

The Islamic University of Gaza
Deanship of Research and Graduate Studies
Faculty of Sharia and Law
Master of Public Law



الجامعة الإسلامية بغزة
عمادة البحث العلمي والدراسات العليا
كلية الشريعة والقانون
ماجستير قانون عام

الخطأ الطبي في التشريع الفلسطيني ومسؤولية الإدارة المترتبة عنه
"دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية"

**The Medical Error in the Palestinian legislation and
the Administrative Responsibility Resulting from it.
"A comparative Study of Islamic Sharia"**

إعدادُ الباحثِ

معاذ جهاد محمد درويش

إشرافُ

الدكتور

صلاح الدين طلب فرج

الدكتور

أنور حمدان الشاعر

قُدِّمَ هَذَا الْبَحْثُ اسْتِكْمَالاً لِمَتَطَلِبَاتِ الْحُصُولِ عَلَى دَرَجَةِ الْمَاجِسْتِيرِ

فِي الْقَانُونِ الْعَامِ بِكُلِّيَّةِ الشَّرِيعَةِ وَالْقَانُونِ فِي الْجَامِعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ بِغَزَّةِ

أكتوبر/2018م - محرم/ 1440هـ.

إقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان:

الخطأ الطبي في التشريع الفلسطيني ومسؤولية الإدارة المترتبة عنه

"دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية"

The Medical Error in the Palestinian legislation and the Administrative Responsibility Resulting from it.

"A comparative Study of Islamic Sharia"

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل أو أي جزء منها لم يقدم من قبل الآخرين لنيل درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

I understand the nature of plagiarism, and I am aware of the University's policy on this.

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted by others elsewhere for any other degree or qualification.

Student's name:	معاذ جهاد درويش	اسم الطالب:
Signature:	معاذ درويش	التوقيع:
Date:	2018/10/1	التاريخ:

نتيجة الحكم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



هاتف داخلي: 1150

الجامعة الإسلامية بغزة
The Islamic University of Gaza

عمادة البحث العلمي والدراسات العليا

الرقم ج.ب. غ/35/ Ref

التاريخ 2018/10/22م Date

نتيجة الحكم على أطروحة ماجستير

بناءً على موافقة عمادة البحث العلمي والدراسات العليا بالجامعة الإسلامية بغزة على تشكيل لجنة الحكم على أطروحة الباحث/ معاذ جهاد محمد درويش لنيل درجة الماجستير في كلية الشريعة والقانون/ برنامج القانون العام وموضوعها:

الخطأ الطبي في التشريع الفلسطيني ومسؤولية الإدارة المترتبة عنه - دراسة مقارنة
بالشريعة الإسلامية

The Medical Error in the Palestinian Legislation and the Administrative Responsibility Resulting from it - A comparative Study of Islamic Sharia

وبعد المناقشة التي تمت اليوم الاثنين 11 صفر 1440 هـ الموافق 2018/10/22م الساعة الثانية عشرة مساءً، في قاعة مبنى القدس اجتمعت لجنة الحكم على الأطروحة والمكونة من:

.....
د. أنور حمدان الشاعر

مشرفاً ورئيساً

.....
د. صلاح الدين طلب فرج

مشرفاً

.....
د. زياد ابراهيم مقداد

مناقشاً داخلياً

.....
د. هاتي عبد الرحمن غانم

مناقشاً خارجياً

وبعد المداولة أوصت اللجنة بمنح الباحث درجة الماجستير في كلية الشريعة والقانون/برنامج القانون العام.

واللجنة إذ تمنحه هذه الدرجة فإنها توصيه بتقوى الله تعالى ولزوم طاعته وأن يسخر علمه في خدمة دينه ووطنه.

والله ولي التوفيق،

عميد البحث العلمي والدراسات العليا

د. مازن إسماعيل هنية

التاريخ: 20/8/117

الرقم العام للنسخة

3106899

اللغة

عربي

الموضوع: / استلام النسخة الإلكترونية لرسالة علمية



قامت إدارة المكتبات بالجامعة الإسلامية باستلام النسخة الإلكترونية من رسالة

الطالب / معاذ محمد حريش

رقم جامعي: 120160386، اسم: الكافور، كلية: الشريعة والفقه

وتم الاطلاع عليها، ومطابقتها بالنسخة الورقية للرسالة نفسها، ضمن المحددات المبينة أدناه:

• تم إجراء جميع التعديلات التي طلبتها لجنة المناقشة.

• تم توقيع المشرف/المشرفين على النسخة الورقية لاعتمادها كنسخة معدلة ونهائية.

• تم وضع ختم "عمادة الدراسات العليا" على النسخة الورقية لاعتماد توقيع المشرف/المشرفين.

• وجود جميع فصول الرسالة مجمعة في ملف (WORD) وآخر (PDF).

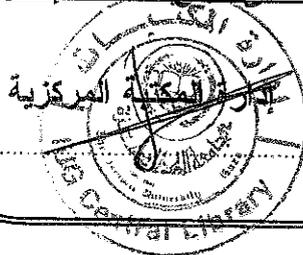
• وجود فهرس الرسالة، واملخصين باللغتين العربية والإنجليزية بملفات منفصلة (PDF + WORD)

• تطابق النص في كل صفحة ورقية مع النص في كل صفحة تقابلها في الصفحات الإلكترونية.

• تطابق التنسيق في جميع لصفحات (نوع وحجم الخط) بين النسخة الورقية والإلكترونية.

ملاحظة: ستقوم إدارة المكتبات بذكر هذه الرسالة كاملة بصيغة (PDF) على موقع المكتبة الإلكتروني.

والله والتوفيق،



توقيع الطالب

(Handwritten signature)

355

المُلخَص

تعتبر المرافق الصحية من أهم المرافق التي تتبع لإشراف وتنظيم الدولة، لمساسها بصحة وسلامة الفرد، لذلك وجب على الإدارة أن تعمل ما بوسعها من أجل الحفاظ على الصحة العامة في الدولة من خلال إقرار القوانين الصحية والتنظيمية التي تحقق هذا الهدف، وفي حال خالفت ذلك وتسببت في أخطاء من خلال العاملين في المجال الطبي أو بأضرار للأفراد، فإنه يقع على عاتقها أن تتحمل المسؤولية عن ذلك بدفع التعويض.

وتهدف الدراسة إلى البحث في النصوص القانونية والقواعد العامة التي تناولت المسؤولية الطبية في التشريع الفلسطيني ومعرفة مدي ملائمتها لهذه المسألة، والتعمق في مواطن القصور، وذلك للعمل من أجل توفر الحماية للمريض المضرور في المطالبة بحقه، وفي نفس الوقت توفر الحماية للعاملين في المجال الطبي وتفتح لهم المجال للعمل والإبداع دون الخوف أو الشعور أن سيف المحاسبة مسلط على رقابهم.

اعتمد الباحث على المنهج الوصفي والتحليلي المقارن في إعداد هذه الدراسة، من خلال تحليل النصوص والأسس التي يقوم عليها الخطأ الطبي ومسؤولية الإدارة المترتبة عنه.

ومن أهم نتائج الدراسة أن الخطأ الطبي يترتب عليه مسؤولية جزائية وأخري مدنية عند الإخلال بالالتزامات المقرر على المسؤول عن العمل، ويصبح الأخير عليه جبر الضرر ودفع التعويض، كما أن الإدارة تخطأ من خلال العاملين تحت إشرافهما وإدارتها فهي تتحمل أخطاء موظفيها في حال ارتكابهم أخطاء طبية أو تسببوا بالضرر للمرضي أثناء قيامهم بأعمال الوظيفة وتتحمل المسؤولية عن ذلك، حيث تبين معنا أن الطبيب يسأل عن كل خطأ بغض النظر عن مقدار جسامته، ويقع على المريض إثبات هذا الخطأ، كما أن التشريع الفلسطيني يفتقر إلى التشريعات الناظمة للعمل الطبي والمسؤولية الطبية، ولا زالت دعاوى التعويض الإداري تُنظر أمام المحاكم المدنية رغم إقرار قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد أن اختصاص المحكمة الإدارية بدعاوى التعويض.

وأهم التوصيات التي توصل إليها الباحث ضرورة إسراع المشرع الفلسطيني في إقرار قانون المسؤولية الطبية والقوانين والأنظمة التي تنظم وتحكم العمل الطبي، وتبني نظرية المسؤولية بدون خطأ في المجال الطبي لخصوصية هذه المهنة لتوفير الحماية للمريض، وضرورة تشكيل لجنة طبية علنا تعقد بشكل دائم تكون متخصصة للتحقيق في قضايا الأخطاء الطبية، كما يجب على وزارة الصحة توثيق الأخطاء الطبية والعمل على نشر الوعي القانوني في المرافق الصحية وتأهيل ورفع كفاءة العاملين في المجال الطبي بشكل مستمر.

Abstract

Health facilities are of the most important facilities that are subject to the supervision and regulation of the state so as not to harm the health and safety of the individual. Therefore, the administration must do its best to preserve public health in the country through the adoption of health and regulatory laws that achieve this goal. Errors damage to individuals caused by medical personnel the administration has to assume responsibility and pay compensation.

The study aims to examine the legal texts and general rules that deal with the medical responsibility in the Palestinian legislation and identify their suitability to this issue. This is in addition to deepen the shortcomings in order to protect the injured persons in claiming their rights, and provide protection to medical workers and open field of work and creativity for them without fear or the feeling of accountability slapping on their necks.

The researcher used the descriptive and comparative analytical approaches to conduct this study, through analyzing the texts and the bases upon which the medical error and the responsibility of administration resulting are based on.

One of the most important findings of the study is that the medical error entails criminal and other civil liability when neglecting the obligations of the persons responsible for the work. The latter has to indemnify the damage and pay the compensation. The administration makes mistakes through the workers under its supervision. The administration has to bear the responsibility for the mistakes of its employees in the event of medical errors. It has been evident to us that doctors are asked about every error regardless of the severity of the mistake. The patient is required to prove this mistake. The Palestinian legislation lacks laws governing medical work and medical responsibility. Administrative claims for compensation are still tried before civil courts, despite the adoption of the law of settling administrative disputes before the jurisdiction of the administrative court.

The most important recommendations of the researcher are the need to speed up the Palestinian legislator to adopt the law of medical responsibility and the laws and regulations governing medical work, and adopt the theory of responsibility without error in the medical field for the privacy of this profession to provide protection for the patient. There is also a need to form a permanent medical committee to specialize in investigating medical errors, and the ministry of health must document medical errors and work to raise legal awareness in the health facilities as well as to qualify and raise the efficiency of medical personnel on a continuously.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

{وَقِفُّهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ}

[الصفات: 24]

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

الإهداء

- ❖ إلى من بذلا زهرة شبابهما لكي أصبح ما أنا عليه اللحظة..
 - ❖ والدي الغالي.. كتفي الذي ما أمالني يوما..
 - ❖ أمي الحبيبة.. ركني الدافئ وجنتي في الأرض..
 - ❖ أمد الله في حبر عُمرهما صحة وعافية وخير.
 - ❖ إلى.. زوجتي الحبيبة "هبة" سكني ومستقري وأنسي في وحشة الأيام ، دافعي الأول
لأكمل دراستي في هذا المجال.
 - ❖ إلى.. شهيقى والزفير أبنائي : رفيف و خالد ..عظفاً وحناناً.
 - ❖ إلى.. سندي، وعقلي الرشيد، ووالدي الثاني عمي الغالي الأستاذ "جواد درويش".
 - ❖ إلى.. من عانق حبه روحي، وذكره خيمت في قلبي، وفقدانه ألم ينهج حياتي، إلى
روح عمى الطاهرة (أبو أسامة).
 - ❖ إلى.. أخوتي "محمد، حسام، مصعب، براء وأنس" .. قوتي وعزمي وحصني وذراعي
المتين.
 - ❖ إلى.. أخواتي الحب والوداد وأسمى الآيات..
 - ❖ إلى.. عائلتي الثانية "أهل زوجتي".
 - ❖ إلى.. أخوالي وخالتي حبل الوصل والحنان.
 - ❖ إلى.. كل من ساندني ودعمني و شجعني لأكمل طريقي هذا..
 - ❖ إلى.. جميع الأحبة والأصدقاء.
- أهدي بحثي هذا

شكرتكم

الحمد لله الذي بفضلته تتم الصالحات حمداً لا ينفد، أفضل ما ينبغي أن يُحمد،
وصلى الله وسلم على أفضل المصطفين محمد، وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم
الدين، أما بعد.

يسعدني وقد انتهيت بفضل الله ورعايته من إعداد هذه الدراسة أن أتوجه بعظيم الشكر
والامتنان لله عز وجل أولاً أن هداني وأنار الطريق أمامي وأمدني بالعزم والتصميم لإتمام هذا
العمل العلمي، وهياً لي من الأساتذة الأجلاء من أناروا لي سبيل العلم وأرشدوني إلى طريق
الصواب وأخص بالذكر الدكتور الفاضل: أنور حمدان الشاعر، على ما بذله من جهد وتوضيح
في إعداد هذه الدراسة، والدكتور الفاضل: صلاح الدين طلب فرج على ما قدمه من توجيه وإرشاد
في المسائل المتعلقة بالشريعة الإسلامية، فما بخلا على بنصح أو إرشاد، فأسأل الله عز وجل أن
ينفع بهما الإسلام والمسلمين.

كما وأتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى أستاذي الفاضلين أعضاء لجنة المناقشة الدكتور
الفاضل: هاني عبد الرحمن غانم، والدكتور الفاضل: زياد إبراهيم مقداد، على تفضلهما بقبول
مناقشة الرسالة وإبداء الملاحظات النافعة ولتوجيهاتهم الكريمة.

والشكر موصول بأسمي معاني المحبة إلى أساتذتي الأكارم في كلية الشريعة والقانون
بالجامعة الإسلامية كل باسمه ولقبه على ما بذلوه من جهد وعطاء فلهم مني كل الشكر والتقدير.
كما أهدي شكري وتقديري لكل من قدم لي المساعدة أو النصيحة أو مهد لي طريق العلم
لإتمام هذا العمل ليخرج في أبهى صورة، فلهم مني كل الحب والتقدير.

الباحث

معاذ جهاد درويش

فهرس المحتويات

أ	إقرار
ب	نتيجة الحكم
ث	Abstract
ح	الإهداء
خ	<u>شكر وتقدير</u>
د	فهرس المحتويات
1	مقدمة الرسالة
1	أولاً: مقدمة
2	ثانياً: نطاق الدراسة
2	ثالثاً: أهمية الدراسة
2	رابعاً: أهداف الدراسة
3	خامساً: إشكالية الدراسة وتساؤلاتها
3	سادساً: منهج الدراسة
3	سابعاً: الدراسات السابقة
6	ثامناً: تقسيم الدراسة
6	تاسعاً: الخاتمة
7	الفصل التمهيدي: المفهوم العام للمسؤولية القانونية في التشريع الفلسطيني والشريعة الإسلامية
8	المبحث الأول: ماهية المسؤولية القانونية وأنواعها
9	المطلب الأول: مفهوم المسؤولية القانونية
9	الفرع الأول: تعريف المسؤولية
11	الفرع الثاني: المسؤولية في الشريعة الإسلامية
16	المطلب الثاني أنواع المسؤولية القانونية المترتبة عن الخطأ الطبي
16	الفرع الأول: المسؤولية الجزائية المترتبة عن الخطأ الطبي

19.....	الفرع الثاني: المسؤولية المدنية المترتبة عن الخطأ الطبي.....
22	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية المترتبة عن الخطأ الطبي.....
23	المطلب الأول: طبيعة التزام الطبيب اتجاه المريض.....
23.....	الفرع الأول: الالتزام ببذل العناية.....
26.....	الفرع الثاني: التزام الطبيب بتحقيق نتيجة.....
28	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية.....
29.....	الفرع الأول: الطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية.....
34.....	الفرع الثاني: الطبيعة التصديرية للمسؤولية الطبية.....
37.....	الفرع الثالث: المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية.....
41	الفصل الأول: الخطأ الطبي في التشريع الفلسطيني والشريعة الإسلامية.....
42	المبحث الأول: مفهوم الخطأ الطبي وأنواعه وصوره ومعياري تمييزه.....
44	المطلب الأول: مفهوم الخطأ الطبي.....
44.....	الفرع الأول: تعريف الخطأ الطبي.....
51.....	الفرع الثاني: أنواع الخطأ الطبي.....
58.....	الفرع الثالث: صور الخطأ الطبي.....
66	المطلب الثاني: معيار تقدير الخطأ الطبي.....
66.....	الفرع الأول: المعيار الشخصي في تقدير الخطأ الطبي.....
68.....	الفرع الثاني: المعيار الموضوعي في تقدير الخطأ الطبي.....
71.....	الفرع الثالث: المعيار المختلط في تقدير الخطأ الطبي.....
74	المبحث الثاني: إثبات الخطأ الطبي والصعوبات التي تواجهه.....
75	المطلب الأول: إثبات الخطأ الطبي.....
75.....	الفرع الأول: عبء إثبات الخطأ الطبي.....
82.....	الفرع الثاني: صعوبات إثبات الخطأ الطبي.....
87.....	الفرع الثالث: سلطة المحكمة في إثبات الخطأ الطبي.....
94	المطلب الثاني: دور الفقه والقضاء ووزارة الصحة في قضايا الأخطاء الطبية وتطبيقاتها.....
94.....	الفرع الأول: دور الفقه والقضاء في التخفيف من قاعدة عبء الإثبات.....
101	الفرع الثاني: آلية تعامل وزارة الصحة مع الأخطاء الطبية.....

104	الفرع الثالث: تطبيقات قضائية في الخطأ الطبي.....
113	الفصل الثاني: مسؤولية الإدارة عن الخطأ الطبي في التشريع الفلسطيني والشريعة الإسلامية.....
114	المبحث الأول: ماهية مسؤولية الإدارة وأركان تحققها.....
115	المطلب الأول: ماهية مسؤولية الإدارة.....
115	الفرع الأول: تعريف مسؤولية الإدارة.....
116	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لمسؤولية الإدارة عن الخطأ الطبي.....
119	الفرع الثالث: الاختصاص القضائي بدعوى المسؤولية عن الخطأ الطبي في فلسطين.....
129	المطلب الثاني: أركان قيام مسؤولية الإدارة عن الخطأ الطبي.....
129	الفرع الأول: ماهية الضرر الطبي.....
133	الفرع الثاني: العلاقة السببية بين الضرر والخطأ الطبي.....
138	الفرع الثالث: انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر.....
142	المبحث الثاني: نطاق مسؤولية الإدارة عن الخطأ الطبي.....
143	المطلب الأول: نطاق مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ الطبي.....
143	الفرع الأول: الخطأ الطبي الشخصي والخطأ المرفقي.....
150	الفرع الثاني: التمييز بين الخطأ الطبي الشخصي والخطأ الطبي المرفقي.....
154	الفرع الثالث: العلاقة بين الخطأ الطبي الشخصي والخطأ الطبي المرفقي.....
158	المطلب الثاني: نطاق مسؤولية الإدارة بدون الخطأ الطبي.....
158	الفرع الأول: مفهوم مسؤولية الإدارة بدون الخطأ الطبي.....
160	الفرع الثاني: حالات قيام مسؤولية الإدارة بدون خطأ.....
163	الفرع الثالث: شروط تطبيق المسؤولية بدون خطأ.....
171	النتائج والتوصيات:.....
171	أولاً: النتائج.....
173	ثانياً: التوصيات.....
176	المصادر والمراجع.....

مقدمة الرسالة

أولاً: مقدمة

الحمد لله العفو الغفور، لا تتقضي نعمه، ولا تُحصى على مر الدهور، وسع الخلائق حِلْمه مهما ارتكبوا من شرور، سبقت رحمته غضبه من قبل خلق الأيام والشهور، يتوب على من تاب ويغفر لمن أناب ويجبر المكسور، نحمده تبارك وتعالى حمد القانع الشكور، ونعوذ بنور وجهه الكريم من ظلم الحقوق، ونرجوه أن يتوفانا على حبه ويرزقنا لقاء الصبِّ المشوق، وأشهد أن لا إله إلا الله شهادة التيقن والوثوق، وأشهد أن سيدنا محمداً عبده ورسوله الصادق المصدوق، ما نطق عن الهوى، بل وحي على قلبه وباللسان منطوق، اللهم صلِّ وسلِّم وبارك عليه وعلى آله وصحبه، ما دامت الكواكب في سبحها من الغروب إلى الشروق.

تقوم القاعدة العامة للمسؤولية على توافر الخطأ والضرر وتجمع بينهما برابطة سببية، وبالتالي يعتبر الخطأ الطبي ركن أساسي تقوم عليه المسؤولية الطبية عند ارتكابه من قبل العاملين في المجال الطبي مما يلحق الضرر بالمرضى.

إن سلامة جسد الإنسان يعتبر من أهم الحقوق التي نادى بها الشرائع السماوية وتبعتها بذلك القوانين الوضعية من خلال النص في دساتيرها على عدم جواز المساس بجسد الإنسان أو الاعتداء عليه تحت أي مبرر، حيث إن مسؤولية إدارة المرافق الصحية تحظى باهتمام كبير من الإدارة على خلاف باقي المرافق الأخرى لتمييز الدور المنوط بها، وبالتالي فإن الأخطاء الطبية تكتسب الأهمية من خلال أهمية هذه المرافق.

ولقد اتسع نطاق ومجال عمل الإدارة وتدخلها في العديد من ميادين العمل المختلفة من أجل تسيير مرافق الدولة والعمل على إشباع حاجات الأفراد، وبالمقابل لذلك ترتكب الإدارة أخطاء من قبل الموظفين لديها الذين تربطهم بعلاقة من خلال الأنظمة واللوائح الضابطة لتسيير المرفق الصحي، حيث أصبح من المسلم به قانوناً أن تُحاسب الإدارة عن أفعال التابعين لها متى ارتكبوا أخطاء ورتبت أضرار بالمنتفعين من المرافق الصحية، بل ذهب القضاء إلى أبعد من ذلك من أجل حماية المريض في حال أصابه الضرر ولتلافي الصعوبة الملقاة على عاتقه في إثبات الخطأ الطبي تبني نظرية مسؤولية الإدارة بدون خطأ وطبق أحكامها، فإن المسؤولية الإدارية تشكل حيزاً كبيراً في القضاء الإداري بما يخص قضاء التعويض والذي لا يزال يُنظر في القضاء العادي حتى اللحظة لعدم اكتمال القوانين والقضاء الإداري في فلسطين.

لقد كانت الشريعة الإسلامية وما زالت سبأقة فى إقرار ضمان الطبيب فى حال تعدى وخالف الأصول العلمية المتبعة فى العلاج، وحث على ذلك فى مواضع عدة وحافظ على سلامة جسد الإنسان وحرمة الإعتداء عليه، واتبعت المعيار الموضوعى فى قياس خطأ الطبيب عند خروجه عن المؤلف والمتعارف عليه بين أصحاب المهنة، كما عرفت مسؤولية الإدارة بشكل عام فى مواضع عدة، وقررت أن يتحمل بيت مال المسلمين التعويض فى حال كان التعدي يتصل بأعمال الوظيفة المكلف بها صاحبها.

ثانياً: نطاق الدراسة

ويتحدد نطاق هذه الرسالة فى دراسة الخطأ الطبي فى المستشفيات العامة التابعة للدولة، وبحث مسؤولية الإدارة المترتبة عنها، وذلك فى إطار البحث فى القانون العام والقضاء الإداري وهما المساحة الأوسع فى معالجة ذلك.

ثالثاً: أهمية الدراسة

تتبع أهمية هذه الدراسة من خلال تسليط الضوء على قضية يكثر الحديث عنها فى الوسط الفلسطينى، فهى تكاد أن تكون قضية شبه يومية يعاني منها المراجعون والمترددون على المرافق الصحية وهى الأخطاء الطبية وما يترتب بسببها على الإدارة من مسؤولية، وهى تتبع أيضاً من أهمية وخطورة التعامل مع جسد الإنسان وما يقع عليه من أخطاء طبية لم ينل الحماية الكافية والاهتمام بقدر كافي من المشرع الفلسطينى فى هذا المجال، تسبب ذلك فى عدم وجود تشريعات متخصصة وفاعلة فى توفير الحماية القانونية للمريض، وفى المقابل تبسط جو من الطمأنينة فى العمل للكادر الطبي، والبحث فى القوانين والقواعد العامة فى التشريع الفلسطينى ومدى انسجامها مع مسؤولية الإدارة، ومتى تتحمل الإدارة تبعات هذا الخطأ الطبي.

رابعاً: أهداف الدراسة

1. توضيح مفهوم المسؤولية القانونية المترتبة عن الخطأ الطبي وأنواعها.
2. بيان الخطأ الطبي والتعرف على المعيار الضابط فى تحديده.
3. كيفية إثبات الخطأ الطبي والصعوبات التى تواجهه.
4. التعرف على مسؤولية الإدارة وأركان تحققها فى حالة الخطأ الطبي.
5. معرفة نطاق مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ الطبي أو بدونه.

خامساً: إشكالية الدراسة وتساؤلاتها

تكمن مشكلة الدراسة في التساؤل الرئيس متى تتحمل الإدارة المسؤولية المترتبة عن الخطأ الطبي؟ من خلال هذا التساؤل يمكن استنباط بعض التساؤلات التالية:

1. ما هي المسؤولية القانونية وأنواعها؟
2. ما هي طبيعة المسؤولية الطبية؟
3. ما ماهية الخطأ الطبي؟
4. ما هي أنواع الخطأ الطبي وما هو المعيار في تحديده؟
5. كيف يمكن إثبات الخطأ الطبي وما هي الإجراءات المتبعة في ذلك؟
6. ما ماهية مسؤولية الإدارة و أركانها تحققها عن الخطأ الطبي؟
7. ما هو نطاق قيام مسؤولية الإدارة عن الخطأ الطبي؟
8. ومتى تتحقق مسؤولية الإدارة بدون الخطأ الطبي؟

سادساً: منهج الدراسة

اعتمد الباحث في إعداد هذه الدراسة على استخدام المنهج الوصفي والمنهج التحليلي، من خلال تحليل ومناقشة النصوص والأسس التي يقوم عليها الخطأ الطبي ومسؤولية الإدارة، وما تناوله الفقهاء، ومقارنة ما استقرت عليه أحكام الفقه و القضاء في فلسطين مع بعض القوانين في الدول التي سبقت بهذا الموضوع كالمشرع الفرنسي والمشرع المصري، والبحث في موقف الشريعة الإسلامية من الخطأ الطبي والمسؤولية المترتبة عنه.

سابعاً: الدراسات السابقة

بعد الإطلاع على الدراسات السابقة التي تناولت موضوع الخطأ الطبي في التشريع الفلسطيني ومسؤولية الإدارة المترتبة عنه خصوصاً في فلسطين وهي مجال الدراسة، لم أجد أحداً تناول هذا الموضوع، ولكن هناك من تناوله من جوانب أخرى ومن زوايا مختلفة، فأغلب الدراسات بحثت موضوع الخطأ الطبي بصور شتى، ولكنها اختلفت في تحليل الأثر القانوني المترتب عن الخطأ الطبي فمنهم من تناوله من ناحية مدنية، والبعض الآخر من ناحية جزائية إلا أن هذه الدراسة تتفرد بدراسة مسؤولية الإدارة المترتبة على وجود الخطأ الطبي، ومن الدراسات السابقة ما يلي :

1- رسالة ماجستير بعنوان: المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة، إعداد الباحث: وائل تيسير محمد عساف، قدمت لجامعة النجاح الوطنية في العام 2008م.

قسم الباحث فصول دراسته إلى فصلين تناول في الأول الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية. والثاني تحدث فيه عن النظام القانوني لمسؤولية الطبيب المدنية، حيث توصل الباحث في هذه الدراسة أن مسؤولية الطبيب هي عقدية واستثناءً تكون تقصيرية في حالات محددة، وأن طبيعة إلتزام الطبيب هي في الأصل بذل عناية، وليست تحقيق نتيجة إلا في حالات استثنائية مثل التطعيم ونقل الدم وإستعمال الأدوات والأجهزة والتركيبات الطبية، كما وضح في دراسته أن المشرع الفلسطيني يقيم المسؤولية على أساس الضرر وليس الخطأ الطبي، وأن المريض يستحق التعويض عما أصابه من ضرر نتيجة الخطأ الطبي.

2- رسالة ماجستير بعنوان: المسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الفلسطيني دراسة تحليلية مقارنة، إعداد الباحثة: غدير نجيب أبوالبرب، قدمت لجامعة بيرزيت في العام 2010م.

اعتمدت الباحثة في هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليل، وقسمتها على ثلاث فصول، الأول بينت فيه الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية، والثاني تناولت المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء التشريعات الفلسطينية، وختمت بالمسؤولية المدنية للطبيب في ضوء التجريبتين الإسرائيلية والفلسطينية.

وتوصلت الباحثة أن المسؤولية المدنية للطبيب عقدية وأن الطبيب يسأل عن الخطأ الذي يقع منه في ظل الظروف الاعتيادية، كما توصلت أن التأصيل للمسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الفلسطيني من الممكن أن يقع في مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، وبينت أن هناك قصور في التشريع والقضاء الفلسطيني.

3- رسالة ماجستير بعنوان: المسؤولية الجزائية للطبيب في التشريع الفلسطيني دراسة تحليلية، إعداد الباحث: عصام محمود إسماعيل، قدمت لجامعة الأزهر - غزة، العام 2015م.

اتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج التحليلي والوصفي، وقسم الدراسة إلى ثلاث فصول تناول في الفصل الأول ماهية الخطأ الطبي ثم اتبعه بأركان المسؤولية وختم بإنقضاء المسؤولية في المجال الطبي، ووجد أن الطبيب يخضع لذات القواعد العامة التي تنطبق على أي شخص عادي وهذا الأمر غير مقبول لخصوصية مهنة الطب، كما خلص إلى عدم ملائمة وكفاية القواعد العامة في جريمة الإهمال المنصوص عليها في القانون والمطبقة في فلسطين لجريمة الخطأ الطبي، كما بين الباحث أن المشرع في المذكرة التمهيدية لمشروع المهن الصحية كان لديه عشوائية في اختيار صور الخطأ الطبي.

4- رسالة ماجستير بعنوان: المسؤولية الإدارية للمرافق العامة عن أخطاء موظفيها في التشريع الفلسطيني دراسة مقارنة، إعداد الباحث: أحمد مصطفى طوطح، قدمت للجامعة الإسلامية - غزة في العام 2016.

اتبع الباحث المنهج التحليلي الوصفي والمنهج المقارن، وقسم الدراسة إلى ثلاث فصول، الأول عرض فيه ماهية المرفق العام والمسؤولية الإدارية، وبحث في الثاني الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة، وأخيراً تناول الأثر القانوني المترتب على المسؤولية الإدارية.

وخلص الباحث في هذه الدراسة إلى أن المشرع الفلسطيني لم ينظم أحكام المسؤولية الإدارية من خلال قانون خاص، كما وضح أن القضاء الفلسطيني اعترف بوجود المسؤولية الإدارية وأسند أحكامها إلى القانون المدني تحت نظرية التابع والمتبوع.

وما يميز دراستي عن هذه الدراسة أنها تتخصص في مرفق واحد فقط ألا وهو المرفق الصحي، وما ينتج عنه من أخطاء طبية لها طبيعة خاصة تختلف عن باقي أخطاء المرافق الأخرى.

5- رسالة ماجستير بعنوان: المسؤولية المترتبة على التداوي بالطب البديل، إعداد الباحثة:

علا عبد القادر حسين محيسن، قدمت للجامعة الإسلامية - غزة، العام 2017م.

اتبعت الباحثة المنهج الاستقرائي، وذلك من خلال الحديث عن حقيقة التداوي بالطب البديل، والتعرف على أهم الضوابط، كما استخدمت المنهج التحليلي عند ذكر صور وأنواع الطب البديل، وبيان حكمها، والآثار المترتبة عليها، من النتائج التي توصلت إليها الباحثة أن طبيعة المسؤولية بين المعالج والمريض في التداوي بالطب البديل هي مسؤولية عقدية، كما يضمن المعالج في التداوي بالطب البديل إذا تجاوز الأصول المتبعة في مهنته سواءً كان الخطأ جسيماً أم يسيراً، ومن التوصيات التي ذكرتها الباحثة تفعيل الدور الرقابي للدولة على مرتكز التداوي بالطب البديل، من خلال تطويرها، وتطوير أداء العاملين فيها، كما أوصت الجهات المختصة بمتابعة مراكز الطب البديل، وضرورة الحصول على ترخيص رسمي للعمل بهذه المراكز.

6- بحث بعنوان: قاعدة "الضرر يُزال" وأثرها في ضمان خطأ الطبيب، إعداد: أ. د. عارف علي عارف و د. صلاح الدين طلب فرج، بحث تمت الموافقة على نشره في مجلة وحدة الأمة، مجمع حجة الإسلام، الجامعة الإسلامية دار العلوم وقف ديوبند، الهند، العدد الثالث عشر، 1441هـ.

وقد استخدم في هذا البحث المنهج الاستقرائي التحليلي، وذلك من خلال تتبع كتابات العلماء حول قاعدة الضرر يزال، ثم بيان حكم المسائل والفروع الفقهية المندرجة تحتها والمتعلقة بمسألة الخطأ الطبي، وقد خلص الباحث إلى مجموعة من النتائج منها: أن خطأ الطبيب هو أي فعل يصدر عنه من غير قصد بسبب تركه التثبت عند مباشرة أمر مقصود، وأن الأصل في مسؤولية الطبيب عن أخطائه الطبية حرية إرادته، واختياره لما يقوم به مع ما يترتب على فعله من جزاء.

ثامناً: تقسيم الدراسة

الفصل تمهيدي: المفهوم العام للمسؤولية القانونية في التشريع الفلسطيني والشريعة الإسلامية.

المبحث الأول: ماهية المسؤولية القانونية وأنواعها في التشريع الفلسطيني.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية المترتبة عن الخطأ الطبي.

الفصل الأول: الخطأ الطبي في التشريع الفلسطيني والشريعة الإسلامية.

المبحث الأول: ماهية الخطأ الطبي وأنواعه ومعياري تمييزه.

المبحث الثاني: إثبات الخطأ الطبي.

الفصل الثاني: مسؤولية الإدارة عن الخطأ الطبي في التشريع الفلسطيني والشريعة الإسلامية.

المبحث الأول: ماهية مسؤولية الإدارة وأركان تحققها.

المبحث الثاني: نطاق مسؤولية الإدارة عن الخطأ الطبي.

تاسعاً: الخاتمة

تشمل ما خلص إليه الباحث من نتائج وما توصل إلى من التوصيات.

الفصل التمهيدي

المفهوم العام للمسؤولية القانونية في
التشريع الفلسطيني والشريعة الإسلامية

الفصل التمهيدي

المفهوم العام للمسؤولية القانونية في التشريع الفلسطيني والشريعة الإسلامية

إن دراسة الخطأ الطبي تفرض علينا أن نُمهد بدراسة المفهوم العام للمسؤولية القانونية، على اعتبار أن الخطأ هو أحد أركان المسؤولية بشكل عام، ولمعرفة المسؤولية القانونية المترتبة على الخطأ الطبي، لا بد من توضيح مفهوم المسؤولية ومعرفة أنواعها، والتطرق إلى تبيان الطبيعة القانونية للخطأ الطبي من حيث طبيعة التزام الطبيب تجاه المريض، وطبيعة المسؤولية الطبية، وعرض موقف الشريعة الإسلامية من المسؤولية بشكل عام والمسؤولية الطبية بوجه خاص.

ويتكون هذا الفصل من مبحثين:

المبحث الأول: ماهية المسؤولية القانونية وأنواعها في التشريع الفلسطيني.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية المترتبة عن الخطأ الطبي.

المبحث الأول

ماهية المسؤولية القانونية وأنواعها

المسؤولية القانونية هي التي تدخل في دائرة القانون ويترتب عليها الجزاء القانوني⁽¹⁾، وبالتالي هي حالة الشخص الذي يخالف قاعدة من قواعد القانون ولا تتحقق هذه المسؤولية إلا عند قيام الشخص بأفعال يجرمها القانون، أو عند امتناعه عن القيام بأفعال أوجب القانون القيام بها، فإذا كانت هذه القواعد التي جرى الخروج عنها أو مخالفتها من قواعد القانون الجزائي وصفت بالمسؤولية الجزائية، وإذا كانت من قواعد القانون المدني وصفت بالمسؤولية المدنية⁽²⁾.

حيث سنتناول في هذا المبحث المطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم المسؤولية القانونية.

المطلب الثاني: أنواع المسؤولية القانونية المترتبة عن الخطأ الطبي.

(1) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام (ج1/ص744).

(2) قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء (ص7).

المطلب الأول

مفهوم المسؤولية القانونية

إن أحكام نظرية المسؤولية تعتبر من الأحكام الأساسية التي تبني عليها جميع الأعمال والتصرفات القانونية، حيث إن مجرد شعور الفرد المكلف بعمل ما بالمسؤولية يكون رادعاً له في حال عدم التزامه أو إخلاله بواجباته، فيحقق نوعاً من التوازن بين الفرد المكلف وغيره من المجتمع. فالمسؤولية هي "تحمل التبعة والتي تعني الحالة القانونية أو الأخلاقية التي يكون فيها الإنسان مسئولاً عن أقوال وأفعال أتاها إخلالاً بقواعد وأحكام أخلاقية وقانونية"⁽¹⁾، أما في الشريعة الإسلامية عند إخلال الفرد بأمر يجب عليه فيه الطاعة، فإنه يترتب عليه في بعض الأحوال تحمل تبعه ذلك وهو ما يسمى بالضمان⁽²⁾.

الفرع الأول: تعريف المسؤولية.

أولاً: المسؤولية لغة:

مَسْئُولِيَّةٌ: مصدر صناعيٌّ من مَسْئُولٍ ، تَبِعَةُ المسؤولية تقع على عاتقي ، أي بمعنى يستطيع تحمُّلُ مَسْئُولِيَّاتٍ كبيرة، ألقى المسؤولية على عاتقه أي حمَّله إيَّاهَا، مَسْئُولٌ : اسم مفعول من سَأَلَ بمعنى مُحَاسَبٌ، مَنْ تَقَعَ عَلَيْهِ تَبَعَةٌ عَمَلٍ أو أَمْرٍ ما - لقوله صلى الله عليه وسلم "كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ"⁽³⁾، ويقول الله عز وجل {وَقِفُوهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ}⁽⁴⁾، بمعنى مطلوبون للحساب⁽⁵⁾، وما يكون به الإنسان مسؤولاً مطالباً عن أمور أو أفعال أتاها، أو هي حال أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته يُقَالُ أَنَا بَرِيءٌ من مسؤولية هَذَا الْعَمَلِ⁽⁶⁾.

ثانياً: المسؤولية اصطلاحاً.

لم يرد تعريف المسؤولية في النصوص القانونية فهي كلمة حديثة في الاستعمال، وبالتالي لم يكن أمام الفقهاء إلا الاجتهاد في وضع تعريف لها، لذلك تعددت التعريفات حسب رؤية كل فقيه، فهي بصفة عامة حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب المؤاخذه، فإذا كان هذا العمل مخالفاً لقاعدة أخلاقية وصفت بالمسؤولية الأخلاقية ولا تتعدي استهجان المجتمع لهذا العمل

(1) المنجى، دعوى التعويض الإداري التنظيم القانوني والعملي لدعوى التعويض أمام محكم مجلس الدولة (ص7).

(2) الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي (ص7).

(3) [البخاري، صحيح البخاري، كتاب الجمعة/باب الجمعة في القرى والمدن، 5/2: رقم الحديث893].

(4) [الصفات:24].

(5) معجم اللغة العربية المعاصرة، (ج2/ص1020)، والمصدر الصناعي: هو ما انتهى ببناء مشددة وتاء كالفعلية والمسؤولية.

(6) مصطفى، وآخرون، المعجم الوسيط، (ج1/ص411).

المخالف، أما إن كان هذا العمل مخالفاً لقاعدة قانونية فهي حالة الشخص الذي سبب ضرراً يستوجب مؤاخذة القانون له على ذلك الضرر⁽¹⁾.

وتعني المسؤولية بوجه عام "تحمل عاقبة الفعل الضار الذي قام به الشخص الطبيعي أو المعنوي، وهذا الفعل قد يكون خروجاً على ما قد تأمر به قواعد الأخلاق أو خروجاً على ما يأمر به القانون وبالتالي المسؤولية في الحالة الأولى أدبية والثانية قانونية"⁽²⁾.

وقد عرفها البعض بأنها "تتمثل في التزام الشخص الذي ألحق ضرراً في شخص آخر بإصلاح ما أحدثه عن طريق إعادة الحالة إلى لما كانت عليه أو بواسطة التعويض المادي"⁽³⁾، ومنهم من عرفها بأنها "الحكم الذي يترتب على الشخص الذي يرتكب أمراً يوجب المؤاخذة"⁽⁴⁾، و البعض الآخر عرفها بأنها "الالتزام بإصلاح ضرر أحدثناه عن طريق الخطأ، أو في بعض حالات حددها القانون عن طريق المخاطر التي تنتج عن نشاط معين مثل حوادث العمل"⁽⁵⁾، والمسؤولية هي "تحمل الشخص لنتائج وعواقب التقصير الصادر عنه أو عن من يتولى رقبته والإشراف عليه"، ويُعتبر الفقيه البلجيكي (سانكيتيلت) هو أول من وظف مصطلح المسؤولية في بداية القرن الثامن عشر، حيث كان المصطلح المستعمل قبل ذلك العمل غير المشروع، والضمان⁽⁶⁾.

أو هي "التزام المسؤول في حدود القانون بتعويض الغير المتضرر عن الضرر الذي أصابه نتيجة لما لحقه من تلف أو ضياع منافع، أو عن ضرر جزئي أو كلي مادي أو معنوي"⁽⁷⁾، أو هي "أهلية الشخص لأن ينسب فعله إليه ويحاسب عليه"⁽⁸⁾.

وقد نص القانون المدني الفلسطيني على أنه " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء، مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"⁽⁹⁾، وفي مادة أخرى أشارت إلى من يتسبب في إحداث الفعل الضار مُلزم بتحمل ما نتج عنه من إضرار بالتعويض حيث نص "كما أنه لكل من ارتكب فعلاً سبب ضرراً للغير يلزم بتعويضه"⁽¹⁰⁾، إلا أن المشرع في المادة التالية اشترط أن يكون متسبب الضرر مميز لتحمل

(1) منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية (ص42).

(2) الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية (ج1/ص13).

(3) طلبية، القانون الإداري الرقابة القضائية على أعمال الإدارة (ص313).

(4) مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية (مج1/300).

(5) أشار إليه، عوادي، نظرية المسؤولية الإدارية (ص12).

(6) العرعاري، مصادر الالتزامات، المسؤولية المدنية (ص8).

(7) كرشيد، المسؤولية الطبية المدنية (ص28).

(8) إمام، المسؤولية الجنائية أساسها وتطورها (ص397).

(9) القانون المدني الفلسطيني، رقم (4) لسنة 2012 (المادة 59).

(10) القانون المدني الفلسطيني، رقم (4) لسنة 2012 (المادة 179).

المسؤولية " 1- يكون الشخص مسئولاً عن أفعاله الضارة متى صدرت منه وهو مميز، 2- إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مع مراعاة مركز الخصوم⁽¹⁾.

فالمعنى الدقيق للمسؤولية في فقه القانون هو عبارة عن الحكم على من أحل بالتزام ما التزم به قبل الغير أن يعرض الضرر الناجم عن الإخلال بهذا الالتزام، ولا فرق بين أن يكون هذا الالتزام تعاقدياً حيث يلزم المتعاقد أن ينفذه في الوقت المحدد وإلا فيعتبر مسؤولاً ويحكم عليه بالتعويض، وبين أن يكون تقصيرياً فيلزم الفاعل بالتعويض بسبب إخلاله بالتزام قانوني مفروض على عاتقه من عدم الإضرار بالغير⁽²⁾.

ويمكن تعريف المسؤولية من وجهة نظر الباحث بأنها "التزام الشخص الذي سبب ضرراً للغير بتحمل نتيجة ما أحدثه بالتعويض".

الفرع الثاني: المسؤولية في الشريعة الإسلامية.

لقد ورد مصطلح المسؤولية في كتب الفقه الإسلامي عند الحديث عن الرعية ، فيما رواه النبي صلى الله عليه وسلم " أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ، يَقُولُ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: «كُلُّكُمْ رَاعٍ، وَكُلُّكُمْ مَسْنُوءٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، الْإِمَامُ رَاعٍ وَمَسْنُوءٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالرَّجُلُ رَاعٍ فِي أَهْلِهِ وَهُوَ مَسْنُوءٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ فِي بَيْتِ رَوْجِهَا وَمَسْنُوءَةٌ عَنْ رَعِيَّتِهَا، وَالْخَادِمُ رَاعٍ فِي مَالِ سَيِّدِهِ وَمَسْنُوءٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ» قَالَ: - وَحَسِبْتُ أَنْ قَدْ قَالَ- «وَالرَّجُلُ رَاعٍ فِي مَالِ أَبِيهِ وَمَسْنُوءٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَكُلُّكُمْ رَاعٍ وَمَسْنُوءٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ»⁽³⁾.

ولكن لم يرد مصطلح المسؤولية في باب الطب، إلا أن فقهاء الشريعة قد عبروا عن المسؤولية بلفظ الضمان⁽⁴⁾، وفي بعض الأحيان المأخوذية، حيث يرى البعض أن المأخوذية أدق تعبيراً من المسؤولية فقد يكون سؤال المرء فيما لا تبعة فيه، والمأخوذية تكون فيما فيه مؤاخذه وتبعة معاً، وقد ذكره الإمام الشافعي عند حديثه عن المسؤولية⁽⁵⁾.

(1) القانون المدني الفلسطيني، رقم (4) لسنة 2012 (المادة 180).

(2) الشواري، مسؤولية الأطباء والصيدالدة والمستشفيات المدنية والجناية والتأديبية (ص17).

(3) [البخاري، صحيح البخاري، كتاب الجمعة/ باب الجمعة في القرى والمدن، 5/2: رقم الحديث 893].

(4) الزيلعي، تبين الحقائق(3/211). البابرني، العناية شرح الهداية (7/218). بن قدامة، شرح الكبير على متن المقنع (9/641). الزركشي، شرح الزركشي(4/249) العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع (10/79).

(5) أبو لبة، مسؤولية الطبيب بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (ص26). والوجه الثاني الذي يسقط فيه العقل أن يأمر الرجل به الداء الطبيب أن يبط جرحه أو الأكلة أن يقطع عضوا يخاف مشيها إليه أو يفجر له عرفاً، أو الحجام أن يحجمه أو الكاوي أن يكويه أو يأمر أبو الصبي أو سيد المملوك الحجام أن يختنه فيموت من شيء من هذا ولم يتعد المأمور ما أمره به فلا عقل ولا مأخوذية إن حسنت

تعريف الضمان لغة:

الضمان: يعني الالتزام، ويتعدى بالتضعيف فيقال: ضمانته المال ألزمته إياه، وضمنت الشيء كذا جعلته محتوياً عليه فتضمنه، وشرعاً: التزام رشيد عرف من له الحق ديناً ثابتاً لازماً، أو أصله اللزوم بلفظ منجز مشعر بالالتزام⁽¹⁾.

تعريف الضمان اصطلاحاً:

عرفه البعض بأنه "عبارة عن غرامة التالف"⁽²⁾، أو هو "التزام دين أو إحضار عين أو بدن"⁽³⁾. وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية أنه "إعطاء مثل الشيء إن كان من المتليات وقيمه إن كان من القيميات"⁽⁴⁾، وهو التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو التزام عين مضمونة، ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك⁽⁵⁾، وهو عبارة عن "رد مثل الهالك إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً"⁽⁶⁾، وهو "التزام المكلف بأداء ما وجب على غيره من مال"⁽⁷⁾.

وقد تناول الفقهاء لفظ الضمان في عدة مواضع منها:

كفالة النفس وكفالة المال عند جمهور الفقهاء⁽⁸⁾، وغرامة المتلفات والغصوب والتعيبات والتغييرات الطارئة، وضمان المال، والتزامه بعقد وبغير عقد، وضع اليد على المال، بغير حق أو بحق على العموم، وما يجب بالزام الشارع، بسبب الإعتداءات: كالديات ضماناً للأنفس، والأروش ضماناً لما دونها، وكضمان قيمة صيد الحرم، وكفارة اليمين، وكفارة الظهار، وكفارة الإفطار عمداً في رمضان⁽⁹⁾.

نيته إن شاء الله تعالى وذلك أن الطبيب والحجام إنما فعلاه للصلاح بأمر المفعول به أو والد الصبي أو سيد المملوك الذي يجوز عليهما أمره. الشافعي، الأم، باب خطأ الطبيب والإمام يؤدب (ج/6/182).

(1) زين العابدين، التوقيف على مهمات التعاريف، (ج/1/223). أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مادة: "ضمن" (3/364).

(2) الشوكاني، نيل الأوطار (357/5).

(3) القليوبي و عميرة، حاشيتنا قليوبي وعميرة، (ج/2/404).

(4) مجلة الأحكام العدلية (المادة: 416).

(5) الشربيني، مغني المحتاج (ج/2/198).

(6) معجم اللغة العربية المعاصرة (ج/2/1371).

(7) التوجيهي، موسوعة الفقه الإسلامي (ج/3/509).

(8) الحموي، غمز العيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر (ج/4/6). السيوطي، ومنتقى ينبوع فيما زاد على الروضة من الفروع (ج/3/ص437). ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (ج/4/590).

(9) الموسوعة الفقهية الكويتية (ج/2/219). و الأرش: هو اسم للمال الواجب على ما دون النفس، انظر الجرجاني، التعريفات (17/1).

وأخيراً قد عرفه الزحيلي بأنه "الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال، أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي، الحادث بالنفس الإنسانية"⁽¹⁾.

أما ضمان خطأ الطبيب معناه شغل ذمة الطبيب المخطئ بتعويض مالي جبراً لضرر أصاب عضواً من أعضاء المريض والتعبير بشغل ذمة الطبيب المخطئ فيه إشارة إلى بقاء ذمته مشغولة بهذا الحق إلا أن يسقطه المريض المتضرر، وأما تخصيص التعويض بكونه تعويضاً مالياً فهو للاحتراز عن التعويض بالمثل لعدم تصوره في الخطأ الطبي⁽²⁾.

مشروعية الضمان في الشريعة الإسلامية:

إن الضمان يعتبر وسيلة من وسائل حفظ أموال الناس وصيانتها والمحافظة على حقوقهم، وبعداً عن ضررهم، ودرئاً للعدوان عليهم وجبراً لما انتقص من أموالهم⁽³⁾.

وقد جاء النص على مشروعية الضمان أثناء العمل الطبي بالشريعة الإسلامية في الحديث الذي رواه عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من تطيب، ولم يعلم منه طب قبل ذلك، فهو ضامن»⁽⁴⁾، وقد أجمع فقهاء الأمة على مشروعية الضمان بكافة أحواله⁽⁵⁾.

وجاء أيضاً في مشروعية الضمان بوجه عام ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: ما رأيت صانعة طعام مثل صافية: أهدت إلى النبي صلى الله عليه وسلم إناء فيه طعام، فما ملكت نفسي أن كسرتة، فسألت النبي صلى الله عليه وسلم عن كفارته؟ فقال: إناء كإناء وطعام كطعام⁽⁶⁾، وقد أجمع الفقهاء على مشروعية الضمان في الجملة⁽⁷⁾.

فالأصل في الضمان هو المثل لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اِعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اِعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾⁽⁸⁾، ولأن المثل أعدل، لما فيه من مراعاة الجنس والمالية، فكان أرفع للضرر وأقرب إلى الأصل، فالمثل أقرب إلى الشيء من القيمة، وهو مماثل له صورة ومعنى، فكان الإلزام به

(1) الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي (ص 15).

(2) فرج، وعارف، قاعدة "الضرر يُزال" وأثرها في ضمان خطأ الطبيب(ص16).

(3) الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق (ص10).

(4) [القزويني: سنن ابن ماجه، كتاب الطب/ باب من تطيب ولم يعلم منه طب، 1148/2: رقم الحديث 3466]، [سنن أبي داود: كتاب الديات، باب من تطيب بغير علم فأعنت، ج4/195: رقم الحديث 4586] وحسنه الألباني، [النسائي: السنن الكبرى، كتاب القسامة/ باب المطيب، 6/378: رقم الحديث 7039].

(5) انظر للمزيد: السيوطي، مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهي(ج3/292).

(6) [النسائي: السنن الصغرى، كتاب عشرة النساء/ باب الغيرة، ج7/71: رقم الحديث 3957].

(7) النووي، المجموع شرح المذهب (7/14)، ابن قدامة، المغني(4/591).

(8) [البقرة:194]

أعدل وأتم لجبران الضرر، والواجب في الضمان الإقتراب من الأصل بقدر الإمكان تعويضاً للضرر⁽¹⁾.

ولكن الضمان في الخطأ الطبي له طبيعة خاصة تختلف عن باقي الأمور كون أن هذا الخطأ يصيب جسد المريض، ويسبب له المعاناة والألم المستمر في بعض الأحيان فليس من المتصور أو المعقول أن يكون الضمان هو بالمثل وبرد الألم أو قطع يد الطبيب، وبالتالي لا يكون أمامنا سوي تقدير الضرر وجبره بدفع المال.

إذن لفظ الضمان في الفقه الإسلامي كما تبين من التعريفات والذي شمل (الكفالة والغرامة أو ضمان المال والتزامه) يكون قد اشتمل على المسؤوليتين المدنية والجزائية معاً، فكلمة الضمان قد يقصد بها المسؤولية المدنية عند الحديث عن التعويض المادي، وقد يراد بها المسؤولية الجزائية عند تحمل التبعة، أو كلاهما معاً⁽²⁾.

أركان الضمان في الشريعة الإسلامية:

إن المسؤولية في القانون الوضعي تقوم على ثلاثة أركان وهي: الخطأ والضرر والعلاقة السببية التي تربط بينهما، أما في الفقه الإسلامي فيقوم الضمان على ثلاثة أركان وهي: التعدي والضرر والإفشاء.

1- التعدي:

ويعني لغة، التجاوز ومجاوزة الشيء إلي غيره⁽³⁾، أما اصطلاحاً هو أن يحدث تعد من فاعل السبب وهو تجاوز الحق، أو ما يسمح به الشرع، كأن يحفر شخص بئراً في الطريق العام من غير إذن الحاكم، أو في غير ملكه عدواناً، أو لا يتخذ الاحتياطات الواقية من وقوع الضرر ولو بإذن، وضابط التعدي هو مخالفة ما حده الشرع أو العرف⁽⁴⁾، ومن صورته المجاوزة والتقصير، والإهمال، وقلة الاحتراز، كما يشتمل العمد والخطأ⁽⁵⁾.

2- الضرر:

الضرر في اللغة يعني: أذى أو خسارة " ألحق به الضرر"، أخفّ الضررين: أهونهما، أقلهما شراً، وهي ضيق وسوء حال، أو نقص يدخل على الأعيان⁽⁶⁾، أما معناه اصطلاحاً كل أذي

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية(239/31).

(2) أبو لبة، مسؤولية الطبيب بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق(ص28).

(3) الرازي، مختار الصحاح (203/1).

(4) الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته(4833/6).

(5) سماونة، جامع الفصولين (122/2) وما بعدها، البغدادي، مجمع الضمانات(ص40).

(6) معجم اللغة العربية المعاصرة (1357/2) الفيومي، المصباح المنير(260/2).

يُصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها، أو عن نقص منافعها أو عن زوال بعض أوصافها ونحو ذلك عن كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر⁽¹⁾.

3- الإفضاء:

ويُعرف لغةً: الوصول يقال: أفضيت إلى الشيء: وصلت إليه⁽²⁾، ولا يخرج المعنى الإصطلاحي عن المعنى اللغوي، ويشترط لاعتبار الإفضاء في الضمان ما يلي:
أن لا يوجد للضرر أو الإلتلاف سبب آخر غيره، سواء أكان هو مباشرةً أم تسببياً، وأن لا يتخلل بين السبب وبين الضرر فعل فاعل مختار، وإلا أضيف الضمان إليه، لا إلى السبب، وذلك لمباشرته⁽³⁾.

(1) الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي (ص38).

(2) الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق (476/2).

(3) الموسوعة الكويتية الفقهاء، مرجع سابق (224/26).

المطلب الثاني

أنواع المسؤولية القانونية المترتبة عن الخطأ الطبي

موضوع المسؤولية تشترك فيه كافة العلوم القانونية، فهي تنقسم إلى نوعين إما أن تكون مسؤولية أدبية وهي التي لا تدخل في دائرة القانون ولا يترتب على مخالفتها جزاء قانوني بل هي مسؤولية أمام الضمير وهي أوسع نطاقاً، ومسؤولية قانونية وهي التي تدخل في دائرة القانون وبالتالي يترتب على مخالفتها الجزاء، وهي تنقسم إلى نوعين أساسيين هما المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية.

الفرع الأول: المسؤولية الجزائية المترتبة عن الخطأ الطبي.

الإنسان منذ أن وجد على هذه الأرض لم يعيش منفرداً يواجه الحياة بمفرده، بل هو اجتماعي بفطرته، يحمل قدره ومصيره، يسعى جاهداً لتلبية حاجاته وغرائزه، وهذا ما يدعو أن تنظم حياة الإنسان بالقواعد والقوانين والعادات والتقاليد للحفاظ على المجتمع، ولإجبار الأفراد على احترام هذه القواعد والقوانين وضعت التشريعات العقوبات على من يخالف ذلك.

عادة يرسم المشرع حدود المسؤولية الجنائية بحصر نطاقها في شخص مقارن فعلاً رسمه الشارع في نموذج قانوني ويبيّن حدوده ومعالمه وأسدل عليه من ثم صفة الجريمة، أو بين بقاعدة جنائية مفردات فعلاً وأمر المكلف في الأولي باجتنب إتيانه، وأمر في الثانية بإتيانه، فصدف المكلف عن أمر الشارع ونهيه، فأتي نواهيه وامتنع عن أوامره وهذا ما يلحق عليه شخصية المسؤولية الجزائية⁽¹⁾، أو يقصد بها صلاحية الشخص ليعتبر الجزاء الجنائي عما يرتكبه من جرائم⁽²⁾.

وبالتالي هي مخالفة واجب قانوني نص عليه قانون العقوبات في مواد محددة تضمنت نصوص بتجريم الفعل وكذلك على نصوص العقوبات الواقعة عليه، فالخطأ الجنائي أخص من الخطأ المدني، وأن الفعل الذي يقترف ويعد من الأخطاء الجنائية قد يعد في الوقت ذاته خطأً مدنياً، وقد لا يكون ذلك أيضاً⁽³⁾.

وقد عرف البعض المسؤولية الجنائية بأنها "صلاحية الشخص لتحمل العقوبة التي يقرها القانون كأثر للجريمة التي ارتكبتها"⁽⁴⁾.

(1) المحسن، الخطأ الطبي والصيدلي، المسؤولية الجنائية (ص32).

(2) حسني، شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام (ص513).

(3) عامر، حسين، وعامر، عبدالرحيم، المسؤولية المدنية (ص7 وما بعدها).

(4) زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي (ص115).

والمسؤولية الجنائية للطبيب تعنى أن "يتحمل الطبيب إرتكابه فعلاً محرماً كونه مدركاً مختاراً كاعتدائه على جسم المريض أو عضو من أعضائه"⁽¹⁾.

وقد حرصت التشريعات على سلامة جسد الإنسان واعتبرتها من أهم الحقوق التي يجب حمايتها، من خلال وضعها عقوبات صارمة على كل من يعتدي على جسد الإنسان سواء بقصد الإضرار أم بالخطأ، وبناء على ذلك فإن العلاقة بين الطبيب والمريض هي علاقة إنسانية وقانونية توجب على الطبيب أن يبذل العناية اللازمة لحفظ حياة المريض وسلامة جسده، حيث يبذل الجهود الصادقة اليقظة والمتفقة مع الأصول والقواعد العلمية الراسخة في مهنة الطب⁽²⁾.

وإذا كان الاعتبار في الخطأ الجنائي هو الإضرار بالمجتمع والجزاء فيه العقوبة الجنائية فإن الخطأ المدني ينظر إليه من ناحية الإضرار بالفرد والإخلال بالتوازن بين المصالح الخاصة للأفراد والجزاء فيه إنما يتأذى في إصلاح ذلك التوازن بما يقضى به من تعويض⁽³⁾.

فالمسؤولية الجنائية للطبيب تقوم على الخطأ والأهلية، حيث لا مسؤولية جنائية بدون خطأ ولا مسؤولية على من ليس أهلاً لتحملها، كما يلزم وجود صلة سببية بين الخطأ والنتيجة الجرمية كشرط أساس لقيام المسؤولية الجنائية وهي ترتب عقاباً على الفاعل المدرك لفعلهم، والخطأ الجنائي إما أن يكون إرادياً أو غير إرادي، فالخطأ الإرادي هو ذلك الخطأ الذي يحدث نتيجة لاتجاه إرادة الفاعل نحو ارتكابه، وينصهر ضمن مفهوم القصد الجرمي (النية الجرمية)، أما الخطأ غير الإرادي فهو الذي يحدث نتيجة الإهمال أو قلة الاحتراز أو الرعونة أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة⁽⁴⁾.

(1) محيسن، المسؤولية المترتبة على التداوي بالطب البديل(ص58).

(2) انظر المادة (242) من قانون العقوبات رقم 73 لسنة 1936، "كل من كان من واجبه تقديم ضروريات المعيشة لشخص آخر وتخلف عن القيام بهذا الواجب دون عذر مشروع مسبباً بذلك تعرض حياة ذلك الشخص أو احتمال تعرضها للخطر، أو إلحاق ضرر مستديم بصحته أو احتمال إلحاق مثل هذا الضرر بها، يعتبر أنه ارتكب جنحة". والمادة (243) "كل من أتى فعلاً من الأفعال الآتية بطيش أو إهمال من شأنه أن يعرض حياة إنسان للخطر أو بصورة يحتمل معها أن يلحق ضرراً بشخص آخر، أي.....(هـ) عالج شخصاً أخذ على نفسه معالجته معالجة طبية أو جراحية، أو (و) صرف أو قدم أو باع أو ناول أي شخص علاجاً أو مادة سامة أو خطيرة،(ز) ارتكب فعلاً يتعلق بالآلات عهد بها إليه كلياً أو جزئياً أو أغفل اتخاذ الحيطة اللازمة لتلافي ما قد ينجم عنها من الأخطار،.... يعتبر أنه ارتكب جنحة". والمادة (244) "كل من ارتكب فعلاً بوجه غير مشروع أو ترك القيام بفعل يترتب عليه القيام به ولم يكن ذلك الفعل أو الترك مشمولاً بأحكام المادة السابقة، فسبب بذلك الفعل أو الترك أذى لشخص آخر، يعتبر أنه ارتكب جنحة ويعاقب بالحبس مدة ستة أشهر أو بغرامة قدرها خمسون جنياً أو بكلتا هاتين العقوبتين".

(3) عامر، حسين، وعامر، عبدالرحيم، المسؤولية المدنية، مرجع سابق(ص157).

(4) الفضل، المسؤولية الطبية (ص119).

فالقصد الجنائي (نية ازهاق الروح) إذا توافر لدى الطبيب أو مساعديه أو الجراح، كانت الجريمة عمدية وانصبت الجريمة على الإعتداء المتمثل على حق الإنسان في الحياة وإذا لم يتوافر القصد الجنائي كانت الجريمة غير عمدية⁽¹⁾.

ويترتب لقيام المسؤولية الجنائية قيام المسؤولية المدنية، فيمكن للمتضرر رفع دعواه المدنية للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر وما فاتته من كسب أمام المحكمة المدنية، أو أمام المحكمة الجنائية كدعوى فرعية تابعة للدعوى الجنائية⁽²⁾، حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها أن للقضاء الجنائي حجية الشيء المقضي فيه على القضاء المدني ولا يمكن للقاضي المدني أن يتجاهل ما يحكم به القضاء الجزائي كثبوت الخطأ على الفاعل⁽³⁾.

فالطبيب يسأل جنائياً إذا لم يتقن قواعد الفن الطبي ولو مارس الطبيب عمله دون أن يكون متمكناً بذلك ولحق المريض الضرر، فإن المسؤولية القانونية تنهض على الطبيب، كما يكون الطبيب مسؤولاً جنائياً عن تقصيره وتقصير مساعديه كما لو لم يحترز أو يحتاط المساعد باحترق قطعة من القماش المبللة بالكحول وتسببت بحروق للمريض، كما يكون مسؤولاً عن إهماله وعدم انتباهه لوضع كيس ماء ساخن لتدفئة المريض فتسبب له بحروق بجسمه⁽⁴⁾، ويكون أيضاً مسؤولاً إذا لم يراع القوانين والأنظمة واللوائح الخاصة بالمهنة، وتقوم أيضاً كما لو أفشى سراً من أسرار المريض باعتباره مؤتمن على حفظ أسرار المريض بحكم مهنته، وقد نص قانون العقوبات على "أن كل من أوتمن على معلومات سرية بحكم مهنته أو وظيفته (ولم تكن تلك المعلومات من الأسرار الرسمية المشمولة بقانون الأسرار الرسمية لسنة 1932م)، وأفشى تلك المعلومات في غير الأحوال التي يقضي فيها القانون بإفشائها، يعتبر أنه ارتكب مخالفة ويعاقب بالحبس مدة أسبوع واحد أو بغرامة قدرها خمسة جنيهاً"⁽⁵⁾، أو أجهض حاملاً وهذا ما نص عليه قانون على "أن كل من ناول امرأة، حاملاً كانت أو غير حامل، سماً أو مادة مؤذية أخرى أو استعمال الشدة معها على أي وجه كان أو استعمال أية وسيلة أخرى مهما كان نوعها بقصد اجهاضها، أو تسبب في تناولها السم أو المادة المؤذية أو في استعمال الشدة أو الوسيلة الأخرى معها لأجل هذا الغرض، يعتبر أنه ارتكب جنائية ويعاقب بالحبس مدة أربع عشرة سنة"⁽⁶⁾.

(1) شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، مرجع سابق (ص 85).

(2) مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، مرجع سابق (ص 585). وعامر، حسين، وعامر،

عبدالرحيم، المسؤولية المدنية، مرجع سابق (ص 5).

(3) أشار إليه: الفضل، المسؤولية الطبية، مرجع سابق (ص 121).

(4) الفضل، المسؤولية الطبية، مرجع سابق (ص 121).

(5) قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م، المادة (387).

(6) قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م، (المادة 175).

المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية.

جاءت الأدلة في القرآن الكريم كثيرة تدل على مشروعية المسؤولية الجنائية، وعلى سبيل المثال لا الحصر قوله تعالى ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُم الظَّالِمُونَ﴾ (1)، حيث دلت الآية على وجوب جريان القصاص (2).

أما في السنة النبوية فقد جاء عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: " قَضَى أَنْ مَنْ قُتِلَ خَطَأً فِدْيَتُهُ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ: ثَلَاثُونَ بِنْتِ مَخَاضٍ، وَثَلَاثُونَ بِنْتِ لُبُونٍ، وَثَلَاثُونَ حِقَّةً، وَعَشْرَةُ بَنِي لُبُونٍ ذَكَرٍ " (3)، حيث وضح الحديث في دلالاته على وجوب دفع الدية في حال القتل الخطأ، كما وضح أوصاف الإبل المدفوعة إلى أولياء الدم وهذا ما يقصد به معنى المسؤولية الجنائية (4).

الفرع الثاني: المسؤولية المدنية المترتبة عن الخطأ الطبي.

وهي "الحالة القانونية للشخص الذي يكون قد ارتكب خطأ نشأ عنه ضرر لشخص الغير أو ماله أو شرفه فأصبح ممكناً إجباره قضائياً على دفع تعويض عن هذا الضرر الذي تسبب به"، فالمسؤولية المدنية إذن هي التزام يفرض على الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن خطئه ويلاحظ أن هذا الالتزام المعبر عنه بالمسؤولية المدنية ليس الغرض منه سوى دفع التعويض للمضرور (5).

إن نطاق المسؤولية المدنية يكون عند إخلال شخص بالتزام مقرر في ذمته وترتب على هذا الإخلال ضرر أصاب الغير فيصبح مسؤولاً قبل المضرور ومعتزلاً بتعويضه عما أصابه من ضرر وبالتالي إن المسؤولية المدنية أوسع مجالاً من المسؤولية الجزائية و التي تنحصر في حالات حددها القانون نص عليها عند الإخلال بها، بينما يكفي لقيام المسؤولية المدنية الإخلال بأي واجب قانوني (6).

ويلاحظ أن القانون الفرنسي الذي وضع في بداية القرن التاسع عشر قد حرص على ذكر القاعدة العامة لأساس المسؤولية المدنية حيث نص القانون المدني الفرنسي على أنه "كل فعل أيا

(1) المائدة (45).

(2) القرطبي، تفسير القرطبي(6/193).

(3) [أبو داوود: سنن أبي داوود: كتاب الديات، باب الدية كم هي؟، ج4/184: رقم الحديث [4541] وحسنه الألباني.

(4) محيسن، المسؤولية المترتبة على التداوي بالطب البديل، مرجع سابق(ص60).

(5) بدر، المسؤولية المدنية للمعلم (ص2).

(6) مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، مرجع سابق (ص5) و الفضل، المسؤولية الطبية،

مرجع سابق (ص95).

كان يقع من الإنسان ويسبب ضرراً بالغير يلتزم من أوقع ذلك الفعل الضار بخطئه أن يعرض هذا الضرر⁽¹⁾، حيث نجد أن نص هذه المادة هدف إلي إلزام المسؤول بأداء التعويض للطرف المتضرر في الحالات التي تتوفر فيها شروط هذه المسؤولية وتقوم على جبر الضرر الذي تسبب فيه الشخص المسؤول دون أن تحمل معنى الردع الجزائي والعقاب.

وبذلك نص القانون المدني الفلسطيني على أنه "كل من ارتكب فعلاً سبب ضرراً للغير يلزم بتعويضه"⁽²⁾، حيث تهدف المسؤولية الطبية المدنية إلي تعويض المرضى الذين يصيبهم الضرر نتيجة ارتكاب الخطأ الطبي من خلال العاملين في المؤسسات الصحية تطبيقاً لقواعد القانون المدني.

إن المسؤولية المدنية المترتبة عن الخطأ الطبي تختلف طبيعتها باختلاف تبعية المؤسسة الصحية، فالمؤسسات الصحية التي تتبع للقطاع العام تعتبر مرافق عامة تتبع لإشراف وإدارة وزارة الصحة، والعاملين فيها يعدوا موظفين عاميين، وهذا يضيف على المسؤولية صبغة إدارية تجعل المريض عند إثارة موضوع المسؤولية المدنية في مواجهة الدولة مطالباً بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء الخطأ الطبي الذي تسبب به الطبيب العامل في جهة حكومية، حيث أن تحديد هذه الطبيعة راجع للعلاقة التي تربط الطبيب بالمستشفى العام مع المريض.

حيث أنه لا يتوافر عقد العلاج بين الطبيب في المستشفى العام والمريض، كون أن المريض لا يقدم أي مقابل للطبيب مقابل أتعابه على خلاف الأمر في القطاع الخاص حيث يدفع المريض للطبيب، كما أن المريض في المستشفى العام لا يمكنه أن يختار الطبيب عند العلاج كونه يقصد خدمة عامة، وبالتالي يجبر على العلاج عند أي طبيب يقدم الخدمة الصحية، والطبيب في هذه الحالة يعتبر موظفاً عاماً يخضع للقوانين والقرارات واللوائح التي تنظم المرفق العام، وهو بالتالي لا يمكنه أن يرفض علاج أي مريض قد استوفى الاجراءات الإدارية⁽³⁾.

المسؤولية المدنية في الشريعة الإسلامية.

(1) القانون المدني الفرنسي (المادة 1382) أشار إليها: الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية (ص52) وقد ذكر القانون المدني الفرنسي نصوصاً أخرى وهي المواد من (1384-1386) وهي تتناول مسؤولية ذوي الحرف ومسؤولية المتبوع عن تابعه والمسؤولية عن الحيوان والبناء وذلك تطبيقاً لما اعتنقه من مبدأ عام وهو قيام المسؤولية على أساس الخطأ، حيث نصت المادة(1384) من نفس القانون "يسأل الشخص ليس فقط عن الأضرار التي تنتج عن فعله الشخصي بل أيضاً عما ينشأ عن فعل الأشخاص الذي يجب أن يؤدي حساباً عن أفعالهم أو من فعل الأشياء التي تحت حراستهم"

(2) القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012م، (المادة 179).

(3) كرشيد، المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (ص65).

بصورة عامة إن الإنسان يحاسب على أعماله وتصرفاته وبالأخص إذا رتبت هذه الأعمال ضرراً بالغير، هذا ينسجم مع الأعمال الطبية عندما تلحق بالمرضى ضرراً بهم، وبالتالي فإن الطبيب يتحمل مسؤولية هذه الأضرار ويقع على عاتقه جبر الضرر.

حيث أكدت الشريعة الإسلامية المسؤولية المدنية في مواضع عدة سواء ما جاء في القرآن الكريم أم السنة أم إجماع العلماء منها:

ما جاء في القرآن الكريم بقوله عز وجل ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾⁽¹⁾. حيث تدل الآية أنه في حال الإعتداء على حق لشخص آخر يكون الجزاء بالمثل، ولا يعدل إلى القيمة إلا عند عدم المثل⁽²⁾ لقوله تعالى ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾⁽³⁾.

حيث نجد أن هذا الحكم ينسجم مع طبيعة الأخطاء الطبية فإنه لا يمكن محاسبة الطبيب المخطئ بإرتكابه خطأ طبيًا عند قطع يد مريض مثلاً بالخطأ أن يحاسب الطبيب بالمثل، وإنما يكون ذلك الجزاء بدفع التعويض بقيمة المثل وهذا مانع فيه بمفهوم المسؤولية المدنية.

وفي حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من تطيب، ولم يعلم منه طب قبل ذلك، فهو ضامن»⁽⁴⁾ قال الشوكاني: "فيه دليل على أن متعاطي الطب يضمن ما نتج عن عمله بسبب علاجه⁽⁵⁾ وهذا هو مدلول المسؤولية المدنية.

كما أجمع علماء الشريعة الإسلامية على وجوب أن يتحمل الشخص تبعه ما يرتكبه من أخطاء في حال سببت ضرراً للغير⁽⁶⁾.

(1) سورة النحل(126).

(2) القرطبي، تفسير القرطبي(357/2).

(3) سورة البقرة (194)

(4) [القزويني: سنن ابن ماجه، كتاب الطب/ باب من تطيب ولم يعلم منه طب، 2/1148: رقم الحديث 3466]،[سنن ابي داوود: كتاب النيات، باب من تطيب بغير علم فأعنت، ج4/195: رقم الحديث 4586] وحسنه الألباني،[النسائي: السنن الكبرى للنسائي، كتاب القسامة/ باب المطيب، 6/378: رقم الحديث 7039].

(5) الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار(ج5/ص316).

(6) مشار إليه: الخطابي، معالم السنن(4/38) ابن رشد، المجتهد(3/418).

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية المترتبة عن الخطأ الطبي

إن الطبيعة القانونية المترتبة عن الخطأ الطبي تنقسم إلى قسمين: في المطلب الأول طبيعة التزام الطبيب بحيث أن إثبات الخطأ الطبي يتوقف على طبيعة الالتزام الواقع على الطبيب من حيث هل هو التزام ببذل عناية أو التزام بتحقيق نتيجة، أما في المطلب الثاني حول الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية إن كانت مسؤولية تعاقدية أو تقصيرية.

وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: طبيعة التزام الطبيب اتجاه المريض.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية.

المطلب الأول

طبيعة التزام الطبيب اتجاه المريض.

الأصل أن الطبيب لا يضمن لمريضه السلامة والشفاء بل هو مُلزم بأن يبذل الجهد والعناية اللازمة المنفقة مع الأصول العلمية والثابتة في علم الطب من خلال استعمال وسائل العلاج بما يأمل به شفاء المريض، وحيث أن الطبيب لا يعتبر مخلصاً بالالتزام الواقع عليه إن فشل العلاج أو لم تنجح العملية الجراحية أو حتى إذا تدهورت وساءت حالة المريض، لكن يجب في هذه الحالة أن يثبت المريض تقصير الطبيب في بذله العناية اللازمة، وهذا الأمر لا يكون إلا إذا وقع خطأً من الطبيب يترتب عليه نهوض المسؤولية الطبية، ولتوضيح طبيعة التزام الطبيب للتمييز بين بذل العناية اللازمة أو الالتزام بتحقيق نتيجة سنوضح ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: الالتزام ببذل العناية.

جاء النص صريحاً في الدستور الطبي الأردني حول طبيعة التزام الطبيب أنه " تقوم المسؤولية الطبية بين الطبيب والمريض على بذل العناية وعدم الإهمال وليس الشفاء"⁽¹⁾، و يجمع الفقه والقضاء على أن الأصل العام في الالتزام الواقع على الطبيب هو التزام ببذل عناية، وبالتالي يكون الطبيب مُلزم بتقديم الرعاية والخدمة الطبية اللازمة للمريض واليقظة في سبيل وصول المريض إلى الشفاء، حسب حالة المريض والإمكانات المتاحة له على أن تكون متماشية مع التطورات العلمية، ويعتمد في ذلك على الأصول الفنية للمهنة، وفي المقابل ليس المطلوب من الطبيب الالتزام بتحقيق نتيجة كون أن العمل الطبي يقوم على عنصر الاحتمال، كما أنهم يتفوقوا على أن معيار التمييز بين كل من الالتزام ببذل العناية والالتزام بتحقيق نتيجة هو درجة الاحتمال لتحقيق النتيجة التي يسعى الطبيب للوصول إليها⁽²⁾.

إن مشروع قانون تنظيم المهن الصحية الفلسطيني، وضع طبيعة التزام الطبيب بنصوص واضحة، على أنه من واجبات مزاول المهنة الصحية أن يجري التشخيص بالعناية اللازمة مستعيناً بالوسائل الفنية الملائمة وبمن تستدعي ظروف الحالة الاستعانة بهم من الأخصائيين أو المساعدين وأن يقدم للمريض ما يطلبه عن حالته الصحية ونتائج الفحوصات مراعيّاً في ذلك الدقة

(1) الدستور الطبي الأردني لسنة 1989 (المادة1).

(2) الإبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية (ص224)، منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق(ص229)، حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية والأوروبية والأمريكية(ص103).

والموضوعية، وأن يقدم المساعدة الممكنة والعناية الضرورية لأي مريض أو جريح⁽¹⁾، كما أكد ذلك صراحة عند النص على المسؤولية الصحية بقوله " أنه يلتزم مزاول المهنة في تعامله مع المريض ببذل العناية اليقظة التي تتفق مع الأصول العلمية المتعارف عليها، ولا يلزم بتحقيق نتيجة⁽²⁾ .

حيث استقر أمر المسؤولية الطبية بعد صدور حكم محكمة النقض الفرنسية الشهير في 20 مايو 1936م، على أنها مسؤولية عقدية وبالتالي قررت أن الطبيب في عقد العلاج مع كونه لا يلتزم بشفاء المريض، إلا أنه يلتزم بأن يبذل للمريض عناية لا من أي نوع بل جهوداً صادقة يقظة ومتفقة في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول العلمية الثابتة⁽³⁾.

وتعود التفرقة في التزام الطبيب إلى الفقيه الفرنسي ديموج، الذي فرق بين الالتزامات حسب عنصر الاحتمال الكامن في تنفيذها، ففي بعض الالتزامات يقع على الطبيب أن يبذل كل ما في سعه من الجهد لأن التزامه هو بذل الجهد والعناية الفائقة كما في بعض الحالات ينبغي عليه أن يحقق الغاية المحددة التي يسعى المريض لتحقيقها، والالتزام هنا بتحقيق نتيجة ويكون مسؤولاً عند تحقيق هذه النتيجة⁽⁴⁾.

إن الأثر المترتب عن هذا التمييز بين التزام الطبيب ببذل العناية أو الالتزام بتحقيق النتيجة يكمن في النتيجة المترتبة وهي التي تتعلق في عبء الإثبات بين الطبيب والمريض، حيث يكون عبء الإثبات على الطبيب عندما يكون الالتزام بتحقيق نتيجة، وبالتالي يكون للمريض أن يقدم الدليل على أن الطبيب لم يحقق النتيجة المتفق عليها⁽⁵⁾.

من المتفق عليه أنه لا يعتبر الضرر الموجب لمسؤولية الطبيب أن يفشل في علاج المريض، سواء كان عدم الشفاء كامل أم جزئي، لأن الطبيب لا يتعهد بأن يوصل المريض إلى الشفاء، بل

(1) مشروع قانون تنظيم المهن الصحية (المادة7) بند 4 و5. مشروع تم إعداده من خلال اللجنة القانونية للمجلس التشريعي في قطاع غزة دون الصفة الغربية بسبب حالة الانقسام التي تشهدها الساحة الفلسطينية منذ أحداث عام 2007م، وهو قيد الدراسة ولم يكتمل إقرار القانون حتى اللحظة.

(2) مشروع قانون تنظيم المهن الصحية، المادة(17)

(3) الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (ص219). حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية والأوروبية والأمريكية، مرجع سابق(ص107). وتدور أحداث هذا القضية التي تعلقت بطبيب أشعة يعمل في مستشفى خاص عند قيامه بعلاج امرأة مصابة بمرض في أنفها بواسطة أشعة سينية مما تسبب في التهاب اعتبرته ناتج عن خطأ طبي، حيث أقامت دعوى للتعويض أمام محكمة أक्स على الرغم من مرور ثلاث سنوات على وقوع الضرر معتبرة أن أساس الخطأ ليس جريمة الجرح على وجه الخطأ وإنما عقد سابق أبرم بين المريض والطبيب، حيث يجبر الطبيب أن يقدم علاجاً مجدياً ومستثيراً، وبذلك قررت المسؤولية العقدية.

(4) الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (ص219).

(5) منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، مرجع سابق (ص107)، الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (ص220).

ما يلتزم به أن يبذل العناية اللازمة لتحقيق هذا الهدف، كون أن الشفاء من عند الله عز وجل ولا يتوقف على عمل الطبيب كما أنه هناك عوامل لا تخضع لتقدير الطبيب كالوراثة واستعداد استجابة جسم المريض للعلاج⁽¹⁾.

وهذا ما قرره محكمة الاستئناف الفلسطينية حيث جاء في حكمها "إن الطبيب في معظم الحالات التزامه غالباً بذل العناية لا تحقيق الغاية، لأن المطلوب منه في ممارسته المهنة أن يقدم عناية يقظة من أوسط أقرانه علماً ودراية في الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة التقاليد والأنظمة والأصول العلمية الثابتة والمعتمدة"⁽²⁾.

واستمراراً لمحاولة محكمة النقض الفرنسية في تحديد نطاق التزام الطبيب فقد قررت في حكمها الصادر في 28 يونيو 1960م، أن يكون التزام الطبيب مطابقاً للمعطيات المعاصرة للعلم⁽³⁾، وهنا يتضح لنا أن العناية اللازمة من الطبيب يجب أن تتغير طبقاً للتغير في المجال الطبي والتطور العلمي والتكنولوجي في مجال الطب من حيث دخول الوسائل الطبية العلاجية والتشخيصية وانتشار الأجهزة الطبية الحديثة، حيث أن ذلك التطور قد أثر على عنصر الاحتمال في بعض المجالات بالتساؤل مما جعل النتيجة المطلوبة من الطبيب تحقيقها أقرب للسهولة واليسر من السابق، وبالتالي قد يترتب على ذلك وجود حالات يكون فيها الطبيب مطالباً بتحقيق نتيجة.

وإنه يتعين على الطبيب أن يلتزم بما يمليه عليه ضميره وأمانته المهنية بالقيام بالفحص الدقيق الشامل بدون تسرع أو إهمال وتقديم العلاج المناسب وإجراء العمليات الجراحية في المكان المخصص لذلك وفق الأصول العلمية المتبعة في مهنة الطب وأن يستغل كافة الإمكانيات المتاحة ويجتهد في تحصيل الخبرة العملية التي تساعد على القيام بالتزامه على الوجه المطلوب في بذل العناية الطبية.

ويتحدد مدى التزام الطبيب بالقواعد المهنية أي تلك التي تفرضها عليه أصول المهنة وما جرى عليه العرف وعادة الأطباء في نفس الظروف، فالطبيب العام لا يتحمل نفس الالتزامات التي يتحملها الطبيب الأخصائي والذي يطلب منه قدراً أكبر من العناية والدقة والحيلة التي تتفق مع هذا المستوى المتقدم⁽⁴⁾، كذلك الظروف الخارجية التي يوجد فيها الطبيب والتي تختلف حسب تطور المستشفى عن الأخرى وحسب الإمكانيات المتوفرة فيها، كما يدخل التزام الطبيب أن تكون الجهود

(1) الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق (ص224)، هنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية والأوربية والأمريكية، مرجع سابق (ص105)، الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (ص221)

(2) محكمة استئناف القدس المنعقدة في رام الله، مدني، رقم القضية 2009/107، صدر بتاريخ 2010/4/6، وقد أكدت هذا الحكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله، الدعوى الحقوقية، رقم 227 لسنة 2010.

(3) أشار إلى هذا الحكم: لأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق (ص235).

(4) منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، مرجع سابق (ص185).

المبدولة تتفق مع الأصول العالمية الثابتة، فليس من المتصور أن يستعمل الطبيب وسائل بدائية قديمة⁽¹⁾.

وقد عبرت محكمة النقض المصرية بأنها قضت بأن مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجها هي مسؤولية عقدية والطبيب إن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة وإنما هو ببذل العناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول⁽²⁾.

وقد جاء في حكم محكمة استئناف رام الله في توضيح طبيعة التزام الطبيب هل هو التزام ببذل عناية أم بتحقيق غاية بقولها "خلافاً لبعض الحالات الاستثنائية فإن التزام الطبيب غالباً هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق غاية.... حيث أن التزام الطبيب هو التزام بذل عناية فيسأل عن كل خطأ سواء جسماً أم يسيراً طبقاً للأصل العام بمعنى يسأل عن خطئه أياً كان درجة هذا الخطأ"⁽³⁾.

ومن خلال استعراض موقف المشرع الفلسطيني في مشروع قانون تنظيم المهن الصحية، والسوابق القضائية الصادرة من المحاكم الفلسطينية بخصوص طبيعة التزام الطبيب، نجد أن التشريع الفلسطيني قد أكد على أن طبيعة التزام الطبيب هو التزام ببذل العناية اللازمة والمتفقة مع الأصول العلمية والثابتة في علم الطب، وقد اعترف بوجود بعض الحالات الاستثنائية التي يمكن أن تقوم فيها مسؤولية الطبيب بتحقيق النتيجة.

الفرع الثاني: التزام الطبيب بتحقيق نتيجة.

إذا كان الأصل أن طبيعة الالتزام الطبي ومضمونه يتحدد باقتضاء بذل الطبيب العناية من أجل شفاء المريض وهو ما يسمى بالالتزام ببذل عناية، إلا أن ذلك لا يمنع من وجود حالات تستلزم من الطبيب الاستعانة بالتطور العلمي الحديث في هذا المجال لتقديم الرعاية والعناية للمريض بما لا يدع مجالاً للشك في نتائجها، بمعنى أنها عناية لا تقوم في ضوء الاحتمال وهو ما يسمى بالالتزام بتحقيق نتيجة⁽⁴⁾.

(1) مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، مرجع سابق (ص383).

(2) حكم محكمة النقض المصرية ، رقم 35/111 في تاريخ 1969/9/26م، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية.

(3) محكمة الاستئناف المنعقدة في القدس في الدعوى الحقوقية رقم 344 لسنة 2010، صدر بتاريخ 2011/2/16م.

(4) حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية والأوروبية والأمريكية، مرجع سابق (ص149)، الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (225).

إن لجوء القضاء لتطبيق فكرة الخطأ الاحتمالي وإن كانت لا يوجد لها سنداً قانونياً، ينم عن شعور القضاء بعدم كفاية القواعد التقليدية لحماية المريض، في ظل التطور العلمي في مجال الطب، ولعدم قدرة القاضي في تغيير القواعد التي تميل لمصلحة الأطباء، إنه يحاول الالتفاف عليها وتطويعها من أجل تخفيف عبء الإثبات الملقى على كاهل المريض، في مواجهة قاعدة التزام الطبيب ببذل العناية وليس تحقيق الشفاء، فمواجهة الواقع من غير لبس أو غموض يوجب الاعتراف بوجود التزام يطالب فيه الطبيب بتحقيق نتيجة بالإضافة لما يلزم من بذل العناية، وهذا هو الأسلوب الأمثل لتحقيق علاقة متوازنة بين الطبيب والمريض⁽¹⁾.

إن مسؤولية الطبيب في حال كان طبيعة الالتزام بتحقيق نتيجة تقوم على أساس وجود الخطأ المفترض، بمعنى أن الطبيب الذي يلتزم للمريض الذي جاء إليه على سبيل المثال لإجراء عملية تجميلية في الوجه لإزالة تشوهه، فالطبيب في هذه الحالة يلتزم إليه بتحقيق النتيجة التي يرغب فيها المريض بإزالة التشوه، وبالتالي إن عدم تحقيق الطبيب لهذه النتيجة يعتبر خطأً وجب عليه مساءلة الطبيب على ذلك، بحيث يقع على عاتق الطبيب للإفلات من هذه المسؤولية إثبات وجود السبب الأجنبي الذي حال بين تحقيق النتيجة.

حيث أن هناك استثناءات ترد على الأصل العام وفي بعض الحالات يكون فيها التزام الطبيب نحو المريض بالتزام لتحقيق نتيجة معينة، قد يرجع السبب في ذلك إلى شرط في العقد أو لطبيعة الخدمة التي يقدمها الطبيب للمريض أو لوجود نص في القانون، ومن هذه الحالات التزام الطبيب بضمان سلامة المريض والتزام الطبيب بسلامة نقل الدم والتحاليل الطبية، والتزام بسلامة عمل التركيبات الصناعية ومسؤولية الطبيب عن الأدوات والأجهزة الطبية⁽²⁾.

وسنقوم بتوضيح كل استثناء بشيء من التفصيل في سياق لاحق لما تتطلبه تقسيم هذه الدراسة.

(1) منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، مرجع سابق (ص190).

(2) الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، مرجع سابق (ص84 وما بعدها)، منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق (237)، قاسم (105)، الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق (377).

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية

يرجع تاريخ المسؤولية الطبية بوجه عام إلى فجر التاريخ أي منذ عرفت البشرية الأعمال الطبية والجراحية، وإذا كانت بعض الشرائع تترك مزاوله الطبيب حرة دون قيد أو شرط إلا أنها تتشدد في المسؤولية الطبية عن النتائج الضارة التي تنشأ عن علاج المريض، ومن جهة أخرى كانت بعض الشرائع تحصر مزاوله هذه المهنة في أشخاص معينين أو تشترط في مزاولتهم للمهنة شروط محددة، ولم ترى داعياً لمثل هذا التشدد وإنما إلى مراعاة الأطباء والجراحين تقديراً لسمو مهنتهم⁽¹⁾.

حيث تنقسم المسؤولية المدنية بصفة عامة إلى نوعين هما:

- 1- المسؤولية العقدية، فإذا كان الضرر قد حدث بسبب الإخلال بالتزام سابق ناشئ عن عقد صحيح بين المتسبب في الضرر والمصاب كان الجزاء بوجه عام خاضعاً للمسؤولية التعاقدية⁽²⁾.
- 2- إذا انتفت الرابطة بين المتسبب في الضرر والمصاب بأن كان كل منهما من الغير بالنسبة للآخر بحيث يكون الضرر قد حدث بذلك الواجب القانوني العام الذي يفرض اليقظة والحذر على كل إنسان في سلوكه نحو الآخرين فقواعد المسؤولية التقصيرية هي التي يجب تطبيقها في هذه الحالة⁽³⁾.

لقد فرق فقهاء القانون الفرنسي القديم بين الخطأ الناشئ عن الإخلال بالاتفاق، وبين ذلك الخطأ الذي يقع في غير دائرة الاتفاقات، وعلى هذا التقسيم تبنت نتائج المسؤولية المدنية، ولكن بغير أن تتميز بأحكام خاصة، وفي هذا الاتجاه اتبع فقهاء القانون في العصر الحديث (فرنسا- مصر) باعتبار أن الخطأ مبني على المسؤولية، مع الأخذ بالتفريق بين طبيعة الخطأ في المسؤولية

(1) مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، مرجع سابق (ج2/مج1/ص376)، الفضل، المسؤولية الطبية، مرجع سابق (ص69).

(2) ويذهب في هذا الاتجاه إلى تقسيم المسؤولية المدنية إلى عقدية وتقصيرية الفقيه البلجيكي Sanictlette، ومن تبعه في ذلك على أساس أن المسؤولية تنشأ من القانون والعقد، وهذا رتب جدلاً ونقاشاً بين الفقهاء، لانتقاد البعض أنهم يروون انعدام الحدود الجوهرية التي تفصل بين العقدية والتقصيرية، وأن هناك تقارب للأثار بينهم، وإن كانوا لا ينكرون أهمية هذا التقسيم في خطوطه الرئيسية، بينما فريق آخر يدعو إلى إغفال هذا التقسيم من أساسه لأنه ليس هناك مسؤولية سوى التقصيرية يشترك فيها كل ما ينشأ من مسؤولية، سواء عقدية أم عن جريمة مدنية، أم شبه جريمة مدنية. عامر، حسين، وعامر، عبدالرحيم، المسؤولية المدنية، مرجع سابق (ص12) مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، مرجع سابق (ص11).

(3) الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق (ص13).

التقصيرية، وطبيعته في العقدية، بحيث أن العلاقات القانونية بين الأفراد تتأذى في حالتين هما القانون والعقد⁽¹⁾.

وتكمن أهمية تحديد طبيعة مسؤولية الطبيب في مجال المسؤولية الطبية من حيث أن مهمة المريض في إثبات وقوع الخطأ الطبي أسهل في نطاق المسؤولية العقدية عنه في المسؤولية التقصيرية، فلا يكلف إثبات خطأ الطبيب بل يفترض افتراضاً⁽²⁾.

الفرع الأول: الطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب المدنية.

يتجه الفقه والقضاء في فرنسا نحو اعتبار العلاقة بين الطبيب والمريض ذات طبيعة تعاقدية بمقتضاها يلتزم الطبيب بأن يقدم للمريض العناية اليقظة التي تستوجب حالته وظروفه الخاصة عناية مشروطة بأن تكون متفقة مع أصول المهنة ومقتضاها التطور العلمي، فإذا أحدث إخلال بهذا الالتزام ترتب عليه مسؤولية الطبيب باعتبارها إخلال بالالتزام عقدي⁽³⁾.

فالمسؤولية العقدية هي التي تنشأ عن الإخلال بالالتزام عقدي يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات، فالدائن والمدين في المسؤولية العقدية كانا مرتبطين بعقد قبل تحقق المسؤولية⁽⁴⁾.

إن التحول في طبيعة المسؤولية الطبية من المسؤولية التقصيرية إلى العقدية كرسه الاجتهاد الفرنسي في الحكم الشهير الذي صدر في 20 مايو 1936م، وهذا التغيير في الاجتهاد تبعه العديد من القرارات، والتي استعادت فيه هذه المعادلة حين اعتبرت أن الخطأ المهني إنما ينشأ عن عدم التنفيذ أو عن التنفيذ السيئ للموجب فيكون إذن من طبيعة تعاقدية وتكون الدعوى المدنية التي تنشأ عن هذا الخطأ هي نفس الطبيعة⁽⁵⁾.

(1) عامر، حسين، وعامر، عبدالرحيم، المسؤولية المدنية، مرجع سابق (ص14).

(2) حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين في ضوء القضاء و الفقه الفرنسي و المصري (ص26).

(3) حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية والأوروبية والأمريكية، مرجع سابق (ص56)، منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق(ص136).

(4) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام (ج1/ص748).

(5) نص الحكم " فضت المحكمة بأن عقداً صحيحاً يتكون من طبيب ومريضه لا يلتزم الطبيب فيه بشفاء المريض حتماً، وإنما يلتزم بأن يبذل جهوداً صادقة ومخلصة مصدرها الضمير ومؤداها اليقظة والانتباه وهذه الجهود يقتضي أن تكون متطابقة في غير الأحوال الاستثنائية للأصول العلمية والثابتة وهي الأصول المستقرة لدى اهل العلم الذين لا يمكنهم التفاوضي عن جهلها أو التسامح في تجاوزها ممن يتسبب إليهم ولا يحتم هذا اتباع الطبيب للرأي الذي يتبعه غيره، إذ له أن يستقل في ذلك، ولا تقوم مسؤوليته إلا بالتطبيق الجاهل لأصول علم الطب، أما الظروف الاستثنائية فأنها تعني ما قد يعترض الطبيب اليقظ من حالة محيرة تستدعي خروجه في العلاج عما هو ثابت في الأصول الفنية لما يعتقد. أشار إلى هذا الحكم، منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق(ص217).

وقد مر تحديد طبيعة المسؤولية الطبية في فرنسا بمرحلتين، حيث كانت المحاكم الفرنسية إلى ما قبل عام 1936م تعتبر المسؤولية الطبية تقصيرية، ثم عدلت عن هذا الأمر واعتبرت المسؤولية الطبية مسؤولية عقدية⁽¹⁾.

فالمسؤولية الطبية التي تتجم عن علاقات الطبيب مع مريضه تكون عقدية ولا شك أن الطبيب ومريضه يرتبطان في أغلب الأحوال بينهما بموجب عقد، حيث أن الطبيب بمجرد أن يفتح عيادته ويضع لافتته، فإنه يضع نفسه في موقف من يعرض الإيجاب ويتحصل أن المريض يقبل بهذا العرض الذي توجه إليه ليتلقى العلاج، وبالتالي يكون قد أبرم مع الطبيب عقداً بصورة طبيعية⁽²⁾.

وتبقي مسؤولية الطبيب تعاقدية حتى لو كان العلاج والرعاية الطبية قد تمت بدون مقابل من جانب المريض، أي على سبيل المودة والصداقة كما أن أحكام المسؤولية عن فعل الأشياء لا تنطبق في الحالات التي تنتج عن استخدام الطبيب لأدوات وآلات طبية تلحق أضراراً للمريض حيث تطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية لا الشئئية⁽³⁾.

شروط اعتبار المسؤولية الطبية عقدية⁽⁴⁾:

يلزم لكي تكون مسؤولية الطبيب عقدية اجتماع عدة شروط لا بد من توافرها، وإذا تخلف شرط من هذه الشروط تحولت إلى مسؤولية تقصيرية وهذه الشروط هي:

أولاً: يجب توافر عقد بين الطبيب والمريض.

إذا قام الطبيب بمباشرة العمل الجراحي من تشخيص وتقديم العلاج وتدخل جراحي على المريض دون أن يكون بينه وبين المريض علاقة أو رابطة عقدية، كانت المسؤولية تقصيرية⁽⁵⁾، وهنا لا بد من توافر حالتين وجب التفريق بينهما:

(1) حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية والأوربية والأمريكية، مرجع سابق (ص44).

(2) الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية (ص95).

(3) منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق(ص137).

(4) اختلف الفقهاء في طبيعة العقد الطبي، فاعتبره البعض على أنه عقد وكالة بحيث يوكل المريض الطبيب بالقيام بالأعمال الطبية والعلاجية من أجل شفاء المريض، واعتبره البعض على أنه عقد عمل يخضع فيه المريض لإشراف المريض رغم اقتضار من الناحية الإدارية وبقاءه مستقلاً فنياً، وبالتالي يلزم الطبيب بالقيام بعمل لصالح المريض من خلال بذل الجهد والعمل مقابل تقاضي أتعاب من المريض، ويرى البعض أنه عقد إيجار أشخاص يلتزم فيه الطبيب من خلال تقديم خدمة العلاج مقابل أجر يدفعه المريض، إلا أن الفقه القانوني استقر بتكييف عقد العلاج أنه عقد من نوع خاص وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية إلى أن عقد العلاج الطبي هو عقد قائم بذاته لا يمت بصلة لعقد إيجار أشخاص ولا لعقد المقاولة أو الاستصناع". عامر، حسين، وعامر، عبدالرحيم، المسؤولية المدنية، مرجع سابق (ص126) حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين في ضوء القضاء و الفقه الفرنسي و المصري، (ص80)، مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، مرجع سابق (مج1/383).

(5) الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (ص291).

1- حالة إذا ما كان المريض قد اختار الطبيب.

من الطبيعي قيام المريض باختيار الطبيب كون العلاقة بينهم قائمة على أساس العقد والذي هو نتاج الإرادة ولكن التساؤل يثار حول ما إذا كانت الإرادة تتجه إلى إبرام عقد في حالة العلاج بالمجان، وقد انقسم الفقه حول هذه المسألة لأن العقد لا وجود له في هذه الحالة وآخر يري أن قيام عقد العلاج لا يتنافى مع كون العلاج مجاناً.

حيث أنه في حالة العلاج بالمجان لا يصح الجزم بوجود العقد من عدمه دون الرجوع إلى ملابسات الحالة لمعرفة ما إذا كان المريض وطيبه قد انصرفت نيتهم إلى إنشاء التزام على كاهل الطبيب أو كان قصد الطبيب أن يقوم بالعلاج بطريقة المجاملة فقط، فإذا اتضح لنا وجود عقد في حالة العلاج بالمجان فيسأل الطبيب بمقتضى أحكام المسؤولية العقدية متى أخل في هذا العقد وذلك لانتهاء الصفة العقدية عما يؤديه الطبيب من خدمات لا يتأسس على المجانية وحدها، لأن المجانية ليست دليلاً على عدم وجود العقد، وبالتالي لتحديد صفة المسؤولية لا بد من البحث عن النية المشتركة لطرفي العقد⁽¹⁾.

2- حالة تدخل الطبيب بغير دعوة من المريض.

نظراً لطبيعة العمل الطبي، قد يلجأ الطبيب للقيام بتدخل لعلاج المريض دون طلبه خصوصاً في حالات الطوارئ، أو فقدان الوعي، كذلك قد يلجأ المريض إلى مستشفى عام ولا يختار الطبيب بنفسه وبالتالي هل تعتبر مسؤولية الطبيب تقصيرية أم عقدية في مثل هذه الحالة؟.

أ- حالة مبادرة الطبيب وتدخله من تلقاء نفسه.

في الغالب يحصل تدخل الطبيب بناءً على دعوة الجمهور وهنا لا محل للقول بوجود عقد بين الطبيب ومن دعاه إذ من التعسف القول بأن الداعي قصد التعاقد مع الطبيب لمصلحة المريض بل كانت دعواه مجرد رجاء إلى الطبيب لكي يشمل المصاب بعنايته ومن باب لا محل للقول بوجود عقد بين الطبيب والمصاب⁽²⁾، حيث لا بد من التمييز بين حالتين:

الأولى إذا كان من دعا الطبيب قد قصد التعاقد باسمه لمصلحة المصاب وكانت له مصلحة شخصية من هذا التعاقد، طبقت أحكام الاشتراط لمصلحة الغير، كما لو كان الداعي هو الشخص المسؤول عن الحادث لتخفيف الأضرار والنتائج المترتبة عنه، أما الثانية إذا كان من دعا الطبيب قد قصد التعاقد باسمه لمصاب ونيابة عنه دون أن يكون مدفوعاً إلى تحقيق مصلحة ذاتية طبقت أحكام الفضالة، وفي كلا الحالتين تكون العلاقة عقدية بين الطبيب والمريض لأن المصاب في

(1) المرجع سابق (ص292).

(2) الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق (ص68).

الحالة الأولى هو في مركز المستفيد من الاشتراط وفي الحالة الثانية هو في مركز رب العمل الذي ينوب عنه الفضولي نيابة قانونية في التعاقد الذي حقق مصلحة أكيدة له⁽¹⁾.

ب- حالة الطبيب الذي يعمل في المستشفيات العامة.

لقد استقر في الفقه والقضاء الإداري أن الموظف في علاقته مع الإدارة يعتبر في مركز تنظيمي، وأنه يخضع تبعاً لذلك للقوانين والأنظمة والتعليمات الناظمة لعملية التوظيف⁽²⁾.

والحقيقة أنه لا توجد أي علاقة بين الطبيب والمريض وإنما تنشأ العلاقة بطريق مباشر بين المريض والدولة القائمة بأمر المستشفى وهذه الرابطة هي علاقة قانونية تخضع للقانون المنظم للمرفق العام وبالتالي تندمج شخصية الطبيب مع شخصية الدولة فتتطوي بذلك مسؤوليته تحت مسؤولية الدولة⁽³⁾.

وإن ما يتلقاه المريض من علاج أو غيره لا يتم بناءً على عقد وإنما بناءً على القوانين التي تنظم علاقة العاملين بالدولة بالجهات الإدارية التي يعملون بها وبالتالي لا يمكن القول بأن مسؤولية الطبيب عقدية بل هي مسؤولية تقصيرية في هذه الحالة⁽⁴⁾.

ثانياً: يجب أن يكون العقد صحيحاً.

بمعنى أن العقد المنعدم لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً، لا يُرتب عليه التزام والمسؤولية عنه تكون تقصيرية⁽⁵⁾، وقد ينشأ عقد العلاج الباطل بسبب من الأسباب التي تتعلق بشروط صحته فإذا نشأت عنه مسؤولية الطبيب فإنه لا يمكن القول بأنها مسؤولية عقدية، مثل أن يقوم الطبيب بإجراء عملية جراحية للمريض قبل أو بدون الحصول على موافقته ورضاه، أو كان العقد مخالفاً للنظام العام مثل قيام الطبيب باستئصال المبايض لسيدة أو قيامه بإجراء تجارب طبية على جسد مريض⁽⁶⁾.

(1) انظر: السنهوري، نظرية العقد (ج2/ص899)، الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق (ص69).

(2) الطيماري، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، القاهرة، 1964 (ض298).

(3) الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق (ص79).

(4) حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية والأوروبية والأمريكية، مرجع سابق (ص69).

(5) الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق (ص79). الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (ص95).

(6) حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية والأوروبية والأمريكية، مرجع سابق (ص70).

ثالثاً: أن يكون الخطأ نتيجة لعدم التزام الطبيب بالعقد.

إذا كان الخطأ المنسوب إلى الطبيب ليس نتيجة لعدم تنفيذ التزام متولد عن العقد الطبي، ولا يمت إلى العلاقة العقدية، كما في حالة عدم تنبه الطبيب إلى أخطاء مطبعية في نشرة طبية خاصة بتحديد جرعة العقاقير أو الأدوية وتسبب عن ذلك وفاة شخص، في هذه الحالة تكون المسؤولية تقصيرية⁽¹⁾.

1- في حالة يجب أن يكون المدعي صاحب الحق في الإسناد إلى العقد.

إذا كان المريض أو من ينوب عنه قانوناً أو اتفاقاً هو الذي اختار الطبيب وكان هو الذي رفع ضد الطبيب دعوى المسؤولية، فمسؤولية الطبيب حينئذ تكون عقدية لاستنادها على العقد، ولكن إذا فارق المريض الحياة نتيجة خطأ الطبيب أو أصاب الضرر ذوي الميت فإن لأهله أن يطالبوا الطبيب بالتعويض بصفته الشخصية لا بصفته كورثة على أساس المسؤولية التقصيرية⁽²⁾.

2- حالة التعاقد لصالح المريض مع عدم ترتيب حق مباشر له في العقد.

قد يحدث أحياناً أن تكون لشخص ما مصلحة شخصية في التعاقد مع الطبيب لصالح المريض، دون أن يقصد ترتيب حق مباشر له من هذا التعاقد، كالزوج أو رب العمل، اللذين يتعاقدون لصالح الزوجة أو العمال المرضى الذي يعملون لديه، فإذا تم التعاقد على هذا النحو فإنه يكون من حق المتعاقد أن يرجع على الطبيب متى انعقدت مسؤوليته بدعوى المسؤولية العقدية، أما المريض ذاته فلا يكون له في هذه الحالة إلا الرجوع بدعوى المسؤولية التقصيرية⁽³⁾.

حجج القائلين بالمسؤولية العقدية.

استند أغلب الفقهاء القائلين بالمسؤولية العقدية على الحجج التالية:

1- الرابطة العقدية: على الرغم من وجود بعض حالات الاستعجال التي لا تحتل التأخير، فإن الأطباء في حالة إيجاب دائم وتدل على ذلك اللافتة المعلقة على مدخل العيادة بما تحتويه من بيانات، ودخول المريض إليه يعد قبولاً⁽⁴⁾.

(1) الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق (ص 81).

(2) الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (ص 96).

(3) حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية والأوربية والأمريكية، مرجع سابق (ص 72).

(4) المرجع السابق (ص 66).

2- النظام العام: القول أن حياة المريض ليست محلاً للتعاقد، فلا يعنى ذلك الاتفاق الذي تم بين الطبيب والمريض وأن الأول سوف يسئ للأخر، فالعقد الطبي لا يعنى إعفاء الطبيب من مراعاة أصول الفن الطبي⁽¹⁾.

3- القول بأن طبيعة العقد الطبي من عقود الإذعان غير صحيح، حتى لو جهل المريض ما تم التعاقد عليه، فإن الطبيب يأخذ على عاتقه بذل العناية اللازمة بشكل يتناسب مع قواعد الفن الطبي وسمعته المهنية وما يمليه عليه ضميره، والقواعد النازمة للعمل الطبي هي التي تحدد كيفية بذل الجهد من الناحية الفنية التخصصية⁽²⁾.

الفرع الثاني: الطبيعة التصيرية للمسؤولية الطبية.

تقوم المسؤولية التصيرية بوجه عام على إخلال الشخص بالتزام قانوني واحد لا يتغير هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير، فالمدين في المسؤولية التصيرية يكون أجنبياً عن الدائن قبل تحقق المسؤولية التصيرية، حيث من الفوارق بين المسؤولية التصيرية والمسؤولية العقدية ما يلي:

- 1- الأهلية في المسؤولية العقدية يشترط أهلية الرشد، أما في التصيرية فيكفى أهل التمييز⁽³⁾.
- 2- الإثبات يكون في المسؤولية العقدية يتحمل المدين عبء إثبات أنه قام بالالتزام العقدي بعد أن يثبت الدائن وجود العقد، أما في التصيرية فالدائن هو الذي يثبت أن المدين قد أخل بالتزامه القانوني وارتكب الفعل غير المشروع⁽⁴⁾.
- 3- التعويض عن الضرر، يكون في المسؤولية العقدية عن الضرر المباشر متوقع الحصول، أما في التصيرية يكون عن أي ضرر مباشر سواء كان متوقع أم غير متوقع⁽⁵⁾.
- 4- التقادم يكون في المسؤولية العقدية بمرور خمس عشر سنة، أما في التصيرية فإنها تتقادم بعدة حالات منها ثلاث سنوات أو خمس سنوات أو خمس عشر سنة حسب الأحوال⁽⁶⁾.

(1) الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق (ص56).

(2) الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص (ص35) و لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، مرجع سابق (ص66)، شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، مرجع سابق (ص126).

(3) منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، مرجع سابق(ص109). وقد حدد القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012، سن الرشد في المادة (53) (أ) كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. (ب) سن الرشد ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة، أما سن التمييز فقد ذكرته المادة (54) (أ) لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عاهة في العقل (ب) كل من لم يبلغ السابعة يعد عديم التمييز .

(4) سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي (ص287).

(5) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام(ج1/ص749).

(6) المرجع السابق، (ج1/ص749). وقد نصت المادة(199) من القانون المدني الفلسطيني رقم(4) لسنة2012م على أن:

إن إعمال مبدأ المسؤولية التقصيرية والذي تبنته المحاكم الفرنسية في بداية الأمر عن المسؤولية الطبية كان استناداً على المادتين (1382 و 1383) من القانون المدني الفرنسي، حيث اعتبرت أن الأطباء كغيرهم من الناس يخضعون للأحكام العامة في المسؤولية، وهذا يعنى صراحة عدم استثناء الطبيب ولا من في حكمهم من قواعد المسؤولية التقصيرية التي تتوافر بأي قدر من الخطأ وبدون حاجة لأن يكون الخطأ جسيماً أم يسيراً فنياً أم عادياً، فإنه يقتضي التعويض عما ترتب من ضرر⁽¹⁾.

حجج القائلين بالمسؤولية التقصيرية.

لقد استند القائلون على أن المسؤولية الطبية الناشئة عن الأخطاء الطبية بأنها مسؤولية تقصيرية على الحجج التالية:

- 1- هناك حالات تتطلب من الطبيب التدخل العاجل لإنقاذ المريض حيث لا يوجد في هذه الحالة مجالاً للتفكير في العقد الطبي بين الطبيب والمريض.
- 2- مسؤولية الطبيب ذات طبيعة فنية بحتة، لا يمكن أن تكون محلاً للتعاقد، كون أن المهن الطبية مجهولة عن غير العاملين فيها، ومن ثم فلا يفترض أن هذه الالتزامات قد دخلت في إطار العقد المبرم بين الطبيب والمريض لا صراحة ولا ضمناً، وتتطلب قدراً من الدراية والعلم يجعلها غير قابلة للتقدير المادي⁽²⁾.
- 3- حياة الإنسان وحماية جسده يحميهما القانون وقواعد النظام العام لا يمكن أن تكون حياته محلاً للتعاقد، وبذلك إن أي مساس بهما يعرض الطبيب للمساءلة طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية⁽³⁾.
- 4- إن وجود جريمة جنائية مع اقتران تنفيذ العقد فإنه يطبق على العقد أحكام المسؤولية التقصيرية، ويتم تجاهل أحكام المسؤولية العقدية التي أقيمت بين الدائن والمدين⁽⁴⁾.
- 5- من مصلحة المجتمع والفرد على أن يتم ترك باب الاجتهاد مفتوحاً أمام الطبيب من أجل الابداع في المجال الطبي وممارسة أعماله في جو من الطمأنينة والراحة، لذلك يجب أن يمارس

تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن الفعل الضار بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر و بالشخص المسئول عنه . و تسقط هذه الدعوى في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار .

(1) الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية (ص91).

(2) حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين في ضوء القضاء و الفقه الفرنسي و المصري، مرجع سابق (ص98).

(3) الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق (ص56).

(4) لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، مرجع سابق (ص60). شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية،

مرجع سابق (139).

مهنته ولا يسأل إلا إذا ثبت ثبوتاً ظاهراً بصفة قاطعة أنه ارتكب خطأ لا يأتيه من له إمام بالفن إلا عن رعونة وعدم تبصر⁽¹⁾.

ثالثاً: موقف التشريع الفلسطيني من الطبيعة القانونية للخطأ الطبي.

لم ينظم المشرع الفلسطيني المسؤولية الطبية في قواعد خاصة، بل ترك أمرها للقواعد العامة في النصوص القانونية التي تنظم أمرها، حيث يتفق معظم الفقهاء العرب مع الرأي القائل بأن المسؤولية الطبية عقدية كأصل عام، مع اعترافهم بوجود استثناء على هذا الأصل⁽²⁾، ونجد أن محكمة النقض المصرية قد عدلت مسارها كما فعلت محكمة النقض الفرنسية في السابق، حيث حكمت الأولى واعتبرت أن المسؤولية الطبية عقدية في حكمها الصادر بتاريخ 1969/9/26م، "بأن مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجها هي مسؤولية عقدية والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى هذا العقد بشفائه أو نجاح العملية التي يجريها له"⁽³⁾.

إلا أن محكمة النقض الفلسطينية ذهبت في الاتجاه الآخر لتحديد طبيعة المسؤولية الطبية حيث اعتبرت أن هذه المسؤولية هي مسؤولية تقصيرية وذلك كما جاء في حكمها "ونحن بالرجوع لمدونات الحكم الطعين نجد أن المحكمة مصدرته وبعد أن استعرضت الناحية الفقهية لمسؤولية الطبيب تطرقت لواقع حالة المستأنف عليه الصحية وتقله من طبيب ومستشفى لآخر، وسوء وضعه الصحي، ثم انتقلت للقول ما يلي (وكما أوضحنا في متن قرارنا أن المسؤولية التقصيرية ثابتة بحق الطبيب الذي ينتمي إلى المستشفى نفسه ولا سبيل إلى إنكار أو نفي هذه المسؤولية الناتجة عن الخطأ الطبي حول الخطأ المهني الذي تحدثنا عنه)..... وقد أصابت محكمة الدرجة الأولى (والقول هنا كمحكمة استئناف) في معالجتها وتطبيق نصوص القانون سيما قانون المخالفات المدنية حول هذه الواقعة"⁽⁴⁾.

كما جاء في حكم محكمة استئناف القدس "بالرجوع إلى القرار المستأنف نجد أن قاضي الموضوع قد استعرض وقائع الدعوى وقام بوزن البيانات الوزن الصحيح والتي من خلالها توصل إلى القرار المستأنف والذي له أصل سائغ في أوراق الدعوى ومرتكز على الأصول القانونية والقواعد الصحيحة لإصدار الأحكام بعد أن ثبت لديه المسؤولية التقصيرية من قبل المدعي عليهم والناتجة من الخطأ والضرر وعلاقة سببية بينهما في هذه الدعوى"⁽⁵⁾... وقد أستأنف هذا الحكم

(1) لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، مرجع سابق (ص60).

(2) منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق (ص142) و حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين، مرجع سابق (ص116).

(3) نقض مدني مصري، 1969/9/26، الطعن رقم 111 لسنة 35 قضائية، مجموعة أحكام النقض، سنة 20، ص166.

(4) محكمة النقض الفلسطينية، مدني، المنعقدة في رام الله، قضية رقم 102 لسنة 2011 و 136 لسنة 2011، صادر بتاريخ 2011/5/31، منشور على موقع المقتفي.

(5) محكمة استئناف القدس، مدني، قضية رقم 2011/6، صادر بتاريخ 2011/2/14، منشور على موقع المقتفي.

أمام محكمة النقض الفلسطينية وقد أكدت على صحة ما جاء في حكم محكمة الاستئناف بتوافر عناصر المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

وجاء في حكم محكمة الاستئناف بمرام الله بقولها "و كما أوضحنا في متن قرارنا أن المسؤولية التقصيرية ثابتة بحق الطبيب الذي ينتمي إلى المشفى نفسه ولا سبيل إلى إنكار أو نفي هذه المسؤولية الناتجة عن الخطأ الطبي والاهمال الطبي حول الخطأ المهني الذي تحدثنا عنه"⁽²⁾.

وبالتالي نجد أن القضاء الفلسطيني اعتبر طبيعة المسؤولية الطبية بأنها مسؤولية تقصيرية على خلاف ما سار عليه القضاء الفرنسي والمصري.

الفرع الثالث: المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية.

إن التشريع الإسلامي يشتمل على قواعد شاملة وكاملة تنظم أمور العباد الدينية والدنيوية بحيث أنها تصلح لكل زمان ومكان، وهي المرجع الخالد على مر العصور والأزمان لا يمكن أن يتجاهل ذلك أحد، فالتشريع الإسلامي نظم أحوال المسؤولية الطبية منذ بداية العصر الإسلامي حفاظاً على سلامة الإنسان وكرامته، وقد ذهب جانب من الفقه المدني العربي - وبحق - إلى القول أن الفقه الإسلامي قد عرف المسؤولية الطبية وأحكم قواعدها الدقيقة إلى الحد الذي جعل تنظيمها أقرب ما يكون إلى أحدث ما وصلت إليه القوانين الوضعية في العصر الحديث⁽³⁾.

وفي حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من تطيب، ولم يعلم منه طب قبل ذلك، فهو ضامن»⁽⁴⁾ قال الشوكاني: "فيه دليل على أن متعاطي الطب يضمن ما حصل من الجناية بسبب علاجه، وأما من علم منه أنه طبيب فلا ضمان عليه، وهو من يعرف العلة ودواءها وله مشايخ في هذه الصناعة، وشهدوا له بالحدق فيها وأجازوا له المباشرة"⁽⁵⁾، حيث نجد من ذلك أن الطبيب إذا باشر العلاج ولم يتجاوز أو تجني يده وترتب على ذلك التلف فإنه لا تقوم عليه المسؤولية الطبية لأنه مأذون في ذلك ومكلف إذا اتبع الأصول العلمية في فن الطب، إما إن كان لا يجيد هذا الفن وتعدى وتسبب للمريض بالتلف فإنه يضمن ذلك وتقوم عليه المسؤولية بتحمل تبعات هذا الضرر.

(1) محكمة النقض الفلسطينية، مدني، المنعقدة في رام الله، قضية رقم 2011/212، صادر بتاريخ 2011/5/29، منشور على موقع المقتفي.

(2) محكمة استئناف القدس المنعقدة في رام الله، مدني، قضية رقم 2010/358، صادر بتاريخ 2011/1/19.

(3) الفضل، المسؤولية الطبية، مرجع سابق (ص 75)

(4) [القزويني: سنن ابن ماجه، كتاب الطب/ باب من تطيب ولم يعلم منه طب، 1148/2: رقم الحديث 3466]، [سنن أبي داود: كتاب الديات، باب من تطيب بغير علم فأعنت، ج4/195: رقم الحديث 4586] وحسنه الألباني، [النسائي: السنن الكبرى للنسائي، كتاب القسامة/ باب المطيب، 6/378: رقم الحديث 7039].

(5) الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار (ج5/ص316).

إن المسؤولية الطبية كما تبين معنا سابقاً تقوم على ثلاثة أركان وهي التعدي والضرر الناتج عنه والإفشاء بمعنى العلاقة السببية التي تربط بين قيام فعل التعدي والضرر تبعاً لقاعدة "لا أعلم خلافاً، في أن المعالج إذا تعدى فتلف المريض، كان ضامناً، والمتعاطي علماً أو عملاً لا يعرفه متعد" (1).

إن المسؤولية الطبية في الفقه الإسلامي لا تنهض على القائمين بالأعمال الطبية في حالتين هما:

1- يكون الطبيب ومن في حكمه لا يضمن ما ينتج عن قيامه بالعمل الطبي تجاه المريض من ضرر إذا قام بواجبه على الوجه الأكمل من خلال اتباع قواعد العمل الطبي، ومهما كانت نتيجة العلاج سواء مات المريض تحت العلاج أم بعده أم شفي من المرض، فقد جاء في الفقه الإسلامي "أما إن كان حاذقاً، وجنت يده مثل أن تجاوز قطع الختان إلى الحشفة أو إلى بعضها، أو قطع في غير محلّ القطع، أو يقطع السلعة من إنسان فيتجاوزها، وأشباه هذا ضمن فيه كله، لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ، فأشبهه إتلاف المال، ولأنّ هذا فعل محرّم فيضمن سرايته كالقطع ابتداءً، ولا نعلم فيه خلافاً" (2).

وجاء في كتاب الأم للشافعي أنه "إذا أمر الرجل أن يحجمه أو يختن غلامه أو يبطر دابته فتلفوا من فعله فإن كان فعل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه وإن كان فعل ما لا يفعل مثله من أراد الصلاح وكان عالماً به فهو ضامن" (3).

2- لا يسأل عن الخطأ اليسير وتنهض مسؤوليته في حالة الخطأ الناشئ عن الجهل بالعمل الطبي أو الخطأ الفاحش وهنا تكون المسؤولية غير عمدية وعندها تجب الدية (4).

وقال ابن قدامة في ذلك أنه (ولا ضمان على حجام، ولا ختان، ولا متطبب، إذا عرف منهم حذق الصناعة، ولم تجن أيديهم) والسبب في ذلك أن هؤلاء إذا فعلوا ما أمروا به، لم يضمنوا بشرطين:

1- أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم، ولهم بها بصارة ومعرفة؛ لأنه إذا لم يكن كذلك لم يحل له مباشرة القطع، وإذا قطع مع هذا كان فعلاً محرماً، فيضمن سرايته، كالقطع ابتداءً.

(1) الخطابي، معالم السنن بذيّل مختصر أبي داود المنذري (ج4/39)، الشنقيطي، محمد، أحكام الجراحة الطبية، مرجع سابق (ص444).

(2) قدامة، المغني لابن قدامة (ج5/398).

(3) الشافعي، الام (ج6/185).

(4) الفضل، المسؤولية الطبية، مرجع سابق (ص78).

2- إذا قطعوا قطعاً مأذوناً فيه، فلم يضمنوا؛ سرايته، كقطع الإمام يد السارق، أو فعل فعلاً مباحاً مأذوناً في فعله، فأما إن كان حاذقاً وجنت يده، مثل أن تجاوز قطع الختان إلى الحشفة، أو إلى بعضها، أو قطع في غير محل القطع، أو يقطع الطبيب سلعة من إنسان، فيتجاوزها، أو يقطع بآلة كالة يكثر ألمها، أو في وقت لا يصلح القطع فيه، وأشباه هذا، ضمن فيه كله؛ لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ، فأشبهه إتلاف المال، ولأن هذا فعل محرم، فيضمن سرايته، كالقطع ابتداءً.

يقول الزحيلي أيضاً: "لا فرق في ضمان الإتلاف بين العمد والخطأ، ولا بين وجود البلوغ أو التمييز أو عدمه، فالمتلف عمداً أو خطأ ضامن باتفاق الأئمة الأربعة"⁽¹⁾، وقال ابن رشد: "وأجمعوا على أن الطبيب إذا أخطأ، لزمته الدية، مثل أن يقطع الحشفة في الختان، وما أشبه ذلك، لأنه في معنى الجاني خطأ، وعن مالك رواية، أنه ليس عليه شيء، وذلك عنده إذا كان من أهل الطب"⁽²⁾.

من خلال ذلك نجد أن الشريعة الإسلامية قد تناولت أحكامها سواء بما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أم بما اتفق وأجمع عليه علماء الأمة بالمسؤولية الطبية في حال تعدى الطبيب وتجاوز الموضع المعتاد أو مارس مهنة الطب بدون علم بأصولها وفنها.

(1) الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته (ج4/2870).

(2) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ج2/200).

الفصل الأول
الخطأ الطبي في التشريع الفلسطيني
والشريعة الإسلامية

الفصل الأول

الخطأ الطبي في التشريع الفلسطيني والشريعة الإسلامية

في هذا الفصل سنبحث بالتفصيل عن ماهية الخطأ الطبي في التشريع الفلسطيني والشريعة الإسلامية، حيث سنتناول تعريف الخطأ الطبي، ثم نتطرق إلى أنواعه وصوره ونعرض المعيار المتبع في تحديده في المبحث الأول، وإثبات الخطأ الطبي لأهميته في إثبات المسؤولية الطبية وأهم الصعوبات التي تواجه مسألة إثبات الخطأ الطبي في المبحث الثاني، وبذلك يكون هذا الفصل في مبحثين حسب التقسيم التالي:

المبحث الأول: مفهوم الخطأ الطبي وأنواعه وصوره ومعيار تمييزه.

المبحث الثاني: إثبات الخطأ الطبي.

المبحث الأول

مفهوم الخطأ الطبي وأنواعه وصوره ومعياري تمييزه

تعتبر الأخطاء الطبية ظاهرة قديمة منذ العصور الأولى، فقد ذُكرت في شريعة حمورابي بعض النصوص التي تُعاقب الطبيب المخطئ⁽¹⁾، وبالتالي نجد أن الأخطاء الطبية تسير بالتوازي مع فن معالجة المريض، وتنتقل من عصر إلى آخر وتختلف بطبيعة نوع العلاج الذي كان يقدم في كل حقبة من الزمن، وعلى الرغم من التطور الهائل في العلوم الطبية وما توصلت إليه التكنولوجيا وخصوصاً في المجال الطبي، إلا أن التقدم العلمي لم يمنع من وقوع الأخطاء الطبية، فهو أمر لا مفر منه بسبب ارتباطه بالشخص المعالج، هذا الكائن البشري الذي اتصف بالخطأ والنسيان، فأصبحت أعداد الأخطاء الطبية في المستشفيات بأرقام مخيفة أثرت بالسلب على ثقة المريض في الخدمة الطبية المقدمة، حتى في أكثر الدول تقدماً ورقياً⁽²⁾، أما في فلسطين فتفتقر وزارة الصحة لعدد حالات الأخطاء الطبية التي تحدث في المؤسسات الصحية لديها لعدم وجود برنامج لتوثيق هذه الأخطاء⁽³⁾.

لذلك دفع الخبراء وفقهاء القانون في البحث في المسائل القانونية الخاصة بالأخطاء الطبية، والبحث في مدى اعتبار الفعل المرتكب من الطبيب أو حتى من المساعدين والعاملين في المجال الطبي خطأً طبياً، ومتى يوجب هذا الخطأ المسؤولية على مقترفه، فقد بحث الفقهاء في

(1) هي مجموعة قوانين بابلية يبلغ عددها 282 مادة قانونية سجلها الملك حمورابي سادس ملوك بابل (حكم من سنة 1793 قبل الميلاد إلى سنة 1750 قبل الميلاد) على مسلة كبيرة أسطوانية الشكل، فقد نصت المادة (220) على مسألة الطبيب في حالة ما إذا تسبب في وفاة رقيق من الأرقاء بتعويض سيد هذا الرقيق عما لحقه من ضرر". الأمين، *شريعة حمورابي*، (ص7، ص57).

(2) تصل نسبة حالات الوفاة نتيجة خطأ طبي إلى معدلات عالية سنوياً في معظم أنحاء العالم ومنها الدول المتقدمة ففي الولايات المتحدة على سبيل المثال تعتبر الأخطاء الطبية السبب الثالث للوفاة بعد أمراض القلب في الدرجة الأولى، ومرض السرطان في الدرجة الثانية، يقدر حالات الموت الناتجة من أخطاء طبية إلى ما يقارب 98,000 في عام 1990 مقارنة بـ 142,000 شخص ماتوا في عام 2013 بسبب أخطاء طبية، فإن دراسة عام 2016 لعدد الوفيات التي حدثت نتيجة خطأ طبي في الولايات المتحدة وضعت معدل الوفيات السنوي في الولايات المتحدة وحدها عند 251454 حالة وفاة، وردت هذه الإحصائية في دراسة:

Makary MA, M Daniel. **Medical error—the third leading cause of death in the US. Medical Error Epidemic Hysteria** [Am J Med. 2016], p4.

(3) حيث وصل عدد الشكاوي الواردة للهيئة المستقلة لحقوق الإنسان خلال فترة (1996-2011) 232 شكوي بوجود أخطاء طبية، وعقدت وزارة الصحة خلال عامي (2008-2014) 81 لجنة تحقيق، كما تلقت نقابة الأطباء في الضفة الغربية 160 شكوي في الأعوام الأربعة الأخيرة، وتابعت النيابة العامة في الضفة الغربية في الأعوام الخمسة الأخيرة مع 39 قضية متعلقة بالأخطاء الطبية. انظر للمزيد: الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، الأخطاء الطبية نحو حماية قانونية متوازنة لأطراف الخصومة (ص29 وما بعدها).

ماهية الخطأ الطبي، كما اجتهدوا في وضع معايير ضابطة لتمييز الخطأ الطبي، مما حدا ببعض الدول في وضع قوانين خاصة تنظم المسؤولية الطبية لحماية جميع الأطراف (1).

(1) مثل قانون المسؤولية الطبية الليبي رقم 17 لسنة 1986م، ومرسوم القانون الاتحادي الإماراتي رقم 4 لسنة 2016، قانون المسؤولية الطبية الأردني لسنة 2018م، والذي أقر مؤخراً في 2018/4/4م.

المطلب الأول

مفهوم الخطأ الطبي

كان قديماً ينظر إلى حوادث العلاج على أنها من أحكام القضاء ونوازل القدر حتى وصل الأمر أن قال مونتين " للأطباء الحظ في أن الشمس تبسط أشعتها على نجاحهم والأرض تدفن أخطاءهم " أما الآن فقد أصبح الناس أكثر فهماً وإدراكاً بحقوقهم، وأصبحوا يناقشوا الطبيب الحساب إن نم سلوكه عن الإهمال أو عدم الكفاءة⁽¹⁾.

ولمعرفة مدول الخطأ سنعرض تعريف الخطأ، ثم نتطرق إلى أهم التعريفات التي وضعتها التشريعات، وما تناوله الفقه والقضاء في محاولة منهم لتحديده في الفرع الأول، لنصل إلى أنواعه في الفرع الثاني، وصوره في الفرع الثالث.

الفرع الأول: تعريف الخطأ الطبي.

أولاً: تعريف الخطأ لغةً.

يعرف الخطأ أنه ضد الصواب، والمخطئ من أراد الصواب، فصار إلى غيره، والخطيئ: من تعمّد لما لا ينبغي⁽²⁾، وهو ارتكاب ذنب بغير تعمّد⁽³⁾، وقوله تعالى ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ﴾⁽⁴⁾.

وقد ورد تعريف الخطأ في الاصطلاح الشرعي بأنه "أن يُقصد بالفعل غير المحل الذي يُقصد به الجناية، كالرمي إلى صيد فأصاب آدمياً، فإن محل الجناية هو الآدمي، ولم يقصده بالرمي بل قصد غيره وهو الصيد"⁽⁵⁾، وهو ما ليس للإنسان فيه قصد⁽⁶⁾، أو كما عرفه البعض بأنه "هو وقوع الفعل أو القول على خلاف ما يريد الفاعل"⁽⁷⁾.

(1) الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجرحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن (ص232).

(2) ابن منظور، لسان العرب (ج1/65).

(3) عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة (ج1/659).

(4) [النساء:92].

(5) ابن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدئ (10/203).

(6) الجرجاني، التعريفات (ص68).

(7) أبو زهرة، أصول الفقه (352).

ثانياً: الخطأ في التشريع.

لم يرد تعريف الخطأ في التشريع الفلسطيني وإنما اكتفى بذكر بعض صورته⁽¹⁾، فقد عرفته بعض التشريعات سواء الأجنبية كقانون العقوبات الروماني على أنه "يعتبر الفعل مرتكباً بخطأ الجاني:

أ- إذا كان قد توقع نتيجة فعله دون أن يقبلها معتقداً دون أي أساس أن هذه النتيجة لن تحدث. ب- إذا لم يتوقع نتيجة فعله بينما كان يجب عليه وفي استطاعته توقعها⁽²⁾.

أما التشريعات العربية كالمشعر الكويتي فقد عرف الخطأ على أنه "يعد الفاعل متصرفاً على هذا النحو (الخاطئ) إذا لم يتوقع عند ارتكاب الفعل الناتج التي كانت في استطاعته الشخص المعتاد أن يتوقعها فلم يحل دون حدوثها من أجل ذلك أو توقعها ولكنه اعتمد على مهارته ليحول دون حدوثها فحدثت رغم ذلك⁽³⁾.

كما عرفه المشعر الليبي بأنه " ترتكب الجناية أو الجنحة عن طريق الخطأ عندما لا يكون الحادث مقصوداً ولو كان الفاعل يتوقعه إذا وقع عن إهمال أو طيش أو عدم دراية أو عدم مراعاة القوانين أو اللوائح أو الأوامر أو الأنظمة"⁽⁴⁾.

ثالثاً: الخطأ في الفقه والقضاء.

إن الكثير من التشريعات كالمصرية والأردنية لم تذكر تعريفاً للخطأ، وهذا الأمر فتح الباب أمام اجتهاد الفقهاء لتعريف الخطأ، فوضع كل فقيه تعريفاً حسب فهمه لهذا المصطلح⁽⁵⁾، وبذلك اتسع الجدل الفقهي في هذا المجال خاصة في ظل عدم النص على تعريف محدد للخطأ في التشريع.

فقد عرفه بعض فقهاء القانون الجنائي بأنه إخلال بواجب عام يلازمه جزاء قانوني وأن الإرادة الحرة المميزة هي شرك لهذا الخطأ⁽⁶⁾، أو هو إخلال الجاني عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون، وعدم حيلولته تبعاً لذلك دون أن يقضي إلى حدوث النتيجة الإجرامية في حين كان ذلك في استطاعته ومن واجبه⁽⁷⁾، كما عرفه البعض بعدم مراعاة القواعد العامة

(1) انظر للمزيد قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936، المواد: (61-118-138-195-187-195-232-243-246-247) وقانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960م: المواد(374-343-383).

(2) لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي دراسة مقارنة (ص78).

(3) قانون الجزاء الكويتي، رقم (16) لسنة 1960، المادة 44 الفقرة 2.

(4) قانون العقوبات الليبي، لسنة 1953 المادة 63 الفقرة 3.

(5) شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية دراسة مقارنة (ص108).

(6) النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي- الخطأ والضرر (ص112).

(7) حسنى، شرح قانون العقوبات- القسم العام (ص637).

والخاصة للسلوك التي من شأنها مراعاتها تجنب وقوع نتائج غير المشروعة والضارة بمصلحة وحقوق الآخرين المحمية جنائياً أو تجنب الوقوع في غلط في الوقائع يؤدي إلى تحقيق النتيجة كلما كانت تلك الأخيرة يمكن توقعها وتجنبها في الوقت ذاته⁽¹⁾.

كما عرف بعض فقهاء القانون المدني الخطأ كان عقدياً أم تقصيرياً، بأنه تقصير في مسلك الإنسان لا يقع من شخص يقظ، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول⁽²⁾.

وفي حكم لمحكمة النقض المصرية عرفته بقولها " الخطأ كل ما يقع من الأفراد عموماً في الجرائم غير العمدية يتوافر متى تصرف الشخص تصرفاً لا يتفق والحيلة التي تقضى بها ظروف الحياة العادية، وبذلك فهو عيب يشوب مسلك الإنسان لا يأتيه الرجل العادي المتبصر الذي أحاطت به ظروف خارجية مماثلة للظروف التي أحاطت بالمسؤول⁽³⁾.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد عرف بعضهم الخطأ على أنه "ما قصد به الجاني الفعل دون الشخص، ولكنه خطأ في فعله أو في ظنه⁽⁴⁾، وهو ما ليس للإنسان فيه قصد، فانقضاء قصد الشيء من فاعله موجب لوصفه بكونه مخطئاً⁽⁵⁾.

أما فقهاء القانون الإداري فقد عرفه البعض الخطأ بأنه مخالفة لأحكام القانون تتمثل في عمل مادي أو في تصرف قانوني تأخذ صورة عمل إيجابي أو تأتي على هيئة تصرف سلبي عن عدم القيام بما يوجبه القانون⁽⁶⁾.

والمستقر عليه في الفقه، أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال بالتزام قانوني، أما في المسؤولية العقدية هو الإخلال بالتزام عقدي سواء كان هذا الالتزام بذل عناية أم تحقيق نتيجة⁽⁷⁾.

رابعاً: تعريف الخطأ الطبي.

يعتبر الخطأ الطبي صورة من صور الخطأ بوجه عام، ولكنه ذات طبيعة خاصة كون أن العمل الطبي عمل فني يحتاج إلى مهارة وخبرة عالية لما يمتاز من التطور والتجديد المستمر ومواكبة التكنولوجيا، كما أنه يمارس على جسد الإنسان الذي يحتوي على أجهزة وأعضاء تعمل

(1) سلامة، شرح قانون العقوبات - القسم العام (ص 341).

(2) حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري (ص 237).

(3) أشار إليه: القاضي، الامتناع عن علاج المرضى (ص 236).

(4) عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي (ج 104/2).

(5) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها (ص 481).

(6) الحلو، القضاء الإداري (ص 463).

(7) الصفدي، قوانين وتشريعات الصحة والسلامة المهنية (ص 36).

بشكل مستمر وبصورة معقدة، قد يطرأ عليها اضطرابات داخلية، تظهر على شكل أعراض وعلامات يصعب على الأطباء التمييز بينها للوصول إلى العلاج.

وقبل تعريف الخطأ الطبي لا بد من التطرق إلى تعريف مصطلح الطب و العمل الطبي لنفهم طبيعة هذا العمل.

1- مفهوم علم الطب:

هو علم يتعرف منه أحوال بدن الإنسان من جهة ما يصح ويزول عن الصحة ليحفظ حاصلة ويستردها زائلة⁽¹⁾، وعُرف حديثاً بأنه "علم وفن ومهارة، موضوعه علاج المرضى، ويتم ذلك من خلال تقديم الخدمات الصحية للمجتمع، فهو علم، لأنه يعتمد على كثير من العلوم الأساسية كعلم التشريح ووظائف الأعضاء، وهو فن ومهارة، لأنه يتطلب دقة في العمل وسرعة في البديهة والأداء مع الإخلاص"⁽²⁾.

أما العمل الطبي فقد عرفه البعض على أنه "كل فعل يرد على جسم الإنسان أو نفسه ويتفق في طبيعته مع الأصول والقواعد الثابتة المتعارف عليها نظرياً وعملياً في علم الطب، ويقوم به طبيب مصرح له قانوناً بمزاولة ذلك العمل بقصد الكشف عن الأمراض من خلال تشخيصها وعلاجها لتحقيق الشفاء أو تخفيف آلام المرضى أو الحد منها أو منع الأمراض، ويهدف إلى حماية صحة الأفراد أو تحقيق مصلحة اجتماعية، شريطة أن يتوافر رضاء من يجري عليه هذا العمل الطبي"⁽³⁾.

2- مفهوم الخطأ الطبي:

فيعرف الخطأ الطبي على أنه تقصير في مسلك الطبيب لا يصدر من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول⁽⁴⁾.

أو هو عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه مهنته⁽⁵⁾، أو إخلال الطبيب بواجبه في بدل العناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المستقرة، و قد اعتمدت محكمة الاستئناف الفلسطينية هذا التعريف في أحد أحكامها⁽⁶⁾.

(1) ابن سينا، القانون في الطب، (ج1/ص13).

(2) منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية دراسة مقارنة (ص30).

(3) المعاينة، المسؤولية المدنية والجناحية في الأخطاء الطبية (ص15).

(4) الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية_ دراسة مقارنة (ص 177).

(5) حنا، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق (ص 118).

(6) الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص (ص105) ، حكم محكمة استئناف القدس المنعقدة في رام الله، رقم

2010/358، استئناف مدني، صدر بتاريخ 2011/1/19، منشور على موقع المقتفي.

كما عرفه المعهد الطبي الأمريكي بأنه الفشل في إتمام عمل مقصود على الوجود المقصود أو استعمال عمل خاطئ لتحقيق هدف ما⁽¹⁾.

وعرفه البعض بأنه "كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه عن القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم أو المتعارف عليها نظرياً وعلمياً وقت تنفيذ العمل الطبي، أو إخلاله بواجبات الحيطة والحذر واليقظة التي يفرضها القانون متى ترتب على فعله نتائج جسيمة في حين كان في قدرته وواجباً عليه أن يتخذ في تصرفه اليقظة و التبصر حتى لا يضر بالمريض"⁽²⁾.

وقد عرفه مشروع قانون تنظيم المهن الصحية لسنة 2013م، تحت مسمى الخطأ الصحي في المادة الأولى " بأنه أي عمل سواء بالفعل أو بالترك لا يتفق مع القواعد المهنية" وعرفته المادة (19) من نفس القانون " هو كل خطأ مهني صدر من مزاول المهنة وترتب عليه ضرر للمريض".

كما عرفه قانون المسؤولية الطبية الأردني بأنه "أي فعل أو ترك أو إهمال يرتكبه مقدم الخدمة ولا يتفق مع القواعد المهنية السائدة ضمن بيئة العمل المتاحة وينجم عنه ضرر"⁽³⁾.

ونري أن المشرع الفلسطيني قد أورد في مشروع قانون تنظيم المهن الصحية تعريفين للخطأ الصحي، كما أنه استعمل مصطلح الخطأ الصحي بدل الخطأ الطبي وهذا يقودنا إلى الرجوع إلى بحث مدلول المهن الطبية و المهن الصحية، فقد عرف قانون الصحة العامة:

3- المهن الطبية: مهن الطب البشري أو طب الأسنان أو الصيدلة، والمهن الصحية المساعدة: مهن التمريض، التشخيص بالأشعة، المختبرات الطبية، فحص البصر، تجهيز النظارات الطبية والعدسات، فحص السمع وتجهيز وسائل تحسين السمع، القبالة، التخدير، العلاج الطبيعي ومعامل الأسنان وأية مهنة أخرى تقرها الوزارة⁽⁴⁾، وبالتالي قد شمل جميع الفئات العاملة في المجال الصحي والتي تقدم الخدمة الصحية للمرضى دون استثناء، ولم يقتصر الأمر على طائفة الأطباء فقط، وهذا ما كان يقصده من ذكر التعريف في المادة (19) عندما قال المشرع أن الخطأ الصحي هو الذي يصدر من مزاول المهنة، حيث يشترط من جميع العاملين في المجال الصحي أن يحصلوا على شهادة مزاول مهنة قبل ممارسة أعمالهم وبذلك جعل شرط اعتبار

(1) شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، مرجع سابق (ص 107).

(2) قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء_ دراسة مقارنة (ص 224) وعرف البعض القواعد والأصول الطبية: بأنها المبادئ والقواعد الأساسية الثابتة والمستقرة والمتعارف عليها نظرياً وعلمياً بين أهل مهنة الطب بحيث أنها لم تعد محلاً للمناقشة بينهم وجمهورتهم يسلمون بها ولا يتقبلون فيها جدلاً ولا يتسامحون في غير الظروف الاستثنائية مع من يجهلها أو يتهاون فيها ممن ينتسب إلي عملهم أو مهنتهم، السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق (ص 824).

(3) قانون المسؤولية الطبية الأردنية، المادة (2).

(4) قانون الصحة العامة رقم (20) لسنة 2004م، المادة (1).

الخطأ الصحي أن يصدر من مزاول المهنة، فقد عرف المهن الصحية في المادة الأولى من مشروع قانون تنظيم المهن الصحية بأنها تشمل المهن الطبية والمهن الطبية المساعدة.

كما أن المشرع في هذا التعريف قد حجم الأخطاء الصحية فقط بالأخطاء المهنية دون الأخذ بعين الاعتبار بالأخطاء العادية التي قد تصدر من الطبيب أو غيره أثناء ممارسة أعمالهم والتي ترتب أضرار للمرضي وبالتالي ترتب على العاملين في المجال الطبي تحمل المسؤولية.

كذلك نجد أن مشروع القانون قد اشترط تحقق الضرر في المريض لكي تقام المسؤولية الطبية تجاه مرتكب الفعل، كما أغفل ذكر المعيار المتبع في تحديد الخطأ الطبي، وبالنظر إلي بعض التشريعات مثل القانون الاتحادي الإماراتي⁽¹⁾ الذي عرفه بأنه " الخطأ الطبي هو ما يرتكبه مزاول المهنة نتيجة أي من الأسباب التالية :

1- جهلة بالأمور الفنية المفترض الإلمام بها في كل من يمارس المهنة من نوات درجته واختصاصه.

2- عدم اتباع الأصول المهنية والطبية المتعارف عليها.

3- عدم بذل العناية اللازمة.

4- الإهمال وعدم اتباع الحيطة والحذر.

وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا المرسوم بقانون معايير الخطأ الطبي الجسيم.

وكذلك المشرع الليبي عند تعريفه للخطأ الطبي بقوله "تترتب المسؤولية الطبية على كل خطأ مهني ناشئ عن ممارسة نشاط طبي سبب ضرراً للغير، ويعتبر خطأ مهنياً كل إخلال بالتزام تفرضه التشريعات النافذة أو الأصول العلمية المستقرة للمهنة، كل ذلك مع مراعاة الظروف المحيطة والإمكانات المتاحة، ويعد نشوء الضرر قرينة على ارتكاب الخطأ أو الإخلال بالالتزام"⁽²⁾، ونجد أن المشرع الليبي قد تجاهل النص على الخطأ العادي في التعريف واكتفى في تحديد الخطأ المهني وضوابطه في معيار التشريعات والأصول العلمية المستقرة.

وقد أحسن المشرع الإماراتي والليبي في تحديد وحصر مفهوم الخطأ الطبي، ليغلق الباب أمام الاجتهاد في تأويل النص وتعريف الكلمات، و بذلك نأمل من المشرع قبل إقرار القانون الاستفادة من التشريعات سالفة الذكر، مع تحفظنا على عدم ذكر الخطأ العادي في قانون المسؤولية الليبي.

(1) مرسوم بقانون المسؤولية الطبية الاماراتي رقم 4 لسنة 2016، المادة (6).

(2) قانون رقم (17) لسنة 1986م بشأن المسؤولية الطبية الليبي، المادة (23).

وبعد ذكر التعريفات السابقة التي وردت عن الخطأ الطبي يكمن تعريف الخطأ الطبي من جانبنا بأنه كل تقصير صادر من الطبيب أو من مساعديه، يكون مخالفاً للقواعد والأصول العلمية الثابتة أثناء قيامهم بالعمل الطبي، أو إهماله وإخلاله بالواجبات المفروضة عليه، متى رتب ذلك ضرراً للمريض، نتيجة عدم بذله العناية اللازمة المتفقة مع القواعد العلمية، لتلافي حدوث النتيجة الضارة.

ثالثاً: موقف الشريعة الإسلامية من الخطأ الطبي.

عرف الفقه الإسلامي الخطأ الطبي بأنه "تعدي الطبيب وإتيانه فعلاً غير مألوف ومخالف لقواعد ممارسة مهنة الطب، كأن يمارس الطب دون إجازة من أحد كبار أطباء عصره، أو تجاوز الطبيب حدود العمل الطبي، الذي اتفق عليه مع المريض أو من ينوب عنه"⁽¹⁾.

استعمل الفقهاء المحدثون وكذلك فقهاء القانون الوضعي لفظ الخطأ، أما ما يقابله في الفقه الإسلامي هو لفظ التَّعَدِّي⁽²⁾، والتعدي في اللُّغَةِ، التَّجَاوُزُ، وَفِي الإِصْطِلَاحِ : مُجَاوِزَةٌ مَا يَنْبَغِي أَنْ يُقْتَصَرَ عَلَيْهِ شَرْعاً أَوْ عُرْفاً أَوْ عَادَةً وهو بمعنى الإعتداء عَلَى حَقِّ الْغَيْرِ⁽³⁾، ويراد به التعدي "الذي يقع من الشخص في تصرفه بمجاوزة الحدود التي يجب عليه التزامها في سلوكه شرعاً وقانوناً، وهو انحراف في السلوك يتحقق بالإضرار بالغير عن عمد أو إهمال وتقصير إلى درجات أدت إلى ضرر الغير"⁽⁴⁾.

إن المتفق عليه في القانون على أن الخطأ بالمفهوم العام يعتبر الركن الأساسي من بين أركان المسؤولية الضرر والعلاقة السببية⁽⁵⁾، أما الشريعة الإسلامية فالقاعدة العامة بخصوص الخطأ أنها لم تجعل الخطأ أساساً عاماً للمسؤولية المدنية المترتبة عن الفعل الضار، بل اتبعت القاعدة التي تنص على " الْمُبَاشِرُ ضَامِنٌ وَإِنْ لَمْ يَتَعَمَّدْ وَلَمْ يَتَعَدَّ"⁽⁶⁾، وتعني أن من يقوم بعمل فهو ضامن لما تسبب وأنلف بعمله سواء كان متعمداً أم لم يتعمد تسبب الضرر، لأن الخطأ يرفع عنه في الشريعة الإسلامية إثم مباشرة الفعل لقوله تعالى { رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا }⁽⁷⁾، ولقوله - صلى الله عليه وسلم - "رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنَّسْيَانُ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ"⁽⁸⁾، ولكن لا يرفع عنه ضمان

(1) أشار إليه: أبو لبة، مسؤولية الطبيب بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، زرع الأعضاء نموذجاً (ص 49).

(2) المرجع السابق (ص 29).

(3) الموسوعة الفقهية الكويتية (ج 233/12، ج 222/28).

(4) الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي (ص 37).

(5) الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (ص 44).

(6) البغدادي، مجمع الضمانات (ج 165/1)، الزرقا، شرح القواعد الفقهية (ج 431/1)، والمباشر هو: الذي يحصل الضرر بفعله، ويحصل الأثر بفعله من غير أن يتخلل بينهما فعل فاعل مختار. الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، (ص 556).

(7) [البقرة: 286].

(8) [القرويني: سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق/ باب طلاق المكره والناسي، ج 659/1: رقم الحديث 2045].

التلف الذي سببه للغير، لأنه يعتبر متعد بفعله، وهو ما اعتمدته مجلة الأحكام العدلية بنصها على ذلك "المباشر ضامن وإن لم يتعمد"⁽¹⁾، فأصبح في العموم أن كل من يسبب ضرراً للغير فإنه يتحمل ضمان هذا الضرر في الحالتين سواء كان نتيجة خطأ أم بدون الخطأ، فالمتلف عمداً أو خطأً ضامن باتفاق المذاهب الأربعة⁽²⁾.

إلا أن هذه القاعدة لم تأخذ على إطلاقها، ففي مجال المسؤولية الطبية قد خرج الفقه الإسلامي عن هذه القاعدة وجعل الخطأ الطبي أساساً موجباً للمسؤولية بالإضافة إلى توافر ركني الضرر والعلاقة السببية، متبعاً بذلك قاعدة "لا أعلم خلافاً، في أن المعالج إذا تعدى فتلف المريض، كان ضامناً، والمتعاطي علماً أو عملاً لا يعرفه متعد"⁽³⁾.

وبذلك قال ابن قدامة "أما إذا كان الطبيب حاذقاً وجنت يده، مثل أن يتجاوز القطع، أو يقطع في غير المحل، أو يقطع في آلة يكثر إيلاها، أو يقطع في وقت لا يصح فيه القطع، ضمن، لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ فأشبهه إتلاف المال، ولأنه فعل محرم فيضمن سرايته"⁽⁴⁾.

إن الفقه الإسلامي قد اعتمد ركن الخطأ في مجال المسؤولية الطبية، حيث لا بد لمسألة الطبيب الذي تسبب بضرر للمريض أن ينسب إليه صدور الخطأ الطبي منه، كأن يقوم بالعلاج وهو جاهل بأصول علم الطب العلمية والفنية المتبعة والمألوفة فيه، وهذا من عدل الشريعة الإسلامية وحمائيتها و إنصافها للمريض الضعيف، وذلك من أجل دفع الضرر والمفسدة عنه.

الفرع الثاني: أنواع الخطأ الطبي.

إن مجال العمل الطبي هو مجال واسع ومتطور بشكل متسارع وهذا ما ينعكس على الأخطاء الطبية المترتبة على ذلك، فالأخطاء الطبية متنوعة منها ما يتعلق بموضوع الفعل أو بشخص الفاعل أو بدرج الخطأ، حيث يمكن تقسيم الخطأ الطبي إلى قسمين، الأول الخطأ الطبي من حيث الموضوع، والثاني الخطأ الطبي من حيث الجسامة.

(1) مجلة الأحكام العدلية: المادة (91). مجلة الأحكام العدلية: وضعتها لجنة من العلماء في الدولة العثمانية، وهي عبارة عن قانون مدني مستمد من الفقه على المذهب الحنفي، وضعتها لجنة علمية مؤلفة من ديوان العدلية سنة 1286هـ، وجاء فيها 1851 مادة، للمزيد انظر موقع ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، على شبكة الانترنت.

(2) الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته (ج6/4825).

(3) الخطابي، معالم السنن بذييل مختصر أبي داود المنذري (ج4/39)، الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مرجع سابق (ص444).

(4) قدامة، المغني لابن قدامة (ج5/395).

أولاً: الخطأ الطبي من حيث الموضوع.

الخطأ الطبي من حيث الموضوع ينقسم إلى نوعين من الأخطاء هما:

1- الخطأ الطبي العادي: وهو "الخطأ الخارج عن ميدان المهنة التي يمارسها الشخص الذي ينسب إليه الخطأ، وهو الإخلال بالالتزام المفروض على الناس كافة باتخاذ العناية اللازمة عند القيام بسلوك معين مما قد يؤدي إليه هذا السلوك من نتيجة غير مشروعة"⁽¹⁾.

أو هو "ما يصدر من الطبيب كغيره من الناس أي كفعل مادي يكون ارتكابه مخالفة لواجب الحرص المفروض على الناس كافة"⁽²⁾، ومن الأمثلة على الخطأ الطبي العادي قيام الطبيب بإجراء عمل طبي وهو في حالة سكر.

2- الخطأ الطبي المهني: ويعرف بأنه "الخطأ الذي يرتكبه أصحاب المهن أثناء ممارستهم لمهنتهم ويخرجون بهذا السلوك المهني المألوف طبقاً للأصول الثابتة وهذا الخطأ ينجم عن الإخلال بأصول المهنة وقواعدها المتعارف عليها"⁽³⁾، وقد عرف الفقيه السنهوري الخطأ الفني بأنه "الخطأ الذي يتصل ويتعلق بالأصول الفنية للمهنة"⁽⁴⁾، كما عرفه البعض "بمخالفة الطبيب لقواعد فن الطب أثناء تدخله لعلاج المريض"⁽⁵⁾.

إن الأخطاء الطبية الفنية أو كما تسمى بالمهنية التي تتصل بأصول المهنة هي واسعة وكثيرة، فكل عمل يخالف الأصول الفنية الثابتة في مجال الطب تعتبر أخطاءً فنية، ومن أمثلة ذلك خطأ الطبيب في تشخيص المريض دون استعمال الوسائل التشخيصية المتاحة تحت تصرفه، أو إعطاء دواء من البنسلين دون إجراء اختبار الحساسية لدى المريض، أو تخدير المريض لإجراء عملية جراحية دون إجراء الفحوصات الروتينية المعمول بها في هذه الحالة.

ويرى بعض الفقه أنه فيما يتعلق بالأطباء يجب أن نميز بين هذين النوعين، بحيث يسأل الطبيب عن خطئه العادي في جميع درجاته وصوره، أما الخطأ الفني لا يسأل إلا عن الخطأ الجسيم منه فقط⁽⁶⁾.

ولكن يعاب على هذا المعيار التمييز الذي وضع لهذا التقسيم، أنه يصعب الفصل بين الخطأ الطبي الفني والخطأ الطبي المهني في بعض الحالات، مثل عدم نقل المريض إلى المستشفى في

(1) الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (ص190).

(2) المعاينة، المسؤولية المدنية والجناحية في الأخطاء الطبية، مرجع سابق (ص37).

(3) الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص، مرجع سابق (ص105).

(4) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام (ص822).

(5) كرشيد، المسؤولية الطبية المدنية (ص112).

(6) منصور، المسؤولية الطبية المدنية (ص14)، الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجرحين المدنية، مرجع سابق (ص135).

الوقت المناسب، اعتبرته بعض الأحكام القضائية خطأً عادياً في حين أن الأمر بالنقل إلى المستشفى يحتاج حتماً لتقدير حالة المريض الطبية وما قد يتعرض له من أخطار لو بقي خارج المستشفى⁽¹⁾.

ويتفق الباحث مع ما قرره أنصار التفرقة عند تقدير الخطأ الفني والعادي أنه لا يمكن أن يُغض النظر عن صفة من ارتكبه عند تقدير الخطأ العادي المرتكب من الطبيب⁽²⁾، حيث أن كل خطأ قد يصدر من الطبيب أثناء ممارسته لعمله الطبي لا يمكن أن يُفصل عن عمله الفني لإتصال الأعمال الطبية بأصول مهنة الطب وإتباعها لقواعد علمية ثابتة وراسخة.

وحجة أنصار هذا المبدأ القائل بمسائلة الطبيب عن الخطأ المهني الجسيم هو توفير جو من الطمأنينة والأمان والثقة للأطباء أثناء قيامهم بمزاولة أعمالهم الطبية وحتى لا يكون سيف الخوف مسلط على رقابهم من المسؤولية الطبية وخاصة أن العمل الطبي قد يحتمل النجاح أو الفشل وذلك مما قد يدفع البعض منهم للامتناع أو التقاعس في القيام بواجباتهم مما قد يلحق الضرر بالمريض وبالإدارة التي يعمل من خلالها، كما أن التفرقة ليس لها سند قانوني حيث أن النصوص المتعلقة بالمسؤولية جاءت عامة ولم تميز بين الخطأين⁽³⁾.

حيث أن هذه التفرقة تستند إلى حكم لمحكمة النقض الفرنسية حيث جاء في حكمها "بعد أن ذهبت المحاكم في بداية الأمر إلى أن الطبيب لا يسأل إلا إذا خالف القواعد الأولية التي يملئها حسن التبصر ومراعاة القواعد المهنية في كل مهنة ولم تحاسب الأطباء إلا عن الأخطاء الجسيمة وقد استندت المحكمة إلى المادة (1382 و 1383) من القانون المدني الفرنسي⁽⁴⁾.

إن معيار الخطأ الطبي الفني يعتمد على ثلاثة عناصر⁽⁵⁾.

أ- كفاءة الطبيب من خلال تقدير العمل الطبي بالقياس على ما يقوم به طبيب آخر من نفس المستوى العلمي.

(1) أشار إليه: الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجرحين المدنية، مرجع سابق (ص136).

(2) المرجع السابق (ص137).

(3) الصفي، وخريسات، قوانين وتشريعات الصحة والسلامة المهنية، مرجع سابق (ص37).

(4) المرجع السابق (ص38)، ونصت المادة (1382) من القانون المدني الفرنسي على أن "كل عمل أيا كان يلحق ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه"، ويقابلها في القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012م، المادة (179) "كل من ارتكب فعلاً سبب ضرراً بالغير يلزم بتعويضه". و المادة (1383) من القانون الفرنسي تنص على "كل شخص يكون مسؤولاً عن الضرر لا بفعله فحسب بل أيضاً بإهماله أو بعد تبصره". ويقابلها في القانون المدني الفلسطيني مادة (180) "1- يكون الشخص مسؤولاً عن أفعاله الضارة متى صدرت منه وهو مميز. 2- إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مع مراعاة مركز الخصوم".

(5) كرشيد، المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (ص115).

ب- الظروف الخارجية التي يعمل بها الطبيب وتحيط به أثناء قيامه بالعمل الطبي.

ج- مدى اتفاق ما قام به الطبيب مع القواعد الطبية الثابتة أثناء العمل الطبي، ويقصد بالقواعد الثابتة هي التي أثبتتها البحوث العلمية بدون شك أو اختلاف واستقر عليها السواد الأعظم من الأطباء زمن حصول التدخل الطبي.

ثانياً: الخطأ الطبي من حيث الجسامة.

فُسم الخطأ بصورة عامة من حيث درجاته إلى خطأ جسيم وخطأ يسير حيث ظهرت فكرة الخطأ الجسيم في أواخر عهد القانون الروماني ثم انتقلت الفكرة إلى القانون الفرنسي القديم عن طريق "بوتيه" وقد عُرف الخطأ الجسيم أنه "عدم بذل العناية بشؤون الغير بصورة لا تصدر من أقل الناس حرصاً وأشدهم غباءً في شؤونهم الخاصة، وهذا الخطأ يتعارض مع حسن النية"⁽¹⁾.

وقد عرفه البعض بأنه "الخطأ الذي يحصل في ظرفه بالشكل الذي يؤلف إخلالاً فاضحاً بواجب جوهرى يذهب فيه من أخل بعيداً جداً عن السلوك المتوقع من الشخص العادي، فيكون الإخلال متجاوزاً الدرجة التي يتصورها الناس بالوجه المعتاد، ويكون الفاعل من جانبه قد توقع حدوث الضرر عن فعله أو تمثله، فلم يحجم عن الفعل الضار من غير أن يكون قد تعمد الضرر يصدر عنه"⁽²⁾.

وقد وصفته محكمة النقض المصرية أنه "الخطأ الذي يقع من شخص قليل الذكاء والعناية لا يتصور وقوعه إلا من شخص غبي عديم الاكتراث"⁽³⁾.

وقد أثيرت فكرة تدرج الخطأ بشكل واسع بصدد البحث في المسؤولية الطبية فذهب فريق من الفقه إلى التمييز بين الأخطاء التي تقع بمناسبة الأعمال الطبية أي التي يقوم بها الأطباء وتحت إشرافهم وتسمي بالأخطاء المهنية، وبين تلك التي تقع بمناسبة أعمال الإدارة والعناية الطبية وهذه الأخطاء العادية، حيث اشترطوا لقيام المسؤولية عن الأخطاء المهنية أن تكون جسيمة وقد أخذ بعض القضاء بهذه التفرقة في أحكام عديدة⁽⁴⁾.

(1) شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، مرجع سابق (ص224).

(2) النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي...، مرجع سابق (ص204).

(3) أشار إلى هذا الحكم: الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء (ص16).

(4) مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق (ص148)، و الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية (ص133).

وقد أُريد بالتفرقة بين الأخطاء الجسيمة والأخطاء البسيطة التي يرتكبها موظفو المرافق العامة التي تواجه صعوبات خاصة في ممارسة نشاطها، قيام مسؤولية الدولة عن الأخطاء الأولى ونفيها عن الأخطاء البسيطة⁽¹⁾.

ويبرر أنصار الفقه الفرنسي بالأخذ بنظرية فكرة الخطأ الجسيم على أن محاسبة الأطباء عن الأخطاء البسيطة قد تحد من حرياتهم في العمل، وتؤثر على ثقتهم في فهم وفي كفاءاتهم، وهذا قد ينعكس بالسلب على المرفق الصحي⁽²⁾.

ويتفق البعض أن مسألة التمييز بين الخطأ الجسيم واليسير فيها من التعقيد والصعوبة الكثير، ولذلك اقترح الفقه لهذا التمييز ضوابط مختلفة، فقد ذهب رأى لقياس الخطأ الجسيم بمدى الجسامة التي يتصف بها التقصير الذي ينسب إلى المدين في الوفاء بالتزاماته وبذلك يكون الخطأ الجسيم الذي يبدو للقاضي متجاوزاً بجسامته ونتائجه الناجمة الإهمال البسيط من المدين والتقصير التافه، ورأى آخر إلى أن الخطأ الجسيم يتجسد في عدم إدراك ما يدركه كل الناس، أما المعيار الأخير فقد نادي بالأخذ بالمعيار الشخصي الذي يعتمد على الظروف الشخصية لمقترب الخطأ الجسيم إذا خالف عنايته المعتادة⁽³⁾.

ولكن هذه الضوابط تعرضت للنقد التالي⁽⁴⁾:

1- الرأي الأول يميز الخطأ الجسيم بجسامته وهذا يؤدي بالتعريف ليصبح عديم الفائدة ويخلط بين تقدير الخطأ وتقدير الضرر.

2- الرأي الثاني إن الضابط الذي وضع غير صالح لأن الخطأ الجسيم ليس دائماً عنواناً للغباء والجهل، كون أن الخطأ الطبي يقترب من إنسان ماهر ويقظ.

(1) الطائي، المسؤولية المدنية للدولة عن اخطاء موظفيها (ص93). لقد ظهرت فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية الطبية على يد محكمة النقض الفرنسية في حكم لها عام 1835م، في قضية تتلخص وقائعها أن مريضاً استدعي أحد الأطباء لعلاجه، فقال الطبيب أن هذه الظاهرة ليس لها آثار وخيمة، وأن الألم لن يستمر، وترك الطبيب المريض على هذه الحالة ولكن الألم تفاقم، مما أدى إلى استدعاء طبيب آخرن فقرر وجود غرغرين تستوجب الجراحة السريعة لقطع الذراع، أقام المريض الدعوى على الطبيب الأول، وحكمت محكمة الدرجة الأولى على الطبيب بدفع تعويض للمريض، أستأنف الطبيب الدعوى وأيدت محكمة الاستئناف الحكم وعرضت الدعوى على محكمة النقض الفرنسية ورفضت الطعن، واعتبر هذا الحكم الأساس لفكرة الخطأ الجسيم في المجال الطبي، وقالت محكمة النقض " أن الطبيب يسأل عن الإهمال الذي وقع منه وأدى إلى ضرورة قطع ذراع المريض، حيث إن ذلك الأمر بمثابة خطأ جسيم وقع من الطبيب وعلى الخصوص أنه تخلى عن المريض بإرادته وتركه يعاني من آلام المرض.الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجرحين المدنية، مرجع سابق (ص140).

(3) الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (ص211).

(4) شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، مرجع سابق (ص215).

3- الرأي الثالث إن الأخذ بالمعيار الشخصي يؤدي إلى نتائج غير عادلة، فالشخص المهمل في شؤونه الخاصة قد يفلت من الخطأ الجسيم، في حين أن الشخص شديد الحرص في شؤونه الخاصة يعامل معاملة قاسية.

إن هذه الانتقادات كانت ضمن الاعتبارات التي دفعت بالاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في خطوة هامة لمصلحة ضحايا الأخطاء الطبية من خلال تسهيل شروط انعقاد المسؤولية وتعويض الضحايا من خلال هجر فكرة الخطأ الجسيم لصالح فكرة الخطأ الطبي، حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي أن الأخطاء الطبية والتي وقعت في قضية السيدة (V) ، والتي تُعتبر وفقاً لتقارير الخبرة السبب في الحادث الذي تعرضت له السيدة (V) تشكل خطأ طبياً يؤدي بطبيعته إلى انعقاد مسؤولية المستشفى، وبالتالي توحد قانون المسؤولية الطبية في ميدان العمل الطبي وتنظيم المرافق الطبية في نظام الخطأ دون أي توصيف⁽¹⁾.

إن تقدير جسامة الخطأ مسألة موضوعية، يقوم القاضي بتحديدتها أخذاً بعين الاعتبار الظروف المحيطة بالخطأ، وكذلك باعتبار أن الخطأ مع التوقع أشد جسامة من الخطأ غير المتوقع، وأن مقياس جسامة الخطأ بالنظر إلى مقدار الإخلال بواجبات الحيطة والحذر⁽²⁾.

وبالرجوع إلى تعريف الخطأ الطبي في مشروع المهن الصحية لسنة 2013م الفلسطيني والذي وعرفته المادة(19) بأنه " كل خطأ مهني صدر من مزاول المهنة وترتب عليه ضرر للمريض".

نجد أن المشرع وقد أحسن في ذلك بعدم التفرقة بين الخطأ الطبي الجسيم والخطأ الطبي اليسير، فاشتمل كل الأخطاء الصادر من مزاول المهنة، وبذلك جعل هذا الأمر مفتوحاً أمام اجتهاد الفقه والقضاء في تحديده بما تقتضيه العدالة، ومصلحة الطبيب والمريض.

وذهب بعض الفقه - ويحق - وهو الرأي الصائب أن الطبيب يسأل عن كل خطأ يثبت في حقه بغض النظر عما إذا كان هذا الخطأ يسيراً أم جسيماً، فعند مخالفة القواعد المسلم بها لا بد من المسائلة بغض النظر عن جسامة الخطأ، وأن فكرة الخطأ الجسيم هي فكرة شاردة لا تقبل أي تعريف، ونادي البعض بضرورة استبعادها من مجال البحث القانوني، فالخطأ لا تختلف درجاته، والذي يختلف هو مدى الالتزامات الواقعة على عاتق المدين، بحيث أن كل إخلال بتنفيذ الالتزام

(1) عادل، المسؤولية الإدارية للمرافق الاستشفائية، أطروحة دكتوراة (ص95 وما بعدها). وتتلخص وقائع قضية السيدة (V) والتي دخلت المستشفى العام لإجراء عملية قيصيرية وتم حقنها قبل بدء العملية بجرعة زائدة من مادة مخدرة لها تأثير خطير على ضغط الدم فعرضها لهبوط مفاجئ لضغط الدم مصحوب باضطرابات قلبية مما استدعى تخدير موضعي استعملت فيه مادة غير مناسبة لحالتها المرضية، مما سبب في هبوط مفاجئ آخر لضغط الدم، وإثر العملية حدث نزيف تبعه هبوط ثالث للضغط والذي استمر رغم محاولات إسعاف الضحية ثم تم حقنها بمادة البلازما لم يتم إزالة تجميدها بالقدر الكافي وهو ما سبب آلاماً حادة أعقبها توقف في نبضات القلب. (2) شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، مرجع سابق(ص225).

يعد من قبيل الخطأ مهما كان التقصير تافهاً إذ أن الوفاء الناقص لا يعد وفاءً بصرف النظر عن مقدار النقص⁽¹⁾، حيث بذلك يكون هناك حماية لمصالح المريض من تعسف الأطباء خوفاً من تذرعهم بأن هذه الأخطاء بسيطة، في المقابل يجعل ذلك محفزاً للأطباء لبذل مزيد من الجهد الحيلة والحذر في تعاملهم في هذه المهنة متابعة مستجدات الطب عبر التعلم المستمر والتطوير الدائم لخبراتهم.

وهذا ما سارت عليه محكمة الاستئناف الفلسطينية في حكمها بأن "التزام الطبيب هو التزام ببدل عناية فيسأل عن كل خطأ سواء جسيماً أم يسيراً طبقاً للأصل العام بمعنى يسأل عن خطئه أيا كان درجة هذا الخطأ"⁽²⁾.

أنواع الخطأ الطبي في الشريعة الإسلامية:

جاء في الفقه الإسلامي تقسيم الخطأ بصورة عامة على قسمين أجمع عليهم الفقهاء وهي⁽³⁾:

1- خطأ في الفعل: وهو أن يرمي صيدا أو هدفاً فيصيب آدمياً.

2- خطأ في القصد: وهو أن يرمي أحدهم ما يظنه صيداً فيقتل إنساناً.

ومن خلال ذلك يمكن استنتاج أن أنواع الأخطاء الطبية في الشريعة الإسلامية تكون نوعين هما الأخطاء العادية والأخطاء الفنية، فالأخطاء العادية هي الأخطاء بصورتها العامة والتي سبق ذكرها، ومن الممكن أن تقع من عامة الناس سواء الطبيب أو غيره، أثناء حياتهم اليومية دون أن يكون لها علاقة مباشرة بأصول المهنة.

أم النوع الثاني وهو الأخطاء المتعلقة بأصول المهنة وعرفها، حيث استدلت بعض فقهاء الشريعة الإسلامية على أن المعالج إذا خرج عن الأصول المألوفة والمتبعة في عرف المهنة ورتب ضرراً على المريض يكون عليه الضمان حيث يقول الإمام ابن قدامة "فأما إن كان حاذقاً، وجنت يده مثل أن تجاوز قطع الختان إلى الحشفة أو إلى بعضها، أو قطع في غير محلّ القطع، أو يقطع السلعة من إنسان فيتجاوزها، وأشبه هذا ضمن فيه كله، لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ، فأشبهه إتلاف المال، ولأنّ هذا فعل محرّم فيضمن سرايته كالقطع ابتداءً، ولا نعلم فيه خلافاً"⁽⁴⁾.

(1) الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجرحين المدنية، مرجع سابق (ص 140 وما بعدها)، ونفس المعنى عند قايده، المسؤولية الجنائية للطبيب، مرجع سابق (ص 278)، حنا، الخطأ الطبي الجراحي، مرجع سابق (ص 188).

(2) حكم محكمة الاستئناف القدس المنعقدة في رام الله، رقم 2010/344، استئناف مدني، صدر بتاريخ: 2011/2/16م.

(3) بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، (ج 5/25). الزركشي، شرح الزركشي (ج 6/58). الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (ج 4/2871).

(4) قدامة، المغني لابن قدامة (ج 5/398).

كما يمكن الاستدلال بذلك بقول الامام الشافعي "وإذا أمر الرجل أن يحجمه أو يختن غلامه أو يبتر دابته فتلقوا من فعله فإن كان فعل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه وإن كان فعل ما لا يفعل مثله من أراد الصلاح وكان عالماً به فهو ضامن"⁽¹⁾.

حيث أن تجاوز الطبيب حد القطع في الختان أو قطع السلعة هي أخطاء من صميم مهنة الطب ومرتبطة مباشرة بضرورة اتباع الأصول المهنية المتبعة والمعروفة في المهنة، وهي أمثلة على الأخطاء الفنية التي يجب على الطبيب أن يتوخى الحيطة والحذر في أثناء ممارسة مهنته لتجنب الوقوع فيها.

الفرع الثالث: صور الخطأ الطبي.

لم يرد في قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م الساري في قطاع غزة صور للخطأ بشكل عام في نص مادة واحدة كما أوردها قانون العقوبات الأردني الساري في الضفة الغربية بقوله "تعد الجريمة مقصودة وإن تجاوزت النتيجة الجرمية الناشئة عن الفعل قصد الفاعل إذا كان قد توقع حصولها فقبل بالمخاطرة، ويكون الخطأ إذا نجم الفعل الضار عن الإهمال أو قلة الاحتراز أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة"⁽²⁾، أو كما ذكرتها بعض التشريعات، فالتشريع الفرنسي نص في قانون العقوبات "على أن التسبب في قتل شخص من الغير، في الحالات المنصوص عليها في المادة (3/121) بطريق الرعونة أو الخطأ أو عدم التبصر أو الإهمال أو التقصير في الالتزام بالأمان والحيطة مما يفرضه القانون أو اللائحة، يشكل جريمة قتل غير عمدية تستوجب عقوبة الحبس لمدة ثلاث أعوام أو الغرامة 75000 يورو"⁽³⁾، ولكن هناك صور للخطأ وردت في مواد متفرقة لبعض الأفعال في القانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م، مثل الامتناع عن العناية بالخدم، ونشر الفاظ بنية الفساد، والتسبب في الموت بغير قصد⁽⁴⁾، كما ورد بعض النصوص في قانون المخالفات المدنية المعدل رقم (5) لسنة 1947م.

وقد ذكرت محكمة استئناف القدس المنعقدة في رام الله في حثيات حكم صدر عنها بقولها "وعلى ضوء ما تقدم فقد ثبت أولاً صورة الخطأ من قبل المستأنف عليه الثاني الطبيب الجراح

(1) الشافعي، الأم (ج/6/185).

(2) قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960م، المادة(64).

(3) قانون العقوبات الفرنسي، المادة (6/221)، كذلك نص قانون العقوبات السوري، المادة 189: "يكون الخطأ إذا نجم الفعل الضار عن الإهمال أو قلة الاحتراز أو عدم مراعاة الشرائع والأنظمة"، وانظر أيضاً قانون العقوبات المصري، في المواد(139،147،360)، 163،244

(4) انظر للمزيد قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م، المواد: (61-118-138-195-187-195-232-243-246-247) وقانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960م: المواد(374-343-383).

من خلال ثبوت الإهمال وقلة الاحتراز وعدم مراعاة الأنظمة والقوانين في نسيان قطعة شاش في بطن المريضة وبالنتيجة وعلى ضوء ثبوت واقعة المسؤولية الطبية فإن هناك حقيقة ضرر قد حصل للمريضة المستأنفة⁽¹⁾.

أولاً: الإهمال⁽²⁾:

ويقصد بالإهمال بشكل عام إغفال الجاني عما كان يجب عليه اتخاذه من واجبات الحيطة والحذر، وما تمليه عليه قواعد الخبرة الإنسانية، من أجل منع وقوع نتيجة ضارة⁽³⁾، ويمكن تسميته بالخطأ عن طريق الامتناع⁽⁴⁾.

وقد نص عليه قانون المخالفات المدنية بأن الإهمال يتألف من:

- أ- إتيان فعل لا يأتيه شخص معتدل الإدراك ذو بصيرة في الظروف التي وقع فيها الفعل، أو التخلف في إتيان فعل لا يتخلف مثل هذا الشخص في إتيانه في الظروف التي وقع فيها التقصير.
- ب- التخلف في استعمال الحدق أو اتخاذ الحيطة في ممارسة مهنة أو حرفة أو صناعة مما يستعمله أو يتخذه الشخص المعتدل الإدراك ذو بصيرة من ذوي الكفاية في تلك المهنة أو الحرفة أو الصناعة في مثل تلك الظروف، بالنسبة لشخص آخر يكون الشخص الذي أتى الفعل أو التخلف عن إتيانه أو عن استعمال الحدق أو اتخاذ الحيطة على النحو المشار إليه أعلاه، مديناً له بواجب يقضى عليه أن لا يأتي ذلك، أو أن يتخلف عن إثباته، أو عن استعمال الحدق أ، اتخاذ الحيطة، حسب مقتضى الحال⁽⁵⁾.

(1) حكم محكمة استئناف القدس المنعقدة في رام الله: رقم 2010/344 استئناف مدني، صدر في تاريخ: 2011/2/16، منشور على موقع المقتفي.

(2) وقد ذكرته المادة(243) من قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936م، تحت عنوان أفعال الطيش والإهمال. كل من أتى فعلاً من الأفعال الآتية بطيش أو إهمال من شأنه أن يعرض حياة إنسان للخطر أو بصورة يحتمل معها أن يلحق ضرراً بشخص آخر، أي:

ه- عالج شخصاً أخذ على نفسه معالجته معالجة طبية أو جراحية.

و- صرف أو قدم أو باع أو ناول أي شخص علاجاً أو مادة سامة أو خطيرة.

ز- ارتكب فعلاً يتعلق بالآلات عهد بها إليه كلياً أو جزئياً أو أغفل اتخاذ الحيطة اللازمة لتلافي ما قد ينجم عنها من الأخطار.

(3) شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، مرجع سابق (ص204)، القاضي، الامتناع عن علاج المرضى، مرجع سابق(ص242).

(4) السراج، شرح قانون العقوبات القسم العام- الجزء الأول- نظرية الجريمة (ص159).

(5) قانون المخالفات المدنية المعدل: رقم(5) لسنة 1947م، المادة 50 .

فالإهمال يعتبر موقف سلبي يسلكه الجاني ويكون مخالفاً لواجبات الحيطة والحذر والعناية الواجب اتخاذها في مثل ظروفه⁽¹⁾، وهو تصرف إرادي بصورة خاطئة أدّى إلى نتيجة ضارة توقعها الفاعل أو كان عليه أن يتوقعها، ولكنه لم يقصد إحداثها ولم يقبل وقوعها⁽²⁾.

وبالتالي يكون الإهمال في المجال الطبي عند تقاعس الطبيب في التدخل العاجل لإنقاذ حياة المريض المصاب والتي تستدعي حالته تدخل علاجي بشكل سريع، ويُترك هذا المريض المصاب حتى تتفاقم حالته، فيكون الطبيب في هذه الحالة قد اتخذ موقفاً سلبياً بالامتناع أو التقاعس عن تقديم العلاج.

وقد يرجع الإهمال نتيجة تقصير في توقع النتيجة وتقديرها، فلا ينصرف الفاعل إلى السبيل الذي يتيح أن يبرر به الضرر الذي كان متحسباً أو مقدراً حسب المجري العادي للأمر، وهو ينطوي على تراخي في التنبه كان من الممكن تجنبه لو اجتهد الفاعل بالسلوك المناسب، ولا يجوز أيضاً أن يتذرع بحسن النية ليدفع المسؤولية عن نفسه⁽³⁾، وهو سلوك سلبي لنشاط إيجابي غاب عنه الاحتياط الذي كان يتعين اتخاذه بوجبه الحذر على كل من كان في مثل ظروفه لتلافيه والحيلولة دون وقوع النتيجة الإجرامية⁽⁴⁾.

وقد قررت محكمة الاستئناف العليا بغزة في حكم صادر عنها بقولها ".... والثابت أن ما وقع من إهمال نتج عنه الضرر كان ذلك الإهمال الذي أشارت عليه الفقرة المذكورة، يؤكد ذلك كتاب مدير عام التفيتش في وزارة الصحة من أن التلوث الذي حدث في غرفة العمليات هو السبب في الإصابة التي لحقت بالمستأنف وبالتالي يكون هذا الإهمال سبب الإصابة ولولا وجوده لما كان هناك ضرر وبالتالي فإن هذا الإهمال واضح طبقاً لهذه التقارير والمكاتبات الرسمية...."⁽⁵⁾.

وجاء في حكم آخر " من كل ذلك نجد أن المدعي عليه (الطبيب) قد جاوز الأصول الطبية في العلاج للمدعي عندما قام بعمل عملية لإزالة الزائد الدودية وهو يعلم علم اليقين أن الزائدة الدودية قد تم استئصالها في المستشفى الحكومي، الأمر الذي يجد أنه لا يتفق مع الأصول الطبية ويشكل خطأ طبي يكون المدعي عليه (الطبيب) مسؤول عنه كونه يعمل تحت إشراف المستشفى الأهلي وتحت إمرته وإدارته يكون بالتالي المستشفى مسؤول أيضاً عن تصرفات هذا

(1) القاضي، الامتناع عن علاج المريض، مرجع سابق (ص242).

(2) شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية دراسة مقارنة، مرجع سابق (ص204).

(3) النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي...، مرجع سابق (ص190).

(4) مصطفى، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية (ص515).

(5) محكمة الاستئناف العلنا بغزة، رقم 2001/95، جلسة يوم: 2002/6/19م، منشور على موقع المقتفي.

الطبيب وما نجم عن إضرار للمدعي نتيجة هذا الإهمال والخطأ الجسيم الذي تسبب به للمريض⁽¹⁾.

ثانياً: الرعونة.

يقف مفهوم الرعونة عند سوء التقدير والخفة ويعنى اصطلاحاً عدم الحذر ونقص الانتباه أو نقص المهارة، ويتحقق الخطأ في الرعونة بفعل أو بترك، ولكن الصورة الغالبة لها تقع بفعل إيجابي دون الالتزام بالمقومات الأساسية التي تبسط قواعد مباشرته وتوضح مبادئ الأمان عند القيام به، ومن ثم تفادي الأضرار الناتجة عن اتيانه، وهي في فقه القانون العام التهور وإتيان سلوك متسرع⁽²⁾.

إن الرعونة كصورة للخطأ الغير عمدي لم يذكرها المشرع الفلسطيني سواء في قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م الساري في قطاع غزة أم قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960م الساري في الضفة الغربية، وإن كان قد ذكرها من حيث المعنى⁽³⁾، وهي اتخاذ مسلك معين دون مراعاة القواعد التي توجبها الأصول الفنية في مواجهة هذا المسلك، وتعنى في اللغة التصرف بطيش وهي ترجمة غير دقيقة لكلمة (Maladresse) أي سوء التقدير أو نقص الحذر والدراية في أمور فنية كالطبيب والمهنة الفنية⁽⁴⁾.

كما أن الرعونة تخلو من الاتجاه الارادي نحو نتيجة السلوك بأي شكل كان، كما أنها لفظ يشعر بالطيش والخفة ويراد به سوء التقدير أو نقص المهارة أو الجهل ، فالفاعل يتحقق لديه الجهل أو غلط ينصب على واقعة أو على ظروفها ويتمثل خطؤه في أنه أهمل في اكتساب العلم الضروري اللازم بهذه الواقعة والظروف لتجنب الضرر⁽⁵⁾.

ومن التطبيقات القضائية في فرنسا أنه حكم على طبيب بارتكاب جريمة القتل الخطأ بسبب رعونته، وعدم احتياطه في حادثة قتل مولود، أثناء قيامه بتوليد سيدة تسبب في إصابة الولود بكسر في رأسه بسبب استعماله جفت الولادة بطريقة خاطئة، وقد تبنت التقارير الطبية في هذه الحالة أن

(1) محكمة استئناف القدس المنعقدة في رام الله، رقم 2011/6، 2011/9، استئناف مدني، بتاريخ 2011/2/14، منشور على موقع المقتفي.

(2) عبد المحسن، الخطأ الطبي والصيدلي "المسؤولية الجنائية" (ص122)، شديقات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، مرجع سابق (ص206)، حسنى، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق (ص651).

(3) نصت المادة (231) من قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936م على أنه "يترتب على كل شخص أخذ على عهده في غير الحالات الاضطرارية إجراء عملية جراحية لشخص آخر أو معالجة طبية أو القيام بأي فعل مشروع من الأفعال الخطرة أو التي يحتمل أن تكون خطرة على الحياة أو الصحة أن يكون مالكاً مقداراً معقولاً من المهارة وأن يعتني العناية المعقولة لدى قيامه بذلك الفعل ويعتبر مسؤولاً عما يصيب حياة أو صحة ذلك الشخص بسبب تركه القيام بذلك الواجب".

(4) عامر، قانون العقوبات - القسم العام (ص222).

(5) سلامة، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق (ص318)، القاضي، الامتناع عن علاج المرضى، مرجع سابق (ص244).

العلامات الحيوية للمولود كانت جيدةً بعد ولادته، ولكن النزيف الناتج عن الجرح هو الذي أدى إلى موته⁽¹⁾.

وكذلك إذا أصيب المريض بحروق جلدية بسبب حدوث ماس في أسلاك التيار الكهربائي الموصل في طاولة العمليات بسبب خطأ الممرضة، فإن المسؤولية تشمل المستشفى والجراح الذي أجري العملية إذ أن الإشراف على الأجهزة الطبية وصيانتها هو من مهام إدارة المستشفى، كذلك الجراح الذي كان يجب عليه أن يحتاط ويحرص على سلامة الأجهزة وكذلك يكون مسؤولاً لو أجري العملية في الفخذ الأيمن بدلاً من الأيسر وكان عليه الرجوع إلى تذكرة المريض للتأكد قبل إجراء العملية⁽²⁾.

إن الرعونة في المجال الطبي تتمثل عند قيام الطبيب بعمل وهو يعلم أنه لا يملك المهارة اللازمة لإنجاز هذا العمل بالشكل الصحيح والمتفق عليه مع الأصول الثابتة في علم الطب، ولا يمتلك المهارة العلمية لتجنب مخاطر قد تنشئ نتيجة هذا الفعل، مثل قيام الطبيب بإجراء عملية لاستئصال اللوزتين، على الرغم أنه لم يكتسب المهارة الفنية والعلم الكافي للقيام بهذه العملية، وبالتالي فإنه ستحمل عواقب ما سوف تؤول إليه من نتائج، حيث يعتبر من الأمثلة على ذلك خطأ الطبيب الجراح عند إجرائه لعملية جراحية ونسي بعد الانتهاء من العملية أداة جراحية أو غير ذلك داخل جوف المريض، أو أن يعطى طبيب التخدير جرعة من المخدر زيادة عن الجرعة المحددة حسب الأصول العلمية.

إن عدم الالتزام بالمقومات الأساسية المتفق عليها في قواعد الطب، وكما هي موثقة في المراجع العلمية المتخصصة والمدونات الطبية الأساسية، وعدم إتباع ما ألفه العرف الطبي المستقر في المجال الطبي يعد تقصيراً وتنتهي عليه مسؤولية الطبيب⁽³⁾.

ثالثاً: عدم الاحتراز.

اصطلح على تسميته في الفقه الخطأ غير العمدي البصير، أو الخطأ مع التوقع⁽⁴⁾، أو الخطأ عن طريق النشاط الايجابي⁽⁵⁾، ويتحقق في حال كان الجاني قد توقع النتائج الضارة التي ترتبت على فعله ومع ذلك لم يتخذ الاحتياطات اللازم التي من شأنها الحيلولة جون حدوث هذه النتيجة

(1) أشار إليه: لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، مرجع سابق (ص88).

(2) الطباخ، جرائم الخطأ الطبي، مرجع سابق (ص26).

(3) عبد المحسن، الخطأ الطبي والصيدلي "المسؤولية الجنائية" (ص122).

(4) المرجع السابق (ص122).

(5) السراج، شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق (ص159).

الضارة، حيث أن مؤدى عدم الاحتراز أنه فعل ينطوي على نشاط إيجابي يقوم به الجاني يدل على عدم التبصر أو عدم التبصر أو عدم تدبير العواقب⁽¹⁾.

والعمل الايجابي يقوم على حركة عضوية شاءها من قام بها فإذا اقترنت هذه المشيئة بإرادة حدوث الضرر كان العمل الايجابي خطأ مقصوداً، وإن غابت الإرادة كان العمل غير مقصود، بمعنى أن فاعله شاء الفعل من غير ان تتجه إرادته إلى تحقيق النتيجة⁽²⁾.

ويتحقق عدم الاحتراز بنشاط إيجابي يحمل مقومات الاخلال بواجبات الحيطة والحذر، كما لو قام جراح العيون بإجراء عملية في العينين معاً في وقت واحد مع عدم الحاجة إلى الاسراع في إجراء الجراحة في ظل الظروف والملابسات المشار إليها في التقارير الفنية، ودون اتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة لتأمين نتيجتها والتزام الحيطة الواجبة التي تتناسب مع طبيعة الاسلوب، فعرض المريض بذلك لمضاعفات أدت إلى فقدان المريض لبصره، فإن هذا الضرر الثابت من الخطأ يكفي لمحاسبة الجراح⁽³⁾.

رابعاً: عدم مراعاة واتباع القوانين والأنظمة واللوائح⁽⁴⁾:

وهي صورة مستقلة من صور الخطأ الغير عمدى، ويعد مقترفاً مسؤولاً عن ما ينتج من نتائج ضارة لاقتراه الفعل ، ولو لم يكن أسناد أيه صورة أخري للخطأ⁽⁵⁾، ويتمثل في مخالفة الطبيب للقوانين والأنظمة واللوائح المتبعة في تنظيم العمل الطبي، فيسأل عن النتيجة الغير مشروعة التي وقعت نتيجة لعدم الالتزام بالقوانين والأنظمة وتشمل هذه المخالفة بالامتناع عن أمر كان يجب القيام به أو الاقدام على سلوك محظور كان يجب الامتناع عنه⁽⁶⁾.

(1) شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، مرجع سابق (ص 207).

(2) النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي...، مرجع سابق (ص 193).

(3) أشار إلى هذا الحكم: عبد المحسن، الخطأ الطبي والصيدلي، مرجع سابق (ص 123).

(4) القانون هو مجموعة القواعد الصادرة عن السلطة التشريعية في الدولة بصفتها صاحبة الاختصاص الأصلي في سن القوانين، ويأتي في المرتبة الثانية من حيث تدرج القواعد القانونية بعد الدستور، أما اللوائح والقرارات التنظيمية تعتبر المصدر الثالث من مصادر المشروعية المكتوبة، وهي التشريع الفرعي ومن ثم فهي قواعد عامة ومجردة تصدر عن السلطة التنفيذية ، وتنقسم اللوائح إلى طائفتين، الأولى تصدر في الظروف العادية ومنها اللوائح التنفيذية وهي التي تصدر من السلطة التنفيذية وبعبارة أدق من السلطة الإدارية بناء على قانون معين تنفيذاً له وتفصيلاً لما أجمل، واللوائح المستقلة وهي التي تقوم بذاتها حيث تصدرها السلطة الإدارية بدون الاستناد في خصوصها على تشريع قائم حيث لا يوجد في مجالها قانون محدد تخضع له، وعليها فإنها تصدر لتنظيم بعض المسائل بصفة مستقلة ومثالا لوائح إنشاء وتنظيم المرافق العامة ولوائح الضبط الإداري هي مجموعة التدابير القانونية أو المادية التي تصدر عن السلطة الإدارية بما تملكه من سلطة عامة وتقصدت ورائه تنظيم النشاط الخاص للأفراد من أجل وقاية النظام العام في المجتمع. للمزيد أنظر: غانم، القضاء الإداري (ص 81 وما بعدها).

(5) حسنى، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق (ص 632).

(6) مصطفى، النظام القانوني لزراع الأعضاء البشرية، مرجع سابق (ص 522).

إن اتباع القوانين والأنظمة واللوائح لا تعتبر دفع مسؤولية الجاني عن النتيجة غير المشروعة إذا كان وقوعها نتيجة إهماله أو قلة احترازه، فانتفاء الخطأ الخاص لا يحول دون ثبوت وتحقق الخطأ العام⁽¹⁾.

إن عدم اتباع القوانين والأنظمة واللوائح لا يكفي وحدها لأثبات الخطأ، ولكن في حال توافرت الصورة العامة كالإهمال وقلة الاحتراز فإن القاضي هو الذي يقرر توافر الخطأ، وبالتالي يتعين عليه أن يثبت توافر التوقع ووجوبه على الفاعل لكي يتوافر الخطأ⁽²⁾.

فالمشرع المصري عدد كل صورة من صور الخطأ في قانون العقوبات، واعتبر كل صورة منها خطأً مستقلاً بذاته تترتب عليه مسؤولية فاعله ولو لم يقع معه خطأً آخر، وهذا ما أكدته حكم لمحكمة النقض المصرية بقولها أنه يمكن اعتبار عدم مراعاة القوانين والقرارات واللوائح خطأً مستقلاً بذاته في جرائم القتل والإصابة بطريق الخطأ، إلا أن هذا مشروط بأن تكون هذه المخالفات سبب الحادثة بحيث لا يتصور وقوعها لولاها⁽³⁾.

وفي هذا الخصوص نجد أن الشريعة الإسلامية له نفس الموقف من ذلك، حيث اتفق الفقهاء على عدم خروج الطبيب عن الأصول العلمية بقولهم " أما إذا كان الطبيب حاذقاً وجنت يده، مثل أن يتجاوز القطع، أو يقطع في غير المحل، أو يقطع في آلة يكثر إيلاها، أو يقطع في وقت لا يصح فيه القطع، ضمن، لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ فأشبهه إتلاف المال، ولأنه فعل محرم فيضمن سرايته"⁽⁴⁾.

ويحرم شرعاً على الأطباء ومساعدتهم اتباع أي نظرية اعتذرت الجهات العلمية عن تسجيلها والاعتراف بها لأسباب فنية توجب ردها، وإذا قاموا بتطبيقها وحدث الضرر المتوقع، فإنهم يُعتبرون أئمين شرعاً، وللقاضي أن يحكم بخروجهم عن الأصول العلمية ويلزمون بالضمان⁽⁵⁾.

ومن هنا نستنتج على وجوب أن يعمل الطبيب وفق الأصول العلمية المتبعة في مهنة الطب، وأن مخالفة هذا الأمر سوف يترتب عليه الضمان، لذلك وجب على الأطباء والعاملين في المجال الطبي مواكبة التطور العلمي والتكنولوجي، والبحث المستمر والاطلاع الدائم على المجالات والأبحاث العلمية التي تختص في العلوم الطبية، لتجنب أي أخطاء ربما نوهت إليه الأبحاث

(1) السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات الأردني (ص246).

(2) حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق (ص632)، شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، مرجع سابق (ص210).

(3) أشار إليه: مصطفى، النظام القانوني لزراعة الأعضاء البشرية، مرجع سابق (ص524)، و شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، مرجع سابق (ص210).

(4) قدامة، المغني (ج395/5)، الشافعي، الأم (ج166/8).

(5) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مرجع سابق (ص475).

والدراسات أو ذكرت طرق جديدة للعلاج، ويقع أيضا على عاتق وزارة الصحة متابعة هذا الأمر من خلال إعداد الدورات العلمية والندوات المستمرة لرفع كفاءة الكوادر الطبية بما يواكب التطور العلمي في العلوم الطبية، وهذا ما أكدته قانون الصحة العامة على أن يقع على عاتق وزارة الصحة إدارة المؤسسات التعليمية التابعة لها والعمل على تحديث وتطوير الخدمات الصحية⁽¹⁾، وكذلك نص قانون المجلس الطبي على أن من أهداف المجلس الطبي رفع المستوى العلمي والعملية للأطباء العاملين في مختلف الفروع الطبية وذلك بالتعاون مع المؤسسات التعليمية وبجميع الوسائل⁽²⁾.

(1) قانون الصحة العامة: رقم (20) لسنة 2004، المادة (2/الفقرة6).

(2) قانون المجلس الطبي: رقم (1) ، لسنة 2006، المادة(4)، وللمزيد انظر في نفس القانون المادة(5).

المطلب الثاني

معيار تقدير الخطأ الطبي

إن طبيعة الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب هو التزام ببذل العناية من حيث الأصل، من خلال أن يبذل الجهود الصادقة واليقظة التي تتفق مع الأصول العلمية الثابتة في مهنة الطب من أجل تحسين حالة المريض والوصول إلى الشفاء.

ومن أجل معرفة متى يخلُ الطبيب بالالتزام الذي يقوم به لا بد من تقدير سلوكه لمعرفة إذا كان هناك خطأ طبي نتج عنه أثناء قيامه بتنفيذ التزاماته، أم إن ذلك مجرد أمر بسيط يقع فيه أي طبيب آخر وبالتالي لا يُسأل عنه، لذلك لا بد من معيار ضابط محدد نقيس به سلوك الطبيب وتقدير الخطأ الطبي الناتج عنه.

إن المعيار في المسؤولية العقدية يتلاقى مع معيار المسؤولية التقصيرية، حيث يطلب من الطبيب بذل العناية الفنية التي تقتضيها أصول المهنة فإن هذا السلوك الفني المألوف من جل من أوسطهم علماً وكفاية ويقظة، فالانحراف عن هذا المعيار سواء كانت المسؤولية عقدية أم تقصيرية يعتبر خطأ مهنيًا⁽¹⁾.

الفرع الأول: المعيار الشخصي في تقدير الخطأ الطبي.

إن المعيار الشخصي يتحدد وفقاً لأنصار هذا المعيار في نطاق شخص الفاعل نفسه (الطبيب) على أساس النظر في شخص الفاعل وظروفه الخاصة، فإذا تبين بالمقارنة بين ما صدر منه من سلوك مشوب بالخطأ، وبين ما اعتاد اتخاذه من سلوك في نفس الظروف أنه هبط بالحيطه والحذر اعتبر مخطئاً⁽²⁾.

إن المعيار الشخصي يستلزم تقصياً ذاتياً ينفذ إلى دخائل المدعي استخلاصاً لصفاته الخاصة واستدلالاً على ما انتاب ضميره أو دار في ذهنه أو جال في مخيلته عند اقدامه على الفعل الضار، فيوجب هذا الاستدلال إلى تصور ما يجب أن يكون عليه سلوكه في الواقعة الضارة⁽³⁾.

ويقوم المعيار الشخصي على مقارنة ما وقع من الطبيب بمسلكه العادي، فإذا تبين أنه كان يستطيع أن يتقادم الفعل الضار المنسوب إليه ولم يفعل اعتبر الطبيب مقصراً في ذلك ويتحمل مسؤولية هذا الضرر⁽¹⁾.

(1) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام (ص 822).

(2) حسنى، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق (ص 426)، وشديقات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، مرجع سابق (ص 211).

(3) النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي...، مرجع سابق (ص 136).

إن المعيار الشخصي يقوم على أساس العدالة الشخصية للطبيب حيث يتحمل كل طبيب مسؤولية أفعاله التي يقتربها وفي حدود استطاعته كون أن هذا المعيار يقيس مستوى الخطأ الطبي بمقياس شخصي بمعنى بمقدار مستوى وفطنة وقدرة الطبيب العلمية والعملية التي يمتلكها بمدى ارتكابه للخطأ عند مخالفة ما يمتلكه من علم ومعرفة، وعلى الرغم من ذلك إلا أن هذا المعيار لا يصلح أن يكون مقياس وضابط للخطأ الطبي بشكل مستقل وعام، فقد وجهت إليه العديد من الانتقادات من بعض الفقهاء والتي قيلت فيه وهي:

1- إن الطبيب قد يكون على درجة كبيرة من اليقظة، بحيث يعتبر أقل انحراف في سلوكه خطأ، وقد يكون دون المستوى العادي فلا يعتبر مخطئاً إلا إذا كان الانحراف في سلوكه كبيراً وبارزاً⁽²⁾.

2- إن هذا المعيار يكافئ من اعتاد على التقصير والإهمال بعدم المحاسبة على تقصيره، كما يؤدي إلى مجازاة من اعتاد اليقظة على أقل هفوة من الهفوات⁽³⁾.

3- صعوبة تطبيق هذا المعيار إذ أن التقصي الذي يستلزمه ليس سهلاً، وليست نتيجته دقيقة في كل مرة، وقد تختلف النتيجة من شخص لأخر⁽⁴⁾.

4- لا يصلح هذا المعيار لتقدير السلوك المنحرف للطبيب لأنه يتطلب قياس الانحراف بالنظر إلى ذات الشخص ونفسيته الداخلية والشخصية و قدراته وما به من يقظة وفطنة ويترتب عليه أنه لا يمكن إلزام شخص مهمل أو مستهتر بالتعويض طالما ضميره لا يؤلمه وأنه تصرف طبقاً لما تمليه عليه عاداته وطبيعته⁽⁵⁾.

يتضح من هذا المعيار أنه ينظر إلى شخص الطبيب وتصرفه الخاطئ في حد ذاته، وليس إلى مضمون العمل وفحواه ولا إلى الضرر الناتج من عمله لتحديد هل كان ما قام به الطبيب عمل خاطئ يوجب المسائلة أم لا، وبالتالي فإننا نبحث في سلوك الطبيب وتصرفه عند قيامه بالعمل من خلال قياس هذا السلوك على ما اعتاد القيام به في مسيرته العملية وبالتالي يقع الظلم على الفئة ذات المهارة العليا والتي اعتادت الحيطة والحذر في نشاطها، في المقابل عدم محاسبة الطبيب صاحب المستوى المتدني كون أن مستواه الفني قليل بما يتناسب مع علمه وخبراته.

(1) حنا، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق (ص280).

(2) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق (ص779).

(3) حنا، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق (ص280).

(4) النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي...، مرجع سابق (ص136).

(5) حسنى، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق (ص426).

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي في تقدير الخطأ الطبي.

إن المعيار الموضوعي (المجرد) هو الذي يتخذ من سلوك الشخص العادي مقياساً للسلوك الواجب اتباعه، وهذا الشخص هو الرجل الوسط الذي يمثل سواد الناس أي أنه الرجل المتبصر اليقظ، فلا هو بالغبي الجاهل ولا هو بالشديد اليقظ الحريص، وهو شخص عرفه القانون الروماني برب الأسرة العاقل⁽¹⁾.

وينطبق هذا المعيار على حد سواء في مجال الالتزام ببذل العناية على الخطأ التقصيري وكذلك الخطأ العقدي، الذي يقوم على مقارنة سلوك الفاعل (الطبيب)⁽²⁾.

كما يتحدد في نطاق الشخص المعتاد الموجود في الظروف نفسها الواقعة التي وُجد فيها الفاعل، فإذا تبين من المقارنة بين ما صدر عن المتهم من سلوك مشوب بالخطأ وبين ما يمكن أن يصدر عن الشخص المعتاد أي متوسط الحيطة والحذر في الظروف نفسها إن لم يراع الحيطة والحذر اعتبر الفاعل مخطئاً، أما إذا أثبت نفس القدر الذي يتخذه الشخص المعتاد من الحيطة والحذر وهو الشخص الذي يقدر الأمور ويتصرف في مواجهتها على النحو المألوف المتفق مع الخبرة الإنسانية العامة تعذر إسناد الخطأ إليه⁽³⁾.

أن هذا المعيار قد وضع مثال الشخص البصير اليقظ مثلاً يقاس عليه وبالتالي فإنه قد يترتب عليه أن تُشدد الالتزامات التي يجب على الأطباء أن يقوموا بها قياسياً بالرجل اليقظ، وهذا يسمح باتساع نطاق دائرة الأخطاء الطبية عند تطبيق هذا المعيار، وخصوصاً لو نظرنا إلى مستوى الأطباء قد نجد الغالبيةظمي منهم ذات المستوى المتوسط وهذا ما سيحملهم أكثر من طاقتهم.

كما نجد أنه من السهل واليسير تطبيق المعيار الموضوعي من خلال تلمسه باستعراض جميع صفات الشخص العادي، وهي ليست مما لا يُعرف أو يلاحظ بالمشاهدة أو التجارب فيكون للقاضي أن يتمثلها في ذهنه من خلال عوامل يستمدّها من نظرته إلى الإنسان في بيئته ومجاله ونشاطه واختصاصه وبالرجوع إلى الاعراف السائدة والعادات⁽⁴⁾.

وقد أكد بعض الفقه بضرورة الأخذ في الاعتبار الظروف الخارجية التي تحيط بالشخص المسؤول ومثال على ذلك العمل بسرعة في بعض الحالات التي تستلزم ضرورة ذلك، أو العمل بدون معاونة الزملاء مما يوجب أن تتاح معه للطبيب بعض التصرفات لو وقعت منه في الظروف

(1) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق (ص 821).

(2) حنا، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق (ص 281).

(3) لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، مرجع سابق (ص 217).

(4) النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي...، مرجع سابق (ص 135).

العادية لعدت خطأً موجب للمسؤولية⁽¹⁾، أما الظروف الداخلية فلا اعتبار لها في المعيار الموضوعي، كقدراته الشخصية ودرجة يقظته وظروف سنه وتعلمه وصحته⁽²⁾.

اتجه القضاء الفرنسي والمصري على اعتماد المعيار الموضوعي في تقدير الخطأ الطبي حيث عبرت المحكمة الإدارية العليا عن هذا المبدأ، بأن واجب الطبيب في بدل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ في مستواه المهني علماً ودرايةً، وفي مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول أثناء ممارسته لعمله، ملحوظاً في ذلك كله تقاليد المهنة، والأصول العلمية الثابتة، فإذا انحرف الطبيب عن أداء هذا الواجب فعندئذ يعد انحرافه خطأً يستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق بالمريض⁽³⁾.

إن المشرع الفلسطيني سار عن نهج القضاء المصري والفرنسي، فقد تبنى في العديد من أحكامه المعيار الموضوعي في تقدير الخطأ الطبي، فقد جاءت أحكام محكمة الاستئناف القدس المنعقدة في رام الله بقولها "الاخلال بالتزام قانوني وتكون التزاماً ببذل العناية أي (بوسيلة) وهو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر الغير فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف كان هذا الانحراف خطأً يستوجب مسؤولية تقصيرية وهذا ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية في العديد من قراراتها بمعنى معيار الخطأ هو الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي، وهذا الخطأ هو الذي يتصل بالأصول الفنية للمهنة وقد أسماه البعض الخطأ المسلكي"⁽⁴⁾، كما جاء في حكم آخر لمحكمة الاستئناف في رام الله بقولها "إن التزام الطبيب غالباً هو التزام بدل عناية لا بتحقيق غاية، لأن المطلوب منه ممارسة مهنته بعناية وحذر ويقظة من أوسط أقرانه علماً ودراية في الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد وأنظمة المهنة والأصول العلمية الثابتة المعتمدة.... وإنما المعيار في تقدير خطأ الطبيب وتعيين مدي واجباته يكون بمقارنة مسلك طبيب عادي إذا وجد في مثل هذه الظروف"⁽⁵⁾.

(1) حنا، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق (ص283) ، وقد عرف الظروف الخارجية هي ما ليس خاصاً لشخص مرتكب الفعل الضار، أو ما ليس من خصائصه ومميزاته الطبيعية.

(2) منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق (ص18) ، وقد عرف الظروف الداخلية: الظروف الظاهرة للمأب حيث يعرفها الناس بغير حاجة إلى معاملة الفاعل وفحص نيته، جاء هذا التعريف في: لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، مرجع سابق (ص228).

(3) للمزيد حول موقف القضاء الفرنسي والمصري انظر: حنا، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق (ص292).

(4) حكم محكمة الاستئناف القدس المنعقدة في رام الله في القضية رقم 2010/358، صادر بتاريخ 2011/1/19، منشور على موقع المقتفي.

(5) حكم محكمة الاستئناف في رام الله- رقم القضية 2010/344، صادر في تاريخ 2011/2/16، منشور مع موقع المقتفي.

وفي حكم آخر لمحكمة الاستئناف العليا في غزة قررت بأن "... وحيث أن من ارتكب هذا الفعل وعلى الوجه السالف ذكره قد تخلف عن استعمال الحذق والحيلة في ممارسة المهنة بقدر معتدل من الإدراك من ذوي الكفاءة في تلك المهنة أو الحرفة أو الصنعة في مثل هذه الظروف فقد بات هذا الإهمال واضحاً لا يأتيه الشخص العادي الذي يفترض فيه أن تصرفاته وحذقه وبصيرته يجب أن تماثل تصرف الشخص المعتدل العادي"⁽¹⁾.

أما بخصوص الطبيب المتخصص فقد قررت محكمة النقض المصرية صراحة أنه "بالنسبة للأطباء الأخصائيين يجب استعمال منتهي الشدة في تقدير أخطائهم، لأن واجبهم الدقة في التشخيص، والاعتناء، وعدم الإهمال في المعالجة"⁽²⁾، وهذا ما سارت عليه محكمة النقض الفلسطينية في أحكامها والتي اعتبرت أهمية الجراحة وصعوبتها ورغم طبيعتها من حيث التزام الطبيب وصفة المسؤولية عن الخطأ في مجالها، فإن القضاء لم يترك أي باب أو منفذ للتساهل مع الجراحين عما يقوموا به، بل على العكس كان متشدداً معهم أكثر من تشدده مع غيرهم من الأطباء ويأتي منطق تشديد القضاء في محاسبة الجراحين من أن الطبيب الجراح إنما فعلاً يتعامل مع الجسد البشري خارجاً وداخلياً، فهو بمشارطه ومباضعه وأدواته التي يمزج بها مجاهل ومعالج جسم الإنسان، فيفتح البطن ويشق الصدر ويقطع الشرايين ويصل إلى عضلة القلب، وتلايف الدماغ ومنايب الأعصاب، وأدق ما في الإنسان من صنع الله سبحانه وتعالى، كل ذلك يبرر الطلب إلى الطبيب الجراح أن يكون بالغ الحذر واليقظة والتبصر بالمخاطر التي يتعرض لها المريض"⁽³⁾.

وبالتالي نجد أن الطبيب المتخصص في علم من علوم الطب يقاس مسلكه على طبيب متخصص من نفس المجال، حتى لا يتذرع الطبيب المخطئ بأن يقاس خطأه على مسلك الطبيب العادي ويفلت من المحاسبة، وبذلك يكون ضمانته للمريض عند لجوؤه إلى الطبيب الأخصائي.

كما أن المعيار الموضوعي يعتمد كفاءة الطبيب بحيث يتم تقدير الخطأ الطبي بالقياس على سلوك طبيب آخر من نفس مستوى الطبيب الأول الذي وقع في الخطأ، كما يجب على القاضي أن يأخذ في الحسبان عند تقدير الخطأ الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب أثناء قيامه بعمله، فخطأ الطبيب الذي يعمل في مستشفى مجهز بأحدث الوسائل يختلف عن خطأ طبيب يعمل في مستشفى بدائي، كما لا بد من فحص مدي ما قام به الطبيب من اتباع القواعد والمبادئ الطبية والراسخة في علم الطب، ومن وجهة نظر الباحث نرى إلى ضرورة إتباع هذا المعيار في تحديد مدى خطأ الطبيب، كونه يقيس خطأ الطبيب بطبيب متوسط الذكاء والكفاءة وهذا من باب العدل

(1) حكم: محكمة الاستئناف العليا بغزة، رقم 95/2001، جلسة يوم: 2002/6/19م، منشور على موقع المفتي.

(2) شديقات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، مرجع سابق (ص 214).

(3) حكم: محكمة استئناف القدس المنعقدة في رام الله: رقم 2010/344 استئناف مدني، صدر في تاريخ: 2011/2/16.

عند تقييم سلوك الطبيب، وفيه حماية لحق المريض، فالمريض عند توجهه إلى المستشفى لا يستطيع أن يختار بين الأطباء ولا يستطيع أن يعرف مستوى كل طبيب، مع مراعاة الظروف الخارجية المحيطة بعمل الطبيب وتوفر الامكانيات اللازمة.

وقد انتقد البعض هذا المعيار أنه يتعارض مع روح العدالة، لأن هناك من الأشخاص لا يرقى ذكائهم واستعدادهم لبذل العناية إلى مستوى الرجل المعتاد بالمقابل بعض الأشخاص تفوق قدراتهم واستعداداتهم الطبيعة قدرات الشخص المعتاد، فيلحق بالفئة الأولى ضرر غير مسوغ، ونقلت الفئة الثانية من المسؤولية⁽¹⁾.

الفرع الثالث: المعيار المختلط في تقدير الخطأ الطبي.

وهو معيار توفيقى أخذ من المعيارين الموضوعي والشخصي، وفيه ينضبط الخطأ في حق المتهم بمطابقة سلوكه للسلوك المألوف للشخص العادي أي متوسط الذكاء، فالشخص المعتاد ليس شخصاً مجرداً بل هو من نفس الفئة الاجتماعية أو البيئة المهنية التي ينتمي إليها الطبيب المخطئ، كما ينبغي مراعاة الظروف التي أحاطت عند اقترافه الخطأ⁽²⁾.

أما بالنسبة للعنصر الشخصي يجب أن تتوافر الإمكانيات الشخصية لدى الفاعل التي تستطيع بها أن يتوقع أن فعله يمكن أن يحقق النتيجة الغير مشروعة وهو يختلف من شخص لأخر⁽³⁾.

موقف الشريعة الإسلامية من معيار الخطأ الطبي:

ما ينظم معيار الخطأ الطبي في الشريعة الإسلامية هو عرف الناس وعاداتهم⁽⁴⁾، كما أشارت القاعدة الفقهية "إن كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط فيه، ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف"⁽⁵⁾، فإذا استعمل الإنسان حقه على نحو غير معتاد في عرف الناس يتم ترتب على ذلك ضرر للغير يكون عليه الضمان، و والمقياس في ذلك هو العرف الذي يحدد كون التصرف معتاداً أو غير معتاد⁽⁶⁾، فعرف مهنة الطب هو المعيار المتبع الذي يحكم الخطأ الطبي في الشريعة الإسلامية كونه لا يوجد فيها قاعدة فقهية أو نص ناظم لهذا المعيار فهو الذي يحدد مدى تجاوز الطبيب لحدود مهنته.

(1) حنا، الخطأ الطبي الجراحي، مرجع سابق (ص221).

(2) عبد المحسن، الخطأ الطبي والصيدلي "المسؤولية الجنائية" (ص114)، حسنى، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق (ص430).

(3) عبد المحسن، مصطفى، الخطأ الطبي والصيدلي، مرجع سابق (ص114).

(4) أبو لبة، مسؤولية الطبيب بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق (ص49).

(5) السيوطي، الأشباه والنظائر (ج1/ص98).

(6) الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته (ج5/ص4871).

حيث أن القاعدة (ولا ضمان على حجام، ولا ختان، ولا متطيب، إذا عرف منهم حذق الصنعة، ولم تجن أيديهم) إذ نجد من خلال ذلك أن الفقهاء قد وضعوا شرطين ليقع الضمان على الطبيب هما:

1- أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم، ولهم بها بصارة ومعرفة.

2- أن لا تجني أيديهم، فيتجاوزوا ما ينبغي أن يقطع

وبالتالي إذا وجد هذان الشرطان لم يضمنوا؛ لأنهم قطعوا قطعاً مأذوناً فيه، فلم يضمنوا⁽¹⁾، حيث يمكن الاستدلال بذلك على أن الطبيب لا يحاسب إذا كان صاحب خبرة ومهارة في مجاله واتباع أصول العمل الطبي في العلاج وبذلك يمكن القول أن هذا الأمر ينسجم مع المعيار الموضوعي والذي من خلاله يقاس سلوك الطبيب بطبيب آخر صاحب خبرة ومهارة ومن أوسطهم في الممارسة الطبية.

ويمكن الاستدلال على المعيار الموضوعي المتبع بالفقه الإسلامي في تقدير الخطأ الطبي ما قال به الامام الشافعي- رحمه الله- " إذا أمر الرجل أن يحجمه أو يختن غلامه أو يبطر دابته فتلفوا من فعله فإن كان فعل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه وإن كان فعل ما لا يفعل مثله من أراد الصلاح وكان عالماً به فهو ضامن"⁽²⁾، وهذا دليل واضح على أن المعيار الموضوعي يقاس به خطأ الطبيب بما يقوم به أهل العلم وأهل المهنة في حال اقترب خطأً فإنه يضمن ذلك.

وفي قرار لمجمع الفقه الإسلامي بشأن ضمان الطبيب، ذكر فيه الحالات التي يكون فيها الطبيب ضامناً إذا ترتب ضرر بالمريض ومن ضمنها إذا ارتكب خطأ لا يقع فيه أمثاله ولا تفره أصول المهنة، أو وقع منه إهمال أو تقصير⁽³⁾، حيث نستنتج أن قرار المجمع اتبع المعيار الموضوعي في النظر إلى الخطأ الصادر من الطبيب بمقارنه هذا السلوك بأمثاله الأطباء والذي لا تفره أصول المهنة.

إن المعيار الموضوعي للتعدي في الشريعة الإسلامية يقابله معيار الخطأ في القانون الوضعي، حيث الظاهر أن التعدي في الفقه الإسلامي كما هو في الفقه الغربي، انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد فمعياره موضوعي لا ذاتي⁽⁴⁾.

(1) قدامة، المغني (ج5/ص398).

(2) الشافعي، الأم (ج6/ص185).

(3) مجمع الفقه الاسلامي الدولي في دورة مؤتمره الخامس عشر، 6-11/3/2004م، قرار رقم: 142 (8/15)، بشأن ضمان الطبيب، مجلة المجمع، ع15(ج/ص679).

(4) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي (ج6/ص149).

وبالتالي إن معيار التعدي للطبيب في الفقه الإسلامي لا يختلف عن معيار الشخص العادي، وهو المعيار الموضوعي، فسلوك الطبيب تحكمه المبادئ والقواعد المستقرة داخل مهنة الطب، فإذا خالف الطبيب بسلوكه أيّاً من هذه القواعد، فإنه يكون متعدياً بارتكابه خطأً جسيماً ويطالب بالضمان⁽¹⁾.

(1) أبو لبة، مسؤولية الطبيب بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق (ص50).

المبحث الثاني

إثبات الخطأ الطبي والصعوبات التي تواجهه

عرف الفقيه السنهوري الإثبات⁽¹⁾ بأنه هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها⁽²⁾، وطرق الإثبات التي نص عليها قانون البينات هي: الأدلة الكتابية- الشهادة- القرائن- الإقرار- اليمين- المعاينة- الخبرة⁽³⁾، ومن خلال هذا المبحث ولضرورة إثبات الخطأ الطبي لإثبات المسؤولية الطبية سنتطرق في المطلب الأول إلى إثبات الخطأ الطبي، ثم سنبحث في الصعوبات التي تواجه مسألة إثبات الخطأ الطبي في المطلب الثاني.

(1) جاء أصل كلمة الإثبات في اللغة (ثبت): ثبت الشيء يثبت ثبوتاً، وهو الحجة والبرهان والبيينة، معجم اللغة العربية المعاصرة(ج1/311)، لسان العرب(ج2/19)،

(2) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات- آثار الالتزام(ج2/3)

(3) قانون البينات في المواد المدنية والتجارية الفلسطينية: رقم (4) لسنة 2001م، المادة(7).

المطلب الأول

إثبات الخطأ الطبي

نظراً لعدم وجود قانون خاص بالمسؤولية الطبية في فلسطين فإنه لا مجال لنا إلا بتطبيق القواعد العامة في القانون على إثبات الخطأ الطبي، حيث أن مسألة إثبات الخطأ الطبي من المسائل المعقدة جداً لعدة أسباب منها، نقص المعرفة بالمسائل الفنية الطبية من خلال المريض، ولصعوبة وجود شهود أثناء العمل الطبي، ولندرة الخبراء في المجال الطبي الذين يستطيعون الحكم على سلوك طبيب آخر يكون زميل لهم في المهنة بارتكابه خطأ من باب التضامن الوظيفي، وبالتالي في هذا المطلب سنوضح من يتحمل عبء إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني سنتحدث فيه عن أهم الصعوبات في إثبات الخطأ الطبي ، وفي الفرع الأخير سنبين كيفية إثبات الخطأ الطبي.

الفرع الأول: عبء إثبات الخطأ الطبي.

لا خلاف في الفقه والاجتهاد على أن عبء اثبات الخطأ الطبي يقع على عاتق المريض المدعي، فيتوجب على المريض في كل الحالات التي يلتزم فيها الطبيب بموجب بذل العناية أن يثبت أن خطأً من الطبيب قد ارتكب⁽¹⁾، وإلا اعتبر أن ادعائه لا أساس له من الصحة وهذا ما عبرت عنه القاعدة (البينة على من ادعى)⁽²⁾، وأكدت عليه المادة الثانية من قانون البينات الفلسطيني "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"⁽³⁾.

وحيث من خلال ذلك نجد أن القاعدة العامة عند تطبيقها على المسؤولية عن الخطأ الطبي فإن المريض كونه المتضرر من الخطأ الطبي الذي أصابه يتوجب عليه إثبات ذلك من خلال ما يملك من أدلة وقرائن وغيرها، حيث أن إثبات الخطأ الطبي يمكن بوجه عام من خلال كافة الوسائل الإثبات الممكنة من أجل الوصول إلى الحقيقة، كون أن جميع وقائعها أعمال مادية، فإن إثباتها يتقرر بشتى الطرق، وبخاصة البينة والقرائن ويثبت الخطأ الطبي أكثر بالتحقيق الجنائية والقرائن القضائية والقانونية⁽⁴⁾، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية بأن "عبء إثبات المدعي

(1) الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية (ص134) ، الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق(ص442 وما بعدها)، حنا، الخطأ الطبي الجراحي(ص574).

(2) الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة (ج1/ص589).

(3) قانون البينات في المواد المدنية والتجارية، رقم (4) لسنة 2001.

(4) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق (ص944).

به يقع على عاتق من يدعيه بالطرق التي بينها القانون وتكون مهمة القاضي فحص الأدلة واستخلاص النتائج منها تكون قناعته دون التقيد بما أراده الخصم عند تقديم الدليل⁽¹⁾.

وعبء إثبات خطأ الطبيب ليس مرجعه طبيعة المسؤولية تقصيرية كانت أم عقدية، وإنما يرجع إلى طبيعة التزام الطبيب سواء بتحقيق غاية أم ببذل عناية⁽²⁾.

إن الإثبات في المجال الطبي يكتسب أهمية بالغة تتبع من توقف نتيجة الدعوى عليه، فإثبات الخطأ الطبي مثلاً يعني إثبات ركن أساسي في المسؤولية سواء المدنية بوجه عام أو المسؤولية الطبية بوجه خاص، على هذا الأساس فإذا استلزم أن يثبت المريض خطأ الطبيب أو خطأ المرفق الطبي العام ولم يستطع ذلك، فلا يمكن ترتيب أي مسؤولية على الطرفين، بالمقابل فإذا استطاع الطبيب نفي ادعاء المريض بوجود خطأ من جانبه فإنه يتخلص من المسؤولية⁽³⁾، من خلال أن يبرهن أن العناية أو النتيجة التي توخاها الدائن لم تتحقق نتيجة سبب أجنبي⁽⁴⁾.

و بالتالي نجد أن قواعد الإثبات تحتم على المريض كونه المضرور من الخطأ الطبي أن يقيم ويثبت بالدليل على وجود خطأ طبي، وهذا أمر ليس بالسهل كون أن العمل الطبي هو عمل فني يحتاج إلى خبرة وعلم قد يصعب على أهل الاختصاص، وفي حالة عدم قدرة المريض المضرور أن يثبت ذلك لن يتمكن من الحصول على حكم قضائي بإنصافه والحكم بالتعويض له على ما أصابه من ضرر.

حيث أيدت محكمة النقض الفلسطينية في رام الله حكم محكمة استئناف محكمة القدس بقولها "ولما كان ذلك وكانت محكمة الاستئناف بوصفها محكمة موضوع قد توصلت إلى أن قوام المسؤولية الطبية تتصل بالخطأ وأن البيانات المقدمة لا تبني بتوافر ذلك مما يجعل الدعوى فاقدة لركازها الواقعي والقانوني وبالتالي واجبة الرد"⁽⁵⁾.

وقد أكد هذا الأمر مجلس الدولة الفرنسي في الحكم الصادر في تاريخ 2010/1/28، بعد عرض حيثيات القضية فصل مجلس الدولة بالقول " أنه لا يوجد هناك ما يثبت وجود خطأ طبي من طرف المستأنف مما يتعين إلغاء القرار المستأنف والفصل من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس"⁽⁶⁾.

(1) حكم محكمة النقض الفلسطينية، رقم 2002/181.

(2) حنا، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق (ص579).

(3) الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (ص440).

(4) حنا، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق (ص579).

(5) حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله: رقم 2010/227 مدني، صدر في تاريخ: 2011/5/17، منشور على موقع المقتفي.

(6) أشار إلى هذا الحكم: فطناسي، المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي في الجزائر (ص108).

إن مهمة القضاء هو تطبيق القانون لذلك نجد أن القضاء العادي بصفة عامة ويسايره في ذلك القضاء الإداري يتجه إلى إلقاء عبء الإثبات على عاتق المريض المضرور، إذ عليه إثبات أن خطأ الطبيب هو الذي تسبب له في الضرر وهذا الموقف المبدئي للقضاء، وهو ما يمكن في الواقع ملاحظته سواء في الأحكام الصادرة عن جهة القضاء الإداري في دعاوى أخطاء الأطباء بالمستشفيات العامة، أو في الأحكام الصادرة عن القضاء العادي⁽¹⁾.

القاعدة أن عبء الإثبات يقع على المدعي في مجال دعاوى المسؤولية المرفوعة ضد المستشفى، ولمواجهة انعدام المساواة بين المدعي والمدعى عليه حاول القضاء الفرنسي في دعاوى المسؤولية المرفوعة ضد المستشفيات العامة، باستعمال السلطة في مجال الإثبات للتخفيف من إقبال كاهل المريض، فقد ذهب البعض إلى القول بأن القاضي الإداري يلقي العبء بالإثبات نظرياً على عاتق المدعي، أما من الناحية العملية يهدف إلى استظهار الحقيقة وكل هذا يؤدي إلى تخفيف العبء الواقع على عاتق المدعي بنقله إلى المدعي عليه جزئياً وربما كلياً⁽²⁾.

من الملاحظ أن إثبات الضرر هو أمر يمكن إثباته بسهولة كون أن العمل الطبي المخالف لأصول المهنة والعلمية سوف يسبب بأضرار في أغلبها ظاهرة على جسد المريض ولكن تكمن المشكلة لدى المريض المضرور بإثبات أن هذا الضرر قد نتج بفعل الطبيب المخطئ أثناء تقديم الخدمة للمريض، وهذا أمر بالغ الصعوبة كون أن المريض هو شخص ضعيف، يفترق إلى المعرفة في المجال الطبي وبأصول مهنة الطب.

فالتبيب لا يخضع لنظام استثنائي في حالة ارتكابه للخطأ، حيث تقام المسؤولية عليه عند إثبات المريض بالشكل الواضح حقيقة الخطأ من جانبه، والعبرة تكون في إثبات الخطأ وضوحاً ومن غير التباس وليس هناك داعي حتى بأن يوصف الخطأ بوصف أو تمييز معين⁽³⁾، اتباع القضاء الفرنسي نفس هذا الاتجاه في العديد من أحكامه بأنه إذا زعم المريض أن الطبيب أخل بموجب بذل العناية فإنه يقع عليه عبء الإثبات عملاً بالقواعد الإثباتية الثابتة⁽⁴⁾.

ويمكن القول أنه في حال كانت طبيعة التزام الطبيب بتحقيق غاية فإنه يكفي على الدائن (المريض) أن يقدم الدليل على وجود الالتزام، ويكلف المدين (الطبيب) بإقامة الدليل على تنفيذ الالتزام من طرفه، و المبدأ العام أن الطبيب يلتزم ببذل عناية ويترتب على ذلك أنه يقع على عاتق المريض عبء إثبات تخلف الطبيب عن العناية بالتزامه، وإقامة الدليل على إهمال الطبيب

(1) مارية، عبء إثبات الخطأ الطبي في القواعد العامة والتوجيهات الحديثة للفقهاء والقضاء (ص5).

(2) قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، مرجع سابق (ص58).

(3) النقيب، عاطف، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي...، مرجع سابق (ص246).

(4) الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، مرجع سابق (ص135).

أو انحرافه عن الأصول المستقرة في مهنة الطب، بمعنى أن سلوكه لم يكن مطابقاً لسلوك طبيب مماثل له من نفس المستوى مع الأخذ في الاعتبار الظروف الخارجية المحيطة به⁽¹⁾.

في واقع الأمر أن من يحمل عبء الإثبات ليس مطلوباً منه بإثبات كامل وقاطع، ولا هو مكلف بإثبات كل عنصر من العناصر التي تتكون منها الواقعة، وليست الحقيقة القضائية التي يتولى المريض إثباتها هي الحقيقة المطلقة التي لا يدخلها الشك، فالقانون لا يطلب المستحيل وإنما على من يحمل عبء الإثبات أن يقنع أن الأمر الذي يدعيه هو مرجح الوقوع بحيث يكون من المعقول التسليم بوقوعه، وينفي القاضي ما يحوم من شك حول الأمر بنقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر، ليثبت أنه بالرغم من الظواهر التي ترجح وقوع الأمر توجد قرائن أخرى تجعل الأمر مرجوحاً⁽²⁾، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بأنه يكفي على المريض إثبات واقعة ترجح إهمال الطبيب، فالحكم يقيم قرينة قضائية لمصلحة المضرور على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه ببذل العناية⁽³⁾.

بالإضافة لذلك الضمان العام الذي يقع على عاتق المستشفى بسلامة المريض في إقامته وما يتناوله من أغذية ومشروبات ونظافة ومنع إصابة بالعدوي، بمجرد إثبات الضرر الناتج عن هذه الفروض وغيرها تكون كافية لانعقاد المسؤولية على كاهل المستشفى العام⁽⁴⁾.

وبناء على ما سبق فإن عبء الإثبات يقع على عاتق المريض في حال وجود خطأ طبي، بناءً على ما نص عليه قانون البيئات الفلسطينية، فهو الذي يتحمل عبء الإثبات كونه يدعي خلاف الأصل في الالتزام، ويقع على عاتق الطبيب أن يدفع عن نفسه المسؤولية بإقامة الأدلة والبراهين أنه قام بتنفيذ الالتزام الواجب عليه سواء كان في بذل العناية اللازمة أم بتحقيق النتيجة، أم من خلال إثبات أن عدم تمكنه من القيام بواجبه والتزاماته راجع إلي أسباب أجنبية لا دخل له فيها ولم يكن يتوقعها.

وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية:

أما إثبات الخطأ الطبي في الشريعة الإسلامية، فقد عُرف الإثبات بأنه إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية" فالقاعدة العامة في الفقه الإسلامي "البينة على من ادعي واليمين على من أنكر"⁽⁵⁾، والتي يقابلها الحديث

(1) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الالتزام بوجه عام - الإثبات آثار الالتزام، مرجع سابق (ج2/ص742).

(2) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الالتزام بوجه عام - الإثبات آثار الالتزام (ج2/ص83).

(3) أشار إلى هذا الحكم: منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق (ص124).

(4) المرجع السابق (ص123).

(5) الفروق (ج4/ص129).

الصحيح لابن عباس رضى الله عنهما أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»⁽¹⁾، فهي القاعدة السائدة في الإثبات بشكل عام، وبالتالي يقع على عاتق المريض أن يثبت أمام القضاء أن الضرر الذي أصابه كان نتيجة خطأ الطبيب.

ويعتمد القاضي في إثبات موجب المسؤولية المهنية على الأدلة المعتبرة شرعاً في إثبات الحقوق وهي : الإقرار، الشهادة، المستندات الخطية، اليمين، القرائن، الخبرة والمعايينة، كتاب القاضي إلى غيره، العلم الشخصي للقاضي نفسه⁽²⁾، والشرح والتفصيل في هذه الوسائل من حيث مشروعيتها ورأى الفقهاء فيها يطول ولا يتسع له مجال بحثنا، لذلك سوف نستعرض مشروعية بعض من هذه الأدلة في الشريعة الإسلامية، ولأهمية موضوع الخبرة في الإثبات في المجال الطبي سنفرد لها فرع خاص.

1- الإقرار: إخبار عن حق ثابت على المخبر، فإن كان بحق له على غيره فدعوى أو لغيره على غيره فشهادة، هذا إذا كان خاصاً فإن اقتضى شيئاً عاماً، فإن كان عن أمر محسوس فهو الرواية، وإن كان عن حكم شرعي فهو الفتوى، ويسمى الإقرار اعترافاً أيضاً⁽³⁾. والأصل فيه قوله تعالى: {وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُمْ مِنْ كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَتَنْصُرْتَهُ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ} ⁽⁴⁾، كما قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَأَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمْ بِكِتَابِ اللَّهِ، الْوَلِيدَةَ وَالْعَنَمَ رَدًّا، وَعَلَى ابْنِكَ جَلْدُ مَائَةٍ، وَتَغْرِيْبُ عَامٍ، اَعْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةٍ هَذَا، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمَهَا»، قَالَ: فَغَدَا عَلَيْهَا، فَاعْتَرَفَتْ، فَأَمَرَ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَرَجِمَتْ ⁽⁵⁾.

ولكن ليس من المتصور أن يثبت الخطأ الطبي بالإقرار في وقت الحاضر، أي باعتراف الطبيب أنه أخطأ أثناء قيامه بتقديم العلاج للمريض، وذلك خوفاً من تحمل المسؤولية المترتبة على الخطأ الطبي، فإنه من النادر أو المستحيل أن يصل الوازع الديني بدفع الطبيب ليقدم اعترافاً من تلقاء نفسه أنه أخطأ مع المريض في العلاج ، ويرغب في استدراك هذا الخطأ بدفع التعويض نتيجة حصول الضرر .

(1) [مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، 1336/3، رقم الحديث: 1711].

(2) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مرجع سابق (ص487) ، الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، مرجع سابق(ج8/6027).

(3) الشربيني، معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (ج9/ص268).

(4) [آل عمران: 81]

(5) [البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب الشروط التي لا تحل في الحدود، 191/3، رقم الحديث: 2724].

2- الشهادة: إن اشتقاق الشهادة من المشاهدة وهي المعاينة فمن حيث إن السبب المطلق

للأداء المعاينة سمي الأداء شهادة، وقيل هي مشتقة من معنى الحضور يقول الرجل شهدت مجلس فلان أي حضرت، من حيث إنه يحضر مجلس القاضي للأداء يسمى شاهداً وتسمى أداء شهادة⁽¹⁾، وهي عبارة عن إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة⁽²⁾ ﴿وَاسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾⁽³⁾، كما أشار النبي - صلى الله عليه وسلم - في قوله للشاهد - عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه أن رجلاً سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الشهادة، فقال: «هل ترى الشمس؟» قال: نعم، قال: «فعلى مثلها فاشهد، أو دع»⁽⁴⁾.

وبإسقاط المفهوم العام للشهادة على المجال الطبي، يمكن أن تطبق بشهادة العاملين في المجال الطبي على فعل الخطأ الصادر من الطبيب أثناء عمله، كون أن العمل الطبي يكون مقصور على الحاضرين من الفريق الطبي، وقد ذكر الفقهاء في ذلك "من يطب ولا يعرف الطب فتلف به شيء ضمن، ويعرف ذلك بقول طبيبين عدلين غير عدوين له ولا خصمين، ولو بيطر فظهر منه عدوان ضمن وإن أخطأ"⁽⁵⁾، وقيل أيضاً أنه "تقبل شهادة الطبيب العدل في الموضحة إذ لم يقدر على طبيبين وكذلك البيطار في داء الدابة"⁽⁶⁾، فقد يكون الشاهد من المجال الطبي كالممرضين أو المساعدين، فتقبل شهادتهم عند مخالفة الطبيب الأصول العلمية المتبعة في مهنة الطب، وقد تكون الشهادة من عامة الناس، فتقبل منهم في الأحوال التي ليس لها علاقة بأصول المهنة وفنها، مثل رفض الطبيب تقديم العلاج للمريض⁽⁷⁾.

3- القرينة: لغة مأخوذة من قرن الشيء بالشيء، أي شده إليه ووصله به، كالقرن بين

الحج والعمرة⁽⁸⁾، وفي الاصطلاح هي كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً، فتدل عليه⁽⁹⁾، أو هي الأمانة التي ترجح أحد الجوانب عند الاشتباه⁽¹⁰⁾.

(1) السرخسي، المبسوط (ج16/111).

(2) البابرتي، العناية شرح الهداية، (ج7، ص364).

(3) [البقرة: 282]

(4) [البيهقي، شعب الإيمان، الجود والسخاء، 349/13، رقم الحديث: 10469].

(5) السنيني، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (ج2/ص427).

(6) الخرقى، مختصر الخرقى، (ج1/ص159).

(7) أبو لبة، مسؤولية الطبيب بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق (ص55).

(8) ابن منظور، لسان العرب (ج13/ص336).

(9) الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، مرجع سابق (ج7/ص5804).

(10) الموسوعة الفقهية الكويتية (ج4/ص302).

وجاء ذكر مشروعية القرينة في الشريعة الإسلامية في قوله تعالى: {وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْراً} (1) و قال القرطبي في تفسيره لهذه الآية: إنهم لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة صدقهم، قرن الله بهذه العلامة علامة تعارضها، وهي سلامة القميص من التمزيق، إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف وهو لابس القميص ويسلم القميص، وأجمعوا على أن يعقوب عليه السلام استدل على كذبهم بصحة القميص، فاستدل العلماء بهذه الآية على أعمال الإمارات في مسائل كثيرة من الفقه (2).

والقرينة قد تكون قطعية فهي بيينة نهائية كافية للقضاء، أو غير قطعية الدلالة والبيان، ولكنها ظنية أغلبية كالقرائن العرفية، فإن الفقهاء يعتمدونها دليلاً أولاً مرجحاً حجة الخصم مع يمينه، حتى يثبت خلافها بالبيينة المعارضة، والقرائن تعتمد على نكاه القاضي وفراسته واجتهاده بملاحظة الظروف المقارنة للواقعة (3).

ويتفق المالكية والحنابلة على العمل بقرائن الأحوال بصفة مطلقة بدون قيود ولا حدود (4)، أما الحنفية والشافعية فقد عملوا بالقرائن في حدود ضيقة، ويعتدون بالقرينة الحسية والحالية، وبالقرينة القاطعة (5)، وعرفت مجلة الأحكام العدلية القرينة القاطعة بأنها الأمانة البالغة حد اليقين (6).

ويمكن القول أن القرينة في المجال الطبي هي التي يستتبطها القاضي عند عرض المسألة المعروضة عليها حيث من خلال الوقائع وبحثها وتفنيد الأدلة والدلالات الموجودة أمامه، والاستتارة بآراء أهل الخبرة، يتوصل القاضي من خلال ذلك بوجود الخطأ الطبي أو عدمه.

4- الكتابة: وهي إثبات الحق بواسطة دليل كتابي معد مسبقاً (7)، وشرع الله سبحانه وتعالى الكتابة صيانة للحقوق، وذلك في قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ} (8)، وهي حجة باتفاق الفقهاء، والكتابة من قبيل الإقرار، وقد نص فقهاء الحنفية على أنه يعمل بدفتر السمار والصراف والبيع؛ لأن كل واحد من هؤلاء لا يكتب في دفتره إلا ما له وعليه (9).

(1) [سورة يوسف: 18].

(2) القرطبي، تفسير القرطبي (9/173-174).

(3) الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، مرجع سابق (ج8/ص6286).

(4) ابن فرحون، التبصرة (2/95 وما بعدها)، ابن قيم الجوزية، والطرق الحكمية (ص194).

(5) المزني، مختصر المزني (5/266)، المفتي، تبويب الأشباه والنظائر (ص310).

(6) مجلة الأحكام العدلية: المادة 1741.

(7) الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، مرجع سابق (ج7/ص5804).

(8) [البقرة: 282].

(9) البغدادي، مجمع الضمانات (ص365).

والمراد بها التقارير المكتوبة من قبل الأطباء ومساعدتهم، فتعتبر حجة في حال العثور عليها في سجلات المستشفى، لأن الهدف من تسجيلها وكتابتها الرجوع إليها عند الحاجة، فأن وجد فيها ما يوجب مؤاخذة الأطباء ومساعدتهم فإنها تعتبر مستنداً شرعياً⁽¹⁾.

والكتابة لها دور مهم في المجال الطبي لا يمكن الاستغناء عنه، وهي ظهرت في العصر الحديث في بداية تطور الدول، ولم تكن تستعمل في المجال الطبي في العهد القديم لعدم وجود المستشفيات والعمل النظامي الإداري، فتوثيق حالة المريض منذ دخوله إلى المستشفى حتى تحسن حالته الصحية، هي دليل على ما قام به الطبيب أثناء فترة العلاج، كما يمكن من خلالها تتبع الخطوات العلاجية التي قام بها الطبيب ومقارنتها مع ما يتوافق مع الأصول العلمية والمهنية الراسخة في علم الطب.

الفرع الثاني: صعوبات إثبات الخطأ الطبي.

إن إدعاء المريض بوجود خطأ الطبيب أو المستشفى يقع على عاتقه إثبات صحة ما يدعيه بكافة الوسائل المتاحة، إلا أن هذا الأمر ليس باليسير ويواجه العديد من الصعوبات التي تعرقل سير إثبات الخطأ الطبي، ومن أهم هذه الصعوبات عدم دراية المريض بالأصول العملية الخاصة بمهنة الطب، وعدم مقدرته على ربط العلاقة بين الخطأ الطبي بالضرر الناتج عنه (العلاقة السببية).

أولاً: الصعوبات التي يواجهها المكلف بالإثبات.

من المتفق عليه كما تبين سابقاً أن المريض المضرور هو من يتحمل عبء إثبات الخطأ الطبي في معظم الحالات، إذا كان يمتلك الأدلة والحقائق والبراهين على أن الطبيب قد قصر في التزامه ولم يسلك السلوك المألوف من الطبيب العادي المتوسط، ولكن تكمن المشكلة الحقيقية تجاه المريض في حال عجز عن إثبات حالة الخطأ الطبي نظراً للعلاقة بين المريض الذي يكون في حال ضعف جسدي ومعنوي نتيجة انهك المرض، ومن جهة أخرى لعدم دراية المريض بالعلوم الطبية وخباياها، وطرق العلاج والأصول المهنية الثابتة في علم الطب، لذلك لا بد من توضيح الصعوبات التي تواجه المريض المضرور في إثبات الخطأ والوقوف عليها للتوصل إلى حلول من خلالها، والتغلب على هذه الإشكالية.

فالظروف التي يتعرض لها المريض والذي يستوجب وضعه الصحي تدخلاً جراحياً في غرف العمليات وهو تحت تأثير التخدير مع غياب أهله عنه، يجعل ذلك المريض تحت سلطة الجراح وهيمنته، وهذه الاعتبارات العملية تجعل كفة الطبيب أثقل من كفة المريض، وبذلك يختل التوازن

(1) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مرجع سابق (ص492).

بينهما، فالمريض يحاط في غرف العمليات بوجه خاص بأخطار بالغة ولا يقف على قدم المساواة مع الطبيب، بل يكون تحت رحمته، لأنه يقع نفسياً في تبعيته إلى الحد الذي يدفع الفقه إلى التتويه بهيمنة وتسلط الأطباء (إمبريالية الأطباء)⁽¹⁾.

حيث إن أهم الصعوبات التي يواجهها المريض في إثبات الخطأ الطبي تتعلق بالصعوبات في المجال الطبي، فالعمل الطبي هو عمل له طبيعة خاصة عن باقي العلوم العملية لاتصاله بجسد الإنسان، الذي أبدع الخالق عز وجل في إتقانه من خلال الأجهزة التي تعمل على مدار اللحظة دون توقف أو كلل بطريقة معقدة جداً وقف أمامها العلم عاجزاً، فاستمد العمل الطبي التعقيد من هذه الطبيعة لجسد الإنسان، لذلك في حال حدوث الخطأ الطبي من خلال إجراء الأعمال العلاجية أو التشخيص للمريض من قبل الأطباء فإنه يصعب عليهم معرفة وإتقان هذه الأعمال ومدى انسجامها مع المبادئ و القواعد الراسخة في علم الطب والاصول المتبعة.

وتعترض صعوبات بالغة في إثبات خطأ الطبيب الجراح كون أن العمليات الجراحية التي يجريها الطبيب تكون في أماكن مغلقة ومعزولة لا يشاهدها إلا الطبيب والعاملين في الحقل الطبي، بالإضافة لذلك يكون المريض في حالة نفسية وجسدية لا يمكن من خلالها الانتباه لما يدور حوله من مجريات، ومن المعوقات أيضاً في هذا المجال التضامن بين العاملين في المجال الطبي حيث من الصعوبة أن تجد أحدهم على استعداد أن يقدم شكوي في زميله أو حتى أن يقف ضده في حال وجود إهمال طبي أو غيره.

كما تعجز الخبرة أحيانا عن كشف الحقيقة وقد يثير الشك في نفس القاضي لدقتها البالغة، فضلاً عن الشكوك في أغلب الحالات حول حياد الخبراء لارتباطهم بعلاقات زمالة مع الطبيب المخطئ⁽²⁾.

حيث ليس بإمكان المريض ولا حتى القضاء في أغلب الاحيان من العثور على خبير على استعداد لإتهام طبيب هو في الحقيقة زميل له على ارتكابه خطأ طبياً حيث تعرف هذا الحالة (بضم الصفوف) أي الموقف الجماعي، وبالتالي تزيد من مصاعب إثبات المريض وبالأخص في الحالات التي يكون فيها التخصص دقيقاً كما في جراحة القلب أو الأعصاب حيث يكون عدد الأطباء محدوداً ويعرفون بعضهم البعض وتكون هناك علاقات زمالة قوية جداً وهذا هو الغالب في هذا المجال⁽³⁾.

(1) الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (ص472) ، حنا، الخطأ الطبي الجراحي، مرجع سابق (ص600).

(2) حنا، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق (ص568).

(3) الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية ، مرجع سابق (ص459).

إن الأمر الشائع أنه من الصعب إثبات خطأ الطبيب وإهماله وتقصيره، ويرجع السبب في ذلك لصعوبة إقامة الدليل والحجة والبرهان على خطأ الطبيب بواسطة الشهود، فهو طريق مسدود في أغلب القضايا لعدم خبرة الشهود ومعرفتهم بالمسائل الفينة لمهنة الطب⁽¹⁾، ويقصد هنا بالشهود غير العاملين في المجال الطبي بمعنى هم المرافقين من أهل المريض الذين تواجدوا معه أثناء فترة العلاج أو التشخيص.

وترجع صعوبة الإثبات في المجال الطبي إلى الخلط بين مفهوم الخطأ الطبي ومفهوم المضاعفات التي تلحق بالعلاج، حيث عرف مشروع قانون المسؤولية الطبية الأردني المضاعفة بأنها "تفاقم الحالة الطبية بالرغم من الاحتياطات التي يتخذها مقدم الخدمة"⁽²⁾.

كما أن وزارة الصحة الفلسطينية في بعض الحالات التي قدمت فيها شكوي حول وقوع فعل طبي مخالف للأصول العلمية يظهر كأن مفهوم الخطأ الطبي غير واضح للجان الطبية القائمة على التحقيق في شكاوي الأخطاء الطبية، على الرغم من اعترافها بوقوع الفعل محل الشكوى، إلا أنها اعتبرته في إطار المضاعفات الطبيعية غير المؤاخذ عليها والتي ليس فيها تقصير وإهمال، حيث أقرت لجنة التحقيق بنسيان الطاقم الطبي عند إجراء العملية الجراحية قطعة من الشاش الطبي في بطن المريضة، ولكن لم تعتبر هذا الأمر من قبيل الأخطاء الطبية الذي يستدعي جزاء تأديبي⁽³⁾، وهذا ما ورد في إحدى التقارير المرفقة في دعوى كانت معروضة أمام محكمة الاستئناف بغزة والذي جاء فيه "واستناداً إلى التقرير المرفق بالأوراق أن المريض قد تعرض إلى مضاعفات بسبب التلوث الجراحي في غرفة العمليات، وقد أكد ذلك في كتابه الموجه إلى مدير إدارة الكومسيون الطبي، وعزا ما لحق بالمريض وآخرين إلى القضاء والقدر الذي أصيب به نتيجة التلوث الذي حدث في غرفة العمليات..⁽⁴⁾".

وهذا ما يؤكد وقوف لجان التحقيق في أغلب الأحيان بجانب الطبيب أو المساعدين في حال حدوث الأخطاء الطبية، على مبدأ التضامن الوظيفي في نفي التهم المنسوبة إليهم ووضع مبررات مثل أن الأمر مجرد مضاعفة طبيعية للمرض، أو تطور للحالة المرضية.

وبهذا الخصوص يرى الباحث لحل هذه المشكلة (ضم الصفوف) أن يتم تشكيل لجنة طبية علنا على مستوى الوطن من خبراء في مجال الطب يشهد لهم بالخبرة العلمية والعملية تجمع أغلب التخصصات الطبية والمهن المساعدة، ويخضعون لدورات تدريبية في مجال القانون للتعرف على

(1) الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية (ص588).

(2) قانون المسؤولية الطبية الأردني، المادة: 45.

(3) الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، حماية الأطراف من الأخطاء الطبية، مركز الميزان، مرجع سابق (ص40).

(4) حكم محكمة الاستئناف العليا بغزة رقم 2001/95 حقوق، مشار إليه سابقاً.

المبادئ الأساسية فيه، وعلى أحكام القضاء في مجال المسؤولية الطبية، كما يشترك في هذه اللجنة عدد من رجال القانون للمساعدة في تكييف الوقائع والاستفادة من خبرتهم في القضايا الطبية، تكون هذه اللجنة حيادية وتشكل وتتظم وفق قانون المسؤولية الطبية، بحيث تكون تابعة لوزارة العدل.

ثانياً: الصعوبات في إثبات العلاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر.

إن السببية ليست بالشيء الذي يرى أو يلمس وإنما هي رابطة يستنتجها القاضي من الظروف التي يستخلص منها القرائن الدالة على توفرها، وإذا كان للقاضي أن يبحث بنفسه العلاقة المنطقية التي تربط السببية بالمصادفات المتوالية طبقاً لعناصر كل دعوى، فعلى القاضي في دعاوى المسؤولية الطبية بالذات أن يرعى منتهي الحرص فلا يسارع إلى وضع قرائن قد تأبها الحقائق العلمية ويرفضها نطس الأطباء⁽¹⁾.

ومن الصعوبات في تحديد العلاقة السببية وجود أكثر من سبب قد يسهم في إحداث الضرر للمريض، فقد يكون ناتج لخطأ طبي أو نتيجة لطبيعة لتفاعل الجسم مع العلاج أو غير ذلك وهذا ينعكس في المقابل على صعوبة إثبات الخطأ الطبي نتيجة لتعدد هذه الفرضيات.

إن تقرير العلاقة السببية في دائرة المسؤولية الطبية شاق وعسير جداً، ويرجع ذلك أن جسم الإنسان وقوة احتماله لمضاعفات المرض هو في الحقيقة أمر محوط بالأسرار الإلهية، فكثير ما تختلف تطورات المرض الواحد لسبب غير معروف، حتى يعجز الأطباء أمام هذه التطورات وما رافقها من مضاعفات دون أن يستطيعوا بيان العوامل التي أثرت في سير المرض أو نتيجة العلاج⁽²⁾.

حيث تعتبر العقبة الثانية في مجال إثبات الخطأ الطبي أنه حتى لو تم التعرف على حالات الإهمال أو اللامبالاة في اتباع الواجب التي تدعي بها، فإنك بحاجة إلى القدرة على إثبات ليس النقص أو الاخلال بالعناية الواجبة فقط بل عليك إثبات أن هذه الأمور كانت السبب في وقوع الضرر على المريض، فليس من الممكن رفع دعوى ضد الإهمال دون توافر دليل على الخسارة أو الإصابة المترتبة على الإهمال، ولكن دراسة الحالات الطبية معقدة وغامضة بشكل كبير جداً، بحيث يصعب فيها إثبات ما إذا كان التصرف الإهمال هو الذي سبب الضرر أم لا⁽³⁾.

إثبات العلاقة السببية بالمسؤولية الطبية يكون من الصعب الشديد في العصر الحديث نتيجة استعمال الأدوات الطبية المعقدة والمتطورة جداً سواء الأدوات المستعملة في العمليات مثل جراحة

(1) الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجرحين المدنية، مرجع سابق (ص 199).

(2) مرجع سابق (ص 190).

(3) الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (ص 460).

المناظير أم الأدوات والأجهزة الطبية المستعملة في التشخيص، فنظراً لكثرة استعمالها وقلة دراية المرضى أو العاملين في المجال الطبي في خطورتها ونتائجها، فإنه ليس من العدل أن يبقى عبء إثبات العلاقة السببية على المريض في ظل هذا التطور المهول في كل الحالات على المريض.

حيث بلغ الشعور بهذا الإجحاف أشده في فرنسا وبرز واجب تأمين سلامة المرضى واتخاذ كل الاحتياطات الممكنة، حيث أن الإثبات في المسؤولية الطبية لا يدور على أعمال قانونية، بل مادية ومن خلالها يجوز الإثبات بشتى الوسائل، ولإغفال القانون النص على قرائن قانونية في حال أصبحت العدالة تأبي أن يترك المريض يبقى تحت عبء الإثبات وبالتالي يضيع حقه، فقد ذهب القضاء في فرنسا إلى الاسترشاد بقرائن الأحوال، فاعتبر أن بعض الحوادث تحمل في طياتها برهان على حصول الخطأ الطبي، كما إذا وقع الحادث بجهل كبير واضح بأصول المهنة، فلم يتحرج القضاء في اعتبار الضرر ناجماً عن تقصير في العناية لعدم كفاءة الطبيب⁽¹⁾.

تشدد القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه الحديثة بشأن مسؤولية الطبيب، في إتباعه فكرة الخطأ المضمّر أو المقدر، إلى استنتاج التقصير أو الخطأ من مجرد وقوع الخطأ، على خلاف القواعد العامة التي توجب على المريض أن يثبت خطأ الطبيب، فقد قرر مسؤولية الطبيب العقدية ولو لم يثبت علاقة سببية بين الخطأ الذي نسب إليه، والضرر الذي لحق بالمريض، حيث حُكم بمسؤولية الجراح ولو كان من غير المؤكد أن عدم تقصيره كان يؤدي إلى تجنب وفاة المريض أثناء الجراحة، فإنه على النقيض، ومن المؤكد أن هذا التقصير قد هدد فرصة الحياة لهذا الأخير، ويجب عليه تعويض أمه بتقويت هذه الفرصة، بما أحدثه بإهماله، كذلك قضي أنه رغم عدم إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والوفاة تقوم لتقويت فرصة شفاء الوالدة مسؤولية الطبيب الذي بإهماله الملاحظة والعناية ترك الأنيميا والعطب يزدادان لدي المريضة⁽²⁾.

وتقدير هذه الفرصة أمر مرجعه إلى الأصول العلمية والسير الطبيعى للأمور مع مراعاة حالة المريض ودرجة تقدم المرض في جسمه، ومهمة القاضي في ذلك غاية في الدقة، إذ عليه أن يفرق بين ما يرجع إلى أخطاء البشر وما يرجع إلى أحكام القضاء ونوازل القدر، خاصة وأنه في تتبع آثار الخطأ لن يجد ما يعتمد عليه سوي القرائن القوية المتفكة والمحددة، فإذا أثبت أن المرض في سيره الطبيعى كان مودياً حتماً بالمريض سواء أجريت العملية أم لا، فلا يسأل الطبيب عن موته، إما إذا كانت حالة المريض بحيث تبعت على الاطمئنان إلى شفائه فإن أي خطأ من الطبيب يفوت عليه فرصة للشفاء يعتبر مرتبطاً بالضرر برابطة سببية كافية لتحمل المسؤولية⁽³⁾.

(1) الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (ص468).

(2) حنا، الخطأ الطبي الجراحي، مرجع سابق (ص598).

(3) الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق (ص196).

فبعد أن كان القضاء يتطلب طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية بثقة دائمة إثبات المريض توافر علاقة سببية بين الخطأ الطبي والضرر الذي أصاب المريض، أصبح القضاء يقيم قرينة على توافر تلك القرينة لمصلحة المريض المضرور، على الطبيب إثبات توافر السبب الأجنبي حتى يزيل المسؤولية عن الخطأ الثابت في حقه، ويبدووا هذا القضاء مفهوماً أمام ما يحوط الخطأ الطبي من صعوبات في الإثبات لدقته من جهة والطابع الخاص للظروف التي يجري فيها العمل الطبي من جهة أخرى، بالإضافة إلى قيام الشك حول الحيدة التي يمكن أن يلتزم بها تقرير الخبرة، لذلك نجد القضاء عند وجود شك في قبول العلاقة السببية، فإنه يفترض قيامها بين الخطأ الثابت وضياع فرصة العلاج أو الحياة أو التحسن⁽¹⁾.

ويرى الباحث أن صعوبة إثبات العلاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر، قد يكون لها من جهة أخرى فوائد في الحفاظ على سمعة ومكانة الطبيب وتشكل حماية قانونية له من تعسف المريض في التوجه إلى القضاء في أبسط الأمور لرفع دعاوى في أفعال قد يعتبرونها أخطاءً، وبالتالي ينعكس ذلك بالسلب على عمل الطبيب والعاملين في المجال الطبي بالعزوف على العمل والتكاسل خوفاً من الوقوع في المشاكل وتحمل المسؤولية، لذلك كان لابد من التشديد في عملية إثبات الخطأ الطبي والرابطة السببية، حيث أن إجحام الطبيب وامتناعه حتى من الاجتهاد في مجال الطب لا يتخيل أن أحداً يرغب في ذلك، لأنه سيعود بالضرر على عامة الناس بالإضافة إلى تعطل المنظومة الصحية وعدم تطورها، وهنا لابد من تطبيق القواعد الراسخة في القانون سواء في المسؤولية المدنية أم الجزائية، والمطالبة من المشرع الفلسطيني بالإسراع في إقرار قانون المسؤولية الطبية ليضع الضوابط الخاصة بالعمل الطبي، حتى يتسنى للعاملين في هذا المجال من العمل وفق نظام محدد ومعروف يوفر لهم الحماية والأمان، وفي المقابل يحمل الأمان والثقة للمريض من الخضوع للإشراف والعلاج في المؤسسات الصحية بما يكفل حقه في العلاج السليم والأمن، ويضمن حقه في التوجه إلى القضاء عند ثبوت الخطأ الطبي بالأدلة والبراهين التي يمتلكها من خلال إثبات الضرر والعلاقة السببية.

الفرع الثالث: سلطة المحكمة في إثبات الخطأ الطبي.

من المتفق عليه أن إثبات الخطأ الطبي يتحقق بكافة طرق الإثبات المتاحة في القانون، تلجأ إليها المحاكم من أجل استجلاء الحقيقة بإثبات الخطأ الطبي أو نفيه، والخطأ الطبي ليس كغيره من القضايا التي تنظر فيها المحاكم، حيث أنه يتسم بطبيعة خاصة، كونه يتعلق بأعمال فنية معقدة ودقيقة جداً، يجهلها فقهاء القانون، وتصعب على أصحاب الاختصاص من التفريق

(1) منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق (ص126).

بينها، كونها تستند على طبيعة جسد الإنسان المعقد وطريقة استجابته للعلاج بصورة خفية قد ينتج عنها أمور لا يتوقعها أحد، لذلك تلجأ المحاكم للتغلب على هذه الإشكالية بالاستعانة بالخبراء في مجال الطب، لتقديم آرائهم، ليسهل على القضاة الفصل في هذه الدعاوى وحسم الأمر، لذلك نجد أن مهمة القاضي في الفصل في مسائل الأخطاء الطبية مهمة يحيط بها الغموض والصعوبة لعدم مقدرته على التوغل في المسائل الطبية الفنية، و التي هي في الغالب قد تكون محل خلاف لأهل المهنة.

أولاً: دور القاضي في إثبات الخطأ الطبي وتقديره.

القاضي هو الخبير الأعلى في الدعوى، واستعانته بالخبير الطبي لا يقلل من شأنه بشيء في الحكم بالدعوى، ودور الخبير الطبي ليس إلا مطابقة أعمال الطبيب على المفاهيم العلمية لهذا الفن، وهذا الأمر لا يعد تحيياً من القاضي عن وظيفته⁽¹⁾.

إن تقدير الأدلة التي يقدمها المريض لإثبات خطأ الطبيب تعتبر من سلطة قاضي الموضوع التقديرية، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها، كون أن هذه المسألة تتعلق بموضوع الدعوى، وليس مسألة قانونية، أما بالنسبة للوصف الوظيفي القانوني لسلك الطبيب فإن قاضي الموضوع يخضع لرقابة محكمة النقض لأنها من المسائل القانونية كون أن محكمة النقض محكمة قانون وليس موضوع⁽²⁾.

وقد نصت محكمة النقض المصرية أن استخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع مادام هذا الاستخلاص سائغاً ومستمداً من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى، إلا أن تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه أخطأ أو نفي هذا الوصف عنه من المسائل التي تخضع قضاء محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض، وإن رقابة المحكمة الأخيرة تمتد إلى تقدير الوقائع فيما يستلزم التحقيق من صحة استخلاص الخطأ من تلك الوقائع والظروف التي كان لها أثر في تقدير الخطأ واستخلاصه⁽³⁾.

وهذا ما بينته محكمة استئناف القدس بقبول الاستئناف موضوعاً، حيث تقدمت المستأنفة بالطعن بالقرار الصادر عن محكمة بداية الخليل والذي يستند في مجمله لمخالفة القرار المستأنف للقانون من جميع جوانبه وللايتمات الوارد في هذه الدعوى حول الضرر الذي لحق بالمستأنفة بنتيجة الخطأ الطبي، بقولها "ولما كان قاضي محكمة الدرجة الأولى قد أخطأ خطأ جسيماً في معالجة

(1) حنا، الخطأ الطبي الجراحي، مرجع سابق (ص640).

(2) المرجع سابق (ص644) ، و أبو لبة، مسؤولية الطبيب بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق (ص66).

(3) طعن مدني مصري، 1979 لسنة 47ق، جلسة 1980/3/27، أشار إليه: أبو لبة، مسؤولية الطبيب بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق (ص66).

أوراق وبيانات هذه الدعوى عندما خالف صريح المادة (7) من القانون وذلك بمخالفة أسباب الحكم مع منطوقه وأن العلل التي أدت لإصدار هذا القرار لم تشتمل على الأسانيد والحجج القانونية والأدلة الواقعية التي بني عليها الحكم وإن توافر هذه البيانات لم يتم تقديرها ووزنها وعنايتها في التقدير جعلت من هذا الحكم مشوب بعيب القصور من خلال تجاهل الوقائع والمبررات التي تؤكد واقعة الخطأ الطبي المهني والمسؤولية الطبية من قبل الطبيب الجراح وبشهادة الطبيب الذي استخرج قطعة القماش من بطن المريضة⁽¹⁾.

والقاضي يستطيع أن يستخلص بنفسه الأخطاء العادية المتمثلة في التقصير في بذل العناية اللازمة للمريض وإخلال المريض بواجب الحيطة والحذر، ولسهولة استنتاجها كونها من الأعمال العادية والواجبات الإنسانية للطبيب مثل عدم حصول الطبيب على رضا المريض للعلاج⁽²⁾.

في الأمور الفينة المتخصصة عليه أن يستعين في رأي أهل الخبرة الطبية من أجل استيضاح الأمور المهنية الفنية التي تخفي عليه، ويلاحظ أن وجود عادة مستقرة بين الأطباء على اتباع سلوك معين لا يفقده الحق في الحكم على هذه العادة إذا كانت لا تتفق مع الحيطة والحذر، وإن كان عليه أن يرعي منتهي الحرص في مناقشة ذلك، فإن من حقه بل من واجبه أن يناقش وقائع القضية على ضوء هذه الآراء وأن يزن شهادة الشهود ويقدر ما ينطوي عليه من حقائق ويرجح الأقوال ليستخلص عناصر مسؤولية الطبيب⁽³⁾، وهذا ينطبق أيضاً على تقدير قيام الرابطة السببية بين الخطأ الطبي والضرر، فيجب أن يستخلص القاضي الخطأ الطبي من وقائع ثابتة منتجة ويذكرها في الحكم وإلا كان حكمه باطلاً لقصور أسبابه⁽⁴⁾.

ويبرز دور القاضي من خلال تطبيق المعيار الموضوعي والذي من خلاله سيقوم بقياس سلوك الطبي وفحص مدي التزامه بالقواعد والأصول الفنية والعلمية المتبعة في مهنة الطب، حيث يقيس خطأ الطبيب مرتكب الفعل بالطبيب الوسط، وعليه أيضاً أثناء ذلك أن يراعي الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب أثناء قيامه بالعمل المخالف، فعبء إثبات الخطأ الطبي يقع على المريض، وبالتالي لا يحق للقاضي أن يثبت الخطأ، ولكن دوره يقتصر على التحقيق في حدوث الوقائع التي أثبتتها المريض المضرور على الطبيب أو المستشفى، وأن يتأكد من وصف الخطأ على هذه الوقائع⁽⁵⁾.

(1) حكم محكمة استئناف القدس في رام الله، رقم 2010/344، مشار إليه سابقاً.

(2) منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق (ص87).

(3) الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجرحين المدنية، مرجع سابق (ص220)، حنا، الخطأ الطبي الجراحي، مرجع سابق (ص648).

(4) منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق (ص188).

(5) عميري، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون (ص96).

يكون دور القاضي بالنسبة للأخطاء الفنية لا بد أن يحاط ببعض الضمانات وهي:

1- أن يتحلى بالحذر والحكمة إلى الغاية، وبالتالي لا يعترف بوجود الخطأ الطبي، إلا في حال أن يكون ثابت قطعاً بأن الطبيب لو يراعي الأصول الفنية المستقرة والمتبعة التي لا مجال للشك فيها، أما بالنسبة للأعمال الطبية المختلف عليها وهي محل خلاف وجل علمي بين أهل الاختصاص، فعلى القاضي أن لا يبدي رأيه فيها وإنما عليه أن يعتبر الطبيب غير مخطئ وغير مسؤول.

2- اما بالنسبة للأمور المتخصصة المتفق عليها بين أهل الاختصاص عليه أن يستعين بالخبير الطبي من أجل الاستيضاح ، ويحق له أن يستعين بأكثر من خبير لتشكيل في حال أصابه الشك في تقرير الخبير⁽¹⁾.

ويتمتع القاضي بالسلطة التقديرية المطلقة في استنباط القرائن القضائية التي من شأنها أن تعزز ثقته وتكون عقيدته، فلا رقابة عليه فيما يحصله ويستخلصه وما يتناوله من قرائن مثل وجوب اتخاذ بعض الاحتياطات لمنع تلوث الجرح في العمليات الجراحية، حيث يمكن للقاضي في هذه الحالة أن يستخلص قرينة من تلوث الجرح على إهمال الطبيب في اتخاذ الاحتياطات اللازمة وأن يأخذ بما يطمئن له تاركاً ما لا يستقر عليه ضميره المهني، ولو كان محتملاً متى أقام قضاؤه على اسباب سائغة⁽²⁾.

ثانياً: دور الخبرة الطبية في إثبات الخطأ الطبي.

الخبرة في اللغة - بكسر الخاء وضمها - العلم بالشيء، ومعرفة على حقيقته، من قولك: خبرت بالشيء إذا عرفت حقيقة خبره، والخبير بالشيء، العالم به ، وأهل الخبرة ذووها⁽³⁾، وقوله تعالى {فَاسْأَلْ بِهِ خَبِيرًا}⁽⁴⁾ أي: استعلم عنه من هو خبير به عالم به فاتبعه واقتد به⁽⁵⁾.

1- الخبرة في الشريعة الإسلامية:

مما يدل على جواز الأخذ بالخبرة قوله تعالى {فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ}⁽⁶⁾، ويقصد بأهل الذكر علماء المسلمين، فيستدل بذلك بالرجوع إلى علماء المسلمين في المسائل التي تصعب

(1) الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجرحين المدنية، مرجع سابق (ص220).

(2) عميري، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مرجع سابق (ص97).

(3) الموسوعة الفقهية الكويتية (ج19/ص17).

(4) [الفرقان: 59]

(5) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، (ج6/ص119).

(6) [الأنبياء: 7]

عليكم، فهم أهل الخبرة والاختصاص⁽¹⁾، ومن مشروعية الخبرة بشكل عام أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد أقرها، عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دَخَلَ عَلَيْهَا مَسْرُورًا، تَبْرُقُ أَسَارِيرُ وَجْهِهِ، فَقَالَ: " أَلَمْ تَسْمَعِي مَا قَالَ الْمُدْلِجِيُّ لِرَيْدٍ، وَأَسَامَةَ، وَرَأَى أَقْدَامَهُمَا: إِنَّ بَعْضَ هَذِهِ الْأَقْدَامِ مِنْ بَعْضٍ"⁽²⁾.

وقد عرف البعض الخبرة بأنها وسيلة علمية يقوم بها أهل العلم والاختصاص، بناء على طلب القاضي، لإبداء رأيهم في الأمر المتنازع فيه لإظهار الحقيقة ولا يستطيع القاضي القيام بذلك بنفسه⁽³⁾، ويرجع في الفقه الإسلامي إلى أهل الطب والمعرفة بالجراح في معرفة طول الجرح وعمقه وعرضه، ويرجع أيضاً إلى أهل المعرفة من النساء في قياس الجرح وقدره إذا كان مما تجوز فيه شهادة النساء⁽⁴⁾، أو يسأل عدلان من أهل الصناعة، فإن قالوا هكذا يعمل هذا فلا يضمن وإن قالوا هذا تعدى في عمل هذا ضمن، كان التعدي ما كان قل أو كثر وإذا لم يكن بينة كان القول قول الصانع مع يمينه ثم لا ضمان عليه⁽⁵⁾، وبذلك نجد أن الفقه الإسلامي قد أخذ بمفهوم الخبرة كوسيلة لإثبات الأمر المتنازع عليه في حال عجز القاضي عن فحص الأدلة لعدم معرفته بدقائق الأمور.

2- الخبرة في القانون الوضعي:

لم يعرف المشرع الفلسطيني الخبرة ولكن نص على القواعد العامة التي تنظم عمل الخبير في قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة 2001، ولذلك اجتهد الفقهاء في تعريف الخبرة، فقد عرفها البعض بأنها مهمة خاصة أو هي استشارة فنية يقدمها الخبير المحقق أو القاضي في مجال الإثبات، عن وقائع لا يستطيع أن يشق طريقه فيها وحده، وهذه الوقائع قد تتعلق بشخص أو بشيء أو بحالة معينة، يحتاج فيها إلى معرفة معينة⁽⁶⁾.

وهي إجراء يعهد به القاضي الجنائي لأي شخص مختص يسمى بالخبير، للقيام بمهمة محددة تتعلق بواقعة أو وقائع مادية يستلزم بحثها أو تقديرها على العموم وإبداء الرأي فيها علماً أو فناً لا يتوافر في الشخص العادي، ليقدم له بياناً أو رأياً لا يستطيع القاضي الوصول إليه وحد⁽⁷⁾.

(1) الماوردي، تفسير الماوردي (ج3/ص438)، و تفسير القرطبي(ج11/ص271).

(2) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب القائف، رقم الحديث: 6770، 157/8.

(3) شنيور، الإثبات بالخبرة بين القضاء الاسلامي و القانون الدولي وتطبيقاتها المعاصرة: دراسة مقارنة (ص39).

(4) ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (ج2/ص84 و85).

(5) الشافعي، الأم (ج6/ص188)، البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع(ج5، ص490).

(6) حنا، الخطأ الطبي الجراحي، مرجع سابق (ص635).

(7) نمور، أصول الإجراءات الجزائية (ص436).

والخبرة في المجال الطبي هي أن يقدم الخبير المنتدب مساعدته التقنية لتقدير الحالة الجسدية أو العملية للشخص المعني وتقييم التبعات التي تترتب عليها أثار جنائية أو مدنية⁽¹⁾.

إن قرار استعانة القاضي بالخبرة الطبية يخضع للسلطة التقديرية للقاضي من حيث ضرورة هذا العمل في حال تمكنه من فحص الأدلة والبراهين على وجود الخطأ الطبي وبذلك يلجأ القاضي لندب خبير واحد أو أكثر للاستشارة بأرائهم في هذا المجال، حيث يحدد القاضي مهمة الخبير بالتفصيل وبدقة، وهذا ما أكده قانون البيئات المدنية والتجارية الفلسطيني، بقوله "للمحكمة عند الاقتضاء أن تحكم بندب خبير واحد أو أكثر للاستشارة بأرائهم في المسائل التي يستلزمها الفصل في الدعوى، ويجب أن تذكر في منطوق حكمها.

1- بياناً دقيقاً لمهمة الخبير والتدابير العاجلة التي يؤذن لها في اتخاذها"⁽²⁾.

ومهمة الخبير تتصرف إلى بحث الأسباب التي أدت إلى وقوع الفعل الضار، وما إذا كان من الممكن تجنب هذا الفعل وفقاً للمعطيات المتعارف عليها بعلم الطب عند قيام الطبيب بالفعل الضار وفحص مدي إهماله، وقياس ذلك مع طبيب يقظ وجد في نفس الظروف التي أحاطت بالطبيب مرتكب الفعل، كما يبحث الخبير حالة تطور المريض والعوامل التي أثرت فيه، وهل هي راجعة إلى تطور المرض أم إلى العلاج الذي قدمه الطبيب ويوضح مدي الضرر الذي أصيب به المريض⁽³⁾.

وليس على المحكمة أن تحدد الوسائل التي يعتمد عليها الخبير في فحص الحقيقة، وعلى الخبير أن يجيب بدقة وبوضوح على كل ما يوجه إليه من أسئلة لأن ذلك سوف يترتب عليه حكم القاضي، فإذا أحس القاضي بعدم قدرة الخبير على القيام بالمهمة الملقاة على عاتقه يطلب من المحكمة أن تختار خبيراً بدلاً عنه، وعلى الخبير أثناء عمله أن يتجنب في تقريره اختلاف الرأي خصوصاً في المواضيع التي لاتزال موضع جدل علمي، وعدم إدخال رأيه الشخصي في التقرير، وهذا ما أكدته إحدى المحاكم الفرنسية في قضية تتلخص وقائعها أن جراحاً أغفل لقطعة من الشاش في جسم المريض أثناء إجرائه العملية الجراحية. وقرر الخبراء أنه لم يرتكب خطأ، ومع ذلك رأوا أنه من المناسب منح المريض تعويضاً مخففاً نظير الألام⁽⁴⁾، كما أن المحكمة إذا طلبت من

(1) أشار: إلى هذا التعريف: شارف، المسؤولية الادارية عن الأخطاء الطبية، رسالة ماجستير (ص47).

(2) قانون البيئات المدنية والتجارية رقم (4) لسنة 2001م، المادة (156).

(3) حنا، الخطأ الطبي الجراحي، مرجع سابق (ص637).

(4) الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجرحين المدنية، مرجع سابق (ص214 و 215).

الخبير مهمة محددة فعليه أن يقوم بما طُلب منه بالتحديد وعدم إبداء أي رأي فيما يترتب من نتائج واقعية أو قانونية على المعاينة المكلف بها⁽¹⁾.

ويرى بعض الفقه- وبحق- أن القاضي ليس ملزماً بالأخذ في تقرير الخبير الطبي، لأنه لا يمكنه أن يقضى بغير قناعته وبما يرتاح به ضميره، ولكن يجب أن تكون هناك أسباب قوية تدعوه إلى مخالفة تقرير الخبير⁽²⁾، ويرجع السبب بعدم اتباع القاضي تقرير الخبير، أن الخبير هو من نفس مهنة الطبيب مرتكب الفعل وتربطه علاقة زمالة في المهنة، وبالتالي في أغلب الأحيان قد تجد أن تقرير الخبير يخرج بصورة غير مفصلة ولا يوجد فيه إدانة بوجود الخطأ الطبي، ويرجع السبب لمضاعفات طبيعية نتيجة العلاج، كما أننا نعيش في بقعة جغرافية صغيرة مما يجعل هناك علاقة معرفة بين الأطباء مع بعضهم البعض، وبالتالي تكون هناك معرفة بالخبير والتي لا شك بدورها قد تؤثر على التقرير الختامي لتقرير الخبير.

وبهذا الخصوص قررت محكمة النقض المصرية أن تقرير الخبير هو أحد العناصر التي يستند إليها القاضي في تكوين عقيدته، والتي تخضع لتقدير المحكمة، فالمحكمة لا تلتزم برأي الخبير، بل من واجبها، أن تشكل أوجه الاقتناع على ضوء كافة الوثائق المعروضة للمناقشة⁽³⁾.

ويرى الباحث أن عمل الخبير الطبي قد يواجه بعض الصعوبات رغم خبرته في المجال الطبي والأصول الفنية والعلمية لمهنة الطب، ومن هذه المصاعب عدم إحاطته بالظروف الخارجية التي كانت موجودة أثناء ارتكاب الطبيب الفعل، ووجود الملفات والسجلات الطبية لحظة وقوع الفعل في يد الطبيب والعاملين في إدارة المستشفى، وبالتالي إمكانية أن يقوموا بإدخال التعديلات والملاحظات على هذه السجلات هو أمر وارد غالباً، وكذلك صعوبة التحقيق في الرابطة السببية بين الفعل والضرر الناتج عن، كون أن هناك ظاهرة لدى بعض المرضى وذويهم على التعامل والتنقل من طبيب إلى آخر ومن مستشفى إلى آخر بسبب نقص الثقة في الكادر الطبي، وهذا الأمر قد يشكل صعوبة في تداخل الأسباب التي رتبت النتيجة وصعوبة حصرها أثناء التحقيق في الرابطة السببية، لذلك لتلافي مشكلة السجلات الطبية والتعديل عليها يمكن للإدارة إتباع العمل في نظام الأرشيف الإلكتروني للسجلات بحيث ترحل بيانات المرضى إلى مركز المعلومات بشكل تلقائي لا يمكن حذفها في عملية الإدخال.

(1) قانون البيانات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة 2001م، المادة 158.

(2) الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجرحين المدنية، مرجع سابق (ص217)، و حنا، الخطأ الطبي الجراحي، مرجع سابق (ص643).

(3) أشار إلى هذا الحكم: حنا، الخطأ الطبي الجراحي، مرجع سابق (ص643).

المطلب الثاني

دور الفقه والقضاء ووزارة الصحة في قضايا الأخطاء الطبية وتطبيقاتها

إن القاعدة العامة في الإثبات يقع على عاتق المريض إثبات الخطأ الطبي، وهذا الأمر فيه من الصعوبة على المريض، مما لا يستطيع أن يثبت ذلك في المجال الطبي لطبيعته الصعبة ولتضامن الأطباء ولعدم وجود قواعد قانونية خاصة بالمسؤولية الطبية، لذلك اجتهد الفقه والقضاء في إيجاد حلول لهذه المسألة من باب الانصاف وإحقاق الحقوق، للتخفيف من عبء المريض في إثبات الخطأ الطبي.

إن وزارة الصحة هي المشغل الرئيس والمتابع للمنظومة الصحية على مستوى الدولة، فهي كما تتابع الحفاظ على الصحة العامة ويقع على عاتقها عبء ومهام تقديم الخدمات الصحية الحكومية بشتى أنواعها، وإنشاء المؤسسات الصحية اللازمة لذلك، وترخيص المؤسسات الصحية الغير حكومية وترخيص مزاوله المهن الطبية والمهن الطبية المساعدة⁽¹⁾، فهي المسؤولة عن متابعة الأخطاء الطبية والتحقيق فيها وإيقاع العقوبات التأديبية على العاملين فيها، ورفع التوصيات النهائية بخصوص وجود الأخطاء الطبية.

الفرع الأول: دور الفقه والقضاء في التخفيف من قاعدة عبء الإثبات.

اتضح مما سبق أن عبء إثبات الخطأ الطبي يقع على عاتق المريض الذي أصابه الضرر وهذا حسب الأصل، إلا أن الفقه والقضاء في محاولة منهم لمساعدة المريض وما تقتضيه العدالة لحصول المريض على حقه في حال أصابه الضرر نتيجة الخطأ الطبي في سبيل مواجهة هذا العبء، وضعت بعض الوسائل القانونية والتي من خلالها يُنقل عبء الإثبات إلى الطبيب أو حتى إدارة المستشفى، وتجدر الإشارة هنا أن القانون الفلسطيني لم يتعرض لمسؤولية الطبيب عن أخطائه بنصوص أو قرارات، وهذا ما يزيد الأمور تعقيداً في ظل تزايد الأخطاء الطبية في فلسطين وتراكمها أمام القضاء منذ سنوات عديدة دون الفصل فيها أو الوصول إلى نتيجة حولها⁽²⁾، وإذ يرى الباحث أنه على المشرع أن يسرع في تدارك النقص في القوانين ذات العلاقة بالمجال الطبي، والتي توضح نطاق مسائلة الطبيب عن الأخطاء الصادرة منه، وهي في نفس الوقت تحدد الحماية للمريض عندما تحدد مجال الطبيب ومتى يتم مسائلته ومحاسبته وعلى أي أسس أو قواعد ناظمة لهذه المحاسبة، وعلى وجه الخصوص مسألة إثبات الخطأ الطبي لمجابهة الصعوبة التي تكتنف

(1) قانون الصحة العامة رقم (20) لسنة 2004، المادة (2).

(2) فرج، وعارف، قاعدة "الضرر يُزال" وأثرها في ضمان خطأ الطبيب، مرجع سابق(ص12).

هذه المهمة والتي تنقل كاهل المريض في أغلب الأحيان وتكون السبب في عدم توجه إلى القضاء لعدم قدرته في إثبات الخطأ الصادر من الطبيب أو من المؤسسة الصحية بشكل عام.

أولاً: تطبيق فكرة الخطأ الاحتمالي.

حاول القضاء الفرنسي من أجل تذليل الصعوبات التي تواجه المريض فلا سبيل إقامة الإثبات على خطأ الطبيب من خلال استنتاجه لهذا الخطأ من وقوع الضرر على المريض، وهذا عكس ما تقضي به القواعد العامة في المسؤولية والتي أوجبت على المريض إقامة الدليل على خطأ الطبيب، حيث كان ذلك من خلال ما أطلق عليه فكرة الخطأ الاحتمالي أو المقدر⁽¹⁾.

حيث تستند فكرة الخطأ الاحتمالي على أساس أنه لولا حدوث الخطأ من الطبيب لما وقع الضرر، على الرغم من أنه لم يثبت بصورة قاطعة أن الطبيب قد أهمل في بذل العناية اللازمة، أو لم يتخذ الاحتياطات التي يوجبها على التزامه بالحيطه والحذر، فإن القاضي يستنتج هذا الخطأ من وقوع الضرر ذاته، وأن فكرة الخطأ الاحتمالي ما هي إلا استعمال لسلطة القاضي، في استخلاص الخطأ من كافة القرائن متى كانت قاطعة الدلالة على حدوثه⁽²⁾.

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بفكرة الخطأ الاحتمالي عندما استخلصت خطأ المستشفى من مجرد انتقال العدوي للمريض أثناء إقامته فيها، معتبرة أن إصابة المريض في هذه الحالة لا يمكن تفسيرها إلا بارتكاب خطأ من قبل المستشفى الذي كان يتوجب عليه منع انتشار العدوي، وقد تبني القضاء الإداري في فرنسا فكرة الخطأ الاحتمالي حيث قضى أن وفاة طفلين أثناء القيام بعملية التطعيم الإجباري يدل على اختلال سير المرفق العام، وبالتالي تتعدّد مسؤولية الإدارة، كما أيد الفقيه (سافاتيهيه) هذه الفكرة باعتبارها من قبيل القرائن، طبقاً للمادة 1353 من التقنين المدني الفرنسي، فاللجوء إلى هذه الفكرة ليس إلا استعمالاً للقرائن القضائية إي استعمال القاضي لسلطته في استخلاص الخطأ من كافة القرائن متى كانت قاطعة الدلالة على حدوثه⁽³⁾.

وقد قررت محكمة باريس في حكم حديث لها مساعلة بنك الدم عن نقل دم ملوث بفيروس الإيدز، حتى وإن كانت الحالة العلمية والتقنية الراهنة لا تسمح باكتشاف هذا الفيروس وقد صدرت في ذلك العديد من الأحكام القضائية⁽⁴⁾.

(1) قاسم، إثبات الخطأ الطبي، مرجع سابق (ص94)

(2) منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق (ص35)، و حنا، الخطأ الطبي الجراحي، مرجع سابق (ص204).

(3) حنا، الخطأ الطبي الجراحي، مرجع سابق (ص208). و قاسم، إثبات الخطأ الطبي، مرجع سابق (ص97)، وتنص المادة (1353) من القانون المدني الفرنسي على أن "القرائن التي لم ينص عليها القانون تترك لنظر القاضي وتقديره ولا يجوز أن يأخذ إلا بقرائن قوية الدلالة ودقيقة التحديد ظاهرة التوافق ولا يأخذ بها إلا في الأحوال التي يجيز بها القانون الإثبات بالبينة ما لم يطعن بالتصرف بالغش والتدليس"

(4) للمزيد حول هذه الأحكام انظر: حنا، الخطأ الطبي الجراحي، مرجع سابق (ص207).

أما في القضاء الفلسطيني فقد إتبع محكمة أول درجة في أحد أحكامها حيث قررت أن إثبات عدم وقوع أي خطأ طبي للمريض يقع على عاتق الطبيب طالما أن حالة المريض والقرائن المحيطة تشير إلى وقوع مثل هذا الخطأ⁽¹⁾.

وقد أخذ القضاء المصري بفكرة الخطأ الاحتمالي في إحدى قضايا المسؤولية الطبية في جراحة التجميل⁽²⁾، في المقابل تعرضت هذه الفكرة لبعض الانتقادات متمنين أن تخفي من المجال الطبي، لأنه في اعتقادهم أن لا يثبت ارتكاب المدعي عليه خطأ محددًا، مع ذلك تتعدد المسؤولية لأنه وفقاً لظروف الدعوى والنتائج الضارة التي أصابت المدعي لا يمكن إلا أن يكون مرتكباً لخطأ ما⁽³⁾.

وبالتالي نجد أن القضاء قد التجأ إلي فكرة الخطأ الاحتمالي لتدارك القصور في القواعد القانونية التي ألقت عبء الإثبات على عاتق المريض، وذلك من أجل توفير الحماية له لعدم قدرته على إثبات الخطأ الطبي الواقع عليه في ظل التطور الهائل في العلوم الطبية والتي تخفي على المختصين من هذا المجال، فكيف هو الحال في المريض الذي نخر جسده الضعيف المرض، ومن أجل ذلك نري بضرورة اتباع القضاء لفكرة الخطأ الاحتمالي في حالات تقتضيها العدالة كون أن هذه الفكرة تنقل عبء الإثبات على الطبيب فهو الطرف القوي في المعادلة، حيث باستطاعته نفي مسؤوليته بعدم الإهمال أو التقصير بالتزامه ببذل العناية الواجبة أو وجود سبب أجنبي، وبذلك نكون قد وفرنا الحماية للمريض وهو في أمس الحاجة لها.

ثانياً: الاستثناءات على التزام الطبيب في بذل العناية.

القاعدة العامة في الأصل أن التزام الطبيب ومضمونه تكمن في بذل العناية اللازمة، في سبيل شفاء المريض، إلا أنه يوجد حالات أخرى يستطيع فيها الطبيب مستعيناً بمعطيات العلم الحديثة والتطور التكنولوجي في هذا المجال أن يقدم للمريض العناية الطبية بحيث لا يتطرق الشك إلى نتائجها، بمعنى أنها عناية لا تقدر في ضوء الاحتمال وهذا ما يسمى بالتزام بتحقيق النتيجة،

(1) أشار إليه، مارية، عبء إثبات الخطأ الطبي في فلسطين، مرجع سابق (ص16).

(2) "حيث قضى بأنه يكفي للمريض أن يثبت خطأ طبيب التجميل أن يقدم واقعة ترجح إهماله وهو يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه، فينقل عبء الإثبات بموجبه إلى الطبيب ويتعين علنه لكي يبعد المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة الى اقتضت إجراء الترقيع والتي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال". نقض مدني مصري 1969/6/26، س20، ص1075، أشار إليه منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق (ص30).

(3) في حكم لمحكمة النقض الفرنسية أدانت اللجوء إلى هذه الفكرة لإقامة المسؤولية على الطبيب وأعدت التنكير بوجود الخطأ الثابت وفق ما تقتضيه القواعد العامة في المسؤولية ووصفت هذا الفكرة أنها فكرة مغلوطة، ويرد البعض على هذا الحكم أن المحكمة أدانت في حكمها فقط الاسناد لعدم مألوفية الضرر وجسامته لاستنتاج خطأ الطبيب وبالتالي يبقى الباب مفتوحاً أمام القضاء لاستنتاج الخطأ أي افتراضه من خلال الاستناد على وقائع أخرى متها الضرر، للمزيد أنظر، قاسم، إثبات الخطأ الطبي، مرجع سابق (ص101).

والعلة من وراء هذا الالتزام أن العمل الطبي ينطوي في بعض الحالات من غلبة عنصر اليقين على عنصر الاحتمال، الأمر الذي يبرر الخروج على فكرة العناية⁽¹⁾.

حيث نجد أن القضاء قد إجتهد في إيجاب أدوات ووسائل قانونية، يمكن من خلالها للمريض من الحصول على فرصة للتعويض عن بعض الأفعال التي تصدر من أثناء العملية العلاجية التي يتبعها المريض، دون أن يبحث عن خطأ الطبيب، حيث يكفي هنا أن يثبت المريض الضرر ومن هذه الحالات والتي اتفق عليها الفقه والقضاء ما يلي⁽²⁾:

1- حالات نقل الدم والتحاليل الطبية.

لا تخلو مسيرة علاج المريض وبالخصوص عند التدخل الجراحي في العمليات الجراحية أو عند الإصابة بجروح بالغة، قد يتعرض فيها المريض لفقد كمية كبيرة من الدم، وبالتالي تكون الوسيلة الوحيدة لتعويض الكمية المفقودة بنقل كمية من الدم من شخص آخر يسمى المتبرع من خلال إعطاء المريض كميات من الدم حسب الأصول العلمية المتبعة في هذه الحالات بواسطة فحص دم المريض وفصيلته وكذلك فحص دم الشخص المتبرع فحصاً كاملاً بالإضافة لخلوه من الأمراض، وذلك من أجل ضمان سلامة المريض من أي مضاعفات أو انتقال الأمراض، حيث يعهد هذا الأمر إلى العاملين في مجال المختبرات الطبية.

ويتفق الفقه والقضاء إلى أنه ينبغي أن لا يترتب على أخذ دم من المتبرع ونقله إلى المريض أو حتى حفظه في بنك الدم، الإضرار بالشخص المتبرع أو المريض، حيث أن الالتزام في هذه الحالة على مركز بنك الدم والمختبرات المتخصصة في حفظ الدم ونقله يكون التزام بتحقيق نتيجة تتمثل في دقة النتائج التي ستخرج من هذه الأعمال وتحديدتها على نحو يكفي معه لقيام المسؤولية بإعطاء نتائج مغلوطة دون حاجة لإثبات الإهمال أو التقصير من جانبه لا ببذل عناية⁽³⁾.

2- التزام الطبيب بسلامة التركيبات الصناعية الطبية.

ويقصد بها هي الأعضاء الصناعية التي يستعويض بها المريض عما فقده من أعضائه الطبيعية أو ما يصاب منها بالتلف أو الضعف⁽⁴⁾، ويلجأ الطبيب إليها عندما تستدعي حالة المريض نتيجة فقد العضو الطبيعي مثل حالات بتر الأطراف العلوية والسفلية من الجسم ، أو في

(1) حنا، الخطأ الطبي الجراحي، مرجع سابق (ص149).

(2) منصور، المسؤولية الطبية (ص237وما بعدها) و حنا، الخطأ الطبي الجراحي، مرجع سابق(ص149) و قاسم، إثبات الخطأ الطبي، مرجع سابق(ص105 وما بعدها) و زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مرجع سابق(ص371).

(3) زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مرجع سابق (ص 377) و قاسم، إثبات الخطأ الطبي، مرجع سابق (ص108).

(4) قاسم، إثبات الخطأ الطبي، مرجع سابق (ص110).

حالة تركيب الأسنان الصناعية، وبالتالي ما هي طبيعة التزام الطبيب أو المستشفى في الحكم على هذه الوسائل الطبية.

من أكثر القضايا التي أثرت في هذا المجال أمام القضاء هي تركيبات الأسنان وما يقوم به طبيب الأسنان بهذا الخصوص، فقد اعتبر القضاء في بداية الأمر أن طبيب الأسنان في حكم بائع للأسنان الصناعية وبالتالي يلتزم بضمان العيوب الخفية، فالمريض لا يلتزم بإقامة الدليل على خطئه لأننا هنا بصدد التزام طبي بوسيلة، بل بصدد بيع بشرط التجزئة معلق على شرط واقف هو قبول الأسنان بعد تجربتها إلا أن الفقه انتقد هذا القضاء لخطئه في تكيف العقود مجافاته لوقائع العمل الطبي⁽¹⁾.

ويتفق الفقه مع القضاء في أن تقديم طبيب الأسنان للأسنان الصناعية، لا يفي عن هذا العقد الاتفاق وصف العقد الطبي، الذي ينشئ على عاتق طبيب الأسنان التزامين:

الأول: الالتزام ببذل العناية اللازمة في تهيئة فم المريض وتجهيزه قبل ترطيب الأسنان الصناعية.

الثاني: الالتزام بتحقيق نتيجة في تقديم الأسنان الصناعية وتركيبها فبحيث تكون أسنان ملائمة للمريض ولا تحدث أضراراً، فإن أحدث أضراراً قامت مسؤولية الطبيب، إلا إذا قام الدليل على أن السبب يرجع إلى خلل لا يد فيه⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية طبيب الأسنان لأنه لم يحترم التزامه بأن يسلم للمريض سناً صناعية مرضية، وذلك أن التطور العلمي في صناعة الأسنان جعل من تقديم هذه الخدمة أمراً يجب ألا يتضمن أي احتمال فيما يتعلق بسلامة السن صناعياً وخلوها من العيوب، بحيث يجب أن يؤدي الغرض المستهدف منه على أكمل وجه⁽³⁾.

3- الأدوات و الأجهزة الطبية.

إن التقدم الهائل والمستمر في المجال الطبي من خلال الإستعانة بالأجهزة الطبية المتطورة والأدوات في إجراء العمليات الجراحية أو التشخيص والعلاج، دفع الفقه والقضاء في بحث مدي مسؤولية الطبيب أو الإدارة في تحمل تبعات مخاطر هذه الأدوات والأجهزة عندما تلحق الضرر في المريض.

(1) للمزيد انظر، الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (ص232).

(2) منصور، محمد، المسؤولية الطبية (ص239) و زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مرجع سابق (ص395).

(3) أشار إلى هذا الحكم: الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (ص243).

حيث يسلم الفقه والقضاء بأن الطبيب يتعهد فضلاً عن بذل عناية يقظة في علاج المريض وفقاً للأصول العلمية، بالتزام محدد بسلامته من الأضرار المستقلة عن المرض الذي لجأ إليه من أجله وعلى غير صلة به، ومحل التزامه هذا تحقيق نتيجة حيث ينطبق هذا الأمر على الأضرار التي تلحق بالمريض من الأدوات والأجهزة الطبية، وتقطع صلتها بالأعمال الطبية التي يظل محل الالتزام فيها ببذل العناية⁽¹⁾.

وقضى بذلك بمسؤولية الطبيب عن وفاة المريض أثناء الجراحة نتيجة انفجار حدث لتسرب الغاز من جهاز التخدير واستعماله بشرارة خرجت من المشط الكهربائي، وكذلك بمسؤولية الطبيب عن إصابة المريض بحروق نتيجة لهب خرج من المشط الكهربائي، وكذلك بمسؤوليته عن التهاب نتيجة زيادة تعرض الجلد للأشعة نتيجة خلل في منظم جهاز الأشعة⁽²⁾.

ويمكن المعيار والضابط في تحديد مدي التزام الطبيب في هذه الدائرة أن كل ضرر يحدث للمريض من جراء استعمال الأدوية الطبية أو العمليات الجراحية أو أي نشاط علمي آخر أو من نقص في الرعاية، يعتبر ضرراً ناتجاً عن إخلال بالتزام بوسيلة، يقع على كاهل المريض أو ذويه عبء الإثبات، وكل ضرر يحدث للمريض من جراء استعمال الطبيب للأشياء (الأجهزة- الأدوات الطبية)، أثناء قيامه بعمله الطبي يعتبر ضرراً متمخض عن إخلال بالتزام بتحقيق نتيجة، يفترض معه صدور خطأ من الطبيب، ولا يقع على عاتق المريض عبء الإثبات⁽³⁾.

ويقول البعض بهذا الخصوص أن المعيار لمعرفة طبيعة الالتزام هو وجود أو عدم وجود عنصر الاحتمال فإننا نكون بصدد الالتزام بوسيلة وإذا انتفى عنصر الاحتمال فإننا نكون أمام تحقيق نتيجة، وبالتالي لا مجال بالقول بوجود عنصر الاحتمال فيما يتعلق بالتزام حارس الأشياء وهو هنا الطبيب أو إدارة المستشفى في منع الضرر بالغير، لذلك تكون المسؤولية هنا على الطبيب أو الإدارة باعتباره أن حراسة الأشياء تتحقق بالتزام النتيجة⁽⁴⁾.

(1) منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق (ص240) و قاسم، إثبات الخطأ الطبي، مرجع سابق (ص108).

(2) أشار إلى هذا الحكم: زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مرجع سابق (ص387)، والأضرار المقصودة في هذا الشأن هي تلك التي تنشأ نتيجة وجود عيب أو عطل بالأجهزة والأدوات الطبية إذ يقع التزام على الطبيب بمقتضاه استخدام الأدوات السليمة والتي لا ينتج عنها الضرر للمريض وهذا الالتزام هو التزام بنتيجة، فلا ينفي الطبيب من المسؤولية حتى لو كان العيب الموجود بالآلة يرجع إلى صنعها ويصعب كشفه. حنا، الخطأ الطبي الجراحي(ص162).

(3) الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (ص243).

(4) الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (ص394).

ونحن لا يسعنا إلا تأييد هذا القضاء - وبحق - الذي يُلقى على الطبيب التزاماً محدداً بالسلامة لا يقتصر فقط على الأضرار التي تنتج عن عيوب أجهزته أو أدواته، بل يشمل كذلك الأضرار الاستثنائية التي تكون منقطعة الصلة بمرضه وتلحق بالمريض الضرر نتيجة استعمالها⁽¹⁾.

4- الالتزام بضمان سلامة المريض.

في محاولة الفقه والقضاء لخلق وسائل قانونية يستطيع من خلالها نقل عبء الإثبات من المريض إلى الطبيب للحصول على التعويض عن الأفعال التي تقع على المريض من توابع العمل الطبي الذي يخضع له، وذلك دون حاجة للبحث عن خطأ الطبيب أو المستشفى، فقد التجأ القضاء بعد أن وجد ضالته من خلال الالتزام بضمان سلامة المريض⁽²⁾.

وإذا كان ألا يسأل الطبيب عن شفاء المريض فإنه يحصل أحياناً أن يكون الطبيب ملتزماً بالالتزام محدد بسلامة المريض لا من عواقب المرض، بل من مخاطر الحوادث أو انتقال العدوي وهي غالباً الأحوال التي يقترن فيها العقد الطبي بعقد إيواء بمستشفى في هذه الحالة لا يكفي المريض بأن يأويه الطبيب في المستشفى، ويقدم له العلاج والغذاء من الأضرار التي تلحقه مدة إقامته في المستشفى مالم يثبت أنها من عوارض المرض الذي دخل المستشفى وهو مصاب به أو أنها حدثت نتيجة لقوة قاهرة أو حادث فجائي أو بفعل الغير⁽³⁾.

وفي ذلك حكم القضاء الفرنسي بأن المستشفى الذي وضعت فيه طفلة تسأل عن المرض الذي تصاب به الطفلة مدة إقامتها بالمستشفى حيث قررت محكمة استئناف بوردو أن المستشفى يقبله الطفل قد عقد على نفسه ضمناً الالتزام بالحلول محل أمه في كل ما يتعلق برعايته وسلامته الروحانية والجسمانية، وأن طبيعة المرض الذي أصاب الطفلة تتم عن الاخلال بهذا الواجب ومن ثم عن حصول الخطأ التعاقدية، ولا يعفي المستشفى ممن المسؤولية إلا بنبوت الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو خطأ الغير، كما أقرت محكمة النقض الفرنسية بوجود قرينة على خطأ المستشفى وحكم أيضاً بأن مدير المستشفى يسأل عن العدوي التي تلحق بالمريض أثناء معالجة المريض⁽⁴⁾.

ثالثاً: تطبيق فكرة المسؤولية بدون خطأ.

أقر القضاء الإداري مسؤولية الإدارة بدون خطأ وهي تتحقق استناداً للضرر الذي لحق بالمضرور واستقلالاً عن وجود خطأ ثابت أو مفترض في جانب من ينسب إليه العمل أدى إلى إحداث هذا الضرر، فالأخذ في هذا المجال يعني أن يتخلص المريض نهائياً من عبء الإثبات،

(1) زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مرجع سابق (ص391).

(2) حنا، الخطأ الطبي الجراحي، مرجع سابق (ص152).

(3) الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجرحين المدنية (ص228).

(4) أشار إليه: المرجع السابق (ص239) و قاسم، إثبات الخطأ الطبي، مرجع سابق (ص110).

ونظراً لما يقتضيه توزيع الدراسة وترتيبها فإننا سنحيل بحث هذا الأمر في فصل مسؤولية الإدارة بالتفصيل.

الفرع الثاني: آلية تعامل وزارة الصحة مع الأخطاء الطبية.

لا يوجد في النظام القانوني الفلسطيني آلية قانونية موحدة ومشاركة تحكم عمل وأليات لجان التحقيق في قضايا الأخطاء الطبية⁽¹⁾، وتختلف لعدة أسباب منها اختلاف الطبيعة القانونية لعمل المؤسسات الصحية في فلسطين منها المؤسسات الصحية العامة والتي تتبع لوزارة الصحة، والمؤسسات الخاصة التي تتبع للمؤسسات الأهلية وغيرها، كما تختلف حسب القوانين السارية، فاختلاف القوانين في المحافظات الشمالية (الضفة الغربية) عن المحافظات الجنوبية (قطاع غزة) له الأثر في ذلك.

فعلى الرغم من قيام السلطة الوطنية الفلسطينية بإقرار العديد من التشريعات الناظمة للعمل الصحي، إلا أن هذا العمل لم يكتمل بإقرار قانون المسؤولية الطبية، فكان له الأثر في آلية متابعة الأخطاء الطبية ومعالجتها في القضاء والدوائر المختصة من خلال ضبط الأخطاء الطبية ومسائلة القائمين عليها، وإنصاف المرضى بإعطائهم الحقوق العادلة.

أما بخصوص دور وزارة الصحة في التعامل مع شكاوي الأخطاء الطبية، فعند ورود شكاوي إلى الوزارة من خلال تقديم المشتكي (سواء المريض أم ذويه) إلى وحدة الشكاوي في وزارة الصحة حيث أن الوزارة فعلت هذه الوحدة لتسهيل المهام الموكلة إليها والتعامل مع المراجعين، كذلك قد ترد بعض الشكاوي من جهات مختلفة مثل مراكز حقوق الإنسان أو المجلس التشريعي أو النيابة العامة، حيث شكلت وزارة الصحة في عام 2017م ما يقارب (20) لجنة تحقيق بخصوص شكاوي عن أخطاء طبية⁽²⁾، ويرجع السبب من وجهة نظرة الباحث إلي هذا الرقم المتدني أن الكثير من المرضى الذين حدث معهم أخطاء طبية ليس لديهم الخبرة القانونية أو المعرفة الطبية التي تدفعهم إلى تقديم شكاوي، ولعدم وضوح الأليات في تقديم الشكاوي ولصعوبة الإجراءات القانونية خصوصاً في إثبات الضرر، كما يرجع إلى السبب في ذلك بعض أفراد المجتمع بأن ما حصل للمريض هو

(1) لا يوجد نظام قانوني موحد للتحقيق في قضايا الأخطاء الطبية وإنما ينظم قانون الصحة العامة رقم (20) لسنة 2004، وقانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998م وتعديلاته، عملية التحقيق والمسائلة التأديبية في حال الأخطاء الطبية في القطاع الحكومي، أو عندما يتم مسائلة أي من أصحاب المهن الطبية المساندة الذين ليس لهم قانون خاص بهم، ينظم قانون الأطباء الأردني رقم (14) لسنة 1954م، وقانون نقابة الصيادلة رقم (10) لسنة 1957م وتعديلاته، عملية التحقيق والمسائلة في المهن الطبية وطب الأسنان والصيادلة في الضفة الغربية فقط. الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، نحو نظام قانوني شامل للتحقيق الإداري في قضايا الأخطاء الطبية (ص12).

(2) المستشار القانوني لوزارة الصحة الفلسطينية، سعيد شريف البطة، قابله: معاذ درويش (8 مايو 2018)، تقتقد وزارة الصحة لأرقام دقيقة عن حجم الأخطاء الطبية التي تقع في المؤسسات الصحية العامة والخاصة، نظراً لعدم وجود نظام توثيق شامل وواف للأخطاء الطبية لدى الوزارة. الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، الأخطاء الطبية نحو حماية قانونية متوازنة لأطراف الأخطاء الطبية (ص29).

قضاء وقدر وليس هناك داعي للتوجه إلى المحاكم للمطالبة بحقوقهم وهذا الأمر من وجهة نظرنا في إجماله قد يكون سبب في عدم متابعة ظاهرة الأخطاء الطبية لتعذر وزارة الصحة بأن الأرقام الموجود هي مجرد ظاهر طبيعية في المجال الطبي، مقارنة ببعض الدول المحيطة ودول الجوار.

أولاً: الآليات المتبعة في وزارة الصحة للتعامل مع الشكاوي الواردة إليها:

1- عند ورود تلك الشكاوي يتم التعامل معها من خلال الاطلاع على الملف الطبي بعد التحفظ عليه، وبعد الاطلاع على الملف ودراسة الشكوى، إذا تبين لدينا أن الأمر يستوجب التحقيق، يتم تشكيل لجنة تحقيق من خلال وزير الصحة ويكون أعضاء اللجنة من خارج المكان المشكو ضده وهذا من باب الحيادية والنزاهة.

2- يكون تشكيل أعضاء اللجنة من تخصصات مختلفة ذات علاقة بموضوع تخصص الشكوى بحيث تشمل أطباء، تمريض، رقابة، وقانوني، وأحياناً يستلزم الأمر أن يكون هناك أعضاء من خارج وزارة الصحة، مثل عضو من كلية الطب في الجامعة الإسلامية أو غيرها.

3- تقوم اللجنة بدراسة ملف المريض والأوراق ذات العلاقة، بحيث يتم في البداية سماع أقوال المشتكي والاطلاع على ما لديه من بيانات وسماع أقوال الشهود إن توفروا.

4- بعد ذلك يتم سماع أقوال شهادة الطاقم الطبي الذي يتعامل مع الحالة وعند الانتهاء من التحقيق يتم إعداد تقرير مفصل عن الحالة تتضمن الحقائق والملاحظات والخلاصة التي توصلت إليها اللجنة سواء بإثبات وجود الخطأ الطبي، أم بنفي هذا الأمر من أساسه.

5- كما يشمل التقرير النهائي على توصيات عامة تتضمن مواقع القصور في عمل إدارة المستشفى الذي ورد بخصوصه الشكوى أو بخصوص العمل الفني والطاقم الفني على وجه التحديد في التعامل مع الحالات المرضية.

6- كما يتضمن التقرير النهائي في حال ثبوت الخطأ الطبي التوصيات الخاصة للموظف مرتكب الخطأ الطبي، بحيث تكون هذه العقوبات وفق قانون الخدمة المدنية واللائحة التنفيذية من خلال المادة (68) من قانون الخدمة المدنية والتي تتضمن العقوبات التي توقع على الموظف وتتص على ما يلي⁽¹⁾:

إذا ثبت ارتكاب الموظف مخالفة للقوانين والأنظمة والتعليمات والقرارات المعمول بها في الخدمة المدنية أو في تطبيقها فتوقع عليه إحدى العقوبات التأديبية التالية:

1- التنبيه أو لفت النظر.

(1) قانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998م، المادة 68.

2- الإنذار .

3- الخصم من الراتب بما لا يزيد عن راتب خمسة عشر يوماً .

4- الحرمان من العلاوة الدورية أو تأجيلها مدة لا تزيد عن ستة أشهر .

5- الحرمان من الترقية حسب أحكام هذا القانون .

6- الوقف عن العمل مدة لا تتجاوز ستة أشهر مع صرف نصف الراتب .

7- تخفيض الدرجة .

8- الإنذار بالفصل .

9- الإحالة إلى المعاش .

10- الفصل من الخدمة .

بعد الانتهاء من التقرير النهائي من خلال اللجنة يتم رفع التقرير إلى وزير الصحة لاعتماد التوصيات، بحيث يتم إعطاء نسخ من التقرير إلى المشتكي يتضمن نتيجة التحقيق وما توصلت إليه اللجنة.

للأسف لا يوجد قانون حتى اللحظة ينظم موضوع الأخطاء الطبية والمسؤولية عنها، وهذا يدل على وجود فراغ قانوني في هذا الجانب، وهذا يتطلب من المشرع إلى إقرار قانون المسؤولية الطبية من خلال المجلس التشريعي ولكن بسبب الظروف السياسية والمادية لم يتم إقراره، ونأمل أن يتم إقراره في الفترة القريبة القادمة.

مع العلم أنه هناك قضايا منظورة أمام القضاء الفلسطيني تتعلق البعض منها بقضايا تعويض بحيث تختصم وزارة الصحة الفلسطينية والموظف مرتكب الخطأ الطبي وكذلك وزارة المالية، كما أنه صدرت بعض الأحكام في هذا الخصوص، وقامت وزارة المالية بدفع قيمة المبلغ المحكوم به إلى المريض⁽¹⁾.

من الملاحظ من النظام المتبع في وزارة الصحة عند ورود شكوى بخصوص خطأ طبي، تقوم الوزارة بتشكيل لجنة للتحقيق بحيث تختلف هذه اللجنة عن سابقتها بمعنى أنها ليست لجنة دائمة أو مركزية، ونرى أنه من الضروري على المشرع الإسراع في إقرار قانون المسؤولية الصحية، و النص على تشكيل لجنة تحقيق عليا بحيث تكون لجنة مركزية ودائمة للتحقيق في قضايا الأخطاء الطبية، تشكل من عدة أعضاء، وقد تستعين اللجنة بمن تراه مناسباً، وتكمن الفائدة المرجوة من تشكيل اللجنة بشكل دائم هو أن تراكم النظر في القضايا المعروضة على اللجنة يكسبها المزيد من الخبرة العملية بخصوص الأخطاء الطبية والتحقيق فيها، كما أنه يمكن التركيز على هذه اللجنة من

(1) سعيد شريف البطة، قابله: معاذ درويش، مرجع سابق، (8 مايو 2018).

خلال تزويدهم بالدورات وورشات العمل المختصة التي تزيد من قدراتهم العملية والعلمية، بالإضافة لذلك تكون اللجنة حيادية لعدم تبعيتها لأي مؤسسة صحية.

كما تكون اللجنة هي المرجعية العليا لكل المعنيين بمسائل الأخطاء الطبية سواء النيابة العامة أو القضاء أو المؤسسات الصحية المعنية عند حدوث خطأ طبي، وهذا ما اتبعه قانون المسؤولية الطبية الإماراتي⁽¹⁾.

الفرع الثالث: تطبيقات قضائية في الخطأ الطبي.

إن العمل الطبي مجال واسع جداً يبدأ من مرحلة تشخيص وتقييم المرض، مروراً بوصف وتنفيذ العلاج وإجراء العمليات الجراحية وانتهاءً بالمتابعة والرقابة المستمرة، وصولاً لمرحلة الشفاء، وخلال هذه المسيرة العلاجية التي تقدمها الإدارة الطبية للمريض من المحتمل أن تُرتكب فيها أخطاء طبية تختلف طبيعتها حسب المرحلة العلاجية، وقد تتفاوت درجات الخطأ من حيث الجسام، ولصعوبة حصر هذه الأخطاء التي تثير المسؤولية لابد من ذكر بعض التطبيقات القضائية للأخطاء الطبية الأكثر شيوعاً، خصوصاً الأخطاء الفنية التي تقع من العاملين في المجال الطبي أثناء تقديم الخدمات في المرافق الطبية العامة.

أولاً: الخطأ في التشخيص.

حيث تعتبر مرحلة التشخيص مرحلة خطيرة لما قد يترتب عليها من مخاطر لا تُحمد عقباه، فهي مرحلة البداية في معرفة المرض الذي يعاني منه المريض، ويسعى الطبيب إلى معرفة المرض ودرجة خطورته من خلال دراسة حالة المريض والكشف الجسدي والتاريخ المرضي والعائلي واستعمال ما قد يتوفر له من وسائل حديثة في التشخيص.

فالتشخيص هو جزء من الفن عبارة لتحديد طبيعة المرض وصفاته وأسبابه، وهو عملية فكرية تقوم على تحديد الأعراض وترتيبها ومقارنتها بغيرها من الأعراض من أجل استنتاج العلاج المناسب للمريض، بمعنى تفسير العلامات والمظاهر الواضحة والخفية للمريض بقصد تمييز حالته المرضية⁽²⁾، وإن الخطأ في التشخيص لا تقوم على أساسه مسؤولية الطبيب إذا بذل واجبه قدر

(1) تنص المادة (16) من قانون المسؤولية الطبية الإماراتي رقم (10) لسنة 2016م، تختص اللجنة بتقديم الرأي بناء على طلب النيابة العامة أو المحكمة المختصة أو الجهة الصحية فيما يلي:

1- وجود الخطأ الطبي من عدمه، مع بيان سببه والأضرار المترتبة عليه إن وجدت وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر وأية أمور أخرى تطلب منها، 2- مخاطر المهنة المتعلقة بالممارسات الطبية.

(2) الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (243).

اجتهاده، فالطبيب يسأل كلما أخطأ في تشخيص المرض خطأ يدل على جهل واضح بالفن الطبي⁽¹⁾.

وتلك المهمة التي يتوقف عليها حكم الطبيب في تقرير نوع المرض واختيار العلاج وهو حكم لا يستطيع الطبيب في أغلب الأحيان تأجيله كما يفعل القاضي إذا عنت له مسألة غامضة، بل يضطر إلى البث فوراً في تشخيص الحالة، فقد يتعرض للزلل وقد يكون خطؤه راجعاً إلى نقص في العناية التي بذلها في التشخيص أو قد يكون غلطة علمية وبالتالي في أي الأحوال يكون مسؤولاً⁽²⁾.

وفي حكم لمحكمة الاستئناف الفلسطينية تدور وقائع القضية "... قد ثبت من خلال إدخال المريض إلى المستشفى الحكومي في الخليل، أنه تم إجراء عملية استئصال الزائدة الدودية في تاريخ 2007/3/24، واستمر رغم ذلك الألم فأدخل إلى المستشفى الأهلي وتم إجراء عملية استئصال الزائدة الدودية مرة أخرى بتاريخ 2007/4/12م، وبقي في المستشفى حتى تاريخ 2007/6/3م، وأن حالته الصحية لم تتحسن وازداد وضعه خطورة، إلى أن تم تحويله إلى مستشفى هداسا والذي تم علاجه بالفعل هناك حيث تبين بعد التشخيص الصحيح للمريض هو نخر في البنكرياس، مع ذلك نجد أن الطبيب الثاني قد جاوز الأصول العلمية الطبية في التشخيص والعلاج وهو يعلم علم اليقين أن الزائدة الدودية قد تم استئصالها في المستشفى الحكومي، وهذا ما يشكل خطأ طبياً"⁽³⁾. وفي حالة الخطأ في التشخيص نكون أمام صورتين:

1- الإهمال في التشخيص:

الطبيب ملزم بأن يبذل في عنايته بالمريض جهوداً صادقة يقظة، فعليه في حالة التشخيص أن يستعمل الوسائل التي وضعها العلم تحت تصرفه حتى كون بعيداً عن الغلط قدر الإمكان⁽⁴⁾، فإذا كان الخطأ ينطوي على إهمال واضح من قبل الطبيب لا يتفق مع ما جري عليه العمل في مثل هذه الحالات، فيسأل الطبيب إذا كان خطأه في التشخيص راجعاً إلى عدم استعمال الوسائل العلمية الحديثة التي اتفق على استخدامها في مثل هذا الأحوال⁽⁵⁾.

إن التجاء الطبيب إلى الاستعانة في استشارة طبيب آخر مختص ممن هو أكثر منه خبرة وتخصصاً هو أمر جوازي له، ومن ثم إن امتناعه لا يشكل خطأً من جانبه إلا في حالات استثنائية

(1) عبد الرشيد، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، (ص202).

(2) الأبراشي، حسن زكي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية....، مرجع سابق (ص118).

(3) حكم محكمة استئناف القدس المنعقدة في رام الله، رقم 20011/6، استئناف مدني، صدر بتاريخ 2011/12/14، منشور على موقع المقتفي.

(4) عبد الرشيد، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، (ص202). الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق (ص257).

(5) منصور، المسؤولية الطبية المدنية (ص41).

تستدعي ذلك، وكذلك تنتشر مسؤولية الطبيب عند استعماله لوسائل مهجورة لم يُعد معترف فيها⁽¹⁾، فالطبيب يُسأل كلما أخطأ في تشخيص المرض خطأً يدل على جهل واضح بالفن الطبي، ويجب التشديد بصفة خاصة مع الأطباء الأخصائيين الذين لا يصح أن يغتفر لهم ما يمكن أن يغتفر لسواهم من الأطباء العموميين⁽²⁾.

ومن المقرر الآن أن كل خطأ في التشخيص مهما كان يسيراً يرتب مسؤولية الطبيب ما دام أنه لا يمكن أن يصدر من طبيب يقظ يمر بنفس الظروف التي كان يمر بها الطبيب المتهم، وينبغي على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار تخصص الطبيب حين تقرير المسؤولية وأن يفرق بين الطبيب العام والطبيب المختص⁽³⁾.

"في دعوى قدمت ضد لجنة إدارة مستشفى غرينوج بإنجلترا، حكم على طبيب جناح الطوارئ بالإهمال في تشخيص التهاب الزائدة الدودية الحاد الذي حدث لفتاة عمرها إحدى عشر سنة، فقد تم نقلها إلى المستشفى وهي تعاني من ألم حاد في البطن مع تقيؤ، وبعد فحص بطن الفتاة، أخبر طبيب الطوارئ والدها بأن ابنته تعاني من اضطرابات معدية، وقد تم العودة بها إلى البيت، وبعد يومين تم فحص الفتاة من طبيبها الممارس الذي أدخلها إلى المستشفى على الفور، وأجري عملية فتح بطن، إكتشف وجود التهاب عام للغشاء المبطن للتجويف البطني بفعل انفجار الزائدة الدودية المصاب بالغنغرين، وتوفيت الفتاة بعد ستة وثلاثين ساعة من العملية، وقد أكد القاضي في حكمه، بأن هناك عبئاً كبيراً على المحكمة للتأكد بأن الأشخاص لم يحصلوا على تعويضات لمجرد أن الطبيب ارتكب خطأً، ومع ذلك فإنه حُكم بأنه في هذه القضية كان طبيب الطوارئ قد أخفق في إبداء المهارة والعناية المهنية الصحيحة، والتي من حق جميع المرضى توقعها، وقد حصل والد الفتاة على التعويض"⁽⁴⁾.

2- الغلط في التشخيص.

إن مسألة تشخيص المرض في غاية الصعوبة، لدقة عمل أعضاء الإنسان ولكثرة الأمراض وتشابه أعراضها، تستلزم من الطبيب العمل بأقصى درجات اليقظة واتباع الأساليب العلمية واستعمال الوسائل من أجل الوصول إلى التشخيص الصحيح والعلاج المناسب.

(1) الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص، مرجع سابق (ص120). الأبراشى، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية،

مرجع سابق (ص269)، حنا، الخطأ الطبي الجراحي، مرجع سابق (ص325).

(2) الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (248). والحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص، مرجع سابق، ص121.

(3) الطباخ، جرائم الخطأ الطبي، مرجع سابق (ص38).

(4) أشار إلى هذا الحكم: الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (257).

القاعدة العامة أنه لا يعتبر خطأً مجرد الغلط في التشخيص إذا أخذ الطبيب بكل أنواع الحيطة والحذر واستعمل جميع الوسائل المتاحة في فحص المريض ولكنه لم يحالفه الحظ في الوصول إلى السبب الحقيقي لمعرفة المرض، فمثل هذا الغلط يمكن أن يثير مسؤولية الطبيب إذا نم عن جهل جسيم بأوليات الطب أو عن إهمال في الفحص الطبي كأن يتم بطريقة سطحية وسريعة أو غير كاملة⁽¹⁾.

فالغلط قد يكون ناتج عن الشك في بعض الوقائع المحيطة بحقيقة المرض، أو نتيجة النقص في مجال العلوم الطبية أو بسبب عدم توفر الوسائل العلمية التي لها أثر فعال في تحقيق نتائج حتمية ومؤكدة في التشخيص، أو لوجود محل خلاف بين الطرق العلاجية، فلا خوف على الطبيب إذا لم يصادفه التوفيق متى تحرى أصول فنه وراعي الضمير والشرف في تشخيصه للمرض، فضعف الإنسان له اعتباره وتجب مراعاته وإلا وقعنا في حرج كبير⁽²⁾.

فالغلط في التشخيص هو أمر طبيعي في المجال الطبي، فالطبيب الممارس لمهنة الطب مهما بلغ من الخبرة والقدرة العلمية، من الممكن أن يخطئ، وهذه الأمور لا تغيب عن ذهن العاملين في المجالين الطبي والقضائي⁽³⁾، فالطبيب لا يسأل إذا ما تشابهت الأعراض واختلفت لدرجة تختفي فيها حقيقة المرض على أكثر الأطباء خبرة ودراية في مجال الطب⁽⁴⁾، وبذلك حكم القضاء الفرنسي على أن الأصل في الغلط في التشخيص أنه لا يكفي بحد ذاته في مسائلة الطبيب ما دام التزام الطبيب في هذا المجال التزاماً ببذل الوسيلة، فإنه يقضى من ناحية أخرى بأن هذا الغلط وحده يكفي لمسائلة الطبيب أو الجراح إذا ثبت أنه كان من الممكن تفاديه من الناحية العلمية لو أن هذا الطبيب أو الجراح كان قد بذل قدرًا أكبر من الاحتياط والدقة والانتباه⁽⁵⁾.

ثانياً: وصف العلاج ومباشرته:

إن الهدف الأساسي الذي يسعى الطبيب من ورائه لإجراء التشخيص الدقيق للمريض هو الوصول إلى حقيقة المرض الذي يعاني منه المريض وتحديد خطورته، هو الوصول إلى العلاج المناسب، حيث يقوم بوصف العلاج لما يتمتع به من حرية في اختيار العلاج حسب المبادئ والأصول الطبية التي نصت عليها قوانين وأنظمة العمل الطبي ومن خلال خبرته.

(1) منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق (ص 40). الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (243).

(2) الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية....، مرجع سابق (ص 263).

(3) عبد الرشيد، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق (ص 227).

(4) الصفدي، وخريسات، قوانين وتشريعات الصحة...، مرجع سابق (ص 36).

(5) الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية....، مرجع سابق (ص 265) و الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية،

مرجع سابق (247).

وهذا ما أكده قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي بقولها "الطبيب حر في وصف العلاج الذي يتناسب مع حالة المريض" وكذلك أيضاً نص على أنه "يجب على الطبيب أن يمتنع عن الفحص والعلاج الذي يرتب عليه مخاطر لا مبرر لها، ويجب أن يراعي أن تكون الأخطار التي تترتب على هذا العلاج أقل من أخطار المرض نفسه، وأن يكون استعماله مبرراً لحالة المريض ومصالحته في الشفاء، وإلا عد الطبيب مسؤولاً عن خطئه(1).

من الطبيعي أن لا يلتزم الطبيب بنتيجة معينة كشفاء المريض، ولكن كل ما عليه هو بذل العناية الواجبة في اختيار العلاج المناسب، ولا يسأل عن نتيجة ذلك لأن ذلك الأمر مرجعه إلى مدي فعالية الدواء من جهة ومدى تقبل حالة المريض الصحية والاستجابة لتأثيرات الدواء(2).

ويعتبر الطبيب مخطئاً إذا أمر بعلاج لم يأخذ بالحسبان فيه بنية جسد المريض وحالته الصحية وقوة تحمله ودرجة احتمال له للمواد السامة التي تقدم إليه، ويكون الطبيب مسؤولاً عن كل إهمال أو جهل بأصول الفن في وصف العلاج أو حتى في تحديد الجرعة المناسبة(3).

فقد أدان القضاء الفرنسي طبيباً تسبب في وفاة شخص بسبب عدم إيضاح مقدار وكيفية استعمال دواء خطير في التذكرة الطبية التي حررها، كما أنه لا مسؤولية على الطبيب إذا كان قد أعطي المريض الجرعة التي تحددها الأصول الطبية إذا نشأ عن ذلك إصابة المريض بمضاعفات سببها استعداد الشخص غير الممكن معرفته(4).

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه "إذا قام الطبيب بمزج الدواء بمحلول الطرطير بدلاً من الماء المقطر الذي كان يتعين خلطه مع الدواء، فإنه يكون قد اخطأ سواء كان هذا الخطأ قد وقع منه مباشرة أم اشتركت معه الممرضة، وبالتالي وجبت مساءلته في الحالتين، لأن الخطأ المشترك لا يُجَبُّ مسؤوليته أي من المشاركين فيه، ولأن استيثاق الطبيب من الدواء الذي يتناوله المريض أو في ما يطلب منه في مقام بذل العناية في شفاؤه، وبالتالي فإن تقاعسه عن تحريه والتحرز فيه والاحتياط له يعد إهمالاً يخالف كل قواعد المهنة وتعاليمها وعليه أن يتحمل وزره"(5).

(1) قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي، المادة (9 و 18) أشار إليها: لافي، المسؤولية الجزائرية الناشئة عن الخطأ الطبي، مرجع سابق (ص190).

(2) منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق (ص42 وما بعدها).

(3) الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية....، مرجع سابق (ص270). عبد الرشيد، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق (ص227).

(4) حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، مرجع سابق (ص294).

(5) نقض جنائي مصري، 1970/4/20، المحاماة السنة 21 ص626، أشار إليه: الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (314). الطرطير: حمض الدردري (حمض الطرطريك) وهو حمض عضوي توجد منه أنواع متناظرة، والنوع العادي بلوراته شفافة، يذوب في الماء والكحول. المعجم الوسيط (2/555).

ثالثاً: الخطأ الطبي في مرحلة الجراحة.

تعتبر الجراحة من أخطر المراحل التي يمر بها المريض وأعقدها، لارتباطها بجسده مباشرة، ولصعوبة إجراءاتها ولخضوع المريض تحت التخدير، وما يتبع ذلك في أغلب الأحيان من مخاطر، لذلك يلتزم الطبيب الجراح بعدم التسرع في اتخاذ قرار إجراء الجراحة واتخاذ الاحتياطات اللازمة، ودراسة حالة المريض ومدى تحمله النتائج اللاحقة لإجراء العملية.

ونظراً لطبيعة عمل الجراحين فإن المحاكم تتشدد معهم أكثر من الأطباء العاديين⁽¹⁾، ومرحلة الجراحة في الغالب تمر بعدة خطوات من إعداد وتحضير، وتنفيذ وإجراء، وإشراف متابعة، ومسؤولية الطبيب الجراح قائمة في جميع المراحل، فيعد مثلاً مسؤولاً إذا لم يقم بفحص المريض فحصاً دقيقاً قبل العملية الجراحية⁽²⁾.

ومن الأمثلة التي يسأل فيها الطبيب، إذا تجاهل أصول الفن الطبي كإهمال تنظيف الجرح أو غسله وإزالة ما به من أجسام غريبة، وكذلك يسأل إذا ترك شيئاً في بطن المريض بعد عملية بالبطن مثل قطعة الشاش، وعليه أيضاً أن يتأكد من أن المريض صائم قبل إجراء العملية وإغفال هذا الواجب شأنه أن يعرض المريض للخطر، فقد حكم بمسؤولية الجراح بسبب عدم اتخاذه الاحتياطات الواجبة للتأكد من أن المريض كان قد امتنع عن الأكل قبل إجراء العملية⁽³⁾، وأن يتأكد من حسن استقرار المريض على طاولة العمليات، فقد قضى بمسؤولية الجراح في حال لم يتأكد من ذلك⁽⁴⁾.

وفي حكم لمحكمة الاستئناف الفلسطينية في قضية أقرت المحكمة على "أنه يكون الطبيب مسؤولاً إذا أجري عملية جراحية وترك سهواً أداة من أدوات الجراحة في جسم المريض مما اقتضى إجراء عملية جراحية أخرى للمريض نتيجة هذا الخطأ الطبي، وكما هو الحال بالنسبة للمستأنفة التي نسي الطبيب الجراح (شاشاً) في بطنها، وبالتالي يكون هذا الطبيب مسؤولاً مسؤولية مباشرة تستند إلى صورة من صور الخطأ"⁽⁵⁾.

(1) حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، مرجع سابق (ص 421).

(2) المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، مرجع سابق (ص 79).

(3) جرائم الخطأ الطبي، مرجع سابق (ص 52 وما بعدها).

(4) حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، مرجع سابق (ص 294). و الصفدي، وخريسات، قوانين وتشريعات الصحة...، مرجع سابق، (ص 36).

(5) حكم محكمة استئناف القدس المنعقدة في رام الله، رقم 2010/344م، استئناف مدني، صدر بتاريخ 2011/2/16، منشور على موقع المقتفي.

عند قيام الجراح بإتباع الأصول العلمية الثابتة في الطب أثناء إجراء العملية الجراحية وعلى الرغم من ذلك، قد ينتج مضاعفات بعد ذلك، إلا أنه لا يسأل الجراح عن المضاعفات التي تحدث لطالما أنه التزم من جانبه وأخذ كافة الاحتياطات الممكنة⁽¹⁾.

ونظراً لطبيعة العمل الطبي في بعض الأحيان يحتاج إلى السرعة في إجراء العمليات الجراحية خصوصاً في حالات الطوارئ حيث يتفاجأ العاملان في الأقسام الحرجة بتوافد الحالات الطارئة مما يستلزم العمل بأقصى سرعة للحفاظ على سلامة المصابين، هذا الأمر قد ينتج عنه أخطاء ترتب مضاعفات في الإصابة أو قد تعيق في العلاج، إلا أن القضاء لم يغفل هذه الخصوصية في المجال الطبي لإعطاء العاملين مساحة في ممارسة أعمالهم بحرية وفق الأصول المعمول بها في الحالات الطارئة .

لذلك فإن القضاء قد ألقى الطبيب من المسؤولية في حالة توافر شروط القوة القاهرة أو حالة الضرورة، وكذلك فإذا عرضت عليه في ظروف شاذة لم يكن في استطاعته أن يتوقعها ولا في مقدوره أن يعمل على تلافيها⁽²⁾.

ولا يقف التزام الطبيب عند مجرد إجراء العملية الجراحية، وإنما يمتد التزامه بالعناية بالمريض إلى ما بعد إجرائها لتفادي ما يمكن أن يترتب على العملية من نتائج ومضاعفات⁽³⁾.

كما أن الطبيب يسأل عند إجرائه للعملية الجراحية في حال عدم استعانتة بالمساعدين من الطاقم الطبي المساعد، إلا إذا استلزم ذلك حالة الضرورة، وفي بعض الأحيان قد يقوم الطبيب الجراح بإجراء الجزء الأساسي والجوهري من العملية الجراحية ويترك مسألة اتمام باقي العملية على الأطباء المساعدين له من أجل التعلم أو لأسباب خاصة، فإن استبدال الجراح لآخر بدون موافقة المريض ودون حاجة ملحة وضرورية يستلزمها العمل الطبي يشكل خطأً من جانب الطبيب الجراح، يجعله مسؤولاً عن كافة الأضرار الناتجة عن هذا الأمر⁽⁴⁾.

وفي وقائع قضية متعلقة بسيدة أدخلت المستشفى لإجراء عملية استئصال الرحم، أصيبت خلالها بأضرار تمثلت في تمزق جدار المثانة الذي أدى إلى إصابتها بناسور مثاني-مهبلي، عرضت على مجلس الدولة الفرنسي الذي قدر بأن مسلك الطبيب ينطوي على رعونة في تنفيذ

(1) الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية....، مرجع سابق (ص282).

(2) منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق (ص65).

(3) الصفدي، وخريسات، قوانين وتشريعات الصحة...، مرجع سابق (ص47).

(4) حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، مرجع سابق (ص326وما بعدها)، منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق (ص95

وما بعدها).

عمل جراحي شائع، وبأن عدم تحققه من وجود التمزق في جدار المثانة يشكل إهمالاً من جانبه، ويشكل خطأً ينطوي بطبيعته على انعقاد المسؤولية⁽¹⁾.

مما لا يدع مجال للشك أن العمل الطبي الجراحي هو عمل حساس ودقيق جداً، مما يجعل من الصعوبة الخوض في بعض المسائل الفنية حين الفصل في بعض الأخطاء التي تقع من العاملين في هذا الحقل، وبالتالي لا يكون أمامنا سوي أن نستعين بالخبراء من مجال الطب.

(1) أشار إلي هذا الحكم: عادل المسؤولية الإدارية للمرافق الاستشفائية، أطروحة دكتوراة (ص124).

الفصل الثاني

مسؤولية الإدارة عن الخطأ الطبي في التشريع الفلسطيني والشريعة الإسلامية

الفصل الثاني

مسؤولية الإدارة عن الخطأ الطبي في التشريع الفلسطيني والشريعة الإسلامية

أصبح من المسلمات في الوقت الحالي أن تكون الإدارة مسؤولة عن ما ينتج من أعمالها غير المشروعة والتي تضر بمصالح وحقوق الأفراد في المجتمع، وتكون هذه المسؤولية على أساس الخطأ الطبي المنتج ضرراً يصيب المريض، فالمسؤولية قد جاءت لمحاسبة الإدارة بعد أن كانت لا تحاسب عن أعمالها نتيجة مبدأ سيادة الدولة وعدم خضوعها للقانون.

إن قاعدة مسؤولية الإدارة لا تطبق في الحقيقة بصورة عامة إلا بالنسبة إلى أعمال الإدارة والتي تنقسم إلى نوعين: الأول هي الأعمال القانونية وهي القرار الإداري أو التنظيمي و العقد الإداري، والثاني هي الأعمال المادية⁽¹⁾، والتي يندرج تحتها الأعمال الطبية التي تمارسها الإدارة من خلال مرافق الصحة وبالتالي ينتج منها أخطاء طبية، لذلك في هذا الفصل الأول سنتكلم بالمبحث الأول عن ماهية مسؤولية الإدارة وأركان تحققها، والمبحث الثاني سنوضح فيه نطاق مسؤولية الإدارة عن الخطأ الطبي.

المبحث الأول: ماهية مسؤولية الإدارة وأركان تحققها.

المبحث الثاني: نطاق مسؤولية الإدارة عن الخطأ الطبي.

(1) الطيماوي، القضاء الإداري - قضاء التعويض (ص17).

الأعمال الإدارية تنقسم إلى نوعين من الأعمال هما:

1- الأعمال القانونية: وهي التي تتجه وتصدح فيها جهة الإدارة عن إرادتها ونيتها في ترتيب أثر قانوني سواء بإنشاء مركز قانوني أم تعديله أم إلغائه، وتنقسم إلى العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة أو القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة بما لها من امتيازات السلطة. 2- الأعمال المادية: وهي التي تقوم بها الإدارة إما بصفة إدارية تنفيذاً لعمل تشريعي (قانون) أو عمل إداري أو تلك التي تصدر عنها بصفة لا إرادية، وتنقسم إلى نوعين من الأعمال: أ- الأعمال المادية الإرادية: وهي الأعمال والتصرفات الصادرة عمداً عن الإدارة، لكن دون أن يكون قصدها إحداث مركز قانوني جديد. ب- الأعمال المادية غير الإرادية: وهي التي تقع من الإدارة نتيجة خطأ أو إهمال. بعلی، الوجيز في المنازعات الإدارية(ص199).

المبحث الأول

ماهية مسؤولية الإدارة وأركان تحققها

إن مسؤولية الإدارة مرت بتطورات كبيرة، بعد أن كانت الإدارة صاحبة السيادة ولا تُسأل عن أعمالها في أي مجال، ولكن لم يدم هذا المبدأ قائماً فأصبحت الدولة مسؤولة في جانب كبير من جوانب أنشطتها، وبشكل خاص فيما يتعلق بالوظائف الإدارية والتنظيمية الهادفة إلى إدارة المرافق العامة وتسييرها وتنظيمها⁽¹⁾.

وبالتالي أصبح من مهامها المحافظة على سير المرفق العام بانتظام وتقديم الخدمة المرفقية على أكمل وجه وفق النظم واللوائح النازمة للعمل⁽²⁾، وإن الإخلال بهذه القواعد والأنظمة المعمول بها على وجه التحديد في المجال الطبي أو التنظيم المرفقي للمؤسسات الصحية، يُرتب أخطاء ومخالفات تسبب ضرراً للأفراد المستفيدين من هذه المرافق، لذلك لا بد أن تتحمل الإدارة المسؤولية الناشئة عن أعمالها الغير مشروعة تجاه هؤلاء الأفراد، فما هي المسؤولية الإدارية وما هي خصائصها؟.

وسوف نوضح في هذا المبحث المطالب التالية:

المطلب الأول: ماهية مسؤولية الإدارة.

المطلب الثاني: أركان قيام مسؤولية الإدارة عن الخطأ الطبي.

(1) طلبية، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مرجع سابق (ص333).

(2) ويقصد بمبدأ دوام وانتظام سير المرفق العام استمرار النشاط الذي يقوم به المرفق العام وانتظامه دون توقف أ، انقطاع فأى إخلال أو تعطيل في عمل المرافق العامة يؤدي حتماً إلى الأضرار بمصالح الأفراد من جهة وبالنظام العام من جهة أخرى وهنا لا يجوز للدولة وقف النشاط في المرافق العامة، للمزيد حول المبادي التي تحكم سير المرفق العام انظر: الشاعر، الوجيز في القانون الإداري(ص149 وما بعدها).

المطلب الأول

ماهية مسؤولية الإدارة

تعرف المسؤولية في الاصطلاح القانوني بأنها التزام الشخص الذي ألحق ضرراً لشخص آخر بإصلاح ما أحدثه عن طريق إعادة الحال إلى ما كانت عليه أو بواسطة التعويض المادي⁽¹⁾. والمقصود هنا بالإدارة له معنيان⁽²⁾:

الأول المعني العضوي (الشكلي) وهو مجموعة المنظمات التي تقوم بتحقيق تدخل الدولة في حياة الأفراد اليومية وتندرج تحت المدلول المركزية واللامركزية في الدولة.

الثاني المعني الوظيفي (الموضوعي) وهو النشاط الذي تمارسه المؤسسة التابعة للدولة اشباعاً لحاجات الأفراد وتحقيقاً للمصلحة العامة وتتمتع الإدارة العامة دائماً بجزء من السلطة نابغاً من كونها جزء من السلطة التنفيذية وتتولي مهامها في أداء وظيفة الدولة اليومية وتنفيذ القوانين والاشراف على المرافق العامة وأداء الخدمات للأفراد.

الفرع الأول: تعريف مسؤولية الإدارة.

هي "التزام الدولة بتعويض كل من يصيبه ضرر من جراء نشاط الإدارة، سواء كان المضرور شخصاً طبيعياً، أم كان شخصاً معنوياً، وسواء كان نشاط الإدارة قراراً إدارياً، أم مجرد فعل مادي"⁽³⁾، فهذا التعريف لم يشمل العقد الإداري الذي تبرمه الإدارة .

وهي "الحالة القانونية التي تلتزم فيها الدولة أو المؤسسات والمرافق والهيئات العامة الإدارية نهائياً بدفع التعويض عن الضرر أو الأضرار التي تسببت للغير بفعل الأعمال الإدارية الضارة سواء كانت هذه الأعمال الإدارية الضارة مشروعة أم غير مشروعة وذلك على أساس الخطأ المرفقي أو الخطأ الإداري أساساً، وعلى أساس نظرية المخاطر وفي نطاق النظم القانونية لمسؤولية الدولة والإدارة العامة"⁽⁴⁾.

أو هي "تقرير مسؤولية الإدارة عن أخطاء موظفيها والتي ترتب حق الأفراد في التعويض وقد تكون ناشئة عن عقد إداري أو قرار إداري غير مشروع أو عن فعل مادي خاطئ"⁽⁵⁾. وعرفها البعض بأنها "التزام الدولة النهائي بتعويض شخص أصابه ضرر من جراء عمل من أعمال أحد

(1) طلبية، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مرجع سابق (ص313).

(2) أبو عمارة، القانون الإداري (ج1/ص3).

(3) أبو رأس، القضاء الإداري - قضاء التعويض. قضاء التأديب (ص24).

(4) عوايدي، نظرية المسؤولية الإدارية (ص24).

(5) عبد الوهاب، القضاء الإداري (ج2/ص289).

عمال الدولة وتنشأ هذه المسؤولية إذا كان الضرر نتيجة خطأ أو كان بغير خطأ وإنما هو التزم رتبته القانون على أساس المخاطر وتحمل التبعات وإعمالاً لقاعدة الغنم بالغرم⁽¹⁾.

ويقصد بها "مسؤولية الشخص المعنوي الإداري على وجه التحديد، مسؤولية الإدارة باعتبارها شخص معنوي عام، فإنه ليكاد يكون مؤكداً أن الإدارة وهي تسعى لتحقيق أغراضها تلحق بالأفراد أضراراً بطريق الخطأ سواء بقصد أو إهمال وبالتالي كيفية تعويض الضرر الذي يلحق بالمضرور ومن ثم تحديد نطاق المسؤولية الإدارية للشخص المعنوي العام، ويتحدد نطاق هذه المسؤولية للشخص المعنوي عن أعمال السلطة التنفيذية في قيامها بوظيفتها الإدارية وتحديداً عند مسؤوليتها غير التعاقدية"⁽²⁾.

ويمكن تعريف مسؤولية الإدارة من وجهة نظر الباحث على "أنها الجزاء القانوني المترتب على الإدارة بالزامها تحمل تبعات أخطائها أو أخطاء موظفيها عندما تلحق بالأفراد ضرراً عند قيامهم بأداء أعمالهم الوظيفية يوجب عليها ذلك دفع التعويض".

أما مسؤولية الإدارة عن الخطأ الطبي يقصد بها أن تتحمل الإدارة بوصفها الشخص المعنوي المسؤول عن تسير وتنظيم مرافق الصحة بتحمل الأضرار الناجمة عن المرفق الصحي، أو أخطاء العاملين في المجال الطبي كالتبيب ومساعديه كالتمريض وفني التخدير وغيرهم عند ارتكابهم خطأ أثناء قيامهم بعملهم الطبي ودفع التعويض العادل للمريض المضرور مقابل ما أصابه من ضرر.

حيث تعتبر المرافق الصحية جزء من المرافق العامة الإدارية في الدولة وهي المرافق التقليدية التي ينصب نشاطها على وظائف الدولة الأساسية في حماية أمنها الداخلي والخارجي وإشباع حاجات الأفراد، وبالتالي يعتبر موضوعها نشاط إداري، وتخضع من حيث الأصل إلى أحكام القانون الإداري ويعتبر عمالها موظفين عموميين وأموالها أموال عامة وتصرفاتها أعمالاً إدارية⁽³⁾.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لمسؤولية الإدارة عن الخطأ الطبي.

الثابت والمعروف أن الدولة تمارس أعمالها في الهيئات والمرافق العامة من خلال العاملين فيها، وهي كشخص معنوي ترتكب أخطاء من خلال العاملين فيها وتسمى بالأخطاء المرفقية، حيث أنهم أشخاص طبيعيين تقوم عليهم المسؤولية المدنية، ولكن في حال أن الموظف كشخص طبيعي

(1) أبو رأس، القضاء الإداري - قضاء التعويض. قضاء التأديب، مرجع سابق (ص28).

(2) المنجى، دعوي التعويض الإداري (ص13).

(3) الشاعر، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق (ص141).

يرتكب خطأ أثناء قيامه بأعماله الوظيفية أو من أجل تسير المرفق العام فهو الطرف الضعيف والمُعسر بالنسبة للمضرور، لذلك يلجأ المضرور إلى الإدارة من أجل الحصول على تعويض عما أصابه ضرر، فالإدارة باعتبارها شخص معنوي يختلف عن الشخص الطبيعي من حيث أنه لا جسد لها و ولا عقل فهي لا تخطئ، ولكنها تخطئ بواسطة موظفيها الذين يعملون لحسابها ويعبرون عنها.

إن الموظف يعمل ضمن المنظومة الإدارية المتكاملة وهو يشكل فرد من أفرادها ولا يعمل لحسابه الخاص، فإنه بذلك يكون في مركز التابع والإدارة يكون في مركز المتبوع، حيث تطبق عليه المادة (193) من القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012م، والتي تنص على:

1- يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار، متى كان واقعاً منه في حال تأديته وظيفته أو بسببها .

2- تقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه .

والأساس التي تقوم عليه مسؤولية الإدارة حسب ما ورد في النص هو الخطأ المفترض في رقابتها وتوجيهها لتابعها (الموظف)، حيث نستنتج من ذلك أنه يشترط لقيام هذه المسؤولية شرطين هما:

أ- أن يثبت وقوع الخطأ من الموظف العام.

ب- وأن يكون الفعل الضار قد وقع من الموظف أثناء قيامه بأعمال الوظيفة العامة أو بسببها.

وهكذا تصبح الإدارة مسؤولة عن جميع العاملين في أنظمتها الإدارية لأنه يقع على عاتقها سلطة التوجيه والإرشاد والرقابة والحلول بصرف النظر عن مدى حريتها في اختيارهم، و خطأ الإدارة في توجيههم وإرشادهم يصبح مفروضاً بحيث لا يقبل إثبات عكسه إذا ما توافر الشرطان السابقان⁽¹⁾.

إن طبيعة العلاقة بين الموظف العام و الإدارة هي ليست علاقة تعاقدية بينهم كذلك التي تربط بين المتعاقدين في القانون المدني، حيث المُسلم به أن الموظف العام يرتبط مع الإدارة في مركز قانوني نظامي تحكمه اللوائح والقوانين، وبالتالي يرجع إلى هذه القواعد في مسؤولية الدولة عن أعماله لا إلى نصوص القانون المدني⁽²⁾.

(1) الطيموي، و خليل، موجز القانون الإداري العامة، مرجع سابق (ص291).

(2) المرجع سابق (ص264).

وقد اعتبر البعض أن مسؤولية الإدارة عن الأعمال غير المشروعة الناتجة من نشاط أفرادها هي في طبيعتها مسؤولية عن فعل الغير تنظمها المادة (174) من القانون المدني المصري، باعتبار أن الإدارة شخص معنوي لا يتصرف ولا يقوم بالأعمال إلا من خلال العاملين معها فهم وسيلتها في التنفيذ والتعبير، فنتحقق مسؤولية الإدارة عن أخطائهم⁽¹⁾.

وتعتبر المسؤولية ذاتية للإدارة في حال عدم إمكانية معرفة الشخص الذي قام بالفعل وتسبب بالضرر للآخرين، حيث يقابل ذلك في الفقه الفرنسي حالة خطأ المرفق العام وفيها ما تؤيده الفكرة القائلة بإمكانية نهوض المسؤولية الذاتية على خطئها الثابت⁽²⁾.

إن طبيعة المسؤولية الإدارية تعتبر غير مباشرة شأنها شأن مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع بمعنى مسؤولية عن فعل الغير، كما اعتبرها المشرع العراقي مسؤولية تبعية غير مباشرة تنظمها قواعد القانون المدني الخاصة بنصوص مسؤولية التابع عن أعمال المتبوع والتي طبقتها المحاكم العادية⁽³⁾.

وبالإمكان القول أن طبيعة المسؤولية الإدارية هي مسؤولية قانونية غير مباشرة، فهي في طبيعة الحال مسؤولية قانونية عن فعل الغير، كما هو الحال في مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه وتتحقق مسؤولية الإدارة لأفعال موظفيها عن أعمالهم الضارة عندما يختلف شخص المسؤول المتبوع طبيعياً عن شخص التابع، مع توافر وجود رابطة أو علاقة التبعية بين التابع والمتبوع⁽⁴⁾.

إن الراجح في الفقه الإداري أن طبيعة العلاقة بين الموظف بالإدارة، تعتبره تابعاً لها لأن ليس من الضروري أن تجتمع للمتبوع سلطة الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية بل يكفي له ذلك أن تقوم من الناحية الإدارية⁽⁵⁾.

من خلال ما تقدم نجد أن المستشفى العام باعتباره مرفق عام يقدم خدمات عامة لكافة الأفراد في الدولة، يرتبط مع الطبيب بعلاقة تحكمها اللوائح والأنظمة وليست علاقة تعاقدية، ويمكن أن تطبق بخصوصها قواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، حيث أن المستشفى العام يعتبر متبوعاً والطبيب تابعاً له، ومهمة المستشفى في هذه الحالة تكون الرقابة والتوجيه على أعمال

(1) الطيمائي، القضاء الإداري - قضاء التعويض، مرجع سابق (ص261). وتنص المادة (174) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1949م: 1- يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها 2- وتقوم رابطة التبعية ، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له علمه سلطة في رقبته وفي توجيهه.

(2) الطيمائي، القضاء الإداري - قضاء التعويض، مرجع سابق (ص319).

(3) محمد، أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها (ص96). الذنون، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (ص344).

(4) عوايدي، نظرية المسؤولية الإدارية، مرجع سابق (ص27). والمسؤولية القانونية المباشرة: هي مسؤولية الشخص مباشرة عن أفعاله الشخصية الضارة في مواجهة الشخص المضرور مثل المسؤولية القانونية المنعقدة على أساس خطأ الشخص وادب الإثبات.

(5) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق (ص1154).

الطبيب وبذلك تتحقق العلاقة التبعية من خلال ممارسة المستشفى لسلطتها في المتابعة الادارية والفنية على أعمال الكادر الطبي، كما أن هذه المسؤولية لا يمكن أن تقوم باتجاه العاملين في المجال الطبي وبالأخص الطبيب كونه هو الشخص الأكثر احتكاكاً مع المريض وهو المسؤول المباشر عن حالته الصحية إلا في حالة ارتكب التابع (الموظف) خطأً تسبب بضرر أثناء ممارسة عمله في الوظيفة أو حتى بسببها، حيث يعتبر هذا المعيار الذي يربط مسؤولية المستشفى (المتبوع) بالموظف (التابع).

وبذلك حكمت محكمة بداية غزة في القضية المعروضة أمامها بخصوص المطالبة بدفع مبلغ تعويض مقابل الضرر الذي لحق بالمريض بعد إجراء عملية جراحية، فقد بينت المحكمة طبيعة المسؤولية بقولها "حيث أنه بالنسبة لمسؤولية المتبوع عن التابع فإنه كما يعرف أن المسؤولية عن المستشفى وإدارته وغرف العمليات تابع لوزارة الصحة، وحسب نظرية مسؤولية المتبوع عن التابع فإن وزارة الصحة تكون هي المسؤولة الوحيدة عن هذا التقصير الذي حصل وأحدث النتيجة التي تعرض لها المدعي وبذلك تصبح وزارة الصحة هي الوحيدة المسؤولة عن تعويض هذا المصاب عما أحدثته"⁽¹⁾.

ولا يمكن للإدارة أن تنفي مسؤوليتها عن أعمال الموظفين التابعين لها وذلك استناداً إلى المادة (11) من قانون المخالفات المدنية، والتي تجعل التابع مسؤولاً عن الفعل أو الترك الذي يرتكبه المتبوع إذا أجاز أو أشار أو عزا أو دبر أو أقره على فعل ذلك و يتحمل تبعه ذلك الفعل أو الترك⁽²⁾.

إن المسؤولية المطبقة على المرافق الصحية لا تهدف إلى إيقاع العقوبات، ولكن الهدف منها هو جبر الضرر الذي تسببت به نتيجة أنشطتها من خلال دفع التعويض المالي، وبمعنى أنها مسؤولية مدنية للمرافق الصحية، ولا يمكن أن تكون المسؤولية الإدارية مسؤولية جزائية تؤسس على الخطأ الشخصي لأن الإدارة باعتبارها شخص معنوي فهي لا تستطيع أن تقوم بارتكاب أفعال شخصية⁽³⁾.

الفرع الثالث: الاختصاص القضائي بدعوى المسؤولية عن الخطأ الطبي في فلسطين.

إن المواثيق والداستاتير كفلت لكل شخص حق اللجوء إلى القضاء للحصول على حقوقه ووفرت له الحماية ورسخت له هذا الحق، فقد جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في

(1) حكم محكمة بداية غزة المركزية، قضية رقم 1997/40، صدر بتاريخ 2001/203م، منشور على موقع المفتقي.

(2) قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944م، المادة (11).

(3) الحسن، النظام القانوني للمسؤولية الإدارية على أساس الخطأ (ص5).

المادة(8) أن "لكل شخص حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه الفعلي من أية أعمال تنتهك الحقوق الأساسية التي يمنحها إيّاه الدستور أو القانون"⁽¹⁾.

وهذا ما أكده القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة2005، حيث نصت المادة (30) على أن "1- التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل فلسطيني حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وينظم القانون إجراءات التقاضي بما يضمن سرعة الفصل في القضايا.

2- يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء.

3- يترتب على الخطأ القضائي تعويض من السلطة الوطنية يحدد القانون شروطه

وكيفياته".

إن مبدأ المشروعية يستوجب أن تخضع الإدارة لحكم القانون وخضوعها لحكم القانون بمعناه الواسع أمر في غاية الأهمية ولاسيما بخصوص وظيفتها الإدارية إذا أخذنا بالاعتبار جميع السلطات والامتيازات التي تتمتع بها، لذلك وجدت العديد من الرقابات على أعمال الإدارة والتي تتمثل بالرقابة السياسية والإدارية والقضائية⁽²⁾، وهذا ما أكده القانون الأساسي الفلسطيني بالنص على أن مبدأ سيادة القانون أساس الحكم في فلسطين، وتخضع للقانون جميع السلطات والأجهزة والهيئات والمؤسسات والأشخاص⁽³⁾.

وتعد الرقابة القضائية على أعمال الإدارة المختلفة من أفضل صور الرقابة والتي تحمي حقوق وحريات الأفراد نظراً لما يتمتع به القضاء من استقلالية ولا سلطان عليهم في قضائهم ولا يجوز لأي سلطة أن تتدخل في أعمالهم كما نص على ذلك القانون الأساسي⁽⁴⁾.

فالقانون الإداري الذي يحتوي على مبدأ المشروعية الإدارية لا يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة فقط، بقدر ما يسعى إلى حماية الأفراد من استغلال السلطة الإدارية التي يخشي منها دوماً على الحقوق والحريات الفردية⁽⁵⁾.

(1) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان— هو وثيقة تاريخية هامة في تاريخ حقوق الإنسان، صاغه ممثلون من مختلف الخلفيات القانونية والثقافية من جميع أنحاء العالم، واعتمده الجمعية العامة في باريس في 10 كانون الأول/ ديسمبر 1948م، بوصفه أنه المعيار المشترك الذي ينبغي أن تستهدفه كافة الشعوب والأمم، وهو يحدد و للمرة الأولى حقوق الإنسان الأساسية التي يتعين حمايتها عالمياً. انظر الصفحة الرئيسية لموقع الأمم المتحدة على شبكة الانترنت : <http://www.un.org/ar> تاريخ الزيارة، 2018/8/23.

(2) غانم، القضاء الإداري، مرجع سابق(ص23). مبدأ المشروعية يعنى سيادة القانون، أي احترام أحكامه وسريانه على كل من الحاكم والمحكوم. للمزيد انظر. الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق(ص16).

(3) القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة2005م، المادة (6).

(4) القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة2005م، المادة (97) السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، ويحدد القانون طريقة تشكيلها واختصاصاتها وتصدر أحكامها وفقاً للقانون، وتعلن الأحكام وتنفذ باسم الشعب العربي الفلسطيني. والمادة(98) القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة.

(5) غانم، القضاء الإداري، مرجع سابق(ص63).

و الهدف الذي يسعى من ورائه المريض المتضرر عند إصابته بالضرر سواء أكان ناتجاً عن خطأ طبي أم بدون خطأ هو أن يحصل على تعويض لجبر هذا الضرر بقدر ما أصابه، وهذا هو الجزاء المترتب على مسؤولية الإدارة عند إحداثها ضرر بالغير، حيث أن الوسيلة الوحيدة التي من خلالها يتم ذلك هو التوجه إلى القضاء لمسائلة الإدارة المختصة والمتسببة بهذا الضرر، فيلجأ إلى القضاء من خلال دعوى التعويض الإداري.

وهذا يقودنا إلى التعرف على أنواع القضاء الإداري، ومعرفة المحكمة المختصة بالنظر في هذا النوع من الدعاوى في التشريع الفلسطيني، كما يدفعنا في البحث في طبيعة النظام القضائي من حيث هل هو قضاء موحد، أم مزدوج؟ بشكل موجز.

يعرف نظام القضاء الموحد (الإنجلوسكسوني) بأنه النظام الذي يوجد فيه جهة قضائية واحدة (القضاء العادي) يختص في الفصل في جميع المنازعات سواء بين أشخاص القانون الخاص أم منازعات الإدارة مع الأفراد⁽¹⁾.

والقضاء المزدوج هو الذي يوجد فيه جهتين قضائيتين، قضاء خاص بمنازعات الإدارة (القضاء الإداري)، وقضاء خاص بمنازعات الأفراد (القضاء العادي)، حيث تستقل المحاكم الإدارية عن المحاكم العادية، وتلجأ الهيئات القضائية الإدارية عند نظرها في المنازعة الإدارية إلى تطبيق قواعد متميزة ومختلفة عن قواعد القانون الخاص⁽²⁾.

إن طبيعة النظام القضائي في فلسطين يتبع منذ القدم النظام الموحد (الإنجلوسكسوني) حيث تميز بوجود جهة قضائية واحدة تمارس الفصل في جميع المنازعات في الدولة سواء بين الأفراد فيما بينهم، أم بينهم وبين جهة الإدارة، إلا أنه مؤخراً قد تم إقرار قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم (3) لسنة 2016م من قبل المجلس التشريعي في قطاع غزة فقط، وذلك بسبب الانقسام الفلسطيني، حيث عرف القضاء المزدوج للمنازعات الإدارية في بعض الحالات⁽³⁾.

(1) الأنجلوسكسون هم قبائل جرمانية غزت وسكنت في بريطانيا في القرن الخامس، وكان على رأس هذه القبائل قبيلتين هما الإنجليز والسكسون، وقد توحدت هذه القبائل وسميت بالإنجلوسكسون، حيث كانت لهم عادات وقواعد قانونية تنظمه، وكان لهم الفضل في تأسيس الفقه الجرمانى على الأراضي البريطانية ومن الدول التي تتبع هذا النظام (أمريكا وبريطانيا وبعض الدول العربية مثل الأردن والعراق). شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية (ص 27)

(2) وهذا النموذج سائد في فرنسا والعديد من الدول الأوروبية مثل بلجيكا وإيطاليا اليونان وبعض الدول العربية التي كانت تحت الاستعمار الفرنسي مثل مصر والجزائر وتونس. المرجع السابق (ص 61) وبعلى، الوسيط في المنازعات الإدارية (ص 47).

(3) جرت الانتخابات التشريعية في فلسطين بتاريخ 2006/1/25م وحصلت فيها قائمة التغيير والإصلاح التابعة لحركة حماس على 74 مقعد، وبالتالي انتقلت السلطة من حركة فتح إلى حركة حماس بموجب هذا الفوز والذي مكنها من تشكيل الحكومة، إلا أن التصارع على الصلاحيات كان الخلاف الأول بين الرئاسة والتي تسيطر عليها حركة فتح والحكومة، مما أدى إلى خلافات سياسية تسبب في إحداث انقسام أدى لتشكيل حكومة في قطاع غزة، وأخرى في الضفة الغربية، ووجود مجلس تشريعي في قطاع غزة أغلبيته من قائمة التغيير والإصلاح فمارس صلاحياته بإصدار قوانين، في المقابل كان الرئيس الفلسطيني محمود عباس في الضفة الغربية يصدر قرارات بقوانين

فقد جاء في قانون الفصل في المنازعات الإدارية على أنه تُنظر المنازعات الإدارية في فلسطين على درجتين، المحكمة الإدارية وتستأنف أحكامها أمام محكمة العدل العليا، وتشكل محكمة إدارية بموجب هذا القانون تخضع لإشراف المجلس الأعلى للقضاء⁽¹⁾.

وبالتالي أصبح النظام القضائي في فلسطين بعد إقرار هذا قانون الفصل في المنازعات الإدارية - وبحق - هو نظام مختلط أو هجين جمع بين خصائص النظام المزدوج وبعض خصائص النظام الموحد، وإن كان أقرب للموحد منه للمزدوج، فليس نظام مزدوج لأن قاضي الإدارة هو نفسه قاضي الأفراد، وليس قضاء موحد لأن القاضي غير ملزم بوحدة القانون، فالقاضي الإداري في ظل القانون الجديد غير مقيد بقواعد القانون الخاص⁽²⁾.

وقد قسم الفقه الإداري أنواع الدعاوى الإدارية إلى أربع أنواع وهي قضاء الإلغاء والتعويض والتأديب والتفسير⁽³⁾، ونحن هنا لسنا بصدد شرح هذه الدعاوى بقدر ما نريد أن نوضح موضع دعوى التعويض في القضاء الإداري ومكانتها، حيث يقصد فيها بأنها الدعوى التي يقوم بتحريكها المدعي (المضرور) للحصول على حكم بإلزام الإدارة بأن تؤدي إليه تعويضاً عما أصابه من أضرار مادية وأدبية من جراء تصرف الإدارة تصرفاً غير مشروع، ومحل دعوى التعويض يكون بمناسبة تنفيذ عقد إداري أو عقد إداري خاص أو قرار إداري غير مشروع، أو عمل مادي قامت به الإدارة ونشأ عنه أضرار للأفراد⁽⁴⁾.

وللبحث في معرفة المحكمة المختصة بدعوى التعويض في فلسطين يقودنا إلى العودة إلى ما قبل تأسيس السلطة الوطنية الفلسطينية حيث كانت اختصاصات محكمة العدل العليا ضمن ولاية الإلغاء فقط، وإن المحكمة العليا بصفتها محكمة عدل عليا كانت تمارس القضاء الإداري في فلسطين وقد استمدت هذه الصلاحية من مرسوم دستور فلسطين لسنة 1922م، وقانون المحاكم

مستندا على حالة الضرورة حسب المادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني. انظر موقع لجنة الانتخابات المركزية: <https://www.elections.ps/ar>. تاريخ الزيارة 2018/8/18م. و أوراق في النظام الفلسطيني وانتقال السلطة ، المؤسسة الفلسطينية لدراسة الديمقراطية (ص172).

(1) قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم (3) لسنة 2016م، المادة (1 و 2) ، والمنشور في الوقائع الفلسطينية، العدد (93) إبريل 2016، (ص16) ، والمطبق في قطاع غزة فقط.

(2) غانم، القضاء الإداري، مرجع سابق(ص230).

(3) دعوى الإلغاء هي دعوى قضائية ترفع للمطالبة بإعدام قرار إداري صدر مخالفاً للقانون ن حيث يؤدي إلى بطلان الأثار المترتبة عليه، ودعوى التفسير تنحصر فيه سلطة القاضي الإداري في تبيان المدلول الصحيح لمعنى فاعلة القرار الإداري أو القضائي وبيان مدي مطابقته للقانون عندما يطلب منه ذلك من القضاء العادي أو من جهة الإدارة. أما دعوى التأديب فو يهتم بشكل خاص بتوقيع العقوبات على مرتكبي مخالفات الطرق العامة وعلى المعتدين على الأموال العامة. طلبية، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مرجع سابق (ص186) والحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق (ص259)، الطيماوي، القضاء الإداري- قضاء التعويض، مرجع سابق (ص272).

(4) أبو رأس، القضاء الإداري - قضاء التعويض. قضاء التأديب، مرجع سابق(ص6).

رقم (31) لسنة 1940 م، إلا أن هذه الصلاحية كانت محدودة بموجب أحكام المادة (50) من مرسوم دستور فلسطين والتي نصت على أنه " : لا تقام دعوى على الحكومة ولا على دائرة من دوائرها إلا بعد الحصول على موافقة المندوب السامي، ولا يحق للمحاكم النظامية أن تمارس أية صلاحية في أية إجراءات مهما كان نوعها على المندوب السامي أو على مقره الرسمي أو مقره الآخر أو بحق أمواله الرسمية أو غير الرسمية"، ثم خضع قطاع غزة إلى الإدارة المصرية التي لم تجري سوى بعض الإضافات على هذا القانون حيث أضافت إلى اختصاص المحكمة العليا إلغاء القرارات الإدارية متى كان مرجع الطعن فيها عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها وتأويلها أو الانحراف في استعمال السلطة وذلك على الوجه المبين في القانون، أما في الضفة الغربية والتي خضعت لنفوذ وحكم المملكة الأردنية الهاشمية فقد استمر العمل بالقوانين التي كانت سارية المفعول قبل ذلك" (1).

أما قضاء التعويض فقد بقي ضمن اختصاص المحاكم المدنية، وبقي هذا الأمر إلى بعد قدوم السلطة الوطنية حتى تم إصدار التشريعات الفلسطينية النازمة لعمل المحاكم والقضاء (2).

فقد جاء القانون الأساسي الفلسطيني الذي نص على جواز إنشاء محاكم إدارية تنظر في المنازعات الإدارية (3)، ولعدم توفر ذلك فقد أحال صلاحية ذلك إلى المحكمة العليا بصفتها محكمة عدل عليا مؤقتاً (4)، إلى حين إنشاء المحكمة الإدارية فقد نص المشرع الفلسطيني في أكثر من قانون على أن "تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا لحين تشكيلها بقانون ما لم تكن داخلة في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين النافذة" (5).

حيث نجد أن المشرع الفلسطيني منذ قدوم السلطة الوطنية الفلسطينية وعمله على إصدار التشريعات، قد أسست هذه القوانين لتنتقل من النظام الموحد إلى النظام المزدوج حيث أن المواد التي ذكرها المشرع في عدة مواضع مثل ما جاء في القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2005م (المادة 104)، و قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001م المادتين (33

(1) عمرو، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء (ص 8).

(2) غانم، القضاء الإداري، مرجع سابق (ص 221).

(3) نصت المادة (102) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2005م: على أن "يجوز بقانون إنشاء محاكم إدارية للنظر في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى، والإجراءات التي تتبع أمامه".

(4) المادة (23) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001م، نص على أن "تتكون المحكمة العليا: 1- محكمة النقض . 2- محكمة العدل العليا".

(5) القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2005م: (المادة 104)، ونفس النص في قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001م، المادة (37) ونفس النص في المادة (83) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م.

و(37)، و المادة (83) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م، ولكن الخطوات العملية على الأرض تسير بخطى بطيئة ربما يرجع السبب في ذلك إلى الإنقسام الفلسطيني.

وقد تناول فقهاء القانون الإداري في فلسطين تفسير النصوص السابقة حيث ذهب البعض إلى أن اختصاص محكمة العدل العليا بناء على ذلك أنها تختص في جميع المنازعات الإدارية التي تكون الإدارة طرفاً فيها ويشمل ذلك منازعات العقود ومنازعات الإلغاء والتعويض أيضاً⁽¹⁾.

حيث جاءت أحكام محكمة العدل العليا مخالفة مع ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي فقد استقرت في العديد من الأحكام ترفض فيها النظر في قضايا التعويض بصفقتها ليست صاحبة هذا الاختصاص، حيث قضت بأن " للمستدعي اللجوء إلى المحكمة المختصة لطلب التعويض عن القرار محل الطعن إن كان له وجه⁽²⁾، وفي حكم آخر قضت بأنه "أما من حيث إثارة المستدعيان في صحيفة الطلب المائل من أنهما تقدما لبلدية جباليا لإعطائهما تعويض عن الأضرار التي ستلحق بهن من جراء هدم مسكنهما فإن محكمة العدل العليا لا يتسنى لها التصدي لهذا الموضوع"⁽³⁾، وفي حكم آخر قضت بقولها " إن مسألة التعويض تخرج عن اختصاص محكمة العدل العليا"⁽⁴⁾.

ورأي يتفق تماماً مع ما استقرت عليه أحكام محكمة العدل العليا والذي يتبنى أن اختصاص محكمة العدل العليا هو قاصر على إلغاء القرارات الإدارية ولا يدخل فيه منازعات التعويض وكذلك لا يدخل فيه منازعات العقود الإدارية ضمن اختصاصها وذلك للأسباب التالية⁽⁵⁾:

1- استند أصحاب الرأي الأول بحجتهم على نص المادة (33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001م، الفقرة السادسة (سائر المنازعات الإدارية)، حيث أن ظاهر النص يوحي بذلك ، إلا أنه لا يمكن قراءة النص بمعزل عن باقي المواد التالية لها مباشرة وهي المادة (34) والتي تنص على أنه "يشترط في الطلبات والطعون المرفوعة لمحكمة العدل العليا من الأفراد أو الهيئات الواردة في المادة (33) من هذا القانون أن يكون سبب الطعن متعلقاً بواحد وأكثر مما يلي - 1: الاختصاص - 2. وجود عيب في الشكل - 3. مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في

(1) للمزيد حول هذه الآراء انظر: أبو سمهدانة، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين (ص61) و بعلوشة، دعوي إلغاء القرار الإداري " دراسة تحليلية مقارنة (ص205 وما بعدها) و عمرو، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، مرجع سابق (ص9).
(2) الحايك، مجموعة مختارة من قرارات محكمة العدل العليا، قرار محكمة العدل العليا بقطاع غزة رقم (19) 1903م، (ص4).
(3) محكمة العدل العليا، قضية رقم 2000/117، صدر في قطاع غزة بتاريخ 2001/11/12م، منشور على موقع المقتفي.
(4) محكمة العدل العليا، قضية رقم 1998/113، صدر في قطاع غزة بتاريخ 1999/2/23م، منشور على موقع المقتفي.
(5) غانم، القضاء الإداري، مرجع سابق (ص224 وما بعدها) ويتفق مع هذا الرأي أيضاً: أبو عمار، القضاء الإداري في فلسطين (ص179).

تطبيقها أو تأويلها -4. التعسف أو الانحراف في استعمال السلطة على الوجه المبين في القانون"

ويتضح من ذلك أن المشرع قد قصر اختصاص محكمة العدل العليا على دعوى الإلغاء لأن هذه العيوب التي ذكرها في المادة السابقة تخص عيوب القرار الإداري في حال خالف مبدأ المشروعية وتسمى بأوجه الإلغاء.

هذا ما أكدته محكمة العدل العليا في حكمها " المستقر والثابت أن محكمة العدل العليا هي محكمة إلغاء وليست تعويض عملاً بنصوص المادتين (33- 34) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001م"⁽¹⁾.

2- إن نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م، وعلى وجه الخصوص في الباب الخاص بأصول المحاكمات المتبعة أمام محكمة العدل العليا في المادة(284) والتي حددت ميعاد تقديم الاستدعاء إلى محكمة العدل العليا يكون ستين يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه، فيتضح أن هذه المادة قصرت اختصاص المحكمة على إلغاء القرار الإداري فقط، والعلة من هذه المدة القصيرة تكمن في أن دعوى الإلغاء تهدف إلى إلغاء القرار الإداري لاستقرار القرارات الإدارية وعدم بقائها مدة طويلة، على العكس في القضاء الكامل فليس هناك موعد محدد لرفعها فميعاد رفعها مرتبط بميعاد تقادم الحق المطالب به أو سقوطه.

3- المستقر في الفقه و القضاء أن محكمة العدل العليا على درجة واحدة، وبالتالي يفضل أن تبقي منازعات التعويض عن أعمال الإدارة والعقود الإدارية أمام المحاكم المدنية، كونها تمر في أكثر من مرحلة من مراحل التقاضي، وبذلك يكون فيه حفظ لحقوق المتضررين.

4- لو أراد المشرع أن يجعل اختصاص محكمة العدل العليا النظر في منازعات التعويض ومنازعات العقود الإدارية لنص على ذلك صراحة كما فعل المشرع المصري في قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972م.

ويتفق الباحث مع الرأي الثاني الذي ذهب إلي أن اختصاص محكمة العدل العليا هي محكمة إلغاء فقط، ولا تنتظر في دعاوى التعويض، وهذا ما أكدته الأسانيد التي ذكرها أصحاب الرأي الثاني ونتفق معها وبقوة، كما أن السوابق القضائية المتتابعة التي صدرت من المحكمة منذ سنوات عديدة جري العمل بها لتؤكد هذا المبدأ، وأن دعاوى التعويض الإداري ما زالت تنتظر في المحاكم المدنية وفق الإجراءات والقوانين المعمول فيها في هذه المحاكم.

(1) قرار محكمة العدل العليا بغزة، قضية رقم: 2011/146م، جلسة 2011/3/21م.

فقد قضت محكمة بداية الخليل في القضية رقم 1013/98 بتاريخ 2009/2/16م، والحكم على إدارة مستشفى عالية الحكومي بدفع مبلغ بدل تعويض عن الأضرار التي لحقت بالمريض والبالغة (260.757) شيكل وربط المبلغ بجدول غلاء المعيشة عن بدل فقدان الدخل من تاريخ إقامة الدعوى وحتى السداد التام، وقد استأنف هذا الحكم أمام محكمة استئناف القدس المنعقدة في رام الله في الاستئناف رقم 2009/108، ورفضت محكمة الاستئناف بعدم قبول الطلب موضوعاً⁽¹⁾.

وفي حكم آخر حكمت المحكمة بالإلزام المدعي عليه (وزارة الصحة) بأن تدفع للمدعي مبلغ وقدره (10.000 شيكل) كتعويض كامل وشامل عن الضرر الي لحق عينه اليمني نتيجة للعملية الجراحية التي أجراها في مستشفى العيون التابع لوزارة الصحة في تاريخ 1996/7/31م⁽²⁾.

فلا تختص محكمة العدل العليا في الضفة الغربية بدعاوى التعويض وإنما يقتصر عملها على قضاء الإلغاء، أما في قطاع غزة فإن المحكمة الإدارية والتي تم تشكيلها وفق قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم (3) لسنة 2016م جاء في المادة الثانية منه على أن:

1- تنشأ بموجب أحكام هذا القانون محكمة تسمى (المحكمة الإدارية) تخضع لإشراف المجلس الأعلى للقضاء.

ومن خلال ما جاء في الفقرة التاسعة من اختصاصات المحكمة الإدارية نجد أن القانون الجديد نص على أن قضايا التعويض الإداري يدخل ضمن اختصاص المحكمة، حيث نص قانون الفصل في المنازعات الإدارية والمعمول به في قطاع غزة فقط كما أوضحنا سابقاً على أنه⁽³⁾:
تختص المحكمة الإدارية بالنظر فيما يلي:

9- طلبات التعويض عن الأضرار المتعلقة بالمنازعات الإدارية سواء رفعت بصورة تبعية أو أصلية.

فالمحكمة الإدارية هي صاحبة الاختصاص بالنظر في منازعات العقود الإدارية والتعويض عن الأعمال القانونية للإدارة (التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة وعن العقود الإدارية) وكذلك المنازعات المتعلقة بالوظائف العامة بما في ذلك المرتبات والمعاشات والمكافئات للموظفين⁽⁴⁾، أما بخصوص الأعمال المادية التي تصدر عن جهة الإدارة وهي التي تعيننا

(1) استئناف حقوق رقم 2009/108 صادر عن محكمة القدس المنعقدة في رام الله، صدر بتاريخه 2011/10/24م، منشور على موقع المقتني.

(2) حكم محكمة بداية غزة، قضية حقوقية رقم 1997/40 صدر في تاريخ 2001/3/20م. و تم استئناف هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف العليا في الطلب رقم 2011/90، وحكمت المحكمة بتعديل قيمة المبلغ المقضي به كتعويض ليصبح (25.000 شيكل).

(3) قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم (3) لسنة 2016م، المادة (3).

(4) غانم، القضاء الإداري، مرجع سابق (ص236).

ونقصها في هذه الدراسة وهي مجال بحثنا عند الحديث عن الأخطاء الطبية كونها تعتبر أعمال مادية تصدر عن جهة إدارية (وزارة الصحة) وهي مكلفة بإدارة مرفق عام وتقديم خدمة صحية لأفراد المجتمع، فالمطالبة بالتعويض عن هذه الأعمال وفق نص المادة السابقة يكون أمام المحكمة الإدارية في قطاع غزة حسب ما ورد في الفقرة التاسعة.

لكن من الناحية العملية قصرت أعمال المحكمة اختصاصها على طلبات التعويض الناتجة عن الأعمال القانونية فقط أي الأضرار الناتجة عن قرار إداري أو عقد إداري، وكذلك الأعمال المادية التي تنتج بناءً على قرار إداري، أما الأعمال المادية البحتة مثل حوادث المركبات الحكومية أو الأخطاء الطبية بالمرافق العامة، فإن المحكمة الإدارية قررت عدم بسط ولايتها للنظر في طلبات التعويض المترتبة على ذلك⁽¹⁾.

وبالتالي نخلص إلى أن التعويض عن الأخطاء الطبية والأضرار التي تلحق بالمرضى والمراجعين من جراء التردد على المرافق الصحية في فلسطين يكون في المحاكم المدنية سواء في الضفة الغربية أم في قطاع غزة وفق الأنظمة والقوانين المعمول فيها بالقضاء العادي، على الرغم من أن المشرع في قطاع غزة قد نص على أن تنظر المحكمة الإدارية بدعاوى التعويض.

كما تجدر الإشارة في هذا المقام أن الجهة المختصة بتمثيل الإدارة أمام المحاكم هي النيابة العامة (نيابة دعاوى الحكومة) بناء على قانون دعاوى الحكومة رقم (30) لسنة 1926م، وتعديلاته المطبق في قطاع غزة، وقانون دعاوى الحكومة رقم (5) لسنة 1958م، المطبق في الضفة الغربية، حيث جاء في قرار النائب العام رقم (2/2003م) تتولي نيابة دعوى الحكومة والأموال العامة الاختصاصات التالية⁽²⁾:

1- تمثيل الحكومة أمام المحاكم في جميع القضايا والطلبات والعرائض المرفوعة عليها أو تلك التي ترفعها الحكومة على الغير.

2- المرافعة والمدافعة أمام المحاكم المختصة نيابة عن الدوائر والمؤسسات الحكومية وقرارات الموظفين بصفتهم الوظيفية.

حيث لا يوجد إحصائية رسمية واضحة لعدد الشكاوي الواردة إلى النيابة العامة بخصوص الأخطاء الطبية كونها غير منتظمة، فقد وردت بعض الشكاوي إلى النيابة العامة وتم التعامل معها بتحويل الشكاوي إلى وزارة الصحة لتشكيل لجنة تحقيق في الشكاوي التي تُعرض على اعتبار أن

(1) المرجع سابق (ص226).

(2) أشار إليه : بعلوشة، دعوي إلغاء القرار الإداري "دراسة تحليلية مقارنة (ص196).

وزارة الصحة هي جهة الإختصاص بالتحقيق من وجود الخطأ الطبي أو عدمه، وفي حال ثبوت الخطأ الطبي يتم اللجوء إلى القضاء للفصل في المنازعة⁽¹⁾.

ويرى الباحث أن دعاوى التعويض الإداري والتي ما زالت تعرض أمام القضاء المدني يجب أن تبقى على هذه الحالة إلى حين اتباع النظام القضائي المزودج بكل ما يعنيه هذا القضاء، وليس كما هو الآن نظام هجين فقاضي الإدارة هو نفسه القاضي المدني ويتبع نفس القواعد في عمله، لذلك لا بد من إكمال بناء المنظومة القضائية واستكمال إصدار التشريعات المتعلقة بالقضاء الإداري والناظمة له، حتى يتسنى أن تُنقل دعاوى التعويض إلى القضاء الإداري ويصبح هو صاحب الإختصاص الأصيل كما فعل مجلس الدولة الفرنسي منذ حكم بلانكو الشهير.

(1) حيث فصل القضاء في قطاع غزة في العديد من القضايا التي عرضت عليه بخصوص الأخطاء الطبية ، كما أن هناك قضايا في مرحلة الاستئناف والنقض بخصوص عدد من قضايا التعويض عن الأخطاء الطبية ، وكيل نيابة دعاوى الحكومة، سليم أبو عشيبة، قابله: معاذ درويش (17 سبتمبر 2018).

المطلب الثاني

أركان قيام مسؤولية الإدارة عن الخطأ الطبي

إن مسؤولية الإدارة تتحقق في حال توافرت الأركان العامة للمسؤولية، وهي الخطأ بمعنى قيام الإدارة بعمل خاطئ، والضرر هو ما يصيب المريض في حال الخطأ الطبي ويسمي بالمضور، وأخيراً العلاقة السببية التي تربط بين الخطأ والضرر أي أن يكون الضرر قد نتج مباشرة من جراء العمل الذي ارتكبه الإدارة بالخطأ.

يعتبر الضرر الركن الثاني من أركان المسؤولية الطبية بشقيها سواء التقصيرية أم العقدية، وإن إثبات الضرر شرط لازم لقيامها وإلا انتقت المسؤولية ورفض القضاء الحكم فيها، بحيث لا يمكن محاسبة الطبيب أو العاملين في المجال الطبي عن أخطاء لم ترتب أضرار للمريض، كما لا يمكن مطالبة الإدارة بالتعويض.

إن التعويض المالي للمريض المضور مقرون بمدى الضرر الواقع على المريض، سواء كان هذا الضرر مادياً أم معنوياً، أو قد يكون الجزاء عند قيام المسؤولية الجزائية في حال إثبات العلاقة السببية بين الخطأ الذي صدر من الطبيب أو العاملين في المجال الطبي وبين الضرر الحاصل، حيث تعتبر العلاقة السببية لها دور حلقة الوصل بين ركني الخطأ الطبي والضرر الطبي، وإثباتها مرهون بعدة نظريات.

الفرع الأول: ماهية الضرر الطبي.

أولاً: تعريف الضرر:

الضرر في اللغة: هو النقصان الذي يدخل في الشيء، يقال دخل عليه ضرر في ماله (1). أما الضرر في الاصطلاح يعرف بالأذى الذي يلحق بالمضور نتيجة خطأ الغير، وقد يلحق الأذى بالشخص في جسمه أو ماله فيكون مادياً، وقد يكون في سمعته أو شرفه أو شعوره فيكون ضرراً أدبياً (2).

وقد عرفه قانون المخالفات المدنية المعدل "بأنه الموت أو الخسارة أو التلف الذي يلحق بمال أو سلب الراحة، أو الأضرار بالرفاه الجسماني، أو السمعة أو ما يشبه ذلك من الضرر أو الخسارة (3).

(1) ابن منظور، لسان العرب (ج 4/383).

(2) فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية (ص 570).

(3) قانون المخالفات المدنية المعدل رقم (5) لسنة 1947، المادة (1/2).

والضرر الطبي " هو الحالة التي ترتبت على فعل طبي تسببت بأذى لجسد المريض، أدي إلى نقص في حال المريض أو عواطفه أو معنوياته، وقد يكون الضرر ناتجاً عن فعل أو سلوك أجري بطريقة خاطئة، أو بسبب إهمال فعل كان يجب القيام به لمنع حدوث المضاعفات المتوقعة"⁽¹⁾.

ولا يشترط لقيام ركن الضرر أن يكون هناك اعتداء على حق من حقوق المريض المضرور، بل يمكن اعتبار ذلك في حالة المساس بمصلحة مشروعة له⁽²⁾، وإن وقوعه يعتبر البداية لتحريك المسؤولية الطبية إلا أنه لا يكفي حدوثه ليكون دليلاً على مسؤولية الطبيب إلا في حال تم الإثبات على تقصير أو خطأ الطبيب⁽³⁾.

والضرر في مجال المسؤولية الطبية يخضع للأحكام العامة في المسؤولية، حيث لا يعتبر عدم شفاء المريض ضرراً طبياً بل هو أثر لخطأ الطبيب أو لنتيجة الإهمال بالقيام بواجبات الحيطة والحذر والحرص أثناء ممارسة العمل الطبي، لان التزام الطبيب هو بذل العناية وليس تحقيق نتيجة⁽⁴⁾.

ثانياً: شروط تحقق الضرر.

لأهمية الضرر الطبي في نطاق المسؤولية الطبية لا يمكن أن يترك مفهوم الضرر بدون محددات وشروط لتوصيفه وتحديده، بحيث لا يصبح كل ضرر محلاً للمسؤولية، لذلك هناك عدة شروط لا بد من توافرها في الضرر الطبي لقيام مسؤولية الإدارة عند تحققها.

1- يجب أن يكون الضرر الطبي محقق الوقوع:

حيث إن الضرر موضوع المسؤولية الطبية يجب أن يكون محققاً بمعنى قد وقع فعلاً، وأصبح من المبادئ الأساسية المسلم بها، أو أنه سيقع في وقت لاحق، والضرر المحقق لا يشمل الضرر الحالي فقط، بل يشمل الضرر الذي قام سببه حتى وإن تراخت آثاره سواء بعضها أم كلها⁽⁵⁾.

إن طبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض هي المرجع في ذلك الأمر، فإن كانت العلاقة تعاقدية فإن القاعدة العامة فيها لا يلتزم المدين (الطبيب) إلا بالتعويض عن الضرر المتوقع فقط،

(1) فرج، الأخطاء الطبية (ص125).

(2) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق (ص238).

(3) منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق(ص180).

(4) الحباري، المسؤولية المدنية للطبيب(ص126) .

(5) منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، مرجع سابق (ص246).

أما في حال كانت العلاقة تقصيرية فإنها توجب على الطبيب التعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع⁽¹⁾.

والضرر الحال هو الذي وقع فعلاً فيكون من حيث العناصر والمظاهر بصورة تمكن المحكمة من تحديده، أما الضرر المستقبلي هو الضرر الذي سيقع حتماً والذي تحققت أسبابه ولكن آثاره لم تظهر بعد كلها أو بعضها⁽²⁾، وهنا لا بد من التمييز بين الضرر المستقبلي والضرر المحتمل.

فالضرر المحتمل هو الضرر غير محقق الوقوع فقد يقع أو لا يقع وبالتالي لا مسؤولية عنه إلا إذا حدث هذا الضرر⁽³⁾، كذلك الضرر المحتمل يختلف عن ضرر تفويت الفرصة، حيث لا يعوز عن تفويت الفرصة إذا كانت أمراً محتملاً فإن تفويتها أمر محقق⁽⁴⁾.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية أن خطأ الطبيب في التشخيص نتج عنه خطأ في العلاج، مما أدى إلى إصابة المريضة بضرر نتج عنه بتر عضو وهذا قد حرّمها من فرصة التقدم للالتحاق بوظيفة طيران⁽⁵⁾.

وإذا كانت الفرصة أمراً محتملاً، إلا أن تفويتها يعتبر محقق الوقوع وبالتالي لا يمنع القانون أن يحسب الكسب الفائت ما كان للمضروب ويأمل أن يحصل عليه من كسب ما دام كان لهذا الأمل وجود أسباب مقبولة، والضرر المستقبلي هو ضرر قد وقع بالفعل ولكن آثاره سوف تظهر بشكل واضح وجلي في المستقبل⁽⁶⁾.

2- أن يكون الضرر شخصياً ومباشراً:

والضرر الشخصي هو الذي ينال من المدعي بذاته، ويمس حقوقه أو مصالحه أو حتى يؤثر في نفسه، فيصدر الادعاء باسمه وبالتالي الحق في التعويض يدخله في ذمته⁽⁷⁾، فإنه على المريض المضروب أن يقوم أمام القضاء باسمه حتى يحصل على التعويض، كما يجوز لمن له

(1) المرجع سابق (ص246).

(2) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق (ص859) و كرشيد، المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (ص229).

(3) النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي...، مرجع سابق (ص285).

(4) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق (ص862)، وتفويت الفرصة هو حرمان الشخص من فرصة كان يحتمل أن تعود عليه بالكسب. منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، مرجع سابق (ص248).

(5) أشار إلى هذا الحكم: منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، مرجع سابق (ص249).

(6) أشار إليه: حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، مرجع سابق (ص489).

(7) النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي...، مرجع سابق (ص271).

صفة قانونية كالوكيل أو الوصي أو الخلف العام، وفي حال موت المضرور عند نشوء الحق ولم يطالب بحقه، فإنه ينتقل إلى ورثته وبحق لهم المطالبة وإثبات المسؤولية عما أصابه⁽¹⁾.

والضرر المباشر هو الذي ينشأ من خلال الفعل الضار بمعنى أن وقوع الخطأ الطبي شرط لازم لحدوث الضرر وبدون هذا الخطأ الطبي لا يحصل الضرر، وتكمن أهمية تحديده عند البحث عن الرابطة السببية⁽²⁾.

3- أن يمس الضرر مصلحة مشروعة للمتضرر أو حق مكتسب:

يجب أن يكون للمريض المضرور مصلحة مشروعة لا تتنافى مع النظام العام والذي تحكمه عادات وأعراف اجتماعية وأخلاقية، وبالتالي يجب أن يأتي الضرر نتيجة المساس بمصلحة مشروعة، فإن كان المضرور قد حرم بسبب الحادث الذي وقع عليه من منفعة كانت تعود عليها باستمرار من المريض المتضرر، فإن الشرط أن تكون هذه المنفعة مشروعة والسبب في ذلك أن القضاء لا يمكن أن يحمي مصلحة لا تتفق مع مبادئ الأخلاق⁽³⁾، فإنه لا يحق للخليفة أن تطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المريض المضرور لان ذلك يتنافى مع المبادئ الاجتماعية والأخلاقية⁽⁴⁾.

أما شروط الضرر في الفقه الإسلامي فإنها تتفق مع ما جاءت به القوانين الوضعية فإنه يشترط أن يكون مباشراً محققاً كما أن يكون في الحال، وبخصوص الضرر المستقبلي فالراجح في الشريعة الإسلامية أن التعويض عن الضرر المستقبلي لا يكون إلا بعد تحققه، وهذا ما ينسجم مع القاعدة (لايفاد جرح إلا بعد برئه)⁽⁵⁾، كما جاء في الحديث عن محمد بن طلحة بن يزيد بن ركانة: أخبرهم أن رجلاً طعن رجلاً بقرن في رجله، فجاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: أقدني، قال: «حتى تبرأ»، قال: أقدني، قال: «حتى تبرأ»، قال: أقدني، فأقاده، ثم عرج فجاء المستقيد، فقال: حقي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «لا حق لك»⁽⁶⁾.

(1) كرشيد، المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (ص228).

(2) المرجع السابق، ص230.

(3) النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي...، مرجع سابق (ص271).

(4) المرجع السابق (ص308)، و كرشيد، المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق (231)، و منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، مرجع سابق (ص245).

(5) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق (ج5/7576).

(6) [الدار قطني. سنن الدار قطني، كتاب الحدود والديات وغيره، (ج4/71)، رقم الحديث: 3114]

ثالثاً: أنواع الضرر.

أنواع الضرر تنقسم من حيث موضوع حصوله إلى:

1- الضرر المادي:

وهو ما يصيب الشخص في حق مالي من حقوقه أو في مصلحة مالية مشروعة له، والضرر المالي هو ما يمس الشخص في كيانه المالي وحدث له خسارة أو فوات ربح أو فوات فرصة أو حتى قد يصل إلى نفقات العلاج التي يدفعها المريض زيادة عن حالته الطبيعية نتيجة وجود الخطأ الطبي⁽¹⁾.

2- الضرر الجسدي:

وهو ما يمس حياة الإنسان وجسده وسلامته مثل الإعتداء على النفس أو إحداث جرح أو إعاقة⁽²⁾، وقد يقع في أغلب الأحيان في الأخطاء الطبية عند بتر أحد الأطراف أو إستئصال عضو من أعضاء الجس أو إحداث تشوهات للمريض.

3- الضرر الأدبي:

وهو الذي يصيب الشخص (المريض المضرور) في عواطفه ومشاعره وأحاسيسه ويسبب آلاماً نفسية أو جسمانية⁽³⁾، ويختلف الضرر الأدبي من مريض لآخر لعدة اختلافات، فألم الفتاة يختلف عن الطفل أو المرأة العجوز أو الرجل، أو حتى مجال العمل يلعب دوراً في وله أثر في ذلك، وقد اتفق بعض الفقه والقضاء والتشريع على التعويض عن الضرر الأدبي وبعضها لا زال الجدل فيه قائماً⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: العلاقة السببية بين الضرر والخطأ الطبي.

تعتبر العلاقة السببية جوهر المسؤولية ومناطقها وهى الركن الثالث من أركان المسؤولية بالمفهوم العام، وهى تعنى ارتباط السبب بالمسبب أو العلة بالمعلول وهى التي تحدد الفعل الذي سبب الضرر وسط الأفعال المتنوعة التي أحاطت بالحادث⁽⁵⁾.

(1) منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق(ص162) الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق(ص127).

(2) منصور، المسؤولية الطبية، مرجع السابق(ص162).

(3) منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، مرجع سابق(ص21).

(4) سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني (ص375) ، منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، مرجع سابق(ص243)، الحياوي،

المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق(ص132).

(5) فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق (ص587).

أو هي العلة التي تربط بين ارتكاب الخطأ المرتكب والضرر الناتج عنه⁽¹⁾، وبالتالي قد يقع خطأً من الطبيب يسبب ضرراً لمريض قد خضع لعلاج عنده، استوجب وجود رابطة سببية بين قيام الطبيب بالخطأ وحصول الضرر للمريض.

ولكن لا يمكن أن نتصور خطأ الطبيب من دون حصول الضرر للمريض، كما لو قام الطبيب بإجراء عملية ليد المريض السليمة، وقد توفي المريض بسبب جلطة دماغية، فالعلاقة السببية بين الخطأ والضرر معناها أنه توجد علاقة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المريض المتضرر.

عند تحديد العلاقة السببية بين ارتكاب الخطأ الطبي والضرر الناجم عنه يكون في حال الضرر الأدبي أسهل من تحديدها في الضرر الفني ويرجع ذلك أن الضرر الأدبي يكون قد نتج بالضرورة من خطأ الطبيب، أما تحديد العلاقة السببية في الضرر الفني يعتبر من الأمور الصعبة والمعقدة بسبب تعقيد جسم الإنسان واحتمال حدوث المضاعفات وبالتالي قد يكون الضرر ناتج عن عوامل خفية ترجع إلى طبيعة جسد الإنسان⁽²⁾.

كذلك لا بد أن يؤخذ في الحسبان أنه قد يتطور المرض لأسباب يجهلها الطب على الرغم من التطور الهائل في المجال الطبي وانتشار التكنولوجيا الطبية، وبالتالي تكون حالة المريض الصحية كافية لإحداث الوفاة بعيداً عن خطأ الطبيب، أو أن يكشف تشريح الطب الشرعي وجود عيوب خلقية، لم تظهر عند تقديم العلاج فهذه الأمور لا بد أن تؤخذ بعين الاعتبار كمساهم لإحداث الضرر، على الرغم من وجود الخطأ الطبي والذي بدوره يكون قد أسهم أو سارع في الوصول الي الضرر كنتيجة عن الخطأ الطبي.

نظريات العلاقة السببية:

يمكن أن يشترك أكثر من عامل أو سبب لإنتاج الضرر بحيث يصعب الأخذ بسبب معين دون غيره في إحداث الضرر لذلك قبلت عدة نظريات في اسناد الضرر لأحد الأسباب منها:

(1) الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق (ص188) الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق (ص169).

(2) منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق (ص173) و لبة، مسؤولية الطبيب بين الفقه الاسلامي والقانون، مرجع سابق(ص88).

1- نظرية تعادل الأسباب:

مفاد هذه النظرية أن جميع الأسباب والعوامل التي اتحدت لإحداث النتيجة الضارة تعد متعادلة، وهي مسؤولة عنها مهما كان السبب بعيداً أو مألوفاً أو حتى نادراً أو في بعض الحالات راجع إلى فعل الإنسان أو حتى ناتج من فعل الطبيعة⁽¹⁾.

ونجد أن هذه النظرية لا تستثنى أي عامل أو سبب في إحداث النتيجة الضارة فاشترك جميع الأسباب في إخراج النتيجة الضارة بحيث تعد كل الأسباب في مرتبة واحدة ومتعادلة، وهذا الأمر يوسع مجال العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الناتج فيدخل أكثر من سبب أدى إلى حدوث النتيجة الضارة، وهذه النظرية تكون في مصلحة المريض المضروب لتوافر أكثر من سبب يمكن الاعتماد عليه في إثبات خطأ الطبيب أو المؤسسة الصحية.

وقد أكدت ذلك محكمة النقض المصرية حيث قررت أن تعدد الأخطاء يوجب قيام مسؤولية كل من أسهم فيه سواء كان سبباً مباشراً أم غير مباشر أدى إلى وقوع النتيجة⁽²⁾.

ويعد كل سبب أو عامل من العوامل شرطاً لحدوث النتيجة الضارة بدوت تمييز بينهم حيث القوة أو الأثر، كما وأن هذه النظرية تحمل المسؤولية للعمل الإنساني وحده حتى لو كان هذا العمل مصحوباً بالقوة القاهرة⁽³⁾.

2- نظرية السبب الفاعل:

تقوم هذه النظرية على أن سبب النتيجة الضارة هو العامل الأقوى فاعلية وهو الذي أسهم في إحداثها بشكل كبير وملحوظ، وتعتبر باقي الأسباب مجرد عوامل مساعدة له كما تعد أسباب عارضة⁽⁴⁾.

بحيث نترك الأسباب العارضة ونأخذ بالسبب الأقوى المنتج ونعتبره المسؤول عن إحداث الضرر وقد أخذ أغلب الفقه بهذه النظرية، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكمها أنه يجب عند تحديد المسؤولية الأخذ بالسبب المنتج في إحداث الضرر دون السبب العارض⁽⁵⁾.

(1) ويعود تأسيس هذه النظرية إلى الفقه الألماني والفقهاء (فون بيرري) حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، مرجع سابق (ص532) و سلامة، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق (ص105). والحياري، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق (ص136). الوليد، الأحكام العامة في قانون العقوبات الفلسطيني(ص135).

(2) أشارت إليه: منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، مرجع سابق (ص259).

(3) حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، مرجع سابق (ص114)

(4) ويعود تأسيسها إلى الفقيه (كارل بيركر) الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق (ص137) و منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، مرجع سابق (ص261)

(5) السهنوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق (ص872) و منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق (ص175) و كرشيد، المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق(ص284).

وهذا يعنى أنه لا يعتبر سبباً للضرر إلى ما كان مؤدياً بذاته وحسب المجري العادي للأمر أدى إلى وقوعه وفي المقابل إن غير ذلك من الأسباب تعتبر عارضة لا تؤدي وجودها طبقاً لطبيعة الأشياء إلى وقوع الضرر (1).

وإن تقدير وجود الرابطة السببية يعتبر من المسائل الموضوعية التي تفصل فيها محكمة الموضوع بدون تعقيب عليها ما دام تقديرها صحيحاً (2)، إلا أنه يؤخذ على هذه النظرية أنها تحصر العلاقة السببية في عامل واحد فقط هو المسؤول عن النتيجة بغض النظر عن باقي الأسباب الأخرى كما أنها لم تضع ضابطاً لتحديد السبب الأقوى (3).

3- نظرية السبب الملائم :

مفاد هذه النظرية أنها تستعرض الأسباب المتعددة التي أنتجت الضرر، ويتم التمييز بين الأسباب العارضة والمنتجة، بحيث يتركز الأسباب العارضة ويعتبرون الأسباب المنتجة هي السبب في إحداث الضرر، فالسبب المنتج هو السبب المألوف عادة والذي يحدث الضرر على خلاف السبب العارض الذي لا يحدث الضرر عادة ولكنه يحدثه عرضاً (4).

ويدخل في الأمور العادية مرض المجني عليه من قبل وإهمال المصاب في معالجة نفسه بحكم بيئته ودرجة ثقافته لذلك على القاضي أن يُدخل في الاعتبار السير العادي للأمر في حالة العلم القائمة ، فإذا ثبت أن المرض في سيره العادي للأمر يؤدي إلى وفاة المريض سواء خضع للعلاج أم لا فإنه لا مجال لمسائلة الطبيب وغيره على خلاف ما إذا كان المريض ممن يرجى شفاؤه فإن كل خطأ من الطبيب يفوت على المريض فرصة العلاج، يجب أن يدعو إلى مسائلة الطبيب (5).

ويعد السبب قائماً ولو تدخلت عوامل سابقة أو لاحقة أو معاصرة على السلوك المرتكب ما دامت هذه العوامل متوقعة ومألوفة حتى تدخل أسباب وعوامل نادرة أو غير متوقعة فإنها تكون سبب لقطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر (6).

وهذا ما أكدته محكمة ليون الفرنسية أن الطبيب الجراح والمستشفى غير مسؤولين عند وجود حالة شاذة لوم يكن يعلم بها أو يتوقعها الطبيب، فقطع الشريان السباتي أثناء إجراء عملية

(1) لبة، مسؤولية الطبيب بين الفقه الاسلامي والقانون، مرجع سابق (ص92).

(2) حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، مرجع سابق (ص503).

(3) الوليد، الأحكام العامة في قانون العقوبات الفلسطيني، مرجع سابق (ص159).

(4) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق (ص1264) و حنا، المسؤولية المدنية (ص536).

(5) حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، مرجع سابق (ص537).

(6) الحباري، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق (ص138).

للمريض في البلعوم، وبسبب أن الوريد لم يكن في موقع الطبيعي وهذا سبب كافي لإعفائهم من المسؤولية ولو ثبت أن هناك خللاً في الأجهزة الطبية ولم يكن ذا أثر على وفاة المريض⁽¹⁾.

وهذه النظرية إن لم تكن مقياساً دقيقاً إلا أن الفقه المصري في الكثير من أحكامه تبناها وقد رجحها غالبية الشراح والفقهاء المصريين وكذلك الأمر وجدت هذه النظرية انحيازاً كبيراً لدي الفقه والقضاء الفرنسي⁽²⁾.

يرى الفقيه سافتيه- ويحق- أن على القاضي استخلاص العلاقة السببية من قرائن ودلائل متففة، وهي ليست بالشيء الذي يُرى أو يُلمس وإنما هي ما يستنتجه الفكر من ظروف الواقع، والحقيقة أن القاضي حر في تكوين عقديته، وأن رقابة محكمة النقض تُحصر فقط في التحقق من أسباب الحكم تظهر بوضوح علاقة سببية كافية بين الخطأ والضرر، فعلى القاضي في دعاوى المسؤولية الطبية أن يكون حريصاً وأن لا يسارع في وضع قرائن تأبها الحقائق العلمية ويرفضها الأطباء⁽³⁾.

4- نظرية السبب الأخير:

تقوم هذه النظرية على أنها تضع ضابطاً للعلاقة السببية يتحدد وفق معيار زمني بحت، فهي لا تأخذ في عوامل النتيجة لغير العامل الأخير الذي تسبب في إحداث الضرر⁽⁴⁾، وهذا يعني أن العامل الأخير هو الذي يكون سبباً في إحداث النتيجة بحيث مثلاً لو أصيب شخص بطلق ناري وأدخل على إثره المستشفى للعلاج وأثناء إجراء العملية الجراحية له ارتكب الطبيب خطأ في إجراء العملية، يعتبر في هذه الحالة الخطأ الطبي هو السبب في الضرر أو حتى في وفاة المريض بغض النظر عن إصابته بطلق ناري.

أما المشرع الفلسطيني بخصوص المعيار الذي اتبعه نجد أن هناك أكثر من معيار ففي قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936م، والمطبق في قطاع غزة نجد أن المادة(221) قد تبني فيها المشرع نظرية السبب الأخير في حين أن المادة(219) قد تبنت أكثر من نظرية منها تعادل الأسباب والسبب والملائم، أما في قانون العقوبات رقم(16) لسنة 1960م، فقد نصت المادة (345) نظرية تعادل الأسباب⁽⁵⁾.

(1) أشار إلي هذا الحكم: منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، مرجع سابق (ص260).

(2) حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، مرجع سابق(ص537).

(3) الحباري، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق (ص139) منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، مرجع سابق(ص261).

(4) المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام(ص299).

(5) قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936م المادة(221) ، لا يعتبر الشخص أنه قتل شخصاً آخر إذا لم تقع وفاة ذلك الشخص الآخر خلال سنة واحدة ويوم واحد من حين وقوع سبب الموت، وتحسب هذه المدة اعتباراً من اليوم الذي وقع فيه آخر فعل غير مشروع أفضى إلى الموت وتشمل ذلك اليوم .

فالعلاقة السببية تتوافر إذا كان الفعل الذي ارتكبه الفاعل هو أحد العوامل التي ساهمت في النتيجة فإذا وجدت عوامل أخرى ساهمت في النتيجة كالمرض السابق فإن السببية تظل قائمة فالأسباب متساوية ولا مبرر لإعطاء أحدهما قوة أكبر من غيرها⁽¹⁾.

الفرع الثالث: انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر.

إن توافر الضرر وإثبات الخطأ الطبي من خلال توافر وجود العلاقة السببية بينهم يشكل تحمل الطبيب أو حتى تحمل الإدارة المسؤولية بشكل عام، عند توفر المقومات اللازمة لهذه المسؤولية، إلا أن ذلك ليس على إطلاقه دائماً حيث من المحتمل أن تنتفي العلاقة السببية وتقطع الوصل بين الخطأ الطبي الصادر من العاملين في المجال الطبي وبين الضرر الذي وقع على المريض، فإن ذلك بكل تأكيد له أثر على تحمل المسؤولية، وقد أورد المشرع بعض الحالات التي تتمثل في ذلك منها خطأ المتضرر أو خطأ الغير أو القوة القاهرة.

حيث نصت المادة (181) من القانون المدني الفلسطيني "إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كقوة القاهرة، أو خطأ من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك".

ويجوز نفي الرابطة السببية بطريقة غير مباشرة بمعنى الضرر الذي وقع على المريض هو في الأصل ناتج عن سبب أجنبي سواء كان السبب الأجنبي هو السبب الوحيد في حدوث النتيجة الضارة أم كان هو العامل المساعد لحدوثها⁽¹⁾.

وإذا كان الموت مسبباً عن ترك القيام بواجب فتحسب هذه المدة اعتباراً من اليوم الذي توقف فيه ذلك الترك وتشمل ذلك اليوم أيضاً. وإذا كان الموت مسبباً بعضاً عن فعل غير مشروع وبعضاً عن ترك القيام بواجب فتحسب المدة اعتباراً من اليوم الذي وقع فيه آخر فعل غير مشروع أو من اليوم الذي كف فيه عن ارتكاب ذلك الترك، أي اليومين جاء بعد الآخر، وتشمل ذلك اليوم أيضاً.

المادة(219) من نفس القانون: يعتبر الشخص بأنه تسبب في موت شخص آخر في كل حالة من الحالات التالية، وإن كان فعله أو تركه ليس السبب المباشر أو الوحيد الذي أفضى إلى الموت:

أ- إذا أوقع ضرراً جسمانياً بشخص آخر استوجب إجراء عملية جراحية له أو معالجته معالجة طبية أفضت إلى موته، ولا عبء في هذه الحالة إذا كانت المعالجة صائبة أو غير صائبة ما دامت قد جرت بسلامة نية وبخبرة وحذق عاديين، أما إذا لم تتوفر سلامة النية في المعالجة التي كانت السبب المباشر الذي أفضى إلى الموت أو إذا اجريت المعالجة دون خبرة وحذق عاديين فلا يعتبر الشخص الذي أوقع الضرر أنه تسبب في الموت.

ب- إذا أوقع بشخص آخر ضرراً جسمانياً ليس من شأنه أن يفضي إلى الموت فيما لو أجرى الشخص المتضرر المعالجة الجراحية أو الطبية اللازمة أو اتخذ الاحتياطات المقتضاة فيما يتعلق بأسلوب معيشته.

ج- إذا حمل شخصاً آخر على ارتكاب فعل يفضي إلى موته باستعمال العنف مع ذلك الشخص أو بتهديده باستعماله وكان قد تراءى للشخص المتضرر بأن الفعل الذي أفضى إلى موته هو وسيلة طبيعية لاجتتاب العنف أو التهديد في تلك الظروف.

د- إذا كان بفعله أو تركه قد عجل في موت أي شخص مصاب بمرض أو بضرر جسماني من شأنه أن يفضي إلى موته دون ذلك الفعل أو الترك.

هـ- إذا كان الفعل أو الترك لا يفضي إلى الموت إلا إذا اقترن بفعل أو ترك من قبل الشخص المقتول أو أشخاص آخرين.

(1) إسماعيل، المسؤولية الجزائية للطبيب في التشريع الفلسطيني(ص68).

ومن المبادئ التي أقرتها محكمة النقض المصرية أن الطبيب إذا أراد التخلص من المسؤولية نقض هذه القرينة بإثبات أن الضرر قد نشأ عن السبب أجنبي لا يد له فيه، حيث أن الأصل في إثبات الرابطة السببية أن يقع على عاتق المريض، وإن هذه القرينة القائمة تكون بسيطة فليس هناك ما يمنع المسؤول الطبيب من أن ينفي رابطة السببية⁽²⁾.

1- القوة القاهرة:

القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ هما تعبيران مختلفان لكنهما يدلان على معنى واحد قد أجمع عليه جمهور الفقهاء بعدم التمييز بينهما وهو الأمر الذي لا يد فيه للمدعي عليه (الطبيب) ولا يمكنه توقعه أو تلافيه، على أن عدم التوقع وعدم القدرة على الدفع يرتبطان بظروف الحال ارتباطاً وثيقاً، وعلى من يتمسك بالقوة القاهرة أن يثبت توافر شروطها مثل عدم التوقع وعدم القابلية على الدفع، ويمكن أن يتم ذلك بالاستناد إلى قرائن الحال التي تعتبر توافر هذه الشروط أمراً مفترضاً فيقوم السبب الأجنبي إلى أن يثبت الخصم عكس ذلك⁽³⁾.

إن تقدير قيام القوة القاهرة مسألة وقائع وليس مسألة قانون، لذلك يكون الفصل فيها لقاضي الموضوع ولا رقابة عليه من محكمة التمييز، على أن يكون قرار القاضي بوجود السبب الأجنبي أو عدمه يستند على أسباب مقبولة⁽⁴⁾.

فقد يخطئ الطبيب إلا أن هذه الخطأ لا يكون هو السبب الحقيقي الذي أدى إلى إصابة المريض بالضرر، مثل لو أهمل الطبيب في تعقيم الأدوات الجراحية ومات المريض نتيجة نوبة قلبية فإن العلاقة تنتفي بين الخطأ والنتيجة، وبالتالي لا يكفي اقتران الخطأ بالضرر بل لا بد من توافر العلاقة السببية بينهم⁽⁵⁾.

وقد عرفت محكمة النقض المصرية القوة القاهرة بأنها "العامل الذي يسلب الشخص إرادته فيرغمه على إتيان عمل لم يردده ولم يملك له دفعا"⁽⁶⁾.

أما بالنسبة للحادث الفجائي الذي يتسبب فيه الإنسان وقد يأخذ وصف الخطأ المرفقي المجهول سببه، وهو يحدث نتيجة لمخاطر استعمال التجهيزات التكنولوجية كانفجار المولدات الكهربائية ومحطات الغازات الطبية، نجد ذلك في مجال العمل الطبي، حيث من المنفق عليه أن

(1) منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، مرجع سابق (ص263).

(2) حكم محكمة النقض الجنائي - الطعن رقم 315، لسنة 18 قضائية، 1963/7/3.

(3) مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، مرجع سابق (ص492) و الطائي، مسؤولية الدولة عن اخطاء موظفيها(ص200).

(4) الطائي، مسؤولية الدولة عن اخطاء موظفيها(ص200).

(5) الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق (ص136).

(6) النقض الجنائي - الطعن رقم 489، لسنة 29 قضائية، 1959/2/20.

الحادث الفجائي يترتب عليه إعفاء مرفق المستشفى العمومي من المسؤولية على أساس الخطأ ولكن لا يعفي منه في حالة المسؤولية بدون خطأ⁽¹⁾.

ومثال ذلك وفاة مريض قلب بنوبة قلبية أثر رعد مفاجئ أو زلزال عنيف⁽²⁾، ويجب أن لا يكون مما يمكن توقعه بصفة مطلقة ويستحيل دفعه أو التحرز منه ليس من طرف المدعي عليه فحسب بل من جانب أشد الناس يقظة وتبصراً بالأمر، حيث لا يقتصر الأمر على ذلك على الشخص العادي، فإذا أمكن توقع الحادث حتى ولو استحال دفعه فلا تعتبر قوة قاهرة⁽³⁾.

2- خطأ المضرور (المريض).

يكون بأي فعل أو امتناع غير مشروع يصدر من المضرور نفسه يستغرق خطأ الطبيب كله أو جزء منه في قطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي أصابه بقدر ما استغرقه من خطأ الطبيب.

فليس من الطبيعي أن يتحمل الطبيب المسؤولية في حال أخطأ المريض في اتباع تعليمات الطبيب وتسبب في ضرر لنفسه، وبالتالي لا بد أن تنقطع المسؤولية في هذه الحالة ولا يترتب عليها أي محاسبة للطبيب، في حال تبث أن خطأ المريض نفسه هو السبب الوحيد الذي أدى لوقوع النتيجة الضارة ولا علاقة لعمل الطبيب بها.

حيث يمكن أن نتصور ذلك في المجال الطبي خطأ المضرور عند قيامه بعدم اتباع تعليمات الطبيب في تناول جرعات الدواء بعد إجراء العملية وعدم القيام بإجراء الغيار على الجرح مما أدى لوجود مضاعفات أدت إلى التهاب الجرح، وتكمن المشكلة في حال إذا توافر خطأ المضرور واشترك معه خطأ الطبيب فاجتمع الخطأين في نتيجة واحدة فأيهما يتحمل المسؤولية؟.

إذا كان الضرر قد ساهم في إحداث الضرر مع فعل الطبيب أو الإدارة فإن الإدارة تتحمل نصيبها فقط بقدر الخطأ الذي تسببت فيه، وتأكيداً على ذلك فقد حكمت المحكمة الإدارية العليا بقولها "ووفقاً للمقرر في المادة 216 من القانون المدني، فإنه يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم به إذا اشترك الدائن في إحداث الضرر أو زاد فيه، ومؤدي هذه القاعدة أن المضرور لا يتقاضى في كل الأحوال تعويضاً كاملاً بل يتحمل نصيبه من المسؤولية إذا كان هناك ما يدعو لذلك"⁽⁴⁾.

(1) لحوح، المسؤولية الادارية للمستشفى العمومي (ص59).

(2) منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق(ص120).

(3) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق (ص983).

(4) عويس، مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية، مرجع سابق(ص189).

موقف الشريعة الإسلامية من الإفشاء بين الخطأ الطبي والضرر.

اتفقت الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية في الإفشاء بين الخطأ الطبي والضرر وبالتالي لا ضمان على ذلك في حال انقطعت العلاقة الواصلة بين الخطأ الطبي والضرر الحاصل للمريض إن توافرت إحدى الحالات التالية:

1- القوة القاهرة:

جاء ذكرها في كتب الفقه الإسلامي في بعض النصوص بعبارة " الآفة السماوية" أو "الجائحة"⁽¹⁾، وهي "أمر ليس في الإمكان الاحتراز عنه ولا في الوسع توقعه ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا"⁽²⁾، حيث جاءت القاعدة الفقهية " ما لا يمكن الاحتراز منه لا ضمان عليه" ومعني ذلك أن كل ما لا يستطيع المكلف التحفظ منه، والابتعاد عنه، من الأمور المطلوب منه تركها، لكونها تقصد عبادته ومعاملته، يتجاوز عنه، ولا يؤاخذ به، لأنه خارج عن طاقته، والتكليف بما هو خارج عن حدود طاقة المكلف فيه حرج ومشقة، وهما مرفوعان عنه⁽³⁾، و جاء في مجمع الضمانات أن الأجير المشترك إنما يضمن ما جنت يده بشرائط ثلاثة، أحدهما: أن يكون في وسعه دفع ذلك الفساد⁽⁴⁾.

2- خطأ الغير: حيث اتفق الفقهاء⁽⁵⁾ على أن ضمان تلميذ الأجير، فأوجبوا عليه الضمان في حال ارتكب التلميذ المتدرب عند صاحب المهنة خطأ في أمر يتعلق بممارسة المهنة ومخالفة أصولها، أما إن كان الخطأ لا يتصل بالمهنة وإنما يرجع إلى إهمال وتقصير في مسلك التلميذ أو المتدرب فإن الأجير لا يضمن ذلك.

3- خطأ المضرور:

إذا كانت يد المدين يد أمانة وهلك الشيء بسبب خطأ الدائن (المريض المضرور) لم يضمن المدين الهلاك ولا يتحمل تبعه ذلك لأنه قد قام بواجبه في الحفظ، والهلاك قد تسبب بفعل المضرور وهو نتيجة خطأه⁽⁶⁾.

(1) الجائحة: كل شيء لا يستطاع دفعه لو علم به كسماوي كالبرد والحر والجراد. الموسوعة الفقهية الكويتية(237/29).

(2) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي(ج2/125).

(3) ابن نجيم، البحر الرائق(33/8) الزحيلي، القواعد الفقهية(658/1).

(4)البغدادي، مجمع الضمانات(28/1).

(5) "وقالوا في تلميذ الأجير المشترك إذا، وطئ ثوبا من القصاره فخرقه يضمن؛ لأن وطئ الثوب غير مأذون فيه ولو، وقع من يده سراج فأحرق ثوبا من القصاره فالضمان على الأستاذ، ولا ضمان على التلميذ؛ لأن الذهاب، والمجيء بالسراج عمل مأذون فيه فينتقل عمله إلى الأستاذ كأنه فعله بنفسه، فيجب الضمان عليه". الكاساني، بدائع الصنائع(212/4) البغدادي، مجمع الضمانات(43/1).

(6)البغدادي، مجمع الضمانات(236/1).

المبحث الثاني

نطاق مسؤولية الإدارة عن الخطأ الطبي

القاعدة العامة أنه تقوم مسؤولية الإدارة على ثلاثة أركان لا بد من توافرها حتى تتم محاسبة الإدارة وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية التي تربط بينهم، وعند الحديث عن مسؤولية الإدارة القائمة على أساس الخطأ لا بد من التمييز بين نوعين من الأخطاء، هما الخطأ الشخصي الذي ينسب إلى الموظف والخطأ المرفقي الذي ينسب فيه الإهمال والتقصير إلى المرفق العام بذاته، إلا أن القضاء الإداري أقام المسؤولية في بعض الحالات بدون الخطأ لحماية المضرور على أساس فكرة المخاطر وتحمل التبعة، وفي هذا المبحث سيكون مجال دراستنا في المطالب التالية:

المطلب الأول: نطاق مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ الطبي.

المطلب الثاني: نطاق مسؤولية الإدارة بدون الخطأ الطبي.

المطلب الأول

نطاق مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ الطبي

لقد اجتهد فقهاء القانون الإداري في بحث أساس مسؤولية الإدارة عن أعمال الموظفين التابعين لها، ولقد درسوا عدة نظريات وبحوث وأفكار في هذا المجال إلا أن الصواب أن أساس مسؤولية الإدارة عن أعمال الموظفين هو الخطأ ولكنه خطأ من نوع خاص⁽¹⁾.

إن كل عمل تقوم به الإدارة ويحدث ضرراً للغير يكون أساسه الموظف العام الذي يُعبر عن الإدارة ويمثلها ويقدم الخدمة العامة للأفراد باسمها كونه أحد عمالها، والمفترض أن يتحمل هذا الموظف مسؤولية ما أحدثه من أضرار للغير نتيجة أفعاله الخاطئة، إلا أن هذا الأمر لا يمثل العدالة بالنسبة للموظف كونه يعمل لصالح الدولة وليس لمصلحته وميوله الخاصة، وبالتالي إجباره على دفع التعويض بدل الضرر الذي تسبب به وهذا ما يشمل عبئاً كبيراً عليه مما يعجز عن دفعه، وهذا يؤثر على عمل الموظف مما يدفعه إلى الكسل والتراخي في العمل وعدم الإبداع خوفاً من الوقوع في الأخطاء وتحمل المسؤولية.

الفرع الأول: الخطأ الطبي الشخصي والخطأ المرفقي.

الهدف من دراسة الخطأ الشخصي الذي يقع من العاملين في المجال الطبي والخطأ المرفقي الذي ينسب إلى الإدارة كونها تقدم خدمة عامة مرتبطة بمرفق عام، هو معرفة متسبب الضرر للمريض الذي تعامل مع شخصين الأول هو شخص طبيعى وهو الموظف وفى نفس الوقت هو يتبع لإدارة المرفق العام ومرتبطة بأنظمة ولوائح تنظم عمله، والآخر هو الدولة والتي تعتبر شخص معنوي، وبالتالي معرفة الشخص الذي سوف يتحمل المسؤولية عن ذلك.

أولاً: الخطأ الطبي الشخصي.

تكون المسؤولية في الخطأ الشخصي على الموظف شخصياً وينفذ الحكم بالتعويض في أمواله الخاصة ويكون الاختصاص للقضاء العادي، أما في الخطأ المرفقي الذي ينسب فيه الإهمال والتقصير إلى المرفق العام وتقع المسؤولية على الإدارة وهي التي تدفع التعويض ويكون الاختصاص للقضاء الإداري⁽²⁾.

(1) عوايدي، نظرية المسؤولية الإدارية، مرجع سابق (ص113).

(2) موافى، الشخص المعنوي ومسئوليته قانوناً، مرجع سابق(ص185). الطيماوي، خليل، موجز القانون الإداري العامة، مرجع سابق(ص268).

والخطأ الشخصي هو "الذي يرتكبه ويقترفه الموظف العام إخلالاً بالتزامات وواجبات قانونية يقررها عليه القانون المدني وبالتالي يكون الخطأ الشخصي للموظف العام خطأً مدنياً يُرتب ويقيم عليه مسؤولية الشخص نفسه"، إما إذا أخل الموظف في الالتزامات والواجبات القانونية الوظيفية المقررة عليه والتي تنظم بواسطة القانون الإداري، يكون الخطأ الشخصي للموظف العام خطأً تأديبياً يقيم عليه المسؤولية التأديبية⁽¹⁾.

ويمكن اعتبار الأخطاء الشخصية بأنها التي قد يرتكبها الموظف العام خارج أوقات وظيفته كالأعمال التي يؤديها في حياته اليومية، وقد تكون داخل أوقات الوظيفة ولكن ليس هناك ارتباط بين هذه الأعمال وواجبات الوظيفة على الإطلاق، كونها قد تصدر عمداً وبسوء نية من الموظف، فليس من المعقول أن تتحمل الإدارة في هذا المقام أخطاء الموظف، ولا يكون أمام الإدارة إلا أن تفرض عليه العقوبات التأديبية التي تناسب الفعل الذي قام به إذا صدرت أثناء أوقات الدوام الرسمي.

ثانياً: الخطأ الطبي المرفقي.

يعد الخطأ مرفقياً إذا أمكن نسبه إلى الإدارة ذاتها حتى ولو كان الذي قام به مادياً أحد الموظفين، وبالتالي يمكن تعريف الخطأ المرفقي هو "الخطأ غير المطبوع بطابع شخصي والذي يبنى على موظف عرضة للخطأ والصواب" (معيار لافيرير) أو "الخطأ الذي لا يمكن فصله عن واجبات الوظيفة بحيث يعد من المخاطر العادية التي يتعرض لها الموظف" (معيار هوريو) أو "الخطأ الذي يرتكبه الموظف بقصد تحقيق غرض إداري" (معيار دوجي)⁽²⁾.

فهو مفهوم مرن لا يركز على نصوص تشريعية جامدة ولا يقيد نفسه في حدود يعجز من خلالها مواجهة الحالات التي تبرز في العمل الإداري، وقد ينسب إلى موظف معين تثبت شخصيته ويكون معلوم، أو يتعذر معرفة متسبب الخطأ فينسب إلى المرفق العام باعتباره لم يقوم بالوظيفة على أكمل وجه⁽³⁾.

وقد عرفه الفقيه (لو بادير) بأنه كل ما لا يعتبر خطأً شخصياً، أما الفقيه (Vero) فقد عرفه بأنه "عيب اشتغال المرفق يقع فيه واحد أو مجموعة من الموظفين دون أن يكونوا مسؤولين شخصياً عنه ولأن الأخطاء لا يرتكبها إلا الشخص الطبيعي"، أما الفقيه (Vedel) فقد عرفه بأنه "الإخلال بالالتزام في أداء الخدمة، وليس في الإمكان تعداد جميع الأخطاء المرفقية إلا بعد معرفة

(1) عوايدي، نظرية المسؤولية الإدارية، مرجع سابق (ص119).

(2) طلبية، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مرجع سابق (ص346) و الطيماوي، القضاء الإداري - قضاء التعويض، مرجع سابق (ص142).

(3) محمد، أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها، مرجع سابق (ص75).

كافة الخدمات التي تقدمها المرافق العامة والخطأ قد يكون عملاً إيجابياً أو امتناع عن عمل ويمكن أن يكون فعلاً مادياً أو نابعاً عن إهمال ورعونة وقد يصيب قرار إداري أو يشمل عمل مادي، وقد يكون عيباً في تنظيم الموافق العامة أو خلافاً في تسير المرفق⁽¹⁾.

ونحن من جانبنا نؤيد ما ذهب إليه الفقيه (Vedel) عند تعريفه للخطأ المرفقي حيث شمل النطاق التي تقوم عليه مسؤولية الإدارة سواء كانت على خطأ إم بدون خطأ عندما يكون سبب الضرر راجع إلى عيب في إدارة وتنظيم المرفق العام أو حتى وجود خلل في تسيره ، كما أنه لا يمكن حصر هذه الأخطاء التي تصدر من المرافق العامة لإتساع أعمال الإدارة وتشعبها في ظل التطور الكبير التي تشهده الدولة، وهذا الخطأ ربما يكون صادر من الإدارة في صورة عمل إيجابي قامت به مثل قيام الطبيب بإجراء عملية جراحية لمريض في الجهة اليسرى بدل اليمنى، أو عمل سلبي مثل إمتناع الطبيب عن التعامل مع المريض في قسم الطوارئ.

يمكن القول أن الخطأ المرفقي الطبي هو الخطأ الذي تسأل عنه الإدارة في حال ارتكابه نتيجة الإهمال والتقصير في تسيير المستشفى وأنتج ضرراً للغير، حتى لو قام بهذا الخطأ أحد الموظفين أثناء قيامه بواجبه الوظيفي وبترتب على ذلك أن تتحمل الإدارة ما تبع هذا الخطأ من نتائج مثل التعويض ويكون اختصاص القضاء الإداري بهذا الخطأ.

لقد نصت المادة (2) من قانون الصحة العامة على مهام وصلاحيات وزارة الصحة على أنه: تنفيذاً لأحكام هذا القانون وبالتنسيق مع الجهات المعنية على الوزارة القيام بما يلي⁽²⁾:

1- تقديم الخدمات الصحية الحكومية الوقائية والتشخيصية والعلاجية والتأهيلية، وإنشاء المؤسسات الصحية اللازمة لذلك.

2- ترخيص المؤسسات الصحية غير الحكومية ومراقبتها.

3- ترخيص مزاولة المهن الطبية والمهن الطبية المساعدة ومراقبتها.....

بتحليل المادة السابقة نجد أن من مهام وزارة الصحة تقديم الخدمة الطبية سواء كانت وقائية مثل التطعيم الإجباري أم تشخيصية في معرفة الأمراض والأوبئة أم علاجية أم تأهيلية من خلال إنشاء المستشفيات والمراكز الطبية المنتشرة في الدولة وتسييرها والإشراف عليها إدارياً وفنياً، فهي بذلك مسؤولة مسؤولية مباشرة عن بذل الجهد لتوفير هذا المستشفيات والمراكز والعمل على حماية الأفراد صحياً من الأمراض وتقديم الخدمات الطبية اللازمة لهم، كما أنها مسؤولة عن الإشراف الإداري في إصدار رخص مزاولة المهنة للعاملين في المجال الطبي وترخيص

(1) المرجع سابق(ص74).

(2) قانون الصحة العامة الفلسطيني رقم(20) لسنة 2004.

المستشفيات والمؤسسات الطبية الخاصة، وتحتمل المسؤولية المترتبة عن الأخطاء الناتجة عن هذه المرافق إذا تثبت هناك تقصير في أداء وتقديم الخدمات المناطة بها.

ويترتب على عدم مسؤولية الموظف عن الأخطاء المرفقية أنه عند مقاضاة الموظف عن أخطائه المرفقية أمام المحاكم العادية يجب عليها أن ترد الدعوى لعدم الاختصاص، إما إذا أصدرت حكماً في الدعوى على الرغم من قرار محكمة التنازع، فإنه بإمكان الموظف أن يطالب الإدارة بدفع مبلغ التعويض المقرر سواء كلياً أم جزئياً وفقاً لمقدار المساهمة في الخطأ⁽¹⁾.

ولقد أحسن المشرع الفرنسي والجزائري عندما نص صراحة على أن الإدارة يجب أن تغطي الموظف بمبلغ التعويض في حال ارتكابه الخطأ المرفقي وأن تحميه من العقوبات المدنية في حال تم رفع دعوى عليه من الغير⁽²⁾، ويرى الباحث أنه على المشرع الفلسطيني الأخذ بهذا النص لحماية الموظف من تبعات تحميله مبالغ التعويض التي قد تصدر من المحاكم العادية في حال اختصامه من الغير، عندما يسبب ضرراً من أجل الحفاظ على عمل المنظومة الإدارية في الدولة وتقديم الخدمات المنوطة بها، ولمنع ظاهرة التراخي والكسل لعدم تحمل المسؤولية خصوصاً في الأعمال الطبية، حيث يتراخي العديد من الأطباء على وجه الخصوص من أداء أعمالهم خوفاً من المحاسبة القضائية وهذا الأمر يقتل الإبداع والرقي في العمل الطبي والذي نحن بأمس الحاجة إليه في ظل الحصار الظالم على قطاع غزة.

ثالثاً: صور الخطأ المرفقي.

إن الخطأ المرفقي يكون ناتج عن إخلال الإدارة بالتزاماتها في تقديم الخدمة الطبية للمرضى أو عدم قيامها بتنظيم المرفق الطبي بشكل طبيعي، قد يترتب على ذلك ضرر للأخرين وبالتالي تتعدد صور الخطأ الطبي المرفقي تبعاً لنوع الخدمة والالتزام الذي تُخل فيه الإدارة سواء نتج عن الموظف بذاته أم تعذر نسبة الخطأ إليه.

وقد ميز القضاء الإداري في حالات الخطأ المرفقي بين أمرين:

(1) محمد، أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها، مرجع سابق (ص75).

(2) المادة (31) : إذا تعرض الموظف لمتابعة قضائية من الغير، بسبب خطأ في الخدمة، ويجب على المؤسسة أو الإدارة العمومية التي ينتمي إليها أن تحميه من العقوبات المدنية التي تسلط عليه ما لم ينسب إلى هذا الموظف خطأ شخصي يعتبر منفصلاً عن المهام الموكلة له. القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية الجزائري، أمر رقم 06-03 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2006.

المادة (11) من مرسوم رقم 59-244 الصادر في سنة 1959م في فرنسا: " إذا ما سئل الموظف بناء على دعوى مرفوعة من الغير عن خطأ مرفقي، ولم يرفع للتنازع فإن الهيئة في الحدود التي لا يكون منسوباً فيها الموظف خطأ شخصي قابل للانفصال عن الوظيفة تكون ملزمة بتغطية الموظف التابع لها بدفع المبالغ المحكوم عليه بها" أشار إلى هذه المادة: محمد، أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها، مرجع سابق (ص76).

الأول: حالة خطأ موظف معين بالذات⁽¹⁾، ويكون إن أمكن تحديد الشخص الموظف الذي قام بالفعل الخاطئ الذي أدى إلى مسؤولية المرفق، ومن أمثلة ذلك إهمال الممرض في القيام بواجبه على أكمل وجه في مراقبة طفل مريض وعدم أخذه الاحتياطات اللازمة مما تسبب في سقوط الطفل من سريره أدى ذلك لإصابته بأضرار.

الثاني: حالة الخطأ الذي ينسب إلى المرفق بذاته، وتكون هذه الحالة عندما لا تتمكن تحديد الموظف الذي تسبب بالفعل الضار الذي أدى إلى مسؤولية الإدارة، وقد علق الفقيه بونار على ذلك قائلاً "إن كل موظف قد أدى واجبه بدون تقصير، وبدون حماس شديد، ومع ذلك وقع الضرر، فإن المرفق نفسه هو الذي أخطأ فهو المسؤول، لأنه كان منظماً على نحو سيئ لا يمكن تحديده على وجه الدقة"⁽²⁾، ويمكن تحديد الأفعال التي يكون فيها الخطأ مرفقياً في ثلاث صور:

1- قيام المرفق الطبي بتقديم خدمة بشكل سيئ.

ويدخل تحت هذه الصورة جميع الأعمال الإيجابية التي يقوم بها المرفق العام والتي تتصف بالخطأ سواء كانت هذه الأعمال مادية أم قانونية قام بها الموظفين أو صدرت عن الأشياء التي تملكها الإدارة، ونشأ عن هذا الاعمال ضرراً أثناء تأدية الموظف العام لهذا الأعمال بشكل سيئ⁽³⁾.

وليس مرجع هذه الصورة عمل الموظف وحده، بل قد يرجع إلى الأشياء التي تملكها الإدارة، وقد يكون راجع إلى سوء تنظيم المرفق العام، كما لو أصيب الأفراد بضرر نتيجة استعمال مواد تالفة منتهية الصلاحية، وربما يكون راجع إلى تصرف قانوني معيب كما لو طبقة الإدارة القوانين واللوائح تطبيقاً خاطئاً⁽⁴⁾.

كون المرفق الطبي ملزم بتقديم الخدمة الطبية على أكمل وجه فإنه يتحمل النتيجة والأثر القانوني المترتب في حال إخلاله وتقصيره في أداء الخدمة المنوطة فيه، ويكون من صور ذلك على سبيل المثال، أن يكون المستشفى وخاصة أقسام الاستقبال والطوارئ غير مجهزة بالأدوات والأجهزة الطبية اللازمة لاستقبال حالات الطوارئ، فيتربط على ذلك ضرر للمرضى قد يصل الأمر فيه لحالات الوفاة، أو أن تكون سيارات الإسعاف غير مجهزة بأدوات الإنعاش، ففي مثل هذه الحالات يترتب على الإدارة أن تتحمل المسؤولية الكاملة عن تقديم الخدمة السيئة نتيجة إهمالها في الاشراف على المرفق.

(1) عوايدي، نظرية المسؤولية الإدارية، مرجع سابق (ص150).

(2) طلبية، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مرجع سابق (ص347).

(3) محمد، أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها، مرجع سابق(ص86).

(4) الطيماري، القضاء الإداري - قضاء التعويض، مرجع سابق (ص144).

حيث أصدر مجلس الدولة الجزائري في يناير 2000م، قرار يقضي بمسؤولية المرفق الطبي العام بسبب سوء التنظيم و الإدارة، حيث حمل مستشفى "ضرباني- بعنابة"، المسؤولية الإدارية و أُلزم بدفع مبلغ (60.000 دج) للضحية عن وفاة والدتها التي أدخلت بسبب حالتها الصحية و التي كانت تعاني من مرض الكوليرا، وبسبب عدم اتخاذ الإجراءات الكافية حيث كان من المفروض ربطها طبقاً لتعليمات الطبيب مما أدى إلى رمي نفسها من النافذة ووفاتها، حيث جاء في قرار مجلس الدولة أن مسؤولية المستشفى ثابتة، خاصة وأن المريضة كانت تعاني من مرض خطير يرفع لها درجة الحمى و يؤثر على حالتها النفسية الأمر الذي يجعل عملية ربطها في السرير ضرورية، لهذا أقرت مسؤولية المستشفى بسبب انعدام المراقبة من جهة وإغفال تنفيذ تعليمات الطبيب من طرف المرضين من جهة أخرى⁽¹⁾.

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بمسؤولية الإدارة عن خطأ في عمل المستشفى نتج عنه إصابة طفل مريض باضطرابات في المخ بسبب سقوطه، نتيجة وضعه على سرير عادي دون حماية⁽²⁾.

2- عدم أداء المرفق الطبي لخدماته.

تتسبب هذه الحالة على الموقف السلبي الذي تتبناه الإدارة تجاه عمل كان يجب عليها قانوناً القيام به، حيث من شأن هذا الامتناع أن يصيب الأفراد بالضرر⁽³⁾.

في هذه الحالة تتخذ الإدارة موقفاً سلبياً في امتناعها عن تقديم الخدمة الطبية في حين كان يجب عليها أن تقدم الخدمة كونها هي الجهة الوحيدة المختصة والمخولة في تسير هذا المرفق الطبي، وتتجلى هذه الصورة في حالة امتناع المستشفى عن استقبال المرضى في بعض التخصصات لعدم توفر طبيب متخصص، أو عدم استقبالهم لعدد من المرضى بعذر عدم وجود متنسح في الأسرة .

أو أن يتأخر المستشفى بأداء خدماته، حيث يسأل عن التأخير في القيام بخدماته بشرط أن يحدث ضرر ومن حالاته، الاخلال بنظام المداولة أو المناوبة وعدم توفر مواد التأخير أو خيوط الجراحة أو عطل في الاجهزة⁽⁴⁾.

(1) أشار إلى هذا الحكم : عدة، المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ المرفقي (ص346).

(2) أشار إلى هذا الحكم السناري، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة دراسة مقارنة (ص329).

(3) طلبية، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مرجع سابق(ص348).

(4) لحوح، المسؤولية الإدارية للمستشفى العمومي(ص32).

فالإدارة لم تعد فقط تسأل عن الأضرار التي تتسبب فيها عند أدائها الخدمات الطبية المنوطة بها فحسب، بل تسأل عن الأضرار التي تتسبب فيها عند امتناعها عن القيام بهذه الخدمات أو التقصير فيها⁽¹⁾، مثل امتناع وزارة الصحة عن تطعيم الأفراد في حال أصاب بلدة معينة وباء وانتشر فيها، فإن أهم أعمالها في هذه الحالة اتخاذ التدابير الوقائية وتطعيم الأفراد لحمايتهم من الإصابة بالوباء، فامتناعها أو تقصيرها في ذلك يرتب عليها المسؤولية.

3- تباطؤ المرفق الطبي في أداء الخدمة الطبية.

إذا تباطأت الإدارة بالقيام بأعمالها المنوط بها أكثر من الفترة المعقولة التي تملئها عليها طبيعة العمل الطبي، اعتبر ذلك من الأخطاء الطبية المرفقية التي تستوجب مسؤولية الإدارة الذاتية إذا ما ترتب عليه ضرر حيث تعد هذه أحدث الحالات التي أخذ بها قضاء مجلس الدولة الفرنسي⁽²⁾.

من المتعارف والمتفق عليه في العمل الطبي أن طبيعة هذا العمل يحتاج إلى السرعة والدقة في انجاز المطلوب من الطبيب أو المساعد ممن يعملون في هذا المجال للحفاظ على حياة المرضى والمصابين، فكل دقيقة يكون لها حسابها في ميزان العمل الطبي لذلك فإن الإدارة تتحمل المسؤولية إذا ثبت التباطؤ في تقديم الخدمة لمن يحتاجها.

فقد قضى قضاء مجلس الدولة الفرنسي بمسؤولية المستشفى "ANTIBES" في 12 ديسمبر 1941م، في قضية أرملة "TORTEL" عن تأخر المرفق تقديم العلاج لهذه السيدة، كما قضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى الجزائري بمسؤولية المستشفى بسبب التأخير في تقديم الخدمة بموجب قراره الصادر في قضية بين الشاب (ب) و مستشفى مصطفى باشا الجامعي بتاريخ 29 يناير 1979م، التي تتلخص وقائعها في أنّ الشاب (ب) أدخل المستشفى بسبب كسر في يده اليسرى و قدم له بعض العلاج الأولي إثر قبوله في المستشفى، وبقي المريض لساعات طويلة دون مراقبة خاصة و مستمرة، وبعد مضي أربعة أيام ظهرت تعفنات على مستوى الكسر مما أدى إلى ضرورة بتر يده، فمن خلال وقائع القضية و حكم المحكمة العليا اتضح أنّ سبب الضرر الذي أصاب الضحية هو التأخير في تقديم العلاج من جهة و غياب المراقبة من جهة أخرى⁽³⁾.

(1) الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق (473).

(2) محمد، أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها، مرجع سابق (ص87).

(3) عدة، المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ المرفقي، مرجع سابق (ص70 وما بعدها).

الفرع الثاني: التمييز بين الخطأ الطبي الشخصي والخطأ الطبي المرفقي.

أجهد الفقهاء أنفسهم قديماً وحديثاً لوضع معيار يميز بين الخطأ الشخصي عن الخطأ المرفقي وكل ما كتبه الفقهاء في هذا الصدد لا يتعدى التوجيهات والارشادات العامة ولا تصل إلى درجة المعيار القاطع، ولكن اجتهادهم لم يكمل بالنجاح بسبب أنه تركز على إيجاد قواعد عامة ومجردة في حين أن مجلس الدولة الفرنسي لا يتقيد بمثل هذه القواعد، فمجلس الدولة الفرنسي لم يكن يعنيه وضع معيار بقدر الحكم على كل حالة على حدة، وهو الآن يميل إلى التضيق من نطاق الخطأ الشخصي بقدر الإمكان⁽¹⁾.

استخدمت التفرقة أول مرة للتمييز بين الخطأ الشخص والخطأ المرفقي بعد إقرار مسؤولية الإدارة في فرنسا عن الأخطاء الواقعة من موظفيها في حدود اختصاصهم، حيث كان استعمال هذه التفرقة في الحكم الشهير عام 1873م، في حكم (بيليتيه) الذي نزع اختصاص دعاوى المسؤولية ضد الموظفين العموميين في حال كانت بسبب عمل إداري⁽²⁾.

إن الهدف التي يُقصد من وراء التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي يكون في توفير الحماية القانونية للموظف العام في حال ارتكب خطأ أثناء تأديه مهامه الوظيفية، ولا يكون مسؤولاً في ماله الخاص عن هذه الأخطاء العادية التي ترتكب في حسن نية، وبالتالي تشجيع الموظف العام على الإقدام والإبداع في أداء مهامه وأعماله الوظيفية والهدف الأخر معرفة المتسبب بهذا الخطأ ليتسنى لنا معرفة الجهة التي سوف تدفع التعويض للمريض.

والمشكلة التي تواجهنا في تحديد مسؤولية الإدارة تكمن في معرفة متى يكون الخطأ مرفقياً تتحمل الإدارة التعويض عنه؟ ومتى يكون شخصياً يتحمل الموظف مسؤولية الخطأ الذي ارتكبه؟ وفي بعض الحالات قد يندمج الخطأين وتصبح المسؤولية مشتركة بينهم، وبذلك سنذكر المعايير التي وضعها الفقهاء في محاولة منهم للتمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي.

1- معيار النزوات الشخصية:

يعود هذا المعيار للفقهاء (لافييرير) وهو أول معيار اقترح في هذا المجال، حيث يُميز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي من خلال الموظف المنسوب إليه الخطأ، فيعتبر الخطأ شخصياً

(1) الطيموي، و خليل، موجز القانون الإداري العامة، مرجع سابق (ص268) وطلبية، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مرجع سابق (ص340).

(2) تتلخص وقائع هذه القضية أن السلطات العسكرية استنادا لقيام الأحكام العرفية صادرت أول عدد من صحيفة يصدرها السيد بيليتيه الذي رفع دعوي أمام محكمة المدنية ضد قائد المنطقة وضد مدير مقاطعة لويس، يطالب فيها الحصول على تعويض، فأصدر المدير قرار التنازع وحكمت محكمة التنازع بأن العمل المنسوب إلى المدعي علنه عمل إداري ومن ثم ينعقد الاختصاص لمجلس الدولة الفرنسي، فأرسي الحكم مبدأ التفرقة عندما اعتبر الخطأ، خطأ مرفقي مرتبط بالمرفق العام ارتباط معنوي يوجب اخضاعه للقضاء الإداري. أشار إلى هذه الحكم: عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، مرجع سابق (ص122). عبد الوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق (ج2/ص238).

إذا كان العمل الضار مطبوعاً بطابع شخصي يدل على ضعف الموظف ونزواته وعدم تبصره، أي أنه إذا ما كشف عن الميل وعدم الحرص وسوء النية لدى الموظف، أما إذا لم يكن الفعل الضار للموظف مطبوعاً بطابع شخصي، بمعنى لم يكن الموظف مدفوعاً نتيجة نزوة أو شهوة أو سوء نية وكان ينبئ عن موظف عرضة للخطأ والصواب فيكون خطأً مرفقياً، كما أنه استبعد مسؤولية الموظف عن الخطأ الجسيم الذي يرتكبه أثناء تأدية مهامه الوظيفية لانتفاء عنصر سوء النية بالرغم من استقرار القضاء على إدراج الخطأ الجسيم ضمن حالات الخطأ الشخصي⁽¹⁾.

وهو معيار ذاتي شخصي يقوم على أساس القصد السيئ للموظف عند أدائه واجبات وظيفته، ويتطلب من القاضي البحث في نفسية وسريرة الموظف ومسلكه وأهدافه⁽²⁾.

وتتابعت أحكام مجلس الدولة الفرنسي في نطاق التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي بدون التقييد بالمعايير التي وضعها الفقهاء والتي تميل إلى التجريد النظري والتي لا تتفق ولا تتلائم مع السياسة الواقعية لمجلس الدولة، حيث وسع الأخير من مفهوم الخطأ المرفقي إلي أقصى حد في حكم ميمور عندما قرر أن كل خطأ غير منبث الصلة بالمرفق العام تسأل عنه السلطة الإدارية ويعد خطأً مرفقياً⁽³⁾.

ويرى الباحث أن هذا المعيار يُبنى على النية الخفية الكامنة في سريرة الشخص مرتكب الخطأ، وبالتالي من الصعب البحث في مقاصد الطبيب أو الشخص العامل في المجال الطبي و نواياه لمعرفة هل الخطأ الذي ارتكبه خطأً شخصي أو خطأً مرفقي .

2- معيار الغاية:

نادى في هذا المعيار العميد (دوجي) ويقوم على أساس الغاية التي استهدفها الموظف في عمله، فإذا توخي الموظف غرضاً شخصياً اعتبر الخطأ الذي ارتكبه خطأً شخصي، أما إذا توخي الموظف في تصرفه أحد الأهداف المنوط بالإدارة تحقيقها والتي تدخل في نطاق نشاطها الإداري، فإن خطأه يندمج في أعمال الوظيفة بحيث لا يمكن فصله عنها، ويعد الخطأ في هذه الحالة مرفقياً⁽⁴⁾.

(1) الطيماري، القضاء الإداري قضاء التعويض....، مرجع سابق (ص125).

(2) عوايدي، نظرية المسؤولية الإدارية، مرجع سابق (ص136).

(3) تتلخص وقائع هذه القضية أن السيد ديسيرتن (Dessertenne) فقد السيطرة على مقود السيارة العسكرية التي كان يقودها لأغراض خاصة فاصطدم بعمارة تملكها الأنسة ميمور، حيث تسبب في تشقق المبنى، فقرر مجلس الدولة مسؤولية الإدارة حيث أن الحادث نتج عن سيارة سلمت إلى قائدها بتسيير مرفق عام، فلا يمكن أن يكون منبث الصلة بالمرفق العام، فرغم أن خطأ السيد ديسيرتن خطأً شخصي فإنه ليس من حق الوزير أن يرفض تعويض الأنسة ميمور. عوايدي، نظرية المسؤولية الإدارية، مرجع سابق (ص127).

(4) طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مرجع سابق (ص341).

فإن الموظف حسب هذا المعيار لا تتم مسائلته إذا أخطأ بحسن نية وهو يستعمل سلطات وظيفته، ولكنه يسأل عندما يستغل هذه السلطات من أجل المصلحة الشخصية، ويعاب على هذا المعيار أنه يقتصر على الخطأ الشخصي على حالات تصرف الموظف في سوء نية، وقد طبق القضاء الإداري في فرنسا هذا المعيار في بعض أحكامه مثل قضية Zimmermann في عام 1903م⁽¹⁾.

3- معيار الانفصال عن أعمال الوظيفة.

نادى بهذا الرأي العميد (هوريو) والذي اعتبر فيه الخطأ الشخصي هو الذي يمكن فصله عن الوظيفة العامة مادياً أو معنوياً، فإذا اتصل الخطأ أو الإهمال بالوظيفة اتصالاً مادياً أو معنوياً بحيث لا يمكن فصله عن الوظيفة العامة أو عن المرفق كان خطأً مرفقياً⁽²⁾.

ويكون الخطأ منفصلاً مادياً عن الوظيفة إذا ظهر الانفصال بشكل مادي ملموس ويكون ذلك إذا كانت واجبات ومقتضيات الوظيفة العامة لا تتطلب القيام بمثل هذا العمل أصلاً، ويكون الخطأ منفصل معنوياً أو ذهنياً، فإنه يتحقق إذا كان العمل يبدو في الظاهر أنه يدخل في دائرة واجبات الوظيفة العامة ومقتضياتها، حيث أنه يندرج في هذه الواجبات الوظيفية ويتصل بها اتصالاً مادياً إلا أنه عند التدقيق يتبين أن فاعله قصد به إحداث أضرار للغير فهي في هذه الحالة تتفصل انفصلاً ذهنياً أو معنوياً⁽³⁾.

4- معيار جسامة الخطأ:

قدم هذا المعيار عدد من الفقهاء يتزعمهم الفقيه (جيز) وهو يعتمد على مدى جسامة الخطأ في التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، ويعتبر الموظف مرتكباً خطأً شخصياً عندما يكون الخطأ جسيماً أو أن يصل من الجسامة حداً لا يمكن معه اعتباره من الأخطاء العادية التي يقع فيها الموظف وهو يؤدي واجبات وظيفته، ويعتبر مرفقياً إذا كان من المخاطر العادية التي يتعرض لها الموظف عند قيامه بإنجاز أعماله الطبيعية⁽⁴⁾.

(1) عبد الوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق (ج2/ص240) الطيموي، القضاء الإداري والتعويض، مرجع سابق (ص127). وتتلخص وقائعها أن بعض موظفي مصلحة الطرق والجسور قد استخرجوا مواد البناء اللازمة للعمل من أرض خاصة مملوكة لأسرة زيرمان، ورغبة من مجير الاقليم الذي توجد فيه هذه الأراضي في حماية هؤلاء الموظفين أصدر قرار حدد فيه الأموال العامة في المنطقة وعدد في قراره أن الأرض المملوكة من هذه الأسرة ضمن الأموال العامة حتى يكون الاستيلاء عليها مشروعاً، وبالرغم من جسامة الخطأ فإن مجلس الدولة اعتبر عمل المدير خطأً مرفقياً لأنه لم يتصرف لتحقيق غرض شخصي وإنما قصد حكاية الموظفين من أجل مصلحة عامة. أشار إلى هذا الحكم: طلبية، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مرجع سابق (ص341).

(2) عبد الوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق (ص240).

(3) عوايدي، نظرية المسؤولية الإدارية، مرجع سابق (ص137).

(4) محمد، أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها، مرجع سابق (ص79).

ويعاب على هذا المعيار أن بعض الأخطاء يمكن أن تعتبر شخصية رغم عدم جسامتها، وذلك إذا كان منفصلاً عن واجبات الوظيفة، كما قد يكون الخطأ مرفقياً برغم جسامته في بعض الحالات⁽¹⁾.

على الرغم من الصعوبة في الفصل بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي والمعايير التي وضعها الفقهاء في محاولة منهم بالتمييز بين الخطأين إلا أننا نجد أحكام المحاكم الإدارية في كل من مصر وفرنسا تأخذ بكل المعايير حسب الحالة المعروضة عليها وقد جاء حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر " أنه لا يوجد ثمة قاعدة عامة مجردة تضع ضوابط محددة تفصل بوجه قاطع بين الأخطاء المرفقية والأخطاء الشخصية"، وإنما يتحدد كل نوع من هذه الأخطاء في كل حالة على حدة لما يستخلص القاضي من ظروفها وملابساتها مستهدياً بذلك بالعديد من المعايير التي وضعها الفقهاء في التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي⁽²⁾.

إن مجلس الدولة الفرنسي قد اعتبر كل من الأخطاء التالية خطأً شخصياً⁽³⁾:

- 1- إذا كان العمل المنسوب إلى الموظف ليس له علاقة بعمله إطلاقاً سواء بأن ارتكبه في حياته الخاصة أم خارج حدود واجبات الوظيفة.
- 2- إذا ارتكب الموظف العامل الضار أثناء تأدية واجبات الوظيفة العامة وكان يقصد منه غرضاً خاصاً له كالانتقام والكيد.
- 3- إذا كان العمل الضار يكشف عن خطأ جسيم، كما لو كان هذا الخطأ يصل إلى درجة الجريمة الجنائية أو إلى حد أعمال الغصب والتعدي.

نخلص أن الفقه الإداري و القضاء لم يستقر على معيار محدد في التمييز بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي على الرغم من وجود عدة معايير قد اجتهد الفقهاء في وضعها، إلا أن ما استقر عليه أحكام القضاء سواء الفرنسي والمصري على أن يتم تحديد الخطأ في كل حالة على اختلاف الوقائع والقرائن الموجود فيها وللقاضي أن يشكل قناعاته من خلال ذلك، ويجتهد من أجل إيضاح الحقيقة مستخدماً ما يتناسب مع الواقعة من المعايير التي وضعها الفقه الإداري.

(1) عبد الوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق (ج2/ص10).

(2) عوايدي، نظرية المسؤولية الإدارية، مرجع سابق (ص140).

(3) الطيموي، وخليل، موجز القانون الإداري الإدارة العامة، مرجع سابق (ص270)، طلبية، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مرجع سابق (ص343) و موافى، الشخص المعنوي ومسئوليته قانوناً، مرجع سابق (ص187).

الفرع الثالث: العلاقة بين الخطأ الطبي الشخصي والخطأ الطبي المرفقي.

إن من الأهمية معرفة العلاقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي والمسؤولية عنهما، حيث أن القضاء الإداري الفرنسي قد طبق مبدأ الفصل التام بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في بداية الأمر ثم لعدم قيام هذا الفصل على أساس منطقي سليم ولعدم مقدرة الخطأ المرفقي من مواجهة جميع حالات المسؤولية الإدارية، ولأن خطأ الموظف يتخذ ميزة الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في نفس الوقت عدل مجلس الدول الفرنسي عن مبدأ الفصل التام وقرر مسؤولية الإدارة عن طائفة كبيرة من الأخطاء الشخصية للموظفين وطبق الجمع بين الخطأين، كما أن القضاء الإداري المصري قد أقر وتبني فكرة الجمع بين بين الخطأين منذ بداية عهده⁽¹⁾.

ويعود السبب في تطور أحكام القضاء الإداري للحفاظ على حق المضرور من إفسار الموظف الذي ساهم بخطئه الشخصي في إحداث الضرر مع حادث الإدارة، وهو في الغالب غير قادر على دفع التعويض دفعة واحدة، وبالتالي ترجع الإدارة على الموظف لتحصيل المبلغ المستحق من الموظف من خلال تقسيطه على راتبه الشهري⁽²⁾، كما أن معيار التمييز بين الخطأ الشخص والخطأ المرفقي غير واضح ولا يكفي للفصل بينهما في أغلب الأحيان⁽³⁾.

الجمع بين الخطأ الطبي الشخصي والخطأ الطبي المرفقي.

طبقاً للقواعد العامة في مسؤولية الإدارة لا يمكن مساءلة الموظف عن الضرر الواقع منه أثناء ممارسة وظيفته إلا إذا نسب إليه خطأ شخصي أي خطأ عمدي أو جسيم، وفي هذه الحالة يتم مقاضاة الموظف أمام القضاء العادي، أما الأخطاء المرفقية التي تصدر منه أثناء قيامه بالوظيفة العامة وبسببها تقوم مسؤولية الإدارة والتي يجب في هذه الحالة مقاضاة الإدارة في القضاء الإداري⁽⁴⁾.

إن مجلس الدولة الفرنسي قد أقر بمبدأ الجمع بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في حكمه الصادر في قضية السيد (Anguet)، حيث قرر بشأن هذه القضية مسؤولية مشتركة للإدارة والموظف عن الاشتراك في الخطأ الذي تسبب بالضرر للسيد (Anguet)، وهذا ما أكدته المجلس واستقرت عليه العديد من أحكامه أنه ثمة أخطاء مزدوجة رغم أنه يصبح للمضرور فيها دعويان

(1) الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق (ص471). عبد الوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق (ص256).

(2) عبد الوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق (ص257).

(3) للمزيد حول الأسباب انظر. الطيماوي، القضاء الإداري - قضاء التعويض، مرجع سابق (ص191).

(4) محمد، أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها، مرجع سابق (ص108).

إحداهما ضد الإدارة والأخرى ضد الموظف أمام القضاء العادي، ولكن ازدواج المسؤولية هذه لا يمكن أن تعني بأي حال من الأحوال أن يحصل المضرور على التعويض مرتين⁽¹⁾.

ومن الأمثلة على ذلك قيام إحدى الممرضات في الحرب العالمية الثانية في حقن النساء الكبيرات في السن اللاتي يصعب نقلهن قبل وصول القوات الألمانية مما يترتب عليه موتهن، فهناك خطأ شخصي في جانب الممرضة، وخطأ المرفق الصحي نتيجة الإهمال والفوضى التي عمت المستشفى مما ساعد في حدوث هذه النتيجة⁽²⁾.

إن التزام الإدارة بدفع مبلغ التعويض كاملاً عن الضرر الناتج عن نوعي الخطأ، فهو التزام مؤقت، بمعنى أن مسائلة الإدارة عن الضرر بأجمعه يكون على أساس المسؤولية التضامنية بين الأشخاص ومن تم يحق للإدارة الرجوع على الموظف بما دفعته عنه من تعويض بما يعادل نسبة خطئه، وبختص القضاء الإداري في حسم النزاع حول تحديد نصيب كل منهما في تحمل التعويض⁽³⁾.

أثر ازدواج الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي على مسؤولية الإدارة.

لطالما أصبح المسلم به أن يرجع الفعل الضار إلى خطأين أو تكون الإدارة مسؤولة عن خطأ الموظف الشخصي وبالتالي يكون للمضرور دعويان أمام القضاء العادي والقضاء الإداري، فإنه لا يمكن أن يحصل على تعويض مرتين لأن المبدأ العام في المسؤولية أن يغطي التعويض الضرر لا أن يزيد عنه⁽⁴⁾.

إن أول ما يترتب على مبدأ الجمع بين الخطأين هو أن تقوم الإدارة بدفع مبلغ التعويض إلى المريض المضرور، وبذلك يضمن المضرور أن وجد شخص مُيسر وغير مماطل ونزيه وهذا ما وجده في الإدارة، بحث تدفع له كل ما حكم به على خلاف الموظف المعسر⁽⁵⁾.

ولكن التساؤل يثار هنا في حال ازدواج المسؤولية، من الذي يتحمل التعويض النهائي؟ هل الإدارة أم الموظف؟.

(1) الطيماوي، القضاء الإداري - قضاء التعويض، مرجع سابق (ص188) وتتلخص وقائع هذه القضية أن السيد Anguet ذهب إلى أحد مكاتب البريد لاستلام قيمة حوالة، ولكن المكتب اغلق الباب المخصص للجمهور قبل الموعد المحدد بخمس دقائق، فأشار عليه أحدهم بالخروج من الباب المخصص للموظفين، فلما اضطر للخروج من هذا الباب اشتبه به اثنان من العاملين وظنوه لصا واعتدوا عليه بالضرب وألقوه خارج المبنى، فوقع ارضاً مما تسبب في كسر ساقه..

(2) الطيماوي، القضاء الإداري - قضاء التعويض، مرجع سابق (ص193).

(3) محمد، أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها، مرجع سابق (ص111).

(4) الطيماوي، القضاء الإداري - قضاء التعويض، مرجع سابق (ص199).

(5) عوايدي، نظرية المسؤولية الإدارية، مرجع سابق (ص173).

القاعدة العامة في هذه المسألة أن التابع هو الذي يتحمل العب النهائي لأنه هو المسؤول والمتبوع مسؤول في الدرجة الثانية⁽¹⁾، أما في حالتنا هذه فإن مصلحة المريض المضروب قد أدت إلى أن تتحمل الإدارة العب في التعويض، كون أن الموظف معسر في أغلب الأحيان ولا يمكنه دفع مبلغ التعويض لوحده ودفعة واحدة، ولكن في حال دفعت الإدارة التعويض كيف لها أن تعود على الموظف وبأي الطرق؟

طريق الضمان: ومن خلاله لا تدفع الإدارة التعويض للمضروب إلا إذا ثبت إفسار الموظف وبالتالي على المضروب أن يتوجه إلى الموظف للمطالبة بقيمة التعويض، وبذلك تكون مسؤولية الإدارة احتياطية، وقد عدل عن هذه الطريقة مجلس الدولة⁽²⁾.

طريقة الحلول: وبمقتضاها تدفع الإدارة مبلغ التعويض بشرط أن يحلها المضروب فيما يكون قد حكم له به، أو ما قد يحكم له به قبل الموظف المسؤول، وذلك فيما لو رفع المضروب دعواه على الإدارة و الموظف في نفس الوقت، وترك مجلس الدولة هذه الطريقة، ولجأ إلى فكرة الخطأ الشخصي في علاقة الإدارة بالموظف بعد حكم (laruelle) ، وجاء في الحكم (حيث أن الموظفين ليسوا مسؤولين قبل الإدارة عن النتائج الضارة لأخطائهم المرفقية، لكنهم يصبحون مسؤولين إذا كان الضرر مرجعه إلى خطأ شخصي منفصل عن واجبات الوظيفة، وفي الحالة الثانية إذا حكم على الإدارة بالتعويض فإن لها أن تقرض على الموظف برد المبلغ المدفوع عن طريق أمر الدفع تصدره السلطة الرئاسية المختصة)⁽³⁾.

حيث نجد في حال ازدواج المسؤولية أن الإدارة لا تتحمل كافة المسؤولية بمفردها إلا في حالات ثبوت الخطأ المرفقي فقط، كما أنها تتمتع بحق الرجوع على الموظف في حالات وجود الخطأ الشخصي لدفع ما يُستحق عليه نتيجة الضرر الذي تسبب فيه، ولها أن تصدر قرار يلزمه بالدفع، وفي حال النزاع بين الموظف والإدارة على تحديد نصيب الموظف يكون الاختصاص إلى القضاء الإداري، وفي حال تعدد الموظفين المسؤولين عن الخطأ الشخصي فإنه لا تضامن بينهم في تحمل الخطأ، بل يسأل كل منهم بنسبة ما ارتكب من خطأ، أن الحكم الصادر على الإدارة بدفع التعويض لا يحوز حجية الشيء المقضي في مواجهة الموظف من حيث توزيع العب

(1) محمد، أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها، مرجع سابق (ص124).

(2) الطيماري، القضاء الإداري - قضاء التعويض، مرجع سابق (ص200).

(3) تتلخص وقائع هذه القضية الصادرة في 1951م، أن ضابط الصف Laruelle ، صدم الضحية Marchand، بواسطة سيارة عسكرية كان يستعملها لأغراض شخصية لا علاقة لها بعمله، فصدر قرار مجلس الدولة يلزم الإدارة بتعويض الضحية على أساس أنها السلطة العسكرية لم تتخذ الإجراءات اللازمة لمراقبة خروج السيارة، وبناء على هذا القرار صدر قرار مفاده ترتيب مسؤولية الموظف تجاه الإدارة وتحمله بمبلغ التعويض الذي دفعته للضحية. عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، مرجع سابق (ص173).

النهائي، فمن حق الموظف أن يثير النزاع بكامله سواء فيما يتعلق بالتعويض أم من حيث المسؤولية⁽¹⁾.

(1) الطيماري، القضاء الإداري - قضاء التعويض، مرجع سابق (ص 207 وما بعدها).

المطلب الثاني

نطاق مسؤولية الإدارة بدون الخطأ الطبي

إن الخطأ المرفقي تتحمل فيه الإدارة المسؤولية بناءً على وجود خطأ نتج من أحد أفرادها ويعمل تحت إشرافها فالخطأ ركن أساسي تقوم عليه المسؤولية الإدارية، إلا أنه من الممكن أن تتحمل الإدارة المسؤولية المترتبة دون وقوع خطأ في التزاماتها وواجباتها.

فجعل مجلس الدولة الفرنسي استثناءً على القاعدة السابقة، وحمل الإدارة المسؤولية وحتى ولو لم ترتكب خطأ ما، على أساس المخاطر وتحمل التبعة ومبدأ المساواة أمام التكاليف العامة⁽¹⁾، وجعلها أساساً تكملياً واستثنائياً لمسؤولية الإدارة يلجأ إليها في حالات خاصة⁽²⁾.

الفرع الأول: مفهوم مسؤولية الإدارة بدون الخطأ الطبي.

لقد أوضح الفقيه (إزمان) Esmein هذه الفكرة الجديدة نظرية المخاطر في القانون بقوله: "كل إنسان لكي يصل إلى هدفه أياً كان ويستعمل وسائل خطيرة فإنه يُلزم، لأنه إزاء الغنم الذي يحققه له المشروع قليلاً كان أو كثيراً، فإنه يتحمل المساوئ الناتجة من الوسائل التي استخدمها ولو لم يكن هناك خطأ منسوب إليه، وكان يتعين عليه اتخاذ كافة الاحتياطات المطلوبة حتى لا يحدث خطأ سواء من جانبه أم من المجنى عليه أم من الغير"⁽³⁾.

وبالتالي فإن المرافق الطبية كسائر المرافق العامة، لها أن تقوم عليها المسؤولية الإدارية بدون خطأ، في الحالات التي تكون فيها الرابطة السببية بين قيام المرافق الطبية بنشاطها الطبي ووجود ضرر نتيجة هذا النشاط، ففي حالات يكون للمضروب من المرفق الطبي دون ارتكابه الخطأ حق في مسائلة الإدارة عن هذا الضرر على أساس أن تتحمل الإدارة المخاطر ويوجب عليها بدفع التعويض عن الضرر الذي لحق بالأفراد.

والمسؤولية الإدارية بدون خطأ تتمثل أركانها في الضرر والعمل الضار الناشئ عن النشاط المشروع للمرفق الطبي العام والعلاقة السببية بينهما وهذه المسؤولية أقرها القضاء وفقاً لمبررات المخاطر والتضامن والمساواة أمام الأعباء وتجد لها العديد من التطبيقات في مجال المسؤولية

(1) طلبية، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مرجع سابق (ص369) الطيمايوي، وخلييل، موجز القانون الإداري الإدارة العامة، مرجع سابق(ص278).

(2) محمد، أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها، مرجع سابق(ص166).

(3) موافى، الشخص المعنوي ومسئوليته قانوناً، مرجع سابق(ص205).

الإدارية للمرفق الطبي العمومي بدون خطأ، كما هو الحال في المسؤولية الناتجة عن أضرار التلقيح الإجباري (التطعيم) وعن الحوادث الناشئة عن نقل الدم وتنفيذ طرق جديدة في العلاج⁽¹⁾.

إن من دوافع إقرار المسؤولية الإدارية دون خطأ للمرفق الطبي تقوم على عدة أمور⁽²⁾:

1- مسؤولية الإدارة دون خطأ تبدو مناسبة للضحايا الذين ليس بإمكانهم إقامة الدليل على خطأ الإدارة، خاصة مع توفر ضرر غير عادي ذو طابع خاص.

2- التطور العلمي الهائل في المجال الطبي أدى إلى تزايد المخاطر مما سبب في قلة الثقة بين المرافق الطبية والمنتهجين نتيجة الحوادث المتكررة بسبب استخدام التقنيات الحديثة في العلاج.

لذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي بأن إثبات الخطأ الطبي لم يعد ضروريا لقيام مسؤولية الإدارة في الظروف الاستثنائية وجاء ذلك على عدة مراحل حتي جاء حكم Gomez الشهير الذي أقر بموجبه القضاء الإداري الفرنسي مسؤولية الإدارة دون خطأ للمرفق الطبي العام⁽³⁾.

إن فكرة المخاطر تقوم على مبدئين أساسيين⁽⁴⁾ :

الأول: إن الخطأ ليس بشرط لازم لتحقيق المسؤولية، والخطأ وفق هذه النظرية لا يدخل تحت أركان المسؤولية، فلا يكلف المضرور إثباته، وبالتالي فإن فاعل الضرر لا يستطيع نفي مسؤوليته بأنه لم يرتكب أي خطأ.

ثانياً: أن الشخص المسؤول عندما أوجد النشاط الخطر هياً بذلك فرصاً واحتمالات للأضرار بالغير، وهذه المخاطر المستحدثة، أو أن المستفيد من النشاط أو من استعمال الشيء الخطر، عليه تحمل ما تنتج عنه من تبعات وهذه هي مخاطر الانتفاع التي قررتها المحاكم الإدارية .

(1) لحدوح، المسؤولية الإدارية للمستشفى العمومي، مرجع سابق (ص40).

(2) فطناسي، المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي في الجزائر، مرجع سابق (ص57).

(3) المرجع السابق(ص58). تتلخص وقائع هذه القضية أن السيد (Serge Gomes) دخل إلى المشفى لإجراء عملية جراحية لتقويم اعوجاج في العمود الفقري باستخدام أساليب جديدة وبعد إفاقة المريض من التخدير وجد نفسه مصاباً بالشلل في الأطراف السفلية. وثبت أن هذا الشلل يرجع إلى الجراحة على الرغم أنه لم يقع أي خطأ أثناء إجراء العملية أو بعدها، وطالب المريض بالتعويض عما أصابه من ضرر، فقررت المحكمة، أنه إن كان استخدام أسلوب طبي جديد قد أحدث ضرراً خاصاً للمريض ولم تكن نتائج هذا الأسلوب معلومة أيضاً تماماً، ولم تكن اللجوء إلى هذا الأسلوب أمراً حتمياً لأسباب ترجع إلى المحافظة على حياته، فإن مسؤولية المرفق الطبي تتعدد رغم عدم وقوع خطأ من جانبه وذلك لتعويض هذه الأضرار غير العادية والجسيمة طالما كانت نتيجة مباشرة لهذا الأسلوب الجديد. أشار إلى هذا الحكم: عويس، مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية، مرجع سابق (ص165).

(4) محمد، أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها، مرجع سابق (ص166 وما بعدها).

الفرع الثاني: حالات قيام مسؤولية الإدارة بدون خطأ.

إن المتفق عليه مسؤولية الإدارة على أساس ارتكابها الخطأ الطبي إلا أنه من خصائص العمل الطبي التطور السريع سواء في الشق النظري أو العملي لوجود الأجهزة الطبية الحديثة، جعل إلى جانب المبدأ السابق، مبدأ مسؤولية الإدارة بدون خطأ على سبيل الاستثناء.

حيث أن بداية اعتناق مجلس الدولة الفرنسي للمسؤولية الادارية بدون خطأ للتعويض من خلال حكم Gomez سنة 1990م، بينما الخطوة الحاسمة للمسؤولية بدون خطأ في المجال الطبي كانت سنة 1993م في حكم Bianchi حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي إمكانية مسائلة الإدارة الطبية عن الأضرار التي تحدث بسبب مسؤولية التشخيص والعلاج على أساس المسؤولية بدون خطأ⁽¹⁾.

حيث في ظل هذا النوع الاستثنائي من المسؤولية بعد إقرارها من قبل مجلس الدولة الفرنسي ، لم يعد هناك حاجة لإثبات الخطأ الذي يصعب إثباته في المجال الطبي ويكون في أغلب الأحيان عائق أمام المضرور من الحصول على حقه، حيث بإمكان المضرور الاحتجاج بمسؤولية الإدارة بدون خطأ في حال توافرت شروطها وحالاتها.

وقد بذل الفقه الاداري جهوداً واسعة ومساعي حثيثة لجمع الحالات المنتشعبة والتي تُحكم فيها بمسؤولية الإدارة على أساس نظرية المخاطر من أجل ترتيبها وتطبيقها و تحليلها والاستفادة

(1) أشار لهذا الحكم: فريدة، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، (ص40).

تتلخص وقائع القضية في أن السيد Bianchi، كان يعاني من وعكة صحية تتمثل في هبوط ضغط الدم وبدت عنده علامات الشلل على مستوى الجانب الأيمن للوجه دخل سنة 1978 إلى مستشفى la Timone التابع للمستشفى الجامعي بمرسيليا وخضع بعد حقه بمادة لازمة لفحص بالأشعة على الشريان الفقري تحت التخدير وعند إفاخته تبين بأنه قد أصيب بشلل رباعي وهو ما لا يمكن اعتباره تطوراً طبيعياً لحالته المرضية.

حيث أقام السيد Bianchi دعوى مسؤولية ضد المستشفى الجامعي أمام المحكمة الإدارية لمرسيليا، التي أصدرت حكماً في 1984/11/8 برفض الدعوى لغياب أي خطأ من جانب المستشفى، حيث رفع السي Bianchi استئنافاً أمام مجلس الدولة متمسكاً بخطأ المستشفى من جهة لأن فحص الأشعة الذي خضع له تم تنفيذه من قبل طاقم طبي غير مؤهل، ومن جهة بأنه لم يتم الحصول على رضاه، كما أنه لم يخضع لمتابعة كافية، إلا أن مجلس الدولة رفض بتاريخ 1988/9/23م، تلك الدفوع وقرر تعيين خبير للإجابة على بعض الأمور المتعلقة بمدى تأثير المادة التي حقن بها المريض من أجل الخضوع للأشعة، على ما لحق به من أضرار.

حيث أن تقرير الخبير بين بأن المادة التي حقن بها المريض Bianchi لم تلعب أي دور في حدوث الاضطرابات التي لحقت به، كما أن جرعة المادة التي حقن بها لا تتجاوز المقادير المسموح بها آنذاك، وبأن سبب الأضرار اللاحقة به ترجع فيما يبدو إلى انسداد عرضي على مستوى الشريان المغذي للنخاع الشوكي ناتج عن دخول فقاعة أو جلطة صغيرة تكونت أثناء إجراء الفحص بالأشعة أو عند تصريف المادة المستعملة بعد تنفيذ الأشعة، واعتبرت الخبرة أن مثل ذلك الأمر هو نوع من المخاطر التي يمكن أن يستتبعها هذا النوع من الأشعة. فكانت الأضرار التي لحق بالمريض نتيجة مباشرة العمل الطبي، ولم تكن من تبعات مرضه الأصلي إلا انه لم يثبت أن هذا العمل الطبي مشوب بأي خطأ، وبالتالي عدم إمكانية انعقاد المسؤولية للمستشفى على أساس الخطأ، إلا أنه قرر مجلس الدولة إلزام المستشفى بالتعويض للمضرور على أساس قواعد المسؤولية بدون خطأ.

منها خصوصاً للمشرع الذي قد يتبناها ويتدخل لتقريرها وتنظيمها في نصوص قانونية ومن هذه الحالات، امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية، واستعمال الإدارة الأدوات الخطرة، والأضرار الناجمة عن نشاط الإدارة الخطر، ومسؤولية الإدارة عن الأضرار التي تصيب أملاك الأفراد نتيجة الأشغال العامة، وعلاقة الإدارة بالموظفين في حال أصابهم الضرر⁽¹⁾، حيث أقر القضاء الإداري في فرنسا بمسؤولية الإدارة بدون خطأ للمرافق الطبية بخصوص الأفراد الذين ينتفعوا من الخدمات المقدمة لهم، وحدد مجال أعمال هذه المسؤولية في حالات معينة⁽²⁾.

رغم تعدد الحالات التي طبق فيها القضاء الإداري مسؤولية الإدارة بدون خطأ إلا أنه ما يعيننا في هذا الحالات ما ينطبق على طبيعة المرافق الطبية، وطبيعة عملها ومن هذه الحالات ما يلي:

أولاً: الحوادث الناتجة عن المواد والمعدات الطبية الخطرة.

قد يصاب المريض بضرر بسبب الأدوات والأجهزة والمعدات التي يستخدمها الطبيب أثناء قيامهم بالعمل الطبي، وكثيراً ما تحدث أضرار بسبب وجود عيب أو عطل في الأدوات والأجهزة، وبذلك تكون الإدارة هي المسؤولة عن كل هذه المعدات التي تستعمل في المرفق الطبي كونها تلتزم بسلامة المريض من الأضرار المستقلة والتي لا علاقة لها بالمرض الذي من أجله لجأ إلى المرفق الطبي لعلاج، حيث على عاتق الإدارة استعمال أدوات سليم خالية من العيوب التي قد تؤثر على استعمالها بصورة غير صحيحة مما تسبب أضرار للمرضي، ومن الأمثلة على ذلك انبعاث غاز بسبب وجود عطل في جهاز التخدير أدى إلى وفاة المريض⁽³⁾.

ثانياً: الحوادث الناتجة عن الأوضاع الخطيرة .

تدخلت المسؤولية الإدارية بدون خطأ في أوسع مجالات الخطأ الطبي ليشمل حالات نقل العدوي التي تصيب المريض بعد إجراء العملية الجراحية خصوصاً والتي تكون لها صلة في المضاعفات الأصلية المتوقعة للمريض.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي جعل مجال التلقيح الإجباري (التطعيم) يقع تحت نظرية المسؤولية بدون خطأ في حال حدوث ضرر يصيب المريض لتتحمل الإدارة مسؤولية هذا الضرر، كما جعل مسؤوليتها في حالات نقل الدم، فالمستشفى هي المسؤول عن كل ضرر يصيب المريض

(1) للمزيد حول هذه الحالات انظر. الطيماوي، القضاء الإداري قضاء التعويض....، مرجع سابق (218 وما بعدها) عوادي، نظرية المسؤولية الإدارية، مرجع سابق (222 وما بعدها).

(2) قاسم، إثبات الخطأ الطبي، مرجع سابق(ص120).

(3) الطباخ، جرائم الخطأ الطبي، مرجع سابق (ص86).

المتبرع له أو حتى المتبرع في حال أصيب بضرر نتيجة نقل الدم وهذا ما طبقتة محكمة ديجون Djoin في حكمها سنة 1964م، وكذلك في حالة الأمراض المعدية كانتقال المرض من مريض إلى آخر أثناء تواجده المستشفى، باعتبار أن الأخير ملزم بحماية المريض وضمن سلامته⁽¹⁾.

ثالثاً: الحوادث الناتجة عن الأنشطة في المجال الطبي

وهي الأنشطة التي يقوم بها العاملين في المجال الطبي والتي قد تُنتج حوادث تسبب أضرار بالمرضى، والأعمال التي تقوم بها المستشفيات من خلال إجراء ترميمات داخلية قد تؤثر بشكل أو بآخر بسلامة المرضى، وكذلك الأنشطة التي يقوم بها الأطباء في عملهم من خلال استعمال الوسائل العلاجية والتشخيصية الحديثة والمتطورة⁽²⁾.

ويمكن إدراج أمثلة فرعية على هذه الحالة:

1- استخدام أساليب علاجية غير ضرورية للمريض، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن استخدام المستشفى أساليب علاجية غير ضرورية للمريض يحرك مسؤولية الإدارة في حال تسبب هذا الأسلوب ضرراً للمريض ولو لم يكون لاستخدام هذا العلاج أي خطأ كما جاء في الحكم الشهير (GOMEES)، حيث اشترط الحكم توافر شروط لقيام المسؤولية بدون خطأ في هذه الحالة وهي أن يلجأ الطبيب إلى أسلوب طبي لا تكون نتائجه معلومة تماماً، وأن يكون الأسلوب الطبي ضروري للمحافظة على صحة وسلامة المريض، وأن يحدث هذا الأسلوب مباشرة مضاعفات استثنائية وجسيمة للغاية على المريض⁽³⁾.

2- الأعمال الطبية بقصد غير العلاج، ومن خلال هذه الأعمال التي تجري في التجميل أو الختان، حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي تطبيق مبدأ المسؤولية بدون خطأ على هذه الأعمال، ففي قضية تتلخص وقائعها أن طفلاً يبلغ من العمر خمس سنوات قد أجريت له عملية ختان تحت التخدير الكلي، أصيب المريض بتوقف في القلب ثم دخل غيبوبة لمدة عام ثم توفي، فأقامت والدته دعوى على المستشفى أمام المحكمة الإدارية في مرسيليا، فقضت بإدانة المستشفى استناداً على فكرة الخطأ لجسامة الأضرار التي لحقت بالطفل، وطعن في الحكم أمام مجلس الدولة الفرنسي فطبق نظام مسؤولية الدولة بدون خطأ ليحكم بالتعويض لصالح والدة الطفل المتوفي⁽⁴⁾.

(1) أشار إلى هذا الحكم : فريدة، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مرجع سابق (ص41).

(2) المرجع السابق(ص41).

(3) أشارنا سابقاً إلى وقائع هذا الحكم، عويس، مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية، مرجع سابق (ص165).

(4) المرجع السابق(ص165).

الفرع الثالث: شروط تطبيق المسؤولية بدون خطأ.

يشترط للتطبيق مسؤولية الإدارة بدون خطأ توافر الشروط العامة للمسؤولية وهي الضرر والعلاقة السببية بين عمل ونشاط الإدارة والضرر الذي أصاب الأفراد، وكذلك توافر شروط استثنائية يتطلبها القضاء الإداري في الضرر الناتج عن عمل الإدارة وذلك حتى يتسنى الحكم بالتعويض، وهذه الشروط هي أن يكون الضرر استثنائياً وأن يكون خاصاً⁽¹⁾.

وتكمن أهمية توافر هذه الشروط الاستثنائية في تحديد نطاق تطبيق هذه المسؤولية وعدم التوسع فيها ولا تصبح مسؤولية مطلقة بحيث يعد ذلك بالضرر على خزينة الدولة نتيجة دفع أموال التعويض بسبب الدعاوى المرفوعة على الإدارة في هذا المجال، فهذه النظرية كما ذكرنا هي مجرد حالة استثنائية تكميلية تقتضيها العدالة التي أوجدتها، والأصل هي المسؤولية القائمة على أساس الخطأ.

1- أن يكون الضرر خاصاً:

بمعنى أن الضرر يقع على فرد معين بذاته أو على أفراد معينين بذواتهم، بحيث يكون لهم مركزاً خاصاً ذاتياً قبل الضرر الناجم عن أعمال الإدارة ولا يشاركهم فيه أحد⁽²⁾، ويقصد بصفة خصوصية الضرر الطبي أن يكون الضرر الذي وقع على المريض قد وقع عليه بذاته ولا يشاركه فيه أحد وهذا ما يتسم مع الخطأ الطبي كون أن الضرر في هذا المجال صفة لصيقة بالخطأ الطبي يقع على المريض نفسه في أغلب الأحيان إلا في حالة وفاة المريض فإن الضرر يلحق ذويه.

وأن الضرر الشامل الذي يطال الأفراد دون حصر أو تخصيص ودون خطأ يعزي إلى الدولة ويجعلهم متساوين في تحمل العبء العام، فتأتي تطبيقاً لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة لا خروجاً عليه وتتنفي المسؤولية لانتفاء خصوصية المصاب المضرور⁽³⁾.

2- أن يكون الضرر غير عادي:

ويقصد بذلك أنه يتجاوز في جسامته وتقدير الضرر الذي يجعله من مخاطر المجتمع العادية التي تحتم على الأفراد أو الفرد أن يتحملونها باعتبارهم أفراد داخل الجماعة⁽⁴⁾، ويكون

(1) موافى، الشخص المعنوي ومسئوليته قانوناً، مرجع سابق (ص 208).

(2) محمد، أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها، مرجع سابق (ص 175) و عوايدي، نظرية المسؤولية الإدارية، مرجع سابق (ص 221) الطيماوي، القضاء الإداري قضاء التعويض....، مرجع سابق (ص 213).

(3) عبد الوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق (ج2/ص 290).

(4) عوايدي، نظرية المسؤولية الإدارية، مرجع سابق (ص 221).

الضرر جسيماً جسامة غير عادية إذا تسببت في توقيف المضرور عن أداء نشاطه بصورة تامة، وتحديد جسامة الضرر يعود للسلطة التقديرية دون رقابة عليه من هيئة أخرى⁽¹⁾، وهذا الشرط يتفق بصورة كبيرة مع طبيعة الضرر الطبي، ويقصد منه أن الضرر الذي أصاب المريض غير عادي ويتجاوز حدود الضرر العادي المتوقع .

لا تستطيع الإدارة التخلص من المسؤولية على أساس المخاطر إلا أن تلجأ إلى إثبات القوة القاهرة وبالتالي ينتفي أحد الأركان التي تقوم عليها وهو الخاص بالعلاقة السببية بين الضرر وفعل الإدارة، ولكن لا تنتفي مسؤولية الإدارة حسب نظرية المخاطر في حال توافر الحادث الفجائي، حيث أن مجلس الدولة في هذا المجال يفرق بين الاصطلاحين ويرتب عليه نتائج من حيث أن الإدارة تتحمل الخطر حتي لو كان راجعاً إلى حادث فجائي، بينما تتخلص منه لو أثبتت أن سببه يرجع إلى القوة القاهرة⁽²⁾.

ويرى الباحث أن غالبية الأضرار التي تصيب المرضى في المجال الطبي قد تكون غير عادية وتبلغ من الجسامة ما لا يستطيع المريض أن يتحملها وفي هذا يكون أهم مبررات مسؤولية الإدارة بدون خطأ، فليس من المتصور أن يصاب المريض بضرر جسيم أصاب جسده أو أفقده عضواً أو تسبب ربما بوفاة المريض أو تسبب بمضاعفات دائمة، أن يترك هذا المريض المضرور دون تعويض ومحاسبة للإدارة نتيجة عدم قدرته على إثبات أن خطأ طبياً قد وقع عليه، وهنا تكمن أهمية مبدأ المساواة أما التكاليف التي اشترك فيها جميع المواطنين في الدولة ومن حقه أن يعوض عما أصابه من ضرر، وبالتالي لا بد أن يتحقق الشرطين معاً حتى تقوم مسؤولية الإدارة دون خطأ، فليس من المتصور أن يتحقق أحدهما دون الآخر لقيام المسؤولية.

(1) الطيماري، القضاء الإداري قضاء التعويض.....، مرجع سابق (ص213).

(2) الحادث الفجائي هو الحادث غير المتوقع الذي لا يمكن دفعه الذي يرجع أصل نشأته إلى نشاط الإدارة وفي ذاته أو في شيء تملكه، فإن مجلس الدولة الفرنسي حدد الحادث الفجائي على اعتبارين هما أن الحادث الفجائي يعتبر حادث داخلياً، كما أنه مجهول السبب، فإن مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر ترجع إلى الضرر الذي يصيب الأفراد ناجم عن نشاط معروف للإدارة أو ناجم بالذات عن شيء تملكه، فيجب أن تكون هناك علاقة بين هذا النشاط وبين الضرر الذي يصيب الأفراد وهذا يستبعد بالضرورة مسؤولية الإدارة إذا كان من الثابت أن الضرر الناشئ عن أمر خارج عن نشاط الإدارة أو عن الأشياء التي تستعملها، كما هي الشأن في القوة القاهرة وأن سبب الحادث الضار لا يقوم في الشيء المستعمل أو في النشاط بذاته، والحادث الفجائي بطبيعته مجهول السبب وإن كان المرجح أن مصدره كامن في نشاط الإدارة أو فيما تستعمله من أشياء وأدوات ما لم تثبت الإدارة أن مصدره خارج عن نشاطها ولا علاقة له بما تستعمله من أشياء فإن مجلس الدولة يحملها مسؤولية ما ترتب عليه من أضرار. للمزيد أنظر الطيماري، القضاء الإداري قضاء التعويض.....، مرجع سابق (ص215 وما بعدها).

موقف الشريعة الإسلامية من مسؤولية الإدارة:

كما ذكر الباحث عند تعريف المسؤولية في الفصل التمهيدي أوضح أن مصطلح المسؤولية هو مصطلح حديث ولم تعرفه الشريعة الإسلامية، وما يقابله في الفقه الإسلامي هو مصطلح الضمان، وقد تحدثنا عنه بشكل عام، وما نقصده هنا بمسؤولية الإدارة أو بالمصطلح الفقهي هو ضمان الإدارة، حيث عرفت الشريعة الإسلامية ومارست أحكام ضمان الإدارة في العديد من المواقف، ورسخت مبادئها النظرية.

إن نظرية العدالة في الشريعة الإسلامية وما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم بقوله (لا ضرر ولا ضرار)⁽¹⁾، وعن عائشة، أن رجلاً اشترى عبداً فاستغله، ثم وجد به عبياً، فرده، فقال: يا رسول الله إنه قد استغل غلامي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الخراج بالضمان»⁽²⁾، ما وضعه فقهاء الشريعة الإسلامية من قواعد ناظمة للضمان مثل قاعدة (الضرر يزال)⁽³⁾ وقاعدة (المباشر ضامن وإن لم يتعدّ، والمتسبب لا إلا بالتعدّي)⁽⁴⁾، والضرر يدفع بقدر الإمكان⁽⁵⁾، و لهي خير دليل على أن الشريعة الإسلامية كان لها الفضل والسبق في إقرار مبدأ المسؤولية مباشرة ودون تردد أو حتى أن تمر بمراحل، حيث رسخت من خلال ما سبق من أدلة على مبدأ الضمان (المسؤولية) في حال وقع الضرر، و إن نطاق الشريعة الإسلامية غير محدد مما يعنى خضوع الجميع كقاعدة عامة لمبدأ المسؤولية بما تشمل السلطة الإدارية، فإنه بذلك يمكن للأفراد مقاضاة الإدارة وإلزامها بجبر الضرر ودفع التعويض إذا مسهم أي ضرر منها لا تعترف به

-
- (1) [القزويني، سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بني في حقه ما يضر بجاره(2/784. رقم الحديث(2340)] وصححه الألباني.
- (2) [القزويني، سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب الخراج بالضمان (2/754. رقم الحديث(2243)] وصححه الألباني، وجاء في سنن الترمذي (2/572 رقم الحديث:1285) بحديث حسن صحيح.
- (3) السيوطي، الأشباه والنظائر(7/1). الزرقا، شرح القواعد الفقهية (ص179).
- (4) بورنو، موسوعة القواعد الفقهية (9/422)، ابن نجيم، الأشباه والنظائر(1/243)، مجلة الأحكام العدلية(المادة 92 و 93) المباشر هو الذي يحصل الضرر بفعله، ويحصل الأثر بفعله من غير أن يتخلل بينهما فعل فاعل مختار، فالمباشر ضامن لما تلف بفعله إذا كان متعدياً فيه، ويكفي أن يكون متعدياً أن يتصل فعله في غير ملكة بما لا مسوغ له فيه، سواء كان نفس الفعل سائغاً، كمن رمى صيداً، أو سقط على شيء، أو كان غير سائغ كما لو ضرب معصوماً فأصاب آخر نظيره. فإنه يضمن حينئذٍ، وإن لم يعتمد الإلتلاف، لأن الخطأ يرفع عنه إثم مباشرة الإلتلاف، ولا يرفع عنه ضمان المتلف بعد أن كان متعدياً، ولأن المباشرة علة صالحة وسبب مستقل للإلتلاف، فلا يصلح عدم التعمد أن يكون عذراً مسقطاً للحكم وهو الضمان عن المباشر المتعدي. المتسبب هو الذي يكون فعله مفضياً إلى الحكم دون مباشرة إليه، فيكون متسبباً للضرر بأن يفعل ما يفضي ويوصل إليه، فإنه لا يضمن ما أفضى إليه عمله من الضرر، بشرط ألا يكون متعدياً، لأنه بانفراده لا يصلح علة مستقلة للإلتلاف إلا إذا كان متعدياً، ويكفي في كونه متعدياً أن يتصل فعله في غير ملكة بما لا مسوغ له، وكان فعله مقروناً بالتعمد، لأن الحكم لا يضاف إلى السبب الصالح إلا بالقصد. الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة(1/566 وما بعدها).
- (5) مجلة الأحكام العدلية (المادة 31).

الشريعة الإسلامية، في الوقت الذي كانت فيه الدول الحديثة لا تقر ولا تعترف بمبدأ مسؤولية الإدارة⁽¹⁾.

ومن الأدلة التي وردت في القرآن الكريم على إقرار مسؤولية الإدارة بشكل عام قوله عز وجل ﴿مَا كَانَ لِنَبِيِّ أَنْ يُكُونَ لَهُ أَسْرَى حَتَّى يُثْخَنَ فِي الْأَرْضِ تُرِيدُونَ عَرَضَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يُرِيدُ الْآخِرَةَ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ (٦٧) تُولَا كِتَابًا مِّنَ اللَّهِ سَبَقَ لَمَسَّكُمْ فِيمَا أَخَذْتُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ (٦٨) فَكُلُوا مِمَّا عَنَّمْتُمْ حَلَالًا طَيِّبًا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ (٦٩)﴾⁽²⁾.

وقد فسر الأمام القرطبي هذه الآيات أنها نزلت يوم بدر، عتاباً من الله عز وجل لأصحاب نبيه صلى الله عليه وسلم، والمعنى: ما كان ينبغي لكم أن تفعلوا هذا الفعل الذي أوجب أن يكون للنبي صلى الله عليه وسلم أسرى قبل الإثخان بالمبالغة في قتل الكفار ولهم هذا الإخبار بقوله ﴿تُرِيدُونَ عَرَضَ الدُّنْيَا﴾⁽³⁾، والنبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر باستبقاء الرجال وقت الحرب، ولا أراد قط عرض الدنيا، وإنما فعله جمهور مباشري الحرب، فالتوبيخ والعتاب إنما كان متوجهاً بسبب من أشار على النبي صلى الله عليه وسلم بأخذ الفدية⁽⁴⁾.

إن هذه الآيات تضمنت في جوهرها مراجعة وتصحيح ومسؤولية عن عدم الإثخان وهو قتل الأسرى وليس أخذ العزاء وخاصة في موضع كغزوة بدر مع صناديد قريش الذين كانوا حديثي العهد بعنادهم وإيذائهم لهم أشد الإيذاء فهذا عموماً يستدل به على أن تصرفات الحكام والوزراء والأعمال الصادرة عن جهة الإدارة وفقاً للمسميات المعاصرة يجب أن تكون وفق الشرع وإلا يجب أن تراجع وتصحح وهذا هو مسؤولية الإدارة بأدق معانيها⁽⁵⁾.

أما من السنة النبوية فقد وردت بعض التطبيقات العملية التي تدل على أن الشريعة الإسلامية قد أخذت بمبدأ مسؤولية الإدارة عن أعمالها على وجه الخصوص في قضية بني جذيمة في السنة الثامنة للهجرة، عندما بعث النبي صلى الله عليه وسلم خالد بن الوليد إلى بني جذيمة، فدعاهم إلى الإسلام، فلم يحسنوا أن يقولوا: أسلمنا، فجعلوا يقولون: صبأنا صبأنا، فجعل خالد يقتل منهم ويأسر، ودفع إلى كل رجل منا أسيره، حتى إذا كان يوم أمر خالد أن يقتل كل رجل منا أسيره، فقلت: والله لا أقتل أسيري، ولا يقتل رجل من أصحابي أسيره، حتى قدمنا على النبي صلى الله عليه وسلم فذكرناه، فرجع النبي صلى الله عليه وسلم يده فقال: «اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد مرتين» ثم دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم على رضى الله عنه فقال: اخرج إلى هؤلاء القوم

(1) شفيق، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية (ص174).

(2) سورة الأنفال (الآية 67-69).

(3) سورة الأنفال (الآية 67).

(4) القرطبي، تفسير القرطبي (ج8/45).

(5) الفوزان، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة وتطبيقاتها الإدارية: دراسة مقارنة (ص368).

واجعل أمر الجاهلية تحت قدميك فخرج حتى جاءهم ومعه مال فلم يبق لهم أحد الا وداه أي عوضه⁽¹⁾.

وبالتالي نجد أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد أنكر فعل خالد، مما جعله يرسل على رضى الله إليهم حتى يزيل الضرر الذي وقع عليهم من خلال دفع التعويض، ويتضح هنا أن الرسول بصفته رئيس السلطة التنفيذية في الدولة الإسلامية قد أقر بمسؤولية خالد بن الوليد في عدم فهمه لجواب القوم وهذا الخطأ على صلة بالوظيفة الموكلة إلى خالد رضي الله عنه، وبالتالي يقابله ما يعرف في الاصطلاح القانوني بالخطأ المرفقي الذي يتصل بأعمال الوظيفة ويكون التعويض من خزينة الدولة، وهذا ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم بدفع التعويض من بيت مال المسلمين.

وكذلك حديث النبي صلى الله عليه وسلم المشهور لقوله صلى الله عليه وسلم "كلكم راع، وكلكم مسئول عن رعيته، الإمام راع ومسئول عن رعيته، والرجل راع في أهله وهو مسئول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسئولة عن رعيته، والخادم راع في مال سيده ومسئول عن رعيته" قال: - وحسبت أن قد قال - "والرجل راع في مال أبيه ومسئول عن رعيته، وكلكم راع ومسئول عن رعيته".⁽²⁾، وقد ورد في شرح صحيح البخاري أن (الإمام راع) أي: فيمن ولي عليهم، يقيم فيهم الأحكام على سنن الشرع، و أن يراعي حقوقهم⁽³⁾.

أما في عهد الخلفاء الراشدين فقد أرسو العديد من المبادئ النظرية والعملية التي رسخت مبدأ مسؤولية الإدارة عن أعمالها وعلى سبيل المثال لا الحصر، من التطبيقات التي أرساها عمر بن الخطاب في مسؤولية السلطة التنفيذية عن أعمالها التي قد تسبب ضرراً للغير مبدأ المحاسبة والمسائلة، فقد قال: «لو مات جمل ضياعاً على شط الفرات لخشيت أن يسألني الله عنه»⁽⁴⁾، و من المبادئ العملية في سيرته لتطبيق مبدأ مسؤولية الإدارة أنه رأى ضرورة تجديد وتوسيع الحرم المكي

(1) [ابن حجر، فتح الباري، باب قوله بعث النبي صلى الله عليه وسلم(ج57/8: رقم الحديث4339)]، وقد علق ابن طبال ، شرح صحيح البخاري(ج260/8) على هذا الحديث: لم يختلف العلماء أن القاضي إذا قضى بجور أو بخلاف أهل العلم فهو مردود، فإن كان على وجه الاجتهاد والتأويل كما صنع خالد فإن الإثم ساقط عنه، والضمان لازم في ذلك عند عامة أهل العلم، ووجه موافقة الحديث للترجمة هو قوله: (اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد) يدل تبرؤه (صلى الله عليه وسلم) من قتل خالد للذين قالوا: صبأنا. أن قتله لهم حكم منه بغير الحق؛ لأن الله يعلم الألسنة كلها ويقبل الإيمان من جميع أهل الملل بأسنتهم، لكن عذر النبي (صلى الله عليه وسلم) بالتأويل؛ إذ كل متأول فلا عقوبة عليه ولا إثم، واختلفوا في ضمان خطأ الحاكم، فقالت طائفة: إذا أخطأ الحاكم في حكمه في قتل أو جراح فدية ذلك في بيت المال. هذا قول الثوري وأبي حنيفة وأحمد وإسحاق. وقالت طائفة: هو على عاقلة الإمام والحاكم، وهذا قول الأوزاعي وأبي يوسف ومحمد والشافعي، وليس فيها جواب لمالك.

(2) [البخاري، صحيح البخاري، كتاب الجمعة/باب الجمعة في القرى والمدن، 5/2: رقم الحديث893].

(3) (السنيني، منحة الباري بشرح صحيح البخاري (2/606)).

(4) (ابن سعد، الطبقات الكبرى (3/305)).

فأقام بمكة عشرين ليلة يكلم الناس ويحثهم على إتمام هذا المشروع، وطالب المجاورين من الملاك بيوتهم لهدمها وإجراء التوسعة مقابل تعويض عادل، حيث تفهم البعض وأنكر البعض الآخر أن يبيعوا بيوتهم ويهدموها، فهدمها عمر بن الخطاب ووضع أثمانها في بيت المال حتى أخذوه⁽¹⁾.

موقف الشريعة الإسلامية من نظرية المسؤولية بدون خطأ:

تقوم مسؤولية الإدارة بدون خطأ في القانون الوضعي على توافر ركن الضرر بشكل أساسي، حيث أن الأساس التي تركز عليه هو مبدأ التضامن، والمساواة أمام الأعباء العامة، وكما ورد سابقاً أن الفصل في نشأة هذه النظرية هو اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي في العصر الحديث من ابتداعها تماشياً مع تطورات سلوك الإدارة والقضاء الإداري بخاصيته المرنة والتطور في مواجهة أنشطة الإدارة المتنوعة والمتطورة باستمرار، والتي كان من إحدى صورها أن تضر بالأفراد دون خطأ يصدر منها، فأوجد الحلول القضائية التي تتلاءم مع العدالة وحماية حقوق الأفراد.

فالشريعة الإسلامية لم تترك لا شاردة ولا واردة إلا ولها حكم فيها إذ تبني أحكامها على أساس العدل ورفع الظلم وإزالة الضرر وهذا الأساس الشرعي وما استندت عليه نظرية مسؤولية الإدارة بدون خطأ، فلا شك أن الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين الوضعية في إقرار هذه النظرية، فنظرية الفعل الضار قد وجدت بشكل واضح وجلي في الفقه الإسلامي الذي تتطلب دفع الضرر قبل وقوعه وإزالته بعد حدوثه⁽²⁾.

فقد جاء في الحديث الذي رواه موسى بن عقبة قال: حدثنا إسحاق بن يحيى بن الوليد، عن عبادة بن الصامت «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قضى أن لا ضرر ولا ضرار»⁽³⁾.

حيث جاء معنى الضرر ما تضرُّ به صاحبك وتنتفع أنت به، والضرار: أن تضره من غير أن تنتفع، ويقصد به أيضاً إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، والضرار مقابلة الضرر بالضرر أو إلحاق مفسدة بالغير على جهة المقابلة⁽⁴⁾، حيث نجد أن المقصود بالضرر هو الفعل غير العمد، أما الضرار فهو فعل الشخص عمداً كونه يقوم برد الضرر مقابل الضرر الذي أصابه فهو بذلك يكون مدرك ويعي ما يقوم به من فعل وما سيؤول من نتائج.

فقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" فيها من الفقه ما لا حصر له، ولعلها تتضمن نصفه، فإن الأحكام إما لجلب المنافع أو لدفع المضار، فيدخل فيها دفع الضروريات الخمس التي هي: حفظ

(1) المرجع السابق (283/2).

(2) شطيبي، موقف القضاء الإداري السعودي من نظرية المسؤولية بدون خطأ (ص6).

(3) [القزويني ، سنن ابن ماجه . كتاب الأحكام . باب من بني في حقه ما يضر بجاره .784/2 .رقم الحديث 2340] وصححه الألباني .

(4) بورنو ، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (1/234).

الدِّين، وَالنَّفْس، وَالنَّسَب، وَالْمَال، وَالْعَرَض، وهي ترجع إلى تَحْصِيلِ الْمَقَاصِدِ، وتقريرها بدفع المَفَاسِدِ أو تخفيفها(1).

ومن هذا الحديث تناسلت القواعد الفقهية الأخرى مثل(قاعدة الضرر يزال)(2)، حيث أنها وجدت بيان وجوب إزالة الضرر إذا وقع، واتفق الفقهاء على الأخذ بها واعتبروها من مبادئ الشرع، وقد نصت عليها أكثر كتب القواعد الفقهية، كما تتجلى تطبيق هذه القاعدة في الشريعة الإسلامية على كل حكم كانت مشروعيته دفع الضرر، ويكثر تطبيقها في المعاملات والعبادات والعقوبات، في ما يتعلق بالعدوان على الأموال والأنفس والحقوق، ومشروعية القصاص والحدود والدية، وهي أساس لمنع الفعل الضار وترتب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة، وهي سند لمبدأ الاستصلاح في جلب المصالح ودرء المفاسد، وجاءت قاعدة (الضرر لا يزال بالضرر) لتقيد قاعدة الضرر يزال(3).

الفقه الإسلامي يقيم مسؤولية الفاعل بتعويض ضرر المصاب المالي والجسمي طبقاً لمبدأ ارتباط التعويض بالضرر، لا طبقاً لمبدأ ارتباط التعويض بالخطأ(4)، ولا يكون أساس المسؤولية في الشريعة الإسلامية هو الخطأ كما فعل القانونيين بل على أساس نظرية الضمان كما فصلها الفقه الإسلامي، والتي ملخصها المباشر ضامن وإن لم يتعد، والمتسبب لا يضمن إلا إذا تعدي(5).

وقد سار الخلفاء من بعد الرسول صلى الله عليه وسلم على ذات النهج فهذا عمر بن الخطاب يرسل إلى امرأة مغيبية (غاب عنها زوجها) كان يُدخل عليها فأنكر ذلك فأرسل إليها، فقيل لها: أجيبني عمر! فقالت: يا ويلها ما لها ولعمر! فبينما هي في الطريق فرغت فضرها الطلق فدخلت داراً فألقت ولدها فصاح الصبي صيحيتين ثم مات، فاستشار عمر أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، فأشار عليه بعضهم أن ليس عليك شيء إنما أنت وال ومؤدب، وصمت علي رضي الله عنه فأقبل على (علي رضي الله عنه) فقال: ما تقول؟ قال: إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك، أرى أن ديته عليك، فإنك أنت أفرعتها وألقت ولدها في سبيلك، فأمر علياً أن يقسم عقله على قریش - يعني يأخذ عقله من قریش لأنه أخطأ(6).

(1) المرادوي، التعبير شرح التحرير في أصول الفقه (3846/8).

(2) السيوطي، الأشباه والنظائر(7/1)، الزرقا، شرح القواعد الفقهية (ص179).

(3) السيوطي، الأشباه والنظائر، (84) بن نجيم، الأشباه والنظائر(85)، الزرقا، شرح القواعد الفقهية(114)، عبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير(284)، بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية(ص251،234).

(4) الموسوعة الفقهية الكويتية (223/1)، السيوطي، الأشباه والنظائر(ص361)، ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية(ص252).

(5) الفوزان، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة وتطبيقاتها الإدارية، مرجع سابق(ص394).

(6) ابن قاضي، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال (84/15)، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتائب العقول، باب من أفرعه السلطان(458/9، رقم18010).

وعن إبراهيم النخعي: أن رجلاً قتل في الطواف، فاستشار عمر الناس، فقال علي رضي الله عنه: ديته على المسلمين، أو في بيت المال⁽¹⁾.

وفي رأي مخالف لأحد الفقهاء المعاصرين يقول فيه أن الشريعة الإسلامية تأتي أن يسأل الإنسان عن ضرر لا يد له في إحدائه بدليل قوله تعالى ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى...﴾⁽²⁾ وقوله تعالى ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾⁽³⁾، وعلى ذلك لا يسأل الإنسان عن ضرر أحدثه حيوانه إلا إذا كانت نتيجة إثارة منه، ولا يسأل عما يحدثه أولاده ولا أتباعه من ضرر، وجملة القول أن المبدأ العام عدم مسؤولية الإنسان عن ضرر يحدثه غيره ولا يد له فيه⁽⁴⁾.

إن الأساس الشرعي الذي تقوم عليه مسؤولية الدولة عن جبر الضرر يتمثل في اعتبار التضامن الاجتماعي كما في ورد في الفقه الإسلامي تحت مسمى التكافل الاجتماعي، فالتوسع في مسؤولية الإدارة على أساس مخاطر النشاط الإداري سائغاً ونؤيده، فلا معنى معقول لضمان الإدارة الأضرار المتولدة عن المرافق العامة إلا تحمل تبعه هذا النشاط فضلاً على تأييدها بقول النبي صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار)⁽⁵⁾.

(1) القرطبي، المحلى بالآثار(107/11)، وكيع وهب بن عقبة، ومسلم بن يزيد بن مذكور - سمعاه من يزيد بن مذكور قال: إن الناس

ازدحموا في المسجد الجامع بالكوفة يوم الجمعة، فأفرجوا عن قنيل، فوداه علي بن أبي طالب من بيت المال.

(2) (سورة فاطر: الآية 18)

(3) (سورة البقرة: 286)

(4) (الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق(ص46 وما بعدها).

(5) (الفرزان، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة وتطبيقاتها الإدارية(ص402 وما بعدها).

النتائج والتوصيات:

على ضوء هذه الدراسة فإن المنهج المتبع في البحث العملي يُحتم على الباحث أن يعرض ما توصل إليه الباحث من نتائج جهده في هذه الدراسة مع ذكر ما توصل إليه من توصيات.

أولاً: النتائج.

1- يترتب على الخطأ الطبي مسؤولية جنائية ومدنية يتحملها كل من يعمل في هذا المجال وهذه المسؤولية مناطقها قانون العقوبات وقواعد جبر الضرر المترتبة عند الاخلال بالالتزامات المفروضة.

2- للخطأ الطبي خصوصية على خلاف باقي الأخطاء المهنية الأخرى، وعلى الرغم من ذلك نجد أن المشرع الفلسطيني لم يوليه الإهتمام بالقدر الكافي ولم يضبط معناه ولا معياره.

3- يفتقر التشريع الفلسطيني إلى قوانين ناظمة للعمل الطبي تواكب التطور المهول في هذه المهنة بشكل عام، وتنظم أحكام المسؤولية الطبية بشكل خاص.

4- الطبيب يُسأل عن كل خطأ يثبت في حقه بغض النظر عما إذا كان الخطأ يسيراً أم جسيماً، وتبني القضاء الفلسطيني في أحكامه المعيار الموضوعي في تقدير الخطأ وهذا ما توافق مع المعيار الذي وضعته الشريعة الإسلامية.

5- لا يوجد في النظام القانوني الفلسطيني آلية قانونية موحدة ومشاركة تحكم عمل وأليات لجان التحقيق في قضايا الأخطاء الطبية وفق ضوابط ومعايير محددة.

6- طبيعة العلاقة بين الموظف والإدارة ليست علاقة تعاقدية، وإنما علاقة تحكمها القوانين واللوائح الناظمة للعمل، وطبيعة مسؤولية الإدارة هي مسؤولية قانونية غير مباشرة عن فعل الغير، كما هو الحال في مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه.

7- تتحمل الإدارة المسؤولية عن الخطأ الطبي المرفقي بشتي صورته وأنواعه، كما توسع القضاء المقارن بتحمل الإدارة عن الأخطاء الشخصية المتصلة بأداء الوظيفة العامة.

8- يقع على كاهل المريض عبء إثبات الخطأ الطبي، ويعتبر ذلك من أهم الصعوبات التي تواجهه في إثبات المسؤولية الطبية مما يؤدي إلى توقف النظر في الدعوى، ولذلك لجأ القضاء إلى الأخذ بتطبيق فكرة الخطأ الاحتمالي لتلافي القصور في القواعد القانونية.

9- لازالت دعاوى التعويض الإداري تُنظر أمام المحاكم المدنية رغم إقرار قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد اختصاص المحكمة الإدارية بدعاوى التعويض، وأن اختصاص محكمة العدل العليا هو قضاء إلغاء فقط ولا تنتظر في دعاوى التعويض الإداري.

10- اتباع نظرية المسؤولية بدون خطأ في القضاء الإداري وبشكل خاص في قضايا المسؤولية بالمجال الطبي بخصوص بعض الحالات يوفر الحماية والضمانة للمريض المضروب من الحصول على حقه في التعويض عن الضرر الذي لحق به في حال عدم تمكنه من إثبات الخطأ الطبي.

11- وفي الختام نجد أن الشريعة الإسلامية قد عرفت الضمان عن الخطأ الطبي في حال تعدي الطبيب وتجاوز الموضع المعتاد أو مارس مهنة الطب بدون العلم بأصولها وفنّها، كما عرفت مسؤولية الإدارة، وأقرت مسؤولية الإدارة بدون الخطأ، وتتوافق الأحكام والمبادئ في الشريعة الإسلامية مع ما اعترفت به القوانين الوضعية حديثاً.

ثانياً: التوصيات.

1- توصيات تتعلق بالتشريع و القضاء الفلسطيني.

أ- نوصي المشرع الفلسطيني إلى ضرورة الإسراع في إقرار قانون المسؤولية الطبية، والقوانين والأنظمة الخاصة بالعمل الطبي بشكل عام بما يواكب تطور المهنة، وذلك للحفاظ على حقوق المرضى، في المقابل توفير جو من الحماية و الطمأنينة للكوادر الطبية.

ب- إدراج نص صراحة ضمن قانون المسؤولية الطبية على أن الإدارة يجب أن تغطي الموظف بمبلغ التعويض في حال اشتراكه بارتكابه الخطأ المرفقي وأن تحميه من العقوبات المدنية في حال تم رفع دعوى عليه من الغير.

ج- النص على تشكيل لجنة تحقيق متخصصة في قضايا الأخطاء الطبية على أن تكون بمشاركة عدد من القانونيين وعدد من الأطباء أصحاب الكفاءة والخبرة العملية والعلمية.

د- إدراج نص في قانون المسؤولية الطبية يتعلق بإنشاء صندوق لدعم متضرري الأخطاء الطبية بإشراف وزارة المالية، على أن يتم تمويله من الأموال التي تُجيبها وزارة المالية من رسوم التأمين.

هـ- نوصي المشرع بإستكمال بناء النظام القانوني الإداري بإصدار التشريعات ذات العلاقة، والانتقال إلى النظام المزدوج من خلال الفصل الكامل عن القضاء المدني، وتفعيل دور المحكمة الإدارية لتمارس جميع إختصاصاتها التي نص عليها قانون الفصل في المنازعات الإدارية وبالتحديد دعاوى التعويض.

و- نوصي المشرع في تبني نظرية مسؤولية الإدارة بدون الخطأ في المجال الطبي لخصوصية هذا المجال، كون أن الأضرار الناجمة عنه ذات جسامه كبيرة لا يتحملها المريض وهذا من أهم دوافع هذه النظرية.

2- توصيات تتعلق بوزارة الصحة.

أ- إعداد برامج تدريبية علمية وعملية لتأهيل وتطوير أداء الكوادر في المجال الطبي بما يواكب التطور العلمي والتكنولوجي في المجال الطبي، وإلزامهم بإعداد أبحاث علمية بشكل دوري، وعقد امتحانات لتجديد مزاولة المهنة حسب القانون.

ج- توثيق الأخطاء الطبية كخطوة أولى للوقوف على أسبابها، من أجل العمل على إعداد أنظمة لتلافي تكرار هذه الأخطاء في المستقبل.

د- نشر الوعي القانوني في المرافق الصحية من خلال إعداد النشرات والندوات وحملات التوعية بضرورة التوجه إلى الدوائر المختصة في حال حدوث ما يعتقد أنها أخطاء طبية، والتعامل مع هذه الشكاوي بكل مصداقية وجدية.

هـ- تفعيل دور الرقابة الإدارية على المرافق الصحية من خلال لجان رقابية بحيث تتابع سير عمل المرافق في تقديم الخدمات المطلوبة منها وفق الأصول.

3- توصيات عامة.

أ- أوصي العاملين في المجال الطبي ولجان التحقيق والخبرة بتقوي الله وأداء الأمانة المنوطة بهم على أكمل وجه دون محاباة لأحد، فهم يحملون رسالة عظيمة مرتبطة بأعلى قيمة خلقها الله عز وجل وهي الإنسان لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾⁽¹⁾.

ب- إدراج مساق قانون المسؤولية الطبية لتدريسه في كليات الحقوق، وكليات الطب والمهن الطبية المساعدة، من أجل تنمية مهاراتهم بهذا الخصوص.

ج- أوصي الباحثين بالدارسة والتعمق في موضوع المسؤولية بدون الخطأ بشكل عام وفي المجال الطبي بشكل خاص في التشريع الفلسطيني حيث تفتقر المكتبة الفلسطينية إلى وجود مراجع بهذا الخصوص.

(1) سورة الإسراء (الآية 70).

وفي الختام لا يسعني إلا أن أقول فليُعذر القارئ لهذه الدراسة، فنتائج الأفكار على اختلاف القرائح لا تتناهي، وإنما ينفق كل منا على قدر سعته، ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها، ورحم الله من قرأها ووجد خطأ فأصلحه عاذراً لا عاذلاً، ومنيلاً لا نائلاً، فليس المبرأ من الخطأ إلا من وقى الله وعصم.

وقد قال المُزَنِّي: قَرَأْتُ كِتَابَ الرِّسَالَةِ عَلَى الشَّافِعِيِّ ثَمَانِينَ مَرَّةً، فَمَا مِنْ مَرَّةٍ إِلَّا وَكَانَ يَقِفُ عَلَى خَطَأٍ. فَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هِيَ - أَي حَسْبُكَ وَكَفَى - أَبِي اللَّهِ أَنْ يَكُونَ كِتَابًا صَحِيحًا غَيْرَ كِتَابِهِ⁽¹⁾.

وأخيراً أسأل الله عز وجل أن يجعل هذا الجهد خالصاً لوجه الكريم، وفي سبيل مرضاته وأن ينفع به الإسلام والمسلمين.

(1) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق (27/1).

المصادر والمراجع

المصادر والمراجع.

- القرآن الكريم.

أولاً: المراجع والمصادر العربية.

الأبراشي، محمود زكي. (د.ت). مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن. (د.ط). القاهرة: دار النشر للجامعات.

ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد الحنفي. (2003م). شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدئ. ط1. القاهرة: دار الكتب العلمية.

ابن حجر، أحمد بن علي أبو الفضل العسقلاني. (1379هـ). فتح الباري شرح صحيح البخاري. (د.ط). بيروت: دار المعرفة.

ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد. (د.ت). المحلى بالآثار. (د.ط). بيروت: دار الفكر.

ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن. (2004 م). بداية المجتهد ونهاية المقتصد. (د.ط). القاهرة: دار الحديث.

ابن سينا، ابو علي الحسن بن علي. (1994م). القانون في الطب. (د.ط). بيروت: دار الفكر.

ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد، برهان الدين اليعمري. (1986م). تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام. ط. القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية.

ابن قاضي. سماونة، محمود بن اسرائيل، بدر الدين (د.ت). جامع الفصولين. (د.ط). بولاق: المطبعة الكبرى الأميرية.

ابن قاضي، علاء الدين علي بن حسام الدين. (1981م). كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال. ط5. دمشق: مؤسسة الرسالة.

ابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد. (د.ت). شرح الكبير على متن المقنع. (د.ط). دار الكتاب العربي .

- ابن قيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين الجوزية. (د.ت). *الطرق الحكمية*. (د.ط). دمشق: مكتبة دار البيان.
- ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي. (1999م). *تفسير القرآن العظيم*. ط2. دمشق: دار طيبة للنشر والتوزيع.
- ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني. (د.ت). *سنن ابن ماجه*. (د.ط). مصر: دار إحياء الكتب العربية.
- ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي. (1414هـ). *لسان العرب*. ط3. بيروت: دار صادر.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد. (د.ت). *البحر الرائق شرح كنز الدقائق*. ط2. (د.م). دار الكتاب الإسلامي.
- أبو العباس، أحمد بن محمد بن علي. (د.ت). *المصباح المنير في غريب الشرح الكبير*. (د.ط). المكتبة العلمية: بيروت.
- أبو زهرة، محمد. (1998م). *الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي*. (د.ط) القاهرة: دار الفكر العربي.
- أبو زهرة، محمد. (2015م). *أصول الفقه*. ط1. بيروت: دار الفكر العربي.
- أبو سميحة، عبد الناصر. (د.ت). *موسوعة القضاء الإداري الفلسطيني*. الكتاب الأول. مكتبة عين شمس.
- أبو عشيبة، سليم. وكيل نيابة دعاوى الحكومة. (17 سبتمبر 2018). *أجري المقابلة: معاذ درويش*. غزة.
- أبو عامر، محمد زكي. (2002م). *قانون العقوبات - القسم العام*. (د.ط). الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة.
- أبو عمارة، محمد علي. (1995م) *القانون الإداري تنظيم الإدارة العامة في فلسطين وقطاع غزة*. ط1. غزة: (د.ن).

- أبو عمارة، محمد علي. (1998م). القضاء الإداري في فلسطين. (د.ط). غزة. (د.ن).
- أبو لبة، قمر عبد الرحمن. (2012م). مسؤولية الطبيب بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - زرع الأعضاء نموذجاً. ط1. عمان: دار الفرقان للنشر والتوزيع.
- أبو مارية، علي. (2014م). عبء إثبات الخطأ الطبي في القواعد العامة والتوجيهات الحديثة للفقه والقضاء. البيرة: مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات.
- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة. (د.ت). المغني. (د.ط). الزمالك: مكتبة القاهرة.
- أبي الفتح، محمد. (د.ت). تبويب الأشباه والنظائر. (د.ط). الإسكندرية: المطبعة الوطنية.
- إسماعيل، عصام. (2015م). المسؤولية الجزائية للطبيب في التشريع الفلسطيني دراسة تحليلية. رسالة ماجستير. غزة: جامعة الأزهر.
- إمام، محمد كمال الدين. (2004م). المسؤولية الجنائية أساسها وتطورها دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية. (د.ط). بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات.
- الأمين، محمود. (2007م). شريعة حمورابي. ط1. لبنان: الفرات للنشر والتوزيع.
- البايرتي، محمد بن محمد بن محمود أكمل الدين. (د.ت). العناية شرح الهداية. (د.ط). بيروت: دار الفكر العربي.
- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله. (2002م). صحيح البخاري. ط1. دمشق: دار ابن كثير للنشر.
- بدر، أسامة أحمد السيد. (2000م). المسؤولية المدنية للمعلم. ط1. مصر: دار الكتب القانونية.
- البستي، أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب. (د.ت). معالم السنن. ط1. حلب: المطبعة العلمية.
- البطة، سعيد شريف. المستشار القانوني لوزارة الصحة (8 مايو 2018) أجري المقابلة: معاذ درويش. غزة

بعلوشة، شريف. (2010م). *دعوى إلغاء القرار الإداري - دراسة تحليلية مقارنة*. رسالة ماجستير. غزة: جامعة الأزهر.

بعلی، محمد الصغير. (2009م). *الوسيط في المنازعات الإدارية*. (د.ط.). الجزائر. دار العلوم للنشر والتوزيع.

البغدادي، غياث الدين أبو محمد غانم بن محمد. (1999م). *مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان*. ط1. القاهرة: دار الكتاب الإسلامي.

بن منيع، أبو عبد الله محمد بن سعد. (1968م). *الطبقات الكبرى*. ط1. بيروت: دار صادر.

بن مودود، عبد الله بن محمود. (1998م). *الاختيار لتعليل المختار*. (د.ط.). القاهرة: مطبعة الحلبي.

البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين. (1983م). *كشاف القناع عن متن الإقناع*. (د.ط.) بيروت: دار الكتب العلمية.

بورنو، محمد صدقي بن أحمد بن محمد. (1996م). *الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية*. ط4. بيروت: مؤسسة الرسالة.

البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى. (2003م). *شعب الإيمان*. ط1. الرياض: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع.

الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف. (1983م). *كتاب التعريفات*. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية.

الجميلی، أسعد. (2011م). *الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية - دراسة مقارنة*. ط2. عمان: دار الثقافة.

الحايك، وليد. (1996م). *مجموعة مختارة من قرارات محكمة العدل العليا*. ج7. غزة.

الحسن، كفيف. (2012). *النظام القانوني للمسؤولية الإدارية على أساس الخطأ*، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2012.

- حسني، محمود نجيب.(1989). شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام النظرية العامة للجريمة والعقوبة و التدبير الاحترازي. ط6. القاهرة : دار النهضة العربية.
- الحسيني، أحمد بن محمد أبو العباس.(1985م). غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر. ط1. (د.م). دار الكتب العلمية.
- الحسيني، عبد اللطيف.(1987م). المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية. ط1. لبنان: الشركة العالمية للكتاب.
- الحو، ماجد.(1995م) القضاء الإداري.(د.ط).الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.
- حنا، منير رياض.(2008م). الخطأ الطبي الجراحي. ط1. الاسكندرية: دار الفكر العربي.
- حنا، منير رياض.(2008م). المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقاه الفرنسي والمصري. ط1. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.
- الحيارى، أحمد حسن.(2008م). المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص. (ط1). الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- الخراساني، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي. (2001م). السنن الكبرى. (د.ط). مؤسسة الرسالة - بيروت
- الخرقي، أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله. (1993م). مختصر الخرقى. ط1. طنطا: دار الصحابة للتراث.
- الخفيف، على.(2000م). الضمان في الفقه الإسلامي. (د.ط). القاهرة: دار الفكر العربي.
- الدار قطني، على بن عمر بن أحمد بن مهدي.(2004م). سنن الدارقطني. ط1. بيروت: مؤسسة الرسالة.
- الذنون، حسن على. (2006). المبسوط في المسؤولية المدنية. ط1. عمان: دار وائل للنشر و التوزيع.

- الرازي، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر. (1999م). مختار الصحاح. ط5. المكتبة
العصرية، بيروت.
- الزحيلي، محمد مصطفى. (2006م). القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة. ط1.
دمشق: دار الفكر.
- الزحيلي، وهبة. (د.ت). الفقه الإسلامي وأدلته. ط4. دمشق: دار الفكر.
- الزحيلي، وهبة. (2013). نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي.
ط9. دمشق: دار الفكر.
- الزرقا، أحمد بن محمد. (1989م). شرح القواعد الفقهية. ط2. دمشق: دار القلم.
- الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد الله. (1993). شرح الزركشي. ط1. الرياض: دار
العبيكان.
- الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين. (1313هـ). تبیین الحقائق شرح كنز
الدقائق وحاشية الشلبي. ط1. القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية.
- زين العابدين، زين الدين محمد بن علي بن. (1990م). التوقيف على مهمات التعاريف. ط1.
القاهرة: عالم الكتب.
- السجستاني، أبو داوود سليمان بن الأشعث. (د.ت). سنن أبي داوود. (د.ط) بيروت: المكتبة
العصرية.
- السراج، عبود. (1997م). شرح قانون العقوبات القسم العام- نظرية الجريمة. ط1. دمشق:
جامعة حلب.
- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل. (1993م). المبسوط. (د.ط). بيروت: دار المعرفة.
- السعيد، كامل. (2002م). شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات الأردني. ط2. عمان: دار
الثقافة للنشر.

سلامة، مأمون. (1998م). شرح قانون العقوبات-القسم العام. ط2. الإسكندرية: دار الفكر العربي.

سلطان، أنور (2016). مصادر الالتزام في القانون المدني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي. ط9. عمان: دار الثقافة والنشر والتوزيع.

السناري، محمد عبد العال. (2000م). مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة دراسة مقارنة. (د.ط.). الإمارات: مطبوعات جامعة الامارات.

السنهوري، عبد الرازق. (1954م). مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة: مقارنة بالفقه الغربي. ط2. بيروت: المجمع العلمي العربي الإسلامي.

السنهوري، عبد الرازق. (د.ت.). الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام. (د.ط.). لبنان: دار إحياء التراث العربي.

السنهوري، عبد الرازق. (1998م). نظرية العقد. ط2. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

السنيني، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين (2005م). منحة الباري بشرح صحيح البخاري. ط1. الرياض: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع.

السنيني، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري. (2000م)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية.

السيوطي. مصطفى بن سعد بن عبده. (1994م). مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى. ط2. المكتب الإسلامي.

السيوطي، جلال الدين. (1423هـ). منتقى الينبوع فيما زاد على الروضة من الفروع. (د.ط.). بيروت: دار عالم الكتب.

السيوطي، جلال الدين. (1990). الأشباه والنظائر. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية.

شارف، رحمة. (2014م). المسؤولية الادارية عن الأخطاء الطبية. رسالة ماجستير. الجزائر: جامعة محمد بكرة.

الشاعر، أنور حمدان. (2017م). *الوجيز في القانون الإداري*. (د.ط.). غزة: مكتبة نيسان.

الشافعي، محمد بن إدريس. (1990م). *الأم*. (د.ط.). بيروت: دار المعرفة.

شديفات، صفوان. (2011م). *المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية دراسة مقارنة*. ط1. عمان: دار الثقافة.

الشرييني، شمس الدين. الشافعي، محمد بن. (1994م). *مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج*. ط1. (د.م.). دار الكتب العلمية.

شطيط، عبد الله. (2017). *موقف القضاء الإداري السعودي من نظرية المسؤولية بدون خطأ*. ورقة عمل للمؤتمر السابع لرؤساء المحاكم الإدارية. بيروت: جامعة لدول العربية.

شفيق، على. (2002م). *الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية- دراسة تحليلية مقارنة*. (د.ط) الرياض: مركز البحوث.

الشنقيطي، محمد. (2004م). *أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها*. ط3. الشارقة: مكتبة الصحابة.

شنيور، عبد الناصر محمد. (2005). *الاثبات بالخبرة بين القضاء الإسلامي والقانون الدولي وتطبيقاتها المعاصرة*. (د.ط.). الأردن: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع.

الشواربي، عبد الحميد. (2000م). *مسؤولية الأطباء والصيدالدة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية*. (د.ط.). الاسكندرية: منشأة المعارف.

الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله. (1993م). *نيل الأوطار*. ط1. مصر: دار الحديث.

شيهوب، مسعود. (2005م). *المبادئ العامة للمنازعات الادارية*. ط2. الجزائر: ديوان المطبوعات.

الصفدي، وخريسات. (2002م). *قوانين وتشريعات الصحة والسلامة المهنية*. ط1. الأردن: دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع.

- الطائي، عادل احمد. (1999م). *المسؤولية المدنية للدولة عن اخطاء موظفيها*. (د. ط). الاردن: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- الطباخ، شريف. (2005م). *جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء*. (د. ط). الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.
- طلبة، عبد الله. (1997). *القانون الإداري الرقابة القضائية على أعمال الإدارة*. (د. ط). دمشق: منشورات جامعة حلب.
- الطيماوي، سليمان وعثمان، خليل. (1951م). *موجز القانون الإداري الإدارة العامة*. ط1. القاهرة: دار الفكر العربي.
- الطيماوي، سليمان. (1986م). *القضاء الإداري قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام دراسة مقارنة*. (د. ط). القاهرة: دار الفكر العربي.
- الطيماوي، سليمان. (1964م). *مبادئ القانون الإداري*. الكتاب الثاني. (د. ط). القاهرة: دار الفكر العربي.
- عادل، عبد الله. (2011). *المسؤولية الإدارية للمرافق الاستشفائية*. أطروحة دكتوراة، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر.
- عامر، حسين، وعامر، عبد الرحيم. (1979م). *المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية*. ط2. القاهرة: دار المعارف.
- عبد اللطيف، عبد الرحمن بن صالح (2003م). *القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير*. ط1. السعودية: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية.
- عبد الله، يونس محمد (1999م). *أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها - دراسة مقارنة بين نظامي القضاء الموحد والمزدوج*. ط1. أربيل: مطبعة جامعة صلاح الدين.
- عبد المحسن، مصطفى. (2000م). *الخطأ الطبي والصيدلي "المسؤولية الجنائية"*. (د. ط). القاهرة: دار النهضة العربية.

- العثيمين، محمد بن صالح بن محمد. (1422هـ). الشرح الممتع على زاد المستقنع. ط1. (د.م). دار ابن الجوزي.
- عدة، لبي بن. (2016م). المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ المرفقي. مذكرة ماجستير. الجزائر. جامعة عبد الرحمن ميرة.
- العرعاري، عبد القادر. (2011م). مصادر الالتزامات، المسؤولية المدنية. ط2. الرباط: دار الأمان.
- عمر، أحمد مختار عبد الحميد. (2008م). معجم اللغة العربية المعاصرة. ط1. (د.م). عالم الكتب.
- عمرو. عدنان. (2004م). القضاء الإداري - قضاء الإلغاء. ط2. الإسكندرية. منشأة المعارف.
- عميري، فريدة. (2011م). مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي. مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون. الجزائر.
- عوابدي، عمار. (1998م). نظرية المسؤولية الإدارية دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة. (د.ط) الجزائر: دار المطبوعات الجامعية.
- عودة، عبد القادر. (د.ت). التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي. ط2. القاهرة: منشورات الحلبي.
- عويس، حمدي (2011). مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية. ط1. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي
- غانم، هاني عبدالرحمن. (2017م). القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم (3) لسنة 2016م. ط1. غزة: مكتبة نيسان.
- فرج، صلاح الدين. و عارف، على عارف. (1441هـ). قاعدة "الضرر يُزال" وأثرها في ضمان خطأ الطبيب. بحث موافق عليه للنشر في مجمع حجة الاسلام. الجامعة الإسلامية دار العلوم وقف ديونند. الهند.
- فرج، هشام عبد الحميد. (2008). الأخطاء الطبية. ط1. (د.م). دار الفكر العربي للطباعة والنشر.

الفضل، منذر.(2012م). *المسؤولية الطبية دراسة مقارنة*. ط1. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

فطناسي، عبد الرحمن.(2011م). *المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي في الجزائر*. رسالة ماجستير. الجزائر: جامعة الحاج لخضر باتنة.

فهمي، خالد مصطفى. (2012م). *النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية*. ط1. الاسكندرية: دار الفكر العربي.

- الفوزان، محمد بن براك.(2009م). *مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة وتطبيقاتها الإدارية : دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون الوضعي*. ط1. الرياض: مكتبة القانون والاقتصاد.

الفيومي، أحمد بن محمد بن علي. (د.ت). *المصباح المنير في غريب الشرح الكبير*. (د.ط). بيروت: المكتبة العلمية.

القاضي، هشام. (2011م). *الامتناع عن علاج المرضى*. ط2. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.

قايد، أسامة. (1990م). *المسؤولية الجنائية للأطباء_ دراسة مقارنة*. (د.ط) القاهرة: دار النهضة العربية.

قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن. (1968م). *المغني لابن قدامة*. (د.ط). الزمالك: مكتبة القاهرة.

القرطبي، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي (د.ت). *المحلى بالآثار*. (د.ط). بيروت: دار الفكر .

القرطبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد(1964م). *تفسير القرطبي*. ط2. القاهرة: دار الكتب المصرية.

القزويني، ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد.(1418هـ). *سنن ابن ماجه*. بيروت: دار إحياء الكتب العربية.

القليوبي، أحمد سلامة وعميرة، أحمد البرلسي (1995م). *حاشيتا قليوبي وعميرة*. (د.ط). بيروت: دار الفكر.

الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد. (1986م). *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*. ط2. (د.م). دار الكتب العلمية.

كرشيد، محمد عبد الكريم. (2011م). *المسؤولية الطبية المدنية*. (د.ط). صفاقس: مطبعة سوجيك.

لافي، ماجد. (2012م). *المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي دراسة مقارنة*. ط1. عمان: دار الثقافة والنشر والتوزيع.

لحلو، ليلى. (2014م). *المسؤولية الإدارية للمستشفى العمومي*. رسالة ماجستير. الجزائر: جامعة عبد الرحمن ميرة.

المالكي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن. (د.ت). *الفروق*. (د.ط). القاهرة: عالم الكتب.

مأمون، عبد الرشيد. (1986م). *عقد العلاج بين النظرية والتطبيق*. ط1. القاهرة: دار النهضة العربية.

الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب (د.ت). *تفسير الماوردي*. (د.ط). بيروت: دار الكتب العلمية.

المجالي، نظام. (2010م). *شرح قانون العقوبات - القسم العام*. ط3. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (د.ت) *المجموع شرح المهذب*. (د.ط) دار الفكر.

مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورة مؤتمره الخامس عشر، 6-11/3/2004م، قرار رقم: 142 (15/8)، بشأن ضمان الطبيب، مجلة المجمع، ع15. ج4.

مجموعة أحكام النقض المصرية .

- محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري. (2009م). موسوعة الفقه الإسلامي. ط1. (د.م). بيت الأفكار الدولية.
- محيسن، علا. (2017م). المسؤولية المترتبة على التداوي بالطب البديل. رسالة ماجستير في الفقه المقارن. الجامعة الإسلامية. غزة.
- المرداوي، علاء الدين أبو الحسن على بن سليمان. (2000م). التحبير شرح التحرير في أصول الفقه. ط1. السعودية: مكتبة الرشد.
- مرقس، سليمان. (1988م). الوافي في شرح القانون المدني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية. ط5. القاهرة: مطبعة الاعتماد.
- مرقس، سليمان. (د.ت). نظرية دفع المسؤولية المدنية. (د.ط). القاهرة: مطبعة الاعتماد.
- المزني، إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل. (1990م). مختصر المزني (د.ط). بيروت: دار المعرفة.
- المستحدث في قضاء مجلس الدولة الفرنسي. (2017م). العدد الأول. ترجمة القاضي خالد دغيم. مصطفى إبراهيم، وآخرون، (2004). المعجم الوسيط. ط4. القاهرة: دار الدعوة.
- مصطفى، محمود. (1983م). قانون العقوبات العام. ط5. القاهرة: مطبعة دار الكتاب العربي.
- المعاينة، منصور عمر. (2004م). المسؤولية المدنية والجناحية في الأخطاء الطبية. ط1. الرياض: جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية.
- منار، فاطمة. (2012) مسؤولية طبيب التخدير المدنية. ط1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- المنجي، إبراهيم. (2003م). دعوى التعويض الإداري التنظيم القانوني والعملية لدعوى التعويض أمام محكم مجلس الدولة. ط1. الاسكندرية: منشأة المعارف.
- منصور، محمد حسين. (د.ت). المسؤولية الطبية المدنية. (د.ط). الاسكندرية: منشأة المعارف.

المؤسسة الفلسطينية لدراسة الديمقراطية. مواطن. (2013م). أوراق في النظام الفلسطيني وانتقال السلطة. ط1. رام الله.

الموسوعة الفقهية الكويتية. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت. (من 1404 - 1427 هـ)

موقع الأمم المتحدة على شبكة الانترنت. تاريخ الزيارة: 2018/8/23. على الرابط التالي:
www.un.org/ar/

موقع المقتفي على شبكة الانترنت. أحكام النقص والإستئناف. تاريخ الزيارة: 2018/6/25. على
الرابط التالي: <http://muqtafi.birzeit.edu>

موقع لجنة الانتخابات المركزية على شبكة الانترنت. تاريخ الزيارة: 2018/8/12. على الرابط
التالي: <http://www.elections.ps/ar>

موقع ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، على شبكة الانترنت. على الرابط التالي:
<https://ar.wikipedia.org>

- النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي. (1986م). السنن الصغرى للنسائي. ط2. تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية.

النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي. (2001م). السنن الكبرى. ط1. بيروت: مؤسسة الرسالة.

النقيب، عاطف. (1984م). النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي- الخطأ والضرر. ط3. الجزائر: منشورات عويدات.

نمور، محمد سعيد. (2011م). أصول الإجراءات الجزائية. ط1. عمان: دار الثقافة.

النيسابوري، مسلم بن الحجاج. (د.ت). صحيح مسلم. (د.ط). بيروت: دار إحياء التراث.

الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان. (2012م). الأخطاء الطبية نحو حماية قانونية متوازنة لأطراف الأخطاء الطبية. ط1. رام الله.

الوليد، ساهر. (2014م). الأحكام العامة في قانون العقوبات الفلسطيني. الجزء الثالث. غزة:
(د.ن).

ثانياً: التشريعات.

- الدستور الطبي الأردني لسنة 1989م.
قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م.
قانون الاتحادي الإماراتي رقم (101) لسنة 2008م.
القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م.
القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012م.
قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية: رقم (4) لسنة 2001م.
قانون الجزاء الكويتي، رقم (16) لسنة 1960م.
قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م.
قانون الصحة العامة، رقم (20) لسنة 2004م.
قانون العقوبات السوري.
قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960م.
قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936م.
قانون العقوبات الليبي، لسنة 1953م .
قانون العقوبات المصري وتعديلاته، رقم (95) لسنة 2003م.
قانون الفصل في المنازعات الادارية رقم (3) لسنة 2016م.
قانون المجلس الطبي لسنة 2006م.
قانون المخالفات المدنية المعدل: رقم (5) لسنة 1947م.
قانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998م،
قانون المسؤولية الطبية الأردني لسنة 2018م.
قانون المسؤولية الطبية الليبي رقم (17) لسنة 1986م.
قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001م.
مجلة الأحكام العدلية.
مرسوم القانون الاتحادي الإماراتي رقم (4) لسنة 2016م.
مشروع قانون تنظيم المهن الصحية لسنة 2013م.