

المسئولية التقصيرية والعقدية في الخطأ الطبي

د. سعيد سالم عبدالله الغامدي

المسئولية التقصيرية والعقدية في الخطأ الطبي

د. سعيد سالم عبدالله الغامدي

المقدمة

يشير التاريخ الإنساني عبر مراحلہ المختلفة وصفحاته المتعددة إلى أهمية المسئولية الطبية والتحلي بالضوابط الأخلاقية لدى الطبي المعالج لحماية المرضى، في إطار ضوابط قانونية وأسس تشريعية، وضعها المشرعون والحكام لتقنين مهنة الطب. ففي الحضارة الفرعونية كانت عقوبة الطبيب إذا أخطأ قد تصل إلى حد الإعدام، وعند الأشوريين إذا أخطأ

الطبيب أو لم ينجح في علاج مريض يلتمس لنفسه العذر من الإدارة العليا للآلهة. أما شريعة حمورابي فقد نصت المواد من ٢١٥ - ٢١٧ على أتعاب الأطباء في حال إنقاذ حياة أو عين المريض^(١)، كما نصت أيضًا المواد من ٢٢١-٢٢٣ على أتعاب الأطباء في حال جبر العظم المكسور وشفاء العصب الملتصق^(٢)، كما نظمت المواد ٢١٨-٢٢٠ الجزاءات المترتبة عنها، فنصت المادة ٢١٨ على أنه "لو شق جرح جرحًا عميقًا في جسم رجل حر بمشرط من البرونز مما سبب أو فتح قناة أو مجرى الدمع في عين رجل مما عطل عين الرجل يقطعون يده" كما جاء في المادة ٢١٩ على أنه "لو شق جراح جرحًا عميقًا في جسم عبد قروي بمشرط من البرونز مما تتسبب في موته، يعوض عبدًا بعبد" وأضاف في المادة ٢٢٠ "أما لو فتح مجرى الدمع بحرية من البرونز فأفقدته بصره يدفع نصف ثمنه فضة".

أما الإغريق فكان الطبيب عندهم لا يسأل جزائيًا إذا توفى المريض رغمًا عنه، ولكنه كان يسأل جزائيًا إذا كانت الوفاة بسبب تقصير الطبيب أو جهله، وعلى الرغم من ذلك فقد كان أفلاطون يشكو عدم الرقابة على الأطباء في عصره إذ يقول: "إن الأطباء يأخذون أجرهم سواء شفوا المرضى أو قتلوهم".

(١) نصت المادة ٢١٥ "لو أجرى طبيب عملية من الدرجة الأولى على سيد بمشرط من البرونز وأنقذ حياته أو فتح قناة الدمع في عين رجل وأنقذ عينه، يأخذ عشر شيكلات من الفضة" كما نصت المادة ٢١٦ على "أما إن كان المريض من العامة فيأخذ خمسة شيكلات من الفضة" كما أضافت المادة ٢١٧ "وإن كان المريض عبدًا، على مالك العبد أن يعطي الطبيب شيكلين من الفضة". نقلًا عن د/ أسامة سراس، شريعة حمورابي وأصل التشريع في الشرق القديم، دار علاء الدين، الطبعة الثانية، دمشق، ١٩٩٣، ص ١٢٥.

(٢) نصت المادة ٢٢١ "لو جبر طبيب عظمًا مكسورًا لرجل أو شفي عصبًا ملتصقًا على المريض أن يعطي الطبيب كما أشافت المادة ٢٢٣ "فإن كان عبدًا فعلى مالك العبد أن يعطي الطبيب شيكلين من الفضة" نقلًا عن د/ أسامة سراس، المرجع السابق، ص ١٢١.

أما في أوروبا وخلال عهدها المظلمة وعلى الرغم مما فيها من تخلف وتأخر في تلك العهود فقد كان للنظام الكنسي مؤثرات تدل على أن الأوربيين عرفوا المسئولية الطبية، فقد كان عند القوط الشرقيين^(٣) إذا مات مريض بسبب عدم عناية الطبيب وجهله يسلم الطبيب إلى أسرة المريض ويترك لها الخيار بين قتله واتخاذة رقاً، فيما كان لدى القوط الغربيين أن تعطي الأتعاب للطبيب مقابل الشفاء وخلافه لا يحق للطبيب مطالبة المريض أو ورثته بالأجرة، ونتطرق في هذا البحث للموضوعات الآتية:

الفصل الأول طبيعة المسئولية المدنية للأطباء في القانون الفرنسي

إن المسئولية المدنية تقوم عموماً حينما يخل الفدر بما التزم به قبل الغير قانوناً أو اتفاقاً، والجزاء فيها يكون بتعويض الضرر الناشئ عن هذا الإخلال، وهكذا فإن المسئولية الطبية تبحث عندما يتخلف أصحاب هذه المهنة عن بذل العناية التي تتطلبها صنعتهم والتي ينتظرها ويتوقعها المرضى منهم. ولذا سنبحث في المبحث الأول طبيعة مسئولية الطبيب المدنية وتحديدها وبعد ذلك نتناول في المبحث الثاني التزام طبيب اتجاه المريض، ما هو التزام الطبيب اتجاه المريض؟ هذا من جهة ومن جهة أخرى ما استقر عليه القضاء والفقهاء الفرنسي والعربي حول طبيعة هذا الالتزام، هل هو التزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة؟

المبحث الأول الاتجاه الفرنسي القديم في تكييف طبيعة المسئولية الطبية

(٣) د/ أسامة سراس، المرجع السابق، ص ١٢٧.

في الواقع لا خلاف في طبيعة مسؤولية الطبيب تجاه الغير فهي دون أدنى شك ذات طبيعة تقصيرية^(٤) أما المسؤولية الطبية تجاه مريضه، والناجمة عن العلاج، فقد كانت محل خلاف فقهي وقضائي. حيث اختلف الفقه والقضاء في طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب.

المطلب الأول

أساسيات النظرية التفسيرية والتطورات التي لحقت بها

تعتبر المسؤولية التفسيرية (الفعل الضار) من أهم موضوعات القانون المدني، وقد تناولتها العديد من الدراسات والأبحاث، ورغم ذلك يبقى الباب مفتوحاً للبحث في هذا الموضوع؛ نظراً لأهميته وتعدد جوانبه وارتباطه بتطور المجتمعات من حيث الوسائل الصناعية والتكنولوجية الحديثة، وقد تنازع هذا الموضوع في اتجاهات رئيسيان: الاتجاه الأول: هو الاتجاه الشخصي الذي أسسه وتزعمه الفكر القانوني للمدرسة اللاتينية، والذي يقيم المسؤولية التفسيرية على ثلاثة أركان هي: الخطأ، الضرر، وعلاقة السببية، أما الاتجاه الثاني: فهو الاتجاه الموضوعي الحديث الذي امتدت جذوره إلى الفقه الإسلامي ومازالت، والذي يقيم المسؤولية التفسيرية على ركن وحيد هو الضرر؛ استناداً إلى حديث الرسول صلي الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"^(٥).

أساسيات النظرية التفسيرية:

تقوم المسؤولية التفسيرية في أي تشريع مدني إما على أساس النظرية الشخصية، وإما على أساس النظرية الموضوعية، لذلك فإن تحديد أساس

(٤) عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، بيروت، ٢٠٠٠، ص ١٣٩.

(٥) إياد محمد جاد الحق: مدى لزوم (الخطأ) كركن من أركان المسؤولية التفسيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني - دراسة تحليلية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، ٢٠١٢، ص ٦١.

المسئولية التقصيرية في مشروع القانون المدني، ويتطلب دراسة هاتين النظريتين، ومن ثم تحديد ذلك الأساس في ظل القانون الفرنسي.

أولاً: النظرية الشخصية (نظرية الخطأ):

تقوم المسئولية التقصيرية وفقاً للنظرية الشخصية على فكرة الخطأ، حيث يعتبر الخطأ وفقاً لتلك النظرية أساس المسئولية التقصيرية، وعليه فإن كان خطأ بسبب ضرراً للغير؛ يلزم مرتكبه بالتعويض، ويرجع الفضل في صياغة تلك القاعدة إلى القانون المدني الفرنسي القديم الذي لم يعجبه الحال في القانون الروماني، كون ذلك الأخير لم يكن يتضمن قاعدة عامة للمسئولية التقصيرية عن العمل غير المشروع، بل كان يتضمن تنظيمًا لأفعال محددة يعتبرها أعمالاً غير مشروعة تستوجب قيام المسئولية التقصيرية^(٦).

ثانياً: النظرية الموضوعية (نظرية تحمل التبعة):

ظهر في أواخر القرن التاسع عشر اتجاه في الفقه الفرنسي يقيم المسئولية التقصيرية على فكرة الضرر، والذي بناء عليه لا يشترط لقيام المسئولية التقصيرية توافر ركن الخطأ بل يكفي توافر ركن الضرر، ويرجع السبب في ظهور ذلك الاتجاه إلى الثورة الصناعية في فرنسا، وما أدت إليه من انتشار للصناعات الحديثة، وزيادة المخاطر الناتجة عن استخدام الآلات الميكانيكية^(٧) والتي من الممكن أن تصيب الغير بضرر دون وجود خطأ ينسب إلى المشروع الصناعي أو وجوده مع صعوبة إثباته^(٨).

التطورات التي لحقت بالمسئولية التقصيرية:

(٦) إياد محمد جاد الحق: مرجع سبق ذكره، ص ١١٢.

(٧) رمضان أبو السعود: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٧، ص ٢٣٦، ٣٢٧.

(٨) المرجع السابق: ص ٣٣١.

يتضح مما تقدم وجود مجموعة من العوامل ساهمت آنذاك في ظهور النظرية الموضوعية في المسؤولية التقصيرية، وتتمثل تلك العوامل بظهور مخاطر جديدة، نتيجة استعمال الآلات الميكانيكية ومعدات الصناعية، بالإضافة إلى انتشار ظاهرة التأمين بمختلف أنواعه الأمر الذي يتطلب تعزيز أشكال الضمان الاجتماعي، علاوة على انتشار الأفكار الاجتماعية التي تهدف إلى حماية المضرور، على أساس أن الالتزام بالتعويض يعتبر بمثابة وسيلة؛ لإعادة التوازن بين ذمة المضرور وذمة محدث الضرر.

فمسئولية الطبيب وفقاً على ما أستقر عليه الفقه والقضاء الفرنسي هي مسئولية تعاقدية، إلا أن هناك حالات تكون فيها تلك المسئولية تقصيرية، وهذه الحالات هي:

- ١- عندما تأخذ مخالفة الطبيب لالتزامه ببذل العناية طابعاً جنائياً، أي يصبح فعله يشكل جريمة، فسيبى المسئولية الطبية هو الفعل المكون للجريمة، ويكون القضاء الجنائي مختصاً بالدعويين الجنائية والمدنية.
- ٢- إذا نجم ضرر للغير بسبب المريض ذاته، فنكون مسئولية الطبيب أمام هذا الغير مسئولية تقصيرية- حتى ولو كان بين الطبيب والمريض (أو نائبه) عقد صحيح ونافذ- ومن قبيل ذلك، ولو تسبب المريض بنقل مرضه إلى الغير عن طريق العدوى، أو كما لو استعمل الطبيب ذات الأداة من مريض مصاب بدا معد مع آخر سالم من هذا الداء، فنقل إليه العدوى بسبب هذا الخطأ(من الطبيب)
- ٣- تدخل الطبيب بغير دعوة المريض كأن يصاب شخص في الطريق العام فيسارع بعض المارة باستدعاء طبيب لإنقاذه أو أن يشاهد الطبيب حادثاً ويتدخل من تلقاء نفسه لإسعاف المصاب فإن المسئولية هنا تكون تقصيرية لعدم وجود عقد.
- ٤- الطبيب الذي يعمل موظفاً يعتبر في مركز تنظيمي أو لائحي وأنه يخضع تبعاً لذلك للقوانين واللوائح الخاصة بالعاملين بالدولة وفي هذه الحالة لا يمكن مساءلة الطبيب إلا على ساس المسئولية التقصيرية.

٥- وكذلك في حالة امتناع الطبيب ع علاج المريض أو إنقاذه بلا مبرر مشرع، وذلك أن تقديم المساعدة لشخص في خطر يعد واجباً إنسانياً بدائناً يلام إذا امتنع القيام به أي شخص، ومن ثم من باب أولى يلام الطبيب الذي يمتنع عن علاج مريض أو إنقاذه مخالفاً بذلك قانون أخلاقيات المهنة التي يفرض عليه التدخل السريع لإنقاذ حياته^(٩).

المطلب الثاني

الاتجاه الفرنسي القديم نحو تأسيس المسؤولية الطبية على النظرية التقصيرية تجد المسؤولية العقدية شأن المسؤولية التقصيرية أساسها في الخطأ، وقد يشكل هذا الخطأ- بوصفه واقعة ضارة- خطأ عقدياً وخطأً تقصيرياً في آن واحد، وهنا يثور التساؤل عن مدى أحقية الدائن في الخيرة بين إقامة دعواه استناداً إلى توافر خطأ عقدي أو خطأ تقصيري؟ وكذلك حقه في الجمع بين المسؤوليةين؟ للإجابة على هذا التساؤل يمكن القول أنه لا خلاف بين الفقهاء على عدم جواز مسألة الجمع بين المسؤوليةين، فلو أخل أحد أطراف التفاوض بالالتزام الناشئ عن عقد ضمان السرية مثلاً في مرحلة المفاوضات فإنه لا يجوز للدائن أن يطالب بتعويضين، تعويض على أساس المسؤولية العقدية استناداً إلى أن أي أخلال بالتزام عقدي يقيم المسؤولية العقدية ويطلب بتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية استناداً إلى أن هذا الالتزام الذي تم خرقه يكون التزاماً عاماً يتفرع عن مبدأ حسن النية فيكون محمياً وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، لأنه وحسب الرأي الراجح ينبغي أن لا يجاوز التعويض مقدار الضرر^(١٠). وفي الوقت ذاته لا يجوز

(٩) عبد الرازق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (١) المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الأصلية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة ١٩٩٨، ص ١٢١.

(١٠) عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الألتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨٩، ص ٢٢٦.

للدائن و أن طالب بتعويض واحد أن يجمع في دعواه المدنية بين خصائص المسؤولية العقدية وخصائص المسؤولية التقصيرية ووفقاً لما يفيد من كل منهما والا ظهرت دعوى غير معروفة لا هي بالعقدية ولا هي بالتقصيرية، وكذلك لا يجوز له اذا رفع إحدى الدعويين فخرها أن يلجأ إلى الدعوى الأخرى لأن قوة الشيء المقضي فيه تحول دون ذلك فعليه هو أن يتحمل غرم ذلك^(١١). أما مسألة الخيرة بين المسؤوليتين، فأن القضاء في فرنسا^(١٢) ومصر. قد أنتهى إلى عدم جواز الخيرة إلا اذا كان الإخلال بالالتزام العقدي يكون جريمة أو خطأ جسيماً وعلى هذا الأساس ليس أمام ضحية الخطأ العقدي إلا دعوى المسؤولية العقدية من حيث المبدأ، فإذا كان الخطأ العقدي يشكل جريمة أو خطأ جسيماً كان له الخيرة بين دعوى المسؤولية العقدية ودعوى المسؤولية التقصيرية. وتطبيقاً لذلك ليس أمام المتفاوض ضحية الأخلال بالالتزامات التفاوضية إلا دعوى المسؤولية العقدية أو دعوى المسؤولية التقصيرية حسب الأحوال، وأن كان له الخيرة بينهما اذا شكل الخطأ جريمة أو غشاً أو خطأ جسيماً فيكون للدائن في أي من هذه الحالات أن يرفع دعواه استناداً إلى قواعد المسؤولية التقصيرية أو قواعد المسؤولية العقدية وحسب احوالها^(١٣)، فقد يرى من مصلحته على سبيل المثال دعوى المسؤولية التقصيرية اذا كان صالحه في تضامن المدينين أو

(١١) حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول، الضرر، شركة التايمس للطباعة والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٩١، ص ١٥٠.

(12) Cass civ.2ech.13 nov .1970 ,bull .11no .596 ,civ .2e ch 13 dec .1972 ,bull .111,no .679, d.1973 .372notej.mazead 6 ,9 mai 1979,d.1980 ,414 et civ.le 11 mai 1982, bull .i.no. 170.

(١٣) حيث أشار حكم النقض الفرنسي الذي جعل اللجوء الى دعوى المسؤولية التقصيرية وحدها هو المقبول في أحوال معينة، كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه اذا ثبت الغش والخيانة من المدين في تنفيذ العقد، تتمحي المسؤولية العقدية تماماً فيما بين الطرفين وتصبح المسؤولية التقصيرية وحدها واجبة التطبيق " نقض مدني مصري، في ٣٠ نوفمبر ١٩٦٥، مجموعة المكتب الفني، س١٦، رقم ١٨٢، ص ١١٦٠.

في التزاماتهم بالتعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع أو في أبطال ما أدرجوه من بنود للأعفاء من المسؤولية.

ونستخلص من هذا كله، أنه إذا وجد هناك شرط يقضي باللجوء الى قواعد المسؤولية العقدية وحدها، فلا يجوز لأي منهما الألتجاء الى قواعد المسؤولية التقصيرية، لأن الطرفين قد أفصحا بأدراج هذا الشرط عن أرادة صريحة وواضحة. ونرى أن هذا الأمر يسري حتى في حالة كون الخطأ جسيماً فلا يجوز الألتجاء لقواعد المسؤولية التقصيرية، لأن هذ الخطأ لا يخرج المتعاقد عن دائرة المسؤولية العقدية وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي إذ قضى بأن جزاء الخطأ الجسيم أو العمد هو تعويض المتعاقد عما لحقه من ضرر مباشر كان متوقعاً أو غير متوقع ونحن في هذا المقام نذهب لما ذهب إليه الأستاذ الكتور حسن علي الذنون من أنه إذا كان أخلال المتعاقد بتنفيذ ألتزامه التعاقدى يشكل جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات، كما يعد في الوقت ذاته جريمة مدنية فحينئذ يجوز الألتجاء لأحدى المسؤوليتين، أي يجوز للمتعاقد الذي أصابه الضرر الرجوع على المتعاقد الأخر أما بدعوى العقد أو بدعوى الفعل الضار، لكن يبقى الأصل هو أنه إذا أختار أحد هذين الطريقتين أستنفذ حقه ولم يعد له بعد أن يلجأ الى الطريق الأخر الا إذا كان عدوله عن الطريق الذي أختاره قد تم قبل صدور الحكم النهائي في دعواه.

المطلب الثالث

نقد الاستناد إلى النظرية

التقصيرية كأساس للمسئولية الطبية

لا ضير من ابتداع نوع ثالث من المسؤولية وتحدد شرائطه وفقاً لاحتياجات العدالة إذ تحكم قواعد هذه المسؤولية مرحلة المفاوضات لأنها

مرحلة سابقة على أبرام العقد وفيها خصوصية وهي أن ما تم طرحه فيها يعد ناتجاً عن أرادة الأطراف المتفاوضة ولا يجوز تجاهل هذه الإرادة^(١٤). وعليه نؤيد الاتجاه الفقهي الذي ينادي بجعل المسؤولية في مرحلة التفاوض مسؤولية خاصة وسابقة على التعاقد وتعالج خطأ يتمتع بخصوصية وهو يتمثل بالأخلال بالثقة المشروعة المتولدة في هذه المرحلة، و تعالج ضرراً ناتجاً بمناسبة محاولة أبرام العقد وعليه اذا كان الأصل هو وكما رأينا بعد الأطلاع على العديد من المصادر نعتقد أن المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد هي مسؤولية تقصيرية الا أن هناك حالات يدق فيها التمييز وتكون المسؤولية عقدية فيها، ومثلها الحالات التي يقطع فيها الطرفان مراحل جادة في طريقها الى التعاقد اذ يتوصلوا الى أبرام اتفاقات أولية سابقة على أبرام العقد الأصلي، ولذلك فأن عدم تنفيذ أي ألتزام ورد في هذه الاتفاقات التمهيدية يرتب مسؤولية عقدية فمثلاً لو كان الاتفاق التمهيدي ينص على أن يكون هناك شخص ثالث يحدده احد الأطراف يقوم بتعيين ثمن الشيء المراد بيعه، فأن عدم قيام ذلك الطرف باختيار هذا الشخص قصداً منه إلى عدم أبرام العقد الأصلي، يجعله مسؤول مسؤولية عقدية ناتجة عن مخالفة الاتفاق التمهيدي.

المبحث الثاني

تحول القضاء والفقهاء في فرنسا نحو الأخذ بالنظرية العقدية في المسؤولية الطبية بقي الفقهاء والقضاء في فرنسا يعتبران المسؤولية الطبية هي مسؤولية تقصيرية إلى أن صدر حكم محكمة النقض الفرنسية في حكم شهير لها في يوم ٢٠ أيار من عام ١٩٣٦م، حيث عرض امر تكيف طبيعة المسؤولية الطبية من جديد على محكمة النقض وقررت (أنه من المقرر نشوء عقد ما بين الطبيب والمريض يلتزم بمقتضاه الطبيب لا بشفاء المريض بل بتقديم

(١٤) حسن علي الذنون: حول مسألة جواز الخيرة بين المسؤولين، ص ١٥٠، ١٥١.

العناية اليقظة التي تقتضيها الظروف الخاصة للمريض والتي تتفق مع أصول المهنة ومقتضيات التطور العلمي، ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام التعاقدية ميلاد مسئولية من نفس النوع أي مسئولية عقدية^(١٥).

المطلب الأول
أساسيات النظرية العقدية
في القانون الفرنسي

القضاء الفرنسي ظل يعتر مسئولية الطبيب مسئولية تقصيرية إلى غاية ٢٠ ماي ١٩٣٦ حيث أصدرت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية قرارها الشهير في القضية المعروفة بقضية ميرسي Mercier الذي يعد نقطة تحول مهمة في ميدان مسئولية الطبيب حيث قلبت لأوضاع وأعطى للقضاء الفرنسي منذ ذلك الوقت اتجاها آخر اعتبر فيه الطبيب مرتبطا بعقد مع مريضه يلتزم بمقتضاه ليس بشفائه من المرض ولكن بتقديم عناية يقضه له تقتضيها ظروف المريض الصحية ومطابقة للأصول الثابتة لمهنة الطب ولمقتضيات التطور العلمي، وأن إخلال الطبيب لهذا الالتزام المتولد عن العقد تنتج عنه مسئولية عقدية حتى ولو كان ذلك الإخلال عفويا وغير مقصود.

وبالرجوع إلى الفصل ٢٦٣ من قانون الالتزامات والعقود المغربي فإنه يمكن للضحية المتضرر من جراء خطأ الطبيب المعالج له أن يركز على أساس الإخلال بالالتزام تعاقدية للمطالبة بالتعويض، شرط أن يكون هناك اتفاق مسبق يكون الطبيب بمقتضاه ملزما بالمعالجة، وعليه فالمسئولية العقدية هنا تقوم كلما تم الإخلال بتنفيذ أحد الالتزامات الناشئة عن العقد على نحو يسبب ضررا للمتعاقد وبالتالي فقيام هذا النوع من المسئولية متوقف على شرطين:

- وجود عقد صحيح يربط بين المتضرر والمسئولية عن الضرر.

(١٥) عبد الرازق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني المرجع السابق، ص ١٩٩.

- أن يقع من احد طرفي العقد إخلال بالتزام مترتب عن هذا العقد وأن سبب هذا الإخلال ضررا للطرف الآخر^(١٦).

وقد ساند غالبية الفقه المغربي اتجاه القضاء الفرنسي بتشبيثهم وتأكيدهم على أن المسؤولية الطبية مسؤولية عقدية ويعد أستاذنا أحمد ادريوش من أهم الفقهاء الداعين لذلك، الذي يرى أن الفصل ٧٢٤ من قانون الالتزامات والعقود المتعلق بإجارة الصنعة يصلح كسند قانوني للعقد الطبي^(١٧).

المطلب الثاني

الاتجاه الفرنسي الحالي نحو تأسيس

المسؤولية الطبية على النظرية العقدية

المسؤولية المدنية للطبيب تخضع في القانون الفرنسي حتى قبل عام ٢٠٠٢، لأحكام العامة للمسؤولية المدنية المنصوص عليها في القانون المدني، وسبقت الإشارة إلى أن محكمة النقض الفرنسية، ومنذ عام ١٩٣٦، تعد مسؤولية الطبيب الناجمة عن العلاج ذات طابع عقدي ومن ثم أخضعتها لأحكام المادة ١١٤٧ من القانون المدني والتي تنص على أنه "يحكم على المدين إذا كان هناك محل لذلك، بدفع التعويض إما بسبب عدم تنفيذ الالتزام، أو بسبب التأخر في تنفيذه، ويستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه إذا أثبت أن عدم التنفيذ يعود إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، شريطة ألا يكون سيء النية"^(١٨)، وتواتر بعد ذلك أحكام محكمة النقض الفرنسية على اعتبار مسؤولية الطبيب عقدية.

(١٦) حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور، ملف مدني رقم ٩٤/١١٦٨- بتاريخ ١٩٩٦/٦/٢٨، منشور بمجلة الإشعاع، عدد ١٥ ص ١٢.

(١٧) أحمد ادريوش: مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، مطبعة الأمنية. الرباط، ص ١٢٥.

(١٨) محمد عبد النباوي: المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، الطبعة الثالثة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، يناير ٢٠٠٠، ص ١٤٣.

وتكون مسئولية الطبيب تقصيرية في حالات معينة كحالة مساءلة الطبيب عن خطئه جنائياً وحالة التدخل للعلاج بغير طلب من المريض وحالة بطلان العقد وفقاً للمادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ من ت. م. الفرنسي.

أما بعد قانون ٢٠٠٢ - ٣٠٣ الصادر في ٤ مارس ٢٠٠٢ لم يفصل المشرع الفرنسي في طبيعة المسئولية الطبية وإنما أتى بأحكام خاصة بها، وبالتالي أصبحت هذه الأخيرة تخضع للأحكام العامة وللأحكام الخاصة التي جاء بها.

أما مسألة تكيف العقد الطبي وجدت انقسامًا كبيرًا في الرأي في فرنسا فيما يتعلق بالنظرية العقدية، فذهبت بعض الآراء إلى أنه عقد وكالة غير أنه وجد هذا التكيف معيب إذ أن الطبيب لا ينوب عن المريض في عمله ثم أنه لا يقوم بإجراء تصرفات قانونية باسمه كما هو الشأن في الوكالة. لهذا ذهب رأي آخر إلى اعتباره عقد إيجار أشخاص هو خضوع الأجير ف يعمل له لمن استأجره وهو ما يتنافى وعلاقة المريض بالطبيب. كما ذهب البعض إلى اعتبار العقد من عقود المقاولة ولكن يعاب على هذا الرأي أن التزام المقاول هو التزام بنتيجة بينما التزام الطبيب هو التزام بوسيلة^(١٩).

ونظرًا لعدم فصل محكمة النقض الفرنسية في طبيعة عقد العلاج الطبي، فلقد اعتبره الفقه الفرنسي بأنه عقد قائم بذاته لا يمت بأي صلة لعقد إيجار الأشخاص ولا لعقد المقاولة ولا لعقد الوكالة^(٢٠)، أنا عن طبيعة العقد الذي يربط الطبيب بالعيادة الخاصة فقد كلفته محكمة النقض في عدة قرارات لها بأنه عقد إيجار خدمة^(٢١) وأخرها قرار Gan الصادر بتاريخ ٥ مارس ١٩٩٢

(١٩) فريحة كمال: المسئولية المدنية للطبيب، رسالة ماجستير، غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الفاتح، ٢٠٠٣، ص ٦٢.

(٢٠) المرجع السابق، ص ٦٤.

(٢١) المرجع السابق، ص ٦٧.

الذي يقضي بأن "الاستقلال المهني الذي يتمتع به الطبيب في ممارسة فنه لا يتعارض مع حالة التبعية التي تنتج عن عقد إيجار الخدمة الذي يربطه بالغير" (٢٢).

قد تواترت الأحكام والقرارات القضائية على تأكيد الطبيعة التقصيرية لمسئولية الأطباء (٢٣)، والتي قوامها الإخلال بواجب قانوني عام، هو وجوب عدم الإضرار بالغير بغض النظر عن مركز ومهنة مسبب الضرر استناداً للمادتين ١٣٣٢ و ١٣٨٣ م. فرنسي.

وتجدر الإشارة أن حصر المسئولية الطبية في المجال التقصيري لمدة قرن بأكمله بين مساوئ الطابع التقصيري والصعوبات التي يواجهها المريض، فاستقر القضاء الفرنسي بعد ذلك على الطابع العقدي للمسئولية الطبية وهذا منذ صدور قرار النقض الشهير بتاريخ ٢٠ مايو ١٩٣٦ (٢٤) في قضية مرسية Mercier، حيث قررت بأنه:

"ينشأ بين الطبيب وعميله عقد حقيقي، وإن كان العقد هذا يتضمن التزام الطبيب ليش بشفاء المريض، ولكن بتقديم العلاج المتقن اليقظ والحذر والمتقن مع المعطيات العلمية المكتسبة، وأن خرق هذا الالتزام ولو بطريقة غير عمدية، يترتب عنه قيام مسئولية من نفس الطبيعة وهي المسئولية العقدية" (٢٥).

وتجدر الإشارة أن هذا القرار لم يحسم في طبيعة مسئولية الطبيب باعتبارها تعاقدية فحسب وإنما قرر في نوعية التزامه كذلك باعتباره التزاماً ببذل عناية، فالقرار أكد أن العقد الطبي لا ينشئ التزاماً بشفاء المريض،

(٢٢) المرجع السابق، ص ٦٩.

(٢٣) د. محمد عبد النباوي: المرجع السابق، ص ١٤٣.

(٢٤) المرجع السابق، ص ١٥١.

(٢٥) المرجع السابق، ص ١٧٣.

وإنما يوجب معالجته بانتباه ويقظة وصدق وضمير وفقاً للمكتسبات العلمية المستقرة^(٢٦).

موقف القضاء الفرنسي:

استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية في حكم شهير لها في يوم ٢٠ مايو ١٩٣٦ على أنه من المقرر نشوء عقد بين الطبيب والمريض يلتزم بمقتضاه الأول لا بشفاء الثاني بل بتقديم العناية اليقظة التي تقتضيها الظروف الخاصة للمريض، والتي تتفق مع أصول المهنة ومقتضيات التطور العلمي، ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام التعاقدية - ولو بغير قصد - ميلاد مسئولية من نفس النوع أي المسئولية التعاقدية.

ومنذ أن صدر هذا الحكم عن محكمة النقض الفرنسية، فإن قضاء محاكم الدرجة الأولى والاستئناف في فرنسا مجمع على قبول مبدأ المسئولية العقدية للطبيب، وأصبحت المحاكم لا ترى في الرابطة القائمة بين الطبيب والمريض إلا تعاقدية، على اعتبار أن المبدأ الذي وضعه الحكم الصادر في ٢٠ مايو ١٩٣٦، يقوم على التزام الطبيب بتقديم العناية بكل ضمير وانتباه، وبصورة مطابقة لأصول العلمية الطبية^(٢٧).

وتظل مسئولية الطبيب تعاقدية حتى ولو كان العلاج والرعاية الطبية التي تمت بدون مقابل من جانب المريض، أي على سبيل الود أو الصدقة. وتعتبر المسئولية تعاقدية كذلك بالنسبة لباقي أفراد المهنة من جراحيين وأطباء الأسنان وصيادلة إلى غير ذلك، وتظل المسئولية ذات طبيعة تعاقدية كذلك بالنسبة للمؤسسات العلاجية.

كما تقوم المسئولية العقدية في حالة قيام طبيب بمعالجة زميلاً له مجاناً على تقدير قيام عقد بينهما، ولا يعتبر ما يؤديه الطبيب لزميله خدمة

(٢٦) فريحة كمال: المرجع السابق، ص ٧١.

(٢٧) أنور طلبية: المسئولية المدنية - الجزء الأول (المسئولية العقدية) ، الطبعة الأولى / المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية ، ٢٠٠٥، ص ٦٣١.

مجانية، لأن انعدام المقابل الذي ارتضاه الأطباء فيما بينهم طبقاً لعادة ثابتة، يمكن تفسيره على أنه إبراء اختياري من الدين مؤسس على فكرة التبادل ليكون العقد في حقيقته معاوضة.

موقف الفقه الفرنسي:

استقر الفقه الفرنسي القديم على أن الأعمال الأدبية والفنية لا يمكن أن تكون محلاً لتعاقد ملزم. ورتب هذا الفقه على ذلك لأن العلاقة بين الطبيب والمريض ليست علاقة عقدية، أن الطبيب لا يسأل عقدياً في مواجهة المريض، كما أن المريض لا يجبر قضاء على أن يدفع مقابلاً للخدمة التي أداها له الطبيب ولو كان قد اتفق معه على ذلك.

إلا أن الفقه الفرنسي تنبه في بداية القرن العشرين إلى خطأ النظرية السابقة، فأخذ الفقهاء ينادون بوجود اعتبار مسؤولية الطبيب الذي يختاره المريض أو نائبه لعالجه، مسؤولية تعاقدية، بل أنه حتى عندما يكون اختيار المريض للطبيب حاصلاً من الغير، كمستشفى أو رب عمل، فيكون هناك اشتراط لمصلحة المريض، يجعل المسؤولية تعاقدية أيضاً^(٢٨).

المطلب الثالث

الصعوبات والانتقادات التي وجهت إلى النظرية العقدية

ظل الفقه الفرنسي إلى ما بعد انقضاء الثلث الأول من القرن الماضي. يعتبر مسؤولية الطبيب عما يقع منه من أخطاء في علاج المريض مسؤولية تقصيرية تتطلب من المريض إقامة الدليل على خطأ الطبيب، وتجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنسي لمي تضمن نصاً خاصاً بالمسؤولية المدنية للطبيب. ونتيجة لذلك ذهبت غالبية الفقه إلى أنه يجب أن تطبق الأحكام

(٢٨) حسن الإبراشي: مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، دار النشر للجامعات العربية، ١٩٥١، ص ٧١.

العامة للمسئولية عن العمل الشخصي في مثل هذه الحال^(٢٩). وهذه الأحكام منصوص عليها في المادة ١٣٨٢ من القانون المدني التي تلزم كل من ارتكب خطأ سبب للغير ضرراً بإصلاح ذلك الخطأ وكذلك عن طريق التعويض^(٣٠). وسار القضاء الفرنسي على هذا الدرب أيضاً ومدة تزيد على قرن من الزمن عد خلالها مسئولية الطبيب عن الأضرار التي تلحق بالمريض نتيجة العلاج مسئولية تقصيرية^(٣١). لأن الطبيب إذا باشر علاج المريض في ظروف عادية فالغالب أن يكون ذلك بناء على اتفاق بينهما وكان يجب بناء على ذلك أن يعتبر التزام الطبيب بالعلاج التزاماً تعاقدياً أيضاً وأنه يترتب على الإخلال به مسائلة الطبيب طبقاً لقواعد المسئولية العقدية^(٣٢).

الفصل الثاني طبيعة المسئولية المدنية للأطباء في القانون المصري

تعتبر مهنة الطب من الأسرار التي تطبق عليها قوانين حماية السر المهني وقد استقر الفقه المصري على عدم ضرورة هذا الشرط وهو أن يعهد بالأمر إلى الأمرين على أنه سر، فيقول الأستاذ أحمد بك أمين أنه لا يشترط أن يكون السر قد أفضى به إلى من ائتمن عليه إفضاءً ولا أن يكون قد ألقى إلى الأمين على أنه سر وطلب منه كتماناً وأن كان ظاهر النص يفيد ذلك، فيعد في حكم السر الواجب كتمانته كل أمر وصل إلى علم الأمين ولم لم يفض به إيه إفضاءً كما لو عرفه عن طريق المباغثة أو بطريق

(٢٩) سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول: في الالتزامات، في الفعل الضار والمسئولية المدنية، الطبعة الخامسة، ١٩٩٢، ص ٣٨٠ وما يليها.

(٣٠) المرجع السابق، ص ٣٨٦.

(٣١) مصطفى الجمال: المسئولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء، منشورات الحلبي، بيروت ٢٠٠٠، ص ٣٨١.

(٣٢) المرجع السابق، ص ٤١٩.

الحدس أو التنبؤ أو عن طريق الخبرة الفنية، فالطبيب الذي يدرك من الكشف على مريض أنه مصاب بأمراض زهرية مطالب بكتمان ذلك السر ولو أن المريض نفسه لم يعلم به، والمحامي الذي يدرك من سياق الحديث مع موكله أنه ارتكب جريمة ملزم بحفظ السر^(٣٣)، كما ذهب الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسني تأييداً لذلك إلى أنه يشترط أن يكون صاحب السر هو الذي أودعه لدى الأمين، فقد يودعه لديه شخص آخر كزوج يخبر طبيباً أو محامياً بسر خاص بزوجه، بل قد لا يودعه لديه شخص ما على الإطلاق وإنما يعلم به عن طريق الخبرة أو عن طريق التوقع والاستنتاج^(٣٤)، وبذلك يكون الراجح في الفقه المصري هو عدم قصر السر على ما يعهد به العميل إلى الأمين ولكنه يتعداه إلى كل ما يسمعه الأمين من العميل أو يفهمه أو يستنتجه من تلقاء نفسه^(٣٥).

وخلاصة ذلك هي الآراء الثلاثة التي تصدرت غيرها في تعريف السر المهني، ونلاحظ أنه لا يمكن الأخذ برأي دون آخر أو الاعتداد برأي دون آخر في تعريف السر المهني، فالضرر وحده لا يكفي لتعريف السر المهني وتحديدته، فالنتائج سلبية كانت أم إيجابية لما يترتب عليها من آثار قانونية، يؤيد ذلك عموم نص المادة ٣١٠ ع الذي يتسع مدلوله لتسجيل كافة النتائج التي ينطوي عليها السر، هذا فضلاً عن أن احتمال وقوع الضرر متصور في حالة النتائج السلبية، فالطبيب الذي يذكر أن المريض لا يشكو من شيء قد يضر بمصلحة هذا المريض الذي يدعي عدم قدرته على القيام بعمل معين أو أن ظروفه الصحية تقتضي تغيير نوع عمله ومكانه، وقد تكون وقائع غير سرية في حد ذاتها، ولكنها تكون كذلك بحكم الظروف.

(٣٣) أحمد أمين: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ١٩٢٤، ص ٥٩٥.

(٣٤) جندي عبد الملك: الموسوعة الجنائية، ج ٢، ط ١٩٣٢، ص ٤٧.

(٣٥) منصور محمد نجيد: الأحكام العامة والإجراءات في قوانين الضرائب، ط ١، ص ١٤٣.

ولكن بعض رجال القانون لا يوافق على ذلك بقوله يجب على الطبيب أن لا يفشي المرض أيا كان يسيرًا فقد لا يكون الزكام في مفهوم الجماعة سرًا في حين أن إفشاؤه قد يضر بالمريض إذا كانت طبيعة عمله تتأثر بحاسة الشم.

المبحث الأول

اتجاه القضاء المصري نحو الأخذ بالنظرية التقصيرية في المسئولية الطبية

المسئولية التقصيرية صورة من صور المسئولية المدنية مضمونها الإخلال بالالتزام القانوني العام الذي يقضي بعدم الأضرار بالغير وكل إخلال بهذا الالتزام العام يرتب مسئولية المخل ويسأل من جراء الإخلال عن تعويض ما يقع من أضرار للمضرور.

بالدباية اختلطت المسئولية التقصيرية بالمسئولية الجنائية لاختلاط التعويض بالعقوبة فكان التعويض أكبر من قيمة الضرر لأنه يهدف للردع أي للعقوبة ولجبر الضرر معًا من جهة ولأن المضرور كان له حق الثأر من مسبب الضرر. وبعد ذلك ظهرت الدية على حساب فكرة الثأر نتيجة التمييز بين الشخص وذمته المالية أي أن حق الدائن محصور في الذمة المالية لمدينه وليس في جسمه ونشأة الدية بداية كحق اختياري ثم صارت إجبارية وكانت اتفاقية حيث يتفق المضرور والمتسبب بالضرر على قيمتها إلا أن الدولة تدخلت وحددتها واحتفظت لنفسها بحق توقيع العقوبة على الجرائم، ومن هنا ظهرت فكرة المسئولية الجنائية متمثلة بالعقوبة والمسئولية التقصيرية متمثلة بالتعويض^(٣٦).

أما في ظل الفرنسي المصري فقد تم التمييز بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية وتم تقسيم الأخيرة إلى مسئولية عقدية وأخرى تقصيرية.

(٣٦) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني . ج ٢ . ط ٣ . القاهرة : دار النهضة العربية . ١٩٨١، ص ٦٢١.

القانون المدني المصري بدأ من حيث انتهى القانون الفرنسي القديم فقرر التفرقة بين أنواع المسؤولية مسندا المسؤولية التقصيرية على فكرة الخطأ.

والتطور الذي حصل في نظرية المسؤولية التقصيرية هو تأسيسها على فكرة الضرر بدلا من الخطأ ذلك أن الضرر قد يحدث بلا خطأ من احد نتيجة تطور الآلات الميكانيكية وانتشار الصناعة الحديثة مما يؤدي بدوره إلى ضياع حق المضرور إذا عجز عن إثبات الخطأ ولا تحمل تبعه الضرر للمضرور ذلك انه لا يعزى إليه وإنما يتحمله من أنشأ الوضع الخطر واستفاد منه على أساس مبدأ الغرم بالغنم وهو هنا صاحب الآلات الميكانيكية، وهذا ما نادى به فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء^(٣٧).

المطلب الأول

أساسيات النظرية التقصيرية

في القانون المدني المصري

أورد المشرع القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية، وهي المسؤولية عن العمل الشخصي في المادة ١٢٤ من القانون المدني الجزائري، والتي تنص بأنه "كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض، ويتبين من هذا النص أن المسؤولية عن العمل الشخصي هي تلك التي تترتب على عمل يصدر من المسؤول نفسه وأن المسؤولية التقصيرية كالمسؤولية العقدية أركانها ثلاثة وهي الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بينهما، كما يتضح بأن أساس هذه المسؤولية هو الخطأ، الواجب الإثبات، وعلى المضرور إثباته، فإذا ثبت الخطأ وترتب عليه ضرر للغير فإن مرتكبه يلتزم بتعويض الغير عن هذا الضرر، وللقاضي الأساس حق تقدير قيام الخطأ، كما له حق تقدير انتفائه، غير أنه

(٣٧) محمد لبيب شنب: موجز في مصادر الالتزام . بيروت : دار النهضة العربية . ١٩٦٩، ص

يخضع لرقابة المحكمة العليا في عملية تكليفه القانوني. وسنتناول فيما يلي الأركان الثلاثة للمسئولية التقصيرية في ثلاث نقاط هي^(٣٨):

١- ركن الخطأ:

تحديد الخطأ الذي يوجب المسؤولية: لقد اختلفت وتعددت الآراء في تحديد الخطأ الذي يوجب المسؤولية، والمستقر عليه فقها وقضاءً لأن أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال الشخص بالتزام قانون مع إدراكه لهذا الإخلال فهو إخلال بالتزام قانوني أي بمعنى الانحراف في السلوك المألوف للشخص العادي، ويتمثل هذا الالتزام في وجوب أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب وكان مدركاً لهذا الانحراف كان هذا منه خطأً يستوجب مسؤوليته التقصيرية، واستقر أغلب الفقهاء على أن الخطأ هو الإخلال بالتزام قانوني مع الإدراك بأنه يضر بالغير.^(٣٩) وبالرجوع إلى المشرع الجزائري يتضح لنا بأنه يجعل الخطأ الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية بصفة عامة وهذا دون أن يعرف ماهية الخطأ، لما فيه من الدقة والصعوبة واقتصر على نص المادة ١٢٤ ق م ج، وهذا في عبار "كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضرراً" وكذا نص المادة ١٢٥ فقرة الأولى من ق م ج، "يكون فاقد الأهلية مسؤولاً عن أعماله الضارة متى صدرت منه وهو مميز".

ومن هنا يتضح أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية يقوم على ركنين أولهما مادي وهو التعدي أو الانحراف والثاني معنوي نفسي وهو الإدراك والتمييز. إذ لا خطأ يغير إدراك^(٤٠).

(٣٨) صبري حمد خاطر ، قطع المفاوضات العقدية ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد الاول ، العدد الثالث ، ١٩٩٧ ص ١٣٠ .

(٣٩) المرجع السابق: ص ١٣١ .

(٤٠) حلمي بهجت بدوي، أثار التصرفات الباطلة ، مجلة القانون والاقتصاد ، صادرة عن جامعة القاهرة ، السنة الثالثة ، رقم ١١ ، ص ٣٨٦ .

٢- ركن الضرر:

لا يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية أن يقع خطأ وإذا يجب أن يترتب عن ضرر، وتُعرفه بصفة عامة "هو الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروحة له أو حق من حقوقه".^(٤١) والضرر قد يكون مادياً أو معنوياً ويضيف إليه الفقه والقضاء الضرر المرتد.

١- الضرر المادي: هو ما يصيب الشخص في جسمه أو في ماله، فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب على المساس بحق (أو مصلحة) سواء كان الحق مالياً (كالحقوق العينية أو الشخصية أو الملكية الفكرية أو الصناعية) ويكون ضرراً مادياً إذا نجم عن هذا المساس انتقاص للمزايا المالية التي يخولها واحد من تلك الحقوق أو غير مالي كالمساس بحق من الحقوق المتصلة بشخص الإنسان كالحرية الشخصية وحرية العمل وحرية الرأي كحبس شخص دون حق أو منعه من السفر للعمل يترتب عليه ضرر مادي أيضاً.^(٤٢) (شرط أن تكون المصلحة مشروعة).

٢- الضرر المعنوي أو الأدبي: هو الضرر إلى يلحق الشخص في حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية، فهو ما يصيب الشخص في كرامته أو في شعوره أو في شرفه أو في معتقداته الدينية أو في عاطفته وهو أيضاً ما يصيب العواطف من ألام نتيجة فقدان شخص عزيز، وقد توسع القضاء في مفهوم المصلحة الأدبية فأعتبر ضرراً أدبياً ما يصيب الشخص من جراء السب أو القذف من إذاء للسمعة أو عن آلام النفس إلى نطاق من المحافظة على اسم الشخص وحرمة عائلته وشرفها^(٤٣).

٣- العلاقة السببية:

(٤١) المرجع السابق: ص ٣٩١.

(٤٢) المرجع السابق: ص ٣٩٧.

(٤٣) جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص ٣٦١.

وهو الركن الثالث في المسئولية التقصيرية وتعني وجوب وجود علاقة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه الشخص المسؤول وبين الضرر الذي وقع بالشخص. وقد عبر المشرع الجزائري عن ركن السببية في المادة ١٢٤ ق م في عبارة "ويسبب ضرراً" لذا حتى يستحق التضطرر التعويض يجب أن يثبت وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر، وعلى المسؤول إذا ما أراد أن ينفي علاقة السببية ان يثبت السبب الأجنبي أي السبب الذي لا يد فيه.

ولتحديد السببية نجد أنفسنا أمام أمر بالغ التعقيد وذلك لأنه يمكن ان ينسب الضرر لعدة أسباب لا لسبب واحد أي أمام تعدد الأسباب، ويمكن ان يترتب عن خطأ ما ضرر أو ويلحقه وقوع ضرر ثاني ثم ثالث وهذا ما يسمى بتعاقب الأضرار. وفي هذا تحديد الأضرار التي أنتجها الخطأ ومن تحديد النقطة التي تنقطع عندها السببية (٤٤).

أولاً: تعدد الأسباب: يكون الضرر ناتج عن عدة وقائع فتشترك في حدوثه ويصعب استبعاد منها لأن الضرر وقع لاجتماعها معاً. ومثال ذلك المثال التقليدي ترك شخص سيارته في الطريق دون إغلاق أبوابها وترك المفتاح بها فسرقها شخص وقادها بسرعة ليهرب بها فصدم شخاً وتركه دون إنقاذ، ثم مر شخص آخر فحمل المصاب إلى المستشفى بسرعة فاصطدم بشاحنة، أدى إلى وفاة المصاب، فما هي مسئولية صاحب السيارة المسروقة عن إحداه الوفاة؟

ظهرت نظريات عميقة تثير مسألة تعدد الأسباب خاصة في الفقه الألماني ومن أهمها:

- نظرية تكافؤ الأسباب أو تعادلها: عرفها الفقيه ميل بأن السبب ما هو إلا مجموع القوى التي ساهمت في إحداث الظاهرة والسبب ما هو إلا علاقة ضرورية بين السبب والأثر. وبمعنى آخر إذا اشتركت عدة وقائع

(٤٤) المرجع السابق: ص ٣٧٢.

في إحداه الضرر وكان كل منها شرطاً في حدوثه بحيث لولاها لما وقع، اعتبرت كل هذه الوقائع القريب منها والبعيد أسباباً متكافئة أو متساوية تقوم علاقة السببية بينها وبين الضرر ولمعرفة ما إذا كان بهذا السبب متكافئاً نتساءل إذا كان الضرر سيحدث لولا مشاركة هذا السبب فإذا كان الجواب بالإيجاب يعتقد بهذا السبب وان كان الجواب بالنفي فتقوم العلاقة السببية ويعتد به، فسرعة السارق وسرعة المنقذ كلها ساهمت في حدوث الوفاة فيعتبر كل منها سبب لها^(٤٥).

ويتناول القانون الفعل الضار اللاحق بالمجتمع وما ينجم عنه ويقيم عليه مسؤولية الفاعل الجزائية بينما يتناول القانون المدني الفعل الضار الذي يصيب الفرد ويبنى عليه مسؤولية الفاعل المدنية وعليه تختلف المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجزائية وينجم عن هذا الاختلاف النقاط التالية^(٤٦):

- ١- المسؤولية الجزائية الجزاء فيها عقوبة تطالب بها النيابة العامة كونها ممثلة للمجتمع وهي لا تملك التنازل عنها ولا الصلح عليها بينما في المسؤولية المدنية والمتعلقة بضرر يصيب الفرد فالجزاء هو التعويض وللمضرور النزول عنه والتصالح عليه ولو مات المسؤول يمكن مطالبة ورثته بالتعويض.
- ٢- المسؤولية الجزائية تخضع لمبدأ مهم وهو لا عقوبة بلا جريمة ولا جريمة بدون نص فالأفعال التي تترتب عليها المسؤولية الجزائية محددة تحديداً دقيقاً ومن ثم تتحدد العقوبات بينما المسؤولية المدنية تخضع للمبدأ الذي نصت عليه المادة ١٦٤ من القانون المدني كل خطأ سبب ضرراً

(٤٥) جميل الشرفاوي ، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٤١.

(٤٦) جميل الشرفاوي: المرجع السابق، ص ٢١٦.

للغير يستوجب التعويض فلا تحصر صور الخطأ ولا تعد وبالتالي فالمسئولية المدنية أوسع نطاقاً^(٤٧).

٣- قد يحصل التلازم بين المسئولية المدنية والجزائية كحالات الاعتداء على النفس والمال ولكن أيضاً يحصل الانفكاك بينهما فقد تقوم المسئولية الجزائية دون المدنية كما في الجرائم المقتصرة على الحق العام دون أن تمس أفراداً كجرائم مخالفات السير مثلاً والتسول وأحياناً تتحقق المسئولية المدنية دون الجزائية مثل خلافات العمل والتجاوز على العقارات وهنا نرى أن المسئولية الجزائية تارة هي الأعم حيث توجد مع المدنية كما في جرائم المال أو الاعتداء على النفس وأن توجد بدونها كمخالفات السير التي لا تؤذي الأشخاص وتارة المدنية هي الأعم حيث توجد مع الجزائية وتوجد بدونها كحوادث العمل^(٤٨).

حالات المسئولية التقصيرية للطبيب:

أن مسئولية الطبيب وفقاً على ما أستقر عليه الفقه والقضاء هي مسئولية تعاقدية، إلا أن هناك حالات تكون فيها تلك المسئولية تقصيرية، وهذه الحالات هي^(٤٩):

١- عندما تأخذ مخالفة الطبيب لالتزامه ببذل العناية طابعاً جنائياً، أي يصبح فعله يشكل جريمة، فسيب المسئولية الطبية هو الفعل المكون للجريمة، ويكون القضاء الجنائي مختصاً بالدعويين الجنائية والمدنية^(٥٠).

(٤٧) عبد الحميد الشواربي: مسئولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات (المدنية والجنائية والتأديبية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٦١٨.

(٤٨) المرجع السابق: ص ٦٢١.

(٤٩) المرجع السابق: ص ٦٢٧.

(٥٠) سليمان براك، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهريين، ١٩٩٨، ص ٤٣، ٤٤.

- ٢- إذا نجم ضرر للغير بسبب المريض ذاته ، فتكون مسئولية الطبيب أمام هذا الغير مسئولية تقصيرية- حتى ولو كان بين الطبيب والمريض (أو نائبه) عقد صحيح ونافذ- ومن قبيل ذلك، ولو تسبب المريض بنقل مرضه إلى الغير عن طريق العدوى، أو كما لو استعمل الطبيب ذات الأداة من مريض مصاب بدا معد مع آخر سالم من هذا الداء، فنقل إليه العدوى بسبب هذا الخطأ(من الطبيب)^(٥١).
- ٣- تدخل الطبيب بغير دعوة المريض كأن يصاب شخص في الطريق العام فيسارع بعض المارة باستدعاء طبيب لإنقاذه أو أن يشاهد الطبيب حادثاً ويتدخل من تلقاء نفسه لإسعاف المصاب فإن المسئولية هنا تكون تقصيرية لعدم وجود عقد.
- ٤- الطبيب الذي يعمل موظفاً يعتبر في مركز تنظيمي أو لائحي وأنه يخضع تبعاً لذلك للقوانين واللوائح الخاصة بالعاملين بالدولة وفي هذه الحالة لا يمكن مساءلة الطبيب إلا على ساس المسئولية التقصيرية.
- ٥- وكذلك في حالة امتناع الطبيب عن علاج المريض أو إنقاذه بلا مبرر مشروع، وذلك أن تقديم المساعدة لشخص في خطر يعد واجباً إنسانياً بدائتاً يلام إذا امتنع القيام به أي شخص، ومن ثم من باب أولى يلام الطبيب الذي يمتنع عن علاج مريض أو إنقاذه مخالفاً بذلك قانون أخلاقيات المهنة التي يفرض عليه التدخل السريع لإنقاذ حياته^(٥٢).

المطلب الثاني

اتجاه القضاء المصري نحو تأسيس المسئولية الطبية على النظرية التقصيرية المسئولية التقصيرية تقوم هذه المسئولية عند الاخلال بالتزام قانوني واحد لا يتغير وهو الالتزام بعدم الاضرار بالغير، فالدائن والمدين لا يرتبطان بعقد قبل ان تتحقق المسئولية بل ان المدين اجنبيا عن الدائن،

(٥١) المرجع السابق: ص ٤٧.

(٥٢) المرجع السابق: ص ٥١.

ومثال ذلك ان تكون العين في يدي مالکها ويتعرض له فيها اجنبي ويكون المدين بالتالي قد اخل بالتزام قانوني عام يفرض عليه عدم الاضرار بالغير ويدخل في الغير مالک العين. ونستطيع القول ان المسؤولية التقصيرية هي حالة الشخص الذي يخالف التزام فرضة عليا القانون^(٥٣).

تحديد نوع المسؤولية الطبية:

تثور المسؤولية الطبية عندما يتخلف أبناء المهنة عن بذل العناية التي تتطلبها مهنتهم والتي ينتظرها منهم المرضى، وقد كانت تلك المسؤولية محلاً للعديد من الاراء الفقهية والتطبيقات القضائية وبالتالي للكثير من التساؤلات حول تحديد طبيعتها هل هي مسؤولية عقدية ام مسؤولية تقصيرية^(٥٤).

الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية من المعلوم ان المسؤولية لا تكون عقدية الا اذا وجد عقد صحيح بين المضرور والمسؤول عن الضرر، وكان هذا الضرر نتيجة اخلال احد طرفي العقد بالتزام العقدي. ويترتب على هذا القول ان مسؤولية الطبيب هي مسؤولية تقصيرية كلما انعدمت الرابطة التعاقدية. وقد ذهب القضاء الفرنسي مدة من الزمن الى اعتبار ان المسؤولية الطبية مسؤولية تقصيرية، فقد صدر حكم في عام ١٨٣٨م من احدى المحاكم الفرنسية وعرض على محكمة النقض الفرنسية موضوع مسؤولية الطبيب، فقررت انها تقصيرية استنادا للمادتين (١٣٨٢، ١٣٨٣) من القانون المدني الفرنسي، باعتبار ان هاتين المادتين واجبتى التطبيق عندما يصدر خطأ من شخص معين يسبب ضرر للغير دون تمييز بين طبيب او غيره. واستمر الاخذ بهذا الحكم حتى بداية هذا القرن. وقد ساير الفقه الفرنسي المحاكم الفرنسية واعتبر ان المسؤولية الطبية هي مسؤولية

(٥٣) جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مجلة الحقوق الكويتية، مارس، ١٩٩٦، ص١٤، ١٥.

(٥٤) المرجع السابق: ص ١٧.

- تقصيرية، تقوم على الاخلال بواجب عام وهو عدم الاضرار بالغير، وقد استند انصار المسؤولية التقصيرية في مجال المسؤولية الطبية الى عدة حجج لتأييد رأيهم ويمكن اجمال هذه الحجج بما يلي^(٥٥):
- ١- إن المسؤولية الطبية هي مسؤولية لها طبيعة فنية بحتة، فالطبيب ملزم بمراعاة واجب الضمير والأصول العلمية الطبية الثابتة بعلم الطب، سواء ارتبط بعقد ام لم يرتبط، فكل ما يتعلق بالضمير والاصول العلمية الثابتة بعلم الطب مناطة قواعد المهنة وهذا يخرج عن دائرة العقد.
 - ٢- كل فعل يقوم به الانسان وينشأ عنه ضرر للغير، فانه يوجب المسؤولية التقصيرية، وقد ذهب انصار هذه الحجة (النظرية) بان كل فعل حتى ولو شكل جريمة جنائية فانه يوجب المسؤولية التقصيرية، وعمل الطبيب الذي يقوم به لا يخرج عن هذا النطاق ويلتزم بتعويض الضرر الذي نشأ عن فعله الطبي ولا يسأل عن اي جرم جنائي على حد قولهم لانه يتمتع بحصانة جنائية اذا ما التزم باصول المهنة^(٥٦).
 - ٣- الاستناد الى فكرة النظام العام، ان العلاج الطبي يتعلق بحياة الانسان وسلامة جسمه وبدنة وسلامة الانسان من سلامة المجتمع، وبالتالي فان المساس بهذه المسائل هو مساس بالنظام العام الذي هو مجموعة من الركائز والقواعد الاساسية التي تهم المصلحة العليا للدولة، والتي على الجميع احترامها، وبناء عليه يجب ان يخضع المسؤول في حالة مخالفة لهذه القواعد والركائز لقواعد المسؤولية التقصيرية^(٥٧).
- الا ان الاخذ بالمسؤولية التقصيرية يجعل عبء الاثبات يقع على عاتق المريض المضرور، على اعتبار ان الدائن هو الملزم باثبات الضرر، ومن اجل التخفيف عنه في عبء الاثبات وتوفير الحد الادنى لحياته فقد لجأ

(٥٥) جمال فاخر النكاس: المرجع السابق، ص ٢١.

(٥٦) المرجع السابق: ص ٥٢.

(٥٧) المرجع السابق: ص ١٧١.

الفقرة الى المادة (١٣٨٤) من القانون المدني الفرنسي والتي تحكم المسؤولية عن حراسة الاشياء، وتطبيقا لذلك فقد قررت محكمة النقض الفرنسية ان قرينة المسؤولية التي تفرضها الفقرة الاولى من هذه المادة تجاة من الحق ضررا من الاشياء او لحق به ضررا من الاشياء التي تكون تحت الحراسة، لا يمكن نفيها الا باثبات السبب الاجنبي الذي لا يد له فيه^(٥٨). وعلية لا يكتفي من الطبيب المدعى عليه ان يثبت انه لم يرتكب خطأ، وانما يجب ان يثبت ان هناك سبب اجنبي لا يد له فيه حتى يتمكن من نفي المسؤولية عنه.

وبقي الفقة والقضاء في فرنسا يعتبران المسؤولية الطبية هي مسؤولية تقصيرية الى ان صدر حكم محكمة النقض الفرنسية في حكم شهير لها في يوم ٢٠ ايار من عام ١٩٣٦م، حيث عرض امر تكيف طبيعة المسؤولية الطبية من جديد على محكمة النقض وقررت (أنه من المقرر نشوء عقد ما بين الطبيب والمريض يلتزم بمقتضاه الطبيب لا بشفاء المريض بل بتقديم العناية اليقظة التي تقتضيها الظروف الخاصة للمريض والتي تتفق مع اصول المهنة ومقتضيات التطور العلمي، ويترتب على الاخلال بهذا الالتزام التعاقدى ميلاد مسؤولية من نفس النوع اي مسؤولية عقدية)^(٥٩).

في مصر كان القضاء المصري يعتبر ان المسؤولية الطبية هي مسؤولية تقصيرية الى ان اصدرت محكمة النقض المصرية حكما شهيرا لها في ٢٢ حزيران عام ١٩٦٢ ذكرت ان مسؤولية الطبيب هي مسؤولية عقدية، والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي بينه وبين مريضة بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل منه جهود صادقة يقظة تتفق مع الاصول العلمية المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكة الطبي لا يمكن أن يقع من طبيب

(٥٨) المرجع السابق: ص ١٧٩.

(٥٩) المرجع السابق: ص ١٨١.

يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف التي احاطة بالطبيب المسؤول. ومع ذلك هناك حالات استقر الفقة والقضاء على أن تكون فيها مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية وهي الحالات التالية^(٦٠):

أولاً: اذا كان تدخل الطبيب لا يستند الى عقد صحيح ويقع ذلك في الحالات التي تؤكد الدلائل على انعدام الرابطة التعاقدية ما بين الطبيب والمريض، فاذا ما انعدم وجود مثل هذه الرابطة، فان مسؤولية الطبيب هي مسؤولية تقصيرية، ومثال ذلك ان يقوم الطبيب بانقاذ جريح على الطريق العام او انقاذ غريق، فيعتبر تدخل الطبيب هنا هو اقرب الى قواعد الفضالة حتى ولو دعي من قبل الجمهور للقيام بحالات الانقاذ المذكورة.

ثانياً: في الحالة التي يسبب المريض ضرراً يلحق بالغير، مثال ذلك اهمال الطبيب في مراقبة مريضة المختل عقليا والذي يسبب ضرراً للغير او قيام المريض بمرض معدي - مع علم الطبيب بذلك - بنقل العدوى الى شخص آخر، دون ان يقوم الطبيب بعمل الاجراءات اللازمة للحيلولة دون منع او انتشار المرض المعدي، او اذا منح الطبيب شهادة طبية لشخص معين وكانت هذه الشهادة مخالفة للوقائع وقام هذا الشخص بتقديمها لرب العمل. في الحالات السابقة تكون مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية^(٦١).

ثالثاً: حالة امتناع الطبيب عن علاج المريض او عن التدخل في معالجتة في ظروف كان يجب عليه وفقاً للقانون ان يتدخل في العلاج، ومثال ذلك عدم قيام الطبيب في قسم الطوارئ بتقديم الاسعافات الاولية للمريض فتعتبر مسؤولية الطبيب في هذه الحالة مسؤولية تقصيرية.

(٦٠) المرجع السابق: ص ٢١٣.

(٦١) المرجع السابق: ص ٢٧١.

رابعاً: الحالة التي تأخذ مخالفة الطبيب لالتزامه الطابع الجنائي ومن ثم يكون القضاء الجزائي هو المختص بالدعوى المدنية، وقد طبق القضاء الفرنسي هذا المبدأ بشأن الممرضة التي ادى اهمالها الجسيم لموت الطفل الصغير.

خامساً: الحالة التي يطالب فيها بالتعويض شخص آخر غير المريض، اي غير المتعاقد مع الطبيب، كما هو الحال بالنسبة لورثة المتوفي المتضرر، اذا قاموا برفع دعوى باسمهم الشخصي للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي اصابهم شخصياً نتيجة لموت قريبهم او مورثهم. هذه الحالات استقرا القضاء عليها بانها مسؤولية تقصيرية لا مسؤولية عقدية (٦٢).

المبحث الثاني

النظرية العقدية في القانون المدني المصري

المسئولية العقدية تقوم على الخطأ المفترض فمجرد عدم تنفيذ الالتزام العقدي يعتبر موجباً للتعويض والدائن لا يطالب بإثبات خطأ المسؤول وعلى المدين أن يثبت أن عدم تنفيذ الالتزام يعود لسبب أجنبي خارج عن إرادته بينما في المسئولية التقصيرية على المضرور إثبات خطأ المسؤول ولحوق الضرر به جراء هذا الخطأ ولكن هذا الفرق ليس عاماً دائماً إذا نلاحظ أنه في حالة الالتزام ببذل عناية كما هو حال مهمة المحامي فالمحامي ملزم ببذل عناية وليس بتحقيق غاية وعلى الدائن هنا إثبات تقصيره (٦٣) وإهماله على اعتبار أن هناك عقد مفترض بين المحامي ووكيله ببذل كل جهد للدفاع عن حقوقه وكذلك هناك بعض حالات المسئولية التقصيرية بشكلها الموسع تقوم على الخطأ المفترض ولا يلزم المضرور

(٦٢) المرجع السابق: ص ٣١٤.

(٦٣) محمد وحيد الدين سوار: اجتهادات محكمة النقض والنظرية العامة، مطبعة البيان، ٢٠٠٤، ص ٢١٧.

مثله مثل حال المضرور في المسؤولية العقدية لا يلزم بإثبات الخطأ ومثاله هنا مسؤولية الحارس بالتزامه ببقاء الشيء تحت سلطته الفعلية بحيث لا يلحق الضرر بالغير فالفارق بين المسؤوليةين في عبء الإثبات ينحصر في فرقين هامين هما^(٦٤):

- ١- أن الإثبات في المسؤولية العقدية يبقى أخف لأن معظم الالتزامات التزامات بتحقيق نتيجة بينما معظم الالتزامات في المسؤولية التقصيرية هي التزامات ببذل عناية.
- ٢- أن الدائن في المسؤولية العقدية يمكنه التملص من عبء الإثبات بأن يطالب المدين بالوفاء فقط فيضطر المدين لإثبات وفائه بالالتزام وفيما لو فشل يلجأ الدائن لإقامة دعوى المسؤولية العقدية^(٦٥).

المطلب الأول
أساسيات النظرية العقدية
في القانون المدني المصري

خصائص العقد الطبي:

عقد شخصي:

إذ تمثل حرية اختيار أو مغادرة المريض لطبيبه مبدأ أساسيا تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض، وعلى الطبيب احترام حق المريض هذا القائم على الثقة التي يوليها في مادته ٢٠٧ على الأطباء ممارسة مهنتهم - له، ذلك يفرض قانون الصحة (رقم ٨٥) باسم هو يتهم القانونية والتي تعد محل اعتبار المريض^(٦٦).

عقد مستمر:

(٦٤) محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص ٣٠٣.

(٦٥) المرجع السابق: ص ٣٠٧.

(٦٦) محمد صبري السعدي - شرح القانون المدني، دار نفائس للطباعة، ١٩٨٠، ص ٢٢٢

فالتبيب وبمجرد قبوله لعلاج مريض ما، فإنه يلتزم بمتابعة العلاج طالما لا يزال المريض بحاجة إليه، ولا يتحرر من التزامه هذا إلا إذا أمكن ضمان مواصلة العلاج^(٦٧).

المطلب الثاني النظرية العقدية في المسئولية الطبية لدى الفقه والقضاء المصري

الطبيعة العقدية للمسئولية الطبية يمكننا القول بأن الطبيب اذا قام بمعالجة المريض في ظروف عادية فغالبا ما يكون ذلك بناءً على اتفاق مسبق بينهما، وغالباً ما يرتبط المريض مع الطبيب بموجب عقد، حتى وان كانت صيغة هذا العقد في غالب الاحيان غير مكتوبة او غير موثقة، فمجرد فتح المريض لعيادته وتعليقه للافتة التي تدل على ذلك، فانه يضع نفسه في موقع من يعرض الايجاب، فعندما يتوجه المريض لهذا الطبيب من اجل العلاج فهذا يدل على قبول المريض للايجاب، وبالتالي انعقاد العقد الطبي بينهما، وبموجب هذا العقد يطلب المريض من طبيبه ان يقدم له العناية التي تؤدي الى شفائه مقابل بدل معين يتم الاتفاق عليه وفي العادة وكما هو معمول به في الاردن يتم تحديد اجور الكشفيات والعلاج مسبقا بموجب انظمة داخلية^(٦٨).

وقد خرج الفقه على اثر هذا الحكم الشهيرة باقرار نتيجة هامة الا وهي عدم جواز الجمع او الخيرة بين المسئوليتين، وبناء على ذلك يقع على عاتق المريض الذي يدعي بان التزام الطبيب لم يتم تنفيذه - اذا اعتبرنا هذا الالتزام هو التزام عقدي اثبات ذلك وفقا للقواعد العامة بالاثبات وتعتبر مسئولية الطبيب مسئولية عقدية حتى ولو تدخل الطبيب من تلقاء نفسه وفق اصول المجاملات الطبية، كما لو قام الطبيب بمعالجة احد اصدقائه او كما لو قام الطبيب بالمعالجة او بالتدخل بناء على اشتراط لمصلحة

(٦٧) المرجع السابق، ص ٢٢٦.

(٦٨) المرجع السابق: ص ٢٢٨.

الغير، كما لو تعاقد رب العمل مع طبيب معين لمعالجة عمالة، فالعامل المضرور يرجع على الطبيب في حالة اهمال الطبيب في معالجته وفقا لقواعد المسؤولية العقدية. بعد أن تعرضنا للاتجاهات الفقهية والقضائية والتي عملت على تكييف طبيعة المسؤولية الطبية نعرض الان الرأي السائد في التكييف القانوني للمسؤولية الطبية^(٦٩).

يشترط لقيام المسؤولية العقدية للطبيب توافر الشروط الآتية:

- ١- أن يكون هناك عقد فإذا باشر الطبيب العلاج دون أن يسبق ذلك عقد كانت المسؤولية تقصيرية.
- ٢- أن يكون العقد صحيحاً، ذلك لأن العقد الباطل لا يترتب عليه التزام او المسؤولية عنه تكون تقصيرية. ومن الأمثلة التي يبطل فيها العقد إذا كان لسبب غير مشروع أو مخالفاً للآداب العامة كما لو كان الغرض من العقد إجراء تجربة طبية لا تحتاج إليها حالة المريض الصحية.
- ٣- يجب أن يكون المتضرر هنا هو المريض فإذا كان من الغير كمساعد الطبيب الجراح الذي يصيبه الطبيب أثناء إجراء عملية فالمسؤولية هنا تكون تقصيرية.
- ٤- يجب أن يكون الخطأ المنسوب إلى الطبيب نتيجة لعدم تنفيذ التزام ناشئ عن عقد العلاج أما إذا كان الخطأ المنسوب للطبيب لا يمت بصلة إلى الرابطة العقدية كانت المسؤولية تقصيرية مثال ذلك الطبيب الذي لم ينتبه إلى أخطاء مطبعية خاصة بتحديد جرعة الدواء مما تسبب عنه وفاة الشخص.
- ٥- أن يكون المدعي صاحب حق الاستناد إلى العقد^(٧٠).

بعد تناول الشروط الواجب توافرها حتى تكون مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية لا بد أن نتناول موقف القضاء والفقه الفرنسي لكون القاعدة العامة في القضاء الفرنسي أن المسؤولية الطبية هي مسؤولية عقدية وفي بعض الحالات تكون تقصيرية.

(٦٩) محمد صبري السعدي: مرجع سبق ذكره، ص ٦٠١.

(٧٠) المرجع السابق: ص ٦٠٧.

موقف القضاء المصري:

يذهب القضاء المصري إلى القول بأن مسؤولية الطبيب مسئولية تقصيرية، فقد قضت محكمة النقض المصرية بان لا يمكن مسألة طبيب المستشفى العام إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد أختار الطبيب لعلاج حتى ينعقد عقد بينهما، كما لا يمكن القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام وبين أطبائها لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها هي علاقة تنظيمية وليست تعاقدية، وبذلك لا يكون هناك محل لبحث مسؤولية طبيب المستشفى العام في دائرة المسؤولية لا تعاقدية^(٧١).

وبالنظر لهذا الحكم نجد صراحةً أنه يقرر أن مسؤولية الطبيب تقصيرية في فرض وه العلاج عند طبيب عام بمستشفى عام وممكن ثم تنتفي المسؤولية العقدية لعدم تصور وجود عقد بين المريض الذي يتلقى العلاج وبين الطبيب العام.

كما ذهبت أحكام القضاء المصري إلى القول بالطبيعة التقصيرية للمسئولية الطبية فقد قضت محكمة النقض بأن الطبيب مسئول عن تعويض الضرر المترتب على خطئه في المعالجة ومسئوليته هذه تقصيرية بعيدة عن المسؤولية العقدية.

وطبيعة الحال أن القضاء لا يتفق مع المنطق القانوني في تجاهله للعلاقة التعاقدية التي قد تنشأ بين الطبيب والمريض وبصفة خاصة في الحالات التي يلجأ هذا الأخير إلى الأول عن وعي واختيار له. فالرابطة العقدية تجد جذورها وتضرب بأوصالها في هذه الحالات، ويترتب على

(٧١) سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، ج٢، الألتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط٤، القاهرة، ١٩٨٧، ص٥٤٠ وما بعدها.

الضرر الذي يصيب المريض من جراء إخلال الطبيب بالتزامه نشوء المسؤولية العقدية (٧٢).

ولكن يجدر الإشارة في هذا الصدد على أن محكمة النقض تطبق قواعد المسؤولية التقصيرية على الالتزام بتعويض الضرر المرتد الذي يصيب أقارب المريض، وهذا أمر بديهي فإذا أمكن القول بقيام علاقة عقدية بين المريض والطبيب، فإن مثل هذه العلاقة لا توجد بين الأقارب والطبيب (٧٣). ولكن الفقه المصري يعارض القضاء المصري ويؤيد القضاء الفرنسي في اعتبار أن الأصل هو أن تكون المسؤولية الطبية تعاقدية إلا في حالات معينة (٧٤).

الفصل الثالث

طبيعة المسؤولية المدنية للأطباء في القانون السعودي المبحث الأول

اتجاه القضاء السعودي نحو الأخذ بالنظرية التقصيرية في المسؤولية الطبية

أخذ المملكة بهذه النظرية، فالقضاء يُحمّل الدولة مسؤولية الضرر الذي ينتج عن فعل مشروع، نص "نظام العمل" في م / (١٣٣): أنه إذا أصيب العامل بإصابة عمل فإنّ على صاحب العمل تحمّل نفقات علاجه، فهذه المادة تُلزم رب العمل على التعويض.

ما قرره اللوائح التنفيذية لنظام الخدمة المدنية من تعويض الموظف في حالة إصابته بعجز عاهة دائمة تمنعه من أداء العمل بصورة قطعية أو ورثته في حالة الوفاة بشرط أن تكون الإصابة أو الوفاة بسبب العمل، كما نصت م (٦١) من اللوائح التنفيذية لنظام الخدمة المدنية على أنه: يُمنح الموظف المُصاب بعجز أو عاهة أو وفاة تعويضاً قدره (٦٠,٠٠٠ ريال).

(٧٢) المرجع السابق: ص ٥٤٩.

(٧٣) المرجع السابق: ص ٦٠٧.

(٧٤) المرجع السابق: ص ٦٠٩.

وقد صدر الأمر السامي رقم (٢٠٣٧) بتاريخ ٢٢/٩/١٣٩٨ هـ. أن المشاريع العامة التي اتخذت صورة مبنى أو شق طريق أو غيرها، فأصاب الغير ضرراً عن ذلك في الملكية الخاصة، فإنه يجب دفع تعويض عن العقارات التي يُصيبها ضرر من جراء تنفيذ هذه المشاريع، فهنا لا يلزم أن يكون هناك خطأ من جانب الإدارة.

أما في القضاء الإداري:

فإنَّ هناك أحكام صادرة من المحكمة الإدارية تقرّر هذه المسؤولية، مثل: قيام البلدية ببناء مبنى مرتفع، وسبب أضراراً، تمثل تلك الأضرار انخفاض قيمة الأراضي المجاورة وانكشاف سطوح تلك المنازل، فطالبوا بالتعويض، فدفع ممثل الأمانة بأن الإدارة تقوم بعمل مشروع ولم يوجد خطأ، غير أنَّ الدائرة حكمت على الأمانة بالتعويض.

هل أخذت الشريعة الإسلامية بهذه النظرية؟

لو نظرنا إلى الأدلة الشرعية من القرآن والسنة وكلام الفقهاء والصحابة والتابعين لوجدنا ذلك:

حديث: ((لا ضرر ولا ضرار)).

القاعدة الفقهية الشهيرة: ((الضرر يُزال)).

فالضرر إذا وقع وجبت إزالته، وإزالته تتمثل في التعويض عنه.

جزاء المسؤولية (آثار المسؤولية):

التعويض في القانون الإداري:

إذا تحققت مسؤولية الإدارة وتبين للقضاء أنَّ الإدارة مسؤولة عن هذا الضرر فالجزاء هو إلزامها بالتعويض، والتعويض يقتضي جبر الأضرار التي لحقت بالمضرور. سواء كانت المسؤولية واقعة بخطأ أو بغير خطأ،

والمحكمة الإدارية في المملكة هي الجهة المختصة بفض النزاعات التي تكون الإدارة أو الدولة طرفاً فيها^(٧٥).

ونصت الفقرة (ج) من المادة (١٣): "يختص ديوان المظالم بالفصل فيما يأتي.. ومنها: دعاوى التعويض الموجهة من ذوي الشأن إلى الحكومة والأشخاص ذوي الشخصية المعنوية". والمضروور يتدججه إلى الإدارة في البداية للمطالبة بالتعويض ثم يتقدم للديوان.

ما هي طبيعة التعويض الذي يجب أن يحكم به ؟

ينقسم التعويض إلى قسمين:

١- التعويض النقدي: هو مبلغ من المال يُقدَّر حسب الضرر، ويجب أن يكون هناك تناسب بين التعويض والضرر.

٢- التعويض العيني: وهو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل إحداث الضرر. وهو وإن كان ممكناً في المنازعات المدنية إلا أنه في المنازعات الإدارية الأمر مختلف؛ (أمور مستثناة فيجوز فيها التعويض العيني).

أ/ أن ترى الإدارة أن التعويض العيني يحقق المصلحة العامة، فيجوز لها أن تلجأ إليه طواعية واختياراً^(٧٦). كما لو نزعت الإدارة ملكية أراضي لإقامة مبنى، ثم رأت المصلحة في عدم إقامة المبنى، أو اغتصبت الإدارة أرضاً لشخص ما، فهنا الأصل أن يعوّض مادياً وتستمر يدها على الأرض، إلا أنه للإدارة أن تطلب من القاضي أن تقوم هي بالتعويض العيني تحقيقاً للمصلحة العامة، فالإدارة هي التي طلبت ذلك.

(٧٥) سوار، محمد وحيد الدين، النظرية العامة للالتزام، ج ١، ط ٨، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٩٦، ص ١٢١.

(٧٦) القانون المدني السعودي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩، المادة ١٦٧.

ب/ أن يُخَيَّر القاضي الإدارة بين التعويض النقديّ أو العينيّ، فإن اختارت الإدارة العينيّ حكمَ به القاضي، وصار ملزماً.
ج/ أن يكون خطأ الإدارة جسيماً فاحشاً يصل إلى درجة الاعتداء المادي، فللقاضي الحقُّ بالزام الإدارة بعمَلٍ مُعيَّن، كردُّ ما استولت عليه الإدارة، مثل: لو استولت البلدية على البضاعة، أو هدم ما قامت به منشآت.

٣- التعويض الأدبي (١): وهو لا يكون مبلغاً ولا إلزاماً للإدارة بعمَلٍ، وإنما هو إجراء تقومُ به الإدارة لتحقيق رضى مَنْ أصابه الضرر وإحساسه بالعدالة، وتقديم الاعتذار له، ويكون إما بالنشر في الصحف أو الإذاعة ونحوها. حيث يشعر بالعدالة وإعادة الحقِّ.

المبحث الثاني: النظرية العقدية في القانون السعودي
من مصادر القانون التجاري السعودي (المصادر الرسمية)

- ١- العقد المصدر الاول.
- ٢- التشريع التجاري نظام المحكمة التجارية الصادر ١٣٥٠هـ.
والسجل التجاري والاسماء التجارية والاستثمار الأجنبي والمعاهي البحار عام ١٩٧٤ اتفاقية تيسير وتنمية التبادل التجاري بين الدول العربية والاتفاقية الاقليمية للمحافظة على بيئة البحر الاحمر وخليج عدن
- ٣- الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسي لأحكام القانون التجاري السعودي في حال خلت الانظمة التجارية عن حل مسألة مطروحة
- ٤- العرف والعادات وهو/اسقرار العمل بقاعدة معينة مع الاعتقاد بالزامها وضرورة احترامها من قبل التجاروهو المصدر التاريخي(اذا تعارضت قاعدتين فانه يغلب العرف الخاص على العام والمحلي على العام) امثلته (تخفيض الثمن في حاله تاخر التسليم، تضامن المدينين في حال تعددهم، انذار المدين بورقة عادية)

٥- العادات التجارية اعتياد الافراد باتباعها في معاملتهم دون ان تصل لحد الالتزام القانوني فلا يتوفر فيها ركن معنوي فلا تطبق الا في حاله اتفاق المتعاقدين صراحة او ضمنا على الاخذ بها انتقادات العرف والعادات (قواعدها غامضة لانها غير مكتوبة/قواعدها لا تعطي اجابات قانونية مثل صحة التعاقد والاهلية/لايعدان قانونا لانها تفقد عنصر الالتزام)

خاتمة

وفقاً للنظرية الشخصية في المسؤولية التقصيرية يؤدي وجود السبب الأجنبي إلى نفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر؛ ومن ثم عدم قيام مسؤولية محدث الضرر وعدم إلزامه بتعويض المضرور، بينما وفقاً للنظرية الموضوعية لا يؤدي وجود السبب الأجنبي إلى ذلك، بل تقوم مسؤولية محدث الضرر ويلتزم بتعويض المضرور رغم وجود السبب الأجنبي، وعليه فإن التشريعات التي أخذت بالنظرية الموضوعية في تنظيم المسؤولية التقصيرية- كالقانون المدني الأردني- يفترض عدم تنظيمها للسبب الأجنبي كمانع لقيام المسؤولية التقصيرية، والقول بغير ذلك فيه خروج عن منطق تلك النظرية وما وجدت من أجله.

وقد أخذ المشرع القانون المدني بالنظرية الشخصية في المسؤولية التقصيرية وليس بالنظرية الموضوعية كما جاء في المذكرات الإيضاحية للمشروع، وقد اتضح ذلك من خلال التوفيق بين المادتين (١٧٩، ١٨٠) اللتين اشتملتا على ركن الخطأ بعنصرية: المادي والمعنوي، ولا يعني عدم الذكر الحرف لركن الخطأ في النصوص عدم اشتراطه لقيام المسؤولية التقصيرية؛ إذا توافرت الأركان الأخرى، وبناء عليه: فإن ركن الخطأ ركن أصيل من أركان المسؤولية التقصيرية، لا بد من توافره وفقاً للمادتين (١٧٩، ١٨٠/١) من مشروع القانون المدني الفلسطيني. وذلك يمكن القول: بعدم وجود تعارض بين تلك المادتين كما ورد في المذكرات الإيضاحية لمشروع

د. سعيد سالم عبد الله الغامدي

القانون المدني الفلسطيني، حيث اشتملت المادة (١٧٩) على العنصر المادي للخطأ، أما المادة (١/١٨٠) فاشتملت على العنصر المعنوي للخطأ.

قائمة المراجع

- ١- أحمد ادريوش: مسئولية الأطباء المدنية بالمغرب، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، مطبعة الأمنية . الرباط.
- ٢- أحمد أمين: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ١٩٢٤.
- ٣- أنور طلبية: المسؤولية المدنية - الجزء الأول (المسؤولية العقدية) ، الطبعة الأولى / المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية ، ٢٠٠٥.
- ٤- إياد محمد جاد الحق: مدى لزوم (الخطأ) كركن من أركان المسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني - دراسة تحليلي، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، ٢٠١٢
- ٥- جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مجلة الحقوق الكويتية، مارس، ١٩٩٦ .
- ٦- جميل الشرقاوي ،النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ،القاهرة، ١٩٨١.
- ٧- جميل الشرقاوي ،النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الثاني، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ،القاهرة، ١٩٨٧.
- ٨- جندي عبد الملك: الموسوعة الجنائية، ج ٢، ط ١٩٣٢.
- ٩- حسن الإبراشي: مسئولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، دار النشر للجامعات العربية، ١٩٥١.
- ١٠- حسن علي الذنون ،المبسوط في المسؤولية المدنية ،الجزء الأول، الضرر، شركة التايمس للطباعة والنشر الأهلية ،بغداد ١٩٩١.
- ١١- حلمي بهجت بدوي ،أثار التصرفات الباطلة ،مجلة القانون والاقتصاد ،صادرة عن جامعة القاهرة ، السنة الثالثة ،رقم ١١ .
- ١٢- رمضان أبو السعود: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٧
- ١٣- سليمان براك ، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهدين، ١٩٩٨.

د. سعيد سالم عبد الله الغامدي

- ١٤- سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، ج٢، الألتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط٤، القاهرة، ١٩٨٧.
- ١٥- سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول: في الألتزامات، في الفعل الضار والمسئولية المدنية، الطبعة الخامسة.
- ١٦- صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد الأول، العدد الثالث، ١٩٩٧.
- ١٧- عبد الحميد الشواربي: مسئولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات (المدنية والجنائية والتأديبية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- ١٨- عبد الرازق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني . ج ٢ . ط ٣ . القاهرة : دار النهضة العربية . ١٩٨١.
- ١٩- عبد الرازق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (١) المجلد الثاني، نظرية الألتزام بوجه عام، مصادر الألتزام، الطبعة الأصلية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة ١٩٩٨.
- ٢٠- عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للألتزامات، القسم الأول، مصادر الألتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.
- ٢١- فريحة كمال: المسئولية المدنية للطبيب، رسالة ماجستير، غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الفاتح، ٢٠٠٣.
- ٢٢- محمد صبري السعدي- شرح القانون المدني، دار نفائس للطباعة، ١٩٨٠.
- ٢٣- محمد عبد النبوي: المسئولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، الطبعة الثالثة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، يناير ٢٠٠٠.
- ٢٤- محمد لبيب شنب: موجز في مصادر الألتزام . بيروت : دار النهضة العربية . ١٩٦٩.
- ٢٥- محمد وحيد الدين سوار: اجتهادات محكمة النقض و النظرية العامة، مطبعة البيان، ٢٠٠٤.

٢٦- مصطفى الجمال: المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء، منشورات الحلبي، بيروت ٢٠٠٠.

٢٧- منصور محمد نجيد: الأحكام العامة والإجراءات في قوانين الضرائب، ط ١.

٢٨- سوار، محمد وحيد الدين، النظرية العامة للالتزام، ج ١، ط ٨، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٩٦.

29 - Cass civ.2ech.13 nov .1970 ,bull .11no .596 ,civ . 2ech 13 dec .1972 ,bull .111,no .679, d.1973 .372notej.mazead 6 ,9 mai 1979,d.1980 ,414 et civ.le 11 mai 1982, bull .i.no. 170.