

**التعويض عن المسؤولية المدنية للطبيب المسببة
للإعاقة الولادية**

الباحث/ محمد رسول راضي العجاوي

التعويض عن المسؤولية المدنية للطبيب المسببة للإعاقة الولادية الباحث/ محمد رسول راضي العجاوي

ملخص البحث

لم يُعرّف المشرع العراقي، ولا المصري التعويض، بل ترك أمر تعريفه إلى الفقه، ولم يتم الأخير بوضع نصوص تبين تعريفه، وإنما تعرض مباشرة لبيان طريقته، وتقديره، عند تعرضهم للحديث عن الأثر المترتب على المسؤولية وهو عندهم واضح لا يحتاج إلى تعريف، متمثلاً بإعادة التوازن الذي اختل وأُهدر نتيجة وقوع الضرر إلى ما كان عليه، بإعادة المضرور على حساب المسؤول إلى الحالة التي كان مفروضاً، أو متوقعاً أن يكون عليها لو لم يقع الفعل الضار.

فهو وسيلة لجبر الضرر الذي لحق بالمتضرر، جراء التدخل الطبي، فهل يستحق المتضرر التعويض عن كافة الأضرار التي لحقت به المباشرة، وغير المباشرة، والمتوقعة، وغير المتوقعة؟ أم أنها تتحدد بنطاق معين؟ وقد يتأثر ويتفاقم الضرر، فما هو الوقت الذي يعتد به عند التقدير؟ ومن له الحق بالمطالبة بالتعويض؟

أن الأصل من التعويض هو ألا ينظر إلى جسامه الخطأ الذي صدر من الطبيب عند تقدير التعويض، وإذا ما تحققت المسؤولية قُدر التعويض بقدر جسامه الضرر، لا بقدر جسامه الخطأ، ومهما كان الخطأ يسيراً، فإن التعويض يكون عن الضرر المباشر الذي أحدثه هذا الخطأ اليسير، ومهما كان الخطأ جسيماً، فإن التعويض يجب ألا يزيد عن الضرر المباشر، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك فإن هذه القاعدة نظرية أكثر من كونها عملية؛ لأن المحاكم من الناحية الواقعية، تُدخل في اعتبارها عند تقدير التعويض جسامه خطأ المسئول، انطلاقاً من السلطة التقديرية للقاضي، ونزولاً عند مقتضيات العدالة، ومراعاة للنزعة الأخلاقية في المسؤولية المدنية بصورة عامة.

Compensation for the civil liability of the doctor causing the birth disability

Research Summary

The Iraqi or Egyptian legislator did not define compensation. Rather, he left the matter of defining it to jurisprudence, and the latter did not elaborate texts that clarify its definition, but rather directly presented an explanation of his method and his assessment, when they were exposed to talking about the impact of responsibility, which they have is clear and does not need to be defined, represented by the restoration of The balance that was

disturbed and wasted as a result of the occurrence of the damage to what it was, by returning the injured at the expense of the responsible to the state in which it was imposed, or expected to be in place if the harmful act did not occur.

It is a means of reparation for the damage caused to the victim, as a result of the medical intervention, so does the victim deserve compensation for all direct, indirect, expected, and unexpected damages suffered? Or is it limited to a specific scope? The damage may be affected and exacerbated, so what is the time to be taken into consideration when assessing? And who has the right to claim compensation?

The basic principle of compensation is not to consider the severity of the mistake made by the doctor when estimating the compensation, and if the liability is fulfilled, the amount of compensation is equal to the severity of the damage, not by the magnitude of the error, and no matter how small the error is, compensation is for the direct damage caused by this slight error. No matter how serious the error is, compensation should not exceed direct damage, but despite that, this rule is more theoretical than practical. Because the courts, in real terms, take into account when estimating compensation the grave error of the official, based on the discretionary authority of the judge, and in light of the requirements of justice, and taking into account the ethical tendency in civil liability in general.

المقدمة

إذا ما تحققت المسؤولية، فإن الطبيب يلزم بتعويض الضرر الذي أحدثه نتيجة تدخله الطبي، سواء كان مادياً أو أدبياً، وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير هذا التعويض؛ لجبر الضرر الذي لحق بالمتضرر، سواء أكان الجنين أم الأبوين، فإذا لم يكن هنالك مشكلة في أحقية الأبوين بالمطالبة بالتعويض، فهناك اختلافات فقهية وقضائية في أحقية الجنين عن ضرر ولادته معاقاً نتيجة خطأ الطبيب، وقد يرتبط مع التعويض دعوى جنائية، قد تنشأ نتيجة التدخل الطبي، فهل سيؤثر هذا الارتباط على تقدير التعويض أم لا؟

لم يُعرف المشرع العراقي، ولا المصري التعويض، بل ترك أمر تعريفه إلى الفقه، ولم يتم الأخير بوضع نصوص تبين تعريفه، وإنما تعرض مباشرة لبيان طريقته، وتقديره،

عند تعرضهم للحديث عن الأثر المترتب على المسؤولية وهو عندهم واضح لا يحتاج إلى تعريف، متمثلاً بإعادة التوازن الذي اختل وأهدر نتيجة وقوع الضرر إلى ما كان عليه، بإعادة المضرور على حساب المسؤول إلى الحالة التي كان مفروضاً، أو متوقفاً أن يكون عليها لو لم يقع الفعل الضار.

فهو وسيلة لجبر الضرر الذي لحق بالمتضرر، جراء التدخل الطبي، فهل يستحق المتضرر التعويض عن كافة الأضرار التي لحقت به المباشرة، وغير المباشرة، والمتوقعة، وغير المتوقعة؟ أم أنها تتحدد بنطاق معين؟ وقد يتأثر ويتفاقم الضرر، فما هو الوقت الذي يعتد به عند التقدير؟ ومن له الحق بالمطالبة بالتعويض؟ ولما تقدم سنبحث المبادئ العامة للتعويض في المسؤولية محل البحث من حيث النطاق، ووقت التقدير، ودعوى التعويض، وصوره وآلية تقديره، من خلال مطلبين: نبين في الأول مفهوم التعويض، وسيختص الثاني ببيان صور التعويض وآلية تقديره على

المطلب الأول

دعوى التعويض عن الأضرار المسببة للإعاقة الولادية

هنالك طرفان في دعوى التعويض: الطبيب، والمتضرر وقد يحدث أن يتعدد محدثو الضرر إلى غير الطبيب، وقد يعطى الحق للجنين عند بلوغه بالمطالبة بالتعويض، إلى جانب الأبوين. وعليه سوف نبين أطراف دعوى التعويض، ثم نبين تقادم هذه الدعوى وفق الآتي:

الفرع الأول

أطراف دعوى التعويض

أولاً: المدعي في دعوى التعويض

يتعين التفرقة بين نوعين من الدعوى، حتى لو كانت دعوتان ترفعان معاً من الناحية العملية الأولى التي يرفعها الابوان باسمهما الخاص وتهدف الى تعويض ضرر الوالدين.

والثانية تلك الدعوى التي تباشر لحساب الطفل القاصر وبأسمه- عن طريق النائب القانوني له، والتي تهدف الى تعويض الضرر المتمثل في حياة المعاق التي فرض على الطفل التي يعيشها، ويرفعها ضد ابوية او غيرها ممن تسبب في اصابة بالاعاقة^(١). وبالتالي فإن كليهما يكون له حق التعويض، وإن كان هنالك اختلاف فقهي وقضائي حول أحقية الطفل بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الشخصي الذي أصابه، وبين إبتداء الشخصية القانونية له، وبين الرأي الراجح في إبتدائها، وألا تقتصر حقوقه على الحقوق

(١) شحاتة غريب الشلقماني، التعويض عن ميلاد الطفل من ذوي الاحتياجات الخاصة، المرجع السابق، ص ٤٧.

المالية المبينة في القانون، وتدخّل المطالبة بالتعويض كحق من هذه الحقوق التي يجب أن تُحمى قانوناً، أسوة بالتشريعات التي تحدد إبتداء الشخصية القانونية للطفل ولادته، وعليه طبقاً للرأي الراجح في أحقية الطفل للمطالبة بالتعويض، سنبحث حقه في المطالبة بالتعويض، بجانب حق الأبوين بالتعويض، كمدعي في دعوى التعويض^(٢)، فضلاً عن بيان المدة التي يمنع فيها من سماع دعواه، ومطالبته بالتعويض، وفقاً للرأي الراجح في طبيعة المسؤولية وعلى النحو الآتي:

ثانياً: المدعي عليه في الدعوى

قد لا يكون الطبيب وحده محدثاً للضرر، فقد يكون هنالك أشخاص آخرون ساهموا في ذلك؛ فينشأ في ذمة كل منهم التزام بتعويض الضرر كله، بغض النظر عن نشوء مثل هذا الالتزام في ذمة الفاعلين الآخرين^(٣).

ويحدث تعدد المسؤولين عن إحداث الضرر عندما يقع الخطأ من قبل أكثر من شخص، وبالتالي يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ، أو تسبب على الأقل في وقوعه كحالة الفريق الطبي الذي يساعد الطبيب، وقد يكون الخطأ موزعاً بين طبيب الأشعة والتحليل والطبيب المختص، وقد يكون بين الطبيب والقابلة في عمليات الولادة^(٤).

فإذا استطاع المتبوع أن يثبت أن التابع قد اشترك معه في الخطأ، الذي أدى إلى وقوع الضرر المطالب بالتعويض عنه، فإن ذلك يجعلهم متضامنين في المسؤولية عن تعويض هذا الضرر، وما داموا متضامنين، فإن المتضرر يستطيع أن يرجع بدعوى التعويض عليهم جميعاً، كما يستطيع أن يختار منهم من يشاء فيحرك الدعوى عليه دون غيره، مطالباً إياه بالتعويض كاملاً، فيرجع الأخير على الباقي، كل بقدر نصيبه، وعلى قدر جسامه التعدي الذي وقع من كل منهم، وللمحكمة سلطة تقديرية في تحديد ذلك، إذ يمكن أن يتم الركون إلى جسامه الخطأ الذي وقع من كل منهم^(٥).

(٢) هند احمد الالفي، المسؤولية المدنية عن ميلاد الطفل معاقاً، المرجع سابق، ص ٣٧٤.

(٣) انظر المادة (٢١٧) مدني عراقي يقابلها المادة (١٦٩) مدني مصري.

(٤) امير طالب هادي التميمي، المسؤولية المدنية الناشئة عن التدخلات الطبية في الجنين، المصدر سابق، ص ٧٢٠.

(٥) وبذات التوجه سار القضاء الفرنسي:-

- La faute inexcusable du salarié vie-time d'un accident du travail n'est pas la meme que celle de l'employeur (civ 2%27 janv, 2040, p..02-30693, bull.civ II, 25; D. 2004.93 et les obs; resp civ 'et assur. 2004. comm.91, obs.H. Goute) RTD civ. 2004, no 2, p.296-297.

كما لو كان خطأ أحدهم عمدياً، أو جسيماً والآخر غير عمدي، أو يسير، ومثل ذلك أن يهمل طبيب الأشعة التشخيص الجيني؛ فلا يكتشف التشوه لدى الطفل، ومن ثم يخطئ الطبيب المختص بالتوليد، فيجرح الجنين أثناء التدخل، فالضرر جاء نتيجة هذه الأخطاء، فكل من الخطأين ساهم في إحداث الضرر، ومن ثم يكون الاثنان مسؤولين بالتضامن عن تعويض المضرور، ولكن لا يستوي خطأ كل منهم في الجسامة، مما يبرر توزيع التعويض على كل منهما بنسبة خطأه، وليس بالتساوي^(٦).

ولا تقتصر المشاركة في إحداث الضرر على الفريق الطبي، إذ قد يساهم المريض بنفسه في ذلك، وفي هذه الحالة يتعين على القاضي أن يستنزل من قيمة التعويض ما يقابل الخطأ الذي وقع منه، والذي ساهم في إحداث الضرر^(٧).

الفرع الثاني

تقديم دعوى التعويض

إن لكل حالة بداية ولا بد وأن تكون لها نهاية، ومن المعروف في القانون أن كل دعوى لها مدة معينة، ثم ينتهي الحق في المطالبة بها، وهذا ما نص عليه القانون بالزمان المانع من سماع الدعوى، المتمثل بالتقادم، ويختلف حسب طبيعة الدعوى أو المسؤولية فبالنسبة للمسؤولية العقدية فإن التقادم يكون فيها خمس عشرة سنة في كل من القانونين المصري والعراقي^(٨).

أما إذا كانت المسؤولية تقصيرية فإن التقادم يكون فيها بمضي ثلاث سنوات من يوم علم المتضرر بحدوث الضرر، أو بالشخص الذي أحدثه^(٩)، ولا تسمع في جميع الأحوال بمضي خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع^(١٠).

(٦) انظر في ذات المعنى: علاء حسين مطلق التميمي، مصدر سابق، ص ٢٣٦.

(٧) منير رياض حنا، النظرية العامة في المسؤولية الطبية، مصدر سابق، ص ٧٨٨.

(٨) راجع المادة (٤٢٩) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (الدعوى بالالتزام أيا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه من أحكام خاصة) يقابلها المادة (٣٧٤) من القانون المدني المصري والتي تنص على انه (يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية).

(٩) قرار محكمة التمييز العراقية رقم (٣٢٦/هيئة مدنية منقول/٢٠٠٨ في ٢٧/٥/٢٠٠٨) النشرة القضائية العدد الثاني، أب، ٢٠٠٨.

وبالتالي فإن التقادم يؤدي إلى ألا تسمع الدعوى المطالبة بالتعويض؛ الناشئة عن العمل غير المشروع أياً كان بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر، وبالشخص الذي أحدثه؛ حتى وإن كانت المطالبة مستندة إلى دعوى سابقة، اكتسب الحكم الصادر فيها درجة البتات^(١١).

إلا أنه وبالرجوع إلى المادة (٢/١٧٢) من القانون المدني المصري، نجد أنه يشير إلى حالة الجريمة الناتجة عن فعل الطبيب وكثيرة هي الأخطاء التي تعد من هذا القبيل في المسؤولية محل البحث، سواء كانت المتعلقة بالإجهاض، والتي نصت ب ((على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية)). ومفاد هذا النص أن المشرع المصري أراد تقادي ما قد ينتج عن سقوط الدعوى المدنية، مع بقاء الدعوى الجنائية قائمة، فلا يعقل أن يوقع بالجاني عقوبة جنائية دون إلزامه بالتعويض؛ كون أن الأخيرة أقل خطراً من العقوبة^(١٢).

ولا يوجد في القانون المدني العراقي ما يقابل هذا النص، ولا يربط بين الدعوى المدنية والجنائية، مما يعني استقلالية الدعوى المدنية، وخضوعها إلى التقادم الوارد ذكره أعلاه، دون التقييد بسقوط الدعوى الجنائية من عدمه، وجديراً بالإشارة؛ تعد مسؤولية الطبيب عقدية، وهي الأصل وكما مر بنا سابقاً، ومن المبررات التي دعت إلى الركون إليها مدة التقادم المانعة من سماع الدعوى، والمطالبة بالتعويض، لكي يحظى المتضرر بوقت كافٍ دون سقوط دعواه بالمدة القصيرة والمتمثلة بثلاث سنوات.

المطلب الثاني

التعويض عن الأضرار المسببة للإعاقة الولادية

سوف نبين مفهوم التعويض ونطاقه، ثم طرق التعويض وآلية تقديره ووقت تقديره، بالإضافة إلى الصعوبات التي تواجه القاضي أثناء تقدير التعويض. وذلك وفق الآتي:

(١٠) راجع المادة (٢٣٢) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه (لا تسمع دعوى التعويض عن العمل غير المشروع أياً كان بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه ولا تسمع الدعوى في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع) يقابلها نص المادة (١/١٧٢) من القانون المدني المصري.

(١١) قرار محكمة التمييز العراقية رقم (٨٦) موسعة أولى في (١٩٨٦/٣/٣) مشار لهذا القرار لدى: جمعة سعدون الربيعي، المرشد إلى إقامة دعاوى المدنية، دراسة علمية معززة بقرارات محكمة التمييز، الطبعة الأولى، بغداد، ١٩٩٢، ص ٤٠.

(١٢) علاء حسين مطلق التميمي، مصدر سابق، ص ٢٥٧.

الفرع الأول مفهوم التعويض ونطاقه

أولاً: مفهوم التعويض:

لم يُعرّف المشرع العراقي، ولا المصري التعويض^(١٣)، بل ترك أمر تعريفه إلى الفقه، ولم يَقم الأخير بوضع نصوص تبين تعريفه، وإنما تعرض مباشرة لبيان طريقته، وتقديره، عند تعرضهم للحديث عن الأثر المترتب على المسؤولية وهو عندهم واضح لا يحتاج إلى تعريف، متمثلاً بإعادة التوازن الذي اختل وأُهدر نتيجة وقوع الضرر إلى ما كان عليه، بإعادة المضرور على حساب المسئول إلى الحالة التي كان مفروضاً، أو متوقعاً أن يكون عليها لو لم يقع الفعل الضار^(١٤).

فهو وسيلة لجبر الضرر الذي لحق بالمتضرر، جراء التدخل الطبي، فهل يستحق المتضرر التعويض عن كافة الأضرار التي لحقت به المباشرة، وغير المباشرة، والمتوقعة، وغير المتوقعة؟ أم أنها تتحدد بنطاق معين؟ وقد يتأثر ويتفاقم الضرر، فما هو الوقت الذي يعتد به عند التقدير؟ ومن له الحق بالمطالبة بالتعويض؟

ثانياً: نطاق التعويض:

التعويض هو الوسيلة لجبر الضرر، وهو الجزاء المترتب على المسؤولية^(١٥) وإذا ما ثبتت الأخيرة، تعين على القاضي إلزام المتسبب في إحداث الضرر بالتعويض، أنا

(١٣) ويقصد بالتعويض في اللغة: هو (العوض اي، الخلف او البديل فيقال اخت الكتاب عوضاً عن مالي، اي بدلاً عنه، واعوضه تعويضاً واعاوضه اي: اعطاه العوض، واعتاض وتعويض: اخذ العوض اي: البديل، فأعطاه فلان من كذا، اي عوضاً بـاي: بدلاً وخلفاً، اعتاضني فلان، اذا جاء طالباً للعوض). ينظر الى ابي الفضل جمال الدين محمد بن منظور: لسان العرب، الجزء السابع، ص ١٩٢، محمد محي الدين عبد الحميد، ومحمد عبد اللطيف السبكي: المختار في صحاح اللغة، مطبعة الاستقامة، الطبعة الخامسة، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٣٦٣، اما في الشرع فان مصطلح التعويض لم يرد في اغلب مراجع الفقه الاسلامي، وانما وجد مصطلح الضمان او التضمنين، حسب تتبعات لاغلب مراجع الفقه الاسلامي، تضمين الانسان هو: ان يحكم عليه بتعويض الضرر الذي قد اصاب الغير من جهة. ينظر الى الشيخ علي الخفيف: الضمان في الفقه الاسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة ٢٠٠٠م، ص ٧ زما بعدها، الشيخ محمود شلتوت: المسؤولية المدنية والجناحية في الشريعة الاسلامية، مطبعة الازهر. ص ٢.

(١٤) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، بدون مكان نشر، ١٩٩٥، ص ١٤.

(١٥) عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق ص ٢٤٤.

نتساءل: هل يشمل التعويض كافة الأضرار التي يلحقها الطبيب بالطفل؟ أم أنه يكون مسؤولاً عن أضرار معينة تبعاً لطبيعة مسؤوليته؟ وعليه، يمكن تحديد نطاق التعويض عن تلك الأضرار بالآتي:

١- اقتصار التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المباشر المتوقع فقط، ما لم يرتكب غشاً، أو خطأ جسيماً، وعن الضرر المستقبل متى ما كان محققاً، ولا يشمل الضرر غير المباشر، أما في نطاق المسؤولية التقصيرية فإن الطبيب يلتزم بتعويض كل الضرر المباشر متوقعاً كان أم غير متوقع بصرف النظر عن درجة جسامته خطئه^(١٦).

وبما أن غاية التعويض هي إزالة الضرر وليس إثراء المضرور، فبالتالي يجب أن يكون التعويض معادلاً للضرر، ومكافئاً له، فلا يزيد ولا ينقص عنه، وهو بذلك يتضمن عنصرين: الأول مقدار الخسارة التي لحقت بالمريض جراء التدخل الطبي، والثاني ما فاتته من كسب^(١٧).

٢- شمول التعويض للضرر المادي والأدبي، فيكون الطبيب ملزماً بالتعويض عن هذا الضرر متى ما كان محققاً غير محتمل، ويختلف باختلاف طبيعة المسؤولية، فبالنسبة للأول يعرض عنه المضرور سواء كانت مسؤولية الطبيب عقدية أو تقصيرية، أما الثاني فإن نطاقه ينحصر وفقاً للقانون^(١٨) بالمسؤولية التقصيرية دون العقدية.

مع العلم بأن الضرر الأدبي متصور جداً في المسؤولية العقدية (كما رأينا سابقاً) إلا أن عدم نص المشرع وسكوته عن تعويض الضرر الأدبي، لا يعتبر رفضاً له في إطار المسؤولية العقدية، طالما أن الضرر متصور الوقوع انسجاماً مع الواقع، إذ غالباً ما يؤدي الإخلال من قبل الطبيب أثناء التدخل الطبي إلى ضرر أدبي، وبالتالي إذا لم يتم إقرار التعويض في مثل هذا النوع فإن ذلك يناهض العدالة والغاية المرجوة من التعويض، المتمثلة بجبر الضرر أياً كان نوعه^(١٩)، فضلاً عن أن المشرع غير مطالب بالنص على كل حالة من حالات الفعل الضار، أو كل نوع من أنواع الضرر، ذلك لأن المفترض في

^(١٦) انظر المادة (١/٢٢١) مدني عراقي.

^(١٧) حسن حنتوش الحساوي، التعويض في نطاق المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٠، ص ٧٣-٧٤ ومن الجانب القضائي نقض مدني الطعن رقم (٥٨٠٩) لسنة ٦٢ق/جلسة ٢٣/١/٢٠٠٠ قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية، مصدر سابق.

^(١٨) انظر المادة (٢٠٥) مدني عراقي يقابلها المادة (٢٢٢) مدني مصري.

^(١٩) احمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي، مصدر سابق، ٢٦٠.

القاعدة القانونية أن تكون عامه مجردة فبمجرد النص على ضرورة تعويض الضرر يعد كافياً ولا حاجة للبحث عن نوع الضرر ونوع التعويض، تاركاً ذلك للقضاء بحسب ما يراه مناسباً لتحقيق العدالة. ومما تجدر الإشارة إليه، الجمع والدمج بين الضررين المادي والأدبي أثناء التعويض، إذ لا يشكل ذلك عيباً للحكم، إذ أنه ومن المقرر قانوناً أن يقضي بمبلغ إجمالي كتعويض عن كلا الضررين: المادي، والأدبي معاً، وبغير تخصيص للمقدار المستحق من كل منهما، وهذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية بأنه ((من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا يعيب الحكم أن يدمج الضررين المادي والأدبي معاً ويقدر التعويض بغير تخصيص لمقداره عن كل منهما فإن ذلك لا يحول دون قيام تلك الحقيقة الواقعية وهي أن كل عنصر من هذين العنصرين كان له جسمه في تحديد مقدار التعويض المقضي به))^(٢٠) وبمثله أخذ القضاء العراقي^(٢١).

الفرع الثاني طرق التعويض

إن التعويض الذي يستحقه المضرور من جراء التدخل الطبي قد يكون وطبقاً للقواعد العامة تعويضاً عينياً، يتمثل بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الإخلال بالتزامات الطبيب التي نشأ عنها الضرر، وقد يكون تعويضاً بمقابل، يتجسد في صورة مبلغ من النقود، وهذا التعويض النقدي، أو في صورة أداء أمر معين، وهذا هو التعويض غير النقدي^(٢٢)، الأمر الذي يحتاج إلى شيء من الإيضاح:

أولاً: التعويض العيني:

مما لا شك فيه أن المتضرر يسعى إلى الحصول على التعويض الذي يزيل الضرر الذي أصابه، أو التخفيف من وطأته قدر المستطاع، وقد يجد المتضرر في هذا النوع من التعويض خير وسيلة لجبر ذلك الضرر؛ لأن من شأن التعويض العيني أن يعيده إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر^(٢٣)، بحيث تكون النتيجة المرجوة من التعويض هو إزالة الضرر، ومحو آثاره وقد يكون هذا النوع غير ممكن في بعض

^(٢٠) نقض مدني، الطعن رقم (٤٨٥٤ لسنة ٦١ق، جلسة ١٤/١٢/١٩٩٧) مشار لهذا القرار لدى: منير رياض حنا، النظرية العامة في المسؤولية الطبية، مصدر سابق، ص ٧٨٦.

^(٢١) قرار محكمة التمييز رقم (٧٤٣/ج/١٩٦٩ في ١٣/١١/١٩٦٩) قضاء محكمة التمييز مشار لهذا القرار لدى: منذر الفضل، الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد الأول والثاني، ١٩٨٧، ص ٦٧.

^(٢٢) انظر المادة (٢/٢٠٩) مدني عراقي يقابلها (٣/١٧١) مدني مصري.

^(٢٣) سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٤٩.

الحالات^(٢٤)، إلا أن السؤال الذي يطرح هنا: هل يصلح أن يكون هذا النوع أو الطريق للتعويض جابر للضرر الناشئ عن الاعمال الطبية المتسببة بالإعاقة الولادية؟ الواقع كما هو معلوم أن حالات الضرر الذي يمس جسم الإنسان بصورة عامة، لا يكون التعويض العيني في بعضها ممكناً، فلو ارتكب الطبيب خطأ سبب ضرراً يدخل في اختصاص آخر، ففي هذه الحالة لو أجبر الطبيب محدث الضرر على القيام بالعمل الجراحي، لما استطاع القيام به على الوجه الأمثل^(٢٥).

وإذا نظرنا إلى تعقيد جسم الإنسان بصورة عامة، وخصوصية محل البحث الواقعة على الطفل بصفة خاصة؛ لوجدنا أن هذا النوع من التعويض غير ممكن بالمرة، كأن يقع خطأ من جانب الطبيب يؤدي إلى وفاه طفل، وبالتالي لا يمكن إعادة الحياة إليه، أو أن يؤدي إلى جرح أو بتر أحد أعضاء الطفل أثناء عملية التوليد.

وعليه فإن القاضي قد لا يري بهذا النوع من التعويض محلاً لجبر الضرر الذي أحق بالطفل، فلا يجد نفسه إلا أمام التعويض بالمقابل كطريقة لجبر الضرر وهذا ما سنبينه في الآتي:

ثانياً: التعويض بمقابل:

يلاحظ مما تقدم أنه في حالات الضرر الناشئ جراء التدخل الطبي على الجنين، يتعذر التعويض العيني، فلا يمكن إعادة الحياة للطفل، أو إرجاع أحد أعضائه المبتورة إلى ما قبل وقوع الضرر، إذ نكون أمام استحالة مطلقة، فلا يكون التعويض العيني ممكناً بطبيعته، فلا يكون أمام القاضي إلا اللجوء إلى التعويض بمقابل، ويتخذ هذا التعويض صورتين: فقد يكون عبارة عن تعويض نقدي يقدر بمبلغ من المال، وقد يكون هذا التعويض غير نقدي، تحكم به المحكمة وفقاً لظروف الحال^(٢٦)، وهو يتخذ صورتين:

الصورة الأولى- التعويض النقدي:

وهو مبلغ من النقود يتولى القاضي تقديره للمتضرر، بشرط أن يكون جابراً للضرر كله، فالأصل أن يكون التعويض نقدياً في المسؤولية (العقدية والتقصيرية) فالنقود وسيلة للتبادل، وكذلك للتقويم^(٢٧)، سواء أكان ذلك ضرراً مادياً أم أدبياً، إذ وعلى الرغم من الصعوبات في تقدير النوع الأخير من الأضرار، إذ لا صلة بين الألم النفسي الناتج عن

(٢٤) انظر المادة (٢٤٦) مدني عراقي.

(٢٥) إبراهيم علي حمادي الحلبي، مصدر سابق، ص ٢١٥.

(٢٦) انظر المادة (٢/٢٠٩) مدني عراقي يقابلها (٢/١٧١) مدني مصري.

(٢٧) عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ٣١٤.

المساس بعاطفة الإنسان، وكرامته، وبين المبلغ النقدي الذي تقضي به المحكمة، إلا أننا نجد أنه ومن الضرورة التعويض عن هذه الأضرار، فالوسائل التي تساعد في إزالة الضرر، أو التخفيف من آثاره، يمكن تقويمها بالنقد، ثم إنه لا يوجد ما يبرر منح التعويض النقدي للأضرار المادية دون الأضرار الأدبية كما بينا سابقاً؛ لذا ينبغي على المحكمة أن تقضي بالتعويض النقدي، باعتباره الأصل في تقدير التعويض^(٢٨).

ويُعدّ التعويض النقدي من أكثر طرق التعويض ملائمة لإصلاح الضرر الحاصل، وفيه يقدر القاضي التعويض بمبلغ من النقود، يحكم به لصالح المتضرر لجبر ما أصابه من ضرر بفعل الطبيب، وهذا المبلغ إما أن يكون مبلغاً يدفع للمتضرر دفعة واحدة، أو يكون على شكل أقساط، أو أن يكون إيراداً مرتباً له مدى الحياة، أو مدة معينة^(٢٩). وإذا حكمت المحكمة بالتعويض على هذا الأساس، فيجوز لها أن تلزم الطبيب بدفع تأمين شخصي، أو عيني كضمان، وبخلافه فإن المحكمة تحكم عليه بدفع أقساط التعويض دفعة واحدة، وفي الحقيقة خير ما فعل المشرع ذلك؛ لما فيه من تحقيق للعدالة ومصلحة للطرفين.

الصورة الثانية- التعويض غير النقدي:

إن التعويض غير النقدي يتضمن في الغالب الحكم بأداء أمر معين وعلى سبيل التعويض، تقتضيه الظروف، ويحدد اللجوء إليه نوع الضرر المحدث^(٣٠)، ففي حالة الضرر المادي الذي انصب على أشياء قيمة، فيتم تعويضها بأشياء قيمة أخرى من النوع ذاته، ويعد هذا تعويضاً بمقابل غير مادي، أما لو كانت أشياء مثلية، فإن تعويض المتضرر يكون بأشياء مثلية من نفس النوع والمقدار، وهو يُعدّ تعويضاً عينياً.

أما إذا كان الضرر أدبياً، ففي بعض الأحيان يكون تعويضه بصورة غير نقدية، وهو الأكثر فائدة للمتضرر^(٣١)، كنشر الحكم، أو الاعتذار في الصحف، حيث يكتسب المضرور نوعاً من الترضية تعوضه عما لحقه من ضرر أدبي، فكثيراً ما يكتفي

(٢٨) حسن حنتوش، مصدر سابق، ص ٨٥ وهذا ما قرره محكمة التمييز العراقية بالقرار رقم (١١٦/مدنية ثالثة/٢٠٠١ في ٢٠/١/٢٠٠١) منشور في مجلة العدالة، مجلة فصلية تصدرها وزارة العدل، جمهورية العراق، العدد الرابع، ٢٠٠١، ص ٥٥.

(٢٩) انظر المادة (١/٢٠٩) مدني عراقي يقابلها المادة (١/١٧١) مدني مصري

(٣٠) سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٥١.

(٣١) مجيد العنبيكي، مبادئ المسؤولية التقصيرية في القانون الانكليزي، بحث منشور في مجلة بيت الحكمة، دراسات قانونية، العدد الأول، السنة الرابعة، بغداد، ٢٠٠٤، ص ١١١.

المتضرر من الضرر الأدبي بمجرد صدور قرار من المحكمة بإعطائه الحق في دعواه، وأن الطبيب على خطأ، خاصة إذا أورد في القرار عبارات تعيد إليه اعتباره، فالمسألة ليست مسألة مبالغ نقدية يحصل عليها المضرور، بقدر ما هي رد اعتبار؛ مما يجعله راضياً مكتفياً بذلك^(٣٢). وقد يحدث أن يطلب المتضرر هذا النوع من التعويض، ويعرض الطبيب تعويضاً نقدياً، فإن الأمر يترك لتقدير المحكمة، فقد تستجيب للطلب الأكثر مصلحة للمضرور^(٣٣).

وفي ظل الأضرار الناشئة من خلال العمل الطبي، نرى بأن هذا التعويض لا يجدي نفعاً للمتضرر خاصة في الأضرار المادية، كحالة اتلاف خلايا الدماغ للطفل بسبب جرعة تخدير قوية اثناء عملية الولادة من قبل الطبيب المختص، أو بنك الأجنة لزوج خضع لأشعة كيماوية تمنعه من الإنجاب، أو حتى تلك الأضرار الأدبية، فإذا ما أفشى الطبيب سراً للمتضرر، أصابه في عواطفه، وشعوره، والمتضمن عدم قدرته على الإنجاب، فما الحاجة إلى الحكم، أو الاعتذار في الجريدة؟ فهو لا يخفف من الآلام التي سببها الطبيب للمتضرر، وعليه يبقى التعويض النقدي هو الأكثر فائدة، ومصلحة للمتضرر، متى ما قُدر تقديراً معادلاً ومكافئاً للضرر سواء كان مادياً أو أدبياً.

الفرع الثالث

آلية تقدير التعويض

الأصل في التعويض أن يكون نقدياً، أما التعويض غير النقدي فإنه كان محل خلاف، وخاصة من جهة إقراره، نجد أن محكمة النقض المصرية قد رفضت الأخذ به، ولم تغير موقفها، على الرغم من توجه بعض المحاكم الفرنسية التي أجازته في كثير من قراراتها، ولكن ما لبث الأمر أن تغير بعد صدور القانون المدني النافذ والذي أجاز التعويض بصورتيه^(٣٤) وهو مسار المشرع العراقي^(٣٥). والواقع أن التعويض إما أن يكون قانونياً عندما يوجد هنالك نص في القانون يحدد التعويض، كما في حالة الفوائد التأخيرية، ولا مجال لتطبيق هذا النوع من التعويض في إطار مسؤولية الطبيب المتسبب بالاعاقة الولادية؛ كون أن التزامه ليس مبلغاً من النقود^(٣٦).

(٣٢) سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٥١.

(٣٣) علاء حسين مطلق التميمي، مصدر سابق، ص ٢٠٩.

(٣٤) انظر المادة (١٧١) مدني مصري.

(٣٥) انظر المادة (٢٠٩) مدني عراقي.

(٣٦) انظر المادة (١٧٠) مدني عراقي يقابلها المادة (٢٢٣-٢٢٤) مدني مصري.

وقد يكون إتفاقياً، بأن يتفق الطبيب والمريض على مقدار التعويض عند إبرام العقد الطبي، وهذا أمر يبتعد كثيراً عما نحن فيه، كما قد يأتي في صورة تعويض قضائي، وهو يدخل في صلب موضوعنا، وذلك لاعتبار أن الأضرار التي يحدثها الطبيب من قبيل الأضرار غير المتوقعة عند إبرام العقد مما ينتج عنه عدم إمكانية تقدير التعويض، فعندها يقوم القاضي بتقدير التعويض، وقد حدد المشرع للقاضي العناصر التي يجب أن يضعها في اعتباره عند تقديره للتعويض، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى تحقيق التعويض الكامل الذي يجبر الضرر اللاحق بالمريض، الأمر الذي يحتاج إلى شيء من الإيضاح وهذا ما سنبينه في الآتي:

أولاً: التعويض القضائي:

هو التقدير الذي يتم بواسطة القاضي، الذي يأخذ في تقديره للتعويض ما لحق المتضرر من خسارة، وما فاتته من كسب^(٣٧)، على أن يكون الضرر مباشراً، أو حالاً، أو محقق الوقوع في المستقبل، وأن يكون الضرر متوقعاً، بالإضافة إلى تعويضه عن كل ضرر غير متوقع في حالتي الخطأ الجسيم، أو الغش^(٣٨)، والأصل في التعويض الذي يستحقه المضرور أن يكون قضائياً، إذ أن للقاضي سلطة تقديرية في استخلاص الوقائع، وإظهار الحقيقة، ومعرفة مقدار الضرر الذي حل بالمتضرر، وجبره عن طريق التعويض^(٣٩).

الأمر الذي يحتم عليه أن يستخدم كل إمكانياته وما يتمتع به من معرفة وخبرة ونزاهة؛ لجعل التعويض معادلاً للضرر، ولا يخضع بذلك إلى رقابة محكمة التمييز، ما دام الاستخلاص سائعاً قانوناً، وبعبارة أخرى يكون من حق محكمة التمييز الرقابة عليه^(٤٠) كما أن للمحكمة في حالة عدم تيسير تحديد مقدار التعويض، فإنها يجب أن تحتفظ للمتضرر بأن يطالب بإعادة النظر في تقدير المحكمة خلال مدة معينة.

وإذا كان الأمر يحتم على القاضي أن يستخدم كل إمكانياته في استجلاء الحقائق، إلا أن عملية التقدير في المسؤولية محل البحث تتضمن نواحي دقيقة، وفنية ليس في مقدرة القاضي معرفتها؛ لأنها بحاجة للأطباء، وأهل الخبرة من ذوي المهنة؛ كون أن القاضي لا يفترض فيه أن يلم بالأمر الطبية، وليس من السهل عليه أن يعرف الخطأ في سلوك الطبيب المعالج، فإذا كان بإمكان القاضي أن يصل إلى خطأ الطبيب

(٣٧) انظر المادة (١/٢٠٧) مدني عراقي يقابلها المادة (٢٢١) مدني مصري.

(٣٨) انظر المادة (١٦٩) مدني عراقي يقابلها المادة (٢٢١) مدني مصري.

(٣٩) سعدون العامري، مصدر سابق، ص ٢٤.

(٤٠) علاء حسين مطلق التميمي، مصدر سابق، ص ٢٠٢.

العادي، فإنه يصعب عليه معرفة ذلك في الأخطاء المهنية المتصلة بالفن، والعلوم الطبية، فلا يكون أمامه إلا اللجوء لأهل الخبرة، إلا أن رأي الخبير غير ملزم، فيجوز للقاضي مخالفته، على أن يكون لتلك المخالفة ما يبررها، وبالتالي فإن القاضي كل ما بوسعه أن يجعل التعويض معادلاً للضرر، فإذا كان التعويض أكثر من الضرر كنا أمام حالة إثراء على حساب الغير، وإذا كان أقل من الضرر كنا أمام حكم غير عادل^(٤١).

ثانياً: التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي):

وهو ما يورده المتعاقدان في الاتفاق من شروط يحددان فيها مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه، أو إذا تأخر في تنفيذه^(٤٢)، وسمي كذلك لأنه يوضع ضمن شروط العقد الأصلي، ولكن لا شيء يمنع من أن يكون هذا الاتفاق لاحقاً بهذا العقد بشرط أن يسبق وقوع الإخلال بالتزام، وإلا كان صلحاً أو تجديداً، وانطبقت عليه أحكام الصلح، أو التجديد حسب الأصول فكلاهما ينعقد بعد أن يصبح التعويض مستحقاً^(٤٣). وذلك كأن يتفق الطبيب مع امرأة حامل، أو من ينوب عنها قانوناً بإجراء عملية قيصرية لها، أو إجراء عملية جراحية للجنين داخل الرحم ومن ثم يخل الطبيب بتنفيذ التزامه بإجراء العملية الجراحية، فإذا أصيب الطفل بضرر بسبب عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه وكان العقد يتضمن نصاً يحدد مقدار التعويض، فإن المتضرر يستحق التعويض، ويحكم القاضي به لتغطية الضرر الذي أصاب الأخير^(٤٤).

غير أنه في كثير من الأحيان، يكون مبلغ التعويض المثبت في العقد مبالغاً فيه، فيحق للقاضي إنقاصه، حتى يكون معادلاً للضرر، وبما أن أغلب التدخلات الواقعة على الجنين تكون بموجب عقد ما بين الطبيب والمريض، وهو الأصل فإن المريض إذا راوده شك بأن الطبيب لم يجر له التدخل بصورة صحيحة أو يتأخر في ذلك، فيمكنه الانفاق مع طبيب آخر أفضل لأن من شأن إخلال الطبيب هو تقويت فرصه أن يكون أبياً^(٤٥)، أو موت الجنين، أو إعاقة؛ لذا يمكن القول: إن هذا النوع غير ملائم مع محل البحث.

(٤١) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مصدر سابق، ص ٢١٣.

(٤٢) REMY CABRILL AC, droit des obligations, Dalloz 7ed, 2006 no 169, p132.

(٤٣) علاء حسين مطلق التميمي، مصدر سابق، ص ٢١٣.

(٤٤) ينظر: عربي سيد عبد السلام محمد، أحكام تقدير التعويض واثار تغير القوة الشرائية للنقود على تقديره، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م، ص ٣٧٣.

(٤٥) جميلة سعد امجد محمد، التعويض عن الممارسات الطبية الماسة بالجنين، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧، ص ٢١٨.

ومن كل ما تقدم... وأمام استحالة تحديد مبلغ التعويض ابتداء باتفاق الطرفين من جهة، وغياب أي نص قانوني يحدده القانون في القوانين، أو التعليمات المتصلة بأخلاقيات الطب، كلائحة آداب المهنة المصرية، أو تعليمات السلوك المهني الصادرة من نقابة الأطباء العراقية، وغيرها، نرى بأن أفضل طريقة لتقدير التعويض هي التقدير القضائي، والتي يتولى القاضي فيها تقدير التعويض، مستخدماً بذلك كل إمكانياته مستعيناً بالخبراء في الحالات التي يستعصى عليه معرفة الأمور الفنية، وهو بذلك يتمتع بسلطة تقديرية واسعة، ولا رقابة لمحكمة التمييز عليه، متى ما كان استخلاصه للوقائع سائغاً، فالتقدير يعد من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، دون رقابة لمحكمة التمييز عليه. وعلى ذلك رسم القانون طريقاً حدد فيه طريقة التقدير، فضلاً عن شمول التعويض للضرر المادي، والأدبي، وكذلك شموله في الأول على عنصرين: الكسب الفائت، والضرر اللاحق، إضافة إلى أن التقدير الاتفاقي، يدخل ضمن سلطة القاضي أيضاً، سواء أكان بالزيادة، أو التخفيض، فإذا رأى أن مبلغ الشرط الجزائي مبالغ فيه إلى حد كبير، ثبتت له سلطة تخفيضه، وإذا ثبت زيادة الضرر عن قيمة الشرط الجزائي متضمناً اتفاقاً على الإعفاء من المسؤولية بقدر هذه الزيادة، وحيث أنه لا يسري على الإعفاء من المسؤولية عند صدور الغش، أو الخطأ الجسيم من الطبيب، فتثبت لديه سلطة زيادة الشرط الجزائي بقدر الزيادة في الضرر، وبالتالي فإن جميع الأحكام الواردة بشأن سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي تتعلق بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ويقع باطلاً كل اتفاق مخالف لها^(٤٦).

الفرع الرابع

وقت تقدير التعويض

من المتفق عليه أن المريض الذي يصاب بضرر معين جراء تدخل الطبيب، يكون مستحقاً للتعويض، ويحق له أن يطالب بذلك، وعلى القضاء أن يحكم له بأحقته لهذا التعويض، فهو حكم كاشف لحقه، وليس منشئاً له؛ لأن ذلك الحق ينشأ من وقت وقوع الضرر للمضروب، لا من وقت رفع الدعوى^(٤٧). وهنا لا يشترط في الضرر أن يكون قد وقع بالفعل، حيث يكفي أن يكون وقوعه في المستقبل أمراً محققاً، فمنذ تلك اللحظة، يحق للمتضرر اللجوء إلى القضاء؛ للمطالبة بحقه في التعويض^(٤٨).

^(٤٦) انظر المادة (١٧٠) مدني عراقي يقابلها المادة (٢٢٥-٢٢٤) مدني مصري.

^(٤٧) محمود عبد التواب محمود: المسؤولية المدنية الناجمة عن التدخل الطبي، مرجع سابق، ص ٤٦٠.

^(٤٨) سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٢-١٥.

إلا أن هذا الحق إذا ما تقرر للشخص المتضرر بحكم قضائي، يمكن ألا يحقق غايته فيما يتعلق بوقت التقدير، هل هو وقت وقوع الضرر أم وقت صدور الحكم النهائي؟ وخاصة أن الضرر قد يبدأ منذ لحظات الإخصاب الأولى، ولا تظهر آثاره إلا بعد الميلاد، كالأخطاء التي تؤدي إلى اختلال في التركيب الجيني للطفل^(٤٩).

إن العبرة بتقدير التعويض هو بيان صدور الحكم، سواء كان الضرر قد زادت خطورته أو خفت، وقد أثارت مسألة وقت تقدير التعويض خلافاً في الفقه والقضاء في فرنسا، فرأي يقول أن هذا الحق يوجد من وقت الضرر، ورأي ثاني يعتبره لا ينشأ إلا من تاريخ المطالبة القضائية، وثالث يعتبر أن الحق في التعويض إنما ينشأ من وقت صدور الحكم، وهذا ما أخذ به القضاء المصري^(٥٠) والقضاء العراقي^(٥١).

وعلى أثرها قرر عدم إعطاء الحق للمتضرر بالمطالبة بأي مبالغ جديدة تزيد عن تلك التي حكم له بالتعويض عن الضرر، استناداً إلى تقارير الخبراء، واكتسب الحكم الدرجة القطعية طالما أنه لم يطعن بهذا الحكم حول كيفية التقدير، كما لا حق له بإقامة دعوى جديدة للمطالبة بمبالغ عما حكم له بها في الدعوى السابقة^(٥٢).

الفرع الخامس

الصعوبات التي تواجه القاضي أثناء تقدير التعويض

فغالباً ما توجد صعوبات تعترض القاضي أثناء تقدير التعويض؛ بسبب خصوصية محل المسؤولية المتمثل بالجنين، والذي عادة ما تظهر عليه آثار الضرر مستقبلاً، الأمر الذي يصعب معه تقدير تعويض الضرر، وبما أن الهدف من التعويض هو تعويض المتضرر بشكل معادل لمقدار الضرر، فيجب على القاضي عدم تأثر مقدار التعويض وحجمه بالاعتبارات أو الظروف الخارجية عن الضرر بمعنى آخر يقدر

^(٤٩) شحاتة غريب الشلقامي، التعويض عن ميلاد طفل من ذوي الاحتياجات الخاصة، مرجع سابق، ص ١٠٩.

^(٥٠) انظر في عرض هذه الآراء مع بيان موقف القضاء المصري: علاء حسين مطلق التميمي، مصدر سابق، ٢٠٣ وما بعدها.

^(٥١) قرار محكمة التمييز العراقية رقم (١٣٢٦/م/١٩٧٠) جلسة ١٩٧١/٤/٢٤، النشرة القضائية، العدد الثاني لسنة ١٩٧٢، بغداد، ص ١٧.

^(٥٢) وهذا يسري على حالة الأضرار المتوقعة والمباشرة إلا أنه لا يمكن أن يكون ملائم في حالة الضرر المستقبل الذي يصعب على القاضي تقدير التعويض فيترك للمتضرر حق إعادة تقدير التعويض خلال فترة معينة وهذا ما سنبينه لاحقاً.

التعويض تقديراً موضوعياً تكون العبرة فيه بمدى الضرر فقط دون أي ظرف آخر وخاصة ما يتعلق بالمسؤول، وبالتالي لا تكون لدرجة جسامته خطأ هذا الأخير ولا لظروفه الخاصة (كمركزه وحالته المالية والاجتماعية) أي تأثير في تقدير التعويض.

إذا كان ذلك يمثل فكرة التعويض الكامل، فإن هنالك من تبني فكرة التعويض العادل؛ استجابة لدواعي العدالة، حيث تراعي فيه الظروف المحيطة بالمضرور لدى تقدير التعويض. وعموماً في الحالات التي يصعب على القاضي تقدير التعويض في الأضرار المستقبلية، فإنه يترك الحق للمتضرر بطلب إعادة التعويض خلال فترة معينة.

مدى التأثر بالظروف الملابسة

إن الهدف الأساس من التعويض هو جبر الضرر، وعلى القاضي في تقدير التعويض إعادة وضع المتضرر إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر ما أمكن، وهذا هو الاتجاه الموضوعي في تقدير التعويض، فقاضي الموضوع يرتكز على الضرر ومداه؛ متخذاً منه مقياساً لتقدير التعويض، دون أن يكون لمدى جسامته الخطأ أثر في ذلك، فالتعويض واحد بالنسبة لجميع المسؤولين لا يختلف باختلاف جسامته الخطأ.

فيجب أن يرتبط نطاق التعويض بأهمية الضرر حيث يقاس التعويض على أساس الضرر الواقع وليس الخطأ كما يتعين أن تظل جسامته الخطأ دون أن تؤثر على قيمة التعويض؛ كون أن القاضي الذي يلزم الطبيب بالتعويض، فإنه لا يوقع عليه عقوبة، وإنما يلزمه بإزالة الضرر الذي وقع على المتضرر، فالموضوعية في هذا الصدد تعبر عن تقدير التعويض، منظوراً إليه من جهة المتضرر الذي يكون التقدير بالنسبة له ذاتياً، ويسمى هذا النوع من التعويض (بالتعويض الكامل)⁽⁵³⁾.

ويلاحظ هنا أن الغاية من التعويض وفق الاتجاه الموضوعي هو إعادة المتضرر إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، وهذه الغاية ثابتة ومستقرة في نطاق القانون الفرنسي، والمصري، والعراقي⁽⁵⁴⁾. إذا نستخلص من ذلك أن الهدف هو جبر الضرر، وإعادة وضع المضرور إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، هذا الهدف يسانده، ويدعمه مبدأ يسيطر على تقدير التعويض في جميع القوانين المدنية تقريباً، وهو مبدأ

(53) Mazeaud (H-et-I) et tunc-traite the orique et pratique de la responsabilite civil-tome premier-sixeme-paris-1956-P2358-2359.

(54) انظر في تفصيل ذلك: صبري حمد خاطر، تطور فكرة المسؤولية التقصيرية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية- العدد الأول- 2001- ص 80.

التعويض الكامل للضرر، والمقصود به أن التعويض يجب أن يغطي كل الضرر الذي أصاب المضرور^(٥٥).

ويخفف من حدة هذا المبدأ، ويضعه موضع التطبيق مبدأ آخر، هو مبدأ السلطة التقديرية المطلقة لمحكمة الموضوع، و يعتبر هذان المبدأان متكاملين من الناحية العملية والنظرية^(٥٦).

وبلا شك فإن هذا التكامل هو الذي دعا المشرع العراقي إلى النص في المادة (٢٠٧) من القانون المدني العراقي، بالنسبة للمسئولية التقصيرية، على أنه ((١- تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر و ما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع)).

في الواقع يترتب على مبدأ التعويض الكامل للضرر أن المسئول عن الضرر يجب أن يعرض المضرور عن جميع عناصر الضرر الذي أصابه، سواء كانت أضراراً مادية، أو أدبية، وبحيث يشمل التعويض كلاً من الخسارة اللاحقة، والكسب الفائت^(٥٧) كما أن الضمان يجب أن يساوي الضرر الواقع فعلاً وفقاً لمبدأ التعويض الكامل للضرر، فهو يعني أن لا يزيد مقدار التعويض عن الضرر الحقيقي الواقع فعلاً^(٥٨).

والأصل ألا ينظر إلى جسامه خطأ المسئول عن الضرر عند تقدير التعويض، وإذا تحققت المسئولية فيقدر التعويض بقدر جسامه الضرر لا بقدر جسامه الخطأ، ومهما كان الخطأ يسيراً فإن، التعويض يجب أن يكون عن الضرر المباشر الذي أحدثه هذا الخطأ اليسير، كذلك مهما كان الخطأ جسيماً، فإن التعويض يجب أن لا يزيد عن هذا الضرر، وهذا هو مقتضى فصل التعويض المدني عن العقوبة الجنائية، فالتعويض المدني شيء موضوعي، لا يراعى فيه إلا الضرر، بينما العقوبة الجنائية شئ ذاتي تراعى فيه جسامه الخطأ^(٥٩).

إذا بمجرد توافر أركان المسئولية المدنية، يكون ذلك أمراً كافياً لإلزام الطبيب بتعويض كل ما يلحق المضرور من ضرر مباشر دون الأخذ في الحساب عند تقدير

(٥٥) عدنان السرحان ونوري حمد خاطر- مصدر سابق- ص ٤٩٠.

(٥٦) سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٦٣.

(٥٧) طه عبد المولى ابراهيم، مصدر سابق، ص ١٧٩.

(٥٨) سليمان مرقس، الوافي، مصدر سابق، ص ٥٤٦.

(٥٩) Delon floyd- g- tort liability- nationl organization onlegal problems of education to peka kans- chapter- 4- 1977- p24.

وانظر كذلك: حسن الذنون- المبسوط- ج ١- مصدر سابق- ص ٣٠٠.

التعويض مدى جسامته الخطأ ومقداره، فحيث إن التعويض هو وسيلة القضاء لجبر الضرر، أو التخفيف من حدته كان من الطبيعي أن لا يكون لجسامته خطأ المسئول أي اعتبار عند تحديد مقداره، والشيء الوحيد الذي يجب التركيز عليه عند تقدير التعويض هو الضرر لا غير، أما الخطأ فسواء كان جسيماً أو يسيراً، فلا يكون من شأنه التأثير على هذا التقدير^(٦٠).

ولكن هذه القاعدة نظرية، أكثر من كونها عملية؛ لأن المحاكم من الناحية الواقعية تدخل في اعتبارها عند تقدير التعويض جسامته خطأ المسئول، فإدام القاضي له سلطة تقديرية في تقدير التعويض، ونزولاً عند مقتضيات العدالة، ومراعاة للنزعة الأخلاقية في المسؤولية المدنية، فإن القاضي يميل إلى زيادة، أو إنقاص مقدار التعويض بحسب ما إذا كان خطأ المسئول جسيماً أو يسيراً، وهذا شعور طبيعي يستولي على القاضي^(٦١).

وإذا كانت القاعدة العامة (بحسب وجهة نظر الفقه التقليدي بالنسبة لتقدير التعويض) هي أن يقاس التعويض على مقدار الضرر، دون أن يكون لجسامته الخطأ أثر في تقدير التعويض، فإن هذا الاتجاه لم يعد يتفق مع التطور التشريعي، والفقه، والقضائي حيث إن ثمة نطاقاً هاماً يكون فيه جبر الضرر بالتعويض الكامل لا يتفق والعدالة، وهو نطاق المسؤولية العقدية، فالتشريعات الحديثة اتجه أغلبها إلى هجر مبدأ التعويض الكامل في حالة الخطأ اليسير، وإلى إقرار مبدأ عدالة التعويض، والاعتداد بالخطأ بوصفه عنصراً فعالاً؛ لتحديد مقدار التعويض، وهو ما يسمى بالتعويض العادل^(٦٢).

ولم يكن المشرع المصري بعيداً عن التأثير بالنهج الوارد في التشريعات الحديثة، وذلك بإيراده نصاً مطلقاً، ولم يقيد قاضي الموضوع، لدى تقديره للتعويض، بظروف

(60) Cocinne Renault, Droit des obligations, 2e, ed, 2007, p363.

نقلا عن: عادل حمود قايد العدوانى، اثر تغير قيمة النقود على تقدير التعويض، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٤، ص ١٥٦.

(٦١) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية، مصدر سابق، ص ٧٧٩؛ سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٧٠.

(٦٢) ويقصد به إدراج قيمة مساوية للقيمة التي حرم منها المضرور في أمواله فلم يعد يتعلق الأمر هنا بمحو الضرر ولكن التعويض عنه فقط ينظر: في تفصيل ذلك:-

-Henri et Leon Mazeaud, Jean Mazeaud et Francois Chabas, Lecons de Droit Civil, tome II, 5e ed, Mon Tchrestien, 1991, p735.

مشار لهذا المصدر لدى: عادل حمود قايد العدوانى، مصدر سابق، ص ١٥٦.

طرف معين، دون الآخر في الدعوى، حيث ورد في نص المادة (١٧٠) منه إنه ((يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١، ٢٢٢ مراعيًا في ذلك الظروف الملايصة...)).

إلا أن المقصود بالظروف الملايصة هنا، هو أن القاضي يراعي في تقدير التعويض الظروف الملايصة التي تلابس المضرور، وليس الطبيب محدث الضرر فظروف الأخير الشخصية لا تدخل في الحساب عند تقدير التعويض، فإذا كان الطبيب غنياً، لم يكن هذا سبباً في أن يدفع تعويضاً أكثر، أو كان فقيراً لم يكن هذا سبباً في أن يدفع تعويضاً أقل، فهو يدفع بقدر ما أحدث من ضرر دون مراعاة الظروف الشخصية^(٦٣).

أما بالنسبة للقانون المدني العراقي فلم يرد فيه نص عام يشير إلى تأثير حجم التعويض بدرجة جسامته خطأ المسئول، بصورة صريحة، أو حتى عبارة (الظروف الملايصة) كما فعل القانون المدني المصري^(٦٤). إلا أنه مع ذلك يمكن أن نجد إشارة لتأثير جسامته خطأ المسئول، وذلك في حالة تعدد المسئولين عن الفعل الضار، وهذا ما نصت عليه المادة (٢١٧) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها ((١- إذا تعدد المسئولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الأصلي والشريك والمتسبب ٢- ويرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقيين بنصيب تحدده المحكمة بحسب الأحوال وعلى قدر جسامته التعدي الذي

^(٦٣) انظر في تفصيل ذلك: منير رياض حنا، النظرية العامة للمسئولية الطبية، مصدر سابق، ص ٧٧٨؛ عادل حمود قايد العدواني، مصدر سابق، ص ١٥١ وما بعدها.

^(٦٤) ويجدر بنا أن نشير إلى إن مشروع القانون المدني العراقي الجديد الذي أصدرته وزارة العدل العراقية سنة ١٩٨٦ والذي لم يرى النور بعد تدارك مسألة عدم وجود نص عام يشير إلى تأثير حجم التعويض بجسامته الخطأ مشيراً في أحكام المادة (٤٣٩) منه إلى وجوب الاعتداد بجسامته خطأ المسئول والظروف الملايصة حيث ورد فيه (على المحكمة عند تقدير التعويض أن تأخذ بنظر الاعتبار كل الظروف الملايصة كجسامته خطأ المسئول عن الضرر، والحالة المالية لكل من المسئول والمتضرر، والحالة الصحية لهذا الأخير وكل ظرف آخر يساعد المحكمة على تحقيق العدالة) مما يجعل من جسامته الخطأ ظرفاً من الظروف المؤثرة في تقدير التعويض تلزم محكمة الموضوع بمراعاته والاعتداد به فضلاً عن الظروف الأخرى فحسناً فعل مشرع القانون المدني الجديد عندما اقر بوجود أن تأخذ المحكمة بنظر الاعتبار كل الظروف الملايصة عند تقدير التعويض. وأخيراً نقول انه كان الأجدر بالمشرع العراقي أن ينص على تلك الظروف الملايصة وأثرها في تقدير التعويض وذلك لتحقيق العدالة المنشودة.

وقع من كل منهم. فأن لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي)).

وبناءً عليه فإن المشرع العراقي بعد أن قرر تضامن المسؤولين عن العمل غير المشروع، قرر أن يكون الأساس في توزيع المسؤولية عليهم بمقدار جسامته الخطأ الصادر من كل منهم، الأمر الذي يعكس رغبة المشرع في إعطاء أهمية لجسامته الخطأ عند تقدير التعويض، بجعله مقياساً لتقدير ما يتحملة كل مسئول من حجم الضرر^(٦٥).

فدرجة جسامته خطأ المسئول في هذه المادة لم تكن ظرفاً قانونياً يستوجب زيادة حجم التعويض، أو تخفيفه تجاه المضرور، فالتعويض واحد سواء تعدد المسئولون أم انفرد المسئول، وإنما الذي أتى به المشرع العراقي بهذا الخصوص هو تأثر مبدأ توزيع المسؤولية بين المسئولين بدرجة خطأ كل منهم^(٦٦).

ونخلص للقول: إن المادة (٢١٧) من القانون المدني العراقي وإن لم تجعل من جسامته الخطأ عاملاً له اثر على تقدير التعويض الذي سيدفعه المسئول إلى المضرور، فإن جسامته الخطأ احتلت دوراً هاماً في تحديد التعويض الذي يدفعه كل مسئول بحيث يكون مرتفعاً بالنسبة للمسئول، الذي ارتكب خطأً جسيماً، في حين يكون منخفضاً بالنسبة للمسئول الذي لم يصدر منه سوى خطأً يسيراً، وبهذا الاتجاه قضت محكمة التمييز العراقية في حكم لها^(٦٧).

الخاتمة

وانطلاقاً من خصوصية المسؤولية المدنية للطبيب المتسبب بالاعاقة الولادية، نجد من العدالة اقتصار الظروف الملازمة على المضرور، دون الطبيب في تقدير التعويض، فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور، تدخل في الاعتبار؛ لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور بالذات، فيقدر على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي، ويكون محلاً للاعتبار حالة المضرور، فالشخص المريض الذي حاول، وحاول إلى أن وجد الطريق إلى أن يرزق بطفل، ثم فقد هذا الطفل نتيجة خطأ طبي، قد يكون في مرحلة الإخصاب، أو التشخيص، أو في أداء تجربة معينة أو

^(٦٥) حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مصدر سابق، ص ٣٠٢.

^(٦٦) منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، ١٩٩١، ص ٣٧٨.

^(٦٧) قرار محكمة التمييز رقم (١٨٢١/الإدارية/١٩٨٢) في ٢٦/٢/١٩٨٣، منشور في مجلة القضاء، العدد الأول، ١٩٨٢، ص ٣٩٦.

حتى في بنوك الأجنة، فالضرر الذي يصيبه هو حرمانه المطلق من الإنجاب، يكون أشد بكثير من الشخص الذي لديه أطفال إلا أنه يرغب بأكثر كما أن الأصل (وكما بينا سابقاً) هو ألا ينظر إلى جسامه الخطأ الذي صدر من الطبيب عند تقدير التعويض، وإذا ما تحققت المسؤولية قُدر التعويض بقدر جسامه الضرر، لا بقدر جسامه الخطأ، ومهما كان الخطأ يسيراً، فإن التعويض يكون عن الضرر المباشر الذي أحدثه هذا الخطأ اليسير، ومهما كان الخطأ جسيماً، فإن التعويض يجب ألا يزيد عن الضرر المباشر، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك فإن هذه القاعدة نظرية أكثر من كونها عملية؛ لأن المحاكم من الناحية الواقعية، تُدخل في اعتبارها عند تقدير التعويض جسامه خطأ المسئول، انطلاقاً من السلطة التقديرية للقاضي، ونزولاً عند مقتضيات العدالة، ومراعاة للنزعة الأخلاقية في المسؤولية المدنية بصورة عامة.

المصادر العربية

- شحاتة غريب الشلقماني، التعويض عن ميلاد الطفل من ذوي الاحتياجات الخاصة.
- هند احمد الالفي، المسؤولية المدنية عن ميلاد الطفل معاقاً، المرجع سابق.
- امير طالب هادي التميمي، المسؤولية المدنية الناشئة عن التدخلات الطبية في الجنين.
- منير رياض حنا، النظرية العامة في المسؤولية الطبية.
- علاء حسين مطلق التميمي إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية.
- حسن حنتوش الحسناوي، التعويض في نطاق المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد.
- احمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي.
- جميلة سعد امجد محمد، التعويض عن الممارسات الطبية الماسة بالجنين.
- مجيد العنبيكي، مبادئ المسؤولية التقصيرية في القانون الإنكليزي.
- حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية.
- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني.
- صبري حمد خاطر، تطور فكرة المسؤولية التقصيرية.
- محمود عبد التواب محمود: المسؤولية المدنية الناجمة عن التدخلات الطبي في الاجنة.
- جميلة سعد امجد محمد، التعويض عن الممارسات الطبية الماسة بالجنين.

القوانين

- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

المصادر باللغة الأجنبية

- Henri et Leon Mazeaud, Jean Mazeaud et Francois Chabas, Lecons de Droit Civil, tome II, 5e ed, Mon Tchrestien, 1991.
- Mazeaud (H-et-l) et tunc-traite the orique et pratique de la responsabilite civil-tome premier-sixeme-paris-1956.
- Cocinne Renault, Droit des obligations, 2e, ed, 2007, p363.
- Delon floyd- g- tort liability- nationl organization onlegal problems of education to peka kans- chapter- 4- 1977- p24.
- REMY CABRILL AC, droit des obligations, Dalloz 7ed ,2006 no 169.
- La faute inexcusable du salarie vie-time d'un accident du travail n'est pas la meme que celle de l'employeur (civ 2%27 janv, 2040, p..02-30693, bull. civ II, 25; D. 2004.93 et les obs; resp civ ,et assur. 2004. comm. 91, obs.H. Goute) RTD civ. 2004, no 2.