جامعة عبد الرحمان ميرة . بجاية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

المسؤولية المدنية للطبيب عن تفويت الفرصة

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: القانون الخاص

من إعداد الطالبتين:

. بغداد ديهية

. بوفودي كهينة

تحت إشراف الأستاذة:

. د/ لحضيري وريدة

أعضاء لجنة المناقشة

- الأستاذة موسى عتيقة.....رئيسة
- الأستاذة لحضيري وريدة أستاذة محاضرة قسم "ب ".....مشرفة و مقررة
- الأستاذة انوجال نسيمة.....ممتحنة

السنة الجامعية 2020/2019

شكر وتقدير

الحمد الله رب العالمين والصلاة والسلام على معلم البشرية وهادى الإنسانية وعلى اله

وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين

...إلى من علمونا حب العلم والمعرفة،

نتوجه بالشكر الجزيل لكل من ساهم في إخراج هذا البحث إلى حيز التنفيذ.

دون أن يفوتنا شكر الأستاذة لحضيري وريدة،

حيث لم تبخل بأي مجهود في إرشادنا وتوجيهنا في بحثنا.

والى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد وقدم لنا النصح وأرشدنا إلى الوصول إلى هدفنا

في إنجاز هذا البحث.

جزاكم الله خيرا وسدد خطاكم.

إهداء

أهدي ثمار هذا العمل إلى والدّي العزيزّين أطال الله في عمرهما

ألبسهما ثوب الصحة والعافية.

إلى كل إخواني محمد وجوبا.

وإلى أخواتي سميرة وكاهينة.

أصدقائى وزملائي.

وإلى كل أساتذتي، الذين علموني.

إلى كل من ساعدني في إنجاز هذه المذكرة.

ديهية

إهداء

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار

إلى من علمني العطاء بدون انتظار

إلى من أحمل اسمه بكل افتخار

أرجو من الله أن يمد في عمرك لترى ثمار قد حان قطافها

بعد طول انتظار

ستبقى كلماتك نجوم اهتدي بها اليوم وفي الغد وإلى الأبد

(والدي العزيز)

إلى من كانت سندي وقوتي في وقت ضعفي

(أمي الغالية)

إلى من سندي وقت مشواري الدراسي الجامعي

(زوجي العزيز)

إلى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس البريئة إل رياحين حياتي إخوتي وأخي

إلى من عرفت كيف أجدهم وعلموني أن لا أضيعهم... أصدقائي

إلى كل الأساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية

إلى كل هؤلاء أهدي هذا المذكرة

كهينة

قائمة أهم المختصرات:

أوّلا: باللغة العربية

ج. ر. ج. ج : جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية.

ت. م. ج : تقنين المدني الجزائري.

ت. إ. م. إ : تقنين الإجراءات المدنية والإدارية .

م. ط. ج : مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.

ح.ص. ت : تقنين حماية الصحة وترقيتها.

ت. م. ف : تقنين المدني الفرنسي.

د. د. ن : دون دار النشر.

د. س. ن : دون سنة النشر.

ص : صفحة.

ص ص : من صفحة ...إلى صفحة... .

ثانيا: باللغة الفرنسية:

c. c. f : code civil français.

C. s. p. f : code de la santè publique français.

Ibid : Ibidem.

P : page .

Pp : de page … à… page.

Cass : cour de cassation.

مقدمة

مقدمة

تُعدُّ مهنة الطب من أهم المهن في لكافة المجتمعات، لكونها تتعامل مع الجنس البشري، وإرتبطت ممارستها تعاطيها بآداب خاصة و قسم يؤديه الاطباء منذ فجر التاريخ، وتختلف عن أية مهنة أخرى كون علاقة الطبيب بالمريض علاقة انسانية وأخلاقية[1].

ولا شك أن العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة إنسانية قبل أن تكون علاقة قانونية لذا فالمسؤولية الأخلاقية للطبيب أسبق من مسؤوليته القانونية، والمريض الذي يسلم أمور جسمه لرعاية الطبيب وعنايته ويضع نفسه كليا تحت تصرف هذا الأخير، هو طرف ضعيف في هذه العلاقة، كونه يجهل ما يتضمنه التدخل الطبي، وعليه فإنَّ هذه العلاقة توجب على الطبيب الاهتمام بمرضاه، وبذل العناية التي توجبها عليه مهنة الطيب، وإلا تعرض لجزاء قانوني[2].

نظر لخطورة التدخلات الطبية على جسم الإنسان، فإن القانون يضع قواعد وضوابط من خلالها يحمي بها المريض وذلك في الحالات التي يرتكب فيها الطبيب أخطاء من شأنها المساس بصحة المريض وفي بعض الأحيان تؤدي إلى وضع حد لحياته، فالطبيب بإعتباره إنسانا غير معصوم أثناء ممارسة مهنته، قد يقترف أخطاء الأمر الذي يستوجب فيه قيام مسؤوليته الطبية[3].

---

[1]– محمود موسى دودين، مسؤولية الطبيب الفردية عن أعماله المهنية، رسالة لنيل شهادة ماجيستر في القانون، فرع: قانون، جامعة بيزريت، فلسطين، 2006، ص 3.

[2]– بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع : قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 8.

[3]– المرجع نفسه، ص 7 .

والمسؤولية المدنية للطبيب، صورة من صور المسؤولية المدنية إلا أنها اكتسبت أهمية خاصة نظر لحجم الأخطاء وكذلك الدعاوى التي تتعلق بالمسؤولية الطبية أمام القضاء والسبب في زيادة هذه الدعاوي بالمقارنة مع السنوات السابقة هو زوال العلاقة الشخصية القائمة بين الطبيب والمريض وكثرة الاهمال في المستشفيات العامة، وبروز العلاقة التجارية في المستشفيات الخاصة والاطباء الخاصين .[1]

فكل خطأ نجم عنه ضرر لحق بالغير يلزم مقترفه بتعويض هذا الضرر أيا كانت مهنته أو مركزه، وتترتب المسؤولية الطبية نتيجة الخطأ الذي يقترفه الطبيب أو الجراح أو نتيجة إهماله وعدم احترازه، بل حتى نتيجة جهله من الوجهة العلمية[2].

لقد تطورت قواعد المسؤولية الطبية تطورا ملحوظا، فلم يكن من المتصور في البداية مساءلة الأطباء عن أخطائهم، ولكن مع استقرار مبادئ المسؤولية المدنية أصبح من الممكن مساءلتهم عن الأخطاء العمدية ثم تطورت المسؤولية بعد ذلك فأصبح الأطباء مسؤولين عن مجرد الإهمال والخطأ الجسيم [3].

وكما أن تفويت الفرصة تعتبر صورة من صور المسؤولية المدنية للطبيب، وذلك لكون أن تفويت الفرصة تظهر في الواقع في العديد من المجالات، ومن ضمن تلك المجالات هو المجال الطبي خاصة في مجال الشفاء فإذا فاتت الفرصة على المريض المضرور قامت المسؤولية

[1]– وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، أطروحة لاستكمال درجة الماجيستر في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2008، ص2.

[2]– منصوري جواد، توجهات المسؤولية المدنية مقارنة الطبية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، فرع: القانون الطبي، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017، ص 4.

[3]– بن دشاش نسيمة، المسؤولية المدنية للطبيب في المستشفيات العامة، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون ،فرع: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند او لحاج، البويرة، 2013، ص 5.

الطبيب، ومن ثم يحق للمضرور المطالبة بالتعويض عن تللك الفرصة الضائعة، والقانون لا يقف مكتوف الأيدي أمام هذه الحالة لكنه يتعامل مع كل الأشياء ويسلك جميع الطرق والوسائل الممكنة التي تدعو إلى تحقيق العدالة والأنصاف للمضرور، كما أن التعويض يكون جزئيا أي فقط عن الفرصة الفائتة لا إلى ما ستؤول اليه نتيجة مباشرة الفرصة الفائتة .[1]

ولا شك أن أهم وسيلة للمطالبة بالحق في التعويض، هي الدعوى القضائية التي يلجأ إليها المضرور للحصول على حقه من المسئول عنه، ولهذه الدعوى أطراف ومدة زمنية تنقضي بانقضائها[2].

إن الوسيلة التي من خلالها يستطيع المضرور الحصول على تعويضه، هي اللجوء للقضاء للمطالبة بهذا التعويض من خلال دعوى يقيمها أمام المحاكم المختصة، كأي دعوى مدنية أخرى، أو من خلال الادعاء بالحق المدني أمام القاضي الجزائي في الحالات التي يشكل فيها الخطأ الطبي جريمة[3] .

نجد موضوع المسؤولية المدنية للطبيب عن تفويت الفرصة يكتسي أهمية بالغة التي تكمن في إقامة نوع من التوازن بين مصلحة المضرور وتحقيق العدالة المنصفة له وذلك من خلال الضرر الذي لحق به من أجل مطالبته بتعويض والمصلحة العامة المتمثلة في حق المجتمع في العلاج والتداوي، والمصلحة لخاصة للطيب والتي تقتضي قيام الطبيب بوجه إتجاه المريض.

---

[1]– أسعد عبيد عزيز الجميلي وطلال سالم نوار الجميلي، مسؤولية الطبيب المدنية عن تفويت الفرصة (دراسة قانونية مقارنة)، مجلة كلية المأمون ،العدد الحادي و الثلاثون، 2018، ص52.

[2]– سيد عبد الله محمد خليل، أحكام الضرر المرتد، كلية الشريعة والقانون بأسيوط، جامعة الأزهر الشريف، أسيوط، د. س. ن، ص 51 .

[3]– وائل تيسير محمد عساف، المرجع السابق، ص 123.

إن مشكلة البحث تكمن **في عدم وجود تنظيم أو إطار تشريعي سواء في التشريع المقارن (الفرنسي أو المصري) أو في التشريع الجزائري لفكرة تفويت الفرصة بوصفها أساس لقيام مسؤولية الطبيب المدنية، وأن الحياة متجددة والنص القانوني ثابت فما كان بالأمس صالحا قد لا يصلح تطبيقه اليوم وهكذا، الأمر الذي دفع بالفقه إلى القول بالتعويض عن تفويت الفرصة في المجال الطبي لتعلق الموضوع بأرواح الناس وسلامة أجسادهم أمام إنعدام السبيل القانوني المناسب قصد الحصول على التعويض عن الضرار بسبب تفويت الفرصة.**

نرى هذه الإشكالية جديرة بالدراسة والبحث ومحاولة وضع أحكام خاصة بها.

للإجابة على هذه الإشكالية سنعتمد على المنهج التحليلي كأسلوب للإلمام بعناصر الموضوع وذلك إنطلاقا من النصوص القانونية معتمدين في ذلك على خطة تتضمن فصلين:

تناولنا في الفصل الأول طبيعة مسؤولية الطبيب المدنية عن تفويت الفرصة وأركانها من خلال مبحثين خصصنا الأول لدراسة طبيعة مسؤولية الطبيب وإلتزاماته، والثاني لدراسة أركان مسؤولية الطبيب المدنية عن تفويت الفرصة .

وفي الفصل الثاني تعرضنا إلى آثار إنعقاد المسؤولية المدنية عن تفويت الفرصة أحكام، حيث خصصنا المبحث الأول لدراسةالأحكام الإجرائية لدعوى المسؤولية في تفويت الفرصة والمبحث الثاني لدراسة تقدير التعويض .

الفصل الأول

طبيعة مسؤولية الطبيب المدنية عن تفويت فرصة و أركانها

الفصل الأول

طبيعة مسؤولية الطبيب المدنية عن تفويت فرصة وأركانها

تقوم المسؤولية المدنية عموما حينما يخل الشخص بإلتزام قانوني، سواء أوجده القانون أو الإتفاق، وهذا هو الجاري العمل به في المسؤولية الطبية، فمتى أخل الطبيب بواجبه القانوني في الإلتزام بالحيطة والحذر وسبب ضررا للمريض، وذلك من خلال إهماله بهذا الالتزام، كان مسؤلا مسؤولية تقصيرية لإنتفاء الرابطة التعاقدية فيما بينهم كما أنها تسمح للدائن المضرور بالحصول على تعويض كامل دون أن يتعرض لقيود وتحديدات المسؤولية التعاقدية، أما إذا أخل الطبيب ببنوده أو التزاماته الناشئة عن عقد العلاج الذي يربطه بالمريض المضرور، وتسبب ذلك في حدوث ضرر للمريض وكان العقد الرابط بينهم صحيحا، كان الطبيب مسؤلا مسؤولية عقدية .

غير أن هذا الوضع لم يعد مقبولا في ظل التطور العلمي والتكنولوجي الذي مس جميع مناحي الحياة وخاصة المجال الطبي، حيث أصبح المضرور عاجزا عن إثبات الضرر الذي لحقه من جراء هذا التقدم التقني الهائل .[1]

لإثبات الضرر الذي لحق بالمضرور لابد أن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر، وأن يكون هذا الخطأ صادر من طرف الطبيب وبطريقة مباشرة وحسب مجرى العادي للأمور، وأن تكون العلاقة السببية مباشرة بين الخطأ الطبي والأضرار التي لحقت بالمريض في الوقت الذي يكون للمريض فرصة حقيقية في الشفاء وتحسن حالته.

ومن أجل التعويض، استوجب وجود مبادئ وشروط التي من خلالها يتمكن المريض المضرور من المطالبة بتعويض عن فوات فرصة الشفاء أو العلاج أو البقاء عن قيد الحياة.

وعليه سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتطرق فيهما للتحديد طبيعة مسؤولية الطبيب وإلتزاماته (المبحث الأول)، وإلى أركان المسؤولية الطبيب المدنية عن تفويت الفرصة (المبحث الثاني).

[1] . منصوري جواد، توجهات المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017، ص 7.

المبحث الأول

تحديد طبيعة مسؤولية الطبيب المدنية وإلتزاماته

تتبلور فكرة المسؤولية بصفة تحمل الشخص لنتائج عمله، عندما يخرج عن قواعد سلوك معينة وبالتالي تتنوع المسؤولية على حسب نوع السلوك المخالف. ويعود تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية بحق الشخص وفقًا لنوع الالتزام الذي وقع فيه الإخلال، فالمسؤولية القائمة بحق الشخص عند إخلال بواجب قانوني عام يتمثل بعدم الاضرار بالغير تعتبر مسؤولية تقصيرية، تقوم بوقوع نوع من الإهمال وقلة الاحتراز أثناء تنفيذ التزام تفرضه القواعد العامة والأصول والمبادئ المستقر عليها. أما إذا كان الإخلال بالتزام تم الاتفاق عليه وتقريره بموجب رابطة عقدية نظمت بين أطرافه، فتكون المسؤولية المترتبة حينها مسؤولية عقدية [1](المطلب الاول)،و حيث أنه لابد من جبر الضرر الذي تسبب بأذى المضرور[2]، فإنه لابد من تناول المبادئ والشروط اللازم توافرها للتعويض عن ضرر تفويت فرصة (المطلب الثاني) .

[1] . أريج نايف الشيخ، المسؤولية المدنية في الجراحة التجميلية في فلسطين، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع: قانون، كلية الدراسات العليا، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2018، ص 24 .

[2] . أحمد ياسر مسك، التعويض عن ضرر تفويت الفرصة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع: القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2015، ص64 .

المطلب الأول

طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب

تثور نوع المسؤولية المدنية للطبيب عندم يتخلف ابناء المهنة عن بذل العناية التي تتطلبها مهنتهم التى ينتظرها منهم المرضى، وقد كانت تلك المسؤولية محلاً للعديد من الأراء الفقهية والتطبيقات القضائية وبالتالي للكثير من التساؤولات حول تحديد طبيعتها.

يختلف نوع هذه المسؤولية باختلاف مصدر هذا الالتزام، فإذا كان مصدره العقد فهي مسؤولية عقدية، أما إذا كان مصدر الإلتزام القانون، فيؤدي الإخلال به إلى القيام المسؤولية التقصرية وتتحقق في الحالة التى لا يربط الطبيب بالمريض عقد طبي[1].

بناء على ذلك سنتعرض إلى دراسة المسؤولية العقدية للطبيب(الفرع الأول)، ثم سندراس المسؤولية التقصيرية (الفرع الثاني).

[1] ـ منى شايم محارب الشمري، المسؤولية المدنية للطبيب عن تفويت الفرصة الشفاء في ظل القانون القطري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: القانون الخاص، كلية القانون، جامعة قطر، قطر، 2020، ص 56.

الفرع الأول

المسؤولية العقدية للطبيب

المسؤولية العقدية هي تلك المسؤولية التي لا تنشأ إلا بين أشخاص ارتبطت فيما بينهم بعلاقات في إطار عقد سواء كان العقد شفهيا أو مكتوبا، وإخلال أحدهما بتنفيذ شروطه وبنوده أو الامتناع بصفة جزئية أو كليا عن تنفيذه، فهذه الأفعال كلها ترتب المسؤولية في حق المتعاقد المخل بالتزاماته، ويصبح مطالبا بتعويض الطرف الأخر في العقد عما لحقه من ضرر.

إذا كان العقد بصفة عامة، هو تطابق إرادتين أو أكثر لإحداث اثر قانوني معين، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو انقضائه أو نقله أو تعديله أو إنهائه. فإن العقد الطبي يعرف بأنه : **(إرادة المريض المعلن عنها قبولا لعلاج ضروري تقتاضيه حالته المرضية حالته المرضية تطابقا مع إرادة الطبيب في تقديمه وينتج عن هذا العقد التزامات)**[1].

ومادامت المسؤولية التعاقدية هي جزاء الإخلال بالإلتزامات العقدية، وأن ما يجمع الطبيب بمريضه هو عقد من نوع خاص، وله أحكام تميزه عن تلك التي تحكم باقي العقود، فإن مجرد إخلال الطبيب بالتزامه محل العقد، لا يعد أساسا تبنى عليه المسؤولية العقدية بل تستوجب شروط معينة و ضرورية لوجود عقد صحيح بين الطبيب والمريض، وهي التراضي، المحل، والسبب، وهو ما يجب توفره في العقد الطبي حتى يكون صحيحا وأن يكون الخطأ صادر من الطبيب من خلال عدم تنفيذ التزامه في عقد العلاج وأن يكون طرف المتضرر من هذا الاخلال هو المريض وأن يكون طالب التعويض صاحب حق في الاسناد إلى العقد[2].

تجد الاشارة إلى أن المسؤولية العقدية تعد الأصل في المجال الطبي، وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي منذ صدور قرار مرسي 20 ماي 1936، والذي جاء في مضمونه أنه : " **ينشأ**

[1]- صديقي عبد القادر، الأخطاء الطبية بين الالتزام و المسؤولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص 92.

[2] ـ المرجع نفسه، ص93 .

بين الطبيب وعميله عقد حقيقي ..... وأن خرق هذا الالتزام التعاقدي ولو بطريقة غير عمدية، يترتب عنه قيام مسؤولية العقدية ". [1]

هناك ثلاث أركان للمسؤولية العقدية وهي الخطأ العقدي، والضرر، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر وهي :

الخطأ العقدي : هو سلوك المتعاقد على نحو يتنافى ما التزم به العقد .

الضرر العقدي: هو الأذى أو التعدي الذي ينشأ عن الاخلال بالتزام عقدي، أو ارتبط المتعاقد المتضرر مع آخر أخل به على شكل عدم قيامه بالتزامه أو التأخر في التنفيذ أو تنفيذه بصورة معيبة أو جزئية .

العلاقة السببية : هي أن يكون الخطأ العقدي هو السبب في الضرر أي يجب قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر[2].

ولذلك حتى تترتب المسؤولية العقدية لابد من توافر هذه الأركان الثلاثة، وبتالي فإن هناك نوعين من الالتزامات هما التزام ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة.

أولا: التزام الطبيب ببذل عناية

مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجه هي مسؤولية عقدية وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له، إلا أنه يلتزم بأن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، وجراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها.

[1] _ نقلا عن بوخرس بلعيد، المرجع السابق، ص 154.

[2] _ وائل تيسير محمد عساف، المرجع السابق، ص ص 7و8 .

إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى بإعتبار أن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر[1].

إن هذا المبدأ ونتائجه تنطبق على كافة أشكال الطبي وعلى كافة المهن الطبية، فكل من يكون عمله رعاية المرضى وعلاجهم والعمل على شفائهم، ضمن الحدود الممكنة، يقع عليه هذا الالتزام بوسيلة فهو يقع على عاتق الطبيب العام والأخصائي والطبيب الجراح وطبيب العيون، وعلى الممرض والدلاك الطبي والقابلات والبيطريين.

لذلك إن وضع على عاتق الطبيب الالتزام بعناية وهو الأصل وذلك نظرا للعوامل العديدة التي قد تطرأ ولا يمكن للطبيب تفاديها أو التحكم فيها غير أنه في المقابل يفرض عليه تجنب الاهمال وعدم الاحتراز، وجوب إتباع أصول المهنة ومدى استعمال وسائل العلاج التي توصل إليها العلم، وأن كل تقصير من جانبه يؤدي إلى ارتكاب خطأ طبي .[2]

ثانيا : إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة :

اتضح مما سبق أن التزام الطبيب من حيث الأصل هو التزام ببذل عناية، إلا إنه بسبب وجود فكرة الاحتمالية التي تسيطر على نتائج مهنة الطبيب، فإنه يوجد حالات استثنائية تجعل التزاما الطبيب التزام بتحقيق نتيجة .

ومن الملاحظ أن التزام الطبيب التزام بتحقيق نتيجة يعد استثناء عن المبدأ العام، عليه لكي يتحمل الطبيب بتحقيق نتيجة معينة للمريض ويكون مخطئا إذا لم تتحقق النتيجة، مثال على ذلك بأن يتعهد طبيب أخصائي نساء وتوليد إلى امرأة معينة بأن يقوم بتوليدها بنفسه، وعند عدم قيامه بذلك دون وجود سبب أجنبي.

[1] _ سنوسي صفية، الخطأ الطبي في التشريع والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة المجاستير في الحقوق، فرع: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2006، ص 75.

[2] _ المرجع نفسه، ص 76 .

فضلا عن طبيعة أداة الطبيب، تلزمه في بعض الأحيان بإلتزام بتحقيق نتيجة وهذا الالتزام لا يمكن حصر حالاته نظرا للتطور العلمي السريع، ومن أبرزها الجراحة التجميلية، وإستعمال أجهزة وأدوات طبية، وسائل الحماية وتركيب الأسنان، الأعضاء الصناعية، نقل الدم، التحاليل الطبية، والتطعيم والأدوية . [1]

يوجد لدى الإتجاه القانوني الذي يعتبر أن المسؤولية الطبيب هي عقدية مجموعة من الحجج التي يبني عليها رأيه وهي:

حجج هذا الاتجاه القائل بأن مسؤولية الطبيب عقدية هي :

1_ الرابطة العقدية : يعتبر القائلين بأن مسؤولية لطبيب هي عقدية حتى في الحالات العاجلة التي يقوم بها الطبيب بعلاج المريض فإنه يكون بحالة إيجاب دائم، ومستمر اتجاه الجمهور وأن اللافتة الموجودة على عيادته والبيانات التفصيلية المتعلقة بالطبيب من حيث اسمه وتخصصه ودرجته العلمية وعضويته في نقابة الأطباء تدل على ذلك.

2_ النظام العام : هناك اتجاه يعارض الرأي القائل بأن مسؤولية الطبيب هي عقدية، ويعتمد في رأيه بالقول أن حياة الإنسان ليست محلا لتعاقد وهذا العمل لا يتفق أن يكون جسم الإنسان تحت رحمة وسيطرة الطبيب الذي يمكن أن يتصرف بالمريض كما يريد، وأن هذا المريض موجود تحت حماية النظام العام .

لكن أصحاب الاتجاه القائل بالمسؤولية العقدية يرون أن الاتفاق الحاصل بين الطبيب والمريض لا يعطي الحق للطبيب المعالج أن يضر بالمريض، و أن مسألة النظام العام تقرر الحد الأدنى لالتزامات الطبيب اتجاه المريض .

[1] _ العطراق ناجية ، طبيعة التزام الطبيب طبقا للقانون المدني الليبي و الفرنسي، مجلة العلوم القانونية و الشرعية، العدد السابع، كلية القانون، جامعة الزاوية، 2015، ص 200 .

3 _ المهن الطبية : عندما يقوم المريض بالتعاقد مع الطبيب لعلاجه، فإنه يلتزم بعناية المريض بكل ما تفتضيه مهنة الطبيب ،و العلم من خلال بدل العناية اللازمة وفق ما هو مقرر في مثل حالة المريض ،و الموجودة في القواعد ، و الأصول العلمية لمزاولة المهن الطبية .

4 _ الخدمات التي يقدمها الطبيب لا يمكن تقديرها مديا: إن الطبيب يتلقى أجره ويلتزم بعمل يتفق مع قواعد المهن الطبية ومحل التزامه مشروع، وهو الالتزام بالعلاج المريض الذي يقع عليه بدفع الأجر المشار إليه في العقد، و هو الالتزام ببذل العناية وبتالي فإن مسؤولية الطبيب هي عقدية، لأن الاتفاق بين الطرفين أضاف شيئا جديدا للالتزام القانوني، لأنه بدون وجود العقد لا يحق للمريض أن يلزم الطبيب المعالج أن يقدم له العناية الطبية الازمة .[1]

الفرع الثاني

المسؤولية التقصيرية للطبيب

إن المسؤولية التقصيرية هي التي تترتب على ما يحدثه الفرد من ضرر للغير بخطئه[2]، وتقوم على الإخلال بالتزام قانوني واحد، وهو الالتزام بعدم الضرر [3].

يرى بعض الفقه أن الأخطاء التي يرتكبها الطبيب أثناء ممارسته لعمل الطبي إتجاه المريض، يستتبع مسؤولية الطبيب التقصيرية وليس العقدية. لأن التزام الطبيب في هذا الصدد هو بذل عناية لا تحقيق نتيجة.

[1] _ وائل تيسير محمد عساف، المرجع السابق، ص ص 11و 12 .

[2] _ حسين عامر،عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية (التقصيرية و العقدية)، الطبعة الثانية، دار المعارف، مصر، 1979، ص 11 .

[3] _ غدير نجيب محمود أبو الرب، المسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الفلسطيني، مذكرة لنيل شهادة درجة ماجستير في القانون، فرع : القانون ، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2010، ص 6 .

استندت الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية الى مجموعة من الحجج للإبعاد الطبيعة العقدية عنها، فمنهم من برر موفقته على أن حياة الإنسان ليست محلا لتعامل والتعاقد، ومنهم من ذهب الى أن المهنة الطبية ذات طبيعة فنية ينفرد بها الطبيب ويجهلها المريض فليس من العدل أن تكون مجالا للتعاقد، الجانب الآخر من الفقه يتمسك بأن قواعد المسؤولية متعلقة بالنظام العام الذي يوجب خضوع المخالف له الى قواعد المسؤولية التقصيرية، وآخرون ينفون الطبيعة العقدية للمسؤولية في حالة فقدان المريض للوعي، أو شخص عاجز لا يعرفه الطبيب ولا يمكن الاتصال بممثله القانوني تجعل من المستحيل الحديث عن التعاقد بين الطرفين، وكما يرى جانب آخر أنه إذا كان إخلال الطبيب بالتزامه يشكل جريمة فهذا يقضي تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية بغض النظر عن وجود عقد طبي [1].

أولا: عدم جواز التعامل بحياة الإنسان :

التعامل بحياة الإنسان هذا غير واقعي، لأن وضع المريض تحت السيطرة الطبيب يتصرف بجسمه كما يريد لا يجوز، وحياته وسلامته يحميها القانون والنظام العام واي شيء غير ذلك يخضع الطبيب بسببه للمسؤولية وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية[2] .

ثانيا : الطابع الفني والتقني للمهنة الطبية :

ليس من العدل أن تكون مجال للتعاقد للأنهاء معروفة فقط من جانب واحد اي من قبل الاطباء، فالعلم بالأمور الطبية تكون فقط للطبيب، والمريض الذي يعتبر من عامة الناس يجهل هذه

[1] _ بو خرس بلعيد، المرجع السابق، ص 6.

[2] _ وائل تيسر محمد عساف، المرجع السابق، ص 18 .

الامور، ولا يعلم عنها إلا القليل جدا. ومن هذا السياق فلا يمكن القول أن علاقة المريض بالطبيب هي علاقة تعاقدية ما دام الاول لا يتكافئ مع المركز القانوني والثقافي للطبيب [1].

[1] ـ بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قانون قواعد المسؤولية المدنية، رسالة لنيل شهادة الدكتورة، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص 130 .

ثالثا : اعتبارات النظام العام :

إن العلاج يتعلق بالمساس بأجساد الاشخاص ومصالح المجتمع، بمعنى المساس بالنظام العام. ومن ثم فهذه القواعد تكرس اكثر حماية للمريض المضرور من المسؤولية العقدية، خاصة عند غش الطبيب أو تدليسه مما يسمح للمريض بالحصول على تعويض كامل دون أن يتعرض لقيود وتحديات المسؤولية التقصيرية .

إن هذه الاعتبارات تجبرنا الى إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية وليس قواعد المسؤولية العقدية إذ أن العقد لا يبرر المساس بما هو من النظام العام، يبح عملا لم يوجزه القانون ولم يأذن به [1].

رابعا : فقدان الوعي وغياب الممثل القانوني للمريض :

هذه الحالة يكون فيها المريض فاقد الوعي أو في حالة الغيبوبة أو مصاب في طريق عام على إثر حادث خطير تجعل من المستحيل وجود علاقة تعاقدية بينه وبين الطبيب، لأن المريض غير قادر على التعبير عن إرادته بالقبول أو الرفض، ففي هذه الحالات يتدخل الطبيب بدون وجود اي اتفاق سابق بينه وبين المريض. وبالتالي لا يمكن التحدث عن المسؤولية العقدية، لأن الطبيب في حالة واجب قانوني وان الخروج عليه يترتب المسؤولية التقصيرية[2].

[1] _ بوخرس بلعيد، المرجع السابق، ص 144 .

[2] _ محمود موسى دودين، مسؤولية الطبيب الفردية عن أعماله المهنية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع : قانون ، كلية الدراسات العليا، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2006، ص 58 .

خامسا : الإخلال بالتزام يشكل جريمة :

إن كل جريمة جنائية نشأ عنها ضرر للغير توجب المسؤولية التقصيرية، تغلب الناحية الجنائية في الموضوع. الأمر الذي يقتضي تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية في شأن التعويض المدني. وهو ما يجعل مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية لا عقدية إذا وجد عقد بين الطبيب المعالج ومريضه فإن الجانب الجنائي هو جانب مستقل عن الإخلال بالتزام العقدي [1].

_ موقف القضاء:

لقد تتابعت قرارات محكمة النقض الفرنسية لاحقا، مؤكدة على الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الاطباء، التي تجد اساسها في قواعد المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في القانون المدني الفرنسي، وفقا للمدتين 1382و1383، وهذه القواعد واجبة التطبيق على كل شخص سبب ضررا للغير أيا كان مركزه أو مهنته، وأنه لا يوجد أي استثناء لمصلحة الاطباء.

إستمر القضاء الفرنسي يؤسس مسؤولية الاطباء على هذا الأساس، الى غاية 1936، مستخدما في تبريرها ذات التعابير الخاصة بالخطأ والإهمال و الرعونة، سار على خطاه غالبية القضاء العربي، كالقضاء الجزائري والمصري والمغربي والسوري واللبناني وغيرهم [2]، فقد أوردت المحكمة العليا الجزائرية في قرارها **(وحيث أن الضحية كان تحت مسؤولية المستشفى وقت وفاته، ومن ذاك فإن المسؤولية التقصيرية ثابتة وأن الخطأ المرتكب من طرف المستأنف**

[1] _ بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل المسؤولية المدنية المدنية، المرجع السابق، ص 130 .

[2] _ المرجع نفسه، ص 125 .

يتمثل، فيإخلاله بواجب القيام بإلتزام الرعاية والحماية، وهذا ما يجعله يتحمل تعويض الضرر الناجم عن وفاة المرحوم م.م)[1].

جاء في قرار آخر :« **حيث أن المدعي لم يأخذ بعين الاعتبار المرض الذي كانت تعاني منه الضحية من قبل، وآخر بتجريع دواء غير لائق في مثل هذه الحالة المرضية مما يجعل إهماله خطأ منصوص ومعاقب عليه بالمادة 288 من قانون العقوبات** » .[2]

استند القضاء الجزائري في أحكامه الى مجمل النصوص القانونية التي تتابع الطبيب عن إخلاله بالتزامه باليقظة والتبصر، وثبوت تقصيره أو إهماله. ومن ذلك النص الوارد في المادة 124 من القانون المدني[3]، وكذلك نص المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها تنص عما يلي:« **يتابع طبقا للأحكام المادتين 288 ،239 من قانون العقوبات، أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه، خلال ممارسة مهامه أو بمناسبة القيام بمهام، ويلحق ضررا بالسلامة البدنية للأحد الأشخاص أو بصحته، أو يحدث له عجزا مستديما، أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب بوفاته** »[4]. إضافة الى نص المادتين 288 و28 من قانون العقوبات الجزائري، وكذلك المواد 11، 14،17 من مدونة أخلاقيات الطب[5]

---

[1] _ قرار محكمة العليا : 2003/06/03، ملف رقم 06788، قضية (مدير القطاع الصحي لعين تموشنت) ضد (ورثة المرحوم م.م)، ن.ق، العدد 63، 2008، ص 391 .

[2] _ قرار محكمة العليا: 1990/05/30، ملف رقم 118720، قضية (ك.ج) ضد (ب . أ)، م.ق، العدد الثاني، ص 180.

[3] _ بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 126 .

[4] _ قانون رقم85 . 05 مؤرخ في 26 جمادي الثاني الأولى عام 1405 الموافق ل16 فبراير 1985 يتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، الجريدة الرسمية 08 لسنة 1985 معدل ومتمم بموجب قانون 17.90 مؤرخ في31 يوليو 1990 جريدة رسمية عدد 35 لسنة 1990 معدل ومتمم .

[5] _ بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 126 .

وكذلك المادة 10 منه تنص كما يلي: « **لا يجوز للطبيب و جراح الأسنان أن يتخليا عن استقلالهما المهني تحت أي شكل من الأشكال** » [1] يفهم من نص المادة 10 م. .ا. ط بأن المشرع الجزائري قد اتجه نحو فكرة ضرورة توفير الاستقلال التام للطبيب للالتزامات الملقاة على عاتقه، يجوز لمن تضرر من ذلك رفع دعوى قضائية أمام المحاكم وفقا للمادة 221 من ذات المدونة على أساس المسؤولية التقصيرية في الحالات التي يخالف فيها الطبيب بواجب قانوني [2].

وأمام هذا الطرح ظهر توجه جديد أسس المسؤولية المدنية الطبية وفق رؤية جديدة، حيث انتقلت من كونها تقصيرية الى اعتبارها عقدية تستند الى خطأ عقدي يرتكبه الطبيب. غير أن النظر لمعالم المسؤولية الطبية، يوحي لنا بمسار جديد قد سلكته هذه الاخيرة، بعيد عن التقسيم الثنائي التقليدي لها [3].

مسؤولية الموضوعية يقصد بها ثبوت مسؤولية الشخص بمجرد أن يصيب شخص ثاني الضرر، بغض النظر عن الخطأ الأول من عدمه، ما دامت صلته وعلاقته بالضرر قائمة.[4] في حين أكد القضاء الفرنسي هذا التوجه في اعتناق المسؤولية الموضوعية من خلال تحديد الأحكام القضائية، فقد قضت في قرارها بمسؤولية مجموعة من الاطباء نتيجة باستخدامهم أساليب الدعاية في ممارسة مهنتهم، مما يجعل هذا التصرف مخالفا لقواعد وأخلاقيات مهنة الطب، طبقا لما تقضي به المادتين 19و57 من قانون أخلاقيات الطب حيث يمثل صورا لدعاية الممنوعة

[1] _ مرسوم تنفيذي رقم 92 _276 مؤرخ في 6 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة رسمية عدد 39 لسنة 1992 .

[2] _ بوخرس بلعيد، المرجع السابق، ص 152 .

[3] _ بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 182 .

[4] _ المرجع نفسه، ص 194 .

والمنافسة غير المشروعة. وهكذا تتجلى أخطاء مدنية في حق هؤلاء الأطباء تربطها علاقة سببية بالضرر المطلوب بالتعويض عنه[1].

كما قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها أن قضاة الموضوع قد أصابوا صحيح القانون عندما قرروا الاستقلال المهني الذي تتمتع به القابلة في قيامها بعملها، بمقتضى المادة 10 من تقنين أخلاقيات مهنة القابلات الذي يجعلها تتحمل شخصيا مسؤولية ما يصدر عنها من أخطاء وذلك بمناسبة الإضرار التي لحقت بمولود أثناء عملية الولادة، دون أن يكون بإمكانها التحصن وراء علاقة العمل التي تربطها بإدارة المستشفى للتخلص من المسؤولية وإلقاء تبعتها على هذه الأخيرة[2].

بالنسبة للقضاء الجزائري فقد جاء في قرار حديث لمجلس قضاة تلمسان اعتماد الخطأ المهني كأساس للتعويض بعبارة صريحة وواضحة تؤكد التخلي عن التقسيم التقليدي للخطأ، حيث جاء في نص القرار:« **حيث أن الفقه والقضاء استقر حديثا على اعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية مهنية بالدرجة الأولى، بغض النظر عن طبيعتها تقصيرية أو عقدية، وسارت على هذا الكثير من التشريعات وأقامت عليها مسؤولية المدنية للطبيب لقواعد أخلاقيات المهنة. واعتبرت الخروج عن هذه القواعد بمثابة خطأ مدني يمكن أن تؤسس عليه دعوى التعويض**»[43].

[1] _ بن صغير مراد، اساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الممارسات الطبية، مجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، العدد 18، كلية القانون، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2017، ص 149.

[2] _ بن صغير مراد، مجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، المرجع السابق، ص 152.

[3] _ قرار مجلس قضاء تلمسان، الغرفة المدنية : 2015/01/12، ملف رقم 01984، قضية (ج.س.م) ضد (ك.م.ه)، قرار غير منشور نقلا عن : مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية المرجع السابق، ص 152.

إن المستقر والمجمع عليه من الفقه والقضاء الحديث أن الطبيب يلتزم اتجاه مريضه بالتزام محدد هو ضمان سلامته من الأضرار المستقلة عن المرض الذي لجأ الطبيب من أجله، وأن محل التزامه هنا هو تحقيق نتيجة، إذا يوجد ارتباط وتداخل كبير بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام بالسلامة[1] .

فالالتزام بالسلامة مقدر لحماية الحياة والسلامة البدنية لأحد المتعاقدين ... فهو ضمان لتحديد حماية الشخص الجسدية.

إن الالتزام بالسلامة لا يعني الالتزام بالشفاء المريض، بل المقصود منه هو واجب الطبيب أن لا يجعل المريض عرضة لأي أذى جراء ما يستعمله من أدوات وأجهزة، خاصة وأن التقدم العلمي والفني في المجال الطبي أدى الى استخدام آلات وأجهزة بما ينطوي عليه من مخاطر عديدة للمريض .

وعليه يقع على عاتق عيادة الطبيب أو المستشفى الالتزام بضمان سلامة الأغذية والأدوات المقدمة للمريض، ونفس الشيء بالنسبة للأجهزة والأدوات والتحاليل المستخدمة وكلها بغرض ضمان سلامة المريض الجسدية [2].

هذا التحول كرسه الاجتهاد القضائي الفرنسي، حيث حكمت إحدى المحاكم الفرنسية بمسؤولية الطبيب عن وفاة المريض أثناء الجراحة نتيجة تسرب الغاز من جهاز التخدير واشتعاله بسبب شرارة تطايرت من جهاز[1].

[1] _ بوخرس بلعيد، المرجع السابق، ص 160 .

[2] _ بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية المرجع السابق، ص 233 .

المطلب الثاني

مبادئ وشروط انعقاد المسؤولية المدنية للطبيب عن تفويت الفرصة

للإستحقاق التعويض عن ضرر تفويت الفرصة، ينبغي أن تتوفر فيه مجموعة من المبادئ والشروط حتى يكون مستحقا للتعويض، نظرا لتعلق الأمر بضياع أمل حقيقي وجدي بالحصول على مميزات مستقبلية، إذا ضاع هذا الأمل وأصبح مستحيلا بالفعل الضار الصادر من محدث الضرر[2]، وبالتالي فإذا تحققت هذه الأساس والشروط، ترتب عليها حكمها ألا وهو وجوب التعويض عن ضرر تفويت الفرصة. وفي هذا الصدد سنبين مبادئ التعويض عن ضرر تفويت الفرصة (الفرع الاول)، ثم سنتناول شروط العامة للانعقاد المسؤولية المدنية للطبيب (الفرع الثاني) .

[1] _ بوخرس بلعيد، المرجع السابق، ص 161 .

[2]– أحمد ياسر مسك، المرجع السابق، ص 66 .

الفرع الأول

مبادئ انعقاد المسؤولية المدنية للطبيب عن ضياع الفرصة

للتعويض عن ضرر تفويت الفرصة يجب أن يكون ضررًا مباشرا وشخصيا (اولا)، وأن تمثل الفرصة حقا مكتسبا أو مصلحة مشروعة للمضرور (ثانيا)، كما أنه لابد من الإحاطة بنطاق تطبيق ضرر تفويت الفرصة (ثالثا) .

أولا – أن يكون ضرر تفويت الفرصة مباشرًا و شخصيًا .

لابد من أجل جبر ضرر تفويت الفرصة يجب أن يكون ضررًا مباشرًا (1)، و بالإضافة الى ذلك أن يكون ضررًا شخصيا (2).

1 . أن يكون ضرر تفويت الفرصة ضررًا مباشرًا :

إن مبدأ التعويض عن فوات الفرصة يجب لتحققه أن يكون فوات الفرصة ضررا مباشرًا . يمكن القول إن ما يعد ضررًا مباشرًا وما ليس مباشر من المواضيع التي تعتريها بعض الصعوبات والغموض، حيث يرى البعض أنها مسألة ذوق وفطنة أكثر من أن تكون مسألة فقه وقانون، وأكثر من ذلك أنها مسألة وقائع يفصل فيها قاضى الموضوع تبعا لما يراه من ظروف محيطة في كل قضية على إنفراد [1] .

لذا يمكن القول أن الضرر المباشر إذا كان نتيجة للفعل المريض، فلو تعاقبت الأضرار والنتائج للفعل الواحد فلا يعتد إلا بالضرر المباشر[2]. والضرر المباشر إما أن يكون متوقع، أو غير متوقع، ويعتبر الضرر متوقعا إذا كان من الممكن التنبؤ بسببه ومقداره. وهذا ما أكده المشرع

[1]– منذر الفضيل، الوسيط في شرح القانون المدني(دارسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية العربية والاجنبية معززة باراء الفقه وأحكام القضاء)، دار ئاراس، العراق، 2006، ص 296 .

[2]– كحلون علي، النظرية العامة للالتزامات، مجمع الاطرش للكتاب المختص، تونس، 2015 ص 457 .

الجزائري على وجوب التعويض عن الضرر المباشر المتوقع في المسؤولية العقدية دون الضرر المباشر غير المتوقع الا في حالتي الغش والخطأ الجسيم، نظرا لكون المتعاقدين لم يتعاقدا إلا على أساس ما يتوقعه من العقد، أما في المسؤولية التقصيرية يكون التعويض عن الضرر المباشر المتوقع والغير المتوقع[1]، هذا ما ورد في نص المادة 182 من ق م ج المقابلة للمادة 221 من (ق م ف) :« **اذا لم يكن التعويض مقدار في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو للتأخر في الوفاء به، ويكون الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوفاه ببذل جهد معقول ... غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غش أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد**» [2] .

إن المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أم تقصيرية لا تعويض عن الضرر غير المباشر، بل التعويض يكون عن الضرر المباشر فقط على اختلاف المسؤوليتين[3]، وفي صورة ذلك سقوط احدى الات الطبيب الجراح على رئة المريض أثناء التدخل الجراحي، أو ترك مريض مخدر مما يترتب سقوط رجليه في حافظة ماء ساخن مما نجم عنه احتراقها، كما يسأل الطبيب

[1]– بوخرس بلعيد، المرجع السابق، ص 120 .

[2]– أمر 75_58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق ل26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد78،السنة 12، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، معدل و متمم، المرجع السابق .

[3]– السرطاوي علي، التعويض عن الضرر الأدبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع : القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ص 26 .

عن الأضرار المباشرة الناجمة عن نسيان قطعة من القطن أو أداة من أدوات الجراحة في بطن المريض[1].

يرى أيضا الاستاذ السنهوري الضرر المباشر، على أنه « **ما كان نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوفاه ببذل جهد معقول، وهو معيار يجمع بين الدقة والمرونة . أما الضرر غير المباشر فلا تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدث الضرر، فإن المدعى عليه ليس مسؤولا عنها كما يعتبر أنه الأذى الذي لا ينهض بينه وبين الخطأ المنسوب للمدعي عليه علاقة سببية، قد تتقطع عليه بعامل آخر مستقل عن إرادة الفاعل كالقوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المتضرر**»[2].

إذا كان في وسع المريض أن يتوقى فوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة ببذل جهد معقول من جانبه، فإن الطبيب لا يكون مسؤولا عن فوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، فلو ان طبيبا امتنع عن نجدة مريض في حالة حرجة، وتوفي هذا المريض، فإن الطبيب لا يكون مسؤولا عن فوات فرصة البقاء على قيد الحياة على المريض إذا مات، إذا كان لدى هذا المريض إمكانية الذهاب الى المستشفى لإسعافه ولكنه رفض ذلك.

ولذلك نجد أن محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 2 اكتوبر 1984 ،أقرت على أنه لا يوجد فوات فرصة يمكن تعويضه إذا كان الضحية بإمكانه منع حدوث فوات الفرصة التي يدعي خسارتها .

[1]– بوخرس بلعيد، المرجع السابق، ص 119 .

[2]– منذر فضيل، المرجع السابق، ص 296.

يلاحظ مما سبق، أن مسألة تفويت الفرصة كضرر طبي حتى يمكن التعويض عنه يجب أن يكون ضررًا مباشرًا فقط دون الضرر غير المباشر، بمعنى أن يكون نتيجة طبيعية للخطأ الطبي، ولا يكون في وسع المريض أن يتوقاه ببذل مجهود معقول [1].

[1]– مصطفي راتب حسن علي، التعويض عن فوات الفرصة ، دار الكتب القانونية، مصر، د. س. ن،ص757 .

2 . أن يكون فوات الفرصة ضررًا شخصيًا:

يكون الضرر شخصيا إذا أصاب الضرر طالب التعويض في ذاته أو ماله، ولا يمكن من حيث المبدأ بطبيعة الحال أن يطلب الغير التعويض شخصيا عن الضرر، وأن المتضرر ما زال على قيد الحياة . كما في حالة فوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، يجب على المضرور أن يثبت ما أصابه شخصيا من ضرر وإذا كان طلب التعويض بصفة آخرى، فالإثبات يكون للضرر الشخصي لمن تلقى الحق عنه من خلال صلة قرابة شرعية أو صلة رحيم [1].

لا يستطيع أي شخص مهما كانت صلته بالمريض المضرور أن يطالب بالتعويض عن فوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة سوى المضرور نفسه[2]. وهذا من تطبيقات قاعدة (لا دعوى بلا مصلحة).

فتقام دعوى يطلق عليها الدعوى الشخصية، فهي أيضا من حق الشخص غير مؤهل لرفعها كعديم الادراك أو ضعيف الادراك، أو لعاهة في عقله، أو لعارض من عوارض الاهلية، أو بفعل السن لأن هناك نائبا قانونيا عن المجنون أو المعتوه أو عديم التمييز[3]، وفي هذه الحالة نكون في صدد الضرر المرتد.

يعتبر الضرر المرتد تبعيا يتولد عن الضرر الاصلي في الحالة التي يمتد فيها هذا الأخير للأشخاص آخرين غير المضرور الاصلي، كالورثة في حالة وفاة المريض، أو الضرر الذي

---

[1]– إحسان علوّ، الأضرار التي تلحق بالمتهّم وعلاجها (دراسة مقارنة في الفقه والقانون)، دار الكتب العلمية، لبنان، 2019، ص 49.

[2]– مصطفي راتب حسن علي، المرجع السابق، ص 758 .

[3]– صديقي محمد امين عيسي، التعويض عن الضرر ومدى انتقاله للورثة، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2014، ص 235.

يصيب الزوجة أو الأولاد نتيجة العاهة المستدامة الناجمة عن خطأ الطبيب، إذا يحق لهؤلاء مطالبة الطبيب بالتعويض عن تسبب في فقدان معيلهم الوحيد أو عجزه[1].

والضرر المرتد يعتبر ضررًا شخصيًا لمن ارتد عليه، لقد اعترف القضاء للأرملة بالحق في التعويض عن فقد فرصة الاستفادة والتمتع بالمركز المرموق الذي كان سيشغله زوجها في المستقبل القريب فور تخرجه من كلية الطب، لولا تعرضه لحادث أودى بحياته.

كما أشرت محكمة النقض الفرنسية الى أنه يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر العادي أن يكون هناك اخلال بمصلحة مالية للمضرور، وأن يكون هذا الضرر محققا، فإذا أصاب الضرر شخص بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخص آخر، فلا بد من توفر حق هذا الغير ويعتبر الاخلال به ضررا قد اصابه، وبالعبرة في تحقيق الضرر العادي للشخص الذي يدعه نتيجة لوفاة آخر، هو أن يثبت أن المجني عليه كان يعوله فعلا وقت وفاته وعلى نحو مستمر ودائم، وأن فرصة الإستمرار على هذا الأساس، ذلك أن مجرد إحتمال وقوع ضرر في المستقبل لا يكفي للحكم بالتعويض[2] .

ثانيا- أن تمثل الفرصة حقا مكتسب أو مصلحة مشروعة للمضرور :

للتعويض عن فوات الفرصة يجب أن يمثل فوات الفرصة إعتداء على حق مكتسب للمضرور أو مصلحة مشروعة، وهو أن يقع الضرر على حق مكتسب قانونًا، أو على مصلحة مشروعة لا ترتقي إلى مرتبة حق ثابت، إلا أنها غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة [3].

[1]- بوخرس بلعيد، المرجع السابق، ص 121 .

[2]- مصطفى راتب حسن على، المرجع السابق، ص 759 .

[3]- صديقي محمد أمين عيسى، المرجع السابق، ص 230 .

إذ يتمتع الانسان بعدة حقوق يحميها القانون، كالحق في سلامة حياته، وجسمه، وسلامة ممتلكاته فالاعتداء على أي حق من هذه الحقوق يمنح للمضرور الحق في المطالبة بالتعويض شريطة أن يكون هذا الاعتداء قد انصب على مركز قانوني جدير بالحماية، مالم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك، وبالتالي يخول للمضرور رفع دعوي قضائية للمطالبة بتعويضه نتيجة الضرر الحق به [1] .

بتطبيق ذلك على ضرر تفويت الفرصة، فقد إعترف القضاء الفرنسي للوالدين بالحق في التعويض عن الضرر الأدبي والعادي الذي أصابها من جراء تفويت الفرصة في اللجوء الى الإنهاء المباشر للحمل. ولكن من جهة آخر المطالبة بالتعويض من طرف الوالدين من تفويت الفرصة للإجهاض الاختياري للحمل بسبب فشل عملية الاجهاض. فالقضاء الفرنسي سواء العادي أو الاداري قرار عدم أحقية الوالدين في هذه الحالة في الحصول على التعويض.

ويؤكد الفقه والقضاء على أن المشرع لم يعترف للأم بالحق في إنهاء المبتسر للحمل، حتى يجوز لها أن تشتكي من المساس به، ويبرر المطالب بالتعويض عن الحرمان منه، ذلك أن المواد (L.162.12، L.162.1) من تقنين الصحة العامة الفرنسي لم تقرر مثل هذا الحق في الإجهاض، بل إعترفت فقط بإمكانية اللجوء إليه في حالات ضيقة، ووفقا لشروط محددة وبوسائل

[1] ـ عباشة كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 44.

معينة، كما أن اللجوء إليه يجب أن لا يتعارض مع المبادئ الأساسية التي تتصل بإحترام الحياة الانسانية حتى قبل الميلاد[1] .

ويلاحظ أن القرارات القضائية والمؤيدة من الفقه تؤكد أن الضرر يجب أن يكون ماسا بحق مكتسب، أو على الأقل بمصلحة مشروعة يحميها القانون[2] .

أما في حالة إذا كان طالب التعويض، ليس هو المتضرر الأصلي فلا بد أن تكون هناك علاقة قانونية بين هذا المتضرر وبين طالب التعويض حتى يكون له الحق في طلب ذلك .

إذن فالمساس بهذه الحقوق وغيرها قد يسبب للمتضرر ضررا جسديا أو معنويا أو ماليا، وقد تجتمع هذه الأضرار معا في فعل ضار واحد، فإن الشروط الموجبة للتعويض يلزم تعويض المتضر، بجبر الضرر والمصلحة المشروعة تلغي المطالبة بالتعويض رغم التباين الموجود بين القوانين في تحديد هذه المصالح[3] .

ثالثا- نطاق الالتزام بالتعويض عن تفويت الفرصة .

نظرية ضياع الفرصة ليس لها تطبيق في المسائل الجنائية. هذا هو الطريق الذي اتخذته محكمة النقض في حكم 23 سبتمبر 1974 .

في الواقع لا يمكن تطبيق فقدان الفرصة في الامور الجنائية لأنه بحكم جريمة القتل الخطأ، يجب أن يكون الخطأ سبب الوفاة. مبدأ تمنع شرعية القانون الجنائي قياسا على القضية أنها لا تستهدف الى وجه التحديد، وبالتالي لا تقع ضمن نطاق منع القتل لا إرادي.

---

[1]- مصطفى راتب حسن علي، المرجع السابق، ص 300 .

[2] _ نضال عطا بدوي الدويك، التعويض عن الأضرار المادية المستقبلية الناجمة عن الإصابات الجسدية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، الاردان، 2016، ص 49.

[3]- منذر الفضل، المرجع السابق، ص 300 .

إن فرنسا تعرف نفس المبدأ، ولدى محكمة النقض الفرنسية في عدة أحكام قررت في نفس إتجاه المحكمة العليا في بلجيكا [1] .

الفرع الثاني

شروط إنعقاد المسؤولية المدنية للطبيب عن تفويت الفرصة

لا يكفي إصابة المريض بضرر ليتمكن من مطالبة المسؤول بإصلاحه[2]، بل لابد أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط العامة (أولا)، وآخرى شروط خاصة (ثانيا) .

أولا : الشروط العامة في المسؤولية المدنية

أ- شرط وجود الفعل الضار (الخطأ):

يعتبر الفعل (الضار) أحد شروط تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، وهذا لا يختلف في المسؤولية عنه في تفويت الفرصة، بما أن القاعدة العامة للمسؤولية هي الالتزام بتعويض الضرر المترتب على الإخلال بإلتزام الأصلي سابق، وهذا الإلتزام إما أن يكون مصدره العقد، أو أن الالتزام يجد سانده من نص قانوني، فإن حصل الاخلال به نهضت المسؤولية التقصيرية عن المسؤولية عن عمل الغير أو الفعل الشخصي[3].

ففي المسائل الطبية كثيرا ما يفقد المريض فرصة الشفاء من المرض أو البقاء على قيد الحياة دون أدنى خطأ من الطبيب المعالج، نظرا للإرتباطه إلى حد كبير بالظروف تبعد عن قدرة

---

[1] – LENTZ (Jeanne), co ntroverszs autour de la notion de perte d' chance envisagèe en tant que dommage, master en droit privè (aspects, europèens et intenationaux), facultè de droit et seienes politque et criminologie, Universite de liège, Belgique, 2018, p 18.

[2]– أحمد ياسر مسك، المرجع السابق، ص 66 .

[3]_ أماني أحمد علي الطراونة، اماني احمد الطراونة العويدي، جبر الضرر في فوات الفرصة و فقا للأحكام القانون والقضاء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع : حقوق، كية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الاردان، 2013، ص 2 .

الطبيب، وتتصل بعوامل خارجية عنه، كنوع و طبيعة المرض الذي يشكو منه ومدى خطورته، ما قد يلزم اجراؤه من عمليات جراحية، فالطبيب في هذا المجال يواجه مخاطر لم ينشئها ولا يدله فيها ويتحدد دوره في محاولة درء هذه المخاطر وتخليص المريض منها. لذلك نجد القضاء قبل أن يحكم بالتعويض عن فوات الفرصة لصالح المريض (المضرور) يقوم بإظهار خطأ الطبيب وإهماله في العناية الطبية [1] .

ومن التطبيقات القضائية على الفعل الضار أو الاضرار في ضرر تفويت الفرصة بتر ساق فتاة متقدمة لوظيفة جوية، والتعويض هنا يكون عن الضرر الجسماني نتيجة إهمال الطبيب المتمثل في فقد الساق، وهذا لا يمنع الفعل الضار نفسه يكون سببا في ضرر آخر هو ضرر تفويت فرصة التعين في الوظيفة المطلوبة على الفتاة التي تعرضت لبتر ساقها، وذلك في حالة ما إذا قام الطبيب ببتر ساق الفتاة وهي ليست بحاجة ضرورية إلى عملية البتر أو أن هناك طريقة أخرى كان يمكن للطبيب فيها معالجة الفتاة دون اللجوء إلى بتر ساقها[2] .

إذن فالفعل الضار في تفويت الفرصة مشابهة لأي فعل ضار آخر تطبق عليه القواعد العامة للمسؤولية المدنية، سواء كان الفعل الضار في المسؤولية العقدية أو في المسؤولية التقصيرية.

نظرا لعدم وجود أي مانع لتطبيق القواعد العامة للمسؤولية على الفعل الضار في محاولة لتأصيل نظرية التعويض عن ضرر تفويت الفرصة، نظرا لكون التعويض عن الأفعال الضارة محصورة في حدود ما الحقه بالمضرور حيث الإضرار نوعين : الإضرار المباشر والإضرار غير

[1]– يوسف زكريا عيسى أرباب، التعويض الناشئ عن تفويت الفرصة (أحكامه و تطبيقاته في الفقه الاسلامي و القانون)، د د ن، السوادن، 2011، ص 102.

[2]– أماني أحمد علي الطراونة، المرجع السابق، ص 24 .

المباش، فعندما يكون فعل محدث الضرر هو السبب الوحيد للضرر عندها يكون الفعل الضار أو الإضرار في تفويت الفرصة ضررًا مباشرًا.

في حين عندما يكون فعل محدث الضرر ليس هو السبب الوحيد في تفويت الفرصة على المضرور، وهذا لوجود فعل آخر تخلل بين فعل محدث الضرر والضرر الذي أصاب المضرور، عندها يكون الفعل الضار بالتسبب غير مباشر[1].

نظرية التعويض عن فوات الفرصة لم تثار في المجال الخطأ بل اثيرت في المجال الضرر المطالب بالتعويض عنه، ومدى إعتباره ضررا محققا، لذلك فإن كل فعل ضار يستوجب قيام مسؤولية مرتكبة يكفي للتعويض الضرر المترتب على فوات الفرصة [2] .

ب- مدى كفاية الضرر كأسس للتعويض عن فوات الفرصة .

قد يلتزم المسؤول بالتعويض دون الحاجة إلى إثبات الخطأ، حيث يظهر ذلك من خلال الحالات التي يتحمل فيها التعويض شخصا آخر غير من أحداث الضرر بفعله الخاطئ.

ففي التأمين من المسؤولية يستطيع المضرور بماله من حق مباشر بقدر التعويض الملتزم به، ونجد أيضا في حالات حوادث العمل التي يرجع العامل بحقه في التعويض مباشرة على الجهة الملتزمة بالضمان أو التأمين الإجتماعي.

قد يكتفي تعويض ضرر تفويت الفرصة دون حاجة الى فكرة الخطأ، فلا يتطلب الخطأ كأساس للتعويض ولكن يكتفي فقط بالضرر كأساس للتعويض، إلا أنه لا يكفي أي ضرر كان، بل

[1]- أحمد ياسر مسك، المرجع السابق، ص 76 .

[2]- يوسف زكريا عيسى أرباب، المرجع السابق، ص 102 .

يتعين أن يجد هذا الضرر مصدره في الاعتداء على مصلحة مشروعة، بمعنى أن يحميها القانون، بالإضافة إلى إنعدام الحق في إحداث هذا الضرر، بمعنى أن يكون قد وقع دون وجه حق[1].

ثانيا- الشروط الخاصة للتعويض عن تفويت الفرصة.

تفويت فرصة ضررًا له شروط خاصة يجب أن تتوفر عند التعويض عنه، وهي أن تكون الفرصة جدية و حقيقية (أ)، بالإضافة الى التحقق من التفويت المؤكد والنهائي للفرصة (ب) .

أ . تحقيق الضرر الفعلي والحقيقي:

من أهم الشروط التي يجب أن تتوفر للتعويض عن تفويت الفرصة، هو أن تكون الفرصة فعلية وحقيقية، والمقصود به أن يكون الضرر ثابتا على وجه اليقين، والتأكيد واقعا ولو في المستقبل، أي لا يكون افتراضيا ولا احتماليا، إنما يكون قد وقع فعلا[2]، ويجب الا يكون في صورة الوهم والخيال وبعيدة المنال والتحقق، فكلما ازدادت درجة احتمال تحقق هذه الفرصة، كلما كان الكسب مرجحًا .

كما انّ هناك حكم صادر عن محكمة استئناف باري، تتلخص واقعة بأنَّ: "هناك طفل ولد من الولادات القيصرية بعد الولادة لوحظ وجود اضطرابات على ساق الطفل اليسرى بسبب عدم ايصال الدم اليها، حيث انّ الطبيب بسبب خطئه في عدم الرعاية ووصف العلاج الصحيح، وتسرعه في اتخاذ القرار الذي لا رجعة فيه في بتر الساق لو تّم التصرف بشكل صحيح، لكن تسّرع الطبيب في قراره فوّت الفرصة على الطفل في الهروب من الوقوع في هذه الحالة ".[3]

---

[1]- مصطفى راتب حسن علي، المرجع السابق، ص 716 .

[2]- منذر فضيل، الوسيط في شرح القانون المدني، (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و القوانين المدنية العربية والاجنبية معززة بآراء الفقه و احكام القضاء)، دار ئاراس، العراق، 2006، ص 292 .

[3]- اسعد عبيد عزيز الجميلي، طلال سالم نوار الجميلي، المرجع السابق، ص 63 .

والضرر هنا لا يرد على كسب إحتمالي غير مؤكد، وإنما يرد على حرمان من فرصة تحقيق هذا المكسب. أي إذا كان الادعاء بذلك الضرر يعتمد على معلومات الشخص فإنه لا يعدّ تفويتا للفرصة، وإنما حرمان المدعي من فرصة جادة ومنطقية.

فتحقق الضرر هو المُعَوّل عليه فعلاً وتحدد مركز المضرور بصورة نهائية و ضاعت عليه الفرصة التي كان يأمل من ورائها الشفاء أو تجنب العاهة التي حَلت به، حيث أوقف المدعى عليه تطور الوقائع، والأحداث التي كان يمكن أن تكون مصدر أمل للشفاء، فوفاة المريض أو العجز الذي لحق به نتيجة فعل الطبيب أفقده الفرصة. [1]

فإذا أراد القضاء، أن يعوّض عن الفرصة الضائعة في مجالها الطبي، يتأكد من أنّ الكسب المأمول في الشفاء الذي كان ينتظره المضرور كان من الممكن أن يتحقق لو أنّ الفعل الضار لم يقع من جانب الطبيب [2]. ويتمثل في حرمانه من فرصة ووسيلة تحقق الكسب أو تجنب الخسارة ويشترط في هذا الضرر وجود الكسب المحتمل أو المرجع.

بالإضافة لوجود طرق وفرص مشروعة لتحقيق هذا الكسب وذلك بأن تكون هذه الفرصة جدية حقيقية، وأن تكون فرصة تحقيق هذا الكسب محتملا وليس نظريًا وأن تحقق هذا الإحتمال فرصة أقرب لليقين.[3]

[1]– هيمن حسين حمدامين، الضرر المعنوي والتعويض عنه في القانون والقضاء الاداري(دارسة تحليلية مقارنة)، المركز العربي، مصر، 2018، ص 42 .

[2]– طلال سالم نوار دحام الجميلي، فوات الفرصة في المسؤولية الطبية، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، مصر، 2019، ص 225 .

[3] – يوسف زكريا عيسى أرباب، المرجع السابق، ص 106 .

ففي حكم صادر عن المحكمة العليا، في الجزائر تتلخص واقعة بأنّ حملت المحكمة العليا المسؤولية للمرفق الصحي بالإهمال في العلاج في قرارها الصادر بتاريخ:1992/04/26 وبينت المحكمة العليا (الغرفة الادارية) قضائها على أساس تفويت فرصة الحياة أو الشفاء .

ويأخذ القضاء في الجزائر بالتعويض عن فوات الفرصة متي كانت الفرصة حقيقية وجدية ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية دون أن يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا.[1]

ب – الفوات المؤكد والنهائي للفرصة

لكي تتحقق فوات الفرصة بإعتباره ضررا محققا واجب التعويض، هو أن يتم التأكد من أن يكون الفوات المؤكد ونهائي للفرصة[2]. والمقصود بهذا الشرط أن الضرر يجب أن يكون ثابتا على وجه اليقين والتأكيد واقعا ولو في المستقبل، لا يكون إفتراضيا ولا أن يكون احتماليا، بمعنى أن يكون قد وقع فعلا.[3]

فالمضرور الذي يدّعي تفويت الفرصة عليه سواء في مجال العقد الطبي أو المجال التقصيري لا يكفي منه أن يثبت وجود العقد بينه وبين الطبيب في المجال العقدي، بل يكفي منه أن يثبت ضياع الفرصة عليه بفعل المدّعي عليه، بإثبات خطأ الطبيب، والضرر الذي لحق به والعلاقة السببية بين الفعل محدث الضرر والضرر، بفوات الفرصة عليه في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، أو تجنب العاهة المستدمة التي حلّت به بسبب مرتكبها.[4]

[1]– قرار محكمة النقض الفرنسية: 07/ 12/ 2004، نقلا عن : صديقي عبد القادر، المرجع السابق، ص 37 .

[2] – أماني احمد الطراونة العويدي، المرجع السابق، ص 35 .

[3] – منذر الفضيل، المرجع السابق، ص 292 .

[4]– طلال سالم نوار دحام الجميلي، المراجع السابق، ص 217.

نجد مثل عن تفويت المؤكد والنهائي للفرصة، هو عن أحقية طالب حرم من دخول إمتحان أو مسابقة بسبب حادث في مطالبة محدث الضرر بالتعويض عن التفويت المؤكد والنهائي لفرصته في التقديم لذلك الامتحان.

إن الأمر في تعويض ضرر تفويت الفرصة، لا يتعلق بتعويض المضرور عن النتائج المادية والأدبية التي كان سيحققها لو اشترك في الإمتحان بنجح فيه، لأن ذلك يتعلق بتحقق نجاح فعلاً وهو أمر غير مؤكد، إنما يتعلق الأمر فقط بتقرير أن الفرصة بحد ذاتها تساوي شيئًا ما، وهذا الشيء فقده المضرور نهائيًا.

وإذ كان الطالب لا يستطيع المطالبة بالتعويض، كما كان سيحققه من نجاح، لأن تحققه للنجاح غير مؤكد إلا أن حرمانه من دخول الإمتحان بسبب حادث أصابه ضررًا فعليًا يستحق التعويض عنه، وهذا الضرر حقيقي يساوي قيمة مالية، وحرمانه منها وعدم تعويضه عنها فيه ظلم له. [1]

المبحث الثاني

أركان مسؤولية الطبيب المدنية عن تفويت الفرصة الشفاء

نظرية فوات الفرصة تلعب دورا مهما في التصدي لظاهرة عدم التأكد في المجال الطبي، كونها تتعلق بحياة الانسان وجسمه.

وللأجل تفادي تهرب الطبيب من خطئه الثابت والشك الذي يهيمن على الموضوع رابطة السببية لجاء القضاء الفرنسي الى هذه النظرية، التي تقوم حل وسط، وتقوم على حصول المريض

[1]– احمد ياسر مسك، المرجع السابق، ص 53.

على تعويض[1].لذا ارتأينا لتقسيم هذا المبحث الى مطلبين :ندرس تفويت الفرصة الناجمة عن الأخطاء الإيجابية والسلبية في(المطلب الاول)، ونتناول ركن الضرر والعلاقة السببية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الخطأ الطبي في مجال تفويت الفرصة

وضع القضاء الفرنسي مبدأ مفاده أن كل خطأ طبي فني، إذا لم يكن السبب في إحداث الضرر النهائي، فهو على الأقل سببا في تفويت فرصة شفاء أو بقاء المريض على قيد الحياة.

ولقد طبق نظرية تفويت الفرصة على كل الأخطاء التي يرتكبها الطبيب [2] وهذه الأخطاء لها طابع فني منها الأخطاء الإيجابية في (الفرع الأول) والأخطاء السلبية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تفويت الفرصة الناجمة عن الأخطاء الإيجابية

قد يفوت الطبيب فرصة الشفاء على المريض أثناء إرتكابه خطأ في مرحلة التشخيص(اولا)، أو خطأ في مجال التوليد (ثانيا) أو أثناء نقل الدم الملوث في العملية الجراحية(ثالثا).

[1]– بوبكر أمزياني، (مسؤولية الطبيب عن تفويت الفرصة على المريض في ضوء القانون المغربي المقارن)، مجلة القانون والاعمال، العدد، 17، 2018، ص 135.

[2]– بوخرس بلعيد، المرجع السابق، ص 124

أولا- تفويت الفرصة في التشخيص

يعد التشخيص أول عملية إلتزام تقع على عاتق الطبيب بمجرد قبوله علاج المريض، أو هي مرحلة دقيقة يجب على الطبيب قراءة نتيجة الفحص الذي أجرى لحالة المريض قراءة صحيحة، مطبقا في ذلك القواعد الفنية والمعارف العلمية تطبيقا صحيحا دون التسرع في تكوين رأيه، لكون الخطأ في التشخيص المرض تكون نتيجته الطبيعية هي وصف علاج غير مطابق لطبيعة المرض، مما قد يؤدي لتفاقم المرض وتفويت الفرصة وتجنب المضاعفات التي قد تؤدي بحياة المريض[1].

إن الطبيب شأنه شأن غيره من أصحاب المهن الأخرى، قد يصيب وقد يخطئ، كما أن المظاهر قد تكون خداعة، فالأمراض قد يختلط بعضها بالبعض الآخ، لذا لابد من التمييز بينهما، وأن يكون لدى الطبيب الصبر وقوة الملاحظة والانتباه الشديد.

وسبب ذلك أن التشخيص هو فن تخميني يعتمد في ذاته على عملية الطبيب وخبراته وقدراته ومؤهلاته ومهاراته ودرايته، وهذا يختلف من طبيب لآخر، ولهذا ينبغي على الطبيب أن يشخص علة المريض بدقة وحكمة وتبصير على أساس من العلم والعناية وأصول المهنية .[2]

تعتبر محكمة قرو نوبل أول من طبقت نظرية فوات الفرصة في المجال الطبي بمناسبة خطأ الطبيب في التشخيص المرض، وذلك في حكمها الذي أصدرته في 24 أكتوبر1962 وقضت بالتعويض الجزئي للمريض، إذ قررت أن عدم تطبيق العلاج المستهدف من التدخل

[1]- أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسئولية المدنية للطبيب، دار الفكر والقانون لنشر والتوزيع، مصر، 2014، ص ص187 و188.

[2]- أسعد عبيد عزيز الجميلي، طلال سالم نوار الجميلي، المرجع السابق، ص56.

الطبي، نتيجة للخطأ في التشخيص، أدى إلى حرمان المريض بصفة مؤكدة، من فرصة حقيقية للشفاء .[1]

في سنة 1965، ولأول مرة، أيدت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 7 جويلية 1964 م والذي قضى بالتعويض للمريض على أساس فوات الفرصة في الشفاء، بحيث وإثر سقوط طفل بالغ من العمر 8 سنوات، أصيبت يده اليمني وشخصها الطبيب على أنها كسر في عظم العضد لم يؤدي إلى زحزحته وعالجه الطبيب وفق هذا التشخيص.

وبعد فترة، شعر الطفل بصعوبات عند تحريك يده فعرضه والديه على أطباآخرين، والذين شخصوا المرض على أنه ليس كسرا بل، مجرد خلع أصيب كوع طفل.

أقيمت دعوى على الطبيب فقضت المحكمة أنه ليس هناك علاقة سببية مؤكدة بين الخطأ الطبي والضرر الذي لحق بالطفل، لكن محكمة الاستئناف ألغت هذا الحكم، وقضت بالتعويض بحجة مفادها ثبوت قرائن خطيرة بما فيها الكفاية، جسيمة ومحددة ومنسجمة للاعتراف بأنها العجز الذي لحق بالطفل هو نتيجة مباشرة للخطأ الذي إرتكبه الطبيب، وقدرت مبلغ التعويض عن تفويت الفرصة في الشفاء بمبلغ 65000 فرنك فرنسي[2].

[1]– بوخرس بلعيد، المرجع السابق، ص 125 .

[2] . cass. 1ère civ, 14 déc . 1965/ cité in : صاحب ليدية، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، فرع: قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011،ص 16.

ثانيا- تفويت الفرصة في مجال التوليد

يترتب على إنعدام الرعاية أو الإهمال في نطاق التوليد، إلحاق ضررا بالمريض، الذي يتمثل في فوات الفرصة على الأم في الشفاء، وكذلك فوات الفرصة على الطفل في ولادته ليسما، في تجنب الولادة المعاقة التي يكون سببها الطبيب المعالج أو الجراح.

حيث أن الطبيب تقع عليه مجموعة من الالتزامات التي تفرض عليه أصول مهنة الطب، كمتابعة حالة المريض الصحية "الحامل" والجنين أثناء فترة الحمل والولادة، فإذا لم يقوم بهذه الأعمال، نتج عن ذلك ضررا من جراء تلك الأخطاء التي إرتكبها ويترتب عليها مضاعفات كثيرة[1].

عرضت إحدى القضايا على محكمة النقض الفرنسية أين أصيبت امرأة بنزيف دموي حاد بعد عملية وضع الجنين، الذي كان طفلها الثامن، لم يتوصل إيقافه بشكل نهائي، ورغم ذلك غادرت السيدة مستشفى الولادة عائدة إلي بيتها، وفجأة تدهورت حالتها الصحية بسبب النزيف الذي لم يتوقف، ثم توفيت.

قررت محكمة النقض الفرنسية أنه رغم عدم ثبوت علاقة السببية بين الخطأ الطبيب والوفاة إلا أنه تم تفويت فرصة الشفاء على الضحية، فقضت بمسؤولية الطبيب الإخصائي في الولادة الذي سبب بخطئه في الإشراف والتوجيه، ترك المريضة تعاني من النزيف الحاد وما رفقته وتمخض عنه الأنيميا وفقر الدم مما أودى بحياتها، فلذلك فإنه يسأل عن حرمان المريضة من هذه الفرصة يلزم بالتعويض[2].

[1] ـ بوخرس بلعيد، المرجع السابق، ص 127 .

[2] . cass . 1ereciv, 25 mars 1971.cité in : صاحب ليدية، المرجع السابق، ص 17

ثالثا- تفويت الفرصة في مجال نقل الدم

إن عملية نقل الدم تكتسي أهمية بالغة، ذلك أن الدم كان ولازال سببا من أسباب الحياة فمن فقد دمه فقد حياته، لهذا تعتبر عملية نقل الدم وسيلة نجاة وإنقاذ حياة من فقد كمية من دمه[1].

غير أن هذا العامل لإنقاذ البشرية أصبح خطرا يهدد الحياة البشرية في نفس الوقت فأصبح في الوقت الراهن عامل لنقل ونتشار واسع لأمراض خطيرة بين الآدميين[2].

قد تنجم عن عمليات نقل الدم، عدة أضرار تلحق بأحد أطراف عملية نقل الدم، فتقوم مسؤولية، إما الطبيب المشرف على عملية نقل الدم أو المستشفى بإعتباره متبوعا مسؤولا عن فعل تابعيه، أو مراكز الدم على حساب كل حالة، و قد تجتمع المسؤوليات كلها.

ومن بين أهم الأضرار الذي قد يصاب بها المريض من جراء عملية نقل الدم، إصابته بعدوى نقص المناعة أو إصابته بفيروس إلتهاب الكبد الوبائي من نوع ب، فهذا المرض يشكل من الخطورة ما دفع بالمشرعين إلى إلزامية البحث عن هذا الفيروس قبل أي عملية تبرع وهو يتمثل في إلتهاب حاد يصيب الكبد فيؤدي في الغالب إلى تدميره أو إصابته بالسرطان الذي ينتهي بالمريض حتما إلى الموت [3].

أول حكم يصدر عن المحكمة النقض الفرنسية ،معتنقا عن تفويت الفرصة هو الحكم الصادر بتاريخ 1965/12/14 حيث قضت محكمة بأن(مجرد وجود قرائن تكشف عن أي ضرر الذي أصاب المريض كان نتيجة الخطأ الطبيب ولو لم تثبت علاقة السببية بين الخطأ الذي نسب

[1] –زهدور كوث، المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، فرع : قانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2013، ص 151 .

[2]– وفي خديجة، المسؤولية المدنية والجنائية عن عملية نقل الدم، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص علوم قانونية، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2016 ص 7 .

[3]– زهدور كوثر، المرجع السابق، ص 299.

إليه والضرر الذي لحق بالمريض، كافي لتقدير مسؤولية الطبيب، ويكون للقاضي أن يقدر التعويض الجزئي المناسب على أساس أن هذا الخطأ قد فوت على المريض فرصة الشفاء و التي يقدر القاضي إحتمالات حدوثها) [1].

الفرع الثاني

تفويت الفرصة الناجمة عن الأخطاء السلبية

قد يفوت الطبيب الجراح فرصة الشفاءعلى المريض إذا إمتنع عن الإستعانة بطيب التخدير أثناء العمل الجراحي (اولا)، أو في حالة عدم إجراء الفحص التمهيدي(ثانيا) أو في حالة عدم الإستعانة بطبيب أخصائي في مجال التوليد(ثالثا).

أولا- عدم الاستعانة بطبيب التخدير وفوات الفرصة

إن طبيب التخدير له دور مهم ولا يمكن الإستغاء عنه، كونه يسهل العمليات الجراحية حتي لا يشعر المريض بالآلام التي تصاحبها، لذا كان الاستعانة بطبيب التخدير أثناءها على درجة كبيرة من الأهمية، إذ يتدخل قبل العملية لتخدير المريض ومساعدته بعدها على صحوته واستعادته لوظائفه الحيوية .

في إحدى القضايا، أين خدر الطبيب مريضه تخديرا كاملا بالصدمة الكهربائية، نتج عن ذلك التوقف الفوري لقلب المريض ووفاته، ويتمثل خطأ الطبيب في عدم استعانته بطبيب التخدير

[1] – cass . civ, 14 dècembre 1965,cité in : وفي خديجة، المرجع السابق، ص118.

كما تقضيه الأصول الفنية. فلا يمكن القول على وجه اليقين أن ذلك الخطأ هو سبب موت المريض، ولكنه يعتبر مع ذلك سببا في تضييع فرصة بقاءه على قيد الحياة[1].

ومن تطبقاته القضائية، قضية المعروض أمام محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 27 جانفي 1970، إثر قيام جراح التجميل أثناء إجراء عملية التجميل بتخدير المريضة بنفسه تخديرا موضعيا (جزئيا) دون الإستعانة بطبيب تخدير إختصاصي، وفي أثناء إجراء العملية وقبل انتهاءها إنتاب المريض بعض التشنجات المقترنة بتوقف القلب عن عمله، مما أدى إلى وفاته المفاجئ .

رفضت محكمة النقض بتاريخ 27 جانفي 1970 م الطعن المقدم من الطبيب على أساس عدم وجود علاقة سببية، وأيدت بذلك قرار الاستئناف، وقررت أنه : « يمكن أن يثار الضرر بمجرد تضييع فرصة كانت موجودة، فالجراح بعدم ضمان التدخل السريع لطبيب التخدير، حرم المريضة المتوفاة من فرصة البقاء على قيد الحياة، إثر هذا الإهمال ويلتزم بالتعويض عن هذا الضرر تجاه والدة المريضة .... »[2].

ثانيا- تفويت الفرصة وعدم إجراء الفحص التمهيدي

يتعين على الطبيب أو الجراح، قبل مباشرة التدخل الطبي العلاجي أو الجراحي إجراء بعض الفحوصات التمهيدية الضرورية للتأكد من الحالة الصحية للمريض.

فالقاعدة العامة المستقر عليها أن عدم قيام الطبيب بإجراء الفحوص الطبية التمهيدية المطلوبة يعد إهمالا في جانبه ويكون مسؤولا عن الضرر الذي يصيب المريض، فيلتزم الجراح قبل

[1] _ صاحب ليدية، المرجع السابق، ص 17.

[2] _ cass. 1ére civ, 27 jan. 1970, cité in :57 عباشة كريمة، المرجع السابق، ص

إجراء العملية الجراحية بإخضاع المريض للفحص الشامل تستدعيه حالة المريض وتقتضيه طبيعة الجراحة المقبلة.

لا يقتصر الفحص على الموضع أو العضو الذي سيكون محلا للعملية ، و إنما يشمل الحالة العامة للمريض وما يمكن أن يترتب من نتائج سلبية على التدخل الجراحي .[1]

ومن تطبيقاته القضائية نجد نزاع عرض على الاستئناف " أكس " "AIX " التي قضت بمسؤولية الجراح المدنية، و إلزامه بتعويض أرملة المتوفى عما أصابه من ضرر مرتد .

فقررت المحكمة أنه يجب على الجراح القيام بالفحوصات الأولية قبل إجراء العملية التي جرت عادة الأطباء الأخصائيون على القيام بها قبل الإقدام على أي تدخل علاجي أو جراحي، ويشكل هذا الإمتناع خطأ ثابتا لا شك فيه، وإن هذا الخطأ قد حرم المريض من فرصة البقاء على قيد الحياة، وهذا وحده يكفي للحكم بالتعويض.

كما قضت محكمة النقض الفرنسية برفض الطعن المقدم أمامها من الطبيب ضد قرار محكمة«أكس » بتقريرها بتاريخ 18 مارس 1969 م « ومع أنه لم يقم الدليل على أن وفاة المريض كانت نتيجة هذا الخطأ الثابت من جانب الطبيب، إلا أنه على الأقل قد حرم المريض من فرصة البقاء على قيد الحياة وهذا وحده كافي للحكم على الطبيب بالتعويض»[2].

[1] _ بوخرس بلعيد، المرجع السابق، ص 131 .

[2] – cass. 1ére civ , 18 mars 1969, cité in : بوخرس بالعيد، المرجع السابق، ص 132 .

المطلب الثاني

الضرر في ضياع فرصة الشفاء وافتراض رابطة السببية

إن فوات الفرصة فكرة تعكس مفهوما واضحا محددا، فهي عبارة عن صورة أو شكل من أشكال الضرر موضوعه ضياع فرصة كانت موجودة، وهو بمثابة إحتمال غير مؤكد وغير مفترض في الوقت نفسه[1].

وللتعويض عنه يتعين توفر ثلاثة أركان الفعل الضار، والضرر (الفرع الأول)، والعلاقة السببية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف ضرر تفويت فرصة

للإعطاء صورة واضحة عن ضرر فوات فرصة سوف نتناول مفهوم تفويت الفرصة (أولا)، وتمييزها عن غيره من المفاهيم القانونية (ثانيا).

اولا . مفهوم تفويت فرصة

ا- تعريف تفويت فرصة لغة

إن مصطلح تفويت الفرصة مكون من فوت، فرصة.

فوت: فاتَ / فات في يفُوت، فُتْ، فَوْتًا، فهو فائت، والمفعول مَفُوت(للمعتَّدي) .

فات الأمرُ : مر ومضى، ذهب وقت فعله، إنقضى " فاتت الصلاة / . الفرصة . رُبَّ رَيْثٍ يُعقِب فوتًا."[2]

أما الفرصة:

---

[1] _ اسعد عبيد عزيز الجميلي، طلال سالم نوار الجميلي، المرجع السابق، ص53

[2]- احمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، 2008، ص 1749

(فرص): الفُرْصةُ: النُّهزَةُ والنّوْبةُ، والسين لغة، وقد فَرَصَها فَرْصًا وافْتَرَص وتَفَرّصها: أصابها، وقد افْتَرصْتُ وانتهزّت . وافْرصتك الفُرْصةُ: أَمْكنَتْكْ . وأَفْرَصتْنى الفُرْصةُ أي أَمْكنَتْني، وافْتَرَصْتُها : اغتنمتُها. ابن الاعربي : الفَرْصاءُ من النُّوقِ التى تقوم ناحيةٌ فإذا خلا الحوضُ جاءات فشريت، قال الازهري: أُخِذَت من الفُرْصة وهي النّهْزَة. يقال : وجد فلان فُرْصةُ اي نهزة . وجاءت فُرْصتُكَ من البئر اي نوبتك. وانتَهَزَ فلانٌ الفِرْصةُ والفرِيصة، الأَخيرة عن يعقوب : النوبة تكون بين القوم يتناوبونها على الماء في أظمائهم مثل الخِمْس والرّبْع والسّدْس وما زاد في ذلك، والسين لغة ؛ عن ابن الاعرابي. الأصمعي: يقال: إذا جاءات فُرْصَتُك من البئر فأذل، وفُرْصتُة : ساعتهُ فيها. ويقال: بنو فلان يتَفارَصُون بئرهم أي يتناوبُونها. الأموي : هي الفُرْصة والرّفْصة للنوبة تكون بين القوم يتناوبونها على الماء. الجوهري: الفُرْصة الشَّرْبُ النوبة. والفريصُ : الذي يُفارِصُك في الشَّرْب والنوبة. وفُرْصةُ الفرس: سجيّتُهُ سَبْقُه قوّته .[1]

ب- تعريف فوات الفرصة اصطلاحا

تعريف الفرصة بأنها : الطريقة التي يتوقف عليها تحقيق واقعة ما، فهي طريقة من طرق حدوث واقعة قدرية، أي واقعة احتمالية تقع إثر تحقيق شروط غير معلومة وغير معروفة مسبقا، وفقا لقدرية الحوادث، وإمكانية تحقيق أمر ما وإحتماله. [2]

كما يقصد بها أيضا: أنها وسيلة أو طريقة كانت مهيئة لتحقيق ما كان يأمله المضرور من كسب نهائي، وضياعه بفعل المدعي عليه بصورة أكيدة ونهائية للفرصة، مما يلحق به ضررا محققا،

[1]-جمال الدين ابي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الانصاري الافريقي المصري، لسان العرب، الجزء السابع، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009، ص 71 .

[2]- حمدي ابو النور، (الاطار القانوني للمسؤولية المدنية للطبيب)، مجلة المعيا ، الجزء 1، العدد 2، 2013، ص5.

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

كما ذهب رأى أخر الى تعريف ضرر تفويت الفرصة على أنه حرمان الشخص من فرصة كان يحتمل أن تعود عليه بالكسب[2]، إذا كانت الفرصة أمرا محتملا فإن تفويتها أمر محقق ولا يمنع القانون من أن يحسب في الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب ما دام لهذا الأمل أسباب مقبولة .[3]

ثانيا :تمييز الفرصة عن غيره من المفاهيم القانونية

ا- تمييز فوات الفرصة عن الفرضية :

تمييز فوات الفرصة عن الفرضية فيما يلي:

يعتبر عنصر الصدفة الوجه المشترك بين فوات الفرصة والفرضية، إلاّ أن الفرضية لا يمكن إثبات تحققها بدلا من فرضية أخرى، أما الفرصة فهي من مجال الإحتمالات، إلا أنها تجعل الضرر أكيد محققا بإسناد نسبة معينة من إحتمال تحققها من عدم ذلك، لكن عندما يكون هذا الضرر مجرد فرضية، فرغم وجود إمكانية تحققه، إلا أن ذلك يبقي أمرًا إفتراضيا .

أما الوجه الآخر للإختلاف هو أن الفرصة كلما كان إحتمال تحققها إحتمالا كافيا، يشكل فواتها ضرر محققا واجب التعويض عنه. أما الفرضية فهي مجردة من هذه الميزة، بحيث أنه إذا أصبح تحققها أمرًا مستحيلا، فإنّ الشخص الذي كان يأمل في تحقيقها لم يضيع في الحقيقة أمرًا

[1]- طلا سالم نوار دحام الجميلي، المرجع السابق، ص 35 .

[2]_ فاطمة الزهراء منال، مسؤولية التخدير المدنية(دراسة مقارنة)، دار الثقافة، الاردن،2012، ص 248.

[3]- محمود عزمي البكري، دعوى التعويض، دار محمود للنشر و التوزيع، مصر، 2017، ص 192 .

بقدر من الأهمية، وبالتالي لا يمكن طلب التعويض هذا الضياع، ما دام أن الضرر المترتب عنه ما هو إلا ضررا إفتراضيا[1] .

ب- تمييز فوات الفرصة عن الضرر المحتمل

الضرر الإحتمالي هو ذلك الضرر الذي لم يقع ولا يمكن التحقق من أنه سيقع، فالأمر في شأنه متردد بين إحتمال الوقوع وعدمه. وهذا النوع من الضرر لا يكون محل التعويض[2]، لأنه يحوم حوله الشك والريب.[3]

لقد ميزِّ القضاء الفرنسي بين ضياع الفرصة ومجرد الإحتمال في ذلك، فقد رأى مستقيا 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 أحيانا ما بين الضرر المحتمل غير المؤكد الذي قد يقع أو لا يقع و الذي لا يجوز التعويض عنه و بين فوات الفرصة في الشفاء أو الحياة[4]. لكونه ضرر مستقبلي غير مؤكد الوقوع، وبسبب تعذر تحديد تاريخ وتقدير التعويض عنه[5].

فلا يمكن لأحد أن يؤكد نجاحه نهائيا وعلى هذا فلا يستطيع المضرور أن يطالب بالتعويص عما سيحقق من نجاح، وإنما يجب الإنتظار لحين وقوعه . لذلك لا يعوض عن الضرر الإحتمالي نظرًا للإحتمال وجوده وإنعدمه.

---

[1]- صاحب ليديا، المرجع سابق، ص ص91 و92 .

[2]- حسين عامر، عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية (التقصيرية والعقدية)، الطبعة الثانية، دار المعارف، مصر، 1979، ص 336 .

[3]- الجربي سامي، شروط المسؤولية المدنية (في القانون التونسي و المقارن)، مطبعة التسفير الفني، تونس، 2011، ص 440 .

[4]- صديقي عبد القادر، المرجع السابق، ص 36 .

[5]- احمد ياسر مسك، المرجع السابق، ص 58 .

كما لا يجوز تحميل مرتكب الضرر تبعة نتيجة قد لا تقع. ولكن يستطيع المطالبة بالتعويض عن فرصة محقق الوقوع [1]، لأنه إذا كانت الفرصة أمر محتمل فإن تفويتها أمر محقق.

يقول القضاء الإداري المصري، "أن يكون مدى تعويض بمقدار الضرر الواقع فعلا على أساس الثابت لا على افتراض أموار محتملة قد لا تحمل، إذ يجب لصحة الأحكام أن تبني على الواقع لا على الفروض والإحتمالات".[2] بمعنى هذا الضرر الاحتمالي يتوقف تحققه أو تخلفه على النتيجة التي تتم التوصل اليها .

ج- تمييز تفويت فرصة عن الضرر المرتد

الضرر المرتدّ أو الضرر بالتبعية أو الضرر المنعكس دوال واحد ،وهو ما يلحق الشخص من ضرر مباشر نتيجة الإصابة اللاحقة بغيره [3]، وقد يقع على حق من حقوقه المشروعة ويلحق به الأذى أو الخسارة، أوقد يقع على مصلحة مشروعة يقرها القانون ولا تخالف قواعد النظام العام والأدب العامة.

وكما يذكر البعض بأنه ضرر شخصي وله طابع مستقل[4]. أو هو ضرر أصاب شخص عن طريق شخص آخر، فهو يفترض أن الفعل الصادر قد ألحق بشخص ضرر أصليا عاد على شخص آخر بضرر مرتد .

لذا يمكن القول أن الفرق بين تفويت فرصة والضرر المرتد، يكمن من خلال العلاقة السببية، فالضرر المرتد العلاقة السببية تكون بين الفعل الضار والضرر بالتبعية ما بين محدث

[1]- أماني أحمد الطراونة العويدي، المرجع السابق، ص 12 .

[2]- هيمن حسين حمدامين، الرجع السابق، ص 41 .

[3]- نور الدين قطيش محمد السكارنة، الطبيعة القانونية للضرر المرتد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، 2012، ص 27 .

[4]- منذر الفضيل، المرجع السابق، ص 304 .

الضرر والمضرور. بينما في ضرر تفويت الفرصة فإن العلاقة السببية تكون بين الفعل الضار والضرر بالترجيح .[1]

الفرع الثاني

العلاقة السببية بين الخطأ الطبي و تفويت الفرصة

لتفسير هذه العلاقة بين الخطأ الطبي وضرر تفويت فرصة، إرتأينا إلى دراسة النظريات الفقهية التي تفسير تعويض ضرر تفويت الفرصة(أولا)، ومن ثم دراسة حالة عدم وجود رابطة تبعية بين خطأ الطبيب وضرر فوات الفرصة(ثانيا) .

أولا : نظرية الرابطة السببية في إطار تفويت فرصة

ا – نظرية تعادل الأسباب

1 . مضمون نظرية تعادل الأسباب :

يعود تأسيس هذه النظرية إلى الفقه الألماني **(فون بيري)** وتتلخص هذه النظرية بالقول بأن جميع العوامل التي تتضافر لإحداث النتيجة تعد متعادلة، ومسؤولة عن النتيجة، مهما كان العامل في إحداث النتيجة بعيدًا، سواء كان مألوفًا أم نادرًا أو يرجع إلى فعل الإنسان أو إلى فعل الطبيعة[2]. ولو ساهمت بقسط ضئيل[3]، لأن لولا الفعل الأصلي لما حدثت الأفعال اللاحقة وأدت

[1]– احمد ياسر مسك، المرجع السابق، ص 63 .

[2]– عبد الرزاق السنهواري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري (مصادر الالتزام : العقد، العمل غير المشروع، الإثراء بل سبب)، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1952، ص761 .

[3]– منصوري عمر المعايطة، المسؤولية المدنية (في القانون التونسي و المقارن)، مطبعة التسفير الفني، تونس، 2011، ص 62 .

إلى النتيجة النهائية الضارة، فلا بد إذا من إعتبار هذا الفعل مصدار لكل ما ترتب عليه من نتائج[1].

ومن تطبيقات القضائية لهذه النظرية نجد قرار لمجلس الدولة الجزائري: « **وحيث أن الثابت من أوراق الملف ومن الخبرة التي أجريت على الضحية تؤكد أن هناك علاقة بين مصل اللقاح والضرر الذي أصاب القاصر لكون اللقاح غير سليم، وهذا يعود إلى أسباب متعددة وليس بالضرورة إلى خطأ الممرضة، وهذا ما يجعل مسؤولية المرفق العام قائمة لأنه لم يأخذ الحيطة اللازمة».**[2]

ما يعاب على هذه النظرية أنها تؤدي إلى إرهاق المضرور وضياع حقه[3]، فهي بعد أن أقرات التعادل أو المساواة بين الأسباب والعوامل التي ساهمت في إحداث النتائج، عادت وإختارت من بينها سبب وحيدًا تلقى على صاحبه كامل عبئ أحداث النتيجة، وهو ما يصفها بالتناقض وعدم الواقعية.[4]

2. أسباب عجز نظرية تكافؤ الأسباب تبرير التعويض عن فوات الفرصة:

حاولت نظرية تعادل الأسباب تبرير التعويض عن فوات الفرصة، إلا أنها عجزت عن ذلك. لكون نظرية تعادل الأسباب تقوم على صفة اليقين والتأكيد، بمعنى أن أي سبب منها هو الذي أحداث الضرر، ويكون المسبب بهذا الوصف أن الضرر لم يكن ليقع لولاه، وهذا ما لا

[1]– منصوري جواد، توجهات المسؤولية المدنية الطبية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، الفرع : الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جمعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص 37 .

[2]– قرار مجلس الدولة بتاريخ 2007/03/28، قضية (مدير القطاع الصحي بعين تادلس م.م و من معه، ن.ق، العدد 63، الديون الوطني للاشغال التربوية، 2008، ص 409، نقلا عن : بن صغير مراد، المرجع السابق، ص 147 .

[3]– وائل تيسير محمد عساف، المرجع السابق، ص106 .

[4]– منصوري جواد، المرجع السابق، ص 39 .

يمكن قبوله مع فوات الفرصة، التي تتضمن عنصر الإحتمال، بحيث لا يمكن القول على وجه اليقين أنه لولا خطأ الطبيب لشفي المريض[1].

ب- نظرية السبب المنتج

1 . مضمون نظرية السبب المنتج:

ترجع مبادئ هذه النظرية إلى الفقه الألماني **(فون كريس)**، وتم تعادلها على يد فقهاء آخرين منهم **(روملين- تراجر)**[2]، وتتخلص هذه النظرية بالقول يجب التميز بين الدور السببي، لأنها تبدا من منطق آخر يقوم بالتفرقة بين العوامل التي تضافرت في إحدث النتيجة[3]، السبب المنتج و السبب العارض، وهذا الأخير حسبها يطرح جانبا ولا يؤخذ به،

بينما السبب المنتج يعد سبب حقيقي وفقا للمجرى العادي للأمور في إحداث الضرر بل يجب أن يعتبر الفعل قد أسهم في إحداثه[4]، أي هناك أسباب منتجة أصلية وأخرى عارضة لا تكفي للإحداث الضرر .[5]

أما موقف المشرع الجزائري بشأن نظرية السبب المنتج، نجد له موقف من خلال ما جاء في أحد قرارت المحكمة العليا (حيث أن الطبيب لم يأخذ بعين الإعتبار المرض الذي كانت تعاني

[1]- صاحب ليديا، المرجع السابق، ص 25 .

[2] _ فاطمة الزهرة منار، مسؤولية التخدير المدنية، دار الثقافة، الأردان، 2012، ص260.

[3]- قوادري مختار، المرجع السابق، ص 210 .

[4]- بن دشاش نسيمة، المسؤولية المدنية للطبيب في المستشفيات العامة، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، فرع: عقود و مسؤولية، الجامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، 2013، ص 73.

[5]- منذر الفضيل، المرجع السابق، ص 345 .

منه الضحية من قبل، وأمر بترجيح دواء غير لائق في مثل هذه الحلة المرضية، مما يجعل إهماله خطأ منصوص ومعاقب عليه بالمادة المرضية 288 من قانون العقوبات).[1]

إنتقدت هذه النظرية على اساس المفاضلة بين المسبب للضرر، حينما يشارك اكثر من شخص في إحداث الضرر، وليس في الدور السببي لسلوك كل منهم. و رغم الانتقادات المواجهة لهذه النظرية، الا أنها لاقت تأييدا واسعا من قبل الفقه والقضاء.[2]

2 . عدم كفاية نظرية سبب المنتج عن تبرير تعويض عن تفويت فرصة:

تعتبر النظرتين السبب المنتج ونظرية فوات الفرصة، حالتين تشتركان في القول على أن الخطأ الطبي هو السبب الحقيقي لوقوع الضرر، بالإضافة إلى الإعتماد على معيار التأثير السببي للعوامل المختلفة التي إشتركت في تحقق الضرر عند تقدير التعويض إستنادا إلى العلاقة السببية المباشرة بين الخطأ والضرر.

إذا القاضي عند تقديره للتعويض الجزئي، يقوم بالمقارنة بين التأثير السببي لخطأ الطبيب الذي حرم المريض ومدى قابليته للشفاء بالنظر إلى درجة تقدم المرض.[3]

إلا أنه هناك إختلاف بين النظرتين، من حيث أن نظرية فوات الفرصة لا يمكن أن تعتمد على ترجيح بين الأسباب التي أدت إلى وقوع الضرر، لأنه قد لا يعبر بالضرورة عن واقع حال العلاقة السببية بين الفعل الضار وضرر فوات الفرصة[4].

---

[1]– قرار محكمة العليا بتاريخ 1995/05/30 ملف رقم 118720،نقلا عن: منصوري جواد، المرجع السابق، ص 61 .

[2]– قوادري مختار، المرجع السابق، ص 210 .

[3]– صاحب ليديا، المرجع السابق، ص 27 .

[4]– أحمد ياسر مسك، المرجع السابق، ص 81 .

بينما نظرية السبب المنتج تقسم الأسباب المتظافرة قبل وقوع الضرر إلى أسباب منتجة وأسباب عارضة، حيث يكون السبب المنتج هو السبب المؤدي إلى حدوث الضرر، أما الأسباب العارضة لا تؤثر على قيام فعل الضار.[1]

ونجد أيضا إختلاف حول إستعمال عنصر الإحتمال، فنظرية السبب الملائم تستعمل الإحتمالات للوصول إلى اليقين حول العلاقة السببية التي تربط الخطأ بالضرر أي السببية يقينية، وفي حالة تعذار ذلك تلجاء إلى الإحتمال المرجح[2].أما نظرية فوات فرصة تشكل إحدى صور إدراج الصدفة في المجال القانوني عن طريق الإحتمالات .[3]

ج – نظرية الجمع بين السببية والإحتمال

في إطار التعويض عن ضرر فوات الفرصة، جاء الفقه الفرنسي **(جاك بوري)** بنظرية إدماج السببية بالإحتمال أو بما سماه (إدماج القانون السببي بالقانون الإحتمالي)[4].بعبارة أخرى القاضي يستخدم مزيج من القانون السببي والقانون الإحتمالي، عند تعويض فرصة.[5]

إن فكرة فوات الفرصة، تتدخل فيها عدة عوامل بعضها معروفة وبعضها الآخر محتملة، مثل إجراء عملية تجميلية، فطريقة العلاج معروفة، بينم النتيجة يدخل فيها عنصر الإحتمال، مدى نجاح العملية.

---

[1]– أريج نايف الشيخ، المسؤولية المدنية في الجراحة التجميلية في فلسطين (دارسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: الحقوق، كلية الدراسات العليا، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2018، ص78.

[2]– صاحب ليديا، المرجع السابق، ص 27 .

[3]– بوبكر أمزياني، المرجع السابق، ص 125 .

[4]– صاحب ليديا، المرجع السابق، ص 28 .

[5] _SOUPLET (Isabelle) ,la perte d'une chance dans le droit de la responsabilitè, mémoire dans le cadre du D E A de public, facultè des juridique, politique et sosiales, Universite de LIILE, droit et sante, paris,2002, p 18 .

فالقاضي عند تقديره للفرصة الضائعة على المريض يثبت العلاقة السببية بين الخطأ الصادر عن الطبيب وضرر فوات الفرصة بالإستعانة بعنصر الإحتمال الذي يتم تقديره حسابيا على أساس عملية مدروسة. فإذا بيّنت الخبرة الطبية أن علاجا ما يؤدي إلى 80 بالمائة من نسبة الشفاء، فإن ذلك يعد دليلا معقولا، والذي لم يصل إلى حدّ اليقين، إلا أنها نسبة تصل إلى حدّ الترجيح المعقول، الذي يكون كافيا لتقرير أن خطأ الطبيب فوات فرصة الشفاء على المريض.[1]

ونظر لمرونة فكرة ضياع الفرصة، فإن القاضي يفسير الشك لمصلحة المضرور، ويقيم قرينة على مسؤولية الطبيب، ويستند في ذلك إلى إحدى نظريات السببية. مادام أن المشرع، حسب بوري، لم يفرض على القاضي نظاما محددا للسببية، ولم يفرض عليه قبول التأكيد واليقين بحيث يمكن له، عن طريق الخبرة الطبية، أن يتحصل على نسبة معقولة لظاهرة إحتمالية يبني بها قناعته على أنها سبب حدوث واقعة العجز أو الوفاة[2]. وكل ذلك حماية للمرضى المضرورين ومحاولة للإقامة نوع من التوازن المفقواد في العلاقة الطبية بين الطبيب والمريض[3].

ثانيا : تلاشي العلاقة السببية بين الخطأ الطبي وضرر فوات الفرصة

ا- الغرار العلاجي

1 . تعريف الغرار العلاجي:

يقصد بالغرار العلاجي بأنّه (الضرر الفجائي الذي يرتبط بعلاقة سببية مباشرة مع التداخل الطبي، إلاّ أنّه مستقل تماما عن الخطأ الطبي). كما عرف أيضا مجلس الدولة الفرنسي الغرار العلاجي، وبعد صدور القرارين الشهرين BEANCHI وIMBERT D'ARLE، كما يلي (**نسبة**

[1]- منصوري جواد، المرجع السابق، ص43 .

[2]-صاحب ليديا، المرجع السابق، ص ص 30 و31 .

[3] -فريحة كمال، المرجع السابق، ص 227 .

الخطر التي تصاحب العمل الطبي اللازم للعلاج أو للتشخيص، والتي تكون وجودها معروفا، غير أن تحققها يعتبر أمرا إستثنائيا، ولا صلة لها بحالة المريض الأولى ولا يمكن إعتبرها أمرا استثنائيا، ولا صلة لها بحالة المريض الأولى ولا يمكن إعتبارها تصورًا متوقعا لها، و يتخلق عنها ضرر ذو خطورة إستثنائية).[1]

[1]– صاحب ليديا، المرجع السابق، ص 53.

. تعويض القضاء الفرنسي للغرار العلاجي:

➢ تعويض الغرار العلاجي قبل صدور قانون 4 مارس 2002 :

قد تعجز نظرية التقليدية في بعض الأحيان في إقامة العلاقة السببية بين الفعل الضار والضرر، لهذا لجاء القضاء المدني الفرنسي إلى نظرية فوات الفرصة للإقامة السببية بين فوات الفرصة والخطأ للتعويض المضرورين، ومنح المريض وهو الطرف الضعيف القدر الكافي من الحماية[1]. خاصة في حالة الغرار العلاجي.

فمنّ أجل ضمان تعويض ضحايا الغرار العلاجي بصفة غير مباشرة، إستعان قضّاء النقض الفرنسي بنظرية فوات الفرصة، وذلك في شكل تعويض جزئي يغطي فقط الضرر المتمثل في فوات الفرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة أو الحصول على نتائج أفضل أو رفض التدخل الطبي.

لكن هذه النظرية لا تطبق في كل الحالات التي يلحق بالمريض ضرر من جراء وقوع حادث طبي للأسباب التالية: إن الطبيب لا يمارس العمل الطبي إلاّ بعد الموازنة بين محاسنة ومخاطر المحتملة الوقوع، لذا تكون فوات الفرصة متغيرة ونسبية ولا ينتج عنها إلاّ تعويضا جزئيا.

فضلا عن أن تعويض القاضي للغرر الطبي عن طريق فوات الفرصة لا يكون صحيحا من الناحية القانونية إلاّ في حالة كون التدخل الطبي غير ضروري لحالة المريض الصحية.[2]

[1]– فريحة كمال، المرجع السابق، ص 296 .

[2]– صاحب ليديا، الرجع السابق، ص ص 57 و58 .

➢ **تعويض الغرار العلاجي بعد صدور قانون 4 مارس 2002 :**

لقد داخل القانون الفرنسي مرحلة هامة من مراحل تطور المسؤولية المدنية في القانون العام والخاص، وذلك بإقراره نظام التضامن وطني في التعويض عن ضحايا الحوادث الطبية عن طريق إصداره للقانون الجديد في المجال الصحة، و ذلك بتاريخ 2002/3/4 [1] المعدل لقانون الصحة الفرنسية العمومي، ثم وضع هذا النظام للتسوية الودية عند وقوع حادث طبي، يطلق عليه (الديوان الوطني لتعويض لحوادث الطبية). و للحصول على التعويض لابد من توافر الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة 1142/ [2] [2] .

ب – المسؤولية بدون خطأ بديلة للفكرة فوات الفرصةَ

1 . إجبارية التلقيح :

➢ **تلقيح إجباري مرتبط بالسن:**

لقد أشار المشرع الجزائري في نص المادة 1 من الرسوم رقم 88.69، بأن التلقيح ضد السل والخناق والكزاز والشهاق وشلل الأطفال تكون إجبارية، وذلك من أجل وقاية صحة الأطفال.[3]

[1]– عيساني رفيقة، التضامن الوطني في التعويض عن حوادث الطبية، 06، 2016، ص 13.
.httpilleJbibilio.univJmosta.dzlhandle14902/ 1234456789

[2]– صاحب ليديا، المرجع السابق، ص 62 .

[3]– مرسوم رقم 69 –88 المؤرخ في 17 يونيو 1969، يتضمن بعض أنواع التلقيح ألإجباري، ج.ر عدد 53 مؤرخة في 20 يونيو معدل و متمم بمرسوم رقم 85 – 282 مؤرخ في 12 نوفمبر 1985، ج .ر عدد 47 لسنة 1985 .

➢ **تلقيح إجباري مفروض على بعض الفئات المجتمع:**

لقد أقر المشرع الجزائري في نص المادة الثالثة من المرسوم رقم 69_88،على أنه يجوز لبعض الفئات المجتمع الذين يمارسون نشاطات، وتعرض لبعض الأمراض، كالفئات العاملة في سلك الطبي والشبه الطبي للمستشفيات التي تعالج فيها الأمراض المعدية أو المنتقلة لمكافحة الأوبئة[1]، بالتلقيح الإجباري مرة واحد أو أكثر، وذلك بموجب قرار من وزير الصحة العمومية.[2]

➢ **تلقيح إجباري مفروضة علي جميع سكان بمقتضى قرار وزاري:**

جاء تلقيح الإجباري المفروض على جميع سكان بموجب الأمر رقم 69 . 88 في نص مادته الثانية، والتي تجاز التلقيح الإجباري ضد الحمى التيفية ونظيرة التيفية والحمى النمشية في حالة الوباء أو خطرة حصوله أو إنتشار أمراض معدية أخرى، ويكون ذلك بموجب قرار صادر من وزير الصحة العمومية .[3]

2 . مسؤولية الدولة غير الخطئية عن حوادث التلقيح الإجباري:

لقد ألزام المشرع الجزائري السكان بالتطعيم الإجباري المجاني وذلك من أجل الوقاية من الأمراض المعدية[4]، وهذا جاء في القانون 85_05 في مادته 55/2 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها « **يخضع جميع السكان للتطعيم الإجباري المجاني قصد الوقاية من الأمراض العفنية المعدية**» [5]. الأفراد ملزمون في جميع الحالات الخضوع للإجراءه الإجباري إمتثالا للأمر الصادر

[1]– عباشية كريمة، المرجع السابق، ص 72 .

[2]– أنظر المادة 3 من المرسوم رقم 69–88، المرجع السابق.

[3]– أنظر المادة 2، المرجع نفسه.

[4]– زاور سعيد، المسؤولية الإدارية للمرافق العمومية الإستشفائية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع: القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة الدكتور طاهري، سعيدة، 2019، ص81 .

[5]– أنظر المادة 55/2 من الأمر رقم 85– 05، المرجع السابق .

من الدولة، وبالتالي تكون مجبرة على تحمل الأضرار الناتجة عن التلقيح الإجباري، سواء أجري في المرافق الطبي، أو في عيادات خاصة، وهذا ما ذكر في نص المادة 4 من مرسوم 69_88 .[1]

يلاحظ على المشرع الجزائري أنه أغفل تبين كيفية التعويض ضحايا الأضرار الناجمة عن هذا النوع من التلقيح، وشروط منحه كما لم تحدد نظام المسؤولية الذي يمكن على أساسه التعويض للمضرورين[2].

ولكن يجدر الإشارة في هذا الإطار أن المشرع الجزائري كرس نظام المسؤولية الموضوعية عن كل ضرر لحق بالشخص مالم يكن له يدا في وقوعه، وهذا ما نصت عليه المادة 140 مكرر 1 من القانون المدني التي تنص على مايلي :« **إذا إنعدام المسؤول عن الضرر الجسماني ولم تكن للمتضرر يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر**» .[3]

وبالرجوع إلى قرار لمجلس الدولة رقم 671030 بتاريخ 2007/03/28 الفاصل في قضية (مدير القطاع الصحي بعين تاداس) ضد(م.م ومن معه)، التي تستخلص وقائعها في أن (القاصر (ح) خضعت للتلقيح إجباري بأحد المراكز التابعة للقطاع الصحي غير أن التلقيح تعفن وكان سببا في جرائها لعملية جراحية، رغم إثبات العلاقة بين المصل اللقاح والضرر الذي أصاب القاصر كون اللقاح غير سليم، لكن رغم هذا قضي مجلس الدولة بمسؤولية المرفق الطبي العمومي على إعتبار أنه لم يأخذ الحيطة اللازمة) .[4]

---

[1]– أنظر المادة 4 من المرسوم رقم 69–88، المرجع السابق.

[2]– زاور سعيد، المرجع السابق، ص81 .

[3]– الأمر رقم 75– 58، المرجع السابق .

[4]– قرار المجلس الدولة الجزائري رقم 030176 بتاريخ 2007/03/28 قضية (مدير القطاع الصحي عين تادليس ضد (م.م و من معه) الغرفة الثالثة، نشرة القضاة، العدد 63، ص 409.

يتضح من خلال هذا القرار أن مجلس الدولة الجزائري لم يسير التطور الحاصل في هذا المجال، وما ذهب إليه القضاء الإداري الفرنسي، لهذا نناشد القضاء الإداري الجزائري بأن يتبنى نظام المسؤولية دون خطأ لتوفير حماية أكثر للمتضررين من التلقيح الإجباري، و إصدار قانون يتضمن صراحة كيفية تعويض المتضررين من التلقيح الإجباري .[1]

[1]– زاور سعيد، المرجع السابق، ص 85 .

الفصل الثاني

آثار إنعقاد المسؤولية المدنية عن تفويت الفرصة

الفصل الثاني

آثار إنعقاد المسؤولية المدنية عن تفويت الفرصة

لما كان الهدف القانون حماية مصالح الأفراد وعدم الإضرار بهم، فإن الهدف الذي تسعى إليه المسؤولية المدنية هو جبر ضرر بمحاولة تعويضه ولو جزئياً عما أصابه من ضرر. و بالتذكر بالنص القانوني للتشريع المدني الجزائري، فإن كل خطأ سبب ضررًا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض[1].

إن دعوى التعويض هي التي يدفعها ذوي الصفة والمصلحة أمام الجهة القضائية للمطالبة بالتعويض عن الإصابة بالضرر جراء التدخل الطبي، حيث تعتبر من دعاوى القضاء الكامل على أساس أنها تقوم على حقوق الغرض حمايتها، ويملك القاضي الإداري فيها سلطة البحث والتحقيق.

لم يحدد القانون المدني الجزائري نوع الضرر الواجب التعويض عنه بل نص عليه في قوانين أخرى منها قانون العقوبات وأكد عليه من خلال عدة نصوص بمدونة أخلاقيات مهنة الطب[2].

تهدف السلطة التقديري لقاضي الموضوع في إثبات حرمان المضرور من فرصة ما، إلى الحكم بتعويض مناسب لذلك الضياع. وبتعبير آخر، كلما توافرت في الفرصة نسبة إحتمال كافية لتحقيقها لولا الخطأ الثابت، أعتبر ضياعها ضررا أكيدا ومحققا يستوجب التعويض.[3]

[1] _ أنظر المادة 124 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري معدل ومتمم، المرجع السابق.

[2]- لحسن سعاد، المرجع السابق، ص61 .

[3]- صاحب ليديا، المرجع السابق، ص 132 .

إن إصابة المريض من جراء التدخل الطبي العلاجي أو الجراحي على جسده نقطة لبداية المسؤولية، ولابد أيضا أن يكون الضرر ناتجا عن خطأ الطبيب ذاته .

فالضرر يأخذ عدة صور ومنه تفويت الفرصة في الشفاء ولثبوته يجب أن تكون هنالك علاقة سببية بين الخطأ والضرر، ويمكن لهذا الأخير أن تنتفي نظرا للظروف الفجائية والتدخلات الغير أو أخطاء المرضى في طرق العلاج .

أما إذا حصل العكس، وأثبت خطأ الطبيب فيرتب مسألة تعويض المضرور على الآثار الناجمة عن التدخل الطبي لتذهب القضية إلى القاضي يقدر التعويض الناتج وكيفية منحه[1].

للتعويض عن فوات الفرصة لابد وأن يقتنع القاضي بأنه ثمة فرصة قد ثبت فواتها، وتستأهل التعويض عنها، وذلك بأن تتوافر فيها جميع الشروط الموجبة للتعويض، للقول بوجود ضرر فوات الفرصة لابد على القاضي أن يقتنع بأن الفرصة الضائعة كانت جدية وحقيقية، وأنه لولا خطأ المسؤول لحققت الفرصة النتيجة المرجوة منها، فكلما كانت الفرصة أكثر احتمالا كلما أسند لها القاضي نسبة تحقق عالية، وبالتالي تحديد مقدار التعويض المناسب لها[2]. ولتعريف أكثر حول التعويض عن فوات الفرصة، تقتضي دراستنا لهذا النوع الحديث عن الأحكام الجزائية للدعوى المسؤولية في تفويت الفرصة (المبحث الأول)، وتقدير التعويض عن تفويت الفرصة (المبحث الثاني).

[1]– لحسن سعاد، المرجع السابق، ص 52 .

[2]– مصطفى راتب حسن على، المرجع السابق، ص 766 .

المبحث الأول

الأحكام الإجرائية لدعوى المسؤولية في تفويت الفرصة

إن التعويض عن ضرر تفويت الفرصة، بإعتباره ضررا محققا واجب التعويض، يقدر في الواقع بقدر الضرر المحقق الذي يتمثل فيما كان المضرور يأمله من كسب مرجح وحرم منه بفعل محدث الضرر.

ويجد هذا التعويض أساسه وتبريره في تفويت وإضاعة ما كان لدى المضرور من فرصة معقولة، وجدية وحقيقية لتحقيق هذا الكسب المرجح، ولذلك تقدير بقدر قيمة الفرصة التي فاتت على المضرور، بإعتبار أنها تمثل الضرر المحقق الذي أصابه والذي يكفي أساسا للتعويض.

إذن العبرة في التعويض عن تفويت الفرصة ليسمن حرمان المضرور من الكسب المرجح، هو العبرة فيما لحق المضرور فعلا من ضرر وخسارة محققة تتمثل في فقدانه لفرصة تحقيق هذا الكسب المرجح.

لذلك فإن حساب وتقدير الضرر الفعلي والمحقق في تفويت الفرصة التي لحقت المضرور يكون على ضوء جدية ما يملكه من فرصة الكسب الفائت، ويقدر قيمة هذه الفرصة قاضي الموضوع بمقدار الضرر الفعلي الذي لحق المضرور[1]. ولتعريف أكثر على هذا الأخير سوف ندرس أحكام دعوى المسؤولية المدنية للطبيب عن تفويت فرصة (المطلب الأول)، ثم التعويض عن المسؤولية الطبية (المطلب الأول) .

[1]– أحمد ياسر مسك، المرجع السابق، ص 65 .

المطلب الأول

أحكام دعوى المسؤولية الطبية

بعد أن يستكمل المريض المتضرر أو ذوه إثبات قيام أركان المسؤولية في حق الطبيب المعالج، ينشأ له الحق في رفع دعوى قضائية إتجاه هذا الأخير، موضوعها التعويض عن الضرر الذي تسبب فيه، وحتى يتم للمدعي الغرض من دعواه فلا بد عليه من أن يقوم بتوجيه هذه الدعوى توجيها صحيحا[1]. سواء من ناحية الأطراف،أو الشروط (الفرع الاول) أو الإختصاص نوعيا كان أو إقليميا، أو من ناحية تقادم الدعوى (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أطراف دعوى المسؤولية الطبية

إن دعوى المسؤولية الطبية سواء تم تقديرها بأنها مسؤولية تقصيرية أم عقدية، شأنها شأن الدعاوى الأخرى، لها طرفان مدعي(أولا) ومدعى عليه(ثانيا)[2].

أولا- المدعى

يقصد بالمدعي المضرور في الدعوى المسؤولية الطبية، المريض أو خلفه أو من يمثله قانونا كالوكيل والنائب والقيم والوصي، والأصل أن الحق في التعويض عن الضرر الطبي ينتقل بالخلافة [3].

---

[1]- مجاهد نادية، مسؤولية المؤسسة العمومية الصحية عن الخطأ الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع: قانون طبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2014، ص 56 .

[2]- منى شايم محارب الرمالي الشمري، المرجع السابق، ص 106 .

3 ـ حادي شفيق ،المسؤولية المدنية عن الخطأ في التشخيص الطبي، رسالة لنيل شهادة دكتوره في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة جيلالي لياس ،بلعباس، 2018، ص 207.

وبطبيعة الأمر المدعي (المريض) يقوم بتقديم مجموعة من الأدلة على خطأ الطبيب والذي سبب ضررًا له متمثلا بفوات الفرصة، حينها حتى يتم إعتمادها من القاضي، ويجب أن تكون هذه القرائن واضحة الدلالة على الأمر الذي يراد إثباته وهو " وجود علاقة سببية بين خطأ الطبيب والضرر الواقع على المريض المضرور"، كما يجب أن تكون هذه القرائن واقعية، بمعنى لا يتم إسنداها إلى الاستنتاج[1].

لا تقبل دعوى المدعي إلا إذا توفرت فيه كافة شروط قبول الدعوى، و يستند في دعواه لحصوله على التعويض إلى الضرر اللاحق به المترتب عن المساس بمصلحة مشروعة له من قبل مرتكب الفعل الضار، ويقدم طلباته لجبر الضرر اللاحق به [1].

ثانيا- المدعى عليه: (المسؤول عن الضرر)

لم يرد أي نص قانوني لا في قانون الإجراءات المدنية ولا في قانون الإجراءات المدنية الإدارية يعرف المدعى عليه، وأول نص ذكره هو المادة 13 من (ت.إ.م.إ)[2]، ويقصد به الشخص المسؤول الشخص الطبيعي أو المعنوي المرفوعة ضده دعوى المدعى، فقد يكون الطبيب المخطئ أو المستشفى.

ويتحقق هذا الفرض في حالة وجود مسؤول واحد، وفي حالة وجود تعدد المسؤولين عن الأضرار اللاحقة بالمريض كانوا جميعا مسئولين على وجه التضامن بتعويض المضرور[3]، وإذا

[1]- عباشي كريمة، المرجع السابق، ص 91 .

[2] _ أنظر المادة 13 من الأمر رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدني والإدارية ، المرجع السابق.

[3] _ عباشة كريمة، المرجع السابق، ص97.

كان المسؤول شخصا معنويا فإن مصيره الإنحلال، وتكون جميع أمواله بعد التصفية مسؤولة عن التعويض.[1]

بالنسبة لشرط الصفة لدى المدعى عليه، فإن المادة 13/2 من (ق.إ.م.إ) إشترطت توافرها لدى المدعى عليه، فترفع الدعوى من ذوي صفة على ذي صفة، وفي حالة عدم توافرها لدى المدعى عليه يثيرها القاضي من تلقاء نفس، مما يؤدي إلى رفض دعوى المدعى شكلا لإنعدام الصفة لدى المدعى عليه، لأن شرط الصفة من النظام العام، كما لو رفع المريض دعواه ضد طبيب غير الطبيب المعالج له الذي وصف له الدواء دون تحديد عدد الجرعات ووقت تناولها فرفضت دعواه لإنعدام صفة المدعى عليه[2].

ثالثا- شركة التأمين: (المسؤول المدني)

شركة التأمين طبقا للمادة 167 من الأمر رقم 95_07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، تقضي بأنه يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني والممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأمينا لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية إتجاه مرضاهم وإتجاه الغير.

طبقا لمقتضيات هذه المادة فكل طبيب يعمل لحسابه الخاص وكل مستشفى خاص ملزم بدفع مبالغ التأمين التي تعد كضمان للمرضى في حالة إصابتهم بأذى من جراء الممارسين

[1]- وائل تيسير محمد عساف، المرجع السابق، ص 125 .

[2]- عباشة كريمة، المرجع السابق، ص 97.

الخواص، وللمضرور عند رفع دعوى قضائية لابد من إدخال شركة التأمين بإعتبارها ضامنة التعويض[1].

الفرع الثاني

دعوى المسؤولية المدنية للطبيب

لابد من بيان المحكمة المختصة بنظر دعوى المسؤولية المدنية الطبية(أولا)، ومن ثن لا بدّ من بيان مسألة عدم سماع هذه الدعوى، أي تقادمها(ثانيا).

أولا- الإختصاص بنظر الدعوى المسؤولية المدنية الطبية:

1 . الإختصاص النوعي

حددت المواد من 32 إلى 35 من (ت.إ.م.إ) الإختصاص النوعي للجهات القضائية، ويقصد به الإختصاص النوعى توزيع القضايا بين الجهات القضائية المختلفة على أساس نوع الدعوى.

يؤول الإختصاص للفصل في دعاوى المسؤولية الطبية المدنية للقسم المدني، إذا رفعت بصفة مستقلة أمام القاضي المدني، أو كدعوى مدنية تبعية للدعوى الجزائية [2] وهذا ما نصت عليه المادة 3 من قانون الإجراءات المدنية الجزائية [3]،ويعتبر الإختصاص النوعي من النظام العام، فيمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، وهذا ما أكدته المادة 36 من ت.إ.م.إ[4].

---

[1] _ أنظر المادة 167 من الإمر رقم 59-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات، جريدة رسمية عدد 13 لسنة 1995 معدل ومتمم.

[2] _ عباشة كريمة، المرجع السابق، ص 104.

[3] _ أنظر المادة 3 من الأمر رقم 44-155مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 1966/60/8، تضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر عدد 48، السنة الثالثة، مؤرخة في 10 جوان 1966، معدل و متمم.

[4] _ أنظر المادة 36 من قانون رقم 08-08 مؤرخ في 16 سفر عام 1429 الموافق ل 23 فبراير 2008، يتعلق بالمنازعات في المجال الضمان الإجتماعي، ج ر عدد 11، مؤرخة في 2 مارس لسنة 2008.

2 . الإختصاص الاقليمي

يتم تحديد الإختصاص الإقليمي برسم دائرة إقليمية معينة مجالا لعمل كل محكمة، ونجد أنه طبقا للمادة 37 من (ق.إ.م.إ)، أنه يؤول الإختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المدعى عليه[1]، وفي حالة تعدد المدعى عليهم يؤول الإختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها موطن أحدهم، وذلك ما نصت عليه المادة 38 من (ق.إ.م.إ)[2].

لكن فيما يخص النزاعات المتعلقة بالخدمات الطبية نجد أن القسم المدني الموجود على مستوى المحكمة التي يتم في دائرة إختصاصها تقديم العلاج هو المختص، وهذا ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة 40 من (ق.إ م.إ)[3].

الإختصاص الإقليمي ليس من النظام العام، وبالتالي يجوز للأطراف الاتفاق على خلافه، إلا في حالات إستثنائية واردة على سبيل الحصر في المادة 40 من القانون السالف الذكر[4]. فلا يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، كما يتعين على الخصوم وفقا للمادة 47 [5]من (ق.إ.م.إ) إثارته قبل أي دفاع في الموضوع .

إذا طبقنا قواعد الإختصاص الإقليمي على المنازعات الطبية، فطبقا للمادة 37[6] السالفة الذكر يؤول الإختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المدعى عليه، وفي

---

[1] _ أنظر المادة 37 من الأمر رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الأدارية، المرجع السابق.

[2] _ أنظر المادة 38، المرجع نفسه.

[3] _ أنظر المادة 40، المرجع نفسه.

[4]- آيت ساحل صبرينة، و آيت معمر ججيقة، المرجع السابق، ص 49 .

[5]- أنظر المادة 47 من الأمر رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية، المرجع السابق.

[6]- أنظر المادة 37، المرجع نفسه.

حالة تعدد المدعى عليهم يؤول الإختصاص طبقا للمادة 38 [1] من (ت . إ . م . إ) للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها موطن أحدهم، ونصت أيضا المادة 40 / 5 من نفس القانون عما يلي: « **في المواد المتعلقة بالخدمات الطبية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها تقديم العلاج** » .

بالرجوع إلى الفقرة الخامسة من المادة 40 السالفة الذكر، فإن القسم المدني الموجود على مستوى المحكمة التي تم في دائرة إختصاصها تقديم العلاج هو المختص بالمواد المتعلق بالخدمات الطبية.

أما إذا كان مرتكب الفعل الضار هو المستشفى، فيؤول الإختصاص إلى الجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها مكان تقديم الخدمات، وهذا ما أكدته الفقرة الخامسة من المادة 804 من (ق. إ. م.إ) [2] بنصها عما يلي : « **... في مادة الخدمات الطبية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم الخدمات** »[3].

ثانيا- تقادم الدعوى

لقد سوى المشرع الجزائري في مدة التقادم بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في المادتين 113 و308 من (ت.م.ج) وجعلها خمسة عشرة سنة في كلتا المسؤوليتين، نصت المادة 113 على مايلي :« **تسقط دعوى التعويض بإنقضاء خمسة عشر سنة من يوم وقوع الفعل**

[1]- أنظر المادة 38 من الأمر رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[2]- أنظر المادة 5/804، المرجع نفسه.

[3]_ أنظر المادة 108، المرجع نفسه.

الضار[1] ، وتنص المادة 308 على ما يلي : «**يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية** [2]، فالتقادم واحد سواء بالنسبة لتقادم الدعاوى المرفوعة ضد الأطباء أو الدعاوى المرفوعة ضد المستشفيات، سواء كانت عامة أو خاصة، حيث تتقادم هذه الدعاوى بإنقضاء 15 سنة [3].

الأصل في حساب مدة التقادم يكون من يوم وقوع الفعل الضار، وحتى يتسنى للمضرور الحصول على التعويض جعل مجلس الدولة الجزائري حساب التقادم من تاريخ العلم بوقوع الفعل الضار، وليس من يوم وقوع الفعل الضار، حيث جاء ضمن حيثيات قراره الصادر بتاريخ 2000/01/31:(حيث أنه يستخلص من أوراق الملف، بأن العملية الجراحية قد تمت في سنة 1966، وأن هذه الدعوى لم ترفع إلا خلال سنة 1995 .

وحيث أنه حركت هذه الدعوى عندما اكتشفت الآلام بسبب وجود الإبرة التي نسيت في بطن المستأنف عليها بعد العملية الجراحية، وبالتالي فلا يمكن القول بأنه يوجد تقادم لأن الدعوى رفعت عند اكتشاف الآلام، وبالتالي الدفع غير مجدي و ينبغي أن لا يؤخذ بعين الاعتبار) .[4]

---

[1]– عدلت هذه المادة بمقتضى المادة 38 من قانون رقم 05– 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر عدد 44 مؤرخة 26 يونيو 2005 م، حيث كان النص القديم كالآتي : « تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمسة عشر سنة من يوم وقوع العمل الضار " وما نستخلصه هو أن التعديل مس فقط كلمة العمل وتم تغييرها بكلمة الفعل ».

[2] _ أمر رقم 75–58 يتضمن القانون المدني الجزائري معدل ومتمم ، المرجع السابق.

[3] – أنظر المادة 308، المرجع نفسه.

[4] _ قرار مجلس الدولة في 31 / 01 / 2000 قضية مدير القطاع الصحي قفاره بمستغانم ضد بن سليم .

أما المشرع الفرنسي كان يخضع تقادم دعوى المسؤولية المدنية للطبيب قبل قرار ميرسيه إلى التقادم التقصيرية وتخضع دعواه لأحكام المادة 2270 _ 1 الفقرة 1 ت.م.ف التي تنص على أنه « **تتقادم دعاوى المسؤولية المدنية العقدية بمضي 10 سنوات ابتداء من وقوع الضرر أو من تفاقمه**»[1]. أما إذا كانت المسؤولية عقدية يكون التقدم ب 30 سنة أي التقادم الطويل وهذا طبقا للمادة 2262 من ت.م.ف. أما إذا كانت المسؤولية الطبية ذات طبيعة إدارية فيكون التقادم ب 4 سنوات.

وبالنسبة لحساب مدة التقادم في المسؤولية التقصيرية طبقا للمادة 2270_ 1 فقرة 1 ق.م. ف يبدأ من تاريخ وقوع الضرر أو من تاريخ تفاقمه، أما في المسؤولية العقدية طبقا للمادة 2262 من ق.م.ف لم يحدد تاريخ بدء سريان التقادم مما يعطي القاضي الفرنسي سلطة تقديرية في تحديد تاريخ بدء سريانه، فيفسر أحيانا بما يتفق ومصلحة المريض بإعتباره الطرف الضعيف في العقد الطبي وبالتالي تشديد في مسؤولية الأطباء هذا من جهة، ومن جهة أخرى يمكن أن يفسر بما يتفق ومصلحة الطبيب تخفيفا لمسؤوليته. وهذا يؤدي إلى تضارب الجهة القضائية مع نفسها ومع الجهات القضائية الأخرى في تحديد تاريخ بدء سريان التقادم [2].

أما بعد قانون 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى وجودة الخدمات الطبية، وحد المشرع الفرنسي مدة التقادم في المسؤولية الطبية وجعلها تتقادم بعشرة سنوات وهذا طبقا للمادة 28. L1142 الفقرة 1 التي تنص على أنه: « **تتقادم الدعاوى الرامية لمساءلة متهن الصحة أو**

[1]– Article 2270 – 1 al 1 du C.C.F .

[2] _ أنظر المادة 2263 من القانون المدني الفرنسي.

المؤسسات الصحية العامة أو الخاصة فيما يتعلق بأعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج، بعشرة سنوات من تاريخ جبر الضرر» [1].

المطلب الثاني :

التعويض عن المسؤولية المدنية للطبيب

إذا ما ثبتت مسؤولية المدعى عليه (الطبيب) عما لحق المدعى (المريض) المضرور من ضرر من جراء إخلال الطبيب بالتزاماته المهنية، فإنه يتعين على القاضي إلزام المسؤول عن الضرر بتعويض المريض المضرور عما لحقه من ضرر وهذا ما ورد في نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري وهي كالآتي : «كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرار للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض »[2]. وفي هذا الصدد سنتناول في هذا المطلب تعريف التعويض (الفرع الأول)، والصور التعويض (الفرع الثاني)، وسلطة القاضي في تقدير التعويض (الفرع الثالث).

الفرع الاول:

مفهوم التعويض

لقد فرضت مختلف التشريعات على الطبيب كغيره من أصحاب المهن الحرة اكتتاب تأمين لتغطية مسؤوليته المدنية تجاه مرضاه وتجاه الغير حماية للطبيب وكفالة لحقوق المرضى، وسنستعرض في هذا الفرع للتأمين من المسؤولية المدنية للطبيب (أولا) وضمان الأضرار الناتجة عن الخطأ الفردي للطبيب وتوزيع الضمان في حالة وقوع الخطأ داخل الفريق الطبي (ثانيا).

[1]–Article L1142 – 28 du C .S.P.F.

[2] _ أمر رقم 75_58 المتضمن القانون المدني الجزائري معدل ومتمم، المرجع السابق.

أولا: تعريف التعويض

يعرف التعويض على أنه تلك الآلية القانونية التي كلفها المشرع الجزائري لكل متضرر من أجل الحصول على حقه، وبالرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع أشار إلى مصطلح التعويض لكنه لم يتطرق إلى تحديد معناه، وعليه يعرف التعويض في ميدان المسؤولية الطبية على أنه ثمرتها، أي البديل النقدي الذي يدفعه المتسبب في الضرر للمريض، وهذا ما يرمي إليه المدعي.

وينشأ التعويض في مجال المسؤولية الطبية من يوم إكتمال عناصرها من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما ويقدره القاضي بحسب الضرر الحاصل ولا رقابه عليه من طرف المحكمة العليا إلا فيما يتعلق بالوسائل القانونية التي استند عليها القاضي[1]. ويتقرر التعويض إثر إلحاق الضرر بالغير نظرا لما يسببه ذلك الضرر من مساس بحالة المضرور التي كان عليها قبل وقوع الضرر، وما يترتب على ذلك من نتائج وآثار مالية وغير مالية، ولذلك فإن المقصود بالتعويض تصحيح التوازن إلى اختل وأهدر نتيجة وقوع الضرر إلى ما كان عليه، وذلك بإعادة المضرور على حساب المسئول الملتزم بالتعويض إلى الحالة التي كان مفروضا أو متوقعا أن يكون عليه لو لم يقع الفعل الضار[2].

ثانيا: صور التعويض :

أ_ التعويض العيني :

[1] _ قاسمي محمد أمين، الخطأ الطبي في إطار المسؤولية المدنية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، فرع: حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2020، ص 3 .

[2] _ مصطفى راتب حسن على، المرجع السابق، ص ص 712 و71 .

يقصد بالتعويض العيني إلزام المسؤول بإعادة الحالة إلى ما كان 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 الإصابة الجسدية غير المميتة، كقطع الطرف المتورم، أو فقدان البصر، خاصة وأن الطرف الصناعي لا يؤدي نفس وظائف العضو الطبيعي، ولهذا فإن الغالب هو أن يكون التعويض بمقابل، وبصفة خاصة في صورة نقدية[1] .

إتجه المشرع الجزائري نحو تطبيق التعويض العيني كأصل لتعويض الضرر، بنصه في المادة 164 من القانون المدني: « **يجبر المدين بعد إعذاره طبقا المادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه عينا، متى كان ذلك ممكنا** »[2] . يتصور الحكم بالتعويض العيني 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 إجراء عملية جراحية وينتج عن خطئه تشويه للمريض يمكن إصلاحه وإزالته، فالقاضي هنا يستطيع إلزام الطبيب بإصلاح التلف والتشويه وإزالته بإجراء عملية تجميلية. لكن حرية القاضي ليست على إطلاقها الحكم بالتعويض عينا، بل تقيدها بعض الشروط المتعلقة بالمجال الطبي وهي :

1 – أنه في بعض حالات الضرر الجسماني والأدبي يصبح من غير الممكن اللجوء إلى تعويض العيني، نظرا للناحية الإنسانية فيها، فيلجأ إلى التعويض النقدي، كالاعتداء على الشرف والسمعة

[1] – كوسة حسين، المرجع السابق، ص 198 .

[2] _ أمر رقم 75_ 58 يتضمن القانون المدني الجزائري معدل ومتمم، المرجع السابق.

والعواطف، أو إحداث ضرب أو جرح أو قتل، حيث انتهت التشريعات الحديثة بالنص على وجوب التعويض بمقابل في مثل هذه الحالات.

2 – أنه يشترط للأخذ بالتعويض العيني أن يكون ممكنا، فإذا أصبح التنفيذ العيني مستحيل استحالة نسبية بالنسبة للطرف المدين، ففي الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل إذا كان المدين مكلف بأدائه شخصيا، وحال دون تأديته مانع شخصي، يصار إلى التعويض بمقابل .

3– أنه إذا كان التعويض العيني إرهاق للمدين، وإن كان ممكنا بصورة يتجاوز فيها الضرر اللاحق بالمدين ،فلا محل لإجبار المدين على التنفيذ العيني، وهنا أيضا يصار للتعويض بمقابل، وهذا مقبول في حالة عدم تنفيذ الطبيب للالتزام أو التأخر في تنفيذه .

لكن نظر لأن التعويض العيني يبدو أمر عسيرا في مجال المسؤولية الطبية، فإن الغالب هو أن يكون التعويض نقديا . [1]

ب . التعويض بمقابل (النقدي)

يعتبر التعويض النقدي الصورة الأعم في التعويض عن المسؤولية التقصيرية، ويتمثل التعويض النقدي في المبلغ المالي الذي يقدره القاضي لجبر الضرر الذي لحق بالمضرور سواء كان الضرر ماديا أو معنويا، ويدفع التعويض النقدي دافعة واحدة، إلا أنه يجوز أن يدفع على أشكال أقساط، أو إيراد مرتب لمدة معينة أو لمدى الحياة، ويجوز للقاضي أن يلزم المدين بتقديم تأمين أو يأمر بأن يودع مبلغا كافيا لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به[2]، وهذا ما نصت عليه

[1] _ كوسة حسين، المرجع السابق، ص 199.

[2] _ عباشة كريمة، المرجع السابق، ص 137.

المادة 2/132 من ق.م.ج «... كما يصح أن يكون إيراد مرتبا، و يجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا».[1]

الفرع الثالث:

سلطة قاضي الموضوع في تقدير التعويض

لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تقدير التعويض، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة، لذا سنتناول في هذا الفرع نطاق سلطة القاضي في تقدير التعويض(أولا)، ورقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر وشروطه (ثانيا) .

أولا : تحديد نطاق سلطة القاضي

إن لقاضي الموضوع سلطة واسعة عند تقدير التعويض عن المسؤولية المدنية للطبيب شريطة تسبب الحكم، ويجب عليه في مرحلة أولى أن يفهم الوقائع المطروحة أمامه، وفي مرحلة ثانية تكييفها بتطبيق النص القانوني الملائم عليها من خلال التأكد بأنها كافية لتشكل أركان المسؤولية المدنية ليأتي له في المرحلة ثالثة تقدير التعويض على اعتبار أنه لا تعويض دون مسؤولية ولا تقدير حيث لا تعويض، على أن يحدد بطريق موازية الطريقة التي تم بها هذا التعويض[2] .

ومن قبيل هذا (أن يسبب القاضي حكمه ويأسسه على التقرير الطبي المحرر من طرف الطبيب والذي بين فيه هذا الأخير بوضوح الخطأ الطبي المرتكب من الطبيب موضوع المسألة،

[1] _ أمر رقم 75_85 يتضمن القانون المدني الجزائري معدل و متمم، المرجع السابق .

[2] _ حمليل صالح، سلطة القاضي في تقدير التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون والقضاء الجزائري، مجلة الفقه والقانون، العدد 21، كلية الحقوق، جامعة أدرار، الجزائر، 2014، ص 61 .

فيوضح القاضي أنه بعد دراسته لمختلف عناصر الملف الطبي، تبين أن الضحية قد تعرضت الى عدة أخطأ طبية من خلال عدة عمليات جراحية أجريت عليها بعد دخولها المستشفى لوضح حمل عادي، غير أن مدة طويلة انقضت ما بين العملية الثانية والثالثة لإعادة العملية الجراحية، وأصبحت تعاني من عاهة دائمة والمتمثلة في العقم، وحومانها من عطاء الأمومة وإلى الأبد وهي في ريعان شبابها، وكذا وفاة الصبية مباشرة بعد الولادة) .

وفي حالة التي يتخذ فيها خطأ الطبيب وصفًا جزائيًا، فإن الحكم الناطق بالتعويض لا يحتاج إلى تسببه بأسباب خاصة كونه يستمد أساسه من الجريمة ذاتها .[1]

يختار القاضي طريقة التعويض من خلال تحديد ما هو الأنسب لإصلاح الضرر معتمدا في ذلك على نص المادة 132 من ق.م التي جاء فيها « **يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، و يجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا.**

ويقدر التعويض بالنقد، غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناءًا على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالعمل غير المشروع » .[2]

[1] _ فيصل عايد خلف الشورة، الخطأ الطبي في القانون الأردني، مذكرة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون، فرع : القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2015، ص 93 .

[2] _ أمر رقم 75_ 58 يتضمن قانون المدني الجزائري، معدل ومتمم، المرجع السابق .

يفهم من نص المادة أن طريقة إصلاح الضرر تختلف حسبما تكون الظروف الملابسة لحالة النزاع المطروح، كما تختلف في نطاق المسؤولية العقدية في نطاق المسؤولية التقصيرية، وبما يبدي المضرور في طلباته عنها .[1]

نشير الى أن قضاة الموضوع في الواقع العملي، عند تقدير التعويض خاصة إذا تعلق الأمر بالضرر الأدبي حيث لا يتعلق الأمر بضرر مالي يقبل التقسيم. أما بالنسبة لجسامة الخطأ فالأصل أنه لا ينظر ى جسامة خطأ المسؤول عند تقدير الضرر، فالتعويض يقاس بجسامة الضرر لا يقدر جسامة الخطأ. ومقتضى ذلك هو ضرورة الفصل بين التعويض المدنيو العقوبة الجنائية فهي أمر ذاتي تراعي فيه جسامة الخطأ .[2]

ثانيا : رقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر وشروطه

بإعتبار أن الضرر هو مناط تقدير التعويض، فلا بد أن يتناسب هذا التعويض مع الضرر ويقدر بقدره، ولا يتبين مدى هذا التناسب إلا بعد تحديد العناصر والشروط الواجب توفرها في الضرر، ومدام مسألة واقعية يستقل بها قضاة الموضوع فإن تعيين هذا الضرر في الحكم وذكر العناصر المكونة له قانونا والتي تهيمن عليه المحكمة العليا، لأن هذا التعيين هو قبيل التكييف القانوني للواقع.

[1] _ فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع : قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 320 .

[2] _ أزوار عبد القادر، نظام التعويض عن الأخطاء الطبية، مذكرة لنيل شهادة الدكتورة في قانون الخاص، فرع : القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ليابس سيدي بلعباس، سيدي بلعباس، 2015، ص 259 .

كما يعتبر استيفاء الضرر للشروط الواجب توفرها لاستحقاق التعويض مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا، من هذا كون الضرر مساسا بحق أو مصلحة مشروعة، وتكييفه بأنه ضرر محقق حال أو مستقبل أو أنه احتمالي، ووصفه بأنه ضرر مادي أو ضرر معنوي.

إلا أن الملاحظ في الواقع العملي أن القضاة لا يحددون عناصر الضرر ولا شروطه في أحكامهم فلا يبينون نوع الضرر إذا ما كان ماديا أو معنويا، مباشرا أو غير مباشر، محققا أو احتماليا، متوقع أو غير متوقع[1]، والأمثلة في هذا الصدد كثيرة منها ما جاء في حيثيات حكم صادر عم محكمة البليدة بتاريخ 2000/05/20 تحت رقم 2000/209: (حيث أن إخلال المدعي عليها بالتزام تعاقدي قد ألحق ضررا بالمدعية، مما يتعين القول بأن طلبها الرامي إلى الحصول على التعويض مؤسس قانونا ...).

كما نقضت المحمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 86/07/08 حكما صادرا عن محكمة الجنايات صرح بعدم أحقية والده بدعوى عدم تضرره، دون أن يتبين نوع الضرر، فقد جاء في حيثيات هذا القرار .

(حيث أنه تبين من مطالعة الحكم المطعون فيه أن قضاة أسسوا قضاءهم لإبطال دعوى والد الضحية على كون هذه الأخيرة كانت تحت نفقتها وأنه لم يلحقه أي ضررو حيث أن قضاة راعوا

[1] _ حمليل صالح، المرجع السابق، ص66 .

في الدعوى الحالية سوى الجانب المادي فقط. وعليه فإنهم لم يحيطوا بالدعوى من جميع جوانبها، وجاء ذلك قضاءهم ناقصا ...) [1].

المبحث الثاني

تقدير التعويض

تبرز خصوصية ضرر فوات الفرصة عند التطرق إلى كيفية تقدير التعويض المناسب له . إذا تتم طريقة التعويض في مرحلتين هما الأوّلى[2]، تتمثل في تقدير قاضي الموضوع التعويض المناسب للقيمة الفرصة الضائعة، أما المرحلة الثانية، تتجلى في ربط تلك النسبة بقيمة تحقق الفرصة لولا الخطأ الطبي، وللقضاة الموضوع سلطة مطلقة في تقدير قيمة التعويض عن الضرر الناتج عن تفويت الفرصة. إلا أنه وعلى الرغم من هذه السلطة المطلقة إلا أنه يجب على القاضي عند ممارسة سلطته في تقدير التعويض مراعاة أن يكون هذا التقدير حسب الكسب الذي كانت تستحقه الفرصة التي أضاعها المسؤول على المضرور، والذي يكون دائما جزءًا فقط من الكسب الإحتمالي أو النهائي وليس تعويضا يعادل قيمة مجموع الضرر النهائي، إنما جزءا منه وذلك حسب ما كان مهيأ للفرصة من تحقق الكسب[3] (المطلب الأول). وللإثبات هذه المسؤولية، تقظي طبقا للقواعد العامة إقامة دليل يرجح وجود أو إنتفاء مسؤولية الطبيب المدنية عن الخطأ الطبي،

[1]_ ملف رقم 42308 قرار صادر بتاريخ 86/07/08، المجلة القضائية العدد الأول لسنة 1990 ،ص 254 .

[2]– صاحب ليديا، المرجع السابق، ص 132 .

[3]– يوسف زكريا عيسى أرباب، المرجع السابق، ص 125 .

والتي يترتب على قيامها أو إنتفائها قيام أو إنتفاء حق المريض المضرور أو ذويه في الحصول على التعويض[1] (المطلب الثاني) .

[1]– فيصل عايد خلف الشورة، المرجع السابق، ص 79 .

المطلب الأول

كيفية تقدير ضرر تفويت الفرصة في المسؤولية المدنية للطبيب

تكمن الصعوبة الأساسية في التعويض عن تفويت الفرصة في تحديد وتقدير مدى التعويض وليس في مبدأ التعويض ذاته، فالقاعدة العامة في تقدير التعويض معادلته وجبره للضرر، كل الضرر المحقق الذي أصاب المضرور بحيث يتساوى التعويض مع هذا الضرر فلا يزيد عنه ولا يقل[1].

إذا تستنبط أحكام تقدير التعويض عن تفويت الفرصة من الاجتهادات القضائية كما هو معمول به في بعض الدول كفرنسا ومصر، حيث لا يستند تقدير التعويض عن تفويت الفرصة على أي نص تشريعي، ولقاضي الموضوع سلطة واسعة في تقدير التعويض عن تفويت الفرصة. بناء على ذلك سنتعرض لطريقة تقدير قيمة ضرر تفويت الفرصة (الفرع الاول)، ومن ثم نبيان سلطة قاضي في تقدير تعويض عن ضرر تفويت الفرصة (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

طريقة تقدير قيمة الفرصة الضائعة

إذا كان تفويت الفرصة محققا وتكونت عناصره، فلا خلاف بذلك عند تقدير التعويض. وعليه سوف نشير في هذا الفرع الى أمرين هما: مدى مساواة التعويض لقيمة الفرصة الضائعة(أولا) ، والطريقة التي تقدير فيها قيمة الفرصة الضائعة (ثانيا).

[1] – منى شايم الرمالي، المسؤولية المدنية للطبيب عن تفويت الفرصة في ظل القانون القطري (دراسة قانونية مقارنة)، مذكرة قدمت لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع : الخاص، كلية القانون، جامعة قطر، قطر، 2020، ص 155.

أولا- التعويض المساوي لقيمة الفرصة الضائعة :

إذا كان يحكم تقدير التعويض في المسؤولية المدنية قاعدة عامة تقضي بإعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر وهو ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية إتجاه من أصابه بضرر وليس بقدر خطأ المسؤول، حيث يتساوى التعويض مع كل ضرر لحق بالمضرور حيث لا يزيد عنه ولا يقل، وهذا ما يسمى بمبدأ التعويض الكامل.

غير أن تطبيق مبدأ التعويض الكامل على ضرر تفويت الفرصة تعترضه صعوبة كبيرة تتمثل في أن الضرر في هذه الحالة يتعذر حسابه وتحديده تحديدا واقعيا حقيقيا، بل يعتمد على تحديد قيمة الفرصة الضائعة فقط [1]، وليس بمقدار الفائدة المرجوة منها لو تحققت. فقد أكد هذا المبدأ القضاء الفرنسي. من خلال وضعه لحد اقصى لقيمة التعويض عن فوات الفرصة الذي لا يجب أن يكون أعلى من القيمة التقريبية للفرصة الضائعة في حد ذاتها، ولا مساويا لقيمة التعويض عن الضرر النهائي اللاحق بالمضرور.

إن ما يعكس خصوصية نظرية فوات الفرصة بإعتبارها فكرة تقوم على وجود ضررين مغايرين لكنهما مرتبطان، غير أن الضرر الموجب للتعويض هو ضرر فوات الفرصة فقط دون تعويض الحالة النهائية التي يتواجد فيها المريض، والخاصية التي تضفي عليه الصفة الأكيدة لضرر تفويت الفرصة هي خاصية الإحتمال التي تتميز بها[2]، ففي الميدان الطبي يتعذر إعادة المتضرر الى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، على سبيل المثال المريض الذي يذهب عند الطبيب للإجراء تدخل جراحي في الساق، نتيجة حادث دهس تعرض له في الشارع، وقام الطبيب بإتخاذ

[1]- أحمد ياسر مسك، المرجع السابق، ص 92.

[2]- أسعد عبيد الجميلي، طلال سالم نوار الجميلي، المرجع السابق، ص 65 .

قراره ببتر الساق المريض، فذلك عند بتر الساق، لا يمكن إعادة الحال الى ما كان عليه لهذا يكون الأصل في حيز الضرر وإصلاحه هو تعويض النقدي عن ضرر تفويت الفرصة. وإذا أراد القضاء أن يعوض عنه، نتيجة الضرر الحاصل، فإنه يقوم بتحديد ضرر تفويت الفرصة، بمعنى تحديد المبلغ المقابل له، وذلك بتطبيق قاضي الموضوع عليه طريقة يطلق عليه ً طريقة التقدير المضاعف ً التي تتم وفق مرحلتين اساسيتين هما :

يقوم القاضي في أوّلى المرحلة بحساب وتقدير قيمة الضرر النهائي، والذي يتمثل في الكسب الأصلي الإحتمالي الذي حرم منه المضرور بسبب فوات فرصته، ويقصد قيمة الشفاء أو قيمة حسن حالته لولا الخطأ. وبمعنى أخر، على القاضي تقدير مبلغ التعويض الإجمالي للضرر النهائي اللاحق بالمريض، وذلك تطبيقا للقواعد العامة إذ يشمل الضرر الجسماني والضرر العادي والضرر المعنوي .

أما بالنسبة للمرحلة الثانية يتم فيها تحديد قدر الأهمية في الفرصة وما كان مهيأ لها في تحقيق النتيجة المرجوة من خلال التدخل الطبي، ويتمثل ذلك القدر من الكسبً، القيمة الذاتية للفرصة الضائعة، والذي يعكس دائما جزء من الضرر النهائي. وبتحديد هذا الجزء، إستنادا الى نسبة احتمال رفض المريض للعملية الجراحية لو تم إعلامه بالخطر.

والهدف الأساسي من هذه العملية الحساسة هو إعادة توازن عددي يحدد بواسطته قيمة الفرصة والتي يسند لها عامل الفعالية أو التأثير مثلها مثل الاسباب الأخر التي قد يؤدي الى وقوع الضرر النهائي.

إذ نجد تطبيق قضائي لمحكمة النقض الفرنسي في قرارها الصادر بتاريخ 8 جويلية 1997، فيما يخص التقدير المضاعف التي طبقها قضاة الموضوع في قضيةً موريسً أين أسند

المستشار بيار سارقو عند التحليل لهذا القرار أدوارا محددة للضحية والقاضي : فكان على الأول اقتراح مقدار التعويض الذي يناسب مختلف الإضرار التي تعاني منها الضحية جراء الخطأ الطبي، وبالنسبة للقاضي عليه بعد التحقق من ثبوتها تحديد جزء هذه الأضرار الموافقة لفوات الفرصة تجنبها لو لم يرتكب الخطأ الطبي، إلا أنه تم تقدير فوات التعرض للخطر من طرف قضاة الموضوع وفق التفكير التالي: أولا النظر الى وقائع القضية كما لو أن الخطأ الطبي قد سبب الضرر بأكمله، وتقدير التعويض المناسب لكل الأضرار اللاحقة بالمريض، أما ثانيا يتم تثبيت جزء من كل هذه الأضرار وإسناده لفوات الفرصة[1] .

يكون التعويض جزئيا لعدة أسباب منها، السبب الأول يكمن في أن فكرة فوات الفرصة لها قيمة ذاتية، لأن لكي يكون التعويض كاملا يجب أن لا يكون إحتماليا و إنما لابد أن يكون ضرر تفويت الفرصة محققا ومؤكدا، أما السبب الخير يدور حول الشك الذي يحوم حول العلاقة السببية ووسيلة إثباتها، وهو الذي دفع القضاة الى منح تعويض جزئي للمريض المضرور، بالإضافة الى ذلك يمكن القول ان الطبيب قد يؤدي الى تفويت فرصة الشفاء فيكون التعويض جزئيا إذا كان خطأ الطبيب هو تفويت فرصة الشفاء فقط او إستمرار الحياة [2].

ثانيا- تقدير قيمة الفرصة الضائعة :

عند تقدير القاضي للتعويض المقابل للضرر يسعى إلى إعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر وهو الأصل في المسؤولية المدنية سواء العقدية االتقصيرية [3].

[1]- صاحب ليديا، المرجع السابق، ص 133 و ما يليها.

[2]- أسعد عبيد الجميلي، طلال سالم نوار الجميلي، ص 66 .

[3]- أحمد ياسر مسك، المرجع السابق، ص 97.

وكما هو معلوم أنه من الصعب تطبيق التعويض العيني في نطاق المسؤولية الطبية بشكل عام، نظرا لطبيعة الضرر الذي نجم عن فعل الطبيب المسؤول والذي لا يمكن في غالبية الأحوال إصلاحه بشكل عيني، وهذا ما يدفع القاضي الى الحكم بالتعويض بمقابل وهو التعويض النقدي، لآن الضرر في حالة تفويت الفرصة يتعذر إزالته ومحوه، كما يتعذر إعادة المريض " المضرور" الى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، ولأن من شرط التعويض عن تفويت الفرصة، الفقد النهائي والمؤكد لها فالتعويض النقدي غالبا ما تلجأ إليه محكمة الموضوع حين لا ترى أمامها سبيلا غيره [1]، وهذا ما دفع المشرع الجزائري وغيره من المشرعين الى النص عليه، حيث نصت المادة 132: «**يعين القاضي طريقة التعويض تبعا لظروف، ويصح ان يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون .....، ويقدر التعويض بالنقد ...**».[2]

والأصل في التعويض النقدي أن يكون مبلغا من النقود، يعطى دفعة واحدة، لكن يصح للقاضي في ظروف معينة، أن يحكم بتعويض نقدي مقسط، أو بإراد مرتب مدى الحياة، ما دام يرى أن هذه هي الطريقة المناسبة للتعويض وفي هاتين الحالتين يبقى التعويض دينا في ذمة المسؤول مدة قد تطول [3] .لأن الاراد يدفع ما دام صاحبه على قيد الحياة، ولا ينقطع إلا بموته. وقد تم منح القاضي هذه الصلاحية[4] بنص المادة 132 /1 من ق م ج والتي جاءت بالتالي «**يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ...**» [5]. والقاضي قد يرى إلزامه بتقديم تأمين إذا لجأ

---

[1]– منى شايم محارب الرمالي الشمري، المرجع السابق، 118 .

[2]– أمر 57_58 يتضمن القانون المدني الجزائري معدل ومتمم، المرجع السابق .

[3]– يوسف زكريا عيسى أرباب، المرجع السابق، ص 118 .

[4]– بيطار صابرينة، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع : القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2015، ص 64.

[5]– أمر رقم 75. 58 تضمن القانون المدني الجزائري معدل ومتمم، المرجع السابق .

لإحدى هاتين الصورتين أن يلزم المسؤول بتقديم تأمين أو بأن يودع مبلغا كافيا لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به. وهذا ما جاء في نص المادة 1/132 والتي جاءت بالتالي «... **يجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا**»[1].

لقد راعت محكمة النقض الفرنسية عند تحديدها للتعويض المحكوم به في صورة إيراد دوري أنه تتغير قيمته بتغيير قيمة النقود، وهذا يسمح بمسايرة التعويض في مقدار لقيمة الضرر وفقا لقيمة النقد الذي يقرر به. والقضاء عندما يقدر التعويض عن الضرر اللاحق بالمريض (المضرور)، وذلك عند النظر في الدعوة المطالبة بالتعويض عن فوات الفرصة، يكون أمام حالتين[2].

الحالة الاولى:

إن القاضي ينظر إلى الكسب الإجمالي المأمول في الشفاء من قبل المضرور، و يعتبر فواته هو الضرر المعول عليه، ويعتبر أن الفرصة لا تعد و كونها وسيلة أو طريقة لتحقيق الغاية المنشودة. وهي تحقيق الكسب النهائي المأمول في الشفاء من وراء اغتنام تلك الفرصة، فلا يعطي تلك الفرصة قيمة مستقلة او خاصة بذاتها، بل تقدر قيمتها بقيمة ما تؤدي اليه من كسب فائت، وهو في ذلك مطمئن الى حقيقة تحقق هذه الفرصة، ومعتقد برجحانها غير مكتفي بإحتمالها، وهذا الترجيح الذي يصل الى حد اليقين، وهو ما يبرر للقاضي الحكم للمضرور بالتعويض الكامل، عن

[1]– أمر رقم 75_58 يتضمن القانون المدني الجزائري معدل ومتمم، المرجع السابق.

[2]– منى شايم محارب الرمالي الشمري، المرجع السابق، 120 .

كل ما فاته من كسب أو ما لحق به من خسارة تتمثل في الكسب النهائي الذي فوت على المضرور بفعل المدعي عليه[1].

ولكن هذا الراي منتقد، وذلك نظرا لمخالفته لكل ما استقر عليه الفقه والقضاء، في شأن الأساس التي تقوم عليها التعويض في تفويت الفرصة، فالتعويض عن تفويت الفرصة قائم على ضرر إحتمالي لا محقق، وأن اليقين هو المتمثل في الفوات الكيد والنهائي للفرصة في ذاتها، والضرر الذي سوف يلحق بالمريض" المضرور" ، أما الكسب النهائي المؤكد، فإن فواته على المضرور يلحق به ضرارا محققا يستوجب التعويض الكامل و ليس فقط فوات الفرصة بحد ذاتها، وإن اتباع هذا الراي يوجب التعويض الكامل عن الضرر الإحتمالي المتمثل في الكسب النهائي[2].

الحالة الثانية:

يعتبر الحل الأمثل للقاضي، فكما هو ثابت في إطار تحديد الضرر، الذي لحق بالمضرور، ومن أجل القيام بتقديره وتقويمه بما يعادله من تعويض، وإنما يتمثل في تقدير الضرر بالقدر الذي كان يحتمل معه تحقيق الكسب في الفرصة الفائتة، فلا يصبح تقديره بمقدار الكسب الذي فاتت الفرصة فيه.

وحسب راي القاضي فيما إذا كانت الفرصة في حد ذاتها تساوي شيئا معينا، وهو ما فقده المضرور نهائيا، ومهما تكمن الصعوبة في تقدير قيمتها، إلا أن وجودها لا ريب فيه، وعلى القاضي أن يبذل جهوده لتقدير هذه القيمة، ومن ثم يعوض عنها بقدر ما كان لها من نصيب في

[1]– طلال سالم نوار دحام الجميلي، المرجع السابق، ص 236 .

[2]– منى شايم محارب الرمالي الشمري، المرجع السابق، ص 120 .

الانتفاع بها، فالتعويض عن تفويت الفرصة لا يصح تقديره. بمقدار الكسب المنشود والمأمول[1]. وإنما ينبغي أن يقل عنه، أي يأخذ في الإعتبار مدى رجحان كسب الفرصة، وهذا الرجحان قد يزيد أو ينقص من مقدار التعويض .كما أن التعويض عن تفويت الفرصة يكون جزئيا، وهو ما أكده القضاء في أحد أحكامه. بأن التعويض الذي يقضي به القضاء ثمن ضياع فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، يكون جزئيا وليس كاملا يساوي كل الأضرار الناجمة عن الخطأ، سواء كانت وفاة أو عاهة أو اي ضرر آخر [2].

الفرع الثاني

سلطة قاضي الموضوع في تقدير ضرر تفويت الفرصة

للتعويض المضرور عن تفويت الفرصة، لابد وأن يقتنع القاضي بأنه ثمة فرصة قد ثبت فواتها، وتستهل التعويض عنها[3]، وفي هذا الصدد سنبين سلطة قاضي الموضوع في تقدير وجود الفرصة (أولا)، ثم سلطته في تحديد مقدار التعويض عن تفويت الفرصة (ثانيا).

أولا- سلطة قاضي الموضوع في تقدير وجود الفرصة :

يعد التعويض جابرا لكل ضرر أصاب المضرور، ولكن حتى يرتب هذا الحق لابدا من توفر شروطه والتي يقدرها القاضي بحسب ما هو معروض أمامه، وبالتالي فلا تعويض عند عدم تنفيذ المدين للإلتزامه العقدي، أو سلك مسلكا غير مشروع، بل يجب أن يصيب المضرور (المريض) ضررا نتيجة عدم تنفيذ العقد، أو حتى نتيجة الفعل غير المشروع [4]، وللقاضي لابد أن

[1]- أسعد عبيد الجميلي، طلال سالم نوار الجميلي، المرجع السابق، ص 68 .

[2]- منى شايم محارب الرمالي الشمري، المرجع السابق، ص 121 .

[3]- مصطفى راتب حسن علي، المرجع السابق، ص 766 .

[4]-منى شايم محارب الرمالي الشمري، المرجع السابق، ص 84.

يقتنع بوجود الفرصة وأن جميع الشروط الموجبة للتعويض عنها متوافرة، وبأنها كانت جدية وحقيقية، وأنه لولا خطأ المسؤول (الطبيب) لتحققت الفرصة التي لولا الخطأ المسؤول لكانت تحققت، فالفرصة كلما كانت أكثر احتمالا كلما أسند لها القاضي نسبة تحقق عالية وبالتالي تحديد مقدار التعويض المناسب لها [1] .

من تطبيقات القضائية التي تؤكد السلطة المطلقة للقضاة الموضوع، نجد حكم محكمة النقض الفرنسية في 30 اكتوبر 1990، حيث تتخلص وقائع هذه الدعوة فيما يلي: (هناك إمرآة تدعى مدام patricia خضعت لتدخل جراحي، إلا أن التخدير تسبب في حدوث مضاعفات خطيرة خاصة على الرغم من أنها كانت قد خضعت لتخدير آخر أجرى قبل ذلك بقليل بنفس الاسلوب، فقرر قضاة الإستئناف مسؤولية الأطباء عن فوات الفرصة على مدام patricia في تجنب هذه المضاعفات أو النتائج الضارة، ونعي المضرور على قضاة الاستئناف انهم اقتصروا على تعويض الضرر المتمثل في فوات الفرصة فقط، إلا أن محكمة النقض قررت بوضوح أن محكمة الاستئناف، بعد أن اوضحت الخطأ التي ارتكبها طبيب التخدير، إنه لا يمكن الجزم على وجه اليقين أن اتباع طريقة اخرى في التخدير بعد وقوع الحادث كان يمكن أن يغير من حالة patricia، وقد استنتجت المحكمة من ذلك بما لها من سلطة مطلقة في التقدير «أن الخطأ الذي ارتكبها الاطباء حرمت مدام patricia فقط من فرصة تجنب هذه المضاعفات أو الأثار).[2].

رغم السلطة المطلقة الممنوحة للقاضي في تقدير تعويض للإصلاح الأضرار اللاحقة بالمضرور، إلا أنها تحكمها ضوابط معينة، للأنها لا تعتبر حالة نفسية يحكم من خلالها القاضي

[1]–صاحب ليديا، المرجع السابق، ص 153.

[2]– مصطفي راتب حسن علي، المرجع السابق، ص ص 766 و767.

حسب اهوائه وميوله وإنما هي مسالة موضوعية وقانونية، تستوجب على القاضي عند الإستطلاع بها إستبعاد كل إجحاف أو مغالاة فيلتزم فقط بالضرر الفعلي و يقدر التعويض بقدره. وفي سبيل تحقيق ذلك أمكن المشرع القاضي بموجب المادة 125 وما يليها من قانون الاجراءات المدنية والإدارية[1] من اللجوء الى ذوي الخبرة والإختصاص في حالة ما إذا استعصت عليه مسألة ما[2] .

وتبقى مهمة القاضي في وصفه للوقائع على أنها تشكل فوات الفرصة، خاضعة لرقابة محكمة النقض للإنها مسألة وصف قانوني. وبالتالي يتيح لها تحديد مفهوم فوات الفرصة ورسم الإطار القانوني لعلاقة السببية بين الخطأ الطبي الثابت والنتيجة النهائية الضارة. وبالنسبة لمسألة تقدير التعويض، أي تحديد إحتمال تحقق الفرصة، فقاضي الموضوع مستقل في ذلك، وهذه تجعله يتحكم في مقدار التعويض عن فوات الفرصة[3].

ثانيا: سلطة قاضي الموضوع في تحديد مقدار التعويض عن تفويت الفرصة .

يتمتع قاضي الموضوع بالاستقلالية في تقدير التعويض عن فوات الفرصة، ويترتب عن هذه الاستقلالية عدم إتباعه لطريقة التقدير المضاعف التي تعتبر الوسيلة المثلى للوصول الى التقدير الضرر فوات الفرصة الشفاء، أو تجنب التعرض للخطر عند ثبوت الخلل في الإعلام، ويكون هذا التقدير تقريبي أي ليس حقيقي للأنه يقدر على أساس أنه ضرر إحتمالي وليس محققا، وأيضا لا يمكن إعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر[4] .

---

[1]_ أنظر المادة 125 من الأمر رقم95_ 07، المرجع السابق.

[2]– حمليل صالح، (سلطة القاضي في تقدير التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون و القضاء الجزائري)، مجلة الفقه و القانون، العدد 21، ص 62 .

[3]– صاحب ليديا، المرجع السابق، ص 154 .

[4]– المرجع نفسه، ص 154 .

وجب على القاضي عندما تعرض عليه الدعوة أن يفهم أولى الوقائع المطروحة أمامه، وفي مرحلة ثانية تكييفها بتطبيق النص القانوني الملائم عليها من خلال التأكد بأنها كافية لتشكل أركان المسؤولية المدنية لتأتي له في مرحلة ثالثة تقدير التعويض على إعتبار أنه لا تعويض بدون مسؤولية ولا تقدير حيث التعويض، على أن يحدد بطريقة موازنة للطريقة التي يتم بها هذا التعويض[1].

يتمتع أيضا قاضي الموضوع في مجال تقدير التعويض عن تفويت الفرصة على المريض (المضرور) سلطة واسعة، تمكنه في النظر عن مقدار التعويض المناسب لجبر ضرر، ويقول استاذ chartier أن المحاكم تقول فقط أن الفرصة حقيقية وجادة ومعقولة وعلى درجة عالية من الخطورة دون التعبير بدقة عن طرف الحساب الأمر الذي يقود في النهاية بالإضافة الى غياب الرقابة من محكمة النقض على إختلاف قضاة الموضوع في تقدير التعويض.

في سبيل تقدير القاضي للتعويض الجزئي عن فوات الفرصة يتعين عليه أن يلجأ في الواقع الى تقديرين، إذ يوضح ما كان مسؤول إليه مركز المضرور إذا ما تحققت الفرصة التي كانت لديه وهذا في التقدير الأول، وبالنسبة للتقدير الثاني يقوم القاضي بتحديد قيمة الفرصة ذاتها، أي درجة إحتمال تحقيقها للكسب المأمول، فاذا ترجمت بلغة الأرقام والحساب، مثلا لو اعتبرنا أن تحقيق الفرصة يجلب للمدعي كسبا قدر بعشرة آلاف دينار، وأن إحتمال تحقيق الفرصة لهذا الكسب يمثل 50%، فان قيمة هذه الفرصة تقدر بنصف الكسب الإحتمالي، أي تقدر بخمسة الاف

[1]– حمليل صالح، المرجع السابق، ص 61 .

دينار، ير أن المحاكم تفضل عمليا عدم إيضاح وتفسير طريقة حساب وتقدير تعويضها لتفويت الفرصة، وتكتفي عادة بتقرير ان الفرصة كانت جدية، أواكيدة، أو جدية بدرجة كبيرة[1] .

هذه السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي الموضوع في نظر مقدار التعويض تكون مبررة بالنظر الى الاحتمال الذي يطغى على فكرة فوات الفرصة ،فيجد القاضي نفسه مجبرا على القيام بحساب دقيق لعنصر الاحتمال، خاصة وأنه عندما يتعلق الأمر بتصور ردة فعل المريض الإيجابية أو السلبية إتجاه العلاج المقترح لو تم إعلامه بكل المخاطر. فإذا تبين له أن المريض كان سيرفض حتما العلاج، كان عليه أن يحكم له بالتعويض.

ولقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 20 جوان 2000، في قضية كان فيها مريض معرض لخطر السلطان في العضو المصاب، أجريت له عملية جراحية دون إعلامه بمخاطرها، ونظرا لتفاقم حالته الصحية قبل التدخل الجراحي، رفض القاضي طلب على أساس فوات الفرصة عدم التعرض للخطر، ما دام أن المريض لم يكن في وضعية تسمح له برفض العلاج المقترح ولو تم إعلامه بكل مخاطره .

لقد أكدت فيه المحكمة على صحة هذا النوع من التحليل القضائي، إذا ذكرت فيه القضاة على أن مهمتهم في مجال فوات الفرصة، التي تتجلى في البحث عن إمكانية رفض المريض للعلاج المقترح. ولهدف الوصول الى تلك النتيجة، عليه أن يقوم بالموازنة بين أثار تطور حالته المرضية والأثار المترتبة عن وقوع مخاطر العلاج، فهو الأمر الذي يمنح للمريض حرية الاختيار بينهما، مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة المرض، تطوره المتوقع وشخصية المريض...[2].

[1]– مصطفى راتب حسن على، المرجع السابق، ص ص 768 و769 .

[2]– صاحب ليديا، المرجع السابق، ص 155 .

بالإضافة إلى ذلك نجد تصريح المستشار للمحكمة الإدارية في باريس السيد puigerver، فيما يخص تقدير التعويض عن الفرصة الضائعة، إذا أدلى بأنه لابد عند تقدير ضرر تفويض الفرصة أن يقيم الضرر النهائي بندا ببندا، ويكون التعويض عن فوات الفرصة جزء من تعويض الضرر النهائي، ويقترح البعض أيضا أنه يجب الاستعانة بالاحتمالات وعلم الرياضيات عند تقدير التعويض عن فوات الفرصة، وهم بذلك لا يهدفون للاستبدال السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تقدير الموضوع، بل يهدفون الى تقديم إلى إطار نظري لتمكنه من التقييم بأقصى قدر من الدقة، بالتالي نجد للقضاة سلطة مطلقة في تقدير التعويض عن فوات الفرصة وفي كل حالاتها، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر عنها في 9 نوفمبر 1993، والذي بين بوضوح إلى أنه يدخل في السلطة المطلقة لمحكمة الاستئناف، والتي لم تتقيد براي الخبير[1] .

المطلب الثاني:

وجود الفرصة

يرافق إثبات المسؤولية المدنية للطبيب عن تفويت الفرصة، القاعدة الأصولية التي تحمل المدعى عبئ الإثبات، أي إثبات الخطأ الطبي هو إثبات لركن أساسي في المسؤولية الطبية، فإذا لم يتمكن المريض من إثباته فلا مسؤولية، ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية ذلك (الفرع الأول)، وإذا إستطاع الطبيب نفي إدعاء المريض بوجود خطأ من جانب هذا الأخير فإنه يتخلص من

[1]– مصطفى راتب حسن علي، المرجع السابق، ص 770 .

المسؤولية[1] لمرتكب من جانبه والضرر الحاصل للمدعى، وقد أحصت المجلة المصرية في الفصل 156 حالات السبب الأجنبي ،فأوردت القوة القاهرة، والأمر الفجائي، وخطأ المتضرر، وفعل الغير. ونسجت على منوالها مجلة الجزائر في الفصل 27. وعرفه الفقه «كفعل أو حادث معين لا ينسب للمدعى عليه، ويكون قد جعل منع وقوع الفعل الضار مستحيلا.[2]» (الفرع الثاني).ودور التأمين من المسؤولية المدني للطبيب (الفرع الثالث).

الفرع الاول:

إثبات تفويت الفرصة في المسؤولية المدنية للطبيب

سنتناول في هذا الفرع، عبئ إثبات الفرصة في المسؤولية المدنية للطبيب عن تفويت الفرصة (أولا)، ومن ثم سندرس صعوبات الإثبات(ثانيا) .

أولا: عبء اثبات الفرصة :

إن عبء الإثبات يقع في الأصل على المدعي وهو المضرور، فيكون عليه إثبات أركان المسؤولية جميعا من خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر، تطبيقا للقاعدة البينة على من ادعى واليمين على من انكر، وأن المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر، والمنكر هو الذي يتمسك بإبقاء الأصل[3]، وهذه القاعدة من القواعد الأساسية في تحديد من يقع عليه عبئ الاثبات، فهي قاعدة عامة تبين لنا الطرف الذي يقع عليه هذا الأمر والذي يحمل في خفاياه الكثير من المشقة، وفي المقابل توضح لنا الطرف الذي يقع على عاتقه حلف اليمين وذلك بعد عجز الطرف الأول في الدعوى عن التكليف الملقى على عاتقه وهذه القاعدة تم الإتفاق عليها فقهيا وقانونيا ولأن

[1]– فيصل عايد خلف الشورة، المرجع السابق، ص 79 .

[2]– سامي الجربي، المرجع السابق، ص 504 .

[3]– فيصل عايد خلف الشورة، المرجع السابق، ص 79 .

وجود الضرر يعتبر واقعة مادية، أي ليس عملا قانونيا أو تصرفا، فإنه يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات، بما في ذلك البينة والقرائن [1]. ومن ثم يقع على المريض وهو طرف مدعى في دعوة المسؤولية المدنية للطبيب عن تفويت الفرصة إثبات خطأ الطبيب (المسؤول).

فالطبيب عندما ينسى قطعة من الشاش في جسم المريض "المضرور" لا يكفي ذلك للقول بإنه سبب لكافة الأضرار التي لحقت المريض "المضرور"، ما لم يثبت أن ذلك أدى الى التهاب الجرح أو سوء حالته، والقضاء دائما ما يتساهل و يقيم قرينة لصالح المريض " المضرور"، متى كان من شأن الخطأ أن يحدث مثل هذا الضرر وما على الطبيب " المسؤول" إلا نفي هذه القرينة أو المسؤولية[2].

لا يكفي فقط ثبوت إهمال الطبيب عن تفويت الفرصة، أو عدم العناية بالمريض بل يجب على المريض أيضا إثبات تمتعه بفرصة الشفاء، أو البقاء على قيد الحياة قبل التدخل الطبي، في الوقت نفسه يقع على عاتق الطبيب المكلف بالمريض إثبات أن تدخله لن يغير شيئا في حالة المريض لكي يدفع المسؤولية عن نفسه منذ البداية [3] .

كما انه لا شك انه هناك فرق بين نوعي المسؤولية المدنية، ففي المسؤولية العقدية يتحمل المدين "الطبيب" عبئ اثبات قيامه بالتزامه العقدي، وذلك بعد ان يثبت للدائن "المريض" وجود العقد، بينما يتحمل الدائن "المريض" في المسؤولية التقصيرية، عبئ اثبات انتهاك المدين "الطبيب" للإلتزامه الذي تم فرضه من قبل القانون، وإرتكاب بالتالي عملا غير مشروع[4] .

---

[1]– منى شايم محارب الرمالي الشمري، المرجع السابق، ص 92 .

[2]– المرجع نفسه، ص 91 .

[3]– صاحب ليديا، المرجع السابق، ص 96 .

[4]– منى شايم محارب الرمالي الشمري، المرجع السابق، ص 92 .

لذا يمكن القول بأن إثبات الضرر تفويت الفرصة يمكن إثباته بكافة الطرق الإثبات، وأن عبئ الإثبات يقع على عاتق من يدعي وقوع ضرر تفويت الفرصة عليه وهو المضرور[1] ، وأن الشك الذي يتوارد حول العلاقة السببية دائما ما يفسر لمصلحة المدعي عليه، لكن في المسؤولية الطبية، فالقضاء عندما يقدر التعويض عن ضياع الفرصة يقيم قرينة شبه دائمة عندما يثبت خطأ الطبيب لمصلحة المريض على قيام العلاقة السببية بين خطا الطبيب " المسؤول" وبين فوات الفرصة في الشفاء [2] .

ثانيا–صعوبات اثبات وجود الفرصة .

قد يجد المريض بعض الصعوبات في المجال الطبي أثناء إثباته للفرصة[3]، نظرا للظروف المحيطة بهذا الخطأ والخصائص المميزة تحتمل المريض مخاطر الإثبات إلا وهي لها، زيادة على حالة المعاناة التي يكون فيها المريض لحظة حدوثه، والتي قد تكون في بعض الحالات مستحالة الإثبات وتكون النتيجة خسارة دعواه فضلا عن تحمله المصاريف القضائية [4].

مثلا لكي يتمكن ورثة المتوفي من إثر عملية جراحية من الدليل على تمتع مورثهم بفرصة في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، فإن ذلك يقتضي منهم إثبات السبب الحقيقي وراء وفاة مورثهم وهو أمر مستحيل في غالب الأحيان. هذا راجع الى صعوبة معرفة ما إذا كان الجراح يمكنه تفادي

[1]– أحمد ياسر مسك، المرجع السابق، ص 72 .

[2]– منى شايم محارب الرمالي الشمري، المرجع السابق، ص 93 .

[3] . THEVENOZ, luc, la perte d’une chance et sa rèparation, BerneM stampfli, suisse, 2002, p442.

[4]– عبيد فتيحة، الإثبات في نطاق المسؤولية المدنية الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع : عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2015، ص 35 .

وفاة المريض بإتباع أسلوب معين في الجراحة أو تفادي الوفاة. وهذا ما دفع محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها بإعفاء المدعي من عبء هذا الإثبات [1] .

وهناك صعوبات متعلقة بالممارسة الطبية وهي تلك الصعوبات التي ترسخها طبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض وصعوبة الإثبات في هذا المجال تكون من حيث إشكالية وصول المريض الى الوثائق الطبية أو الدلائل والملفات التي تثبت صحة إدعائه، وأمام سرية وتكتم الأطباء يتولد لدى المريض إحساس بأن الأطباء أو المؤسسات الاستشفائية تخفي شيئا ما. أما بالنسبة للصعوبات المتعلقة بالفن الطبي فهي تتميز بالتعقيد العلمي خاصة، مما يترتب على المريض صعوبة إثبات هذا الخطأ الفني نظرا لصعوبة إقامة الدليل، فيما يخص مسألة الشهود التي تعتبر طريق مسدود كون الشهود قد يكونوا عديمي الخبرة شأنهم شأن المدعي، مما لا يدع مجال للإستعانة بأهل الخبرة، هذا الخبير والذي يكون من الأطباء نفسهم، غير ان المدعي والقضاء ليس بإمكانهم العثور على خبير مستعد للإتهام زميل له مما يصعب من مسألة الإثبات بالنسبة للمريض أو ذويه .وبالتالي يمكن القول أن إثبات المريض في حالة الإلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة يكون أكثر يسيرا مقارنة بإلتزامه ببذل عناية أين يكون موقف الطبيب كمدعي عليه أكثر قوة في مواجهة المريض (المدعي) الذي يكون مطالبا بإثبات واقعة سلبية [2] .

بالنسبة لدور القاضي في إثبات الخطأ الطبي الفني لقد خول له القانون سلطة واسعة في إستنباط القرائن القضائية من ظروف ووقائع الدعوى بما له من سلطة التقدير، ومن خلال المقارنة بين سلوك الطبيب المدعي عليه والسلوك الفني المألوف، للتحقق من مدى خروج الطبيب على

[1]– صاحب ليديا، المرجع السابق، ص 97 .

[2]– عبيد فتيحة، المرجع السابق، ص ص 36 و37 .

السلوك المألوف الواجب الإتباع، ما يعني ضرورة البحث عن المعيار الذي يمكن للقاضي من خلاله قياس سلوك الطبيب ومدى إعتباره خاطئا[1].

للأجل التخفيف على المرضى الفرنسيين وأهاليهم من الصعوبات التي يوجهونها في قضايا الإثبات حاولت محكمة النقض الفرنسية إعفائهم كليا من هذا الأمر حيث جاء في قرارها المؤرخ 25 ماي 1971: (يتحمل الطبيب والممرضة المساعدة المسؤولية الكاملة عن فوات فرصة البقاء على قيد الحياة على المريضة ولو أن أسباب الوفاة غير المعروفة، ويكفي فقط أن الطبيب أخرج المريضة من المستشفى رغم إصابتها بحمى شديدة)[2].

الفرع الثاني

أسباب الإعفاء من التعويض عن ضرر تفويت الفرصة

يمكن للطبيب المدعى عليه، نفي المسؤولية عنه بإثبات السبب الأجنبي، سوءا الحادث الفجائي (أولا)، أو فعل المضرور(ثانيا)، أو (فعل الغير) طبقا لما نصت عليه المادة 127 ق.م.ج.

أولا- الحادث الفجائي والقوة القاهرة كمانع من موانع مسؤولية التعويض عن ضرر تفويت الفرصة .

القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، هو كل أمر أو حدث لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه، يقع ويكن السبب في وقوع الضرر. أو هو الحادث الذي يجبر الشخص بالإخلال بإلتزام[3]، ففي كلتا الحالتين لا محل للنزع بالقوة القاهرة المتمثلة بحادث مفاجئ غير متوقع وغير

[1]- بن صغير مراد الخطأ الطبي في القواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 385 .

[2]- قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 24 ماي 1971 أشار إليه : بوبكر أمزياني، المرجع سابق، ص 134 .

[3]- بيطار صابرينة، المرجع السابق، ص 35 .

قابل للدفع مما أحدث ضرر تفويت الفرصة المشكو منه، وذلك لعدم إختلافها مع فكرة الفعل الضار، وبالتالي إذا أرادا محدث الضرر "الطبيب" أن يدفع المسؤولية عنه إما أن يقوم بإثبات عدم إرتكابه الفعل الضار أو عدم قيام صلة السببية بين فعله الضار وضرر تفويت الفرصة الحاصل للمضرور "المريض، وإما يقوم بإثبات عدم إرتكابه إهمالا أو عدم تبصر أثناء القيام بمهامه . فالمسالة القانونية تنحصر، بمعنى اما ينفي الفعل الضار أو الإهمال وإما ينفي الصلة السببية بينهما وبين ضرر تفويت الحاصل.

أما إذا وقع ضرر تفويت الفرصة نتيجة للحادث المفاجئ فإن العلاقة السببية تكون مفقودة بين ما نسب إلى محدث الضرر وضرر تفويت الفرصة الحاصل، إذ تقوم هذه العلاقة فقط بين ضرر تفويت الفرصة والحادث المفاجئ حاجبة علاقة محدث الضرر في حدوث ضرر تفويت الفرصة إلى جانب القوة القاهرة عندما يتحمل جزءا من المسؤولية بقدر مسؤولية الفعل الضار في إحداثه[1] .

للقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ له شروط يجب أن تتوفر سواء كان بصدد مسؤولية عقدية أو تقصيرية، وهما شرطين أساسين أولهم ،عدم إمكان دفع الحادث، أما الشرط الثاني هو عدم إمكان توقع حدوث القوة القاهرة أو الحادث الفجائي. يتمثل هذا الشرط الأخير في كون أن الحادث غير ممكن توقعه، حتى يمكن إعتباره من قبل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، ويقدر تقدير مجرد لا شخصيًا، حيث لا يكفي عدم توقع المدين للحادث بالنظر إلى كفاءاته ويقظته ومزاجه وطريقة حكمه على الأمور وإما يشترط عدم توقع الرجل العادي، بالإضافة الى ذلك يمكن إعتبار الحادث من قبيل القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ. إما إذا كان في إمكان المدين من توقعه كان ملزما

[1]– أحمد ياسر مسك، المرجع السابق، ص 104 .

بتعويض المضرور، ولا توجد في هذه الحالة القوة القاهرة وذلك لعدم توفر شرط من شروط تحققها. فالمدين إذا كان في إمكانه توقع هذا الحادث كان في إمكانه تفادي وقوعه، وذلك بإتخاذ الإحتياطات اللازمة لتجنب نتائجه، هنا لا يشترط أن يكون الحادث لم يسبق وقوعه أصلا.

وبالنسبة للشرط الثاني وهو عدم إمكان الدفع، بمعنى أن يجد المدين نفسه أمام إستحالة في التنفيذ[1] .

ومن الأثار المترتبة عن حدوث القوة القاهرة والحدث المفاجئ هو إنتفاء المسؤولية بمعنى إنحلال العلاقة السببية التي تجمع بين الخطأ الطبي والضرر تفويت الفرصة، بحيث إذا توفرت القوة القاهرة والحادث المفاجئ، تلك القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ الذي لا يمكن توقعه ولا دفعه يؤدي إلى إحداث الضرر فان العلاقة السببية بين عمل الطبيب والضرر قد انقطعت وبذلك تنتفي مسؤولية الطبيب، لكن الأمر ليس بهذه السهولة اذ لابد من توفر شرطين المذكورين سابقا ونضيف الى هذه الشروط حالة الضرورة التي تثار في هذا الصدد وهي الحادث المفاجئ الذي يعترض الطبيب اثناء عمله الطبي فيصبح في حالة اما يقدم على تصحيح هذه الحالة الغير المتوقعة أو تركها يؤدي بالمريض الى الوفاة، وهناك مثال جاري العمل به في مستشفياتنا وهي حالة النزيف الداخلي من الرحم بعد الولادة فان كثير من اطباء التوليد يقدمون على استئصال الرحم وهي حالة الاستعجال التي لا يشترط فيها رضا المريض[2].

[1] – بيطار صابرينة، المرجع السابق، ص 37 .

[2]– قيرع محمد، التعويض عن الضرر الجسماني للخطأ الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع : العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 3، الجزائر، 2015، ص 42 .

ثانيا– فعل المضرور كمانع من موانع مسؤولية التعويض عن ضرر تفويت الفرصة :

تنتفي العلاقة السببية إذا كان المضرور (المريض) هو المتسبب الوحيد في إحداث الضرر، إما أن كان قد ساهم مع خطأ الطبيب في إحداث الضرر فإن ذلك يؤدي الى إنتقاص التعويض المحكوم به على الطبيب بقدر نسبة خطأ المريض[1].

وللإثبات محدث الضرر في تفويت الفرصة عليه بإثبات أن المضرور قد تسبب بفعله الضار في حدوث ضرر تفويت الفرصة الذي أصابه أو في إستفحال ضرر تفويت الفرصة بإهماله، وأن لضرر تفويت فرصة سببا أجنبيا غير الفعل الضار الذي وقع منه، لأن من حقه أن يتوقع أن يسلك المضرور مسلكا سلبيا لا فعل ضار فيه، فلا يحتاج الى أن يثبت إنه توقع هذا الفعل الضار من المضرور وضرر تفويت الفرصة ،مستفادة من قرائن الحال على سبيل الترجيح لا على وجه التحقيق، وإذا سقطت هذه السببية المفترضة أمام السببية الثابتة بين الفعل الضار فلا يكون له الحق في المطالبة بالتعويض من أحد [2] .

وقد قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1986/06/17 حيث جاء فيها :"من المقرر قانونا أنه يعفى من المسؤولية حارس الشي إذا اثبت أن الضرر الذي يحدثه ذلك الشئ حدث بسبب لم يكن توقعه مثل عمل من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إساءة في تطبيق القانون. ولما كان ثابت في قضية الحال أن الضحية هي التي تسببت في وقوع الحادث ،فإن قضاة الموضوع الذين أساسوا قرارتهم على المسؤولية المفترضة على كل من له حق الحراسة

[1]– منصوري جواد، المرجع السابق، ص 45 .

[2]– أحمد ياسر مسك، المرجع السابق، ص 106 .

على الأشياء، فإن بقضائهم كما فعلو اخطئوا في تطبيق قاعدة التي لها استثنافات ومنها خطأ الضحية كما نصت عليه المادة 2/132 من القانون المدني" [1] .

جاء هذا القرار نتيجة رفض أحد المرضى للإجراء الفحوصات الطبية الضرورية، وكما جاء في هذا القرار أنه لا ينفي على الطبيب المسؤولية ، بل يعد مسؤولا عن الأضرار الناتجة عن هذا الرفض، غير أنه يمكنه دفع المسؤولية متى أثبت المريض كتابة، فيتحمل بذلك المسؤولية لوحده دون سواه. إلا أنه لا يعتد بالأمر على إطلاقه، ففي بعض الحالات إذا ما قام الطبيب الجراح على سبيل المثال بإجراء عملية لا تدعوا الضرورة الصحية للمريض لها، فإنه يعتبر الطبيب مخطئا حتى ولو اقتنع المريض مسبقا بإجراء هذه العملية، وبالتالي يعتبر الطبيب مسؤولا في هذه الحالة. إذ أن رضاء المريض بالضرر لا يمكن أن يحمل على أنه إتفاق لإعفاء الطبيب من المسؤولية وعلى فرضية التسليم بوجود هذا الإتفاق ، فإنه باطل إذا كانت المسؤولية التقصيرية ناجعة عنه عمل إجرامي، أو حتى أنها مسؤولية عقدية متى كانت مترتبة عن غش المدين أو خطئه الجسيم[2]، هذا ما نصت عليه المادة 172 /2 من ق م ج بقولها « **وكذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أي مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ إلتزامه التعاقد، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه. ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناهية عن العمل الإجرامي** »[3] .

[1]– قرار محكمة العليا بتاريخ 17 /06 / 1986، أشار إليه منصوري جواد، المرجع السابق، ص 46.

[2]– منصوري جواد، المرجع السابق، ص 46.

[3]– أمر رقم 75_58 متضمن القانون المدني الجزائري معدل ومتمم، المرجع السابق.

إذن يمكن القول أن الطبيب إذا ما أثبت الضرر الذي حدث كان نتيجة السبب الأجنبي، إنتفت المسؤولية عنه ورفضت دعوة التعويض، ولكن إذا عجز عن الإثبات قامت المسؤولية وأصبح ملزما بالتعويض هو أو المؤسسة التابع لها وكما يجدر الذكر أنه من شأنه أن يبرز صعوبة اخرى لدى الطبيب في نظام المسؤولية الطبية الحديثة وهو التعويض الشامل [1].

[1]– قيرع محمد، المرجع السابق، ص 44 .

ثالثا– فعل الغير كمانع من موانع مسؤولية التعويض عن ضرر تفويت الفرصة .

يقصد بالغير في هذا الصدد، الشخص الثالث الغريب والأجنبي عن المتضرر وعن المدعي عليه، فلا يدخل في عداد الغير لا المضرور ولا المسؤول، ولا من يسأل عنه هذا الأخير كالتابع أو الشخص الخاضع لسلطته في الولاية، ولا الذي أحله في الإلتزام المترتب عليه[1].

لذا في حالة ما أثبت محدث الضرر أن ضرر تفويت الفرصة الذي لحق المضرور كان نتيجة الفعل الضار الصادر من شخص أجنبي عنه(الغير) فإنه بذلك يكون قد أثبت السبب الأجنبي بركنية ،ركن السببية بين فعل الضار الأجنبي وضرر تفويت الفرصة، وركن إنتفاء التوقع لأن ليس على المرء أن يتوقع الأفعال الضارة الصادرة عن غيره . فان كانت السببية بين ضرر تفويت الفرصة والفعل الضار الغير الثابتة على وجه التحقيق اعتبر الفعل الضار الصادر عن الغير هو السبب الوحيد في حدوث ضرر تفويت الفرصة، لأنه بسبب أجنبي عن محدث الضرر وبالتالي تنتفي عنه المسؤولية هذا الأخير ويصبح للمضرور أن يطالب بتعويض تفويت فرصة من ذلك الغير. وأن كانت تلك السببية ثابتة على وجه التحقق فقد ثبت أن لضرر تفويت الفرصة سببين وأصبح كل من محدث الضرر والغير مسؤولا عن تعويض ضرر تفويت الفرصة، وكان مسؤولين قبل المضرور بالتضامن بينهما بحيث يجوز له أن يرجع عليهما بالتعويض كاملا[2].

يشترط للإعتبار فعل الغير من السبب الأجنبي المعفي للمسؤولية، أن يكون خطأ له شأن في إحداث الضرر، فإن لم يكن فعل الغير خطأ فلا أثر له في مسؤولية المدعي عليه، وكان هذا الأخير وحده المسؤول عن التعويض، مسؤولية كاملة. ويقاس خطأ الغير هنا بمعيار

[1]– بيطار صابرينة، المرجع السابق، ص 39 .

[2]– أحمد ياسر مسك، المرجع السابق، ص 107 .

موضوعي وهو الإنحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي[1]. كما برت محكمة دووي douau طبيب وحكمت بإنتفاء مسؤولية أثر معالجة لمريضة توفيت نتيجة تسمم وعدوى وكانت والدتها تقوم بتعريضها، وأن نقل العدوى سببه الأقارب وليس الطبيب، رغم أن هذا الحكم أنتقد بشدة لأنه نسب إلى الطبيب إهمال وعدم الحيطة[2]. لأن رابطة السببية لا تنقطع بفعل الغير في مواجهة الطبيب إذا كان المدعي عليه مسؤولا عن أفعال الغير، لأنه سوف تكون في هذه الحالة أمام مسؤولية الطبيب عن أفعال تابعة ولا يجوز له التهرب من المسؤولية اتجاه المضرور، سواء كان الغير من مساعدي هذا الطبيب أو من إختيارهم بطريقة مباشرة للعمل، ومثال ذلك أن الطبيب يتحمل مسؤولية خطأ طاقم التخدير والتمريض الذين إختارهم للعمل معه. إلا في حالة ما اشترط الطبيب عدم مسؤولية عن عدم تنفيذه للالتزام الراجع لخطئه أو لخطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه، وبالتالي يعد هذا الشرط عديم الأثار لأن لكل إتفاق يتعارض مع سلامة جسم الإنسان يكون باطلا[3].

يقصد بالغير هنا كل شخص لا يكون المدعي عليه مسؤولا عنه، فمصطلاح الغير لا يتضمن الخاضعين لرقابة ولا التابعين، أي الأشخاص غير المعنيين بإحكام المواد 136 و17 من ق م ج، فالغير هم مما كانوا أجانب عن المسؤول، بمعنى يمكن القول بأنه هو شخص ثالث عن المدعى عليه. لذلك فالغير ممن كان المدعى عليه (الطبيب) مسؤولا عنهم لا يعتبرون سببا في إنقطاع العلاقة السببية [4]. إلا إذا أثبت أن خطأ الغير أسهم الى جانب خطأ الطبيب في وقوع

[1]– بيطار صابرينة، المرجع السابق، ص 40 .

[2]– قيرع محمد، المرجع السابق، ص 44 .

[3]– فريحة كمال، المرجع السابق، ص 306 .

[4]– منصوري جواد، المرجع السابق، ص 48 .

الضرر، هنا يوزع التعويض بينهم مناصفة، إلا إذا أمكن تحديد درجة جسامة فيوزع الخطأ حسب جسامته [1] .

الفرع الثالث

دور التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب

لقد فرضت مختلف التشريعات على الطبيب كغيره من أصحاب المهن الحرة، إكتتاب تأمين لتغطية مسؤوليته المدنية تجاه مرضاه وتجاه الغير حماية للطبيب وكفالة لحقوق المرضى، وسنستعرض في هذا الفرع للتأمين من المسؤولية المدنية للطبيب (أولا)، وضمان الأضرار الناتجة عن الخطأ الفردي للطبيب، وتوزيع الضمان في حالة وقوع الخطأ داخل الفريق الطبي (ثانيا).

أولا : التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب

1 – أهمية التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي

إن التأمين في نطاق المسئولية الطبية سواء كان في إطار الإجبار أم الإختيار يوفر حماية للطرفين، و يكفل نوعا من التعاضد بين الطبيب لا يضيره مساندة هيئة مليئة للمضرور منحه كامل ثقتها، و بين المريض أبعد عنه مظنة للجوء إلى القضاء، وبهذا يكون التأمين هو الوسيلة الوحيدة المتاحة للتقريب بين ما يسعى إليه الطبيب وما يأمل فيه المريض .

تبرز أهمية التأمين من المسئولية الطبية الذي لاقي ازدهارا و نتيجة لتفاقم الأخطار، إذ كلما إقترب الخطر إتسع نطاق التأمين، بالإضافة إلى أن نظام التأمين يعد بحق وسيلة لجبر الضرر بعد أن تبين قصور بقية الوسائل القانونية المتاحة عن إيجاد حلول كافية، وقد تنبهت

[1]– منصوري جواد، المرجع السابق، ص 47 .

الأنظمة القانونية الحديثة إلى هذه الأهمية ،مما حدا بالعديد منها إلى إعادة النظر في هذا النظام بكيفية تتناغم والأصوات المتعالية للفقه التي تنادي بجعل التأمين من المسؤولية الطبية إجباريا. [1]

2 . إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب

إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية هو تحقيقا وكفالة لحصول المضرورين على التعويض المناسب وحماية للأطباء وصونا لممارسة المهن الطبية ،فتأمين من هذه المسؤولية هو شرط إلزامي للممارسة مهنة الطب، إذ لا يستطيع الطبيب أن يمارس مهنته إلا بعد إكتتابه لعقد التأمين من المسؤولية المدنية مهما كان إختصاص الطبيب[2]. وهذا ما أكدته نص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 07_321 على أنه «**يتعين على المؤسسة الاستشفائية الخاصة اكتتاب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية للمؤسسة ومستخدميها و مرضاها** » . [3]

وتضمن عقود التأمين في هذا الشأن، تغطية النتائج المترتبة عن المسؤولية المدنية والمحددة بالمواد 124 وما بعدها، أي ضمان تغطية جميع الأضرار الجسمانية والمادية والمعنوية التي تلحق بالغير.[4]

[1] _ منصوري جواد، المرجع السابق، ص ص 115 و116 .

[2] _ عباشية كريمة، المرجع السابق، ص 158.

[3] _ مرسوم تنفيذي رقم 07 _321 مؤرخ 22 أكتوبر 2007 يتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسيرها، ج ر عدد 67 في 24 أكتوبر 2007.

[4] _ أكلي نعيمة ويسوم فضيلة، التأمين من المسؤولية المدنية الطبية كضمان لحماية المستهلك في ظل قانون التأمينات 06_ 04، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد 06، 2018، ص ص382 و384.

ثانيا: ضمان الأضرار

1. ضمان الأضرار الناتجة عن الخطأ الفردي:

تلتزم شركة التأمين بالضمان بمقدار ما تحقق من مسؤولية مدنية على المؤمن له أي في حدود المبلغ المتفق عليه في عقد التأمين، وعليه فهو يضمن في المسؤولية المدنية للطبيب نتيجة الضرر الذي وقع على المريض بسبب خطأ مهني من الطبيب أو الجراح، سواء وقع هذا الخطأ في التشخيص أو في العلاج أو خلال العمليات الجراحية، أو حالة الخطأ في حالة تخدير المريض أو حالة الخطأ في الإستشارة الطبية [1]، و تنص في هذا الصدد المادة 201/[1] من قانون التأمينات على أنه : « **يجب على شركات التأمين تغطية أي خطر يخضع بموجب هذا الأمر لإلزامية التأمين بالنسبة لعمليات التأمين التي اعتمدت من أجلها ... »**[2].

كما نصت المادة 202 من الأمر المتعلق بتأمينات : « **كل عقد تأمين يخضع لإلزامية التأمين يكون مشتملا على ضمانات تعادل على الأقل الضمانات الواردة في الشروط النموذجية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 227 من الأمر حتى لو تم الاتفاق على خلاف ذلك.**

كما أن كل من المؤمن والمؤمن له ملزم بإحترام الشروط والقيود التي يفرضها التنظيم التي قد لا يترك مجال واسع للاتفاق وفي هذا الصدد تنص المادة 173 من الأمر المتعلق بالتأمينات على أنه بخصوص تأمين المسؤولية المدنية المشار إليه في المواد 163 إلى 172: يجب أن يكون المكتتب كافيا سواء بالنسبة للأضرار الجسمانية أو بالنسبة للأضرار المادية علاوة على ذلك يجب ألا ينص عقد التأمين على سقوط أي حق يمكن أن يحتج به على المضرورين أو ذوي الحقوق».[3]

[1] _ أكلي نعيمة، ميسوم فضيلة، المرجع السابق، ص 387 .

[2] _ أمر رقم 95_07 يتضمن قانون التأمينات، المرجع السابق.

[3] _ أنظر المادة 173، المرجع نفسه.

2 . توزيع الضمان في حالة وقوع الخطأ داخل الفريق الطبي

أ: وضع المشكلة

لا تكون هناك مشكلة إذا كان كل من الجراح والطبيب التخدير قد أبرم تأمينا من المسؤولية لدى نفس المؤمن، فإذا رجع المريض على هذا الأخير بالضمان، فلا تثور صعوبة لكونه يضمن مسؤولية أعضاء الفريق الجراحي جميعا .إنما المشكلة تثور حينما يكون كل عضو من أعضاء الفريق الجراحي قد أبرم تأمينا من المسؤولية لدى المؤمن مختلف، بحيث يرجع المريض لأكثر من مؤمن، وتثور بينهم مشكلة توزيع الضمان.

ب : اتفاق 28 يونيو 1976

تم الاتفاق بين كافة شركات التأمين التي تُعني بالتأمين من المسؤولية الطبية، وكان الهدف المتوخى منه كما حددته تلك الشركات هو: «إدارة الكوارث الناشئة عن المسؤولية المدنية الطبية فيما يتعلق بالجراحين وأطباء التخدير ومؤسسات العلاج الخاصة». [1]

[1] _ فريحة كمال، المرجع السابق، ص 342 .

خاتمة

خاتمة

لا شك في أن موضوع المسؤولية المدنية للطبيب عن تفويت الفرصة تُعد الآن محلاً لدراسات قانونية كثيرة ومتعمقة، وبالتالى يظهر تفويت الفرصة في المجال الطبي خاصة في مجال الشفاء فإذا فاتت الفرصة على المريض قامت مسؤولية الطبيب ومن ثمّ يحق للمضرور المطالبة بالتعويض عن تلك الفرصة الضائعة، وأن للقاضى الموضوع له سلطة كبيرة في تقدير التعويض عن تفويت الفرصة، وأن لمحكمة النقض دورا هاماً في الرقابة على ممارسة قاضى الموضوع لهذه السلطة من خلال الرقابة على سلامة الوصف القانوني ومن خلال الرقابة على التأسيس القانوني.

وقد حاولنا البحث في مختلف جوانبه والمشكلات التي يثيرها هذا الموضوع وذلك لإتصاله بجسم الإنسان، إن الشخص الذي كنا بصدد البحث في مسؤوليته يمتلك كل موصفات الإنسانية، ولذلك تعتبر مهنة الطب مهنة المتاعب والمصاعب، وذلك لانطوائها على مخاطر مادية وشخصية لكل من الطبيب والمريض وهي من الفروع التي تحتاج الصبر والتقدير والإحساس بالغير، وأن كل من يتعامل معه الطبيب هو إنسان مثله ،له أحاسيسه ومشاعره، وبالرغم من كل ذلك فإن عمل الطبيب يستوجب المساءلة عند إرتكابه للخطأ يصب به ضرر للمريض .

وقد حاولنا من خلال هذا الموضوع أن نتناول الجوانب الهامة فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية للطبيب، وأفرغنا من خلاله جزءا مهما ألا وهو تفويت الفرصة والذي توصلنا من خلاله في نهاية الدراسة البحث إلى نتائج ومقترحات عدة والتي نرى في الأخذ بها وتبنيها فائدة على المستوى النظري والعملي والتي يمكن أن نوردها على النحو الآتي .

أولا : النتائج

1 _ يتخذ تفويت الفرصة في الشفاء صورا مختلفة منها الأخطاء الإيجابية والتي تتمثل مثلا بالخطأ في التشخيص، وكذلك الخطأ في مجال التوليد وكذلك الأخطاءالناشئة عن نقل الدم الملوث وأيضا في العمليات الجراحية، كما تكون الأخطاء سلبية والتي تتمثل مثلا بعدم الاستعانة بطبيب

التخدير، وكذلك عدم إجراء الفحص التمهيدي، وكذلك عدم الاستعانة بطبيب أخصائي في مجال التوليد، مما يترتب على ذلك تفويت الفرصة على المريض (المضرور) في الشفاء مما يحق له بالمطالبة بالتعويض عن تلك الفرصة الضائعة.

2 _ يجب على الطبيب المختص إعلام مريضه بكل المعلومات المتعلقة بمرضه وبمخاطر التي سوف يتلقاها أثناء العلاج والجراحة مما يتيح له فرصة القبول أو رفض ذلك العلاج المقدم من أجل شفائه، حتي نتفادى الخطأ في عدم الحصول على رضى المريض وكذلك بنسبة لسر المهني والملف الطبي للمريض فإن الطبيب ملزم بالمحافظة على السر وعدم إفشائه في حالة طلب المريض ذلك إلا في حالة ما إذا كان هذا المرض يعدي المجتمع في هذه الحالة يحق للطبيب بإفشاء وهذا حماية للمجتمع .

3_ تخضع دعوى المسؤولية المدنية الطبية لقواعد وإجراءات منصوصة عليها في القانون لمختلف الدعاوى القضائية، التي تسمح للمريض المتضرر برفع دعواه أمام القضاء المختص ضد الطبيب المسؤول عن الضرر الذي لحق به وهذا و فقا للشروط المنصوص عليها في القانون وقبل انقضاء الأجل المقرر لسقوطها، وبعد قبول الدعوى المرفوعة يحكم القاضي بتعويض المريض عن الضرر الذي لحقه، على أن يكون هذا التقدير وقت صدور الحكم، وفي الغالب يكون تعويض المريض المتضرر نقديا.

4_ لقيام المسؤولية المدنية الطبية لا يكفي وجود الخطأ الطبي لقيام هذه المسؤولية، بل لابد من وجود ضرر لحق بمريض بنوعيه المادي والمعنوي، إضافة الى وجود علاقة مباشرة بين الخطأ الطبي والضرر الطبي .

5_ عرفت المسؤولية المدنية تطورا قانوني بحيث أنه بدأت تقصيرية ثم أصبحت عقدية وذلك من خلال القرار الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20. 05. 1936 والذي أقرت من خلاله بأن المسؤولية الطبية عقدية وليست تقصيرية، غير أن هذه القاعدة ليست عامة بحيث أنه يمكن تقصيرية في حالة غياب العقد الطبي.

6 . إن الهدف من تأمين المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية هي الحصول المريض المتضرر على التعويض الكامل للضرر الذي لحقه وهذا من جهة، وإعطاء نوعا من الطمأنينة الارتياح للطبيب أثناء ممارسته لمهنته الطبية من جهة أخرى.

ثانيا: التوصيات:

بعد أن عرضنا أهم النتائج المتواصل إليها في درستنا لهذا الموضوع، نقدم بعض الاقتراحات والتوصيات المتحصل عليها على النحو التالي :

1 _ نقترح أن يكون نظام تأمين إلزامي على الأطباء من المسؤولية الطبية (وهو الاتفاق المبرم بين الطبيب وشركة التأمين مقابل دفع قسط التأمين المتفق عليه وذلك في حالة وقوع ضرر تلتزم شركة التأمين بدفع المبلغ وذلك من أجل تعويض المريض المتضرر عن الضرر الذي لحق به)، حيث يلزم الطبيب بضرورة التأمين عن الأخطاء التي تصدر منه أثناء قيامه بممارسة المهنة ويكون هذا التأمين لدي شركات متخصصة وملزمه بتغطية مسؤولية الأطباء عند قيامهم بالأعمال الطبية، وهذا يسهل على المريض في الحصول على تعويض المناسب عن الضرر الذي لحق به نتيجة خطأ الطبيب .

2_ ضرورة استفادة القاضي من مبادئ وقواعد ونظريات علم الاحتمالات لتقدير التعويض المناسب عن فوات الفرصة، حتى يصل إلى التحديد الدقيق للتعويض المريض المضرور عن الأضرار التي لحقت به وذلك من خلال الاجتهاد المبذول من طرف القاضي لكونه يحكم بالعدل والانصاف.

3 _ ضرورة تدخل المشرع الجزائري بوضع تقنين ينظم ويضبط العلاقة بين الطبيب والمريض وحقوق كل منهما وواجباته نحو الآخر، فالتطبيق العملي لمهنة الطب والتطبيقات القضائية أثبتت قصور القواعد العامة للمسؤولية المدنية في المجال الطبي.

4 _تكريسا لشفافية ولحياد، فإنه من المفيد تشكيا لجنة طبية من الأطباء والخبراء المختصين الممتازين في شتي الفروع الطب، وذلك من أجل عرض قضايا الأخطاء الطبية عليهم، لغرض

دراستها ومن ثم رفع تقارير بشأنها إلى القضاء، تحدد على وجه الخصوص خطأ الطبيب، ومقدار الضرر الذي لحق بمريض المضرور ودور الطبيب في إحداث النتيجة. وعطاء هذه التقارير القوة القانونية الملزمة للمحكمة، وذلك من أجل تسهيل الاثبات.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

باللغة العربية :

اوّلا : الكتب

1 . آث ملويا حسين بن الشيخ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، دار هومه، الجزائر، 2002.

2 . إحسان علوّ، الأضرار التي تلحق بالمتهّم وعلاجها (دراسة مقارنة في الفقه والقانون، دار الكتب العلمية ، لبنان، 2019.

3 . الجربي سامي، شروط المسؤولية المدنية (في القانون التونسي والمقارن)، مطبعة التسفير الفني، تونس، 2011 .

4 . أنور يوسف حسن، ركن الخطأ في المسئولية المدنية للطبيب، دار الفكر والقانون، مصر،2014.

5 . حسين عامر، عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية (التقصيرية والعقدية)، الطبعة الثانية، دار المعارف ، مصر، 1979.

6 . صديقي محمد امين عيسي، التعويض عن الضرر ومدى انتقاله للورثة، المركز القومي للإصدارات القانونية ، مصر، 2014.

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

8 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري(مصادر الالتزام: العقد، العمل غير المشروع، الإثراء بل سبب)، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1952.

9 . عبد القادر العارعاري، مصادر الالتزامات، الجزء الثاني (المسؤولية المدنية)، الطبعة الثالثة، دار الامان، المغرب، 2011.

10 . فاطمة الزهراء منال، مسؤولية التخدير المدنية(دراسة مقارنة)، دار الثقافة، الاردن،2012.

11 . كحلون علي،النظرية العامة للالتزامات، مجمع الاطرش للكتاب المختص،تونس، 2015.

12 . محمود عزمي البكري، دعوى التعويض، دار محمود للنشر و التوزيع ، مصر، 2017 .

13 . مصطفى راتب حسن على، التعويض عن فوات الفرصة، دار الكتب القانونية، مصر، د. س. ن.

14 . منذر فضيل، الوسيط في شرح القانون المدني، (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية العربية والاجنبية معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء)، دار ئاراس، العراق ،2005.

15 . منصوري عمر المعايطة، المسؤولية المدنية (في القانون التونسي والمقارن)، مطبعة التسفير الفني، تونس، 2004 .

16 . هيمن حسين حمدامين، الضرر المعنوي والتعويض عنه في القانون والقضاء الاداري (دارسة تحليلية مقارنة)، المركز العربي، مصر، 2018.

17 . يوسف زكريا عيسى أرباب، التعويض الناشئ عن تفويت الفرصة(أحكامه وتطبيقاته في الفقه الاسلامي والقانون)، د.د.ن، السودان، 2011.

ثانيا: رسائل ومذكرات جامعية

1. رسائل:

1 . أزوار عبد القادر، نظام التعويض عن الأخطاء الطبية، رسالة لنيل شهادة الدكتورة في قانون الخاص، فرع : القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ليابس، سيدي بلعباس، 2015 .

2 . بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، رسالة لنيل شهادة دكتور في القانون ،تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011.

3 . حادي شفيق، المسؤولية المدنية عن الخطأ في التشخيص الطبي، رسالة لنيل شهادة دكتوره في الحقوق، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة جيلالي لياس، بلعباس،2018.

4 . زهدور كوثر، المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، فرع : قانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2013 .

5 . قاسمي محمد أمين ،الخطأ الطبي في إطار المسؤولية المدنية ،رسالة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، فرع :الحقوق ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد درارية، أدرار، 2020.

6 . وفي خديجة، المسؤولية المدنية والجنائية عن عملية نقل الدم، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: علوم قانونية، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2016.

2. مذكرات:

1 . أريج نايف الشيخ، المسؤولية المدنية في الجراحة التجميلية في فلسطين، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع : قانون، كلية الدراسات العليا جامعة بيرزيت، فلسطين، 2018.

2 – السرطاوي علي، التعويض عن الضرر الأدبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.

3 – اماني احمد الطراونة العويدي، جبر الضرر في فوات الفرصة وفقا للأحكام القانون والقضاء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع : حقوق، كية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الاردان، 2013.

4 . آيت ساحل صبرينة وآيت معمر ججيقة الضرر الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ،فرع: القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2013.

5 . بن دشاش نسيمة، المسؤولية المدنية للطبيب في المستشفيات العامة، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، فرع: عقود و مسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، 2013.

6 . بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع " قانون المسؤولية المهنية " ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

7 . بيطار صابرينة، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع : القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2015.

8 . زاور سعيد، المسؤولية الإدارية للمرافق العمومية الاستشفائية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع: القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة الدكتور طاهري، سعيدة، 2019.

9 . سنوسي صفية، الخطأ الطبي في التشريع والاجتهاد القضائي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة ، 2006 .

10. سيد عبد الله محمد خليل، أحكام الضرر المرتد، مذكرة لنيل شهادة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر الشريف، أسيو، د س ن، أسيوط .

11 – صاحب ليدية، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع : قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

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

13. عبيد فتيحة، الإثبات في نطاق المسؤولية المدنية الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع : عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2015.

14. عزوز كاهنة، صعدا الله كريمة، المسؤولية العقدية للطبيب، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون، فرع: عقود و مسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد آكلي محند اولحاج ، البويرة ، 2018.

15. غدير نجيب محمود أبو الرب، المسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الفلسطيني، مذكرة ماجستير مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون، فرع : القانون، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2010 .

16. فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

17. فيصل عايد خلف الشورة، الخطأ الطبي في القانون الأردني، مذكرة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون، فرع : القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2015.

18. قاسمي محمد أمين ،الخطأ الطبي في إطار المسؤولية المدنية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق ،تخصص حقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2020 ، ص 3 .

19. قيرع محمد، التعويض عن الضرر الجسماني للخطأ الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع : العقود المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 3، الجزائر، 2015.

20. لعراشي حورية، عباس شفيقة، دعوى التعويض عن الأخطاء الطبية المرتكبة في المستشفيات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع: إدارة ومالية عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند او لحاج ،البويرة ، 2015 .

21. مجاهد نادية، مسؤولية المؤسسة العمومية الصحية عن الخطأ الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع: قانون طبي، جامعة عبد الحميد بن باديس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مستغانم، 2014.

22. محمود موسى دودين، مسؤولية الطبيب الفردية عن أعماله المهنية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون، كلية الدراسات العليا، جامعة بيرزيت، فلسطين،2006.

23. منصوري جواد، توجهات المسؤولية المدنية الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017.

24 – منى شايم محارب الرمالي الشمري، المسؤولية المدنية للطبيب عن تفويت فرصة الشفاء في ظل القانون القطري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع : قانون خاص، كلية القانون، جامعة قطر، قطر، 2020 .

25. نضال عطا بدوي الدويك، التعويض عن الأضرار المادية المستقبلية الناجمة عن الإصابات الجسدية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، الاردان، 2016 .

26. نور الدين قطيش محمد السكارنة، الطبيعة القانونية للضرر المرتد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، 2012 .

27. وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، رسالة لإستكمال درجة الماجيستر في القانون، فرع: القانون الخاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين ، 2008.

ثالثا: المعاجم :

1 . أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، 2008،ص 1749

2 . لسان العرب، جمال الدين ابي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الانصاري الافريقي المصري، الجزء السابع ، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009، ص 71 .

رابعا: المقالات

1 . العطراق ناجية، (طبيعة التزام الطبيب طبقا للقانون المدني الليبي والفرنسي)، مجلة العلوم القانونية والشرعية ، العدد السابع، كلية القانون، جامعة الزاوية ، 2015 ، ص 200 .

2 . أسعد عبيد عزيز الجميلي و طلال سالم نوار الجميلي، (مسؤولية الطبيب المدنية عن تفويت الفرصة)، مجلة كلية المأمون ،العدد الحادي و الثلاثون ، 2018 ، ص52.

3 . أكلي نعيمة وميسوم فضيلة ، (التأمين من المسؤولية المدنية الطبية كضمان لحماية المستهلك في ظل قانون التأمينات 06 . 04)،مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، المجلد 07، العدد 06 ، 2018 ، ص382 .384.

4 . بن صغير مراد،(أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الممارسات الطبية)، مجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية العدد 18، كلية القانون، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2017، ص 149 .

5 . بوبكر أمزياني، (مسؤولية الطبيب عن تفويت الفرصة على المريض في ضوء القانون المغربي المقارن)، مجلة القانون والاعمال، العدد، 17، 2018.

6 . حمليل صالح،(سلطة القاضي في تقدير التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون والقضاء الجزائري)، مجلة الفقه والقانون ،العدد 21، كلية الحقوق، جامعة أدرار، الجزائر، 2014 ، ص 61.

7 . ختير مسعود ،(الإطار القانوني للمسؤولية المدنية للطبيب)، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 9 العدد 1، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أحمد دراية أدرار، ص 267 .

8 . عيساني رفيقة، التضامن الوطني في التعويض عن حوادث الطبية، 0 . 2016، ص13.

httpilleJbibilio.univJmosta.dzlhandle14902/ 1234456789

9 حمدي ابو النور، (الاطار القانوني للمسؤولية المدنية للطبيب)، مجلة المعيار، الجزء الاول، العدد 2، 2013 ، ص5.

خامسا: النصوص قانونية

1. النصوص التشريعية

1 . أمر رقم 44-155مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 1966/60/8، تضمن قانون الإجراءات الجزائية، جر عدد 48، السنة الثالثة، مؤرخة في 10 جوان 1966، معدل متمم.

2 . أمر رقم 156.66 مؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات الجزائري، جريدة رسمية عدد 49 لسنة 1966 معدل ومتمم .

3 . أمر رقم 58.75 مؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق ل26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، عدد 78، السنة 12، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

4 . قانون رقم85 . 05 مؤرخ في 26 جمادي الثاني الأولى عام 1405 الموافق ل16 فبراير 1985 يتعلق بحماية الصحة و ترقيتها . الجريدة الرسمية 08 لسنة 1985 معدل ومتمم بموجب قانون 17.90 مؤرخ في31 يوليو 1990 جريدة رسمية عدد 35 لسنة 1990 معدل ومتمم .

5 . أمر رقم 07.97 مؤرخ في 25 يناير 1995 متعلق بالتأمينات، جريدة رسمية عدد 13 لسنة 1995 معدل متمم .

6 . قانون 09.08 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21مؤرخة في 23 أفريل 2008 .

7 . قانون 08.08 مؤرخ في 16 سفر عام 1429 الموافق ل 23 فبراير 2008 ، يتعلق بالمنازعات في المجال الضمان الاجتماعي، ج ر عدد 11، المؤرخة في 2 مارس سنة 2008 .

(ب):نصوص تنظيمية

1 . مرسوم تنفيذي 69 . 88 المؤرخ في 17 يونيو 1969، يتضمن بعض أنواع التلقيح الإجباري، ج.ر عدد 53 مؤرخة في 20 يونيو معدل و متمم بمرسوم رقم 85 . 282 مؤرخ في 12 نوفمبر 1985، ج .ر عدد 47. لسنة 1985 .

2 . مرسوم تنفيذي رقم 92 . 276 مؤرخ في 6 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة رسمية عدد 39 لسنة 1992.

3 . مرسوم تنفيذي رقم 07 . 321 مؤرخ في 22 أكتوبر 2007 يتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة و سيرها ،ج ر عدد 67 في 24 أكتوبر 2007 .

سادسا: اجتهادات قضائية

1. قرارت المحكمة العليا

1 . قرار محكمة العليا : 2003/06/03، ملف رقم 06788، قضية (مدير القطاع الصحي لعين تموشنت) ضد (ورثة المرحوم م. م)، ن. ق ، العدد 63، 2008، ص 391 .

2 . قرار محكمة العليا : 1990/05/30، ملف رقم 118720، قضية (ك.ج) ضد (ب.أ)، م. ق ، العدد الثاني ، ص 6 .

2. قرارت مجلس الدولة

1 . قرار مجلس الدولة بتاريخ 2007/03/28، قضية (مدير القطاع الصحي بعين تادلس م. م و من معه ، ن. ق ، العدد 63، الديون الوطني للأشغال التربوية، 2008، ص 409.

2 . قرار المجلس الدولة الجزائري رقم 030176 بتاريخ 2007/03/28 قضية (مدير القطاع الصحي عين تادلس ضد (م. م و من معه) الغرفة الثالثة، نشرة القضاة، العدد 63.

القوانين العربية:

1 . مصر:

- قانون رقم 131 لسنة 1948، يتعلق القانون المدني المصري.

2 . قطر

- قانون المدني القطري رقم 22 / 2004 .

3 . الاردن

القانون المدنى الاردني قانون مؤقت رقم 43 لسنة197 ، ج ر رقم 245 مؤرخة في 01 . 08. 1976، الذي أصبح قانونا دائما بالإعلان المنشور في ج ر رقم 410 المؤرخة في 2002.08.28.

بالغة الفرنسية :

1 -les ouvrage

THEVENOZ, luc, la perte d'une chance et sa rèparation, BerneM stampfli, suisse, 2002.

2 – memoires

1 souplet (isabelle) , la perte d'une chance dans le droit de la responsabilitè, mémoire dans le cadre du D E A de public, facultè des juridique, politique et sosiales, Universite de LIILE, droit et sante, paris,2002, p 18 .

2 Lentz (Jeanne), co ntroverszs autour de la notion de perte d' chance envisagèe en tant que dommage , master en droit privè (aspects, europèens et intenationaux), facultè de droit et seienes politque et criminologie, Universite de liège, Belgique, 2018, p 18.

3 -code

1 -**LUGAS andrè, code civil français**, 24 ème èdition, litec, paris,2005.

2 - **code de la santè publique, les èditions des journaux officiels, paris, décember 2003.**

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

مقدمة 1

الفصل الأول

طبيعة مسؤولية الطبيب المدنية عن تفويت فرصة و أركانها

المبحث الأول: تحديد طبيعة مسؤولية الطبيب المدنية و إلتزاماته..... 6

المطلب الأول: طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب..... 8

الفرع الأول: المسؤولية العقدية للطبيب..... 9

أولا : التزام الطبيب ببذل عناية..... 10

ثانيا : إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة :..... 11

الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية للطبيب..... 13

أولا: عدم جواز التعامل بحياة الإنسان : 14

ثانيا : الطابع الفني و التقني للمهنة الطبية :..... 14

ثالثا : اعتبارات النظام العام :..... 16

رابعا : فقدان الوعي و غياب الممثل القانوني للمريض :..... 16

خامسا : الإخلال بالتزام يشكل جريمة :..... 17

المطلب الثاني: مبادئ و شروط انعقاد المسؤولية المدنية للطبيب عن تفويت الفرصة 22

الفرع الأول: مبادئ انعقاد المسؤولية المدنية للطبيب عن ضياع الفرصة..... 23

أولا – أن يكون ضرر تفويت الفرصة مباشرًا و شخصيًا 23

ثانيا– أن تمثل الفرصة حقا مكتسب أو مصلحة مشروعة للمضرور : 26

ثالثا– نطاق الالتزام بالتعويض عن تفويت الفرصة 28

الفرع الثاني: شروط إنعقاد المسؤولية المدنية للطبيب عن تفويت الفرصة 31

أولا : الشروط العامة في المسؤولية المدنية..... 31

ثانيا: الشروط الخاصة للتعويض عن تفويت الفرصة..... 34

المبحث الثاني: أركان مسؤولية الطبيب المدنية عن تفويت الفرصة الشفاء..... 37

المطلب الأول: الخطأ الطبي في مجال تفويت الفرصة..... 37

الفرع الأول: تفويت الفرصة الناجمة عن الأخطاء الإيجابية 38

أولا– تفويت الفرصة في التشخيص..... 39

ثانيا– تفويت الفرصة في مجال التوليد..... 41

ثالثا– تفويت الفرصة في مجال نقل الدم..... 42

الفرع الثاني: تفويت الفرصة الناجمة عن الأخطاء السلبية 43

أولا– عدم الاستعانة بطبيب التخدير و فوات الفرصة 43

ثانيا– تفويت الفرصة و عدم إجراء الفحص التمهيدي..... 42

المطلب الثاني: الضرر في ضياع فرصة الشفاء و افتراض رابطة السببية..... 44

الفرع الأول: تعريف ضرر تفويت فرصة..... 46

اولا . مفهوم تفويت فرصة..... 46

ثانيا :تمييز الفرصة عن غيره من المفاهيم القانونية..... 48

الفرع الثاني: العلاقة السببية بين الخطأ الطبي و تفويت الفرصة 51

أولا : نظرية الرابطة السببية في إطار تفويت فرصة..... 51

ثانيا : تلاشي العلاقة السببية بين الخطأ الطبي وضرر فوات الفرصة 56

الفصل الثاني

آثار إنقضاء المسؤولية المدنية عن تفويت الفرصة

المبحث الأول: الأحكام الإجرائية لدعوى المسؤولية في تفويت الفرصة 64
المطلب الأول: أحكام دعوى المسؤولية الطبية..... 67
الفرع الأول: أطراف دعوى المسؤولية الطبية..... 67
أولا– المدعى..... 67
ثانيا– المدعى عليه: (المسؤول عن الضرر)..... 65
ثالثا– شركة التأمين: (المسؤول المدني)..... 69
الفرع الثاني: دعوى المسؤولية المدنية للطبيب..... 70
أولا– الإختصاص بنظر الدعوى المسؤولية المدنية الطبية:..... 70
ثانيا– تقادم الدعوى..... 72
المطلب الثاني : التعويض عن المسؤولية المدنية للطبيب 75
الفرع الاول: مفهوم التعويض..... 75
أولا: تعريف التعويض..... 76
ثانيا: صور التعويض :..... 76
الفرع الثالث: سلطة قاضي الموضوع في تقدير التعويض..... 79
أولا : تحديد نطاق سلطة القاضي..... 79
ثانيا : رقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر و شروطه 81
المبحث الثاني: تقدير التعويض..... 83
المطلب الأول: كيفية تقدير ضرر تفويت الفرصة في المسؤولية المدنية للطبيب 85
الفرع الأول: طريقة تقدير قيمة الفرصة الضائعة 85

أولا– التعويض المساوي لقيمة الفرصة الضائعة 86

ثانيا– تقدير قيمة الفرصة الضائعة :..... 88

الفرع الثاني: سلطة قاضي الموضوع في تقدير ضرر تفويت الفرصة..... 92

أولا– سلطة قاضي الموضوع في تقدير وجود الفرصة :..... 92

ثانيا: سلطة قاضي الموضوع في تحديد مقدار التعويض عن تفويت الفرصة . .. 94

المطلب الثاني: وجود الفرصة 97

الفرع الاول: إثبات تفويت الفرصة في المسؤولية المدنية للطبيب..... 98

أولا: عبء اثبات الفرصة : 98

ثانيا–صعوبات اثبات وجود الفرصة 100

الفرع الثاني: أسباب الإعفاء من التعويض عن ضرر تفويت الفرصة.....102

أو لا– الحادث الفجائي و القوة القاهرة كمانع من موانع مسؤولية التعويض عن ضرر تفويت الفرصة 102

ثانيا– فعل المضرور كمانع من موانع مسؤولية التعويض عن ضرر تفويت الفرصة 105

ثالثا– فعل الغير كمانع من موانع مسؤولية التعويض عن ضرر تفويت الفرصة 108

الفرع الثالث: دور التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب 110

أولا : التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب 110

ثانيا : ضمان الأضرار.....112

خاتمة.....115

قائمة المراجع.....120

فهرس الموضوعات 135

ملخص

موضوع تفويت الفرصة في المسؤولية الطبية المدنية، ينظر في مسألة المضرور الذي توفرت له فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، و ضاعت فرصته بفعل محدث الضرر، مما ألحق به ضررًا إحتماليًا قد يحدث أو لا يحدث. و لحماية حقوق هذا المريض و حقوق الأطباء، أقر القضاء قواعد عامة في المسؤولية وذلك بإقرار المسؤولية المدنية العقدية حماية للمريض، لأن الألتزام في المسؤولية التقصرية ببذل عناية، و جعل الإلتزام ببذل عناية كأصل وهذا حماية للطبيب، و وسع في مجال الالتزامات بتحقق نتيجة لصالح المريض .

يتكون ضرر تفويت الفرصة من عنصرين هما الفوات المؤكد و النهائي للفرصة، و جدية الفرصة و حقيقيتها للمضرور، و في المقابل حتى يحكم بالتعويض لابد من أن يتم إثبات تفويتها بصورة نهائية و مؤكدة. مع وجب إتباع معايير خاصة لا يسما من حيث طرق التعويض ومعايير تقديره ، و تحديد سلطة القاضي في التقدير و مدى رقابته في ذلك .

Abstract

The idea of missed opportunity is a clear exauple of the integration of luck, which is beyond the will of individuals and their expectetions, that is there is a posibility that may occur or, it is known that to the man’s control and opportunity.

If a doctor taky a wrong decision their chance of the patient (the injured) hes the responsponsebilty of a doctor, and their the rigert of injured person to key wards, civil liability, missing eampenstion, opportunity seek compensation for the missed opportunity and the law does not stud idle in front of this case but all the stuff .