



تعويض فوات الفرصة الناشئ عن

الإخلال بتبصير المريض

دراسة مقارنة

دكتور أمال بكوش

مدرس بكلية الحقوق والعلوم الإدارية والسياسية

جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر

جامعة القاهرة



كلية الحقوق  
جامعة القاهرة

**مقدمة:**

كرست مبادئ ممارسة مهنة الطب بدأ بقسم أبيقراط (HYPOCRAT) وانتهاه بالقوانين واللوائح المعاصرة<sup>(1)</sup>، جملة من الالتزامات الانسانية والاخلاقية، المنبثقة عن احترام إرادة المريض الحرة والواعية في تقرير مصيره وضمان سلامته وتكامله الجسدي، يتصدرها الالتزام بتبصير المريض باعتباره ابلغ تجسيد لذلك.

غير أن التقيّد الحرفي بتطبيق القواعد التقليدية للمسؤولية في المجال الطبي بصدد هذه الالتزامات يؤدي في أغلب الأحيان إلى نتائج مجحفة، نتيجة دفع المسؤولية ورفض تعويض الضحايا، لتعسر إثبات علاقة سببية أكيدة ومباشرة بين الخطأ الثابت والضرر النهائي<sup>(2)</sup>، مما يتقل كاهلهم ويحملهم نتائج عدم اليقين العلمي، كما أنه يسمح للطبيب الذي ثبت خطأه بشكل قاطع بالتستر وراء هذا الشك للتوصل من المسؤولية.

وفي مواجهة عدم اليقين الذي يشوب رابطة السببية بين الاخلال بالالتزام بالتبصير وبين الضرر النهائي الذي أحاق بالمريض، استحدث القضاء الفرنسي ستارا (palliatif)<sup>(3)</sup> يداري الشك القائم عن طريق التمسك بالسببية

(1) نصت المادة 7 من المرسوم التنفيذي 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب بالجزائر على: "تتمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عن صحة الانسان ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الانسانية، دون تمييز من حيث الجنس والسن والعرق والدين والجنسية والوضع الاجتماعي والعقيدة السياسية أو أي سبب آخر في السلم والحرب". كما نصت المادة 6 فقرة 2 من ذات المرسوم على: "يمارسان مهامهما ضمن احترام حياة الفرد وشخصه البشري".

(2) لكي يتمكن المضرور من إثارة المسؤولية المدنية للطبيب فعليه إثبات أن ما وقع عليه من ضرر يجد سببه في نشاط المسنول عن العلاج، فطبقا لمحكمة النقض الفرنسية لا يمكن أن تنثار المسؤولية ما لم يكن الفعل المولد (le fait générateur) هو بصفة مؤكدة مصدرا مباشرا (l'origine directe) للضرر، فرابطة السببية هي التي توضح انبثاق النتيجة عن السبب (le processus) على الوجه الذي يسمح بإسناد الضرر إلى الفعل الضار، فعندما لا يكون هذا الرابط مؤكدا فلا مجال لجبر الضرر المدعى به في الأصل. انظر قرار محكمة النقض الفرنسية.

Cass-civ, 1er chambre civil, 09/11/1999, disponible en ligne sur: [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).

(3) Geneviève Viney· Patrice Jourdain, Traité de droit civil· conditions de la responsabilité·L.G.D.J·Paris·2ème éd·1998,p.197.

القانونية<sup>(1)</sup> متى ثبت وجود قرائن قوية ترجح علاقة السببية بين الخطأ والضرر، مبتدعا بذلك صورة جديدة للضرر تتمثل في ضياع فرصة المريض في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة.

وسنحاول من خلال هذا البحث الإجابة على التساؤلات التالية: إذا كان قرار المريض في قبول العلاج من عدمه رهن بما يقدمه طبيبه من معلومات، فهل يشكل مجرد الاخلال بهذا الالتزام في غياب أي خطأ فني في مباشرة الإجراء الطبي، مصدرا مباشرا للضرر تقوم به رابطة السببية مما يستوجب تعويض المريض الذي يتواجد في وضعية صحية تدلي تارة عن الشك وتدلي في فروض أخرى عن اليقين حول القرار الذي كان ليتخذه لو تم اعلامه بشكل سليم، وهل يتم تقدير التعويض بالنظر للضرر النهائي الذي أصابه فعلا، أم بمراعاة احتمال تصرفه بشكل يجنبه الضرر لو أنه حصل على المعرفة الشاملة؟

وحرصا على أن تنتهج دراستي هذه سبيلا منطقيًا انتهاء لبلوغ الغاية منها، فقد اتبعت منهجا ذا ثلاثة أبعاد، يتراوح بين المنهج الوصفي التحليلي وقوامه جمع الحقائق والمعلومات والعمل على استخلاص أهم الأحكام المرتبطة بالموضوع من أجل الوقوف على مدى إتساقها أو خروجها عن القواعد العامة للمسئولية من جهة ومع النظرة الحديثة للتعويض من جهة أخرى، والمنهج التأصيلي في رد النقاط التفصيلية إلى أصولها النظرية، متمثلة في النظرية العامة في المسئولية المدنية ثم الأحكام الخاصة للمسئولية الطبية، في إطار الدراسة المقارنة لبعض القوانين الحديثة في المواطن التي تتيح أوجها للمقارنة.

(1) على النقيض من منطق الخبير الطبي باستخلاص السببية العلمية المتمثلة في اسناد الضرر للخطأ الطبي بصفة مجردة باستبعاد تدخل عوامل أخرى كالاستعداد المرضي للمضروب وغيره من العوامل المشابهة، فإن منطق القاضي في استخلاص السببية القانونية يستغرق السببية العلمية مع الأخذ بعين الاعتبار كافة الأدلة من الإحصاءات والقرائن والاحتمال المرجح، ويطبق بالتالي إحدى نظريات السببية، فإن عجزت تلك الأخيرة عن إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر النهائي كالموت مثلا، فإنه يمكن أن تبرر وجود تلك الرابطة بين ذات الخطأ وضرر أوسط كتقليص مدة هذه الحياة، أنظر في تفصيل ذلك:

P.Vayre·D.Planquelle et H. Fabre·Le lien de causalité en matière de responsabilité médicale·Médecine et Droit,2005,p.78et 79.

وبناء على ما سبق سيتم تقسيم الدراسة إلى مبحثين:

المبحث الأول: إشكالية إحترام إرادة المريض في ظل فوات الفرصة.

المبحث الثاني: أحكام تعويض فوات الفرصة الناشئة عن الإخلال بالتبصير.

## المبحث الأول

### إشكالية إحترام إرادة المريض في ظل فوات الفرصة

تقتضي ممارسة الطبيب لمهامه وفقا للأصول العلمية والفنية الوفاء بأحد أهم الالتزامات التي ترتبط بضميره الانساني والمتمثل في تبصير المريض حول حالته الصحية والاجراءات المقترحة, حتى يصدر عنه رضا متبصر ومستنير يعكس قبوله التدخل الطبي, وتثير مسألة إحترام إرادة المريض في نطاق تعويض فوات الفرصة جملة من الإشكالات القانونية تتصل بالأحوال التي يلحق فيها المريض ضرر ناتج عن خطر قصر الطبيب في تبصيره بإمكانية حدوثه, وهو ما سنحاول الإجابة عنه من خلال مطلبين نتناول في الأول تحديدات عامة حول الالتزام بتبصير المريض, وفي الثاني أثر إحترام إرادة المريض على تعويض فوات الفرصة.

### المطلب الأول

#### تحديدات عامة حول الالتزام بتبصير المريض

سنتناول من خلال هذا المطلب مفهوم الالتزام بالتبصير في المجال الطبي من خلال فرعين, يتناول الأول مضمون هذا الالتزام وأساسه القانوني, ويوضح الثاني نطاقه وإثباته.

### الفرع الأول

#### مضمون الالتزام بتبصير المريض وأساسه القانوني.

يعتبر تحديد مضمون التزام الطبيب بالتبصير ضروريا لتحديد الأساس القانوني الذي يمكن في ظله اعتبار الطبيب مسئولا عما لحق المريض من ضرر جراء إخلاله بهذا الالتزام, وهو ما سنوضحه على التوالي.

**أولاً: مضمون الالتزام بتبصير المريض.**

يعبر الالتزام بالتبصير في نطاق المسؤولية الطبية عن مبدأ رضا المريض بالتدخل الطبي من جهة، وعن واجب قانوني خاص يقع على عاتق مقدم الرعاية الصحية (prestataire de soins) من جهة أخرى بإعطاء المريض أو ذويه فكرة معقولة وأمينه عن وضعه<sup>(1)</sup>، وإحاطتهم علماً بكافة المعلومات الأساسية المتصلة بحالته الصحية وطبيعة التدخل الطبي المزمع إخضاعه له، ومخاطره المتوقعة طبقاً لقواعد وأصول المهنة بناءً على المعطيات الطبية الراهنة، وعن البدائل المتاحة له وتكلفتها، وكذلك التطور المتوقع لحالته في حال رفضه<sup>(2)</sup>، باستعمال عبارات ميسورة الفهم حتى يتخذ قراره عن علم وبصيرة.

و هو ما انعكس على طبيعة الالتزام بالتبصير باعتباره التزاماً ثنائياً من حيث الموضوع، كونه يتضمن من ناحية طبيعة المرض وتطوره المتوقع، ومن ناحية ثانية طبيعة وآثار العلاج المقترح ومخاطره وتكاليفه، وهو ما عبر عنه الفقيه (Pierre Sargos) بقوله: "على الطبيب أن يقيم حصة طبية حقيقية"<sup>(3)</sup>، وكذلك من حيث الهدف، إذ يلتزم الطبيب بتبصير المريض والإحاح عليه بالتفكير قبل اتخاذ القرار بجعله مسئولاً، وفي ذات الوقت أن يطمئنه إلى أن التدخل المقترح سيخلصه من معاناته الجسدية والنفسية بغير أن يرقى إلى إقناعه بقبوله<sup>(4)</sup>، وهي نظرة منطقية أقرتها محكمة النقض الفرنسية بموجب قرارها الصادر في 18 يناير 2000، تنصب على تأكيد وجوب احترام حرية المريض في أن يأخذ بعين الاعتبار

(1) عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، 2006، ص 139 وما بعدها.

(2) أنظر عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدال والمؤسسات المدنية والجنائية، منشأة المعارف، القاهرة 1998، ص 299. منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة الخامسة 1981، ص 20.

(3) « Un véritable bilan thérapeutique »، Cité par Nathalie Albert، Obligation d'information médicale et responsabilité، R.F.D.A, n 2, 2003,p.355.

(4) Sanaa Marzoug, L'obligation d'information médicale، thèse، L'école nationale de la santé publique, Rennes, 2000, p. 34.

المعلومات المفصح عنها أو يستبعدها عند اتخاذ قراره<sup>(1)</sup>.

وقد تدرج الالتزام بالتبصير في المجال الطبي باعتباره ضرورة للحصول على رضا المريض من فكرة الوصاية<sup>(2)</sup> "الأبوية" القائمة على مبدأ الإحسان إلى فكرة الرضا المتبصر، إذ انتقل مفهوم الرضا من مجرد التعبير البسيط للمريض عن إرادته المتجهة نحو المساس بحرمة جسده، إلى الرضا المتبصر كشرط لازم لأي تدخل طبي، نتيجة لتطور العلاقة الطبية من علاقة تطغى عليها اعتبارات الثقة إلى علاقة الحق بالواجب في إطار نظام أخلاقي جديد أساسه غلبة اعتبارات استقلالية الذاتية للمريض على الاعتبارات الانسانية<sup>(3)</sup>.

فلم يعد يقصد بالرضا بهذا المعنى مجرد الإيجاب الصادر من المريض الذي يقوم به العقد الطبي متى ما اقترن بقبول الطبيب، وإنما رضا خاص يتطلبه

(1) Cass-Civ, 1ère, 18\01\2000, à disposée «En statuant ainsi, alors qu'un médecin n'est pas tenue de réussir à convaincre son patient du danger de l'acte médicale qu'il demande» voir le commentaire de cet arrêt dans Marie-Laure Matieu-izoche, L obligation du médecin, informer ou convaincre ? D.n 44du 13\12\2002, rub juris-commentaire, pp.3559-3562.

(2) إعتبر جانب من الفقه بأن العلاقة الطبية ليست مجرد قواعد فنية يحكمها القانون، وإنما علاقة عميقة مجسدة في احترام مبدأ الإنسانية، وهو ما عبر عنه الفقيه (Porte Loui) (في مقولته الشهيرة الرامية لتبني نظام الوصاية الأبوية بقوله " كل عمل طبي, ليس, لا يمكن, لا يجب أن يكون إلا عبارة عن ثقة متصلة بحرية مع ضمير", ) ( Tout acte médicale n'est, ne peut, qu'une confiance qui rejoint librement une conscience, ne doit être (وتتطلب هذه النظرية من اعتبار المريض غير مؤهل لمناقشة حالته الصحية، وعليه ان يسلم جسده بثقة عمياء للطبيب باعتباره شخصا فنيا يتمتع بكامل الصلاحيات اللازمة لاتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات لعلاج).

Cité par Bruno Py, Recherches sur les justifications pénales à l'activité médicale thèse de doctorat, faculté de droit, Université de Nancy 2, Paris, 1993, p.122.

وانظر في العوامل المؤدية لتبني نظام الوصاية الطبية, زينب أحلوش بولحبال, رضا المريض في التصرفات الطبية, رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون, كلية الحقوق بجامعة الجزائر, سنة 2001, ص 43.

(3) Suzanne Rameix, La décision médicale, Du paternalisme des medecins à l'autonomie des patients, disponible en ligne sur le cite: [www.cndp.fr/archivage/valid/65940/65940.pdf](http://www.cndp.fr/archivage/valid/65940/65940.pdf), pp.6 et s.

القضاء بصدد الخضوع لكل إجراء طبي -تشخيصي أو علاجي- على حدى، يوسم "بالرضا المستنير" ويتمثل في رضا المريض بقبول الإجراء عن وعي وحرية<sup>(1)</sup>.

وينبغي في هذا المقام التفرقة بين الرضا الذي ينعقد به العقد بين الطرفين والذي يتفرع عنه التزامان أساسيان، أحدهما ذو طبيعة إنسانية وهو الالتزام بتبصير المريض من أجل الحصول على موافقته على إجراءات العلاج والآخر ذو طبيعة فنية وهو الالتزام بتقديم العلاج من جهة، وبين ضرورة الحصول على رضا مستنير من المريض بمباشرة الأعمال الطبية كل على حدة<sup>(2)</sup>، إذ إن الأخير قبول

(1) ودبع فرج، مسئولية الأطباء والجراحين المدنية، القسم الأول، مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشئون القانونية والاقتصادية من الوجهة المصرية، العدد الأول، السنة الثانية عشر، 1942، ص 427. عبد الكريم مأمون، رضا المريض، المرجع السابق، ص 102.

(2) وهو ما كرسته محكمة (Newy) بمناسبة فصلها في دعوى (Darrah) ضد (Kite)، سنة 1969 والتي تتلخص وقائعها في أن طبيبا كان قد حصل على رضا والد أحد الأطفال المرضى بإجراء فحص روتيني للمخ، غير أن الطبيب تجاوز حدود الإذن الممنوح له للقيام بإجراءات أخرى أشد خطورة دون الحصول على رضا الوالد بخصوصها، مما استتبع الحكم بمسئوليته عن الأضرار التي نتجت عنها للطفل، وقد جاء في مسوغات الحكم أن القبول العام لا يتحقق به الرضا المستنير في كافة الحالات، خاصة في الجراحات الحرجة التي تشكل خطرا على حياة المرضى أو صحتهم، إذ أن مجرد القبول بكافة الإجراءات التي يتطلبها العلاج لا يعني قبول المريض بكافة المخاطر، ويتعين أن يصدر الإذن من المريض وهو عالم بحقيقة حالته وبكيفية الأعمال المقترحة. غير أن هذا المبدأ لم ينل إجماعا حوله، إذ اعتبرت تشريعات بعض الولايات الأمريكية أن توقيع المريض على نموذج العلاج كاف بذاته لاستظهار إرادته بالنسبة لكافة عناصر العمل الطبي بما فيها المخاطر المحيطة به، ومن ثم لا يلتزم الطبيب بالحصول على رضا المريض في كل مرحلة من مراحل العلاج اكتفاء بهذا القبول العام، وهو ما طبقته محكمة ولاية (Jorjia) في حكمها الصادر سنة 1979، في قضية (Winfery) ضد (Citizen)، والتي تتعلق بأن مريضة كانت قد توجهت للطبيب على اثر الآلام الحادة التي عانت منها على مستوى البطن، وقامت بالتوقيع على نموذج كتابي يفيد قبولها بإجراء جراحة استكشافية (Exploratory operation)، غير أن الطبيب قام بجراحة كاملة واستأصل الرحم، وهو ما اعتبرته المريضة تجاوزا للأذن الصادر منها، إلا أن المحكمة قد برأت الطبيب من التقصير المنسوب إليه، مفررة بأن عبارات النموذج جاءت عامة تفيد في مجملها موافقة المريضة على كافة الإجراءات التي يراها الطبيب مناسبة، وتتضمن قبول النتائج الطبيعية التي يمكن أن يفضي إليها هذا التدخل، وأنه مادام الطبيب لم ينسب إليه أي تقصير أو حجب للمعلومات ولم يتعمد تضليل المريض، فإن رضا هذا الأخير يكون مبنيا على أساس من العلم المستنير.

Winfery v. Citizen Southern bank, 149 GA. APP. 488,254, S.E. 2d, 1979,p.



متكرر يتعين استظهار إرادة المريض في كل مرحلة من مراحل<sup>(1)</sup>.

ولعل مرد ذلك اللبس يتأتى عن ارتباط التزام الطبيب بتبصير المريض بالتزام آخر يقع على عاتقه وهو الالتزام بإعلام المريض<sup>(2)</sup>, والحقيقة أن الالتزام بإعلام المريض هو التزام قبل تعاقدى بالإدلاء بالمعلومات والبيانات<sup>(3)</sup>, يجد أساسه في

(1) أكد المشرع الفرنسي من خلال القانون رقم 94-653 المتعلق باحترام جسم الإنسان والمورخ في 29 يوليو 1994, على المبادئ العالمية المتضمنة الواجبات التي ترعى حرمة الجسد البشري, الذي أضاف بمقتضاه الفقرات من 1/16 إلى 12/16 إلى المادة 16 من التقنين المدني الفرنسي, وبهذا الشأن نصت المادة 03/16 منه على: " لا يمكن المساس بسلامة جسم الإنسان إلا في حالات الضرورة الطبية الخاصة بالشخص ذاته, يجب الحصول على رضا المريض المعنى مقدما مع مراعاة الغرض الذي تقتضي فيه حالته إجراء تدخل علاجي دون أن يكون باستطاعته التعبير عن رضائه". والتي جاء النص عليها كالآتي:

“ Art. 16-3. - Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne.

“ Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir.

LOI N° 94-653 du 29 Juillet 1994, relative au respect du corps humain, publié au JO du 30-07-1994, disponible aussi en ligne à l'adresse suivante:

<http://www.chu-rouen.fr/uchpg/LOI4.html>.

(2) تعددت رؤى الفقه العربي حول فكرة التمييز بين التزام الطبيب بالإعلام والتزامه بالتبصير فمنهم من يميز أحدهما عن الآخر ومتمهم من بعدهما التزاما واحدا, لما بينهما من اتصال وتداخل وثيق يصل حد انصهار أحدهما في الآخر, لمزيد من التفصيل أنظر علي نجيدة, التزامات الطبيب في العمل الطبي, دار النهضة العربية, القاهرة, مصر, سنة 1992, ص 13 وما بعدها, حسن زكي الأبراشي, مسئولية الأطباء والجراحين المدنية, دار النشر للجامعات المصرية, د.س. ص 239, المجموعة المتخصصة في المسئولية القانونية للمهنيين, بيروت, لبنان, منشورات الحلبي الحقوقية, ج 1, المسئولية الطبية, المؤتمرات العلمية لجامعة بيروت العربية, سنة 2000, ص 147 وما بعدها.

(3) عني الفقه الحديث بإيضاح مدلول الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام وإيضاح مدلوله, فقد عرفه البعض بأنه: "التزام سابق على التعاقد, يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد, البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور على علم بكافة تفاصيل هذا العقد, وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه, أو طبيعة محله, أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة, أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر, الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بإدلاء البيانات. انظر نزيه صادق المهدي, الالتزام قبل التعاقدى بالإدلاء بالبيانات, وتطبيقاته على بعض

مبدأ حسن النية قبل وأثناء التعاقد، وفي نظرية صحة وسلامة الرضا<sup>(1)</sup>، بمعنى أنه يتعلق بوجود الرضا الحر للمريض بعد الاطلاع على الظروف والملابسات التي تقود لإبرام العقد الطبي، ويتلخص مضمونه في الإفصاح للمريض عن كافة المعلومات الكفيلة بجعل رضاه مستنيرا حول العقد المزمع إبرامه، والتي تتصف -في ظله - بالعمومية والشمولية بالنسبة للحالة المرضية ككل، ويتحقق هذا الشرط بوفاء الطبيب بالتزامه بإعلام المريض وقبول المريض التطبب على يده وبذلك يكون الرضا كركن في العقد الطبي قد اكتمل.

بينما يعتبر الالتزام بالتبصير التزاما تعاقديا بامتياز<sup>(2)</sup>، فهو جوهر المهن الحرة عموما والمهن الطبية على وجه أخص<sup>(3)</sup>، يلتزم بمقتضاه الطبيب أثناء سريان العقد بتزويد المريض بمعلومات أكثر تخصصا من تلك التي أحاطه بها بموجب التزامه بالإعلام، إذ عليه أن يقدم له المعلومات الكاملة والصادقة والواضحة حول حالته الصحية والإجراءات المقترحة وكل ما يتعلق بها<sup>(4)</sup>.

ويقع على عاتق الطبيب التزام بالحصول على رضا المريض قبل مباشرته لأي قدر من التدخل الطبي<sup>(5)</sup>، ويكون ذلك بإحاطته علما بكل النتائج المتصلة بذلك التدخل، وهو التزام أولي يلازم العمل الطبي في مراحله المختلفة ويتباين نطاقه ومضمونه باختلاف المراحل والظروف، ففي مرحلة التشخيص يتعين على الطبيب

أنواع العقود، دار النهضة العربية، 1982، ص 15. بينما عرفه بعض آخر بأنه: "تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بصورة من شأنها إلقاء الضوء على واقعة أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع إقامته، حتى يكون الطالب على بينة من أمره، بحيث يتخذ القرار الذي يراه مناسباً في ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد". أنظر سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1990، ص 41.

- (1) علي نجيدة، المرجع نفسه، ص 10.
- (2) يتضح أن الالتزام بالتبصير يتعلق بتنفيذ العقد، لأن الرضا يكون سابقاً على قبول العلاج، وهذا الأخير لا يمكن تصور حدوثه إلا بعد مباشرة بعض الأنشطة التحضيرية كإجراء التشخيص والتحليل الطبية التي لا يتصور حصولها إلا في إطار عقد قائم.
- (3) علي نجيدة، المرجع السابق، ص 14.
- (4) انظر المجموعة المتخصصة في المسؤولية المهنية للقانونيين، المرجع السابق، ص 147.
- (5) مصطفى عبد الحميد عدوى، المرجع السابق ص 08.

إحاطة المريض علما بالمخاطر المتوقعة للفحوصات اللازمة لتشخيص حالته<sup>(1)</sup>، فإذا ما وقف الطبيب على نوع العلة التي يعاني منها المريض فيكون لزاما عليه مكاشفته في غير الحالات الاستثنائية بطبيعة المرض ونوع العلاج الملائم ومدته وطبيعة المخاطر المحيطة به ونسبة تحققها إن أمكن.

ولا يقف هذا الالتزام بانتهاء العلاج وإنما يمتد في أحيان كثيرة لمرحلة ما بعد العلاج، خاصة في أحوال التدخل الجراحي، فعلى الطبيب أن يدلي لمريضه بالمعلومات المتعلقة بمدى النجاح أو الفشل، وبالاحتياطات التي يجب على المريض إتباعها لضمان تحقق أكبر فعالية ممكنة للعلاج وتجنب المضاعفات التي يحتمل تحققها في وقت لاحق.

ويترتب على ذلك نتائج بالغة الأهمية ذلك أن كل عمل يقوم به الطبيب دون إعلام المريض حوله والتيقن من رضاه به بصفة خاصة، يستوجب مساءلة هذا الأخير عن النتائج الضارة المترتبة عليه وإن كان ذلك دون خطأ منه، ولا يمنع من ذلك توافر مقومات التصرف القانوني بالنسبة لمجمل العمل الطبي، بأن اقترنت الإرادتان المتطابقتان وانعقد العقد وانصب القبول على مضمونه واتجهت غايته إلى تحقيق الشفاء.

ولما كان رضا المريض على هذا القدر من الأهمية فقد أحاطه الفقه والقضاء بجملة من الشروط حتى يعتد به قانونا، من أهمها أن يكون الرضا متبصرا أو مستنيرا (consentement éclairé) وأن يكون حرا (libre)، وكذلك أن يكون مشروعاً (légitime).

ويقصد بالرضا المتبصر أو المستنير، أن يكون المريض ملما بحالته المرضية وبنوع الإجراءات الطبية أو الجراحية التي سيخضع لها، وما تنطوي عليه من مخاطر<sup>(2)</sup> والبدائل المتاحة لها إن وجدت<sup>(3)</sup>، على نحو يحقق للمريض العلم

(1) مجدي حسن خليل، مدى فاعلية رضا المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، سنة 2006، ص 52.

(2) Cour. Ad. d'Aix, 16 juillet 1931, D.1932-2, p.50.

(3) يراعى في تحديد البدائل العلاجية (Alternative Treatments) العديد من الاعتبارات كالاقتبارات الاجتماعية والمادية للمريض، بالإضافة إلى احتمالات النجاح والفشل

الكافي الذي يساعده على اتخاذ قرار واع ومتبصر

ولا يتحقق ذلك إلا بالعرض المستوفي الذي يقدمه الطبيب لمرضه متضمنا المعلومات الدقيقة والواضحة والكافية بطريقة سهلة مبسطة ومفهومة، عن طريق تحري ملامتها لمستوى المريض وقدرته على الاستيعاب، ودون الاكتفاء بالمصطلحات الأكاديمية ذات المدلول الفني، التي عادة ما يستعصى على فهم الرجل العادي إدراك معانيها وتدبر دالاتها، حتى يقدم على العلاج المقترح وهو على بينة من أمره<sup>(1)</sup>، وفي هذا الصدد تؤكد محكمة النقض الفرنسية أن استخدام مصطلحات فنية محضة للإفشاء حول مخاطر العلاج يتساوى مع عدمه<sup>(2)</sup> نظرا لعدم تحقيق الهدف منه، حتى لا يكون مجرد متلق للخدمة الطبية بل مشارك فيها، كما يمكن استخدام الأرقام لبيان مدى نجاح أو فشل العلاج<sup>(3)</sup>.

أما حرية الرضا فتتمثل في الاختيار المسئول بقبول التدخل الطبي أو رفضه، بعد الدراية التامة والمعرفة الملمة بما عزم الطبيب على تطبيقه من إجراءات، وهذا يسوق إلى التأكيد على أن الطبيب لا يستطيع إطلاقا أن يفرض على المريض تدخلا طبيا معينا، فالمريض يستأثر وحده بالحق في القبول أو الرفض فيما عدا حالة الضرورة والاستعجال<sup>(4)</sup>، أو الحالات التي تقتضيها مصلحة المجتمع كالتطعيم الإجباري والعلاج الإلزامي للأمراض الوبائية<sup>(5)</sup>.

على أن هذا الرضا لا يعني في شيء عن مشروعية العمل، ويستفاد من

والآثار المرتقبة لكل إجراء مقترح.

Alternative medicine, the National Center for Complementary and Alternative Medicine NCCAM, available at: <http://nccam.nih.gov>.

(1) عبد الرازي محمد هاشم عبد الله، المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1994، ص 35.

(2) Cass - civ, 1er, 21 novembre, 1961, D. 1961, p. 534.

(3) م 34 من قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي، عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 128، مجدي حسن خليل، رضا المريض في العقد الطبي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الثالثة والأربعون، 2000، ص 402.

(4) قرب هذا المعنى: محمد سامي الشوّاء، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2003، ص 48.

(5) وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين، مجلة القانون والاقتصاد، س 12، ص 381.

ذلك ألا يكون العمل الطبي مخالفا للنظام العام والآداب العامة, ويكون كذلك إذا كانت الغاية منه علاج المريض, أما إذا انصب الرضا على عمل غير مشروع كأن يوافق المريض على وضع حد لحياته, فإنه لا ينفي الصفة غير المشروعة لهذا العمل.

### ثانياً: الأساس القانوني للالتزام بتبصير المريض.

لما كان تحديد الاعتبارات التي تمثل حقيقة سبب الوجود بالنسبة لمبدأ قانوني من المسائل التي تتباين بصدد الآراء بتفاوت العقول واختلاف زوايا النظر, فقد تعددت المحاولات الفقهية في تأصيل وتبرير التزام الطبيب بتبصير المريض, فبينما ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى اعتبار العقد الطبي أساساً لمسئولة الطبيب عن أي إخلال بالالتزامات المتولدة عنه, ومسائلته على أساس المسؤولية التقصيرية في غياب العقد<sup>(1)</sup>, ذهب رأي الآخر إلى أنه يجد مصدره في مبدأ حسن النية في التعاقد وتنفيذ العقود<sup>(2)</sup> الذي من شأنه أن يوجد أساساً قانونياً للمسؤولية التي تنشأ عن الإخلال بالواجبات الأخلاقية مثل الصدق والأمانة والثقة العقدية<sup>(3)</sup>.

و نحى فريق آخر إلى القول بأن هذا الالتزام يجد مصدره في نظرية عيوب الإرادة<sup>(4)</sup>, التي باتت عاجزة عن تحقيق حماية فعالة وكاملة للمتعاقد في ظل تطور المعرفة الفنية المتخصصة, لذلك يأتي الالتزام بالتبصير كضمانة حديثة ليكمل نقائص هذه النظرية.

## كلية الحقوق

(1) سهى الصباحين, منير هليل, فيصل شطناوي, الالتزام بالتبصير في الجراحة التجميلية, دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري والفرنسي, مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الانسانية), العدد السابع, المجلد 26, سنة 2012, ص 1641.

(2) J.Allise, L'obligation de renseignements dans Les contrats: Thèse de doctorat, paris II, 1975, p. 35.

(3) A. Magnin, Réflexions critiques sur une extension possible de la notion du dol dans la formation des actes Juridiques. J.C.P.1976, 1, 2780, no. 41.

(4) V.Boyer, L'obligation de renseignements dans la formation de contrat, presses universitaires d'Aix – Marseille, 1978, p. 28.

بينما اعتبر جانب آخر من الفقه أن هذا الالتزام باعتباره التزاماً قبل تعاقدي- بحسب تكييفهم له-(1) أقره المشرع كوسيلة فعالة لإعادة التوازن لصور الاخلال العقدي الناشئة عن عقود الإذعان، يجد أساسه في مبدأ تحقيق المساواة العقدية بين المهنيين كالأطباء والأفراد العاديين كالمريض، وهو ما جعل القضاء يفرض التزاماً عاماً بالتبصير على عاتق المتعاقد المحترف(2).

ويميل الفقه المعاصر إلى تأسيسه على مبدأ معصومية وحرمة جسد الانسان، فالالتزام الطبيب نابع من حق المريض في المعرفة والاختيار الحر، فلا يجوز للطبيب المساس بتكامله الجسدي إلا بعد الحصول على رضاه، فهو وحده الذي يملك حق المفاضلة بين المزايا والعيوب التي ستعود عليه من قبول العلاج أو رفضه(3).

## الفرع الثاني

### نطاق الالتزام بالتبصير وإثباته

اختلف الفقه والقضاء حول مدى التزام الطبيب بتبصير المريض بين منكر ومؤكد لهذا الالتزام ثم اختلفوا فيما بعد حول نطاق هذا الالتزام بين الإطلاق والتقييد خاصة فيما يتعلق بطبيعة المخاطرالمفصح عنها، ويمكن حصر هذه الاختلافات في ثلاث توجهات متباينة.

الاتجاه الاول: أنكر أصحابه على الطبيب الالتزام بتبصير المريض مستندين في اعتراضهم الى عدة اعتبارات أولها صعوبة تطبيقه من الناحية العملية فالمعرفة والخبرة التي تتوفر لدى الطبيب بحكم تخصصه وعمله يصعب نقل معطياتها الى

(1) Michel de Juglart: L'obligation de renseignements dans les contrats. R. T. D.Civ. 1942, p. 2.

(2) احمد شوقي عمر أبو خطوه: القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزراعة الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، سنة 1976، ص110، وراجع كذلك

Cass- Civ.19 mai 1951.D. 1952.p. 53. note R. Savatier.

(3) بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ط1، 2002، ص84.

المريض في الكثير من الحالات<sup>(1)</sup>، كما أن الطبيب يتعذر عليه التنبؤ بنتائج تطور الحالة المرضية أو مخاطر العمل الطبي أو معينة لأسباب عديدة منها صعوبة التعرف على التاريخ المرضي للحالة التي يتعامل معها للمرة الأولى<sup>(2)</sup>.

بالإضافة إلى ان مبدأ الرضا المتبصر قد لا يتفق مع مصلحة المريض في بعض الحالات<sup>(3)</sup>، ذلك أن تبصير المريض بكامل الحقيقة يعتبر عملاً غير إنساني بالنظر إلى الأضرار النفسية والمعنوية التي تحيق بالمريض<sup>(4)</sup> فالتعرف على حقيقة حالته الصحية قد يعرضه لصدمات نفسية أو اضطرابات أخرى قد تؤخر العلاج، بينما يجب على الطبيب ان يدخل الثقة في نفس المريض وان يحافظ على حالته المعنوية ليساعده على مواجهة ومقاومة المرض<sup>(5)</sup>، ومن ثم نادوا بضرورة وضع المريض تحت وصاية الطبيب الذي يمكنه بما يمتلكه من خبرة ودراية فنية متخصصة أن يقرر بدلاً عنه، على اعتبار أنه أقدر من المريض على اختيار الأحسن له وتقدير مسألة التدخل الطبي حق قدره بشكل سليم<sup>(6)</sup> ودقيق، ومن ثم يظل اشتراط تبصير المريض أمراً لا طائل من ورائه<sup>(7)</sup>.

وزيادة على هذه الحجج الواقعية، دعم أنصار هذا التوجه موقفهم بحجة

- (1) بابكر الشيخ المرجع نفسه، ص82؛ احمد شوقي عمر أبو خطوه، المرجع نفسه، ص110 وما بعدها.
- (2) اشرف جابر: التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق / جامعة حلوان، 1999، ص39.
- (3) ابراهيم الصياد: حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة (الكويت)، س (5)، ع2، يونيو 1981، ص31.
- (4) إن سلامة الإنسان من الحقوق العامة المتصلة بالقيم المادية والمعنوية للصيقة بشخصه، فجدد الإنسان ليس شيئاً خارجياً عن الشخصية بحيث يمكن امتلاكه أو التصرف فيه، وعليه فإذا كان الأصل في الاتفاقات المتعلقة بالجهد البشري هو المشروعية ما لم تتضمن مخالفة للقواعد العامة فإن الأصل في الأفعال التي تتضمن مساساً بهذه الحقوق هو الحظر ما لم يصدر بإباحتها ترخيص قانوني، لتعلقها بالمبادئ والقيم العليا السائدة في المجتمع. أنظر ذ مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، ص5.
- (5) حسام الدين الاهواني: المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الاعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، 1975، ص58، ص88.
- (6) أسامة عبد الله فايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دار النهضة العربية، ط1، سنة 1990، ص112.
- (7) احمد شوقي عمر أبو خطوة: المرجع السابق، ص111.

قانونية مفادها أن القبول الصادر من المريض ابتداءً، والذي انعقد به العقد يغني عن الحاجة لتبصيره بمخاطر العلاج، مما دفعهم للمناداة بإقرار حق الطبيب في فرض القرار الطبي وفقاً لما ينبغي أن يتوافر فيه من ثقة وعلم بأصول وقواعد الفن الطبي، ذلك أن العلاج ليس مجرد مفاوضة بين الطبيب والمريض لعدم وجود أدنى تكافؤ بين الطرفين<sup>(1)</sup>.

الاتجاه الثاني: على النقيض من الرأي السابق ذهب البعض إلى توسيع نطاق التزام الطبيب بالتبصير، بحيث يلتزم بمقتضاه بمكاشفة المريض عن حالته الصحية بكل دقة وأن يوضح له أساليب الفحص والعلاج، ويحيطه بكافة المخاطر المحتمل تحققها ولو كانت بعيدة الاحتمال، حتى يتمكن المريض من اتخاذ قراره في ضوء كافة الظروف المصاحبة، معتبراً أي كذب أو إخفاء للحقيقة من قبيل الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية<sup>(2)</sup> و قد لقي هذا اتجاه لقي تأييداً من بعض فقهاء القانون الفرنسيين<sup>(3)</sup>، وبعض من المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(4)</sup>، وهو ما أخذ به القضاء الفرنسي<sup>(5)</sup>، حيث قضى بأن الطبيب الذي يجري عمليات طبية دون تبصير المريض بجميع الأخطار المحتملة وبغير رضا منه، يعد مسئولاً عن كافة النتائج الضارة المنبثقة عن عمله ولو لم يثبت في حقه أي خطأ<sup>6</sup>.

وبهدف توسيع نطاق التزام الطبيب بالتبصير بالمخاطر العلاجية ليشمل كافة المخاطر الجسيمة بغض النظر عن درجة توقعها، فقد تبنت محكمة النقض الفرنسية معياراً نوعياً قوامه درجة جسامه الخطر - عدلت من خلاله عن منطق

## كلية الحقوق جامعة القاهرة

(1) أنظر د/ مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، ص 14.

(2) (J.Ghestin, le droit saisi par la biologie, L.G.D.J, Paris, 1996,p.314.Savatier, Auby, Pequignot, Traite de droit medical, Paris Librairies Techniques, 1956. n251.

(3) Savatier, Auby et pequignot, ibid, p. 269.

(4) P.D.G. Skegg: Law Ethics and medicine, oxford, clarendon press, 1990, p. 252.

(5) Trib. Paris, 11 mars1966,J.C.P.1966,P.14716.

(6) Cass - civ, 1er, 27 octobre 1953, D. 1953,p. 653. Cass- Civ 19 mai 1951.D.1952.53, note R. Savatier. cass.civ. 23 mai 1973, J.C.P. 1975, n 17955.



اقتصار التبصير على المخاطر المتوقعة- حيث لا يعفى الطبيب من التزامه بالإفشاء بمجرد كون الضرر المحتمل حصوله استثنائيا نادر الوقوع، طالما أن نسبة تحققه واردة، ومادام يشكل درجة جسيمة من الخطورة على صحة المريض أو حياته، حيث قررت في هذا الصدد بموجب حكمها الصادر بتاريخ 14 أكتوبر 1997 بأن: "يلتزم الطبيب بأن يقدم لمريضه معلومات أمينة، واضحة وملائمة، حول مخاطر الفحوص أو العلاج المقترحة، ويقع على عاتقه عبء إثبات وفائه بالتزامه، ويمكنه ذلك بجميع وسائل الإثبات، ومع ذلك فإنه إذا ظهر لمحكمة الاستئناف من وقائع الدعوى والملفات المرفقة أن المريض قد التقى مرات عديدة بطيبه، وأنه اتخذ قراره بقبول الخضوع لذلك الإجراء بعد تفكير متأن، واستخلصت بسلطتها التقديرية من مجمل هذه القرائن وفقا لنص المادة 1353 من التقنين المدني، أن الطبيب قد أفضى للمريض بالخطر الجسيم المرتبط بتلك العملية، فإنه لا معقب على حكمها" (1).

كما أكدت ذلك في حكم لاحق لها في 7 أكتوبر 1998، فصلا في دعوى تقدمت بها مريضة فقدت إحدى عينيها على اثر خضوعها لعملية جراحية على مستوى العمود الفقري، قررت إلغاء حكم محكمة الاستئناف التي قضت في وقت سابق برفض دعاها بالتعويض، مؤسسة قضاءها على أن الخطر الذي كان يتهدد المريضة قبل تحققه فعلا، استثنائي على نحو لا يلزم معه الطبيب بإعلام المريضة باحتمال تحققه.

فقد قررت محكمة النقض بأنه: "يلتزم الطبيب بتقديم معلومات أمينة، واضحة وملائمة لمريضه، حول المخاطر الجسيمة التي تتصل بالفحوصات أو العلاج المقترح والمحمّل تحققها، فيما عدا حالات الاستعجال أو الاستحالة أو عدم قبول المريض للإعلام، ولا يعفى في غير هذه الحالات من التزامه هذا بمجرد كون هذه الأخطار استثنائية" (2).

فلا يجوز وفقا لهذا الرأي أن يخفي الطبيب على مريضه المخاطر المحدقة

(1) P.Sargos, rapport sous Cass -civ1er، 14 octobre 1997, J.C.P. 1997, II-22942.

(2) P. Sargos، note sous Cass - civ, 1er، 7 octobre 1998, J.C. P. 1998.2، 10179.

به، فهو ملتزم بالكشف الملائم والمفيد لمقتضيات العلاج وجوانب خطورته، ذلك أن الالتزام بالمكاشفة والتبصير يشكل جزءاً من الالتزام العام الملقى على عاتق الطبيب، بذل العناية المطابقة للمعطيات العلمية، كما هو جزء من الالتزام العام بالإعلام الملقى على عاتق جميع المهنيين على حد سواء، والذي من شأنه تحقيق قدر من المساواة في المراكز القانونية أو المساواة في العلم والدراية بين المتعاقدين ولو بصورة تقريبية<sup>(1)</sup>.

وإذا كان التزام الطبيب بالإفصاح وفقاً لهذا التوجه قد امتد ليشمل كافة الأخطار الجسيمة التي يحتمل وقوعها بغض النظر عن شيوعها، فإنه لم يتوقف عند هذا الحد، بل ألزمه بالإدلاء بكافة المعلومات حول التساؤلات التي يطرحها المريض، ليس فقط في نطاق ما اقترحه من إجراءات، حتى يتسنى لهذا الأخير أن يكون على بينة من أمره فيصدر رضى أو رفضاً مستنيراً<sup>(2)</sup>.

وفي غير الأحوال الاستثنائية التي يسقط واجب التبصير بصدها، يعتبر الطبيب مسئولاً عند عدم أدائه لالتزامه بالإفصاح، ويتحمل تبعه المخاطر الناشئة عن عمله الطبي حتى وإن لم تشب ذلك النشاط من الخطأ شائبة من الناحية الفنية، ذلك أنه بات يشكل نشاطاً غير مشروع، تتوافر فيه عناصر الخطأ بذاته، فالقانون وإن كان يرخص للطبيب علاج المريض من عله، فإنه يبقيه معلقاً على رضا المريض إلى حد كبير<sup>(3)</sup>، وإن كان هذا الأخير لا يبرر وحده المساس بحرمة جسم الإنسان أو حياته، باعتبار حقوقه هاهنا غير قابلة للتنازل لاعتبارات تتعلق بالنظام العام، إذ أن حقوق الفرد على جسده ليست مطلقة وإنما مقيدة بحقوق المجتمع الذي يحيا فيه، ومع ذلك يبقى شرطاً ضرورياً لإكساب النشاط الطبي صفة المشروعية<sup>(4)</sup>.

(1) لمزيد من التفصيل راجع سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2000، ص 89 وما يليها.

(2) Cass - civ, 1er, 27 Mai 1998, J.C.P. 1998, IV,2626.

(3) (J)Guérin, guide pratique de la responsabilité médicale, ERISSEY, Paris, 1975, p. 16.

(4) تعتبر الأعمال الطبية من المباحات رغم مساسها بعناصر السلامة الجسدية للإنسان، مما يعني انتفاء مسئولية الطبيب عن العمل الطبي والجراحي، واعتباره من الأفعال المشروعة، وتستند هذه

وقد تبنت العديد من المحاكم في الولايات الأمريكية مبدأ التبصير الكامل للمريض على الوجه السابق، مؤكدة أن العبرة في تحديد طبيعة ونطاق المعلومات التي يلتزم الطبيب بالكشف عنها تخضع لمعيار موضوعي وتحدد بما يحتاجه المريض الذي يتمتع بقدر متوسط من الحيطة والحذر في ذات الظروف<sup>(1)</sup>.

ويشدد أنصار هذا الاتجاه على أن الرضا المقصود لا بد أن يستند إلى أساس من العلم المشترك فهو لا يتحدد بحدود صيغة أو إجراء شكلي لازم لإضفاء نوع من الحصانة للطبيب، وإنما باعتباره منهجا يستند إلى الحوار وتبادل المعلومات، حيث يقدم المريض لطيبه ما استوضحه من معلومات وافية حول تاريخه المرضي، في مقابل كشف الطبيب لحقيقة التدخل الطبي المقترح مشفوعا ببيان أهميته وكل ما يتعلق به، وهو ما من شأنه تعزيز أو أصر الثقة بين الطبيب ومريضه.

الاتجاه الثالث: محدد لنطاق الالتزام بالتبصير، ينادي بوجوب التزام الطبيب بتبصير المريض في حدود معينة، وهو اتجاه الغالب من الفقه والقضاء الفرنسي<sup>(2)</sup>، ويقف أصحاب هذا الرأي موقفاً وسطاً بين الاتجاهين السابقين، حيث يؤكدون على مبدأ التزام الطبيب بتبصير المريض عن حالته الصحية والأساليب التي يقترح تطبيقها وإيجابياتها ومآخذها، غير أن هذا الالتزام بحسبهم ليس مطلقاً

الإباحة وفقاً للرأي الراجح إلى استعمال الحق ولا يجوز اعتبار رضا المريض بالعلاج أساساً لها، إذ هو مجرد شرط لمزاولة ومباشرة العلاج، فالرضا - كاصل عام - لا تأثير له في توافر أسباب الإباحة، ذلك أن هذه الإباحة إنما تستند إلى إذن المشرع وترخيص القانون للأطباء بممارسة جميع الأفعال التي يجيزها هذا الإذن كأحد تطبيقات إباحة المساس بجسم الإنسان. أنظر علي فيلالي، رضا المريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الثالث، الجزء السادس والثلاثون، ص 17. ومصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، بند 3، ص 6. وأنظر في المعنى ذاته: محمود كامل البوز، قصور القانون الطبي مجلة الحقوق والشريعة، عدد رقم 02 لسنة 1981، ص 200. وأنظر كذلك جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، سنة 1996، ص 79.

(1) P.D.G. Skegg, op.cit.p.257.

(2) Cour de Paris: 7 mars 1952, J.C.P. 1952 - 2 - 7210, note J. carbonnier. savatier, Auby et Pequignot, op. cit. n 270. cass- civ 28 dec.1954. D. 1955, 249, note R. Savatier.

إذ يتمتع الطبيب بصدده بسلطة تقديرية تخوله تحديد واختيار المعلومات التي يرى إبلاغ المريض بها، ويحكمه في ذلك معيار الحرص والعناية التي يجب ان يلتزم به في كافة ما يباشره من اجراءات في مواجهة المريض<sup>(1)</sup>.

و رغم تأكدهم على عدم جواز إخفاء الطبيب للمخاطر المتوقعة عن مريضه، كون هذا الأخير هو الأقدر على الاختيار بين الحلول المختلفة فيما يخص حياته وسلامته، فقد أباح أنصار هذا الرأي للطبيب ما يسمى بالكذب التفاؤلي الذي يتمثل في إخفاء بعض المعلومات أو الكشف عنها في عبارات عامة، بهدف تحسين الحالة النفسية<sup>(2)</sup> والصحية للمريض ويحفزه على مواصلة العلاج والتمسك بالحياة، تحت مسمى المصلحة العلاجية (Therapeutic privilege) التي تحتم على الطبيب التأكد من أن هذا الإفصاح ليس من شأنه التأثير سلبا على حالة المريض بمحتواها المادي والنفسي، في مقابل الرفض المطلق للكذب التشاؤمي الذي يخفي على المريض النتائج الجيدة<sup>(3)</sup>.

ولم يختلف مسلك القضاء الأمريكي كثيرا عما هو قائم في فرنسا، إذ تأخذ غالبية محاكم الولايات المتحدة الأمريكية بمعيار الكشف الوافي الملائم (adequate disclosure and Appropriate) في تبصير المريض<sup>4</sup>، رغم أن حدود هذا الكشف تختلف تبعا لما تقرره التشريعات السارية في الولايات وتطبيقاتها المختلفة، غير أنها لا تخرج عن فرضين.

#### الفرض الأول: يتعلق بالمخاطر البسيطة والمعروفة.

فقد أخرجت من دائرة الالتزام بالتبصير الأخطار البسيطة والشائعة وحتى المعروفة، مضيقا بذلك نطاق الالتزام بالتبصير، ويتحدد الخطر البسيط (Non-serious risks) بهذا المفهوم بالنظر إلى أثره المحدود على صحة وسلامة

(1) إيهاب يسر، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1994، ص 44 وما بعدها.

(2) أنظر. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 112.

(3) خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، سنة 2003، ص 430.

(4) Ian Kennedy and Andrew Grubb, Medical Law: Text and Materials, London, Butterworth, 1989, p.243.

المريض, تبعا لحالته الصحية السابقة وظروفه الشخصية عامة, وكذلك على أثره على مسئولية الطبيب, حيث لا يلتزم الطبيب بالكشف عن هذه الأخطار ولا بالتحذير منها, وبالتالي لا يعتبر سكوته عنها تقصيرا في التزام قانوني.

أما المخاطر الشائعة (riskscommonly) فتحدد بمعيار موضوعي بالنظر لما هو معلوم عادة من أوساط الناس بمعيار الشخص متوسط الخبرة, كمثال ارتفاع درجة الحرارة لدى الأطفال بشكل كبير على إثر خضوعهم للتطعيم (Vaccination) مثلا, فلا تحتاج الأم للتنبية عن هذه المخاطر الشائعة<sup>(1)</sup>.

أما المخاطر المعروفة (known risks) فتحدد بالنظر للمريض ذاته بإعمال معيار شخصي في الأحوال التي يتكرر فيها خضوع المريض لذات الإجراء بحيث تصبح هذه المخاطر معروفة لديه بالنسبة لشكل معين من أشكال العلاج من واقع مراحل العلاج المتتالية, فإن مريض الحساسية المزمنة الذي يتناول دواء يحتوي على مركب (corticoïde)<sup>(2)</sup> بصفة شبه منتظمة ولفترات طويلة, لا يمكنه الادعاء بعدم تبصيره بالآثار الضارة له في كل مرة يصفه فيها له الطبيب.

الفرض الثاني: يتعلق بالمخاطر الجسيمة (Grave dangers).

تتفرع هذه المخاطر إلى نوعين متميزين, وتختلف أحكام مسئولية الطبيب بالتبصير عنها تبعا لذلك, تعرف أولاها بالمخاطر الجسيمة المتوقعة (Foreseeablerisk), بالنظر للاحاقها نتائج ملحوظة ومعقدة على صحة المريض قد تؤدي بحياته, إضافة الى كونها قابلة للتوقع طبقا لقواعد الفن العلاجي السائدة وقتئذ, ويلتزم الطبيب بصددها بإعلام المريض وتحذيره منها حتى وان كان المريض مدركا لها أو من المفترض أن يعرفها.

## جامعة القاهرة

(1) USDHHS Office for Human Research Protections (OHRP). OHRP, Informed Consent. Accessed at <http://www.hhs.gov/ohrp/informconsfaq.html> on June 15, 2009.

(2) Bertrand Wechsler et Olivier Chosidow, Patalogie science "Corticoïde et corticothérapie", édition John Libbey Eurotext, Paris, France, 1997, p 163.

وفي هذا الصدد قررت محكمة (Kansas) في حكمها الصادر سنة 1960<sup>(1)</sup> فصلا دعوى حول مسئولية الطبيب على أساس التزامه القانوني بالإفشاء بمثل هذه المخاطر، وتتعلق وقائع القضية في أن مريضة قد خضعت لعملية جراحية لاستئصال ورم سرطاني في الصدر (A cancerous tumor in the breast)، وكان الطبيب القائم على الجراحة قد أشار عليها في وقت لاحق على العملية بإجراء علاج بالأشعة للمناطق المحيطة بالجرح، إلا أنه لم يبصرها بالمخاطر المحتملة عادة لهذا الإجراء، والذي تسبب لها في تشوهات بالغة بالجلد.

وقد قررت محكمة (California) في حكمها الصادر سنة 1972<sup>(2)</sup> مسئولية الجراح عن هذه الأضرار، في دعوى (Cobbs) ضد (Grant)، وتتلخص وقائع الدعوى في أن أحد المرضى قد خضع لعملية جراحية على مستوى المعدة، تسبب في إصابته بنزيف داخلي أدى إلى استئصال طحاله، وقد حكمت المحكمة بإلزام الجراح بالتعويض على أساس تقصيره في أداء التزامه بالتبصير بالمخاطر المحتملة للجراحة، وأن المناقشات التي قام بها بهدف تبصير المريض بأهمية الجراحة بالنسبة له لا تعفيه من التزامه بتبصيره حول تلك المخاطر وقد ورد في مسوغات الحكم أن: "يتحتم على الطبيب الكشف عن المخاطر المحتملة التي من شأنها التأثير على قرار المريض بالقبول أو الرفض، لاسيما إذا كانت هذه الأخطار من الجسامة حيث تصل إلى حد الوفاة أو أن يكون من شأنها التأثير بصفة سلبية بالغة على صحة وسلامة المريض، أما الأخطار البسيطة المعتادة التي تدخل في إطار المعارف الطبية المعروفة والشائعة فلا يلتزم الطبيب بالإفصاح عنها".

أما النوع الثاني من المخاطر الجسيمة فهي المخاطر غير المتوقعة (risks

(1) Supreme court of Kansas, 1960, 186 Kansas 393,350 p.2d 1093. Redeployed from: James f. Drane, Clinical bioethics "Theory and practice in medical ethical decision making", published by Sheed & Ward, Kansas, United States of America, 1994, P111.

(2) the California Coordination Court, Cobbs v. Grant (1972) 8 Cal.3d 229, 245, Quoted by: Donna Miller Rostant & Rebecca F. Cady, Liability issues prenatal nursing, Lippincott, United States of America, 1999, p17.

(un expected)، وهي أخطار استثنائية النادرة الوقوع بالنظر إلى الوضع المؤلف، فهي تخرج عن مضمون النتائج الطبيعية أو المخاطر المتوقعة التي يمكن أن يفرضي إليها التدخل الطبي، وقد انقسم بصددها القضاء الأمريكي إلى اتجاهين متباينين:

**الاتجاه الأول:** ذهب إلى أن التزام الطبيب بتبصير المريض يمل عليه إعلامه بكافة المخاطر المتوقعة منها وغير المتوقعة، حتى يكون المريض في وضع يخوله اتخاذ قراره بارتياح وقناعة تامة، على أن يلتزم الطبيب في هذه الحال بالإفصاح عن مخاطر الامتناع عن قبول الإجراء المقترح، وفي هذه الحال لا تنعقد مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي يمكن أن تحصل للمريض في حال رفضه العلاج، وهو ما أكدته محكمة (California) (بمناسبة الفصل في دعوى Truman ضد Thomas) سنة 1980<sup>(1)</sup>، حيث قررت عدم مسؤولية الطبيب المعالج عن رفض مريضته تلقي العلاج المقترح عليها على أثر إعلامه لها بمخاطر هذا الإجراء، وجاء في مسوغات الحكم أن التزام الطبيب بالإعلام يتوقف عند تبصير المريض بالمراحل الجديدة التي يتطلبها العلاج والمخاطر المصاحبة لكل منها، حتى يصدر قراره بالقبول أو الرفض هو على دراية تامة بحالته، وليس للطبيب أن يفرض عليه أسلوباً معيناً في العلاج حتى وإن ترتب على رفض المريض للعلاج وفاته.

**أما الاتجاه الثاني:** فيرى أن التزام الطبيب بالإعلام يبقى مقيداً بمصلحة المريض ومدى تقبله للمعلومات المفصح عنها، فهو يختلف من حالة إلى أخرى، وأن ذلك التحديد لا يشمل فقط المخاطر الشائعة بل يمتد إلى المخاطر الاستثنائية فلا يلتزم الطبيب بالإفصاح عنها ما لم يطلب المريض ذلك، خاصة في الأحوال التي يؤدي فيها هذا الكشف للتأثير سلباً على معنويات المريض ويدفعه إلى رفض

(1) Trumanv Thomas, 165 Cal.RPTR.380,661 P.2d 902. 1980. Redeployed from:

Dieter Giessen, International medical malpractice law " a comparative law study of civil liability arising from medical care ", British Library cataloging in publication data· London, United States of America, 1988, p. 251.

العلاج, وهو توجه محكمة (Montana) (حيث أكدت في قرارها الصادر سنة 1977 في قضية (Collinsx) ضد (Itoh), أن الطبيب المعالج لا يلتزم بالكشف عن المخاطر الاستثنائية في حدود 1/2 % إلى 03% (1).

و قد انتهجت بعض المحاكم في المملكة المتحدة البريطانية (2) منهجا يحد من نطاق التبصير فلا تشترط ان يكون تبصير الطبيب لمريضه كاملاً بشأن حالته الصحية او حول وسيلة التشخيص أو اسلوب العلاج المقترح, ويكفي أن يحيطه علماً بحالته الصحية وطبيعة الوسيلة التي يقترحها دون التعرض للمخاطر والمضاعفات ايأ كان طبيعتها أو درجة توقعها.

و قد اختلف أنصارالاتجاه المحدد لنطاق التبصير حول عناصر القبول المستتير نظراً لعدم وجود تعريف جامع مانع له, واكتفوا بذكر بعض المحددات للعناصر الضرورية لتبصير المريض.

أول هذه المحددات: حاجة المريض (Le besoin du malade).

وتتحدد حدود الالتزام بالإعلام أو التبصير وفقاً لهذا المعيار, بحدود الحقائق المفيدة والملائمة (adequatedisclosure) بحسب حاجة المريض, وتبعاً لما يبديه من أسئلة واستفسارات للطبيب المعالج, مما يعني أن تشابه الظروف المرضية لا يعني بالضرورة وحدة المعلومات المفصح عنها, ولذا فلا محل للإدعاء بمسئولية الطبيب لحجبه بعض المعلومات ما لم يطلب المريض الكشف عنها, ونظراً للنقد الذي تلقاه هذا الرأي لكونه يوسع من نطاق إعفاء الأطباء عن أهم التزاماتهم اقترح البعض معياراً آخر أكثر موضوعية, هو المعيار المهني.

(1) Collins Versus Itoh, 160 Mont,461,503 p.2d, 1977,P. 63

(2) ومن اهم السوابق القضائية في صياغة مبدأ الرضا المستتير لدى المحاكم الانكليزية ما قرره من أن مسؤولية الطبيب عن عدم التبصير بالآثار الضارة يشترط لقيامها ان يكون العيب الذي يؤثر في سلامة الرضا اكثر جسامة من مجرد عدم الكشف عن بعض المخاطر, فيكفي ان يحيط المريض علماً بالاجراء المقترح بصيغة عامة, حتى يفهم المريض طبيعة هذا العمل دون ان يلتزم الطبيب بالتفاصيل المتعلقة بمضاعفات معينة, فيكون رضا المريض سليماً ما دام يتوجه باسئلة حول المخاطر المتوقعة, وانه يكفي لنفي الخطأ المنسوب للطبيب بالتقصير في التبصير, ان يثبت وجود رأي طبي ذو وزن يؤيد مسلك الطبيب, وان كان يمثل اقلية بين الاطباء في ذات التخصص.مشار اليه لدى مصطفى عبد الحميد, المرجع السابق, ص 30, هامش رقم 01.



### ثاني هذه المحددات: المعيار المهني (professionnelle).

مفاد هذا المعيار أن تبصير المريض يتم وفقا للقواعد المرعية في المجال الطبي, مما يجعلها تنطبق على جميع المرضى في الحالات المشابهة, لاتصافها بالعمومية والتجريد, فهي بالتالي لا تختلف تبعا لاختلاف الظروف, وعلى ذلك يكون الطبيب مخلا بالتزامه بالتبصير في كل مرة يمتنع فيها عن الإفشاء بهذه المعلومات, بصرف النظر عن أية غاية أخرى تبعث عليها دوافع كامنة في نفسه.

وقد اعتمد هذا الاتجاه معيار التفرقة بين نوعي المخاطر المتوقعة والغير متوقعة,<sup>(1)</sup> كآلية يتحدد من خلالها نطاق التزام الطبيب بالتبصير, ليقصر على النوع الأول فقط, على سند من القول بأن توسيع نطاق الإعلام ليشمل كافة الأضرار المحتملة مهما كانت يعد أمرا مجافيا للمنطق, كونه يتجاوز القدرة الإنسانية المحدودة بالنظر إلى الكم الهائل من المخاطر التي لا يكاد يخلو منها أي إجراء طبي بكافة مفترضاته, فيشغل الطبيب بالمسئولية عن أداء مهامه, مما ينعكس سلبا على كفاءته.

كما أن هذا التوجه تمليه اعتبارات إنسانية ونفسية يمتنع الأطباء بموجبها عن إحاطة المريض علما بالمخاطر الاستثنائية التي يستبعد تحققها, تفاديا لما تثيره في نفسه من رهبة تثنيه عن المضي قدما في تلقي العلاج أو تحبط من معنوياته وآماله في الشفاء على نحو يقلل من فرص استفادته من العلاج<sup>(2)</sup>, وهو ما أكده ميثاق أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم 95-1000 لسنة 1995<sup>(3)</sup> الذي كرسه تحت مسمى **La limitation d'information (thérapeutique)** حيث نص بالمادة 35 ف 02 منه على: "تحقيقا لمصلحة المريض ولأسباب مشروعة يقدرها الطبيب وفقا لما يمليه ضميره, يمكن أن يترك

(1) أنظر جابر محجوب علي, دور الإرادة في العمل الطبي "دراسة مقارنة", دار النهضة العربية, سنة 1996, ص 183.

(2) (J). Penneau, la responsabilité médicale, Ed Sirey, 1977, n 52, p 64.

(3) Décret [n° 95-1000 -du 6 septembre 1995 portant](#) le code de la déontologie médicale, figurant dans le Code de la Santé Publique sous les numéros R.4127-1 à R.4127-112 (mise à jour du 14 déc. 2006) disponible en ligne sur: <http://www.web.ordre.medecin.fr/deonto/decret/codedeont.pdf>.

المريض على جهله بتشخيص مرضه وعواقبه الخطيرة".

وتضيف المادة في فقرتها الثالثة: "أما عواقب المرض القاتل فإنه يجب توخي منتهى الحرص في الإفضاء بها، على أنه يجب إحاطة ذوي المريض علما بها، باستثناء الحالة التي يمنع فيها المريض ذلك مسبقا أو الحال التي يحدد فيها الغير الذين يجب الإفضاء إليهم".

وهو ما ذهب إليه المشرع المصري، حيث نص بالمادة 19 من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشري الصادرة بقرار وزير الصحة رقم 234 لسنة 1974 على أنه: "يجوز للطبيب لأسباب إنسانية عدم اطلاع المريض على عواقب المرض الخطير، وفي هذه الحالة عليه أن ينهي إلى أهل المريض خطورة المرض وعواقبه الخطيرة، إلا إذا أبدى المريض رغبته في عدم إطلاع أحد على حالته، أو عين أشخاصا لإطلاعهم عليها".

و كانت محكمة النقض في فرنسا قد اعتنقت في وقت سابق -قبل أن تهجره للاتجاه الموسع- هذا المبدأ واستقرت أحكامها على قصر نطاق التزام الطبيب بتحذير المريض وتبصيره بحدود المخاطر الشائعة<sup>(1)</sup>، دون المخاطر الاستثنائية التي لا يشكل عدم الإفضاء بها خطأ في جانبه، حيث لم يكن على الطبيب مثلا الإفضاء لمريضه حول الآثار الثانوية السلبية التي يحتمل أن تطرأ في أعقاب تطبيق إجراء أو تقنية طبية فعالة، مادامت هذه الأضرار في حدود المألوف، بمعنى أن حصولها يعد أمرا طبيعيا، وإن كان حدوثها نادرا، ذلك أنها تخرج عن نطاق الإحصاء حيث يصعب حصر كافة المخاطر التي تحيط بالعمل الطبي مما يجعلها ستتعصي على منطق المسؤولية.

وفي هذا السياق قررت المحكمة أن إصابة المريض بشلل نتيجة لتمزق أحد الأعصاب على مستوى الوجه على أثر تدخل جراحي كان قد خضع له بهدف علاج الصمم، يعد ضررا استثنائيا، نسبة تحققه ضئيلة جدا، مما يعفي الجراح من واجب

(1) Pierre Sargos, note sous Cass- civ 1er, 14 octo bre 1997, sem. Jur,1997-2, nm 22942.

الإفصاح الذي يتحمله في الأحوال المعتادة في مواجهة مريضه<sup>(1)</sup>.

وإعمالاً لذات المبدأ قضت كذلك بأن إصابة المريض بشلل اثر إصابة العمود الفقري، نتيجة للتدخل الجراحي الذي خضع له والذي استهدف تقويم عظام الفخذ، يعد خطراً مألوفاً وشائعاً بالنسبة للإجراءات المماثلة، مما يوجب على الجراح تحذير المريض من احتمالات تحقق هذا الضرر وتنبئيه إلى عواقبه، وبالتالي تستثار مسؤوليته عن التقصير في تنفيذ ذلك الالتزام<sup>(2)</sup>.

ولعل هذا الرأي الأخير هو الرأي الراجح، لكونه يؤلف بين الأصل العام من جهة وهو التزام الطبيب بتبصير المريض بالأخطار المحدقة به، حتى يكون قبوله أو رفضه للعلاج صادراً عن رضا متبصر ومستنير، جدير بأن يتحمل معه نتيجة اختياراته، وبين مراعاة الاعتبارات الإنسانية والسعي إلى مد يد العون للمريض للوقوف بحزم في وجه المرض عن طريق التمسك بالعلاج، بأسلوب سلس يقوم على تطويع ما يقدم من شروح بحسب المستوى الثقافي للمريض وحالته النفسية<sup>(3)</sup> والاجتماعية، مما يدفع إلى الارتياح والطمأنينة.

#### ثانياً: إثبات الالتزام بالتبصير.

إذا كانت بديهيات العدالة تقتضي حصول المضرور على تعويض عما أصابه من ضرر، فإن انعقاد مسؤولية الطبيب تقتضي من المريض بصفته مدعياً في دعوى التعويض أن يثبت عناصر هذه المسؤولية<sup>(4)</sup>، لاسيما الخطأ الذي لا يزال قوام المسؤولية الطبية - رغم ما عرفه من انحسار في بعض الحالات - بحيث يمكن القول بأن إثباته هو عماد إقامة هذه المسؤولية إذ لا سبيل من حيث المبدأ إلى تعويض المضرور عما أصابه من ضرر جراء عمل طبي إلا بإثباته خطأ القائم

(1) J.Penneau, note sous Cass- civ 1er, 6 mars 1979, D.1982, somm, p. 170.

(2) J.Penneau, note sous Cass- civ 1er, 19 avril 1988, D.1988, Somm, p.61.

(3) محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، سنة 2006، ص 86.

(4) راجع حول عبء الإثبات نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه

والقضاء، دار الجامعة الجديدة، سنة 2008، ص 71. راجع كذلك الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق

الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال

التربوية، الجزائر، سنة 1999، ص 09.

بالعمل أو المسئول عنه.

ولما كان الأمر كذلك فقد اختلف الفقهاء حول مسألة إثبات الإخلال بالالتزام بالتبصير، فمنهم من حمل هذا العبء على المريض وحده، ومنهم من ألقاه على عاتق الطبيب ولكل من الاتجاهين تيريراته المعتمدة.

فأما الإتجاه الأول: فقد أثقل كاهل المريض بعبء اثبات خطأ الطبيب الناجم التقصير في التبصير<sup>(1)</sup> على اعتبار ان هذا الالتزام ما هو إلا جزء من الالتزامات العامة التي يفرضها العقد الطبي والتي تندرج تحت الالتزام ببذل عناية كأصل عام ومن ثم يقع على المريض إثبات عدم تبصيره بإقامة الدليل على أن الطبيب قد أحل بالتزامه العقدي بالتبصير، وهو ما استقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية ردحا من الزمن<sup>(2)</sup>.

كما تبنته محكمة النقض المصرية في أحد قرارات المبادئ الصادرة عنها سنة 1969، أكدت بمقتضاه أن إنكار المريض على الطبيب بذل العناية الواجبة بالتبصير والإعلام يجعل عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي، إلا أنه إذا أثبت واقعة ترجح إهمال الطبيب فإنه يكون قد أقام بذلك قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزام، ينتقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب، الذي يتعين عليه لدرا مسؤوليته أن يثبت قيام حالة الضرورة التي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال<sup>(3)</sup>.

## كلية الحقوق

### جامعة القاهرة

(1) عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، 1986، ص 181. عدنان ابراهيم السرحان، مسئولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المجموعة المتخصصة في المسئولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسئولية الطبية، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، ط2، 2004، ص 197، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 63.

(2) Michele de Juglart, L'obligation de renseignements dans les contrats, R.T.D.CIV,1942,P.2.

(3) قرار محكمة النقض المصرية الصادر في 1969/6/26. مشار اليه في مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، ص 34.

وأما الاتجاه الثاني: فقد حمل عبء إثبات التبصير على الطبيب وحده<sup>(1)</sup> على سند من القول بأن إسناد الإثبات للمريض تكليف بإثبات واقعة سلبية تتمثل عدم تلقيه التبصير الكافي هو من الصعوبة بما كان، فلا شك في أن تكليف ضحية الخطأ الطبي بإقامة الدليل على ما يدعيه، إضافة لكونه حقا<sup>(2)</sup> فإنه يشكل عبء حقيقيا خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار جملة الظروف المحيطة بهذا الخطأ، بدء من اللا مساواة في الدراية الفنية المتخصصة بين الطبيب ومريضه الذي يكون في الغالب الأعم جاهلا بالاعتبارات الطبية، وانتهاء إلى الحالة التي يكون بها المريض لحظة وقوع الخطأ.

إضافة إلى كونه يشكل عقبة في وجه حصوله على جبر للضرر الذي ألم به، ذلك أن فشله في إثبات الخطأ يعدم معه كل أمل له في الحصول على التعويض مما يجعل معاناته مزدوجة، فإذا ما تعذر على هذا الأخير إثبات ذلك الخطأ فمؤدى ذلك حكما مقدما عليه برفض دعواه، يسقط معه حقه في المطالبة القضائية بهذا الحق من جديد ويضيع معه حقه الموضوعي في التعويض، ذلك أن الحق يتجرد من كل قيمة له طالما لم يقيم الدليل على الحادث المبدأ له، فالدليل هو قوام حياة الحق ومقعد النفع فيه<sup>(3)</sup>.

وإذا كان بعض الفقه قد رحب بما كرسه القضاء التقليدي من تكليف المريض بعبء إثبات الخطأ الطبي باعتباره مدعيا في مفهوم القواعد العامة، فإن الغالبية الساحقة منه أبدت عدم الرضا عن هذه التطبيقات في المجال الطبي، لما

(1) محسن عبد الحميد ابراهيم البيه، خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مطبوعات جامعة الكويت، سنة 1993، ص 179، حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد، بدون دار نشر، سنة 1987، ص 46.

(2) همام محمد محمود زهران، الوجيز في الإثبات (المواد المدنية والتجارية)، دار الجامعة الجديدة، سنة 2003، ص 55.

(3) أنظر في تفصيل ذلك كل من سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنينات سائر البلاد العربية الجزء الأول " الأدلة المطلقة "، عالم الكتاب، سنة 1981، ص 12. أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2005، ص 271، رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية " النظرية العامة في الإثبات "، الدار الجامعية، بيروت، سنة 1993، ص 12 وما بعدها.

يتمخض عنها من صعوبات تواجه مسيرة النهوض بهذا العبء للحصول على جبر للضرر، مما جعل جانباً من الفقه يصف تحميل المريض بهذا الثقل بالظلم<sup>(1)</sup>.

وتقف جملة من الاعتبارات الإنسانية حائلاً دون الإثبات، فإضافة إلى أن العلاقة بين الطبيب والمريض يسودها عدم المساواة في المراكز القانونية وفي الدراية الفنية المتخصصة، فإنها من جهة أخرى من أسمى العلاقات التي تقوم على اعتبارات شخصية (intuitu personel) وهو ما يحول دون الاستعداد المسبق للمريض بتحصيل الأدلة ضد الطبيب الذي سلمه نفسه.

كما أن ما يحيط بالتدخل الطبي من تكتم، التزاماً بالمحافظة على الأسرار المهنية<sup>(2)</sup> يعيق الإثبات إضافة إلى عدم إمكان الركون للخبرة بصفة مطلقة كمساعد على التحقق من قيام الخطأ وإثباته، نظراً لما قد يقع فيه الخبراء من انحياز بدافع التضامن بين زملاء المهنة وهو ما لم يخف الفقه تخوفه منه<sup>(3)</sup>.

فإذا كان عبء الإثبات في المجال الطبي يمثل في ذاته مشقة نتيجة للصعوبات المتأصلة في تطبيقات المسؤولية التقليدية في المجال الطبي، فإنه بالتأكيد يضاف إلى تلك المشقة عراقيل أخرى ناجمة عن خصوصية الالتزام بالتبصير التي تتجاوز ما هو فني ملموس إلى مجرد التصريح المرسل في الغالب الأعم، مما يجعل اشتراط إثباته -من قبل المريض- في أحوال عديدة تكليفاً بما لا يطاق.

وفضلاً عن هذه العقبات التي تجد مصدرها في الاعتبارات الإنسانية التي تحيط بالعمل الطبي، فإن العقبة الحقيقية في وجه المضرور، تتمثل في كون الواقعة<sup>(4)</sup> محل الإثبات متمثلة في الإخلال بالتزام تعاقدى أو غير تعاقدى، هي

(1) علي حسن نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، سنة 1992، ص 123.

عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 51 وما بعدها.

(2) بابكر الشيخ، المرجع السابق، ص 87.

(3) وديع فرج، مسؤولية الأطباء المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول السنة 12 يناير 1942، ص 401.

(4) السيد محمد السيد عمران، أحكام الالتزام وقواعد الإثبات في المواد التجارية والمدنية، غير مشار

لدار النشر، سنة 2000، ص 11.

واقعة سلبية بدون مظاهر خارجية يمكن أن تفصح عنها، وبذلك يتحدد مضمون الإثبات بمضمون ونطاق التزام الطبيب بالتبصير، ويختلف بين ما إذا كان مضمون هذا الالتزام بذل عناية أم تحقيق نتيجة<sup>1</sup>.

وإذا كان الأمر قد استقر في مجال الممارسة الحرة لمهنة الطب على اعتبار العلاقة التي تربط الطبيب بمرضاه في هذا الإطار علاقة عقدية، منذ قرار محكمة النقض الفرنسية (Mercier)<sup>2</sup>، فإنه من المستقر عليه كذلك أن الالتزامات التي تترتب في هذا الإطار من حيث الأصل هي مجرد التزام ببذل عناية، فقد قرر القضاء الذي كرس هذا التحول بالمسئولية الطبية من تقصيرية إلى عقدية، أن هذا العقد يلتزم بمقتضاه الطبيب ليس بشفاء المريض وإنما بتقديم العناية الواعية، اليقظة والمطابقة لأصول العلمية المستقرة، وبالتالي فإن مضمون الإثبات يتمثل في إقامة الدليل على عدم تقديم الطبيب للقدر المطلوب من العناية اللازمة، وذلك بإقامة الدليل على إهماله أو انحرافه عن أصول الفن الطبي المستقرة.

وهنا يبدو مكن صعوبة إثبات عدم قيام الطبيب ببذل قدر العناية المطلوبة منه بالتبصير، باعتبارها واقعة سلبية، وهو ما يمكن التغلب عليه من خلال إثبات غير مباشر للواقعة، أي من خلال إثبات واقعة إيجابية عكسية، مما قد يجعل القاضي يلجأ إلى الخبرة لاستجلاء الحقيقة بشأنها، أما في حال كان التزام الطبيب التزاماً محدداً بتحقيق نتيجة، فيكفي أن يثبت المريض وجود التزام على عاتق الطبيب، وعدم تحقق النتيجة المرجوة منه، ولا ريب أن الإثبات في هذه الحالة يكون أيسر من سابقه.

ولقد دفعت صعوبة إثبات هذه الواقعة الفقه للتساؤل حول إمكانية نقل عبء إثباتها إلى الطرف الآخر الذي تتوافر لديه عناصر الإثبات الإيجابية، وإدراكاً من

(1) إذ من المعلوم أن العنصر الأهم الذي يحكم تقسيم الالتزامات إلى التزام بنتيجة وآخر بوسيلة هو عبء الإثبات، ففي ما يتعلق بإثبات المسؤولية ببذل وسيلة فإن عبء الإثبات يقع على عاتق الدائن بأن يثبت أن هذا المدين لم يبذل القدر المطلوب من العناية، أما بصدد الالتزام بتحقيق نتيجة فيكفي أن يثبت الدائن أن النتيجة التي رمى إليها من انشاء الرابطة القانونية لم تتحقق، فإذا ادعى مدينه انه قام بتنفيذ التزامه كان عليه اثبات ما يدعيه. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، غير مشار لدار النشر، بغداد، العراق، دون سنة، ص 15.

(2) Cass-Civ, 4/01/1974, R.T.D.Civ.1974, p.822.

القضاء للصعوبات التي يواجهها المريض في النهوض بهذا العبء وتحمل تبعه إخفاقه في ذلك، فقد أقرت محكمة النقض تحولاً مهماً في مجال نقل عبء إثبات الوفاء بالالتزام بالإعلام، على نحو يترجم التوجه الجديد للمحكمة نحو منح الأولوية للمضروب والتخفيف عنه.

فبعد استقرار دام ما يزيد عن نصف القرن عدلت محكمة النقض الفرنسية عن قضاءها بإلزام المريض بإثبات خطأ الطبيب فيما يتعلق بالالتزام بالإعلام، ناقلة هذا العبء إلى عاتق الطبيب، بموجب حكم (Hédruel) الصادر في 02/25/1997<sup>1</sup>، الذي قرّرت بمقتضاه أن الطبيب يكلف بالالتزام خاص ومحدد بإعلام المريض، ويقع على عاتقه بالتالي عبء إثبات وفائه بهذا الالتزام.

وبينما رأى جانب من الفقه أن هذا الحكم يمثل ارتداداً إلى قضاء مهجور من محكمة النقض الفرنسية، ذهب بعض آخر إلى أن هذا التراجع يمثل تقدماً من الناحية القانونية، بترسيخه قاعدة ضمنية مفادها أن جوهر التزام الطبيب بتبصير مريضه هو التزام بتحقيق نتيجة<sup>2</sup> محددة بنقل المعلومات اللازمة للمريض بإتباع الوسيلة المناسبة التي تمكنه من استيعابها على النحو الذي يتحقق معه الغرض من نقل المعلومة وهو اتخاذ قراره الحر والمتبصر، وهو ما يتحتم على الطبيب أن يثبت وفاءه به.

وذلك بصرف النظر عن مسلك المريض بعد ذلك في اتباع مشورته، إذ يكفي

(1) وتتلخص وقائع الدعوى في أن السيد (Hédruel) قد لجأ إلى طبيب مختص في الأمراض الباطنية جراح معاناته من آلام في المعدة، وقد قرّر هذا الأخير ضرورة إخضاعه لتدخل جراحي، عانى على إثره المريض من آلام مبرحة نتيجة إصابته بثقب على مستوى الأمعاء جراح استخدام المنظار (fibroscopie)، وقد كشف تقرير الخبراء أن هذه النتيجة من النتائج المتوقعة الوقوع بنسبة تقارب 03%، مما جعل المريض يلجأ للقضاء مطالباً بالتعويض عما لحقه من أضرار تأسيساً على إخلال الطبيب بواجبه بالتبصير بالمخاطر المحتملة المحيطة بالعمل الطبي، وقد رفضت محكمة استئناف (Rennes) دعواه لعدم إثباته نقصان الطبيب في الوفاء بالالتزام بالإعلام، غير أن محكمة النقض ألغت هذا القرار، مقررّة مبدأ عاماً مفاده أن من يقع على عاتقه قانوناً أم اتفاقاً التزام محدد بالإعلام يتعين عليه إقامة الدليل على وفائه بهذا الالتزام.

Cass- Civ.15/02/1997.G.P.1.P.275.

(2) Luis Dubois, Note sous Cass-civ 1 ére, 25\02\1997, R.T.D.C. 21.dec.1997,p.288.



الطبيب أن يبذل نصيحته طبقاً لمعيار الشخص المعتاد في تنفيذ التزامه ليتجرد من المسؤولية، ومن هنا جزء هذا الفقه الالتزام بالتبصير إلى مرحلتين متباينتين من حيث طبيعة الالتزام، الأولى تتعلق بالعمل المادي المتمثل في بذل المعلومات والمشورة للمريض، يلتزم الطبيب بصدده بتحقيق نتيجة تتمثل في تأديته للتبصير على شكل نصيحة أو مشورة أو إيضاحات، أما المرحل الثانية فتتعلق بعمل المريض بهذه النصيحة أو المشورة أو الإرشاد وهو ما يخرج عن دائرة التزام الطبيب.

وبمقتضى هذا المبدأ تكون المحكمة قد أضفت نوعاً من الحماية للمريض المضروب بتخليصه من عبء إثبات الواقعة السلبية المتمثلة في عدم قيام الطبيب بإعلامه بالمخاطر المحيطة بالتدخل الطبي، الذي يقارب حدود الاستحالة بالنسبة إليه، إذ لا تتوافر لديه تقريباً أية وسيلة لذلك، ونقلت عبء الإثبات إلى عاتق الطبيب الذي يجب عليه درء لمسئوليته إثبات واقعة إيجابية مضمونها وفاءه بالتزامه بالإعلام على الوجه المحدد قانوناً، وتكون بذلك قد أعادت التوازن المفقود الذي كرسته المادة (1315) من القانون المدني الفرنسي - بفقرتها الأولى - التي تقابل المادة الأولى من قانون الإثبات المصري، من معاملة تفضيلية للمدعى عليه في مواجهة المدعي<sup>(1)</sup>.

غير أن المحكمة وإن شددت على المدعى عليه غير أنها لم تضعه في مركز قانوني أسوأ من مركز المدعي بالحق باعتباره الطرف الأقدر على ذلك، إضافة لكون النهوض بعبء الإثبات انطلاقاً من عناصر إيجابية، أيسر بكثير من محاولة إقامة الدليل على واقعة سلبية، وهو ما يخدم السياسة الوقائية للمسئولية الساعية لمضاعفة حرص المهنيين على واجباتهم، ذلك أن نقل عبء الإثبات إلى عاتق الطبيب يحمله تبعات هذا العبء، فعدم توصل القاضي إلى الاقتناع بوفاء الطبيب بالتزاماته، يؤدي لإقامة مسئوليته والحكم بالتعويض لصالح المريض المدعي.

(1) نص قانون رقم 25 لسنة 1968، المتعلق بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري، المعدل بالقانون 23 لسنة 1992، والقانون 18 لسنة 1999، والمنشور بالجريدة الرسمية، العدد 22 الصادر في 30 / 5 / 1968، بالمادة الأولى منه على أن: "على الدائن إثبات الالتزام وعلي المدين إثبات التخلص منه".

وإزاء سكوت المحكمة عن ذكر الأساس القانوني الذي استندت إليه في حكمها، فقد اعتبر بعض الفقه أنها استندت إلى الفقرة الثانية من المادة (1315) من القانون المدني الفرنسي، التي تقضي بأن على من يدعي الوفاء بالتزامه أن يثبت ذلك، أو يقدم الدليل على الواقعة التي أدت إلى انقضاء التزامه.

واستزادة في تبرير هذا المسلك رأى بعض الفقه أن خصوصية العمل الطبي الذي لا يعتبر مشروعاً إلا بالرضا المتبصر للمريض، يستلزم إقامة المباشر له الدليل على عناصر مشروعيته بما فيها إعلام المريض ومن ثم يكون طبيعياً أن يقع على عاتق الطبيب إثبات تحقق هذا الشرط، وإذا كان الأصل أن على الدائن بهذا الالتزام وهو المريض أن يثبت قيامه، فالواضح أن الالتزام بالإعلام في المجال الطبي الذي يفرضه القانون في حالات معينة ويقرره القضاء في حالات أخرى لم يعد في حاجة لمثل هذا الإثبات، وبالتالي ينتقل عبء الإثبات إلى المدين الذي لا يلتزم بإثبات قيام الالتزام وإنما بإثبات تنفيذه.

كما يجد هذا القضاء تبريراً له من الناحية العملية في اعتبارات العدالة التي تقتضي تعزيز المركز القانوني للطرف الضعيف في العلاقات العقدية، لاسيما إذا كان هذا الضعف ناجماً عن اختلال التوازن المعرفي.

و نتيجة لهذه الاعتبارات التي تكشف مدى صعوبة إثبات هذا الخطأ بل استحالاته في معظم الأحيان، تعدد المحاولات المستمرة للفقه والقضاء بغية تسهيل اقتضاء المضرورين من المرضى لتعويضات عادلة عما أصابهم من أضرار، وإمعاناً في تحقيق ذلك فقد وسعت محكمة النقض في العديد من أحكامها من نطاق الالتزام بنتيجة مؤكدة على أن العقد المبرم بين المريض والطبيب يلقي على عاتق الأخير التزاماً بضمان السلامة فيما يتعلق بالأدوات التي يستعملها من أجل تنفيذ العمل الطبي، إذ يكفي المريض الادعاء بوجود الضرر وعلى الطبيب نفي وجوده، أو نسبته إلى السبب الأجنبي أو القوة القاهرة التي منعت من تنفيذ التزامه بتحقيق النتيجة المطلوبة<sup>(1)</sup>.

(1) Cass-civ Ière، 9 \ 11 \ 1999، D. 2000، p. 117

## المطلب الثاني

### أثر احترام إرادة المريض على فوات الفرصة

يتمتع المريض بحق قبول أو رفض الخضوع للرعاية الطبية أو الاستمرار فيها بكل حرية، وكذلك هو الشأن بالنسبة لأي إجراء من شأن إخضاعه له قسراً المساس بحرمة جسده، غير أن تقصير الطبيب في التزامه بالتبصير يؤدي إلى عدم التأكيد بشأن موقف المريض إزاء التدخل الطبي، ومن ثم يصعب القول على وجه اليقين ماهو القرار الطبي الذي كان سيتخذه المريض لو أخذت بعين الاعتبار إرادته الحرة والمتبصرة<sup>(1)</sup> في ظل تواجده في وضعية تدلي تارة عن الشك، وتارة أخرى عن اليقين بشأن القرار الذي كان سيتخذه لو تم إعلامه بشكل كامل، وهو ما سنعالجه من خلال فرعين، الأول حول إشكالية تعويض تفويت فرصة رفض العلاج، والثاني يتعلق بتطبيقات فوات فرصة التبصير في مجال الإجهاض.

### الفرع الأول

#### إشكالية تعويض فوات فرصة رفض العلاج

تتضح مشكلات التوفيق بين إرادة المريض وتعويض فوات فرصة رفض التدخل الطبي في الحالات التي تتصادم فيها رغبة المريض في إيقاف العلاج الضروري لإنقاذ حياته أو حتى حين تجنح رغبته إلى وضع حد لحياته، وبين واجب الطبيب في احترامه هذه الرغبة من جهة وبين مسؤوليته عن العنت العلاجي أو عن تفويت فرصة الشفاء إذا ما سبب فعله ضرراً للمريض من جهة أخرى.

#### أولاً: دور التعبير المسبق في ترجيح فوات الفرصة.

أ. حالة الشك في قرار المريض: يتمحور التزام مقدم الرعاية الصحية بالتبصير حول تمكين المريض من الاختيار بين قبول أو رفض الإجراء - التشخيصي أو العلاجي- المقترح بكل حرية، بعد الإفضاء له بمخاطره وبدائله المتوفرة، وبالتالي فإن أي إخلال به يصاحبه تفاقم الحالة الصحية للمريض بشكل

(1) Stéphanie Porchy. Lien causal; préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient. D. n 40 du 12 nov. 1998, rub.chr,p.381.

حرمانا لهذا الأخير من فرصة رفض التدخل الطبي الضار.

إذ يتمتع المريض وفقا للسير العادي للأمر -في فرض علمه بمخاطر العلاج- بفرصة رفض التدخل الطبي مما يجنبه الضرر المحتمل وقوعه، غير أنه بالنظر لهذا الوضع الذي يطغى عليه عدم التأكيد لموقفه فإنه يصعب الجزم على وجه اليقين حول القرار الذي كان سيتخذه لو أخذت إرادته المتبصرة بعين الاعتبار.

وإذا كان من الثابت أن نقص التبصير في هذا الفرض ليس سببا مباشرا في وقوع الضرر، مما يصعب معه القول بوجود التعويض الكامل للمضروب لعدم ثبوت علاقة السببية، فقد استعانت محكمة النقض الفرنسية بمقتضى قرارها الصادر بتاريخ 07 فبراير 1990<sup>(1)</sup> بنظرية فوات الفرصة لتدارك السبب المشكوك فيه، مقرررة أن الطبيب الذي قصر في التزامه بتبصير المريض حول الآثار المحتملة للعلاج المقترح، يكون قد حرم المعني بالأمر فقط من فرصة تجنب الخطر النهائي بقرار أكثر حكمة، وهو ما يعد ضررا مغايرا للأضرار الجسدية.

وبغرض استخلاص علاقة السببية بين نقص الاعلام والضرر النهائي، افترض القاضي أن المريض لو تم إعلامه بصفة كاملة لرفض حتما الخضوع للعملية الجراحية وبالتالي تجنب الضرر الناجم عنها، ويتم تقدير موقف المريض عبر البحث عن الموقف المنطقي والعقلاني الذي سيتخذه المريض بالاستناد إلى المعيار المجرد " للرجل العادي"، وبالنظر لطبيعة التدخل ومدى خطورته، وهو ما يجب التفرقة بصدده بين حالتين.

الحالة الأولى: بالنسبة للإجراءات التي لا غنى عنها لشفاء الأمراض التي تؤدي بصفة حتمية إلى العجز أو الوفاة، حيث يفترض أن إحاطة المريض علما بواقع حالته الصحية ومآلها لن يثنيه عن قبول تبعات الاجراء الطبي، لأن هذه الوضعية لم تترك له الخيرة بين القبول أو الرفض بعد الموازنة بين مخاطر الاجراء ومخاطر تطور المرض، وبالتالي فلا مجال هنا للحديث عن فوات الفرصة الناتجة عن نقص الإعلام.

(1) Cass-Civ, 7\02\1990, cité in Nathalie Albert-L'obligation médicale et responsabilité R.F.D.A, n 2, 2003, p. 359.

وفي هذا الإطار قررت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 11 سبتمبر 1998<sup>(1)</sup> أنه إذا ترتب عن العملية الجراحية التي لم يتم تبصير المريض بمخاطرها منافع على حالته الصحية تفوق الآثار الناجمة عن تحقق أحد مخاطرها، فليس للمريض المطالبة بتعويض الضرر اللاحق به، وهو المنطق الذي انتهجته المحكمة كذلك في قرارها المؤرخ في 7 أكتوبر 1998<sup>(2)</sup> عندما قضت بانتفاء الضرر طالما أن المريض يعاني ألا ما أقل عقب خضوعه للعملية الجراحية مقارنة بما كان سيعانيه في فرض رفضه الخضوع لها.

الحالة الثانية: بالنسبة للتدخل الطبي الغير ضروري، فإن الخلل في التبصير يشكل السبب في كامل الضرر الذي أصاب المريض، إذ لو تم إعلامه هذا الأخير بمخاطر التدخل لما اختار تعريض نفسه لمخاطره مقابل الفائدة القليلة التي تتحقق من خلاله، وتنطبق هذه الحالة على جراحات التجميل التحسينية أو الكمالية، حيث يمتلك المريض خيارات أخرى لتحقيق مأربه كالجوء للطب التجميلي بدلا من اللجوء للجراحة، ويؤدي تقصير الجراح في التبصير بمخاطر التجميل في حال إصابة هذا الأخير بضرر مباشر وأكد من جراء خضوعه لها إلى تفويت فرصة الخيار بين قبول او رفض الخضوع لها، وبالتالي تجنب الضرر الواقع<sup>(3)</sup>.

وإذا كان موقف المريض يظل أمرا غير يقيننا بالنظر لما يتجاذبه من عوامل نفسية ومادية، إلا أنه يمكن للقاضي من خلال هذا التحليل استخلاص بعض القرائن لإثبات السببية بين نقص الإعلام والضرر النهائي، في محاولة لجبر الضرر النهائي.

ب- حالة العلم المسبق بقرار المريض، وذلك في الفروض التي يصرح فيها المريض مسبقا بالقرار الذي سيتخذه لو تم إعلامه بشكل كامل، كما هو الحال في

(1) Michel Penneau, Le défaut d'information en médecine: note sous CAA Angres, 11\09\1998, D.n 3, du 21\01\1999, rub Juris, p.50.

(2) Cass-Civ, 1ère, 07\10\1998, cité in Nathalie Albert op.cit, p.359.

(3) Jean Penneau, La responsabilité du médecin, 3 éme édition, Dalloz, Paris, 2004, p.36.

قضيتي (Quarez) و (Perruche) <sup>(1)</sup>، حيث عبرت المريضتان عن رغبتهما في إنهاء الحمل نهاية مبتسرة إذا ما ثبت احتمال تحقق خطر إعاقة المولود، بحيث اعتبر القضاء هذا التعبير المسبق بمثابة تأكيد على علم الطبيب بقرار المرض، وأن عدم تبصيره للمريض بهذا الشأن يعتبر تعدياً مقصوداً على إرادته الثابتة، وبالتالي يكون في تجاوز هذه الإرادة تفويت مؤكدة لفرصته في رفض التدخل الطبي وتجنب آثاره الضارة.

ونظراً لعدم ثبوت علاقة سببية مباشرة وواضحة بين نقص الإعلام والضرر اللاحق بالمريض جراء تحقق الخطر نتيجة للتدخل الطبي، استعانت محكمة النقض الفرنسية بنظرية فوات الفرصة لتدارك علاقة السببية المشكوك فيها، وتأسيس مسؤولية جزئية عنها، فبعدما أسس قرار (Teyssier) سنة 1942 لمسئولية كلية لمقدم الرعاية الطبية باعتبار أن نقص الإعلام هو السبب المباشر في كامل الضرر الذي أحاق بالمريض، تحول قضاء محكمة النقض الفرنسية بمقتضى قرار 07 فبراير 1990 <sup>(2)</sup> إلى القول بمسئولية جزئية عن الضرر النهائي.

### ثانياً: أثر الحق في رفض العلاج على فوات الفرصة.

أ- الحق في قبول أو رفض العلاج:

تباينت الآراء الفقهية حول الإقرار بحق المريض في رفض أو قبول العلاج <sup>(3)</sup>، ومرد ذلك إلى الاختلاف حول مدى معصومية جسد الإنسان، بين قائل

(1) Servane Capri, Regards sur la causalité (A propos de l'arrêt Quarrez du conseil d'état et de l'arrêt Perruche de la cour de cassation)L.P.A,n 114, 08\06\2001,p.12.

(2) Cass-Civ, 1<sup>ère</sup>7 fév 1990: « Le praticien qui manque à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles du choix de celui-ci d'accepter l'opération qui lui propose, prive seulement l'intéressé d'une chance d'échapper, par une discision peut être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé », cité par Nathalie Albert, obligation d'information médicale et responsabilité,R.F.D.A.n 2,2003,p.359.

(3) أنظر في تفصيل ذلك، مصطفى عبد الحميد العدوي، المرجع السابق، ص 82 وما بعدها. علي حسن نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، سنة 1992، ص 99.

بالمعصومية المطلقة للجسد وحرمة بحيث تكون الغلبة للإرادة الحرة للفرد على كل اعتبار آخر ولو على حساب حياته، فلا يسوغ للقائم بالرعاية بغية إنقاذ الحياة أن يتجاوز هذه الإرادة الحرة بأي حال من الأحوال، وقائل بنسبية هذا الحق على نحو يجيز إهدار إرادة المريض إذا ما تعارضت والغاية الأسمى المتمثلة في الحفاظ على حياته وسلامة تكامله الجسدي.

وقد كفلت القوانين المعاصرة حق المريض في قبول أو رفض الرعاية الطبية بمقتضى مبدأ حرية اختيار المرضى ذوي الأهلية، مما حذى بالقضاء إلى استحداث صورة أخرى للفرصة الضائعة في المجال الطبي، إلى جانب الصورة التقليدية لفوات فرصة الشفاء أو الحياة، تتمثل في فوات فرصة رفض العلاج لقصور في التبصير أو لعدم حصوله البتة.

إذ نص القانون الفرنسي رقم 303-2002 المؤرخ في 4 مارس 2002، المعدل لقانون الصحة العامة، بالفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول منه، الموسوم بإعلام مستخدمي النظام الصحي والتعبير عن إرادتهم) *information des usagers du système de santé et expression de leur volonté* (على أن المريض القادر (capable) والواعي (conscient) يتمتع بحق رفض الخضوع للعلاج أو الاستمرار فيه).

و بالتالي يعتبر تقييم مقدمي الرعاية الطبية لكون المريض مؤهلاً لإبداء رفض مستنير (refuséclairée) (من عدمه أحد المكونات الأساسية لأي موقف رفض لتعلقه بالأهلية والقدرة<sup>(1)</sup>) في آن واحد، ويقصد بالرفض المستنير ذلك المشتمل على مكونين رئيسيين هما استيعاب المريض للنقاش وإظهار الفهم الكامل

(1) يجب أن يتمتع المريض بالأهلية القانونية والقدرة على اتخاذ قرار مستنير ليتخذ قرار قبول أو رفض العلاج، وإذا كانت الأهلية مسألة تقييم قضائي، فإن مسألة القدرة على اتخاذ القرار في موقف ما تخضع لقرار مقدم الرعاية الطبية، إذ يقرر ما إذا كان المريض قادراً على استيعاب المعلومات المقدمة إليه وتحليلها ووصلها إلى اتخاذ القرار المناسب وهو يشكل مسألة شائكة في بعض الأحوال كأن يكون المريض ثلماً أو متأثراً بإصابة حادة أو صدمة تجعل مستوى الوعي لديه متدنياً، أو ذا تاريخ طبي معروف بفقدان القدرة العقلية، أو غير قادر على فهم لغة الطبيب. أنظر ويل تشابلو، المسعف الأول يصنع الفرق، الطبعة العربية الأولى، منظمة الصحة العالمية، المكتب الإقليمي للشرق الأوسط، سنة 2010، ص 48 وما بعدها.

له، وأن تكون استجابته حرة خالية من الإجبار، فلا بد من التأكد من كون المريض يعي أهمية العلاج، من خلال السلوك المقنع الذي يعمل على تغيير رأي المريض عادة، أما إذا لم يكن ممكناً فلا بد من إحاطته علماً بسائر المخاطر المحتملة نتيجة لذلك، وإعلامه بالبدائل المتاحة إن وجدت ومخاطرها المحتملة في حال إصراره على الرفض، وتوثيق سائر قرارات الرفض - الكلي أو الجزئي - بحذر تحت طائلة مواجهة دعاوى الإهمال والتخلي، أو تفويت فرصة الخيار بين عدم العلاج أو طلب إجراء بديل وبين قبول العلاج مع تقبل مخاطره<sup>(1)</sup>.

غير أن حدود هذا الحق ترتسم بالتزام الطبيب بالحفاظ على حياة وسلامة المرضى<sup>(2)</sup>، مما يجعل التوفيق بين المبدئين يشكل تحدياً لسيام فيما يتعلق برفض نقل الدم لأسباب عقائدية (refus de

soins d'un témoin de Jéhovah en raison de ses convictions religieuses) وفي هذا الصدد نصت المادة (4-1111 L) (من قانون الصحة العامة الفرنسي<sup>(3)</sup>) على أنه: "يجب على الطبيب أن يحترم إرادة

(1) جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 220.  
 (2) أملت آداب مهنة الطب وقوانينها التزاماً على الأطباء بتقديم الرعاية اللازمة طبقاً للمادة التاسعة من قانون آداب مهنة الطب الفرنسي لكل مريض أو مصاب في خطر يتواجد في حالة في حضوره، ويضمن تلقي العناية الضرورية لكل مريض تنأى إلى علمه حاجته لها، وبذلك يقع تحت طائلة العقوبات المقررة بالمادة (223-6) من قانون العقوبات الفرنسي التي تعاقب بالسجن 5 سنوات وغرامة 75000 € "كل من يمتنع عمداً عن تقديم المساعدة لشخص في خطر." أنظر المواد أدناه من القانون الفرنسي.

L'article 9 du code de déontologie médicale énonce: " tout médecin qui se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril ou, informé qu'un malade ou un blessé est en péril, doit lui apporter assistance ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires".

En outre, l'article 223-6 du code pénal sanctionne de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 euro d'amende quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours".

(3) L'article L.1111-4 du code de la santé publique dispose: " le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des



الشخص بعد إطلاعه على النتائج المترتبة على خياراته, فإذا كانت إرادة الشخص في رفض العلاج أو توقيفه يضع حياته في خطر, فيجب على الطبيب بذل كل جهد ممكن لإقناعه بقبول الرعاية اللازمة.

كما نصت المادة 36 من قانون آداب مهنة الطب الفرنسي<sup>(1)</sup> على: "لابد من تحري رضا الشخص الخاضع للفحص أو العلاج في كافة الأحوال التي يكون فيها قادرا على التعبير عن إرادته, ويلتزم الطبيب في حال رفض التشخيص أو العلاج باحترام هذا الرفض بعد تبصيره بنتائج موقفه".

وقد استقر قضاء محكمة النقض في فرنسا على فرض قيود على ممارسة الحق في رفض الرعاية, بالتمييز بين الرفض المبرر (refus non fautif) (للإجراءات التي تنطوي مخاطر جسيمة أو عناصر مؤلمة, وبين الرفض الذي يشكل خطأ (refus fautif de soins) لإجراءات حميدة وخالية من المخاطر, وفي هذا الصدد قررت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية<sup>(2)</sup> أنه لا يمكن لضحية عانت نزيفا داخليا جراء أصبتها في حادث, أن تتمسك بنظرية فوات فرصة الشفاء أو التعافي, على إثر رفضها نقل الدم لأسباب عقائدية (refusé en raison de convictions religieuses).

وقد استقر قضاء مجلس الدولة على ذات النهج معتمدا مبدأ التدرج الموضوعي بين الحياة والإرادة hiérarchie objective entre la vie et la

conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment".

- (1) L'article 36 du code de déontologie médicale qui stipule: " le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas. Lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences "
- (2) CE. Cassation criminelle, 30.10.19974•Dalloz 1975. p.178.

(volonté) (إذ ذهب في أحد قراراته إلى أنه كان بإمكان الطبيب تجاوز رفض المريض للعلاج، طالما شكل غياب العلاج تهديدا فوريا لحياة المريض mettre en danger immédiat la vie) (كما شدد في أحد قرارات المبادئ الصادرة عنه بتاريخ 29 يوليو 1994 والموسوم بقرار Garnier)<sup>(1)</sup> على مسؤولية الطبيب الذي وصف لمريضة مصابة بسرطان الثدي علاجاً بديلاً، يتمثل في علاج عشبي - على إثر رفضها الخضوع لاستئصال الثدي المصاب، وهو ما نعتة القرار بالوهمي (Remède illusoire) (معتبراً أن وصف مثل هذا العلاج السهل - مجارة لرغبتها - من شأنه أن يثني المريضة عن اختيار الإجراء القاسي، بينما كان على الطبيب أن يبصرها بمغبة رفض التدخل الجراحي بدلا من إيهامها بوجود بديل فعال مما حرّمها فرصة الشفاء أو الحياة.

وإن كان المجلس لم يؤسس قضائه صراحة على مبدأ عدم جواز المساس بالتكامل الجسدي للفرد إلا لضرورة طبية وبرضا المريض، فإنه يتضح جليا تحيزه إلى تشديد الالتزام بتقديم علاج فعال على حساب الالتزام باحترام إرادة المريض.

وتطبيقا لذلك قررت المحكمة الاستئناف الإدارية بباريس أن الالتزام الواقع على عاتق الطبيب باحترام ارادة المريض ينتهي عند الحد الذي يتعين فيه عليه تنفيذ التزامه بحماية صحة المريض وحياته وهو مغزى نشاطه في نهاية المطاف، فلا يشكل مسلك الطبيب الزامي لحماية حياة مريض في حالة من الخطورة تتهدد حياته وفي غياب بديل طبي (thérapeutique alternative) (خطأ يثير مسؤوليته في حال تجاهله للرفض الذي أعرب عنه المريض مسبقا<sup>(2)</sup>).

وبعد دخول قانون 4 مارس 2002 حيز النفاذ، قررت المحكمة الإدارية ببليل عن طريق أمر أنه لما كانت الإجراءات الطبية التي أخضع لها المريض ضد إرادته، لا تمثل إجراءات ضرورية نظرا لخطر حال يهدد حياته، فإن عدم احترام هذه الإرادة

(1) C.E. 29\07\1994, Garnier, R.D.sani.soc.janv.1995,58. Gaz. pal. 13.07.1995. p.367.

(2) C.AA.Paris.09\06\1998, Gaz.pal,17\06\1999,jurisp.p.391.

يشكل انتهاكا جسيما وغير مشروع لحياته الأساسية<sup>(1)</sup>.

كما قرر مجلس الدولة بأمر صادر بتاريخ 16 أغسطس 2002<sup>(2)</sup> أن الأطباء لا يحملون على هذه الحرية الأساسية - المتمثلة في رضا المريض وحرية الاختيار - مساسا خطيرا وغير قانوني عندما يتمون بغية الحفاظ على حياة وسلامة المريض، إجراءات ضرورية لتحقيق هذا الهدف، ولا بد أن يبذلوا قصار جهدهم مسبقا في إقناعه بقبولها.

ويتضح من خلال ما سبق مدى حرص المشرع الفرنسي على ضمان حق المعرفة للمريض (droit de savoir) (وعدم تجزئته، وذلك عن طريق تشديد التزام القائم بالرعاية الصحية بالتبصير، الذي لا ينتهي بإحاطة المريض علما بحالته وطبيعة الإجراءات المقترحة، وإنما يتعداه إلى التبصير في حال الرفض إلى بعواقب موقفه ومحاولة إقناعه بكل الوسائل الممكنة. كما يتضح حرص مجلس الدولة الفرنسي على الحفاظ على الاستقرار القضائي السابق بما يتسق وأحكام القانون المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي لسنة 2004.

و يثير رفض المريض للرعاية الطبية جملة من التساؤلات حول حقه في التعويض عن فوات الفرصة في حال إصرار مقدمها على إخضاعه لإجراءاتها، وإذا كانت المسألة قد حسمت من قبل القضاء الفرنسي بإعمال معيار "الخطورة الحيوية

(1) le tribunal administratif de Lille décidait par ordonnance que " il n'est pas allégué par le défendeur que le refus de respecter la volonté de la patiente serait rendu nécessaire du fait d'un danger immédiat pour la patiente. Par conséquent, l'absence de respect de la volonté de la patiente constitue une atteinte grave et manifestement illégales à ces libertés fondamentales".

(2) Le Conseil d'Etat a décidé par une ordonnance en date du 16 août 2002, que " les médecins ne portent pas à cette liberté fondamentale (libre choix et consentement du patient) une atteinte grave et manifestement illégale lorsqu'ils accomplissent, dans le but de tenter de le sauver, un acte indispensable à la survie du patient et proportionné à son état. Les médecins doivent, au préalable, avoir tout mis en œuvre pour convaincre le patient d'accepter les soins indispensables".

" في الفرض الذي يتهدد فيه خطر حال حياة المريض، حيث لا مجال للقول بتعويض الفرصة الضائعة بسبب تجاوز إرادة المريض، فإن الحالات العادية تملّي تساؤلاً يتعلق بالتعارض بين حق المضرور على جسده وحق المسئول في عدم دفع أكثر مما ينبغي عليه من تعويض لولا موقف المضرور<sup>(1)</sup>، فإذا ما أصيب شخص بفيروس نقص المناعة المكتسب أو غيره من الأمراض التي تنتقل خلال عملية نقل دم ملوث، فإن الثابت استحقاق المريض التعويض نتيجة للضرر النهائي الذي لحقه من الإجراء الضار بغض النظر عن موقفه منه، فهل من المقبول أن يثري إضافة إلى ذلك بالتعويض عن فوات فرصة عدم الخضوع لهذا الإجراء في فرض رفضه له.

ب - الحق في المساعدة على الموت (droit au laisser mourir)<sup>(2)</sup>.

فضلا عما تثيره مسألة الحق في الموت من إشكالات شرعية وأخلاقية<sup>(3)</sup>، فإنها تفرض تساؤلات قانونية تتعلق فضلا عن المسؤولية الجزائية التي تثيرها في حق القائم به<sup>(4)</sup>، حول المسؤولية المدنية لهذا الأخير إذ تدق المسألة في الأحوال

(1) علي نجيدة، المرجع السابق، ص 125.

(2) القتل الرحيم أو القتل اشفاقاً (L'euthanasie) هو وضع حد لحياة المريض الذي لا يرجى شفاؤه بفعل أو ترك لتخليصه من تشوهات خلقية أو آلام مبرحة، سواء بحق المريض بمادة قاتلة أو رفع أجهزة الإنعاش الاصطناعية أو الامتناع عن تركيبها بناء على إلحاحه الصريح أو الضمني أو إلحاح من ينوب عنه أو بدوئه سواء قام به طبيبه أو غيره بدافع الشفقة.

(3) أنظر في تفصيل ذلك أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مطبوعات المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، سنة 1983، ص 174.

(4) اختلفت التشريعات حول المسؤولية الجزائية للقتل الرحيم أو suicide assisté وإن كانت جل التشريعات العربية تجرم هذا النوع من القتل فإن بعضها يعتبره ظرفاً مخففاً للعقوبة وهو موقف المشرع الفلسطيني الذي نص بالمادة (381) من قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير لعام 1979 على أنه (كل من أقدم على قتل إنسان بعامل الإشفاق وبناءً على إلحاحه بالطلب عوقب بالأشغال الشاقة المؤقتة) بينما أغفلت تشريعات أخرى النص عليه كما هو شأن القانون المصري الجزائري، ويمكن تصنيف تشريعات الدول الأوروبية إلى ثلاث فئات وفقاً للانفتاح على ممارسات القتل الرحيم، دول تبيح هذه الممارسات تأتي على رأسها هولندا بموجب قانون 1 أبريل 2002، وتليها بلجيكا بمقتضى قانون سبتمبر 2002، ثم سويسرا، ثم لكسمبورغ بمقتضى قانون 18 ديسمبر 2008، ودول تجرمه ولكن تبيح إيقاف حياة المرضى المينوس من شفافهم بتوقيف العلاج أو ما يسمى بالحق في المساعدة على الموت (droit au laisser mourir) مثل الدنمارك بموجب قانون 1 أكتوبر 1992 وكل من فرنسا وإيطاليا وألمانيا وإسبانيا والبرتغال

التي يرفض فيها المريض العلاج بصفة نهائية على نحو يشكل تهديدا فوريا لحياته كرجته في التخلص من أجهزة الإنعاش الصناعي التي تبقيه حيا، إذ يتعين على الطبيب من جهة المحافظة على فرصة المريض في الحياة، غير أن اصراره على العلاج في سبيل ذلك يكبد المريض آلاما غير محتملة وغير مبررة طالما أنه لا جدوى من التدخل الطبي في مواجهتها وهو ما يعتبر من قبيل العناد العلاجي (1) (L'acharnement thérapeutique) الذي يستوجب بدوره المسائلة من جهة أخرى.

ونظم المشرع الفرنسي الحق في الموت بموجب قانونين هما قانون 2002 حول حقوق المرضى وقانون (Léonetti) (2) رقم (370-2005) المؤرخ في 22 أبريل 2005 والمتعلق بحقوق المرضى في نهاية الحياة، الذي شكل تغييرا راديكاليا

والنرويج وهنغاريا وسلوفاكيا وسويسرا والنرويج واسبانيا وفنلندا، وأباحت المكسيك القتل الرحيم السلبي منذ 7 يناير 2008، بينما سمحت ببلجيكا بالقتل الرحيم الايجابي بمقتضى قانون 28 مايو 2002، أما دول الجنوب الاكثر تمسكا بالتقاليد الكاثوليكية فقد جرمت القتل الرحيم بكافة صورته كما جرمته دول كيولونيا وايرلندا، أنظر في تفصيل ذلك

-Rapport de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur l'euthanasie de la commission des questions sociales, de la santé et de la famille <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=http%3A%2F%2Fassembly.coe.int%2Fdocuments%2Fworkingdocs%2Fdoc03%2Fdoc9898.htm>

(1) L'acharnement thérapeutique désigne, dans le domaine médical, l'emploi de **thérapies** exagérément lourdes pour le patient, disproportionnées par rapport à l'amélioration attendue. Le refus de cet acharnement pouvant conduire à la mort. Il pose le problème du conflit entre la liberté du patient et les convictions, voire les intérêts financiers, du corps médical: **Comité consultatif national d'éthique, Avis n°63 sur la Fin de vie, arrêt de vie, euthanasie** 27 janvier 2000. Valab le en lingue sure le site: <http://archive.wikiwix.com/cache/?url=http://www.ccne-ethique.fr/docs/fr>

(2) **Loi Léonetti n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des patients en fin de vie** والصادر في 22 أبريل 2005، والمنشور في الجريدة الرسمية الفرنسية بتاريخ 23 أبريل 2005.

في المبادئ المتعلقة بالحق في الموت بالسماح بالقتل الرحيم السلبي ( *autorisant l'euthanasie passive* ) أو ما يسمى بالقتل غير الفعال (1)، وهو ما اصطلح عليه بعض الفقه الفرنسي «بمرافقة المريض نحو نهاية سلمية للحياة ( *l'accompagner vers une fin de vie paisible* ) (راسما حدود هذه الممارسة عم طريق حظر فعل القتل الرحيم الإيجابي (2) *euthanasie active* ) (في مقابل تعزيز الرعاية الملطفة والمسكنة للألام ( *soins palliatifs* )، محققا بذلك نوعا من التوازن بين المحافظة على حياة المريض وبين تجنبه معاناة غير مبررة عن طريق حظر العناد غير العقلاني في فرض العلاج ( *obstination déraisonnable* ) (3).

- (1) بتيسير الموت المنفعل عن طريق وقف العلاج أو الإمتناع عن إعطائه الدواء الذي يؤمن الطبيب أنه لا رجاء فيه للمريض وفالقانون الأسباب والمسببات وإيقاف أجهزة الإنعاش، أو بإعطاء عقاقير مهدأة قد يكون من مضاعفاتها مع مرور الوقت إحباط عملية التنفس وتثبيط عمل القلب مما يفضي إلى الوفاة، بشرط إعلام المريض أو أسرته أو شخص محل ثقة.
- (2) طبقا لنص المادة 38 من مدونة أخلاقيات المهنة التي قررت بوضوح أنه لا يحق للطبيب التسبب في الموت عمدا تحت طائلة العقوبات المقررة للقتل العمد طبقا للمادة 6-221 من قانون العقوبات الفرنسي.

#### Art38 du code de déontologie indique

que le médecin « n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort ».

- (3) وتتلخص وقائع قضية (Vincent Lambert) التي تحولت إلى سجال قضائي واجتماعي في فرنسا أفضى إلى اعتراف المشرع بالحق في الموت في أن ممرضا بالغا من العمر تسع وعشرون سنة قد أصيب بصدمة شديدة (traumatisme crânien) جراء تعرضه لحادث دراجة نارية سنة 2008 دخل على إثرها بغيوبية نجم عنها حالة من الشلل الرباعي والاعتماد الكامل تستوجب تغذيته بشكل مصطنع معويا.

وعلى إثر نزاع عائلي -بين زوجته التي طالبت بوقف معاناته ووالديه الراضين - بشأن وضع حد لحياته عن طريق الموت الرحيم إثر قضائه ستة أعوام في حالة غيبوبة متواصلة في المستشفى الجامعي لمدينة (Reims) بفرنسا، قرر مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 24 يونيو 2014 إنهاء معاناة هذا المريض ووضع حد لحياته بالتوقف عن إنعاشه اصطناعيا رغم ما قررتة لجنة الخبراء من احتفاظه بحد أدنى من الإدراك والإحساس بالألم والعواطف. ويكون بذلك قد ناقض قرار قاضي الاستعجال بمحكمة (Chalons) الإدارية الصادر بموجب أمر بتاريخ 11 مايو 2013، والذي أيد طلب أبوي المريض واثنين من إخوته بمتابعة التغذية والتروية بعد واحد وثلاثين يوما من إيقافها، على أساس أن عدم إعلامهم بوقفها يشكل مساسا بحق ابنهم في الحياة الذي كفلته المادة الثانية من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

وقد تمخض عن ذلك إعادة صياغة قانون أخلاقيات مهنة الطب بما يتماشى وهذا الفكر الحديث، بحيث يلتزم الطبيب بالامتناع عن أي عنت أو عناد غير عقلاني في إجراءات التشخيص أو العلاج، ويمكنه التنازل عن إجراء أو متابعة العلاجات التي يراها غير المجدية، أو التي لا طائل منها سوى المحافظة على الحياة الاصطناعية<sup>(1)</sup>، وتتحدد فكرة العنت العلاجي بالتحديد القانوني لمعنى الوفاة، والذي تبني معيار الموت السريري أو الدماغية (([morte cérébrale](#)) وليس مجرد توقف عمل القلب.

كما كرس قانون الصحة العامة الفرنسي إمكانية تقصير معاناة المرضى الميئوس من شفائهم إذ نص بالمادة (L1110-5)<sup>(2)</sup> على: "يتيح مهنيو الصحة كافة الوسائل الممكنة لضمان حصول الكافة على حياة كريمة إلى غاية الموت، وإذا وجد الطبيب أنه يمكن أن يخفف من معاناة شخص في مرحلة متقدمة أو

وبذلك يكون مجلس الدولة الفرنسي قد حسم النزاع مقرراً أن إجراءات التغذية والتميمه ليس لها هدف سوى الحفاظ على حياة اصطناعية وبالتالي يعتبر الاستمرار فيها من قبيل العنت العلاجي الذي يخضع لأحكام قانون 2005 مما يستوجب إنهائه، غير أن هذا التوجه لم ينل تأييد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي طالبت في 25 يونيو 2014 بإبقاء فانسون لامبير على قيد الحياة رغم الغيبوبة "شبه النامة" التي يعاني منها، استجابة لطعن والدي المريض في قرار المجلس.

(1) L Article R4127-37 du code de sante publique-ex-art.37 du code de déontologie médicale

dispose que le médecin:« doit s'abstenir de toute obstination déraisonnable dans les investigations ou la thérapeutique et peut renoncer à entreprendre ou poursuivre des traitements qui apparaissent inutiles, disproportionnés ou qui n'ont d'autre objet ou effet que le maintien artificiel de la vie . »

(2) L'Article(L1110-5) du Code de santé publique prévoit par ailleurs la possibilité d'abrégé les souffrances: « Les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour assurer à chacun une vie digne jusqu'à la mort. Si le médecin constate qu'il ne peut soulager la souffrance d'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, qu'en lui appliquant un traitement qui peut avoir pour effet secondaire d'abrégé sa vie, il doit en informer le malade, sans préjudice des dispositions du quatrième alinéa de l'article L. 1111-2».

نهائية من مرض خطير وغير قابل للشفاء، عن طريق علاج قد ينجم عن تطبيقه أعراض جانبية قد تسبب تقصير حياته، فلا بد من إعلام المريض أو ذويه أو شخص ذو ثقة، دون المساس بالفقرة الرابعة من المادة L. 1111-2...»

وقد قررت المادة (L. 1111-10) (من قانون الصحة العامة<sup>(1)</sup>) أنه عندما يقرر مريض في مراحل متقدمة أو نهائية من إصابة خطيرة وغير قابلة للشفاء أن يحد أو يوقف العلاج، فلا بد للطبيب من احترام إرادته، بعد إعلامه بنتائج اختياره.

غير أن الاعتراف بالحق في الموت ونفي الصفة الإجرامية عن القتل الرحيم -السلبى- أو الانتحار بمساعدة الغير لا يعني القول بوجود تعويض فوات فرصة الموت، ذلك أن الموت بحسب اعتقادي-حتى في ظل القوانين التي كفلته إنما سمحت به على سبيل الرخصة وليس الحق وبالتالي لا يجوز للمريض أو لذويه المطالبة بتعويضه إلا بقدر الضرر المعنوي الذي تعرض له، غير يحق لهذا الأخير في حال تعنت الطبيب وإجباره على علاج لا طائل منه أن يطلب تعويضاً ليس عن فوات فرصة الموت وإنما عما أصابه من ألم نفسي جراء إكراهه على العلاج وتجاهل إرادته، في ظل إدانة القانون للممارسات التي تستهدف مواصلة العلاج رغم إرادة المريض<sup>2</sup> وهو ما يقتضي ضبطاً دقيقاً للمعايير التي يتحدد بها الحد الفاصل بين العلاج المعتاد والتمادي فيه بغير ضرورة.

### الفرع الثاني

(1) Art. « L. 1111-10 du Code de la santé publique dispose: Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix. La décision du malade est inscrite dans son dossier médical. »

(2) أنظر في عكس ذلك التوجه القضائي السابق لصدور للتشريع الفرنسي لسنة 2005، الذي كان يعتبر من قبيل القتل المحظور قانوناً الذي تتحقق به جريمة القتل الخطأ لعدم توفر القصد الجنائي الخاص، قيام الطبيب بدافع الشفقة بفصل أجهزة الإنعاش والتنفس التي كان المريض يعتمد عليها للعيش.

Cass- Crim، 19\2\1997،D.1997،n18،p.236،note Legros.



### تطبيقات فوات فرصة التبصير في مجال الاجهاض

نظم القانون الفرنسي الإجهاض أو الوقف الاختياري للحمل سواء كان لدواع صحية أو شخصية بالمادة (1/2213) من قانون الصحة العامة<sup>1</sup>, وقد شدد من التزام مقدمي الرعاية الطبية بالتبصير بالمخاطر المحيطة بالعملية ولو كانت نادرة واستثنائية، بحيث يشكل الإخلال بالتبصير بهذا الخصوص حرماناً للمرأة الحامل من ممارسة هذه الحرية المجسدة بمقتضى قانون 7517 المؤرخ في 17 يناير 1975<sup>2</sup>, محلاً لتعويض الأم على أساس فوات الفرصة متى توافرت فيها الشروط والضوابط القانونية، وسنتطرق فيما يلي لصور فوات الفرصة الناشئة عن الإخلال بالتبصير في مجال الاجهاض ثم لتبرير القضاء لتعويضها.

#### أولاً: صور فوات فرصة التبصير في مجال الاجهاض.

يتخذ تفويت فوات الفرصة نتيجة للإخلال بالتزام بالتبصير في مجال الإجهاض عدة صور لعل أبرزها تفويت فرصة الإنجاب وتفويت فرصة العقم وكذلك فوات فرصة عدم إنجاب طفل معاق أو مصاب بمرض خطير.

أ- فوات فرصة الإنجاب أو تجنب الإنجاب أو العقم.

أ-1 فوات فرصة الإنجاب (إعطاء الحياة لمولود):

اعتبر القضاء أن الإدلاء بمعلومات خاطئة أو غير دقيقة نتيجة لخطأ في

(1) حلت المادة 2213/1 من تفتين الصحة العامة الفرنسي محل المادة 126/12 منه، بمقتضى القانون رقم 577 لسنة 2001، المؤرخ في 4 يوليو 2001، وقد ميزت المادة بين الإجهاض العلاجي الذي لا يخرج عن فرضين أولهما حين يشكل استمرار الحمل خطراً جسيماً يهدد صحة الحامل، والثاني في حال ترجيح إصابة الجنين بعاهة ذات خطورة معتبرة، وغير قابلة للشفاء بحسب المعطيات العلمية الراهنة، بحيث يحق للمرأة الحامل إجراء الإجراء في أي مرحلة من الحمل، أما الإجهاض لأسباب غير علاجية فهو ما قد تلجأ إليه المرأة الحامل في حالة الشدة والضييق من الحمل، بشرط ممارسته خلال الأسابيع الإثني عشر الأولى من الحمل. أنظر

Muriel Fabre – Margan· Avortement et responsabilité médicale, R.T.D. Civ, n 2, 2001·p.289.

(2) Virginie Bonningues· Naissance et vie préjudiciable de l'enfant au regard de la responsabilité médicale et parentale, mémoire de DEA en droit Privé, Université de Lille2, 2001, p.41

التشخيص يقيم مسؤولية الطبيب عن تفويت فرصة الإنجاب إذا ما ترتب عليه اتخاذ المريضة قرارها بإنهاء الحمل تفاديا لخطر وهمي استنادا إليه، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 07 أكتوبر 1998<sup>1</sup>، بتعويض سيدة عن فوات فرصة الإنجاب مطلقا في دعوى تقدمت بها ضد الطبيب الذي أخضعها لعملية قيصرية نتج عنها عقمها بسبب ربط المجاري التناسلية الواقعة بين المبيض والرحم، بغير ضرورة طبية وبدون إعلام المريضة والحصول على رضاها.

كما اعتبرت المحكمة في قرار آخر لها<sup>2</sup> أن خطأ الطبيب في التشخيص الذي ترتب عليه قرار إنهاء الحمل تفاديا لخطر غير حقيقي -يتمثل في الإصابة بفيروس الإيدز- بحسب ما أوردته نتيجة التحاليل الطبية، يوجب التعويض في حق الطبيب لتقاعسه عن تبصير المريضة بكون النتائج غير جازمة ووجود احتمال أو هامش للخطأ، مما يستدعي التريث في قرار الاجهاض إلى حين التأكد من النتيجة، وهو بذلك يكون قد فوت عليها فرصة منح الحياة لمولود.

أ. 2\_ فوات فرصة تجنب الولادة أو عدم الإنجاب مطلقا (العقم):

يقصد بفوات فرصة تجنب الولادة: (éviter une naissance) حرمان السيدة التي لا ترغب في الإنجاب من ممارسة حقها في الاجهاض لعدم رغبتها فيه أو عدم طاقتها به، ففي دعوى تقدمت بها سيدة ضد طبيب بدعوى إهماله لإخضاعها لاختبار فحص المناعة ضد الحصبة الألمانية أثناء إجرائها للفحص السابق للزواج، مما أدى لإنجابها طفلا معاقا نتيجة لإصابتها بالمرض أثناء الحمل، وهو الأمر الذي لم ينتبه إليه الأطباء المتابعون لحملها، ولم يحيطوها علما به.

وكان قضاة الموضوع قد قرروا مسؤولية الطبيب المشرف على الفحص السابق للزواج دوناً عن الأطباء المشرفين على الحمل، وقد نقضت محكمة النقض ذلك مقررّة مسؤوليتهم لتقاعسهم في إجراء الفحوصات الضرورية التي تتيح لهم

(1) cité par Sanaa Marzoug, op.cit.p.324.

(2) مشار إليه لدى أشرف جابر سيد، التعويض عن تفويت فرصة الشفاء أو الحياة، المرجع السابق، ص 89.

إحاطة الزوجين بالمخاطر التي ينطوي عليها الحمل، وهو ما كان من شأنه إتاحة الفرصة لهما في اتخاذ قرار مستنير فيما يتعلق باللجوء الى إنهاء الحمل، ويكون بذلك قد فوتوا عليهما فرصة تجنب الولادة<sup>(1)</sup>.

كما قررت محكمة استئناف باريس في دعوى مماثلة بتاريخ 17 فبراير 1989<sup>(2)</sup> بأن الأم التي لم يخضعها الطبيب لفحص الحصبه الألمانية، لا تستحق تعويضا عن الضرر المادي الذي أحاق بصغيرها، وإنما تعويضا جزئيا لما أصابها من أضرار معنوية بسبب معاناتها اليومية جراء ذلك.

و في سياق متصل قررت محكمة النقض بمقتضى قرارها الصادر في 28 نوفمبر 2001 بأن إعطاء المريضة معلومات مغلوبة لم تكشف لها عن خطورة استمرار حملها، حرّمها من فرصة الخضوع لفحص السائل الأمينوسي، وبالتالي وقف الحمل قبل اكتماله وتجنّبها ضرر إنجاب طفل مصاب بإعاقة خطيرة<sup>(3)</sup>.

أما بالنسبة لتفويت فرصة عدم الإنجاب مطلقا فتتحقق هذه الصورة في الفرض الذي لا يحقق فيه التدخل الرامي إلى عقم (Chirurgie d'infertilité) أحد الزوجين أو كلاهما النتائج المتبتغة، فيحدث الإنجاب رغم إرادتهما نتيجة لعدم تبصيرهما باحتمال حدوث الحمل، الأمر الذي يحرم متلقي الرعاية الصحية من اتخاذ قرارات انجابية سليمة باعتماد احتياطات تكميلية لتفادي ذلك، ويفوت عليهم فرصة اختيار إجراء الجراحة من عدمه.

و تطبيقا لذلك قررت محكمة النقض الفرنسية في 9 مايو 1983<sup>(4)</sup>، بأن عدم تبصير المريضة بإمكانية حدوث حمل رغم خضوعها لعملية ربط المبايض قد كان له دور سببي ما في وقوع مخاطرها المحتملة، المتمثلة في الحمل والإنجاب غير المرغوب إن كانت واقعة ميلاد طفل ليست محلا للتعويض -في ذاتها- إلا بقدر ما تكبد الآباء من معاناة.

(1) Cass-civ 1ère, 16\01\991, JCP.1992,2, P. 21947.

(2) CA.Paris, 1ère ch, 17 fév, 1989, D.1989, P.316 et s.

(3) Cass-Civ, 28\11\2001, LPA.30\11\2001, P.5.

(4) Cass-civ 1ère, 09\05\1983, D.1984, Juris.p.122, note J. Panneau.

كما قضت محكمة (Bobigny) الابتدائية في حكمها الصادر في 9 فبراير 1983<sup>(1)</sup> بصدد فصلها في دعوى رفعتها سيدة ضد الطبيب الذي أخضعها لعملية إجهاض -غير علاجية- فاشلة، بأن عدم إعلام هذه الأخيرة بفشل العملية، قد ضيع عليها فرصة الخضوع لعملية ثانية بغية إجهاض حملها خلال المدة المحددة قانوناً، ويكون بذلك قد أكد على حق الأم في تعويض جزء من حظها العاثر نتيجة ضياع فرصتها في مباشرة حق لم تستطع مباشرته نتيجة تقصير الطبيب في التزامه.

ب- فوات فرصة الولادة دون إعاقة.

حرص القضاء الفرنسي على تطبيق فكرة فوات الفرصة بصدد المسؤولية عن تشخيص أمراض ما قبل الولادة (les diagnostics anticonceptionnelles) وقد أثرت مسألة تفويت فرصة تجنب الولادة المعاقة نتيجة نقص الإعلام كسابقة بصدد قضيتي كاراز (Quarez)<sup>(2)</sup> وبيروش (Perruche)<sup>(3)</sup>، إذ ثبت الخطأ الطبي المتمثل في نقص التبصير بالحالة الصحية للجنين، مما فوت على الأم فرصة إجهاضه لأسباب علاجية، ورغم اشتراك القضيتين في الوقائع، وثبوت الاخلال بواجب التبصير، فقد اختلفت الحلول التي انتهى إليها القضاء العادي والإداري في فرنسا بشأن كيفية استخلاص رابطة السببية بين نقص الإعلام والضرر النهائي في هذه الحالة، وهو ما أثار نقاشاً تشريعياً وفقهياً حاداً.

وتتمثل وقائع قضية (Quarez) (في أن سيدة بالغة من العمر 42 سنة خشيت تسبب الحمل في سن متأخرة في مخاطر تهدد صحة جنينها، لذا خضعت لتحليل للسائل الرحمي بالمستشفى الجهوي بمدينة نيس، وعلى الرغم مما أثارته نتائج الفحص من ريبة لدى الأطباء حول وجود أمراض وراثية لدى الجنين، إلا أنهم لم يكشفوا تلك الشكوك للزوجين، مما شجع السيدة (Quarez) على

(1) Trib.gr. inst. Bobigny, 3 eme ch.civ, 09\02\1983, JCP.1984, 2,P.20194.

(2) CE, 14\02\1997,LPA, 28\05\1997,P.23.

(3) Cass. Assemblée plénière 17\11\2000,J.C.P.2001,n 40,2, 10601, p.1842, note F. Chabas.

المحافظة على حملها، غير أنها تفاجأ تبعد أربعة أشهر بإنجاب طفل منغولي كنتيجة للإصابة بمرض متلازمة داون (Syndrome de Down) أو (Trisomie 21).

رفع الزوجان دعوى أمام القضاء الإداري مطالبين بتعويض الضرر الذي لحقهما جراء الخلل في الإعلام، وتعويض الولادة المعاقة لطفلهما (Mathieu)، وانتهى مجلس الدولة الفرنسي في قراره المؤرخ في 14 فبراير 1997 إلى أن نقص الإعلام قد فوت على الأم ممارسة حقها في الاجهاض، وهو ما أفضى إلى الولادة المعاقة التي تشكل ضرراً موجبا للتعويض بالنسبة للوالدين الذين لم يكونا ليقبلا اللجوء لهذه الطريقة في تقصي الأمراض بما يكتنفها من مخاطر قد تصل للإجهاض التلقائي (L'avortement) spontané إلا إذا كانت تتملكهم الرغبة في الإنهاء العلاجي للحمل في حال أسفرت الفحوص عن نتائج سلبية.

وفي المقابل رفض المجلس تعويض الطفل على اعتبار أن الخطأ لم يكن له دور يذكر في تسبب الإعاقة، وأن العوامل الوراثية التي تسببت في الإعاقة هي سابقة في وجودها على إجراء الفحوص وبالتالي تنقطع بها العلاقة السببية بين الإعاقة وبين إخلال الطبيب بواجب التبصير.

أما القضاء المدني في فرنسا فقد كان له منهج مختلف في قضية (Perruche) والتي تتمثل وقائعها في أن سيدة اشتبهت في أولى شهور حملها بإمكانية انتقال عدوى الحصبة إليها من ابنتها البالغة من العمر أربع سنوات، فلجأت إلى الطبيب الذي طلب منها إجراء تحاليل مخبرية للتقصي عن مضادات المرض.

ونظراً لتضارب نتيجتي التحليلين الذين أجرتهما، اضطر المختبر إلى إجراء تحليل ثالث يطلق عليه "تحليل المراقبة"، الذي أظهر نتيجة إيجابية للمناعة بنسبة (1/6) من مضادات المرض مما يعني أن السيدة محصنة ضده، وهو ما جعل طبيبها يطمئنهابأنه لا مجال لإصابة الجنين ولا داعي لإسقاط حملها، بالرغم من ظهور أعراض المرض عليها.

وبعد ثمانية أشهر وضعت السيدة رضيعة مصابا بإعاقة جسيمة

Embryopaht (Syndrome of Rubella أو Syndrome de greeg)، ناجمة عن الحصبة الألمانية التي انتقلت إليه أثناء فترة الحمل، ونتيجة لذلك رفع الزوجان دعوى ضد كل من الطبيب المعالج والمختبر مطالبين بتعويض الضرر اللاحق بهما، وتعويض ولادة طفل معاق.

وانتهت الدعوى بصدور قرار محكمة النقض الفرنسية بغرفها المجتمعة بتاريخ 17 نوفمبر 2000، الذي تقرر فيه تعويض الوالدين، والاعتراف للمولود بحق رفع دعوى مستقلة عن دعوى والديه بهدف تعويض إعاقته المعزاة إلى الأخطاء الطبية المدعى بها، ناقضة بذلك قرار محكمة استئناف باريس الصادر في 17 ديسمبر 1993، التي أنكرت بمقتضاه حق الطفل في تعويض الميلاد بإعاقته استناداً لانتفاء علاقة السببية بين حالته وبين الإخلال بالتبصير والديه، وذهبت في سياق التأكيد على ذلك إلى أن إطلاع الطبيب على عدم تحصين الأم ضد المرض أثناء الحمل ما كان ليحول دون انتقاله إلى الجنين، كما لم يكن من الممكن علاجه داخل الرحم.

#### ثانياً: الاتجاهات القضائية في تعويض فوات فرصة الإجهاض.

ومن خلال العرض السابق يتضح أن القضاء الإداري والمدني قد التقيا حول تبرير توافر علاقة السببية بين نقص الإعلام والضرر النهائي اللاحق بالأولياء، واختلفا من حيث المنهج والنتيجة بالنسبة لتعويض الولادة المعاقة للطفل.

أ- تبرير السببية بين الإخلال بالتبصير وضرر الأولياء.

وهو ما يطلق عليه بفوات فرصة تجنب الولادة (éviter une naissance)، وإذا كانت أعباء الأبوة تبدأ من لحظة الولادة، فإنها لا تعتبر في ذاتها سببا في إحداث الضرر، بل مجرد عامل يثير هذا الضرر فقط، ويشكل الامتناع عن إسقاط الجنين الناجم عن الخلل في التبصير متى استكمل خصائص السبب المنتج - كما في قضيتي الحال- باعتباره سابقا على الولادة من جهة، ولازما بحيث لولاه لأنتهت الأم الحمل، سببا مباشرا في ما تكبده الأولياء من أعباء طوال حياة أبنائهم، كما اتفق الحكمان على تعويض الضرر المعنوي المتمثل في تفويت فرصة تجنب ضرر الإعاقة وحرمان الأم من ممارسة حقها في إسقاط الجنين.

ويشكل الخلل في الإعلام خطأ مستقلا عن مسؤولية المختبر -الذي يلتزم بدوره بتحقيق نتيجة- إذ كان على الطبيب تنبيه الأولياء إلى احتمالات خطأ التحاليل المخبرية للسائل الرحمي وعدم دقة تشخيص تشوهات الأجنة، بدلا من زرع الطمأنينة في أنفسهم بشأن سلامة الأجنة وهو ما أثناهم عن إنهاء الحمل إراديا وكان من شأنه تجنيبهم الأضرار الواقعة.

ويذهب إتجاه فقهي وقضائي إلى التشكيك في ملائمة الاستناد إلى فكرة فوات الفرصة في هذا الصدد، متسائلين حول ما إذا كان هنالك فعلا فرصة في فرض تبصير الوالدين بحقيقة المخاطر التي تكتنف الحمل، فضلا عن أن الضرر الناتج جراء تفويت فرصة المفاضلة بين الحياة والموت ليس أمرا مسلما به بإجماع قضاة الموضوع<sup>(1)</sup>، فقد قضت المحكمة الابتدائية ب (Perpignan) سنة 1990<sup>(2)</sup> بأن تفويت فرصة الاختيار بين الموت والحياة لا يشكل ضررا محققا مستوجبا للتعويض.

ب- تبرير السببية بين الإخلال بالتبصير والولادة المعاقة.

استبعد القضاء الإداري في قضية (Quarez) فكرة التعويض عن ضرر الولادة المعاقة مؤكدا ان الإعاقة التي يجد الطفل نفسه مجبرا على تحملها لا تجد سببها في الخلل في الإعلام وإنما في المرض ذاته وهو سبب لا يد للطبيب فيه، معتبرا أن ولادة طفل معاق في ذاتها لا تمنح أبدا الحق في التعويض، طالما أنه لم يترتب عليها أي أضرار غير عادية، تؤدي إلى زيادة الأعباء الملقاة على الأهل.

وعلى نقيض ذلك قرر قضاء الجمعية العمومية لمحكمة النقض أن إخلال الطبيب بواجب تبصير الأهل بالمخاطر التي قد يعاني منها الطفل يعد خطأ موجبا لتعويض الطفل عن إعاقته<sup>(3)</sup>، ما يكفل له الحق في تعويض تفويت فرصة الميلاد دون إعاقة (naître sans handicap) معتبرة أن الأخطاء المرتكبة من الطبيب

(1) CA Paris, 1ere ch, 17 fev 1989, D.1989, sommaires commentés·p.316·note sous Penneau

(2) T.G.I. Perpignan, 12 mars 1990, Gaz.pal.1993, somm·p.342 et s

(3) علي عصام غضن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2006، ص 209.

والمختبر منذ أن شكلت حائلا في تنفيذهما للعقود المبرمة مع الأم بما فيها تجنب ولادة طفل مصاب بإعاقة، فإنها تنشأ لهذا الأخير حقا شخصيا بالتعويض عن الضرر الناتج عن تلك الإعاقة والمعزاة لتلك الأخطاء الثابتة، وبذلك تكون المحكمة قد أقرت بوجود رابطة سببية بين الخطأ في التبصير والولادة المعاقة باعتبارها ضررا محققا بالنسبة للمولود.

وقد لاقى هذا التوجه القضائي استهجانا واسع النطاق بزعم أن الحل اللامنتظي الذي تمخض عنه يستغل الطابع المبهم لعلاقة السببية لتطويعها من أجل الخروج بأي حل كان، ضاربا بعرض الحائط النتائج الأساسية التي تنجر عنه والمتمثلة في دفع الأطباء عند وجود أدنى شك حول سلامة الجنين إلى اقتراح خيار الإجهاض تهربا من المسائلة التي قد يرفعها الطفل المعاق<sup>(1)</sup>، وبذلك يبدوا قرار مجلس الدولة أكثر واقعية وعدالة، فقد وفق على الصعيد القانوني برفضه تعويض ضرر الإعاقة، ذلك قواعد العدالة واحكام القانون لا تجيز للمتضرر اقتضاء عدة تعويضات عن ذات الضرر، كما أن الحماية الاجتماعية للمعاق تكفلها الوسائل الجماعية للضمان المتمثلة في صناديق الضمان وصناديق الإعاقة وغيرها.

وفي إطار سعيها لتفادي التعارض مع المبدأ القاضي بعدم تعويض الضرر النهائي في فوات الفرصة باعتباره ضررا احتماليا ليست له علاقة سببية مباشرة مع الخطأ الثابت، فقد قررت للأمر فقط حق طلب التعويض عن الفرصة الضائعة في إسقاط الجنين، دون ضرر الولادة الذي يعتبر بالنسبة لها ضررا نهائيا، ومنح الطفل حق رفع دعوى تعويض مستقلة عن دعوى أبويه للمطالبة بتعويض الميلاد بإعاقة.

وقد كلف تفادي المحكمة لهذا هذا الخطأ الوقوع في خطأ آخر، ذلك أن مطالبة الطفل بتعويض ولادته يفضي إلى تعويض الضرر النهائي الذي أصاب والدته عند حرمانها من فرصة إنهاء الحمل نهاية مبتسرة باعتبارهما هما ضرران متداخلان يصعب تجزئتهما، ولم يلاق هذا الحل الذي مزج ما هو قانوني بما هو

(1) Michelle Gobert. La cour de cassation méritait-elle le pilori (A propos de l'arrêt de l'assemblée plénière du 17 nov 2000. L.P.A.n 25, 8 déc.2000, pp 4 -5.



أخلاقي استحسان اتجاه واسع من الفقه الفرنسي وعلى رأسه (MAZEAUD) الذي علق قائلاً: "إن الهيئة العامة لمحكمة النقض وبهدف التوصل إلى حل منصف قد أساءت التعامل مع المبادئ الأساسية التي تحكم المسؤولية المدنية"<sup>(1)</sup>.

وبرغم الانتقادات السالفة شكل هذا الحل منهجا مستقرا في قضاء محكمة النقض وهو ما تعكسه قراراتها الثلاث الصادرة من غرفها مجمعة بتاريخ 13 يوليو 2001<sup>(2)</sup>، مما دفع المشرع للتدخل من أجل وضع حد لهذا الاستقرار بسن قانون 4 مارس 2002 الموسوم بقانون ضد بيروش أو (Loi) AntiPerruche، والذي نص بالمادة الأولى منه على عدم جواز إثارة تعويض ضرر الولادة، واقتصر على تعويض الضرر المعنوي للآباء فقط<sup>(3)</sup>.

ولم تفلح هذه المحاولة التشريعية في غلق باب المطالبة بالتعويض عن ضرر الولادة المعاقة -المطروحة في قضية بيروش-، لوجود عيب في صياغة المادة التي قصرت المنع على المطالبة بتعويض ضرر الميلاد (préjudice de naissance)، دون الإشارة لضرر الولادة المعاقة وبذلك لم يضع المشرع حدا نهائيا للاجتهاد القضائي، كما أن إسناد تعويض الميلاد بإعاقه للصندوق الوطني للتضامن يعكس خرق المشرع للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ذلك أنه بموجب مصادقة الدولة الفرنسية على هذه الاتفاقية يكون المواطن دائما بحماية هذه الحريات بما فيها تعويض الولادة المعاقة، وليس مدينا بتمويل هذا الصندوق على أساس العقد الاجتماعي.

أما بالنسبة لتعويض ضرر الولادة فقد حسم القضاء الفرنسي مسألة مدى

(1) « l'assemblée plénière a maltraité le droit de la responsabilité civile pour rendre une décision d'équité », cité par Mickael Benillouche « L'indemnisation du préjudice personnel de l'enfant handicapé (A propos de trois arrêts rendu par l'assemblée plénière le 3 juillet 2001) » L.P.A, n77, 17 avril 2002.p.5.

(2) Cass.Ass. Plén. 13 juillet 2002, cité par Mickael Benillouche, ibid., p.4.

(3) Article n 1 de la Loi n 2002-303 du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et a la qualité du système de santé dispose que: « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ».D.21 Mars 2002, rub législation, p.1022.

اعتبار الميلاد غير المرغوب لطفل ضرراً معوضاً عنه قانوناً، وهو ما عبر عنه مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 2 يوليو 1982 بقوله "... ولادة طفل، رغم أنها كانت نتيجة فشل في عملية الإجهاض، لا تشكل ضرراً من طبيعته منح الأم الحق في التعويض، إلا إذا وجدت ظروف أو حالة خاصة يمكن للمعني بالأمر إثارتها" ويقصد بالعبارة الأخيرة أن تضاف للولادة ضرر خاص يزيد من الأعباء العادية للولادة كوجود علة في المولود أو إصابة الأم بضرر جراء فشل الإجهاض، مما يزيد من أعبائها المالية<sup>(1)</sup>، وقد أعملت محكمة النقض الفرنسية هذا الحل بصدده فصلها في قضية (Picard)<sup>(2)</sup> بتاريخ 25 يونيو 1991، واعتبرت أن واقعة ميلاد طفل لا يمكن أن تشكل ضرراً معوضاً عنه قانوناً رغم كونها ناتجة عن فشل في عملية الإجهاض.

أما الولادة المعاقة فتكون محلاً للتعويض، سواء كانت نتيجة لفشل عملية الإجهاض، أو عنف أو كراه تعرضت له الأم وأصاب الطفل بإعاقة، ذلك أنه لولا هذا الخطأ لتمتع المولود بكامل فرص الولادة بدون إعاقة، وهي التي تشكل ضرراً معوضاً عنه وليس الولادة في حد ذاتها<sup>(3)</sup>، غير أن ضرر الإعاقة الوراثية المعزاة لأسباب مرضية ليست نتيجة مباشرة لعدم تفتن الطبيب لها وبالتالي تقصيره بتبصير الأم بإمكانية إنجاب طفل معاق، وبالتالي تعتبر مجرد سبب في حرمان الأم من حقها في إسقاط الحمل<sup>(4)</sup>.

(1) CE, 2 Jul, 1982 qui stipules: La naissance d'un enfant, même si elle survient après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption d'une grossesse, n'ai pas génératrice d'un préjudice de nature à ouvrir à la mère un droit à la réparation, à moins qu'existent, en cas d'échec de celui-ci des circonstances ou une situation particulière susceptible d'être invoquée par l'intéressé... cité par. Geneviève Viney et Patrice Jourdain, Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité, L.G.D.J et Delta. Paris, 2ème éd. 2002.p.12.

(2) Cass- Civ, 1 ére, juin 1991, cité en: Muriel Fabre-Margan, op.cit.p.295.

(3) Geneviève Viney, Patrice Jourdain, ibid.p 14 et s.

(4) Virginie Bounningeus, Naissance et vie préjudiciable de l'enfant au regard de la responsabilité médicale et paternelle, op.cite.p.41.

وإذا كان هذا حال القانون الفرنسي فإن القانون الجزائري قد جرم الإجهاض والشروع فيه بمقتضى المادة (304)<sup>(1)</sup> من قانون العقوبات، وأجاز استثناء الاجهاض العلاجي اذا اقتضته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر<sup>(2)</sup>، شريطة أن يجريه طبيب بغير إخفاء وبعد إطلاع السلطة الإدارية تطبيقاً لنص المادة (308) منه، وهو ما كرسه كذلك القانون رقم (85-5) المتعلق بحماية الصحة وترقيتها بمقتضى المادة (72) منه والتي نصت على: "يعد الاجهاض لغرض علاجي إجراء ضرورياً لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي والعقلي المهدد بخطر بالغ"، غير أنه لم يتعرض للإجهاض العلاجي بسبب حالة الجنين، مما يجعل إمكانية التمسك بفوات فرصة الاجهاض لأسباب علاجية مقتصرة على تعويض ضرر الأم دون ضرر الميلاد بإعاقته أو تشوهه.

أما بالنسبة للقانون المصري فقد جاءت نصوص التأييم عامة وقاطعة لا تقبل أي تأويل، إذ لا وجود لأي نص قانوني يبيح الاجهاض لأي سبب من الاسباب العلاجية سواء تعلق الأمر بالحامل أو الجنين، مما يغلق أي باب أمام التمسك بتعويض فوات الفرصة بالنسبة للضررين.

## المبحث الثاني

### أحكام تعويض فوات الفرصة الناشئة عن الإخلال بالتبصير

سنتطرق لأحكام تعويض فوات الفرصة الناشئة عن الإخلال بالتبصير الطبي من خلال توضيح خصوصية السببية وإثباتها في مجال فوات الفرصة في مطلب أول، ثم تقدير الضرر ومدى التعويض عنه في مطلب ثان.

# جامعة القاهرة

- (1) أنظر المادة 304 وما بعدها من الأمر رقم 66-165 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 46 لسنة 1966.
- (2) علال قشي، المسؤولية الجنائية للأطباء عند استخدام أساليب علمية حديثة وعند المساس بالكمال الجسدي، مداخلة ضمن الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، العدد الخاص الأول، سنة 2008، ص 363.

## المطلب الأول

### خصوصية وإثبات السببية في تفويت الفرصة الطبية

ظل القضاء الفرنسي لوقت طويل أمينا على تطبيق المبادئ العامة في المسؤولية المدنية بخصوص اشتراط توافر رابطة السببية بين مسلك مقدم الرعاية الصحية وبين الضرر الذي لحق المريض، فلكي يتمكن هذا الأخير من إثارة المسؤولية الطبية فعليه إثبات أن ما ألم به ضرر يجد سببه في خطأ أو نشاط المسئول عن العلاج، فطبقا لمحكمة النقض الفرنسية<sup>(1)</sup> لا يمكن أن تثار المسؤولية ما لم يكن الفعل المولد (le fait générateur) هو بصفة مؤكدة مصدرا مباشرا (l'origine directe) للضرر، ذلك أن رابطة السببية هي التي توضح انبثاق النتيجة عن السبب (le processus) على الوجه الذي يسمح بإسناد الضرر إلى الفعل الضار (le fait dommageable)، فعندما لا يكون هذا الرابط مؤكدا فلا مجال لجبر الضرر المدعى به في الأصل<sup>(2)</sup>.

غير أنه أقام في حالات عديدة مسؤولية الطبيب عن خطئه الثابت ولو لم تثبت علاقة سببية بين خطئه وبين الضرر الذي حاق بالمريض، غير أن هذا

(1) Cass-civ, 1er chambre civil, 09/11/1999, disponible en ligne sur: [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).

(2) على نحو ما قرره محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 11 أكتوبر 1988 بمناسبة فصلها في دعوى رفعتها احد المرضى في مواجهة الطبيب المعالج، جراء إصابته بالصمم (surdité) على إثر لجونه لهذا الأخير بغرض علاجه من مرض التهاب السحايا (une méningite)، وحيث تعذر التحقق مما إذا كان الضرر الواقع على المريض ضررا مستقلا عن فعل الطبيب وعن الحالة الصحية السابقة، أم أنه يشكل ضررا تبعا بحسب ادعاء المضرور الذي تمسك باحتمال كون هذا الضرر ناجما عن تفاقم المرض الأصلي نتيجة عدم تحقق الشفاء (aurait pu être consécutive à une méningite mal soigné)، فقد قررت محكمة النقض أن عدم الإحاطة بحقيقة الصفة الأصلية أو التبعية لعللة الصمم لا تسمح بالتأكيد على وجود رابطة سببية بين فعل الطبيب الضار وبين الضرر الذي لحق بالضحية.

la 1er chambre civile à stipulée que: " l'ignorance ou l'on ce trouve au sujet du caractère primaire ou secondaire de cette surdité ne permet pas d'affirmé l'existence d'un lien de causalité entre le fait du médecin et le dommage invoqué par la victime". valable en ligne à l'adresse suivante: [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).

التعويض في حقيقة الأمر ليس تعويضا عن الضرر ذاته, وإنما تعويض عن ضياع فرصة تجنب الضرر الذي تحقق فعلا (les chances d'évité le préjudice) وهو ما يبرر كون هذا التعويض جزئيا لا يعطي قيمة الضرر ولا يتناسب معه<sup>(1)</sup>.

فهذا القضاء يقتصر على افتراض علاقة سببية بين خطأ الطبيب والضرر الذي حل بالمريض بمعنى أنه يقيم علقات الطبيب الذي يثبت في حقه الخطأ - المدعى به - قرينة سببية وحدها (présomption de causalité), التي تختلف من ناحية عن الالتزام المحدد بضمان السلامة في المجال الطبي الذي يفترض الخطأ بمجرد تحققه, ويختلف من ناحية أخرى عن قرينة المسؤولية "présomption de responsabilité" التي تغني المدعي عن إثبات الخطأ الطبي, أو ما يطلق عليها بنظرية الخطأ المفترض, ووجه تميزها عنهما يتمثل في أن التعويض القائم على افتراض علاقة سببية لا يكون كاملا بحيث يعادل كل الضرر وإنما يساوي ضياع فرصة النجاة من الضرر أو على حد قول محكمة النقض الفرنسية<sup>(2)</sup>: "وإذا كان التعويض يتقرر عن ضياع الفرصة أو الشفاء يتعين أن يكون جزئيا, ولا يجوز أن يكون كاملا, يساوي كل الأضرار الناجمة عن الخطأ".

وقد انتقد بعض الفقه هذا القضاء آخذين عليه مخالفته لقواعد القانون التي تقضي باعتبار علاقة السببية ركنا أساسيا من أركان المسؤولية المدنية لا غنى عنه لقيامها, ومن ثم يتعين على المدعي إقامة الدليل على توافره, إذ لا يمكن الحكم بالتعويض عن ضرر ما لم يثبت أنه نتيجة لخطأ المدعى عليه أو فعله.

ورأوا بأنه إذا كان التعويض عن تفويت الفرصة أصبح مسلما به في الفقه والقضاء فليس في الأحكام السالفة تعويض عن فوات الفرصة رغم ما تؤكد أسبابها, ذلك أن هذه الأخيرة تتصل بركن الضرر, حيث لا يثبت تسبب الخطأ أو الفعل الضار في إحداث الضرر النهائي وإنما فقط فوات فرصة الحياة أو تجنب الضرر, فلا محل للقول هنا بانتفاء علاقة السببية أو افتراضها, بل هي قائمة حقيقة بين الخطأ والضرر جزئيا.

(1) أنظر في تفصيل ذلك أشرف جابر سيد, التعويض عن تفويت فرصة الشفاء أو الحياة, المرجع السابق, ص 155 وما بعدها.

(2) cass-civ, 27/03/1973, sem -jur, 1974-2-17643, note sous Savetier.

فهذا القضاء في رأي خصومه يخلط بين التعويض عن الفرصة الضائعة والتعويض عن احتمال التسبب في إحداث ضرر وقع فعلا، ويقدر التعويض لا حسب درجة احتمال تحقق الفرصة بل بنسبة احتمال تدخل الخطأ في إحداث الضرر، لكون علاقة السببية بينهما غير مؤكدة، ليحكم بتعويض جزئي يتناسب مع ظنونه حينما لا يثبت أن خطأ الطبيب كان سبب الضرر.

ويرى الفقه المؤيد للقضاء السابق أن هذا المسلك الذي انتهجه الاجتهاد يجد تبريرا له في ذات الاعتبارات التي دفعت بالمحاكم إلى إلقاء التزام محدد بالسلامة على عاتق ناقل الأشخاص، وعلى إثرها أقام الشارع قرينة المسؤولية على عاتق حارس الأشياء غير الحية في المادة (1/1384) والمتمثلة في الأخطار غير العادية التي يتعرض لها ضحايا هذه الحوادث، بالإضافة إلى اختلال التوازن الاقتصادي بين المضرورين والمهنيين، وعلى وجه الخصوص العقوبات القانونية البالغة التي تعترض عملية الإثبات، مما دعا بعض الفقه للتساؤل: "فإذا كانت المحاكم عندما تعوض عن ضياع الفرصة تكون في مواجهة خطأ على علاقة سببية ثابتة مع ضرر محتمل فلماذا لا تستطيع إعطاء تعويض عن ضرر محقق على علاقة سببية محتملة بخطأ سابق"<sup>(1)</sup>.

وقد أدى تطبيق نظرية فوات الفرصة في المجال الطبي ولاسيما في مجال الالتزام بالتبصير إلى تغيير محل السببية، فبعدما كانت تربط بين الخطأ الطبي والضرر النهائي في إطار المسؤولية الطبية التقليدية، باتت تربط الخطأ الطبي بضرر وسيط هو فوات الفرصة، مما يثير التساؤل حول كيفية تبرير وإثبات علاقة السببية في ظلها.

ويلجأ القاضي الى فكرة فوات الفرصة في المجال الطبي في الحالات التي لا يمكنه فيها الجزم حول الدور السببي للخطأ في إحداث الضرر الذي أصاب متلقي الرعاية الصحية، فيتردد في تعويض كل الضرر لعدم تيقنه من كونه قد نتج برمته عن ذلك الفعل، غير أنه لا يميل إلى تركه يعاني تبعات الخطأ الثابت في حق

(1) أنظر تانك، تعليقات على القضاء المدني، المجلة الفصلية، سنة 1963، ص 334، رقم 9، مشار إليه لدى محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، هامش ص 376.

الطبيب لسيام في ظل انعدام التوازن الاقتصادي والمعرفي بينهما<sup>(1)</sup>، وفي سبيل الإفلات من هذه المعضلة فإنه يسبغ على الاحتمال الراجح قوة اليقين والتحقق من أجل استظهار علاقة سببية وفقا لمفهوم خاص في إطار هذه الفكرة.

### الفرع الأول

#### محاولات تبرير السببية في نطاق فوات فرصة التبصير

تنبثق عن الخطأ الطبي رابطتان سببيتان، أولاهما تربطه بالضرر النهائي فإذا ما استحال إثباتها بصفة مؤكدة في ظل القواعد التقليدية للمسؤولية الطبية، بحث القاضي عن رابطة أخرى تصله بالضرر الأولي المتمثل في فوات الفرصة، ومن ثم لا يجب على المضرور أن يثبت أن خطأ الطبيب يمثل السبب المؤكد والمباشر لتحقيق الضرر، بل يكفي أن يثبت أنه كان من شأنه حرمانه من فرصة الشفاء بحيث لولاه لوجد احتمال لتفادي تدهور حالته أو تجنيبه الضرر الحاصل.

وفي ظل انعدام رابطة السببية بمعناها التقليدي بين الخطأ والضرر النهائي<sup>(2)</sup>، فإن السببية المؤكدة والمباشرة في نطاق فوات الفرصة في مجال الطبي هي تلك التي تقوم بين الخطأ والضرر الأولي، فيكون الضرر بهذا المعنى مباشرا ومحققا متى قام يقين على هدر احتمال تحقق فرصة محققة الوجود نتيجة للخطأ الثابت نسبته للطبيب.

وإذا كان التمييز بين الضرر المباشر وغير مباشر هو مناط ثبوت علاقة السببية التقليدية، طبقا للمبدأ القاضي باقتصار التعويض على الضرر المباشر، بحيث تثبت بوجود الضرر المباشر باعتباره نتيجة طبيعية لإخلال المدين بالتزامه أو نتيجة مباشرة للخطأ الذي ينعاه المضرور، بحيث لا حيلة له في توقيه ببذل جهد معقول، وتنقطع بالنسبة للضرر غير المباشر الذي لا يكون نتيجة طبيعية ومألوفة للخطأ، غير أن القضاء أبدى تساهلا ومرونة غير مسبوقه بالنسبة لهذا

(1) F.Chabas. Note sous T.G.I Montpellier. 21 déc..1970,D.1991, Jurisp. p.637.

(2) Julie Haberer.La perte d'une chance, Mémoire de DEA de droit privé, Université Paris 1,1997,p.37.

الشرط في نطاق فكرة فوات الفرصة<sup>(1)</sup>, مستعينا بآليتين تتيحان له سلطة في تقدير رابطة السببية وتطويعها بما يتماشى وخصوصية هذا الضرر، ومن أبرز الحلول القضائية في مواجهة عدم ثبوت علاقة السببية في فوات فرصة الشفاء فكرة الخطأ المفترض والتعريض للخطر.

### أولاً: تأسيس السببية المفترضة على فكرة الخطأ الاحتمالي.

شكلت خصوصية الضرر وصعوبات الإثبات في الحقل الطبي دافعا قويا للاجتهاد القضائي نحو ابتكار قواعد جديدة قائمة على افتراض الخطأ في الأحوال التي يتطلب فيها القانون وجوده، وبالتالي افتراض قيام رابطة سببية بين الخطأ المحتمل وبين الضرر الثابت، أو الاكتفاء بافتراض رابطة السببية بين الفعل الضار وبين الضرر طالما أن هذا الأخير قد نجم أثناء التدخل الطبي أو بالتزامن معه، في الأحوال التي لا يشترط فيها القانون الخطأ لقيام المسؤولية.

وفي هذا الصدد قررت محكمة النقض الفرنسية بمقتضى قرارين صادرين من الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 23 مايو 2004، أن مسؤولية الطبيب تنعقد لمجرد تولد نتائج ضارة عن العلاج (le traitement) أو التدخل (l'intervention) الذي أجراه، على نحو يمكن معه استخلاص خطئه من الطبيعة الخاصة للضرر (la faute est déduite du dommage)<sup>(2)</sup>.

وقد استعان القضاء المدني الفرنسي في مواجهة الغموض حول الضرر المباشر- بفكرة الخطأ المقدر وهو ما اصطلح عليه بالخطأ المضممر (Faute incluse) أو المفترض (Faute présumée) أو الاحتمالي<sup>(3)</sup> (éventuelle).

## جامعة القاهرة

(1) G.Durry, note sous cass-civ 1 ere-17\11\1982, R.T.D.Civ, 1983,p.547.

(2) la cour de cassation se prononça ainsi: " la responsabilité est engagée du seul fait que le traitement ou l'intervention provoque un résultat dommageable, de sorte que la faute est déduite du dommage". Voir cass-civ,23 mai 2000. Publié en ligne sur: [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).

(3) أشرف جابر سيد، التعويض عن تفويت فرصة الشفاء أو الحياة، المرجع السابق، ص 20.



أو ((virtuelle كأساس للسببية المفترضة<sup>(1)</sup>، وقوامها استخلاص الخطأ من مجرد وقوع الضرر بصرف النظر عن كونه مباشراً أم غير مباشر، متى وجدت ملائمتها قاطعة الدلالة عليه بالاستناد لنص المادة (1353) من القانون المدني الفرنسي، ومن ثم افتراض السببية بينهما، وذلك خلافاً للقواعد العامة التي تتطلب إثبات الخطأ المدعى به في الالتزامات ببذل عناية.

وقد جرت أحكام هذا القضاء كنتيجة لذلك على الحكم بالتعويض في جميع الأحوال التي يقوم فيها شك حول قيام علاقة سببية بين الخطأ الطبي وتفويت الفرصة على المريض<sup>(2)</sup>، بمقتضى ما يملكه القاضي من سلطة في استخلاص السببية المفترضة من واقع القرائن والملابسات المتاحة، مستندا إليها في اعتبار الضرر الحاصل نتيجة مباشرة لخطئ الطبيب.

بيد أن الاجتهاد القضائي ظل متذبذباً حول هذه النقطة، وهو ما يتضح جلياً في القرار الصادر من محكمة التمييز الفرنسية بغرفتها المدنية الأولى بتاريخ 27 مايو 1998، والذي عبرت من خلاله عن أملها في رسم حدود للجوء إلى الإثبات بالافتراض (la preuve par présumption)، معتبرة أن مفهوم الخطأ المضمرة القائم على عدم تحديد طبيعية الضرر وحده هو مفهوم مغلوطة<sup>(3)</sup>.

ولم يسلم هذا المسلك القضائي من النقد على سند من القول بأنه وقع في

(1) انظر أحمد شرف الدين، مسئولية الطبيب، مشكلات المسئولية المدنية في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقضاء الكويتي والمصري والفرنسي، مطبوعات جامعة الكويت، 1986، ص 82.

(2) J. Saison, Essai sur les variations de l'exécution de la faute médicale au regard des fonctions de la responsabilité. Thèse de doctorat non publiée, faculté de droit de Lille, 2000, p.66.

(3) voir dans ce sens Bernard Dapogny, Le conseiller juridique pour tous " les droits des victimes de La médecine", Edition Du Puits Fleuri, Paris, 2009, p.p 189 et.s. qui affirme que: " la jurisprudence est fluctuante sur ce point: ainsi, la cour de cassation a souhaité marquer une limite au recours à la preuve par présomption, considérant erronée la notion de faute incluse tirée de la seule anomalie du dommage et de sa gravité".

خلط بين نطاق الضرر الناجم عن فوات الفرصة المزعومة وبين أسباب الضرر النهائي وصلته السببية بذلك الضرر الخاص، وذلك بالخروج بفكرة فوات الفرصة من دورها في تقدير الضرر الذي يكون جوده أو نطاقه محل شك- رغم ثبوته يقينياً في حق المسئول- إلى التقصي عن سببه بإثبات السببية المحتملة في حالات لا يكون فيها الضرر واضحاً بينما تكون هناك علاقة مؤكدة بين الضرر والفعل الضار من جهة، بالإضافة إلى عدم تقيده بقواعد الإثبات وأحكام المسؤولية التقليدية بما في ذلك تغيير طبيعة التزام الطبيب ببذل عناية ونقلها لمصاف الالتزامات بتحقيق نتيجة<sup>(1)</sup>.

أما بالنسبة للقضاء الإداري الذي ضل معتقداً فكرة الخطأ الجسيم<sup>(2)</sup> كأساس لمسؤولية الطبيب لصرح من الزمن، فقد حاد عن موقفه متبنياً فكرة فوات الفرصة في قضية<sup>(3)</sup> (Gomez) كسابقة قضائية لمحكمة الاستئناف الإدارية بليون سنة 1990، وتلاها حكم مجلس الدولة في 10 أبريل 1992 في قضية (Eoux V)<sup>(4)</sup>، والذان كرسا توجهها جديداً للقضاء الإداري الفرنسي باللجوء لفكرة فوات الفرصة كلما ثار الشك حول الطابع المباشر للضرر أو حول ثبوت علاقة السببية.

وقد شكّل هذا التوجه الجديد للقضاء الفرنسي مفاجأة للفقهاء ومثارا لدهشتهم

(1) وعلى عكس ذلك ذهب البعض إلى تمييز فكرة الخطأ الاحتمالي عن الالتزام بتحقيق نتيجة في نطاق المسؤولية الطبية، ذلك أن مجرد تخلف النتيجة التي ينتظرها المريض كفيل بإقامة مسؤولية قوامها الخطأ سواء كان ثابتاً أو مقترضاً على خلاف في الرأي، بينما يفترض خطأ الطبيب عملاً لفكرة الخطأ الاحتمالي حينما يصيب المريض ضرراً ما كان ليقع لولا وقوع خطأ من الطبيب، وهي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، وبالتالي فإن المسؤولية في نطاق الالتزام بتحقيق نتيجة لا يمكن دفعها إلا بإثبات السبب الأجنبي، بينما يستطيع الطبيب دفع هذه المسؤولية ليس فقط بإثبات السبب الأجنبي وإنما بإثبات الظرف الأجنبي ونفي الخطأ المنسوب إليه، انظر في تفصيل هذا الرأي: محسن البيه، نظرة حديثة لخطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 293.

(2) انظر في استعراض نظرية الخطأ الجسيم وتقديرها عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 158، محسن البيه، المرجع السابق، ص 30، أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 33.

(3) C A A. Lyon, 21/12/1990.cons. Gomez, 21 juillet 1991. Note D. Chabanol. JCP. 1991, no 21698.

(4) C.E. Ass, 10\04\1992,D.1993, concl.Légal.p.146.

لاسيما إزاء تأسيس المسؤولية على خطأ احتمالي، وهو ما عبر عنه أحد الفقهاء في خضم تعليقه على قرار محكمة استئناف باريس الصادر في 31 مايو 1966<sup>(1)</sup> قائلاً: "ويبقى هذا القرار مثيراً للدهشة إذا لم نأخذ بعين الاعتبار الرغبة الجامعة لهذا القضاء في تعويض ضحايا التقنيات الطبية المعقدة بأي ثمن"<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: تأسيس السببية المفترضة على فكرة التعريض للمخاطر.

لجأ القضاء في حالات أخرى لفكرة فوات الفرصة لتقدير سبب الضرر، بصدد حالات أهدرت فيها فرص مرجحة في الشفاء أو الحياة بطريقة مجهولة، وإن كانت تتعلق في حقيقة الأمر بضرر تام وكامل وليس مجرد فرصة مستقبلية<sup>(3)</sup>، حين

(1) la cour d'appel de Paris se prononça de la manière suivante: "Considérant que la nature des troubles don le demandeur a souffert, leur localisation aux membres supérieurs, le temps ou il sont apparus, leur résorption dans une mesure considérable, les risques de troubles de ce genre, au cour de l'intervention chirurgicales, les causes qui les expliquent et dont l'une, la traction ou l'abduction utilisée pour une perfusion doit être écartée, la perfusion ayant eu lieu au pied, le bon état de l'organisme du demandeur avant l'opération, à l'exécution de l'organe malade, le fait que l'expert n'envisageait pas l'hypothèse d'une autre origine de troubles constatés, forment de ensemble de présomption graves, précise et concordantes qui donnent à la cour la conviction que la paralysie dont le demandeur s'est trouvé atteint provient de ce que les précautions suffisantes n'ont pas été prises pour éviter que durant l'intervention, la position du bras n'entraîne la compression des nerfs, que cette déduction tirée de fait constants ne peut être déduit par ka seule déclaration de l'anesthésiste dont lq responsabilité est cherchée qu'il a soigneusement évité de donner au bras une position dangereuse". cour d'appel. Paris, le 31 mai 1966, disponible en ligne à l'adresse suivante: <http://www.ca-paris.justice.fr>.

(2) Bernard Dapogny, op.cit, p. 199, commenter l'arrêt en disant: "cette décision est d'autant plus surprenante; si l'on excepte le désir d'indemniser à tout prix la victime, qu'elle est intervenue dans un domaine de très grande technicité médicale.

(3) ذهب بعض الفقه وعلى رأسهم الفقيه سافاتي(Savatier) إلى أن هذا القضاء ألبس الضرر النهائي ثوب فوات الفرصة لعدم تمييزه بين الفرصة الماضية التي يترتب عن فواتها ضرراً

يظل سببه مجهولاً أو غير مؤكد، حيث أقر في مناسبات عدة مسئولية مقدمي الرعاية الطبية عن مسلكهم في التشخيص أو العلاج أو الاخلال بالتبصير في دعاوى تدهورت فيها حالة المرضى بشدة أو أصابتهم أضرار ذات خصوصية نادرة (résultats d'une particulière anomalie)<sup>(1)</sup>، دون أن يثبت بطريقة مؤكدة تماثله للشفاء أو بقاءه على قيد الحياة لولا حدوث الفعل الضار، مقراً إمكانية افتراض رابطة سببية بين الخطأ أو الفعل الضار- في وقت لاحق- من جهة وبين الضرر المدعى به من جهة أخرى، حيث يمكن للقاضي أخذاً بعين الاعتبار جسامة واستثنائية النتائج (l'anormalité du prejudice) الحاصلة بمناسبة العمل أو على إثره أن يستخلص خطأ الممارس، دون أن يكون من الضروري أن يثبت أن الضرر ناجم مباشرة وبصفة مؤكدة عن الخطأ، وإنما بمقتضى قرائن أو افتراضات قوية دقيقة ومتوافقة ( présomption graves, )

حقيقياً، وبين الفرص المستقبلية التي تفوت على صاحبها فرصة كسب، وتجنبه خسارة مستقبلاً،  
أنظر:

Cass-civ, 1<sup>ère</sup> 14\12\1965, J.C.P.1966, 2, P.14753, note sous Savatier.

(1) وقد جاء في القضاء الحديث لمجلس الدولة في مجال مسؤولية المستشفيات والمنشآت الصحية العمومية، الذي يتلمس من خلال قراراتين شهيرين هما (l'arrêt Bianchi) الصادر بتاريخ 9 أبريل 1993، وقرار (l'arrêt) Hopital Joseph Imberles المؤرخ في 3 نوفمبر سنة 1997، تقرير مسؤولية المستشفى أو المرفق العام عن الأضرار ذات الخطورة الاستثنائية التي يتعرض لها المريض طالما كانت منقطعة الصلة بحالته المرضية السابقة، وإن لم تعزى في ذاتها لخطأ طبي، وقد جاء نص القرار كالآتي:

" l'orsqu' un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque d'ont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement expose, la responsabilité du servisse public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe du dommages sans rapport avec l'état initiale du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravite."

conseil d'état français, le 3 novembre 1993, arrêt Hôpital Joseph Imbert D'Arles, Dalloz, 1998, jurisprudence, p 146.

conseil d'état français, le 9 avril 1993, l'arrêt Bianchi-la semaine juridique, 1993-2 pp.21.22.

(précises et concordante) مؤسسا السببية المحتملة بين تفويت فرصة الشفاء وفعل الطبيب على فكرة التعريض للخطر، التي مؤداها اعتبار الضرر مباشرا في الأحوال التي ينجم فيها عن التدخل الطبي مخاطر غير مألوفة لا تعتبر تطورا طبيعيا للحالة الصحية للمريض، وإن لم تكن نتيجة طبيعية لإخلال الطبيب بالتزامه ببذل عناية.

ويؤخذ على هذا التوجه أن التسليم بقيام مسؤولية جزئية في جميع الحالات التي تكون فيها رابطة السببية محل شك من شأنه تقويض مبادئ المسؤولية المدنية والاتجاه نحو مسؤولية بلا سببية<sup>(1)</sup>، كما أنه يؤدي إلى تراخي القضاة عن تقصي علاقة السببية وإقامة أحكامهم بالتعويض على مجرد الظن<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني

#### خصوصية السببية في نطاق فوات الفرصة الطبية

إذا كان تحديد قيمة الفرصة الضائعة منوطا بمدى صلابه علاقة السببية بين تفويت الفرصة والضرر المترتب عنها، فإن هذا التقدير لا يعتمد على عناصر ظاهرة ومحددة على غرار السببية التقليدية التي تقوم في جوهرها على اليقين والتأكيد، وإنما على عناصر احتمالية يغلب عليها الظن، وهو ما يضفي خصوصية على هذه السببية، وتتعرز خاصية الاحتمال في مجال المسؤولية الطبية نظرا لطبيعة العمل الطبي الذي لا يخلو من عنصر الاحتمال الذي يلازمه في كل مرحلة من مراحلها، ولا يفقد ذلك ما توصل إليه الفن الطبي من رقي، ذلك أن جسم الإنسان بما يخبؤه من مكونات نفسية وبيولوجية يظل عصيا عن الإحاطة بكافة أسرارها بصفة جازمة.

ولم تفلح المحاولات الفقهية المتعددة في تبرير تعويض ضرر فوات الفرصة في المجال الطبي من خلال النظريات التقليدية للسببية، مما جعل البعض يهجر هذه التبريرات الى تبني مفهوم خاص لرابطة السببية في مجال تفويت الفرصة أكثر

(1) A. Bénabent, Droit civil, Les obligations, coll.Domat, Montchrestien, 6 ème éd, 1997, p.679.

(2) J. Penneau, La responsabilité médicale, Sirey, 1977, p. 103.

مراعاة لخصوصيتها المبنية على الاحتمال.

أولاً: عجز النظريات التقليدية عن تبرير سببية فوات الفرصة الطبية.

أفرزت النظرية العامة للمسئولية المدنية عدة مفاهيم لعلاقة السببية لعل أهمها نظرية تعادل الاسباب ونظرية السبب المنتج أو الملائم.

1- قصور نظرية تعادل الأسباب في تبرير السببية في فوات الفرصة.

تعرف نظرية تعادل الأسباب (La l'équivalence des conditions) *théorie de* (التي ترجع صياغتها الأولى إلى الفقيه الألماني (Von buri) السبب على أنه : "كل عامل أسهم في حدوث الضرر متى ثبت أنه لولاه لما تحقق"<sup>(1)</sup>، فتشمل السببية بهذا المفهوم كل الوقائع اللازمة لوقوع الضرر والمساهمة في احداثه مهما كانت درجة تأثيرها، ومؤدى ذلك أن جميع هذه العوامل متساوية في احداث الضرر وفي التعويض دون موازنة بين عامل وآخر<sup>(2)</sup>، فإذا كان الضرر نتيجة لكل العوامل التي أسهمت في احداثه، فإن سببا منفردا لا يستوعب كل السببية، بل أن كل سبب من الأسباب المتعادلة يعطي للسبب الأخر " القدرة السببية "، وبدونه تبقى الأسباب الأخرى عديمة الفعالية<sup>(3)</sup>.

وإذا كان تطبيق هذه النظرية في مجال المسئولية الطبية من شأنه رفع بعض الغبن عن المضرورين من المرضى بكفالة تعويضهم، من خلال اعتناق مفهوم موسع لنطاق المسئولية<sup>4</sup> وتيسير مهمة الاثبات من ناحية أخرى، غير أن

## كلية الحموو

- (1) سليمان مرقس، المسئولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، أركان المسئولية، الخطأ، الضرر والسببية، مطبعة الجبلوي، مصر، الطبعة الثانية، 1971، ص 469.
- (2) عادل جبري حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته على توزيع عبء المسئولية المدنية، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الاسلامي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005، ص 289.
- (3) أشرف جابر، المرجع السابق، ص 148.
- (4) ويقصد بذلك أنها من جهة تشمل تعويض الأضرار المباشرة والأضرار غير المباشرة، انظر حسن علي الذنون، المبسوط في المسئولية المدنية، الجزء الثالث، رابطة السببية، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2006، ص 20. ومن جهة أخرى تساوي بين الأسباب المتضافرة في المسئولية، بحيث لا يسلم منها أي سبب ساهم في احداث الضرر على نحو يصدق معه تعبير بعض الفقه بقوله: "يمكن لكل شخص أن يحس بنصيب من الآلام التي تمزق الكون"

هذا التطبيق يرتب نتائج غير عادلة وغير مقبولة قانوناً<sup>(1)</sup>, حيث أنها تعتد بالدور الكيفي للأسباب المتعددة وتغفل الدور الكمي لها رغم كونه لازماً في تحديد دور كل منها في احداث الضرر وتقدير درجة مساهمتها في المسؤولية والتعويض<sup>(2)</sup>.

ومن خلال عرض مضمون هذه النظرية يتضح عدم انسجامها وفكرة فوات فرصة الشفاء أو البقاء لأكثر من اعتبار أولها ارتكازها على صفة اليقين والتأكيد, ذلك أنها لا تعتد سوى بالوقائع التي ثبت يقينا ارتباطها بالضرر بحيث لولاها لما تحقق الضرر, وبالتالي فإنها لا تستوعب خصوصية السببية القائمة على الاحتمال في فوات الفرصة, حيث لا يمكن الجزم على وجه اليقين بأنه لولا خطأ الطبيب لشفي المريض من علته أو لتجنب ضرر الوفاة أو العجز<sup>(3)</sup>.

كما أن فكرة وحدة الضرر وعدم تجزئة أسبابه مؤداها أن استبعاد أي من الاسباب المتضافرة في ايجاده تفضي إلى انتفاء الضرر بأكمله, طالما أن كل سبب منها ضروري ولازم بذاته لإحداث الضرر وإن كان غير كاف وحده لإحداث الأثر, مما ينتج عنه عدم تجزئة المسؤولية في حال تعدد الأسباب, وذلك على النقيض من فكرة فوات الفرصة التي تستوعب تقسيم المسؤولية في حال تعدد الفرص الضائعة, بحيث ينسب لكل عامل منها جزء من الضرر بقدر تسببه في احداثه<sup>(4)</sup>.

وأمام عجز نظرية تعادل الأسباب في تبرير تعويض ضرر فوات الفرصة,

qui déchire l'univers » « Chacun pourrait se sentir une part de responsabilité dans le mal

J. Penneau, La responsabilité médicale, op.cit,p.123.

(1) حسن علي الذنون, المرجع السابق, ص 18 وما بعدها, وأنظر في تفصيل عيوب مأخذ هذه

النظرية, عادل جبيري حبيب, المرجع السابق, ص 303-310.

(2) ابراهيم الدسوقي أبو الليل, تعويض تفويت الفرصة, القسم الأول, مجلة الحقوق, كلية الحقوق,

جامعة الكويت, العدد الأول, السنة العاشرة, يونيو 1986, ص 172. عبد السلام التونجي,

المسئولية المدنية للطبيب في الشريعة الاسلامية والقانون السوري والمصري والفرنسي, دار

المعارف, لبنان, سنة 1966, ص 310.

(3) Isabelle Souplet, La perte de chance en droit de la responsabilité médicale, Mémoire dans le cadre du DEA de droit public, Faculté des sciences juridiques et sociales, Université de Lille, France, 2002, p.18.

(4) ابراهيم الدسوقي أبو الليل, المرجع نفسه, ص 173.

تمت الاستعانة بنظرية السببية الملائمة.

## 2- عدم كفاية السببية الملائمة لتبرير فوات الفرصة الطبية.

تنطلق نظرية السبب المنتج أو السببية الملائمة ( La théorie de la causalité adéquate) التي تنسب الى الفقيه الألماني (Von Kris) من مبدأ التمييز بين الدور السببي الذي تلعبه العوامل المختلفة في تحقيق الضرر، حيث لا تعدد من بين سوى بالسبب الفعال أو المألوف الذي يعد شرطاً ضرورياً ولازماً لوقوع الضرر، بحيث يؤدي عادة الى احداث الضرر في ظروف مماثلة وبتعبير آخر يجعل حدوث الضرر محتملاً طبقاً للسير العادي للأمر<sup>(1)</sup>، دوناً عن السبب العارض أو الثانوي الذي لا يكون فعالاً بقدره، وبالتالي لا يقيم له وزن في تقصي رابطة السببية<sup>(2)</sup>، وبغية التمييز بين العوامل الفعالة والغير فعالة استعمل انصار هذه النظرية ضابطاً وسمه الفقيه فرنسوا شبا (F.Chabas) "بالاحتمال الموضوعي لتحقيق النتيجة"، ومفاده أن السبب لا يعتبر منتجاً إلا إذا كان بإمكانه منفرداً جعل تحقق الضرر أمراً محتملاً.

وتسند هذه النظرية للقاضي بما له من سلطة تقديرية واسعة مهمة تمحيص الأسباب التي تدخلت في احداث الضرر، بهدف استبعاد العرضية منها والاحتفاظ من بينها بالأسباب المنتجة فقط، ويكون بذلك قد توصل الى نتائج تحمل قدراً كبيراً من الاحتمال والترجيح الموضوعي على أن عاملاً ما هو سبب الضرر، مما يقرب به إلى الواقع ومن ثم الى اليقين<sup>(3)</sup>.

وتلتقي نظرية السبب الملائم بنظرية تفويت الفرصة من حيث الاعتماد على معيار التأثير السببي للعوامل المختلفة التي اشتركت في تحقيق الضرر عند تقدير التعويض، استناداً الى العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، بحيث يقارن القاضي عند تقديره للضرر الجزئي بين التأثير السببي لخطأ الطبيب الذي حرم المريض من فرصة الشفاء بالتأثير السببي للحالة الصحية السابقة للمريض واستعداداته

(1) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2، 1993، ص 193.

(2) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 472 وما بعدها.

(3) أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص 150.



المرضية ومدى قابليته للشفاء بالنظر الى تقدم درجة المرض<sup>(1)</sup>.

ورغم اشتراك كل من نظرية السببية الملائمة ونظرية فوات الفرصة من حيث قيامهما على درجة من الاحتمال بكون الخطأ الطبي هو سبب وقوع الضرر، غير أنهما تختلفان من حيث دور ودرجة هذا الاحتمال، حيث تعد نظرية السبب الملائم للاحتتمالات المرجحة بديلا لليقين غير المتحقق، فهو ليس مقصودا بذاته وإنما وسيلة لبلوغ اليقين حول علاقة "سببية يقينية"<sup>(2)</sup>، بينما تفترض فكرة فوات الفرصة الطبية هذا الاحتمال بصورة حتمية لتقرير حصول الضرر، فهو جوهرها ولا يمكن التغاضي عنه.

كما تتباين النظريتان بشأن عنصر الاحتمال، إذ يقارن القاضي في إطار السببية الملائمة بين أسباب محددة على وجه اليقين، بينما في إطار تفويت الفرصة في المجال الطبي فإن خطأ الطبيب أو غيره من العوامل ليس لها دور سببي أكيد بل محتمل في احداث النتيجة، وبالتالي فإن القاضي يقارن بين الآثار المحتملة للعديد من العوامل المحتملة بدورها.

ونظرا لقصور هذه النظرية في تبرير التعويض عن الفرصة المهذرة في المجال الطبي، تمسك اتجاه فقهي راجح بعنصر الاحتمال ليس باعتباره وسيلة لتقدير احتمال تحقق الضرر ابتداء من حدث ما بصفة عرضية، وإنما باعتباره عنصرا جوهريا وأساسيا.

ثانيا: نظرية دمج القانون الاحتمالي (Loi aléatoire) (بالقانون السببي ) (Loi causale).

في ظل فشل نظريات السببية التقليدية في تبرير تعويض فوات الفرصة اقترح الفقيه الفرنسي (Jack Boré) نظرية تقوم على دمج السببية بالاحتمال، أطلق عليها إدماج القانون السببي بالقانون الاحتمالي، وتجد هذه النظرية سندها في عدم وجود نظام سببي يقيني تكون كافة عناصره معلومة على وجه الدقة، بحيث يتواجد الاحتمال لرأب الصدع الذي يتخلف عن ذلك الشك من

(1) ابراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 175.

(2) M. Beraud, op.cit.p.23.

خلال تحديد فكرة السببية بناء على أسس علمية مدروسة عن طريق الإحصاء .

وبالنسبة لضرر فوات الفرصة فتتجاذبه -شأن سائر الأضرار- عوامل متعددة بعضها معروف كمدى فاعلية طريقة علاجية ما, وبعضها محتملة كأثار تطبيق تلك الطريقة على مريض بعينه, فيقوم القاضي خلال تقديره لقيمة الفرصة الضائعة باثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر بالاستعانة بعنصر الاحتمال الذي يتم تقديره حسابيا بحسب الخبرة الطبية, فإذا ما بينت أن علاجاً ما يؤدي الى نسبة شفاء عالية تصل إلى حد الترجيح المعقول الذي يكون كافياً لتقرير أن خطأ الطبيب في تطبيقها قد فوت فرصة شفاء المريض, فذلك وإن عد دليلاً معقولاً فإنه لا يصل الى حد اليقين<sup>(1)</sup>.

أما إن كان العلاج يشفي مريضاً من أصل اثنين, فإن للمريض نسبة شفاء تقارب 50%, فيقدر تعويض الفرصة بالنصف فقط, يخرج من دائرة الاحتمال المرجح بالشفاء إلى الاحتمال العادي, وذهب بعض الفقه الى أن احتمال تحقق النتيجة المنتظرة هي العلاقة بين عدد الحالات التي تتحقق فيها النتيجة المرجوة على العدد الإجمالي للحالات الممكنة<sup>(2)</sup>.

وأمام مرونة مفهوم فوات الفرصة أنشا القضاء الفرنسي قرينة قضائية " قرينة السببية " على قيام مسئولية الطبيب عندما يؤدي خطأه الى هدر فرصة الشفاء أو البقاء أو تلافي أي ضرر طبي طارئ على الحالة الصحية السابقة, من خلال استعمال الاحتمالات والأخذ بالمنهج الإحصائي لتقرير خاصية الضرر المباشر, بحيث لا يكون أمام المدعى عليه لدرء مسؤوليته سوى اثبات تدخل السبب الأجنبي<sup>(3)</sup>, وهو ما شكل حسب رأي البعض انقلاباً على القواعد التقليدية في الإثبات<sup>(4)</sup>.

(1) Isabelle Souplet, op.cit, p.18.

(2) La probabilité du résultat attendu: « C'est le rapport du nombre de cas favorables à ce résultat au nombre total de cas possibles » cité par Benchabane, op. cit.p.15

(3) Isabelle Souplet, op.cit, p.19.

(4) علي عصام غصن, المرجع السابق, ص 195.

وفي ظل عدم وجود موانع قانونية تعترض هذا المفهوم الخاص للسببية، يطوع القاضي فكرة فوات الفرصة مدفوعا بميله إلى تفسير الشك لمصلحة المريض المضرور، فيقيم قرينة على مسئولية الطبيب بالاستناد إلى إحدى نظريات السببية، وله مطلق الحرية في ذلك مادام المشرع لم يفرض عليهم نظاما محددًا للسببية، كما لم يفرض عليه الأخذ باليقين، فله أن يكون قناعته بواسطة القرائن الواقعية (présomptions de l'homme)، كما تمكنه الخبرة الطبية القائمة على الإحصاء من أن يتحصل على نسبة معقولة لظاهرة احتمالية، يبني على أساسها قناعته باعتبارها سبب حدوث الضرر.

ويؤكد أنصار هذه النظرية أن اعتداد القاضي بالاحتمال المبني على الحقائق العلمية لا يتضمن انكارا ولا اعتداء على قواعد الإثبات بل يقتصر دوره على نقل عبء الإثبات، ذلك أن الحق في التعويض لا يعرف إلا تأكيدا نسبيا، طالما أن الضرر المحقق ذاته هو الضرر الذي يغلب فيه الاحتمال والترجيح إلى درجة الاعتداد به قانونا، بينما الضرر المحتمل هو ما قل فيه الاحتمال إلى درجة عدم رجحانه والاعتداد به (1).

ورغم اشتراك أغلب النظم القضائية في الأسس العامة لتقدير قيمة الفرصة الضائعة، متمثلة في الاستعانة بالاحتمالات وتحليلها، غير أنها تختلف من حيث نسبة الاحتمالات التي تؤخذ بعين الاعتبار في تقرير مسئولية الطبيب عن تفويت الفرصة في المجال الطبي (2).

وقد لاقى استخدام فكرة فوات الفرصة في نطاق المسئولية الطبية بما تنطوي عليه من مفهوم خاص للسببية استحسان العديد من الفقهاء، الذين رأوا فيها حلا

(1) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 178.

(2) أخذ القضاء الفرنسي بفكرة الاحتمال الكافي، بينما كان القضاء البلجيكي أكثر حرصا من خلال إعمال فكرة الاحتمال الراجح، فهو لا يأخذ بالمبدأ القاضي بأن كل خطأ طبي يفوت بالضرورة على المريض فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، وإنما يقضي بتعويضها فقط إذا تبين حقيقة إمكانية تحقق الشفاء، وارتباط هذا الضرر بعلاقة مباشرة والخطأ المدعى به. أنظر في تفصيل ذلك،

وسطا من شأنه تجنب تطبيق قاعدة التعويض الكامل أو عدم التعويض<sup>(1)</sup>، فيما يتعلق بالأضرار الطبية التي غالبا ما تكون أسبابها شديدة التشعب، بحيث يصعب الجزم فيها بأن واقعة بعينها هي سبب الضرر، والتي تضطر القاضي إلى أن يحدد بشكل قاطع السبب المباشر للضرر، فيجد نفسه أمام مفترق طرق، بين القضاء باستحقاق التعويض كاملا عن الضرر النهائي، أو رفض التعويض كلية بحجة عدم تأكده من الدور السببي الكامل للفعل الضار في تحقق الضرر، وترك المريض مثقلا بتبعات خطأ لا يد له فيه.

## المطلب الثاني

### تعويض فوات الفرصة للاخلال بالتبصير في ضوء خصوصية الضرر

يتميز تعويض فوات الفرصة الناشئة عن الاخلال بالتبصير بمميزات تنبثق عن خصوصية ضرر فوات الفرصة وهو ما ينعكس على مقدار التعويض وكيفيته، وهو ما سنعالجه من خلال فرعين، الأول يتناول خصوصية ضرر فوات الفرصة في المجال الطبي وتقديره، الثاني يتناول تقدير مدى وتعويض فوات الفرصة الناشئة عن الاخلال بالتبصير الطبي.

## الفرع الأول

### خصوصية ضرر فوات الفرصة الطبية وتقديره

يعتبر الضرر قوام المسؤولية المدنية وركنها الركين<sup>(2)</sup>، الذي لا تقوم إلا لجبره، فلا قيام لها بدونه مهما بلغت جسامة الخطأ، فهو عنصر وجوبي حتى يتمكن المضرور من المطالبة بالتعويض<sup>(3)</sup>، وبهذا تتميز هذه الأخيرة عن قواعد الأخلاق نظرا لكون المسؤولية الأخلاقية تقوم لمجرد النوايا ولو لم تبرز نتائجها للوجود<sup>(4)</sup>، وعن المسؤولية الجنائية التي قد تعاقب على بعض الجرائم الشكلية دون

(1) أيمن ابراهيم العشماوي، تفويت الفرصة، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بدون سنة، ص 173

(2) محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام، الجزء الأول " مصادر الالتزام "، مطبعة جامعة القاهرة، سنة 1968، ص 259.

(3) نقض مدني مصري، 8 أبريل 1981، مج. س 21، ص 443.

(4) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 162.

اشتراط وقوع الضرر أو حتى على مجرد الشروع في القيام بجناية، ومن هنا قيل إن الضرر روح المسؤولية المدنية والعنصر الأساس فيها ( l'essence de la responsabilité civil)<sup>(1)</sup>.

وإذا كان الضرر يتمثل فيما يصيب الشخص من أذى في نفسه أو ماله، ولا يكون قبلاً للتعويض إلا إذا كان محققاً ومباشراً وقابلًا للتقويم النقدي، وأن ينطوي على مساس بمركز قانوني، فما مدى خضوع ضرر فوات الفرصة لهذه الخصائص العامة للضرر.

### أولاً: ذاتية ضرر فوات الفرصة.

أ- ازدواجية ضرر فوات الفرصة.

يعتبر فوات الفرصة ضرراً مزدوجاً ينطوي ضررين متباينين، الفرصة الضائعة التي تمثل الضرر الأولي أو المحقق المعوض عنه من جهة أولى، والحالة النهائية للضحية التي تمثل الضرر النهائي أو الضرر الاحتمالي، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على ذاتية الضرر الأولي وهو ما تجلى بوضوح من خلال أحد قراراتها المبادئ الصادرة في 7 فبراير 1990<sup>(2)</sup>، والذي قررت بمقتضاه أن: "إغفال الطبيب تبصير مريضه بمخاطر العلاج قد حرم هذا الأخير من اتخاذ القرار الملائم، مما فوت عليه فرصة تفادي خطر تحقق بصورة نهائية وهو ما يعد ضرراً مستقلاً عما لحقه من أضرار جسمانية".

ويتم تمييز ضرر تفويت الفرصة للضرر بإسباغ قيمة ذاتية خاصة للفرصة ذاتها<sup>(3)</sup>، فإذا كانت علاقة السببية بين الخطأ الطبي وبين الضرر النهائي غير

(1) حسن علي الذنون، الميسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول "الضرر"، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، الأردن، سنة 2006، ص 199.

(2) Cass-Civ, 1 ère, 07\02\1990, Gaz.Pal.1990, 2, p.123.voir aussi Cass-Civ, 1 ère, 12\12\1985,Gaz.Pal.1986, 1. Somm, p.244.

(3) يقصد بالفرصة الطريقة التي يتوقف عليها تحقق واقعة ما، فهي طريقة من طرق تحقق واقعة قدرية أو واقعة احتمالية، تقع إثر تحقق شروط غير معلومة مسبقاً، وفقاً لقدرية أو سببية الحوادث، فالمقصود بها إمكانية التحقق واحتماله، وتوضح مدى اقتراب الاحتمال إلى التحقق واليقين.

ثابتة، فإنها ثابتة أو مرجحة إلى حد كبير بين الخطأ وبين ضرر آخر نسبي يتمثل في فقد الفرصة في تجنب الضرر النهائي، وهنا تكمن القيمة الذاتية للفرصة الضائعة.

أما الضرر النهائي أو الاحتمالي فيتمثل في الكسب الاحتمالي الذي كان المدعي يأمل تحقيقه أو الخسارة التي كان يأمل تجنبها، ويشترط فيه ان يكون محتملاً أو ممكن التحقق بتوافر فرصة ترجح تحققه، ويبرز في إطار المسؤولية الطبية في صورة تحقق الخطر الذي كان المريض يأمل تجنبه من وراء التدخل الطبي، كخطر العجز أو الوفاة أو انتقال العدوى، أو ضرر الولادة المعاقة وغيرها.

وتحكم العلاقة بين الضررين تبعية الضرر الأولي للضرر النهائي، بحيث لا يمكن إثارة ضرر الحرمان من تحقق فرصة ما، إلا بعد تحديد الحالة النهائية التي تعاني منها الضحية، فبالرغم استقلالية فوات الفرصة عن الضرر النهائي فإن تحديد الضرر الحقيقي الذي رتبته تفويت الفرصة على المضرور يتم بالنظر إلى الحالة النهائية التي يتواجد فيها هذا الأخير، ذلك أن فوات الفرصة فكرة أو حقيقة مجردة، بينما يشكل الضرر النهائي حقيقة ملموسة، لذا يتم الاستناد عليه لتحديد طبيعة الضرر اللاحق بالمريض ومداه.

فعند طرح مسألة تعويض الفرصة الضائعة يجد القاضي نفسه ملزماً بالتمسك بعناصر الضرر النهائي، فلا بد له من تحديد كل الأضرار الواقعة وتقدير قيمتها، ثم تحديد الجزء الذي نشأ منها عن فوات الفرصة<sup>(1)</sup>، ومؤدى ذلك اعتبار ضرر تفويت الفرصة جزء من الضرر النهائي وإن كان مغايراً له من حيث الطبيعة، كما يتمسك القاضي بعلاقة التبعية التي تربط ضرر فوات الفرصة بالضرر النهائي حتى يفسر الشك القائم حول مدى تمتع المريض بفرص جدية للشفاء أو البقاء، وبالتالي تقدير التعويض المناسب لذلك الضياع، وبذلك تكون علاقة التبعية التي تربط الضرر الأولي بالضرر الاحتمالي بمثابة مفتاح لحل مسألة تعويض ضرر فوات الفرصة.

وينتج عن تمييز الضررين أن المضرور إذا أسس مطالبته على أساس

(1) M.Beraud,op.cit.p.14.

فوات الفرصة فلا يقضى له بتعويض الضرر النهائي، وإنما يقتصر الحكم على تعويض الفرصة ذاتها تعويضا كاملا، فلا يسأل المتسبب في فوات فرصة المريض في الشفاء أو الحياة، عن تعويض الضرر الناشئ عن الوفاة أو تفاقم الحالة المرضية<sup>(1)</sup>.

ب- فوات الفرصة ضرر محقق رغم ما يخالطه من احتمال.

تقف الفرصة باعتبارها احتمال مرجح (une probabilité suffisante) في منزلة وسطى بين الاحتمال واليقين، فهي احتمال أكبر من مجرد الأمل وأقل من اليقين، وتقدر قيمة هذه الفرص بقدر درجة هذا الاحتمال، بغير أن تصل درجة اليقين، وأثارت الصفة الاحتمالية لضرر فوات الفرصة الشكوك حول مدى جواز تعويضها في ضوء المبدأ القاضي بعدم جواز تعويض الضرر ما لم يتحقق فعلا أو كان قابلا للتحقق حتما مستقبلا، ولنكون بصدد فرصة معتبرة قانونا فلا بد أن تتصف هذه الفرصة بالحقيقية والجدية<sup>(2)</sup> بحيث تعكس وجود كسب محتمل أو مرجح الوقوع بقوة أو تجنب خسارة وشيكة ومؤكدة، وتكون الفرصة مجرد افتراض حين يكون وقوع الضرر أمرا محتملا منبث الصلة بالخطأ الطبي<sup>(3)</sup>.

ولكي يقدر ضرر فوات الفرصة باعتباره ضررا محققا واجب التعويض، فلا بد أن تكون فرصة تحقق النتيجة المرجوة قد ضاعت على المضرور بصفة مؤكدة ونهائية<sup>(4)</sup>، بحيث يحرم من الكسب الذي كان يأمله، وهو ما يعبر عنه بكون

## كلية الحقوق

(1) Cass-Civ, 1<sup>ère</sup>, 27\03\1973, Bull.Civ, 1, n 115.

(2) Cass-Civ, 1<sup>ère</sup>, 10\01\1990, Bull.Civ, 1, n10.

أنظر كذلك ما قررته محكمة النقض المصرية من أن: "تفويت الفرصة وإن كان يجيز للمضرور أن يطالب بالتعويض عنه على أن يدخل في عناصره ما كان المضرور يأمل في الحصول عليه من كسب من وراء تحقيق هذه الفرصة، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الأمل قائما على أسباب مقبولة، من شأنها طبقا للمجرى العادي للأمر ترجيح كسب فوته عليه العمل الضار غير المشروع. نقض مدني، الطعن رقم 7085 لسنة 63، جلسة 1995/11/30، مجموعة المکتب الفني، سنة 64، ص 1285.

(3) Cass-Civ, 1<sup>ère</sup>, 07\06\1988, Bull.Civ, 1, n180

(4) أنظر نقض مدني مصري، 10 نوفمبر 1991، طعن رقم 837، لسنة 52، ق.س. 32، 403.

الفرصة حالة أو مستقبلية<sup>(1)</sup>، فإذا كانت هذه الأخيرة أمرا محتملا فإن في ضياعها أمر محقق عاجلا أم مستقبلا، وفي الحرمان من الفرصة ضرر محقق وإن كانت الإفادة منها أمرا محتملا، ولهذا فإن التعويض لا يكون عن الفرصة ذاتها وإنما لفواتها.

وزيادة على التأكيد حول ضياع الفرصة فلا بد من توافر شرطين، أولهما أن يكون فوات الكسب مؤكدا ونهائيا، وثانيهما أن يكون الضرر المترتب عنها محققا، ويعد اشتراط التيقن والتحقق في الحرمان النهائي من الكسب الاحتمالي أمرا منطقيا كون الحرمان منه يشكل ضررا محققا، أما إذا كان الضرر محتملا فقط، لعدم التيقن من الحرمان النهائي من الكسب الاحتمالي، فإنه يكون بذلك افتراضيا لا يصلح أساسا للتعويض.

فلا بد أن يتبع توافر نسبة احتمال امكانية تحقق الفرصة، التأكيد حول ضياع النتيجة المرجوة من الضحية من خلال السير العادي للأمر، فلا يقع التأكيد على النتيجة المرجوة مستقبلا، بل على ضياعها وأنها لن تظهر مستقبلا<sup>(2)</sup>، حيث لا يمكن القول بأن تحقق الضرر لم يعد متوقفا على وقائع مستقبلية أو احتمالية، بل أصبح واضحا بصفة نهائية ومستقرة، وفي هذه الحالة يرد اليقين على عكس ما كان مرجحا في عدم تحقق الخسارة المأمول تجنبها، كتنوحي مرض معين وما يترتب عليه من الشفاء أو تجنب خطر العدوى، ويتمثل اليقين هنا في وقوع خطر العجز أو انتقال المرض، الذي أصبح نهائيا بعدما كان قبل التدخل الطبي أمرا محتملا<sup>(3)</sup>.

على أن هذا الفقد النهائي والمؤكد للكسب المحتمل غير كاف بذاته لاستحقاق التعويض، وإنما يجب التحقق من تحقق الضرر المتمثل في عدم تحقيق

(1) يشكل فوات الفرصة ضررا حالا أو مستقبليا، ويعرف الضرر الحال بأنه الضرر الذي ثبت حدوثه فعلا على إثر وقوع الفعل الضار، وأصبح محققا، أنظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 179. ويؤدي ضياع الفرصة بصفة أكيدة إلى اعتبار الضرر حالا، ويشكل ضرر فوات الفرصة ضرا مستقبليا عندما تظهر الفرصة كأمر قد يتحقق مستقبلا ومثاله أن يؤدي خطأ الطبيب بمنح جرعة زائدة من التخدير إلى شلل الطفل المتلقي له، فيضيع أمل الوالدين في رعايته لهما في شيخوختهما. أنظر عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 396.

(2) Yves Chartier, op.cit.p.51.

(3) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 124.



الكسب المأمول أو تفادي الخسارة<sup>(1)</sup>، حيث أن ثبوت تحقق الضرر الذي سعت الفرصة الضائعة لتجنبه وهو ما يبرر التعويض عن فوات الفرصة، فهناك حالات لا يمثل مجرد فوات الفرصة بصددها في ذاته ضررا في حق من فاتته الفرصة، ويتحقق ذلك بصفة خاصة عندما لا يكون قد نجم عن فوات الفرصة مركز ضار، عندئذ لا يكفي اثبات فوات الفرصة للتعويض، وإنما يقع على المدعي إثبات الضرر الفعلي الذي أصابه.

وقد ثار خلاف حول طبيعة ضرر فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية المترتبة عن الإخلال بالالتزام بالتبصير، متمثلا في فرصة تجنب الضرر الناتج عن تحقق الخطر الذي لم يعلم المريض بإمكانية حدوثه، فقد رفض البعض تعويضه على أساس أنه ليس ضررا محققا، لأن المريض عند لجوئه للطب بما يكتنفه من احتمال يكون قد رضي بصفة تلقائية بمخاطر التدخل الطبي وأنه على دراية بكونه علما لا يخلوا من المخاطر، وهو ما قررت محكمة النقض الفرنسية بمقتضى قرارها الصادر في 25 فبراير 1997 في قضية ( Communauté Urbaine de Lyon ) أين استبعدت مسؤولية الطبيب ورفضت تعويض فوات الفرصة مؤسسة قضائها على اعتبار الضرر الناتج عن تحقق الخطر من قبيل الاحتمال الذي يهيمن على كل عمل طبي.

ويظل هذا التوجه شادا بالنظر للاستقرار القضائي المستقر لمحكمة النقض حول اعتبار الضرر الناشئ عن الإخلال بتبصير المريض ضررا محققا يستوجب التعويض عنه<sup>(2)</sup>.

#### ثانيا: تقدير ضرر فوات الفرصة الطبية.

إن لتقدير قيمة الفرصة الضائعة أهمية كبيرة، باعتبارها تمثل الضرر المحقق الذي لحق المضرور من فوات كسبه المأمول وعلى أساسها يحدد التعويض المستحق، ولا شك أن تقرير قيمة هذه الفرصة من أصعب ما يعترض

(1) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 125.

(2) Christian Laroumet، L'indemnisation de l'aléa thérapeutique, D.n 4 du 28/01\1999, rub Chron, p. 36.

القاضي عند تقديره التعويض المناسب لها، ويتمتع قضاة الموضوع بسلطة واسعة في تقدير مدى وجود وجدية الفرصة المدعى بها، نتيجة لعدم استناد اثبات ضرر تفويت الفرصة أو تقديره لأي نص تشريعي خاص، غير أن القضاة محكومون في تقديرها بجملة من العناصر الخاضعة لرقابة محكمة النقض باعتبارها محكمة قانون.

#### أ- سلطة القاضي في تقرير فوات الفرصة.

إن سلطة قاضي الموضوع في تقرير وجود فرصة جدية وحقيقية وضياعها ما هي الا تطبيق للقواعد العامة المسلم بها، والتي تقضي بأن قاضي الموضوع يملك سلطة مطلقة في تقدير وجود الضرر، ولما كان فقد الفرصة تطبيق خاص للضرر فإنه يخضع بالتالي لهذه السلطة التقديرية، كما تجد مبررها بالنظر الى الاحتمال الذي يطغى على فكرة فوات الفرصة في المجال الطبي، فيجد القاضي نفسه مجبرا على حساب دقيق لعنصر الاحتمال، لسيام اذا ما تعلق الامر بتصور ردة فعل المريض الايجابية او السلبية تجاه العلاج المقترح لو تم اعلامه بكافة مخاطره.

يقيم القاضي عند تقديره لقيمة الفرصة وزنا كبيرا لعنصر الاحتمال في تحققها، وذلك بالمقابلة والمقارنة الجدية بين الفرص الايجابية التي تكون في صالح المضرور، والفرص السلبية التي تكون في غير صالحه، وذلك بعد تحديد المرض والخطر الذي يتوقع المريض تفاديه من خلال التدخل الطبي<sup>(1)</sup>، ومن أمثلة ذلك ما قرره محكمة استئناف باريس بتاريخ 10 مارس 1996<sup>(2)</sup>، من تقرير مسؤولية طبيب التوليد عن فوات فرصة بقاء المريضة على قيد الحياة، جراء امتناعه عن تقديم العناية اللازمة، دون إثبات رابطة السببية بين الخطأ والوفاة.

وقد تمسك قاضي الموضوع بالفرص الاحصائية لتطور المرض وليس بالفرص الفردية الخاصة بحالة المريضة، والتي يجب الأخذ بها لتقرير المسؤولية عن فوات الفرصة، حيث استعان بنظرية فوات الفرصة كوسيلة لتغطية نوع من

(1) ابراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 121.

(2) Jean Pennau, La responsabilité médicale-op.cit.p.p 212 et s.

السببية الإفتراضية (Hypothétique) وليس السببية الاحتمالية بين الخطأ الطبي والوفاة، راميا عرض الحائط بتقارير الخبرة الطبية الذي أكدت أن الوفاة حدثت بسبب تجلط الدم (Fibrinolyse) وهي ظاهرة نادرة الحدوث في حالات الولادة الطبيعية، إذ بينت الاحصائيات أن نسبة الوفيات عنها تتراوح بين 15 و20%، وهي النسبة التي تمسكت بها المحكمة لتبرير قرارها.

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على وجه لا يقبل التفسير السلطة المطلقة لقضاة الموضوع في تقدير وجود الفرصة وفواتها، مقررًا بمقتضى قرارها الصادر 30 أكتوبر 1995<sup>(1)</sup>: "إن محكمة الاستئناف بعد أن أوضحت الأخطاء التي وقع فيها طبيب التخدير، قد أكدت مستندة الى تقرير الخبرة عدم إمكانية الجزم على وجه اليقين حول ما إذا كان بإمكان العمل الطبي أن يغير حال المريضة، وقد استخلصت من ذلك بما لها من سلطة مطلقة في التقدير، أن الأخطاء المرتكبة قد حرمت المريضة فقط من فرصة تجنب هذه المضاعفات".

غير أن القول بالسلطة التقديرية المطلقة لقضاة الموضوع في تقدير قيمة الفرصة الضائعة لا يعني أنه لا معقب عليهم في أحكامهم، التي تبقى خاضعة لرقابة محكمة النقض التي تحرص على صحة الاستخلاص الذي يتوصل اليه قاضي الموضوع فيما يتعلق بتوافر شروطها بالتحقق من مدى جديتها مشروعيتها، والتحقق من المعايير التي اعتمدها في تحديد عناصر الضرر وبالتالي الاعتراف بفقدانها من عدمه، كما تفرض رقابتها على التحقق من أن القضاة قد أجابوا فعلا على طلبات الخصوم فيما يتعلق بتفويت الفرصة<sup>(2)</sup>، كما تتحقق من تسبب الأحكام ومطابقتها لأحكام القانون وبهذا الاستقصاء تبسط المحكمة رقابتها بطريقة غير مباشرة على صحة التقديرات المتعلقة بضرر فوات الفرصة، وإن كانت هذه الرقابة بدورها تظل مقيدة بما هو ثابت لقضاة الموضوع من سلطة تقديرية فيما يتعلق بمسائل الإثبات في حال وجود شك يحول دون الاعتراف بالفرصة، وكذلك فيما يتعلق باستخلاص القرائن الكافية للإثبات<sup>(3)</sup>.

(1) Jean Pennau, La responsabilité médicale-ibid, p.216.

(2) أيمن ابراهيم العشموي، المرجع السابق، ص 85.

(3) ابراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 121.

ب- عناصر تقدير ضرر فوات الفرصة الطبية.

إذا كان تقدير التعويض من المسائل التي يستقل بها قضاة الموضوع، فإن تعيين العناصر المكونة للضرر قانوناً والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض لهو من المسائل التي تهيم عليها محكمة النقض.

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 20 يونيو 2000<sup>(1)</sup>، بأن مهمة القضاة بصدد فوات الفرصة الطبية تكمن في التقصي عن إمكانية رفض المريض للعلاج المقترح، وبهدف الوصول إلى تلك النتيجة فلا بد لهم من الموازنة بين آثار تطور حالته المرضية والآثار المترتبة عن وقوع مخاطر العلاج، فهو الأمر الذي يمنح المريض حرية الاختيار بينهما، مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة المرض وتطوره المتوقع وشخصية المريض.

و هو المنهج الذي طبقه مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Telle)<sup>(2)</sup>، إذ قام بالموازنة بين مخاطر التدخل الطبي ومخاطر التطور المتوقع لحالة المرضية التي يعاني منها المريض لاستخلاص القرار المحتمل للمريض وبالتالي تقدير قيمة الفرصة، بالجمع بين عناصر ذاتية وأخرى موضوعية.

#### 1- العناصر الشخصية في تقدير فوات الفرصة الطبية.

إن من أهم عناصر تحديد قيمة ضرر فوات الفرصة العناصر الذاتية التي تتعلق بتحديد احتمال رفض التدخل الطبي بالاستناد إلى معيار المريض العادي<sup>(3)</sup>، إذ يقوم القاضي القيام في تحليله بطرح التساؤل التالي: ضمن عشرة أشخاص

(1) Cass-Civ, 20\06\2000, J.C.P. cité par Boussard Sabine, op.cit.p.203.

(2) CE, Sect, 05\01\2000, consort Telle a disposé que: « La réparation du dommage résultant pour M. Telle de la perte de chance de soustraire au risque qui céest finalement réalisé doit être fixé à une fraction des différents chefs de préjudices ; que compte tenu du rapprochement entre d'une part les risques inhérents à l'intervention et d'autre part les risques d'hémorragie cérébrale qui était encourue en cas de renoncement à ce traitement ... », R.F.D.A.n 2, 2000, P.652.

(3) Michel Pennau, Le défaut d'information en médecine (note sous CA Angers, 11 sep 1998), D. n3 du 21\01\1999, rub juris.p.50.

متواجدين في نفس الحالة الصحية للمريض، كم منهم سوف يرفض التدخل الطبي المقترح<sup>(1)</sup>، ويعتبر هذا التحليل ذو طابع شخصي كون نسبة الاحتمال التي يتوصل إليها غير ثابتة وقابلة للتغير من قاض إلى آخر، وتتحدد الإجابة على هذا التساؤل بالإطلاع على جملة العناصر الشخصية المتعلقة بالمريض.

\* مدى ضرورة التدخل الطبي بالنظر للحالة الصحية السابقة للمريض:

تعد الحالة الصحية السابقة للمريض من أهم العناصر الذاتية في تقدير الضرر<sup>(2)</sup>، ذلك أن القول بفوات الفرصة في المجال الطبي يستلزم في المقام الأول أن تكون هذه الأضرار مستقلة تماما عن الحالة السابقة للمريض، بحيث لا يمكن اعتبار الضرر الناجم عنها بأية حال امتدادا لهذه الحالة، ولا محصلة طبيعية للتطور السلبي لها بسبب الخطأ الطبي، بل هي مشاكل صحية مستجدة ذات طبيعة مغايرة، وهو ما يطلق عليه الفقه "شرط جدة الضرر".

كما أنه من ناحية أخرى كلما كانت حالة المريض السابقة للتدخل الطبي الذي اخضع إليه بغير رضاه حرجة وخطيرة، كلما كانت ضرورة التدخل الطبي أكبر للحفاظ على حياته وسلامته، وهو ما لا يترك مجالاً للمريض للخيرة بين قبول التدخل الطبي أو رفضه إلا في أضيق الحدود، كما تبرز أهميتها في إجراء الموازنة بين احتمالات المخاطر المصاحبة للتدخل الطبي من عدمه، ويأخذ القاضي في تقديره قيمة الفرصة الضائعة بعين الاعتبار مدى تأثير الحالة السابقة في اتخاذ القرار الطبي للمريض.

\* الاستعداد المسبق: (Prédisposition de la victime).

يندرج الاستعداد المسبق تحت مفهوم أوسع نسبياً هو الحالة السابقة

(1) « Sur dix personnes raisonnables placées dans la même situation que le patient, combien auraient refusé l'intervention ? » DIDIER Chauvaux, Conclusion sur le conseil d'état, Section 5 janvier 2005, Assistance publique-hôpitaux de paris, c\ M Guilbot et Epoux Telle, R.F.D.A, n 3, 2000, p.648.

(2) CAA. de Paris, 09\06\1998, conclusion sou, E. Corouge, RFD administratif, mai 2000, p.273.

(L'état antérieur ou initial)، التي يعد من المفاهيم المعقدة كونه يتسع ليشمل كل ما يكتنف الحالة الصحية للمريض في وقت ما، سواء كانت أمراضا سبق اكتشافها أو حتى أمراضا خفية أو عجز ما أو مجرد استعدادات فطرية عضوية أو نفسية، ونظرا لتعدد واختلاف الحالات التي يشتمل عليها الاستعداد المسبق للمصاب فإنه يبدو من الصعوبة بإمكان إيجاد تعريف موحد له، ومع ذلك فمن الممكن ملاحظة أنه عبارة عن حالة مرضية يمكن تقديرها باعتماد معيار معين، ويمكن تعريفه بأنه: "الحالة البدنية أو العقلية السابقة، سواء اتخذت شكلا ظاهرا أو خفيا، والتي من شأنها أن تسبب ضررا أو تزيد من جسامته<sup>(1)</sup>."

و رغم كون فوات الفرصة ضررا خاص لا ينشئ عن واقعة تتوقف على حالة المضرور أو مسلكه غير أن الاستعداد المسبق للمريض يلعب دورا مؤثرا في تحديد قيمة الفرصة التي كان يتمتع بها المريض في الشفاء أو تجنب الضرر الحاصل، ويأخذ القاضي هذا العامل بعين الاعتبار عند تقرير وجود ضرر فوات الفرصة عن طريق تحديد مدى تأثير الاستعداد المرضي للمريض في إحداث الضرر النهائي وتقدير نسبة مساهمته في إحداثه، فإذا ما كانت قدرات المريض منقوصة بسبب مرض أو حساسيات مؤثرة فإن آثار الفعل الضار قد تنحصر في زيادة الضرر الموجود من قبل وتفاقم نحو تحقيق النتيجة المحتملة، وفي هذه الحالة فإن التعويض الذي يلتزم به المدعى به لا بد أن يقتصر على تفاقم الضرر الموجود من قبل<sup>(2)</sup>.

فإذا كان من غير الجائز اعتبار الاستعداد المرضي سببا لتوزيع المسؤولية في الفرض الذي يلعب فيه خطأ الطبيب الدور المباشر والمحقق في أحداث الضرر، فإنه في الفرض المعاكس يكون قد ساهم في جزء من الضرر بالموازاة مع الاستعداد المسبق، ومن ثم يكون سببا في الحد من فرصة المريض في التغلب على المرض، دون أن يعد سببا معفيا من مسؤولية الطبيب عن فوات الفرصة<sup>(3)</sup>.

(1) أحمد محمد الرفاعي، أثر الاستعداد المرضي للمضرور على مسؤولية المدعى عليه، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، ص 9.

(2) أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 26.

(3) Cass-Crim 1, 10\12\1985, J.C.P.1986, P.4173.

## 2- العنصر الموضوعي: دور الاحتمالات في تقدير الفرصة.

ترتبط الفرصة بعنصر الاحتمال الذي تعكس نسبته قيمة التعويض بالتناسب مع النتيجة المرجوة من التدخل الطبي<sup>(1)</sup>، ويعتمد القاضي على الاحتمالات لتقييم الفرصة ومدى اعتبارها حقيقية وجدية، فهي تضيف من جهة صفة المشروعية على مبلغ التعويض عن الضرر، وتحدد من جهة أخرى على وجه الدقة جزء الكسب الذي ضاع على المضرور من تحقق الفرصة.

فإذا بلغت نسبة تحقق الفرصة الضائعة درجة عالية يمكن بواسطتها التأكيد على أن المضرور كان سيحقق فائدة من النتيجة المرجوة من تحققها، فإن القاضي يقبل تعويض الكسب الضائع، أما إذا تبين أن نسبة الاحتمال ضئيلة تقارب حدود العدم، اعتبرها غير حقيقية وبالتالي يضل ضياعها مجرد ضرر احتمالي غير قابل للتعويض.

ويطبق القاضي معاملة فوات الفرصة على قيمة الضرر النهائي الاحتمالي حتى يتمكن من الوصول إلى التقدير المالي للفرصة الضائعة، ويجد في الاحتمالات وسيلة جد فعالة لتأسيس حكمه القاضي بالتعويض عن فوات الفرصة، فهي طريقة فنية تأخذ بعين الاعتبار الفرص الإحصائية للشفاء من المرض، ثم يطبقها بالزيادة أو النقصان على الوقائع المحيطة بحالة المريض، بتعبير آخر فإنه يقارن بين الفرص الإحصائية للشفاء من مرض ما وفرص الشفاء التي يتمتع بها المريض ذاته بالنظر لحالته الصحية الراهنة، وبذلك يتوصل إلى تقدير ضرر فوات الفرصة تقديراً موضوعياً بفضل الاستعانة بعلم الإحصاء وحساب الاحتمالات<sup>(2)</sup>، ويتم ذلك عبر مرحلتين:

يتم في الأولى حساب وتقدير الضرر الاحتمالي أو النهائي، الذي يتمثل في الكسب الأصلي الاحتمالي الذي حرم منه المضرور بسبب فوات فرصة، وقيمة الحياة وهنائها والتمتع بها بالنسبة للحرمان من فرصة الشفاء، وفي الثانية تحديد قدر الأهمية والجدية في الفرصة وما كان مهياً لها من تحقيق للكسب وذلك من

(1) Yves Chartier· op.cit.33.

(2) Rodolphe Arzac, op.cite, p.785.

خلال تقدير الكسب الذي كانت تستحقه الفرصة التي أضعها المسئول على المضرور فيمثل هذا القدر من الكسب الذي فات على المضرور، القيمة الذاتية للفرصة الضائعة، والذي يكون دائماً جزءاً فقط من الكسب الاحتمالي أو النهائي.

## الفرع الثاني

### مدى تعويض فوات الفرصة للإخلال بالتبصير الطبي وتقديره

#### أولاً: مدى تعويض فوات الفرصة الناشئ عن الإخلال بالتبصير.

تكمّن الصعوبة في تعويض الفرصة الفاتئة في تحديد وتقدير مدى التعويض عنها وليس في مبدأ التعويض ذاته، وإذا كانت القاعدة العامة في تقدير التعويض تتمثل في جبر كل الضرر المحقق بحيث يتساوى التعويض مع هذا الضرر فلا يزيد عنه ولا يقل، وهو ما يعبر عنه بمبدأ التعويض الكامل، فإن تطبيق هذا مبدأ بصدد تعويض فوات الفرصة تعترضه صعوبة عملية تمخضت عن طبيعة الضرر الذي يقوم على الاحتمال والتخمين مما يتعذر معه تحديده تحديداً واقعياً وحقيقياً، ومن هنا تتضح صعوبة تقدير تعويض الفرصة الضائعة، الذي يقدم من جهة على أساس ضرر احتمالي، هو يتحدد من جهة ثانية بنسبة فقط من هذا الضرر تقدر بقدر احتمال تحقيق الفرصة الضائعة للكسب الاحتمالي ومن ثم يتحدد قدر التعويض عنها، وهكذا يتحدد التعويض عن فوات الفرصة بقيمة الفرصة ذاتها، بحيث لا يشمل التعويض كل الضرر الاحتمالي المقابل للكسب الاحتمالي الذي كان يأمله المضرور، وإنما يمثل نسبة فقط من هذا الضرر.

ولما كان تقدير هذه الفرصة مرهوناً لحد كبير بمدى تحقق الضرر النهائي، فقد فرق الفقه والقضاء بصدد تعويض فوات الفرصة الناتج عن الإخلال بتبصير المريض، بين فرضين الأول يقتصر فيه الضرر النهائي اللاحق بالمريض على الضرر المعنوي والثاني يتعلق بوقوع أضرار جسمانية.

الفرض الأول: يتعلق بانعدام الأضرار الجسدية واقتصار الضرر النهائي على الضرر المعنوي المتمثل في عدم احترام إرادة المريض حتى في غياب أية نتائج ضارة، وقد انقسم الفقه حول مدى تعويض الضرر المعنوي المجرّد تأسيساً على فوات فرصة الناشئة عن الإخلال بالتبصير الطبي، فذهب الفقه التقليدي إلى أن



القول بضرورة تعويض المريض لمجرد تقصير الطبيب في تبصيره في الفرض الذي يترتب فيه على العلاج المطبق بغير رضا المريض شفاؤه أو إنقاذ حياته، فهو أمر يجافي المنطق لانتفاء الضرر بصورتيه المادية والمعنوية، ويناقض مبادئ المسؤولية المدنية التي ما قامت إلا لجبر الضرر<sup>(1)</sup>، وبالتالي رفض التعويض عن خطأ الطبيب باعتباره قد حقق مقصده المتمثل في شفاء المريض وعلى أقل تقدير عدم الإضرار به<sup>(2)</sup>.

وعلى النقيض مما سبق يذهب توجه حديث في الفقه والقضاء إلى ان الإخلال بتبصير المريض وحرمانه من حق الاختيار المتبصر والواعي لمصيره بما فيه من تعد على حرمة جسده، ينشأ عنه ضرر معنوي كاف بذاته لتعويضه ولو جزئياً بقدر هذا الضرر<sup>(3)</sup>، وذلك في الفرض الذي يكون حقه في الخيرة قائماً بأن لا يكون في حالة الاستعجال أو في حال كان العمل ضرورياً لإنقاذ حياته وسلامته.

أما حين يقتصر الضرر النهائي للاحق بالمريض على الضرر المعنوي المتمثل في تقليص مدة حياة المريض بسبب الخطأ الطبي، وهو ما اصطلح عليه بضرر الحرمان من النصيب الطبيعي من الحياة، فإن فوات الفرصة تقتصر على جزء من هذا الضرر فقط وهو ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 2008<sup>(4)</sup>.

أما الفرض الثاني: فيتعلق بإصابة المضرور بضرر جسدي

(1) محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 259. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات الدول العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، أركان المسؤولية المدنية "الضرر والخطأ والسببية"، منشورات معهد البحوث والدراسات، سنة 1971، نبذة 26-63، ص 126 و 127.

(2) J. Carbonier, note sous C. Paris, 7\03\1952, J.C.P.1952,2,n 7210.

(3) مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، ص 51.

(4) CE,24\10\2008, n30851: « La perte de chance porte sur l'indemnisation du préjudice morale subi par le patient en raison de la conscience d'une espérance de vie réduite en raison d'une faute du service public hospitalier dans la mise en œuvre ou à l'administration des soins qui lui ont été données » cité par Diane Bondon-Tourret, établissements public de santé en 2008, Gaz.pal, rub doctrine, n 6, 2008, p.3965.

وهو ما يثير الشك حول مدى تعويض ضرر فوات الفرصة الناشئة عن الاخلال بالتبصير والتي تتحدد بحدود المخاطر التي تندرج ضمن نطاق التزام الطبيب بالتبصير، بحيث تخرج الأضرار المألوفة والشائعة والبسيطة عن نطاق التبصير الإلزامي طبقاً للراجح من رأي الفقه والقضاء على التفصيل السابق، وبالتالي لا تقوم مسؤولية الطبيب عن فوات فرصة التبصير إلا بالنسبة للأضرار الجسدية الجسيمة.

ولما كانت الأضرار الجسيمة بدورها تنقسم إلى أضرار جسيمة مألوفة وأخرى استثنائية، فإنه يجدر الإشارة إلى أن هذه الأخيرة - الاستثنائية - تخرج عن نطاق تعويض الفرصة الضائعة، إذ أنها لا تجد أساساً لتعويضها في خطأ الطبيب في التبصير أو غيره، وإنما في مسؤولية موضوعية قوامها الضرر المجرد، وإن كان الاجتهاد القضائي السابق في فرنسا قد حاول جاهداً تغطية هذه الأضرار بإلباسها ثوب تعويض الفرصة الضائعة غير أن هذا الأسلوب لم يؤت ثماره، وقد تجاوزه المشرع الفرنسي حين أفرد لها أحكاماً خاصة بمقتضى القانون رقم (303-2002) الصادر في 4 مارس سنة 2002 والمتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي في فرنسا<sup>(1)</sup>.

وإذا كان المؤدى العام للضرر أنه اعتداء يطل حقا أو مصلحة مشروعة، فإن للضرر الجسدي معنا خاص في ضوء الحق الذي تم المساس به<sup>(2)</sup> متمثلاً في الحق في السلامة والتكامل الجسدي بكافة مكوناته العضوية والنفسية، وبهذا المعنى فإن الضرر الجسدي هو اعتداء على سلامة البدن وتكامل أجزائه وتناسق وظائفه بشكل يؤثر على ظروف وجود الشخص وعلى ممارسته اليومية للأنشطة

(1) La Loi no 2002-303 du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité des système de santé, JO Français du 5 mars 2002.

(2) أنظر في تمييز الأضرار الجسمانية عن المادية (les dommages corporels et matériels) Starck, Essai d'une théorie de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, thèse, Paris 1947, p.16 et s. voire aussi pour l'auteur; Domaine et fondement de la responsabilité sans faute, R.T.D.Civ-1958, p.474 et s. voir aussi Starck, Domaine et fondement de la responsabilité sans faute, R.T.D. Civ-1957, p.475.

المعتادة، ويراد به كذلك النتائج المترتبة على المساس بالمزايا التي يخولها الحق في الحياة أو الحق في السلامة<sup>(1)</sup>، من نتائج مالية تتمثل فيما تكلفه المضرور من نفقات علاج وتفويت المزايا المالية التي كان المضرور يحصل عليها قبل الإصابة، وأخرى أدبية تتمثل فيما عاناه من آلام الضرر الجمالي والحرمان من متع الحياة أو ضرر الصبا وغيرها.

وإذا كان ثبوت الضرر النهائي في هذا الفرض لا غبار عليه، فإن مدى ارتباطه بالإخلال بالالتزام بتبصير المريض يثير التساؤل حول الدور السببي لهذا التقصير، وبالتالي حول ما إذا كان هذا الإخلال قد أضعاف فرصة جديفة للمريض في تفادي ما لحقه من ضرر نهائي فعلا.

وقد انقسم الفقه والقضاء إزاء هذه المسألة إلى رأيين، يذهب أولهما للقول بالتعويض الجزئي عن ضرر تفويت الفرصة بالنظر إلى مجمل الكسب المأمول أو الخسارة التي كان من الممكن تفاديها، ويقصر التعويض بالتالي على الأضرار الأدبية فقط، بينما يذهب الثاني إلى التقدير الكلي لتعويض تفويت الفرصة بحيث يشمل التعويض كافة الأضرار الجسدية والأدبية.

#### أ- التعويض الكلي لضرر تفويت الفرصة:

ذهب البعض إلى وجود ارتباط بين الإخلال بالالتزام بتبصير المريض وبين ما أصابه من أضرار جسدية، آخذين بفكرة السببية الكلية التي يترتب عليها استحقاق هذا الأخير تعويضا كاملا للضرر النهائي المتمثل في الوفاة أو العجز أو تفاقم حالته المرضية، على سند من القول بأن المريض الذي حرم من حق الاختيار بسبب نقص التبصير أو انعدامه، لا يمكنه تحمل تبعه فعل الغير بما ينجر عنها من أضرار، وأن هذه التبعة لا بد أن تقع على عاتق مقدم الرعاية الصحية، فالأساس الذي يقوم عليه مبدأ التعويض الكامل هو أن المسئول قد اختار من بين الممكنات الأضرار بالغير، وبالتالي يلتزم في المقابل بجبر كل الضرر الناتج عن

(1) أحمد شرف الدين، انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي، بدون نشر، 1982، ص 11.

حرمانه من هذا الحق بكل ما أفرزه من نتائج<sup>(1)</sup>.

وقد أسس أنصار هذا الاتجاه قولهم على فكرة قبول المخاطر<sup>(2)</sup>، على اعتبار أن الحرية قوام المسؤولية، وأن الغاية من تبصير المريض هو أن يختار بملء إرادته المستنيرة بين الخضوع للعلاج أو الاستمرار فيه وبين رفضه أو إنهائه وهو على بينة بما يتضمنه هذا الاختيار أو ذاك من مخاطر، مع الإشارة إلى أن العوامل التي تؤثر على قرار المريض في اختياره قبول المخاطر أو رفضها، لا تتعلق فقط بكم هذه المخاطر وحدها بل بنوعيتها، فقرار المريض لن يكون ذاته في حال كانت الإحصاءات تشير إلى نسب متقاربة لحدوث الضرر بين إجراءين يجر أحدهما نتائج تافهة مقارنة بالنتائج القاتلة التي قد يجرها الآخر، وبالتالي فإن الإخلال بأي من مقتضيات التبصير التي من شأنها حرمان المريض من الاختيار الحر والواعي، يحمل المسئول عن ذلك التقصير بعبء هذه المخاطر.

ومن هذا المنطلق خلص أنصار السببية الكلية إلى أن نظرية تعويض فرصة الشفاء تقف عاجزة عن كفالة تعويض يغطي كل الضرر، لاقتصارها على تعويض جزء صغير من هذا الضرر أقل مما توجبه العدالة، إعمالاً لفكرة السببية الجزئية بين الضرر النهائي والإخلال بالتبصير الطبي.

و قد تبنى القضاء الفرنسي مبدأ السببية الكلية في العديد من الأحكام - في وقت سابق - وقضا تبعاً لذلك بالتعويض الكامل للأضرار الناشئة عن الإخلال بواجب التبصير، فقد قضت محكمة النقض بأن عدم تبصير المريض على الوجه الكافي من شأنه تحقق الخطر الذي كان من الممكن تجنبه برفضه الخضوع للتدخل الطبي الضار لو أنه تم إعلامه بما ينطويه من خطر، ذلك أنه من الراجح أن يرفض المريض التعرض لمخاطر ذات جساماة معتبرة طالما علم بأن نسبة تحققها مرتفعة في مثل حالته<sup>(3)</sup>.

وقد تأكد توجهها هذا بموجب أحد أحكام المبادئ الصادرة في موضوع

(1) F.Chabas·L'obligation d'information médicale en danger، J.C.P. G 2000، P.212.

(2) أنظر جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 454 وما بعدها.

(3) Cass-civ،1ère، 11\02\1986، J.C.P.G 1986، II، n 20775.

تعويض ضرر الولادة المعاقة<sup>(1)</sup>, فصلا في دعوى رفعها أبوان كانا قد استشارا طبيبا حول مدى انتقال نوع من الأمراض العصبية من الأب للجنين في حال الحمل حتى يقررا اتخاذ قرار الإنجاب من عدمه, وعلى إثر طمأنة الطبيب لهما بنفي كل احتمال للانتقال الوراثي لهذه الصفة للأطفال, أقدم الزوجان الإنجاب, غير انهما فوجئا بإصابة المولود باضطرابات عصبية جسيمة مماثلة لتلك التي يعاني منها الوالد.

وقد انتهت المحكمة الى إلزام الطبيب بتعويض الأبوين على أساس أنهما لم يكونا ليقدموا على خيار الانجاب لو علما بمخاطره, كما قضت باستحقاق المولود للتعويض عن ضرر الميلاد بإعاقته, لكون الضررين وإن كانا مستقلين من حيث وجوب التعويض غير أنهما يقتضيان التعويض الكامل كونهما يجدان سببهما المباشر في ذات المصدر متمثلا في التقصير في التبصير.

وقد تبنت المحكمة مبدأ السببية الكلية كوسيلة تكفل تعويض كل من الضرر النهائي الذي أصاب الوالدين والمولود, إضافة إلى تعويض ضرر فوات الفرصة, حيث أكدت ارتباط تقصير الطبيب في التبصير برابطة سببية مباشرة ليس فقط مع فوات فرصة الاختيار بين الحمل وعدمه, وإنما بالضرر النهائي الذي أصاب الوالدين متمثلا في ضرر الولادة المعاقة وتوابعها, وكذلك بضرر الميلاد بإعاقته الذي يشكل ضررا نهائيا بالنسبة للطفل.

ويؤخذ على فكرة التعويض الكلي للضرر النهائي في مجال التبصير, أن تعويض المضرور وإن بات يمثل هدفا لا ينازع فيه في ذاته, فإنه ليس من السهل التوصل إلى تحقيقه دائما فيما يتعلق بالأضرار الجسدية, لأن الأمر يتعلق هنا بإعادة وضع المضرور - في حدود الإمكان - للحالة التي سبقت حصول الضرر, ذلك أن المبدأ العام الذي يهيمن على تحديد تعويضات هذه الأضرار يتمثل في التزام القاضي أن يمنح المضرور مبلغ التعويض الذي يضعه في نفس المركز الذي يجب أن يكون فيه لو لم تقع الإصابة الجسدية, الأمر الذي يتطلب فحصا دقيقا للمكونات الجسدية والنفسية المضرور, وهو بحث يتجاوز قدرة البشر, وإن كان هذا المبدأ لا يشكل في حقيقة الأمر سوى أمنية بعيدة المنال, ذلك أن مبلغ

(1) Cass-civ, 1ère, 26\03\1996, D.1997, P.34.

التعويض لا يمكن أن يغطي كافة الأضرار, كما أن تحديد مبلغ التعويض يثير دائما مشكلة صعبة يزداد تفاقمها باستمرار, خاصة عند تقدير الخسائر المالية الناشئة عن الأضرار الجسمانية, والخسائر المتمثلة في الحرمان من متع الحياة.

مما جعل بعض الفقهاء يشككون في إمكانية منح تعويض كامل في العديد من الحالات في ضوء التقدير التحكيمي للمحاكم<sup>(1)</sup>, فما يمنح بالفعل لا يشكل سوى تغطية جزئية لما وقع من أضرار, فمن حرم من نعمة النظر مثلا بسبب الخضوع لجراحة لم يبصر على وجه الدقة بنسبة أو جسامه خطورتها, لا يمكن تعويض خسارته هذه ولا تقييمها بمبلغ من المال, ولهذا فلا يعدوا هذا التعويض أن يكون في الحقيقة أكثر من ترضية لمن فقد هذه المتع.

#### ب- التعويض الجزئي لضرر تفويت الفرصة:

على النقيض مما سبق أنكر البعض وجود رابطة سببية مباشرة بين الاخلال بواجب تبصير المريض وبين ما لحقه من أضرار جسدية فعلية<sup>(2)</sup>, مقتصرين على وجود سببية جزئية بين هذا الالتزام وبين جزء من هذه الأضرار يتمثل في تفويت فرصة عدم تجنبها - كما هو الحال بالنسبة لضرر الولادة المعاقة- أو في تفويت فرصة الاختيار بين قبول العلاج ورفضه أو تفويت فرصة الشفاء أو البقاء, وهو يشكل بمختلف صورته هذه ضررا أدبيا مستقلا بذاته عن تلك الأضرار.

وقوام فكرة السببية الجزئية هو نسبة الضرر الأدبي متمثلا بفوات الفرصة بمختلف صورها في المجال الطبي الى الاخلال بواجب التبصير, بينما تعزى الأضرار النهائية إلى أسباب مختلفة كالأخطاء الطبية الفنية, أو الاستعدادات المرضية والوراثية أو التطور المتوقع للحالة الصحية السابقة للمريض, ذلك أنه لا يمكن التأكد على وجه اليقين من ان تبصير المريض على الوجه المطلوب كان ليجنبه وقوع هذه الأضرار, لكن من الثابت أن عدم تبصيره قد حرمه فرصة الاختيار, وهو الضرر الذي يتعين تعويضه جزئيا بالنظر الى مجمل الكسب المأمول

(1) محسن عبد الحميد إبراهيم البيه, حقيقة أزمة المسئولية المدنية ودور تأمين المسئولية, مجلة المحامي الكويتية, 1992, ص52.

(2) S.Porchy, Lien causale, préjudice réparable et non-respect de la volonté du patient, D.1998, chron.p.379-384.

أو الخسارة التي كان من الممكن تجنبها.

ويقصد بالتعويض الجزئي في هذا المقام تعويض الضرر الاحتمالي المتمثل فيما أصاب المريض من أضرار جسدية كالعجز أو الوفاة وغيرها، أما تعويض الفرصة الضائعة ذاتها باعتبارها ضرراً محققاً فهو تعويض كلي<sup>(1)</sup>، وإنما يوسم بالجزئي منظوراً إليه من زاوية الضرر الاحتمالي أو النهائي<sup>(2)</sup>، نظراً لتقديره بنسبة فقط من الضرر الاحتمالي كون التسبب فيه كان جزئياً، إذ أن التعويض يقدر بقدر السببية المحتملة للفرصة الفائتة وبين الضرر الناجم عن إهدارها<sup>(3)</sup>.

حيث يتم تقدير قيمة الفرصة الضائعة وبالتالي مقدار التعويض المستحق عنها عن طريق حساب الاحتمالات التي تحدد مدى تأثير حرمان المضرور من هذه الفرصة على مالحقه من ضرر نهائي<sup>(4)</sup>، وهكذا يمكن القول بأنه يجب تعويض الضرر الناجم عن تفويت الفرصة متى توافرت الشروط المطلوبة من بأن تنطوي على درجة معينة من الاحتمال تكفي لوصفها بالحقيقية والجدية، غير أن هذا التعويض لا بد أن يقتصر على قيمة الفرصة الضائعة فقط، ومؤدى ذلك أن يكون هذا التعويض كاملاً عن ضرر تفويت الفرصة وفي ذات الوقت جزئياً بالنسبة

(1) C.A.A Paris:3 éme ch, 19\06\2002, Res.civ et assur, Juillet2002 p.15.

(2) ولعل السبب في اعتبار الضرر المحقق في تفويت الفرصة ضرراً غير مستقل عن الضرر الاحتمالي، أن الفرصة الفائتة ذاتها هي احد الأسباب الاحتمالية للضرر الاحتمالي وليس جزءاً من هذا الضرر فحسب، ففي تفويت الفرصة بشكل فعل محدث الضرر أحد الأسباب الممكنة المؤدية للضرر الاحتمالي النهائي، وهو ما يبرر القضاء بمسئوليته ولو أن علاقة السببية لم تثبت، ويؤيد ذلك ما جاء في احد الأحكام من أن امتناع الجراح دون مبرر مقبول عن التدخل لفحص المريض بالأشعة مما ساعد على تفاقم المرض، وإن لم يكن قد أدى إلى حدوث الضرر إلا أنه قد أضع على المريض فرصة تجنب الضرر الذي يشكو منه، فأساس الحكم بالتعويض الجزئي يرجع لكون التسبب في الضرر الاحتمالي يكون جزئياً لان علاقة السببية المحتملة بين تفويت الفرصة المحققة وبين الضرر النهائي الذي ترتب على ضياعها لا تغطي إلا جزءاً من الضرر النهائي، أنظر خليل سعيد خليل إعبية، المرجع السابق، ص 113 وما بعدها.

(3) أنظر إبراهيم الدسوقي أو الليل، المرجع السابق، ص 163.

(4) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، القسم الثاني، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة العاشرة، سبتمبر 1986، ص 158.

للضرر الكلي<sup>(1)</sup>.

أقام القضاء الفرنسي في حالات عديدة مسؤولية الطبيب عن خطئه الثابت ولو لم تثبت علاقة سببية بين خطئه وبين الضرر الذي حاق بالمريض, غير أن هذا التعويض في حقيقة الأمر ليس تعويضا عن الضرر ذاته, وإنما تعويض عن ضياع فرصة تجنب الضرر الذي تحقق فعلا ( les chances d'évité le préjudice) وهو ما يبرر كون هذا التعويض جزئيا لا يغطي قيمة الضرر ولا يتناسب معه<sup>(2)</sup>.

فمن قضاء الموضوع في هذا المجال ما قرره محكمة استئناف باريس في 23 أبريل سنة 1967 من أن مسؤولية الجراح تثار حتى ولو كان من غير المؤكد أن عدم تقصيره كان يؤدي إلى تجنب وفاة المريض أثناء الجراحة, فإنه, غير أنه من المؤكد أن هذا التقصير قد هدد فرصة الحياة لهذا الأخير, مما يستوجب تعويض ذوي الحقوق<sup>(3)</sup>.

وبعد فترة من تذبذب قضاء محكمة النقض الفرنسية حول تقدير تعويض فوات الفرصة بين التعويض الكلي والجزئي للضرر, استقر أخيرا على التعويض الجزئي بقصر المسؤولية على الأضرار الأدبية فقط, ومن ذلك ما قرره بتاريخ 28 يناير 1970<sup>(4)</sup> من أن محكمة الاستئناف طالما أنها رجحت خطأ الطبيب فإنها تستطيع دون أن تتناقض ودون أن تؤسس حكمها على أسباب افتراضية, أن تقرر أنه ليس مؤكدا أن هذا الخطأ هو الذي سبب وفاة المريض, ولكنه مع ذلك حرم المريض من فرصة الحياة, وأن تحكم بالتالي بالتعويض عن هذا الضرر لوالدة هذا الأخير.

فهذا القضاء يقتصر على افتراض علاقة سببية بين خطأ الطبيب والضرر الذي حل بالمريض بمعنى أنه يقيم علقات الطبيب الذي يثبت في حقه الخطأ - المدعى به - قرينة السببية وحدها (présomption de causalité), التي

(1) أنظر حمدي عبد الرحمن, الوسيط في النظرية العامة للالتزامات, الكتاب الأول, المصادر الإرادية للالتزام, العقد والإرادة المنفردة, الطبعة الأولى, دار النهضة العربية, دس, ص 525.

(2) أنظر في تفصيل ذلك أشرف جابر السيد, المرجع السابق, ص 155 وما بعدها.

(3) cour d'appel. Paris, 23/04/1968, sem.jur, 1968-2-15625.

(4) Cass-civ, 28/01/1970, sem. Jur 1970-02-16422, note sous Rabut.



تختلف من ناحية من الالتزام المحدد بضمان السلامة في المجال الطبي الذي يفترض الخطأ بمجرد تحققه، ويختلف من ناحية أخرى عن قرينة المسؤولية " (responsabilité" présomption de) التي تغني المدعي عن إثبات الخطأ الطبي أو ما يطلق عليها بنظرية الخطأ المفترض، ووجه تميزها عنهما يتمثل في أن التعويض القائم على افتراض علاقة سببية لا يكون كاملاً بحيث يعادل كل الضرر وإنما يساوي ضياع فرصة النجاة من الضرر أو على حد قول محكمة النقض الفرنسية<sup>(1)</sup>: "وإذا كان التعويض يتقرر عن ضياع الفرصة أو الشفاء يتعين أن يكون جزئياً، ولا يجوز أن يكون كاملاً، يساوي كل الأضرار الناجمة عن الخطأ". كما أنها ميزت بين الأضرار الجسدية الناشئة عن عدم تبصير المريض وبين الضرر الأدبي، مؤكدة على ضرورة تعويضه كضرر مستقل، دون الأضرار الجسدية حيث أكدت أن المضرور لا يستطيع أن ينعي على قضاة الموضوع قصرهم التعويض على الضرر المعنوي تأسيساً على عدم ثبوت علاقة سببية بين خطأ الطبيب متمثلاً في الإخلال بتبصيره وبين ما أصابه من أضرار جسدية<sup>(2)</sup>.

وجاء في تسبيب الحكم أن قصر التعويض على الضرر المعنوي دون الأضرار الجسدية يجد مبرره في الدور السببي الجزئي لتقصير الطبيب في التبصير في إحداث الضرر، حيث لم يثبت على وجه القطع ارتباطه بالضرر الجسدي لغياب أي خطأ فني صادر عنه.

كما أكدت في قرارات أخرى لها أن عدم تبصير المريض وإن لم يكن هو السبب المباشر لوقوع الضرر الجسدي الذي أحاق بالمضرور، فإنه على أقل تقدير قد فوت عليه فرصة اتخاذ القرار المناسب لحالته والذي كان من الممكن أن يجنبه تلك النتيجة، مما لا يترك مجالاً للقول باستحقاق تعويض كامل عنها<sup>(3)</sup>.

وقد انتقد بعض الفقه هذا التوجه آخذين عليه مخالفته لقواعد القانون التي تقضي باعتبار علاقة السببية ركناً أساسياً من أركان المسؤولية المدنية لا غنى

(1) Cass-civ, 27/03/1973, sem -jur, 1974-2-17643, note sous Savetier.

(2) Cass-civ, 07/02/1990, D.1991, Som.com.p.183.

(3) Cass-civ, 1ère, 05/11/1974, Bull.civ, I-n 292. Cass-civ, 1ère, 09/05/1983, J.C.P. 1984, II, 20262.

عنه لقيامها، ومن ثم يتعين على المدعي إقامة الدليل على توافره، إذ لا يمكن الحكم بالتعويض عن ضرر ما لم يثبت أنه نتيجة لخطأ المدعى عليه أو فعله، وإن كان التعويض عن تفويت الفرصة بات أمراً مسلماً بالنسبة للفقهاء والقضاء، فإنه فليس في الأحكام السالفة تعويض عن فوات الفرصة رغم ما تؤكد أسبابها، فهذه الأخيرة تتصل بركن الضرر، حيث لا يثبت تسبب الخطأ أو الفعل الضار في إحداث الضرر النهائي وإنما فقط فوات فرصة الحياة أو تجنب الضرر، فلا محل للقول هنا بانتفاء علاقة السببية أو افتراضها، بل هي قائمة حقيقة بين الخطأ والضرر جزئياً. فهذا القضاء في رأي خصومه يخلط بين التعويض عن الفرصة الضائعة والتعويض عن احتمال التسبب في إحداث ضرر وقع فعلاً، ويقدر التعويض لا حسب درجة احتمال تحقق الفرصة بل بنسبة احتمال تدخل الخطأ في إحداث الضرر، لكون علاقة السببية بينهما غير مؤكدة، ليحكم بتعويض جزئي يتناسب مع ظنونه حينما لا يثبت أن خطأ الطبيب كان سبب الضرر.

#### ثانياً: تقدير قيمة التعويض عن فوات الفرصة الطبية.

يصطدم تقدير تعويض فوات الفرصة بصعوبات منبثقة عن طبيعتها الخاصة التي تقوم على الظن وعدم اليقين من جهة، وذاتيتها التي تميزها عن الضرر النهائي من جهة أخرى، وهو ما حدى محكمة النقض الفرنسية إلى رفض تعويض الضرر الأدبي لفوات الفرصة منفرداً، مؤكدة على أن هذا الأخير مجرد عنصر من عناصر الضرر إلى جانب الضرر المادي ولا يمثل سوى جزء منه ويعوض معه<sup>(1)</sup>.

وإذا كانت مشكلة تقدير قيمة الفرصة الضائعة تظل أصعب ما يعترض القاضي عند تقدير التعويض عن ضرر فوات الفرصة، فإن أهم ما يتبادر إلى الذهن بهذا الخصوص هو التساؤل حول كيفية ترجمة قيمة الفرصة الضائعة إلى رقم أو مبلغ مالي، وهذا هو مكن الغموض في تعويض تفويت الفرصة، ومن أجل التغلب على هذا الغموض لجأ القضاء الفرنسي إلى التمسك بمقدار التعويض المناسب للضرر النهائي، وربطه بنسبة احتمال تحقق النتيجة المأمولة، من خلال ما يطلق عليه بطريقة التعويض المضاعف لضرر فوات الفرصة.

(1) Cass-civ, 1ère, 24\03\1981, D.1981,545.

ويقصد بطريقة التقدير المضاعف لضرر فوات الفرصة تقدير هذا الضرر الخاص عن طريق الربط بين قيمة الضرر النهائي ونسبة احتمال تحقق الفرصة، فتعكس النتيجة النهائية اقتصار التعويض عن الفرصة الضائعة فقط، وبذلك يتم استبعاد طريقة التعويض الجزافي لها.

#### أ- محدودية التعويض عن الفرصة الضائعة.

يتحدد مقدار التعويض عن فوات الفرصة في قيمة الفرصة الضائعة فقط، وليس بمقدار الفائدة المرجوة منها في حال تحققها، وقد أكد القضاء الفرنسي على هذا المبدأ في أكثر من مناسبة<sup>(1)</sup>، وبذلك يكون القضاء قد حدد سقفاً هو الحد الأقصى لقيمة التعويض عن فوات الفرصة الذي لا يجب أن يكون أعلى من القيمة التقريبية للفرصة الضائعة في حد ذاتها، ولا مساوية لقيمة التعويض عن الضرر النهائي.

وتعكس هذه المحدودية المجسدة في قيمة الفرصة خصوصية نظرية فوات الفرصة القائمة على وجود ضررين متميزين رغم ارتباطهما، غير أن الضرر الأكيد الذي يتم تعويضه هو ضرر فوات الفرصة دون الضرر النهائي الذي يصيب المضرور.

ويبرر بعض الفقه<sup>(2)</sup> هذا المبدأ على سند من القول بأن مقدار التعويض لا بد أن يكون موازياً لعلاقة السببية المحتملة بين الخطأ الطبي الثابت والضرر النهائي، ذلك أن خاصية الاحتمال التي ينفرد بها ضرر فوات الفرصة تعتبر في ذات الوقت شرطاً في تقدير قيمة التعويض وحاجزاً له من بلوغ قيمة الضرر

(1) Cass-civ, 1ère, 09/05/1973, 16/07/1998, 6/04/2000, « L'a réparation de la perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qui aurait procuré de cette chance si elle s'était réalisée». cité par M.Beraud, op:cite, p.30.

(2) Rodolphe Arazac, L'indemnisation de la perte de chance en droit administrative, R.R.J.n02, presse universitaire d'Aix-Marseille, 2007, p.782.

النهائي الكلية<sup>(1)</sup>، و بهدف التوصل الى اسناد قيمة مالية للفرصة الضائعة، فلا بد لقاضي الموضوع من اتباع طريقة التعويض المضاعف التي تتم وفقا لمرحلتين.

المرحلة الأولى يقوم خلالها القاضي بتقدير قيمة الضرر النهائي الذي يمثل الكسب الاحتمالي الذي حرم منه المضرور بسبب فوات فرصته، أي قيمة الشفاء أو البقاء أو عدم تدهور الحالة الصحية لولا الخطأ الطبي<sup>(2)</sup>، فيقدر قيمة أو مبلغ التعويض الاجمالي للضرر النهائي تطبيقا للقواعد العامة، بحيث يغطي الاضرار الجسدية والمادية وحتى الاضرار الأدبية<sup>(3)</sup>.

أما المرحلة الثانية: فيتم فيها دراسة مدى اهمية الفرصة وأثرها في تحقيق النتيجة المرجوة، ويمثل ذلك القدر من الكسب القيمة الذاتية للفرصة الضائعة، والذي يعكس دائما جزء من الضرر النهائي، الذي يتحدد استنادا الى نسبة احتمال رفض المريض للإجراء المقترح لو تم احاطته علما بمخاطره المحتملة<sup>(4)</sup>.

و تهدف هذه العملية الحسابية إلى ايجاد توازن عددي تحدد من خلاله قيمة الفرصة الضائعة، والتي يسند لها عامل الفعالية أو التأثير كغيرها من الأسباب الاخرى المساهمة في احداث الضرر، مما يعني تجزئة هذا الاخير الى عدة احتمالات تستند كل واحدة منها الى احد العوامل المؤدية لوقوعه.

و قد اقرت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 8 يوليو 1997، طريقة التقدير المضاعف التي طبقها قضاة محكمة (Meurice)<sup>(5)</sup>، حيث ثبت ان خطأ الطبيب في تبصير المريض بطبيعة مرضه وسوء تشخيصه قد فوت على المريض فرصة تجنب الإعاقة، وقد جاء تعويض الفرصة الضائعة مناسبا مع جسامه الضرر النهائي وآثاره.

(1) M.Beraud، op.cit، p. 30.

(2) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 168.

(3) Nathalie Albert، op.cit،p.360. Yves Chartier، La réparation du préjudice dans la responsabilité civile،Dalloz،Paris،p.687.

(4) Sanaa Marzoug، op.cite،p.65.

(5) Cass-civ، 1 ére، 08\07\1997،n ourvoi: 95-18113 valable en linge sur:

[www.légifrance.gouv.fr](http://www.légifrance.gouv.fr)

وكان قضاة الموضوع قد قدروا مبلغ التعويض عن الضرر الجسدي بمبلغ 171336.13 فرنك فرنسي في حينها، وعن الضرر الأدبي بمبلغ 79150 فرنك فرنسي، مقدرين ان نسبة احتمال تحقق الفرصة ب 50%، ونتيجة لذلك قدروا التعويض عن فوات فرصة الشفاء بمبلغ 125343.056 فرنك فرنسي.

وقد استلهم مجلس الدولة الفرنسي هذا الحل وعمل به في قراره المتعلق بالمركز الاستشفائي فيان الصادر في 21 ديسمبر 2007، حيث جاء في تسببيه: "إذا ما ثبت ان الخطأ الطبي للمرفق الاستشفائي العام قد اضعف فرص تحسن حالة المريض الصحية، أو تجنب ضرر تفاقمها، فإن الضرر المترتب مباشرة عن ذلك الاخلال والمتمثل في فوات فرصة وقوع هذا الضرر لا بد من تعويضه كاملا، وأضاف بتقرير أن التعويض الذي يتحتم على المستشفى دفعه لا بد ان يقدر بجزء من الضرر الجسماني الذي يحدد بالتناسب مع درجة واهمية الفرصة الضائعة<sup>(1)</sup>.

وقد انتهج القضاء الاداري في فرنسا هذه الطريقة في تقدير التعويض عن فوات الفرصة عند ثبوت الاخلال بواجب تبصير المريض، القرار الصادر بتاريخ 5 يناير 2000 الصادر بشأن قضية المساعدة العامة لمستشفيات باريس ضد فريق تال.

وكان قضاة الموضوع قد قدروا العجز المؤقت الناجم عن التدخل الجراحي بمبلغ 1451250 فرنك فرنسي، وقدروا تعويض ضرر البهجة والآلام والضرر الجمالي بمقدار 150000 فرنك، وقدروا الضرر المرتد بالنسبة للزوجة بمبلغ 60000 فرنك، وفي مرحلة ثانية قاموا بتثبيت جزء من هذه الأضرار التي تمثل فوات فرصة التعرض لعدم للخطر من جراء نقص الإعلام وقدرت بنسبة (1/5).

وقد تم استنباط هذه النسبة من خلال عملية التقريب من جهة أولى بين التعرض لمخاطر العملية الجراحية المقترحة وبين مخاطر المرض في حال عدم الخضوع لها من جهة ثانية، وقد افضت المقارنة بين هذه المخاطر بواسطة الخبراء وبعد الاستعانة بحساب الاحتمالات إلى أن نسبة رفض المريض للعملية كانت لتناه

(1) CE, sect, 21\12\2007, (centre hospitalier de Vienne n 289328) A.J.D.A,n 3, 2008,p.140

نسبة (20%)<sup>(1)</sup>.

وبالتالي تم تقدير تعويض الفرصة الضائعة وفقا للمبدأ المعمول به عند تقدير مبلغ التعويض المناسب للضرر النهائي، ثم اسناد الفرصة الضائعة نسبة احتمال تحققها، فيحصل المضرور في النهاية على تعويض جزئي، وإذا كان التعويض الجزئي محلا للجدل بين القبول والرفض على النحو السابق بيانه، فإن التعويض الجزافي لها هو أمر مرفوض تماما.

ب- التعويض الجزافي لضرر فوات الفرصة للإخلال بالتبصير الطبي.

يلقى التعويض الجزافي لضرر فوات الفرصة رفضا نابعا من اعتباره مجرد تعويض رمزي للضرر بينما يمكن لفوات الفرصة أن يعكس آثارا وخيمة على المضرور كأثر جسماني قد يصل حد الوفاة أو العجز، ونفسي يتمثل في الحرمان من مباحج الحياة والصبي وغيرها، مما يجرد هذا الضرر من خصوصيته، ونتيجة لذلك عبرت محكمة النقض الفرنسية عن رفضها التعويض الجزافي لفوات الفرصة، مقررّة أن: "تعويض ضرر فوات فرصة حصول المريض على نتائج أفضل لحالته الصحية أو تجنبه ضرر الإعاقة لا يتم بطريق الجراف، بل لابد أن يمثل جزء من الأضرار اللاحقة بالمضرور، لذا كان على محكمة الاستئناف تقدير التعويض المناسب لمختلف هذه الأضرار"<sup>(2)</sup>.

وعلى النقيض من ذلك تبنى القضاء الإداري الفرنسي مبدأ التقدير الجزافي للتعويض، إذ قررت محكمة استئناف باريس في قضية *Guillbot* (مسئولية المستشفى عن فوات فرصة المريض في عدم التعرض للخطر الذي تحقق نتيجة

(1) Pierre Bon, *Alignement de la jurisprudence administrative sur la jurisprudence judiciaire* (note sous conseil d'état-section 05\01\2000, Assistance publique-hôpitaux de paris et consort telle) R.F.D.A, n 3,2000,p.662.

(2) Cass-civ, 1 ére, 17\12\1998, qui a disposé « La réparation du dommage résultant de la perte de chance d'obtenir une amélioration de son état ou d'échapper à une infirmité ; ne présente pas un caractère forfaitaire, mais correspond à une fraction des différent chefs de préjudice qu'il a subi ... » cité par M.Beraud, op.cite, p. 31.

الخطأ الطبي الثابت والزامه بدفع تعويض جزافي، مقررة أن الضرر الذي أصاب المضرور بسبب نقص تبصيره حول امكانية وقوع خطر جسيم، متمثلا في فوات فرصة عدم التعرض للخطر الذي تحقق، يقدر التعويض الملائم له بالنظر الى مختلف الأضرار الجسمانية واضطراب ظروف المعيشة، مقدرة مبلغ التعويض ب 200000 فرنك فرنسي<sup>(1)</sup>.

و من خلال هذه الطريقة في التقدير يتضح ان القاضي الإداري قام بتقدير قيمة الفرصة الضائعة بطريقة مباشرة، دون الاشارة الى درجة الخطر الذي قد يتعرض له المريض في حال رفضه الخضوع للعملية الجراحية وهو عالم بكل مخاطرها، وهو ما كان ليساعده في تقدير قيمة وأهمية فرصة الشفاء المهدورة على المريض، كما أنه لم يتعرض الى تقدير قيمة التعويض عن الاضرار الأخرى التي أصابت المريض لإسناد جزء منها لقوات الفرصة، وهو ما يعكس توجه القاضي الإداري الى التعويض الجزافي لفوات الفرصة الذي يعتبره ضررا ذو طبيعة مغايرة للضرر النهائي وبالتالي فإنه يختلف عنه في طريقة التقدير<sup>(2)</sup>.

غير أن هذا التوجه لم يدم طويلا، فقد سارع مجلس الدولة الفرنسي إلى اتباع خطى محكمة النقض في منهجها القاضي باعتبار الضرر المترتب عن الإخلال بالالتزام بتبصير المريض ذو طبيعة مماثلة للضرر النهائي مادام يشكل جزء منه وهو ما كرسه خلال فصله في قضية<sup>(3)</sup> (Telle)، رافضا في ذات الوقت طريقة التعويض الجزافي التي اعتمدها محكمة استئناف باريس بصدد قضية

(1) C.A.A Paris· Plén· 09\06\1998, R.F.D.A·n 03,p.640. « ...Qu'eu égard à l'évolution prévisible de la maladie ...au caractère très peu fréquent du risque encouru ...et à l'ensemble des préjudices physiques· il sera fait une juste appréciation de l'indemnisation résultante de la perte de chance en condamnant l'assistance publique-hôpitaux de paris à payer à M.Guilbot la somme de 200 000 Fr ».

(2) Elise Gorouge, Devoir d'information du malade et responsabilité hospitalière (conclusion sur C.A.A de paris, 09\06\1998,Guilbot) R.F.D.A, n 3,2000,p.639.

(3) CE, Sect, 05\01\2000, consort Telle· requ n 181899,R.F.D.A·n 2, 2000,P.473 et 473.

(Guillbot).

فقد أخذ قضاة مجلس الدولة في إطار تقديرهم التعويض عن فوات الفرصة، بتعداد مبالغ التعويض المناسبة للأضرار المختلفة حيث قرر للضرر الجسدي مبلغ 1451250 فرنك فرنسي مشتملا تعويض فوات الكسب وتكاليف العلاج والأدوية التي قدرت بمبلغ 761250 فرنك فرنسي ونسبة العجز الجسماني المقدرة ب 75% والتي تقابل مبلغ 150000 فرنك فرنسي، وإسناد خمس هذه المبالغ لضرر فوات الفرصة التي قدر مبلغ التعويض عنها ب 290250 فرنك فرنسي.

و رغم كون طريقة تقدير التعويض عن فوات الفرصة ذات خصوصية تنفرد بها عن باقي الأضرار إلا انهى تبقى خاضعة لبعض القواعد العامة المتعلقة بآثار المسؤولية المدنية بما فيها منح تعويض تكميلي للمتضرر<sup>(1)</sup> في حال تفاقم الضرر النهائي<sup>(2)</sup>، وقد أرست محكمة النقض الفرنسية مبدأ هاما من شأنه امتداد تطبيق هذه الاحكام العامة في المجال الطبي، لضمان التعويض الكامل لقيمة ضرر فوات الفرصة الناشئ عن الاخلال بتبصير المريض بموجب قرارها الصادر في 8 يونيو

(1) من الثابت أن تناقص الضرر بعد تقدير القاضي التعويض وفقا لما تبين له من أضرار أثناء نظر الدعوى، فلا يجوز إعادة النظر فيه لإنقاصه، إعمالا بمبدأ حجية الشيء المقضي فيه، أما في حال تفاقم الضرر فيمكن طلب تعويض تكميلي عندما تثبت الضحية أن هذا التفاقم قد حصل بعد صدور الحكم بالتعويض. تنص المادة 131 من الأمر 85-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر. عدد 44 لسنة 2005 على: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و182 مكرر، مع مراعاة الظروف الملائمة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة النظر من جديد في التقدير.

(2) يجب التمييز بين التفاقم من الوجهة الطبية ومن الوجهة القانونية، فالأول يعني بروز ضرر جسماني جديد بالنظر الى التقرير الطبي الأول الذي ساعد القاضي في تقدير التعويض، ويتصل هذا الضرر الجديد بعلاقة مباشرة وأكيدة مع الضرر الأولي، أما الثاني فيقصد به وجود ضرر جديد لم يؤخذ في الحسبان في التعويض السابق، وهو يرتبط بعلاقة مباشرة وأكيدة مع الفعل الضار المسبب للضرر الأولي، ولا يلتقي هذان الضرران إلا عند الحديث عن حالة تفاقم الضرر النهائي بعد صدور الحكم.

Brigitte Sicaud, Aggravation des dommages corporelles et prédispositions pathologiques ; étude mise a jour le 16 juillet 2009, publié sur: [www.macsf.fr](http://www.macsf.fr).



.1989

وتتلخص وقائع الدعوى في أن مريضا أصيب بشلل على مستوى عضلات الوجه مصحوبة باضطرابات شديدة في الرؤية على إثر خضوعه لتدخل جراحي، وهو ما استلزم تدخلا تصحيحيا للعملية في اسرع وقت، غير أنه تباطأ في الخضوع له لإخلال الطبيب بواجب التبصير والمشورة بعدم إخباره بوجه الاستعجال في التدخل المصحح، وكانت محكمة الاستئناف قد قررت أن تقصير الطبيب بتبصير المريض بضروره الخضوع لإجراء جراحي آخر بصفة مستعجلة، قد فوت على المريض احتمالا معقول لحدوث تحسن جزئي لحالته، وقضت بإلزام الطبيب بتعويض تلك الفرصة الفائتة.

وبعد فترة من الحكم تقدم المريض الى القضاء بطلب تعويض تكميلي على إثر تدهور حالته الصحية، إلا أن محكمة الاستئناف رفضت هذا الطلب بحجة أن تفويت فرصة الشفاء أو تحسن الحالة الصحية هو ضرر خاص مستقل تماما عن الضرر النهائي المتمثل في عجز المريض، كما أنه كان محلا لتقدير قضائي فلا يمكن النظر فيه من جديد.

رفضت محكمة النقض هذا القضاء بالتأكيد مرة أخرى على أهمية العلاقة التي تربط الضرر الأولي بالضرر النهائي، إذ عبرت عن ذلك بتقرير أن: فوات الفرصة تتناسب مع جسامه الحالة المهنية التي يعاني منها المريض، بحيث أن تعويض الضرر اللاحق به يمكن تعديله بالنظر إلى تفاقم العجز الجسماني<sup>(1)</sup>.

ولقد انتقد بعض الفقه قضاء محكمة النقض معتبرين أن فوات الفرصة قد تم تعويضها حسب احتمالاتها التي لا يمكن أن تمتد بامتداد الضرر النهائي، ففرصة الشفاء إما أن تكون أو لا تكون، ولكن لا يمكن أن تزيد أو تنقص في المستقبل<sup>(2)</sup>،

(1) Cass-civ, 1ère, 7\06\1989 qui a disposée que La perte est en fonction de la gravité de son état réel, de sorte que l'étendue du dommage ainsi subi ...pouvait se trouver modifié par l'aggravation de son incapacité. Cité par M.Beraud, op:cite, p. 36.

وانظر عدنان ابراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 181.

2M.Beraud, ibid, p. 37.

إضافة إلى أن التمسك بهذا التحليل القانوني الذي يضيف الاستقلالية المطلقة بين الضارين، يؤدي إلى استبعاد تطبيق طريقة التقدير المضاعف عند تعويض فوات الفرصة، والتي تعتمد بصفة أساسية على طبيعة الضرر النهائي وقيمتها التعويضية.



كلية الحقوق  
جامعة القاهرة

### الخاتمة

بعد أن فرغت بعون الله وتوفيقه من دراسة الموضوع الموسوم بتعويض فوات الفرصة الناشئ عن الإخلال بتبصير المريض، وقد حاولت بحث مختلف جوانبه وأبرز المشكلات التي يطرحها، ينبغي علي في خاتمة الدراسة إبراز أهم النتائج المتوصل إليها، مع بيان أهم ثمار البحث والمقترحات التي يرنوا إليها.

وإذا كان البحث قد تناول مشكلة من المشكلات التي أفرزتها الثورة التقنية في مجال العلوم الطبية، فهذه الأخيرة بقدر ما أسعدت البشرية ويسرت لها سبل التداوي والشفاء، قد اشقتها بنوعية مستحدثة من الأضرار، فلا مرية أن هذه الثورة قد غيرت الكثير من المفاهيم التقليدية التي كانت تسير دفة الحياة القانونية قبل أن يبرز فجرها.

وفي سبيل مواجهة ذلك إبتدع القضاء الفرنسي نظرية فوات الفرصة في تطبيقها الحديث كأساس لتقرير مسؤولية القائمين بالرعاية الطبية من أطباء ومهنيي الصحة، من منطلق النظر بعين الشفقة لواقع المضربين من المرضى الذين لم تنصفهم النصوص القائمة في إقتضاء تعويض جابر أو حتى عادل، بغية تيسير إفلاتهم من عبء إثبات رابطة السببية بين هذه الأخطاء وبين الأضرار النهائية المنجزة عنها، في الفروض التي يؤدي فيها التطبيق المحكم لقواعد المسؤولية التقليدية إلى إهدار حقوق الضحايا بتحميلهم نتائج عدم التأكيد العلمي الذي يعجز القضاء عن تفسيره.

ومن أجل ضمان تعويض المضربين في مثل هذه الأحوال، أقر القضاء الفرنسي ابتداء من سنة 1965 أن كل خطأ طبي ولو لم يثبت أنه سبب للضرر النهائي فهو على الأقل يعتبر سببا مباشرا وأكيدا لضرر فوات الفرصة في الشفاء، متى وجدت قرائن قوية و متماسكة تثبت أن ذلك الخطأ قد يكون سببا للضرر النهائي، على نحو يبرر منح تعويض جزئي للمريض، وهو ما يؤسس لنظرة إجتماعية للمسؤولية والتعويض في الأنظمة القانونية المعاصرة.

وترجع صعوبة إثبات علاقة السببية بين الإخلال بالالتزام بالتبصير وبين الضرر النهائي إلى الاحتمال الذي يشكل جوهر العمل الطبي من جهة، وإلى

صعوبة الجزم حول موقف المريض من العلاج المقترح من جهة أخرى، بحيث يصعب التأكد مما إذا كان الضرر ناتج مباشرة عن التقصير بالتبصير أم عن عوامل محتملة كالحالة المرضية للمريض أو الاستعدادات السابقة، كما يثار التساؤل حول ما إذا كان تبصير المريض على وجه كامل كان ليغير مما لحقه من أضرار، وهو ما يحيط مسألة الإثبات بهالة من التساؤلات التي تؤدي إلى رفض طلب تعويض المضرور.

ولما كان المقصود من الالتزام بالتبصير في المجال الطبي مكاشفة مقدم الرعاية الصحية لمتلقيها، بإعطائه فكرة معقولة وأمينة عن موقفه الصحي بما يسمح له باتخاذ قراره بالقبول أو الرفض، بحيث يكون على بينة بطبيعة العلاج، ونتائجه ومخاطره المحتملة، باستعمال عبارات بسيطة وميسورة الفهم، تخوله اتخاذ قراره عن دراية وبصيرة، فإن من المؤكد أن إخلال الطبيب بهذا الواجب من شأنه تفويت فرصة الخيار الحر للمريض بين قبول العلاج أو استعمال أي حق من الحقوق التي كفلها المشرع للشخص على جسده كالحق في الوقف الاختياري للحمل، أو الحق في وضع حد لعذابه وآلامه بصفة نهائية.

وقد تطرقت الدراسة لإشكالية احترام إرادة المريض في ظل فوات فرصة التبصير الطبي، وما تثيره من صعوبات دقيقة في العمل في التوفيق بين التزام الطبيب بتبصير المريض كخطوة أولية لاختضاعه للرعاية الصحية وبين احترام هذه الإرادة في الفروض التي تتصادم فيها رغبة المريض في عدم تلقيها أو جنوحه لوضع حد لحياته، بالالتزام المحوري للطبيب متمثلاً في الحفاظ على سلامة هذا الأخير وعلى حياته، وهو ما يضع الطبيب بين مطرقة تعريض مريضه للخطر في حال الانصياع لرغبته وسندان المسؤولية عن العنت العلاجي أو تفويت فرصة التبصير في حال تجاوز هذه الرغبة والإصرار على إخضاعه للرعاية الطبية، وتفويت فرصة الشفاء في حال أسفر هذا التدخل على نتائج ضارة بالمريض.

وقد خلصنا إلى أن القضاء الفرنسي قد حسم هذه الإشكالية بأعمال معيار الخطورة الحيوية بحيث لا مجال للقول بتعويض فوات الفرصة في الأحوال التي تتهدد فيها حياة المريض وتكامله الجسدي خطورة معتبرة، كما أوضحت الدراسة مدى حرص المشرع الفرنسي على ضمان حق معرفة المريض وعدم تجزئتها،

والتشديد على أن يبذل الأطباء قصارى جهدهم في تغيير قناعات المريض قبل تجاوزها في مثل هذه الاحوال.

كما تعرضنا فيما سبق إلى آلية معالجة القضاء الفرنسي في ظل القواعد العامة للقانون المدني- لهذه الاضرار من خلال تبني تفسير جريئ للنصوص القائمة وتحميلها أحيانا بأكثر مما تحتمل على نحو يترجم التطور اللاحق بالمسئولية المدنية بصفة قاطعة بالتحول في الاهتمام من المسئول إلى المضرور، وبعبارة أدق من المسئولية الى التعويض باعتباره كنه المسئولية المدنية ودعامتها، وقد اتضح الدور الخلاق لهذا القضاء في سد الثغرات القانونية لقواعد المسئولية المدنية الراهنة، التي هي أحوج ما تكون لمزيد من مساعي إعادة التوازن المفقود بسبب الاضرار الناشئة عن النشاط المهني، بينما لا يزال القضاء في كل من الجزائر ومصر متشبث بأهداب التفسير المتوني لقواعد المسئولية التقليدية في هذا المجال، ولم يتحرر منها إلا في أضيق الحدود، وهو ما يبرر افتقار الدراسة لتطبيقات قضائية في كل منهما في مجال فوات فرصة التبصير الطبي.

وعلى ضوء هذه النتائج توصل البحث إلى المقترحات التالية:

أولاً: يحدونا الأمل في أن يخطو القضاء في كل من الجزائر ومصر خطوات جريئة وبناءة في تطويع واقع أحكام المسئولية المدنية، لتحقيق المأمول من حماية فعالة للمضرورين في إطار المسئولية الطبية، لسيما بتيسير عبء إثبات السببية المحتملة بين الخطأ الطبي الثابت وبين الأضرار النهائية عن طريق تعديل محل السببية، والإقرار بأن السببية المباشرة في نطاق فوات الفرصة الطبية هي تلك التي تقوم بين الخطأ وما نتج عنه من هدر لفرص المرضى باعتباره ضرراً وسيطاً، لا بين هذا الأخير وبين الأضرار النهائية -في حال استحالة ذلك - وهو ما من شأنه تغطية أكبر قدر ممكن من الأضرار.

ثانياً: أهيب بالقضاء في كل من الجزائر ومصر بالسير على خطى القضاء الفرنسي في الاستعانة ببعض الآليات القانونية التي من شأنها تعزيز المفهوم الخاص للسببية الاحتمالية في نطاق فوات الفرصة في المجال الطبي، وعدم التحفظ بتوظيف بعض المفاهيم التي تخدم هذه الغاية كفكرة الخطأ المقدر أو الاحتمالي في

المواطن التي تستوجب استخلاص الخطأ من مجرد وقوع الضرر ثم افتراض السببية بينهما.

كما يمكن للقضاة تأسيس السببية المحتملة بين تفويت فرصة الشفاء وفعل مقدمي الرعاية الطبية أو خطئهم على فكرة تعريف الغير للمخاطر التي من شأنها أن تقيم مسؤوليتهم عن مسلكهم في الاخلال بالتبصير، في الأحوال التي تسوء فيها حالة المرضى بشدة أو في حال اصابتهم بأضرار جديدة ذات خصوصية نادرة، حيث يمكن للقاضي أخذاً بعين الاعتبار جسامته واستثنائية النتائج الحاصلة بمناسبة العمل الطبي أو على إثره أن يستخلص خطأ الممارس، دون أن يكون من الضروري ثبوت أن الضرر ناجم مباشرة وبصفة مؤكدة عن الخطأ، وإنما بمقتضى قرائن أو افتراضات قوية دقيقة ومتوافقة، وإن كان هذا الفرض محصوراً في حال عدم وجود وثيقة تثبت الوفاء بواجب التبصير.

ثالثاً: بات تعويض الأضرار الناشئة عن فوات الفرصة في مجال التبصير الطبي وفقاً لنظام خاص يفرض نفسه نظراً للصعوبات التي تتعلق بعبء الإثبات وخصوصية السببية، فتركها بلا تعويض هو أمر يجافي العدالة، ولما كان إرساء نظام قانوني ذو مصدر تشريعي لا يتم بين عشية وضحاها، فإنني أهيب بالقضاء في كل من الجزائر ومصر - تحقيقاً لهذا المبتغى - تبني حلول تكسر القوالب الجامدة للحلول التقليدية قوامها أن الاعتداد بالاحتمال المبني على الحقائق العلمية الإحصائية ومزاوجة السببية بالاحتمال لا يتضمن إنكاراً ولا اعتداءً على قواعد الإثبات بل يقتصر دوره على نقل عبء الإثبات للتغلب على صعوبات إسناد الضرر الوسيط واعتباره ضرراً مباشراً يستوجب التعويض.

رابعاً: يعد الإخلال بمبدأ التعويض الكامل من أهم المشكلات التي تواجه تعويض الأضرار الجسدية في إطار فوات الفرصة، لكونها تفرض نوعاً من التعويض الجزافي الذي يتم تقديره بصورة آلية بنسبة من الضرر النهائي، مما يجعل هذا التعويض رمزياً أكثر منه حقيقياً.

وإن كانت نظرية تعويض الفرصة الفائتة تستهدف في العموم كفالة تعويض جزئي للضرر الوسيط، فإن إهدار ما للشخص من سلطة مطلقة على جسده

وتجاهل إرادته التي تستقى منها مشروعية العمل الطبي، طالما أن كل ممارسة لنشاط طبي بغير رضا المريض يعتبر مساسا بحرمة جسده، مدعاة لإثارة مسئولية الطبيب عن كافة النتائج الضارة المتصلة بعمله، وبالتالي فإن تعويض فوات فرصة التبصير أو الإختيار بين قبول أو رفض العلاج في غير حالتي الضرورة والاستعجال لا بد أن يكون تعويضا كليا للضرر النهائي، وأدعوا من خلال هذا المنبر رجال الفقه والقضاء الى إخراج تعويض ضرر فوات الفرصة للإخلال بالتبصير الطبي من دائرة التعويض الجزئي للأضرار الوسيطة الى التعويض الكلي للضرر النهائي نظرا لتفرده بالاعتبارات السالفة.

وبعد إن تعويض الأضرار الجسدية وبخاصة في المجال الطبي يثير فيما يتصل بمعطياته الواقعية ومقتضياته الغائية جملة من الإشكالات القانونية، نظرية تتصل بفلسفة التعويض وأخرى عملية تتصل بآلياته، ما فتى رجال القانون يلون الجهد في فك خيوطها المتشابكة، وقد حاولت من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على مشكلة من مشكلاتها، فلا أحسب أنني قد أعطيت الموضوع كل حقه أو أملت بكافة جوانبه وإنما يكفيني فيما قمت شرف المحاولة، وأن أترك لمن يسلك من بعدي طريق البحث فيه فضل تكملة ما اعتراه من نقص، بتناول ما أسقطت والاستفاضة فيما أوجزت.

# كلية الحقوق جامعة القاهرة

### قائمة بأهم المصادر والمراجع

#### أولاً: المراجع باللغة العربية.

1- المراجع العامة:

- أنور سلطان, قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية, دار الجامعة الجديدة للنشر, سنة 2005.
- حسن علي الذنون, أصول الالتزام, غير مشار لدار النشر, بغداد, العراق, دون سنة
- حسن علي الذنون, المبسوط في المسؤولية المدنية, الجزء الأول "الضرر", الطبعة الأولى, دار وائل, عمان, الأردن, سنة 2006
- حمدي عبد الرحمن, الوسيط في النظرية العامة للالتزامات, الكتاب الأول, المصادر الإرادية للالتزام, العقد والإرادة المنفردة, الطبعة الأولى, دار النهضة العربية, ديس.
- راجع كذلك الغوثي بن ملحمة, قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري, الطبعة الأولى, الديوان الوطني للأشغال التربوية, الجزائر, سنة 1999.
- رمضان أبو السعود, أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية "النظرية العامة في الإثبات" الدار الجامعية, بيروت, سنة 1993.
- سليمان مرقس, المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية, القسم الأول, الأحكام العامة, أركان المسؤولية, الخطأ, الضرر والسببية, مطبعة الجبلوي, مصر, الطبعة الثانية, 1971.
- سليمان مرقس, أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنيات سائر البلاد العربية الجزء الأول "الأدلة المطلقة", عالم الكتاب, سنة 1981.
- سليمان مرقس, المسؤولية المدنية في تقنيات الدول العربية, القسم الأول, الأحكام العامة, أركان المسؤولية المدنية "الضرر والخطأ والسببية", منشورات معهد البحوث والدراسات, سنة 1971
- السيد محمد السيد عمران, أحكام الالتزام وقواعد الإثبات في المواد التجارية



- والمدنية، غير مشار لدار النشر، سنة 2000.
  - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1993.
  - محمد محمود زهران، الوجيز في الإثبات (المواد المدنية والتجارية)، دار الجامعة الجديدة، سنة 2003.
  - محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام، الجزء الأول "مصادر الالتزام"، مطبعة جامعة القاهرة، سنة 1968.
  - نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، دار الجامعة الجديدة، سنة 2008، ص 71.
- 2- المراجع المتخصصة:
- ابراهيم العشموي، تفويت الفرصة، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بدون سنة.
  - أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مطبوعات المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، سنة 1983
  - احمد شوقي عمر أبو خطوه: القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزراعة الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، سنة 1976.
  - أحمد محمد الرفاعي، أثر الاستعداد المرضي للمضرور على مسؤولية المدعى عليه، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر.
  - أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دار النهضة العربية، ط1، سنة 1990.
  - بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ط1، 2002.
  - جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، سنة 1996.
  - حسام الدين الاهواني: المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الاعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، 1975.
  - حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، دار النشر للجامعات

المصرية, د.س.

- حمدي عبد الرحمن, معصومية الجسد, بدون دار نشر, سنة 1987
- خالد جمال أحمد, الالتزام بالإعلام قبل التعاقد, دار النهضة العربية, سنة 2003.
- سعيد سعد عبد السلام, الالتزام بالإفصاح في العقود, ط1, دار النهضة العربية, القاهرة, مصر, سنة 2000
- سهير منتصر, الالتزام بالتبصير, دار النهضة العربية, القاهرة, سنة 1990.
- عادل جبري حبيب, المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته على توزيع عبء المسؤولية المدنية, دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي, دار الفكر الجامعي, الاسكندرية, 2005.
- عبد الحميد الشواربي, مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية, منشأة المعارف, القاهرة, 1998.
- عبد الرشيد مأمون, عقد العلاج بين النظرية والتطبيق, دار النهضة العربية, 198.
- عبد السلام التونجي, المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون السوري والمصري والفرنسي, دار المعارف, لبنان, سنة 1966
- عبد الكريم مأمون, رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية, دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية, 2006.
- عدنان إبراهيم السرحان, مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي, المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين, الجزء الأول, المسؤولية الطبية, منشورات حلبي الحقوقية, لبنان, ط2, 2004.
- علي نجيدة, التزامات الطبيب في العمل الطبي, دار النهضة العربية, القاهرة, مصر, سنة 1992.
- علي حسن نجيدة, التزامات الطبيب في العمل الطبي, دار النهضة العربية, سنة 1992
- علي حسن نجيدة, التزامات الطبيب في العمل الطبي, دار النهضة العربية, سنة 1992.
- علي عصام غضن, الخطأ الطبي, منشورات زين الحقوقية, بيروت, لبنان, سنة

2006

- مجدي حسن خليل, مدى فاعلية رضا المريض في العقد الطبي, دار النهضة العربية, سنة 2006.
- محسن عبد الحميد ابراهيم البيه, خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية, مطبوعات جامعة الكويت, سنة 1993.
- محمد حسن قاسم, إثبات الخطأ في المجال الطبي, دار الجامعة الجديدة, سنة 2006, ص 86.
- محمد سامي الشؤا, الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي, دار النهضة العربية, القاهرة, مصر, سنة 2003.
- مصطفى عبد الحميد عدوي, حق المريض في قبول أو رفض العلاج, دراسة مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي, غير مشار لدار النشر, سنة 1992.
- نزيه صادق المهدي, الالتزام قبل التعاقد بالبيانات, وتطبيقاته على بعض أنواع العقود, دار النهضة العربية, 1982.
- ويل تشابلو, المسعف الأول يصنع الفرق, الطبعة العربية الأولى, منظمة الصحة العالمية, المكتب الاقليمي للشرق الأوسط, سنة 2010.

3- الرسائل العلمية:

- أشرف جابر: التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء, اطروحة دكتوراه, كلية الحقوق / جامعة حلوان, 1999.
- إيهاب يسر, المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب, رسالة دكتوراه, جامعة القاهرة, كلية الحقوق, 1994
- زينب أحلوش بولحبال, رضا المريض في التصرفات الطبية, رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون, كلية الحقوق بجامعة الجزائر, سنة 2001.
- عبد الرازي محمد هاشم عبد الله, المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي, رسالة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة القاهرة, سنة 1994.

4- المقالات والمجلات:

- ابراهيم الدسوقي أبو الليل, تعويض تفويت الفرصة, القسم الأول, مجلة الحقوق, كلية الحقوق, جامعة الكويت, العدد الأول, السنة العاشرة, يونيو 1986.

- ابراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، القسم الثاني، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة العاشرة، سبتمبر 1986.
- ابراهيم الصياد: حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة (الكويت)، س (5)، ع2، يونيو 1981.
- جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، سنة 1996.
- سهى الصباحين، منير هليل، فيصل شطناوي، الالتزام بالتبصير في الجراحة التجميلية، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري والفرنسي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الانسانية)، العدد السابع، المجلد 26، سنة 2012.
- علاء قشي، المسؤولية الجنائية لأطباء عند استخدام أساليب علمية حديثة وعند المساس بالكمال الجسدي، مداخلة ضمن الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، العدد الخاص الأول، سنة 2008.
- علي فيلاي، رضا المريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الثالث، الجزء السادس والثلاثون.
- مجدي حسن خليل، رضا المريض في العقد الطبي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الثالثة والأربعون، 2000.
- المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ج1، المسؤولية الطبية، المؤتمرات العلمية لجامعة بيروت العربية، سنة 2000.
- محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأمين المسؤولية، مجلة المحامي الكويتية، 1992.
- محمود كامل البوز، قصور القانون الطبي مجلة الحقوق والشريعة، عدد رقم 02 لسنة 1981.
- منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة الخامسة

.1981

• وديع فرج، مسؤولية الأطباء المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول السنة 12 يناير 1942.

• وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين، مجلة القانون والاقتصاد، س 12.  
 • وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، القسم الأول، مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشئون القانونية والاقتصادية من الوجهة المصرية، العدد الأول، السنة الثانية عشر، 1942.

ثانيا: المراجع باللغات الأجنبية.

En Langue Française:

#### 1- Ouvrages Généraux

- (J(Guérin, guide pratique de la responsabilité médicale, ERISSEY, Paris, 1975.
- Bénabent، Droit civil، Les obligations, coll.Domat, Montchrestien، 6 ème éd، 1997
- Geneviève Viney، Patrice Jourdain, Traité de droit civil، conditions de la responsabilité،L.G.D.J،Paris،2ème éd،1998.

#### 2- Ouvrages Spéciaux

- (J(Guérin, guide pratique de la responsabilité médicale, ERISSEY, Paris, 1975.
- Bernard Dapogny, Le conseiller juridique pour tous " les droits des victimes de La médecine", Edition Du Puits Fleuri، Paris.
- Bertrand Wechsler et Olivier Chosidow, Patalogie science "Corticoïde et corticothérapie", édition John Libbey Eurotext، Paris، France، 1997.
- Christian Laroumet، L'indemnisation de l'aléa

thérapeutique, D.n 4 du 28\01\1999

- George Boyer Chammard, Paul Monzein, La responsabilité médicale, P.U.F, Paris, 1974,
  - Jean Penneau, La responsabilité du médecin, 3<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2004
  - P. Vayre, D. Planquelle, H. Fabre, Le lien de causalité en matière de responsabilité médicale, Médecine et Droit, 2005.
- 3- Thèses:
- <sup>1</sup> Isabelle Souplet, La perte de chance en droit de la responsabilité médicale, Mémoire dans le cadre du DEA de droit public, Faculté des sciences juridiques et sociales, Université de Lille, France, 2002
  - <sup>1</sup> J. Saison, Essai sur les variations de l'exécution de la faute médicale au regard des fonctions de la responsabilité, Thèse de doctorat non publiée, faculté de droit de Lille, 2000
  - Bruno Py, Recherches sur les justifications pénales à l'activité médicale thèse de doctorat, faculté de droit, Université de Nancy 2, Paris, 1993.
  - J. Allise, L'obligation de renseignements dans Les contrats: Thèse de doctorat, paris II, 1975.
  - Julie Haberer, La perte d'une chance, Mémoire de DEA de droit privé, Université Paris 1, 1997
  - Sanaa Marzoug, L'obligation d'information médicale, thèse, L'école nationale de la santé publique, Rennes, 2000.
  - Virginie Bonningues, Naissance et vie préjudiciable de l'enfant au regard de la responsabilité médicale et

parentale, mémoire de DEA en droit Privé, Université de Lille2, 2001.

#### Articles et Revus

- (J) Ghestin, le droit saisi par la biologie, L.G.D.J, Paris, 1996
- . Savatier, Auby, Pequignot, Traite de droit medical, Paris Librairies Techniques, 1956.
- A. Magnin, Réflexions critiques sur une extension possible de la notion du dol dans la formation des actes Juridiques. J. C. P. 1976, 1, 2780.
- Brigitte Sicaud, Aggravation des dommages corporelles et prédispositions pathologiques ; étude mise a jour le 16 juillet 2009, publié sur:[www.macsf.fr](http://www.macsf.fr).
- dans Marie-Laure Matieu-izoche, L obligation du médecin informer ou convaincre ? D.n 44du 13\12\2002.
- F.Chabas, L'obligation d'information médicale en danger, J.C.P. G 2000
- G.Durry, note sous cass-civ 1 ere,17\11\1982, R.T.D.Civ, 1983,p.547.
- J. Penneau, La responsabilité médicale, Sirey,1977
- Michel de Juglart, L'obligation de renseignements dans les contrats, R. T. D. Civ, 1942
- Michel Penneau, Le défaut d'information en médecine, note sous CAA Angres, 11\09\1998, D.n 3,du 21\01\1999
- Michele de Juglart, L'obligation de renseignements dans les contrats, R.T.D.CIV,1942.
- Muriel Fabre – Margan, Avortement et responsabilité

médicale·R.T.D.Civ· n 2, 2001

- Nathalie Albert· Obligation d'information médicale et responsabilité· R.F.D.A, n 2, 2003.
  - Pierre Bon, Aligement de la jurisprudence administrative sur la jurisprudence judiciaire (note sous conseil d'état·section 05\01\2000, Assistance publique-hôpitaux de paris et consort telle) R.F.D.A· n 3,2000,p.662.
  - Rodolphe Arazac·L'indemnisation de la perte de chance en droit administrative·R.R.J·n 02, presse universitaire d'Aix-Marseille,2007
  - S. Porchy· Lien causale· préjudice réparable et non-respect de la volonté du patient, D.1998
  - Servane Capri, Regards sur la causalité (A propos de l'arrêt Quarrez du conseil d'état et de l'arrêt Perruche de la cour de cassation)L.P.A,n 114, 08\06\2001.
  - Stéphanie Porchy· Lien causal; préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient· D. n 40 du 12 nov. 1998
  - Suzanne Rameix, La décision médicale· Du paternalisme des medecins à l'autonomie des patients· disponible en ligne sur le cite:[www.cndp.fr/archivage/valid/65940/65940.pdf](http://www.cndp.fr/archivage/valid/65940/65940.pdf).
  - V. Boyer· L'obligation de renseignements dans la formation de contrat· presses universitaires d'Aix – Marseille· 1978.
- 4- Arrêts et Commentaire d'Arrêts
- Alternative medicine, the National Center for Complementary and Alternative Medicine NCCAM, available at: <http://nccam.nih.gov>.
  - C A A. Lyon, 21/12/1990.cons. Gomez, 21 juillet 1991. Note



D. Chabanol.JCP.1991,n° 21698.

- C. Paris 11 mars 1966. J.C.P. 1966. 14716, note R. Savatier.
- CAA.de Paris,09\06\1998, conclusion sou. E.Corouge, RFD administratif, mai 2000.
- Cass - civ, 1<sup>er</sup>, 21 novembre, 1961,D. 1961,p. 534.
- Cass - civ, 1<sup>er</sup>, 27 Mai 1998, J.C.P. 1998, IV,2626.
- Cass - civ, 1<sup>er</sup>, 27 octobre 1953, D. 1953
- cass. civ. 23 mai 1973, J.C.P. 1975, n 17955.
- Cass- Civ,19 mai 1951. D. 1952.p. 53, note R. Savatier.
- Cass- Civ 19 mai 1951. D. 1952. 53, note R. Savatier.
- Cass-civ, 1<sup>er</sup> chambre civil, 09/11/1999, disponible en ligne sur:
- Cour. Ad. d'Aix, 16 juillet 1931, D.1932-2.
- DIDIER Chauvaux, Conclusion sur le conseil d'état,Section 5 janvier 2005, Assistance publique-hôpitaux de paris, c\ M Guilbot et Epoux Telle-R.F.D.A, n 3:2000,p.648.

English Reference:

- Ian kennedy and Andrew grubb, Medical law, text and Materials, London, butter worth, 1989.
- James f. Drane, Clinical bioethics "Theory and practice in medical ethical decision making", published by Sheed & Ward, Kansas, United States of America, 1994, P111.
- Michel Pennau, Le défaut d'information en médecine (note sous CA Angers, 11 sep 1998), D. n3 du 21\01\1999.
- Michelle Gobert, La cour de cassation méritait-elle le pilori

(A propos de l'arrêt de l'assemblée plénière du 17 nov  
2000, L.P.A.n 25, 8 déc.2000

- P. Sargos, note sous Cass - civ, 1<sup>er</sup>, 7 octobre 1998, J.C. P. 1998.2, 10179
- P. Sargos, rapport sous Cass -civ 1<sup>er</sup>, 14 octobre 1997, J.C.P. 1997, II, 22942
- P.D.G. Skegg: Law Ethics and medicine, oxford, clarendon press, 1990.
- the California Coordination Court, Cobbs v. Grant (1972) 8 Cal.3d 229, 245, Quoted by: Donna Miller Rostant & Rebecca F. Cady, Liability issues prenatal nursing, Lippincott, United States of America, 1999, p17.
- Trib. Paris, 11 mars 1966, J.C.P. 1966, P. 14716.
- USDHHS Office for Human Research Protections (OHRP). OHRP, Informed Consent. Accessed at <http://www.hhs.gov/ohrp/informconsfaq.html> on June 15, 2009.
- Winfery v. Citizen Southern bank, 149 GA. APP. 488, 254, S.E. 2d, 1979. [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).

ثالثاً: القوانين واللوائح:

- القوانين الجزائرية
- المرسوم التنفيذي 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب بالجزائر.
- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966, المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 46 لسنة 1966.
- الأمر 75-85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005, ج.ر. عدد 44 لسنة 2005.

- القوانين المصرية:
- القانون رقم 25 لسنة 1968, المتعلق بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري, المعدل بالقانون 23 لسنة 1992, والقانون 18 لسنة 1999, والمنشور بالجريدة الرسمية, العدد 22 الصادر في 30 / 5 / 1968.
- القوانين الفرنسية:

- LOI N° 94-653 du 29 Juillet 1994, relative au respect du corps humain, publié au JO du 30-07-1994, disponible aussi en ligne à l'adresse suivante : <http://www.chu-rouen.fr/uchpg/LOI4.html>.
- Décret n° 95-1000 -du 6 septembre 1995 portant le code de la déontologie médicale, figurant dans le Code de la Santé Publique sous les numéros R.4127-1 à R.4127-112 (mise à jour du 14 déc. 2006) disponible en ligne sur: <http://www.web.ordre.medecin.fr/deonto/decret/codedeont.pdf>
- la Loi n 2002-303 du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et a la qualité du système de santé.
- Loi Léonetti n° 2005-370 du du 22 avril 2005 relative aux droits des patients en fin de vie.

كلية  
جامعة القاهرة



كلية الحقوق  
جامعة القاهرة