الرقم الدولي : ISSN2075-7220
الرقم الدولي الالكتروني : ISSN2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

- ا.د اسراء محمد علي سالم
  ابراهيم صالح كاظم
- أ.د. إسماعيل صعصاع غيدان البديري
  م. حوراء حيدر إبراهيم الطائي
- أ.د. منصور حاتم محسن
- أ.د. ايمان طارق الشكري
  وليد طعمه مفتن

- جرائم العمل المنصوص عليها في القوانين الخاصة.
- دور الجزاءات الادارية في حماية الامن الدوائي (دراسة مقارنة).
- التأمين النقدي(دراسة قانونية مقارنة مع الفقه الاسلامي)
- مفهوم مبدأ الرد الكامل للمنافع

السنة الثالثة عشر ٢٠٢١ العدد الرابع

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٢٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN: 2075-7220
ISSN ONLINE: 2313-0377

AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal

For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University

Some of the research included in this issue:

- Labour offences provided for by special laws — Prof. Dr. Asra Muhammad Ali, Ibrahim Saleh Kadhm
- The role of administrative sanctions in protecting drug security — Prof. Ismaeel Sasah Ghidan, Hawraa Haidar Ibraheim Altaie
- The Monetary Mortgage, Legal Study Compared to Islamic Jurisprudence — Prof.Dr.Mansoor Hatem Muhsin
- A concept of principle of full refund of benefits — Prof. Dr. Eman Tarek Makki, waleed Tuma Maften

Fourth Issue 2021 Thirteenth Year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

الفهرس

ت	اسم البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
١.	جرائم العمل المنصوص عليها في القوانين الخاصة	ا.د اسراء محمد علي سالم ابراهيم صالح كاظم	٩-٤٢
٢.	المسؤولية الجزائية عن التلاعب بأجور العمال(دراسة مقارنة)	ا.د اسراء محمد علي سالم ابراهيم صالح كاظم	٤٣-٨٤
٣.	الأحكام الموضوعية لجريمة الاعتداء عمداً على الموجودات الخاصة بمرافق المياه والغاز (دراســة مقارنــة)	ا.د. إسراء محمد علي سالم عباس محمد علي محمد	٨٥-١١٩
٤.	الأحكام الموضوعية لجرائم التخريب في قانون عقوبات قوى الأمن الداخلي العراقي -دراسة مقارنة-	ا.د إسراء محمد علي سالم أحمد صباح محيسن سبتي	١٢٠-١٥٣
٥.	دور الجزاءات الادارية في حماية الامن الدوائي (دراسة مقارنة)	أ.د. إسماعيل صعصاع غيدان م. حوراء حيدر إبراهيم الطائي	١٥٤-١٧٨
٦.	طرق اختيار تعيين رجل الشرطة (دراسة مقارنة)	ا.د.اسماعيل صعصاع غيدان حمزة غالب مكمل الميالي	١٧٩-٢٠٨
٧.	الضمانات القانونية لعدالة تقسيم الدوائر الانتخابية (دراسة مقارنة)	أ.د اسماعيل صعصاع أ .د علاء عبد الحسن حيدر عزيز صالح	٢٠٩-٢٥٧
٨.	التنظيم القانوني لشروط منح إجازة السياقة في التشريع العراقي (دراسة مقارنة)	أ.د.إسماعيل صعصاع غيدان حامد عبيد مرزة العلواني	٢٥٨-٣٠٦
٩.	التأمين النقدي(دراسة قانونية مقارنة مع الفقه الاسلامي)	أ.د. منصور حاتم محسن	٣٠٧-٣٤٣
١٠.	(مفهوم حق الإمكان القانوني) "دراسة مقارنة"	أ.د. منصور حاتم محسن نجوان محمد راضي	٣٤٣-٣٦٥
١١.	وسائــل اثــبــات التــوقيــع الالكتروني	ا.د منصور حاتم محسن م.د بان سيف الدين محمود م.م خوالفية رضا	٣٦٦-٣٨٤
١٢.	مفهوم التصرف في المال المغصوب (دراسة مقارنة)	ا.د منصور حاتم محسن م. عباس سهيل جيجان	٣٨٥-٤٥٦
١٣.	مفهوم مبدأ الرد الكامل للمنافع	أ.د. ايمان طارق الشكري وليد طعمه مفتن	٤٥٧-٤٩٠
١٤.	المصدر الموضوعي لترابط الاتفاقات (دراسة مقارنة)	ا.د. ايمان طارق مكي م.د سهير حسن	٤٩١-٥٣٨
١٥.	اثر ترابط الاتفاقات على انقضاء المجموعة العقدية (دراسة مقارنة)	ا.د. ايمان طارق مكي م.د سهير حسن	٥٣٩-٥٨٨
١٦.	المفهوم القانوني للمانع الادبي في الاثبات المدني	أ . د سلام عبد الزهرة عبد الله ياسر محمد فوزان الحساني	٥٨٩-٦٣٤
١٧.	المفهوم القانوني لبنوك التجميد (دراسة مقارنة)	ا.د. سلام عبد الزهرة عبدالله مشتاق عبدالحي عبدالحسين بدر	٦٣٥-٦٧١
١٨.	موقف القانون العراقي من الحجز التنفيذي على حقوق الملكية الفكرية	أ.د سلام عبد الزهرة عبد الله غسان شهيد كريم جبار	٦٧٢-٧٠٤
١٩.	استنفاد ولاية القاضي في الدعوى المدنية (دراسة مُقارنة)	أ.د. هادي حسين الكعبي حسين صبري هادي	٧٠٥-٧٥٠
٢٠.	المركز القانوني للمستهلك الالكتروني في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي	أ.د.عبد الرسول عبد الرضا حسين عمران جرمط العبيدي	٧٥١-٧٨٤
٢١.	الحماية الاجرائية للسائح الاجنبي	أ.د.عبد الرسول عبد الرضا وسام عبد العظيم عبيد	٧٨٥-٨١٣
٢٢.	دور تقنية التأمين لمواجهة المخاطر والأضرار في ظل انتشار جائحة كورونا	أ.د.عبد الرسول عبد الرضا	٨١٤-٨٤٣

ت	اسم البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
		م. د نصيف جاسم محمد الكرعاوي	
٢٣.	جنسية السفينة وأثرها على الولادات التي تحصل على متنها	ا.د.عبد الرسول عبد الرضا جواد كاظم جاسم خنجر الطفيلي	٨٤٤-٨٨٤
٢٤.	جريمة الاعتداء على المنشآت العسكرية - دراسة مقارنة	أ. د. حسون عبيد هجيج سالم حسين حبيب	٨٨٥-٩٢٣
٢٥.	جريمة استعمال المحرر الصحيح من قبل الغير(دراسة مقارنة)	أ.د . حسون عبيد هجيج كرار علاوي خضير المساري	٩٢٤-٩٥٨
٢٦.	الاطار المفاهيمي لجريمة انشاء موقع على الشبكة المعلوماتية بقصد الاتجار بالبشر (دراسة مقارنة)	ا.د. عمار عباس الحسيني احمد ضمد جاسم	٩٥٩-٩٨٨
٢٧.	حرية الملاحة في أعالي البحار	أ.د. صدام حسين وادي علي لفتة جودة	٩٨٩-١٠٢٢
٢٨.	علاقة رئيس الجمهورية بالقضاء في الدستور العراقي مقارنة بالدستورين الامريكي والفرنسي (دراسة مقارنة)	ا.د علاء عبد الحسن كريم م.د.اركان عباس حمزة	١٠٢٣-١٠٦٤
٢٩.	الفئات المشمولة بالحصانة الدبلوماسية	أ.د. طيبة جواد حمد المختار سلام عيسى صكبان الصليخي	١٠٦٥-١٠٨٥
٣٠.	انقضاء استخلاف حقوق الملكية الفكرية (دراسة مقارنة)	أ.د. ضمير حسين ناصر خوله كاظم محمد راضي	١٠٨٦-١١١٧
٣١.	استخلاف الحقوق المعنوية واشكالية الانتقال (دراسة مقارنة)	أ.د. ضمير حسين ناصر خوله كاظم محمد راضي	١١١٨-١١٤٨
٣٢.	هلاك المعلومات الالكترونية والاثر المترتب عليها (دراسة مقارنة)	أ.د. ميري كاظم عبيد علاء حسين حمد	١١٤٩-١١٨٤
٣٣.	انتقاض الاجراء القضائي (دراسة تحليلية مقارنة)	ا.د.وسن قاسم غني م.م. احمد خضير عباس	١١٨٥-١٢٠٦
٣٤.	الاساس القانوني للحكم القضائي المشروط (دراسة مقارنة)	ا.د.وسن قاسم غني سامي حسين ثامر	١٢٠٧-١٢٤٢
٣٥.	القوة الملزمة للحكم القضائي الاجنبي المشروط(دراسة مقارنة)	ا.د.وسن قاسم سامي حسين ثامر	١٢٤٣-١٢٧٩
٣٦.	عقد المشورة الوراثية	أ.د. وسن قاسم غني الخفاجي علي رشيد رحم القريشي	١٢٨٠-١٣٢٨
٣٧.	الرقابة القضائية على قرارات منح سمة الدخول والإقامة	أ.د. فراس كريم شيعان عقيل حمود حمزه	١٣٢٩-١٣٦٢
٣٨.	اثر معيار المصلحة الفضلى في تحديد القانون الواجب التطبيق على حقوق الطفل الشخصي	ا.د.فراس كريم شعيان خضير مخيف فارس	١٣٦٣-١٣٩٦
٣٩.	التنظيم القانوني لعقد القرض الدولي متعدد الأطراف	أ . د فراس كريم شيعان ابتهال حميد غريب	١٣٩٧-١٤٢٦
٤٠.	أساليب بيع البنك المركزي للعملة الأجنبية (دراسة مقارنة)	أ. د. ذكرى محمد حسين الياسين م.م عبدالخالق غالي مهدي	١٤٢٧-١٥٠٦
٤١.	دور قضاء الدولة في معالجة الفراغ التشريعي عن طريق مبادئ القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)	أ.د. خير الدين كاظم الامين نور حسين جواد	١٥٠٧-١٥٣٩
٤٢.	الحماية الموضوعية للمال الاجنبي (دراسة مقارنة)	أ.د. خير الدين كاظم الامين علي عبد الكريم خلف	١٥٤٠-١٥٧٠
٤٣.	الحلول الوطنية لتنازع القوانين في استرداد الاموال	أ.د. خير الدين كاظم الامين بسام صبيح سلمان	١٥٧١-١٦٠٦
٤٤.	ولاية القضاء إزاء الإدارة ضمن نطاق العقد الإداري (دراسة مقارنة)	أ.د. صادق محمد علي حسن قاسم محمد حنتوش	١٦٠٧-١٦٢٩

ت	اسم البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
٤٥.	جهات الرقابة الإدارية ووسائل تحريكها / دراسة مقارنة	أ.د. صادق محمد علي حسن قاسم محمد حنتوش	١٦٣٠-١٦٥٣
٤٦.	ضمانة التحقيق الانضباطي لرجل الشرطة (دراسة مقارنة)	ا.د.صادق محمد علي الحسيني خالد وهاب حسن العكايشي	١٦٥٤-١٧٠٢
٤٧.	الجزاءات المالية المترتبة على النكول في المناقصات والمزايدات الحكومية	ا.د.صادق محمد علي الحسني عماد محمد شاطي	١٧٠٣-١٧٣٤
٤٨.	جريمة حيازة المتفجرات والمفرقعات (دراسة مقارنه)	ا.د. محمد إسماعيل المعموري ساره عبد الرضا حلبوص	١٧٣٥-١٧٧٩
٤٩.	أركان جريمة أدارة أو تهيئة مكان لتعاطي المخدرات أو المؤثرات العقلية -دراسة مقارنة-	ا.د. محمد إسماعيل المعموري علاء حسين علي لافي	١٧٨٠-١٨٠٩
٥٠.	جريمة تحرير وصفة طبية وهمية او مبالغ فيها في القانون العراقي	ا.د. محمد إسماعيل المعموري م.احمد هادي عبد الواحد	١٨١٠-١٨٤٤
٥١.	عقوبة جريمة امتناع متكفل الطفل عن تسليمه لمستحقه (دراسة مقارنة)	ا.د. محمد إسماعيل المعموري ايناس عباس كحار	١٨٤٥-١٨٨١
٥٢.	جريمة تغاضي رجل الشرطة عن منع ارتكاب جريمة (دراسة مقا رنة)	أ.د. اسماعيل نعمة عبود مسلم محمد طالب	١٨٨٢-١٩١٤
٥٣.	تنظيم اختصاصات المجلسين التشريعيين في المجال التشريعي	ا.د.حسين جبار عبد كرار نجم عبد	١٩١٥-١٩٤١
٥٤.	الضمانات الدستورية لحقوق وحريات الافراد في الضرورة الاجرائية الجزائية	أ. د. آدم سميان ذياب زهير محمد هاشم	١٩٤٢-١٩٦٦
٥٥.	رد الاعتبار التجاري للتاجر المفلس (دراسة مقارنة)	أ.م.د سماح حسين علي محمد عبدالواحد حميد	١٩٦٧-٢٠٠٩
٥٦.	التنظيم القانوني لاستنفاد الحقوق في أطار براءات الاختراع ونطاق تطبيقه الجغرافي (دراسة تحليلية مقارنة)	أ.م.د سماح حسين علي عدي حسين طعمه	٢٠١٠-٢٠٤٧
٥٧.	آليات التعاون الدولي لمكافحة الاتجار بالبشر	أ.م.د. سرمد عامر عباس اثير حسن عبيد	٢٠٤٨-٢٠٧٠
٥٨.	الأساس القانوني للمعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي	ا.م.د. حيدر عبد محسن شهد عذراء محمد سكر صالح	٢٠٧١-٢٠٩٢
٥٩.	الدعوى المضادة امام القضاء الدولي-دراسة في المفهوم والاساس القانوني	ا.م.د. حيدر عبد محسن شهد	٢٠٩٣-٢١٣٠
٦٠.	التنظيم القانوني لتداول شهادات الايداع في سوق الاوراق المالية " دراسة مقارنة "	أ.م.د ميثاق طالب عبد حمادي أمير حسين عبد الامير ابراهيم	٢١٣١-٢١٧٢
٦١.	الاحكام الجزائية للطرح الخاص للاسم في الشركة المساهمة (دراسة مقارنة)	أ.م.د ميثاق طالب عبد حمادي زهراء كاظم مجيد	٢١٧٣-٢٢١٥
٦٢.	جريمة تعطيل أوامر الحكومة – دراسة مقارنة	أ.م. د. منى عبد العالي موسى مصطفى محمد علي	٢٢١٦-٢٢٤٦
٦٣.	جريمة التنقيب عن الأثار دون موافقة	أ.د. م منى عبد العالي موسى هيثم احمد سلمان	٢٢٤٧-٢٢٧٩
٦٤.	جريمة التأثير على القضاء في اصدار القرارات والأحكام الجزائية - دراسة مقارنة	أ.م.د منى عبد العالي موسى علي رزاق محمد	٢٢٨٠-٢٣١٦
٦٥.	جريمة انتماء رجل الشرطة لحزب او جمعية سياسية (دراسة مقارنة)	ا.م.د. نافع تكليف مجيد عباس بردان حبيب	٢٣١٧-٢٣٥٠
٦٦.	تقاسم الاختصاصات التشريعية والتنفيذية في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥	أ . م. د. ليلى حنتوش ناجي زينب علي طه	٢٣٥١-٢٣٦٩
٦٧.	النيابة القانونية عن الغير امام القضاء المدني (دراسة مقارنة)	ا.م.د.حبيب عبيد مرزة	٢٣٧٠-٢٣٩٥
٦٨.	ماهية الحق الاستئثاري للمؤلف	أ.م.د ماهر محسن عبود	٢٣٩٦-٢٤٢٥

ت	اسم البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
		أيثم عبدالحسين محمد	
٦٩.	دور المنظمات الدولية في مكافحة جريمة الاتجار بالبشر	أ.م.د.اسامة صبري محمد خالد جواد كاظم	٢٤٢٦-٢٤٤٣
٧٠.	فكرة بطلان النص الدستوري- دراسة تحليلية في ضوء دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥	ا.م.د ياسر عطيوي عبود الزبيدي	٢٤٤٤-٢٤٨٠
٧١.	المسئولية المدنية للطبيب عن فشل عملية التعقيم "دراسة تحليلية مقارنة بين القانون المصري وبعض الأنظمة المقارنة"	ا.م.دعبد الرازق وهبه سيد احمد محمد	٢٤٨١-٢٥٠١
٧٢.	جريمة انتهاك الحق في سرية عقد المقاولة (دراسة مقارنة)	م.د عمار غالي عبد الكاظم صفا علي رشيد باقر	٢٥٠٢-٢٥٣٤
٧٣.	المبادئ الحاكمة للجرائم في ضوء القانون الدولي الجنائي	م.د. ياسر حسين علي م.م. رافد علي لفتة	٢٥٣٥-٢٥٦٧
٧٤.	الجزاء الإجرائي في القضاء المدني (دراسة تحليلية مقارنة)	م. د. مروى عبد الجليل شنابة	٢٥٦٨-٢٦٠٣
٧٥.	الحماية المدنية للعلامة التجارية المشهورة من التصرفات غير المشروعة (دراسة مقارنة)	م. د. فاطمة عبد الرحيم علي المسلماوي	٢٦٠٤-٢٦٢٠
٧٦.	مدى دستورية سياسة التطعيم الالزامي	م.د. انس غنام جبارة	٢٦٢١-٢٦٤٩
٧٧.	تولي الوظائف العامة اثر تعاطي المخدرات عليها (دراسة مقارنة بين التشريع العراقي والتشريع المصري)	م.عبد الحسين عبد نور هادي	٢٦٥٠-٢٦٦٧
٧٨.	التأثيرالمتعدي لظاهرة الفساد والاليات القانونية لمكافحته	م.م. كاظم خضير السويدي	٢٦٦٨-٢٦٩٥
٧٩.	الحماية الجنائية للحق في خصوصية الجينوم البشري (دراسة مقارنة)	م. احمد حسين سلمان	٢٦٩٦-٢٧٣٣
٨٠.	الحصانة القضائية للدول الأجنبية في المعاملات المالية	م.م طه كاظم المولى	٢٧٣٤-٢٧٧١
٨١.	جريمة إخفاء حيوان مصاب بمرض وبائي أو مُعدي في التشريع العراقي	م.م زينب كاظم مطلك محمد عباس عبد العابدي	٢٧٧٢-٢٧٩٣
٨٢.	المسؤولية التقصيرية الناشئة عن العقد	م.م. عدالة عبد الغني محمود	٢٧٩٤-٢٨١٣

"المسئولية المدنية للطبيب عن فشل عملية التعقيم "

"دراسة تحليلية مقارنة بين القانون المصري وبعض الأنظمة المقارنة"

أستاذ القانون المدني المساعد

عبد الرازق وهبه سيد احمد محمد

كلية العلوم الإدارية والإنسانية-كليات عنيزة

– المملكة العربية السعودية

ملخص البحث

تعد مسئولية الطبيب في حالة الولادة الخاطئة من أكثر الحالات التي تثير مشاكل قانونية عند تطبيقها وذلك لعدم وجود تشريع وطني واضح يعالج وينظم مسئولية الطبيب في تلك الحالات. ولذلك جاء البحث هادفاً إلى عرض مفهوم الولادة الخاطئة، والوقوف على أنواع المسئولية المدنية للطبيب، مع بيان آثارها من حيث الأشخاص التي يكون لها الحق في المطالبة بالتعويض في حالة ولادة طفل بطريق الخطأ مع بيان أنواع الأضرار التي يتم تعويضهم عنها. وقد انتهينا إلى مجموعة من النتائج منها: أن دعوى المسئولية عن الولادة الخاطئة هي التي يرفعها الوالدين على الطبيب أو المستشفى أو المختبر المسئول عن الخطأ الطبي الذي أدى إلى النتيجة الغير مرغوب فيها، وهي ولادة طفل لم يكن الوالدين على استعداد لاستقباله. لهذا أوصينا بضرورة أعادة النظر في قانون المسئولية الطبية المصري لإقرار المسئولية الموضوعية للطبيب في حالة فشل عملية التعقيم وكذا قانون المسئولية الطبية الاماراتي لتوسيع نطاق مسئولية الطبيب لتشمل الأخطاء غير الطبية وإدخالها في نطاق التأمين الإلزامي. إضافةً إلى توسيع نطاق الرعاية التي يجب أن يبذلها الطبيب أثناء قيامه بعملية التعقيم.

المقدمة

يعتبر التعقيم أفضل الطرق لمنع الحمل بين الأزواج. فقد يرغب الوالدين في عدم إنجاب أطفال إما لعدم قدرتهم المالية، أو الاكتفاء بعدد الأطفال الموجودين لديهم. وهذا الذي يحدث في عصرنا الحالي بسبب غلاء المعيشة وعدم تواجد فرص العمل. .إلخ. ونتيجة لذلك تسعى الكثير من الدول إلى عملية تنظيم الأسرة وإعطاء الإرشادات للوالدين لكي يقومون بتنظيم مستقبلهم الأسرى والحفاظ على أبنائهم من التشرد وذلك لعدم قدرتهم المالية على مواجهة مصاريف تعليمهم وتربيتهم، لا سيما إذ كانوا من ذوي الاحتياجات الخاصة.

لذا يتعين على الطبيب أثناء القيام بعملية التعقيم أن يراعي الأصول العلمية الثابتة في عملية التعقيم وأن يتبع المعايير العلمية المعروفة في هذا الصدد. فأي إخلال بهذه المعايير يعرضه للمسئولية الطبية. وذلك لأنه قد يترتب على الإهمال في عملية التعقيم وجود حمل قد يعرض حياة الأم للخطر أو ميلاد طفل مشوهاً لعدم معرفة الوالدين بذلك في الوقت المناسب لاتخاذ قرار إنهاء الحمل.

ونتيجة لذلك، حاولت بقدر المستطاع توضيح المسئولية المدنية للطبيب عن الولادة الخاطئة من خلال تسليط الضوء على بعض الأنظمة القانونية المتبعة في هذا الصدد. مبيناً كيفية حصول الوالدين على تعويض في حالة ميلاد الطفل بطريق الخطأ، وإثارة النقاش حول موضوع لم يتم دراسته بشكل منهجي. هادفاً من وراء ذلك تبني معيار أوسع وأشمل للعناية التي يتعين أن يبذلها الطبيب في هذا الخصوص.

أولاً: أهمية البحث:

يجب تطوير قواعد المسئولية الطبية لمواجهة إهمال الطبيب في ظل التطور الطبي الهائل لا سيما في مجال عمليات التعقيم، التي أصبحت منتشرة حول العالم لمواجهة منع الحمل في ظل الظروف الاقتصادية التي تمر بها الدول. لذا تكمن أهمية البحث في كيفية حصول الوالدين على تعويض في حالة الولادة بطريق الخطأ. فالتعويض الذي يحصل عليه الوالدين يتمثل في الخسائر المالية التي يتحملها الوالدين في تربية الطفل. أي أن الوالدين لا يحصلون على تعويض عن الطفل في حد ذاته لأنه لا يعتبر ضرراً موجب للتعويض.

ثانياً: مشكلة البحث:

تلعب عملية التعقيم دوراً مهم في منع الحمل، لذا يلجأ إليها كثيراً من الوالدين أما لعدم الرغبة في الإنجاب لظروف صحية أو الاكتفاء بما لديهم من أولاد. ففشل عملية التعقيم قد يترتب عليه حدوث حمل لا يرغب فيه الوالدين، إضافةً إلى أن إهمال الطبيب في إخطارهم في الوقت المناسب للتأكد عما إذا كان الجنين سليماً غير معاقاً أم لا قد يترتب عليه ولادة طفل مشوهاً. وهذا لا يحدث مستقلاً عن المشكلات الفنية والقانونية التي تواجه المسئولية الطبية، الأمر الذي يتطلب إعادة النظر في المسئولية الطبية ومعيار العناية الذي يتعين أن يبذله الطبيب أثناء قيامه بعملية التعقيم. فالمشكلة الأساسية التي دفعتنا لاختيار الموضوع تدور حول الإجابة على التساؤلات الآتية:

١. ما هو مفهوم الولادة الخاطئة؟
٢. ما هي أنواع المسئولية المدنية عن الولادة الخاطئة؟
٣. هل يمكن التعويض المادي والمعنوي عن الولادة الخاطئة؟
٤. من له الحق في رفع دعوى المسئولية المدنية في حالة الولادة الخاطئة؟

ثالثًا: منهجية البحث:

يقوم البحث على المنهج التحليلي المقارن بين القانون المصري والقانون الاتحادي الإماراتي وبعض النظم القانونية المقارنة - فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا وبلجيكا- المتعلقة بالمسئولية المدنية عن الولادة الخاطئة مع بيان أنواع الأضرار التي يتم التعويض عنها ومن له الحق في المطالبة بالتعويض عن هذه الأضرار، كما اعتمد البحث على المنهج التحليلي للآراء الفقهية المتبعة في هذا الصدد. ولهذا قسمت البحث بالشكل الآتي:

المبحث التمهيدي: مفهوم الولادة الخاطئة.

المبحث الأول: أنواع المسئولية المدنية للطبيب عن الولادة الخاطئة.

المبحث الثاني: آثر قيام المسئولية المدنية للطبيب عن الولادة الخاطئة.

المبحث التمهيدي

مفهوم الولادة الخاطئة

اعترفت المحاكم بأنه في حالة ولادة الطفل بطريق الخطأ، يسعى الوالدين في الحصول على تعويض عن الأضرار المادية والمعنوية المترتبة على ميلاد الطفل بشكل خاطئ، والتي كان يمكن تجنبها لولا إهمال الطبيب. ففي ألمانيا طالب الوالدين بالتعويض نتيجة لميلاد الطفلين مصابين بالحصبة الألمانية، مؤسسين دعواهم على أنهم كانوا على استعداد للإجهاض لو تم إخطارهم من قبل الطبيب بالعيوب الخلقية المحتملة[١].

فمصطلح الولادة الخاطئة يشير إلى الخطأ الطبي الذي يبرر للوالدين رفع دعوى تعويض عن الأضرار التي لحقت بهم نتيجة لإهمال المدعى عليه أو لانتهاكه للعقد. وهذا المصطلح يقابل مصطلح ميلاد الطفل معاقاً نتيجة لإهمال الطبيب في تقديم المشورة الكافية، التي تبين إعاقته أثناء الحمل أو قبله. وانتقد هذا المفهوم الأخير، لأنه مصطلح لم يتم تبنيه عالمياً. فمهوم الولادة والحياة والقيم المتأصلة فيهما، هي مواضيع مملوءة بالعواطف يخضع فيها الناس لمشاعرهم وأفكارهم الراسخة. وعلى أيه حال، يعد مصطلح الطفل المعاق أمر هام، لأنه يميز بين الدعوى المرفوعة من الوالدين والطفل، لأن هاتين الدعوتين تنطويان على مشاكل مختلفة عن بعضهما اختلافا جوهرياً. فإذا لم يتم هذا التمييز، سترفض دعوى المسئولية عن الولادة الخاطئة[٢].

وتحدث الولادة الخاطئة للطفل نتيجة لأسباب متعددة منها على سبيل المثال عدم نجاح عملية التعقيم، أو إهمال الصيدلي أو الطبيب في صرف الدواء اللازم لمنع الحمل بسبب عدم مراعاة أصول العلم والفن الطبي. وعلى هدى ذلك، يتضح لنا أن المقصود من معنى الولادة الخاطئة، بأن الطفل قد يولد دون أن يكون للوالدين استعداد في استقبال طفل جديد، مما قد يعرضهم لبعض الأضرار المادية والمعنوية لا سيما إذا ولد الطفل معاقاً.

فمصطلح الولادة الخاطئة يشمل أيضاً الحالات التي يولد فيها الطفل معاقاً[٣]، وبالتالي تنشأ دعوى المسئولية عن الولادة الخاطئة عندما يولد الطفل مصاب بمرض أو لديه تشوه، ويطالب والديه المسئولين بالتعويض لعدم تقديمهم المعلومات الكافية حول عملية الحمل. وتمتد المسئولية إلى المستشفى والمختبرات الطبية التي قامت بالتشخيص السابق للولادة، حتى ولو لم يكن لها يد مباشرة في العيوب الخلقية التي لحقت بالطفل[٤].

فالاختلاف بين دعوى المسئولية عن الولادة الخاطئة وميلاد الطفل معاقاً، هو أن رافع هذه الدعوى هما الوالدين على الطبيب الذي أدى إهماله إلى ميلاد طفل معاق جسدياً أو ذهنياً نتيجة لعيوب جينية غير مسئول عنها. حيث تنشأ المسئولية عندما لا يستطيع الطبيب أو المختبر التعرف على الخلل الجيني في الوقت المناسب، لكي يتخذ الوالدين القرار السليم بشأن الطفل الذي ربما سيكون معاقاً لوجود مثل هذا الخلل الجيني[٥]. فالمسائلة القانونية تحدث لإصابة الوالدين

---

(1) David D. Wilmoth, Wrongful Life and Wrongful Birth Causes of Action: Suggestions for a Consistent Analysis, Marquette Law Review, vol.63,1980,p.621.

(2) Gerald B. Robertson, Civil Liability Arising From "Wrongful Birth" Following An Unsuccessfulsterilization Operation, Vol. 19, No. 2 (Winter 1978), Pp. 140-166

(3) Anthony Jackson, Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England, Loy. L.A. Int'l & Comp. L, vol.17:535, p.532.

(٤) انظر في هذا المعني ثروت عبدالحميد، تعويض الحوادث الطبية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧، ص١٠ وما بعدها.

(5) Anthony Jackson.op.cit.p.532.

بأضرار جسيمة نتيجة لعدم استطاعتهما إجهاض الجنين المصاب بتشوهات أو إعاقات. أما دعوى ميلاد الطفل معاق يرفعها الطفل بنفسه على الطبيب المتسبب في الإعاقة.

وقد حدد المرسوم الاتحادي الاماراتي رقم ٤ لسنة ٢٠١٦ حالتين يجوز فيهما الإجهاض وهما[١]:

١. إذا كان في استمرار الحمل خطراً على حياة الحامل ولا توجد وسيلة أخرى غير ذلك ويتم تحرير محضر بتعذر الولادة الطبيعية وبيان سبب الإجهاض بمعرفة الأطباء المتخصصين ويوقع علية من الحامل وزوجها أو وليها في حالة تعذر الحصول على توقيعها ويستثني من ذلك الحالات الطارئة.
٢. إذا ثبت تشوه الجنين شريطة أن يكون الإجهاض بناء على طلب كتابي من الزوجين وألا يكون مر على الحمل مائة وعشرون يوماً، وأن يثبت تشوه الجنين بتقرير تضعه لجنة طبية تضم أطباء استشاريين في تخصص أمراض النساء والولادة والأطفال والأشعة وأن يكون هذا التقرير مبنياً على التقنيات العلمية الحديثة المتعارف عليها علمياً، كما يجب أن يكون الجنين مشوه تشوهاً خطيراً غير قابل للعلاج حيث إذا ولد حياً يسبب ألاماً له ولأهله.

وتجدر الإشارة إلى أن إهمال الطبيب الذي تسبب في فشل عملية التعقيم، يتضمن:

١. تحذير الوالدين من فشل عملية التعقيم على الرغم من إجراؤها بشكل جيد لأسباب طبيعة أو لأسباب أخرى، الامر الذي يترتب عليه حدوث حمل نتيجة لتوقف الوالدين عن استخدام وسائل منع الحمل.
٢. تقديم المشورة للوالدين، لكي يتخذوا القرار في إنهاء الحمل بالطرق القانونية المشروعة.
٣. توخي الحذر عند إجراء عملية التعقيم.

ويثار هنا تساؤل هل يجوز للوالدين المطالبة بالتعويض نتيجة لولادة الطفل الخاطئة حتى ولو لم يكن معاقاً؟

اختلف القضاء حول ذلك الأمر، فبضع المحاكم كانت تسمح بذلك، والبعض الأخر يرفض هذا الأمر. ففي إنجلترا قرر مجلس اللوردات في قضية In McFarlane v Tayside Health Board بأن السماح للوالدين بالمطالبة بالتعويض عن تكاليف تربية طفل ولد معافاً وسليماً، يعد مخالف للسياسة العامة. ولكن بعض المحاكم اعترضت على ذلك مقررةً بأن مسائلة استحقاق الوالدين التعويض عن تكلفة تربية الأطفال يتعين أن تحدد من خلال المبادئ القانونية وليس السياسة العامة[٢].

أما في الولايات المتحدة الأمريكية قضت محكمة استئناف مشجان في قضية Rouse v. Wesley[٣] والتي تتلخص وقائعها بأن المدعي عليه فشل في عملية تعقيم المدعية، التي أجراها لها في مستشفى (Outer Drive Hospital on October 12) عام 1987، على الرغم من إخطاره لها بأن هذه العملية تمنعها من الانجاب بعد ذلك ولم يتم تصحيح الوضع بعملية أخرى. وبعد الانتهاء من العملية أخذ المدعي عليه عينة من الأنسجة لكي يتأكد من صحة العملية، فتبين له عدم نجاح العملية ولم يخطر المدعية بذلك. ونتيجةً لذلك أصبحت المدعية حامل في طفلها السادس. وعلى ضوء ذلك رفعت المدعية دعواه على أساس الحمل الخاطئ مطالبةً المدعي عليه بالتعويض عن المصاريف التي تتحملها في تربية الطفل حتى بلوغه سن الرشد. وعلى هدي ذلك أيدت محكمة الاستئناف طلب المدعية.

ويتضح من ذلك أن المحكمة قررت مسئولية الطبيب نتيجةً لإهماله في أداء عمله، لأنه يتطلب من الطبيب أن يتبع الإجراءات اللازمة لأداء عمله وفقاً لتشريع دولته. وبالتالي يحق للوالدين المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن فشل عملية التعقيم حتى إذا ولد الطفل غير معاقاً.

المبحث الأول

أنواع المسئولية المدنية للطبيب عن الولادة الخاطئة

ففي الإطار التقليدي للمسئولية المدنية للطبيب، تطبق المبادئ القانونية بشأن فشل الطبيب في منع الحمل، حيث يطالب الوالدين المسئول بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن ميلاد الطفل بطريق الخطأ لإخلاله بالتزامه التعاقدي أو لإهماله في إجراء عملية التعقيم. فحالات الولادة بطريق الخطأ تشمل في الغالب بشكل حصري، إهمال الطبيب أو إخلاله بالتزامه التعاقدي أثناء قيامه بعملية التعقيم. وهذا ما نوضحه في المطلبين التالين.

---

[1] انظر المادة (١٦) من المرسوم الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠١٨ بشأن المسئولية الطبية.

[2] David Hirsch, Rights And Responsibilities In Wrongful Birth Wrongful Life Cases, Unsw Law Journal, Volume 29, 2006, p.234.

[3] Rouse v. Wesley, 196 Mich. App. 624, Michigan Court of Appeals (Mich. Ct. App. 1992).

المطلب الأول

المسئولية التعاقدية للطبيب

يختلف نظام القانون المدني عن أنظمة القانون العام[١]، حيث أن مقدم الرعاية الصحية قد يسأل عن إهماله وفقاً للمسئولية التقصيرية والعقدية. ففي المسئولية العقدية وكذلك المسئولية التقصيرية، يتعين أن يكون هناك ضرر ناجم عن فعل غير مشروع. ومع ذلك، فإن المسئولية التعاقدية تعتمد على الشروط التي اتفقا عليها المتعاقدين والمنصوص عليها في العقد، وبالتالي لا يتطلب من المدعى في المسئولية التعاقدية إلا أن يثبت إخلال المدعى عليه بالشروط الواردة في العقد. وعلى ضوء ذلك يمنح المدعى تعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء الولادة الخاطئة نتيجةً لانتهاك المدعى عليه الشروط الواردة في العقد[٢].

فرضاء المريض بإجراء عملية التعقيم لا يقصد به مجرد الايجاب الصادر منه إلى الطبيب والذي كون العقد بينهما بالتقائه بقبول الطبيب، بل هو رضاء خاص يتطلبه الفقه والقضاء من المريض حينما يقوم الطبيب بإجراء عملية التعقيم. ويمثل هذا الرضاء جانباً من أكثر الجوانب الأساسية للحرية الشخصية، وهو حق المريض في عدم المساس بجسده إلا برضائه بحيث لا يصدر هذا الأخير إلا عن تبصر وبينه. ولذلك يجب أن يكون هذا الرضاء في غير حالات الاستعجال مسبقاً وصريحاً، لأن المريض ليس محل للتعاقد وإنما طرف فيه[٣].

وبالتالي إذا تحققت الشروط اللازمة لقيام المسئولية العقدية، وهي الاخلال بالالتزام التعاقدي والضرر وعلاقة السببية بينهما، فلا مفر من قيام مسئولية الطبيب في حالة الولادة الخاطئة. فعلى سبيل المثال قضت المحاكم في سويسرا وألمانيا بمسئولية الطبيب والتعويض عن الأضرار المالية والتكاليف التي سيتحملها المدعي في تربية الطفل الذي ولد بطريق الخطأ. وذلك على أساس انتهاك بنود العقد المتمثلة في إجراء عملية التعقيم لعدم إنجاب أطفال مستقبلاً[٤].

وفي ألمانيا استقر القضاء على أن مسئولية الطبيب هي مسئولية عقدية، وكذا تقصيرية. حيث تركز المحاكم على المسئولية التعاقدية في المقام الأول، إلا أن الحقوق الناشئة عن الفعل الضار تكون قابلة للتنفيذ بجانب تلك الحقوق المستمدة من قانون العقود[٥].

ففي قضية[٦] BGH VI ZR 32/94 (Frankfurt am Main) 27 June 1995 والتي تدور وقائعها بأن الزوج قام بإجراء عملية تعقيم في ٢٩ يناير ١٩٩٠ وكان الهدف منها منع إنجاب المزيد من الأطفال وتأمين الوضع المالي للأسرة. إلا أن هذا الهدف لم يتحقق بسبب خطأ الطبيب المتمثل في عدم أخبار الزوج بشكل صحيح بضرورة إجراء الفحص بعد أربعة أسابيع من عملية التعقيم للتأكد من نجاحها مما أدي إلى حمل الزوجة. الأمر الذي أدى إلى مسئوليته التعاقدية عن الضرر المالي الذي لحق بالأسرة. وعلى هذا الأساس رفعت الزوجة دعوى على المستشفى مطالبة بالتعويض عن نفقة الطفل وألآمها أثناء الحمل. وإزاء ما تقدم قضت المحكمة المدنية العليا بألمانيا بأن الطبيب كان مخطئاً وتسأل المستشفى عن خطئه مقررةً منح الزوجة تعويضاً عن نفقة الطفل والألآم التي عانت منها استناداً إلى أن الحمل الخاطئ يشكل تدخلاً في السلامة الجسدية للمرأة.

كما أن التزام الطبيب في مثل هذه الأحوال يهدف إلى منع إنجاب الأطفال وجميع المصاريف المرتبطة بها.

فتحقق المسئولية العقدية في جانب الطبيب يتطلب أن يكون هناك إخلال بالعقد وقع بالفعل. وهنا، كما هو الحال في إنجلترا، لا ينشأ الإخلال لمجرد الفشل في تحقيق نتيجة معينة. وعلى ضوء ذلك صنفت المحاكم الألمانية عقد العلاج

---

[١] ففي إنجلترا مثلاً تتقرر مسئولية الطبيب إذا ترتب على تدخله مضاعفات معينة نتيجة إجراء دون تبصير المريض بصورة كاملة بغض النظر عن توافر الخطأ في جانبه انظر محمود موسي دودين، مسئولية الطبيب الفردية المدنية عن أعماله المهنية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة بيرزيت، ٢٠٠٦، ص٣٩.

[2] Marija Karosaitė, Wrongful Birth And Wrongful Conception: Is There A Right To Compensation?, No. 1 (15), 2017, p.30.

[٣] راجع قريباً من ذلك أشرف جابر، التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص٨٣.

[4] Marija Karosaitė.op.cit.p.31.

[5] Alain Verbeke, Rights of parents and child in cases of "wrongful conception/life/birth" in contract and tort law Comparative view on Germany and France, Katholieke Universiteit Leuven,2002, p.5.

[6] See Alain Verbeke.op.cit.p.3-4.

الطبي بأنه عقد خدمات، يلزم الطبيب بممارسة الرعاية والعناية اللازمة، وليس عقد عمل يتضمن الالتزام بنتيجة معينة. وهذا التصنيف ليس له أهمية في الواقع العملي، لأن انتهاك الطبيب للعقد سينطوي على وجود خطأ مما يتيح له الفرصة بدفع مسئوليته بنفية ذلك[١].

وتبعاً لذلك أقترح DIETER GIESEN بأنه يتم تفسير الالتزامات العقدية للطبيب بشكل عام كجزء من عقد العمل. وبالتالي إذا فشل العلاج في تحقيق النتيجة المرجوة، يتحمل الطبيب عبء اثبات أنه قام بالعناية والمهارة اللازمة لتجنب مسئوليته. ولكن هذا الاقتراح لم يلقي قبولاً لدى المحاكم الألمانية، لأنه ليس من قواعد العدل والانصاف نقل عبء الاثبات إلى الطبيب في ضوء العوامل التي تخرج عن أرادته مما أدي إلي نجاح العلاج أو فشله[٢].

ولكن نؤيد ما ذهب إليه DIETER GIESEN لأن الطبيب يكون في مكانه أفضل بما لدية من خبره ومهارة في هذا المجال تمكنه من معرفة الأسباب التي أدت إلى فشل العلاج من عدمه.

وفي مصر قضت محكمة النقض بأن مسئولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجه هي مسئولية عقدية[٣]. وقد أيد أغلب الفقه المصري ما ذهبت إليه محكمة النقض، مقرراً بأن مسئولية الأطباء تكون في أكثر الأحوال عقدية لا تقصيرية، لأنهم يرتبطون بعقود مع المرضي لأجل تقديم الخدمات الطبية لهم[٤].

وفي فرنسا قبل صدور قانون حقوق المرضي في ٤ مارس ٢٠٠٢، كانت مسئولية الطبيب عن أخطائه، مسئولية عقدية وهذا كان أساسه حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية Mercier. ومع ذلك، إذا أخل الطبيب بواجبه في إخطار المريض تطبق عليه أحكام المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن مسئولية الطبيب، في مثل هذه الحالات، مسئولية تقصيرية[٥].

فالمسئولية التعاقدية تقوم بين الطبيب والمريض، طالما ارتبط الطبيب والمريض برباط عقدي، سواء كان هذا العقد شفهياً وكتابياً. فقيام الطبيب بفتح عيادته الطبية واضعاً لوحة عليها تتضمن صفته الطبية واختصاصه، يعتبر ذلك إيجاباً عاماً موجه للجمهور؛ وبالتالي إذا قبل أي شخص هذا الايجاب يعتبر أنه أبرم عقداً مع الطبيب، ومن هنا يحق له المطالبة بالتعويض في حالة اخلاله بالعقد[٦].

إذ يتعين لقيام المسئولية العقدية للطبيب توافر عدة شروط إذا تخلف أحداها اعتبرت المسئولية تقصيرية. وهذه الشروط هي[٧]:

١- أن يكون المضرور هو المريض.
٢- أن يكون هناك عقد تتوافر فيه الشروط اللازم لقيامه.
٣- أن يكون المريض هو الذي اختار الطبيب.

وبالتالي تكون مسئولية الطبيب عقدية إذا كانت ظروف الحال تشير إلى وجود عقد بينه وبين المريض، وتنشأ هذا المسئولية عند حدوث ضرر نتيجة مخالفة الطبيب لالتزامه التعاقدي. ويترتب على ذلك نتيجة مؤداها أنه يقع على المريض الذي يدعي تخلف الالتزام التعاقدي أن يثبت ذلك عن طريق القواعد العامة في الاثبات، أما لو تمثلت نتيجة العناية الطبية في وقوع أضرار على درجة من الجسامة بحيث لا تتوافق مع النتيجة المتوقعة للعلاج المألوف، فإن المريض يعفي من اثبات خطأ الطبيب[٨].

---

(1) Marc Stauch.op.cit.p.20.

(2) Dieter Giesen, Medical Malpractice And The Judicial Function In Comparative Perspective, Medical Law International, A B Academic Publisher,Vol. 1, 1993, pp.3-16.

(٣) انظر الطعن رقم١١١ لسنة ٣٥ق، ج ١٩٦٩/٦/٢٦.

(٤) راجع في ذلك شرين محمد خضر القاعود، المسئولية المدنية للطبيب عن أخطائه المهنية، مجلة جامعة الإسراء للعلوم الإنسانية، العدد الثالث، ٢٠١٧، ص٢٨٧.

(5) Florence G'Sell-Macrez, Medical Malpractice and Compensation in France, Part I: The French Rules of Medical Liability since the Patients' Rights Law of March 4, 2002, Chicago-Kent La W Review, Vol 86, 2011, p.1098.

(٦) انظر في هذا المعني قوادري مختار، المسئولية المدنية عن الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحضارة الإسلامية والعلوم الإنسانية، جامعة وهران، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ٢٠٠٩-٢٠١٠، ص٩٤.

(٧) حسن ذكي الإبراشي، مرجع سابق، ص٦٥.

(٨) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص١٩٥.

وعلى كلٍ رأت المحكمة الكندية العليا بأن هناك عوامل يتعين وضعها في الاعتبار عند تحديد المسئولية عن الولادة الخاطئة. وهذه العوامل هي عامل الإفصاح والرعاية وعلاقة السببية[١].

ونخلص مما سبق إلى أن التزام الطبيب في هذه الأحوال هو التزام ببذل عناية فنية تطلبها أصول المهنة، وعلى ذلك يستوي في شأنه معيار المسئولية التقصيرية أو المسئولية العقدية، ففي كلتا المسئوليتين يطلب منه بذل العناية الفنية التي تطلبها أصول المهنة، لأن هذا يعتبر السلوك المألوف الذي يمثل معيار الرجل المعتاد الموجود في نفس ظروفه. فإي خروج عن هذه الأصول الفنية لمهنة الطب حسب تشريع كل دولة، يعتبر خطأً مهنياً يستوجب المسئولية. ونظراً لصعوبة اثبات الخطأ الطبي في كلتا المسئوليتين وهروب الطبيب من المسئولية نقترح أن تكون مسئولية الطبيب موضوعية على غرار التشريع الإماراتي[٢]. لأن المسئولية الموضوعية أكثر حماية للمضرورين، حيث لا يكلفون سوى بإثبات علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر.

المطلب الثاني

المسئولية التقصيرية للطبيب

إذا حدثت الولادة الخاطئة نتيجة لإهمال الطبيب، يتطلب من المدعي اثبات الإهمال والضرر وعلاقة السببية بينهما. فالطبيب الذي يقوم بعملية التعقيم يتعين عليه أن يتبع معايير الرعاية التي يفرضها قانون الدولة التي يجري فيها هذه العملية. فيجب أن يكون الطبيب لدية الدرجة المعقولة والعادية من التعلم والمهارة التي يمتلكها عادةً طبيب حسن السمعة في نفس مكانه.

لكن السنوات الماضية ظهر اتجاه يذهب إلى رعاية أكثر شمولية. مما يجد الطبيب نفسه أمام معايير رعاية أعلى من تلك الموجودة في القواعد التقليدية. فإذا تمت عملية التعقيم من خلال أخصائي فإن مستوى الرعاية المناسب يكون أعلى من ذلك الذي يطبق على سلوك الممارس العام[٣].

وعلى كلٍ يسأل الطبيب عن الأضرار التي لحقت بالمريض نتيجة إهماله في عملية التعقيم التي أدت إلى ميلاد طفلاً لم يكن لدى الوالدين استعداداً في استقباله. ويقصد بالإهمال بأنه الاخلال بواجب العناية التي يفرضها القانون. بمعني أن الطبيب أهمل في مسألة يوجب القانون الحذر فيها. فالأشخاص الذين يقدمون المشورة الطبية والعلاج يجب أن يكون لديهم المعرفة والمهارة على النحو الذي بيناه. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا في ولاية هاريانا بالهند في قضية[٤] State of Haryana v. Santra بمسئولية طبيب مستشفى حكومي وإلزامه بالتعويض نتيجةً لإهماله في إجراء عملية تعقيم غير ناجحة بتركه أحدى قانتي فالوب بدون جراحة.

فإهمال الطبيب الذي يبرر مسئوليته، يمكن أن يتحقق من خلال أربع مراحل وهي[٥]:

١. أن عملية التعقيم لا يمكن أن تنجح بنسبة ١٠٠%، وبالتالي إذا أكد الطبيب للمريض أن عملية التعقيم ستكون فعالة وعلى ضوء ذلك قبل المريض؛ فالطبيب يكون مسئول إذا لم تنجح عملية التعقيم. إضافة إلى أن الطبيب يكون مهملاً إذا لم يخطر المريض قبل عملية التعقيم بمخاطر إعادة الاستسقاء، على الرغم من أن حدوث مثل هذا الخطر ضئيل نسبياً.
٢. يرجع فشل عملية التعقيم إلى إهمال الطبيب أثناء تنفيذها. ولكن إثبات الإهمال في مثل هذه الحالات أمر صعب، لأن الدليل على إهمال الطبيب مخفي بجسم المريض، وعادةً لن يتم اكتشافه بوضوح إلا بعد إجراء عملية أخري.
٣. قيام الطبيب بعمل اختبار للأنسجة بعد إجراء العملية للمريض للتأكد من أن الجزء الذي تم إزالته هو من قناة فالوب. وبالتالي إذا فشل في إجراء مثل هذه الفحوصات، أو أجراها بإهمال، يعتبر مخلاً بواجباته تجاه مريضه.
٤. يتعين على الطبيب تقديم الاستشارة للمريض بعد إجراء عملية التعقيم. إلا أن واجب العناية الذي يلتزم به الطبيب يفرض عليه عدم تقديم الاستشارة لمريضه إذا كانت غير دقيقة. وبالتالي إذا أخطر المريض بأن عملية التعقيم كانت

---

(1) Richard M. Bogoroch and others, Recent Developments in Obstetric Negligence Law Wrongful Pregnancy, Wrongful Birth, Wrongful Continuation of Pregnancy And Wrongful Death, p.20, available at https://www.bogoroch.com/content/uploads/obstetric-1.pdf

(٢) تنص المادة ٢٨ من قانون المعاملات المدنية رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ لدولة الإمارات العربية المتحدة على أن" كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"

(3) Gerald B. Robertson, Wrongful birth: a study of the concept of civil liability arising from the birth of a child,master of laws, McGill University, 1978, p40-41.

(4) Medical Negligence, Consumer Protection, And Reproductive Health, Chapter Eleven, p.395. https://reproductiverights.org/sites/default/files/2020-02/SecuringReproductiveJusticeIndia-Chpt11.pdf.

(5) Gerald B. Robertson.op.cit.p.151-152.

ناجحة بنسبة ١٠٠% قبل معرفة نتائج الفحوصات التي أجرها بعد الجراحة، يشكل ذلك إهمالاً من جانبه. فمسلك الطبيب في هذه الحالة يخالف المسلك المألوف للطبيب اليقظ إذا وجد في نفس الظروف. فالطبيب إذا كان حراً في مزاولة مهنته وله الحق في مباشرتها بالطريقة التي يراها، إلا أن هذا الحق مقيد بما تفرضه عليه مهنته من واجبات [١].

ومن جماع ما تقدم يشترط لقيام المسئولية التقصيرية للطبيب عن الولادة الخاطئة أن يكون هناك:

١. عدم وجود علاقة تعاقدية بين الطبيب والمريض؛ فإذا ثبتت ذلك نشأ واجب الرعاية تجاه المريض، فإي اخلال بهذا الواجب يترتب عليه مسئولية الطبيب التقصيرية.
٢. الإخلال بواجب الرعاية، ويتحقق ذلك في حالة عدم اخطار الطبيب للمريض بالمعلومات الواضحة لكي يتخذ قراره بصورة واضحة تجاه عملية التعقيم. والتزام الطبيب بإعطاء المريض المعلومات الكافية عن حالته هو التزام بتحقيق نتيجة.
٣. أن يكون هناك سبب مباشر بين الإخلال والضرر، وهذا يحث عندما لا يستطيع الوالدين اتخاذ قرار بشأن إنهاء الحمل نتيجة للمعلومات غير الواضحة التي أفصح عنها الطبيب.
٤. أن يترتب على هذا الإخلال بالواجب ضرر.

فالطبيب يسأل عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف. فانحرافه عن أداء واجبه وإخلاله بالتزامه مؤداه وجوب مسألته عن الضرر الذي لحق بالمريض[٢]. وقد شددت المحاكم الإنجليزية على ذلك، حيث أشار اللورد Hewart CJ في قضية R v Bateman، بأنه إذا ادعى شخص أن لديه مهارة خاصة وعلم، وتمت استشارته بناء على ذلك، فيجب عليه توخي الحذر الواجب في إجراء العلاج. فإذا قبل المسئولية وتولي علاج المريض وفقاً لسلطته التقديرية، فإنه مدين بواجب الرعاية اللازمة تجاه المريض. ولا يعني بالضرورة وجود علاقة عقدية بينهم، وحصوله على أجر مقابل العلاج[٣].

وتجدر الإشارة إلى أن أغلب الدعاوي يتم رفعها استنادا إلى المسئولية التقصيرية للطبيب. ويرجع ذلك إلى أن المرضي في المستشفيات الحكومية لا يكونوا في علاقة تعاقدية مع الطبيب المعالج. ففي مصر قضت محكمة النقض المصرية في ٢٢ يونيو عام ١٩٣٦ بأن مسئولية الأطباء تقصيرية بعيدة كل البعد عن المسئولية العقدية. فالطبيب مسئول عن تعويض الضرر المترتب على خطئه في المعالجة، وأن قاضي الموضوع يستخلص ثبوت المسئولية التقصيرية من جميع عناصر الدعوى دون رقابة علية، مادام استخلاصه سائغاً[٤].

ولكن هذا لا يتفق والمنطق القانوني لتجاهله العلاقة التعاقدية التي تقوم بين الطبيب والمريض عندما يلجأ هذا الأخير إلى الأول عن وعى واختيار له. فمن هنا تنشأ جذور الرابطة التعاقدية، وبالتالي تثور مسئولية الطبيب التعاقدية في حالة الضرر الذي يصيب المريض من جراء إخلال الطبيب بالتزامه[٥].

وقد صدر هذا الحكم مسايرة لحكم محكمة النقض الفرنسية، ولكن سرعان ما عدلت محكمة النقض الفرنسية عن ذلك، وأيدها أغلب الفقه، حيث قررت أن الأصل في مسئولية الطبيب هي مسئولية عقدية، وهذا ما أقرته التشريعات الحديثة كالقانون المدني الألماني وقانون الالتزامات السويسري[٦]. ألا أن هناك بعض الحالات تنشأ فيها المسئولية التقصيرية للطبيب، وهذه الحالات هي [٧]:

١. إذا كانت الدلائل توضح انعدام الرابطة التعاقدية بين المريض والطبيب، ويتحقق ذلك عندما يتوجه المريض للمستشفى الحكومي أو الخاص لإجراء عملية التعقيم ويتدخل الطبيب لإجرائها دون أن يكون للمريض فرصة في اختياره.
٢. إذا كانت المريضة تعمل لدى مصلحة أو شركة وكانت هذه الأخيرة تعاقدت مع عيادة لعلاج العاملين لديها وكانت عملية التعقيم تدخل في هذا النطاق. فإذا أمكن القول بأن هناك عقد بين رب العمل والطبيب، فإنه من الصعب القول بوجود مثل هذا العقد بين العامل والطبيب، فالعامل يستفيد من اشتراط لمصلحته في العقد المبرم بين رب وهذه العيادة.

---

[١] محمد حسين منصور، المسئولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٩،ص١٩٩.

[٢] الطعن رقم ٨٥٠٢ لسنة ٧٦ق، ج ٢٠١٥/١٠/١٩.

[3] Marc Stauch, The Law of Medical Negligence in England and Germany, A Comparative Analysis, Hart, 2008, p.10.

[٤] انظر الطعن رقم ٢٤ لسنة ٦ق- جلسة ٢٢ /٦/ ١٩٣٦مشار إليه لدى وفاء أبو جميل، الخطأ الطبي، دراسة تحليلية فقهية وقضائية في مصر وفرنسا، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص١٥.

[٥] سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط٤، القاهرة، ١٩٨٧، ص٥٤٩.

[٦] راجع في تفاصيل ذلك حسن ذكي الإبراشي، مسئولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، دار النشر للجامعات المصرية، بدون سنة طبع، ص٦٤.

[7] محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص١٣٠.

٣. إذا أعطي الطبيب معلومات خاطئة للمريض تؤكد نجاح عملية التعقيم وكان الأمر على خلاف الحقيقة مما أدى إلى إلحاق ضرر بالأسرة.
٤. امتناع الطبيب عن التدخل لإجهاض الحمل الذي حدث نتيجة فشل عملية التعقيم في الحالات التي تسمح بها القوانين بذلك، يعتبر ذلك مخالفاً لقانون اخلاقيات المهنة الذي يفرض عليه التدخل السريع لإنقاذ حياة المريض.

ويتضح لنا من خلال ما سبق أن مسئولية الطبيب في الأصل هي عقدية سواء كان هذا العقد مكتوب أو شفاهه، وذلك عند اختيار المريض لطبيب لكي يقوم بعلاجه سواء في مستشفى خاص أو حكومي، وتكون تقصيرية في حالات معينة كحالة مساءلة الطبيب عن خطئه جنائيا وحالة التدخل للعلاج بغير طلب من المريض وحالة بطلان العقد.

المبحث الثاني

آثر قيام المسئولية المدنية للطبيب عن الولادة الخاطئة

لا يستطيع القاضي الحكم بالتعويض للمضرور إلا إذا كان هناك خطأ أو إهمال من جانب الطبيب عند قيامه بعملية التعقيم سبب ضرراً للمريض. فإذا انتفي الضرر لا يمكن الحكم بالتعويض حتى لو كان هناك خطأ من الطبيب، حيث توجد المسئولية حيثما وجد الضرر. وبالتالي إذا تحققت مسئولية الطبيب يكن للوالدين المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية والأدبية الناشئة عن فشل عملية التعقيم. وهذا ما نوضحه من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

دعوى المسئولية

تهدف دعوى المسئولية عن الولادة الخاطئة إلى تمكين الوالدين من الحصول على تعويض من الطبيب الذي أخل بواجبه تجاههم سواء كان ذلك على ضوء قواعد المسئولية التقصيرية أو العقدية. وذلك لحرمانهم من الحق في التخطيط بعدم إنجاب أطفال مستقبلاً لأي سبب كان. فالدعوى ترفع من المضرور أو من نائبه. وقد ترفع الدعوى من قبل خلفه، الذي يتحدد حسب نوع التعويض عن الضرر.

أما المدعي عليه في دعوى المسئولية هو المسئول أو نائبه أو خلفه. وقد يتعدد المسئولون عن الضرر. فالمدعي عليه في دعوى المسئولية هو الطبيب المخطئ أو الممرض أو أحد المساعدين، وإذا كان الطبيب تابعاً لمستشفى عام أو خاص يكونا مسئولين تجاه المريض وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية[١].

ومن المعروف بأن الطبيب يستطيع التأمين على المسئولية المدنية عن الأضرار التي يحدثها للغير وخاصة المرضي الذين يقوم بعلاجهم، وتكريساً لذلك جاء القانون الاتحادي الإماراتي رقم ٤ لسنة ٢٠١٦ موضحاً بأنه يلزم التأمين ضد المسئولية المدنية عن الأخطاء الطبية قبل مزاولة المهنة. فمن الواضح أن هذا القانون حصر مسئولية الطبيب على الأخطاء الطبية فقط والتي ترجع إلى عدم الإلمام بالأمور الفنية أو الإهمال أو عدم بذل العناية اللازمة. أي أنه أعفي الطبيب من المسئولية إذا كانت الآثار والمضاعفات الطبية المتعارف عليها أو تلك غير المتوقع في مجال الممارسة الطبية غير ناجمة عن الخطأ الطبي[٢]. فلا شك أن هذا يعد قصوراً يترتب عليه عدم توفير الحماية الكاملة للمرضي في حالة إصابتهم بأي أضرار.

أما في فرنسا جاء قانون الصحة العام الفرنسي مقرراً إلزام الطبيب بالتأمين ضد المسئولية، وهذا يعني أن التأمين جاء ليشمل المسئولية العقدية والتقصيرية بوجه عام، كما يشمل كل المخاطر والأضرار المادية والمعنوية، أو حتى مجرد تفويت فرصة الشفاء. فضلاً عن أن المشرع الفرنسي أنشأ صندوق الضمان الوطني لتحقيق الحماية الفعالة للمرضي المتضررين من الحوادث الطبية في حالة عدم تمكنهم من اثبات الخطأ في جانب الطبيب[٣].

وهذا يعتبر اتجاه محمود من جانب المشرع الفرنسي نأمل أن يأخذ به المشرع الإماراتي والمصري في تقرير التأمين الإلزامي ضد مسئولية الطبيب، وإنشاء صندوق تعويض داخل المستشفيات لضمان الأضرار الجسدية أي كان مصدرها، لا سيما ما يرجع منها إلى النشاط الطبي. وذلك لأن العمل الطبي محفوف بالمخاطر وعلى وجه الأخص في

---

[١] فريحة كمال، المسئولية المدنية للطبيب، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، الجزائر، ٢٠١٢، ص٣٠٧.

[٢] انظر المادة (٦) و المادة (١٧) والمادة (٢٥) من القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠١٦ بشأن المسئولية الطبية.

[٣] بن صغير مراد، توجيه فكرة التأمين عن أضرار العلاج في المجال الطبي: دراسة مقارنة بين نظامي المسئولية في التشريعين الجزائري والإمارتية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد٢٧، السنة السابعة، ٢٠١٩، ص٥٠٥.

عمليات التعقيم، ويعد ذلك نتاجاً للطبيعة الخاصة للعلوم الطبية التي نشاهدها اليوم في تطور مستمر. فالعلاقة بين الطبيب والمريض يجب النظر فيها إلى المريض باعتباره الطرف الضعيف، الذي يضع جسده تحت يد الطبيب للثقة المتبادلة بينهم، فمع هذه الثقة إذ لابد أن يكون هناك مقابل يتجسد في التأمين الذي يلجأ إليه إذا وقع الضرر.

وتجدر الإشارة إلى أنه يشترط لقيام دعوى المسئولية في المجال الطبي بوجه عام توافر مجموعة من العناصر تتمثل في:

١. الخطأ الطبي: وهو التقصير في مسلك الطبيب. فالطبيب ملتزم ببذل الجهد والعناية، التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة، بهدف نجاح عملية التعقيم لتجنب حدوث الحمل. وبالتالي يسأل الطبيب عن خطئه سواء كان جسيماً أو يسيراً. فمعيار الخطأ هنا هو المعيار العام، وهو سلوك الشخص المعتاد أي عند تقدير الخطأ الذي وقع من الطبيب أثناء قيامه بعملية التعقيم، يقاس سلوكه على سلوك طبيب آخر من نفس مستواه[١].
فإذا تبين أن الطبيب لا ينحرف عن السلوك المألوف من سلوك الشخص المعتاد تنتفي مسئوليته، فهو لا يعتبر مخطئاً. وقد قننا المشرع المصري والفرنسي هذه القاعدة موضحاً بأن المدين يكون وفي بالتزامه إذا بذل في تنفيذه عناية الشخص المعتاد إذا وجد في نفس ظروفه مالم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك[٢].
إذ أنه لا عبرة في ذلك بطبيعة المسئولية فيما إذا كانت عقدية أو تقصيرية، وإنما العبرة بطبيعة الالتزام الملقي على عاتق الطبيب. ويكون الخطأ مفترض في جانب الطبيب وغير قابل لا ثبات العكس إذا كان ملتزم بتحقيق نتيجة، ففي هذه الحالة يكفي أن يثبت المريض وجود التزام الطبيب بتحقيق النتيجة، وأن الضرر الذي أصابه يرجع إلى عدم تحقق النتيجة المقصودة وهي نجاح عملية التعقيم. وفي هذه الحالة لا يستطيع الطبيب أن يدفع مسئوليته إلا بإقامة الدليل على السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه[٣].

ولكن نري أن التزام الطبيب في نجاح عملية التعقيم يقترب شيئاً فشيئاً من الالتزام بتحقيق نتيجة أو ما يطلق عليه ببذل عناية مضاعفة، وذلك لأن التحاليل الطبية التي يجريها المريض للتأكد من نجاح عملية التعقيم تقع على محل محدد تحديداً دقيقاً ومن هنا يعد التزام الطبيب بالنسبة للتحاليل العادية التي يجريه للمريض التزام بتحقيق نتيجة وهي سلامة التحليل ودقته التي تبين نجاح عملية التعقيم من عدمه، وبالتالي تقوم مسئولية الطبيب بمجرد فشل عملية التعقيم ولا يستطيع الطبيب أن يدفع مسئوليته إلا إذا أثبت أن فشل عملية التعقيم حدث بسبب أجنبي لا يد له فيه.

٢. الضرر: هو الأذى الذي يلحق الشخص في جسده أو ماله. فهو الركن الأساسي لقيام المسئولية الطبية، فبدونه لا يمكن تعويض المريض حتى لو كان هناك خطأ، إذ لا بد من اثبات الضرر وإنه ناشئ عن الخطأ الطبي. ومن هنا يعد الضرر معياراً لقيام مسئولية الطبيب، فلا تترتب ثمة مسئولية على الطبيب مالم ينشأ ضرر حال أو مستقبل محقق الوقوع، وهذا ما أكده القضاء المصري والفرنسي[٤].
ويجب أن ينطوي الضرر سواء كان مادي أو أدبي على إخلال بحق أو مصلحة مشروعة للمريض، كفرض أعباء مالية عليه بسبب فشل عملية التعقيم والتي تؤدي إلى حرمانه من الأجر الوظيفي إذا كان موظفاً لحصوله على أجازه لرعاية الطفل. ويشترط في الضرر في أي من صورتيه أن يكون محققاً ومباشراً[٥]
٣. علاقة السببية: يشترط لحصول الوالدين على تعويض عن الولادة الخاطئة أن يثبتا أن الطبيب أخل بواجبه مما أدى إلى أصابتهم ببعض الأضرار الناجمة عن إهماله. وبالتالي ستظهر علاقة السببية واضحة بين عملية التعقيم التي تم إجراؤها بإهمال والحمل المستقبلي[٦].
فولادة طفل غير مرغوب فيه هي نفس الحالة التي يسعي المريض إلى تجنبها إلا أن إهمال الطبيب هو الذي أدى إلى النتيجة غير المرغوب فيها. وهذا يعني أنه إذا انتفت رابطة السببية انتفت معها مسؤولية الطبيب حتى ولو ارتكب هذا الأخير خطأ ما. فمسئولية الطبيب لا تقوم إلا إذا توافر الخطأ الطبي والضرر وعلاقة السببية بينهما، لكن يصعب على المريض اثبات الأخيرة لأن عملية التعقيم تتم داخل جسم المريض.

فقد تكون الوسيلة في دعوى المسئولية طبقا للقواعد هي أن المسئول ارتكب خطأ عقدياً أو تقصيرياً، سواء كان هذا الخطأ واجب الاثبات أو مفترض. وعلى ذلك يمكن للمدعى أن يرفع دعواه على أساس الخطأ التقصيري الثابت أو الخطأ العقدي. وإذ كان هذا لا يمنعه من الاستناد إلى الخطأ التقصيري المفترض في مرحلة الاستئناف، دون أن يعتبر ذلك طلباً

---

[١] محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص١٦ وما بعدها.
[٢] محسن عبدالحميد إبراهيم البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية في ظل القواعد المدنية التقليدية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص١٢٤.
[٣] محمود موسي دودين، مرجع سابق،ص١٤٤.
[٤] أحمد عبدالكريم موسي الصرايرة، التأمين من المسئولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، ٢٠٠٧، ص٩٠.
[٥] انظر في هذا المعني علي حسين نجيدة، إلتزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص٨٥ وما بعدها.
[6] David D. Wilmoth, op.cit.p.632.

جديداً. كما يجوز للقاضي أن يصدر حكمة استناداً إلى الخطأ التقصيري الثابت حتى لو كانت الدعوى قد رفعت على أساس هذا الخطأ التقصيري المفترض، دون أن يعد ذلك قضاء بما لا يطلبه الخصوم. أما إذا رفت الدعوى على أساس المسئولية العقدية فرفضت، فلا يجوز رفعها مرة أخرى على أساس الخطأ التقصيري، والعكس صحيح[١].

وتتقادم دعوى المسئولية التقصيرية بمضي ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه على ألا يجاوز ذلك خمسة عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع (م ١٧٢مدني مصري)، أما المسئولية العقدية قد حدد الأطراف مضمون الرابطة العقدية التي يشكل الإخلال بها قيام المسئولية العقدية عن وعى وإرادة حرة، وبالتالي لا تتقادم المسئولية العقدية إلا بمضي خمسة عشرة سنة (م٣٧٤ مدني مصري)[٢].

المطلب الثاني

التعويض

يهدف التعويض إلي جبر الضرر ويشترط لتعويض الضرر على أساس المسئولية العقدية أن يكون الضرر مباشر ومتوقع حدوثه، فالضرر الغير متوقع لم يدخل في حساب المتعاقدين، وبالتالي لم يدخل في دائرة التعاقد ومن ثم لا يمكن التعويض عنه. أما في المسئولية التقصيرية يشمل التعويض أي ضرر مباشر سواء كان متوقع أو غير متوقع[٣].

ويقاس التعويض بالضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ. كما يجب أن يراعي في تقدير التعويض الظروف الشخصية التي أحاطت بالمضرور. والأصل أنه لا ينظر عند تقدير التعويض إلى جسامة الخطأ، وإنما يقدر التعويض بقدر جسامة الضرر[٤].

وعلى كلِ لا يستطيع القاضي أن يحكم بالتعويض إلا إذا كان هناك ضرر لحق بالمريض بسبب إخلال الطبيب بتنفيذ التزامه التعاقدي أو إهمال في واجبه، فالضرر هو مناط المسئولية، حيثما وجد، نشأت المسئولية الطبية. فالتعويض عن الضرر الطبي قد يكون عينياً أو نقدياً ويهدف إلى جبر الأضرار المعنوية والمادية. وهذا ما نوضحه من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

أشكال التعويض عن الضرر

يعتبر التعويض الجزاء العام عند قياما المسئولية المدنية، فهو وسيلة لجبر الجبر الضرر أو التخفيف منه. والتعويض قد يكون عينياً وهو الأصل وقد يكون بمقابل. وهذا ما نوضحه من خلال البندين التاليين.

- **التعويض العيني**

التعويض العيني هو إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل ويزيل الضرر الذي نشأ عنه، ويعتبر من أفضل طرق التعويض التي يتمكن من خلالها المضرور الحصول على حقه. فإعادة الحالة إلى ما كانت عليه تجعل التعويض معادلاً للضرر، وذلك لكي يكون الوضع بعد التسوية متعادلاً مع الوضع السابق قبل حدوث الضرر. ويجد التعويض العيني مجاله الخصب في مجال المسئولية العقدية، على عكس المسئولية التقصيرية التي يصعب تطبيقه فيها، ففي مجال المسئولية الطبية يفضل التعويض بمقابل لصعوبة التعويض العيني في أكثر الحالات، وهذا يعني بأنه لا مانع من التعويض العيني إذا كان ممكناً[٥].

وقد أشارت المادة ٢/١٧١ من القانون المدني المصري إلى إمكانية التعويض العيني بقولها" يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور بأن يأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء

---

[١] رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٦، ص٤٠٩.

[٢] نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦ للتقنين المدني الفرنسي، درا الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٢٠، ص ٤٧٨.

[٣] رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص٣٣١.

[4] Dean Stretton, The Birth Torts: Damages For Wrongful Birth And Wrongful Life, Deakin Law Review, Vol. 10, N. 1, p.322.

[٥] بركات عماد الدين، التعويض عن الضرر الطبي والتأمين من مسئولية الأطباء المدنية، رسالة ماجستير، جامعة أحمد دراية- أدرار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٤-٢٠١٥، ص٦٧.

أمر متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض"[١]. يفهم من ذلك أن التعويض العيني لا يحكم به القاضي من تلقاء نفسه حتى إذا كان ممكناً، إلا إذا طلبه المضرور.

كما قضت محكمة النقض المصرية بأن " التعويض العيني عن الفعل هو الأصل ولا يصار إلى عوضه، إلا إذا استحال التعويض عينياً...إلخ"[٢].

وإذا كانت القاعدة تقضي بأنه يجوز الحكم بالتعويض العيني، إلا أن هناك حالات يكون فيها الحكم بالتعويض العيني غير ممكناً في المجال الطبي وهي[٣]:

- إذا كان التعويض العيني غير ممكن بطبيعته، لاسيما حالة الألآم الجسدية أو النفسية التي تصيب المريض بسبب فشل عملية التعقيم. إذ في هذه الحالة لا مفر من التعويض النقدي.
- إذا كان التعويض العيني فيه إرهاق للمدين، وهذا مقبول في حالة خطأ الطبيب الذي أدى إلى فشل عملية التعقيم.

فالشاهد هنا ليس باليسير الحكم بالتعويض العيني في مجال المسئولية الطبية، لا سيما في حالة الحمل نتيجةً لفشل عملية التعقيم لا يمكن إعادة الأم إلى الحالة التي كانت عليها قبل حدوث الحمل، فإذا كان ذلك ممكناً عن طريق الإجهاض في بعض الحالات إلا أنه لا يمكن التعويض العيني عن الألآم النفسية التي تعرضت لها الأم خلال فترة الحمل وأثناء عملية الإجهاض. إذ يكون من الصعب التعويض العيني في العمل، فالغالي يكون التعويض العيني مستحيلاً فيما يتعلق بالضرر الجسدي أو المعنوي فلا يمكن التعويض العيني فيه. وتجدر الإشارة إلى أنه ليس للمضرور أن يرفض التعويض العيني إذا كان ممكن، فالطبيب الذي قام بعملية التعقيم إذا كان بإمكانه إزالة الضرر، فليس للمريض أن يرفض هذا التعويض العين وذلك لأن الطبيب المسئول يعتبر نفذ التزامه على وجه كامل حين يعيد الوضع إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر.

- **أما التعويض النقدي**

نظراً لأن التعويض العيني ليس بالأمر اليسير في مجال المسئولية الطبية، فالغالب يكون التعويض بمقابل وبصفة خاصة نقدية[٤]. فالتعويض النقدي هو الأصل في مجال المسئولية التقصيرية ويلجأ إليه القاضي إذا تعذر الحكم بالتعويض العيني، أو لم يطالب به المضرور. والأصل في التعويض النقدي أن يدفع مرة واحدة للمضرور. ولكن هذا لا يمنع القاضي من الحكم به على أقساط أو في صورة إيراد مرتب لمدي الحياة[٥]. وهذا ما نصت عليه المادة (١/١٧١) من القانون المدني المصري بقولها بأنه" يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض تبعاً للظروف مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً مدي الحياة ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً"[٦]. فالأصل أن يدفع التعويض النقدي دفعة واحدة للمضرور، إلا أنه ليس هناك ما يمنع القاضي بأن يحكم به في صورة أقساط أو إيراداً مرتب لمدى الحياة تبعاً للظروف.

ويعتبر حق الإنسان في الحياة والسلامة الجسدية من الحقوق الأساسية التي تحميها القوانين والدساتير، وهي من المقاصد التي ترمي إليها الشريعة الإسلامية. فالطبيب الذي يقوم بإجراء عملية تعقيم للمريض غير ناجحة وينتج عنها حدوث حمل، فينتج عن ذلك ضرر يستوجب التعويض، لأن هذا يشكل إخلال بحق الإنسان في الحياة والسلامة الجسدية.

أما فيما يتعلق بتعيين العناصر المكونة قانوناً الضرر التي يجب أن تدخل في حساب التعويض من المسائل القانونية التي تهيمن عليها محكمة النقض، لأن هذا التعيين من قبيل التكييف القانوني للواقع[٧]. فتعين عناصر الضرر من

---

[١] القانون المدني المصري رقم ١٣١ الصادر في ١٩٤٨/٧/٢٩، الوقائع المصرية، العدد رقم ١٠٨ مكرر (أ)

[٢] الطعن رقم ٧٤ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٨/١٢/١٦ مشار إليه لدي شريف الطباخ، المذكرات في الدعاوي المدنية (فن المرافعة في الدعاوي المدنية) في ضوء الفقه والقضاء، بدون دار نشر، ٢٠٠، ص ٢٩٣.

[٣] عدة جلول سفيان، التعويض كأثر للمسئولية المدنية للطبيب، بحث منشور في حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران٢، المجلد السابع، العدد الثالث، ص٢٣٥.

[٤] محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص١٨٧.

[٥] مصطفي حامد محمد الأحيرش، المسئولية المدنية للطبيب في الأخطاء الطبية والآثار المترتبة عليها "دراسة تحليلية مقارنة بين القانون المدني الليبي والفقه الإسلامي"، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة سونان أمبيل الإسلامية الحكومية سور ابايا، ٢٠١٩م، ص١٩٧.

[٦] القانون المدني المصري رقم ١٣١ الصادر في ١٩٤٨/٧/٢٩، الوقائع المصرية، العدد رقم ١٠٨ مكرر (أ).

[٧] الطعن رقم ٧٥٦ لسنة ٧٠ق – الدوائر المدنية -جلسة ٢٠٢١/١/٢٨ متوفر على الموقع الآتي:
https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111287942&ja=99199

مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض بما يوجب على محكمة الموضوع أن تبين عناصر الضرر الذي قضت من أجله بهذا التعويض وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور المبطل[١].

وفي ذلك ضمان أكيد لكل مضرور في أن يحصل على تعويض عن جميع الأضرار التي لحقت به من جراء فشل عملية التعقيم دون أن تغفل المحكمة عنصر من عناصر الضرر الذي أصابه. أما مبلغ التعويض يقدر بما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، مع العلم بأن المشرع الإماراتي لا يعترف بالتعويض عن الربح الفائت في نطاق المسئولية العقدية. ويأخذ في الاعتبار عند تقدير مبلغ التعويض الظروف الملابسة[٢] لوقوع الضرر كحالة المريض الصحية وقدرته الجسمانية[٣].

ويثير تقدير التعويض عن الضرر الطبي صعوبات خاصة بشأن الوقت الذي يتم فيه هذا التقدير، إذ أن الضرر الذي يصيب المريض قد يكون متغيراً ومن ثم لا يمكن تعينه عند النطق بالحكم، وهذا الأمر محل خلاف بين الفقه والقضاء، حيث يوجد اتجاهين متناقضين أحدهما يري أن الفعل غير المشروع هو الذي أنشأ الحق في التعويض وليس الحكم، ولذلك يتم تقدير التعويض من وقت وقوع الضرر وما يتصل به من عناصر، وهذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها[٤].

بينما يرى أنصار الاتجاه الاخر أن الحكم القضائي يعتبر كاشفاً ومعلقاً للحق في التعويض، لذا يعتد عند تقدير التعويض بجميع عناصر الضرر وقت صدور الحكم، كما يؤخذ في الاعتبار سبب التعويض من لحظة وقوع الضرر مع مراعاة كل الظروف المستجدة التي صاحبت الضرر من لحظة وقوعه إلى حين صدور الحكم[٥].

ونظراً لتغير قيمة النقود بصورة مستمرة، يتعين الاعتداد بزيادة الأسعار اللاحقة على صدور الحكم النهائي في تقدير التعويض عن الضرر الجسدي المستمر بحيث يزداد التعويض بمقدار الزيادة في أسعار المواد المستخدمة لإصلاح الضرر، فالقاضي يراعي ذلك لحظة النطق بالحكم. إلا أن الحكم بالتعويض في صورة إيراد دوري يعد أنسب صوره لجبر الضرر المستمر، كما أن ربطه بسعر المواد المستعملة في إصلاحه هو أنسب وسلة لجبر الضرر[٦]. فالتعويض يتعين أن يكون مبنياً على أسس اقتصادية لتحقيق الغاية المرجوة منه.

الفرع الثاني

أنواع الأضرار

الضرر الطبي هو الأذى الذي يصيب المريض في نفسه أو ماله أو شعوره نتيجة فشل عملية التعقيم[٧] . والضرر الطبي نوعان وهما الضرر المعنوي والضرر المادي.

ـأولاً: الضرر المعنوي[٨]

يمنح الوالدين تعويضاً عن الأضرار المادية الناجمة عن الولادة الخاطئة بسبب إهمال الطبيب. وذلك على أساس أن المعاناة الناجمة عن ولادة طفل سليم معافي بسبب الحمل الخاطئ، لا تشكل ضرر معنوي. ولكن يمكن للمحاكم تقييم

---

[١] الطعن رقم ٧٨٢٧ لسنة ٨٤ق- الدوائر المدنية-جلسة ٢٠١٦/٣/٢٨ متوفر على الموقع الآتي:
https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111257515&ja=63248

[٢] ويقصد بها الظروف التي تحيط بالمضرور لا المسئول عن الضرر، فالظروف الشخصية للمضرور تأخذ في الاعتبار عند تقدير التعويض، لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي لحق بالمضرور بالذات، فيقدر التعويض على أساس شخصي لا موضوعي راجع في ذلك نضال عطا بدوي الدويك، التعويض عن الأضرار المستقبلية الناجمة عن الإصابات الجسدية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٦، ص٨٤.

[٣] خلود هشام خليل عبدالغني، الخطأ الطبي: دراسة في قانون المسئولية الطبية الإماراتي لسنة ٢٠١٦، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٧، ص٦٢.

[٤] محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص١٨٩.

[٥] وائل تيسير محمد عساف، المسئولية المدنية للطبيب "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٨، ص١٣٤.

[٦] محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص١٨٨ وما بعدها.

[٧] انظر في هذا المعني مريم بو شربي، المسئولية المدنية للطبيب، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، المجلد الثاني، العدد الرابع، ٢٠١٥، ص١٦٢.

[٨] هو كل ما يؤذي الإنسان في شرفة واعتباره أو يصيب مشاعرة وعواطفه أنور العمروسى، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، دار العدالة، ٢٠١٥، ص٦٣٢.

الألآم النفسية والعاطفية التي تعرض لها الوالدين وتعويضهم بالقدر الذي أدت فيه مثل هذه الألآم إلى خسائر مادية ملموسة مثل المصاريف الطبية[١].

ففي ألمانيا تصنف دعاوى التعويض عن الولادة الخاطئة على أنها دعاوى تعويض نتيجة الإخلال بالواجب الذي يفرضه القانون على الطبيب، كما أنها لا تختلف عن الدعاوى المدنية. وبالتالي تمنح المحاكم الألمانية تعويضاً عن الأضرار المادية وغير المادية الحادثة نتيجة الولادة الخاطئة. أما في النمسا يقتصر التعويض على الأضرار المادية الناجمة عن الولادة الخاطئة على أساس أنها ضرر ناجم عن الإخلال بواجبة العناية الذي يتعين أن يكون متوافر لدى الطبيب، حيث أنه وفقاً للمحاكم النمساوية لا يعتبر الحمل ضرراً جسدياً[٢].

وقريب من ذلك المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث أنها ترفض التعويض عن الألآم العاطفية، وهذا على أساس أن هذه الألآم لم تكن مصحوبة بإصابات جسدية[٣].

ويرجع الاختلاف بين المحاكم في تعويض الوالدين عن الألآم العاطفية الناشئة عن الولادة الخاطئة إلى الطرق المختلفة في تقييم هذه الأضرار. فهذه الطرق تشتمل على قاعدة " the"physical impact وقاعدة "the bystander " وقاعدة "the zone of danger". فالقاعدة الأولي ترى بعض المحاكم عدم تطبيقها في حالة التعويض عن الألآم العاطفية إذا لم توجد أضرار جسدية تلحق بالوالدين، لأنه يتطلب من المدعي في أطار قانون المسئولية التقصيرية إثبات الإصابات الجسدية للحصول على تعويض عن الألآم العاطفية. وقد طبقت محكمة الاستئناف بالمملكة المتحدة هذه القاعدة[٤].

أما القاعدة الثانية تفرق بين الضرر الجسدي الذي يلحق بالمضرور ذاته والضرر الذي يلحق بشخص أخر. فإذا تعرض الشخص لضرر جسدي مباشر يتم تعويض عنه وعن الأضرار النفسية الأخرى المتولدة عنه. أما إذا تعرض للضرر الجسدي أشخاص أخرى، فلا يتم تعويض في أغلب الأحوال عن الألآم النفسية التي لحقت بهم. أما القاعدة الأخيرة لا تطبق إلا إذا كان إهمال المدعي هو المتسبب في الألم العاطفي. وهذا يحدث في حالة الولادة الخاطئة بسبب إهمال الطبيب، حيث أن الألم العاطفي ليس هو الخطأ في حد ذاته بل هو الضرر الناشئ عن إهمال الطبيب في عملية التعقيم[٥].

فالضرر المعنوي يشمل الألآم الناجمة عن الأضرار الجسدية، وهذه الأضرار تحدث نتيجة الحمل الخاطئ لأنه يشكل اعتداء على حرية الجسد بإدخال تغيرات جسدية لا يرغب فيها الإنسان. لذلك يشكل الحمل بالطريقة الخاطئة ضرراً جسدياً، على الرغم من أنه إلى حدٍ ما ظاهرة طبيعية[٦]. وتجدر الإشارة إلى أن الضرر الجسدي هو خليط من الضرر المادي والضرر المعنوي، فإذا اقعدت الإصابة المضرور عن العمل بسبب الضرر الجسدي الذي لحق بحيث أثرت على دخله كان الضرر ضرراً مادياً، أما أذا لم تؤثر على دخله ولكن ترتب عليها الألآم نفسيه كان الضرر ضرراً معنوياً[٧].

فتقدير الضرر المعنوي في حد ذاته لا يمكن قياسه بصعوبة، فقد اتبعت معايير عند تقدير الضرر في الوضع العادي، ولكن يجب مراجعتها حتى تكون موضوعية إلى حد ما. وهذه المعايير تختلف من حالة إلى أخرى. فحساب التعويض عن الضرر المعنوي الناشئ عن الولادة الخاطئة غامض للغاية[٨]. لأن تقييم الضرر المعنوي عملية حساسة للغاية بالنسبة للقضاء لأنه يتطلب قدر كبير من الدقة، لا سيما في حالة تقييم مسلك الطبيب الذي أدى إلى فشل عملية التعقيم. وبالتالي لا يستطيع الوالدين الحصول على تعويض عن الأضرار العاطفية إلا في حالتين وهما:

١. إذا نتج عن الأضرار العاطفية خسائر مالية ملموسة، مثل المصاريف أو رسوم الاستشارة الطبية، ويكون التعويض في تلك الحدود.
٢. إذا نتج عن الولادة الخاطئة ضرر جسدي. إضافة إلى أن الحمل غير المرغوب فيه يعتبر انتهاكاً للحقوق الشخصية للمرأة والحق في تنظيم الأسرة.

وبشكل عام يتطلب وجود إصابة جسدية للتحقق من وجود الأضرار المعنوية.

---

(1) Marija Karosaitė, op.cit. p.24.

(٢) Petr Sustek and Martin Šolc, Court Decisions In Wrongful Birth Cases As Possible Discrimination Against The Child, Joaçaba, v. 18, 2017, p.36.

(3) Dina Sõritsa, Damages Subject to Compensation in Cases of Wrongful Birth: A Solution to Suit Estonia, Juridica International, 2016, p.110.

(4)Carolyn A. Goodzeit, Rethinking Emotional Distress Law: Prenatal Malpractice and Feminist Theory, 63 Fordham L. Rev, Vol. 63, 1994, pp.175-214.

(5) Shelley A. Ryan, Wrongful Birth: False Representations of Women ' s Reproductive Lives, University of Minnesota Law School, Vol. 78,1994, pp. 857-909؛ John J. Kircher, The Four Faces of Tort Law: Liability for Emotional Harm, Marquette Law Review, Vol.90, 2007, pp. 789-920.

(6) DEAN STRETTON.op.cit.p.330.

(٧) نضال عطا بدوي الدويك، مرجع سابق، ص٥٧.

(8) Ewa Bagin´ska, Wrongful Birth and Non-Pecuniary Loss: Theories of Compensation, JETL, 2010, p.198.

ـثانياً: الضرر المادي[١]

وضعت المحاكم في أوربا فكرة عامة مفادها أن الطفل نفسه لا يمكن اعتباره مصدراً للضررً، لأن ذلك في المقام الأول سيكون مخالفاً لكرامته. فلا تسمح كرامة الإنسان بأن يعتبر الطفل المولود مصدراً للضرر. ولكن هذه الفكرة في حد ذاتها لا تعد ملزمة للمحاكم، حيث أن الولادة التي تعتبر حدثاً إيجابياً قد ينجم عنها بعض الأضرار المادية المتمثلة في تكاليف تربية الطفل أو الألآم العقلية الناشئة عن تربية طفل يعاني من إصابات خطيرة[٢].

لذا ذهبت العديد من المحاكم، لتجنب وصف ميلاد الطفل بطريق الخطأ بأنه ضرر، إلى أن الخسارة المالية التي تترتب على ميلاد الطفل بطريق الخطأ هي الضرر الذي يجب أن يعوض. وإن كان ذلك يخلق بعض المشاكل في إسناد المسئولية للطبيب أو المستشفى عن تلك الخسارة. في حين أنه لا توجد صعوبة في حالة وجود إهمال من جانب الطبيب أثناء قيامه بعملية التعقيم. وذلك لأنه يمكن القول بأن التكاليف التي يتكبدها الوالدين في تربية الطفل هي الضرر الذي يعوض عنه.

فعلي سبيل المثال في بلجيكا، سمحت المحاكم بتعويض الوالدين عن الأضرار المادية الناشئة عن فشل عملية التعقيم مثل المصاريف الطبية، ونفقات تربية وتعليم الطفل والراتب الذي يفقده الوالدين نتيجة العمل الجزئي. وفي بولندا رأت المحاكم أنه من الأفضل دفع هذه التعويضات في صورة مدفوعات شهرية، يتم تقيمها وفقاً للمعايير المستخدمة في قضايا النفقة[٣].

كما قضت المحاكم الإنجليزية في قضية[٤] In Emeh v Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority التي تدور وقائعها حول حمل المدعية نتيجة فشل عملية التعقيم، مما أدى إلى ولادة طفل معاق. وقد خلصت المحاكم الإنجليزية بأنه لا توجد قاعدة عامة تمنع من التعويض عن الألم والمعاناة الناشئة عن إعالة الطفل. وبالتالي كان الحمل مساوياً للأضرار الشخصية، مما نجم عنه أضرار اقتصادية تبعية تشتمل على تكاليف التربية. وعلى الرغم من أن هذه القضية تتعلق بميلاد طفل معاق، ألا أن الحكم الصادر في هذه القضية أصبح مبرراً للوالدين فيما بعد للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن الولادة الخاطئة حتى لو كان الطفل غير معاق.

وفي قضية[٥] McFarlane v Tayside Health Management Board التي تدور وقائعها حول قيام المدعية بإجراء عملية تعقيم عام ١٩٨٩تم من خلالها قطع قناة فالوب وتم إخطارها بنجاح العملية، ولا داعي لاستخدام وسائل منع الحمل. ولكن فوجئت بوجود حمل في أواخر عام ١٩٩١ وانجبت طفلة في ١٩٩٢. وعلى ضوء ذلك قام الوالدين برفع دعوى على هيئة الصحة مطالبين بالتعويض عن الأضرار المادية التي لحقت بهم. فقضي مجلس اللوردات بأنه يمكن استرداد التكاليف الناجمة عن معاناة وألآم الأم وأي نفقات أخرى ناشئة كنتيجة مباشرة للحمل الذي حدث نتيجة فشل عملية التعقيم.

وهذا الحكم يعد قراراً تاريخياً، حيث ألغي الوضع السائد آنذاك، الذي سمح باسترداد تكاليف تربية الطفل الناتجة عن الإهمال أو عملية التعقيم الفاشلة بغض النظر عما إذا كان الطفل طبيعياً أم لا[٦]. وفي أحوال أخرى قضت بعض المحاكم بتعويض الوالدين عن تكاليف الرعاية ومنها التكاليف اللازمة لتعليم الطفل الذي ولد صحيحاً معافي بطريق الخطأ نتيجة فشل عملية التعقيم[٧]. كما قرر مجلس اللوردات في قضية Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust بأن الطفل الذي ولد نتيجة عملية التعقيم التي تم إجراؤها بإهمال، يعد ضحية لخطأ قانوني. لذا تم منح والديه تعويضاً عن المصاريف التي تكبدوها نتيجة الحمل والولادة[٨].

---

[١] هو الذي يصيب الإنسان من الناحية المالية أيمن سعد، أحكام الالتزام والإثبات، بدون دار نشر، ٢٠١٣، ص٨٣.

[2] Ewa Bagin´ska, op.cit.p.174.

[3] Martin Hogg, Damages for Pecuniary Loss in Cases of Wrongful Birth, Journal of European Tort Law, Vol. 1, No. 2, 08.2010, p. 156-70.

[4] See Cordelia Thomas, Claims For Wrongful Pregnancy And Damages For The Upbringing of The Child, Unsw Law Journal, Volume 26, p.134.

[5] See James Watt, McFarlane v Tayside Health Board, CLINICAL RISK, The Royal Society of Medicine Press Ltd, 2001, pp.20-22.

[6] Umo I Esen, Compensation for failed sterilization, Hospital Medicine, Vol 63, No 9, 2002, p.533.

[7] See Benarr v. Kettering Health Authority [1988] N.L.J. 179.

[8] Rees (Respondent) v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust, [2003] UKHL 52.

فالتعويض عن الأضرار المادية الناجمة عن الولادة الخاطئة يشمل فقد الدخل بسبب أجازه الوضع؛ والتكاليف الأولية في بداية الحمل؛ وفقد الدخل المستقبلي بسبب تأخر العودة إلى العمل، على الأقل في الظروف القصوى[٢].

إذ يتعين على المحاكم ألا تقلل من فرص التعويض في حالة الولادة الخاطئة على أساس أن الأمر يتعلق بولادة طفل. فإذا أدى الطبيب وظيفته بإهمال يتعين أن يتحمل المسئولية بصورة كاملة[٢].

ويتضح مما سبق بأنه يتم تعويض الوالدين عن التكاليف الطبية الاستثنائية في حالة ميلاد الطفل سليمً بطريق الولادة الخاطئة. إضافة إلى التكاليف الطبية اللازمة لعلاج الطفل الذي ولد معاقاً وأي مصاريف أخري تنشأ عن هذه الإعاقة.

ويثار هنا تساؤل هل يجوز التعويض عن الخسائر الاقتصادية المحضة؟

لا يمكن التعويض عن الخسارة الاقتصادية المحضة بوجه عام في القانون الانجليزي. ولكن إذا كانت الخسائر الاقتصادية نشأت نتيجة للضرر المادي فإنها تكون قابلة للتعويض، أما إذا كانت مستقلة عن الضرر المادي فلا يمكن تعويضها[٣].

كما يمكن التعويض عن الخسائر الاقتصادية المحضة عندما ينشأ الضرر عن تربية طفل سليم ولد نتيجةً لعملية تعقيم فاشلة أو نشأ نتيجة لخطأ في التشخيص أدى إلى حرمان الوالدين من فرصة إنهاء الحمل لا سيما إذا كان الطفل معاقاً[٤].

وعلى كلٍ يجب تعويض الوالدين عن أي خسارة متوقعة تكبدوها نتيجة ميلاد الطفل بطريق الخطأ بسبب فشل عملية التعقيم. فالحمل الخاطئ يعد مساوياً للضرر الشخصي الذي ينتج عنه أضرار اقتصادية تبعية، والتي من بينها تكاليف تربية الطفل. فإذا توافرت شروط الضرر، فلا ينبغي المجادلة بأن الخسارة التي تكبدها الوالدين هي خسارة اقتصادية محضة لتجنب تقديم التعويض[٥]. لذا يتعين أن ينظر إلى الضرر الاقتصادي بأنه عنصر مكون للضرر العام بما في ذلك الضيق والمعاناة النفسية الناشئة عن خطأ المدعى عليه، بحيث لا ينظر إلى هذه الخسائر على أنها خسائر اقتصادية محضة[٦].

وننوه أخيراً إلى أنه نظراً لصعوبة منح التعويضات في حالة الولادة بطريق الخطأ، فضلاً عن تجنب عمليات الإجهاض، نقترح أن ينشأ داخل وزارة الصحة صندوق تعويضات لمواجهة تلك الحالات وهذا يؤدى بدوره إلى أن تتم عمليات التعقيم من خلال المستشفيات الحكومية من قبل الطبيب العام الممارس أو الاستشاري. والقول بأن الأم كان لديها فرصة للإجهاض هذا غير صحيح لأن أغلب القوانين تحظر من إجهاد طفل غير معاق خاصة عندما تكون الأم غير معرضةً لأي مخاطر صحية أو كان الجنين غير مشوهاً.

الخاتمة:

بعدما انتهينا من هذا البحث لابد أن نذكر ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات.

أولاً: النتائج:

١. يشير مصطلح الولادة الخاطئة إلى الخطأ الطبي الذي يبرر للوالدين مطالبة الطبيب بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم نتيجة لإهماله في عملية التعقيم، مما أدى إلى ولادة طفل في وقت لا يرغب فيه الوالدين بالإنجاب أو

(1) Richard M.op.cit.p.5.
(2) Andrew Rodau, Tort Law—Wrongful Birth—Expanding Damages In Wrongful Birth Tort Actions—Berman V. Allan, 80 N.J. 421, 404 A.2d 8 (1979), Western New England University School of Law, vol.2, p.845.
(3) Shaun Elijah Tan, The Right Approach To Wrongful Conception, Undergraduate Law Journal, Oxford University, p. 29.
(4) Can damages be awarded for birth of an unwanted child? Available at https://data.allens.com.au/pubs/pdf/ari/2001/medneg.pdf last visit on 16/1/2021.
(5) Ffion Davies, Children as a Blessing: A Reason for Undermining Autonomy?, Degree of Batchelor of Laws, University of Otago, 2018, p.10.
(6) Martin Hogg.op.cit.pp. 156-170.

الاكتفاء بعدد الأطفال الموجودين لديهم. كما أن هذا المصطلح يقابل مصطلح ميلاد الطفل معاقاً نتيجة إهمال الطبيب في تقديم المعلومات الكافية عن الجنين لكي يتخذوا القرار في الوقت المناسب لإنهاء الحمل من عدمه.

٢. يدور أساس المسئولية المدنية للطبيب عن الولادة الخاطئة حول المسئولية العقدية والتقصيرية. فالأولى تحدث عند إخلال أحد طرفي العقد بالتزامه تجاه الأخر وهذا الإخلال يتحقق في حالة عدم قيام الطبيب ببذل العناية اللازمة لتنفيذ العقد المبرم بينه وبين المريض، أو عدم قيام المريض بتنفيذ تعليمات الطبيب مثل إجراء التحاليل اللازمة للتأكد من نجاح عملية التعقيم. والأخيرة تقوم عندما يتم علاج المريض في مستشفى عام أو خاص ولم يكن له دور في اختيار الطبيب المعالج، ويحدث إهمال من جانب الطبيب أدى إلى فشل عملية التعقيم مثل عدم إجراء الاختبارات اللازمة للأنسجة التي قام باستئصالها للتأكد من نجاح العملية من عدمه.

٣. يترتب على تحقق المسئولية الطبية عن الولادة الخاطئة قيام التعويض العيني والنقدي، حيث يقد بالأول إعادة الحال إلى ما كان علية قبل فشل عملية التعقيم، ويلجأ إليه القاضي إذا كان ممكناً ولا يترتب عليه إلحاق ضرر جسيم بالمسئول عن الضر. أما الثاني يقصد به دفع مبلغ نقدي يتناسب مع مقدار الضرر الذي لحق بالمضرور ويقدره القاضي وقت النطق بالحكم مع الاخذ في الاعتبار كل الظروف التي لها تأثير في تقدير التعويض. ويمتد التعويض بكل أشكاله ليشمل الضرر المادي والمعنوي. فالأول يتمثل في مصاريف الولادة وخسارة الدخل لانقطاع الوالدين عن العمل وانشغالهم بتربية الطفل..إلخ. والأخير يتعلق بالألم التي عانت منها الأم بسبب الأضرار الجسدية التي لحقت بها من جراء عملية الولادة.

٤. يحق للوالدين المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم نتيجةً لميلاد الطفل بطريق الخطأ حتى ولو لم يكن الطفل معاقاً.

ثانياً: التوصيات:

١. إعادة النظر في قانون المسئولية الطبية المصري لتقرير المسئولية الموضوعية للطبيب عن فشل عملية التعقيم، وبالتالي إعفاء المضرور من عبء اثبات الضرر.

٢. إعادة النظر في قانون المسئولية الطبية الاماراتي لمواجهة القصور الوارد فيه بشأن إعفاء الطبيب من المسئولية عن لآثار والمضاعفات الطبية المتعارف عليها أو تلك غير المتوقع في مجال الممارسة الطبية غير ناجمة عن الخطأ الطبي، وذلك لتوفير حماية كاملة للمضرورين.

٣. إلزام الطبيب بالتأمين الإلزامي ضد مسئوليته المدنية عن الأخطاء الطبية قبل ممارسة مهنة الطب.

٤. إنشاء صندوق خاص للتعويضات داخل وزارة الصحة، يتدخل في حالة عدم تمكين الضحية من الحصول على تعويض كامل عن الأضرار التي إصابته جراء الأخطاء الطبية التي ترتب عليها فشل عملية التعقيم.

٥. إجراء عمليات التعقيم من خلال المستشفيات الحكومية فقط على أيد أطباء استشاريين، وذلك بتخصيص عيادات في هذه المستشفيات تتم من خلالها تلك العمليات.

٦. توسيع معيار الرعاية والعناية التي يجب أن يبذلها الطبيب بصدد عمليات التعقيم الذي يؤدي في النهاية جعل التزامه التزاماً بتحقيق نتيجة، لا سيما في عصرنا الحالي التي تناشد فيه الدول الأسرة بعملية التنظيم نظراً للظروف الاقتصادية التي تمر بها الدول.

المصادر والمراجع:

أ- المراجع باللغة العربية

أولاً: الكتب

- أشرف جابر، التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
- أنور العمروسى، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، دار العدالة، ٢٠١٥.
- أيمن سعد، أحكام الالتزام والإثبات، بدون دار نشر، ٢٠١٣.
- ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧.
- حسن ذكي الإبراشي، مسئولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، دار النشر للجامعات المصرية، بدون سنة طبع.
- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٦.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط٤، القاهرة، ١٩٨٧.
- شريف الطباخ، المذكرات في الدعاوي المدنية (فن المرافعة في الدعاوي المدنية) في ضوء الفقه والقضاء، بدون دار نشر، ٢٠٠٠.
- علي حسين نجيدة، إلتزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.

- محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية في ظل القواعد المدنية التقليدية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.
- محمد حسين منصور، المسئولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٩.
- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦ للتقنين المدني الفرنسي، درا الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٢٠.
- وفاء أبو جميل، الخطأ الطبي، دراسة تحليلية فقهية وقضائية في مصر وفرنسا، دار النهضة العربية، ١٩٨٧.

ثانياً: الرسائل الجامعية

- أحمد عبدالكريم موسي الصرايرة، التأمين من المسئولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، ٢٠٠٧.
- بركات عماد الدين، التعويض عن الضرر الطبي والتأمين من مسئولية الأطباء المدنية، رسالة ماجستير، جامعة أحمد دراية- أدرار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٤-٢٠١٥.
- خلود هشام خليل عبدالغني، الخطأ الطبي: دراسة في قانون المسئولية الطبية الإماراتي لسنة ٢٠١٦، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٧.
- فريحة كمال، المسئولية المدنية للطبيب، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، الجزائر، ٢٠١٢.
- قوادري مختار، المسئولية المدنية عن الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحضارة الإسلامية والعلوم الإنسانية، جامعة وهران، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ٢٠٠٩-٢٠١٠.
- محمود موسي دودين، مسئولية الطبيب الفردية المدنية عن أعماله المهنية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة بيرزيت، ٢٠٠٦.
- مصطفي حامد محمد الأحيرش، المسئولية المدنية للطبيب في الأخطاء الطبية والآثار المترتبة عليها "دراسة تحليلية مقارنة بين القانون المدني الليبي والفقه الإسلامي"، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة سونان أمبيل الإسلامية الحكومية سور ابايا، ٢٠١٩م.
- نضال عطا بدوي الدويك، التعويض عن الأضرار المستقبلية الناجمة عن الإصابات الجسدية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٦.
- وائل تيسير محمد عساف، المسئولية المدنية للطبيب "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٨ .

ثالثاً: المجلات

- بن صغير مراد، توجيه فكرة التأمين عن أضرار العلاج في المجال الطبي: دراسة مقارنة بين نظامي المسئولية في التشريعين الجزائري والإمارتية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد٢٧، السنة السابعة، ٢٠١٩.
- شرين محمد خضر القاعود، المسئولية المدنية للطبيب عن أخطائه المهنية، مجلة جامعة الإسراء للعلوم الإنسانية، العدد الثالث، ٢٠١٧.
- عدة جلول سفيان، التعويض كأثر للمسئولية المدنية للطبيب، بحث منشور في حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران٢، المجلد السابع، العدد الثالث.
- المعني مريم بو شربي، المسئولية المدنية للطبيب، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، المجلد الثاني، العدد الرابع، ٢٠١٥.

رابعاً: الأحكام

- الطعن رقم ٢٤ لسنة ٦ق- جلسة ٢٢ /٦/ ١٩٣٦
- الطعن رقم ٧٤ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٨/١٢/١٦
- الطعن رقم١١١ لسنة ٣٥ق، ج ١٩٦٩/٦/٢٦.
- الطعن رقم ٨٥٠٢ لسنة ٧٦ق، ج ٢٠١٥/١٠/١٩.
- الطعن رقم ٧٨٢٧ لسنة ٨٤ق- الدوائر المدنية-جلسة ٢٠١٦/٣/٢٨
- الطعن رقم ٧٥٦ لسنة ٧٠ق – الدوائر المدنية -جلسة ٢٠٢١ /١/٢٨

خامساً: القوانين

- القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠١٦ بشأن المسئولية الطبية.
- القانون المدني المصري رقم ١٣١ الصادر في ١٩٤٨ /٧/٢٩، الوقائع المصرية، العدد رقم ١٠٨ مكرر (أ)

- قانون المعاملات المدنية رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ لدولة الإمارات العربية المتحدة.
- المرسوم الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠١٨ بشأن المسئولية الطبية.

ب ـ المراجع الأجنبية:

Books:

- Ewa Bagin´ska, Wrongful Birth and Non-Pecuniary Loss: Theories of Compensation, JETL, 2010.
- James Watt, McFarlane v Tayside Health Board, CLINICAL RISK, The Royal Society of Medicine Press Ltd, 2001
- Marc Stauch, The Law of Medical Negligence in England and Germany, A Comparative Analysis, Hart, 2008.

Thesis:

- Ffion Davies, Children as a Blessing: A Reason for Undermining Autonomy?, Degree of Batchelor of Laws, University of Otago, 2018.
- Gerald B. Robertson, Wrongful birth: a study of the concept of civil liability arising from the birth of a child,master of laws, McGill University, 1978.

Research and articles:

- Alain Verbeke, Rights of parents and child in cases of "wrongful conception/life/birth" in contract and tort law Comparative view on Germany and France, Katholieke Universiteit Leuven,2002.
- Andrew Rodau, Tort Law—Wrongful Birth—Expanding Damages In Wrongful Birth Tort Actions—Berman V. Allan, 80 N.J. 421, 404 A.2d 8 (1979), Western New England University School of Law, vol.2.
- Anthony Jackson, Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England, Loy. L.A. Int'l & Comp. L, vol.17:535.
- Carolyn A. Goodzeit, Rethinking Emotional Distress Law: Prenatal Malpractice and Feminist Theory, 63 Fordham L. Rev, Vol. 63, 1994, pp.175-214.
- Cordelia Thomas, Claims For Wrongful Pregnancy And Damages For The Upbringing of The Child, Unsw Law Journal, Volume 26.
- David D. Wilmoth, Wrongful Life and Wrongful Birth Causes of Action: Suggestions for a Consistent Analysis, Marquette Law Review, vol.63,1980.
- David Hirsch, Rights And Responsibilities In Wrongful Birth Wrongful Life Cases, Unsw Law Journal, Volume 29, 2006.
- Dean Stretton, The Birth Torts: Damages For Wrongful Birth And Wrongful Life, Deakin Law Review, Vol. 10, N. 1.
- Dieter Giesen, Medical Malpractice And The Judicial Function In Comparative Perspective, Medical Law International, A B Academic Publisher,Vol. 1, 1993, pp.3-16.
- Dina Sõritsa, Damages Subject to Compensation in Cases of Wrongful Birth: A Solution to Suit Estonia, Juridica International, 2016.
- Florence G'Sell-Macrez, Medical Malpractice and Compensation in France, Part I: The French Rules of Medical Liability since the Patients' Rights Law of March 4, 2002, Chicago-Kent La W Review, Vol 86, 2011.
- Gerald B. Robertson, Civil Liability Arising From "Wrongful Birth" Following An Unsuccessfulsterilization Operation, Vol. 19, No. 2 (Winter 1978), Pp. 140-166
- Marija Karosaitė, Wrongful Birth And Wrongful Conception: Is There A Right To Compensation?, No. 1 (15), 2017.

- Martin Hogg, Damages for Pecuniary Loss in Cases of Wrongful Birth, Journal of European Tort Law, Vol. 1, No. 2, 08.2010.
- Medical Negligence, Consumer Protection, And Reproductive Health, Chapter Eleven, p.395. https://reproductiverights.org/sites/default/files/2020-02/SecuringReproductiveJusticeIndia-Chpt11.pdf.
- Petr Sustek and Martin Šolc, Court Decisions In Wrongful Birth Cases As Possible Discrimination Against The Child, Joaçaba, v. 18, 2017.
- Richard M. Bogoroch and others, Recent Developments in Obstetric Negligence Law Wrongful Pregnancy, Wrongful Birth, Wrongful Continuation of Pregnancy And Wrongful Death, available at https://www.bogoroch.com/content/uploads/obstetric-1.pdf
- Shaun Elijah Tan, The Right Approach To Wrongful Conception, Undergraduate Law Journal, Oxford University.
- Shelley A. Ryan, Wrongful Birth: False Representations of Women ' s Reproductive Lives, University of Minnesota Law School, Vol. 78,1994, pp. 857-909؛ John J. Kircher, The Four Faces of Tort Law: Liability for Emotional Harm, Marquette Law Review, vol.90, 2007, pp. 789-920.
- Umo I Esen, Compensation for failed sterilization, Hospital Medicine, Vol 63, No 9, 2002.

Cases:

- Rees (Respondent) v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust, [2003] UKHL 52.
- Rouse v. Wesley, 196 Mich. App. 624, Michigan Court of Appeals (Mich. Ct. App. 1992).
- See Benarr v. Kettering Health Authority [1988] N.L.J. 179.

Abstract

The responsibility of the doctor in the event of a wrong birth is one of the most cases that raises legal problems when applied, due to the lack of clear national legislation that addresses and regulates the responsibility of the doctor in these cases. Therefore, the research aimed to present the concept of a wrong birth, and to identify the types of civil liability for the doctor, with an explanation of its effects in terms of persons who have the right to claim compensation in the event of the birth of a child by mistake, along with an indication of the types of damages for which they are compensated. We have concluded with a set of results, including: The claim of responsibility for the wrong birth is the one filed by the parents against the doctor, hospital, or laboratory responsible for the medical error that led to the unwanted result, which is the birth of a child that the parents were not willing to receive. That is why we recommended the necessity of reconsidering the Egyptian Medical Liability Law to establish the objective liability of the doctor in the event of the sterilization process failure, as well as the UAE Medical Liability Law to expand the scope of the doctor's liability to include non-medical errors and to include them within the scope of compulsory insurance. In addition to expanding the range of care that must be taken by the doctor during the sterilization process.

The civil liability of the doctor for the failure of the sterilization process

" A comparative analytical study between Egyptian law and some comparative systems"

Abd El-Razek Wahba Sayedahmed Mohamed
Assistant Professor of Civil Law

Onaizah Colleges - Kingdom of Saudi Arabia
Mail: abdelrazek.sayed@yahoo.com