

Criminal and Civil Liability to the Doctor for Negligence and the Loss of the Chance of Recovery

Amjad Mohammed Mansour^{1*} and Mohammed Nasr Qatar²

¹*Associate Professor of Civil Law, Faculty of Law, University of Applied Sciences, Kingdom of Bahrain*

²*Associate Professor of Criminal Law, Faculty of Law, Taibah University, Saudi Arabia*

E-mail: amjad.mansour@asu.edu.bh

Received: 25 Feb. 2018

Revised: 30 Jun.2018

Accepted: 10 Aug. 2018

Published: 1 Jan. 2019

Abstract: It won the right to physical safety and health, attention of the international law and the criminal, and international human rights organizations , and reflected the texts of many of the conventions and declarations of international and regional rights, public and private, the importance of this right and highlighted its components and elements, and consecrated by them what states must do for guaranteed to all without discrimination, including by age, sex, color or race, but as a logical combined bridge for phrase these rights, if the Arab proverb pairing between sanity and safety of the body in the famous saying "a healthy mind in a healthy body ", and the realization of the logic required to say that the safety of soul and body as an essential component of international and national community, also lies in the legal construction, and that the most important objectives to maintain public security and public health and public tranquility, and perhaps this commitment is the first thing that falls on those in charge of doctor service , led by doctors , The difficulty in determining the extent of the care with which the doctor adhered to, or even say for sure there was a real chance of cure or survival , and the suitability of the application of the idea is too opportunity in the field of medical liability for medical negligence or harmful results arising from its work It is inherently probabilistic, and is performed by a doctor may be what his attention is as far as he has for the patient's condition, and whether it is envisaged also say there is a missed opportunity, or to assign to the doctor that he neglected in the follow-up to the patient's condition, including led to the deterioration of his condition, or say that it was not expected an improvement in the condition of the patient, and the doctor may due diligence within the limits of experience available to him.

Keywords: Doctor's responsibility, Heal the patient, Commitment.

* Corresponding author E-mail : amjad.mansour@asu.edu.bh

مدى مسؤولية الطبيب عن تفويته فرصة شفاء المريض

د. أمجد محمد منصور¹، د. محمد نصر القطري²

¹ أستاذ القانون المدني المشارك كلية الحقوق - جامعة العلوم التطبيقية - مملكة البحرين

² أستاذ القانون الجنائي المشارك كلية القانون - جامعة طيبة - المملكة العربية السعودية

المخلص: زاد اهتمام القانون الدولي والنظم الوطنية بالحق في السلامة البدنية والصحة ، كما زاد الالتزام به من جانب المسؤولين عن خدمة الطبية، ونتيجة التقدم الملحوظ في التكنولوجيا الطبية ، وصعوبة تحديد مدى الرعاية التي يلتزم بها الطبيب وبخاصة مع تلك التطورات المذهلة في جانب البحوث الطبية وتطبيقاتها ، كما زاد اليقين على من أن هناك فرص حقيقية للعلاج أو البقاء على قيد الحياة، وملائمة تطبيق هذه الفكرة في مجال المسؤولية الطبية عن الإهمال الطبي أو النتائج الضارة الناجمة عن عملها وطبيعتها ، وحيث أن القانون أهم غاياته هو الحفاظ على الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، ولعل هذا الالتزام يقع اول ما يقع على القائمين على الخدمة الطبية ، وفي مقدمتهم الأطباء .

كلمات مفتاحية: مسؤولية الطبيب، شفاء المريض، التزام، تحقيق نتيجة، بذل عناية.

1 المقدمة:

حظي الحق في السلامة الجسدية والصحية وكفالة الوقاية من الأوبئة والأمراض باهتمام القانون الدولي والجنائي، والمنظمات الدولية المعنية بحقوق الإنسان، وعكست نصوص العديد من المواثيق وإعلانات الحقوق الدولية والإقليمية، العامة منها والخاصة، أهمية هذا الحق وأبرزت مقوماته وعناصره، وكرس جانب منها ما يجب على الدول القيام به من أجل كفالاته للجميع دون تمييز بينهم بحسب السن أو الجنس أو اللون أو العرق، ليس فقط بحسناته في صميم الحقوق الاجتماعية والاقتصادية، وإنما باعتباره الجسر المنطقي الجامع لجملة هذه الحقوق، فإذا كان المثل العربي يقرن بين سلامة العقل وسلامة الجسم في مقولة شهيرة "العقل السليم في الجسم السليم"، كما أن أعمال المنطق يقتضي القول بأن سلامة النفس والجسد كمكون أساسي للمجتمع الدولي والوطني، كما يكمن في البناء القانوني، وأن أهم غاياته الحفاظ على الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، ولعل هذا الإلتزام يقع اول ما يقع على القائمين على الخدمة الطبية، وفي مقدمتهم الأطباء⁽¹⁾.

(1) د. فيوليت داغر: "حق الصحة من حقوق الإنسان"، أنظر الموقع التالي علي شبكة المعلومات الدولية "الإنترنت":

<http://www.achr.un/Kt13.htm>

الحق في التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه (المادة 12)، اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية - الدورة الثانية والعشرون (2000)، جامعة مينسوتا - مكتبة حقوق الإنسان، أنظر الموقع التالي على شبكة المعلومات

الدولية "الإنترنت": <http://www.l.umn.edu/humanrts/arabic/cescr-gc14.html>

2 الاطار العام للبحث:

2-1 أهمية البحث:

إن صعوبة تحديد مدى العناية التي على الطبيب الإلتزام بها ، او حتى الجزم بوجود فرصة حقيقية للشفاء أو البقاء على قيد الحياة la chance de rétablissement de survie ، ومدى مناسبة تطبيق فكرة فوات الفرصة في مجال المسؤولية الطبية بالنسبة للإهمال الطبي أو للنتائج الضارة التي تترتب على عمل هو بطبيعته احتمالي، ويتم إجراؤه من طبيب قد يكون ما بذله من عناية هو أقصى ما لديه بالنسبة لحالة المريض⁽²⁾، وهل يكون من المتصور أيضاً القول بوجود فرصة فائتة، أو أن يسند للطبيب أنه أهمل في متابعته لحالة المريض بما أدى إلى تدهور حالته، أو القول بأنه لم يكن من المتوقع حدوث تحسن في حالة المريض، وأن الطبيب قد بذل العناية الواجبة في حدود الخبرة المتوفرة لديه.

2-2 مشكلة البحث:

إن رسالة الطب السامية تكمن في بذل العناية ومع التطور زاد توجه تلك الرسالة إلى تحقيق النتيجة وهي المحافظة على الصحة العامة وبلوغ الشفاء ، وتكون التكلفة المعول عليها هي بحث الفرص المتاحة لعلاج كل حالة ، ومن المعلوم أن الخطأ الطبي المتداول في المحاكم تكون نتيجة الإهمال في التشخيص أو العلاج أو الإصابة أو القتل غير العمدي وتكون نتيجة فعل مادي دون إرادة النتيجة ومنها قيام الطبيب بوصفة طبية دون أن يجري فحصاً إكلينيكياً⁽³⁾ أو أغفل ربط الحبل لمولود مع أنه ولد قبل الموعد العادي وتسبب ذلك في وفاته⁽³⁾ وكذلك يكون مسئولاً إذا أغفل، بعد إجراء عملية استخراج حصوة من المثانة ، الدرنقة اللازمة ، وبذلك سهل امتداد النقيح من المثانة إلى البريتون مما أدى إلى وفاة المريض⁽⁴⁾ ، أو إذا أعطى المريض مادة سامة ليريحه بالموت من داء عضال⁽⁵⁾ . ويختلف الأمر في فوات فرصة الشفاء ، والتي قد تنتج من فعل مادي او معنوي والذي قد ينتج عن متابعة تطور طبي مستحدث ومثاله أن يكون هناك علاج "جانوفيا" لمريض السكري من النوع الأول يسهم في ثبات معدل السكر فيقصر الطبيب في وصفه، أو فعل معنوي يتمثل في إغفال الجانب المعنوي للمريض.

لهذا يمكن القول إن فكرة فوات الفرصة في المجال الطبي لا تنحصر إلا في الحالة التي تكون فيها لدى المريض فرصة البقاء حياً، أو الشفاء على أقل تقدير⁽⁶⁾، ولكن دون أن يعنى ذلك تغيير طبيعة التزام الطبيب في مواجهة المريض، من التزم ببذل عناية، وهو ما

(2) G. Memeteau, Pertes de chance et responsabilité médicale, Gaz. Pal. 25.10.1997, doc., p. 1357.

(3) د. أحمد شرف الدين: انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي، دار النهضة العربية ، 1982م، ص44. جرينوبل 4 نوفمبر 1946 دالوز 1947 ص79 .

(4) الجيزة الجزئية 26 يناير 1945 المحاماة س 15 رقم 216 ص 461 .

(5) حكم محكمة ليون 15 ديسمبر 1859 . دالوز 1859 . 3 . 87 جارسون جند 84 تحت المواد 309 . 311 .

(6) Cass. 1ere civ. 25 mai 1971, cite dans A. Goumbault, la perte de chance en matière de responsabilité médicale, Concoures médicale, 6 Nov.

استقر عليه الرأي منذ حكم Mercier⁽⁷⁾، إلى التزام بتحقيق نتيجة.

وتكمن الإشكالية في التوازن بين مسؤولية الطبيب في العلاج وحق المريض في أن يبين الطبيب له طريق العلاج وأن يبذل العناية الكافية من الدراسة للفرص المتاحة له للشفاء وفي إطار المنظومة الطبية المتعارف عليها.

3-2 خطة البحث:

اتباع البحث المنهج الاستقرائي لتحديد ماهية فرصة الشفاء وصور التقصير في (المبحث الأول) وللمنهج الوصفي لتحديد خصائص الأضرار التي يتعرض لها المريض في (المبحث الثاني) ثم للمنهج التحليلي لبيان علاقة السببية في فكرة فوات فرصة الشفاء أو الحياة في (المبحث الثالث) ثم للمنهج المقارن لبيان الإتجاه الحديث في الأنظمة المقارنة في (المبحث الرابع).

المبحث الأول

ماهية فرصة الشفاء وصور التقصير

يجب لتوافر فرصة الشفاء أن تكون هناك فرصاً حقيقية أمام المريض، وأن تكون هذه الفرصة محتملة وأن يبذل الطبيب غاية علمه لعلاج المريض دون تقصير وفقاً للأصول الطبية⁽⁸⁾، وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بضرورة التزام الطبيب بأن يبذل للمريض جهوداً صادقة بقطعة ومنطقه، في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول العلمية الثابتة في علم الطب⁽⁹⁾، وهو ما قرره المشرع البحريني في المرسوم بقانون رقم (7) لسنة 1989 بشأن مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان في المادة 27 لا يكون الطبيب مسئولاً عن الحالة التي وصل إليها المريض، إذا تبين انه بذل العناية اللازمة، ولجأ إلى جميع الوسائل التي يستطيعها من كان في مثل ظروفه لتشخيص المرض وعلاج المريض، ولكنه يكون مسئولاً في الأحوال التالية :

- أ - إذا ارتكب خطأ أدى إلى الأضرار بالمريض نتيجة الجهل بأمور فنية أو عملية يفترض في كل طبيب الإلمام بها .
- ب - إذا لحق ضرر بالمريض نتيجة لإهمال الطبيب أو تقصيره في العناية به .
- ج - إذا أجرى على مرضاه تجارب أو أبحاثاً علمية غير معتمدة من قبل وزارة الصحة، وترتب على ذلك الإضرار بهم .
- وتختص اللجنة المنصوص عليها بالمادة (5) من هذا القانون بتقرير حدوث الأخطاء المشار إليها .

المطلب الأول

ضرورة وجود فرصة حقيقية

(7) Cass. civ. 20, mai 1936, D. 1936, p. 88.

(8) ذهب الفقه في تعريفه للأصول الطبية إلى القول بأن الأصول الطبية في علم الطب هي الأصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها بين نظرياً وعلمياً بين الأطباء ، والتي يجب أن يلم بها كل طبيب وقت قيامه بالعمل الطبي ، فالطب في تقدم مستمر ، وما كان من النظريات والآراء يعد حديثاً يصبح غداً قديماً ، بل وقد تعد أخطاء ، وقد أوضح الفقه أثر الظروف النفسية والاقتصادية والاجتماعية على استخدام أحدث الوسائل والأساليب الفنية في علم الطب فمما لا شك فيه أنه لا يمكن أن يقارن طبيب في دولة نامية وليس لديه الإمكانيات التقنية ، والمتوفرة لدى طبيب آخر في دولة متقدمة علمي.

(9) نقض فرنسي 20 مايو سنة 1926 دالوز 1936 . 88.1.

تكون بصدد فرصة إذا كان هناك نسبة مقدرة طبياً لعلاج هذا المرض أو مرجح أن درجة إستجابة المريض للعلاج بداءة كانت بدرجة عالية⁽¹⁰⁾، فشفاء المريض هو كسب يرنو إليه وتقصده، وعدم تفاقم حالته أو وفاته على أثر التدخل الطبي خسارة يتمنى أن يتجنبها، وقد قضت محكمة النقض المصرية في 8 يناير 1968 ((بأنه من المقرر أن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقاً للأصول العلمية المقررة)) ، فإذا فرط في إتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسؤولية الجنائية بحسب تعمده الفعل ، ونتيجة تقصيره وعدم تحرزه في أداء عمله⁽¹¹⁾.

أما مجرد افتراض أو احتمال وجود فرصة دون وجود تطبيقات طبية مستقرة لا تكفي وحدها لإسناد التقصير للطبيب المعالج⁽¹²⁾، وإنما يجب أن تكون هناك فرصة مرجحة الوقوع فانت بخطأ الطبيب، وتكون الفرصة مجرد افتراض⁽¹³⁾، حين يكون وقوع الإعاقة، أو التشوه... إلخ أمراً محتماً لا يمكن تفاديه، ولا صلة له البتة بعمل الطبيب، وتطبيقاً لذلك قضى⁽¹⁴⁾ بعدم مسؤولية الطبيب، لانقضاء علاقة السببية بين عدم وجوده لحظة نزول المولود من بطن أمه، متى ثبت أن ما أصاب المولود من ضرر كان سيقع في أية حال، كما قضى بعد فوات فرصة تفادى الإصابة بمرض الصمم⁽¹⁵⁾، لاستحالة فحص الحالة قبل ظهورها، أو تقديم وقائي مناسب، كما قضى⁽¹⁶⁾ عدم مسؤولية الطبيب عن وفاة طفل على أثر مشكلات في التنفس، لعدم ثبوت حدوث الوفاة نتيجة عدم التدخل الفوري بالعلاج⁽¹⁷⁾، وكذلك عدم ثبوت أن الطفل مضرور، لحظة وقوع الوفاة، أو في اللحظات السابقة عليها، كانت لديه أية فرصة في الحياة، وأن وفاته كانت أمراً محتماً⁽¹⁸⁾.

المطلب الثاني

إثبات وجود الفرصة

(10) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة ، مجلة الحقوق ، س 10 ، يونيو 1986 م ، ص 111.

(11) مجموعة الأحكام السنة 19 رقم 141 ص 21. (220)، الطعن رقم (101) لسنة 22 القضائية.

1 - إن مفاد المادة (176) من قانون الإجراءات المدنية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن ميعاد الطعن بطريق النقض لا يبدأ سريانه إلا من اليوم التالي لإعلان الطاعن بالحكم المطعون فيه أسباباً ومنطوقاً، فإذا لم يكن قد أعلن به فإن الميعاد لا يسري إلا بدءاً من اليوم التالي لعلمه به علماً يقينياً أيًا كانت الوسيلة التي علم بها، بما مؤده أن ميعاد الطعن لا يبدأ من تاريخ صدور الحكم المطعون فيه.

2 - من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن مسؤولية الطبيب لا تقوم - في الأصل - على أنه يلتزم بتحقيق غاية هي شفاء المريض، وإنما يلتزم ببذل العناية الصادقة من أوسط زملائه علماً ودراية في الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة، ومن ثم فإن انحراف الطبيب عن أداء هذا الواجب يعد خطأ يستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق بالمريض ويفوت عليه فرصة العلاج ما دام هذا الخطأ قد تدخل بما يؤدي إلى ارتباطه بالضرر ارتباطاً السبب بالمسبب.

3 - إنه ولئن كان لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تقدير عمل الخبير، إلا أن تقديرها يخضع لرقابة محكمة النقض في تسببه خاصة إذا كانت المسألة المطروحة من المسائل الفنية البحتة التي لا تستطيع المحكمة بنفسها أن تشق طريقها لإبداء الرأي فيها، فإذا تبنت المحكمة تقرير الخبير المعين في الدعوى وكان هذا التقرير قد طعن عليه بالتعارض مع تقرير آخر في الدعوى بخصوص مسألة فنية بحتة، فإن هذا الدفاع - لو صح - لكان له أثر في تقدير المحكمة لعمل الخبير وفي مصير الدعوى، ويكون على المحكمة أن تعرض له، فإن هي أغفلت الرد عليه كان حكمها معيباً بالقصور.

(12) J. BORE, L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable, JCP G 1974.I2620.

(13) Cass. 1ere civ. 10 Jan. 1990, Bull. Civ., I, no 10; Cass. 1ere civ. 5 fevrier. 1991, Bull. Civ., I, no 55.

(14) Cass. 1ere civ. 26 mars 1996.

(15) Cass. 1ere civ. 7 Jan 1988, Bull.civ. I, no 180.

(16) Cass. 1ere civ. 25 mai 1971, cite dans A. Goumbault, la perte de chance en matière de responsabilité médicale, Concours médicale, 6 nov. 1971.7524.

(17) F. SALLET, la perte d'une chance dans la jurisprudence administrative relative a la responsabilité de la puissance publique, LGDJ 1994, p.5

(18) Cass. 1ere civ. 25 mai 1971, cite dans A. Goumbault, la perte de chance en matière de responsabilité médicale, Concours médicale, 6 nov. 1971.7524.

من المسائل التي تدق في نطاق فوات الفرصة- بوجه عام- مسألة إثبات وجودها، ويزيد الأمر دقة في نطاق المسؤولية الطبية، امام صعوبة الجزم بأن فرصة الشفاء أو الحياة فرصة موجودة ومحقة، وهو ما يتوقف، وبدرجة كبيرة، على حساب الاحتمالات القائمة، ومدى إمكان تحقق الهدف المنشود، وهو هنا الشفاء أو الحياة، ومن الثابت أنه كلما زاد هذا الاحتمال كلما كان وجود الفرصة حقيقياً، ويعتد في ذلك بظروف الحال وملابسات كل حالة على حدة، لن أياً من الاحتمال والتحقيق ليس إلا أمراً نسبياً، فليس هناك ما هو محقق بصورة مطلقة، كما أن عدم تحقق الاحتمال ليس أمراً ثابتاً في جميع الأحوال⁽¹⁹⁾.

وقد أخذ القضاء بهذه القاعدة، فرفض تعويض المضرور، في أكثر من مناسبة، استناداً إلى أن فرصة الشفاء لم تكن قائمة، فقضى بأن تأخر الطبيب في إجراء عملية الولادة، ليس من شأنه، أن يفوت أية فرصة لتفادي نقص أوكسوجين الأنسجة *une anoxia*، في ضوء الملابسات والظروف، كان أمراً محتملاً⁽²⁰⁾، كما قضى بأن عدم تشخيص المرض لا يعد ضرراً، متى لم يمكن من المتوقع حصول أي تحسن في حالة المريض⁽²¹⁾.

وهكذا فإن الأمر يتوقف في جميع الأحوال على قياس احتمالات الشفاء من عدمه، ولهذا إذا كان التدخل العلاجي أو الجراحي، بالنسبة لمرض معين، من شأنه تحسن حالة المريض، في تسع حالات من بين كل عشرة حالات، فهذا يعنى أن لدى المريض فرصة كبيرة في الشفاء، وبالتالي يكون له الرجوع على الطبيب، إذا فوت عليه، بخطئه، هذه الفرصة، بل يمكن القول أيضاً بأن المريض قد فقد فرصة في الشفاء، إذا لم ينصحه الطبيب بإجراء طبي لا تتجاوز نسبة نجاحه 10%، فالمريض إذا كان من بين عشرة مرضى لديهم فرصة في تحسن حالاتهم بهذه النسبة، وإن كانت فرصته ضعيفة للغاية، إلا أنها موجودة بالفعل.

ولذلك فإن فرصة الشفاء أو الحياة، كما هي القاعدة العامة في التعويض - ففي القانون المدني- عن تعويض فوات الفرصة، يجب أن تقدر تقديراً موضوعياً، حتى مع التسليم بصعوبة ذلك في المجال الطبي.

وإذا كان القضاء يعتد بهذا الضرر، في مثل هذه الحالة، ويعتبره ضرراً مؤكداً، إلا أن ما يمنحه من تعويض عادة ما يكون قليل الأهمية، وتطبيقاً لذلك قضى⁽²²⁾ بأنه على الرغم من أن فرصة السيد في تحقيق نتيجة مرجوة وإيجابية من العلاج بالكهرباء، لم تكن أمراً يقيناً، إلا أنها كانت، على الأقل، حقيقة مؤكدة.

وعلى ذات النسق جرت أحكام القضاء الإداري، حيث قضت محكمة باريس الإدارية الاستئنافية بان عدم إستلام نتائج الفحوص الذي ترتب عليه تأخر علاج المريض ليوم كامل، يعد خطأ تحقق به مسئولية المستشفى عن حرمان المريض من فرصة حقيقية، وإن كانت ضعيفة، في البقاء على قيد الحياة⁽²³⁾.

ولعنصر الزمان أهمية خاصة، ولذلك فإن القضاء يعتد به في تقدير عنصر الاحتمال في الفرصة، فيأخذ في اعتباره بالوقت الذي يمكن أو يجب ان يحدث فيه الكسب الاحتمالي⁽²⁴⁾، ففي مجال فوات الفرصة في إجراء الإجهاض مثلاً، والذي يجيزه القانون

(19) د. إبراهيم الموسوي أبو الليل، المرجع السابق، بند 19 ص 109.

(20) R. SAVATIER, Cass 1ere civ., 02.05.1978 (Bull. Civ. I no 166), JCP G 1978.II.18966.

(21) Cass. Civ. 11 ere ch., 12.11.1985, Bu;: Civ. 1985 p.265 no 299.

(22) Orleans, 27.02.1969, 1969, p. 6661.

(23) CAA Paris, 13.06.1989, Consorts La houé, ;bé. P.909: " le défaut e transmission [des résultats d'exams], a l'origine d'un retard de vingt-six heures dans l'administration des soins (...), est constitutif d'une daufe engageant la responsabilité de l'hôpital, des lors qu'il a prive le malade de chances réelles, bien que faibles, de survie".

(24) د. إبراهيم الموسوي، المرجع السابق، ص 120.

الفرنسي⁽²⁵⁾ ويسلم به القضاء، يقر هذا الأخير بحق الوالدين في التعويض عن فوات فرصة الخيار بين الاحتفاظ بالجنين أو الإجهاض، تأسيساً على أن حرمان الوالدين من فرصة اتخاذ قرار استمرار الحمل أو وقفه، يعد ضرراً محققاً، ويتوقف تقدير وجود هذه الفرصة على الوقت الذي كان من الممكن فيه تحقيق هذه الفرصة، فتستطيع المرأة، في الإجهاض الإرادي، الاستناد إلى فكرة فوات الفرصة، إذا لم يتم تبصيرها، قبل مضي اثنتى عشرة أسبوعاً من الحمل، بوجود بعض العيوب خلقية البسيطة لدى الجنين، والا لا تصل إلى حد التشوهات ذات الخطورة خاصة⁽²⁶⁾.

المطلب الثالث

سلطة قاضي الموضوع في تقدير وجود الفرصة ورقابة محكمة النقض

يتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية في إثبات وتقرير وجود فرصة جدية وحقيقية ، ولا يكون ذلك إلا بتطبيق القواعد العامة التي تقرر هذه السلطة للقاضي في تقدير الضرر، وذلك باعتبار أن فقد الفرصة مجرد نوع أو تطبيق خاص للضرر، وتشمل هذه السلطة، علاوة على وجود الفرصة تقرير وجود علاقة سببية بين فوات الفرصة وما ترتب على ذلك من ضرر .
وتخضع هذه السلطة، في شقيها، لرقابة محكمة النقض التي لها أن تراقب سلامة استخلاص قاضي الموضوع للفرصة فيما يتعلق بتوافر شروطها، أي التحقق من جدتها ومشروعيتها.
على أن هذه الرقابة لا تمتد إلى ما يتمتع به قاضي الموضوع من سلطة تقديرية فيما يتعلق بمسائل الإثبات، كالتشكك الذي يقوم في عقيدته ويمنعه من الاعتداد بفوات الفرصة ، وكذا استخلاص القرائن الكافية لقيام الإثبات⁽²⁷⁾.

المبحث الثاني

عناصر ضرر فوات فرصة الشفاء أو الحياة

يتمتع جوهر حق المريض في فوات الفرصة بذات عناصر الضرر الواجب في التعويض، كما أنه يتمتع بذاتية خاصة.

المطلب الأول

الضرر في فوات الفرصة ضرر محقق

رأينا أن الفرصة ليست سوى احتمال، وهو احتمال أكثر من مجرد الأمل وأقل من اليقين، ويقدر ما تزيد درجة وقوع هذا

(25) وقد سبق القول عن القانون الفرنسي يجيز الإجهاض الإرادي للحمل، وهو الذي يتم دون ضرورة علاجية، حتى الأسبوع الثاني عشر من الحمل، أو الرابع عشر من انقطاع الطمث. راجع سابقاً بند 41 ص 74 وما بعدها.

(26) في نطاق الإجهاض العلاجي فإنه على الرغم من أن المرأة التي تحمل في طفل مشوه تشوهات جسيمة، تستطيع طلب إجراء الإجهاض العلاجي في أي وقت، إلا أنها لا تستطيع أن تدعى فوات فرصة، إذا انتقت بعض شروط إجراء هذا النوع من الإجهاض وأهمها شهادة طبيين، بعد الفحوص اللازمة، أن استمرار الحمل يمثل خطراً جسيماً على صحة المرأة، أو يترجح أن الطفل سيولد مصاباً بعاقة ذات خطورة خاصة، غير قابلة للشفاء بحسب المعطيات الطبية (م 162 - 12 من قانون الصحة العالمية).

(27) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ج 1 بند 27 ص 121 وما بعدها.

الاحتمال بقدر ما يكون تحقق الفرصة مرجحاً، ولكن دون أن يصل الأمر - كما قلنا - إلى أن تصبح الفرصة مؤكدة الوقوع، وكون تحقق الفرصة أمر محتمل على هذا النحو، هو ما أثار الشكوك في جواز تعويض فوات الفرصة، ذلك أن المبدأ هو عدم جواز تعويض الضرر - بوجه عام - إلا إذا كان محقق الوقوع، بأن يكون قد وقع فعلاً، أو سيقع حتماً.

فالضرر المحقق واجب التعويض سواء كان هذا الضرر حالاً، متى وقع فعلاً⁽²⁸⁾، أو مستقبلاً، متى كان سيقع حتماً، وهو يختلف عن الضرر المحتمل، فهذا الأخير غير محقق الوقوع، فقد يقع وقد لا يقع، ولهذا لا يجوز تعويضه⁽²⁹⁾، وإنما يتعين الانتظار إما إلى حين وقوعه فعلاً، فيتحقق التعويض⁽³⁰⁾، أو عدم وقوعه فيتأكد عدم تعويضه.

ولا ينبغي الخلط بين هذا الضرر الأخير وبين الضرر في فوات الفرصة، فهذه الأخيرة، وإن كانت أمراً محتملاً، إلا أن توقيتها أمر محقق يجيز للمضرور ان يطالب بالتعويض عنها⁽³¹⁾، فالضرر في الحرمان من الفرصة ضرر محقق، ولو كانت الإرادة منها أمراً محتملاً⁽³²⁾، ولهذا فالتعويض لا يكون عن الفرصة ذاتها، وإنما عن فواتها⁽³³⁾ ولهذا يمكن القول أن الضرر في فوات الفرصة ضرر محقق ومباشر لأنه يتمثل في "تخلف تحقق فرصة غير مؤكدة، تتمثل في حدوث واقعة محتملة"⁽³⁴⁾.

ولكى يكون ضرر فوات الفرصة محققاً فلا بد من توافر شرطين، الأول أن يكون فوات الكسب مؤكداً ونهائياً، والثاني تحقق الضرر.

فيجب أولاً أن يكون فوات الفرصة مؤكداً ونهائياً، بحيث يحرم المضرور نهائياً من الكسب الذي كان يأمله، سواء كان هذا الكسب إيجابياً متمثلاً في تحقق ميزة الشفاء، أو سلبياً متمثلاً في تجنب ضرر أو خسارة معينة كتوقى مرض معين، هذا الفقد المؤكد

(28) قضت محكمة النقض المصرية في 8 يناير 1968 ((بأنه من المقرر أن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقاً للأصول العلمية المقررة، فإذا فرط في إتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسؤولية الجنائية بحسب تعمد الفعل، ونتيجة تقصيره وعدم تحرزه في أداء عمله، ولئن كان الاختلاف في تطبيق الوسائل أو اساليب العلاج التي يختلف حولها الأطباء، وكذلك أيضاً النظريات والطرق الحديثة التي تكون محلاً للمناقشة من الوجهة العلمية، فإن مسؤولية الطبيب الجنائية تكون منفتحة، إذا نتج عن عمله نتائج ضارة شريطة أن تكون جهوده خالصة لفائدة المريض وأن تتناسب المزايا المنتظرة مع الخطر من العلاج. مجموعة الأحكام السنة 19 رقم 141 ص 21، 19 يناير 1931. جازيت دي باليه 1931. 2. 773.

أما إذا ثبت أن الطبيب قد خرج عن وظيفته الاجتماعية وهي شفاء المرضى وتخفيف آلامهم، أو تعسف في استعمال الحق الذي منحه له الشرع لعلاج المرضى بأرتكابه أفعالاً تعد من قبيل الجرائم إذا مارسها غيره من الأشخاص، أو تشكل خطأ جسيماً يدل عن نتائج فعله بوصفها جرائم عمدية أو غير عمدية على حسب الأحوال، مثال ذلك أن يضرب طبيب مريضاً أثناء العملية الجراحية ليمنعه من الحركة فمات استئناف باريس 25 أبريل 1945 دالوز 1945 ص 190.

(29) وقد قضى أيضاً بأنه يجب بمقتضى القانون لصحة طلب المدني الحكم له من المحكمة الجنائية بتعويضات مدنية أن يكون الضرر المدعى ثابتاً على وجه اليقين والتأكد، واقعاً ولو في المستقبل، ومجرد الادعاء باحتمال وقوع الضرر لا يكفي بالبداية". نقض جنائي 16 يونيو سنة 1947، المحاماة 28 رقم 241 ص 746.

(30) نقض مدني جلسة 13 مايو 1965 الطعن 25 لسنة 27 ق س 19 ص 570. ويمثل الفقه لذلك بمن يصاب في حادث تصادم، فالإصابة ضرر محقق يعرض عنه في الحال، أما ما قد ينشأ عنها من فقد عضو في جسده كقدمه أو ذراعه فضرر محتمل، فلا يعرض عنه إلا إذا تحقق فعلاً. نظر: أنور سلطان، السابق، بند 292 ص 259 وما بعدها. وأنظر كذلك: عبد الرشيد مأمون: مصادر الالتزام، السابق، بند 255 ص 316 وما بعدها؛ محمود عبد الرحمن مجد: السابق، بند 76 ص 130.

(31) د. عبد المنعم فرج الصدة: السابق، بند 451 ص 491، عبد الرشيد مأمون: مصادر الالتزام، السابق، بند 256 ص 317 وما بعدها؛ محمود عبد الرحمن مجد: السابق، بند 76 ص 132. وأنظر أيضاً: نقض مدني جلسة 10 نوفمبر 1994 الطعن رقم 4300 لسنة 63 ق س 45 ص 1363.

(32) نقض مدني جلسة 14 مارس 1985 الطعن 837 لسنة 52 ق س 36 ص 403.

(33) د. أنور سلطان، مرجع السابق، بند 399 ص 346.

(34) Cass. Crim., 06.06.1990, Bull. Crim. No 224 p. 573: "L'événement de préjudice constitue par la perte d'une chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition (...) de la probabilité d'un événement favorable, encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine".

والنهائي للكسب المحتمل هو بذاته ضرر فوات الفرصة المحقق، أما إذا كان الضرر محتملاً، لعدم التيقن من الحرمان النهائي لهذا الكسب المحتمل، فإنه يكون ضرراً أو افتراضياً لا يصلح أساساً للتعويض⁽³⁵⁾.
 على أن هذا الفقد المؤكد والنهائي للكسب المحتمل ليس بكاف وحده لاستحقاق التعويض، إذ يجب فضلاً عن ذلك أن يلحق ضرر بالمضروب، وهو عدم تحقيق كسب مأمول أو عدم تجنب خسارة معينة، لذا فإن مجرد فوات الفرصة - كقاعدة عامة - يمثل في حد ذاته ضرراً محققاً⁽³⁶⁾.

المطلب الثاني

الضرر في فوات فرصة الشفاء ضرر مستقل

سلم القضاء الفرنسي، منذ وقت غير قريب، بالتعويض عن فكرة فوات الفرصة في المجال الطبي، معبراً عنها تارة "بفوات الفرصة في الشفاء"، وتارة أخرى "بفوات فرصة رفض التدخل الجراحي أو الطبي"، واستمر الوضع على هذا الحال حتى مطلع عام 1990م في حين انحسر تماماً المفهوم الأخير ليستقر محله مفهوم "فوات الفرصة في الشفاء" باعتباره ضرراً متميزاً له ذاتيته الخاصة³⁷، وقد ظهر ذلك بوضوح في حكم الدائرة الأولى لمحكمة النقض في 7 فبراير 1990م³⁸ الذي قرر صراحة أن "الطبيب، بإغفاله تبصير المريض بمخاطر العلاج، يكون قد حرمه من اتخاذ قرار قد يكون أكثر ملائمة، مما فوت عليه فرصة تفادي خطر تحقق بصورة نهائية، وهو ما يعد ضرراً مستقلاً عن الإصابات الجسدية"³⁹.

المطلب الثالث

ذاتية ضرر فوات الفرصة وتميزه عن الضرر النهائي

قررت محكمة النقض الفرنسية أن من فوات الفرصة، إخلال الطبيب بالتزامه بتبصير المريض⁴⁰، ومن ثم فإنه يجب التمييز في مجال فوات الفرصة بين نوعين من الأضرار، لكل منهما ذاتيته، فالأول هو الضرر النهائي أو الاحتمالي الذي يقع للمريض والذي يتمثل إما في وفاته أو في تفاقم حالته، والثاني وهو الضرر النسبي ويتمثل في فوات فرصة التغلب على المرض، والوصول إلى الحالة النهائية التي أصبح عليها المريض.

(35) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، بند 29 ص 124 وما بعدها.

(36) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، بند 30 ص 125 وما بعدها. ويضيف أنه خلافاً لهذه القاعدة العامة، لا يعد مجرد فوات الفرصة في حد ذاته ضرراً يصيب من فاتته الفرصة، ويتحقق ذلك حين لا يترتب على فوات الفرصة مركز ضار، كما في حالة تحسن حالة المريض رغم فوات فرصته في اتخاذ قرار قبول أو رفض العلاج لعدم تبصيره، فلا يكفي حينئذ إثبات فوات الفرصة للتعويض، بل يقع على من يدعيه إثبات الضرر الفعلي الذي أصابه ويطلب بالتعويض عنه.

(37) Yves LACHAUD, la responsabilité médicale pour défaut d'information de l'évolution de la jurisprudence a une nécessaire réforme législative, Gaz. Pal. 16-17 juin 1999, p.6.

(38) Cass. Lre civ. 7fev. 1990, Gaz. Pal. 1990. 2., P. 123.

(39) وهذا ما قرره المحكمة بقولها:

"le médecin en omettant d'informer son malade des risques d'un traitement, l'avait seulement prive d'un change d'échopper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risqué qui s'est finalement réalise, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles".

40J. GUIGUE, le juge judiciaire, et le juge administrative se prononcent sur l'information médicale du malade, convergence ou divergence jurisprudentielles, Gaz. Pa.; 24-25 oct. 1997, p. 6; Etienne Gousse, consentement, alea thérapeutique, et responsabilité médicale, Gaz. Pa.; 16-17 Juin. 199, p. 56.

ويقوم هذا التمييز على ضرورة إسباغ قيمة ذاتية خاصة للفرصة في ذاتها، فإذا كانت علاقة السببية غير ثابتة بين خطأ الطبيب والضرر النهائي المتمثل في الوفاة أو العجز، إلا أنها ثابتة ومؤكدة بين هذا الخطأ وبين ضرر آخر نسبي يتمثل في فقد فرصة الحياة أو الشفاء، أي يتمثل في القيمة الذاتية لهذه الفرصة، والتي أضعها عليه الطبيب .

وقد أخذ القضاء بهذه التفرقة بين نوعي الضرر، مؤكداً أن كلا منهما يستوجب تعويضاً كاملاً⁽⁴¹⁾، ولذلك فقد استقرت أحكام محكمة النقض الفرنسية على نقض أحكام قضاة الموضوع، لافتقادها الأساس القانوني حين تقتصر على تأكيد انتفاء علاقة السببية، بين التأخير في تقديم العلاج اللازم وبين الأضرار التي وقعت للمريض، وتحديد الضرر على هذا الأساس، دون البحث في مدى وجود هذه العلاقة بين هذا التأخير ومجرد فقد المريض فرصة العلاج التي كانت متاحة له، وهو ضرر مستقل عن هذا الذي يتمثل في تلك الأضرار⁽⁴²⁾.

ولتحديد الضرر الناشئ عن فوات الفرصة في المجال الطبي، وتميزه عن الضرر النهائي، فإنه يتعين تحديد كل الأضرار التي أصابت المريض، ثم حصر قيمتها، مع تمييز كل منها عن الآخر، ثم تحديد الجزء الذي نشأ من تلك الأضرار الناجمة عن فوات الفرصة⁽⁴³⁾.

ويترتب على تمتع كل من نوعي الضرر بذاتية مستقلة أنه إذ بنى المضرور مطالبته على أساس فكرة فوات الفرصة، فلا يقضى له بتعويض الضرر النهائي، وإنما يقتصر الحكم بتعويضه عن هذا الضرر فحسب⁽⁴⁴⁾، ولذلك فإن المتسبب في فوات فرصة المريض في الحياة لا يسأل عن تعويض الضرر الناشئ عن الوفاة⁽⁴⁵⁾، ويتعين على قاضي الموضوع أن يبين في حكمه أن التعويض المقتضى به، هو عن الأضرار الناشئة عن فوات فرصة الحياة⁽⁴⁶⁾.

ولا يكون هذا التعويض نهائياً في جميع الأحوال، بل يتوقف الأمر على وقوع الضرر النهائي من عدمه، والذي قد يتمثل في الوفاة أو تفاقم حالة المريض أو العجز، ولهذا يتم تعويض الفرصة الفائتة ابتداءً، ثم تعويض الضرر النهائي – حال تحققه – بعد ذلك⁽⁴⁷⁾.

(41) راجع على سبيل المثال:

Cass civ. 1re 10 Jan. 1990, Gaz Pal. 6-7 Juan 1990; Cass Civ; Cass civ. 1re 21 nov. 1978 JCP, 1976, II, 18482, obs. R. Savatier; Paris 10 mars 1966, JCP, 1966, II, 14753, obs R. savetier.

(42) Cass. Civ. 1ere ch., 12 nov. 1985, Gaz Pal. 1986,1, somm. P. 244, note F. Chabas.

وفى ذلك قررت المحكمة:

“Attendu, cependant. Que la cour d’appel s’ainsi borne a constater l’absence de relation causale entre le retard dans les soins donnée et les séquelles d’ont soufre et, en se déterminant par de tels morcifs sans rechercher s’il n’existait pas néanmoins un lien de causalité entre ce retard et la simple perte de chance que le malade avait d’être guéri, préjudice distinct de celui que constituent lesdites séquelles, les juges du second degré n’ont pas donne de base légale a leur arrêt”.

وفى ذات الاتجاه راجع أيضاً:

Cass. Civ. 1ere ch., 10 janvr. 1990, Gaz. Pal., Pan. P. 92 et p. 95; Cass. Civ. 1ere ch., 30 janvr. 1996, JCP 1996, IV, no 675, P. 88.

(43) M. Pierre SARGOS, rapport precite, p. 47 er s.

(44) Cass. 1re civ. 9 oct. 1984, Gaz. Pal. 20-21 juin 1986, note F. Chabas.

(45) Cass. Civ 1ere ch., 27 mars 1973, Bull. Civ. I, no 115.

(46) Cass. civ 1ere ch., 2 mai 1978, Bull. Civ. I, no 167.

وعلى الرغم من ضرورة تحديد معيار وأسس التعويض ونوع الضرر المقضى بتعويضه، إلا أن هذا التمييز لا يظهر بوضوح في بعض أحكام القضاء، خاصة في ضاء مجلس الدولة الفرنسي.

A. CHaraf-Eldine, la théorie de la perte d’une chance sanitaire (devant la cour de cassation et le conseil d’Etat), R.T.D.S.S. 1983, p. 48 cite par Gerard Memeteau, op. Cit, p. 25.

(47) Cass. Lre civ. 7 juin 1989, Gaz. Pal., 1990,2, sommé. P. 355 / no 198 du 17 juil. 1990, p. 14, note F. Chabas.

ويبدو الفارق أكثر وضوحاً بين فوات الفرصة والضرر النهائي، في حالة تقادم حالة المريض على أثر خطأ طبي، حيث يمكن أن يتغير نطاق الضرر إلى زيادة جسامة العجز لديه⁽⁴⁸⁾ ولذلك يجب أن توضع حالة المريض السابقة في الاعتبار، عند تقدير ضرر فوات فرصة الشفاء، أو فرصة تقادى تقادم المرض، نتيجة خطأ الطبيب.

كما تبرز أيضاً ذاتية ضرر فوات الفرصة فيما يتعلق بنطاق تطبيق مبدأ حجية الحكم الجنائي على الدعوى المدنية المرتبطة أمام القضاء المدني، فالحكم ببراءة الطبيب من تهمة القتل الخطأ، ووفقاً لمبدأ استقلال الخطأ المدني عن الخطأ الجنائي، لا حول - كما مر بنا - دون الحكم بإلزامه بالتعويض استناداً إلى فكرة تعويض ضرر فوات الفرصة، باعتباره ضرراً متميزاً عن الضرر النهائي⁽⁴⁹⁾.

- تمييز ضرر فوات فرصة الشفاء أو الحياة عن ضرر فقد توقع الحياة:

على جانب آخر، وفي سياق تأكيد ذاتية ضرر فوات الفرصة، يجدر بنا تمييز ضرر فوات فرصة الشفاء عن ضرر فقد الحياة، أو ما يعرف بضرر الموت، فتعويض هذا الضرر الأخير هو تعويض عن الموت في ذاته⁽⁵⁰⁾، بإعتباره مساساً بالحق في تكامل الحياة، تتوافر له كل عناصر الضرر حيث يفقد المضرور بالموت، ويفقد كل ما تمنحه له له الحياة، فضلاً عن الألام الجسدية والنفسية التي عانى منها قبل الموت⁽⁵¹⁾.

وغنى عن الذكر، أن الاعتراف بضرورة تعويض مثل هذا الضرر، لا يتنافى مع حقيقة أن الموت هو المصير المحتوم لكل حي، فالموت وإن كان كذلك، مما لا يتصور طلب التعويض عنه، إلا أنه ليس هناك ما يمنعه، من جهة الواقع أو القانون، أن ينشأ للإنسان حق في هذا التعويض، إذا تعرض لاعتداء على حياته، قبل موته، مقابل سلبه بإرادة غير إرادة خالقه جل وعلى⁽⁵²⁾.

وعلى الرغم من أن ضرر الموت ضرر غير مالي، مثله ف ذلك مثل الحق في التكامل الجسدي، لأن الحياة وكل ما تخوله للإنسان من مزايا أو مكنات ليست أموالاً بالمعنى الصحيح⁽⁵³⁾، إلا أن محكمة النقض المصرية (بهيئتها العامة للمواد المدنية) في حكم هام لها في 22 فبراير 1994، قد عدلت عن قضائها المستقر من اعتباره ضرراً أدبياً، واعتبرته ضرراً مالياً، حيث تجاوزت المفهوم التقليدي لهذا الأخير من كونه مجرد إخلال بحق أو مصلحة مالية للمضرور، ليشمل أي مساس بمصلحة مشروع للمضرور في

(48) Cass. Civ. 1ere Ch., 7 juin 1989, Bull. Civ. I, no 230.

(49) Cass. Civ. 1ere Ch., 24 mars. 1981, D. 1981, 546, note panneau.

(50) راجع في ذلك تفصيلاً: د. محمد ناجي ياقوت، التعويض عن فقد توقع الحياة. دراسة مقارنة في المسؤولية المدنية في القانون الأمريكي والقانون المصري والفرنسي، 1980. ولمضمون هذا الضرر جانبان أحدهما موضوعي أو كمي والآخر شخصي أو نوعي. والأول يتمثل في الحرمان من عدد غير معين من سنوات الحياة، كان من المتوقع، عادة، لأمثال المضرور من الناس أن يحياه، لو لم يحدث المساس بالحق. أما الجانب الثاني فيتمثل في الحرمان من الفرص المعقولة التي كان من المتوقع أن ينتهزها الشخص المضرور بالذات في أثناء السنوات التي فقدها من حياته. راجع بند 27 ص 43 وما بعدها.

(51) د. أحمد شرف الدين، انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي، بدون ناشر، 1982، بند 27 ص 44.

(52) د. محمد ناجي ياقوت، السابق، بند 14 ص 26. حيث يسوق مبررات هذا الحق ويجعلها في عدة حجج، أهمها: 1- أن إزهاق الروح يمثل مساساً بحق المجنى عليه في الحياة، وبالتالي يتسوجب التعويض عن ذاته. 2- إن الموت، وإن كان حقاً على كل إنسان، فلا يستوجب التعويض، إن وقع قضاء وقدر، فلأنه يستوجب إن حدث بفعل فاعل. 3- أنه من غير المقبول القول بأن من يفقد الحياة لا يخسر شيئاً، لأن الواقع أن الحياة هي أعلى وأثمن ما يملك الإنسان. 4- لا يقبل القول بأن من يحرم من الحياة لا يحس شيئاً، إذ إن نزع الروح من الجسد بالقوة لا يتم القول بأن من تصحبه الأم حسية مبرحة وآلام معنوية بالغة جراء تبديد الأمل المشروع المقترن بالحياة. 5- لا يقبل القول بأن الحق في التعويض عن الموت لا يتولد قبل الموت، لأن هذا الأخير متى وقع نتيجة فعل ضار، فلا بد أن يكون السبب (الفعل الضار) تقدم المسبب (الموت)، ومن ثم يكون نشوء الحق في التعويض سابقاً على حصول الوفاة. ذات المرجع، بند 18 ص 29 وما بعدها.

(53) أحمد شرف الدين، السابق، بند 28 ص 44 وما بعدها.

شخصه أو في ماله، بوصفه إخلالاً بحق شخصي ثابت له (54).

وبهذا التحديد، يتميز ضرر الموت، أو الحرمان من الحياة عن ضرر تقويت فرصة البقاء على قيد الحياة، والذي يمثل حق كل إنسان في الحياة والتمتع بها وفقاً لنصيبه الطبيعي في الحياة، فالاعتداء، في فوات الفرصة، لا يقع على حق الحياة ذاته، وإنما في وسيلة المحافظة عليه، وهو ضرر محقق، يتمثل في تقويت فرصة من فرصة الحياة، يستوجب التعويض، الذي يقدر - فحسب - بقدر هذه الفرصة، وليس بقدر الضرر المترتب على فقد الحياة ذاتها (55)، وهو ما وجد تطبيقاً في أحكام التعويض التي قررتها الحكومة الأمريكية مقابل التسوية مع المتضررين مع أحداث الحادي عشر من سبتمبر.

المبحث الثالث

علاقة السببية في فكرة فوات فرصة الشفاء أو الحياة

كان لفكرة فوات فرصة الشفاء أو الحياة الفضل في تجاوز نظام المسؤولية المدنية في نظرتة التقليدية في تعويض المضرور ، فليس من المقبول في ظل هذه الفكرة النظر الى العديد من الاضرار باعتبارها قضاء وقدر ، *le dommage était du a la destine* ، بل بات ما يشغل بال القضاء ، وقبل كل شيء ، البحث دائماً عن المسئول (56)، وهو ما حدا به الى اعتبار مسلك الطبيب من قبيل الخطأ متى قدر ان من شأن هذا المسلك احداث تأثير ضار على الحالة الصحية للمريض ، وايا كانت درجة تقاهاة هذا المسلك (57).

وإذا كان لفكرة فوات الفرصة اهميتها في نطاق المسؤولية المدنية سواء تلك التي تقوم على الخطأ ، او التي تقوم بدون خطأ ، فقد اثير التساؤل (58) صراحة عما اذا كان توسع القضاء في تقدير علاقة السببية يمكن ان ينقل الى المجال الجنائي فكرة فوات الفرصة.

المطلب الاول

مدى انسجام فكرة فوات الفرصة

(54) وقت قضت في ذلك بأن "المساس بمصلحة مشروعة للمضرور في شخصه أو في ماله، إما بالإخلال بحق ثابت يكفله له القانون، أو بمصلحة مالية له يتوافر بموجبها الضرر المادي ، وكان حق الإنسان في الحياة وسلامة جسمه من الحقوق التي يكفلها الدستور والقانون، وجرم التعدي عليه، ومن ثم فإن المساس بسلامة الجسم بأى أذى من شأنه الإخلال بهذا الحق يتوافر به الضرر المادي تفض مدنى 22 فبراير 1994 مجموعة المكتب الفني السنة 40 ع 2 ص 5 قاعدة أ. وفي التعليق على هذا الحكم أنظر : أحمد السعيد الزقرد، الاتجاه الحديث لمحكمة النقض المصرية في تحديد مفهوم الضرر المادي والأدبي وانتقال الحق في التعويض عنه إلى الورثة، مقارناً بأحكام التمييز الكويتية، مجلة الحقوق الكويتية، س 20 يونيو 1996 ص 231 وما بعدها.

وفي ذات الاتجاه قررت ذات المحكمة (الدائرة الجنائية) في حكم سابق لها "أن التعجيل بموت المجنى عليه يلحق به ضرراً مادياً محققاً هو أبلغ الضرر، إذ يسلبه اثنان ما يمتلكه الإنسان، وهو الحياة تفض جنائي مصري في 14 مارس 1967، المجموعة الجنائية، س 18 ص 145. والحكم مشار إليه لدى أحمد شرف الدين، المرجع والموضع السابقين.

قالمضرور - وفقاً لهذا المفهوم الجديد - يعوض عن الاعتداء ذاته، وليس عما يترتب عليه من إصابة أو عجز أو آثار مالية تتمثل في خسارة لاحقة أو كسب فائت، فمجرد المساس بسلامة الجسم ضرر مادي واجب التعويض، ولو لم يترتب عليه نقص في القدرات الجسمية" أنظر أحمد السعيد الزقرد، الاتجاه الحديث لمحكمة النقض المصرية... سابق الإشارة، بند 14 ص 244.

(55) د. إبراهيم النسوقي أبو الليل، السابق، بند 17 ص 107.

(56) SOUPLLET, préc. P. 43.

(57) A-M ROMANI, L'indemnisation de l'acte médicale (Du domaine réserve de l'obligation de sécurité de résultat), LPA 29.05.2001, n° 106, p.4.

(58)A. GOMBAULT, L'appréciation extensive du lien de causalité ne peut-elle risquer d'introduire en matière pénale la notion de perte de chance ? Concours médical, 3 fév. 1979, J. 101.

نعرض هنا لمفهوم السببية في المجال الجنائي ، ثم لمشكلة وحدة وزدواج الخطأ المدني والجنائي.

- مفهوم السببية في المجال الجنائي

السببية في المجال الجنائي مفهوم خاص ، نتناوله في كل من فرنسا ومصر ، لتحديد موقف الفقه والقضاء من فكرة فوات فرصة الشفاء او الحياة.

- الوضع في فرنسا:

لما كان قوام فكرة فوات الفرصة هو الاحتمال ، فقد كان كافيا لان يتبنى الفقه والقضاء الفرنسيين موقفا جازما برفضها من ناحية السببية⁽⁵⁹⁾ ، وان لم يكن هناك ما يمنع من قبوله اذا نظر اليها من ناحية الضرر⁽⁶⁰⁾. وقد اختلفت احكام القضاء بين نظريتي السببية في تاسيس المسؤولية الجنائية للاطباء ، فذهب جانب منها الى الاخذ بنظرية تعادل الاسباب⁽⁶¹⁾ ، ومن ثم الاعتداد بالاختفاء التي تقع من المتهم ، ولو لم تكن هي السبب الوحيد لوفاة المضرور ، وبناء على ذلك تتعدّد مسؤولية كل من تسبب بخطئه في وفاة شخص ، ولو لم يكن هو السبب المباشر والحال⁽⁶²⁾ ، وهو ما يعنى انه يكفي في السبب الذي يتوافر به الخطأ او الاهمال الجنائي ان يكون محققا ، ولو لم يكن هو السبب الوحيد لوقوع الضرر⁽⁶³⁾. وتطبيقا لذلك قضى⁽⁶⁴⁾ بادانة طبيب جنائيا استنادا الى انه خلق باهماله خطرا قاتلا ، كان من شأنه حرمان المريضة من كل فرصة للحياة ، مما يعد خطأ تقوم به جريمة القتل غير العمدى ، وتتوافر به -بالنظر الى سلوكه بوجه عام - علاقة السببية مع وفاة هذه المريضة. كما قضى⁽⁶⁵⁾ بمسؤولية الطبيب جنائيا لتقصيره في استيفاء المعلومات اللازمة للتعرف على تطور تقاوم حالة المريض. وقضى ايضا⁽⁶⁶⁾ بادانة الطبيب الذي يتاخر عن التدخل الجراحي ، دون ان يتحقق من وجود او عدم وجود ضرورة عاجلة للتدخل الجراحي الفوري.

وعلى عكس الاحكام السابقة ، اخذت احكام اخرى بنظرية السبب الملائم فقضى⁽⁶⁷⁾ بتأييد حكم اول درجة فيما انتهى اليه من براءة

(59) Mémeteau, Perte de chances et responsabilité médicale, Gaz. Pale 24-25 oct. 1997, p. 24.

(60) Cass. Crim 0.6.06.1990 Gaz. Pal. 1991. Somm.p.20.

(61) 171 AKIDA (M.), La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, L.G.D.J., 1994, p. 288 et s.

(62) راجع المادة 19/222 من قانون العقوبات الفرنسي:

«Le fait de causer à autrui, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende.....»

(63) Ph. Le Tourneau et L. Cadier, Droit de la responsabilité, D. éd. 1996, n° 663; Cass. Crim. 27 janv. 1980, D. 1981, IR, 257, note Penneau.

(64) Cass. Crim. 9 juin 1977, JCP 1978, 18839, obs. R. Savatier.

وحول هذه المسألة راجع تفصيلاً:

J.P. Aimeras, Perte de chance et responsabilité pénale, Concours médical, 1977, P. 5997.

(65) T. corr. Béthune, 22.03.1963, JCP 1963, II, 13386, note PATUREAU.

(66) Crim. 21.01.1954, Bull. crim. n°25, D. 1954.224.

(67) Cass crim. 7 janv. 1980, JCP. 1980, JCP 1980, IV, P. 111, D. 1981, IR, p. 257. Note Panneau.

وفي ذلك الاتجاه أنظر:

Cass. Crim. 20 mars 1996, Gaz. Pal. 21-23juill. 1996.p.12.

حيث قضت المحكمة ببراءة الطبيب لعدم ثبوت علاقة السببية بين خطأ الطبيب ووفاة طفل مريض، ولكنها ألزمته بتعويض الضرر المعنوي الناشئ عن توقيت الفرصة في الحياة، طبقاً للمادة 1147 مدني.

الطبيب لعدم ثبوت علاقة سببية ، رغم تسليم الحكم بأن خطأ الطبيب وإن كان قد فوت فرصة على المريض ، إلا أنه لم يكن السبب المؤكد للوفاة. وفي ذات الاتجاه قضى أيضاً⁽⁶⁸⁾ بأنه إذا كان إهمال الطبيب هو أحد أسباب وفاة المريض ، إلا أنه ليس من الثابت أنه السبب مؤدى إليها مباشرة ، كما أن هذه الوفاة لم يكن من الممكن تفاديها على الرغم من العلاج. ومؤدى ذلك أنه حتى إذا كان من شأن العلاج أن يؤدي إلى انقراض المريض ، في 90% من الحالات ، فلا يمكن ادانة الطبيب جنائياً عن تأخره في وصف العلاج (وهو خطأ مدني) ، متى استخلص من الواقعة أن الوفاة كانت طبيعية ، أي غير راجعة إلى هذا الخطأ⁽⁶⁹⁾.

- الوضع في مصر:

أما عن الوضع في مصر ، فقد استقر الفقه⁽⁷⁰⁾ على أن النظرية السائدة ، في المجال الجنائي ، هي نظرية السبب الملائم ، ومن ثم تقوم السببية متى كانت النتيجة التي حدثت متوقعة وفقاً للمجرى العادي للامور ، ومؤدى ذلك أنه لا يؤثر في قيامها تدخل عوامل أخرى غير سلوك الفاعل ، إلا إذا كانت هذه العوامل شاذة لا تقع عادة⁽⁷¹⁾. فالعبرة ، إذا ، في قيام السببية هو الجانب الموضوعي دون المعنوي ، فلا عبرة بتوقع الفاعل للنتيجة المترتبة على فعله ، بل بمدى احتمال تحقق هذه النتيجة على سلوكه. ومن ثم تكون السببية عنصراً في الركن المادي⁽⁷²⁾ ، وليس لها أدنى علاقة بالركن المعنوي⁽⁷³⁾.

(68) Cass. Crim. 70 jan. 1980, D. 1981, I.R./257, note PENNEAI.

(69) وأنظر أيضاً تعليق الأستاذ SAVATIER على نقض بلجيكي:

C. Cass. Belge, 23.09.1974, JCP 1976.II.18216.

(70) د.محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، 1983، بند 259 ص 281 وما بعدها والمراجع المشار إليها بالهامش ، إدورد غالي الذهبي، حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني، دار النهضة العربية، 1981، ط2، بند 203/ص 315.

(71) وقد تواترت أحكام محكمة النقض على ذلك، ففضى بأنه لا يؤثر في قيام علاقة السببية، متى كانت النتيجة التي حدثت متوقعة وفقاً للمجرى العادي للامور ، المرض السابق والحالة الصحية السيئة للمجني عليه وتقدمه في السن، أو وجود حساسية خاصة بجسمه (نقض 27 يناير 1959، مجموعة أحكام النقض، س 10 رقم 23 ص 91). أو خطأ المجني عليه (نقض 26 ديسمبر 1979 مجموعة أحكام محكمة النقض من 30 رقم 111 ص 980، أو خطأ الغير (نقض 13 يونيو 1955 ص 6 رقم 327 ص 1123).

(72) والحجة في ذلك، كما يقر الفقه (محمود نجيب حسني، المرجع السابق، بند 52 ص 57)، هي أن علاقة السببية صلة تربط بين الفعل والنتيجة الإجرامية، وليس ثمة شك في انتماء الفعل والنتيجة إلى الركن المادي، ومن ثم لا يجوز أن يؤثر شك في أن الصلة التي تربط بين الفعل والنتيجة الإجرامية، وليس ثمة شك في انتماء الفعل والنتيجة إلى الركن المادي، ومن ثم لا يجوز أن يؤثر شك في أن الصلة التي تربط بين عنصرين للركن المادي تنتمي بالضرورة إلى هذا الركن كذلك. هذا فضلاً عن أن جوهر علاقة السببية أنها مجموعة من الآثار المادية التي ترتبت على الفعل مباشرة، ثم تطورات وتلاحقت وتمخضت في صورة النتيجة الإجرامية. وأنظر كذلك إدوار غالي الذهبي، المرجع السابق، بند 170 ص 264 وما بعدها.

(73) ومع هذا فقد خالفت حمة النقد الرأي السائد في الفقه إذ ذهب إلى أن للسببية عنصران علاقة مادية تبدأ بفعل المتسبب وترتبط من الناحية المعنوية بما كان يجب عليه أن يتوقعه من النتائج المألوفة لفعله إذا أتاه عمداً، أو خروجه فيما يرتكبه بخطئه عن دائرة التصير بالعواقب العادية لسلوكه والتصون من أن يلحق عمله ضرراً بالغير".

أنظر : نقض 27 يناير 1959 مجموعة أحكام النقض من 10 رقم 23 ص 91، 13 ديسمبر سنة 1960. وقد استخلص الفقه (محمود نجيب حسني، المرجع السابق، بند 267 ص 290 وما بعدها) من ذلك أن محكمة النقض تعتمد معياراً لعلاقة السببية يقوم على عنصرين أحدهما مادي والآخر معنوي: ومؤدى العنصر المادي أنه يجب توافر الحد الأدنى من العلاقة المادية بين الفعل والنتيجة لقيام علاقة السببية، وإلا فإن أي انعدام في تلك العلاقة يستحيل معه تصور قيام هذه الأخيرة. وتكشف عبارات المحكمة في هذا الصدد عن تبنيها لنظرية تعادل الأسباب، وهو ما أشارت إليه في أكثر من مناسبة حيث أكدت على أن "النتيجة ما كانت لتحدث لو أن الفعل لم يرتكب". وهي تعتمد في ذلك على منطق نظرية تعادل الأسباب وهو أثر عدم ارتكاب الفعل على حدوث النتيجة، فإذا كان الفعل ضرورياً لوقوعها توافرت علاقة السببية، أما إذا كانت ستحدث، ولم لم يرتكب الفعل، انفتت علاقة السببية، أما العنصر المعنوي فيتمثل، حسب عبارة محكمة النقض، في "خروج المتسبب فيما يرتكبه بخطئه عن دائرة التصير بالعواقب العادية لسلوكه والتصون من أن يلحق عمله ضرراً بالغير".

وعلى هذا فان توافر علاقة السببية يعنى انه لولا الخطأ ما وقعت النتيجة⁽⁷⁴⁾ ، وان الخطأ يجب ان يرتبط بالضرر ، ارتباط السبب بالمسبب⁽⁷⁵⁾ ، وانه لا يكفى قيام الشك حول توافر السببية للحكم بالادانة ، ومن ثم يكون الحكم معيبا اذا لم يستظهر رابطة السببية بين الخطأ والضرر⁽⁷⁶⁾.

- رفض القضاء الجنائي لفكرة فوات الفرصة:

وفقا للمفهوم المتقدم لعلاقة السببية ، فانه يكون بدهيا ان ينبذ القضاء الجنائي فكرة فوات الفرصة ، خاصة وان القاضي الجنائي يخضع فى تقدير الخطأ الجنائي واستخلاص السببية بينه وبين النتيجة الاجرامية ، لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، حيث لا جريمة ولا عقوبة الا بنص ، كما يتقيد بقرينة البراءة *la présomption d'innocence* التى تفرض عليه تفسير الشك لصالح المتهم ، ولذلك فهو ، وخلافا للقاضي المدني ، لا يمكن ان يؤسس ادانته على مجرد الاحتمال.

المطلب الثاني

تمييز تفويت فرصة البقاء على قيد الحياة ، عن القتل الخطأ او بطريق الإهمال

حرص القضاء الجنائي فى اكثر من مناسبة على تمييز تفويت فرصة البقاء على قيد الحياة عن جريمة القتل الخطأ ، وعدم الخلط بينهما ، من ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية فى 9 يونيو 1977 الذى عدلت به حكم محكمة Amiens الذى كان قد ادان طبيب عن تفويت الفرصة على سيدة فى البقاء على قيد الحياة ، عما ارتكبه من اخطاء اثناء توليدها ، حيث تركها بلا متابعة، وقد اعتبرت محكمة النقض ان الطبيب يعد مسئولاً ، لا على اساس فكرة تفويت الفرصة ، وانما لان ما صدر عنه يعد جريمة قتل خطأ *un délité d' homicide involontaire*⁽⁷⁷⁾ ، ومن ثم فلا يجوز التوسع فى تطبيق فكرة فوات الفرصة بدعوى عدم ثبوت علاقة السببية ، إذ ليس هناك شك حول قيام هذه الاخيرة فى الواقعة المطروحة ، كما قضى ببراءة الطبيب من جريمة القتل الخطأ ، ورفض تطبيق فكرة فوات فرصة الشفاء او الحياة على الرغم من ان خطأ الطبيب كان قد فوت على المريضة فرصة الحياة ، استنادا الى ان "هذا الخطأ لم يكن هو السبب المؤكد للوفاة"⁽⁷⁸⁾.

ومع ذلك ، ينبغى ملاحظة ان عدم انعقاد مسئولية الطبيب الجنائية عند قيام الشك حول رابطة السببية بين فعله وبين الضرر الذى لحق بالمريض ، لا يحول دون قيام مسئولية المدنية عن فوات الفرصة ، فالشك وان كان يفسر ، فى نطاق القانون المدني ، فى مصلحة المضرور ، فانه يفسر لمصلحة المتهم فى نطاق القانون الجنائي. وبناء على هذا يمكن القول ان علاقة السببية بين خطأ الطبيب وفوات الفرصة فى البقاء على قيد الحياة او الشفاء ، مستقلة بذاتها عن علاقة السببية التى تتحقق بها جريمة القتل الخطأ ، ولذلك لا يكون هناك محل حينئذ لاعمال حجية الشئ المقضى فيه جنائيا ، حيث يتعين على القاضي المدني ان يعتد بضرر فوات الفرصة كضرر مستقل تقوم بينه وبين العمل الطبى علاقة سببية ، بصرف النظر عن قيام او عدم قيام هذه السببية بين الوفاة ذاتها وبين الخطأ

(74) نقض جلسة 15 مايو 1950 طعن رقم 466 لسنة 20ق.

(75) نقض جلسة 26 أبريل 1955 طعن رقم 604 لسنة 24ق.

(76) نقض جلسة 23 يونيو 1958 طعن رقم 805 لسنة 28 ق س 9 ص 704.

(77) Savatier, Note sous Cass. Crim 9 juin 1977, Bucher, JCP 1978 II. 18839.

(78) Cass. Crim. 9 janv. 1979, JCP éd. G., 1980 II, 19272, note CHABAS (F.)<<cette faute n'était pas la cause certaine de la mort et que, par suite, le prévenu devait etre relaxé du chef d'homicide involontaire>>

الطبي (79).

وقد استقر القضاء على قيام المسؤولية الجنائية للطبيب عن جريمة القتل الخطأ متى ترتب على فعله فقد المريض كل فرصة في البقاء على قيد الحياة. ففضى بمسؤولية اعضاء الفريق الطبي الذين لاذوا بالفرار من غرفة العمليات على اثر اندلاع حريق بها ، تاركين خلفهم المريضة ، وهي تحت تأثير التخدير ، مما ادى الى وفاتها(80).

وبالمقابل فقد رفضت محكمة النقض في 30 يونيو 1999(81) ، وبلا مسوغ ، ادانة الطبيب عن جريمة القتل الخطأ ، عما ثبت في جانبه من اجراء جراحة عقم لسيدة رغم انها كانت حاملا ، مما ترتب عليه قطع جيب المياه (السائل الغشائي الذي يتواجد به الجنين) ، ومن ثم اجهاض السيدة ، حيث اصبح من المتعذر نمو الجنين ، بسبب خطئه ، وقد استندت محكمة النقض الى ان الجنين لم تكن لديه بعد القابلية للحياة ، ومن ثم لا يعد كائنا بشريا تشمله الحماية المقررة بالمادة 221-6 من قانون العقوبات(82) بشأن القتل غير العمدى(83).

ليس هناك اذن ما يعرف بجريمة تفويت فرصة البقاء على قيد الحياة ، كما لا يمكن ان نسوى بين هذه الفكرة وبين القتل الخطأ (غير العمدى) l'homicide involontaire او بطريق الاهمال l'homicide par imprudence ، فالضرر في هذه الجريمة هو الموت ، وليس فوات الفرصة في البقاء على قيد الحياة ، ولذلك فان فكرة فوات الفرصة ، سواء نظرنا اليها من ناحية الضرر ، او من ناحية السببية ، لا يمكن ان تاخذ حكم هذه الجريمة. وخالصة القول في ذلك انه اذا كان فوات الفرصة راجعا الى خطأ الطبيب ، جاز إلزامه بتعويض المريض ، دون ادانته جنائيا ، متى لم يكن هذا الخطأ هو سبب وقوع كل الضرر(84).

وينسجم هذا الحل مع التطبيق الضيق لنصوص تجريم القتل والاصابة الخطأ ، فهذه النصوص تواجه ضرا محددًا ، هو الوفاة او الاصابات الجسدية في هاتين الجريمتين ، ومن ثم فلا شان لهذه النصوص بضرر فوات الفرصة في الحياة او الشفاء ، وهو ما يستقيم -كما سبق القول - مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

- فكرة فوات الفرصة ومسألة ازدواج او وحدة الخطأ المدني والجنائي:

اذا كانت فكرة فوات الفرصة ، في المجال الطبي ، تظهر اهميتها في الفرض الذي تكون فيه علاقة السببية غير مؤكدة بين خطأ

(79) J. PENNEAU, Bote sous Cass. Iere civ. 24 mars 1981, D, 1981 p.545.

إذ يجب التمييز بين فوات الفرصة في البقاء على قيد الحياة، وبين الوفاة ذاتها.

(80) R.SAVATIER, Cass. Crim., 2 oct. 1958, JCP .1958.II.10834.

وفي الفقه راجع:

L. MOATTI, " En l'absence de faute du médecin, n'existe-t-il pas un préjudice?" Gaz. Pal. 1998 doc, P.672.

(81) Cass., 30.06. 1999, p. 710, note D. VIGNEAU.

(82) وكانت محكمة استئناف Lyon قد قررت إدانة الطبيب استناداً إلى أن الجنين كان قد اكتمل - وأنه كان يتمتع بصحة جيدة، راجع:

CA Lyon, 13 mars 1997, La vie prénatale en question JCP 1997, II.22955 note G. FAURE.

(83) وهي تعاقب كل من يتسبب بحظه أو إهماله أو رعونته - وفقاً للشروط والضوابط المنصوص عليها في المادة 3/121 - في وفاة الغير، بالحبس ثلاث سنوات وغرامة 45000 يورو، وتنص على ذلك بقوله:

«Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende.

ووفقاً للفقرة الثانية من هذه المادة، تزيد هذه العقوبة إلى الحبس لمدة خمس سنوات وغرامة 75000 يورو في حالة ارتكاب هذه الجريمة بالمخالفة لالتزام خاص بالسلامة أو اليقظة مفروض بواسطة القانون أو اللائحة، متى كان هذا الإخلال ظاهراً أو مبرهناً.

(84) SOUPLLET, prec. P. 48.

الطبيب والضرر النهائي ، حيث يستطيع القاضي حين يستعين بها ان يقضى بالتعويض للمضروب او ورثته ، بان يقدر ان السببية مؤكدة بين الخطأ وبين ضرر فوات الفرصة ، الا ان الامر ، خارج هذا الفرض يبدو اكثر دقة حين تكون علاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر النهائي مؤكدة ، ولكنه لا يعد ، فقا للقاضي الجنائي ، خطأ جنائياً، إذ يثور التساؤل عن مدى جواز التعويض على اساس فوات الفرصة ، استنادا الى توافر الخطأ المدني ، رغم القضاء ببراءة الطبيب لانتفاء الخطأ الجنائي لديه.

ويتعلق هذا التساؤل بمشكلة ازدواج او وحدة الخطأ الجنائي والخطأ المدني ، وهي المشكلة التي انقسم الراى بصدها بين نظريتي ازدواج الخطأين ووحدهما. ووفقا لنظرية ازدواج الخطأ ، فان الخطأ الجنائي يتميز عن الخطأ المدني باعتباره أشد منه جسامة ، ولهذا فان الحكم ببراءة المتهم لانتفاء الخطأ الجنائي لديه ، لا يترتب عليه بالضرورة رفض دعوى التعويض المؤسسة على الخطأ المدني، أما وفقا لنظرية وحدة الخطأ المدني والجنائي فان الخطأ الجنائي هو ذاته الخطأ المدني ، اي ان الخطأ الذي يرتب المسؤولية المدنية هو ذاته الذي يرتب المسؤولية الجنائية.

- انحياز القضاء الى مبدأ وحدة الخطأ المدني والجنائي:

تميل احكام القضاء الى الاخذ بمبدأ وحدة الخطأ المدني والجنائي حيث استقرت على ان الخطأ الجنائي لا يختلف في اي عنصر من عناصره عن الخطأ المدني⁽⁸⁵⁾ ، ومن ثم فان القاضي المدني يتمتع عليه الحكم بالتعويض استناداً الى ذات عناصر المسؤولية الجنائية ، من خطأ وضرر وعلاقة سببية ، والتي انتهى الحكم الجنائي الى تبرئة المتهم منها استنادا الى انتفاء الخطأ الجنائي لديه. غير ان الرغبة في تعويض المجنى عليهم دفعت القضاء ، والتزاما بهذا المبدأ ، الى التوسع غير المبرر في العقاب عن الخطأ غير العمدى ، حتى يتسنى له الحكم بالتعويض المدني.

ورغم نبل هذه الغاية الا انها تهدر ما بين العقوبة والتعويض من خلاف في فروق تتعلق بفلسفة كل منهما ، ولذلك فان القضاء ، وازاء رغبته في تفادي هذا الوضع ، وتخفيف حدة التحكم التي اتسمت بها احكامه ، لم يكن امامه بد للخروج سوى اللجوء الى فكرة فوات الفرصة ، حيث امكنه عن طريقها ان يقضى بالتعويض استنادا الى اختلاف عنصر الضرر في المسؤوليتين المدنية والجنائية ، دون ان يخرج على مبدأ وحدة الخطأ الجنائي والمدني.

ولذلك فانه على الرغم من رفض الدائرة الجنائية لمحكمة النقض لفكرة فوات الفرصة في الشفاء او الحياة ، عند الحكم بالبراءة جنائياً ، احتراماً لمبدأ وحدة الخطأ المدني والجنائي ، الا انها لا تمنع في الاخذ بها فيما يتعلق بالشق المدني من الدعوى ، وتطبيقاً لذلك قضت في 20 مارس 1996⁽⁸⁶⁾ ، والذي انتهت فيه الى تبرئة الطبيب جنائياً ، والزامه ، في ذات الوقت ، بتعويض الوالدين عن فوات الفرصة عدم الاصابة بضرر معنوي ، وذلك بمناسبة وفاة مولودهما بعد ايام من ولادته على اثر انتقال عدوى مرض التهاب السحايا *une méningite* من الأم اليه ، حيث تبين ان الطبيب كان قد اجرى العملية قبل موعدها ، وقد قررت المحكمة انه على الرغم من عدم ثبوت علاقة السببية بين خطأ الطبيب المتمثل في اجراء الولادة قبل موعدها وبين وفاة المولود ، الا ان خطر الاصابة بالعدوى قد زاد

(85) وتبدو أهمية هذه المسألة عند الحكم ببراءة المتهم تأسيساً على انتفاء الخطأ لديه: ويدعم انصار ازدواج الخطأ المدني والجنائي رأيهم بعدة حجج تنحصر في اختلاف الخطأين من حيث الطبيعة ومدى سلطة القاضي في تقدير توافر الخطأ، واعتبارات تحقيق العدالة: فمن حيث طبيعة الخطأ. فالعبرة في الخطأ الجنائي هي بمدى اضراره بالمجتمع، بينما يعدد في الخطأ المدني بمدى إخلاله بالتوازن المالي بين الأفراد. ومن حيث مدى سلطة القاضي إزاء تقدير الخطأ، فبينما يتقيد القاضي الجنائي بتوجيه جانب البراءة عند الشك في توافر الخطأ، فإن القاضي المدني، على العكس، يسعى إلى تعويض المضرور، حتى في الحالات التي لا يكون الخطأ فيها ثابتاً، فيستطيع الحكم بالتعويض إذا وجد أدنى شبهة للخطأ. وأخيراً فإن اعتبارات تحقيق العدالة تقتضي عدم التلازم بين المسؤوليتين الجنائية والمدنية، لأن القول بوحدة الخطأين تلزم القاضي بالحكم إما بالتعويض والإدانة معاً أو رفضهما معاً، في حين أن القول بازدواجهما يجعل القاضي أكثر مرونة لأنه يستطيع حينئذ أن يقضي بالبراءة والتعويض في آن واحد متى قدر أن العدالة تقتضي ذلك، كما يستطيع الحكم بالتعويض رغم البراءة الجنائية، وليس في ذلك خروج على مبدأ هيمنة الحكم الجنائي على الحكم المدني، لأن الفرض أن الخطأ في كل منهما متميز عن الآخر، لا يتوقف على جسامة الخطأ وإنما على جسامته النتيجة المترتبة عليه، فالخلاف بين المسؤوليتين ينحصر في درجة الضرر، بينما الخطأ فيهما واحد، كما أنه ليس من المقبول القول بأن الفعل الواحد ينطوي على الخطأ ولا ينطوي عليه في آن واحد. راجع في ذلك تفصيلاً: إدوار غالي الدهبي ، المرجع السابق، بند 213 ص 333 وما بعدها.

(86)Cass. Crim., 20 mars 1996, Bull. Crim., n°119, Resq. Civ. et assur. 1996, comm 283.

نتيجة هذا الخطأ ، وهو ما أكدته بقولها: "انه اذا كانت علاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر غير مؤكدة ، مما يبرر عدم مؤاخذته عن جريمة القتل غير العمدى ، الا انه يسال عن التعويضات المدنية ، لثبوت السببية بين هذا الخطأ وبين فوات فرصة الحياة"⁽⁸⁷⁾.

المبحث الرابع

الاتجاه الحديث في الأنظمة المقارنة

ظهر ملامح التطور التشريعي بمقتضى قانون رقم 467/2000 فى 10 يوليو 2000: وهو ما ادخله المشرع الفرنسى⁽⁸⁸⁾، وهو عبارة عن تعديلات هامة على قانونى العقوبات والاجراءات الجنائية ، كان لها اكبر الاثر فى تطور مفهوم الخطأ غير العمدى وعلاقة السببية ، وهو ما طرح العديد من التساؤلات عن اثر ذلك على مدى جواز تطبيق فكرة فوات الفرصة فى المجال الجنائى، وقد كان لهذا القانون تاثير بارز على المسؤولية الطبية فى المجال الجنائى ، وبوجه خاص فى نطاق فكرة فوات الفرصة ، وقد تحقق ذلك من جهتين الاولى هى عدوله عن مبدأ وحدة الخطأ المدنى والجنائى ، والثانية استحداثه جريمة تعريض الغير للخطر ، على ان نتبع ذلك بالاشارة الى اثر هذا القانون على المسؤولية الجنائية فى المجال الطبى بوجه عام.

المطلب الأول

العدول عن مبدأ وحدة الخطأ المدنى والجنائى

قرر المشرع الفرنسى فى المادة 1/4 من قانون الاجراءات الجنائية ، والمستحدثة بقانون 10 يوليو 2000 ، نهاية مبدأ وحدة الخطأ المدنى والجنائى ، مؤكدا مبدأ الفصل بينهما ، فنص صراحة على ان "تخلف الخطأ الجنائى غير العمدى - بالمعنى الوارد بالمادة 3/121 من قانون العقوبات - لا يحول دون مباشرة الدعوى امام القضاء المدنى لتعويض الضرر ، استنادا الى المادة 1383 من القانون المدنى ، اذا ثبت الخطأ المدنى وفقا لهذه المادة ، او استنادا الى المادة L 1-452 من قانون الضمان الاجتماعى اذا ثبت الخطأ غير المغتفر المنصوص عليه فى هذه المادة"⁽⁸⁹⁾ ووفقا لهذا النص فقد اصبح من الجائز ، تعويض الضرر استنادا الى المادة 1383 مدنى عند انتفاء الخطأ الجنائى غير العمدى ، بالمعنى الذى تحدده المادة 3/121 من قانون العقوبات ، دون النظر الى الحكم الصادر بالبراءة الجنائية.

(87) «Le lien entre la faute du médecin et le dommage est incertain et de ce fait relaxe le prévenu du chef d'homicide involontaire mais, pour le condamner à des intérêts civils, retient que le lien de causalité -entre la faute et le dommage de la perte d'une chance de survie est, lui, certain».

(88) Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000, J.O., II juillet 2000, p, 104.

وأنظر تصميلا فى أثر صدور هذا القانون.

Jean-Denis Pellier, Le principe de l'unité des fautes civile et pénale à l'épreuve de la loi du 10 juillet 2000 mémé. 2005. p88.

وعن أثره فى المجال الطبى راجع:

Emilie MARZEC, Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 dans le domaine de la responsabilité médicale, mémé. 2003. p90.

(89) راجع نص المادة 1/4 من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسى:

<<L'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'article 121-3 du code pénal ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1383 du code civil si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie ou en application de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale si l'existence de la faute inexcusable prévue par cet article est établie».

وقد احتفى الفقه بهذا التعديل الذي أكد على مبدأ الفصل بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني لما يحققه من مزايا لعل أهمها ، في نطاق التعويض المدني ، هو ان القاضي المدني سوف يتمتع بحرية تامة فيما يتعلق بالمصالح الخاصة للمجني عليه في جرائم الخطأ غير العمدي ، وفي الحكم بالتعويض ، يكتفى بأدنى قدر من الخطأ⁹⁰، دون ان يكون مقيدا في ذلك بالحكم الصادر في الدعوى الجنائية⁽⁹¹⁾.

- أثر العدول عن مبدأ وحدة الخطأ المدني والجنائي على اعمال فكرة فوات الفرصة في المجال الطبي:

يمكن القول ان مهمة القاضي المدني⁽⁹²⁾ ، في ظل قانون 10 يوليو 2000 ، باتت أكثر سهولة ، إذ اصبح لديه نص تشريعي يستطيع ان يستند اليه في العدول عن مبدأ وحدة الخطأ المدني والجنائي ، الى مبدأ الازدواج ، والاهم من ذلك انه لم يعد مضطرا للاستعانة بفكرة فوات الفرصة للحكم بالتعويض عندما العمدي، بالمعنى الذي تحدده المادة 3/121 من قانون العقوبات، دون النظر إلى الحكم الصادر بالبراءة الجنائية.

وقد احتفى الفقه بهذا التعديل الذي أكد على مبدأ الفصل بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني لما يحققه من مزايا لعل أهمها، في نطاق التعويض المدني، هو أن القاضي المدني سوف يتمتع بحرية تامة فيما يتعلق بالمصالح الخاصة للمجني عليه في جرائم الخطأ غير العمدي، وفي الحكم بالتعويض، اكتفاء بأدنى قدر من الخطأ، دون أن يكون مقيداً في ذلك بالحكم الصادر في الدعوى الجنائية⁽⁹³⁾، والخطأ الطبي كما عرفته المادة السابعة والعشرون من نظام مزاوله المهن الصحية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٥٩ بتاريخ 11/4/1426 هـ أنه هو كل خطأ مهني صحي صدر من الممارس الصحي، وترتب عليه ضرر للمريض يلتزم بالتعويض، وقد عرف المشرع الإماراتي الخطأ الطبي بموجب المادة رقم ١٤ من قانون المسؤولية الطبية⁽⁹⁴⁾، بأنه الخطأ الذي يرجع إلي الجهل بأمر فنية يفترض في كل من يمارس المهنة الإمام بها أو كان هذا الخطأ راجعاً إلي الإهمال أو عدم بذل العناية اللازمة، ولم تحدد التشريعات المعاصرة، كافة صور الخطأ الطبي بشكل دقيق، فهذا الأمر يكاد يكون أقرب إلي المستحيل، إنما اتجهت بعض التشريعات الطبية الي النص علي بعض من صور الأخطاء الطبية.

- أثر العدول عن مبدأ وحدة الخطأ المدني والجنائي على إعمال فكرة فوات الفرصة في المجال الطبي:

يمكن القول إن مهمة القاضي المدني، في ظل قانون 10 يوليو 2000، باتت أكثر سهولة، إذ أصبح لديه نص تشريعي يستطيع أن يستند إليه في العدول عن مبدأ وحدة الخطأ المدني والجنائي، إلى مبدأ الازدواج، والأهم من ذلك أنه لم يعد مضطراً للاستعانة بفكرة فوات الفرصة للحكم بالتعويض عندما يقضى ببراءة المتهم من الخطأ الجنائي، عن طريق إثبات علاقة سببية بين الخطأ وبين ضرر فوات الفرصة، بل بات بمقدوره أن ينتهي إلى ثبوت علاقة سببية بين الخطأ المدني وبين الضرر النهائي المتمثل في

(90) يتميز المشرع الإماراتي بمنهج فريد ومت ميز فيما يتعلق بمسألة إثبات المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، حيث أنشأ ما يسمي "باللجنة العليا للمسؤولية الطبية" وهي عبارة عن لجنة طبية فنية دائمة، تضم ضمن عضويتها أطباء استشاريين من بعض الجهات المتخصصة، لاسيما وزارة الصحة، والطب الشرعي، وهيئة الصحة، و أساتذة كلية الطب، ومديرية الخدمات الطبية، وجمعية الإمارات الطبية، كما يدخل ضمن أعضائها بعض من القطاع الطبي الخاص، كما يجوز إضافة أي جهات طبية أخرى إلي عضوية اللجنة90وتختص اللجنة المشار إليها سلفاً بتقديم الرأي بناء علي طلب النيابة العامة أو المحكمة المختصة، أو الجهة الصحية.

(91) د.محمود كبيش، تطور مضمون الخطأ غير العمدي في قانون العقوبات الفرنسي، دار النهضة العربية، د.ت.، ص 51 وما بعدها.

(92) د.أسامة عبد الله قايد : المسؤولية الجنائية لأطباء "دراسة مقارنة" دار النهضة العربية-القاهرة، مصر، سنة 1990.ص.33.د.أحمد شوقي عمر أبو خبطة: القانون الجنائي والطب الحديث . دار النهضة العربية 1986.ص.65.د. أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب "دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقضاء الكويتي، المصري والفرنسي" ذات السلاسل - الكويت، سنة 1986.ص.55.

(93) د. محمود كبيش، تطور مضمون الخطأ غير العمدي في قانون العقوبات الفرنسي، دار النهضة العربية، ص 51 وما بعدها.

(94) المادة رقم ٤ من القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٨ بشأن المسؤولية الطبية في دولة الإمارات العربية المتحدة.

وفاة المريض⁽⁹⁵⁾، استناداً إلى تمييز الخطأ المدني عن الخطأ الجنائي، معتمداً في ذلك على سهولة تقدير الإهمال في الخطأ المدني عنه في الخطأ الجنائي، إذ بينما يكفي في الأول وقوع الإخلال بقواعد الحيطة والحذر التي تقع على الكافة، فإن الثاني لا يتوافر إلا إذا كان هذا الإخلال بقواعد الحيطة والحذر الخاصة التي تفرضها أصول مهنة الطب⁽⁹⁶⁾. ولا نزاع في أن الحد من نطاق تطبيق فكرة فوات فرصة الشفاء، بفضل تمييز الخطأ المدني عن الخطأ الجنائي، على هذا النحو، من شأنه أن يبسر حصول المضرور على تعويض أفضل، إذ أصبح بإمكانه أن يحصل على تعويض عن كامل الضرر، سواء تمثل ذلك في عدم الشفاء أو الوفاة، وليس فحسب تعويضاً جزئياً عن الفرصة الفائتة التي كان سيطلب بتعويضها⁽⁹⁷⁾ ولا تقتصر فائدة هذا الوضع الجديد على تحقيق مصالح المرضى، بل إنه يحقق أيضاً مصالح الأطباء، ففي ظل استقلال الخطأ المدني عن الخطأ الجنائي في حالة الحكم بالبراءة، لن تقوم مسؤوليتهم المدنية إلا عند ثبوت الخطأ المدي وقيام علاقة سببية بينه وبين الضرر الحقيقي الخاص، ولن يكون هناك محل لاستبدال هذا الضرر بضرر آخر وهمي أو مختلف *fictif*، متمثل في فوات فرصة الحياة أو الشفاء.

وبعبارة موجزة، يمكن القول إن هذا الحل يوازن بين مصالح متعددة، هي مصلحة المريض في التعويض، ومصلحة الطبيب في ألا يكون خاضعاً لسوط المسؤولية في جميع الأحوال، وأخيراً مصلحة المجتمع في تحقيق الردع الخاص عند تعذر تحقيق الردع العام⁽⁹⁸⁾. وعلاوة على ذلك، فإن من شأن هذا الوضع أن يؤكد على طبيعة التزام الطبيب باعتباره التزاماً ببذل عناية، لا بتحقيق نتيجة، خلافاً للاعتقاد الذي يوحي به تطبيق فكرة فوات الفرصة.

والحقيقة أنه لا تثور صعوبة في استبعاد مبدأ وحدة الخطأ المدني والجنائي، متى كانت علاقة السببية ثابتة بين الخطأ المدني للطبيب، وبين الضرر الواقع، حيث تأسس مسؤولية في هذه الحالة على القواعد التقليدية في المسؤولية المدنية. لكن تثور الصعوبة عند انتقاء هذه السببية، حيث لن يجدى العدول عن مبدأ الوحدة إلى مبدأ الازدواج في استخلاص السببية، الأمر الذي يجد القاضي مع نفسه مضطراً إلى اللجوء إلى فكرة فوات فرصة الحياة أو الشفاء لتفادي حرمان المضرور من أي تعويض، حيث يسهل عليه أن يقدر وجود علاقة السببية، وحينئذ يمكن القول إن القضاء يستخدم فكرة فوات الفرصة باعتبارها ضرراً وعلاقة سببية في آن واحد.

ولهذا نعتقد أن القضاء لم يستقر، بصورة نهائية، على عدوله عن تطبيق فكرة فوات الفرصة في حالة الحكم بالبراءة جنائياً وهو ما يمكن أن نستخلصه من حكم محكمة النقض الفرنسية في 18 يونيو 2002⁽⁹⁹⁾ - أي بعد صدور قانون 10 يوليو 2000 - والذي عادت فيه إلى الأخذ بمبدأ وحدة الخطأ المدني والجنائي، فلجأت، في سبيل تعويض المضرور، إلى تطبيق فكرة فوات فرصة الشفاء، رغم سبق صدور حكم جنائي بالبراءة لانتفاء الخطأ الجنائي. وكان ذلك بمناسبة وفاة مريض غداة انقضاء فترة المتابعة اللاحقة على إجراء الجراحة، حيث قضى بالمسؤولية العقدية لكل من مدير العيادة وطبيبة التخدير - استناداً إلى المادة 1147 مدني فرنسي - لتوافر علاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر الناشئ عن فوات فرصة الشفاء، على الرغم من صدور حكم ببراءتهما جنائياً. ويمكن تبرير هذا الحل برغبة القضاء في تعويض المضرور في الأحوال التي يتعذر فيها إثبات علاقة السببية بين خطأ الطبيب، سواء كان عقدياً أو تقصيرياً، وبين الضرر النهائي الحاصل. ولذلك الطبيب، سواء كان عقدياً أو تقصيرياً، وبين الضرر النهائي الحاصل. ولذلك فإنه إذا صح القول بأن قانون 10 يوليو 2000 قد كرس مبدأ تمييز الخطأ المدني عن الخطأ الجنائي إلا أنه لم يتمكن، بعد، من التغلب على مشكلة السببية، ومن ثم يغدو منطقياً أن تحتفظ فكرة فوات الفرصة بمجال واسع لتطبيقها.

(95) Cass crim. 7 janv. 2003, site Legifrance, pourvoi no 02.83724.

(96) أسامة عبد الله قايد: المسؤولية الجنائية للأطباء، دار النهضة العربية، ط2، 1990، بند 191 ص 232.

(97) BRUSCHI (M.), "Les caractères du préjudice", Lamy Droit de la responsabilité, étude no 218, mai 2002, no 29.

(98) أسامة عبد الله قايد، السابق، بند 176 ص 221.

(99) Cass. Crim., 18 juin 2002, site Legifrance, pouvoi no 01-86503.

المطلب الثاني

استحداث جريمة تعريض الغير للخطر

استحدثت المشرع الفرنسي بقانون 10 يوليو 2000 مبدأ عاماً بشأن هذه الجريمة⁽¹⁰⁰⁾، وذلك بالمادة 1/223 من قانون العقوبات الفرنسي⁽¹⁰¹⁾، التي يبدو منها أنه يميل إلى التوسع في نطاق الجريم، حيث يقيم المسؤولية الجنائية عن الخطأ غير العمدى، ذى الجسامة الخاصة، ولو لم يترتب عليه ضرر. وتعد هذه الجريمة محض تطبيق لنظرية الجريمة المانعة أو العائقة *L'infraction obstacle*، وهو ما أثار التساؤل عن أثر ذلك على أخذ القاضي الجنائي بفكرة فوات الفرصة.

ووفقاً لهذا النص، فإنه يعاقب بالحبس سنة والغرامة بمبلغ خمس عشرة ألف يورو " من يعرض الغير مباشرة لخطر حال بالموت أو الجراح، مما من شأنه أن يؤدي إلى قطع عضو أو عجز دائم، وذلك بإخلال إرادى (مقصود)، وبصورة واضحة، لالتزام خاص بالسلامة أو الحيطة، مفروض بواسطة القانون أو اللائحة"⁽¹⁰²⁾. ويتبين من ذلك أن تطبيق هذا النص مرتين بتوافر عدة شروط: فيجب أن يكون هناك التزام خاص بالسلامة والحيطة، مفروض بواسطة القانون أو اللائحة⁽¹⁰³⁾. فلا يكفي مجرد الالتزام العام بالسلامة، والذي يقع على الكافة. كما يجب أن يقع إخلال إرادى⁽¹⁰⁴⁾ بهذا الالتزام، سواء كان ذلك فى صورة الإهمال أو التقصير، وهو ما عبر عنه النص بالخطأ المميز *une faute caractérisée*⁽¹⁰⁵⁾، فمجرد الخطأ البسيط غير كاف لتوافر هذه الجريمة. ويراعى فى تقدير ذلك طبيعة مهام

(100) يقصد بجريمة تعريض الغير للخطر حالة الخطأ الجسيم المتمثل فى التسبب عمداً فى إيجاد خطر من شأنه أن يرتب ضرراً، وهو أقرب إلى الغش منه إلى الخطأ غير العمدى، وتعد هذه الجريمة من الجرائم الشكلية، وهى تلك التى لا يسعى الفاعل فيها إلى إحداث نتيجة معينة. وهى تقترب من جرمى الامتناع عن تقديم مساعدة، والقتل بإهمال: ففى جريمة الامتناع عن تقديم مساعدة، يلزم توافر عدة عناصر، وفقاً للمادة 2/63 من قانون العقوبات الفرنسي: وجود شخص فى حالة خطر وشيك وإمكانية مساعدته، والامتناع العمدى عن ذلك، أى أنها تقوم بسلوك سلبى. أما جريمة القتل بإهمال، ففى أيضاً يمكن أن تنشأ عن خطأ فى التقدير أو التشخيص من الطبيب. وتتفق الجريمة الأخيرتان فى عنصرهما المادى، حال تحققها بفعل سلبى، وهو الامتناع أو الإغفال، كما يثور الشك حول العنصر المعنوى فى الفرض الذى يرتكب فيه الطبيب خطأ فى تقدير حالة المريض، حيث العنصر المعنوى فى الفرض الذى يرتكب فيه الطبيب خطأ فى تقدير حالة المريض، حيث يدرجها القضاء تارة ضمن جرائم القتل بإهمال، وتارة أخرى ضمن جرائم الامتناع عن تقديم مساعدة. أنظر: محمد سامى الشوا، الخطأ الطبى أمام القضاء الجنائى، دار النهضة العربية، 2003، بند 20 ص 23 وما بعدها.

(101) وهذه المادة معدلة بالمرسوم رقم 916/2000 فى سبتمبر 2000، ومنشورة بالجريدة الرسمية فى 22 سبتمبر 2000، ونفاذة اعتباراً من أول يناير 2000.

(102) وقد مصت على ذلك بقولها:

“ Le fait d'exposer directement autrui a un raqué immédiate de mort ou de blessures de nature a entrainer une mutilation ou une infirmité permanenté par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence impose par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende”.

(103) وينصرف مدلول اللائحة هنا إلى اللائحة بمعناها الدستورى *decreé*، دون غيرها من القواعد التنظيمية كالتعليمات الداخلية أو المنشورات أو نحوها. محمد كبيش، المرجع السابق ص 37.

(104) والإخلال الإدارى فى هذه الجريمة لا يعنى أنها عمدية، لأن الفعل وإن كان إرادياً، إلا أنه يبقى غير عمدى لأن الجانى لم ينصرف قصده إلى تحقق النتيجة الضارة هى تعريض الغير للخطر، ولم يقلها، وإنما إلى مخالفة القانون أو اللوائح، وهذا ما يميز العمد عن غير العمد وإن كان إرادياً، ولذلك فهذه الجريمة ليست جريمة غير عمدية عادية، بل هى صورة جديدة من صورة الخطأ غير العمدى الواسى. أنظر: محمود كبيش، السابق ص 18؛ حاتم عبد الرحمن منصور، تجريم تعريض الغير للخطر، نحو سياسة جنائية منعية عامة، دار النهضة العربية، 2003، بند 141 ص 139 وما بعدها.

(105) وتطبيقاً لذلك قضى بأن مخالفة الالتزامات الخاصة المفروضة بالمرسوم رقم 94 - 1050 فى 5 ديسمبر 1994، والمتعلق بتحديد شروط وضوابط إجراء التخدير - كضرورة إجراء الكشف السابق على التخدير أو متابعة المريض أثناء أو بعد الجراحة - تستوجب مسؤولية طبيب التخدير عن جريمة تعريض الغير للخطر، إذ لم يصب أحد بأذى، أو عن جريمة جروح جسيمة إذا أصيب بعض المرضى. راجع:

Crim. 11 sep. 2001, Bull. no 176.

مرتكب هذه الأفعال أو أعماله واختصاصاته والوسائل المتاحة له، ومدى مراعاته اليقظة المعتادة⁽¹⁰⁶⁾، ونستخلص جسامه الخطأ من طبيعته، كما في حالات الوفاة أو الجروح الخطيرة أو التلوث البالغ، ومن درجته، بحيث يكون احتمال تحوله إلى ضرر فعلي كبيراً⁽¹⁰⁷⁾ وأخيراً يجب أن يكون هناك خطر حال يهدد بوقوع أذى، سواء الموت أو الإصابات الجسيمة التي تصل إلى حد العجز الدائم⁽¹⁰⁸⁾ ويتعين على قاضي الموضوع التثبت من توافر علاقة السببية كعنصر هام في المسؤولية على أساس الضرر المحتمل بنفس الأساس الذي يرتكز إليه في إثباتها بين السلوك والنتيجة ذات الضرر الطبي الفعلي المحقق في نطاق المسؤولية على أساس الضرر، ويرتكز هذا الإثبات، على افتراضات منطقية، ولكنها غير مؤكدة، مؤداها أن السلوك الايجابي أو السلبي الذي ارتكب، من شأنه تعريض المصلحة محل الحماية الجنائية وقائياً لخطر الإضرار بها:

- الاكتفاء بالسببية غير المباشرة لقيام جريمة تعريض الغير للخطر:

لم يستلزم المشرع الفرنسي، في المادة 3/121/4 فترة عقوبات المعدلة بقانون 10 يوليو 2000، توافر السببية المباشرة لقيام المسؤولية الجنائية في جريمة تعريض الغير للخطر، بل اكتفى بالسببية غير المباشرة، فلم يشترط أن يتسبب الشخص مباشرة في ضرر الغير، بل اكتفى لقيام هذه الجريمة أن يتخذ سلوك الفاعل أحد صورتين: الأولى أن يخلق أو يساهم في خلق وضع من شأنه وقوع الضرر (والخطأ يتحقق هنا بسلوك إيجابي)، والثانية عدم اتخاذ الإجراءات الكفيلة بتفادي وقوع هذا الخطر (والخطأ هنا يتحقق بسلوك سلبي)⁽¹⁰⁹⁾.

على أن تطبيق هذه السببية يرتبط - كما أسلفنا - بارتكاب "إخلال إرادى بالتزام خاص باليقظة أو بالسلامة..."، وهو ما يعنى عدم قيام المسؤولية في هذه الحالة إلا إذا كان الخطأ ذا أهمية خاصة، بأن يكون موصوفاً أو مميزاً⁽¹¹⁰⁾ ويظهر من هذا أن المشرع الفرنسي قد ميز بين الفاعل المباشر، وهو الذى يسبب الضرر مباشرة، والفاعل غير المباشر، وهو كل من كان يستطيع، أو من المتعين عليه الحيلولة دون وقوع الضرر، ولم يتخذ الإجراءات الضرورية لتفادي وقوعه، كما أن المسؤولية الجنائية عن الخطأ غير العمدى الذى يترتب عليه المساس بالسلامة الجسدية لمضروب، تقوم متى كان هذا الخطأ جسيماً أو موصوفاً، ولو لم يكن هذا الأخير هو السبب الوحيد أو المباشر لوقوع الضرر.

وقد رأى البعض أن تجريم المشرع الفرنسي للخطأ المتمثل في صورة "تعريض الغير للخطر عمداً" في هذه الحالة جاء مشوباً بالغموض وعدم التحديد، كما أنه يخول القاضي سلطة مطلقة في تقدير ما يعد مجرماً من الأخطاء وما لا يعد كذلك، مما يؤدي إلى التوسع في حالات التجريم، ويتفق مع نظرية تعادل الأسباب التى تعتبر كل العوامل التى ساهمت في إحداث الضرر سبباً له، وهو ما

(106) راجع المادة 3/121/4 فترة 3 من قانون العقوبات الفرنسي (بعد تعديلها بالقانون رقم 467/2000 في يوليو 2000، والمشرور بالجريدة الرسمية في 11 يوليو 2000) حيث نصت على ذلك بقولها:

" Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudance, de négligence ou de manquement a une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens d'ont il disposait".

(107) د. أسامة أبو الحسن مجاهد: تعويض الطفل عن ميلاده معاقاً، دار النهضة العربية 2002م، ص 44. محمود كبيش، السابق، ص 41.

(108) د.حاتم عبد الرحمن، السابق، بند 62 ص 63 وما بعدها.

(109) راجع المادة 3/121/4 فترة 4 من قانون العقوبات الفرنسي إذ نصت على ذلك بقولها:

" ... les personnes physiques qui n'ont cause directement le dommage, mais qui ont cree ou contrebuté a créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesurés permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit viole de façon manifestement s'il est établi qu'elles ont, soit viole de facon manifestement s'il est établi obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui a un tiqué d'une particulière gravite qu'elles ne pouvant ignorer".

(110) Yves LACHAUD, causalité indirect et faute qualifiée en responsabilité médicale après la loi de 10 juillet 2000, Gaz. Pal. 7-8 sept. 2001, p.12.

يعنى إمكان إدانة الطبيب ولو لم يكن سوى الفاعل غير المباشر للضرر⁽¹¹¹⁾. وهو ما أيدته جانب من الفقه⁽¹¹²⁾، وجانب كبير من القضاء⁽¹¹³⁾، أن المعيار المعول عليه هو التوقع أو الاحتمال والذي تبنى على أساسه صفة الخطورة بصفة عامة، هو معيار موضوعي وليس شخصي بمعنى أنه لا ينظر إلى موقف الجانب النفسي لمرتكب الفعل غير المشروع حيال هذا التوقع أو الاحتمال وهل هو توقع فعلاً من عدمه، وإنما يستند معيار هذا التوقع والاحتمال على معيار موضوعي، وترتيباً على ذلك فإن الجانب النفسي لمرتكب الفعل لا يقيد في تقرير رابطة السببية كعنصر من عناصر الركن المادي المنشئ للمسؤولية، وإن كانت تغيد الحالة النفسية فقط في الركن المعنوي كركن أساسي في انعقاد المسؤولية.

- جريمة تعريض الغير للخطر وفكرة فوات الفرصة:

يتبين من المادة 3/121/4 من قانون العقوبات أن المشرع الفرنسي يجرم الإهمال في ذاته، ولو لم يترتب عليه ضرر⁽¹¹⁴⁾، فمحل التجريم هو تعريض حياة الغير مباشرة لخطر حال، سواء تمثل ذلك في الوفاة أو الإصابة، عن طريق الإخلال بالتزام خاص بالسلامة أو اليقظة⁽¹¹⁵⁾.

وقد استخلص البعض من ذلك أن توفيت الفرصة أصبح مجزماً في ذاته⁽¹¹⁶⁾، ومن ثم فإنه ليس هناك ما يحول دون التقريب بين فكرة فوات الفرصة وجريمة تعريض الغير للخطر، باعتبار أن هذه الأخيرة تتضمن الأولى، على الرغم من أنها (أي جريمة التعريض للخطر) لا تستلزم، خلافاً لها، وقوع ضرر، حيث يكفي مجرد تعريض الغير لخطر الوفاة أو الإصابة لتحقق هذه الجريمة، ولو لم يقع أى منهما، وذلك على العكس من فكرة فوات الفرصة التي يقوم التعويض فيها على وقوع الضرر فعلاً، وهو الغالب، ولهذا يظل للتمييز بينهما أهميته في الأحوال التي لا يقع فيها الضرر أو يكون فيها يسيراً، حيث تطبق أحكام جريمة تعريض الغير للخطر دون فكرة فوات الفرصة⁽¹¹⁷⁾.

وبالمقابل تقوم جريمة القتل أو الإصابة الخطأ، إذا لم يكن هناك شك حول توافر السببية. فإذا لم يكن خطأ الطبيب، قد فوت على المريض فرصة، ولكنه أكد وقوع نتائج غير مرغوب فيها بأن حرمة من فرصة التغلب على المرض، فإنه يعد سبباً مؤكداً لوقوع

(111)Y. LACHAUD, Causalité indirect et faute qualifiée après la loi du 10.07.2000, Gaz Pal. 070902001 p.10.

(112) من هذا الرأي: د. مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص 169؛ د. محمود نجيب حسنى: علاقة السببية، المرجع السابق، ص 161 وما بعدها؛ د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة: جرائم التعريض للخطر العام، المرجع السابق، ص 40

(113) راجع أحكام القضاء في تأييد المذهب الموضوعي - نقض 8 أبريل سنة 1974 - مجموعة أحكام النقض - ص 20، ص 390 ونقض 3 يناير 1980 - مجموعة أحكام النقض - ص 31، ص

(114) ذلك أن النص المستحدث يجرم الخطر الذي يتعرض له الغير لمجرد احتمال ترتب نتيجة ضارة عليه، ويكشف ذلك عن رغبة المشرع في إضفاء حماية فعالة لحياة الإنسان وسلامته الجسدية، هذا فضلاً عن أن تجريم مجرد تسبب الخطر من شأنه أن يحمل كل شخص عليه التزام خاص بالسلامة واليقظة، على توخي الحذر وتقدير مدى المسؤولية التي يمكن أن تترتب على تعريضه الغير للخطر، وهو ما يكفل توفير حماية وقائية مانعة لحياة الإنسان وسلامته الجسدية. أنظر: د. محمود كبش، المرجع السابق، ص 15؛ د. حاتم عبد الرحمن، المرجع السابق، بند 49 ص 53 وما بعدها.

(115) راجع المادة 1/223: سابقاً بند 60 ص 109 وما بعدها.

“ Le fait d'exposer directement autrui à un raqué immédiate de mort ou de blessures de nature à entrainer une mutilation ou une infirmité permanenté par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence impose par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende”.

(116)G. MEMETEAU, pertes de chance et responsabilité médicale, Gaz Pal. 24-25 oct.. 1997, p. 24.

وهو ما عبر عنه بقوله:

“ Correctionnaliser l'infliction d'une perte de chances en elle-même”

(117) Gerard Memeteau, ibid. P8.

الضرر⁽¹¹⁸⁾.

- أثر الأخذ بالسببية غير المباشرة على المسؤولية الجنائية في المجال الطبي:

كان لتطبيق فكرة السببية غير المباشرة أثر هام على المسؤولية الجنائية في المجال الطبي، خاصة بالنسبة لمديري المراكز العلاجية والطبية، سواء كانت خاصة أو عامة، حيث لم تعد مسؤوليتهم الجنائية عن جريمة القتل خطأ، تتعقد إلا إذا كان هذا الخطأ هو السبب المباشر في الضرر، ولم يكن من اليسير في غير هذا الفرض، إدانتهم على هذا الأساس وإنما على أساس آخر وهو جريمة تعريض الغير للخطر، وقد طبق القضاء الفرنسي هذه الفكرة، عشية صدور قانون 10 يوليو 2000، في أكثر من مناسبة، لعل من أهمها حكم الدائرة الجنائية لمحكمة النقض في 5 سبتمبر 2000، والذي كشف عن مزايا تطبيق هذه الفكرة بالنسبة لمديري ومسؤولي تلك المراكز، وذلك بالمقارنة بمسؤولية الأطباء أنفسهم⁽¹¹⁹⁾. وقد صدر هذا الحكم بمناسبة طعن يتعلق بطلب قانون 10 يوليو 2000 بأثر فوري، على حكم محكمة Nancy غير النهائي، والذي كان قد قضى بإدانة الطبيب المسئول عن الإشراف على إدارة أحد المراكز العلاجية - وهو في ذات الوقت مسئول الإفاقة والإنعاش في المركز - وأثنين من الأطباء المعاونين بتهمة إصابة مريضة إصابة خطأ، وقد تأسست الإدانة على ارتكاب الطبيب خطأ مهني يتمثل في تحديد طريقة إجراء أشعة ذات خطورة خاصة على الرئتين، أي أن إدانته تأسست على وقوع خطأ مهني باعتباره طبيباً، وليس على أساس صفته الإشرافية في المركز الطبي. أما بالنسبة إلى الطبيين المعاونين فقد نسب إليها الخطأ في إجراء الأشعة، وهو ما حدث بإدخال أنبوب، بطريقة معيبة، في حجرة المريضة لتأمين دخول الهواء إلى الرئتين، مما أدى إلى توقف التنفس، وإصابتها بإصابات بالغة. وقد طعن في الشق المتعلق بإدانة الطبيب، استناداً إلى وجوب تأسيس المسؤولية على المادة 3/121 فقرة 4 بحسبانها الأصلح له، وهو ما كان محلاً للقبول من محكمة النقض التي انتهت إلى إلغاء الحكم المطعون فيه، وتطبيق فكرة السببية غير المباشرة، ومن ثم تطبيق هذه المادة، وإدانة الطبيب عن تعريض الغير للخطر، وليس عن الإصابة الخطأ، حيث أكدت أن علاقة السببية غير المباشرة بين الخطأ في الإشراف والضرر لا تقوم فحسب حين يتمثل الخطأ في إدارة المرفق الطبي أو عدم مراعاة ضوابط السلامة، بل يمكن أن تتجاوز ذلك إلى الإخلال بالالتزام بالتبصير في بعض الأحوال، أو عدم سلامة التشخيص، حيث يمكن أن يتسبب أي منهما، كلياً أو جزئياً، وبصورة غير مباشرة، في إحداث الضرر. وينسجم هذا الحكم مع تحفيظ القضاء الجنائي إزاء تأسيس الحكم بالإدانة على الإخلال بالالتزام بالتبصير، حيث يظل أمراً استثنائياً في النطاق الجزئي، بخلاف صور الخطأ الجنائي الأخرى التي تجرى بها أحكام القضاء الجنائي، كالخطأ في التشخيص، أو الإهمال في المتابعة خاصة بالنسبة لبعض التخصصات الطبية كالتخدير أو التوليد، والتي تستلزم دائماً المتابعة المستمرة والتدخل في الوقت المناسب، دون إبطاء أو تأخير. ويمكننا في هذا الصدد أن نشير كذلك إلى حكم 10 يناير 2001⁽¹²⁰⁾، والذي ألغت به الدائرة الجنائية لمحكمة النقض حكم محكمة Versailles الذي كان قد أدان اخصائي توليد بتهمة "قتل خطأ" نتيجة وفاة طفل بعد ولادته بلحظات، حيث نسبت إليه العديد من الأخطاء تمصلت في عدم متابعته بنفسه حالة الولادة أثناء إجراء العملية، وعدم متابعة الأم في الفترة اللاحقة على إجراءاتها. وقد قضت محكمة النقض بتبرئة الطبيب من تهمة "القتل الخطأ"، استناداً إلى أنه لم يكن هو المسئول المباشر عن وفاة المولود، وانتهت، إعمالاً لفكرة السببية غير المباشرة، إلى أن ما وقع منه تتحقق به جريمة "تعريض الغير للخطر"، ومن ثم فقد اعتبرت فاعلاً غير مباشر *un auteur mediate*، بالمعنى الوارد بالمادة 3/121 فقرة 4 من قانون العقوبات، تأسيساً على أنه لم يتخذ الاحتياطات اللازمة لتفادي الضرر.

(118) Cass. Crim. 9 juin 1997, JCP 1978, 18839, obs. R. savetier, Gaz. Pal. 1997, 2, 502, note Y.M.

(119) J. Guige, note sous cass. Crim., sep. 2000, Gaz. Pal., 21-22 mars 2001, p. 31.

(120) cass. Crim., 10 janv. 2001, D. 2001, I.R., P. 983 ; Bull. No 100, 4 Apr. 2001.P.8.

3 الخاتمة

إن تحديد تفويت الفرصة لاتكون كذلك إلا إذا أمكن تقدير احتمالاتها لتحديد مدى إمكان تحققها، الأمر الذي يجب أن يؤخذ معه في الحسبان، خصوصية تطبيقها في المجال الطبي¹²¹، ذلك أن توجه المريض إلى الطبيب لايعنى سوى أن هناك مرض قائم يستدعى وقتاً للتشخيص والعلاج الطبي، وهو المرض، وسواء كان من شأن هذا المرض يمكن الشفاء منه، أو كان مزمناً لاشفاء منه *incurable*، فإنه يبدو من المتعذر القول بأن الطبيب قد فوت على المريض فرصة البقاء حياً، أو حتى الشفاء، من باب أولى.

وقد يكون الخطأ الطبي، راجعاً إلى خطأ عادي قائم على الإهمال وعدم الإحترار اللذين يجب على كل شخص تجنبهما، وإما أن يكون خطأ مهنياً يتمثل في مخالفة الأصول الفنية الثانية للمهنة والخروج عليها فالطبيب يكون مسؤولاً في الحالتين أياً كانت درجة خطئه، ويبقى الأصل في إلزام الطبيب في العلاج هو إلزام ببذل عناية، غير أن القضاء إتجه في حماية المريض نحو التشديد في مسؤولية الأطباء والمستشفيات، وذلك عن طريق فرض الإلتزام بالسلامة والأخذ بفكرة الخطأ المضمّر أو المقدر (*la faute Virtual*)⁽¹⁾، والذي يبدو واضحاً في الحالات التي تقوم فيها مسؤولية الطبيب عند حدوث أي ضرر يخل بسلامة المريض، ويظهر ذلك جلياً في حالات نقل الدم وإستعمال الآلات والأجهزة الطبية.

تعرضنا لطرق إثبات هذا الخطأ الطبي والذي يختلف باختلاف طبيعة الإلتزام ، فيما إذا كان إلتزام ببذل عناية أو تحقيق نتيجة .

وتناولنا في محور ثان أهم صور الخطأ الطبي المتداولة أثناء ممارسة أهل المهنة والإختصاص لعملمهم الطبي، والتي تتميز بحسب كل مرحلة، بما لها من خصوصيات تتفرد عن الأخرى، لذا كانت دراستنا لتحديد صور الخطأ مبنية على أساس أهم مراحل العمل الطبي المتبعة في أصول مهنة الطب، حيث تناولنا أهم صورته في المرحلة السابقة على العلاج ، ثم أثناء مرحلة العلاج، وأخيراً في المرحلة اللاحقة للعلاج.

وما يلاحظ في مجال المسؤولية المدنية عند حدوث خطأ طبي هو الصعوبة في إثبات هذا الخطأ، والذي قد يكون مرده نقص الوسائل القانونية في الإثبات، أو قد يكون سببه جهل المواطن بالقانون في الميدان الطبي، والذي يجعله يتخلى عن حقه في المتابعة القضائية، وقد لا يحرك المريض أو ذوو الحقوق الدعوى المدنية لغياب الثقافة القانونية، أو الإيمان بالقضاء والقدر الذي يلعب دوراً بارزاً في عدم تحريك مثل هذا النوع من القضايا.

وبالنتيجة، وجدنا نقصاً كبيراً في القضايا المرفوعة ضد المستشفيات العامة أو العيادات الخاصة، أو حتى ضد الأطباء الممارسين في العالم العربي، وهذا مقارنة بدول العالم الأخرى ، وهذا ما أثر سلباً في تطور الإجتهد القضائي العربي ، وهو ما يفسره لجوء الفقهاء العرب في هذا المجال إلى الإجتهد القضائي الفرنسي لمسايرة الأحداث.

وعلى رغم من وجود تشريع ينظم مهنة الأطباء في مصر، إلا أنه يمكننا أن نسجل بعض النقائص فيه ، أهمها عدم وجود تنظيم قانوني صارم يحكم العيادات الخاصة وهذا رغم كثرتها في بلدنا اليوم، وخاصة في مجال إثبات الخطأ الذي نرى أنه يلزم التوسع فيه، أي أنه يمكن للمواطن المريض أن يثبت الخطأ الطبي بجميع الوسائل هذا من جهة¹²²، ومن جهة أخرى لا بد من التشدد في المسؤولية

(121) J-N Hanson, La perte d'une chance de survie, thèse Lille (médecine), 1981, p. 49.

(122) مرسوم بقانون رقم (19) لسنة 2001 بإصدار القانون المدني البحريني مادة (158) كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من أحدثه بتعويضه ، مادة (159) يلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطئ ولو كان غير مميز .مادة (160) إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسؤولية بينهم بالتساوي ، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض .

الجزائية، وذلك بالنص على أحكام رادعة لكل من يرتكب خطأ في حق الإنسان، وذلك لما له من كرامة وعزة ، وهذا ما قد يكون سببا في أن الوزارة الوصية تقوم ببذل مجهودات جبارة من أجل تصحيح وضعية هذه العيادات الخاصة بإنشاء نظام قانوني يحكمها، ويجعلها تقوم بدورها على أكمل وجه مراعاة في ذلك مصلحة المواطن ، وكذا الأمر بالنسبة للمستشفيات العامة.

إلى جانب ذلك ، يجب على الجهات الوصية أيضا أن تقوم بحملة توعية عبر مختلف الوسائل، من أجل توضيح ما للمواطن من حقوق في مجال المسؤولية الطبية والإجراءات التي يتخذونها من أجل المحافظة على هذه الحقوق.

3-1 التوصيات

- أن يحذو المشرع العربي حذو المشرع الجنائي الفرنسي في القانون 10 يوليو لسنة 2000، حيث عدل صراحة عن مبدأ الوحدة إلى مبدأ الأزواج، وبمقتضى هذا التعديل بات ميسورا تعويض الضرر استنادا على المادة 383 مدني عند انتفاء الخطأ الجنائي مضطرا للاستعانة بفكرة فوات الفرصة للحكم بالتعويض عندما يقضى ببراءة المتهم من الخطأ الجنائي، عن طريق إثبات علاقة السببية بين الخطأ وبين ضرر فوات الفرص، بل بات مقدوره أن ينتهي إلى ثبوت علاقة السببية بين الخطأ المدني وبين الضرر النهائي المتمثل في وفاة المريض.

- أن يستحدث المشرع العربي ما نظمه المشرع الجنائي الفرنسي، بقانون 10 يوليو 2000، جريمة تعريض الغير للخطر، وقد وجد البعض تشابهاً بينهما وبين فكرة فوات الفرصة من ناحية أن كلاهما ينطوي على تعريض الغير للخطر، على الرغم من أن هذه الجريمة لا تستلزم وقوع ضرر، حيث يكفي مجرد تعريض الغير لخطر الوفاة أو الإصابة لتحقيق هذه الجريمة، ولو لم يقع أي منهما وذلك على العكس من فكرة فوات الفرصة التي يقوم التعويض فيها على وقوع الضرر فعلاً، وهو الغالب، ولهذا يظل للتمييز بينهما أهميته في الأحوال التي لا يقع فيها الضرر أو يكون فيها يسيرا، حيث تطبق أحكام جريمة تعريض الغير للخطر دون فكرة فوات الفرصة.

- ضرورة النص على مسؤولية الطبيب عن الخطأ في التشخيص، والخطأ في العلاج، والخطأ في الإشراف على لهيئة المساعدة، في قانون ممارسة المهنة، دون إقتصاره على النص العام الوارد في قوانين العقوبات العربية عن الإهمال أو عدم الحيطة .. إلخ، متى وقع الخطأ وتحقق الضرر.

- ضرورة أن يكون هناك تحديد لمسؤوليات الطبيب على سبيل الحصر ، وتحديد الفارق بين الخطأ في التشخيص والخطأ في العلاج، وأن الطبيب يكون مسؤولا عن أي توصية طبية هدفها فقط إستنزاف الموارد المالية للمريض.

- تشديد عقوبة جرائم الإمتناع في حالة تقصير الطبيب في مباشرة عمله.

- ضرورة توحيد القوانين واللوائح المنظمة لممارسة مهنة الطب في قانون واحد حتى يتسنى تحديد المسؤوليات الناتجة عن التقصير في أداء العمل المهني.

- تحديد مفهوم واضح للمصطلحات القانونية الخاصة بالعمل العلاجي ، وبخاصة للوظائف المساعدة.

- تحديد لجنة الخبراء لتحديد الخطأ الطبي من تشكيل يراعى فيه إمتزاج العنصر الفني ، والمتمثل في الأطباء ، والعنصر القانوني لضمان الحيادة، وكفالة الحيادة، وأن لا يقتصر العقاب المهني على النقابات، وبخاصة لتكرار الخلاف بين الخبراء ، بما يفضى بضياع حقوق المجنى عليهم.

- زيادة مقدار الغرامة على الجرائم المتعلقة بالأطباء أو مساعديهم أو معاونيهم سواء في التشريع المصري والبحريني.

- تشديد العقوبات على إخفاء الأدلة ، وبخاصة أن جرائم الأطباء يسهل فيها إخفاء متحصلات الجريمة بدعوى إعدام مسببات العدوى.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية :

- [1] أسامة عبد الله قايد: المسؤولية الجنائية للأطباء "دراسة مقارنة" دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، سنة 1990.
- [2] أحمد شرف الدين: مسؤولية الطبيب. مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة. دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقضاء الكويتي والمصري والفرنسي، مطبوعات المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1983.
- [3] _____ انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي، بدون ناشر، 1982
- [4] أسامة أبو الحسن مجاهد: تعويض الطفل عن ميلاده معاقاً، دار النهضة العربية 2002.
- [5] _____ التعويض عن الضرر الجنسي، دار النهضة العربية، 2001.
- [5] أدوار غالى الدهبي: حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني، دار النهضة العربية، 1981، ط2.
- [6] أنور سلطان: الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف 1970.
- [7] أحمد شوقي عمر أبو خطوة: القانون الجنائي والطب الحديث. دار النهضة العربية 1986.
- [8] أحمد شرف الدين : مسؤولية الطبيب "دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقضاء الكويتي، المصري والفرنسي" ذات السلاسل الكويت، سنة 1986.
- [9] حسام الدين كامل الأهواني: النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، المجلد الثاني المصادر غير الأردية، دار النهضة العربية، 1998.
- [10] رمضان أبو السعود: النظرية العامة للالتزام. مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، 2002.
- [11] عبد الرزاق أحمد السهوي: الوسيط في شرح القانون المدني، ج1 مصادر الالتزام، منشأة المعارف 2004.
- [12] عبد الرشيد مأمون: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بدون تاريخ.
- [13] عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، 1986.
- [14] عبد السلام التونسي : المسؤولية المدنية للطبيب - دار المعارف - لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1976.
- [15] علي حسين نجيدة : إلتزامات الطبيب في العمل الطبي - دار النهضة العربية - القاهرة، مصر، سنة 1992 .
- [16] عدلي خليل : الموسوعة القانونية في المهن الطبية - دار النهضة العربية- القاهرة، مصر، سنة 1981.
- [17] عبد الحميد الشواربي : مسؤولية الأطباء والصيدالدية والمستشفيات - منشأة المعارف - الإسكندرية، مصر، سنة 1991.
- [18] فرج صالح الهرش : موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة - دار الجماهيرية - ليبيا، سنة 1998.
- [19] حسين طاهري : الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة " دراسة مقارنة " الجزائر - فرنسا - " دار هومة - الجزائر، سنة 2000.
- [20] سهير منتصر : المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء - دار النهضة العربية - القاهرة ،مصر، سنة 1990
- [21] شريف الطباخ : جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، مصر ، سنة 2003.
- [22] محمود عبد الرحمن محمد: النظرية العامة للالتزامات، ج2 أحكام الالتزام، دار النهضة العربية ط1، 1999.
- [23] محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية ، 2001.
- [24] محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دارالنهضة العربية ، 1993.
- [25] محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، جامعة القاهرة ، الطبعة الأولى ، سنة 1978 .
- [26] محمود زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية ، الطبعة مؤسسة الأولى عبور للطباعة - دمشق ، سوريا ، سنة 1999.
- [27] محمد يوسف ياسين : المسؤولية الطبية (مسؤولية المستشفيات والأطباء والمرضى، قانونا - فقها- اجتهادا) . منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، لبنان،

سنة 2003.

- [28] محمد عبد الوهاب الخولي: المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة "دراسة مقارنة" (التلقيح الصناعي ، طفل الأنابيب نقل الأعضاء) ، سنة 1997.
- [29] معوض عبد التواب : الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ، مصر ، الطبعة الرابعة، سنة 1998.
- [30] هدى حامد قشقوش: القتل بدافع الشفقة - دار النهضة العربية - القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، سنة 1996.
- [31] وفاء حلمي أبوجميل : الخطأ الطبي " دراسة تحليلية فقهية وقضائية " في كل من مصر وفرنسا - دار النهضة العربية - القاهرة، مصر، سنة 1991.
- 3/ الرسائل الجامعية :
- [32] نصر الدين مروك : الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشرعية الإسلامية، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون الجنائي والعلوم الجنائية ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية - بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 1997.
- [33] نبيلة نسيب : الخطأ الطبي في القانون الجزائري والمقارن - مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق - فرع : العقود والمسؤولية - كلية الحقوق، بن عكنون ، جامعة الجزائر سنة 2001.
- [34] كريم عشوش : العقد الطبي - بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق ، بن عكنون ، جامعة الجزائر، السنة 2000 - 2001 .
- [35] منيرة جربوعه : الخطأ الطبي بين الجراحة العامة وجراحة التجميل - رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق - فرع : العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 2001 .
- [36] أحمد حسن الحياوي : المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري - مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع : العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر (2009).
- [37] أسماء سعيدان : إلتزام الطبيب بإعلام المريض - رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق - فرع : العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق ، بن عكنون، جامعة الجزائر ، السنة 2002 / 2003.
- 4/ - المجلات والدوريات :
- [38] محمد هشام القاسم: الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية - مجلة الحقوق والشرعية - العدد الأول - السنة الثالثة - جامعة الكويت للحقوق والشرعية ، الكويت، مارس 1979.
- [39] ----- : المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية - مجلة الحقوق والشرعية - العدد الأول - السنة الثالثة - جامعة الكويت للحقوق والشرعية ، الكويت، سنة 1979.
- [40] محمد جلال حمزة : المسؤولية القانونية للطبيب المتمتع عن المساعدة الطبية مجلة " الرائد العربي" شركة الإتحاد العربي لإعادة التأمين - دمشق ، سوريا ، العدد 24 لسنة 1989.
- [41] محمد فهد شقفة : المسؤولية المدنية المترتبة على عمل الطبيب، مجلة المحامون السورية - العدد الثالث والرابع ، سنة 1971.
- [42] ----- : المسؤولية المدنية التصيرية المترتبة على عمل الطبيب - مجلة المحامون السورية ، سوريا، العدد الخامس ، سنة 1971.
- [43] منصور مصطفى منصور : حقوق المريض على الطبيب - مجلة الحقوق والشرعية - العدد الثاني - السنة الخامسة - جامعة الكويت للحقوق والشرعية ، الكويت، سنة 1981.

المراجع باللغة الفرنسية :

- [1] HANNOUZ et HAKEM , précis du droit médical a L'usage des praticiens de la médicines et du droit , 2 éme edition , O.P.U Alger 2000 .
- [2] HENNAU - Hublet , L'activité médicale et le droit pénal les délits d'atteintes a la vie , L'intégrité physique et la santé des personnes , bulants , bruxelle , LG - D-J paris 1987 .
- [3] SAVATIER , AUBY, PEQUIGNET , traite de droit médicale, paris, france, 1956.
- [4] GERARD MEMETEAE, abreje de droit médicale , litec , paris , france, 1986.

- [5] PENNEAU (J) , Faute et erreur en matière de responsabilité médicale , LG-D-J paris,france ,1995 .
- [6] AZZANO (S) , Faute médicale et aléa thérapeutique , Mémoire de DEA – option droit privé Université des Sciences sociale Toulouse, France 1993
- [7] BENCHAAABANE (H) , Le contrat médical met à la charge du médecin une obligation de moyens ou de résultats XXXIII n° 04 1995 HADDAD (Y) , la responsabilité médicale , Revue IDARA Vol 8 N° 02 Ecole nationale d'Administration (ENA) Alger 1998 .
- [8] Le TOURNEAU (PH) , La verduer de la fente dans la responsabilité civile (ou de relativité de son déclin) Revue Trimestrielle du droit Civil , 1998 .
- [9] MAHDJOUR (A) , Les relations médecins , malades , pharmaciens et leurs incidences juridiques en droit algérien , RASJEP N° 04 , vol XXXIII 1995 .
- [10] JURIS – Classeur Administratif FAX , 14 , année 1975 .
- [11] JURIS – Classeur Civil , Fasc 165 , année 1984 .
- [12] JURIS – Classeur Privé , Fasc 4401 – 3 , Vol N° 1382 – 1386 année 1993 .
- [13] Décret n° 88 – 204 du 18 Octobre 1988 , Fixant les conditions de réalisation d'ouverture et fonctionnement des clinique privés .
- [14] Décret exécutif n ° 91 – 106 du 27 Avril 1991 portant particulier des praticiens médicaux généralistes de publique .
- [15] Décret exécutif N° 91 – 109 du 27 Avril 1991 , portant statut particulier des auxiliaires médicaux en anesthésie réanimation .
- [16] Durrieu Diebolt Carine, responsabilité médicale , h t t p . // www , 411 . com . 30 . 12 . 2000.
- [17] Durrieu Diebolt Carine, le risque médicale au l'aléa médicale, h t t p . // www.caduceé . net/ droit – santé / risque- médicale.
- [18] GILBERT MICHELE , responsabilité médicale :la faute et l' erreur du jugement , h t t p . // www , 411 . com .