

عمادة الدراسات العليا
جامعة القدس

مسؤولية الطبيب عن تفويت الفرصة

صبحي سمير صبحي شاور

رسالة ماجستير

القدس-فلسطين

1443هـ/2022م

مسؤولية الطبيب عن تفويت الفرصة

اعداد:

صبحي سمير صبحي شاور

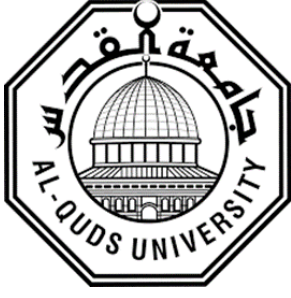
بكالوريوس حقوق-جامعة القدس -فلسطين

المشرف: د. أحمد سويطي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في /القانون

الخاص/ من كلية الحقوق-جامعة القدس

1443هـ/2022م.



عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس

برنامج: القانون الخاص

مسؤولية الطبيب عن تقويت الفرصة

اسم الطالب: صبحي سمير صبحي شاور

الرقم الجامعي: 21520414

المشرف: د. أحمد السويطي

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ 3 / 1 / 2022 وأجيزت من أعضاء لجنة المناقشة المكونة من التالية

أسمائهم وتواقيعهم:

التوقيع.....
التوقيع.....
التوقيع.....

1. رئيس لجنة المناقشة د. أحمد سويطي

2. الممتحن الداخلي د. محمد خلف

3. الممتحن الخارجي د. علي أبو ماريّا

القدس-فلسطين

1443هـ/2022م

الاهداء

إلى الجنديّة التي وقفت بوجه كل الصعاب حتى تغرس في حب العلم والمعرفة

إلى مثلي الأعلى في الحياة، إلى أمي الغالية

إلى سندي وقوتي وملادي بعد الله

إلى من لا يكتمل اسمي إلا باسمه

إليك يا أبي

إلى من فرحت لفرحهم وحزنت لحزنهم، إلى من كانوا يساندونني وأسنادهم

إلى من هم أعز علي من روعي

إليكم يا إخوتي

إلى من آثروني على أنفسهم

إلى من علموني علم الحياة

إلى من مهدوا لي طريق العلم

إلى من عشت معهم كأخوتي، إلى ذكرياتي الجميلة

إلى كل هؤلاء أهدي جهدي هذا.

إقرار:

أقر أنا صبحي شاور معد هذه الرسالة أنها قدمت لجامعة القدس لنيل درجة الماجستير وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة باستثناء ما تم توثيقه والاشارة لمراجعته حيثما ورد، وأن هذه الرسالة أو أي جزء منها لم يقدم لنيل أية درجة عليا لأي جامعة أو معهد.

الاسم: صبحي سمير صبحي شاور

التوقيع: 

التاريخ: 3 / 1 / 2021م

الشكر والعرفان

"كن عالماً فإن لم تستطع فكن متعلماً، فإن لم تستطع فأحب العلماء، فإن لم تستطع فلا تبغضهم"
عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه.

الحمد لله الذي أعانني على إتمام هذا العمل المتواضع ومن منطلق أنه لا يعرف الفضل إلا ذو الفضل، أتوجه بالشكر الجزيل إلى الدكتور أحمد سويطي الذي أشرف على بحثي ولما منحني من وقت وجهد ونصح، وكما أتقدم بالشكر والعرفان إلى اللجنة التي ستتكرم بقراءة هذه الدراسة وتقييمها بكافة هيئاتها الداخلية والخارجية.

وكما أتقدم بعظيم الوفاء والعرفان إلى جميع أساتذتي في كلية الحقوق على ما أفاضوه على من نبع علمهم وخبرتهم القانونية، وكل من قدم لي المساعدة طيلة فترة دراستي.

فهرس المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
	الاهداء
أ	الإقرار
ب	الشكر والعرفان
ت	الملخص
1	المقدمة
4	مشكلة الدراسة
4	أسئلة الدراسة وفرضياتها
5	أهمية الدراسة
6	منهجية الدراسة
7	الفصل الأول: ماهية ضرر تفويت الفرصة وعناصره
7	المبحث الأول: مفهوم تفويت الفرصة وأساسه القانوني
8	المطلب الأول: تعريف تفويت الفرصة

8	الفرع الأول: تعريف تفويت الفرصة اصطلاحاً
9	الفرع الثاني: تعريف تفويت الفرصة فقهاً
12	المطلب الثاني: فكرة تفويت الفرصة في المجال الطبي
15	الفرع الأول: ماهية مسؤولية الطبيب وطبيعتها
19	الفرع الثاني: علاقة حرمان المضرور من كسب مرجح بنظرية فوات الفرصة
20	الفرع الثالث: الكسب الفائت وعلاقته بنظرية فوات الفرصة
23	المبحث الثاني: العناصر الواجب توافرها في ضرر تفويت الفرصة وتمييزه عن غيره من أنواع الضرر
24	المطلب الأول: عناصر ضرر تفويت الفرصة
25	الفرع الأول: تحقق ضرر فعلي وحقيقي
29	الفرع الثاني: التقويت المؤكد والنهائي للفرصة
30	المطلب الثاني: تمييز ضرر فوات الفرصة عن غيره من أنواع الضرر
30	الفرع الأول: فوات الفرصة كواقعة
32	الفرع الثاني: تمييز فوات الفرصة عن التعرض للخطر
33	الفرع الثالث: تمييز ضرر فوات الفرصة عن الضرر المتفاقم

33	الفرع الرابع: تمييز ضرر تقويت الفرصة عن الضرر المحتمل
35	الفرع الخامس: تمييز ضرر تقويت الفرصة عن الضرر المستقبلي
38	الفصل الثاني: التعويض عن ضرر فوات الفرصة
41	المبحث الأول: الضرر في فوات الفرصة
43	المطلب الأول: ازدواجية الضرر في فوات الفرصة
44	الفرع الأول: العبء في اثبات وجود الفرصة
48	الفرع الثاني: سلطة قاضي الموضوع ورقابة المحكمة على وجود الفرصة
54	المطلب الثاني: الضرر النهائي او الاحتمالي "الحالة النهائية للمريض"
55	الفرع الأول: تعريف الحالة النهائية وموقف المشرع منها
58	الفرع الثاني: صور وتطبيقات الضرر الاحتمالي
61	المبحث الثاني: شروط التعويض عن ضرر تقويت الفرصة
62	المطلب الأول: شرط الفعل الضار "الاضرار" للتعويض عن تقويت الفرصة
62	الفرع الأول: تحديد فكرة الخطأ
65	الفرع الثاني: أنواع الضرر الواقع على المريض
67	المطلب الثاني: شرط العلاقة السببية للتعويض عن ضرر تقويت الفرصة

69	الفرع الأول: نظرية تعادل "تكافؤ" الاسباب.
70	الفرع الثاني: نظرية السبب المنتج" في العلاقة السببية"
75	المطلب الثالث: حصر التعويض بقيمة الفرصة الفائتة
76	الفرع الأول: سلطة المحكمة التقديرية للتعويض عن ضرر تقويت الفرصة
81	الفرع الثاني: موانع المسؤولية من التعويض عن ضرر تقويت الفرصة
86	الخاتمة والنتائج والتوصيات
90	المصادر والمراجع

المُلخَص

مهنة الطب تحتل الصدارة في كونها من المهن ذات الأهمية؛ وذلك استنادًا لطبيعتها التي تقوم على التعامل مع الجنس البشري، مما يُلزم الطبيب بالتقيد بكل ما تمليه عليه أنظمة وأصول مهنته من دقة وأمانة؛ حفاظًا على سلامة الروح البشرية، وتبقى هذه المهنة من المهن الأخلاقية والإنسانية وبالتالي لا بد من وجود أسس ثابتة ومعايير محددة يلتزم بها كل من يعمل في الإطار الطبي.

والمشرع الفلسطيني نظم المسؤولية القانونية المدنية بشقيها: العقدي، والتقصيرية في القواعد العامة الواردة في مجلة الأحكام العدلية بشكل عام، وإن قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944 بتعديلاته اختص في مسألة المسؤولية التقصيرية بشكل خاص، إلا أن التشريعات المطبقة والمتعلقة بالمسؤولية المدنية لم تستعرض وبشكل خاص مسؤولية الطبيب في حالة فوات الفرصة في الشفاء والعلاج أو الحياة، فمازلت هذه المسؤولية غير واضحة المعالم وخاصة في ظل التطور العلمي والتكنولوجي الذي يمر به العالم، مما يشكل خطر على حياة الأفراد، كما ويهدد ثقة المجتمع بالطواقم الطبي؛ لكثرة الأخطاء الطبية والتجاوزات الوظيفية والمهنية الواقعة من الطواقم الطبية وازدياد الخسائر البشرية والمادية الناتجة عنها والتي لا يستطيع أي شخص بأن يطالب بالتعويضات عنها وبالتحديد عن فوات الفرصة، ومواجهته للكثير من الصعوبات في إثبات هذا الأمر في ظل عدم وجود قواعد قانونية واضحة تعالج هذه المسألة.

ولم يكن الأساس الذي تقوم عليه فكرة فوات الفرصة في الشفاء أو الحياة محلاً للاتفاق بين التشريعات المختلفة، فقد ثار جدلاً واسعاً في هذا المجال؛ لأن فكرة فوات الفرصة تنبثق من محض احتمالات قد تحدث وقد لا تحدث، ولكنها تظهر بشكل كبير في المجال الطبي خاصة في حدوث الشفاء، فمتى فانت هذه الفرصة عن المريض أو أي شخص آخر مرتبط بالمريض كعائلته التي يعيها وأفراد أسرته

قامت المسؤولية على الطبيب، وبذات الوقت يحق للمتضرر المطالبة بالتعويضات المترتبة على فوات الفرصة المبني على أسباب معقولة، وذلك وفقاً للمجرى العادي للأمر، بحيث يقال إن ضياع هذه الفرصة في حد ذاته هو ضرر قد وقع بالفعل، مما ترتب عليه مساس بالمصلحة المالية أو المساس المباشر بشخص المضرور، ويكون هذا التعويض ضمن شروط وحالات خاصة، وهذا ما سيتم بيانه من خلال هذه الدراسة.

ترتكز الدراسة على معالجة وتحليل مفهوم فوات الفرصة وتمييز ضرر فوات الفرصة عن غيره من الأضرار، ومدى إمكانية تجسيده على الواقع التشريعي القانوني بما يضمن للمريض، أو ذويه، أو عائلته، أو كل من تضرر من فوات الفرصة تعويضات كاملة عن أي خسارة قد تلحقه متى توافرت أركان فوات الفرصة، ولغاية هذه اللحظة لا يوجد أي قانون يضبط هذه المسألة أو يعالجها، رغم وجود عدد كبير من التجاوزات الطبية والأخطاء التي ترتكب داخل العيادات الشخصية للأطباء أو المستشفيات العامة والخاصة، فوجود مفاهيم قانونية واضحة عن فوات الفرصة أمر ضروري لا بد من معالجته في القوانين الفلسطينية، ولكل ذلك تتمحور إشكالية الدراسة حول مدى إمكانية قيام المسؤولية عن فوات الفرصة وكيفية تقدير التعويضات عن فوات الفرصة في إطار المجال الطبي، ففي ظل جمود النصوص القانونية الخاصة بالمسؤولية المدنية لا بد من البحث في إمكانية إيجاد طرق قانونية تتيح للأفراد المطالبة بكافة التعويضات عن الأخطاء الطبية وبالتحديد عن فوات الفرصة بحد ذاته بغض النظر عما إذا تحققت نتائج نهائية أم لا؛ ففوات الفرصة بذاته ضرر يستحق التعويض.

لنكون الأهداف المرجو تحقيقها من هذه الدراسة هي توضيح فكرة الفرصة الفائتة بشكل وافي وكافي للقارئ مما يمكنه من الاستناد عليها كتفسير قانوني للمطالبة بالتعويض عن فوات الفرصة متبعين فيها المنهج التحليلي الوصفي للنصوص والقوانين الناظمة لأحكام المسؤولية الطبية في التشريعات الفلسطينية مع استعراض لأهم القرارات والأحكام القضائية في هذا الشأن، ولأجل ذلك تم تقسيم الدراسة إلى فصلين وكل فصل إلى مبحثين منقسم لعدة مطالب وفروع.

ولما سبق بيانه، في الفصل الأول تم تناول ماهية ضرر تفويت الفرصة وعناصره، والأساس القانوني لفكرة فوات الفرصة، ومدى ارتباطها بالمجال الطبي والمسؤولية الطبية التي تنشأ على الطبيب في حال وقع خطأ طبي أثناء ممارسته لمهنته بشقيها المدني والجزائي، وأهم العناصر الواجب توافرها في كل من الفرصة الفائتة والضرر المطالب بالتعويض عنه.

أما الفصل الثاني فكان فيه الحديث موسعاً عن التعويضات المطالب فيها، وأهم النظريات المنظمة لهذا التعويض وكيفية احتسابه.

وفي ختام هذه الدراسة توصلنا إلى أن فوات الفرصة هي نظرية حديثة في إطار المسؤولية الطبية تم استحداثها بسبب عدم قدرة المريض على إثبات العلاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر المترتب في حالته الصحية النهائية، كما وأن القواعد العامة في القانون المدني غير كافية لحماية مصلحة المريض، بالإضافة إلى وجود فجوة تشريعية فيما يتعلق بمسألة فوات الفرصة، ولذلك كان لا بد من تذييل الدراسة بمجموعة من التوصيات كثرة توصل لها الباحث بعد دراسته المعمقة لهذا الخصوص.

The doctor's responsibility to miss the opportunity

Prepared by: Subhi Samir Subhi Shawar

Supervisor: Dr. Ahmad Sweity

Abstract

The medical profession occupies the forefront in being one of the important professions, This is based on its nature, which is based on dealing with the human race, which obliges the doctor to abide by all the accuracy and honesty dictated by the regulations and assets of his profession, In order to preserve the integrity of the human spirit, this profession remains an ethical and humane profession, and therefore there must be firm foundations and specific standards that everyone working in the medical framework must abide by.

The Palestinian legislator regulates civil legal responsibility in its two parts: contract and tort in the general rules contained in the Code of Judicial Judgments in general, and that the Civil Violations Law No. 36 of 1944 with its amendments specialized in the issue of tort responsibility in particular, but the applicable legislation related to civil responsibility was not specifically reviewed. The doctor's responsibility in case the opportunity for recovery, treatment or life is missed. This responsibility is still unclear, especially in light of the scientific and technological development that the world is going through, which poses a threat to the lives of individuals, and threatens the community's trust in the medical staff. Due to the large number of medical errors and professional and functional abuses committed by medical staff, and the increase in human and material losses resulting from them, for which no one can claim compensation for them, specifically for missing the

opportunity, and facing many difficulties in proving this matter in the absence of clear legal rules that address this issue.

The basis on which the idea of missing the opportunity to recover or life was based was not a matter of agreement between the various legislations, as wide controversy arose in this field. Because the idea of missing an opportunity stems from pure possibilities that may or may not happen, but it appears significantly in the medical field, especially in the occurrence of recovery, so when this opportunity is missed by the patient or any other person associated with the patient such as his family that supports him and his family members, the responsibility rests on the doctor, and at the same time The aggrieved person has the right to claim compensation resulting from the missed opportunity based on reasonable reasons, in accordance with the normal course of things, so that it is said that the loss of this opportunity in itself is a damage that has already occurred, resulting in a prejudice to the financial interest or direct prejudice to the person of the injured, and this compensation is within Conditions and special cases, and this will be clarified through this study.

The study is based on addressing and analyzing the concept of missed opportunity and distinguishing the damage of missed opportunity from other damages, and the extent to which it can be embodied on the legal legislative reality in a way that guarantees the patient, his relatives, his family, or anyone who was harmed by the missed opportunity, full compensation for any loss that may be incurred when available. The pillars of missed opportunity, and until this moment there is no law that controls or treats this issue, despite the presence of a large number of medical abuses and errors that are committed within the personal clinics of doctors or public and private hospitals. For all this, the problem of the study revolves around the extent to which liability for missed opportunity and how to estimate compensation for missed opportunity

within the framework of the medical field. Specifically, the missed opportunity itself, regardless of whether the results were achieved or not, missing the opportunity itself is a harm that deserves compensation.

So that the objectives to be achieved from this study are to clarify the idea of the missed opportunity in an adequate and sufficient manner for the reader, which enables him to rely on it as a legal interpretation to claim compensation for the missed opportunity, following the descriptive analytical approach to the texts and laws regulating the provisions of medical responsibility in Palestinian legislation with a review of the most important decisions and judicial rulings in this The matter, and for that, the study was divided into two chapters, and each chapter is divided into two sections divided into several demands and branches.

And for what has been previously explained, in the first chapter, the nature of the harm of missing an opportunity and its elements, the legal basis for the idea of missing an opportunity, the extent to which it is related to the medical field and the medical responsibility that arises on the doctor in the event that a medical error occurs during the exercise of his profession in both civil and criminal terms, and the most important elements that must be available in each of the Missed opportunity and damage claimed.

As for the second chapter, there was an extensive discussion of the claimed compensation, the most important theories regulating this compensation and how to calculate it.

At the conclusion of this study, we concluded that the missed opportunity is a modern theory within the framework of medical responsibility that was developed due to the patient's inability to prove the causal relationship between the doctor's error and the damage caused in his final health condition, and that the general rules in civil law are not sufficient to protect

the patient's interest, in addition The existence of a legislative gap regarding the issue of missed opportunity, and therefore it was necessary to append the study with a set of recommendations as an outcome that the researcher reached after his in-depth study of this regard.

المقدمة

قال تعالى: "وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا"¹ صدق الله العظيم.

يعتبر القرن العشرين هو نقطة انطلاق الثورة الطبية، فما أحرزه علم الطب من تطور وتقدم كبير واتساع في مجالاته وتعدد فروعه واختصاصاته كان الأبرز والأكثر وضوحًا، مما أدى إلى زيادة دوره الفعّال في المجتمع بشكل عام وفي حياة الأشخاص بشكل خاص، وهذا التطور الكبير في المجال كان يرافقه أيضًا تطور وحدائث في الآلات والأدوات الجراحية المستخدمة، لكن هذا التطور لم يكن لصالح الطبيب بشكل مطلق وتام إنما عرّضه لزيادة المخاطر، كما ضاعف من مسؤوليات والتزامات الطبيب والطاقت الطبي.

ورافق هذا التطور الهائل بالطب مواكبة في سن القوانين والتشريعات، وإدخالها في كل نواحي الحياة الاجتماعية، والاقتصادية، والسياسية، ووضع حدود لها، ورسم أحكام وأنظمة قانونية؛ لضبطها، وتحسين سيرها، وبيان المسؤولية بأنواعها المرتبطة بها، وكيفية حماية حقوق الأفراد من أي تجاوزات قانونية أو انتهاكات قد تقع عن طريقها.

ويشترك علم القانون مع علم الطب في أن كلاهما يهدف لحماية الإنسان واستمرار بقاءه وتنظيم علاقاته، وهذا التشارك والتشابه أدى إلى ظهور فرع قانوني جديد وهو "القانون الطبي"، الذي يسعى إلى تفصيل أحكام وأنظمة مهنة الطب، إلا أنه رغم ذلك مازال هناك أخطاء طبية ترتكب من قبل الأطباء، ومازالت الإحصائيات تبيّن ارتفاع نسبة حدوثها بشكل فادح في كل المجتمعات، ولم تقتصر هذه الزيادة على مجتمع دون غيره إنما في كل بلدان العالم، مما يتسبب بأضرار على الجانب الجسدي

¹ القرآن الكريم، سورة الإسراء رقم 36/17.

والنفسى، ليكون هناك حاجة وضرورة ملحة لضبط وتقليص الأخطاء، من خلال فرض العقوبات والتعويضات الرادعة التي تعيد للناس حقوقهم وخسائرهم.

إلا أنه وبمجرد ظهور مصطلح المسؤولية الطبية نشأ حوله الكثير من الجدل على المستوى التشريعي والقضائي والفقهى، وظهرت الاتجاهات القانونية المؤيد منها لقيام المسؤولية والمعارضة، إلى جانب الاتجاهات القانونية المختلفة في أساس هذه المسؤولية وشروط قيامها²؛ لاتصالها الكبير بحياة وأرواح الناس وضرورتها لاستمرار البشرية، ومن مسؤوليات الطبيب: هو مسؤوليته عن تقوية فرصة الشفاء على المريض أو فرصته في الحياة³، وعدم وجود تنظيم قانوني لهذا الموضوع من كل جوانبه قد يتسبب في ضياع الكثير من الحقوق، ويفتح أفق الجدل والاختلاف والتناقض في الأحكام القضائية.

لذلك تكمن أهمية هذه الدراسة في محاولتها للعمل على حماية مصلحة المريض المتضرر أو مصلحة المتضرر من وفاة المريض من جانب، وحماية المصلحة العامة في العلاج والتداوي من جانب آخر، وذلك في ظل قيام الطبيب بواجبه بأمانة تامة وقيامه بعمله على أكمل وجه، وكل ذلك نابع بالدرجة الأولى من البعد الأخلاقي، والقانوني، والاجتماعي، لمصطلح "المسؤولية الطبية"، وعليه لا بد من البحث عن قواعد قانونية ضابطة في ترتيبها للتعويضات الجابرة للضرر بسبب قيام المسؤولية على الطبيب نتيجة للأخطاء الطبية التي ارتكبها والتجاوزات المهنية الصادرة عنه والتي تؤدي لتقوية فرصة المريض في الشفاء أو الحياة، لذا سوف نحاول في هذا البحث أن نتوسع في فهم ضوابط مسؤولية الطبيب عن تعويض الضرر المترتب عن فوات الفرصة، وكذلك فيما يترتب ذلك من استحقاق للتعويض وفق الغاية التشريعية من وجود هذا التنظيم القانوني.

² وقد مرت مهنة الطب بثلاث مراحل إلا أنه تم تحديدها وبيان جوانب متعددة من أبعادها وأسبابها في العصر الحديث، أنظر بشكل موسع إلى: عجاج، ط. (2004)، المسؤولية المدنية للطبيب، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ص 32.

³ أول ظهور لفكرة فوات الفرصة في مجال المسؤولية المدنية ضد محام وقد حرم من ممارسة حقه في الاستئناف وأيضاً قام القاضي الإداري بترتيب مسؤولية على المسؤول بالإدارة، وفي عام 1921 أقر أيضاً أن فقدان الفرصة هو ضرر قائم بذاته وقابل للتعويض في عدة مجالات، أنظر بشكل موسع إلى: جابر، س.أ. (أكتوبر، 2009)، "التعويض عن تقوية الفرصة في الشفاء أو الحياة"، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، 496، ص 39-50.

فمبدأ تفويت الفرصة هو مبدأ ذا أهمية كبيرة وبالتحديد في المجال الطبي؛ لأنه يعمل على ربط المجال الطبي بالمجال القانوني وذلك بالاستناد إلى علم الرياضيات القائم على تحليل الاحتمالات وتحديد نسبة تأثير كل منها على الحالة الصحية النهائية للمريض، وأياً ذا تأثير أكبر لتقام على أساسه المسؤولية الطبية، ولما كان ما يقوم عليه القانون من حاجة كبيرة إلى التأكيد واليقين بعيداً عن الشك والاحتمالات؛ لهذا يستعان بالرياضيات لهدم هذا الشك، وجعل الضرر المترتب عن فوات الأمر المشكوك فيه والمحتمل يمتاز بأنه ضرر محققاً يلزم تعويضه، وبهذه الطريقة يمكن إثبات وجود فرصة من عدمها لدى المريض، ويتمكن على أساسها مساءلة الطبيب عن فوات الفرصة.

كما وتلعب دوراً مهماً في التصدي لظاهرة عدم التأكد أو انعدام العلاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر الذي لحق بالمريض أو عدم وضوح أسباب الخطأ الطبي، وتختلف عن فكرة ضياع الكسب، فضياع الكسب يكون التعويض بمقدار الكسب الضائع، أما فوات الفرصة فلا أهمية فيها للنتائج النهائية، إذا فالشك والاحتمال هما جوهر فكرة فوات الفرصة.

أولاً: مشكلة الدراسة

تظهر مشكلة هذه الدراسة بأن مفهوم التعويض عن فوات الفرصة يخرج في مضمونه ودلالته عن القواعد العامة التي بنيت عليها قواعد المسؤولية المدنية، وبالتالي تتدخل فقه القضاء كثيراً في ترسيخ قواعد التعويض عن فوات الفرصة وضبطها، ولكن تلك المحاولات لم يتم في فلسطين صياغتها في قواعد قانونية تشريعية، بالتالي فإنه لا وجود لتنظيم قانوني وتشريعي بشأن نظرية فوات الفرصة التي يكون السبب فيها إهمال أو تقصير الطبيب في قيامه بالتزامه، إضافةً إلى انعدام وجود نص واضح فيما يتعلق بمسألة التعويض عن فوات الفرصة في الشفاء أو الحياة، فيعتمد القضاء في أحكامهم

القضائية على مجرد قواعد عامة في مسؤولية الطبيب يتم الرجوع لها، كما وأن فوات الفرصة بحد ذاته من المسائل القانونية التي يصعب إثباتها؛ لوجود الاحتمال والشك فيها، فلا يكون تقدير القاضي للتعويضات بناءً على أسس ثابتة لتحديد قيمة الفرصة الفائتة إنما مجرد تقديرات غالبًا ما تكون غير دقيقة ومبنية على النتائج فقط، أي وبمعنى آخر أن التعويضات التي تقدّر للمريض لا تكون عن فوات الفرصة بحد ذاتها إنما على النتائج النهائية التي تعرض لها المريض دون النظر لقيمة الفرصة، وضرورة التعويض عنها حتى ولو لم تتحقق نتيجة عن فواتها؛ لأن مجرد الفوات هو ضرر واجب التعويض، ومن خلال هذه الدراسة سنحاول إيجاد حلول لهذه المشاكل وذلك عن طريق آراء فقهية وقضائية من دول مختلفة تطرقت لهذه المسألة في قوانينها وأحكامها القضائية.

ثانيًا: أسئلة الدراسة:

إن إشكالية الدراسة وكما تم بيانه أعلاه ينتج حولها مجموعة من التساؤلات، فالتساؤل الرئيسي فيها هو: ما مدى إمكانية قيام المسؤولية عن فوات الفرصة وكيفية تقدير التعويضات عن فوات الفرصة في إطار المجال الطبي؟

وإن هذا التساؤل ينشأ منه مجموعة من التساؤلات الفرعية وهي كالاتي:

- 1- متى يعتبر فوات الفرصة ضرر بذاته يرتب المسؤولية على الطبيب المعالج؟
- 2- كيف يمكن إثبات ضرر فوات الفرصة؟ على من تقع مسؤولية إثباته؟
- 3- هل هناك حاجة لوجود تشريع ضابط لمبدأ "فوات الفرصة"؟
- 4- بماذا تختلف مسؤولية الطبيب عن فوات الفرصة عن القواعد العامة للمسؤولية المدنية؟
- 5- متى تسقط مسؤولية التعويض عن فوات الفرصة عن الطبيب؟

ثالثاً: أهمية الدراسة

تتلور أهمية الدراسة في إيجاد ضوابط يبنى عليها نصوص قانونية واضحة أمام المضرور من فعل الطبيب لترتب له تعويض عادل وجابر لضرره ووضع مفاهيم واضحة لفكرة فوات الفرصة على الصعيد القانوني، ولا سيما أن هناك حاجة كبيرة لهذه الدراسة؛ لأن التعويض المالي عن فوات الفرصة في مجال المسؤولية الطبية لم يتم النص عليها بشكل صريح مما ينتج عنه رد المطالبات المالية لمثل هذا النوع من التعويضات.

إن هذه الدراسة تسعى لتسليط الضوء على مهام الطبيب وما ينتج عنه من أخطاء وأضرار والإشارة لأي متضرر منها بإمكانية مطالبته بالتعويضات بما فيها التعويض عن فوات فرصته في الشفاء أو العلاج أو الحياة، مما يجعل الطبيب أكثر انتباهاً ودقة فيما يقوم به وفي كل خطوة يخطوها؛ لأنه سيكون على يقين تام أن أي خطأ أو انحراف غير طبيعي في أعماله ينتج عنه مساءلة قانونية، إلى جانب التأكيد على الحاجة الماسة لوجود نظام تشريعي يضع أساس قانوني واضح لمبدأ فوات الفرصة، وأيضاً يرد فيه النص على العقوبة والتعويضات المترتبة على فوات، كما وأن تقويت الطبيب لفرصة الشفاء أو الحياة تعني الحيلولة دون وصول الطبيب إلى النتيجة التي يطلبها المريض ليكون راضياً، أي أنه لم يحقق النتيجة التي يريها المريض من اللجوء إليه وإضافة إلى ذلك أنه تسبب بأضرار للمريض، لذلك فإن هذا الموضوع ذا خصوصية عالية يمتاز بها العمل والمجال الطبي.

رابعاً: منهجية الدراسة

اتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي من أجل بيان تفصيلي لموضوع تفويت الفرصة، وأهم المشاكل التي تنثور فيها، وبيان نظرية توافق الشك واليقين حتى يصبح بإمكان القاضي أن يقدر التعويضات المناسبة لهذا الضرر، مع التطرق لآراء مختلفة من الفقه القانوني المقارن والاحكام القضائية في الدول الأخرى، ومقارنتها بالوضع في فلسطين مع ربط للنظريات المطبقة بالواقع العملي في فلسطين.

الفصل الأول: ماهية ضرر تفويت الفرصة وعناصره.

إن التطور الطبي والعلمي رفع من فرص الشفاء التي يمتلكها المريض، فأصبح بإمكان الطبيب أن يجزم بحتمية وجود فرصة للشفاء أو الاستمرار على وجه الحياة بشكل نهائي، إلا أن هذه الفرص الفائتة التي يخسرها المريض في حصوله على العلاج الطبي المناسب الصحيح يمكن أن تكون محل التزام في مجال المسؤولية القانونية الطبية، بالإضافة إلى النتائج السلبية والضارة المترتبة عن العمل الطبي الذي هو أصلاً في طبيعته نتائج احتمالية وغير قابلة للجزم المطلق، وكذلك الأمر بشأن تفويت الفرص الشفائية؛ لأنها ضرر حقيقي يستحق التعويض عنه لجبر الضرر المترتب، لكن رغم وجود ضرر إلا أنه لا يتوقع استحقاق شخص للتعويض عن فرصة فائتة إلا إذا أمكن للأفراد تقدير مدى الضرر الناتج عن وقوعها وتحققها، وأن ما تم ارتكابه من خطأ كان سبب في فوات فرصة بقاء المريض حياً أو حتى شفائه.

المبحث الأول: مفهوم تفويت الفرصة وأساسه القانوني.

إن مسألة تفويت الفرصة هي وجه آخر لعملة الحظ فالفرص تعتمد على الحظ الذي ليس لإرادة الأفراد أي سيطرة عليه أي انها أمر احتمالي يمكن أن يقع وكذلك الأمر يمكن أن لا يقع، ففي الحالات الروتينية وخلال اليوم العادي يكون المرء غير مدرك لعدد الفرص التي تفوته، ولكن إذا ظهرت مسألة تفويت الفرصة في المجال الطبي والعلاجي خاصة وفاتت على المريض فرصة الشفاء، فإنه يقع على الطبيب مسؤولية عن هذه الفرصة الضائعة ويجق للمريض أن يطالب بالتعويضات عنها، وله أن

يسأل كافة وسائل القانون الممكنة للمطالبة بحقه في التعويضات؛ لأن فوات الفرصة ضرر بذاته يستوجب التعويض عنه⁴، بالتالي فإن مسألة تفويت الفرصة وسيلة من أجل تدارك مشكلة عدم التأكد ورجحان الحقيقة أو عدم القدرة على إثبات وجود علاقة سببية ما بين الخطأ والضرر لذلك نلجأ إلى تطبيقها لتغطية هذه الفجوة بين الضرر والخطأ وأيضاً ضماناً للحصول على التعويض الكافي.⁵

لذا لابد من دراسة هذا المبحث في مطلبين، نتناول في المطلب الأول تعريف تفويت الفرصة اصطلاحاً وفقها، أما الثاني سيختص في الأساس القانوني لفكرة تفويت الفرصة في المجال الطبي، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف تفويت الفرصة.

يختلف تعريف تفويت الفرصة عن غيره من التعريفات وذلك وفقاً للطبيعة الخاصة التي يقوم عليها هذا المفهوم، وعليه سأقوم بتوضيح هذا التعريف من الناحية الاصطلاحية في الفرع الأول من هذا المطلب، وفي الفرع الثاني سأتناول تعريف تفويت الفرصة في الفقه من خلال التطرق لأساس التعويض عن تفويت الفرصة في الفقه والقضاء الفلسطيني والمصري والأردني.

الفرع الأول: تعريف تفويت الفرصة اصطلاحاً.

⁴ الجميلي، أ.، الجميلي، ط. (2018): "مسؤولية الطبيب المدنية عن تفويت الفرصة (دراسة قانونية مقارنة)"، مجلة كلية المأمون، 31، ص 52-78، ص 52.

⁵ أمزياتي، أ. (2018): "مسؤولية الطبيب عن تفويت الفرصة على المريض"، مجلة القانون والأعمال، 17، ص 118-128، ص 124.

تعرف تفويت الفرصة بأنها الوسائل التي يتوقف عليها تحقق واقعة ما أو الواقعة المحتملة الحصول إضافة الى طرق ووسائل تحقيقها.⁶

وعرف ضرر تفويت الفرصة على أنه: حرمان الشخص من فرصة كان يحتمل أن تعود عليه بالكسب اذ يكون هناك كسب مرجح كان يمكن أن يتحقق وقد قضى محدث الضرر بفعله الضار على تحققه.⁷ وكما تعرف تفويت الفرصة بأنها: الصورة التي يتسبب بها الفاعل بحرمان شخص من فرصة كان يتوقع من ورائها جني أو كسب أو تفادي خسارة، أو هي عبارة عن دعوى تعويض يطالب بها الدائن بتعويضه عن فوات فرصة للكسب أو لتجنب خسارة قد لحقت به بسبب اخلال المدين بتنفيذ التزامه.⁸ ويقصد بتفويت الفرصة في الفقه الإسلامي تفويت المنفعة التي انعقد سبب وجودها وتحققت ولكن حصل عليها ضرر.⁹

أي أن تفويت الطبيب للفرصة يتمثل في حرمان المريض من فرصة الشفاء والعلاج مما تسبب في فقدانه للمقدرة على التمتع الكامل بالحياة، أو خسارته لإمكانية الحصول على أي كسب مستقبلي، أو حرمان المتضرر من كسب محتمل بسبب حرمان المريض من فرصة البقاء على قيد الحياة.

الفرع الثاني: تعريف تفويت الفرصة في الفقه وفقه القضاء.

⁶ الزاوي، ال.(ب.ت): مختار القاموس، ط11، دار عالم الكتب، ص473، أنظر أيضاً: الدسوقي، ا. (2013): "تعويض تفويت الفرصة (القسم الأول)"، مجلة الحقوق، 3، ص ص 100-140، ص110.
⁷ مرقس، س. (1971): المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، الطبعة الأولى، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ص136.
⁸ الحسنوي، ح. (ب.ت): التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة، عمان، ص76.
⁹ امزياتي، مرجع سابق، هامش 5، ص 125.

بعد التعرض الى التعريف الاصطلاحي لتفويت الفرصة يجب ألا نغض الطرف عما توصل اليه الفقه القضائي في معنى ضرر تفويت الفرصة وبناء على هذا يجب عرض آراء الاجتهاد القضائي وما توصلت إليه المحاكم الفلسطينية ومن ثم المصرية ومن ثم الأردنية في قراراتها حول تفويت الفرصة لاستخلاص معناً واضح لها.

أولاً: أساس التعويض عن تفويت الفرصة في الفقه وفقه القضاء المصري.

قضت محكمة النقض المصرية بأن: "القانون لا يمنع من أن يحسب في الكسب الفائت الذي هو عنصر من عناصر التعويض ما كان المضروب يأمل الحصول عليه، وما دام لهذا الأمل أسباب معقولة، ومن ثم تفويت الفرصة على الموظف في الترقية الى درجة أعلى من درجته بسبب احالته الى المعاش بغير حق وهو في درجته، عنصر من عناصر الضرر، التي يجب النظر في تعويض الموظف عنها، أما القول بأن الضرر الذي يصور في هذه الحالة مرده مجرد أمل لا يرقى الى مرتبة الحق المؤكد، اذ لا يتعلق للموظف حق الا بتفويت ترقية مؤكدة فمردود بأنه كانت الفرصة أمراً محتملاً أو مجرد أمل فان تفويتها أمر محقق".¹⁰

كما وجاء في قرار آخر للمحكمة بتاريخ 18 يناير 1989 ما يلي: "أن الطبيب ومسؤولة الولادة كلاهما يتحمل فوات فرصة إنجاب طفل سليم بسبب ما تم القيام به خلال عملية الولادة".¹¹

وفي قرار قضائي حديث لمحكمة النقض المصرية التي جاء فيه: " إذا كان البين من الأوراق أن طلبات الطاعن في صحيفه دعواه هي الحكم له بالتعويض المادي والأدبي والموروث عن وفاه ابنه وقد جاء طلب التعويض المادي مطلقاً دون تحديد وبالتالي فإن طلبه هذا يشمل التعويض عن فوات فرصة رعايته له في شيخوخته ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وألغى الحكم المستأنف فيما

¹⁰ محكمة النقض المصرية، مجموعة احكام النقض المدنية، السنة 9 رقم 88، 1958/11/13، ص 684.

¹¹ امزياتي، مرجع سابق، هامش 5، ص 125.

قضى به من تعويض مادي ورفض هذا الطلب لعدم ثبوت إعالة الابن لأبيه الطاعن حال حياته بمقوله أن الأخير ضابط سابق بالقوات المسلحة ويتقاضى معاشاً فإنه يكون مشوباً بالقصور والفساد في الاستدلال.¹²

أما في الفقه المصري، ذهب جانب من الفقه المصري الى أن تفويت الفرصة يعتبر ضرراً حالياً، وأنه في حال لم يخمن للمضروب بالتعويض عن كل الضرر فلا أقل من ان يحكم له بالتعويض عن مجرد الضرر في تفويت الفرصة.

وذهب جانب آخر الى أن الفرصة حتى وان كانت أمراً محتملاً فإن تفويتها أمراً محققاً وعلى هذا الأساس يجب التعويض عنها.

ثانياً: أساس التعويض عن تفويت الفرصة في الفقه وفقه القضاء الاردني.

ذهب جانب من الفقه الى أن التمييز قد يدق احياناً بين الضرر المحقق خاصة إذا كان هذا الضرر مستقبلاً وبين ما يعتبر ضرراً مرجحاً، وذلك في حالة ضرر تفويت فرصة على شخص ما وحرمانه منها حيث كان من المحتمل أن تعود عليه تلك الفرصة بالكسب المرجح والفائدة.¹³

وذهب جانب آخر من الفقه الى أن ضرر تفويت الفرصة أمر لا يتعلق بتعويض المضروب عن نتائج مادية وأدبية كان يستحقها لو لم يحرم من الفرصة، حيث أن الكسب الفائت على المضروب لم يكن سوى مجرد أمل غير مؤكد، وأن هذا الأمل صار قبل الأوان مستحيلاً تحققه بسبب الفعل الضار من محدث الضرر والذي حرم المضروب من فرصة كان من شأنها أن تجعل له حظاً في تحقيق أمله لو

¹² محكمة النقض المصرية، مجموعة أحكام النقض المدنية، السنة 84 رقم 11576، 2020/11/19.

¹³ الحسناوي، مرجع سابق، هامش 8، ص473.

سارت الأمور سيرها الطبيعي، لكن قد صار من المستحيل نهائياً الجزم بأنه سيتحقق أو لا يتحقق لو لم يتدخل محدث الضرر بفعله الضار في وقف السير الطبيعي للأمر.¹⁴

وقضت محكمة التمييز الأردنية تمييز حقوق رقم 1986/574 في ضرر تفويت الفرصة، حيث قضت الى الحكم فيها على محامين في مسؤوليتهم بتعويض المضرور عن ضرر تفويت الفرصة، وذلك بسبب أنهم قد قصروا في واجباتهم المهنية وأن أحد المحامين قد فوت على موكله فرصة تقديم الطعن ضمن المدد القانونية المقررة في إجراءات الخصومة القضائية، مما ألحق بموكله خسارة عن الكسب المرجح من الطعن، وبسبب أن محامي آخر قد فوت على موكله فرصة الكسب المرجح للنزاع؛ لأنه تغيب عن حضور جلسات المحاكمة رغم تبلغه لموعد الجلسة تبليغاً صحيحاً مما أدى الى رد الاستئناف شكلاً، وألحق بموكله خسارة موجبة للتعويض عن ضرر تفويت فرصة الاستئناف.¹⁵

ثالثاً: أساس التعويض عن تفويت الفرصة في فقه القضاء الفلسطيني.

لا يوجد موقف موحد لأساس التعويض عن تفويت الفرصة من الناحية القانونية فلم يتبنى الفقه رأي ثابت أو اتجاه موحد، إلا أنه ومؤخراً صدر قرار عن محكمة النقض الفلسطينية رقم 2019/501 جاء فيه: "وان حالة الام التي ولدت التوأم قبل الولادة وبعدها كانت طبيعية وكذلك التوأم ، وظهر الاصفرار على الطفل م. بعد الولادة نتيجة عدم تطابق فصيلة الام مع فصيلة دمه حيث كانت حالة عادية ، وانه في سبيل التحسن او على الاقل ليست نحو الاتجاه الاسوأ لولا تلك الاخطاء في متابعة حالة الطفل م. دون مبرر مقبول ساعد على تراجع حالة الطفل م. للأسوأ ، فالمحكمة تعتمد في ذلك على البيانات والقرائن حيث كانت حالة الطفل م. تبعث على الاطمئنان الى شفائها الا ان الخطأ والاهمال والتقصير فوت عليه فرصه للشفاء يعتبر مرتبطاً بالضرر رابطه سببيه كافية لنشوء المسؤولية

¹⁴ الجبوري، ي. (2011): الوجيز في شرح القانوني المدني الأردني (مصادر الالتزامات)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص556.

¹⁵ محكمة التمييز حقوق 1986/574، مجلة نقابة المحامين الأردنيين (1989)، عدد6، عمان، ص1664.

استناداً الى ان الخطأ الطبي قد فوت على الطفل م. فرصه اما في الشفاء او في الوصول الى نتائج أفضل او تجنب كل او بعض الاضرار التي لحقته، وهذه الفرصة كانت قائمه وقويه وليست افتراضيه بل محققة.

أي أن المتفق عليه في هذا المجال أن الطبيب إذا تحققت عليه المسؤولية فهو يجبر الضرر بالتعويض وأن فوات الفرصة هو ضرر مؤكد واجب التعويض إذا كانت الفرصة الفائتة هي فرصة حتمية واقعية.

المطلب الثاني: فكرة تفويت الفرصة في المجال الطبي.

الطبيب وخلال قيامه بوظيفته نجد أن أنظمة وقوانين المهنة قد رسمت له طريق واحد وأصول مهنية لا بد له أن يسلكها، إلا أنه وفي حال تقصيره أو إهماله أو انحرافه عن الأساليب العلمية المتبعة من قبل الأطباء فإنه يتحمل مسؤولية ما ينتج عن أعماله من أضرار تلحق الغير سواء المريض ذاته أو نويه، ومن بين هذه الأضرار التي تقع مسؤوليتها على الطبيب هو "ضرر فوات الفرصة"، فأساس التعويض عن فوات الفرصة هو قيام المسؤولية الطبية عليها، فلا تعويض عن فرصة فائتة إلا إذا قامت المسؤولية الطبية، وفي هذا المطلب سيتم بيان ماهية المسؤولية الطبية كأساس لتفويت الفرصة. حيث يعتبر القضاء الإداري الفرنسي هو الأسبق في إدخال فكرة تفويت الفرصة إلى مجال المسؤولية المدنية بموجب قرار صادر بتاريخ 24 أبريل 1964، والذي اعتبر فيه أن عدم تقديم العلاج الطبي المناسب للمريض نتيجة الإهمال الواقع من الطاقم الطبي كان سبباً في فوات فرصة كادت تجنبه من

بتر عضو في جسده، وكذلك الأمر في محكمة استئناف باريس التي قضت بمسؤولية الطبيب عن تعويض فوات فرصة علاج وشفاء المريض بسبب التقصير في مرحلة التشخيص.¹⁶

وأنشأ القضاء الفرنسي لمرونة فكرة تفويت الفرصة قرينة قضائية على قيام مسؤولية الطبيب عندما ينتج عن خطأه تفويت فرصة في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة للمريض، بحيث لا يقع عليه عبء الإثبات وإنما ينتقل للطبيب في إثبات عدم ارتكابه أي خطأ أو انحراف في أداء مهمته، وهو انقلاباً في حقيقته عن القواعد التقليدية في إثبات الأضرار، وهو ما سيتم بيانه في مطلب لاحق بشكل موسع.

الفرع الأول: فوات الفرصة من الأخطاء الطبية

فوات الفرصة ينتج أصلاً في جميع الأحوال من الأخطاء الطبية المرتكبة من الطبيب أو الطاقم الطبي، ومازالت الأخطاء الطبية واردة وممكنة وكثيرة الوقوع في المجال الطبي، وهي السبب المباشر في تفويت فرصة الشفاء على المريض، وحتى نتمكن من إدراك طبيعة فوات الفرصة لا بد من بيان الأخطاء التي تنتج عنها فوات الفرصة وتكون أساس وقوعها، حيث أن هذه الأخطاء لا تكون على صورة واحدة إنما تتعدد على شكل أخطاء إيجابية أو سلبية، وإن هذه الأخطاء بشقيها هي منبع المسؤولية والموجب لها.

أولاً: تفويت الفرصة عن الأخطاء الإيجابية:

وقد تكون هذه الأخطاء خلال مرحلة التشخيص والتي تعتبر المرحلة الأهم في علاج المريض كون الطبيب خلالها يحاول تشخيص المرض وماهيته ودرجته، وهي تسبق مرحلة العلاج مما يجعلها مرحلة

¹⁶ امزياتي، مرجع سابق، هامش 5، ص 124.

خطيرة بحاجة إلى تروي ودقة وشدة ملاحظة من الطبيب فيها، وفي حكم لمحكمة النقض الفرنسية الصادر عام 2008 التي حكمت فيه على الطبيب بتعويض مريض على أساس تفويت الفرصة كونه أصيب بعمى دائم بسبب إصابة في العصب البصري كان سببها خطأ في تشخيص مرض التهاب في الفم، أو خلال العمليات الجراحية التي يثبت أن الطبيب الجراح القائم عليها لم يؤدها بالشكل المهني الصحيح ووفقاً للأصول الطبية في مهنته مما أدى إلى فوات فرصة الشفاء عن المريض وهذا ما حكمت به محكمة الاستئناف الفرنسية عام 2005 على طبيب أخطأ في عملية لقناة الرسغ الأيسر وتسبب في قطع العصب لليد، ومما سبق يتبين لنا أن تسرع الطبيب في التشخيص وعدم مراعاة أصول المهنة الصحيحة هو سبب في تفويت فرصة المريض في الشفاء بصورة صحيحة وخسارته لحالة صحية كان يجدر أن يعود لها¹⁷، وهو ما قضت به محكمة النقض الفلسطينية في إحدى قراراتها بأنه: "الخطأ الطبي الذي يوجب المسؤولية على الطبيب أثناء مزاولته مهنته يكون بالالتزام ببذل العناية والجهود الصادقة واليقظة والتي تتفق مع المستوى العلمي للطبيب، ويكفي لقيام مسؤوليه الطبيب أن يتوفر عنصر الإهمال، والذي يعتبر محط سلوك سلبي صادر عنه إذا كان يتعين عليه أن يتخذ من الاحتياطات ما يحول دون أن يشكل الفعل أي خطر على المريض أو أن يشكل هذا الفعل ضرراً له، ويسأل على أي تصرف لم يبذل فيه العناية الكافية، سواء كان هذا التصرف سلبي أو إيجابي، ومؤداه الحاق الضرر بالمريض وفي أي مرحلة من مراحل العلاج حتى ولو كان في مرحلة التشخيص".¹⁸

ثانياً: تفويت الفرصة عن الأخطاء السلبية:

¹⁷الجميل، مرجع سابق، هامش 4، ص 52.

¹⁸ حكم محكمة النقض الفلسطينية، موقع المقتفي، رقم 2017/588، الصادر بتاريخ 2019/1/31.

كأن يتمتع الطبيب عن الاستعانة بطبيب التخدير والإنعاش الذي لا يمكن أصلاً الاستغناء عنه خلال إجراء العملية الجراحية لما يلعبه من دور مهم فيها وقدرة على التعامل مع حالة المريض ومدى حاجته للتخدير سواء الموضعي أو الكلي وقد ذكرت محكمة استئناف باريس بتاريخ 11 مارس 1978 أن الطبيب يترتب عليه مسؤولية عن فوات فرصة الشفاء بسبب استعانة أحد الأطباء بطبيب آخر غير مختص في التخدير مما رتب عليه وفاة المريضة إثر اضطرابات تنفسية وقلبية صاحبها خلال إجراء العملية، أو أن يكون الخطأ السلبي بتجاهل أمر إجراء الفحوصات السريرية التمهيدية والضرورية قبل التدخل الجراحي والتي تكون شاملة لكل الجسد وقد حكمت محكمة استئناف باريس على الطبيب بالتعويض على فوات الفرصة لعدم إجراء الفحوصات اللازمة.¹⁹

أي أن المسؤولية المدنية الطبية تقع على الطبيب نتيجة ارتكابه للأخطاء الطبية كافة، سواء كانت إيجابية أو سلبية، كما أنه لا فرق في المسؤولية سواء كان الخطأ يسيراً أم جسيماً طالما أن الطبيب قد ارتكبه عن إهمال أو تقصير أو عدم بذل العناية الصحيحة الواجبة عليه.

الفرع الثاني: ماهية مسؤولية الطبيب وطبيعتها.

إن ممارسة مهنة الطب في الشريعة الإسلامية هو فرض كفاية؛ لأن المجتمع الإسلامي لا يمكنه الاستمرار في البقاء دون وجود الطبيب، لكن ليس من المعقول التداوي عند أي شخص بل لابد من مختص في مجال الطب، ومدركاً لخطورة هذه المهنة ومدى صلتها الكبيرة في حياة الشخص وجوداً وعدمًا²⁰، وعلى هذا الأساس تثار المسؤولية الطبية عن أي تراخي أو تجاهل أو تقصير في بذل

¹⁹ الجميلي، مرجع سابق، هامش 4، ص 52.

²⁰ عودة، ع.(1997): التشريع الجنائي الإسلامي، دار التراث، القاهرة، ص 520.

العناية اللازمة في مهنة الطب الواقعة على عاتق الطبيب والتي يترتب عليها التعويض عن الأضرار للمضرور، وإن مسؤولية فوات الفرصة هي إحدى المسؤوليات المنشقة عن مسؤولية الطبيب.

والمسؤولية القانونية بوجه عام هي التي ينظمها القانون في إطاره الخاص، ويرتب عليها جزاء قانوني لمخالفة أحد الأفراد قاعدة قانونية منصوص عليها، لكن هذه المسؤولية لا تقام إلا إذا ترتب عليها إضرار بحقوق الغير ومساس بذواتهم²¹، وتنقسم هذه المسؤولية إلى مدنية وجزائية، وما سيتم التركيز عليه في هذه الدراسة هو المسؤولية الطبية المدنية عن فوات الفرصة، لكن بطبيعة الحال فإن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة فقد ورد في الفقرة الثانية من المادة 20 من القرار بقانون 31 لسنة 2018 ما يلي "2. يلتزم مقدمو الخدمة الطبية والصحية في أداء عملهم ببذل العناية اللازمة، وليس بتحقيق النتيجة وفقاً للقواعد المهنية"

أي أنه غير ملزم بشفاء المريض أو منع المرض من التطور أو تدارك الأخطار قبل وقوعها، وإنما هو ملزم بوصف العلاج المناسب وممارسة مهنته وفق الأصول المهنية، وعدم السماح بتقويت فرصة الشفاء على المريض²² وذلك كما جاء في قرارات المحاكم الفلسطينية²³ إلا أن الآراء الفقهية استقرت على أن الطبيب يكون في بعض الحالات الاستثنائية التزمه هو التزم بتحقيق نتيجة في الأمور الطبية الثابتة مثل استخدام الأدوات الجراحية وعمل الفحوص الطبية²⁴، وانعقد الإجماع القانوني في التشريعات بكل دول العالم على قيام المسؤولية الطبية للطبيب بشقيها الجزائية والمدنية.

أولاً: المسؤولية الجزائية: إنه ومتى ترتبت عناصر الدعوى العمومية في الفعل الذي يجرمه القانون، فإنه يقع على مرتكب النشاط الإجرامي مسؤولية جنائية حسب قانون العقوبات الأردني، وبناءً على

²¹ السنهوري، ع. (1949): الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ص 614.

²² الحسن، م. (2013): الخطأ الطبي حقيقته وأثاره، جامعة الملك فيصل، السعودية، ص 10.

²³ حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم 2018/1637، الصادر بتاريخ 2019/03/27.

²⁴ الدسوقي، مرجع سابق، هامش 6، ص 300.

ذلك فإن الطبيب يحاسب جزائياً على ما يرتكبه من أخطاء أثناء علاجه أو تشخيصه خلال ممارسة مهنته كطبيب، ولا تسقط هذه المسؤولية حتى وإن تنازل عنها أو عفى عنها المتضرر كونها متعلقة بالنظام والأمن في الدولة، وتتعدد الصور التي يقوم عليها الخطأ الطبي التي يتم من خلالها مساءلة الطبيب جنائياً، ومنها عدم الاحتراز واتخاذ الاحتياطات اللازمة التي من شأنها الحيلولة دون وقوع الخطر، أو الإهمال والتقصير في مراعاة أصول المهنة، أو عدم مراعاة القوانين وتنظيمات المهنة الطبية²⁵، وقد نصت المادة 19 من القرار بقانون رقم (31) لسنة 2018م بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية على: "الخطأ الطبي هو ما يرتكبه مزاول المهنة ويسبب ضرراً لمتلقي الخدمة نتيجة أي من الأسباب الآتية: 1. الجهل بالأمر الفنية المفترض الإلمام بها من كل من يمارس المهنة من ذات درجته وتخصصه. 2. عدم اتباع الأصول والقواعد المهنية الطبية والصحية المتعارف عليها. 3. عدم بذل العناية اللازمة. 4. الإهمال والتقصير وعدم اتباع الحيطة والحذر".

ثانياً: المسؤولية المدنية: وهي مسؤولية المدين عن تعويض ذلك الضرر الذي يتسبب فيه الإنسان للغير بفعله أو بفعل التابعين له، أو الأشياء الواقعة تحت حراسته، أو الحيوانات التي يقوم برعايتها، أو نتيجة لإخلاله بالتزاماته العقدية. ، ويكون مصدر هذا الالتزام عقداً أو قانوناً أو فعل ضار أو فعل نافع أو الإرادة المنفردة، والمسؤولية الطبية المدنية على عكس المسؤولية الطبية الجزائية فلا تترتب عن ارتكاب أفعال محظورة مجرمة بالمجتمع والقانون، إنما تترتب فقط من باب حماية مصلحة المتضرر، ويجق له أن يتنازل عن حقه في التعويض عن هذا الضرر، وبالتالي لا يكون فيها ردة عن فعل مجرم وإنما تقتصر على جبر الأضرار²⁶، وإنه يوجد نوعان من المسؤولية المدنية، العقدية منها والتقصيرية، كما سيلي بيانه:

²⁵ امزياتي، مرجع سابق، هامش 5، ص 125.
²⁶ امزياتي، مرجع السابق، هامش 5، ص 125.

أ- العقدية: "وهي المسؤولية التي تقوم على أساس الإخلال بالتزام عقدي يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات"²⁷، فما يميزها أن علاقة الدائن والمدين مرتبطة بما تم النص عليه في العقد، و"تفترض وجود عقد صحيح قائم بين الطرفين إلا أن أحدهم أخل بشروطه وبنوده أو امتنع عن تنفيذه كلياً أو جزئياً أو تأخر عن قصد في تنفيذ التزامه أو أساء في تنفيذها."²⁸

ب- التقصيرية: "وهي التي تقوم على الإخلال بالتزام قانوني واحد وهو الالتزام بعدم الضرر"²⁹، وتنشأ هذه الحالة خارج نطاق العقد، ويكون فيها الشخص ارتكب خطأ تقصيري كان فيه متجاوزاً على أساس حرصه ويقظته الشخصية، وأيضاً على أساس النظر إلى ذات الانحراف وكان مدركاً لهذا التعدي الذي رتب عليه المساس بحق من الحقوق أو مصلحة مشروعة بالقانون³⁰، ونص قانون المخالفات المدنية في المادة (2) على أن الضرر الذي يترتب على فاعله المسؤولية التقصيرية هو: "الخسارة أو التلف الذي يلحق بمال، أو سلب الراحة أو الأضرار بالرفاه الجسماني أو السمعة أو ما إلى ذلك".

وقد نشأ جدل قانوني حول تحديد الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية، لذلك ظهر اتجاهين مختلفين، أحدهم يعتبر أنها مسؤولية عقدية؛ لأن ما يربط المريض بالطبيب هو عقد، فالمريض يطلب العلاج من الطبيب مقابل الأجر الذي يقوم بدفعه، وهذا ما استقر عليه وأخذ به القضاء الفرنسي عام 1839، وقد عدل عن رأيه المتبنى سابقاً بأنها مسؤولية تقصيرية، محتجين بتمسكهم في رأيهم الحديث بأن الطبيب يكون في حالة إيجاب دائم اتجاه الجمهور، وأن لافتة عيادته وعضويته في النقابة هي بمثابة قبول للعقد، إضافة إلى أن النظام العام يقرر حد أدنى لالتزامات الطبيب ولم يقرر إيقاع

²⁷ السنهوري، مرجع سابق، هامش 20، ص 747.

²⁸ منصور، م.ح. (ب.ت): المسؤولية الطبية للطبيب الجراح، صيدلية، تربية، العيادة والمستشفى، الأجهزة الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص 927.

²⁹ السنهوري، مرجع سابق، هامش 20، ص 742-847.

³⁰ السنهوري، مرجع سابق، هامش 20، ص 881.

المسؤولية التقصيرية على المسائل الطبية، وقد أكدت القواعد والأصول العلمية لمزاولة المهن الطبية على ذلك، أما الاتجاه الآخر والذي اعتبر أن مسؤولية الطبيب هي مسؤولية تقصيرية على أساس أن الالتزام المهني ليس له أي علاقة بالاتفاق مع المريض؛ لأن التزامه بتقديم العلاج هو التزام يفرضه القانون وليس نتيجة عقد، محتجين برأيهم هذا بأن صحة الانسان وحياته ليست محل للتعاقد، وأن هذه المهن الطبية هي ذات طبيعة فنية خاصة بها، وليست التزامات تعاقدية، ولا يمكن اسقاط قواعد العقد عليها؛ لصعوبة حدوثها في حالات الاستعجال والطوارئ مثلاً، إضافة لذلك فإن القاضي يفترض عند مساءلة الطبيب فيكون في إطار أصول مهنته الطبية وليس حسب الاتفاق الذي تم بين المريض والطبيب.³¹

فيما يتعلق بمشروع القانون المدني الفلسطيني فإن فيه الكثير من التناقضات والقصور فيما يتعلق بتبني فكرة الضرر والخطأ في المسؤولية التقصيرية وبالتحديد في المادتين 180 و179، فقد نصت المادة 179 على: "كل من ارتكب فعلاً سبب ضرراً للغير يلزم مرتكبه بتعويضه"، وهنا أقام المسؤولية على أساس الضرر ولو لم يكن هناك خطأ إلا أنه في المادة 180 نص على: "يكون الشخص مسؤولاً عن أفعاله الضار متى صدرت منه وهو مميز" أي أن مناط المسؤولية هو التمييز، وهذا دليل واضح على تناقض المشروع في تبني فكرة الخطأ أو الضرر.

وقد جاء قرار محكمة النقض³² الصادر بتاريخ 2019/01/31 يؤكد على مسؤولية الطبيب بأي خطأ طبي يصدر عنه متضامن في مسؤوليته مع المستشفى التي يعمل فيها، وأن التزام الطبيب بالعلاج سواء وجد عقد ام لا هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق غايه وهي شفاء المريض، وانما يلتزم ببذل العناية الصادقة في شفائه ويقظة تتفق مع الاصول المستقرة في علم الطب، وأن إهمال الطبيب وعدم

³¹ عساف، و،ت. (2008): المسؤولية المدنية للطبيب، جامعة النجاح، فلسطين، ص 8-33.

³² حكم محكمة النقض في الدعوى رقم 2005/92، حقوق، رام الله، بتاريخ 2019/01/31.

اتخاذ الاحتياطات الطبية المفترضة من طبيب في مثل مستوى الطبيب المهني، ويكفي لقيام المسؤولية على الطبيب أن يتوفر عنصر الإهمال والذي يعتبر محط سلوك سلبي صادر عنه إذا كان يتعين عليه أن يتخذ من الاحتياطات، ما يحول دون أن يشكل الفعل أي خطر على المريض، أو أن يشكل هذا الفعل ضرراً له، ويسأل على أي تصرف لم يبذل فيه العناية الكافية، سواء كان هذا التصرف سلبي أو إيجابي ومؤداه الحاق الضرر بالمريض، ولا فرق في المسؤولية سواء كان الخطأ يسيراً أم جسيماً.

الفرع الثاني: علاقة حرمان المضرور من كسب مرجح بنظرية فوات الفرصة.

فكرة الكسب المرجح تقوم على أساس أن المتضرر كان يرجو حصول أمر معين، ويرغب به بقوة لما يترتب عليه من مميزات معينة على خلاف غيره من الأمور، أو كان يسعى لاكتساب حق بشكل مرجح، وكان يرغب في الحصول عليه، أو كان لديه نسبة كبيرة من الأمل بنجاح أمر معين أو غاية محددة، لكن الفعل الذي وقع عليه من محدث الضرر كان سبباً في حرمانه مما يرجوه، وسبب في فوات كسب أمر مرجح، أي أن ما فاتته هو أمر احتمالي يمكن أن يمنع حدوثه في المستقبل أي مانع آخر، كما أن المتضرر لم تثبت له آماله بشكل نهائي وحتمي بسبب ما تعرض له من ضرر، إلا أن فوات الفرصة بذاتها أصبح أمر محقق ونهائي، وبالتالي فإن هذا الكسب يعتبر أمر مستقبلي، وضرره غير مؤكد مما يحول دون ثبوت الحق للمضرور في تعويضه كاملاً عما تعرض له وما فاتته، ولكن التعويض في نظرية فوات الفرصة لا يكون على كسب مرجح إنما يكون عن ضياع تلك الفرصة بذاتها.³³

³³ الدسوقي، مرجع سابق، هامش 6، ص 88.

وبشكل عام نجد أن التعويض قد يمتد في حدوده لتقدير ما فات المضرور من كسب، ضمن الراتب او الدخل الذي كان يدخله المورث وكان يعيش منه هو والاشخاص المعالين من قبله، فإنه وبناء عليه يجب أن يتم تعويض ورثة المورث عن الكسب الذي كان من الممكن الحصول عليه في المستقبل إلا انه الضرر الواقع على المورث ووفاته حرمتهم منه، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفلسطينية في إحدى القضايا المنظورة أمامها بأن التعويض يمتد للكسب المرجح الذي كان الضرر سبب في منع وقوعه.³⁴

الفرع الثالث: الكسب الفائت وعلاقته بنظرية فوات الفرصة.

يدخل الكسب الفائت في مجال الضرر الموجب للتعويض متى توافرت شروطه، فمثلا يعتبر محققا بالنسبة لبائع بضاعته وبريح معين وقيل موعد تسليمها أتلفت مما منع من تحقق الربح الذي كان يأمله، وهو كل مال حال فعل الغير دون دخوله إلى ذمة المتضرر المالية.³⁵

إلا أن محكمة النقض الفلسطينية جاء في حكم صادر عنها أنها قد ميزت ما بين التعويض عن الضرر ذاته وما بين التعويض عن الكسب الفائت ولم تحكم للمدعية بما طالبة به من تعويضات لأنها مبنية على كسب فائت لم يتم إثباته: "فان المدعية بالادعاء الاصلي طالبت بمجموع تعويضات عن ضرر تدور في فلك الكسب الفائت وشتان بين قيمة الضرر والكسب الفائت، لان بنيان الدعوى يقوم على سبب الضرر والضرر يجب اثباته وفق الاصول المذكورة اعلاه ليصار الى التعويض، اما مسألة

³⁴ حكم محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى رقم 2010/696 حقوق، رام الله، الصادر بتاريخ 2016/12/21.
³⁵ ابن عبد السلام، ع.ع. (1991): قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ص 30.

الكسب الفائت فهو امر غير مطالب به بلائحة الدعوى وانما حدد الضرر بقيمة الكسب الفائت الامر الذي يجعل من الادعاء الاصلي خال من الدليل، مما يتعين رده كذلك".³⁶

فالتعويض عن أي ضرر واقع على الأفراد يقوم على عنصرين أساسيين، وهما: ما لحق المضرور من خسارة، وما فاتته من كسب، وهي القاعدة العامة والأساسية في معظم الأنظمة القانونية في البلدان العربية ومن أهم المبادئ القانونية التي تنص على أن التعويض عن الضرر يجب أن يكون تعويض كامل ويجبر كل ضرر مباشر محقق أصاب الدائن، وغاية هذا المبدأ إعادة الدائن إلى المركز القانوني الذي كان سيتمتع به لولا وقوع الخطأ³⁷، بمعنى آخر أن القاضي عند تقدير الأضرار المترتبة عن المسؤولية المدنية بشقيها العقدية والتقصيرية يقوم بحساب كلا العنصرين، وإن الكسب الفائت من المصطلحات الجديدة في عالم القانون التي ترتب عليها خصومات كثيرة بين الأفراد ولا بد من تعريفها بشكل دقيق ذلك بسبب تداخل مصطلحات أخرى فيه، وهو أيضاً كل مال حال فعل الغير من دخوله في ذمة المضرور كأن يغلق تاجر محله التجاري خلال فترة مكوثه في المستشفى بسبب حادث سير تعرض له.³⁸

وقسم القانون الإنجليزي التعويض عن الكسب الفائت إلى ثلاث أنواع من حيث المطالبة القضائية:³⁹

- 1- أن تكون مطالبة عن أضرار وخسائر مباشرة.
- 2- أن تكون مطالبة عن أضرار وخسائر عارضة، أي ما يتكبده البائع من خسائر عارضة مثل مصاريف تخزين البضائع في حال إخلال المشتري بدفع الأجر والاستلام.

³⁶ حكم محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى رقم 2010/324 حقوق، رام الله، الصادر بتاريخ 2018/04/24.

³⁷ طلبية، أ. (2005): المسؤولية المدنية، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، ص 368.

³⁸ شاويش، أ.ع. (2018): الكسب الفائت في الفقه الإسلامي، جامعة القدس أبو ديس، فلسطين، ص 9.

³⁹ العدوي، ج. (ب.ت): أصول الالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 67.

3- أن تكون مطالبة عن أضرار وخسائر لاحقة، مثل الخسائر التي تلحق بالدائن المرتبط مع الغير نتيجة عدم تنفيذ الالتزامات.

وقد اعتبر القانون المدني الأردني الكسب الفائت من الأضرار التي يحق للمتضرر المطالبة بالتعويض عنها كما جاء في نص المادة 266 من القانون المدني الأردني.

إن المحاكم الفلسطينية في دعاوي التعويضات تحتسب التعويض عن كل كسب فائت خسر المتضرر أو ورثته نتيجة الضرر الواقع عليه، وهذا ما جاء في قرار محكمة النقض الفلسطينية: "عن بدل فقدان الدخل المستقبلي والمطلب (ر) عن بدل فقدان المقدرة على الكسب فإن هذين المطلبين يشكلان مطلباً واحداً وهو الخسارة في فقدان الدخل المستقبلي من تاريخ الحادث في 2001/3/1 وحتى بلوغ المصاب سن الخامسة والستين مطروحاً منها الثمانية أشهر التي تقاضى عنها المدعي بدل فقدان كسب فائت".⁴⁰

يتبين لنا أن الكسب الفائت في معناه يتداخل مع نظرية فوات الفرصة، فكلاهما ضرر واجب التعويض عنه وكلاهما خسارة من دخل مستقبلي، إلا أن الكسب الفائت هو عنصر أساسي من عناصر التعويض على خلاف فوات الفرصة التي هي موضوع هذه الدراسة.

المبحث الثاني: العناصر الواجب توافرها في ضرر تفويت الفرصة وتمييزه عن غيره من أنواع الضرر.

⁴⁰ حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم 2013/82، رام الله، الصادر بتاريخ 2018/12/09.

الضرر في فوات الفرصة ليس عدم الشفاء أو العلاج كون الأصل أن التزام الطبيب هو بذل عناية وليس تحقيق نتيجة إلا في بعض الحالات الاستثنائية مثل: استعمال الأدوات والأجهزة الطبية، وتقديم الأدوية غير الضارة، ونقل الدم دون آثار سلبية أو أي نقل للفايروسات والأمراض المعدية⁴¹، إلا أن ضرر فوات الفرصة هو ضرر نشأ نتيجة خطأ الطبيب وإهماله خلال قيامه بوظيفته وواجباته، وخلل في مدى حرصه أثناء ممارسة عمله الطبي⁴²، مما أدى إلى حرمان المريض من فرصة تعود عليه بالنفع والكسب، وهو ضرر تم استحداثه من قبل القضاء الفرنسي في المجالات الطبية، بعد أن كانت سابقاً تساوي بينه وبين الضرر الاحتمالي⁴³، وبالتالي فإن هذا الضرر ولتقوم المسؤولية عليه لا بد أن يتضمن مجموعة من العناصر التي تميزه عن غيره من الأضرار.

ويعرّف ضرر تفويت الفرصة حسب القضاء الفرنسي بأنه: هو ما يتسبب به شخص نتيجة خطأ صادر عنه بتضييع فرصة على شخص آخر كان يهدف إلى تحقيقها، كمن يقتل حصاناً سيشارك في مسابقة عالمية.⁴⁴

المطلب الأول: عناصر ضرر تفويت الفرصة

وجود التعويض وانعدامه يرتبط بالضرر، فلا ينشأ حق إلا إذا تحقق الضرر، ولا يكفي عدم تنفيذ الالتزام لاستحقاق التعويض، وكذلك لا يكفي الخطأ أو الفعل غير المشروع بل يجب أن يكون إلى جانب كل ذلك ضرر يصيب الشخص، وأن يكون هذا الضرر نتيجة إما ارتكاب الخطأ الطبي أو قيام

⁴¹ الفضل، م. (1996): النظرية العامة للالتزامات - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص 291.

⁴² الحيارى، أ.ح. (2005): المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء القانون الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص 131.

⁴³ سعد، أ.م. (1983): مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، ص 50.

⁴⁴ أعبيه، خ. (2004): التعويض عن تفويت الفرصة في القانون الأردني دراسة مقارنة، جامعة آل البيت، الأردن، ص 20.

الطبيب بفعل غير مشروع، وبالتالي فإن أساس التعويض هو الضرر فإذا وجد الضرر وجد التعويض.⁴⁵

وحتى نستطيع القول بإمكانية المطالبة بتعويض عن فوات الفرصة لابد من التأكد من وجود هذه الفرصة وأن محدث الضرر فوت كسب مرجح على المضرور أو فوت خسارة كان بإمكانه أن يتجنبها، وبناءً على ما سبق، فإنه يشترط لتحقيق فوات الفرصة شروطاً خاصة حتى يتسنى لنا اعتبارها ضرراً محققاً يمكن المطالبة بتعويض عنه، فيشترط أولاً: أن يكون الضرر حقيقي لحق بالمضرور، وثانياً: يشترط أن يكون فوات الفرصة مؤكداً ونهائياً، وسنخصص ما يلي لبيان هذان الشرطان بشكل أوضح في فرعان مستقلان:

الفرع الأول: تحقق ضرر فعلي وحقيقي.

الفرصة الفائتة هي سعي المضرور لتحقيق كسب إلا أن الفعل الواقع قطع عليه هذا السعي، وبالتالي فإنه ومجرد فوات هذه الفرصة هو ضرر حقيقي محقق الوقوع، ولكن لا يعوض هذا الضرر إلا إذا كانت هذه الفرصة أصلاً جديّة وحقيقية حتى يترتب مساس بحق المتضرر في استغلال فرصة الكسب والسعي لتحقيقها؛ لأن هناك كثير من الفرص الفائتة لا ينتج عنها ضرراً محققاً، أي أن التعويض ليس على ذات الفرصة كفرصة فائتة إنما على فواتها المحقق⁴⁶، ويكون الضرر محققاً إذا وقع بالفعل، واحتمال حصول ووقوع الضرر لا يصلح؛ لأن المتضرر يجب أن يكون متيقن ومتأكد من هذا الضرر

⁴⁵ الدسوقي، مرجع سابق، هامش 6، ص 17-18.
⁴⁶ الفضل، م. (1996)، هامش 40، ص 383.

وأن لا يكون افتراضياً أو وهمياً أو احتمالياً، أيضاً لا يقصد بالضرر المحقق الحال فقط بل أيضاً يشمل الضرر الذي نشأ وقام سببه إلا أن آثاره تراخت للمستقبل إما كلها أو بعضها، فيكون التعويض مشتمل على عنصرين وهما: العنصر الحال أي الضرر العاجل، والعنصر المستقبل وهو ما سيحدث مستقبلاً.⁴⁷

أي أن عنصر تحقق ضرر فعلي أنه ضرر حال ولكن له آثار مستقبلية تمس مصلحة مادية مالية للمضرور، وهو امتداد طبيعي للضرر الحال، ومثال ذلك: فوات فرصة الزواج بسبب التشوهات التي أصابت فتاة جراء خطأ طبي، وقد أكدت محكمة التمييز الأردنية على وجوب تحقق الضرر وثبوته حتى يتم التعويض عن ضرر فوات الفرصة، حيث جاء في حكمها: "أن الطبيب ونتيجة الخطأ الذي ارتكبه نتج عنه ضرر محقق للمريضة وفوت عنها ربح كانت ستحصل عليه".⁴⁸

إذن العبرة في تعويض المضرور عن فوات الفرصة ليس فقط في الحرمان من الكسب المرجح وحده؛ لأنه لا يمثل ضرراً محققاً، إنما العبرة في الضرر الذي لحق بالمضرور، والخسارة المحققة والحقيقية، ويتم تقدير قيمة هذه الفرصة من قبل قاضي الموضوع بمقدار الضرر الفعلي الذي لحق بالمضرور.⁴⁹ وفي الواقع نرى أن التعويض عن ضرر فوات الفرصة ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة في المسؤولية المدنية والتعويض عن الأضرار؛ فأساس التعويض هو جبر للضرر والضرر لا يعوض إلا إذا كان متحقق بحاجة لجبر، ولا يمكن توقع تعويض عن مجرد توقعات دون وقائع ملموسة.

لكن تحقق فوات الفرصة يشترط فيه مجموعة من الشروط:

⁴⁷ ابن صغير، م. (2010): الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، ص 138.
⁴⁸ قرار تمييز رقم 1974/131، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ع9-10، 1974، ص 1174.
⁴⁹ الدسوقي، مرجع سابق، هامش 6، ص 123.

1- أن تكون الفرصة حقيقية وجدية: أي أن الكسب الذي كان يتوقع المتضرر حصوله لا يخرج عن كونه كسب فائت أو خسارة لاحقة، وهو ما يعبر عن أن هذه الفرصة حقيقية، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية أن الطبيب لا يؤخذ إلا عن الخطأ الذي صدر عنه وتسبب في فوات فرصة حقيقية وليست مجرد آمال وأحلام⁵⁰، فمثلاً: إذا حرم طالب متفوق من دخول امتحان دون وجه حق فإنه يستحق تعويض لفوات فرصة نجاحه، بخلاف لو كان الطالب غير متفوق؛ لأنها فرصة غير محتملة الكسب فيكون ضرره محتملاً وليس متحققاً.⁵¹ والقضاء الحديث يتحقق بحذر شديد من كون الفرصة حقيقية أم لا، ويكون في المجال الطبي من خلال استعانة القاضي بالخبرة الطبية.

2- إلا أن القضاء اختلف على اتجاهين في اشتراط هذا الشرط، فالأول⁵²: اعتبر أن الضرر احتمالي إذا لم يتوفر هذا الشرط، أما الاتجاه الثاني: يعتبر أن ضياع الفرصة بحد ذاته هو ضرر بغض النظر عن النتيجة كانت محقق أو محتملة⁵³، ونرى أنه للقول بأن الفرصة حقيقية وجدية لا بد من وجود كسب احتمالي، ولكن مدى احتماليته له تأثير في جدية الفرصة وحقيقتها، فكلما زاد احتمال تحقق الكسب كلما كان لدينا فرصة حقيقية وجدية.

2- أن تتوفر وسيلة لتحقيق الكسب الاحتمالي: أي أنه لا يكفي وجود كسب بل يتوجب وجود وسيلة كان من المتوقع والممكن استخدامها للحصول على هذا الكسب، وذلك حتى نبتعد عن نظرية هذه الفرصة، فعندما يتمسك مريض بوجود ضرر من فوات فرصة الشفاء يجب أن يقيم الدليل على أن حالته لم يكن ميؤوس منها، وأنها كان بالإمكان علاجها والوصول إلى حالة من

⁵⁰ انظر إلى: محكمة النقض الفرنسية، الطعن المدني 68372 لسنة 2009، الغرفة المدنية، بتاريخ 2010/9/30.

⁵¹ العسماوي، أ.ل. (2004): تفويت الفرصة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، ص 71-72.

⁵² حسين، م.ع. (1995): مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، دار النهضة العربية، مصر، ص 400-405.

⁵³ المرجع السابق، ص 400-405.

التحسن والشفاء، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في قرار صادر⁵⁴ عنها بتاريخ

2005/3/27.⁵⁵

3- أن يكون الكسب الاحتمالي وشيكًا: وهو شرط تضيفه المحاكم وذلك من باب التأكيد على تحقق الضرر ودقة أكثر في الحكم بالتعويض، مفاده "أنه كلما كان الوقت الذي ضاعت فيه الفرصة بعيدًا عن الوقت الذي كان من الممكن أن تتحقق فيه كلما كان طبيعيًا أن تستوفى النهاية، بأن الأمل في تحققها كان ضعيفًا، وذلك بسبب الأحداث الخارجية التي يمكن أن تتدخل في هذه الحالة"⁵⁶، أي كلما كان تحقق الفرصة بعيدًا في الواقع كانت الفرصة غير محققة أو احتمالية، وهو ما اشترطته محكمة النقض الفرنسية لترتيب المسؤولية على الطبيب في قرارها الصادر بتاريخ 1963/7/9.⁵⁷

الفرع الثاني: التفويت المؤكد والنهائي للفرصة.

حتى يتم النظر إلى التعويض عن الضرر لا بد من التأكد من أن يكون الفوات مؤكد ونهائي للفرصة، أي ليس هناك حاجة للانتظار من أجل معرفة ما سيقع بالمستقبل، فهذا الضرر ليس مرتبطًا على وقائع مستقبلية أو احتمالية أصلاً وأن الوضع الواقعي نهائي ولن يتغير في المستقبل واستقر على ما هو عليه لما قام به محدث الضرر من إيقاف لمجريات وأحداث الواقع التي بالإمكان أن تكون سببًا للكسب، أي أن هناك يقين في هذا الضرر، فمثلًا الضرر الذي أحدثه الطبيب ترتب عليه فعلاً العجز أو الوفاة ويكون بذلك الضرر ليس نظريًا أو افتراضيًا.⁵⁸

⁵⁴ حكم محكمة النقض المصرية، لسنة 2005، رقم 467، الصادر بتاريخ 2005/3/27.

⁵⁵ حسين، مرجع سابق، هامش 52، ص 407.

⁵⁶ العشماوي، المرجع السابق، هامش 53، ص 75.

⁵⁷ منصور، م، ح. مرجع سابق، هامش 27، ص 460، وقد أشار إلى قرار محكمة النقض الفرنسية 1963/7/9.

⁵⁸ الفضل، م. (1996)، مرجع سابق، هامش 40، ص 382.

سواء كان هذا الكسب إيجابياً بجلب منفعة أو سلبياً بدفع مضرة، فإن العبرة بالتعويض عن فوات هذا الكسب هو بأن يكون الفقد نهائي ومحقق، لكن يتطلب الأمر بأن يكون هذا الكسب يسعى المضرور إلى تحقيقه والحصول عليه حتى وإن كان ظنيًا، لكن بسبب فعل محدث الضرر فإنه قطع تطور الوقائع للوصول إلى هذا الكسب⁵⁹، لذلك فإن المضرور يستحق تعويض؛ لأن هذا الضرر قضى على كل احتمال وارد لتحقيق فرصة الكسب.

مثال امتناع جراح عن القيام بعملية جراحية ساعد على تطور المرض وازدياد سوء حالة المريض مما أدى إلى إصابته بعجز دائم في حين أن حالته سابقاً لم يكن ميؤوس منها وكان بالإمكان علاجها.

المطلب الثاني: تمييز ضرر فوات الفرصة عن غيره من أنواع الضرر

تتعدد صور وأشكال الضرر، إلا أن هذه الصور قد تختلط في مفهومها مع ضرر فوات الفرصة لذا كان لا بد من التمييز بين ضرر فوات الفرصة وغيره من الأضرار حتى نتاح لنا إمكانية تقدير التعويض المترتب عن كل ضرر على حدا، ومعرفة أهم الأحكام المتعلقة بكل منهم، مع بيان الحالات التي تكون فيها المطالبة بالتعويض على أساس ضرر فوات الفرصة وليس الأضرار الأخرى.

ويقسم الضرر إلى عدة أقسام بعدة اعتبارات، فهو باعتبار أصله يقسم إلى ضرر مادي يصيب الإنسان في جسده وماله أو أنه يخل بمصلحة ذات قيمة مالية، وضرر معنوي يصيب عواطف

⁵⁹ أعيبه، مرجع سابق، هامش 46، ص 73.

الإنسان ومشاعره وإحساسه مما سبب آلام نفسية واضطرابات، وباعتبار حصوله عن الفعل الضار أو الخاطئ يقسم إلى ضرر مباشر يكون نتيجة مباشرة للفعل الخاطئ ولا يتدخل في إحداثه أي وقائع أخرى، وضرر غير مباشر تنقطع فيه الرابطة السببية بينه وبين الخطأ فلا يكون الطبيب مسؤول عنه، وباعتبار علم إرادة المتعاقدين يقسم إلى ضرر متوقع وغير متوقع.⁶⁰

الفرع الاول: فوات الفرصة كواقعة.

تأتي فكرة فوات الفرصة لظاهرة غير مؤكدة أو لعدم ثبوت العلاقة السببية، وإن فوات الفرصة له عدة صور وهي:

1- تقويت الفرصة في استمرار الحياة: الفرض الدائم أن الفرصة في الشفاء قائمة لدى المريض، فلولا فعل الطبيب لما تلاشت هذه الفرصة وأدت إلى وفاة المريض، فقد قضى على الطبيب بالمسؤولية بسبب ما ترتب عليه من فوات فرصة الحياة عندما أخطأ في استئصال الزائدة الدودية⁶¹.

2- تقويت الفرصة في الشفاء أو الشفاء بلا آثار وأعراض جانبية: فالطبيب يكون مسؤولاً عندما تسبب بزيادة انتشار الأنيميا والعطب لدى المريضة، فحتى وإن لم تقم العلاقة السببية إلا أنه مسؤول وعليه التعويض⁶².

⁶⁰ الدرويش، أ. (1999): خطأ الطبيب وأحكامه في الفقه الإسلامي، جامعة جرش، الاردن، ص 60.
⁶¹ منصور، م، ح. (2006): المسؤولية الطبية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ص 171.
⁶² المرجع السابق، ص 170.

3- تفويت فرصة تجنب الأعراض التي يشكو منها المريض: مثال ذلك امتناع الطبيب عن وصف العلاج المناسب في الوقت المناسب مما أدى إلى تقدم المرض ووجود الأعراض الحالية.

4- تفويت الفرصة في التحسن: أي انعدام الفرص في الشفاء، مثل مرض السرطان في حال تأخر الطبيب عن علاجه المتقدم بسبب إجراء عملية حتمية لا مفر منها في حين أنه سابقاً كان هناك للعلاجات الدوائية.⁶³

5- تفويت الفرصة في ممارسة حياة طبيعية دون إعاقة: مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية الطبيب لعدم تشخيصه الصحيح لحالة سقوط أصابت فخذ طفلة مما تسبب في عجز دائم وفوات فرصة الحياة بشكل سليم في المستقبل، واکملت حياتها في حالة دائمة من العجز الحركي.⁶⁴

في القِدم كانت المحاكم ترفض التعويض عن تفويت الفرصة على اعتبار أنها ضرر محتمل، لكن تراجعت عن قراراتها واتجهت اتجاه مختلفٍ وميزت بين فوات الفرصة والضرر المحتمل، وقضت بوجود التعويض عن تفويت الفرصة؛ لأنها حتى وإن كانت أمر محتمل إلا أن تفويتها يتسبب بالضرر بغض النظر عن النتيجة، وقد تم الأخذ بنظرية تفويت الفرصة منذ الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في تاريخ ١٤/١٢/١٩٦٥ في قضية موت (Sarrazan Alberttine)، عندما أُعلن بأن الطبيب لم يعطي المريض كل الفرص الممكنة لاستمرار وجوده على قيد الحياة، وقد أوجبت المحكمة التعويض على الطبيب المعالج الذي فوت بخطئه فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، وتوالت بعد ذلك أحكام محكمة النقض التي تؤكد على أن خسارة الفرصة تشكل بحد ذاتها ضرراً يتوجب التعويض، كما وقضت أيضاً محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٧/١٢/١٩٦١ بأن خطأ الطبيب

⁶³ المرجع السابق، ص 172.

⁶⁴ سعد، أ.م. (1983): مرجع سابق، هامش 42، ص 468.

في التشخيص أدى إلى خطأ في العلاج، ما ترتب عليه إصابة المريضة متلقية العلاج بضرر نتج عنه فقدانها عضو من أعضاء جسدها، وهذا حرماها من فرصة التقدم للالتحاق بوظيفة مضيعة طيران.⁶⁵

وأكدت محكمة النقض الفلسطينية على أنه لا يقف التزام الطبيب المختص والطاقم الطبي له عند مجرد الولادة ، إذ يمتد التزامهم بالعناية بالطفل م. وشقيقه م. عقب ذلك حتى يتقاضي ما يمكن ان يترتب على الولادة من نتائج ومضاعفات للولادة الأم التي ولدت بعملية قيصرية والمولود التوأم ، وكان على الطبيب الاخصائي أن يتأكد بنفسه بان إجراءات العناية والرعاية والفحوصات الطبية التي يلتزم القيام بها عقب الولادة وما حصل بعد الولادة قد تمت وفق الاصول الطبية المتعارف عليها، إلا أن انحراف الطبيب عن أداء هذا الواجب يعتبر خطأ يستوجب المسؤولية عن الضرر الذي لحق بالطفل م. وفوت عليه فرصة العلاج ما دام هذا الخطأ قد تداخل بما يؤدي الى ارتباطه بالضرر ارتباط السبب بالمسبب ، ولا يصل ذلك بطبيعة الحال الى حد ضمان شفاء الطفل م. بل الاستمرار في الرعاية وبذل العناية الامر الغير متوفر في ظروف هذه الدعوى.⁶⁶

الفرع الثاني: تمييز فوات الفرصة عن التعرض للخطر

لقد استحدث المشرع الفرنسي في قانون 10 يوليو 2000 جريمة تعريض الغير للخطر والتي كان يميل فيها إلى توسيع نطاق التجريم، فيقصد فيها حالة الخطأ الجسيم المتمثل في التسبب عمدًا في إيجاد خطر من شأنه أن يترتب ضررًا، وهو أقرب إلى الغش منه إلى الخطأ غير العمدي، وهي جريمة شكلية فاعلها لا يسعى إلى إحداث نتيجة معينة، وغالبًا تقترب من جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة

⁶⁵ النقيب، ع. (1999): النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي-الخطأ والضرر-، مكتبة صادر، بيروت، ص 292.

⁶⁶ حكم محكمة النقض الفلسطينية، دعوى رقم 2019/1267، جزاء رقم 2019/501، رام الله، بتاريخ 2019/12/1

والقتل بإهمال، وبالتالي يقيم المشرع الفرنسي المسؤولية الجزائية عليه حتى لو لم يرتب الضرر، وهي تطبيق لنظرية الجريمة المانعة التي تقوم على تجريم الإهمال بذاته لما فيه من تعريض لحياة الغير لخطر حال وذلك عند الإخلال بالتزام خاص بالسلامة أو اليقظة.⁶⁷

وقد يرى البعض عن التعرض لهذه الجريمة أن تفويت الفرصة أصبح مجرم لوجود تقارب بين كلاهما لما تتضمنه جريمة التعرض للخطر من مفهوم لفوات الفرصة، حيث يكفي تعريض الغير لخطر الوفاة أو الإصابة لتحقق الجريمة، ولكن هذا على خلاف فوات الفرصة التي لا يمكن التعويض عنها إلا بتحقيق الضرر، وهنا يحدث اللبس عندما لا يتحقق الضرر أو يكون ضرراً يسيراً فيصبح لا بد من التمييز بينهما.

فإذا لم ينتج عن خطأ الطبيب فات فرصة ولكن نتج عنه نتائج أخرى غير مرغوب فيها، منها فرصة التغلب على المرض فإنه سبب مؤكد لوقوع الضرر وبالتالي التعويض عن فوات الفرصة.

ويمكن اعتبار أن كل من فوات الفرصة والتعرض للخطر خاضعتان لذات القواعد؛ وذلك للتماثل فيما بينهما، فالخطر هو إمكانية تحقق واقعة سلبية، أما فوات الفرصة هو احتمال وقوع حادثة إيجابية، وقد ميزت محكمة النقض الفرنسية بين كلاهما، فقد رفضت قبول أي طلب كان فيه الخطر أكيداً لكن فوات الفرصة محتمل؛ لأن الضرر المترتب هنا هو ضرر احتمالي، فبتحقق الخطر يكون الضرر النهائي ضرراً أكيداً أما في فوات الفرصة فإنه بمجرد إثبات الضياع فإنه الفرصة تكون متحققة في الماضي.⁶⁸

⁶⁷ سيد، أ.ج. (أكتوبر/2009): "التعويض عن تفويت فرصة الشفاء أو الحياة"، مجلة مصر المعاصرة، 20، ص ص 117-27، ص 114.

⁶⁸ بسام المحتسب، ب. (1984): المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، دار الإيمان، دمشق، ص 132.

الفرع الثالث: تمييز ضرر فوات الفرصة عن الضرر المتفاقم

الضرر المتفاقم يعني ما يطالب به المضرور من إعادة النظر في التعويضات المقررة له، بسبب نشوء سبب جديد أدى إلى زيادة الأضرار عن الحالة السابقة، مما يبرر إعادة النظر لاحتساب التعويضات الجديدة بشرط أن هذا التفاقم ليس نتيجة أسباب خارجية إنما نتيجة الفعل الضار السابق، وقد قضت محكمة الاستئناف الفرنسية بأحقية المتضرر في حال تفاقم حالته أن يطالب بتعويضات إضافية حتى وإن كان قبض التعويض السابق لأنه لا يوجد ما يدل أن هذا المبلغ نهائي لا يضاف عليه أي مبالغ مستحقة.⁶⁹

الفرع الرابع: تمييز ضرر تفويت الفرصة عن الضرر المحتمل.

إن الضرر الاحتمالي يقصد به: ذلك الضرر الذي لم يتحقق وقوعه بعده، فقد يقع أو لا، وهو ضرر لا يتم التعويض عنه طالما أن وقوعه مازال محتمل ولم يقع فعلاً،⁷⁰ أي لا يوجد هناك ضياع لفرص لأنها منعدمة من البداية.

ومن خلال بيان ضرر فوات الفرصة يتبين لنا أنه يختلف عن الضرر المحتمل، كون تعويضات ضرر فوات الفرصة ليست عن واقعة كان من الممكن أن تحدث، إنما عن تصرف الشخص الذي تسبب وساهم بشكل مباشر في استحالة وقوع هذه الواقعة وبشكل نهائي مما أدى إلى ضياع فرصة في مصلحة المتضرر، أي أن التعويض ليس على واقعة لم تقع إنما على تفويت حدوث واقعة معينة، كما

⁶⁹ أعليه، مرجع سابق، هامش 46، ص 90.

⁷⁰ السرحان، ع.خ. (2008): شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، مكتبة دار الثقافة، عمان، ص 421.

ويختلف الضرر في كلاهما من حيث وقت تحققه فضرر فوات الفرصة هو ضرر حال، أما المحتمل هو ضرر يمكن أن يتحقق بالمستقبل ويمكن ألا يتحقق.

وحسب ما أكدت عليه محكمة التمييز الأردنية في حكم صادر بتاريخ 2000/2/15: فإن الضرر محتمل الوقوع الذي لم يقع ولا يمكن للمرء معرفة وقت وقوعه، فإنه لا يمكن المطالبة بالتعويض عنه ولا يوجد أي تعويض عنه.⁷¹

ومثال على الضرر المحتمل هو ضرب امرأة حامل على بطنها ضرباً شديداً يحتمل أن ينتج عنه الإجهاض، فلا يكون للمرأة الحق بالمطالبة بالتعويض سلفاً طالما أن الجنين لم يقع ولم يتأكد أنه سيقع، أما لو أجهضت فهنا أصبح الضرر مؤكداً وليس محتمل فيجوز لها المطالبة به.⁷²

ومسألة التمييز بين الضرر المحتمل وفوات الفرصة هو من ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وإن تقدير قيمة التعويض عن الضرر إذا كان ضرر فوات فرصة هو من ضمن لسلطات محكمة الموضوع بشكل مطلق دون رقابة من جهة قضائية أعلى درجة؛ وهذا بسبب أن التعويض يشكل مسألة من المسائل الموضوعية، إلا أن ذلك لا يعني أن محكمة الموضوع لا تخضع بشكل مطلق لرقابة محكمة النقض بشأن مسائل القانون وفي أحكام محكمة النقض الفلسطينية أكدت على أنه لمحكمة النقض سلطة تمتد حتى لفهم ما توصل له قاضي الموضوع "فهو ليس حراً في استخلاص هذا الواقع وإن رقابة محكمة النقض تمتد لتشمل فهم لواقع الدعوى"⁷³، فمثلاً: تكيف الضرر أهو محقق أم احتمالي، مباشر أم غير مباشر هي من المسائل الخاضعة لرقابة محكمة النقض.⁷⁴

⁷¹ حكم محكمة التمييز الأردنية، حقوق رقم 1999/1366، تاريخ 2000/2/15، منشورات مركز عدالة.
⁷² العامري، س. (1981): تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ص 21.
⁷³ حكم محكمة النقض الفلسطينية، في القضية رقم 2017/767، الصادر بتاريخ 2017-10-11.
⁷⁴ الفضل، م. (1996): النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 100.

الفرع الخامس: تمييز ضرر تفويت الفرصة عن الضرر المستقبلي

الضرر المستقبلي هو ضرر لم يقع بعد وحتى يقضي به القاضي في دعوى التعويض لابد من توافر عنصرين وهو وقوع الضرر مؤكداً وإمكانية تحديد قيمة التعويض، وهو مثال للضرر الذي سيقع حتماً ولكن بعد مدة من الزمن، فعندما يصاب عامل فإن تعويضاته ليس فقط عن الضرر الذي وقع فعلاً وهو عجزه عن العمل حالاً وإنما أيضاً عن الضرر الذي سيقع حتماً بسبب عجزه عن العمل في المستقبل⁷⁵، ويعتبر الضرر مستقبلي إذا تراخت آثاره كلها أو بعضها، فمثلاً عمليات التجميل لا يمكن معرفة مدى نجاحها إلا بعد فترة من الزمن، وكذلك الأضرار الناتجة عن تعرض المريض لأشعة معينة لكن ضررها يكون في المستقبل واقع حتماً ولكن بصفة شبه مؤكدة مما يلزم تعويضه.

ومما سبق نرى أن هناك فارق كبير بين ضرر تفويت الفرصة والضرر المستقبلي من حيث وقت وقوع الضرر، فضرر تفويت الفرصة حتى ولو أن الفرصة محتملة ومستقبلية إلا أن ضررها حالي وليس مستقبلي وهذا ما يميز أحدهما عن الآخر.

الفصل الثاني: التعويض عن ضرر فوات الفرصة.

التعويض هو وسيلة قضائية يمكن من خلالها جبر الضرر الذي لحق بالمصاب، وذلك إما بإزالة الضرر أو التخفيف من وطأته، وقد ألزمه القانون على كل من سبب بفعله ضرراً للغير، ولم يكن التعويض قائم في المجتمعات القديمة كما هو الحال الآن، فقد كان قديماً ما يسمى بالتأثر من المعتدي بالحق الأذى به، وأحياناً يمتد هذا التأثر إلى العشيرة بأكملها وليس فاعل الضرر فقط، ولكن جاءت

⁷⁵ حنا، م.ر. (2011): النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 17.

الشريعة الإسلامية بقواعد منظمة للتعويضات وأقل حدة من التآثر، إذ أن المتضرر يأذي المؤذي بقدر الأذى الذي أتاه، أما في وقتنا الحديث ومع تطور القوانين أصبح المتسبب في الضرر يصلحه من خلال دفع تعويض مالي بقدر ما ألحقه من ضرر.

ولكن لا بد من الإشارة إلى أن مرحلة تقدير التعويضات لجبر الضرر في المسؤولية الطبية هي المرحلة الأخيرة من مراحل المسؤولية المدنية فهو نتيجة وأثر بعد قيام المسؤولية وثبوتها، والمسؤولية المدنية لا تقرر في المحاكم بل يتم الكشف عن حق المضرور في التعويض والذي سبق ثبوته بمجرد وقوع الفعل الضار.⁷⁶

التعويض هو مبلغ من النقود أو أي أمر فيه إرضاء لقيمة الضرر يعادل ما لحق المضرور من خسائر وما فاتته من كسب، فلا مجال للتعويض إذا لم يكن هناك إضرار من الغير فهو يدور معه وجوداً وعدمًا، وهو وسيلة للقضاء على آثار الضرر أو التخفيف منه، ويمكن أن يكون التعويض نقدي أو غير نقدي، والتعويض أمر مقرر شرعاً وقانوناً وعرفاً عن الضرر بشقيه المعنوي والمادي وذلك رعاية للحقوق وزجراً لكل شخص يخالف القانون مما يؤدي إلى تحقيق العدالة⁷⁷، ولم يضع المشرع تعريفاً قانونياً للتعويض لما يمتاز بوضوح معناه.

أما بشأن تقدير التعويضات يكون من قبل القضاء بسلطة تقديرية للقاضي، وقد يكون باتفاق من قبل الطرفين المتعاقدين كاتفاق خاص ملحق بالعقد، أو من ضمن البنود الأساسية فيه، وهو ما يعرف باسم الشرط الجزائي في العقد الذي يدرج من باب حث المدين على الوفاء بالتزامه على أكمل وجه⁷⁸، وجاء في قرار محكمة الاستئناف الفلسطينية أنه: "استقر الفقه والقضاء على ان الشرط الجزائي يكون ضمن العقود التي تتضمن التزامات متبادلة يتعهد فيه كل شخص بأمر ما وفي حالة اخلال احدهما بالشرط

⁷⁶ جاد الرب، ح،م. (2007): التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 30.

⁷⁷ المرجع السابق، ص 31.

⁷⁸ المرجع السابق، ص 11.

الملزم لهما يكون للأخر الحق برفع دعوى يطالب فيه بالضرر الذي لحق به من جراء عدم التزام بما الزم به احد العاقدين نفسه، ويشترط لإعمال الشرط الجزائي بين العاقدين هي نفس شروط استحقاق التعويض فيجب ان يتوفر اركان لهذا الشرط وهو الخطأ من قبل احد العاقدين في عدم التزامه بالتنفيذ بما التزم به ضمن العقد والثاني الضرر ولا يستحق الشرط الجزائي كذلك ان لم يكن هناك ضرر اصاب الدائن وان الضرر هو ركن لاستحقاق للتعويض فاذا لم يوجد ضرر، فلا يستحق التعويض ولا محل لإعمال الشرط الجزائي في هذه الحالة ويجب ان تكون هناك علاقة سببيه بين الخطاء والضرر فاذا لم تتوفر فلا يمكن التعويض على الطرف المدعي، اذ ان المادة 82 والمادة 83 من احكام المجلة العدلية فد تكلمت عن الشرط في العقود".⁷⁹

فإن خسارة الفرصة يعتبر ضرراً محققاً ومباشراً يجب على الطبيب التعويض عنه بشرط أن تكون هناك فرصة جدية وحقيقية لشفاء المريض أو بقاءه على قيد الحياة أساساً، وذلك لو ثبت بأن المريض كان هناك إمكانية أن يشفى أو يبقى على قيد الحياة لو بذل الطبيب في علاجه عناية وحرص أكثر، لكن في المقابل، ومن أجل منح الطبيب حرية التقدير وفق أصول مهنته المستقرة، يتوجب على القضاء أن لا يتوسع في تطبيق نظرية تقويت الفرصة وأن يطبقها بحذر وفي حدود ضيقة، وذلك بالتزام القاضي بتوخي الدقة في تقدير حقيقة تقويت الفرصة على المريض، على الأقل بالنسبة للأعمال الطبية التي يكون التزام الطبيب فيها التزاماً ببذل عناية، لأن مجال الطب وأساليبه في تطور متواصل، وهامش الخطأ فيها وارد، هذا ما قرره محكمة النقض الفرنسية عندما اتخذت في بعض أحكامها معيار خطأ الطبيب مخالفته للأصول العلمية الحالية والمطبقة في الوقت المعاصر.⁸⁰

⁷⁹ حكم مكمة الاستئناف الفلسطينية، في القضية رقم 2016/811، المنعقدة في رام الله، الصادر بتاريخ 27-10-2016.
⁸⁰ منصور، م. (2001): المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص 160.

وأكدت على ذلك محكمة النقض الفلسطينية بأنه: " ولما كانت فكرة التعويض اساسها جبر الضرر الناتج عن الواقعة المسببة للتعويض، فان الاصل في التعويض والحالة هذه ان يكون عن ضرر حقيقي وقع وتحصل او يتوقع حدوثه وفق ظروف الحالة الفنية، ولا يصحح أن يزيد مقدار التعويض بكل حال عن مقدار الضرر والا كان ذلك من قبيل الاثراء بلا سبب، ولما كان مفهوم العجز الوظيفي هو ما يحول دون ممارسة المصاب لحياته الطبيعية اسوةً بأقرانه، سواء من حيث قدرته على العمل او من حيث تواصله الاجتماعي مع الاخرين، ولما كانت الاصابة التي تعرض لها الطفل ليس من شأنها احداث ضرر مستقبلي محقق او متوقع الحدوث وليس من شأنها الحد من قدراته على العمل ولا تحول دون تواصله الاجتماعي مع محيطه واقرانه فإن القول بأن هذا العجز والحالة هذه يوجب التعويض؛ لعدة فقدان الدخل المستقبلي قولاً يجافي الحقيقة ويجافي فكرة ومبدأ التعويض حتى وان لم يذكر ذلك صراحة في قانون التأمين وفق ما جاء في لائحة الاستئناف".⁸¹

المبحث الاول: الضرر في فوات الفرصة

إذا ادعى المدعي أن هناك ضرراً أصابه من تقويت فرصة عليه من قبل الطبيب، فإنه يكون له الحق في المطالبة بالتعويض عن هذا الضياع لهذه الفرصة الفائتة، ويهدف الوصول إلى هذا التعويض في المجال الطبي فإنه لا بد من تحديدها ولا يعتبر هذا الأمر سهلاً لاختلاف معايير تقديرها.

يقصد بالضرر وفقاً للقواعد العامة "المساس بمصلحة المضرور"⁸²، وهذا يظهر بشكل واضح من خلال المساس بحالة قائمة أو الحرمان من صفة سابقة، مما يؤدي إلى سوء وضع المضرور ولا

⁸¹ حكم محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى رقم 2015/1217 حقوق، رام الله، الصادر بتاريخ 2016/1/10.

⁸² عودة، ع.(1997): التشريع الجنائي الإسلامي، دار التراث، القاهرة، ص 178.

يشترط أن يكون هذا الضرر فيه اعتداء على حق يحميه القانون بل يكفي المساس بمصلحة مشروعة⁸³، أما الفقهاء فإنهم يعرفون الضرر في المجال الطبي "حالة نتجت عن فعل طبي مست أذى بالمريض واستتبع ذلك نقصاً في حالة المريض أو في معنوياته أو عواطفه".⁸⁴

والضرر في فوات الفرصة هو حرمان من فرصة كسب كان من الممكن أن يكتسبها الطبيب لولا فعل الطبيب، وذهب الفقه الفرنسي إلى وجوب مساءلة الطبيب على ممارسته العمل الطبي الخاطئ ووجوب التعويض عن الخطأ المتسبب بفوات الفرصة وبالتحديد فرصة الشفاء.⁸⁵

موطن الصعوبة في فوات الفرصة في أنه لا فائدة من الانتظار لمعرفة ما إذا كان الضرر سيقع أو لأن مركز المضرور تحدد بشكل نهائي وتم فوات الفرصة التي كان يأمل حدوثها مستقبلاً، فإذا استطاع المدعي إثبات الضرر الذي تعرض له من فوات الفرصة التي كان يسعى لتحقيقها فإنه يستحق التعويض ويقدر بقيمة الفرصة التي ضاعت وليس بقدر الضرر الاحتمالي المتمثل في الكسب⁸⁶، وقد رفض بعض الفقهاء الأخذ بفكرة التعويض عن فوات الفرصة لوجود الاحتمال؛ لأن الضرر يكون في الكسب الاحتمالي قد يتحقق وقد لا يتحقق وقد تمسكوا بالقواعد العامة للتعويض عن الضرر، وقالوا ان الضرر يجب أن يكون محققاً وليس محتمل الوقوع.⁸⁷

بجميع الأحوال وحتى يتسنى للشخص المطالبة بالتعويض يجب أن يكون الضرر الذي تعرض له فيه اعتداء على حقه، أو على مصلحة معترف فيها وإلا فلا يحكم له في التعويض، والضرر في نظرية فوات الفرصة هو فوات الفرصة ذاتها، كضرر مستقل ناتج عن خطأ الطبيب وتوافرت فيهما العلاقة

⁸³ المحتسب، مرجع سابق، هامش 69، ص 132.

⁸⁴ أحمد عاشور، ع.أ. (ب.ت): الأضرار البدنية الناشئة عن الأخطاء الطبية، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، ص 8.

⁸⁵ سعد، أ.م. (1983): مرجع سابق، هامش 42، ص 50.

⁸⁶ الدسوقي، مرجع سابق، هامش 6، ص 349.

⁸⁷ العامري، س. (1981): تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مركز البحوث القانونية، بغداد، ص 24.

السببية، لكن لا بد من إثبات أن هناك فرصة قد فاتت بسبب خطأ الغير، وأن يتم إثبات العلاقة بين الضرر الواقع والمتمثل في فوات الفرصة والخطأ الطبي المرتكب من الطبيب.⁸⁸

وقد نشأ جدل فقهي في إقرار مبدأ التعويض عن فوات الفرصة في المجال الطبي وانقسموا إلى اتجاهين:

- الاتجاه الأول: رفض مبدأ التعويض للعديد من الأسباب وأهمها أن هذه النظرية قد تغيّر من طبيعة الالتزام الطبي فيصبح التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية كما وقد يترتب عليه التسليم بقيام مسؤولية جزائية حتى في حال الشك بقيام العلاقة السببية مما يسبب تراخي في عمل القضاة وتنازلهم عن دورهم الهام والضروري في البحث عن العلاقة السببية، مشددين على الأخذ بالتعويض عن فوات الفرصة المستقبلية دون الماضية لتحققها وعدم انصرافها، وأيضاً الأصل أن المريض بمجرد لجوئه إلى الطب هو رضي بصفة تلقائية بكافة مخاطر التدخل الطبي.⁸⁹

- الاتجاه الثاني: كان يؤكد على مبدأ التعويض وقد قبله في نظرية فوات الفرصة لما يروونه من أن فوات الفرصة بذاته هو ضرر لا بد من تعويضه وأكدت على هذا الاتجاه المحاكم الفرنسية. ويرى الباحث أن الاتجاه الثاني هو الأكثر صواب ودقة وهو الرأي الراجح والأكثر تطبيقاً في الدول، حيث ان هذه النظرية تجعل القاضي أكثر حرص وتدقيق في قضائه بالتعويضات بعد بحثه العميق في الفرص الفائتة ومدى الاحتمالية في قيام العلاقة السببية فلا تعويض دون ضرر محقق ومباشر.

⁸⁸ التوتنجي، ع. (1966): المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، القاهرة، ص 120-

121.

⁸⁹ خليفة، م.س. (2006) المسؤولية المدنية عن الممارسات الطبية الماسة بالجنين، دار النهضة العربية، ص 90.

المطلب الاول: ازدواجية الضرر في فوات الفرصة

إن ضرر فوات الفرصة هو عبارة عن ضررين مختلفين ولكنهما مرتبطين ببعضهما البعض، وهما أولاً الفرصة الضائعة المتمثلة بالضرر الأولي، وثانياً الحالة النهائية للمتضرر المتمثلة في الضرر النهائي.

ويبرز في المجال الطبي التمييز بينهما حيث أن الضرر النهائي هو الحالة الصحية النهائية للمريض "العجز المؤقت أو الدائم، تدني القوى الجسدية حتى الوفاة" ولا يمكن إسناد هذه الحالة النهائية لخطأ الطبيب في حال انعدام العلاقة السببية، لذلك يتم التمسك بفوات الفرصة ذاتها وليس الحالة النهائية للمريض، لذلك لا تعويض عليه ولكن هناك نظريات كانت تدعو إلى التعويض عن الحالة النهائية للمريض وليس فقط فوات الفرصة وذلك على أساس المخاطر وليس الأضرار، أي توجه الطبيب بإرادته إلى مخاطر غير عادية في طريقة علاجه، لذلك يتوجب على الطبيب إعلام مريضه بالمخاطر العادية وغير العادية حتى يتسنى له الاختيار فيما بينها فإذا رفض الطبيب فهو بشكل إرادي وافق على تطور حالته بفعل المرض فقط فيتحمل جزء من نتائج الحالة النهائية لاختياره المخاطر أما عدم إخباره بهذه المخاطر ينقل العبء إلى الطبيب بشكل منفرد.⁹⁰

وبالنظر إلى الضرر النهائي نستطيع التوصل إلى أنه في أساسه ضرر أولي وهو فوات الفرصة ذاتها، وبالتالي فإن ذلك يعني وجود ضررين في الخطأ الطبي وهو ضرر فوات الفرصة الأولي وضرر الحالة النهائية التي سيصل لها الشخص مستقبلاً، فلا يمكن تحديد الضرر الأولي إلا بالنظر إلى الحالة النهائية ففوات الفرصة يستند إلى حقيقة مجردة، أما الحالة النهائية تستند إلى حقيقة واقعية وملموسة، لذلك يستند إليها في تحديد ضرر فوات الفرصة.

⁹⁰ مأمون، ع. (2006): رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 338.

كما جاءت محكمة النقض الفلسطينية تستند إلى أنه: "وان حالة وقوع الضرر قرينه بسيطة على وجود خطأ، وقد يبدو الضرر فيما كان للطفل م. من فرصة للشفاء لو لم يرتكب الخطأ الطبي، وما كان له من فرصة الشفاء وكلاهما يمثل ضرراً مؤكداً"، أي أن فوات الفرصة وضرره دائماً موجود حتى وإن كان الخطأ ضعيف الظهور.⁹¹

الفرع الأول: العبء في إثبات وجود الفرصة.

تعتبر نظرية فوات الفرصة بمثابة "قرينة السببية" والتي يستعمل فيها الاحتمال لإثبات الضرر المباشر مما يترتب عليه أن لا يقع على المدعي عليه سوى عبء إثبات تدخل السبب الأجنبي لدفع هذه المسؤولية الواقعة عليه، ويقول الأستاذ "بوري" أن الأخذ بالاحتمال المبني على حسابات علمية دقيقة لا يعتبر اعتداء ومخالفة لقواعد الإثبات بل هو مجرد نقل لعبء الإثبات، وبالتالي فإن القاضي ولمرونة النظرية يفسر الشك لمصلحة المتضرر وقيم القرينة على مسؤولية الطبيب، ويمكن للقاضي أن يستعين بالخبرة العلمية للوصول إلى نسبة معقولة لظاهرة الاحتمالية يبني على أساسها قناعته على أن هذا الفعل هو سبب أكيد لوقوع العجز أو الوفاة.⁹²

فإثبات المسؤولية للطبيب هي شرط لازم وضروري للمطالبة بالتعويضات عن الضرر الذي لحق المتضرر، ولكن إثباتها هو من الأصعب بسبب تشابك عناصره فيصعب تقديرها وكذلك إقامة الدليل على قيامها وثبوتها، لاسيما أن معرفة طبيعة الالتزام سواء عقدية أو تقصيرية لها دور في الإثبات وقد سبق وتم بيان كلا المسؤوليتين.⁹³

⁹¹ حكم محكمة النقض الفلسطينية، جزاء رقم 2015/125، رام الله، الصادر بتاريخ 2019/12/1.

⁹² الدسوقي، مرجع سابق، هامش 6، ص 351.

⁹³ دواس، أ. (2012): مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، المعهد القضائي الفلسطيني، رام الله، ص 14.

وإعمالاً للقواعد العامة فإن عبء الإثبات يقع على المدعي، فلا يكفي إثبات اهمال الطبيب وعدم بذل عنايته في العلاج بل يجب أيضاً على المريض أن يثبت الفرصة الفائتة في الشفاء والعلاج، والطبيب يثبت أن تدخله من عدمه لن يكن ليغير أي شيء في حالة المريض، فوجود أدنى شك للعلاج أو تطور الحالة المرضية للشفاء يفيد الطبيب في دعوى التعويض، ولكن تبقى الصعوبات واردة في مثل هذا الإثبات، فنرى أن إثبات الورثة لفوات فرصة مورثهم في البقاء على قيد الحياة يلزمه إثبات سبب الوفاة وغالباً هو أمر أشبه بالمستحيل لعدم إمكانية إثبات ما إذا كان إجراء عملية جراحية بطريقة مغايرة يساهم في بقاء المتوفي على قيد الحياة، لذلك نجد أن بعض القوانين أعفت المدعي من الإثبات لصعوبته في هذا الجانب الطبي.

وقد أجمع الفقه على أن عبء إثبات خطأ الطبيب لا يتبع طبيعة المسؤولية سواء عقدية أو تقصيرية وإنما يتعلق بذات طبيعة الالتزام الذي أخل به الطبيب، وعليه فإن اثبات خطأ الطبيب يتوقف بحسب ما إذا كان التزام الطبيب بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية⁹⁴:

1- عبء الإثبات في الالتزام بتحقيق نتيجة: وهو الالتزام الذي يكون المدين دائماً بشيء معين سواء كان عملاً، أو امتناع عن عمل، أو نقل حق.

وإن عدم تنفيذ الالتزام بتحقيق نتيجة، هو خطأ مفترض غير قابل لإثبات خلافه، وبالتالي نجد هنا أن من يتحمل عبء الإثبات هو المدين، وبالتالي تفرض عليه مسؤولية في هذه الحالة، إلا إذا أقام البينة على أنه نفذ التزامه على أكمل وجه، أو أثبت أن عدم تنفيذه لهذا الالتزام يرجع إلى وجود سبب أجنبي

⁹⁴ المرجع السابق، ص 20.

منعه من التنفيذ. وبالتالي يكفي هنا لقيام المسؤولية على الطبيب إثبات انه لم يقم بتحقيق النتيجة مما نتج عنه ضرر للمريض⁹⁵.

وأثير امام القضاء تساؤل حول ما إذا كان الطبيب متبوع ام حارس للشيء الذي أحدث الضرر، وتم التوصل إلى نتيجة خلاصتها أن الضرر إذا نتج عن احد التابعين للطبيب الذين يعملون ضمن فريقة الطبي فانه يسأل مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، أما إذا نتج الضرر عن إحدى الآلات التي يستخدمها الطبيب فانه يعتبر حارس، وتقوم مسؤوليته على هذا الاساس، ولتوفير الحماية للمريض لجاء القضاء في كل من فرنسا ومصر إلى الالتزام بضمان السلامة، اي سلامة المريض من الضرر الذي يمكن ان يحدث اثناء العلاج، وخاصة بالنسبة للعمليات الطبية التي لا يكون فيها احتمال للنجاح او الفشل، ويكون فيها التزام الطبيب بتحقيق نتيجة.⁹⁶

وقد أخذ القضاء بمبدأ ضمان سلامة المريض فيما يتعلق بالأضرار والأخطار الناتجة بسبب التغذية غير السليمة أو المشروبات أو سوء النظافة او ما قد يتعرض له من عدوى في المستشفى، وغيرها من الأسباب التي لا يستطيع الطبيب ان يدرأ عن نفسه لمسؤولية فيها إلا بإثبات السبب الاجنبي، أي اثبات أن الضرر الذي لحق بالمريض يرجع إلى قوة قاهرة او خطأ المريض او خطأ الغير وهي موانع المسؤولية وما سيتم بيانه لاحقاً، ويمكن للطبيب أيضا اثبات حالة الضرورة، التي تنفي عن فعلة وصف الاهمال.⁹⁷

واهتم أيضاً القضاء بمسائل العمليات التجميلية؛ لكثرة الأخطاء الطبية أيضاً في مجال العمليات الجراحية التجميلية إلى جانب ما نتج عنها من حالات وفاة أو تشوه بشكل كبير في الفترة الأخيرة، وبالتحديد إذا كانت هذه العمليات لا تدعو إليها ضرورة علاجية، وإنما الهدف منها تغيير الشكل

⁹⁵ سلطان، أ. (1987): مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، ص 40.

⁹⁶ حسام الدين الأهواني، ح. (2000): النظرية العامة للالتزام، دون ناشر، ص 50.

⁹⁷ سلطان، أ. مرجع سابق، هامش 96، ص 41.

الخارجي، فذهبت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن إلى أن: "عملية التجميل وإن كان التزام الطبيب فيها هو بذل عناية إلا أنه يكفي من المريض اثبات واقعة ترجح إهمال الطبيب"، ونجد أن الحكم السابق يعمل على إقامة قرينة قضائية لمصلحة المضرور، وذلك على أساس أن الطبيب قد أخل بالتزامه ببذل العناية اللازمة⁹⁸، كما واعتبر القضاء المغربي مثلاً أن التزام الطبيب في العمليات التجميلية ليس فقط بذل عناية، إنما أيضاً هو التزام بتحقيق النتيجة المتفق عليها؛ لأن تدخل الطبيب في هذه العمليات بالتحديد ليس وظيفياً من أجل العلاج من مرض معين بل هو تقويمي تجميلي.⁹⁹

2- عبء الإثبات في الالتزام ببذل عناية: غير كافي من المريض في هذه الحالة أن يدعي أن الطبيب لم يقدّم بتفويض التزامه على الوجه المطلوب والمعين في الاتفاق، بل عليه أن يثبت أن العناية التي قام بها الطبيب لم تتفق مع ما كان يجب عليه بذلة وكانت على خلاف الأصول والأسس الطبية، بمعنى آخر أنه يجب عليه إثبات وجود خطأ واقع من الطبيب، وأن هناك ضرراً لحق به من فعل الطبيب، وأن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ثابتة ومنعقدة، وعليه يجب على المريض أن يثبت أن الطبيب لم يقدّم ببذل العناية المطلوبة منه، أي أن هناك إهمال الطبيب و انحراف عن الأصول المستقرة في المهنة، ويمكن اثبات ذلك من خلال مقارنة سلوك الطبيب بسلوك طبيب مماثل له من نفس المستوى المهني مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب وقت العلاج.¹⁰⁰

الفرع الثاني: سلطة قاضي الموضوع ورقابة المحكمة على وجود الفرصة.

⁹⁸ عامر، ح. (1956): المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، مطبعة مصر، مصر، 1956، ص 67.
⁹⁹ حكم المحكمة الابتدائية المغربية، في القضية رقم 1/23/224، حكم صادر بتاريخ 2006/3/27، مجلة المحاكم المغربية، عدد 101، ص 174.
¹⁰⁰ سلطان، أ. مرجع سابق، هامش 96، ص 44.

الأصل أن تقدير التعويض يكون على القاضي وبالتحديد في المجال الطبي؛ كونه لا وجود للتقدير القانوني في هذا السياق، وكذلك لا يمكن تصور التقدير الاتفاقي، وأنه حتى لو وجد يكون في حدود ضيقة ومحصورة؛ لأنه من غير المقبول عملياً وأخلاقياً أن يتم الاتفاق بين المريض والطبيب على قيمة التعويضات في حال إخلال الطبيب بالتزامه، والقاضي عند ممارسته لعملية التقدير عن الضرر فإنه يمارسها على الضررين المادي والمعنوي.

ولكي يعرض القاضي عن ضرر فوات الفرصة لابد أن يتوافر شروط في هذا الضرر وهي:

1- فوات الفرصة كضرر مباشر: أي الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لهذا الخطأ الطبي الواقع من الطبيب والذي لا يمكن أن يتوقاه المريض ببذل الجهد العادي، فإذا كان للمريض فرصه في منع فوات هذا الكسب لكنه قصر في تحقيقها، فإن التعويض يسقط عنه، وقضت في ذلك محكمة النقض الفرنسية حيث قالت أنه لا فوات فرصة إذا كان بإمكان المريض منع حدوث هذا الفوات الذي يدعي خسارته¹⁰¹، وعدم التعويض عن الضرر غير المباشر هو لعللة انعدام الرابطة السببية؛ ولأنه ليس من المنطق أن يتحمل الشخص كافة النتائج البعيدة والقريبة وغير المباشرة لأفعاله، إلا أن مسألة التمييز بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر هو مسألة صعبة ودقيقة لذلك اعتبرتها المحاكم مسألة واقع.

2- فوات الفرصة كضرر شخصي: أي أن يصيب شخصاً بذاته، وبالتالي فإن هذا الشرط يمنع إقامة أي دعوى للمطالبة بتعويض عن ضرر لحق بالغير؛ لأن جبر الضرر للمتضرر فقط، وهذا الشرط لابد من توفره سواء كان المتضرر شخص طبيعى أو معنوي، ويتحقق في حالة المطالبة بالتعويض عن فوات فرصة الشفاء أو العلاج، أما في الضرر المرتد والذي يكون فيه

¹⁰¹ عيد السلام، ع.س. (2008): أحكام تقدير التعويض وأثر تغير القوة الشرائية للنقود على تقديره، جامعة أسيوط، مصر، ص 98.

الضرر من فوات الفرصة امتد ليصيب الغير، مثل تضرر الوالدين من وفاة ابنهم لفوات فرصة الاعانة والمساعدة في المستقبل.¹⁰²

3- أن تمثل الفرصة الفائتة حقاً مكتسباً أو مصلحة مشروعة للمتضرر: بمعنى أن الحق الذي يطالب المضرور بالتعويض عنه هو حق مكتسب أو مصلحة مشروعة غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة، ففي فوات الفرصة هناك اعتداء على حق الانسان في الحياة، أو ان يعيش حياة طبيعية بحيث يكون سليم الجسد، أما في فوات فرصة الحصول على مساعدة يقع الاعتداء على مصلحة الانسان بالحصول على الإعانة أو المساعدة، ولكن يفترض ويشترط أن تكون مصلحة مشروعة يكفلها القانون.¹⁰³

وحسب ما سبق فإنه وللتعويض عن هذا الضرر يجب أن يكون القاضي على قناعة تامة بأن هناك فرصة فائتة ثبتت وتوافرت فيها كافة الشروط الموجبة للتعويض، وبناءً على ذلك يقوم بتقدير قيمة التعويض ونجد أن هناك العديد من الأحكام التي تمنح القاضي سلطة واسعة في هذا الشأن، ويؤكد على سلطته الواسعة حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 30 أكتوبر 1995، الذي جاء فيه بأن ما تعرضت له المريضة من مضاعفات بسبب التخدير هو ما يوجب المسؤولية على الأطباء، وذلك وفقاً للسلطة الممنوحة لقاضي الموضوع الذي توصل إلى هذه الفرصة الضائعة.¹⁰⁴

لكن لا يقتصر دور القاضي فقط على التثبت من ضياع الفرصة وفواتها بل تمتد أيضاً إلى البحث في العلاقة السببية بين فوات الفرصة والضرر الذي تعرض له المريض من هذا الخطأ الطبي، وهذا يجعل القضاة أكثر حيطة وحذر مما يدفعهم إلى الاستعانة بالخبراء مما يجعل من نتائجهم الفنية وآرائهم ذا تأثير كبير على حكم القاضي، فليس لدى القاضي علم في المجال الطبي فلا يتمكن من تقدير

¹⁰² الرواشدة، إ. (ب.ت): المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، دار الكتب القانونية، مصر، ص 302.
¹⁰³ عبد الحميد، ث. (2007): تعويض الحوادث الطبية "مدى المسؤولية عن التدايعات الضارة للعمل الطبي"، دار الجامعة للنشر والتوزيع، ص 49.
¹⁰⁴ ليديّة، ص. (2011): فوات المسؤولية في إطار المسؤولية الطبية، جامعة مولود معمري، جزائر، ص 153.

الاحتمالات المتوقعة وبالتالي يعجز عن اثبات العلاقة السببية لذلك يستعينون بالمختصين والمهنيين في المجال الطبي¹⁰⁵، وبعد الاستعانة بهم يلتزم القاضي بوضع تقديرين وعلى أساسهم تحدد قيمة التعويضات، الأول ما المركز الذي يتوقع وصول المتضرر إليه في حال تحقق الفرصة المأمولة، أما الثاني هو قيمة الفرصة ذاتها لكن المحاكم لا تفضل إيضاح وتفسير الطريقة المعتمدة في حساب وتقدير تعويضاتها عن فوات الفرصة وتكتفي فقط ببيان طبيعة الفرصة الفائتة.¹⁰⁶

الأصل أن التعويض هو من المسائل الواقعية الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع أما بشأن عناصر وشروط الضرر فهي مسألة قانون وبالتالي تخضع لسلطة محكمة النقض لأنه من قبل التكليف القانوني للواقع،¹⁰⁷ فيكون لمحكمة النقض مساحة كبيرة في تحديد مفهوم فوات الفرصة وتشكيل إطارها القانوني وأكدت على ذلك محكمة النقض المصرية بتاريخ 28 مارس 2001.¹⁰⁸

ويرى الباحث أن سلطة القاضي في تقدير التعويضات ماهي إلا تطبيق للقواعد العامة، والتي تقضي بأن للقاضي الحرية في تقدير وجود الضرر وبناء التعويضات على أساسه لكن ضمن قواعد ثابتة، مؤيداً لما جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية: "بالرغم من هذه الحرية إلا أنه يجب أن يكون التقدير قائماً على أساس مقبول يعود به إلى عناصر ثابتة ومبرراته التي يتوازن بها أساس التعويض مع العلة من رفضه، بحيث يكون التعويض متكافئاً مع الضرر ليس أقل منه وغير زائد عليه، وأن التعويض الذي يقوم بتقديره مقياسه الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ، وذلك عن طريق الموازنة بين الفرص الإيجابية التي تكون في صالح المتضرر مع الفرص السلبية التي لا تكون في صالحه"¹⁰⁹، إلا

¹⁰⁵ العشماوي، مرجع سابق، هامش 54، ص 190-198.

¹⁰⁶ الدسوقي، مرجع سابق، هامش 6، ص 369.

¹⁰⁷ ليدية، مرجع سابق، هامش 105، ص 153.

¹⁰⁸ العشماوي، مرجع سابق، هامش 54، ص 86.

¹⁰⁹ حكم محكمة النقض المصرية، في الطعن رقم 11135 لسنة 81، الصادر بتاريخ 2018/5/14.

أن هذه السلطة مقيدة برقابة محكمة النقض من حيث صحة استخلاص المتعلق بجدية الفرصة من عدمها، دون التدخل في مسائل الإثبات، واستخلاص القرائن، وغيرها من المسائل الموضوعية.

ولكن لا بد أن نشير إلى أن تقدير القاضي لوجود الفرصة الضائعة وصدور الخطأ من الطبيب يجب ان يسان بضمائنين أساسيتين:

اولاهما: يجب على القاضي عند تقديره لخطأ الطبيب ان يكون في غاية الحيطة والحذر، فلا يعترف بوجود هذا الخطأ الا إذا ثبت ثبوت قاطعا يقينياً ان الطبيب قد خالف عن جهل أو إهمال أو تهاون أو تقصير الاصول الفنية الثابتة والقواعد العلمية الاساسية التي لا تدع مجالاً للشك، والتي يفترض في كل طبيب من مستواه العلمي ان يعرفها، أما إذا كانت المسألة الفنية التي ارتبطت إلى فعل الطبيب تتصل بمسائل علمية محل جدل وخلاف علمي، ولا يزال يدور حولها النقاش والجدل، فليس للقاضي ان يجتهد فيها من نفسه؛ لان هذا النقاش هو نقاش علمي أساسه الترجيح بين وجهات النظر وهو ليس له أي قدرة على اتخاذ موقف معين فيه، إنما يجب من باب أولى اعتبار الطبيب غير مخطئ وغير مسؤول في هذه الحالة.¹¹⁰

وخلاصة القول أنه يجب على القاضي أن يثبت بصورة اكدية وواضحة ان الطبيب قد خالف الاصول العلمية المستقرة في علم الطب وأساسياته التي ليست محلاً للجدل.

وثانيهما: لا يستطيع القاضي بسبب عدم المعرفة الكافية لدية بالمسائل الطبية ان يعمل مباشرة على مناقشة هذه المسائل وان يقدر بنفسه خطأ الطبيب بهذا المجال العلمي المتخصص، لذلك على القاضي ان يلجأ إلى المختصين من الخبراء في اهل الطب من اجل السؤال عن إيضاحات للأمور الطبية، وبالتالي القاء الضوء على سلوك الطبيب والبحث في مدى ما يتفق مع سلوك الطبيب العادي

¹¹⁰ عبد الله، ف.ع. (2001): شرح النظرية العامة للالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 68.

الحريص في مهنته والمساوي له في الخبرة والعلم، وهذا يعني أن اهل الخبرة هم الذين سيقدمون وجهات النظر المساعدة في بيان سلوك الطبيب وصحته.¹¹¹

ولكن ورغم مساعدة الخبير للقاضي إلا أن دور القاضي في التكيف القانوني يبقى مستقل وهو الذي يقدر رأي الخبير وما إذا كان سيأخذ به أم لا.

وفي النظر إلى دور الخبير نجد أن الأصل قيام القاضي بتحري الوقائع الفنية مستعملاً جميع الوسائل المشروعة لكي يتحقق من عناصر المسؤولية المدنية، ولكن استكمال قناعته القضائية له ان يلجأ إلى اهل الخبرة في المسائل الفنية، سواء كانت طبية او هندسية او غير ذلك فقط، حيث انه لا يجوز له ان يلجأ إلى اهل الخبرة في المسائل القانونية، فالخبير الفني يتم استدعاه بصفته هذه ليكون مساعدا للقضاء ومعيناً لله في تكوين قناعته.¹¹²

وتعرّف أعمال الخبرة على أنها تكليف شخص من قبل المحكمة لرؤية النزاع وتقديم رأيه الفني عندما يكون موضوع النزاع مرتبط بمسألة فنية لا يستطيع القاضي الفصل فيها دونما اللجوء إلى خبير، لذلك فان المحاكم تلجأ إلى تكليف خبير بدراسة موضوع، وتقديم تقرير للمحكمة بخصوصه، وتحديد المسائل الفنية فيه؛ حتى تتمكن من تطبيق القانون على النزاع واسقاط التعويضات اللازمة، وذلك بعد أن تصبح الجوانب الفنية واضحة بما يريح ضمير المحكمة ويحقق العدالة، أي أن الخبرة تتناول المسائل العلمية والفنية للفصل في الدعوى، وهذا لا يعني ان الخبير هو الذي يقوم بالفصل في النزاع

¹¹¹ أبو البصل، ع. (1999): دراسات في فقه القانون المدني الأردني، النظرية العامة للعقد، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ص 1000.

¹¹² عبد الحميد، ث. (2007): تعويض الحوادث الطبية "مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي"، دار الجامعة للنشر والتوزيع، مصر، ص 80.

بل يبقى ذلك من عمل المحكمة وهي غير ملزمة برأي الخبراء، ولهذا يوصف رأي الخبير بأنه رأي استشاري (استثنائي).¹¹³

"وقد استقرت محكمة النقض المصرية والفرنسية على أن وظيفة الخبير مقتصرة فقط على ابداء رأيه في المسائل الفنية والعلمية والتخصصية التي يصعب على القاضي استنتاجها وكشفها بنفسه لعدم خبرته فيها، كون ان انتقال تقدير الوقائع من المجال العلمي إلى المجال القانوني يكون صعبا، فلكي تكون الخبرة وسيلة قضائية مناسبة ينبغي انتقال التقدير من المجال العلمي إلى المجال القانوني، مثل هذا الانتقال لا يتم الا بتقرير طبي مستمد من تقرير الخبير، وهنا تكمن الصعوبة ويخشى ان ينزلق في ذلك أمهر القضاة وبكامل حسن النية، وكثيرا ما تختلط النواحي الفنية والنواحي الطبية، فيعد كل ما هو فني مسألة طبية، وهذا الخلط يساهم بدوره في زيادة غموض فكرة الخبرة الطبية، فاذا كانت الخبرة الطبية ضرورية في بعض الاحيان فإنها ليست ضرورية في احيان اخرى، ومع ذلك يلجأ القضاة اليها، وهذا ما يفسر اتجاه القضاء في التوسع في مهمة الخبير، والاستعانة به دون ضرورة قانونية تحتم ذلك، ومثل هذا التفويض من قبل القاضي للخبير، من شأنه ان يؤدي نسبة صفة قانونية للخبير، وهذا امر منتقد ذلك ان الخبرة يجب الا تتدخل الا كتكملة قانونية لخبرة القاضي، وفي المجال الذي يجهله."¹¹⁴

المطلب الثاني: الضرر النهائي او الاحتمالي "الحالة النهائية للمريض".

الضرر الاحتمالي في فوات الفرصة لا يكون في الحرمان من كسب مستحيل إنما هو مأمول ومتوقع من قبل المتضرر الذي كان يأمل تحققه، فإذا انعدمت الاحتمالية في تحقق هذا الكسب لاستحالته فلا

¹¹³ أبو البصل، مرجع سابق، هامش 112، ص 102.

¹¹⁴ عبد الله، مرجع سابق، هامش 111، ص 70.

يترتب بهذه الحالة أي ضرر ولا يكون هناك فوات فرصة، ومع ذلك نجد أن الضرر الاحتمالي المتمثل في الحرمان من الكسب الاحتمالي ذا أهمية كبيرة في حساب الضرر الحقيقي المترتب عن فوات الفرصة للمريض؛ لارتباطهم مع بعضهم البعض وجودًا وعدمًا، أي ان التعويض متوقف على هذا الضرر ولا يحكم بالتعويض بانعدام هذا الضرر.

على العموم فإن الكسب الذي فقده المريض هو في حقيقة الأمر كسب احتمالي يأمله المريض ولم يثبت منه، وبالتالي فهو ليس مؤكدًا وإلا لثبت التعويض عليه وليس التعويض فقط عن فوات الفرصة¹¹⁵، وان هذا الكسب واحتمالية وقوعه تكون واردة سواء أكان الكسب إيجابي أو سلبي، ومن حيث الأصل فإن هذه الخسارة بذاتها ليست مؤكدة وهذا ما أدى إلى ظهور فوات الفرصة.

ولابد أن نشير إلى أن هذا الأوهام والخرافات لا تكفي لرفع دعوى ومطالبة بالتعويضات، بل لابد من وجود الضرر لذلك نجد أن الضرر الاحتمالي له أهمية كبيرة في إبراز فوات الفرصة وظهور هذه النظرية في حيز الوجود القانوني والقضائي، والمساعدة على تقدير الكسب المتوقع وهو ضروري للحكم بالتعويضات عن فوات الفرصة.

الفرع الأول: تعريف الحالة النهائية وموقف المشرع منها

¹¹⁵ الدسوقي، مرجع سابق، هامش 6، ص 88.

فالحالة النهائية للمريض بعد تدخل الطبيب لتقديم علاجه الطبي لا يمكن اسنادها للخطأ الطبي لوجود الشك في العلاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر الناتج، لذا وللمطالبة بالتعويضات لابد من التمسك بفوات الفرصة في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة للحصول على أفضل التعويضات.¹¹⁶

ونستنتج من كل ما سبق أن الضرر الاحتمالي لا يترتب عليه ضمان أو تعويض بل لابد من التأكد من وجوده؛ لأنه ضرر افتراضي وهي أضرار وهمية لا تصلح لأن تكون أساس للدعوى والمطالبة بالتعويضات، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في حكم صادر عنها بتاريخ 2000 ينص على أن الضرر المحتمل لا يتناوله التعويض.¹¹⁷

ومسلك القضاء الفرنسي في تعويض الفرصة عن الكسب الاحتمالي المرجح مشروط ضمناً بمجرد فوات الفرصة، بغض النظر عن طبيعة هذا الكسب وهذا ما قضت به المحاكم الفرنسية في أحكامها العديدة.¹¹⁸

قرر القضاء الفرنسي ولمواجهة الشك وعدم اليقين الذي يطغى على العلاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر النهائي اللجوء إلى نظرية تفويت الفرصة من خلال افتراض توافر العلاقة السببية على خلاف القواعد التقليدية، لذلك يترتب عن كل خطأ طبي فني فوات الفرصة، وبالتالي نجد أن القضاء الفرنسي ونتيجة لما سبق قام بوضع مبدأ مفاده "كل خطأ طبي فني إذا لم يكن السبب في إحداث الضرر النهائي فهو على الأقل سبباً في تفويت فرصة شفاء أو بقاء المريض على قيد الحياة"¹¹⁹، أي أن جميع الأخطاء بشقيها الإيجابي والسلبي يطبق عليها نظرية فوات الفرصة، لكن لابد من الإشارة إلى أن لا مجال لتطبيق هذه النظرية فيما يتعلق بالأخطاء الطبية الواقعة في حدود إطار التجارب الطبية

¹¹⁶ ليديّة، مرجع سابق، هامش 98، ص 105.

¹¹⁷ حكم محكمة التمييز الأردنية، حقوق رقم 1999/1366، تاريخ 2000/2/15، منشورات مركز عدالة.

¹¹⁸ الدسوقي، مرجع سابق، هامش 6، ص 110.

¹¹⁹ التونجي، ع. (1996): المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، دار المعارف، لبنان ص 384-386.

التي تكون لغايات علاجية؛ لأن أصلاً الشخص الخاضع لها لم تكن له من البداية فرصة لتضيق عنه؛ لأن الدافع الأساسي لقبولها هو الشفاء، فيصعب على القاضي التوصل للعلاقة السببية في إطار التجارب الطبية.

لا تقتصر مسؤولية الطبيب على مراعاة مصالح الطبيب، إنما تمتد إلى مصالح الآخرين والغير في عدم انتقال العدوى إليهم، مما يوجب الطبيب اتخاذ الاحتياطات اللازمة التي تمنع انتقال المرض، وقد قضت إحدى المحاكم الفرنسية بذلك بعد أن تسبب الطبيب بانتقال مرض الزهري إلى الام المرضعة بسبب ظهور اعراض المرض على المولود ولم يلفت نظر الام الى وجود المرض وكونه معدي.¹²⁰

كما وأن الطبيب الأخصائي في الولادة يقع على عاتقه مجموعة من الالتزامات الواجب عليه القيام بها ومراعاتها في ثلاثة مراحل مرتبطة بالولادة، كمتابعة الحالة الصحية للمرأة الحامل والجنين أثناء الحمل وذلك من خلال إجراء الفحوصات الطبية، والتحاليل ذات الفائدة؛ وذلك لتفادي أي نزيف دموي خلال الوضع وهذا يكون في مرحلة الحمل أي ما قبل الولادة، ويستتبع التزامه خلال الحمل أيضاً استمرار التزاماته ورعايته خلال عملية الولادة، وذلك بأخذ كافة الاحتياطات اللازمة لهذه المرحلة ويكون بمراعاة نبض القلب والاستعانة بالمساعدين والأطباء المتخصصين وعدم التسرع في الولادة، وأخيراً التزامات الطبية في مرحلة ما بعد الولادة، بأن يتم مراقبة المرأة وجنينها ومدى استقرار حالتهم الصحية¹²¹، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية على ممرضة وعلى الطبيب الأخصائي بمسؤوليتهم عن عدم مراقبة حالة امرأة أصيبت بنزيف دموي بعد وضع جنينها الثامن لكونهم قد أمروها بالعودة إلى منزلها

¹²⁰ عجاج، مرجع سابق، هامش 3، ص 275.

¹²¹ حنا، م، ر. (2008): مسؤولية الأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، مصر، ص 466.

قبل استقرار حالتها الصحية، مما تسبب في تدهور حالتها مؤدي بها إلى الوفاة، فقد كانوا سبب في فوات فرصة البقاء على قيد الحياة، نتيجة إهمالهم وتقصيرهم في تقديم الرعاية والمشورة الصحيحة.¹²²

وإن قضية بيروش تتناول هذه النوع من الضرر عندما كانت المستشفى سبب في منع المرأة من إجهاض الحمل ضمن الفترة المسموح بها كان سبب في ولادة معاقة، حيث أن السيدة بيروش انتقلت لها عدوى مرض الحصبة الألمانية خلال شكوكها بالحمل وقامت بإجراء فحوصات طبية حول البحث عن مضادات لهذا المرض إلا أن التحاليل أظهرت أنها حاملة لمضادات هذا المرض، وبالتالي محصنة من إنجاب طفل معاق، ولذلك لم تقم بإسقاط الحمل ولكن بعد 8 أشهر أنجبت طفل معاق وذلك بسبب عدوتها بمرض الحصبة الألمانية خلال الحمل، أي أن المستشفى والطبيب المختص كان سبب في إنجاب طفل معاق بسبب الخطأ الذي صدر عنه في تشخيص حالة بيروش وإعلامها أن وضعها يسمح لها بالاستمرار في هذا الحمل، وبالتالي فوت عليها فرصة إنجاب طفل سليم أي أنه السبب المنتج لهذا الضرر، وهو الذي يشكل أساساً للضرر الواقع كونه خطأ في ذاته؛ لأن الطبيب ملتزم ببذل العناية، وأن إعلامها بشكل واضح لوضع الحمل كان سيساعد على إجهاض الطفل في فترة متاحة قانوناً فتسبب بالولادة المعاقة.¹²³

وإن محكمة النقض الفلسطينية تعتمد الحالة النهائية في إيقاع المسؤولية من عدمها، وهذا ما جاء في حكمها: " إذ ان اقوال الشاهدة كفاية تتناقض مع المطالبة وتتناقض مع البيئة الفنية الطبية التي اثبتت ان المدعية شفيت من الكسر الذي تعرضت له من الحادث وأنها اصبحت قادرة على الحركة والمشي (التقرير الطبي النهائي) لذلك يكون هذا السبب وارداً على الحكم المستأنف بالقبول".¹²⁴

¹²² منصور، مرجع سابق، هامش 61، ص 78، انظر كذلك إلى قرار محكمة استئناف باريس بتاريخ 10 مارس 1966 والذي قضى بتعويض الزوج بمبلغ 30000 فرنك فرنسي لضياح فرصة بقاء زوجته على قيد الحياة لعدم التزام الطبيب الاخصائي بواجبات الولادة.

¹²³ سرحان، ع، ا. (2004): مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، منشورات طلي الحقوقية، لبنان، ص 187.

¹²⁴ حكم محكمة النقض الفلسطينية، 2016/585، حقوق، رام الله، الصادر بتاريخ 2019/04/07.

الفرع الثاني: صور وتطبيقات الضرر الاحتمالي

تتعدد صور فوات الفرصة الناتج عن خطأ الطبيب إلى مجموعة من الصور، وهي:

1- خسارة حق متنازع فيه: وهي الصورة التقليدية لفوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، وهي

خسارة احتمالية لعدم ثبوت العلاقة السببية، لذلك أساس التعويض في هذه الحالة هو فوات

الفرصة ذاتها؛ وذلك لأن ضرره محقق على خلاف خسارة الحق حتى وإن لم تكن نتيجة

الفرصة مضمونة.¹²⁵

2- فقدان مركز دراسي أو مهني: ويظهر هنا أيضاً الضرر الاحتمالي في فوات فرصة كان ممكن

من خلالها الحصول على شهادة علمية، أو منصب وظيفي، أو الالتحاق في دورة تدريبية

معينة، أو الحصول على منحة في العمل، أو ترقية، أو علاوة أجر، وهذا الضرر يصعب

اثباته لتعدد العوامل الخارجية المساهمة فيه، ذلك إلى جانب فوات الفرصة ذاتها، لما يشوبه

من غموض وعدم اليقين، وكونه ضرر نظري افتراضي يصعب إثباته وإيجاد العلاقة السببية

فيه، فمثلاً الترقية إذا كانت خالية من الشروط وتلقائية وتسبب حادث سير في ضياعها، هنا

يتم التعويض أما إذا كانت مرتبطة بشروط وعوامل أخرى فيصعب إثباتها إنما يتم إثبات فوات

الفرصة دون النتيجة.¹²⁶

3- الحرمان من المساعدة والإعالة: وهي ما يحصل عليه الأشخاص من قريب لهم، إلا أنه أثر

حادث أو خطأ طبي تسبب في وفاتهم مما أدى إلى حرمانهم من هذه المعونات المادية وأثرت

على مركز هؤلاء الأشخاص، كالتزام الزوج بالنفقة على زوجته وأبنائه، فبالتالي وفاة الزوج ذو

¹²⁵ حسين، م، ع. (ب.ت): المسؤولية المدنية للمحامي اتجاه العميل، دون ناشر، مصر، ص 409.

¹²⁶ الدسوقي، مرجع سابق، هامش 6، ص 95.

ضرر محقق وأكد على كل من الزوجة والأبناء يستوجب التعويض والذي حكمت به محكمة النقض المصرية في أحكامها القضائية¹²⁷، لكن الصعوبة في هذه النقطة هو من يدعي أن المتوفي كان سيساعدهم بالمستقبل، أي انه كان متوقع وبالتالي ضررهم مستقبلي، وهنا يرى الفقهاء أنه ضرر احتمالي، لذلك اعتبروا ان فوات الفرصة هو ما يستحق الضرر وليس الضرر المستقبلي.¹²⁸

ونرى أن القضاء قد قرر بأن التعويض المستحق عن تفويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة لا يكون كاملاً بل جزئياً، كما ذكرنا سابقاً، وهذا التعويض دفع بعض الفقهاء إلى القول بأن القضاء يبدو وكأنه غير واثق من وجود علاقة سببية بين خطأ الطبيب والضرر الذي أصاب المريض، أو أن المريض كان سيشفى أو يبقى على قيد الحياة لولا خطأ الطبيب، فكان الحل لتفادي ذلك هو اللجوء إلى حل وسط لا يعفي الطبيب من أي عبء كامل ولا يتقله بالعبء كله، فكانت نظرية تفويت الفرصة حلاً وسطاً لكل هذا التضارب، وقد قيل أيضاً لتبرير التعويض الجزئي عن تفويت الفرصة، بأن ما يعوض هو ضرر خاص مستقل عن الضرر النهائي، وهو الذي تسببه الفرصة الضائعة، بمعنى آخر أن هناك ضرر حل محل الضرر الحقيقي الذي أصاب المريض هو ضياع فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، ويرى جانب آخر من الفقه أن فكرة تفويت الفرصة في نطاق المسؤولية الطبية، تعد مشكلة من مشاكل العلاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر، ولا تتصل بمفهوم الضرر القابل للتعويض.¹²⁹

¹²⁷ حكم محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 8159 لسنة 81، الصادر بتاريخ 2014/5/14.
¹²⁸ الشوا، م،س. (2003): مسؤولية الأطباء وتطبيقها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 100.
¹²⁹ النقيب، ع. مرجع سابق، هامش 65، ص 295.

المبحث الثاني: شروط التعويض عن ضرر تفويت الفرصة

الأصل أن التعويض لا يكون إلا عن الضرر المباشر أي ذلك الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو الاخلال فيه وهو الذي لا يستطيع الدائن أن يتفاداه بجهد طبيعى المبذول، فالتعويض في المسؤولية التعاقدية يقتصر فقط على الأضرار المباشرة المتوقعة وقت التعاقد ما لم يكون سبب الضرر هو غش المدين أو خطئه الجسيم فيسأل عن الإضرار المتوقعة وغير المتوقعة، أنا في حدود المسؤولية التقصيرية فإن مرتكبها يُسأل عن الضرر المباشر كله متوقعا أو غير متوقع ولكن لا يسأل عن الضرر غير المباشر في كلا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية.¹³⁰

والعلة في اقتصار التعويض على الضرر المباشر هو انعدام العلاقة السببية بين فعل المدين والضرر غير المباشر، لذلك لا بد من التمييز بين الضرر المباشر وغير المباشر لبيان أوضح وأوسع لمسألة العلاقة السببية، فالضرر المباشر واجب التعويض لارتباطه بالعلاقة السببية، أما الضرر غير المباشر فلا تعويض عليه لانعدام رابط العلاقة السببية انما رابطته مع الفعل فقط دون النتيجة،¹³¹ وعلى هذا تنتفي المسؤولية عن الطبيب في كل حالة تنتفي فيها علاقة السببية بين الضرر والنتيجة كما وتنتفي أيضا المسؤولية في حالة الشك في توافر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وهو كثير الوقوع في المجال الطبي، ولحل هذه المسألة فنحن أمام اثنين من الحلول: إما الأخذ بنظرية تكافؤ الأسباب، أو نظرية السبب المنتج، وهذا ما سيتم بيانه خلال هذا المبحث، حيث سينقسم إلى ثلاث مطالب، الأول عن شرط الفعل الضار، الثاني عن شرط العلاقة السببية ونظرياتها، أما الثالث عن حصر التعويض بفكرة فوات الفرصة.

¹³⁰ علوي، س، ح. (2018): المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية في المستشفيات العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، ص 23.
¹³¹ الفار، ع. (2019): أحكام الالتزام (أثار الحق في القانون المدني)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص 84.

المطلب الأول: شرط الفعل الضار "الاضرار" للتعويض عن تفويت الفرصة.

الضرر ركن أساسي لقيام المسؤولية على الطبيب ويمكن أن يصيب الضرر المريض على صعيد الخطأ الإنساني والخطأ المهني، فالخطأ الإنساني يتحقق منه القاضي دونما الرجوع إلى أهل الخبرة في مهنة الطب، أما في الخطأ المهني فلا يمكن تحري الخطأ والضرر إلا بالاستعانة بأهل الخبرة؛ للتأكد من خطأ الطبيب وتحقق الضرر وبالتالي قيام العلاقة السببية.

لذلك لابد من بيان فكرة الخطأ وعناصره والاتجاهات القضائية في تحديده وبيان الضرر الواقع على المريض، وهذا ما سيتم بيانه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تحديد فكرة الخطأ

إن العمل الطبي قد تتوافر فيه عناصر الخطأ وقد لا تتوافر، ومتى تضمن سلوك الطبيب عنصر من عناصر الخطأ فإن القضاء يحرص على إقامة السببية بين هذا الخطأ وبين فكرة فوات الفرصة، ومن التطبيقات القضائية لذلك القضاء بمسؤولية أخصائي التوليد عن وفاة امرأة نتج عن نزيف عقب الولادة سببه هو سماح الطبيب لها بالرجوع إلى المنزل مما فوت عليها فرصة البقاء على قيد الحياة،¹³² ويراعى دائماً أن يكون فوات الفرصة عن خطأ في التشخيص أو العلاج وليس فقط عن مجرد الغلط، وهو ما طبقته محكمة النقض الفرنسية عندما أقامت مسؤولية على طبيب؛

¹³² البيه، م. (ب.ت): نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الوجب للمسؤولية المدنية في ضل القواعد القانونية التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، ص 129.

لأن ما وقع منه ليس مجرد غلط في التشخيص بل خطأ بغض النظر عن مساهمته في إحداث الضرر.¹³³

ان القرار بقانون رقم 31 لسنة 2018 بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية وفي المادة 19 منه قد عرفت الخطأ الطبي هو ما يرتكبه مزاول المهنة ويسبب ضرراً لمتلقي الخدمة نتيجة اي من الاسباب الاربعة التي عدتها المادة المذكورة، وإن المادة 20 قد نصت على ان تحدد المسؤولية الطبية والصحية على مدى الالتزام بالقواعد المهنية السائدة، وتدخل في تحديدها البيئة الطبية، والمعايير الخاصة بها والعوامل والظروف التي تسبق او تتزامن او تتبع عمل مقدم الخدمة الطبية والصحية.

وهناك اتجاهين قضائيين في تحديد فكرة الخطأ كما جاء في قرار محكمة النقض الفلسطينية، وهي كما يلي:

أولاً: الاتجاه الشخصي (الواقعي): وهو الاتجاه الذي يقارن ما ينفذ من الشخص بتصرفاته العادية من حيث إمكان هذا الشخص تجنب الفعل الضار فإن لم يفعل يعتبر مقصراً، ثانياً: الاتجاه الموضوعي: وهذا يقارن الواقعة بتصرف شخص مجرد، مثل الرجل العاقل المتبصر الذي يفرض ان تصرفاته واعمال بعيدة عن العيب، وهذا هو معيار الشخص العادي الذي يبذل عنايه الرجل المتوسط الذكاء والمتبصر.

فالذي نراه وفق ما اتجهت إليه محكمة النقض الفلسطينية أنه يجب التمييز بين عناصر الخطأ¹³⁴، فعدم توفر القرار الذي هو قبل كل شيء عنصر من عناصر الحنكة والذكاء، والتي نقصد بها

¹³³الدسوقي، مرجع سابق، هامش6، ص 154.

¹³⁴ هناك أنواع للأخطاء المرتكبة، العمد وهو الذي يرتكب المخطئ خطأه بسوء نية ويقصد إلحاق الضرر بالغير، والخطأ غير العمد الذي يرتكب دون نية الإضرار بالغير وإنما يصدر بسبب إهمال فاعله أو عدم تبصره، كما أن هناك الخطأ الإيجابي والسلبي، فالإيجابي يتجسد في ارتكاب فعل مادي مخالف للقانون، أما السلبي يكون بالامتناع عن القيام بالواجب القانوني، وان الطبيب يساءل عن جميع هذه الأخطاء إذا

الظروف التي تحيط بالمسؤول، كأن تدعوه الحال الى العمل بسرعة او بعيداً عن المستشفيات والادوات العلاجية اللازمة او بدون معونة من الزملاء والممرضين، وبالنتيجة يجب أن يكون هناك اعتبار عند تقدير الخطأ وهي خطورة الحالة والعجز الذي لحق بالمريض وما تستلزمه من اسعافات سريعة".¹³⁵

ومن الأخطاء التي يمكن أن يرتكبها الطبيب:

أولاً: الخطأ في التشخيص: الأصل أن التشخيص للأمراض يكون مستنداً إلى أسس صحيحة لما تتصف به مرحلة التشخيص من أهمية كبيرة فالتشخيص هو تحديد ماهية الأعراض الظاهرة على المريض وتحديد مراحل المرض وما وصل إليه من تطور، إضافة إلى مدى القدرة على تحديد تحمل المريض لهذا المرض، وأي خطأ في هذه المرحلة يترتب عليه ضرر بالمريض، وبالتالي يجب على الطبيب بذل الجهد الكبير والعناية اللازمة لتفادي الأخطاء وإيقاع الأضرار بالمريض وذلك يكون بالاستماع للمريض وتدوين أقواله والقيام بفحص دقيق لمواضع الألم وأخيراً وضع الحلول ضمن نطاق الوسائل الطبية المتاحة والممكنة¹³⁶، واستقر القضاء الفرنسي والمصري إلى أنه لا تثور المسؤولية على هذا الخطأ إذا كان الطبيب قد بذل الجهود المعتادة¹³⁷، كما ولا يؤاخذ الطبيب ولا تقام المسؤولية عليه إذا كان سبب هذا الضرر هو تضليل المريض وبياناته المغلوطة التي أدت إلى خطأ في التشخيص.¹³⁸

ثانياً: الخطأ في العلاج: وهي المرحلة اللاحقة لمرحلة التشخيص ويشترط في هذه المرحلة أن يكون العلاج مما صرحت به الهيئة المختصة ومتماشياً مع الأصول الفنية، وقد استقر القضاء

ترتب عليها ضرر، انظر بشكل موسع إلى: المعاينة، م، ع. (2004): المسؤولية المدنية والجناحية في الاخطاء الطبية، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، ص37.

¹³⁵ حكم محكمة النقض الفلسطينية 2018/37، حقوق، رام الله، الصادر بتاريخ 2018/6/3.

¹³⁶ الأبرشي، ح. (1951): مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ص 243.

¹³⁷ منصور، مرجع سابق، هامش 61، ص 50.

¹³⁸ قرار محكمة النقض المصري، الطعن رقم 68372، سنة 2009.

على حرية الطبيب في اختيار العلاج المناسب ولكن بشرط أن يكون وفق الأسس المعمول بها.¹³⁹

ولكن ليس كل فوات فرصة مرتبط بخطأ الطبيب بل يرجع إلى عوامل خارجية وظروف محيطة لها دور في تحديد نطاق فكرة فوات الفرصة، فنجد أن فوات الفرصة مرتبط أولاً بحالة المريض ومدى اعتبار الضرر نتيجة محتملة أو تطور له، لذلك لا شك في وجود الضرر ولكن الشك في مدى اعتباره فرصة فائتة أو لا.

فإذا كان ما حدث للمريض هو بسبب خطأ الطبيب فنحن في صدد مسؤولية تقليدية أما إذا كان خطأ الطبيب ليس هو السبب الوحيد لما حدث للمريض فلا يسأل هنا إلا عن فوات الفرصة.

الفرع الثاني: أنواع الضرر الواقع على المريض

أن وصف الفعل بأنه خطأ أو غير خطأ يعد من المسائل القانونية التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمتنا وقيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر، فهو من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع، فيجب أن تستخلص المحكمة الخطأ من وقائع ثابتة منتجة تذكرها في الحكم وإلا كان حكمها مشوب بعيب القصور في التسبيب والتعليل وفساد في الاستدلال، وللمحكمة استعمال صلاحيتها في استخلاص الخطأ من كافة البيانات والقرائن متى كانت قاطعة الدلالة على حدوثه، ويقع الخطأ على أساس ان الضرر ما كان ليحدث لولا وقوع خطأ من الطبيب والطاقت الطبي، وينبغي في جميع الحالات على المحكمة ان تبين ماهية السلوك الذي صدر من

¹³⁹ الأبرشي، مرجع السابق، هامش 126، ص 271.

الطبيب والطاقم الطبي منطويًا على اهمال وعدم تبصر وقلة حيطه واحتراز وعدم العناية والرعاية المطلوبين.¹⁴⁰

وهناك نوعان من الضرر الذي يقع على المريض، وهما: الضرر المادي، والضرر المعنوي أو الأدبي، فالمادي يصيب الجسد ويكون فيه مساس لجسم المريض وسلامته الصحية ويكون التعويض في هذا النوع من الضرر، ويشمل عنصرين: هما ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب، أما بالنسبة للضرر الأدبي الذي قد يصيب بتشويه جسمي، فيتألم المريض أو قد يصيب الشخص بأن يتعدى على حريته أو شرفه أو مركزه الاجتماعية وسمعته أو اعتباره المالي أو قد يصيب عاطفته.¹⁴¹

واتجه التشريع والقضاء إلى وجوب التعويض عن كلا الضررين، وقضت بذلك محكمة التمييز الأردنية بأن التعدي على المركز الاجتماعي هو ضرر أدبي يجب تعويضه¹⁴²، وهناك صعوبة واضحة في عملية تقدير التعويض عن الضرر الأدبي، حيث أنه يختلف من شخص إلى آخر، فضرر الفنان أو النجم السينمائي يختلف عن ضرر الشخص العادي، مما يجعله عبء على كاهل القضاة وبالتالي فإن الخبرة هي الوسيلة المعتمدة لتقديره في ضوء ظروف ووقائع الدعوى.¹⁴³

وان ما استقر عليه قضاء محكمة النقض باستحقاق أي مصاب لبذل دخل فائت مستقبلي في حال تخلف عجز دائم لديه، سواء كان يعمل وقتها او لم يكن يعمل.¹⁴⁴

¹⁴⁰ الأبرشي، مرجع سابق، هامش 126، صفحة 280.

¹⁴¹ عكوش، ح. (1970): المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، دار الفكر الحديث للطبع والنشر، مصر، ص 110.

¹⁴² قرار محكمة التمييز الأردنية، 2012/3372، صادر بتاريخ 2012/11/5، منشورات مركز عدالة.

¹⁴³ محمد عبد النباوي، م، ع. (2005): المسؤولية المدنية للأطباء القطاع الخاص، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 141.

¹⁴⁴ حكم محكمة النقض الفلسطينية، قضية رقم 2016/585، حقوق، رام الله، الصادر بتاريخ 2016/3/17.

المطلب الثاني: شرط العلاقة السببية للتعويض عن ضرر تفويت الفرصة.

العلاقة السببية هي وجود علاقة مباشرة بين الخطأ المرتكب من الطبيب وبين الضرر الذي أصاب المريض، والسببية في فوات الفرصة تختلف عن الأحكام العامة للمسؤولية المدنية؛ كونها ذات طبيعة خاصة لما تتضمنه من كسب احتمالي.¹⁴⁵

لذلك تعرضت السببية في فكرة فوات الفرصة إلى انتقاد كبير؛ لما تقوم عليه من احتمالات، وتأثير على عبء الإثبات؛ لوجود الافتراضات في توافرها، مما يعيق تقدير الفرصة الفاتنة لكون كل من واقعة الضرر والخطأ محتملتان، لذلك توصف السببية بأنها مفترضة لصعوبة الجزم بها، كما أن إثبات العلاقة السببية في الخطأ الإنساني أسهل من المهني؛ لأنه يكون على وقائع ظاهرة أما المهني يكون على وقائع غامضة متعلقة بجسد الانسان فيصعب على القاضي التبين من وجودها، وتزيد الصعوبة إذا اجتمعت عدة أخطاء أدت إلى ما عليه المريض من حالة نهائية.¹⁴⁶

وحسب قرار محكمة النقض الفلسطينية فالتشك حول قيام رابطة السببية بين خطأ الطبيب والإيذاء الذي تعرض له طفل حديث الولادة نتيجة إهمال الطاقم الطبي يفسر دائماً لمصلحة المتهم، أما في المسؤولية الطبية فإن الاجتهاد القضائي عن طريق ضياع الفرصة يقيم قرينة شبه دائمة عند ثبوت

¹⁴⁵ العامري، مرجع سابق، هامش 83، ص 95.
¹⁴⁶ عزيز، أ.ع. (1991): الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، رسالة دكتوراه، بدون ناشر، بغداد، ص 322.

خطأ الطبيب لمصلحة المريض على قيام علاقة سببية بين هذا الخطأ وبين فوات الفرصة في الشفاء أو الحياة بصورة طبيعية على مسؤولية الطبيب.¹⁴⁷

قد حاول القضاء مواجهة مشكلة العلاقة السببية إلى وسيلتين تتيحان للقاضي سلطة أوسع في تقدير العلاقة السببية، وهما:

أولاً: فكرة الخطأ الاحتمالي كأساس للسببية المفترضة في فكرة فوات الفرصة: وكان اللجوء إلى هذه الوسيلة للقضاء على مشكلة عدم توافر الضرر المباشر، وتكاد تكون الفكرة الأكثر لمعان في مجال التعويضات لعدم التقييد فيها بقواعد الإثبات التقليدية ودون أي تغيير في طبيعة التزام الطبيب ببذل عناية كافية،¹⁴⁸ فنجد أن هناك فرق بين الخطأ الاحتمالي والتزام الطبيب بتحقيق النتيجة فالالتزام بتحقيق النتيجة يكون الطبيب مخطئ بمجرد عدم تحقق النتيجة سواء كان الخطأ ثابت أو مفترض ولا يستطيع دفع المسؤولية عنه إلا بإثبات السبب الأجنبي، أما الخطأ الاحتمالي فيفترض الخطأ الواقع من الطبيب في حالة واحدة وهي سوء النتائج ويمكن دفع المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي وكذلك الظرف الأجنبي¹⁴⁹، وبذلك نرى أن فكرة الخطأ الاحتمالي أكثر مرونة وأفضل في التطبيق وبالتحديد في المجال الطبي، وبناء على ذلك فإن الخطأ هنا يستنتج من مجرد وقوع الضرر وبعد ذلك تفترض العلاقة السببية بينهما، وهذا مخالف للقواعد العامة التي تشترط إثبات الخطأ الواقع من الطبيب حتى ولو لم يثبت إهمال وتقصير الطبيب، لكن تبقى هذه القرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها.¹⁵⁰

¹⁴⁷ حكم محكمة النقض الفلسطينية، رقم 2015/125 جزاء، رام الله، الصادر بتاريخ 2019/12/1.

¹⁴⁸ شرف الدين، أ. (1986): مسؤولية الطبيب "مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة"، مطبوعات جامعة الكويت، ص 82.

¹⁴⁹ البيه، مرجع سابق، هامش 123، ص 239.

¹⁵⁰ قاسم، م.ح. (2006): إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، ص 99.

ثانياً: فكرة التعويض للخطر كأساس لافتراض السببية في فوات الفرصة: ومفادها اعتبار الضرر مباشراً في كل حالة ينتج عنها مخاطر لا تترتب على حالة المريض، ويفترض القضاء هنا وجود العلاقة السببية بمجرد وقوع المخاطر، وهذا على خلاف الضرر المباشر وفقاً للقانون، لكن القضاء اتبع هذه الفكرة وبالتحديد في مجال التعويض عن ضحايا نقل الدم، وكان أساسها إصابة شخص بفايروس مسبب للإيدز على إثر نقل دم إليه فقررت محكمة استئناف versailles بمسؤولية الطبيب بمجرد خطأه.¹⁵¹ وبناءً على هذا لا تطبق فكرة فوات الفرصة في كل حالة إلا إذا ثبت أثر خطأ الطبيب في وقوع هذه الأضرار حتى لا يتم الجزم أنها واردة الوقوع وأمرًا حتمًا في جميع الأحوال.

وتتبنى كل من نظريتي السببية مفهوم خاص للسبب، وهذا ما سيتم بيانه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: نظرية تعادل "تكافؤ" الاسباب.

السبب حسب هذه النظرية هو كل واقعة ضرورية ولازمة لوقوع الضرر، أي أنه يشمل كل العوامل التي ساهمت في إحداث الضرر حتى ولو كان بعيداً، إلا أن الضرر وقع نتيجة اجتماعها جميعاً فلولاها لما كان هناك ضرر، وبالتالي فإن كل جزء منها ضروري وانعدام أحدها يؤدي إلى عدم فائدة العوامل الأخرى، أي ان أساس هذه النظرية هو الأسباب المتعددة فتجعلها جميعها متساوية في إنتاج الضرر دون تقدير لدور كل سبب من هذه الأسباب في إحداث الضرر ومدى مساهمته في التعويض¹⁵²، ويظهر لنا أن هذه النظرية تتنافى مع فكرة فوات الفرصة لعدة اعتبارات وهي:

¹⁵¹ سيد، أ.ج. (2009): "التعويض عن تفويت فرصة الشفاء أو الحياة"، مجلة مصر المعاصرة، 496، ص ص 27-117، ص 47.
¹⁵² الدسوقي، مرجع سابق، هامش 6، ص 172.

1- اهتمامها بالأسباب جميعها الضرورية لوقوع الضرر إي لولا اجتماعها لما وقع الضرر وهذا معاكس للسببية في فوات الفرصة التي تقوم على الاحتمال، أي أن خطأ الطبيب هو احتمال لوقوع الضرر فلا مجال للجزم.

2- أن نطاق هذه النظرية عدم التحقق من العلاقة السببية على عكس نظرية فوات الفرصة التي يكون فيها القاضي أمام حالة موازنة بين اعتبارين، وهما: السببية والاحتمال.

3- أن الضرر في تعادل الأسباب لا يتجزأ وأسبابه لا تتجزأ وأي استبعاد لأي سبب يؤدي إلى انتفاء الضرر، مما ينتج عنه عدم تجزئة المسؤولية والتعويض في حالة تعدد الفرص

الفاتنة. 153

وترجع هذه النظرية في صياغتها الأولى إلى الفقيه الألماني "فون بيري" الذي عرّف السبب على أنه: "كل عامل أسهم في حدوث الضرر متى ثبت أنه لولاه لما حدث هذا الضرر"¹⁵⁴، ويرى الباحث أنه ورغم مزايا هذه النظرية لتيسيرها مهمة الإثبات على المضرور إلا أنه يعاب عليها لتناقضها الظاهر وأن الأخذ بها يؤدي إلى نتائج ظالمة؛ لما فيها من توسع في فكرة المسؤولية وتعويضها عن الضرر المباشر وغير المباشر، واعتمادها على التقدير الكيفي للسببية وهذا الأمر لا يسمح به، ومما قاله الفقهاء عن هذه النظرية هو قول "جون بونو" أنه "يمكن لكل شخص أن يحس بنصيب من المسؤولية في الآلام التي تمزق الكون"¹⁵⁵.

الفرع الثاني: نظرية السبب المنتج "في العلاقة السببية"

¹⁵³ الدسوقي، مرجع سابق، هامش 6، ص 172.

¹⁵⁴ مرقس، مرجع سابق، هامش 9، ص 469.

¹⁵⁵ الذنون، ح، ع. (2006): الميسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الثالث، دار وائل للنشر، عمان، ص 18-20، للمزيد عن النظرية أنظر إلى: حبيب، ع، ج. المفهوم القانوني لرابطة السببية.

إن هذه النظرية تفرّق بين نوعين من الأسباب: الأول وهو السبب المنتج والمألوف وهو ما يكون عادة سبب في إحداث الضرر، أما الثاني فهو السبب الثانوي والعارض الذي لا يؤدي غالباً لإحداث الضرر وبالتالي فإن الأول هو سبب قيام العلاقة السببية دون الثاني وهذا ما يميزها عن النظرية الأولى كونها تحتم بالدور الذي تقوم به هذه الأسباب في إحداث الضرر من عدمه، فهي بذلك لا تهتم بجميع الأسباب إنما بذلك السبب الذي يعد شرطاً ضرورياً لإحداث الضرر.¹⁵⁶

ونرى أن هناك تقارب بين هذه النظرية وبين فكرة فوات الفرصة لاعتماد كلاهما على الاحتمال، فبالسبب المنتج ان الاحتمال بديل فقط وليس مقصود بذاته أما في فوات الفرصة فهو ضروري لقيامها وعلى أساس ذلك، فإن التعويض في فوات الفرصة يستند إلى الاحتمال دائماً أما في السبب المنتج يكون مستند إلى اليقين ولذلك فإن نظرية السبب المنتج لها دور بارز في تقدير قيمة الفرصة الفائتة.¹⁵⁷

وتنسب هذه النظرية إلى الفقيه الألماني "فون كريس" الذي أخذها من فكرة ملخصها التمييز بين دور العوامل السلبية المختلفة في إحداث النتيجة، ولا تأخذ إلا بالسبب الفعال الذي لعب دوراً أساسياً في إحداث الضرر، أي ذلك السبب الذي يكون فيه حدوث الضرر محتملاً في الحالة العادية لسير الأمور، وتشارك هذه النظرية مع نظرية تفويت الفرصة في مسألة الاعتماد على معيار التأثير السلبي للعوامل المختلفة المشاركة في إحداث الضرر عند تقدير التعويض وذلك استناداً إلى العلاقة السببية واجبة الانعقاد بين الخطأ والضرر.¹⁵⁸

ويجد الباحث وبالرغم من التشابه بين النظريتين إلا أن هناك تباين في الاحتمال، فالقاضي يقارن في إطار السببية بين سببين أو أكثر معروفين على وجه اليقين، أما في تفويت الفرصة فإن الخطأ الطبي

¹⁵⁶ الدسوقي، مرجع سابق، هامش 6، ص 172.

¹⁵⁷ المرجع السابق، ص 174.

¹⁵⁸ علي سليمان، ع. (1993): النظرية العامة للالتزام ومصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، دن، الجزائر، ص 193.

وغيره من الأسباب ذات دور غير أكيد بل محتمل، وبالتالي نكون أمام مقارنة بين الآثار المتوقعة للعديد من العوامل التي هي بذاتها محتملة ومتوقعة أيضاً.

ولا شك بأن عبء إثبات العلاقة السببية يقع على عاتق المريض، فإما أن يثبت الضرر الذي كان سببه الطبيب، أو يثبت الخطأ الذي ارتكبه الطبيب، وقد فوت عليه فرصة الشفاء أو أن ذوي المريض هم من يقومون بإثبات فوات فرصة البقاء على قيد الحياة لمريضهم المتوفي.¹⁵⁹

ونستنتج مما سبق أنه لا بد أن يكون هناك خطأ من الطبيب تسبب في ضرر لحق بالمريض، إلا أن العلاقة السببية هي الأكثر صعوبة في المجال الطبي لذلك تم انتقادها في نطاق فكرة فوات الفرصة، فهي تسمح بقيام المسؤولية على الطبيب، في حين أنه لا يمكن الجزم بنسبة الضرر إليه لما تقوم عليه من نظرية الاحتمالات.

لذلك ولتبرير فكرة التعويض عن فوات الفرصة اقترح الفقيه الفرنسي "جاك بوري" نظرية أساسها دمج السببية بالاحتمال أي دمج القانون السببي بالقانون الاحتمالي¹⁶⁰، ففي إطار فوات الفرصة تتداخل العوامل لكن بعضها معروفة مثل فاعلية العلاج وبعضها محتملة كأثر هذا العلاج على هذا المريض بالتحديد، لذلك ولتقدير القاضي للعلاقة السببية وقيمة الفرصة الفائتة يثبت العلاقة السببية مستعيناً بعنصر الاحتمال الذي يقدر حسابياً بشكل علمي مدروس يمكن من خلاله معرفة إمكانية الوصول للشفاء على حد الترجيح المعقول والكافي للإقرار بأن خطأ الطبيب نتج عنه فوات فرصة ويستحق التعويض، وقد ذكر الفقيه "كاهن" ان احتمال تحقق النتيجة هو "العلاقة بين عدد الحالات التي تتحقق فيها النتيجة المرجوة على العدد الإجمالي للحالات الممكنة".¹⁶¹

¹⁵⁹ عجاج، مرجع سابق، هامش 3، ص 391.

¹⁶⁰ أخذ القضاء الفرنسي بالاحتمال الكافي أما القضاء البلجيكي لا يقضي بالتعويض عن الفرصة الفائتة إلا إذا ثبت حقيقة إمكانية الشفاء فهو أكثر حذر ودقة من القانون الفرنسي.

¹⁶¹ عجاج، مرجع سابق، هامش 3، ص 45.

وقد استقر القضاء في كل من فرنسا ومصر على الأخذ بنظرية السبب الملائم وبالتالي يستبعد العوامل الشاذة والنادرة غير المتوقعة واللامألوفة، فذهب القضاء الفرنسي إلى عدم مساءلة الطبيب الجراح والمستشفى الخاص عن وجود حالة شاذة لا علم للطبيب بها ولم يكن بوسعها توقعها، فقطع الشريان (السباتي) أثناء إجراء عملية جراحية للمريض في البلعوم، سبب كاف لإعفائه من المسؤولية، لأن الوريد لم يكن في موقعه الطبيعي، ولو ثبت أن هناك خلافاً في الأجهزة الطبية، ولم يكن ذا أثر على وفاة المريض.¹⁶²

ونرى أن ما استقر عليه كلا القضاءيين هو عين الصواب، وذلك لتبنيه نظرية السبب الملائم أو المنتج؛ فقد يكون التطور الطبيعي لمرض المريض وخطورة حالته كافية بحد ذاتها لإحداث الضرر بمعزل عن خطأ الطبيب، أو أن يكون طبيعة جسم المريض لا تستجيب لأي دواء وأن ليس للطبيب أن يتوقع رد فعل كل الأجسام لذات العلاج فالأجسام ذات طبيعة خلقية مهما تم دراستها تبقى مليئة بالأسرار، وبالتالي كيف يمكننا مساءلة الطبيب عن ضرر لم يرتكبه؟، فما يميز نظرية السبب المنتج، أنها لا تلتفت إلا للعامل الجوهري والرئيس الذي أدى مباشرة إلى إحداث الضرر، وهذا ما يتفق مع دعوة الفقه إلى ضرورة أن تكون رابطة السببية مباشرة ومحقة الوقوع.

وإن جانب من الفقه يجد أن القضاء يلجأ إلى إعمال هذه النظرية في نطاق المسؤولية الطبية عندما يتعذر على المريض إثبات علاقة السببية، أو حينما يثور الشك في أضرار المريض وخطأ الطبيب، فيقرر مبدأ التعويض الجزئي للمريض وللك وبناءً على ما سبق يعيب هذا الجانب من الفقه على القضاء تطبيقه لهذه النظرية، ويرى استبعاد مسؤولية الطبيب عندما يكون دور الخطأ في إحداث

¹⁶² سعد، مرجع سابق، هامش 45، ص 485.

الضرر غير مؤكد أو مشكوك فيه، ويحصر دور تفويت الفرصة في حدود تقدير حجم الضرر، وعدم تجاوز ذلك للقول بأن الطبيب مسؤول جزئياً عن خطر ما.¹⁶³

إلا أن قرار محكمة النقض الفرنسية الحديث جاء يتجه نحو اتجاه مخالف لما سبق، وهو بالرجوع عن أعمال النظرية السابقة، إلا أننا لا نرى في هذا القرار نقضاً أو إلغاءً لنظرية تفويت الفرصة في مجال المسؤولية الطبية؛ لأن أحكام القضاء الفرنسي وخصوصاً النقض، قد تواترت منذ أكثر من ثلاثة وثلاثين عاماً على وجوب أعمال هذه النظرية، إلى أن استقر الرأي فقها وقضاء على هذا المبدأ وليس بإمكان قرار واحد أن ينسف مبدأ مضى على ثبوته واستقراره أكثر من ثلاثة عقود.¹⁶⁴

"إن مجلة الأحكام العدلية نظمت (المباشرة والتسبب) في إحداث الضرر في المواد (٩٢٥ - ٩١٢، ٨٨٨، ٨٨٧)، يقصد بالمباشر الشخص الذي يحصل الأثر بفعله، وهي طريقة محددة وواضحة يترتب عليها إحداث الضرر أو الإتلاف، وتترتب فيها النتيجة الضارة على الفعل مباشرة دون تدخل أي فعل آخر، وقد تكون المباشرة باتصال فعل المباشر بمحل الضرر اتصالاً مادياً مباشراً، لكن علاقة السببية بين الفعل والضرر تكون واضحة تمام الوضوح، وقد تكون المباشرة باتصال فعل المباشر بمحل الضرر اتصالاً مباشراً، لكن لا يكون هذا الاتصال مادياً؛ كأن يدخل شخص فجأة على امرأة حامل ويصرخ بوجهها فيفزعها مما يؤدي إلى إجهاضها، فهنا تكون المباشرة قد تحققت على الرغم من عدم الاتصال المادي، ولكن في مثل هذه الحالة يجب التأكد من توافر علاقة السببية بين الفعل والضرر، بل يجب التأكد أيضاً من أن هذا الفعل يمكن أن يحدث وفقاً للمجرى العادي للأمر، والمباشر يكون إذا باشر شخص الفعل بنفسه أو بوساطة أحد أعضائه أو شيء تحت يده، دونما اعتبار لكون هذا الشيء حياً أم غير حي، وعليه فإذا أحدث الطبيب ضرراً بالمريض سواء نتيجة عمله

¹⁶³ منصور، مرجع سابق، هامش 76، ص 175.

¹⁶⁴ شلقامي، ش، غ. (2008): التعويض عن ميلاد الطفل ذوي الاحتياجات الخاصة "دراسة تحليلية للتطور القضائي الفرنسي والموقف في القانون المصري والفقهاء الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 100.

الشخصي أو بوساطة استعماله آلة طبية فإنه يعد مباشرة، أما التسبب فإنه يقصد بالمتسبب الشخص الذي يفعل أمراً ما يؤدي إلى وقوع حادثة دون أن يباشرها من تلقاء نفسه بشكل مباشر، فهو قد يكون شخصاً يمارس فعلاً لا يحدث ضرراً، لكن الضرر يقع نتيجة تدخل فعل آخر، بحيث لا يحدث هذا الفعل الضرر مباشرة. بشرط أن تبقى هناك علاقة بين الفعلين تشير إلى نسبة الضرر إلى صاحب الفعل الأول، على اعتبار أن فعله أدى إلى وقوعه وعليه يعد الطبيب متسبباً عند إهماله في اختيار علاج مناسب لامرأة بعد إجراء التلقيح الصناعي لها، فإذا لحقها ضرر فإنه يكون بسبب التلقيح وليس التلقيح بحد ذاته؛ أي بسبب سوء اختيار العلاج. إذ لولا تلقيح المرأة ما حصل ضرر بسوء اختيار العلاج".¹⁶⁵

المطلب الثالث: حصر التعويض بقيمة الفرصة الفائتة.

بعد ثبوت أركان المسؤولية فإن الطبيب يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عما تسبب به من أضرار، ويكون ملزم بتعويض جميع الأضرار، من خلال اللجوء إلى القضاء وإقامة دعوى تعويض لدى المحاكم المختصة، وتخضع دعوى المسؤولية المدنية للأحكام العامة كباقي الدعاوي المدنية، فالأصل أن التعويض يكون عينياً إذا كان ممكناً ولا يسبب إرهاق للمدين.

ولا يمكن مطالبة الطبيب بالتعويضات إلا إذا كان الضرر الواقع على المريض هو نتيجة إهمال الطبيب بحيث يكون واضحاً، والتعويضات إما على أساس الجوانب المعنوية التي يصعب تقديرها أو على أساس القيمة المادية، وحساب هذه التعويضات يختلف من حالة لأخرى حسب طبيعة الحالة، أما

¹⁶⁵ ادعيس، م. (2001) مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، الجمعية الفلسطينية لحماية حقوق الإنسان والبيئة (القانون)، القدس، ص 69.

فيما يتعلق بالتعويضات الناتجة عن خسارة لاحقة وكسب فائت: فهي تعويضات خاصة ويكون حسابها وفقاً لتقديرات واعتبارات موضوعية وثابتة.¹⁶⁶

فالقاضي ملزم عند تقدير التعويضات أن يدخل في حسابه كل ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب سواء في المسؤولية العقدية أو المدنية، فالمصاب في حادث سير يتم تعويضه عما أصاب جسده وما دفعه من مال للعلاج، وما لحقه من خسارة، أما بشأن الكسب الفائت فيشمل ما كان يفترض أن يكسبه هذا المصاب من أموال في عمله لولا هذه الإصابة، ولا بد من بيان كل من الكسب الفائت والخسارة اللاحقة:

- الكسب الفائت: هو "جميع الثمرات الطبيعية للشيء الذي تم إتلافه، أو محل الالتزام والأرباح المتوقعة في المسؤولية العقدية، ويضاف إليها الأرباح غير المتوقعة في المسؤولية التقصيرية، طالما كان المتضرر متأكدًا من أنه سوف يحصل عليها لو تم تنفيذ هذا الالتزام، أو لم يقعه الفعل الضار عن هذا الكسب".¹⁶⁷

- الخسارة اللاحقة: وهي "الضرر المباشر الذي لحق حقًا كان قائمًا أو مصلحة مشروعة للمضرور ذاته"¹⁶⁸، فالقاضي عند تقدير التعويضات يأخذ بعين الاعتبار ما خسره من نفقات والتي يمكن ان تزداد مستقبلاً من خلال دراسة الحالة الراهنة للمريض وإمكانية تزايدها وتفاقمها، وهي سلطة تقديرية للقاضي.

الفرع الأول: سلطة المحكمة التقديرية للتعويض عن ضرر تفويت الفرصة

¹⁶⁶ السعدي، ع.ح. (2015): المسؤولية الطبية في القانون، دار الرضوان للنشر والتوزيع، عمان، ص 93.
¹⁶⁷ السعيد، م. (1992): نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص 206.
¹⁶⁸ مختارية، ع. (2017): الضرر الطبي الموجب للتعويض وآثاره القانونية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، 8، ص 20-40، ص 27.

تخضع عملية تقدير التعويض لأهميتها الكبيرة إلى مجموعة من القواعد والمبادئ ومنها: مبدأ التعويض الكامل للضرر الذي يغطي جميع الأضرار التي لحقت بالمريض، ومبدأ عدم الجواز بالحكم بأكثر مما يطلبه المتضرر، ومبدأ عدم التعويض إلا على الضرر القابل للتعويض نتيجة خطأ الطبيب فما زاد عن ذلك لا يمكن التعويض عنه.¹⁶⁹

إن الصعوبة الأساسية في التعويض عن فوات الفرصة في تقدير القيمة وليس في ذات التعويض، ولا يمكن اعتبار التعويض عقوبة إنما هو جبر للضرر، والضرر في فوات الفرصة احتمالي مما قد يتعذر تقديره حسابياً بشكل دقيق.

وإن التعويض عن تفويت الفرصة يجب أن يكون مساوي للضرر ومتعادل معه¹⁷⁰، وفي فوات الفرصة يتعذر إعادة الحال إلى الحالة التي كان عليها المضرور قبل فوات الفرصة لهذا فإن التعويض هو التعويض النقدي، فالقاضي عندما يحكم بالتعويض المتمثل في هذه الحالة يقوم بتحديد الضرر وتقديره مالياً، لكن هذا التعويض يكون جزئياً مقصور على خطأ الطبيب في تفويت الفرصة وليس عن النتيجة المرجوة أو الحالة النهائية التي يتواجد فيها المريض¹⁷¹، وذلك لعدة أسباب وهي:

1- لأنه حتى يكون التعويض كاملاً يجب ان يكون فات الفرصة محققاً ومؤكداً.

2- وجود الشك في العلاقة السببية ووسيلة إثباتها.

القاعدة العامة التي تحكم التعويض أن يكون على قدر كافٍ لجبر الضرر وألا يشمل الضرر غير المباشر، وأن يكون من خطأ الطبيب، فيجب أن يكون تعويضاً شاملاً فلا يمنح أكثر مما يستحق ولا ينتقص من حقه بالتعويض، فالقاضي يلجئ إلى التعويض النقدي لجبر الضرر لتعذر الحكم بغيره في

¹⁶⁹ الحسن، ك. (2014): النظام القانوني للمسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 237.

¹⁷⁰ السنهوري، مرجع سابق، هامش 15، ص 976.

¹⁷¹ ليديه صاحب، مرجع سابق، هامش 98، ص 133.

ضرر فوات الفرصة؛ لأنه وكما سبق بيانه يجب أن يكون الفوات نهائي للفرصة لذلك لا سبيل لإعادة الحال لما كان عليه فيكون في هذا الشأن التعويض نقدي لجبر الضرر وإصلاحه.¹⁷²

إن القاضي عندما يقدر التعويض عن الضرر في دعوى التعويض عن فوات الفرصة يكون أمام حالتين:

- النظر إلى الكسب الاحتمالي ويعتبر فواته ضرر قائم وأن هذه الفرصة هي وسيلة لتحقيق غاية نهائية وتقدر هذه الفرصة بقيمة الكسب الفائت وبالتالي يبرر للقاضي التعويض الكامل هنا.
- النظر إلى ما كان يحتمل تحققه من كسب في الفرصة الفائتة والنظر إلى ذات الفرصة من حيث قيمتها المالية.

وأكدت على ذلك محكمة النقض الفلسطينية أنه: "نقول ان اللجان الطبية تعمل وفق نظام اسست سناً له وتعتبر لهذه الغاية جهة رسمية، كما ان التقارير الصادرة عنها تعتبر من قبيل البيانات الخطية الفنية، وكذلك الحال للتقارير الطبية الاخرى فإنها تعتبر من قبيل البينة الا انها لا تتمتع بالرسمية التي تتصف بها تقارير اللجان الطبية الحكومية، وبذلك فإن الأخذ بأحدها وطرح الاخر يكون من قبيل وزن البينة وتقديرها يعود الامر به الى محكمة الموضوع بلا رقابة عليها من محكمة النقض".¹⁷³

أولاً: تعويض المتضرر بناء على الفرصة الفائتة ذاتها.

¹⁷² الفضل، مرجع سابق، هامش 50، ص 428-430.
¹⁷³ حكم محكمة النقض الفلسطينية لنقض الحكم الصادر عن محكمة استئناف رام الله بتاريخ 2016/3/17 حقوق، رام الله، الصادر بتاريخ 2019/04/07.

إن اليقين الوحيد في ضرر فوات الفرصة هو الفوات النهائي والمؤكد للفرصة ذاتها وما تعرض له المضرور من ضرر نتيجة ضياع هذه الفرصة، ولتقدير تعويضات فوات الفرصة لابد من تقدير قيمة الفرصة ذاتها الفائتة، أي وجب علينا النظر إلى ما إذا كانت الفرصة ذات قيمة أم لا، وقد تكون هذه المهمة صعبة لكن لابد من وجودها وعلى القاضي بذل كافة الجهد اللازم لتقديرها¹⁷⁴، فالقاضي يقدر الضرر المحقق مقارنة مع الضرر الاحتمالي، فيكون الضرر المحقق يشمل نسبة من الكسب الاحتمالي إضافة إلى التعويض الجزئي بناءً على قيمة الفرصة الممكنة ونسبة رجحان تحققها، ثم ينظر إلى درجة تحققها لإنتاج الكسب النهائي المأمول، فإذا وصلت إلى نسبة النصف تقدر قيمة الفرصة بنصف قيمة الكسب النهائي، وبالتالي فإن التعويض هنا تعويضاً جزئياً، مما يخرجنا من إطار الكسب الاحتمالي الفائت والضرر الاحتمالي فيكون التعويض عن أمور متحققة وليست احتمالية.¹⁷⁵

وخلاصة ما سبق، فإن القاضي أولاً يقدر ما إذا كانت الفرصة ذات أهمية ولها قيمة، ومدى رجحان إمكانية تحققها، وما نسبة ما ستحققه من كسب نهائي، أي إعطاء الفرصة أهمية كبيرة في دراستها والبحث في جوانبها المختلفة، من أجل اجراء عمليات حسابية لتقدير قيمتها أو نسبة امكانيتها في تحقيق الكسب النهائي.

ثانياً: تقدير تعويض المضرور بناء على الكسب الفائت.

إن الكسب النهائي المأمول هو أمر مؤكد وفاته يلحق الضرر المحقق على المريض مما يجعله يستحق التعويض الكامل عن هذا الكسب الفائت وليس فقط عن فوات الفرصة ذاتها، ولكن تقدير القاضي للتعويض باعتبار فوات فرصة الكسب بحد ذاتها ضرر غير كافي لتقدير قيمة الضرر؛ لكون

¹⁷⁴ السرحان، ع، ا، خاطر، ن، ح، مرجع سابق، هامش 32، ص 437.

¹⁷⁵ مرقص، س. (1992): الوافي في شرح القانون المدني، مكتبة مصر الجديدة، مصر، ص 46-47.

هذا الكسب احتمالي بل يجب على القاضي تقديره حسب ما كان يحتمل معه تحقيق هذا الكسب في الفرصة الفائتة، أي لا يشمل كامل الكسب إنما جزء منه وهو ما يستحق عليه التعويض¹⁷⁶، وبالتالي لتقدير التعويض عن فوات الفرصة لابد من تقدير قيمة الكسب الفائت الاحتمالي، ووجوب مراعاة ادخال مقدار أهمية فرصة تحقيق الكسب وما كان مهيباً له من نصيب في الفعل في حساب التعويضات.

إن الفرصة هي وسيلة لتحقيق الكسب النهائي، فلا يكون لهذه الفرصة قيمة بقدر قيمة ما تؤدي إلى تحقق كسب فائت، وهذه الطريقة هي احدى طرق تقدير التعويض التي يمكن للقاضي اعتمادها، لكنها تعارضت مع ما استقر عليه الفقه كما يخالف أمر ان فوات الفرصة محققاً، كون هذا الكسب مجرد احتمال وان اليقين فقط في الفوات النهائي للفرصة وما ترتب على ضياعها من ضرر، وهذا ما اكدت عليه محكمة التمييز الأردنية حيث جاء في قرارها أنه الحكم بالتعويض عن بدل فوات كسب هو تعويض عن ضرر محقق وليس محتمل.¹⁷⁷

ونرى أن هذه الطريقة تتعارض وتخرج عن المبدأ العام للتعويضات؛ لأن الكسب الفائت هو احتمالي وبالتالي لا يصلح لطلب التعويض وأن يكون أساس له بل لابد من تحققه، ونجد أيضاً ان تعويض فوات الفرصة جزئي وذلك بتقدير نسبة الكسب الاحتمالي أو الضرر الاحتمالي من القيمة الكلية للتعويضات عن ضرر فوات الفرصة.

¹⁷⁶ المرجع السابق، ص 339.
¹⁷⁷ قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2004/802، بتاريخ 2004/9/6، منشورات مركز عدالة.

ثالثاً: اثار التعويض عن تفويت الفرصة.

إن التعويض عن فوات الفرصة لا يتضمن أي تجاوز أو تعارض مع مبدأ التعويض الكامل للضرر، فهو تعويض جزئي لضرر نهائي فهو يتمثل في التعويض عن ضياع فرصة الشقاء أو البقاء على قيد الحياة، ولذلك وحتى لا نقع في احتمالية الضرر النهائي فإن التعويض يقتصر على قيمة الفرصة لذلك نقول بأنه تعويض جزئي وليس كامل.¹⁷⁸

واتضح لنا أنه وبمجرد إثبات الضرر وما ضاع عليه من فرص يحق له المطالبة بالتعويض، والقاضي يملك سلطة تقديرية في إثبات وجود الفرصة، إلا ان القانون الأردني حد من هذه السلطة في المادة 363 من القانون المدني الأردني التي نصت على أن "إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون او في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه".

الفرع الثاني: موانع المسؤولية من التعويض عن ضرر تفويت الفرصة.

إن أحكام المسؤولية التقصيرية متعلقة بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز الخروج عليها، كما لا يجوز الاتفاق على الاعفاء منها؛ لأن ذلك يفتح المجال للطرف القوي بإجبار الضعيف بما لا يريده، مما يساهم في زيادة ارتكاب الأفعال الضارة دون مراعاة للحيطه والحذر، كما وأيضاً لا يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية، ويجوز للمحكمة أن تعدل هذا الاتفاق بما يتناسب مع تقدير التعويضات¹⁷⁹

¹⁷⁸ الدسوقي، مرجع سابق، هامش 8، ص 162.
¹⁷⁹ عبيدات، ي، م. (2009): مصادر الالتزام في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، ص 334

إلا انه ورد في القرار بقانون 31 لسنة 2018 في نص المادة 21 منه التي تناولت حالات انقطاع رابطة السببية في الخطأ والضرر والتي تعفي الطبيب من المسؤولية الطبية فلا يكون الضرر الناتج هو ضرر عن خطأ طبي وبالتالي تعتبر كحالات عامة مانعة من المسؤولية عن ضرر فوات الفرصة، وهذه الحالات هي:

1. إذا كان قد وقع بسبب فعل من متلقي الخدمة نفسه، أو رفضه للعلاج، أو عدم اتباعه التعليمات الطبية الصادرة إليه من مقدم الخدمة الطبية والصحية، أو كان نتيجة لسبب خارجي، أو أي من المضاعفات الطبية المعروفة.
2. إذا اتبع مقدم الخدمة الطبية والصحية أسلوباً طبياً معيناً في العلاج مخالفاً لغيره في ذات الاختصاص، شريطة أن يكون متفقاً مع الأصول والمعايير الطبية المتعارف عليها.
3. إذا نتج عن الضرر مضاعفة طبية معروفة.
4. إذا لم يكن الضرر نتيجة لأي من الأسباب الواردة في المادة (19) من هذا القرار بقانون

أولاً: الحادث الفجائي والقوة القاهرة.

كلاهما يشتركان في عدم القدرة على التنبؤ بحدوثهما ولا يمكن دفعهما؛ لأن حدوثهما خارج عن إرادة الطبيب والمستشفى والمريض إلا أن الحدث المفاجئ يتميز عن القوة القاهرة من حيث اتصاله بنشاط الإرادة المسؤولة، مما يترتب عليه إعفاء الطبيب من تحمل عبء المسؤولية على خلاف القوة القاهرة التي تكون خارجة عن هذا النشاط، ويمكن تعريف الحدث المفاجئ بأنه: "كل حادث لا يمكن التنبؤ به

أو دفعه" أما القوة القاهرة هي "كل عارض خارج عن تدخل الإنسان وإرادته وسيطرته"¹⁸⁰، وهذا التفريق ضروري وبالتحديد فيما يتعلق بحوادث المصانع فإذا كان الحادث خارجي فهي قوة قاهرة، أما إذا كانت ترجع إلى أمر داخلي في ذات المشروع فهو حدث مفاجئ، وبناءً على هذا التمييز اقتصرنا على دفع مسؤولية التعويض على القوة القاهرة دون الحدث المفاجئ¹⁸¹، إلا أنه لدى غالبية الفقه والقضاء لا فرق بينهما وغالبًا التفريق يكون في القانون الإداري وليس المدني ولكن كلاهما سبب في الإعفاء من المسؤولية كالزلازل والحريق والفيضان.

وذهب جانب من الفقهاء إلى أن القوة القاهرة هي حادث يتسبب في حدوث ضرر تفويت الفرصة ويكون دوره مؤثرًا لدرجة ينعدم معها أي دور للفعل الضار الصادر عن محدث الضرر، ولا يعتبر الحادث قوة قاهرة تؤدي إلى إعفاء محدث الضرر من المسؤولية إلا إذا توافرت شروط الحادث المفاجئ¹⁸² وهي:

- 1- عدم إمكانية توقع القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.
- 2- عدم إمكانية دفع القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.
- 3- أن يكون الحادث المفاجئ خارجي.
- 4- أن يكون الحادث هو السبب الوحيد في الضرر

¹⁸⁰ عدو، ع. (2014): المنازعات الإدارية، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 421.

¹⁸¹ مرقس، س. (1958): محاضرات في المسؤولية المدنية، معهد الدراسات العربية العالمية، مصر، ص 493.

¹⁸² العوجي، م. (2007): القانون المدني "المسؤولية المدنية"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 490.

ثانياً: فعل المضرور.

كما وتتنفي المسؤولية عن الطبيب إذا كان فعل المريض نفسه هو السبب الوحيد في إحداث الضرر سواء كان هذا الفعل يشكل خطأ أو لا يشكل خطأ، كأن يكذب المريض على الطبيب في أعراضه أو معلوماته الصحية، إلا ان اتجه القضاء إلى اعتبار ان فعل المضرور لا يعفي من المسؤولية الكاملة إنما يخفضها إلا إذا تبين ان فعل المريض هو السبب الوحيد واستغرق في خطورته خطأ الطبيب، بالتالي إذا وجد خطأ من المضرور وخطأ من الطبيب يجب معرفة مدى تأثير كلاهما والتمييز بينهما لمعرفة هل هما خطأ مشترك أو مستقلان بحيث تنتفي مسؤولية الطبيب لانقطاع العلاقة السببية.¹⁸³

ثالثاً: فعل الغير.

إذا كان فعل الغير هو السبب الوحيد في إحداث الضرر كان الغير هو المسؤول عن التعويض، فخطأ الغير سبب أجنبي ينفي العلاقة السببية متى كان لا يمكن تفاديه او توقعه من قبل الطبيب، حيث ليس من المنطق تحميل الطبيب مسؤولية فعل صادر من الغير، وبالتالي تنتفي عنه المسؤولية ولا يجوز مطالبة بالتعويضات.

وذهب جانب من الفقه إلى أنه إذا اثبت المتسبب في وقوع الضرر أن ضرر فوات الفرصة يعود إلى فعل من الغير "أجنبي"، فإنه يكون قد أثبت السبب الأجنبي بركنيه، وهما ركن العلاقة السببية، وركن انتفاء التوقع، وبالتالي اعتبر فعل الغير هو السبب الوحيد لضرر فوات الفرصة مما يؤدي إلى انتفاء المسؤولية عن محدث الضرر، اما إذا ثبت أن ضرر فوات الفرصة ناتج عن سببين وفعالين مشتركين فهنا يصبح محدث الضرر والغير مسؤولين بالتضامن عن تعويض هذا الضرر، وهذه الحالة تسمى

¹⁸³ الرواشدة، مرجع سابق، هامش 96، ص 343.

الفعل الضار المشترك¹⁸⁴، غير أنه إذا كان أحد الفعلين الضارين نتيجة للآخر ففي هذه الحالة يقدم السبب الأول على الثاني وبالتالي يتحمل المسؤولية كاملة وليس بالتضامن.¹⁸⁵

ولكن المشرع الأردني أخذ بمذهب الفقه الإسلامي ولم ينص على التضامن في حال تعدد المسؤولين عن الفعل الضار وأنه لا بد من الحصول على حكم من المحكمة تحدد فيه نسبة مساهمة كل مشترك، وبالتالي تحديد مقدار حصته في التعويض، أو أن تقرر المحكمة من ذاتها التعويض بالتضامن، وهذا حسب نص المادة 265 من القانون المدني الأردني.¹⁸⁶

ومما سبق يرى الباحث أن اعتبار الأسباب السابقة مانع من موانع مسؤولية التعويض عن ضرر تفويت الفرصة يختلف بمجرد اختلاف ذات السبب الأجنبي، ففي القوة القاهرة مثل الحرب فإن نظر القضاء في التعويض يشوبه قدر كبير من التعقيد؛ لأن بطبيعة الحال لا يستطيع المضرور المطالبة عن الضرر المادي والضرر الأدبي، فكيف له المطالبة بالتعويض عن فوات الفرصة، أما إذا كان الفعل الضار سببه هو المضرور نفسه "المريض" فإن المنطقي هو حرمانه من التعويض؛ لأنه المتسبب في إحداث هذا الضرر، أما إذا كان نتيجة فعل الغير فيكون له الأحقية في هذا التعويض إلا ان المضرور قد اختصم شخص آخر غير محدث الضرر وعلى من اختصمه أن يقوم بإثبات عدم مسؤوليته بكل طرق الإثبات وأن المسؤول هو الغير.

وبالتالي فإن محدث الضرر يقع على عاتقه عبء نفي المسؤولية إما بنفي العلاقة السببية أو إثبات السبب الأجنبي حتى يعفى من المسؤولية الواقعة عليه سواء التقصيرية أو العقدية.

¹⁸⁴ العوجي، مرجع سابق، هامش 173، ص 500.

¹⁸⁵ مرقس، مرجع سابق، هامش 172، ص 500.

¹⁸⁶ إعبية، مرجع سابق، هامش 46، ص 117.

الخاتمة والنتائج والتوصيات.

ليس لدينا شك في أن نظرية التعويض عن فوات الفرصة أصبحت محلاً للدراسات القانونية مما تسبب في تعدد الاتجاهات والآراء الفقهية بشأن هذه النظرية في المجال الطبي، فأصبح لها أهمية كبيرة لارتباطها بحياة الإنسان وصحة جسده، وما هي إلا صورة من صور المسؤولية القائمة على الاحتمالات والتوقعات في المجال القانوني.

ويتضح لنا أهمية وجود رادع قانوني لأي سلوك خاطئ وسلبى؛ وذلك لما يقوم به القانون من وظيفة تنظيم لسلوك الأفراد في المجتمع مما يفترض تقديمه للحلول المناسبة لكافة الأخطاء الطبية والأضرار المترتبة عنها، ونرى أن وضع التشريعات ليس بالأمر السهل إنما مهمة صعبة فأحياناً يسعى للحفاظ على مصلحة المريض وأحياناً يسعى لحماية مهنة الطب.

وفي فلسطين المسؤولية المدنية للطبيب خاضعة للقواعد العامة في القانون المدني لعدم وجود قواعد خاصة تنظمها، وقد تم بيان هذا الأمر في البحث، كما وتم بيان ماهية الأفعال التي يترتب عليها ضياع الفرصة نتيجة أخطاء الطبيب، واستنتجنا أن فوات الفرصة بحد ذاته ضرر قابل للتعويض، ولكن مفهوم فوات الفرصة مختلف عن غيره من المفاهيم التي تكاد تختلط فيه فلا بد من تمييزه بشكل واضح ودقيق ودراسته المعمقة لأهميته الكبيرة، ولتفادي تهرب الطبيب من خطئه وكى لا نقع في شك وجود العلاقة السببية وجدت هذه النظرية.

وبالتالي وإنه يشترط أساساً لقيام المسؤولية المدنية توافر ثلاثة أركان وهي: الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية بينهما، ولكن المريض يواجه صعوبة في إثباتها نظراً لسرية العمليات الجراحية وخصوصيتها، كما ويواجه أيضاً صعوبة في إثبات العلاقة بين الخطأ الطبي والحالة النهائية للمريض؛ فقد يكون هذا الخطأ ناتج عن عامل ثابت وهو خطأ الطبيب، وقد يكون ناتج عن عوامل متداخلة، مما أيضاً يعزز صعوبة الإثبات وربط العلاقة السببية للمطالبة بالتعويضات، ولكن لا يعني ذلك هرب الطبيب من اخطائه لذلك كان الحل الوسطي وهو التعويض عن فوات الفرصة.

وعلى أساس ذلك تم دراسة التعويض عن فوات الفرصة في هذه الدراسة من خلال فصلين متوسعين فيها بأهم النقاط، جاء الفصل الأول فيها عن ماهية فوات الفرصة، وما هو تعريفها القانوني والفقهية والاصطلاحي، ومقارنتها في غيرها من الأضرار المتشابهة، وبيان أهم خصائصها وحالاتها، وكيفية إثباتها وعلى عاتق من يقع إثباتها وسلطة القاضي في وجود الفرصة من ضياعها، أما الفصل الثاني فقد كان الحديث فيه متخصص في التعويض عن ضرر فوات الفرصة وأساسه القانونية، وبيان الماهية للحالة النهائية و الحالة الأولية للمريض وعلى أي أساس تقام الدعوى القضائية وما هو دور القاضي في بحث التعويض وتقدير قيمته، وأخيراً موانع قيام المسؤولية الطبية.

ومن أهم النتائج التي توصلنا لها:

- 1- فوات الفرصة هي نظرية حديثة في إطار المسؤولية الطبية تم استحداثها بسبب عدم قدرة المريض على إثبات العلاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر المترتب في حالته الصحية النهائية.
- 2- يختلف ضرر فوات الفرصة عن الأضرار المتنوعة مثل الضرر المتفاقم والمحمّل والمستقبلي.
- 3- إن ضرر فوات الفرصة يجب أن يتكون من عنصرين هما الضرر الفعلي والحقيقي والضرر المؤكّد والنهائي.
- 4- عدم كفاية القواعد العامة في القانون المدني من حماية مصلحة المريض، ووجود فجوة تشريعية فيما يتعلق بمسألة فوات الفرصة.
- 5- الخطأ في التشخيص أو العلاج من الأخطاء التي يمكن أن يرتكبها الطبيب وتعرضه للمساءلة والتعويض إذا لم يبذل الجهد المعتاد فيها.
- 6- أن ضرر فوات الفرصة يضم عنصرين أساسيين وهما: الفوات المؤكّد والنهائي وجدية الفرصة وحقيقتها وبالتالي لا بد من إثبات فوات الفرصة حتى يتم المطالبة بالتعويضات.
- 7- فوات الفرصة بحد ذاته ضرر حتى وإن كانت هذه الفرصة محتملة وعلى هذا الأساس يقضى بالتعويض.
- 8- تقع المسؤولية على الطبيب بمجرد فوات فرصة المريض في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة إذا كانت ناتجة عن فعل ارتكبه.
- 9- إن عبء الإثبات حسب القواعد العامة يكون على من يدعي خلاف الواقع أي المريض، ولكن لصعوبة إثبات الأخطاء الطبية تم وضع قرينة قانونية تنقل عبء الإثبات للطبيب.

10- القاضي له سلطة في تقدير مدى توافر فوات الفرصة من عدمه خاضعاً لرقابة محكمة النقض بتوافر شروطها، وبناء على ذلك يقدر قيمة التعويضات المترتبة على الطبيب المخطئ.

11- الطبيب تبقى مسؤوليته المدنية عن فوات الفرصة في العلاج أو البقاء على قيد الحياة إلا إذا أثبت أن هناك مانع من موانع المسؤولية قد تحقق في حالته العلاجية.

وفي ختام هذه الدراسة وبعد ما تم بيانه نوصي بما يلي:

1- وجود محاكم خاصة بالأخطاء الطبية، تتضمن مختصين قانونيين في المجال الطبي للنظر في هذه القضايا على وجه السرعة والدقة، وسنّ نصوص قانونية واضحة للرأي المتبنى في نظرية فوات الفرصة تواكب التطور العلمي في مجالات الطب ويفضل أن تكون بالتعاون مع أطباء وتحت إشرافهم.

2- أقترح تبني مبدأ التعويض عن فوات الفرصة الناتج عن كافة حالات الخطأ الطبي كما هو مطبق في القانون الفرنسي دون تمييز بين مسؤولية عقدية أو تقصيرية، وتعديل القوانين الفلسطينية السارية بما يتناسب مع هذا المبدأ.

3- سن نصوص قانونية جزائية في قانون العقوبات لمعاقبة المهملين من الأطباء عن الأخطاء الطبية وتقويت فرصه الشفاء على المريض وعدم الاقتصار على التعويض ضمن نطاق المسؤولية المدنية.

4- إضافة نص قانوني يضع ضابط واضح للتعويض عن الفرصة الضائعة بسبب تفويتها من قبل الطبيب، بحيث يكون التعويض متناسباً مع حجم الضرر الواقع على المريض وتأثيره على وضعه الصحي وحياته العملية ومراعياً وضعه المستقبلي بعد تفويت هذه الفرصة.

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

القوانين ومشاريع القوانين:

1- قرار بقانون رقم (31) لسنة 2018م بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية، المنشور في

العدد 147، الوقائع الفلسطينية، ص7، بتاريخ 2018/9/23.

2- قانون حقوق المريض لعام 1996، كتاب القوانين، العدد 1591، ص327، بتاريخ

1996/12/5.

3- مشروع القانون المدني الفلسطيني، المذكرة الايضاحية، ديوان الفتوى والتشريع، رام الله،

فلسطين، 2003.

4- قانون الأضرار لسنة 1968، كتاب القوانين، العدد 529، ص101، بتاريخ 1968/6/28.

5- مجلة الأحكام العدلية الصادرة بتاريخ 1293، مجموعة عارف رمضان، الحكم العثماني، العدد

0، ص1.

6- قانون الصحة الفلسطيني رقم 20 لسنة 2004، الوقائع الفلسطينية، العدد 54، بتاريخ

2005/4/23.

7- قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944، الوقائع الفلسطينية (الانتداب البريطاني)، العدد

1830، بتاريخ 1944/12/28.

المراجع العامة:

1. الأبرشي، ح. (1951): مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة.
2. ابن عبد السلام، ع.ع. (1991): قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة.
3. أبو البصل، ع. (1999): دراسات في فقه القانون المدني الأردني، النظرية العامة للعقد، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن.
4. أحمد عاشور، ع.أ. (ب.ت): الأضرار البدنية الناشئة عن الأخطاء الطبية، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية.
5. ادعيس، م. (2001) مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، الجمعية الفلسطينية لحماية حقوق الإنسان والبيئة (القانون)، القدس.
6. بسام المحتسب، ب. (1984): المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، دار الإيمان، دمشق.
7. البيه، م. (ب.ت): نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الوجوب للمسؤولية المدنية في ضل القواعد القانونية التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر.
8. التونجي، ع. (1996): المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، دار المعارف، لبنان.
9. الجبوري، ي. (2011): الوجيز في شرح القانوني المدني الأردني (مصادر الالتزامات)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
10. حسام الدين الأهواني، ح. (2000): النظرية العامة للالتزام، دون ناشر.

11. الحسن، ك. (2014): النظام القانوني للمسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
12. الحسن، م. (2013): الخطأ الطبي حقيقته وآثاره، جامعة الملك فيصل، السعودية.
13. الحساوي، ح. (ب.ت): التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة، عمان.
14. حسين، م، ع. (1995): مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، دار النهضة العربية، مصر.
15. حسين، م، ع. (ب.ت): المسؤولية المدنية للمحامي اتجاه العميل، دون ناشر، مصر.
16. حنا، م، ر. (2008): مسؤولية الأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، مصر.
17. حنا، م، ر. (2011): النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
18. الحيارى، أ، ح. (2005): المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء القانون الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن.
19. دواس، أ. (2012): مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، المعهد القضائي الفلسطيني، رام الله.
20. الذنون، ح، ع. (2006): المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الثالث، دار وائل للنشر، عمان.
21. الرواشدة، إ. (ب.ت): المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، دار الكتب القانونية، مصر.
22. الزاوي، ال. (ب.ت): مختار القاموس، ط11، دار عالم الكتب، ص473.

23. سرحان، ع.إ. (2004): مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، منشورات حلي الحقوقية، لبنان.
24. السرحان، ع.خ. (2008): شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، مكتبة دار الثقافة، عمان.
25. سعد، أ.م. (1983): مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة.
26. السعدي، ع.ح. (2015): المسؤولية الطبية في القانون، دار الرضوان للنشر والتوزيع، عمان.
27. السعيد، م. (1992): نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر.
28. سلطان، أ. (1987): مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، عمان.
29. السنهوري، ع. (1949): الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، لبنان.
30. شرف الدين، أ. (1986): مسؤولية الطبيب "مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة"، مطبوعات جامعة الكويت.
31. الشوا، م، س. (2003): مسؤولية الأطباء وتطبيقها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة.
32. طلبة، أ. (2005): المسؤولية المدنية، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة.
33. عامر، ح. (1956): المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، مطبعة مصر، مصر، 1956.

34. العامري، س. (1981): تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مركز البحوث القانونية، بغداد.
35. عبد الله، ف، ع. (2001): شرح النظرية العامة للالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية.
36. عبيدات، ي، م. (2009): مصادر الالتزام في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان.
37. عجاج، ط. (2004)، المسؤولية المدنية للطبيب، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ص 32.
38. عدو، ع. (2014): المنازعات الإدارية، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
39. العدوي، ج. (ب.ت): أصول الالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية.
40. عكوش، ح. (1970): المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، دار الفكر الحديث للطبع والنشر، مصر.
41. علي سليمان، ع. (1993): النظرية العامة للالتزام ومصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، دن، الجزائر.
42. العوجي، م. (2007): القانون المدني "المسؤولية المدنية"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
43. عودة، ع. (1997): التشريع الجنائي الإسلامي، دار التراث، القاهرة.
44. الفار، ع. (2019): أحكام الالتزام (آثار الحق في القانون المدني)، دار الثقافة للنشر والتوزيع.

45. الفضل، م. (1996): النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
46. قاسم، م، ح. (2006): إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة.
47. مأمون، ع. (2006): رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
48. محمد عبد النباوي، م، ع. (2005): المسؤولية المدنية للأطباء القطاع الخاص، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
49. مختارية، ع. (2017): الضرر الطبي الموجب للتعويض وأثاره القانونية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، 8.
50. مرقس، س. (1958): محاضرات في المسؤولية المدنية، معهد الدراسات العربية العالمية، مصر.
51. مرقس، س. (1971): المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، الطبعة الأولى، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة.
52. مرقس، س. (1992): الوافي في شرح القانون المدني، مكتبة مصر الجديدة، مصر.
53. المعاينة، م، ع. (2004): المسؤولية المدنية والجنائية في الاخطاء الطبية، مركز الدراسات والبحوث، الرياض.
54. منصور، م. (2001): المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
55. منصور، م، ح. (ب.ت): المسؤولية الطبية للطبيب الجراح، صيدلانية، تمرير، العيادة والمستشفى، الأجهزة الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.

56. النقيب، ع. (1999): النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي-الخطأ والضرر-، مكتبة صادر، بيروت.

المراجع المتخصصة:

- 1- أمزياتي، أ. (2018): "مسؤولية الطبيب عن تفويت الفرصة على المريض"، مجلة القانون والأعمال، 17.
- 2- جابر، س.أ. (أكتوبر، 2009)، "التعويض عن تفويت الفرصة في الشفاء أو الحياة"، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، 496، ص 39-50.
- 3- جاد الرب، ح.م. (2007): التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- 4- الجميلي، أ.، الجميلي، ط. (2018): "مسؤولية الطبيب المدنية عن تفويت الفرصة (دراسة قانونية مقارنة)"، مجلة كلية المأمون، 31.
- 5- خليفة، م.س. (2006) المسؤولية المدنية عن الممارسات الطبية الماسة بالجنين، دار النهضة العربية.
- 6- الدسوقي، ا. (2013): "تعويض تفويت الفرصة (القسم الأول)"، مجلة الحقوق، 3.

7- سيد، أ.ج. (2009): "التعويض عن تفويت فرصة الشفاء أو الحياة"، مجلة مصر المعاصرة، 496.

8- سيد، أ.ج. (أكتوبر/2009): "التعويض عن تفويت فرصة الشفاء أو الحياة"، مجلة مصر المعاصرة، 20.

9- شلقامي، ش.غ. (2008): التعويض عن ميلاد الطفل ذوي الاحتياجات الخاصة "دراسة تحليلية للتطور القضائي الفرنسي والموقف في القانون المصري والفقهاء الإسلاميين"، دار النهضة العربية، القاهرة.

10- عبد الحميد، ث. (2007): تعويض الحوادث الطبية "مدى المسؤولية عن التدايعات الضارة للعمل الطبي"، دار الجامعة للنشر والتوزيع، مصر.

11- العشماوي، أ.إ. (2004): تفويت الفرصة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر.

12- عيسى، ي.ز. (2011): التعويض الناشئ عن تفويت الفرصة أحكامه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون، دون ناشر، الخرطوم.

13- ليدية، ص. (2011): فوات المسؤولية في إطار المسؤولية الطبية، جامعة مولود معمري، الجزائر.

الرسائل والأطروحات العلمية:

1. ابن صغير، م. (2010): الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان الجزائر.

2. أعبيه، خ. (2004): التعويض عن تفويت الفرصة في القانون الأردني دراسة مقارنة، جامعة آل البيت، الأردن.
3. الدرويش، أ. (1999): خطأ الطبيب وأحكامه في الفقه الإسلامي، جامعة جرش، الأردن.
4. شاويش، أ.ع. (2018): الكسب الفائت في الفقه الإسلامي، جامعة القدس أبو ديس، فلسطين.
5. عبد السلام، ع.س. (2008): أحكام تقدير التعويض وأثر تغير القوة الشرائية للنقود على تقديره، جامعة أسيوط، مصر.
6. عزيز، أ.ع. (1991): الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، رسالة دكتوراه، بدون ناشر، بغداد.
7. عساف، و.ت. (2008): المسؤولية المدنية للطبيب، جامعة النجاح، فلسطين.
8. علوي، س.ح. (2018): المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية في المستشفيات العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين.