل هو إلتزام بعلاج المريض مقابل أجر معلوم ، كما أن إمتناع الطبيب أو تأخره في علاج المريض تترتب عليه أضرار تمس بحق المريض في السلامة الجسدية ، فمهما كان مبلغ التعويض الذي سيمنح له بسبب التأخير لن يغطي حجم الأضرار اللاحقة به.[5]

---

[1]– قانون مدني مصري ، رقم 131 لسنة 1948 وفقا لأخر التعديلات الصادرة بالقانون رقم 106 لسنة 2012.

[2] – Code Civil Français - Dernière Modification Le 03 janvier 2018 - Document Généré Le 02 Juillet 2018 Copyright (C) 2007-2018 Legifrance.

[3]– المادة 454 من الأمر 75–58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 ، المعدل والمتمم.

[4]– المادة 182 من الأمر 75–58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 ، المعدل والمتمم.

[5]– كريمة عباشي ، الضرر في المجال الطبي ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون ، فرع قانون المسؤولية المهنية ملية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، سنة 2011 ، ص : 144.

ثانيا : التقدير الإتفاقي.

من المقرر أن تقرير التعويض من إختصاص محكمة الموضوع ، تحكم بحسب ما تراه مناسبا حسب ظروف وملابسات الدعوى المعروضة عليها ، غير أنه قد يحدد الأطراف قيمة التعويض مسبقا خاصة في مجال المسؤولية العقدية، سواء كان ذلك في العقد ذاته عند إبرامه أو في عقد لاحق وهو ما يطلق عليه الشرط الجزائي

LA CLAUSE PENAL CONVENTION PORTANT SUR L'EVALUATION DESDOMMAGES INTERERS

هو تقدير إتفاقي للتعويض سواء عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه ويحصل مقدما قبل وقوع الضرر بحكم المادة 183 ق.م.ج التي تنص على أنه: " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق وتطبق في هذه الحالة أحكام المادة 176 إلى 181."[1]

كما أن المادة لم تنص على حق المتعاقدين في الإتفاق على تحديد قيمة التعويض سواء وقت إبرام العقد أو في وقت لاحق للعقد، بل لهما الحرية في تقدير قيمة التعويض لا طالما أن لهما الحق في التخفيف والتشديد من المسؤولية وكذا الإعفاء منها، إذا لم يكونا ملزمين بتطبيق نص المادة 182 من ق.م.ج.[2]

وقد يقوم التعويض الإتفاقي بدور الشرط المخفف لمسؤولية المدين أو المعفى منها إذا كان أقل بشكل واضح من الضرر الفعلي أو كوسيلة للخروج من التعاقد بأقل تكلفة وقد يقوم بدور التهديد المالي أو كوسيلة للضغط إذا كان يتجاوز مقدار الضرر الفعلي[3] وقد يقوم بدور التقدير الجزافي للتعويض إذا كان معادلا للضرر الفعلي على نحو كبير بحيث يعلم المدين مقدما ما سيلتزم به عند عدم التنفيذ.[4]

---

[1]– محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الإلتزام ، مصادر الإلتزامات و أحكامها في القانون المدني الجزائري ،المؤسسة الوطنية للكتاب ، د ط ، سنة 1983 ، ص : 263.

[2]– علي فيلالي ، الإلتزامات (الفعل المستحق التعويض) مرجع سابق ، ص : 415.

[3]– محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الإلتزام ، مصادر الالتزامات و أحكامها في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص : 263.

[4]– محمد حسنين ، المرجع نفسه ، ص :364.

كما أنه في إطار التعويض الإتفاقي يجب على القاضي التحقق من توافر شروط إستحقاق التعويض والمتعلقة بإستحالة التنفيذ من قبل المدين وشرط الإعذار طبقا لنص المادة 179 ق.م.ج وشرط وجود الضرر، كما أن القاضي لا يتمتع بأي سلطة رقابة بالنسبة للتكافؤ بين الضرر والتعويض ، فلا يمكنه مراجعة قيمة التعويض ولو كان الضرر يفوق بكثير المبلغ المتفق عليه إلا بإستثناء الغش أو الخطأ الجسيم التي يرتكبهما المدين وطالب الدائن بإعادة النظر في التعويض.[1]

ومن الجدير بالذكر أنه لا يجوز المطالبة بالزيادة في التعويض الإتفاقي ولو كان الضرر الذي أصاب المضرور أكثر من التعويض المتفق عليه فالتشريعات العربية أجازت للقاضي التخفيض ولم تجز له الزيادة بينما التشريع الفرنسي تمسك بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.[2]

ومن البديهي أن التعويض المتفق عليه لا يكون مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر طبقا لنص المادة 184 ق.م.ج التي تنص على: " لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضررا ، ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

وعليه لا توجد أحكام خاصة للتعويض الإتفاقي عن الضرر الطبي لفوات الفرصة وبالتالي فهو يخضع للأحكام العامة المنصوص عليها في القانون المدني.

[1]– مقدم سعيد ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية ، مرجع سابق ، ص : 192.

[2]– مقدم سعيد ، المرجع نفسه ، ص: 192.

الفرع الثاني:

التقدير القضائي.

كما ذكرنا سابقا أن القاعدة العامة التي تحكم التعويض عن الضرر، توجب أن يكون التعويض على قدر كاف يتناسب مع الضرر، فلا يزيد التعويض عن الضرر ولا يقل عنه فضلا أن التعويض لا يشمل غير الضرر المباشر الناتج عن الخطأ بهدف إعادة التوازن الذي إختل ولا يعد التعويض إلا نتيجة للضرر بفعل الخطأ.[1]

فعلى خلاف التعويض القانوني والتعويض الإتفاقي ، فإن تقدير التعويض القضائي يتولاه القاضي في حالة ما إذا كان التعويض غير محدد قانونا أو إتفاقا ، وذلك لما تقتضيه الظروف الملابسة وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 182 من ق.م.ج بقولها " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ..."[2] ، فللقاضي السلطة في البحث عن الحقيقة ومعرفة مقدار الضرر الذي حل بالمريض وجبره بطريقة التعويض والتعويض يشمل جميع المصاريف التي أنفقها المريض مثل أجرة الطبيب أو الجراح أجرة المستشفى ومصاريف شراء الدواء وكذلك النفقات التي أنفقها المريض جراء ذلك الضرر ويشمل كذلك ما فات المريض من كسب وما لحقه من خسارة.[3]

وحتى يحدد القاضي مقدار التعويض عن الضرر الطبي كيف ما كان سواء ضرر مادي أو معنوي تبعا لسلطته التقديرية.[4] لابد عليه من إتباع أسس حتى يكون التعويض مستحقا وهي الضرر المحقق وخطأ الطبيب والعلاقة السببية.

---

[1]– سميرة حسين محيسن ، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي للعاملين فيها(دراسة مقارنة)، مرجع سابق ، ص : 303.

[2] – مقدم سعيد ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي والمسؤولية المدنية ، مرجع سابق ، ص : 193.

[3]– سميرة حسين محيسن ، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي للعاملين فيها(دراسة مقارنة) مرجع سابق ، ص : 304.

[4] – قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، رقم 828422 ، بتاريخ 2012/07/19 ، قضية (ح.ف) ضد (د.م) مجلة المحكمة العليا الجزائرية ، العدد 2، سنة 2013 ، ص: 145.

ويشير جانب من الفقه إلى وجوب الإعذار في المسؤولية الطبية ، لأن المقصود منه هو إثبات تأخر المدين عن الوفاء بإلتزامه ، وقد أضافت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 11 ديسمبر 1926 أن الإعذار ليس مقتصرا على المطالبة بالتعويض عن التأخر في التنفيذ وإنما يحصل كذلك في حالات المطالبة بالتعويض عن عدم الوفاء إستنادا لنص المادة 1302 ق.م.ف. [1]

أما في التشريع الجزائري فتجدر الإشارة إلى أن تقدير الضرر عما أصاب الدائن (المريض المضرور) من خسارة وما فاته من كسب يتحقق في المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية ، فالمريض المصاب بضرر ناتج عن خطأ الطبيب يطبق عليه نص المادة المذكورة سابقا بتعويضه عما أصاب جسده من ضرر وألم نفسي ونفقات العلاج ، كما يعوض عما فاته من كسب نتيجة لذلك الحادث ، والقاضي لا ينظر إلى غنى المريض أو طاقته لكنه يأخذ بعين الإعتبار أن الضرر الناتج عن الإصابة كان سببا في إنخفاض دخل المصاب وهذه يدخلها القاضي في نطاق ما لحق المضرور من خسارة.[2]

فقطع لسان الأخرس في الأصل لا يتساوى مع قطع لسان خطيب أو مذيع ، كما أن إصابة فتاة بتشوه جراء عملية جراحية لإستئصال شعر الوجه يختلف عن تلك الحاصلة لعجوز طاعنة في السن.[3]

كما يمكن للمصاب بنقل دم ملوث إليه مطالبة القاضي بالتعويض عن مجرد فوات أو ضياع فرصة عليه في تحقيق كسب أو درء خسارة محددة ، وذلك ما إستقر عليه القضاء الفرنسي والمصري.[4]

---

[1] - A.R.T 1302 C C F « Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le débiteur et avant qu'il fût en demeure cas ou la chose cas où la chose fût également périe chez le créancier si elle lui eût été livrée. Le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue. De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite de la restitution du prix"

[2] – أحمد حسن الحياري ، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري مرجع سابق ، ص : 170.

[3] – عز الدين حروزي ، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن (دراسة مقارنة) مرجع سابق ، ص : 213.

[4] – محمد الأمين قاسمي ، الخطأ الطبي في إطار المسؤولية المدنية ، مرجع سابق ، ص :291.

الخاتمة.

لا شك أن نظرية فوات الفرصة تعد من إحدى تطبيقات المسؤولية المدنية بصفة عامة والمسؤولية المدنية الطبية بصفة خاصة ، ولهذا حاولنا جاهدين من خلال جميع مراحل هذه الدراسة أن نقف على ما هو مهم وذلك من خلال تبيان ماهية فوات الفرصة وتوضيح أنواعها وتطبيقاتها سواء ضمن الأحكام العامة أو ضمن ما إستخلصه الفقه والقضاء ومدونة أخلاقيات مهنة الطب .

ومن ثم يشترط لإنعقاد المسؤولية المدنية الطبية عن فوات الفرصة توافر أركانها الثلاث والمتمثلة في الخطأ الطبي والضرر الطبي والعلاقة السببية بينهما ، حيث أن الضرر الناتج عن فوات الفرصة فقد يكون في صورة فوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة أو فوات فرصة الإجهاض العلاجي في حالة الخطأ في التشخيص وولادة الطفل معاقا.

فيتحقق الضرر في تفويت الفرصة في المجال الطبي في أن الضرر الذي يصيب المضرور هو ضرر محدد و محقق يتمثل في مدى وقدر الفرصة التي كان يملكها المضرور في تحقيق الكسب ، فإذا فاتت الفرصة على المريض قامت المسؤولية المدنية الطبية وبالتالي يحق للمضرور المطالبة بالتعويض كجزاء عن تلك الفرصة الضائعة ، و يكون لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تقدير التعويض عن تفويت الفرصة ، ولقد حاولنا من خلال دراستنا لهذا الموضوع أن نتناول الجوانب الهامة فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية عن تفويت الفرصة في المجال الطبي والذي توصلنا من خلاله في نهاية البحث إلى النتائج والمقترحات التي سنبينها على النحو الآتي :

- ✓ عرفت المسؤولية المدنية الطبية تطور قانوني بحيث أنها بدأت تقصيرية تم أصبحت عقدية حتى و إن كان العقد ضمني ، وذلك من خلال القرار الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1936/05/20 والذي أقرت من خلاله أن المسؤولية الطبية عقدية وليست تقصيرية إلا في بعض الحالات.
- ✓ أن نظرية فوات الفرصة تجد بيئتها في المجال الطبي أكثر من غيره نظرا لتشعب تخصصاته ، وأن فواتها سواء في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة يعتبر في حد ذاته ضرر.

- ✓ لتحقق ضرر فوات الفرصة في المجال الطبي لابد من شروط منها أن تكون الفرصة محققة وجدية وأن تكون قد ضاعت نهائيا على المريض وبالتالي له الحق أن يطالب بالتعويض عنها.
- ✓ يجب على الطبيب إعلام المريض الذي هو مقبل على معالجته بكل المعلومات المتعلقة بمرضه وبالمخاطر التي سوف تنتج عن العلاج أو الجراحة ونسبة نجاحها مما يتيح له فرصة قبول العلاج أو رفضه.
- ✓ إلتزام الطبيب بالحيطة والحذر وتطبيق الأصول العلمية المعمول بها في مرحلة التشخيص والعلاج وحتى في الجراحة والرقابة و ما بعد ذلك والإقدام على عمله بكل مسؤولية لأن علاقة الطبيب بالمريض هي علاقة إنسانية ، أخلاقية ، قانونية...
- ✓ إلتزام الطبيب بالمحافظة على السر المهني والملف الطبي للمريض إلا في الحالة التي يشكل فيها المرض خطر على المجتمع وهذا حماية لهذا الأخير.
- ✓ طبقا لرأي الفقه والقضاء فإن الفرصة وإن كانت أمرا محتملا فإن تفويتها أمر محقق ، فالتعويض لا يكون عن موضوع الفرصة الفائتة لأنه أمر إحتمالي وإنما يكون التعويض عن مجرد تفويت الفرصة ذاتها .
- ✓ للقاضي السلطة التقديرية في تقدير التعويض ولا رقابة عليه من المحكمة العليا إلا فيما يتعلق بالرقابة على سلامة الوصف القانوني و التأسيس القانوني.
- ✓ أن التعويض النقدي يعد أنسب صور التعويض لاستحالة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه من قبل في بعض الأحيان ، وأن التعويض عن فوات الفرصة يكون جزئيا.

ومن هذا المنطلق نرى أنه يتعين:

- ✓ على المشرع الجزائري تدارك الفراغ التشريعي في المجال الطبي مع ضرورة صياغة نصوص قانونية ضمن القانون المدني في الجانب المتعلق بالمسؤولية المدنية المترتبة عن فوات الفرصة نظرا لقصور القواعد العامة عن الإحاطة بماهية

الأخطاء الطبية و طبيعة الضرر المترتب عنها و ذلك بسبب تعقد العمل الطبي في حد ذاته.

- ✓ صياغة نصوص قانونية ضمن قانون الصحة متكاملة تكفل تحقيق التوازن بين ضمان حماية المريض المضرور و تقرير مجال من الحرية والإبداع للطبيب في القيام بمهامه.
- ✓ أن يحيط المشرع الجزائري المسؤولية الطبية بجملة من الضمانات لخصوصيتها من خلال تنظيم عقد العلاج الطبي والنص عليه صراحة في القانون المدني في الجانب المتعلق بفوات الفرصة التي تشكل ضرر للمريض.
- ✓ ضرورة تكوين قضاة يتولون الفصل في القضايا المتعلقة بالمسؤولية الطبية في التعويض عن الضرر الطبي بصفة عامة وتفويت الفرصة بصفة خاصة.
- ✓ ضرورة تكوين نظام تأميني إلزامي على الأطباء في المسؤولية الطبية وذلك عن طريق إتفاق يبرم بين الطبيب وشركة التأمين لتغطية مسؤوليته عن أعماله الطبية الضارة اتجاه المريض مقابل دفع قسط تأمين المتفق عليه وعند وقوع الخطر تلتزم شركة التأمين بدفع تعويض إلى المريض.
- ✓ ضرورة ضبط العلاقة بين الطبيب والمريض في مختلف مراحل العلاج لترتيب المسؤولية وعدم البقاء خلف القواعد العامة لها.
- ✓ ضرورة تكريس دور الدولة في ضمان التعويض للمضرور كإجراء إحتياطي في مجال المسؤولية المدنية الطبية لاسيما في ظل حرص المشرع على الإهتمام بالصحة والتطور الكبير الذي يشهده هذا القطاع .
- ✓ ضرورة وضع إطار تشريعي يتعلق بإدخال تقنية الذكاء الإصطناعي الطبي.
- ✓ وضع حملات توعوية لتعريف المرضى بحقوقهم وإلتزاماتهم إتجاه الأطباء لأن الأغلبية لا يعرفون الحقوق التي كفلها لهم القانون في مواجهة الأطباء.
- ✓ عقد ندوات بشأن المسؤولية الطبية وتبيان أهميتها وتدريسها في كليات القانون وبث الوعي فيها عن طريق وسائل الإعلام كافة.

قائمة المصادر والمراجع.

المصادر :

01- القرآن الكريم ، سورة النساء.

02- الحديث النبوي الشريف ، موسوعة الأحاديث النبوية الشريفة.

03- جمال الدين محمد بن مكرم إبن المنظور الأنصاري الافريقي المصري ، لسان العرب الجزء الأول، دار الصادر ، بيروت.

04- جمال الدين محمد بن مكرم إبن المنظور الأنصاري الافريقي المصري ، لسان العرب الجزء السادس ، الدار المصرية للتأليف والترجمة ، سنة 711/630 هـ.

05- جمال الدين أبي الفضل محمد مكرم إبن المنظور الأنصاري الافريقي المصري ، لسان العرب ، الجزء السابع ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، سنة 2009.

المراجع باللغة العربية :

أولا: المراجع العامة:

06- إبراهيم سلمان رشيد الجبوري ، التعويض عن تفويت الفرصة ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، كلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية ، مصر.

07- أشرف جابر سيد ، التعويض عن فرصة الشفاء أو الحياة (دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي) ، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر، سنة 2010.

08- أنور سلطان ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الأول مصادر الإلتزام دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، طبعة 1998.

09- أيمن إبراهيم العشماوي ، تفويت الفرصة (دراسة مقارنة)، كلية الحقوق ، جامعة المنوفية دار النهضة العربية للنشر ، القاهرة ، سنة 2000.

10- رجب كريم عبد الله ، المسؤولية المدنية لجراح التجميل (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 2009 .

11- الرشيد بن شويخ ، دروس في النظرية العامة للالتزام، دار الخلدونية للنشر والتوزيع القبة القديمة ، الجزائر، 2011.

12- طه عبد المولى إبراهيم ، مشكلات تعويض الأضرار الجسدية في القانون المدني في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 2004.

13- عبد الرحمان فطناسى ، المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية (عن نشاطها الطبي في الجزائر) ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، سنة 2015.

14- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الإلتزام الطبعة الثالثة الجديدة ،الجزء الأول ، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، سنة 1998.

15- علي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، سنة 1995.

16- علي فيلالي ، الإلتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، موفم للنشر، الجزائر، الطبعة الثالثة ، سنة 2015.

17- محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الإلتزام ، مصادر الإلتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، سنة 1983.

18- مقدم سعيد ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، طبعة 1992.

19- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، الجامعة الجديدة الأزاريطة ، مصر، الطبعة 2004.

20- هيمن حسين حمدامين ، الضرر المعنوي والتعويض عنه في القانون والقضاء الإداري (دراسة تحليلية مقارنة) ، المركز العربي ، مصر، سنة 2018.

ثانيا: المراجع المتخصصة:

21- أحمد حسن الحيارى ، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، سنة 2008.

22- أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية (دراسة مقارنة) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى ، سنة 1430هـ-2009م.

23- إسماعيل سليمان الخريسات ، المسؤولية المدنية للطبيب الناجمة عن التلقيح الاصطناعي (دراسة مقارنة) ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان، الأردن ، الطبعة الأولى.

24- أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر، سنة 2018.

25- أنس محمود عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي (دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية)، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والتوزيع 3، مصر سنة 2010.

26- باسم محمد فاضل ، مسؤولية الطبيب مدنيا وإداريا (عن إلتزاماته في ضوء مستجدات مهنة الطب)، دار علام للإصدارات القانونية ، طبعة 2019، رقم الايداع 2019/418.

27- حسين طاهري ، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة (دراسة مقارنة الجزائر ، فرنسا) ، دار هومة للطابعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، ط 2008.

28- خالد داودي ، الخطأ الطبي ، دار الإعصار للنشر والتوزيع .

29- سميرة حسين محيسن ، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي للعاملين فيها (دراسة مقارنة) ، جامعة حلوان، دار الفكر والقانون للتوزيع والنشر، الطبعة الأولى سنة .2016

30- شاهر البلتاجي الباجوري ، مسؤولية المستشفيات عن الأضرار الناشئة عن عمل التقارير الطبية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، مصر ، سنة .2016

31- طلال العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب ،(دراسة فقهية قضائية مقارنة) ، عالم الكتاب الحديث للطباعة والنشر ، الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2011/2245.

32- طلال سالم نوار دحام الجميلي ، فوات الفرصة في المسؤولية الطبية المدنية ، المركز العربي للدراسات والبحوث، مصر، سنة 2019.

33- طه عثمان أبو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في مجال التوليد دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع ، المنصورة ، مصر ، الطبعة الأولى ، سنة 2014.

34- عبد القادر صديقي ، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية ، دار النشر الجامعي الجديد، تلمسان، الجزائر، سنة .2020

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

36- عز الدين حروزي ، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن (دراسة مقارنة) ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، سنة 2008.

37- عماد الدين بركات ، التعويض عن الضرر الطبي والتأمين من مسؤولية الأطباء المدنية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر، سنة .2017

38- عمر محمد عودة علايقات ، المسؤولية المدنية للصيدلي عن الخطأ الدوائي (دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي وبعض التطبيقات القضائية) ، الدار العلمية للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ط 2015م.

39- فاطمة الزهراء منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2012.

40- محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، طبعة 199.

41- محمد حسين قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي (دراسة فقهية و قضائية مقارنة في ضوء التطورات المعاصرة لأحكام المسؤولية الطبية) ، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع الإسكندرية، مصر، سنة 2016.

42- محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، سنة 2007.

43- محمد رياض دغمان، القانون الطبي (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان الطبعة الأولى ، سنة 2017.

44- محمد سعد خليفة ، المسؤولية المدنية عن الممارسات الطبية الماسة بالجنين (دراسة لحق الجنين في التعويض) ، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة ، مصر سنة 2003.

45- محمد عبد الغفور العماوي ، التعويض عن الأضرار الجسدية والأضرار المجاورة لها (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، سنة 2012 .

46- مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة) الطبعة 01 ، دار حامد للنشر والتوزيع ، الأردن ،سنة .2006

47- منصور عمر المعايطة ، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية ، مطبعة جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، سنة .2004

48- منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر، سنة 2007.

49- منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات ودعوى التعويض الناشئة عنها، ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2021.

الرسائل والأطروحات العلمية :

50- رفيقة عيساني، مسؤولية الأطباء في المرافق الإستشفائية العمومية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، السنة الجامعية 2016/2015.

51- عبد الكريم مأمون ، رضاء المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية (دراسة مقارنة) رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، السنة الجامعية 2005./2004

52- عبيد مجول العجمي ، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس، مصر ، السنة الجامعية 2010./2009

53- عز الدين قمراوي ، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في مجال الطب رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ، جامعة وهران ، الجزائر ، السنة الجامعية 2013/2012.

54- محمد أمين قاسمي ، الخطأ الطبي في إطار المسؤولية المدنية ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق ، تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق ، جامعة أحمد دراية أدرار ، تاريخ المناقشة 2019./12/05

55- محمد سالم حمد أبو الغنم ، المسؤولية المدنية عن عمليات التجميل ، رسالة لنيل الدكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق قسم القانون المدني ، جامعة عين شمس ، مصر ، سنة التخرج .2010

56- محمد لمين مولاي ، الضرر الطبي (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية والادارية ، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس ، السنة الجامعية 2020./2019

57- حسين كوسة ، النظام القانوني للمسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الجزائري مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع قانون خاص، تخصص قانون أعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2 ، سنة 2016/2015.

58- صفية سنوسي ، الخطأ الطبي في التشريع والإجتهاد القضائي ، رسالة ماجستير قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، سنة 2006.

59- كريمة عباشي ، الضرر في المجال الطبي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو سنة 2011.

60- كمال فريحة ، المسؤولية المدنية للطبيب ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص ، فرع قانون المسؤولية المهنية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، تاريخ المناقشة 2012/09/30.

61- محمد لمين مولاي ، المسؤولية المدنية للطبيب الممارس في القطاع الخاص مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير ، تخصص قانون وصحة ، جامعة بشار ، السنة الجامعية 2012/2011.

62- مصطفى أشرف مصطفى الكوني، الخطأ الطبي مفهومه وآثاره في الشريعة أطروحة ماجستير، الفقه والتشريع ، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس ، فلسطين سنة .2009

63- عبدالقادر صديقي ، الأخطاء الطبية بين الإلتزام والمسؤولية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الطبي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، سنة التخرج 2016.

64- نسيمة بن دشاش ، المسؤولية المدنية للطبيب في المستشفيات العامة، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، تاريخ المناقشة 2013/12/04.

المقالات و المداخلات العلمية :

65- إبـراهيم الدسـوقي أبـو الليـل ، تعـويض تفويـت الفرصـة ، مجلـة الحقـوق ، كليـة الحقوق جامعة الكويت.

66- شفيق حادي، صور الخطأ الطبي في التشخيص، مجلة القانون والعلوم السياسية العدد الثاني ، جوان 2015/شعبان1436.

67- فكيـه محمـد جمعـة ، التعـويض عـن تفويـت الفرصـة بـين القـانون المـدني والفقـه الإسلامي (دراسة مقارنة) ، مجلة قطاع الشريعة والقانون.

68- محمد لمين مولاي ، أنواع الخطأ الطبي وصوره في المسؤولية المدنية للطبيب الممارس في القطاع الخاص ، مجلة القانون والعلوم السياسية ، 159 العدد الأول ، جانفي 2015 ربيع الثاني 1436.

69- محمد مومن، مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة في القانون المغربي ، المجلة المغربية للإقتصاد والقانون المقارن ، العدد 47، كلية العلوم القانونية والاجتماعية ، مراكش المغرب ، سنة 2007.

70- أسعد عبيد الجميلي و طلال سالم نوار الجميلي ، مسؤولية الطبيب المدنية عن تفويت الفرصة (دراسة قانونية مقارنة) ، مجلة كلية المأمون ، العدد الحادي والثلاثون ، سنة 2018.

71- دلال يزيد ، مختاري عبد الجليل ، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية ، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، كلية الحقوق بجامعة جيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، العدد الثالث ، سنة 2007.

72- رابـح لالـو ، مسـؤولية الطبيـب عـن الخطـأ الطبـي ، مجلـة العلـوم القانونيـة والاجتماعية جامعة زيان عاشور بالجلفة ، الجزائر ، المجلد السابع ، العدد الرابع ، السنة 2022.

73- زرارة عواطف ، مفهوم الخطأ الطبي في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة العدد11.

74- عبد الكريم مأمون ، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية للأطباء نموذجا ، مجلة دراسات قانونية ، تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي ، كلية الحقوق والشريعة جامعة الكويت ، العدد الاول ، سنة 1979.

75- محمد أمين قاسمي ، فوات الفرصة كسبب لقيام المسؤولية المدنية للطبيب (الضرر بمفهومه الحديث) ، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أدرار ، الجزائر ، المجلد 08 ، العدد 02 السنة الجامعية 2023.

76- محمد حسين منصور، الخطأ الطبي من خلال العمليات الجراحية، مجلة الدراسات القانونية العدد الثالث ، كانون الأول 1999، كلية الحقوق ، جامعة بيروت ، لبنان.

77- محمد هشام القاسم ، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية ، مجلة الحقوق والشريعة العدد الأول ، السنة الثالثة ، الكويت ، سنة 1979.

78- محمد هشام القاسم ، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية ، مجلة الحقوق والشريعة جامعة الكويت ، العدد الأول ، سنة 1979.

79- مخطارية عمارة ، الضرر الطبي الموجب للتعويض وآثاره القانونية ، مجلة القانون معهد العلوم القانونية والإدارية ، المركز الجامعي أحمد زبانة ، غليزان ، العدد 08 ، جوان 2017.

80- هند شعبان ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية مجلة العلوم القانونية والإدارية ، كلية الحقوق جامعة جيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، العدد الثالث لسنة .2007

81- وديع فرج ، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ، مجلة القانون والإقتصاد ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، العدد الأول ، السنة الثانية عشر ، محرم سنة 1361هـ ، يناير سنة 1942م.

82- محمد لمين مولاي ، النظام القانوني لفوات الفرصة كصورة من صور الضرر في المجال الطبي ، **مداخلة** ملقاة أثناء الملتقى الوطني الموسوم بالمسؤولية المدنية عن

الأخطـاء الطبيـة معهـد الحقـوق والعلـوم السياسـية ، قسـم الحقـوق ، المركـز الجـامعي صالحي أحمد النعامة بتاريخ 2023/05/08.

المراجع باللغة الفرنسية :

Les ouvrages :

83 - Gérard Mameteau, Cours de Droit Médical, 3ème édition , D 2006.
84 - Françoise Vialla, Les grandes décisions du droit médical. Édition alpha. 2010.

Article :

85 - Khadidja Ouafi , Proof of Medical error Requiring Civil Liability , Journal of Legal and Political Sciences,v.13, N°01, Mai 2022.

القوانين والتنظيمات الجزائرية :

86- القـانون المـدني الجزائـري ، الصـادر بموجـب الأمـر رقـم 75-58 المـؤرخ فـي 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 والمعدل والمتمم بموجب القانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.

87- القـانون 01/09 المعـدل لقـانون العقوبـات ، المـؤرخ فـي 25 فبرايـر سـنة 2009 المعدل والمتمم.

88 - القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق ل 2 يوليو سنة 2018 يتعلـق بالصـحة، الجريـدة الرسـمية العـدد 46 ، السـنة الخامسـة والخمسـون المؤرخة في 16 ذو القعدة عام 1439 هـ الموافق ل 29 يوليو سنة 2018.

89- المرسوم التنفيذي 92 -276، المؤرخ في 5 محرم عام 1413، الموافق ل 6 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة رسمية العدد 52 مؤرخة في 1992/07/08.

90-الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

القوانين والتنظيمات الأجنبية :

91 - Code Civil – Dernière Modification le 03 Janvier 2018- Document Généré Le 02 Juillet 2018 Copyright (C) 2007-2018 Legifrance.

92 - Le code de déontologie médical, février 2021 figurant dans le code de la santé publique sous les numéros R 4127/1 à R.4127/112.

93 - القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 وفقا لأخر التعديلات الصادرة بالقانون رقم 106 لسنة 2012.

القرارات :

94 - قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، رقم 828422 ، بتاريخ 2012/07/19 قضية (ح.ف) ضد (د.م) مجلة المحكمة العليا الجزائرية ، العدد 2، سنة 2013.

المواقع الالكترونية :

95 - www.arablegalportal.com
96 - www.islamic-content.com
97 - www.HadeetheEnc.com
98 www.maxipdf.com
99 - www.mjustice.dz

الفهرس.

فهرس المحتويات

مقدمة	01
الفصل الأول : النظام القانوني لفوات الفرصة في المجال الطبي	06
المبحث الأول : ماهية فوات الفرصة	08
المطلب الأول : مفهوم فوات الفرصة وتمييزها عن المفاهيم المشابهة لها.	08
الفرع الأول : تعريف فوات الفرصة	08
أولا : تعريف فوات الفرصة لغة	09
ثانيا : تعريف فوات الفرصة إصطلاحا	09
ثالثا : تعريف فوات الفرصة فقهيا	10
رابعا : تعريف فوات الفرصة في المجال الطبي	10
الفرع الثاني : تمييز فوات الفرصة عن المفاهيم المشابهة لها	13
أولا : فوات الفرصة والضرر المحتمل	13
ثانيا : فوات الفرصة والضرر المستقبلي	16
المطلب الثاني : أنواع فوات الفرصة في المجال الطبي	17
الفرع الأول : تفويت فرصة الشفاء	17
الفرع الثاني : تفويت فرصة الحياة	19
المبحث الثاني : تطبيقات فوات الفرصة في المجال الطبي	21
المطلب الأول : فوات الفرصة في مرحلة الإعلام والحصول على رضاء المريض..	21

الفرع الأول : فوات الفرصة في مرحلة إعلام المريض	21
الفرع الثاني : فوات الفرصة في مرحلة الحصول على رضاء المريض	25
المطلب الثاني : فوات الفرصة في مرحلة التشخيص والعمل الطبي	30
الفرع الأول : فوات الفرصة في مرحلة التشخيص	31
الفرع الثاني : فوات الفرصة في مرحلة العمل الطبي	36
أولا : مرحلة العلاج	37
ثانيا : مرحلة الجراحة	40
الفصل الثاني : أركان المسؤولية المدنية عن فوات الفرصة في المجال الطبي والجزاء المترتب عنها	43
المبحث الأول : أركان المسؤولية المدنية المترتبة عن فوات الفرصة في المجال الطبي	45
المطلب الأول : ركن الخطأ والعلاقة السببية	45
الفرع الأول : مفهوم الخطأ في مجال فوات الفرصة	45
أولا : تعريف الخطأ لغة و إصطلاحا	46
1/ تعريف الخطأ لغة	46
2/ تعريف الخطأ إصطلاحا	46
ثانيا : تعريف الخطأ الطبي في مجال فوات الفرصة	47
ثالثا : صور الخطأ الطبي	49
1/ الخطأ الطبي في العلاج بالأشعة	49
2/ الخطأ الطبي في عمليات نقل وزرع الأعضاء	50

3/ الخطأ الطبي في التوليد	51
الفرع الثاني : مفهوم العلاقة السببية في مجال فوات الفرصة	52
أولا : تعريف العلاقة السببية	52
ثانيا : معايير الرابطة السببية	55
1/ نظرية تعادل الأسباب أو تكافؤها	55
2/ نظرية السبب المنتج أو الفعال	55
ثالثا : أسباب إنتفاء العلاقة السببية	56
1/ القوة القاهرة أو الحادث الفجائي	56
2/ خطأ المريض	57
3/ خطأ الغير	57
المطلب الثاني : ركن الضرر	58
الفرع الأول : مفهوم الضرر المترتب عن فوات الفرصة	58
أولا : تعريف الضرر الطبي	58
1/ تعريف الضرر لغة	58
2/ تعريف الضرر الطبي المترتب عن فوات الفرصة	58
ثانيا : شروط قيام الضرر الطبي	59
1/ أن يكون الضرر مخلا بحق أو بمصلحة مالية مشروعة للمريض	59

2/ أن يكون الضرر محققا	60
3/ أن يكون الضرر مباشرا وشخصيا	60
الفرع الثاني : صور الضرر المترتب عن فوات الفرصة	61
أولا : الضرر المادي	61
ثانيا : الضرر المعنوي (الأدبي)	61
المبحث الثاني : الجزاء المترتب عن المسؤولية المدنية عن فوات الفرصة في المجال الطبي	63
المطلب الأول : مفهوم التعويض عن فوات الفرصة	63
الفرع الأول : تعريف التعويض و شروطه	63
أولا : تعريف التعويض عن فوات الفرصة في المجال الطبي	63
1/ تعريف التعويض لغة	63
2/ تعريف التعويض إصطلاحا	63
ثانيا : شروط التعويض عن فوات الفرصة	64
1/ ضرورة وجود فرصة ممكنة	65
2/ أن تكون الفرصة جدية وحقيقية	65
3/ تفويت الفرصة على المدعي بصفة نهائية	66
الفرع الثاني : نطاق التعويض عن فوات الفرصة و أنواعه	67
أولا : نطاق التعويض عن فوات الفرصة	67
1/ المبدأ العام لنطاق التعويض	67

2/ التعويض الجزئي وتقدير الفرصة	69
ثانيا : أنواع التعويض عن تفويت الفرصة	71
1/ التعويض العيني	72
2/ التعويض بمقابل	73
المطلب الثاني : معايير تقدير التعويض عن فوات الفرصة	75
الفرع الأول : التقدير القانوني و التقدير الإتفاقي	75
أولا : التقدير القانوني	75
ثانيا : التعويض الإتفاقي	76
الفرع الثاني : التعويض القضائي	78
الخاتمة	81
قائمة المراجع	86
فهرس المحتويات	98

ملخص الدراسة :

تعتبر فوات الفرصة صورة حديثة من صور الضرر الطبي الذي يتميز بخصوصية تجعله يختلف عن بقية الأضرار كما أنه يعد ركنا أساسيا لقيام المسؤولية المدنية الطبية ، ولقد أقر المشرع الفرنسي فكرة تفويت الفرصة حيث اعتبر أن فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة ضرر محتمل و لكن تفويتها يعتبر ضرر محقق يستوجب التعويض بشرط إثبات العلاقة السببية بين الخطأ وتفويت الفرصة ، ولتحقق هذه الفرصة لابد من توفر شروط ألا وهي : أن تكون محققة وجدية و أن يكون تفويتها نهائي على المضرور.

The summary :

Missing the opportunity is a modern form of medical harm, which is characterized by a specificity that makes it different from the rest of the damages. It is also a cornerstone for establishing medical civil liability. The French legislator approved the idea of missing the opportunity, as he considered that the opportunity to recover or survive is a potential harm, but missing it is considered harm. An investigator requires compensation, provided that the causal relationship between the error and the missed opportunity is proven, and in order for this opportunity to be realized, conditions must be met, namely that the opportunity is real and serious, and that missing it is final for the injured party.

The key words: Medical damage- Medical responsibility –The opportunity- Harm- Missing the opportunity-