

عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس

المسؤولية المدنية للطبيب عن تفويت فرصة الشفاء

تماضر محمد جميل منصور

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

1443 هـ / 2022 م

المسؤولية المدنية للطبيب عن تفويت فرصة الشفاء

إعداد: تماضر محمد جميل منصور

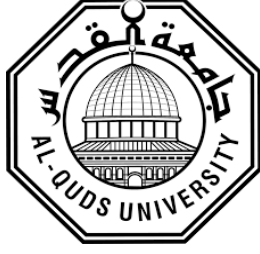
بكالوريوس قانون / جامعة القدس / فلسطين

المشرفة: د. سمر سمور

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص

عمادة الدراسات العليا / كلية الحقوق / جامعة القدس

1443هـ / 2022م



جامعة القدس

عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس

إجازة الرسالة

المسؤولية المدنية للطبيب عن تفويت فرصة الشفاء

إعداد الطالبة : تماضر محمد جميل منصور

الرقم الجامعي : 21910972

المشرفة : د. سمر سمور

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ : 11 / 6 / 2022 م من أعضاء لجنة

المناقشة المدرجة أسماؤهم وتوقيعاتهم :

1_ رئيس لجنة المناقشة : د. سمر سمور

2_ ممتحناً داخلياً : د. محمد خلف

3_ ممتحناً خارجياً : د. أحمد السويطي

التوقيع:.....
التوقيع:.....
التوقيع:.....

القدس - فلسطين

1443 هـ / 2022 م

الإهداء

إلى مسندي وسندي وقوتي في هذه الحياة ... إلى من احمل اسمه بكل فخر واعتزاز والدي
الحبيب أطل الله في عمره

إلى الحاضرة دوما رغم الغياب ... إلى فقيدة قلبي إلى روح أمي الغالية ... رحمك الله وأسكنك
فسيح جناته

إلى سندي الثاني بعد أبي .. إلى رفيق درب ... وشريك العمر وصديق الأيام بطوها ومرها
إليك زوجي الغالي

إلى قرة عيني إلى أعلى ما في الوجود إلى أجمل نعيم الدنيا ... ابني حبيبي إبراهيم
إلى بحر الحب والعطاء ... إلى دفء العائلة إلى عائلتي الثانية أدعو الله أن يطيل عمركم ،
عائلة زوجي

إلى الشموع التي تضيء حياتي ... إلى الكتف الثابت الذي لا يميل إلى عزوتي وسعادتي
أخوتي وأخواتي

إلى أساتذتي الأفاضل جميعاً في كلية الحقوق

إلى جميع أحبتي وأصدقائي وزملائي


أهدي عملي المتواضع هذا.

الباحثة : تماضر محمد منصور

إقرار

أقر أنا معدة الرسالة، أنها قدمت لجامعة القدس لنيل درجة الماجستير، وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة باستثناء ما تم الإشارة له حيثما ورد، وأن هذه الرسالة أو أي جزء منها لم يقدم لنيل أية درجة عليا لأي جامعة أو كلية أخرى .

الاسم : تماضر محمد جميل منصور

التوقيع : 
التاريخ : ١١ / ٦ / ٢٠٢٢ م

الشكر والتقدير

الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه، والشكر له كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، عدد خلقه ورضا نفسه وزنة عرشه ومداد كلماته على أن منّ عليّ وأعانني على إنجاز هذه الرسالة، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

بعد الشكر والحمد لله الذي شملت رحمته كل الوجود، أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أستاذتي الفاضلة ومشرفتي الدكتورة سمر سمور أستاذة القانون المدني في كلية الحقوق في جامعة القدس لما قدمته لي من علم وتوجيه وإرشاد في إنجاز هذا العمل وإتمامه، أسأل الله أن يجزيها خيراً في الدنيا والآخرة.

والشكر الموصول إلى جامعتي، جامعة العاصمة والصمود، جامعة القدس، وخالص الشكر والامتنان إلى عميد كلية الحقوق الدكتور محمد خلف وإلى منارات العلم جميع أعضاء الهيئة التدريسية كلا باسمه ولقبه. كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساهم معي وأعانني لإتمام هذه الرسالة.

الباحثة: تماضر محمد جميل منصور

الملخص

تناولت هذه الدراسة أحد أكثر المواضيع الشائكة في مجال المسؤولية المدنية للطبيب، ذلك أن الضرر الناتج عن تفويت الفرصة بالشفاء على المريض ذو طبيعة خاصة وغامضة بذات الوقت وتتشابه مع فكرة الضرر الاحتمالي والضرر المستقبلي، وهو ما يثير صعوبة في تحديد أساس تلك المسؤولية عند التعويض .

وقد حاولت هذه الدراسة جمع الدر المنثور لتتناول مختلف جوانب هذه المسؤولية ونظامها القانوني، والتي تنشأ بسبب الأخطاء الطبية بنوعيتها والتي قد تكون ناتجة عن أفعال إيجابية كخطأ الطبيب في التشخيص أو تلك الأخطاء التي قد يرتكبها داخل العمليات الجراحية...، أوقد تكون ناتجة عن أخطاء سلبية ومنها عدم قيام الطبيب الجراح بتخدير المريض بنفسه دون الاستعانة بطبيب تخدير مختص أو الاستعانة بشخص غير كفاء، وكذلك الحال عند امتناع الطبيب ورفضه تقديم العلاج للمريض.

كما وقد تناولت الدراسة أحكام وصور المسؤولية المدنية الطبية العقدية منها؛ والتي يفترض قيامها متى كان مقدم الخدمة مستشفى خاص حيث يكون للمريض حرية اختيار الطبيب المعالج، كما التقصيرية؛ التي تنشأ متى كان مصدر الالتزام فعل ضار أو عمل غير مشروع، وهي الحالة المفترضة متى كان مقدم الخدمة مستشفى عمومي، بحيث لا يعتمد على نظام العقود بينه وبين متلقي الخدمة، وليس لهذا الأخير الحرية في اختيار الطبيب المعالج.

هذا وقد سلطت الدراسة الضوء بشكل عام على الشروط الواجب توافرها في الضرر لقيام مسؤولية الطبيب الموجبة للتعويض، في حين تناولت الشروط الأصلية والإجرائية الواجب توافرها للتعويض عن الضرر لفوات الفرصة بشكل خاص، طبيعته والآلية المتبعة في التعويض وإثبات الضرر الناجم عن فوات فرصة المريض بالشفاء، وكل ذلك من خلال تحليل نصوص القواعد المدنية المنطبقة في الضفة الغربية حول المسؤولية المدنية بشكل عام وقرارات بقانون ذات العلاقة وبخاصة القرار بقانون رقم (31) لسنة 2018 بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية.

The civil liability of the doctor for missing the opportunity for recovery

Prepared by: Tamador Mohammad Jameel Mansour.

Supervisor: Samar Sammour.

Abstract

This study addressed one of the most thorny topics in the field of physician civil liability, which raises the difficulty in determining the cause of those circumstances.

Efforts to collect them began to research the errors he committed during the operations ... resulting from negative errors, except for the surgeon's failure to anesthetize the patient himself without using a specialized anesthetist or incompetent counseling, and the same applies when the doctor refuses and refuses to provide treatment to the patient.

The study also dealt with the provisions and forms of contractual medical civil liability, including; Which is supposed to take place when the service provider is a private hospital where the patient has the freedom to choose the treating doctor, as is the default; That arises when the source of the obligation is a harmful act or an illegal act, which is the assumed situation when the service provider is a public hospital, so that it does not depend on the contract system between it and the recipient of the service, and the latter is not free to choose the treating doctor.

In general, the study sheds light on the conditions that must be met in the damage for the physician's responsibility to be compensated, while the original and procedural conditions that must be met to compensate for the damage for the missed opportunity in particular, its nature and the mechanism used in compensation and proof of the damage resulting from the patient's missed

opportunity to recover, and all This is done by analyzing the texts of civil rules applicable in the West Bank on civil liability in general and relevant law decisions, especially Law No. (31) of 2018 regarding protection and medical and health safety.

روى البخاري عن أبي هريرة _ رضي الله عنه _ عن النبي _ صلى الله عليه وسلم _ قال:
(ما أنزل الله داءً إلا أنزل الله له شفاءً)).

(رواه البخاري)

المقدمة

تنقسم المسؤولية الطبية إلى مسؤولية جنائية طبية وأخرى مدنية بحيث يخضع الطبيب لقواعد الحق العام ويتابع جنائياً حال ارتكابه لأخطاء تمثل جرائم يعاقب عليها قانون العقوبات أما المسؤولية المدنية الطبية، فنقتضي التعويض المادي عن الضرر الناتج عن الخطأ المرتكب من طرف الطبيب. والتي بدورها تنقسم لمسؤولية عقدية نتيجة إخلال الطبيب بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد الطبي المبرم بينه وبين المريض على نحو يسبب للمريض ضرراً، والنوع الثاني هو المسؤولية التقصيرية التي تقوم وتنتشأ في حالة انتفاء وجود العقد الطبي بين الطبيب والمريض.

وتعتبر من صور المسؤولية المدنية الطبية مسؤولية الطبيب عن تفويت فرصة الشفاء، وفكرة تفويت الفرصة عبارة عن شكل من أشكال الضرر موضوعه ضياع فرصة كانت موجودة من قبل، وهو بمثابة احتمال غير مؤكد وغير مفترض في الوقت نفسه ولكن يعتبر تفويتها أمر محقق، ويشكل عنصر من عناصر الذمة المالية للمضروب، ويظهر مبدأ تفويت الفرصة بالنسبة للمريض بعدة وجوه، منها ما كان أمامه من فرص للكسب أو النجاح في الحياة العامة لو لم يرتكب الطبيب الخطأ الطبي، فإن هذا الخطأ يعتبر مرتبطاً بالضرر برابطة سببية تكفي لقيام المسؤولية.

وكما هو معلوم فإن الكثير من الوقائع لا تخضع لسيطرة الإنسان بحيث تضيع الفرصة حين تتوقف القدرة البشرية عن العمل، ويظهر تفويت الفرصة في المجال الطبي خاصة في مجال الشفاء، نتيجة لخطأ الطبيب أو إهماله وتقصيره أو خطأ في التشخيص أو في العلاج أو نتيجة لبذل جهد أقل من المطلوب. فإن فانت الفرصة على المريض بسبب خطأ الطبيب قامت مسؤولية الأخير، ومن ثم يحق للمضروب المطالبة بالتعويض عن تلك الفرصة الضائعة، بمعنى أن تفويت الفرصة يعد بحد ذاته ضرر محققاً يستوجب التعويض عنه. وقد تم الأخذ بنظرية تفويت الفرصة لأول مرة في فرنسا سنة 1965¹، وتوالت بعد ذلك أحكام محكمة النقض الفرنسية التي تؤكد على أن خسارة الفرصة تشكل بحد ذاتها ضرراً يستوجب التعويض.

¹ Cass-civ, 1 ére14 ،\12\1965, J.C.P.1966, 2, P.14753, note sous Savatier.

فأصبحت مشكلة الأخطاء الطبية وما ينجم عنها من تفويت الفرصة بالشفاء على المريض مشكلة عالمية وضرورة بحثية ملحة لاسيما بعد تزايد الإدعاءات والشكاوي بوقوع الأخطاء الطبية نظراً لكثرة الحالات التي وقعت ضحية للأخطاء الطبية، فمنهم من فقد حياته ومنهم من أصيب بإعاقة دائمة، كل ذلك من جراء الإهمال والتقصير وعدم إتباع الحيطة والحذر، وكذلك عدم بذل العناية والجهد المطلوب بحق المرضى سواء في المستشفيات العامة أو الخاصة، مما يؤدي إلى ضياع حقوقهم وتفويت فرصة الشفاء عليهم وعدم مساءلة المتسبب وذلك نتيجة لصعوبة إثبات الخطأ الطبي والعلاقة السببية.

وأكدت الشريعة الإسلامية على ضرورة التداوي وعلى عدم المساس بجسم الإنسان فقال تعالى: "ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة"² كما أن السنة النبوية قد أكدت على وجود العلاج والدواء لكل داء عن أبي هريرة_ رضي الله عنه _أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: "ما أنزل الله من داء إلا أنزل له شفاء"³ فأباحت الشريعة الإسلامية علاج الإنسان وجراحته، حيث يجب تدارك هلاك النفس بإتلاف جزء أو عضو منها، والعلاج يجب أن يقتصر على قدر الضرورة.

²القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية رقم (195).
³رواه البخاري، كتاب الطب، باب ما أنزل الله من داء إلا أنزل له شفاء، حديث(5678).

أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى .:

- 1_ التعرف إلى بعض صور المسؤولية المدنية الطبية .
- 2_ التعرف إلى بعض صور الأخطاء الطبية التي تؤدي إلى تفويت الفرصة .
- 3_ التعرف إلى الشروط الخاصة التي لا بد من توافرها للتعويض عن ضرر فوات الفرصة .
- 4_ التعرف على طبيعة التعويض والجهة المختصة بالتعويض في المجال الطبي.
- 5- التعرف إلى آلية وعبء الإثبات في المسؤولية المدنية الطبية .
- 6_ التعرف إلى دور المحكمة في تقدير الأدلة في مجال المسؤولية المدنية الطبية .
- 7_ التعرف إلى أهمية عقد التأمين من المسؤولية ودوره الكبير في مجال الأخطاء الطبية .

أهمية الدراسة

الأهمية النظرية

تتضمن هذه الدراسة أهمية نظرية وذلك من خلال تسليط الضوء على مفهوم تفويت فرصة الشفاء على المريض، وعلى النظام القانوني للمسؤولية المدنية للطبيب عن تفويت الفرصة، وعلى التطور التاريخي لفكرة تفويت الفرصة من خلال موقف الفقه والقضاء في تعويض المريض عن ضرر فوات الفرصة في القوانين القديمة والحديثة الفرنسية والمصرية والفلسطينية.

وفي ضوء التقدم والتطور العلمي والفني والتكنولوجي في المجال الطبي وما صاحب من تطور أدى لظهور مخاطر جديدة لم تكن موجودة من قبل، أدت أيضا إلى صعوبة إثبات مسؤولية الطبيب وجعل مهمة القاضي في غاية الصعوبة والدقة، مما حدا بالمشرع إعادة تنظيم العلاقة بين الطبيب والمريض من خلال إلقاء الضوء على القوانين الجديدة التي صدرت من أجل وضع إطار قانوني للتقدم العلمي في نطاق علاقة الطبيب بالمريض، والتطرق إلى ظاهرة الأخطاء الطبية وشروطها ووضع ضوابط وقيود وقوانين لمزاولة مهنة الطب.

وقد راعى قرار بقانون رقم (31) لسنة 2018 بشأن الحماية والسلامة الصحية والطبية التشريعات والقوانين العالمية التي تحدثت عن الأخطاء الطبية والتأمين عليها، وذلك حماية للمصلحة العامة وجبر الضرر عن الأخطاء الطبية خاصة فيما يتعلق بإلزامية التأمين ضد الأخطاء الطبية .

الأهمية التطبيقية

تتمحور أهمية الموضوع من الإشكالات التي يثيرها لاسيما في الجانب التطبيقي العملي، وذلك لتعلق الموضوع بأرواح الناس وسلامة أجسادهم، إذ نرى الكثير من المرضى تفوتهم الفرصة في الشفاء جراء الأعمال الطبية، كما وإن الواقع العملي يؤكد على أهمية الموضوع لوجود حالات كثيرة من ضياع الفرص على المرضى دون أي اعتبار للشخص الذي لحقه الضرر، وأنهم لم يجدوا السبيل القانوني المناسب الذي يمكنهم من الحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت بهم نتيجة تفويت الفرصة عليهم في الشفاء والتي وصل بعضها إلى حد الوفاة وذلك نتيجة الأخطاء الطبية والإهمال الطبي وعدم إتباع الحيطه والحذر والجهل بالأمور الطبية المفترض الإلمام بها وعدم بذل الجهد والعناية اللازمة وعدم إتباع القواعد والأصول المهنية سواء في المستشفيات العامة أو الخاصة أو في العيادات الخاصة، لذلك تتمثل الأهمية العملية في هذه الدراسة في طبيعة التعويض عن ضرر فوات الفرصة، وتقدير التعويض العادل والمناسب عن الضرر الذي لحق بالمضروب من تفويت فرصة الشفاء أو فرصة البقاء على قيد الحياة، وذلك من خلال الاجتهادات القضائية بخصوص ضرر تفويت الفرصة على المريض، وآلية وعبء إثبات هذا الضرر بالطرق القانونية، ودور القاضي في تقدير الأدلة، وبيان الجهة المختصة في التعويض عن ضرر فوات الفرصة.

إشكالية الدراسة

تتناول الدراسة البحث في الإشكالية التالية: **ما هو النظام القانوني للمسؤولية المدنية للطبيب**

عن تفويت فرصة الشفاء؟ر وتثير هذه الإشكالية عدة تساؤلات :

أولاً_ هل يوجد تنظيم تشريعي لمسؤولية الطبيب المدنية عن تفويت فرصة الشفاء على المريض ؟

ثانياً_ ما هي طبيعة وصورة المسؤولية المدنية للطبيب أهل عقدية أم تقصيرية ؟

ثالثاً_ ما هو التكيف القانوني لطبيعة التزام الطبيب أهل القيام ببذل العناية أو تحقيق نتيجة ؟

رابعاً_ هل يتم التعويض عن تفويت فرصة الشفاء بوصفها ضرراً بحد ذاتها أم التعويض عن النتائج النهائية؟

خامساً_ هل يجب توافر شروط خاصة لضرر فوات الفرصة ؟

سادساً_ ما هي طبيعة ونوع التعويض عن ضرر فوات الفرصة ؟

سابعاً_ من هي الجهة المختصة بالتعويض في حال إثبات المسؤولية المدنية للطبيب؟

ثامناً_ هل يوجد تأمين من المسؤولية ضد الأخطاء الطبية في فلسطين ؟

تاسعاً_ من هي الجهة القضائية المختصة بالنظر في الدعوى وما هو دورها في تقدير الأدلة؟

عاشراً_ على من يقع عبء إثبات المسؤولية المدنية وعناصرها؟

منهجية الدراسة

لقد تم إتباع المنهج الوصفي التحليلي في هذه الدراسة بتحليل نصوص مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876 وقانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944 والقرار بقانون رقم 31 لسنة 2018 بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية وكما اعتمدت الدراسة على المنهج التطبيقي والعملية الذي يقوم بالإطلاع على مواقف وأحكام القضاء وذلك من خلال إجراء المقارنة بين موقف التشريع المصري والفلسطيني وكذلك الأردني.

مصطلحات الدراسة

_الخطأ: هو نشاط إرادي، إيجابي أو سلبي لا يتفق مع الواجب من الحذر والحيطه، وهو كذلك "كل فعل أو ترك إرادي تترتب عليه نتائج لم يرد لها الفاعل مباشرة ولا بطريق غير مباشر، ولكنه كان في وسعه تجنبها.

_الخطأ الطبي: هو ما يرتكبه مزاوالمهنة ويسبب ضرر لمتلقي الخدمة بسبب الجهل بالأمر الفنيه المفترض الإلمام بها وعدم إتباع الأصول والقواعد المهنية المتعارف عليها وعدم بذل العناية اللازمة والإهمال والتقصير وعدم إتباع الحيطه والحذر، وجاء فيه أنهلا يعتبر الضرر ناتجا عن خطأ طبي إذا وقع بسبب فعل المريض أو بسبب رفضه للعلاج أو كان بسبب خارجي ، وأي مضاعفات طبية معروفة إذا لم يكن الضرر نتيجة أي سبب حسب ما جاء بالمادة 19 من القرار بقانون.

_المسؤولية: بأنها حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب المؤاخذه .

_المسؤولية المدنية: هي الالتزام بجبر الضرر الذي يحدثه المسئول نتيجة إخلال بالالتزام عقدي أو بالواجب القانوني العام وهو عدم الإضرار بالغير. أو هو الجزء الذي يفرضه القانون على من يخل بالتزامه العقدي أو بالواجب القانوني العام .

_المسؤولية المدنية الطبية: هي التي تتمثل في تعويض المضرور عن ما حل به من أضرار مادية أو أدبية بسبب الخطأ الطبي.

_الدعوى المدنية: هي التي يرفعها المضرور أو أقاربه وهي وسيلة للحصول على التعويض.

_الضرر: هو الأذى الذي يلحق بالشخص في ماله أو عرضه أو نفسه أو حريته أو عاطفته، وهو إما أن يكون ضرراً مادياً أو ضرراً معنوياً.

_الفعل الضار: هو التعدي أو الانحراف في السلوك، فهو الفعل الذي يؤدي إلى الضرر في ذاته.

_التعويض: هو جبر الضرر الذي لحق بالمضرور أو التخفيف من وطأة ذلك الضرر على المضرور.

_ضرر تفويت الفرصة: على أنه حرمان الشخص من فرصة كان يحتمل أن تعود عليه بالكسب إذ يكون هناك كسب مرجح كان يمكن أن يتحقق، وقد قضى محدث الضرر بفعله الضار على تحققه.

في ضوء ما تقدم يمكن تقسيم خطة هذه الدراسة إلى:

الفصل الأول: مسؤولية الطبيب عن تفويت فرصة الشفاء

المبحث الأول: تفويت الفرصة الناشئة عن الأخطاء الإيجابية

المبحث الثاني: تفويت الفرصة الناجمة عن الأخطاء السلبية

الفصل الثاني: التعويض عن فوات الفرصة

المبحث الأول: شروط التعويض عن ضرر فوات فرصة الشفاء

المبحث الثاني: آلية التعويض وإثبات ضرر فوات فرصة الشفاء

الفصل الأول: مسؤولية الطبيب عن تفويت فرصة الشفاء

قد يقع الطبيب أثناء ممارسته لمهنة الطب لأخطاء تؤدي إلى إلحاق الضرر بالمريض أو تؤدي إلى وفاته فتعتبر تفويت فرصة الشفاء على المريض أو إبقائه على قيد الحياة صورة من صور المسؤولية الطبية المدنية ويستوجب قيام مسؤولية الطبيب محدث الضرر وبالتالي تعويض المريض المضرور مما لحقه من ضرر جراء تفويت الفرصة عليه ، وهي عبارة عن شكل من أشكال الضرر موضوعه تفويت فرصة كانت موجودة من قبل وهو بمثابة احتمال غير مؤكد وغير مفترض في الوقت نفسه ،مما يستوجب بالنتيجة قيام مسؤولية الطبيب المدنية . وقد عرفها البعض على أنه الفعل الضار الذي قد يؤدي إلى أن يفقد المضرور فرصة تحقيق كسب مرجح أو تحاشي خسارة. فضرر تفويت الفرصة يفترض أن المضرور كان يأمل في منفعة يحققها أو تحاشي خسارة تهدده.

فالأخطاء الطبية التي تؤدي إلى تفويت الفرصة كثيرة ولا يمكن حصرها، وقد عرف القانون الفلسطيني الخطأ الطبي هو ما يرتكبه مزاول المهنة ويسبب ضرر لمتلقي الخدمة بسبب الجهل بالأمر الفنية المفترض الإلمام بها وعدم إتباع الأصول والقواعد المهنية وعدم بذل العناية اللازمة والإهمال والتقصير وعدم إتباع الحيطة والحذر.⁴ وأرى أن تعريف الخطأ الطبي يشوبه الغموض وعدم الوضوح، وأن هذا التعريف سوف يزيد من اتساع الضبابية حول المفهوم وذلك في ظل الخلط المجتمعي حول مفهوم الخطأ الطبي فكان من الضرورة وجود مصطلحات للتمييز بين عدة مفاهيم كالتقصير والإهمال وعدم إتباع الحيطة والحذر وبين عدم إتباع الأصول والقواعد المهنية أو عدم بذل العناية اللازمة. وبالتالي قد تتخذ الأخطاء الطبية صورة وشكل الأخطاء الإيجابية، كخطأ الطبيب في التشخيص وخطئه في وصف العلاج الصحيح، وقد تكون على صورة أخطاء سلبية، كامتناع الطبيب عن إتباع القواعد والأصول المهنية، كعدم الاستعانة بطبيب التخدير، وامتناع الطبيب عن تقديم العلاج للمريض. وبناءً على ما تقدم سوف أقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، ونخصص المبحث الأول للحديث عن تفويت الفرصة على المريض الناشئة عن الأخطاء الإيجابية، وفي الثاني سأنتقل إلى الحديث عن تفويت الفرصة على المريض بفعل الأخطاء السلبية التي اقترفها الطبيب المعالج .

⁴ قرار بقانون رقم 31 لسنة 2018 المادة رقم(19) والصادر بتاريخ 12/9/2018م والمنشور في الجريدة الرسمية في العدد رقم 147 الصادر بتاريخ 23/9/2018.

المبحث الأول : تفويت الفرصة الناشئة عن الأخطاء الإيجابية

إن الأخطاء الطبية التي ينتج عنها تفويت الفرصة على المريض سواء بالشفاء أو البقاء على قيد الحياة قد تكون إيجابية أو سلبية وتتخذ صوراً مختلفة ، ولكن سنحاول في هذه الدراسة أن نختار صورتان منها لبيان تفويت الفرصة الناجمة عن تلك الأخطاء، فالأخطاء الطبية الإيجابية قد تتمثل في صورة الخطأ في التشخيص الصحيح للمريض والذي ينجم عنه تفويت الفرصة على المريض وضياعاها ، وقد تظهر الأخطاء الطبية الإيجابية في صورة أخرى، وهي الخطأ في العمليات الجراحية، لذلك لا بد من تناول كل ذلك في مطلبين نخصص المطلب الأول للحديث عن فوات الفرصة نتيجة الخطأ في التشخيص، ونكرس الثاني لبيان فوات الفرصة الناجمة عن الأخطاء في العمليات الجراحية .

المطلب الأول : تفويت الفرصة الناشئة عن الخطأ في التشخيص

إن الطبيب شأنه شأن غيره من أصحاب المهن الأخرى، قد يصيب وقد يخطأ، وتشخيص الأعراض التي يعاني منها المريض وحدها غير كافي لتحديد طبيعة المرض. بحيث قد يختلط بعضها ببعض الآخر، لذا لا بد من التمييز بينهما وأن يكون لدى الطبيب الصبر والدقة والانتباه الشديد وقوة الملاحظة ، وسبب ذلك أن التشخيص هو فن تخميني يعتمد في ذاته على علمية الطبيب وخبراته وقدراته ومؤهلاته ومهارته وهذا يختلف من طبيب لآخر، ولهذا ينبغي على الطبيب أن يشخص علة المريض بدقة وحكمة وتبصير على أساس العلم والعناية وقواعد وأصول المهنة، وذلك لأهميته كمرحلة سابقة للعلاج، كونها من أهم وأدق المراحل وتعتبر مرحلة البداية في علاقة الطبيب مع مريضه ، فالتشخيص الطبي هو أدق وأهم وأخطر مرحلة في العملية العلاجية، تهدف إلى التعرف على حقيقة الأمراض وسببها وأعراضها وأثارها ودرجتها مع مقارنتها بغيرها من الأمراض⁵، وكما عرفه البعض هو المسار الذي يتخذه الطبيب لتحديد طبيعة المرض واقتراح وصف علاجي له وذهب البعض إلى عدم اعتبار الخطأ في التشخيص من قبيل الخطأ الطبي ولا اتفق مع هذا الرأي بسبب التطور الفني والتكنولوجي في المجال الطبي وحدثة الأدوات الطبية المستعملة في العلاج، وهو ما يؤدي إلى تشخيص الأمراض على نحو من الدقة واليقين، فالعمل الطبي يعتمد على صحة

⁵ الحسيني، عبد اللطيف: المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية. ط1. الشركة العالمية للكتاب. بيروت. لبنان. 1987. ص 62.

التشخيص وسلامته، فإذا أخطأ الطبيب في التشخيص فتصبح الأفعال اللاحقة للتشخيص خاطئة، لذلك عليه بذل العناية اليقظة، وإلا قامت مسؤوليته المدنية عن تقويت الفرصة.

وقد أقر القضاء الفرنسي على قيام مسؤولية الطبيب عند الوفاة الناتجة عن زيادة التعرض للأشعة بسبب خلل في الجهاز المنظم، وكما يسأل عن الوفاة الناتجة عن الانفجار الناجم عن الشرارة المتطايرة ف جهاز التخدير وأيضا كسر الحقنة بالعضلات⁶، وتمتد هذه المسؤولية لتشمل الأضرار التي تصيب المريض نتيجة سقوطه من فوق منضدة الفحص بسبب هبوطها المفاجئ، وقد ألزم القضاء الطبيب وصاحب المشفى بالتعويض بمناسبة سقوط المريض من على منضدة الأشعة وإصابته بانزلاق غضروفي⁷.

وفي قضية تتلخص في أن طبيباً قام بعلاج طفل عمره ثماني سنوات من كسور أصابته قام بالتشخيص ووصف العلاج له وأصيب الطفل بحالة شلل جزئي تركت لديه صعوبات في الحركة ، وعندما عرض على أطباء آخرين ، قرروا خطأ التشخيص السابق والعلاج الذي بني عليه، ثم أقام والد الطفل دعوى تعويض في مواجهة الطبيب، حيث قضت محكمة الدرجة الأولى برفض الدعوى لعدم ثبوت الرابطة السببية بين الخطأ وما أصاب المريض من أضرار على نحو مؤكد ، حيث طعن والد الطفل بالحكم أمام محكمة استئناف باريس التي قررت ، بأن هناك قرائن على قدر من الترابط والاتساق والتحديد كافية لإثبات أن ما أصاب الطفل من عجز وشلل جزئي كان بسبب خطأ الطبيب في التشخيص، وكان نتيجة مباشرة للخطأ المسند للطبيب، حيث طعن الطبيب أمام محكمة النقض، التي قررت رفض الطعن، لأن محكمة الاستئناف قد أصابت في حكمها لأنها بعد أن عرضت لآراء الخبراء وقررت أن خطأ الطبيب ثابت في حقه استخلصت من المستندات المقدمة بأن هناك قرائن كافية لإثبات أن العجز الذي أصيب به الطفل ، هو نتيجة مباشرة لخطأ الطبيب ، وأنه لا تعارض بين هذه النتيجة وبين ما قرره الخبراء من شك حول مسؤولية الطبيب عن نتيجة العلاج . حيث أن لقاضي الموضوع أن يقدر الفرص التي كانت قائمة في شفاء المريض وحرم منها،

⁶ نقض مدني فرنسي، حكم محكمة السين الفرنسية، 47/115 بتاريخ 1965/3/3 مشار إليه لدى منصور، محمد حسين، المسؤولية الطبية، ص215.
⁷ نقض مدني فرنسي، حكم محكمة السين الابتدائية، 1965/1/3 مشار إليه لدى منصور، محمد حسين، المسؤولية الطبية، ص216.

وأن يقدر لها التعويض الجزئي المناسب.⁸ وقد قضت أيضا بأن الضرر يستحق التعويض من مجرد وجود الفرصة وضياعها على المريض. وأيضا اعتبر القضاء الفرنسي الإهمال في التشخيص وعدم الفحص السريري للمريض أو التأخر في التدخل الطبي من قبيل الأخطاء الطبية في التشخيص والتي تترتب على ارتكابها قيام مسؤولية الطبيب في حال تقويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة.⁹

وللقضاء الأردني وبالتحديد محكمة التمييز الأردنية لها عدة قرارات قضائية في موضوع ضرر تقويت الفرصة الناشئة عن الأخطاء الطبية ومنها في قضية تتلخص وقائعها، بأن العاهة التي أصيبت بها الطفلة نتجت عن كسر في إحدى عظام الرقبة لم يتم علاجه في أوانه بسبب عدم تصوير رقبتها ، رغم أن حالتها كانت تشير إلى وجود مثل هذا الكسر المتوقع ، مع أن المعالجة تمت تحت إشراف الطبيب ومساعديه، وهذا يشكل خطأ في التشخيص أدى إلى خطأ في المعالجة ، حيث ألزمت المحكمة المستشفى وصاحبه وهو الطبيب بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الطفلة.¹⁰ ويؤكد القرار على ضرورة التشخيص الصحيح بالدقة والانتباه لضمان علاج المريض وعدم تقويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، وذلك باستخدام الوسائل المشروعة الحديثة والتي تساعد وتسهل مرحلة التشخيص والمتوفرة بكافة المستشفيات من تصوير وأشعة وغيرها من أجهزة .

كما تقوم مسؤولية الطبيب إذا كان الخطأ في التشخيص عائدا إلى عدم استخدامه الطرق والوسائل العلمية الحديثة مثل عدم استخدام السماع والأشعة أو الرنين المغناطيسي والتصوير الطبقي والتحليل المخبرية أو بسبب عدم الاستعانة إلى آراء المختصين والخبراء في المسائل المهنية¹¹ ، ولا يتحلل الطبيب من مسؤوليته إلا إذا كانت حالة المريض والظروف تمنع من استعمال بعض الوسائل الحديثة، كأن يكون المريض في مكان منعزل وبعيد عن أي مكان يمكن إجراء التحاليل والتصوير فيه، أو إذا كانت حالة المريض لا تحتمل التأجيل، كما تقوم مسؤولية الطبيب إذا استعمل في التشخيص أدوات ووسائل قديمة تخلى عنها الأطباء

⁸ قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1956/12/14، نقلا عن د.سبير المنتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية.

⁹ قرار محكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 1999/1/20، نقلا عن علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، لبنان.

¹⁰ قرار محكمة التمييز الأردنية، رقم 90/1246، بتاريخ 1991/5/12، مجلة نقابة المحامين لسنة 1993، ص 1709 .

¹¹ الجوهري، فائق، أخطاء الأطباء، دار المعارف، القاهرة، 1962، ص 63-64.

ولم يعد معترف بها أو استخدام وسائل غير طبية أو غير مشروعة في تشخيص وعلاج متلقي الخدمة، ولكن مسؤولية الطبيب تكون غير قائمة إذا لجأ إلى طريقة قديمة اكتشف الأطباء بأنها ما زالت صالحة وفعالة .

وأما بالنسبة لموقف القانون الفلسطيني في موضوع الخطأ الطبي في التشخيص واستناداً للقرار بقانون بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية فإنه تبنى موضوع الخطأ في التشخيص، وأكد على ضرورة استخدام أدوات طبية ومشروعة في مرحلة التشخيص، وجاء فيه أنه يمنع على كل من يمارس مهنة طبية أو مهنة صحية استعمال وسائل غير طبية أو غير مشروعة في تشخيص وعلاج متلقي الخدمة، وعلاجه دون رضاه باستثناء حالة الطوارئ والاستعجال والحالات التي يتعذر فيها الحصول على الموافقة لأي سبب من الأسباب المشروعة.¹²

ونلاحظ أن القانون الفلسطيني أكد على منع الأطباء من استعمال وسائل غير طبية أو وسائل غير مشروعة أو وسائل قديمة في عملية التشخيص، وأوجب استخدام الوسائل الشرعية والطبية المعترف بها في تشخيص وعلاج المريض، والتي بدورها تعمل على تسهيل عملية التشخيص وإعطاء نتائج طبية دقيقة مما يؤدي ذلك إلى تقديم العلاج الصحيح للمريض وعدم تقويت فرصة الشفاء عليه، وفي حال عدم إتباع هذه الأدوات والوسائل الحديثة والاعتماد على وسائل قديمة أو وسائل غير طبية غير معترف فيها في تشخيص وعلاج المريض، وأدى ذلك إلى تقويت الفرصة على المريض بالشفاء أو البقاء على قيد الحياة ونتيجة لذلك يؤدي إلى قيام مسؤولية الطبيب. ونلاحظ أنه لم يتبنى موضوع الخبرة المهنية للطبيب ودورها في حالات وجود أمراض متداخلة وأعراض متشابهة، وأرى أنه إذا كان هناك صعوبة في تشخيص حالة المريض نتيجة أن الأمراض متداخلة ولا يمكن الفحص عنه لا من خلال الأشعة بأنواعها ولا من خلال التحاليل المخبرية فهنا لا يمكن القول أن الطبيب مسئول عن الخطأ في تشخيص حالة المريض، وعلى الرغم من ذلك في حال وجود إهمال من جانب الطبيب في مرحلة التشخيص مثلاً كعدم إجراء الفحوصات اللازمة وعدم الفحص السريري وعدم استخدام الوسائل والأدوات الطبية التي تساعد وتسرع مرحلة التشخيص فهنا تتوفر مسؤولية الطبيب .

¹² القرار بقانون رقم 31 لسنة 2018 بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية المادة رقم (10) // الفقرة 3، والصادر بتاريخ 12/9/2018 والمنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد رقم 147 الصادر بتاريخ 23/9/2018.

وقد تبنى القضاء الفلسطيني في أحكامه على قيام مسؤولية الطبيب في حال الخطأ في التشخيص أو في حال الإهمال في التشخيص وعدم القيام بالفحوصات والإجراءات اللازمة التي تساعد وتسرع تشخيص حالة المريض وتقديم العلاج المناسب له وفي قضية تتلخص وقائعها أنه امرأة حامل تم إدخالها مستشفى عاليا الحكومي وتمت ولادتها بإجراء عملية قيصرية وأنجبت توأم وقد خرجت في اليوم التالي على عاتق مسؤولية الأهل وبدون تقرير خروج من المستشفى، وفي اليوم التالي ذهب الأهل إلى عيادة صحة الظاهرية للإجراء فحص الكعب للطفلين حيث لوحظ على أحدهم بوجود اصفرار وتم إبلاغ الأهل والطلب منهم بعرض الطفل على طبيب الصحة، حيث لم يقم الطبيب بفحص الطفل سريريا أو النظر إليه واكتفى بالقول على والدته إرضاعه رضاعة طبيعية بشكل جيد وأنه لم يتم تسجيل المريض في سجل العيادة، وفي اليوم التالي تم التوجه إلى عيادة الصحة لأخذ طعم السل حيث تم إعطائه للطفلين بدون أخذ العلامات الحيوية حسب المتبع في العيادة، وقد لاحظ الأهل أن أحد صغارهم بحالة هزل واصفرار وتم عرضه على طبيب أطفال في عيادته الخاصة وقان بإجراء فحص الصفار ووجدته بنسبة 26% وهي نسبة خطيرة، وطلب إجراء فحص مخبري وتبين له أن الطفل لا يرضع وقام بتحويله إلى مستشفى الهلال الأحمر، حيث قام الطبيب باستقبال الحالة وقام بإجراء فحص الحرارة فتبين أنها 39 درجة ووجود اصفرار عام ملاحظ بالعين المجردة وبكاء بشكل متواصل وشد في منطقة الرقبة، وأجرى الطبيب فحص الصفار وكانت نسبته 29% حيث أن نسبة الصفار الطبيعية هي 15%، وقد تبين أن السبب الرئيسي للصفار هو اختلاف فصيلة دم الطفل عن فصيلة دم والدته والذي أدى إلى تكسر صفائح الدم الحمراء لديه وإلى تسمم على الدماغ وترسب المادة الصفراء في المراكز الدماغية وإتلاف عصب السمع والقوقعة مما أدى إلى عجز كبير في السمع والحركة وكان ملخص الحكم قبول الطعن موضوعا، وإعادة الأوراق لمصدرها محكمة البداية بصفتها الاستئنافية لتحكم فيها من جديد بهيئة مغايرة.¹³ فلذلك تقوم مسؤولية الطبيب عن ضياع وتقويت فرصة الشفاء على المريض بسبب عدم بذل الطبيب العناية الواجبة للمريض وكذلك التقصير والإهمال في التشخيص وعدم القيام بإجراء الفحوصات الطبية اللازمة التي تساعد على تسهيل وتسريع مرحلة التشخيص. وأكد أيضا الميثاق الإسلامي العالمي للأخلاقيات الطبية والصحية على الحرص على إجراء الفحوصات الطبية اللازمة للمريض دون إضافة فحوص لا تتطلبها حالته المرضية، وعليه أن يبنى كل إجراءاته التشخيصية والعلاجية على أفضل

ما يمكن من البيانات وأن يمتنع عن استخدام طرق تشخيصية أو علاجية غير معتمدة، أو غير متعارف عليها، أو غير معترف بها علمياً، كما عليه أن يقتصر في وصف الدواء أو إجراء الجراحة على ما تتطلبه حالة المريض.¹⁴

وبناءً على ما تقدم نرى أنه تم التأكيد على أهمية التشخيص واعتباره المرحلة الأساسية ما قبل العلاج، وهي التي من خلالها يتم وصف العلاج أو الدواء، لذلك لا بد على الطبيب أن يشخص المريض بشكل دقيق دون إهمال وتقصير والتزامه ببذل العناية الواجبة ومع الاعتماد على الوسائل الطبية المشروعة من تصوير وأشعة وغيرها وإجراء الفحوصات اللازمة التي تسهل وتسرع عملية التشخيص مما يؤدي ذلك إلى عدم تفويت الفرصة وضياعتها على المريض سواء بالشفاء أو البقاء على قيد الحياة، وفي حال عدم إتباع الوسائل الطبية المشروعة في التشخيص أو كان هناك خطأ في التشخيص أو إهمال في التشخيص، يؤدي ذلك إلى قيام مسؤولية الطبيب في حال تفويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة على المريض.

المطلب الثاني : تفويت الفرصة الناشئة عن الأخطاء في العمليات الجراحية

تعتبر الجراحة من أبرز وأهم فروع العلوم الطبية، وتكون غالباً هي العلاج الجذري لاستئصال الداء، إلا أنه على الرغم من ذلك تنطوي على مخاطر عديدة لذلك يفرض على كل من يزاول مهنة الطب بذل العناية اليقظة والدقيقة الفائقة سواء في مرحلة الإعداد للعملية الجراحية أو أثناءها أو بعدها، فالجراحة تتضمن شق البطن وفتح الرؤوس وقطع الشرايين ويستلزم الأمر استخدام آلات وأدوات طبية لإجراء التدخل الجراحي لذلك يجب على الطبيب الجراح أن يتخذ الحيطة والحذر، وأن يكون فطناً في العمل الجراحي، فهناك حالات يكون فيها الخطأ الطبي في مجال الجراحة واضحاً، كترك الطبيب الأجسام الغريبة في مكان الجرح كقطع الشاش أو القطن أو المقص أو المشروط الجراحي، وكل ذلك يتسبب في إضرار وتؤدي بحياة المريض إلى الهلاك. فالطبيب الجراح عليه أن يلتزم بكافة القواعد والأصول المهنية والفنية الطبية وأن يقوم بإجراء الفحوصات والتحاليل المخبرية، وأيضاً التأكد من فصيلة الدم، وأن لا يصيب أي عضو من أعضاء الجسم السليمة للمريض.¹⁵

¹⁴المادة رقم(5) من الميثاق الإسلامي العالمي للأخلاقيات الطبية والصحية.
¹⁵بن دشايش، نسيم، المسؤولية المدنية للطبيب في المستشفيات العامة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم الساسية، جامعة اكلي محند او لحاج، البويرة، الجزائر، 2013.

وأيضاً يقع على عاتق الجراح قبل إجراء أي تدخل جراحي كقاعدة عامة ما عدا الظروف الاستثنائية بالحصول على رضا المريض، وإجراء الفحص الشامل الذي تتطلبه حالته قبل إجراء العملية، ويجب عليه الإطلاع على كافة المعلومات الضرورية المتعلقة بالحالة الصحية العامة له وعليه الاتصال بالطبيب المعالج للحصول على معلومات عن المريض وأن يجلب ملفه الطبي، كما عليه أن يتأكد من سلامة الأدوات الجراحية ومطابقتها للمعطيات العلمية وأن يقوم بإجراء العملية الجراحية للمريض بنفسه وأن يلتزم بالعناية والإشراف والرقابة على المريض بعد العملية، فإذا أهمل الجراح ذلك كله باستثناء حالات الضرورة فإن إهماله هذا يستوجب مسؤوليته¹⁶.

والتزام الطبيب الجراح لا يخرج بطبيعته عن بقية الالتزامات الطبية، فهو لا يضمن للمريض الشفاء، بل يلتزم ببذل العناية الكافية وبالتالي لا يضمن النتائج، ولا يمكن أن يكون التزام الجراح التزاماً بتحقيق غاية أو نتيجة حتى في أبسط أنواع العمليات الجراحية. لذلك تقوم مسؤولية الطبيب الجراح إذا ثبت أنه لم يؤد عمله الجراحي بالمهارة التي تتطلبها مهنته وأصولها أو صنعته الطبية، سواء كانت المسؤولية تقصيرية أم عقدية، وإذا بذل العناية الواجبة فلا تقوم مسؤوليته، لأنه لا يلتزم بشفاء المريض بل ببذل العناية من أجل شفاؤه، كما أنه إذا لم يبذل الطبيب العناية فإنه يلحق بالمريض ضرراً، ومن ثم يؤدي إلى تفويت الفرصة عليه في الشفاء.¹⁷

حيث خصص وأفرد القانون الفلسطيني بشأن الحماية والسلامة الصحية والطبية قيود وضوابط عند إجراء العمليات الجراحية وجميعها تخدم مصلحة المريض ومنها أن يكون الطبيب مزاولاً بمزاولة سارية المفعول، ومرخصاً ومؤهلاً لإجراء الجراحة حسب التخصص العلمي أو خبرته العملية ودرجة دقة وأهمية العملية الجراحية فلا يجوز لأي طبيب إجراء العمليات الجراحية، وأيضاً يجب مراعاة إجراء الجراحة في مكان تقديم الخدمة الطبية والصحية المرخص أي في المستشفيات سواء أكانت عامة أو خاصة، وعلى كل طبيب إجراء الفحوصات والإجراءات الضرورية للتأكد من أن التدخل الجراحي ضروري لعلاج المريض والتحقق من أن

¹⁶ منصور، محمد حسين، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.
¹⁷ ياسين، محمد يوسف. (2003). المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات والأطباء والمرضى قانوناً، فقهاً، اجتهاداً، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.

الحالة الصحية له تسمح بإجراء عملية الجراحة، وكما أكد أيضا في الحصول على الموافقة الكتابية على إجراء العملية من المريض أو من ينوب عنه قانوناً إذا كان قاصراً أو كانت حالته لا تسمح بالتعبير عن إرادته، ما لم يقرر طبيبان مختصان على الأقل أن العملية ضرورية ومستعجلة، وكان الحصول على الموافقة متعذراً.¹⁸ وإذا كان الحصول على الموافقة الكتابية متعذراً كون حالة المريض لا تسمح بالتعبير عن إرادته ولا يوجد مع المريض من ينوب عنه، فيجوز إجراء العملية في هذه الحالة وذلك بتقرير طبيبين مختصين على الأقل أن العملية ضرورية ومستعجلة ولا تحتمل التأجيل مما يؤدي تأجيلها تفويت الفرصة على المريض بالشفاء أو البقاء على قيد الحياة. وأكد الميثاق الإسلامي العالمي للأخلاقيات الطبية والصحية على ضرورة أن يكون الطبيب الذي يجري الجراحة مؤهلاً لإجرائها بسبب تخصصه العلمي وخبرته العلمية ونوعية العملية الجراحية وأكد أيضا على إجراء الجراحة في مؤسسة علاجية أو منشأة صحية مهيأة كفاية لإجراء الجراحة المقصودة، وكما إجراء الفحوصات والتحاليل المخبرية والإشعاعية اللازمة للتأكد من أن التدخل الجراحي ضروري ومناسب لعلاج المريض والتحقق من أن حالة المريض الصحية تسمح بإجراء الجراحة، وأكد على التزام الجراح المسئول عن المريض بإجراء العملية الجراحية اللازمة له ويجوز أن يساعده أحد الأطباء المقيمين بالمستشفى أو غيرهم من الجراحين ولو بدون موافقة المريض، ويجوز للجراح تفويض مساعده بأداء جوانب معينة من العملية شريطة أن يتم ذلك تحت إشراف الجراح.¹⁹

وقد ورد في أحد أحكام محكمة استئناف رام الله عن موضوع المسؤولية الطبية الناجمة عن الخطأ الطبي في العمليات الجراحية، وذلك في القضية رقم 83 لسنة 2017 وأن الدعوى كانت مقامة على كل من مستشفى بيت جالا ورام الله الحكومي، وتتلخص وقائع هذه القضية بأن المريض أدخل مستشفى بيت جالا الحكومي للعلاج بسبب آلام في المرارة حيث أجريت له العملية وتم استئصال الكيس الصفراوي وتم إخراج المريض بعد يومين من العملية الأولى رغم شكواه من آلام حادة في البطن، وتم إجراء عملية جراحية ثانية له مفاغرة بين الأمعاء والقنوات الصفراوية للكبد في نفس مستشفى بيت جالا الحكومي والأمر الذي أدى إلى إساءة حالته الصحية وتأخر نقله إلى مستشفى رام الله مدة ثمانية أيام، ومكث في مستشفى رام الله حوالي خمسة عشر يوما إلى أن أجري عملية مفاغرة جديدة وأدت بالنتيجة إلى وفاة المريض، وطالب ورثة المريض

¹⁸المادة رقم(11) من القرار بقانون رقم 31 لسنة 2018 بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية الصادر عن رئيس دولة فلسطين بتاريخ 2018/09/12 في مدينة رام الله، والمنشور في الجريدة الرسمية في العدد رقم 147. بتاريخ 2018/09/23.
¹⁹المادة رقم(17) من الميثاق الإسلامي العالمي للأخلاقيات الطبية والصحية.

بالتعويض من كلا مستشفى بيت جالا ورام الله الحكومي بسبب الخطأ الناجم أثناء العملية الجراحية والواضح من خلال إجراء أكثر من عملية للمريض فلو كانت العملية صحيحة فلا يتم إجراء عملية ثانية وثالثة للمريض. حيث حكمت المحكمة على المدعى عليهم من خلال وزارة المالية في السلطة الفلسطينية بدفع مبلغ مائتي واثنتان وستون ألفاً ومائتي وثمانية وثمانون شيكل بالإضافة إلى الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة. وهنا نلاحظ على تأكيد القضاء الفلسطيني لمسؤولية الطبيب الناجمة عن الخطأ في العمليات الجراحية والتي ترتب تفويت الفرصة على المريض في البقاء على قيد الحياة ويستطيع ورثة المريض المتوفى مطالبة القضاء بالتعويض عن المسؤولية الطبية.²⁰

وللقضاء الفرنسي له عدة قرارات قضائية في موضوع الأخطاء الطبية الناجمة أثناء العمليات الجراحية والتي تؤدي إلى تفويت وضياع الفرصة على المريض، حيث أدان القضاء الفرنسي طبيب الأسنان وأقام مسؤوليته عن الأضرار التي لحقت بالمريض من خرق لسانه وتمزق أغشية الفم بسبب انقلاب آلة من يده أثناء عملية العلاج، وكما يسأل عن عدم وضع الأدوات في جهاز التعقيم قبل كا علاج بمدة معينة، حيث إن عدم الحيطة والحذر والإهمال والتقصير أثناء الجراحة قد أدى إلى تلك النتيجة فكان عليه أن يستخدم الأدوات بدقة أكثر والتحكم بها²¹. ومن القرارات القضائية أيضاً في فرنسا والتي تؤكد على وجوب بذل العناية اللازمة من الطبيب وإتباع القواعد والأصول المهنية أثناء علاج المريض، هو إقرار مسؤولية الطبيب عن الحروق التي قد تصيب المريض بسبب اللهب الخاج من المشط الكهربائي أثناء العملية.²² وقضت محكمة النقض الفرنسية بأنه ليس من الضروري أن يكون خطأ الجراح جسيماً ليكون مسؤولاً ولكن مسؤوليته تتعقد عند نسيانه وقت تنفيذ التزامه آلة معدنية أو قطعة من الشاش في جسم المريض، وأن إلتزام الطبيب ببذل عناية يتطلب الحذر العادي منه²³.

²⁰ القضية رقم 2017/83 الصادرة عن محكمة استئناف رام الله، استئناف حقوق، والمفصولة في تاريخ 2017/5/10.

²¹ نقض مدني فرنسي، حكم محكمة باريس 1291/2 الصادر بتاريخ 1963/6/4، نقلا عن منصور، محمد حسين، المسؤولية الطبية، ص63.

²² نقض مدني فرنسي، حكم محكمة مرسيليا الابتدائية، 70/211 بتاريخ 1965/6/3. مشار إليه لدى منصور، محمد حسين، المسؤولية الطبية،

ص214 .

²³ نقض مدني فرنسي، 11/1954 حكم محكمة تروا المدينة بتاريخ 1953/11/10، مشار إليه لدى سعد، أحمد محمود، مسؤولية المستشفى الخاص

عن أخطاء الطبيب ومساعديه، ص394.

ولذلك يجب على الطبيب الجراح أن يعنى بنظافة الجروح وتطهيرها حتى لا تكون بؤرة للعدوى، كما يعتبر أيضا من حالات الخطأ البين في الجراحة ترك أجسام غريبة في جسد المريض مما يتسبب عنه من قيح والتهابات قد تؤدي بحياة المريض وعدم تتبع حالة المريض بعد الجراحة للتأكد من سير الجرح على نحو مرض،²⁴ ويعفى الطبيب الجراح من المسؤولية إذا توافرت شروط القوة القاهرة أو حالة الضرورة.

وبناءً على ما تقدم نلاحظ أن العمليات الجراحية هي إحدى التخصصات الطبية التي تعتمد على الإجراءات اليدوية والأدوات التقنية المطبقة على المرضى، والتي يبرز هدفها إلى تحسين الأداء الوظيفي أو الشكل الظاهري للعضو، لذلك يستوجب على الأطباء الالتزام ببذل العناية اللازمة والقيام بالجهد المطلوب مع اتخاذ الحيطة والحذر والانتباه واليقظة، وكما يستوجب تعقيم الأدوات والتحقق من سلامتها، وأيضا يستلزم قبل إجراء العملية للمريض الحصول على رضا المريض وذلك بالموافقة الكتابية أو موافقة من ينوب عنه قانونا، كما يجب فحص المريض وعمل التحاليل اللازمة قبل إجراء الجراحة، ويترتب على مخالفة ما سبق قيام مسؤولية الطبيب الجراح عن النتائج الضارة والمؤدية إلى تفويت الفرصة على المريض بالشفاء.

المبحث الثاني : تفويت الفرصة الناشئة عن الأخطاء السلبية

الشيء الذي يحدث هنا أن موقف الطبيب يكون سلبيا، والذي يتجسد بأن الأخير يمتنع عن القيام بعمل مثل بعدم قيام الطبيب الجراح بالاستعانة بطبيب التخدير، أو أن لا يقوم بإجراء الفحص التمهيدي الشامل قبل التدخل الجراحي وأيضا امتناع الطبيب عن التدخل الجراحي والعلاج، وكل هذه الأخطاء التي يرتكبها الطبيب تؤدي إلى إلحاق الضرر بالمريض، ويترتب عليه تفويت فرصة الشفاء عليه وقيام المسؤولية المدنية للطبيب وبالتالي مما يؤدي إلى التعويض عن الضرر الناتج عن موقف الطبيب السلبى بعدم ورفض تقديم العلاج، أو التدخل الجراحي للمريض وعدم الاستعانة بطبيب التخدير، لذا لا بد لنا من تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص الأول منهما للحديث عن تفويت الفرصة المتولدة عن عدم الاستعانة بطبيب التخدير. والمطلب الثاني سنفرده للحديث عن تفويت فرصة الشفاء على المريض بسبب امتناع الطبيب عن إجراء التدخل الجراحي ورفضه للعلاج وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: تفويت الفرصة المتولدة عن عدم الاستعانة بطبيب التخدير

تفرض أصول وقواعد مهنة الأطباء والجراحين التزامات معينة عن هؤلاء عند إجراء عملية جراحية منها الاستعانة بطبيب التخدير والإنعاش لان دور طبيب التخدير مهم ولا يمكن الاستغناء عنه²⁵. وفي نفس الوقت يتسم دوره بالخطورة ، لذلك نجد في الحياة العملية أن الأطباء الجراحين يقوموا بإجراء العمليات الجراحية بدون الاستعانة بأطباء التخدير، وهذا غير صحيح من الناحية العملية، وفي نفس الوقت يشكل ضرا للمريض يتمثل بتفويت فرصة الشفاء عليه، فالطبيب الجراح قد يفوت فرصة الشفاء على المريض وقد يؤدي إلى وفاته بسبب عدم الاستعانة بطبيب التخدير، ومن ثم يؤدي إلى قيام مسؤولية الطبيب المدنية ويحق للمضروب أو لذويه المطالبة بالتعويض نتيجة لتفويت فرصة الشفاء عليه.²⁶ وإذا اقتضت الظروف ضرورة الاستعانة بفريق طبي متخصص كان على الطبيب القيام بذلك وإلا كان مخطئا، فمن المقرر أن يسأل الجراح عن إجراءاته عملية جراحية دون توفر المساعدة الضرورية، ما لم تتوفر حالة الضرورة أو الاستعجال اللتان تعفيانه من مثل هذا الالتزام.²⁷

²⁵ تايه، أحمد. (2014). التعويض عن ضرر فوات الفرصة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد .
²⁶ الأودن، سمير. (2004). مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، الإسكندرية: منشأة المعارف.
²⁷ منصور، محمد. (2006). المسؤولية الطبية، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ص94 و95.

إن طبيب التخدير يعد متخصصاً في هذا المجال وهو الأكثر خبرة ودراية بحالة المريض عند تشخيصه لجسم المريض فقد تستدعي حالة المريض التخدير الموضعي أو التخدير الكلي العام وحسب حالة المريض لذلك يبدو دور الطبيب فعالاً ومهماً ولا يمكن الاستغناء عنه كونه ذو خبرة ودراية واقدر على ذلك²⁸. وتكمن أهمية التخدير في منع المريض من الشعور بالألم والمعاناة أثناء إجراء التداخلات الطبية، والغاية منه هي أن يكون المريض مرتاحاً ولا يتعرض للآلام المبرحة، وأن يتمكن الجراح من إتمام عمله في ظروف مثالية. وأنه يكون على طريقتين، إما من خلال إعطاء مواد مخدرة ومنومة تؤدي إلى النوم وفقدان الوعي بشكل كامل، أو من خلال حقن مواد مخدرة موضعية في مكان معين من الجسم لإجراء التخدير الموضعي مع المحافظة على الوعي. ويتم إجراء التخدير من خلال طبيب التخدير المختص وبمساعدة فني التخدير، فلذلك إذا لم يقم الطبيب الجراح بالاستعانة بطبيب التخدير، وأدى ذلك إلى إلحاق الضرر بالمريض وضياع فرصة الشفاء عليه، فأنها تقوم المسؤولية المدنية على الطبيب الجراح لعدم الاستعانة بأخصائي التخدير ويوجب التعويض للمضرور²⁹.

ولعل الاستعانة بطبيب التخدير واجب على الجراح، وإلا تقع عليه المسؤولية وإن لم يرتكب خطأ شخصي، وحتى إذا كان الخطأ الحاصل ليس ناتجاً عن غياب طبيب التخدير، فرغم ذلك تكون مسؤولية الجراح لخطأه في عدم الاستعانة بأخصائي تخدير، لأن واجب الحيطة والحذر يفرض عليه ذلك، أما إذا ثبت أن غياب طبيب التخدير هو السبب في وقوع الضرر اعتبر عدم الاستعانة به ظرفاً مشدداً³⁰.

وقد أخذ القضاء الفرنسي على ضرورة الاستعانة بطبيب التخدير المختص وعدم الاستعانة بشخص غير كفاء، وفي حال عدم الاستعانة بطبيب التخدير تقوم مسؤولية الطبيب في حال تم تقويت الفرصة على المريض، ومن القرارات الفرنسية التي تؤكد على خطأ الجراح في إجراء الجراحة بنفسه وبدون الاستعانة بأخصائي التخدير ما قامت به محكمة أنجيه الفرنسية من أن الطبيب الذي يكلف بعمل عملية جراحية لشخص ما برضاء أهله، وفي أثناء مباشرة العملية يخطر بباله أن يخدر المريض بالكلوروفورم، تخديراً لأعصابه الهائجة فيترتب على هذا التخدير وفاة المريض، فإنه يكون مسئولاً حتى ولو ادعى الطبيب بأن

²⁸ الرواشدة، إبراهيم. (2010). المسؤولية المدنية للطبيب التخدير، مصر: دار الكتب القانونية.
²⁹ الجميلي، أسعد. (2007). تقويت الفرصة كأساس للتعويض عن الأضرار الطبية، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإنسانية، المجلد الثالث.
³⁰ حنا، منير. (2014). المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، ص457.

الوفاة قد حدثت لأسباب ما كان في قدرة أحد أن يتنبأ باحتمال وقوعها، وقد عابت المحكمة على الطبيب أنه أمر بتخدير المريض فجأة وهو تحت العملية، وكان يجب عليه أن يفحصه قبل ذلك، ومن ثم وجوب استعانة الطبيب بمساعد يعاونه على إجراء عملية التخدير، وقضى بمسؤولية الطبيب الذي لم يحتاط للعملية الجراحية، ولم يقيم بإحضار طبيب تخدير مختص، ولو لم يكن من المؤكد أن حضوره يمكن أن يمنع حدوث ما وقع من أضرار³¹.

أما عن القضاء المصري فإن محكمة النقض المصرية لها عدة قرارات قضائية في موضوع عدم الاستعانة بأخصائي تخدير وعدم بذل العناية المطلوبة، فلذلك يسأل الطبيب عن المخاطر التي تتعرض لها حياة المريض نتيجة وصف العلاج، وأيضاً قرار تتلخص وقائعه في قيام الطبيب بطلب من الممرضة تقديم البنج الموضعي للمريض بنسبة 1% دون أن يعين نوعه، ودون أن يطلع على الزجاجاة التي وضع فيها المخدر ليتحقق مما إذا كان هو المخدر الذي يريده أم غيره ومن أن الكمية مناسبة للمريضة، وإهمال الطبيب وعدم تحرزه بأن تم حقن المريضة بمحلول البونتكابين بنسبة تزيد عشرات المرات عن النسبة المسموحة بها أدى إلى تسمم المريضة ووفاتها³². وما قضت به ذات لمحكمة في قضية تتلخص وقائعه في قيام طبيب نسائي بإجراء عملية قيصرية في عيادته، ودون الاستعانة بطبيب تخدير حسب الأصول الطبية وأدى ذلك إلى وفاة المريضة، فإنه يسأل الطبيب عن خطئه في عدم الاستعانة بطبيب التخدير وعن تفويت الفرصة على المريضة بالبقاء على قيد الحياة.

كذلك فإن الطبيب يسأل عن خطئه في العلاج عندما يكون الخطأ الواقع منه ظاهراً لا يحتمل أي نقاش، أما إذا كان الأمر يتعلق بمسائل علمية يختلف حولها الأطباء فلا مسؤولية عليه وهذا ما قضت محكمة النقض المصرية³³. فقيام الجراح بعدم الاستعانة بأخصائي تخدير أو القيام بنفسه أو بالاستعانة بشخص غير كفء لإجراء عملية التخدير يعتبر خطأ ظاهر ويعتبر من قبيل الخطأ الطبي ويندرج ضمن عدم اتباع والتزام الطبيب بالأصول والقواعد والتعليمات التي تفرضه عليه المهنة.

³¹ قرار محكمة أنجيه الفرنسية مأخوذة من د. منصور، محمد حسين، مصدر سابق.

³² حكم قضائي صادر عن محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1970/4/20م وأيضاً حكم قضائي صادر عن محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1959/1/27 وأنظر أيضاً إلى حكم ذات المحكمة بتاريخ 1992/6/7. نقلاً عن الأودن، سمير. (2004). مسؤولية الطبيب الجراح ومساعدتهم.

³³ حكم قضائي صادر عن محكمة النقض المصرية رقم (636/17) صادر بتاريخ 1966/3/22م. مجموعة أحكام النقض المصرية.

فطبيب التخدير يلزم المريض أحياناً مدة أطول من تلك التي يقضيها معه الجراح، حيث يتدخل قبل تهيئة العملية الجراحية وأيضاً يستمر في مراقبة حالة المريض أثناء العملية ويتابع حالة المريض بعد العملية، ويعيد إفاقته وانعاشه واسترجاع جميع أعضائه الحيوية.³⁴ وقد اعتبرت المحاكم الفرنسية أن الخطأ الناتج عن عدم الاستعانة بطبيب التخدير المختص لا يكون فقط قبل العملية وإنما يمتد كذلك لإشراف ومتابعة طبيب التخدير لحالة المريض واستفاقنها من البنج بعد العملية، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في قرار لها في 9 نوفمبر سنة 1977، وقد نسبت محكمة الموضوع إلى الجراح علاوة على خطئه في عدم الاستعانة بطبيب التخدير أيضاً الإهمال في الإشراف على المريضة بعد إجراء العملية.³⁵

أما بالنسبة للقانون الفلسطيني بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية لم يتبنى موضوع قيام مسؤولية الطبيب بسبب عدم الاستعانة بأخصائي تخدير أثناء إجراء العمليات الجراحية، أما من ناحية التطبيقات القضائية واجتهادات المحاكم في فلسطين فأنها خلت عن البحث في موضوع قيام مسؤولية الطبيب الجراح بسبب عدم الاستعانة بأخصائي تخدير وأدانت فقط في قراراتها طبيب التخدير بسبب تقصيره وإهماله في عملية التخدير وقيام مسؤوليته في حال تفويت الفرصة على المريض بالشفاء أو البقاء على قيد الحياة، وتتلخص وقائع القضية أنه بتاريخ 19/4/1999 تم إجراء عملية استئصال اللوزتين لطفلة عمرها ثلاث سنوات في مستشفى الهلال الأحمر/ طولكرم، فلم تستيقظ بعد إجراء العملية، ثم أعلن عن وفاتها³⁶، وبناء على نتائج التحقيق في القضية من قبل مجلس تاديبى شكلته نقابة الأطباء، تقرر إدانة طبيب التخدير بسبب تقصيره في عمله وعدم استكمال الإنعاش وإفاقة المريضة، وحكم عليه بعقوبة المنع من ممارسة المهنة لمدة سنة، كما وجه المجلس التاديبى توبيخاً للطبيب الجراح بسبب إجرائه العملية في مستشفى لم يحصل على ترخيص بإجراء هذا النوع من العمليات، وإضافة إلى مغادرته للمستشفى دون متابعة حالة المريضة بعد العملية، وكما أوصى المجلس إلى نقابة الأطباء بالطلب من وزارة الصحة منع المستشفى المذكور من إجراء أي عملية مشابهة إلى حين استكمال إجراءات الترخيص. وكان بإمكان أهل الطفلة مطالبة المستشفى والطبيب بالتعويض بسبب تفويت فرصة البقاء على قيد الحياة للطفلة بصورة إدعاء مدني أو بالتبعية من خلال

³⁴ أورفلي، سمي. (1985). مسؤولية طبيب التخدير القانونية والمهنية، مجلة المأمون السورية، عدد7، ص902.
³⁵ حكم قضائي صادر عن محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 9/نوفمبر/1977 نقلا عن منصور، محمد. (1999). المسؤولية الطبية.
³⁶ تقرير حول الإهمال الطبي في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية. (2002)، سلسلة تقارير خاصة رقم (12). المنشور على الموقع الإلكتروني التالي https://www.ichr.ps/cached_uploads/download/ichr-files/files/000000405.pdf³⁶

الدعوى الجزائرية المقامة على الطبيب ومستشفى الهلال الأحمر. بناءً على ما تقدم من اجتهادات وقرارات المحاكم نرى أنه قد خلا القانون الفلسطيني عن إدانة الطبيب الجراح بسبب عدم الاستعانة بأخصائي تخدير واقتصر فقط على إدانة طبيب التخدير أثناء خطئه وإهماله في مرحلة التخدير، وقد سار القضاء المصري على خطى القضاء الفرنسي بإدانة مسؤولية الطبيب الجراح عند عدم الاستعانة بطبيب التخدير المختص، وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية أيضاً على قيام وثبوت مسؤولية الطبيب عن حالة وفاة المريض بسبب عدم التحقق من سلامة مادة التخدير، حيث لا ينفي مسؤوليته في حال دفعه بأن سبب الوفاة ليس بسبب خطأ منه بل أن هذه الحقنة والمخدر أعدها صيدلي مختص فهذا لا ينفي مسؤولية الطبيب ولا ينفي خطأ الصيدلي وإهماله وتقصيره في إعداد الحقنة وزيادة نسبة المخدر فيها عن الحد المسموح فيه. فلذلك على كل طبيب عند إجراء التدخل الجراحي عليه الاستعانة بطبيب التخدير المختص لما للتخدير من مخاطر على المريض فيجب إجرائه من خلال شخص خبير مختص، فيتحتم على طبيب التخدير أن يؤدي هذه الفحوص بنفسه بشكل يتفق والأصول الطبية، ولا يفيد أنه يعتمد على تقرير الطبيب الجراح، باعتبار أن اختيار نوع المخدر من المسائل الفنية البحتة التي تعتمد على معرفة الطبيب وتقديره بحسب ما يتفق وحالة المريض واستعداده الذاتي لتقبل المخدر، الذي تتدخل في اعتبارات طبية وفنية وصحية وعلمية من سن المريض وجنسه...³⁷.

ولذلك استقر القضاء على الأخذ برأي أهل الفن والخبرة فيما يتعلق بمسؤولية الطبيب في المسائل المهنية البحتة، وذلك بانتخاب ثلاث خبراء من المختصين بأمور التخدير، والاستفسار منهم عن مدى مسؤولية الطبيب عن إعطاء المريض مادة التخدير، وهل يلزم أن يتعرف قبل إعطائها على مدى تقبل المريض لها؟ وهل هناك مانع يحول دون إعطائها لحساسية جسمية؟ وهل بالإمكان استبدالها بأخرى يتقبلها جسم المريض؟³⁸ ومن خلال إطلاعنا على ما سبق من اجتهادات وقرارات المحاكم فإننا نجد استقرار واتفاق المحاكم على إدانة وقيام مسؤولية الطبيب في حال عدم الاستعانة بأخصائي التخدير، خاصة أن ذلك سيؤدي إلى تقويت

³⁷ Michel HARICHAUX-RAMU, La responsabilité du médecin: Fautes - se rattachant à l'exercice] collectif privé ou social de la médecine, Recueil Juris Classeur, Responsabilité civile, Vol 04, fasc 440-6, Technique Juris Classeur, Paris, 1993, p 11. نقلاً عن الطراونة، محمد. (2021). المسؤولية المدنية عن أخطاء الفرق الطبية والتعويض عنها، مجلة كلية الشريعة والقانون، العدد 23، ج 1.

³⁸ قرار محكمة التمييز المرقم 165/ مدنية ثالثة/ 1997 في 1997/12/10، نقلاً عن مجلة العدالة.

الفرصة على المريض بالشفاء، ومما يؤدي بالنتيجة إلى مطالبة المريض بالتعويض عن تلك الفرصة الفائتة. وكما تقوم مسؤوليته حال رفضه وامتناعه عن تقديم العلاج للمريض.

المطلب الثاني: رفض الطبيب وامتناعه عن تقديم العلاج

تعتبر دعوة المريض للطبيب هي أولى المراحل التي تبدأ بها العلاقة بينهما، وهي مرحلة تسبق تكوين عقد العلاج، إذ أن الطبيب عند دعوة المريض أو نائبه له لا تربطه به أي علاقة عقدية، والسؤال الذي يثور هنا هل يلزم الطبيب بتلبية دعوة المريض لعلاجه، وفي حالة الرفض هل يترتب على الطبيب مسؤولية؟ لقد كان الرأي في الفقه والقضاء في فرنسا أن الطبيب غير ملزم بتلبية دعوة المريض وله كامل الحرية في قبول الدعوة للعلاج أو رفضها، باعتبار أنه ليس ملتزماً بأي عقد يوجب تلبية هذه الدعوة، وأن التزامه في هذا المجال ليس أكثر من التزام من يرى غريقاً أو شك على الهلاك بأن يقدم له المساعدة، وأن التزام الطبيب بتلبية دعوة المريض للعلاج يضعه في حالة عبودية وهو ما يتنافى مع مبدأ الحرية، فكما أن شرط رضا المريض بالمعالجة لازم فكذا الحال بالنسبة للطبيب فإنه لا يعتبر ملزماً بالعلاج إلا بعد قبوله، ولا يعتبر امتناعه سبباً لإقامة مسؤوليته³⁹.

وقد قضي في فرنسا وكان اجتهاد محكمة شاتورو الفرنسية عام 1908، بأن من حق الطبيب أن يتمتع عن إجابة دعوة المريض دون أن يتعرض لأي جزاء جنائي أو مدني؛ لأن الطب مهنة حرة وللطبيب مطلق الحرية في اختيار عملائه⁴⁰. وقد تراجع الفقه والقضاء في فرنسا عن هذا المبدأ والمتمثل في حرية الطبيب بالامتناع، وظهرت اتجاهات حديثة تتادي في نسبية الحقوق ووظيفتها الاجتماعية، لذلك تم إقرار مسؤولية الطبيب الممتنع إذا كان سبب امتناعه مجرد إساءة للغير تطبيقاً لنظرية التعسف باستعمال الحق، وقد كان لظهور الاتجاهات الحديثة في نسبية الحقوق ووظيفتها الاجتماعية أثراً فعالاً في تقييد حرية الطبيب المطلقة فالطبيب إن كان حراً بقبول دعوة المريض أو رفضها في ظل المذهب الفردي، فإن هذه الحرية لم يعد لها هذا المعنى في النظام الحديث ذلك أن للطبيب وظيفة اجتماعية وليس له أن يرفض علاج المريض الذي

³⁹ التوتنجي، عبد السلام، (1975). المسؤولية المدنية، مسؤولية الطبيب في القانون المقارن، ط2.
⁴⁰ قرار قضائي صادر عن محكمة شاتورو الفرنسية بتاريخ 1908/8/1، أشار إليه: الجوهري، فائق، (1951). المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، مصر، القاهرة: دار الجوهري للطبع والنشر.

دعاه، بل إن القانون يفرض عليه أن يعمل ويؤدي الوظيفة الاجتماعية المفروضة عليه. وإقرار مسؤولية الطبيب الممتنع يستوجب توافر نية الإساءة للغير، وهذه النية تستخلص من ظروف الحال كوجود المريض في مكان ناء ولم يكن هناك طبيب معين لمعالجته ولا يوجد غيره، أو كوجود المريض في حالة خطر تستدعي التدخل الفوري من قبل الطبيب، وكان الأخير يعلم ذلك وكان من السهل عليه إسعافه ففي هذه الحالة فإن امتناع الطبيب يعتبر إساءة للمريض؛ لأن الطبيب اليقظ ما كان يسلك هذا المسلك إذا وجد في نفس الظروف المحيطة بالطبيب الممتنع⁴¹. ويخضع الخطأ في الامتناع لذات قواعد الخطأ الايجابي في المسؤولية، فالطبيب الذي يرفض علاج مريض في مكان ناء مع علمه بأن تدخله ضروري يقع تحت طائلة المسؤولية ذلك أن الطبيب اليقظ ما كان يسلك مثل هذا السلوك، وفي المقابل يقول الفقيه مازو بأن الطبيب الذي يرفض في المدينة معالجة مريض ليس هناك ما يدل على خطورة حالته لا يرتكب أي خطأ، في حين أنه لو امتنع عن ربط شريان نازف لجريح فإنه يعد مرتكباً لخطأ يسأل عنه مدنياً⁴².

وعندما يقبل الطبيب دعوة المريض لعلاجه فعليه أن ينفذ التزامه الذي أوجبه على نفسه، وفي حال عدم التنفيذ فإنه لا يفلت من المسؤولية إلا إذا أقام الدليل على القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، كأن يستحيل على الطبيب زيارة المريض بسبب انقطاع المواصلات أو بسبب المرض، كما أنه ليس للطبيب الذي يعمل في مستشفى عام أن يرفض معالجة المرضى الداخليين ضمن حدود اختصاصه، وينطبق نفس الحكم بالنسبة للطبيب أو المستشفى الخاص الذي يتعاقد مع رب عمل معين لمعالجة العاملين لديه فليس له هنا الامتناع عن معالجة المرضى وإن حصل فإن الأمر يثير مسؤوليته العقدية⁴³.

على أنه قد يحصل في بعض الأحيان تعارض بين واجب الطبيب الإنساني في إسعاف حالة طارئة وبين واجبه المهني، بحيث يعتقد بأنه ليس هو الذي يجب أن يتدخل لإسعاف المريض أو معالجته، وإنما زميل آخر يتولى أصلاً علاج المريض، فهذا الطبيب الممتنع عن التدخل لا يفعل أكثر مما تلزمه واجباته وآدابه المهنية تجاه زميله. إلا أن القضاء الفرنسي ينعي على الطبيب مثل هذا المسلك، ففي قضية تتلخص أن طبيباً كان يعالج مريضته من استسقاء حاد في الرئة وشفيت إلا أنها غيرت الطبيب المعالج بأخر لمتابعة

⁴¹ نجيدة، علي. (1992). التزامات الطبيب في العمل الطبي، القاهرة: دار النهضة العربية.
⁴² التوتنجي، عبد السلام. (1975). المسؤولية المدنية، مسؤولية الطبيب في القانون المقارن.
⁴³ منصور، محمد، المسؤولية الطبية، مرجع سابق.

حالتها ، وفي إحدى الليالي أصيبت باختناق حيث بادرت أسرتها إلى استدعاء طبيب ثالث يقيم على بعد أربعة كيلومترات على الرغم من وجود طبيبين يسكنان بجوارها، إلا أن هذا الطبيب أوصى بأن يستعينوا بالطبيب المعالج وأنه سيحضر إذا لم يستطيع الأخير الحضور، حيث تم إبلاغ الطبيب المعالج إلا أن الوقت كان قد فات، وعندما حضر وجد المريضة قد توفيت، فأدانت المحكمة هذا الطبيب على اعتبار انه ما دام قد علم بالخطر فإنه كان عليه أن يبادر إلى التدخل السريع ، واعتبرت أن تعليق تدخله على استدعاء الطبيب المعالج هو حركة تسويقية توازي درجة الامتناع عن الإنقاذ وذلك إن سرعة تدخله كانت مطلوبة .⁴⁴ وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا القضاء، وقالت بأن الطبيب علم بضرورة تدخله الفوري ولكنه أثار دون جدوى أحكام قانون آداب المهنة، وبذلك تكون المحكمة قد سوغت حكمها قانوناً.⁴⁵

ومع ذلك فهناك رأي فقهي له وجاهته يقول بأن للطبيب الجراح رفض إجراء عملية جراحية على الرغم من قبول المريض، عندما تكون مخاطر العملية غير متناسبة مع الفائدة المرجوة وعلى وجه الخصوص في الجراحة التجميلية، على اعتبار أن الأصل في العمل الطبي هو تأمين سلامة المريض التي لا يجوز التخلي عنها، وأنه إذا كان لا يمكن اعتبار الطبيب مقصراً في القوة القاهرة إلا أنه لا يجوز له الاحتجاج بحالة المريض الصعبة لتسوية امتناعه في رفض العلاج أو أن يحتج بأن المريض لم يكن من زبائنه.⁴⁶

ويبقى التزام الطبيب قائماً بإجابة دعوة المريض عندما يكون الأخير في حالة خطر وحالته توجب الاستعجال للتدخل الطبي السريع ولا تحتمل الحالة التأجيل حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بأن كل من يمتنع بإرادته عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر طالما أنه كان بإمكانه أن يقدم تلك المساعدة شخصياً أو بطلب النجدة، ودون أن يعرض نفسه أو أي شخص آخر لخطر، يرتكب جنحة الامتناع عن تقديم العلاج أو العون، وتضيف المحكمة بأن محكمة الاستئناف أصابت عندما أدانت الطبيب الذي لم يقدم العلاج لشخص كان في حالة خطر بعد أن تأكدت من اجتماع العناصر المادية والمعنوية لجنحة الامتناع عن تقديم العلاج أما إذا كان الطبيب في ظرف قاهر يمنع تدخله فلا مسؤولية عليه، وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الطبيب الذي كان في حالة من استحالة التنقل لا يرتكب

⁴⁴ نجيدة، علي.(1992). التزامات الطبيب في العمل الطبي، القاهرة: دار النهضة العربية، مصدر سابق.

⁴⁵ قرار قضائي صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1958/2/20

⁴⁶ الحسيني، عبد اللطيف.(1987). المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، بيروت: الشركة العالمية للكتاب، ط1.

جنة الامتتاع عن تقديم العلاج أو المساعدة على الرغم أنه قدتم إعلامه بأن المريض في حالة خطر⁴⁷.

وأما بالنسبة لموقف القانون الفلسطيني في هذا الموضوع وبالاستناد إلى القرار بقانون بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية على أنه يحذر على كل من يمارس مهنة طبية أو صحية الامتتاع عن علاج حالات الطوارئ والإسعاف، وفي حال وجود طبيب بديل للطبيب الحق في الامتتاع فيما عدا حالات الطوارئ والإسعاف، والامتتاع عن المعالجة لأسباب مهنية أو شخصية. وكما يحظر علاج المريض دون رضاه باستثناء حالات الطوارئ والاستعجال، والحالات التي يتعذر فيها الحصول على الموافقة لأي سبب من الأسباب المشروعة، أو إذا قررت لجنة طبية أن رفضه للعلاج يؤدي إلى مضاعفات تضر بالآخرين أو يصعب معها العلاج مستقبلاً.⁴⁸ ونلاحظ أن القانون الفلسطيني ألزمت الطبيب بالتدخل الجراحي وعلاج المريض في حالات الطوارئ والإسعاف ولا يجوز له الرفض والامتتاع عن تقديم العلاج للمريض في حال عدم وجود طبيب بديل غيره حتى إذا تعذر الحصول على الموافقة من المريض أو من ينوب عنه، فهذه حالة ضرورية ومستعجلة ولا تحتل التأجيل حفاظاً على حياة المريض وتقتضي من الطبيب التدخل للعلاج وفقاً لأخلاقيات المهنة وقسم مزاوله المهنة، وإذا قررت لجنة طبية أن رفض المريض للعلاج يؤدي إلى مضاعفات يصعب معها العلاج مستقبلاً فلا يجوز للطبيب أن يمتنع عن تقديم العلاج حتى في حال عدم موافقة المريض ورفضه للعلاج. وكما تبين لنا أنه في الحالات غير الطارئة وفي حال وجود طبيب بديل من نفس الاختصاص يجوز للطبيب الامتتاع عن تقديم العلاج والتدخل الجراحي لأسباب شخصية أو لأسباب مهنية كانهاء رخصة مزاوله الطبيب المهنية، وكما أنه غير مختص وغير كفاء لتقديم العلاج وإسعاف المريض، وكما يحق للطبيب الامتتاع عن التدخل الجراحي في المراكز الصحية غير المرخصة وفقاً للقوانين والتشريعات النافذة وأيضا يحق للطبيب الامتتاع عن إجراء العمليات الجراحية إذا كانت حالة المريض الصحية لا تسمح بذلك وفقاً للفحوصات والإجراءات السابقة.

أما عن الميثاق الإسلامي العالمي للأخلاقيات الطبية والصحية كان أكثر وضوحاً وشمولاً في موضوع امتتاع الطبيب عن تقديم العلاج وقد ورد في المادة التاسعة منه، أنه لا يجوز للطبيب الامتتاع عن علاج المريض في الحالات الطارئة، ولا الانقطاع عن علاجه في جميع الأحوال، إلا إذا رفض التعليمات التي حددها

⁴⁷ قرار محكمة التمييز الفرنسية -جنايات - الصادر بتاريخ 1998/2/4

⁴⁸ المادة رقم(10) من القرار بقانون بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية الصادر بتاريخ 2018/09/12

الطبيب، أو استعان بطبيب آخر دون موافقة الطبيب المشرف والمسئول على علاجه، ولا يجوز أيضا للطبيب الامتناع عن علاج حالة المريض، ما لم تكن حالته خارجة عن اختصاصه. وكما جاء في نص المادة العاشرة من الميثاق، على ضرورة استمرارية الطبيب في تقديم العلاج اللازم للمريض في الحالات الطارئة حتى تنتفي الحاجة إليه، أو حتى تنتقل رعايته إلى طبيب كفاء. وكما أكد الميثاق على عدم جواز معالجة المريض دون رضاه أو دون موافقة من ينوب عنه إذ كان المريض قاصرا أو فاقدا للوعي وهذا هو الأصل وقد استثنى الحصول على الموافقة في حالات الطوارئ والحالات المستعجلة التي لا تحتتمل التأجيل ويصبح أمر علاجها مستقبلا صعبا أو مستحيلا أو إذا كان المرض معديا ويشكل خطرا على الآخرين ويهدد بالصحة العامة.⁴⁹

وقد جاء في قانون العقوبات الأردني والنافذ في الأراضي الفلسطينية، يعاقب بالحبس حتى شهر واحد والغرامة خمسة دنانير على كل شخص من أصحاب المهن أو أهل الفن إذا امتنع دون عذر عن إغاثة أو إجراء عملية⁵⁰، وكما ورد أيضا في حال تسبب الطبيب بموت المريض بسبب الإهمال أو قلة الاحتراز أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة عوقب بالحبس من ثلاثة شهور إلى ستة سنوات.⁵¹ وقيام المسؤولية الجزائية على الطبيب وثبوت خطئه يؤدي بالتالي إلى قيام مسؤوليته المدنية وبالنتيجة يحق للمريض المضرور أو لذويه المطالبة بالتعويض. وبالرجوع إلى القضية رقم 2019/501 الصادر الحكم فيها عن محكمة النقض⁵² وقد ورد عن موضوع امتناع الطبيب للعلاج وبشكل غير مباشر في حكمها وهو اعتبر كقاعدة عامة إن المحكمة تقيم مسؤولية الطبيب والطاقت الطبي حسب ما تستشف من وقائع الدعوى أن الطبيب والطاقت الطبي لم يباشر العلاج والعناية بالمريض بطريقة تتم عن إهمال وتقصير ولا مبالاة ودون إتباع الأصول الطبية المتعارف عليها في هذا الشأن، وكما يسأل الطبيب والطاقت الطبي عن حالة الامتناع أو عدم متابعة المريض لدى مراجعته له أثناء وجوده في العيادة والتدخل في الوقت المناسب لإنقاذ المريض، وكما تنثور مسؤولية الطبيب والطاقت الطبي كذلك في الحالات التي ينقطع فيها الطبيب عن معالجة المريض في وقت غير لائق وبغير مسوغ قانوني، إلا إذا قام الدليل على وجود القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.

⁴⁹ المادة رقم (9) من الميثاق الإسلامي العالمي للأخلاقيات الطبية والصحية

⁵⁰ المادة رقم (474) من قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960

⁵¹ المادة رقم (343) من قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960

⁵² حكم محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله رقم 2019/501 الصادر بتاريخ 2019/12/1

نستخلص مما تقدم أن حرية الأطباء مقيدة وليست مطلقة وذلك لزوال المذهب الفردي الذي كان يؤكد على حرية الطبيب في العلاج وعدم وجود أي نزعة قوية تفرض عليه بمعالجة المريض حتى في حالات الطوارئ وأدى ظهور اتجاهات حديثة تنادي بنسبية الحقوق والعقد الاجتماعي وتقرير الوظيفة الاجتماعية، وأن الأصل وبالأستناد إلى آداب وأخلاقيات مهنة الطب يقضي بأنه في أي وقت يظهر فيه واجب المعالجة من قبل الطبيب فالمعالجة تصبح واجباً، الأمر الذي يؤدي إلى قيام مسؤولية الطبيب في حال رفضه وامتناعه عن تقديم العلاج، وإذا تم إثبات حصول الضرر نتيجة هذا الامتناع، ما لم يكن الامتناع عن التدخل الجراحي جراء قوة قاهرة أو حادث فجائي، وهو الأمر الذي يؤدي بالنتيجة إلى عدم قيام مسؤولية الطبيب .

الفصل الثاني: التعويض عن ضرر فوات الفرصة

ذهب جانب من الفقه المصري أن الفرصة حتى ولو كانت أمراً محتملاً فإن تفويتها أمر محقق وعلى هذا الأساس يجب التعويض عنها،⁵³ وفي حكم آخر لمحكمة النقض المصرية، فقد قضت بأن القانون لا يمنع من أن يحسب في الكسب الفائت الذي هو عنصر من عناصر التعويض ما كان للمضروب يأمل الحصول عليه ما دام لهذا الأمل أسباب معقولة ومن ثم فإن كانت الفرصة أمراً محتملاً أو مجرد أمل فإن تفويتها أمراً محققاً. وقضت محكمة النقض المصرية بأن تفويت الفرصة وإن جاز للمضروب أن يطالب بالتعويض عنه على أن يدخل في عناصره ما كان للمضروب يأمل في الحصول عليه من كسب من وراء تحقيق هذه الفرصة وإن ذلك مشروط بأن يكون هذا الأمل قائماً على أسباب ترجيح الكسب الذي فوته عليه العمل الضار غير المشروع.⁵⁴

حيث إن المحاكم الفرنسية قد أخذت بفكرة التعويض عن ضرر تفويت الفرصة، واعتبار تفويت الفرصة هو بحد ذاته ضرراً محققاً، ولهذه الفرصة بحد ذاتها قيمة مالية على الرغم من صعوبة تقدير هذه القيمة، ولكن هذه الصعوبة لا تعفي المحاكم من ضرورة القضاء بالتعويض، وبالتالي عليها الاجتهاد وبذل كل ما في وسعها لتقدير هذه الفرصة تقديراً عادلاً. ولقد امتد هذا المبدأ ليشمل جميع حالات التعويض عن ضرر فوات الفرصة طالما تحققت شروطه، وحيث اعترفت واستقرت محكمة النقض الفرنسية بالتعويض عن ضرر فوات الفرصة.⁵⁵

أما عن القضاء الأردني فإن محكمة التمييز الأردنية لها عدة قرارات في موضوع ضرر تفويت الفرصة إذ يعتبر بمثابة مبدأ قضائي مستقر عليه وقضت في حكم لها بالتعويض عن ضرر تفويت الفرصة على المضروب نتيجة إهمال وتقصير المدعى عليه بواجباته المهنية.⁵⁶

⁵³ السنهوري، عبد الرزاق. (2000). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الطبعة الثالثة، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ص 978 .
⁵⁴ أنظر حكم محكمة النقض المصرية 1958\11\13. مجموعة أحكام النقض المدنية. السنة 9 رقم 88. صفحة 684.
⁵⁵ أنظر حكم محكمة إستئناف ليون 26 كانون الثاني 1956 كازيت دي باليه 1956 ج 1 ص 362. نقلاً عن العامري، سعدون. (1981).
⁵⁶ أنظر حكم محكمة التمييز حقوق 1986\480، مجلة نقابة المحامين الأردنيين (1989). عدد 6، عمان، صفحة 1980. وراجع أيضاً تمييز حقوق 1986\574، مجلة نقابة المحامين الأردنيين (1989). عدد 6، عمان، صفحة 1664.

وأما بالنسبة لأحكام الضرر في النظام القانوني الفلسطيني من حيث تعريف الضرر في قانون المخالفات المدنية : بأنه الموت أو الخسارة أو التلف الذي يلحق بالمال أو سلب راحة أو الإضرار بالرفاه الجسماني أو السمعة أو ما يشبه ذلك من الضرر أو الخسارة. واضح من هذا النص أن الضرر شامل للضرر المادي والمعنوي معاً ويمكن إسقاط حكمه على مسؤولية الطبيب بسهولة فخطأ الطبيب قد يؤدي إلى وفاة المريض أو إحداث عاهة أو تلف في أحد أعضائه مما يؤثر سلباً على حسن أدائه لعمله، وبالتالي يلحق خسارة مادية به كما إن إصابته بضرر ما قد تسبب له آلاماً أو معاناة نفسية تحرمه من بهجة الحياة ومتاعها، الأمر الذي يلحق يلحق به ضرراً معنوياً.⁵⁷

وتجدر الإشارة هنا إلى أن مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876 تقيم المسؤولية على الفعل الضار على أساس الضرر بغض النظر عن كون مرتكب هذا الفعل مميز أو غير مميز أو أنه ارتكب الفعل عن قصد أو عن غير قصد، ويترتب على ذلك في جميع الأحوال تعويض الأضرار اللاحقة بالشخص المضرور. ومن أهم ما تبنته المجلة بموضوع الضرر أنه لا ضرر ولا ضرار وأن الضرر يزال ويدفع بقدر الإمكان.⁵⁸ وأيضاً المادة 26 منه "يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام ويتفرع على هذا منع الطبيب الجاهل من مزاوله مهنته". وبالعودة إلى مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 نلاحظ أنه نص في المادة 179 "على كل من ارتكب فعلاً سبب ضرراً للغير يلزم بتعويضه".⁵⁹ ونلاحظ أن المشرع لم يشترط التمييز في إقامة المسؤولية عن الفعل الضار، وأنه لم يتضمن ركن الخطأ بل اشترط لقيام المسؤولية عن الفعل الضار توافر الفعل والضرر والعلاقة السببية بين الفعل والضرر. أما قانون المخالفات المدنية ورد فيه " كل من سبب بإهماله، ضرراً لشخص آخر هو مدين له بواجب يقضي عليه بأن لا يكون مهملأ تجاهه في الظروف التي وقع فيها الإهمال يعتبر أنه ارتكب مخالفة مدنية، ويكون الشخص مدينأ بهذا الواجب لجميع الأشخاص الذين ينتظر من شخص عاقل⁶⁰... ونلاحظ أنه اشترط لقيام المسؤولية التقصيرية أن يكون الفعل الضار قد وقع بسبب الإهمال والتقصير أي على أساس الخطأ ولا بد من توافر الإدراك والتمييز.

⁵⁷ المادة رقم (2) منقانون المخالفة المدنية رقم 36 لسنة 1944

⁵⁸ المادة رقم (19) و(20) و(26) من مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876

⁵⁹ المادة رقم (179) من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012

⁶⁰ المادة رقم (50) من قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944

ويهدف الوصول إلى الغاية المبتغاة أي الحصول على التعويض عن ضرر تفويت الفرصة في الميدان الطبي فإن تحديدها ليس سهلاً وذلك لاختلاف معايير تقديرها، ومن أجل الإلمام بالموضوع مع وجوب الاعتداد والتقييد بمدى الضرر الحقيقي الذي حل بالمضرور وذلك بحسب حجم ضرر الفرصة الفائتة، فقد قسمت هذا الفصل إلى مبحثين خصصت في الأول شروط التعويض عن تفويت الفرصة وكرست الثاني لطبيعة التعويض وكيفية إثبات ضرر تفويت الفرصة.

المبحث الأول: شروط التعويض عن ضرر فوات فرصة الشفاء

يعدّ الضرر الطبي ركناً أساسياً من أركان المسؤولية الطبية، وهو مناطها، إذ أنه لا مسؤولية من دون ضرر، غير أنه لا يكفي لقيام المسؤولية وقوع الخطأ الطبي لوحده من طرف الطبيب فحسب وإنما يجب أن يكون هناك ضرراً للطرف الآخر وهو المريض وأن يكون الضرر بسبب الخطأ الطبي، فلولاً هذا الخطأ الطبي ما لحق المريض من ضرر، فيلزم توافر العلاقة السببية بين كل من الخطأ الطبي والضرر الذي أصاب المريض، إذ بتوافرها يمكن مساءلته والتعويض عنه بشتى الطرق بحسب الظروف، إما نقدياً بمقابل مالي، وإما عينياً بإرجاع الحالة عما كانت عليه في السابق، وذلك برفع دعوى تعويض من قبل المضرور أمام مختلف الجهات القضائية.

أعطى القانون لكل شخص يتضرر من الغير، الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية سواء العقدية أو التصيرية، والتي ينظم أحكامها كل من مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، والتعويض بصورة عامة له شروط عامة ومعروفة من أهم هذه شروط أن يكون هناك ضرر ثابت على وجه التأكيد واليقين، حيث أنه غير ممكن أن يكون هناك احتمال في حدوث الضرر، ولا بد من حدوث الضرر بشكل مباشر للفعل الضار، فليس من المنطق والمعقول أن يتم تحميل شخص جميع النتائج لأفعاله إن كانت غير مباشرة وبعيدة، ولو كانت هذه الأفعال غير مشروعة، وأيضاً كما يجب أن يصيب الضرر مصلحة مشروعة للمتضرر. ومن الواجب وجود حق مكتسب يحميه القانون لتقوم مسؤولية الشخص محدث الضرر والتي من خلالها يتم الالتزام بالتعويض عن الضرر الذي سببه للغير. فهل هذه الشروط تنطبق على ضرر فوات الفرصة؟ أو أن هناك شروطاً أخرى يجب توافرها؟ لذا فالسؤال المطروح

ما هي شروط التعويض عن ضرر تفويت الفرصة؟ هل يكتفي بالشروط العامة في التعويض بصورة عامة، أو يجب توافر شروط خاصة لذلك من أجل التعويض في هذا المجال؟ ومن أجل الإحاطة بهذا الموضوع ومعرفة الشروط الخاصة بالتعويض عن ضرر تفويت الفرصة. وبناء على ما سبق سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص الأول للحديث عن الشروط الخاصة لضرر تفويت فرصة الشفاء، ونكرس الثاني للشروط الإجرائية والشكلية للمطالبة بالتعويض على من فوت فرصة الشفاء وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: الشروط الخاصة والأصلية للتعويض عن الضرر

ومن أهم الشروط التي يجب توافرها للتعويض عن فوات الفرصة التفتيت المؤكد والنهائي للفرصة، هو أن يتم التأكيد واليقين من أن تكون الفرصة قد ضاعت بشكل مؤكد ونهائي، فالشخص المضرور الذي يدعي بتفويت الفرصة عليه سواء في المجال العقدي الطبي أو في المجال التقصيري لا يكفي منه أن يثبت وجود العقد بينه وبين الطبيب في المجال العقدي بل يجب أن يثبت ضياع الفرصة عليه، وهذا الشرط يتطلب إثباته أيضاً في المجال التقصيري، ولكنه يثقل كاهل المضرور ويلقي على عاتقه عبئاً ثقيلاً، لأن إثبات الخطأ في المجال الطبي صعباً وعسيراً⁶¹.

ولصعوبة الإثبات في المجال الطبي نرى ونؤيد الرأي الذي يأخذ بالمسؤولية الموضوعية التي تقوم على ركن الضرر، وأن على المريض المضرور إثبات ركن الضرر، ولا يكلف بإثبات الخطأ أو العلاقة السببية وهذا ليس من باب الوقوف إلى جانب المضرور على حساب محدث الضرر، ولكن لأن المريض جاهلاً بالأمر الطبية وأيضاً لصعوبة الإثبات فيها وعدم تواجد الخبرة لديه، بالإضافة لفقدانه الوعي بفعل التخدير ولا يعلم شيئاً عن كل ما حدث، وكون المسؤولية الموضوعية تيسر وتسهل الطريق على المضرور في الحصول على التعويض.⁶² وبالرجوع إلى مشروع القانون المدني الفلسطيني فإنه أخذ بفكرة الخطأ الموضوعي ونص على إن كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر وهذه المادة يقابلها قواعد فقهية في مجلة

⁶¹ عطية، وليد خالد، القيود الواردة على تعويض الضرر في القانون الإنكليزي.

⁶² طه، جبار. (1979). إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد.

الأحكام العدلية منها: لا ضرر ولا ضرار وأيضا قاعدة الضرر يزال.⁶³

لذا فالمدعي الذي يتمسك بتقويت الفرصة، يتحتم عليه أن يقوم بإثبات وجود الشروط الخاصة بهذه الفرصة، فالفرصة الضائعة يجب أن تكون جدية وحقيقية، فلكي تكون هناك فرصة فائتة يجب أن تكون تلك الفرصة موجودة بالفعل.⁶⁴ أي بمعنى آخر الفرصة يجب أن لا تكون محل شك، فيجب أن يكون الوقت الذي حدث فيه تقويت الفرصة معاصراً أو قريباً من الوقت الذي كان يمكن أن تتحقق فيه هذه الفرصة .

فالقضاء من أجل أن يدلو بدلو من مسألة التعويض عن تقويت الفرصة، فلا بد له من أن يصف ويكيف الضرر هل هو في كفة الضرر المحقق ، أم هو في كفة الضرر الاحتمالي،⁶⁵ ولذلك نجد أنه لجأ إلى معيار مفاده وهو وجوب أن تكون الفرصة جدية وحقيقية، وبهذا يتأكد القضاء من أن الكسب المأمول في الشفاء الذي كان ينتظره المريض كان من الممكن أن يتحقق لو أن الفعل الضار لم يقع أصلاً⁶⁶. فهناك قاعدة عامة تنص على أن البيئة على من ادعى، وهذا ينطبق على حالة المدعي في تقويت الفرصة، حيث يقع عليه عبء إثبات الضرر وإثبات وجود الفرصة وجديتها، لذا فالمضرور حتى يستطيع المطالبة بالتعويض على أساس ضياع الفرصة بشكل حقيقي ونهائي فيجب عليه إثبات أن فعل محدث الضرر ضيع عليه الفرصة التي يسعى إلى تحقيقها بشكل مؤكد ونهائي، حيث يكون التعويض عن ضياع الفرصة بحد ذاتها لأنها تساوي قيمة معينة، فالأمر بالمطالبة بالتعويض لا يتعلق بالنتائج الأدبية والمادية وإنما يتعلق بتقرير أن الفرصة بحد ذاتها تساوي قيمة وتقدير معين، وأرى بأنه من المنطقي اشتراط هذا الشرط حتى يتم المطالبة بالتعويض عن تقويت الفرصة في حال فانت الفرصة على المضرور في الشفاء أو التمتع في مباحج الحياة.⁶⁷

⁶³ المادة رقم (179) من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012

⁶⁴ العرعاري، عبد القادر.(2011). المسؤولية المدنية، مصادر الالتزام، الكتاب الثاني، ط3، الرباط: دار الأمان.

⁶⁵ الطراونة، أماني.(2013). جبر الضرر في فوات الفرصة وفقاً لأحكام القانون والقضاء ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية.

⁶⁶ العشموي، ايمن.(2005). تقويت الفرصة، الطبعة الثانية، القاهرة: دار النهضة العربية.

⁶⁷ الفضل، منذر.(2006). الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، دار نار اس للطباعة والنشر.

والشرط الثاني من الشروط الخاصة للتعويض عن ضرر فوات الفرصة أن تكون الفرصة جدية وحقيقية، فلا بد من وجود هذا الشرط عند المطالبة بالتعويض عن ضرر تقويت الفرصة، ومن ثم يجب أن لا تكون في صورة الوهم والخيال وبعيدة التحقق والمنال، لهذا يوجد ترابط وتماسك قوي وكبير بين مدى احتمال الكسب المأمول في الشفاء وجدية الفرصة، أي كلمة ازدادت درجة احتمال تحقق الفرصة كلما كان الكسب مرجحاً، فكلما كانت هناك دلائل قوية على وجود الفرصة، كلما كانت الفرصة جدية وحقيقية⁶⁸.

ففي الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف في باريس تتلخص وقائعه بأن هناك طفل ولد ولادة قيصرية، وبعد الولادة لوحظ وجود اضطرابات على ساق الطفل اليسرى بسبب عدم إيصال الدم إليها حيث وانه بسبب خطأ الطبيب في عدم الرعاية والعناية ووصف العلاج الصحيح وتسارعه في اتخاذ قرار بتر ساق الطفل الذي لا رجوع فيه، حيث كان للطفل فرصة حقيقية وجدية في الشفاء بدلا من بتر الساق لو تصرف الطبيب بالشكل الصحيح، لكن تسرع الطبيب في قراره فوات فرصة الشفاء على الطفل.

فتحقق الضرر هو المعمول عليه فعلاً، لأنه لم يعد من المجدي الانتظار لمعرفة ما إذا كان الضرر سيقع أم لا إذ لم يعد وقوع الضرر متوقفاً على أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، بل وقع الضرر وتحقق فعلاً وتحدد مركز المريض المضرور بصورة نهائية وضاعت عليه الفرصة التي كان يأمل من ورائها بالشفاء أو تجنب الضرر أو العاهة التي حلت به، حيث أوقف الطبيب المدعى عليه تطور الوقائع والأحداث التي كان يمكن أن تكون مصدر أمل للشفاء، فوفاة المريض أو العجز الذي لحق به نتيجة فعل الطبيب أفقده الفرصة⁶⁹.

كما يجب أن تكون الفرصة قابلة للتقدير، لذلك فالفرصة في مجال التعويض تتميز عن مجرد الأمل البحث الذي يتوقف على شعور ونفسية صاحبه، بينما تتميز الفرصة بأنها تقدر تقديراً موضوعياً وليس شخصياً فالمرضى الذي يصاب بمرض خطير كالسرطان قد يكون لديه الأمل في الشفاء، لكن من الوجهة الطبية لا يملك فرصة جدية وحقيقية في الشفاء، فإذا أراد القضاء أن يعوض عن الفرصة الضائعة في مجالها الطبي

⁶⁸ عامر، حسين. (1995). المسؤولية المدنية، ط1، القاهرة: دار النهضة العربية.
⁶⁹ تايه، أحمد. (2014). التعويض عن فوات الفرصة، مرجع سابق

يتحتم عليه أن يبحث عن تفويت الفرصة المتمثلة بالضرر، وهل هذه الفرصة جدية وحقيقية؟⁷⁰ وبذلك يتأكد من الكسب المأمول في الشفاء الذي كان ينتظره المريض، كان من الممكن أن يتحقق لو أن الفعل الضار لم يقع من جانب الطبيب⁷¹.

ومن صور وأشكال المسؤولية المدنية الموجبة للتعويض وجبر الضرر، هما المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، فإذا كان الالتزام الذي حصل فيه الإخلال مصدره عقد تكون المسؤولية عقدية، وإذا كان الالتزام مصدره الفعل الضار والعمل غير المشروع أو واقعة مادية رتب عليها القانون التزاما كانت المسؤولية تقصيرية .

أولاً_ المسؤولية العقدية

يمكن تعريفها بأنها المسؤولية التي تفرض وجود عقد صحيح منشأ بين الطرفين، إلا إن أحدهما أخل بتنفيذ التزامه أو امتنع عن تنفيذه كلياً أو جزئياً، أو تأخر عن تنفيذ التزامه، فإن كل هذه الأفعال ترتب المسؤولية على المتعاقد المخل بالتزامه بموجب العقد، وتوجب التعويض للفريق الآخر الذي لحقه ضرر . ويتبين أنه لا بد من توافر أركان لقيام المسؤولية العقدية وأولها **الخطأ العقدي** وهو يشمل عدم تنفيذ المدين التزامه كما هو مبين في العقد دون أن يكون هناك سبب أجنبي أدى إلى عدم تنفيذه، والركن الثاني هو **الضرر العقدي** ويعرف بأنه الأذى أو التعدي الذي ينشأ عن الإخلال بالالتزام العقدي أو هو النتيجة التي تترتب على الخطأ أو الأثر لعدم تنفيذه التأخر في تنفيذه، فقد يكون جسدي ، وهو الذي يقع على جسم الإنسان وقد يؤدي إلى الوفاة أو تعطيل أحد أعضاء الجسم، وقد يكون الضرر مالي وهو الخسارة التي تصيب الشخص المتعاقد بسبب إخلال الطرف الآخر في تنفيذ التزامه، والضرر المعنوي وهو الأذى أو التعدي الذي يصيب الإنسان في شعوره وعاطفته، وينتج عن ذلك الم معنوي للمتضرر. وأما الركن الثالث لقيام المسؤولية العقدية هو **توافر العلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر**، وهو أن يكون الخطأ العقدي هو السبب في حصول الضرر، ولا بد لقيام المسؤولية العقدية اجتماع الأركان الثلاثة من خطأ عقدي وضرر عقدي وعلاقة سببية ما بين الخطأ والضرر .

⁷⁰ أبو الليل، إبراهيم.(1986). تعويض تفويت الفرصة، الكويت: مجلة الحقوق الكويتية، ج2.

⁷¹ العشماوي، أيمن.(2005). تفويت الفرصة، مرجع سابق.

ويوجد اتجاه قائل بأن مسؤولية الطبيب عقدية وذلك في المستشفيات أو العيادات الخاصة تكون لافته معلقة تبين اسم الطبيب ومؤهلاته وتخصصه العلمي وتعتبر هذه الحالة أن الطبيب في حالة إيجاب دائم تجاه الجمهور، وأن دعوة المريض له من أجل العلاج، وتوقيع العقد بينهما لقاء أجر مالي مقابل على أن يقوم الطبيب بالالتزام الذي أفرضه عليه العقد وهو بذل العناية.

فقد قرر القضاء الفرنسي عام 1839 أن طبيعة العلاقة التي تربط بين الطبيب والمريض هي علاقة عقدية والتزام المريض بدفع الأجر للطبيب التزام عقدي . وبالرغم من أن المحاكم الفرنسية كانت طوال الفترة السابقة تعتبر أن مسؤولية الطبيب تجاه المريض هي مسؤولية تفصيلية، إلا أنها عدلت عن رأيها واستمر الخلاف في الرأي إلا أن حسم الموقف في تاريخ 1936/5/20 وفق القرار رقم 1936/1/88 والمنشور في دوريه دالوز والذي جاء فيه "يقوم بين الطبيب ومريضه عقد حقيقي، يتضمن التزام الطبيب إن لم يكن بالشفاء، فبتقديم العناية المطلوبة، وهذه العناية لا تكون كسائر العنايةات وإنما يجب أن يستمد أصولها من المبادئ والقواعد المهنية المتعارف عليها وحسن الانتباه والمطابقة لمبادئ العلم".⁷²

ونلاحظ بناء على ما تقدم استقرار القضاء الفرنسي على أن مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية ذات طابع تعاقدية، وقد اتجهت أيضاً محكمة النقض الفرنسية إلى اعتبار علاقات الصداقة والمجاملة بين الطبيب والمريض ذات طابع تعاقدية.⁷³

ويستند الاتجاه القائل بأن مسؤولية الطبيب عقدية على عدة حجج أهمها أن الرابطة العقدية وأن مسؤولية الطبيب تجاه المريض هي عقدية وذلك بناء على حالة الإيجاب الدائم والتي تكون من خلال تعليق الطبيب لافته على عيادته بما تتضمنه من معلومات عن مؤهلاته العلمية والعملية، وعضويته في نقابة الأطباء، فإن ذهاب المريض إليه ودعوته للعلاج يعتبر قبولاً للعقد. وأن طبيعة المهن الطبية والصحية وبالاستناد إلى القواعد والأصول العلمية لمزاولة المهن الطبية، فإنها تفرض على الطبيب بذل العناية اللازمة لعلاج المريض. وأكد كذلك النظام العام على التزام الطبيب بإتباع الأصول والقواعد المهنية المتعارف عليها والتزامه

⁷² قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1936/05/20 وفق القرار رقم 1936/1/88 والمنشور في دورية دالوز، وتتخلص وقائع القضية أن سيده كانت تشكو من حساسية في الأنف وقامت بمراجعة طبيب اختصاصي بالأشعة عام 1925، فقام بعلاجها بأشعة الاكسن، ونتج عن علاجه تلف في الأنسجة المخاطية في وجهها، فقام زوجها برفع دعوى أمام القضاء بالنيابة عنها بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بزوجته.
⁷³ قرار محكمة النقض الفرنسية رقم 1936 /1/88 والمأخوذ من د.سعد، أحمد محمود، مرجع سابق.

تجاه المريض ببذل العناية اللازمة وعدم الإضرار بالمريض والتصرف كما يريد، وأن محل التزامه مشروع وهو الالتزام بالعلاج وهو بذل العناية اللازمة، ويقع على عاتق المريض الالتزام بدفع الأجر المشار إليه في العقد العلاجي.

ثانياً- المسؤولية التقصيرية فيمكن تعريف المسؤولية التقصيرية بأنها الحالة التي تنشأ خارج دائرة العقد، ويكون مصدر الالتزام لها هو الفعل الضار، لذلك فهي تقوم على أساس الإخلال بالتزام قانوني، أو هي التي تنشأ نتيجة خطأ ارتكبه شخص فسيب ضرراً لآخر لا تربطه به رابطة عقدية. يتبين من خلال تعريف المسؤولية التقصيرية أنه لا بد من توافر أركان مجتمعة لقيامها، أولها: **الخطأ التقصيري** وهو الفعل الضار يعرف بأنه الإخلال بالتزام مصدره القانون، ويقوم الخطأ التقصيري على عنصرين، أولهما التعدي ويكون من خلال الانحراف عن القواعد والأصول وقد يكون على صورة إهمال وعدم إتباع الحيطة والحذر وبذل العناية اللازمة. والعنصر الثاني هو الإدراك والتمييز، بالنسبة للدول التي تقيم المسؤولية على أساس الخطأ، فإنه لا يكفي أن ينحرف الشخص عن سلوكه بل يلزم الإدراك والتمييز من قبل الشخص المعتدي، حيث أنه من وجهة نظرهم الصبي المجنون لا تتقرر مسؤوليته عن أفعاله لأنه لا يتوفر لديه الإدراك والتمييز.⁷⁴ وأما بالنسبة للقانون الفلسطيني وبالاستناد إلى قانون المخالفات المدنية ومشروع القانون المدني الفلسطيني ينص على توافر التمييز على مرتكب الضرر لكي يتم مطالبته بالتعويض.⁷⁵ ولكن في نفس المادة الفقرة الثانية نص على إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، فيكون المسئول عنه ملزم بالتعويض، وإذا تعذر الحصول على التعويض من المسئول جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل. نلاحظ بوجود تناقض في نفس المادة وكان على المشرع من الأولى الأخذ بفكرة قيام المسؤولية على أساس الضرر ومعاقبة الشخص غير المميز من جراء عمله غير المشروع وأرى عليه إعادة صياغة المادة رقم 180 الفقرة 1 وأن تكون تأكيد لنص المادة 179 والتي تنص على كل من ارتكب فعلاً سبب ضرراً للغير يلزم بتعويضه.

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي والقواعد العامة في فلسطين نلاحظ أنها نصت مجلة الأحكام العدلية على قيام المسؤولية على أساس الضرر، وبالتالي عدم اشتراط التمييز لارتكاب الفعل الضار، وبالتالي قيام مسؤولية عديم التمييز عن أفعاله الضارة، ومن أهم ما ورد بخصوص الضرر أنه لا ضرر ولا ضرار وأيضا الضرر

⁷⁴ السنهوري، عبد الرزاق. (1952). الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق.
⁷⁵ المادة رقم (180) من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012

يزال.⁷⁶ ولكن لوجود قواعد ونصوص مدنية خاصة فإنه يتم الأخذ فيها وذلك بناء لقاعدة أن الخاص يقيد العام حيث جاء في قانون المخالفات المدنية النافذ في فلسطين لا تقام الدعوى على شخص لمخالفة مدنية ارتكبتها وهو دون السنة الثانية عشرة من عمره⁷⁷ وأيضاً جاء في مشروع القانون المدني الفلسطيني⁷⁸ يكون الشخص مسئولاً عن أفعاله الضارة متى صدرت منه وهو مميز ونلاحظ أن القوانين الخاصة أقامت المسؤولية على أساس الخطأ واشترطت توافر التمييز والإدراك لمرتكب الفعل الضار، ويترتب على ذلك قيام المسؤولية المدنية في فلسطين على أساس الخطأ والذي يتوجب توافر التمييز والإدراك لمرتكب الفعل حتى يتم مسألته بالتعويض. والركن الثاني للمسؤولية التقصيرية هو **الضرر التقصيري** أي الأذى الذي يصيب الشخص سواء تعلق بالحياة أو بالسلامة الجسدية أو المساس بالمال أو العاطفة أو الشرف أو الحرية. ولا بد من توافر **العلاقة السببية** بين الخطأ والضرر، أي أن يكون الخطأ هو السبب الذي أدى إلى وقوع الضرر، فإذا لم تتوافر هذه العلاقة لا تقوم العلاقة السببية. ولقيام المسؤولية التقصيرية والمطالبة بالتعويض على أساس الفعل الضار غير المشروع يستلزم توافر الأركان الثلاثة مجتمعة من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما.

ونلاحظ أن القانون الفلسطيني وبالاستناد إلى مشروع القانون المدني الفلسطيني جاء فيه يقدر التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر، وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار. والمقصود هنا بالنتيجة الطبيعية حدوث النتيجة وفق المجرى المألوف، ومن خلال هذه المادة نلاحظ اتجاه إرادة المشرع المدني نحو السبب المنتج.⁷⁹ وبالرجوع إلى القواعد العامة في فلسطين وإلى مجلة الأحكام العدلية نلاحظ أنه من خلال المادة رقم 922 تبنت السبب المنتج.

وأما بالنسبة لموقف القانون المدني الأردني فقد جاء فيه يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار. فنلاحظ أن القانون المدني الأردني لم يأتي بنص صريح يوضح نظرية العلاقة السببية التي تم إتباعها بل جاء فقط بنص مشابهاً لمشروع القانون المدني الفلسطيني وباتجاه إرادته نحو السبب المنتج.

⁷⁶ المادة رقم (19) و(20) من مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876

⁷⁷ المادة رقم (8) من قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944

⁷⁸ المادة رقم (180) من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012

⁷⁹ المادة رقم (186) من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012

وكان القضاء الفرنسي يأخذ بنظرية تعادل الأسباب حتى عام 1943، وبعدها اعتمدت محكمة النقض الفرنسية عام 1943 في قرارها رقم 236 الذي يقضي بأن يجب عند تحديد المسؤولية الوقوف عند السبب المنتج في إحداث الضرر دون السبب العارض.⁸⁰

ويوجد اتجاه قائل بأن مسؤولية الطبيب تقصيرية وذلك من خلال استقرار المحاكم الفرنسية لفترة زمنية على أن مسؤولية الطبيب المدنية تقصيرية على أساس أن الالتزام المهني والفني ليس له علاقة بالاتفاق مع العميل لأنه يجهل الالتزامات التي وقعها ، وهذا للالتزام يطبق على الأطباء والمرضى ، فلا يفترض أن هذه الالتزامات تدخل دائرة التعاقد وهي تقترب حسب وجهة نظرهم من الالتزامات التي يفرضها القانون وليس الالتزامات التعاقدية ، وكذلك إنه العقد الموضوع بين الطرفين، به التزام واحد وهو دفع المريض للطبيب الأجر ولا يوجد فيه التزام آخر على الطبيب، وقد لاقى هذا تأييداً. وقد أكدت أيضاً محكمة السان الفرنسية عام 1913 على مسائلة الطبيب تقصيراً عن الفعل الضار الذي أصاب المريض وكل ذلك لا علاقة له بالحالات العقدية بين الطبيب والمريض.⁸¹

وكذلك فقد اتجه جانب من الفقهاء الفرنسيين على أساس أن الأخطاء التي يرتكبها الأطباء تجاه المرضى فإن مسؤوليتهم المدنية هي مسؤولية تقصيرية، وأن مدى التزام الطبيب ببذل العناية ، ويطالب هذا القول بتطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية ورغم وجود عقد بين الطبيب والمريض، واعتبر أصحاب الرأي أن القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية رقم 1936/1/88 لسنة 1936م والمنشور في دالوز دورية ليس له أي فائدة للمجني عليه وأن العقد مفترض وغير موجود في جميع الحالات ، وأن القول بأن مسؤولية الطبيب عقدية وليس تقصيرية غير صحيح.⁸²

⁸⁰ نقض مدني في 26 أكتوبر سنة 1967، مجموعة أحكام النقض 18 رقم 236 ص1560، وأنظر إلى قرار محكمة النقض الفرنسية 17 رقم 165 ص1201 حيث يقضي: بأن لا يكفي لنفي العلاقة السببية بين الضرر والخطأ الثابت وقوعه، القول بوجود أسباب أخرى من شأنها أن تسبب هذا الضرر، وذلك أنه يجب لاستبعاد ذلك الخطأ كسبب للضرر أن يتحقق توافر أحد هذه الأسباب الأخرى وأن يثبت أنه السبب المنتج في إحداث الضرر. وقد أشار إليه السنهوري، الوسيط، مرجع سابق.

⁸¹ قرار محكمة السان الفرنسية عام 1913 والمأخوذ من سعد، أحمد محمود.

⁸² الشواربي، عبد الحميد. (1918). مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات المدنية والجزائية والتأديبية، الإسكندرية: منشأة المعارف.

استند القائلون بالمسؤولية التقصيرية للطبيب إلى العديد من الحجج أهمها إن حياة الإنسان وسلامة جسده ليست محلاً للتعاقد، وحق الإنسان في الحياة وسلامة جسده قد أقرته القوانين والأنظمة العامة ، وأن حالات الإسعاف والطوارئ فأنها لا يمكن أن تكون سابقة لاتفاق أو عقد، فلذلك فأنها تدخل ضمن أحكام المسؤولية التقصيرية، وأيضاً الحالات التي يكون فيها المريض فاقداً للوعي تجعل من المستحيل وجود علاقة تعاقدية بينه وبين الطبيب. وإخلال الطبيب بالتزامه هو إخلال بواجب قانوني بناء على عدم التزامه بإتباع القواعد والأصول المهنية الطبية المتعارف عليها.

والرأي الراجح للطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية في فرنسا بعد صدور القرار (88 / 1 / 1936)

في تاريخ 20 / 5 / 1936 م الصادر عن محكمة النقض الفرنسية استقرراً للرأي لدى القضاء والفقهاء الفرنسي على أن الطبيب عندها يقوم بالمباشرة في إعلام المريض بالظروف الطبيعية يكون في الغالب قد أبرم عقداً مع المريض باتفاق الطرفين، لذلك نكون مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية وكذلك أخطاء كافة العاملين بالحقول الطبية وجراحين وأطباء أسنان وتخدير وأشعة وتمريض وصيدالة ومختبرات ومن يقع تحت إشرافهم بالعمل وغيرهم مسؤولية عقدية حتى لو تم العلاج بدون مقابل وعلى سبيل الصداقة والمجاملة.⁸³

وكما أشرنا سابقاً أن مسؤولية الطبيب المدنية في الأصل عقدية ولكن هنالك حالات استثنائية تكون فيها ذات طبيعة تقصيرية وهي : في حال عدم وجود عقد طبي مثلاً في حال التدخل الجراحي لإنقاذ المريض وكذلك في الحالات المستعجلة والإسعاف. والطبيب المعالج في المشفى العام، فإنه لا يتم إبرام عقد مع المريض في المرفق العام وليس للمريض حرية الاختيار للطبيب المعالج، ولذلك يتم تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية على الأخطاء الطبية الحاصلة داخل المستشفيات والمرافق الطبية العامة . وفي حال قيام ورثة المتوفى جراء الأخطاء الطبية بالمطالبة بالتعويض عن الضرر، فإنه تقوم مسؤولية الطبيب على أساس المسؤولية التقصيرية. وأيضاً في حالة وجود علاقة تبعية بين المتسبب بالضرر والمسئول عن التعويض في هذه الحالة تكون مسؤولية الطبيب تقصيرية، ومثال ذلك تبعية الممرضة للطبيب داخل العيادة الخاصة، وتبعية الطبيب لإدارة المستشفى.

المشرع المصري لم يورد نصوصاً خاصة بمسؤولية الطبيب المدنية بل تركها للقاعد العامة للمسؤولية، وقد كان القضاء المصري يعتبر مسؤولية الطبيب بشكل عام ذات طبيعة تقصيرية وأساس ذلك اعتبارها إخلال بواجب مصدره القانون، بحيث يتوجب على المريض إثبات أركانها. وهناك حكم صادر عن محكمة النقض المصرية يحمل الرقم 417 بتاريخ 1969/7/3 ينص على "لا يمكن مساءلة الطبيب في المستشفى العام إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاج حده يتعهد العقد بينهما" وهذا الحكم يصلح فقط في المشفى العام لأنه اختيار المريض للطبيب غير متوفر.⁸⁴ وهناك حكم آخر صادر عن محكمة النقض المصرية مفاده أن مسؤولية الطبيب تكون عقدية كلما كان الطبيب قد تولى علاج المريض بناءً على اختياره له وطلبه بنفسه أو عن طريق نائبه.⁸⁵

أما بالنسبة لموقف القانون الفلسطيني من الطبيعة القانونية للخطأ الطبي، فإنه لم ينص على موقف موحد من طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب من الناحية القانونية فيما إذا كانت عقدية أم تقصيرية، إلا أن المتفق عليه في هذا المجال أن الطبيب إذا تحققت عليه المسؤولية الطبية المدنية سواء أكانت عقدية أم تقصيرية، فهو جبر الضرر بالتعويض، وهو ما جاءت به اللوائح والتشريعات الطبية في كثير من دول العالم.

إلا أن القضاء الفلسطيني وما فيه محكمة النقض الفلسطينية قد حددت الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب عن الخطأ الطبي ألا وهي مسؤولية تقصيرية⁸⁶، وأيضاً جاء في حكم آخر لمحكمة استئناف القدس وأنه بالرجوع إلى القرار المستأنف نجد أن قاضي الموضوع قد استعرض وقائع الدعوى وقام بوزن البيانات الوزن الصحيح والتي من خلالها توصل إلى القرار المستأنف و الذي له أصل سائغ في أوراق الدعوى ومرتكزاً على الأصول القانونية والقواعد الصحيحة لإصدار الأحكام بعد أن ثبت لديه المسؤولية التقصيرية من قبل المدعي عليهم والناجئة من الخطأ والضرر والعلاقة السببية في هذه الدعوى.⁸⁷ ونجد من خلال ما تقدم أن القضاء الفلسطيني قد حدد طبيعة المسؤولية الطبية بأنها مسؤولية تقصيرية على خلاف ما سار عليه القضاء الفرنسي والمصري.

⁸⁴ قاعدة الاجتهادات والتشريعات المصرية، 2009/1/15. www.arablegalportal.org

⁸⁵ قرار محكمة النقض المصرية رقم 111/35 الصادر بتاريخ 1969/6/26

⁸⁶ حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم 2011/102 و 2011/136 الصادر بتاريخ 2011/5/31

⁸⁷ قرار محكمة استئناف القدس رقم 2018/498 الصادر بتاريخ 2018/10/24 وأنظر أيضاً إلى قرار محكمة الاستئناف القدس رقم 2011/6 بتاريخ 2011/2/14.

المطلب الثاني: الشروط الشكلية والإجرائية لدعوى التعويض عن ضرر فوات الفرصة

تخضع دعوى المسؤولية المدنية للطبيب للأحكام العامة في المسؤولية المدنية شأنها شأن أية دعوى مدنية أخرى وأطراف الدعوى هما المدعي (المريض المضرور أو المضرور) والمدعى عليه (الطبيب المسئول) عن الضرر وهو ما نصت مجلة الأحكام العدلية عليه بأنها: "طلب أحد حقه من آخر في حضور القاضي ويقال له المدعي وللآخر المدعى عليه".⁸⁸ فالمدعي هو (المريض المضرور) وهو الذي يباشر حقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه سواء أكان الضرر الذي أصابه مباشرة أو ارتد عليه من ضرر أصاب غيره، فان المدعي في دعوى المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي هو المريض المضرور والذي يحق له بحسب الأصل أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر، إذ أن سبب هذه الدعوى هو إخلال الطبيب المسئول بمصلحة مشروعه، وأيضاً قد يكون المدعى هو خلف المريض المضرور والذي تنتقل إليه دعوى التعويض من خلال الضرر المرتد، وإذا كان الضرر مادياً فإنه ينتقل إلى الورثة بقدر حصة كل منهم، أما إذا كان معنوياً فإنه لا ينتقل إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي، وقد يكون الضرر مرتداً على شخص آخر وهو عبارة عن ضرر مباشر يترتب على الفعل الضار يصيب شخصاً غير الذي وقع عليه الفعل، حيث أنه يقع بطريقة الارتداد لضرر آخر ويكون نتيجة له ويعتبر ضرراً مباشراً يتعين التعويض عنه. أما المدعى عليه في دعوى المسؤولية المدنية الناشئة عن الخطأ الطبي فهو المسئول عن هذا الخطأ ويستوي في ذلك أن يكون مسئولاً عن خطأ الشخصي أو عن فعل الغير أو عن الأشياء التي تكون في حراسته فالطبيب الذي ارتكب خطأ شخصياً بالمعنى الفني هو المدعى عليه في هذه الدعوى، ويحل محل الطبيب المسئول خلفه، والخلف هنا هو الوارث ولما كان الوارث في الشريعة الإسلامية لا يرث التركة إلا بعد سداد الديون، والتركة تكون هي المسئولة بعد موت الطبيب المسئول، وأي وارث يمثل التركة في دعوى المسؤولية. وما على المضرور إلا أن يرفع الدعوى على كل الورثة، أو على أحدهم، فيحكم له بالتعويض قبل من رفع عليه الدعوى، ويتقاضى حقه كاملاً التركة.⁸⁹

⁸⁸ المادة رقم (3/16) من مجلة الأحكام العدلية
⁸⁹ السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق

ومن المتصور تعدد المسؤولين عن الأضرار التي لحقت بالمريض المضرور، وبخاصة إذا كنا أمام مسؤولية الطبيب ضمن فريق طبي، ففي هذه الحالة إذا ثبت وجود خطأ كان كل منهم مسئولاً عن الخطأ بمقدار مساهمة خطئه في الضرر، ولم يكن هناك تضامناً بينهم ما لم يقض اتفاق بغير ذلك ويتصور ذلك في حال كانت المسؤولية المدنية للطبيب العقدية. وأخذ قانون المخالفات المدنية بموضوع التضامن وجاء فيه: إذا اشترك شخصان أو أكثر في تبعة فعل بمقتضى أحكام هذا القانون، وكان ذلك الفعل يؤلف مخالفة مدنية، يتحمل ذلك الشخصان أو أولئك الأشخاص تبعة ذلك الفعل بالتضامن، وتجاوز إقامة الدعوى عليهما أو عليهما مجتمعين أو منفردين.⁹⁰ حيث أكد القضاء الفلسطيني في أحكامه وقراراته على وجوب التضامن والتكافل وهذا واضح على سبيل المثال لا الحصر في القضية التي تحمل الرقم 2010/358 المفصلة لدى محكمة استئناف القدس بعد قيام محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه، ومفاد الحكم هو قبول الاستئناف موضوعاً وتعديل الحكم المستأنف ليصبح الحكم بإلزام المدعى عليهما بالتكافل والتضامن بدفع المبلغ 168839 شيقل مع تضمين المدعى عليهما بالرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة. وأيضاً على سبيل المثال لا الحصر القرار الصادر عن محكمة بداية رام الله نهاية العام 2009 القاضي بتعويض المدعي مبلغ وقدره 55264 ديناراً أردنياً عن أضرار جسدية نتيجة خطأ طبي وقع في عام 1999 من قبل طبيب في مدينة رام الله وطبيبين آخرين في إحدى مستشفيات مدينة الخليل، حيث تحمل مسؤولية الخطأ بالتضامن والتكافل بين الأطباء الثلاثة إضافة إلى المستشفى الذي يعمل فيها الطبيبين الثاني والثالث.

وقد أخذ القانون المدني المصري بالمسؤولية التضامنية في حال تعدد المسؤولين عن العمل الضار، فتعدد المسؤولية يجعل كل مسئول مدعى عليه، ويجعلهم جميعاً متضامنين في المسؤولية وما داموا متضامنين، فإن المدعي يستطيع أن يقيم الدعوى عليهم جميعاً كما يستطيع أن يرفع على احدهم، فيقصر الدعوى عليه دون غيره، ويطالبه بالتعويض كاملاً وذلك أن التضامن يقضى بأن كلاً منهم مسئولاً قبل المضرور عن كامل التعويض، وعليه بعد ذلك أن يرجع على الباقيين كل بقدر نصيبه وبحسب جسامه الخطأ أو بالتساوي، وقد اشترط توافر شروط لقيام التضامن وهي: أن يكون كل واحد منهم ارتكب خطأ، وأن يكون خطأ الذي ارتكبه كل منهم هو السبب في إحداث الضرر، وأن يكون الضرر الذي وقع منهم هو ضرر

⁹⁰ المادة رقم (10) من قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944.

واحد⁹¹. ولم ينص القانون الفرنسي على مبدأ التضامن عندما يتعدد المسؤولين عن العمل الضار.

وأيضاً تبني القانون الأردني فكرة التضامن في حال تعدد المسؤولين عن الفعل الضار ونص على أنه إذا تعدد المسؤولين عن فعل ضار، كان كل منهم مسئولاً بنسبة نصيبه فيه وللمحكمة أن تقضي بالتساوي أو بالتضامن والتكافل فيما بينهم.⁹²

ونلاحظ أنه يشترط لقيام التضامن بين المسؤولين عن التعويض عدة أمور وهي، اتحاد مصدر الالتزام فإذا كان مصدر التزام كل منهم هو الفعل غير المشروع، سواء كان خطأ ثابتاً أو مفترضاً فيتوافر التضامن بسبب وحدة مصدر الالتزام، أما إذا تعدد مصادر الالتزام بأن كان مصدر التزام أحد المسؤولين هو الفعل غير المشروع، ومصدر التزام الآخر هو العقد، ففي هذه الحالة لا يتوافر التضامن لتعدد مصادر الالتزام. أما بالنسبة لموقف التشريع الفرنسي في هذا الموضوع فإنه لم يأخذ بفكرة التضامن بل أخذ بفكرة التضام، أي بالمسؤولية المجتمعة وعرفه الدكتور السنهوري أن سمته الأساسية أن تتضمن ذمة إلى أخرى في الالتزام بأداء التعويض، دون أن يكون هناك تضامن بين صاحبي الذمتين⁹³. ونلاحظ أنه يتميز التضام عن التضامن، بأنه في حالة التضام يكون كل من المسؤولين ملزماً بأداء كامل التعويض إلى المضرور الذي يستطيع أن يجمع في دعواه بينهما، أو أن يقصرها على واحد منهما حسب اختياره، كما يستطيع أن ينفذ بالحكم على أحدهما، دون الآخر إذ لا ينقسم الدين بينهما ولا يستطيع من أوفى به الرجوع على الآخر بنصيب مما أوفاه. غير أنه يلاحظ أيضاً أن المدين مسئول بكامل المبلغ تجاه المضرور إلا أن ذلك لا يعني إمكان حصول المضرور على التعويض مرتين، إذ يقتصر حقه على استيفائه مرة واحدة، بحيث إذا استوفاه من أحد المدينين، امتنع رجوعه أو تنفيذه قبل الآخر.

⁹¹حنا، منير رياض، مسؤولية الأطباء والجراحين، مصدر سابق
⁹²المادة رقم (265) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976
⁹³السنهوري، مصدر سابق

ولا بد من توافر أهلية التقاضي لرفع دعوى التعويض، والأصل أن ترفع دعوى المسؤولية من المضرور، إلا إذا لم تكن له أهلية التقاضي فترفع من نائبه كالولي أو الوصي أو القيم. فإذا كان الضرر الذي أصابه مادياً، كإصابة المريض بعاهة أعجزته عن العمل، أو أن يؤدي الخطأ الطبي إلى وفاة المريض وتقويت عليه فرصة الشفاء والبقاء على قيد الحياة، فإن ثبت له التعويض من خلال حكم قضائي من المحكمة المختصة، فإن الحق فيه ينتقل إلى خلفه ويستطيع ورثة المضرور أن يطالبوا بالتعويض الذي كان بإمكان مورثهم الذي أصابه الضرر المطالبة به لو بقي حياً، وكما يستطيع المضرور أن يحول حقه في التعويض إلى شخص آخر، فينتقل هذا الحق إلى المحال له⁹⁴. وقانون المخالفات المدنية أكد على حق الورثة في المطالبة بالتعويض نتيجة ما لحق بمورثهم من ضرر جراء المخالفة المدنية، وورد فيه على جواز إقامة الدعوى بشأن فعل أدى إلى الوفاة ولم يحصل المتوفى على تعويض مقابل الأذى الجسماني الذي سببته تلك المخالفة المدنية فعندئذ يجوز لزوج ذلك الشخص ولوالديه وأولاده أن يحصلوا على تعويض من الشخص المسئول عن تلك المخالفة المدنية، فتقام الدعوى من قبل وباسم منفذ الوصية أو مدير الشركة أو الورثة لمنفعة زوج المتوفى ووالديه وأولاده، حيث يحكم بالتعويض المطالب به في هذه الدعوى مقابل الضرر المادي الفعلي أو المتوقع الذي لحق بالأشخاص الذين أقيمت الدعوى نيابة عنهم بسبب وفاة الشخص المتوفى، ولا تصح إقامة هذه الدعوى إلا خلال اثني عشر شهراً من تاريخ الوفاة، وتتولى المحكمة تقسيم التعويض الذي تحكم به فيما بينهم.⁹⁵

أما إذا كان الضرر الذي أصابه معنوياً فلا ينتقل إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق بين المضرور والمسئول، أو طالب به المضرور أمام القضاء. ومع ذلك لا يجوز الحكم بالتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب. فلذلك يجب التمييز بين الضرر الذي أصاب الميت نفسه، ويراد أن ينتقل حق التعويض عنه بموته إلى ورثته، وبين الضرر الذي أصاب أقاربه وذويه في عواطفهم وشعورهم الشخصي من جراء موته⁹⁶. فالضرر الذي أصاب الميت نفسه، فلا ينتقل حق التعويض عنه إلى ورثته، وذلك لأن التعويض عن الضرر الأدبي لا ينتقل بالميراث إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء وفي حالتنا هذه لا يتصور شيء من ذلك، إذ أن الضرر الأدبي هو

⁹⁴السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق

⁹⁵المادة رقم (55) من قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944

⁹⁶حنا، منير رياض، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط2، 2014

موت الشخص نفسه، فلا يمكن أن يكون التعويض عن هذا الموت قد تحدد بمقتضى اتفاق مع الميت أو طالب به هذا أمام القضاء. بينما التعويض عن الضرر الذي يصيب أقارب الميت بطريق مباشر فإنه لا يجوز الحكم بالتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية، وفقاً لهذا النص يقتصر على الزوج الحي وأقارب الميت إلى الدرجة الثانية، وهم أبوه وأمه، وجدته وأبيه أو لأمه وأولاده، وأولاد أولاده، وأخوته وأخواته. ولا يحكم القاضي بالتعويض لجميعهم إن وجودوا، يحكم بالتعويض لمن أصابه منهم ألم حقيقي بموت المصاب فإذا كانت الأقارب لا تدخل فيمن تقدم ذكرهم، لم يجر الحكم لهم بتعويض عن الضرر الأدبي، مهما كانت دعواهم فيما أصابهم من ألم بموت المصاب فلا يحكم بتعويض عن الضرر الأدبي لأولاد الأخوة والأخوات، ولا للأعمام والأخوال والعمات والخالات، ولا لأولادهم من باب أولى ولا للخطيب والخطيبة ولا للأصدقاء، مهما كان الميت قريباً إلى نفوسهم⁹⁷.

وأخذت التشريعات الأخرى كالقانون المدني الفرنسي المادة رقم 1382، لحالات الضرر المادي والضرر الأدبي، فقد أجازت للغير ذلك باعتبارهم أصلاء على أساس أن هناك ضرراً أدبياً أصابهم، حيث ثبت أن هناك رابطة حب ووثام بينهم ومن ثم يجوز لهذا الغير، حتى ولو لم يكن قريباً للمضرور المطالبة بالتعويض. وكذلك القانون المدني العراقي أجاز التعويض عن الضرر المعنوي، وجاء فيه على أنه يجوز أن يقضي بالتعويض للأزواج والأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب، وهذا النص لا يثير أية صعوبة بالنسبة إلى الأزواج لأن هذه العبارة تشمل الأزواج والزوجات بشرط قيام الزوجية وقت الوفاة، وبذلك يستطيع الحي منهم أن يطالب بالتعويض عن الآلام التي يعانيتها بسبب موت الآخر. وجاء فيه أنه لا ينتقل هذا الحق إلى الغير إلا بموجب اتفاق أو حكم نهائي⁹⁸.

ونلاحظ توافقاً بين القانون المدني العراقي والأردني بموضوع التعويض عن الضرر المعنوي وجاء أيضاً في القانون المدني الأردني أنه يجوز أن يقضي بالضمان للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب، وكذلك لا ينتقل هذا الحق إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بموجب اتفاق أو حكم قضائي نهائي⁹⁹.

⁹⁷ حنا، منير رياض، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، مصدر سابق
⁹⁸ المادة رقم (205) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 أنظر كذلك إلى قرار محكمة التمييز العراقية بتاريخ 1968/7/31
⁹⁹ المادة رقم (2/267) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 أنظر كذلك إلى قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1978/71

أما بالنسبة لموقف التشريع الفلسطيني بموضوع الضرر المعنوي فلم تتضمن القواعد القانونية المتعلقة بالمسؤولية المدنية في فلسطين أي نصوص تنظم قواعد المطالبة بالتعويض المعنوي، ولكن يفهم من مضمون نصوصها بإمكانية التعويض عن الضرر المعنوي وذلك بالاستناد إلى القواعد العامة نجد هناك قواعد فقهية في مجلة الأحكام العدلية مثل الضرر يدفع بقدر الإمكان وقاعدة الضرر يزال وأيضا قاعدة إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر، وبالرجوع إلى تعريف مفهوم الضرر في قانون المخالفات المدنية نجد أنه عرفه سلب الراحة أو الإضرار بالرفاه الجسماني أو السمعة ويتضح من خلال هذه المادة أن كلمة الضرر تشمل الضرر المادي والمعنوي حيث أن السمعة شيء معنوي وليست مادي.

ونلاحظ أن القضاء بشكل عام يأخذ بموضوع الضرر الأدبي ويتم التعويض عنه، حيث أن القوانين تجيز المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي، وحيث أخذ القضاء الفلسطيني بالدعاوي التي موضوعها المطالبة بالتعويض عن الأضرار المعنوية وبت فيها، وأصدرت العديد من القرارات والتي قضت بالمطالبة بالتعويضات المعنوية ومنها قرار محكمة استئناف رام الله رقم 2010/344 وعليه يجب توافر أركان مجتمعة لمطالبة المتضرر بالتعويض عن الضرر المعنوي وهي الإخلال بمصلحة المضرور، فلا يشترط أن يشمل الإخلال بحق المضرور بل يكفي أن يمس بمصلحة المضرور، وأيضا أن تكون المصلحة مشروعة غير مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة وأن يكون الضرر محقق الوقوع، أي أن يكون قد وقع فعلا أو كان احتمال وقوعه في المستقبل أمرا حتميا فعناصره لم تتحقق بعد ولكنها مؤكدة الوقوع في المستقبل.

والأصل أن يكون سبب للدعوى وهو الحق الذي اعتدى عليه أو الإخلال بمصلحة مشروعة، أو هو فيما يتعلق بدعوى المسؤولية الضرر الذي لحق المضرور، والسبب على هذا النحو واحد لا يتغير مهما تنوعت الطرق والوسائل التي يستند إليها المدعي في ادعاءه نتيجة ما أصابه من خطأ اقترفه المدعي عليه، وسواء أكانت حجته أو دليله على هذا الإخلال خطأ عقديا ارتكبه المدعي عليه، أو خطأ تقصيرياً. وأن يكون موضوع دعوى المسؤولية الطبية هو التعويض عن الضرر جراء الأخطاء الطبية، ويقدره المدعي كما يرى ولا يجوز للقاضي أن يزيد عما طلبه المدعي وإلا قضى بما لم يطلبه الخصوم، ولكن يجوز له أن يقضى بأقل، كذلك فلا يجوز للمدعي أن يزيد مقدار ما يطلبه من التعويض في الاستئناف لأول مرة، لأن ذلك يعد طلبا جديداً، ولكن كيفية التعويض قد تتغير دون أن يكون في ذلك تعديل في الطلبات، فقد يطلب المدعي

مبلغاً من النقود، فيحكم القاضي بتعويض نقدي وقد يغير المدعي من كيفية التعويض الذي يطلبه لأول مرة في الاستئناف فيجوز ذلك، كما إذا طلب تعويضاً نقدياً أمام المحكمة الابتدائية، ثم طلب في الاستئناف تعويضاً عينياً مصحوباً بتهديد مالي.¹⁰⁰

ويستطيع أن يدفع المدعي عليه دعوى المسؤولية بأخذ أمرين، إما أن ينكر قيام المسؤولية ذاتها، فيدعي أن ركناً من أركانها لم يتوافر من خطأ أو ضرر أو سببية، وإما أن يعترف بأن المسؤولية قامت، ولكن يرى أن الالتزام المترتب عليه قد انقضى بالوفاء أو المقاصة أو الإبراء أو بالتقادم أو بغير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام، ومن حيث مدة تقادم الدعوى فإن القضاء والفقهاء في فرنسا يرى أن الدعوى المدنية المبنية على العقد تعتبر ذات مصدر مختلف عن الدعوى المبنية على جريمة يعاقب عليها القانون، فهم يرون أنها ذات طابع خاص، ومن ثم فلا تسقط إلا بالتقادم الطويل المنصوص عليه في المادة 2262 من القانون المدني، ومدته ثلاثون سنة .

وأما التشريع المصري فيحكمه نص المادة 172 من القانون المدني، ووفقاً لهذا النص: تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه، وتسقط هذه الدعوى في كل حالة بانقضاء خمسة عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع .

وقد اعتنق المشرع الأردني فكرة التقادم المسقط ويتضح ذلك من نص المادة 272 من القانون المدني والتي نصت على أن لا تسمع دعوى الضمان الناشئة عن الفعل الضار بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالمسئول عنه ، ولا تسمع دعوى الضمان في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . ويتضح هنا وجود تماثل من حيث مدد التقادم في سقوط الحق في رفع الدعوى بين كل من المشرع الأردني والمصري.

وأما في فلسطين فإن التقادم المسقط للحق في رفع الدعوى في الأحوال المدنية بشكل عام هو التقادم الطويل وهو بمرور خمس عشرة سنة وأما بخصوص تقادم المسؤولية المدنية الطبية الناشئة بسبب الخطأ الطبي من

جانب الطبيب وبالاستناد إلى القرار بقانون بشأن السلامة والحماية الطبية والصحية فإنها تتقادم دعوى التعويض بمرور سنتين من تاريخ ارتكاب الخطأ الطبي أو اكتشافه، أو من تاريخ تقديم التقرير الطبي النهائي والذي يفيد بتوقف الضرر الناشئ عن الخطأ الطبي المرتكب، إذا كان الضرر مستمراً. وأيضاً من تاريخ وفاة المريض، ويبدأ احتساب هذه المدة من تاريخ بلوغ الورثة القصر سن الثامنة عشر.¹⁰¹ وإذا كان المدعى عليه قد أخفى الخطأ الطبي بطريق الاحتيال، يتم احتساب مدة التقادم المنصوص عليها في الفقرة (1) من هذه المادة. وحيث يوقف احتساب المدد المشار إليها من هذه المادة، في حال إقامة دعوى جزائية على مقدم الخدمة الطبية والصحية المتسبب بالخطأ الطبي، أو في حالة رد الدعوى المدنية لأسباب تتعلق بعدم صحة الخصومة أو سقوطها. وتستأنف المدد المشار إليها من هذه المادة، بصدور حكم قطعي من المحكمة المختصة.¹⁰²

وأما بالنسبة لقانون المخالفات المدنية فقد نص على أنه لا تقام الدعوى إلا إذا ابتدأت خلال سنتين من وقوع الفعل أو الإهمال أو التقصير، أو خلال سنتين من تاريخ توقف الضرر إذا كانت المخالفة المدنية تسبب ضرراً يستمر من يوم لآخر، وأيضاً خلال سنتين من تاريخ اكتشاف المخالفة المدنية أو من التاريخ الذي كان بوسع المدعي أن يكتشف فيه المخالفة. وإذا كان المدعى عليه قد أخفى المخالفة بطرق الاحتيال فإنها إذا كان المدعي حين نشوء الدعوى لم يبلغ الثامنة عشر، أو كان مختل القوى العقلية أو كان المدعى عليه خارج فلسطين فإنها لا تبدأ مدة السنتين في أي حالة إلا ببلوغ المدعي سن الثامنة عشر أو استعداد قواه العقلية أو عند وجود المدعى عليه ثانية في فلسطين.¹⁰³

وحسب ما جاء في القرار بقانون بشأن السلامة والحماية الطبية والصحية، فإنه يتم تشكيل لجنة طبية دائمة تسمى "لجنة الحماية والسلامة الطبية والصحية"، تضم في عضويتها طبيبين من الوزارة لا نقل خبرتهم عن خمسة عشر عاماً، وطبيبين من نقابة الأطباء لا نقل خبرتهم عن خمسة عشر عاماً، وعضو من المجلس الطبي الفلسطيني حسب الاختصاص. وطبيب شرعي من وزارة العدل. وأيضاً عضوين من النقابة المختصة. وعضو من أصحاب الاختصاص، حيث تكون مدة العضوية في اللجنة سنتين قابلة للتجديد لمرة واحدة فقط،

¹⁰¹، مرجع سابق قرار بقانون رقم 31 لسنة 2018 بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية
¹⁰²قرار بقانون رقم 31 لسنة 2018 بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية، مرجع سابق
¹⁰³المادة رقم (68) من قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944

كما يجوز للجنة تشكيل لجان فرعية متخصصة من وزارة الصحة، ونقابة الأطباء، والنقابة المختصة، تتولى مهمة إبداء الرأي في الطلبات التي تحيلها إليها اللجنة، وعلى هذه اللجان الفرعية رفع تقاريرها بشأنها إلى اللجنة. كما يجوز للجنة في سبيل القيام بمهامها الاستعانة بمن تراه مناسباً من ذوي الخبرة والاختصاص. ومن أهم الصلاحيات التي تمارسها هذه اللجنة، النظر في الشكاوى المقدمة إلى الوزارة أو النقابة المختصة من متلقي الخدمة أو من ينوب عنه قانوناً أو ورثته، وتقديم الخبرة الفنية في الشكاوى بناءً على طلب النيابة العامة قبل إقامة الدعوى أمام المحكمة المختصة ، وتقديم الخبرة الفنية بناءً على طلب المحكمة المختصة أثناء نظر الدعوى.¹⁰⁴

وأما بخصوص الجهة القضائية المختصة بالفصل في موضوع المسؤولية الطبية فالطبيعة القانونية للعلاقة القائمة بين الطبيب والمريض هي التي تحدد الجهة القضائية صاحبة الاختصاص للبت في موضوع دعوى التعويض ، فإذا كان الطبيب يمارس عمله في عيادته الخاصة، وقام باستقبال مريض وقام بعلاجه بناءً على اختيار وإرادة المريض أو عن طريق نائبه ونتج عن ذلك خطأ من جانب الطبيب سواء أكان خطأً في التشخيص أو في العمليات الجراحية أو في العلاج ونتج عنه ضرر الحق بالمريض تفويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، فيترتب على ذلك قيام المسؤولية المدنية للطبيب، وبالتالي يحق للمريض أو ذويه بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة الخطأ الطبي وذلك بدعوى أمام القضاء المدني، وبالتالي يقع على المريض إثبات الخطأ الطبي والضرر الذي أصابه وكذلك إثبات العلاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر الذي أصابه. وإذا كان هناك دعوى جزائية فيستطيع المريض أو المضرور المطالبة بالتعويض أمام القضاء الجزائي وتسمى الدعوى المدنية بالتبعية. ويشترط لقبول هذه الدعوى أن تكون هناك جريمة طبية قد حدثت فعلاً وأن يترتب على هذه الجريمة إلحاق ضرر مباشر بالمريض. أما إذا كان الطبيب يمارس وظيفته على مستوى المرافق الصحية العمومية ، فيكون القضاء الإداري هو المختص وذلك نتيجة إضفاء الصبغة الإدارية على موضوع النزاع في مجال الأخطاء الطبية المترتبة عن مسؤولية المستشفيات ويتم المساءلة بواسطة ممثلها القانوني أي مدير المشفى أمام الجهات القضائية الإدارية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المريض جراء خطأ الطبيب.

أما بالنسبة للقانون الفلسطيني فإنه يخضع دعوى المسؤولية المدنية الطبية جراء ما لحق المريض من ضرر نتيجة الأخطاء الطبية لاختصاص المحاكم العادية وذلك حسب قيمة الدعوى، حيث نص قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001 إلى إخضاع التعويض لاختصاص المحاكم العادية (الصلح والبدائية)، حيث هي الجهة المختصة في نظر هذه الدعاوى تبعا لقواعد الاختصاص القيمي والاختصاص المحلي لها فإذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز قيمتها عشرة آلاف دينار تكون من اختصاص محكمة الصلح، أما إذا كانت قيمتها تتجاوز عشرة آلاف دينار فتكون من اختصاص محكمة البداية، بالتالي فإن التعويض بدعاوى المسؤولية المدنية للطبيب يتم أمام المحاكم العادية أي القضاء المدني حتى وإن كانت مرفوعة ضد موظف عام، وذلك على خلاف ما توجهت إليه المحاكم الفرنسية بجعلها ضمن صلاحية القضاء الإداري.

المبحث الثاني: آلية التعويض وإثبات ضرر فوات فرصة الشفاء

التعويض وسيلة القضاء لإزالة الضرر أو التخفيف من تبعاته وهو الجزاء الذي يترتب على قيام المسؤولية المدنية ويوجد نوعان للتعويض وهما التعويض العيني وهو إعادة الحال كما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار ويزيل الضرر الناشئ عنه ويعتبر أفضل وسيلة للتعويض وللضمان وإذا كان التعويض العيني ممكنا وطلبه أي الأطراف فالقاضي يكون ملزما بالحكم بالتعويض العيني.¹⁰⁵ ووسيلة التعويض الأخرى هي التعويض المالي ويكون في حالة تعذر التنفيذ العيني وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار، كالضرر الجسدي بالمعنى الضيق والضرر المعنوي، وهذا ما أشارت إليه المادة 269/2 من القانون المدني الأردني ويقدر الضمان بالنقد على أنه يجوز للمحكمة تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن تأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو تحكم بأداء أمر معين متصل بالفعل الضار وذلك على سبيل التضمين. ويتولى القاضي تقدير التعويض عن الضرر وإذا تعذر عليه تقدير التعويض، فله أن يستعين بالخبراء، فتقدير التعويض عن الضرر إنما هو أمر متروك لرأي قاضي الموضوع باعتباره من مسائل الواقع التي يستقل في تقديرها، أما العناصر المكونة للضرر والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض، فتعد من

المسائل التي تتصل بالقانون والتي يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض، لذلك لقد قمت بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين تطرقت في المطلب الأول عن طبيعة التعويض عن ضرر فوات الفرصة، وفي المطلب الثاني على الآلية والقواعد لإثبات ضرر فوات الفرصة .

المطلب الأول: طبيعة التعويض عن ضرر فوات الفرصة

فبناءً على ما تقدم فإن التعويض يعتبر وسيلة لجبر الضرر الذي لحق بالضرور، فأما أن يكون بالصورة العينية بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار، وبالتالي يتعين على القاضي ان يحكم به متى كان ذلك ممكناً، وبناءً على طلب المريض المتضرر، وإما أن يكون تعويض مادي بمقابل أي نقدي. ولكن نظراً لأن التعويض العيني يعتبر أمراً صعباً في مجال المسؤولية الطبية فإن الغالب هو أن يكون التعويض بمقابل وبصفة خاصة في صورة نقدية ، ذلك أنه في نطاق المسؤولية الطبية توجد هناك حالات الضرر الذي يصيب جسم الإنسان لا يكون فيها أمر التعويض العيني ممكناً إن لم يكن ذلك مستحيلاً كحالة وقوع خطأ من الطبيب أدى إلى وفاة المريض ، ففي هذه الحالة لا يمكن إعادة الحال إلى ما كانت عليه بإعادة المتوفى إلى حياته، وكذلك حالة فقدان البصر أو بتر ساق المريض¹⁰⁶. لذلك فالتعويض النقدي من السهولة تنفيذ الحكم الصادر به، وتلجأ إليه كافة المحاكم عند تعذر واستحالة التنفيذ العيني وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر .

حيث حددت التشريعات ونصت أن يكون التعويض عن هذا الضرر بالنقد في حال تعذر التعويض عينياً حسب ظروف الدعوى، وقد جاء في القانون المدني الأردني على أنه يصح أن يكون الضمان مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً تقدره المحكمة. ونصت أيضاً على أنه يقدر الضمان بالنقد على أنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب الضرور أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو تحكم بأداء أمر معين متصل بالفعل الضار وذلك على سبيل التضمين¹⁰⁷.

¹⁰⁶ الحسنوي، حسن. (2004). الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد.
¹⁰⁷ المادة رقم (269) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

وكما نص القانون المدني العراقي على أنه تعين المحكمة طبيعة التعويض تبعاً للظروف وكما يصح أن يكون التعويض على شكل أقساط أو على صورة إيراداً مرتباً ويجوز في هذه الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا. وجاء أيضا أنه يقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين ورد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض.¹⁰⁸ وكذلك القضاء الفرنسي رأى أن أفضل صورة للتعويض أن يكون على شكل مرتب دوري مدى الحياة ومرتببط بتغير الأسعار وارتفاع قيمة النقد.

والسؤال الذي يثور في هذا الصدد هل يجوز التنفيذ العيني الجبري وإجبار الطبيب على تنفيذ ما التزم به عيناً في عقد العلاج الطبي؟ وبالرجوع لنص المادة 355 من القانون المدني الأردني نجيب على هذا التساؤل: يجبر المدين بعد اعذاره على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز للمحكمة بناءً على طلب المدين أن تقصر حق الدائن على اقتضاء عوض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً يتبين من خلال هذا النص أنه يشترط للحكم بالتنفيذ أو التعويض العيني الشروط التالية: أن يكون التنفيذ العيني ممكناً وأن يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمدين فإذا كان فيه إرهاب للمدين فإنه يجوز للقاضي أن يقضي بدفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً.

يتبين لنا مما سبق أنه لا يجوز إكراه الطبيب على التنفيذ العيني ، فالطبيب الذي يلتزم بإجراء عملية جراحية ولم يقم بإجرائها أو يرفض علاج المريض بعد التعهد به من خلال العقد الطبي العلاجي المبرم مسبقاً سواء أكان مع الطبيب مباشرة أم من خلال إدارة المستشفى الخاص ، حيث يستمد محل الالتزام قيمته الاقتصادية من شخص الطبيب بالذات فإذا امتنع الطبيب عن التنفيذ العيني ، فإنه يستحيل على القضاء إلزام الطبيب بالتنفيذ العيني الجبري ، لأن في ذلك مساس بحرية الطبيب الشخصية والمهنية، كما أنه لا يمكن تصور أن ينجز الطبيب عمله المطلوب منه بنفس اليقظة والتبصر فيما لو كان ينفذ هذا العمل بإرادته ، لذلك فإن التنفيذ العيني عن طريق إجبار الطبيب للقيام بالتزاماته غير ممكن¹⁰⁹.

¹⁰⁸ المادة رقم (209) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

¹⁰⁹ التوتنجي، عبد السلام، مرجع سابق.

إلا أنه يبقى أمل التعويض العيني قائماً في حالات التشوه الخلقي التي تصيب المريض نتيجة لخطأ الطبيب، حيث يمكن إجراء عملية تجميلية لجبر ذلك الضرر ومحوه، خصوصاً في حالات التشويه البسيطة ويمكن تقويم أي ضرر نقدي وكذلك المعنوي. ويعتبر التعويض النقدي هو الصورة الأشمل في التعويض على المسؤولية التقصيرية، ويتمثل في المبلغ النقدي الذي يقدره القاضي لجبر الضرر الذي لحق بالمضرور ويجب أن يكون التعويض مساوياً للضرر فلا يزيد عنه ولا ينقص؛ لأن الغاية من التعويض هي جبر الضرر وقد استقر القضاء المصري على ذلك. ويشتمل التعويض على ما لحق المريض من خسارة نفقات العلاج والدواء والإقامة في المستشفى وغيرها من التكاليف وما فاتته من كسب، وهذا ما أشارت إليه المادة 1/207 من القانون المدني العراقي بقولها: تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع، أما المشرع الأردني فإنه لا يقر بالتعويض عن الربح الفائت في نطاق المسؤولية العقدية، حيث نص القانون المدني الأردني على أنه " إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه " ويتم مراعاة الظروف والملابسات بالمضرور عند تقدير التعويض وخاصة حالته الصحية وقدراته الجسدية وظروفه المالية والمهنية¹¹⁰. وجاءت المادة 266 منه ونصت على أنه يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر ما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار.¹¹¹

وتخضع المسؤولية المدنية للطبيب العامل في المستشفى الخاص للأحكام العامة شأنها في ذلك شأن أية دعوى مدنية أخرى، ويكون أطرافها هما المدعي المضرور أو ورثته والمدعى عليه الطبيب المسئول عن الضرر ويعد المستحق الأول للتعويض عن الضرر هو المضرور نفسه والمستحق الثاني هم ورثة المضرور والذين يعتبرون مضرورين بشكل غير مباشر مثل الزوج الذي أصيبت زوجته جراء الأخطاء الطبية، وكذلك الأولاد عما أصاب والديهم أو أحدهم من ضرر بفعل الأخطاء الطبية من الأطباء العاملين في المؤسسات والمرافق الصحية، ولذلك لهم الحق في المطالبة والحصول عن التعويض .

¹¹⁰ الذنون، حسن.(2006). الضرر، الأردن : دار وائل للنشر. وأيضاً منصور، محمد، مرجع سابق.

¹¹¹ المادة رقم (66) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

ومن أشهر قضايا التعويض في فرنسا قضية وتعلق بشخص أدخل المستشفى لإجراء فحص مجهري لشرايين الدماغ وترتب عليه إصابته بشلل كلي، الأمر الذي دفعه لرفع دعوى قضائية مطالباً المستشفى الحكومي بالتعويض، لكن محكمة الموضوع رفضت دعواه لعدم إثباته الخطأ الطبي من جانب المستشفى، وكذلك مجلس الدولة الفرنسي رفض كل ما أشار إليه المضرور ضد المستشفى، سواء ما تعلق بخلل في تقديم الخدمة الطبية أو عدم تحذير المريض بالمخاطر المتعلقة بالفحوصات، ولكن الأمر هذا حدا بمفوض الدولة الفرنسي إلى دعوة الجمعية العامة للمجلس للبحث في إمكانية مساءلة المستشفى على أساس المسؤولية دون الخطأ وقد وافق المجلس على ذلك وقرر إلزام المستشفى بتعويض المضرور على أساس قواعد المسؤولية دون الخطأ بمقدار مليون ونصف فرنك فرنسي مع الفوائد من أول أكتوبر 1982.¹¹²

وكذلك دعوى تتعلق بنصيحة خاطئة قدمها الطبيب للزوجين بعد فحص الجنين بأنه لا يوجد أي قلق من احتمال ولد معاق، مستبعداً أي تأثير للأمراض الوراثية التي يعاني منها الزوجان، مما دفعهما إلى الاستمرار بالحمل ولكن تم ولادة طفل مصاب بمرض وراثي، وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية حكم الاستئناف الذي منح تعويضاً كبيراً للوالدين والطفل على حد سواء¹¹³.

وبالرجوع إلى القضاء الأردني فقد حكم بالتعويض في القضية المتعلقة بالطفلة التي أصيبت بعاهة دائمة نتيجة الخطأ في التشخيص وقام والدها برفع دعوى على مستشفى الجامعة الأردنية، حيث قررت محكمة التمييز وبعد المداولة في 12/ 5/ 1991 م وعملاً بالمادة 197/84 من قانون الإجراءات المدنية إلزام المستشفى ومالكة بمبلغ أربعة آلاف دينار وتضمينها المصاريف وأتعاب المحاماة¹¹⁴.

وإذا كانت هذه الأضرار التي لحقت بالمريض أدت إلى وفاته جراء خطأ الأطباء العاملين في المستشفى فإنه يكون لورثة المريض المتوفى الحق في مطالبة إدارة المستشفى بما كان لمورثهم من حق بالتعويض وانتقل إليهم بسبب الميراث .

¹¹² مجلس الدولة الفرنسي، حكم (Bianchi)، 19 أبريل 1993، مشار إليه لدى، عبد الحميد، ثروت. (2007). تعويض الحوادث الطبية، مدى المسؤولية عن التدايعات الضارة للعمل الطبي، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.
¹¹³ نقض مدني فرنسي، الصادر بتاريخ 26 مارس 1996، مشار إليه لدى، عبد الحميد، ثروت. (2007). تعويض الحوادث الطبية، مرجع سابق.
¹¹⁴ قرار محكمة التمييز الأردنية، حقوق رقم 90/1246 الصادر بتاريخ 1991/5/12.

ولا شك أن وقت تقدير الضرر له أهمية خاصة عند تقدير التعويض لذلك يجب على القاضي مراعاته عند تقدير التعويض وهنا يثور التساؤل عن الوقت الذي يعتد به عند تقدير التعويض. حيث اتجهت غالبية التشريعات إلى الأخذ بوقت صدور الحكم كأساس لتقديم التعويض عن الضرر ، فقد نصت المادة 17 من القانون المدني المصري على أنه " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور ، وفقاً لأحكام المادتين 222/221 مراعيًا في ذلك الظروف الملازمة فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً فله أن يحتفظ للمضرور المريض بالحق في المطالبة خلال مدة معينة بإعادة نظر التقدير.¹¹⁵ حيث إن القضاء في مصر وفرنسا قد استقرا على العبرة في تقدير التعويض هو يوم النطق بالحكم. أما بالنسبة للمشرع الأردني فقد أختار حلاً منتقداً، عندما ألزم القاضي بتقدير التعويض وقت وقوع الضرر، فقد أشار إلى أنه " إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه.¹¹⁶

فإن تقدير التعويض يوم وقوع الضرر من شأنه أن يحمل المضرور الفرق في قيمة التعويض بسبب تغير الظروف أو الضرر، ويجعل من مصلحة المدعى عليه أن يتقاعس أو تهرب من الحضور إلى المحكمة بقصد إطالة أمد التقاضي ومن ثم عدم دفع التعويض الكامل وذلك لأن تقدير التعويض تم وقت وقوع الضرر، أما تقدير التعويض وقت النطق بالحكم فإنه يجعل المدعى عليه حريصاً على الحضور للمحكمة لأن إطالة أمد التقاضي لا يخدم مصلحته وبهذا تكون العبرة بسعر النقد يوم النطق بالحكم¹¹⁷.

ولكن إذا لم تستطع المحكمة تقدير الضرر بشكل نهائي وقت صدور الحكم عندئذ للمحكمة أن تحتفظ للمتضرر بالحق في المطالبة بتعويض إضافي خلال مدة معينة تعيينها المحكمة لهذه الغاية وهذا ما نصت عليه المادة 268 من القانون المدني الأردني " إذا لم يتيسر للمحكمة أن تعين مدى الضمان تعييناً نهائياً فلها أن تحتفظ بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير¹¹⁸.

¹¹⁵ القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948

¹¹⁶ المادة رقم 363 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976

¹¹⁷ الحلبي، إبراهيم، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي، الطبعة الأولى.

¹¹⁸ القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976

وإذا كان الضرر متغيراً فيجب على المحكمة أن تقدر التعويض على الضرر ما جاء إليه عند الحكم لا كما كان عند تاريخ الوقوع ، وكذلك يجب عليها مراعاة التقيد في الضرر ذاته من زيادة أو نقصان وكذلك مراعاة قيمة الضرر بارتفاع ثمن النقد وانخفاضه وبزيادة أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر أو توقفه فيجب الأخذ بزيادة الأسعار اللاحقة على صدور الحكم النهائي في تقدير التعويض عن الضرر الجسدي المستمر بحيث يزداد مقدار التعويض بقدر الزيادة في أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر، فإذا كانت حالة المريض تقتضي تقديم علاج أو جراحة أو شراء أدوية إضافية، فالقاضي يقدر التعويض على ضوء تكاليف ذلك ساعة النطق بالحكم، وكل ذلك يكون محلاً للزيادة.

ونحن نتفق مع التشريعات التي أوجبت أن يكون التقدير وقت النطق بالحكم لا وقت وقوع الضرر، إذ إنه ليس من العدل أن نحمل المضرور وهو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية الفرق في قيمة التعويض من يوم وقوع الضرر إلى يوم صدور الحكم، إذ إن القيمة الشرائية للنقود قد تتغير من وقت لآخر، وأن أسعار الأدوية واللوازم العلاجية وكشفيات الأطباء في حالة ارتفاع مستمر، فلذلك من الأفضل للمضرور أن يتم تقدير التعويض له وقت النطق بالحكم حيث أن الدعاوي في المحاكم تستغرق مدة زمنية طويلة للبت فيها فمن مصلحة المضرور أن يتم الحكم بالتعويض له وقت صدور الحكم. وهناك عوامل أخرى تؤثر في تقدير التعويض، ومن هذه العوامل درجة الخطأ ففي مجال أخطاء الأطباء العاملين في المستشفى يلاحظ أنه كلما زادت جسامة الخطأ المرتكب من المسئول عن الضرر سواء أكان المسئول هو الطبيب أم مساعديه أم المشفى، فإن حجم ومقدار الأضرار الناتجة تزيد ومن ثم مقدار التعويض يرتفع، ويتم تقدير الضرر وفقاً للمعيار الشخصي، فينظر إلى ما ترتب من أضرار أصابت المضرور نفسه حسب ظروفه الشخصية. فالتعويض عن تفويت الفرصة يجب أن يكون مساوياً للضرر، ومن ثم لا يزيد ولا ينقص عنه، ويجب أن يتسم التعويض بالتعادل، وهذا ما يعرف بالمساواة أو التعادل بين الضرر والتعويض¹¹⁹.

فالتعويض يكون بمقدار الفرصة الفائتة فقط، وليس عن النتيجة المرجوة منها لو تحققت، ويجب أن لا يكون أعلى من القيمة الحقيقية للفرصة الفائتة بحد ذاتها ولا أقل من قيمة الفرصة فيجب أن يكون التعويض عادل ومناسب لقيمة الفرصة الفائتة.

¹¹⁹السرْحان، عدنان.(2009). شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، عمان: دار الثقافة.

والرأي المتفق عليه الذي يذهب إلى التعويض الجزئي عن تفويت الفرصة الفائتة فقط ، ويكون التعويض مساويا للفرصة الفائتة ويتناسب مع الضرر المحقق الواقع فعلا، لأن الحرمان من الفرصة لا يقتصر أثره على المساس بمجرد الأمل في الشفاء وتحقيق النتيجة المرجوة من الفرصة المتاحة، وإنما مساسا بالحق في انتهاك هذه الفرصة، وسلب هذا الحق يعد بحد ذاته ضررا محققا يقدر على أساسه التعويض. فقد أكد القضاء في أحد أحكامه، بأن التعويض الذي يقضي به القضاء ثمن ضياع فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة يكون جزئيا وليس كاملا يساوي كل الأضرار الناجمة عن الخطأ سواء كانت وفاة أو عاهة أو أي ضرر آخر.

حيث أدى ارتفاع عدد قضايا التعويض عن المسؤولية المدنية الناشئة بسبب الأخطاء الطبية إلى اللجوء للتأمين من المسؤولية المهنية في معظم الدول العربية وبما فيها المسؤولية الطبية، وهو يعتبر عقد كسائر عقود التأمين من المسؤولية المدنية ضد الأخطاء، يؤمن من خلاله المؤمن للمؤمن له تعويض الأضرار الناجمة عن رجوع الغير عليه بالمسؤولية ، ويتعهد بموجبه المؤمن بتغطية المسؤولية الطبية كاملة عن الأضرار التي أصابت المريض . وتتمثل فكرة التأمين من المسؤولية بوجود شخص يخشى أن يكون مسئولا عن ما يصيب الغير من ضرر، لذلك يلجأ إلى إبرام عقد التأمين ضد الأخطاء الطبية لدى شركة التأمين، مما يؤدي إلى انتقال التعويض عند وقوع الأضرار الناجمة عن الأخطاء الطبية إلى شركة التأمين المؤمن لديها ضد الأخطاء الطبية والذي يعرف بالمؤمن لذلك أصبحت تقدم شركات التأمين حلاً تأمينياً خاصاً لتأمين أخطاء المهن الطبية للأفراد والمؤسسات بصورة تجنب المشترك تحمل أية أعباء مالية تنتج عن عمله كطبيب أو كهيئة طبية وذلك بتعويض المريض عن أي خطأ أو إهمال أو سهو طبي أثناء ممارسة عمله أو مهنته، مع مراعاة المرونة لتلبية الاحتياجات التأمينية الخاصة.

فيمكن القول بشكل عام أن عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية هو عقد تلتزم بمقتضاه شركات التأمين أن تؤدي للغير المضرور مبلغا من المال، كتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء الأخطاء الطبية وذلك مقابل قسط أو أي دفعة مالية يؤديها الطبيب أو الأشخاص المهنية الطبية الأخرى، في حال تحقق الخطر المبين في العقد. وأهم ما يميز عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية انه يؤكد المسؤولية الطبية ولا ينفبها، وبموجب عقد التأمين يحصل المضرور على التعويض من طرف شخص آخر غير مرتكب الخطأ وذلك بموجب عقد أبرم بين المؤمن وهي شركة التأمين والمؤمن له وهو الطبيب أو المؤسسات الطبية

والصحية، فهذا العقد يؤكد ويقر بالمسؤولية المدنية الطبية .

وهناك الكثير من النصوص القانونية التي تؤكد على إلزامية التأمين ضد المسؤولية الطبية ومنها قانون الصحة الفرنسي والذي جاء فيه، تأمين المؤسسات والمصالح والهيئات المذكورة في الفقرة الأولى يغطي إجراءات العاملين ضمن حدود المهمة الممنوحة له، حتى ولو كان هؤلاء يتمتعون بالاستقلالية في ممارسة فن الطب.¹²⁰ وأيضاً نص التشريع الجزائري على إلزامية التأمين ضد الأخطاء الطبية وجاء في نص المادة 167 المتعلقة بالتأمينات، يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص، أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المهنية المدنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير.

أما قانون التأمين الفلسطيني نص على أنه تشمل أعمال التأمين الفروع الآتية: التأمين على الحياة، والتأمين الصحي، وتأمين الأموال (الادخار)، والتأمين ضد أخطار الحريق والأخطار المتحالفة معها، وكذلك التأمين ضد أخطار النقل والمسؤوليات المتعلقة بها، والتأمين ضد أخطار الحوادث والمسؤولية المدنية، وأيضاً التأمين على أجسام السفن وآلاتها والمسؤوليات المتعلقة بها والتأمين على أجسام الطائرات وآلاتها والمسؤوليات المتعلقة بها والتأمين ضد أخطار المهنة.¹²¹ ونلاحظ أن القانون الفلسطيني نص على التأمين ضد أخطار المهنة، وكذلك تكون أخطار المهن الطبية والصحية مؤمن عيها لدى شركات التأمين وبالتالي تقوم شركات التأمين بالتعويض لمضروور جراء الأخطاء الطبية المؤمن عليها. وتلتزم شركة التأمين بالوفاء بالتزاماتها تجاه المشتركين وسرعة الاستجابة والتعويض فور حدوث أي حادث، في ظل بيئة مهنية مبنية على أساس من الوضوح والمصادقية لتحقيق رؤيتها بخلق علاقة شراكة تكاملية مع المشتركين (المستأمنين) فلذلك تلتزم الشركة بمقتضى عقد التأمين من المسؤولية ضد الأخطاء الطبية بجبر الضرر أو الخسارة الناتجة عن الخطأ أو السهو أو الإهمال الطبي الذي نجم عنه ضرر صحي للمريض وذلك خلال تقديم خدمات المهن الطبية المقدمة خلال مدة التأمين المحددة في وثيقة التأمين وبعد صدور حكم قضائي من الجهات القضائية المختصة. حيث أنه يتم احتساب قيمة الأقساط على أساس مبلغ التأمين الإجمالي (الحد الأعلى من التعويض)، وإجراءات السلامة، وطبيعة الاختصاص الطبي، وطبيعة المهنة الطبية، ومدة التأمين .

¹²⁰ المادة رقم (1142) من قانون الصحة العامة الفرنسي رقم 2002/1577 والصادر بتاريخ 2002/12/30

¹²¹ المادة رقم (3) من قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005

وعلى ضوء ما تقدم فإن مصلحة المريض تقتضي أن يقبض مبلغ التعويض من خلال صناديق مباشرة وفقاً لنظام التأمين في مجال المسؤولية الطبية ، في حال كون الطبيب معسراً وغير قادر على دفع المبلغ الذي تحكم به المحكمة للمريض وقد نص القانون الفلسطيني وبالاستناد إلى القرار بقانون، فإنها تلتزم المؤسسة مقدّمة الخدمة الطبية والصحية بالتأمين ضد الأخطاء الطبية، وتترك للعيادات الخاصة اختيارية التأمين، وتحمل المؤسسة مقدّمة الخدمة الطبية والصحية التي تستقبل طبيباً زائراً مسؤولية التعويض عن خطأه الطبي في مواجهة المتضرر¹²² .

وأيضاً ورد من ذات القرار بقانون تلتزم المؤسسة مقدّمة الخدمة الطبية والصحية بالتأمين على مزاولي المهنة العاملين لديها ضد المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، وتحمل المؤسسة مقدّمة الخدمة الصحية والطبية كامل أقساط التأمين حيث تلتزم شركات التأمين بالتعويض عن كافة الأضرار الناجمة عن الخطأ الطبي وتبعاته وأيضاً ينشأ بمقتضى أحكام هذا القرار بقانون صندوق يتبع الوزارة يسمى الصندوق الفلسطيني للتعويض عن الأخطاء الطبية وتتكون موارده بنسبة مئوية من رسوم التأمين على الأخطاء الطبية.¹²³ وفي فلسطين اتجهت المستشفيات حديثاً إلى التأمين ضد الأخطاء الطبية وذلك بالاتفاق مع شركات التأمين، وتقوم بأخذ نسبة مئوية من مزاولي مهنة الطب وذلك للتأمين على مزاولي المهنة العاملين لديها ضد المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، وتحمل المؤسسة مقدّمة الخدمة الصحية والطبية كامل أقساط التأمين وفي حال وقوع الضرر وصدور حكم قطعي من القضاء بمبلغ التعويض نتيجة الأخطاء الطبية تلتزم شركات التأمين بالتعويض عن كافة الأضرار الناجمة عن الخطأ الطبي وتبعاته. ففي حال كانت المشفى مؤمنة ضد الأخطاء الطبية فهنا تكون الجهة المختصة بالتعويض في حال صدور حكم قضائي يقضي بمسؤولية الطبيب المدنية هي شركات التأمين المؤمن لديها ضد الإصابات بالأخطاء الطبية أو إذا لم تكن مؤمنة لدى شركات التأمين فيكون المسئول عن الخطأ الطبي وتقويت الفرصة على المريض هو الذي يتحمل التعويض عن ضرر الأخطاء الطبية أي الطبيب والمشفى.

وقد نصت بعض التشريعات على جزاء مترتب عن عدم التأمين من المسؤولية المدنية الطبية ، فقد فرض المشرع الفرنسي في قانون الصحة العامة غرامة مالية والمنع من الممارسة الطبية في حال عدم الالتزام

¹²² المادة رقم (25) من القرار بقانون بشأن الحماية والسلامة الصحية والطبية
¹²³ المادة رقم (26) من القرار بقانون بشأن الحماية والسلامة الصحية والطبية

بالتأمين من المسؤولية المدنية الطبية . وجاء في التشريع الجزائري في حال عدم الامتثال للتأمين من المسؤولية المدنية الطبية يعاقب بغرامة مالية. ويرأى أن يكون شرط إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية الطبية شرط ضروري ولازم للحصول على الترخيص لمزاولة وممارسة المهنة، وبالتالي يؤدي مخالفة هذا الالتزام إلى متابعة الطبيب بممارسة المهنة بصفة غير مشروعة .

المطلب الثاني: الآلية وقواعد الإثبات للضرر الناجم عن فوات فرصة الشفاء

وفقا للقواعد العامة فإن المدعي وهو المريض المضرور هو الذي يقع عليه عبء الإثبات ولذلك يقع على عاتقه إثبات كل من الخطأ الطبي والضرر الذي أصابه والعلاقة السببية التي تربط بين كل من الخطأ والضرر، وكما ذكرنا سابقا إن التزام الطبيب هو بذل العناية المطلوبة وهو الأمر الذي يرتب على عاتق المريض الذي يدعي الضرر بسبب خطأ الطبيب أن يثبت هذا الخطأ المتمثل في إثبات تخلف الطبيب عن القيام بالتزامه وانحرافه عن مستواه المهني وذلك من خلال إقامة الدليل على الإهمال الطبي والتقصير وعدم إتباع الحيطة والحذر وكذلك عدم إتباع الأصول العلمية والفنية والقواعد المهنية المستقرة والمتعارف عليها في المهنة، فالقانون الذي ينظم إجراءات دعوى المسؤولية المدنية أمام المحاكم الفلسطينية فإنه يتم تطبيق قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001، وقانون البيئات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة 2001، وذلك انطلاقا من كونها دعوى مدنية تخضع لتنظيمها وإجراءاتها، وبالتالي فإن الأصل في عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي أي المريض المضرور، فيكون عليه إثبات أركان المسؤولية جميعها من خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر، وهي كلها وقائع مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن والكتابة والشهادة والخبرة .

فإن مسؤولية الطبيب قد تكون عقدية أو تقصيري، وفي مجال المسؤولية العقدية للطبيب يقع على عاتق المريض إثبات وجود الرباط العقدي بينه وبين الطبيب، وعلى الطبيب إذا أراد التخلص من المسؤولية فعليه إثبات تنفيذ التزامه أو إثبات السبب الأجنبي، أما في مجال مسؤولية الطبيب التقصيرية فإنه يقع على عاتق المريض إثبات خطأ الطبيب وإنه لم يبذل العناية الواجبة. إلا أن الفقه الحديث لا يأخذ بهذا الاتجاه فسواء

كانت مسؤولية الطبيب عقدية أم تقصيرية، فإن ذلك لا يؤثر في تحديد من يقع عليه الإثبات بقدر ما يؤثر في ذلك طبيعة الالتزام الذي أخل به الطبيب¹²⁴.

وعلى صعيد الشريعة الإسلامية، فإن الفقه الإسلامي يعتبر التزام الطبيب التزاماً ببذل عناية، بمعنى أنه غير ملتزم بتحقيق سلامة المريض، فلا يلتزم بشفاؤه أو بضمان سلامته من المخاطر، لأن هذا الأمر ليس في وسعه بل أن كل ما يطلبه الفقه الإسلامي منه هو أن يبذل العناية المعتادة من مثله عند ممارسة عمله، فإذا استعمل الطبيب حقه في الحدود الشرعية، ونتج عن ذلك ضرر لا يمكن الاحتراز منه فلا ضمان عليه، فالطبيب عندما يقوم بواجبه، فإنه لا يتقيد بالسلامة، ذلك أن الواجب لا يقيد بشرط السلامة¹²⁵.

كما أن التزام الطبيب بالشفاء لا يغير من طبيعة التزامه الأصلي، وهو الالتزام ببذل العناية لا بتحقيق نتيجة، لأن هذا الأمر ليس في وسعه أو مقدوره، ولا يصلح أن يكون محلاً للالتزام ذلك لأن القاعدة الفقهية تقول: ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه.

ومن المعلوم بوجه عام إن كيفية إثبات الخطأ تتوقف على تحديد مضمون الالتزام هل هو التزام بتحقيق نتيجة أم التزام ببذل عناية فالالتزام بتحقيق نتيجة هو التزام واعد المدين الدائن بشيء معين سواء أكان عملاً أو امتناعاً عن عمل أو نقل حق كالأعمال الطبية من تحاليل مخبرية ونقل دم والتركيبات الصناعية أما الالتزام ببذل العناية فهو التزام يتعهد بموجبه المدين أن يبذل العناية لتحقيق ما تعهد به دون أن يضمن إيصال الدائن إلى نتيجة مؤكدة ومعينة بالذات¹²⁶.

فإذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة كان الخطأ مفترض بمجرد عدم تحقيق النتيجة المرجوة ويقع على المدين وهو الطبيب المسؤولية ويكفي لقيامها أن يثبت المريض أو ذويه الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب بالإضافة إلى إثبات حصول الضرر وإذا أراد الطبيب التخلص من المسؤولية، فعليه إثبات السبب الأجنبي، أما إذا كان الالتزام ببذل عناية فإنه يجب على الدائن وهو المريض إثبات خطأ الطبيب المتمثل في التقصير والإهمال وعدم إتباع الحيطة والحظر في بذل العناية اللازمة.

¹²⁴ التوتنجي، عبد السلام، المسؤولية المدنية، مسؤولية الطبيب، مرجع سابق.

¹²⁵ مأمون، عبد الرشيد. (1986). عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، القاهرة: دار النهضة العربية.

¹²⁶ البنيه، محسن. (1993). نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المنصورة: مكتب الجلاء الجديدة.

وذهب رأي إلى انه يترتب على هذا التحول سهولة إثبات خطأ الطبيب ، لأنه حيث يوجد عقد بين المريض والطبيب فان ذلك يقتضي إعفاء المريض من إثبات خطأ الطبيب .

وذهب رأي آخر إلى إعفاء المريض من إثبات خطأ الطبيب، حيث جعله مفروضاً على الأخير ، إذ يكفي أن يثبت المريض ما أصابه من أضرار حتى تقوم مسؤولية الطبيب، ويستند الرأي الأخير إلى قرار محكمة مارسيليا الفرنسية التي قضت ؛ « بأن المريض المنوم قد فقد السيطرة على نفسه ، وأكثر من ذلك إن الضرورة وما جرت به العادة هو منع ذويه من البقاء معه ، وعليه فإن الجراح يكون مسئولاً في مواجهة زونه ليس فقط بعلاجه بعناية وبقطة وفق مقتضيات العلم ، ولكن أيضاً بتأمين سلامته عموماً ، فيقع على الجراح التزام عام بضمان سلامة زونه، وبالتالي لا يقع على عاتق المريض إثبات خطأ الطبيب لأنه خطأ مفروض بمجرد ثبوت الضرر للمريض.¹²⁷

وقد تعرض الرأي الأول للنقد ذلك أنه يمكن أن يكون هذا الرأي صحيحاً لو كان التزام الطبيب محدداً ، ولكن التزام الطبيب في معالجة المريض هو التزام غير محدد وهو التزام ببذل عناية حتى مع وجود العقد.

أما الرأي الثاني فقد تعرض للنقد أيضاً ؛ لأنه يلقي على عاتق الطبيب التزاماً بضمان سلامة المريض فضلاً عن الخطأ المفروض عليه ، وهذا يؤدي إلى إرهاب للطبيب فلا يمكنه التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه ، ولذلك يرى الفقيه « بيير بوزا » أنه لا مجال للتغلب على صرامة هذا الرأي إلا بالتأمين ضد المسؤولية. والاتجاه السائد يرى أن عبء الإثبات في الخطأ الطبي يقع على عاتق المريض الذي يدعي وقوع الخطأ سواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية، وبالتالي يجب على المريض إقامة الدليل على إهمال وتقصير الطبيب وعدم بذل العناية الواجبة وانحرافه عن القواعد والأصول المهنية المستقرة وعليه إثبات أركان المسؤولية الطبية من خطأ الطبيب والضرر الذي أصابه نتيجة ذلك الخطأ والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر لقيام مسؤولية الطبيب أما إذا قام الطبيب بإثبات أن عدم تنفيذ التزامه يعود إلى سبب أجنبي لا يد له فيه أو نتيجة خطأ المريض نفسه، بحيث تنعدم العلاقة السببية بين كل من الخطأ والضرر وبالتالي لا تقوم مسؤولية الطبيب المدنية.

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لما كان العقد الطبي لا يولد التزاماً بتحقيق غاية وإنما فقط التزاماً ببذل عناية فانه يقع على المريض إثبات الدليل على خطأ الطبيب¹²⁸. كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه وان كان التزام الطبيب ببذل العناية ، إلا انه يكفي على المريض إثبات واقعه ترجح إهمال الطبيب ، وهذا القضاء يقيم قرينة قضائية لمصلحة المضرور مؤداها عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه ببذل العناية المطلوبة¹²⁹. أما محكمة النقض الفلسطينية لخصت التزام الطبيب ببذل العناية، في بذل الجهود الصادقة واليقظة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسن حالته الصحية والإخلال بمثل هذا الالتزام يشكل خطأ طبياً يثير مسؤولية الطبيب والطاغم الطبي .

فلا بد من التنويه أن الأصل بالتزام الطبيب تجاه المريض هو بذل العناية، وأنه في حالات استثنائية يكون طبيعة التزام الطبيب هو تحقيق نتيجة كالتحاليل المخبرية، واستعمال الأدوات والأجهزة الطبية وكذلك عمليات نقل الدم والتركيبات الصناعية ، ويكون عبء الإثبات على عاتق الطبيب، وأنه يكفي في هذه الحالات لقيام مسؤولية الطبيب أن يثبت المريض أو ذويه الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب بالإضافة إلى إثبات حصول الضرر، حيث لا يمكن للطبيب التخلص من المسؤولية إلا بإثبات توافر السبب الأجنبي من القوة القاهرة أو خطأ المريض نفسه. وقد أكدت القوانين في حال إثبات أن الضرر ناشئ عن سبب أجنبي كقوة القاهرة أو ناجم بفعل الغير أو بفعل المتضرر نفسه فيكون غير ملزم بالضمان.¹³⁰

¹²⁸ قرار محكمة النقض الفرنسية، بتاريخ 1949/7/13

¹²⁹ منصور، محمد، المسؤولية الطبية، مرجع سابق

¹³⁰ المادة رقم (261) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 والمادة رقم (211) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951

ومن حيث سلطة المحكمة في تقدير عناصر المسؤولية المدنية الطبية :

ومن حيث سلطة القاضي التقديرية فان المحكمة لا تمتلك هذه السلطة إذا كان التزام الطبيب بتحقيق نتيجة ، لأن الخطأ ذاته يتمثل في عدم تحقيق النتيجة ، كما هو الحال في عمليات نقل الدم، فإذا أعطى الطبيب احد المرضى دماً من غير فصيلته فانه يعتبر قد ارتكب فعل ضار ، لأنه كان عليه نقل دم من نفس فصيلة دم المريض .¹³¹

وكما يجوز للقاضي اللجوء إلى القرائن القضائية والتي يمكن استنباطها واستنتاجها من وقائع الدعوى وقد تكون هذه الوقائع قرينة قضائية لمصلحة المريض المضرور مثلاً كالمريض الذي أصابه التهاب في الجرح أو سوء حالته لسبب نسيان قطعة من الشاش أو ضمادة داخل الجسم أثناء العملية الجراحية. وأن القضاء يتساهل ويقيم قرينة لصالح المضرور إذا كان من شأن الخطأ أن يحدث عادة مثل هذا الضرر، وعلى المسئول نفي هذه القرينة فمتى أثبت المضرور الخطأ والضرر وكان من شأن ذلك الخطأ أن يحدث عادة هذا الضرر فإن القرينة على توفر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور، وللمسئول نقض هذه القرينة بإثبات أن الضرر قد ينشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ولكن يجب توافر قرائن هامة ومتكاملة حتى يمكن القول بتوافر العلاقة السببية بين الوفاة وخطأ الطبيب، فرابطة السببية لا تقوم في الحالات التي تشير فيها تقارير الخبراء إلى الاحتمالية لتأثير خطأ الطبيب على حالة المريض. لذلك فإن القضاء يفترض قيام السببية بين الخطأ الثابت وضياع فرصة المريض في الشفاء أو الحياة أو التحسن أو تفادي أضرار معينة.

وقد أخذت محكمة النقض المصرية على القرينة القضائية أن الخطأ الطبي لمصلحة المضرور، ولكن بصدد نوع معين من الجراحة ألا وهو جراحة . وأيضاً قضت محكمة النقض الفلسطينية أن الشك حول قيام الرابطة السببية يفسر دائماً لمصلحة المتهم، أما في المسؤولية الجزائية للطبيب، فإن الاجتهاد القضائي يعتبر ضياع الفرصة على المريض في الشفاء أو الحياة قرينة شبه دائمة عند ثبوت خطأ الطبيب لمصلحة المريض على قيام العلاقة السببية بين هذا الخطأ وبين فوات الفرصة في الشفاء أو الحياة .

كما وإن تقدير خطأ الطبيب يخضع لقاضي الموضوع فله سلطة التقدير في تحديد وتوافر الخطأ، فبالنسبة للخطأ العادي والمتمثل بالتقصير في العناية اللازمة والإخلال بواجب الحيطة والحذر فيستطيع القاضي استخلاص توافر الخطأ من عدمه، أما في حالة الخطأ المهني، أو الفني ولعدم توافر المعرفة للقاضي بالمسائل الفنية فعليه التوجه وأخذ برأي المتخصصين من أهل الخبرة بالطب من أجل استيضاح توافر الخطأ من عدمه، ويخضع لسلطة المحكمة تقدير حدوث الضرر الطبي أم لا، بالإضافة إلى تقدير قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر. فنلاحظ إن استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، مادام هذا الاستخلاص سائغا ومستمدا من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى، ولكن تكيف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف فإنه يعد من المسائل التي يخضع قضاء هذه المحكمة فيها لرقابة محكمة النقض.

أما عن ركن الضرر فإن استخلاص ثبوت الضرر أو نفيه يعد من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع مادام الدليل الذي أخذ به في حكمه مقبولا قانونا ولكن يجب أن يذكر الحكم ما هو الضرر الذي أصاب المدعي وإلا أعتبر التسبب قاصرا، وبالنسبة لتعيين العناصر المكونة قانوناً للضرر والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض، فيعد من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض.

أما قيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر فهو من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع بغير معقب ما لم يشوب حكمها عيب في التسبب فيجب أن تستخلص المحكمة الخطأ من وقائع ثابتة منتجة تذكرها في الحكم وإلا كان حكمها باطلا لقصور أسبابه الخطأ. ونلاحظ سلطة المحكمة في استنتاج العلاقة السببية سلطة واسعة ولا تخضع لأي رقابة إلا أن ذلك مشروط بأن تورد الأسباب السائغة المؤدية إلى ما انتهت إليه.

وعليه يقع عبء إثبات الخطأ الطبي على المريض سواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية، فيرتب على المريض إقامة الدليل على انحراف وإهمال وتقصير الطبيب وعدم قيامه ببذل العناية الواجبة ويخضع تقدير هذه الأدلة لسلطة القاضي، وكما يستطيع أن يلجأ عند خفاء الأمر عليه إلى إجراء الخبرة في المسائل الفنية ويكون للقاضي حرية تقدير ما يرد في تقرير الخبرة. ودور القاضي يكمن في التحقق

من حدوث الوقائع التي أثبتتها المريض المضرور على الطبيب ، وأن يثبت من انطباق وصف الخطأ على تلك الوقائع .

وكما بينا أن لقاضي الموضوع السلطة المطلقة في استنباط القرائن القضائية لتكوين عقيدته، فلا رقابة عليه فيما يحصله من شهادة الشهود ولا فيما يتناوله من قرائن ، وله أن يأخذ بما يطمئن له تاركاً ما عداه ولو كان محتملاً متى أقام قضاءه على أسباب سائغة وإن كان من السهل على القاضي أن يتبين بنفسه خطأ الطبي فيما يتعلق بأعماله العادية، إلا أن ذلك يبدو عسيراً بالنسبة للأعمال الطبية التي تنتمي إلى الفن الطبي. لذلك فإن للقاضي أن يستعين فيما يتعلق بالمسائل الفنية المتصلة بالأعمال الطبية بأهل الخبرة من الأطباء لدراسة الحالة محل النزاع ، فله أن يندب خبير أو أكثر لتحقيق الواقع في الدعوى وتقديم تقرير حولها وإبداء الرأي في المسائل الفنية التي يصعب عليه استنباطها بنفسه وينبغي عليه ألا يقم نفسه في تقدير الخطأ الناتج عن الأعمال الفنية، ولكن قد يقوم القاضي بتقدير الخطأ بنفسه إذا تعلق الإثبات ببعض الأعمال الطبية الظاهرة كما في حالة عدم إعطاء المريض حقنة البنج أو عدم تعقيم الأدوات الطبية المستعملة في الجراحة أو في حالة نسيان بعض هذه الأدوات في جسم المريض وهذه الحالات يطلق عليه الفقه الأخطاء العادية¹³².

حيث أن للمحكمة السلطة والحرية في الأخذ بتقرير الخبراء، إذا كان يتعارض مع وقائع الدعوى، وكما إذا كان هناك أكثر من تقرير خبير، فللقاضي الأخذ بتقرير الذي أفتتح بأنه واضح الدلالة على خطأ الطبيب حتى لو كان هناك تعارض بين تقارير الخبراء أي أنه لا يلزم في القرينة المستمدة من تقارير الخبراء أن تكون قاطعة الدلالة على هذا الخطأ بل يكفي أن تكون واضحة في التدليل عليه.

وفما يتعلق بوسيلة الشهود، فإنها تعتبر من وسائل إثبات الوقائع، والتي يستطيع المريض اللجوء إليها لإثبات دعواه وهو الخطأ الطبي فممكن أن يكون الشهود من زملاء الطبيب مرتكب الخطأ الطبي أو العاملين معه أو أهل المريض، ولكن شهادة الشهود ترجع إلى تقدير المحكمة بالأخذ بها .

كما أن للمريض أن يأخذ بالكتابة كدليل لإثبات الخطأ الطبي وذلك من خلال ملف المريض الطبي وما يحويه من تقارير وفحوصات وتحاليل وتواريخها والتي قد تبين مدى إهمال الطبيب. وفي حال عدم قدرة المريض على إثبات ما يدعيه وهو الخطأ الطبي بسبب طبيعته الخاصة وما يميزه من تعقيد طبي وخاصة إذا كان الخطأ الطبي ذو طبيعة فنية، فإنه يؤدي إلى عدم قناعة القاضي بما يدعيه ويؤدي إلى رد دعواه لعدم كفاية الأدلة .

وفي فلسطين تمارس لجنة السلامة والحماية الطبية والصحية، النظر في الشكاوى المقدمة إلى الوزارة أو النقابة المختصة من متلقي الخدمة أو من ينوب عنه قانوناً أو ورثته. وكما تختص في تقديم الخبرة الفنية في الشكاوى بناءً على طلب النيابة العامة قبل إقامة الدعوى أمام المحكمة المختصة ، أو تقديم الخبرة الفنية بناءً على طلب المحكمة المختصة أثناء نظر الدعوى. وتضع هذه اللجنة تقريرها في مدى وقوع الخطأ الطبي من عدمه، وسببه، ومدى جسامته في كل حالة تعرض عليها بناءً على ما يثبت لديها من فحصها، وبعد الاطلاع على الملف الطبي، وما يتوافر للجنة من حقائق ومعلومات أخرى نتيجة تحقيقاتها، ومناقشتاتها، ودراستها الفنية للحالة. وترفع اللجنة تقاريرها في شأن الحالات المعروضة عليها خلال (30) يوماً من تاريخ طلب الخبرة الفنية منها، ويجوز لها طلب تمديد الأجل بحد أقصى مرة واحدة، إذا دعت الحاجة لذلك، بعد إبلاغ الجهة طالبة الخبرة، ما لم تقتضي الضرورة خلاف ذلك.¹³³

فكما نلاحظ أن القاضي لا يحكم بثبوت الخطأ الطبي، إلا بعد التحقق والتيقن بوجود هذا الخطأ ونسبته إلى الطبيب محل المساءلة وقيام العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي أصاب المريض. وأيضاً نلاحظ أن خول القانون للقاضي استعمال سلطاته في تقديره لقيمة التعويض، سواء من حيث الوقائع أو الأشخاص أو أدلة الإثبات في حدود ما يقتضي به القانون مستندا في ذلك إلى عدة معايير، منها خاصة الظروف الملائسة، حسن النية أو سوءها، الكسب الفائت، الخسارة اللاحقة، المصاريف والمبالغ المنفقة وقت النطق بالحكم. والهدف من ذلك هو إنصاف المرضى لجبر الضرر الطبي اللاحق بهم بفعل تدخل الطبيب.

أما في تقرير حالات عدم المسؤولية الطبية فإنه يخضع للقضاء تقرير عدم المسؤولية، فلقد وضعت محكمة النقض المصرية مبدأ مشهوراً، يقضي بأنه متى أثبت المضرور الخطأ والضرر، وكان من شأن ذلك الخطأ أن يحدث عادة هذا الضرر، فإن القرينة على توفر العلاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور، وللمسئول نفي هذه القرينة بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه . وفي هذا الشأن ينص القانون المدني المصري بأنه إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بالتعويض ما لم يوجد اتفاق أو نص على غير ذلك.¹³⁴

وأكد كذلك القانون المدني الأردني على موضوع انعدام المسؤولية في حال توافر السبب الأجنبي، ونص على انه إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ،كأفة سماوية أو حادث فجائي ، أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر ، كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك.¹³⁵

أما حسب ما جاء في القرار بقانون بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية والذي يعتبر بمثابة قانون لا يعد الضرر ناتجاً عن خطأ طبي إذا كان قد وقع بسبب فعل من متلقي الخدمة نفسه (المريض) أو رفضه للعلاج، أو عدم إتباعه التعليمات الطبية الصادرة إليه من مقدم الخدمة الطبية والصحية، أو كان نتيجة لسبب خارجي، أو أي من المضاعفات الطبية المعروفة. أو 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. أو إذا نتج عن الضرر مضاعفة طبية معروفة. وإذا لم يكن الضرر نتيجة لأي من الأسباب الواردة في المادة (19) من هذا القرار بقانون. ونلاحظ على أن القرار بقانون اعتبر إذا كان الخطأ الطبي ناجم من فعل المريض نفسه وعدم إتباعه التعليمات الطبية أو نتيجة لسبب خارجي، أو كان نتيجة مضاعفات طبية معروفة، فإن ذلك لا يعتبر من قبيل الخطأ الطبي وكذلك لا تؤدي إلى قيام مسؤولية الطبيب .

¹³⁴ المادة رقم (165) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948
¹³⁵ المادة رقم (261) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976

الختام:

ومن خلال دراستنا لموضوع مسؤولية الطبيب المدنية عن تقوية الفرصة في المجال الطبي، فقد تبين لنا أن طبيعة هذه المسؤولية قد تتأرجح بين المسؤولية العقدية وذلك حال وجود عقد بين المريض والطبيب وأيضاً إذا كانت المشفى مقدمة الخدمة الطبية والصحية خاصة، حيث أن المسؤولية العقدية تجب المسؤولية التقصيرية، وقد تكون مسؤولية تقصيرية حال انتفاء وجود العقد بينهما وفي حال كانت المشفى مقدمة الخدمة الطبية والصحية حكومية .

وتتعدد صور مسؤولية الطبيب عن تقوية الفرصة على المريض بالشفاء أو ضياع فرصته بالبقاء على قيد الحياة نتيجة لأخطاء إيجابية تم حصرها في هذه الدراسة على صورتين وهي الخطأ في التشخيص والخطأ في العمليات الجراحية وقد تكون ناجمة عن أخطاء سلبية والتي تم اقتصرها في هذه الدراسة على صورتين أيضاً وهما امتناع الطبيب الجراح عن الاستعانة بأخصائي تخدير ورفض الطبيب وامتناعه عن تقديم العلاج للمريض، ومن خلال هذه الدراسة حاولنا توضيح شروط التعويض بشكل عام والتطرق للشروط الخاصة والشكلية للتعويض عن ضرر تقوية الفرصة بشكل خاص ، وقد بينا أيضاً طبيعة التعويض عن الضرر الناجم عن تقوية الفرصة على المريض بالشفاء أو البقاء على قيد الحياة، وتم الحديث عن آلية إثبات ضرر تقوية الفرصة وعبء الإثبات الواقع على عاتق المريض أو المضرور وذلك من خلال إثباته لأركان تلك المسؤولية والمتمثلة في الخطأ والضرر الطبي الذي أصاب المريض والعلاقة السببية التي تربط بين خطأ الطبيب والضرر الذي لحق بالمريض من تقوية الفرصة عليه.

كما وقد تم التطرق لموقف القضاء الفلسطيني وغيره من الفقه القضائي في معالجة قيام مسؤولية الطبيب من عدمها ومدى سلطته في تقدير التعويض عن ضرر فوات الفرصة . وقد خلصت الدراسة لجملة من النتائج والتوصيات، نسردها على النحو الآتي :

النتائج:

1_ لقد واكب المشرع الفلسطيني التشريعات العالمية الحديثة وعالج وتناول موضوع الأخطاء الطبية والمسؤولية المدنية الطبية ولم يتركها للقواعد العامة، وأصدر القرار بقانون بشأن السلامة والحماية الطبية والصحية رقم 31 لسنة 2018 الذي عرف فيه مفهوم الخطأ الطبي وذلك في المادة رقم (19) منه، وأيضاً نص على ضوابط وشروط والتي يجب على كل طبيب إتباعها وذلك في المادة رقم (10) منه.

2_ يتخذ تقوية الفرصة في الشفاء صوراً مختلفة ولا يمكن حصرها، ولها تطبيق في الواقع العملي، ومنها تقوية الفرصة الناجمة عن الأخطاء الايجابية كالخطأ في التشخيص أو الخطأ في وصف العلاج ، وأيضاً الأخطاء في العمليات الجراحية ، والتقوية الناجم عن الأخطاء السلبية كامتناع الطبيب عن التدخل الجراحي وكذلك عدم الاستعانة بطبيب التخدير، مما يؤدي إلى فوات وضياع فرصة المريض بالشفاء أو بالبقاء على قيد الحياة وبالتالي يحق للمريض أو ذويه المطالبة بالتعويض عن تلك الفرصة .

3_ نلاحظ من خلال الدراسة أن القانون الفلسطيني أخذ كغيره من القوانين موضوع الخطأ الطبي في التشخيص حيث أدرجه ضمن الإهمال والتقصير وعدم اتباع الحيطة والحذر وعدم بذل العناية اللازمة، وتبنى أيضاً إلزامية استخدام الوسائل الطبية والمشروعة في التشخيص. وأيضاً لم يتبنى صورة الخطأ الطبي الناجم عن عدم الاستعانة بأخصائي تخدير، وعلى الرغم من ذلك أخذ بإدانة طبيب التخدير نفسه في حالة الإهمال والتقصير في عملية التخدير.

4_ المشرع الفلسطيني وبالاستناد إلى القرار بقانون بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية المادة رقم (11) منه، بأنه وضع الشروط والقيود التي يجب على الطبيب إتباعها عند إجراء العمليات الجراحية، وهي الحصول على رضا المريض من خلال الموافقة الكتابية أو من ينوب عنه إذا كان قاصراً، وأيضاً إجراء كامل الفحوصات الطبية للتأكد بأن حالة المريض الصحية تسمح بالتدخل العلاجي له، وأيضاً إجراء الجراحة في مكان تقديم الخدمة المرخص، وكما أخذ بضرورة قيام الطبيب بالتدخل العلاجي الفوري في حالات الإسعاف والطوارئ.

5_ يجب توافر شروط للتعويض عن ضرر تقويت فرصة الشفاء على المريض ، ومنها الفوات المؤكد والنهائي للفرصة، وجدية الفرصة وحقيقتها بالنسبة للمضرور، حيث يعتبر تقويت الفرصة على المريض بحد ذاته ضرراً، وذلك لأن الفرصة وان كانت أمراً محتملاً إلا أن تقويتها يعد أمراً محققاً، حيث كلما زاد احتمال تحقق الفرصة ارتفع مدى التعويض.

6_ يقع عب الإثبات في مجال المسؤولية الطبية على المريض المدعي بالضرر وعليه إثبات الخطأ الطبي والضرر الذي أصابه من جانب الطبيب والعلاقة السببية التي تربط بين الخطأ والضرر وذلك بالاستناد إلى كافة طرق الإثبات، حيث يعتبر الخطأ الطبي من الوقائع لذلك يجوز الإثبات بكافة الطرق من كتابة وشهود وخبرة وإقرار وكذلك القرائن القضائية، ويرجع تقدير الأخذ بهذه الأدلة لسلطة القاضي.

7_ تحدد المسؤولية الطبية والصحية على مدى الالتزام بالقواعد المهنية السائدة، وتدخل في تحديدها البيئة الطبية، والمعايير الخاصة بها، والعوامل والظروف التي تسبق أو تتزامن أو تتبع عمل مقدم الخدمة الطبية والصحية. ويكون التزام الطبيب ببذل العناية اللازمة، وليس بتحقيق النتيجة وفقاً للقواعد المهنية، وعلى كل طبيب الإلمام بالقواعد والأصول المهنية المتعارف عليها وإتباع الحيطة والحذر وعدم التقصير والإهمال أثناء تأديتهم لوظيفتهم .

8_ يستحيل التعويض العيني وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر في المجال الطبي ولذلك يكون التعويض بالصورة النقدية في مجال المسؤولية الطبية، إما بشكل أقساط أو مرتباً مدى الحياة.

9_ الجهة القضائية التي تختص بالفصل في دعوى التعويض في التشريعات الأخرى تعود إلى طبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض فإذا كان مشفى خاص فالقضاء المدني المختص بالنظر في الدعوى أما إذا كان المشفى عام فان القضاء الإداري المختص بالفصل في النزاع وذلك لوجود الصبغة الإدارية بالمرفق العام، أما حسب التشريع الفلسطيني يكون القضاء المدني صاحب الاختصاص بالنظر في هذه الدعاوى وبحسب الاختصاص القيمي.

10_ قد راعى القرار بقانون رقم (31) لسنة 2018 بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية التشريعات والقوانين العالمية التي تؤكد على ضرورة وإلزامية المستشفيات بالتأمين ضد الأخطاء الطبية، وذلك من خلال التأمين على مزاولي مهنة الطب العاملين لديها ضد المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية لدى شركات التأمين. حيث نصت المادة رقم (25) منه على إلزامية المؤسسة مقدمة الخدمة الطبية والصحية بالتأمين ضد الأخطاء الطبية، وتركت للعيادات الخاصة اختيارية التأمين.

التوصيات:

1_ تقودنا هذه الدراسة إلى ضرورة سن تشريع قانوني متكامل، ينظم المسؤولية المدنية للفريق الطبي على وجه الخصوص ومسؤولية الطبيب بشكل عام. وكما أوصي المشرع الفلسطيني بضرورة تفعيل وتطبيق القرار بقانون رقم 31 لسنة 2018 ، بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية ، مما يخدم مصلحة كل من الطبيب والمريض، وإصدار التعليمات والأنظمة واللوائح لتنفيذ أحكامه من قبل مجلس الوزراء.

2_ ضرورة إقرار إلزامية التأمين ضد الأخطاء الطبية للمرافق الصحية سواء عامة أو خاصة، لما له أهمية ودعامة للكوادر الطبية لإجراء العمليات الجراحية والقيام بأعمالهم دون خوف وتوتر من ارتكاب الأخطاء الطبية، وكذلك الحال بالنسبة للمريض، فأن التأمين ضد الأخطاء الطبية يعتبر حماية ومصلحة لهم وذلك من خلال ضمان لهم التعويض المناسب لجبر الضرر من جراء الأخطاء الطبية وذلك بعد صدور حكم قضائي من المحكمة المختصة .

3_ تشكيل لجنة طبية مختصة يكون أعضائها من الأطباء الجراحين، وذلك لمراقبة العمليات الجراحية ، وتحديد الأخطاء الطبية .

4_ توثيق كافة قضايا الأخطاء الطبية وإجراء الدراسات عليها، مما يساعد في التخفيف من الأخطاء الطبية.
5_ يجب إعلام المريض بكافة التفاصيل المتعلقة بتحقيق الإجراء الطبي، وبالنتائج المترتبة والمضاعفات التي ممكن تحصل أثناء التدخل الجراحي.

6_ يتوجب على رئيس الوزراء بالتنسيق من الوزير، إصدار النظام بعد التشاور مع النقابات المختصة بشأن الصندوق الفلسطيني للتعويض عن الأخطاء الطبية، والتي تتكون موارده بنسبة مئوية من رسوم التأمين على الأخطاء الطبية.

7_ أنه بالرغم من أن القرار بقانون رقم 31 لسنة 2018 بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية قد أهتم بضرورة التأمين ضد الأخطاء الطبية وألزم المستشفيات بالتأمين عليها إلا أنني أوصي بتعديل المادة رقم (25) من القرار نفسه ليشمل إلزامية التأمين في العيادات الخاصة ضد الأخطار المهنية، ومما يؤدي بالنتيجة إلى إلزامية كافة المرافق الطبية والصحية سواء العامة أو الخاصة وكذلك العيادات العامة والخاصة بالتأمين ضد أخطار مهنة الطب ومما يؤدي ذلك إلى التزام المرافق الطبية والصحية بالتأمين على جميع الأطباء المزاولين العاملين لديها ضد المسؤولية عن الأخطاء الطبية، حيث تتحمل المؤسسة مقدمة الخدمة الصحية كامل أقساط التأمين، ومقابل هذه الأقساط تتحمل شركة التأمين المؤمن لديها تعويض المتضرر جراء الأخطاء الطبية في حال صدور حكم قضائي بثبوت الخطأ الطبي.

8_ كما أوصي وزارة الصحة ونقابات المهن الطبية والصحية المساعدة بنشر الثقافة والتوعية الصحية اللازمة بموضوع الأخطاء الطبية وأوصي أيضا بإلزام المستشفيات بضرورة عمل دورات للأطباء حول العلاجات الجديدة والأمراض الجديدة بشكل دوري حتى لا يكون هناك إغفال عن العلاجات والتقنيات الجديدة .

9_ وكما أوصي المشرع الفلسطيني بإعادة صياغة المادة رقم (180) الفقرة الأولى من مشروع القانون المدني الفلسطيني من أجل رفع التناقض الحاصل بسبب التضارب بينها وبين نص المادة (179) ، فالأخيرة أقامت المسؤولية عن الفعل الضار على أساس الضرر وألزمت أي شخص وقع منه ضرر بالتعويض، أما المادة رقم (180) أقامت المسؤولية عن الفعل الضار على أساس الخطأ واشترطت أن يكون مرتكب الفعل الضار مميزاً.

10_ وكما أوصي بتعديل المادة رقم (20) الفقرة الثانية من القرار بقانون بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية رقم 31 لسنة 2018 حيث أنها حددت وحصرت طبيعة التزام الطبيب وهو بذل العناية اللازمة وليس بتحقيق نتيجة ، ولم تورد أي استثناء على أنه من الممكن أن يكون التزام الطبيب هو تحقيق نتيجة كعملية نقل الدم والتركيبات الصناعية والتحاليل المخبرية وكذلك عمليات التجميل الطبية.

المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

_السنة النبوية

_مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876

_القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003

_القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976

_قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944

_قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005

_قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001

_قانون الصحة العامة الفلسطيني رقم (20) لسنة 2004

_قانون نقابة الأطباء رقم (14) لسنة 1954

_قانون البيئات الفلسطيني في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة 2001

_القرار بقانون رقم (31) لسنة 2018 بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية الصادر بتاريخ

2018/09/12 الموافق 02/محرم/1440هـ والمنشور في الجريدة الرسمية في العدد رقم 147 الصادر

بتاريخ 2018/09/23

ثانياً: المراجع .

1_ المراجع العامة

- 1_ الصده، عبد المنعم فرج.(1998). مصادر الالتزام، بيروت: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع.
- 2_ العرعاري، عبد القادر.(2011). المسؤولية المدنية، مصادر الالتزام، الكتاب الثاني، الرباط: دار الأمان.
- 3_ د. السنهوري، عبد الرزاق.(1952). الوسيط في شرح القانون المدني، بيروت: دار أحياء التراث العربي، ج1 .
- 4_ د. الفضل، منذر.(2012). الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام وأحكامها، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- 5_ د.مرقس، سليمان.(1988). الوافي في شرح القانون المدني، شبرا: مطبعة السلام ايريني للطباعة، مج2، ط5 .
- 6_ د. نجيدة، علي حسن.(1992). التزامات الطبيب في العمل الطبي، القاهرة: دار النهضة العربية .
- 7_ سلطان، أنور.(2005). المبادئ القانونية العامة، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.
- 8_ عامر، حسين.(1979). المسؤولية التقصيرية والعقدية، القاهرة: دار المعارف، ط2.
- 9_ عامر، حسين.(1995). المسؤولية المدنية، القاهرة: دار النهضة العربية.

2- المراجع المتخصصة

- 1- أ.الأودن، سمير عبد السميع.(2004).مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، الاسكندرية: منشأة المعارف.
- 2- أبو الليل، إبراهيم الدسوقي.(1986). تعويض تفويت الفرصة، الكويت: مجلة الحقوق الكويتية، ج2 .
- 3_ الجميلي، أسعد عبيد عزيز.(2009). الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع .
- 4_ الجميلي، طلال سالم نوار دحام.(2019). فوات الفرصة في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة قانونية مقارنة، القاهرة: المركز العربي للنشر والتوزيع، ط1 .
- 5_ الحيارى، أحمد حسن.(2005). المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- 6_ الرواشدة، إبراهيم أحمد محمد.(2010). المسؤولية المدنية للطبيب التخدير، دراسة مقارنة، مصر: دار الكتب القانونية .
- 7_ الفطافطة، محمود.(2013). الأخطاء الطبية في فلسطين، جرائم بلا أدلة، دار النشر باحثون بلا حدود، ط1.
- 8_ الحلبوسي، إبراهيم علي. الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي.
- 9_ الشريف، عصام.(1980). المسؤولية المدنية للطبيب الممتنع عن التعاقد في القانون الأردني والقوانين المقارنة، مجلة نقابة المحامين، ملحق الأبحاث.

- 10_ الشواربي، عبد الحميد.(1918). مسؤولية الأطباء والصيدالة والمستشفيات المدنية والجزائية والتأديبية، الاسكندرية: منشأة المعارف.
- 11_ الطباخ، شريف.(2005).التعريف عن الإخلال بالعقد التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء القضاء والفقهاء، القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية.
- 12_ العثماوي، أيمن إبراهيم.(2005).تفويت الفرصة، دراسة مقارنة، القاهرة: دار النهضة العربية.
- 13_ حنا، منير رياض.(2014). المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.
- 14_ خليل، عدلي.(1989). الموسوعة القانونية في المهن الطبية، القاهرة: دار النهضة العربية، ط1.
- 15_ د.الأبراشي، حسن.(1951). مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، دار النشر للجامعات العربية .
- 16_ د.التوتجي، عبد السلام.(1975). المسؤولية المدنية، مسؤولية الطبيب في القانون المقارن.
- 17_ د. أبو جميل، وفاء حلمي.(1987). الخطأ الطبي، القاهرة: دار النهضة العربية.
- 18_ د. البنيه، محسن عبد الحميد.(1993). نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المنصورة: مكتب الجلاء الجديدة.
- 19_ د. الحسيني، عبد اللطيف.(1987). المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، بيروت: الشركة العالمية للكتاب، الطبعة الثانية.
- 20_ د. السعيد، مقدم.(1985). التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية، دراسة مقارنة، لبنان، بيروت: دار الحداثة للطباعة والنشر، ط1 .
- 21_ د.الصقير،قيس.(1996). المسؤولية المهنية الطبية، في المملكة العربية السعودية.

- 22_ د. الذنون، حسن علي.(2006). الضرر، الأردن: دار وائل، ج1، ط1.
- 23_ د. سعد، أحمد محمود.(2007). مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الثانية.
- 24_ د.طه، جبار، إقامة المسؤولية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، العراق: منشورات جامعة صلا الدين .
- 25_ د. عبد الحميد، ثروت.(2007). تعويض الحوادث الطبية، مدى المسؤولية عن التدايعات الضارة للعمل الطبي، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة .
- 26_ د. مأمون، عبد الرشيد.(1986). عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، القاهرة: دار النهضة العربية المحتسب بالله، بسام.(1984). المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، بيروت: دار الإيمان.
- 27_ دواغرة، محمد رشيد.(2017). المسؤولية المدنية للمستشفيات الخاصة عن أخطاء الطبيب ومساعديه دراسة مقارنة، عمان: الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع.
- 28_ عمران، السيد محمد السيد.(1992). التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية، الإسكندرية: مؤسسة الثقافة الجامعية.
- 29_ غصن، علي عصام.(2010). الخطأ الطبي، لبنان: منشورات زين الحقوقية، ط2.
- 30_ قاضي، طلال عجاج.(2004). المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة، بيروت: المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى.
- 31_ منصور، محمد حسين.(1999). المسؤولية الطبية، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر .
- 32_ ياسين، محمد يوسف.(2003). المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات والأطباء والممرضين، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية .

3_ الرسائل الجامعية:

- 1_ البرغوثي، فدوى اسماعيل خليل.(2003). المسؤولية المدنية الطبية في حالات الولادة، رسالة ماجستير، أبوديس، جامعة القدس.
- 2_ الحسنوي، حسن حنتوش رشيد.(2004). الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد .
- 3_ الطراونة، أماني أحمد.(2013). جبر الضرر في فوات الفرصة وفقا لأحكام القانون والقضاء، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية .
- 4_ إعبية، خليل سعيد خليل.(2005). التعويض عن تفويت الفرصة في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات الفقهية والقانونية، الأردن، جامعة آل البيت .
- 5_ تايه، أحمد محمود مدلول.(2014). التعويض عن فوات الفرصة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد .
- 6_ سعد، أحمد محمود.(1983). مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة.
- 7_ عساف، وائل تيسير محمد.(2008). المسؤولية المدنية للطبيب، رسالة ماجستير، نابلس، جامعة النجاح الوطنية.
- 8_ طه، جبار صابر.(1979). إقامة المسؤولية المدنية ع العمل غير المشروع على عنصر الضرر، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد.

9_ ناجي، خمائل حسن.(2004). **تعويض تفويت الفرصة**، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة النهريين .

10_ نسيمه، بن دشاش.(2013). **المسؤولية المدنية للطبيب في المستشفيات العامة**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، البويرة، جامعة اكلي محند او لحاج.

4- أبحاث ومقالات

- 1_ الجميلي، أسعد عبيد عزيز.(2018). مسؤولية الطبيب المدنية عن تفويت الفرصة، العراق، كلية المأمون الجامعة.
- 2_ الدمياطي، تامر محمد.(2011). التضامن في المسؤولية القائمة على الخطأ المفترض، دراسة مقارنة، بحث منشور على الموقع الالكتروني: <http://abdelmagidzarrouki.com> تاريخ الاطلاع : 2-12-2021: الساعة 5 مساءً.
- 3_ عطية، وليد خالد.(2011) القيود الواردة على تعويض الضرر في القانون الانكليزي، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العراق، جامعة بابل كلية القانون .
- 4_ عبد، لطيف حسين.(2007). المسؤولية القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، بحث غير منشور، مقدم إلى المعهد القضائي العراقي .

فهرس المحتويات

1.....	المقدمة.....
3.....	أهداف الدراسة.....
3.....	أهمية الدراسة النظرية.....
4.....	أهمية الدراسة التطبيقية.....
5.....	إشكالية الدراسة.....
5.....	منهجية الدراسة.....
6.....	مصطلحات الدراسة.....
7.....	خطة الدراسة.....
8.....	الفصل الأول: مسؤولية الطبيب عن تفويت فرصة الشفاء.....
9.....	المبحث الأول: تفويت الفرصة الناشئة عن الأخطاء الإيجابية.....
9.....	المطلب الأول: تفويت الفرصة الناشئة عن الخطأ في التشخيص.....
14.....	المطلب الثاني: تفويت الفرصة المتولدة عن الأخطاء في العمليات الجراحية.....
19.....	المبحث الثاني: تفويت الفرصة الناجمة عن الأخطاء السلبية.....
19.....	المطلب الأول: تفويت الفرصة المتولدة عن عدم الاستعانة بطبيب التخدير.....
23.....	المطلب الثاني: تفويت الفرصة الناجمة عن رفض الطبيب وامتناعه عن تقديم العلاج.....
29.....	الفصل الثاني: التعويض عن تفويت فرصة الشفاء.....
31.....	المبحث الأول: شروط التعويض عن ضرر فوات فرصة الشفاء.....
32.....	المطلب الأول: الشروط الأصلية لضرر تفويت الفرصة.....
42.....	المطلب الثاني: الشروط الإجرائية لدعوى التعويض عن ضرر فوات الفرصة.....
52.....	المبحث الثاني: آلية التعويض وإثبات ضرر فوات الفرصة.....
53.....	المطلب الأول: طبيعة التعويض عن ضرر فوات الفرصة.....
62.....	المطلب الثاني: الآلية وقواعد الإثبات للضرر الناجم عن فوات الفرصة.....

71.....	الخاتمة
72.....	النتائج
74.....	التوصيات
76.....	المصادر
77.....	المراجع العامة
78.....	المراجع المتخصصة
81.....	الرسائل الجامعية
83	أبحاث ومقالات