



كلية الدراسات العليا

برنامج الماجستير في القانون

المسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الفلسطيني

دراسة تحليلية مقارنة

*Physicians' Civil Liability according to Palestinian Legislation:
Analytical comparative study*

رسالة ماجستير مقدمة من الطالبة غدير نجيب محمود أبو الرب

الرقم الجامعي: 1065266

إشراف الدكتور: فراس ملحم

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون

كلية الحقوق والإدارة العامة

الفصل الدراسي الثاني: 2009 - 2010

المسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الفلسطيني

دراسة تحليلية مقارنة

*Physicians' Civil Liability according to Palestinian Legislation:
Analytical comparative study*

إعداد الطالبة:

غدير نجيب محمود أبو الرب

لجنة النقاش

(د. فراس ملحم (رئيساً

د. خالد تلاحمة (عضواً)

(د. علي السرطاوي (عضواً

المسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الفلسطيني

دراسة تحليلية مقارنة

Physicians' Civil Liability according to Palestinian Legislation:

Analytical comparative study

غدیر نجیب محمود أبوالرب

آذار: 2010

لجنة النقاش

..... (د. فراس ملحم (رئيسا

..... (د. خالد تلاحمة (عضوا

..... (د. علي السرطاوي (عضوا

الإهداء

إلى المعذبين بحبها

وحبها لحظة أمل، وألم، وفرح

، إلى الحروف نعشقها، وتعشق نفسها

،ونعشق لحنها
إليك فلسطين الحبيبة
لا شريك لك
إليك دوما كل المحبة
إليك الإهداء

شكر وتقدير

أتقدم بوافر الشكر وجزيله إلى كل من وقف إلى جانبي في إنجاز هذه الرسالة، فكل الشكر والتقدير
والعرفان للدكتور فراس ملحم الذي أشرف على هذه الدراسة، والذي كان خير مشرف ومعين بتقديمه
للملاحظات النقدية القيمة، والتي وجهت الدراسة وأثرتها

وأتقدم بالشكر إلى زوجي الذي وجدت منه كل التشجيع والدعم لإتمام هذا العمل، وأبنائي الذين طالما
فخروا بي ولا زالوا يفخرون

وأتقدم بالشكر أيضا إلى الأستاذ محمد أبو الرب، فقد تلقيت منه الدعم والتشجيع في المضي قدما في
إنجاز هذه الرسالة

وأتقدم بالشكر الجزيل للأخ غياث ناصر والأخت نوال السعدي والأستاذ خليل شاهين الذين رافقوا وقفوا

إلى جانبي لاتمام هذه الدراسة

ولزاما علي أن أتقدم بالشكر الموصول، والتقدير الكبير لأعضاء لجنة النقاش، اللذين تكروا وتفضلا

علي في تقبلهما لنقاش هذه الرسالة: الدكتور خالد تلاحمة، والدكتور علي السرطاوي، فلهما مني كل

...الحب والتقدير والاحترام

غدير أبو الرب

قائمة المحتويات

العنوان	أ
الإهداء	ت
الشكر والتقدير	ج
ملخص الدراسة باللغة العربية	ر
ملخص الدراسة باللغة الإنجليزية	س
مقدمة الدراسة ومنهجيتها	ص
الفصل الأول: المسؤولية المدنية للطبيب: طبيعتها وأركانها	1
المبحث الأول: طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب	2

المطلب الأول: نوعا المسؤولية المدنية	3
أولاً: المسؤولية العقدية	4
ثانياً: المسؤولية التقصيرية	6
المطلب الثاني: صفة التزام الطبيب	10
أولاً: التزام الطبيب ببذل عناية	10
ثانياً: التزام الطبيب بتحقيق نتيجة	13
المبحث الثاني: أركان المسؤولية المدنية للطبيب	15
المطلب الأول: الخطأ	15

أولاً: ما يتعلق بأخلاقية المهنة	16
ثانياً: ما يتصل بالطبيعة المهنية والحرفية للطبيب	18
أ- الخطأ في التشخيص	18
ب- الخطأ في اختيار العلاج	19
ج- الخطأ في المراقبة	20
د- فعل الأشياء الجوامد	21
المطلب الثاني: الضرر	22
المطلب الثالث: علاقة السببية	25
الفصل الثاني: المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء التشريعات الفلسطينية السارية	28
المبحث الأول: المسؤولية المدنية في مجلة الأحكام وقانون المخالفات المدنية	29
المطلب الأول: المسؤولية المدنية في مجلة الأحكام العدلية	29
أولاً: المباشر بفعل الضرر	30
ثانياً: المتسبب، أو الفاعل غير المباشر	32
ثالثاً: الضمان عن فعل الغير	33

رابعاً: ضمان الأجير الخاص والمشارك	34
المطلب الثاني: المسؤولية المدنية في قانون المخالفات المدنية	37
المبحث الثاني: مساءلة الطبيب عن أخطائه في ضوء المجلة وقانون المخالفات المدنية	41
المطلب الأول: مسؤولية الطبيب المدنية في ضوء أحكام مجلة الأحكام العدلية	41
المطلب الثاني: مسؤولية الطبيب المدنية في ضوء قانون المخالفات المدنية	45
الفصل الثالث: المسؤولية المدنية للطبيب في التجريبتين الإسرائيلية، والفلسطينية	50
المبحث الأول: مسؤولية الطبيب المدنية في التشريع والقضاء الإسرائيليين	51
المطلب الأول: مسؤولية الطبيب المدنية في القانون الإسرائيلي	51
أولاً: قانون الأضرار لسنة 1968	52
ثانياً: قانون حقوق المريض لسنة 1996	53
المطلب الثاني: موقف القضاء الإسرائيلي من بعض القضايا التي عرضت عليه في مجال مساءلة الطبيب المدنية	59
أولاً: التدخل غير المأذون	59
ثانياً: الموافقة بمعرفة وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر	63
ثالثاً: التدخل العاجل للطبيب غير المأذون لصالح حياة المريض	65
المبحث الثاني: تعامل التشريعات الفلسطينية والقضاء مع الأخطاء الطبية	67
المطلب الأول: تنظيم عمل الطبيب في التشريعات الفلسطينية	67
أولاً: القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003	69

ثانيا: قانون الصحة العامة رقم(20) لسنة 2004	69
ثالثا: مشروع القانون المدني الفلسطيني	71
المطلب الثاني: التحقيق في الأخطاء الطبية وموقف القضاء الفلسطيني منها	74
المبحث الثالث: مكن الخلل في الإفادة من التجربة الإسرائيلية	87
المطلب الأول: مقارنة التجربة الإسرائيلية	87
المطلب الثاني: مكن الخلل في المساءلة المدنية للطبيب عن أخطائه في القضاء الفلسطيني	89
الخاتمة والنتائج والتوصيات	92
الملاحق	96
قائمة المراجع والمصادر	106

ملخص الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على المسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الفلسطيني، ثم مقارنة التجربة الإسرائيلية في هذا المجال، معتمدة على المنهجين: التحليلي والمقارن. وقد تناولت مجموعة من النقاط أهمها:

- طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب وأركانها، حيث عرضت حجج القائلين بكون هذه المسؤولية عقدية، وحجج الذين كيفوها على أنها تقصيرية. ثم بينت الدراسة صفة التزام الطبيب التي هي في الأصل بذل عناية والاستثناء يكون بتحقيق نتيجة. ثم تناولت أركان المسؤولية المدنية للطبيب والتي تتمثل في الخطأ والضرر وعلاقة السببية، وبينت أن معيار الخطأ يتحدد بالانحراف عن معيار الرجل المعتاد.
- التأصيل للمسؤولية المدنية للطبيب الذي من الممكن أن يقع في مجلة الأحكام العدلية في باب الضمان، وأيضاً في قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944 وتعديلاته.
- إمكانية الاستفادة من التجربة الإسرائيلية من خلال دراسة التشريعات الإسرائيلية التي يتم الاعتماد عليها في تحديد المسؤولية المدنية للطبيب، وتحديدًا قانون الأضرار الذي هو النص الموحد للتعديلات التي أجريت على قانون المخالفات المدنية. والإفادة أيضاً من التشريعات الإسرائيلية الحديثة، تحديدًا قانون حقوق المريض. ثم عرضت الدراسة وحللت بعض القضايا التي بتّ فيها القضاء الإسرائيلي، والمتعلقة بالمسؤولية المدنية للطبيب. وفي المقابل تناولت الدراسة التشريعات الفلسطينية، وعرضت قضية لازالت معروضة على القضاء الفلسطيني، وهي أيضاً متعلقة بالمسؤولية المدنية للطبيب، لبيان مدى قصور التشريعات الفلسطينية، وعدم فاعلية القضاء الفلسطيني في تحديد مسؤولية الطبيب المدنية.
- خلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج أهمها، إمكانية التأصيل للمسؤولية المدنية في مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، وفي هذا المجال يمكن الاستفادة من التجربة الإسرائيلية.

- خُتِمت الدراسة بمجموعة من التوصيات كان على رأسها الإسراع في سن تشريعات فلسطينية حديثة متخصصة في المسؤولية المدنية للطبيب.

Abstract

This study aims to shed light on the civil liability of the doctor in the Palestinian legislation, and approach Israeli experience in this area, based on the two methodologies the analytical and the comparative. The study dealt with a set of points including:

- The nature of the civil liability of the doctor and its elements, and showed the arguments of those who say that it is contractual, and those who say that it is tort responsibility, then the study described the doctor's commitment which is originally the diligence, but in some exceptional cases, it becomes commitment to achieve the result, Then the study dealt with the elements of civil liability which are: the mistakes, the damage, and causation, and showed that the mistakes is evaluated according to the standards of the usual man.

- The rooting to the civil liability of the doctor which can be found in the provisions of justice magazine under the heading of warranty, and in the civil code No.36 of 1944 and its amendments
- The ability of making use of Israeli experience by studying Israeli legislations related to determining civil liability of the doctor, specifically the law of damage, which is the consolidated text of the amendments made to the Civil Code. Also making use of modern Israeli legislations, specifically the Patient's Rights Law. Then the study presented and analyzed some cases that resolved by Israeli judiciary and related to the civil liability of the doctor, on the other hand the study dealt with the Palestinian legislations and presented a case still before the Palestinian courts, which is also related to the civil liability of the doctor to show how limited are the Palestinian legislations, and how ineffective is the Palestinian judiciary in determining the civil liability of the doctor.
- The study concluded a set of results including: the ability of rooting for the civil liability in the provisions of justice magazine and the civil code, and the ability of making use in this field from the Israeli experience.
- The study put a set of recommendations, the most important is speed up the legislation of modern specialized Palestinian laws in the civil liability of the doctor

مقدمة

تعددت الأبحاث والمدونات والأوراق المقدمة في الندوات وورش العمل التي تناولت المسؤولية المدنية للطبيب، وقد استفاضت في الحديث عن طبيعة هذه المسؤولية في البلاد التي قطعت شوطاً في الحياة المدنية والديمقراطية، وغداً الفقه والتشريع والقضاء في الدول الغربية تحديداً، يولي هذه القضية عظيم الجهد والاهتمام؛ كونها تتعلق بالإنسان في شقيه: الجسدي والنفسي.

وفي سبيل الوقوف على المسؤولية المدنية للطبيب، ستحاول هذه الدراسة أن تقدم قراءة في إشكال العلاقة بين النظرية التشريعية من ناحية، والتطبيق القضائي لها من ناحية أخرى، ولعل تسليط الضوء على هذه

القضية من شأنه أن يدفع بها إلى دائرة السؤال الملح، والذي يتعلق بطبيعة المعوقات التي تحول دون استحداث تشريعات جديدة متخصصة للمسؤولية المدنية للطبيب، وتفعيل الجانب القضائي لها.

ولئن كان قسم أبو قراط الشهير احتجاجا على التوجه القائل بأن القواعد الأخلاقية كافية للطبيب، وممانعة له من ارتكاب الأخطاء، فإن التشريع، يعد في المقابل أحد أهم الضمانات لتقيد الأطباء بالحرص التام على سلامة جسد ونفسية المريض. وفي الاتجاه ذاته جاء التطبيق القضائي ليضيف ضمانات أخرى، وليصون التشريعات النظرية، لتكون رادعا وفيصلا في النظر في الأخطاء التي تتجم عن الطبيب، ودافعا للطبيب لتوخي الحرص الكبير في الابتعاد عن الأخطاء. ويشكل ذلك حماية ونصرة عملية لحقوق المريض حتى لا يتم التهاون في التعامل معها.

وستسعى هذه الدراسة أيضا، لتبيان أهمية تفعيل القضاء الذي من شأنه أن يساهم في تطوير التشريعات، وبالتالي تساهم في رفع حالة الوعي القانوني بهذه القضية لكل من الطبيب، والمريض، والعاملين في مجال التشريع والقضاء. مما يساهم في تقليل الأخطاء الطبية، وصون جسد الإنسان واحترام كرامته. وستكون هذه الدراسة متميزة بفرادتها؛ كونها أول دراسة تحاول أن تبحث في دور التشريع الفلسطيني، من خلال تقديم قراءة في أصول التشريع المدني الفلسطيني، تحديدا في مجلة الأحكام العدلية، ثم دراسة قانون المخالفات المدنية وتعديلاته، ومقاربة هذه الدراسة، بقانون الأضرار لسنة 1968، وقانون حقوق المريض، وإظهار فعالية التشريعات الإسرائيلية في تحديد مسؤولية الطبيب المدنية. وبالمقابل السؤال عن عدم فعالية التشريعات الفلسطينية في تحديد مسؤولية الطبيب المدنية.

وتناولت الدراسة بعض القضايا المتعلقة بالمسؤولية المدنية للطبيب والتي عرضت على القضاء الإسرائيلي، وقامت الدراسة بتناول قضية تتعلق بالمسؤولية المدنية للطبيب لا زالت معروضة على القضاء الفلسطيني بالاستناد لمجلة الأحكام العدلية، وقانون المخالفات المدنية.

ويعود السبب في تناول بعض القضايا الإسرائيلية؛ كون القانون الإسرائيلي في هذا المجال متشابه مع القوانين الفلسطينية ذات العلاقة، خاصة أن قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944، والمعدل له لسنة 1947 والساري في إسرائيل، هو ذاته الساري في الضفة الغربية وقطاع غزة، مع حدوث بعض التعديلات عليه لاحقا في إسرائيل.

أهمية الدراسة

تتبع أهمية الدراسة من تسليطها الضوء على قضية مهمة تتمثل في تحديد المسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الفلسطيني، لاسيما بعد أن كثرت الحديث عن الأخطاء الطبية التي يقع فيها الأطباء في فلسطين، وعدم فعالية التشريعات الفلسطينية في توفير إطار قانوني متخصص للنظر في هذه القضايا أثناء عرضها على القضاء، الأمر الذي ترتب عليه عدم فعالية القضاء الفلسطيني في النظر في القضايا التي عرضت عليه.

وتتبع أهمية الدراسة الأساسية في محاولتها إظهار فعالية مجلة الأحكام العدلية، وقانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944، وتعديلاته في التأسيس للمسؤولية المدنية للطبيب، محاولة الاستهداء بالتجربة الإسرائيلية في مجال سن تشريعات جديدة. واستنادها على قانون المخالفات المدنية، سيما أنه القانون الساري في كل من إسرائيل والضفة الغربية وقطاع غزة.

ويتوقع للدراسة أن تفيد الباحثين في إطار البحث عن تحديد المسؤولية المدنية للطبيب، علها تكون مساهمة طيبة تفضي إلى مزيد من الدراسات والاقتراحات، التي من الممكن أن تحرك مياها التشريع والقضاء الراكدة في هذا المجال.

أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى:

بيان أهمية التشريعات النظرية في إثراء الجوانب التطبيقية في حقل القضاء، وكيف تلعب الاجتهادات *

القضائية أيضا دورا مهما في تطوير الجوانب التشريعية؟

تقديم تصور عام للمسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الفلسطيني في ضوء أحكام مجلة الأحكام
العدلية، وقانون المخالفات المدنية.

تقديم تصور لتفعيل دور القضاء الفلسطيني في هذا المجال، وذلك من خلال محاكاة التشريع والقضاء *
الإسرائيلي.

حث الخطي نحو مزيد من الإسهامات الأكاديمية لتفعيل هذه القضية وإعطائها أهمية كبيرة، علّها *
تساهم في تشكيل وعي أكثر نضجا، فيكون بمثابة عامل ضاغط على التشريع والقضاء من أجل
استحداث تشريعات جديدة للمسؤولية المدنية للطبيب، وتفعيل دور القضاء في مواكبة هذه التشريعات.

الإسهام في زيادة وعي الأطباء للمسؤولية المترتبة على عملهم كأطباء، فوعي الأطباء للمسؤولية *
المدنية الملقاة على عاتقهم، تخفف عليهم أعباء تحميلهم وزر ما لا ينبغي أن يقع على عاتقهم، وتجعلهم
بالمقابل أكثر حيطة وحذرا في تدخلهم الطبي.

مراجعة الأدبيات

بعد الاطلاع والتقصي على الدراسات التي تناولت موضوع المسؤولية المدنية للطبيب في فلسطين، لم
نجد سوى عدد محدود من الدراسات، جاء بعض منهن في نطاق استكمال درجة الماجستير، وواحد كانت
(دراسة صادرة عن الجمعية الفلسطينية لحماية حقوق الإنسان والبيئة (القانون

والملاحظ على كل الدراسات الأخرى التي اطلعت عليها الباحثة أنها تتناول مسؤولية الطبيب المدنية بنوع
كبير من التشابه؛ فهي تتناول طبيعة المسؤولية في التشريع والفقهاء والقضاء، وأركان المسؤولية المدنية
للطبيب، وطبيعة التزامه تجاه المريض. وكان الاختلاف الجوهرى بين هذه الدراسات التي قامت الباحثة

بمراجعتها ينطلق من الموضوعات التي ركزت عليها، واستندت إليها. فمثلا تناولت البرغوثي موضوع طبيب الولادة، بينما تناول دودين مسؤولية الطبيب الفردية.

وبما أن موضوع دراسة الباحثة يتعلق بالمسؤولية المدنية للطبيب في ضوء التشريع والقضاء الفلسطيني، ارتأت الباحثة أن تكون مراجعة الأدبيات مقتصرة على الأدبيات التي كتبت في هذا الموضوع.

وإن كانت الدراسة ستذهب نحو مقارنة مع التجربة الإسرائيلية، ونظرا لتعذر اللغة العبرية على الباحثة، فلم يكن بوسعها أن تدرج بعض الأدبيات الإسرائيلية ضمن مراجعة الأدبيات، رغم اعترافها بأهمية قراءة هذه الأدبيات؛ لما لها من أهمية في توضيح المقاربة التي ستذهب إليها الباحثة، لكنها ستعوض هذا الجهد بالإفادة من بعض المقالات والقضايا التي ستترجمها.

وقد جاءت الأدبيات على النحو التالي:

(¹)المراجعة الأولى

تناولت الدراسة المسؤولية المدنية الطبية في حالات الولادة مستخدمة المنهج المقارن، وقد أثرت البرغوثي دراستها بإجراء مقابلات متخصصة مع بعض الأطباء المتخصصين والقضاة والمحامين.

وقد قسمت الدراسة إلى فصل تمهيدي وأربعة فصول، ناقشت في الفصل التمهيدي طبيعة المسؤولية بشكل عام، وتطورها عبر التاريخ. وتناولت في الفصل الأول الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الطبية، وهو

فدوى البرغوثي. المسؤولية المدنية الطبية في حالات الولادة. جامعة القدس، رسالة ماجستير -1 (غير منشورة)، 2003.

فصل لا بد منه في مثل هذه الدراسات؛ لأنه يوفر الإطار النظري والقانوني الذي تتفد منه الدراسة لمناقشة إشكالياتها وفرضيتها. اللتان لم يتم توضيحهما في مخطط الرسالة.

وانتقلت في الفصل الثاني للحديث عن أركان المسؤولية المدنية (الخطأ والضرر وعلاقة السببية)، واستفاضت في عرض هذه الأركان من خلال الفقه والتشريع والقضاء. إلا أن خلوص الدراسة لاستنتاجات كان بشكل عام ضعيفا، ولم يأت متناسبا والجهد المبذول.

وأفردت البرغوثي الفصل الثالث للحديث عن مسؤولية طبيب الولادة، وهو جوهر رسالتها، وقد أغنته بمواقف الفقه والتشريع والقضاء المقارن، موضحة أن مسؤولية طبيب الولادة تبدأ منذ لحظة الحمل، وتستمر إلى ما بعد وضع المولود. وقد ناقشت أثناء تناولها الموضوع مسؤولية الطبيب عن أخطاء مساعديه، حيث تبنت الرأي القائل: لا يسأل طبيب عن أخطاء آخر يحمل شهادة متخصصة طالما أعطى تعليمات خاصة بحالة المريض⁽²⁾. وبيّنت أن مسؤولية المستشفى عن أخطاء طبيب الولادة مسؤولية عقدية، تستند إلى المسؤولية الملقاة على عاتق المستشفى.

وناقشت في الفصل الرابع آثار المسؤولية الطبية، حيث تناولت فيها عبء إثبات الخطأ، وتحقق وتقدير الضرر.

وهكذا فإن البرغوثي لم تجعل محور رسالتها التأسيس لتشريع وقضاء بإمكانهما أن ينظرا في مسؤولية الطبيب المدنية، وهذا ما ستذهب إليه دراسة الباحثة مع التركيز على مقارنة التجربة الإسرائيلية، وتأخذ مشروعاتها من فرائدها هذه.

المصدر السابق. ص 129-2

المصدر السابق. ص 138-3

وخلصت البرغوثي إلى أن التشريعات العربية عموماً تعاني من قصور في مجال التشريعات المتخصصة (4) للمسؤولية الطبية بشكل عام، وأن القضاء العربي إنعكاس لهذه التشريعات القاصرة

(5) المراجعة الثانية

تناولت رسالة دودين مسؤولية الطبيب الفردية المدنية عن أعماله المهنية. وقد وقعت في فصلين: تحدث في الفصل الأول عن مفهوم العمل الطبي، والأساس القانوني لمشروعيته، والتزامات الطبيب تجاه المريض، وتوصل دودين إلى أن العمل الطبي يتسم بالمرونة والتطور، وأن تطوره مرهون بتطور فنون وأشكال علم الطب (6). وأن الأساس القانوني لمشروعية العمل الطبي رضاء المريض، والترخيص القانوني للطبيب، وواجب الطبيب تجاه المريض، والضرورة التي يستدعيها التدخل الطبي (7). ثم ناقش التزام الطبيب تجاه المريض الذي يبدأ قبل العلاج ويستمر حتى تماثل المريض للشفاء. وكان في كل قضية يبحثها يخضعها للمنهج المقارن، فيعرض الحجج والأسانيد التي يذهب إليها كل فريق في كل قضية، ثم يحدد موقفه من القضية المعروضة.

وتناول دودين في الفصل الثاني مسؤولية الطبيب المدنية في إطار الممارسة الفردية للعمل الطبي، وهو أساس رسالته. وقد أوضح طبيعة التكيف القانوني للمسؤولية المدنية للطبيب، وانحاز للرأي السائد،

المصدر السابق. ص 175- 176- 4

محمود دودين. مسؤولية الطبيب الفردية عن أعماله المهنية. جامعة بيرزيت، رسالة ماجستير (5- غير منشورة)، 2006

المصدر السابق. ص 21- 6

المصدر السابق. ص 31- 7

والذي يتبنى كون المسؤولية في الأساس عقدية، والاستثناء تقصيرية، معللاً موقفه بقوة حجج القائلين⁽⁸⁾ بذلك، ولقوة أسانيدهم

وبحث في هذا الفصل أيضا صفة التزام الطبيب في النظام القانوني الفلسطيني من خلال مجلة الأحكام العدلية، وقانون المخالفات المدنية، ومشروع القانون الفلسطيني. مشيرا إلى أن القضاء الفلسطيني يجب أن يأخذ بالرأي القائل بأن مسؤولية الطبيب عقدية اتساقا مع الرأي الراجح في فقه وقضاء البلدان⁽⁹⁾ الأخرى، ولأن المسؤولية العقدية فيها حماية أكثر لمصالح المضرور، وتعفيه من عبء الإثبات

ثم بحث أركان المسؤولية المدنية للطبيب، وهي (الخطأ والضرر، وعلاقة السببية). وخلص إلى ما خلصت إليه كل الدراسات المتعلقة بموضوع المسؤولية المدنية للطبيب في موضوع الخطأ والضرر وعلاقة السببية، ومنها أن الخطأ الذي يؤخذ عليه الطبيب، هو الخطأ الذي لا يقع من الطبيب العادي في⁽¹⁰⁾ ظل الظروف الطبيعية

وختم دراسته بمبحث التعويض، وقد خلص منه إلى حق المضرور بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء الخطأ. وفي معرض تناوله للتعويض تحدث عن التعويض عن الضرر الجسدي، والأضرار الموروثة والمرتدة التي يجوز التعويض عنها لكل من لحقه ضرر محقق نتيجة الفعل الضار مباشرة⁽¹¹⁾.⁽¹²⁾ وأن تقدير مبلغ التعويض يكون بناء على الحالة التي يكون عليها المضرور وقت صدور الحكم

8- المصدر السابق. ص 15-

9- المصدر السابق. ص 97-

10- المصدر السابق. ص 104- 106-

11- المصدر السابق. ص 143-

12- المصدر السابق. ص 145-

وأخير ناقش نظام التأمين الطبي الذي اقترح أن يكون إجبارياً، وأن تُنشأ صناديق الضمان يمتد نطاقها لتشمل الأخطاء الطبية، بحيث تعمل هذه الصناديق بموجب قواعد وشروط مماثلة لتلك التي تعمل بها مؤسسات، وهيئات المعاشات، والتأمينات الاجتماعية. وأن تكون مواردُها من اشتراكات الأطباء (13) والمستشفيات والمرضى، وأن تكون هي المسؤولة عن التعويض عن الضرر الذي يلحق المضرور وقد كانت مشكلة الدراسة عند دودين كانت عامة، وهي مطروقة والآراء فيها مختلفة، وهو إذا انحاز لرأي معين كان يبرره. وقد خدمه المنهج المقارن الذي كان حاضراً في كل ثنايا دراسته. بيد أنه لم يأخذ المقاربة بين التشريع الفلسطيني من جهة، والتشريع الإسرائيلي من جهة أخرى، وهو ما يعطي دراسة الباحثة المزمع أجراؤها مبرر المضي قدماً.

(14) المراجعة الثالثة

تناول ادعيس في دراسته مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، فقد تحدث بداية عن أنواع المسؤولية المدنية، وأهمية التفريق بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، وقد تعرض لمجلة الأحكام العدلية (15) في تنظيمها للمسؤولية التقصيرية.

ثم تناولت دراسة ادعيس مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية، مبيناً أن في هذه المسألة مصلحة للطبيب فلا يتحمل فوق طاقته، ومصلحة للمضرور بحصوله على التعويض إذا كان الضرر نتيجة الخطأ الطبي

(16) الواضح الجلي.

المصدر السابق. ص 147- 148- 13

معن ادعيس. مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية. القدس: الجمعية الفلسطينية لحماية -14 حقوق الإنسان والبيئة، 2001

المصدر السابق. ص 15- 18- 15

المصدر السابق. ص 27- 16

وعرض ادعيس أركان المسؤولية المدنية للطبيب عن أخطائه المهنية، فتحدث عن الخطأ الطبي وصوره، ثم تحدث عن الضرر الذي يأخذ الشكل المادي أو المعنوي أو كليهما، ثم بحث في علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وانتهى إلى أن هنالك صعوبات في إثبات المريض للخطأ، ووقوع الضرر، ثم إثبات العلاقة بين الخطأ والضرر. وأن عبء الإثبات تعظم صعوبته حينما لا يُحمّل الخبراء الأطباء زملاءهم في المهنة المسؤولية لدى إدلائهم بإفادتهم⁽¹⁷⁾.

وإذ ناقش ادعيس الجوانب القانونية في التشريعات المقارنة، وأحكام القضاء المقارن بنوع من الاختصار، وكذلك أحكام المسؤولية التقصيرية في مجلة الأحكام العدلية. وناقش بعض القضايا التي عرضت على القضاء الفلسطيني، إلا أنه لم يتبنَ فرضية معينة، سوى أن الدراسة جاءت نتيجة لتراكم الأخطاء الطبية في فلسطين، وعدم البت في القضايا المرفوعة للقضاء، وكأن دراسته تهدف لتتوير المعنيين بموضوع المسؤولية المدنية للطبيب. وقد كانت التوصيات التي خلص إليها تقع في نطاق الخصوصية الفلسطينية ولم يدرس ادعيس المجلة وقانون المخالفات باستفاضة، ولم يتطرق للتجربة الإسرائيلية، وهذا ما يؤكد فريدة الدراسة التي تتوي الباحثة القيام بها.

مشكلة البحث

تقوم الدراسة على طرح مجموعة من التساؤلات، والتي هي قيد الدراسة والبحث، وقد تم صياغتها

كالاتي:

- إلى أي مدى يمكن التأصيل للمسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الفلسطيني من خلال مجلة الأحكام العدلية، وقانون المخالفات المدنية؟

المصدر السابق. ص 54-17

- وإلى أي مدى يمكن الاستفادة من توجه التشريع الإسرائيلي في خلق تصور نحو المسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الفلسطيني؟
- وإلى أي مدى يمكن اعتبار غياب التشريعات المتخصصة السبب الوحيد في عدم بت القضاء الفلسطيني في القضايا ذات العلاقة التي عرضت عليه؟

فرضية البحث

تفترض الباحثة أنه بالإمكان التأسيس للمسؤولية المدنية للطبيب في ضوء أحكام مجلة الأحكام العدلية، وقانون المخالفات المدنية وتعديلاته؛ فقد اشتملا على القواعد العامة التي يمكن من خلالها تحديد المسؤولية المدنية للطبيب، ويمكن أيضا الاشتقاق منهما لاستحداث تشريعات جديدة متخصصة بالمسؤولية المدنية للطبيب. والباحثة إذ تتبنى هذا الطرح، فإنها تهتدي بالتجربة الإسرائيلية في هذا المجال، وتعتبر أنه من المفيد الاستفادة منها، والتي تستند في تعاملها مع المسؤولية المدنية للطبيب على قانون المخالفات المدنية لعام 1944 وتعديلاته.

كما وتفترض الباحثة أن خلا بنيويا يتمثل في عدم تفعيل التشريعات المؤصلة، وغياب التشريعات المستحدثة في تقرير مسؤولية الطبيب المدنية. وعدم وعي المواطن على ضرورة البحث والتقصي عن أسباب الخطأ الطبي الذي تعرض له، وهو ما يحول دون تفعيل التشريع والقضاء الفلسطيني في هذا الجانب.

المنهجية

ستعتمد الباحثة على المنهج الوصفي التحليلي، وهو منهج مُستحدث لدراسة الظواهر الإنسانية والاجتماعية ويستند هذا المنهج على حقيقة وجود ارتباط وتلازم بين الإطار العلمي للبحث (أي الفكر النظري) وبين الواقع العملي (أي المجال التطبيقي)، مما يسمح للدراسة المزج بين القواعد العامة التي

تفسر الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب مع تطبيق عملي على هذه القواعد. واستنباط لها من مجلة الأحكام وقانون المخالفات المدنية.

وستعتمد الباحثة أيضا وبشكل رئيسي على المنهج المقارن في بحث الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية، حيث يتطلب ذلك من الباحثة الاستفادة من التشريعات المقارنة، وكذلك الأحكام القضائية، والمواقف الفقهية.

وتظهر أهمية استخدام المنهج المقارن الذي انبنت على أساسه الدراسة، وتحديدًا حين ذهبت إلى بحث المسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الفلسطيني من خلال مقارنة النموذج الإسرائيلي، بناء على الخلفية المشتركة للتشريع الإسرائيلي والفلسطيني، حيث يعتمد كلاهما على قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944، وتعديلاته؛ علَّ هذا الجهد يفضي إلى تحديد مكن الخلل في المساءلة المدنية للطبيب في التشريع والقضاء الفلسطيني عن الأخطاء التي يقع فيها.

حدود الدراسة

حددت الباحثة الدراسة بالوقوف على المسؤولية المدنية للطبيب من خلال تقديم قراءة في الطبيعة القانونية لها من منظور مقارن، ثم تحديد أركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية. ثم تناول القواعد العامة المؤصلة لها في مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية وتعديلاته، ثم دراستها في التشريع الإسرائيلي، وتحليل بعض الأحكام القضائية الإسرائيلية ذات العلاقة، وأخيرا مقارنة هذه الأحكام بقضية لا زالت معروضة على القضاء الفلسطيني.

أقسام الدراسة

سيتم تقسيم الدراسة فضلا عن المقدمة والخاتمة إلى ثلاثة فصول: سيتحدث الفصل الأول عن الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب، وستتناول الدراسة في الفصل الثاني المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء التشريعات

الفلسطينية السارية، وسيفرد الفصل الثالث للحديث عن المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء التجربتين الإسرائيلية
والفلسطينية.

الفصل الأول: المسؤولية المدنية للطبيب: طبيعتها وأركانها

اختلفت الأدبيات المختصة في المسؤولية المدنية للطبيب في تعريف ماهية هذه المسؤولية، وقد اقتصر بعض هذه التعريفات على تحديد المسؤولية في العلاج، فيما اقتصت تعريفات أخرى في الحديث عن الأعمال الوقائية التي يتوجب على الطبيب مراعاتها قبل المعالجة، وأثنائها، وبعدها. إضافة إلى أدبيات أخرى تحدثت عن مسؤولية الطبيب في توجيه وتنظيم الحياة العضوية للإنسان، بالنظر إلى ظروف حياته المهنية والعملية.

ويتطلب الحديث عن المسؤولية المدنية للطبيب تحديد ماهية العمل الطبي، والجوانب التي يختص بها هذا التحديد. على اعتبار أن العمل الطبي هو ذلك الجانب من المعرفة الذي يتعلق بموضوع الشفاء وتخفيف المرض، ووقاية الناس من الأمراض الجسمانية والنفسية، ومحاولة تخليص الإنسان من كل ما يلم به من آلام جسمانية ومعنوية ونفسية.

والتعريف الجامع للعمل الطبي، يعني أنه: "كل فعل يرد على جسم الإنسان أو نفسه ويتفق في طبيعته مع الأصول والقواعد الثابتة المتعارف عليها علمياً في علم الطب، ويقوم به طبيب مصرح له قانوناً بمزاولة ذلك العمل، بقصد الكشف عن الأمراض، وتشخيصها وعلاجها لتحقيق الشفاء. أو تخفيف آلام المرضى أو الحد منها، أو منع الأمراض. ويهدف إلى الحفاظ على صحة الأفراد، وتحقيق مصلحة اجتماعية، شريطة أن يتوافر فيه رضا من يجري عليه العمل الطبي"⁽¹⁾.

يتضح من التعريف أنه يقع على عاتق الطبيب مسؤولية مراعاة جملة من القواعد المتعارف عليها في علم الطب، والتي يمكن من خلالها الحكم على الخطأ الطبي، ووجوب تحمل وتحميل المسؤولية من عدمها. لذلك فإن تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب، عمل يسبق بالضرورة استعراض طبيعة هذه المسؤولية في القانون الفلسطيني.

¹ منصور عمر المعايطه. المسؤولية المدنية والجزائية في الأخطاء الطبية. الرياض: جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2004، ص 15.

وإلى جانب التساؤل عن طبيعة مسؤولية الطبيب، يثار تساؤل آخر عن طبيعة التعاقد الطبي ونتائجه، أي النظر في وقوع المسؤولية وتحديد ماهيتها في بذل العناية، أم في تحقيق النتيجة؟ كما سيتم التحقق من ذلك لاحقاً.

وفي هذا الإطار، سنتناول الدراسة في هذا الفصل المسؤولية المدنية للطبيب من خلال مبحثين، يختص الأول بطبيعة المسؤولية المدنية للطبيب فيما إذا كانت مسؤولية عقدية أم تقصيرية؟ ويتناول ويتناول أيضاً صفة التزام الطبيب، وهو التزام ببذل عناية أم تحقيق نتيجة. أما المبحث الثاني، فيتناول أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة السببية.

المبحث الأول: طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب

إذا كان الإنسان كائناً اجتماعياً بالطبع، حسب رأي ابن خلدون⁽²⁾ - وهذا ما نعتقه - فإن اجتماعه يقوم على أساس احتكاكه بغيره، الأمر الذي يستلزم وجود نظام لينتظم فيه سلوكه الاجتماعي، من هنا، أصبح الإنسان مسؤولاً عن أفعاله تجاه الغير والمجتمع.

وقد رافق التطور في بنية المجتمعات تطوراً في فهم المسؤولية التي تقع على الأفراد، فقد بلغت المجتمعات ذروة التطور في بنياتها في القرن العشرين. إذ وصف النصف الأول منه بعالم المواصلات، والنصف الآخر بعالم الاتصالات. ولما كانت التقنية وتشابكها وتلاحقها المتسارع تضاعف من إمكانية الضرر، الذي قد يحدثه الإنسان نتيجة لخطأ مرده في الأساس بشري، ازداد وجود الخطأ بشكل لافت، بحيث أصبح لا مناص من البحث في تداعيات هذه الأخطاء، وتحميل المتسبب بها المسؤولية عن حدوثها، مما جعل الاجتهادات في هذا الموضوع تنحو نحو جبر الضرر، فبات جبر الضرر مطلباً يهون على المضرور ضرره، ويقتص به من متسببه، ويستفيد من جبره في التغلب على ما يحدثه الضرر في نفسه وجسده⁽³⁾.

² عبد الرحمن بن خلدون. مقدمة ابن خلدون. بيروت: دار الكتب العلمية، 1993، ص 33.
³ انظر بسام المحتسب. المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق. دمشق: دار الإيمان، ص 83-88.

من رحم هذا التطور، ولدت المسؤولية المدنية، وانفصلت بذلك عن المسؤولية الجنائية والأدبية، فتم تحميل الشخص المؤاخذه على فعله الذي يقع منه. لكن اختلافاً لا زال قائماً لدى المشرعين حول تكييف هذه المسؤولية، فمنهم من رآها ناشئة عن الإخلال بالعقد بين طرفيه (المتسبب بالضرر والمضرور)، وبالتالي وضعها في إطار تصور المسؤولية العقدية. ومنهم من نظر إليها من زاوية الضرر الذي لحق بالغير مع انتفاء الرابطة العقدية، فأسندها إلى المسؤولية التقصيرية. ففي حكم لمحكمة النقض المصرية جاء فيه " يقصد بالمسؤولية المدنية بوجه عام، المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن الإخلال بالتزام مقرر في ذمة المسؤول، وقد يكون مصدر هذا الإلتزام عقداً يربطه بالمضرور، فتكون مسؤوليته مسؤولية عقدية، يحكمها ويحدد مداها العقد من جهة، والقواعد الخاصة بالمسؤولية العقدية من جهة أخرى.

وقد يكون مصدر الإلتزام، القانون في صورة تكاليف عامة يفرضها على الكافة، كالتزامهم بعدم مجاوزة سرعة معينة عند قيادة السيارة، وعندئذ تكون مسؤوليته مسؤولية تقصيرية"⁽⁴⁾. وسوف يتناول هذا المبحث المسؤولية المدنية للطبيب من خلال التمييز بين المسؤولية، وأركان نهوضهما، والكيفية التي يتم من خلالها تكييف نوع المسؤولية، وهل من الجائز الجمع بينهما؟

المطلب الأول: نوعا المسؤولية المدنية

لم تحدد أحكام المادتي (1382) و(1383) من القانون المدني الفرنسي⁽⁵⁾ طبيعة الخطأ المتسبب بالضرر للآخرين، أكان من طبيب أم من غيره، لذلك يمكن اعتبارهما مادتين عامتين⁽⁶⁾ مكنتا حقل

⁴ - حكم محكمة النقض المصرية رقم 16/1089 بتاريخ 16- 11- 1965. نقلا عن عبد الحكم فودة. موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض. المجلد الثاني. الإسكندرية: المكتب الفني للموسوعات القانونية، دت، ص 27. (المواد من 162-417)

⁵ - *the French civil code*. Translated with an introduction by john h. crabb. Nether land: rothman, 1995
⁶ - تذهب المادتان (1382)، و(1383) إلى أن أي فعل يسبب ضررا يلزم صاحبه تحمل المسؤولية عن فعله الضار، سواء أكان هذا الفعل قد تم بعد قصدية معينة، أم أنه لا قصدية في تسببه، ومنها قد تمت الاجتهادات التي كانت تقضي للتخصص في طبيعة الفعل الضار، وطبيعة متسببه. لذلك يمكن القول أنهما أصلتا لكثير من اجتهادات المشرعين والفقهاء، حيث مثلتا الأصل الذي فيه الإمكان دائما متوافرا للاشتقاق، وبذلك، فإن سر الحياة بهما لمواكبة التطور في طبيعة الضرر المتسبب به للغير، بما يتواءم مع الظروف التي قد تستجد نتيجة للتطور الحاصل، والذي قد يحصل في المستقبل.

الفقه والتشريع من تأطير مسؤولية الطبيب تجاه الخطأ الذي يصدر منه، فيتسبب بالأضرار، ليختلف الفقه مع نفسه حول تكييف المسؤولية التي يؤاخذ الطبيب بناء عليها.

كما أن تحديد ماهية التزام الطبيب تجاه مريضه أمر بالغ الأهمية، إذ تمثل طبيعة هذا الإلتزام حجر زاوية مهم في فهم العمل الطبي، كما أنها تؤثر على نوع المؤاخذة التي يكون الطبيب محلاً لها: أعقدية كانت أم تقصيرية؟ كما أن التعرف على أركان المسؤولية المدنية الطبية- بصرف النظر عن كونها عقدية أم تقصيرية- من شأنه أن يوسع الضلع الثالث لمعالم المسؤولية المدنية للطبيب، حتى تكون القضايا الناشئة عن العمل الطبي سهلة التداول بالدرس والتحليل.

وسوف نتطرق الدراسة في مطلبها هذا إلى نوعي المسؤولية المدنية: التقصيرية والعقدية.

أولاً: المسؤولية العقدية

تعرف المسؤولية العقدية بأنها "المسؤولية التي تقوم على أساس الإخلال بالتزام عقدي، يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات"⁽⁷⁾. وهكذا فإن الصفة الأبرز للمسؤولية العقدية وما يميزها ارتباط الدائن بالمدين بنصوص العقد، بحيث يفصل العقد بينهما في حال ادعاء الدائن إخلال المدين في التزامه بالعقد. وتكون مسؤولية الدائن إثبات العقد، وتقع المسؤولية على المدين بإثبات صحة التزامه بما ورد في العقد⁽⁸⁾.

وإن كانت المهن الطبية ذات طبيعة خاصة، فإن منظري المسؤولية العقدية لم يعتبروا ذلك عقبة في نهوض طبيعة هذه المسؤولية، بل اعتبروا هذا الرأي فيه خلل عميق؛ ذلك أن الخطأ في المهن ذات الطبيعة الفنية الخاصة⁽⁹⁾، تتحدد من خلال قيمتها الفنية، ومستويات العلم والمهارة في أدائها، ولئن كان المريض يجهل فنيات الطبيب المعالج، فإنه واع لما أقدم عليه من اتفاق مع الطبيب. وبالتالي فإن

7- عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الإلتزام بوجه عام مصادر الإلتزام. المجلد الثاني: الطبعة الثانية الجديدة. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، ص 747.
8- سليمان مرقس. المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية: القسم الأول. الأحكام العامة: أركان المسؤولية الضرر والخطأ والسببية. القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية، 1971، ص 15.
9- يعرف الخطأ الفني للطبيب بأنه: الخطأ القائم على أساس الخروج عن الأصول الفنية لمهنة الطب، حيث يخالف قواعد العلم، والأصول الفنية التي تلزم القواعد الفنية فيها كل طبيب. انظر جاسم علي الشامي. مسؤولية الطبيب والصيدلاني. بحث غير منشور. مقدم إلى مؤتمر المسؤولية المهنية الذي انعقد في جامعة بيروت العربية، (3- 5/4/2000)، ص 3.

الرأي القائل بصعوبة تقدير الأمور الفنية الطبية إلا من جانب الطبيب، ومن ثم ضرورة تحية الصفة العقدية لها، رأي ضعيف. علاوة على أن الأطباء لا يترددون في المطالبة بأتعابهم، التي تتولد عن عقد العلاج الطبي⁽¹⁰⁾.

ونظر أصحاب هذا الاتجاه إلى أن العقد الطبي بين المريض والطبيب، وإن تعلق بحياة الإنسان، إلا أنه ليس وعداً بحفظها، فلا يمكن الحكم على الطبيب حسب نتيجة مجهوداته، وإنما مناط الحكم عليه يكون من خلال الجهود التي يبذلها في سبيل شفاء المريض، على أن تكون متلائمة مع أصول العمل الطبي بما تتطلبه المهنة من مهارة وحذق⁽¹¹⁾.

وقد ورد في موسوعة القضاء للأستاذ عبد المعين لطفي جمعه قوله "مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجها هي مسؤولية عقدية، وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفاؤه ... لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة، وإنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة، تتفق مع الظروف الاستثنائية المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول"⁽¹²⁾.

ولا يعني هذا بأي شكل من الأشكال أن الأطباء سواسية في الطريقة التي يصدرون فيها عن المعرفة الطبية، فللطبيب هامش من الاستقلال، بحيث يحق له مخالفة الأصول الثابتة للطب، إذا ثبت له أنه من الأفضل الخروج عليها، في الحالة التي يرتئي فيها تحقيق فائدة أفضل للمريض، شرط أن تكون جهوده خالصة لفائدة المريض وحده، وأن لا يعرضه لخطر لا يتناسب والفائدة المنتظرة⁽¹³⁾.

¹⁰- انظر حسن زكي الأبراشي. مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن. القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية، ص 41- 42. وانظر المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين. المسؤولية الطبية. الجزء الأول بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2000، ص 129.

¹¹- انظر حسن الأبراشي. مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن. مصدر سابق، ص 41.

¹²- بسام المحتسب. المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق. مصدر سابق، ص 92.

¹³- المصدر السابق، ص 106.

ثانياً: المسؤولية التقصيرية

عرفت المسؤولية التقصيرية بأنها المسؤولية التي "تقوم على الإخلال بالالتزام قانوني واحد، وهو الإلتزام بعدم الضرر"⁽¹⁴⁾، وتكون مؤاخذه متسبب الضرر بجبر الضرر.

ولئن كان جبر الضرر في المسؤولية العقدية يحدد سقفه بما كان متوقعا من العقد في لحظة إنشائه، بقدر ما أصاب الدائن من خسارة أو ما فاتته من ربح حسب ما نصت عليه المادة (1149) من القانون المدني الفرنسي، فإن جبر الضرر في المسؤولية التقصيرية لا يتقيد بالتعويض بالبندين السابقين، وإن كانت المحاكم تضطر لمراعاتهما في الاسترشاد، ويكون التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية نقدياً وفقاً للمادة (1142) من القانون المدني الفرنسي، بينما يجوز التعويض النقدي والعيني في المسؤولية التقصيرية⁽¹⁵⁾.

واحتج القائلون بضرورة تكيف مسؤولية الطبيب على اعتبار كونها مسؤولية تقصيرية، بأن العقد لا يمكن أن يكون في المهن ذات الطبيعة الخاصة⁽¹⁶⁾. وقيم أصحاب هذا الرأي دليلاً على ذلك، فمن الصعوبة بمكان على غير المختص أن يدرك طبيعة العقد، وبما أن المهن الطبية ذات طبيعة خاصة، لا يدركونها إلا من امتلك من الدراية والعلم ما يؤهله ليكون متبصراً بها، وهي غالباً حكر على المتخصصين في هذا المجال، فإن معرفة المريض بشروط انعقاد العقد بينه وبين الطبيب فيها محل للشك كبير⁽¹⁷⁾.

ويستتبع ذلك الغاية والقصد من العمل الطبي تجاه المريض، إذ يحدد في الغالب الأعم ببذل عناية، وأن بذل العناية مفهوم فضفاض وفيه اتساع، لا يتماشى مع الأحكام والشروط التي ينعقد فيها العقد بشكل عام، لذلك، فإن الخطأ الذي يمكن أن يسند للطبيب في هذا المقام يكون مصدره مدى التلاؤم

¹⁴ - يقيم السنهوري الفارق بين المسؤولية التقصيرية والعقدية من الناحية الجوهرية على أساس أن الدائن يعرف المدين قبل العقد، وأن المدين يتعرض للدائن في العين التي يقدمها المدين، بينما التقصيرية تكون العين بيد مالكة، ويتعرض له فيها أجنبي، فيستوجب مساءلة المتعرض، وأن تعريض الغير للضرر هنا، مترتب في ذمة الناس كافة. انظر السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام. مصدر سابق، ص 742-847.

¹⁵ - أنظر سليمان مرقس. المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية القسم الأول. الأحكام العامة: أركان المسؤولية الضرر والخطأ والسببية، مصدر سابق، ص 9-15.

¹⁶ - حسن الأبراشي. مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن. مصدر سابق، ص 41.

¹⁷ - المصدر السابق، ص 47.

بين الفعل الطبي وبذل العناية، فمن بين العلاقة بينهما تولد مهارة الطبيب، بناء على ذلك وجب على الطبيب مراعاة الأصول العلمية في الفن الطبي، حيث يصبح مناط البحث في المسؤولية يتعلق بقواعد المهنة، وهي خارجة عن دوائر العقد؛ لأن مصدر الخطأ بالإخلال بالواجبات القانونية، وبالتالي انتفاء أي صفة لشروط العقد في هذا الخطأ⁽¹⁸⁾.

ويحتج كذلك أصحاب هذا الرأي بأنه لا يجوز بأي شكل من الأشكال أن تكون حياة الإنسان محلاً للعقود، فالقول بأن المريض قد تعاقد مع الطبيب يعني أنه تنازل عن حقه في التصرف في جسمه، وبما أن حياة الإنسان وسلامة جسمه أمر يهم المجتمع بأسره، وبالتالي فإن المساس بها يوجب تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية⁽¹⁹⁾.

كما أنهم يحتجون بأن كل جريمة نشأ عنها ضرر للغير توجب المسؤولية التقصيرية، تغليباً للناحية الجنائية في الموضوع، حيث يمكن أن تنتظر الدعوى المدنية في نفس الوقت مع الدعوى العمومية أمام القاضي الجنائي⁽²⁰⁾.

وقد ذهبت المحاكم الفرنسية في الثلث الأول من القرن الماضي إلى اعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية، وكانت في هذا السياق تشترط الخطأ الجسيم لقيام هذا النوع من المسؤولية. والذي حدا بالمحاكم الفرنسية إلى سلوك هذا الطريق هو رغبتها في حماية مهنة الطب، وتوفير أكبر قدر من الحرية والأمان لمن يزاول هذه المهنة⁽²¹⁾.

وقد سار القضاء المصري في ظل القانون القديم وراء القضاء الفرنسي، وذهب إلى أن مسؤولية الأطباء مسؤولية تقصيرية، حيث قضت محكمة الاستئناف بحكم لها "..... والرأي الراجح والمعمول به الآن هو أن مسؤولية الطبيب عن خطئه مسؤولية تقصيرية بعيدة عن المسؤولية التعاقدية، ومن ثم فإن الطبيب يسأل عن خطئه اليسير، ومن مصلحة الإنسان أن يترك باب الاجتهاد مفتوحاً أمام الطبيب

¹⁸- المصدر السابق، ص 47.

¹⁹- المصدر السابق، ص 41 و 56.

²⁰- المصدر السابق، ص 55- 56. وانظر سليمان مرقس. المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية القسم الأول. الأحكام العامة: أركان المسؤولية الضرر والخطأ والسببية. مصدر سابق، ص 4 - 9. وانظر أيضاً عبد العزيز سليم. قضايا التعويضات. ط 3. دن. 1996. ص 543.

²¹- حسن علي الذنون. المبسوط في شرح القانون المدني (الخطأ). عمان: دار وائل للنشر، 2006، ص 467.

حتى يتمكن من القيام بمهمته العلمية من حيث خدمة المريض وتخفيف آلامه⁽²²⁾ لكن الفقه والقضاء المصريين ما لبثا أن رجعا إلى الرأي الغالب واستقر على أن مسؤولية الأطباء مسؤولية عقدية، وهو ما أخذت به المحاكم الفرنسية فيما بعد، حيث اعتبرت أن الالتزام التزام تعاقدي، بناء على التزام المريض بالبدل للطبيب⁽²³⁾.

لكن الخلاف في الفقه والقضاء الفرنسيين لازال قائما على اعتبار تفسير ماهية العقد الطبي، هل هو قائم على أساس الوديعة؟ أو إيجار خدمات؟ أو إيجار صناعي؟ أو إيجار للعمل؟ ونظرا لتعدد إحصاء المسؤولية التعاقدية في العمل الطبي إلى طبيعة قانونية، فإن بعض الأدبيات تحيل المسؤولية إلى التصيرية أكثر منها إلى التعاقدية؛ كون المحاكم في مثل هذه القضية لا تشغل نفسها في الرجوع إلى تمحيص إرادة المتخصصين لتستبين خطأ الطبيب، بقدر اطلاعها على الالتزامات التي تفرضها قواعد الطب⁽²⁴⁾.

وقد استقر الرأي في المحاكم الفرنسية على اعتبار المسؤولية الطبية مسؤولية عقدية، وقد أوضحت في 20 مايو عام 1936 في أن مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية، وإن كان لا يطلب منه الإلتزام بشفاء المريض، فإنه يطلب منه بذل العناية واليقظة والجهد الذي مصدره الضمير، على أن يكون بذله متفقا مع الأصول العلمية الثابتة للمهنة في الظروف العادية. أما في الظروف الاستثنائية فله أن يخرج عن تلك الأصول إذ ارتأى أن خروجه يكون لصالح المريض، على أن تكون الفائدة المرجوة أكثر نفعاً من الضرر الذي يمكن أن يتسبب به، وإن كان عكس ذلك فإنه تجب مساءلته على أساس المسؤولية العقدية⁽²⁵⁾.

²²- محكمة استئناف مصر. بتاريخ 23/1/1941. الجدول العشري الثالث، ص 105. (مشار إليه لدى حسن الذنون. المبسوط في شرح القانون المدني (الخطأ). مصدر سابق، ص 468).

²³- المصدر السابق، ص 469. وانظر المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين. المسؤولية الطبية- الجزء الأول. مصدر سابق، ص 135. ومن الجدير بالملاحظة أنه في السنة التي صدر فيها حكم محكمة النقض الفرنسية عام 1936، والقاضي باعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية، صدر حكم من محكمة النقض المصرية في ذات العام اعتبرت فيه مسؤولية الطبيب مسؤولية تصيرية. انظر الأبراشي. مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن. مصدر سابق، ص 34. وقد ذهبت غالبية التشريعات الحديثة إلى أن الأصل في التزام الطبيب تجاه المريض هو التزام تعاقدي. حسن الأبراشي. المصدر السابق، ص 64.

²⁴- انظر بسام المحتسب. المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق. مصدر سابق، ص 100-116.

²⁵- بسام المحتسب. المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق. المصدر السابق، ص 106. ومحمد هاشم القاسم. "المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية". مجلة الحقوق الشرعية. العدد الثاني. السنة الخامسة، (يونيو 1981)، ص 82.

وقد وجدت بعض الاجتهادات للجمع بين الدعوتين، ولكنها محدودة، وكانت غير مقنعة؛ لأنها تتحو نحو الإثراء بلا سبب، كما أن هنالك محاكم لم تكن أحكامها نابعة من عملية التكيف لطبيعة المسؤولية الطبية، ومن ذلك الحكم الذي أصدرته محكمة التمييز الأردنية²⁶ بشأن الطفلة التي صدمتها سيارة، وتسببت لها بكسر في عظام الرقبة، وبسبب عدم تصوير رقبتها عند دخولها المستشفى، ورغم أن حالتها كانت تتبئ عن وجود مثل هذا الكسر، مما تسبب لها بعاهة دائمة، فأقرت المحكمة حكم محكمة البداية الذي ألزم المستشفى وصاحبه بالتعويض للطفلة مبلغ أربعة آلاف دينار، ورفضت حكم محكمة الاستئناف والقاضي بتعويض الفتاة ثمانية آلاف دينار. وقد أورث ذلك الحكم من المحكمة - ورغم وجود الفرصة الثمينة التي أتاحت للمحكمة للخوض في المسؤولية الطبية - خيبة أمل لدى بعض المعولنين على مبدأ التكيف امتعاضاً من حكم المحكمة⁽²⁷⁾.

وبشكل عام، نجد أن كلا المسؤولية العقدية تنشأ من الخطأ، حيث تكون المسؤولية العقدية جزاء العقد، بينما التقصيرية تنتج عن إخلال بالواجب القانوني الذي هو أوسع من إطار العقد. ولئن كان لمنظري المسؤولية العقدية والتقصيرية - حججهم التي يحتجون بها، وتبريراتهم لتكيف هذه المسؤولية، فإن الباحثة تميل إلى الرأي الذي يكيّفها على أنها مسؤولية عقدية، ذلك لأن صفة العقد حاضرة بين الطرفين: الطبيب والمريض، ولأن المريض يقوم على اختيار الطبيب الذي يقدم على علاجه بمحض إرادته. علاوة على قوة حجج وأسانيد منظروا المسؤولية العقدية التي سبق وأن عرضناها في بداية هذا المبحث.

وتتجلى معالم المسؤوليةيتين أكثر من خلال بحث صفة التزام الطبيب، هل هي بذل العناية؟ أم أنها تحقيق نتيجة؟ أم أنها تجمع بين الصفتين؟ وهذه القضايا مدار بحث في المبحث الثاني.

²⁶- محكمة التمييز الأردنية رقم 1713/90 تاريخ 12/5/1991، مجلة نقابة المحامين السنة الأربعون- العدين- العاشر والحادي عشر- تشرين أول/ تشرين الثاني 1992، ص 1709.
²⁷- عصام حمدي الصفي ومالك هاني خريسات. قوانين وتشريعات الصحة والسلامة المهنية. عمان: دار البازوري، 2002، ص 69-70.

المطلب الثاني: صفة التزام الطبيب

إذا كانت الصفة العقدية قد أضيفت على العلاقة بين المريض والطبيب، فإن الاعتراف بوجود عقد العلاج الطبي، قد حتم على الطبيب أثناء قيامه بعمله بذل عناية صادقة⁽²⁸⁾ لتخفيف الآلام عن المريض والوصول لشفاء وفقاً للقواعد المستقرة. وهذا يعني أن الطبيب لا يلتزم بشفاء المريض، بل ببذل عناية. وهو ما يجمع عليه غالبية الفقه والقضاء كقاعدة عامة، أما الاستثناء فهو التزام بتحقيق نتيجة⁽²⁹⁾. وفي هذا السياق نص قانون المسؤولية الطبية الليبي في المادة (7) على: "يكون التزام الطبيب في أداء عمله التزاماً ببذل عناية، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك"⁽³⁰⁾.

أولاً: الأصل التزام ببذل عناية

إن مراعاة القواعد الطبية المعترف بها علمياً، من الشروط الواجب توافرها لإضفاء المشروعية على عمل الطبيب، فيجب على الطبيب أن يبذل جهوداً صادقة ومتفقة في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول العلمية المقررة، فهو ملزم ببذل الحد المعقول من الجهود المعتمدة على أصول المهنة⁽³¹⁾، وفي هذا السياق، نص الدستور الطبي الأردني على واجبات الطبيب وآداب المهنة⁽³²⁾ في المادة الثانية على أنه "عند قبول معالجة أي مريض، فمن واجبه أن يبذل لمريضه كل ما في طاقته من عناية علمية وشخصية". وقد نص قانون المسؤولية الطبية الليبي في المادة (5) الفقرة (1) على: "يجب على الطبيب أن يتوخى الدقة والإلتزام بالأصول العلمية الثابتة المعترف بها من قبل أمانة الصحة، سواء في الكشف والعلاج والجراحة".

²⁸- وهذه القضية فيها من النسبية شيء يجعلها غير معيارية تماماً، حيث يخضع القياس فيها إلى الظرف والمثل والمهارة الطبية وسلوك الطبيب، أما بخصوص تحديدها، فقد حددها فقه القضاء المقارن بأنها جهود صادقة يقظة متفقة في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول العلمية الثابتة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف التي أحاطت بالطبيب المسؤول. انظر بباكر الشيخ. المسؤولية القانونية للطبيب- دراسة في الأحكام العامة لسياسة القوانين المقارنة واتجاهات القضاء. عمان: دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، 2002، ص 182.

²⁹- المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين. المسؤولية الطبية. الجزء الأول. مصدر سابق، ص 130.

³⁰- قانون المسؤولية الطبية الليبي رقم (17) لسنة 1986 بتاريخ: 24/11/1986.

³¹- بباكر الشيخ. المسؤولية القانونية للطبيب- دراسة في الأحكام العامة لسياسة القوانين المقارنة واتجاهات القضاء. مصدر سابق، ص 68.

³²- الجريدة الرسمية الأردنية. رقم 3607. بتاريخ 16/2/1989. ص 381.

أي أن التزام الطبيب ببذل العناية يعني أن يمارس الطبيب عناية كافية، وأن يقدم أفضل ما لديه، ويتخذ كافة الوسائل ذات الطبيعة التي تؤدي وفق المجرى العادي للأمر، إلى تحقيق النتيجة دون الإلتزام بها⁽³³⁾. فهو يبذل في سبيل مريضه العناية الواجبة من مثله للوصول إلى الشفاء، لأن هذا الشفاء يتوقف على عوامل واعتبارات عديدة لا يستطيع الطبيب دائماً السيطرة عليها مثل: العوامل الوراثية، ومناعة الجسم. ولا يكفي لكي يعد الطبيب مخلصاً بالتزامه أن تسوء حالة المريض، بل يجب أن يقوم الدليل على تقصير الطبيب على حالته، ولا يكون ذلك إلا إذا وقع خطأ يمكن أن تترتب عليه المسؤولية⁽³⁴⁾.

وقضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ 21/12/1971 "بأن" التزام الطبيب - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - ليس التزاماً بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض، وإنما هو إلتزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الإستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول⁽³⁵⁾.

وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الصادر بتاريخ 20 مايو عام 1936 "أن" العقد الذي يتم بين الطبيب والمريض يوجب على الأول إن لم يكن بطبيعة الحال الإلتزام بشفاء المريض، فعلى الأقل بأن يبذل له عناية لا من أي نوع، بل جهوداً صادقة يقظة متفقة في غير حالة الظروف الإستثنائية مع الأصول العلمية الثابتة⁽³⁶⁾.

³³- حكم محكمة النقض المصرية رقم 17- 636/ بتاريخ 22/3/1966. نقلاً عن عبد الحكم فودة. موسوعة التعليق على القانون المدني. مصدر سابق. ص 37. وانظر المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين. المسؤولية الطبية، الجزء الأول. مصدر سابق. ص 130- 132.
³⁴- انظر بابكر الشيخ. المسؤولية القانونية للطبيب- دراسة في الأحكام العامة لسياسة القوانين المقارنة واتجاهات القضاء. مصدر سابق، ص 183- 185.
³⁵- طعن رقم 464 لسنة 36 ق جلسة 21/12/1971 س 22 ص 1062. مشار إليه لدى ابراهيم سيد أحمد. الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها وقضاء. الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، 2003، ص 53.
³⁶- بنقض 20/5/1936 سيري 1937- 1- 321. مشار إليه لدى حسن الأبراشي. مسؤولية الطبيب والجراحين المدنية. مصدر سابق. ص 230. وانظر سام المحتسب. المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق. مصدر سابق، ص 106.

أما في لبنان، فقد أقر قانون الآداب الطبية اللبناني صراحة بأنه "لا يلتزم الطبيب بموجب نتيجة معالجة المريض، بل بموجب أفضل معالجة مناسبة له"⁽³⁷⁾. وكذلك أجمع الفقه والقضاء هناك أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، وليس تحقيق نتيجة⁽³⁸⁾.

وفي هذا السياق توصل الفقه والقضاء إلى معايير أساسية لتحديد واجب الرعاية والحيطة تجاه المريض، ومنها ما انتهى إليه مجلس اللوردات البريطاني بعد النظر في قضية تتلخص وقائعها في أن المجني عليه كان يعاني من مرض عقلي، وقد تعرض لكسر في الجمجمة أثناء إجراء جلسات كهربائية، حيث ادعى المجني عليه أن الطبيب أهمل الرعاية اللازمة، إذ كان عليه أن يعطيه مهدياً للاسترخاء، كما أنه لم يلجأ لتقييد أطرافه لمنع الحركة، ولم يخطره باحتمال تلك المضاعفات، وأثناء نظر الدعوى قدم الطبيب دليلاً على توفر آراء متعددة ومتعارضة بشأن الإجراءات التي يتعين على الطبيب اتباعها في مثل تلك الحالة. وقد خلص مجلس اللوردات إلى عدم توفر الإهمال عند الطبيب، طالما أن الإجراءات التي اتخذها الطبيب يؤيدها بعض الأطباء، فلا يكفي لإثبات إهمال الطبيب وجود رأي معارض ما دام هنالك رأي طبي آخر يؤيده، حيث يستند هذا المعيار إلى مستوى الطبيب المتوسط المهارة في ذات التخصص⁽³⁹⁾.

بات واضحاً مما سبق أن المبدأ العام لالتزام الطبيب في معالجته لمريضه هو التزام ببذل عناية، ويسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي، لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني، ووجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول. وهو ما يمثل خطأ مهنيًا يستوجب مساءلة الطبيب، وذلك على اعتبار أن كل من يتخذ من الطب مهنة له لا بد أن يكون مؤهلاً لها⁽⁴⁰⁾.

³⁷- المادة (28) من قانون الآداب الطبية اللبناني رقم (288) بتاريخ 22/2/1994. الجريدة الرسمية اللبنانية. العدد 9. بتاريخ 3/3/1994.

³⁸- انظر المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين. المسؤولية الطبية. الجزء الأول. مصدر سابق، ص 341-342.

³⁹- بابكر الشيخ. المسؤولية القانونية للطبيب- دراسة في الأحكام العامة لسياسة القوانين المقارنة واتجاهات القضاء. مصدر سابق، ص 185.

⁴⁰- لقد أكدت على ذلك المادة الأولى من الدستور الطبي الأردني "إن مهنة الطب هي مهنة إنسانية وأخلاقية، وتقوم المسؤولية الطبية بين الطبيب والمريض على بذل العناية وعدم الإهمال، وليس الشفاء".

وإذا ما تم اعتبار الطبيب مخالفاً بالتزامه، فإنه يقع على عاتق المريض إثبات خطأ الطبيب الناتج عن الإهمال، أو عدم التبصر والجهل في التطبيب.

ثانياً: الإلتزام بتحقيق نتيجة

إذا كان التزام الطبيب في الأصل هو التزام ببذل عناية، إلا أنه قد يلزم استثناء بتحقيق نتيجة محددة ومؤكدة منها.

1- استعمال الأدوات والأجهزة الطبية. حيث يسأل الطبيب عن الأضرار التي تلحق المريض من جراء استخدام الأدوات والأجهزة الطبية في عملية العلاج نتيجة وجود عطل أو عيب فيها، ومثال ذلك مساعلة الطبيب عن الحروق التي تصيب المريض جراء اللهب الخارج من المشط الكهربائي، على الرغم من أن الطبيب لم يرتكب أي تقصير في استخدام المشط⁽⁴¹⁾.

2- الأدوية والتركيبات الصناعية: يقع على عاتق الطبيب التزام بتحقيق نتيجة فيما يتعلق بتقديم أدوية غير ضارة، تتوفر فيها المواصفات المطلوبة، ويسأل الطبيب أيضاً في حالة التركيبات الصناعية ذات الطبيعة التقنية، بحيث يلتزم بنتيجة هي ضمان سلامة الجهاز، أو العضو الصناعي، ومناسبته لجسم المريض، وبخلوه من العيوب. فإذا أخل الطبيب بالالتزام ثارت مسؤوليته التعاقدية⁽⁴²⁾.

3- نقل الدم والتحصينات والتحاليل الطبية: إن الإلتزام بنقل الدم للمريض هو التزام بنتيجة، إذ على الطبيب أن يضمن عدم ترتيب أية أثار ضارة على عملية نقل الدم بالنسبة للمتبرعين،

⁴¹- انظر معن ادعيس. مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية. مصدر سابق، ص 36-38. وانظر إبراهيم سيد أحمد. الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها وقضاء. مصدر سابق، ص 30.

⁴²- معن ادعيس. مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية. مصدر سابق، ص 37. وقد استقر القضاء الفرنسي على أن تركيب الطبيب للأسنان الاصطناعية ينطوي على جانبين: الأول طبي يكفي فيه الإلتزام ببذل عناية، والثاني لا بد فيه من الإلتزام بتحقيق نتيجة. عصام عابدين. الأخطاء الطبية بين الشريعة والقانون. رسالة دكتوراة، القاهرة: جامعة الدول العربية. معهد البحوث والدراسات العربية الأخطاء الطبية بين الشريعة والقانون، 2005، ص 63-64. وانظر المادة (16) من قانون المسؤولية الطبية الليبي، والتي تنص على: "...يكون التزام الطبيب بتركيب الأسنان الصناعية التزاما بتحقيق نتيجة".

وبدون نقل فيروسات كفيروس الكبد أو مرض نقصان المناعة المكتسبة، أو غيرها؛ وذلك نظراً لتقدم علم الطب في هذا العمل الطبي.

4- وكذلك الأمر بالنسبة لإلتزام المختبر بنتيجة صحة التحاليل ودقتها فهو قائم على الإلتزام بتحقيق نتيجة، فتقوم المسؤولية على الطبيب في حال إعطاء نتيجة مغلوطة⁽⁴³⁾.

5- الجراحة التجميلية: بالرغم من الخلاف الفقهي الذي ثار حول طبيعة التزام أطباء الجراحة التجميلية، حيث اعتبر بعض الفقهاء أن التزام جراح التجميل هو بذل عناية، ذهب فقهاء آخرون للقول أن التزام جراح التجميل هو التزام بتحقيق نتيجة، لأن التطور أقوى من البشر وجراحة التجميل سائرة إلى تحقيق الغايات السامية⁽⁴⁴⁾.

ونخلص من خلال ما تقدم أن صفة التزام الطبيب هي التزام ببذل عناية، لأن عمل الطبيب لا يتعلق بنتائج مضمونة، ولكن يتوجب عليه بذل قصارى جهده من أجل شفاء المريض، ويسأل عن إخلاله بالقيام في عمله إن لم تكن عنايته كافية، وتولد عنها ضرر للمريض كان يمكن تفاديه لو بذل الطبيب مزيداً من العناية أثناء التشخيص أو العلاج أو المتابعة، وهذا أمر منطقي إذا لا يسأل الطبيب عما لا طاقة له به، فهو لا يضمن الشفاء ولكنه يتوسل إليه بعلمه ودرابته وخبرته عن طريق بذل قصارى عنايته.

وجاء الإستثناء في مجالات تسمح فيها ممارسة العمل الطبي بتحقيق نتيجة، وذلك حينما تكون مقدمات العمل الطبي السليم تقود إلى نتائج مضمونة، فلا يعقل في فحص الدم أن لا يفضي إلى تحديد زمرة الدم مثلاً، فهذه الأمور يتوجب على الطبيب تحقيق نتيجة، تحديداً لأن تقنية العمل

⁴³- منذر الفضل. النظرية العامة للالتزامات - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية. الجزء الأول، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996، ص 291- 292. وانظر المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين. المسؤولية الطبية. الجزء الأول. مصدر سابق، ص 137.

⁴⁴- منذر الفضل. المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية_ دراسة مقارنة-. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1995، ص 38.

الطبي في هذه الحالات والأدوات المستعملة فيه تضمن سلامة النتائج، وأن هامش الخطأ في تقنية العمل الطبي والأدوات المستخدمة محدودة وتكاد تؤول إلى الصفر. لذلك فإن مناسبات مساءلة الطبيب في القضايا المتعلقة بتحقيق نتيجة، هي النتيجة التي يخلص إليها عمله الطبي بغض النظر عن العناية التي بذلها الطبيب.

المبحث الثاني: أركان المسؤولية المدنية للطبيب

قامت أركان المسؤولية المدنية للطبيب على ثلاثة أركان: مبتدئة بالفعل الضار، ثم نسب الخطأ إليه، وذلك عبر علاقة سببية، وسوف تتناول الدراسة في هذا المبحث هذه الأركان بشيء من الاقتضاب.

المطلب الأول: الخطأ

لم يختلف الفقهاء في أمر كاختلافهم في تعريف الخطأ، فتباينت التعريفات وتضاربت، فمنهم من عرفه بـ"انحراف الطبيب عن السلوك الطبي العادي والمألوف"⁽⁴⁵⁾. ومنهم من عرفه بأنه "خروج الطبيب أثناء مباشرته عمله عن حدود الممارسة المعتادة والمقبولة في ذلك الوقت، سواء تعلق عمله بجوانب فنية أم تجريبية، أم عامة، أم إنسانية"⁽⁴⁶⁾.

وفي ذات السياق نصت المادة (14) فقرة (1) على أن: "الخطأ الطبي هو الذي يرجع إلى الجهل بأمور فنية يفترض في كل من يمارس المهنة الإلمام بها، أو كان هذا الخطأ راجعاً على الإهمال أو عدم بذل العناية اللازمة"⁽⁴⁷⁾.

ولئن اختلفت التعريفات في أشكالها صوب الخطأ الطبي، إلا أن المنفق عليه ضمناً أنه الشاذ الذي يجانب الصواب في السلوك، والذي لا يقع فيه الطبيب الذي كان بصفة الطبيب من الاعتياد والتأهيل، قياساً على الظرف الذي وقع فيه الخطأ.

⁴⁵ - محمد سلامة الشلش. "أخطاء الأطباء بين الفقه والقانون. فلسطين". مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات. العدد التاسع. دت، ص 329.

⁴⁶ - بايكر الشيخ. المسؤولية القانونية للطبيب- دراسة في الأحكام العامة لسياسة القوانين المقارنة واتجاهات القضاء. مصدر سابق، ص 69.

⁴⁷ - القانون الاتحادي الإماراتي رقم (10) لسنة 2008 بشأن المسؤولية الطبية.

وقد اختلفت النظرة صوب الطبيب العام عنها تجاه طبيب الاختصاص، حيث أن معايير الخطأ عند الطبيب المختص فيها من الحدة والصرامة أكثر مما هي عليه عند الطبيب العام؛ لأن الخطأ من المختص ينشأ عنه مسؤولية واستهجان كبيرين، إضافة إلى كون علاجه مختص في جزئية قد تكون تداعياتها على صحة المريض كبيرة، الأمر الذي ينشأ عنه ضرر جسيم على المريض. ولا يعني ذلك بأي شكل من الأشكال أن الخطأ تتحدد فيه المسؤولية بناء على كون ضرره جسيماً، فحتى لو كان الضرر يسيراً، فإنه محل لـمآخذ الطبيب عليه. ويُنظر إلى الخطأ الطبيب من زاويتين:

أولاً: ما يتعلق بأخلاقيات المهنة⁽⁴⁸⁾

لكل مهنة أخلاقياتها التي لا يجوز الخروج عليها، وهي معايير قيمية تفرض على صاحب المهنة أن يلتزم بها حتى لا يكون محل مؤاخذه ومساءلة. والطب أحد هذه المهن التي لا يجوز الخروج على أخلاقياتها، فعدم توجه الطبيب إلى المريض الذي قام باستدعائه تكاسلاً خطأً يتعلق بأخلاقيات المهنة، وكذلك رفض تقديم العلاج على وجه السرعة، نظراً لخطورة حالة المريض بناءً على مواقف شخصية مسبقة منه، أو أن يخرق أسرار المهنة، أو أن يجري الطبيب عمله الطبي في الوقت الذي لا يكون مؤهلاً له من الناحية النفسية والعقلية، أو أنه لم يلتزم بما أشار عليه به طبيب الاختصاص في متابعة شؤون المريض في العلاج.

ويعتبر تدخل الطبيب في حال غياب رضاء المريض خرقاً لأخلاقيات المهنة؛ إذ تحتم أخلاقيات المهنة أن يكون القبول من المريض أو من ينوب عنه، إذا كان المريض قاصراً أو فاقداً لوعيه، أو ممن تجب عليهم الوصاية، بشأن ما يقدم عليه الطبيب من علاج⁽⁴⁹⁾.

وقد يرفض المريض لأسباب كثيرة إقدام الطبيب على معالجته وهو في حالة تستدعي التدخل السريع، فعلى الطبيب والحال هذه أن يحاول تقديم العلاج له، وألا يستسلم لرغبة المريض بسهولة. فإن فعل

⁴⁸- ينظر قسم أبو قراط.

⁴⁹- ينظر المادة (3) الفقرة (16) من القانون المدني الفرنسي والتي تختص بتحديد مبدأ الرضا الحر والواضح للمريض. وينظر أيضاً المادة (5) من القانون الاتحادي إماراتي الطبي.

ذلك واستسلم لرغبة المريض بسهولة، فإن الطبيب يكون بذلك مخالفاً لأصل من أصول أخلاقيات الطب، وعليه تكون المؤاخذة.

ويستثنى من اشتراط غياب رضا المريض فقده للأهلية، والأمور التي تستجد أثناء العملية الجراحية التي يجريها الطبيب برضاء المريض، فيحصل تطور ما يستدعي تدخلاً مباشراً، فلا يؤاخذ الطبيب في هذه الحالة؛ لأن الضرورة أملت عليه هذا الخروج بما يتفق وصالح المريض، على أن لا تكون درجة الخطورة لا تتناسب والفائدة المرجوة، وبذلك يكون خروج الطبيب بما يتفق وقواعد المسؤولية الواقعة على عاتقه في صون جسد المريض من العبث به.

وقد يأتي "الاستثناء على ضرورة حصول الطبيب على رضا المريض بنص صريح في القانون، والتي حددت في فرنسا حصراً بالحالات التالية: الإصابة بمرض الزهري، الأمراض العقلية ومدمني الخمره الخطرين، ومدمني المخدرات"⁽⁵⁰⁾. وقد حددها قانون المسؤولية الطبية الإماراتي بأن تقتضي مصلحة المريض عدم إبلاغه، أو أن حالته الصحية لا تسمح بذلك، أو لأي سبب من الأسباب التي يكون فيها مرضه معدياً، أو مهدداً للصحة والسلامة العامة⁽⁵¹⁾.

كما أن الطبيب يؤاخذ على قرار يتخذه بالتوقف عن الاستمرار في معالجة مريضه الذي وضع ثقته به، بشرط أن يكون الطبيب لا زال مؤهلاً من الناحية العلمية والجسدية لذلك، أو أنه استبدل نفسه بطبيب آخر ليس على درجته العلمية وكفايته.

وإلى جانب ذلك، فإن الخطأ الذي يقع فيه الطبيب تجاه المريض يكون على جانب من الأهمية إذا لم يتم بالإعلام الصادق والأمين للمريض بحالته الصحية، والفائدة المتوخاة من الإجراءات العلاجية التي

⁵⁰- المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين. المسؤولية الطبية. الجزء الأول. مصدر سابق، ص 166.
⁵¹- المادتان: (4) و(5) من قانون المسؤولية الطبية الإماراتي رقم (10) لسنة 2008. وتجدر الإشارة هنا إلى أن الإمارات العربية المتحدة قد وضعت قانوناً للمسؤولية الطبية متطوراً وعصرياً، يحدد مسؤولية الطبيب المدنية، ويتألف من مادة تتناول التعريفات، وستة فصول: تناول الفصل الأول المسؤولية الطبية في 14 مادة حددت من تسري عليه أحكام هذا القانون، والأمور التي يجب على الطبيب مراعاتها، والتي يحظر عليه اتيانها. وتحدث الفصل الثاني عن اللجنة العليا للمسؤولية الطبية في 7 مواد، مفصلاً كيفية تشكيل هذه اللجنة، واختصاصها، وكيفية وضع اللجنة لتقاريرها، من خلال توضيح آلية عملها. وتناول الفصل الثالث التحقيق مع ممارسي المهنة في 3 مواد. واختص الفصل الرابع بالتأمين ضد المسؤولية عن الأخطاء الطبية في 3 مواد. وتناول الفصل الخامس العقوبات في 8 مواد، وختم القانون بالفصل السادس بأحكام عامة في 3 مواد. وهذه التجربة العربية جديرة بالاهتمام والملاحظة، وهي مثال يمكن ان يأخذ بالدراسة والمقاربة، وهو جدير بذلك، لكن منحى دراستنا يأخذ زاوية أخرى هي منطقية أيضاً وهي محاكاة التجربة الإسرائيلية نظراً لتشابه المرجعيات المؤصلة للمسؤولية الطبية، وهي كما اسلفنا الحديث في مخطط البحث : مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية.

سيلتزم بها. ودرجة خطورة حالة المريض والتطورات المتوقعة لهذه الخطورة⁽⁵²⁾. وكذلك إعلام الطبيب الجديد الذي توكل إليه مهمة العلاج؛ لأن ذلك يستتبع المعرفة الأدق في حالة المريض.

ثانياً: ما يتصل بالطبيعة المهنية والحرفية للطب

وهذا الخطأ يتعلق بالأصول الإجرائية لمهنة الطب، فيؤاخذ الطبيب عليه حينما لا يلتزم بالقواعد والأصول المرعية في ممارسة مهنة الطب⁽⁵³⁾. وقد عرف قانون المسؤولية الطبية الليبي الخطأ المهني في المادة (23) بأنه: "يعتبر خطأ مهنيًا كل إخلال بالتزام تفرضه التشريعات النافذة أو الأصول العلمية المستقرة للمهنة، كل ذلك مع مراعاة الظروف المحيطة، والإمكانات المتاحة". كما أشارت محكمة النقض المصرية في قرار لها إلى أن الطبيب يجب أن يضع المريض في حالة من العناية الصادقة والمتيقظة التي تتفق مع الأصول التي استقرت في علم الطب، وذلك بعد أن تثبت فعاليتها⁽⁵⁴⁾.

وتتدرج تحت الأخطاء المتصلة بالطبيعة الفنية والمهنية للطب:

أ- الخطأ في التشخيص

لا يقوم الخطأ على مجرد الغلط في عملية التشخيص، وإنما لأن الطبيب لم يتبع الأمور التي تقود إلى التشخيص الناجح، فإذا كان خطؤه مبنياً على أساس عدم استخدام الطريقة الأنسب في التشخيص، أو بدأ في تكوين رأيه وأهمل إحاطته بالضمانات الكافية لتشخيص الحالة، فإن خطأه موجب للمؤاخذة والتعويض⁽⁵⁵⁾. فيسأل الطبيب الذي أهمل في اتباع وسيلة من وسائل الفحص أو التحليل يحتم عليه

⁵²- ورد في المادة (42) من قانون الأخلاقيات الطبية الفرنسي، بأنه لا يجوز للطبيب الذي على علم ودراية أن يترك المريض جاهلاً بحالته، إن كان المرض متعلقاً بأمر خطير ومهلك، وهنا يجب إخطار عائلة المريض بذلك، إلا إذا كان المريض قد اشترط عدم إخطار العائلة أو أي أحد آخر بحالته الصحية.

⁵³- انظر. المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين. المسؤولية الطبية. الجزء الأول. مصدر سابق، ص 167-168. وانظر محمد هاشم القاسم. "الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية". مجلة الحقوق والشريعة. مج 1-2، العدد الأول، السنة الثالثة، ص 62.

⁵⁴- نقض مدني رقم 111 لسنة 35 في جلسة 26/6/1969 ص 20 ص 1075. وطعن مدني 464 لسنة 36 في جلسة 21/12/1971 ص 22 ص 1062.

⁵⁵- وهو ما أكدته محكمة روان الفرنسية في قضية السيدة التي ذهبت إلى الطبيب تشكو من آلام في بطنها، ففحص الحالة على أنها ورم ليفي في الرحم، وتحتاج إلى استئصال سريع. وأثناء إجراء العملية تبين أنه خطأ في التشخيص؛ إذ اتضح أن السيدة حامل، وليس لديها ورم، وأجرى لها عملية قيصرية، الأمر الذي أدى إلى حدوث مضاعفات فيما بعد ترتب عنها وفاتها. وأخذ الحكم على الطبيب إغفاله التحري عن المعلومات الضرورية التي من شأنها أن تنبئ له الطريق الصحيح لتشخيص الحالة. عصام عابدين. الأخطاء الطبية

علم الطب اللجوء إليها، كعدم اللجوء لأخذ عينة من الورم الذي يشك بأنه ورم خبيث وزرع هذه العينة⁽⁵⁶⁾.

أما الغلط العلمي الذي اجتهد في تشخيص الطبيب لمريضه نتيجة لتغليب الطبيب رأياً على آخر، فأخطأ في أعراض مرضية تتشابه حتى على أبرع الأطباء، فإن خطأه لا يؤاخذ عليه ولا يساءل⁽⁵⁷⁾. وتجنباً للمسؤولية المترتبة على الخطأ في التشخيص، فإن الأطباء في فرنسا يأمررون المريض - بغض النظر عن حالته المرضية - بإجراء فحوصات واختبارات متطورة عالية التكلفة، حتى تكون معايير التشخيص عندهم أدق⁽⁵⁸⁾، وبالتالي احتمالية الخطأ الطبي تكون أقل.

ويرى الباحث هنا أن هذا لا يمثل وسيلة علاجية وتبصراً من الطبيب بحالة المريض، بقدر كون هذا الإجراء احترازاً من الطبيب حتى يعفي نفسه من المسؤولية؛ ذلك أن التكاليف الباهضة للفحوصات غالباً ما تدفع المريض إلى عدم إجرائها، وكأن الطبيب في هذه الحالة يقول للمريض إن تدخله يكون تحت نطاق مسؤوليتك، وإني معفى بموجب ذلك من المسؤولية.

ب- الخطأ في اختيار العلاج

يعتبر العلاج المرحلة الثانية من مراحل العلاقة بين المريض والطبيب، فهي تالية للتشخيص، وسابقة للمراقبة، والطبيب في هذا المقام له هامش من الحرية عريض، في اختيار العلاج الذي يكون متناسباً مع مخرجات عملية التشخيص، لكن حرّيته في اختيار العلاج لا تعفيه من المسؤولية، حيث تختلف بنية المرضى وإن اتفق تشخيصهم⁽⁵⁹⁾. وقد أشار الدستور الطبي الأردني إلى أن للطبيب الحرية في

بين الشريعة والقانون. مصدر سابق، ص 59. وهو ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في حكم لها في القضية رقم 1713/90. راجع هامش 45.

⁵⁶- حسن الذنون. المبسوط في شرح القانون المدني (الخطأ). مصدر سابق، ص 490.
⁵⁷- بسام المحتسب. المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق. مصدر سابق، ص 137. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم نسبة أي خطأ أو حتى مجرد غلط إلى الجراح ما دام أن التطور المفاجئ في حالة المريض لم يكن على النحو المعتاد في مثل هذه حالة، ولم يقع من الجراح أي إهمال في تقصي الأصول والإمكانات الطبية. بباكر الشيخ. المسؤولية القانوني للطبيب - دراسة في الأحكام العامة لسياسة القوانين المقارنة واتجاهات القضاء. مصدر سابق، ص 180. ولمزيد من التفصيل انظر عصام عابدين. الأخطاء الطبية بين الشريعة والقانون. مصدر سابق، ص 63-64. وانظر حكم محكمة النقض المصرية (طعن رقم 3941- لسنة 69 ق- تاريخ الجلسة 1- 6- 2000- مكتب فني 51- رقم الجزء 2- ص 764.

⁵⁸- المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين. المسؤولية الطبية. الجزء الأول. مصدر سابق، ص 30.

⁵⁹- نهاد خوري. الخطأ الطبي. مصدر الكتروني. استرجع بتاريخ:

<http://www.terezia.org/section.php?id=1577.13/10/2009>

اختيار طريقة العلاج التي يراها مناسبة، ولا يتقيد في هذا المجال إلا بحالة المريض وما تقضي به اللوائح والقوانين. ويتوجب على الطبيب عند اختياره العلاج أن يراعي حالة المريض الصحية، ومدى مقاومته⁽⁶⁰⁾. وفي نفس السياق قضت محكمة مصر المختلطة بتاريخ 1/26/1923 بتخطي الطبيب إذا أمر بعلاج لم يراع فيه بنية المريض وسنه وقوة مقاومته، ودرجة احتمال له للمواد السامة التي تقدم إليه⁽⁶¹⁾.

كما أن حرية الطبيب في اختيار العلاج تحتم عليه مواكبة آخر المستجدات العلمية التي يأخذ بها كعلاج للمرضى، بعد أن تثبت فعاليتها بالتجربة، ويصبح وصف العلاج أمراً يتفق وأحكام القوانين. ولا يجوز للطبيب رفض العلاج بعد أن تعهد به، وإن فعل ذلك فإن مسؤوليته تكون مسؤولية عقدية، مثل الطبيب الذي تعاقد مع شركة أو مؤسسة أو مصنع على تقديم العلاج للمستخدمين المعينين، فإن رفض تقديم العلاج للمعينين، فإن مسؤوليه تكون مسؤولية عقدية، على أساس إخلاله بالعقد المنشأ بين الطرفين، وما على الدائن سوى إثبات العقد حتى يلزم المدين بجبر الضرر.

ج- الخطأ في المراقبة

وهي المرحلة الأخيرة التي تربط المريض بطبيبه، وتتمثل في بالمراقبة العامة لوضعه الصحي حتى لا يحدث للمريض تطورات مفاجئة، تكمن خطورتها في بعد الطبيب عن مريضه، فإنجاز عمل الطبيب مهم، لكن التوقيت في تدخله هو الأهم. وبناء عليه يؤخذ الطبيب إذا ترك مريضه وهو في حالة تستدعي المراقبة، وفي ذلك كان حكم محكمة الجيزة في مصر سنة 1935 بصدد مسؤولية الطبيب الذي لم يضع مريضه تحت ملاحظته في عيادته، أو التردد عليه يومياً، حيث تستدعي حالة

⁶⁰- المادة (13) من الدستور الطبي الأردني.

⁶¹- حكم محكمة مصر مشار إليه لدى عدلي خليل. الموسوعة القانونية في المهن الطبية. مصدر سابق. ص 190. وانظر بسام المحتسب. المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق. مصدر سابق، ص 150. وعصام عابدين. مصدر سابق ص 66.

المريض ذلك. ولا يخلية من المسؤولية كون المريض فقيراً، فالطبيب كان عليه أن يبحث هذه الوجهة قبل العملية لا بعدها. وهنا تحدد مسؤوليته بأنها مسؤولية عقدية⁽⁶²⁾.

د- فعل الأشياء الجوامد

ويقصد بفعل الأشياء الجوامد، الآلات التي يستخدمها الطبيب سواء في عملية التشخيص أو العلاج، والتي قد تلحق ضرراً بالمريض. وبما أن الغاية من استخدامها هو تحقيق نتيجة، فإن مسؤولية الطبيب عن الضرر الذي قد تتسبب به هذه الأشياء هي مسؤولية عقدية، مثل: استخدام الطبيب لإصبع الخشب الذي يضعه في فم المريض لاكتشاف التهاب اللوزتين أو الحلق، فإذا كان هذا الإصبع ملوثاً بالميكروبات أو الجراثيم، أو حدث وإن ابتلع المريض هذا الإصبع، فإن مساءلة الطبيب عن هذا الخطأ تكون مساءلة عقدية. وقد أكد القضاء الفرنسي بأن المريض لا يمكن أن يرفع دعواه بالتعويض على أساس الفقرة الأولى من المادة (1384) والمتعلقة بالمسؤولية التقصيرية عن فعل الأشياء؛ لأنه لا يجوز الجمع بين المسؤوليتين⁽⁶³⁾.

وقد ذهبت إحدى المحاكم في حادثة أصيب بها مريض بحروق كيميائية بعد استعمال الطبيب المعالج لجهاز طبي، دون أن يتأكد من وجود خطأ من جانبه. ذهبت إلى تقرير مسؤولية الطبيب بناءً على أن من يمتن العلاج يتحمل تجاه مرضاه ليس فقط بالعناية الصادقة اليقظة، وإنما الإلتزام بالسلامة. فإن لم يكن بخصوص العمل الطبي وما بعده، فعلى الأقل بخصوص الأجهزة المستعملة في هذا العمل⁽⁶⁴⁾.

المطلب الثاني: الضرر

⁶²- أنظر حسن الأبراشي. مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن. مصدر سابق، ص 44.

⁶³- المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين. المسؤولية الطبية. الجزء الأول. مصدر سابق، ص 169.

⁶⁴- المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين. المسؤولية الطبية. الجزء الأول. مصدر سابق، ص 32.

الضرر هو "المساس بمصلحة المضرور"، وهو "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة، سواء كان ذلك الحق، أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه، أو عاطفته، أو بماله، أو حريته، أو شرفه، أو اعتباره وغير ذلك" (65).

ويعتبر وقوع الضرر ركناً أساسياً من أركان قيام المسؤولية الطبية، وثبوته شرطاً لازماً لقيام هذه المسؤولية، والقضاء بالتعويض تبعاً لذلك.

وفي المسؤولية الطبية، كما في أي نوع آخر من أنواع المسؤولية المدنية، فإن مجرد حصول خطأ من الطبيب لا يكفي لقيام مسؤوليته، بل يجب أن يكون هناك ضرر أصاب المريض بسبب الخطأ الطبي المرتكب من قبل الطبيب (66)؛ لأن أساس قيام المسؤولية المدنية هو جبر الضرر بالتعويض، وقد ألزمت التشريعات المتسبب بالضرر بجبره بالتعويض، ومنها القانون المدني الأردني (67) في المادة (256) (68)، وكذلك المادة (222) من القانون المدني السوري (69) التي نصت على التزام المسؤول بالتعويض عن الضرر المباشر.

وقد يصيب الضرر الشخص في نفسه، أو في جسده مباشرة كاستئصال الكلية السليمة وترك المعيبة. وقد يصيب الضرر الشخص في ماله، فيطال حقاً أو مصالح ذات صفة مالية أو اقتصادية، كخسارة تحصل، أو خلل في الذمة المالية، أو فقدان الدخل كله أو بعضه، أو تقيوت فرصة، وغير ذلك من الصور التي قد يتجلى فيها الضرر المالي (70).

65- عدلي خليل. الموسوعة القانونية في المهن الطبية. مصر: دار الكتب القانونية، 2006، ص 196-200. وانظر عبد العزيز اللصاحبة. المسؤولية المدنية التقصيرية- الفعل الضار.. أساسها وشروطها. عمان: الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002، ص 63-64.

66- عدلي خليل. الموسوعة القانونية في المهن الطبية. مصدر سابق، ص 196.

67- موسوعة التشريع الأردني. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976. الجزء الأول. عمان: دار البشير للنشر والتوزيع، 1998.

68 تنص المادة 266 على أنه " يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون نتيجة طبيعية للفعل الضار "

69- القانون المدني السوري رقم 84 لسنة 49. دمشق: منشورات نقابة المحامين، 18/5/1949.

70- عبد اللطيف الحسيني. المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية. لبنان: دار الكتاب اللبناني. دت، ص 138-139. وقد تواترت أحكام محكمة النقض المصرية والتميز الكويتية على أنه يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادي الإخلال بمصلحة مالية للمضرور، ويتمثل ذلك فيما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب. أحمد السعيد الزقرد. " الاتجاه الحديث لمحكمة النقض المصرية في تحديد مفهوم الضرر المادي والأدبي بمناسبة الحكم الصادر في 22-2-1994مقارنا بأحكام التمييز الأردنية ". مجلة الحقوق العدد الثاني. السنة العشر. 1996، ص 241. وانظر منذر الفضل. النظرية العامة للالتزامات. مصدر سابق، ص 407 - 409.

ويشترط في الضرر أن يكون محققاً، أي واقعاً لا محال، وأن يكون ماساً بحق ثابت، كما في حالة الكلى السابقة الذكر، بعد أن قام الطبيب باستئصال الكلى السليمة، وترك المعيبة. أما الضرر الذي يمكن أن يحدث أو لا يحدث فلا مسؤولية بالتعويض تقع عليه⁽⁷¹⁾.

وفي مجال المسؤولية العقدية، فإن الضرر الذي يجب التعويض عنه، هو الضرر المباشر المتوقع، وذلك على عكس المسؤولية التقصيرية الذي يجب التعويض فيها عن الضرر المتوقع وغير المتوقع، لأن الخطأ في المسؤولية التقصيرية يعتبر مخالفاً للنظام العام، فيتحمل الطبيب مسؤولية كل الضرر الذي يصيب المريض⁽⁷²⁾.

ويثور التساؤل في مجال المسؤولية الطبية حول الأضرار التي قد تنشأ في حالة وفاة مريض مات نتيجة خطأ في العلاج، فمن له الصفة للمطالبة بالتعويض؟

الأصل أن الضرر الذي يصيب الإنسان دون الموت، يكون صاحب الحق بالتعويض عنه المضرور، ولا ينتقل إلى الغير إلا إذا تحققت المطالبة به. وعليه فإن كل من له الحق بالنفقة على المتوفى أن يطالب بالتعويض عن الأضرار المادية التي تلحق به جراء فقد عائلهم⁽⁷³⁾. وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكم لها مفاده أن العبرة في تحقق الضرر المادي للشخص الذي يدعيه نتيجة وفاة آخر، هي ثبوت أن المتوفى كان يعوله فعلاً وقت وفاته على نحو مستمر ودائم، وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة، وعندئذ يقدر القاضي ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائلته، ويقضى له بالتعويض. أما مجرد وقوع الضرر في المستقبل فلا يكفي للحكم بالتعويض⁽⁷⁴⁾.

71 - انظر السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام. مصدر سابق، ص 928.

72 - عبد العزيز العيسائي. شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية في كل من القانون المدني الأردني واليميني - دراسة مقارنة. رسالة ماجستير. الأردن: الجامعة الأردنية، 1988، ص 10.

73 - بسام المحتسب. مسؤولية الطبيب المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق. مصدر سابق، ص 253- 255. ويعتقد البعض أن كل من يتلقى مساعدة منتظمة من المتوفى أن يطالب الطبيب بالمسؤولية عن الأضرار التي تحملها على اعتبار أن الطبيب تسبب بخطئه في تفويت فرصة حقيقية على الطالب في الحصول على المساعدة. انظر الأبراشي. مصدر سابق، ص 187.

74 - محكمة النقض المصرية طعن مدني 634 لسنة 45 ق جلسة 27/3/1979 س 30 ص 941. وانظر قرار محكمة النقض المصرية (طعن مدني 2225 لسنة 50 ق جلسة 10/6/1982/ س 33 ص 716). نقلا عن ابراهيم السيد. مسؤولية الطبيب والصيدلي. ص 104- 105. للمزيد انظر عدلي خليل. الموسوعة القانونية في المهن الطبية. مصدر سابق، ص 214- 218.

إلا أنه ليس بالضرورة أن يتم التعويض عن الضرر المادي فقط، بل قد يمتد للتعويض عن الضرر الأدبي الذي يصيب العاطفة والشعور، والهدف هنا ليس محو الضرر ولكن كنوع من المواساة⁽⁷⁵⁾. وقد أقر القانون المدني الأردني التعويض عن الضرر الأدبي في مجال المسؤولية التقصيرية، حيث اعتبر كل تعد على حرية الشخص أو على عرضه أو شرفه، أو سمعته ضرراً أدبياً⁽⁷⁶⁾. في حين لم يحسم الخلاف بشأن التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية، حيث اتجه بعض الفقهاء إلى جواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية، فيما رفض فقهاء آخرون فكرة التعويض في هذا المجال⁽⁷⁷⁾.

وقضت محكمة النقض المصرية بحكم لها "أن الحق بالتعويض عن الضرر الأدبي مقصور على المضرور نفسه، فلا ينتقل إلى غيره إلا أن يكون هناك اتفاق بين المضرور والمسؤول بشأن التعويض، من حيث عبئه ومقداره، أو أن يكون المضرور قد رفع الدعوى فعلاً أمام القضاء مطالباً بالتعويض. أما الضرر الأدبي الذي يصيب ذوي المتوفي فلا يجوز الحكم بالتعويض عنه إلا للأزواج والأقارب من الدرجة الثانية"⁽⁷⁸⁾.

ويتمتع القضاء في هذا الجانب بسلطة واسعة في تقدير المسؤولية الطبية والحكم بالتعويض، فسلطته مطلقة، لا رقابة عليها كونها من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، إلا أن وصف هذه الوقائع وتكييفها من حيث توافر الشروط التي تستلزم التعويض والظروف الملازمة، تعد مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض⁽⁷⁹⁾. فإذا ما تقرر مسؤولية الطبيب عن أخطائه، يتعين على القاضي عند تقديره للتعويض، أن يتناسب التعويض مع الضرر، فمتى وقع خطأ من الطبيب، وأصيب

⁷⁵- محمد منصور. المسؤولية الطبية. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001، ص 108. ولمزيد من التفاصيل انظر بسام المحتسب. مسؤولية الطبيب المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق. مصدر سابق، ص 235-255.

⁷⁶ المادة 267 من القانون المدني الأردني.

⁷⁷ للمزيد انظر طارق محمد أبو ليلي. التعويض الاتفاقي في القانون المدني- دراسة مقارنة- رسالة ماجستير. فلسطين: جامعة النجاح .

2007، ص 39-40

⁷⁸ - طعن مدني 78/ لسنة 41 في جلسة 4/11/1975 ص 26 و كذلك طعن مدني 450 لسنة 29 في جلسة 30/4/1964 ص 15

نقلا عن عدلي خليل. الموسوعة القانونية في المهن الطبية. مصدر سابق، ص 218-219. وانظر أيضا ابراهيم سيد أحمد. الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها وقضاء. مصدر سابق، ص 106-107.

⁷⁹ - انظر قرار محكمة النقض المصرية في طعن مدني رقم 708 لسنة 63 ق جلسة 3/11/1995 ص 46 و 1285.

المضرور بالضرر، التزم الطبيب بالتعويض، سواء أكان التعويض مادياً أم أدبياً. ويلتزم الطبيب بدفع تعويض يتناسب مع حجم الأضرار التي أصابت المريض.

المطلب الثالث: علاقة السببية

تقضي القواعد العامة بأنه لا يكفي لقيام المسؤولية الطبية، وقوع الخطأ من الطبيب وحصول الضرر للمريض، بل لا بد من وجود علاقة مباشرة بين خطأ الطبيب والضرر الذي أصاب المريض. وأن انعدام العلاقة بينهما يؤدي إلى انتفاء مسؤولية الطبيب⁽⁸⁰⁾. فإذا وقع إهمال الطبيب عندما قام بتعقيم الأدوات الجراحية، ووقعت وفاة المريض بعلّة أخرى منفصلة تماماً كالنوبة القلبية، فإن النوبة القلبية لا علاقة لها بالخطأ الذي ارتكبه الطبيب. وموت المريض لا علاقة له بالخطأ المشار إليه. وقد أجمع غالبية الفقهاء على أن ارتباط الخطأ الذي يرتكبه الطبيب بالضرر الواقع على المريض، كارتباط العلة بالمعلول⁽⁸¹⁾ التي تدور معها وجوداً وهدماً، بحيث لا يتصور وقوع الضرر للمريض، لولا وقوع الخطأ من الطبيب. وحيث أن أسباب الضرر قد ترجع إلى عوامل مختلفة، وقد تكون بعيدة أو خفية، تعود إلى طبيعة جسم المريض، لذلك فإن أمر تحديد الرابطة السببية في المجال الطبي من الأمور الدقيقة والصعبة جداً. فيبقى السبب الحقيقي غائباً ملتبساً، ما لم ينهض عليه الدليل القاطع، والبرهان القوي في إيجاد علاقة الربط بين السبب والنتيجة⁽⁸²⁾.

ويشترط في رابطة السببية أن تكون محققة ومباشرة، فاشترك عوامل عديدة في إحداث الضرر يجعل من الصعب تحديد السبب الحقيقي للضرر. لذلك فإن مسؤولية الطبيب تزول إذا لم تتأكد رابطة السببية، وقد أرسيت محكمة النقض المصرية مبدأ في هذا الصدد مفاده، أنه متى أثبت المضرور الخطأ أو الضرر، وكان من شأن هذا الخطأ أن يحدث عادة الضرر، فإن القرينة على توافر علاقة

⁸⁰- معن ادعيس. مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية. مصدر سابق، ص 50. وانظر فائق الجوهري.

المسؤولية الطبية في قانون العقوبات. مصدر سابق، ص 366.

⁸¹- لا شيء بلا علة، أي بالإيجاب لكل شيء علة، فمبدأ العلة بيان حول ما هو موجود، ومرتبب به، فالموجود علة الموجد والعكس سليم. للإسترادة حول ارتباط العلة بالمعلول في جدل المفهوم بالوجود والابجاد أنظر مارتن هايدجر. مبدأ العلة. ترجمة نظير جاهل. بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص 46-55.

⁸²- عدلي خليل. الموسوعة القانونية في المهن الطبية. مصدر سابق، ص 201.

السببية بينهما تقوم لصالح المضرور، وللمسؤول نفي هذه القرينة بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه⁽⁸³⁾. فالسبب الأجنبي شرط لانقضاء رابطة السببية الذي قد ينجم عن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، أو خطأ المضرور أو خطأ الغير⁽⁸⁴⁾. وهنا لا مجال للتعويض. ويشترط لاعتبار الحادث فجائي أن يكون غير متوقع ولا يمكن دفعه، وأن يكون الضرر محققاً. فإذا كان الطبيب يتوقع حدوث الضرر، ولم يتخذ الاحتياطات اللازمة لدفعه، عد مقصراً، وإذا توفي المريض بسبب أزمة قلبية أثناء معالجته بسبب رعد مفاجئ، وأثبت الطبيب أن هذا الحادث غير متوقع، ويستحيل دفعه، فإنه يعفى من المسؤولية. وقد قضت محكمة النقض المصرية أن أمر تقدير توافر علاقة السببية بين الخطأ والنتيجة هو من المسائل الموضوعية التي تفصل فيها محكمة الموضوع⁽⁸⁵⁾.

وقد يعد خطأ المريض في حكم السبب الأجنبي الذي ينفي السببية، ويعفى الطبيب من المسؤولية. ففي حالة تناول المريض لأشياء منعه الطبيب صراحةً من تناولها، أو في حالة انتحار المريض⁽⁸⁶⁾. وإذا ساهم المريض والطبيب في إيقاع الضرر فإنهما يصحان شريكين في المسؤولية عن الضرر بمقدار مساهمة كل منهما في إيقاعه⁽⁸⁷⁾.

وقد تنتفي علاقة السببية نتيجة خطأ الغير، فإذا لم يقع الخطأ من الطبيب، ووقع الضرر بفعل الغير وحده، فإن الغير يخضع للمسؤولية، وتنتفي مسؤولية الطبيب بشكل كلي⁽⁸⁸⁾.

أما إذا تعددت العوامل التي ساهمت في إحداث الضرر، وتداخلت الأسباب، فإن العامل المنتج يكون سبباً في إحداث الضرر، ويكون مناط المسؤولية. وقد أخذ القضاء السوري بهذا المعيار في قرار

⁸³- انظر قرار محكمة النقض المصرية (طعن مدني 483 لسنة 34 من جلسة 28/11/1969 ص 20 ص 1448). نقلا عن عدلي خليل. مصدر سابق، ص 224. ونقلا عن إبراهيم سيد أحمد. الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها وقضاء. مصدر سابق، ص 111.

⁸⁴- نصت المادة (261) من القانون المدني الأردني على أنه (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة، أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك). انظر قرار محكمة النقض المصرية (طعن مدني 979 لسنة 47 في جلسة 27/3/1980 ص 31 ص 930) نقلا عن إبراهيم سيد أحمد. الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها وقضاء. المصدر السابق. ص 108.

⁸⁵- قرار محكمة النقض المصرية (طعن جنائي 1995 لسنة 37 ق جلسة 29/1/1968 ص 19 ص 107). وقرار محكمة النقض المصرية (طعن مدني 979 لسنة 47 ق جلسة 27/3/1980 ص 31 ص 930)

⁸⁶- عبد العزيز سليم. قضايا التعويضات. مصدر سابق، ص 545.

⁸⁷- حسن الأبراشي. مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن. مصدر سابق، ص 204، وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز الأردنية في قرار لها "أن البيئة التي اعتمدها محكمة البداية تؤدي إلى وقوع إهمال مشترك في مسؤولية المميز والمميز ضده اللذين يتحملان مقدار التعويض بنسبة كل منهما بحسب المادة (55) مكرر (ب) من قانون المخالفات المدنية"

⁸⁸- بسام المحتسب. المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق. مصدر سابق، ص 268.

لمحكمة النقض السورية رقم 2448 بتاريخ 31/1/1964 "إذا اجتمع السبب العارض والسبب المنتج،
وجب الوقوف عند السبب المنتج وإهمال السبب العارض"⁽⁸⁹⁾.

الفصل الثاني: المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء التشريعات الفلسطينية السارية

يعتبر الوضع القانوني في فلسطين معقداً ونادراً في آن واحد مقارنة مع دول العالم، نظراً لتعدد الجهات التي حكمت فلسطين عبر التاريخ، عبر الحكم العثماني إلى الانتداب البريطاني، إلى الحكم الأردني في الضفة الغربية والإدارة المصرية في قطاع غزة، انتهاءً بالحكم الإسرائيلي. حيث واجهت السلطة الفلسطينية بعد تأسيسها عام 1994، تحديات كبيرة في ظل ازدواجية النظامين القانوني والقضائي بين الضفة الغربية وقطاع غزة، من جهة وتعدد الأنظمة القانونية السارية في الأراضي

⁸⁹ - مجلة المحامون. العدد 11 لسنة 1964، ص 318.

الفلسطينية من جهة أخرى، الأمر الذي حدا برئيس السلطة الفلسطينية في تلك الفترة إلى إصدار قرار رئاسي رقم (1) لسنة 1994 يقضي باستمرار العمل بالقوانين والأنظمة السارية قبل 5/ حزيران في الأراضي الفلسطينية، حتى يتم توحيدها.

وبالفعل تم صياغة العديد من التشريعات الفلسطينية النابعة من إرادة حرة، تستجيب لتحديات لم تتعرض لها القوانين الموروثة. وما زالت بعض القوانين الموروثة سارية، إلى أن يتم تعديلها أو إلغاؤها بتشريع جديد. وتعد مجلة الأحكام العدلية من أهم القوانين التي ما زالت سارية في فلسطين، والتي اشتملت على بعض الأحكام الخاصة ببعض العقود، كعقد البيع، والإيجارة، والهبية. وستقوم الدراسة بتسليط الضوء على المسؤولية المدنية في مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944، والمعدل له لسنة 1947، حتى يتم استظهار الإطار القانوني الذي من الممكن أن يؤسس لتشريع جديد في نطاق المساءلة المدنية للطبيب.

المبحث الأول: المسؤولية المدنية في مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية.

تناولت مجلة الأحكام العدلية أحكام المسؤولية المدنية تحت باب الضمان⁽⁹⁰⁾، واشتمل وقانون المخالفات المدنية لسنة 1944⁽⁹¹⁾، والقانون المعدل له لسنة 1947⁽⁹²⁾. على إلغاء بعض النصوص التي تتحدث عن الضمان في مجلة الأحكام العدلية، وبالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه النصوص والأحكام القانون.

وسوف نتناول الدراسة أحكام المسؤولية المدنية في ضوء القوانين السارية المفعول في فلسطين.

⁹⁰ - يختلف مفهوم المسؤولية عن مفهوم الضمان، فمفهوم المسؤولية يعني التكليف، والتكليف لا يكون إلا للمميز، ومن هنا تنتفي مسؤولية عديم التمييز. أما مفهوم الضمان الذي تبنته المجلة فيسقط منه مفهوم التكليف، وبالتالي فإن الضرر الموجب للضمان بغض النظر عن مرتكبه، يترتب عليه الضمان سواء كان مرتكبه مميزاً أم غير مميز.

⁹¹ - الوقائع الفلسطينية (الانتداب البريطاني). العدد 1830. بتاريخ 28/12/1944، ص 149.

⁹² - الوقائع الفلسطينية (الانتداب البريطاني). العدد 1563. بتاريخ 51/3/1947، ص 52.

المطلب الأول: المسؤولية المدنية في مجلة الأحكام العدلية

بعد خضوع فلسطين للحكم العثماني، قام العثمانيون بوضع قانون مدني مستمد من الفقه الحنفي سمي بمجلة الأحكام العدلية⁽⁹³⁾، وكان بمثابة قانون مدني.

ولم تتعرض مجلة الأحكام العدلية لمسؤولية الطبيب المدنية، لكن شأنها شأن المادتين (1382) () (1383)⁽⁹⁴⁾ من القانون المدني الفرنسي، الذي نظمت فيه هاتين المادتين المسؤولية المدنية بشكل عام، وكانتا مادتين قابلتين لاشتقاق المسؤولية المدنية للطبيب وغيرها، فإن القواعد العامة للمجلة لم تخرج عن ذات الرؤية، فلم تفرد أيًا من موادها للنظر في مسؤولية الطبيب، لكنها أبقت الإمكانية قائمة لاشتقاق المسؤولية المدنية للطبيب وغيره من خلال المواد التي تناولت المسؤولية المدنية بشكل عام.

عند الرجوع إلى نصوص مواد المجلة المتعلقة في الكتاب الثامن تحت عنوان "الغصب والاتلاف" (المواد من 881-940) نجد أن مواد المجلة تتحدث عن الضمان للدلالة على المسؤولية الناجمة عن الفعل الضار، ولم تركز على الفعل الذي برر المسؤولية، لذلك لا توجد كلمة "المسؤولية" في كتب الفقه الإسلامي التقليدية⁽⁹⁵⁾، كما تضمنت المجلة بعض المواد الأكثر عمومية، وذلك في المواد من 93-0).

وأقامت المجلة الضمان على أساس الضرر، ولم تجعلها قائمة على أساس الخطأ⁽⁹⁶⁾. وربطت الضرر بفاعله على أساس التمييز بين المباشر في إحداث الضرر والمتسبب أو الفاعل غير المباشر في إحداثه، وذلك بغية تحديد من يقع عليه عبء جبر الضرر بالتعويض عنه.

⁹³ - صدرت مجلة الأحكام العدلية في 16/9/1876، واستنبطت من المذهب الحنفي.

⁹⁴ - انظر تفصيل حول هاتين المادتين في هذه الدراسة ص 16 .

⁹⁵ - أحمد الحباري. المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير: دراسة تحليلية انتقادية موازنة بالقانون المدني الأردني والقانون المدني الفرنسي. عمان: دار وائل، 2003، ص 30.

⁹⁶ - لا تعتد المجلة بالخطأ كقاعدة عامة، وتفرق بين المباشر والمتسبب، فلا تقوم مسؤولية المباشر على أساس صدور الخطأ منه، بل إنه يسأل عن الضرر الذي أحدثه للغير، وهكذا ابتعدت المسؤولية هنا عن فكرة الخطأ ابتعاداً تاماً. انظر حسن الذنون. مصدر سابق، ص 274.

وسوف يتناول هذا المطلب، المباشر بفعل الضرر، والمتسبب به، والضمان عن فعل الغير في المجلة. وضمان الأجير الأجير الخاص والمشارك.

أولاً: المباشر بفعل الضرر

فرقت مجلة الأحكام العدلية بين المباشر والمتسبب أو غير المباشر، في إحداث الضرر، إذ نصت المادة (887) على أن "الإتلاف هو إتلاف الشيء بالذات، ويقال لمن فعله فاعل مباشر".

ومن هنا فإن الفاعل المباشر للضرر، هو الذي ينتج الضرر عن فعله مباشرة، وأن فعله الذي أحدث الضرر كان مباشراً في نفس الوقت تجاه الشيء المضرور، سواء كان مادياً أو غير مادي⁽⁹⁷⁾. وأن الضرر ترتب على الفعل دون فاصل بينهما، ولا يشترط في ذلك أكان المباشر قد باشر بالفعل أم أن الفعل قد نتج عما يقع تحت تصرفه. ومثال ذلك أن يقذف شخص زجاج نافذة أحد فيكسره، فيكون ضامناً لفعله ملزماً بالتعويض⁽⁹⁸⁾.

ولا يشترط القصد والنية من المباشر حتى يلزمه الضمان، فالمادة (92) من المجلة تنص على أن "المباشر ضامن وإن لم يعتمد". ففوق الفعل الضار على المضرور يعتبر شرطاً كافياً للضمان؛ لأن المباشر عبر فعله الضار كان علة الضرر مباشرة، ولا يمكن منطقياً هنا فصل العلة عن معلولها، فهي تلتصق به التصاق الموجب للوجود، وهي أيضاً مستقلة عن أي تداعيات أخرى قد تحدث اللبس عبر التفسير والتأويل. كما أن البحث في النية والقصد هنا لا يجبر ضرر المضرور، فما دام الفعل مباشرة قد وقع، وتسبب بالضرر، فإن التزام الفعل بالضرر يقود إلى التزام المباشر بالضمان⁽⁹⁹⁾.

كما أنه لا يشترط أن يكون محدث الضرر مخطئاً حتى يكون مسؤولاً عن فعله الضار؛ فالعبرة في المباشر أساسها الفعل المباشر الضار بغض النظر عن ماهية هذا الفعل. ولم تشترط المجلة بالضرر

⁹⁷ - المباشر هو الذي يلي الأمر بنفسه فإنه يضمن الضرر الذي يتولد عن فعله سواء كان عن قصد منه أم لم يكن. سليم رستم البار شرح مجلة الأحكام العدلية ط 3، بيروت: المطبعة الأدبية، 1923، ص 60.

⁹⁸ - انظر أحمد عبد الكريم أبو شنب. "الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الشيء في القانون المدني الأردني والفقهاء الإسلاميين". مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، العدد الرابع. مصدر الكتروني. استرجع بتاريخ

http://www.arablawninfo.com/Researches_AR/7

⁹⁹ - سليم رستم البار. شرح مجلة الأحكام العدلية. مصدر سابق، ص 60.

أن يكون محدث الضرر مدركاً⁽¹⁰⁰⁾، أو أن يكون الضرر فاحشاً، فقد أجازت المطالبة بالتعويض بمجرد حصول الضرر، وقد أكدت على ذلك محكمة استئناف/ رام الله في قرار لها بأنه " لا يشترط للمطالبة بإزالة الضرر أن يكون فاحشاً وإنما تتحقق المطالبة بإزالته ولو لم يكن فاحشاً، وذلك كما هو واضحاً من المادة (20) من المجلة التي قضت بإزالة الضرر دون تحديد لحجمه"⁽¹⁰¹⁾.

وقد نصت المادة (912) على أنه "إذا أتلّف أحد مال غيره الذي في يده، أو في يد أمينة قصداً أو من غير قصد يضمن". ومن ذلك إذا أطلق شخص النار على طائر يريد صيده، فأخطأه فأصاب شخصاً آخر كان يتواجد في المكان، فإن مطلق النار يعد مباشراً، ويلزمه الضمان رغم أنه لم يقصد إصابة الشخص. وفي ذات السياق نصت المادة (913) على أنه "لو زلق أحد وسقط على مال آخر وأتلفه يضمن".

وهكذا فإنه يتحدد مفهوم المباشر في المجلة بأنه الذي يسند إليه الأمر بنفسه، بغض النظر باشر الفعل بنفسه، أو بواسطة شيء تحت تصرفه حي أم غير حي، المهم أن يكون تحت تصرفه، ويكون مباشراً باعتباره مسؤولاً مسؤولة شخصية تسند إلى مباشرة الفعل وحصول الضرر⁽¹⁰²⁾.

ثانياً: المتسبب أو الفاعل غير المباشر

هو إحداث الشخص للضرر إحداثاً غير مباشر، وذلك حينما يتسبب فعله الضرر، وفي تحديد مفهوم المتسبب فقد نصت المادة (888) على أن "الإتلاف تسبباً هو التسبب لتلف شيء يعني إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة، ويقال لفاعله متسبب، فعليه إن قطع حبل قنديل معلق هو سبب مفض لسقوطه على الأرض وانكساره، فالذي قطع الحبل يكون أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبباً".

¹⁰⁰- أنظر المادة (916) من مجلة الأحكام العدلية.
¹⁰¹-انظر استئناف حقوق/ الضفة الغربية رقم (161/75). نقلا عن معن ادعيس. مسؤولية الطبيب المهنية عن أخطائه المهنية. مصدر سابق، ص 18.
¹⁰²- انظر بشار ملكاوي وفيصل العمري. مصادر الالتزام: الفعل الضار. عمان: دار وائل للنشر والتوزيع، 2006، ص 39.

وهناك فرق بين المباشر وغير المباشر، فالضرر في المباشر محتوم، أما غير المباشر فهناك إمكان لوقوع الضرر، بمعنى يجب أن يدخل فعل آخر حتى يتحقق الضرر⁽¹⁰³⁾.

ولا يكون الضرر مناط بالمتسبب إلا إذا تحقق في فعل المتسبب التعمد أو التعدي، فقد نصت المادة (923) على أنه "لو جفلت دابة أحد من آخر، وفرت فضاعت، لا يلزم الضمان، أما إذا كان قد أجفلها قصدا يضمن". وهذا ما نصت عليه أيضا المادة (93) "المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد".

وجاء مفهوم التعدي بمعنى المجاوزة، والفعل الذي لا يستند إلى الحق والمشروعية، فقد نصت المادة (924) على أنه "يشترط التعدي في كون التسبب موجبا للضمان على ما ذكر آنفا يعني ضمان المتسبب في الضرر مشروط بعمله فعلا مفضيا إلى ذلك الضرر بغير حق. فمثلا لو حفر أحد في الطريق العام بئرا بلا إذن ولي الأمر، ووقعت فيها دابة لآخر، وتلفت يضمن، وأما لو وقعت الدابة في بئر كان قد حفرها في ملكه وتلفت لا يضمن"⁽¹⁰⁴⁾.

ويلاحظ أن ضمان المباشر يتحدد في فعله المباشر المحدث للضرر، في حين أن ضمان المتسبب ناتج عن فعل ثان مشروط فيه التعدي أو التعمد.

وفي حال اجتماع المباشر والمتسبب يضمن المباشر⁽¹⁰⁵⁾. فلو قذف شخص حجرا إلى الشارع وكان مصادفا لمرور مركبة فأنحرفت عن مسارها، وتسببت في حادث أضرار بالآخرين، فإن المباشر الذي قذف الحجر يكون ضامنا.

والسبب في جعل تقديم المباشر في الضمان على المتسبب، أن المتسبب لم يستقل وحده بالفعل، فالمتسبب لا يعمل بانفراده في إحداث الضرر، بل يحتاج إلى فعل آخر حتى يقع الضرر على عكس

¹⁰³ - أحمد الحباري. المسؤولية التصيرية عن فعل الغير: دراسة تحليلية انتقادية موازنة بالقانون المدني الأردني والقانون المدني الفرنسي. مصدر سابق، ص 33.

¹⁰⁴ - وقد نصت الفقرة (2) من المادة (257) من القانون المدني الأردني على أنه: "...وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضيا إلى الضرر.

¹⁰⁵ - المادة (90) من المجلة تنص على "إذا اجتمع المباشر والمتسبب، أضيف الحكم إلى المباشر". وهي تطابق نص المادة (258) من القانون المدني الأردني. ومن الجدير ذكره أن البعض ذهب للقول بتضمن المتسبب وحده حتى مع اجتماعه بالمباشر إذا كان المتسبب متعديا؛ لأن العبرة في ترتيب المسؤولية في حال اجتماع المباشر والمتسبب في إحداث الضرر هي في ثبوت التعدي، فمن ثبت تعديه كان مسؤولا، وإن تعدى الاثنان ضمنا معا. أما إذا كان فعل المباشرة بحيث يقطع الرابطة السببية تماما بين المتسبب وبين الضرر فيكون المباشر ضامن وحده. أحمد عبد الكريم أبو شنب. "الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الشيء في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي". مصدر الكتروني http://www.arablawnfo.com/Researches_AR/7 استرجع بتاريخ: 13/7/2009

المباشر الذي لا فاصل بينه وبين الضرر المترتب على فعله⁽¹⁰⁶⁾، باستثناء حالة كون المباشر غير معروف، أو غير مسؤول فيترتب الضمان على المتسبب⁽¹⁰⁷⁾.

ثالثاً: الضمان عن فعل الغير

يعني الضمان عن فعل الغير، أن الضامن غير مباشر، وهذا الأمر ما رفضته المجلة في أحكامها، حيث أقامت الضمان على الفعل الشخصي، فلا يتحمل الإنسان ضمان من يتولى رقبته، وأكدت في هذا المقام على أنه في حال اجتماع المباشر مع المتسبب، فإن الضامن هو المباشر⁽¹⁰⁸⁾، لذلك من الطبيعي أن تخلو المجلة من نص يكرس ضماناً عاماً عن فعل الغير، وحتى أن ناقص الأهلية لا يضمن وليه بنص المادة (916)، إلا إذا قصر وليه في أداء الواجب الذي أوكل إليه، أو تعدى، فإن الصغير أو فاقد الأهلية يستطيع أن يعود على وليه بالضمان. على خلاف ما ورد في المادة (4/1348) من القانون المدني الفرنسي، الذي يلزم ولي ناقص الأهلية عن الأضرار التي يحدثها أبناؤه، وهو متطابق مع القضاء الفرنسي الذي يرفض أن يمد نطاق المسؤولية للقاصر ليشمل الولي⁽¹⁰⁹⁾. أما القانون المصري⁽¹¹⁰⁾ فقد اعتنق المبدأ العام القائل بمسؤولية عديم التمييز وذلك في المادة (164)، إلا أنه عاد في الفقرة الثانية من نفس المادة ليقر بمسؤولية عديم التمييز بضوابط معينة، أولها أنها مسؤولية جوازية على خلاف القاعدة العامة، والثانية أنها مسؤولية احتياطية أي أن القاضي لا يلجأ إليها إلا في حالة عدم وجود شخص آخر يمكن الرجوع عليه⁽¹¹¹⁾.

¹⁰⁶ - محمد يوسف الزعي. "مسؤولية المباشر والمتسبب". مصدر الكتروني. <http://www.dahsha.com/viewarticle.php?id=901> استرجع بتاريخ 25/9/2009. وانظر سليم رستم الباز. شرح مجلة الأحكام العدلية. مصدر سابق، ص 60.

¹⁰⁷ - انظر بشار ملكاوي وفيصل العمري. مصادر الالتزام: الفعل الضار. مصدر سابق، ص 47.

¹⁰⁸ - انظر المادة (90) من المجلة. فالمجلة تقيم مسؤولية عديم التمييز عن أفعاله الضارة متى كان فعله قد أدى إلى حدوث الضرر وليس بالضرورة أن يكون متعمداً أو متعمداً. فالقهاء يهتم بجبر الضرر مراعاة لمصلحة المتضرر دون النظر إلى الشخص الذي أحدثه. وهذا ما أخذ به القانون الأردني الذي أقر مسؤولية عديم التمييز كقاعدة عامة في المادة (256) والمادة (278). أمجد محمد منصور. "مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار - دراسة مقارنة". مجلة الزرقاء الأهلية للبحوث والدراسات. العدد الثاني. ص 37.

¹⁰⁹ - أنظر أحمد الحيارى. المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير: دراسة تحليلية انتقادية موازنة بالقانون المدني الأردني والقانون المدني الفرنسي. مصدر سابق، ص 35-36.

¹¹⁰ - القانون المدني المصري رقم لسنة 1947. الوقائع المصرية. عدد 108، مكرر (1)، عبد المنعم حسني. موسوعة مصر للتشريع والقضاء. الجزء الأول. مركز حسني للدراسات القانونية: القاهرة، 1986.

¹¹¹ - للمزيد انظر أمجد منصور. مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار- دراسة مقارنة. استرجع بتاريخ 13/10/2009 <http://www.wasmia.com/jazy/civil24.pdf>

ومن هنا نلاحظ أن المجلة هي قانون عام اشتملت على القواعد العامة للضمان، وجعلت أساس الضمان قائماً على الضرر، وليس الخطأ. إلا أن هذه الأحكام تطبق في حالة عدم وجود نص في القانون الخاص.

رابعاً: ضمان الأجير الخاص والمشارك

يعتبر الضمان في مجلة الأحكام العدلية جبراً للضرر، وقد تم تعريفه بـ " إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات"⁽¹¹²⁾ كما أنها أوضحت طبيعة الأجير في المادة (422) وقسمته إلى قسمين: الأجير الخاص، وهو " الذي استأجر ليعمل للمستأجر فقط " ويصح عليه الخادم الذي يعمل في منزل المستأجر، والراعي الذي يرعى غنماً لمستأجر واحد. والأجير الثاني المشترك وهو " الذي ليس بمقيد بشرط ألا يعمل لغير المستأجر كالحمال والدلال والخياط والساعاتي والصائغ....

وبينت المجلة الضمان الذي يلزم الأجير بشكل عام، إذ جعلت المأجور أمانة في يده⁽¹¹³⁾، ولا يجوز تضمينه فيما يتلفه إلا إذا قصر أو تعدى، بنص المادة (607) والتي تنص على " لو تلف المستأجر فيه بتعدي الأجير أو تقصيره يضمن". وأن فإن تقصير الأجير الخاص في المحافظة على المستأجر بلا عذر يلزمه الضمان، حيث كان المستأجر في يده أمانة، قبض فيه الثمن والتزم الحفظ، وإن ترك الحفظ الملتزم به سبب موجب للضمان. ويلزمة الضمان أيضاً إذا اتلف المال الذي كان بيده أمانة عبر تعمد، فيتحول التزام الأجير الخاص عبر تقصيره أو تعديه من يد أمانة إلى يد ضمان⁽¹¹⁴⁾.

أما ضمان الأجير المشترك فضمانه غير مقيد بالتعدي أو التقصير، وقد اوضحت ذلك المادة (609) فقد نصت على: " تقصير الأجير هو قصور في المحافظة على المستأجر فيه بلا عذر". ونلاحظ على

¹¹²- المادة 115 من مجلة الأحكام العدلية.

¹¹³- المادة (600) من مجلة الأحكام العدلية

¹¹⁴- أفنان محمد عبد المجيد التلمساني. ضمان الأجير الخاص موقع الكتروني. استرجع بتاريخ: 13/1/2010 <http://www.uqu.edu.sa/page/ar/50239>. وانظر علي حيدر. ددر الحكام شرح مجلة الأحكام. بيروت: دار الكتب العلمية. ج 1، ص 597-598.

هذه المادة عموميتها في الحديث عن الأجير، فلم تخصصه بالخاص أو المشترك، وبالتالي فإن العذر يلغي تقصير الأجير أو تعديه، ولا يضمنه.

وخصصت المجلة المادة (911) لضمان الأجير المشترك، فقد نصت على: "الأجير المشترك يضمن الضرر والخسارة التي تتولد عن فعله وصنعه إن كان بتعديه أو تقصيره أم لم يكن". وقد علق على هذه المادة علي حيدر في كتابه درر الحكام شرح مجلة الأحكام بقوله: "يضمن الأجير المشترك الخسائر المتولدة عن فعله إن لم يكن تجاوز المعتاد، يعني أن الأجير المشترك ضامن للخسائر التي تتولد عن فعله سواء أكان متعدياً أم لم يكن، وسواء تجاوز المعتاد أم لم يتجاوز؛ لأن ما يدخل تحت عقد الإجارة هو العمل السليم، وأما العمل الفاسد فلا يدخل تحت الإجارة، وبناء عليه يكون الأجير المشترك بهذه الصورة فعل شيئاً غير داخل تحت الإجارة، وليس مآذونا بعمله بحكم الإجارة"⁽¹¹⁵⁾. ويعود سبب تضمين الأجير المشترك للخسارة التي تتولد عن فعله وصنعه سواء كان بتعديه أو تقصيره أم لم يكن؛ لأن الأجير المشترك يعمل لأي أحد وغير مقيد بشخص يعمل له، وبناء على ذلك فإنه قد يُستأجر بما لا طاقة له به، ويكون استئجاره فوق اقتداره، فالأجل ضبط المستأجر عند الأجير المشترك بما يوافق اقتداره كان تضمينه للخسارة عن فعله وصنعه غير مقيد بتعديه أو تقصيره"⁽¹¹⁶⁾. وأن المجلة قد جعلت يد الأجير يد أمانة، ولا يضمن إلا بالتقصير أو التعدي بلا عذر عند الأجير الخاص، وعن للضرر الناتج عن فعله عند الأجير المشترك سواء أكان بتعديه أو تقصيره أم لم يكن، وبالتالي فإن طبيعة الالتزام عند الصناع والحرفيين تتحد ببذل عناية، فهي يد أمانة، لكن التعدي والتقصير يحولها إلى يد ضمان.

ويمكن القول: أن المجلة لم تتحدث عن المسؤولية التقصيرية ضمن أحكام خاصة تنظمها، وإنما نظمت أحكامها في مواد متفرقة في ثنايا المجلة، مثل "لا ضرر ولا ضرار"⁽¹¹⁷⁾، و"الضرر

¹¹⁵- علي حيدر. درر الحكام شرح مجلة الأحكام. مصدر سابق، ص 606.

¹¹⁶- أفنان محمد عبد المجيد التلمساني. ضمان الجير المشترك. موقع الكتروني. استرجع بتاريخ: 13/ 1/2010

<http://www.uqu.edu.sa/page/ar/50248>

¹¹⁷- المادة (19) من مجلة الأحكام العدلية.

يزال"⁽¹¹⁸⁾، وأن "الضرورات تبيح المحظورات"⁽¹¹⁹⁾، و"يحتمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام"⁽¹²⁰⁾، وغيرها من المواد وتحديدًا المواد التي جاءت في الكتاب الثامن تحت عنوان "الغصب والإتلاف" (المواد من 881 إلى 940) والتي يمكن من خلالها القول بأن المجلة تتبنى مفهومًا موضوعيًا للمسؤولية التقصيرية⁽¹²¹⁾، ومن ذلك المادة (891) "أن يكون الغاصب ضامنًا إذا استهلك المال المغصوب كذلك إذا ضاع أو تلف بتعديه أو بدون تعديه يكون ضامنًا أيضًا...". والمادة (914) والتي تنص: "إذا زلق أحد وسقط على مال آخر وأتلفه فإنه يضمن".

ولم تنظم المجلة قواعد عامة للمسؤولية العقدية، ولكنها وضعت أحكامًا خاصة تنظم بعض العقود، مثل عقد البيع في الكتاب الأول (المواد من 100 - 403) والإيجارة (المواد من 404-611) وغيرها.

وأن معيار الفعل الضار بشكل عام عند الحرفيين والصناع، عدم بذل العناية اللازمة التي كان من الممكن أن تمنع وقوع الضرر، فكان من هذه الزاوية التزامهم يتحدد ببذل عناية، ومن ذلك يمكن القول أن مقياس بذل العناية يكون مما لا يتوقع إثباته من الشخص العادي في ظل الظروف الاعتيادية، ومن ذلك أنها جعلت ضمان الأجير متعلق بعدم تعديه أو تقصيره في المادة (607)، ولم تضمنه إن كان تقصيره بعذر، كما أوضحت المادة (609) والتي نصت على على: "تقصير الأجير هو قصور في المحافظة على المستأجر فيه بلا عذر".

المطلب الثاني: المسؤولية المدنية في قانون المخالفات المدنية

لم يفرد قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944 أيًا من موادته للحديث عن المسؤولية المدنية للطبيب، وهو بذلك يتوافق مع مجلة الأحكام العدلية، إلا أنه كان أكثر تفصيلًا في موادته للضرر

¹¹⁸ - المادة (20) من مجلة الأحكام العدلية.

¹¹⁹ - المادة (21) من مجلة الأحكام العدلية.

¹²⁰ - المادة (26) من مجلة الأحكام العدلية.

¹²¹ - أحمد الحباري. المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير: دراسة تحليلية انتقادية موازنة بالقانون المدني الأردني والقانون المدني الفرنسي. مصدر سابق، ص 30.

والإهمال، وفيه توسع قياساً للمجلة فيما يتعلق بالمهنة والحرف، الأمر الذي يجعله أكثر حيوية وديناميكية في التأصيل نحو استنباط مهنة معينة بما فيها مهنة الطب.

كما أن قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944، قد جعل مواد معينة من المجلة تقع تحت حكم الإلغاء أو الإبطال، بالقدر الذي تتنافر فيه أو تتعارض مع أحكام قانون المخالفات⁽¹²²⁾، وجاء القانون المعدل رقم (5) لسنة 1947 ليعدل الإلغاء لهذه المواد إلى إبطال العمل بالتشريع المذكورة في الحقل الأول من ذيل هذا القانون في فلسطين⁽¹²³⁾.

وهكذا فإن مواد المجلة المشار إليها بالإبطال، لا تعتبر مرجعاً لدى المحكمة في النظر في القضية المعروضة عليها إذا كانت متعارضة مع قانون المخالفات المدنية، أما إذا انتفى التعارض فإن المحكمة تأخذ تلك المواد أساساً كغيرها في النظر في القضية المعروضة عليها⁽¹²⁴⁾.

وقد ربط قانون المخالفات المدنية الأذى ربط إفضاء للضرر، إذ عرف الأذى بأنه "التدخل غير المشروع في حق شرعي"⁽¹²⁵⁾.

ويلحظ على هذا التعريف أنه لم يحدد فعل الأذى أكان متعمداً أم لم يكن كذلك، وجعل الفعل المؤذي الذي يتسبب بالضرر يتحدد في الخسارة أو التلف الذي يلحق بالمال أو سلب الراحة أو الأضرار بالرفاه الجسماني أو السمعة أو ما إلى ذلك.

وقد جرى تعديل المادة الثانية في القانون المعدل لعام رقم (5) لسنة 1947، إذ أصبح تعريف الضرر: "الموت أو الخسارة أو التلف الذي يلحق بالمال أو سلب الراحة أو الأضرار بالرفاه الجسماني، أو السمعة أو ما يشبه ذلك من الضرر والخسارة"⁽¹²⁶⁾. ويلاحظ على التعريف أنه نص

¹²² - المواد التي شملها ذيل المادة (71): المادة (6)، والمواد التالية بالقدر الذي تتنافر أو تتعارض فيه مع أحكام قانون المخالفات المدنية وهي: من (1-100) بما فيها المادة الأخيرة والمادة (482)، والمواد من (454-458)، والمادتان (550 و 55)، والمادة (556)، والمادتان (741 و 274)، والمادة (771)، والمواد (777- 378)، والمواد من (787- 790)، والمادتان (813- 814)، والمادتان (827- 282)، والمادة (865)، والمواد (881-941)، والمادة (1071)، والمادة (1087)، والمواد (1123، 1192)، والمواد (1660-1675).

¹²³ - أنظر المادة (9) من قانون المخالفات المدنية رقم (5) لسنة 1947 المعدلة للمادة (71) من قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944.

¹²⁴ - سبق لمحكمة التمييز الأردنية أن استندت على بعض مواد المجلة المشار إليها بالإبطال ومنها المادة (93) وذلك في الكثير من قراراتها، ومنها قرار رقم 372/79 ص 627. سنة 1980. انظر معن ادعيس. مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية. مصدر سابق، ص 16.

¹²⁵ - أنظر المادة 2 من قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944.

¹²⁶ - الفقرة أ من المادة (2) من قانون المخالفات المدنية رقم (5) لسنة 1947.

على الموت صراحة، وحدد كذلك عبارة" أو ما إلى ذلك" الواردة في التعريف الأول المعدل، حيث خصصها فيما يشبه ذلك من الضرر والخسارة، وفي ذلك دلالة بينة، ففي التعريف الأول قد يثار لغط حول الضرر المباشر والضرر غير المباشر، أما التعريف المعدل فقد جعل القياس على الضرر المذكور في التعريف قائماً ليستدل به على أضرار أخرى قد تنشأ وفق علة القياس.

كما أن ذات المادة قد أضافت لفظة تقصير للدلالة على أي فعل قام به شخص، أو قصر عن القيام بأي فعل، أو لم يستخدم الحدق أو لم يتخذ الحيطة على الوجه المقتضى، وكان فعلاً أو تقصيراً، إذ تسبب عنه ضرر، يؤلف مخالفة مدنية. وبذلك ربطت المادة بين الخطأ والضرر، ففوق الضرر لا يكفي لنهوض المسؤولية المدنية، وإنما يتحتم ربط الضرر بالخطأ الذي أفضى إليه، وفق علاقة سببية.

ويتضح أيضاً أن قواعد المسؤولية المدنية التي تحدثت عنها المادة السابقة في قانون المخالفات هي ذاتها التي تحدثت عنها المجلة في قواعد تضمين الأجير الخاص والمشارك، والتي تحدثنا عنها في المطلب الأول من هذا المبحث.

وقد حددت المادة السابقة المخالفات المدنية بالمخالفات المشار إليها في المادة (5) التي تربط الضرر بالإهمال، وكانت هذه المادة مضافاً إليها المادة (6) من قانون المخالفات المدنية رقم (5) لسنة 1947 الجوهر الأساسي في قيام المسؤولية المدنية لأصحاب المهن والحرف، فقد حددت المادة (5) الإهمال بأنه:

1- " يتألف الإهمال من:

(1) إتيان فعل من شخص معتدل الإدراك، ذو بصيرة في الظروف التي وقع فيها الفعل،

أو تخلف عن إتيان فعل لا يتخلف شخص كهذا عن إتيانه في الظروف التي وقع فيها التقصير.

(2) أو تخلف عن استعمال الحذق أو اتخاذ الحيطة في ممارسة مهنة أو حرفة أو صناعة، مما يستعمله أو يتخذ شخص معتدل الإدراك، ذو بصيرة من ذوي كفاية من تلك المهنة، أو الحرفة، أو الصناعة في مثل تلك الظروف.

(3) بالنسبة لشخص آخر يكون الشخص الذي أتى الفعل أو تخلف عن إتيانه أو عن استعمال الحيطة على النحو المشار إليه أعلاه، مدينا له بواجب يقضي عليه أن لا يأتي ذلك الفعل. أو أن يتخلف عن إتيانه أو عن استعمال الحذق أو اتخاذ الحيطة، أو حسب مقتضى الحال.

1- إيفاء بالغايات المقصودة من الفقرة (1) يعتبر كل شخص مدين بواجب لجميع الأشخاص، ولصاحب أية أموال ينتظر من شخص معتدل الإدراك أن يتوقع تضرر هؤلاء الأشخاص، أو تلك الأموال من جراء إتيانه فعلا، أو تقصيره عن إتيان فعل أو تخلفه عن استعمال الحذق أو اتخاذ الحيطة على الوجه المنوه به في البندين (أ) و(ب) من الفقرة (1).

2- كل من سبب بإهماله ضرراً لشخص آخر يعتبر أنه ارتكب مخالفة مدنية

وأوضحت المادة (6) أن الإخلال بواجب قانوني يتألف من تقصير أي شخص في القيام بواجب مفروض عليه بمقتضى أي تشريع، وأن الشخص يعتبر متسببا لضرر بتقصيره عندما يكون تقصيره هو سبب الضرر أو أحد أسبابه، واستثني من ذلك حالات كأن يكون الضرر ناتج عن سبب أجنبي، أو قوة قاهرة، أو كان مبعث الضرر الناتج عن تقصير الشخص، سلوك المضرور نفسه...⁽¹²⁷⁾.

وبالنظر في المادتين (5) و(6) من قانون المخالفات المدنية رقم (5) لسنة 1947، نرى أنهما قد ربطتا الخطأ ارتباطاً وثيقاً بالضرر عبر علاقة السببية⁽¹²⁸⁾، وفي ظل غياب القوة القاهرة والسبب الأجنبي، كما أن الإهمال قد تم ربطه بالظرف الذي يقع فيه، فلا يجوز أن يقع الإهمال من المميز في ظل الظروف العادية.

¹²⁷- انظر المادة (6) من قانون المخالفات المدنية رقم (5) لسنة 1947.

¹²⁸- وفي حكم لمحكمة استئناف رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 796 لسنة 99 قضت المحكمة بأنه " أركان المسؤولية التقصيرية هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وإذا كانت البلدية هي المسؤولة عن الأعمدة الكهربائية التي نجم عنها الحادث، فإن مسؤوليتها تعتبر مفترضة ويقع عليها عبء إثبات التحلل من المسؤولية.

وهنا يتضح من خلال الفهم للإهمال بأن الإهمال الذي يؤخذ عليه صاحبه لا بد وأن يتوافر فيه التعدي أو التعمد. كما أن قانون المخالفات المدنية في تحديده لطبيعة المسؤولية المدنية جعل الإدراك شرطاً أولاً، فالجاهل غير المميز لا تقع عليه مسؤولية مدنية، لغياب صفة التمييز والوعي. ويلاحظ على قانون المخالفات أنه لم يحدد طبيعة المسؤولية المدنية وهي عقدية أم تقصيرية، ففي حديثه عن أصحاب الحرف والمهنيين كانت المسؤولية فيه أقرب للمسؤولية العقدية. وفي المقابل نجد القانون في المادة (6) يتحدث عن الإخلال بواجب قانوني، وبالتالي فإنه أقرب إلى اعتبار المسؤولية مسؤولية تقصيرية. من هنا يمكن القول أن قانون المخالفات - فيه غموض في تقرير نوع المسؤولية - قانوناً متناقضاً.

المبحث الثاني: مساءلة الطبيب عن أخطائه في ضوء المجلة وقانون المخالفات المدنية

التأصيل للمسؤولية المدنية للطبيب عن الأخطاء التي يقع فيها، يستلزم البحث في التشريعات التي نظمت أحكام المسؤولية المدنية في فلسطين، ثم التأصيل فيها للمسؤولية المدنية للطبيب، وسوف نتناول الدراسة في هذا المبحث، ما يمكن أن يعتمد عليه في التأصيل لهذه المسؤولية في مجلة الأحكام العدلية، ثم في قانون المخالفات المدنية. وسوف تهتدي بهدي القانون المدني الأردني عند الحاجة؛ كونه أخذ الكثير من أحكامه من المجلة.

المطلب الأول: مسؤولية الطبيب المدنية في ضوء أحكام مجلة الأحكام العدلية

ولئن أولت التشريعات المدنية الحديثة الخطأ أهمية عظيمة حين جعلته الركن الأساس والمفضي إلى المؤاخذة والمساءلة، فإن المجلة ركزت على أهمية الضرر، حيث تناول الكثير من موادها موضوع الضرر بالذكر والتفصيل، فالضرر بها مناط الضمان والمؤاخذة.

كما أن المجلة لم تنظم أحكام الضمان المتعلقة بمهنة الطب، ولكنها أوضحت طبيعة ضمان الحرفيين والصناع على وجه العموم، ولم تخصص لهم أحكاماً خاصة تتعلق بهم، والطب هو أحد الحرف

والمهن التي يمكن للقواعد العامة في المجلة، والمتعلقة بالحرفيين أن تنطبق عليهم. وعند المقاربة والتأصيل لمسؤولية الطبيب في المجلة يمكن القول: أن التشريعات الحديثة والقضاء كذلك أجازا للطبيب هامشاً من الاستقلالية، بحيث يحق له في أوقات تستدعي بها الضرورة والاضطرار للخروج عن الأصول الثابتة للطب، إن تبين لديه أن هذا الخروج فيه تحقيق نفع أفضل للمريض، شرط أن تكون جهود الطبيب خالصة لصالح المريض وحده، وألا يعرضه لخطر لا يتناسب والفائدة المنتظرة⁽¹²⁹⁾. وهذا يمكن التأصيل له في المجلة حيث نصت المادة (96) "أنه لا يجوز لأحد التصرف بملك غيره إلا بإذنه." وإن كان المريض لا يقوى على إعطاء الإذن، فقد نصت المادة (83) أنه "يلزم مراعاة الشروط قدر الإمكان" ونصت المادة (21) على أن الضرورات تبيح المحظورات" وذهبت المادة (22) "ما أبيع للضرورة يتقيد بقدرها" وقاربت المادة (28) الموضوع حين نصت على "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما" ومن ذلك الطبيب الذي يقرر إجهاض المرأة أو يضحى بالجنين في سبيل إنقاذ حياة الأم مثلاً⁽¹³⁰⁾.

كما أن المسؤولية المدنية للطبيب تفرض على الطبيب عدم إفساء أسرار المريض إلا بإسـتثناءات نصت عليها القوانين، كأن يكون مرض المريض معدياً مثلاً ، وقد نصت المادة (26) من المجلة يحتمل ضرر خاص لدفع ضرر عام" فهنا، ومن أجل الصالح العام يجوز إفساء السر حتى لا ينتشر الوباء، لكن يجب أن يكون الإفشاء متوافقاً مع حجم الخطورة التي يمثلها المرض، فقد نصت المادة (22) : "ما أبيع بالضرورة يتقيد بقدرها". فإذا أفشى الطبيب سر المريض دون مبرر ولحق بالمريض ضرر فإن الطبيب يتحمل مسؤولية ذلك الضرر.

وقد جعلت المجلة الضرر قائماً على الفعل الضار، إلا أنها جعلت الجواز الشرعي ينافي

الضمان⁽¹³¹⁾، فإن إعطاء الطبيب مثلاً لمريضه المصاب بالسرطان جرعات من العلاج الكيميائي

¹²⁹ - بسام المحتسب. المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق. مصدر سابق، ص 93.
¹³⁰ - وفي الفقه الحديث يرى الأستاذ كارل ستوس بجامعة فينا أن إعفاء الطبيب من المسؤولية من حوادث العلاج التي تنجم في المزاولة العادية لمهنته إنما ترجع إلى حالة الضرورة، فهناك أعمال يعاقب عليها القانون ولكنها تفقد هذه الصفة وتعفى من كل عقاب في الوقت الذي تصبح فيه ضرورية ولا يمكن تجنبها بالجوء إلى وسائل أخرى أقل مخالفة للقانون. ومثال ذلك حالة الطبيب الذي يتر قدم مريضه من أجل منع تقدم الغنغرينا إلى باقي جسده، وإنقاذ حياته بذلك، لأن العملية قد جنبته على كل حال احتمالاً كبيراً للضرر. فائق الجوهري. المسؤولية الطبية في قانون العقوبات. مصدر سابق، ص 84-86.
¹³¹ - أنظر المادة (91) من مجلة الأحكام العدلية.

الذي ينشأ عنه أضرار في المريض من تساقط الشعر وهزال، وشعور بالضعف العام، فإن مشروعية العلاج المفضي إلى أضرار جانبية للمريض لا توجب الضمان على الطبيب، فأضراره مشروع، بل إنه في هذه الحالة واجب لتجنب المريض حالة استفحال المرض، وقد يؤخذ عليه، حين يمتنع عن إعطائه العلاج الكيميائي في لحظة معينة، يعتبر مسؤولاً عن الضرر الناجم في صحة المريض لفعله السلبي الذي يتحدد بالامتناع، ولا يعد بذلك مباشر بالضرر، وإنما متسبباً، لأن المباشر يتطلب منه فعلاً إيجابياً، إما الفعل السلبي في الامتناع فيعود إلى الأضرار بالتعمد أو التعدي. أو أن يمتنع الطبيب عن الحضور لمعاينة حالة طارئة، أو أن يمتنع عن تقديم الإسعاف لشخص مطعون بسكين إثر شجار في الشارع، أو أن يمتنع عن تقديم العلاج له نتيجة لسوء علاقته الشخصية به، وترتب على امتناع الطبيب عن ذلك تدهور حالة المريض.

ولا يضمن الطبيب الحاذق الضرر الذي يصيب المريض، ولو مات المريض، شرط كون الضرر الحاصل أو الوفاة، قد جاءت نتيجة أمر لم يكن في حسابان الطبيب، أو لا يمكن توقعه أو تقاديه، مع اتخاذ الطبيب واجب الحيطة والحذر وعدم التقصير، فهنا لا ضمان عليه⁽¹³²⁾. وهذا يمكن أن نجد له أصولاً في المجلة إذ جعلت يد الصناع والحرفيين يد أمانة، وأنه لا ضمان عليهم إلا بالتعدي أو التعمد، وأن تعمدهم وتعديهم لا يكون إلا إذا لم يبذلوا العناية اللازمة، فالتزامهم متعلق ببذل العناية، وقد حددت المادة (607) تقصير الأجير بأنه قصوره في المحافظة على المستأجر فيه بلا عذر.

وقد ربطت المجلة ربطاً محكماً بين الفعل الضار، والضرر الناتج عنه وفق علاقة سببية، فالطبيب الذي يعطي البنسلين لمريض لديه حساسية، ويتسبب في وفاته، يكون مباشراً ضامناً، وأن مسؤوليته قد نتجت عن علاقة سببية بين فعله الضار والضرر الناتج. أو أن الطبيب أثناء علاجه لإقفال بعض الشعيرات الدموية في الدماغ بعد أن ثبت أن جذرائها رقيقة جداً، ويخشى من حدوث انفجار بها، فأثر أثناء علاجه لهذه الشعيرات على خلايا دماغية ذات وظيفة حساسة كالبصر مثلاً، فتسبب ذلك بكف

¹³² - انظر فائق الجوهري. المسؤولية الطبية في قانون العقوبات. مصدر سابق، ص 32.

البصر، فيكون والحال هذه الطبيب متسبباً لإهماله الحذق إن كان بإمكان الطبيب الحذق أن يتجنب مثل هذا الضرر.

أو أن طبيباً أجرى عملية لاستئصال اللوز، وبعد أن تمت بنجاح لم يعط للمريض مضاداً حيوياً فتسبب إهماله بالتهاب حاد في الأوتار الصوتية أكسبت المريض بحة مستديمة. أو أن الطبيب لم يحذر مريضه الذي أجرى له عملية كسترة للقلب بأن يبقي كيس الرمل على مكان الجرح للساعات المطلوبة، وتسبب ذلك بمضاعفات خطيرة على صحة المريض. فإن الطبيب في هذه الحالات يكون ضامناً؛ لأنه لم يتخذ الحذق الذي تتطلبه منه المهنة فيمن هم مشابهيين للطبيب من ذوي الاختصاص، أو لأنه لم يتخذ الحيطة والحذر.

وجاء في المجلة أنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب فالحكم يضاف للمباشر⁽¹³³⁾، فإذا أجرى طبيب عملية قلب مفتوح لمريض يعاني من انسداد الشرايين، وكانت العملية فيها خطورة عالية، وفيها أيضاً رهان على مدى تجاوب جسم المريض مع التحمل واستعداده للعلاج، وبعد أن تمت العملية بنجاح، تطلب الأمر مراقبة بالغة وعناية فائقة، فأدخل المريض غرفة العناية المكثفة، وأبلغ الطبيب المعالج القيمين على الغرفة المطلوب منهم القيام به، وأحاطهم علماً بخطورة وضع المريض، وطلب منهم إعطاء المريض بعد عشر ساعات كمية معينة من المخدر حتى لا يفيق من غيبوبته. وفي الموعد المحدد أعطى الممرض في غرفة العناية المركزة المخدر للمريض، ولكن بكمية أعلى بكثير مما أبلغ به، الأمر الذي أضر بصحة المريض.

يعتبر الطبيب في هذه الحالة متسبباً والممرض مباشراً، وبما أن المتسبب قد اجتمع مع المباشر يضاف الحكم للمباشر، بنص المادة (90) من المجلة التي تنص على: "إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر. وبناء عليه يضمن الممرض كونه مباشراً.

¹³³ - قد يجتمع المباشر والمتسبب معاً في إحداث الضرر ومع ذلك لا يضاف الحكم إلى المباشر خلافاً للقاعدة العامة، وذلك في حالة كون المباشر غير مسؤول أو غير معروف. محمد يوسف الزعي. "مسؤولية المباشر والمتسبب". مصدر سابق، ص 41.

وإن كانت المجلة تشترط الرابطة السببية بين الفعل الضار والضرر⁽¹³⁴⁾، فإنها لا تشترط أكان المباشر قد باشر بالفعل أم أن الفعل قد نتج عما يقع تحت تصرفه، وبناء عليه فإن الطبيب يكون مسؤولاً عن أفعاله المباشرة، وتلك التي تنجم عن استعماله لأدواته التي يكون مسؤولاً عنها، فالطبيب الجراح مسؤول عن تعقيم أدواته، وعن طبيعة هذه الأدوات، والخلل الذي قد تحدثه تلك الأدوات أثناء الجراحة، ومن ذلك أيضاً أن تكسر الحقنة في جسم المريض.

وقد اعتبرت المجلة الصناع والحرفين يدهم يد أمانة، فلا يضمنون إلا إذا حصل منهم تعدٍ أو تقصير نشأ عنه ضرر، والأطباء ينطبق عليهم ما ينطبق على الحرفيين والمهنيين، فهم أصحاب حرفة ملتزمون ببذل عناية، ولا يلتزمون بتحقيق نتيجة - إلا في حالات سبق الإشارة إليها في الفصل الأول - ولو كان التزامهم بتحقيق نتيجة فإنهم ضامنون بمجرد وقوع الضرر، وهذا ما يتنافى مع يد الأمانة. فالطبيب لا يضمن إلا إذا أثبت المضرور أن الطبيب قد قصر أو تعدى، وذلك بعدم بذله العناية اللازمة.

وهكذا نجد أنه بإمكاننا أن نؤصل لمسؤولية الطبيب المدنية في ضوء أحكام المجلة بنا على قواعد الأجير وضمان أصحاب المهن، ويحدد الضمان بالقدر الذي يحدثه الفعل الضار في المريض⁽¹³⁵⁾. وبالتالي فإن أضرار أصحاب الحرف والمهن مستقرة في جوهر هذه القواعد، ومن ضمن هذه الحرف والمهن مهنة الطب. حيث يمكن التأصيل لها مع الأخذ بعين الاعتبار البعد الزمني بين تشريع المجلة والعصر الذي نعيش فيه، وبناء عليه لا بد من تعديلات بإضافة مواد وإلغاء أخرى وتعديلات هنا وهناك وفق ما يقتضيه التطور والعصر. كما ويمكن استحداث تشريعات حديثة متخصصة في المسؤولية المدنية للطبيب من قواعد المجلة العامة.

¹³⁴ - تبدو علاقة السببية أشد وضوحاً في المباشر منها في المتسبب؛ والسبب يعود في ذلك أنه لا فاصل بين الفعل المباشر والضرر الناتج عنه، فمجرد حدوث الفعل يترتب عليه الضرر، أما في المتسبب فلا بد من فعل وسيط بين الضرر والفعل الأولي لحدوثه، لذلك تكون علاقة السببية أقل وضوحاً، ومن ذلك أن يخلع طبيباً لمريضاً ضرراً يؤلمه، وفي أثناء عملية خلع الضرس المعيب يحدث كسراً أو خلخلة للضرس المجاور، فيستوجب خلعه، فالضرر في هذه الحالة ناتج عن سبب خلع الضرس، وليس في الضرس المعيب الذي استوجب خلعه.

¹³⁵ - أنظر مادة رقم (912) من المجلة.

وهنا تجدر بنا الإشارة للقانون المدني الأردني الذي أصل لنفسه في الفقه الإسلامي معتمداً في معظمه على ما جاء في المجلة. وأن بعض القضاء المقارن أخذ ببعض التشريعات التي أقرتها المجلة، وعلى رأسها القضاء الفرنسي في موضوع عديم التمييز حينما لم يلحق مساعلته بمن يليه⁽¹³⁶⁾.

المطلب الثاني: مسؤولية الطبيب في ضوء قانون المخالفات المدنية.

إن التطور الذي طرأ على الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية في فلسطين منذ انتهاء الحكم العثماني لها، ومجيء سلطة الانتداب كان يستدعي إعادة النظر في القوانين والتشريعات التي كان معمولاً بها قبل مجيء الانتداب. وبناء عليه ظهر في فلسطين الكثير من التشريعات التي اقتضتها ضرورة الانتداب والتطور الذي اقتضاه العصر⁽¹³⁷⁾.

وإن كان قانون المخالفات المدنية الذي تم تشريعه زمن الانتداب عام 1944 لم يتعرض للمسؤولية المدنية للطبيب، إلا أنه في قواعده العامة التي تناول من خلالها المسؤولية المدنية لأصحاب المهن والحرفيين، قد ترك الإمكان قائماً لاشتقاق قواعد للمسؤولية المدنية لكل المهن والحرف، مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية كل مهنة وحرفة. ومهنة الطب إحدى هذه المهن التي يمكن التأصيل للمسؤولية المدنية لها من صلب هذا القانون، وهذا ما نحن ذاهبون إليه في هذا المطلب.

تحدد المسؤولية المدنية للطبيب في قانون المخالفات المدنية من قاعدة عامة نص عليها حينما جعل "كل من سبب بإهماله ضرراً لشخص آخر يعتبر أنه ارتكب مخالفة مدنية. فهذه القاعدة العامة تمثل الإطار العام للمسؤولية المدنية للطبيب⁽¹³⁸⁾.

ويلاحظ على نص المادة السابقة أنها نصت على لفظة "كل" التي هي اسم وضع لاستغراق الجنس عند إضافتها إلى نكرة، وهي بذلك تكتسي صفة التعميم⁽¹³⁹⁾. وكذلك ربطت المادة السابقة الإهمال

¹³⁶ - أمجد محمد منصور. مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار. مصدر سابق.

استرجع بتاريخ 13/10/2009 <http://www.wasmia.com/jazy/civil24.pdf>

¹³⁷ - انظر محاضرات مساق القانون في فلسطين (141). جامعة بيرزيت، كلية الحقوق والإدارة العامة/ دائرة القانون، 2006-2005. ص 71-79.

¹³⁸ - الفقرة (3) من المادة (5) من قانون المخالفات المدنية رقم (5) لسنة 1947.

¹³⁹ - انظر المعجم الوسيط مادة "كل".

بالنتيجة التي قد يفرضي إليها، وهي "الضرر"، فهي تنص على "كل من سبب بإهماله ضرراً لشخص آخر".⁽¹⁴⁰⁾ وبالتالي فإن اشتراط علاقة السببية بين الإهمال والضرر الناتج عنه نجده في نص هذه المادة دون لبس يذكر⁽¹⁴¹⁾.

وعليه فإن الطبيب يسأل عن أخطائه التي سببت الضرر للمريض وفق علاقة سببية واضحة، وأن مساءلته عن أخطائه تبقى قائمة ما لم يثبت السبب الأجنبي، وأوضحت المادة الثانية المعدلة من قانون المخالفات المدنية رقم (5) لسنة 1947. على أن الضرر يعني الموت أو الخسارة أو التلف الذي يلحق بالمال أو سلب الراحة أو الأضرار بالرأفاه الجسماني، أو السمعة أو ما يشبه ذلك من الضرر والخسارة⁽¹⁴²⁾. وبذلك يسأل الطبيب عن الضرر الذي يحدثه إهماله بالمريض، سواء تمخض عن الخطأ موت المريض، أو أضر برأفته الجسمانية أو سمعته. وهذا يشير إلى حق المريض في التعويض عن الأضرار التي نتجت عن إهمال الطبيب، سواء كانت الأضرار معنوية أم مادية.

وبذلك يسأل الطبيب عن الخطأ الذي يقع منه متسبباً بذلك ضرراً للمريض شرط أن يكون الخطأ الذي وقع منه لا يقع من الطبيب المعتدل في الظروف الطبيعية، ومثال ذلك الطبيب الذي أخطأ في معالجة المريض، فبدل أن يصف له العقاقير التي يتوقع منها أن تعطي نتائج طبية في علاج المريض، ذهب متسرعاً إلى إقرار عملية جراحية لا تبررها حالة المريض الصحية. أو الطبيب الذي يجري عملية جراحية فيشق بطن المريض شقاً غير معتاد من الأطباء المهرة، فيتربط على ذلك تشويه لجسد المريض. أو أحدث تقباً في عضلة الحجاب الحاجز فأدى إلى وفاة المريض. أو الطبيب الذي تسبب خطؤه الناتج عن عدم اتخاذ الحيطة والحذر والحدق، فكان أن تلوث دم مريضه بالإيدز، وبالتالي أضر بجسده وسمعته. فإن مسؤولية الطبيب تقرر بالتعويض عما لحق بجسده من ضرر، وكذلك الأمر عما لحق سمعته. وهذا نوع من أنواع الضرر المعنوي.

¹⁴⁰- هذا هو جوهر المسؤولية التقصيرية، وهو عدم الإخلال بواجب قانوني ينشأ عنه أضرار بالغير.
¹⁴¹- وفي حكم لمحكمة النقض الفلسطينية المنعقدة برام الله في الدعوى رقم 70 لسنة 2004 أشارت إلى أنه "إذا لم يكن الضرر ناشئاً عن إهمال أو تقصير، فلا يعتبر ضمن نطاق المخالفات المدنية، بمعناها المقصود في قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944".
¹⁴²- انظر المادة (2) فقرة (أ) من قانون المخالفات المدنية المعدلة للمادة (2) من قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944.

وهكذا فإن قانون المخالفات المدنية قد حدد العلاقة بين الخطأ والضرر الناتج عنه بأنها علاقة سببية، وبذلك تتحدد مسؤولية الطبيب حينما تقوم علاقة السببية بين الخطأ الذي ارتكبه والضرر الذي أفضى إليه خطؤه، ولا يعفى من المساءلة إلا إذا أثبت السبب الأجنبي⁽¹⁴³⁾. وفي هذه الحالة على المريض أن يثبت أن الضرر قد لحق به جراء معالجة الطبيب له، وعلى الطبيب أن يثبت وجود السبب الأجنبي⁽¹⁴⁴⁾ الذي لا إرادة له في وقوعه، فانتفاء مسؤولية الطبيب هنا تتحدد في قوة السبب الأجنبي ووضوحه⁽¹⁴⁵⁾.

وبناء على ذلك، فإن الطبيب الذي وصف لمريضه العلاج، ووقع خطأ من الصيدلاني الذي أعطى المريض دواء آخر فتسبب ذلك للمريض بأضرار في صحته، وفاقت من المرض الذي يعاني منه، أو أن الطبيب أثناء إجراءه لعملية جراحية لمريض حدث زلزال جعل يد الطبيب تتزلق بالمشروط فيقطع أمعاء المريض، أو أن المريض لم يلتزم بتعليمات الطبيب فأضر بصحته، فإن الطبيب بناء على كل ذلك لا تقع على عاتقه أي مساءلة مدنية لانتهاء علاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي أصاب المريض.

ومن هنا نلاحظ أنه لا يكفي لمسائلة الطبيب أن يكون هناك ضرر قد لحق بالمريض، فلا بد أن يكون الضرر مرتبطاً بعلاقة سببية بالخطأ الذي وقع فيه الطبيب، وأن هذا الخطأ مرده إلى إهمال وقع فيه الطبيب تقصيراً، لا يقع فيه الطبيب المعتدل الإدراك في مهنته ضمن نفس الشروط الموضوعية التي تجعل ظرف الطبيب المخطئ ظرفاً اعتيادياً لا يفضي إلى الضرر.

¹⁴³- تناولت المادة (6) من قانون المخالفات المدنية رقم (5) لسنة 1947 تعديل المادة (55)، وفيها تنص على الحالات التي لا يعتبر فيها الشخص متسبباً بضرر ناتجاً عن تقصيره في حالات معينة تفصلها. لمزيد من الاطلاع بالإمكان الرجوع إلى نص المادة (6) من قانون المخالفات المدنية رقم (5) لسنة 1947.

¹⁴⁴- السبب الأجنبي هو الذي قد ينشأ عن قوة قاهرة أو خطأ الغير أو المضرور، وهو الذي يقطع العلاقة بين الفعل والضرر، بحيث لا يحول الجهد المبذول الذي هو بمستطاع الطبيب دون وقوع الضرر. أنور سلطان. مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2007، ص 337.

¹⁴⁵- ومثال ذلك الطبيب الذي يقوم إجراء عملية ولادة في عيادته بالرغم من عدم توفر المعدات الطبية اللازمة، فتحدث الوفاة للجنين، ويتبين أن الجنين متوفي في رحم أمه قبل إجراء عملية الولادة.

وبإعادة النظر في نص المادة السابقة، نجد أنها لم تحدد طبيعة الإهمال أكان واقعا نتيجة لفعل إيجابي أم أن الإهمال تحدد بناء على فعل سلبي تمثل في الامتناع عن الفعل الذي يتسبب في الأضرار بالآخرين؟ ومن هنا نجد أن الإهمال مرادف للتقصير.

فالتبيب الذي يمتنع عن تقديم الإسعافات الأولية أو العلاج لمريض عند عدم توافر طبيب آخر، أو كانت الحالة لا تسمح باللجوء لغيره. يعد امتناعه في هذه الحالة فعلاً سلبياً، وتتقرر مسؤوليته التقصيرية عن فعله السلبي هذا⁽¹⁴⁶⁾. أو أن يتخلف الطبيب عن استخدام الحذق في المهنة كأن تظهر الصور التلفزيونية لحامل حان وضعها لجنينها أن الحبل السري بدأ يلتف على عنقه، ولم يباشر الطبيب مسرعاً لإجراء قيصرية للمرأة الحامل، مما أدى وفاة الجنين أثناء ولادته ولادة طبيعية⁽¹⁴⁷⁾. ومن هنا نجد أن قانون المخالفات المدنية قد اشتمل على قواعد عامة لقيام المسؤولية المدنية لكل من تسبب في إهماله ضرراً للغير، وقد جعل مسؤولية الحرفيين وأصحاب المهن مسؤولية تقصيرية، قوامها الالتزام بواجب قانوني واحد هو عدم الأضرار بالغير، وجعلت معيار الخطأ الانحراف عن السلوك المعتاد، والناشئ عن العمد أو الإهمال.

وبالتالي فإن التأصيل لمسؤولية الطبيب المدنية في ضوء أحكام هذا القانون قائمة، يمكن اشتقاقها بتشريع فلسطيني حديث متخصص، مع الأخذ بعين الاعتبار ما ورد من أصول لهذه المسؤولية يمكن اشتقاقها من مجلة الأحكام العدلية، كما أنه يمكن الاستفادة التشريعات المقارنة.

¹⁴⁶ - لقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صدر عام 1951. إلى أنه يشترط ليشكل الامتناع خطأ تقصيرياً أن يكون الفعل محل الامتناع واجبا بموجب نص قانوني أو عقدي أو قواعد المهنة، ولكن الصحيح أن الامتناع كالفعل يجوز اعتباره خطأ تقصيرياً متى كان يعد انحرافاً عن المسلك المألوف للرجل المعتاد. عبد الحكم فودة. موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض. مصدر سابق، ص 34.

¹⁴⁷ - أول قضايا أخطاء التوليد قضية الدكتور "هيل" الذي دعي لتوليد امرأة فوجد الطفل نازل بذراعيه فكان يقتضي منه إنجاح الولادة تغيير وضعه، إلا أنه بدل ذلك بتر ذراعه، ونزل الطفل حياً وعاش، ورغم تقرير أكاديمية طب باريس بأنه لا يسأل الطبيب عما ينجم من عمله من أخطاء بسبب عدم الكفاية، فإن المحكمة وجدت أن الطبيب ارتكب خطأ جسيماً لأنه تصرف بغير احتياط ويتسرع ودون استعانة بأحد، مما استوجب مسؤوليته عما أصاب الطفل من ضرر. بسام المحتسب. المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق. مصدر سابق، ص 203.

الفصل الثالث: المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء التجربتين الإسرائيلية والفلسطينية

تبين لنا من خلال دراسة مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات، أن المجلة لم تتحدث عن المسؤولية عقدية أو تقصيرية، وأن التزام الحرفيين والصناع التزام ببذل عناية، وأن يدهم يد أمانة. ولا يضمنون إلا إذا حصل منهم التعدي أو تقصير بلا عذر. أي حصل منهم خطأ نشأ عنه ضرر، وأن مسؤولية الحرفيين والصناع في قانون المخالفات هي مسؤولية تقصيرية، وأن التزامهم الالتزام ببذل عناية، وأن معيار الخطأ عندهم يتحدد بالخطأ الذي لا يؤتى من الرجل العادي في ظل الظروف الاعتيادية.

وقد أقامت المجلة الضمان على أساس الضرر، في حين أقامه قانون المخالفات على أساس الخطأ، وإن كانت المجلة أولت الضرر أهمية كبيرة إلا أنها جعلت إثبات التعدي أو التقصير ركناً لقيام المسؤولية.

وأخيراً بينت الدراسة إمكانية الاعتماد على المجلة وقانون المخالفات في التأصيل للمسؤولية المدنية للطبيب لاستحداث تشريعات جديدة متخصصة في هذا المجال.

ولكون قانون المخالفات المدنية ساري في كل من إسرائيل والضفة الغربية وقطاع غزة، فسوف يقوم هذا الفصل على دراسة التجربتين: الإسرائيلية والفلسطينية في تأطيرهما للمسؤولية المدنية للطبيب، وذلك من خلال دراسة التشريعات في كل من التجريبتين، ثم عرض بعض القضايا التي عرضت

على القضاء الإسرائيلي والفلسطيني. حيث ترى الباحثة أنه من المهم جدا مقارنة التجربة الإسرائيلية في تطوير مفهوم المسؤولية المدنية للطبيب، والتي تم التأصيل لها في قانون المخالفات مع موقف التشريع والقضاء الفلسطيني من هذه المسؤولية، وهذا ما ستحاول أن تقدمه الدراسة في هذا الفصل.

المبحث الأول: مسؤولية الطبيب المدنية في التشريع والقضاء الإسرائيليين

لعل أهمية هذا المبحث تكمن في أن قانون المخالفات المدنية الذي وضع في زمن الانتداب البريطاني، والمعروف بقانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944، والذي جرى عليه التعديل عام 1947 لا زال مطبقا في الضفة الغربية وقطاع غزة وإسرائيل.

وتتحدد أهمية بحث المسؤولية المدنية للطبيب في القوانين والقضاء الإسرائيليين، في توضيح التأصيل الذي نهض في القوانين الإسرائيلية على أساس قانون المخالفات المدنية. كما أن بحثا من هذا النوع من شأنه أن يمهد الطريق نحو تأصيل للمسؤولية المدنية للطبيب في القوانين الفلسطينية والقضاء كذلك، حيث يكون الأمر أكثر سهولة بالإقتداء بتجربة حية تتمثل فيما ذهب إليه التشريع والقضاء الإسرائيليين.

لذلك سوف يقسم هذا المبحث- بشيء من الاقتضاب- إلى مطلبين اثنين: يخصص المطلب الأول لبحث المسؤولية المدنية بشكل عام في قانون الأضرار المدني الإسرائيلي لسنة 1968، وقانون حقوق المريض لسنة 1996. ويفرد المطلب الثاني لعرض بعض القضايا التي نظر فيها القضاء الإسرائيلي حول المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء أحكام القوانين المعمول فيها، وتحديد الكيفية التي تعامل بها القضاء الإسرائيلي مع تلك القضايا؟

المطلب الأول: المسؤولية المدنية للطبيب في القانون الإسرائيلي

ورثت إسرائيل سلة من القوانين التي كان معمولاً بها زمن الانتداب البريطاني - شأنها في ذلك شأن فلسطين - وكان أهمها قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944، والذي جرى عليه التعديل سنة 1947، وسوف يتناول هذا المطلب أهمية قانون المخالفات المدنية في إحداث تشريعات جديدة، وعلاقته بقانون الأضرار الإسرائيلي لسنة 1968⁽¹⁴⁸⁾، ومدى نفاذ قانون المخالفات وسريانه في القانون المدني والقضاء الإسرائيليين. وذلك من خلال دراسة المسؤولية المدنية في قانون الأضرار ومقاربتها بقانون المخالفات. ثم دراسة قانون حقوق المريض، لتسليط الضوء على التشريعات المتخصصة في صحة المريض، وسبل تأطيرها وتنظيمها.

أولاً: قانون الأضرار لسنة 1968

يعتبر قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944، وتعديلاته قانوناً مطبقاً في إسرائيل، مع بعض التعديلات الطفيفة التي أجريت. والتي كان لا بد من إجرائها نظراً لاختلاف الظروف، والتي تستدعي أحياناً إعادة النظر في قراءة بعض المواد القانونية بهدف تطويرها، وسد الثغرات فيها لتكون أكثر ملاءمة مع طبيعة التغير الذي طرأ على الحياة.

فقانون المخالفات المدنية ساري المفعول في إسرائيل تحت اسم قانون الأضرار لسنة 1968، والذي يقوم على أساس علاقة السببية بين الإهمال - المولد للخطأ - والضرر، فعلة الضرر الخطأ، المترتب على الإخلال بالالتزامات التي تعتبر واجب قانوني تجاه الآخرين، فيصبح بذلك الضرر سبباً في بحث المخالفات المدنية، حيث يتم تكيف الضرر في أبواب التعدي، أو الإهمال، أو خرق التزام قانوني.

والناظر في القانونين - قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944، وتعديلاته، وقانون الأضرار المدني الإسرائيلي لعام 1968 - لا يجد أي عناء يذكر في مقابلة المواد القانونية وتطابقها بين

¹⁴⁸ - قانون الأضرار لسنة 1968. (النص الموحد). كتاب القوانين. العدد 529، ص 101. بتاريخ: 28/6/1968. ويعتبر قانون الأضرار لسنة 1968 هو النص الموحد للتعديلات التي أجراها التشريع الإسرائيلي على قانون المخالفات المدنية، حيث تم تجميع هذه التعديلات سنة 1968 في النص الموحد المعروف بقانون الأضرار.

القانونين، فهناك إلغاء طفيف لبعض المواد القانونية، وتعديلات طفيفة على أخرى اقتضتها بعض المستجدات، التي دفعت لإعادة النظر في بعض المواد، أو في فقرة أو فقرات من تلك المواد. والذي يهمننا في هذه الدراسة هو أركان المسؤولية المدنية في قانون الأضرار.

وبالنظر إلى المواد التي تناولت مفهوم الاعتداء والضرر والإهمال في قانون الأضرار الإسرائيلي لعام 1968، يتبين أنه لا يوجد فرق جوهري يذكر بالقياس إلى قانون المخالفات المدنية، بل من الواضح أن هناك تطابقاً في نصوص بعض المواد القانونية بالنص والحرف أحياناً بين القانونين، مع اختلاف لأرقام المواد القانونية في قانون الأضرار، عن قانون المخالفات المدنية⁽¹⁴⁹⁾. وهذا - التمتين لقانون الأضرار في قانون المخالفات المدنية - ما من شك أنه يؤكد على فعالية قانون المخالفات المدنية وحيويته في التأسيس للمسؤولية المدنية بشكل عام، وقدرته على أن يؤصل فيه لتفرعات على قواعدها العامة⁽¹⁵⁰⁾، وبالتالي، فإن قانون المخالفات المدنية كأصل مؤسس، هو القانون الذي لا زال ساري المفعول، والنافذ في إسرائيل حتى تاريخه⁽¹⁵¹⁾.

ثانياً: قانون حقوق المريض⁽¹⁵²⁾

¹⁴⁹ - انظر مثلاً موضوع الاعتداء في قانون المخالفات المدنية، والذي رقمت مادته بالرقم (24)، وموضوع الاعتداء في قانون الأضرار الذي رقمت مادته بالرقم (23)، فانك تجد تطابقاً بالنص والحرف بين كليهما. ويمكن مقابلة المادة (38) من قانون الأضرار بالمادة (51) من قانون المخالفات، والتي تتحدث عن تبعة إثبات الإهمال، وكذلك مقابلة المادة (41) من قانون الأضرار بالمادة (54) من قانون المخالفات، والمادة (60) بالمادة (64) وهي المتعلقة بالضرر والتعويض، كما أن المادة (50) من قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944، والتي جرى عليها التعديل في لسنة 1947، بالمادة رقم (5)، والمعنونة بالإهمال، وكذلك المادة رقم (6) من القانون المعدل رقم (5) لسنة 1947، والتي تم إضافتها للمادة (55) مكرر (أ)، والمادة (55) مكرر (ج) فإنهما الأساس الذي يتبناه قانون الأضرار المدني الإسرائيلي في تحديد الإهمال وإلقاء تبعة الإثبات للضرر، ونفي علاقة السببية والخطأ.

¹⁵⁰ - وهذا ما ستعتمد عليه الدراسة؛ فإن كان قانون المخالفات رقم (36) لعام 1944، والمعدل له، كان ولا زال ساري المفعول في إسرائيل، مع إجراء بعض التعديلات، وإن كان قانون حقوق المريض قد أسس لنفسه في قانون الأضرار، فإن الاستنتاج المنطقي يقول أن قانون المخالفات المدنية يمكن الاعتماد عليه بالاستناد للتجربة الإسرائيلية للتأسيس القانوني للمسؤولية المدنية للطبيب في التشريعات الفلسطينية وكذلك في القضاء، وهذا الأمر ما ستهذب إليه الدراسة في البحث والاستقصاء والمقارنة لتقديم تصور لمقاربة المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء أحكام القانون الفلسطيني.

¹⁵¹ - بالنظر إلى المقارنات السابقة خصوصاً التطابق في القواعد العامة للمسؤولية المدنية في قانون الأضرار الإسرائيلي مع قانون المخالفات المدنية وتعديلاته، وتجنباً للتكرار في عرض المواد القانونية المتطابقة سابقة الذكر، يمكن العودة إلى الفصل الثاني في مطلبه الثاني في قراءة طبيعة المسؤولية المدنية التي فصلنا القول فيها في قانون المخالفات المدنية، والتي هي ذاتها الموجودة في قانون الأضرار الإسرائيلي.

¹⁵² - قانون حقوق المريض لسنة 1996. كتاب القوانين. العدد 1591. ص 327. بتاريخ: 12/5/1996.

يعتبر قانون حقوق المريض في إسرائيل، قانوناً متخصصاً في المسؤوليات الطبية⁽¹⁵³⁾، ينصف المريض، ويعلي من تقديس جسده ونفسيته، ويحفظ للمريض حقوقه، ويفرض على الجهة المعالجة سواء أكانت مؤسسة خاصة أم حكومية، أو شخص مهني في مجال الطب في القطاع الخاص أو العام، أن يتوخي كل منهم الحيطة والحذر قبل الشروع في العلاج، وأثناء تقديمه، وبعد الانتهاء منه. والقانون إذ يحدد حقوق المريض، والتي يجب أن تتمتع بالصون والحرص عليها، فإنه يرتب ابتداء مسؤوليات متعددة على الجهات أو الأشخاص الذين يتعاملون مع المريض تعاملًا علاجيًا، وإن خرق أي التزام قانوني تجاه المريض، يعطيه الحق في مقاضاة تلك الجهة المسؤوله عن فعل التقصير أو التعدي⁽¹⁵⁴⁾، والمطالبة بالتعويض عما تسببه ذلك الخرق من ضرر ألم أو سيئ في جسده وصحته ونفسيته.

ويلزم قانون حقوق المريض الطبيب بالتدخل الطبي العاجل لصالح المريض في الحالات الطارئة⁽¹⁵⁵⁾، والتي يبني على تأخر تدخل الطبيب فيها خطرًا حقيقياً على حياة المريض، فعلى الطبيب أن يسرع في تقديم الفحص والعلاج على قدر استطاعته، ويتوجب عليه بعد أن يحيل المريض إلى المكان الأنسب ليتلقى فيه المريض العلاج⁽¹⁵⁶⁾.

وركز قانون حقوق المريض على مفهوم وشروط الموافقة المستنيرة⁽¹⁵⁷⁾، فالهدف منها تمكين المريض من التفكير ملياً في المنافع المتوخاة من العلاج الطبي ومساوئه، والموازنة بينهما ليتوصل إلى اختيار عقلائي بالخضوع للعلاج أو رفضه، كما أن الاستخدام السليم للموافقة المستنيرة يمنع أو يقلل الأخطاء الطبية والإهمال والتعدي والخداع، كما أنه يؤكد استقلالية المريض، وتعزيز حقه في

¹⁵³ - الناظر في المواد القانونية في قانون حقوق المريض لسنة 1996، يرى مدى حرص القانون على حقوق المريض وسلامته، فقد تحدثت معظم مواد القانون عن التزامات الطبيب والمؤسسات الطبية، والطبية المساندة تجاه المريض، وتحدثت بقية المواد عن حقوق المريض، والتي لا يمكن أن تنتقص إلا إذا كان انتقاصها فيه مصلحة للمريض، مثل تجاوز موضوع الموافقة المستنيرة إذا كانت تلحق بالغ الضرر بالمريض، وهذا موضوع سيتم التطرق إليه بمزيد من التوضيح في هذا المطلب.

¹⁵⁴ - إذا أخل الطبيب المعالج بالواجبات الملقة عليه يترتب عليه مسؤولية جنائية، ويترتب عليه دفع تعويض للمريض. وهنا نجد تداخلا بين القانون الجنائي والقانون المدني. انظر عموس شبيرا. "الموافقة بمعرفة للعلاج الطبي" عيوني مشبات. مجلد 14، 1988. ص 230.

¹⁵⁵ - وهي الحالات التي تمثل تهديدا وخطرا مباشرا على الحياة، والعجز الذي لا رجعة فيه. انظر قانون حقوق المريض، الفصل الثاني تحت باب التفصير.

¹⁵⁶ - انظر المواد (11) فقرة أ و"ب" والمادة (12) فقرة ب من قانون حقوق المريض لسنة 1996، انظر أمنون كارمي. الموافقة المستنيرة. اللجنة الإسرائيلية لليونسكو. المركز الدولي للقانون والصحة والأخلاقيات. كلية الحقوق جامعة حيفا إسرائيل. كرسي اليونسكو، 2007. ص 14

¹⁵⁷ - انظر أمنون كارمي. المصدر السابق، ص 12.

تقرير مصيره، فعلى الطبيب أن يمد المريض بكافة المعلومات المتعلقة بظروف المرض والعلاج، وإن لم يفعل ذلك فإنه يكون معتد على المريض بفعل القوة⁽¹⁵⁸⁾.

ويمكن أن نجد أصلاً للموافقة المستتيرة في قانون المخالفات المدنية، في باب الاعتداء، إذ جعل قانون المخالفات مفهوم الاعتداء يتحدد بالاستعمال لأي نوع من أنواع القوة من شخص نحو شخص آخر، عن قصد مبيت، سواء برضى تم من الشخص الذي وجهت القوة ضده، أو بغير رضى منه، وسواء تم الحصول على هذا الرضى بالغش والاحتيال - أي عن طريق قوة خفية لا يعيها الذي استخدمت القوة ضده، فكان الغش هنا تمهيدا لعملية الاعتداء - أو عن طريق قوة مادية أو معنوية بشكل مباشر، وفي كل الأحوال فإن الغش حمل الشخص المخدوع على الاعتقاد الخاطئ⁽¹⁵⁹⁾. فالتضليل عن طريق تقديم معلومات غير صحيحة تجعل الشخص يُحمل على الخداع، وبالتالي فإن اعتقاده الخاطئ كان نتيجة لعدم تنويره بالمعلومات الصحيحة.

وكان من الاهتمام الذي أولاه قانون حقوق المريض لموضوع الموافقة المستتيرة، وتجنباً لأي مدخل للغش والخداع والتضليل، وحرصاً على وضع المريض بالصورة المعمقة لمرضه وكيفية علاجه، أن جعل علم المريض بهوية وموقف كل شخص يعالجه من الأمور ذات الأهمية الكبيرة⁽¹⁶⁰⁾، وفي ذلك شفافية عالية في تقديم المعلومات، ودرء لأي شبهة قد تكون مبيتة للخداع والغش والتضليل.

¹⁵⁸- إن أي موافقة يتم الاستحصال عليها من المريض، بحيث تكون المعلومات المقدمة له غير دقيقة، أو مبنية على غش أو خداع، أو كانت غير كافية، فإن الموافقة التي حصل عليها الطبيب من المريض، مأخوذة بفعل قوة الخداع والتضليل وعدم الوضوح، انظر المادة رقم (6)، والمادة رقم (13) (أ) من قانون حقوق المريض اللتان يتحدثان عن ماهية الموافقة المستتيرة، والكيفية التي تكون عليها، ومتى لا يمكن أن تعتبر موافقة المريض موافقة غير مستتيرة.

¹⁵⁹- انظر قانون المخالفات المدنية. المادة (24).

¹⁶⁰- انظر المادة (6) من قانون حقوق المريض لسنة 1996.

ويلزم قانون حقوق المريض الطبيب بتقديم وتوفير المعلومات الطبية بشفافية عالية (حد المعقول) للمريض⁽¹⁶¹⁾. والهدف من ذلك أن يتمكن المريض من اتخاذ موقف مستنير⁽¹⁶²⁾، بحيث يكون موقفه مبني على معرفة سليمة تجاه المعلومات المفصح عنها من قبل الطبيب، والمتعلقة بطبيعة وضع المريض الصحي، ووضع العلاج الذي سيتم تقديمه له، وكيفية سير هذا العلاج⁽¹⁶³⁾. واصطلاح على تسمية الموافقة التي يقدم عليها المريض في هذه الحالة "بالموافقة بمعرفة"⁽¹⁶⁴⁾.

ويفصل قانون حقوق المريض المعلومات التي يجب أن تقدم للمريض، ويشدد على أنها معلومات يجب أن تقدم من الطبيب المعالج في مرحلة مبكرة؛ لما لها من أهمية في تنوير موقف المريض تجاه قراره بالعلاج الذي سيقدم عليه، وبالتالي فإنها لا تفوت الفرصة عليه في المفاضلة بين قرار العلاج المقترح وقرارات أخرى من الممكن أن تكون أنسب في نظره. علاوة على ذلك فإن تبصير المريض بكل المعلومات يعطي المريض فرصة اختيار العلاج من الناحية الزمنية، فإذا علم أن تأخير العلاج مثلاً لا يترتب عليه مضاعفات مرضية على صحته، وأن العلاج في هذا الوقت يترتب عليه تفويت فرص قد تكون علمية أو اقتصادية أو اجتماعية، فإن معرفة المريض بذلك يجعله أكثر ثقة في اتخاذ قراره المبني على المعرفة المستنيرة.

161- تحديد المعلومات الطبية التي ينبغي على الطبيب أن يقدمها للمريض تحت عبارة "حد المعقول" يعطي استثناء للظروف التي تقدم فيها المعلومات للمريض، كما أنها بحد ذاتها قضية يترتب عليها اختلاف الرؤية في التفسير والتكيف فيما إذا كانت المعلومات التي تم تقديمها، وبالمقابل المعلومات التي تم حجبتها تندرج تحت باب "حد المعقول" أم أنها لا تندرج، مما يعطي للقاضي في حالة إثارة هذه القضية أن يستند إلى فناعته في تحليل الادعاء أو المرافعة في القضية المعروضة عليه، ذلك لأن الاستثناء في "حد المعقول" خضع لفضاء الاستثناء، ولم يخضع لتحديد الاستثناءات التي كان من الممكن أن تذهب باتجاه التخصيص أكثر. وفي هذا المقام يجدر بنا الإشارة إلى أن المادة (13) (د) من القانون حددت الاستثناءات إذا كانت المعلومات التي يقدمها الطبيب للمريض يترتب عليها إحداث أضرار في نفسية المريض وصحته وجسده وعقله، بناء على ذلك تحجب المعلومات أو يخفف منها. والشيء الواضح في هذا الاستثناء أنه أيضاً غير محدد، فبين الحالات التي يكون فيها واضحاً أن المعلومات التي إذا ما قددها الطبيب للمريض تترتب عليها أضرار جسيمة على المريض، والحالات التي لا تؤثر فيها هذه المعلومات على المريض، هنالك معلومات تقع بين بين ستكون مثار الخلاف في التفسير والتأويل والتكييف، وبالتالي كانت الاستثناءات عبارة عن خلاف على التفسير كامنة في ذات القانون.

162- أحيانا قد يربك سيل المعلومات المفصح عنها للمريض في تشخيصه وإبراهمه، وبالتالي إعاقته قدرته على اتخاذ القرار الأنسب، ويصبح القرار الذي يتخذه المريض غير مناسب، فقد تضلله المعلومات المقدمة وإن كانت سليمة، لذلك على الأطباء أن يوازنوا بشكل دقيق بين إغراق مرضاهم بالمعلومات المفصح عنها، وبين الاقتضاب في تقديم المعلومات، بهدف تبسيط اتخاذ المريض لقراره. انظر أمنون كارمي. **الموافقة المستنيرة**. مصدر سابق، ص 24.

163- يعتبر الكشف عن المعلومات من قبل الطبيب للمريض واجب قانوني، وإن كان تدخل الطبيب لم يكن مسبقاً بتقديم معلومات كافية للمريض عن التشخيص والعلاج وطريقة سيره، والآثار المترتبة عليه، ومخاطر التدخل الطبي. وبكيف هذا التدخل غير المستند إلى مفاوضات كافية بين الطبيب والمريض على أنه اعتداء، وفي قضية صادرة عن القاضية افنور رقم 73/906 استند المدعي إلى أن الطبيب أجرى له فحص فيما يخص مرضه دون الحصول على موافقته، وبناء عليه تقدم بدعوى أضرار استناداً للاعتداء. احتاجت القاضية لعدة شروحات فيما يخص موافقته أن المدعي بالغ عاقل، ويعرف أن أنه أمام فحوصات تخصص جسده، وهو موجود في المستشفى للعلاج، وسألت القاضية المدعي عن موقفه من العلاج بشكل عام فأجاب بأنه قال للطبيب: "أنا أتق بذلك"، والسؤال الذي بات مطروحاً هل يحتاج الطبيب لأخذ الموافقة للحصول على كل علاج؟ وقد رفضت القاضية الدعوة الدعوى.

في هذا المقام يرى عموس شفيراً أنه لم يكن من الضروري للطبيب أن يشرح عن جميع المخاطر المحتملة البعيدة أنظر عموس شفيراً. **"الموافقة بمعرفة للعلاج الطبي"**. مصدر السابق، ص 23-28-230.

164- نصت عليها المادة (13) من قانون حقوق المريض.

وهكذا فإن المعلومات التي يتوجب على الطبيب المعالج تقديمها، تتعلق ابتداءً بالتشخيص الذي سيخضع له المريض، ثم تقديم وصف دقيق لجوهر المرض الذي يعاني منه، وطبيعة حالته المرضية والصحية، ووصف للعلاج الذي سيخضع له، ومراحله، والمنفعة المتوخاة من العلاج المقترح، واحتمالات نجاح هذا العلاج، ولا يغفل القانون أيضاً المخاطر المترتبة على العلاج، والآثار الجانبية التي قد يتسبب فيها العلاج، والألم الذي قد يسببه التدخل الطبي.

ويتوجب على الطبيب المعالج أن يقدم للمريض شرحاً مفصلاً عن طبيعة العلاج المبتكر الجديد؛ لأن العلاجات المبتكرة تأخذ تطورها الطبيعي عن طريق تجربتها كعلاجات، أي يكون استخدامها في مجال العلاج، استخداماً يهدف لاختبار نجاعة العلاج بهدف تطويره وتحسين كفاءته، لذلك من المهم جداً تبصير المريض بأن هذا العلاج مبتكر جديد، والحديث عن مدى نجاحه على ضوء استخدامه في حقل التجريب.

ويُلزم القانون أيضاً الطبيب أن يخبر المريض بالأمر الذي تستجد أثناء التدخل العلاجي، إلا إذا تعذر على الطبيب العودة للمريض كي يتخذ موقفاً جديداً تجاه ما تم ظهوره أثناء المعالجة، وتحديدًا عندما يكون المريض تحت تأثير التخدير وغياب الوعي أثناء عملية جراحية⁽¹⁶⁵⁾.

وأوضح قانون حقوق المريض الأشكال التي يتوجب على المريض إعطاؤها للطبيب قبل الشروع في رحلة الاستشفاء، وتكون الموافقة إما كتابية أو لفظية أو سلوكية، ويفضل أن تكون كتابية قدر الإمكان؛ تنبيهاً للحقوق لكل من المريض والطبيب. وقبل أن يعطي المريض موافقة كتابية يعطى ملخصاً مكتوباً عن كل الأمور السابقة الذكر تفسر له كل ما يتعلق بوضعه الصحي، ورحلة

¹⁶⁵- انظر المادة (13) (أ) من قانون حقوق المريض لسنة 1996. في إحدى الحالات وأثناء إجراء عملية جراحية لإمراة في الرحم تبين للطبيب وجود أورام في الرحم مما حدا به الاتصال بزواج المريضة لإخباره بضرورة توسيع العملية الجراحية لما تقتضيه الضرورة الطبية، وبعد أخذ الموافقة تدخل الطبيب في استئصال الأورام، وقد برر تدخله على أن للزوج حق إعطاء الموافقة. وهناك الرأي الآخر الذي يرى أن الزوج غير مخول بإعطاء الموافقة، حيث يجب احترام رأي المرأة واستقلالية قرارها. وانظر أيضاً أمنون كارمي، الموافقة المستنيرة. مصدر سابق، ص 24-26. وينظر أيضاً نفس المصدر قضية مشابهة تتعلق بالتدخل لاستئصال البروستاتا لمريض، وتبين أثناء الجراحة تبين وجود مرض منوي، فقرر الجراح استئصال الحويصلات المنوية مع البروستاتا التي وافق المريض على استئصالها بعد تقديم الشروحات الكافية حولها. ص 13.

استشفائه، ويمكن أن تقتصر الموافقة بالشهود، فيستشهد اثنين على هذه الموافقة، ليتم بعدها الشروع بالعلاج بناء على ما تم الاتفاق عليه⁽¹⁶⁶⁾.

وقد أورد قانون حقوق المريض استثناءات على الموافقة المستنيرة، وذلك في حالات تكون فيها الظروف المحيطة، والضرورة سيدة الموقف، ويتعذر فيها أخذ الموافقة المسنيرة من الطبيب، أو أن إعطاء المريض الشروحات والمعلومات الدقيقة يترتب عليها بعض الأمور غير المحمودة على المريض.

وقد وضع القانون تلك الظروف والاستثناءات في حالتين إذا توفرت أحدهما كان بإمكان الطبيب تجاوز موضوع الموافقة المستنيرة، وهما⁽¹⁶⁷⁾:

1- أن تكون حالة المريض الصحية والنفسية والعقلية، لا تسمح بأخذ موافقته، أو أن أخذ الموافقة يترتب عليه بالغ الإضرار في المريض في تلك اللحظة، وأن ذلك يؤثر على سير العلاج والنتائج المتوخاة من العلاج⁽¹⁶⁸⁾.

2- إذا كان للمريض في ظل الاستثناء السابق وصي⁽¹⁶⁹⁾، فإن الطبيب يعود إليه ليأخذ موافقة الوصي على التدخل العلاجي. وإن لم يكن للمريض وصي، لا يعتد بهذه الحالة بالموافقة المستنيرة⁽¹⁷⁰⁾.

¹⁶⁶- انظر المادة (14) (أ)، و (ج) من قانون حقوق المريض لسنة 1996.

¹⁶⁷- انظر المادة (15) من قانون حقوق المريض لسنة 1996.

¹⁶⁸- من البديهي أن يكون التدخل الطبي السليم يصب في صالح المريض، وفي هذا المجال خضعت سيدة متزوجة منذ 12 عاما لمعالجة مجهدة للعقم، ولكنها لم تنجح فقد كانت تعاني من اكتئاب شديد، و من انتباز بطانة الرحم، سبب لها ألما في الحوض ونزيف، وعليه قبلت نصيحة الطبيب المعالج بإجراء استئصال الرحم كونها لن تتمكن من الإنجاب، فأحيلت إلى الطبيب المختص بإجراء العملية، وأدخلت المستشفى، حيث طلب الطبيب المعالج من الطبيب المتدرب أن يقوم بالفحوصات التي تسبق الجراحة، وأن يحصل على موافقة المريضة، وبعد أن قام المتدرب بقراءة السجل الطبي للمريضة، وتأكد من وجود انتباز في الرحم واكتئاب شديد عند المريضة، تقاجأ بتضخم الرحم، وسأل الطبيب المسؤول إن كان ينصح بإجراء فحص للحمل قبل الشروع بالعملية، فرد الطبيب أن حدوث الحمل غير متوقع، وأن الفحص ليس بمصلحتها، وقد يصاب الجنين بضرر خطير نتيجة لانتباز الرحم، مما يؤدي الى تقاقم الاكتئاب للمريضة، وطلب من المتدرب الحصول على الموافقة لاستئصال الرحم، وهناك اختلاف في الرأي في هذه الحالة، فهناك رأي يقول أن الموافقة قد أخذت، وأن الإفصاح لن يكون في مصلحة المريضة، ورأي آخر يقول بأنه يتوجب إجراء فحص الحمل وبوجوب إخبار المريضة، وأن يخالف المتدرب رأي الطبيب، انظر أمنون كارمي. **الموافقة المستنيرة**. مصدر سابق، ص 17-18.

¹⁶⁹- إذا كان المريض له وصي، لكن الطبيب في لحظة التدخل العلاجي لا يعرف أن له وصي، فيجاز تدخله العلاجي، بحكم حالة المريض، وعدم علمه بوجود وصي له. انظر المادة (15) (ج) من قانون حقوق المريض الإسرائيلي لسنة 1996.

¹⁷⁰- لمزيد من الاطلاع ينظر أمنون كارمي. **الموافقة المستنيرة**. مصدر سابق، ص 41-53.

وهكذا نجد أن قانون حقوق المريض قد جعل من واجب الطبيب أن لا يتردد في التدخل العلاجي العاجل الذي تستدعيه الضرورة، وأن يكون التدخل لصالح المريض، وأن لا يتجاوز التدخل الحدود المعرفية للطبيب المتدخل، وأن ينقل المريض إلى حيث المكان الذي يتوفر فيه العلاج الأنسب. وأحاط القانون المريض بالاحتراس العالي من التدخل الطبي العلاجي غير المسؤول، وغير المتبصر به من قبل المريض، فجعل بذلك صحة المريض غاية وقيمة أسمى يتوقف عندها العلاج بشكل خاص والعمل الطبي بشكل عام، ويجعل التدخل العلاجي من الطبيب تجاه المريض محكوم بنصوص قانونية منصوص عليها، ولا يجوز إهمالها أو تجاوزها، يوقع الطبيب في المساءلة. ويتضح من خلال قانون حقوق المريض، وتحديدًا من خلال الموافقة المستنيرة، وطرق أخذ هذه الموافقة من المريض سواء أكانت كتابية أم كلامية أم سلوكية أن المسؤولية المدنية للطبيب مسؤولية عقدية، وأن إقرار المريض بتدخل الطبيب لعلاج وموافقة الطبيب على ذلك هو إرادة متعاقدين. أما بخصوص الاستثناءات التي تحدث عنها قانون حقوق المريض، والتي تجعل الطبيب يتجاوز موضوع الموافقة المستنيرة، وكذلك تدخله في حالة الطوارئ لصالح المريض، فإن الطبيب ملزم هنا بواجب قانوني تجاه الآخرين، وبالتالي فإن الاستثناء في المسؤولية المدنية للطبيب في قانون حقوق المريض أن تكون المسؤولية مسؤولية تقصيرية.

المطلب الثاني: موقف القضاء الإسرائيلي من بعض القضايا التي عرضت عليه في مجال مساءلة

الطبيب المدنية

بعد توضيح وجهة نظر التشريع الإسرائيلي في مساءلة الطبيب عن أخطائه، سنتناول الدراسة قراءة موقف القضاء الإسرائيلي من القضايا التي عرضت عليه، وكيف نظر فيها؟

أولاً: التدخل غير المأذون

اعتبر قانون حقوق المريض رضاء المريض المستتير من خلال الشروحات الكافية للمريض شرطاً يستبق التدخل الطبي، وأن الإخلال به يمثل حالة تعد وإهمال من قبل الطبيب يؤخذ عليه، وقد جاء في وقائع قضية عرضت على محكمة الاستئناف في إسرائيل⁽¹⁷¹⁾، أن المستأنف عانى من أورام موجودة في أنفه، حيث توجه للمدعى عليه من أجل إجراء عملية جراحية لإزالة الأورام، ولما كان المدعى عليه قد قام بتوسيع العملية، فقام بإزالة الأورام، وتقويم الأنف، وإزالة اللحمية الزائدة من الأنف، وعانى المدعى جراء ذلك من نزيف بعد العملية، واتضح فيما بعد عودة الأورام مرة أخرى إلى إنفه، فتقدم بدعوى ضد المدعى عليه مطالباً إياه بالتعويض نتيجة الإهمال والإيذاء. وقد رفضت المحكمة ادعاء المدعى، فتوجه للمحكمة العليا التي حكمت بما يلي:

1- إن المساس بالاستقلال الذاتي لجسد المريض عرف على أنه إهمال، ويحق لهذا الشخص المطالبة بالتعويض من جراء هذا المساس⁽¹⁷²⁾. كما أن علاقة السببية فيما يخص الإهمال هي علاقة مبنية على وقائع، حيث أن مسؤولية المتسبب بالضرر تقع شريطة أن يكون الضرر متوقع من قبل الطبيب المعالج، ويتوجب على الطبيب المعالج أن يتوقع بأن الشخص المعالج قد يعطي موافقته للعلاج المقترح بناء على المعلومات التي يحصل عليها من الطبيب، وبذلك فإن الطبيب مسؤول عن الأضرار التي تحدث خلال العلاج أو العلاج الإضافي الذي قام به دون موافقة المريض.

2- أن الطبيب قد خالف واجب الكشف الملقى على عاتقه، وأن هذا يعتبر تقصير وإهمال، لأن المريض لم يكن ليوافق على الإجراء الجراحي الموسع، وذلك بالإستناد لاحتمالات نجاحه الضعيفة، إلا لو تم تحذيره من إمكانية حدوث النزيف رغم احتمال حدوثه النادر.

وهنا نرى أن المريض لم يوافق خطياً على توسيع نطاق العملية، وأن موافقته المبدئية القائمة على أمر محدد لا تعني موافقته على كل ما يتبع إلا إذا كان هناك شرح مقدم من الطبيب للمخاطر المترتبة

¹⁷¹ - استئناف مدني 97/6153 بتاريخ 11/6/2002. ويمكن الاطلاع على القضية في ملاحق الدراسة. الملحق الأول.
¹⁷² - انظر المادة (13) (أ) و"ب" من قانون حقوق المريض.

على التدخل الطبي، فإذا لم يقدم للمريض شرحاً وافياً عن ذلك فإن موافقة المريض تعتبر ناقصة، وتشكل اعتداءً على المريض توجب مساءلة الطبيب وفقاً لقانون حقوق المريض⁽¹⁷³⁾.

وقد حكمت المحكمة لصالح المدعي بعد أن أثبت المدعي الإهمال الطبي، وبعد أن تبين للمحكمة وجود علاقة سببية بين الإهمال والضرر المتولد عند المدعى عليه اتساقاً مع قانون الأضرار في المادة (23)، والتي تتحدث عن مفهوم الاعتداء، والمادة (38) التي تتحدث عن تبعية إثبات الإهمال، والمادة (60) المتعلقة بالضرر والتعويض، والمادة (5) المعنونة بالإهمال.

ويجب هنا التفريق بين مفهومي الإهمال والاعتداء، فالمساس بالاستقلال الذاتي لجسد المريض عن طريق عدم تقديم شرح كافٍ للمريض عن طبيعة العلاج وظروفه وتداعياته وكل ما يتعلق به، بحيث لا تكون موافقة المريض تجاه العلاج موافقة بمعرفة، فتكفي القضية على أساس الإهمال.

أما المساس بالاستقلال الذاتي لجسد المريض المبني على الغش والخداع والتضليل في إعطاء معلومات للمريض، بحيث يبني المريض قراره في إعطاء الموافقة على العلاج بناءً على معلومات مضللة، فإننا هنا نكون أمام حالة تعدد، فتعد الموافقة مأخوذة بالقوة⁽¹⁷⁴⁾.

والحالة التي تشير إليها القضية المعروضة نظرت إلى أن المساس بجسد المريض لم يكن مبنياً على موضوع الغش والخداع والتضليل، وإنما كان مبنياً على سوء التقدير، لذلك وقع الطبيب في خانة الإهمال، حيث لم تكن المعلومات المفصح عنها من قبل الطبيب معلومات كافية حد المعقول تمكن المريض من اتخاذ قراره المستنير.

وأن التدخل الطبي بشكل عام يجب أن يأخذ بعين الاعتبار الاحتمالات النادرة الحدوث من باب الحيطة والحذر، وكان على الطبيب أن يضع المريض في التصور العلاجي الذي سيقدم عليه الطبيب، لذلك فإن المحكمة ارتأت - وهي محقة في ذلك - أن هناك علاقة سببية بين الإهمال المتمثل في

¹⁷³- انظر عموس شفيريا. الموافقة بمعرفة. مصدر سابق، صفحة 233-234 قرار قضائي رقم 84/560 ضد صندوق المرضى العام.
¹⁷⁴- للمزيد أنظر. نيلي كركوثيل. "مبدأ الموافقة بناءً على معرفة- أسباب الدعوة المقامة فيما يخص التعرض لحق المعالج في الاستقلالية الذاتية". هيركليط. مجلد 49، 2006، ص 182.

التدخل الطبي الموسع، وغير المبني على الموافقة المستنيرة، وأن عدم تبصير المريض بالاحتمالات النادرة الحدوث كان سببا في الضرر الذي وقع على المريض جراء هذا التدخل⁽¹⁷⁵⁾.

وفي قضية مشابهة، عرفت بقضية كورنيس رقم: 95/2989 والمرفوعة ضد المركز الطبي سافير، ادعت المدعية أنها واجهت إهمالا طبيا ترتب عليه ضرر كبير في المخ وفقدان للذاكرة، معتمدة في دعواها على أن العلاج قد تم إعطاؤها إياه، وهو علاج يقي من تخثر الدم بعد إجراء العملية الجراحية، وأن تطورا في تخثر الدم حصل معها قبل 36 ساعة من وقف العلاج، فهناك علاقة سببية حسب إدعاء المريضة بين وقف العلاج والضرر المتمثل في تطور تخثر الدم. وبذلك انتقل عبء الإثبات على المدعى عليهم.

وحسب شهادة المختصين التي أفادت أن تخثر الدم المؤدي للضرر يندر حدوثه بنسبة لا تتعدى 2% أثناء العلاج، وأن العلاج الذي حصلت عليه المستأنفة يقلل الإصابة بالتخثر بنسبة 1%.

وفي المقابل، كان هناك رأي مخالف لقاض رأى بأن تخثر الدم ناتج عن إهمال طبي، لأن العلاج المقدم للمريض يقي من التخثر فقط بنسبة 1%، أي أنه كان من الأولى بالطبيب تقديم علاج يقي بشكل أفضل. وبالتالي هناك علاقة سببية بين وقف العلاج وتطور تخثر الدم.

وقد رفضت المحكمة الدعوى، وتم إعفاء المدعى عليهم من المسؤولية مستندة في ذلك انتفاء علاقة السببية بين وقف العلاج والضرر؛ لأنه في حالة حدوث تطور في تخثر الدم فإن إعطاء العلاج بعد ساعات معينة يصبح لا فائدة منه.

وبالنظر الى القضيتين السابقتين، يتضح بجلاء أن إقامة علاقة السببية بين الضرر والخطأ بغض النظر عن كونه إهمالا أو تعديا- يعتبر أساسا لقيام مسؤولية الطبيب، وأن عبء الإثبات قد وقع على المريض، وهو ما أقره قانون الأضرار الإسرائيلي لعام 1968⁽¹⁷⁶⁾، وقانون حقوق المريض لعام

¹⁷⁵- يعطي التشريع والقضاء الإسرائيلي أهمية للضرر المتوقع، والاحتمالات النادرة الحدوث، وبالتالي على الطبيب تبصير المريض بالمخاطر التي قد يتعرض لها حتى ولو كانت نادرة الحدوث، ويرى بالمقابل آخرون أن الاحتمالات النادرة الحدوث لا يعول عليها. انظر أليكس اشتاين. " كيفية حل مشكلة السببية فيما يخص الاحتمالات النادرة الحدوث". عيوني مشبات. مجلد 23، 1999، 760-764.

¹⁷⁶- انظر المادة (38) من قانون الأضرار الإسرائيلي لعام 1968، والمادة رقم (5) فقرة (أ) ، والتي فيها افتراض لمعرفة المدعي على الضرر الذي قد يصيبه من التدخل الذي تفرضه الضرورة، ومن هنا يمكننا القول أن الضرورة تنفي علاقة السببية.

1996⁽¹⁷⁷⁾، وأن الطبيب قد ألقى على عاتقه نفي علاقة السببية بين الضرر وما وجه إليه على أنه إهمال وتعد. وكانت قناعة المحكمة بوجود أو نفي علاقة السببية أساسا في تحميل أو عدم تحميل المسؤولية للطبيب عن الضرر الذي وقع على المريض.

وحتى في الحالات التي يكون فيها تدخل الطبيب غير مأذون من قبل المريض، فإن مناط القضية يكون طبيعة التدخل الطبي، فإذا كانت الضرورة هي التي تستدعيه، وإن عدم التدخل في مثل هذه الحالات يوقع الطبيب في المساءلة المدنية، لأنه امتنع عن عمل من واجبه القيام به، فإن حقوق المريض في موضوع الحفاظ على خصوصيته واستقلاله في جسده لا تعد مناط علاقة السببية بين الضرر والتدخل.

ثانيا: الموافقة بمعرفة وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر

إن مناط مداوات القضايا السابقة يركز على بحث علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وأنه لا يجوز للطبيب التدخل الطبي دون أن يكون مأذونا من قبل المريض. وإن كانت الموافقة المستنيرة اعتبرها قانون حقوق المريض أساسا للتدخل الطبي، إلا أن الظروف التي تعطي بها قد تكون ماثرا للجدل، وكذلك مدى ارتباطها بعلاقة السببية مع الضرر الناتج من التدخل الطبي.

فقد جاء في وقائع دعوى عرضت على محكمة الاستئناف في اسرائيل⁽¹⁷⁸⁾، أن المستأنفة عانت منذ ولادتها في العام 1959 من تشويه في باطن القدم اليسرى. وقد تقرر إجراء عملية لها في الساق. وقبل أشهر من إجراء العملية، عانت المستأنفة من آلام في كتفها، وكان ذلك مثبتا في ملف المستأنفة الطبي من خلال الفحوصات التي أجريت لها، حيث قام طبيبها بإجراء فحوصات عديدة بما فيها تصوير للعظم، ويوضح التقرير الطبي أنه وبتاريخ 27/11/1987، أوصى الطبيب في ملفها

¹⁷⁷ - اعتبر قانون حقوق المريض مثلا أن التدخل المبني على الموافقة بغير معرفة يعتبر تعد، كما أن التعدي المفضي للضرر هو ناتج عن علاقة سببية بينهما. انظر المواد من (11-16) من قانون حقوق المريض.
¹⁷⁸ - استئناف لحكم محكمة الناصرة اللوائية س.ف 90/425/بتاريخ 29/3/1993. ويمكن الاطلاع على القضية في ملاحق الدراسة الملحق الثاني.

بضرورة خضوع المستأنفة لعملية استئصال في الكتف، وإدخال المستأنفة للمستشفى إلا أنه لم يحدد موعداً للعملية.

وفي 5/1/1988 أدخلت المستأنفة إلى مستشفى الكرمل لإجراء عملية في ساقها الأيسر، ووقعت موافقة على إجراء العملية، ودل على ذلك السجل الطبي، بأنها أدخلت إلى المستشفى لإجراء العملية على ساقها. وبعد يومين، وبتاريخ 7/1/1988 موعد العملية لساقها. وبسبب شكوك لدى الأطباء بوجود نمو غير طبيعي في كتفها. والحاجة إلى تشخيص واضح لسبب الإمتصاص المضطرب الذي أظهرته صور التخطيط، قام الأطباء بإجراء عملية جراحية في الكتف الأيمن. وقد جاء التغيير في العملية نتيجة لقرار الطبيب، وبسرعة قبل إجراء عملية الساق؛ فقد وجدوا أن الضرورة تستدعي إجراء عملية للكتف أكثر من عملية الساق. وقد شهد الطبيب بأنه أخبر المريضة بحاجتها المستعجلة لإجراء عملية لكتفها، عندما كانت مستلقية على طاولة العمليات قبل التخدير.

ادعت المستأنفة أن الأطباء المدعى عليهم كانوا مهملين في اتخاذهم القرار بإجراء العملية التي أجريت بدون تبرير، وكانوا مهملين أيضا في العلاج ما بعد العملية، وتحديدًا بعد أن تبين أن لديها نسبة عجز في يدها بنسبة 35%. وكان ادعاؤها محصورا بأنها لم تكن على دراية كاملة لنية الأطباء إجراء العملية على كتفها، وأنها علمت بذلك فقط بعد أن فاقت من البنج. وكذلك ادعت بوجود إهمال من الأطباء في متابعة علاجها، وعدم بذلهم العناية اللازمة. وأنهم يتحملون عبء إثبات غياب الإهمال، فعنصرا التعدي أو الضرر تم إثباتها باعتقاد المستأنفة، وأن المدعى عليهم أصبحوا مسؤولين قانونيا عن الضرر الواقع على المستأنفة بسبب العملية، حتى في غياب الإثبات بربط علاقة السببية بالنسبة للضرر الثابت من قبل المستأنفة.

وحكمت المحكمة

1- أنه وعلى الرغم من من الظروف التي قدمت فيها للمستأنفة المعلومات لإجراء العملية قبل العملية مباشرة، مع الأخذ بعين الاعتبار معرفتها بتاريخ المرض والعلاجات السابقة، فإنها كانت

على علم ووعي لطبيعة العملية المنوي عملها. وأن التوقيع على طاولة العمليات كان بوعي وإدراك من قبلها.

2- ما كان ليمنع الضرر الواقع على المستأنفة جراء التدخل الطبي جهد غير متوقع من الأطباء.

3- بما أن المستأنفة لم تثبت أن كتفها تضررت إهمال الأطباء في متابعة علاجها، وعدم بذلهم العناية اللازمة فيجب رفض الادعاء.

وهنا نلاحظ أن المحكمة أوقعت عبء إثبات غياب الموافقة على التدخل الطبي على المريضة، وكذلك علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وبعد أن لم تقتنع المحكمة بصحة البيانات التي تقدمت بها المستأنفة بخصوص الموافقة بداية، ثم بخصوص علاقة السببية بين الموافقة والضرر الناتج. رفضت ادعاء المستأنفة.

ومن جانب آخر فإننا نرى أن المحكمة كانت محقة في رفض الادعاء؛ لعدم توافر ركن الخطأ، الذي يتحدد معياره بالذي لا يؤتى من قبل الشخص العادي، في ظل الظروف العادية. وقد تبين للمحكمة أن الضرر الذي وقع على المستأنفة ما كان ليتم منعه في ظل الشروط الموضوعية للتدخل الطبي.

كما وتجدر بنا الإشارة هنا لأهمية الملف أو السجل الطبي؛ لأنه يحتوي على البيانات المهمة التي تلزم كل من المضرور في إثبات الضرر الذي وقع عليه كنتيجة للخطأ الطبي الذي يدعيه، وكذلك الأمر هو مهم للطبيب لأنه أيضا يحتوي البيانات التي من شأنها أن تنفي عنه الخطأ، أو نفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

وإذا ذهبنا مع المحكمة في تعليلها لرفض الإدعاء لعدم وجود علاقة سببية بين التدخل الطبي وبين الضرر الناتج عنه، لعدم توفر ركن الخطأ اتساقا مع المعيار الذي يقره قانون الأضرار، والقوانين المقارنة في تعريف الخطأ، فإننا نرى أن الموافقة التي تعطى قبل إعطاء البنج للمريضة قضية فيها نظر، لأن الظروف التي أخذت فيها الموافقة، ظروف كان على المحكمة أن تأخذها بعين الاعتبار،

فالمستأنفة وإن كانت تعلم أن هنالك خلل صحي في كتفها، فإن مفاجأتها بتغيير مجريات العملية قبل أن تعطى البنج، يجعلها في وضع لا يسمح لها بالتفكير السليم تجاه إعطاء موافقة على تدخل آخر في جسدها. وهو بحد ذاته يحول دون إعطائها مبدأ إتاحة الفرصة في البحث عن علاج آخر.

ثالثاً: التدخل العاجل للطبيب غير المأذون لصالح حياة المريض

قيدت القوانين والتشريعات الإسرائيلية تدخل الطبيب بموافقة من المريض، إلا أنها أعطت استثناءات يمكن للطبيب أن يتدخل دون موافقة من المريض، ويتقرر ذلك حينما يكون التدخل مبنياً لصالح المريض، وأن المريض لا يقوى على إعطاء الموافقة، أو أنه يمتنع عنها بما يشكل بالغ الضرر عليه⁽¹⁷⁹⁾.

وفي قضية⁽¹⁸⁰⁾ رفعت أمام المحكمة العليا كمحكمة استئناف جنائي⁽¹⁸¹⁾، أدين المستأنف أمام المحكمة المركزية لحوزته كمية من المخدرات مخالفاً بذلك القانون، وفقاً لنص المادة (7) من قانون المخدرات.

فقد قام المريض (المستأنف) بعد مطاردة الشرطة له بابتلاع كمية من المخدرات مما شكلت خطراً على حياته. وقد أجريت له عملية جراحية بأمر من المحكمة لإنقاذ حياته، وتم استخراج رزميتين من المخدرات من معدته، واستغلت هذه العملية لإثبات تعاطيه للمخدرات.

وقد ادعى المستأنف أن ما قام به الطبيب من عملية جراحية تم دون موافقته؛ ولهذا تقدم بالإستئناف. وقد رفضت المحكمة الادعاء؛ لأن التدخل الطبي استند للمعايير الطبية، وكان من أجل إنقاذ حياة المريض، وبالتالي لا يمثل اعتداء.

¹⁷⁹ - بخصوص الاستثناءات التي أجازها قانون حقوق المريض أنظر ص 66 من هذه الدراسة.
¹⁸⁰ - استئناف/ جنائي رقم 85/ 480 صادر عن المحكمة العليا الإسرائيلية بصفتها محكمة استئناف بتاريخ 19/8/1986. ويمكن الاطلاع على القضية في ملاحق الدراسة الملحق الثالث.
¹⁸¹ - قمنا باختيار هذه القضية لأن المحكمة استندت فيها إلى قانون حماية الحياة الخاصة في إسرائيل، وهو قانون لم نتعرض له في دراستنا، لكنه يشير إلى تطور التشريعات الإسرائيلية في مجال سلامة الأفراد، وحقهم في الحياة.

ورغم أن تدخل الطبيب كان غير مأذون من المريض، إلا أنه كان تدخلا شرعيا، وكان مستندا إلى أمر من المحكمة، وهو بذلك معفى من أي مساءلة، بل إنه كان ليسأل عن عدم تدخله لو فعل ذلك، بالاستناد إلى قانون الأضرار، وقانون حقوق المريض⁽¹⁸²⁾.

واستندت المحكمة في النظر في هذه القضية بشكل أساسي إلى قانون حماية الحياة الخاصة، وهذا يدل على تطور هام في القضاء الإسرائيلي في النظر في مسؤولية الطبيب المدنية. ونلاحظ من خلال عرض القضايا السابقة بشكل عام، أن المحكمة قد ركزت على إقامة علاقة سببية بين الخطأ والضرر، وطالبت المضرور بإثبات الخطأ، وأقتت على عاتق الطبيب نفي علاقة السببية، كما أكدت على مبدأ الاستقلال الذاتي للمريض على جسده، وحقه في الحصول على المعلومات الكافية حول العلاج والمخاطر المرتبطة به.

المبحث الثاني: تعامل التشريعات الفلسطينية والقضاء مع الأخطاء الطبية

بالرغم من وجود القواعد العامة للمسؤولية المدنية بمجلة الأحكام العدلية، وقواعد القانون الخاص المتمثلة بقانون المخالفات المدنية، ما زال القضاء الفلسطيني غير جاد في النظر في القضايا ذات الصلة، ولا يزال تعامله مع قضايا الأخطاء الطبية دون المستوى المطلوب، وعلى الرغم من التطور الجديد في تعامل القضاء مع تلك القضايا، إلا أنه بحاجة لمزيد من تفعيل. وربما يعود ذلك لتأثير الوضع السياسي على الوضع الصحي، ونقص الكفاءات، والتجهيزات الصحية، وجهل المواطن بالدور الذي يمكن للقضاء أن يلعبه في تجنبه الكثير من الأخطاء الطبية التي من الممكن أن يتعرض لها. فوعي المواطن لأهمية القضاء في هذا المجال يدفعه إلى رفع صوته مطالبا إياه أن يكون أكثر فعالية في تتبع أخطاء الأطباء، وذلك حتى ينزه القضاء نفسه، ويكون ذا شفافية عالية، ولا يتحقق ذلك إلا ببث الوعي بين الناس، وأخذ القضايا المرفوعة للقضاء في هذا المجال بعين الأهمية البالغة.

¹⁸² - انظر المادة رقم (5) من قانون الأضرار. و انظر المواد (11) "أ" و "ب" و (12) "ب" من قانون حقوق المريض لسنة 1996.

وسوف تركز الدراسة في مطلبها الأول من هذا المبحث على المسؤولية المدنية في التشريعات الفلسطينية الحديثة، والتحقيق في قضايا الأخطاء الطبية وموقف القضاء الفلسطيني منها.

المطلب الأول: تنظيم عمل الطبيب في التشريعات الفلسطينية

وضعت التشريعات الفلسطينية العديد من الأحكام العامة المتعلقة بتوفير مستوى صحي لائق للمواطنين، وتوفير بيئة قانونية تحكم الأوضاع الصحية، وكان من أبرز هذه التشريعات، الأحكام المنصوص عليها في القانون الأساسي لعام 2003⁽¹⁸³⁾، وقانون الصحة رقم (20) لعام 2004⁽¹⁸⁴⁾، ومشروع القانون المدني الفلسطيني.

ومع توافر التشريعات الفلسطينية على أحكام عامة تتعلق بالصحة، إلا أن هذا القطاع لا زال يعاني من مشاكل وصعوبات أدت إلى إعاقة تقديم الخدمات الصحية بالشكل اللازم والمطلوب. وبالرغم من التطور الملحوظ الذي شهدته الأراضي الفلسطينية في الخدمات الصحية المقدمة للمواطنين منذ قدوم السلطة، منها ما تم على صعيد البنية التحتية للقطاع الصحي، والمتمثل في افتتاح العديد من المستشفيات والمراكز الطبية على مستوى القطاع العام والخاص، إضافة إلى التطور في القوى البشرية العاملة خاصة من الأطباء المتخصصين والعاملين في المهن الطبية المساعدة. مع ذلك فقد شهدت السنوات الأخيرة حالات من الإهمال الطبي في فلسطين، أدت إلى تعرض العديد من المرضى لضرر جسيم وصل في بعض الحالات للوفاة⁽¹⁸⁵⁾.

ولم تنحصر حالات الإهمال الطبي في قطاع مهني محدد، بل طالت مشافيا وعيادات للقطاع العام والخاص على حد سواء، وتتوعد الأخطاء المرتكبة سواء في إعطاء وحدات دم ملوثة، أو في

¹⁸³ - الوقائع الفلسطينية. عدد ممتاز. بتاريخ 19/3/2003. ص 5.

¹⁸⁴ - الوقائع الفلسطينية. العدد الرابع والخمسون. بتاريخ 23/4/2005. ص 14.

¹⁸⁵ - ترى الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان أن من بين الأسباب التي تؤدي إلى الأخطاء الطبية، عدم جدية وزارة الصحة باتخاذ إجراءات سليمة وحيادية للتحقيق في قضايا الأخطاء الطبية التي تحدث بسبب الإهمال والتقصير، مما يتطلب ضرورة تشكيل لجان تحقيق محايدة. الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان. التقرير الثالث عشر، لسنة 2007. ص 150.

عملية التخدير. أو نتيجة نقص في التجهيزات المتعلقة بالعمل الطبي، أو عدم الدقة في التشخيص وغيرها⁽¹⁸⁶⁾.

أثّرت نتيجة لذلك العديد من الشكوك من قبل ذوي المرضى بحدوث إهمال طبي أو أخطاء طبية أدت إلى وفاة بعض المرضى. وقد توجه العديد من ذوي المرضى للجهات المختصة للمطالبة بالتحقيق الجدي في هذه الحالات، مما أدى إلى زيادة الشكاوي والدعاوى المرفوعة أمام القضاء، والتي نادراً ما أن تم الفصل فيهما. ولم تعد قضايا الأخطاء الطبية والإهمال الطبي مشاكل مهنية محصورة ضمن كوارثها فحسب بل، أصبحت مثار اهتمام جميع فئات المجتمع ووسائل الإعلام والصحافة.

وستتناول الدراسة في هذا المطلب واقع الصحة في التشريعات الفلسطينية، وكيفية متابعة القضاء الفلسطيني للقضايا المتعلقة بالأخطاء الطبية.

أولاً: القانون الأساسي لسنة 2003

لم يتطرق القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003 والقوانين المعدلة له، بشكل مباشر للحق في الصحة، وإن كان قد تضمن في بعض نصوصه معالجة بعض الأمور ذات العلاقة بالصحة⁽¹⁸⁷⁾، وقد جاءت باقتضاب شديد.

وجاء في مواد المتعلقة بالصحة، أنه لا يجوز إخضاع أحد لتجارب طبية أو علمية دون رضاه قانوني مسبق⁽¹⁸⁸⁾، كما لا يجوز إخضاع أحد للفحص الطبي أو للعلاج أو لعملية جراحية إلا بموجب القانون⁽¹⁸⁹⁾.

¹⁸⁶ - مقابلة هاتفية مع الأستاذ خليل شاهين مدير وحدة الحقوق الاجتماعية والاقتصادية. المركز الفلسطيني لحقوق الإنسان (غزة). بتاريخ 16/8/2009.

¹⁸⁷ - انظر الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان. التقرير الرابع عشر، لسنة 2008، ص 122-123.

¹⁸⁸ - لم يفسر القانون الأساسي ماهية الرضا القانوني المسبق، ولم يفصل القول في الحالات التي لا يعتبر فيها رضاه المريض رضاه قانونياً، ولم يتحدث عن المعلومات التي يجب أن تقدم للمريض قبل أخذ رضائه، وهو الموضوع الذي ركز عليه قانون حقوق المريض الإسرائيلي حينما جعل الموافقة المستنيرة شرطاً للتدخل الطبي، وهذا الموضوع سوف تفصل الدراسة فيه القول في الفصل الثالث.

¹⁸⁹ - انظر المادة (16) من القانون الأساسي لسنة 2003، والتي تتحدث عن حظر التجارب الطبية.

كما أن القانون الأساسي قد حظر الاعتداء على الحريات الشخصية، وحظر أيضا الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة للإنسان، وجعلها مصانة ومكفولة بموجب القانون، واعتبر كل اعتداء من هذا النوع جريمة، ولا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية المنشأة عنها بالتقادم. وتضمن السلطة الوطنية الفلسطينية تعويضا عادلا لمن يقع عليه الضرر⁽¹⁹⁰⁾.

ثانيا: قانون الصحة العامة رقم(20) لسنة 2004

تناول قانون الصحة العامة رقم(20) لسنة 2004، العديد من المسائل الصحية، إلا أنه أغفل العديد من المسائل الهامة، وخاصة الضوابط التي تنظم العلاقة بين أصحاب المهن الطبية والمرضى، ولم يتطرق في مواده لنصوص تحمي الأطباء والعاملين في المهن الطبية عند ممارستهم للمهن⁽¹⁹¹⁾. وكذلك أغفل أيضا بحث الضرر أو الخطأ، والأمور التي تجعل الطبيب مسؤولا عن تدخله الطبي قانونيا. وتجعل المريض أكثر راحة وثقة بالعمل الطبي، الذي تقتصر غايته على بذل العناية، وأحيانا تحقيق النتيجة، والتي سبق للدراسة أن تناولتها.

ومع ذلك كان قانون الصحة أكثر تفصيلا فيما يتعلق بصحة المريض من القانون الأساسي؛ لأنه متخصص في مجال الصحة، فقد تحدث عن مهام وصلاحيات وزارة الصحة، والتي حددها بتقديم الخدمات الصحية، والوقائية، والتشخيصية، والعلاجية، والتأهيلية. وإنشاء المؤسسات اللازمة لذلك، وترخيص ومراقبة المؤسسات الصحية غير الحكومية ومراقبتها. وكذلك ترخيص ومراقبة المهن الطبية، والمهن المساعدة، ومصانع الأدوية، والعطور ومستحضرات التجميل، والأدوية المحلية والمستوردة. وتوفير التأمين الصحي قدر الإمكان، وغير ذلك من القضايا التي تتعلق بالصحة العامة⁽¹⁹²⁾.

¹⁹⁰- انظر المادة (32) من القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003.

¹⁹¹- الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان. التقرير السنوي الرابع عشر، لسنة 2008. ص 125.

¹⁹²- انظر المادة (2) من قانون الصحة رقم (20) لسنة 2004، والمعونة بمهام وصلاحيات وزارة الصحة.

وأعطى قانون الصحة كذلك المريض الحق في الحصول على الرعاية الفورية في الحالات الطارئة التي تستدعي التدخل الطبي العاجل، وأن يتلقى شروحات واضحة للعلاج المقترح، وله الموافقة على تقبل العلاج أو رفضه⁽¹⁹³⁾. كما ويضمن القانون للمريض حق تقديم الشكوى ضد المؤسسة الصحية والعاملين فيها⁽¹⁹⁴⁾.

أما فيما يتعلق بموضوع التقصير أو التعدي الطبي اللذين لم يتطرق لهما القانون الأساسي وقانون الصحة، وإن قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1961، يعد الإطار القانوني المطبق في هذا الخصوص⁽¹⁹⁵⁾. والذي اعتبر العمليات الجراحية متى تمت على أصول الفن الطبي، وبرضى المريض، أو ممثليه الشرعيين في حالات الضرورة الماسة، عفا يجيزه القانون. وبذلك أقصاها عن فعل التعدي، لكنه احتس من وقوع الطبيب في التعدي أو التقصير حين جعلها تتم ضمن الأصول المرعية في مهنة الطب⁽¹⁹⁶⁾.

وفصل القانون الجريمة في هذا المجال، فجعل توقع حصول الضرر وقبول المخاطرة جريمة، ويكون الخطأ إذا نجم الفعل الضار عن الإهمال أو قلة الاحتراز، أو عدم مراعاة القوانين⁽¹⁹⁷⁾.

وتظهر معظم المشاكل في دعاوى المساءلة المدنية المرفوعة ضد الأطباء، في إثبات الضرر وربطه في علاقة سببية مع الخطأ، حيث يلقي عبء الإثبات على المريض. كما أن صعوبة أخرى تواجه الدعوى إن أثبت المريض العلاقة بين الضرر والخطأ، فكثيراً ما تتحاز اللجنة الطبية المكلفة في التحقيق في القضية إلى الطبيب انحيازها لمهنتها. فغالبا ما يفيد خبراء اللجنة بانتفاء علاقة السببية بين الضرر والخطأ.

¹⁹³ - نلاحظ هنا بعض التفاصيل التي لم يتطرق لها القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003، لكن التفاصيل هذه بحاجة إلى شروحات أكثر، وأن يفرع عنها مواد قانونية تحدد حقوق المريض بدقة أكثر. كما أن شروحات من هذا النوع بإمكانها أن توضح طبيعة الواجبات الملقاة على الطبيب والمؤسسة الطبية، وطبيعة الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما. وقد توسع قانون حقوق المريض لسنة 1996 في الحديث عن هذه القضايا. وهما موضوعان سوف تتم دراستهما كما أشرنا سابقاً في الفصل الثالث.

¹⁹⁴ - انظر المادة (60)، والمادة رقم (61) من قانون الصحة رقم (20) لسنة 2004، والمعنونة بحقوق المريض في المؤسسة الصحية.

¹⁹⁵ - انظر الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان. التقرير الرابع عشر، لسنة 2008. ص 125.

¹⁹⁶ - انظر المادة (62) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960.

¹⁹⁷ - انظر المادة (64) من قانون العقوبات الاردني رقم (16) لسنة 1960.

ثالثاً: في مشروع القانون المدني الفلسطيني⁽¹⁹⁸⁾

على الرغم من أن بعض التشريعات الحديثة قامت بتنظيم مسؤولية الطبيب المدنية بأحكام خاصة، إلا أن مشروع القانون الفلسطيني جاء مخيباً للآمال، فلم ينظم المهن ومن ضمنها مهنة الطب بأحكام خاصة. بالرغم من وجود القواعد العامة التي يمكن الاستناد إليها في مجلة الأحكام وقانون المخالفات المدنية.

وقد جاءت القواعد العامة في مشروع القانون المدني متناقضة في تحديدها لأساس المسؤولية التصويرية، فقد نص بالمادة (179) منه " كل من ارتكب فعلاً سبب ضرراً للغير يلزم مرتكبه بتعويضه"، وبذلك أقام المشروع المسؤولية على أساس الضرر، وهذا يعني أن محدث الضرر هو الذي يتحمل الضرر ولو لم يوجد خطأ من قبله. إلا أنه عاد في المادة (180/1) لينص على " يكون الشخص مسؤولاً عن أفعاله الضارة متى صدرت منه وهو مميز". وبذلك يضع قاعدة أخرى تجعل التمييز مناط المسؤولية، وبالتالي عديم التمييز لا يكون مسؤولاً عن أفعاله غير المشروعة⁽¹⁹⁹⁾، وهنا يتناقض مع ما نصت عليه المادة (179) التي جعلت الضرر أساس المسؤولية. سواء ارتكب الضرر مميزاً، أو غير مميز، ومن هنا نجد أن مشروع القانون المدني الفلسطيني يشوبه التناقض بتبنيه لفكرتي الخطأ والضرر في أن واحد. مما حدا ببعض المشاركين في لجنة صياغة المشروع للقول بضرورة إلغاء هذه المادة؛ كونها تتعارض مع نص المادة (179) التي تكفي برأيهم لوضع قاعدة عامة للمسؤولية التصويرية⁽²⁰⁰⁾.

وهكذا فإن المشروع قد عكس الاختلاف بين التشريعات العربية في تحديدها لأساس المسؤولية التصويرية، فقد جعلت بعض التشريعات الخطأ جوهر هذه المسؤولية. وتأثرت تقنيات عربية أخرى بالفقه الإسلامي، جاعلة فكرة الضرر أساساً للمسؤولية⁽²⁰¹⁾.

¹⁹⁸- مشروع القانون المدني الفلسطيني. المذكرة الإيضاحية. ديوان الفتوى والتشريع. رام الله: فلسطين، 2003.
¹⁹⁹- الفقرة (2) من المادة (180) من المشروع. نصت على أنه "إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل".

²⁰⁰- المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني.
²⁰¹- من التقنيات العربية التي أخذت بهذا الاتجاه: التقنين اليمني، والكويتي، ومشروع القانون المدني العراقي. أما التقنين المصري فأقام المسؤولية على أساس الخطأ. المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني.

وقد جاءت المادة (181) لتقرر أنه في حال انقطاع رابطة السببية بين الفعل الضار والضرر، تنتفي المسؤولية. وقد قام المشروع على أساس افتراض رابطة السببية، إلا إذا أثبت الشخص مرتكب الفعل عكس ذلك. كأن ينشأ الضرر عن سبب أجنبي، أو خطأ الغير، أو خطأ المضرور⁽²⁰²⁾. وهنا أيضاً نلاحظ التناقض بين تلك المادة ونص المادة (179) من المشروع، والتي أقامت المسؤولية على أساس الفعل الضار، والتزام من يمارسه بالتعويض. ليأتي بنص المادة (181) ويعود لفكرة الخطأ، ويجعل خطأ الغير من قبيل السبب الأجنبي، الذي تنتفي معه المسؤولية⁽²⁰³⁾.

كما عالج المشروع المسؤولية في حالة الضرورة، إذا ترتب عنها ارتكاب فعل ضار، لتفادي ضرر أكبر، حيث تبقى مسؤولية مرتكب الفعل قائمة بالقدر الذي تراه المحكمة مناسباً؛ على أساس أنه أقدم على ارتكاب الفعل الضار لتفادي ضرراً محدقاً، وأشد خطراً⁽²⁰⁴⁾.

ونص مشروع القانون على أنه "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، التزم كل منهم في مواجهة المضرور لتعويض كل الضرر، ويتوزع غرم المسؤولية بينهم بقدر دور كل منهم في إحداث الضرر فإن تعذر تحديد هذا الدور وزع بينهم بالتساوي"⁽²⁰⁵⁾. أي أن المشرع أقر التضامن في حالة تعدد المسؤولية. على عكس ما ذهب إليه المشرع الأردني، الذي جعل كل منهم مسؤولاً بنصيبه في الفعل الضار، إلا إذا قررت المحكمة التضامن فيما بينهم⁽²⁰⁶⁾.

وقد أوجب مشروع القانون المدني التعويض عن الضرر المباشر في المسؤولية التقصيرية، والذي يكون نتيجة طبيعية للفعل الضار، أما الضرر غير المباشر، والذي تتعدم فيه الرابطة السببية فلا تعويض عنه⁽²⁰⁷⁾.

²⁰² - المادة (181) "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كقوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير، كان غير ملزم بتعويض الضرر ما لم يوجد أو اتفاق يقضي بغير ذلك".

²⁰³ - يذكر أن هذه المادة مأخوذة من المادة (165) مصري، والذي اعتمد فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية، وبالتالي فهي منسجمة مع النصوص الواردة في التقنين المصري، في حين لا يتحقق هذا الانسجام بالنصوص الواردة في مشروع القانون المدني الذي اعتمد الضرر كأساس للمسؤولية التقصيرية. المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني.

²⁰⁴ - نصت المادة (184) على أنه "من سبب ضرراً للغير لتفادي ضرراً أكبر، محدقاً به، أو بغيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسباً".

²⁰⁵ - المادة (185) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

²⁰⁶ - المادة (256) من القانون المدني الأردني.

²⁰⁷ - تنص المادة (186) على أنه "يقدر التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار".

إما ما يتعلق بطبيعة الإلتزام بشكل عام في مشروع القانون المدني فقد نصت المادة 234 على: "في الإلتزام بعمل، إذ كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالإلتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الرجل العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك. وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم". وبالتالي فإن الأصل في الإلتزام ببذل العناية والتي تقدر بعناية الرجل العادي. والاستثناء في الإلتزام كان بتحقيق نتيجة، وقد أوضحتها المادة السابقة حينما نصت: "ما لم ينص القانون والاتفاق على غير ذلك.

وبما أن معيار الإلتزام قد حدده مشروع القانون المدني الفلسطيني ببذل عناية الرجل المعتاد في الأصل، فإن معيار الخطأ أو الضرر يكون بعدم اتیان فعل لا يؤتى من الرجل العادي في ظل الظروف العادية، وأن أي تقصير في بذل العناية اللازمة يصبح موجباً لتحميل المسؤولية عن التقصير الذي وقع فيه المدين.

وفيما يتعلق بالتعويض عن الضرر الأدبي فقد أقر مشروع القانون المدني التعويض عن الضرر الأدبي، حيث اعتبر التعدي على الغير في حريته، أو في شرفه، أو سمعته أو مركزه الاجتماعي، أو اعتباره المالي ضرراً أدبياً يستوجب التعويض، وأن التعويض يكون من حق المضرور، ويجوز أن يقضى به للزوج أو القريب من الدرجة الثانية، إذا كان الضرر مفضياً للموت⁽²⁰⁸⁾.

المطلب الثاني: التحقيق في الأخطاء الطبية وموقف القضاء الفلسطيني منها

²⁰⁸- المادة (187) من مشروع القانون المدني.

أشارت العديد من المؤسسات الحقوقية إلى تزايد وقوع الأخطاء الطبية رغم التطورات الحاصلة في مجال البنية التحتية في مجال الصحة⁽²⁰⁹⁾. فقد تلقت العديد من الشكاوي المتعلقة بوقوع أخطاء طبية في المؤسسات الصحية الحكومية والأهلية⁽²¹⁰⁾.

أما الأخطاء التي لم يتم رصدها، أو تلك التي لم تقدم فيها شكوى، أو حتى المضرور الذي لا يعرف سبب ضرره، والحالات التي قد تحل عشائرياً، قد تفوق الشكاوى التي تم رصدها بكثير؛ فالعديد من الحالات لا يتم معرفة السبب الذي أدى إلى وقوع الضرر للمريض، أو السبب الذي أدى لوفاته. وكل ذلك يؤدي إلى تقادم ظاهرة الأخطاء الطبية.

ومن الجدير ذكره، أن تعامل النيابة العامة مع قضايا الأخطاء الطبية يشوبه القصور، من حيث عدم إجراء تحقيقات جدية في هذا الموضوع. كما أن تقارير الطب الشرعي التي تتم على بعض القضايا قد تكون غير جازمة في تحديد السبب الرئيس. ومنها مثلاً حالة المواطنة التي توفيت في مستشفى رام الله بتاريخ 26/2007 إثر إجراء عملية قيصرية لها، حيث عجز تقرير الطبيب الشرعي عن تحديد السبب المؤكد للوفاة، بعد تشريح الجثة⁽²¹¹⁾. وإن عدم جزم تقارير الطب الشرعي دفع بالعديد من ذوي المرضى إلى التوجه إلى مؤسسات حقوق الإنسان لتقديم الشكاوي. وهناك العديد من الحالات التي قامت بمتابعتها المؤسسات الحقوقية، والتي لم تتلق الردود بشأنها من الجهات المختصة لغاية الآن⁽²¹²⁾.

ونتيجة لتقاعس الوزارة في متابعة تلك الحالات، زادت معاناة المواطن الفلسطيني، نظراً لعدم فعالية التحقيق في الأخطاء الطبية، وعدم مساءلة الأطباء عنها، زادت أخطاؤهم، والتي كان نتيجة بعضها

²⁰⁹ - تملك وزارة الصحة وتدير (24) مستشفى، منها (12) في الضفة الغربية، و(12) مستشفى في قطاع غزة، بسعة (2864) سرير، منها (1316) سرير في الضفة الغربية، و(1548) في قطاع غزة. كما تملك الوزارة وتدير (413) مركزاً للرعاية الصحية، منها (356) مركزاً في الضفة الغربية، و(57) مركزاً في قطاع غزة. لمزيد من التفاصيل انظر تقرير الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق الإنسان. التقرير السنوي الثالث عشر، لسنة 2007، ص 142- 143. والتقرير السنوي الرابع عشر، لسنة 2008، ص 127.

²¹⁰ - انظر الهيئة الفلسطينية لحقوق الإنسان. التقرير الثالث عشر، لسنة 2007، ص 48- 49.

²¹¹ - المصدر السابق، ص 154.

²¹² - مقابلة هاتفية مع الأستاذ خليل شاهين مدير وحدة الحقوق الاجتماعية والاقتصادية. المركز الفلسطيني لحقوق الإنسان (غزة). بتاريخ 16/8/2009. وقد ورد للهيئة في عام 2008 عشر شكاوي، تقدمت بها إلى الجهات المختصة، ولم يتم الرد عليها إلا في حالة واحدة، وهي شكوى مواطن طالب فيها وزارة الصحة بإجراء تحقيق في موضوع الإهمال الطبي الذي حدث بحق ابنته، والذي أدى إلى إعاقة عندها في السمع. حيث جاء تقرير لجنة التحقيق فيما بعد بعدم وجود إهمال طبي أو خطأ في علاج المذكورة. الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان. التقرير السنوي الرابع عشر، لسنة 2008، ص 124.

قائلة، وساعد على كثرة هذه الأخطاء سوء توزيع المستشفيات⁽²¹³⁾، والأجهزة الطبية، ونقص الكادر الطبي ذو الكفاءة، وانعدام الخدمات الطبية⁽²¹⁴⁾.

ومن الجدير ذكره أنه بالرغم مما تشهده السنوات الأخيرة من تزايد حالات الإهمال الطبي، وما تبعه من زيادة الشكاوي، ورفع قضايا أمام القضاء، إلا أننا لم نجد حالات تم البت فيها في مثل هذا النوع من القضايا إلا نادراً، وتكاد لا تذكر.

ولا يمكن تناول كل القضايا المعروضة على القضاء الفلسطيني في هذا الشأن، وسنكتفي في عرض قضيتين الأولى دعوى جنائية أقيمت أمام محكمة صلح خان يونس⁽²¹⁵⁾. وتتلخص وقائع القضية حول "دخول طفلة بتاريخ 17/2/2005 إلى وحدة العناية المركزة في مستشفى غزة الأوروبي، وذلك بعد أسبوع من ولادتها، بسبب نقص الوزن وانخفاض في نسبة السكر في الدم، وأفادت عائلة الطفلة أنه لدى زيارتها للطفلة للمرة الأولى في المستشفى تبين أن العقلة الأولى من الخنصر في اليد اليسرى مبتورة، وذلك نتيجة خطأ من الممرضة التي تعنتي بالطفلة، وفقاً لتقرير صادر عن إدارة المستشفى... وقامت النيابة العامة في خان يونس بإجراء التحقيقات اللازمة حول الواقعة، وسجلت قضية لدى شرطة خان يونس ضد المتهمه بتهمة الإهمال، وأقيمت الدعوى الجنائية أمام محكمة صلح خان يونس لمحاكمتها بتهمة الإهمال، وقررت المحكمة إدانتها بالتهمة المذكورة، وحبسها لمدة ستة أشهر مع وقف التنفيذ لمدة ثلاث سنوات، وتخريمها ألف شيكل، وحبسها لمدة شهرين"⁽²¹⁶⁾.

²¹³- لا يوجد توازن في توزيع المستشفيات في الضفة الغربية وقطاع غزة على الرغم من سكان الضفة أكثر من سكان قطاع غزة، ويوجد مشفى للعيون في قطاع غزة بسعة (31) سريراً بينما لا يوجد في الضفة مستشفى للعيون. ويوجد في غزة مشفين للأطفال بسعة (223) سريراً بينما لا يوجد أي مشفى للأطفال في الضفة.

كما أن المستشفيات تتركز في أجزاء معينة من المدن مما يشكل ذلك عائقاً في الوصول إليها في حالات الطوارئ، ولا يوجد مراكز طبية في الريف والقرى تعمل في الليل، وتعاني المراكز الطبية والمشافي بنقص عام في التأهيل والخدمات التي تقدمها وتحديدًا المختبرات الطبية والفنيين وأطباء الاختصاص. انظر تقرير الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان. التقرير الثالث عشر. 2007. مصدر سابق، ص 142 وما بعدها. وانظر أيضاً سمية السوسي. **الواقع الاجتماعي في فلسطين**. موقع الإلكتروني الذي استرجع بتاريخ http://www.oppc.pna.net/elections/new_page_2.htm 13/1/2010

²¹⁴- خليل شاهين. المصدر السابق.

²¹⁵- تعذر علينا الحصول على القضية من المحكمة نظراً للوضع السياسي القائم حالياً في قطاع غزة، وتحديدًا وضع المحاكم في القطاع.

²¹⁶- الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق الإنسان. **التقرير السنوي الحادي عشر، لسنة 2005**. مصدر سابق، هامش ص 48. وبما أن مداوات القضية غير متوفرة لدينا، فإننا لن نتمكن من التعقيب عليها لغياب المعلومات ذات القيمة التي تهمنا في هذا الجانب، لذلك اكتفينا بمرضاها. والشيء الوحيد الذي نود التعقيب عليه هنا، والذي هو ملفت جداً للانتباه، ويجب التوقف عنده، وهو الجزء الذي وقع بحق المدعى عليها، فهو جزء غير مؤسس لتجاوز الأخطاء الطبية، ليس من شأنه أن يدفع الطبيب أو العاملين في المجال الطبي لاتخاذ مزيد من الحيطة والحذر، وبذل المزيد من الجهد والعناية المطلوبة. فكان يجدر بالمحكمة أن يكون حكمها يتناسب مع الإهمال الذي وقعت فيه الممرضة. أو أن هناك تفسيرات أخرى إرتأتها المحكمة مناسبة نتيجة لمداوات القضية التي لم نطلع عليها كما أسلفنا، وبالتالي فإن غياب المعلومات الكافية حول القضية جعل استهجاننا قائماً بخصوص الحكم الذي نطقت به المحكمة.

أما القضية الثانية التي ستعرضها الدراسة، فلا زالت عالقة أمام القضاء، وستحاول الدراسة تحليل القضية لتبيان كيفية تعامل القضاء الفلسطيني مع مسؤولية الطبيب المدنية.

ففي وقائع الدعوى الجزائية المعروضة لدى محكمة صلح رام الله. أسندت النيابة العامة للمدعى عليهم

1- تهمة التسبب بالوفاة عن غير قصد خلافاً لأحكام المادة (343). من قانون العقوبات الأردني

لسنة 1960.

2- تهمة التزوير في أوراق خاصة خلافاً لأحكام المادة (271). من قانون العقوبات الأردني.

ففي تاريخ 3/9/2003 تم إدخال المرحومة إلى المستشفى لإجراء عملية قيصرية للولادة كونها كانت حامل بتوأمين. وقد تم إدخالها لغرفة العمليات حوالي الساعة الحادية عشر صباحاً، وبعد الثانية بعد الظهر من ذلك اليوم بدأت المرحومة تعاني من الآم شديدة، وكانت العلامات الحيوية تشير إلى سوء وضعها الصحي، وكانت كافة الدلائل تشير إلى حدوث نزيف داخلي، وبعدها توفيت المرحومة في حوالي الساعة السادسة مساءً من ذلك اليوم، بعد أن تأخر طاقم التمريض في الإعلام عن خطورة حالتها للمدير الطبي، وللطبيب الذي أجرى لها العملية، اللذان حضرا ولم يقدموا العناية الطبية اللازمة. وتبين من التحقيق وجود تغيير في البيانات الواردة في تقرير الممرضات، وهو جزء من الملف الطبي.

وفي جلسة 27/5/2008 استمعت المحكمة للشاهد المدعي زوج المرحومة، الذي أفاد أن زوجته كانت حامل بتوأمين، وكان الطبيب الأخصائي المشرف على حالتها قبل الولادة قد عمل لها فحوصات دورية. وعلمت من الطبيب أن جميع الفحوصات كانت إيجابية، وظلت زوجتي تراجع الطبيب حتى الشهر التاسع لما قبل الولادة بأسبوع. وفي آخر فحص أجراه لها قرر إحالتها إلى المستشفى. وعمل المستشفى لها ملفاً. وأخبرني الطبيب الذي أجرى الفحص بأنه سيقوم بإجراء عملية قيصرية لها.

وبتاريخ 3/9/2003 ذهبنا للمستشفى لإجراء العملية، وتم أخذ زوجتي لإجراء الفحوصات لها لمدة 10 دقائق تقريبا. ومباشرة بعد إجراء الفحوصات أدخلت غرفة العمليات. وأخبرتني زوجتي أنها شربت الماء بنفس يوم العملية، وأخبرت من أجرى لها العملية بذلك. إلا أنهم أجروا لها العملية. مكثت زوجتي بغرفة العمليات تقريبا ساعة بعد الولادة، ثم نقلت إلى غرفة في قسم الولادة، وكان بالغرفة ثلاثة أسرة، ولم أدخل الغرفة بعد إدخالها إليها إلا بعد مدة تزيد على الثلث ساعة؛ بسبب تحرجي من الدخول. وبعد دخولي الغرفة بخمس دقائق تحدثت مع زوجتي، وأخذت والديتي تمسح عرقها بسبب ضيق الغرفة. وقمت بوضع الكمادات للمرحومة بسبب تصيب العرق منها، وتحدثت للممرضات عن حالتها فأخبروني أن هذا أمر طبيعي نتيجة العملية.

وطلبت نقلها إلى غرفة مجاورة بها سيدة واحدة، فرفضت الممرضات نقلها مبررات ذلك بأن تلك الغرفة للحالات الطارئة فقط. وبعد تغيير "الشفة" طلبت من الممرضة الجديدة نقلها، فتم نقلها بناء على إصراري. وقد تقيأت زوجتي بعد نقلها للغرفة الثانية، علما أنها كانت قد شكت لي من وجود "حشجة" في صدرها، وارتفاع في الحرارة قبل نقلها. وقد أخبرت الممرضات بذلك، فأجبن أن هذه أعراض العملية، وأنها ستزول. ثم نزلت بعد ذلك، وتم استدعاء عدة أشخاص من الطاقم الطبي، وكانت حركة نشطة للممرضات. أما الطبيب الذي أجرى لها العملية فلم يحضر إلا بعد الساعة الرابعة، وبناء على اتصال من طبيب آخر. وبعد عشر دقائق تقريبا، خرج الجميع ليخبروني بأن زوجتي قد توفيت. وعندما سألتهم عن سبب الوفاة، أجابني الطبيب: " قمنا بواجبنا على أكمل وجه".

وفي جلسة بتاريخ 4/6/2008 أفاد زوج المتوفية أنه تعرض لأضرار معنوية وأخرى مادية، تمثل الضرر الأول بفقد زوجته ورعاية أبنائه. والثاني تمثل في نفقة رعاية أبنائه بعد وفاة زوجته، وأن تكلفة جنازة زوجته قد بلغت 2500 دينار، بالإضافة إلى تكاليف زواجه الذي بلغ 9000 دينار أردني.

وفي جلسة 6/12/2008. استمعت المحكمة لشهادةخبير، أخصائي نسائية وتوليد الدكتور (و.ب)

وهو عضو في لجنة التحقيق التي شكلت من قبل وزارة الصحة بخصوص هذا الموضوع.

أفاد الخبير أنه وأفراد اللجنة حققوا في ظروف وفاة المرحومة، وقال لقد توصلنا إلى أن سبب الوفاة ناتج أغلب الظن عن جلطة رئوية. وتابع أن جميع المستشفيات سواء كانت في فلسطين أو خارجها، تحصل فيها حالات وفاة بعد إجراء العملية القيصرية لها، وأنه يتوجب على الطبيب الذي سيجري لها القيصرية أن يتأكد من عدم أكلها لشيء أو شربها للماء أو غيره قبل ست ساعات من العملية.

وأوضح الخبير أن القسم الذي أجريت فيه العملية للمجني عليها، هو قسم متخصص لهذا النوع من الحالات. وأن إعداد غرفة العمليات لمثل حالة المجني عليها تكون بوجود طبيب جراح، ومساعد جراح، وطبيب تخدير، وفني تخدير، وفني عمليات. وأضاف: لدى مراجعتنا للمستشفى تبين أن الطاقم المطلوب كان متواجدا أثناء العملية، مما يعني أن الإجراءات الأولية لإدخال أي مريض للمستشفى كانت متوفرة على سرير المجني عليها، وأن الجلطة الرئوية هي من الحالات المتوقعة حدوثها. فهي نتيجة لمضاعفات العملية الجراحية وعمليات الولادة خاصة القيصرية، وحتى لو كنت أنا أحد أبرع الأطباء في هذا المجال، وكنت قد أجريت العملية، من الممكن أن تحصل الجلطة الرئوية.

إن السبب الأول في وفاة النساء الحوامل بعد إجراء العملية هو الجلطة الرئوية، وإن عبارة سوء التقدير التي وردت في شهادتي السابقة لا تعني الإهمال، وإنما اعتمد على علمه الخاص في تشخيصه للحالة، واجتهاده.

وتابع الخبير: إن غرفة العناية المركزة هي غرفة مثالية لأي مستشفى، وأن وضع غالبية المستشفيات في فلسطين، ومن ضمنها المستشفى الذي أجريت فيها القيصرية للمريضة، لا يوجد فيها غرفة عناية مكثفة بالمعنى العلمي الطبي. وفي حال تطلب وضع المريض في غرفة عناية مكثفة، يتم استخدام جهاز التنفس الاصطناعي الموجود في غرفة العمليات لهذه الحالة حتى يستقر وضعها، أو إحالتها إلى

مستشفى يوجد به غرفة عناية مكثفة، ولو أن المجني عليها شخصت حالتها على أنها جلطة رئوية، لكانت بحاجة لغرفة عناية مكثفة.

إن أعراض الجلطة الرئوية تكون بحالتين حالة تسير بشكل طبيعي وصامت وتؤدي إلى وفاة المريض بدون انتباه أي أحد، وأخرى يصبح فيها المريض لديه ضيق في التنفس وسرعة نبضات القلب. وهذه الحالة يمكن مشاهدتها، وقد كانت حالة المجني عليها كانت شبيهة بالحالة الثانية التي ذكرت. ومن هنا تم الاستدلال على أن سبب الوفاة الجلطة الرئوية.

وأن التدخل المتأخر من الطبيب والطاقم الطبي كان يعني أن الوقت قد مضى لإسعاف المريضة. ومن خلال التحقيقات فإنه لم يتم استخدام جهاز التنفس الإصطناعي للمجني عليها، وكانت النتيجة الوفاة.

وفي رد على سوال المحكمة حول شرب المريضة المتوفية للماء قبل ست ساعات من دخولها غرفة العمليات أجاب، عندما ذكرت بشهادتي أنه يتوجب إدخال المريض في غرفة العمليات بدون أن يأخذ الماء أو الطعام قبل ست ساعات، فإن هذا أمر طبيعي ومستحب، وأن العبارة التي ذكرتها بالتقرير بأن المريضة أخذت الماء. لا يؤثر على وضعها الصحي، فأحيانا نقوم بإجراء عمليات مستعجلة وبدون تحضير.

وعند النظر في هذه القضية بالإستناد إلى أركان المسؤولية المدنية للطبيب والمتمثلة بالخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما فإن التركيز على بعض الملاحظات يصبح مهما، وهي ملاحظات في مجملها ركزت إجمالاً عليها مداولات القضية. وهي على النحو التالي:

1- **ركن الخطأ:** أفاد زوج المريضة المتوفية بأن زوجته قد شربت الماء في اليوم الذي

دخلت فيه غرفة العمليات لأجراء العملية القيصرية، وبما أن العملية أجريت حوالي

الساعة الحادية عشر صباحاً، فإن هذا يعني أن زوجته قد شربت الماء في الفترة التي لا

يسمح بها بشرب الماء، وهي الفترة المتعارف عليها علمياً بست ساعات قبل بدء

العملية، وبما أن الزوج قد أخبر الدكتور الذي أجرى لزوجته العملية بذلك، فإن ذلك يعني من الناحية المبدئية أن الطبيب قد خالف أصلاً من الأصول المرعية في إجراء العمليات الجراحية، والمتفق عليه في الخطأ أنه الشاذ المنحرف عن الصواب في السلوك، ولا يقع فيه الطبيب الذي كان بصفة الطبيب من الاعتياد والتأهيل، قياساً على الظرف الذي وقع فيه الخطأ⁽²¹⁷⁾.

وبما أن المريضة التي تخرج من غرفة العمليات يستوجب من الطبيب والطاقم الطبي عموماً مراقبتها، وهذا أيضاً أصل من الأصول المهمة والمرعية في مجال الطب، فإن مغادرة الطبيب للمستشفى بعد إجراء العملية، وكذلك تأخر الممرضات في إعلام الطبيب في سوء الحالة الصحية للمريضة، وتأخر حضور الطبيب من الأمور التي يجب التوقف عندها، وتحديدًا أن المدعي قد لاحظ سوء حالة زوجته الصحية، وتدهور وضعها الأمر الذي جعله يلح على الطواقم الطبية المسؤولة نقل زوجته إلى غرفة العناية المركزة. وإن نقلها من قبل "الشفة" الثاني يطرح تساؤلاً جديداً، هل نقلها فعلاً كان نتيجة لإلحاح زوجها أم أن وضع المريضة كان يستدعي ذلك؟ فإن كان وضع المريضة يستدعي ذلك، فإن إهمالاً متعمداً أو سوء تقدير وإهمال غير متعمد كان من "الشفة" الأول.

وبما أن الولادة تمت بالقيصرية، فإن المتابعة يجب أن تكون أكثر دقة من الولادة الطبيعية، فمن المعلوم أن المرحلة الأخيرة التي تربط الطبيب بمريضه هي مرحلة المراقبة العامة لوضعه الصحي، تجنباً لتطورات غير محمودة ومفاجئة⁽²¹⁸⁾.

وبالعودة إلى قانون المخالفات المدنية، فإنه يمكن تكيف ما تم من الطبيب والطاقم الطبي على أنه تقصير في المتابعة والمراقبة، فلفظة تقصير في قانون المخالفات تشير إلى فعل

²¹⁷ - محمد سلامة الشلش. "أخطاء الأطباء بين الفقه والقانون. فلسطين". مصدر سابق، ص 329.
²¹⁸ - انظر الأبراشي. مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن. مصدر سابق، ص 44.

قام به شخص، أو قصر عن القيام بفعل، أو أنه لم يستخدم الحدق، ولم يتخذ الحيطة على الوجه المقتضى، وكان فعلاً تقصيرياً إن تسبب عنه ضرر⁽²¹⁹⁾.

كما أن التقصير في متابعة المريضة يعد إهمالاً في قانون المخالفات المدنية، وهو جوهر أساسي في قيام المسؤولية المدنية لأصحاب المهن والحرف، وحدده بإتيان فعل لا يؤتى به من شخص معتدل الإدراك في الظروف التي وقع فيها الفعل، أو يمتنع عن القيام بالفعل، أو يتخلف عن استعمال الحدق، واتخاذ الحيطة في ممارسة مهنة أو حرفة، أو صنعة مما يستعمله أو يتخذه شخص معتدل الإدراك، ذو بصيرة من ذوي كفاية من تلك المهنة، أو الحرفة، أو الصنعة في مثل تلك الظروف⁽²²⁰⁾.

وقد ركز قانون حقوق المريض في إسرائيل مثلاً على التدخل الطبي العاجل لصالح المريض في الحالات التي تستدعي هذا التدخل، ثم نقل المريض إلى المكان الأنسب للعلاج⁽²²¹⁾.

وكذلك فإن قانون حقوق المريض قد جعل الموافقة المستنيرة أساساً للتدخل العلاجي في ظل الظروف الطبيعية⁽²²²⁾.

ونلاحظ من فحوى مداوات القضية أن الطبيب لم يقدم شرحاً وافياً عن المخاطر المتعلقة بولادة الحوامل، والولادة القيصرية تحديداً، وبالتالي لم تكن موافقة المريضة موافقة مستنيرة على العملية القيصرية، وبذلك فوت الفرصة عليها وزوجها في الانتقال إلى مستشفى تتوفر فيه شروط صحية أفضل، أو في اختيار طبيب إضافي متخصص في الجلطات الرئوية، أو بقاء الطبيب المعالج مراقباً للمريضة بعد الانتهاء من إجراء العملية القيصرية لها. وهذا الجانب لم تركز عليه المحكمة، ويكشف عن أهمية وضع

²¹⁹ - الفقرة (أ) من المادة (2) من قانون المخالفات المدنية رقم (5) لسنة 1947.

²²⁰ - انظر المادة (5) من قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944.

²²¹ - انظر المواد (11) (أ) و(ب)، والمادة (12) (ب) من قانون حقوق المريض لسنة 1996.

²²² - انظر المادة رقم (6)، والمادة رقم (13) (أ) من قانون حقوق المريض.

تشريعات متخصصة - كما في إسرائيل - في مجال مساءلة الطبيب لأنها تكون مستندات قانونية يؤخذ عليها الطبيب، بدلاً من الرجوع لقواعد عامة في قانون المخالفات المدنية ومجلة الأحكام العدلية.

2- ركن الضرر: يعتبر ركن الضرر الركن الثاني في المسؤولية المدنية بشكل عام، فثبوت الضرر شرط لازم لقيام المسؤولية المدنية للطبيب والتعويض تبعاً لذلك، وقد ألزمت التشريعات المتسبب بالضرر بجبره بالتعويض، ويشترط في الضرر أن يكون محققاً⁽²²³⁾.

ويتم التعويض عن الضرر المتوقع في المسؤولية العقدية، والمتوقع وغير المتوقع في المسؤولية التقصيرية. وأن الذي يحق له المطالبة في التعويض المتضرر، أو وليه إن كان قاصراً أو فاقداً للأهلية، أو ورثته في حالة وفاة المتضرر المباشر⁽²²⁴⁾.

وقد بينت مجلة الأحكام العدلية أن المباشر في الضرر ضامن وإن لم يتعمد أو يتعدى، ولم تشترط كون محدث الضرر مخطئاً حتى يكون مسؤولاً عن فعله الضار؛ فقد أجازت المطالبة بالتعويض بمجرد حصول الضرر، وجعلت المتسبب مسؤولاً عن فعله، واشترطت فيه لتحقيق مسؤوليته التعدي والفعل الذي لا يستند إلى الحق والمشروعية⁽²²⁵⁾.

²²³ انظر السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام مصادر

الالتزام. مصدر سابق، ص 928.

²²⁴ ينظر الفصل الأول من الرسالة في المبحث الثاني المطلب الثاني في موضوع الضرر.

²²⁵ انظر الفصل الثاني من الرسالة المبحث الأول المطلب الأول المعنون بمجلة الأحكام العدلية.

وحدد قانون المخالفات الضرر بالموت أو الخسارة أو التلف الذي يلحق بالمال ... وأن كل شخص مدين بواجب لجميع الأشخاص، وأن كل من سبب بإهماله ضرراً لشخص آخر يعتبر أنه ارتكب مخالفة مدنية⁽²²⁶⁾.

وهكذا فإن المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمدعي تكفلها المبادئ العامة في مجلة الأحكام العدلية، وكذلك قانون المخالفات المدنية. وقد سار في نفس الاتجاه قانون حقوق المريض في إسرائيل فقد رتب على المساس بحقوق المريض مسؤوليات متعددة على الجهات أو الأشخاص الذين يتعاملون مع المريض تعاملاً علاجياً، وأعطى المريض تجاه أي خرق لحقوقه الحق في مقاضاة الجهة المسؤولة عن ذلك الخرق، والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق، أو سيلحق به جراء التعدي على حقوقه، أو الإهمال والتقصير الذي تعرض له⁽²²⁷⁾.

وبالاستناد إلى القوانين السارية في فلسطين، وبالقياس إلى ذات القوانين في إسرائيل، مضافاً إليها التشريعات الحديثة، وتحديدًا قانون حقوق المريض، فإن مطالبة المدعي بالتعويض الذي هو أساس المسؤولية المدنية حق يكفله القانون. ولكن يجب أن يقرن الضرر بعلاقة سببية مع الخطأ الذي يدعي المدعي بوقوعه من قبل المدعى عليهم، والمحكمة لم تتداول موضوع التعويض لأن التعويض لا يبحث في مداوات القضية إلا بعد أن يثبت لدى المحكمة علاقة سببية بين الخطأ والضرر، وهو الركن الثالث الذي سنتناوله الدراسة في التعليق على القضية.

3- ركن علاقة السببية: تعتبر علاقة السببية العلة الحقيقية للعلاقة بين الخطأ والضرر في المسؤولية المدنية، وقد تناولتها مجلة الأحكام العدلية، فالفعل المحدث للضرر موجب للتعويض. وفصل قانون المخالفات القول في هذا المجال، واعتبر علاقة السببية بين

²²⁶ - انظر المادة (5) من قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944.
²²⁷ - انظر الفصل الثالث المبحث الثاني من الرسالة تحديداً قانون حقوق المريض.

الخطأ والضرر مناط تحمل المسؤولية المدنية، وجعل عبء إثبات الخطأ يقع على المضرور، وعلى المدعي عليه أن ينفي علاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي القاهر.

والذي يجب على المحكمة أن تركز نظرها عليه في الوقت الذي ستخرج في قراها وحكمها في هذه القضية- إن أخذت بشهادة الخبير- البحث فيما إذا كان الخطأ قد أفضى إلى الضرر، فالخطأ غير المفضي للضرر حسب القانون والقضاء المقارنين، وتحديدًا مجلة الأحكام العدلية، وقانون المخالفات المدنية لا يعتد به في مساعلة الطبيب.

وبالعودة للقضية فإن مجموعة من التساؤلات تثار حول مداولات القضية، فهل كان الماء الذي شربته المريضة المتوفية سبباً أدى إلى موتها بشكل مباشر أو غير مباشر؟ وفي سبيل الإجابة على هذا التساؤل، فقد أفادت شهادة المختص أنه من المستحسن عدم شرب الماء، وكأنه يقلل من إمكانية كون شرب الماء الذي علم به الطبيب المدعى عليه خطأ أدى إلى حدوث الجلطة الرئوية. وبالتالي لم يقيم الخبير المختص علاقة سببية بين شرب الماء والجلطة الرئوية، وفي نفس الوقت لم ينفها. وهذا مدخل يجب التركيز عليه في مداولات القضية.

وتثار أسئلة أخرى من خلال مداولات القضية، فهل كان عدم متابعة المريضة من قبل الطبيب الذي أجرى لها القيصرية سبباً مباشراً أو غير مباشر في وفاتها؟ وهل هناك علاقة سببية بين عدم استدعاء الطبيب مبكراً بعد أن ظهرت على المريضة علامات تدل على سوء حالتها الصحية وبين وفاتها؟ وهل عدم نقل المريضة إلى غرفة العناية المكثفة، ووضع جهاز التنفس الاصطناعي لها أمر ساهم في التسبب في وفاتها؟ وهل عدم تنوير المريضة وزوجها بالمخاطر المتوقعة جراء العملية القيصرية أمراً تسبب في وقوع الضرر للمريضة وزوجها؟ وهل الجلطة الرئوية ناتجة عن تقصير وإهمال وقع فيه الطاقم الطبي؟

وقد أفاد الخبير المختص بأن الجلطات الرئوية حدوثها ممكن بعد الولادة، وبذلك أقام سببا أجنبيا في وقوع الضرر، لكنه اعتبر أن سوء التشخيص لحالة المتوفية كان السبب في عدم تقديم العناية اللازمة للمريضة والمتمثلة بجهاز التنفس الاصطناعي، وتحديدا أن علامات الجلطة الرئوية كانت بادية على المريضة، وكأن الشاهد يحمل المسؤولية من زاوية التقصير والإهمال في عدم مراقبة المريضة من الطواقم الطبية المسؤولة، وأن محاولة تقديم الإسعافات لها كان بعد فوات الأوان.

بعد عرض القضية والتعليق عليها ترى الباحثة بعض الأمور المهمة التي يتوجب التوقف عندها:

1- إن عبء الإثبات وقع على كاهل المدعي، ومتفقا مع قانون المخالفات، وأن عبء الإثبات للإهمال ليس بالأمر اليسير على المدعي.

2- إن شهادة الطبيب المختص الذي استدعته المحكمة لم تكن شهادة علمية صرفة بقدر ما كانت شهادة تتوخى الحذر من توجيه الإدانة، ففي الوقت الذي جعل الوفاة بتغليب الظن ناتجة عن جلطة رئوية، وأن هذه الجلطة هي المسؤولة عن وفاة بعض النساء عقب العملية القيصرية، وأنها نادرة الحدوث، ولا يمكن لأطباء منعها، وظهور علامات الجلطة الرئوية تتطلب السرعة في تقديم الإسعافات الأولية للمريضة عن طريق جهاز التنفس الاصطناعي، وهو الأمر الذي لم يحدث من الطواقم الطبية تجاه المريضة. وقد خلص للقول بأن المسؤولية عن الوفاة مشتركة بين المستشفى والطبيب المختص وطاقم التمريض، دون أن يحدد الكيفية التي يتم فيها تحميل كل واحد من الذين ذكروهم.

3- إن عدم مطالبة المدعي بتشريح جثة زوجته أفقده بعض البيانات التي قد تكون مهمة، وتسهل عليه إثبات الخطأ الطبي الذي يدعيه.

4- إن الشاهد المختص زميل في المهنة للطبيب المدعي عليه، وكلاهما يعمل في نفس المدينة، وهذا ما قد يفسر الحذر في شهادة الطبيب المختص الذي لم يوضح حجم مسؤولية الطبيب المدعى عليه في التسبب في وفاة المريضة، حين جعل المسؤولية مشتركة بين المستشفى والطبيب وطاقم الممرضات.

5- إن الطبيب المختص أقام علاقة سببية واضحة، يُستغرب من المحكمة إن لم تأخذ بها، وهي الظروف التي حدثت فيها الجلطة الرئوية التي رجح ظنه في كونها سبب الوفاة، فكان يمكن للطواقم الطبية المعنية في المستشفى أن تقدم الإسعافات للمريضة قبل أن يفوت المريضة الأون، لكنهم تأخروا بذلك، ولم يعد مجديا محاولة إسعاف المريضة. وكأنه يقول أن التأخر في تقديم الإسعافات الأولية للمريضة، وتحديدًا عبر تقديم جهاز التنفس الصناعي كان سببا في وفاة المريضة بالجلطة الرئوية، فكان من الأجدر بالمحكمة أن تطلب من المدعى عليهم نفي علاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي، وهو ما لم تطلبه المحكمة.

المبحث الثالث: مكن الخلل في الإفادة من التجربة الإسرائيلية

أوضحت الدراسة في هذا الفصل كيف استطاع التشريع والقضاء الإسرائيليون الإفادة من قانون المخالفات المدنية في تحديد المسؤولية المدنية للطبيب، في الوقت الذي لم يستطع التشريع والقضاء الفلسطينيون الإفادة من ذات القانون.

وسوف نتناول في هذا المبحث مقارنة التجربة الإسرائيلية، محاولين تحديد مكن الخلل في التجربة الفلسطينية.

المطلب الأول: مقارنة التجربة الإسرائيلية

بعد أن أوضحت الدراسة مسؤولية الطبيب المدنية في التشريع والقضاء الإسرائيليين والفلسطينيين، فإنه يجدر بنا أن نقارب التجريبتين - الإسرائيلية والفلسطينية - من خلال الأصول التي تمثل الإطار العام لهما من جهة، والتشريعات الجديدة التي تمثل التطور العام للتشريع في كل من إسرائيل والضفة الغربية وقطاع غزة من جهة أخرى. ونأمل من خلال هذه المقارنة أن يستخلص التشريع والقضاء الفلسطينيون العبر من التجربة الإسرائيلية.

لقد اتضح لدينا من خلال دراسة التشريع الإسرائيلي في مجال المسؤولية المدنية للطبيب، أن التشريع الإسرائيلي قد استفاد من قانون المخالفات المدنية، وذلك بما وفره ذلك التشريع من إطار قانوني للمسؤولية المدنية للطبيب. واستطاع من خلال تفعيل القواعد العامة للمسؤولية المدنية - المتمثلة بالخطأ والضرر وعلاقة السببية - أن ينظر في القضايا التي عرضت عليه. في الوقت الذي أخفق في التشريع الفلسطيني في النظر في ذات القضايا، رغم توفر الإطار القانوني للمسؤولية المدنية بشكل عام في مجلة الأحكام العدلية، وقانون المخالفات المدنية⁽²²⁸⁾. ولعل هذا ما يفسر تراكم قضايا الأخطاء الطبية المعروضة على القضاء الفلسطيني.

²²⁸ - يوجد إطار قانوني جيد في هذا الصدد في مشروع القانون المدني الفلسطيني الذي فصل القول في أركان المسؤولية المدنية، ويمكن أن يتم أيضا الاعتماد عليه في النظر في قضايا الأخطاء الطبية. ويمكن الرجوع إليه في الفصل الثالث، ص 80 - 82.

كما أن الدراسة أوضحت أن التشريع الإسرائيلي لم يتوقف في هذا المجال عند قانون المخالفات المدنية، ففي الوقت الذي بقي قانون المخالفات المرتكز الأساسي في النظر في المسؤولية المدنية، استطاع التشريع الإسرائيلي أن يستحدث تشريعات جديدة متخصصة في مجال التزامات الطبيب تجاه المريض، وأن تكون أساساً فاعلاً في النظر في هذا النوع من القضايا، ومن أهم هذه التشريعات قانون حقوق المريض، والذي كان حاضراً بقوة في قضيتين من القضايا التي تناولتها الدراسة.

وفي المقابل فإن التشريعات الفلسطينية الحديثة لم تحدد الضوابط التي تنظم العلاقة بين أصحاب المهن الطبية والمرضى، كما أنها أغفلت بحث الإهمال الطبي والخطأ والضرر، واعتمدت في التعامل معهما على أساس قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1961⁽²²⁹⁾.

ومن خلال النظر في القضايا الإسرائيلية التي تناولناها، نجد أن هناك حيوية في العلاقة المتبادلة بين التشريع والقضاء في النظر في مسؤولية الطبيب المدنية؛ ففي الوقت الذي يوفر فيه التشريع الإسرائيلي أرضية خصبة للقضاء، كان القضاء المختبر الحقيقي الذي يتم فيه اختبار تلك التشريعات، وقدرتها على النظر في هذا النوع من القضايا.

ومن جهة أخرى أتاح استحداث تشريعات جديدة للقضاء الإسرائيلي أن ينظر للقضية المعروضة عليه من زوايا متعددة، وقد ظهر هذا جلياً في تنوع القضاء الإسرائيلي في مرجعيته التي استند عليه عند النطق بأحكامه في القضايا التي تم تناولها سابقاً.

وفي المقابل فإن العلاقة المتبادلة بين التشريع والقضاء الفلسطينيين لم تكن فاعلة في هذا المجال، فإن تلك التشريعات الجديدة انعكس بشكل مباشر على القضاء الفلسطيني، الذي لم تهيأ له تشريعات متخصصة يستطيع أن يتكأ عليها في النظر في القضايا التي تعرض عليه من جهة، ومن جهة أخرى عجز القضاء الفلسطيني عن تفعيل أركان المسؤولية المدنية في قانون المخالفات المدنية في النظر في قضايا الأخطاء الطبية.

²²⁹- انظر ص 79- 80 من دراستنا هذه.

ونستطيع القول بعد إجراء هذه المقاربة: أن هناك خلل في عدم تبلور التجربة الفلسطينية في مجال المسؤولية المدنية للطبيب، في الوقت الذي نجحت فيه التجربة الإسرائيلية، وهذا ما يدفعنا لتحديد مكن الخلل، وهو ما سنتعرض له في مطلبنا الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني: مكن الخلل في المساءلة المدنية للطبيب عن أخطائه في القضاء الفلسطيني

لا يمكن لنا أن نتجاهل أن هناك قصورا واضحا في القضاء الفلسطيني في التعامل مع القضايا المطروحة عليه، وإن تعثر بت القضاء في أي قضية مدنية تتعلق بالأخطاء الطبية مرده إلى جملة من المشاكل، سنوضحها على النحو التالي:

1- مشكلة التشريعات:

1- غياب القانون المدني يعد في نظرنا سببا رئيسيا في عدم البت في قضايا الأخطاء الطبية، فلا زال هناك خلط بين المسؤولية المدنية والجزائية في هذا المجال، بالإضافة إلى توهان القضاء في النظر في هذه القضايا في المجلة وقانون المخالفات⁽²³⁰⁾.

لكن غياب القانون المدني لا يمنع سن تشريعات تتعلق بالمسؤولية المدنية للطبيب أسوة بما قامت به إسرائيل، حيث حدث تطور هام في التشريع الإسرائيلي انعكس بداية في تشريعات جديدة معدلة لقانون المخالفات عرف بقانون الأضرار كما أسلفنا الحديث عنه. وكذلك سنت تشريعات متخصصة في مجال مساءلة الطبيب، وصانت حقوق المريض من خلال قانون حقوق المريض لسنة 1996، مما سهل على القضاء الإسرائيلي البت في القضايا المعروضة عليه من خلال قوانين مدنية عامة تتناول الإهمال والضرر وعلاقة السببية، وأخرى متخصصة في مجال الطب، وهو ما لم ينجزه التشريع الفلسطيني حتى يمهد أرضية أكثر ملاءمة للنظر في هذه القضايا.

²³⁰- مقابلة أجريت مع قاضي محكمة بداية رام الله الأستاذ رائد عصفور بتاريخ 28/9/2009.

وفي هذا الجانب يتحمل التشريع والقضاء الفلسطينين مسؤولية غياب الإرادة نحو تفعيل قدرة التشريعات القديمة في النظر في مثل هذه القضايا، وكذلك مسؤولية عدم سن تشريعات جديدة بهذا الصدد.

2- عدم سن نظام يلزم المستشفيات والأطباء بالتأمين ضد الأخطاء الطبية، فالتأمين من شأنه أن يجعل المستشفيات أكثر حرصا على انتقاء الكوادر الطبية، ومحاسبتها عن الأخطاء التي تقع فيها. كما أنه يجعل الأطباء بشكل عام غير مضرورين من الناحية المادية في حال وقوعهم بالأخطاء الطبية؛ لأن التعويض يقع على عاتق التأمين، ويرفع هذا الأمر أيضا الحرج عن الخبير المختص الذي تستدعيه المحكمة من أجل أن يدلي بشهادته إلى حد ما؛ لأن إقرار الخبير بالخطأ الطبي يلزم شركة التأمين بالتعويض إن أخذت برأيه المحكمة⁽²³¹⁾.

فغياب التشريعات، وعدم تنفيذها إن وجدت، والرقابة على تطبيقها أسباب رئيسية في عدم البت في قضايا الأخطاء الطبية⁽²³²⁾.

2- مشكلة اجتماعية: سيادة العقليّة القدرية في المجتمع الفلسطيني، وتنتضح فعالية هذه العقليّة القدرية بأن موت المريض قضاء وقدر، وأن عمر المريض قد انتهى ليس إلا، فالوفاة لا تتعلق بأخطاء وقع فيها الأطباء، وإنما بسبب أن عمر المريض قد نفذ. ولعل ذلك ناتج من فهم خاطئ من الناس لمفهوم القضاء والقدر، إضافة إلى جهلهم بالحقوق التي كفلها لهم

²³¹ - مقابلة أجريت مع قاضي محكمة بداية رام الله الأستاذ راند عصفور بتاريخ 28/9/2009. وفي مقابلة أخرى أجريت مع رئيس قسم الولادة في مستشفى الرعاية العربية الدكتور عدوان البرغوثي بتاريخ 29/9/2009، تحدث قائلا "إن سن نظام للتأمين على الأخطاء الطبية مع متابعة القضاء يساعد في حل هذه المشكلة، بمعنى يجب أن يوجه القضاء للطريقة الصحيحة حتى لا يمتنع الأطباء عن القيام بواجباتهم، وبالتالي يكون هناك توازن بين محاسبة الأطباء عن أخطائهم، وبين اتباع الأصول الطبية المتعارف عليها".
²³² - مقابلة مع الدكتور عدوان البرغوثي بتاريخ 29/9/2009.

القانون، وجعلها واجبات والتزامات يجب على الأطباء والمؤسسات الطبية القيام بها⁽²³³⁾. وهذا المفهوم لم يكن واردا البتة في المجتمع الإسرائيلي مثلا. الذي يجعل المعطيات العلمية مقدمة على المعتقدات القدرية، فهو لا يلغي القدرية، لكنه يفصل بينها وبين منطق العلل العلمية التي تربط النتائج دائما بمسبباتها.

3- **مشكلة قضائية:** عدم وجود طاقم قضائي متخصص للنظر في هذه القضايا، بحيث يكون واع للأصول الطبية⁽²³⁴⁾، بالإضافة إلى غياب لجنة خبراء طبية رسمية تكون بحكم وظيفتها معفية من الحرج في الإدلاء بشهادتها في القضايا المرفوعة في المحكمة. إضافة إلى قلة البيانات التي تعرض على القضاء في مداوات القضايا المرفوعة، حيث يتعذر كثيرا إثبات الأخطاء لغياب البيانات. كما أن الخبير المختص الذي تستدعيه المحكمة للإدلاء بشهادته يكون دائما متحسسا في شهادته ترحبا من إدانة زميله الطبيب الآخر⁽²³⁵⁾.

4- **مشكلة سياسية**

وتتعلق هذه المشكلة بنوعية التوظيف للكوادر الطبية في المستشفيات الحكومية، حيث أفادت ثلاث مقابلات أجرتها الباحثة مع مسؤولين رفضوا أن تتسب لهم أقوالهم، أن هناك خلل كبير في طبيعة التوظيف للكادر الطبي، وحتى الإداري، وأن بعض الإشكالات التي يقع فيها بعض الأطباء يجري غض النظر عنها، ومواراتها لصالح حسابات سياسية واجتماعية، وأن كشف الأخطاء الطبية بشكل أو بآخر يؤثر على سمعة السلطة.

²³³ - مقابلة أجريت مع نقيب المحامين الأستاذ علي مهنا بتاريخ 27/9/2009.

²³⁴ - مقابلة أجريت مع الدكتور عدوان البرغوثي رئيس قسم الولادة في مستشفى الرعاية العربية بتاريخ 29/9/2009.

²³⁵ - مقابلة أجريت مع القاضي رائد عصفور قاضي محكمة بداية رام الله بتاريخ 28/9/2009.

الخاتمة

إن هذه الدراسة التي قامت بها الباحثة توخت من خلاها- كما أسلفت في مخطط الدراسة- تسليط الضوء على مسؤولية الطبيب المدنية في التشريع والقضاء الفلسطيني، وإذ قامت بذلك فإنها لا ندعي الكمال، وإنما كان هذا الجهد منها رغبة في إيلاء هذه القضية شأنًا يليق بها؛ نظرا لأهميتها البالغة، فالأخطاء الطبية قديمة قدم الطب نفسه، والمساءلة الطبيب عنها تجعل الطبيب أكثر حيطة وحذرا في تجنب الوقوع بها، بل تجعل الطبيب حريصا على القيام بواجباته وعلى تطوير إمكانياته العلمية، وتعفيه من أي مسؤولية خارجة عما تنص عليها القوانين.

وبعد أن فرغت الباحثة من الدراسة فإنها المنهجية العلمية تتطلب منها عرض النتائج التي توصلت إليها، ثم تختم دراستها بمجموعة من توصيات.

نتائج الدراسة

بينت الدراسة اختلاف تكييف مسؤولية الطبيب المدنية في القانون والقضاء المقارن: فهي عقديّة أم تقصيرية؟ وسردت حجج القائلين بأنها عقديّة، وتلك القائلة بأنها تقصيرية. ثم بينت الدراسة أن كلا المسؤولين تتشأن من الخطأ، ولكن مع اختلاف كل منهما في تحديد ماهية الخطأ، ونظرتها صوبه وفلسفتها تجاهه. وتبنت الدراسة كون المسؤولية المدنية للطبيب عقديّة لقوة الحجج والأسانيد التي يحتج بها منظرو المسؤولية العقديّة.

وأوضحت الدراسة صفة التزام الطبيب التي هي في الأصل بذل العناية، لكنه في بعض الأمور -وهي الاستثناء- تكون صفة التزامه تجاه المريض بتحقيق نتيجة. ثم تناولت الدراسة أركان المسؤولية المدنية المتمثلة بالخطأ، والضرر وعلاقة السببية، وأن الطبيب يُسأل عن الخطأ الذي يقع منه في ظل الظروف الاعتيادية. وفصلت الدراسة القول في أركان المسؤولية تمهيدا لبحث مسؤولية الطبيب في التشريعات الفلسطينية.

وقد توصلت الدراسة إلى أن التأصيل للمسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الفلسطيني من الممكن أن يقع في مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية. شأنها بذلك شأن إسرائيل، لكن الفارق يتحدد أن التشريع الإسرائيلي أجرى تعديلات على قانون المخالفات عرف باسم قانون الأضرار الذي هو النص الموحد لهذه التعديلات، وكذلك استحدث التشريع الإسرائيلي تشريعات جديدة متخصصة مثل قانون حقوق المريض ، وبالتالي جعل النظر في مسؤولية الطبيب المدنية أكثر تخصصاً ووضوحاً. وبينت الدراسة بالمقابل قصور التشريع والقضاء الفلسطيني في إجراء حركة تشريعية وقضائية مماثلة لتلك التي جرت في إسرائيل، مبيّنة أن هذه الخطوة ليست ببعيدة المنال؛ فنجاح التجربة الإسرائيلية محفز كافٍ للشروع في السير في هذا الاتجاه.

توصيات الدراسة

بعد أن خلصت الدراسة إلى نتائجها، فإنه يصبح من الضروري طرح عدد من التوصيات التي تراها الباحثة ضرورية وملحة في هذا المجال، وتتقدم بها إلى السلطة الوطنية الفلسطينية أملة أن تأخذها بعين الاعتبار. وتوصيات الباحثة على النحو التالي:

- سن تشريعات جديدة متخصصة في المسؤولية المدنية للطبيب، أسوة بالتجربة الإسرائيلية في هذا المجال، فنجاح التجربة الإسرائيلية في ذلك حافز يتوجب على التشريع والقضاء الفلسطينيين الاستفادة منه.

- أن تعفي التشريعات الجديدة والمعمول بها المريض المتضرر من عبء إثبات الخطأ، وأن تلقي على الطبيب عبء نفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر بأن يأتي بالسبب الأجنبي؛ لأن إعفاء المضرور من الإتيان بالبيانات انصاف له، فهو بالعادة خالي الطرف من المعرفة الطبية، إضافة إلى كون عبء الإثبات ملقى على المضرور أمر يجعل المحكمة تأخذ وقتاً طويلاً في نقاش البيانات والتثبت من صحتها.

- إعداد طاقم قضائي طبي متخصص في النظر في قضايا الأخطاء الطبية، بحيث يجمع بين علمين: علم الطب وعلم القانون، حتى يكون القاضي أكثر ثقة بنفسه إذا ما استند إلى رأيه في تقدير الموضوع.

- تشكيل لجنة طبية قانونية وطنية متخصصة في مجال التحقيق والكشف عن الأخطاء الطبية تقوم بالتحقيق في القضايا المرفوعة. ونشرها وتوثيقها، فإن التأسيس لأرشفة متعلق بالموضوع أمر مهم في إيجاد مواد أولية تقوم عليها دراسات المختصين والدارسين. كما أن نتاج أرشفتها مهم في الاستناد إليه في سن تشريعات جديدة، أو تعديل بعض التشريعات مستقبلاً.

- أن تسن قوانين جديدة تلزم الأطباء تحديث معرفتهم العلمية، يتشترط فيها أن يخضعوا لاختبارات كل فترة معينة تقررهما تلك التشريعات، بحيث تكون تلك الاختبارات عملية بالقدر الذي تكون فيها نظرية كل حسب اختصاصه، لكي تضمن بقاء الأطباء في تماس مباشر مع المعارف الطبية الحديثة.

- أن تقر وزارة الصحة اختباراً يلزم الأطباء - الذين يتدربون في المشافي استعداداً لإتمام إجازة ممارسة مهنة الطب- اجتيازهم حول المسؤولية المدنية للطبيب، فمعرفة الأطباء بهذه المسؤولية من شأنها أن تقلل من الأخطاء التي من الممكن أن يقعوا فيها، فهي إلى جانب إنارتهم بالمعرفة، تحذرهم في نفس الوقت من الأخطاء، وتجعلهم أكثر حيطة وحذراً من الوقوع فيها.

- أن تسن قوانين تلزم الأطباء بالقيام بالتأمين الصحي لدى إحدى شركات التأمين العاملة في فلسطين، على أن يكون سقف التأمين الأعلى يتلاءم مع طبيعة اختصاص الأطباء، والعمليات

التي يجرونها، وبذلك يتحرر الطبيب من الجانب المادي في مسؤوليته عن أخطائه الطبية غير المتعمدة.

كما أن انتشار فكرة التأمين للأطباء يساعد الناس بشكل عام على معرفة حقوقهم التي تكفلها لهم التشريعات، وواجبات الأطباء والمؤسسات الطبية تجاههم، وتجعلهم لا يترددون إذا كانوا مضطرين جراء خطأ طبي أن يتقدموا للقضاء لنيل التعويض.

- أن يتم تفعيل الطب الشرعي؛ لأنه يساعد في توفير البيانات التي تلزم في حال الوفاة، وبالتالي يكشف عن السبب الحقيقي، الذي يسهر ربطه بالسبب المفضي إليه، للاستدلال على وجود الخطأ الطبي من عدمه.

الملاحق

الملحق الأول: وفي وقائع الدعوى التي عرضت على المحكمة العليا الاسرائيلية بتاريخ

11/6/2002 بشأن ادعاء الإهمال والإيذاء من قبل الطبيب المعالج.

فقد عانى المدعي منذ شبابه من أورام موجود في أنفه، فقد توجه للمدعي عليه للقيام بعملية جراحية لحل المشكلة، وأثناء العملية تم القيام بإزالة الأورام وتقويم الأنف. وإزالة اللحمية الموجودة بداخل الأنف.

وبعد العملية عانى المدعي من نزيف، واحتاج لعدة معالجات، إلا أنه اتضح بعد العملية أن الأورام قد عادت مرة أخرى لأنفه. وبناء على ذلك تقدم المدعي بدعوى ضد المدعي عليه متهما إياه بالإهمال والإيذاء، ومطالباً بالتعويض. مدعياً أن المدعي عليه لم يخبره بنيته القيام باستئصال اللحمية، إلا أن المحكمة رفضت دعواه. وقام المدعي باستئناف هذا القرار لدى المحكمة العليا بالفدس بصفتها محكمة استئناف.

وقد حكمت المحكمة العليا بما يلي:

1- أن الطبيب ملزم بإبلاغ المريض بالمعلومات الطبية، حيث أن الطبيب ملزم

باخبار المريض بالمخاطر، وما يحتمل أن يتعرض له المريض.

2- وخلال العلاج لا يحق للمريض إعطاء الموافقة أو التراجع عنها إذا ظهرت

ضرورة خلال تقديم العلاج، ويكون هذا العلاج هو علاج إضافي. وذلك في حالة

كون العلاج الإضافي ضروري لدرء الخطر.

3- إن هذا المفهوم يوسع من فرص حصول الطبيب على الموافقة الضمنية لأي

علاج، والتي وفق علم الطبيب تكون ضرورية بهدف الوصول إلى الهدف

العلاجي وهو الشفاء. وفي واقع الأمر إن واجب الكشف عن المعلومات الطبية

التي فرضت على الطبيب لا تلغي الحق في الاستقلال الذاتي للمريض على جسده،

بل تعطيه الحق في الحصول على المعلومات حول المخاطر والاحتمالات

المرتبطة بالعلاج. ويشمل ذلك العلاج الإضافي، وإن وافق المريض على العلاج الأساسي السابق.

4- إن الموافقة على العلاج مبنية على إيجابيات العلاج واحتمالات النجاح من جهة، والمشاكل التي قد يتعرض لها المريض من جهة أخرى، وهذا هو ميزان المخاطر والاحتمالات.

5- إن الموافقة على إجراء العملية يتطلب من الطبيب واجب الكشف عن المخاطر والمشاكل المتوقعة من العملية، حتى لو كانت عملية بسيطة، وإخبار المريض بما فيها مخاطر الفشل وإمكانية النجاح.

6- لا يفهم أو يستدل من مفهوم عملية في الفقرة السابقة، أنها عملية بسيطة، وإنما قد تكون عملية مستعجلة.

7- إن المساس بالاستقلال الذاتي لجسد المريض عرف على أنه إهمال، ويحق للمضروب المطالبة بالتعويض من جراء هذا المساس الذي يكون بصورة علاج.

8- إن علاقة السببية فيما يخص الإهمال هي علاقة سببية مبنية على وقائع، حيث أن مسؤولية المتسبب بالضرر تقع شريطة أن يكون الضرر متوقع من قبل الطبيب المعالج. ويتوجب على الطبيب المعالج أن يتوقع بأن الشخص المعالج قد يعطي موافقته على العلاج المقترح بناء على المعلومات التي يحصل عليها من الطبيب المعالج للعلاج المقترح. وبذلك فإن الطبيب يتحمل مسؤولية الأضرار التي تحدث من خلال العلاج، أو العلاج الإضافي الذي قام به دون موافقة المريض.

9- إن علاقة السببية المبينة على وقائع مبينة على إثباتات وفق ميزان المخاطر والاحتمالات، حيث أن المريض المعالج لم يكن ليوافق على العلاج إلا بعد أن تقدم له المعلومات المطلوبة.

10- وفي حالتنا هذه، فإن المستأنف ضده لم يخبر المستأنف بنيتة القيام بعملية لاستئصال اللحمية الزائدة بالأنف. وبذلك لم يحصل على موافقة المستأنف، إلا أن المدعى عليه يدعي بإخباره للمستأنف بنيتة القيام باستئصال اللحم من أنفه، أي من البداية قد قرر القيام بذلك.

11- لم يحذر الطبيب المستأنف من إمكانية حدوث النزيف رغم احتمال حدوثه النادر.

12- ويستنتج من ذلك بأن الطبيب قد خالف واجب الكشف الملقى على عاتقه، وإن هذا الخرق يعتبر إيذاء وإهمال، وذلك بالاستناد لميزان المخاطر والاحتمالات.

وفي حالتنا هذه- والكلام للمحكمة- نستنتج وبالإستناد لواجب الكشف للمريض الملقى على عاتق الطبيب، أن المستأنف وكشخص عادي، لم يكن ليوافق على الإجراء الجراحي الموسع وذلك بالاستناد لاحتمالات نجاحه الضعيفة، ولم يتم تحذيره من إمكانية حدوث النزيف.

الملحق الثاني: استئناف لحكم محكمة الناصرة اللوائية س. ف 90/425/ بتاريخ 29/3/1993.

في وقائع القضية المرفوعة ضد مستشفى الكرمل/حيفا، وصندوق الصحة العامة، تقدمت المستأنفة بدعوى ضد المستأنف ضدهم، مطالبة إياهم بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن العملية التي تم إجراؤها لها في الكتف. وادعت كذلك الإهمال في المعالجة الطبية التي قدمت لها.

الوقائع:

عانت المستأنفة منذ ولادتها في العام 1959 من تشويه في باطن القدم اليسرى. وفي وقت ما خلال عام 1987. عانت المستأنفة من آلام في كتفها الأيمن، وكان ذلك واضح في شهادة فحص الطبيب، حيث أرسلت المستأنفة لإجراء عدد من الفحوصات، بما فيها فحص العظام وصور الأشعة، متبوعة بتخطيط للعظام.

وفي 5/1/1988 أدخلت المستأنفة إلى مستشفى الكرمل لإجراء عملية في ساقها الأيسر. وبعد يومين، وبتاريخ العملية 7/1/1988، وبسبب شكوك لدى الأطباء بوجود نمو غير طبيعي في كتفها. والحاجة إلى تشخيص واضح لسبب الإمتصاص المضطرب الذي أظهره رسم التخطيط، قام المدعى عليهم بإجراء عملية جراحية في الكتف الأيمن. وقد جاء التغيير في العملية نتيجة لقرار الطبيب، وبسرعة قبل إجراء عملية الساق؛ فقد وجد أن الضرورة تستدعي إجراء عملية للكتف أكثر من عملية الساق.

في يوم الإدخال للمستشفى، طلب من المستأنفة أن توقع على نموذج بموافقتها على إجراء العملية لساقها، ولكن في يوم العملية، وتحديدًا عندما كانت على سرير العمليات، وبعد إعطاءها المخدر الذي يعطى للمريض قبل الدخول إلى غرفة العمليات، طلب منها التوقيع على نموذج للموافقة على إجراء العملية لكتفها.

وبعد خمسة أيام من البقاء بالمستشفى، لم يظهر للمدعية شيء معيب في كتفها، وخرجت من المستشفى، وأعطيت العلاج للتخفيف من ما قد يحدث بعد العملية، ومتابعة العلاج الطبيعي لكتفها. إلا

أنه بعد فترة من العملية بقيت كتف المدعية مشدودة، وتبين عندها عجز بنسبة 35%. وادعى
المستأنف ضدهم أن كتف المستأنفة تشنجت بسبب عدم رغبتها بتحريك كتفها.

وبتاريخ 30/11/1988 أجرى المستأنف ضدهم العملية للمستأنفة في ساقها، وكان هناك تحسن كبير
على ساقها، إضافة إلى معالجات إضافية أجروها لكتف المستأنفة لتحسين حركة الكتف.

وبتاريخ 28/11/1989 أجريت للمستأنفة معالجات أخرى، إلا أن الكتف بقي متيبسا.

ولهذا تقدمت المستأنفة بدعوى ضد المستأنف ضدهم مطالبة بالتعويض عن الضرر المادي الذي وقع
على الكتف بسبب العملية، وكان إدعاؤها محصورا ومبنيا على الإهمال، وعدم بذل العناية اللازمة،
وادعت بأنها لم تكن على دراية كاملة لنية الأطباء إجراء العملية على كتفها، وأنها علمت بذلك فقط
بعد أن فاقت من البنج.

وقد رفضت المحكمة دعوى الإهمال بكل جوانبها؛ ففيما يتعلق بإدعاء الإهمال في إجراء عملية
الاستئصال للورم، حكم القاضي بأن الخبير من طرف المدعية لم يقل بشكل قاطع أنه لم يكن هناك
ميرر لإجراء الاستئصال. وفيما يتعلق بإدعائها عدم وعيها ودرابيتها لإجراء العملية على الكتف قرر
القاضي، بأنه قبل إدخالها للمستشفى كانت على علم بالمشاكل الموجودة عندها بالكتف، وأنه لم يكن
هناك شك بأن المدعية كانت على علم بذلك، ووقعت أوراقا منذ البداية عند إدخالها للمستشفى، وكانت
تعلم بأنها ستجري عملية لساقها، وأنه في آخر لحظة قبل إجراء العملية طلب منها التوقيع على
موافقتها لإجراء عملية لكتفها ومتضمنة الوصف الدقيق للعلاج المتوقع. وأنه لم يكن هنالك بالأدلة ما
يثبت بأنها كانت مصدومة عندما اكتشفت أن العملية قد أجريت على كتفها.

وقد رأت المحكمة أن الأدلة السابقة لم تكن كافية لتكوين إدعاء بأن المستأنفة لم تع إجراء الاستئصال،
وفي هذه الظروف لم يكن هنالك مهرب من الإجماع بأنه لم يكن هنالك عيب في قرار إجراء
الاستئصال، وأن المستأنفة كانت على وعي بأن العلاج المعطى لها هو الملائم بعد أن تم تفسير ذلك
لها.

وأضاف قاضي المحكمة أن جوهر الحدث اعتمد على إنكار المستأنفة لتلقيها أي معلومات حول العلاج المتوقع، وأن مثل هذا الإدعاء يحتاج إلى دليل ربط علاقة السببية بين الإهمال والضرر. وبما أن المستأنفة لم تثبت أن كتفها تضررت كنتيجة لقلّة توفير المعلومات لها من قبل المستأنف ضدهم فيجب رفض الإدعاء.

وبما يخص الإدعاء بالإهمال في العلاج بعد العملية حكم قاضي المحكمة، أنه لم يكن هناك أساس بأن اختلاف العلاج الطبيعي كان ليمنع الضرر الذي وقع على كتفها، وأوضح قاضي المحكمة بإدعاء الأطباء وقال إن جهدا أكبر منهم كان ليمنع الضرر عن الكتف، وحكم برفض الإدعاء بخصوص عيب في إجراء عملية الكتف، وأنه لم يكن ممكنا تأسيس الإهمال في العلاج الطبي، فمثل هذا الإهمال لم يكن لينتج عنه الضرر نفسه.

وادعت المستأنفة أن الأطباء المدعى عليهم كانوا مهملين في اتخاذهم القرار بإجراء العملية التي أجريت بدون تبرير، وكانوا مهملين أيضا في العلاج ما بعد العملية. وأكثر من ذلك ادعت أن المدعى عليهم يتحملون عبء إثبات غياب الإهمال.

وادعت في هذه القضية أن عناصر التعدي أو الضرر تم إثباتها، وأن المدعى عليهم هنا أصبحوا مسؤولين قانونيا عن الضرر الواقع على المستأنفة بسبب العملية، حتى في غياب الإثبات بربط العلاقة السببية بالنسبة للضرر الثابت، وطالب المدعى عليهم من المحكمة رفض الدعوى بسبب غياب الإثبات، وقالوا بأنهم أثبتوا ذلك بإثباتهم أنهم لم يهملوا بالعلاج الطبي قبل وبعد العملية.

لم يثبت أي إهمال واقع على طرف الإدعاء بما يتعلق بإجراء العملية على كتف المستأنفة، وليس في العلاج الذي أعطي للتخفيف مما قد يحدث بعد العملية من ألم.

الملحق الثالث: في القضية التي رفعت أمام المحكمة العليا كمحكمة استئناف جنائي / رقم 480/85

صادر عن المحكمة العليا الإسرائيلية بصفتها محكمة استئناف بتاريخ 19/8/1986.

أدين المستأنف أمام المحكمة المركزية لحوزته كمية من المخدرات مخالفا بذلك القانون، وفقا لنص المادة (7) من قانون المخدرات.

الوقائع:

قام المريض (المستأنف) بعد مطاردة الشرطة له بابتلاع كمية من المخدرات مما شكل خطرا على حياته. وقد أجريت عملية جراحية للمريض (المستأنف) بأمر من المحكمة لإنقاذ حياته، وتم استخراج رزمتين من المخدرات من معدته. وقد استغلت هذه العملية لإثبات تعاطي المستأنف للمخدرات. وقد ادعى المستأنف أن ما قام به الطبيب من عملية جراحية تم دون موافقة المريض (المستأنف) ولهذا تقدم بالإستئناف.

وقد جاء قرار المحكمة العليا بما يلي:

أ- (1) تم القيام بالعملية الجراحية بالاستناد لمعايير طبية مجردة، ويعرف الأطباء التقدير الصحيح للنتائج الفورية في حالة عدم استخراج السم القاتل من معدة المستأنف، حيث أن هذا الأخير غير قادر على التوصل لاتخاذ القرار الصحيح، وذلك بناء على مخاوف أخرى؛ فاستخراج السم من معدته قد يدينه. ولكن هذا لم يكن يهم الأطباء أثناء اتخاذهم قرار إجراء العملية، فإجراؤها الطريق الوحيد لإنقاذ حياته.

(2) إن القيام بالعملية وفقا لما تم وصفه الإنقاذ من الموت المحقق ، ليس به أي تجريم جنائي.

(3) إن مصطلح التدخل أو الاعتداء وفق نص المادة (2) من قانون حماية الحياة الخاصة لعام 1981 يقول بأن التدخل يقترن بالاعتداء.

إن العملية الجراحية المذكورة قد تمت من أجل إنقاذ حياة المريض ولم يكن يعترض الأطباء الاعتداء .

ب- (1) إذا تم القبول بالتعريف الموسع للاعتداء أو التدخل وفق نص المادة (2) من قانون حماية الحياة الخاصة بحيث يشمل القيام بعمل طبي دون موافقة صاحب الشأن، يثير ذلك السؤال الكبير في أي الحالات يسمح للطبيب القيام بعملية جراحية لشخص بدون رغبته؟ بحيث يكون هناك فناعة لدى الطبيب بوجوب القيام بالعملية لإنقاذ حياته.

(2) التدخل الطبي الجراحي لا يكون دائما اعتداء أو تدخلا مخالفا للقانون وفق نص المادة (2) من قانون حماية الحياة الخاصة، حتى في إطار التعريف الموسع.

ج- (1) على افتراض بأن عملية إنقاذ حياة المريض هي تدخل ضمن إطار التعريف وفق نص المادة (2) من قانون حماية الحياة الخاصة، ويعتبر مساسا بالخصوصية، فقد ورد في نص المادة (18) فقرة (3) بحيث يعطي حماية إذا تم التدخل أو الاعتداء بحسن نية، في حالة وجود وجوب القيام بذلك وفق القانون، أو الواجب الأخلاقي، أو الاجتماعي، أو المهني.

(4) إن المادة (18) من قانون حماية الحياة الخاصة، يمكن الاستنتاج بأن الطبيب المتهم، إذا ادعى عليه لقيامه بعملية جراحية وفق ما تم وصفه يستطيع الاستناد بنص المادة (18) والاحتفاء بها والنجاح بذلك.

د- (1) بقوة المادة (32) من قانون حماية الحياة الخاصة، تستطيع المحكمة في ظروف مناسبة، ووفقا لما تراه من أدلة مادية، لتخلص بأن ذلك هو انتهاك للخصوصية .

(2) من الصعب وصف أمثلة لتقدير الرأي وفق ما ورد في نص المادة (32) من القانون، أكثر من الحالة المذكورة التي كان بها تدخل لإنقاذ حياة المريض، وقد شكل ذلك حماية للطبيب من أي ادعاء مدني، أو جنائي ضده، بالإستناد لقانون حماية الحياة الخاصة.

(3) بتفعيل صلاحية المحكمة وفق نص المادة (32) من قانون حماية الحياة الخاصة، تحاول المحكمة الوصول لتوازن بين حماية الخصوصية، وبين حق الجمهور للتوصل لهدف ما أو آخر.

(4) إن هذا التوازن لا يحقق صعوبة في هذه الحالة المعروضة، حيث أنه في جانب من كف الميزان مصلحة الجمهور، أو الحق العام للحصول على إثبات ضد متهم بحوزته مخدرات، وبين التدخل لإنقاذ حياة المتهم.

هـ- (1) بشكل عام مبدأ حق الإنسان بعدم إجراء عملية له دون موافقته ورغبته، معترف فيه في إسرائيل.

أ) الشخص المعالج وهو فاقد لوعيه، أو غير قادر لاتخاذ قرار مستقل للقيام بالعملية الجراحية المقترحة عليه، ولا يوجد شخص آخر له علاقه به يستطيع الموافقة على الإجراء الطبي المقترح، فيقرر الطبيب إجراء العملية، في حالة أن عدم إجراء العملية يفقد المريض حياته.

ب) في حالة الشخص المريض الذي يحاول القيام بالانتحار.

ج) في حالة إنقاذ حياة طفل صغير، والأهل يرفضون إجراء العملية دون إبداء أسباب وجيهه.

(2) إن القانون الإسرائيلي لا يقرر بجميع الحالات الاستثنائية المقررة في القانون البريطاني والأمريكي، وذلك احتراماً ومحافظة على الحياة الخاصة.

(3) وفي هذا الخصوص، فإن القيام بالعملية الجراحية دون موافقة المريض، والمتعلقة بإنقاذ حياته من موت محقق يبقى القرار بيد الطبيب المعالج (بحيث هو اقدر لتحديد قراره والارتباط بمدى التأثير على حياة المريض المستقبلية). وبشكل عام في هذه الحالات يكون القرار للطبيب، حيث أنه لا يكون هناك أسباب رفض وجيهه من قبل المريض للقيام بالعملية الجراحية.

(4) عندما يرى الطبيب عدم وجود أسباب قوية للمريض لرفضه القيام بالعملية المقترحة من الطبيب، ويرى الطبيب بأن الرفض يستند لأسباب خارجية، أي ليست جسدية متعلقة بالمريض ذاته، فيستطيع الطبيب التعامل معه كما يتعامل مع الشخص الذي يحاول الانتحار، فيحدد الخطوة العلاجية التي يراها مناسبة.

5) إن ما قام به الأطباء يندرج في إطار الإستثناء، حيث يجب عليهم تجاوز موافقة المريض، ولا تدخلهم اعتداء بموجب قانون حماية الحياة الخاصة.

6) إن القيام بالتدخل، أو الاعتداء وفق نص المادة (2) من قانون حماية الحياة الخاصة، والحديث عن قيام بعلاج طبي بحسن نية لإنقاذ حياة المريض، يبرر بأن العلاج المتخذ هو صحيح ومعقول، وبذلك لا يعتبر ما تم القيام به هو تدخل غير مشروع أو اعتداء.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

- قانون الآداب الطبية اللبناني رقم 288 بتاريخ 22/2/1994. الجريدة الرسمية اللبنانية. العدد 9. بتاريخ 3/3/1994.
- الدستور الطبي الأردني. الجريدة الرسمية الأردنية. رقم 3607. بتاريخ 16/2/1989.
- قانون الصحة الفلسطيني رقم 20 لسنة 2004. الوقائع الفلسطينية. العدد الرابع والخمسون. بتاريخ 23/4/2005.
- قانون العقوبات الأردني رقم 19 لسنة 1960. الجريدة الرسمية (الأردنية). العدد 1487. بتاريخ 1/5/1960، ص 274.
- قانون المسؤولية الطبية الليبي رقم 17 لسنة 1986 الصادر بتاريخ: 24/11/1986.
- قانون المخالفات المدنية المعدل رقم 5 لسنة 1947. الوقائع الفلسطينية (الانتداب البريطاني). العدد 1563، بتاريخ 51/3/1947.
- قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944. الوقائع الفلسطينية (الانتداب البريطاني). العدد 1830، بتاريخ 28/12/1944.
- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976. موسوعة التشريع الأردني. **القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976**. الجزء الأول. عمان: دار البشير للنشر والتوزيع، 1998
- القانون المدني المصري رقم لسنة 1947. الوقائع المصرية. عدد 108، مكرر (1)، بتاريخ: 29/7/1948. حسني، عبد المنعم. **موسوعة مصر للتشريع والقضاء**. الجزء الأول. مركز حسني للدراسات القانونية: القاهرة، 1986.

- القانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1949 دمشق: منشورات نقابة المحامين،
18/5/1949.
- مجلة الأحكام العدلية لسنة 1293هـ. مجموعة عارف رمضان. ص 1.
- قانون الأضرار لسنة 1968. (النص الموحد). كتاب القوانين. العدد 529، ص
101. بتاريخ: 28/6/1968.
- القانون الأساسي الفلسطيني. الوقائع الفلسطينية. عدد ممتاز. بتاريخ 19 /
3/2003.
- قانون حقوق المريض لسنة 1996. كتاب القوانين. العدد 1591. ص 327.
بتاريخ: 12/5/1996.
- *the French civil code*. Translated with an introduction by John H. Crabb. Nether
land: Rothman, 1995.

مشاريع القوانين

- مشروع القانون المدني الفلسطيني. *المذكرة الإيضاحية*. ديوان الفتوى والتشريع.
رام الله: فلسطين، 2003.

ثانياً: الكتب

- الأبراشي، حسن زكي. *مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن*. القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية. دت.
- عبد الرحمن بن خلدون. *مقدمة ابن خلدون*. بيروت: دار الكتب العلمية، 1993.
- أحمد، إبراهيم سيد. *الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها وقضاء*.
الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، 2003.

- ادعيس، معن. *مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية*. القدس: الجمعية الفلسطينية لحماية حقوق الإنسان والبيئة (القانون)، 2001.
- الباز، سليم رستم. *شرح مجلة لأحكام العدلية*. ط 3، بيروت: المطبعة الأدبية، 1923.
- البرغوثي، فدوى. *المسؤولية المدنية الطبية في حالات الولادة*. جامعة القدس. رسالة ماجستير (غير منشورة)، 2003.
- الجوهري، فائق. *المسؤولية الطبية في قانون العقوبات*. رسالة دكتوراه. مصر: دار الجوهري للطباعة والنشر، 1951.
- الحسيني، عبد اللطيف. *المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية*. لبنان: دار الكتاب اللبناني، دت.
- الحيارى، أحمد. *المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير: دراسة تحليلية انتقادية موازنة بالقانون المدني الأردني والقانون المدني الفرنسي*. عمان: دار وائل، 2003.
- حيدر، علي. *لدر الحكام شرح مجلة الأحكام*. بيروت: دار الكتب العلمية، دت.
- خليل، عدلي. *الموسوعة القانونية في المهن الطبية*. مصر: دار الكتب القانونية، 2006.
- دودين، محمود. *مسؤولية الطبيب الفردية عن أعماله المهنية*. جامعة بير زيت، رسالة ماجستير (غير منشورة)، 2006.
- الذنون، حسن علي. *المبسوط في شرح القانون المدني (الخطأ)*. عمان: دار وائل للنشر، 2006.

- الزقرد، أحمد السعيد "الاتجاه الحديث لمحكمة النقض المصرية في تحديد مفهوم الضرر المادي والأدبي بمناسبة الحكم الصادر في 22-2-1994 مقارنا بأحكام التمييز الأردنية". مجلة الحقوق. العدد الثاني. السنة العشرون، 1996. ص 372-430.
- سلطان، أنور. مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2007.
- سليم، عبد العزيز. قضايا التعويضات. ط 3. دن، 1996.
- السنهوري، عبد الرزاق أحمد. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام. المجلد الثاني: الطبعة الثانية الجديدة. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 1998.
- الشامي، جاسم علي. مسؤولية الطبيب والصيدلاني. بحث غير منشور. مقدم إلى مؤتمر المسؤولية المهنية الذي انعقد في جامعة بيروت العربية، (3-5/4/2000).
- الشلش، محمد سلامة. "أخطاء الأطباء بين الفقه والقانون. فلسطين". مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات. العدد التاسع، دت. ص 315-362.
- الشيخ، بابكر. المسؤولية القانونية للطبيب-دراسة في الأحكام العامة لسياسة القوانين المقارنة واتجاهات القضاء. عمان: دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، 2002.
- الصفدي، عصام حمدي ومالك هاني خريسات. قوانين وتشريعات الصحة والسلامة المهنية. عمان: دار اليازوري، 2002.
- عابدين، عصام. الأخطاء الطبية بين الشريعة والقانون. رسالة دكتوراة، القاهرة: جامعة الدول العربية. معهد البحوث والدراسات العربية الأخطاء الطبية بين الشريعة والقانون، 2005.

- العيسائي، عبد العزيز. شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية في كل من القانون المدني الأردني واليمني- دراسة مقارنة. رسالة ماجستير، الأردن: الجامعة الأردنية، 1988.
- الفضل، منذر. النظرية العامة للالتزامات - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية. الجزء الأول، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996.
- الفضل، منذر. المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية - دراسة مقارنة. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1995.
- فودة، عبد الحكم. موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض. المجلد الثاني. الإسكندرية: المكتب الفني للموسوعات القانونية، دت.
- القاسم، محمد هاشم. المسؤولية الطبية من الوجه المدنية. مجلة الحقوق الشرعية. العدد 2. الكويت. السنة الخامسة، يونيو 1981.
- القاسم، محمد هاشم. "الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية". مجلة الحقوق والشرعية. مج 1-2. العدد الأول. السنة الثالثة، 1979، ص 7-17.
- اللصامة، عبد العزيز. المسؤولية المدنية التقصيرية- الفعل الضار.. أساسها وشروطها. عمان: الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002.
- مجلة المحامون. العدد 11 لسنة 1964.
- المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين. المسؤولية الطبية. الجزء الأول. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2000.
- المحتسب، بسام. المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق. دمشق: دار الإيمان، 1984.

- مرقس، سليمان. *المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية: القسم الأول. الأحكام العامة: أركان المسؤولية الضرر والخطأ والسببية*. القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية، 1971.
- المعاينة، منصور عمر. *المسؤولية المدنية والجزائية في الأخطاء الطبية*. الرياض: جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2004.
- ملكاوي، بشار وفيصل العمري. *مصادر الالتزام: الفعل الضار*. عمان: دار وائل للنشر والتوزيع، 2006.
- منصور، محمد. *المسؤولية الطبية*. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001.

ثالثاً: المراجع في اللغة العبرية

- عموس شبيرا. "الموافقة بمعرفة للعلاج الطبي". عيوني مشبات. مجلد 14، 1988، ص 225-272.
- أمنون، كارمي. *الموافقة المستتيرة*. اللجنة الإسرائيلية لليونسكو. المركز الدولي للقانون والصحة والأخلاقيات. كلية الحقوق جامعة حيفا إسرائيل. كرسي اليونسكو، 2007.
- كركوئيل، نيلي. "مبدأ الموافقة بناء على معرفة- اسباب الدعوة المقامة فيما يخص التعرض لحق المعالج في الاستقلالية الذاتية". هيراكليط. مجلد 49، 2006، ص 181-223.
- اشنتاين، أليكس. "كيفية حل مشكلة السببية فيما يخص الاحتمالات النادرة الحدوث". عيوني مشبات. مجلد 23، 1999، ص 744-755.

رابعاً: مراجع الكترونية

- أبو شنب، أحمد عبد الكريم. "الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الشيء في القانون المدني الأردني والفقهاء الإسلامي". مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، العدد الرابع. مصدر الكتروني http://www.arablawinfo.com/Researches_AR/7 استرجع بتاريخ: 13/7/2009.
- التلمساني، أفنان محمد عبد المجيد. *ضمان الأجير الخاص* موقع الكتروني. استرجع بتاريخ: <http://www.uqu.edu.sa/page/ar/50239> 13/1/2010
- التلمساني، أفنان محمد عبد المجيد. *ضمان الجير المشترك*. موقع الكتروني. استرجع بتاريخ: <http://www.uqu.edu.sa/page/ar/50248> 1/2010 /13
- خوري، نهاد. *الخطأ الطبي*. مصدر إلكتروني <http://www.terezia.org/section.php?id=1577> استرجع بتاريخ 13/10/2009
- الزعبي، محمد يوسف. *مسؤولية المباشرة والمتسبب*. مصدر الكتروني. استرجع بتاريخ <http://www.dahsha.com/viewarticle.php?id=901> 25/9/2009
- سمية السوسي. *الواقع الاجتماعي في فلسطين*. موقع الالكتروني الذي استرجع بتاريخ http://www.oppc.pna.net/elections/new_page_2.htm 13/1/2010
- منصور، أمجد محمد. *مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار*. مصدر الكتروني استرجع بتاريخ <http://www.wasmia.com/jazy/civil24.pdf> 13/10/2009

خامسا: المقابلات

- مقابلة أجريت مع قاضي محكمة بداية رام الله الاستاذ رائد عصفور بتاريخ 28/9/2009.
- مقابلة أجريت مع رئيس قسم الولادة في مستشفى الرعاية العربية الدكتور عدوان البرغوثي بتاريخ 29/9/2009.
- مقابلة أجريت مع نقيب المحامين الأستاذ علي مهنا بتاريخ 27/9/2009.
- ملحم، فراس. *محاضرات مساق القانون في فلسطين (141)*. جامعة بير زيت. كلية الحقوق والإدارة العامة، دائرة القانون، 2005-2006.
- مقابلة هاتفية مع الأستاذ خليل شاهين مدير وحدة الحقوق الاجتماعية والاقتصادية. المركز الفلسطيني لحقوق الإنسان (غزة). بتاريخ 16/8/2009.

سادسا: التقارير

الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق الإنسان. وضع حقوق الإنسان في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية
التقرير السنوي الحادي عشر، لسنة 2005.

_____ . *التقرير السنوي الثاني عشر، لسنة 2006.*

_____ . *التقرير السنوي الثالث عشر، لسنة 2007.*

_____ . *التقرير السنوي الرابع عشر، لسنة 2008.*