

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل – كلية القانون

الخطأ المهني والخطأ العادي
في
إطار المسؤولية الطبية
-دراسة قانونية مقارنة-

تقدم بها

ابراهيم علي حمادي الحلبوسي

إلى مجلس كلية القانون – جامعة بابل وهي جزء من متطلبات نيل
درجة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف

الدكتور

جاسم لفتة سلمان العبودي

أستاذ القانون المدني المساعد

2002م-1423هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم
في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات
وفضّلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً

الْحَمْدُ لِلَّهِ

الاهداء

إلى روح والدي المبجل رحمه الله ، وطيب
ثراه ...

والى والدتي أطلال الله في عمرها ، وأعاننا
على حسن برها.

والى أشقائي الذين لم يدخروا جهداً في المساعدة
والى زوجتي

تقديراً لجهدنا خلال رحلة كفاح طويلة ...

إلى كل هؤلاء اهدي جهدي هذا
ومن الله الثواب

ابراهيم

Abstract

The professional and ordinary fault in the scope of medical liability

- A comparative Study –

Because this object has not got enough concern and care by jurisprudence, it was selected among others. For this reason and others related with its important in judicial applications, it was found to be very useful to discuss the matter of distinguishing between professional and ordinary fault in the scope of the medical liability . it is not for reducing the medical liability towards the doctors , as it says by others , but to sue the responsible one who committed the ordinary fault without taking the medical experts opinion into consideration , for they might tend with responsible doctor who should be the first responsible one in all his medical operations . For the reason which related with people s life and its directly effect in our society, this research was divided into three chapters preceded by an introduction. The first chapter deals with the aspects of medical liability. The second chapter deals with the nature of medical liability and cases of medical fault. The third chapter tackles the requirement of medical liability. Finally, the results and recommendations were set in the conclusion.

شكر وتقدير

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

لئن شكرتم لأزيدنكم

أحمد الله واسجد له شكرا "على ما هدانا اليه وما انعم علينا به من نعم لو حاولنا عدّها لما احصيناها ، وأصلي وأسلم على اشرف المرسلين سيدنا محمد ﷺ ، وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحبه المخلصين .

ومن نعم الله عليّ انجازي بعونه سبحانه هذه الدراسة وهي متاهة يظل سالكها ، وغمرة تعيي أو تعجز من اجتراً على وضع قدمه فيها ليخرج منها ، ولا انسى بعد هذا أن اعترف بالفضل وحسن الصنيع لاستاذي الدكتور جاسم العبودي الذي لم ييخل علي بوافر تشجيعه وسديد توجيهه وغزير علمه وكل ضروب العون والمساعدة طوال رحلة العناء في وضعها فحّملني له من الشكر والعرفان ما لا احسن التعبير عنه وجعلني اتوجه بالدعاء الدائم الى الله تعالى أن يمنحه الصحة والعافية ويحميه من كل شر وبلاء ويطيل في عمره ويجزيه عني خير الجزاء.

ولا يفوتني في هذا المقام ان اتقدم بالشكر الجزيل الى السيد عميد كلية القانون جامعة بابل الدكتور علي زعلان ومن يعمل معه لما لقيت من التشجيع والتوجيه والامداد بالمراجع الامر الذي كان له اثر كبير في اغناء هذه الدراسة ، وان اتقدم من ثم بالشكر الجزيل لكل الاساتذة الذين درسنا على ايديهم ومنهم الاستاذ الدكتور باسم محمد صالح والدكتور محمد علي سالم والدكتور عامر الخفاجي.

ويلزمني الوفاء ان اسجل شكري وتقديري الوافرين للدكتور صبري حمد خاطر والدكتور ضياء الصالحي لما قدما لي من مساعدة على صعيد الترجمة من الفرنسية والالمانية الى العربية ، وان ازف ثناء " مشفوعا " بالشكر والامتنان الى المحامي الدكتور اسعد عبيد عزيز الجميلي لما وفر لي من مصادر كان لها اثرها في اغناء هذه الدراسة واطهارها على الصورة التي اتخذتها ، وشكري وتقديري لزميلي المحامي ذاكر خليل العلي لما قدمه لي من المصادر .

وختاماً" يجدر بي ان اعرب عن شكري وتقديري لموظفي وموظفات مكتبة كلية القانون جامعة بابل وموظفات قسم الدراسات العليا، وكذلك زملائي حامد شاكر و ثائرسعد وزياذ طارق وضمير حسين وزميلاتي وسن قاسم ورغد فوزي واسيل باقر لما ابدوا من مساعدة في اعداد هذه الاطروحة .

الباحث



المحتويات

الصفحة	الموضوع
أ - ج	مقدمة
1	الفصل الاول : أركان المسؤولية الطبية
1	تمهيد وتقسيم
3	المبحث الاول : الركن الاول – الخطأ بنوعية المهني والعادي
4	المطلب الاول : تمهيد في خطأ الطبيب بوجه عام
7	المطلب الثاني : تحديد معنى الخطأ الطبي بنوعية
8	المقصد الاول : تحديد معنى الخطأ المهني
12	المقصد الثاني : تحديد معنى الخطأ العادي
16	المقصد الثالث : تمييز الخطأ الطبي
18	المطلب الثالث : معيار الخطأ الطبي ودرجاته
19	المقصد الاول : معيار الخطأ الطبي
22	المقصد الثاني : انواع الخطأ الطبي
22	اولا"- الخطأ الجسيم والخطأ اليسير
27	ثانيا"- الخطأ المضمّر ((او المقدر))
31	المقصد الثالث : مدى التزام الطبيب
32	اولا" – الاصل التزام ببذل عناية
36	ثانيا" – الاستثناء : التزام الطبيب بتحقيق نتيجة
41	المبحث الثاني : الركنان الآخران – الضرر وعلاقة السببية
42	المطلب الاول : الضرر الناشئ عن الخطأ المهني والخطأ العادي
44	المقصد الاول : الضرر بوجه عام
49	المقصد الثاني : شرائط تحقق الضرر الناشئ عن الخطأ المهني والخطأ العادي
52	المقصد الثالث: تقويت الفرصة في الشفاء او الحياة
55	المطلب الثاني : علاقة السببية بين كل من الخطأ المهني والخطأ العادي
55	المقصد الاول : قيام علاقة السببية

62	المقصد الثاني : انتفاء علاقة السببية
66	المقصد الثالث : الخطأ المشترك
68	الفصل الثاني : طبيعة المسؤولية الطبية وصور الخطأ الطبي
70	المبحث الاول : طبيعة المسؤولية الطبية
72	المطلب الاول : ابرز الفوارق بين المسؤوليةين العقدية والتقصيرية على صعيد الخطأ الطبي
79	المطلب الثاني : الطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية
90	المطلب الثالث : الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية
96	المطلب الرابع : طبيعة عقد العلاج
102	المبحث الثاني : صور الخطأ الطبي ((بنوعيه المهني والعادي على صعيد المسؤوليةين العقدية والتقصيرية))
103	المطلب الاول : مسؤولية الطبيب عن خطئه الشخصي
104	المقصد الاول : الخطأ المتمثل في امتناع الطبيب عن معالجة المريض او في تأخره عن المعالجة
111	المقصد الثاني : الخطأ في التشخيص وفي وصف العلاج
117	المقصد الثالث : الخطأ في اجراء العمليات الجراحية
130	المطلب الثاني : مسؤولية الطبيب عن خطأ الغير والاشياء
131	المقصد الاول : مسؤولية الطبيب عن خطأ الغير
131	أولاً- مسؤولية الطبيب عن فعل طبيب آخر
132	ثانياً - مسؤولية الطبيب عن فعل المساعد الطبي
136	ثالثاً- مسؤولية الطبيب عن فعل وكيله
141	المقصد الثاني : مسؤولية الطبيب عن الاشياء
144	المقصد الثالث : مسؤولية الطبيب في المستشفيات العامة والخاصة
149	المطلب الثالث : الخطأ الطبي على وفق الفقه الاسلامي
159	الفصل الثالث : تحقق المسؤولية الطبية وحكمها
160	المبحث الاول : سلطة القاضي في تقدير أركان المسؤولية الطبية
161	المطلب الاول : سلطة القاضي في تقدير الخطأ الطبي
170	المطلب الثاني : سلطة القاضي في تقدير الضرر وعلاقة السببية

178	المبحث الثاني : عبء اثبات المسؤولية الطبية عن الخطأ المهني والخطأ العادي
180	المطلب الاول : عبء اثبات مسؤولية الطبيب في الخطأ المهني
184	المطلب الثاني : عبء اثبات مسؤولية الطبيب في الخطأ العادي
188	المبحث الثالث : حكم المسؤولية الطبية
190	المطلب الاول : تقدير التعويض
205	المطلب الثاني : وقت تقدير التعويض
213	الخاتمة
218	المصادر

الخطأ المهني والخطأ العادي في اطار المسؤولية الطبية (دراسة قانونية مقارنة))

المقدمة

ان لسلامة جسم الانسان وحياته قيمة لاتعادلها قيمة ، لذا فان المسؤولية تنهض كلما وقع مساس بهما او اعتداء عليهما ، وان للطبيب اتصالا " وثيقا " بسلامة الانسان في جسمه وحياته ما دام هو من يباشر معالجة ما يهدد هذه السلامة و الحياة من آفات وامراض او ما يتصل بهما من آلام أو تشوهات ، فعمل الطبيب هو عمل انساني يقوم في الاصل على تقديم خدمة انسانية جليلة هي تخليص الناس من الألم وتأمين سلامتهم الجسدية والنفسية وانقاذ حيواتهم ، وهو عمل مضاد لاكثر الآفات الاجتماعية خطورة " ، وهل ثمة آفة تفوق في خطورتها المرض ؟ .

واذن فاتصال الطبيب بسلامة جسم الانسان وحياته انما يكون بطريق عمله الطبي واذا كان العمل كان هناك احتمال لوقوع الخطأ فلا عصمة للبشر العاديين منه ، والطبيب واحد من هؤلاء البشر ، فالخطأ قد يقع منه في ممارسة عمله الطبي او بمناسبة هذا العمل ، واذا افضى هذا الخطأ الى الحاق ضرر ما بالمريض نهضت مسؤولية الطبيب ، وما يهمنا في هذا البحث هو مسؤولية المدنية ، وهذه ترتب التزاما " بالتعويض يتعين على الطبيب المخطيء ان يدفعه .

الا ان خطأ الطبيب قد يتخذ شكل خطأ عادي كما قد يتمثل في خطأ فني او مهني ولكن اذا احتاج القاضي الى رأي اهل الخبرة من الاطباء لتبين الخطأ الاخير فهل يحتاج اليه في الخطأ الاول؟ ان الجواب عن ذلك تتوقف عليه امور بالغة الخطورة والاهمية وهو مصلحة عليا للمجتمع ويقتضي من ثم التمييز بين نوعي الخطأ الطبي هذين .

لقد اتسعت العلوم الطبية وتطورت اليوم كما تعددت الادوات والوسائل التي يستخدمها الطبيب في معالجة المريض ، ولا شك ان كثرة الوسائل تسوق الى زيادة في الخطورة التي يتعرض لها المريض ، وان هذا التوسع والتطور والتعقيد انما يتطلب بالمقابل مواكبة من القانون في تنظيمه ووضع المعالجات والحلول اللازمة له توخيا " لتحديد مسؤولية الطبيب على وجه دقيق .

ومن ثم حماية حقوق المريض التي قد يطوّح بها نتيجة لما تتسم به المهنة الطبية من خصوصية ، ولما تغص به نفوس الاطباء الذين يستعين بهم القاضي من محابة للطبيب الذي وقع منه الخطأ انسياقا " وراء دوافع نقابية وممارسة لما يعرف بمبدأ ضم الصفوف ، هذا فضلا عن ان احاطة حياة المريض بالحماية اللازمة انما يقابلها في الجانب الآخر وجوب تأمين الحماية اللازمة للطبيب هو الآخر وتأمين ما يكفل له ممارسة مهنته بعيدا " عن القلق و التخوف من المسؤولية كسيف مسلط عليه ، هذا

يعني ان الامر تتجاذبه كفتان أو مصلحتان جديرتان بالحماية ، وانه يتطلب لذلك دقة في المعالجة تنبسط على تنظيم بيان جلي مفصل لنوع الخطأ الطبي ، ونوع المسؤولية الطبية والضرر الذي يغطيه التعويض وكذلك عقد العلاج الطبي ، والضرر الادبي وانتقاله وحالة قيام المريض بتسوية المركز القانوني للطبيب ، ووقت تقدير التعويض ، وقيمة تقدير الخبير ، وموضوع عمليات التجميل ، والقضاء المختص بالنظر في الدعاوى المقامة على الاطباء وما الى ذلك من امور وشؤون اخرى مما ستنتظمه هذه الاطروحة .

ولا شك بعد هذا ان غرض هذه الدراسة هو الاجابة عن هذه الاسئلة وما شابهها مما هو متصل بالخطأ الطبي في صورتيه:- الخطأ العادي والخطأ الفني في اطار المسؤولية الطبية .

ولعل من نافلة القول الاشارة الى اهمية موضوع يتصل بسلامة جسم الانسان وحياته ، وبخطأ لاينقطع وقوعه ما دام هنالك مريض وطبيب وعمل طبي ، بل لعل مما يضيف على هذا الموضوع اهمية خاصة هو تلك الاجتهادات التي تتجاذبه وفجوات القصور القانوني التي تتخلل تنظيمه.

وتوخيا " لمعالجة الموضوع من اكثر جوانبه اهمية راينا ان ندرسه دراسة تحليلية مقارنة مصبوبة في ثلاثة فصول خصصنا اولها لاركان المسؤولية الطبية وكرسنا ثانياها لطبيعة المسؤولية الطبية وصور الخطأ الطبي ، اما الفصل الثالث فقد افردناه لتحقق المسؤولية الطبية وحكمها ، فاذا فرغنا من ذلك كله وصلناه بخاتمة تنتظم نتائج الدراسة وما عن لنا في ضوئها من مقترحات وحلول .

ونامل ان نوفق في تحقيق ما نصبوا اليه من مرام فاذا طاشت بعض سهامنا فعذرنا اننا بذلنا ما في مقدورنا ، والاجر على قدر المشقة ، وعلى الله الاتكال ومنه التوفيق .

الفصل الأول أركان المسؤولية الطبية

تمهيد وتقسيم

لا تختلف المسؤولية الطبية من حيث أركانها عن المسؤولية بوجه عام ، فهي لا تنهض إلا إذا توفرت لها أركان ثلاثة هي : الخطأ ، والضرر ، وعلاقة السببية بينهما .

ولا شك أن ثمة أهمية كبيرة لعنصر الضرر في المسؤولية عموماً فهي تدور معه وجوداً وعدمًا تخفيفاً وتشديداً، ويتجلى ذلك في المسؤولية المدنية خصوصاً ، فهي التزام بالتعويض ، والتعويض يقدر بقدر الضرر ، وشقها الذي يطلق عليه اسم المسؤولية التقصيرية إنما تمثل سنده في التزام قانوني هو عدم الأضرار بالغير ، ولا يختلف اثنان فيما لحق المسؤولية التقصيرية من تطورات ترجمت اهتماماً متزايداً بعنصر الضرر واستبعاداً لعنصر الخطأ وقد تجسدت هذه التطورات في أفكار شتى ، منها إقامة المسؤولية على خطأ مفترض قابل لإثبات العكس ، ومنها أقامتها على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس ، ومنها أقامتها على عنصر الخطر دون الخطأ حيث يستحق التعويض عن الضرر الذي يسببه الخطر (وهو مبدأ تحمل التبعة) ، ثم منها تأسس المسؤولية على الضمان وهنا لا يعتد لقيام المسؤولية ألا بعنصر الضرر وحدة إذا ارتبط بالفعل الضار برابطة السببية.

والحق أن الضرورات الاجتماعية النابعة من التطورات الاقتصادية والتكنولوجية المتلاحقة المتسارعة وتعميق الوعي الاجتماعي وانتشاره ومن ثم انحسار النزعة الفردية إنما قادت مع غيرها نحو الأخذ بالمسؤولية المادية (أو الموضوعية) التي أساسها عنصر الضرر⁽¹⁾ .

ولكن على الرغم من التسليم بهذا كله فإن عنصر الخطأ يمثل مركز صدارة وأهمية بالغة في المسؤولية الطبية على وجه الخصوص ، وهذا ما سيتبين جلياً في ثنايا هذه الدراسة.

وتأسيساً على ما تقدم فسننتولى معالجة هذا الفصل في بحثين نفرر أولهما لركن الخطأ وحده بنوعية المهني والعادي ونخصص ثانيهما للركنين الآخرين وهما الضرر وعلاقة السببية.

(1) د.حسن عكوش ، المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد ، ط1 ، مكتبة القانون 1957 هامش ص121. وكذلك د. جاسم العبودي ، مصادر الالتزام ، محاضرات مطبوعة القيت على طلبة كلية المعارف الجامعة عام 1997 ص104.

المبحث الأول

الركن الأول - الخطأ بنوعية المهني والعادي

أن البحث في الخطأ الطبي يقتضي ابتداءً التمهيد له بالكلام في الخطأ الطبي بوجه عام ، ولئن أمكن أن يرتكب الطبيب خطأ مهنيًا فإن من الممكن كذلك أن يرتكب خطأ عاديًا وهذا يستلزم تحديد معنى الخطأ الطبي في كل من هذين الوصفين ثم بيان أوصاف هذا الخطأ المميزة له كما يقتضي الكلام في معيار الخطأ ودرجته ، ولذا يتعين علينا معالجة هذا المبحث في ثلاثة مطالب نجعل أولها تمهيداً في خطأ الطبيب بوجه عام ونكرس ثانيها لتحديد معنى الخطأ الطبي بنوعيه، ونخصص ثالثها لمعيار الخطأ الطبي ودرجته.

المطلب الأول

تمهيد في خطأ الطبيب بوجه عام

أن الخطأ هو الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية بوجه عام ، والمسؤولية الطبية بوجه خاص وحينما دعا البعض الى مسؤولية الطبيب غير القائمة على خطأ من جانبه جوبه ذلك بالاقتراض والانتقاد الشديدين من لدن بعض الفقهاء الفرنسيين⁽¹⁾، فهو على صعيد المسؤوليتين العقدية والتقديرية عبارة عن إخلال بالتزام هو الالتزام عقدي في الأولى ، والتزام يفرضه القانون على الكافة بعدم الأضرار بالغير في الثانية ، على أن المشرع لم يعرفه. وحسناً فعل ، بغية المد من نطاق المسؤولية وعدم حصرها في حدود عبارات معينة وتأميناً لحماية أكثر لمن أصابه الضرر جراء أخطاء الغير ، ولكن حقيقة انصراف معنى الخطأ إلى كل عمل غير مشروع قد حدث بالعديد من المشرعين المعاصرين إلى تسميته ((العمل غير المشروع أو غير المباح))⁽²⁾، ومع ذلك فإن الفقه والقضاء يكادان يجمعان اليوم على تعريفه بأنه إخلال بالتزام قانوني سابق مع أدراك المخل لاخلاله⁽³⁾ ، ولعل الذي يهمننا هنا أن هذا الالتزام لا يكون إلا التزاماً ببذل عناية (أو وسيلة) وهي اتخاذ الحيطة والتحلي باليقظة والتبصر في السلوك تجنباً للاحاق الضرر بالغير ، وهذا على خلاف الالتزام العقدي فهو قد يكون التزاماً بتحقيق نتيجة (غاية) أو التزاماً ببذل عناية⁽⁴⁾ ، ولكن مما يجدر بالاشارة هنا انه اذا كان العقد مصدر الالتزام بين الطبيب والمريض فذلك التزام بنتيجة هي القيام باجراء العمل الطبي الذي التزم به الطبيب ، بمقتضى العقد ، بان يقوم به ، فان لم يقم به وترتب على ذلك ضرر عد مخرلاً بتنفيذ التزامه وتقررت مسؤوليته ، ولكن يبقى إلى جانب هذا ، أن

الطبيب يلتزم ببذل العناية اللازمة وهو يمارس عمله الطبي ولا يضمن تحقيق نتيجة معينة هي شفاء المريض ، فإذا لم يبذل تلك العناية في معالجة المريض اعتبر مخرلاً بتنفيذ التزامه ونهضت مسؤوليته.

⁽¹⁾ V.Godin, L a responsabilite sans faule et ses implications finaucieres jus medicun, IV.P.203

⁽²⁾ استاذنا د. جاسم العبودي - المدخلات في احداث الضرر تقصيراً - مجلة العلوم القانونية المجلد (15) العدد

(1,2) لسنة 2000 ص282.

⁽³⁾ د. سليمان مرقص - شرح القانون المدني- الالتزامات- المطبعة العالمية - القاهرة نبذة 352 ، ص318.

⁽⁴⁾ د. جاسم العبودي - المدخلات - المرجع السابق ، ص282.

وبهذه المناسبة تجدر الإشارة الى ان هنالك عمليات مرتبطة باجهزة طبية لا تحتتمل الخطأ وذلك من مثل عملية نقل الدم وعمل طقم اسنان والالتزام بالسلامة والتحليلات المرضية فهذه العمليات وامثالها انما يكون الالتزام فيها التزاماً بتحقيق نتيجة خلافاً للاصل المنوه به آنفاً.

اما اذا كان القانون مصدر الالتزام بين الطبيب والمريض فهذا التزام بوسيلة، ويعد الطبيب مخلاً بالتزامه اذا لم يبذل العناية المطلوبة.

والمعيار في خطأ الطبيب هو معيار موضوعي يتمثل في سلوك الرجل العادي والمجرد وهو شخص من طائفة الفاعل مجرد من ظروفه الشخصية ومحاط بذات الظروف التي احاطت بالطبيب وهي ظروف خارجية من مثل ظرفي الزمان والمكان وليست ظروفًا داخلية متعلقة بشخص الفاعل من مثل الجنس والصحة والحالة النفسية ودرجة الحساسية والطباع والعلم والبيئة⁽¹⁾، ومع ذلك فإنه يستثنى من هذه الظروف الداخلية ما هو معلوم منها ، فلو ان المريض كان على علم بعدم خبرة الطبيب او حداثة عهده بالطب وقبل ، مع ذلك ، بما وصف له من علاج فأصيب بالضرر لامتنع علينا استثناء ان نقيس فعل هذا الطبيب بفعل الطبيب المعتاد المحاط بالظروف الخارجية ذاتها⁽²⁾.

واذن فالظروف التي يعتد بها هي الظروف الخارجية ، فاذا جاء عمل الشخص المعتاد (وهو الطبيب المقيس عليه) على خلاف عمل الطبيب المعالج لتقررت مسؤولية الاخير.

فمثلاً ((اغفال اجراء اشعة على العضو المصاب وهو ما قد يعتبر خطأ بالنسبة لطبيب المدن لا يمكن ان يؤاخذ عليه طبيب الريف الذي لا تتوفر له الوسائل لاجرائها)⁽³⁾.

ومن هنا يتعين على القاضي الاخذ بالمعيار الموضوعي والتحري عن الظروف الخارجية التي احاطت بالطبيب موضوع المسؤولية واستبعاد المعيار الشخصي الذي ينظر فيه الى هذا الطبيب الاخير نفسه ، اذ ان تعلقه بالشخص نفسه يجعل منه امراً داخلياً يستعصي سبر غوره او الوصول الى الحقيقة عن طريقه فهو يقتضي المعرفة الدقيقة بالفاعل شخصياً فلو كان فوق المستوى المعتاد لاختلف حسابه عما لو كان دون هذا المستوى ، وبذلك يحاسب الطبيب الذي فوق المستوى المعتاد عن اقل خطأ يصدر منه ولا يحاسب الطبيب الذي اعتاد الخطأ واللامبالاة ، وفي ذلك ضرر كبير على المجتمع والمريض المضروب الذي لا يهتم ما اذا كان الطبيب دون المستوى المعتاد او فوقه⁽⁴⁾ انما يهتم جبر الضرر الذي لحقه او التعويض عما اصابه من ضرر جراء خطأ الطبيب.

(1) د. زهدي يكن - المسؤولية المدنية او الاعمال غير المباحة - ط1- منشورات المكتبة العصرية- صيدا- بيروت ، ص72. وكذلك د. سليمان مرقس - شرح القانون المدني- المرجع السابق - فقرة 337- ص338. وكذلك استاذنا د. جاسم العبودي ، مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص113.

(2) استاذنا د. جاسم العبودي - المرجع نفسه - ص113.

(3) د. حسن زكي الابراشي - مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن - القاهرة- دار النشر للجامعات المصرية ، ص26.

(4) زهدي يكن - المرجع السابق ، ص72.

المطلب الثاني

تحديد معنى الخطأ الطبي بنوعيه

على الرغم من صعوبة تحديد معنى الخطأ الطبي فإنه لا بد من الاعتراف بأهميته بغية حل الإشكالات في المسؤولية التي تقام على أساس هذا الخطأ. وينجم الخطأ الطبي عن إخلال الطبيب بالالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه أصول مهنته ، وليس عن إخلاله بالالتزامات التي يفرضها الواجب القانوني العام القاضي بعدم الإضرار بالغير⁽¹⁾ ، ومن هنا فإذا اردنا قياس مسلك الطبيب للتحقق من ارتكابه الخطأ فإن علينا قياسه بمسلك الطبيب المعتاد الذي يوجد في نفس الظروف التي احاطت بالطبيب المسؤول.

وقد جرت بعض المحاكم على التفريق بين الخطأ العادي والخطأ المهني (أو الفني) للطبيب⁽²⁾ ، والخطأ العادي هو خطأ غير متعلق بمهنة الطبيب ولكن هذا الأخير يرتكبه أثناء مزاولة مهنته ، ويكون بوسع القاضي ان ينتبه في اغلب الاحيان دون الرجوع الى اهل الخبرة من اعلام مهنة الطب ، اما الخطأ المهني فهو الخطأ المتعلق بمهنة الطبيب ولا يستطيع القاضي ان يتبينه وذلك لافتقاره الى القدرة الكافية على تحديد هذا الخطأ. فالطبيب وحده هو الذي يملك مثل هذه القدرة في تقويم المسائل المتعلقة بالعمل الطبي⁽³⁾.

ونظرا لأهمية تحديد معنى الخطأ في المسؤولية الطبية يجدر بنا تحديد معنى كل من هذين النوعين من الخطأ في مقصد خاص به ثم بيان اوصاف الخطأ الطبي في مقصد مستقل ثالث .

(1) د. احمد محمود سعد – مسؤولية المستشفى الخاص عن اخطاء الطبيب ومساعديه دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه والقضاء المصريين والفرنسيين ، ص371.

(2) انظر الدكتور – محمد فائق الجوهري – المسؤولية الطبية في قانون العقوبات رسالة دكتوراة – دار الجوهري للطباعة والنشر سنة 1952 ، ص358.

(3) V.cass. Req , 21 Juil , 1862 . et , Paris , 3 mars 1972

المقصد الاول

تحديد معنى الخطأ المهني

ان الخطأ المهني (او الفني) يقع فيه الطبيب لدى مخالفته القواعد الفنية التي توجبها عليه مهنته التي يجب عليه مراعاتها والالامام بها ، وان تحديد معنى الخطأ المهني يكتسب اهمية بالغة بالنظر الى صدوره من اشخاص متعددين ذوي اعمال متسمة بالخطورة وذلك من مثل الطبيب الجراح او الطبيب المعالج او طبيب التخدير او طبيب الاشعة او غيرهم ، الامر الذي يوجب استجلاءه والاحاطة به بغية انارة الطريق للقاضي لتقرير مسؤولية الطبيب الذي يقترب خطأ يوجب مسؤوليته.

والحقيقة ان الخطأ المهني على درجة من الغموض تجعل من الصعب على القاضي تبينه دون الاستعانة باهل الخبرة من اعلام مهنة الطب وذلك بسبب دخوله في نطاق المهنة التي يزاولها الطبيب ، وعدم تساهل اهل العلم في الاصول الثابتة التي يعرفونها ولا يتسامحون مع من يجهلها من اهل المهنة او الفن، ولذا يلجأ القاضي الى الخبراء لمعرفة ، ما اذا ارتكب زميلهم خطأ ام لا⁽¹⁾.

وثمة امثلة كثيرة على خطأ الطبيب المهني منها الخطأ في التشخيص اذ يتعين على الطبيب ان يشخص داء المريض بكل حكمة وتبصر وعلى اساس من العلم والفن واصول المهنة وليس برعونة وطيش ومن منطلق الفراغ او عدم التسلح بالمعلومات الضرورية المفيدة التي تساعد على تكوين رايه⁽²⁾.

ونرى بهذه المناسبة ان المحاكم تتوسع كثيرا في تحديد معنى الخطأ المهني تلقي في بعض الاحيان بعبء الاثبات على الطبيب في الاخطاء الخاصة كالاخطاء في الاشعة مثلا⁽³⁾ ، وتفرض في احيان اخرى على الطبيب وبالاخص

طبيب المدينة مواكبة التطور العلمي ، حيث لا يغفر له ان يبقى متمسكاً بعلوم اصبحت بفعل التطور العلمي نظريات غير صحيحة ، فنظريات اليوم قد تصبح اخطاء الغد بفعل التطور العلمي السريع والمستمر ، فيتوجب على الاطباء تطوير معلوماتهم لخدمة المجتمع بشكل مثمر يتمثل في معالجة المرضى وانهاء آلامهم ومعاناتهم.

ونرى ان العلم وضع في متناول الاطباء اجهزة كثيرة يوصف بعضها بالفعالية والتطور لو استخدم كما يجب او احسن استخدامه وذلك من مثل جهاز تفتيت الحصى او جهاز الاشعة والسونار والدوبلار وجهاز تقدير الجهد القلبي وما الى ذلك من الاجهزة الكهربائية والالكترونية والفنية الخاصة الاخرى ، الامر الذي يضع في يد الطبيب المخلص الامين وسائل التشخيص والعلاج على نحو مثالي فعليه ان يبذل في هذا الجانب الحرص والعناية اللازمين لحماية المريض الذي سلم نفسه في يد هذا الطبيب او الذي لا

(1) د.حسن زكي الابراشي -المرجع السابق - ص235.

(2) د. اسعد عبيد عزيز -الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية -دراسة مقارنة -رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد -1991 ص141.

(3) د. حسن زكي الابراشي -المرجع السابق -233.

حول له ولا قوة وقد سلم نفسه غائبا عن الوعي او الدنيا بفعل التخدير بين يدي طبيب جراح.

والواقع ان العلاقة بين الطبيب والمريض ينبغي ان تكون مبنية على الثقة التي تتجلى على نحو فريد حينما يضع المريض حياته بين يدي الطبيب ويترك له حرية التصرف في جسمه دون ان يزعم لنفسه حق مناقشته في نوع العلاج⁽¹⁾ ، وهذا يعني ان على الطبيب بالمقابل ان يكون جديرا بهذه الثقة وي بذل الجهود الصادقة اليقظة في سبيل شفاء المريض ، وان لغة المحاكم تتجه نحو جعل القواعد القانونية اكثر تماشيا او انسجاما مع التطورات العلمية في مهنة الطب.

ولتحديد معنى الخطأ المهني لا بد من تحديد بعض الحالات التي يعد فيها الطبيب قد ارتكب خطأ مهنيا يوجب مساءلته فمثلا اذا تأخر الطبيب عن المجيء الى المريض الذي استعان به لاجراء العملية فأنه يكون قد ارتكب خطأ لان من شأن ذلك ان يفوت عليه الفرصة في الشفاء او الحياة ، فالوقت له قيمة في العمل الطبي ولا ترفع المسؤولية عن الطبيب الا اذا اثبت انه كان وقتذاك يعالج حالة مرضية اكثر خطورة من حالة المريض الذي دعاه ، أو اذا اثبت الطبيب وجود قوة قاهرة منعه من مد يد المساعدة الى المريض الذي استعان به.

وكذلك يجب على الطبيب اذا فحص المريض ان يحتاط كثيرا قبل اجراء العملية او اعطاء العلاج وذلك باجراء الفحص الشعاعي او التحليلات المرضية المطلوبة وحسب حالة المريض ، واذا اختلط عليه الامر او وجد نفسه امام حالة لا يعرفها فعليه استشارة طبيب اختصاصي بل على هذا الطبيب المعالج ان يعيد الفحص في ضوء رأي الطبيب الاختصاصي ، ليكون لديه الرأي الصحيح الذي يرى فيه فائدة المريض وشفاءه ، ولكن ماذا لو ان الطبيب المعالج لم يقتنع برأي الطبيب الاختصاصي ؟ ان عليه في هذه الحالة ان يستشير اختصاصيا آخر بعد ان يبين للمريض او ذويه الاستشارة الاولى او ما افضت اليه من نتائج ، واذا تلقى استشارة ثانية مثلا واراد ان يخالفها فان عليه شرح الموضوع لذوي المريض على النحو الذي اسلفنا ، واذا لم يقبل ذوو المريض فعليه الانسحاب . وفي كل الاحوال ينبغي ان يكون من الواضح انه اذا اراد ان يتخذ رأيا متقفاً او متعارضا مع رأي الاختصاصي فمعنى هذا ان يكون هو المسؤول عن هذا الرأي الذي يعطيه⁽²⁾ ، واذا افضت نتائج التشخيص عن اجراء عملية فعليه ان يحتاط كثيرا لذلك ، علما انه لا يسأل عن الخطأ في التشخيص ، ولكن اذا وقع منه خطأ في التشخيص وتبينه حينما قام باجراء العملية فعليه ان يتلافاه ، وهذا ما اخذ به القضاء في فرنسا حين عرض عله ان سيدة تشكو من آلام في بطنها ، فذهبت الى احد الاطباء وبعد الفحص رأى ان عندها ورم في الرحم فأراد استئصال هذا الورم ، وبالفعل قام باجراء تداخل جراحي للمريضة فظهر انها لم تكن ذات ورم وانها حامل بجنين في نهاية ايام حملها الرحمية ، فاجرى لها عملية قيصرية واخرج الجنين حياً ولكنها توفيت في الليل من ذات اليوم ، وحينما اقيمت الدعوى على الطبيب قرر الخبراء ان الحمل من الحالات الدقيقة ويحصل

(1) د. حسن زكي الابراشي - المرجع السابق - ص 239.

(2) د. محمد فائق الجوهري - المرجع السابق - ص 395.

فيه الخطأ في الأدوار الأولى ولكن في هذه القضية كان الحمل في ادواره الأخيرة ولا مجال للخطأ في التشخيص ، ولكن الذي تبين هو ان السيدة المريضة قد اوقعت الطبيب في الخطأ او غررت به حينما اعطته معلومات غير صحيحة بزعمها انها غير متزوجة ، الامر الذي جعل الطبيب يتوهم ان لديها ورماً ليفياً في الرحم ، ولكن المحكمة أدانت الطبيب من منطلق انه فتح بطن المريضة وتحقق من وجود جنين وليس ورم ولكنه استمر في اجراء العملية القيصرية الخطيرة واخراج الجنين من الرحم ، فتحققت مسؤوليته لانه كان من الواجب عليه ان يعود ادراجه ويخطط الجرح ولا يعرض المريضة لمثل هذا الخطر⁽¹⁾ ويحصل ان يتذرع الطبيب في مثل هذه الاحوال بعلم المريض بمثل هذا الضرر ، ولكن مثل هذه الدعوى باطلة إذ ((ينبغي الالتفات الى ان الرضا او القبول بالضرر هو غير العلم به وتوقعه ، فالعلم بالضرر على خلاف الرضا به لا يعد خطأ... ومن هنا فليس لهذا العلم من اثر في المسؤولية))⁽²⁾ ، كما يقع احيانا ان يتذرع الطبيب على العكس من ذلك برضا المريض ، ولكن ثمة قرار لمحكمة استئناف ((كولمار)) في فرنسا صادر في 1975/6/24 قضت فيه ((بان طبيب الاسنان الذي يرتكب خطأ باقتلاعه ضرس مريضه المصاب بمرض روماتيزم القلب لا يمكنه التذرع بقبول المريض بالمخاطر))⁽³⁾.

المقصد الثاني

تحديد معنى الخطأ العادي

يعرف الخطأ العادي بانه ذلك الخطأ الذي يرتكبه الطبيب كلما فاته واجب الحرص المفروض على الكافة بعدم الاضرار بالغير⁽⁴⁾ . او هو احد تلك الاخطاء التي يرتكبها أي شخص طبيب او غير طبيب ولا تتعلق بصفة مهنة الطبيب⁽⁵⁾ كما يعتبر الخطأ الصادر من

(1) محكمة افرو في 16 نوفمبر سنة 1922 (جازيت باليه) 2-618 وقد تايد استئنافا من محكمة استئناف روان في 21 ابريل سنة 934 . نقلا عن د. محمد فائق الجوهري -المرجع السابق -ص396.

(2) استاذنا د. جاسم العبودي -المداخلات -المرجع السابق -ص307.

(3) المرجع نفسه حاشية 90 -ص307.

(4) د. محمد حسين منصور -المسؤولية الطبية - المسؤولية المدنية لكل من الاطباء ، الجراحين ، اطباء الاسنان ، الصيادلة ، المستشفيات العامة والخاصة ، المرضى والمرضات -كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية - الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية -ص140.

(5) د. اسعد عبد عزيز -المرجع السابق - ص140.

الطبيب عاديًا إذا ارتكب هذا الطبيب فعلاً ضاراً أثناء مزاولة مهنته ولكنه لا يتصل بها⁽¹⁾

واذن فالخطأ العادي يخرج عن ميدان المهنة التي يمارسها الشخص الذي ينسب إليه الخطأ وهو لذلك عبارة عن عمل غير مشروع (أو عمل غير مباح) يخضع للقواعد العامة المعمول بها في هذا الشأن ، وحيث ان هذا الخطأ لا يتصل بالمهنة الطبية حتى لو ارتكبه الطبيب أثناء مزاولة تلك المهنة فقد أثر البعض تسميته (الخطأ المادي) واطلق عليه البعض الآخر اسم (الخطأ الواضح).

والواقع ان هذا الفهم لهكذا خطأ انما يغنينا عن اللجوء لخبير من الاطباء بيدي رايه فيما صدر عن الطبيب من فعل فتجنب احتمال الوقوع في شرك عدم الموضوعية في رأي الخبير المنبثق عن روح نقابية صرف توجب نصرة الزميل في كل الاحوال وتسعى لحمايته من خطر قد يتعرض له الخبير نفسه وما يترتب على ذلك من تطويع بالحقيقة ومن هدر لحقوق من وقع عليه الضرر.

ولعل خير ما يشير الى ذلك هو ما اثارته قضية الدكتور (Kenneth Edelin) في الولايات المتحدة الامريكية من لبس وجدل كبيرين ، وذلك لقيامه (وهو اختصاصي توليد اقدم في مستشفى مدينة بوسطن) باجراء عملية الاجهاض على فتاة غير متزوجة وهي في الثامنة عشرة من عمرها ، وكان قرار المحكمة العليا للولايات المتحدة الامريكية للعام 1973 (في قضية روضد ويد) يقضي بحق النساء في اجراء الاجهاض حتى الوقت الذي يصبح للطفل القابلية على ان يظل حيا خارج الرحم الا انه لم يشر الى المرحلة التي يبلغ فيها القابلية على ان يظل حيا خارج الرحم ، وكان عمر الجنين في هذه القضية يقدر بين 18,5 اسبوعا و28 اسبوعاً فدفع الدفاع بان الجنين الذي لم يسحب نفساً خارج رحم الام بعد ليس مولوداً ، ولذلك فلا يمكن ان يقتل ، وقد بين الاختصاصيون المنتدبون ان النفس يحصل عندما ينفصل الطفل مستقلاً عن استمداد الحياة من حياة الام ، فنازع المدعي ان الجراح قد انتظر عدة دقائق بعد فصل المشيمة عن جدار الرحم ، وهكذا قتل الجنين بحرمانه من الاوكسجين ، فكان قرار المحلفين ان الجنين كان في الحقيقة انساناً⁽²⁾.

وللخطأ العادي امثلة كثيرة منها الاهمال في تخدير المريض ، ونسيان قطع الشاش او الالات الجراحية في بطن المريض وتهور الطبيب متعرضاً للمريض بالسب والشتم او الاهانة والتحقير ، وكذلك قيامه باجراء العملية الجراحية وهو في حالة غير طبيعية كما لو كان ثملاً او مشلول اليد التي يباشر فيها العملية ، وشروعه بالعمل على مريض لم يوضع بصورة صحيحة مستقرة او ثابتة على السرير فيهوي هذا الاخير من ذلك السرير أثناء اجراء العملية او استخدامه في اجراء هذه العملية ادوات جراحية غير معقمة.

(1) د. احمد شرف الدين - مسؤولية الطبيب - مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة - دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقضاء الكويتي المصري والفرنسي 1986 - ص33.

(2) نقلاً عن الدكتور جاسم العبودي - حقيقة الاجهاض في النظم العالمية - دراسة قانونية اجتماعية تحليلية مقارنة - مؤلف جاهز للطبع - ص76.

ويضرب موازينيه مثلاً للخطأ العادي حالة طبيب الأسنان الذي يهتك عرض المريضة وهي تحت تأثير المخدر وحالة طبيب الأسنان الذي يخلع أربعة عشر ضرساً بقصد الحصول على اجر اكبر⁽¹⁾.

وقد نظر القضاء العراقي في بعض الاخطاء العادية التي يرتكبها الطبيب ومن ذلك نسيان قطع من الشاش في بطن المريض مسببة له التهابات ومضاعفات حيث قضى بمسؤولية الطبيب ولم يعفه من ذلك نسبة الخطأ الى الممرضة او الى مساعدة وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز في العراق اذ قضت قائلة ((... وترى هذه المحكمة كما وجدت محكمة الموضوع ان المدعى عليها (أي الطبيبة) وبسبب اهمالها في المتابعة والاشراف في التأكد من خلو موضع العملية من قطع الشاش قبل اصدارها الامر لمساعدتها بغلق موضع وعدم اتخاذها الحيطة الكافية لمنع وقوع ذلك بالايعاز لمساعدتها في عد قطع الشاش المستخدمة في العملية بعد اتمامها بغية التحقق من عدم بقاء أي منها في موضع العملية فقد نتج عن ذلك الاضرار التي لحقت المدعية (أي المريضة) من جراء الخطأ المذكور فتسأل المدعى عليها عنها ، وان القول بخلاف ذلك وترتيب مسؤولية الخطأ المذكور على مساعدي الطبيب الجراح او أي منهم يخالف العقل والمنطق وما تقتضيه طبيعة المهنة للطبيب من حرص شديد على حياة المريض الذي اودع ثقته العالية فيه (...)⁽²⁾.

والعدل – فيما نرى – هو ما قرره تلك المحكمة بهذا القرار الذي القى بالمسؤولية على عاتق الطبيب عن هذا الخطأ (الخطأ العادي) اذ لا يجوز منطقياً تحميل المسؤولية لغير الطبيب من العاملين معه (من ممرضة ومساعدين اخرين) وذلك لان المريض ، في الغالب ، لا يعرف سوى الطبيب الجراح الذي يجري العملية ، وان الطبيب هو الاكثر دراية وعلم من غيره ، واذا كان من واجب الممرضة احصاء قطع الشاش والادوات المستعملة في الجراحة والتأكد من تمامها ، وهو ما يتذرع به عادة الاطباء لدفع المسؤولية عنهم ، فالرد المتبادر ان الطبيبة هو رئيس الفريق الطبي ومسؤول عن كل ما يحدث للمريض داخل صالة العمليات وانه مسؤول عن اعمال من هم في معيته مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعيه ، وهذا هو اتجاه القضاء في مصر وفرنسا⁽³⁾.

وقد اقر القضاء العراقي التفرقة بين نوعي الخطأ المهني والعادي وذلك في قرار حكم صادر من محكمة التمييز⁽⁴⁾ قررت فيه ((... ان فريقاً من الشراح والفقهاء يقسمون الخطأ الى نوعين بالنسبة لارباب الفن اطباء كانوا ام غيرهم ، اذ قد يكون خطأهم مادياً او مهنيّاً، فالخطأ المادي لا يخضع للمناقشات والخلافات الفنية ويقسم الفقهاء الخطأ الفني على اثنين احدهما الخطأ اليسير وثانيها الخطأ الجسيم ، ويقرر بعضهم المسؤولية الجنائية في

(1) مشار اليه لدى الدكتور حسن زكي الابراشي –المرجع السابق – ص 136.

(2) قرار غير منشور لتلك المحكمة –رقم الاضبارة التي تضمنه 82/موسعة اولى /98 وبتاريخ 1998/11/9 -

(3)د. محمد حسين منصور – مشكلة اخطاء المساعدة الطبية –المسؤولية القانونية للطبيب –مجموعة بحوث قانونية من اعمال مؤتمر المسؤولية في المستشفيات –الاسكندرية 1987 –للجمعية المصرية للطب والقانون – ص135.

(4) نقض جنائي عراقي ، رقم الاضبارة 535 / تمييزية / 1968 في 1968/11/30 اشار اليه الدكتور ضاري خليل في تعليقه على هذا القرار ، مجلة العدالة العراقية التي تصدرها وزارة العدل ، العدد 3س3 ، 1977 – ص471.

اليسير والجسيم من الأخطاء الفنية ، وأما البعض الآخر فيحصر المسؤولية الجنائية في الخطأ الجسيم فقط لأن الطب علم سريع التطور يتصارع فيه قديمه وحديثه صراعاً مستمراً...)).

المقصد الثالث

تمييز الخطأ الطبي

يختلف الخطأ الطبي عن غيره من الأخطاء بسبب ماله من تأثير مباشر على حياة الإنسان وصحته التي هي من أغلى الأشياء في وجوده، وهي لذلك أولى بالرعاية والعناية والاحترام من غيرها ، فالعمل الطبي يحتفظ بخصوصية استثنائية ويتسم بأهمية بالغة تتمركز بالآخر في تحديده وتمييزه من سواه من الأخطاء التي يرتكبها اصحاب المهن الأخرى . والواقع أن رسم خط فاصل بين اخطاء اصحاب المهن المختلفة من محام ومهندس وصيدلاني ومقاول وما الى ذلك انما يستعصي او يصعب او يدق لما بين تلك المهن من عديد اوجه الشبه او اوجه الاختلاف او من اوجه التداخل والتلبس التي قد لا تظهر بمجرد بذل جهد معتاد ، ولكن ايا ما كان الامر فأن مما يبدو صفة غالبية في الخطأ الطبي هو ان التعويض عنه يمتد ليشمل الضرر المعنوي وهو الاذى الذي يصيب الشخص في شعوره وعاطفته جراء فقد عزيز او مساس بالكرامة او السمعة وبالمركز الاجتماعي او الشرف والعرض والاعتبار او تقييد الحرية بالحبس دون وجه حق⁽¹⁾ ، وقد صدرت تشريعات عديدة ، لتحديد من يؤذيه فقد عزيز او عجزه او مصابه بالقرب من هذه الدرجة من القربى او تلك كالأبناء والأبناء والزوجة ، وهذا توجه غير صائب فلرب صديق صادق وفي يتأثر لفقد صديقه اكثر من ذوي قربي ذلك الفقيد الصديق بل رب شخص من غير الأقرباء او الأصدقاء يصاب بألم او اذى شديد لمصاب شخص معين ، ولئن كان الضرر المعنوي لا يمس مصلحة مادية فأن ثمة ضرراً يصيب الإنسان في الجسم والاحساس في آن معاً فالجرح اذا اصاب الوجه مثلاً ، وترك تشويها او ندبة لا تزول فهنا لابد من تعويض يشمل الضرر المادي والضرر المعنوي ، ومن هنا كان ثمة من يقول بان الضرر المعنوي يصيب الجسم كالالام الناجمة عن الجروح والتشويه فضلاً عما

(1) د-جاسم العبودي - مصادر الالتزام - المرجع السابق ، ص12 و ص128.

يصيب الشرف والاعتبار والعاطفة والسمعة⁽¹⁾.
ويجدر بالإشارة هنا ان الخطأ الطبي لو تسبب عنه موت المريض لترتب على ذلك حقان : حق في التعويض عن الضرر المادي ، وحق في التعويض عن الضرر المعنوي (او الادبي) ، ويستحق التعويض الاول من كان له على المتوفى حق النفقة او من كان المتوفى يتولى اعالته ، كالأبناء والزوجة ونحوهم ، اما التعويض الثاني فقد يكون عما حل بالمتوفى من موت ، ولا يستحقه الورثة الا اذا تحدد بطريق الاتفاق او القضاء وقد يكون عما حل بذوي الميت من ضرر في العاطفة والشعور ولا يستحقه الا زوج المتوفى ومن يعينهم القضاء من افراد أسرته الاقربين⁽²⁾.
واذا كان هذا هو شأن الخطأ الطبي في الغالب ، فان الاضرار الناتجة عن الاخطاء الاخرى تشتمل على التعويض المادي كقاعدة عامة وذلك لانه يصيب مصلحة مالية للمضرور ، فضلا عن ان الضرر الناشئ عن الخطأ الطبي لا يمكن تقديره او اشتراطه في العقد بل يقدره الخبراء الذين ينتد بهم القاضي لتقديره ، بينما الاضرار الاخرى يجوز تقديرها والنص عليها في العقد.
ومن جانب اخر فان الاخطاء تخضع للقواعد العامة من اثبات خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر ، بينما يقوم الخطأ الطبي احيانا على خطأ مفترض يتعين على الطبيب نفيه اذا اراد الافلات من المسؤولية كما في حالة تفويت الفرصة في الشفاء او الحياة ، او على الخطأ القائم على فكرة تحمل التبعة وهنا يتعين على الطبيب ان يعرض عنه ولو لم يصدر خطأ من جانبه⁽³⁾.

المطلب الثالث

معيار الخطأ الطبي ودرجاته

لئن اكتسب الخطأ الطبي اهميته القصوى وخطورته البالغة من طبيعة اثره ومدى خصوصيته فلا شك ان معياره يكتسب هو الآخر تلك الاهمية وهذه الخطورة ، اذ لابد من معيار يقاس به او عليه خطأ الطبيب كما لا بد من معرفة نوع او درجة الخطأ الذي اذا ما ارتكبه الطبيب نهضت مسؤوليته ، او معرفة ما اذا كانت هذه المسؤولية تقوم لدى ارتكاب الطبيب الخطأ ، لا فرق بين خطأ جسيم وخطأ يسير وخطأ مضمّر ، وما اذا كانت مساءلة الطبيب عن الخطأ المهني هي مثل محاسبته عن الخطأ العادي.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام - مطبعة جرينبرج القاهرة - 1952 فقرة 577 - ص 864.

(2) د. جاسم العبودي ، مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص 128.

(3) د. اسعد عبيد عزيز - المرجع السابق - ص 287.

ان هذه التساؤلات وغيرها سيتولى هذا المطلب الاجابة عنها في ثلاثة مقاصد يخصص اولها لمعيار الخطأ ، ويكرس ثانيها لدرجته ، ويفرد ثالثها لمدى التزام الطبيب .

المقصد الأول معيار الخطأ الطبي

لا يمكن القطع بان الطبيب قد ارتكب خطأ الا اذا اعتمدنا معيارا ثابتاً يعرض عليه فعل الطبيب لتبين وجود الخطأ من عدمه، وامر كهذا هو ولا شك على درجة كبيرة من الاهمية ، بل انه يعد من المسائل الجوهرية في المسؤولية الطبية بوجه خاص، فالخطأ الذي يقع من الطبيب هو كما اسلفنا يأتي في احدى صورتين: صورة خطأ تحاسب عليه القواعد العامة للمسؤولية ويتمثل في إخلال الطبيب بالالتزام الذي فرضه المشرع على الناس كافة بعدم الاضرار بالغير ، وهنا يكون قد ارتكب خطأ عادياً وتثور مسؤوليته المدنية فيسأل عن كل صور الخطأ التي تصدر منه سواء أكان الخطأ جسيماً ام يسيراً ام تافهاً ، اما الصورة الثانية فهي صورة الخطأ المتمثل في عدم اتباع قواعد الفن واصول المهنة وما تقضي به النظريات العلمية الحديثة الخاصة بمهنة الطب ، وهذا هو الخطأ المهني.

وكان الطبيب ، حسب رأي قديم ، لا يسأل حتى في مثل هذه الحالة الا عن خطئه الجسيم ، وخلاف لما هي عليه الحال اليوم حيث يسأل الطبيب عن خطئه بكافة صوره جسيماً كان او يسيراً او تافهاً، وذلك لان قواعد المسؤولية لا تخص الاطباء باعفاء خاص ، الامر الذي جعل التركيز ينصب على المعيار الذي يتقرر على وفقه الفصل في ارتكاب الطبيب الخطأ ام عدم ارتكابه ، ولا يحقق الملاءمة والعدالة بالنسبة الى كثير من الناس الا اعتماد معيار موضوعي هو معيار الشخص المعتاد المجرد من ظروفه الشخصية والمحاط بنفس الظروف الخارجية التي احاطت بالطبيب المسؤول ولكن لا يجوز ان نحمل الطبيب الاختصاصي النتائج التي يتحملها الطبيب الممارس العام لدى ممارسته المهنة الطبية او بمعنى اخر لا يمكن ان يكون خطأ الطبيب الاختصاصي على نطاق واسع مثل الطبيب

الممارس العام وانما يتحدد هذا الخطأ في حدود اختصاصه⁽¹⁾ ، وهذا يعني انه لا عبرة بالظروف الداخلية ، وقد يكون من نافلة القول تجديد الإشارة الى انه يعتد من هذه الظروف الداخلية بما هو معلوم منها ، ولو سقنا لذلك مثلاً هو عدم خبرة الطبيب او حادثة عهده بمهنة الطب ، وافترضنا ان المريض على علم بذلك ، وانه، على الرغم من ذلك ، قد ارتضى منه المعالجة فأصيب جراء ذلك بالضرر لا تمتنع علينا من باب الاستثناء قياس ما صدر عن الطبيب بما يصدر عن طبيب معتاد من طائفته محاط بالظروف الخارجية نفسها⁽²⁾ .

ويعرف العلامة الاستاذ السنهوري الرجل العادي او المعتاد بانه ((الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع الى الذروة ولا هو محدود الفطنة خامل الهمة فينزل الى الحضيض))⁽³⁾ .

وتوخيا للتفصيل والبيان نذكر انه يوجد في الواقع معياران لقياس الخطأ اولهما المعيار الذاتي او الشخصي وفيه ينظر الى ذات الطبيب الذي صدر عنه الخطأ والى امكاناته الذاتية ودرجة حرصه ، فيكون الطبيب الحريص مسؤولاً اذا قصر في العناية المطلوبة للمريض ، ولا يكون الطبيب الذي اعتاد اللامبالاة مسؤولاً عن فعله اذا ما سبب للمريض ضرراً ، وهذا امر يجافي العدالة ، حيث يكون الفعل خطأ بالنسبة الى طبيب دون ان يكون كذلك بالنسبة الى طبيب اخر ، ويرى الفقيه مازو (ان الاحوال الداخلية هي اللاصقة بشخص المسؤول والمتعلقة بخصائصه الطبية والادبية وكل ما عداها هو من قبيل الاحوال الخارجية)⁽⁴⁾ .

اما المعيار الثاني فهو المعيار الموضوعي او معيار الرجل المعتاد الذي لا يعتد منه بالظروف الداخلية للطبيب مثل امكاناته الذاتية ودرجة يقظته وظروفه وسنه وصحته⁽⁵⁾ ، بل ينظر الى الظروف الخارجية التي تحيط بالطبيب موضع المسؤولية مثل حالة المريض وما تتطلبه من اسعافات سريعة وامكانات خاصة قد لا تكون متوفرة لدى طبيب الريف بقدر توفرها لطبيب المدينة ، وكذلك في حالة اجراء العملية في مكان قد لا تكون الاجهزة الطبية من الوفرة مثلما هي عليه في مكان اخر وذلك كما في الفحوصات الشعاعية والمختبرية التي تتطلبها حالة المريض المستعجلة .

والحقيقة ان على الطبيب اتباع افضل الاساليب لتجنب المخاطر التي قد يتعرض لها المريض ، وينظر الى معيار الخطأ الطبي من خلال مسلك الطبيب وتقديره لدرجة احتمال حصول خطأ يولد او يساهم في إلحاق الضرر ، فان تأكد له ان من شأن فعله ان يحدث ضرراً فهنا يعد خطؤه جسيماً ، واذا كان من المحتمل ان ينجم عن فعله ضرر فهنا يكون خطؤه يسيراً ، وفي كل الاحوال نقيسه بالطبيب المعتاد ، وتنحصر درجة الخطأ الجسيم واليسير والمقدر في عنصر احتمال حدوث الضرر⁽⁶⁾ .

(1) V.Penneau, faute civil et faute penale en matier de responsabilite medicale,P.U.F1975 N.102

(2) دجاسم العبودي -مصادر الالتزام -المرجع السابق- ص113.

(3) د-عبد الرزاق السنهوري -الوسيط في شرح القانون المدني الجديد -مصادر الالتزام -المرجع السابق - ص864.

(4) مازود بند 438 اشار اليه الدكتور عبد السلام التونسي -المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الاسلامية - ط1 -سنة 1966 -ص264.

(5) د.محمد حسين منصور -المسؤولية الطبية -المرجع السابق- ص14.

(6) د.احمد محمود سعد -المرجع السابق -ص40.

وما دام الخطأ بنوعيه العادي والمهني يفرض حضوره في المسؤولية الطبية ويتصل بدرجات الخطأ من خطأ جسيم وخطأ يسير وخطأ مقدر فسننتولى بحث ذلك في المقصد الثاني في فقرتين نخصص الأولى للخطأ الجسيم وللخطأ اليسير ونكرس الثانية للخطأ المقدر.

المقصد الثاني

انواع الخطأ الطبي

تبين لنا مما مر ان الخطأ الطبي يتدرج في اكثر من صورة او درجة ويتخذ اكثر من نوع وفيما يأتي بيان لذلك:

أولاً: الخطأ الجسيم والخطأ اليسير

ان نظرية تدرج الخطأ نظرية قديمة هجرها الفقه ، ولكن يوجد لها تطبيق في بعض القوانين المعاصرة ومنها قانوننا المدني العراقي النافذ⁽¹⁾ ، وان هذه النظرية هي من صنع القانون الفرنسي القديم وتمتد بجذورها الى الفقيهين الفرنسيين دوما وبوتيه ، على ان الظن قد ساد توهماً فيما مضى بانها من صنع القانون الروماني⁽²⁾ حيث كان الخطأ يقسم في ظلها الى خطأ جسيم وخطأ يسير وخطأ تافه ، وان هذه النظرية قد عرفت الخطأ الجسيم بانه الخطأ الذي لا يرتكبه اكثر الناس اهمالاً وهو اقرب ما يكون الى العمد ، وعرفت الخطأ اليسير بانه الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص المعتاد من الناس ، كما عرفت الخطأ التافه بانه الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص الحريص الفطن الحازم ، كما قسمت هذه النظرية العقود الى ثلاثة طوائف تبعاً لتدرج الخطأ : فثمة عقد يتم لمصلحة الدائن وحده وفي هذه الحالة لا يسأل المدين الا عن خطئه الجسيم فقط وذلك لانه لا ينتفع بشيء من هذا العقد وهو من مثل الوديعة ، وثم عقد يتم لمصلحة المتعاقدين وفي هذه الحالة يسأل المدين عن خطئه اليسير وهو من مثل عقد عقود المعاوضة بصورة عامة ،

(1) انظر المواد-169 و170 و173 و259 منه.

(2) د.عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام - المرجع السابق فقرة 430- ص662 وكذلك د.حسن علي الذنون - اصول الالتزام - شرح القانون المدني - مطبعة المعارف بغداد - 1970 - ص174.

واخيراً ثمة عقد لمصلحة المدين وحده وفي هذه الحالة يسأل حتى عن خطئه التافه وهو من مثل العارية⁽¹⁾ .

ويعاب على هذه النظرية انها لا محل لها في ظل الالتزامات التعاقدية مثل الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية ، ففي الالتزامات العقدية التي محلها تحقيق غاية يكون المدين مخطئاً اذا لم تتحقق النتيجة المطلوبة في التعاقد، وذلك لوجود خطأ عقدي من جانبه ويستوي هنا ان يكون خطؤه جسيماً او يسيراً او تافهاً، وقد لا يصدر من جانبه أي تقصير ولكنه يعتبر مخطئاً لمجرد عدم تحقق النتيجة محل التعاقد أي ولو نسب عدم تحققها الى قوة قاهرة او حادث فجائي او فعل الغير ، وهنا يبقى الخطأ العقدي قائماً لعدم تنفيذه لالتزامه وان انتفت رابطة السببية بوجود السبب الاجنبي لا بعدم وجود خطأ⁽²⁾ ولا يشفع له هنا ان يكون قد بذل أقصى ما في وسعه لتحقيق النتيجة ، ولكن الاخلال يتمثل في العجز عن تحقيق النتيجة.

اما في الالتزام ببذل عناية فان القانون يحاسبه في حالة تقصيره على اساس سلوك الرجل المعتاد المحاط بظروف المسؤول ذاتها وهو هنا طبيب من طائفته احاطت به الظروف التي احاطت بالطبيب مسؤول المسؤولية الطبية ، ولا اعتبار لما اذا كان خطؤه جسيماً او يسيراً او تافهاً ، وان فكرة تدرج الخطأ هنا ليس فكرة قانونية بل فكرة اخلاقية وذلك لان الخطأ الطبي واحد من الناحية القانونية ولان الاختلاف يكون في مقدار التعويض عن الخطأ تبعاً لجسامته ولمقدار الضرر الذي لحق بالمريض.

ويجدر بالاشارة ان القضاء قد كان – في الماضي – يشترط الخطأ الجسيم تشجيعاً منه للتقدم العلمي في هذا الفرع الحيوي من العلم وخوفاً من ان يؤدي التشدد الى قعود الاطباء عن القيام باعمالهم تجنباً للوقوع تحت طائلة المسؤولية التي ستمثل لهم بالتشدد سيفاً مسلطاً على رقابهم ، وقد حدث ذلك في زمن كانت فيه مهنة الطب احوج ما تكون الى التقدم والتطور في العمل الطبي ، ومن هنا صدر قرار المحكمة استئناف متز الفرنسية في 1867/5/21 جاء فيه (ان المسؤولية تتناول ايضاً الاعمال الطبية البحتة ، ولا يجوز في شأنها ان تمنع المحاكم اطلاقاً من النظر فيها بحجة ان فصلها في ذلك يؤدي الى التدخل في فحص مسائل تقع في دائرة علم الطب وحده ، بل ان الطبيب في مثل هذه الاحوال يجب ان يسأل عن خطئه الجسيم ، المستخلص من وقائق ناطقة واضحة والذي يتنافى في ذاته مع القواعد العامة التي يملئها حسن التبصر وسلامة الذوق ، تلك القواعد المقررة التي لا نزاع فيها)⁽³⁾ .

وقد سلك القضاء العراقي سابقاً هذا المسلك حيث اشترطت محكمة التمييز في حكم لها ان يكون الخطأ الجسيم شرطاً لمحاسبة الطبيب اذ قررت قائلة ((...ولدى عطف النظر الى الخطأ الوارد في المادة 219 من قانون العقوبات البغدادي وغيرها من المواد العقابية الخاصة بالخطأ ، يرى ان البحث عن الخطأ جاء بنص عام لا يفرق بين الطبيب وغيره ولكن فريقاً من الشراخ والفقهاء يقسمون الخطأ الى نوعين بالنسبة لارباب الفن

(1) د. عبد الرزاق السنهوري – المرجع نفسه – فقرة 430 ص 662.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – مصادر الالتزام – المرجع السابق – فقرة 430 ص 662.

(3) اثار اليه الدكتور سليمان مرقس – مسؤولية الطبيب ومسؤولية ادارة المستشفى – مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية – السنة السابعة / العدد الاول – 1937 – ص 161.

أطباء كانوا أو غيرهم ، اذ قد يكون خطأهم مادياً أو مهنيًا ، فالخطأ المادي لا يخضع للمناقشات والخلافات الفنية ويقسم الفقهاء الخطأ الفني على اثنين احدهما الخطأ اليسير وثانيهما الخطأ الجسيم ، فيقرر بعضهم المسؤولية الجنائية في اليسير والجسيم من الاخطاء الفنية ، اما البعض الاخر فيحصر المسؤولية الجنائية في الخطأ الجسيم فقط لان الطب علم سريع التطور يتصارع فيه قديمه وحديثه صراعاً مستمراً...فما يراه بعضهم صحيحاً يراه الآخرون خطأً كما ان الحكمة في التزام الخطأ الجسيم هي ان لا يكون الخوف من المسؤولية مانعاً الطبيب عن مزاولة مهنته بمطلق حريته وعن الاعتماد على علمه وفنه وعن الاقدام على توسيع خبرته ، وبهذا يسهل على الطبيب مسايرة النظريات العلمية الحديثة والانتفاع بها...وتأسيساً على ما تقدم لا يصح تدخل القضاء في المجالات العلمية او في تقرير النظريات الطبية ولكن هذا لا يمنع الحاكم من استغلال سلطاته الواسعة في تقدير المسؤولية الطبية طبقاً للقواعد المسلم بها فقها وقضاء لان القضاء يحكم بما يؤمن به هو لا بما يؤمن به غيره (...)(1).

ويتبين لنا من هذا القرار ان محكمة التمييز قد ميزت بين الخطأ العادي والخطأ الفني اذ قررت محاسبة الطبيب عن الخطأ العادي دون الخطأ الفني تأسيساً على ما تشترط من لمحاسبة الطبيب من ارتكابه لخطأ فني جسيم او بمعنى اخر ان الطبيب -فيما نرى- لا يسأل الا عن الخطأ الجسيم ومن هنا رأيت ان خطأ الطبيبة لم يكن خطأ جسيماً فقررت تصديق حكم البراءة المستأنف ، ولكن قرارها هذا قد كان محل نقد وتعليق من لدن بعض الكتاب(2).

ولو نظرنا الى هذا القرار وتدبرناه ملياً لالفينا المحكمة قد استندت الى رأي الخبراء وهم الاطباء (ف-غ) (ك-س) (ل-ب) (أق) (هـ-أ) (أ-ي) الذين افادوا ان الدكتور (س-س) لم يصدر منها خطأ جسيم ، وهذا يعني في مفهوم المخالفة ان الذي صدر منها هو خطأ يسير وليس خطأ جسيماً.

فقررت المحكمة ان الطبيب لا يسأل الا عن خطئه الجسيم ، وقد تأيد هذا القرار بقرار حديث آخر لمحكمة استئناف بغداد / الرصافة نفتطف منه الأتي ((لدى التدقيق والمداولة وجد بان الحكم الصادر من محكمة بداءة الرصافة بتاريخ 1998/3/23 وعدد 525/ب/1997 بما قضت به صحيح وموافق للقانون للأسباب التي استند إليها ذلك أن موضوع دعوى المدعي المستأنف عليه هو المطالبة بتعويض مادي وأدبي من جراء خطأ جسيم في إجراء عملية جراحية وان الطبيب والكادر الطبي قد ترك قطعة (قطن) شاش في مكان العملية الجراحية فأن ذلك يعتبر خطأ جسيماً في ممارسة المهنة (...)) (3) وكذلك نرى أن التوجه لتقسيم الخطأ الى جسيم ويسير هو توجه محكمة التمييز أيضاً، ففي قرار حديث لها نرى انها تردد فكرة الخطأ الجسيم وقد جاء قرارها ((...ولدى

(1) نقض جنائي عراقي رقم الاضبارة 535 تمييزه /1968 في 1968/11/30. راجع تعليق د. ضادي خليل محمود -مجلة العدالة ع3 ص3 -1977- ص472. تتلخص وقائع هذه القضية في ان احدى الطبيبات كانت قد ارتأت حقن احدى مريضاتها بمادة البتوسين التي تحدث في رحم الحامل توسعاً وتضييقاً لمساعدتها على الوضع ، والتي لا يتم تعاطيها الا باشراف طبيب ولكن ما جرى ان الطبيبة تركت المريضة برعاية احدى الممرضات التي لم تحسن مراقبة المريضة ولذلك لم تنتبه الى ما بها من انخفاض في ضغط الدم ادى الى وفاتها.

(2) د.ضادي خليل محمود -المرجع السابق - ص477.

(3) محكمة استئناف بغداد /الرصافة -العدد /1335/ س/1998 في 1998/5/20 قرار (غير منشور).

عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون لأن ما أصاب المدعي / المميز عليه من ضرر كان نتيجة أهمال وخطأ المدعي عليهما الثاني والثالث وهما من تابعي المدعي عليه الاول - ونظراً - لجسامة الخطأ ولعدم أحكام رقابة المدعي عليه الاول على تابعيه فيكون مسؤولاً أيضاً عن الضرر ...))⁽¹⁾.

وقد كانت المحاكم في مصر قد اتخذت هذا النهج ، ففي حكم مختلط صدر في 1910/2/23 في قضية طبيب نسب اليه انه اخطأ في تشخيص مرض في عين غلام فأدى هذا الخطأ الى فقد تلك العين ، فقررت المحكمة ان الخطأ الذي نسب الى الطبيب لم يكن الا خطأ يسيراً ، وقضت بناء على ذلك برفض الدعوى⁽²⁾.

ان اتجاه القضاء القديم المتمثل في اشتراط الخطأ الجسيم لمحاسبة الطبيب لم يكن له سند من القانون وذلك لان قواعد القانون قد جاءت مطلقة لم تفرق بين اصحاب المهن المختلفة من مهندسين او اطباء او محامين او غيرهم ، فلماذا يتمتع الاطباء بهذا الاستثناء وهو اشتراط الخطأ الجسيم؟!

ان هذا - فيما نرى - هو الذي حدا بالقضاء الى هجره اذ الخطأ واحد وان القاضي اذا حكم على الطبيب بالنظر الى خطئه اليسير فانه يحكم بناءً على وقائع ثانية لا من خلال الشك ، وقد كان للقضاء المصري قصب السبق في هذا المضمار⁽³⁾ ، يوم قررت محكمة استئناف مصر ((ان مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود خطأ مهما كان نوعه سواء كان خطأ فنياً او غير فني جسيماً او يسيراً ، ولهذا فإنه يصح الحكم على الطبيب الذي يرتكب خطأ يسيراً لو ان هذا الخطأ له مسحة طبية ظاهرة ، ولا يتمتع الاطباء بأي استثناء يجب على القاضي ان يتثبت من وجود الخطأ وان يكون هذا الخطأ ثابتاً ثبوتاً كافياً لديه ، وعليه ان يستعين برأي الخبراء للتحقق من وجود الخطأ))⁽⁴⁾.

والحقيقة ان القضاء في فرنسا قد اتخذ المسلك ذاته ، ومن ذلك ما قررته محكمة جرينوبل بقولها ان (الطبيب مسؤول عن الاخطاء التي يرتكبها اثناء ممارسة مهنتهولا يلزم لقيام هذه المسؤولية ان يرتكب الطبيب خطأ جسيماً ، اذ لا يوجد بين نصوص القانون ما يعفي الطبيب من المسؤولية عن الخطأ اليسير متى كان هذا الخطأ واضحاً)⁽⁵⁾.

ثانياً : الخطأ المضر (او المقدر)

أن الخطأ المضر او المقدر هو من استنتاج القضاء وصنعه ، فهذا القضاء يستنتج التقصير او الخطأ الطبي من مجرد وقوع الضرر وذلك لاحكام القبضه على المستشفيات والتشدد مع الاطباء بقصد اجتثاث او الحد من ظواهر الاهمال والتخفيف من معاناة المرضى ضحايا الاهمال واللامبالاة والتسبيب ، ومن هنا تعين التزام الطبيب

(1) قرار محكمة التمييز الصادر في 1998/10/24 رقم الاضبتارة التي ضمته 2913 /م/98(قرار غير منشور)

(2) انظر مجلة التشريع والقضاء س22 -ص120(نقلا عن د.محمد فائق الجوهري-المرجع السابق -ص362).

(3) د-محمود محمود مصطفى -مسؤولية الاطباء والجراحين -مجلة القانون والاقتصاد -1948 -س18 -العدد الثاني ص299.

(4) انظر قرارها الصادر في 1936/1/2 المنشور في المجموعة الرسمية س37 رقم 93 -ص260.

(5) انظر قرارها الصادر في 4 نوفمبر سنة 1946 -دالوز - 1947 -ص79 نقلا عن د. محمد فائق الجوهري - المرجع السابق - ص 365 .

والمستشفى بسلامة المريض من خطر الحوادث التي تقع داخل المستشفى ، ومن خطر العدوى وتأمين السلامة له في عمليات نقل الدم واستعمال الآلات الجراحية والأدوية ، فالمريض انما يدخل المستشفى لكي يبرأ من مرضه لا لكي تتردى حالته او تنتقل اليه العدوى بمرض اخر وكذلك الحفاظ على المريض المصاب بمرض وضمانة سلامته مما قد يصدر عنه من افعال ضارة به.

وتقوم فكرة الخطأ المقدر او المفترض قضاء على ان الضرر ما كان ليحدث لولا وجود خطأ من الطبيب ومن هنا القى بعبء الاثبات على عاتق الطبيب فتعين عليه ، ان اراد نفي المسؤولية عنه ان يثبت عدم وجود خطأ من جانبه ، او ان ما حدث قد كان بسبب اجنبي كقوة القاهرة او حادث فجائي.

ولقد قضى بان سقوط المريض من طاولة الفحص ليس له سبب سوى عدم انتباه الطبيب او تركه للمريض او عدم وضعه المريض عليها بشكل ثابت مستقر⁽¹⁾. وقد فُسر هذا الاستنتاج او الافتراض القضائي بانه عمل من اعمال المحاكم وسلطتها التي يقع في نطاقها اعتبار عقد العلاج متضمنا الالتزام بالسلامة⁽²⁾ ، وانه ليس من 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 اذا 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 اجنبي ، وقد قضت محكمة بوردو الفرنسية⁽³⁾ 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 تعاقدى 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 بالقائه 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 باجراء التداخل الجراحي عليه بمثابة ابلاغه بمخاطر العملية وان رضاه ينسب 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 انقلاباً جديداً حول نظرية الاثبات في المجال الطبي ، ففي قضية طرحت على محكمة استئناف ران طلب فيها السيد هيدرول الذي سمي القرار باسمه (أي قرار هيدرول) التعويض على اساس ان الطبيب لم يبلغه بخطورة العملية الجراحية وتتلخص وقائع هذه القضية في ان الدكتور كوسان قد قام باجراء عملية جراحية للسيد هيدرول ثقب فيها احد امعائه وقد ردت محكمة استئناف

(1) Pavis 4 nov. 1963. D 1964. 13. محمد حسين منصور المسؤولية الطبية- المرجع السابق -ص24.

(2) د.حسن زكي الابراشي -المرجع السابق -ص229.

(3) بقرارها الصادر في 1929 /3/14 والمنشور في المحلة الفصلية سنة 1929 مع تعليق ديموج عليه -نقلا عن د.حسن زكي الابراشي -المرجع السابق -ص229.

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 كما يقع عليه وحدة عبء اثبات قيامه بتنفيذ هذا الالتزام⁽¹⁾.

وان 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 بابلاغ 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 التزام الطبيب الذي يجري جراحة تجميلية فهو -فيما نرى -يلتزم التزاماً بتحقيق غاية وذلك لان المريض لا يشكو من ألم في جسمه وانما يريد ازالة تشويه معين في جسمه ، فاذا ما سبب له الطبيب اذى او ضرر وجب على هذا الطبيب اثبات ان ذلك لم يكن بخطئه.

والخطأ المضمّر او المقدر هو كما تبين لنا ، قريب من الخطأ العادي في المسؤولية الطبية ، ففي الخطأ العادي يلزم افتراض خطأ الطبيب والقاء عبء الاثبات عليه في نفي الخطأ من جانبه او وقوع ذلك الخطأ بسبب اجنبي ، وذلك لان الخطأ العادي يأتي بوقائع ناطقة لا لبس فيها ولا غموض وفيه يجب محاسبة الطبيب دون الرجوع الى اهل الخبرة من الاطباء الذين يندفعون في الغالب بروح نقابية ويحابون مصلحة زميلهم الطبيب فتضيع حقوق الناس.

(1) مجلة دراسات قانونية -بيت الحكمة -العدد الاول - سنة 2001 وتعليق الدكتور العربي شحط عبد القادر - ص125.

المقصد الثالث

مدى التزام الطبيب

ان الصبغة الفنية لها تأثير مهم في معرفة الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب ، وسواء أكانت العلاقة بين الطبيب والمريض محكومة بالعقد ام خاضعة للقواعد العامة ، فان المرجع في تحديد مداها هو قواعد المهنة الطبية ، ومع اننا نقول في الخطأ العادي بعدم الحاجة الى الرجوع لاهل الخبرة من الفنيين تأسيسا على صدوره من الطبيب خارج قواعد المهنة ، فان الاصل يبقى مع ذلك ، ان قواعد المهنة هي التي تحدد التزامات الطبيب ، وفيما يتعلق بالخطأ المهني فان الطبيب يعد مخطئاً كلما خالف القواعد التي تفرضها عليه اصول مهنته وان التمييز التقليدي بين الالتزام بنتيجة والالتزام ببذل العناية انما يستند الى معيارين رئيسيين ، فالارادة تكون هي المعيار عندما يشترط الدائن تحقيق النتيجة ، اما المعيار الاخر فهو الاحتمال في ما يتعلق بمدى تحقق النتيجة⁽¹⁾ .

وغني عن البيان ان عقد العلاج يوجب على الطبيب الالتزام بالسلامة ، ولكن ذلك لا يعني الالتزام بشفاء المريض او عدم تردي حالته الصحية او عدم اصابته بعاهة مستديمة اذ ان حالة الشفاء مرتبطة بمناعة الجسم وتمكن المرض منه، وكذلك بحدود التقدم العلمي المتصلة بمعرفة المرض وعلاجه ، ولقد قيل بحق ان ليس هناك امراض بل مرضى وذلك لاختلاف الاشخاص في تكوينهم الداخلي والخارجي اذ ((ان شفاء المريض لا يقع على الطبيب وحده بل يتوقف على عوامل كثيرة واعتبارات لا تخضع دائماً لسلطان الطبيب او الجراح ، كمناعة الجسم ودرجة استهدافه للمرض ، وحالته من حيث الوراثة ، والمناعة ، واصابته بامراض اخرى ، وقصور العلوم الطبية التي قد تقف عاجزة عن علاج كثير من الامراض ، وفي كثير من الحالات لا يفعل الطبيب اكثر من تخفيف الالم او تأجيل المصير المحتوم))⁽²⁾ وان اكثر الاعمال الطبية تنسم بالمخاطر فلا يوجد اجراء تشخيصي او علاجي خال تماماً من بالمخاطر ، فمثلا عمل الاشعة بالصبغة فيه احتمال الوفاة لشخص في كل عشرة الاف وان اشعة المخ بحقنة الهواء فيه احتمال شلل واحد في كل الف⁽³⁾ وقد يكون المريض الواحد من الالف او العشرة الاف دون ان يكون للطبيب سبيل لانقاذ حياة هذا المريض.

ومن ذلك ان على الطبيب ان يبذل ما في وسعه في معالجة المريض ، والشفاء بيد الله تعالى ، وان عقد العلاج ليس عقداً للشفاء وانما هو عقد ببذل اقصى درجة ممكنة

(1) V.Frossard, La distinction des obligations de moyen et des obligations de resultat , L.D.G.J. Paris 1965.

(2) الحكيم راجي عباس التكريتي - السلوك المهني للأطباء - دار الاندلس - بيروت - ط2 - 1981 - ص104.

(3) الحكيم ابراهيم الصياد - مجلة الحقوق والشريعة - جامعة الكويت - ص5 - العدد الثاني - ص29.

في الرعاية والعناية أو بمعنى آخر يكون التزام الطبيب في الاصل التزاماً ببذل عناية ولكن هذا لا يمنع في بعض العمليات من ان يكون التزاما بتحقيق نتيجة استثناء من الاصل وهذا ما سنبحثه في الفقرتين الاتيتين تباعاً.

أولاً: الاصل: الالتزام ببذل عناية

من المتفق عليه فقها وقضاء ان التزام الطبيب يوجب عليه سلامة المريض ، وليس المقصود بهذا ، ولا شك ، ان يلتزم الطبيب التزاما محددا بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض . والواقع ان التزام الطبيب في الاصل هو التزام ببذل عناية وذلك لانه معالج وليس تاجر ، ومع ذلك فان الفقه يجيز ان يتحول هذا الالتزام الى التزام بنتيجة اذا انصرفت ارادتا الطبيب والمريض الى ذلك ، وهنا تقدر اهمية التزام المدين تبعاً للاتفاق ، اذ يجوز ان يعد الطبيب مريضه بنتيجة معينة⁽¹⁾ مثل الالتزام بالسلامة ، والسلامة تعني حماية المريض من خطأ الطبيب وكذلك حمايته من الاجهزة التي يستعملها ، اذ ان عليه ان يستعمل اجهزة جيدة متناسبة مع ما يقوم به من عمل طبي او جراحي ، وان يستعمل الات معقمة تحسباً لما يمكن ان يتولد من نتائج سلبية ووقاية للمريض من الضرر ، فشفاء المريض كما المحنا من ذي قبل يتوقف على حالات عديدة منها مناعة الجسم وقوة امعان المرض فيه ، والوراثة والسن⁽²⁾ ، فالمرضى الطاعن في السن او الهرم البالي يكون معرضاً للمرض بصورة اكثر بكثير من الشاب، كما يتوقف على مدى التقدم العلمي وانتشاره، فالقصور في العلم وعدم الانتشار مسدان لسد الطريق على شفاء العديد من الامراض ، وثمة آفات مرضية لا يزال علاجها مجهولاً حتى اليوم بل ان الطبيعة الغامضة للجسد البشري ، وما يتعرض له الانسان من ظروف وما يجابه او يعاني من مشاكل وصراعات وهموم انما تجعل من غير المعقول التزام الطبيب بشفاء المريض ، فهو في مثل هذه الاحوال وغيرها لا يستطيع التنبؤ او الجزم بالنتيجة التي ستقضي اليها جهوده⁽³⁾.

لذا كان على الطبيب ان يبذل العناية المطلوبة حسب طبيعة المرض ، وان يصف للمريض علاجاً يتفق ومعطيات العلم والفن واصل المهن الطبية.

وقد سار القضاء في العراق على طريق اعتبار التزام الطبيب التزاما ببذل عناية ، ومن تطبيقاته في ذلك قرار محكمة التمييز الصادر في 1968/11/30 فمما جاء فيه هو ان ((التزام الطبيب بمعالجة المريض والعناية به لا يعني التزامه بضمان الشفاء والسلامة له ، ولا يسأل ان ازداد المريض مرضاً ما لم يكن بتقصيره ، ولا يكون مقصراً اذا استند في العلاج الى اسس فنية وعلمية))⁽⁴⁾.

ونرى ان هذا القرار التمييزي قد حدد التزام الطبيب بان التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة.

(1) Viney , OP. Cit, N.545.

Frossard, th. Precite, 75.

Mazeaud et Chabas, N. 21.

(2) د.عبد الرشيد مأمون – عقد العلاج بين النظرية والتطبيق – دار النهضة العربية – القاهرة – ص 60.

(3) د.حسن زكي الابراشي – المرجع السابق – ص 226.

(4) رقم القرار 535 التمييزية 68 في 1968/11-30 وقد تقدمت الاشارة اليه .

وقد قررت محكمة النقض المصرية هذا المعنى ذاته في حكمها الشهير الصادر في 22 يونيو 1969 ومما جاء فيه ان (الطبيب وان كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفاؤه او بنجاح العملية التي يجريها له ، لان التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة ، وانما هو التزام ببذل عناية ، الا ان العناية المطلوبة منه تقتضي ان يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الاصول المستقرة في علم الطب) (1)، كما قررت هذه المحكمة ذلك في قرارات اخرى منها قرارها الصادر في 21 ديسمبر 1971 الذي ورد فيه بان التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض وانما التزام ببذل عناية (2).

وتبين لنا من ذلك ان القضاء في مصر قد اخذ بالوجهة التي تقرر ان مسؤولية الطبيب هي مسؤولية ببذل عناية وليس مسؤولية بتحقيق غاية.

ويجدر بالاشارة ان محكمة النقض الفرنسية كانت قد اتخذت هذه الوجهة ، ففي حكمها الشهير الصادر في 1936/5/20 قد قررت ان مسؤولية الطبيب بما هو عليه عقدية ، وان مضمون التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية ، وبينت ان شفاء المريض هو امر لا يمكن فرضه على الطبيب ولا يجدي اجباره نفعاً اذا لم يكن الشفاء بمقدوره (3).

وبعد استعراضنا ما ذهب اليه القضاء في العراق ومصر وفرنسا يمكن القول بان التزام الطبيب هو في الاصل ، التزام ببذل عناية ، فأذا خاب العلاج او ساءت حالة المريض الصحية او اذا لم تتحقق النتيجة المرجوة في العملية الجراحية ، فلا يعد الطبيب مخطئاً ما لم يقيم الدليل على ذلك باعتماد معيار موضوعي هو معيار الطبيب المعتاد المجرد من ظروفه الخاصة والمحاط بذات الظروف التي احاطت بالطبيب المعالج وذلك بمقارنة ما فعله هذا الاخير بما كان سيفعله الاول على ان يكون الاثنان من طائفة او مرتبة واحدة من حيث الشهادة والاختصاص ونحوهما فأذا علا ما فعله الطبيب المعالج على ما سيفعله طبيب من طائفته متوسط الصفات عد ذلك العلو غنماً ، واذا نزل عنه كان نزوله غرماً (4).

ولسلامة ودقة هذا المعيار يتعين اخذ ظرفي الزمان والمكان بنظر الاعتبار ، فمن جهة المكان لا يصح محاسبة طبيب اجرى عملية في مكان لا تتوفر فيه الاجهزة الطبية اللازمة بالمقايضة مع طبيب توفرت لديه هذه الاجهزة ، ومن جهة الزمان وماله من دور مهم في تقدير العناية الكافية التي بذلها الطبيب فإنه لا يجوز للطبيب ان يعتمد على النظريات الطبية التي هجرها الطب بسبب مرور الزمان وتطور العلم ، وقد ادان القضاء الفرنسي اولئك الاطباء الذين يلجأون الى طرق علاجية مهجورة ، اذ قرر (ان الالتجاء في التوليد الى طريقة يعتبرها الخبراء مهجورة وذات خطورة على الجنين ، انما يشكل خطأ من جانب الطبيب المولد) (5).

(1) د. وفاء حلمي ابو جميل -الخطأ الطبي -دراسة تحليلية فقهية وقضائية في كل من مصر وفرنسا -دار النهضة العربية-القاهرة -1987 -ص48.

(2) نقلاً عن الرجوع نفسه ص48.

(3) د. وفاء حلمي ابو جميل -المرجع السابق -ص46.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري -الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام -المرجع السابق - ص782.

(5) نقلاً عن د. محمد حسين منصور -المسؤولية الطبية -المرجع السابق - ص150.

ولذلك فقد أصبح من المحرم على الطبيب ان يبقى متمسكاً بأهداب الماضي والعيش فيه بل يجب عليه ان يتماشى مع الحياة العصرية ويواكب التطور العلمي الحديث ، فان اغفل ذلك وجبت مسؤوليته ، ومع ذلك يجب ان لا نغفل ما للطبيب من حرية كافية في اتباع طريقة علاجية معينة لم يتبعها طبيب اخر ، ما دام العلم يعترف بها ويقرها ، بل ان المصلحة تقتضي ان تدع للطبيب قدراً من الحرية في ممارسة مهنته ، فالمرضى ليسوا كالأشياء المثالية بحيث يكون احدها كالأخر⁽¹⁾ وان الاطباء ليسوا كالات ، وهي جماد يتحرك من غير وعي ولا ارادة ويسير على وتيرة واحدة ، والا فلو كانوا كذلك لما احتجنا اليهم ، ولاخذنا بما لدينا من الامراض والعلاجات المناسبة لكل مرض من نوع معين او وصف معين ووضعناه في جهاز ، فاذا مرض احدهم ضغطنا على زر في هذا الجهاز فظهر لنا العلاج المطلوب على شاشته ، ولكن الامر مختلف ويخضع لارادة الطبيب وتقديره كما في حالة التكليف القانوني الذي يخضع لتقدير القاضي بسبب اختلاف التصرفات والوقائع والظروف والمداخلات وندرة التماثل في كل شيء.

وينبغي على كل ما تقدم انه ، ما دام التزام الطبيب التزاماً ببذل عناية فليس من المعقول مطالبته بضمان سلامة المريض وذلك لان مثل هذا الالتزام لا وجود له⁽²⁾.

ثانياً : الاستثناء : التزام الطبيب بتحقيق نتيجة

بعد ان تعرفنا على الاصل في التزام الطبيب وهو بذل عناية ، لا بد من الإشارة الى الاستثناء الذي يرد على هذا الاصل الا وهو الالتزام بتحقيق نتيجة.

ان فكرة الاحتمال تحول دون التزام الطبيب بتحقيق نتيجة ، ولكن اذا زال هذا الاحتمال كانت مسؤولية الطبيب بتحقيق نتيجة⁽³⁾ ، وثمة التزامات عديدة للطبيب تكون بعيدة عن فكرة الاحتمال ويكون الالتزام فيها التزاماً بتحقيق نتيجة كما في عمليات نقل الدم والتحاليل الطبية وعمل التركيبات الطبية وكذلك الالتزام بضمان سلامة المريض⁽⁴⁾.

ففي عمليات نقل الدم يجب ان يعطى المريض دم من فصيلة دمه ذاتها وان يكون هذا الدم خالياً من الامراض لكي لا يصاب المريض باضرار جسيمة ، ولا تنتقل اليه العدوى بمرض معين من خلال الدم ، ولا يخفى اليوم ان الدم يؤخذ من مصرف الدم وان من النادر جداً ان يؤخذ من المتبرع مباشرة كما كان عليه الامر قديماً ، ولا شك في ان الدم يحفظ في مصرف الدم بطريقة علمية تضمن عدم فساده ، ولكن ثمة سؤال يتبادر عن الضرر الذي يمكن ان يصيب المريض بسبب متعلق بهذا الدم المنقول من مصرف الدم كتعفنه او حمله لبعض الامراض مثلاً.

وللاجابة يلزم القول بانه ما دام الطبيب قد اخذ الدم من مصرف الدم بمقتضى عقد معه بتقديم دم سليم فيكون التزام كل من الطبيب ومصرف الدم التزاماً بتحقيق نتيجة⁽⁵⁾، ويستطيع الطبيب اقامة الدعوى على مصرف الدم بناء على ما له من حق مباشر عليه اذ

(1) د.حسن زكي الابراشي - المرجع السابق - ص 235، 233.

(2) د. محمد علي عمران - الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود - القاهرة - 1980 - ص 99.

(3) د.اسعد عبد عزيز - المرجع السابق - ص 175.

(4) اما مسؤولية الطبيب عن الاشياء والاجهزة الطبية ، فسوف نتولى بحثها في الفصل الثاني لدى الكلام في مسؤولية الطبيب عن خطأ الغير وعن الاشياء.

(5) د.وفاء حلمي ابو جميل - المرجع السابق - ص 75 وكذلك د. محمد علي عمران - المرجع السابق - ص 103.

ان العقد بين الطبيب ومصرف الدم يحمل بين طياته اشتراطاً لمصلحة الغير (وهو المريض) وهذا هو اتجاه محكمة النقض الفرنسية⁽¹⁾ حيث ان القضاء في فرنسا قد ذهب في بادئ الامر الى اعتبار التزام الطبيب في عمليات نقل الدم التزاماً ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة ، ومعنى ذلك ان المطلوب من الطبيب هو اختيار الدم المناسب للمريض ، دون الالتزام بضمان سلامة هذا الدم من الامراض ولكن سرعان ما غير هذا القضاء اتجاهه تأسيساً على ان اصابة المريض بالضرر جراء ما نقل اليه من دم ملوث انما تجعل من المفترض خطأ الطبيب⁽²⁾ ، وعلى الاخير اذا اراد الافلات من المسؤولية اثبات السبب الاجنبي واقامه الدليل على انه لم يرتكب خطأ ما ، ولكن حينما نظرت محكمة النقض الفرنسية في الامر قضت بان العقد المبرم بين احدى المستشفيات (المشترط) ومركز توزيع الدم (المتعهد) يتضمن في ثناياه اشتراطاً ضمناً لمصلحة المريض (المستفيد) وينشأ في هذه الحالة للمستفيد (المريض) -اعمالاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير- حق مباشر يستمد من عقد لم يكن طرفاً فيه.

ومن ذلك اذا ما اصاب المريض بضرر بسبب نقل دم ملوث فإن له ان يقاضي مصرف الدم مطالباً بالتعويض ، فألتزام مصرف الدم ، على ما يبدو من قضاء محكمة النقض الفرنسية هو التزام بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية ، وليس لمصرف الدم ان يدفع بان المرض كان كامناً خلال الفترة التي تم فيها نقل الدم ، وان الفحص الاكلينيكي لم يكن ليؤدي مطلقاً وفقاً للمجرى العادي للامور ولما جرت به العادة الى اكتشاف مثل هذا المرض⁽³⁾ .

ويخلص الينا من ذلك ان الالتزام الذي يبقى على عاتق مركز توزيع الدم وفقاً لهذا الفهم هو التزام بتحقيق نتيجة مفادها وجوب ضمان سلامة خلو الدم المنقول الى المريض من أي مرض من الامراض ، وكذلك سلامة المتبرع بالدم. اما في التحاليل الطبية فيكون التزام الطبيب التزاماً بتحقيق نتيجة ، ويسأل اذا لم تتحقق النتيجة محل الاتفاق ما لم يثبت ان اخلاله بالتزامه راجع الى سبب اجنبي لا يد له فيه ، وذلك لان عمل الطبيب هنا مرتبط باعمال معملية لا تتضمن أي احتمال⁽⁴⁾ . ولا يفوتنا ان نذكر ان هناك تحاليل دقيقة يصعب الكشف عنها ، ويختلف فيها التفسير والاجتهاد ، وهنا يكون الالتزام فيها ، كما ذهب محكمة النقض الفرنسية ، التزاماً ببذل عناية⁽⁵⁾ .

اما في عمل التركيبات الطبية الصناعية من مثل الاطراف الصناعية للمعوقين ، وعمل طقم اسنان ، فيكون الالتزام فيها التزاماً بتحقيق نتيجة ، والواقع ان التركيبات الصناعية لم تثر مشكلة تطرح امام القضاء ، ولكن الاسنان الصناعية هي مبعث الاشكال ، فقد كان القضاء يعتبر طبيب الاسنان في حكم البائع لهذه الاسنان ، فيلتزم ، بناء على ذلك ، بضمان العيوب الخفية ، فالمريض لا يلتزم باثبات خطئه لاننا لسنا بصدد التزام

(1) د.محمد علي عمران -المرجع السابق -ص204 وكذلك د.اسعد عبيد عزيز -المرجع السابق.

(2) د.محمد علي عمران -المرجع السابق -ص205.

(3) د. اسعد عبيد عزيز -المرجع السابق -ص180 وكذلك د.محمد علي عمران -المرجع السابق -ص105.

(4) د.وفاء حلمي ابو جميل -المرجع السابق -ص77.

(5) نقض مدني فرنسي 4يناير 1974 -دالوز- 1974 مختصر -ص79 - نقلا عن د. وفاء حلمي ابو جميل -المرجع السابق -ص77.

طبي ببذل عناية ، بل بصدد بيع بشرط التجربة معلق على شرط واقف وهو قبول الاسنان بعد تجربتها، ويؤدي تخلف هذا الشرط الى اعتبار العقد كأن لم يكن⁽¹⁾ . ولكن الفقه انتقد القضاء بانه لم يكن على صواب في تكييفه العقد تكييفاً مجافياً لوقائع العمل الطبي الذي يقوم به طبيب الاسنان ، وبانه لا يجوز تجزئة العقد والاعتماد على بعض عناصره مثل الجانب الاقتصادي دون البعض الآخر من عناصره الاخرى المهمة وهي العمل الطبي لطبيب الاسنان⁽²⁾ .

وإذا كان خطأ طبيب الاسنان في عمل التركيبات الصناعية خطأ عادياً وكان التزامه بتحقيق نتيجة وهي عمل طقم اسنان مناسب للمريض⁽³⁾ فلا ينبغي اغفال الاصل وهو ان خطأ طبيب الاسنان خطأ فني وان المطلوب منه هو بذل عناية.

ومن هنا فقد اتجه القضاء الى ان يبيع طبيب الاسنان للاسنان الصناعية لا يمنع من ان يكون عمله عملاً طبياً ، وهذا يعني ان ينشأ على عاتقه اضافة الى الالتزام بتحقيق غاية ، التزام ببذل عناية وهو تهيئة فم المريض ووضع الاسنان ، وانه يكون مسؤولاً اذا احدث ضرراً للمريض الا اذا اقام الدليل على وجود السبب الاجنبي.

وقد جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية ما يأتي ((نظراً للالتزام القائم على عاتق الطبيب بان يركب لعميله الاسنان الصناعية المناسبة له فانه لا يمكن توجيه اللوم لقاضي الموضوع لحكمه بفسخ العقد بسبب خطأ الطبيب الذي لم يف بالتزامه (بتحقيق النتيجة المرجوة) حتى ولو كان العميل قد رفض العودة اليه لاجراء محاولة رابعة، ورفض قبول تحمل الطاقم لمدة كافية حتى يتعود عليه))⁽⁴⁾ .

وان مثل هذا الالتزام يقع على عاتق الطبيب فيما يتعلق بالدواء الذي يعطيه للمريض من عيادته او اذا كان صاحب مستشفى من مستشفاه ، وذلك لانه يبيعه فيجب ان يضمن عدم فساد الدواء وتوافر المواصفات العلمية فيه ، ولكنه لا يضمن فاعلية الدواء ، وما اذا كان سيقضي على المرض ام لا ، وذلك لان هذا يخضع لعوامل واسباب كثيرة منها استعداد الجسم ومدى تمكن المرض فيه وغيرها.

و الخطأ المتمثل في إعطاء دواء فاسد انما هو خطأ عادي يوجب المساءلة. والى جانب ذلك يضمن الطبيب سلامة المريض حيث يرى الفقيه ستارك ان الالتزام يكون التزاماً بضمان في كل عقد محله السلامة الجسدية⁽⁵⁾ ويكون التزامه التزاماً بتحقيق نتيجة ، وتضمن هذه السلامة داخل المستشفى ، فاذا امر الطبيب

بأدخال مريض الى المستشفى والى صالة العمليات هناك فان حالة المريض مع بعده عن اهله وذويه تحيطه بطابع من الضعف ، فيجب على الطبيب ان يتوخى سلامته من الامراض المعدية وسلامته من كل ما يؤذيه وذلك كما لو انسكب ماء ساخن على جسمه

(1) انظر قرار محكمة متز الصادر في 1951/12/13 -مجلة الاسبوع القانوني ع 2 سنة 1952 -ف 6909.(نقلاً عن د.أسعد عبيد عزيز-المرجع السابق-ص183).

(2) د.وفاء حلمي ابو جميل -المرجع السابق - ص84 وكذلك د.اسعد عبد عزيز -المرجع السابق -ص183.

(3) اسماء جبر علوان العيثاوي -المسؤولية المدنية لطبيب الاسنان -رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة صدام -2000-ص104.

(4) نقض فرنسي 1979/4/3 -المجلة الفصلية للقانون المدني 1980-ص122(نقلاً عن د.اسعد عبيد عزيز الجميلي-المرجع السابق-ص184)

(5) V. Starck, Le Responapilite civile dans sa double fonction de garantie et de pein privec th. 1947 ,N.1753.

فأصيب بحروق فلو وقع مثل هذا لعدّ خطأ الطبيب خطأ عادياً وذلك لأن هذه الحالة وامثالها هو مما يخرج عن الأصل في التزام الطبيب ولا يتصل بتداخل جراحي أو علاجي ، بل بحالات عادية يمكن أن ترتكب من أي شخص ولا حصر لها ولكن مما يساق مثلاً عليها يصطبغ بالتطبيب عادة وهو من مثل التقصير في التغذية و إعطاء الامصال بواسطة مساعد الطبيب وإعطاء المغذي والاكسجين وغيرها⁽¹⁾.

المبحث الثاني

الركنان الآخران – الضرر وعلاقة السببية

إن الضرر وعلاقة السببية لهما أهمية كبيرة في قيام المسؤولية ، فهي قد تنهض بهذين الركنين دون وقوع خطأ من الطبيب المسؤول كما هو الحال في المسؤولية التي تقوم على مبدأ تحمل التبعة ، ومبدأ الضمان والمسؤولية المادية أو الموضوعية بوجه عام ، ففي هذه الاحوال يكون ركن الضرر هو الركن الاساسي لقيامها ، فأذا لم يوجد ضرر فلا مسؤولية ، وكذلك علاقة السببية فالمسؤولية لا تنهض بدونها كأصل عام ، ولكن القضاء توسع استثناء لحماية المريض فلم يشترط علاقة السببية لكي يحاسب الطبيب ، على أنه يفترض أن يكون الضرر ناتجاً عن الخطأ كنتيجة طبيعية له أي هناك علاقة سببية لكن الطبيب يحاسب ولو لم تثبت علاقة السببية بين الخطأ الذي نسب إليه والضرر الذي لحق بالمريض⁽²⁾ ، وذلك من خلال فكرة تقويت الفرصة في الشفاء أو الحياة.

(1) د. أسعد عبيد الجميلي – المرجع السابق – ص 176.

(2) د. محمود التلتي – النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص – رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق جامعة عين شمس سنة 1988 – ص 332.

بيد ان القضاء في هذه الحالة لا يحكم الا بتعويض جزئي ، وبالنظر الى ، ما لهذا الموضوع من اهمية بالغة فأنا سنتوفر عليه في مطلبين ، نخصص اولهما للضرر الناشيء عن الخطأ المهني والخطأ العادي ونبحث في ثانيهما علاقة السببية بين الضرر وكل من الخطأ المهني والخطأ العادي.

المطلب الاول

الضرر الناشيء عن الخطأ المهني والخطأ العادي

لا يمكن مساءلة الطبيب مدنيا عن الخطأ الذي يرتكبه ما لم يقترب بضرر اصاب المريض ، ومن ذلك نرى ان نقطة البداية لمساءلة الطبيب هي تحقق ركن الضرر المرتبط بخطأ الطبيب وليس بغيره ، فلو لحق المريض ضرر جراء اهماله في تناول العلاج فالخطأ هنا لم يقع من الطبيب بل من المريض، وان التزام الطبيب في أكثر الاحيان ، يكون التزاماً ببذل عنايته وليس بتحقيق نتيجة بحيث يكون مسؤولاً عن عدم تحققها في أي من المسؤوليتين التقصيرية او العقدية.

وثمة بعض الحالات يكون فيها وقوع الضرر قرينة بسيطة على وجود الخطأ ومن ذلك الالتزام الذي يقع على عاتق المستشفى في سلامة المريض وبصورة خاصة اذا كان المريض مصاباً بمرض عقلي ، وكذلك التزام الطبيب بسلامة الادوات المستعملة وعمليات نقل الدم⁽¹⁾ ، وهنا نستطيع القول استثناءً بان التزام الطبيب هو التزام بتحقيق نتيجة هي سلامة المريض.

ونخلص من ذلك الى ان الضرر ركن اساسي في مسؤولية الطبيب ، والضرر يعني الاذى الذي يلحق بالمريض ولكن أي ضرر يجوز التعويض عنه؟ هل يجب التعويض عن جميع الاضرار؟ هنا يمكن القول بان الضرر يجب ان يكون مباشراً ، فالضرر غير المباشر لا يعرض عنه سواء أكنّا ازاء مسؤولية تقصيرية ام مسؤولية عقدية وذلك لانتفاء الركن الثالث وهو علاقة السببية بين الخطأ والضرر⁽²⁾.

(1) د.محمد حسين منصور -المسؤولية الطبية- المرجع السابق - ص107.

(2) د. سعدون العامري - تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية - بغداد - 1981 - ص13.

أما الضرر غير المتوقع فلا يعوز عنه في المسؤولية التعاقدية وذلك لأنه يفترض في الطرفين انهما اتفقا ضمناً على استبعاد تعويضه⁽¹⁾ ويمكن ان يصيب الضرر المريض على صعيد الخطأ العادي أو على صعيد الخطأ المهني للطبيب، ويستطيع القاضي الحكم بتحقيق الضرر في الخطأ العادي دون الرجوع الى اهل الخبرة من اعلام مهنة الطب ، وذلك لان الخطأ يأتي بوقائع ناطقة لا ليس فيها ولا غموض ، ولا شك ان الضرر تحقق من جرائها وذلك من مثل نسيان ادوات جراحية أو قطع من الشاش في جوف المريض ، فمعنى ذلك قيام قرينة على وجود ضرر ناشئ من خطأ الطبيب الثابت ، وكذلك حينما يجري عملية ويده اليمنى مشلولة أو في حالة قلع ضرس سليم بدل الضرس المصاب وما الى ذلك من الشواهد والامثلة العملية.

أما في الخطأ المهني فيجب على القاضي تحري الخطأ والضرر الذي لحق المريض اذ ان القاضي هنا لا يستطيع ان يتبين بنفسه خطأ الطبيب ما لم يستعن بأهل الخبرة للتأكد من خطأ الطبيب ، وتحقق الضرر للمريض ووجود رابطة السببية بين الخطأ والضرر.

والحقيقة ان القواعد العامة توجب ان يكون التعويض بقدر الضرر الذي لحق بالمريض ، ولكن ذلك من المسائل الصعبة التي ينوء القاضي بها في مرحلة تقدير التعويض ، اذ يتعين عليه مراعاة المريض ومكانته وسنه فمثلاً التعويض لمريض في عنفوان شبابه يختلف عن التعويض لامرأة عجوز مصابة بمرض السرطان ، وصعوبة تقدير التعويض في القضية التي طرحت على محكمة ليون عن الضرر الحادث لامرأة عجوز ذهبت الى الجراح تبغي اعادة ثدييها كاعبين كما في ايام الشباب ، فلم تفز منه الا بالتحامات وانكماشات اضافها العطار الى ما افسد الدهر⁽²⁾.

المقصد الاول

الضرر بوجه عام

ان المسؤولية المدنية (تعاقدية كانت أو تقصيرية) تقوم على تحقق ركن الضرر ، فهي تدور مع الضرر وجوداً وعدماً شدة و ضعفاً ، ولا مسؤولية دون ضرر. ويصح احياناً ان يرتكب الشخص خطأ كبيراً تعاقب عليه القوانين ولكن لا تنهض مسؤوليته المدنية ، فاذا شرع شخص في قتل عدو له بان اطلق عليه الرصاص ، ولكن لم يصبه ، فهذا تنهض مسؤوليته جنائياً ويعاقب على فعله دون ان تنهض مسؤوليته المدنية ،

(1) المرجع نفسه ص13.

(2) حسن زكي الابراشي - المرجع السابق - ص188.

وذلك لانتفاء الضرر⁽¹⁾، وحيث ان دعوى المسؤولية المدنية هي دعوى فرد وليست دعوى مجتمع لذا ينبغي ان تتوافر فيها شروط كل دعوى خاصة ، ولعل اهم هذه الشروط هو وجود مصلحة ، اذ لا دعوى بدون مصلحة ولا مصلحة اذا لم يكن هناك ضرر قد لحق المدعي⁽²⁾ ، ويكفي لتحقيق الضرر ، المساس بأي حق من حقوق المضرور او بمصلحة مشروعة له.

والحقوق هي من مثل الحق في سلامة جسمه او الحق في الحياة او الحق في تولي الوظائف ونحو ذلك.

ولو تسبب الطبيب بخطئه في وفاة المريض ، لوجب عليه تعويض ورثة المتوفى ، وكذلك تعويض من لهم على المتوفى حق النفقة وهم من كان يعيلهم شرعاً ، ويذهب البعض الى القول كذلك بتعويض من ليس لهم على المتوفى حق النفقة اذا كان قد اعتاد الانفاق عليهم مدة طويلة من الزمن ، وكانت الدلائل تشير الى انه لو لم يمت لاستمر في الانفاق عليهم⁽³⁾ ومعنى هذا ان الضرر قد اصابهم بوفاة المريض.

على ان البعض يفيض في تفصيل ذلك اذ يذهب الى القول بصعوبة التحقق من قيام الضرر هنا ، الامر الذي يجعل منه ضرراً محتملاً او غير محقق اذ من

يقدر على الجزم ، في مثل هذه الحالة ، بان المريض المتوفى لو بقي حياً لاستمر في الانفاق على من ليس لهم عليه حق النفقة ، ولكن هذا الضرر سيعتبر قد اصاب مصلحة مالية مشروعة لهؤلاء الاشخاص وهم يستحقون التعويض اذا ثبت ان المريض المتوفى كان يعيلهم على الدوام وانه كان سيداوم على ذلك مدى حياته⁽⁴⁾.

ولكن لا يجوز التعويض اذا كانت هناك مصلحة غير مشروعة كما لو كان المتوفى يتولى الانفاق على خليفه تعيش معه في علاقة غير مشروعة⁽⁵⁾.

اما عن الشرط الجزائي الذي تتضمنه العقود في اكثر الاحيان فان المشرع العراقي جعل التعويض مرتبطاً بالضرر ، فلو تضمن العقد الطبي شرطاً جزائياً واخل الطبيب بتنفيذ هذا العقد كأن لم يباشر العمل الجراحي بعد التعهد به، فاذا لم يلحق المريض ضرر فلا يحكم بالشرط الجزائي وقد قضت المادة 2/170 من القانون المدني العراقي في ذلك بما يأتي (ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه اذا اثبت المدني ان التقدير كان فادحاً او ان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه ، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة).

ويذهب القضاء الفرنسي الى الحكم بالشرط الجزائي اذا كان محدد المقدار في العقد ، فهو يرى ان تحريره في العقد ينم عن ارادة المتعاقدين في الالتزام به بصرف النظر عن تحقيق الضرر او عدمه كجزاء لاخلال احد العاقدين في تنفيذ التزامه وان

(1) د. حسن علي الذنون - المبسوط في المسؤولية المدنية - الضرر - ج1 - بغداد - 1991 - ص155.

(2) د. حسن علي الذنون ، المرجع نفسه - ص155.

(3) د. سليمان مرقس - مسؤولية الراعي المفترضة عن فعل المرعي - في تقنيات البلاد العربية 1968 - جامعة الدول العربية معهد البحوث والدراسات العربية - ص4.

(4) د. جاسم العبودي - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص112، 111.

(5) د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص858.

المتعاقدين أرادوا الالتزام به حتى لو لم يكن هناك ضرر لحق المتعاقد الآخر وأنه لم يوضع لمجرد اعفاء الدائن من إثبات ما لحقه عن ضرر⁽¹⁾.

ومن هنا بات واضحاً أن ثمة إجماع على أن مسؤولية الطبيب تنهض كلما تسبب في خطئه بأحداث ضرر للمريض ولكن السؤال الذي يدور هو أي ضرر يعرض عنه المريض؟

والواضح أن هناك عدة تقسيمات للضرر⁽²⁾ وأبرزها تقسيم الضرر إلى ضرر مادي وضرر أدبي لذا سنتناول بإيجاز كلا من هذين النوعين في الفقرتين التاليتين تباعاً.

أولاً: الضرر المادي: وهو الأذى الذي يلحق بالمريض خسارة مالية تؤدي إلى نقص في ذمته المالية، كالمساس بحقوقه المالية أو المساس بجسم المضرور وسلامته الصحية⁽³⁾، ويسهل التعويض عن الضرر المادي إذا كان قد مس مصلحة مالية للمضرور، وذلك من خلال معرفة قيمة الشيء الذي أصابه الضرر، ولكن الصعوبة تكمن إذا كان الضرر قد أصاب جسم الإنسان وسلامته.

ومعروف أن الضرر المادي كما نصت المادة 207 من القانون المدني العراقي النافذ، يشمل عنصرين هما ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب، فلو أن الطبيب تسبب بخطئه في إلحاق الضرر بالمريض فهنا يكون التعويض عن الخسارة التي لحقت بالمريض من نفقات علاج وأدوية واجرة مستشفى وأتعاب طبيب وغير ذلك مما أنفقه لغرض المعالجة أو الشفاء، وكذلك ما فاتته من كسب أي ما كان سيكسب لو لم يلحقه ضرر من خطأ الطبيب.

ويرى العلامة السنهاوري أن الضرر المادي (إخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية)⁽⁴⁾، ولا شك أن التعدي على حياة الإنسان هو أبلغ الضرر وأن الإخلال بقدرة الشخص على الكسب والعمل لهو ضرر كبير للإنسان، وأن كلا الأمرين يوجب التعويض.

ثانياً: الضرر الأدبي: وهو الضرر الذي يصيب مصلحة غير مالية للمضرور أو هو ضرر قد يصيب الجسم فيحدث تشويهاً فيه فيتألم المضرور لذلك أو قد يصيب الشخص في شرفه أو في اعتباره أو في عرضه، كما قد يصيبه في عاطفته وهو بالجملة عبارة عن الألم والحزن الذي يصيب الإنسان⁽⁵⁾، فمثلاً إذا أفضى الطبيب سرا للمريض لا يجوز

(1) د. حسن علي الذنون - المبسوط في المسؤولية المدنية - المرجع السابق - ص 57.

(2) ومن هذه التقسيمات: الضرر المستمر والضرر غير المستمر - الضرر الفردي والضرر الجماعي - الضرر الذي يصيب الأشخاص والضرر الذي يصيب الأموال - الضرر المباشر والضرر غير المباشر - و الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع وكذلك الضرر المرتد.

(3) د. حسن علي الذنون - المبسوط في المسؤولية المدنية - المرجع السابق - ص 158.

(4) د. عبد الرزاق السنهاوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص 855.

(5) د. عبد الحي حجازي - النظرية العامة للالتزام - ج 2 - مصادر الالتزام - 1954 مطبعة نهضة مصر - ص 473.

إذا عتبه ، فهنا يصيب المضرور بضرر ادبي في سمعته ويجب التعويض عن هذا الضرر⁽¹⁾.

والضرر الذي يصيب المريض جراء ، خطأ الطبيب يشمل الاضرار المادية أي الخسائر ومصاريف العلاج والدواء التي تكبدها المريض كما يشمل الضرر الادبي أي ما عاناه المريض من الام وما اصاب الشعور النفسي للمريض.

وقد كان اتجاه القضاء في العراق الحكم بالتعويض عن الضرر الادبي وذلك من خلال قرار لمحكمة التمييز⁽²⁾ نفتطفمنه الاتي ((أصدرت محكمة الموضوع حكماً حضوريا بالزام المدعى عليهم الاول والثاني والثالث والشخص الثالث مدير عام دائرة مدينة صدام الطبية أضافة لوظيفته بتأديتهم بالتكامل والتضامن للمدعي تعويضاً مبلغ مليون وخمسمائة وخمس وستون ألف دينار والذي يشمل مبلغ المصروفات زائد مبلغ ما فات المدعي من كسب مع تعويض ادبي ورد الدعوى في الزيادة... وقد ميزه وكيلها طالبا نقضه للأسباب الواردة بلائحته المؤرخة 1998/6/18 ... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون ...)). ومن ذلك نرى أن محكمة التمييز أيدت قرار قاضي الموضوع بالحكم بالتعويض عن الضرر الادبي.

وقد حدد مجلس قيادة الثورة الموقر ضرورة تعويض المريض عن الضرر المادي بالنص على ذلك صراحة في القرار المرقم (85) والصادر في 2001/3/25⁽³⁾ (ثانياً: اذا رفض المستشفى تحمل نفقات علاج المريض خلافاً

لاحكام البند اولاً من هذا القرار فللمريض اقامة الدعوى لدى المحمة المختصة للحصول على تعويض مناسب عن الاضرار المادية والمعنوية التي لحقتة)).

والضرر الادبي كالضرر المادي يشترط فيه ان يكون محققاً وماساً بحق للمضرور ، وان جمهور الفقهاء قد اقر التعويض عن الضرر الادبي في المسؤولية التقصيرية وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء في العراق ومصر وفرنسا ، وقد نصت المادة 205 من القانون المدني العراقي على انه (يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك : فكل تعد على الغير في حريته او في عرضه او في شرفه او في سمعته او في مركزه الاجتماعي او في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن التعويض).

(1) د. حسن عكوش - المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد - المرجع السابق ص 110.

(2) قرار بتاريخ 1998/10/24 رقم القرار 2913 /م/ 98/1 قرار غير منشور .

(3) منشور في جريدة الوقائع العراقية - العدد 3873 في 2001/4/9.

المقصد الثاني

شرائط تحقق الضرر الناشيء عن الخطأ المهني والخطأ العادي

ان الضرر الذي ينبغي التعويض عنه يجب ان تتوافر فيه عدة شروط اهمها:

- 1- ان يكون الضرر محققاً.
- 2- ان يصيب حقاً او مصلحة مالية للمضرور.

1- ان يكون الضرر محققاً: ومعنى ذلك ان يكون الضرر محقق الوقوع ان عاجلاً او

اجلاً ، فالمهم ان يكون مؤكد الوجود، وامر كهذا يتطلب التحقق من ان المريض قد لحقه ضرر ، جراء فعل الطبيب الخاطئ ، ولا يجوز التعويض عن ضرر محتمل قد يقع وقد لا يقع⁽¹⁾، وذلك لان القاضي يقضي بالتعويض عما اصاب المريض من خسارة وما فاتته من كسب ، ومادام الضرر محتملاً غير موجود في الحال ولا يوجد ما يؤكد وقوعه في المستقبل فهو قد يحدث وقد لا يحدث ، فان القاضي لا يستطيع تقديره، ويجب ملاحظة ان الضرر المحتمل يختلف تماماً عن الضرر المستقبل ، فهذا الاخير ضرر مؤكد الوجود وان تراخي حدوثه الى المستقبل ، او بعبارة اخرى هو ضرر محقق الوجود مستقبلاً⁽²⁾، فالطبيب الذي يحدث بخطئه ضرراً للمريض يقعه عن العمل يحكم عليه بتعويض مشتمل على عنصرين ، العنصر الحال وهو ما اصابه من ضرر عاجل ، والعنصر المستقبل وهو عجزه عن العمل في المستقبل وكسب لقمة عيشه ، فاذا استطاع القاضي تقديره قدره في الحال ، واذا لم يستطع قدر التعويض عن الضرر الحال واحتفظ للمريض بحقه في التعويض عن الضرر المستقبل خلال فترة معينة⁽³⁾.

ويختلف التعويض في الضرر الحال والضرر المستقبل في الخطأ العادي عنه في الخطأ المهني ، ففي الخطأ العادي يستطيع القاضي في الراجح الحكم بالتعويض عن الضرر الحال واعطاء الفرصة لتبين الضرر المستقبل، وذلك لان الخطأ العادي خطأ

(1) د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص 862 وكذلك د. عبد الحي حجازي - النظرية العامة للالتزام - المرجع السابق - ص 473.

(2) د. جاسم العبودي - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص 111.

(3) د. حسن عكوش - المسؤولية العقدية والتقصيرية - في القانون المدني الجديد - ط 2 - دار الفكر الحديث للطبع والنشر - 1970 - ص 112.

واضح بالامكان تبينه والتعويض عنه في الحال ، اما اذا كان الخطأ مهنيًا فهناك صعوبة في كشفه وذلك بسبب الطبيعة الغامضة للجسد البشري واستعصاء معرفة مدى الضرر الحاصل للمريض ، الامر الذي يلجئ القاضي للاستعانة باهل الخبرة من الاطباء بغية الاستنارة والاهتداء في كشف الخطأ والضرر الحال الناجم عنه وتبيان ما يحصل من ضرر مستقبل ولو بعد عدة سنوات.

2- ان يصيب حقاً او مصلحة مالية للمضروب: ان الضرر الذي يجب التعويض عنه يجب

ان يكون قد مس حقاً او مصلحة مالية للمضروب ، والحق يعني حق الشخص في سلامة جسمه وحياته وعقله من الاذى⁽¹⁾، وخطأ الطبيب الذي يصيب جسم المريض يعتبر قد مس حقاً من حقوق المريض الاساسية في الحياة ، وطالب التعويض قد يكون المريض (أي المضروب نفسه) ، وقد يكون احد الورثة الذين يلزم المريض باعالتهم قانونياً مثل الاباء والزوجة والابناء ، وهنا لا تتور مشكله وذلك لان من البديهي قيامه بالانفاق عليهم ، ولكن التساؤل يدور حول ما اذا كان المعالون او طالبو التعويض من غير الورثة ولكن المريض قد اعتاد على الانفاق عليهم مدة طويلة اذ ان لهؤلاء الاشخاص مصلحة في بقاء هذا المريض على قيد الحياة.

لكن يجب التمييز بين حالتين ، حالة المصلحة المشروعة التي يحميها القانون وهي الحالة التي اشرنا اليه فيما سبق أي حالة الاشخاص الذين اعتاد المريض على الانفاق عليهم وليس بطريق الرافة او المجاملة او المساعدة ، وانما بصورة مستمرة دائمة وكان كما تنبئ الظروف ، سيستمر في الانفاق عليهم ما بقي على قيد الحياة ، فمثل هؤلاء الاشخاص لهم الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي اصابهم جراء وفاة المريض الذي كان يعيلهم .

اما الحالة الثانية فهي المصلحة غير المشروعة ، وهذه لا تحظى بحماية القانون ، فأذا كان هذا المريض قد اعتاد الانفاق على خلياته ثم توفي فان هذا الانفاق غير مشروع وان المصلحة من ثم ، غير مشروعة ولذلك فليس لتلك الخلية الحق في المطالبة بالتعويض عما لحقها من ضرر جراء وفاة خليلها⁽²⁾ .

(1) د.حسن عكوش -المسؤولية العقدية والتقصيرية -المرجع السابق -ص111

(2) د. حسن عكوش -المسؤولية العقدية والتقصيرية =المرجع السابق -ص112.

المقصد الثالث

تفويت الفرصة في الشفاء أو الحياة

قد يختلط تفويت الفرصة أحياناً بالضرر المحتمل ، ورب سائل يقول: هل يعد تفويت الفرصة في الشفاء أو الحياة ضرراً محققاً أم ضرراً محتملاً؟ وللإجابة عن ذلك نقول ينبغي التمييز بين تفويت الفرصة وبين الضرر المحتمل ، فالضرر المحتمل ضرر غير مؤكد قد يقع وقد لا يقع ولذلك لا يجوز التعويض عنه ، وتفويت الفرصة ضرر محقق يصيب المريض ويجب التعويض عنه ، فهو ما دام قد ترتب على خطأ أو إهمال صدر من الطبيب فالحق بالمريض ذلك الضرر المتمثل في تفويت فرصة الشفاء أو الحياة ، وقد كان لهذا المريض أمل في نيلها ، وإن كانت تلك الفرصة مجرد أمل في تحققها ، فإن الطبيب بخطئه أو إهماله قد جعل هذا التحقق مستحيلاً⁽¹⁾.

وثمة فرق بين الفرصة وهي امر محتمل وبين تفويتها وهو امر محقق⁽²⁾ ، فإذا حرم المريض من فرصة الشفاء أو الحياة (أي فوتت عليه) فإن هذا التفويت يمس الحق في فرصة لمحاولة اكتساب الشفاء أو الحياة ولا يمس الأمل في اكتساب الشفاء أو الحياة وهو لذلك ضرر محقق وأن كان اكتساب الشفاء أو الحياة محتملاً قد يتحقق له وقد لا يتحقق⁽³⁾ ، وقد سار القضاء العراقي على هذا الفهم بتفويت الفرصة ، ومن ذلك أن الهيئة

(1) د.احمد محمود سعد -مسؤولية المستشفى الخاص عن خطأ الطبيب ومساعديه -المرجع السابق -ص467.

(2) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد -مصادر الالتزام -المرجع السابق -ص862.

(3) استاذنا د.جاسم العبودي -مصادر الالتزام -المرجع السابق -ص111.

العامّة لمحكمة التمييز قد اصدرت قراراً نقتطف منه ما يأتي ((ولدى عطف النظر على موضوع الدعوى وجد ان المحكمة جنحت للاخذ بالخرائط التي قدمها المدعي وما سيقّمه من ابنية بموجبها في حين ان هذه الابنية لم تبرز الى حيز الوجود ، فليس للمدعي ان يطالب بالتعويض عن الانتفاع من ابنية غير موجودة وانما يستحق التعويض عن تفويت الفرصة من الانتفاع ...)(1).

اما القضاء في مصر فقد اقتفى اثر الفقه في الاخذ بالتعويض عن فوات الفرصة وقد ذهبت محكمة النقض المصرية الى هذا اذ قضت بان (ثبوت ان المجني عليه كان يعول المضرور وقت وفاته على نحو مستمر دائم ، وان فرصة الاستمرار على ذلك مستقبلاً كانت محققة ، حق للمضرور طلب التعويض عن ضياع فرصة اعالته)(2). وعلى هذا فاذا اعتمدنا على مبدأ اثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر فقط لمحاسبة الطبيب والقول بانه لولا خطأ الطبيب لشفي المريض او لبقى على قيد الحياة فان ذلك سيؤدي الى إفلات اطباء كثيرين من المسؤولية والحساب ولكننا نرى ان علاقة السببية تكون متوفرة اذا كان من شأن خطأ الطبيب ان يفوت الفرصة في الحياة او الشفاء على المريض ، وهذا هو ما اخذ به القضاء الفرنسي ، فقد قضت محكمة استئناف بور دو بقرار قديم صادر عنها في 1913/6/30 جاء فيه ((انه لا يمكن القول بعدم توفر علاقة السببية بين وفاة المريض والاهمال الجسيم الذي ارتكبه (Ribeton) الا اذا انكرنا فائدة التدخل الطبي ، وهذه العلاقة يمكن اثباتها بكافة الطرق ومنها طريق القرائن ، بل انه يكفي إثبات ان المريض كان سليماً وفي ريعان شبابه ، أي في ظروف يفترض معها ان من شأن القدر المناسب من العناية ان يعطيه اكبر قسط من المقاومة، ثم ان التجارب دلت على ان الالتهاب الرئوي اذا عولج في بدايته فإنه غالباً ما ينتهي الى الشفاء ، وقد انتهت المحكمة الى القول بان الظروف السابقة تكون في مجموعها قرائن قوية ومحددة وكافية لاقتناعها بان اهمال (Ribeton) قد سمح للمرض بان يستفحل امره الى الحد الذي لم يكن من الممكن معه تلافي الوفاة)(3).

ونخلص من هذا كله الى ان الفقه والقضاء قد اتخذا موقفاً واحداً من مسألة التعويض عن تفويت الفرصة باعتباره ضرراً محققاً اصاب المريض وفوت عليه فرصة الشفاء او البقاء على قيد الحياة ، ويجدر بالاشارة ، في حدود دراستنا المقارنة هذه ، ان القضاء في كل من العراق ومصر وفرنسا قد اخذ بفكرة التعويض عن تفويت الفرصة على اساس التخرّيج المشار اليه ايضاً.

(1) قرار الحكم الصادر في 1973/6/2 – المنشور في النشرة القضائية س4 – ع2 – ص78.

(2) د. احمد محمود سعد – مسؤولية المستشفى الخاص عن اخطاء الطبيب ومساعديه – المرجع السابق ص468.

(3) سيرى 1913 – 277-2 دالوز 1915 – 2-49. (نقلاً عن د. حسن زكي الابراشي-المرجع السابق ص197).

المطلب الثاني

علاقة السببية بين كل من الخطأ المهني والخطأ العادي والضرر

نرى من المستحسن في عبء اثبات علاقة السببية بين الضرر وبين كل من الخطأ المهني والخطأ العادي ان نقسم الموضوع الى ثلاثة مقاصد نتناول في أولها قيام علاقة السببية ، ونعالج في ثانيها انتفاءها واما الثالث فنفرده للتوفر على الخطأ المشترك.

المقصد الاول : قيام علاقة السببية : ان وقوع خطأ من الطبيب وحصول ضرر للمريض ، لا يعني قيام مسؤولية الطبيب ما لم يكن الضرر الذي اصاب المريض ناجماً عن خطأ الطبيب كنتيجة طبيعية له ومرتبطة به ارتباطاً مباشراً برابطة يطلق عليها اسم رابطة او علاقة السببية الركن الثالث في المسؤولية ، او بعبارة اخرى يجب ان يكون الخطأ مرتبطاً بالضرر ارتباط السبب بالمسبب والعلة بالمعلول⁽¹⁾.

ومن هنا فقد يقع خطأ من الطبيب ويتحقق ضرر للمريض ولكن لا توجد علاقة سببية بين الخطأ والضرر ، ولا يمكن في هذه الحالة مساءلة الطبيب وذلك لانتهاء علاقة السببية او الركن الثالث من اركان المسؤولية ، وهو ركن مستقل عن ركن الخطأ⁽²⁾، ومثال ذلك ان يهمل الطبيب في تعقيم ادواته اثناء تضييده جرحاً ، ويموت المريض بنوبة قلبية لا ترجع الى الخطأ الذي ارتكبه الطبيب⁽³⁾ ، وبالنظر لانتهاء علاقة السببية فان الطبيب لا يسأل عن الضرر الذي اصاب المريض.

(1) د.حسن زكي الابراشي -المرجع السابق -ص188.

وكذلك د.حسن عكوش -المسؤولية المدنية -المرجع السابق -ص115. ود. مصطفى مرعي -المسؤولية المدنية في القانون المصري -مكتبة عبد الله وهبة -مصر ط2 -ص115 ود. علي الجيلاوي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وتطبيقاتها القضائية -رسالة ماجستير -جامعة بغداد -كلية القانون -حزيران 1977-ص95.

(2) د.عبد الرزاق السنهوري - مصادر الالتزام - المرجع السابق -ص871.

(3) حسن زكي الابراشي -المرجع السابق -ص189.

ولكن الأمر لا يبدو بهذه السهولة دائماً وذلك لأن تحديد علاقة السببية هو امر بالغ الصعوبة والتعقيد ويجب على القاضي القيام به قبل الحكم على الطبيب بالتعويض. ولكن علاقة السببية في الخطأ العادي اسهل مما هي عليه في الخطأ المهني ، وذلك لأن الخطأ العادي يأتي بوقائع ناطقة لا ليس فيها ولا غموض مثل نسيان ادوات جراحية او قطع الشاش في بطن المريض ، وهو ما ينتج اضراراً تكون علاقة السببية فيها متحققة ويستطيع القاضي تبينها بسهولة.

اما في الخطأ المهني فان القاضي لا يستطيع ان يتبين وجود علاقة السببية الا اذا استعان باهل الخبرة من الاطباء ، وذلك بسبب الطبيعة الغامضة والمعقدة لجسم الانسان ، اذ قد يرجع الضرر الى طبيعة جسم الانسان وما يكتنفها من غموض كونها محاطة بالاسرار الالهية ، الامر الذي يستعصي معه على القاضي تبين وجود علاقته السببية ما لم يستعن بخبير ، بل ان الصفة التشريحية تكشف احياناً عن عيوب جسمانية لا يمكن للطبيب معرفتها واعطاء رأي واضح في شأنها ولعل خير دليل على ذلك هو تلك القضية التي نظرت فيها محكمة مصر الكلية وتتلخص وقائعها في ((ان طبيب المدرسة كشف على احد الطلبة للنظر في اعفائه من الالعاب الرياضية ، فقرر ان قلبه سليم ولا داعي لاعفائه ، وذات يوم بينما كان الطالب يقوم بالتمرينات البدنية سقط مغشياً عليه وتوفي. وقرر الطبيب الشرعي بعد تشريح الجثة ان الطالب كان عنده استعداد للوفاة الفجائية من الحالة اللمفاوية التي اصطحبت بنقب بيضاوي في القلب وانه من الممكن ان تكون الوفاة قد نشأت عن هذه الحالة المرضية فقط دون ان يكون للالعاب الرياضية دخل في حدوثها . فقضت المحكمة امام هذا التقرير باعفاء الطبيب من كل مسؤولية))⁽¹⁾.

وهذا يعني ان القاضي استطاع ان يتحرى علاقة السببية من خلال الخبرة أي من تقرير الطبيب الشرعي حيث تبين له ان الطبيب غير مسؤول عن الوفاة، ولكن احياناً يكون الامر اصعب بكثير من ذلك كما لو اجتمعت عدة اخطاء لتكون السبب في النتيجة السيئة التي انتهت عندها حالة المريض ، كأن لا ينتج العلاج اثره وذلك بسبب قوة التحمل لجسم الانسان وامعان المرض فيه ، او لعدم فاعليه العلاج التي تختلف من انسان الى اخر ، وقد تختلف تطورات المرض الواحد من غير سبب معروف حتى يقف اكثر الاطباء علماً ودراسة حائراً امام هذه التطورات غير المعروفة⁽²⁾ وذلك لان الطبيب لا يستطيع الاحاطة بكل اسرار الجسم ذات التكوين الرباني ، ولان العلم لا يزال قاصراً عن التوصل الى هذه الاسرار والاحاطة بها.

وقد تقع على المريض عدة اخطاء وتكون متزامنة او متلاحقة ، وهنا تكمن الصعوبة في تحديد علاقة السببية وذلك كما لو تعاقب اطباء عديدون على معالجة المريض ، ففي مثل هذه الحالة يكون من الصعوبة بمكان معرفة خطأ أي منهم ارتبط بعلاقة السببية وافضى الى الضرر الذي اصاب المريض ، وقد يموت هذا المريض فتدفن معه الاسباب التي اودت بحياته⁽³⁾.

واذا اتضح من هذا مدى الاهمية الكبيرة لعلاقة السببية فان هذه الاهمية تتعاضم اذا تعدد محدثو الضرر او اذا كان الضرر الذي احدثه الطبيب للمريض قد افضى الى ضرر ثانٍ والضرر الثاني افضى الى ضرر ثالث وهكذا ، فيدور السؤال عما اذا كانت مسؤولية الطبيب عن كل هذه الاضرار ام عن أحدها؟

(1) مصر الكلية في 1935/2/4- س66- ص189 (مشار اليه لدى د. حسن زكي الابراشي -المرجع السابق - ص190).

(2) د. أسعد عبيد عزيز -المرجع السابق- ص322.

(3) د.حسن زكي الابراشي -المرجع السابق- ص191

كما يثور السؤال عن المعيار الذي يعتمد للتحقق من قيام علاقة سببية او انتفاءها؟

وفي الاجابة عن ذلك لا بد من الاشارة الى ما تمخض عنه سعي الفقه من نظريتين هما:

1- نظرية تكافؤ الاسباب: وقد قال بها الفقيه الالماني (فون بيرري) ومفادها ان يبحث

بين الاسباب عن السبب الذي لولا وقوعه لما وقع الضرر ، فاذا ساهمت احداث عديدة في احداث الضرر كل بنصيب ، فأنها تعتبر جميعاً متساوية او متكافئة في احدثه بحيث يتحمل مرتكبوها جميع المسؤولية⁽¹⁾، ولا يجوز تخفيف المسؤولية بحجة تعدد الاسباب ، الا في حالة واحدة هي الحالة التي يكون فيها خطأ المضرور احد هذه الاسباب⁽²⁾.

2- نظرية السببية الفعالة (او الكافية) وقد قال بها الفقيه الالماني (يوهانس فون

كريس)⁽³⁾ ، ومفادها : انها لا تساوي بين الاسباب المتعددة ولا تعتبرها جميعاً اسباباً لمجرد انه لو تخلف احدها لما وقع الضرر ، بل تفرق بين الاسباب الكافية الرئيسية او الاسباب العرضية (الثانوية) فتأخذ بالاسباب الكافية والفعالة دون الاسباب العرضية⁽⁴⁾، ويمكن تخريج التمييز بين الاسباب بان بعضها لا

(1) د.جاسم العبودي -المدخلات في احداث الضرر تقصيراً -المرجع السابق حاشية 39 -ص635.

(2) د. عبد الحي حجازي -النظرية العامة للالتزام -المرجع السابق -ص485.

(3) استاذ علم الفلسفة في جامعة فرايبورغ الالمانية وقد طرح نظريته هذه في مجلة (عموم القانون الجنائي)* ثم نشرها في ما بعد في كتابه المبادئ ومفصل هذه النظرية ان النتيجة التي تترتب على الفعل الذي ارتكبه الفاعل ينبغي ان يكون وقوعها محتملاً الى حد ما لكي يعتبر الفعل سبباً لحصول هذه النتيجة ولهذا لا بد ان يكون السبب كافياً ومناسباً لاحداث النتيجة ، فالاسباب المناسبة والكافية هي وحدها الاسباب الملائمة لاحداث النتيجة حسب السير العادي للامور .

والواقع ان نظرية السبب الكافي او الملائم هي في الاصل النظرية السببية الحقيقية التي لا تهتم بالمسؤولية المادية او علاقة السببية وفقاً للحدود التي رسمتها لها نظرية تعادل الاسباب.

ويذهب جانب من الفقه الى ان نظرية السبب الكافي تستند الى فكرة خاطئة عن السببية اذ ان الاساس الموضوعي لفكرة السببية الكافية يكمن في ان القيام بالمخاطرة المخالفة للقانون هو وحده الذي يمكن ان يتطابق مع مفهوم المبدأ القانوني الذي يحرم من القيام بهذه المخاطرة ، وان النتائج التي يسأل عنها الفاعل هي فقط تلك النتائج التي تتحقق فيها المخاطرة المخالفة للقانون عند تولف الاحتمال او التوقع**.

*Zeitschrift fur die Gesamte strafrechtswissenschaft 1889 .

** Edmund meizer -strafrecht Allgemeiner Teil -1958 -P68 ,69 -Achte Auflage(8).

(4) وقد وجدت هذه النظرية تأييداً من جانب الفقه ولكن قضاء محكمة الرايخ والمحكمة الاتحادية الالمانية من بعدها لم يأخذا بها ايداً وذلك لان القصد الجنائي والخطأ في القانون الجنائي قد احدثا تعديلاً كافياً لنطاق المسؤولية الجزائية الواسع في حين ان محكمة الرايخ -القسم المدني -والمحكمة الاتحادية - القسم المدني -ايضا قد طبقتا هذه النظرية في اطار القانون المدني على نحو واسع * تأسيساً على ان المسؤولية في القانون المدني يمكن ان تترتب بدون تقصير (او هي ما تسمى المسؤولية الناجمة عن الخطر) بل وحتى بالنسبة الى المسؤولية التقصيرية فان التقصير يتحدد في العوامل المسببة للضرر فقط ، في حين يسأل الفاعل من حيث المبدأ وفي حالة توفر التقصير عن كافة النتائج حتى التي حصلت بدون تقصير (الا ان هذه النظرية ضيقت من نطاق المسؤولية المدنية ولم تحاسب على النتائج التي حصلت بدون تقصير ** فالمسؤولية المدنية تنحصر على وفقها في النتائج التي حصلت بسبب التقصير فقط أي العوامل المسببة للضرر فقط دون غيرها ولذلك فهي لم تطبق في القانون الجنائي لانها تعمل على تضيق المسؤولية الجزائية بخلاف نظرية تعادل الاسباب التي وسعت بنطاق المسؤولية الجزائية

والواقع ان نظرية السبب الكافي (الملائم) تعتبر في الوقت الحاضر وسيلة لتحديد نطاق المسؤولية المادية (الاسناد المادي) والركن المادي وعلاقة السببية ما بين الفعل والنتيجة حسب معيار الاحتمال والتوقع واستبعاد عدم التوقع او الاحتمال يعني استبعاد النتائج الشاذة وغير المتوقعة وسعياً لعدم تضيق نطاق المسؤولية

يرقى الى مرتبة السبب وبعضها الآخر يربطه بالضرر علاقة سببية بالمعنى الدقيق سواء كانت سببية مباشرة او ملائمة⁽¹⁾.

وقد اتجه الفقه والقضاء في فرنسا الى الاخذ بالنظرية الاولى لبساطتها ولكن عدلاً عنها للاخذ بالنظرية الثانية ولم يختلف القضاء في مصر عنه في فرنسا ، ولعل من اكثر القرارات الصريحة في هذا الشأن هو قرار محكمة النقض المصرية الصادر في 1981/2/12 ومما جاء فيه (لدى تحديد المسؤولية عند تعدد الاسباب المؤدية الى الضرر تكون العبرة بالسبب الفعال دون العارض)⁽²⁾.

ان القواعد العامة تقضي بمسائلة أي شخص لدى توفر ثلاثة اركان هي خطأ وضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر ، وتعتبر علاقة السببية قائمة ما دام الضرر الذي لحق المريض قد نتج من الخطأ الصادر من الطبيب اذا كانت المسؤولية طبية ، وفي هذه الحالة يتحقق حكم المسؤولية وهو التعويض بقيام علاقة السببية وينتفي بالتفتائها ، ولكن اثبات قيام علاقة السببية ليس بالامر السهل بالاختصاص في العمل الطبي ، وذلك بسبب الطبيعة الغامضة للجسد البشري ، واجراء التداخل الجراحي والمريض غائب عن الوعي بفعل التخدير ، ووقوع ذلك التداخل في صالة العمليات حيث لا يوجد بجانب المريض احد من ذويه ، فليس هناك غيره وغير اعضاء الفريق الطبي من طبيب وممرضة ومساعدين وسواهم ، وهؤلاء كلهم ينتمون الى وسط واحد أي الوسط الطبي والصحي وهم بذلك قد يحابون زميلهم الطبيب ولا يفرطون بمصلحته فيصعب إثبات علاقة السبب حتى من خلال أهل الخبرة، الأمر الذي حمل القضاء في بعض الأحيان

المادية بشكل كبير (لايجوز اعتبار الفعل الذي احدث النتيجة غير محتمل (غير متوقع بشكل مطلق) لغرض استبعاد النتيجة غير المحتملة) ، وذلك لان الحكم بتوافر الاحتمال يجب ان يستند الى العلاقة ما بين الفعل والنتيجة المخالفة للقانون وان النص السلبي الذي سبق ذكره يكفي بشكل تام لاستبعاد النتائج غير المحتملة والشاذة*** وقد استقطبت هذه النظرية عدداً من الانصار مثل (Engisch) والفقيه (Walder)**** وكذلك الاستاذ راينهاردت موراخ الاستاذ في جامعة ميونخ *****

*Rgz -42 -P291, 50 P219 , 69 P57.

**Hans Heinrich Jescheck -Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil Vierte Auflage -P257,258-1988 Duncker and Humblot -Berlin-4 Auflage.

***Hellmuth Mayer -Strafrecht Allgemeiner Teil -P137 -1953-Kohlhimmer Verlag Stuttgart and Koln.

****Walder -Schwizerische Zeitschrift Fur Strafrecht -P144 FF -1977.

*****Reinhart Maurach -Deutsches Straf Recht Allgemeiner Teil -Auflage P160 -161 -162 Verlag C.F. Muller Karlsruhe.

(1) د.اسماعيل غانم -في النظرية العامة للالتزام -ج2- احكام الالتزام والاثبات -مكتبة عبد الله وهبة -مصر 1967- في 37-ص74.

(2) د. جاسم العبودي -المداخلات -المرجع السابق -ص336.

على التشدد بجعله خطأ الطبيب خطأ مفترضاً، وأقامته المسؤولية في أحيان أخرى بدون قيام لعلاقة السببية على أساس خطأ مفترض أو على أساس تفويت الفرصة أو على أساس فكرة تحمل التبعة ولكن الأصل يبقى مع ذلك متمثلاً في عدم مساءلة الشخص عن الضرر ما لم يكن نتيجة لخطئه، وأن على من يطالب بالتعويض إثبات قيام أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، ولكن ((ولئن كان الأصل أن على مدعي التعويض أن يثبت أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية وأن هذه الأخيرة يمكن اثباتها بسهولة عن طريق قرائن الحال التي هي من الواضح، في الغالب، بحيث لا تكون ثمة حاجة إلى إقامة الدليل على تحقق السببية : فأوسع المدعى عليه أن يدفع المسؤولية عنه أما بطريق مباشرة وذلك بأن يثبت انعدام السببية بين فعله والضرر أي أن يثبت أن الضرر لم ينتج عن فعله فيهدم بهذا من ثم كل قرائن المسؤولية، وأما بطريق غير مباشرة وذلك بأن يثبت أن الفعل الذي

تسبب في الضرر قد نتج عن سبب اجنبي أو أن السبب الاجنبي هو الذي سبب الفعل الذي أحدث الضرر))⁽¹⁾.

والحقيقة أن ركن علاقة السببية مفترض⁽²⁾ وأن القضاء المصري مثلاً ((يقيم قرينه توفر علاقة السببية لدى قيام المضرور بإثبات الخطأ والضرر وأن من شأن ذلك الخطأ أن يحدث مثل هذا الضرر، فهنا القرينة تقوم لصالح المضرور وللطبيب نفي هذه القرينة بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه))⁽³⁾.

(1)د. جاسم العبودي -المدخلات- المرجع السابق-ص295.

(2)وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري -ج2- ص369. ((وعلاقة السببية مفترضة فإذا ما وجد ضرر متصل بفعل شخص فعلاقة السببية مفترض ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك)).

(3) قرار محكمة النقض المصرية الصادر في 28/ 11/ 1968 س19-ص1448.(نقلا عن د. محمد حسين منصور -المسؤولية الطبية- المرجع السابق-ص115).

المقصد الثاني

انتفاء علاقة السببية

تنتفي علاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الذي لحق المريض ، اذا كان هناك سبب اجنبي عن المدعي عليه ⁽¹⁾.

((فمحدث الضرر ينفي علاقة السببية بأثبات ان فعله كان لقوة قاهرة او خطأ من الغير او المضرور نفسه)) ⁽²⁾، ويعرف السبب الاجنبي بانه كل فعل او حادث لا ينسب الى ارادة المدعي عليه وليس من المتوقع وقوعه ويستحيل عند وقوعه تحاشي الضرر ⁽³⁾. ويتبين لنا من هذا التعريف ان هنالك عنصرين يشتركان لتحقيق السبب الاجنبي ومن ثم لانتفاء علاقة السببية وعدم مساءلة الطبيب وهما:

- 1- ان يكون ذلك السبب اجنبيا عن المدعي عليه لا بد له (الطبيب) في وقوعه ، ولو كان للطبيب دخل في حدوثه لما كان سبباً اجنبياً ولتحمله هذا الطبيب .
- 2- ان يجعل ذلك السبب وقوع الفعل الضار محتملاً لا يمكن دفعه ، فلو كان بالامكان دفعه او تحاشيه من قبل الطبيب لما كان سبباً اجنبياً ولتنهض مسؤولية الطبيب غير متأثرة به ⁽⁴⁾.

والسبب الاجنبي قد يكون قوة قاهرة ويدخل ضمنها الحادث الفجائي ، وقد يكون مداخلة المريض نفسه خطأ كان او فعلاً مستوفياً شرائط القوة القاهرة ، كما قد يكون مداخلة الغير خطأ كانت او فعلاً مستوفياً شرائط القوة القاهرة ⁽⁵⁾، بل يمكن ان يضاف الى هذه المداخلات ما خامر المريض من مرض اخر ⁽⁶⁾ ، ومثال ذلك وفاة مريض بالقلب على اثر رعد مفاجئ او زلزال ⁽⁷⁾.

ويظهر جلياً هنا ان الطبيب ليس بإمكانه توقع هذا الحادث او دفعه فتنتفي علاقة السببية بين فعله وبين الضرر الذي لحق المريض.

وكذلك تنتفي علاقة السببية إذا وقع الخطأ بفعل الغير ، ويعتبر من الغير كل شخص اجنبي عن الطبيب المسؤول عن علاج المريض ، ولكن الممرضة والمعاون الطبي لا يعتبرون من الغير ، وذلك كون الطبيب يسأل عنهم مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعيه لما له من سلطة الرقابة والتوجيه عليهم.

ولكن ماذا لو تداخل خطأ الغير مع خطأ المسؤول (الطبيب) وتوفرت علاقة السببية بين خطأ كل منهما وبين الضرر ، هنا تتوزع المسؤولية بينهما كلاً بحسب جسامه خطئه او بقدر مساهمته في احداث الضرر ، فأذا لم يستطع القاضي ان يتبين ذلك تكون

(1) د. محمد حسين منصور -المسؤولية الطبية -المرجع السابق -ص115.

(2) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري -ج2 -ص362.

(3) استاذنا د.جاسم العبودي -المداخلات -المرجع السابق -ص295.

(4) المرجع نفسه -ص295.

(5) المرجع نفسه -ص301 وكذلك د. محمد حسين منصور -المسؤولية الطبية -المرجع السابق -ص115.

(6) د. جاسم العبودي -المداخلات -المرجع السابق -ص301.

(7) د. محمد حسين منصور - المسؤولية الطبية -المرجع السابق -ص116.

المسؤولية متساوية بين محدثي الضرر⁽¹⁾ ، وذلك كان يتوفى الشخص بسبب ما سبب له الغير من جرح وبسبب اهمال الطبيب في معالجته. وتنتفي ايضاً علاقة السببية بسبب خطأ المضرور⁽²⁾ (المريض) ويسقط حقه بالمطالبة إذا كان فعله هو السبب الوحيد في أحداث الضرر⁽³⁾ سواء كان هذا الفعل خطأ أو غير خطأ ، ولكن لا يستطيع الطبيب ان يدفع بان رضا المريض بالخطر سبباً ليعفيه من المسؤولية ودفع التعويض ، بل تبقى مسؤولية الطبيب قائمة ، وذلك لان رضا المريض بالضرر لا يرتفع الى حد انه يريده⁽⁴⁾ ، وان استحصال القبول قبل اجراء التداخل الجراحي لا يعفي الطبيب اذا ارتكب خطأ تجاه المريض ولا يقطع علاقة السببية. ولكن عندما يخالف المريض تعليمات الطبيب وتحذيراته فانه يرتكب بذلك خطأ يُجب خطأ الطبيب وتنتفي علاقة السببية ، فأذا بين الطبيب مثلاً مضار بعض الادوية للمريض وحذره من تناولها ولكن المريض تناولها رغم ذلك فانه يكون هو المسؤول عن الضرر ولا دخل للطبيب فيما وقع ، وقد صدر في انكلترا قرار قضائي عام 1973 يقول ((ان المدعي عليه الذي حدد خطأ وصفه دواء لا يكون مسؤولاً عن وفاة الشخص اذا تناول منها كمية كبيرة بقصد الانتحار فمات اثر ذلك))⁽⁵⁾ ، ومع ذلك فأذا وقع الخطأ من الطبيب ومن المريض دون ان يستغرق خطأ احدهما خطأ الآخر فانه يتعين توزيع المسؤولية فيما بينهما حسب مساهمة كل منهما في احداث الضرر. وان مما يتصل بهذا هو تسويى المريض المضرور مركز الطبيب بتقصيره واللامبالاة في المعالجة وكيفيةها وعدم العناية بالنفس ، فمثل هذا التقصير وهذه اللامبالاة انما هما خطأ واقع من المريض يجتمع مع خطأ الطبيب على احداث الضرر الناتج في صورته الاخيرة فيستوجب تخفيف مسؤولية الطبيب⁽⁶⁾. وعلى العموم فاذا اشترك المريض المضرور والطبيب المدعي عليه بخطئيهما في احداث الضرر وتوفرت علاقة السببية بين خطأ كل منهما بحسب جسامته خطئه ، فان

(1)د.حسن عكوش -المسؤولية المدنية -المرجع السابق -ص133.. وكذلك د. عبد الرحمن عبد الرزاق الطمان -مسؤولية الطبيب المدنية عن خطائه المهنية رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون -جامعة بغداد -1976-ص206.

(2)د.محسن البية -المسؤولية المدنية للمعلم -دراسة مقارنة في القوانين الكويتي والمصري والفرنسي -ط1 - 1990 -ص142.

(3) د. حسن عكوش -المسؤولية المدنية -المرجع السابق -ص124.

(4) د. حسن عكوش -المسؤولية المدنية -المرجع السابق -ص125.

(5)مشار اليه عند أستاذنا د.جاسم العبودي -المدخلات -المرجع السابق -حاشية (80) -ص343،342.

(6) أستاذنا د- جاسم العبودي المرجع نفسه -ص312 ويسوق هذا الكاتب في ص313 من هذا المرجع تعليقاً للفقيين الانكليزيين : (Hart and Honor) المذكوراً في مؤلفها:

((Causation in the Law, Oxford, 1985)) هو ((اذ قصر المدعي -وهو المريض هنا ، بعد تعرضه للتعدي على حقوقه ، في اتخاذ العناية اللازمة لتفادي نتائج ضارة اخرى تلحق به هو نفسه فانه لا يستحق التعويض عن الضرر الاخر الذي تسبب باهماله في أحداث النتيجة...))

المسؤولية ترفع عن خطأ المدعي عليه وهو الطبيب هنا اذا اتصف خطأ المريض بأحد وصفين:

- 1- ان يكون هذا الخطأ عمدياً.
- 2- ان يكون هذا الخطأ جسيماً بحيث يستغرق خطأ المدعي عليه كما لو كان هذا قد ارتكب خطأه بقصد الانتحار فالمسؤولية ترفع عن الطبيب لان خطأ المنتحر قد استغرق خطأ الطبيب.

وعلى اية حال فان تعذر على القاضي تبين ذلك فلا يبقى امامه الا ان يوزع المسؤولية بينها بالسوية ، وإذا نظرنا في نص المادة 211 مدني عراقي تبين لنا موقف المشرع العراقي بوضوح ، فهذه المادة تنص على انه ((اذا اثبت الشخص- أي المدعي عليه - ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كآفه سماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان مالم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك))⁽¹⁾ وقد اورد المشرع العراقي مصطلح الافة السماوية اقتباساً من الفقه الاسلامي واراد بها القوة القاهرة وكذلك اورد مصطلح القوة القاهرة والحادث الفجائي وهما مترادفان بمعنى واحد ، والحقيقة ان جمهور الفقهاء لا يميز بينهما⁽²⁾ بل ان الافة السماوية والحادث الفجائي والقوة القاهرة انما هي مسميات تفيد في تقنيننا الشيء نفسه على صعيد المعنى والاثار ، وذلك لانها عبارة عن احداث لا تدخل لارادة المدعي عليه في وقوعها وليس في وسعه توقعها ولا دفعها أي تلافي نتائجها ، ولانها الى جانب ذلك تؤدي الى استحالة تنفيذ الالتزام ومن ثم انقضائه دون ترتيب المسؤولية⁽³⁾.

المقصد الثالث

الخطأ المشترك

وقصارى القول في الخطأ المشترك هو ان يجتمع اكثر من خطأ فينشأ الضرر او بعبارة اخرى ان الضرر لا يتولد عن خطأ الطبيب وحده بل يشترك معه في احداثه خطأ المضرور (المريض) ، فيكون امام خطأين ارتبطت بهما علاقة السببية ، فاذا لم يستغرق احدهما الاخر كنا امام حالة يطلق عليها الخطأ المشترك ، كانت مسؤولية محدث الضرر (المدعي عليه) مخففة بقدر مساهمة المريض في احداث هذا الضرر ، فهي لا

(1) وتقابلها المادة 165 مدني مصري والمادة 261 مدني اردني.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص 877.

(3) د. جاسم العبودي ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق - ص 124.

يزيلها خطأ المضرور بشكل مطلق وذلك لان علاقة السببية مرتبطة بكلا الخطأ بين اللذين اشتركا في الضرر⁽¹⁾.

ويجب الإشارة الى ان مسؤولية الطبيب تجاه المريض تبقى قائمة ولا يزيلها ادعاء الطبيب بان المريض قد رضي باجراء العملية ويجب تخفيف مسؤوليته باعتبار ذلك خطأ مشتركاً ، والصحيح هو ان يتحمل الطبيب المسؤولية بمفرده وذلك لان القبول او الرضا بالضرر هو كما اسلفنا غير العلم به.

واذا ارتكب الطبيب خطأ تسبب في ضرر للمريض ، وكان المريض قد قصر في العناية بنفسه لازالة الضرر مما زاد فيه او سوءاً ، فيجوز للقاضي انقاص التعويض وذلك لان الخطأ يكون هنا مشتركاً فيما بينهما ، وهذا ما نصت عليه المادة (210) مدني عراقي اذ جاء فيها ((يجوز للمحكمة ان تنقص مقدار التعويض او الا تحكم بتعويض ما اذا كان المتضرر قد اشترك بخطئه في احداث الضرر او زاد فيه او كان قد سوء مركز (المدين))⁽²⁾ ، ولا يخفى ان عجز النص يفصح عما يجوز للقاضي من انقاص التعويض⁽³⁾ اذا كان المريض سبباً في زيادة الضرر جراء تقصيره واللامبالاة وعدم عناية بنفسه. وهذا هو أيضاً حكم الفقرة الأولى من المادة 44 من قانون الموجبات السويسي فقد جاء فيها ((أن للقاضي ان ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بتعويض ما ، إذا كان الدائن قد ساهم بخطئه في إحداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد زاد في سوء مركز (المدين)).

ويجدر في الأخير أن لا نغفل تجديد الإشارة إلى ملاحظة ذات أهمية كبرى هي ان هنالك حالتين.

الأولى هي حالة استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر والثانية حالة عدم استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر ، ففي الحالة الأولى ، إذا استغرق خطأ الطبيب خطأ المريض فان الطبيب يتحمل المسؤولية كاملة ويدفع التعويض الكامل للمريض ، إذ من المحتمل جداً عدم إنقاص المحكمة لشيء من التعويض ، واما في حالة استغراق خطأ المريض خطأ الطبيب وهو يستغرقه عندما يكون اشد جسامته منه أو حينما يكون قد قاد إليه ، فهنا يفلت الطبيب من المسؤولية وذلك لان خطأ المريض جَبَّ خطأ الطبيب ، أما الحالة الثانية فهي حالة عدم استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر وهذا هو الخطأ المشترك، وهنا يتعين توزيع المسؤولية بين الطبيب والمريض على قدر مشاركة كل منهما في أحداث الضرر ، ويتوقف مقدار ما ينقص من التعويض على رجحان نصيب المريض او الطبيب في أحداث الضرر ، وإذا لم يستطع القاضي أن يتبين أي الخطأين ارجح ، يوزع التعويض فيما بينهما بالتساوي⁽⁴⁾.

(1) د. زهدي يكن - المرجع السابق - ص 88.

وكذلك د. جاسم العبودي - المداخلات - المرجع السابق - ص 30.

(2) تقابها المادة 216 من القانون المدني المصري .

(3) د. جاسم العبودي - المداخلات - المرجع السابق - ص 304.

(4) وللمزيد من التفاصيل راجع د. جاسم العبودي ، المداخلات - المرجع السابق - ص 304.

الفصل الثاني

طبيعة المسؤولية الطبية وصور الخطأ الطبي

لا يخفى أن المسؤولية المدنية بوجه عام، هي التزام بالتعويض وان استحقاق التعويض يتطلب تحقق شرائط معينة هي:

ركن الضرر الذي يتعين تغطيته بالتعويض ، وركن العمل الذي نتج عنه الضرر ، وركن علاقة السببية بين العمل والضرر ، واساس المسؤولية يتم وضعه بمجرد اقرار القانون بالتعويض لمن اصابه الضرر ، وهو يقوم في معظم التشريعات على العمل الذي نشأ عنه الضرر والذي يسمى (الخطأ) ⁽¹⁾ .

والحقيقة أن المسؤولية الطبية قد تكون مسؤولية عقدية تنهض عند وجود عقد صحيح بين الطبيب والمريض ، ووقوع اخلال به من جانب احد المتعاقدين بعد تمامه وقبل انحلاله ⁽²⁾ ، وقد تكون هذه المسؤولية تقصيرية تقوم عند الاخلال بالتزام قانوني عام سابق هو عدم الحاق الضرر بالغير ، واساس المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية هو الخطأ المتصل في أولهما باخلال يتمثل في عدم تنفيذ التزام عقدي ، أو التأخر في تنفيذه ، أو تنفيذه على وجه معين أو جعل التنفيذ مستحيلاً بخطأ صادر من الطبيب ، فتمخض الاخلال عن ضرر اصاب المريض فتتحقق تلك المسؤولية ، اما في الثانيه فهو الخطأ المتصل بأخلال بواجب قانوني عام يفرضه القانون على الشخص ليكون يقظاً أو حذراً في سلوكه مع الآخرين ، فأذا نتج ضرر ونسب إلى ما صدر عن الطبيب من خلل تحققت هذه المسؤولية ، واذا قام اساس المسؤولية على الخطأ ((يتعين على القاضي أن ينظر في الفعل الذي وقع من الشخص ليقرر ، في ضوء قيمته المعنوية والاجتماعية ووفقاً للمعايير

المتخذة في هذا الصدد ، ما اذا كان يعد في عداد الخطأ ، فأذا تثبت من ذلك قضي بالتعويض)) ⁽³⁾ .

وحيث أن المسؤولية الطبية تنبني على ما يصدر من الطبيب من خطأ ، وان هذا الخطأ يتخذ صوراً مختلفة تختلف في الخطأ المهني عنها في الخطأ العادي على صعيد المسؤوليتين العقدية والتقصيرية ، فان من المناسب ان نقسم هذا الفصل إلى بحثين ، نتناول في المبحث الاول ، طبيعة المسؤولية الطبية ونتناول في المبحث الثاني صور الخطأ الطبي (بنوعية المهني والعادي) على صعيد المسؤوليتين العقدية والتقصيرية.

(1) أستاذنا د. جاسم العبودي ، المداخلات - المرجع السابق - ص 281.

(2) د. سليمان مرقس - شرح القانون المدني - المرجع السابق - ص 296.

(3) أستاذنا د. جاسم العبودي - المداخلات - المرجع السابق - ص 281.

المبحث الاول

طبيعة المسؤولية الطبية

ان موضوع المسؤولية الطبية وكيفية تحديد مداها لم يكن بالامر السهل ، وذلك لتعلق الامر بجسم الانسان وحياته ومشاعره وعواطفه⁽¹⁾ ، وان تحديد طبيعة المسؤولية الطبية قد اثار جدلاً واسعاً لدى فقهاء القانون ، فمنهم من اعتبر المريض حراً في تعامله وفي ابرامه ما شاء من العقود ، وكان مما اريد بهذا شمول مسؤولية الطبيب بذلك واعتبارها مسؤولية عقدية ، ومنهم من رأى المساس بجسم الانسان وحياته انما هو امر من النظام العام والاداب ليخلص إلأن مسؤولية الطبيب تقصيرية وعلى العموم فاذا لم يكن ثمة عقد ، او اذا حدث الضرر خارج نطاق العمل فان الخطأ بموجب احكام القانون المدني يكون خطأ تقصيرياً إذ ان المسؤولية العقدية لا توفر الحماية الا لما يتضمنه العقد صراحة او ضمناً. وعندما توجد مسؤولية عقدية لا يمكن اقامة الدعوى على اساس المسؤولية التقصيرية منعاً للجمع بين المسؤوليتين⁽²⁾ ، ولكن أياً ما كان الامر فان الطبيب في الحالتين ، ويجب أن يسأل ، اذا ما وقع منه خطأ تولد عنه ضرر للمريض ، سواء أكانت مسؤوليته مسؤولية عقدية ام مسؤولية تقصيرية ، ولكن يتعين على المريض في المسؤوليتين اثبات خطأ الطبيب أو عدم بذله العناية المطلوبة في العلاج أوفي اجراء العملية ، اذ أن عبء الاثبات يقع عليه ، و ((ان عبء الاثبات الملقى على كاهل الدائن في دائرة المسؤولية العقدية لهو ايسر من عبء الاثبات الملقى على عاتق المضرور في دائرة المسؤولية التقصيرية وذلك لان الدائن في المسؤولية العقدية لا يكلف الا بآثبات عدم

(1) د.حمدي عبد الرحمن - معصومية الجسد - بحث في مشكلات المسؤولية الطبية وزرع الاعضاء - سنة 1987 ص5.

(2) C. MEMETEAU , Le droit -medical , Paris 1985 P. 413.

تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية ، على أن العبء هنا يتفاوت تبعاً لما إذا كان الالتزام
العقدي التزاماً

بتحقيق غاية ، أو التزاماً ببذل عناية ، هذا في حين أن على الدائن المضرور تقصيراً — وهو
هنا المريض — أن يثبت الخطأ الذي صدر من المسؤول — الطبيب — وهو يتمثل في التزام
قانوني عام أي عدم الإضرار بالغير⁽¹⁾ .

والاصل أن القاعدة القانونية تكون موجهة إلى كافة وان الناس متساوون في
الحقوق والواجبات ، ولكن القضاء ، كما يبدو ، ينظر إلى بعض أرباب المهن ، وبالأخص
الاطباء ، نظرة تتسم بشيء من المراعاة الخاصة ((لاجل اجراء موازنة بين ضرورة
تعويض المريض وبين عدم وضع الطبيب في قلق دائم من انه سيتعرض للجزاء او لدفع
التعويض عندما يرتكب مثل هذا الخطأ))⁽²⁾ وذلك بقصد اشاعة الطمأنينة فيما بينهم
وتشجيعهم على مزاولة مهنتهم بما يكفل تطويرها ، ويتردد شبح التخوف والتردد فيها
، ومن هنا فقد اشترطت بعض المحاكم الخطأ الجسيم لمحاسبتهم ، ولكن الفكرة قد هوجمت
واستقبلت ، فالتصرف بأجسام الناس وسلامتها إنما هو أمر يتطلب وضع مزيد من القيود
، والتشديد في مسؤولية الطبيب لردعه من ارتكاب أي عمل متهور ، أو مجرد من الشعور
بالمسؤولية⁽³⁾ .

ومادامت هذه المسألة قد شغلت ، بجوانب عديدة منها ، فقهاء القانون ، وأثارت جدلاً
ساخناً فيما بينهم كما أوقعت التضارب في قرارات الفقهاء ولاسيما فيما يتصل بتحديد
طبيعة المسؤولية الطبية ، وهل هي عقدية أم تقصيرية فلا بد لنا من التعرف على مايفصل
بين هاتين المسؤوليتين من فوارق في إطار الخطأ الطبي ، وهذا ما سنخصص له مطلباً أولاً
نعقبه بمطلب ثان للطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية وبمطلب ثالث للطبيعة التقصيرية
للمسؤولية الطبية فإذا فرغنا من ذلك كله وصلناه بمطلب رابع نفرد له لطبيعة عقد العلاج .

المطلب الأول

أبرز الفوارق بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية على صعيد الخطأ الطبي

ونجمل فيما يأتي أبرز ما يهمننا من تلك الفوارق التي تفعل بين المسؤوليتين العقدية
والتقصيرية على صعيد الخطأ الطبي .

(1) أستاذنا د. جاسم العبودي — مصادر الالتزام — المرجع السابق — ص 107 .

(2) R. Savatier , Securitt Numaine et responsabilite civile des medecim , D. 1967 chr – 35 et S. spec. .N 67

(3) د. عبد السلام التونجي — المرجع السابق — ص 28 .

أولاً: من حيث مدى التعويض: إذا كانت مسؤولية الطبيب عقدية سئل عن الضرر المباشر المتوقع حين إبرام العقد من حيث مقداره وسببه ، ولا يسأل عن الضرر غير المتوقع في مقداره وسببه إلا إذا نتج الضرر عن غش أو خطأ جسيم⁽¹⁾ وهذا على خلاف الأمر في المسؤولية التقصيرية حيث يسأل الطبيب عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع حين حصول الفعل الضار ، فلو أن لاعباً تقدم لأجراء عملية في ساقه وكان الطبيب يجهل أنه لاعب وتسبب له بضرر ، فإذا اعتبرنا مسؤولية الطبيب عقدية يسأل الطبيب عن تعويض الضرر له كأني شخص عادي أي أنه يعرضه عن الضرر المتوقع من حيث سببه ، ولكن جهله بأن المريض لاعب يجعل الضرر غير متوقع من حيث سببه ، أما إذا اعتبرنا مسؤولية الطبيب تقصيرية فهنا يسأل عن الضرر المتوقع وغير المتوقع من حيث السبب والمقدار ، أو بمعنى آخر يسأل عن تعويض اللاعب عن الضرر بصفته لاعباً ويكون هذا التعويض أكثر. ومعيار توقع الضرر يوصف بأنه معيار موضوعي

مجرد أي هو معيار الشخص (الطبيب) المعتاد إذا ما وجد في ذات الظروف التي وجد فيها الطبيب المسؤول ، فما يعتد به هو توقع الطبيب المعتاد (المتوسط الصفات) وليس توقع الطبيب الذي وقع منه الخطأ فهذا قد يتوقع الضرر وقد لا يتوقعه⁽²⁾ ، ولكن الاستاذ الفرنسي مارتان يذهب إلزاماً لطبيب بتعويض الضرر كاملاً في جميع الاحوال بحجة انه يجب أن يلم بأصول مهنته⁽³⁾ ، وهذا الرأي يبدو منتقداً وذلك لما ينطوي عليه من محو للقواعد العامة على صعيد التمييز بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية.

ثانياً: من حيث الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية: أن الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية بل التعديل فيها تشديداً أو تخفيفاً أو اعفاء ، انما هو امر جائز بشرط أن لا يكون قد صدر عن غش أو خطأ جسيم من المدين شخصياً⁽⁴⁾ ، وفيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية فيمكن الاتفاق على تشديدها ولكن لا يجوز الاتفاق على الاعفاء أو التخفيف منها بل أن هذا الاتفاق يكون باطلاً ، وذلك لان قواعدهما من النظام العام. ويرى الاخوان مازو أن اشتراط الاعفاء من المسؤولية غير جائز في كلا المسئوليتين إذا كان الضرر ماساً بسلامة الانسان ، كما هو الحال في الاخطاء الطبية لان

(1) على ذلك نصت المادة 3/169 من تقنيننا المدني بما يأتي ((فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحمل أو كسب يفوت)) ومثال ذلك ، كما يقول الدكتور وديع فرج ، أن يقصد مغني طبيباً ما ليعالج له حنجرته فيفقد المغني صوته بخطاء هذا الطبيب الناجم عن جهله بمهنته ، فان اعتبرنا مسؤولية الطبيب هنا تقصيرية حملناه مسؤولية كل الضرر الذي اصاب المريض باعتباره مغنياً أي الضرر المتوقع وغير المتوقع من حيث السبب ومن حيث المقدار بوصف المريض مغنياً ، فان اعتبرناها عقدية وقعت مسؤولية الطبيب عند تعويض الضرر الذي نشأ عن فقد أي شخص عادي لصوته (مشار إليه لدى د. حسن زكي-الابراشي -المرجع السابق -ص27).

(2) أستاذنا د. جاسم العبودي -مصادر الالتزام -المرجع السابق -ص89.

(3) نقلاً عن الابراشي -المرجع السابق -ص27.

(4) أستاذنا د. جاسم العبودي -مصادر الالتزام -المرجع السابق -ص107.

الانسان لا يجوز أن يكون محلاً للتعاقد⁽¹⁾ ، وهذا حق فحسب الانسان أو سلامته لا تصح أن تكون محلاً للتصرفات بل لا يمكن بحكم طبيعة هذا الجسم أن يكون محلاً للتعامل أو التعاقد ، والحقيقة أن الشخص لا يملك حق التعاقد على جسمه كمحل فهو ملك لله سبحانه وتعالى ، أوفي الأقل انه محل يجتمع فيه،حقان: حق الله وحق الشخص نفسه وحق الله هو الغالب، ومن هنا فلا يجوز لهذا الشخص أن يسقط حق الله بالإعفاء، هذا فضلاً عن فقدان التكافؤ أو التعادل

بين طرفي هذا العقد ، فهناك طرق يعاني المرض الذي يحدث نوعاً من الاختلال في ارادته ويضعه في وضع نفسي يبدو في تصرفاته وقراراته نوعاً من الضعف والخضوع يكاد يكون في بعض الاحيان اذعاناً ، وهناك طرف هو الطبيب الذي يدرك اكثر من أي شخص اخر الحالة النفسية للمريض وما يشعر به من حاجة التدخله ، الامر الذي قد يجعل هذا الطبيب يتصرف ببرود وعدم اكتراث أويقلل من اهتمامه وحرصه أويضعف عنده الشعور بالمسؤولية ، ولم نجد عملياً ما يشير إلأن المحاكم تؤيد شرط اعفاء الاطباء من المسؤولية،ولو عرض عليها شرط كهذا فليس من المستبعد أن تبطله⁽²⁾ ، فالقاضي في العادة،يتحرى خطأ الطبيب من خلال مخالفته لأصول مهنته الطبية ولايتحراه من خلال نصوص العقد ليكشف ما إذا كان الطبيب على خطأ أم لا.

وقد جرى العمل في بعض المستشفيات العراقية على اشتراط عدم المسؤولية⁽³⁾ ، فإذا اريد اجراء مداخله جراحية لمريض ما جيء بورقة تعفي الطبيب والمستشفى من المسؤولية وطلب منه التوقيع عليها قبل ادخاله صالة العمليات بدقائق.

ويغلب في العراق أن تكون مسؤولية الطبيب تقصيرية⁽⁴⁾ ويكون مثل هذا الشرط باطلا لمخالفته للنظام العام والاداب ، ولو اخذنا موافقة المريض بنظر الاعتبار وقلنا بان المسؤولية عقدية لما اختلف الامر فهو يعرب عن موافقته بالتوقيع قبل دخول صالة العمليات ، وموافقة مثل هذه لا يمكن اعتبارها صادرة عن ارادة حرة سليمة ، واذا اعتبرنا هذه الموافقة رضا بايذائه فينبغي النظر اليه (اي الى هذا الرضا) من جهة اضراره بالمصلحة الاجتماعية ، ومن هنا نجد القانونيين الانكليزي

والالمانى قد انزلوا رضا المضرور بمنزله شرط الاعفاء من المسؤولية بشرط أن لا يكون في ذلك مخالفة للنظام العام والاداب العامة⁽⁵⁾.

(1) د.حسن زكي الابراشي -المرجع السابق -ص31.

(2) د.حسن زكي الابراشي -المرجع السابق -ص31.

(3) وهذا ما علمناه من مستشفى الجامعة الاهلي.

(4) اذ أن المحاكم تشير في اكثر قراراتها الى المواد المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية وبالاخص المادة 202 ، والمادة 204 من القانون المدني العراقي.

(5) Jean Limpens -9 nternationalncylopeadia of comporative Law, Vol. (X1) part two
London 1983.p.89

وقد تقرر في ألمانيا أن من يؤدي جسد الغير برضاه لا يعد فعله غير مشروع الا اذا كان على الرغم من الرضا به يتعارض ومقتضيات الاداب الحسنة، وينصرف مدلول الاداب الحسنة إلى مصلحة الفرد والمجتمع⁽¹⁾ ، فاذا كان من شأن الفعل أن يضر بالمصلحة الاجتماعية فلا مناص من مساءلة مرتكبه مساءلة جزائية ومدنية⁽²⁾ وقد قرر المشرع الألماني عدم الاعتراف برضا المجني عليه فيما يعتبر اعتداء على الحياة⁽³⁾.

والواقع أن من اهداف المجتمع أن يحافظ على سلامة افراده ليتمكنوا من الاضطلاع بالاعباء التي ينيطها بهم النظام الاجتماعي ، الامر الذي يحتم عدم الاعتراف بمثل هذه الاشتراطات ، ومن ثم بطلانها .

والحقيقة أن الرضا او القبول يعد دفعا لانتفاء المسؤولية⁽⁴⁾ ومن هنا قد سعت جهود تشريعية وقضائية وبالاخص في بريطانيا لالغاء اثر رضا المضرور كتصرف قانوني يمنع من قيام المسؤولية⁽⁵⁾.

واياً ما كان الامر فان تعليمات السلوك المهني للاطباء في العراق تنص على ((ان رضا المريض لا يبرر قيام الطبيب بعمل غير قانوني أوفي غير حينه كما في وقائع الاجهاض أوفي وقائع التدخل الجراحي في غير أوانه))⁽⁶⁾.

ثالثا : من حيث التضامن : اما عن التضامن بين المدنيين ، فالاصل في دائرة المسؤولية العقدية هو عدم التضامن الا اذا تم الاتفاق أو قضى القانون بذلك، فإذا اريد التضامن وجب أن تتجه ارادة المتعاقدين اليه باشتراطه⁽⁷⁾ ، اذ أن العقد وليد ارادة الطرفين المتعاقدين ، وان ارادتهما هي التي تقرر التضامن من عدمه ، وفضلا عن الاتفاق فان القانون ينص احيانا على التضامن بين المدنيين⁽⁸⁾ ، والا فان التضامن لا يفترض في المسؤولية العقدية ، فاذا تعدد المسؤولون عقدياً فلا تضامن فيما بينهم الا اذا قضى الاتفاق ، أو نص القانون

(1) انظر المادة (226) من قانون العقوبات الألماني.

(2) انظر : محسن عبد الحافظ - الحق في الحياة والحق في الموت ، مجلة العربي - ع215 مايس - 1976 - ص31-32.

(3) انظر المادة 216 من قانون العقوبات ، ولا شك أن تجريم هذا الفعل ينطوي ايضا على مسؤولية تقصيرية يتمثل حكمها في التعويض ، وللتفصيل ينبغي الإشارة إلى أن مجال المسؤولية العقدية يتحدد في الاحوال التي لا يتوفر فيها شرطان شرط وجود عقد صحيح بين الطبيب والمريض (المضرور) وشرط نشوء الضرر جراء اخلال الطبيب بالتزام ناشيء عن هذا العقد ، وان مجال المسؤولية التقصيرية تتسع له كل الاحوال الاخرى التي لا يتوفر فيها هذان الشرطان ولا تنهض فيها المسؤولية العقابية ((انظر د. جاسم العبودي - المصادر - المرجع السابق - ص107)).

(4) Percy, R.A. charlesworth and percyon Negligenco, 7th.ed., sweet and Maxwell, (4)

London; 1983,p.187

(5) ibid . P.172 and seq.

(6) تعليمات السلوك المهني - المجلة الطبية العراقية (ج3 و4) ، مجلد 17 ، 1966 ، مطبعة شفيق - ص64.

ولكن اذا لم يعتبر رضا المضرور -بوجه عام -بالضرر ذا اثر في المسؤولية المدنية من حيث هو تصرف قانوني فان له اثره من حيث هو واقعة مادية انحرف فيها المضرور عن السلوك المألوف للرجل المعتاد وكان ما صدر عنه عاملاً اجتمع مع غيره من العوامل على احداث الضرر وفقا لفكرة الخطأ المشترك. انظر

Jean Limpens; opcit p.89

(7) د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - المرجع السابق فقرة 512 - ص753.

(8) تنص المادة (320) من القانون المدني العراقي على ان (التضامن ما بين المدنيين لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون).

على ذلك ، فإذا ارتبط المريض بعقد ، واصيب بالضرر على اثر ذلك الارتباط من جهة عدسة اشخاص فيجب أن يدفع كل منهم نصيبه من التعويض بقدر ما احدث من ضرر للمريض.

اما في دائرة المسؤولية التقصيرية فاذا تعدد المسؤولون تقصيرياً التزموا بالتعويض على وجه التضامن ، وذلك لان القانون قد افترض التضامن فيما بينهم ، فلو اصيب مريض بالضرر من جهة اكثر من طبيب لكانت مسؤولية كل منهم

تضامنية مع غيره من المسؤولين⁽¹⁾ عن الضرر وحق للمريض أن يرجع على أي منهم بالتعويض كله.

رابعاً : من حيث القانون الواجب التطبيق: اذا كان الضرر الحاصل للمريض ناتجاً عن اخلال الطبيب بالتزام تعاقدية ، فإنه ((يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أويتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه⁽²⁾)).

اما اذا كان الضرر الواقع على المريض ناتجاً عن اخلال الطبيب بالتزام عام يفرضه القانون (مسؤولية تقصيرية) فان القانون الواجب التطبيق يكون قانون البلد الذي وقع فيه الفعل الضار⁽³⁾.

خامساً: من حيث التقادم: لا تسمع دعوى التعويض الناشئة عن المسؤولية العقدية في القانون المدني العراقي بعد مضي 15 سنة وكذلك تسقط في القانون المدني المصري بمضي هذه المدة ذاتها كما تسقط بمضي 30 سنة في القانون المدني الفرنسي⁽⁴⁾.

اما في المسؤولية التقصيرية فلا تسمع دعوى التعويض بعد انقضاء ثلاث سنوات من تاريخ علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص الذي احدثه ولا تسمع في جميع الاحوال بعد انقضاء (15) سنة من يوم وقوع الفعل الضار⁽¹⁾.

(1) تنص المادة (217) من القانون المدني العراقي (اذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الاصلي والشريك المتسبب).

(2) المادة 1/25 من القانون المدني العراقي.

(3) تنص المادة 1/27 من القانون المدني العراقي على ان ((الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام))

(4) د.محمد حسنين منصور -المسؤولية الطبية-المرجع السابق -ص138.

وكذلك د.محمد علي عمران -المرجع السابق -ص91.

ويجدر بالإشارة بعد هذا أن بعض الفوارق الأخرى قد أشرنا إليها في مواضع سابقة بناء على مقتضيات البحث كعبء الإثبات ونطاق المسؤولية.

المطلب الثاني

الطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية

يمارس الإنسان جملة من النشاطات المستمرة لأشباع حاجاته اليومية ، وذلك من خلال التماس مع أرباب المهن لأشباع هذه الحاجات ، ويرتبط في أغلب الأحيان مع أرباب المهن كالمهندسين والأطباء والمحامين وغيرهم بعقود فاذا تم ذلك فإن المتعاقد لا يلزم إلا بما تضمنه العقد أما إذا ارتكب الطبيب خطأ يخرج عن نطاق التزامه العقدي فإنه لا يكون مسؤولاً بموجب العقد . إذ أن وجود العقد لا يعني على الدوام نهوض المسؤولية العقدية وذلك لأن مبدأ عدم الجمع بين المسؤوليتين يتعارض مع ذلك حتى ولو تعرض الطبيب للجزاء الجنائي نتيجة الإخلال بالعقد⁽²⁾ ، وإن تحديد مضمون العقد يستلزم تفسيره ، ويقع هذا في ضوء العبارات التي استعملها المتعاقدان في إبرام العقد أي الإرادة الظاهرة ، فإن تعذر ذلك تم التفسير في ضوء النية المشتركة للمتعاقدين وهي (الإرادة الباطنة) أي ما قصده المتعاقدان من الألفاظ التي استعملوها في التعبير عن إرادتهما، ويستلزم تحديد المضمون إلى جانب ذلك تحديد نطاق العقد أي تحديد ما يعتبر من مستلزماته وبيان كيفية تنفيذه، والحقيقة أن القاضي يحدد مستلزمات العقد بالاستعانة بعوامل هي : القانون ،

(1) المادة 232 من القانون المدني العراقي.

(2) Viney , La Responsabilite , conditions , L. G. D. J , 1982 . N.223

والعرف ، والعدالة ، وطبيعة الالتزام ، أما فيما يتعلق بكيفية التنفيذ فهو وجوب تنفيذ هذا العقد بحسن نية ، أو بمعنى آخر طبقاً لما اشتمل عليه ، أولما اتفق عليه المتعاقدان على نحو يأتلف مع ما يوجبه حسن النية. كما يستلزم تحديد المضمون التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد على أساس انه قانونهما ، وهذا يعني اعتماد قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) كجزء من مضمون العقد ، فأذا فزع القاضي من تفسير العقد وتحديد نطاقه خلصت له قوته الملزمة ، وتعين على كل من طرفي العقد أن ينفذ التزامه بحسن نية وبما يتفق مع مبدأ توطيد الثقة بين

الناس ، ومن ثم فلا يجوز لأي من الطرفين الرجوع عن العقد ولا تعديله الا بالتراضي فيما بينهما ، أو بنص في القانون وهذا ما تضمنه الحديث النبوي الشريف (المؤمنون عند شروطهم)) بل أن تنفيذ العقد يتطلب التعاون بين طرفيه وعدم تعسف احدهما في استعمال حقه عند التنفيذ ، والواقع أن المشرع العراقي لم يخرج على قاعدة ((العقد شريعة المتعاقدين)) الا مرتين مرة في عقود الاذعان واخرى في الظروف الطارئة ، فأذا تحدد مضمون العقد واخل المتعاقد في تنفيذ التزاماته ولو من غير قصد سئل هذا المتعاقد مسؤولية عقدية⁽¹⁾ . وفي نطاق العقد الطبي يبقى الالتزام الجوهري للطبيب ، مع ذلك ، هو العناية فأذا اخل بهذا الالتزام تعرض للمسؤولية ولكن بشرط اثبات خطئه هنا وذلك لان خطئه لا يفترض وهو من ثم لا يلتزم بشفاء المريض وهذه حقيقة واضحة⁽²⁾.

لذلك يجب التدقيق في التكييف القانوني الصحيح لمعرفة هل أن المسؤولية الطبية مسؤولية تعاقدية ام انها مسؤولية تقصيرية تخضع لاحكام المادتين 203 و 204 من القانون المدني العراقي⁽³⁾.

ويخلص لنا مما تقدم أن مسؤولية الطبيب العقدية تنهض بتوفير الشروط الاتية:

اولاً: أن يكون هنالك عقد بين الطبيب والمريض : فاذا لم يكن هنالك عقد ونشأ ضرر للمريض كانت مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية⁽⁴⁾ ، وتثير هذه النقطة عدة فروض هي :

1- فرض اختيار المريض للطبيب : ففي هذه الحالة لا يمكن انكار الرابطة العقدية بين الطبيب والمريض ، ولكن يثور الجدل حول الطبيعة القانونية

(1) انظر أستاذنا د. جاسم العبودي ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق - ص 78، 82، وكذلك المادة (147) مدني مصري.

(2) Chabas , vers un changement de nature de L obligations medicale , J.C.P.73 2541 .

(3) تقابلهما المادة (163) مدني مصري ، والمادتان 1382 و 1383 مدني - فرنسي.

(4) انظر د. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - ص 421.

وكذلك د. اسعد عبيد عزيز الجميلي - المرجع السابق - ص 44.

لعلاقة الطبيب بالمريض في حالة العلاج بدون اجر (العلاج بالمجان) ⁽¹⁾ وهل هي علاقة عقدية يلتزم بمقتضاها الطبيب ام هي ضرب من ضروب المجاملات المتقابلة بين الناس؟

والواقع أن جانبا من الفقه قد اسبغ الصفة العقدية على العلاقة المجانية بين الطبيب والمريض ، فالامر لا يختلف عن النقل بدون اجر حيث انه لا يمكن للنقل أن يترك صديقا له في وسط الشارع في طريق مقفر دون أن يوصله بحجة انه لم يأخذ منه اجر ، وكذلك لا يختلف عن امر الوكيل حيث يتعين عليه عدم انهاء الوكالة في وقت غير مناسب ، ولذا فاذا ما اخل الطبيب في تنفيذ التزامه هنا فانه يكون مسؤولا مسؤولية عقدية ⁽²⁾ .

وان جانبا اخر من الفقه قد نفى الصفة العقدية في العلاقات المجانية فمن يبذل العناية بالمجان تكون مسؤوليته تقصيرية وذلك لان ما يقع عليه هو ليس التزاما عقدياً وانما هو التزام ادبي يدور في دائرة المسؤولية التقصيرية ⁽³⁾ ، ولكن ما هي طبيعة المسؤولية في حالة معالجة الطبيب زميلا له بالمجان ، هل هي مسؤولية عقدية ام مسؤولية تقصيرية؟!

ذهبت محكمة النقض الفرنسية في وصف ما يجري بين الاطباء من عدم تقاضي اجر بأنه ابراء اختياري من ديون بنيت على التبادل بالمثل ، والعقد الحاصل بين الطبيين لا يكون من قبيل التبرع ⁽⁴⁾ ، وهذا يعني أن تلك المحكمة تقرر بوجود العقد في مثل هذه الحالات.

ومن هنا يمكن القول أن العلاج بالمجان يختلف من حالة إلى أخرى وان الجزم بوجود العقد أو عدمه انما يقتضي الرجوع إلى الملبسات كل قضية على حدة،

لتبين النية المشتركة بين الطبيب والمريض ، فإذا انصرفت تلك النية لإنشاء التزام على عاتق الطبيب كانت المسؤولية عقدية ⁽⁵⁾ ، والعقد عقد تبرع وذلك لوجود عقود تبرع الجانب عقود المعاوضة ، اما اذا لم تنصرف النية المشتركة لإنشاء التزام على الطبيب ، فان العلاج يكون ضربا من ضروب المجاملة ، ويخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية.

2- فرض تدخل الطبيب بغير دعوة من المريض : فأذا عد في حكم المسلم به وجود العقد في حالة اختيار المريض للطبيب فان الصعوبة تكمن في حالة مبادرة أحد المارة باختيار الطبيب أو تدخل الطبيب من تلقاء نفسه لمعالجة المريض أو بعبارة أخرى في حالة معالجة الطبيب للمريض على غير اختيار منه وذلك كما في حالة إسعاف شخص مصاب بالصرع ، أو شخص فاقد الوعي جراء حادث ما ، أو جريح في الشارع العام ، فهنا يثور السؤال عن التكييف الصحيح لمسؤولية الطبيب ، وهل هي عقدية ام تقصيرية ؟

(1) د. وفاء حلمي ابو جميل - المرجع السابق - ص 24 ، وكذلك د. حسن زكي الابراشي المرجع السابق - ص 65 ، وكذلك د. اسعد عبيد عزيز الجميلي - المرجع السابق - ص 45.

(2) د. وفاء حلمي ابو جميل - المرجع السابق - ص 25.

(3) د. وفاء حلمي ابو جميل - المرجع نفسه - ص 26.

(4) في قرار لها صادر في 1938/1/18 وقد اشار اليه - حسن زكي الابراشي المرجع السابق - ص 67.

(5) د. وفاء حلمي ابو جميل - المرجع السابق - ص 26 . كذلك د. اسعد عبد العزيز - المرجع السابق - ص 15 ، وكذلك د. حسن زكي الابراشي - المرجع السابق - ص 66.

وللاجابة عن ذلك يجب أن نفرق بين حالتين:

الأولى: هي تدخل الطبيب من تلقاء نفسه، أو بناء على دعوة من غير ذي صفة، ونتجسد هذه الحالة، بشكل بارز، فيما يقع من حوادث، فأذا شاهد طبيب شخصاً جريحاً أثر حادث ما وتدخل من تلقاء نفسه لاسعافه، فلا نستطيع القول بوجود عقد بين الطبيب والمريض، وإنما يكون عمل الطبيب هنا اقرب ما يكون إلى العمل الفضولي⁽¹⁾، ولعل مما ينطوي تحت هذه الحالة تدخل الطبيب لمعالجة المصاب بناءً على دعوة الجمهور، فهنا لا نستطيع القول كذلك بأن هذه الدعوة من قبيل التعاقد، بل هي بمثابة رجاء صادر من الجمهور لغرض قيام الطبيب باسعاف المصاب، ولا

محل لوجود العقد⁽²⁾، أما الحالة الثانية فإن الامر سيتخذ فيها وصفاً مختلفاً وهي حالة ما اذا كان الشخص الذي دعى الطبيب ذا علاقة بالحادث، أوله مصلحة في هذه المعالجة وذلك كتمثل هذه المصلحة في التخفيف من مسؤوليته في التعويض، فهنا يمكن تكيف مثل هذا الامر بانه اشتراط لمصلحة الغير⁽³⁾.

3- فرض عمل الطبيب المعالج في المستشفى خاص أولدى صاحب مشروع خاص: يتعاقد في اغلب الاحيان صاحب مشروع خاص أو صاحب مستشفى خاص مع طبيب لعلاج عمال مصنعه أو المرضى الذين يقصدون مستشفى، ولا شك هنا في وجود عقد بين صاحب المصنع أو المستشفى الخاص وبين الطبيب الذي تعاقد معه، ولكن السؤال الذي يتبادر في هذا الافتراض هو اذا لم تكن ثمة علاقة مباشرة تربط بين الطبيب والمرضى، ولم يكن المرضى قد اختاروا الطبيب كما ليس باستطاعتهم رفض خدماته، فما هي العلاقة القانونية بين المرضى والطبيب؟

لا يخفى أن صاحب المصنع أو المستشفى الخاص قد تعاقد مع الطبيب لمصلحة عمال المصنع، أو مراجعي المستشفى من المرضى وهذا يعني أن هناك

(1) د. وفاء حلمي ابو جميل - المرجع السابق - ص 27.

(2) د. وفاء حلمي ابو جميل - المرجع نفسه - ص 28.

(3) د. حسن زكي الابراشي - المرجع السابق - هامش 2 - ص 68 على أن القانون الانكليزي ينفي الرابطة العقدية في مثل هذه الحالة، ومن ثم يقول بانه لا وجه لاقامة الدعوى التي تفتقر في هذه الحالة إلى السبب الدعوى وهو مقابل التعهد (أو الاعتبار) (Consideration) وقد قال القاضي المعروف (وايتمان): (يبدو أن بعض القرارات القضائية القديمة قد اجازت للاجنبي عن الاعتبار (مقابل التعهد) في العقد أن يقيم الدعوى بالاستناد اليه اذا كانت له علاقات قري وثيقة من الطرف الذي صدر منه مقابل التعهد بحيث يعد طرفاً فيما يخص هذا المقابل، ولعل أقوى تلك القضايا هي قضية بورن ضد ماسون (1969) التي ذهب القضاء فيها إلى أن = لأبنة الطبيب الحق في اقامة الدعوى في شأن تعهد قطع لوالدها باعطائه مبلغاً من المال اذا ما انجز مداواة معينة. غير انه لا وجود لأي قضية حديثة تدعم هذا الرأي بل، على العكس، فإن من المسلم به اليوم عدم جواز انتفاع الاجنبي عن مقابل التعهد في العقد حتى ولو كان هذا العقد قد أبرم بالمنفعة)).

انظر: Chesire and Fifoot's. law of contract; 9th ed. Butterworths; London; 1976. P431.

وانظر في هذا الخصوص ايضاً، Sweet and Maxwell, Jan New Port; Questions and Answers on contracts; London 1976; Q.43.

اشتراطاً لمصلحة الغير يستدل عليه من العقد الاصلي المبرم بين الطبيب وصاحب المشروع الخاص ، ولكن اذا قيل بان الاشتراط لمصلحة الغير يقتضي تعيين الغير في العقد ، فلا شك أن هذا لا يشكل مانعاً اذا امكن تعيين الغير وقت تنفيذ العقد⁽¹⁾ ليكون له حق مكتسب من هذا العقد وبناءً على ذلك فان للمرضى المستفيدين من خدمات الطبيب دعوى مباشرة تستند إلى العقد الاصلي لمطالبة الطبيب بتنفيذ التزامه ، أو بالتعويض ، وان مسؤولية هذا الطبيب هي مسؤولية عقدية لا شك فيها ، ولكن على الرغم من التشريعات التي وردت كأستثناءات وقيود متفرقة على القاعدة في الشريعة العامة الانكليزية غير المقننة ، فان الإشارة لم تنقطع عن هذه القاعدة التي تقول ((ان ليس بإمكان الاجنبي أن يقيم الدعوى فيما يخص العقد حتى لو كان قد ابرم لمصلحته))⁽²⁾.

((No stranger can sue on contract even if made for his benefit)).

وعلى العموم ، فان هذه القاعدة ما دامت قد خضعت للاستثناءات فهي غير مطلقة⁽³⁾ ، ولكن اذا كانت هذه القاعدة هي من الشريعة العامة غير المقننة (Common Law) فان قواعد العدالة أو الانصاف (Equity) قد دأبت على اتخاذ مواقف أكثر مرونة فهي قد ابتعدت عن هذه القاعدة رغم تقيدها بتلك الشريعة⁽⁴⁾.

4- فرض عمل الطبيب المعالج في مستشفى عام.

يثور التساؤل عن العلاقة بين المريض وبين الطبيب المعالج الذي يعمل في مستشفى عام وعما اذا كان من الجائز وصفها بأنها اشتراط لمصلحة الغير؟

والحقيقة أن الاشتراط لمصلحة الغير يفترض أن تكون الدولة قد تعاقدت مع الطبيب لمصلحة المرضى الذين يقصدون المستشفى ، وهنا لا وجود لمثل هذا العقد بل أن العلاقة بين المستشفى والطبيب هي علاقة تنظيمية يخضع الطبيب بمقتضاها للأنظمة والتعليمات الخاصة بالوظيفة العامة⁽⁵⁾ ، إذ أن العناصر الموضوعية والشكلية للعقود غير متوفرة فالإيجاب أو القبول مثلاً قد لا يتوفر ، وكذلك محل العقد أو موضوعه وما يتطلب من شرائط أو ما يترتب بمقتضى العقد من التزامات ملقاة على كاهل المتعاقدين ، أو ما يقضي به القانون من مبدأ عدم تعديل العقد إلا بموافقة الطرفين في حين أن يوسع الإدارة أن تجري تعديلاً على علاقتها بالطبيب لتحقيقاً لأهدافها أو حسن انتظام سيرها أو توجيهاً للمصلحة العامة ، فللسلطة الإدارية الحق في تعديل احكام الوظيفة دون أن يكون للموظف الاعتراض بان له حقاً مكتسباً من عقد ما.

(1) انظر المواد (154) مدني عراقي و(156) مدني مصري و(157) مدني سوري و(212) مدني اردني و(288) موجبات وعقود لبناني.

وكذلك د. وفاء حلمي ابو جميل -المرجع السابق- ص29.

(2) انظر 433 , 104 pp ; op. Cit; Cheshire and Fifoots

وكذلك 43 op.cit Jan New port;

(3) An son's op. Cit . p.363

(4) Cheshire and nd Fifoot's O.P.cit P.429

(5) سليمان الطماوي -مبادئ القانون الاداري -الكتاب الثاني -القاهرة -1964 -ص298. وكذلك د-وفاء حلمي

أبو جميل المرجع السابق، ص 30

وعلى ذلك فإن علاقة المريض بالطبيب في المستشفيات العامة تحكمها قواعد المسؤولية التقصيرية.

أما في القانون الإنكليزي ((فقد توفرت حلول ومعالجات يمكن للمتعهد له أن يأخذ بها إذا ما عجز المتعهد عن الوفاء بتعهده ، ولعل أهم تلك المعالجات هو ما اختطت قواعد العدالة من نهج خاص بالأمانة الحكيمة (الضمنية) حين وظفت من وقت لآخر حسن النية بين الأطراف لتقول بنشوء علاقة ائتمانية بينهما بحيث يمكن على أساسها انتفاع الشخص بعقد لم يشترك فيه))⁽¹⁾ وقد أشار القاضي اللورد هاردويك إلى هذه الرابطة الائتمانية التي يمكن أن تنشأ في مثل هذه الأحوال إذ قال بأنه إذا تعهد شخص لآخر بأن يدفع مبلغاً معيناً لشخص ثالث فإنه -أي القاضي- سيعتبر المتعهد له كما لو كان أميناً لحساب الشخص الثالث فيما يتعلق بمنفعة العقد⁽²⁾.

ثانياً : أن يكون العقد بين الطبيب والمريض صحيحاً:

فإن المسؤولية لا تنشأ عن عقد باطل ، ولا بد هنا من الرجوع إلحكام المسؤولية التقصيرية⁽³⁾ ، ويجدر بالإشارة هنا أن مما يجعل العقد باطلاً هو مخالفته للنظام العام والآداب وذلك كما في حالة عدم إجراء التداخل الجراحي للشفاء من مرض يعاني منه المريض بل لأجراء تجارب طبية ، إذ لا يجوز ابداً أن يكون الإنسان حقلاً أو محلاً للتجارب ، وإذا قيل بأن ذلك من أسباب الرقي العلمي فالرد معروف وهو أن التجارب يمكن أن تجرى على الحيوانات .

ثالثاً : أن يكون المضرور هو المريض :

يشترط للقول بأن مسؤولية الطبيب هي مسؤولية عقدية أن يكون من أصابه الضرر هو المريض وذلك لأنه لو كان شخصاً آخر غير المريض من مثل مساعد الطبيب الذي يصاب بجرح خلال إجراء العملية لما جاز الاستناد إلىالعقد ولكانت مسؤولية الطبيب تقصيرية⁽⁴⁾.

رابعاً : أن يكون الخطأ المنسوب إلى الطبيب متصلاً بعقد العلاج :

قد يرتكب الطبيب أخطاء ينولد عنها الضرر للمريض أو لغيره خارج دائرة عقد العلاج مع المريض ، وهذا امر ليس بالمستبعد فالطبيب بشر ، وفي كل زمان وفي كل مكان لا يمر يوم الا ويكون هناك شخص أو أكثر أصابه ضرر وشخص أو أكثر أحدث هذا الضرر مباشرة أو تسببا ، أو تداخلت مع ما صدر من هذا الأخير مداخله أو أكثر من

(1) أستاذنا د.جاسم العبودي -الموقف القانوني في قاعدة عدم جواز انتفاع الغير بالعقد- مطبعة غرناطة-بغداد- 1997 ص57.

(2) Cheshire and Fifoot's op.cit p. 430

(3) د. عبد الحي حجازي -المرجع السابق- ص421.

وكذلك د.اسعد عبد عزيز -المرجع السابق- ص44.

(4) د. وفاء حلمي ابو جميل -المرجع السابق- ص34.

مثل القوة القاهرة أو عمل المضرور نفسه أو عمل الغير (1) ، وذلك كأن لا ينتبه الطبيب إلى اخطاء مطبعية بتحديد جرعة الدواء فيتسبب عن ذلك

وفاة الشخص الذي تناول الدواء (2) ، فهذا الخطأ المنسوب إلى الطبيب لا يمت لعقد العلاج بصلة ، واذا كان الامر كذلك فان المسؤولية تكون تقصيرية وليست عقدية.

خامساً: ان يكون المدعي صاحب حق في الاستناد إلى العقد:

وهنا يجب التمييز بين حالتين:

الحالة الاولى : هي حالة قيام المريض أو من ينوب عنه قانوناً باختيار الطبيب : فإذا كان هو من رفع الدعوى للمطالبة بالتعويض فالمسؤولية تكون عقدية ، ولكن اذا توفي المريض نتيجة لخطأ الطبيب ، فان دعوى التعويض قد يرفعها الورثة أو غير الورثة ، فإذا رفعها الورثة فهم خلف عام للمتوفى في جميع حقوقه ، ويحق لهم المطالبة من ثم بالتعويض على اساس اخلال الطبيب بالتزاماته في تنفيذ عقد ابرمه مورثهم وتكون المسؤولية عقدية (3).

اما الضرر الحاصل لذوي المتوفى واقاربه وما عانوه من حزن فيجوز اقامة الدعوى بسببه على اساس المسؤولية التقصيرية ، ولا يعد ذلك جمعا بين المسؤوليةين بل أن المورث له حقان الحق الاول يتلقاه بسبب اخلال الطبيب بتنفيذ الالتزام العقدي ، والحق الثاني يتلقاه على اساس المسؤولية التقصيرية خارج دائرة العقد (4) ، وهذا ما قضت به الفقرة (2) من المادة (205) من تقنيننا المدني اذ نصت على انه ((ويجوز أن يقضي بالتعويض للازواج والاقربين من الاسرة عما يصيبهم من ضرر ادبي بسبب موت المصاب)).

اما اذا كان من رفع دعوى التعويض من غير الورثة، فهنا تكون المسؤولية تقصيرية وذلك لان غير الورثة يعتبرون من الغير بالنسبة للعقد ، والعقد لا يصيب باثاره الا عاقيه أو من يعتبر في حكم العاقد من خلف أودائن ، ولا ينتفع به الغير الذي لم يكن طرفا الا في احوال محددة (5) ، ومن هنا يحق لهؤلاء الورثة اقامة الدعوى بأسمائهم على الطبيب الذي اخل بالتزام عقدي وان لم يكونوا ذوي صفة في العقد ولكن على اساس المسؤولية التقصيرية (1) .

(1) أستاذنا د. جاسم العبودي - المداخلات - المرجع السابق - ص 279.

(2) قرار محكمة (السين) الصادر في 1911/4/13 (انظر الابراشي - المرجع السابق - ص 82).

(3) د. حسين عامر - القوة الملزمة للعقد - الطبعة الاولى - سنة 1949 القاهرة - مطبعة مصر - شركة مساهمة مصرية - ص 389.

(4) د. حسين عامر - المرجع نفسه - ص 394.

(5) انظر على سبيل المثال المواد 152 و 619 / 1 مدني عراقي ، ويجدر بالاشارة ((ان موقف التقنين المدني الفرنسي من جواز انتفاع الشخص بعقد لم يشترك فيه قد تحول من اقرار هذا الجواز بموجب المادة (1121) في نصين وردا على سبيل الاستثناء، لإقرار هذا الجواز اصلاً على وفق تلك المادة ذاتها بعد أن اصبحت بجهود

الحالة الثانية : وهي حالة قيام شخص هو غير المريض وغير من يمثلته قانوناً أو اتفاقاً – بأبرام عقد العلاج فإذا لم يقيم المريض نفسه أو من يمثلته قانوناً أو اتفاقاً بأبرام عقد العلاج وإنما قام بأبرامه شخص آخر يمت إلى المريض بصلة ما ، وذلك كأن يكون أحد أقرباء المريض أو رب عمله⁽²⁾ أو نحوهما، ففي هذه الحالة يجب التمييز بين عدة فروع أبرزها :

- 1- إذا كان المتعاقد مع الطبيب قد تعاقد باسمه مشروطاً حقاً للمريض ، وهنا تطبق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير ، فتكون المسؤولية عقدية.
 - 2- إذا كان المتعاقد قد تعاقد باسم ولصالح المريض وينضوي هذا الفرض ضمن النيابة ويكون للمتعاقد هنا مركز الفضولي وتكون العلاقة بين المريض والطبيب تعاقدية .
 - 3- أما إذا تعاقد شخص مع الطبيب باسمه ولتحقيق مصلحته الشخصية ، ولم يقصد من ذلك ترتيب حق للمريض عن طريق العقد ، فهذا لا يمكن اعتباره اشتراطاً لمصلحة الغير وذلك لأنه لم يقصد ترتيب مصلحة للمريض ، كما لا يمكن اعتباره نائباً عن المريض بوصفه فضولياً وذلك لأنه لم يقصد ترتيب حق للمريض.
- والحقيقة أن النيابة هي نظام قانوني متميز الملامح والأحكام فلا يخلط بينه وبين التعاقد لمنفعة الغير أو الاشتراط لمصلحة الغير كما لا يخلط بين هذين النظامين القانونيين وبين مجرد انتفاع الشخص بعقد خاص بطرفيه (فإذا كان المتعاقد قد اشترط الحق لنفسه فليس هنالك من تعاقد لمنفعة الغير حتى لو عاد ذلك التعاقد على الغير بمنفعه ، ولذا ينبغي تفصي القصد في عقد الطرفين للوقوف على ما إذا كان قد أراد أكساب الغير الحق المباشر في منافع العقد إذ في تبين هذا القصد إشارة إلى تطبيق قواعد الاشتراط)⁽³⁾ .

الفقه قاعدة عامة ، أما المادة (1119) التي تنص على مبدأ نسبية آثار العقود فقد أصبحت استثناءً)) (أستاذنا د.جاسم العبودي ، الموقف القانوني- المرجع السابق -ص39)).
(4)د.وفاء حلمي أبو جميل -المرجع السابق -ص26.

(2)د.حسن زكي الأبراشي -المرجع السابق -ص89 وكذلك د. اسعد عبيد عزيز -المرجع السابق -ص50 ، وكذلك د. وفاء حلمي أبو جميل -المرجع السابق -ص36.
(3) أستاذنا د-جاسم العبودي -الموقف القانوني -المرجع السابق -ص44.

المطلب الثالث

الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية

بعد أن انتهينا من بحث الطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية بات واضحاً أنها تنهض كلما وجدت رابطة عقدية بين الطبيب ومريضه ، ومن هنا يتبادر السؤال عن طبيعة الحال بينهما ، أو عن النظام الذي تخضع له في حالة غياب مثل هذه الرابطة واصابة المريض بضرر جراء خطأ صادر من الطبيب المعالج أو الجراح ، اذا لم تربط بين المريض والطبيب علاقة عقدية وألحق الطبيب بالمريض ضرراً ناشئاً عن خطئه ، فان هذه الحالة وامثالها تخضع لاحكام المسؤولية التقصيرية (او المسؤولية عن العمل غير المشروع) وهي ما نص عليه المشرع الفرنسي في الباب الخاص بالالتزامات التي تنشأ دون اتفاق⁽¹⁾ فهي تعالج الضرر عندما لا يربط عقد بين المضرور والمسؤول عن الضرر ، وقد سعى البعض لتحديد العمل غير المشروع بانه الاخلال بالالتزام الذي يفرضه القانون على الاشخاص بعدم الاضرار بالغير ، ولكن الاجماع يكاد ينعقد اليوم ، فقهاً وقضاءً ، على أن الخطأ التقصيري هو عبارة عن الاخلال بالتزام سابق مع ادراك المخل اياه ، وان الالتزام سابق هو واجب محدد أو عام يفرضه القانون على الكافة بعدم الاضرار بالغير⁽²⁾ ، وقد نص تقنيننا المدني في دائرة الاعمال غير المشروعة الواقعة على النفس على أن ((كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع اخر من انواع الايذاء يلزم بالتعويضات من احدث الضرر))⁽³⁾ .

(1) د. اسعد عبيد عزيز - المرجع السابق - ص 9 .

وكذلك د. محمود جمال الدين زكي - مشكلات المسؤولية المدنية المرجع السابق ، ف 3 ، ص 8

(2) د. جاسم العبودي - المداخلات - المرجع السابق - ص 282 .

(3) المادة (202) منه ، وقد جاء في المادة 163 من التقنين المدني المصري ما نصه ((كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض عنه)) ، كما قضى القانون الالماني في المادة 823 منه بانه ((كل من يقدم قصداً أو تقصيراً على الاعتداء بغير حق على اخر في حياته أو جسمه أو صحته أو حريته أو في حق اخر من حقوقه يجبر على تعويضه عن الضرر الناتج)) كما جاء في المادة 1382 من التقنين المدني الفرنسي ما يأتي ((اذا الحق أي عمل - مهما كان - ضرراً بالغير الزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بالتعويض عنه)).

والحقيقة أن دعاوي المسؤولية من هذا النوع قليلة جداً في العراق على الصعيد المدني بسبب ارجاء تقدير الضرر الذي يلحق بالمريض إلّالقدر المحتوم بل هي قليلة نوعاً ما على الصعيد الجنائي ايضاً وذلك بسبب الاستعمال الواسع للمادة 136 من قانون اصول المحاكمات الجزائية التي لا تجيز احالة مرتكبي الجرائم إلّاللقضاء اذا كانت قد ارتكبت اثناء القيام بالواجب أو بسببه الا بأذن من الوزير التابعين له⁽¹⁾.

وقد داب القضاء العراقي فيما نرى على تطبيق مواد المسؤولية التقصيرية على الاطباء انطلاقاً من وجهة نظره أي هو يذهب إلّأن مسؤولية الطبيب تقصيرية ، ومن ذلك ما قرره محكمة التمييز منذ عهد قريب في قضية طبيب اسنان حيث قالت ((ان طبيب الاسنان لم يتعامل تعاملًا انسانيًا مع أبن المدعي كما يقتضيه واجبه الطبي وانه أوكل امر قلع سن أبن المدعي إلّالمرضة بينما كان عليه أن يقوم بهذا الواجب ، وان اللجنة المذكورة قررت فرض عقوبة ادارية على الطبيب المدعى عليه وعلى الممرضة الشخص المذكورة ، وبناء على ما تقدم فان خطأ المدعى عليه ثابت وان هذا الخطأ الذي انتج اضراراً لابن المدعي يستوجب مسؤولية المدعى عليه بدفع التعويض طبقاً للمادتين (202) و(204) من القانون المدني ...⁽²⁾ .

ويبدو لنا أن الرأي السائد في مصر يذهب إلى أن مسؤولية الطبيب هي مسؤولية تقصيرية ، بل أن هذا الرأي هو ما طفحت قرارات قضائية كثيرة به ، فمحكمة استئناف مصر مثلاً قد قررت في حكم لها صادر في 1936/1/2 أن مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود خطأ مهما كان نوعه

سواء كان خطأ فنياً أو غير فني ، جسيماً أو يسيراً بل انها قضت بالتشديد في مسؤولية الاطباء الاختصاصيين اذ قالت ((بالنسبة للاطباء الاختصاصيين يجب استعمال منتهى الشدة معهم وجعلهم مسؤولين عن أي خطأ ولو كان يسيراً ، وخصوصاً اذا ساءت حالة المريض بسبب معالجتهم لان واجبه الدقة في التشخيص والاعتناء وعدم الاهمال في المعالجة))⁽³⁾.

كما قررت محكمة النقض المصريه في 1936/6/22 باعتبار مسؤولية الطبيب تقصيرية حيث جاء في حكمها ((ان الطبيب مسؤول عن تعويض الضرر المترتب على

(1) بل أن اللجان الانضباطية التابعة لنقابة الاطباء غالباً ما تكتفي بايقاع العقوبات الانضباطية على من صدر منهم الخطأ التقصيري دون أن تحيلهم إلّاللقضاء بذريعة استعمالها الصلاحيات الممنوحة لها بل الا دهى من ذلك وامر أن دور الادعاء العام يكاد يكون معدوماً في هذا الخصوص.

(2) انظر قرار محكمة التمييز في العراق ذا الرقم (2139/3م/1998) الصادر في 1998/12/13 (غير منشور).

(3) انظر د. سليمان مرقس مسؤولية الطبيب ومسؤولية ادارة المستشفى -مجلة القانون الاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية السنة السابعة العدد الاول-1937 ص162.

خطئه في المعالجة ومسؤوليته هذه مسؤولية تقصيرية بعيدة كل البعد عن المسؤولية التعاقدية ، فقاضى الموضوع يستخلص ثبوتها من جميع عناصر الدعوى ودون رقابة عليه...) (1)، وقد صدرت قرارات على هذا الغرار من محاكم عديدة ، بل أن هذا هو الرأي الغالب في الفقه ، وقد اجمل هذا الموقف بحق من قال ((ونحن نرى الاخذ بالرأي الراجح في الفقه والقضاء وهو أن مسؤولية الطبيب عن خطئه مسؤولية تقصيرية)) (2).

كما دأب القضاء الفرنسي ممثلاً بمحكمة النقض على تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على الاطباء ، ولعل من ابرز احكامه ذلك الحكم الذي صدر عام 1833 عن تلك المحكمة والذي أقرت فيه أن مسؤولية الاطباء تقصيرية وان المواد 1382، 1383 من التقنين المدني الفرنسي هما ما يطبق فيما يتعلق بالمسؤولية الطبية (3)، ويبدو أن لهذا الحكم دوراً ريادياً اذ اضطرت قرارات المحاكم الفرنسية على هذا الاتجاه منذ ذلك التاريخ ولم تشذ عنه الا احكام قليلة (4).

والواقع أن القضاء الفرنسي قد عدَّ مسؤولية الطبيب تقصيرية لانه كان يرى أن على الطبيب أن يبذل العناية المطلوبة طبقاً للأصول العلمية في مهنة الطب دون الالتزام بنتيجة أي شفاء المريض ، وهذا يعني أن المسؤوليتين العقدية والتقصيرية تلتقيان في أن الطبيب يلتزم ببذل العناية المطلوبة ، الامر الذي لا يدع سبباً للبحث عن التكييف الصحيح للمسؤولية الطبية ، وقد استمر هذا القضاء على هذا النهج حتى صدور قرار اخر لمحكمة النقض عام 1936 قررت فيه أن مسؤولية الطبيب عقدية (5).

ولو رجعنا إلى الكيفية تحديد نوعي المسؤولية لتعين علينا أن نعرف نوع الالتزام ، فهو اما أن يكون التزاماً بتحقيق نتيجة واما أن يكون التزاماً ببذل عناية فأذا كان التزام الطبيب التزاماً بتحقيق نتيجة وجب أن تحدد النتيجة في العقد تحديداً دقيقاً وذلك كما في عمليات نقل الدم وعمل طقم اسنان وامثالهما ، اما اذا كان التزاماً ببذل عناية ، فالعناية تحددها القواعد العامة كما تخضع لذمة وضمير الطبيب وامانته (6).

(1) نقلاً عن المرجع نفسه ص 155.

(2) د. حسن عكوش - المسؤولية العقدية والتقصيرية - المرجع السابق ص 70.

(3) نقض في 18/6/1833 سيري 1835 - 1-401، انظر د. حسن زكي الابراشي المرجع السابق ص 32 ، وقد أوردنا نص المادة 1382 من التقنين المدني الفرنسي قبل قليل اما المادة 1383 منه فقد عالجت الفعل الذي نتج عن الإهمال أو قلة التحوط اذ نصت على انه ((يسأل كل انسان عن الضرر الذي سببه لافعله فقط بل باهماله أو قلة احتياظه)).

(4) د. حسن زكي الابراشي - المرجع السابق - حاشية ص ص 36-37، وقد شذ عن هذه الاحكام حكم لمحكمة بيزانسون حول مريض عولج بالأشعة فأصيب بقرحة وطالب بالتعويض - فدفع الخصم بسقوط الدعوى لمضي مدة التقادم القصيره وهي ثلاث سنوات ، فرفضت المحكمة هذا الدفع وبينت أن هنالك عقداً بين الطبيب والمريض وان الدعوى تسقط بالتقادم العقدي وأمدته ثلاثون سنة.

(5) قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 20 مايو سنة 1936 (مشار اليه عند د. حسن زكي الابراشي المرجع السابق، ص 33).

(6) د. وفاء حلمي ابو جميل - المرجع السابق ص 14.

فإذا أراد المريض اثبات عدم تحقق النتيجة فهنا تخضع للمسؤولية العقدية أما إذا أراد اثبات عدم بذل العناية المطلوبة فيجب عليه اثبات التقصير في بذل العناية من خلال الرجوع للقواعد العامة التي تبين حدود العناية المطلوبة فيخضع عبء الاثبات لاحكام المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾ ، على الرغم من أن الخطأ واحد في كلا المسؤولين وان تبينه يتطلب الرجوع إلى قواعد المهنة الطبية. ومع أن بعض المحاكم تعتبر مسؤولية الطبيب عقدية فانها تكون مقودة في حالات عديدة إلىاعتبارها مسؤولية تقصيرية ولعل ابرز هذه الحالات:

- 1- ان مسؤولية الطبيب ذات صبغة فنية وعلى الطبيب أن يراعي واجب الضمير والاصول العلمية الثابتة في الفن الطبي سواء ارتبط مع المريض بعقد ام لم يرتبط⁽²⁾ ، وهذا يعني أن مرد تبين خطأ الطبيب هو فكرة الطبيب المعتاد اذا وجد في نفس الظروف التي احاطت بالطبيب المسؤول ، فاذا ما اراد القاضي معرفة خطأ الطبيب فإنه يتبينه من ثانيا بنود العقد المبرم بينه وبين المريض ، بل يلجأ إلىالاهل الخبرة ليحيط علما بالالتزامات الملقاة على عاتق الطبيب وهل انه مخطئ ام لا⁽³⁾ ، ومع ذلك فان القاضي غير ملزم برأي اهل الخبرة اذا رأى أن الصواب في مخالفة رأيهم ، وهذا ينبئ ولا شك عن افكار للصبغة العقدية بل هو تعبير عن أن الطبيب الذي يخطئ في علاج مرضاه انما يخل بالتزام مهني وليس بالتزام عقدي ، وان المحاكم لا ترجع إلىالنية المشتركة للطرفين ولا تفسر العقد ، بل تنتظر إلىالطبيب وهل نفذ الالتزامات التي تفرضها عليه اصول المهنة الطبية ام لم ينفذها.
- 2- ان كل جريمة جنائية نشأ عنها ضرر للغير توجب المسؤولية التقصيرية ، وفي ذلك تغليب للناحية الجنائية ، فالمسؤولية تكون تقصيرية حتى في حالة وجود العقد ، وذلك لان الخطأ قد ادى إلى وفاة

المريض أوالحاق الاذى بجسمه - ويتم ذلك في اغلب الاحيان عندما يقع من الطبيب خطأ عادي ، ومعروف أن الخطأ العادي يأتي بوقائع ناطقة لا لبس فيها ولا غموض ، ويستطيع القاضي أن ينتبه دون الرجوع إلى اهل الخبرة ، وهو خارج عن دائرة العقد كما يظهر ذلك احيانا في الخطأ المهني الذي يتبينه القاضي عن طريق اهل الخبرة ، وقصارى القول أن العقد أن نشأ ثم ارتكبت جريمة ما ، فلا يمكن القول أن الجريمة ناشئة عن العقد⁽⁴⁾.

- 3- ان مسؤولية الطبيب تستند إلى فكرة النظام العام وهي لذلك تقصيرية ، فما دام للعمل الطبي مساس بحياة الاشخاص وسلامة ابدانهم ، وهذا امر يهم ، في الاساس المجتمع

(1) د. سليمان مرقس -مسؤولية الطبيب ومسؤولية ادارة المستشفى - مجلة القانون والاقتصاد -المرجع السابق - ص165.

(2) د.حسن زكي الابراشي -المرجع السابق-ص47.

وكذلك د.وفاء حلمي ابو جميل -المرجع السابق -ص16 ، وكذلك سمير اورفلي -مدى مسؤولية الطبيب المدنية في الجراحة التجميلية - مجلة رابطة القضاة -تعنى بالدراسات القانونية والقضائية -تصدرها رابطة القضاة في المغرب السنة 20 العدد 8،9 مارس 1984 -ص39 .

(3) سمير اورفلي -المرجع نفسه -ص39.

(4) د. حسن زكي الابراشي -المرجع السابق -ص55.

بأسره ، فان من يقول بالمسؤولية التقصيرية يرد مسؤولية الطبيب إلى النظام العام وليس لارادة الطرفين فهذه الارادة لا تملك انشاءها أو تعديلها وهي لذلك لا يمكن الا أن تكون مسؤولية تقصيرية⁽¹⁾ بل أن ثمة محاكم منها محكمة النقض المصرية تحكم بالتعويض عن الضرر المرتد الذي يصيب اقارب المريض على الرغم من عدم وجود علاقة عقدية تربطهم بالطبيب أو وجود عقد بين الطبيب والمريض⁽²⁾.

المطلب الرابع طبيعة عقد العلاج

لقد ذهب جانب من الفقه إلى أن عقد العلاج مرتبط بأحد العقود التي نظمها القانون المدني ، فهو مما يمكن ادراجه ضمن العقود المسماة ، كما ذهب جانب آخر إلى أنه ذو طبيعة مختلفة تجعل من غير الممكن ربطه بأحد تلك العقود ، وهو لذلك عقد غير مسمى وفيما يأتي تفصيل ذلك:

الوجهة الاولى : أن عقد العلاج عقد مسمى ، لقد انضوت تحت هذه الوجهة اراء عديدة فثمة رأي يقول بان عقد العلاج هو عقد وكالة ، وثمة رأي ثاني يقول بانه عقد عمل ، وثمة رأي ثالث يقول بانه عقد مقاوله ، ولكل من هذه الاراء التي سسنبسطها تباعاً أسانيده وحججه.

اولاً: عقد العلاج عقد وكالة:

ذهب جانب من الفقه إلى أن العلاقة بين الطبيب والمريض هي علاقة عقدية تندرج ضمن عقد الوكالة وقد اشار إلى ذلك بعض الفقهاء السويسريين مستمدين نظرتهم هذه مما يتضمنه نص المادتين (162 و 394) من قانون الالتزامات السويسري وهو أن مبدأ التوكيل ينبسط على الاعمال الفنية وذلك لان الوكيل ، بخلاف المقاول ، لا يلتزم بتحقيق نتيجة ، ومن هنا فان عقد الوكالة يكون هو العقد المناسب لطبيعة العمل الطبي⁽³⁾ ، والحقيقة أن هذا الرأي هو تعبير عن الوجهة الفقهية التقليدية اذ تمتد جذورها إلى القانون الروماني ، حيث كان الرومان يميزون بين المهن الحرة والحرف اليدوية ، وكانوا

(1) د. حسن زكي الابراشي - المرجع نفسه - ص 56.

وكذلك د. وفاء حلمي ابو جميل - المرجع السابق - ص 19 ، وكذلك سمير اورفلي - المرجع السابق - ص 41.

(2) د. محمد حسين منصور - مسؤولية الاطباء والجراحين - المرجع السابق - ص 43.

(3) د. احمد محمود سعد - المرجع السابق - ص 222.

يعتبرون العقد مع اصحاب المهن الحرة عقد وكالة ومع اصحاب الحرف اليدوية عقد ايجار⁽¹⁾.

وكان اصحاب المهن الحرة يقدمون خدماتهم فيكون لها قيمة ولا يكون لها ثمن وذلك بالنظر لساھميتها وعدم امكن تقويمها بالمال وكانوا يعتبرون الاطباء

من اصحاب المهن الحرة وان عمل الطبيب لا يقدر بثمن فعلى الطبيب أن يقدم خدماته للمريض كما يقدم المحامي خدماته لمن هو بحاجة اليها ، وان ما يحصل عليه ليس اجراً بل هو مجرد اعتراف بالجميل أو اتعاب لما قام به من عمل تجاه المريض⁽²⁾.

وان فكرة الوكالة عند الرومان تقوم على الصداقة⁽³⁾ وليس معناها الاجر ، وعقد العلاج كما اسلفنا لا يقوم على اجر ، فمعنى ذلك يكون عقد الاجر عقد وكالة.

وقد تعرضت هذه النظرية للنقد من جهة أن الوكيل يخضع لرقابة الموكل وتوجيهه ويكون ملزماً بتقديم الحساب له عن النشاط المكلف به ، في حين أن الطبيب يزاول مهنته بكل حرية وطبقاً لما يمليه عليه ضميره من خلال تطبيق الاصول الفنية لمهنة الطب ، والوكالة المقترنة بأنابه تجعل من الوكيل نائباً عن الموكل يعمل بأسم الموكل ولحسابه وتنصرف اثار تصرفه إلى ذمة الموكل مباشرة ، بينما الطبيب يعمل بأسمه ولحسابه أولحساب المستشفى الذي يعمل فيه وليس لحساب أوصالھ المريض⁽⁴⁾.

هذا فضلاً عن أن الاصل في العلاج الطبي أن يكون بأجر ، وان الاصل في عمل الوكيل أن يكون مجانياً ولا يكون بأجر الا على سبيل الاستثناء⁽⁵⁾ ، وان قيام هذه النظرية على التفاوت في المهن انما هو امر لا اساس له

في القانون⁽⁶⁾ ، وان الوكالة تنتهي بحكم القانون عند خروج احد طرفيها عن اهليته⁽⁷⁾ ، وليس لخروج المريض عن اهليته اثر على عقد العلاج. ولا شك أن هذه الانتقادات قد اصابته تلك النظرية في الصميم وكشفة عن عجزها.

(1) د.حسن زكي الابراشي -المرجع السابق -ص92.

وكذلك د.عبد الرشيد مأمون -عقد العلاج بين النظرية والتطبيق ، المرجع السابق -ص98.

(2) د. عبد الرشيد مأمون -المرجع السابق -ص99.

(3) د. عبد الرشيد مأمون -المرجع السابق -ص99.

(4) انظر تفصيل ذلك أستاذنا د.جاسم العبودي -النيابة عن الغير في التصرف القانوني -رسالة دكتوراه بغداد - 1990 فالوكالة عقد والنيابة تفويض بارادة منفردة ، وإذا لم تكن الوكالة نيابية ، ومثلها الوكالة وعقد المسخر - فإن الاثار تنصرف إلى ذمة الوكيل ويلتزم أن ينقلها بتصرف لاحق إلى الموكل -ص47 -وما بعدها.

(5) د. عبد الرزاق السنهوري -الوسيط -العقود الواردة على العمل ، ج-7 ، المجلد الاول القاهرة 1964-ف208-ص372 - . وكذلك د. عبد الرشيد مأمون -المرجع السابق -ص103.

(6) د. حسن زكي الابراشي -المرجع السابق -ص93.

(7) تنص المادة (946) من تقنيننا المدني على انه ((تنتهي الوكالة بموت الوكيل أو الموكل أو بخروج احدهما عن الاهلية...))

ثانياً: عقد العلاج الطبي عقد عمل : ذهبت هذه النظرية إلى اعتبار عقد العلاج الطبي عقد عمل وذلك بأعتبار الطبيب أجيراً يعمل لحساب المريض ، ومن هنا فإنه لا يختلف عن العامل في شيء ، فالطبيب الذي يقوم بممارسة مهنته يتعاقد كأى شخص آخر من أرباب الحرف حيث أنه يقوم بعمل لقاء اجر⁽¹⁾ ، وان التشريعات الحديثة لا تفرق بين الاعمال الفكرية والاعمال اليدوية⁽²⁾.

ولكن نرى أن اصحاب هذه النظرية يؤمنون بوجود علاقة تبعية بين الطبيب والمريض ، وقد انتقدت هذه النظرية على اساس أن فكرة التبعية غير موجودة بين الطبيب والمريض ، وذلك لان الطبيب لا يمكن أن يكون تابعا للمريض ، فهو مستقل في عمله ولا سلطان عليه الا ضميره بتطبيق الاصول العلمية لمهنة الطب.

ويعرف عقد العمل بأنه ذلك العقد الذي يتعهد فيه شخص بالعمل لفترة من الوقت لخدمة شخص آخر ، وتحت اشرافه مقابل اجر⁽³⁾ ، ومعنى ذلك أن عقد العمل يقوم على الاعتبار الشخصي من جانب العامل هو عقد يقوم على تنفيذ متعاقد من جانب العامل مقابل دفع الاجرة ، وخضوع العامل لتوجيهات رب العمل وأوامره.

اما عقد العلاج فيقوم على الاعتبار الشخصي من جانب المريض لا اعتبارات رآها المريض في الطبيب فتعاقد معه لمعالجته ، ولا توجد في عقد العلاج ، خلافاً لعقد العمل تبعية من جانب الطبيب للمريض ولا يكون الطبيب منفذاً لتوجيهات المريض بل انه يقوم على استقلال الطبيب في مواجهة المريض ولا يمكن أن يقوم الا على هذا الاساس وذلك بجهل المريض لمهنة الطب.

ومن هنا لا يمكننا اعتبار عقد العلاج عقد عمل لا سيما أن المادة (900) من القانون المدني العراقي قد نصت على أن ((عقد العمل عقد يتعهد به احد طرفيه بان يخصص عمله لخدمة الطرف الاخر ويكون في ادائه تحت توجيهه وادارته مقابل اجر يتعهد به الطرف الاخر . ويكون العامل اجيراً خاصاً)).

ثالثاً : عقد العلاج الطبي عقد مقاوله: ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار عقد العلاج الطبي عقد مقاوله تأسيساً على استقلال المقاول في تنفيذ عمله وتوجيه العمال الذين يعملون معه لتنفيذ العقد ، وكذلك استقلال الطبيب في عمله بوصف العلاج أوفى اجراء العملية ، فالخصائص المشتركة بين العقدين والمتمثلة في استقلال كل من المقاول والطبيب في عمله

(1) د. عبد الرشيد مأمون - المرجع السابق - ص 106.

(2) د. حسن زكي الابراشي - المرجع السابق - ص 94.

(3) د. عبد الرشيد مأمون - المرجع السابق - ص 107.

وكذلك د. اسعد عبيد عزيز - المرجع السابق - ص 57.

، وفي تقاضي كل منهما أجره على العمل الذي يقوم به هي التي دعت إلناقول بان عقد العلاج الطبي هو عقد مقاوله.

ولقد انتقدت هذه النظرية من منطلق أن التزام المقاول هو التزام بتحقيق نتيجة وان التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية ، وهذا اختلاف جوهري فيما بينهما ، كما أن المقاول يستطيع اسناد العمل للمقاول ثانوي وان الطبيب لا يفعل مثل هذا وذلك لان عقد العلاج قائم على الاعتبار الشخصي⁽¹⁾ ، فالمرضى قد اختار الطبيب اختياراً مبنياً على ما يتحلى به من صفات معينة وليس اعتباطاً ، وهذه الصفات المعينة قد لا تتوفر في غيره من الاطباء ، هذا إلى جانب أن عقد المقاوله

مبني على الجانب الاقتصادي وحسابات الربح والخسارة وهذا ما يخلو منه عقد العلاج بوصفه عملاً مدنياً ، ويفترض أن يكون فضلاً عن ذلك انسانياً.

وبناءً على ما تقدم لا يمكن وصف عقد العلاج الطبي عقد مقاوله مع اقرارنا بانه يقترب احياناً من هذا الاخير مادام الطبيب يجري عملاً باستقلالية فلا يخضع لأشراف أولتوجيه من احد وبانه يكون مقابل اجر ، ومادامت هناك اعمال طبية يكون التزام الطبيب فيها التزاماً بتحقيق نتيجة وهي من مثل عمليات نقل الدم أو نقل الامصال وكذلك الاعمال المختبرية وعمل التركيبات الصناعية (طعم الاسنان أو الاطراف الصناعية)⁽²⁾ ، وكذلك التزام الطبيب أو المستشفى بسلامة المريض داخل المستشفى من الامراض المعدية.

واذ نفرغ من الكلام في هذه النظريات والانتقادات التي وجهت اليها فأظهرت انها لا تسعف في شيء فلنبحث عن التكييف الملائم فعسى أن نجده في الوجهة الثانية التالية:

الوجهة الثانية : أن عقد العلاج الطبي عقد غير مسمى وبعد أن تبين لنا فشل النظريات التقليدية في تكييف عقد العلاج فثمة نتيجة مفروضة هي أن نعتبره عقداً غير مسمى⁽³⁾ ، وذلك لان عقد العلاج له مميزات خاصة وقواعد لم توضع ولا تتفق مع العقود المسماة كما تبين لنا من قبل فهو عقد خاص مختلف عن العقود الاخرى ، اما التشابه بينه وبين بعض العقود فانه لا يفقده صفته واستقلاليته⁽⁴⁾.

ومما يميز عقد العلاج هو حق كلا المتعاقدين (الطبيب والمريض) في فسخ العقد متى شاءا ، ولكن حق الطبيب في فسخ العقد يكون مقيداً نسبياً بان لا يقع هذا الفسخ في وقت غير مناسب أو يكون مجلبة للاضرار بالمريض⁽⁵⁾ ، كما أن مما يميز هذا العقد هو أن مصالح اطرافه غير متنافرة خلافاً للعقود الاخرى التي يعمل كل متعاقد فيها على احراز الظفر على حساب المتعاقد الاخر ، فمصالح اطراف العقد الطبي تكون متفقة ومتوجهة نحو هدف واحد هو شفاء المريض⁽⁶⁾.

(1) د. اسعد عبيد عزيز - المرجع السابق - ص 59.

(2) د. اسعد عبيد عزيز الجميلي - المرجع السابق - ص 61.

(3) د. حسن زكي الابراشي - المرجع السابق - ص 99.

(4) د. عبد الرشيد مأمون - المرجع السابق - ص 91.

(5) د. حسن زكي الابراشي - المرجع السابق - ص 91.

(6) د. عبد الرحمن عبد الرزاق داود الطحان - المرجع السابق - ص 62.

والى جانب ما تقدم فان عقد العلاج من العقود المدنية ، فممارسة العمل الطبي ليست ممارسة لعمل تجاري ولا يغير من هذا أن يمارسه الطبيب في مستشفى خاص أو شركة أو مصنع فهو عمل مدني ، وان التزام الطبيب بوجه عام هو التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق نتيجة.

ومن هنا فلا يبقى امامنا الا التسليم بان عقد العلاج الطبي هو عقد غير مسمى ولكن من نوع خاص وقائم بذاته وهو يختلف عن عقود القانون المدني ويحتاج إلى تنظيم خاص الامر الذي يدعونا إلى أن نتمنى على المشرع تنظيمه وذلك لما له من اهمية خاصة تنبثق من اهمية ما ينظم من روابط لها مساس بحياة الفرد والمجتمع.

المبحث الثاني

صور الخطأ الطبي (بنوعيه المهني والعادي) على صعيد المسؤولية التقديرية والتقصيرية

أن الخطأ الذي يقع من الطبيب حين ممارسته عمله الطبي يتخذ صوراً كثيرة ومتنوعة ، وقد يتولد عن هذا الخطأ الطبي ضرر للمريض ، فأذا كان ما بين الطبيب والمريض عقد اجراء علاج أو عملية جراحية كانت مسؤولية الطبيب عقدية ، واذا لم يوجد بينهما عقد كانت مسؤولية تقصيرية ، وان هذا الخطأ قد يندرج ضمن الخطأ الفني ، وقد يرد ضمن الخطأ العادي الذي يمكن محاسبة الطبيب عنه دون الرجوع إلى اهل الخبرة من الاطباء ، والاطباء الطبية قد تتجسد في صورة نقص في العناية الطبية ، أو في صورة امتناع أو تأخر عن العلاج كما قد تتجسد في صورة خطأ في تشخيص مرض تكون

اعراضه واضحة أو خطأ في وصف علاج وكذلك خطأ في العمليات الجراحية (ومنها عمليات جراحة التجميل) وخطأ طبيب التخدير أو طبيب الأشعة أو المساعد الطبي أو الخطأ في نسيان قطع من الشاش أو الأدوات الجراحية في جوف المريض ، وقد يسأل الطبيب ايضاً عما يلحق المريض من ضرر ناشئ عن عمل المساعدين الذين يعملون معه وعن الاشياء التي يستعملها. لذا فسننولى بحث صور الخطأ الطبي في ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الاول : مسؤولية الطبيب عن خطئه الشخصي ونتناول في المطلب الثاني : مسؤولية الطبيب عن خطأ الغير والاشياء ونخصص المطلب الثالث للخطأ الطبي في احكام الفقه الاسلامي.

المطلب الأول

مسؤولية الطبيب عن خطئه الشخصي

ان القواعد العامة تقضي بان يكون الطبيب مسؤولاً عن خطئه الشخصي الذي يرتكبه اثناء قيامه بعلاج المريض أو اثناء القيام بالعملية الجراحية ، ولكن خطأ الطبيب الذي يسأل عنه يتمثل في صور عديدة من مثل خطئه في اجراء العملية الجراحية أو اجراء عملية التجميل ، وخطئه بامتناعه عن علاج مريض مشرف على الهلاك دون أن يكون لديه مبرر قوي لهذا الامتناع ، وكذلك خطئه في التشخيص وفي وصف العلاج ، ومن هنا فسنعنى ببحث اهم حالات خطأ الطبيب الشخصي في ثلاثة مقاصد ، نتناول في المقصد الاول : الخطأ المتمثل في امتناع الطبيب عن معالجة المريض أو في تأخره عن المعالجة ، ونتناول في المقصد الثاني : الخطأ في التشخيص وفي وصف العلاج ، ونتناول في المقصد الثالث: الخطأ في اجراء العمليات الجراحية .

المقصد الأول

الخطأ المتمثل في امتناع الطبيب عن معالجة المريض أوفي تأخره عن المعالجة

ان الطب مهنة حرة مثل باقي المهن ، والطبيب حر في مزاوله عمله وفي ابرام عقود العلاج مع من يشاء وفي أي وقت يشاء ، وله كامل الحرية في اجابة دعوة المريض للعلاج أرفضها ، على أن هناك استثناءات في هذا الخصوص ، سنتطرق إليها في موضعها المناسب ، والحقيقة انه ليس بمقدور الطبيب أن يستجيب لطلب كل مريض ينشد العلاج وليس عليه الزام مطلق في هذا الشأن ، والا فلو الزم بذلك لكان هذا الطبيب في حالة عبودية تسلبه الراحة الفكرية والجسمانية معا وتلحق الضرر، في النتيجة ، بجمهور المرضى⁽¹⁾، بل لكان في ذلك تعارض صارخ مع مبدأ الحرية ، ويمكن القول إلبجانب ذلك ، أن عدم تلبية الطبيب لدعوة المريض لا يشكل خطأ لقيام مسؤوليته وذلك لانعدام علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

ولكن الفكرة الاخلاقية توجب على الاطباء الاستجابة للمرضى الذين يقصدونهم ، اذ أن هؤلاء الاطباء قد حصلوا على مؤهلات دراسية بقصد خدمة الفرد والمجتمع ، وان مما يقتضيه هذا أن يعالجوا المرضى بكل ما هو ضروري لذلك ، وان هذه الفكرة يجب أن تكتسب انتشاراً أوشيعاً ، وذلك لان الواجب الاخلاقي يفرض على كل واحد منا التزام القواعد الاساسية في المجتمع والحفاظ على تماسكه ، بأداء الوظيفة الاجتماعية الملقاة على عاتقه⁽²⁾ ، وان التتصل عن هذه الوظيفة قد يكون بطريق امتناع الطبيب ومن ثم اعتبار ذلك خطأ موجباً لمسؤوليته ، ولكن هذا الاتجاه قد انتقد من اكثر من جهة اذ أن الاخلاق

ذاتها تجيز للطبيب عدم اجراء العملية اذا لم يتفق اجراؤها مع قناعاته الضميرية أومع اجتهاده الطبي ، وهي من ثم تقضي في مثل هذه الاحوال بعدم مؤاخذه الممتنع بسبب امتناعه⁽³⁾، وان اعتبار الاخلال بالواجب الاخلاقي خطأ انما هو توسع من غير سند ، وهم للحدود بين المسؤولية الادبية والمسؤولية القانونية⁽⁴⁾ واذا كانت العلاقة وثيقة بين هاتين المسؤوليتين فلا يسوغ ذلك ابدأ هدم ما بينهما من حدود أوالاجهاز عليها ، وذلك لان

(1) د. حسن زكي الابراشي -المرجع السابق -ص242.
وكذلك د. عبد السلام التونجي -المرجع السابق -فقرة (189) -ص145.

(2) د.حسن زكي الابراشي -المرجع السابق -ص244.

(3) أستاذنا د.جاسم العبودي -الوازع الضميري في العمل الطبي ، محاضرة القيت في دورات التعليم المستمر في جامعة صلاح الدين -اربيل -عام 1985.ص 15.

(4) د.حبيب ابراهيم-مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الاشتراكي -جامعة الجزائر -ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر -1979 -ص108.

دائرة الاخلاق أوسع من دائرة القانون ، ولأن قواعد هذه الاخيرة تنقسم بالشدة والحسم من اجل استتباب الامور واستقرار التعامل ووضع الاشياء في نصابها ، بل أن التوسع سوف يمنح القضاة سلطة واسعة تجعلهم يتحكمون في مصير الناس ⁽¹⁾ ، والواقع أن الفقه قد حرص حرصاً شديداً على تجنب التداخل بين تلكما الدائرتين ، بل انه قد بدأ في هذا الامر متأثراً بما هو معروف في القانون الجنائي حيث لا جريمة ولا عقوبة الا بنص ⁽²⁾ ، ولكن الروح الاجتماعي الذي طبع كثيراً من التوجهات بطابعة ، وبروز الفكر الاشتراكي وتراجع الفكر الفردي التقليدي امامه انما نجا بالمسؤولية الطبية نحواً بما يأتلف مع ماحياة الانسان من قيمة جوهرية ولصحته وأسلامته من اهمية . ((فالممارسات أو الامتناعات التي تلحق الضرر باحد الافراد أو تهدد كيان المجتمع انما هي مرهونة بقيم كل مجتمع وعاداته والفلسفة التي يقوم عليها ، فالموازنة بين ما يجب حمايته وما لا يجب ستميل بحكم الفطرة إلى كفه دعم القيم الايجابية واشاعة روح التضامن والتعاون بين الانسان واخيه الانسان على فرض التجرد من متطلبات الفكر الفردي ومن يجد في هذه القيم والروح تعارضاً مع منطلقاته الانانية أو الاستغلالية)) ⁽³⁾

ومن هنا فلو أن طبيباً في الريف قد امتنع عن علاج المريض بدون مبرر قوي وهو يعلم أن تداخله الفوري لا غنى عنه ولم يكن هناك الا هذا الطبيب لكان في ذلك حرمان لهذا المريض من العناية الطبية التي يمكن أن تنقذ حياته من الموت أو تمنع تفاقم المرض عنده ، ولكان هذا الطبيب مسؤولاً عن ذلك الامتناع ⁽⁴⁾ ، فهو يتعارض مع قواعد اخلاقيات المهنة الطبية وقيم التضامن الاجتماعي على نحو صريح ولعل من الامثلة الاخرى على هذا الامتناع هو امتناع الام عن ارضاع ولدها فيموت ، وامتناع سباح عن انقاذ شخص يغرق مع قدرته على انقاذه ، والواقع أن الفقه قد اختلف فيما يتعلق بقيام المسؤولية جراء امتناع من هذا النوع، فذهب الراي الراجح فيه إلى انه لا قيام للمسؤولية دون النص صراحة على ذلك ، وذهب راي مرجوح يمثل الاقلية (ومنه الفقه الالماني وجانب من الفقه المصري والتشريعات الانكلوسكسونية ومن ترسم منهجها) إلى انه لا اعتراض على عدم قيام المسؤولية اذا لم يكن الشخص ملزماً بواجب والواجب هو كل ما يترتب على التزام قانوني لا فرق أن كان مصدره قانوناً أو تعاقداً أو ترتباً على حالة انشأها الممتنع يتعارض مع موقفه السلبي الذي قاد إلى الضرر ، اما اذا لم يكن الشخص ملزماً بواجب ولم يكن موقفه متعارضاً الا مع ما تستلزمه قيم التكافل الاجتماعي والشهامة والمروءة فانه لا يسأل في هذه الحالة عن الضرر الذي ترتب على موقفه السلبي ، واذا عوقب فانه يعاقب على مجرد امتناع عن اسداء العون بصرف النظر عن النتيجة التي

(1) د. حبيب ابراهيم - المرجع السابق - ص 108.

(2) د. عبد السلام التونسي - المرجع السابق - ص 345.

(3) أستاذنا د. جاسم العبودي ، المانع الضميري في العمل الطبي - المرجع السابق - ص 7 .

(4) د. عبد السلام التونسي - المرجع السابق - ص 346.

وقعت⁽¹⁾. والحقيقة أن نصوص القانون لا تسعفنا في تحميل الطبيب المسؤولية عن الخطأ الذي ارتكبه بامتناعه

عن معالجة المريض ، ولو رجعنا إلى القواعد العامة لمساءلة الطبيب بسبب الامتناع عن العلاج لتعين على المريض أن يثبت الضرر الذي لحقه جراء هذا الامتناع كما يثبت علاقة السببية بين هذا الامتناع الذي يعد خطأ والضرر الذي لحق المريض⁽²⁾.

ويجب التفريق بين حالة الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام أو يتعاقد مع صاحب مصنع على علاج العمال الذين يعملون في مصنعه وحالة الطبيب الذي لم يرتبط بمثل هذا التعاقد، ففي الحالة الأولى يكون الطبيب مسؤولاً إذا امتنع عن علاج عمال المصنع ، أو المراجعين الذين يأتون إلى المستشفى وذلك لوجود رابطة عقدية مع الطبيب تحمل في ثناياها الاشتراط لمصلحة الغير ، والغير هنا المرضى الذين يراجعون المستشفى أو عمال المصنع الذي تعاقد الطبيب مع صاحبه ، ومسؤولية الطبيب هنا مسؤولية عقدية لانه ملزم بعلاجهم بمقتضى العقد⁽³⁾.

أما الحالة الثانية : حيث لا تعاقد فليس فيها مسؤولية على الطبيب وذلك لانه حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد ، وهذه الحرية يتمتع بها الطبيب مثلما يتمتع المريض بالحرية في التعاقد مع هذا الطبيب أو ذاك ، ولكن حق الطبيب في التعاقد أو عدمه لا يقال به على إطلاقه ، فالفقه يقيّد هذا الحق بقيود مختلفة تتمثل في حالات عديدة منها حالة أن يكون الطبيب هو الطبيب الوحيد في المكان ،

وليكن مثلاً في الريف حيث كان الغالب أن لا يوجد هناك إلا طبيب واحد ، فإذا دعي هذا الطبيب لعلاج حالة مرضية مستعجلة فعليه أن يستجيب وأن القول بحقه أو حرّيته في اختيار مرضاه يهدر أمام حالة تماسك المجتمع وتضامنه ، وكذلك في حالة الظروف الاستثنائية من مثل الحروب فإن الطبيب إذا امتنع عن العلاج يكون قد ارتكب خطأ موجبا لمسؤوليته⁽⁴⁾ ، ومنها حالة الاستعجال كان يكون هناك جريح في الشارع جراء حادث ما ، فالطبيب هنا يكون مطالباً بتقديم خدماته إذا لم يكن بوسع غيره تقديم تلك الخدمات من مثل ربط الشريان النازف أو وصف العلاج ، فهو إذا لم يقدّم بأسعاف الجريح مات هذا الجريح بسبب النزف ، وهنا لا يستطيع الطبيب الاحتجاج بعدم توفر علاقة السببية بين الوفاة

(1) أستاذنا د. جاسم العبودي ، -التجريم والعقاب في إطار الواقع الاجتماعي- مطابع دار الحكمة 1990 -ص 131-132.

(2) د. عبد السلام التونجي -المرجع السابق-ص 349. ويجدر بالذكر أن قانون العقوبات العراقي النافذ قد عاقب على الامتناع فخصص المادتين 370 و 371 منه لمعالجة هذا الامتناع الذي اقتصر على الامتناع عن تقديم المعونة التي يطلبها موظف أو مكلف بخدمة عامة أثناء حصول حريق أو غرق أو كارثة وكذلك الامتناع والتواني غير المبرر بعذر عن اغاثة ملهوف في كارثة أو مجني عليه في جريمة فضلاً عن الامتناع دون عذر عن رعاية العاجز بسبب شيخوخة أو صغر أو مرض وكان مكلفاً قانوناً أو اتفاقاً بهذه الرعاية ، والواقع أن الفقه الاسلامي لم يفرق الامتناع بين واجب قانوني أو عقدي وبين واجب ديني ، إذ أن ترك الواجب الديني يعد أثماً يستدعي المساءلة القضائية إذا ما ترتب عليه تعريض حياة للتلأف فإذا لم يكن بد من قيام الطبيب بمعالجة المريض لأي سبب من الأسباب فإن واجب الطبيب في انقاذ الحياة يتحول عندئذ إلى واجب قضائي يقره القضاء ((انظر أستاذنا د. جاسم العبودي -التجريم والعقاب -المرجع السابق -ص 133)).

(3) د. حسن زكي الابراشي -المرجع السابق- حاشية (1) -ص 241.

(4) د. محمد فائق الجوهري -المرجع السابق- 388.

والامتناع أو التذرع بان الوفاة كانت بسبب النزف ، فالمريض ما كان ليموت لو أن الطبيب اسعفه⁽¹⁾.

وحرى بالاشارة أن الطبيب الذي يمتنع عن اعطاء مريضه الدواء بقصد احداث وفاته ، وتوفى المريض فعلا فالطبيب يعتبر قد ارتكب جريمة قتل عمدية بامتناعه عن القيام بواجب تفرضه عليه مهنته وعلاقته بمريضه ، اما اذا امتنع اهمالا فانه يعتبر قد تسبب بالوفاة عن غير عمد لان الامتناع قد كان نتيجة خطأ ارتكبه⁽²⁾.

ولكن هنالك حالات يعفى فيها الطبيب من المسؤولية ، اذا كان لديه مبرر قوي لرفض العلاج والتأخر فيه ، فاذا كان تاخره مثلا بسبب انه كان يعالج حالة اهم من الحالة التي دعي لعلاجها فلا مسؤولية عليه ، وكذلك اذا كان يعمل في مستشفى أي كان موظفا فيه ودعي إلى علاج مريض اخر ولم يستطع ترك مرضاه في المستشفى فلا تنهض مسؤوليته ، ويعفى من المسؤولية كذلك اذا استحالت عليه

زيارة المريض بسبب مرضه أو بسبب انقطاع طرق المواصلات ، كما يعفى اذا كان امتناعه حدث في فترة يستطيع بها اهل المريض طلب طبيب اخر للحضور ، فلو وقع أي سبب من هذه الاسباب لكان كافيا لعدم محاسبة الطبيب اخذا بقاعدة أن للطبيب مطلق الحرية في الحضور أو عدمه لاي سبب يراه⁽³⁾.

ولا بد من الاشارة اخيرا إلى أن اخطاء الاطباء تحاط بتكتم وادعاءات مضللة باطلة أو مخالفة للحقيقة تخليصاً للطبيب من المسؤولية ، أو ان القضاء يقرر الافراج لعدم كفاية الادلة ، بل انه في بعض الاحيان ، وفي عدد غير قليل من البلدان ، قد يتحایل على النصوص ليصدر احكاماً بانتفاء المسؤولية استنادا إلى اسباب واهيه لعل من اهمها تعذر وصوله إلى الحقيقة أو درايتة التامة بالمجريات ، أو لعدم اقتناعه بالنص القانوني ، ففي انكلترا ، حصل ، قبل تغيير قانون الاجهاض ، أن اعطى الطبيب (فيليب) غطاسات بكمية كبيرة هي ستة أونصات من خلاصة نبات يسمى (سامنن) ، لامرأة متزوجة وحامل لاربعة شهور (هي ماري كولد سميث) فدفع محاميه بان الدواء نقاعة وليس خلاصة وان موكله لم يعلم بحمل المرأة ، فقرر القاضي بانه اذا كان الطبيب قد اعتقد وقتذاك انها (أي الخلاصة) ليس بقصد اجهاضها فلا مسؤولية ، فأقسمت المرأة بانها لم تشعر بحركة الجنين فاعلن القاضي عدم مسؤولية الطبيب⁽⁴⁾.

ولكن الامر ياخذ منحى اخر فيما يتعلق بتصنيع الدواء الذي يؤدي إلإضرار حتى لو نتج هذا الضرر عن اكثر من مصدر فثمة معارض على القضاء الامريكي هي قضية Sinde LLV. Abbott Laboratories تتلخص في أن امرأة حاملاً تناولت عقارا يطلق

(1) د. عبد السلام التونجي - المرجع السابق - ص 349.

(2) د. مصطفى العوجي - القانون الجنائي العام - ج 1 - النظرية العامة للجريمة - مؤسسة نوفل - بيروت - 1984 - ص 429.

(3) د. محمد فائق الجوهري - المرجع السابق - ص 389.

(4) Potts; M-Ab ortion; cumbridge Univer sity press, 1977 -P -280

عليه اسم (Des) كان من المعتاد أن يعطى يومذاك لمنع الاجهاض ، وقد تبين بعد تطور في هذا الميدان انه يتسبب في اصابة المولود بنوع نادر من السرطان ، وقد ظهر السرطان وتطور بالفعل لدى الابنة الوليدة

لتلك المرأة التي تناولته فاقامت الدعوى على (11) مصنعا من مجموعة (200) مصنع يصنع هذا العقار لعدم استطاعتها تحديد المصنع الذي صنع العقار (Des) الذي تسبب في اصابتها بالسرطان ، فرأت المحكمة أن المدعية قد قدمت سببا صحيحا ومشروعا لدعواها ضد مصنعي هذا الدواء جميعا وان هؤلاء هم اقدر على تحمل تعويض الاصابة الناجمة عن تصنيع منتج رديء ، فحكمت على كل منهم بجزء من التعويض المستحق للمدعية باعتبار ان⁽¹⁾ لكل مصنع حصة في سوق هذا العقار وانه قد انتفع من تسويقه وهذا فيما نرى ، يمثل منظورا جديدا للمسؤولية القانونية وانه يعبر بشكل أواخر عن فكرة (الغنم بالغرم) فالمصنعون جميعا قد غنمو من تسويق العقار وعليهم جميعا أن يغرموا.

المقصد الثاني

الخطأ في التشخيص وفي وصف العلاج

ان مرحلة التشخيص هي البداية في العلاقة بين الطبيب والمريض ، وانها المرحلة التي يعتمد عليها العلاج ، فاذا كان تشخيص الطبيب لحالة المريض صحيحا ودقيقا

(1) انظر Roger Findely ; Environmental Law ; Kluwer Law international ; The Hague London –1997, P201.

استطاع أن يصف له العلاج الملائم لحالته المرضية ، وإذا فشل في تشخيص حالة المريض كانت الاعمال اللاحقة الهادفة للمعالجته وشفائه فاشلة هي الاخرى ، لذا يجب على الطبيب أن يحاول معرفة المرض الذي يعاني منه المريض وتطوره واساسه ، وما يحيط بالمريض من ظروف وتأثيرات من مثل بنيته وحالته الصحية وسوابقة المرضية والتأثيرات الوراثية ، وتنشأ لدى الطبيب فكرة عن المرض المطلوب تشخيصه مما يسمعه من المريض ومما يرى من علامات أو يلمس من اعراض.

ومسؤولية الطبيب في التشخيص تخضع للمبادئ العامة التي ذكرناها وهي أن يبذل هذا الطبيب لمريضه عناية طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي احاطت بالطبيب المسؤول ، وكان مماثلاً له في الشهادة والتخصص وفي الظروف العامة التي احاطت بالطبيب كبعد المريض أوقربه من المدينة ، وتوفر الاجهزة الطبية من عدمه. وعلى الطبيب أن يفحص المريض فحصاً دقيقاً متلمساً مواضع الألم متحسناً أماكن الداء ، مستعملاً جميع الوسائل التي وضعها العلم تحت تصرفه مثل الاجهزة الطبية الحديثة والتحاليل المختبرية والاشعة ونحوها ، فضلاً عن الفحص السريري توخياً للاصابة والدقة في التشخيص.

ويجدر بالإشارة أن الخطأ في التشخيص بحد ذاته لا يشكل خطأ⁽¹⁾ وذلك لان التشخيص هو في الحقيقة استنتاج يتولد من عوامل عديدة يكون فيها لقوة ملاحظة الطبيب ودقتها نصيب كبير ، ولان الاعراض المرضية قد تختلط وتتشابه في الكثير من الامراض البالد الذي يصعب معه على اكثر الاطباء دراية وخبرة تشخيص المرض⁽²⁾ بل أن صواب التشخيص يعتمد في الغالب على الاستعانة بالوسائل التي وفرها له العلم⁽³⁾، فاذا استعمل الطبيب هذه الوسائل الطبية ولم يصل إلى تشخيص صحيح فلا يعتبر الطبيب هنا مخطئاً، وكذلك لو رجع الطبيب رأياً علمياً على رأي آخر من الاراء التي يقرها اساطين الطب ولم يصل إلى التشخيص الصحيح فلا مسؤولية عليه ، ويراعى في تقدير خطأ الطبيب اختصاصه العلمي ، فالطبيب الاختصاصي ، كما هو مفترض أو معروف ، يكون اكثر صواباً أودقة من الطبيب غير الاختصاصي ، ولكن الطبيب الاختصاصي يسأل عن المرض الذي يقع خارج دائرة اختصاصه وكأنه طبيب غير اختصاصي ، ويجب على الطبيب الممارس العام أو غير الاختصاصي أن يستشير طبيباً اختصاصياً عند استعصاء الحالة أو اختلاطها عليه ليستعين به في تشخيص حالة المريض⁽⁴⁾. ولكن القاعدة العامة لا تلزم الطبيب الممارس العام باستشارة طبيب اختصاصي ، فهذه الاستشارة تدخل من باب

(1)- عبد الهادي مظهر احمد صالح/مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية عن أخطائهم المهنية-بحث مقدم الى المعهد القضائي-1990-ص 34.

(2) د. محمد حسين منصور -المرجع السابق-ص 38.

(3) عمر عبد المجيد مصبح -المسؤولية الجنائية للطبيب عن خطئه في التشخيص-دراسة مقارنة-رسالة ماجستير -مقدمة لكلية القانون -جامعة بغداد -سنة 2000 -ص 88.

(4) المحامي نزار عرابي مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص- المحامون مجلة تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العربية السورية العدد الثاني-السنة 48 شباط 1983-ص 123

الاستثناء عندما تكون حالة المريض صعبة أو عندما يطلب المريض أو أهله مثل هذه الاستشارة ، ويعتبر الطبيب مخطئاً إذا لم يقيم بهذه الاستشارة ، ، هذا ما لم تكن حالة المريض على درجة من السوء بحيث لا تحتل الانتظار حتى ورود المشورة ، كما يجب على المريض تزويد الطبيب بكافة المعلومات عن مرضه ، وإذا كان الخطأ في التشخيص راجعاً للتضليل المريض وعدم ادلائه بالمعلومات التامة الصحيحة عن الامه ومرضه فلا مسؤولية على الطبيب.

ولكن تنثور مسؤولية الطبيب اذا كان الخطأ في التشخيص يشكل جهلاً واضحاً بما هو متفق عليه من المبادئ الاولية في الطب وهي ما يشكل الحد الادنى المتفق مع اصول المهنة الطبية.

ولا يشكل الخطأ في التشخيص خطأ طبياً حتماً الا اذا كان نتيجة اهمال وعدم تحرز في الفحص الطبي كأن يجري فحص المريض بصورة سطحية بعيدة عن التعمق والاهتمام أو دون استعمال الادوات الطبية التي تساعد على التشخيص ، وإذا اعتادت المحاكم أن تضع في اعتبارها عنصر الاحتمال في التشخيص فانها لا تفعل ذلك اذا كان الغلط غير معتقراً كما لو كانت علامات واعراض المرض من الظهور بحيث لا تقوت على الطبيب مثل الذي قام بالتشخيص⁽¹⁾.

اما اذا تحرز الطبيب في الفحص ولم يصل إلى التشخيص الصحيح فلا حرج عليه اذا اخطأ التقدير ، وقد كان الدكتور (برو وارديل) يقول لتلاميذه في دروس الطب الشرعي ((كثيراً ما وقعت في غلط ولكن ليس لاحد أن يوجه اليها أي لوم ما دمنا توخينا الدقة في البحث ، ففحصنا الاعراض والسوابق قبل اجراء التشخيص فاذا ظهر فساده مع ما اتخذناه من الاحتياط لعدم الوقوع في الغلط ، فليس لاحد أن يحاسبنا ويجب أن لا ننسى أن اكثر العلماء لم يسلموا من الغلط))⁽²⁾، وكان الدكتور (دري باشا) جراح مصر الكبير ينصح طالبته عند اجراء عملية جراحية على مريض شخصت حالته بانها حالة حصاة في الكلى ، بان ياخذ الواحد منهم معه حصاة وهو يتاهب لاجراء العملية ، ليظهرها للمريض وذويه اذا

لم يجد حصاة في كلية المريض ليؤاري بها غلطة في التشخيص⁽³⁾، ولكن هذه النصيحة ، فيما نرى ، ليست سوى وسيلة من وسائل الخداع ولفلفة الحقيقة والتستر على الخطأ ومن

(1) د. محمد حسين منصور المسؤولية الطبية - المرجع السابق - ص 41. كذلك الاستاذ د. خليل جريج - الخطأ المهني في نطاق العمل الطبي مجلة القضاء والتشريع - تصدر عن كتابة الدولة للعدل - شارع فرحات حشاد - تونس - 1964 - ص 18.

(2) د. محمد فائق الجوهري - المرجع السابق - ص 399.

(3) د. محمد عبد الحميد محمد بك - في اغلاط الجراحين وحوادث الجراحة - مطبعة المعارف - 4 ، المقدمة ص (د) و (هـ) - مشار إليه لدى د. محمد فائق الجوهري - المرجع السابق - ص 299.

ثم التخلص من المسؤولية وما كان يليق بمثل هذا الاستاذ الطبيب أن يفعل ذلك تحت أي مبرر أو ذريعة.

ويعد تشخيص المرض مرحلة تسبق قيام الطبيب بتحديد نوع العلاج الذي يصفه للمريض ، وإذا ما اراد وصف العلاج وجب عليه أن يبذل العناية الكافية في اختيار العلاج الملائم لحالة المريض وأن يستخدم في سبيل ذلك وسائل معروفة وعلماً حديثاً⁽¹⁾، ولا يلتزم الطبيب بنتيجة معينة كشفاء المريض مثلاً فهو لا يكون مسؤولاً أو ملزماً باتباع طريقة في العلاج أتبعته من قبل الاغلبية من رجال الطب بل له أن يختار الطريقة التي يراها مناسبة لعلاج مريضه ، بشرط أن يكون طريقة ناجحة ومعترفاً بها من قبل اساتذة الطب ، ولا مسؤولية عليه عن طريقة العلاج التي اتبعها ما دامت هذه الطريقة صحيحة علمياً ومتبعة فعلاً في علاج المرض ، ومسؤولية الطبيب عن الخطأ في العلاج لا تقوم بصفة مطلقة على نوع العلاج الذي يختاره ، والا اذا اثبت انه في اختياره للعلاج اظهر جهلاً باصول العلم والفن الطبي⁽²⁾.

والحقيقة أن الحالات المرضية لا تتطابق تماماً ، وهذا ما يستلزم أن يكون الطبيب حراً في التصرف حسب تجاربه ومهارته الشخصية⁽³⁾ ، وقد عرضت في مصر قضية فتاة أصيبت بالقرع ، نُسب فيها أن الطبيب المعالج قد اخطأ في علاجها بالتاليوم ، وهو عقار خطير قد تترتب عليه نتائج خطيرة بدلاً من الأشعة

وهي أقل خطراً ، ولكن المحكمة قررت ان اختيار طريقة العلاج هو من حق الطبيب وحده ، ولا مسؤولية عليه في ذلك ما دام الطريق الذي يختاره هو من الطرق المسلم بها علمياً⁽⁴⁾، ولكن بعض المحاكم قد قررت مع ذلك الحكم بالتعويض عن الاضرار المحتمل وقوعها مستقبلاً بسبب العلاج الخطر حتى ولو كان هذا التعويض عن مجرد الخوف من الإصابة بمرض خطير جراء ذلك (كالسرطان مثلاً) اذا كان هذا الخوف يستند الى معرفة تعززها شهادة الخبراء المختصين الموثوق بهم⁽⁵⁾.

وعلى الطبيب وبعد تشخيص المرض ان يراعي في وصف العلاج بنية المريض وسنة وقوة امعان المرض فيه وحالته النفسية لكي يأتي هذا العلاج مناسباً ، فالمرض الواحد ليس له علاج واحد في جميع الاحوال ، وما ينفع مريضاً في العلاج قد يضر مريضاً آخر مصاباً بالمرض ذاته ، وقد قيل ليس هناك امراض بل مرضى⁽⁶⁾، ولا يكون

(1) اسامة عبد الله قايد - المسؤولية الجنائية للأطباء - دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - بني سويف - 1987 - ص 352.

(2) اسامة عبد الله قايد - المرجع السابق - ص 353.

(3) د. محمد فائق الجوهري - المرجع السابق - ص 401.

(4) د. محمد فائق الجوهري - المرجع السابق - حاشية 6، ص 401.

(5) Roger Findley Environmental; OP-cit- P.P-203-204.

(6) د. حسن زكي الابراشي - المرجع السابق - ص 270.

الطبيب مسؤولاً إذا لم يستطع التعرف على ضعف المريض الذي يحول دون استعمال علاج معين.

ويستطيع الطبيب ان يعطي جرعة اكثر من الجرعة المعتادة للمريض ، وذلك لكي يجعل الدواء اكثر فاعلية ، بشرط ان لا يكون قد خرج عن الحد المعقول المعترف به من قبل اصحاب المهنة⁽¹⁾ ، وعلى الطبيب ان لا يعرض مريضه لخطر علاج لا تقتضيه حالته الصحية ، ولكن يجب ان يوازن بين مخاطر العلاج وبين اخطار المرض بحيث لا يهدد سلامته ولا يؤذيه بعلاج لا تقتضيه حالته الصحية ، وعلى العكس من هذا اذا كانت حالة المريض ميؤساً منها فهنا عليه ان يقرر أي طريقة علاج لأنقاذه حتى وان اتسمت بالخطورة⁽²⁾.

وتبقى طريقة العلاج التي يختارها الطبيب بعيدة عن تقويم المحاكم ومناقشاتها ، ولكن يتعين ان لا ننسى ان على الطبيب مراعاة التقدم العلمي في مجال العلاج الطبي ، واذا قلنا بان الطبيب لا يستطيع مواكبة كل التطورات العلمية في مجال الطب ، فيجب عليه ان يعرف الحد الأدنى منها ولا يأخذ بطريقة علاج تخلى عنها اقرانه واصبحت مهجورة في مقابل التقدم العلمي في حقل الطب⁽³⁾.

وعلى الطبيب ان يبين نوع العلاج ومقدار الجرعة ويكتبه بخط واضح تحسباً لاسوأ الاحتمالات وذلك لأن بعض الادوية المحلية والمستوردة التي تصل الى المرضى عن طريق الصيدليات لاتوجد بداخلها النشرة الاعلامية العلاجية وما يتضمنه الدواء من فوائد وتحذيرات وتأثيرات جانبية وبيان الاستخدام الامثل لها .

(1) د.حسن زكي الابراشي -المرجع نفسه -ص271.

(2) د.محمد فائق الجوهري-الرجع السابق -ص402.

(3) د.محمد حسين منصور -المسؤولية الطبية -المرجع السابق-ص41.

المقصد الثالث

الخطأ في اجراء العمليات الجراحية

من المعروف ان للعمليات الجراحية فوائدها الكبرى بالنسبة الى من يحتاجها من المرضى ، ولكنها من الخطورة بمكان بحيث يتعين على الطبيب ان يحتاط كثيراً لاجرائها وان يبذل العناية الكافية قبل القيام بذلك ، وان لا يجريها الا بعد تأمل وتدبر ، ثم الجزم بانها الحل الوحيد لانقاذ حياة المريض⁽¹⁾ ، كما يتعين على الطبيب اجراء الفحوصات المطلوبة للتأكد من ان حالة المريض الصحية تقتضيها لتخليصه من الالم أو لانقاذ حياته من الموت أو من خطر يهددها ، وكذلك اجراء فحوصات سابقة على

العملية ليس على المنطقة التي تجرى فيها العملية فحسب ، وانما على الحالة العامة للمريض ايضاً ، وتفحص ما يمكن ان يقترن باجراء العملية من نتائج جانبية لا يمكن تلافيها ويقع الفحص العام في حدود تخصص الطبيب وحالة المريض ، وينبغي على هذا الطبيب كما مر بنا الاستعانة بمن هم اكثر تخصصا في المجالات الطبية الاخرى عند عدم تمكنه من التيقن من حالة المريض⁽²⁾، فاذا كانت حالة المريض مستعجلة ولا تسمح بأجراء كافة الفحوصات فلا لوم على الطبيب ان لم يفعل ذلك وفي ما يتعلق بحدود تخصص الطبيب فيأخذ بالحسبان المكان أو المستشفى الذي تجرى فيه العملية ومدى توفر الاجهزة الطبية من عدمه ، اما فيما يتصل بالفحوصات التي يتطلبها العملية من مثل فحص الضغط والدم والفحوصات الشعاعية المطلوبة والتصاوير والتحاليل الطبية ، فان الطبيب يعتبر مسؤولا اذا لم تتم على وفق طرق الفحص الحديثة ، ويعفى من ذلك اذا منعت الظروف لعدم وجود الامكانيات في المنطقة أو لوجوب

التدخل الفوري دون انتظار⁽³⁾، ويجب على الطبيب الجراح اخذ رضا المريض وتبصيره بالعملية وبما يحيط بها من اخطار على ان لا يؤثر توضيح مخاطر العملية على حالة المريض النفسية ويجعله غير مهياً لاجراها ، ولا تجرى العملية الجراحية بدون رضا المريض الا في حالة الضرورة ، أي في الحالات المرضية المستعجلة ، حيث تكون حالة المريض خطرة أو يكون المريض في وضع لا يسمح باعطاء رضائه ، ويجب اخذ رضا ذوي المريض أو رضا من هم برفقته.

(1) د. عبد السلام التونسي - المرجع السابق - ص 392.

(2) د. محمد حسين منصور الخطأ الطبي من خلال العمليات الجراحية - مجلة الدراسات القانونية - كلية الحقوق - جامعة بيروت العدد الثالث - كانون الاول - 1999 - ص 52.

(3) د. محمد حسين منصور الخطأ الطبي من خلال العمليات الجراحية - مجلة الدراسات القانونية - المرجع السابق - ص 54.

والواقع ان الاساس القانوني للعمل الطبي بشكل عام انما هو امر مختلف في ، فثمة من يرى ان رضا المريض هو الاساس القانوني لهذا العمل⁽¹⁾. وثمة من يقول بانه الترخيص القانوني وهناك من يقول بانه الضرورة ، ونحو ذلك ، ورضا المريض يعني ان اساس الاباحة في الاعمال الطبية عموما هو موافقة المريض وذلك لان الانسان سيد جسمه ، وهناك من يرى العكس ، فالقانونان الانكليزي والالمانى يعدان الرضا بمثابة شرط الاعفاء من المسؤولية على ان لا يخالف النظام العام والاداب⁽²⁾.

اما القانون الفرنسي فيذهب الى ان رضا المضرور بقطع النظر عن قوته او ضعفه لا يرفع وصف الخطأ عن فعل المسؤولية فاذا رضي المريض بان تجرى عليه عملية جراحية باي درجة من النجاح فليس لهذا من اثر في التزام الطبيب ليرتقي الى مستوى عناية الرجل المعتاد ، فتقدير مقدار عناية الطبيب في اجراء العملية انما ينظر اليه بمعزل عن رضا المريض ، وذلك لان هذا الرضا لا يدخل في تحديد العناية التي يجب على الطبيب بذلها والتي تحدد بصورة

موضوعية على وفق المعطيات الطبية ودون اغفال لمكان وزمان اجراء العملية ، والمستوى العلمي الذي بلغه الطب في البلد الذي اجريت فيه العملية⁽³⁾.

اما فيما يتعلق برضا من هم برفقة المريض عن المعالجة الطبية المنوي اجراؤها اذ يتخذ المرافق القرار بسبب ما في المريض من مرض او الم او فقدان وعي ، او ما هو عليه من سن ، او بسبب ما قد يولد للمريض الاطلاع على نوع العلاج من احباط وياس ، اذ كان الحل التقليدي تشريعا او عرفا في مثل هذه الحال هو اصفاء سلطة اتخاذ القرار على الزوج او القريب او الطبيب نفسه ، ويمثل هذا ولا ريب اهمالاً لارادة المريض ورغبته وتسليطا لمن قد لا يكون اهلا لاستعمال هذه السلطة او الصلاحية في خدمة المريض.

والواقع ان النيابة الضمنية التي تخول بعض الاقرباء او الأزواج مباشرة تصرفات معينة عن القريب او الزوج الاخر انما يجب ان تتحدد في مجالات معينة ، فالوضع الذي يمثله شخص بالنسبة الى اخر لا يجوز ، كما يرى الكثيرون ان يكون مبررا لاستخلاص الانابة في شؤون انسانية من نوع اتخاذ قرار بالموافقة على نوع العلاج الطبي⁽⁴⁾.

وقد اصدرت محاكم امريكية قرارات تتفق مع الراي القائل بان افراد الاسرة غير المعينين اوصياء لا يمكنهم اعطاء الموافقة على المعالجة ، ومما جاء في بعضها ((ان رابطة الزواج لا تمنح الزوج سلطة الموافقة على اجراء تداخل للزوج ، وان اعلام الزوجة

(1) رضا قاسم علق ، مسؤولية الطبيب عن خطئه جزائياً ، رسالة مقدمة الى المعهد القضائي ، وزارة العدل ، بغداد ، 1992 ص 41.

(2) Jean Limpens , O P .cit . P89

(3) Honor ; A.M. I nternational . Encyelopedia zwponymous, law; vol. (x1) (Torts) , london; 1983 P. 10 وما اشار اليه من مراجع فرنسية.

(4) Anonymous, Notes, Treatment, choices ; columbia Law Review; vol. 84 May 1994

بنوع المعالجة التي ستجرى على الزوج لا يعفى من واجب البحث عن رضا الزوج المريض نفسه ، وان الزواج لا يجعل أحد الزوجين نائباً عن الآخر⁽¹⁾.

((أن اتخاذ قرار عن المريض فيما يتصل بنوع العلاج الطبي المقترح اجراءه عليه قد نظم في بعض النظم القانونية بتشريع قوانين سند النيابة الدائمة كوسيلة مشروعة لارساء نظم لا قضائية لحماية الحقوق في المسائل القابلة للنيابة عند فقد الاهلية ، فأناة نائب دائم ستسمح للشخص باختيار من هو اهل لثقتة واكثر احتراماً لارائه ، وستمنحه فرصة انشاء نوع من الوصاية يمتاز بانه محدد النطاق واختياري وغير معقد الاجراء ، فنقترح على المشرع العراقي ان ياخذ بسند النيابة الدائمة هذا ...))⁽²⁾.

ولا اعتراض لنا على القول بان سبب الاعفاء من المسؤولية في الاعمال الطبية الجراحية هو استعمال الحق في حدود الترخيص القانوني والتقنين المدني العراقي قد نص على ان ((الجواز الشرعي ينافي الضمان ، فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر))⁽³⁾.

وعلى هذا فلا يجوز مجاوزة حدود الترخيص المسموح به ، كما لو كان ذلك العمل ليس من صلب اختصاص الفاعل او كان هذا الاخير غير حاصل على ما يؤهله للعلاج ، او كان الغرض مما فعل ليس العلاج ، ففعله في مثل هذه الاحوال لا يباح على اساس استعمال الحق المقرر بمقتضى القانون ، ولكن هذه المسألة تدق احياناً في بعض الظروف حيث تملّي الضرورة احكامها فتجعل من تجاوز تلك الحدود امراً لا مفر منه ، ولا سيما ان المشرع لم يشترط صفة الطبيب في المعالج ، وهذا يعني ان المجال مفتوح امام الخبرة البشرية لتولي المعالجة الفورية في الظروف التي يتعذر فيها العثور على الطبيب في الحال⁽⁴⁾.

ويجدر بالذكر ان الفقه الاسلامي يسقط الضمان بالاذن او القبول ، اذ ان ((الطبيب يضمن ما يتلف بعلاجه ان كان قاصراً او عالج طفلاً او مجنوناً لا بأذن الولي ، او بالغاً لم يأذن ، ولو كان الطبيب عارفاً ، واذن له المريض في العلاج فال الى التلف ، قيل لا يضمن لان الضمان يسقط بالاذن ، لانه فعل سائغ شرعاً))⁽⁵⁾.

والحقيقة ان العمليات الجراحية تخضع للقواعد العامة وان التزام الطبيب فيها هو التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق غاية ، ويبدو ان المحاكم تتشدد مع الجراحين اكثر من الاطباء العاديين ، وذلك لان شق البطون وقطع الشرايين وفتح الصدر او الرأس او بتر الاعضاء ، انما تتطلب من الطبيب الجراح الدقة واليقظة لتلافي أي خطأ يحدث اثناء اجرائها.

(1) Ibid P.63

(2) أستاذنا د. جاسم العبودي -النيابة عن الغير في التصرف القانوني - المرجع السابق-ص 144

(3) المادة 6 منه كما جاء في المادة (2/ 41) عقوبات عراقي((ويعتبر استعمالاً للحق 000 -عمليات الجراحة والعلاج على اصول الفن متى اجريت برضا المريض او ممثله الشرعي او اجريت بغير رضا ايها في الحالات العاجلة)) ولا شك ان القاعدة الاساسية في استعمال الحق هي انه لا مسؤولية اذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ((أستاذنا د. جاسم العبودي -الوازع الضميري في العمل الطبي -المرجع السابق-ص7))

(4) أستاذنا د. جاسم العبودي -المرجع نفسه-ص8.

(5) شرائع الاسلام -للمحقق الحلي ، ق4 - مطبعة الاداب -النجف -1389 هـ ، 69 ، ص248.

ويجدر بالذكر هنا ان القانون الانكليزي يأخذ بما يسمى الفرصة الاخيرة ، وهي انه اذا كان المسؤول يمتلك الفرصة الاخيرة لتجنب الضرر الذي اصاب المضرور ولكنه اهمل الاستفادة من هذه الفرصة فان للمضرور الحق في الحصول على تعويض كامل حتى لو كان هو قد ساهم في الخطأ⁽¹⁾ ، وان الطبيب الجراح يكون مسؤولاً عن العملية من بدايتها الى نهايتها ، حيث ان المريض عندما يدخل الى صالة العمليات يكون في مسؤولية الطبيب الجراح ، وكذلك يسأل الجراح عن عمل الطبيب المخدر اذا كان هو الذي اختاره ، اما اذا كان عمله في مستشفى عام وفرض عليه طبيب التخدير ، فيسأل كل منهم عن خطئه وذلك لعدم وجود علاقة تبعية بين طبيب التخدير والطبيب الجراح فالمخدر ليس تبعاً للجراح وهو ملزم بان يفحص المريض فحصاً جيداً⁽²⁾ وأن يعطيه التخدير بالقدر المناسب وفي

الموضع الصحيح وبما لا يسبب له ضرراً أو مرضاً من نوع جديد او يؤدي بحياته ، وان يتأكد من خلو معدته من الطعام قبل اعطائه المخدر . اما اذا كان المريض هو الذي اختار طبيب التخدير فلا شك ان علاقة عقدية تنشأ فتربطه بهذا الاخير اضافة الى العلاقة العقدية التي تربطه بالجراح على فرض وجود عقد بينهما والمسؤولية عقدية ، ومن ثم يسأل كل منهم عن اخلاله بتنفيذ التزامه العقدية⁽³⁾ . ولعل من الامثلة البارزة للاخطاء التي تقع من طبيب التخدير هو ادخال مصدر الاوكسجين في المريء بدلاً من القصبة الهوائية ، او التأخر في توصيل الاوكسجين الى المريض عن طريق موضع اخر في حالة تعذر ادخاله عن طريق القصبة الهوائية ، وان طبيب التخدير يعتبر مسؤولاً عن كل اهمال يقع منه في اعطاء البنج (المخدر) للمريض ، بل يتعين عليه مراقبة المريض حتى يفيق من المخدر ، ولا يعتبر خطأ من الطبيب ان يستعمل نوعاً من المخدر لا تزال الاراء الطبية مختلفة في شأن استعماله ولم يكن قد نسب اليه أي اهمال او رعونة⁽⁴⁾ .

وقد سار القضاء في العراق على طريق تحميل طبيب التخدير المسؤولية عن احداثه ضرراً للمريض ومن ذلك ما قررته محكمة التمييز منذ عهد قريب في قضية طبية تخدير تعمل في مستشفى الكرامة كانت قد تسببت بخطئها ونتيجة لاهمالها في قتل المريض اثناء تخديره لغرض اجراء عملية جراحية عليه ، اذ حكمت على تلك الطبيبة بتأدية مبلغ ثمنائة الف دينار للمدعية تعويضاً عن الضرر المادي والادبي الذي لحقها بسبب وفاة والدها⁽⁵⁾ .

(1) William Geldart, Elements of English Law , oxford university Press, London, 1957, PP.53-54

(2) غسان جميل الوسواسي - حدود مسؤولية الاطباء عن اخطائهم في الشريعة والقانون مجلة العدالة - العدد الاول لسنة 1999 - ص 68.

(3) د. محمد حسين منصور الخطأ الطبي من خلال العمليات الجراحية - مجلة الدراسات القانونية - المرجع السابق - ص 56.

(4) دوية 16 مايو سنة 1936 دالوز الاسبوعي 1936 - 436 (نقلا عن د.حسن زكي الابراشي - المرجع السابق - ص 337).

(5) انظر قرار محكمة التمييز في العراق ذا الرقم 485 م³ - 1999 الصادر في 1999/4/7 (غير منشور).

وفيما يتعلق بجراحة التجميل فانها بحكم طبيعتها تكون مثار للجدل والاختلاف وذلك لان الغرض منها هو ليس الشفاء من مرض يعاني منه المريض ، بل اصلاح بعض التشوهات الجسدية التي قد تسبب رؤيتها الاشمزاز او تخديشاً للذوق او التي يراها صاحبها موضع قبح فيه .

ولقد اثارت في بداية الامر سخط القضاء وغضبه وجعله يتخذ منها موقفا متسما بالشدة وذلك لان من يطلب اجرائها عليه لم يكن يعاني من مرض او الم او لم يهدف منها الى انقاذ حياته من خطر مرض محقق الم به ، فهي أنما تطلب ارضاءً لرغبة الظهور في صورة اجمل ، ولا سيما لدى النساء حيث الدلال واكتساب الجاذبية او الجمال ولفت الانتباه تكون دوافع قويه نحو ذلك ، فهذه امرأة كبيرة تريد ان تعود شابة ، او امرأة سمراء تود لو كانت اكثر بياضا او امرأة شديدة البياض ترغب في ان تلفحها الشمس او فتاة قصيرة تصبوا الى ان تكون اكثر طولا او فتاة طويلة تود لو كانت اقصر⁽¹⁾ ، وهناك انثى لها انف طويل او كبير تتمنى ان يكون انفها قصيرا او صغيرا او انثى لها نهد او اذن او شفة كبيرة تود لو كان ذلك فيها اصغر ، وما الى ذلك.

ولكن هل يستطيع جراح التجميل تنفيذ كل ما يطلب منه ؟ لا شك ان الجواب بالنفي ، فجراح التجميل قد يخطئ فلا يحقق المطلوب ، بل قد يعجز عن تنفيذ المطلوب لا خطأ صادر منه وانما بسبب الطبيعة الغامضة للجسد البشري وعندئذ لا يكون حصاد طالبي التجميل سوى انكماش او تشويه جديد او مزيد من التشويه او بتر او نقصان في الفاعلية ، فيثور السؤال من هو المسؤول ؟ وهل تجد القواعد العامة تطبيقا لها هنا ؟

لقد كان القضاء في فرنسا يعتبر الطبيب مسؤولا مسؤولية كاملة في عمليات التجميل ، وقد عبرت محكمة باريس عن هذا في قرارها صادر في 1913/1/22 حيث قضت (ان مجرد الاقدام على علاج لا يقصد به الا تجميل من

اجري له ، خطأ في ذاته يتحمل الطبيب بسببه كل الاضرار التي تنشأ عن العلاج ، وليس بذي شأن ان يكون العلاج قد اجري طبقا للقواعد العامة والفن الصحيحين)⁽²⁾.

وتتلخص وقائع هذه القضية في ان فتاة كانت تشكو من شعرات تنمو في ذقنها ، فقصدت احد الاطباء فعالجها بأشعة رونتجن ، فزالَت الشعرات ولكن تخلف عنها مرض جلدي قبيح ، وقد انتدبت المحكمة خبيرا لفحص المصابة وبيان مدى الخطأ الذي يمكن نسبته الى الطبيب ، فقرر ان الطبيب لم يقصر في شيء وانه اتبع الاوضاع والقواعد الفنية المقررة ، وسار بمنتهى الاحتياط والفتنة ولا يمكن ان ينسب اليه أي خطأ وان النتيجة السيئة التي حدثت ترجع الى امور لم يكن بإمكان الطبيب التنبؤ بها مقدماً.

(1) د. حسن زكي الابراشي - المرجع السابق - ص 292.

(2) مشار اليه لدى عبد السلام التونسي - المرجع السابق - ص 397.

وكذلك مشار اليه لدى د. عبد الرزاق عبد الرحمن الطحان - المرجع السابق - ص 385.

وكذلك مشار اليه لدى د. حسن زكي الابراشي - المرجع السابق - ص 293.

ومع ذلك فقد قضت المحكمة بتعويض مقداره خمسة الاف فرنك ، مؤسسة ذلك على ان الطبيب قد ارتكب نوعا من الرعونة التي اذا ما صدرت من أي انسان سئل عنها، ورعونة هذا الطبيب تتمثل في انه باشر علاجاً خطراً في مثل هذا المرض البسيط من غير ان تضطره اليه حاجة الى شفاء مرض اذ ليس هناك مرض وانما مجرد ازالة عيب طبيعى لا خطر منه على صحة الفتاة او حياتها ، ولكن اذا لم يكن بالامكان نكران المتاعب التي تواجه المرأة من الجانب الجمالي عندما تكون لها لحية فانه لا علاقة لذلك بصحتها العامة. وقد ايدت محكمة النقض هذا الحكم ورفضت الطعن المقدم من الطبيب بل قررت في حكمها ان ازالة الشعر من ذقن الفتاة بواسطة الاشعة هو عمل من اعمال الرعونة لانه يستبدل عيباً جسدياً بسيطاً بضرر حقيقي⁽¹⁾.

وقد سار القضاء على اتباع هذا الحكم حتى بعد ما يقارب من عشر سنوات حيث عرضت قضية مماثلة في جراحة التجميل على محكمة السين فأصدرت حكماً اثار جدلاً واسعاً بين الاطباء ورجال القانون ، وكان ذلك في قضية تتلخص وقائعها في ان فتاة كانت مصابة بتضخم شحمي يبدو اكثر ظهوراً في ساقها اليمنى ، فاستشارت اختصاصياً بالامراض والعاهات الناشئة من الغدد ، فنهاها عن اتباع أي علاج طبي وارسلها بناءً على طلبها مع توصية الى احد الجراحين ، ففحصها هذا الجراح ثم ادخلها المستشفى تحت اشرافه واجرى لها عملية في ساقها مجاناً ، ولكن الفتاة اصبحت بقتيرنا اوشكت ان تؤدي بحياتها فقبلت ببتتر ساقها للبقاء على حياتها ، وبالفعل تم بتر ساقها ، ورفعت بعد ذلك دعوى على الطبيب تطلب تعويضاً ، فقررت المحكمة ان القيام بعملية ذات خطورة جدية على عضو سليم لمجرد تحسينه دون ان تفرض هذه العملية ضرورة علاجية ، ودون ان تعود بنفع ما على صحة الشخص الذي اجرى له انما هو في ذاته خطأ محض.

ولم تجد المحكمة حاجة الى ان تنتدب خبيراً لفحص حالة المريضة وتقدير ما اذا كان قد وقع خطأ فني من جانب الطبيب فهي قد نسبت الى الطبيب ثلاثة اخطاء:
الاول: أن العملية التي أجريت لم تكن مما تقتضيه حالة المريضة الصحية ، لانها في تمام صحتها الجسدية وانما كانت لمجرد تحسين شكل ساقها.

الثاني : أن الطبيب قد شرع في اجراء العملية ولم تكن هنالك حاجة ضرورية لاجرائها وان جلد المريضة ليس من النوع الذي يسهل التئامه وهي حالة معروفة طبياً لدى المرضى المصابين بالبدانة نتيجة اضطراب في الغدد ،

(1) د. محمد حسين منصور الخطأ الطبي من خلال العمليات الجراحية - مجلة الدراسات القانونية - المرجع السابق - ص 84.

وكذلك د. محمد فائق الجوهري - المرجع السابق - ص 324.

وكذلك د. عبد السلام التونجي - المرجع السابق - ص 338.

وكذلك د. عبد الرزاق الطحان - المرجع السابق - ص 385.

ود. حسن زكي الابراشي - المرجع السابق - ص 293.

وأن الطبيب قد جازف في اجرائها ولم يتخذ الاجراءات اللازمة لنجاح العملية.
ثالثاً: ويتعلق هذا برد الطبيب بانه كان مضطراً لاجراء العملية بسبب ضغط المدعية.
وقد أجابت المحكمة بانه لو ثبت ذلك لكان معناه ان المدعية كانت في حالة نفسية تعدم لها حرية الاختيار ، وكان على الطبيب ان يحيلها الى طبيب الامراض النفسية ويؤجل اجراء العملية.

لقد واجه هذا الحكم احتجاجاً شديداً من الاوساط الطبية ، حيث ألتمست نقابة الاطباء ادخالها في الدعوى ، طالبة الغاء الحكم وأصدار قرار بان الجراح لم يرتكب أي خطأ جراء اجراء العملية ما دامت جائزة من الناحية الفنية ، ولكن محكمة استئناف باريس في ختام قرارها رفضت تدخل النقابة لعدم الصفة (الخصومة) ، حيث ان موضوع الدعوى لا يتعرض لمبدأ ممارسة الجراحة ، والحكم لا يمس بطريق مباشر ولا غير مباشر المصالح الهامة للجراحين⁽¹⁾، غير أن الحملة التي قامت ضد الحكم كانت من القوة والاصرار بمكان فلم تهدأ ثائرتها وقد لخص الدكتور (Frumusan) الانتقادات التي وجهت لهذا الحكم فيما ياتي((انه ليس من العدل ان يعاقب طبيب او ينسب اليه خطأ لمجرد استجابته لنداء الانسانية بتصحيح ظلم الطبيعة الذي لا تقل أثاره السيئة عن مساوئ الامراض التقليدية ، بل تفوقها احياناً ، وأن القضاء المشار اليه يجرّد الاطباء من سلاحهم ويفرض عليهم أن يرصدوا التقدم العلمي فقط دون امل من الاستفادة منه ، كما يفرض على الناس أن يعيشو بتشويهااتهم))⁽²⁾.

وقد طعن الطبيب في الحكم المشار اليه لدى محكمة أستئناف باريس حيث انها نقلت الموضوع الى بساط اخر وهو بساط الرضا المستنير فقد قضت بأن الطبيب قد ارتكب خطئين اولهما ان الطبيب لم يجر كافة التحليلات اللازمة، والثاني أن على الطبيب تبصير المريض بكافة الاخطاء التي تتضمنها العملية الجراحية وأن الافصاح الدقيق ثم موافقة المريض المتبصرة وهو على علم كامل تعتبر شروطاً لازمة، وإذا كان الهدف من العملية مجرد أخفاء أو تخفيف، تشويه جسماني وليس شفاء المريض، وهنا يكون خطأ الطبيب كافياً لانعقاد مسؤوليته دون حاجة الى الاستعانة بالخبرة الطبية⁽³⁾ .
ويتبين من ذلك أن المحكمة قد اعتبرت خطأ الطبيب في عمليات جراحة التجميل خطأ عادياً ولا حاجة لأنتداب خبير لمعرفة ما إذا كان ما وقع منه يعد خطأ أم لا وذلك لأنه لم يبصر المريض بكافة المخاطر التي تحيط بالعملية .

أن هذا القرار يعتبر الحجر الاساس لوضع جراحة التجميل في مكانها المناسب بل انه احدث انعطافاً حاداً لدى المحاكم الفرنسية عن اتجاهها القديم، ولعل في مقدمة ما يؤكد ذلك بأسبقية في الاقتضاء هو محكمة ليون المدنية التي قد اصدرت قراراً يعبر عن العودة

(1) د. عبد الرحمن عبد الرزاق الطحان - المرجع السابق - ص 189.

(2) د. حمدي عبد الرحمن - المرجع السابق - ص 45 والمصادر التي اشار اليها وكذلك د. محمد سامي السيد الشوا - الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم - كلية الحقوق - جامعة الزقازيق - سنة 1986 - ص 512.

(3) Paris, 12 Mars 1931, D - 1931, P.141

الى المبدأ القديم الذي نبذه حكم باريس في 12/3/1931 فألغت محكمة الاستئناف حكمها مقرر أن تقدير عدم التناسب بين اخطاء العلاج وفوائده هو امر يرجع الى ظروف كل حالة على حدة، وان القول بأن مخاطر العلاج مهما قلت ومهما اتخذ من احتياطات لتلافيها لايمكن أن يتناسب مع الفائدة المرجوة من هذا العلاج اذا لم يكن شفاء المريض من علة حقيقية هو الغاية المقصودة منه،أنما هو خلق لقرينة لاساس لها على مسؤولية من يباشرون جراحة التجميل⁽¹⁾.

ومهما يكن من امر فإنه يمكن تقسيم جراحة التجميل الى نوعين هما:

النوع الاول: وهو ضروري ويهدف الى اصلاح الاضرار والتشوهات التي أصيب بها المريض نتيجة الحوادث والامراض .

والنوع الثاني: ويشمل العمليات الجمالية التي تهدف الى تحسين المظهر الخارجي للشخص ولا تتسم بالضرورة الملحة والعاجلة .

ففي النوع الاول نرى ان عمليات التجميل تخضع للقواعد العامة في تحديد مسؤولية الطبيب حيث يلتزم ببذل عناية دون تحقيق نتيجة⁽²⁾ .

أما النوع الثاني فيبدو تشدد القضاء في فرنسا واضحا،ولكن هناك اجماع على ان التزام الطبيب في عمليات التجميل هو التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق نتيجة، والواضح ان التشدد يظهر على نحو جلي في اشتراط ان يكون الطبيب على درجة كبيرة من الاختصاص في اجراء العملية الجراحية،وان يستخدم طريقة علاجية متفقا عليها وليست محلا للتجارب⁽³⁾.

وقد اقتفى القضاء المصري هذا الاثر،ففي حكم حديث لمحكمة النقضي المصرية،بدا التشدد واضحا ايضا ازاء عمليات الجراحة التجميلية اذ قررت ماياتي ((وجراح التجميل وان كان كغيره من الاطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها،الا ان العناية المطلوبة منه اكثر منها في احوال الجراحة الاخرى،باعتبار ان جراحة التجميل لايقصد بها شفاء المريض من علة في جسمه وانما اصلاح تشويه لايعرض حياته لأي خطر⁽⁴⁾)).

وتتشدد ايضا محكمة النقض في عبء الاثبات حيث تقول بأنه وأن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب التزاما ببذل عناية خاصة،فان المريض اذا انكر على الطبيب بذل العناية الواجبة،فأن عبء اثبات ذلك يقع على المريض، الا انه اذا اثبت هذا المريض

(1)د.حسن زكي الابراشي - المرجع السابق -ص396

(2)د.محمد حسين منصور-الخطأ الطبي من خلال العمليات الجراحية-مجلة الدراسات القانونية -المرجع السابق -ص86.

(3) د. محمد حسين منصور - المرجع نفسه - ص 86

(4) نقض 26 يوليو س 20 ص 1075 (نقلاً عن د.محمد حسين منصور - المسؤولية الطبية - المرجع السابق - ص151).

واقعة ترجح اهمال الطبيب كما اذا اثبت ان الترفيع الذي اجراه له جراح التجميل في موضع الجرح الذي نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادي لعمليات التجميل وفقاً للأصول الطبية المستقرة، فأن المريض يكون بذلك قد اقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لألتزامه، فنقل عبء الاثبات بمقتضاه الى الطبيب، ويتعين عليه لكي يدرك المسؤولية عن نفسه ان يثبت حالة الضرورة التي اقتضت اجراء الترفيع والتي من شأنها ان تنفي عنه الاهمال .

المطلب الثاني

مسؤولية الطبيب عن خطأ الغير والاشياء

ان الخطأ الطبي قد يرتكب من الطبيب وقد يرتكب من الغير، وان الطبيب اذا استطاع ان يثبت ان الخطأ لم يكن بسببه وانما بسبب الغير فإنه يكون بمنجى من المسؤولية ، ولكن من هو هذا الغير ؟ وهل هو أي شخص غير الطبيب المدعى عليه ؟ الحقيقة ان مدلول الغير هنا ينصب على ذلك الشخص الذي لامتسؤولية على الطبيب عما يصدر عنه، ومن هنا يخرج عن هذا المدلول مساعدو الطبيب ووكيله وكذلك اعضاء الفريق الطبي الجراحي الذين يعملون تحت امرته، فهؤلاء جميعا ليسوا من الغير

ويسأل الطبيب الذي يعمل تحت رئاسته وان كانوا من اختصاصات مختلفة، وكان كل منهم مستقلاً بأختصاصه⁽¹⁾

اما الاشياء او الالات التي يستعملها الطبيب والتي تدخل في عمله وتتطلب عناية خاصة في حراستها فأنما تقع في نطاق مسؤولية الطبيب.
وعلى العموم فان اخطاء من هذا القبيل يمكن ان ترتكب في مستشفى عام أو في مستشفى خاص وان المسؤولية تختلف تبعاً لذلك، وبناءً على هذا سنتناول هذا الموضوع في ثلاثة مقاصد نعالج في الاول منها مسؤولية الطبيب عن خطأ الغير ونخصص الثاني لمسؤولية الطبيب عن الاشياء ، ونكرس الثالث لبحث مسؤولية الطبيب في المستشفيات العامة والخاصة .

المقصد الاول

مسؤولية الطبيب عن خطأ الغير

ان الطبيب مسؤول عن الاطباء والمساعدين الذين استعان بهم في القيام بالعلاج او العمل الجراحي مثل طبيب الاشعة وطبيب التخدير او وكيل الطبيب الذي انابه عنه في علاج المرضى ، ولكن توجد حالات يستطيع الطبيب فيها الافلات من المسؤولية او تكون فيها نسبة المسؤولية متفاوتة حسب كل حالة وملابساتها وظروفها ، ولكن هذا الطبيب لا يسأل في كل الاحوال اذا ارتكب اقارب المريض خطأ في اعطائه كمية من العلاج تختلف عن توجيهات الطبيب الواضحة التي أصدرها للمريض⁽²⁾، وكذلك اذا كان المريض جاهلاً وتناول جرعة من الدواء تختلف عن توجيه الطبيب ، فالمسؤولية هنا لا تقع على الطبيب وذلك لانقضاء علاقة السببية اذ ان الضرر قد ارتبط بخطأ لم يقع من الطبيب وانما وقع ممن لا يسأل عنه الطبيب ، لذا سنتولى بحث هذا المقصد في ثلاث فقرات هي على التتابع المسؤولية عن فعل طبيب آخر ، والمسؤولية عن فعل المساعد الطبي ، والمسؤولية عن فعل وكيل الطبيب.

اولاً: مسؤولية الطبيب عن فعل طبيب آخر

ان مسؤولية الطبيب تنهض كلما ارتكب فعلاً يوصف بالخطأ وتسبب عنه ضرر للمريض ، ولكن الطبيب يسأل احياناً عن فعل طبيب آخر ، ويتجلى ذلك اذا أحال الطبيب المعالج مريضه الى طبيب اختصاصي ليشير عليه بما غمض عليه ، اذ ليس هنالك حد

(1) د. احمد محمود سعد - المرجع السابق - ص 510

(2) د. احمد محمود سعد - المرجع السابق - ص 510.

مانع قانوني من تلقي مثل هذه الاستشارة ولكن من هو المسؤول لو ان الطبيب المعالج نفذ المشورة التي اشار بها عليه الطبيب الذي استشاره؟ وللإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول بأن الطبيب المعالج هو المسؤول وذلك لأنه يتمتع بحرية كاملة في رفض مشورة الطبيب الذي استشاره أو قبولها ، ولكنه اذا رفض المشورة ولم يأخذ بها فعليه استشارة طبيب اختصاصي

آخر ، واذا اراد مخالفة المشورة فيجب عليه ان يوضح ذلك للمريض او ذويه ، او عليه الانسحاب من المعالجة.

وكذلك يسأل الطبيب في نطاق العقد عن فعل الطبيب الذي ادخله لتنفيذ التزامه العقدي تجاه المريض ، وتقوم المسؤولية العقدية عن فعل الغير حتى لو لم يكن له سلطة عليه وذلك انطلاقاً من كونه هو الذي أختره لتنفيذ جزء من العقد الذي التزم به⁽¹⁾ .

ثانياً: مسؤولية الطبيب عن فعل المساعد الطبي ان الاستعانة بالمساعد الطبي او المساعدين الطبيين تكون حسب حالة المريض الصحية فقد تكون حالة المريض متدهورة ويحتاج الى عناية طبية مركزة لا يستطيع الطبيب القيام بها بمفرده ، ويبدو ذلك واضحاً في العمليات الجراحية ، وكذلك حينما يكون المريض راقداً في المستشفى ، فلا يستطيع الطبيب القيام بكل المهام التي تتطلبها حالة المريض ، ولكن على الطبيب اعطاء التعليمات الواضحة لهذا المساعد او ذاك ممن يستعين بهم ، ولا فرق بين ان يكون هو الذي اختار المساعد او تكون ادارة المستشفى هي التي عينه ، فالطبيب له سلطة مراقبة المساعدين وتوجيههم فهم يعدون تابعين له⁽²⁾، ويجب عليه احكام المراقبة على اعمالهم ، ولا سيما اذا كان العمل الموكل اليهم منسماً بالخطورة وكذلك فيما يتصل بالعلاج بل يجب عليه ان يتأكد بنفسه من سلامة عمل الممرض او المساعد⁽³⁾.

ولا شك ان الطبيب يكون مسؤولاً عن الاخطاء التي تصدر ممن استعان بهم ، فإذا اهمل الطبيب مراقبة الممرضين في عملهم حيث تجب هذه المراقبة ، فإنه يكون مسؤولاً عن خطئهم ، وقد اعتبرت محكمة نيم الطبيب مسؤولاً عن خطأ الممرضة وذلك في قضية تتلخص وقائعها في ان هذه الممرضة قد كلفت باعطاء

حقن سترينين لفتاتيين كانتا مريضتين بالتقوئيد ، ولكنها اهملت في تعقيم الابرة ، فأفضى ذلك الى ظهور خراج في محل الحقن من جسمي الفتاتين انتهت بوفاتهما ، فقررت تلك المحكمة ان اهمال الممرضة مع تكرار حصوله ما كان ليصلح ان يفوت على الطبيب

(1) د. عيد الرحمن الطحان - المرجع السابق - ص 442.

(2) د. محمد حسين منصور - مجلة الدراسات القانونية - المرجع السابق - ص 73.

(3) د. حسن زكي الابراشي - المرجع السابق - ص 359 والمصادر التي اشار اليها.

المعالج، ومن ثم كان من واجبه بمجرد تبين هذا الإهمال ان يتخذ الاجراءات الكفيلة بمنع وقوعه⁽¹⁾.

ويسأل الطبيب الجراح عن المريض حينما يكون موجودا في صالة العمليات او حينما يكون تحت تأثير المخدر حتى افاقته ، وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز في العراق اذ قررت قائلة ((ان ما اصاب المدعي المميز عليه من ضرر كان نتيجة اهمال وخطأ المدعى عليهما الثاني والثالث وهما من تابعي المدعى عليه الاول ، ونظرا لجسامة الخطا ولعدم احكام رقابة المدعى عليه الاول على تابعيه ، فيكون مسؤولا ايضا عن الضرر الحادث ونظراً لتقدير التعويض المقتضى بمعرفة ثلاثة خبراء قضائيين ، فأن التقدير جاء مقبولا ، واما الطعن بكون الممرضة هي المسؤولة عن عد قطع الشاش بعد اكمال العملية (حسب ما اورد المميزان في الفقرة الاولى من اللائحة التمييزية) فهو غير مقبول ولا يرفع المسؤولية عن المدعي عليهم ، وهم مسؤولون عن اجراء العملية ومتابعة حسن اجرائها والاشراف عليها واحكام السيطرة والرقابة على اجرائها تلافيا لوقوع الخطأ))⁽²⁾. والعدل ، فيما نرى - هو ما قررته تلك المحكمة بقرارها هذا باعتبار الجراح مسؤولا عن فعل المساعد الطبي ما دام يعمل تحت امرته ويملك سلطة الاشراف والتوجيه عليه .

ولكن محكمة استئناف بغداد -الكرخ قد ابتعدت عن المنحى في قرار حديث لها صدر بتاريخ 2002 /4/21⁽³⁾ ومما جاء فيه ((لدى التدقيق والمداولة وجد أن المستأنف عليها تستحق التعويض المناسب نتيجة الضرر الذي اصابها من جراء اهمال وخطأ المستأنف. وان ادعاء المستأنف أن الممرضة هي المسؤولة عن رفع الشاش بعد اكمال العملية فهو

(1) افردان -النشرة الطبية الشرعية -سنة 1934 -ص 104 (نقلا عن د - محمد فائق الجوهري - المرجع السابق -ص 378) .

(2) قرارها الصادر برقم 2913 /م/ 1998/1 في 1998/10/24 - (قرار غير منشور).

(3) برقم 871/س/ 2001 في 2002/4/21 (قرار غير منشور) في قضية تتلخص وقائعها في ان الطبيب الجراح قد نسي في جوف المريضة قطعاً من الشاش فلم يرفقها اهمالاً منه مما أدى الى مضاعفات سببت لها اضراراً استدعت اجراء أربع عمليات لدى أطباء آخرين ، ولدى اقامتها الدعوى عليه امام محكمة بداءة الكرخ حكمت لها بتعويض مقداره ثلاثة ملايين وسبعمئة وخمسون الف دينار ولعدم قناعة المدعية طلبت نقضه تمييزاً وان محكمة التمييز صادفت على القرار المذكور واعيدت الاوراق الى محكمة الاستئناف لكون المدعى عليه أستاذ القرار وأن محكمة التمييز لم تطلب من المدعية ابراز استشهاد في محكمة الاستئناف تقرير عدم وقوع طعن استئنافي على القرار المذكور فنظرت محكمة الاستئناف الدعوى فصادفت على قرار الحكم ايضا ، ولكن المدعى عليه طلب تصحيح القرار التمييزي فنقض القرار واعيدت الاوراق ثانية الى محكمة استئناف الكرخ وحينما نظرتها حكمت بتعويض اقل مقداره مليونان وستمئة وخمسة وعشرون الف دينار ولعدم قناعة المدعية طلبت نقضه بتاريخ 2001م/6/23 فأصدرت محكمة التمييز في 2001/9/15 قراراً يقضي بنقض الحكم ، وعادت الاوراق الى محكمة الاستئناف للنظر بها.

فناقشت هذه المحكمة دفع الطبيب بأن الممرضة هي المسؤولة عن رفع قطع الشاش فاعتبرت هذا الدفع غير مقبول ولا يرفع المسؤولية عن المستأنف -المدعى عليه- لانه هو المسؤول عن اجراء العملية ومتابعة حسن اجرائها والاشراف عليها واحكام السيطرة والرقابة على اجرائها تلافياً لوقوع الخطأ ، ثم قررت بعد هذا دون مبرراً او مسوغ توزيع المسؤولية بين الطبيب والممرضة والمستشفى بناءً على تقرير تسعة خبراء وزعوا مبلغ التعويض بين هذه الاطراف الثلاثة ووقع على عاتق الطبيب الجراح منه مبلغ 991.000 الف دينار .

دفع غير مقبول ولا يرفع المسؤولية عن المستأنف (المدعى عليه) لأنه هو المسؤول عن اجراء العملية ومتابعة حسن اجرائها والاشراف عليها واحكام السيطرة والرقابة على اجرائها تلافيا لوقوع الخطأ...).

واضح لحد الان من هذا القرار أن الطبيب مسؤول مسؤولية كاملة عن تعويض الضرر ولا شيء على الممرضة وان المحكمة لم تأخذ بتقرير الخبراء التسعة الذين قسموا مبلغ التعويض على نسب كان نصيب الطبيب الجراح الذي أجرى العملية (991.000) أي نسبة 35% والممرضة (1,005.000) أي نسبة 40% والمستشفى (656.000) أي نسبة 25% ولكن في يهاتية هذا القرار قالت المحكمة (... واستناداً لما جاء بتقرير الخبراء التسعة المؤرخ في 2002/3/26 والذين جاء تقريرهم معللاً ومسبباً ويصلح أن يكون سبباً للحكم لذا نسخ الحكم البدائي المستأنف تعديلاً والزام المستأنف (المدعى عليه) بتأديته للمستأنف عليها المدعية تسعمائة وتسعة عشر الف واربعة وتسعون ديناراً ورد الدعوى بالزيادة...).

وهنا نرى أن المحكمة ناقضت نفسها حينما قالت بأن الطبيب مسؤول مسؤولية كاملة وان الدفع بأن الممرضة هي المسؤولة عن رفع الشاش هو دفع غير مقبول ولا يرفع المسؤولية من المستأنف (الطبيب) ثم قررت في النهاية تجزئة المبلغ فوقعت في تناقض لا يمكن تبريره مطلقاً ، وما كان ينبغي لهذه المحكمة المعروفة بقراراتها السديدة العادلة ان تفعل ذلك .

ولكن هل يعتبر الطبيب المخدر من مساعدي الطبيب الجراح وهل يسأل عنه؟
ان الطبيب الجراح كما اشرنا من قبل لا يسأل عن الطبيب المخدر الا اذا كان هو الذي اختاره ، وذلك لان ليس لديه سلطة التوجيه عليه ، وقد عبرت محكمة النقض الفرنسية عن ذلك بمصادقتها على حكم محكمة الاستئناف في دعوى اقيمت على الطبيب الجراح والمخدر ، فبرأت المحكمة الجراح وادانت الطبيب المخدر قائلة ((لا خلاله بالتزام يقتضي متابعة حالة المريض حتى استفاقته من العملية⁽¹⁾)).

ولا يكفي لتتصل الطبيب من المسؤولية ان يعهد الى الممرضة بمتابعة حالة المريض⁽²⁾، ولكن اذا كانت مسؤولية الطبيب الجراح عقدية وتبين من تحليل العقد

ان الطبيب قد اخذ على عاتقه القيام بكل ما يلزم للمريض من عناية فانه يعتبر في هذه الحالة ، مسؤولاً عما يرتكبه مساعدوه من خطأ⁽³⁾.

ثالثاً : مسؤولية الطبيب عن فعل وكيله

(1) Civ. 10 Juin 1980 J.C.P.1981.11 1914 note, F chabs

(2) د. محمد حسين منصور- الخطأ الطبي من خلال العمليات الجراحية مجلة الدراسات القانونية - المرجع السابق - ص60.

(3) د.حسن زكي الابراشي - المرجع السابق - ص361.

ان مسؤولية الطبيب عن فعل وكيله لا تنهض اذا كان الطبيب الذي اختاره كوكيل يحمل مؤهلات علمية جيدة لممارسة مهنة الطب ولم يصدر منه أي خطأ تجاه المرضى ، ولكن المسؤولية تنثور اذا اختار الطبيب وكيله دون انتباه او بصورة مخالفة للقانون ، وفي هذه الحالة تكون مسؤولية الطبيب الموكل مسؤولية شخصية وليس مسؤولية عن فعل الغير⁽¹⁾ ، او التابعين له ، وذلك لان الاختيار قد اسس على الخطأ لانه كان على هذا الموكل ان يختار وكيلاً ذا مؤهل علمي وكفاءة جيدة.

ولكن من يتحمل المسؤولية اذا كان الطبيب المعالج او الجراح قد اسند العمل الطبي الى طبيب اخر كوكيل عنه واطأ هذا الطبيب الوكيل واصيب المريض بالمرض؟ هل يسأل الطبيب الموكل ام الطبيب الوكيل؟ وهنا يثور التساؤل هل ان مسؤولية الطبيب محددة بخطئه الشخصي ام انها يمكن ان تمتد فيكون هذا الطبيب مسؤولاً عن خطأ غيره ، وللإجابة نقول اذا احل الطبيب غيره في تنفيذ التزامه الطبي فانه يتحمل مثل هذا الخطأ لا محالة⁽²⁾ ويظهر ذلك جلياً اذا تنازل الطبيب عن عيادته لطبيب اخر او اذا عهد بها اليه فترة من الزمن بسبب الغياب او المرض ، وهو ما يقع غالباً ، وهنا يجب التمييز بين فرضين:

الفرض الاول : ويتمثل في مرضى قدامى كان الطبيب الاصيل قد باشر العلاج عليهم ولم يكتسبوا الشفاء التام.

الفرض الثاني: ويتمثل في مرضى جدد يباشر الطبيب الوكيل العلاج عليهم ، ففي الفرض الاول يكون الطبيب الاصيل مسؤولاً مسؤولية كاملة عن فعل الطبيب الوكيل ، وذلك لان التعاقد جرى مع الطبيب الاصيل ويجب عليه اتمام عقد العلاج ، ولا يعفيه انه اختار طبيب مؤهل علمياً وانه لا شائبة على اختياره ، فهو قد احسن الاختيار من حيث الخبرة والشهادة والدقة في العمل ففي مثل هذا القول اغفال للرابطه العقدية التي تربط المريض بالطبيب ، وهي علاقة تقوم على اعتبارات شخصية اذ ان شخصية الطبيب تكون محل اعتبار فيها⁽³⁾.

اما الفرض الثاني وهو فرض المرضى الجدد الذين يقصدون عيادة الطبيب للعلاج ، فان عقد العلاج فيه يكون قد تم مع الطبيب الوكيل ولا شيء على الطبيب الاصيل لانه لم يكن طرفاً فيه.

وعموماً فإن للمريض كامل الحرية في التعاقد او عدمه او بتعبير اخر انه يستطيع التعاقد مع الطبيب الوكيل او ان يرفض التعاقد ، ونخلص من ذلك الى ان هنالك حكمتين ، حكم يكون الاصيل بمقتضاه بمأمن من المسؤولية وذلك لتعاقد المريض مع الوكيل مباشرة ، وحكم اخر هو حكم حالة المرضى قيد العلاج حيث يسأل الطبيب الاصيل بمقتضاة عن

(1) د. عبد الرحمن الطحان – المرجع السابق – ص 443.

(2) J. Ambialet , Responsabilite du fait d autrui em droit medical, L.G.D. J, 1965,P.6 et sui

(3) د.حسن زكي الابراشي – المرجع السابق – ص 369.

هؤلاء المرضى وذلك لأن شخصيته قد كانت محل اعتبار لدى تعاقد مع المريض ، ولكن هل يوصف هذا الحكم بالاطلاق فينبسط على جميع الحالات ، او بمعنى اخر هل تنهض مسؤولية الطبيب على كل حالة قد تدخل في هذا الفرض ؟ والجواب بالنفي طبعاً وذلك لان ثمة حالات كثيرة يستطيع فيها (الطبيب الاصيل) الافلات من المسؤولية مثل حالة القوة القاهرة والحادث الفجائي او الظرف الطارئ وكذلك حالة الطبيب الاصيل الذي يصاب

بمرض⁽¹⁾ ويضيف البعض⁽²⁾ حالة حلول وقت اجازة الطبيب السنوية فهنا لم يكن الطبيب عند التعاقد مع المريض قد قصد التنازل عن اجاوته السنوية.

وهذا ما ذهب اليه مجلس الانضباط العام⁽³⁾ في قضية تتلخص وقائعها في ان الطبيبة (ع.غ) قد نسب اليها تقصير في الخدمات العلاجية بعد اجرائها عملية جراحية للمتوفاة (ب.ع) اذ هي امتنعت عن الحضور لمعاينة المريضة عند استدعائها هاتفياً من قبل المقيم الدوري ولاكثر من مرة فوجهت لها اللجنة التحقيقية عقوبة التوبيخ علماً انها (أي الطبيبة) كانت متمتعة باجازة لغرض السفر الى الاردن ولعدم قناعتها بالعقوبة اعترضت عليها لدى مجلس الانضباط العام فقرر ما يأتي: (...) ولدى عطف النظر على موضوع الطعن واجد أن المعتبرة طبيبة اختصاص في الجراحة العامة في مستشفى اللقاء وقامت بأدخال المريضة (ب.ع) الى المستشفى المذكور بعد فحصها بتاريخ 2001/3/8 وتحت العلاج التحفظي للاشتباه بأصابتها بالتهاب الزائدة الدودية او المغص الكلوي وفي الساعة الثامنة من مساء اليوم المذكور وبعد تعرض المريضة الى الالم الشديد فقد تم استدعاء المعتبرة الى المستشفى وقامت باجراء العملية الجراحية لها واستئصال الزائدة الدودية بعد اجراء الفحوصات اللازمة لها وتابعت المريضة بعد اجراء العملية ، وفي اليوم التالي من العملية وبتاريخ 2001/3/9 انفكت المعتبرة من وظيفتها بعد الظهر متمتعة باجازتها الاعتيادية البالغ امدها ثلاثة اشهر علماً انها تنازلت عن اجور العملية اكراما لقريبة المريضة العاملة في المستشفى.

وفي اليوم التالي تدهورت حالة المريضة الصحية فأتصل المقيم الدوري د.(ن.ع) بالمعتبرة هاتفياً وطلب الحضور لمعاينة المريضة فأشارت اليه بضرورة الاتصال بالمقيم الاقدم د.(س.ش) واوعزت اليه ببعض التوجيهات وان

ما قدمه للمريضة من علاج كان صحيحاً وقد اعاد المقيم الدوري اتصاله بها ثانية مشيراً اليها بعدم عثوره على المقيم الاقدم فطلبت منه اعادة الاتصال به وان موعد سفرها الى الاردن في الساعة الخامسة عصراً ثم اعاد المقيم الدوري الاتصال بها واخبرها بوفاة المريضة وعندها طلبت منه ارسال الجثة الى الطبابة العدلية ونتيجة التحقيق الاداري توصلت اللجنة الى ضعف اجراءات المستشفى تجاه المقيم الاقدم د.(س.ش) الذي لم يلتزم

(1) د. منير رياض حنا - المسؤولية الجنائية للاطباء والصيدالة - دار المطبوعات الجامعية - بيروت - 1989 - ص 130.

(2) د.حسن زكي الابراشي - المرجع نفسه - ص 370.

(3) رقم القرار 267 / 2001 نوع الدعوى انضباطية - في 2001/8/9 (قرار غير منشور).

بأعمال وظيفته في المستشفى وعدم تواجده في جميع مراحل رقود المريضة فضلاً عن عدم وضوح التعليمات الخاصة بمتابعة المرضى الراقدين في المستشفى إضافة الى عدم تواجد الطبيب الخافر ليوم الجمعة 2001/3/10 وهو اليوم الذي فارقت فيه المريضة الحياة ولم يتم الاتصال به وإنما تم الاتصال بالمعتضة بدلاً عنه ونتيجة التحقيق فقد توصلت اللجنة الى معاقبة المعتضة بعقوبة التوبيخ لعدم حضورها لمعاينة المريضة عند استدعائها هاتفياً ورغم علمها بخطورة حالتها الصحية وعلمها بعدم تواجد الطبيب المقيم الاقدم أو أي من الاطباء الاختصاصيين الذين يمكن الاستعانة بهم لانقاذ حياة المريضة كما اوصت اللجنة التحقيقية بتوجيه مدير المستشفى بضرورة متابعة دوام الاطباء المقيمين قبل وبعد الدوام الرسمي واعتماد نظام واضح لاستدعاء الاطباء الاختصاصيين الخافرين وقد وجه السيد وزير الصحة عقوبة الفات النظر اليه فضلاً عن معاقبة الطبيب المقيم الاقدم بعقوبة التوبيخ وحيث تبين مما تقدم ذكره ان المعتضة كانت قد تمتعت باجازتها الاعتيادية للسفر الى الاردن وانفكت من وظيفتها بعد انتهاء الدوام الرسمي ليوم 2001/3/9 (بعد الظهر) وحيث ان الموظف يتحلل من التزاماته الوظيفية بتمتعته بالاجازة وانفكاكه من اعماله الوظيفية وبذا تكون المعتضة غير مسؤولة عن النتائج التي حصلت للمريضة المتوفاة بعد انفكاكها عن وظيفتها المذكورة وتمتعها بالاجازة المقررة لها حسب الاصول ولما تقدم ذكره قرر المجلس وبالاتفاق الغاء عقوبة التوبيخ الموجهة لها

... وصدر القرار باتا استناداً للمادة (15/رابعاً) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم 14 لسنة 1991.

والعدل فيما نرى ما ذهب اليه قرار مجلس الانضباط العام بأن الموظف يتحلل من الالتزامات الوظيفية اذا تمتع باجازة ، ولكن القواعد الاخلاقية التي يوجبها تماسك المجتمع وتعاونهم تفرض علينا ان لا يكون همنا الوحيد هو مصلحتنا بل ان مصلحة المجتمع فوق كل اعتبار ولكن هذه القواعد لا يترتب على الاخلال بها الى حد ما جزاء قانوني ولذا فلا عقوبة على الطبيب.

المقصد الثاني

مسؤولية الطبيب عن الأشياء

ان التطور العلمي اصاب مرافق الحياة كافة وقد كان للطب نصيب كبير من هذا التطور ، فالعلم قد وضع في متناول الاطباء الكثير من الاجهزة الطبية والالات الجراحية لتستخدم في التشخيص او العلاج او في اجراء العمليات الجراحية ، وليس من المستبعد او الغريب ان يلحق استخدام هذه الادوات ضرراً بالمريض ، ومن هنا فأنا علينا ان نحدد مسؤولية الطبيب عن هذه الاشياء المستخدمة ، ونوع هذه المسؤولية ، وعما اذا كانت تخضع للقواعد العامة ايضاً فتكون مسؤوليته ببذل عناية او مسؤولية بتحقيق نتيجة.

يلزم ان نفرق بين حالتين ، حالة غياب عقد العلاج الطبي بين الطبيب والمريض ، كأن يتدخل الطبيب من تلقاء نفسه لاسعاف او لانقاذ شخص فقد الوعي نتيجة حادث او كأن يكون الطبيب احد العاملين في المؤسسات الطبية او المستشفيات الحكومية فيتولى معالجة المريض على غير ما علاقة بينهما ، فهنا تكون مسؤولية الطبيب عن الاشياء المستعملة في عمله الطبي مسؤولية تقصيرية⁽¹⁾.

اما الحالة الاخرى وهي حالة وجود عقد طبي بين الطبيب والمريض ، فهنا نرجع الى اصل التزام الطبيب في المسؤولية العقدية وهو التزام ببذل عناية ، ولكن ذلك لا يسعفنا في المسؤولية عن الاشياء وذلك لان عبء الاثبات سيقع على عاتق المريض فيتعين عليه اقامة الدليل على خطأ الطبيب او عدم قيامه ببذل العناية المطلوبة ، اما اذا اخفق المريض في اثبات ادعائه فانه سيفقد حقه في التعويض ، ولكن القضاء مع ذلك قد اخذ ، فيما يبدو ، بالميل نحو اتجاه اخر هو النظر الى التزام الطبيب على انه التزام بتحقيق نتيجة ، وقد بان ذلك في حكم اصدارته محكمة النقض الفرنسية في دعوى التعويض اذ حكمت به لصالح المريض نظراً لما اصابه من

(1) تحكمها المادة 231 مدني -عراقي وتقابلها المادة 178 مدني مصري والمادة 1384 مدني -فرنسي.

ضرر بسبب استخدام أشعة اكس في العلاج ، وقد اقامت هذه المحكمة حكمها بالتعويض على اساس خطأ مفترض في استخدام جهاز الاشعة يمثل اخلافاً بالتزام السلامة⁽¹⁾. ويترتب على هذا الاتجاه ان الطبيب لا يستطيع الافلات من المسؤولية الا اذا اثبت السبب الاجنبي سواء كان قوة قاهرة او حادثاً فجائياً او كان خطأ المريض⁽²⁾. والحقيقة ان القضاء الفرنسي قد رسم تفرقه جديدة بين الاضرار الناشئة عن العمل الطبي وهي اضرار فنية مرتبطة بالعلوم الطبية ، وبين الاضرار المستقلة عن المرض ، وهي التي ترجع غالباً الى عيوب في الالات والاشياء المستخدمة في العلاج⁽³⁾. فإذا كانت الاخطاء فنية ومرتبطة بالعلوم الطبية فانها تخضع للقواعد العامة ويبقى التزام الطبيب فيها التزاماً ببذل عناية ، اما في الحالة الثانية فيكون التزام الطبيب فيها التزاماً بتحقيق نتيجة ، ويسأل عن الاشياء المستخدمة ما لم يثبت السبب الاجنبي ، فمثلاً اذا اصاب المريض بضرر ناجم عن الشيء الذي استخدمه الطبيب ، فاذا اقتضت حراسة الشيء عناية خاصة فلا يكلف المريض باثبات خطأ الطبيب بل يتحول التزام الطبيب الى التزام بتحقيق نتيجة وهي سلامة المريض من الاشياء التي يستعملها وتنهض مسؤوليته ويكون حكمها تعويض الضرر ، فاذا انفجر جهاز التخدير ونجم عنه ضرر اصاب المريض فهنا لا يكلف المريض باثبات خطأ الطبيب ، ولا يستطيع الطبيب الافلات من المسؤولية الا باثبات السبب الاجنبي⁽⁴⁾.

ويتحصل لدينا من ذلك ان التزام الطبيب بضمان سلامة المريض يكون في جميع الاحوال التي تستخدم فيها الادوات الطبية فاذا كان الضرر الناشئ بسبب عيب موجود في الاجهزة الطبية لا يمت الى المريض بصفة فهنا يكون التزام الطبيب التزاماً بتحقيق نتيجة وذلك لان من واجبه ان يستعمل اجهزة سليمة في معالجة المريض ، وكذلك اذا كانت الاضرار التي لحقت المريض قد نتجت عن استخدام الاجهزة الطبية وارتبطت بالعمل الطبي ، فهنا يكون الالتزام الاصلي التزاماً ببذل عناية كما يظهر الى جانب ذلك الالتزام بالسلامة أي التزام بتحقيق نتيجة هي عدم الحاق الضرر بالمريض عن طريق الالات الجراحية المستعملة⁽⁵⁾.

(1) محكمة روان - 4 يوليو 1966 في الاسبوع القانوني - 1967 - 15272 وتعليق الاستاذ سلفانيا -

نقلاً عن د. حمدي عبد الرحمن - المرجع السابق - ص 14 .

(2) د. حمدي عبد الرحمن - المرجع السابق - ص 14.

(3) د. محمود جمال الدين زكي - مشكلات المسؤولية المدنية - المرجع السابق - ص 385 وما بعدها.

(4) د. محمد علي عمران - الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود - المرجع السابق - ص 100.

(5) د. محمود التلي - النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الاشخاص - المرجع السابق - ص 328.

المقصد الثالث

مسؤولية الطبيب في المستشفيات العامة والخاصة

ان الطبيب قد يرتكب خطأ في علاج المريض فيسأل عنه ، ولكنه قد يرتكب هذا الخطأ داخل صالة العمليات او داخل المستشفى ، فهنا يظهر الاختلاط او الالتباس ويتبادر السؤال عما اذا كان المسؤول عن ذلك هو الطبيب ام المستشفى؟

والخطأ قد يرتكب في مراحل مختلفة تتمثل في ثلاث مراحل هي⁽¹⁾:

1-مرحلة ما قبل اجراء العمل الجراحي ، حيث يقوم اطباء اختصاصيون بأجراء فحوصات على المريض مثل اجراء تخطيط القلب وقياس الضغط والتحليلات المختبرية اللازمة مثل معرفة فصيلة الدم ونسبة السكر في الجسم او نسبة اليوريا وفحوصات كثيرة تجري على المريض للتأكد من قابليته الصحية لاجراء العلاج او العمل الجراحي .

2-والمرحلة الثانية وهي: مرحلة العمل الجراحي والذي يُجري داخل صالة العمليات والمريض غائب عن الدنيا بفعل المخدر.

3-المرحلة الثالثة هي مرحلة العناية اللازمة للمريض بعد اجراء العملية والاشراف على الغذاء و الادوية التي تعطى له.

والسؤال المتبادر هل يكون الطبيب مسؤولاً عن جميع الاخطاء التي تلحق ضرراً بالمريض؟

وللاجابة عن هذا السؤال نقول بان مسؤولية الطبيب تختلف حسبما اذا كان يعمل في مستشفى عام او مستشفى خاص ، وفي كلتا الحالتين يتمتع الطبيب بالاستقلال في ممارسة عمله الفني بالطريقة التي يراها نافعة للمريض ، وليس لادارة المستشفى ان تتدخل فيما يكون من عمله الفني⁽²⁾ ، وان القول بحق المستشفى في اصدار اوامره للطبيب انما ينطوي على اعتداء على مهنة الطب ، وهو من ثم

(1) د. احمد محمود سعد -المرجع السابق -ص152.

(2) د. حسن زكي الابراشي -المرجع السابق -ص379.

يرفضه اصحاب هذه المهنة (أي الاطباء) ، وذلك لان ادارة المستشفى قد لا تكون لديها الدراية الكافية بالعمل الفني للطبيب ، ولكم ينبغي ان نقر لها امكانية توجيهه في كل ما يخرج عن عمله الفني.

ففي حالة الطبيب الذي يعمل في مستشفى خاص تكون العلاقة مع المريض متغيرة ، فاذا تعاقد المريض مع الطبيب لعلاج وحده المستشفى الذي يجري فيه العلاج او التداخل الجراحي ، ويقوم الطبيب في اكثر الاحيان باختيار المستشفى ⁽¹⁾، ففي هذه الحالة يكون دور المستشفى محدودا لا يتعدى تقديم سرير للمريض ووضع الادوات الجراحية والمساعدین بین یدی الطبيب وتحت امرته مقابل اجر معين يدفع للمستشفى ⁽²⁾ وهنا لا يكون الطبيب تابعا لادارة المستشفى ، ويكون المساعدون الذين وضعهم المستشفى بین یدی الطبيب تابعین لهذا الطبيب تبعية عارضة محددة بفترة العلاج داخل المستشفى وفي هذه الحالة يكون الطبيب هو المسؤول عن أي خطأ يحدث للمريض اذ ان هذا المريض قد تعاقد معه مباشرة ، ولا مسؤولية بشيء على المستشفى فالطبيب غير تابع للمستشفى هنا ، والمسؤولية تدور مع التبعية.

اما في الحالة الثانية وهي حالة تعاقد المريض مع المستشفى على معالجته ففيها لا يعرف المريض الطبيب فهو تعاقد مع المستشفى وقد تضمن هذا العقد ان يؤمن المستشفى طبيا جيدا يقوم على علاجه ⁽³⁾ وهنا يكون المستشفى مسؤولا عما يرتكبه الطبيب من اخطاء تلحق ضررا بالمريض وذلك لان عقد العلاج او عقد التداخل الجراحي قد ابرم مع المستشفى وليس مع الطبيب.

اما تبعية المساعدین فهي تخضع للحالتین المذكورتین فاذا جرى التعاقد مع الطبيب كان هذا الطبيب مسؤولا عن اخطاء المساعدین وذلك بما له من سلطة الرقابة والتوجيه عليهم ⁽⁴⁾. وبعكسه ففي الحالة الثانية حيث يكون عقد العلاج او التداخل الجراحي قد ابرم مع المستشفى فان هذا المستشفى هو المسؤول عن اخطاء المساعدین ، وفي ذلك تغليب للصفة العقدية ، فالتبعية تنتقل الى الطبيب في حالة التعاقد معه فيكون له سلطة التوجيه والمراقبة ، ونستشف من هذا ان المسؤولية تدور مع سلطة الاشراف والمتابعة فهي تنتقل معها حيثما انتقلت.

ولا نغفل هنا ان المرحلة الثالثة من العلاج تظهر بعد اجراء الطبيب للعملية فهي علاج ما بعد العملية ، وتتمثل فيما يصدر الطبيب المعالج او الجراح من اوامر واضحة للمساعدین وهم يقومون بالعمل الطبي كل حسب اختصاصه وتكون سلطة الاشراف والمتابعة هنا للمستشفى ، ولذا يكون هو المسؤول عن اخطاء المساعدین.

(1) د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن - مضمون الالتزام العقدي - كلية الحقوق - جامعة المنصورة 1976 - ص23.

(2) د. اسعد عبيد عزيز الجميلي - المرجع السابق - ص229.

(3) د. عبد الرشيد مأمون - المرجع السابق - ص229.

(4) د. احمد محمود سعد - المرجع السابق - ص148.

ويجدر بالذكر ان المستشفيات الخاصة في العراق أصبحت كثيرة جداً بصدر قانون الصحة العامة رقم 89 لسنة 1981⁽¹⁾ حيث اجازت المادة (83) منه فتح المستشفيات الاهلية وقد نظم قانون المستشفيات الاهلية رقم (25) لسنة 1984⁽²⁾ كيفية فتح المستشفى الاهلي وذلك من خلال اجازته لتأسيس شركات محدودة لإنشاء مستشفيات أهلية فأزاد أيضاً عدد المستشفيات فاراد مجلس قيادة الثورة الموقر توفير ضمانات للمريض للحصول على التعويض فأصدر القرار رقم (85) في 2001/3/25⁽³⁾ ومما جاء فيه مايلي:

((أولاً يتحمل المستشفى الذي يعالج فيه مريض يصاب بمضاعفات صحية ناتجة عن تقصير المستشفى أو أهماله ، نفقات علاجه كافة في المستشفى نفسه أو خارجه تبعاً لحالته الصحية حتى شفائه)).

اما في المستشفيات العامة ، فتكون المسؤولية مختلفة عنها في المستشفيات الخاصة وذلك لان علاقة الطبيب بالمستشفى هي علاقة قانونية تنظيمية ينضمها القانون اذ ان المستشفى الحكومي مؤسسة عمومية او مرفق عام والطبيب موظف في هذه المستشفى وتوصف علاقة الموظف بالدولة بانها علاقة قانونية او مركز تنظيمي ، اما المرضى فيستفيدون من المرفق العام وتنظم علاقاتهم وتحدد الانظمة والتعليمات ، فهي ليست علاقة عقدية ، ومن هنا تكون حقوقهم في العلاج والتزاماتهم محددة بموجب قاعدة قانونية.

والحقيقة ان الفائدة من المرفق العام تعم جميع المرضى بدون تمييز ، فالمرضى يستفيد من هذه الخدمات لمرات عديدة وليس لمرة واحدة ، اما مصدر التزام الدولة بتقديم خدماتها للجمهور فهو قاعدة قانونية ، ويشمل هذا الالتزام الخدمات التي تقدم للمرضى⁽⁴⁾. ومن هنا يمكن استبعاد العلاقة العقدية ، فالمرضى لا يستطيع تعديل تعليمات الدخول الى المستشفى ، ولكن الدولة تستطيع تعديل تعليمات الدخول الى المستشفى وشروط العلاج دون ان يكون بإمكان الافراد الاحتجاج عليها ، او طلب اجراء تعديل فيها ، ولو كانت العلاقة عقدية لكان بوسع الافراد (المرضى) التفاوض معها واجراء بعض التعديل على تعليماتها حتى يكتسب العقد القوة الملزمة له⁽⁵⁾، ولكان للمستشفى ان تقبل من تشاء من المرضى وترفض من تشاء ، وعلى هذا فان مسؤولية الطبيب في المستشفى العام تقصيرية وليست عقدية ، وهي مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعيه التي تخضع لحكم المادة (219) من القانون المدني العراقي النافذ⁽⁶⁾.

(1) منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد 2845 في 17/اب/1981.

(2) منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد 2985 في 11/أذار/1984.

(3) منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد 3873 في 9/ نيسان /2001.

(4) د. حسن زكي الابرشي - المرجع السابق - ص 397.

(5) فالمادة 146 / 1 من القانون المدني العراقي التي تقابلها المادة 147 من القانون المدني المصري تنص على انه ((إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي)).

(6) وتقابلها المادة 174 مدني مصري.

واخيرا فاذا حدث ضرر للمريض وجب البحث عن سبب الضرر ، فاذا كان سببه المستشفى مثل نظافة المستشفى او الالات المستعملة او عدم توفيره العدد الكافي من المساعدين وكذلك توفير الغذاء ومراعاة النظافة او التهوية

والتبريد ، فهنا تكون المستشفى هي المسؤولة ⁽¹⁾، وبخلاف ذلك اذا كان الخطأ المرتكب بسبب الطبيب كالخطأ الفني او الخطأ العادي فانه سيكون مسؤولاً عنه مثل الخطأ في التشخيص والعلاج والعناية والمتابعة والجراحة واجراء الفحوصات اللازمة فان الطبيب يكون مسؤولاً عنها ، وان لكل قضية ملابساتها فالمستشفى الذي يديره طبيب يختلف عن المستشفى التي تديرها جمعية خيرية ، فمثلا جمعية الهلال الاحمر تدير مستشفيات وتقدم خدمة انسانية ولكن الادارة قد لا تكون لها دراية في الجوانب الفنية لعمل الطبيب ، ولا تستطيع مراقبته في عمله الفني ، فاذا ما ارتكب هذا الطبيب خطأ في المستشفى فانه هو الذي يسأل عنه وليس المستشفى ⁽²⁾ وذلك لعدم توفر علاقة التبعية.

المطلب الثالث

الخطأ الطبي على وفق الفقه الاسلامي

لم يكن الفقه الاسلامي قد عرف المسؤولية الطبية فحسب بل قد قَعَد لها قواعد دقيقة ارتقت بتنظيمها مرتقى يضاهي او يفوق ما وصلت اليه ارقى التشريعات المدنية على هذا الصعيد في وقتنا الحاضر ⁽³⁾.

(1) د. محمد حسين منصور - المسؤولية المدنية لكل من الاطباء والجراحين - المرجع السابق - ص 85 وكذلك د. احمد محمود سعد - المرجع السابق - ص 155.

(2) د. عبد السلام التونسي - المرجع السابق - ص 438.

(3) د. وديع فرج - مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية - مجلة القانون والاقتصاد ، س 12 - ع 5 و 4 - 1942 ص 383.

والحقيقة ان الشريعة الاسلامية شريعة حية صالحة لكل زمان ومكان ، وان الدين الاسلامي هو الدين الذي ختمت به رسالات السماء والشرائع الالهية ، والذي جاء بمبادئ ادت الى وحدة الامة العربية وجعل المسلمين يخضعون لتشريع واحد.

ولا شك ان الشريعة الاسلامية قد نظمت جوانب الحياة المختلفة بحيث لم يبق منها جانب لم تتناوله ، وكان من الطبيعي ان تتناول خطأ الطبيب اذا ما سبب عاهة للمريض او افضى الى وفاته ، فبسطت اليه كجزاء يتقرر في امور كثيرة منها خطأ الطبيب ، وقد جاء في القرآن الكريم قوله تعالى ((ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا))⁽¹⁾.

وقد كان النبي محمد (ﷺ) ينصح بالتداوي حيث قال ((يا ايها الناس تداووا ، فان الله لم ينزل من داء الا انزل له دواء))⁽²⁾.

وحيث ان الوضع النفسي للمريض له الاثر الفعال في شفائه فان نبي الرحمة (ﷺ) قد اوصى بشد ازر المريض من خلال رفع الروح المعنوية لديه حيث قال ((اذا دخلتم على المريض فنفسوا له في الاجل))⁽³⁾ ، كما اوصى بالتحرز

من العدوى لكي لا ينتشر المرض في صفوف المسلمين ويضر بهم بل اراد ان يحصر المرض في اضييق مكان ممكن حيث قال في حديث عن الطاعون ((اذا سمعتم به بأرض فلا تدخلوا عليه واذا وقع بارض وانتم بها فلا تخرجوا منها))⁽⁴⁾.

ولطالما نهى العرب عن التخمّة وادخال الطعام على الطعام وقالوا ((المعدة بيت الداء)).

ويتبين من هذه الاحاديث النبوية الشريفة وماصب معها في مجرى واحد من الاحاديث الشريفة التي يحفظها حتى عامة المسلمين انها كانت تحت المسلمين على التطيب وتعلم مهنة الطب ، ولكن كما اهتم الشرع الاسلامي بالطب والتطبيب او الداء والدواء والوقاية فانه لم يغفل تناول مسؤولية الطبيب فهذا الفقه الاسلامي يقرر ان الطبيب ضامن ما جاء نتيجة خطئه ، ومن ذلك ما جاء في الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ((فالطبيب يضمن في ماله ما تلف بعلاجه ... وان احتاط واجتهد واذن المريض لان ذلك لا دخل له في عدم الضمان هنا لتحقق الضمان مع الخطأ المحض))⁽⁵⁾.

(1) سورة النساء - الآية 92.

(2) سنن ابي داود - كتاب الطب - باب في الرجل يتداوى رقم الحديث (3357) ترقيم العالمية.

(3) صحيح البخاري دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان كتاب الطب - ج7 - ص158.

(4) سنن ابي داود - كتاب الجنائز - باب الخروج من الطاعون رقم الحديث 2697 ترقيم العالمية. وكذلك صحيح البخاري - المرجع السابق - ص168.

(5) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية - للشهيد السعيد زين الدين الجبعي المعاملي - ج2 - ص418.

كما يقرر ان رضا المريض شرط لمباشرة العلاج الطبي عليه او العملية الجراحية ، وهذا ما جاء في كتاب المغني لابن قدامة ((وان ختن صبياً بغير اذن وليه او قطع سلعة* من انسان بغير اذنه أو من صبي بغير اذن وليه فسرت جنايته ضمن ، لأنه قطع غير مأذون فيه))⁽¹⁾.

ومن المتفق عليه في الشرع الاسلامي ان تعلم مهنة الطب فرض من فروض الكفاية⁽²⁾، أي ان تعلمه واجب على كل شخص ، ولكن هذا الواجب يسقط اذا قام به شخص غيره من المسلمين وذلك لحاجة الجماعة اليه اما اذا لم يوجد غير طبيب معين في المدينة فان فرض التطبيب الكفائي يصبح فرض عين بالنسبة الى هذا الطبيب وبأنقلاب فرض الكفاية الى فرض عين يكون الطبيب أثماً اذا لم يقم به بنفسه.

ويستنتج مما تقدم انه ما دام التطبيب واجبا على الطبيب لا مفر له من ادائه ، فإن الطبيب لا يكون مسؤولاً عما يحدث للمريض ، فالقاعدة تقضي بان الواجب لا يتقيد بشرط السلامة ، ولكن لما كانت طريقة علاج المريض متروكة لاختيار الطبيب المتخذ في ضوء دراسته وممارسته وعلمه فان الطبيب يبدو او يكون اشبه بصاحب الحق ويترشح هذا ولا شك مما له من سلطان واسع في اختيار العلاج المناسب والطريقة المناسبة.

وقد اجمع فقهاء الاسلام على عدم مسؤولية الطبيب عما يفضي اليه فعله من نتائج ضارة بالمريض مثل احداث عاهة مستديمة او التسبب في وفاة المريض ، ولكن اولئك الفقهاء قد اختلفوا في رفع هذه المسؤولية وسبب رفعها ، فقد رأى الامام ابو حنيفة ان المسؤولية ترتفع عن الطبيب لسببين : اولهما حاجة المجتمع الماسة الى العمل الطبي الامر الذي يفرض تشجيع الطبيب للقيام بعمله دون خوف من المسؤولية الجنائية او المدنية ، فالطبيب الذي يمتنع عن القيام بعمله يلحق بالمجتمع الضرر .

اما السبب الثاني فهو وجوب اخذ اذن (المريض) او وليه اذا كان يصعب اخذ اذنه او كان صبياً او مجنوناً ، فأجتمع الاذن مع حاجة المجتمع يؤدي الى رفع المسؤولية⁽³⁾.

* السلعة: هي زيادة تحدث في البدن كالغدة تتحرك اذا حركت ، وقد تكون- من حمصة الى بطيخة، وقد تكون السلعة ورماً في الرأس. أنظر دوديع فرج -مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية -المرجع السابق ص384.

(1) المغني لابن قدامة ج5 -ط3 -ص490-491.

(2) القاضي عبد القادر عودة -التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي دار الكاتب العربي بيروت- بدون سنة طبع -ج1 -فقرة 312 -ص520.

(3) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - لعلاء الدين الكاساني ، الطبعة الاولى - مطبعة الجمالية 1328هـ -جزء 7 ، ص305.

وقد رأى الامام الشافعي ان السبب في رفع المسؤولية عن الطبيب هو الاذن الذي حصل عليه الطبيب من المريض ، ولكن بشرط ان تكون نية هذا الطبيب منصرفة الى صلاح المفعول وليس بقصد الاضرار به.

وفي اجتماع هذين الشرطين يكون العمل مباحاً للطبيب وتنتفي المسؤولية عنه شرط ان يكون فعل الطبيب موافقاً لما يقول به اهل العلم بصناعة الطب ⁽¹⁾ ، وقد قال بهذا الراي ايضا الامام احمد بن حنبل ⁽²⁾.

اما الامام مالك فقد قال بأن المسؤولية تنتفي عن الطبيب بسبب اذن الحاكم اولاً واذن المريض ثانياً ، فأذن الحاكم يبيح للطبيب ممارسة العمل الطبي واذن المريض يبيح للطبيب ان يفعل بالمريض ما يرى فيه صلاحه ، واذا حصل الطبيب على هذين الاذنين فلا مسؤولية عليه ما لم يكن قد خالف اصول الفن الطبي او اخطأ في فعله ⁽³⁾.

ولو تدبرنا ما ذهب اليه فقهاء وائمة المسلمين لوجدنا انهم اباحوا عمل الطبيب ونفوا المسؤولية عنه ولكن بشرط ان يكون هذا العمل متفقاً مع ما يقول به اهل العلم في مهنة الطب ، ومعنى ذلك ان الطبيب اذا خالف الاصول العلمية الثابتة لمهنة الطب سئل عن فعله لارتكابه خطأ يحاسب عليه.

ويرى جانب من الفقه الحديث ⁽⁴⁾ ان الطبيب لا يسأل الا عن خطئه الفاحش ، والخطا الفاحش هو ما لا تقره اصول فن الطب ولا يقره اهل العلم بفن الطب ، ويضرب الفقهاء مثلاً للخطأ غير الفاحش قصة صبية سقطت من مكان مرتفع فأنتفخ رأسها ولما عرضت على الاطباء الجراحين قالوا ان في شق رأسها موتاً لها ، ولكن واحداً منهم قال انها تموت ان لم تشقوا راسها هذا اليوم ، وانا اشقه وابريها ، فشقه فماتت بعد يوم او يومين.

فسئل نجم الائمة الحلبي هل يضمن هذا الطبيب؟ فتأمل ملياً ثم اجاب قائلاً : لا. اذا كان الشق بأذن ، وكان معتاداً ، ولم يكن فاحشاً خارج الرسم ، أي لم يكن هناك خروج فاحش على القواعد الفنية المرسومة لهذا الشق فان الطبيب لا يضمن أي لا يسأل مدنياً ولا جنائياً ، ف قيل له فأن قال الطبيب ان ماتت فاننا ضامن ، هل يضمن؟ فقال انه لا يضمن وذلك لان ضمان الطبيب يترتب على خطئه الفاحش لا على تعهده بنجاح العملية ⁽⁵⁾.

ومن كل ما كتبه فقهاء الشريعة الاسلامية نرى انهم وضعوا شروطاً معينة اذا تخلف احدها اعتبر الطبيب مسؤولاً امام المريض او ذويه واهم هذه الشروط هي :

- 1- ان يكون الفاعل طبيباً.
- 2- ان يأتي الفعل بقصد العلاج وبحسن نية.
- 3- ان يعمل طبقاً للاصول الطبية.

(1) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج - لابي العباس الرملي - الطبعة الاولى - مطبعة البابي الحلبي 1938 - جزء 8 - ص 2.

(2) المغني علي مختصر الخرقى لابن قنادة - الطبعة الاولى - مطبعة المنار - 1348 هـ - الجزء العاشر - ص 349-350.

(3) مواهب الجليل ، شرح مختصر خليل - للحطاب ، الطبعة الاولى ، مطبعة السعادة - 1329 هـ ، جزء 6 ، ص 321.

(4) القاضي عبد القادر عودة - التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي - المرجع السابق - فقرة (364) - ص 522.

(5) حاشية الطهطاوي - على الدر المختار ، الطبعة الثالثة - جزء 4 - ص 276.

4- ان يأذن له المريض او من يقوم مقامه كالولي.
فاذا توفرت هذه الشروط في التطبيب فلا مسؤولية على الطبيب وان انعدم احدها
كان الطبيب مسؤولاً⁽¹⁾.

وهذا ما ذهب اليه ابن القيم في قوله ((اما الطبيب الحاذق فلا ضمان عليه اتفاقاً ،
اذا اذن له المريض بعلاجه ، واعطى الصنعة حقها ، ولم تجن يده ، اذا تولد من فعله ،
المأذون من جهة الشارع ، ومن جهة من يطببه تلف النفس او العضو او ذهاب صفة))⁽²⁾
، وقد ضرب ابن القيم مثلاً لذلك بقوله ((كما اذا ختن الصبي في وقت وسن قابل للختان ،
واعطى الصنعة حقها ، فتلف العضو او الصبي ، لم يضمن. وكذلك اذا بط من عاقل ما
ينبغي بطه في وقته على الوجه الذي ينبغي فتلف لم يضمن.))⁽³⁾.

وكان العرب قد أهتموا بالتعليم اهتماماً كبيراً وتقدم المسلمون على الغرب في
العلوم كافة ، وفي هذا يقول ولز ((لقد قامت في العالم الاسلامي قبل الغرب بقرن أو نحو
ذلك عدة مراكز في البصرة والكوفة وقرطبة وغيرها ،مما كان في الاصل مدارس دينية
تستند الى الجوامع ،سلسلة من الجامعات العظيمة ،أضاء نورها بعيداً فيما وراء العالم
الاسلامي، وجذب اليه الطلاب من الشرق والغرب وفي قرطبة على وجه الخصوص كان
هناك عدد من الطلبة المسيحيين. ولقد كان تأثير الفلسفة العربية التي أتت عن طريق اسبانيا
الى جامعات باريز وأكسفورد وشمال إيطاليا على التفكير الاوربي جليلاً))⁽⁴⁾.

وكان الطبيب في اول عهد الدولة الاسلامية يكتفي لمزاولة مهنة الطب بالدراسة
على يد أي طبيب من النابغين في عصره فأذا وجد في نفسه القدرة على مزاولة مهنة الطب
بأشرها دون قيد او شرط ، ولكن حدث في عهد الخليفة المقتدر سنة (319هـ، 931م) ان
طبيباً اخطأ في علاج مريض فمات المريض ، فامر الخليفة طبيبه سنان بن ثابت ، وكان
يقوم على ادارة مستشفيات بغداد في ذلك العهد ، بان يمنع من مزاولة مهنة الطب الا
من اشتهر بالحذق واطباء الخليفة ، ويعطى لكل

من ينجح في الامتحان شهادة بما يرى ان يخوله له عمله من فنون الطب ، وقد بلغ عدد
الاطباء الذين تقدموا لهذا الامتحان يومذاك ثمنائة وستون طبيباً ، وقد امر الخليفة محتسبه
ان يمنع من مزاولة المهنة كل من اسقطه سنان في الامتحان⁽⁵⁾.

(1) القاضي عبد القادر عودة - التشريع الجنائي الاسلامي - المرجع السابق - فقرة (367) - ص523.

(2) زاد الميعاد في هدى خير العباد - للإمام العلامة ابن القيم الجوزية - ج3 - ص145.

(3) زاد الميعاد في هدى خير العباد - المرجع نفسه - ص101-110.

(4) ولز - معالم التاريخ - لندن - 1925 - الجزء الثاني ص 391 مشار اليه لدى د-محمد فائق الجوهرى- المرجع
السابق ص 28

(5) انظر د-محمد فائق الجوهرى - المرجع السابق - ص29 . ومما تجدر الاشارة اليه ان -المحتسب هو منصب
يضطلع صاحبه بعمل الشرطة والادعاء العام والبلدية والرقابة الصحية والامر بالمعروف والنهي عن المنكر
ومن ثم فهو رقيب اداري. وقد انشأ المهدي ليلاحظ الاسواق ويراقب المكايل والموازن ويعاقب كل من يحاول
الغش والاختلاس كما يملك العقوبة من الناحية التأديبية. وله سلطة واسعة كحاكم اداري وراء سلطة القاضي بل
هو يملك ما تملكه أي هيئة ادارية اليوم او ما تملكه نقابة الاطباء (انظر مقال الاستاذ الشيخ عبد العزيز المراغي

جراحة التجميل في الشريعة الاسلامية

ان الجراحة التجميلية ، فيما يبدو مباحة لدى فقهاء الشريعة الاسلامية تأسيساً على ان رضا الشخص (المريض) يعفي الطبيب من المسؤولية بل ان القول بجواز ازالة العيوب الخلقية لم يكن مخالفاً للشريعة الاسلامية ، فهي لم تعرف عمليات التجميل بالمعنى الواسع⁽¹⁾ المعروف في وقتنا الحاضر ، ويستنتج مما كتبه فقهاء الاسلام ان عمليات التجميل جائزة انها ان لم تكن توجبها فهي لا تحرمها وفي الحقيقة ان بين اولئك الفقهاء من رأى ان بعض العيوب الخلقية تمنع من انعقاد الامامة وذلك لان الامام يجب ان يتحلّى بالهيبة ، والعيوب الخلقية يمكن ان تقلل من هذه الهيبة ، الامر الذي يفهم منه ان من الواجب ازالة مثل هذه العيوب ان امكن ذلك ، ومن هنا قيل ((انه يمنع من انعقاد الامامة ماشان وما قبح ولم يؤثر في عمل ولا نهضه كجذع الانف وسمل احدى العينين ... فالسلامة منه تكون شرطاً معتبراً في عقدها ليسلم ولاية الملة من شين يعاب ونقص يزري

عن مسؤولية الاطباء -مجلة الازهر -المجلد العشرين ، ص210. ويجدر بالاشارة ان منصب المحتسب قد صيغ على غرارهِ في السويد عام 1809 منصب يسمى صاحبه (Ombudsman) ثم انتشر منها الى العالم الغربي والى كثير من دول العالم في افريقيا واسيا واستراليا ، انظر استاذنا د.جاسم العبودي : الوازع الضميري ، المرجع السابق- ص 13.

(1) الاستاذ الشيخ عبد العزيز المراغي -مقال عن المسؤولية الاطباء - مجلة الازهر - القسم الثاني - ج4 المجلد العشرون - ص409.

فتقل به الهيبة ، وفي قلتها نفور عن الطاعة ، وما ادى الى هذا فهو نقص في حقوق الامة⁽¹⁾.

ويعد كدليل على جواز عمليات التجميل ما ذكره الفقهاء في شأن ((حكم اتخاذ الانف من الذهب وورد في ذلك حديثاً ان عرفة بن سعد اصيب انفه يوم كلاب فأتنت ، فأمره النبي محمد ﷺ ان يتخذ انفاً من الذهب والفقهاء جميعاً في اجازة هذا النوع من الجراحة))⁽²⁾.

وثمة دليل اخر هو جواز اتخاذ الاسنان من الذهب ، وقد روي الطبراني في معجمه عن عبد الله بن عمر ان اياه سقطت ثنيثة فأمره النبي ﷺ ان يشدها بذهب. وقد عرف الفقهاء المسلمون نوعاً اخر من عمليات التجميل وهو قطع الاصبع الزائدة حيث جاء في الفتاوى الخانية ((اذا اراد ان يقطع اصبعاً زائدة او شيئاً اخر قال ابو نصر (رحمه الله) ان كان الغالب على من قطع مثل ذلك الهلاك فانه لا يفعل لانه تعريض النفس للهلاك وان كان الغالب هو النجاة فهو في سعة من ذلك))⁽³⁾. وهذا يعني التحريم في حالة الهلاك وهو امر مستنتج من القرآن الكريم حيث قال عز من قائل ((ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة))⁽⁴⁾.

وقد يثور السؤال عن قول الرسول ﷺ ((لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة ، والواشرة والمستوشرة والمتلمسات للحسن ، المغيرات خلقه الله))⁽⁵⁾ والمستوشرات هن من يحدثن الفلج وهو صنع فراغ بين السنين الاماميين . وللجابة عن ذلك لا بد من الاشارة الى هذا الحديث بان التحريم مقصور على ما يجري من قبيل ذلك لمجرد الزينة اما اذا كان الغرض منه العلاج او ازالة عيب خلقي لا يزول الا بالجراحة فهو جائز.

وقد جاء في شرح هذا الحديث الشريف ما يلي⁽⁶⁾: ((ان وصلت شعرها بشعر ادمي فهو حرام بلا خلاف سواء كان شعر رجل او امرأة وسواء شعر المحرم والزوج وغيرها بلا خلاف لعموم الاحاديث ولانه يحرم الانتفاع

(1) ابو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي - الاحكام السلطانية - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - 450هـ - ص23.

(2) الاستاذ الشيخ عبد العزيز المراغي - المرجع السابق - ص409.

(3) الفتاوى الخانية - ج3 - ص409.

(4) سورة البقرة - الاية - 195.

(5) صحيح مسلم بشرح النووي رقم الحديث 3961 (الترقيم العالمية).

(6) صحيح البخاري - المرجع السابق - ص212.

بشعر الادمي وسائر اجزاءه لكرامته بل يدفن شعره وظفره وسائر اجزاءه وان وصلته
بشعر غير ادمي فان كان شعرا نجساً وهو شعر الميتة وشعر ما لا
يؤكل اذا انفصل في حياته فهو حرام ايضاً للحديث ، ولانه حمل نجاسة في صلاته وغيرها
عمداً ، سواء في هذين النوعين المزوجة وغيرها من النساء والرجال ، اما الشعر الطاهر
من غير الادمي فان لم يكن لها زوج ولا سيد فهو حرام ايضاً وان كان لها زوج او سيد
فثلاثة اوجه : احدهما لا يجوز لظاهر الاحاديث ، والثاني يحرم ، واصحها عندهم ان فعلته
بأذن الزوج او السيد جاز والا فهو حرام ، قالوا : واما تحمير الوجه والخضاب بالسواد
وتطريف الاصابع فان لم يكن لها زوج ولا سيد او كان وفعلته بغير اذنه فحرام ، وان اذن
جاز على الصحيح . هذا تلخيص كلام اصحابنا في المسألة.

قال القاضي عياض : اختلف العلماء في المسألة فقال مالك والطبري وكثيرون او
الاكثرون : الوصل ممنوع بكل شيء سواء وصلته بشعر او صوف او خرق ، واحتجوا
بحديث جابر الذي ذكره مسلم بعد ان النبي ﷺ زجر ان تصل المرأة براسها شيء.

وقال الليث بن سعد : النهي مختصر بالوصل بالشعر ولا بأس بوصله بصوف او
خرق وغيرها.

وقال بعضهم: يجوز جميع ذلك وهو مروي عن عائشة ولا يصح عنها بل الصحيح
عنها كقول الجمهور : قال القاضي عياض : فأما ربط خيوط الحرير الملونة ونحوها مما
لا يشبه الشعر فليس بمنهي عنه ، لانه ليس بوصل ولا هو بمعنى مقصود الوصل ، انما
هو للتجميل والتحسين.

قال: وفي الحديث ان وصل الشعر من المعاصي الكبائر للعن فاعله: وفيه ان
المعين على الحرام يشارك فاعله في الاثم ، كما ان المعاون على الطاعة يشارك في ثوابها
والله اعلم)).

أولاً: الكتب والرسائل

أ- الكتب العربية

- 1-د.احمد شرف الدين -مسؤولية الطبيب مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة -دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقضاء الكويتي والمصري والفرنسي- طبع ذات السلاسل للطباعة والنشر. الكويت -1986
- 2-د. احمد محمود سعد -مسؤولية المستشفى الخاص عن اخطاء الطبيب ومساعديه -دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه والقضاء المصريين والفرنسيين .
- 3-د. احمد محمود سعد -زرع الاعضاء بين الحضر والاباحة -الطبعة الاولى - القاهرة -1986 -الناشر دار النهضة العربية.
- 4-اسامة عبد الله فايد -المسؤولية الجنائية للاطباء -دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي جامعة القاهرة بني سويف -1987
- 5-د. اسماعيل غانم في النظرية العامة للالتزام -الجزء الثاني -احكام الالتزام والاثبات -مكتبة عبد الله وهبة -مصر -1967
- 6-اد.جاسم العبودي -التجريم والعقاب في اطار الواقع الاجتماعي -مطابع دار الحكمة -1990.
- 7-د.جاسم العبودي -حقيقة الاجهاض في النظم العالمية -دراسة قانونية اجتماعية تحليلية مقارنة -مؤلف جاهز للطبع .
- 8-د. حسين عامر -القوة الملزمة للعقد -الطبعة الاولى 1949- القاهرة -مطبعة مصر شركة مساهمه مصرية.
- 9-د. حسن علي الذنون -النظرية العامة للالتزام -الجزء الاول -مصادر الالتزام 1946.
- 10-د. حسن علي الذنون -اصول الالتزام -شرح القانون المدني -مطبعة المعارف -بغداد -1970
- 11-د. حسن علي الذنون -المبسوط في المسؤولية المدنية -الضرر-ج1 بغداد 1991.
- 12-د. حسن عكوش -المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد - مكتبة القاهرة الحديثة -الطبعة الاولى -1957
- 13-د. حسن عكوش -المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون الفرنسي والقانون المدني الجديد -الطبعة الثانية -دار الفكر الحديث للطبع والنشر - 1970.
- 14-د.حسن الخطيب -نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن -مطبعة حداد -البصرة - العراق -1955
- 15-د. حبيب ابراهيم الخليلي -مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الاشتراكي -ديوان المطبوعات الجامعية -الجزائر -1979

- 16-د.حمدي عبد الرحمن -معصومية الجسد -بحث في مشكلات المسؤولية الطبية ونقل الاعضاء -1987.
- 17-د.حسام الدين كامل الاهواني -المشاكل القانونية التي يثيرها عمليات زرع الاعضاء البشرية دراسة مقارنة -مطبعة جامعة عين شمس .01975
- 18-حسن حنتوش - التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان 1999 .
- 19-الحكيم - راجي عباس التكريتي - السلوك المهني للاطباء-دار الاندلس - بيروت- ط 2 - 1981 .
- 20-د.زهدي يكن -المسؤولية المدنية او الاعمال غير المباحة - الطبعة الاولى منشورات المكتبة العصرية -صيدا -بيروت.
- 21-د.سعدون العامري -تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية -مركز البحوث القانونية وزارة العدل -بغداد-1981
- 22-د.سليمان مرقس مسؤولية الراعي المفترضة عن فعل المرعي في تقنيات البلاد العربية مع المقارنة بالقانون الفرنسي-1968
- 23-د. سليمان مرقس -محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية -القسم الاول -الاحكام العامة -1958
- 24-د. سليمان مرقس -شرح القانون المدني في الالتزامات -مصادر الالتزام واثارة واصافه وانتقاله وانتفاؤه والنظرية العامة للاثبات -المطبعة العالمية 16-17 شضريح سعد -بالقاهرة -1964
- 25-د سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - في الفعل الضار والمسؤولية المدنية - القسم الاول - الاحكام العامة - ط5 - مطبعة السلام - القاهرة -1988.
- 26-د.سليمان الطماوي -مبادئ القانون الاداري -الكتاب الثاني - القاهرة - 1964.
- 27-د.عبد الرشيد مأمون -عقد العلاج بين النظرية والتطبيق-دار النهضة العربية.
- 28-د.عبد الرشيد مأمون -التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي - الناشر -دار النهضة العربية -القاهرة.
- 29-د.عبد الحي حجازي -النظرية العامة للالتزام-الجزء الثاني-مصادر الالتزام-مطبعة نهضة مصر -1954
- 30-د.عبد الرزاق السنهوري -الوسيط في شرح القانون المدني الجديد -نظرية الالتزام بوجه عام -الاثبات -اثار الالتزام -دار النشر للجامعات المصرية- 1956.
- 31-د.عبد الرزاق السنهوري -الوسيط في شرح القانون المدني -العقود التي تقع على الملكية المجلد الثاني -الهبة والشركة والفرص الدخل الدائم والصلح - الناشر دار النهضة العربية .1962

- 32-د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - العقد - العمل غير المشروع - الاثراء بلا سبب - القانون - دار النشر للجامعات المصرية - 1952
- 33-د. عبد الرزاق السنهوري - الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري - القاهرة - مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر - 1946
- 34-د. عبد السلام التويجي - المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية حلب - 1966
- 35-د. عزيز كاظم جبر - الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية - مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع - عمان - 1998
- 36-د. مصطفى مرعي - المسؤولية المدنية في القانون المصري - القاهرة الناشر - مكتبة عبد الله وهبة بمصر - الطبعة الثانية مزيده ومنقحة.
- 37-د. محمد حسين منصور - المسؤولية الطبية - الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية.
- 38-د. محمد فائق الجوهري - المسؤولية الطبية في قانون العقوبات - دار الجوهري للطبع والنشر - مصر - 1951
- 39-د. محسن البية - المسؤولية المدنية للمعلم - الطبعة الاولى - 1990
- 40-د. محمد سامي السيد الشوا - الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم كلية الحقوق - جامعة الزقازيق - 1986.
- 41-د. محمد علي عمران - الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود الناشر - دار النهضة العربية - القاهرة - 1980
- 42-د. منير رياض حنا - المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدلة - دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - 1989
- 43-د. مصطفى العوجي - القانون الجنائي العام - الجزء الاول - النظرية العامة للجريمة - مؤسسة نوفل - بيروت - 1984
- 45-د. محمود جمال الدين زكي - مشكلات المسؤولية المدنية - الجزء الاول - مطبعة جامعة القاهرة - 1978
- 46-د. وفاء حلمي ابو جميل - الخطأ الطبي - دراسة تحليلية فقهية وقضائية في كل من مصر فرنسا الناشر دار النهضة العربية - القاهرة - 1978.

الاطروحات الجامعية والبحوث القانونية :

- 1-الحكيم ابراهيم الصياد - مجلة الحقوق والشريعة - جامعة الكويت - السنة الخامسة العدد الثاني - 1981
- 2-د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن - مضمون الالتزام العقدي - كلية الحقوق جامعة المنصورة.

- 3-د. اسعد عبيد عزيز الجميلي -الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية -دراسة مقارنة رسالة دكتوراه مقدمة الى جامعة بغداد -كلية القانون -1991
- 4-اسماء جبر علوان العيثاوي المسؤولية المدنية لطبيب الاسنان -رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة صدام -2000
- 5-د.جاسم العبودي - النيابة عن الغير في التصرف القانوني - رسالة دكتوراه - بغداد 1990 .
- 6-د.جاسم العبودي -مصادر الالتزام -محاضرات مطبوعة القيت على طلبة كلية المعارض الجامعة -1997
- 7-د.جاسم العبودي -المداخلات في احداث الضرر تقصيرا -مجلة العلوم القانونية المجلد (15)العدد (1،2) لسنة 2000
- 8-د.جاسم العبودي -المانع الضميري في العمل الطبي ،محاضرة القيت في دورات التعليم المستمر في جامعة صلاح الدين اربيل -1985
- 9-د.حسن زكي الابراشي -مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن -رسالة مقدمة الى كلية الحقوق -جامعة فؤاد الاول للحصول على الدكتوراه -1951
- 10-خليل جريج -الخطأ المهني في نطاق العمل الطبي -في المسؤولية المدنية الجمهورية التونسية كتابه الدولة للعدل 1964
- 11-رضا قاسم علق -مسؤولية الطبيب عن خطئه جزائيا -رسالة مقدم الى المعهد القضائي -وزارة العدل -بغداد -1992
- 12-د.سليمان مرقس -مسؤولية الطبيب ومسؤولية ادارة المستشفى مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية السنة السابعة العدد الاول 1937.
- 13-سمير اورفلي - مدى مسؤولية الطبيب المدنية في الجراحة التجميلية -مجلة رابطة القضاة تصدرها رابطة القضاة في المغرب السنة 20 العدد 8و9 1984.
- 14-الدكتور العربي شحط عبد القادر تعليق على قرار محكمة النقض الفرنسي عبء ابلاغ المريض على عاتق الطبيب-بيت الحكمة -دراسات قانونية - العدد الاول 2001
- 15-د.شفيق الجراح -المسؤولية الطبية المدنية -المحامون -يقدرها نقابة المحامين بدمشق السنة الثانية والثلاثين العدد الرابع -نيسان 19967
- 16-د. ضاري خليل - في الطبيعة القانونية للخطأ الطبي - مجلة العدالة العراقية - العدد 3 س 3 تموز 1977.
- 17-عباس علي محمد الحسيني -مسؤولية الصيدلي المدنية عن اخطائه المهنية - رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد 1992

- 18-د.عبد الرحمن عبد الرزاق داود الطحان -مسؤولية الطبيب المدنية عن
اخطائه المهنية -رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة -جامعة
بغداد -1976
- 19- عبد الهادي مظهر احمد صالح -مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية عن
اخطائهم المهنية بحث مقدم الى المعهد القضائي .1990
- 20-عمر عبد المجيد مصبح -المسؤولية الجنائية للطبيب عن خطئه في
التشخيص-رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون -جامعة بغداد 2000.
- 21-غسان جميل الوسواسي -حدود مسؤولية الاطباء عن اخطائهم في الشريعة
والقانون -العدالة -مجلة فصلية تقدرها وزارة العدل العدد الاول 1999 .
- 22-د.محمد حسين منصور -الخطأ الطبي من خلال العمليات الجراحية -مجلة
الدراسات القانونية مجلة نصف سنوية صادرة عن كلية الحقوق -جامعة
بيروت العدد الثالث -كانون الاول -1999
- 23-د.محمد حسين منصور -مشكلة اخطاء المساعدة الطبية -المسؤولية القانونية
للطبيب -مجموعة بحوث قانونية -من اعمال مؤتمر المسؤولية في
المستشفيات ، الاسكندرية 1987 الجمعية المصرية للطب والقانون .
- 24-د.محمود التلتي -النظرية العام للالتزام بضمان سلامة الاشخاص رسالة
دكتوراه مقدمة الى جامعة عين شمس -كلية الحقوق -1988.
- 25-د.محمود محمود مصطفى-مسؤولية الاطباء والجراحين الجنائية -مجلة
القانون والاقتصاد العدد الثاني السنة الثانية عشرة .1948
- 26-محسن عبد الحافظ -الحق في الحياة والحق في الموت -مجلة العربي عدد
215-مايس .1976
- 27-المحامي نزار عرابي مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص -المحامون
مجلة شهرية تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العربية السورية العدد
الثاني -السنة 48شباط .1983
- 28-وديع فرج - مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية - مجلة القانون والاقتصاد-
س 12- ع 4 و 5 -1942.

القوانين والقرارات :

- القانون المدني العراقي رقم ١٨٠ لسنة ١٩٦٩ طبع في العشرين سنة .
- القانون المدني المصري رقم ١٠٠ لسنة ١٩٢٨ طبع في العشرين سنة .
- القانون المدني السوري رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٩ طبع في العشرين سنة .
- القانون المدني الاردني رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٩ طبع في العشرين سنة .
- قانون الالتزامات والعقود المغربي رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٩ طبع في العشرين سنة .

• طبع في العشرين سنة .

٢٠٠٤. قانون الموجبات والعقود اللبناني .

والقانون المدني الفرنسي .

القانون المدني الألماني لسنة **العشرون العشرون والعشرون** .

القانون رقم ١٠٠ لسنة ٢٠١٨ بشأن قانون الالتزامات والسويسي.

العشرون
قانون العقوبات العراقي رقم (١٠٠) لسنة

وَالْعِشْرُونَ نَحْمَدُكَ يَا اللَّهُ

قانون الإثبات العراقي رقم (١٨٠) لسنة

• وَالْعَشْرُونَ وَالْثَلَاثُونَ وَالْعِشْرُونَ، يَا أَيُّهَا

قانون العمل والضمان الاجتماعي العراقي رقم

(اللَّهُ وَالْبَلَاؤُونَ) لسنة
وَالْبَلَاؤُونَ وَالْبَلَاؤُونَ وَالْعِشْرُونَ، اللَّهُ .

مشروع القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥٩م. ١٩٤٠م. ١٩٣٠م. ١٩٢٠م. ١٩١٠م. ١٩٠٠م. ١٨٩٠م. ١٨٨٠م. ١٨٧٠م. ١٨٦٠م. ١٨٥٠م. ١٨٤٠م. ١٨٣٠م. ١٨٢٠م. ١٨١٠م. ١٨٠٠م. ١٧٩٠م. ١٧٨٠م. ١٧٧٠م. ١٧٦٠م. ١٧٥٠م. ١٧٤٠م. ١٧٣٠م. ١٧٢٠م. ١٧١٠م. ١٧٠٠م. ١٦٩٠م. ١٦٨٠م. ١٦٧٠م. ١٦٦٠م. ١٦٥٠م. ١٦٤٠م. ١٦٣٠م. ١٦٢٠م. ١٦١٠م. ١٦٠٠م. ١٥٩٠م. ١٥٨٠م. ١٥٧٠م. ١٥٦٠م. ١٥٥٠م. ١٥٤٠م. ١٥٣٠م. ١٥٢٠م. ١٥١٠م. ١٥٠٠م. ١٤٩٠م. ١٤٨٠م. ١٤٧٠م. ١٤٦٠م. ١٤٥٠م. ١٤٤٠م. ١٤٣٠م. ١٤٢٠م. ١٤١٠م. ١٤٠٠م. ١٣٩٠م. ١٣٨٠م. ١٣٧٠م. ١٣٦٠م. ١٣٥٠م. ١٣٤٠م. ١٣٣٠م. ١٣٢٠م. ١٣١٠م. ١٣٠٠م. ١٢٩٠م. ١٢٨٠م. ١٢٧٠م. ١٢٦٠م. ١٢٥٠م. ١٢٤٠م. ١٢٣٠م. ١٢٢٠م. ١٢١٠م. ١٢٠٠م. ١١٩٠م. ١١٨٠م. ١١٧٠م. ١١٦٠م. ١١٥٠م. ١١٤٠م. ١١٣٠م. ١١٢٠م. ١١١٠م. ١١٠٠م. ١٠٩٠م. ١٠٨٠م. ١٠٧٠م. ١٠٦٠م. ١٠٥٠م. ١٠٤٠م. ١٠٣٠م. ١٠٢٠م. ١٠١٠م. ١٠٠٠م. ٩٩٠م. ٩٨٠م. ٩٧٠م. ٩٦٠م. ٩٥٠م. ٩٤٠م. ٩٣٠م. ٩٢٠م. ٩١٠م. ٩٠٠م. ٨٩٠م. ٨٨٠م. ٨٧٠م. ٨٦٠م. ٨٥٠م. ٨٤٠م. ٨٣٠م. ٨٢٠م. ٨١٠م. ٨٠٠م. ٧٩٠م. ٧٨٠م. ٧٧٠م. ٧٦٠م. ٧٥٠م. ٧٤٠م. ٧٣٠م. ٧٢٠م. ٧١٠م. ٧٠٠م. ٦٩٠م. ٦٨٠م. ٦٧٠م. ٦٦٠م. ٦٥٠م. ٦٤٠م. ٦٣٠م. ٦٢٠م. ٦١٠م. ٦٠٠م. ٥٩٠م. ٥٨٠م. ٥٧٠م. ٥٦٠م. ٥٥٠م. ٥٤٠م. ٥٣٠م. ٥٢٠م. ٥١٠م. ٥٠٠م. ٤٩٠م. ٤٨٠م. ٤٧٠م. ٤٦٠م. ٤٥٠م. ٤٤٠م. ٤٣٠م. ٤٢٠م. ٤١٠م. ٤٠٠م. ٣٩٠م. ٣٨٠م. ٣٧٠م. ٣٦٠م. ٣٥٠م. ٣٤٠م. ٣٣٠م. ٣٢٠م. ٣١٠م. ٣٠٠م. ٢٩٠م. ٢٨٠م. ٢٧٠م. ٢٦٠م. ٢٥٠م. ٢٤٠م. ٢٣٠م. ٢٢٠م. ٢١٠م. ٢٠٠م. ١٩٠م. ١٨٠م. ١٧٠م. ١٦٠م. ١٥٠م. ١٤٠م. ١٣٠م. ١٢٠م. ١١٠م. ١٠٠م. ٩٠م. ٨٠م. ٧٠م. ٦٠م. ٥٠م. ٤٠م. ٣٠م. ٢٠م. ١٠م. ٠م. ١٠٠٠م. ٩٩٩م. ٩٩٨م. ٩٩٧م. ٩٩٦م. ٩٩٥م. ٩٩٤م. ٩٩٣م. ٩٩٢م. ٩٩١م. ٩٩٠م. ٩٨٩م. ٩٨٨م. ٩٨٧م. ٩٨٦م. ٩٨٥م. ٩٨٤م. ٩٨٣م. ٩٨٢م. ٩٨١م. ٩٨٠م. ٩٧٩م. ٩٧٨م. ٩٧٧م. ٩٧٦م. ٩٧٥م. ٩٧٤م. ٩٧٣م. ٩٧٢م. ٩٧١م. ٩٧٠م. ٩٦٩م. ٩٦٨م. ٩٦٧م. ٩٦٦م. ٩٦٥م. ٩٦٤م. ٩٦٣م. ٩٦٢م. ٩٦١م. ٩٦٠م. ٩٥٩م. ٩٥٨م. ٩٥٧م. ٩٥٦م. ٩٥٥م. ٩٥٤م. ٩٥٣م. ٩٥٢م. ٩٥١م. ٩٥٠م. ٩٤٩م. ٩٤٨م. ٩٤٧م. ٩٤٦م. ٩٤٥م. ٩٤٤م. ٩٤٣م. ٩٤٢م. ٩٤١م. ٩٤٠م. ٩٣٩م. ٩٣٨م. ٩٣٧م. ٩٣٦م. ٩٣٥م. ٩٣٤م. ٩٣٣م. ٩٣٢م. ٩٣١م. ٩٣٠م. ٩٢٩م. ٩٢٨م. ٩٢٧م. ٩٢٦م. ٩٢٥م. ٩٢٤م. ٩٢٣م. ٩٢٢م. ٩٢١م. ٩٢٠م. ٩١٩م. ٩١٨م. ٩١٧م. ٩١٦م. ٩١٥م. ٩١٤م. ٩١٣م. ٩١٢م. ٩١١م. ٩١٠م. ٩٠٩م. ٩٠٨م. ٩٠٧م. ٩٠٦م. ٩٠٥م. ٩٠٤م. ٩٠٣م. ٩٠٢م. ٩٠١م. ٩٠٠م. ٨٩٩م. ٨٩٨م. ٨٩٧م. ٨٩٦م. ٨٩٥م. ٨٩٤م. ٨٩٣م. ٨٩٢م. ٨٩١م. ٨٩٠م. ٨٨٩م. ٨٨٨م. ٨٨٧م. ٨٨٦م. ٨٨٥م. ٨٨٤م. ٨٨٣م. ٨٨٢م. ٨٨١م. ٨٨٠م. ٨٧٩م. ٨٧٨م. ٨٧٧م. ٨٧٦م. ٨٧٥م. ٨٧٤م. ٨٧٣م. ٨٧٢م. ٨٧١م. ٨٧٠م. ٨٦٩م. ٨٦٨م. ٨٦٧م. ٨٦٦م. ٨٦٥م. ٨٦٤م. ٨٦٣م. ٨٦٢م. ٨٦١م. ٨٦٠م. ٨٥٩م. ٨٥٨م. ٨٥٧م. ٨٥٦م. ٨٥٥م. ٨٥٤م. ٨٥٣م. ٨٥٢م. ٨٥١م. ٨٥٠م. ٨٤٩م. ٨٤٨م. ٨٤٧م. ٨٤٦م. ٨٤٥م. ٨٤٤م. ٨٤٣م. ٨٤٢م. ٨٤١م. ٨٤٠م. ٨٣٩م. ٨٣٨م. ٨٣٧م. ٨٣٦م. ٨٣٥م. ٨٣٤م. ٨٣٣م. ٨٣٢م. ٨٣١م. ٨٣٠م. ٨٢٩م. ٨٢٨م. ٨٢٧م. ٨٢٦م. ٨٢٥م. ٨٢٤م. ٨٢٣م. ٨٢٢م. ٨٢١م. ٨٢٠م. ٨١٩م. ٨١٨م. ٨١٧م. ٨١٦م. ٨١٥م. ٨١٤م. ٨١٣م. ٨١٢م. ٨١١م. ٨١٠م. ٨٠٩م. ٨٠٨م. ٨٠٧م. ٨٠٦م. ٨٠٥م. ٨٠٤م. ٨٠٣م. ٨٠٢م. ٨٠١م. ٨٠٠م. ٧٩٩م. ٧٩٨م. ٧٩٧م. ٧٩٦م. ٧٩٥م. ٧٩٤م. ٧٩٣م. ٧٩٢م. ٧٩١م. ٧٩٠م. ٧٨٩م. ٧٨٨م. ٧٨٧م. ٧٨٦م. ٧٨٥م. ٧٨٤م. ٧٨٣م. ٧٨٢م. ٧٨١م. ٧٨٠م. ٧٧٩م. ٧٧٨م. ٧٧٧م. ٧٧٦م. ٧٧٥م. ٧٧٤م. ٧٧٣م. ٧٧٢م. ٧٧١م. ٧٧٠م. ٧٦٩م. ٧٦٨م. ٧٦٧م. ٧٦٦م. ٧٦٥م. ٧٦٤م. ٧٦٣م. ٧٦٢م.

مجموعه الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج

طُبِعَ فِي الْمَدِينَةِ . قانون التقاعد والضمان الاجتماعي رقم (وَالْعِشْرُونَ مِائَةً وَثَلَاثُونَ) لسنة

• يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَابْتَغُوا إِلَافًا وَابْتَغُوا اللَّهَ

تَحْمِيدُ اللَّهِ . قانون الصحة العامة رقم ((وَالْعِشْرُونَ وَالْبَلَاثُونَ)) لسنة ١٩٦٠م .

17. قانون تأسيس المستشفيات الاهلية رقم (25) لسنة 1984 المنشور في جريدة الوقائع العراقية / عدد 2985 في 11/ اذار 1984 .

قرار مجلس قيادة الثورة رقم (٤٤٤) في

طَبَعُ فِي / مَعْظَمِ / الْعَشْرُونَ الْعَشْرُونَ / الْمُنَشُورِ فِي جَرِيدَةِ الْوَقَائِعِ الْعِرَاقِيَةِ /

عدد جمع مخطوطة والبلالون الببالون / في والعشرون / تحت اثنا / إلى العشرون والعشرون .

المراجع باللغة الإنكليزية

- 1-Anonymous , Notes , Treatment choices columbia Law Review ; Vol 84 Max 1984.
- 2-Chesir and Fifoot's; law of contract ; 9th ed . butterWorths ; London 1976 .
- 3-Geldart William, Elements of english Law , oxford university press , London 1957 .
- 4-Hart and Honor ; Causation in the law ; Oxford ; 1985 .
- 5-Honor ; A. M. International . Encyclopedia of comporative Law ; vol. (xi) (Torts) , London 1983 .
- 6-Limpens Jean - Internation Encyclopeadia of comparative law, vol. (xi) part two London 1983 /
- 7-Percy ; R. A. charlesworth and Percy on Negligence 7 th .ed., sweet and Maxwell, London ,1983
- 8-part New Ian; Questions and answers on contracts ; sweet and Maxwell , London ; 1976 .
- 9-Potts ; M. Abortion ; cumbridge university press , 1979.
- 10-Roger Findely; Environmenttal Law ; Kluwer law international ; The Hague London — Boston , 1997.

المراجع باللغة الفرنسية

- 1-J.Ambialet, Responsabalite du fait d autrui en droit medical, L.G.D.J,1965.
- 2-Chabas, vers un changement de nature de L obligations de medicale, J.C.P.
- 3-Frossard , La distinction des obligations de mojen et des obligation de resultat , L.D.G.J. Paris,1965.
- 4-Frossard, th. Precite, 75.
- 5-V.Jodin, La responsabilite sans faule et ses implications finaucieres jus medicun, IV.
- 6--V.penneau, fate civil et faute penale en matiier de responsabilite, P.U.F 1975.
- 7-R.Savatier, Securitt Numaine et respomsablilite civile des medecim, D.1967 chr –35et S.spec.
- 8-V.Starck, Le Responapilite civile dans sa double fonction de garantie et de pein privec th. 1947.

-
- 9-MEMETEAU Le droit-medical, Paris 1985.
10-Mazeaud et Chabas.
11-Viney, La Responsabilite, conditions, L.G.D.J, 1982.
12-V.cass.ch. 1.27 mai 1970 Bull. Civ. 1.
13-V.cass. Req, 21 Juil, 1862. Et, Paris, 3mars 1972.

المراجع باللغة الألمانية

- 1-Zeitschrift fur die Gesamte strafrechtswissen schaft 1889.
2-Edmund mezger-strafrecht Allgemeiner Teil-1985
3-Hans Heinrich Jescheck-Lehrbuch des Strafrechts
Allgemeiner Teil Vierte Auflage 1988 Duncker and
Humblot-Berlin.
4-Hellmith Mayer-Strafrecht Allgemeiner Teil-1953-
Kohlhimmer Verlag Stuttgart and Koln
5-Walder-Schwizerische Zeitschrift Fur Strafrecht-1977
6-Reinhart Maurach-Deutsches Straf Recht Allgemeiner Tell-Auflage-Verlag C.F.Muller Karlsruhe

تبين لنا من بحث موضوع الخطأ الطبي انه على درجة بالغة من الاهمية التي ينبثق بعضها من اهمية ما يقع عليه وهو سلامة الانسان وحياته ، ويكمن بعضها الآخر في انشعابه الى نوعين هما الخطأ الطبي المهني ، والخطأ الطبي العادي ، وهو تصنيف قد تبنته المحاكم ولم تزل قراراتها عليه ، الا ان هذه المحاكم قد اجمعت ، مع ذلك ، عن التصريح بما ينفع ويهم وهو أن لا يحيل القاضي الخطأ الطبي أياً كان نوعه الى اهل الخبرة ، فهؤلاء الخبراء يبتعدون عن الحيده والموضوعيه منساقين بروح نقابية وممارسين ما يعرف بضم الصفوف فيحابون زميلهم الطبيب ويزهقون بذلك الحق والعدل ، ولكن اذا استعصى على القاضي تبين الخطأ الفني فلا بأس من الاستعانة بأهل الخبرة.

اما الخطأ العادي فان تبين القاضي له لا يقتضي اللجوء الى اهل الخبرة ، فهو يستطيع تبينه بنفسه ، الامر الذي سعيانا على امتداد مساحة غير قليلة من هذه الدراسة الى تسليط الضوء عليه بعناية خاصة تتمحض عن قاعدة معينة هي :

((ان الواقعة تتحدث عن نفسها)) وهذا يعني ان الخطأ العادي هو خطأ واضح لا يشوبه غموض ولا يعتريه لبس وان بوسع القاضي معرفته والحكم بوقوعه دون استعانة باهل الخبرة ، كما يعني ان ثمة خطأ "فاصلاً" بينه وبين الخطأ الفني ، بل ان هذا بالذات هو ما يعطي التمييز بين صنفى الخطأ الطبي اهميته الاستثنائية وانه هو ما حدا بنا قبل غيره الى تسسمية موضوع هذه الاطروحة

((الخطأ الفني والخطأ العادي في اطار المسؤولية الطبية)) .

ولعل ابرز ما توصلنا اليه من دراسة الخطأ الطبي بنوعيه الفني والعادي انما يتمثل في نقاط معينة نسوق منها مع مقترحاتنا ما تسمح به هذه الخاتمة ويمكن اجمالها فيما ياتي :

1. ان عقد العلاج من العقود المدنية وان ممارسة العمل الطبي ليس ممارسة لعمل تجاري ولا يغير من هذا ان يمارس الطبيب عمله في مستشفى خاص او شركة او مصنع ، كما ان عقد العلاج الطبي هو في الحقيقة عقد غير مسمى ولكنه من نوع خاص وقائم بذاته ، لذا نتمنى على المشرع ان يتولى تنظيمه مراعاة لما يشتمل عليه من روابط ذات مساس بحياة الفرد والمجتمع .
2. ان المشرع العراقي قد عالج الضرر الادبي الناجم عن الموت في المادة ((205)) من تقنينه المدني التي تنص الفقرتان (2) و(3) منها على انه ((2)). يجوز ان يقضى بالتعويض للازواج والاقربين من الاسرة عما يصيبهم من ضرر ادبي بسبب موت المصاب. 3. ولا ينتقل التعويض عن الضرر الادبي الى الغير الا اذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق او حكم نهائي)) والحقيقة أن الجمع بين هاتين الفقرتين في مادة واحدة قد يوحي ان قيد انفصال الحق عن شخص المصاب بتحديد قيمته بمقتضى اتفاق او حكم نهائي انما يشمل الازواج والاقربين كما يشمل غيرهم وفي هذا مجانبة للصواب الذي يقتضي ان نفرق بين حق الازواج والاقربين في المطالبة بالتعويض

عن الضرر الذي أصابهم بسبب موت المصاب وبين غيرهم ، إذ لو قلنا بالتقييد الوارد في الفقرة (3) فطبقتنا حكمها على المذكورين في الفقرة (2) لكان ذلك تعطيلاً لحكم هذه الفقرة الأخيرة ، فالمريض قد يموت جرّاء خطأ الطبيب من دون أن يكون هنالك متسع من الوقت لتحديد التعويض بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي ، ومن هنا نقترح رفع الفقرة (2) من تلك المادة وافراد حكم خاص بها ليدخل الأزواج والأقربون مدخل الدائنين ولو لم يتحدد التعويض باتفاق أو حكم نهائي .

3. وفيما يتصل بتسويئ مركز المدين الوارد في المادة (210) من تقنيننا المدني نجد ان هذه المادة قد اجازت للمحكمة انقاص مقدار التعويض او عدم الحكم به اذا كان المضرور قد زاد في الضرر او سوءاً مركز المدين ، والحقيقة فيما

- نرى ان عبارة (أو سوءاً مركز المدين) انما هي مما ينطوي عليه مدلول عبارة (أو زاد فيه) لذا نقترح حذف عبارة (أو سوءاً مركز المدين) لانها زائدة .
4. ان التشريع العراقي قد جاء خالياً من النص على وقت تقدير التعويض وكان ينبغي ان يتضمن احكاماً تعالج ذلك ، وافضل وقت لتقدير التعويض عن الضرر هو في تقديرنا وقت تحمل الضرر ما لم يثبت ان مقداره يتغير بتغير الزمن والظروف الاقتصادية ، ففي هذه الحالة يتعين على المحكمة ان تقدر التعويض وقت النطق بالحكم .
5. ان لمن الضروري بمكان اصدار تشريع خاص بالمسؤولية الطبية يولي عناية خاصة بخطأ الطبيب ويتولى بيانه على نحو مفصل جلي ، فهو قد يقع احياناً في صورة خطأ عادي وقد يقع احياناً اخرى في صورة خطأ فني وهو من ثم خطأ تتجاذبه كفتان كفة ان يمارس الطبيب مهنته دون ان يداخله شعور بالخوف من المسؤولية كسيف مسلط على عنقه ، وكفة ان تحاط حقوق المريض بالحماية اللازمة وان لا تهدر لمجرد ان مهنة الطب تستلزم فناً خاصاً تنفرد به .
6. ان تقرير الخبرة لايجوز ان يكون بمثابة حكم في المسألة المعروضة وانه يجب ان ينصب في مصطلحات عامة مفهومة تهدي القاضي ، في الاطار المهني ، الى قرار في شأن وقوع الخطأ من الطبيب او عدم وقوعه ، فالخبير ليس هو من يقرر وقوع الخطأ او عدمه لانه لو فعل ذلك لكان هو القاضي .
7. ان من الضروري ان يقوم الطبيب بتبصير المريض في حالة اجراء تداخل جراحي عليه وحسب حالة المريض الصحية ، اما في عمليات التجميل فان تبصير المريض يكون التزاماً على الطبيب يقع عليه عبء اثبات قيامه به .
8. وفي شأن عمليات التجميل رأينا من المناسب تقسيمها الى نوعين : نوع ضروري يراد به اصلاح الاضرار و التشويّهات التي اصيب بها المريض نتيجة الحوادث والامراض ، ونوع آخر يراد به تحسين المظهر الخارجي

- للشخص ولا يتسم بالضرورة الملحة العاجلة ، فاذا كنا ازاء النوع الاول وجب الخضوع فيما نرى للقواعد العامة في تحديد مسؤولية الطبيب حيث يلتزم ببذل عناية ، واذا كنا امام النوع الثاني كبرت مسؤولية الطبيب ووجب عليه الالتزام بتحقيق نتيجة .
9. نرى من الاقوم ان تكون مسؤولية الطبيب عقدية في العراق مثلما هي عليه في مصر وفرنسا ليتاح المد من مدة التقادم فبعض الامراض لاتظهر آثارها الا بعد سنوات طويلة قد تتجاوز مدة التقادم القصير وهنا يسقط حق المريض في المطالبة بالتعويض .
10. اذا اصبحت مسؤولية الطبيب عقدية فأننا نشير بان يشتمل التعويض على الضررين المادي والادبي معا" .
11. ان الواقع العملي يشير الى تهرب الطبيب من دفع مبلغ التعويض المحكوم به وان الرجوع الى القواعد العامة لا يسعف المضرور (المريض) لذا نرى ان يؤمن الطبيب عن مسؤولية المدنية وان ترجع شركة التأمين بنصف المبلغ اذا كان خطأ الطبيب عاديا" وذلك لكي لا يسترخص الاطباء ارواح الناس ويجروا العمليات بلامبالاة ودون حرص ، أما الدعاوى الجنائية فيلزم ان تبقى قائمة ضدهم وحسب كل حالة وملابساتها .
12. ان القضاء العادي ينبغي ان يكون هو الذي ينظر في الدعاوى المقامة ضد الاطباء فالعدالة توجب المساواة بين اصحاب المهن وعدم التفريق بين مهنة واخرى .
13. ان بعض الادوية العراقية والمستوردة تصل الى المريض عن طريق الصيدليات خالية من النشرة الاعلامية العلاجية وما تتضمن من فوائد وبيان للاستخدام الامثل لها فضلا عن بيان بالتحذيرات والتاثيرات الجانبية فنتمنى على وزارة الصحة ان تراعي هذه الحالة باستيراد او تسويق ادوية مشتملة على تلك النشرة .
14. ان اهمية المسؤولية الطبية والدور الانساني للطبيب والمهنة الطبية تقتضي تثقيفا" بها وتوضيها" لوسائل الاعلام ومن ثم مسحاً للطابع التجاري ومحافظة على الطابع الانساني .
15. ان لمن المفيد فيما نرى اعطاء معلومات قانونية اولية عن المسؤولية الطبية في كليات الطب والصيدلة وطب الاسنان وكافة المعاهد الطبية تبصيراً لطلبتها بحكم القانون المتعلق بنشاطهم .
16. حيث ان الصلاحيات الواسعة الممنوحة للوزراء طبقاً للمادة (136/ب) اصول جزائية تحد من الدعاوى المقامة على الاطباء وان دور الادعاء العام ضعيف في ذلك فاننا نوصي بقيام القضاء العادي بالفصل في الدعاوى المقامة على الاطباء في الخطأ العادي دون حاجة الى تطبيق نص المادة (136/ب) الأنفة التي يمكن ان يكون لها تطبيق في الاخطاء الفنية .
17. ان المحاكم في العراق كما تبين لنا لاتزال متمسكة بفكرة الخطأ الجسيم واليسير فنوصي بنبذ هذا التقسيم وذلك لان الطبيب كغيره من ارباب المهن ينبغي ان يحاسب عن الاخطاء التي يرتكبها جسيماً ويسيرها ولكن الذي ينبغي عدم اغفاله او هجره هو تقسيم الخطأ الطبي الى خطأ عادي وآخر فني فمثل هذا التقسيم جدير بالتمسك به مادام هنالك خطأ طبي .

وختاماً " ليس لي من غاية سوى خدمة الوطن من خلال خدمة المعرفة والحق والعدالة
فلعلي اكون قد وفقت الى شيء، ولو يسير، من هذا، ولكن ما توفيقني الا بالله عليه توكلت
واليه انيب .