

The scope of medical harm within the framework of civil liability

Akram Subhi Mezher

Abstract: Due to the enormous scientific developments and technological advances in all areas of life, It has become very important to follow these developments, so that they must be surrounded by legislative guarantees guaranteeing respect and care for the human personality as much as possible in all circumstances. There is no doubt that modern medical science has become providing services to humanity with distinguished services, and medicine has become more effective and more ambitious than it was in the past and at the same time more dangerous as any scientific progress, where medicine has witnessed a significant and significant development in recent years, making many acknowledge that what happened The development and progress in the medical fields during the last fifty years exceeds in its importance what happened during the twenty centuries of medical science.

And medicine still comes every day with what is new in all its specialties, so that the most important thing that distinguishes it is the positivity and effectiveness that made him exceed the limits of his original mission, which is prevention and treatment of diseases, to also include the fulfillment of human desires in many non-therapeutic areas, as is the case, for example, in Plastic and other surgeries.

The Department of Medical Sciences has expanded and renewed today, as have the tools and methods used by the doctor in treating the patient, and this is what made the patient think often that the doctor could not fail, or disappointment in his therapeutic or surgical intervention, until he knowingly and consciously confused his right to medical care And his right to the safety of his health and the guarantee of recovery, in many cases where the doctor or surgeon fails to treat or surgery, the patient does not hesitate in the percentage of error and default or the cause of failure and failure to this doctor or that surgeon, asking him to compensate for the damage caused to him. Hence, it is not surprising that doctors sense a degree of injustice when applying to their relationship with their patients the general rules of civil responsibility. In many cases, the doctor makes sincere and vigilant efforts to treat the patient, but in spite of this the patient suffers untold damage. However, this error is attributed to the doctor.

Keywords: medical error, nature of medical harm, medical civil liability, doctor, injured patient.

نطاق الضرر الطبي في إطار المسؤولية المدنية

أكرم صبحي مزهر

الملخص: نظرًا للتطورات العلمية الهائلة والتقدم التكنولوجي في كافة مجالات الحياة؛ أضحت أمر متابعة هذه التطورات من الأهمية بمكان، بحيث يجب أن تحاط بضمانات تشريعية تضمن احترام الشخصية الإنسانية ورعايتها بأكبر قدر ممكن في جميع الظروف. ومما لا شك فيه أن العلوم الطبية الحديثة أصبحت تقدم للإنسانية خدمات متميزة، وأصبح الطب أكثر فعالية وأكثر طموحًا عما كان عليه فيما مضى وفي الوقت نفسه أكثر خطورة كأي تقدم علمي، حيث شهد الطب خلال العقود الأخيرة تطورًا كبيرًا وملحوظًا، جعل الكثير يقرون بأن ما حدث من تطور وتقدم في المجالات الطبية خلال الخمسين عامًا الأخيرة يجاوز في أهميته ما تم خلال عشرين قرنًا من عمر علم الطب.

ولا يزال الطب يأتي كل يوم بما هو جديد في كافة تخصصاته، بحيث أصبح أهم ما يميزه هو الإيجابية والفعالية التي جعلته يتجاوز حدود مهمته الأصلية التي هي الوقاية والعلاج من الأمراض، ليشمل أيضاً تحقيق رغبات الإنسان في كثير من المجالات غير العلاجية كما هو الحال مثلاً في جراحات التجميل وغيرها.

ولقد اتسعت دائرة العلوم الطبية وتجددت اليوم، كما تعددت الأدوات والوسائل التي يستخدمها الطبيب في معالجة المريض، وهذا ما جعل المريض يعتقد في كثير من الأحيان عدم إمكانية فشل الطبيب، أو خيبة تدخله العلاجي أو الجراحي، حتى خلط عن علم وإدراك بين حقه في الرعاية الطبية وحقه في سلامة صحته وضمان الشفاء، ففي كثير من الحالات التي يخفق فيها الطبيب أو الجراح في العلاج أو الجراحة، لا يتردد المريض في نسبة الخطأ والتقصير أو سبب الفشل والإخفاق التي هذا الطبيب أو ذلك الجراح، مطالباً إياه بالتعويض عن الضرر الذي لحق به. ومن هنا ليس مستغرباً أن يستشعر الأطباء قدراً من الإحساس بالظلم، حين تطبق على علاقتهم بمرضاهم القواعد العامة للمسؤولية المدنية، ففي كثير من الأحيان يبذل الطبيب جهوداً صادقة ويقظة في سبيل علاج المريض، إلا أنه على الرغم من ذلك يُلحَقُ بالمريض ضرراً لا يدل له فيه، وعلى الرغم من ذلك ينسب هذا الخطأ الذي الطبيب.

الكلمات المفتاحية: الخطأ الطبي، طبيعة الضرر الطبي، المسؤولية المدنية الطبية، الطبيب، المريض المضرور.

المقدمة

أولاً: موضوع الدراسة:

لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية للطبيب أن يرتكب هذا الأخير خطأ أثناء مزاولته لعمله، ولكن يجب أن يسبب هذا الخطأ ضرراً يلحق بالمريض، وأن توجد علاقة سببية بين الخطأ الذي ارتكبه الطبيب والضرر الذي أصاب المريض.

وبعد الضرر ركناً أساسياً من أركان قيام المسؤولية الطبية، حيث أن هذه المسؤولية شأنها شأن النظرية العامة للمسؤولية المدنية تقضي بوجود الضرر لكي يقع الطبيب تحت طائلتها، مع تلازم العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فليس مجرد حصول الخطأ من الطبيب كافياً لإقامة الدليل على تحقيق المسؤولية الطبية، بل يجب أن يكون هناك ضرر حاصل للمريض، سواء كان الضرر مادياً أم معنوياً، إذ لا يكون الضرر مستحقاً إلا بعد تحقق مجموعة من الشروط.

ابتدع الفقه الحديث عنصراً آخر من عناصر الضرر، وهو عنصر تفويت الفرصة لضمان حصول المريض (المضرور) على تعويض عادل، وحتى لا يغبن حقه بالحصول على مبلغ مناسب لجبر ما يمكن جبره من الضرر الواقع، وللتخفيف من آلامه بفقد أحد أطرافه أو شلله، أو حتى في حالة وفاته فإن الأشخاص الذين كان يعيهم لهم الحق بالتعويض عن فرصة الإعاقة التي كانوا يستحقونها، وللتخفيف من عبء الإثبات الملقى على كاهل المريض المضرور ظهرت لنا نظرية رائعة، وهي المسؤولية دون خطأ (المسؤولية الموضوعية)، طبقها القضاء الإداري في مجال المسؤولية الطبية، وسار على نهجه القضاء المدني بفكرة الخطأ المفترض وسنقوم من خلال هذا البحث تحديد نطاق الضرر الطبي في إطار المسؤولية المدنية (المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية) والتي يتم بموجبها المطالبة بالتعويض عن ذلك الضرر.

ثانياً- أهمية الموضوع:

إن التقدم المبرر الذي حدث في المجال الطبي أدى التي ظهور صعوبات تواجه المرضى، وخاصة عندما يصابون بالأضرار الناجمة عن العلاج أو العمليات الجراحية، التي تستعمل فيها التقنيات الحديثة، والتي لا يبرز فيها خطأ الطبيب بشكل واضح، الأمر الذي أدى التي حرمان كثير من ضحايا الحوادث الطبية من التعويض؛ وذلك بسبب صعوبة إثبات هذه الأخطاء ما بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية.

ثالثاً- أسباب اختيار الموضوع :

- 1- إن سبب اختيار هذا الموضوع راجع التي كثرة الأخطاء الطبية التي تقع من جانب الأطباء، والتي يروح ضحيتها أناس أبرياء لا ذنب لهم، سوى أنهم زاروا الطبيب بقصد الشفاء من مرض أو علة أصيبوا بها، فكم من مريض زار الطبيب بقصد الشفاء من مرض أو علة بسيطة، ثم لم يجد نفسه إلا أنه صار يعاني من علة أو إصابة، تفوق بكثير ما ذهب من أجل الشفاء منه.
- 2- وإلى كثرة الدعاوى التي ترفع ضد الأطباء، والتي تكون في نهاية المطاف أمام طريق مسدودة، وهذا ما يؤدي التي خسران المرضى تلك الدعاوى، وعدم الحصول على تعويض يجبر ما أصابهم من ضرر من جهة أخرى.

رابعاً- إشكاليات الموضوع :

إن أهم الإشكاليات التي يثيرها هذا البحث هي:

- 1- عدم وجود قانون خاص في التشريع الفلسطيني، ينظم المسؤولية الطبية بوجه عام، والأخطاء الطبية محل الدراسة بوجه خاص، وإن كان المشرع المصري تطرق إليها بشيء من الاختصار في لائحة آداب المهنة.
- 2- عدم كفاية القواعد التقليدية الموجودة حالياً على مستوى التشريعين الفلسطيني والمصري؛ لتوفير الحماية القانونية اللازمة للمتضرر، وكفالة حقه في جبر الضرر.

خامساً- المنهج البحثي المتبع:

يستخدم في هذا البحث المنهج التحليلي في أحكام القانون المتعلقة بنطاق الضرر الطبي في إطار المسؤولية المدنية، فضلاً عن المنهج المقارن لمعرفة مدى تنظيم القانون الفرنسي والمصري له، وذلك لإبراز الاعتبارات المختلفة التي كانت محل عناية المشرع عند صياغة هذه الأحكام، والتوازن المنشود في رعاية مصالح أطراف العلاقة (الطبيب والمريض المضروب).

سادساً: هيكلية الدراسة:

- تمهيد: نطاق الضرر الطبي في إطار المسؤولية المدنية.
- المبحث الأول: الضرر الطبي في مجال المسؤولية العقدية.
 - المطلب الأول: طبيعة الضرر في الالتزام العقدي للطبيب.
 - المطلب الثاني: حالات تحقق الضرر في المسؤولية العقدية الطبية.
- المبحث الثاني: الضرر الطبي في مجال المسؤولية التقصيرية.
 - المطلب الأول: الضرر الواقع على المريض في إطار المسؤولية التقصيرية.
 - المطلب الثاني: حالات تحقق الضرر في إطار المسؤولية التقصيرية الطبية.

تمهيد

الضرر الطبي في إطار المسؤولية المدنية:

بعد التوسع الكبير، والتطور الذي لحق مجال العمل الطبي، باختراع العديد من الآلات التي سهلت مشكلة اكتشاف الأمراض وتشخيصها والتي كان أمر اكتشافها أمراً صعباً، وهذا الأمر يتطلب في المقابل مواكبة للتطور، فضلاً عن إيجاد التشريعات اللازمة لحماية الطبيب في سلطة المسؤولية وطغيانها عليه، وحماية المريض المضروب، بحيث لا

يتضرر الطبيب ولا المريض؛ إذ يعد الضرر الركن الأساسي، والشرارة الأولى لقيام المسؤولية الطبية، فهذه الأخيرة تقوم معه وجودًا وعمدًا، وقد اجتمعت التعاريف الفقهيّة على أن الضرر الذي يستتبع المسؤولية المدنية هو: الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقين بسلامة جسمه أو بعاطفته أو بمساعده أو حرّيته أو شرفه واعتباره أو غير ذلك. (البية، مرقس، عجاج، والغفاري، 1993-1992-2004-2010)

ويمكن تعريف الضرر الطبي بأنه: حالة ناتجة عن فعل طبي، مست بالأذى جسم الإنسان، وما يتبعها من تغير في الحالة الصحية للمضروب (المريض) عما كانت عليه في السابق، وقد يمس هذا الضرر عواطفه وشعوره، وهو غير متمثل في عدم شفاء المريض، فالطبيب ملزم بالعلاج وليس بالشفاء؛ إذ يمكن أن يعد الضرر الطبي أثرًا لخطأ الطبيب أو إهماله بالقيام بواجب الحيطة والحذر أثناء ممارسته العمل الطبي. ففي هذا الصدد سنبين نطاق هذا الركن في إطار المسؤولية العقدية الطبية، ومن ثم في إطار المسؤولية التقصيرية الطبية وعلى مبحثين:

المبحث الأول: الضرر الطبي في إطار المسؤولية العقدية.

المبحث الثاني: الضرر الطبي في إطار المسؤولية التقصيرية.

المبحث الأول: الضرر الطبي في إطار المسؤولية العقدية

يتم العقد بين الطبيب والمريض بمجرد قبول الطبيب تقديم العلاج التي المريض بناء على طلب من هذا الأخير أو أي شخص ينوب عنه، وعليه فإن خطأ الطبيب المتمثل في عدم التزامه بما جاء في العقد الطبي الذي استتبع ضررًا طبيًا للمريض يؤدي التي قيام مسؤولية تعاقدية طبية تستوجب التعويض؛ إذ تعد المسؤولية العقدية في المجال الطبي هي الأصل، وذلك منذ صدور حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 20 مايو سنة 1936، (البية، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، 1993) والذي جاء في مضمونه أنه: "ينشأ بين الطبيب وعميله عقد حقيقي... وأن خرق هذا الالتزام العقدي تنشأ عنه مسؤولية تعاقدية". في هذا الصدد نتساءل عن طبيعة الالتزام العقدي للطبيب؟ وفيما تتمثل شروط قيام المسؤولية العقدية الطبية؟ وذلك في مطلبين:

المطلب الأول: طبيعة الضرر في الالتزام العقدي للطبيب.

المطلب الثاني: حالات تحقق الضرر في المسؤولية العقدية الطبية.

المطلب الأول: طبيعة الضرر في الالتزام العقدي للطبيب

لا تعتبر المسؤولية الطبية بمفهوم جديد، فلقد عرف البابليون هذه المسؤولية منذ عهد حامورابي ومدونته التي تضمنت 282 نص قانوني. ونصت المادة 218 منها على " انه في حالة فشل الطبيب في علاج مريضه وترتب على هذا الفعل فقد المريض لبصره، فتقطع يد الطبيب ". غير أن بلورة المسؤولية الطبية L'instauration de la responsabilité médicale من حيث جوانبها المدنية والجنائية والادارية لم يتحقق الا مع بدايات القرن التاسع عشر. (مرقس، 1992)

تتحدد التزامات الطبيب وفق ما تقتضي به قواعد مهنة الطب وقوانينها، ما لم ينص العقد على زيادة هذه الالتزامات في الحدود التي يجوز فيها الاتفاق على ذلك؛ إذ أن من المسلم به أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، ما يعني أنه لا يفرض على الطبيب التزام بشفاء المريض وإنما يلتزم فقط ببذل قدر من العناية، وذلك بتقديم العلاج

المتقن مع معطيات العلم الطبي لشفاء المريض، وبالتالي إذا ما وقع ضرر على المريض من قبل الطبيب أو أحد مساعديه يتوجب على المريض أن يقيم الدليل على أن الضرر الذي أصابه كان إثر مخالفة الطبيب لهذا المبدأ ويوصف خطؤه بأنه خطأ عقدي. (هديلي، 2008)

في فرنسا قد لعب القضاء دورا هاما في استحداث المسؤولية الطبية، الناجمة عن خطأ أو تقصير الطبيب. وكانت اولى الاحكام القضائية التي اسست لهذا النوع من المسؤولية، ومن ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية عام 1936 20 مايو 1936 والمشهور باسم مرسية Mercier وقد جاء في القرار المذكور أن العلاقة بين الطبيب والمريض هي علاقة عقدية ناجمة عن عقد العلاج، ولا يلتزم الطبيب بموجب هذا العقد بشفاء المريض، وإنما يلزم بإعطائه العلاج الملئم واللازم، والمطابق لمكتسبات العلم الحالية، وأن يحيطه بالعناية الصادقة والحريصة، مع مراعاة الظروف الاستثنائية. ومخالفة الطبيب لالتزامه العقدي تؤدي التي مجازاته حسب قواعد المسؤولية العقدية حتى لو كانت هذه المخالفة غير إرادية استتبع هذا الحكم احكاما اخرى عن محكمة النقض أكدت فيها المحكمة على العلاقة العقدية بين المريض والطبيب. (Cass. civ. 28.06.1989 « le contrat médical emporte à la charge du médecin une)

ويقع على الطبيب بزل الجهد اللازم في بيزل العناية حسب ما تقتضيه علوم الطب والعلاج في ذلك. ثم قنن المشرع مسألة المسؤولية الطبية بموجب قانون " كوشنيير " الصادر في 4 مارس عام 2002. والذي عدل قانون الصحة العامة الفرنسي والتي نصت صراحة في المادة 1-1142 " بخلاف حالات الاضرار الناجمة عن المنتجات الطبية فان الاضرار الناجمة عن التشخيص او العلاج او المتابعة تقع على عاتق الطبيب المعالج ."

والمسؤولية العقدية للطبيب تقوم إذا كان الضرر ناشئاً عن الإخلال بالتزام عقدي بين الطبيب والمريض أو من ينوب عنه قانوناً، ولكي يكون الطبيب مسئولاً عقدياً يجب وجود عقد صحيح بين الطبيب المسئول والمريض المضروب، ويطلق عليه العقد الطبي وهو عقد في نوع خاص، حيث أن محله الإنسان المريض، وموضوعه الأساس القيام بالعلاج والقيام بالفحص والتحليل الطبية وغيرها من الأعمال الطبية وإجراء العمليات الجراحية، وبالتالي فهو لا يشبه العقود التقليدية الأخرى في القانون المدني، نظراً لاختلاف موضوعه وقواعده وبالتالي هو عقد قائم بذاته وغير مسمى. (مأمون و الإبراشي، 1976-1979) كما أن من أهم خصائص العقد الطبي أنه عقد مستمر فهو ينشئ التزامات على عاتق الطبيب بالعناية والرعاية والعلاج، وهي التزامات ليست ذات تنفيذ فوري، بل تستغرق وقتاً في تنفيذها، كما أنه عقد ملزم للجانبين فيعتبر عقد معاوضة، فالالتزامات كل من الطرفين سببها التزامات الطرف الآخر، فيلتزم الطبيب بأداء خدماته ويلتزم المريض بدفع الأتعاب، كما أنه في العقد الطبي يلتزم الطبيب ببذل العناية اليقظة التي تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع مقتضيات أصول مهنة الطب، ومقتضيات التطور العلمي الواسع في هذا العلم. (مأمون، عقد العلاج الطبي بين النظرية والتطبيق، 1976)

وفي هذا الخصوص قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 1989/3/16 بأن: "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأصل في مسؤولية الطبيب أنها لا تقوم بتحقيق غاية هي شفاء المريض، وإنما التزام ببذل العناية الصادقة في سبيل شفائه، وواجبه في بذل العناية مناط ما يقدمه طبيب يقظ في مستواه المهني علمًا ودراية في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب أثناء ممارسته لعمله". (حسني، 1978)

هذا يعني أن معيار الخطأ الذي يستوجب قيام المسؤولية هو الخطأ الذي من الرجل المعتاد، ومعنى هذا أننا إذا أردنا معرفة ما إذا كان الطبيب الذي يراد مساءلته قد ارتكب خطأ أو لم يصدر عنه أي خطأ كان علينا أن نسأل السؤال التالي: هل يسلك الطبيب العادي الذي يجد نفسه في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المدعي

عليه؟ فإذا كان الجواب بالإيجاب فلا مسئولية، وإلا حقت عليه المسئولية متى تبين أن هذا الطبيب النموذج كان أكثر حذرًا وعناية. (ذنون، 2001)

وبعد كل الذي أسلفناه فإن هناك جانباً من الفقه يرى أن اتخاذ الطبيعة العقدية للطبيب يصطدم مع منطلق القانون، ولا يحقق إلا القليل من الأهداف المستوحاة من وراء تبني الطبيعة العقدية لمسئولية الأطباء ولو شايح ذلك الرأي الكثير من الشراح والفقهاء. ومن أبرز العيوب في هذا السياق الاختلاف حول وصف العقد الطبي، هل يعد عقد وديعة، أو أنه إيجار خدمات أو إيجار صناعي أو إيجار عمل، أو أنه عقد في نسيج خاص. (محتسب الله، 1984)

إدًا فعلاقة الطبيب الجراح بمريضه توجب أن المسئولية الطبية قد نجمت عن إخلال الطبيب بالتزامه القانوني أو المهني أكثر من أنها نجمت عن تقصير في التزام تعاقدية، وأنه لا يمكن الرجوع التي نظرية المسئولية العقدية، إلا إذا كانت المحاكم ترجع التي تمحيص إرادة الخصوم لتبين خطأ الطبيب، والحقيقة أن المحاكم يقتصر عملها على تمحيص ما إذا كان الطبيب قد قام بالالتزامات والمهام التي تفرضها عليه قواعد الطب أم لا، فالمريض الذي يعاني ويكابر المرض يسلم حياته للطبيب ويودع لديه أسرار وأمله ومخاوفه ويطيع أوامره إطاعة عمياء، ويخضع للتخدير الذي يفقده القدرة على مراقبة عمل الطبيب وبالتالي لا يصح وصف العلاقة بأنها تعاقدية، وإنما هي ظاهرة ثقة واستسلام. (محتسب الله، 1984)

وعلى الرغم من وجهة الرأي السالف ذكره، إلا أنه لا ينفي الطبيعة العقدية للمسئولية الطبية في الحالات التي يختار المريض فيها طبيبه، فالمريض وإن كان مسلوب القدرة على مراقبة عمل الطبيب في بعض الأحيان، إلا أن ذويه يمارسون هذه الرقابة بالنيابة عنه في غالب الأحيان، فهم يتابعون علاج مريضهم، ويراقبون تطور حالته الصحية باستمرار، وإذا نجم عن علمهم أي إهمال أو تقصير في بذل العناية المطلوبة لمريضهم؛ فإنهم يبادرون التي مساءلة الطبيب على أساس العقد الذي يؤيده جانب كبير من الفقه والقضاء. (عجاج، 2004)

وهناك حالات كثيرة تكون فيها المسئولية للطبيب عقدية سوف يتم بيانها في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: حالات تحقق الضرر في المسئولية العقدية الطبية

هناك عدة شروط يجب توافرها في المسئولية الطبية حتى تعد مسئولية عقدية وإذا لم تتوافر هذه الشروط عدت المسئولية تقصيرية، فيجب أن يوجد عقد صحيح بين الطبيب والمريض، بالإضافة التي ذلك يجب أن يكون الخطأ المنسوب التي الطبيب متصلاً بعقد العلاج، وأن يكون المضرور هو المريض، كما يجب أن يكون المدعي هو صاحب حق الاستناد التي العقد، فقد يكون المريض أو من ينوب عنه قانوناً.

أولاً- وجود عقد بين الطبيب والمريض:

إن من أهم الشروط التي يجب توافرها لاعتبار المسئولية عقدية - توافر عقد بين الطبيب والمريض، فإذا لم يكن هنالك عقد ونشأ ضرر للمريض كانت مسئولية الطبيب تقصيرية وليست عقدية. فالعقد المقصود يكون في الحالات التي نكون فيها أمام عقد صريح عادي بين الطبيب ومريضه، وحُدِّدَتْ فيه أجور الطبيب أو الجراح أو حُدِّدَ عمله فحسب، بل إننا نكون أمام مسئولية عقدية حتى في العلاقة التي تنشأ بين الطبيب ومريضه على سبيل التبرع أو في العلاقة الخاصة التي تقوم بين الأطباء الزملاء حيث لا يتقاضى الطبيب المعالج (عادةً) أجرًا على عمله، بل إننا نكون أمام مسئولية عقدية حتى لو كان الشخص الذي تعاقد معه الطبيب قد أبرم معه اشتراطاً لمصلحة الغير، كأن يكون أحد أفراد الأسرة أو أحد أصدقاء المريض أو فاعل خير. (ذنون، 2001)

وفي غالب الأحيان، فإن الطبيب والمريض يرتبطان بموجب عقد، فالطبيب بمجرد فتحه لعيادته وتعليقه للوحة الاعلان يكون في حلة دعوى للتعاقد، وأي مريض يقبل بمثل هذا العرض للعلاج يبرم مع هذا الطبيب عقداً بشكل طبيعي. (الحسيني، 1987)

وهناك حالات يصعب فيها معرفة وجود عقد أم لا وهي كما يلي:

1- العلاقة بين المريض والطبيب في حالة العلاج المجاني:

ففي هذه الحالة لا بد لتحديد هذا العلاج من الرجوع التي ملايسات الحالة لمعرفة إذا ما كانت نية الطبيب والمريض قد اتجهت التي إنشاء التزام على عاتق الطبيب، أو أنه قصد أن يقوم بالعلاج على سبيل المجاملة فحسب، وعليه إذا تبين وجود عقد في حالة العلاج بالمجان، فإن الطبيب يكون مسؤولاً وفقاً لأحكام العقد إذا تحقق الخطأ الذي يوجب هذه المسؤولية. (الإبراشي، 1979)

والرأي الراجح أن مسؤولية الطبيب تكون عقدية إذا وجد العقد الطبي الصحيح سواء كانت المعالجة بأجر أو بدون أجر، كأن تكون مقدمة على سبيل التبرع بدوافع الزمالة أو الصداقة أو القرابة. (الإبراشي، 1979) (ذنون، 2001)

2- حالة الطبيب المعين من قبل مستشفى خاص أو صاحب مشروع خاص لمعالجة المرضى:

في حالة الطبيب الذي يعمل في مستشفى خاص يجد الطبيب نفسه وقد دخل في علاقة مباشرة مع المرضى نزلاء المستشفى الخاص فعلى أي أساس قانوني يمكن أن تقوم العلاقة بين الطبيب وبين نزلاء المستشفى الخاص؟ ذهب اتجاه التي اعتبار مبنى هذه العلاقة الاشرط لمصلحة الغير؛ إذ هي مرتبة على عقد إيجار لأشخاص مبرم ما بين الطبيب وإدارة المستشفى. (حننا، 2011)

إلا أن هذا الاتجاه تجاهل التأصيل القانوني للعلاقة المباشرة بين الطبيب والمريض، بغض النظر عن العلاقة بين المريض والمستشفى، فإذا كان الطبيب مكلفاً من قبل إدارة المستشفى بالقيام بعلاج المرضى المترددين عليه، وهذا بطبيعته عمل فني ينفرد به الطبيب، فلا بد إذاً لتنفيذه من أن يتصل الطبيب المعالج اتصالاً مباشراً بالمريض، وإجراء الفحص الطبي المناسب لحالته حتى لو اقتضت هذه العلاقة المباشرة بين الطرفين على مجرد السؤال ومناقشته بخصوص حالته الصحية السابقة، فإن تلك المناقشة عادة ما تسمح بإنشاء علاقة مباشرة تعاقدية مع المريض، وكذلك في حالة الظروف الطارئة التي تستوجب من الطبيب القيام بالتدخل العلاجي أو التدخل الجراحي إذا قبل المريض ذلك. (حننا، 2011)

إدأً ففي هذه الظروف يقبل الطبيب - بعد إجراء الفحص - بالقيام بالعمل الفني الذي طلبه المريض، أو فرضه عليه، فالمسؤولية هنا لا تكون إلا تعاقدية، ولا يجوز القول بالمسؤولية التقصيرية، إلا إذا كان الطبيب يجهل واجباته، فلم يتصل من الأصل بالمريض، كما أن المريض قد يتوجه التي المستشفى الخاص، واضحاً في اعتباره أولاً شخصية الطبيب المعالج، فطبقاً لهذا المعيار يمكن القول بوجود علاقة مباشرة بين الطبيب والمريض.

وفي حالة تعاقد صاحب مصنع أو صاحب شركة مع مستشفى خاص بعلاج العمال التابعين له، إذ يلتزم الطبيب بمقتضى هذا العقد بمعالجة العمال الذين يصابون أثناء العمل، فالطبيب هنا ملزم بتقديم خدماته العلاجية لأشخاص لم يرتبط معهم بأي اتفاق وهؤلاء الأشخاص المرضى لم يختاروا الطبيب ولا يستطيعون رفض خدماته، وهذا العقد تكييفه القانوني هو اشتراط لمصلحة الغير، فالعلاقة بين الطبيب والعامل ما هي في حقيقتها إلا نتيجة عقد إيجار أشخاص تم بين الطبيب وصاحب المستشفى الخاص، فالطبيب يلتزم في مواجهة الجهة المشتربة بأن يعمل لمصلحة المرضى، وهم المستفيدون من الاشتراط، ولا يعيب هذا التكييف أن الاشتراط قد حصل لمصلحة أشخاص غير معينين وقت إبرام العقد ما دام أن الأشخاص قابلون للتعين وقت تنفيذ العقد. وتأسيساً على ذلك،

فإن المستفيد هو المريض بدعوى مباشرة مستمدة من العقد يستعملها في مواجهة الطبيب وهو المتعهد، يطالبه فيها بتنفيذ التزامه، وعلى ذلك فإن مسؤولية الطبيب هنا تكون مسؤولية عقدية. (الدناصورى و الشواربى، 2017) وهناك من يرى خلافاً لذلك، ويعتبر المسؤولية في مثل هذه الحالة تقصيرية، على اعتبار أنه يصعب القول بوجود عقد بين العامل والطبيب. (منصور، 1999)

ثانياً- أن يكون العقد بين الطبيب والمريض صحيحاً:

لكي يعتبر العقد الطبي صحيحاً يجب أن تتوافر فيه جميع أركان العقد كالإيجاب والقبول، وإلا كان العقد مشوباً بعيب من عيوب الإرادة (عجاج، 2004)، فالعقد الباطل لا يترتب عليه التزام، والمسؤولية عنه تكون تقصيرية، وتجدر الإشارة هنا التي أن ما يجعل العقد باطلاً هو مخالفته للنظام العام والآداب، وذلك كما في حالة عدم إجراء التدخل الجراحي للشفاء من مرض يعاني منه المريض، بل لإجراء تجارب طبية؛ إذ لا يجوز أبداً أن يكون الإنسان محلاً للتجارب. (خليل، 2016)

ثالثاً- يجب أن يكون الخطأ المنسوب التي الطبيب متصلاً بعقد العلاج:

لا تكون مسؤولية الطبيب عقدية إلا إذا وجد بين المضرور (المريض) والمتسبب بالضرر عقد صحيح، وبالتالي تكون مسؤولية الطبيب تقصيرية كلما انعدمت رابطة العقد بينه وبين المريض الذي لحقه الضرر، أو وجدت بينهما مثل هذه الرابطة، وكان الضرر نتيجة إخلال بالتزام غير ناشئ عن عقد. (مرقس، 1992) كما أنه من الممكن أن يرتكب الطبيب أخطاء يتولد عنها ضرر للمريض أو لغيره، خارجة عن دائرة عقد العلاج الطبي مع المريض، وهذا الأمر ليس بالمستبعد، فالطبيب بشر، وفي كل زمان ومكان لا يمر يوم إلا ويكون هناك شخص أو أكثر قد أصابه ضرر، وطبيب أو أكثر أحدث هذا الضرر أو تسبب به، أو تدخلت مع ما صدر من هذا الأخير مداخله أو أكثر مثل القوة القاهرة أو عمل المتضرر نفسه أو عمل الغير، ومثال ذلك ألا ينتبه الطبيب التي أخطاء مطبعية بتحديد جرعة الدواء فيتسبب بوفاة المريض، فهذه الأخطاء المنسوبة لا تمت بصلة التي عقد العلاج. وعلى ذلك فإن مسؤولية الطبيب تكون تقصيرية إذا كان الخطأ الذي نسب إليه لا يمت بصلة التي الرابطة العقدية، كما هو الحال عند إعطاء شهادة مجاملة لإدخال شخص التي مستشفى المجانين (الإبراشي، 1979)، أو تحرير شهادة تفيد بأن شخصاً معيناً مصاب بمرض عقلي، وذلك خلافاً للواقع. (مرقس، 1992)

رابعاً- أن يكون المدعي صاحب حق الاستناد التي العقد:

وفي هذه الحالة يجب التمييز بين حالة قيام المريض أو من ينوب عنه قانوناً باختيار الطبيب، وحالة إبرام العقد مع الطبيب من قبل شخص لا يمثل المريض لا قانوناً ولا اتفاقاً. الحالة الأولى: حالة قيام المريض أو من ينوب عنه قانوناً باختيار الطبيب: فإذا كان المريض أو من ينوب عنه قانوناً رفع الدعوى للمطالبة بالتعويض فإنه يستند في إقامتها على أساس أحكام المسؤولية العقدية، ولكن إذا توفي المريض نتيجة لخطأ الطبيب، فإن دعوى التعويض قد يرفعها الورثة أو غير الورثة، فإذا رفع الدعوى الورثة فهم خلف عام للمتوفى في جميع حقوقه، ويحق لهم المطالبة بالتعويض على أساس إخلال الطبيب بالتزاماته في تنفيذ عقد أبرمه مورثهم، وتكون المسؤولية عقدية. (عامر، 1949) أما الضرر الحاصل لذوي المتوفى وأقاربه وما عانوه من حزن فيجوز الدعوى بسببه على أساس المسؤولية التقصيرية، ولا يعد ذلك جمعاً بين المسؤوليةين، لأن الورثة لهم حقان: الأول يكون بسبب إخلال الطبيب بتنفيذ

الالتزام العقدي، والحق الثاني يتلقاه على أساس المسؤولية التقصيرية خارج العقد (العبودي، 2000)، وهذا ما قضت به المادتان (145، 146) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

الحالة الثانية: إذا كان من أبرم العقد مع الطبيب غير المريض ولا يمثله قانوناً أو اتفاقاً وهي حالة قيام شخص آخر غير المريض ولا يمثله قانوناً أو اتفاقاً، وإنما يمت التي المريض بصلة ما، وذلك كأن يكون أحد أصدقاء المريض أو هناك صلة قرابة أو رب عمل المريض، ففي هذه الحالة يجب التمييز بين عدة فروض، أهمها:

- 1- إذا كان الشخص الذي تعاقد مع الطبيب باسمه قد اشترط حقاً مباشراً للمريض في العقد، ففي هذه الحالة تطبق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير. (عجاج، 2004)
- 2- إذا كان المتعاقد قد تعاقد باسمه ولصالح المريض، ينطوي على هذا الغرض ضمن النيابة ويكون للمتعاقد هنا مركز الفضولي، وتكون العلاقة بين المريض والطبيب تعاقدية. (الإبراشي، 1979)
- 3- أما إذا تعاقد شخص مع الطبيب باسمه ولتحقيق مصلحته الشخصية، ولم يقصد في ذلك ترتيب حق للمريض عن طريق العقد، فهذا لا يعد اشتراطاً لمصلحة الغير، وذلك لأنه لم يقصد ترتيب مصلحة للمريض، كما لا يمكن اعتباره نائباً عن المريض بوصفه فضولياً، وذلك لأنه لم يقصد ترتيب حق للمريض، ولذلك ينبغي قصي القصد في عقد الطرفين للوقوف على ما إذا كان قراراً واكتساب الغير الحق المباشر في منافع العقد. (العبودي، 2000)

وهنا يجب الرجوع التي القواعد العامة، حيث يكون لمن تعاقد مع الطبيب الحق في استعمال الدعوى التعاقدية، أما بالنسبة للمريض فإنه يعتبر من الغير بالنسبة للعقد الذي أبرمه ذلك الشخص ولا يكون إلا استعمالاً لدعوى المسؤولية التقصيرية. (الإبراشي، 1979)

المبحث الثاني: الضرر الطبي في المسؤولية التقصيرية

المسؤولية المدنية تقسم بطبيعة الحال التي مسؤولية عقدية وغير عقدية أو تقصيرية، وهما يتشابهان بكثير من القواعد، ولكن هناك اختلافات عديدة بينهما، وعلى ذلك سوف نقوم بتوضيح المسؤولية التقصيرية على مطلبين. المطلب الأول: الضرر الواقع على المريض في إطار المسؤولية التقصيرية. المطلب الثاني: حالات تحقق الضرر في إطار المسؤولية التقصيرية الطبية.

المطلب الأول: الضرر الواقع على المريض في إطار المسؤولية التقصيرية

تترتب المسؤولية التقصيرية على كل إخلال بواجب قانوني لا يمت التي العقد بصلة مباشرة، ويكون مصدر الالتزام فيها هو القانون، حيث يترتب على الأفراد أن يسلكوا سلوكاً نتج عنه إلحاق ضرر بالغير، فإن ذلك الشخص يكون ملزماً بالتعويض؛ لأن الواجب القانوني يقضي بعدم الإضرار بالغير. (عجاج، 2004)

عرف الأستاذ السهوري المسؤولية التقصيرية بالقول: "المسؤولية التقصيرية تقوم على الإخلال بالالتزام قانوني واحد لا يتغير هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير" (السهوري، 2000)، فكل ما يخرج عن نطاق المسؤولية العقدية يندرج حتماً في مجال المسؤولية التقصيرية، وهذه الأخيرة قد تكون شخصية أي أن تضرر المريض كان نتيجة لخطأ شخصي للطبيب (فيلاي، 2002)، كما قد تقوم مسؤوليته عن الأضرار الطبية التي يحدثها معاونوه الذين قام باختبارهم، على اعتبار أنهم يعملون تحت رقابته ومسؤوليته، ويستوي في هذا أن يكون الضرر الذي أصاب المريض ناتجاً عن تنفيذ المساعد لتعليمات خاطئة للطبيب أو أن هذه التعليمات كانت صحيحة والمساعد ارتكب خطأ في تنفيذها. (هني، 2006)

مر الفقه والقضاء الفرنسي بمراحل من التطور في تحديد طبيعة المسؤولية للطبيب، فقد كانت المسؤولية الطبية قبل القرن العشرين مسؤولية تقصيرية، وظلت التي ما بعد الثلث الأول من هذا القرن تتطلب من المريض إقامة الدليل على خطأ الطبيب.

وقد استمر الفقه الفرنسي في تكييف مسؤولية الطبيب على أنها مسؤولية تقصيرية التي أوائل القرن العشرين: عندما أخذ الفقهاء ينادون بضرورة المعيار مسؤولية الطبيب عن خطئه حيال مريضه في حاله وجود اتفاق صريح أوصى بينه وبين المريض واعتبارها مسؤولية عقدية وكذلك الحال عند اختيار الطبيب من قبل الغير سواء مستشفى أو رب عمل، حيث يكون هناك اشتراط لمصلحة المريض، مما تكون المسؤولية تعاقدية. (Henri, 2013)

كما أن النظرية التقصيرية واجهت انتقادات عديدة، من حيث إنها لم تحقق الغرض من تطبيقها، وهي التي كان الغرض من قيامها تيسير حصول المريض على حقه في التعويض، وعلى ذلك نادى الفقه في فرنسا بوجود تأسيس مسؤولية الطبيب، والذي يختاره المريض، أو نائبه، لعلاج باعترابه الحالة الأكثر شيوعاً على النظرية العقدية، واستقر الفقه الفرنسي بعد حكم محكمة النقض الشهير الصادر في 20 مايو من عام 1936، والتي اعتبرت وجود عقد بين المريض وطبيبه ومن ثم تكون مسؤولية الطبيب حال وقوع ضرر مسؤولية عقدية، بل إنه حتى عندما يكون الاختيار حاصلًا من الغير كمستشفى أو رب عمل، فيكون هناك اشتراط لمصلحة المريض يجعل من مسؤولية الطبيب تعاقدية. (حنا، 2011)

أما في مصر فقد اتجه القضاء التي تأسيس المسؤولية الطبية على النظرية التقصيرية كأصل عام، وبات مستقرًا منذ أن أصدرت محكمة النقض المصرية حكمًا في 22 يونيو 1936 (عبد العزيز، 1980)، فقد قضت المحكمة بأن الطبيب مسؤول عن تعويض الضرر المرتب على خطئه في المعالجة، ومسؤوليته هذه مسؤولية تقصيرية بعيدة عن المسؤولية التعاقدية، فقاضي الموضوع يستخلص ثبوتها من جميع عناصر الدعوى، من غير مراقبة عليه. (حنا، 2011)

المطلب الثاني: حالات تحقق الضرر في إطار المسؤولية التقصيرية الطبية

بادئ ذي بدء من المهم بيان أن التقنين المدني الفرنسي لعام 1804م تناول إرساء قواعد المسؤولية المدنية، إذ هو قد فصلها تماما عن المسؤولية الجنائية التي تقوم على فكرة الجزاء للحيلولة دون وقوع الضرر بالمجتمع، كما تأثر فيها بتعاليم المذهب الفردي الحر الذي يجعل حقوق الأفراد وحررياتهم الهدف الأسى للقانون. فالجماعة في خدمة الفرد، ولا انتقاص من حقوق الأفراد لصالح الجماعة إلا في الحدود التي تمكن كلاً منهم من استعمال نفس الحقوق.

وتأسيساً على ذلك قامت المسؤولية المدنية في شكلها التقليدي على الخطأ واجب الإثبات حيث تناولتهما المادتان 1382 و1383 الملغيتان والمستبدل نصهما بموجب القانون رقم 131 لسنة 2016 بالمادة 1240 والتي نصت على أن " كل فعل أي كان يقع من انسان وتسبب في ضرر للغير، يلزم من وقع منه هذا الخطأ اصلاحه".

فأساس انحراف الشخص الذي يتمثل في إهماله أو عدم احتياظه أو عدم تبصره. فإذا تسبب شخص في إحداث ضرر بغيره، وكان هذا الشخص من القدرة على التمييز والإدراك، فإنه لا يلتزم بتعويض هذا الضرر، أن هو استطاع نفي الخطأ عن نفسه بإثبات أنه اتبع نفس المسلك الذي كان يسلكه الرجل المعتاد في نفس الظروف الخارجية التي وجد فيها. كما أنه لا مسؤولية على محدث الضرر، أن عجز المضرور عن إثبات خطئه، أو بقي سبب الحادث مجهولاً، أو تمكن من إثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه.

وقد رأى واضح هذا التقنين أن في تكليف المضرور بإثبات خطأ المدعى عليه على النحو المشار إليه أنفأ عبثاً ثقيلاً قد يتعذر عليه القيام به، فأنشأ على سبيل الاستثناء في بعض الحالات قرائن قانونية على وقوع الخطأ من جانب المدعى عليه جعل بموجبها المسؤولية مقررة ابتداء دون حاجة بالمضرور التي إثبات خطأ المسئول، فنص في المادة (1242 فقرة/1) على أن المرء يسأل ليس فقط عن الضرر الذي يحدث بفعله الشخصي بل أيضاً عن الضرر الذي يحدث بفعل الأشخاص المشمولين برعايته والأشياء التي في حراسته. ثم فصل المشرع هذه الأحوال، فنص على مسؤولية الآباء والأمهات والمربين عن الأضرار التي تقع بفعل الأولاد القصر المقيمين معهم (مادة: 1384 فقرة/2)، وعلى مسؤولية المخدمين والمتبوعين عن أفعال خدمهم وتابعيهم التي تقع منهم في أداء وظائفهم (مادة: 1242 فقرة/3)، وعلى مسؤولية مالك الحيوان أو مستخدمه عن الأضرار التي تصيب الغير بفعل حيوانه (مادة: 1243)، وعلى مسؤولية مالك البناء عن الأضرار التي تصيب الغير من انهدامه متى كان ذلك راجعاً التي وجود عيب في تشييد هذا البناء أو نقص في صيانتها (مادة 1244).

أما في شأن مسؤولية الطبيب، هناك حالات تكون فيها مسؤولية الطبيب ذات طبيعة تقصيرية، وهذا ما سيتم توضيحه في الحالات التالية:

أولاً- حالة الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام:

إن الطبيب الذي يعمل موظفًا في مستشفى عام، يعتبر في مركز لائحي ويخضع في ذلك للقوانين واللوائح الخاصة بالعاملين في المستشفى، وبالتالي لا يمكن مساءلة الطبيب إلا على أساس المسؤولية التقصيرية. (الدناصوري والشواربي، 2017)

كما أن ما يتلقاه المريض من علاج أو ما يجريه الطبيب الجراح من عمليات جراحية، لا يتم بناء على عقد وإنما يتم بناءً على القوانين التي تنظم علاقة العاملين بالدولة، بالجهة الإدارية التي يعملون بها. (حنا، 2011) وفي هذا الخصوص قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاج حتى ينعقد عقد بينهما، وأضافت بأنه لا يمكن القول بوجود اشتراط لمصلحة بين إدارة المستشفى العام وبين أطبائها، لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها علاقة تنظيمية وليست تعاقدية، وبذلك لا يكون هناك محل لبثت مسؤولية الطاعن في دائرة المسؤولية التعاقدية.

قضت محكمة النقض في حكمها الصادر في 28 يناير 2010 (حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 1969/7/3، الطعن رقم 417، س20، مجموعة أحكام النقض المدنية، ص1094، رقم 169)، أن التدخل الجراحي من الطبيب في المشفى العام في عملية توسيع الحجاب الحاجز كان خاطئاً، بناء على تقرير الخبير الذي انتدبته المحكمة، وحدد الخبير الخطأ على اعتبار أن التدخل الخاطئ من قبل الجراح المتمثل في عدم ملائمة الجراحة للتشخيص، الأمر الذي ترتب عليه عدم زوال الألم من المريض، الذي يمثل الضرر المدعى به. ومن جهة أخرى أن الطبيب الجراح لم يبين للمريض قبل إجراؤه للجراحة مخاطر هذا التدخل، الأمر الذي يمثل تراخي من قبل الجراح في الالتزام بإعلام مريضه بطبيعة الجراحة والاثار المترتبة عليها، غير أن دعوى المسؤولية التي أقامها المدعى ضد الطبيب دون اختصام المشفى العام، لا يمكن تأسيسها على الأساس التعاقدية وإنما العلاقة التعاقدية هي تلك العلاقة التي تربط المضرور بالمشفى العام.

وعلى العكس من ذلك ما قضى به القضاء الفرنسي في إطار بحثه عن الأساس القانوني لعلاقة التبعية بين المنشأة الطبية الخاصة والطبيب قد ذهب التي القول بأن: العلاقة التي تربط المنشأة الطبية الخاصة بالطبيب إنما هي علاقة عقدية يحكمها عقد عمل والذي بموجبه يلتزم الطبيب بإعطاء العناية اللازمة والمطابقة للمعطيات الفنية

لمهنته وأنه في ممارسته لهذا الأداء يخضع لإدارة المنشأة الطبية الخاصة التي يكون لها حق الرقابة والتوجيه ومن ثم تنعقد مسئوليتها عند إخلالها بهذا الحق وفقاً لمفهوم المسئولية التقصيرية (Tribunal , 1931)

ثانياً- حالة انعدام الفرصة أمام المريض للتعبير عن إرادته:

تتجسد هذه الصورة في الحالات الاستعجالية كأن يقوم الطبيب بمعالجة المريض دون الحصول على موافقة لتعذر ذلك، فقد يكون المريض قاصراً أو شخصاً عاجزاً عن التمييز، كما قد يستحيل عليه التعبير عن إرادته، ومثاله الشخص الفاقد لوعيه، وإلى جانب ذلك عدم تمكن الطبيب من الحصول على موافقة الأشخاص المخولين كالولي، فعندما يتدخل الطبيب لإنقاذ جريح على الطريق أو غريق فقد الوعي، فالتدخل هنا لا يتم بناء على عقد بل هو أقرب التي الفضالة منه التي العقد، ولا يغير من الوصف المتقدم أن الطبيب قد تدخل بناء على دعوة من الجمهور، ذلك لأن الجمهور لا صفة له في تمثيل المريض، إذ يبقى هذا التدخل من قبيل الفضالة في كلا الفرضين، أي حالة تدخل الطبيب من تلقاء نفسه أو بناء على دعوة من الجمهور. (منصور، 1999)

ثالثاً- حالة امتناع الطبيب عن المعالجة أو تقديم المساعدة الطبية:

صورة هذه الحالة، أن يمتنع الطبيب عن علاج المريض، في حالة عدم وجود طبيب آخر، أو من نفس التخصص، أو كانت الحالة لا تسمح باللجوء التي غيره، فمن شأن ذلك أن يجعل الطبيب مرتكباً لعمل يتنافى مع التزامه المهني، والواجب عليه كطبيب. (حنا، 2011)

وبالرغم من أن هناك تسليماً بحرية الطبيب في ممارسة مهنة الطب، إلا أنه يجب عليه ألا يستعمل هذه الحرية إلا في حدود الغرض الاجتماعي الذي من أجله اعترف له بممارسة هذه المهنة، وإلا كان الطبيب متعسفاً في استعمال حقه. (خليل ع.، 1989)

كما أن الطبيب إذا امتنع عن علاج المريض أو إنقاذه فإنه في هذه الحالة يخالف المسلك المألوف للطبيب اليقظ الموجود في نفس الظروف، فالطبيب وإن كان حرّاً في مزاولته مهنته بالطريقة التي يراها، إلا أن حقه في ذلك مقيد بما تفرضه واجباته المهنية، وما يقتضيه الخلق والواجب الأدبي، وبعبارة ذلك فإنه يكون متعسفاً في استعمال حقه، وبالتالي تكون مسؤوليته تقصيرية. (منصور، 1999)

ويمكننا القول: أن حق الطبيب في الامتناع، كشأن كل الحقوق يمكن أن يرد عليها التعسف إذا اقترن بنية الإضرار بالغير في حالة كون المريض في خطر عاجل لا يتحمل تأجيل العلاج، ويكون الطبيب على علم بذلك، ومن السهل عليه إسعافه وعلاجه، فهنا تقوم المسئولية التقصيرية.

رابعاً- حالة تقديم الطبيب لخدماته مجاناً:

ذهب الرأي الراجح عند الفقهاء الفرنسيين التي نفي الطبيعة العقدية عن الخدمات المجانية على اعتبار أن العقد يقتضي من طرفيه الالتزام به، فالوعد بالخدمة المجانية لم يكن قصده أن يرتب التزاماً في ذمته، فالوعد له يعلم بهذه النية، مثل هذه الالتزامات مصدرها اللياقة واللباقة ولا يتحمل المدين بشأنها إلا واجبات أدبية وبالتالي لا يترتب على مثل هذه الالتزامات سوى مسئولية تقصيرية. (عجاج، 2004)

أما بالنسبة التي الفقه المصري فهناك رأي حديث ينادي بوجود الرجوع التي الملابس لمعرفة ما إذا كان المريض والطبيب قد انصرفت النية لديهم التي إنشاء التزام على عاتق الطبيب أم كان قصد الطبيب القيام بالعلاج على سبيل المجاملة فحسب، بحيث إذا تبين وجود عقد في حالة العلاج بالمجان، فإن الطبيب يكون مسؤولاً طبقاً لأحكام المسئولية العقدية في حالة تحقق الخطأ العقدي من جانبه. (نجيدة، 1992)

الخاتمة

بعد كل الذي بحثناه في هذه البحث، فإنه لا بد من الاعتراف بأنه ليس من السهل وضع خاتمة لموضوع الضرر في المسؤولية المدنية الطبية؛ بسبب دقة البحث وحساسيته؛ لاتصاله بجسم الإنسان، وما يجب أن يتوافر له من الرعاية والحماية.

فيبقى العمل الطبي من الأعمال المباحة، على الرغم من أنه ينطوي في كثير من الأحوال على مساس سلامة الجسم البشري، وتجزئه النصوص التشريعية التي رخصت للطبيب في مباشرة ذلك العمل، لكن بشروط خاصة ومحددة، فيجب أن يكون التدخل الطبي بقصد علاج المريض وشفائه، بعد أخذ موافقته ورضائه المتبصر في غير حالات الضرورة، واتباع الطبيب الأصول العلمية الحديثة والمستقرة في مجال الطب المتعارف عليها نظرياً وعلمياً بين الأطباء. وفي حقيقة الأمر قد واجهتنا صعوبات في إعداد هذا البحث الشائق الذي هو في تنام مستمر، فضلاً عن شح المراجع في بعض الأحيان، وخاصة المختصة منها، وعدم وجود نصوص قانونية خاصة بموضوع الأضرار الطبية، وندرة القرارات القضائية التي هي في غالب الأحيان أن صدرت لم تنشر. وبعد كل الذي أسلفناه لا بد لنا من ذكر النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها من خلال كتابة هذه الرسالة، وهي ما يأتي:

أولاً-النتائج:

- 1- إن الضرر الطبي يستمد تعريفه من الضرر بصورة عامة، فالمشروع المصري - وكذلك الفلسطيني- لم يضع تعريفاً خاصاً بالضرر الطبي.
- 2- إن المعيار الذي يلجا إليه القاضي؛ لمعرفة ما إذا كان السلوك الذي صدر عن الطبيب يعد خطأ أم لا، هو ذات المعيار المعمول به في المسؤولية المدنية بوجه عام، فالقاضي يقارن سلوك الطبيب بسلوك طبيب آخر وسط، من نفس المستوى العلمي، وبنفس الظروف التي وجد فيها.
- 3- اختلف الفقه والقضاء في مسألة تحديد مسؤولية الطبيب، هل هي مسؤولية عقدية أو تقصيرية؟ ففي بداية الأمر ذهب الفقه والقضاء التي عد مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية، لكن سرعان ما تراجعوا عن ذلك، وذهبوا التي القول أن مسؤولية الطبيب عقدية، وذلك منذ حكم محكمة النقض الفرنسية البارز سنة 1936، وقد سار على هذا النهج أغلب التشريعات العربية، وفي هذا الصدد ليس لتكييف العلاقة بين الطبيب وبين المريض ومن ثم طبيعة مسؤولية الطبيب، من حيث كونها عقدية أم تقصيرية - أثر يذكر فيما يتعلق بتحديد المكلف بعبء الإثبات، ولكن ما يؤثر في تحديد المكلف بهذا العبء هو معرفة طبيعة التزام الطبيب، من حيث كونه التزاماً بتحقيق نتيجة أو التزاماً ببذل عناية.

وبعد كل الذي أسلفناه فلا بد لنا من أن نضيف التوصيات الآتية، والتي نأمل أن يكون لها صدى للمهتمين بهذا الموضوع، خاصة جهتي التشريع والاجتهاد.

ثانياً-التوصيات:

- 1- نهيب بالمشرعين المصري والفلسطيني على وجه الخصوص بإصدار قانون خاص بالمسؤولية الطبية، يوفر الحماية الكافية للمريض، وذلك من خلال تحرير أركان المسؤولية المدنية الطبية من الصبغة الشخصية، وإقراره للمسؤولية الموضوعية؛ ليعفي بموجبه المريض المضرور من إثبات الخطأ الطبي.

- 2- وإلى أن يتحقق ما ورد في النقطة أعلاه، نطالب القضاء في ظل القاعدة العامة في تحمل عبء الإثبات، أن يكسر حاجز الالتزام بحرفية النص، ويحاول الاجتهاد عن طريق تفسير النص، وإرساء مبادئ عامة، من شأنها التخفيف عن كاهل المريض المضرور.
- 3- ضرورة الأخذ بإلزامية التأمين على المسؤولية الطبية، سواء أكانت شخصية أم موضوعية؛ ليغطي جميع الأخطار، والأضرار البدنية، والنفسية الناجمة عن الضرر الطبي؛ ليسهل من خلاله حصول المريض أو ذويه على التعويض الذي يجبر ما أصابهم من ضرر، ويساعد الطبيب في حل مشكلة التعويض، وذلك على غرار قانون التأمين الإجباري عن المسؤولية المدنية الناشئة عن مركبات النقل السريع، داخل جمهورية مصر العربية.
- 4- من المعلوم أن روح الزمالة لا تزال تلازم الأطباء، فإذا ما كلف طبيب بشهادة أو بخبرة من قبل المحكمة في مسألة تتعلق بطبيب آخر، فإن نتيجة خبرته أو شهادته، تأتي مهمة أو غامضة غالباً، ومن دون تعليقات، وبعبء عن الحقيقة، لذا نوصي بتشكيل لجنة طبية مختصة تضم كبار الأطباء من ذوي الخبرة والثقة، يرجع إليها القضاء أو لجان التأديب في نقابات الأطباء؛ لتعطي خبرتها ورأيها في كل مسألة أو واقعة تحصل أثناء العمل الطبي، لتحديد دور الطبيب، والخطأ الذي وقع فيه، وماهية الضرر الحاصل، ودرجة خطورته، وبيان ما إذا كان الطبيب مقصراً في عمله أم لا.
- 5- وندعو وزارة الصحة ونقابات المهن الصحية في مصر وفلسطين بالاهتمام بتوثيق الأخطاء الطبية؛ لتسهيل الوصول التي إحصاءات حقيقية، تكون البوصلة الموجهة لسلطات العمل الصحي، في سبيل اتخاذ التدابير اللازمة؛ للحد من هذه الأخطاء، ومعالجة مسبباتها.

قائمة المصادر والمراجع.

- الإبراشي، حسن زكي، المسؤولية المهنية للأطباء والجراحين، دار المعارف، الاسكندرية، الطبعة الثانية، 1979م.
- البيه، محسن عبد الحميد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج2، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993م.
- البيه، محسن عبد الحميد، نظرة حديثة التي خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، سنة 1993م.
- الحسيني، عبد اللطيف، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، ط2، 1987م.
- خليل، عدلي، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1989م.
- خليل، هيثم عبد الله، المسؤولية الطبية المدنية، دار الكتب والوثائق، بغداد، سنة 2016م.
- الدناصوري، عز الدين، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقانون، ج1، دار الكتب والدراسات العربية، لسنة 2017م.
- ذنون، حسن علي، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج2، الخطأ، المكتبة الوطنية، بغداد، سنة 2001م.
- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000م.
- عامر، حسين، القوة الملزمة للعقد، ط1، مطبعة مصر، القاهرة، 1949م.
- عبد العزيز، محمد كمال، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، 1980م.
- العبودي، جاسم، المداخلات في إحداث الضرر تقصيراً، مجلة العلوم القانونية، المجلد 15، العدد (1، 2)، 2000م.

- عجاج، طلال، المسؤولية المدنية للطبيب" دراسة مقارنة"، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ط1، سنة 2004م.
- الغفاري، أنس محمد، المسؤولية المدنية في المجال الطبي" دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2010م.
- فيلاي، علي، الالتزامات "العمل المستحق للتعويض"، موفم للنشر، الجزائر، 2002م.
- مأمون، عبد الرشيد، عقد العلاج الطبي بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، طبعة 1976م
- محتسب بالله، بسام، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، دار الإيمان، دمشق، ط1، 1984م.
- المدونة الذهبية، الإصدار المدني، العدد الرابع من أول عام 1978 - يونيو 1992، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، عام 1994، عبد المنعم حسني.
- مرقس، سليمان. الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، المجلد الأول، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط5، د. ن، 1992م.
- منصور، محمد حسين، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999م.
- نجيده، علي حسين، التزامات الطبيب بالعمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، لسنة 1992م.
- هديلي، أحمد، تباين المراكز القانونية وانعكاساته على قواعد الإثبات، الملتقى الوطني حول: المسؤولية الطبية كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2008م.
- هني، سعاد، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل الشهادة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشرة، الجزائر، 2006م.