مجلة العلوم الإنسانية العربية
المجلد (٣) العدد (٣)
الإصدار العاشر
٢٠٢٢ (٩٦-٨٠)

فكرة الخطأ المضمر (المقدّر) في النظام القضائي العراقي دراسة مقارنة

بەدرخان قاسم محمد

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

نشر إلكترونياً بتاريخ: ٣١ أغسطس ٢٠٢٢م

الملخص

الخطأ المضمر ينشأ قرينة قانونية بسيطة للمدعي فيعفيه من إقامة الدليل لإثبات قيام الخطأ، حيث ينتقل عبء الاثبات على عاتق المدعى عليه في الدعوى المدنية؛ نشأ الخطأ المضمر بين الأوساط القضائية وكانت الغاية منها هو مساندة المرضى المصابين جراء الاخطاء الطبية عند تقديم قضاياهم للمحاكم. على الرغم من كثرة وقوعه في الحياة العملية الا ان فكرة الخطأ المضمر لم تسلم من النقد ولكن بنفس الوقت حظي بإشادة الفقهاء وطبقته الأنظمة القضائية أيضا، ورأينا أن في بادئ الأمر أبى القضاء العراقي الأخذ بفكرة الخطأ المضمر كونه اعتبره من الاخطاء الاحتمالية، وتراجعت عن رأيها فيما بعد، وبصدد مسألة التعويض اعتبر أن من الغير الممكن تصور الحكم بالتعويض من قبل القضاء عن الخطأ المضمر دون وجود ضرر أصاب المدعي في احدى مصالحه القانونية المشروعة, وعلاوة على ذلك للقضاء سلطة واسعة في تقرير التعويض المناسب العادل لكل حالة على حدة.

الكلمات المفتاحية: الخطأ المضمر، الضرر، تعويض

Abstract

The implied fault arises from a simple legal presumption for the plaintiff, which exempts him from establishing evidence to prove the fault, as the burden of proof shifts to the defendant in the civil lawsuit; The implicit fault arose among the judicial midsts, and its purpose was to support an injured patient as a result of medical errors when presenting their cases to the courts. Despite its frequent occurrence in practical life, the idea of implicit error was not spared from criticism, but at the same time it was praised by jurists and applied by judicial systems

as well. Initially Iraqi judiciary system refused to accept the idea of implicit fault, as it considered it a probable fault, and retracted its opinion later, and on the issue of compensation, it was considered that it was not possible to imagine a judgment of compensation by the judiciary for the implicit fault without the presence of damage to the plaintiff in one of his legal interests lawful, and moreover the judiciary has broad power to decide the appropriate and just compensation for each individual case.

*** المقدمة**

وإذا كان القانون والفقه قد عدّا أنه لاوجود للمسؤولية المدنية إلا بتوافر أركانها الثلاثة: الخطأ، والضرر، ورابطة السببية بينهما، وأنه يتعين ثبوت هذه الأركان جميعاً لإمكان القضاء بما يطلب من تعويض، لكنه وجد ذلك متعذراً في إثبات حدوث الضرر عن فعل خاطئ من جانب المسؤول في بعض الحالات، وهذا ما حدا بالتشريعات في بعض الأحوال وبالقضاء في أخرى، إلى رفع عبء الإثبات عن كاهل المضرور في حالات بعينها كما في المسؤولية القائمة على قرينة قانونية تفترض وقوع الخطأ دون الحاجة لإثبات وقوعه، فالخطأ المضمر أو المقدر تمنح للمتضرر قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ضد الطرف المخطئ فينتقل عب الاثبات عدم وقوع الخطأ من جانبه للتخلص من المسؤولية.

*** أهمية البحث**

تتجلى أهمية البحث بكون إن الضرر المضمر (المقدّر) جاء نتيجة لاهتمام القضاء به، بغية حماية المتضرر وتخفيف عبء الاثبات عنه، حيث اخذت بها الانظمة القضائية عند قيامها بأنشطتها في التفصيل في بعض القضايا، وسنرى إذا ما اخذ القضاء العراقي بهذه النظرية ومدى الاهتمام بتطبيقها عند التفصيل في الدعاوى.

*** مشكلة البحث**

تدور مشكلة البحث حول السؤال الذي يطرح:- كيف عالج القضاء العراقي فكرة الخطأ المضمر مقارنة بالقضاء الفرنسي والقضاء المصري؟ وما مدى المسؤولية التي تقع على أساس هذا الخطأ؟

ويتفرع من هذا السؤال أسئلة فرعية أخرى وهي:-

١- كيف نشأ الخطأ المضمر (المقدّر) وما هو تعريفه في الاوساط القضائية العراقية والمقارنة؟ وكيف يتم تقدير أساس التعويض عن الخطأ المضمر (المقدّر)؟

٢- وماهي سلطة القضاء في التعويض عن الخطأ المضمر؟

٣- وما هو موقف الفقه والقضاء من التعويض عن الخطأ المضمر؟

*** ما يميز هذه الدراسة عن غيرها**

ما يميز هذه الدراسة هو قلة البحوث على الموضوع في الاوساط القضائية العراقية ووجود دراسات مقارنة بين الاحكام القضائية العراقية مع انظمة قضائية أخرى.

*** أهداف البحث**

نهدف من خلال دراستنا للموضوع الى بيان رأي واتجاه القضاء العراقي حيال الخطأ المضمر، وإذا ما كان الاخذ به من قبل المتضرر كافٍ لاستحصال التعويض، وما لتطبيقها من مزايا لبعض الحالات التي تصعب الاثبات بها.

*** منهجية البحث**

اتبعنا في دراسة هذا البحث على أسلوب المنهج التحليلي المقارن وذلك من خلال تحليل الاحكام الصادرة من المحاكم العراقية مع احكام محاكم الفرنسة والمصرية، وايضا نصوص القانون المدني العراقي ذلك لاستنباط الاحكام منها، بالإضافة إلى بيان رأي الفقه والقضاء في بعض موضوعات هذا البحث

أولاً– ماهية الخطأ المضمر (المقدّر)

الخطأ المضمر هو خطأ لا يكلف المدعي بإثباته، فافتراض الخطأ معناه إعفاء المضرور من إقامة الدليل على خطأ المسؤول، بل يكون الخطأ المفترض قابلاً لإثبات العكس وقد لا يكون كذلك، حيث نشأ الخطأ المضمر من قبل القضاء فهو لم يكن له اساس تشريعي موجوداً في القوانين، ودعت الضرورة بنظر القضاء إلى اللجوء إلى الخطأ المقدّر لحماية المتضرر وتعويضه، وعليه سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الاول نشأة وتعريف الخطأ المضمر (المقدّر)، ثم نتناول في المطلب الثاني أساس التعويض عن الخطأ المضمر (المقدّر).

١– أساس فكرة الخطأ المضمر

أن الخطأ المضمر او المقدر هو من استنتاج القضاء وصنعه, تم العمل به في المراحل الأولى في مسائل الأخطاء الطبية؛ بغية حماية المريض من مخاطر الخطاء الطبي، فالقضاء قد يستنتج التقصير او الخطأ الطبي من مجرد وقوع الضرر وذلك لأحكام القبضة على المستشفيات والتشدد مع الاطباء بقصد اجتثاث او الحد من ظواهر الاهمال والتسيب والتخفيف من معاناة المرضى [1] ، ومن هنا تعين التزام الطبيب والمستشفى بسلامة المريض من خطر الحوادث التي تقع داخل المستشفى ، ومن خطر العدوى وتأمين السلامة له في عمليات نقل الدم واستعمال الآلات الجراحية والادوية؛ فالمريض يلتجئ للطبيب لغرض الاستشفاء من مرضه لا لكي تتردى حالته او تنتقل اليه العدوى.بمرض اخر ويزداد الامر سوءاً. تقوم فكرة الخطأ المقدر او المفترض قضاءً؛ على ان الضرر ما كان ليحدث لولا وجود خطأ من جانب الطبيب وعلى ذلك ألقي عبء الاثبات على عاتق الطبيب فيتعين عليه ان اراد نفي المسؤولية عنه ان يثبت عدم صدور الخطأ من جانبه، او اثبات وجود سبب أجنبي، ولقد قضى بأن سقوط المريض من طاولة الفحص ليس له سبب سوى عدم انتباه الطبيب او تركه للمريض او عدم وضعه المريض عليها بشكل ثابت مستقر [2].

وقد فُسر هذا الاستنتاج او الافتراض القضائي بانه عمل من اعمال المحاكم وسلطتها التي يقع في نطاقها اعتبار عقد العلاج متضمنا الالتزام بالسلامة [3]، وانه ليس من

1- د. نور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، دار الفكر والقانون، ط ١، ٢٠١٤، ص ٥٤٣.

2- د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، المجلد 2، مكتبة عبد الله وهبة، ط ١، ١٩٦٧، ص ٧٥.

3- د. حسن زكي الابراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والمقارن، دار النشر للجامعات المصرية – القاهرة، ط ١، 1930، ص229.

داع بناء على هذا الرجوع الى القواعد العامة ولا سيما ان القصد هو حماية المرضى من اهمال بعض الاطباء وأخطائهم. ولعل مما يتصل بذلك هو ان الطفل إذا ما رقد في مستشفى فان هذه المستشفى تكون مسؤولة عما يصيبه من ضرر طوال مدة اقامته فيها ما لم يثبت الطبيب ان ما حدث هو من جراء المرض الذي يعاني منه الطفل او بسبب أجنبي [4]. قضت محكمة بوردو الفرنسية بان المستشفى بقبوله الطفل قد عقد على نفسه ضمناً الالتزام بالحلول محل امه في كل ما يتعلق برعايته وسلامته الروحية والجسمانية وان طبيعة المرض الذي اصيب به الطفل تنم عن الاخلال بهذا الواجب ومن ثم حصول خطأ تعاقدي لا يمكن ان يعفى المستشفى من المسؤولية عنه الا اذا اثبت الحادث الفجائي او القوة القاهرة او فعل الغير الذي لا يسأل عنه ، وهذا ولاشك احد تطبيقات قلب عبء الاثبات بإلقائه على عاتق المستشفى او الطبيب ، ومن هذه التطبيقات ذلك القرار الذي قلبت فيه محكمة النقض الفرنسية عبء الاثبات على الطبيب في موضوع ابلاغ المريض بمخاطر العملية التي ستجرى له ، فهذه المحكمة كانت تعتبر رضا المريض بإجراء التداخل الجراحي عليه بمثابة ابلاغه بمخاطر العملية وان رضاه ينبسط على العملية والمخاطر ، ومن هنا فان عبء اثبات ان الطبيب لم يبلغه بمخاطر العملية انما يقع عليه. ولكن في 1997/2/25 احدث الاجتهاد القضائي انقلابا جديداً حول نظرية الاثبات في المجال الطبي ، ففي قضية طرحت على محكمة استئناف ران طلب فيها السيد هيدرول الذي سمي القرار باسمه (قرار هيدرول) التعويض على اساس ان الطبيب لم يبلغه بخطورة العملية الجراحية وتتلخص وقائع هذه القضية في ان الدكتور كوسان قد قام بإجراء عملية جراحية للسيد هيدرول ثقب فيها احد امعائه، وقد ردت محكمة استئناف ران طلب هيدرول للتعويض عن الضرر الذي اصابه مبررة موقفها بان على المريض اقامة الدليل على ان الطبيب المعالج لم يحذره من خطورة العملية ، وقد طعن هيدرول في قرار محكمة استئناف ران لدى محكمة النقض فنقضت هذه المحكمة الحكم ، وأسست نقضها على ان الطبيب المعالج يقع عليه التزام من نوع خاص يتمثل في ابلاغ المريض بكل مخاطر العلاج يسمى بالالتزام بالتبصير والاعلام، كما يقع عليه وحدة عبء اثبات قيامه بتنفيذ هذا الالتزام، حيث ان محكمة النقض الفرنسية قد استندت في قرارها هذا الى المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على ان (كل من يلزم قانوناً او عن طريق اتفاق بإبلاغ يتعين عليه ان يقيم الدليل على تنفيذ هذا الالتزام) فهي قد قررت ان على الطبيب تقديم الدليل على وفائه بهذا الالتزام ان شاء الافلات من طائلة المسؤولية، ويقودنا هذا الموضوع الى

4- بقرارها الصادر في 3/14/ 1929 والمنشور في المجلة الفصلية سنة 1929 مع تعليق ديموج عليه –نقلا عن د. حسن زكي الابراشي، المصدر السابق، ص229.

التزام الطبيب الـــذي يجري جراحة تجميليـــة فهـــو –فيمـــا نرى –يلتزم التزاماً بتحقيق غاية وذلك لان المريض لا يشكو من آلـــم فـــي جسمه وانما يريد ازالة تشويه معين في جسمه ، فـــاذا مـــا سبب لـــه الطبيب اذى او ضرر وجب على هذا الطبيب اثبات ان ذلك لم يكن بخطئه. والخطـــأ المضمر او المقـــدر هـــو كمـــا تبين لنا، قريب مـــن الخطـــأ العادي في المسؤولية الطبية، ففي الخطأ العـــادي يلـــزم افتراض خطـــأ الطبيب والقـــاء عبء الاثبـــات عليه فـــي نفـــي الخطـــأ مـــن جانبه او وقـــوع ذلك الخطـــأ بسبب اجنبـــي، وذلك لان الخطـــأ العـــادي يأتي بوقائع ناطقـــة لا لبس فيهـــا ولا غموض وفيه يجب محاسبة الطبيب دون الرجـــوع الى اهل الخبرة من الاطباء الذين يندفعون في الغالب بروح نقابية ويحابـــون مصلحـــة زميلهـــم الطبيب فتضيـــع حقـــوق الناس [5].

أما بخصوص موقف القضاء المصري، فهو الآخر قد أخذ بالخطأ المضمر وخصوصا نجده واضحاً في المجال الطبي، حيث نلاحظ أن المحاكم المصرية تأخذ بالرأي الذي يأخذ بالخطأ المضمر، ومن ثم تقضي بوجوب لتعويض عن الشخص (المضرور)، وذلك متى كانت الفرصة جدية ومبنية على أسباب معقولة [6].

ففي قرار لقضاء محكمة استئناف طنطا والصادر في 19 / 6 / 2007 [7]، والذي: (قضي بتعويض الضرر الذي أصاب طالبة في سن (التاسعة عشر ربيعاً) وأسرتها مبلغاً قدره مائتي ألف جنيهاً، نتيجة قيام مركز أشعة بإعطائها حقنة صبغة تمهيدا لإجراء أشعة مقطعية على الرئتين دون إجراء اختبار حساسية لهذه الصبغة، مخالفاً بذلك الأصول العلمية المستقرة، مما أدى إلى حدوث تورم وجلطات في ذراعها الأيسر، والذي انتهى إليه الأطباء المعالجين ببتره حرصاً على حياتها بعد العلاج لمدة ثلاث سنوات) [8]. فهنا يبدو أن الطبيب قد ارتكب خطأ لعدم اتباعه الأصول العلمية، ونتج عن ذلك الخطأ ضرر يتمثل بفوات الفرصة على المريضة (المضرورة)، ففوات الفرصة في هذا المجال ناتج عن خطأ الطبيب، وذلك لعدم إتباعه الأصول الفنية والعلمية، إذ لو اتبع الطبيب ذلك لما كان هناك خطأ

5- مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، العدد الاول، سنة 2001 وتعليق الدكتور العربي شحط عبد القادر، ص125.

6- انس محمد عبد الغفار، التزامات الطبيب تجاه المريض " دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي، دار الكتب القانونية، مصر , 2013 , ص ٢٠٩.

7- استئناف رقم 1231 / 1530 لسنة 50 في استئناف للحكم رقم 615 السنة 2004 الصادر من محكمة طنطا ثقلا عن أنس محمد عبد الغفار المسؤولية المدنية في المجال الطبي، ص 687

8- د. طلال سالم نوار دحام الجميلي، فوات الفرصة فى المسؤولية الطبية المدنية: دراسة قانونية مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع – القاهرة، ط ١، ٢٠١٩، ص ٤٢.

مضمر على المضرورة ولما حدثت مثل هذه النتيجة المؤلمة، والتي تتمثل بتجنب بتر الذراع الأيسر.

٢- الخطأ المضمر في القضاء العراقي

أن القضاء العراقي ، كان موقفه يتسم بعدم الاستقرار والثبات ، حيث كان سابقاً ينظر إلى الخطأ المضمر معتبراً إياه ضرراً احتماليا ، ومن ثم لا تعويض عنه [9] ، فمن خلال تتبع المصادر المتعلقة بهذا الخصوص ، وندرة القرارات وقلتها بخصوص الأخذ بالخطأ المضمر في المجال الطبي خصوصا ، فقد كان القضاء يأخذ بالخطأ المضمر أحياناً ، ولا يأخذ به في أحيان أخرى ، إلا أنه رغم ذلك لا يدل على عدم الأخذ بالخطأ المضمر ، و لم ينل من السياسة القضائية ، حيث أن الذي يتتبع موقف القضاء العراقي يجده قد مر بمرحلتين هو الآخر بخصوص الأخذ بالخطأ المضمر ، ففي المرحلة الأولى كان يرفض التعويض عن الخطأ المضمر ، ويبرر ذلك بأن الضرر في هذه الحالة هو ضرر احتمالي ، إلا أنه عاد في المرحلة الثانية وعدل عن وجهة نظره السابقة وأخذ يعوض عن الخطأ المضمر [10] .

كما ذكرنا أنفا أن في المراحل الأولى كان القضاء العراقي يرفض الأخذ بالخطأ المضمر والتعويض عنه ويعتبر الضرر فيه احتمالي، حيث ان القضاء أبى عن التعويض للأضرار الاحتمالية ومنها الأضرار الطبية؛ الضرر الاحتمالي هو ضرر توقع حدوثه ولكنه غير مؤكد الحدوث، إذا صار ووقع حدوثه فيجوز للمتضرر عندئذ المطالبة بالتعويض لدى المحكمة المختصة [11].

حيث أن التعويض عن الخطأ المضمر يختلف عن فوات الكسب ، وهذا يبرز عند تقدير التعويض عن الخطأ المضمر ، حيث ان الكسب الفائت في مجال الخطأ المضمر هو كسب احتمالي، ويسفر عنه ضرراً احتماليا ولا يتم التعويض عنه ، ولكن القاضي يستأنس بقيمة الكسب الفائت عند تقدير التعويض عن الخطأ المضمر في سبيل حساب القيمة للفرصة الفائتة عن وقوع الضرر، والتي تشكل قيمتها جزءاً من الكسب الاحتمالي الفائت ، حيث أن القضاء العراقي كان يرفض التعويض بهذا الخصوص حتى عام (1973), بعد التاريخ المذكور باشر بالتعويض عن الخطأ المضمر، أما قبل هذا التاريخ فلم يكن يعوض عن الخطأ المضمر، وبهذا الصدد

[9]- د. أكرم فاضل سعيد قصير، التطور التاريخي لأساس المسؤولية المدنية الناشئة عن الاصابات الجسدية فيالنظام القانوني والقضائي العراقي " دراسة تاريخية وقانونية مقارنة بين الفقه الاسلامي والفقه الغربي والقانون العراقي ونظرة عن موقف القضاء العراقي ولمحة عن الفقه الانكلوسكسوني والشريعة الموسوية بشأنها "، مجلة كلية الحقوق – جامعة النهرين، المجلد 13، العدد: 2، 2011، ص 184.

[10]- خمائل حسن ناجي، تعويض تفويت الفرصة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون – جامعة النهرين، 2004، ص 38.

[11]- سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعديهم، منشأة المعارف، 2004، ص 122.

قضت محكمة التمييز في قرار لها جاء فيه : (إن المحكمة قضت بعدم التعويض للمدعي الذي طلب بتعويضه عن الخطأ المضمر ، المتمثلة بأجر مثل الدكاكين التي أوقفته البلدية عن بنائها ، بعد حصوله على الاجازة ببنائها ، وذلك لكونها من الأضرار الاحتمالية غير المرجحة ، بينما قررت بأنه يستحق التعويض عن الخطأ المضمر في تشييد الحوانيت كونها تمثل كسباً احتماليا مرجحاً) [12] .

و لكن مثل هذا الحكم كان مسعا للنقد تجاه القضاء, حيث لو تم الاعمال به في مسألة إثبات الخطأ الطبي, فإن هذا الإثبات لن يكون إلا تحكمياً وغير عادل بالنسبة للطبيب، فالقاضي هنا يترك ما ينبغي أن ينهض به من تقدير موضوعي لخطأ الطبيب مستنداً حينئذ إلى تحليل مجرد للمواقف ولا يعتمد في تحديد هذا الخطأ بالقياس على مسلك الطبيب الوسط او بما يعرف ب معيار الرجل المعتاد في القانون، فالطبيب يكون مخطئاً متى ثبت أن سلوكه الفعلي الذي اتبعه مع المريض لا يطابق السلوك الذي يجب أن يتبعه الطبيب الوسط في مثل مستواه المهني أما أعمال فكرة الخطأ المقدر فيكفي أن يقرر القاضي مسؤولية الطبيب بمجرد الافتراض بأنه لا بد وأن يكون قد أخطأ [13]، لذا نجد أن محكمة النقض الفرنسية وفي مرحلة لاحقة قد تخلت عن فكرة الخطأ المضمر, فكانت لا توافق بعض محاكم الموضوع على تأسيس مسؤولية الطبيب على الخطأ المستخلص من مجرد عدم مألوفية الضرر أو جسامته بل وكانت تجهض كل محاولة في هذا الاتجاه .

ومن أحكامها الحديثة نسبياً بهذا الشأن ما قضت به في 5 مايو 1998 م بأن انعقاد مسؤولية الطبيب يقتضي إثبات خطأ واضح في جانبه، وأن وجود الخطأ لا يمكن استخلاصه من مجرد عدم مألوفية الضرر وجسامته.

ثانياً– التعويض عن الخطأ المضمر

أثارت فكرة التعويض عن الخطأ المضمر (المقدّر) الكثير من الجدل في الفقه والقضاء، وأفرز ذلك اتجاهين مختلفين، أحدهما يرى أن التعويض عن الخطأ المضمر فكرة تستعصى على القبول، أما الاتجاه الثاني فيرى أنه لا مانع من قبول التعويض عن الخطأ المضمر، وقد حاول أنصار كل اتجاه ذكر الأسانيد التي تدعم وجهة نظره، وسوف نعرض لكل اتجاه وأسانيده، بناءا على ذلك قسمنا المطلب الى فرعين، في الفرع الاول تناولنا اراء الرافضين لفكرة الخطأ المضمر، وفي الربع الثاني تناولنا اراء المؤيدين لفكرة الخطأ المضمر.

١– موقف الفقه والقضاء من التعويض عن الخطأ المضمر

أ– عدم جواز التعويض بالخطأ المضمر

على الرغم من أن الخطأ المضمر هو ضرر كثير الوقوع عمليا، إلا أن أنصار هذا الاتجاه ذهبوا إلى رفض التعويض عن الخطأ المضمر وقصر التعويض على الضرر بمفهومه العادي، و لم يعترفوا للمضرور بالحق في الحصول على

[12]- قرار لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية، رقم 209 / هيئة عامة أولى / 972 في 2 / 6 / 1973، النشرة القضائية، العدد الثاني، ص 76.

[13]- محسن البيه نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب، النظرية العامة للالتزامات ومصادر الالتزام، ج2 المصادر غير الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة، 1993م، ص 244.

تعويض وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية، وأصحاب هذا الاتجاه أقاموا على العديد من الحجج تذكر منها:-

- الأمر يتعلق بضرر مستقبل، ومن المعروف أن الوظيفة الأساسية للمسؤولية المدنية في النظام الفرنسي هي تعويض الأضرار التي وقعت بالفعل، فالتشريع الفرنسي لا يعطى للمحاكم – كما تفعل بعض القوانين الأجنبية – الحق في منع ضرر على وشك الحدوث على سبيل الاحتياط [14].

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

- يرى البعض أن اللجوء إلى مفهوم تفويت الفرصة غير ذي فائدة ، فالمهم فقط عند وجود الضرر هو البحث فيما إذا كان خطأ الطبيب هو سبب في وجوده أو أن هذا الخطأ قد أسهم في وجوده ، وعندما يكون دور الخطأ غير أكيد أو مشكوك فيه فإن مسؤولية الطبيب يجب أن تستبعد ، وهي 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، ورفض البعض فكرة تعويض الخطأ المضمر ، استناداً إلى حجة عملية فحواها أنه حتى لو تم التسليم بمبدأ التعويض عن الخطأ المضمر ، فإن الواقع العملي سيفرز لنا مشكلة تحول دون تطبيق مبدأ التعويض ، وهي كيفية تقدير التعويض عن الخطأ المضمر [15].

ب- جواز الاخذ التعويض بالخطأ المضمر

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

ورغم أن المحاكم الفرنسية أول الأمر، رجحت وجهة النظر الأولى وقضت برفض التعويض عن الخطأ المضمر 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

[14]- د. أيمن إبراهيم العشماوي: تفويت الفرصة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2004، ص 58.

[15]- د. إبراهيم أحمد محمد الرواشدة: المسؤولية المدنية لطبيب التخدير – دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، 2010، ص 301.

محققاً [16]، كما أخذت أيضاً محكمة النقض المصرية بمبدأ التعويض عن الخطأ المضمر [17].

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

- قال أنصار هذا الاتجاه أنه فيما يتجريمة علق بالصفة المستقبلية للضرر فمن المؤكد في الواقع أنها لم تشكل أبدأ 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 [18].

- 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 أي 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 [19].

- رفض مبدأ التعويض عن الخطأ المضمر لا يجوز تبريره بصعوبة تقدير التعويض عن الخطأ المضمر، كما أنه هناك القليل من الأحكام التي رفضت التعويض استناداً إلى هذه الحجة على الرغم من أنها تقبل التعويض عن الأضرار الأدبية (وخاصة الضرر الذي يصيب الشعور)، وهي أضرار لا شك أن تقديرها مالياً هو أمر صعب تماماً كما هو الحال بالنسبة للضرر الناتج عن تفويت الفرصة إن لم يكن أكثر منه صعوبة[20].

ج- أسس وأحكام التعويض عن الخطأ المضمر

أقرت التشريعات الوطنية في قوانينها جزاء الخطأ المرتكب في حقوق الافراد بغض النظر عن نوع الخطأ في حال تمكن المضرور من إثبات ذلك امام، حيث ان التعويض عن الضرر القائم جراء قيام الخطأ أيا كأنه نوعه هو من المبادئ القانونية المسلمة بها في كافة الانظمة القانونية في العالم ولا يستثنى من ذلك الخطأ المضمر، وعليه سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين سنتناول في الاول مسألة اساس التعويض

16- د. سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً بتقنيات سائر البلاد العربية، الطبعة الرابعة، بدون ناشر، ١٩٨٦ م، ص ١٤٣.

17- د. سهير منتصر: الالتزام بالتبصير في العقود المدنية، دار النهضة العربية ١٩٩٠ م، ص ١٠٩؛ وكذلك د. شحاتة غريب شلقامي: التعويض عن ميلاد طفل من ذوي الاحتياجات الخاصة (دراسة تحليلية للتطور القضائي الفرنسي والموقف في القانون المصري والفقه الإسلامي)، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨ م ص ١٥٧.

18- د. أيمن إبراهيم العشماوى: المصدر السابق، ص ٥٩.

19- أيمن إبراهيم العشماوي: تفويت الفرصة (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص 60.

20- إبراهيم الدسوقي ابو الليل: المصدر السابق، ص333

عن الخطأ المضمر، وفي الفرع الثاني موضوع سلطة القضاء في التعويض عن الخطأ المضمر.

د- الضرر أساس التعويض عن الخطأ المضمر.

التعويض يرتبط وجودا وعدماً بالضرر، فلا يتقرر ولا ينشأ الحق فيه إلا إذا تحقق الضرر، فلا يكفي لاستحقاق التعويض عندم تنفيذ المدين لالتزامه العقد، كما لا يكفي الخطأ أو المسلك غير المشروع بصفة عامة، بل يتعين إلى جانب ذلك أن يصيب المدعي ضرراً نتيجة عدم تنفيذ العقد أو نتيجة الفعل غير المشروع [21]. فأساس التعويض هو الضرر الذي يدور وجوداً وعدماً معه، فإن وجد الضرر استحق التعويض ، وإن انتفى الضرر انتفى التعويض [22] ، وهذا هو المفهوم من نص المادة 204 و 202 من القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951 [23] .والضرر المعوض عنه في الخطأ المضمر يحتسب كضرر محقق ومستقل عن الضرر النهائي الاحتمالي، ولكي يستحق المضرور تعويضاً عن الخطأ المضمر لابد وأن يثبت أن ثمة فرصة قد فاتت عليه ، بسبب خطأ الغير؛ وتفويت الفرصة هو حرمان الشخص من فرصة معينة كان من المحتمل أن تعود اليه بكسب أو فائدة معينة وهذا ما أكدت عليه المادة 207 من القانون المدني العراقي[24].

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.

21- وائل محمود أبوالفتوح: المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم – دراسة مقارنة، بدون ناشر، ٢٠٠٥ م، ص ٦٩٥.

22- حمد سلمان سليمان الزيود: المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم الملوث – دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩ م، ص ٥٦٢.

23- تنص المادة 202 من القانون المدني العراقي على كل فعل ضار بالنفس من قتل او جرح او ضرب او أي نوع آخر من انواع الايذاء يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر، وأيضا المادة 204 من نفس القانون على كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض.

24- د. يوسف زكريا عيسى: التعويض الناشئ عن تفويت الفرصة أحكامه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون، الخرطوم، السودان، أرباب، ٢٠١١ م، ص ١٧٠.
تنص المادة 207 من القانون المدني العراقي على 1 – تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من
كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع. 2 – ويدخل في تقدير التعويض الحرمان من منافع الاعيان ويجوز ان يشتمل الضمان على الاجر.

كغيره من انواع الاضرار الناشئة عن شتى انواع الاخطاء, يتوجب توافر ثلاث شروط في الضرر الناتج عن الخطأ المضمر لتميكن الحكم بالتعويض عنه, اولها ان يكون الضرر محققا اي مؤكد الحدوث, ثانيا ان يكون الضرر مباشرا، متوقعا كان او غير متوقع, ثالثا وأخيرا ان يصيب الضرر مصلحة مالية مشروعة, أشارت المادة 207 من القانون المدني العراقي لمسألة التعويض عن الضرر، وقد يلعب الخطأ المضمر دوراً هاماً في اكتمال عناصر المسؤولية المدنية عن الضرر الحاصل جراء وقوع الخطأ، فلا مسؤولية عن الخطأ المضمر بدون خطأ وبالتالي يمكننا القول إن الضرر وحده أو بتعبير أدق (الخطأ المضمر) لا يصلح لوحده أساساً للتعويض عن الخطأ المضمر ، وإنما لابد أن يكون بجانبه الخطأ[25].

٢- سلطة القضاء في التعويض عن الخطأ المضمر

أ- سلطة المحكمة في قبول التعويض عن الخطأ المضمر.

للتعويض عن الخطأ المضمر لابد وأن يقتنع القاضي بأنه ثمة خطأ مقدراً قد ثبت عدم وقوعه لو تداركه، وتستأهل التعويض عنها، وذلك بأن تتوافر فيها جميع الشروط الموجبة للتعويض عنها، للقول بوجود ضرر حاصل عن وقوع الخطأ المضمر، لابد على القاضي أن يقتنع بأن الخطأ المضمر كان جدي وحقيقي، وكلما كانت الفرصة أكثر احتمالاً كلما أسند لها القاضي نسبة تحقق عالية، وبالتالي تحديد مقدار التعويض المناسب لها. وجدير بالإشارة إلى إن القواعد العامة في تقدير التعويض، تقضي بأن يقدر التعويض بمقدار الضرر المباشر بحيث لا يزيد ولا ينقص عنه، فمضمون هذا المبدأ يتحدد بان تقدير التعويض يجب ان يكون بقدر الضرر منظوراً إليه عبر الدائن، ويجب على القاضي النظر إليه من جميع الظروف الخاصة بالدائن أو المتعلقة بالضرر الذي أصابه وبوجه خاص نتائج الضرر الماضية والحاضرة والمستقبلية على ان لا يأخذ بالحسبان أي عنصر خارجاً عن الضرر لان في ذلك مخالفة لمبدأ التعويض الكامل للضرر [26].

كما ان هنالك مبدأ آخر يخفف من حدة المبدأ المتقدم وهو مبدأ السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، فالمبدأ أعلاه يجعل التعويض قادراً على تحقيق هدفه وهو إعادة المضرور الى حالته قبل وقوع الضرر، وعليه فالتعويض يجب ان لا يتجاوز قدر الضرر من ناحية، ويتعين ان لا يقل عنه من ناحية أخرى، وان المبدأ المتقدم يعد نتيجة مباشرة ومنطقية

---

[25]-: رائد كاظم محمد الحداد، التعويض في المسؤولية التقصيرية، مجلة الكوفة، العدد 8, 2010, ص 77-78
الفقرة الأولى من المادة 207 من القانون المدني العراقي تنص على 1 – تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع .

[26]- د. عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد الخاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، مكتبة وزارة العدل، 2003م، ص494.

لانفصال المسؤولية الجنائية عن المسؤولية المدنية حيث صار التعويض المدني جزاءً مستقلاً ومتميزاً عن العقوبة الجنائية يهدف الى جبر الضرر ولا يتأثر بعوامل تقدير العقوبة [27].

وقد أكد المبدأ المتقدم القانون المدني العراقي وذلك في المادة (169/ ف2) وايضا في المادة (207 \ف1) [28]، نوه كذلك القضاء العراقي الذي تضمنت قراراته العديدة ما يتضمن معنى كون التعويض ينبغي ان يعادل الضرر، فقد ورد في قرار لمحكمة التمييز جاء فيه (يجب ان يتناسب التعويض مع الضرر الحقيقي وهو فترة العلاج وفترة الانقطاع عن العمل فان كان التعويض مغالى فيه جاز لمحكمة التمييز تخفيضه) [29].

وجاء في قرار آخر (لا يخل بصحة الحكم بالتعويض عدم تقديره من خبير ما دام تقدير المحكمة له متناسباً مع الضرر) [30]. وجاء في قرار آخر لمحكمة التمييز العراقية (لمحكمة التمييز تخفيض التعويض الأدبي إذا كان مغالى في تقديره وليس للخصم الاعتراض على انتخاب الخبير وما قدره من تعويض أمام محكمة التمييز ان لم يكن قد أبدى ذلك أمام محكمة الموضوع) [31].

وهناك العديد من الأحكام التي تؤكد السلطة المطلقة لقضاة الموضوع في هذا الصدد ، ومنها حكم محكمة النقض الفرنسية في 30 أكتوبر 1995 م ، حيث كانت تتلخص وقائع الدعوى في أن امرأة خضعت لتدخل جراحي ، إلا أن التخدير تسبب في حدوث مضاعفات خطيرة, خاصةً

27- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1964م، ص973.

28- نصت المادة 169 من القانون المدني العراقي على 2- يكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزاماً بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عيني آخر أو التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر في استيفائه بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به) المادة 207 من القانون المدني العراقي نصت في الفقرة الاولى على تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع..

29- انظر قرارها المرقم 368/ تمييزية/ 1974م في 1974/9/11م، منشور في النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الخامسة، 1975م، ص257.

30- انظر قرار المرقم 282/ حقوقية/1973م في 1973/5/13م، منشور في النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الرابعة، 1975م، ص393.

31- انظر قرار المرقم في 23/ هيئة عامة ثانية/ 1977 في 1977/3/5م منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، لسنة 1977م، ص78.

أنها كانت قد خضعت لتخدير آخر أجري قبل ذلك بوقت قصير بنفس الأسلوب، فقرر قضاء الاستئناف مسؤولية الأطباء المشرفين على العملية عن الخطأ المضمر على المريضة عن ما نتج من مضاعفات أو نتائج ضارة ، ونعى المضرور على قضاء الاستئناف أنهم اقتصروا على تعويض الضرر المتمثل في الخطأ المضمر فقط ، إلا أن محكمة النقض قررت بوضوح أن محكمة الاستئناف ، بعد أن أوضحت الأخطاء التي ارتكبها طبيب التخدير ، أكدت مستندة في ذلك إلى تقرير الخبراء أنه لا يمكن الجزم على وجه اليقين أن اتباع طريقة أخرى في التخدير بعد وقوع الحادث كان يمكن أن يغير من حالة مدام ، وقد استخلصت المحكمة من ذلك بما لها من سلطة مطلقة في التقدير أن الأخطاء التي ارتكبها الأطباء حرمت مدام فقط من فرصة تجنب هذه المضاعفات أو الآثار [32] . ولا تقتصر سلطة قاضي الموضوع على تقدير وجود فرصة الكسب وضياعها بل تمتد أيضاً إلى تقرير وجود علاقة السببية بين فقد الفرصة وما ترتب على ذلك من ضرر، لدرجة أن تقرير قاضي الموضوع واعترافه بالخطأ المضمر في الكسب يعادل الاعتراف بتوافر علاقة السببية [33].

ب– استخدام حساب الاحتمالات والاستعانة بالخبراء

عند التعويض عن الخطأ المضمر فإن القضاة كثيراً ما يحتاطون في هذا الصدد ويلجئون إلى الخبراء ، حيث يكون للآراء التي يبدونها والنتائج التي يتوصلون إليها تأثيراً كبيراً على حكم النهائي ، يقدر التعويض الذي ستمنحه المحكمة للمتضرر 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 [34] ، ويجب التذكير أن حاجة القاضي من أجل الوصول إلى تقدير دقيق لمقدار التعويض عن الخطأ المضمر ، تكون في المجالات التي لا يكون لديه علم فيها كالمجال الطبي، فمهمة الخبير بالأساس هي تسهيل وتوضيح عمل فني يستلزم وجود معرفة وادراك كامل حول جوانب العمل الفني بغية تيسير عمل القاضي، أما إذا تعلق الأمر بمسألة تندرج في اختصاصه فلا حاجة له بخبير على الإطلاق ، وإن كان القضاة يستعينون في معظم الأحوال بالخبراء لتقدير قيمة التعويض عن الخطأ المضمر ، إلا أنهم ليسوا ملزمين بالأخذ رأى الخبرة ، وهذا ما تؤكده المادة 140 من قانون الاثبات العراقي المرقم 107 لسنة 1979، وأيضا اكد الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في 9 نوفمبر ١٩٩٣ م يدخل في السلطة المطلقة لمحكمة الاستئناف ...

[32]- الجريدة الفرنسية الرسمية JORF رقم 0123 بتاريخ 28 مايو 2022، الموقع الالكتروني: https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/jo/2022/05/28/0123

[33]- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المضدر السابق، ص ١٢١.

[34]- د. أيمن إبراهيم العشماوي: تفويت الفرصة (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص ١٨٩، ١٩٠.

والتي لم تنقيد برأي الخبير ، ... وبذلك يكون حكمها قائماً على أسباب مبرة قانوناً ، ويرى بعض الفقه أن رجال القانون قد يتوافر لديهم الخبرات من خلال المهنيين أو الفنيين ، ولكن ما ينقصهم من أجل تلقى وقبول مفهوم الخطأ المضمر ، هو الفهم والإدراك الجيد للقواعد والأسس المتعلقة بحساب الاحتمالات [35].

*** الخاتمة**

بعد اكمال دراستنا في موضوع نظرية الخطأ المضمر في القانون العراقي نستطيع ان نقدم أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها من خلال دراستنا للموضوع

أولاً – النتائج

١- نشأ الخطأ المضمر من قبل القضاء فهو لم يكن له اساس تشريعي موجوداً في القوانين، ودعت الضرورة بنظر القضاء إلى اللجوء إلى الخطأ المقدّر لحماية المتضرر وتعويضه.

٢- أن الذي يتتبع موقف القضاء العراقي يجده قد مر بمرحلتين هو الآخر بخصوص الأخذ بالخطأ المضمر، ففي المرحلة الأولى كان يرفض التعويض عن الخطأ المضمر، ويبرر ذلك بأن الضرر في هذه الحالة هو ضرر احتمالي، إلا أنه عاد في المرحلة الثانية وعدل عن وجهة نظره السابقة وأخذ يعوض عن الخطأ المضمر.

٣- تقوم فكرة الخطأ المضمر أو المقدر على ان الضرر ما كان ليحدث لولا وجود خطأ من الطبيب ومن هنا ألقى بعبء الاثبات على عاتق القائم بالخطأ فتعين عليه ان اراد نفي المسؤولية عنه ان يثبت عدم وجود خطأ من جانبه، او ان ما حدث قد كان بسبب أجنبي كقوة قاهرة او حادث فجائي كما هو مقرر حسب القواعد العامة.

٤- أثارت فكرة التعويض عن الخطأ المضمر (المقدّر) الكثير من الجدل في الفقه والقضاء، وأفرز ذلك اتجاهين مختلفين، أحدهما يرى أن التعويض عن الخطأ المضمر فكرة تستعصى على القبول، أما الاتجاه الثاني فيرى أنه لا مانع من قبول التعويض عن الخطأ المضمر.

٥- التعويض يرتبط وجودا وعدماً بالضرر، فلا يتقرر ولا ينشأ الحق فيه إلا إذا تحقق الضرر، فلا يكفي لاستحقاق التعويض عندم تنفيذ المدين لالتزامه العقد، بل يتعين إلى جانب ذلك أن يصيب المدعي ضرراً نتيجة عدم تنفيذ العقد أو نتيجة الفعل غير المشروع، حيث ان وجود الخطأ المضمر لا يعني تباعا وجود الضرر، والعكس صحيح بالنسبة للضرر خصوصا في مسائل الاخطاء الطبية، حيث ان يتوجب على المريض اثبات الخطأ مجرد وجود الضرر على جسمه تعد قرينة قانونية.

٦- للقاضي كامل الحرية في تحديد مقدار التعويض عن الخطأ المضمر، حيث ان المشرع العراقي اقر بسلطة القاضي التقديرية في مسائل التعويض المناسب لكل قضية على حدة، ورأينا ايضا ان للقاضي الحق في عدم الأخذ برأي الخبير في حساب مقدار التعويض.

---

[35]-د. أيمن إبراهيم العشماوي: المصدر السابق، ص 194؛ المادة 140 من قانون الاثبات العراقي المرقم 107 لسنة 1979 على اولا – للمحكمة ان تتخذ من تقرير الخبير سببا لحكمها.

ثانيا – رأي الخبير لا يقيد المحكمة، وعليها اذا قضت بخلاف رأيه ان تضمن حكمها الاسباب التي أوجبت عدم الاخذ برأي الخبير كلا أو بعضا.

ثانياً – التوصيات

١- نوصي الباحثين في المجال القانوني الاهتمام بموضوع الخطأ المضمر (المقدّر) نظراً لحداثته، ولاسيما قلة الابحاث والمؤلفات التي تتعلق بشأنه خصوصا العراقية منها، ذلك لما لهذا الموضوع من اهمية كبيرة في القضاء.

٢- نوصي المحاكم العراقية في الأخذ بفكرة الخطأ المقدر خصوصا في مجال الأخطاء الطبية، كون انه من المتوقع ازدياد قضايا المتعلقة بمسائل الأخطاء الطبية ذلك بسبب التقدم العلمي الكبير الحاصل في وسائل العلاج وأيضا الاقبال الكبير على العمليات التجميلية بدأً من الحقن وزراعة الشعر والى العمليات التجميلية الكبرى على الوجه والجسم، كما بيننا من خلال دراستنا ان فكرة الخطأ المضمر او المقدر بالأصل ألفت لرفع عبء الاثبات عن المرضى المصابين جراء خطأ طبي و لم يكن لهم بالإمكان تقديم دليل على ذلك على الرغم من وجود ضرر جسيم على اجسامهم، حيث غالبا الأخطاء الطبية تؤدي الى نتائج مؤذية ووخيمة على جسم ونفسية المريض، ويكون في بعض الأحيان اثبات الخطأ الطبي من الأمور المستعصية على المريض القيام بها, فنقل عبء الاثبات من المريض الى كاهل الطبيب في بعض الحالات المتعسرة في اثبات الخطأ مع وجود ضرر جسدي واضح جراء تدخل طبي، فذلك يخفف من على كاهل المريض ويعطيه أملا في الغلبة على الطبيب واستحصال التعويض.

*** المراجع**

إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، المجلد 2، مكتبة عبد الله وهبة، ط ١، 1967.

أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة، دار العدالة للنشر والتوزيع -القاهرة، ط ١، 2013.

أيمن إبراهيم العشماوي: تفويت الفرصة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2004.

أحمد محمود سعد: مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه – دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه والقضاء المصريين والفرنسيين، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2007.

إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدينة دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، جامعة الكويت – الكويت، ط ١، 1416ه.

إبراهيم أحمد محمد الرواشدة: المسؤولية المدنية لطبيب التخدير – دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، 2010.

حسن زكي الابراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والمقارن، دار النشر للجامعات المصرية – القاهرة، ط ١، 1930.

نور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، دار الفكر والقانون، ط 1، 2014.

انس محمد عبد الغفار، التزامات الطبيب تجاه المريض " دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي، دار الكتب القانونية - مصر، 2013.

يوسف زكريا عيسى: التعويض الناشئ عن تفويت الفرصة أحكامه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون، الخرطوم، السودان، أرباب، 2011.

حمد سلمان سليمان الزيود: المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم الملوث – دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، 2009.

وائل محمود أبو الفتوح: المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم – دراسة مقارنة، بدون ناشر، 2005.

محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي ودراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء التطورات المعاصرة لأحكام المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة – الإسكندرية، 2004.

محسن البيه نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب، النظرية العامة للالتزامات ومصادر الالتزام، ج2 المصادر غير الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة – المنصورة، 1993.

عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، ط 2، دار أحياء التراث العربي، بيروت – لبنان. 1968.

عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد الخاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، مكتبة وزارة العدل، 2003.

طلال سالم نوار دحام الجميلي، فوات الفرصة في المسؤولية الطبية المدنية: دراسة قانونية مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع – القاهرة، ط 1، 2019.

شحاتة غريب شلقامي: التعويض عن ميلاد طفل من ذوي الاحتياجات الخاصة (دراسة تحليلية للتطور القضائي الفرنسي والموقف في القانون المصري والفقه الإسلامي)، دار النهضة العربية، 2008.

سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً بتقنيات سائر البلاد العربية، الطبعة الرابعة، بدون ناشر، 1986.

أنس محمد عبد الغفار سلامة: المسؤولية المدنية في المجال الطبي – دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 2009.

خمائل حسن ناجي، تعويض تفويت الفرصة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون – جامعة النهرين، 2004.

مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، العدد الاول، سنة 2001

أكرم فاضل سعيد قصير، التطور التاريخي لأساس المسؤولية المدنية الناشئة عن الاصابات الجسدية في النظام القانوني والقضائي العراقي (دراسة تاريخية وقانونية مقارنة بين الفقه الاسلامي والفقه الغربي والقانون العراقي ونظرة عن موقف القضاء العراقي ولمحة عن الفقه الأنجلوسكسونية والشريعة الموسوية بشأنها)، مجلة كلية الحقوق – جامعة النهرين، المجلد 13، العدد: 2، 2011.

رائد كاظم محمد الحداد، التعويض في المسؤولية التقصيرية، مجلة الكوفة، العدد 8, 2010, ص 77-78.

القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979.

الجريدة الفرنسية الرسمية JORF رقم 0123 بتاريخ 28 مايو 2022، الموقع الالكتروني:

https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/jo/2022/05/28/0123

قرار لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية، رقم / 761، حقوقية في 12 / 6 / 1956، قضاء محكمة التمييز، مجلد 1.

قرار محكمة النقض الصادر في 3/14/ 1929 والمنشور في المجلة الفصلية سنة 1929.

قضاء محكمة استئناف طنطا في الاستئناف رقم 60 السنة 2002، جلسة 4 / 9 / 2007.

قرار لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية، رقم 209 / هيئة عامة أولى / 972 في 2 / 6 / 1973، النشرة القضائية، العدد الثاني.

قرار محكمة التمييز المرقم 368/ تمييزية/ 1974م في 1974/9/11م، منشور في النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الخامسة، 1975م.

قرار محكمة التمييز المرقم في 23/ هيئة عامة ثانية/ 1977 في 1977/3/5م منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، لسنة 1977.