

التعويض عن فوات الفرصة

دكتور

مصطفى راتب حسن على

دكتوراه في القانون المدني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

إن المشرع المصرى لم يتعرض كغيره من المشرعين فى معظم الدول العربية للمسئولية الطبية بل تركوها للقواعد العامة فى المسئولية المدنية الغير واضحة المعالم فى ظل التطور العلمى الحديث، وظهور الاختراعات والاكتشافات العلمية والطبية، ونتيجة لذلك الوضع ظهرت الكثير من المشكلات القانونية التى كان أساسها العلاقة الطبية بين الطبيب ومريضه.

فعدم وجود قوانين متخصصة فى هذا الموضوع فى الكثير من دولنا العربية نتج عنها أن المريض الذى يعانى من الإصابة بخطأ طبي يصعب عليه أو حتى يستحيل عليه أحياناً الحصول على التعويض الذى يجبر الضرر الذى أصابه، وقد يصل الوضع بالمريض أنه قد يصاب بضرر ناتج عن عمل طبي ولا يعلم حتى كيف يثير مسئولية الطبيب المسئول، ولا يجد نفسه قادراً إلا على رفع يده بالدعاء على من تسبب فى الإضرار به تاركاً القصاص ممن اعتدى عليه إلى عدالة السماء.

وحتى يومنا هذا لا يوجد فى مصر قانون يضبط العلاقة الطبية أو يعالجها، وخاصة مع كثرة الأخطاء الطبية المرتكبة من قبل الأطباء سواء فى عياداتهم الشخصية أو فى المستشفيات العامة والخاصة.

وأمام عجز القواعد التقليدية عن توفير الحماية للمريض ابتكر القضاء الفرنسى وسيلتين فعاليتين، تتمثل الوسيلة الأولى فى نظرية فوات الفرصة، والوسيلة الثانية تتمثل فى نظرية المخاطر حيث يمنح المضرور تعويضاً عن

أى ضرر يلحق به بغض النظر عن ثبوت خطأ الطبيب، ولقد نجح المشرع الفرنسى فى وضع قواعد هذه المسئولية الموضوعية.

أهمية البحث:

إن تطبيق نظرية فوات الفرصة فى المجال الطبى هو أمر فى صالح المريض المضرور وتحقيق العدالة، ونوع الحل المتوازن عند عدم إمكانية تعويض المريض المضرور وفقاً للقواعد العامة.

وكانت نشأة نظرية فوات الفرصة فى الأساس خارج المجال الطبى، وكان أو تطبيق لهذه الفكرة فى مجال الحقوق المتنازع عليها أمام القضاء، ثم امتد ليشمل جميع حالات فوات الفرصة فى المجالات الأخرى، ومن أهمها المجال الطبى.

ومن أهم الدعائم التى تقوم عليها نظرية فوات الفرصة فى جميع حالاتها هو علم الاحتمالات، وبالتالي يمكننا القول أن نظرية فوات الفرصة هى نتاج الدمج بين العلم القانونى وعلم الاحتمالات ليكون لدينا نظرية فريدة من نوعها لا مثيل لها.

فنظرية فوات الفرصة تثبت لنا وعن يقين أن القانون ليس كياناً جامداً مغلقاً على نفسه يأبى أن ينظم جميع الأحداث فى المجتمع. بل أنه كياناً مرناً يفتح ذراعيه دائماً لكل ما يستجد من أحداث، رائده فى ذلك دائماً تحقيق المزيد من العدالة والإنصاف فى المجتمع بصفة عامة، وللمضرورين بصفة خاصة.

منهج البحث:

نظراً لتشعب المسائل التى يتناولها هذا البحث، فقد اعتمدت على العديد من المناهج العلمية والتى تتكامل فيما بينها بهدف إغناء موضوع البحث ومحاولة الإلمام بجميع دقائقه وتفصيلاته المختلفة، ومن أجل تحقيق هذه الغاية فقد اتبعت المنهج القانونى التحليلى والمنهج النقدى.

خطة البحث:

المقدمة.

المبحث الأول: مفهوم التعويض عن فوات الفرصة.

المطلب الأول: المقصود بالتعويض عن فوات الفرصة.

المطلب الثانى: أساس التعويض عن فوات الفرصة.

المطلب الثالث: مدى موقف الفقه والقضاء من التعويض عن فوات الفرصة.

المبحث الثانى: شروط التعويض عن فوات الفرصة.

المطلب الأول: أن يكون فوات الفرصة محققاً.

المطلب الثانى: أن يكون فوات الفرصة مباشراً وشخصياً.

المطلب الثالث: أن تمثل الفرصة الفائتة حقاً مكتسباً أو مصلحة مشروعة للمضرور.

المبحث الثالث: سلطة قاضى الموضوع فى تقدير التعويض عن فوات الفرصة.

المطلب الأول: السلطة الواسعة لقضاة الموضوع فى تقدير التعويض عن فوات الفرصة .

المطلب الثانى: رقابة محكمة النقض على الأحكام التى أصدرها قضاة الموضوع.

المطلب الثالث: تقدير التعويض عن الضرر النهائى.

المطلب الرابع: نتائج التقدير المضاعف لفوات الفرصة.

الخاتمة والتوصيات.

المبحث الأول

مفهوم التعويض عن فوات الفرصة

تمهيد وتقسيم:

للتعويض مصطلح عام يشمل تعويض الأضرار المالية وغير المالية أو الأدبية التي تصيب المضرور، أما التعويض بمعناه الضيق يعنى إصلاح الضرر وجبره، بمعنى إعادة المركز المالى للمضرور إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، ويفترض فيه إمكانية إزالة الضرر ورفع، إما عن طريق دفع مبلغ من النقود مساوى لثمن الشئ الذى أضرار وإما عيناً^(١).

ومفهوم التعويض عن فوات الفرصة قد يكون مجهولاً لدى الكثير، ولتوضيح هذا المفهوم يجب علينا بيان المقصود بالتعويض عن فوات الفرصة (المطلب الأول)، وكذلك أساس التعويض عن فوات الفرصة (المطلب الثانى)، ومدى قبول الفكر القانونى لمبدأ التعويض عن فوات الفرصة (المطلب الثالث). وذلك على النحو الذى سيأتى تفصيلاً.

(١) د. عربى سيد عبدالسلام محمد: أحكام تقدير التعويض وأثر تغير القوة الشرائية للنقود على تقديره (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، ٢٠٠٨م، ص ١٨.

المطلب الأول

المقصود بالتعويض عن فوات الفرصة

لم يتعرض فقهاء القانون لتعريف التعويض بوضع نصوص تبين تعريفه، ولكن تعرضوا مباشرة لبيان طريقته وتقديره عند تعرضهم للحديث عن جزاء المسؤولية وهو عندهم واضح لا يحتاج إلى تعريف، وهو كما عرفه الأستاذ السنهورى " ما يلتزم به المسئول في المسؤولية المدنية تجاه من أصابه بضرر، فهو جزاء للمسئولية"^(١). ويتقرر التعويض إثر إلحاق الضرر بالغير نظراً لما يسببه ذلك الضرر من مساس بحالة المضرور التي كان عليها قبل وقوع الضرر، وما يترتب على ذلك من نتائج وآثار مالية وغير مالية، لذلك المقصود بالتعويض تصحيح التوازن الى اختل وأهدر نتيجة وقوع الضرر إلى ما كان عليه، وذلك بإعادة المضرور على حساب المسئول الملتزم بالتعويض إلى الحالة التي كان مفروضاً أو متوقفاً أن يكون عليه لو لم يقع الفعل الضار. فالتعويض هو جزاء ومقابل الضرر الذى أصاب المضرور، ولما كان الضرر يتمثل في الاعتداء على حق أو مصلحة للمضرور، فإن التعويض يتمثل في إزالة أثر الاعتداء على حق أو مصلحة للمضرور، التعويض باعتباره أثر وجزاء للمسئولية المدنية، يتمثل في إزالة أو جبر الضرر الذى أصاب المضرور، فالأصل أن يتم عيناً، فإذا تعذر هذا التعويض العيني فإنه يتم إصلاح وجبر الضرر عن طريق التعويض بمقابل

(١) د. عبدالرزاق السنهورى: الوسيط في شرح القانون المدنى، دار النهضة العربية،

١٩٦٤، ج ١، فقرة ٦٤٠، ص ١٠٩٠.

مالى أو نقدى^(١). ولما كان المقصود بالتعويض هو جبر الضرر الذى لحق المصاب، فهو يختلف عن العقوبة^(٢)، من حيث أن هذه يقصد بها مجازاة الجانى على فعلته وردع غيره، ويترتب على ذلك أن يتم تقدير التعويض بقدر الضرر، بينما في العقوبة يتم التقدير بخطأ الجانى ودرجة خطورته^(٣).

ويرى البعض أن التعويض عن فوات الفرصة يعتمد ويقوم بصفة أساسية على الاحتمال والتوقع، وليس الجزم واليقين، لأن عناصره التى يقوم عليها من ضرر وعلاقة سببية ليست محققة وإنما احتمالية فقط^(٤).

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبوالليل: تعويض الضرر في المسؤولية المدنية - دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٥م، ص ١٣.

(٢) د. محمد السيد السيد الدسوقي: التعويض عن الأضرار الأدبية المتعلقة بحياة وسلامة الإنسان - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، ٢٠٠٦م، ص ٢١، ٢٢.

(٣) د. منير رياض حنا: المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسى والمصرى، دار الفكر الجامعى، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م، ص ٦١٣.

(٤) د. إبراهيم الدسوقي أبوالليل: مرجع سابق، ص ٣٨٨.

المطلب الثانى

أساس التعويض عن فوات الفرصة

أولاً: الضرر أساس التعويض عن فوات الفرصة.

التعويض يرتبط وجوداً وعدمياً بالضرر، فلا يتقرر ولا ينشأ الحق فيه إلا إذا تحقق الضرر، فلا يكفى لاستحقاق التعويض عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقد، كما لا يكفى الخطأ أو المسلك غير المشروع بصفة عامة، بل يتعين إلى جانب ذلك أن يصيب المدعى ضرراً نتيجة عدم تنفيذ العقد أو نتيجة الفعل غير المشروع^(١).

فأساس التعويض هو الضرر الذى يدور وجوداً وعدمياً معه، فإن وجد الضرر استحق التعويض، وإن انتفى الضرر انتفى التعويض^(٢)، وهذا هو المفهوم من نص المادة ١٧٠ من القانون المدنى المصرى^(٣).

(١) د. إبراهيم الدسوقى أبوالليل: مرجع سابق، ص ١٧، ١٨؛ وفى نفس المعنى د. وائل محمود أبوالفتوح: المسئولية المدنية عن عمليات نقل الدم - دراسة مقارنة، بدون ناشر، ٢٠٠٥م، ص ٦٩٥.

(٢) د. حمد سلمان سليمان الزيود: المسئولية المدنية عن عملية نقل الدم الملوث - دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م، ص ٥٦٢.

(٣) تنص المادة ١٧٠ من القانون المدنى المصرى على أن "يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق بالمضروب طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١، ٢٢٢ مراعيًا فى ذلك الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً فله أن يحتفظ للمضروب بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير".

والضرر المعوض عنه في نظرية فوات الفرصة، هو فوات الفرصة ذاتها كضرر محقق ومستقل عن الضرر النهائى الاحتمالى، ولكى يستحق المضرور تعويضاً عن فوات الفرصة لابد وأن يثبت أن ثمة فرصة قد فاتت عليه، بسبب خطأ الغير.

فقررت المحاكم الكويتية أن الحرمان من الفرصة وتفويتها، هو في حد ذاته ضرر حال محقق، حتى ولو كانت الاستفادة من الفرصة بالنسبة للمضرور الذى فاتت عليه هذه الفرصة أمراً محتملاً^(١).

وهناك من الحالات ما يكون فيها الضرر مفترضاً لا يحتاج إلى إثبات، وتوجد بذلك قرينة لصالح المضرور.

فتنص المادة ٢٢٨ من القانون المدنى المصرى على أن "لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير" فهذه المادة تعفى الدائن من إثبات الضرر، وليس معنى ذلك أن الضرر غير مطلوب للتعويض، ومثال لهذه القرينة ما يدرج في العقود، ويعرف باسم الشرط الجزائى لضمان تنفيذ العقد، فلا يكون المدعى بحاجة إلى إثبات الضرر^(٢).

(١) د. يوسف زكرياً عيسى: التعويض الناشئ عن تفويت الفرصة أحكامه وتطبيقاته في الفقه الإسلامى والقانون، الخرطوم، السودان، أرباب، ٢٠١١م، ص ١٧٠.

(٢) د. أنس محمد عبدالغفار سلامة: المسئولية المدنية في المجال الطبى - دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ٢٠٠٩م، ص ٣٢٦.

ويجدر بنا التنبيه إلى أنه في الحالات التي يعفى فيها المريض المضرور من إثبات الضرر، يبقى التعويض مؤسماً على الضرر ويستند إليه، غاية ما هناك أن هذا الضرر يكون مفترضاً فيعفى المضرور من إثباته.

ثانياً: مدى كفاية الضرر كأساس للتعويض عن فوات الفرصة .

التعويض قد ينفصل عن الخطأ ويظهر ذلك بوضوح في الحالات التي يتحمل فيها التعويض شخصاً آخر غير من أحدث الضرر بفعله الخاطئ، ففي التأمين من المسؤولية يستطيع المضرور بما له من حق مباشر تجاه المؤمن أن يرجع عليه مباشرة بقدر التعويض الملتزم به، وفي حوادث العمل يرجع العامل بحقه في التعويض مباشرة على الجهة الملتزمة بالضمان أو التأمين الاجتماعي^(١).

كما أن هناك حالات كثيرة تقوم فيها المسؤولية دون حاجة إلى فكرة الخطأ، فلا يتطلب الخطأ كأساس للتعويض ويكتفى فقط بالضرر كأساس للتعويض^(٢).

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبوالليل: مرجع سابق، ص ٢٠، ٢١.

(٢) حتى بالنسبة للحالات التي يكتفى فيها بالضرر لقيام الحق في التعويض، لا يكفى الضرر أياً كان، بل يتعين أن يجد هذا الضرر مصدره في الاعتداء على مصلحة مشروعة، أى يحميها القانون، بالإضافة إلى انعدام الحق في إحداث هذا الضرر، بمعنى أن يكون قد وقع دون وجه حق: منقول عن.. د. إبراهيم الدسوقي أبوالليل: المرجع السابق، ص ٢٢، ٢٣.

وفى نظرية فوات الفرصة، يلعب الخطأ دوراً هاماً فى اكتمال عناصر المسؤولية المدنية عن فوات الفرصة، فلا مسئولية عن فوات الفرصة بدون خطأ، وبالتالي يمكننا القول أن الضرر وحده أو بتعبير أدق - فوات الفرصة - لا يصلح لوحده أساساً للتعويض عن فوات الفرصة، وإنما لابد أن يكون بجانبه الخطأ.

المطلب الثالث

موقف الفقه والقضاء من التعويض عن فوات الفرصة

أولاً: الجدل بشأن إقرار مبدأ التعويض عن فوات الفرصة بصفة عامة.

أثارت فكرة التعويض عن فوات الفرصة الكثير من الجدل فى الفقه والقضاء، وأقر ذلك اتجاهين مختلفين، أحدهما يرى أن التعويض عن فوات الفرصة فكرة تستعصى على القبول، أما الاتجاه الثانى فيرى أنه لا مانع من قبول التعويض عن فوات الفرصة، وقد حاول أنصار كل اتجاه ذكر الأسانيد التى تدعم وجهة نظره، وسوف نعرض لكل اتجاه وأسانيده^(١):

الاتجاه الأول: عدم جواز التعويض عن فوات الفرصة.

على الرغم من أن فوات الفرصة هو ضرر كثير الوقوع عملياً، إلا أن أنصار هذا الاتجاه ذهبوا إلى رفض التعويض عن فوات الفرصة وقصر التعويض على الضرر بمفهومه العادى، ولم يعترفوا للمضروب بالحق فى الحصول على تعويض وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية.

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبوالليل: المرجع السابق، ص ٣٥٤.

ولقد كان القضاء وخلال حقبة طويلة من الزمن معادياً لمبدأ التعويض عن فوات الفرصة، ونجد أن القضاء الفرنسى القديم غنياً بالأحكام التى رفضت المطالبة بالتعويض عن فوات الفرصة، وبصفة خاصة بالنسبة لسباقات الخيل، وبالنسبة للخطيبة التى تعذر عليها الزواج بسبب الحادث المميت الذى تعرض له خطيبها^(١).

وأصحاب هذا الاتجاه أقاموه على العديد من الحجج تذكر منها:

١ - الأمر يتعلق بضرر مستقبل، ومن المعروف أن الوظيفة الأساسية للمسئولية المدنية فى النظام الفرنسى هى تعويض الأضرار التى وقعت بالفعل، فالتشريع الفرنسى لا يعطى للمحاكم - كما تفعل بعض القوانين الأجنبية - الحق فى منع ضرر على وشك الحدوث على سبيل الاحتياط^(٢).

٢ - الفرصة الفائتة ليست إلا ضرراً غير محقق أو ضرراً احتمالياً، فهى ليست أكيدة الوقوع وبالتالي لا يجوز التعويض عنها.

٣ - يرى البعض أن اللجوء إلى مفهوم تفويت الفرصة غير ذى فائدة، فالمهم فقط عند وجود الضرر هو البحث فيما إذا كان خطأ الطبيب هو سبب فى وجوده أو أن هذا الخطأ قد أسهم فى وجوده، وعندما يكون دور الخطأ غير أكيد أو مشكوك فيه فإن مسئولية الطبيب

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبوالليل: المرجع السابق، ص ٣٥٤ وما بعدها.

(٢) د. أيمن إبراهيم العشماوى: تفويت الفرصة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤م، ص ٥٨.

يجب أن تستبعد، وهى يجب أن تستبعد بالتأكيد من باب أولى عند عدم وجود الضرر أصلاً، ودعا هذا الجانب من الفقه إلى حصر دور تفويت الفرصة في حدود تقدير حجم الضرر^(١).

٤- ورفض البعض فكرة تعويض فوات الفرصة، استناداً إلى حجة عملية فحواها أنه حتى لو تم التسليم بمبدأ التعويض عن فوات الفرصة، فإن الواقع العملى سيفرز لنا مشكلة تحول دون تطبيق مبدأ التعويض، وهى كيفية تقدير التعويض عن فوات الفرصة.

الاتجاه الثانى: جواز التعويض عن فوات الفرصة.

على عكس ما ذهب إليه أنصار الاتجاه الأول الرافض للتعويض عن فوات الفرصة، يرى بعض الفقه جواز التعويض عن فوات الفرصة، فالفرصة وإن كانت مجرد أمل يرجو الشخص تحقيقه، ومن ثم فإن تحقيق تلك الفرصة أمر احتمالى قد يحدث وقد لا يحدث، إلا أن الحيلولة بين هذا الشخص وبين محاولة تحقيق فرصته تقضى على هذا الاحتمال، وتحيل الفرصة التى كانت أمراً محتملاً إلى أمر مستحيل، وبعبارة أخرى أنه وإن كان الضرر الذى سيترتب على عدم تحقق الفرصة ضرراً محتملاً لا يقبل التعويض، فإن الضرر الذى ترتب بالفعل نتيجة القضاء على عنصر الاحتمال الذى تقوم عليه الفرصة، هو ضرر محقق يقبل التعويض.

(١) د. إبراهيم أحمد محمد الرواشدة: المسؤولية المدنية لطبيب التخدير - دراسة مقارنة،

دار الكتب القانونية، ٢٠١٠م، ص ٣٠١.

ورغم أن المحاكم الفرنسية أول الأمر، رجحت وجهة النظر الأولى وقضت برفض التعويض عن فوات الفرصة بناء على أن الضرر فيها ليس محققاً لأنه لا يمس بحق ثابت وإنما يقتصر على المساس بمجرد أمل، إلا أنها عادت فرأت أن الحرمان من فرصة لا يقتصر أثره على المساس بمجرد الأمل في الفوز بل إن فيه أيضاً مساساً بالحق في انتهاز هذه الفرصة وفي محاولة هذا الفوز، وأن سلب هذا الحق في ذاته يعتبر ضرراً محققاً^(١)، كما أخذت أيضاً محكمة النقض المصرية بمبدأ التعويض عن فوات الفرصة^(٢)، وقد ذهب الفقه والقضاء في بلجيكا إلى جواز التعويض عن فوات الفرصة، واشترط لذلك وجوب توافر رابطة السببية بين خطأ الطبيب وتفويت الفرصة^(٣).

ولقد قام أنصار هذا الاتجاه بإثبات صحة رأيهم من خلال تفنيد الحجج التي قال بها المعارضين لمبدأ التعويض عن فوات الفرصة:

(١) د. سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصرى مقارناً بتقنيات سائر البلاد العربية، الطبعة الرابعة، بدون ناشر، ١٩٨٦م، ص ١٤٣.

(٢) د. سهير منتصر: الالتزام بالتبصير في العقود المدنية، دار النهضة العربية، ١٩٩٠م، ص ١٠٩؛ وكذلك د. شحاتة غريب شلقامى: التعويض عن ميلاد طفل من ذوى الاحتياجات الخاصة (دراسة تحليلية للتطور القضائى الفرنسى والموقف في القانون المصرى والفقه الإسلامى)، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨م، ص ١٥٧.

(٣) د. أحمد محمود سعد: مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه - دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه والقضاء المصريين والفرنسيين، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م، ص ٤٧٠.

١- قال أنصار هذا الاتجاه أنه فيما يتعلق بالصفة المستقبلية للضرر فمن المؤكد في الواقع أنها لم تشكل أبداً عقبة مطلقة أمام التعويض، ولعل خير مثال على ذلك هو الضرر المستمر والذي يظهر قبل صدور الحكم بالتعويض، وتستمر آثاره الضارة بعد صدوره (كالعجز عن العمل، ومضار الجوار، والاعتداء على الملكية...)، ولقد سلمت المحاكم دائماً بضرورة أخذ هذا الاستمرار في الاعتبار^(١).

٢- الادعاء بأن الفرصة الفائتة ضرر غير محقق أو احتمالي ادعاء غير صحيح حيث يعترف القانون في الواقع بقيمة حقيقية ومؤكدة لوجود الفرصة، وليس أدل على ذلك من أنه ليس هناك أى خلاف على أن ورقة اليانصيب - والتي لا تمثل سوى مجرد فرصة - يمكن أن تباع في مقابل ثمن. ويمكن القول بأن ممارسة التأمين تقوم على فكرة أن الاحتمال أو الحظ له قيمة في حد ذاته حيث أن المخاطر التي تشكل موضوع التأمين ليست في الواقع سوى حظ^(٢).

٣- رفض مبدأ التعويض عن فوات الفرصة لا يجوز تبريره بصعوبة تقدير التعويض عن فوات الفرصة، كما أنه هناك القليل من الأحكام التي رفضت التعويض استناداً إلى هذه الحجة على الرغم من أنها تقبل التعويض عن الأضرار الأدبية (وخاصة الضرر الذى يصيب الشعور)، وهى أضرار لا شك أن تقديرها مالياً هو أمر صعب تماماً

(١) د. أيمن إبراهيم العشماوى: مرجع سابق، ص ٥٩.

(٢) د. أيمن إبراهيم العشماوى: المرجع السابق، ص ٦٠.

كما هو الحال بالنسبة للضرر الناتج عن تفويت الفرصة إن لم يكن أكثر منه صعوبة^(١).

ثانياً: الجدل بشأن إقرار مبدأ التعويض عن فوات الفرصة في المجال الطبي بصفة خاصة.

الاتجاه الأول: رفض مبدأ التعويض عن فوات الفرصة في المجال الطبي.

رفض هذا الرأى مبدأ التعويض عن فوات الفرصة في المجال الطبي والذي يتزعمه العميد سافاتيه واستندوا إلى العديد من الأسباب أهمها:

١ - اللجوء إلى فكرة فقد فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة سيغير من طبيعة الالتزام الطبي ويجعله التزاماً بنتيجة وليس التزاماً بوسيلة أو ببذل عناية^(٢).

٢ - استخدام مبدأ التعويض عن فوات الفرصة في المجال الطبي من شأنه التسليم بقيام مسئولية جزئية في حالات تكون فيها رابطة السببية محل شك، كما يؤكد بعض الفقهاء بزعماء العميد سافاتيه أن ذلك سيؤدى إلى تراخى القضاة وتخليهم عن دورهم الهام في بحث علاقة السببي. فالقاضي عندما يقرر أن خطأ الطبيب قد فوت على المريض فرصة الشفاء أو البقاء، فإنه يقيم حكمه بالتعويض

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: مرجع سابق، ص ٣٣٣؛ وفى نفس المعنى د. إبراهيم العشماوى: المرجع السابق، ص ٦٠.

(٢) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المرجع السابق، ص ٣٣٣.

على مجرد شكوك، حيث أنه ليس متأكداً من أنه بدون هذا الخطأ فإن المريض سيشفى أو يبقى على قيد الحياة، ولقد حث الحكم الأول الصادر في هذا الموضوع - والذي يرجع إلى عام ١٩٦٥م - القضاء على تعويض الضرر الناتج عن تفويت الفرصة، وأن يأخذوا في اعتبارهم جميع أسباب الأضرار الملتبسة. ويؤكد العميد سافاتييه أن استخدام الفكرة على هذا النحو يتعارض مع القواعد العامة للمسئولية والإثبات في القانونى الفرنسى^(١). ولذلك يرى الأستاذ بريفوست Prevost " أن التمديد لفوات الفرصة فى المجال الطبى يبدو متهوراً لأن فرصة العلاج مرتبطة بالتطور المتوقع للمرض وكذلك رد الفعل البيولوجى للفرد والذي لا يمكن التنبؤ به^(٢).

٣- يرى جانب من الفقه الرافض لمبدأ التعويض عن فوات الفرصة في المجال الطبى أنه يجب قصر التعويض عن فوات الفرصة على الفرصة المستقبلية دون الفرصة الماضية، وجميع الفرص الفائتة في النطاق الطبى فرص ماضية ولذلك يقررون أنه من غير الصحيح أن يطبق القضاء فكرة الفرصة في المسائل الطبية^(٣)، ففي حالة الفرصة التى يدعى المريض ضياعها بسبب خطأ الطبيب أو إهماله المتمثلة

(١) د. أيمن إبراهيم العشماوى: المرجع السابق، ص ١٦١.

(٢) Laurence Butet: La perte de chance en matiere de responsabilité médicale, mémoire, Université Jean Moulin-Lyon III, Faculté de droit, 2008-2009, p.7.

(٣) Laurence Butet: op. cit., p.12- 13.

في إمكانية الشفاء من المرض أو البقاء على قيد الحياة، والتي كان يمكن تحقيقها إذا لم يرتكب الطبيب الإهمال أو الخطأ الذى نسب إليه، تكون الفرصة قد أتاحت بالفعل ولكنها ضاعت بسبب خطأ الطبيب ووقع الضرر. هذا على خلاف الحالة التي يترك فيها المحامى مدة الطعن في الحكم تنقضى، فيكون قد أضاع على موكله فرصة كسب حقوقه في المستقبل، لذلك يوجد هنا فعلاً ضياع الفرصة، حيث لا يمكن الجزم ما إذا كان الضرر ممكن تجنبه أم لا^(١).

ويرى العميد سافاتيه أن السؤال الذى يستحق أن يطرحه القضاء لا ينبغي أن ينصب على تقدير الفرصة الضائعة، ولكن على رابطة السببية بين الضرر والخطأ المنسوب إلى الطبيب، وأمام القاضى حينئذٍ خياران: إما أن يكون الشخص المهني (الطبيب في هذه الحالة) قد ارتكب خطأ سبب ضرراً للمريض وفي هذه الحالة يجب عليه أن يعرضه بالكامل، وإما ألا يكون قد ارتكب خطأ، وعندئذٍ فإنه لا يلتزم بأى تعويض، فالفرصة التي وجدت وضاعت نهائياً في الماضى هي ظاهرة سابقة غير مؤكدة السبب، ولا يمكنها أن تشكل في رأى العميد سافاتيه ضرراً^(٢).

٤ - يرى البعض أنه يصعب الاستناد إلى فكرة تفويت الفرصة في مجال المسؤولية الطبية، لأن الفرصة حدث احتمالاً يعتمد على الصدفة،

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: مرجع سابق، ص ٣٣١ وما بعدها.

(٢) د. أيمن إبراهيم العشماوى: مرجع سابق، ص ١٦٠، ١٦١.

ولا ينتج تحققه من مسلك الضحية، ويتطلب الاستناد إليها عمل إحصائية، وهذا ليس ممكناً في حالة الالتزام بالإعلام، حيث لا يمكن معرفة ما الذى سيفعله المريض، بعد معرفته بهذه المعلومات^(١).

٥- ذهب البعض إلى أنه لا يمكن قبول التعويض عن فوات فرصة تجنب الضرر الناتج عن تحقق الخطر الذى لم يعلم المريض بإمكانية حدوثه، لأن المريض عند لجوئه إلى علم الطب يكون قد رضى بصفة تلقائية بمخاطر التدخل الطبى وأنه على دراية بأنه علم لا يخلو من المخاطر، فالأمر الوحيد الذى يحق للمريض الاحتجاج به هو الضرر الناتج مباشرة عن الخطأ الطبى لا أكثر من ذلك، وهذا ما قرره محكمة النقض الفرنسية في ٢٥ فبراير ١٩٩٧م، حيث استبعدت مسؤولية الطبيب ولم تقبل التعويض عن فوات الفرصة، واعتبرت أن الضرر الناتج عن تحقق الخطر من قبيل الاحتمال الذى يهيمن على كل عمل طبى^(٢).

(١) د. محمد سعد خليفة: المسؤولية المدنية عن الممارسات الطبية الماسة بالجنيين - دراسة لحق الجنيين في التعويض، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦م، ص ٩٠.

(٢) ليديه صاحب: فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزى وزو - كلية الحقوق، ٢٠١١م، ص ١٢٢ - ١٢٣.

٦- يرى البعض أنه في الغالب يؤدي تطبيق نظرية فوات الفرصة في المجال الطبي إلى حرمان المريض من التعويض عن الضرر الجسدى^(١).

٧- يرى بعض الفقه أنه في المجال الطبي "فرصة الشفاء" مرتبطة بالتنفيذ الصحيح للعقد الطبي الذى يعطى المريض الحق في التعويض الكامل والأصلى إذا تم اختراق هذه الفرصة^(٢).

٨- ويرى بعض الفقه أن اعتماد نظرية فوات الفرصة في المجال الطبي هو أمر ليس في صالح المريض أو الطبيب، فهو ليس في صالح المريض لأن ذلك سيجبر الأطباء إلى ممارسة ما يسمى بالطب الدفاعى وتجنب الحد الأقصى من تحمل المخاطر، وهو ليس في صالح الطبيب لأن ذلك من شأنه أن يفتح الباب للعديد من الاعتداءات على الطبيب الذى تصرف بشكل معقول وكان ضحية للمخاطر الطبية حيث يمكن مقاضاته ظلماً من خلال أسرة المريض الذى توفى^(٣).

الاتجاه الثانى: قبول مبدأ التعويض عن فوات الفرصة فى المجال الطبي.

(١) د. عبدالكريم مأمون: حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦م، ص ٣٣٣.

(٢) Laurence Butet: op. cit., p.13.

(٣) Laurence Butet: op. cit., p. 96.

أقر معظم الفقه - بحق - مبدأ التعويض عن فوات الفرصة فى المجال الطبى، فهم يرون أن فوات الفرصة فى حد ذاته ضرر يستوجب التعويض إذا توافرت فيها شروط التعويض عنها. كما أقرت محكمة النقض الفرنسية مبدأ التعويض عن فوات الفرصة فى المجال الطبى ابتداءً من حكمها الصادر بتاريخ ١٤ ديسمبر ١٩٦٥م، وقررت تعويض مقداره ٦٥ ألف فرنك فرنسى نظير فوات فرصة الشفاء على المريض، وحث هذا الحكم القضاة على تعويض الضرر الناتج عن فوات الفرصة، وأن يأخذوا فى اعتبارهم جميع أسباب الضرر الملتبسة^(١).

وعلى ذلك يمكن التعويض عن فوات الفرصة فى المجال الطبى، فإذا أغفل الطبيب بخطأ منه، وصف دواء قد يكون فيه فرصة الشفاء للمريض، فإنه يلتزم بتعويض فوات فرصة المريض فى الشفاء، وهذا يمكن حسابه، لا بالاعتماد على معيار شخصى، ولكن وفقاً لمعيار موضوعى، يتمثل فى مدى فاعلية الدواء^(٢). وهم لا يرون فارق بين إقرار التعويض عن فوات الفرصة داخل المجال الطبى أو خارجه، وقاموا بتفنيد حجج المعارضين كالتالى:

(^١) Cass. Civ., 14 décembre 1965: “ Et attendu qu’ayant a apprecier les chances de guerison don’t a ete prive le blesse, les juges du second degre ont, sans se contredire, partiellement fait droit a la demande de Robert Z..., Et souverainement evalue a 65000 France la juste Reparation du dommange subi, Toutes causes de prejudice etant confondues: Voir sur:

- <http://www.legifrance.gouv.fr>.

(^٢) د. محمد سعد خليفة: مرجع سابق، ص ٩١، ٩٢.

١- التخوف من استخدام فكرة فوات الفرصة في مجال المسؤولية الطبية بدعوى أن القضاء بذلك سوف يغير من طبيعة الالتزام الطبي من التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة لا أساس له، بل أن الأحكام التي أخذت بتفويت الفرصة في المجال الطبي اهتمت باستظهار الخطأ الطبي وإسناده إلى الطبيب، فالقاضي عليه للاعتداد بتفويت الفرصة، أن يتأكد من تحقق الفرصة وتوافرها للمريض عند التدخل الطبي وفواتها بسبب خطأ الطبيب، الذي يجب أن يكون في هذه الحالة واضحاً ومميزاً^(١).

٢- القول بأن القضاء الذي يعتد بتفويت الفرصة في المجال الطبي يتضمن التخلي عن تطلب علاقة السببية، غير صحيح، لأن القول بالتخلي عن علاقة السببية يفترض أن الضرر الذي يعتد به في فوات الفرصة يتمثل في أن الفرصة لم يتم استغلالها واستخدامها بنجاح، بينما الضرر يتكون في الحقيقة في فوات الفرصة ذاتها^(٢).

٣- التفرقة التي قال بها العميد سافاتيه بين الفرصة الماضية والفرصة المستقبلية منتهاً إلى أن الفرص الضائعة في المستقبل وحدها هي التي يمكن قبولها، تفرقة غير صحيحة ولا أساس لها، فلا يوجد ما يسمى فرص ماضية وفرص مستقبلية فأى فرصة فائتة هي فرصة ماضية، فأهم شرط يجب توافره حتى يمكن التعويض عن فوات الفرصة أن تكون الفرصة قد فاتت وتحقق فواتها بالفعل، بمعنى أنها

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: مرجع سابق، ص ٣٣٣.

(٢) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المرجع السابق، ص ٣٣٣.

أصبحت ضرراً محققاً بذاتها، كما أن القول بأن الفرصة في المجال الطبى هي فرصة ماضية ولا يجوز التعويض عنها، مردود عليه بأن هناك حالات أخرى كثيرة لهه الفكرة، ومع ذلك لم يثر نزاع أو تشكيك في إمكانية التعويض فيها عن فوات الفرصة، ومن أمثلة ذلك، حالة الطالب الذى يرسب في الامتحان الى تقدم له عقب التعرض لحادث، فالضرر الذى يلحق المصاب هنا ليس بالضرورة الرسوب في الامتحان ذاته، الذى يمكن أن يرجع لأسباب أخرى، وإنما فقط واقعة أنه لم يتقدم للامتحان بكل فرصة، باعتبار أنه لم يكن سبب الحادث في حالته الذهنية والفكرية الطبيعية، وأيضاً فلقد اعتد القضاء بفوات فرصة البقاء على قيد الحياة نتيجة حادث تعرض له المصاب⁽¹⁾.

ويرى الأستاذ Chartier أن سبب اختلاف الوضع فى المسئولية الطبية هو أن المضرور يكون قد جرب حظه أو فرصته بالفعل، فى حين أن الأمر فى أغلب الأحيان لا يكون كذلك خارج المجال الطبى⁽²⁾.

رأى الباحث:

من جانبنا نؤيد الرأى الثانى الذى يقرر مبدأ التعويض عن فوات الفرصة فى المجال الطبى هو الرأى الراجح لما ساقوه من حجج، وتفنيدهم

(¹) د. إبراهيم الدسوقى أبو الليل: المرجع السابق، ص ٣٣٢.

(²) Chartier (Yves): La reparations du prejudice dans la responsabilité civile, Dalloz, 1983, p.37.

الصحيح لحج الرأى الأول، ويمكننا أن نزيد عليه بأن مجرد إقرار مبدأ التعويض عن فوات الفرصة فى المسئولية الطبية سيجعل التزام الطبيب هو التزام بتحقيق نتيجة، هو تصور خاطئ، فالمسئولية عن فوات الفرصة أوجدتها الحاجة إلى حماية المريض فى الأحوال التى لا تكون قواعد المسئولية المدنية التقليدية قادرة على حمايته، نظراً لعدم وجود السببية المباشرة و الأكيدة بين الخطأ الطبى والضرر النهائى، ولا يحصل فيها المريض سوى على تعويض جزئى، فهذا البديل لن يكون فى صالح المريض أصلاً اللجوء إليه إلا فى حالة عدم وجود الأصل الذى يضمن له التعويض الكامل، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يجب الاعتراف بأن تطبيق نظرية فوات الفرصة من شأنها التأكيد على دور القضاة فى بحث علاقة السببية ولن يودى تطبيقها إلى تخليهم عن دورهم الهام فى بحث علاقة السببية، فالتطبيق السليم لنظرية فوات الفرصة يجعل القاضى يبحث فى مرحلة أولى السببية بين الضرر النهائى وخطأ الطبيب، ثم بعد أن يقرر أنه لا يوجد علاقة سببية مباشرة وأكيدة بينهما يبدأ فى مرحلة ثانية يبحث السببية بين الخطأ الطبى والضرر الأولى (فوات فرصة) ليقدر وجودها أو عدم وجودها، وبالنسبة لما قال به سافاتييه من أنه إذا ارتكب الطبيب خطأ سبب ضرراً للمريض فإنه يجب عليه أن يعوضه بالكامل، وإما ألا يكون قد ارتكب خطأ و عندئذ فإنه لا يلتزم بأى تعويض، هو قول يجافى العدالة والاعتبارات التى تقوم عليها نظرية فوات الفرصة وأهمها تحقيق العدالة ومحاولة إيجاد توازن فى العلاقة الطبية بين الطبيب والمريض الذى غالباً ما يعجز عن إثبات أن الخطأ الطبى هو سبب الضرر الذى حدث له، مع الوضع فى الاعتبار أن القضاء اعتد بفوات فرصة البقاء على قيد الحياة نتيجة حادث تعرض له

المصاب، وأغلب القرارات الصادرة عن القضاء الفرنسى قبلت منح تعويض جزئى للمريض أو ورثته عن ضرر فوت الفرصة تجنب الخطر^(١)، ولذلك نويد الرأى الذى يقول أنه: "إذا قيل بعدم مسئولية الطبيب فى كل حالة لا يثبت فيها على سبيل التأكيد أن تدخله قد سبب الوفاة أن ذلك سيؤدى تلقائياً إلى الوصول السريع لعدم المسئولية، وبالتالي إعفاء الطبيب من أية مسئولية، ولذلك يكفى أن يكون الخطأ قد فوت على المريض فرصة البقاء على قيد الحياة^(٢).

(١) ليديه صاحب: مرجع سابق، ص ١٢٣.

(٢) د. إدوارد غالى الذهبى: خطأ الطبيب وتفويت الفرصة على المريض، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول، السنة الخامسة عشر، ١٩٧١م، ص ١٩٥.

المبحث الثانى

شروط التعويض عن فوات الفرصة

تمهيد وتقسيم:

لقد شهد تعويض فوات الفرصة تردداً فى أحكام القضاء الفرنسى، وإلى حد ما فى أحكام القضاء المصرى، ففى حين ذهبت أحكام عديدة إلى تقريب الفرصة من الضرر الاحتمالى واعتباره من ثم ضرراً لا يقبل التعويض عنه، فإن أحكاماً أخرى ذهب - على خلاف ذلك - إلى قبول التعويض عن هذا الضرر.

وحتى يمكن التعويض عن فوات الفرصة، لابد وأن يقوم المضرور بإثبات عناصر المسؤولية من خطأ وضرر (المتمثل فى فوات الفرصة) وعلاقة سببية مباشرة وأكيدة دون الخطأ وفوات الفرصة.

ولكى يكون فوات الفرصة ضرراً موجباً للتعويض يجب أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط، وسنتناول كل شرط منها على حدة فى مطلب مستقل، على النحو التالى:

المطلب الأول: أن يكون فوات الفرصة محققاً.

المطلب الثانى: أن يكون فوات الفرصة مباشراً وشخصياً.

المطلب الثالث: أن تمثل الفرصة الفائتة حقاً مكتسباً أو مصلحة مشروعة للمضرور.

المطلب الأول

أن يكون فوات الفرصة محققاً

للتعويض عن فوات الفرصة، يجب أن يمثل فوات الفرصة ضرراً محققاً، ولذلك سوف نقوم ببيان المقصود بالضرر المحقق (أولاً)، كما أنه لى يكون فوات الفرصة ضرراً محققاً يجب توافر مجموعة من الشروط (ثانياً):
أولاً: المقصود بالضرر المحقق.

لى يتمكن المريض من مطالبة الطبيب المتسبب فى الضرر بالتعويض لابد وأن تتوافر فى الضرر مجموعة من الشروط، ومن هذه الشروط أن يكون الضرر محققاً.

ويكون الضرر محققاً إذا وقع بالفعل، أو كان وقوعه مؤكداً مستقبلاً^(١)، فتشترط^(٢) جميع التقنيات فى قيام المسؤولية أن يكون ثمة فعل سبب ضرراً.

ولقد أكدت محكمة النقض المصرية فى العديد من أحكامها، على وجوب أن يكون الضرر محققاً بقولها "إن احتمال حصول الضرر لا يصلح أساساً لطلب التعويض بل يلزم تحققه"^(٣)، ومعنى ذلك أن يكون هناك ضرر وقع بالفعل، بمعنى أن يكون الضرر المدعى به ثابتاً على وجه اليقين

(١) د. عبدالكريم مأمون: مرجع سابق، ص ٣٢٥.

(٢) د. سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ١٣٩.

(٣) نقض مدنى مصرى، جلسة ١٩٥٥/٣/٥، طعن رقم ٢٤٥١، سنة ١٩٤٤ ق.

والتأكيد^(١)، وألا يكون افتراضياً أو وهمياً أو احتمالياً، وهذا الوصف من الوقوع الفعلي، يشمل ذلك الضرر الحال الذي أصاب المضرور في جسمه أو ماله وقت المطالبة بالتعويض، وكذلك يشمل ذلك الضرر المستقبل الذي سيتحقق وقوعه، أي أن موجباته ستؤدي بالحلم إلى تحققه.

فلا يقصد بالضرر المحقق كونه الضرر الحال فحسب بل كذلك يشمل الضرر الذي قام سببه وإن تراخت آثاره كلها أو بعضها في المستقبل، فالطبيب^(٢) الذي يحدث بخطئه ضرراً للمريض يقعه عن العمل، كما لو كان يعمل سائفاً أو عون أمن أو غير ذلك وفقد البصر كلياً أو في إحدى عينيه، ويثبت من التقارير الطبية أنه لا سبيل لعلاجها، أو أن الأمر يتطلب إجراء عملية جراحية بعد مضي ثلاث سنوات مثلاً منعاً للمضاعفات المحتملة للعاهة، فهنا يستحق المريض تعويضاً مشتملاً على عنصرين: العنصر الحال وهو ما أصابه من ضرر عاجل وهو فقد البصر، والعنصر المستقبل وهو عجزه عن العمل في المستقبل وكسب لقمة العيش أو ما سينفقه من مصاريف بشأن العملية.

وهناك من الحالات ما تتوافر فيها احتمالات قوية تفيد بوجود الضرر، دون التمكن من تأكيد وجوده بطريقة محققة، وبخصوص هذه الحالات يرى

(١) د. بدير طلعت بدير على: الحق في التعويض عن الضرر الأبدي، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، ص ٥٣.

(٢) د. مراد بن صغير: مرجع سابق، الخطأ الطبى في ظل قواعد المسؤولية المدنية - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان بالجزائر، ٢٠١٠م، ص ١٣٨.

البعض أنه إذا كانت المحاكم ترفض التعويض عن الأضرار غير المحققة، إلا أنها تأخذ في الاعتبار الأضرار التي يمكن قبول وجودها ليس على أساس اليقين ولكن على أساس قرائن قوية وواضحة ومتناسقة، ومن ذلك حكم محكمة استئناف باريس الصادر في ١٥ فبراير لسنة ١٩٧٧ حيث لم يكن في الدعوى سوى قرائن على الضرر الجنسي^(١).

فوات الفرصة كضرر محقق:

لقد توصل القضاء إلى تقرير بأنه إذا كان الحرمان من الكسب الاحتمالي ذاته يمثل ضرراً احتمالياً لا يكفي أساساً للتعويض، فإن الحرمان من فرصة تحقيق هذا الكسب يمثل ضرراً محققاً واجب التعويض^(٢)، وأن القانون لا يحظر أن يدخل في عناصر التعويض ما كان للمضروب من رجحان كسب، فوته عليه العمل غير المشروع، ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً، فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه، فقد يبدو الضرر فيما كان للمريض من فرصة للشفاء لو لم يرتكب الخطأ الطبى، وما كان له من فرصة للحياة.

فكلاهما يمثل ضرراً مؤكداً، وقد تبدو الفرصة بالنسبة للمريض من عدة وجوه أخرى، سواء ما كان أمامه من فرص للكسب أو النجاح في حياته

(١) د. أسامة أبو الحسن مجاهد: التعويض عن الضرر الجنسي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م، ص ١٣٥.

(٢) د. إبراهيم الدسوقي أبوالليل: مرجع سابق، ص ٢٩٣.

العامة وسواء فيما يتعلق بسعادته وتوازنه كفوات فرصة الزواج بالنسبة للفتاة بسبب التشوهات الناتجة عن الخطأ الطبى.

وتدخل مسألة التمييز بين الضرر المحتمل وفوات الفرصة ضمن السلطة التقديرية للقاضى المدنى، إذ كثيراً ما تمزج المحاكم بينهما ولا تحكم عنهما بالتعويض، إلا أنه لما كان الضرر المحتمل هو الضرر الذى لم يقع بعد وليس محقق الوقوع فى المستقبل، فمثل هذا الضرر لا يجوز التعويض عنه، عكس فوات الفرصة التى وإن كان تحققها أمراً محتملاً، إلا أن حرمان صاحبها من محاولة تحققها بسبب خطأ الطبيب يعتبر بمثابة ضرراً محققاً لا بد من التعويض عنه، وعلى هذا الأساس يعتبر فوات الفرصة ضرراً محققاً^(١).

وكما ذكرنا أن الضرر المحقق لا يقصد به الضرر الحال فحسب بل كذلك يشمل الضرر الذى قام سببه وإن تراخت آثاره كلها أو بعضها فى المستقبل، فيمكن القول أن الفرصة التى قد تفوت على المريض قد تكون فرصة قد تحقق فواتها بالفعل، ومثال ذلك فوات فرصة الشفاء أو فوات فرصة البقاء على قيد الحياة، وقد تكون فرصة مستقبلية لم تفوت بعد، إلا أنه سيتحقق هذا الفوات فى المستقبل بطريقة مؤكدة، ومثال ذلك فوات فرصة الزواج بالنسبة للفتاة بسبب التشوهات التى أصيبت بها بسبب خطأ طبى، وكذلك فوات فرصة الزواج بالنسبة للفتاة التى توفى خطيبها بسبب خطأ طبى، حيث إن هذا الخطأ ضيع عليها فرصة الزواج بخطيبها.

(١) ليديه صاحب: مرجع سابق، ص ٩٠.

ومما لاشك فيه أن القضاء في الوقت الحاضر في غالبية الدول يعتبر تفويت الفرصة ضرراً واجب التعويض كلما كان الأمر يتعلق بضياح أمل حقيقى وجرى بالحصول على مميزات مستقبلية إذا ضاع هذا الأمر وأصبح مستحيلاً بفعل المتسبب في الضرر، كما أن القضاء المصرى قد أتاحت له مناسبات كثيرة أصدر فيها أحكاماً تقضى بالتعويض عن فوات الفرصة^(١)، فقضت محكمة النقض المصرية بأنه: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا كانت الفرصة أمراً احتمالياً، فإن تفويتها أمر محقق، ولا يمنع القانون من أن يحسب في الكسب الفائت ما كان للمضروب يأمل الحصول عليه من كسب، مادام لهذا الأمر أسباب مقبولة"^(٢).

ولقد أشار السيد **Chartier** إلى أن فوات الفرصة ليس ضرراً محققاً، ولذا فإن التعويض لا يكون إلا جزئياً بنفس درجة الاحتمال وهنا يكمن خصوصية التعويض عن فوات الفرصة^(٣).

ومن الجدير بالذكر أن المحاكم الفرنسية غلبت أول الأمر وجهة النظر القائلة برفض التعويض عن فوات الفرصة، بناء على أن الضرر فيها ليس محققاً لأنه لا يمس بحق ثابت وإنما يقتصر على المساس بمجرد أمل، غير أنها عادت فقررت أن الحرمان من فرصة لا يقتصر أثره على المساس بمجرد

(١) د. أحمد سلمان سليمان: مرجع سابق، ص ٥١٤.

(٢) د. منير رياض حنا: مرجع سابق، ص ٤٨٨.

(٣) Laurence Butet: op. cit. p.97.

الأمل بل أن فيه مساساً بالحق في انتهاك هذه الفرصة، وأن سلب هذا الحق في ذاته يعتبر ضرراً محققاً وإن كانت نتيجته مباشرة احتمالية^(١).

واعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن خسارة الفرصة بحد ذاتها يشكل ضرراً حيث جاء في أحد أحكامها "أن الضرر ليس في الوفاة إنما في إضافة الفرصة"، كما قضت محكمة النقض الفرنسية بتعويض المريض عن تفويت فرصة التماثل للشفاء، بسبب عدم المتابعة الأسبوعية له من قبل الأطباء في وسطه العائلي^(٢).

ثانياً: شروط تحقق فوات الفرصة.

١ - أن تكون الفرصة حقيقية وجدية:

الكسب الاحتمالى الذى كان يأمله المدعى وينتظر تحقيقه قد يكون إيجابياً يتمثل في تحقيق كسب ما، وقد يكون سلبياً يتمثل في تجنب خسارة معينة. لذلك فالضرر الاحتمالى في تفويت الفرصة لا يخرج بدوره عن كونه كسباً فائتاً أو خسارة لاحقة، مع مراعاة الاحتمال في كل منهما^(٣)، وهو ما يعبر عنه بأن الفرصة حقيقية وجدية، وليست مجرد وهم أو افتراض^(٤).

(١) د. سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ١٤٣؛ وفي نفس المعنى د. إبراهيم أحمد محمد الرواشدة: مرجع سابق، ص ٢٩٩.

(٢) د. مراد بن صغير: مرجع سابق، ص ١٤١.

(٣) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: مرجع سابق، ص ٣٠١.

(٤) انظر في ذلك د. ليدية صاحب: مرجع سابق، ص ١١٩، ١٢٠.

فمجرد اشتراك حصان في سباق لا يكفى لعد ذلك فرصة لتحقيق الفوز وكسب السباق، بل يتعين أن يتوافر ما يرجح احتمال فوز الحصان بالسباق^(١)، ولقبول التعويض عن فوات الفرصة، فإن القضاة يقومون بالتحقق من وجود الفرصة، ويلجئون في سبيل ذلك إلى حساب الاحتمالات.

فالحصان الذى يتأخر بفعل الناقل ولا يستطيع أن يبدأ السباق الذى يتنافس معه فيه عشرة خيول أخرى، كانت لديه فرصة واحدة على عشرة للفوز بهذا السباق، فالفرصة كانت موجودة إذن، وهو ما يبرر تعويض المضرور عن ضياعها. وكذلك إذا حرم طالب متفوق من دخول الامتحان دون وجه حق، فإنه يستحق التعويض لأن فرصة دخول الامتحان قد فاتته دون حق وكان احتمال نجاحه كبيراً، بخلاف الطالب غير المتفوق، لأن الفرصة التى قد تفوته بجرمانه من دخول الامتحان غير محتملة الكسب، فكان تفويت هذه الفرصة عليه ضرراً محتملاً^(٢).

فلكى يتم التعويض عن فوات الفرصة لابد وألا يكون هناك علاقة سببية مباشرة بين الخطأ الطبى والأضرار التى لحقت بالمريض في الوقت، الذى يكون لدى المريض فرصة حقيقية في الشفاء وتحسن حالته^(٣)، فتفويت

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبوالليل: تعويض تفويت الفرصة (القسم الأول)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة العاشرة، العدد الثانى، يونية ١٩٨٦، فقرة ١٩، ص ١٠٩.

(٢) د. أيمن إبراهيم العشماوى: مرجع سابق، ص ٧١، ٧٢.

(٣) Danièle Cristol: Indemnisation de la perte de chances: Le conseil d'état poursuit sa conversion au probabilisme, Revue de droit sanitaire et social, 2008, p.567.

فرصة الكسب وإن كان في ذاته ضرراً محققاً، فإن هذا الضرر المحقق يستند في وجوده وفي التعويض عنه إلى كسب احتمالي، فإن انعدم احتمال الكسب، انعدمت الفرصة، وإن وجد احتمال معقول للكسب وجدت الفرصة، وتعين التعويض لمجرد ضياعها^(١).

فالقاضي عند نظره التعويض عن فوات فرصة كسب حق للمضرور متنازع عليه أمامه يقوم أولاً بتقدير مدى فرص المضرور في الحصول على هذا الحق، فإذا ترجح لديه خسران المدعى للدعوى لو استمر النظر فيها وفقاً للمجرى المعتاد للأمر، استبعد وجود الفرصة ورفض التعويض^(٢).

وتكون هناك فرصة حقيقية للشفاء ضاعت على المريض، في الحالات التي يفقد فيها المريض كل إمكانية اختيار البديل، أو يحرم من حقه في الاختيار من بين البدائل المطروحة ما يراه مناسباً ومحققاً لغرضه ولا يصيبه بأضرار أو يسبب له أضرار أقل جسامة من تكل التي تحققت نتيجة تدخل الطبيب^(٣).

ولقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٨ مارس ١٩٧٥ على أن "الضرر المتمثل في فوات الفرصة يكون مباشراً وأكيداً في كل

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: مرجع سابق، ص ٢٩٤.

(٢) د. يوسف زكريا عيسى: التعويض الناشئ عن تفويت الفرصة، مرجع سابق، ص ١٣٧.

(٣) د. محمد عبدالظاهر حسين: مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م، ص ١٣٧.

مرة يثبت فيها ضياع احتمال تحقق واقعة إيجابية عن طريق الفعل الضار مع العلم أن تحقيق الفرصة لا يكون دائماً أمراً أكيداً^(١).

ولقد أكد القضاء المصرى على أنه إذا كان جائزاً التعويض عن فوات الفرصة، إلا أنه يجب بيان الأسباب المعقولة لذلك، وأن تكون الفرصة حقيقية وجدية، أى أن الأمل في تحقيق الفرصة يجب أن يكون قائماً على أسباب منطقية ومعقولة، وليس مبنياً على أوهام، أى أن يكون الفعل غير المشروع المرتكب من المسئول قد فوت على المضرور كسب جدى وحقيقى وفقاً للمجرى العادى من الأمور^(٢).

والقضاء الحديث يتحقق بعناية شديدة من أن الفرصة الضائعة كانت حقيقية وجدية، فهناك على سبيل المثال دعوى فصلت فيها محكمة النقض في ٢٩ فبراير ١٩٩٦ تتلخص وقائعها في أن مستخدماً في شركة كان ضحية لحادث عمل أدى إلى إصابته بالعمى. قضت محكمة الاستئناف بأن صاحب العمل قد ارتكب خطأ غير مغتفر يرتبط بالحادث بعلاقة سببية، إلا أنها رفضت تعويض المضرور عن ضياع فرصة حصوله على ترقية في عمله. ولقد كان هذا الرفض محلاً للطعن بالنقض، غير أن محكمة النقض

(١) Cass. Crim., 18 Mars 1975: "L'element de prejudice constitue par la perte d'une chance peut presenter en lui-meme un caractere direct et certain chaque fois qu'est constatee la disparition, par l'effet du delit, de la probabilite d'un evenement favorable, encore que par definition, la realization d'une chance ne soit jamais certaine", Voir sur: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

(٢) د. شحاتة غريب شلقامى: مرجع سابق، ص ١٥٧، ١٥٨.

قضت بأن المضرور الذى يعمل في مخزن ويبلغ من العمر ستة وعشرين عاماً وقت وقوع الحادث، لم يكن لديه في هذا الوقت أية خبرة أو ثقافة مهنية تسمح له بتوقع الحصول على ترقية، وهذا يعنى أن الفرصة المزعومة لم تكن جدية، وبذلك تكون محكمة الاستئناف قد بررت حكمها بشكل قانوني⁽¹⁾. وفي المجال الطبي سوف يستعين القاضى بالخبرة الطبية في حالة كون الضرر النهائى ضرراً جسدياً للتعرف على مدى جدية الفرصة الفائتة⁽²⁾.

الخلاف بشأن تطلب حقيقة الفرصة وجديتها:

هناك اتجاهان متناقضان بشأن تطلب أن تكون الفرصة حقيقية وجدية، بمعنى أن يوجد كسب محتمل يمكن أن يتحقق لولا فوات هذه الفرصة.

الاتجاه الأول:

وهو معتمد كثيراً لدى القضاء، ومؤيد من الفقه، وهذا الاتجاه لا يعتبر مجرد ضياع الفرصة ضرراً محققاً، وإنما لابد وأن يظهر حقاً قد فقد، وتطبيقاً لذلك فإن العميل الذى لم يكن بيده وسيلة جادة للاعتراض على الحكم لا يكون لطلبه بالتعويض أساس إذا نسى المحامى عمل المعارضة على الحكم بحجة أن هذا الإجراء كان سيسمح له بوقت من أجل التحلل من دينه، وفي نفس المعنى وافقت محكمة النقض الفرنسية محكمة الاستئناف التى أبعدت

(1) Cass. Ch. Soc., 29 Févr., 1996.

(2) Laurence Butet: op. cit., p.43.

دعوى المطالبة بالتعويض ضد المحامى، إذ كان الموقف بدون أمل والدعوى كان مصيرها الفشل^(١).

الاتجاه الثانى:

وهو يعتبر ضياع الفرصة فى حد ذاته ضرراً محققاً، بدون النظر إلى النتيجة المحتملة، وذلك بسبب الضياع النهائى لفرصة تحقيق كسب أو تجنب خسارة^(٢).

حيث قضت محكمة النقض الفرنسية فى ٣ يونيو ١٩٨٨م بأن صاحب الدعوى والذى لم تكن لديه أية فرصة لنقض الحكم، لم يتعرض لأى ضرر بسبب خطأ المحامى وإهماله فى متابعة الطعن^(٣).

ويجب التأكيد على أنه حتى يقبل القاضى التعويض عن الفرصة الفائتة يجب أن يكون هناك مجرد كسب احتمالى كان يرجى تحقيقه، أى لا يكون الكسب الفائت محققاً لأن التعويض فى هذه الحالة سيكون عن ضياع هذا الكسب المحقق، وليس عن فوات فرصة لتحقيق كسب احتمالى، وأيضاً يجب ألا يكون الكسب الذى كان مأمولاً من الفرصة الفائتة مستحيلاً، لأننا لا يمكن أن نتصور وجود فرصة فائتة مع هذا الكسب المستحيل.

دور الاحتمالات فى إسناد صفة الحقيقة والجدية للفرصة:

(١) د. محمد عبدالظاهر حسين: مرجع سابق، ص ٤٠١.

(٢) د. محمد عبدالظاهر حسين: المرجع السابق، ص ٤٠٣.

(٣) Cour de cassation, assemblée plénière, du 3 Juin 1988, 87-12. 433, publié au bulletin. Voir sur: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

للقول أن الفرصة حقيقية وجدية، فلا بد من وجود كسب احتمالى كان يمكن تحقيقه، إلا أنه بفوات فرصة تحقيقه، أضحي مستحيلًا تحقيقه.

ويمكن القول أن مقدار الاحتمال له تأثير فى مدى جدية الفرصة واعتبارها حقيقية، كلما زادت درجة احتمال تحقق الكسب كلما وجدت فرصة جدية لتحقيقه^(١). أى أن الفرصة التى يمكن الاعتداد بها ينبغى أن يكون مرجحاً تحقيقها، ولتقدير درجة احتمال تحقق الفرصة سوف يستند القاضى إلى الضرر النهائى الذى يسمح بتقييم نسبة احتمال تحقيقها، فالقاضى يجب أن يقتنع باحتمال تحقق الفرصة الفائتة وتقدير مدى جدية الفرصة الفائتة^(٢).

ويثور التساؤل، هل هناك حد أدنى لنسبة احتمال تحقق الكسب الاحتمالى حتى يمكن القول بوجود ضرر فوات الفرصة، أم أن أى نسبة تكفى للقول أن الفرصة الفائتة كانت فرصة حقيقية وجدية؟.

إن الأستاذ "جاك بورى J. Bore فى دراسته لدور الاحتمالات فى إسناد الفرصة صفة الحقيقة والجدية، وتقليص عنصر الشك واليقين فى تحقق الفرصة، دعا القضاة إلى إسقاط نسبة ٢٠% أو ٤٠% من الشك والتمسك بنسبة ٨٠% أو ٦٠% من احتمالات تحقق الكسب الاحتمالى،

(١) د. محمد عبدالظاهر حسين: مرجع سابق، ص ٤١٠؛ وكذلك د. يوسف زكريا عيسى: مرجع سابق، ص ١٣٦.

(٢) Laurence Butet: op.cit., p.43.

لإثبات وجود ضرر وسيط متمثل فى فوات الفرصة، الذى رغم كونه ضرراً جزئياً، إلا أنه ضرر أكيد ومحقق⁽¹⁾.

إثبات أن الفرصة حقيقة وجدية:

إعمالاً للقواعد العامة، يقع عبء إثبات وجود فرصة جدية وحقيقية على مدعيها، فلا يكفى ثبوت إهمال الطبيب وعدم عنايته بالمريض بل يجب على هذا الأخير إثبات تمتعه بفرص فى الشفاء أو البقاء على قيد الحياة قبل التدخل الطبى، وما على الطبيب أن يثبت أن تدخله لم يكن ليغير شيئاً فى حالة المريض الصحية حتى يدفع المسؤولية، فوجود أدنى شك فى تحسين حالة المريض الصحية بالتدخل الطبى الفعال يفيد الطبيب فى دعوى التعويض عن فوات الفرصة.

ولقد أشار المستشار Lecourteir فى أحد تقاريره أن الفرصة الفائتة المعوض عنها يجب أن تكون حقيقة وجدية وإثبات ذلك يكون على عاتق من يدعى لك، وفى النهاية يترك تقدير ذلك لقاضى الموضوع وفقاً لسلطته التقديرية⁽²⁾.

لكن تثير مهمة إثبات الفرصة فى المجال الطبى بعض الصعوبات، فلكى يتمكن ورثة المتوفى مثلاً عقب عملية جراحية من التدليل على تمتع مورثهم بفرصة فى الشفاء أو فى البقاء على قيد الحياة، فإن ذلك يقتضى

(1)Chartier (Yves): La reparation du prejudice dans la responsabilité civile, Dalloz, Paris, 1983, p.50.

(2)Laurence Butet: op. cit., p.42.

منهم إثبات السبب الحقيقى للوفاة، وهو أمر مستحيل في غالب الأحيان، إذ كيف يمكنهم تقرير ما إذا كان الجراح يمكنه تفادى وفاة المريض باتباع أسلوب معين في الجراحة أو تفادى الوفاة لولا الخطأ الثابت؟^(١).

هذه الصعوبة العملية دفعت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها إلى إعفاء المدعى من عبء هذا الإثبات، ومنها الحكم الصادر بتاريخ ٢٥ مايو ١٩٧١، حيث قضت بمسئولة الطبيب والمرضة عن فوات الفرصة على المريضة في بقائها على قيد الحياة رغم كون أسباب الوفاة غير معروفة على وجه التأكيد واليقين، وركزت محكمة النقض في الحكم على خطأ الطبيب في موافقته على إخراج المريضة من المستشفى رغم إصابتها بحمى شديدة^(٢).

ثانياً: أن تتوفر وسيلة أو طريقة لتحقيق الكسب الاحتمالى.

الكسب الاحتمالى سواء تمثل في تحقيق كسب أو تجنب خسارة، يجب أن يكون محتملاً أو ممكن التحقق، بوجود طريقة أو طرق تؤدي إليه، أى بتوافر فرصة أو فرص ترجح تحقيقه^(٣)، أى أنه لا يكفى وجود كسب احتمالى

(١) د. ليديه صاحب: فوات الفرصة فى إطار المسئولية الطبية، مرجع سابق، ص ٩٦، ٩٧.

(٢) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: مرجع سابق، ص ١١٨، ١١٩.

(٣) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: مرجع سابق، ص ٣٠٢.

بل يتعين وجود طريقة أو وسيلة كان في الإمكان استخدامها للحصول عليه حتى لا يكون الكسب نظرياً^(١).

فعندما يدعى مريض بفوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، يجب إقامة الدليل على أن حالة المريض كانت غير ميئوس منها أو أنها في سبيل التحسن أو على الأقل ليست نحو الاتجاه للأسوأ^(٢)، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في الكثير من أحكامها بأن "المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن تفويتها أمر محقق يجيز للمضور أن يطالب بالتعويض عنها، ولا يمنع القانون من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان المضور يأمل الحصول عليه من كسب من وراء تحقق هذه الفرصة إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الأمل قائماً على أسباب مقبولة من شأنها طبقاً للمجرى العادى للأمر ترجيح كسب فوته عليه العمل الضار غير المشروع"^(٣).

فإذا توفى طفل بسبب خطأ طبي ولم يكن ذا الطفل قد وصل بعد إلى درجة متقدمة من الدراسة، فلا يمكن لوالديه الادعاء بضرر مادي راجع إلى حرمانها مستقبلاً من نفقة تعولهما في شيخوختهما، إذ أنه لا يمكن التأكيد

(١) د. محمد عبدالظاهر حسين: مرجع سابق، ص ٤٠٩، ٤١٠.

(٢) د. عبدالفتاح بيومى حجازى: مرجع سابق، ص ١٦٥.

(٣) نقض مدنى - الطعن رقم ٢٨٥٤ لسنة ٧٣ق، جلسة ٢٧/٣/٢٠٠٥، (نقض مدنى، الطعن رقم ٣٨٥٣ لسنة ٧٤ق، جلسة ٢٢/٥/٢٠٠٥). أنظر الموقع التالى:

مسبقاً بأن الطفل سيكمل دراسته حتى نهايتها، أو أن والديه سبقيان على قيد الحياة إلى الوقت الذى يكونان بحاجة إلى مساعدة ابنهما.

ويختلف الأمر لو كان الابن بلغ دراسته الجامعية، الأمر الذى يؤكد بأنه مؤهل لمركز مرموق في المهنة، ويتيح له أن يقدم العون لوالديه عند كبرهما، فلا يوصف الضرر المادى اللاحق بالوالدين في هذه الحالة بالضرر المحتمل، فوفاة ابنهما قد أضاع عليهما فرصة الاستفادة من مساعدة الابن، فيستوجب ضياع هذه الفرصة التعويض عنها^(١)، ولذلك قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠ يونيو ٢٠٠٠ أنه يتعين على المريض الذى يطالب بالتعويض عن الإخلال بالإعلام أن يثبت أنه كان سيتخذ قراراً مغايراً لو تم فعلاً إعلامه قبل مباشرة العلاج، وأضافت المحكمة، أنه يتعين على القضاة أن يأخذوا بعين الاعتبار الحالة الصحية للمريض قبل التدخل الطبى، وتطوراتها المحتملة^(٢)، كما قرر مجلس الدولة الفرنسى في حكمه الصادر بتاريخ ١٥ يناير ٢٠٠١ أنه "لا تعويض عن فوات الفرصة اختيار البديل العلاجى الأفضل عند الإخلال بواجب الإعلام إلا إذا كان للمريض إمكانية الاختيار"^(٣).

(١) كريمة عباسى: الضرر فى المجال الطبى، رسال ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزى وزو، كلية الحقوق، ٢٠١١م، ص ٣٧.

(٢) Cour de cassation, Chambre civile 1, du 20 juin 200, 98-21.283, publié au bulletin, voir sur: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

(٣) انظر الموقع التالى:

ثالثاً: أن يكون الكسب الاحتمالى وشيكاً.

من أجل تقدير جدية الفرصة الضائعة تضيف المحاكم شرطاً تكميلياً مؤداه أنه كلما كان الوقت الذى ضاعت فيه الفرصة بعيداً عن الوقت الذى كان من الممكن أن تتحقق فيه، كلما كان طبيعياً أن تستوفى النهاية بأن الأمل في تحققها كان ضعيفاً، وذلك بسبب الأحداث الخارجية التى يمكن أن تتدخل في هذه الحالة، وبعبارة أخرى فإنه كلما كان تحقق الأمل بعيداً في الواقع كلما كانت الفرصة غير محققة أو احتمالية^(١)، ولذلك فإن تفويت فرصة الحصول مساعدة أو إعانة لم يتم التعويض عنها إلا إذا كانت شروط منح المساعدة قد توافرت من قبل أو أوشكت على ذلك في الوقت الذى حدث أو تدخل فيه الفعل الضار^(٢).

رابعاً: أن يتأكد فوات الفرصة نهائياً.

للاعتداد بفوات الفرصة، لابد أن يكون الحرمان منها قد تم بصفة نهائية مؤكدة^(٣)، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها^(٤).

(١) د. أيمن إبراهيم العشماوى: تفويت الفرصة، مرجع سابق، ص ٧٥.

(٢) د. أيمن إبراهيم العشماوى: المرجع السابق، ص ٧٦، ٧٧.

(٣) د. أيديه صاحب: مرجع سابق، ص ١٢٠.

(٤) Laurence Butet: op. cit., p. 15.

ومعنى ذلك أن يقطع على مدعى الفرصة كل أمل في إمكان تحقق الكسب الاحتمالى، ويفقد كل وسيلة إلى ذلك، فالعميل الذى يعهد إلى المحامى مهمة تجديد الرهن العقارى، ولم يقم هذا الأخير بهذا الإجراء في المدة المحددة قانوناً، ولكن في نفس الوقت صدر قانون جديد يطيل من المدة المقررة لتجديد الرهن ويكون تطبيقه بأثر رجعى على الحالات القائمة في وقت صدوره. ففي هذه الحالة على الرغم من تقصير المحامى في اتخاذ إجراءات التجديد إلا أنه بصدور القانون الجديد بإطالة مدة التجديد لم يعد بعد نهائياً، إذ يملك العميل أن يعهد بالقيام بتجديد الرهن إلى محام آخر^(١).

ففي حالة فوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، يكون فوات الفرصة بصفة نهائية بوفاة المريض، وفي حالة فوات فرصة الإجهاض الاختيارى للجنين، تفوت هذه الفرصة نهائياً بتحقق الخطر الطبى.

فمع الفقه المؤكد والنهائى للكسب الاحتمالى لا يكون ثمة محل للانتظار لمعرفة ما سيؤول إليه الأمر مستقبلاً، أى معرفة ما إذا كان الضرر سيقع أولاً، إذ أن تحقق الضرر لم يعد متوقفاً على وقائع مستقبلية أو احتمالية، بل الوضع وضح نهائياً واستقر، ولن يتغير مستقبلاً، حيث أوقت المدعى عليه تطور الوقائع ومجريات الأحداث التى كان يمكن أن تكون مصدراً للكسب أو عدم الخسارة.

وضرورة التيقن والتحقق من الحرمان النهائى من الكسب الاحتمالى أمر منطقى، حيث يمثل الحرمان في هذه الحالة ضرراً محققاً، وتطبيقاً لذلك

(١) د. محمد عبدالظاهر حسين: مرجع سابق، ص ٤١١.

قررت محكمة النقض الفرنسية أن المؤمن له الذى أبرم أثر نصيحة المؤمن وثيقة تأمين تسمح للشركة المؤمنة بالتمسك قبله بأسباب محددة للسقوط، لا يمكنه المطالبة بالتعويض طالما لم يقع أى حادث بعد، فالضرر حتى هذه اللحظة فرضياً أو نظرياً بحتاً لا يكفى للتعويض^(١).

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبوالليل: مرجع سابق، ص ٣٤٠ و ص ٣٤١.

المطلب الثانى

أن يكون فوات الفرصة ضرراً مباشراً وشخصياً

تمهيد وتقسيم:

لكى يعوض عن فوات الفرصة، لابد وأن يمثل فوات الفرصة ضرراً مباشراً، حيث لن يقبل التعويض عن فوات الفرصة، إذا كان ضرراً غير مباشر (الفرع الأول) بالإضافة إلى ذلك يجب أن يكون فوات الفرصة ضرراً شخصياً (الفرع الثانى).

الفرع الأول

فوات الفرصة كضرر مباشر

أولاً: المقصود بالضرر المباشر.

الضرر الذى يعوض عنه هو فحسب الضرر المباشر، وهذا ما أشارت إليه المادة ١/٢٢١ مدنى مصرى^(١)، أى الضرر الذى يكون نتيجة طبيعية

(١) تنص المادة ٢٢١ من القانون المدنى المصرى على أن " (١) - إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالقاضى هو الذى يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. ٢- ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الى لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

للخطأ الطبى، وهو يكون كذلك إذا لم يكن في استطاعة المريض أن يتوقاه ببذل الجهد المعقول^(١).

وعلة التعويض عن الضرر المباشر فقط دون الضرر غير المباشر، أن الضرر غير المباشر لا يربطه بالخطأ الطبى رابطة سببية، فالقصد منه استبعاد دعوى التعويض التى يرفعها أشخاص لحق بهم ضرر ولكنه غير مباشر أو بطريق التسلسل.

كما أنه ليس من المقبول عدلاً ولا منطقاً أن يتحمل شخص ما جميع النتائج حتى البعيدة وغير المباشرة لأفعاله وإن كانت غير مشروعة، والقضاء^(٢) قد استقر على أن المسول لا تقع مسئوليته إلا عن الأضرار المباشرة.

ويمكن القول بأن الضرر غير المباشر هو الضرر الذى لا يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذى أحدث الضرر فتقطع رابطة السببية بينه وبين الخطأ ولا يكون المدعى عليه مسئولاً عنه، وهو ضرر غير معوض عنه^(٣).

ولذلك رفض القضاء الفرنسى تعويض زوج وأم مريضة توفيت بسبب خطأ في تشخيص مرض سرطان الجلد لديها على أساس فوات فرصة المريضة في تجنب المعاناة الجسدية قبل الوفاة بسبب الخطأ في التشخيص

(١) د. محمد عبدالظاهر حسين: مرجع سابق، ص ٤١٢.

(٢) د. شحاتة غريب شلقامى: مرجع سابق، ص ١٦٥.

(٣) د. حمد سلمان سليمان: مرجع سابق، ص ٥٠٩.

على الرغم من أن التشخيص الصحيح والعلاج المبكر من شأنه تجنب بعض الألم السابق على الوفاة، وقبل تعويضهما فقط على أساس آلامهما النفسية بسبب وفاة هذه الشابة^(١).

ويرى بعض الفقه أن المشرع المصرى بقوله " ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول"، يكون قد حدد معنى الضرر المباشر بشكل قد لا يسعف القاضى فى بعض الأحيان، فالعبرة فى تحديد الضرر المباشر والضرر غير المباشر هى بعلاقة سببية منتجة معه، أما الضرر غير المباشر فلا يرتبط مع الخطأ بعلاقة سببية فعالة^(٢).

ويضيف البعض أن فكرة "الجهد المعقول" لا تضيف جديداً إلى عبارة النتيجة الطبيعية التى وردت قبلها فى النص ذاته ذلك أن فكرة الجهد العقول ليست خاصة بمعيار السببية بل يقطع هذه السببية و يمكننا أن نصل إلى نفس هذه النتيجة عن طريق فكرة خطأ المضرور، فالمضرور الذى لم يبذل جهداً معقولاً فى توقي الضرر يكون مخطئاً فى حق نفسه ويسأل عن ذلك القسط من الضرر الذى أحدثه هو نفسه.

الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع:

(١) Patrice Jourdain: La perte d'une chance d'éviter une souffrance morale se transmet aux héritiers de la victim, RTD Civ. 2007, p.785.

(٢) د. عبدالرشيد مأمون: علاقة السببية فى المسئولية المدنية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ١٣٢.

يختلف الضرر المباشر في المسؤولية العقدية عنه في المسؤولية التقصيرية من جهة التعويض، ففي المسؤولية التقصيرية يعرض عن أى ضرر مباشر سواء كان متوقع أو غير متوقع، أما في المسؤولية العقدية لا يتم التعويض إلا عن الضرر المباشر غير المتوقع عدا حالتى الغش والخطأ الجسيم، وهذا ما أشارت إليه المادة ٢٢١ من القانون المدنى المصرى في فقرتها الثانية، وتوقع الطبيب للضرر يقاس بمعيار موضوعى لا بمعيار ذاتى، فالضرر المتوقع هو الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة، أى الضرر الذى يتوقعه الشخص المعتاد، وفى مثل هذه الظروف الخارجية التى وجد فيها الطبيب، لا الضرر الذى يتوقعه هذا الطبيب بالذات.

والسبب في قصر التعويض على الضرر المتوقع هو أن المسؤولية العقدية تقوم على العقد، ولذا فإن إرادة المتعاقدين هى التى تحدد مدى الضرر الواجب التعويض عنه، ولقد افترض المشرع أن هذه الإرادة قد اتجهت إلى جعل المسؤولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذى يتوقعه المدين ويكون هذا الافتراض بمثابة شرط اتفاقى يعدل في مقدار المسؤولية وذلك بقصرها على مقدار معين هو الضرر المتوقع، أما في حالة المسؤولية التقصيرية فإن المسئول يلتزم بالتعويض عن الضرر المتوقع لأن الخطأ في المسؤولية التقصيرية يعتبر مخالفاً للنظام العام فتحمل الطبيب مسؤولية كل الضرر الذى يصيب المريض^(١). ولقد قضت محكمة النقض المصرية بأن التعويض على أساس المسؤولية العقدية أخف منه على أساس المسؤولية التقصيرية، ذلك أنه طبقاً لنص المادة ٢٢١ من القانون المدنى يقتصر

(١) د. حمد سلمان سليمان: مرجع سابق، ص ٥١٢.

التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المباشر متوقع الحصول، أما في المسؤولية التقصيرية فإن التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المباشر متوقع الحصول، أما في المسؤولية التقصيرية فإن التعويض يكون عن كل ضرر مباشر سواء كان متوقفاً أو غير متوقع^(١)، وبهذا النص أصبح للمسئولية العقدية في حالتى الغش والخطأ الجسيم حكم المسؤولية التقصيرية.

ويرى بعض الفقه أن التزام المدين بتعويض الضرر المتوقع وحده في حالة الخطأ اليسير في نطاق المسؤولية العقدية، إنما يستند إلى الإرادة التعاقدية للطرفين، فالمدين لم يلتزم إلا لأنه أراد وفى حدود ما أراد، والإرادة إنما تقاس بالتوقع، وعلى ذلك فهذه القاعدة يمكن أن تستند إلى اتفاق ضمنى بين الدائن والمدين مقتضاه أن التعويض يحكمه شرط ضمنى بعدم تجاوز الأضرار المتوقعة، وقد تستند إلى القانون حيث يفترض أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى جعل المسؤولية عن الضرر قاصرة على المقدار الذى يتوقعه المدين، فهذا هو المقدار الذى يفترض افتراضاً معقولاً أن الدين ارتضاه، وهذا الافتراض المعقول يكون مثابة شرط اتفاقى يعدل من مقدار المسؤولية ويقصرها على مقدار معين هو الضرر المتوقع^(٢).

ثانياً: فوات الفرصة كضرر مباشر.

(١) د. بدير طلعت بدير: مرجع سابق، ص ٨٥.

(٢) د. عادل جبر: المفهوم القانونى لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية. دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامى، دار الفكر الجامعى، ٢٠٠٣م، ص ٢٧٩.

مسألة التمييز بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر مسألة صعبة دقيقة، ولقد اعتبرتها المحاكم مسألة واقع يفصل فيها قاضى الموضوع تبعاً لما يراه من ظروف كل مسألة على حدة، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك^(١). وفوات الفرصة كضرر طبي حتى يمكن التعويض عنه يجب أن يكون ضرراً مباشراً، بمعنى أن يكون نتيجة طبيعية للخطأ الطبي، ولا يكون في وسع المريض أن يتوقاه ببذل الجهد المعقول.

وبتطبيق ذلك على حالة فوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة على سبيل المثال، إن كان في وسع المريض أن يتوفى فوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة ببذل جهد معقول من جانبه، فإن الطبيب لا يكون مسئولاً عن فوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، فلو أن طبيباً امتنع عن نجدة مريض في حالة حرجة، وتوفى هذا المريض، فإن الطبيب لا يكون مسئولاً عن فوات فرصة البقاء على قيد الحياة على المريض إذا مات، إذا كان لدى هذا المريض إمكانية الذهاب إلى المستشفى لإسعافه، ولكنه رفض ذلك، ولذلك نجد أن محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٢ أكتوبر ١٩٨٤ أنه لا يوجد فوات فرصة يمكن تعويضه إذا كان الضحية بإمكانه منع حدوث فوات الفرصة التي يدعى خسارتها^(٢).

الفرع الثانى

فوات الفرصة كضرر شخصى

(١) د. عربى سيد عبدالسلام: مرجع سابق، ص ٩٨.

(٢) Laurence Butet: op. cit., p. 14.

أولاً: المقصود بالضرر الشخصى.

الضرر الموجب للتعويض لا بد وأن يكون شخصياً بمعنى أن يصيب شخصاً معيناً بذاته، فإذا^(١) لم يكن رافع دعوى التعويض قد تضرر شخصياً فلا تسمع دعواه، وعلى ذلك ليس لأى شخص أن يرفع الدعوى على المسئول في حالة امتناع المضرور، وتطلب هذا الشرط يؤدي إلى الحيلولة دون أن يطلب شخص تعويضاً عن خسارة لحقت بشخص آخر، ويبدو هذا الحكم بديهياً لأن ما يمنح لشخص لا يجبر ضرراً لحق بآخر^(٢)، ولا بد من تحقق هذا الشرط سواء كان المضرور شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً، كما يتحقق الشرط ذاته أيضاً بالنسبة للأضرار المتردة عن الضرر الأصلي، إذ يعتبر الضرر المترد ضرراً شخصياً لمن ارتد عليه.

ثانياً: فوات الفرصة كضرر شخصى.

لكى يكون بالإمكان التعويض عن فوات الفرصة يجب أن يكون ضرر فوات الفرصة ضرراً شخصياً لا يطالب به سوى المضرور نفسه، وفوات الفرصة قد يكون ضرراً أصاب المضرور نفسه كما في حالة فوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، فلا يستطيع أى شخص مهما كانت صلته بالمريض المضرور أن يطالب بالتعويض عن فوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، على المريض المضرور، وقد يكون فوات الفرصة ضرراً مرتداً كما في حالة فوات الفرصة على والدى المريض بالحصول على الإعانة

(١) د. إبراهيم أحمد محمد الرواشدة: مرجع سابق، ص ٣٠٢.

(٢) د. محمد صبرى نزار الجندى: مرجع سابق، ص ٩٨.

أو المساعدة في المستقبل من ابنيهما الذى توفى بسبب خطأ طبي، فكما قلنا الضرر المرتد يعتبر ضرراً شخصياً لمن ارتد عليه. وقد اعترف القضاء للأرملة بالحق في التعويض عن فقد فرصة الاستفادة والتمتع من المركز المرموق الذى ان سيشغله زوجها في المستقبل القريب فور تخرجه من كلية الطب، لولا تعرضه لحادث أودى بحياته^(١)، وتقول محكمة النقض المصرية " يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادى أن يكون هناك إخلال بمصلحة مالية للمضرور، وأن يكون هذا الضرر محققاً، فإذا أصاب الضرر شخص بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخص آخر، فلا بد من توافر حق هذا الغير ويعتبر الإخلال به ضرراً قد أصابه، والعبرة في تحقق الضرر المادى للشخص الذى يدعيه نتيجة لوفاة آخر، هو أن يثبت أن المجنى عليه كان يعوله فعلاً وقت وفاته وعلى نحو مستمر ودائم، وأن فرصة الاستمرار على ذلك في المستقبل كانت محققة، فقد القاضى ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائلته، ويقضى له بتعويض على هذا الأساس، ذلك أن مجرد احتمال وقوع ضرر في المستقبل لا يكفى للحكم بالتعويض^(٢).

المطلب الثالث

أن تمثل الفرصة الفائتة حقاً مكتسباً أو مصلحة مشروعة للمضرور

أولاً: المقصود بأن يصيب الضرر حقاً مكتسباً أو مصلحة مشروعة للمضرور.

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: مرجع سابق، ص ٣٤٦.

(٢) د. عبدالفتاح بيومي حجازى: مرجع سابق، ص ١٦٦.

الضرر الذى يطالب المضرور بالتعويض عنه لا بد أن يصيب حقاً مكتسباً أو مصلحة مشروعة للمضرور غير مخالفة للنظام العام ولا الآداب العامة، فالضرر قد يكون إخلال بحق ثابت للمضرور، كالاعتداء على حياة الشخص وهو أبلغ الضرر، وكالاعتداء على سلامة الجسم فينال من قدراته على الكسب ويكبده نفقات فى العلاج، فيكون ذلك ضرراً مادياً، أما إذا ترك الاعتداء أثر كتشوهات فى الوجه أو الأعضاء كان ضرراً أدبياً استوجب التعويض^(١)، فكل ضرر يلحق بحق من حقوق الإنسان المحمية قانوناً يستوجب طلب التعويض عنه، ما لم يوجد نص قانونى يقضى بخلاف ذلك.

وقد يكون الضرر إخلالاً بحق للمضرور ولكن بمجرد مصلحة له، كمصلحة من يعولهم، فمن تسبب في وفاة غيره يسبب ضرراً مادياً للأشخاص الذين كان يعولهم المتوفى سواء أكان لهم حق النفقة عليه قانوناً كالأولاد والزوجة والوالدين أم كان ممن يتلقى المساعدة من المتوفى دون أن يكون الأخير ملزماً به قانوناً، فالمساعدة التى كان يحصل عليها هؤلاء الأشخاص هى مصلحة مالية لم ترق إلى مرتبة الحق، ومع ذلك فإن المساس بها يفضى إلى تحقق الضرر المادى، ويشترط في هذه الحالة أن يتم إثبات أن المجنى عليه كان يعوله فعلاً وعلى نحو مستمر ودائم، وأن الفرصة في الاستمرار في ذلك في المستقبل كانت محققة^(٢)، ولا بد أن تكون هذه المصلحة مشروعة لا تجافى النظام العام أو الآداب، وإلا فلا يجوز الحكم بالتعويض، وعلى هذا الأساس، المرأة التى تطلب من الطبيب إجهاضها في

(١) د. أنس محمد الغفار سلامة: مرجع سابق، ص ٢١٢.

(٢) د. إبراهيم أحمد محمد الرواشدة: مرجع سابق، ص ٣٠٧.

غير حالات الإجهاض العلاجى، لا يحق لها مطالبة الطبيب بالتعويض إذا فشلت عملية الإجهاض. كما أنه ليس للخليلة في النظام القانونى المصرى أن تطلب تعويضاً عن الضرر الذى أصابها بموت خليلها بخطأ طبي بحجة أنه كان يعولها، ذلك أن مصلحة الخلية في بقاء خليلها ليست مصلحة مشروعة طبقاً لهذا النظام^(١).

ثانياً: فوات الفرصة يصيب حقاً مكتسباً أو مصلحة مشروعة للمضروب.

للتعويض عن فوات الفرصة يجب أن يمثل فوات الفرصة اعتداء على حق مكتسب للمضروب أو مصلحة مشروعة له^(٢)، ففي حالة فوات فرصة البقاء على قيد الحياة، يقع الاعتداء على حق الإنسان فى الحياة، وأن يكمل الفترة الطبيعية له فى الحياة، وفي حالة فوات فرصة الشفاء، يقع الاعتداء على حق الإنسان فى سلامة جسمه، ونفس الوضع بالنسبة لفوات فرصة تجنب الخطر الطبي.

وهذا ما يفسر لماذا لا يمكن فى مصر أن يطالب بفوات فرصة الإجهاض الاختيارى للجنين، عند ولادة الطفل مشوهاً عند تقصير الطبيب بواجبه بالإعلام، وذلك لأن حق الإجهاض غير مقرر فى القانون المصرى، وذلك على خلاف الوضع فى القانون الفرنسى الذى يقرر هذا الحق ووضع له ضوابط عديدة، فإذا ترتب على استمرار الحمل، ولادة طفل معاق أو مشوه، وكان ذلك نزولاً على نصيحة الطبيب أو الجهة التى باشرت

(١) راجع فى ذلك: د. كريمة غباشى: مرجع سابق، ص ٤٧.

(٢) Laurence Butet: op. cit., p. 15.

الفحوصات، والتي تخضع لها المضغة أو الجنين داخل الرحم بهدف اكتشاف ما إذا كان معاقاً أو به تشوهات أو أمراض ذات خطورة خاصة، فقد اعترف القضاء الفرنسى للوالدين بالحق فى التعويض عن الضرر الأذى والمادى الذى أصابهما من جراء تفويت الفرصة فى اللجوء إلى الإنهاء المباشر للحمل^(١).

ولكن ليس للوالدين أن يطالبا بالتعويض عن فوات فرصة الإجهاض الاختيارى للحمل بسبب فشل عملية الإجهاض، فالقضاء الفرنسى - سواء العادى أو الإدارى - رفض هذا النظر، مقررأ عدم أحقية الوالدين فى هذه الحالة فى الحصول على التعويض^(٢)، ويؤيد الفقه هذا القضاء على أن المشرع لم يعترف للأم بالحق فى الإنهاء المبسر للحمل، حتى يجوز لها أن تشتكى من المساس به، ويبرر المطالب بالتعويض عن الحرمان منه، ذلك أن المواد (L.162-1, L. 162-12) من تقنين الصحة العامة الفرنسى لم تقرر مثل هذا الحق فى الإجهاض، بل اعترفت فقط بإمكانية اللجوء إليه فى حالات ضيقة، ووفقاً لشروط محددة وبوسائل معينة، كما أن اللجوء إليه يجب ألا يتعرض مع المبادئ الأساسية التى تتصل باحترام الحياة الإنسانية حتى قبل الميلاد، ولا يعتبر ذلك حقاً للسيدة إلا إذا تعارض الأمر مع مبدأ أساسى آخر، وهو حقها فى الحفاظ على حياتها أو حماية صحتها^(٣).

(١) د. ثروت عبدالحميد: تعويض الحوادث الطبية (مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبى)، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٧م، ص ٤٩.

(٢) د. ثروت عبدالحميد: المرجع السابق، ص ٤٦.

(٣) د. ثروت عبدالحميد: المرجع السابق، ص ٤٧، ٤٨.

وفى حالة فوات فرصة الحصول على مساعدة أو إعانة، يقع الاعتداء على مصلحة الإنسان فى الحصول على الإعانة أو المساعدة، ولكن ذلك مشروط أن تكون هذه المصلحة مشروعة حتى يمثل الاعتداء عليها ضرراً موجباً للتعويض، ولذلك يمكن تعويض الخلية فى فرنسا عن فوات فرصة الحصول على المساعدة المالية من عشيقها الذى توفى، لأن مثل هذه العلاقات مباحة فى فرنسا، ولكن الأمر مختلف فى مصر حيث لا يمكن للخلية أن تطالب بفوات فرصة الحصول على هذه المساعدة المالية، لأن هذه المصلحة هى مصلحة غير مشروعة.

المبحث الثالث

سلطة قاضى الموضوع فى تقدير التعويض عن فوات الفرصة

تمهيد وتقسيم:

بشكل عام فإن القضاة هم بسبيلهم إلى تقدير التعويض قد يلجئون إلى إحدى طريقتين: الأولى، وهى أن تقدر المحكمة التعويض بطريقة شاملة جزائية بحيث تعوض كل الأضرار والإمكانات التى فقدها المضرور لا فرق عندها بين الضرر المادى والضرر الأدبى، فقضت محكمة النقض المصرية بأنه "لا يعيب الحكم أنه أدمج الضرر المادى والأدبى معاً وقدّر التعويض عنهما جملة بغير تخصيص لمقداره عن كل منهما، فليس هذا التخصيص بلازم قانوناً"^(١)، كما استقر قضاء محكمة التمييز الكويتية على أن "تقدير التعويض عن الضررين المادى والأدبى يعد من إطلاقات قاضى الموضوع، وإذا ما بين العناصر المكونة لها قانوناً فلا يعيب إدماجها معاً وتقدير التعويض عنها جملة.."^(٢).

(١) راجع فى ذلك .. د. سعيد أحمد شعلة: قضاء النقض المدنى فى المسئولية والتعويض (مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال اثنين وسبعين عاماً ١٩٣١ - ٢٠٠٢)، منشأة المعارف، ٢٠٠٣م، ص ٩٠، ٩١.

(٢) د. سامى عبدالله الدريعى: بعض المشكلات التى يثيرها التقدير القضائى للتعويض (تطبيق على حكم محكمة التمييز الكويتية رقم ١٩٩٣/٥٩ المتعلق بالتعويض القضائى عن الضرر)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة السادسة والعشرون، شوال ١٤٢٣ هـ، ديسمبر ٢٠٠٢م، ص ٧١، ص ٧٢.

أما الثانية أن تصدر المحكمة حكمها بالتعويض بطريقة تفصيلية محددة فيه مطالب المضرور التي تم الاستجابة لها وتلك التي تم استبعادها، وتعد هذه الطريقة أكثر اتفاقاً مع العدالة، لأن المحكمة تبتعد عن التقدير الجزافى الذى يترك المضرور في جهالة من أمره^(١)، فضلاً عن أن بيان تلك العناصر يساعد محكمة النقض من التحقق من موافقة الحكم لصحيح القانون من عدمه^(٢).

وتستنبط أحكام تقدير التعويض عن فوات الفرصة سواء في مصر أو فرنسا من الاجتهادات القضائية، حيث لا يستند تقدير التعويض عن فوات الفرصة في كلا البلدين على أى نص تشريعى.

ولقضى الموضوع سلطة واسعة في تقدير التعويض عن فوات الفرصة (المطلب الأول)، كما أن لمحكمة النقض دوراً هاماً في الرقابة على ممارسة هذه السلطة (المطلب الثانى).

(١) د. محمد عبدالظاهر حسين: مشكلات المسؤولية المدنية في عمليات نقل الدم، مرجع سابق، ص ١٦٣، ص ١٦٤.

(٢) د. عربى سيد عبدالسلام: أحكام تقدير التعويض، مرجع سابق، ص ٤٣٧.

المطلب الأول

السلطة الواسعة لقضاة الموضوع

في تقدير التعويض عن فوات الفرصة

أولاً: سلطة المحكمة فى قبول التعويض عن فوات الفرصة.

للتعويض عن فوات الفرصة لابد وأن يقتنع القاضى بأنه ثمة فرصة قد ثبت فواتها، وتستأهل التعويض عنها، وذلك بأن تتوافر فيها جميع الشروط الموجبة للتعويض عنها، للقول بوجود ضرر فوات الفرصة لابد على القاضى أن يقتنع بأن الفرصة الضائعة كانت جدية وحقيقية، وأنه لولا خطأ المسئولة لحققت الفرصة النتيجة المرجوة منها، فكلما كانت الفرصة أكثر احتمالاً كلما أسند لها القاضى نسبة تحقق عالية، وبالتالي تحديد مقدار التعويض المناسب لها^(١).

وهناك العديد من الأحكام التى تؤكد السلطة المطلقة لقضاة الموضوع فى هذا الصدد، ومنها حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٣٠ أكتوبر ١٩٩٥م، حيث كانت تتلخص وقائع الدعوى فى أن مدام Patrica خضعت لتدخل جراحى، إلا أن التخدير تسبب فى حدوث مضاعفات خطيرة خاصة على الرغم من أنها كانت قد خضعت لتخدير آخر أجرى قبل ذلك بقليل بنفس الأسلوب، فقرر قضاة الاستئناف مسئولية الأطباء عن فوات الفرصة على مدام Patrica فى تجنب هذه المضاعفات أو النتائج الضارة، ونعى

(١) د. ليديه صاحب: مرجع سابق، ص ١٥٣.

المضرور على قضاة الاستئناف أنهم اقتصروا على تعويض الضرر المتمثل فى فوات الفرصة فقط، إلا أن محكمة النقض قررت بوضوح أن محكمة الاستئناف، بعد أن أوضحت الأخطاء التى ارتكبتها طبيب التخدير، أكدت - مستندة فى ذلك إلى تقرير الخبراء - أنه لا يمكن الجزم على وجه اليقين أن اتباع طريقة أخرى فى التخدير بعد وقوع الحادث كان يمكن أن يغير من حالة مدام Patrica، وقد استخلصت المحكمة من ذلك بما لها من سلطة مطلقة فى التقدير "أن الأخطاء التى ارتكبتها الأطباء حرمت مدام Patrica فقط من فرصة تجنب هذه المضاعفات أو الآثار"^(١).

ولا تقتصر سلطة قاضى الموضوع على تقدير وجود فرصة الكسب وضياعها بل تمتد أيضاً إلى تقرير وجود علاقة سببية بين فقد الفرصة وما ترتب على ذلك من ضرر، لدرجة أن تقرير قاضى الموضوع واعترافه بفوات فرصة الكسب يعادل الاعتراف بتوافر علاقة السببية^(٢).

ثانياً: استخدام حساب الاحتمالات والاستعانة بالخبراء.

عند التعويض عن فوات الفرصة فإن القضاة كثيراً ما يحتاطون فى هذا الصدد ويلجئون إلى الخبراء، حيث يكون للآراء التى يبديونها والنتائج التى يتوصلون إليها تأثيراً كبيراً على حكمهم النهائى، ويمكن القول بأنه فيما عدا الحالات التى يكون فيها القاضى نفسه خبيراً، فإنه يقدر التعويض الذى

(١) انظر الموقع التالى:

- <http://www.legifrance.gouv.fr>.

(٢) د. إبراهيم الدسوقي أبوالليل: مرجع سابق، ص ١٢١.

سيمنحه عن تفويت الفرصة بمساعدة أشخاص مهنيين ومتخصصين، وهو ما يمكنه في النهاية من الوصول إلى قرار بعيد عن التحكم قدر الاستطاعة، فاستخدام حساب الاحتمالات يستلزم الاستعانة بالخبراء^(١)، ويجب التنكير أن حاجة القاضى من أجل الوصول إلى تقدير دقيق لمقدار التعويض عن فوات الفرصة، تكون في المجالات التى لا يكون لديه علم فيها كالمجال الطبى، أما إذا تعلق الأمر بمسألة تدرج في اختصاصه فلا حاجة له بخبير على الإطلاق، وإن كان القضاة يستعينون في معظم الأحوال بالخبراء لتقدير قيمة التعويض عن فوات الفرصة، إلا أنهم ليسوا ملزمين بالأخذ رأى الخبرة، وهذا ما يؤكد الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في ٩ نوفمبر ١٩٩٣م "يدخل في السلطة المطلقة لمحكمة الاستئناف... والتي لم تتقيد برأى الخبير، ... وبذلك يكون حكمها قائماً على أسباب مبررة قانوناً، ويرى بعض الفقه أن رجال القانون قد يتوافر لديهم الخبرات من خلال المهنيين أو الفنيين، ولكن ما ينقصهم من أجل تلقى وقبول مفهوم فوات الفرصة، هو الفهم والإدراك الجيد للقواعد والأسس المتعلقة بحساب الاحتمالات^(٢).

ثالثاً: استقلال قاضى الموضوع في تقدير التعويض عن فوات الفرصة.

قاضى الموضوع له سلطة واسعة في تقدير التعويض عن فوات الفرصة، ويقول الأستاذ Chartier أن المحاكم تقول فقط أن الفرصة حقيقية وجادة ومعقولة وعلى درجة عالية من الخطورة دون التعبير بدقة عن طرق الحساب الأمر الذى يقود فى النهاية بالإضافة إلى غياب الرقابة من

(١) د. إبراهيم العشماوى: مرجع سابق، ص ١٨٩، ١٩٠.

(٢) د. أيمن إبراهيم العشماوى: مرجع سابق، ص ١٩٤.

محكمة النقض إلى اختلاف قضاة الموضوع فى تقدير التعويض^(١)، ففى سبيل تقدير القاضى للتعويض الجزئى عن فوات الفرصة يتعين عليه أن يلجأ فى الواقع إلى تقديرين، يوضح فى أولهما ما كان سيؤول إليه مركز المضرور إذا ما تحققت الفرصة التى كانت لديه، ويحدد فى التقدير الثانى قيمة الفرصة ذاتها، أى درجة احتمال تحقيقها للكسب المأمول، فإذا ترجمنا ذلك بلغة الحساب والأرقام، واعتبرنا أن تحقيق الفرصة يجلب للمدعى كسباً يقدر بعشرة آلاف دينار، وأن احتمال تحقيق الفرصة لهذا الكسب يمثل ٥٠%، فإن قيمة هذه الفرصة تقدر بنصف الكسب الاحتمالى، أى تقدر بخمسة آلاف دينار، غير أن المحاكم تفضل - عملياً - عدم إيضاح وتفسير طريقة حساب وتقدير تعويضها لتفويت الفرصة، وتكتفى عادة بتقرير أن الفرصة كانت جدية، أو أكيدة، أو جدية بدرجة كبيرة^(٢).

ومع أن الدوائر المدنية بمحكمة النقض المصرية تستلزم أن تبين محكمة الموضوع فى حكمها عناصر الضرر الذى قضت من أجله بالتعويض، وأن تناقش كل منها على حدة، وأن تبين وجه أحقية طالب بالتعويض فيه أو عدم أحقيته، وإلا كان الحكم مشوباً بالقصور المبطل، إلا أن الدوائر الجنائية بهذه المحكمة لا تتطلب ذلك من محكمة الموضوع، وذلك استناداً على أن

(١) Laurence Butet: op. cit., p.71.

(٢) د. إبراهيم الدسوقي أبوالليل: مرجع سابق، ص ٣٦٩.

الأمر فى ذلك متروك لتقديرها بغير معقب، وحسب الحكم الموضوعى أن يثبت إدانة المحكوم عليه عن الفعل الذى حكم بالتعويض من أجله^(١).

ووفقاً لتصريحات أدلى به السيد Puigserver مستشار المحكمة الإدارية فى باريس "لتقدير التعويض عن الفرصة الفائتة يجب أن يقيم الضرر النهائى بنداً بنداً، ويكون التعويض عن فوات الفرصة جزء من تعويض الضرر النهائى"^(٢)، ويقترح البعض أنه يجب الاستعانة بالاحتمالات و علم الرياضيات عند تقدير التعويض عن فوات الفرصة، وهم بذلك لا يهدفون لاستبدال السلطة التقديرية لقاضى الموضوع فى تقدير التعويض، بل يهدفون إلى تقديم إطار نظرى لتمكينه من التقييم بأقصى قدر من الدقة^(٣).

فى كل حالات فوات الفرصة فإن القضاة يتمتعون بسلطة مطلقة فى تقدير التعويض عن فوات الفرصة، ويشير إلى ذلك الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية فى ٩ نوفمبر ١٩٩٣، والذى أشار بوضوح إلى أنه يدخل فى السلطة المطلقة لمحكمة الاستئناف، والتي لم تنقيد برأى الخبير^(٤).

(١) د. منير رضا حنا: المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، مرجع سابق، ص ٦١٣.

(٢) Laurence Butet: op. cit., p. 100.

(٣) Frédéric Puigserver: L'évaluation de la perte de chance en matière hospitalière: une tentative d'unification, RFDA, 2008, p. 1036.

(٤) د. يوسف زكريا عيسى: التعويض الناشئ عن تفويت الفرصة أحكامه وتطبيقاته فى الفقه الإسلامى، مرجع سابق، ص ١٦٤.

المطلب الثانى

رقابة محكمة النقض على الأحكام التى أصدرها قضاة الموضوع

تمهيد وتقسيم:

تلعب محكمة النقض دوراً رقابياً هاماً على الحكم الصادر من محكمة الموضوع بالتعويض عن فوات الفرصة، فتقوم بدوراً رقابياً على سلامة الوصف القانونى، كما أنها تمارس الرقابة على التأسيس القانونى للحكم الصادر بالتعويض عن فوات الفرصة.

أولاً: الرقابة على سلامة الوصف القانونى.

تقدير التعويض من المسائل التى يستقل بها قضاة الموضوع، أما تعيين العناصر المكونة للضرر قانوناً والتى يجب أن تدخل في حساب التعويض من المسائل القانونية التى تهيمن عليها محكمة النقض لأن هذا التعيين من قبيل التكييف القانونى للواقع^(١).

فتبقى مهمة القاضى في وصفه للوقائع على أنها تشكل فوات فرصة خاضعة لرقابة محكمة النقض لأنها مسألة وصف قانونى^(٢)، وهذا ما يتيح لها تحدي مفهوم فوات الفرصة ورسم الإطار القانونى لعلاقة السببية بين الخطأ الطبى الثابت والنتيجة النهائية الضارة، أما مسألة تقدير التعويض، أى تحديد

(١) د. ليديه صاحب: مرجع سابق، ص ١٥٣.

(٢) Laurence Butet: op. cit., p.71.

احتمال تحقق الفرصة فقاضى الموضوع مستقل في ذلك، وهذه الاستقلالية تجعله يتحكم في مقدار التعويض عن فوات الفرصة^(١).

وهناك أحكام حديثة تشهد على فاعلية رقابة محكمة النقض على خصائص الضرر القابل للتعويض، حيث يلاحظ بالنسبة للطرق المختلفة للرقابة التى تمارسها محكمة النقض على أحكام قضاة الموضوع في مسألة تفويت الفرصة أنها رقابة واسعة جداً خاصة فيما يتعلق بوجود ضرر تفويت الفرصة^(٢)، ومن هذه الأحكام حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ٢٨ مارس ٢٠٠١ أنه لما كان مناط التعويض عن الضرر يكون الأمل في الإفادة منها له ما يبرره وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى القضاء المطعون ضدهما لوالديه بالتعويض عن الضرر المادى عنها على ما اجتزاه من القول بمدوناته من أن تفويت فرصة رعاية الابن لوالديه بموته أمر محقق ويجب احتسابه كسباً فائتاً يستحق المضرور تعويضه عنها، وقضى بإلغاء الحكم الابتدائى في شأنه على هذا الأساس دون بيان مدى انطباق ذلك على واقع الدعوى ومستنداتهما بما من شأنه التجهيل بالأساس الذى أقام عليه قضاءه ويعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيقه لأحكام القانون مما يعينه بالقصور المبطل ويوجب نقضه نقضاً جزائياً في هذا الصدد على أن يكون مع النقض الإحالة^(٣).

(١) د. ليديه صاحب: مرجع سابق، ص ١٥٤.

(٢) د. أيمن إبراهيم العشماوى: مرجع سابق، ص ٨٦.

(٣) الطعن رقم ٢٢٠٨ لسنة ٦٣ق، جلسة ٢٨ مارس سنة ٢٠٠١م، مشار إليه على الرابط:

ومن تلك الأحكام أيضاً، حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٦ يونيو ١٩٩٠، بقبول الطعن و نقض الحكم الصادر من محكمة استئناف بواتييه، حيث تمسك مربى خول بفوات فرصته في الكسب لأنه لم يعد قادراً - بسبب العجز الكلى المؤقت عن العمل الذى أصابه أثر حادث تعرض له.. أن يدرّب حصاناً يدعى Maya كان قد أعده ليخوض به عدة سباقات، فرفض قضاة الموضوع التعويض لأن الضرر الذى تمسك به هو ضرر غير محقق من وجهة نظرهم، وذلك بسبب الاحتمالات التى تحيط بسباق الخيول، إلا أن محكمة النقض نقضت هذا الحكم وذلك بسبب مخالفته للقانون، فضرر فوات الفرصة يثبت فى كل مرة يضيع فيها احتمال تحقق مصلحة أو منفعة للمضروب، ولقد ثبت من تقارير الخبراء أن الحصان Maya، كانت لديه فرصة الفوز فى السباق^(١).

ثانياً: الرقابة على التأسيس القانونى.

محكمة النقض لا تتردد فى أن تؤكد حقها فى ممارسة قدر من الرقابة على التأسيس القانونى للأحكام الصادرة من قضاة الموضوع، ومن ذلك الحكم الصادر فى ١٤ أكتوبر ١٩٩٢ والذى انتقدت فيه محكمة النقض قضاة الموضوع فى تقديرهم للضرر الاقتصادى الذى أصاب أرملة طلقها بطريق الارتداد إثر وفاة الزوج، حيث قدرت محكمة الاستئناف التعويض على أساس الدخل المالى للزوج وقت الوفاة، وكان يجب عليها أن تأخذ فى حسابها الأجر الذى كان يستحقه المتوفى وقت صدور الحكم، حيث كانت لدى

(١) انظر الموقع التالى: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

المتوفى فرصة للترقية، وكان يجب على قضاة الموضوع مراعاة ذلك في حكمهم، وحيث أنهم لم يفعلوا فإن حكمهم يكون غير قائم على أساس من القانون^(١).

كما قررت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ١٥ ديسمبر ١٩٩٨ أنه (وإذ كان أمل الأبوين في أن يستظلا برعاية ولدهما في شيوختهما لا يجد حده عند سن معينة يبلغها الإذن، وإنما يولد لديهما منذ حملهما بين أيديهما إذ يرجوان - وبدافع فطرى - أن يشب عن الطوق ليكون قرة عين لهما وسنداً يمسح عنهما تعب السنين - ومن ثم فإن هذا الأمل - وأياً ما كان عمر الابن - يكون قائماً على أسباب مقبولة، وتفويته بفعل ضار غير مشروع يوجب المساءلة بالتعويض، لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتعويض المطعون ضدهما عما أصابهما من ضرر مادي من جراء وفاة ابنتهما على ما أورده في أسبابه من أنهما "قد فقدوا الأمل بوفاتها في أن ترعاها في الكبر وتفويت الفرصة في رعايتهما أمر محقق"، فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً ويكون النعى عليه بسبب الطعن في غير محله^(٢).

المطلب الثالث

(١) ذات الموقع السابق.

(٢) الطعن رقم ٧٨٥ لسنة ٦٧ق، جلسة ١٥ ديسمبر ١٩٩٨م، مشار إليه على الرابط التالي:

- <http://www.kdaiaeldwla.com/nakd/nakd067-03-07.htm>.

تقدير التعويض عن الضرر النهائى

يتمتع قضاة الموضوع بحرية واسعة في تقدير التعويض، إذ لهم حرية اختيار الوسيلة التي تعوض المضرور، كما أنهم يحددون مبلغ التعويض بالقدر الذي يجعل مناسباً مع الضرر الواقع، والمحكمة وهي بسبيلها إلى ذلك قد تلجأ إلى إحدى طريقتين:

الطريقة الأولى: هي أن تقدر المحكمة التعويض بطريقة شاملة جزافية بحيث يصلح بطريقة شاملة جزافية كل الأضرار.

أما الطريقة الثانية: أن تصدر المحكمة حكمها بالتعويض بطريقة تفصيلية محددة فيه ادعاءات المدعى التي تم الاستجابة لها، وتلك التي تم استبعادها^(١).

وطريقة التقدير المضاعف التي تستخدم لتقدير التعويض عن فوات الفرصة تمر بمرحلتين، المرحلة الأولى منهما تقدير التعويض عن الضرر النهائى، وهذا الضرر النهائى في نظرية فوات الفرصة أما أن يكون ضرراً جسدياً، أو ضرراً غير جسدياً.

أولاً : تقدير التعويض عن الضرر الجسدى.

يستند التعويض عن الضرر الجسدى^(١) إلى ذلك المبدأ الذي يقرر لكل شخص الحق في سلامة جسمه وتمتعه به وما يخوله من قدرات، كما أن

(١) د. محمد عبدالظاهر حسين: مرجع سابق، ص ٤٢٦، ٤٢٧.

تعويض الإصابة الجسدية نفسها هو ما يحتمه مبدأ التعويض الكامل، ويراعى في تقدير هذا الضرر ما انتقص من سلامة الجسم وتكامله بصرف النظر عما يترتب على الانتقاص من نتائج مالية وغير مالية، فهذه الأخيرة تعوض وفقاً لم يقابلها من عناصر ضرر خاصة بها، فلا تدخل ضمن التعويض المتمثل في الإصابة الجسدية ذاتها^(٢).

وتختلف طرق تقدير التعويض عن الضرر الجسدى كما يلي:

١ - التقدير الموضوعى للضرر الجسدى.

نظراً لما يتميز به هذا الضرر المتمثل في الإصابة ذاتها من صفة موضوعية بحتة باعتباره اعتداء على جسم الإنسان وهو اعتداء على ما يتضمنه الجسم الإنسانى من قدرات وقيم يتساوى فيها جميع الأفراد، فقراء كانوا أو أغنياء، صغاراً كانوا أو أشقياء، رجالاً كانوا أو نساء ...، فإن هذا الأذى يتساوى فيه جميع الأفراد، ومن ثم يكون تعويضه واحداً بابتاً لا يختلف باختلاف الأشخاص طالما اتحد هذا الأذى في نوعه ومداه.

٢ - التقدير الواقعى الذاتى للضرر الجسدى.

(١) القانون الوضعى يحصر التعويض عن الأضرار الجسدية، فيما يتمخض عنها من نتائج مادية ومعنوية، أما الفقه الإسلامى فينظر إلى الضرر الجسدى في ذاته، وليس فيما يفضى إليه من نتائج مادية ومعنوية، فإيذاء الجسم في ذاته ضرراً يتعين جبره حتى وإن لم يسفر عن خسارة مادية أو معنوية. منقول عن: د.وائل محمود أبو الفتوح: مرجع سابق، ص ٧١٤.

(٢) انظر في ذلك د. إبراهيم الدسوقى أبو الليل: مرجع سابق، ص ٧٧.

التعويض عن أذى النفس أو الضرر الجسمانى يخضع فى القانون الفرنسى وينضم إليه القانون المصرى للقواعد العامة فى تقدير التعويض، والتي يسودها التقدير الواقعى الذاتى للضرر، وما يترتب عليه من اختلاف مدى التعويض باختلاف شخصية المضرور وظروفه الخاصة، فوفقاً لهذا النظام يترك لقاضى الموضوع تقدير التعويض الذى يستحقه المضرور فى كل حالة على حدة ووفقاً لمدى تأثر المضرور بما لحقه من إصابة، لذلك فإن التعويض لا يكون واحداً ولا يحدد مسبقاً - كقاعدة عامة - بل يكون بطبيعته قابلاً للاختلاف باختلاف المضرورين وظروفهم الخاصة - فالقاضى مع هذا التقدير - لا ينظر إلى الإصابة نظرة موضوعية بحتة لا تختلف من شخص إلى آخر، بل يراعى فى الواقع الظروف الخاصة بكل مضرور^(١).

ثانياً: تقدير التعويض عن الأضرار الجسدية.

هذا التعويض يتضمن جانبين:

الجانب الأول: هو التعويض عن الخسارة اللاحقة، وتتمثل فى نفقات العلاج والمصاريف الطبية المختلفة وملحقاتها.

أما الجانب الثانى: فيتمثل فى الكسب الفائت المترتب على العجز عن العمل، سواء كان عجزاً مؤقتاً أو دائماً.

(أ) - التعويض عن الخسارة اللاحقة.

(١) د. إبراهيم الدسوقى أبوالليل: المرجع السابق، ص ٧٣؛ وفى نفس المعنى د. وائل

محمود أبوالفتوح: مرجع سابق، ص ٧٠١.

تتمثل الخسارة اللاحقة بالمريض في جميع المصروفات والنفقات التي سببتها الإصابة له، وتأتى في مقدمتها المصروفات الطبية والعلاجية، من أتعاب الأطباء وأجور المستشفيات وأثمان الأدوية، و غير ذلك من طرق ووسائل العلاج، والتي تحملها المصاب بالفعل.

وطالما كانت هذه المصروفات في حدود المعقول والمعتاد فلا تتردد المحاكم في القضاء بها للمصاب باعتبار أن المسئول عن الإصابة ملزم بحسب الأصل بهه المصروفات، فالتعويض هنا يصبح مجرد استرداد لمبالغ تم صرفها وإنفاقها من غير الملتزم بها، لذلك تنحصر المسألة هنا في مجرد إثبات هذه النفقات وعلاقتها بالإصابة، وذلك لا يثير عملياً صعوبات تذكر، إذ غالباً ما تؤيد هذه المصروفات بتقارير طبية ومستندات محددة من الجهات المختصة تثبت وتؤكد أحقية المصاب في طلباته^(١).

ويذهب القضاء الفرنسى إلى تعويض المصاب عن مصاريف الانتقال التي يتكبدها أقاربه الذين في رعايته كزوجه وأولاده، وذلك عندما تستدعى حالته ضرورة وجودهم هم بجواره للتخفيف عنه مما يساعد على سرعة شفائه، وتطبيقاً لذلك اعتد القضاء عند تقديره للتعويض بمصروفات انتقال الأب لزيارة ابنه البالغ من العمر سنتين فقط لمدة أربع عشرة زيارة، بيد أنه يشترط للاعتداد بمثل هذه المصروفات أن يكون أنفاقها مرتبطاً بالضرورة وبطريقة مباشرة بالإصابة، ولذلك نقضت محكمة النقض الفرنسية الحكم الذى أدخل في عناصر تقديره للتعويض المستحق عن إصابة طفل مصاريف سفر

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المرجع السابق، ص ٧٨.

والده م اليونان إلى باريس والإقامة بها، حيث ثبت أن سفر الوالد هذا كان لأغراض أخرى لا علاقة لها بالإصابة^(١).

(ب) التعويض عن الكسب الفائت.

في حالة إصابة المضرور وحدث عجز سواء دائماً أم مؤقتاً عن العمل، فإنه يثبت له الحق في التعويض عما يمكن أن يحدثه العجز من خسارة بسبب عدم قدرة المريض على الكسب وحرمانه من مصدر رزقه، والتعويض هنا يتحدد وفقاً للفارق بين المبالغ التي يحصل عليها من عمله بعد الحادث والتي كان من المفروض أن يحصل عليها عادة لو لم يقع الحادث^(٢).

والمعيار الأساسي لتقدير التعويض عن هذا الضرر هو مدى العجز عن العمل والكسب الذي يلحق المصاب^(٣)، وبالضرورة يختلف مقدار التعويض بحسب ما إذا كان العجز الدائم كلياً أو جزئياً، حيث يزيد التعويض في حالة العجز الكلى الدائم على أساس أن حالة العجز الكلى الدائم تفقد المضرور قدرته على الكسب نهائياً، وبذلك يستحق التعويض عن كامل الكسب الذى فاتته^(٤).

(١) نفس المرجع السابق، ص ٧٩، ٨٠.

(٢) د. وائل محمود أبو الفتوح: مرجع سابق، ص ٧٠٢.

(٣) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: مرجع سابق، ص ٨١.

(٤) د. حمد سلمان سليمان الزبيد: مرجع سابق، ص ٥٨٢.

وتتعدد أساليب تقدير التعويض عن العجز الجزئى الدائم وأول هذه الأساليب، هو الأسلوب الحسابى، ومؤدى هذا الأسلوب أن يتم تحديد نسبة العجز وفقاً لجداول محددة، ثم يتم ضرب الناتج فيما تبقى من عمر المصاب محسوباً على أساس متوسط العمر.

وثانى هذه الأساليب هو أسلوب النقاط، وطبقاً لهذا الأسلوب يتم اعتبار أن جسم الإنسان مكون من مائة نقطة يجرى توزيعها على أعضاء الجسم، ويتم تحديد قيمة مالية لكل نقطة من تلك النقاط، فإذا أدت الإصابة إلى العجز الكامل عن العمل، فإن التعويض المستحق سيكون مساوياً لقيمة جسم الإنسان بالكامل، أما إذا اقتصر أثر الإصابة على عجز المضرور جزئياً عن العمل فإن التعويض يتم تحديده على أساس النسبة المئوية لعدد النقاط المفقودة بالنسبة لمبلغ لتعويض المقرر لكامل الجسد.

وآخر هذه الأساليب، هو الأسلوب الواقعى، وهو الذى تصر محكمة النقض الفرنسية على العمل به ، ويعتمد هذا الأسلوب فى تقدير التعويض عن العجز عن العمل على تقدير قيمة الضرر بدراسة كل حالة على حدة^(١).

(٢) - تقدير التعويض عن الأضرار الأدبية:

لقد ثار الخلاف فى الماضى حول جواز التعويض عن الضرر الأدبى بوجه عام ولكن ذلك الخلاف لم يعد قائماً فى الوقت الحالى^(١)، ولقد استقر

(١) د. محمد السيد السيد: التعويض عن الأضرار الأدبية المتعلقة بحياة وسلامة الإنسان،

مرجع سابق، ص ٢١٧، ٢١٨.

الفقه والقضاء سواء في فرنسا أو مصر على أن الضرر الأدبي يجب التعويض عنه شأنه في ذلك شأن الضرر المادى وهو ما استقر عليه أيضاً المشرع المصرى^(٢).

ولقد قررت محكمة النقض المصرية أن الضرر الأدبي يصح أن يعرض عنه تعويضاً مادياً، لأن التعويض المادى - مهما قبل عن تعذر الموازنة بينه وبين الضرر الأدبي - يساعد ولو بقدر على تخفيف الألم من نفس المضرور^(٣).

وتقدير التعويض عن الأضرار الأدبية يقوم إلى حد كبير على اعتبارات شخصية، ويؤدى ذلك إلى اختلاف المحاكم وتفاوتها في التقدير إلى مدى بعيد^(٤)، ويتردد القضاء في تقدير التعويض الأدبي بين التقتير والمبالغة، فنجد المحاكم تميل إلى تخفيض المبالغ المقررة للتعويض عن الضرر الأدبي

(١) د. محمد السيد السيد: المرجع السابق، ص ٢٧ - ٤٧؛ د. كريمة عباسى: مرجع سابق، ص ٢٦ - ٣١؛ د. بدير طلعت بدير: مرجع سابق، ص ٢٤٩ - ٣٢٥.

(٢) تنص المادة ٢٢٢ من القانون المدنى المصرى على أن "١- يشم لالتعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء. ٢ - ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب".

(٣) د. سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ١٥٧.

(٤) د. بدير طلعت بدير على: مرجع سابق، ص ٥٢٣.

فى بعض الحالات، ثم تجنح إلى الزيادة فى المبالغ التى تقرها كتعويض عن الضرر تارة أخرى^(١).

ولقد لوحظ أن مبالغ التعويض التى تقدرها المحاكم الفرنسية تبدو فى مجموعها منخفضة إذا ما تم مقارنتها بالأرباح التجارية التى تعود على المعتدين على الحقوق الأدبية، خاصة ما يتعلق بتعدى الناشرين على حق الخصوصية^(٢).

صاحب الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى:

لبيان صاحب الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى يجب التفرقة بين نوعين من الضرر الأدبى، الضرر الذى أصاب المريض نفسه والضرر الذى أصاب ذوى المريض أنفسهم.

(أ) الضرر الذى أصاب المريض نفسه:

بالنسبة للنوع الأول، وهو الضرر الذى أصاب المريض نفسه، فبناء على نص المادة ٢٢٢ من القانون المدنى المصرى، التعويض عن الضرر الأدبى لا ينتقل بالميراث إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب به الدائن أمام القضاء، أى أن الحق فى التعويض عن الأضرار الأدبية لا ينتقل إلى الورثة إلا فى حالتين:

الأولى: إذا كان قد تم تحديده بمقتضى اتفاق.

(١) د. أنس محمد عبدالغفار سلامة: مرجع سابق، ص ٣٤٥.

(٢) د. بدير طلعت بدير : مرجع سابق، ص ٥٣٠.

الثانية: إذا كان المورث قد طالب به قضائياً قبل موته، والذي يشترط هو رفع الدعوى فقط وليس صدور الحكم^(١).

وترتيباً على ذلك، فإن التعويض عن الضرر الأدبى كنتيجة لميلاد طفل مصاب بالإعاقة يكون مقصوراً فقط على هذا الطفل وليس لوالديه الحق في ذلك، ولكن يمكن أن ينتقل هذا الحق إلى غير الطفل إذا تم الاتفاق بينه وبين المسئول عن ذلك، أو أن يكون الطفل المعاقب قد رفع دعوى أمام القضاء بالتعويض، وعليه إذا مات الطفل المصاب بالإعاقة دون أن يتفق مع المسئول على التعويض، أو أن يطالب به أمام القضاء، فإن حقه في التعويض عن الضرر الأدبى لا ينتقل إلى ورثته بل يزول بموته^(٢).

(ب) الضرر الذى أصاب ذوى المريض:

بالنسبة للنوع الثانى وهو الضرر الذى أصاب ذوى المريض أنفسهم، فيقتصر طلب التعويض وفقاً للمادة ٢٢٢ من القانون المدنى على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية فلا يحق لغيرهم المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبى الناتج عن وفاة المضرور^(٣)، ولذلك قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٩٤/٣/٣٠ بأنه "لا يحق لغيرهم ولو كانوا من الورثة المطالبة بالتعويض عن الآلام النفسية الناتجة عن حدوث الضرر"^(٤).

(١) في نفس المعنى د. محمد عبدالظاهر حسين: مرجع سابق، ص ١٥٨، ١٥٩.

(٢) د. شحاتة غريب شلقامى: مرجع سابق، ص ١٥٩.

(٣) د. محمد حمدان عسران: مرجع سابق، ص ٣٨٤.

(٤) د. إبراهيم أحمد محمد الرواشدة: مرجع سابق، ص ٣٢١.

ولقد قضت الدوائر المدنية لمحكمة النقض المصرية في ٢٠١١/٥/١٢ باستبعاد قرابة المصاهرة ممن يجوز لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي طبقاً للمادة ٢٢٢ من القانون المدنى المصرى^(١).
وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الفرنسى قد استقر الآن على قبول طلب العشيقة التعويض عن موت معشوقها أو عجزه^(٢).

(١) انظر الرابط التالى:

http://www.cc.gov.eg/courts/cassation_court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx.

(٢) د. محمد صبرى نزار الجندى: مرجع سابق، ص ٨٣.

المطلب الرابع

نتائج التقدير المضاعف لفوات الفرصة

إن اعتناق القاضى لطريقة التقدير المضاعف لحساب التعويض عن فوات الفرصة يترتب عليه نتيجتان هامتان:

النتيجة الأولى: هى رفض فكرة التعويض الجزافى عن فوات الفرصة.

النتيجة الثانية: هى محدودية التعويض عن فوات الفرصة، فيكون دائماً التعويض عن فوات الفرصة هو تعويضاً جزئياً.

أولاً: رفض التعويض الجزافى عن الفرصة الفائتة.

١ - موقف القضاء العادى الفرنسى.

إن تعويض فوات الفرصة تعويضاً جزافياً كان دائماً مرفوضاً، لأنه يعبر عن تعويض رمزى لضرر معنوى أو نفسى أو مادى بسيط لا أكثر من ذلك، مما يسقط عن ضرر فوات الفرصة خصوصياته، ونتيجة لذلك لا يمكن قصره على مجرد ضرر معنوى بسيط أو غيره مادام أنه قد يشملها، فيمكن لفوات الفرصة أن يكون له آثار وخيمة على المضرور كأثر مادى وجسمانى (العجز أو الوفاة) و نفسى (حرمان من المتعة والبهجة...)، أى قد يكون فوات الفرصة مصدر لعدة أضرار تصيب المريض نتيجة حرمانه من إمكانية الشفاء أو حرمانه من الحصول على نتائج أفضل^(١).

(١) د. ليديه صاحب: مرجع سابق، ص ١٣٧.

ولقد رفضت محكمة النقض الفرنسية مبدأ التعويض الجزافى عن فوات الفرصة^(١)، فقضت فى حكمها الصادر فى ١٧ ديسمبر ١٩٩٨ بأن "تعويض المريض عن فوات فرصته فى الحصول على نتائج أفضل لحالته الصحية أو تجنب ضرر الإعاقة لا يتم بطريقة جزافية، بل لابد أن يمث لجزء من الأضرار التى أصابت المريض، ولذلك كان يجب على محكمة الاستئناف تقدير التعويض المناسب لمختلف هذه الأضرار"^(٢).

ولقد رددت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ فى الكثير من أحكامها، ومنها حكمها الصادر فى ٢٨ مارس ٢٠١٣^(٣).

٢ - موقف القضاء الإدارى الفرنسى.

لقد سار القضاء الإدارى الفرنسى على خلاف ما سارت عليه محكمة النقض الفرنسية، فأقر مبدأ التعويض الجزافى عن فوات الفرصة، وبناء على ذلك يمكن القول أنه لا حاجة إذن عند تقدير التعويض عن فوات الفرصة، بتقدير الضرر النهائى الذى أصاب المضرور، ولذا قررت محكمة استئناف باريس فى قضية M. Guilbot، عندما أقرت مسئولية مستشفى باريس عن فوات الفرصة على المريض فى تجنب الخطر الذى تحقق نتيجة الخطأ

(١) Laurence Butet: op. cit., p.63.

(٢) انظر الموقع التالى: <http://www.legifrance.gouv.fr>

(٣) نفس الموقع الإلكتروني السابق.

الطبي الثابت "النقص فى الإعلام" أحقية المضرور فى التعويض الذى قدرت مقداره جزافياً بمبلغ ٢٠٠٠٠٠٠ فرنك فرنسى^(١).

ويلاحظ أن القاضى الإدارى قام بتقدير التعويض عن فوات الفرصة بطريقة مباشرة، دون الإشارة إلى درجة الخطر الذى قد يتعرض له المريض فى حالة رفضه للعملية الجراحية، وهو على علم كامل بكل مخاطرها، فهذا الإجراء يساعده فى معرفة مدى أهمية فرصة الشفاء الضائعة على المريض، وهل الإعلام الكامل من عدمه، قد يجنبه الخطر الذى تحقق، كما أن القاضى الإدارى لم يتعرض إلى تقدير قيمة التعويض للأضرار اللاحقة بالمريض لإسناد جزء منها لفوات الفرصة، كل هذه الأسباب تعكس توجه القاضى الإدارى إلى تعويض جزافى لفوات الفرصة الذى يعتبره ضرر ذا طبيعة مغايرة للضرر النهائى^(٢).

- رجوع القضاء الإدارى الفرنسى عن مبدأ التعويض الجزافى للفرصة الفائتة:

لم يستمر اعتناق القضاء الإدارى لمبدأ التعويض الجزافى عن فوات الفرصة، وكان أول الأحكام التى بين فيها مجلس الدولة الفرنسى رفضه لمبدأ التعويض الجزافى، حكمه الصادر فى ٢٠٠٠/١/٥، و المعروف بحكم .Telle

(١) Elise Corouge:devoir d'information du malade et responsabilité hospitalière, Conclusions sur cour administrative d'appel de Paris, Assemblée plénière, 9 juin 1998, Guilbot, RFDA, 2000, p. 636.

(٢) د. ليديه صاحب: مرجع سابق، ص ١٣٨.

ولقد قام القاضى الإدارى فى حكم Tell فى خطوة أولى بتعداد مبالغ التعويض عن الأضرار المختلفة كالتالى: مبلغ ١٤٥١٢٥٠ فرنك فرنسى مجموع (٧٦١٢٥٠ فرنك فرنسى عن فوات الكسب وتكاليف العلاج والأدوية + ٦٩٠٠٠٠ فرنك فرنسى عن نسبة العجز الجسمانى المقدرة ب ٧٥%)، وكذلك ١٥٠٠٠٠ فرنك فرنسى عن الضرر المعنوى والذى يشمل (ضرر مباحج الحياة والآلام الجسدية والضرر الجمالى) ، ثم قام القاضى بعد ذلك، بتقدير التعويض عن فوات فرصة على أساس خمس هذه المبالغ (٢٩٠٢٥٠ فرنك فرنسى + ٣٠٠٠٠ فرنك فرنسى) ، وبالتالي سيكون التعويض المستحق عن فوات الفرصة هو ٣٢٠٢٥٠ فرنك فرنسى^(١).

ولقد تم استنباط هذه النسبة عن طريق التقريب من جهة أولى، بين مخاطر العملية الجراحية المقترحة، ومن جهة ثانية، مخاطر المرض في حالة عدم الخضوع لها، فالمقارنة بين هذه المخاطر من طرف الخبراء الطبيين والاستعانة بالاحتمالات، وجدوا أن احتمال رفض المريض للعملية يقدر بنسبة ٢٠% وحتى الآن يساير القاضى الإدارى القاضى العادى في اعتبار فوات الفرصة عنصر من عناصر الضرر النهائى، ويختلف مقدار التعويض عنه باختلاف حجم الفرصة الفائتة^(٢).

ثانياً: محدودية التعويض عن فوات الفرصة.

(١) انظر الموقع التالى: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

(٢) د. ليديه صاحب: مرجع سابق، ص ١٣٦.

عند تقدير القاضى للتعويض المقابل للضرر الذى لحق المضرور، فإنه يبدأ بتحديد هذا الضرر ثم يقوم بتقديره وتقييمه مالياً، وبتطبيق ذلك على موضوع فوات الفرصة فإن الأمر لن يخرج عن أحد تصورين، فإما أن ينظر القاضى إلى فوات فرصة الكسب على أنها تتضمن قيمة ذاتية خاصة بها مستقلة عن قيمة الكسب الأصلى الاحتمالى الذى حرم المضرور من إمكانية تحقيقه، فحدد الضرر المترتب على فوات فرصة هذه القيمة، وإما أن يغفل القاضى الفرصة ذاتها، وينظر إليها على أنها مجرد وسيلة أو طريقة لتحقيق كسب معين، ليس لها قيمة خاصة بها وإنما تتحدد قيمتها في الكسب الذى تؤدى إليه، ومن ثم يكون فواتها وضياعها وفقاً لهذا الكسب فتحدد الضرر فيه ويقدر التعويض بقدره، ويبدو أن القضاء الإدرى الفرنسى يميل إلى الأخذ بهه الوجهة الأخيرة^(١).

ولقد اعتنقت محكمة النقض الفرنسية نظرية فوات الفرصة في الكثير من قراراتها، وقررت التعويض الكامل في الكثير منها، والتعويض الكامل هو التعويض الذى يشمل الضرر الجسدى الذى سببه التدخل الطبى، في حين اکتف بالتعويض الجزئى في حالات مماثلة^(٢)، ويترتب على محدودية التعويض عن فوات الفرصة عدة نتائج.

النتيجة الأولى: رفض التعويض الإجمالى عن فوات الفرصة.

(١) د. يوسف زكريا عيسى: مرجع سابق، ص ١٦١.

(٢) د. عبدالكريم مأمون: مرجع سابق، ص ٣٣١ و ص ٣٣٢.

يترتب على اتباع طريقة التقدير المضاعف لحساب التعويض عن فوات الفرصة رفض فكرة التعويض الإجمالى عن فوات الفرصة، لأن فوات الفرصة فى ظل هذه الطريقة فى التقدير، ليس إلا جزء من الضرر النهائى، ومع ذلك كانت هناك بعض الاتجاهات فى الفقه والقضاء تدعو إلى إقرار مبدأ التعويض الإجمالى عن فوات الفرصة.

١- محاولة تبرير التعويض الإجمالى من خلال التأكيد على علاقة السببية.

القاضى الإدارى كان يعتبر فوات الفرصة بمثابة عامل يؤكد على وجود رابطة السببية بين الخطأ الطبى والضرر النهائى، فبمجرد ثبوت فوات فرصة الشفاء على المريض، فإن ذلك يعتبر دليلاً على أن الخطأ الطبى بعلاقة مباشرة مع الضرر النهائى، ويترتب على ذلك منح تعويض إجمالى للمضرور يغطى كل الضرر النهائى^(١)، فقرر قضاة مجلس الدولة فى ١٧ فبراير ١٩٨٨ صحة ما ذهب إليه قضاة الموضوع ورفض طلب الطعن بالنقض، وذلك على إثر تعرض مريض لعدة عمليات جراحية تهدف إلى تصحيح تشوهات فى العلق أسفرت عنها مخاطر متوقعة عادة، إلا أن الطبيب امتنع عن إعلام المريض بإمكانية وقوعها، مما أدى إلى قيام مسئولية المستشفى وإلزامها بتعويض كل الضرر النهائى اللاحق بالمريض^(٢).

(١) M. Beraud: op. cit., p.42.

(٢) Conseil d'Etat, 5/3 SSR, du 17 février 1988, 71974, inédit au recueil lebon: qu'ainsi c'est à bon droit que les premiers juges ont

ويمكن القول أن مجلس الدولة الفرنسى كان فى الماضى يقر بالتعويض الكامل عن فوات الفرصة و ليس مجرد تعويض جزئى عندما يتعلق الأمر بخطأ طبي فنى، وهذا ما قرره فى عدة أحكام منها، حكمه الصادر فى ١٩ مارس ٢٠٠٣، وحكمه الصادر فى ١٠ أكتوبر ٢٠٠٥^(١).

٢ - محاولة تبرير التعويض الإجمالى فى حالة عدم الإعلام.

لقد حاول المستشار "ديدى شوفو" **Didier Chauvaux** تفسير التعويض الإجمالى الذى ذهب إليه القضاء الإدارى من خلال فكرة "قرينة الإسناد" أو عن طريق نظرية "نقل المخاطر"، بمعنى أن الطبيب الذى يجرى التدخل الطبى دون الحصول على الرضا المتبصر للمريض يلتزم بضمان كل مخاطره، أى يتم نقل عبء المخاطر من على عاتق المريض إلى عاتق الطبيب فى حالة عدم إعلامه^(٢)، ويعتق أيضاً الفقيه **Rajbaut** فكرة تحمل المخاطر، فيقول أنه عندما يوافق المريض على التدخل الطبى فهو يوافق أيضاً على تحمل مخاطره، وعليه فإن تدخل الطبيب بدون موافقة المريض يكون قد حرم هذا الأخير من هذا الاختبار، مما ينتج عنه تحمل الطبيب لكل النتائج الضارة الناتجة عن تدخله، ويبرر ذلك بقوله أن الطبيب الذى يقرر مباشرة التدخل بدون استشارة الطبيب يكون متأكداً من نتائج تدخله، وهو ما

condamé l'hôpital à réparer le préjudice subi par M.X. , voir sur : <http://www.legifrance.gouv.fr>.

(١) Laurence Butet:op. cit., pp. 74-75.

(٢) د. ليديه صاحب: مرجع سابق، ص ١٥٨.

يحول التزامه من التزام بالعلاج إلى التزام بالشفاء^(١)، كما يبرر أيضاً "البروفسور شابا "Chabas" هذا التعويض الإجمالى بحجة أن الطبيب عند مباشرته للتدخل الطبى بصفة مستقلة عن إرادة المريض، فإنه يلتزم بضمان و بصورة أكيدة النتيجة الإيجابية المرجوة من ذلك التدخل الطبى^(٢).

ولقد اقترح البعض أن يبنى التعويض الكامل عن عدم الإعلام على أساس الإخلال بحكم المادة ٣/١٦ من القانون المدنى الفرنسى التى توجب الحصول على رضا المريض قبل مباشرة العلاج، باستثناء ما إذا كان التدخل ضرورياً للمريض أو كان المريض غير قادر على إبداء القبول^(٣).

ويرى مستشار الحكومة "ديدى شوفو "Didier Chauvaux" - ويحق - أنه من الصعب تبرير التعويض الإجمالى فى حالة الخلل فى الإعلام، وذلك لأن الخلل فى الإعلام لا يعتبر سبباً مباشراً للضرر النهائى، فهو لم يكن إلا دافعاً لتعرض المريض لخطر العملية، ويبقى الرفض أمراً احتمالياً فى أغلب الأحيان باستثناء حالات جد نادرة كالتدخل الطبى غير الضرورى لحالة المريض الصحية، ومثال ذلك جراحة التجميل، حيث يسفر الإعلام الكامل على رفض بات أكيد من المريض^(٤).

(١) د. عبدالكريم مأمون: مرجع سابق، ص ٣٣٤.

(٢) د. ليديه صاحب: مرجع سابق، ص ١٥٧.

(٣) د. عبدالكريم مأمون: مرجع سابق، ص ٣٣٨.

(٤) د. ليديه صاحب: مرجع سابق، ص ١٥٧.

ونحن نؤيد الرأى القائل بأن التعويض الإجمالى عن فوات الفرصة لا يمكن قبوله فى جميع الأحوال لأنه يعتبر إثراء للمريض على حساب الطبيب، ولا يمكن إيجاد أى مبرر له على الإطلاق، فالقول أن الطبيب عند مباشرته للتدخل الطبى بصفة مستقلة عن إرادة المريض فإنه يلتزم بضمان وبصورة أكيدة النتيجة الإيجابية المرجوة من ذلك التدخل الطبى، مردود عليه بأنه لا يقوم على أى أساس قانونى، ويجعل التزام الطبيب التزام بتحقيق نتيجة، وهو أمر مردوده جد خطير على مهنة الطب.

ونؤيد ما ذهب إليه بعض الفقه بأن منح القضاء الإدارى تعويض إجمالى عن فوات الفرصة، يؤدى إلى الإخلال بمبدأ المساواة أمام القضاء، فالمريض الذى يتلقى العلاج فى المرفق الصحى العام، سيستفيد من التعويض الإجمالى عن فوات الفرصة مقارنة بالمريض الذى تلقى العلاج فى القطاع الخاص والذى يقتصر حقه فى تعويض جزئى فقط عن فوات الفرصة، وذلك رغم تواجدهما فى الوضعية نفسه، لذا سرعان ما غير القضاء الإدارى موافقه وسار على نهج القضاء العادى، فأسقط نظام التعويض الإجمالى وتمسك بالتعويض الجزئى المقتصر على ضرر فوات الفرصة^(١).

النتيجة الثانية: التعويض عن فوات الفرصة تعويض جزئى.

(١) د. ليديه صاحب: مرجع سابق، ص ١٥٨.

من أهم آثار رفض التعويض الجزافى عن فوات الفرصة عدم إطلاق يد قضاة الموضوع في تقدير التعويض عن فوات الفرصة، فهم مجبرون على الالتزام بحدود معينة^(١).

فالقاضى عند ممارسة سلطته في تقدير التعويض يجب عليه مراعاة أن يكون هذا التقدير حسب الكسب الذى كانت تستحقه الفرصة التى أضعها المسئول، والذي يكون دائماً جزءاً فقط م الكسب الاحتمالى أو النهائى، وليس تعويضاً يعادل قيمة مجموع الضرر النهائى وإنما جزء منه، وذلك حسب ما كان مهياً للفرصة من تحقيق كسب^(٢)، فالتعويض الذى يقضى به القضاء ثمن ضياع فرصة الحياة أو الشفاء أو التحسن يكون جزئياً، وليس كاملاً يساوى كل الأضرار الناجمة عن الخطأ، سواء أكانت وفاة أو عاهة أو أى ضرر آخر^(٣).

وإذا كانت محكمة النقض لا تراقب قضاة الموضوع في تقديرهم للفرصة الضائعة، فإنها تراعى ضرورة احترام مبدأ عدم تجاوز التعويض المقدر لها عن قيمة الفرص التى كان من المحتمل تحققها^(٤).

(١) Frédéric Puigserver: L'évaluation de la porte de chance on matière hospitalière: une tentative d'unification, RFDA, 2008, p.1036.

(٢) د. يوسف زكريا عيسى: مرجع سابق، ص ١٦٥.

(٣) د. محمد حسين منصور: مرجع سابق، ص ١١٣؛ وفى نفس المعنى د. رجب كريم عبداللاه: مرجع سابق، ص ١٦٣.

(٤) د. محمد عبدالظاهر حسين: مرجع سابق، ص ٤٣٩.

فالشخص الذى أصابه ضرر نتيجة لضياع الفرصة لا يجوز مطلقاً أن يحصل على القيمة الكاملة التى تقابل الكسب الذى كان يأمله أو الخسارة التمكن يمكن تجنبها، وأن ذلك يرجع إلى تعريف الفرصة ذاتها و التى لا يمكن فى الواقع القول بأنها كانت ستحقق حتماً بنسبة ١٠٠%^(١).

فمقدار التعويض عن فوات الفرصة يتحدد فى ضوء قيمة الفرصة الفائتة، وليس فى ضوء مقدار الفائدة المرجوة منها لو تحققت، وهذا المبدأ أكد عليه القضاء الفرنسى فى أكثر من مناسبة، ويترتب على ذلك دائماً أن مقدار التعويض عن فوات الفرصة يجب أن يكون على الدوام أقل من مقدار التعويض عن الضرر النهائى لو كان سيتم تعويضه، فلا يجوز أن يزيد مقدار الفرصة الفائتة عن الضرر النهائى أو حتى يساويه^(٢).

وهذه المحدودية المجسدة فى قيمة الفرصة تعكس مرة أخرى خصوصية نظرية فوات الفرصة باعتبارها تقوم على وجود ضررين مغايرين لكنهما مرتبطان، إلا أن الضرر الأكيد الذى يتم تعويضه هو ضرر فوات الفرصة فقط دون تعويض الحالة النهائية التى يتواجد فيها المريض. ويبرر الأستاذ "يورى" هذا المبدأ على أساس أن "مقدار التعويض لا بد أن يكون موازياً لعلاقة السببية المحتملة بين الخطأ الطبى الثابت والضرر النهائى"، فالتعويض الجزئى هو ما يميز التعويض عن فوات الفرصة^(٣).

(١) د. أيمن إبراهيم العشماوى: تفويت الفرصة، مرجع سابق، ص ١٨٢.

(٢) د. ليديه صاحب: مرجع سابق، ص ١٣٣.

(٣) Frédéric Puigserver: L'évaluation de la perte de chance en matière hospitalière: une tentative d'unification, RFDA, 2008., p. 1036.

ولذلك نؤيد ما قاله البعض^(١) أنه في حالتى التعويض الكامل وانعدام التعويض كلياً، لا نكون في الواقع أمام فرض أو حالة فوات الفرصة، ففي الحالة الأولى نكون أمام ضرر محقق يستوجب التعويض الكامل، وليس فقط عن فوات الفرصة، وفي الحالة الثانية لا نكون أمام ضرر كلية.

وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٥ ديسمبر ١٩٩٥، وتدور وقائع الدعوى حول شركتين في حالة تصفية قضائية، فقرر قاضى التفليسة التنازل عن المحال التجارية التابعة لهما برمتها إلى شركة أخرى مقابل ٢٠٠٠٠٠٠ فرنك فرنسى، إلا أن موثق العقود الذى استدعاه المصطفى لإتمام هذا التنازل امتنع عن القيام بعمله، ثم حدثت بعد ذلك مفاجأة لم تكن في الحسبان، حيث عرضت الشركة التى كان مقرراً التنازل لها هي الأخرى للتصفية القضائية قبل أن تدفع مقابل التنازل، فطالب المصطفى موثق العقود بالتعويض عن فوات فرصة التنازل عن هذه الأموال مقابل ٢٠٠٠٠٠٠ فرنك فرنسى، فأجابته محكمة الاستئناف إلى طلبه، غير أن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الحكم بحجة أن "التعويض في هذه الحالة هو عبارة عن جزء من الربح المتوقع والذى يتوق على احتمال تحقق التنازل مقابل ٢٠٠٠٠٠٠ فرنك فرنسى"^(٢).

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبوالليل: مرجع سابق، ص ٣٦٨؛ وكذلك د. يوسف زكريا عيسى: مرجع سابق، ص ١٦٢.

(٢) انظر الموقع التالى: <http://www.legifrance.gouv.fr>

كما قضت محكمة النقض الفرنسية في ١٩ يونيو ١٩٩٦ بأن محكمة الاستئناف^(١) والتي أجابت الشريكين إلى مطالبهما بالكامل، مؤكدة أن الضرر الذى أصابهما يعادل تماماً قيمة أو مبلغ التعويض الذى كان يمكنهما المطالبة به لو أن العقد قد تم توقيعه بلا إبطاء فور تحرير وثائق الانضمام، ومنحتها بالتالى جميع المبالغ التى طالبوا بها تطبيقاً لوثيقة التأمين فى حين أن هذا العقد لم يتم إبرامه بعد، ورغم أنهما لا يمنهما التمسك إلا بالتعويض عن فوات الفرصة إبرام عقد التأمين، تكون قد خالفت بذلك نص المادة ١٣٨٢ من القانون المدنى^(٢)، كما قررت محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٠٠٨/١٢/٢ أن التعويض عن فوات الفرصة لا يكون إلا جزئياً، وعلى وجه الخصوص التعويض عن فوات فرصة البقاء على قيد الحياة يجب ألا يتساوى مع التعويض الناشئ عن الوفاة^(٣).

تخلى مجلس الدولة الفرنسى عن موقفه الرافض للتعويض الجزئى عن فوات الفرصة:

حيث كان القاضى الإدارى ينظر إلى فوات الفرصة باعتباره بديلاً عن السببية وليس نوع من الضرر، فإن تلك النظرة أسهمت فى اعتناق مجلس الدولة الفرنسى لمبدأ التعويض الكامل عن فوات الفرصة، لكن هذا الوضع قد تغير خصوصاً منذ حكمه الصادر فى ٥ يناير ٢٠٠٠م، حيث اعتنق مجلس

(١) راجع د. يوسف زكريا عيسى: مرجع سابق، ص ١٦٥، ١٦٦.

(٢) انظر الموقع التالى: <http://www.legifrance.gouv.fr>

(٣) ذات الموقع الإلكتروني السابق.

الدولة الفرنسى منطق محكمة النقض الفرنسىة فى هذه المسألة واعتبر أن فوات فرصة البقاء على قيد الحياة ضرر معوض عنه وليس وسيلة لإثبات وجود علاقة السببية بين الخطأ والضرر النهائى، وهذا المسلك الجديد الذى اعتنقه مجلس الدولة الفرنسى عبر عنه الكثيرين بأنه أمر مرضى للغاية (١٠١٣)، و ولقد قرر مجلس الدولة الفرنسى فى حكمه الصادر فى ٢١ ديسمبر ٢٠٠٧، أن دائماً هناك حداً عند تقدير التعويض عن فوات الفرصة بمنعه من بلوغ القيمة المالية الكافية لتغطية الضرر النهائى، والذى يعتبر ضرراً غير أكيد^(١).

وهذا الحكم الأخير هو حكم شهير لأنه كان بمثابة انتهاء عهد التعويض الكامل عن فوات الفرصة، حيث تقرر فيه أن التعويض عن فوات الفرصة ينبغى تقييمه فى جزء صغير من الإصابة الجسدية يحدد على أساس حجم الفرصة الفائتة^(٢)، والتعويض الجزئى لا يتقرر لأن الضرر نفسه الذى وقع يكون جزئياً، وإنما لأن التسبب فيه كان جزئياً فقط، فالتعويض فى تفويت الفرصة يقدر بقدر علاقة السببية المحتملة بين فوات الفرصة والضرر الذى ترتب عليها^(٣).

ويخلط بعض الفقه من خلال محدودية التعويض عن فوات الفرصة، بين التعويض عن فوات الفرصة وتعويض الضرر الناجم عن تفويت الفرصة،

(١) Conseil d'Etat, section du contentieux, 21/12/2007, 289328, publié au recueil lebo. Voir sur: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

(٢) Laurence, Butet: op. cit., p.77.

(٣) د. إبراهيم الدسوقى أبو الليل: مرجع سابق، ص ٣٧١.

فوفقاً لهذا الرأى، يجب تعويض الضرر الناجم عن تفويت الفرصة متى توافرت الشروط المطلوبة لذلك، غير أن هذا التعويض يقتصر على قيمة الفرصة الضائعة فقط^(١).

ويرى الأستاذ Chartier أن التعويض عن فوات الفرصة لا يكون إلا جزئياً وذلك على أساس أن فوات الفرصة ليس ضرراً محققاً، ولذلك فالتعويض لا يكون إلا جزئياً وبنفس درجة الاحتمال^(٢).

ومن جانبنا نسير مع الذين لا يؤيدون هذا الرأى لأنه لا يمكن قبول التعويض عن فوات الفرصة إلا إذا كان ضرراً محققاً، والتعويض عن فوات الفرصة وإن كان جزئياً إلا أنه لا يتعارض مع مبدأ التعويض الكامل.

النتيجة الثالثة: التعويض الجزئى عن فوات الفرصة يتمشى مع مبدأ التعويض الكامل.

من المبادئ المستقر عليها مبدأ التعويض الكامل عن الضرر بوجه عام، وعلى الرغم من أن هذا المبدأ يجد أساسه فيما اتفق عليه الفقه والقضاء من وجوب التعويض الكامل، فإن بعض المنظمات الإقليمية حرصت على النص عليه، ومن ذلك القرار رقم ٧٥/٧ الصادر من المجلس الأوروبى فى ١٤ مارس ١٩٧٥، والمتعلق بالتعويض عن الحياة فى حالة الإصابة الجسدية والوفاة، والذى قرر حق كل من أصابه ضرر فى تغيير حالته بعد الاعتداء على حقه إلى حالة أقرب ما تكون إلى حالته قبل حدوث الفعل

(١) د. أيمن إبراهيم العشماوى: مرجع سابق، ص ١٨٣.

(٢) Laurence Butet: op. cit., p.79.

الضار، ورغم أن ذلك القرار ليست له صفة الإلزام بالنسبة للدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي - حيث أن الغرض منه ومن غيره من القرارات التي كانت تصدر من المجلس الأوربي، هو إحداث توافق بين التشريعات الأوربية - فإنه يعكس مدى أهمية حصول المضرور على تعويض كامل عن الضرر الناشئ عن الاعتداء على حق أو مصلحة مشروعة له يحميها القانون، أما في القانون الفرنسى فإن مبدأ التعويض الكامل تم إقراره طبقاً للقواعد العامة للمسئولية المدنية، كما أن المجلس الدستوري الفرنسى قد أصدر قراراً في ٢٢ أكتوبر ١٩٨٣ كان بمثابة مبدأ أساسى لقاعدة من قواعد النظام العام في فرنسا للتعويض عن الأضرار الناشئة عن أخطاء الأشخاص الطبيعية والمعنوية^(١).

ويقصد بمبدأ التعويض الكامل عن الضرر أن المسئول عن الفعل غير المشروع يلتزم بتعويض جميع الأضرار التي لحقت بالمضرور، لأن ذلك قط يمكن أن يعيد الضحية إلى الحال التي كان عليها قبل وقوع الفعل غير المشروع، وعلى الرغم من عدم النص صراحة على هذا المبدأ، فإنه نتيجة حتمية لبلوغ الأمن الاجتماعى الذى يسعى المشرع إلى تحقيقه^(٢)، فتقدير التعويض يتعين أن يكون مساوياً لقيمة الضرر المباشر لا ينقص عنها ولا يزيد، ويهدف إلى جبر الضرر، ويجرى تقديره وفقاً لمعيار موضوعى يستند إلى

(١) د. محمد السيد السيد: مرجع سابق، ص ١٨٣.

(٢) د. سامى عبدالله الدريعى: مرجع سابق، ص ٧٥.

مدى وقيمة الضرر فقط، فضلاً عن تقدير الضرر واقعياً بالنظر إلى ظروف المضرور، ومدى تأثره بالفعل الضار^(١).

ويرى البعض أن تطبيق هذه القاعدة في حالة التعويض عن فوات الفرصة يعترضه بعض الصعوبات، إذ أن المحاكم والفقهاء قد اتفقوا على تحديد مبلغ التعويض في هذه الحالة بقيمة الفرصة الضائعة بالقياس إلى الفرص المماثلة، وبذلك فإن هذا التقدير يتم بصورة نسبية، إذ أن الضرر يتعذر حسابه وتحديده تحديداً واقعياً وحقيقياً بل يعتمد في تقديره على الحدس والتخمين، فالضرر هنا لا يشمل كل الضرر المحتمل وقوعه من فوات الكسب الاحتمالى الذى كان يأمله المضرور وإنما يمثل نسبة منه فقط^(٢).

فكرة فوات الفرصة لا تسمح أبداً للمضرور إلا بالحصول على تعويض جزئى، ومن ثم يبدو لهذا البعض أنه ثمة تعارض بين كيفية حصول المضرور على تعويض جزئى مع مبدأ التعويض الكامل^(٣)، وفقاً لهذا الرأى التعويض الجزئى عن فوات الفرصة من الناحية المنطقية حل ناقص حيث أن الفرصة لن تظل مجرد فرصة على الدوام وإنما لابد من وضعها موضع التنفيذ، وفى هذه الحالة إما أن تصبح ثابتة ومؤكدة وتزيد قيمتها عن طريق تحققها بالفعل، وإما أن تتلاشى وتندعم تماماً، فالتعويض لا يعيد المضرور

(١) د. عربى سيد عبدالسلام: مرجع سابق، ص ١١٣.

(٢) Laurence Butet: op. cit., pp. 77 et s.

(٣) Laurence Butet: op. cit., pp. 78-79.

إذاً إلى الوضع الذى كان يوجد فيه لو لم يحرم من فرصته^(١)، ويؤسسون ذلك على أن الفرصة لا يقصد بها أن تظل كذلك، أى مجرد فرصة للكسب، فمن يمكن مثل هذه الفرصة لا يرغب في الاحتفاظ بها على أنها مجرد وسيلة لتحقيق كسب معين، بل يرغب في الكسب ذاته، أى يرغب في تحقيقها، لذلك فعند تقدير التعويض عن فواتها يجب وضع المضرور في الحالة التى يكون عليها لو تحققت هذه الفرصة، وليس تعويضه عن قيمة الفرصة ذاتها، وإلا عد ذلك وضعاً للمضرور في المركز أو الحالة التى يكون عليها لو باع هذه الفرصة وليس لو تحققت^(٢)، فوفقاً لهذا الرأى إما أن يكون التعويض كاملاً أو عدم التعويض، فليس هناك أى محل للقول بوجود تعويض جزئى.

ويعارض فريق آخر من الفقه وجه النظر السابقة، على أساس أنها تؤدى إما إلى تعويض الضرر الاحتمالى تعويضاً كاملاً رغم عدم التيقن من نتيجة تحقق الفرصة، وإما ألا يقضى بالتعويض كلية استناداً إلى كون الكسب افتراضياً، وأن الحرمان منه يشكل ضرراً نظرياً لا أساس له من الواقع^(٣).

ونحن نؤيد الرأى القائل بأنه عند تقدير التعويض عن فوات الفرصة يجب وضع المضرور في الحالة التى يكون عليها لو تحققت هذه الفرصة، هو مجرد افتراض بحت، وحتى لو سلمنا بإمكانية تلك فرضاً، فحاصل ذلك أن

(١) د. أيمن إبراهيم العشماوى: مرجع سابق، ص ١٨٤، ١٨٥.

(٢) د. إبراهيم الدسوقى أبو الليل: مرجع سابق، ص ٣٦٧.

(٣) د. إبراهيم الدسوقى أبو الليل: مرجع سابق، ص ١٥٩.

نقبل تعويض الضرر النهائى وهو مجرد ضرراً احتمالى لا يمكن التعويض عنه.

ومن ناحية ثانية، التعويض عن فوات الفرصة لا يكون عن مجرد الفرصة في حد ذاتها، بل هو عن فواتها، وهو ضرر محقق يمكن التعويض عنه، ولأن الضرر المحقق الذى أصاب المضرور يتضمن في فقد فرصة الكسب، فإن التعويض يقدر بقدر هذه الفرصة، وليس بكل الكسب الذى حرم منه.

كما نؤيد القول بأن التعويض عن تفويت الفرصة لا يتعارض بأى حال من الأحوال مع مبدأ التعويض الكامل للضرر مادام الضرر الوحيد الثابت الذى يمكن التعويض عنه في هذه الحالة هو تفويت فرصة الحصول على نتيجة مأمولة ومتوقعة لا يمكن الجزم بأنها تحققت كان أمراً مؤكداً، فمبدأ الجبر الكامل للضرر يسرى في تعويض الفرصة الفائتة، فلا يحصل المضرور على القيمة الكاملة للميزة التى كان يأمل الحصول عليها، وإنما يحصل على جزء من تلك القيمة يتعادل مع درجة احتمال حصوله على الميزة لو كانت أتاحت له فرصة التقدم لها.

الخاتمة

وبعد أن انتهينا من تناولنا لهذه الدراسة "التعويض عن فوات الفرصة" ، وحيث أننا تعرضنا فيه من خلال ثلاثة مباحث لما يلي:

فى المبحث الأول تناولنا مفهوم فوات الفرصة، حيث استنتجنا أن فوات الفرصة بحد ذاته هو ضرر قابل للتعويض عنه لو صورتان رئيسيتان (فوات فرصة تحقق كسب أو فوات فرصة تجنب خسارة)، كما أن مفهوم فوات الفرصة يختلف عن العديد من المفاهيم التى قد تختلط به، ثم تناولنا أساس التعويض عن فوات الفرصة، ثم موقف الفقه والقضاء من التعويض عن فوات الفرصة.

وفى المبحث الثانى تعرضنا لمبدأ التعويض عن فوات الفرصة وكيف رفض بعض الفقه التعويض عن فوات الفرصة، وعلى النقيض من ذلك أقر رأى ثان التعويض عن فوات الفرصة، ورجحنا الرأى الثانى، حيث تم التعرض لمفهوم التعويض عن فوات الفرصة فأوضحنا المقصود بالتعويض عن فوات الفرصة ثم أوضحنا أساس التعويض عن فوات الفرصة، و تناولنا مدى قبول الفكر القانونى لمبدأ التعويض عن فوات الفرصة، ثم بعد ذلك تعرضنا لشروط التعويض عن فوات الفرصة، فيجب أن يكون فوات الفرصة محققاً، كما أنه يجب أن يكون فوات الفرصة ضرراً مباشراً وشخصياً، كما أنه يجب أن تمثل الفرصة الفائتة حقاً مكتسباً أو مصلحة مشروعة للمضروب، ثم تناولنا كيف استخدم القضاء الفرنسى نظرية فوات الفرصة من أجل إقرار التعويض عن التداعيات الضارة للعمل الطبى وذلك من خلال أولاً: المقصود بالتداعيات

الضارة للعمل الطبى، وثانياً: كيف توصل القضاء الفرنسى إلى إقرار تعويض جزئى عن التداعيات الضارة للعمل الطبى من خلال نظرية فوات الفرصة.

ثم نأتى للمبحث الثالث والأخير الذى تحدثنا فيه عن تقدير التعويض عن فوات الفرصة، حيث تكلمنا عن أن قاضى الموضوع له سلطة كبيرة فى تقدير التعويض عن فوات الفرصة، وأن لمحكمة النقض دوراً هاماً فى الرقابة على ممارسة قاضى الموضوع لهذه السلطة من خلال الرقابة على سلامة الوصف القانونى ومن خلال الرقابة على التأسيس القانونى، ثم تحدثنا عن كيف يتم تقدير التعويض عن الضرر النهائى، وأخيراً تناولنا نتائج التقدير المضاعف لفوات الفرصة وأهمها رفض التعويض الجزافى عن فوات الفرصة.

ومن خلال ما استنتجناه مما سبق نوصى بالآتى:-

التوصيات:

١- تدخل المشرع بنص فى القانون المدنى يقر مبدأ التعويض عن فوات الفرصة كضرر ينبغى التعويض عنه، وذلك حتى لا يحصل الخلط والتردد لمفهوم فوات الفرصة بين الضرر وعلاقة السببية، لأن الأخذ بمفهوم فوات الفرصة من منظور علاقة السببية قد يؤدى إلى رفض القضاء تطبيق نظرية فوات الفرصة.

حيث ينبغى هنا التأكيد على رفض نظرية فوات الفرصة كأساس للمسئولية الجنائية للطبيب، فالمسئولية الجنائية تخضع لمبدأ الشرعية الجنائية فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

٢- ضرورة استفادة القاضى من مبادئ وقواعد ونظريات علم الاحتمالات لتقدير التعويض المناسب عن فوات الفرصة، حتى يصل إلى التحديد الدقيق للتعويض الذى سيقضى به رائده فى ذلك الاجتهاد ما استطاع لأن يحكم بالعدل.

٣- إقرار التأمين الإجبارى من المسئولية الطبية، وذلك حتى نقدم التأمين اللازم ليس للطبيب بشخصه ولكن للطبيب بصفته من أجل توفير الحماية الواجبة للطب كمهنة محلها جسم الإنسان بتعقيدهات وغموضه والتي لا يلم بها إلا الله عز وجل.

٤- ضرورة تدخل المشرع المصرى بوضع تقنين ينظم ويضبط العلاقة بين الطبيب والمريض وحقوق كل منهما وواجباته نحو الآخر، فالتطبيق العملى لمهنة الطب والتطبيقات القضائية أثبتت قصور القواعد العامة للمسئولية المدنية فى المجال الطبى.

قائمة المراجع

أولاً : الكتب المتخصصة.

١. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: تعويض الضرر في المسؤولية المدنية .
دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، مطبوعات جامعة الكويت،
١٩٩٥م
٢. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: تعويض تفويت الفرصة (القسم الأول)،
مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة العاشرة، العدد الثانى، يونية
١٩٨٦، فقرة ١٩
٣. د. إبراهيم أحمد محمد الرواشدة: المسؤولية المدنية لطبيب التخدير -
دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية
٤. د. إدوارد غالى الذهبى: خطأ الطبيب وتفويت الفرصة على المريض،
مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول، السنة الخامسة عشر،
١٩٧١م
٥. د. أحمد محمود سعد: مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء
الطبيب ومساعديه - دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه والقضاء
المصريين والفرنسيين، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية،
٢٠٠٧م
٦. د. أسامة أبو الحسن مجاهد: التعويض عن الضرر الجنسى، دار
النهضة العربية، ٢٠٠٧م
٧. د. أيمن إبراهيم العشماوى: تفويت الفرصة (دراسة مقارنة)، دار
النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤م

٨. د. ثروت عبدالحميد: تعويض الحوادث الطبية (مدى المسؤولية عن التدايعات الضارة للعمل الطبى)، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٧م
٩. د. حمد سلمان سليمان الزيود: المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم الملوث - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامى والقانون الوضعى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م
١٠. د. سامى عبدالله الدريعى: بعض المشكلات التى يثيرها التقدير القضائى للتعويض (تعليق على حكم محكمة التمييز الكويتية رقم ١٩٩٣/٥٩ المتعلق بالتعويض القضائى عن الضرر)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة السادسة والعشرون، شوال ١٤٢٣هـ، ديسمبر ٢٠٠٢م
١١. د. سعيد أحمد شعلة: قضاء النقص المدني في المسؤولية والتعويض (مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقص خلال اثنين وسبعين عاماً ١٩٣١ - ٢٠٠٢)، منشأة المعارف، ٢٠٠٣م
١٢. د. سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصرى مقارناً بتقنيات سائر البلاد العربية، الطبعة الرابعة، بدون ناشر، ١٩٨٦م
١٣. د. سهير منتصر: الالتزام بالتبصير في العقود المدنية، دار النهضة العربية، ١٩٩٠م، ص ١٠٩؛ وكذلك د. شحاتة غريب شلقامى: التعويض عن ميلاد طفل من ذوى الاحتياجات الخاصة (دراسة تحليلية للتطور القضائى الفرنسى والموقف في القانون المصرى والفقه الإسلامى)، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨م

١٤. د. عادل جبر: المفهوم القانونى لرابطة السببية وانعكاساته فى توزيع عبء المسؤولية المدنية . دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامى، دار الفكر الجامعى، ٢٠٠٣م
١٥. د. عبدالرزاق السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى، دار النهضة العربية، ١٩٦٤
١٦. د. عبدالرشيد مأمون: علاقة السببية فى المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر
١٧. د. عبدالكريم مأمون: حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦م
١٨. د. محمد عبدالظاهر حسين: مشكلات المسؤولية المدنية فى مجال عمليات نقل الدم، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م
١٩. د. منير رياض حنا: المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين فى ضوء القضاء والفقه الفرنسى والمصرى، دار الفكر الجامعى، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م
٢٠. د. وائل محمود أبو الفتوح: المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم - دراسة مقارنة، بدون ناشر، ٢٠٠٥م
٢١. د. يوسف زكرياً عيسى: التعويض الناشئ عن تفويت الفرصة أحكامه وتطبيقاته فى الفقه الإسلامى والقانون، الخرطوم، السودان، أرباب، ٢٠١١م

ثانياً: الرسائل العلمية:

٢٢. د. أنس محمد عبدالغفار سلامة: المسؤولية المدنية في المجال الطبي - دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ٢٠٠٩م
٢٣. د. بدير طلعت بدير على: الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا
٢٤. د. عربى سيد عبدالسلام محمد: أحكام تقدير التعويض وأثر تغير القوة الشرائية للنقود على تقديره (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، ٢٠٠٨م
٢٥. د. كريمة عباسى: الضرر فى المجال الطبى، رسال ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزى وزو، كلية الحقوق، ٢٠١١م
٢٦. د. ليديه صاحب: فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزى وزو - كلية الحقوق، ٢٠١١م
٢٧. د. محمد السيد السيد الدسوقي: التعويض عن الأضرار الأدبية المتعلقة بحياة وسلامة الإنسان - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، ٢٠٠٦م
٢٨. د. مراد بن صغير: مرجع سابق، الخطأ الطبى في ظل قواعد المسؤولية المدنية - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبى بكر بلقايد تلمسان بالجزائر، ٢٠١٠م

ثالثاً: المراجع الأجنبية.

- 1 **Chartier (Yves): La reparation du prejudice dans la responsabilité civile, Dalloz, Paris, 1983**
- 2 **Chartier (Yves): La reparations du prejudice dans la responsabilité civile, Dalloz, 1983**
- 3 **Conseil d'Etat, 5/3 SSR, du 17 février 1988, 71974, inédit au recueil lebon: qu'ainsi c'est á bon droit que les premiers juges ont condamé l'hospital á réparer le prejudice sbi par M.X. , voir sur : <http://www.legitrance.gouv.fr>.**
- 4 **Daniéle Cristol: Indemnisation de la perte de chances: Le conseil d'etat poursuit sa conversion au probabilisme, Revue de droit sanitaire et social, 2008**
- 5 **Elise Corouge:devoir d'information du malade et responsabilité hospitalière, Conclusions sur cour administrative d'appel de Paris, Assemblée plénière, 9 juin 1998, Guilbot, RFDA, 2000**
- 6 **Frédéric Puigserver: L'évaluation de la perte de chance en matière hospitalière: une tentative d'unification, RFDA, 2008**
- 7 **Frédéric Puigserver: L'évaluation de la porte de chance on matière hospitaliore: une tentative d'unification, RFDA, 2008**

- 8 **Frédéric Puigserver: L'évaluation de la perte de chance en matière hospitalière: une tentative d'unification, RFDA, 2008**
- 9 **Laurence Butet: La perte de chance en matière de responsabilité médicale, mémoire, Université Jean Moulin-Lyon III, Faculté de droit, 2008-2009**
- 10 **Patrice Jourdain: La perte d'une chance d'éviter une souffrance morale se transmet aux héritiers de la victime, RTD Civ. 2007**

رابعاً: الإنترنت:

- 1 http://www.cc.gov.eg/courts/cassation_court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx.
- 2 <http://www.f-law.net/law/archive/index.php/t-16262.html>.
- 3 <http://www.kdaiaeldwla.com/nakd/nakd067-03-07.htm>
- 4 <http://www.legifrance.gouv.fr>.

الفهرس

- ٧٠٧ المقدمة.
- ٧١١ المبحث الأول: مفهوم التعويض عن فوات الفرصة.
- ٧١٢ المطلب الأول: المقصود بالتعويض عن فوات الفرصة.
- ٧١٤ المطلب الثانى: أساس التعويض عن فوات الفرصة.
- المطلب الثالث: مدى موقف الفقه والقضاء من التعويض عن فوات
٧١٧ الفرصة.
- ٧٣٢ المبحث الثانى: شروط التعويض عن فوات الفرصة.
- ٧٣٣ المطلب الأول: أن يكون فوات الفرصة محققاً.
- ٧٥٢ المطلب الثانى: أن يكون فوات الفرصة مباشراً وشخصياً.
- المطلب الثالث: أن تمثل الفرصة الفائتة حقاً مكتسباً أو مصلحة مشروعة
٧٦٠ للمضروب.
- المبحث الثالث: سلطة قاضى الموضوع فى تقدير التعويض عن فوات
٧٦٤ الفرصة.
- المطلب الأول: السلطة الواسعة لقضاة الموضوع فى تقدير التعويض عن
٧٦٦ فوات الفرصة.
- المطلب الثانى: رقابة محكمة النقض على الأحكام التى أصدرها قضاة
٧٧١ الموضوع.

- ٧٧٥ المطلب الثالث: تقدير التعويض عن الضرر النهائى.
- ٧٨٥ المطلب الرابع: نتائج التقدير المضاعف لفوات الفرصة.
- ٨٠٤ الخاتمة والتوصيات.
- ٨٠٧ قائمة المراجع.
- ٨١٣ الفهرس.