

مكتبة جامعة تونس
الطبعة الأولى: 1984
عدد النسخ: 1000
عدد الصفحات: 100

هذا الكتاب هو من المؤلفات القيمة التي تهافت عليها المؤلفون التونسيون في هذا المجال، وهو من الكتب التي لا يمكن الاستغناء عنها في المكتبات الجامعية والخاصة.

الخطأ الطبي

هذا الكتاب من المؤلفات القيمة التي تهافت عليها المؤلفون التونسيون في هذا المجال، وهو من الكتب التي لا يمكن الاستغناء عنها في المكتبات الجامعية والخاصة.

للدكتور / عبد السلام التونجي

هذا الكتاب من المؤلفات القيمة التي تهافت عليها المؤلفون التونسيون في هذا المجال، وهو من الكتب التي لا يمكن الاستغناء عنها في المكتبات الجامعية والخاصة.

مخطط البحث

المقدمة :

المطلب الاول : السلوك والخطأ

المطلب الثانى : مفهوم الخطأ وأحكامه فى الشريعة الاسلامية

- أ - معيار خطأ الطبيب فى
الشريعة الاسلامية

المطلب الثالث : الخطأ الطبى فى القانون المدنى

المطلب الرابع : طبيعة المسؤولية الطبية

- أ - المسؤولية الطبية وخطأ الامتناع

- ب - المسؤولية الطبية فى الامتناع
القائمة على التعسف

- ج - تكييف مسؤولية الطبيب الممتنع
القائمة على الخطأ

المطلب الخامس : أهمية الخطأ فى المسؤولية الطبية

- أ - الخطأ الشخصى

- ب - نفي الخطأ ونظرية الخطر

ج - الخطأ في المسؤولية الطبية التعاقدية واثباته

المطلب السادس : الخطأ الطبي والمعيار الضابط له

المطلب السابع : درجة جسامه خطأ الطبيب

مقدمة البحث

أهمية المسؤولية الطبية

اخترت الخطأ الطبى موضوعا للبحث ، لكننا كى نميط اللثام عنه لا بد أن ندرك مفهوم المسؤولية ، اذ أننا عندما نقول أن هناك مسؤولية ما معنى ذلك أن هناك خطأ أضر بالغير ، فما الخطأ اذن ؟ علة فى المسؤولية تدور المسؤولية معه وجودا وعدما .

فما من مسؤولية على هذا الاساس الا وينشأ الى جانبها حق نتيجة لتصرف خاطيء ، سواء كان موضوع الالتزام أصلا القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، واذا كانت الالتزامات عامة تقابلها حقوق فمن الطبيعى أن تلعب هذه الحقوق دورا هاما نتيجة لممارستها سواء كانت قائمة فى السلوك العام أو ممارسة المهن على اختلاف أنواعها عادية أم فنية ، وما من شك أن التصرفات أو الوقائع أو المهن كان لها أثرها الفعال فى خلق القواعد القانونية ، فنطرح أمام المشرع مشكلات لا بد من حلها سواء من قبله بالذات أو من قبل الفقهاء أو من قبل القضاء ليتحدد المركز القانونى لأصحاب العمل أو المهن أثناء سلوكهم ولتحقق الحماية لهم من تعسف الغير أو ممن يتعاملون معه فتضفى بذلك عليهم الطمأنينة ، وتدفعهم نحو الثقة فى أنفسهم ليكونوا عناصر فعالة نافعة للمجتمع يركنون الى تصرفاتهم دون خلق أو خوف من عواقب أعمالهم الفنية . كل هذا فى سبيل الحض على متابعة البحث العلمى ومواكبة تطوره خدمة للإنسانية .

لكن هذه الحماية لا تعنى أن تترك المرء دون رقابة ، ودون مساءلته عن أخطائه ، ولئن كان القانون قديما يؤاخذ على الخطأ عامة دون التفريق بين الخطأ العادى والخطأ المهنى فان مرد ذلك الى أنه كان ينظر الى الاخطاء على أنها متكافئة من حيث المسؤولية التقصيرية ، ومع ذلك فان هذا لم يمنع الفقهاء والقضاة من التفكير بوجوب تحديد مفهوم للخطأ

الطبي مراعين فى ذلك أرباب المهن الحرة وشامليهم بعناية خاصة عند محاسبتهم عن أعمالهم وعلى الاخص الاطباء والجراحين ، حتى جنح الامر بالمحاكم الى محاسبتهم فقط عن الاخطاء الجسيمة التى يرتكبونها .

ويبدو لنا أن هذه الفكرة وان كانت لا تخلو من بعض الوجاهة ومع ذلك فانها لا تألف مع قدسية الانسان وأهميته فى الحياة كقيمة انسانية أو اقتصادية أو علمية ، مما دعا الامر الى التشديد فى المسائلة على الرغم من أن النصوص فيما مضى لم تكن لتساعد على ذلك ، لهذا كان دور القضاة فى تركيز أسس المسؤولية الطبية هاما فهو لم يقتصر على تفسير النصوص فقط بل تعداه الى انشاء قواعد ومبادئ خاصة لتسد الفراغ والنقص الذى تخلف عن ضالة التشريعات فى هذا الميدان .

كل هذا بهدف تحقيق العدالة الاجتماعية ، لهذا كانت قواعد المسؤولية من المرونة بحيث تحقق العدالة ، على أن العدالة اذ هى ذات مفهوم نسبى تنبع من ضميره وشعوره وتقديره مستوحيا قواعد الانصاف التى يرمى اليها القاضى فى الدعاوى ، هذه العدالة ليست هى المقصودة ، بل المراد فى تحقيق العدالة ارساء المبادئ الاساسية التى يجب أن تقود سلوك الانسان عامة وسلوك الطبيب خاصة على وجه الاستمرار .

ولعل هذه النظرة تدعونا لان ننادى بضرورة ايجاد قواعد قانونية خاصة منظمة بتشريع خاص بحكم أرباب المهن ويحدد مسؤوليتهم تبعا لمبادئ وأصول مستوحاة من طبيعة المهنة بالموازنة مع مصلحة الجماعة وقدسية الفرد دون تفريط أو افراط ، كى تتوضح الخطيئات وتتم المسائلة عنها على وجه الوضوح والتاكيد ، اذ لا يجوز لخطيئات الاطباء أن تدفنها القبور لا سيما وأنه الاتجاه الاشتراكى فى هذا العالم يدعو الى احترام المجتمع وتحقيق مصلحته بكفالة ضماناته الصحية والاجتماعية ، واذا كان الامر كذلك فمن البديهي أن تكون مهنة الطب مكفولة الرعاية وموضع العناية على أن مهنة الطب والحالة هذه لا تستدعى مزاولتها التشدد فى المسؤولية كى لا يكون هذا عائقا لتقدم العلم وتطوره ومع ذلك فان العامل الاخلاقى يجب أن لا يكون محل اهمال وبالتالي تحجب المسؤولية عن الاطباء بهذه العلة لا سيما وان « المسؤولية المهنية هى انتصار للفكرة الخلقية والتنظيم الفنى للمسؤولية على أساس خلقى » .

فمهنة الطب اذ تصف بالصفة الانسانية الاخلاقية بغية خدمة المجتمع

وهى غاية نبيلة فليس من المعقول اذن أن تكون محفوفة أحيانا بالمخاطر ،
واذا كان الطبيب يقبل علاج مريض استعصى شفاؤه وراح يقوم بتجارب
علاجية جديدة ، ليس معنى هذا أن يسمح له بأن يتخذ من جسم المريض
حقلا للتجارب ولكن عمله النبيل بقصد الشفاء يسمح بتشجيع روح الابتكار
عند الطبيب ، وبالتالي يقتضى هذا أن يكون فى مأمن من المسؤولية عن
خطئه التافه دون خطئه الجسيم الذى لا يجوز اعفاؤه منه .

واذا كان هذا الخطأ المرتكب يقتضى المسؤولية ، فهل تتحقق هذه
المسؤولية على ضوء الخطأ بصفة مطلقة ؟ فتتقرر المسؤولية المهنية ؟ أم
أن المسؤولية يجب أن تقوم على أساس الخطأ المفروض فتبنى على أساس
تحمل التبعة ؟

الواقع أنه لا يجوز تعميم مبادئ تحمل التبعة ، فالمسؤولية عن جميع
المهن انما تقتضى أن تكون مقصورة على أرباب مهن معينة .

على أن هذه الامور جميعها الى جانب جهل رجال القانون بأصول
فن الطب وعدم وضوح الخطأ دائما الى رجال القضاء دعا بعض الفقهاء
الى حصر اختصاص النظر فى تمحيص أخطاء الاطباء وتقريرها أو نفيها
بالهيئات الطبية ، بل أن البعض الآخر جنح الى عدم جواز مساءلة الطبيب
لعله أن تقرير مساءلة الطبيب أو اخضاعه للرقابة يحد من تقدم الفن
الطبي بل ويضر فى سمعة المهنة ويعطل مزاولتها .

ومع ذلك فان هذا لا يكفى لان يكون مبررا لعدم مساءلة الاطباء عن
أخطائهم اذ لا يجوز أن يكون المرضى ضحية لاستهتار الاطباء بالتصرف فى
أجسامهم وبالتالي فلا بد من أن توضع قيود وأصول تتحدد بها المسؤولية
ويؤاخذ بها المسئى ويرتاح لها المريض فيقدم على قبول المصالحة ويطمئن
الى تصرفات الطبيب طالما أنها معاقبة بجزاء فى حالة قيام الخطأ ، والا
لاستخف الاطباء بمرضاهم ولاضحى الجراحون جزارون لا يسألون عما
يفعلون ... ولعل هذا ما دعا رجال القانون الى معالجة مفهوم خطأ
الطبيب بغية اقامة المسؤولية الطبية على أسس علمية سليمة يتحدد على
ضوئها معيار الخطأ .

المطلب الأول

السلوك والخطأ

الانسان فى هذه الحياة كائن عاقل يتحرك نحو تحقيق أهداف ترمى الى استمراره فى الصراع معها عن طريق تصرفات أو وقائع تنعكس آثارها عليه أو على الغير نافعة كانت أو ضارة وهو لا يملك أن يتجنبها طالما أنه لا يملك أن يعزل نفسه عن هذا المجتمع فى اطار النشاطات الاقتصادية أو الإنسانية أو القانونية فهو مهما كان معتزا بفرديته لا يمكنه الا وان يتعاون مع بنى جنسه لان الفرد اشتراكى بطبيعته نزاع الى التعاون فى سبيل تأكيد وجوده لهذا فلا بد له من أن يعمل مع الغير بروح اجتماعية أصاب فى هذا التعامل أم أخطأ نفع أم أضر ، وإذا كان هذا الاحتكاك والتماس أو التحرك فى المجتمع لا بد منه ، فمن الضرورى اذن على المرء أن يتعزف على صواب سلوكه أو عدم صوابه ، ليدرك حقوقه ويعى واجباته وليعرف متى يسأل ، وكيف يسأل ، ولماذا يسأل ؟ وبالتالي ليدرك السلوك الواجب اتباعه ولينظم علاقته مع الآخرين .

وإذا كان كل سلوك لا بد وان يحتوى على عنصر اقتصادى يرمى المرء من ورائه تحقيق الغنم فمن البديهي أن يقابل هذا الغنم غرم اذا هو أضر بالغير نتيجة لهذا السلوك ، ولمعرفة متى يتحقق الغرم يجب معرفة السلوك الصحيح ، وكل ما يخالف هذا السلوك المرسوم يعتبر سلوكا ضارا هذا والضرر ينجم عن كل سلوك مخالف ، ومن البديهي تبعا لمبادئ العدالة أن يعوض هذا الضرر .

فالضرر المطلوب اصلاحه بالتعويض لا بد وان يكون متخلفا عن انحراف المرء عن السلوك المتطلب اتباعه ، ولمعرفة ذلك لا بد من ايجاد ضابط يقاس به السلوك ليعرف ما اذا كان مطابقا للمعيار أو مخالفا له ،

وكل ما هو مخالف له أى مخالف للصواب فهو سلوك غلط يؤخذ عليه ، وهذا السلوك الغلط قائم على تركيب خاطيء .

فكرة الخطأ :

ما هو الخطأ وما هو ضابطه ؟ أى ما هو معياره طالما أنه شرط وأساس فى المسؤولية المدنية ؟ !

وهل يجب أن يكون الخطأ موجودا ومرتكبا من فاعل الضرر أو من تابعه ؟ وهل يجب أن يقام الدليل عليه أم يكتفى بافتراضه طالما أن الضرر قام نتيجة لفعل ، ثم كيف نقرر أن هذا السلوك خاطيء ؟

كل هذه الامور واجبة الحل .

لا شك أنه فى الاصل يجب فحص السلوك لفاعل الضرر بمقارنته بمعيار مجرد وهو سلوك الرجل العادى ويبدو أن هذا ما استقر عليه تقريبا الاجماع الفقهى والقضائى .

على أننا لا نرى جواز اطلاق هذا المعيار على وجه التعميم بل لا بد وان تراعى كل حالة على حدة تبعا لما يتناسب مع هذه الحالة التى نحن بصدد دراستها وتمحيصها فنأخذ كل حالة ونقيسها على حالة سابقة اتبع فيها موقف معين فى نفس الوضعية بشروطها وظروفها وسلوك انسان تجاهها سلوكا معينا ، وهذا ما يضعنا أمام حالتين منفصلتين لكنهما متشابهتين فنتساءل : هل يختلف السلوك بصدد الحالة التى نحددها عن الوضعية السابقة لسلوك سابق ؟ هذه المقارنة تقودنا الى التأكد من قيام الخطأ أو عدم قيامه . فاذا تطابقت الحالتان فى جميع الظروف وكانت النتائج واحدة قلنا بعدم وجود خطأ والا فلا ، معنى ذلك اننا نطابق السلوكية بسلوكية الرجل العادى ، وفى المجال الطبى نطابق سلوكية طبيب فى حالة ما بسلوكية طبيب آخر حتى نستطيع أن نخلص الى وجود خطأ مرتكب أم لا .

ففى كل نزاع يقوم حول خطأ طبى لتقرير ارتكابه أم لا سواء كان ناجما عن عمل أو الامتناع عن العمل يقتضى تمحيصه موضوعيا بمقارنته بسلوكية منتخبة تبعا لحالات ملموسة يقوم بها التصرف الايجابى أو السلبى من ناحية ما يؤدى اليه هذا العمل من حيث تحقيق المصلحة وتوقى

الاضرار الناجمة عنه ، فالضرر مع ذلك وان كان قد يتفاوت بمقداره ونوعه وهو بدوره يختلف عن الخطأ ، لكن الخطأ هو الكاشف فى تقرير الضرر فى نطاق القانون المدنى .

ومع ذلك ان هذا المعيار اذ يبدو تقليديا فانه من الملاحظ أنه من الممكن فى واقعة ما تتم فيها كل عناية واحتياط ، ومع هذا يحدث الضرر دون وجود سبب خارجى ، لكن هذا الضرر قد يكون عرضيا غير عادى . ولاحقا وناجما عن سلوكية الانسان القابل للخطأ ، ولا شك أننا عندما نتكلم عن الخطأ من البديهي اننا لا نقصد الغلط (1) ، هذا ومن الجدير بالملاحظة أن الخطأ فى نطاق النشاط العادى والسلوكية غير العادى يختلف معياره وعلى الاخص فى عصر التقنية السائدة فمن البديهي أن ندرك معيارا للخطأ خارجا عن مفهومه التقليدى مما يدعو الامر بالنسبة للرجل الفنى بمعيار الحريص كضابط منتخب .

المطلب الثانى

مفهوم الخطأ وأحكامه فى الشريعة الاسلامية

الخطأ فى اللغة ضد الصواب ، وشرعا هو وقوع الشئ على خلاف ما أريد أو ما يجب أن يكون . والخطأ فى الشريعة الاسلامية يعتبر عذرا صالحا لسقوط حق الله وخاصة اذا حصل عن اجتهاد ، اذ القاعدة أن المجتهد اذا أخطأ فله أجر وان أصاب فله أجران ، لان الاجتهاد والفتوى انما هو بذل الجهود واستفراغه فى سبيل الشرع ومصلحة الجماعة .

أما اذا أخطأ الطبيب فى تطبيق العلاج أو فى الجراحة كان سبقت يده موضع العلاج فنال الجسم بأذى فأتلف عضوا منه ، فان الطبيب يعتبر مسئولا ولو كان حاذقا ، لوقوع التصرف منه على غير ما أريد ، أصلا حتى لو كان ماذونا باذن الشارع واذن المريض ، وقد قيد الفقهاء وجوب التعويض عن الضرر بمعيار الثلث ، أى اذا بلغ الضرر الثلث ، أما ما دون ذلك فلا يسأل عنه لحكمة مقصودة وهى أن يترك للطبيب الحرية فى مجال لا يخشى فيه المسؤولية (2) .

- 1 - هناك فرق بين الخطأ الضرورى للمسئولية والغلط الذى لا يترتب عليه اثر فى المسؤولية كما لو غلط الطبيب فى التشخيص اذ لا يعتبر هذا خطأ .
- 2 - عبد السلام التونجى - المسؤولية المدنية للطبيب ، ص 52 .

هذا الخطأ اذ يسأل عنه الطبيب فى الحدود المحددة ، فان الضرر يعرض من قبل عاقلة الطبيب ، أما اذا لم يكن له عاقلة (قبيلة) فبعض الفقهاء يرى أن يكون التعويض لوالدته من مطال الطبيب .

على أن هناك رأيا آخر يعتبر أن مرد خطأ الطبيب تحمل التبعة فهو كخطأ القاضى ، فالطبيب والقاضى تقع المسئولية عن خطئهم على عاتق من نصبهم ، فالقاضى يعتبر خطأه مسئولة عنه الدولة باعتبارها هى التى اختارت تنصيبه ، وقياسا عليه ، فان الطبيب كذلك ، الدولة هى التى سمحت له بمزاولة المهنة اعتمادا منها على أنه يصلح للتطبيق ، وبهذا فانه فى الحالتين يسأل ولى الامر ، وهو الذى نصبهم للنفع العام ، أو بلغة الفقهاء الشرعيين لان تنصيبهم لحسبة المسلمين فمن البديهي أن يكون الشارع ضامنا لاختائهم ، ومرد ذلك أن بيت مال المسلمين فيه متسع لهذه الضمانات ، والامثلة على خطأ الطبيب حتى ولو كان حاذقا كثيرة ، كان تمتد يده لاصلاح عضو أو مداواته فتصيب عضوا آخر صحيحا فتتلفه أو الخائن الذى تسبق يده الى الكمره ، فهو ضامن لان فعله جناية خطأ ، وان كان الثلث ، أما ما زاد عنه فهو على عاتقه ، فان لم تكن له عاقلة ففى بيت مال المسلمين .

على أن هذه المسألة ليست على اطلاقها بل هناك روايتان :

الاولى : رواية أحمد بن حنبل فهو يرى :

ان الطبيب اذا كان ذميا أى كتبيا فى ديار المسلمين فالخطأ الذى يرتكبه يسأل عنه فى ماله . أما اذا كان الطبيب مسلما ففى خطئه روايتان :

أ - ان خطأه يتحملة بيت مال المسلمين .

ب - ان خطأه يسقط اذا لم يكن هناك مال المسلمين . أو تعذر تحميله . وهذا هو الرأى المشهور (3) .

أ - معيار خطأ الطبيب فى الشريعة الاسلامية :

ينطلق هذا المعيار عند فقهاء الشريعة من أساس المنفعة العامة ، فالطبيب طالما أنه يعمل لحسبة المسلمين فليس من المعقول أن يسأل عن

3 - زاد المعاد لابن قيم الجوزيه ، ج 3 ، ص 146 .

الخطأ اليسير ، فهو اذن لا يسأل الا عن الخطأ الجسيم أى عن الخطأ الفاحش ، ولكن ما هو الضابط لهذا الخطأ الفاحش ؟ وكيف نميز بين الخطأ الفاحش أو غير الفاحش ، أو بالاحرى ما هو المقياس للخطأ ؟

اعتمد الفقهاء مقياس الخطأ عن طريق أمثلة خلصوا منها الى تقرير قاعدة فى ضبط معيار الخطأ . فحددوا مفهوم الخطأ غير الفاحش للوصول الى ما يخالفه على أنه خطأ فاحش فقالوا مثلاً :

(لو سقطت صبية فانتفخ رأسها ، فقال كثير من الجراحين أن شققتم رأسها تموت . وقال واحد منهم ان لم تشقوه اليوم تموت ، وأنا أشقه وأرييها ، فشقه فماتت بعد يوم أو يومين) .

وقد سئل أحد الفقهاء المشهورين فأفتى :

« بما أن الشق باذن وهو فى حدود الشق المعتاد ولم يكن فاحشاً خارج الرسم - أى أنه لم يكن خارج عن قواعد الاصول الفنية المرسومة فى مثل هذا الشق ، فلا يضمن الطبيب شيئاً ، وبالتالي فلا يعتبر مسئولاً مدنياً ولا جنائياً لانتفاء الخطأ عنه ... » .

على أن بعض الفقهاء طرحوا فرضية تقيد معنى الضمان ، كمن اذا قال : إنى أشق ، وان ماتت فأنا ضامن . فاذا ماتت فعلاً بعد الشق ، فهل يسأل نتيجة لضمانه ؟ . أجاب الفقهاء على ذلك « ان ضمان الطبيب يترتب على خطئه الفاحش لا على تعهده بنجاح العملية » (4) .

هذا المعيار هو المعتمد فى الجراحة ، ولكن ما هو المعيار المعتمد فى التشخيص ووصف الدواء ، وهل المعيار واحد فى الحالتين ؟

مما لا شك فيه أن مهنة الطب وليدة التقدم والتطور عن طريق الدراسة والتجارب العلمية ، فهى مهنة بطبيعتها قابلة للاجتهاد فى التداوى أو العلاج ، وقد أجازت الشريعة الاجتهاد فى الطب فيمن توفرت فيه الشروط من الاهلية والعلم بأصول الفن واذن الشارع ، فاذا اجتهد الطبيب وشخص تشخيصاً خاطئاً ، أو وصف دواءً مخالفاً بذلك آراء زملائه فلا يعتبر مسئولاً ما دام رأيه يقوم على أساس سليم فى علم الطب (5) .

4 - حاشية الطحطاوى ، ج 4 ، ص 276 .

5 - أحمد محمد إبراهيم - فى مسئولية الاطباء ، مجلة الازهر ، المجلد 20 ص 46

وباعتقادی أن هذا الرأي على إطلاقه بجانب الصواب لا سيما إذا كان مثل هذا الخطأ الذى وقع فيه لا يمكن لای طبيب آخر فى نفس الظروف أن يقع فى مثله .

ويرى البعض الآخر أن الخطأ يسأل عنه الطبيب حتى ولو كان حاذقا (6) ، فإذا اجتهد الطبيب فوصف دواء أخطأ فيه وأدى الى قتل المريض فتلزم الآیة على عاقلة الطبيب . والبعض الآخر قال أن الآیة فى مثل هذه الحالة فى بيت المال لانه مجتهد ، كل هذا شريطة أن يكون الطبيب حاذقا ماذونا .

ومع ذلك فقد اجمع فقهاء الشريعة على أن التقصير هو من باب التعدى الذى يستوجب الضمان وان لم يقتضى القصاص ، ولعل هذه الآراء دفعت الفقهاء المحدثين الى وضع معيار فى الخطأ يقوم على تقسيم الخطأ الى خطأ يسير أو خطأ فاحش ، فيسأل الطبيب عن الثانى دون الاول ، وضابط المعيار فى عدم المسؤولية فى الخطأ اليسير هو الخطأ الذى يمكن أن يقع فيه أى طبيب مماثل .

أما الخطأ الفاحش فهو الخطأ الذى لا يمكن أن يقع فيه طبيب آخر كأن يكون مرتكب الخطأ جاهلا فى أصول الفن ، أو أن مثل هذا الخطأ لا يقره أصول الفن ، أو يتجاوز فى عمله ولو بغير اختياره الحدود المعلومة المتعارف عليها عند أهل المعرفة ، كمن يريد أن يقلع ضرسا أصابه العطب فيقلع بدله خطأ سنا سليما . أو كمن سقى عليلا دواء معتقدا مناسبتة فيخطئ فى التقدير والرأى (7) .

ومع ذلك فإن الضرر عند الفقهاء لا يكفى وحده لوجوب المسؤولية بل لا بد وأن يكون هذا الضرر ليترب عليه التعويض أن يكون هناك خطأ ، والخطأ فى نظرهم يجب أن يقوم على عنصر نفسى وهو سوء النية ، أما إذا كان عمل الطبيب مقرونا بقصد حسن فلا يعتبر هناك أى خطأ قائم حتى ولو الحق بعمله ضررا بالغير لان قصده نفع المريض لا ضرره طالما أن الاصل أن الطبيب يقوم بواجب مفروض عليه ، وملقى على عاتقه ، فهو تبعاً لهذا الواجب له أن يختار الطريقة التى يراها صالحة فى العلاج

6 - المراد بالطبيب الحاذق هو الذى بطبيعته يعطى المهنة حقها ، فبذل غاية جهده دون تقصير أو اهمال فى التشخيص أو تسرع فى وصف الدواء .

7 - شرع القرشى على مختصر خليل ، ج 2 ، ص 259 ، 406 .

لتحقيق مصلحة المريض ، فاذا وصف دواء ما أو قام بعملية جراحية ولو أحدث الدواء اذى أو نجم عن العملية الوفاة فلا مسئولية عليه ، اذ المفروض أن حسن النية قرينة على انتفاء الخطأ .

أما اذا كان سىء النية ، فالخطأ يعتبر قائما ولو لا يؤدي فعله الى الوفاة ، أو الى احداث عاهة ، بل أكثر من ذلك تعتبر المسئولية قائمة والخطأ متوفر ولو أدى فعله الى شفاء المريض عملا بالحديث « انما الاعمال بالنيات .. » والعمل بسوء نية يعتبر محرما وموجبا للعقاب .

على أن البعض الآخر من الفقهاء أرجع تبرير عدم قيام المسئولية عند توفر حسن النية ، الى أن الطبيب واجب ، ومن قام بواجبه ولو أدى عمله الى نتائج ضارة فلا مسئولية عليه لانتفاء قيام الخطأ ، لان الطبيب عندما يقوم بواجب الطبيب فله الحرية الكاملة فى اختيار الطريقة التى يمارسها والنتيجة التى أقرها من ذهب هذا المذهب هى :

ان قيام الطبيب باداء واجب الطبيب لا يكون به مسئولا عما يؤدي اليه عمله من نتائج قياما بهذا الواجب المذكور (8) .

أما الامام أبو حنيفة فقد اعتبر الخطأ تجبه الضرورة الاجتماعية واذن المريض ، ولهذا رأى أن تدفع المسئولية لامرين :

الاول : أن الطبيب عمل مباح اقتضته الضرورة الاجتماعية وهى ضرورة ماسة تدفع عن الفاعل المسئولية ، والا لابتعد الناس عن تعلم هذه المهنة .

الثانى : ان اذن المريض أو من يقوم مقامه اضافة الى قيام الضرورة الاجتماعية لعمل الطبيب يؤدي الى رفع المسئولية (9) .

على أن الامام الشافعى رأى ضابطا آخر وهو عدم انحراف الطبيب فى العلاج عن القواعد الاصولية الفنية بعلم الطب ، أى يجب أن يكون فعل الطبيب موافقا لما يقول به أهل العلم بصناعة الطب (10) .

8 - عبد السلام التونجى - المرجع السابق ، ص 59 .

9 - الكاسانى - بدائع الصنائع ، ج 7 ، نص 305 .

10 - بن قدامة - المغنى - ج 10 ، ص 349 ، 350 .

والى هذا أيضا ذهب الامام أحمد بن حنبل . أما الامام مالك فقد اعتبر المعيار الضابط للخطأ هو مخالفة أصول الفن فى الفعل (11) اضافة الى وجوب توفر اذن الحاكم ، واذن المريض ، فالطبيب الذى يعمل دون اذن الحاكم يعتبر مرتكباً للخطأ ، والخطأ هنا مفترض لاقدامه على عمل دون اذن ، ذلك لان اذن الحاكم هو مصدر الاباحة لعمل الطبيب . أما اذن المريض فهو العامل المباشر لممارسة الطبيب اختياره طريقة العلاج دوائياً كان أو جراحياً ، لان مجرد حصول هذا الاذن معناه تمكين للطبيب لممارسته تطبيب المريض بالطريقة التى يراها ناجعة على ضوء ما ذكرناه نستطيع أن نخلص الى أنه : لانتفاء الخطأ عند فقهاء الشريعة الاسلامية يجب أن تتوافر الضوابط التالية :

- 1 - اذن الحاكم .
- 2 - اذن المريض أو من يقوم مقامه كالولى أو الوصى .
- 3 - حسن النية أى أن يقوم الطبيب بالعمل بقصد العلاج لا بقصد الاضرار .
- 4 - أن يكون العمل موافقاً للاصول الفنية فى الطب .

فاذا قامت هذه الضوابط انتفى الخطأ حتى ولو الحق الطبيب بالمريض ضرراً .

ويبدو أن هذه الضوابط مأخوذة عن القواعد العامة ، ففى اذن الحاكم اجازة للطبيب بالعمل ، ومعيار هذا الاذن هو الكفاءة أى بأن يكون الطبيب على درجة معينة من القدرة ، وهذا المعيار مشتق من قول الرسول ﷺ :

« من تطب وهو غير طبيب كان مسئولاً ، ومن تطب ولم يعرف الطب فهو ضامن » .

فالكفاءة والمقدرة يجب أن تكون مقرونة بعامل حسن النية أى انتفاء قصد الاضرار ، والا كان متعمداً .

على أن البعض قال اذا قصد الطبيب الاضرار بالمريض والعدوان عليه

فهو متعمد وان لم يقصد الاضرار بالمريض ولا العدوان فهو مخطئ على رأى ، ومعمد لعى رأى آخر ، والرأى الاول هو الراجح (12) .

هذه الضوابط جميعها يجب أن تكون قائمة حتى ينتفى الخطأ . أما اذا تخلف واحد منها قامت المساءلة تبعا لقيام الخطأ بمعنى وجب التعويض عن الضرر لقيام الخطأ ، وقد أفتى بذلك نجم الائمة الحلیمی فوضع الضابط الجامع والمعتمد فى خطأ الجراح اذ :

الضابط الجامع والمعتمد فى خطأ الجراح اذ سئل عن صبيرة سقطت عن السطح فانتفخ رأسها فقال كثير من الجراحين ، ان شققتم رأسها تموت. الا واحد منهم ، قال ان لم تشقوه اليوم أنا أشقه وأبريها فشقه ثم ماتت بعد يوم أو يومين هل يضمن ؟ فتأمل مليا ثم قال :

« لا ، اذا كان الشق باذن وكان معتادا ولم يكن فاحشا خارج الرسم » .

هذا الضابط يبدو أنه متفق مع ضابط معيار الخطأ فى العصر الحديث ذلك أن التزام الطبيب فى الشريعة الاسلامية انما هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق غاية ، فلو قال رجل لكحال داو بشرط أن لا يذهب البصر فذهب لا يضمن . طالما أن الطبيب لم يخالف فى عمله الاصول الفنية فى علم الطب .

وهكذا رأينا أن الشريعة الاسلامية تعتبر الطبيب واجبا يقوم على الضرورة الاجتماعية والصحية فى سبيلها يضع الطبيب كافة مواهبه فى خدمة المجتمع محافظة على حياة الانسان وضمنا للصحة العامة لان الحياة فى سبيل تحقيق هذه الغاية تقتضى التعاون والتكاتف فى نطاق سلوكية واجبة الاتباع وكل انحراف عنها يعتبر خطأ يوجب المساءلة .

هذه المعايير التى ذكرناها فى الشريعة الاسلامية لضوابط الخطأ فما هى ضوابطه فى القانون المدنى ؟

12 - شرح الزرقانى على مختصر خليل ، ج 8 ، ص 117 - 118 نهاية المحتاج ج 8 ، ص 32 .

المطلب الثالث

الخطأ الطبى فى القانون المدنى

ان التطبيب فى العصر الحاضر عمل مشروع تبيحه الدولة وتنظمه بل تشجعه وتحض عليه ، ولكن ليس معنى هذا أن عمل الطبيب لا تقيده روابط أو ضوابط ، فالطب اذا كان مباحا فالطبيب ليس حرا فى نطاق عمله يفعل ما يشاء فى جسم الانسان دون أى رقابة أو مساءلة ، فالطبيب الذى ارتكب خطأ فى عمله أدى الى نتائج ضارة بالمريض يعتبر مسئولا ، أما اذا كان عمله موافقا للاصول الفنية ولو أدى الى نتائج ضارة بالمريض فلا مسئولية عليه ، لهذا يجدر بنا أن نحدد مفهوم العمل الخاطىء ومعيار هذا الخطأ فى العصر الحديث ، بمعنى أن نمحص عمل الطبيب لنرى هل انحرف الطبيب فى عمله عن سلوك كان عليه أن يتبعه ، وهل كان فى عمله يقظا ، وهل اتبع الاصول الفنية ، كل ذلك عندما يترتب على فعله ضرر للمريض حيث تثور مشكلة وجوب تحقق التعويض ، وهنا يتعين تقرير الخطأ أو نفيه .

فاذا ثبت قيام الخطأ فيجب اثبات أن الضرر الذى أصاب المريض ناجم عن خطأ الطبيب هذا بالضرر ارتباط العلة بالمعلول .

فالخطأ الطبى على هذا الاساس عنصر من عناصر المسئولية الطبية ومفهومه مستمد من المفاهيم العامة فى الخطأ فى المسئولية المدنية ، اذ أننا لم نلاحظ أى تشريع خاص عالج الخطأ الطبى على وجه الانفراد بمعزل عن قواعد المسئولية عامة سواء فى التشريعات العربية أو فى التشريعات الاجنبية (13) .

13 - كانت سورية فيما مضى تطبق على مسئولية الطبيب مجلة الاحكام العدلية ، المادة 19 لا ضرر ولا ضرار . والمادة 20 الضرر يزال . والمادة 92 المباشر ضامن وان لم يتعمد . أما الان وبعد صدور القانون المدنى 1949 طبق نص المادة 164 الموافقة للمادة 163 مصرى والمادة 166 لىبى .

ففى الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية طبقت على مسئولية الطبيب نص المادة 166 وهو نص عام يلزم مرتكب الخطأ المسبب ضررا للغير بالتعويض ، فكل خطأ ضار بالغير يصدر عن الانسان مهما كانت صفته طبيا أو غير طبى يلزم بالتعويض شأنها فى ذلك شأن القانون الفرنسى (14) حيث كانت المسئولية عن المهن الفنية عموما خاضعة للقواعد العامة للمسئولية المدنية .

هذه المادة تطبق على أعمال الطبيب سواء كان الفعل سلبيا كما فى الامتناع عن التصوير بالأشعة أو امتناعه عن التحليل ، أو كان الفعل ايجابيا كتدخل جراحى مشوب باهمال الحق ضررا ، أو كان الفعل الايجابى قصديا .

ان تطبيق المبادئ العامة فى المسئولية على المسئولية الطبية عرف منذ القديم ولعل أول من أرسى هذه القاعدة الفقيه (دوما) اذ أورد فى مؤلفه بما يفيد : أن مبادئ المسئولية تطبق فى التشريع المدنى تطبيقا عاما شاملا لكل ما يحدث فى الحياة العادية سواء على النطاق العام حتى على الموظفين أو فى النطاق المحضى ، فاعتبر هؤلاء جميعا مسئولين لا عما يقع منهم فى تصرفاتهم من رعونة واهمال فحسب ، بل أيضا عما يرتكبونه بسبب جهلهم ، وقد كان لما أورده الفقيه المذكور فى هذا الصدد ما أوحى الى واضعى المجموعة المدنية الفرنسية صياغة المواد 1382 ، 1383 وما بعدهما ، بالشكل الذى هو عليه الآن حيث نظمت هذه النصوص المسئولية التقصيرية . وقد طبقت محكمة النقض هذه النصوص فى حكمها الصادر فى 29-11-1920 (15) .

وقد ظلت المسئولية الطبية فى فرنسا على هذا الاساس خاضعة لنصوص هذه المواد حتى فى الحالة التى يكون العلاج فيها قد حدث باتفاق المريض أو نائبه وبين الطبيب ، ولم يعدل عن هذا الا بقرار محكمة

14 - جاء فى اجتهاد لمحكمة النقض الفرنسية ان المادتين 1382 ، 1383 أقرتا قاعدة عامة فى المسئولية بمجرد قيام الخطأ ونشوء الضرر عن الفعل الخاطيء سواء كان اهمال أو عدم تبصر وهى قاعدة تطبق على الناس كافة دون تمييز فى صفتهم الا ما ورد بشأنه نص خاص . ولهذا فلا استثناء بالنسبة للأطباء لان القواعد العامة يوجبها سلامة الذوق وحسن التبصر وهذا ما يجب مراعاته وبهذا فالأطباء كغيرهم من الناس خاضعون للقانون العام بهذا الخصوص .

15 - د . اللوز الزمنى ، 1924 - 1 - 3 .

النقض الصادر فى 20-5-1936 (16) الذى أعلن عن طبيعة العلاقة التعاقدية القائمة بين الطبيب ومريضه (17) .

وعلى هذا نستطيع أن نقول أن المسؤولية الطبية فى الأساس هى مسئولية عقدية لان العلاقة التى تنشأ بين الطبيب والمريض الذى يأتى لاستشارته انما هى علاقة عقدية يلتزم بها الطبيب بعقد لمعالجة المريض بكل عناية وحذر ليوليه الاهتمام اللازم الذى يقتضيه علم الطب ، وهذا العقد ينشأ التزاما بوسيلة . أما فى غير نطاق التعاقد أى فى جميع الحالات التى لا يحكمها اتفاق ما ، وكذا فى 'حالة' التى لا يختار فيها المريض الطبيب أو عندما يكون الطبيب بتطبيقه للغير خارج نطاق تطبيق العقد تكون مسئولية الطبيب فى كل هذه الحالات مسئولية تقصيرية ، وتضحى مساءلته قائمة عن كل الاخطاء التى يرتكبها بما فيها الاخطاء اليسيرة .

أما القضاء المصرى فقد اختلف حول ماهية المسؤولية الطبية . فقديمًا كان القضاء يعتبرها مسئولية تقصيرية (18) .

أما فى سورية فلا يزال القضاء مصرًا على اعتبار أن مسئولية الطبيب مسئولية تقصيرية أيضا (19) . ويبدو أن القضاء السورى قد تأثر بالاجتهاد المصرى القديم . وان كان القضاء المصرى حديثًا قد عدل عن اجتهاده وغير

16 - حكم محكمة النقض الفرنسية - الغرفة المدنية - 20-5-1936 - د . اللوز 1936 - 1 - 88 . وحكما نقض دائرة العريض الفرنسية الصادران بتاريخ 7-1 و 15-7-37 سبرى 1938 - 2 - 5 .

17 - جاء فى حكم محكمة النقض الفرنسية 20-5-1936 ما يلى :
ان المريض مع الطبيب الذى يعالجه يعتبر مرتبطا بعقد حقيقى به يلتزم الطبيب بالمعالجة والدقة والعناية لا بالشفاء وذلك بمراعاة المبادئ الاساسية فى علم الطب وان عدم الوفاء بهذا التعهد يستتبع مسئولية الطبيب مسئولية عقدية .
وتختلف دعوى التعويض المبنية على هذا النوع من المسؤولية عن الدعوى المبنية على الفعل المكون للجريمة . بمعنى أن هذه المسؤولية ان هى تعاقدية فلا تسقط الدعوى بمضى ثلاث سنوات .

18 - محكمة النقض المصرية 1936 م .
19 - نقض سورى 697 ت 19-10-1960 مجلة القانون عام 1961 ، ص 148 .
ان مسئولية الطبيب فى عمله غير المشروع وهو تجهيز كسر خطأ تتقادم بمرور ثلاث سنوات على اليوم الذى علم فيه الضرر بحدوث الضرر بالشخص المسئول عنه .

مسئولية الطبيب الذى يختاره المريض لمعالجته انما هى مسؤولية تعاقدية اذ جاء فى اجتهاد محكمة النقض : « ان مسؤولية الطبيب الذى اختاره المريض او نائبه للعلاج هى مسؤولية عقدية ، والطبيب وان كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذى ينعقد بينه وبين المريض بشفائه ، او بنجاح العملية التى يجريها له لان التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة انما هو التزام ببذل عناية » (20) .

ويبدو أنه فى التشريع الليبى لا يختلف الامر عن التشريع المصرى باعتبار أن التشريعين متطابقان تقريبا .

والمسئولية الطبية تقصيرية كانت أو عقدية فان أثر هذا التكيف الذى تتصف به يظهر على الخطأ من ناحية تجزئته أو عدمه وكذا من ناحية التضامن فى الفعل الخاطيء ، اذ أن الخطأ فى المسؤولية التقصيرية يقضى بالتضامن على فاعليه حكما بينما الخطأ فى المسؤولية التعاقدية لا بد من النص على التضامن .

ففى فرنسا تميل المحاكم على الرغم من سكوت النص الى اعتبار المسؤولية التقصيرية موجبة للتضامن بين المسؤولين استنادا الى عدم جواز تجزئة الخطأ ، على خلاف الحال فى المسؤولية التعاقدية ، لان التضامن لا يفترض وهى بذلك تفرق بين المسؤولية بالتضامن والمسؤولية المجتمعة (21) التى تقوم على أساس مسؤولية عدة أفراد عن أمر واحد لاسباب مختلفة ، فالمسؤولية بين هؤلاء فى هذه الحالة تكون مجتمعة كاملة دون تضامن فكل يسأل عن خطئه أى عن ضرر واحد تعويضا كاملا .

وكذا كما لو تعددت مسؤولية الاشخاص ، فبعضهم مسؤوليته ناجمة عن خطأ عقدي وآخرون عن خطأ تقصيرى ، ففى المسؤولية المجتمعة نجد أن الخطأ الذى يقع منهم غير قابل للانقسام طالما تعذر تحديد مقدار الخطأ كل من ساهم فى فعل الضرر ، ففى هذه الحالة يكون المسؤولين عند تعددهم ما يدعو الى القول بمسؤوليتهم مسؤولية مجتمعة ، هذا كان من الضرورى معرفة ما اذا كانت المسؤولية تضامنية أو مسؤولية مجتمعة لا سيما وان الخطأ التقصيرى يختلف أثره فى التعويض عن الخطأ العقدي تبعا لاختلاف مقدار الضرر بين المسئوليتين .

20 - طعن رقم 248 س 35 ق جلسة 13-6-1969 القاعدة 166 .

21 - بلانيول واسمان ، ج 6 ، نبذة 685 .

ففى المسؤولية المجتمعة يسأل مرتكب الخطأ العقدى عن الضرر المتوقع
فحسب . بينما مرتكب الخطأ التقصيرى يسأل عن الضرر المتوقع
وغير المتوقع .

لذلك لا يمكن القول بترتب المسؤولية التضامنية فى حالة المسؤولية
المجتمعة ولا العكس أيضا لاختلاف الآثار بين المسئوليتين (22) .

ولعل مرد هذا الى أن القانون الفرنسى لم يكن لينص على التضامن
عند تعدد المسئولين ، وهذا ما دعا الفقه والقضاء فى فرنسا الى الأخذ
بالمسؤولية المجتمعة بينما نلاحظ أن القانون المدنى السورى والمصرى
والليبى أخذوا بالتضامن بين المسئولين ، وأضحى الاجتهاد يقضى بالتضامن
بين المسئولين لا بالمسؤولية المجتمعة . ففى المسؤولية بالتضامن تقوم العلاقة
بين المضرور والمسئولين المتعددين . أما فيما بين المسئولين المتعددين أنفسهم
فيقسم التعويض بينهم بحسب جسامه الخطأ على الرأى السائد فى
القضاء (23) . ذلك أنه فى توزيع المسؤولية التقصيرية عند تعدد الأخطاء
يتعين التفريق بين السبب العارض الذى لم يكن له أهميته فى حدود الضرر
وبين السبب المنتج الذى أحدث هذا الضرر (24) .

على ضوء ما ذكرنا نلاحظ أنه لا يمكن دراسة الخطأ الطبى مجردا
عن طبيعة المسؤولية الطبية وفى أى الحالات تعتبر مسؤولية تعاقدية أو
مسؤولية تقصيرية ؟ ذلك لما له من أثر هام على الخطأ ودرجاته ومعايره .

-
- 22 - عبد السلام التونجى - المرجع السابق ص 160 وما بعدها .
23 - عبد الرزاق السنهورى - الوسيط ج 1 ، الهامش ص 930 .
24 - نقض سورى 31-10-1964 مجلة القانون عام 1965 ص 153 .

المطلب الرابع

طبيعة المسؤولية الطبية

ان الطبيعة القانونية للنشاط الطبي لا يمكن دراستها أو تقييمها بمعزل عن المسؤولية عامة ولكن ليس هذا معناه اننا نستطيع أن نقيم الخطأ على وجه العموم من خلال مسألة خاصة لاننا لسنا أمام أمراض محصورة محددة بل اننا أمام مرضى تختلف حالاتهم تبعا لظروف واعتبارات متداخلة تختلف بين مريض وآخر ، لهذا فالصعوبة تثور عند تمحيص الخطأ الطبي لان الطبيعة القانونية للنشاط الطبي تختلف عن موقف المسؤولية بالشكل العام ولا سيما وقد بان لنا الفرق بين الخطأ العقدي والخطأ التقصيري مما دعا الفقهاء الى اعلان طبيعة العلاقة القائمة بين الطبيب ومريضه للتأكيد على ما لطبيعة المسؤولية الطبية من أثر على المستوى التعاقدى من تأثير على مميزات الخطأ الطبي .

هذه الميزات تختلف تلقائيا وباستمرار فى الخطأ فى المسؤولية التقصيرية أو شبه التقصيرية . وما من شك أنه فى غالب الحالات نلاحظ أن الطبيب ومريضه مرتبطان بعقد . والخطأ فيه مقرر أنه من نوع خاص ، ويظهر ذلك لنا واضحا فالطبيب عند افتتاحه عيادة له ووضع لوحة باسمه لاستقبال الزبائن يكون بعمله هذا قد قدم عرضا ، وعندما يتقدم اليه مريض ما بقبوله لهذا العرض يعنى ذلك انه يتقدم للعناية به .

فهنا نلاحظ أن العقد قد انعقد ، ويبدو هذا واضحا دون صعوبة اذ العقد هنا انما هو عقد مدنى ملزم للطرفين وهو من عقود المعارضة المرتكزة كانت ميزة المعارضة قائمة فانه من البديهي ملاحظة هذه المعارضة لمرتكزة على أساس المديونية المتبادلة والمتقابلة التى تفرض وجود التزامين : التزام ببذل عناية أو بتحقيق غاية يقابله التزام المريض بدفع البذل .

فالتبيعة التعاقدية للمسؤولية الطبية وان كانت هى السائدة ومع ذلك

فاننا نجد هناك استثناءات تظهر فى كافة القطاعات التقليدية بما فيها القطاع الحر فهى حالات غير تعاقدية ممكن تعداد بعضها كما فى حالة بطلان العقد لعدم مشروعة محله . أو حالة مجازفة الطبيب بتجربة دون هدف علاجى . . أو استئصال عضو غير نافع .

ففى جميع هذه الحالات تتحقق المسؤولية التقصيرية طبعاً عدا حالات المسؤولية التعاقدية اذا عين فيها ركن من أركان الانعقاد كغيب الرضا مثلاً ، فالمسؤولية تبقى تعاقدية طبقاً للقواعد العامة طالما لم يطعن فى صحة الارادة المعيبة ولم يطلب ابطالها .

وكذا الاخطاء الخارجة عن نطاق التعاقد والصادرة عن الاشخاص فهؤلاء تحكمهم قواعد المسؤولية التقصيرية ، وتدخل فى شمول هذه الاخطاء ، الاخطاء التى تصيب الذمة المالية للمريض أو تصيب سمعته الاخلاقية ولو لم يمس الاعتداء شخصية المريض المادية ، كالاعتداء الذى يحدث من الطبيب أثناء زيارته للمريض ، أو أثناء استشارته .

فالاطباء اذن بممارستهم لمهنتهم الطبية يتصف طابع عملهم بطابع تعاقدى ، أو بطابع تقصيرى ، فالاطباء الذين يعملون فى البواخر تعتبر مسئوليتهم تقصيرية لان المريض لا يملك اختياره فى البحث عن طبيب . وكذا فى الاشتراط لمصلحة الغير ، فان الطبيب رب العمل يشترط لنفسه فى سبيل اطراد سير المؤسسة الطبية تنفيذ كافة التزاماته القانونية دون أى تعمق فى المناقشة ، ومع هذا فان الاحتكار لا يمنع من التكيف التعاقدى اذ يلعب الاجل وامتداده دوراً هاماً لا سيما وان الاجل متروك لحرية مناقشة الطرفين التى تبقى خاضعة للتعاقد أو عدم التعاقد . ففى الاشتراط لمصلحة المرضى كما فى المستشفى الذى يشترط المرضى الذين يؤمنونه بىرمون اتفاقاً مع مركز نقل الدم .

وكذا الحالات التى يحمل فيها مريض فاقد للوعى أو الاهلية الى طبيب لمعالجته وهو لا يعرفه ولا يمكن أن يقيم عنه ممثلاً شرعياً ، فما هى طبيعة المسؤولية التى يتحملها الطبيب فى مثل هذه الحالات ؟

لا شك أن الموقف هنا دقيق وحساس ، ومع ذلك يجب أن نميز بين حالتين :

الحالة الاولى :

أن يكون عمل الطبيب ومعالجته وتدخله تم بشكل مباشر بناء على ظروف حالة فرضت عليه هذا الاتصال المباشر مثال ذلك : لو شاهد الطبيب جريحا اثناء اضطرابات عامة ، أو اثناء حادث اصطدام تم فى الطريق ، فلا شك أن تدخل الطبيب فى مثل هذه الحالة انما يعرب عن انفصاله ، ومع ذلك فقد يرد على الذهن أن هذا الاتجاه بجانب الصواب لان الالتزام القانونى قائم وموجود تقتضيه القواعد العامة (25) . ومن باب أولى بالنسبة للطبيب فهى قواعد تفرض التزامات طبية على الطبيب لمساعدة الشخص الواقع فى خطر .

ومهما يكن فان شبه العقد يفترض تدخل تلقائى يعفى المتدخل من كافة الالتزامات السابقة الا اذا كانت قد تجاوزت حدود الالتزامات القانونية ، كالتدخل الذى يتدخل لمساعدة جريح فهو يتحمل تبعة الخطر الشخصى الناجم عن هذا التدخل . وما هذا فى الواقع الا تطبيق للاسس القائمة عليها الفضالة .

وعلى العموم سواء كان هذا من باب الفضالة أو من باب الالتزام القانونى فان المسؤولية تقصيرية .

الحالة الثانية :

وهى الحالة التى يتدخل فيها الطبيب بطريق الغير كأن يدعى للتدخل فى علاج مريض فقد الوعى والرشد ، وفى هذه الحالة وان كانت تعتبر أيضا من باب الفضالة فاذا قبلنا هذا التكييف واعتبرنا التصرف فضالة ، فمن البديهي أن الغير قد تصرف لمصلحة المريض ، وهنا يجب أن تراعى قواعد النيابة ، وفى هذه الحالة تعتبر المسؤولية تعاقدية فى حالة القبول والاجازة اذ القاعدة أن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة (26) . أما فى حالة عدم اجازة المريض للتصرف تعتبر المسؤولية تقصيرية ...

25 - المادة 388 من قانون العقوبات الليبى اذ تنص : يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز شهرا أو بغرامة لا تتجاوز عشرة جنيهات ... كل من وجد شخصا جريحا أو

فى خطر ولم يقدم له المساعدة ..

26 - المادة 193 مدنى ليبى تنص (تسرى قواعد الوكالة اذا اقر رب العمل ما قام به الفضولى) .

هذا شأن الخطأ الناجم عن تدخل الطبيب . ما هي ماهية الخطأ الناجم عن الامتناع عن التدخل وهو التكييف القانونى واحد بمعنى . ما هي المسؤولية الطبية القائمة على خطأ الامتناع ؟

١ - المسؤولية الطبية وخطأ الامتناع :

الاصل أن الطبيب حر فى مزاوله مهنته ، فاذا طلب منه تقديم المساعدة للمريض ، فللطبيب الخيار فى التلبية أو عدمها على أساس الحرية فى مزاوله المهنة (27) وانه على الرغم من قيام المذاهب الاشتراكية فى بعض الدول فان تشريعات الكثير منها لم تنص على معالجة مثل هذه الحالة فى قانونها المدنى . وان كانت بعضها نصت فى قوانين العقوبات التزاما وهم بتقديم المساعدة للغير فى حالة الكوارث العامة أو الامراض والابئة تحت طائلة الغرامة وخاصة اذا امتنع الطبيب أو أهمل فى أداء مصلحة أو بذل مساعدة وكان قادرا عليها عند طلب ذلك . الخ (28) .

بينما نلاحظ أن مثل هذا الالتزام غير قائم فى البلاد الالكولوسكونية لان نطاق حرية العمل متسع هناك وخاصة بالنسبة للطبيب حتى فى الحالات التى لا يمكن الالتجاء فيها الى طبيب آخر (29) .

فقانون العقوبات المصرى يعتبر الامتناع عن المساعدة جريمة سلبية دون النظر الى النتائج التى يترتب عن هذا الامتناع . ولعل هذا المفهوم منبثق عن أن الطبيب طالما انه يتقاضى اجرا لقاء خدماته ، فمن البديهي أن يفرض عليه التزام بالتعاقد طالما أنه عارض لايجاب مقترح فى الالتزام بالمساعدة التى تفرضها السلطات المختصة يقتصر على الحق فى التعاقد مع هذه السلطات ، اما اذا استدعى أحد الاشخاص طبيا لعلاج من جراء الكوارث والحوادث وامتنع الطبيب عن المساعدة فلا يعد امتناعه امتناعا موجبا مساءلته . ومع ذلك فاننا لم نلاحظ استقرار عادة مهنية أو عرف طبى يلزم الطبيب بوجوب تلبية أى طلب أو دعوة توجه اليه للتدخل ، ولا سيما ان ليس هناك فى النصوص التشريعية الليبية أو السورية أو المصرية أى نص يفرض على الطبيب التزاما بالتعاقد . لهذا فلا تترتب أى مسؤولية

27 - ربير ، المجلة الاقتصادية 1912 ، ص 197 .

28 - المادة 386 ، عقوبات مصرى .

29 - جلال العدوى ، الاجبار القانونى على المعارضة . رسالة دكتوراه - الاسكندرية

1960 ط 1965 فقرة 351 ، ص 439 .

على الطبيب على أساس خطأ الامتناع الا فى حالات الكوارث والحوادث
الوارد ذكرها (30) ولكن هل الامتناع مطلق أم أن يقيد بقيد عدم التعسف .

ب - المسؤولية الطبية فى الامتناع القائمة على أساس التعسف :

ان حرية الطبيب فى مزاولة مهنته تنفى قبول أى مسؤولية عليه
اذا تمتنع . بهذا يرى أنصار المذهب الحر انه لا يجوز اقامة مسؤولية الطبيب
المتنوع على أساس خطأ الامتناع لما فى ذلك من تناقض مع فكرة الحرية فى
العمل . لكنهم مع ذلك رأوا انه مع تقديسهم لهذه الحرية وعدم جواز
ايراد أى قيد عليها فلا ينفى اقامة مسؤولية الطبيب المتنوع مدنيا على أساس
التعسف فى استعمال الحق لان الاصل فى نظرية التعسف أن تكون المصالح
التي يرمى اليها المتذرع باستعمال حقه قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب البتة
مع ما يصيب الغير من ضرر اذا كانت غير مشروعة (31) .

على هذا الاساس فان امتناع الطبيب عن معالجة المريض لا يأتلف
مع الاضرار التي تلحق بالمريض لان هذا الامتناع قرينة على نية الاضرار ،
كمريض مشرف على الهلاك أو محاط بخطر عاجل لا يحتمل التأجيل كما
لو كان فى حالة نزيف حاد ، او فى حالة التهاب حاد فى الزائدة وقد علم
الطبيب بحالته ، ففي هذه الاحوال يجب على الطبيب تلبية الدعوة ولو
استدعى فى ساعة متأخرة من الليل لان فى ذلك انقاذ للمريض من خطر
محقق ولا يرد اذن احتجائه بمصالح غير مشروعة أو قليلة الاهمية بالنسبة
لمصلحة المريض . فامتناع الطبيب عن تلبية دعوة المريض فى مثل هذه
الحالات لا تتناسب والاضرار التي تنجم للمريض نتيجة لهذا الامتناع . كل
هذا فى نطاق عدم تعرض الطبيب ذاته أو تعرض من يهمله أمره لخطر ،
كالطبيب الذى يمتنع عن تلبية دعوة مريض لمعالجته لعله انه يلزم فراش
والده أو ابنه الذى يعانى من مرض خطير . ففي هذه الحالة لا تترتب أى
مسائلة سواء كان الامتناع قائما على أساس الخطأ فى الامتناع أو على
أساس التعسف بالامتناع لان الخطأ منتف إذ أن مصلحة ذويه التي يحققها
نتيجة امتناعه تجب الضرر الذى يمكن أن يصيب المريض الذى دعاه
للمعالجة .

30 - اجتهاد المحكمة العليا الليبية الصادر بتاريخ 1977 ، المجلة

عدد يناير .

31 - المادة 5 مدنى ليبيا .

أما فى غير ذلك فإن الطبيب الممتنع عن المعالجة يمكن أن يسأل سواء على أساس الخطأ أو على أساس التعسف فى استعمال حق الامتناع عن التعاقد لأن الطبيب اذ يمارس مهنته فهو بطبيعته يدعو المرضى الى التعاقد عن طريق ايجاب موجه للجمهور بمجرد افتتاحه عيادة أو اعلانه عن استقبال الزبائن حينما يضع لوحة على عيادته فهو ايجاب مفتوح خاصة اذا كانت أجور الكشف محددة ومعلنة عنها (32) . ومع هذا فما التكييف القانونى لمساءلة الطبيب الممتنع القائمة على خطأ ؟

ج - تكييف مسؤولية الطبيب الممتنع القائمة على الخطأ :

لم يعد من المقبول فى ظل الاتجاه الاشتراكى اعتبار مهنة الطب قائمة على أساس حرية المزاولة أو عدمها لأن الروح الفردية لا تأتلف مع النظام الاشتراكى القائم على أساس سيادة المصلحة العامة وان الفرد عضو عامل فى الجماعة ، وبالتالي فلا يملك الطبيب أن يمتنع عن تلبية دعوة المريض تبعا لرغبته أو هواه ذلك أن مهنة الطب وظيفه اجتماعية تفرض على صاحبها روح التعاون والتضامن فى المجتمع الذى تقتضيه طبيعة السلوك فيه وبالتالي فلم يعد الطبيب بمقدوره أن يمتنع عن تلبية دعوة المريض لعلاج أو اسعافه أو يقف ساكنا دون أن يتخذ موقفا ايجابيا ونشاطا مجديا ، وعلى ضوء هذه النظرة اتجه الفقه حديثا حول مسؤولية الطبيب الممتنع اتجاهين :

أ - الاتجاه الاول : اعتبار مسؤولية الطبيب الممتنع مسؤولية تعاقدية قائمة على خطأ تعاقدى :

ان انصار هذا الرى يرون أن الطبيب طالما انه قد وضع لوحة على عيادته وأعد نفسه للعمل فهو فى حالة ايجاب دائم وميعاد القبول مفتوح يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة (33) فلا يملك الطبيب أذن أن يمتنع أو يرجع عن قبوله طالما وصل الايجاب الى علم المريض وقبل به وعندئذ لا يستطيع الطبيب أن يمتنع عن أداء خدمته الى من طلب منه اذ فى هذا الامتناع يكون قد سلك سلوكا منحرفا يتنافى مع ما يجب القيام به وبالتالي اعتبر مخطئا وجب مساءلته . على أن هذا الامتناع ليس على

32 - حبيب ابراهيم الخليلي - مسؤولية الممتنع رسالة دكتوراه - القاهرة 1967 ، ص 215 وما بعدها .

33 - المادة 93 مدنى لىيى .

سبيل الاطلاق بل له أن يمتنع اذا استند الطبيب الى مبرر شرعى كان يكون ايجابه محددا وموصوفا باختصاص معين كان يكون طبيب عيون ويرفض تلبية دعوة مريض فى القلب فمثل هذا الايجاب المحدد باختصاص معين يبرر له عدم الاستجابة لدعوة المريض بالقلب .

على أن البعض رأى أن فى هذا التكييف اسراف فى الزام الطبيب بقبول الدعوة والمعالجة فى كل المسائل التى تدخل فى اختصاصه وفى هذا ما يتنافى مع عدالة الاتجاه الاشتراكى المعتدل لهذا استعاضوا عن هذا التكييف بتكييف آخر وهو اعتبار الصورة الملمع ذكرها انما هى دعوة للتعاقد وليست بايجاب موجه للجمهور فالطبيب على هذا الاساس يملك أن يقبل دعوة المريض أو يرفض ولا تترتب على رفضه أية مسئولية لان الطبيب بعد أن يقبل دعوة المريض له أن يناقش المريض على المسائل التى تقتضى اجراء عملية جراحية أو معالجة طويلة الامد سواء من ناحية الخطورة أو ظروف العلاج وقد ينتهى الى عدم التعاقد (34) .

ب - الاتجاه الثانى : اعتبار مسئولية الممتنع مسئولية تقصيرية قائمة على الخطأ التقصيرى :

يرى انصار هذا الرأى أن الطبيب الممتنع عن تلبية المريض انما هو ممتنع عن التعاقد وبالتالي فان هذا الامتناع موقف يقوم على أساس خطأ الامتناع وهو سلوك الطبيب المنحرف عن السلوك المقتضى اتباعه أى سلوك الطبيب اليقظ .

لهذا فقد اعتبر الفقهاء أن الطبيب الذى يمتنع عن ربط شريان لجريح أو يمتنع عن علاج مريض خطر يقتضى التدخل لاسعافه مسئول مسئولية تقصيرية ومعيار الخطأ فيها يقاس بالظروف الخارجية الملائمة للموضوع . لهذا فلا يعتبر الطبيب الذى امتنع عن تلبية الدعوة لزيارة مريض فى مدينة يتوفر فيها أطباء كثرة كما أن حالة المريض غير مستهدفة لخطر يستدعى التدخل العاجل .

34 - جبيب ابراهيم الخليلى ، المرجع السابق ص 217 وما بعدها .

المطلب الخامس

أهمية الخطأ فى المسئولية الطبية

ان أول ما يتوارد الى الذهن متى يسأل المرء عن فعله الايجابى أو السلبى الذى الحق ضررا بالغير ، وكيف يقاس سلوك المرء ، وهل هناك صورة لهذا السلوك ومتى يعتبر السلوك صحيحا أو غير صحيح ؟ متى يعتبر الخطأ قائما فى السلوك الذى أضر به صاحبه الغير ؟ .

هذه الاسئلة ثار حولها الفقهاء وانقسموا قسمين ، فبعضهم جنح الى ضرورة قيام الخطأ وانه عنصر أساسى وركن هام فى المسئولية ، وهى النظرية التقليدية ، والبعض الآخر قال انه ليس من الضرورى قيام الخطأ وهو ليس بشرط أساسى فى المسئولية المدنية فيكفى مجرد قيام النشاط حتى يلزم صاحبه بالتعويض عن الضرر الذى يمكن أن يسببه هذا النشاط ، وعلى هذا الأساس طرحت المسئولية عندهم - ولو مقاس أن نستعرض هذين المفهومين . فنبحث فى مسئولية الخطأ عن الفعل الشخصى ونستعرضه مع الخطأ الشخصى للطبيب .

أ - الخطأ الشخصى :

كل خطأ شخصى يسأل عنه فاعله تبعا للقواعد العامة طالما أن هذه الافعال الشخصية لا تدخل فى نطاق الاستثناءات كالمسئولية عن فعل الغير أو فعل الاشياء ، فالمرء مسئول عن فعله الشخصى الذى ألحق ضررا بالغير سواء أكانت المسئولية تقصيرية أو تعاقدية ، فمسئولية الفعل الشخصى مسئولية عامة والخطأ فيها شرط أساسى وهذا لا يثير صعوبة فى اثباته باعتباره يكون واضحا فى العادة ، وتطبيقا لهذا المبدأ العام نلاحظ أن الطبيب بفعله الشخصى مع المريض ايجابا كان أو سلبا تقوم علاقة بين الطبيب ومريضه تتوفر فيها شروط المسئولية . ففى المسئولية الطبية

العقدية اذ يكون العقد صحيحا وقائما بين الطبيب ومريضه يرتب التزاما على الطبيب ، فاذا هو خطأ فى تنفيذ هذا الالتزام وكان الضرر ناتجا عن هذا الاخلال بالتزامه وجب التعويض (35) . لان الطبيب الذى يباشر علاج مريض فى ظروف عادية وكذا الطبيب الذى يقبل فى مستشفى مريضا فيقوم بتشخيص مرضه ويباشر معه عملية جراحية ففى جميع هذه الاحوال يكون مرتبطا مع عملائه فى تقديم خدماته الفنية ، فالعلاقة هنا عقدية حتى ولو كان ذلك دون مقابل (36) .

فالطبيب سواء اثناء علاجه للمريض أو اثناء قيامه بعملية جراحية قد يلحق بفعله الشخصى بالمريض ضررا ، فالطبيب اذن يخضع للمساءلة المدنية مهما كان نوع المسؤولية تقصيرية أو عقدية - فالمريض اذن فى حالة اصابته بالضرر الناجم عن فعل الطبيب عليه أن يثبت قيام الخطأ وقيام العلاقة السببية بين الخطأ والضرر أى أن الخطأ أساس للمسؤولية المزدوجة سواء كان الفعل ايجابيا أم سلبيا .

لا شك أن هذه النظرة هى الأساس الذى قام عليه التشريع الفرنسى والتشريعات العربية اذ اعتبر الخطأ شرطا أساسيا فى المسؤولية .

ب - نفى الخطأ ونظرية الخطر :

جنح بعض الفقهاء الى نفى الخطأ وفى مقدمتهم سالى ، وجوسران اذ حمل هذان الفقيهان علمى فكرة ضرورة الخطأ بغية اعفاء العمال المتضررين فى حوادث العمل وكوارثه من عبء الاثبات تجاه الخطأ الصادر من رب العمل حكما استنادا الى أنه يكاد يكون من المستحيل اثبات ذلك الخطأ من قبل العمال واستعاضوا على هذا الأساس عن نظرية الخطأ بنظرية الخطر ، هذه النظرية تنكر ضرورة قيام الخطأ وهذا هو الوجه السلبى لهذه النظرية ، كما انها تقترح معيارا جديدا يحل محل الخطأ (وهو الجزء الايجابى) .

فالوجه السلبى يرمى الى اقامة المسؤولية المدنية لا على أساس

35 - كولاف وكابنيان ، ج 2 ، نبذة 928 ، ط 2 .

36 - نقض فرنسى مدنى 18 يناير 1938 غازيت القضاء 1938 - 1 - 314 مدنى ،
يونية 1939 سبرى 1940 - 1 - 73 تعليق موريل سافانيه ، ج 2 ، نبذة 775 .
أشار اليه فرقس فى المسؤولية ص 368 الهامش .

الخطأ بل على عدم ضرورة توفره ، فهي بذلك ترفضه وتسوى بين الافعال المعيبة والافعال غير المعيبة ، على أنه لمعرفة قيمة هذه النظرية يقتضى معرفة الاتجاهات التى تأثر بها أنصار هذه النظرية ، وبهذا تستطيع أن تحكم من خلالها على قيمة هذه النظرية .

لا شك أن هناك اتجاهات فلسفية تعتبر فى الحقيقة صورة صادقة فى المجال القانونى عن المذهب الذى جنح اليه كل فقيه وخاصة بالنسبة لما برز فيه الفقيه سالى الذى ذهب الى القول بأن مادية القانون المدنى أطاح بالجدار النفسى للقانون ، فاذا كانت العلاقات القانونية تظهر كعلاقات قائمة لا بين الاشخاص انما بين ذمم مالية فمن العبث أن نبحث فى الخطأ ، لان الخطأ يفترض أن يفحص به سلوك الشخص ، واذا كان الامر كذلك فالذمة المالية اذن لا ترتكب الاخطاء .

هذه النظرية فى الواقع بجانبها الصواب وهى بالتالى غير سليمة أصلا لان الحق مهما يكن مصدره فهو أحد وجوه العلاقات التى تقوم بين الافراد وما من قاعدة تحكم أو تنظم علاقات الافراد فيما بينهم يمكنها أن تبتعد عن البحث أو التحقيق فى سلوك الفرد ، لهذا تكون النظرية التى جنح اليها أصحاب هذه النظرية باطلة .

ومع ذلك فانه على الرغم من أن أنصار نظرية الخطر لم يكونوا ماديين فانهم رأوا من العدالة المثالية المطالبة بازالة فكرة الخطأ سواء كان ذلك تحقيقا للعدالة الاجتماعية ، أو تحقيقا للعدالة الفردية - ولكن هل نرى فى الحقيقة أنه من العدالة الاجتماعية أن تقوم المسؤولية المدنية دون توفر عنصر الخطأ ؟

وهل يجب أن تتغير المعادلة فى المسؤولية فتضحى :

فعل + ضرر = مسؤولية عوضا عن خطأ + ضرر = مسؤولية .

واذا كان مقبولا الى حد ما فى النظم الاجتماعية التى سادها البيان الاشتراكى الذى يرمى الى تحقيق مصلحة الجماعات وخاصة فى نطاق حوادث العمل ، فقد لا يكون هذا مقبولا فى نطاق المذهب الحر على وجه العموم . ومع ذلك فان دائرة المسؤولية القائمة على أساس الخطر أو - قصد بها حماية الجانب الضعيف تجاه الجانب القوى وتفضيل مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد الى مصلحة المتضررين وقد يكون هذا مقبولا فى نطاق

حوادث العمل . ولكن المسألة لا تقف عند هذا الحد فى المسئولية بل ان دائرتها متسعة بشكل غير نهائى ثم ان الصالح الاجتماعى لا يكون دائما فى حماية المتضررين ، فقد يكون فى ضمان حرية التصرف الفردى ، اذ ليس من العدالة الاجتماعية ان تثقل كاهل الافراد وتشل حركتهم بتهديدهم بالمساءلة عن كل فعل أو سلوك حتى ولو كان صحيحا ، واذا أخذنا بهذا المعيار فى كافة المجالات لاوقفنا عجلة التطور فى العلوم وخاصة فى مهنة الطب ، ذلك انه اذا لمس الطبيب أنه مهدد بالمسئولية حتى ولو كان سلوكه صحيحا لما أقدم على عمله ، ولاضحى خائفا وفى هذا ما يحد من التطور والبحث العلمى . لذلك لا بد من توفر الخطأ فى المسئولية الطبية اذ لا يجوز أن تقوم الا اذا توفر ركن الخطأ فى عمل الطبيب ، فاذا قام نزاع حول مسئولية الطبيب فيقتضى مبدئيا البحث عن الخطأ ثم اثبات هذا الخطأ .

أما بالنسبة للعدالة الفردية فنتساءل هل يجب أن تتجه العدالة لصالح المتضررين أم لصالح الاشخاص المتسببين بالضرر غير المخطئين ؟

ان انصار نظرية الخطر يرون أنه من العدالة فرض التعويض لاصلاح الضرر الناجم بين الشخص الذى لم يكن دوره الا سلبيا وبين الشخص الذى لعب دورا ايجابيا ، والعدالة تفضل الاول على الثانى . هذا الرأى كان مجال نقاش . وقد كتب الفقيه (جوسران) يعلق ان الصدفة لا يمكن أن تكون عاملا فى توزيع الاضرار ، وكيف يكون ذلك من دواعى العدل لا سيما اذا كان سلوك صاحب الضرر وسلوك المضرور سويين لا ماخذ عليهما ؟ !

ولعل السؤال يمكن أن يطرح بشكل آخر فنقول اليس من العدالة أن يراعى جانب المتضرر فهو أولى بالرعاية من صاحب الضرر اذ هذا الاخير عندما يحصل على ربح من فعله الضار فالعدالة تقضى أن يفرض التعويض عليه لاصلاح هذا الضرر . ولكن ما هو الحل اذا كانت الممارسة لنشاط نافع غير معيب ومع ذلك يؤدي الى مخاطر بالنسبة للآخرين ، فهل يمكننا أن نقول فى هذه الحالة أن الخطأ قائم على الرغم من أن السلوك غير معيب ؟ !

الواقع أنه لا بد من وضع قاعدة عامة كما فى المسئولية المدنية عامة وان كانت القاعدة قد تجانب العدالة المطلقة فى بعض الحالات ، بيد أنها مع ذلك فهى أكثر ائتلافا وأقرب الى العدالة بشكل عام .

وعلى الرغم مما ذكرناه فاننا نرى أن المسئولية المدنية المطلقة القائمة

على أساس توفر الخطأ تفضل المسؤولية الآلية التي توجب التعويض تبعا لقاعدة الغرم بالغنم وإذا كانت نظرية الخطر تقوم على أساس من الاخلاق والعدالة ، فان العدالة والاخلاق بطبيعتها تميز بين الفعل الضار والفعل غير الضار وتفرض تفرقة بينهما وهذا معناه أنه يجب دوما معرفة سلوك صاحب الضرر . فالسلوك لا يلزم المرء بالتعويض الا اذا كان معيبا ، ان القاعدة أن سلوكنا يتبعنا ، فمن البديهي أن نتحمل نتائجه . ولكن كيف يسوغ قبول منطق التعويض على فعل غير معيب وتترتب مسؤولية على صاحبه ؟ ليس من تفسير مقبول الا اذا أقمنا فكرة التعويض فى هذه الحالة على أساس الصالح الاجتماعى وعلى نطاق استعمال الآلة حماية للجانب الضعيف .

على ضوء ما ذكرناه هل نستطيع أن نطبق نظرية تحمل النظرية فى المسؤولية الطبية ؟

باعتقادنا أن المسؤولية الطبية لا يجوز استثنائها من قواعد المسؤولية المدنية وشروطها ، ولئن كان قد يرد الى الذهن أنه فى المجتمع الاشتراكى الذى يؤمم فيه الطب يمكن أن تسأل الدولة عن خطيئات أطبائها باعتبارهم موظفين تابعين لمؤسسات طبية تابعة للدولة ومع ذلك فليس من دواعى الاخلاق جواز المساءلة دون خطأ ما ، اذ ليس من المقبول افقار فرد دون مبرر من القانون . فى هذا ما يمس العدالة وخاصة اذا كان سلوك الطبيب صحيحا وغير معيب . ولكن هل معنى هذا ان المواطن المريض اذن يتحمل وحده عبء الضرر باسم المصلحة العامة ، ولا تسأل عنه المؤسسة الطبية التابعة للدولة ؟ هذا ايضا غير مقبول ! فاذا كنا سنطبق نظرية الخطر فمن المفروض أن تسأل الدولة عن تعويض الضرر دون البحث فى خطيئات أطبائها ، ولا يملك الاطباء الا أن يثبتوا أن الضرر كان بفعل الغير أو بعامل اجنبى . ولكن أليس الاطباء أنفسهم مواطنين ممثلين عن الدولة ، فهم فى الواقع يشاركون فى أعباء التعويض فى المسألة فى الحقيقة . على هذا الاساس انحصرت فى توزيع الاعباء العامة وتحقيق مساواة الافراد أمام هذه الاعباء العامة ، ولئن كانت هذه الفلسفة القانونية قد تصلح فى تبرير اصلاح الضرر فى نظرية الخطر فهى مقبولة فى نطاق القانون العام فقط أو فى نطاق القانون الخاص فيجوز قبولها فى حالات نادرة كما فى حالات الاضرار الناجمة للمريض عن استعمال الآلات الطبية كانهجار جهاز الاشعة ، أو تعطل جهاز التخدير أو جهاز الصدمات الكهربائية ، هذه الآلات اذ تتطلب حراستها عناية خاصة ، فمن البديهي أن تعوض الاضرار

الناجمة عن استخدامها ولا يكلف المريض باثبات الخطأ ، كما لا يستطيع الطبيب أن يتحمل من التعويض الا باثبات السبب الاجنبى الذى نجم عنه الضرر لان الالتزام هنا انما هو التزام بضمان السلامة ، فالمسئولية فى هذه الحالة تطبق عليها اذن أحكام حراسة الاشياء التى تتطلب عناية خاصة (المادة 181 مدنى لىبى) .

يتضح مما تقدم أن المعايير والضوابط التى اعتمدها أنصار نظرية الخطر والذين يطالبون على أساسها بالغاء عنصر الخطأ نراهم فى الحقيقة يقرون معيار الخطأ من حيث المآل لكنه مستبدل بتسمية أخرى . والمشرع اذ نص على نظرية الخطر انما قصد حماية طبقة معينة وهم العمال الذين يتعرضون لحوادث العمل ومع ذلك فان مجال تطبيقها محدود ولا يعنى هذا انه يمكن الاستغناء عن عنصر الخطأ فهى اذن تطبق فى مجال الخطر المتولد عن استعمال الآلة لا فى كل مشروع أو نشاط يرمى الى تحقيق مصالح مالية والا لاضحى كل رب عمل مهما كان مشروعه أو تصرفه مسئولا عما يزاوله من نشاط وان كان بعيدا عن الخطأ . وفى هذا تعطيل لمبادئ المسئولية ويؤدى عمليا الى مساءلة الانسان عن كل فعل ضار ولو كان صاحبه غير مخطئ . لهذا فلا يجوز الاستغناء عن الخطأ كشرط فى المسئولية المدنية عامة والمسئولية الطبية خاصة . وهذا ما قصده المشرع الفرنسى فى نص المادة 1382 من القانون المدنى ، اذ لا يعتبر أن مجرد الفعل العادى للشخص يسبب ضررا يكون خطأ انما الخطأ الملزم للتعويض هل كل خطأ مسبب ضررا . وهذا ما أخذ به التشريع الليبى فى نص المادة 166 من القانون المدنى ، فاعتبر الخطأ شرطا أساسيا فى المسئولية واذا أعفى طرف بضرورة اقتضتها ظروف اجتماعية واقتصادية أو صحية ليس معناه انكار لوجوده ، اذ لا يصح عقلا وعدلا أن تقبل فكرة المسئولية مجردة من عنصر الخطأ واذا قبل هذا كمبدأ عام معناه اننا قبلنا الحكم بالتعويض على كل فعل دون تقدير وتمحيص لسلوك الشخص صاحب الضرر . ولعل هذا ما دعا الفقهاء الفرنسيين عند شرح المادة 1382 من القانون المدنى الى ارساء قواعد المسئولية عن الفعل الشخصى التى تقتضى قيام عنصر الخطأ . أما النصوص التى جنحت الى عدم ضرورة الخطأ كنص المادة 181 لىبى مثلا فهى وردت لتحكم فعل الاشياء التى تطلب حراستها عناية خاصة ولا ضير فى تطبيق المسئولية عن فعل الاشياء على الآلات والادوات التى يستخدمها الاطباء والتى قد تتسع رقعة استعمالها فى المستقبل ، فقد تحكم كافة تصرفات الاطباء فتكشف لهم الامراض وتحدد لها العلاج .

ج - الخطأ فى المسئولية الطبية التعاقدية واثباته :

علمنا أن الخطأ عنصر هام فى المسئولية فكل فعل اذن صادر عن الطبيب أو عن أى مؤسسة طبية الحق ضرراً لا بد لتقرير المسئولية عنه من تحقق الخطأ فيه على وجه الثبوت وليس معنى ذلك انه عند صعوبة ثبوته يقتضى نفيه لان الخطيئات اذ يصعب اثباتها أو يستحيل لا تجب التعويض اذا كانت الاضرار ناجمة عن استعمال الآلة . فالمسألة محلولة هنا بتطبيق نظرية الخطر اما فى غير ذلك فلا بد من اثبات الخطأ فى الافعال الشخصية للاطباء سواء فى نطاق عملهم العادى أو فى نطاق عملهم الفنى .

ففى نطاق التصرف العادى للطبيب تطبق عليه القواعد العامة فى المسئولية فعقله يقاس بفعل أى شخص عادى ، كمن يقدم على عمل طبى وهو بحالة السكر فيلحق ضرراً بالمريض ، فالخطأ هنا واضح ومن السهل اثباته .

أما اذا ارتكب الطبيب خطأ فنياً فى عملية جراحية لم تقرها قواعد الاصول الفنية فى علم الطب كان استأصل اللوزات بطريقة لا تسمح حالة المريض بها أو بطريقة لا تقرها النظريات الطبية ، أو وصف دواء يتعارض وحالة المريض الصحية فلا يقوى على احتماله فيتوفى على أثر استعماله .

كل هذه أخطاء فنية يسأل عنها الطبيب نتيجة ارتكابه للخطأ سواء كانت المسئولية تقصيرية أو تعاقدية .

لكن السؤال الوارد هل ان الخطأ ضرورى فى المسئولية التعاقدية وهو على نفس المستوى فى المسئولية التقصيرية ؟

من المعلوم أن الالتزام التعاقدى انما هو التزام بتحقيق غاية ، والالتزام مؤسسة صحية (كمصرف الدم) التى تلزم بنقل الدم لمريض تبعاً لما يقرره الطبيب ويختاره ، انما هو التزام بتحقيق غاية وليس ببذل عناية ، وكذا الطبيب لو كلف بنقل الدم فقط أو بتركيب عضو صناعى ، هذا الالتزام أيضاً انما هو التزام بتحقيق غاية .

مثل هذه الالتزامات اذا لم ينفذها الطبيب يكون قد ارتكب خطأ لانه محمل بالالتزام محدد وهو تحقيق غاية كل هذا اذا لم يحل دون تنفيذه سبب اجنبى ، فاخلاق الطبيب بتنفيذ التزامه يعتبر به الخطأ قائماً ولا يحتاج

المريض الا اثبات عدم التنفيذ أو التأخر فى التنفيذ . والحكم لا يختلف أيضا اذا كان الالتزام يتضمن بذل عناية . وقد نصت المادة 218 مدنى لىبى على وجوب التعويض لعدم وفاء المدين بالتزامه ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبى لا يد له فيه ، ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه .

فتنفيذ الالتزام اذن واجب على الطبيب بقوة القانون تبعا لمبدأ شريعة المتعاقدين فلا يملك الطبيب ان يتحلل من التزامه الا اذا اثبت تدخل العامل الاجنبى أو القوة القاهرة هى التى حالت دون تنفيذ التزامه ، ولهذا يعتبر الخطأ قائما بمجرد تخلف الطبيب المتعاقد عن اجراء عملية جراحية مثلا أو الذى قبل مريضا فى مستشفى لمعالجته فأهمل فى علاجه أو تصرف بمداواته برعونة وطيش فيعتبر مسئولا فى هذه الحالة نتيجة الخطأ العقدى الذى ارتكبه . ولهذا نخلص الى القول :

ان المسئولية الطبية التعاقدية تستوجب قيام الخطأ ولا حاجة لتطبيق نظرية الخطر على الأطباء فى نطاق المعطيات الطبية الحالية ونكتفى باثبات عدم التنفيذ لان هذا بالضرورة يشكل خطأ . والواقع أن الخطأ عنصر هام وأساسى ولا بد من توفره وسواء فى المسئولية التعاقدية أو المسئولية التقصيرية .

المطلب السادس

الخطأ الطبى والمعيار الضابط له

عرفنا مما تقدم أن الخطأ قديما كانت مفاهيمه مختلفة وان كانت معظمها ترتبط بالفكرة الاخلاقية اعتمادا على أن الانسان يعرف بسليقته متى يخطئ ومتى يصيب ، أى أنه يعرف أنه أهمل أى أخطأ فى سلوكه هذا المعيار الاخلاقى انقلب بعدئذ الى معيار قانونى ، بيد أن الفقهاء ظلوا متأثرين بالمعيار الاخلاقى واهتدوا عن طريق الحدث الحسى الى تقرير الخطأ أو عدمه اذ أضحوا يدرسون الحالة النفسية للفاعل ويبحثون فيها للوصول عما اذا كان ضمير الفاعل يؤنبه فيما قام فيه ام لا . فمثلا طبيب جراح ارتكب خطأ جراحيا تسبب بذلك موت أحد مرضاه فنتساءل هل ضمير الطبيب لا يؤنبه اذ يعتقد فى نفسه الكفاءة لمباشرة المهنة وانه أجرى كل ما يمكن لانقاذ المريض . ولكن لسوء الحظ كانت وسائله محدودة .

هذا المعيار انما هو معيار شخصى فتطبيق هذا المعيار يقضى الى اعفاء الطبيب من المسؤولية حتى ولو ثبت أن أى طبيب آخر مكانه لامكنه انقاذ المريض ولما وقع فيما وقع هذا الجراح .

أنصار هذا رأى ، معيار المسؤولية عندهم يقوم على التقدير الشخصى ولكن هذا المعيار لم يكن سليما لانه ما من طبيب يشعر بنفسه انه غير أهل لمباشرة مهنته . وهذا معناه أن الطبيب المخطئ والذى لا يؤنبه ضميره يعتبر مهملا فى تكوين هذا الاعتقاد الفاسد وهو بالتالى لم يعبأ بسلامة المريض . لهذا نبذ هذا المعيار من قبل بعض الفقهاء واعتمدوا معيار التقدير المجرد وهو تقدير سلوك الطبيب بمقارنته بسلوك طبيب آخر ولكن ما هو مسلك هذا الشخص لمجرد وهو شخص معنوى فكيف نقدر أعماله ثم نقارنها بأعمال الفاعل الاصلى لنخلص اذا كان هناك خطأ فى السلوك أم لا ؟

وضع الفقهاء صورة لهذا الشخص المعنوي المجرد فقالوا عنه ، هو الرجل الحريص اليقظ الذي يفترض أن لا عيب في أعماله وتصرفاته ، ولا شك أن هذا التقدير انما هو تقدير مادي ، لكنه في الوقت ذاته تصور مفترض غير محقق الوجود اذ كيف يسوغ المقارنة بين الحقيقة الواقعة والتصور المجرد . لهذا فلا وجه للمقارنة الا اذا أضفنا الى الصورة المجردة نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول اذ هذه الظروف الخارجية باعتبارها مستقلة عن شخصية الطبيب وظروفه الداخلية (37) من سن أو مهارة خاصة أو خبرة ، وبهذا يكون هذا المعيار هو الضابط لسلوك الطبيب ويبدو أنه هو المقبول حتى الآن .

والمراد بالظروف الخارجية هي الحالات المحيطة بالواقعة الظاهرة للملأ كحالة الخطورة وما تستلزمه من اسعافات سريعة ، وكذا بعد المكان وعدم توفر أدوات العلاج في مكان الواقعة وعدم وجود ممرضات .

كل هذه الظروف الخارجية اذا اقترنت بواقعة الخطأ فيجب تقدير الخطأ على ضوءها . في أعمال الطبيب اذا صدرت مع هذه الحالات لا يعتبر الخطأ معها قائما على العكس فيما لو كانت متوفرة فيعتبر الخطأ قائما ويوجب المسؤولية .

أما الظروف الداخلية فلا يعتد بها اذ لا يجوز أن تعارف طبيب حديث العهد بطبيب أستاذ متخصص في الفرع الذي نسب الخطأ فيه الى الطبيب الاول الحديث العهد . أي أن المقارنة تتم بمعيار واحد فيتعارف تعرف طبيب ناشئ بطبيب ناشئ مثله ومتخصص بطبيب مختص مثله . بمعنى أننا عند المقارنة نلاحظ المستوى المهني للطبيب ونقارنه مع طبيب آخر بنفس المستوى اضافة الى الظروف الخارجية - وبهذا نحصل على المعيار الضابط للخطأ في المسؤولية الطبية (38) .

والخلاصة أن المعيار الذي عرضناه في تقدير الخطأ وضبطه قد يترك للقاضي مجالا واسعا باعتباره معيارا مرنا اذ قد يختلف التقدير للخطأ باختلاف القاضي ، لكن القاضي في جميع الاحوال يعمد الى رأى الخبراء للاستعانة بهم في الوصول الى تقدير سلوك الطبيب اذ يقيس فعله على فعل

37 - الظروف الداخلية : هي الاحوال اللاصقة بالطبيب المتعلقة بخصائصه الطبية والادبية .

38 - عبد السلام التونجي - المرجع السابق ص 265 وما بعدها .

طبيب يقظ وجد فى الزمان والمكان الذى تم فيه العلاج أو أجريت فيه العملية الجراحية اخذا بعين الاعتبار مراعاة الاصول العلمية وحالة المريض والمستوى المهنى وكل ذلك فى سبيل استقصاء مسلك الطبيب المدعى عليه ومقارنته بمسلك الطبيب النموذجى ليحدد به التزامات الطبيب تبعا للسلوك الواجب الاتباع مراعىا فى ذلك تقاليد المهنة وما تجرى عليه عادة الاطباء فى مثل ظروف المدعى عليه فهو لا يضع نفسه فى مكان الطبيب ويتصور ما كان عليه أن يقوم به بل عليه أن يجرد نفسه من آرائه الشخصية ويقرر على ضوء تقارير الخبراء وتبعا للظروف الخارجية ما اذا كان المدعى عليه قد بذل الجهود الصادقة اليقظة طبقا للاصول الفنية العلمية الثابتة أم لا .

وهكذا نجد أن هذا المعيار اذ هو منوط تطبيقه من قبل القضاء فهو فى الواقع مرن يتمشى مع التطورات العلمية ويعطى للقضاء مجالا حرا الى حد ما لتقرير ما يجب اتخاذه كنموذج للمسلك الواجب ومقارنته بمسلك الطبيب المدعى عليه وهذا المقياس المجرد وان كان متصفا بصفات محددة ولكنها لا يمكن أن تكون مقياسا ماديا بحثا كوحدة قياسية كالتر متر مثلا انما يجب الاعتماد على علم القضاة وادراكهم وحصافتهم ، فهم الذين يدركون بالنهاية الى التكييف القانونى للتصرف وما اذا كان خطأ أم لا . وهذا التكييف القانونى من الوقائع القانونية التى تخضع لتمحيص محكمة النقض لتقرر ما اذا كانت الوقائع تعتبر خطأ أم لا .

هذه هى طريقة تقدير الخطأ الطبى وبها يقرر القاضى ما اذا كان الطبيب قام بالتزاماته الخاصة التى فرضتها عليه مهنته أو أنه سلك فى عمله سلوكا خطأ يعتبر تقصيرا لا يقع من طبيب يقظ وجد فى نفس الظروف التى أحاطت بالطبيب ، وبهذا يكون قد قرر وجود خطأ طبى أو تفادى هذا هو الخطأ الطبى ومعياره . فما هى درجاته من الجسامة ؟ .

المطلب السابع

درجة جسامه خطأ الطبيب

علمنا أن المسؤولية لا تترتب الا عن خطأ ثابت محقق ، وعلمنا أن الخطأ الطبى فى مسلك الطبيب انما هو تقصير لا يقع من طبيب يقظ وجد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب اليسير أو الجسيم وكيف تقاس درجة الخطأ . هل تقاس بمقدار الضرر وأهميته ، علما أن الضرر قد ينشأ باهمال بسيط أو اهمال جسيم أو قد ينشأ عمدا . ثم اذا حدد نوع الخطأ ودرجته فهل يختلف مقدار التعويض تبعا لاختلاف درجة الخطأ ؟

لا شك أن درجة الخطأ لها أثرها فى التعويض لا سيما وان الهدف من المسؤولية هو اصلاح الضرر لهذا وان كانت بعض القوانين لا تنص على ذلك بيد أن النصوص العامة ترمى الى هذا الهدف اذ نلاحظ أن المادة 224 من القانون الليبى أوجبت على القاضى عند تقدير التعويض ضرورة مراعاة الظروف والملابسة والخطأ الجسيم . ومع ذلك فقد نجد أن خطأ بسيطا أحدث ضررا أعظم من الخطأ الجسيم أو الخطأ العمدى لهذا فمن الضرورى عند تبين الخطأ وتحديدده أن يراعى المعيار الموضوعى للخطأ وهو العنصر المادى بأن يقاس بالواجب القانونى النموذجى فاذا أخل بهذا الواجب يعتبر قد ارتكب خطأ ولكن هل هذا الاخلال بالواجب نتيجة اهمال أو أنه تصدى متعمد لحصول الضرر ويدخل فى مفهوم الخطأ العمدى القصد الاحتمالى وهو خطأ بمثابة الخطأ العمدى كمن يتوقع من فعله حصول الضرر ومع ذلك يقدم على الفعل ، كالطبيب الذى يتوقع توقف قلب مريض عجوز اذا هو أقدم على اجراء عملية جراحية له ومع ذلك يقدم على اجرائها .

فهنا لا بد عند تمحيص العنصر المادى من البحث فى نفسية الفاعل ، فهل توفر عنده القصد العمدى أو القصد الاحتمالى ؟ لهذا فان المقياس الصحيح فى الخطأ العمدى أو الخطأ الاحتمالى أن يقاس بالمعيار المادى

والمعيار الشخصى وهو القصد . وان يكن هذا فى الواقع من الصعب الوصول اليه لان استقصاء نية الانسان والدخول فى دخيلة نفسه ليس بالامر اليسير . لهذا قال البعض أن على القاضى أن يستدل على نية الفاعل من الظروف والملابسة الخارجية والتي بها يستطيع أن يصل الى نية الفاعل فاذا لم يصل الى نتيجة قاطعة فى العمد فقد يستدل بالظروف الخارجية على الاهمال الجسيم . وقد رأى البعض الاخر من الفقهاء الحاق الاهمال الجسيم بالخطأ العمد ولا يملك المدعى عليه التحلل منه الا بنفى قصد الاضرار .

أما خطأ الاهمال هو الخطأ القائم على اهمال بالواجب القانونى السابق المدرك من قبل المخل دون قصد منه . لا شك نلاحظ أن هذا النوع من الخطأ كذلك يقوم على عنصرين الاول المادى وهو الاخلال بواجب قانونى والثانى نفسى وهو التمييز أو الادراك اذ لا يعتد بخطأ الطبيب الذى طرأ عليه جنون فأخل بواجبه .

والمراد بالواجب القانونى طالما أنه غير معين أو محدد فى القانون فيؤخذ بمعيار مسلك الرجل العادى من أواسط الناس لا بالذكى أو بالغنى . وكذا بالنسبة للطبيب يؤخذ بمستوى مهنى من أواسط الاطباء مع مراعاة الظروف الظاهرة بحيث يسهل تقييم المسلك الخاطيء لتقدير ما اذا كان يعتبر اخلايا بالواجب أم لا .

ورأى البعض ارجاع المعيار الى اتخاذ الاحتياطات التى يقتضيها عدم الاضرار بالغير والبعض الآخر قال بمعيار سلوك الرجل اليقظ وكحد أدنى سلوك الانسان العادى .

لعى أننا نرى أن ربط الاهمال عامة بالواجبات القانونية يقتضيها معرفة هذه الواجبات مع العلم أنه لا يمكن حصرها ، هذا من جهة ومن جهة أخرى ، فهذا يقودنا الى معرفة الواجب القانونى من الواجب الاساسى حتى نحدد التعويض على أساس نوعية الخطأ ودرجته بمعنى أننا نقرر نظرية تدرج الخطأ التى نبذها واضعوا التقنين الفرنسى أنفسهم (39) . على أن التشريع الليبى يبدو أنه أخذ بفكرة تدرج الخطأ ، اذ نص عليه فى عدة نصوص لا سيما فى شرط بذل العناية فقال فى المادة 214 مدنى : فى الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على

الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك . وفى كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتية من غش أو خطأ جسيم .

وكذلك أخذ القانون المدنى السورى والمصرى بفكرة تدرج الخطأ فقال بالخطأ اليسير والخطأ الجسيم .

هذا التمييز يبدو قائما فى التقنيات العربية وخاصة التقنين التونسى والمغربى اذ نص صراحة على اختلاف التقدير فى حالة الخطأ اليسير على الخطأ الجسيم أو الخطأ العمد (40) .

ولعل هذا التقسيم فى الخطأ أخذ به بعض الفقهاء بالنسبة للأطباء خاصة ، ففرقوا بين نوعين من الأخطاء .

الخطأ العادى : وهو الذى يقع فيه الطبيب كما يقع فيه غيره من الناس فهو خطأ بعيد عن الصفة الفنية المهنية . الطبيب الذى يخدر المريض بجانب جهاز تعقم الآلات الجراحية ثم يرفع حرارة الجهاز ولا ينتبه الى أنه بجانب المريض فتحترق رجله . أو كالطبيب الذى يهمل اعطاء الامر بنقل المريض الى المستشفى فى الوقت المناسب (41) .

الخطأ المهنى : وهو الخطأ الذى يقع فيه الطبيب فى كل ما يخالف القواعد الفنية وأصول العلم المهنى .

وخلص الفقهاء من هذا التقسيم الى القول بأنه فى الخطأ العادى يسأل الطبيب عن جميع درجات الخطأ وأنواعه . وفى الخطأ المهنى فلا يسأل الطبيب الا عن خطئه الجسيم . على أننا نرى فى هذا التقسيم غير سليم اذ يصعب جدا حتى فى الخطأ العادى الصادر عن الطبيب أن لا يكون متصفا بطابع مهنى ، طالما أنه صدر عنه أثناء قيامه بعمله . هذا من جهة

40 - 107 من قانون الالتزامات والعقود المغربى والمادة 98 من المجلة المدنية التونسية .

41 - محكمة نانسى 19-1-1928 غازيت ناليه 1928 - 1 - 410 .

ومن جهة ثانية ان القانون عندما عرف الخطأ أو نص عليه أوده بشكل عام . فقال : كل خطأ سبب ضررا يلزم من ارتكبه بالتعويض (42)

لهذا أرى أنه لا يجوز اعفاء الطبيب من الخطأ حتى ولو كان يسيرا والا لادى بنا الى اعفائه من كثير من الاخطاء ، لهذا لا يجوز ربط الضرر بتدرج الخطأ ، انما الخطأ يجب أن يكون موجبا للتعويض مهما كانت درجته طالما أنه خطأ ثابت محقق ، اما التعويض فيحدد تبعا لمدى التزام الطبيب على ضوء قيام الخطأ . فالطبيب يجب أن يسأل عن كل خطأ مهما كان نوعه ومقداره يسيرا كان أو جسيما ما دام هذا الخطأ اخترق القواعد الاساسية المسلم بها فى علم الطب كاجراء الجراح عملية جراحية تخالف الاصول المتبعة والنظريات المسلم بها فى الفن الجراحى . فمجرد المخالفة الواضحة للمبادئ الطبية تكفى لمساءلة الطبيب . والى هذا جنح كثير من الفقهاء فقالوا بعدم جواز اعفاء أرباب المهن من المسؤولية حتى عن الخطأ اليسير بيد أن بعض المحاكم جنحت الى اشتراط الخطأ الجسيم فى المسؤولية الطبية والمهنية (43) . فما هى صورة هذا الخطأ الجسيم ؟ اختلفت فى الحقيقة صور الخطأ الجسيم فالبعض أقامه على افتراض سوء النية عندما لا يقدم الدليل عليها (44) . والبعض الآخر أقامه على الذكاء والعناية بحيث لا يصدر من شخص ذكى متبصر يقظ العناية . أما المحاكم فقد اعتمدت صورة أخرى لمفهوم الخطأ الجسيم وخاصة فى المسائل المهنية . فاعتمدت الجسامة فى الخطأ ، فى كل خطأ مسلم به لا جدال فيه .

والواقع أننا لا نجد للخطأ من حيث الجسامة معيارا دقيقا بل هو فكرة . فما نصه اختلف فى مدلولها . ذلك لان أضخم الاضرار قد تنجم عن اهمال بسيط . لهذا أرى أن المهم هو قيام الخطأ مهما كان طالما أنه ثابت واضح . وبقناعتي أن الثبوت والوضوح يعتبران مقياسا كافيا للخطأ بصرف النظر عن حسن النية أو سوء النية . فالطبيب الذى يجرى تجارب على مرضاه ولو كان بقصد نبيل وبحسن نية ويلحق ضررا بهم فهو قد ارتكب خطأ موجبا لمساءلته (45) . ولعل أقرب الصور لمفهوم الخطأ الطبى الجسيم هو :

42 - المادة 166 مدنى لیبى .

43 - مرقس ، المرجع السابق ، ص 257 .

44 - سافاتييه ، ج 1 ، نبذة 178 .

45 - مارد ، المرجع السابق ، نبذة 512 .

كل فعل، يرى طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي احاطت بالطبيب المسئول وفي مستواه المهني ، ان حدوثه يحتمل جدا أن ينشأ عنه الضرر المنسوب لذلك الطبيب ، وطبعاً كلما قل هذا الاحتمال كلما قلت جسامه الخطأ . فاذا بقيت أقل درجة من احتمال حصول الضرر ، بقيت مقابلها درجة مناسبة من الخطأ (46) .

فدرجة الخطأ تنحصر اذن في درجة احتمال حصول الضرر من الفعل ، ودرجة توقع ذلك من المسئول فكلما اقترب احتمال حصول الضرر من اليقين ، كلما زادت جسامه الخطأ وكلما زاد الشك في احتمال حصول الضرر ، كلما قلت درجة الخطأ .

ومهما يكن من تسمية للخطأ جسيماً كان أو يسيراً فهو موجب للتعويض ، ولعل الفقهاء والذين طرحوا هذه التسمية أرادوا عدم مساءلة الاطباء الا عن الخطأ الجسيم ، وذلك لاعفائهم من الخطأ اليسير في سبيل تشجيع العلم وفسح المجال أمام الاطباء للعمل على تطوير الطب وعدم شل حركتهم . والا لوقف نشاطهم بهذه الاسباب ضيقوا من مساءلة الاطباء وقد سائرت الفقهاء بعض المحاكم اذ جرت على اشتراط الخطأ الجسيم بالنسبة لمسئولية الطبيب ورأوا في هذا السلوك ما يحقق العدالة الحققة والواقع أن الضرورات العملية من هذه الناحية هي أوجدت الخطأ الجسيم الى جانب الخطأ اليسير ، والخطأ الجسيم ما هو في الحقيقة الا كما ذكرناه درجة من الخطأ على وضوح ثابت ، فيمكن تسميته بالخطأ الواضح ولعل هذه التسمية أنسب وهي تقطع الطريق أمام المحاكم حول تفسير مفهوم الخطأ الجسيم وتغني عن الدخول في تفسيرات فلسفية اخلاقية . اذ يبقى الطبيب مسئولا ولو نفى الخبراء عنه ارتكابه الخطأ الجسيم وقرروا أنه ارتكب خطأ غير جسيم ، فهذا لا يغير من الامر شيئاً والى هذا جنحت أحكام المحاكم فقررت مساءلة الطبيب عن جميع أخطائه بمجرد أن يخالف الاصول العلمية بغض النظر عن فكرة تدرج الخطأ استعملوا لفظ الخطأ الواضح أو الخطأ المؤكد الثابت عوضاً عن الخطأ الجسيم (47) .

فالطبيب اذن وفقاً لمبدأ المساءلة عن الخطأ يسأل عن كل خطأ مهما كان نوعه أو مقداره يسيراً كان أو جسيماً طالما أنه واضح ومؤكد في كل

46 - وديع فرج ، مجلة القانون والاقتصاد ، س 12 ، ص 400 .

47 - محيية السنين 1-22-1889 ، واللوز 1891 - 2 - 281 .

ما هو متعلق بمهنته ، ويدخل فى صميم فنه وعلمه واختصاصه ، لهذا فالقاضى عندما يستقصى الخطأ الطبى ، عليه بكشف وتحديد النقاط التالية :

- 1 - هل صدر عن الطبيب اهمال واضح فى عمله ؟
- 2 - هل سلك الطبيب سلوكا يقظا عليه الحذر والحرص .
- 3 - هل خالف الطبيب الاصول العلمية والقواعد المؤكدة .

كل هذا فى سبيل الوصول الى تقرير المساءلة تبعا لتأكده من قيام الخطأ الواضح المؤكد .

وخلاصة القول أن درجة الخطأ من حيث أنه خطأ يسير أو جسيم لا تختلف به المسؤولية الطبية عن المسؤولية العادية ، فالخطأ موجب للمسؤولية مهما كانت صفة فاعله انما يظهر الخلاف من ناحية مدى التزام الطبيب وطبيعة هذا الالتزام ، فمجرد أن يخل الطبيب بأى التزام من التزاماته التى تفرضها عليه طبيعة مهنته عد مسئولا بغض النظر عن درجة الخطأ طالما أنه خالف الاصول العلمية المستقرة وفقا لتعريفها العلمى والواقعى فى نطاق الظروف الخارجية والمستوى المهنى له .