وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعـــــة كربـــــلاء / كلية القانون
الفرع الخاص

عــقــد الإستـشــفــاء الــطــبـــي

- دراسة مقارنة –

أطروحة مقدمة إلى مجلس كلية القانون/ جامعة كربلاء وهي جزء من
متطلبات نيل درجة الدكتوراه فلسفة في القانون الخاص

كتبت بوساطة الطالبة

هويــدا عبد الله ابراهيم الغافلي

بإشـــــراف الاستاذ الدكتور

علي شاكر عبد القادر البدري

استاذ القانون المدني

١٤٤٦هـ ٢٠٢٤م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُم بَعْدَ ذَٰلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة المائدة

الآية (٣٢)

إقرار المشرف

أشهد ان اطروحة الدكتوراه الموسومة بـ (**عقد الإستشفاء الطبي- دراسة مقارنة**) المقدمة من قبل الطالبة (**هويدا عبدالله ابراهيم**) الى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص ، وقد جرت تحت اشرافي ورشحت للمناقشة ، مع التقدير.

التوقيع:

الاسم: أ. د. علي شاكر عبد القادر البدري

الاختصاص: القانون المدني

كلية القانون/ جامعة كربلاء

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

إقرار المقوم اللغوي

أقر أني قرأت أطروحة الدكتوراه الموسومة بـ (عقد الاستشفاء الطبي – دراسة مقارنة–) المقدمة من قبل الطالبة (هويدا عبدالله ابراهيم) إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء، وقد وجدتها صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية، بعد أن أخذت الطالبة بالملاحظات المسجلة على متن الأطروحة.

مع التقدير . . .

التوقيع:

الاسم: م. د صلاح مهدي جابر

الاختصاص العام: اللغة العربية

الاختصاص الدقيق: اللغة

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الاطروحة الموسومة بـ (عقد الاستشفاء الطبي "دراسة مقارنة")، وناقشنا الطالبة (هويدا عبدالله ابراهيم) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الدكتوراه في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة ( ).

التوقيع :

الاسم: أ.د. عادل شمران حميد

(رئيساً)

التاريخ ١٩/ ٨/ 2024

التوقيع :

الاسم: أ.د. اشواق عبد الرسول

(عضواً)

التاريخ: / / 2024

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. عبدالله عبد الأمير طه

(عضواً)

التاريخ: / / 2024

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. عقيل كريم زغير

(عضواً)

التاريخ: ١٢/ ١٢/ 2024

التوقيع :

الاسم : أ.م.د. ايناس مكي عبد نصار

(عضواً)

التاريخ : / / 2024

التوقيع :

الاسم : أ.د. علي شاكر عبدالقادر

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ : / / 2024

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.د. علاء إبراهيم محمود الحسيني

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: ١٧/ ١/ 2024

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الإهـداء

بسـم الله الرحمن الرحيـم

((وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا))

الآية (٢٤) من سورة الاسراء

والداي العزيزان اهدي ثواب هذا العمل الى روحيكما الطاهرة براً واحساناً

شمسي وسندي

سكوني وامانـي الابدي

نفسي . . . وفلذة كبدي . . . ولدي مسلـم

لك اهدي كل جهدي

هويـــدا

الشكر والثناء

اول الشكر وآخره اتقدم به الى المنعم الباري الله عز وجل، فلولا رعاية ربي وحده وبركات توفيقه في كل خطواتي ماكنت سأصل الى هذا المقام ، فلك الحمد ولك الشكر يا الله اولا واخرا دائما وابدا على عظيم عطاياك وجميل نعمك واحسانك.

قال الإمام علي بن الحسين زين العابدين (عليه السلام) في حَقُّ المُعلِّم :

{وَحَقَّ سَائِسِك بالتعلم ، التَّعْظِيمُ له ، والتَّوْقِيرُ لِمَجْلِسِهِ وَحُسْنُ الاِسْتِمَاعِ إِلَيْهِ وَالْإِقْبَالُ عَلَيْهِ ، وَأَنْ لَا تَرْفَعَ عَلَيْهِ صَوْتِك ولا تجيب أَحَداً يَسْأَله عَنْ شَيْءٍ يَكُونُ هُوَ الَّذِي يُجِيبُ وَلَا تُحَدِّثَ فِي مَجْلِسِهِ أَحَداً ، وَلَا تَغْتَابَ عِنْدَهُ أحداً ، وأن تدفع عنه إذا ذُكِرَ عِندَكَ بِسُوءٍ ، وأن تستر عيُوبَه وَتُظْهِرَ مَناقِبَهُ وَلَا تُجَالِسَ عَدُوَّهُ ، وَلَا تُعَادِيَ لَهُ وَلِيَا ، فَإِذَا فَعَلْتَ ذَلِكَ شهدَتْ لَك مَلائِكَةُ اللهِ بِأَنَّكَ قَصَدْتَهُ وَتَعَلَّمتَ عِلْمَهُ اللَّهِ عَزَّ وجَلْ لا للناس }.

ولذلك لا يسعني الا ان أتوجه بخالص الشكر والتقدير والاحترام إلى استاذي الفاضل الدكتور (علي شاكر عبد القادر البدري) لكل ما قدمه لي من متابعة ورعاية، ورحابة صدر وتوجيهات علمية واسداء الملاحظ القيّمة التي اغنيت بها هذه الاطروحة... فله جزيل الشكر والامتنان، ولا املك سوى الدعاء له بالخير والعافية، ومزيدًا من العطاء والتقدم.

كما يسرني ان اتقدم بالشكر الى اعضاء لجنة المناقشة الموقرة، لقبولهم مهمة الاطلاع على هذه الاطروحة، وتحملهم عناء السفر والحضور وتقييم الاطروحة واسداء التوجيهات والملاحظ كي تظهر الاطروحة بأفضل ما يكون ، والتي ستبقى بصمة علمية راقية افتخر بها.

واوجه شكري وتقديري الى كل من المقوم اللغوي والمقومين العلميين ، لما قدموه من ملاحظ جديرة بالتوثيق لتقويم افكار الاطروحة وزيادة في رصانتها.

كما ادين بالفضل والعرفان لجميع اساتذتي في كلية القانون - جامعة كربلاء منذ بداية مسيرتي العلمية في البكالوريوس وحتى هذه اللحظة، فشكرا جزيلا لمساندتهم لي في كل وقت.

والشكر موصول الى ادارة وموظفي مكتبة كلية القانون في جامعة كربلاء ، وموظفي مكتبات العتبات المقدسة في كربلاء والنجف ، وكل من يسر لي الحصول على مصادر اطروحتي، وكل من دعمني ولو بدعوة صادقة في ظهر الغيب.

الباحثــة

قائمة المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	١ ـ ٧
الباب الأول: مفهوم عقد الاستشفاء الطبي	٨ ـ ١٣٦
الفصل الأول: ماهية عقد الاستشفاء الطبي	١٠ ـ ٦٩
المبحث الأول: التعريف بعقد الاستشفاء الطبي	١١ ـ ٤٧
المطلب الأول: تعريف عقد الاستشفاء الطبي	١٣ ـ ١٨
الفرع الأول: التعريف اللغوي للاستشفاء	١٤ ـ ١٥
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي لعقد الاستشفاء الطبي	١٥ ـ ١٨
المطلب الثاني: خصائص عقد الاستشفاء الطبي	١٨ ـ ٣٤
الفرع الأول: الخصائص العامة لعقد الاستشفاء الطبي	١٨ ـ ٢٦
الفرع الثاني: خصوصية عقد الاستشفاء الطبي	٢٦ ـ ٣٤
المطلب الثالث: أشخاص عقد الاستشفاء الطبي	٣٤ ـ ٤٧
الفرع الأول: الأطراف المتعاقدة	٣٤ ـ ٣٧
الفرع الثاني: تابعوا المتعاقد	٣٧ ـ ٤٢
الفرع الثالث: الخلف العام والخلف الخاص والغير عن العقد	٤٢ ـ ٤٧
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الاستشفاء الطبي وتمييزه مما يشتبه به	٤٨ ـ ٦٩
المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد الاستشفاء الطبي	٤٨ ـ ٦٢
الفرع الأول: عقد الاستشفاء الطبي من العقود الواردة على العمل	٤٩ ـ ٥٨
الفرع الثاني: عقد الاستشفاء الطبي عقد مركب ذو طبيعة خاصة	٥٨ ـ ٦٢
المطلب الثاني: تمييز عقد الاستشفاء الطبي مما يشتبه به من عقود	٦٢ ـ ٧٠
الفرع الأول: عقد الاستشفاء الطبي وعقد العلاج الطبي	٦٢ ـ ٦٥
الفرع الثاني: عقد الاستشفاء الطبي وعقد الفندقة	٦٥ ـ ٦٩
الفصل الثاني: أركان عقد الاستشفاء الطبي	٧٠ ـ ١٣٦
المبحث الأول: ركن الرضا في عقد الاستشفاء الطبي	٧١ ـ ١٠٥
المطلب الأول: رضا المريض في عقد الاستشفاء الطبي	٧١ ـ ٩٢
الفرع الأول: خصوصية رضا المريض في عقد الاستشفاء الطبي	٧٢ ـ ٧٦
الفرع الثاني: وجود إرادة حرة مستنيرة	٧٦ ـ ٨١
الفرع الثالث: صحة الرضا	٨١ ـ ٩٢
المطلب الثاني: استثناءات الحصول على رضا المريض	٩٢ ـ ١٠٣
الفرع الأول: حالة الضرورة	٩٢ ـ ٩٧
الفرع الثاني: حالة الاستعجال الطبي	٩٧ ـ ١٠١
الفرع الثالث: رعاية المصلحة العامة	١٠١ ـ ١٠٣

المطلب الثالث: رضا المستشفى الخاص	١٠٣ ـ ١٠٥
المبحث الثاني: ركنَيْ المحل والسبب في عقد الاستشفاء الطبي	١٠٦ ـ١٣٦
المطلب الأول: المحل في عقد الاستشفاء الطبي	١٠٨ ـ ١١٨
الفرع الأول: أن يكون المحل موجوداً أو ممكن الوجود	١١٠ ـ ١١٢
الفرع الثاني: أن يكون المحل معيناً بشكل ينفي الجهالة الفاحشة	١١٢ ـ ١١٣
الفرع الثالث: أن يكون المحل مشروعاً	١١٣ ـ ١١٨
المطلب الثاني: نطاق المحل في عقد الاستشفاء الطبي	١١٨ ـ ١٢٩
الفرع الأول: تعريف الأعمال الطبية	١١٩ ـ ١٢٤
الفرع الثاني: الأعمال الطبية والأعمال العلاجية	١٢٤ ـ ١٢٧
الفرع الثالث: صور الأعمال الطبية	١٢٧ ـ ١٢٩
المطلب الثالث: السبب في عقد الاستشفاء الطبي	١٢٩ـ ١٣٦
الفرع الأول: تعريف السبب واهم النظريات التي قيلت فيه	١٢٩ ـ ١٣٣
الفرع الثاني: شروط السبب	١٣٣ ـ ١٣٦
الباب الثاني: أحكام عقد الاستشفاء الطبي	**١٣٧ ـ ٢٦٧**
الفصل الأول: الالتزامات الناشئة عن عقد الاستشفاء الطبي	١٣٩ ـ ١٨٢
المبحث الأول: التزامات المريض في عقد الاستشفاء الطبي	١٤٠ ـ ١٥٠
المطلب الأول: التزام المريض بالتعاون مع الطبيب والإدارة	١٤٠ ـ ١٤٦
الفرع الأول: التزام المريض بالتعاون مع الطبيب	١٤٠ ـ ١٤٦
الفرع الثاني: التزام المريض بالتعاون مع الإدارة	١٤٦
المطلب الثاني: الالتزام بدفع المقابل المالي	١٤٧ ـ ١٥٠
الفرع الأول: طبيعة المقابل المالي	١٤٧ ـ ١٤٩
الفرع الثاني: نظام الدفع	١٤٩ ـ ١٥٠
المبحث الثاني: التزامات المستشفى الخاص	١٥٠ ـ ١٨٢
المطلب الأول: التزام المستشفى الخاص ببذل عناية	١٥١ ـ ١٥٩
الفرع الأول: التزام الطبيب ببذل عناية	١٥١ ـ ١٥٦
الفرع الثاني: موقف التشريع والقضاء من التزام الطبيب ببذل عناية	١٥٦ ـ ١٥٩
المطلب الثاني: التزام المستشفى بتحقيق نتيجة	١٥٩ ـ ١٨٢
الفرع الأول: الالتزام بضمان سلامة المريض	١٦٠ ـ ١٦٥
الفرع الثاني: الالتزام بالسرية	١٦٥ ـ١٦٨
الفرع الثالث: الالتزام بالتبصير	١٦٨ ـ ١٧٢
الفرع الرابع: الالتزام المترتب على نقل الدم	١٧٢ ـ ١٧٦
الفرع الخامس: الالتزام بصحة نتائج التحاليل الطبية	١٧٦ـ ١٧٩
الفرع السادس: الالتزام بالإيواء وحفظ ممتلكات المريض	١٨٠ ـ ١٨٢

الفصل الثاني: المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بعقد الاستشفاء الطبي	١٨٣ ـ ٢٦٧
المبحث الأول: أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بعقد الاستشفاء الطبي	١٨٤ ـ ٢١١
المطلب الأول: أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المستشفى الخاص بعقد الاستشفاء الطبي في فرنسا	١٨٥ ـ ١٩٥
الفرع الأول: المسؤولية على أساس الخطأ الواجب الإثبات	١٨٦ ـ ١٨٨
الفرع الثاني: المسؤولية على أساس نظرية الخطأ المفترض	١٨٨ ـ ١٩٠
الفرع الثالث: المسؤولية على أساس النظرية الموضوعية	١٩٠ ـ ١٩٥
المطلب الثاني: أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المستشفى الخاص بعقد الاستشفاء الطبي في مصر والعراق	١٩٦ ـ ٢٠٠
الفرع الأول: أساس المسؤولية الطبية في مصر	١٩٦ ـ ١٩٨
الفرع الثاني: أساس المسؤولية الطبية في العراق	١٩٩ ـ ٢٠٠
المطلب الثالث: أساس مسؤولية المستشفى الخاص عن خطأ الطبيب	٢٠٠ـ ٢١١
الفرع الأول: أساس مسؤولية المستشفى الخاص عن خطأ الطبيب الموظف	٢٠١ ـ ٢٠٥
الفرع الثاني: أساس مسؤولية المستشفى الخاص عن خطأ الطبيب غير الموظف	٢٠٥ ـ ٢١١
المبحث الثاني: إخلال المستشفى الخاص بعقد الاستشفاء الطبي	٢١١ ـ ٢٦٧
المطلب الأول: دعوى المسؤولية	٢١١ ـ ٢٢٣
الفرع الأول: أطراف دعوى المسؤولية	٢١٢ ـ ٢١٥
الفرع الثاني: شروط دعوى المسؤولية	٢١٥ ـ ٢٢١
الفرع الثالث: تقادم دعوى المسؤولية	٢٢١ ـ ٢٢٣
المطلب الثاني: إثبات المسؤولية الطبية ووسائل دفعها	٢٢٣ ـ ٢٤٢
الفرع الأول: إثبات المسؤولية الطبية	٢٢٤ ـ ٢٣٤
الفرع الثاني: وسائل دفع المسؤولية	٢٣٥ ـ ٢٤٢
المطلب الثالث: أثر المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المستشفى الخاص بعقد الاستشفاء الطبي	٢٤٣ ـ ٢٦٧
الفرع الأول: التعويض	٢٤٣ ـ ٢٥٥
الفرع الثاني: تقدير التعويض والتأمين من المسؤولية الطبية	٢٥٥ ـ ٢٦٧
الخاتمة	٢٦٨ ـ ٢٧٦
المصادر	٢٧٧ ـ ٣٠٥
الملاحق	٣٠٦ ـ ٣٠٨
Summary	A - B

المستخلص

لا شكّ أنّ دور المستشفيات الخاصة يزداد أهميةً يوما بعد يوم نظرا لما تسهم به لتطوير الواقع الصحي، وذلك بسبب ما تملكه من امكانات ضخمة وتقنيات متقدمة مادية وبشرية، الأمر الذي يشجع الأفراد على الإقبال الى تلك المستشفيات وتلقي احدث وسائل العلاج والراحة ، فتبدأ العلاقة بين المريض والمستشفى الخاص بموجب عقد وهو عقد الاستشفاء الطبي الذي يبرمه المريض أو من ينوب عنه والمستشفى الخاص، ومحله الاعمال الطبية على جسم الإنسان يلتزم بمقتضاه المستشفى ببذل عناية أو تحقيق غاية بحسب طبيعة العمل الطبي بعد الحصول على الرضا الحر المستنير بمقابل أومن دون مقابل.

ويمتاز عقد الاستشفاء الطبي بخصوصية تميزه عن باقي العقود، وتظهر أهميته بالدرجة الأولى بسبب تلك الخصوصية كونه يرد على جسم الإنسان، وما يتمتع به هذا الجسد من حرمه ومعصومية توجب الحصول على الموافقة الحرة والرضا المستنير للمريض في اي مرحلة وقبل اي تدخل علاجي جديد ، وهذا يجعل من التصرفات التي ترد عليه في اضيق الحدود، وعلى الرغم من خصوصيته وأهميته تلك، فإنه لم ينل اهتمام المشرع العراقي بتنظيم احكامه ضمن تشريع طبي خاص، او حتى شراح القانون، الامر الذي جعل من عقد الاستشفاء الطبي عقدا محاطا بهالة من الغموض والضبابية بسبب عدم معرفة طبيعته القانونية الخاصة أو ردّها الى عقد من العقود المسماة ، كما انعكس ذلك الامر من عدم التنظيم الى عدم تحديد الالتزامات التي تقع على اطرافه ، ومدى كل التزام على حده ان كان التزاما ببذل عناية او التزام بتحقيق نتيجة ، ولعل هذا هو أحد أهم الاسباب التي دعتنا الى البحث في هذا الموضوع، اذ تبين لنا ان عقد الاستشفاء هو عقد غير مسمى ومن العقود المركبة وله طبيعته الخاصة التي تميزه عن باقي العقود ، كما ان خصوصيته تنبعث من كونه يرد على جسم الانسان ويطغى عليه الطابع الانساني ،ويقوم على الثقة بين طرفيه غير المتكافئين، فالتفاوت المعرفي بين طرفيه اثقل كاهل المريض المتضرر ذي الامكانات والمعرفة المحدودة بعلوم الطب لإثبات الخطأ الذي صدر عن المستشفى أو أحد تابعيه، ولم تكن النصوص القانونية ذات العلاقة والقواعد العامة كافية لتخفيف العبء عن المريض وحصوله على تعويض كامل يجبر ما اصابه من ضرر.

واستنادا الى كل ما سبق ذكره فقد انصبت الدراسة لبيان مفهوم عقد الاستشفاء الطبي وتفصيل لأحكامه، آملين ان تكون هذه الدراسة بوابة لبداية تشريع قانون خاص للمسؤولية الطبية، وينظم من خلالها احكام خاصة بعقد الاستشفاء الطبي.

المُقدِّمة

المقدمـة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسولنا الكريم سيدنا محمد الذي هدى الله به كل حائر، واحيا به معالم الاسلام والشعائر، وعلى آل بيته الطيبين الطاهرين .. وبعد

تعد مهنة الطب من انبل المهن الانسانية على مرّ التاريخ، وهي مهنة أخلاقية وعلمية قديمة قدم الانسان، اكسبتها الحقب المتعاقبة تقاليداً والتزامات تحتم على من يمارسها ان يحترم الروح البشرية والذات الإنسانية ، وان يكون مثلاً اعلى في سلوكه ومعاملته، نزيهاً ومخلصاً في عمله، ويسعى للمحافظة على ما اؤتمن عليه من أرواح الناس وأعراضهم.

وللتقديم بموضوع البحث الموسوم بـ (عقد الاستشفاء الطبي) سنقسم هذه المقدمة على الفقرات الآتية:

أولاً- التعريف بموضوع الدراسة:

بعد ان شهد العالم في العصر الحديث التحولات والتطورات في مختلف الميادين الاقتصادية والصناعية والاجتماعية ، وتوجه معظم الدول نحو تحرير الاقتصاد وتطبيق مبادئ الرأسمالية ، قامت الكثير من هذه الدول بهدف تنفيذ سياسات اقتصادية وتطبيق لخطط التنمية المختلفة الى تخويل القطاع الخاص للقيام بأنشطة اقتصادية مختلفة ، ومنها الدخول الى القطاع الصحي، فظهرت المؤسسات الصحية الخاصة متمثلة بالعيادات والمستشفيات والمراكز العلاجية المتخصصة ، وكان لها اثر كبير في اصلاح الاحوال السيئة للمؤسسات الصحية التابعة للدولة من جهة ، وما تمتلكه هذه المؤسسات من امكانات فنية عالية وعلمية مميزة جعلت من الأفراد التوجه اليها وتفضيلها على المؤسسات الصحية العامة من جهة اخرى، الامر الذي ادى الى تعاظم دور المؤسسات الصحية الخاصة ، والعمل على تطويرها بما يخدم المجتمع.

وقد شهد العراق فتح العديد من المؤسسات الصحية الخاصة، ومنها المستشفيات الخاصة التي تمتاز بوجود كفاءات طبية وعلى مستوى عالٍ من العلم والمعرفة، سواء من داخل البلد ، أو الزيارات الدورية للأطباء الجراحين والمختصين من خارج البلد ، فضلا عن امكاناتها المادية المتمثلة بتوفير الاجهزة الطبية الحديثة والمتطورة، وان لجوء المريض إلى المستشفيات الخاصة لغرض تلقي العلاج وعمل الفحوصات وإجراء العمليات الجراحية فيها يكون بناء على عقد ولو ضمني بينه وبين إدارتها، وهذا العقد هو(عقد الاستشفاء الطبي)، وهو الذي يحكم العلاقة التعاقدية بينهما في اطار القانون الخاص.

ثانياً- أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تكمن أهمية البحث في موضوع عقد الاستشفاء الطبي عن طريق تماسه المباشر مع شرائح المجتمع كافة اولاً، واتصاله بحياة الانسان وسلامته الجسدية ثانياً ، فمن منطلق الحفاظ على حياة الانسان، وحقه في عدم سلبها منه او المساس بجسمه دون رضاه، وتوفير اقصى وسائل العناية والرعاية الصحية والعمل على تنظيمها بتشريعات صحية ،سعت حكومات الدول على مدى العصور الى تكريس هذا الحق ونصت عليه بصورة مباشرة في دساتير العديد من الدول، ومنها دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ في المادة (١٥)، فقد نصت على أن : ((لكل فرد الحق في الحياة والامن والحرية، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق او تقييدها الا وفقا للقانون، وبناء على قرار صادر من جهة قضائية مختصة))، كذلك المادة (٣١) منه نصت على: ((اولا:- لكل عراقي الحق في الرعاية الصحية، وتعنى الدولة بالصحة العامة، وتكفل وسائل الوقاية والعلاج بإنشاء مختلف انواع المستشفيات والمؤسسات الصحية، ثانيا:- للأفراد والهيئات انشاء مستشفيات او مستوصفات او دور علاج خاصة، وبإشراف من الدولة، وينظم ذلك بقانون)).

وجاء اختيارنا لدراسة عقد الاستشفاء الطبي بسبب أهميته المتعلقة بصحة الأفراد وأرواحهم من جهة، وعدم تسليط الضوء من قبل المشرع العراقي على هذه العلاقة من جهة اخرى ، فعدم كفاية النصوص القانونية التي تؤمن للطرف الضعيف فيها (المريض)الحماية القانونية الكاملة عما يصيبه من اضرار، وما يلحقه من ضياع لحقه بالتعويض الكامل لجبر الضرر، فضلا عن ذلك قصور الاحكام التي تنظم العلاقة بين طرفيه غير المتكافئين فنيا وعلميا ، والتي تناثرت بين العديد من القوانين المدنية والصحية لعدم وجود تشريع صحي خاص بالمسؤولية الطبية ، كل هذه الاسباب حملتنا الى اختيار هذا الموضوع لعدم وجود دراسات فقهية متكاملة تجمع شتات هذا العقد او تبين لنا ماهيته وطبيعته، في محاولة لدراسة هذا العقد بجوانبه كافة والعلاقة التي تربط المريض بالمستشفى الخاص.

ثالثاً- إشكالية الدراسة:

تظهر اشكالية الدراسة في موضوع عقد الاستشفاء الطبي في جانبين ، الأول هو الجانب النظري، والثاني هو الجانب العملي، ففيما يتعلق بالجانب النظري فإن الفراغ التشريعي فيما يتعلق بتنظيم قانوني موحد للمسؤولية الطبية بصورة عامة ، وبعقد الاستشفاء والعلاقة التي تربط المريض بالمستشفى الخاص بصورة خاصة، أدى الى الجهل بهذا العقد والقواعد القانونية التي تحكمه، إذ أنّ التشريعات الصحية في العراق تضمنت احكاماً متفرقةً وعامة فيما يتعلق بعلاقة المريض مع المستشفى الخاص، كما لا يمكن الركون الى القواعد العامة في جميع احكام هذا العقد، ذلك لأنه عقد قائم بذاته ويمتاز بخصوصيته وطبيعته التي تميزه عن باقي العقود؛ لأنه يرد على

جسم الانسان وما يتمتع به هذا الجسد من حرمه ومعصومية توجب الحصول على الموافقة الحرة والرضا المستنير للمريض في اي مرحلة وقبل اي تدخل علاجي جديد ، وهذا يجعل من التصرفات التي ترد عليه في اضيق الحدود، فضلا عن ذلك فان عبء الاثبات الذي يقع على المدعي المتضرر (المريض) وفقاً للقواعد العامة في الاثبات؛ يثقل كاهل المريض ويصعب عليه في احيان كثيرة اثبات حقه ، فيفقد نتيجة ذلك حقه في التعويض، وان مرد ذلك عادة هو التفاوت المعرفي وضعف الخبرة في اثبات الخطأ الطبي الذي يصعب تحديده الا من لدن خبراء في هذا المجال، الأمر الذي يستلزم معه تنظيم عقد الاستشفاء بنصوص قانونية خاصة تتلاءم مع الطبيعة الخاصة لهذا العقد.

اما الجانب العملي فإن عدم كفاية الحماية القانونية لأطراف العقد (ولا سيما المريض) ، أسفر عن عدم حصول المتضرر على تعويض كامل يجبر ضرره بسبب الخطأ الطبي الذي أصابه تارةً، وفي أحيان أخرى يتحمل اصابته ويبقى من دون تعويض اصلا، إذ أن جهل العامة من الأفراد بمعظم الحقوق التي يحميها القانون لهم، والجهل بكيفية استردادها والحصول على تعويض يجبر الضرر الحاصل، يكون بسبب عدم معرفته بالنصوص التشريعية التي تحميه من جهة ، وقلة خبرته بالمسائل الطبية والتقنية وما يصاحبها من تقدم وتطور في وسائل العلاج والاجهزة الطبية المستحدثة من جهة اخرى، فكثير من الأخطاء الطبية التي يتم التكتم عليها لعدم دراية المريض بمهنة الطب، وجهله بتفاصيل مرضه؛ ذلك لأن معظم المداخلات العلاجية لها مضاعفات يمكن (التذرع)بها، الامر الذي اصبح فيه التدخل ضرورياً لدرء الممارسات الخاطئة.

رابعاً- تساؤلات الدراسة :

يثير موضوع الدراسة العديد من التساؤلات سنحاول الاجابة عنها في متن الاطروحة، وهي:

١- ماالمقصود بعقد الاستشفاء الطبي ؟ وماهي اهم خصائصة؟

٢- ماهو نطاق عقد الاستشفاء الطبي من حيث الاشخاص؟

٣- ماهي الطبيعة القانونية لعقد الاستشفاء الطبي ؟ وهل يشتبه مع بعض العقود القريبة منه لدرجة تطبيق نفس الاحكام القانونية عليه ،أم انه عقد مستقل وذو طبيعة خاصة؟

٤- هل ان الالتزام بأخذ الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض قبل اجراء اي تدخل طبي واجبه عند انعقاد العقد فقط؟ ام في كل مرة يستدعي فيها العمل الطبي اجراء تدخل طبي جديد؟

٥- ان رضا المريض في عقد الاستشفاء الطبي هو احد اركان هذا العقد ، الا ان هناك حالات خاصة كدخول المريض في غيبوبة وحراجة الحالة الصحية له وضرورة اتخاذ مايلزم لانقاذ حياته ، فهل هناك استثناءات من الحصول على رضا المريض؟

٦- ماهي الالتزامات المترتبة على طرفي عقد الاستشفاء الطبي؟ وهل جميعها من طبيعة واحدة ، ام ان هناك التزامات ببذل عناية واخرى بتحقيق غاية؟

٧- ماهو اساس مسؤولية المستشفى الخاص عن الاخلال بعقد الاستشفاء الطبي،وماهو الفرق في اساس المسؤولية عن خطأ الطبيب الموظف في المستشفى والغير موظف فيه؟

٨- هل ان الاحكام والقواعد العامة في القانون المدني العراقي كفيلة بحماية المريض المتضرر من خطأ المستشفى وتيسير حصوله على تعويض كامل لجبر الضرر، ام اصبح تشريع قانون خاص للمسؤولية الطبية ضرورة ملحة لتنظيم العلاقة بين المريض وبين ادارة المستشفى الخاص وحماية حقوق الطرفين؟.

خامساً- صعوبات البحث في الموضوع:

واجهنا في رحلة البحث عن موضوع (عقد الاستشفاء الطبي) بعض الصعوبات التي استعنا بالله عليها محاولة منا لتجاوزها أو التخفيف من حدتها، ومن تلك الصعوبات:

١- لاقى البحث صعوبة في أسلوب المقارنة بين موقف مشرعنا العراقي، والتشريعات محل المقارنة، إذ لا يوجد لدينا قانون خاص للمسؤولية الطبية ، فكان هذا الامر دافعا لرجوعنا إلى قوانين مختلفة كالقانون المدني العراقي وقانون الصحة العامة وقانون تأسيس المؤسسات الصحية الخاصة الاتحادي وقانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها واخلاقيات مهنة الطب وغيرها .

٢- عدم وجود دراسة متخصصة بعقد الاستشفاء الطبي، وقلة الدراسات التي تتعلق بجوانب الموضوع ومفاصله الثانوية.

٣- ثمة قلة في دعاوى المسؤولية الطبية وعلى الاخص في العراق ، وندرة الاحكام القضائية في موضوع البحث ، إذ أن الدعاوى المسجلة لدى المحاكم في العراق ما زالت محدودة العدد وقليلة، وبحسب ما بدا لنا من خلال مسيرة البحث فإن ذلك يرجع لعدة عوامل أبرزها:

أ- القبول الاجتماعي بنتائج المعالجة انطلاقا من الإيمان الراسخ بالقضاء والقدر خيره وشره، والإيمان بفكرة القدر المحتوم بحصول الموت إن كان في سرير العمليات أم في سرير داره ، ومع تسليمنا

الكامل بأن الآجال بيد الخالق وحده، الّا أن أغلب الناس لا يعزون السبب في الوفاة الى وجود خطأ طبي يترتب عليه المسؤولية ان توافرت اركانها ، فيعزف أغلبهم عن إقامة الدعاوى.

ب- جهل بعض الافراد بان سبب الوفاة هو الخطأ الطبي ، بسبب قلة معرفتهم بعلم الامراض وطرائق العلاج والتذرع بان معظم المداخلات الطبية والعلاجية لها مضاعفات يصعب بوجودها التمييز بينها وبين الخطأ الطبي ، فضلا عن الجهل بحقوقهم التي يحميها القانون الامر الذي يحول دون إقامة مثل هذه الدعاوى والمطالبة القضائية.

ت- في بعض الأحيان يتواطأ الأطباء فيما بينهم بعدم تحميل أي زميل لهم نتائج ما ارتكبه من أخطاء بحكم انه من ابناء مهنتهم، وكثيرا ما تكتفي لجان الانضباط التابعة لنقابة الاطباء بإيقاع العقوبات الانضباطية فقط على الاطباء الذين يرتكبون المخالفات الطبية، على الرغم من ان الصلاحية الممنوحة لهذه اللجان وفقا لأحكام قانون نقابة الاطباء تمكنهم من إحالة المخطئ الى المحكمة المختصة.

ث- التحفظ الشديد لدى معظم المستشفيات الخاصة بأن لا يسجل عليها حكم قضائي يقضي بحصول ضرر للمريض داخل المستشفى بسبب تقصيرها في الاشراف والرقابة واختيار الاطباء الاكفاء ، الامر الذي ينعكس سلبا على سمعة المستشفى واقبال المرضى والمراجعين اليها، فتعمد بذلك الى سلك السبل كافة لأجل عدم وصول الدعوى الى سوح القضاء والعمل على تسويتها ودياً.

ج- عدم فعالية أجهزة الرقابة والإشراف سواء أكان ذلك في القطاع الحكومي أم في القطاع الخاص ، وضعف دور تمثيل وزارة الصحة داخل المستشفيات الخاصة.

ح- عدم كفاية وملائمة التعويضات المقضي بها جراء الخطأ الطبي ، لاسيما التعويض عن الأضرار الأدبية ،الامر الذي يقيد المريض المتضرر ويمنعه من اقامة دعوى قد يخسر في متابعتها اكثر مما يقضى له بتعويض عما اصابه من ضرر.

خ- وقوع الصلح والتراضي أو التنازل والذي يحول دون الوصول الى النتيجة النهائية في الدعوى .

سادسًا- نطاق الدراسة :

يتحدد نطاق الدراسة في موضوع عقد الاستشفاء الطبي في نظرية العقد والمسؤولية المدنية ، باعتبار ان اطرافه (المريض او من ينوب عنه وادارة المستشفى الخاص)هم اشخاص القانون الخاص، وقد اتجهت ارادتهم الحرة الى ابرام هذا العقد ، كما اننا سوف نبحث في مسؤولية المستشفى الخاص الناشئة عن الاخلال بعقد الاستشفاء الطبي، لأنه الطرف الذي يقع عليه الجانب الاكبر من الالتزامات تجاه المريض، وما يترتب على هذه المسؤولية من اثار.

سابعاً- منهجية الدراسة:

اتبعنا في الدراسة محل البحث على المنهج التحليلي المقارن، اذ سيكون القانون العراقي هو اساس المقارنة مع القانون المصري والقانون الفرنسي، وما يتعلق به موضوع البحث من تشريعات مدنية وقوانين صحية في العراق والدول محل المقارنة، بالإضافة الى بيان اراء الفقه وموقف القضاء، فضلا عن المقارنة ببعض تشريعات الدول العربية والاجنبية في الهامش على سبيل الاستئناس، كذلك سوف نعتمد المنهج التحليلي الذي يقوم بالأساس على تحليل الآراء الفقهية ومناقشتها مع الترجيح واستخلاص النتائج العلمية منها، مع تحليل وتقييم لبعض النصوص القانونية في القواعد العامة او حتى النصوص في القوانين الصحية الخاصة، وبيان مدى كفايتها للتطبيق على عقد الاستشفاء الطبي.

ثامناً- خطة الدراسة:

سوف نقوم بتوزيع الدراسة في موضوع عقد الاستشفاء الطبي على بابين، الباب الاول بعنوان مفهوم عقد الاستشفاء الطبي وبدوره سيكون مقسم على فصلين، نخصص الاول في بيان ماهية عقد الاستشفاء الطبي، اما الفصل الثاني سنبحث في اركان عقد الاستشفاء الطبي، واما الباب الثاني فسوف نتناول فيه احكام عقد الاستشفاء الطبي وذلك في فصلين ، نخصص الاول لبيان الالتزامات الناشئة عن عقد الاستشفاء الطبي ، اما الفصل الثاني سنفرده للبحث في المسؤولية المدنية الناشئة عن الاخلال بعقد الاستشفاء الطبي ، ثم نختم الدراسة لتوثيق اهم ما توصلنا اليه من نتائج ، وطرح لما نراه ضروريا من مقترحات.

الباب الأول

مفهوم عقد الاستشفاء الطبي

الباب الأول

مفهوم عقد الاستشفاء الطبي

تمهـيد وتقسيم:

إنَّ دخول القطاع الخاص للمجال الطبي أسفر عن ظهور علاقات قانونية ومفاهيم جديدة لم تكن معروفة قبل استحداث المستشفيات الخاصة، ويعد عقد الاستشفاء الطبي هو العلاقة الأبرز، فهو يربط بين المريض من جهة وبين المستشفى الخاص من جهة أخرى.

لذلك تُعدّ دراسة مفهوم عقد الاستشفاء الطبي مسألة في غاية الأهمية، تقودنا لإجلاء الغموض الذي يدور حول هذا العقد، وذلك لطبيعته الخاصة، ومساسه المباشر بحياة الإنسان وصحته، فضلاً عن ذلك فإن البعض من الفقهاء وشراح القانون قد خلط بين عقد الاستشفاء الطبي وبين بعض العقود القريبة منه، على الرغم من أن عقد الاستشفاء الطبي قد يلتبس في بعض جوانبه مع هذه العقود، إلا أن هذا لا يعني التطابق بينها، فعقد الاستشفاء الطبي يمثل العلاقة بين المريض أو من ينوب عنه وبين المستشفى الخاص ، وهو كبقية العقود في القانون الخاص وليد الإرادة الحرة، وينعقد بتوافر أركانه الثلاث من رضا ومحل وسبب، إلا انه عقد قائم بذاته ولا يندرج تحت أي عقد من العقود المسماة في القانون المدني، وله سماته الخاصة التي تميزه عن باقي العقود، فهو يختلف عن عقد العلاج الطبي مثلا -كونه العقد الأقرب إلى عقد الاستشفاء الطبي- الذي تكون العلاقة فيه بين المريض أو من ينوب عنه وبين الطبيب ، فهما يشتركان في الغاية وبعض الخصائص إلا أنهما يختلفان في عدة وجوه.

لذلك يجدر بنا أن نتعرض إلى بحث ماهية عقد الاستشفاء الطبي، عن طريق التعريف بهذا المصطلح لغة، وتسليط الضوء على رأي الفقه القانوني في بيان تعريفه اصطلاحا، لتحديد العناصر الأساسية التي يرتكز عليها هذا العقد، وبيان الخصائص التي يختص بها ،فضلا عن أهمية تحديد اطراف العقد وأشخاصه، وبيان طبيعته القانونية ، وتمييزه مما يشتبه به من عقود، لنتمكن من الوصول إلى معرفة أحكامه ، وكذلك تحديد الأركان التي يقوم عليها العقد.

واستناداً الى ما تقدم ستكون خطة هذا الباب مقسمة على فصلين :

الفصل الأول: ماهية عقد الاستشفاء الطبي.

الفصل الثاني: أركان عقد الاستشفاء الطبي.

الفصل الأول

ماهيّة عقد الاستشفاء الطبي

ان للجسد الإنساني حصانة إلّهية وتشريعية تجعل المساس به مقيداً بأحكام خاصة ، وما لهذا الجسد من حرمة ومعصومية تجعل من التصرفات الواردة عليه محدودة في نطاق مشروع ومن دون انتهاك، وعقد الاستشفاء الطبي المبرم مابين المريض وادارة المستشفى الخاص هو احد التصرفات التي ترد على جسم الإنسان.

كما أن عقد الاستشفاء يقوم على الثقة بين طرفيه غير المتكافئين (المريض أو مَنْ ينوب عنه والمستشفى الخاص) وليس من مقتضى هذه الثقة أن يوقع المريض على بياض ليفعل به ما يشاء، إنّما هي ثقة متبادلة تفرض المصارحة والتعاون المثمر بين طرفي العقد.

وتجب الاشارة الى ان أغلب التشريعات لم تمنح هذا العقد وما يترتب عليه من احكام اهتماما بقدر الاهمية التي يتمتع بها ، فلم تضع تعريفاً لعقد الاستشفاء الطبي، وحتى غالبية الفقهاء المهتمين بالمسؤولية الطبية وتنظيمها، لم يضعوا تعريفاً جامعاً مانعاً للعقد محل البحث، وإنما سلطوا الضوء على بيان فكرة العقد او بيان اطرافه فقط، كما ان لكل عقد حدوده ونطاقه الخاص وطبيعته التي يمكن عن طريقها تحديد ذاتيته المستقلة التي تنأى به عن الاختلاط بالمفاهيم القانونية الاخرى والتي ربما تشتبه به في بعض الجوانب ، الامر الذي يقودنا الى البحث باستفاضة، ومحاولات جادة لرسم الاطار القانوني المتكامل لعقد الاستشفاء الطبي وذلك عن طريق تقسيم هذا الفصل على مبحثين :

المبحث الأول: التعريف بعقد الاستشفاء الطبي.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الاستشفاء الطبي وتمييزه مما يشتبه به .

المبحث الأول

التعريف بعقد الاستشفاء الطبي

تقدم المستشفى الخاص[1] للمريض خدمة مزدوجة تتمثل في تقديم الرعاية الصحية والعلاج اللازم له ، وخدمة فندقية طوال مدة اقامة المريض فيها ، وتبدأ هذه العلاقة منذ قيام المريض بالتوجه الى مستشفى او مركز تخصصي بناء على توجيه من طبيبه المختص بعد الكشف عليه وفحصه ونصحه له، او حتى من تلقاء نفسه، وبعد مراجعة المريض وتواصله مع الادارة ينشأ عقد بين ادارة المستشفى الخاص والمريض، وهذا العقد هو عقد استشفاء ينظم العلاقة التعاقدية بينهما ويحكمها، وعلى اثر ذلك تلتزم المؤسسة الصحية بموجب هذا العقد بتقديم العلاج والخدمات الصحية اللازمة طوال مدة اقامة المريض داخل المستشفى الخاص، كما يلتزم جميع اعضاء المؤسسة والعاملين بها بما فيهم طبيب المتابعة الذي يتولى متابعة حالة المريض الصحية تقديم كل ما يحتاج له ويسهم في علاجه، فضلاً عن ذلك يقع على عاتق المستشفى تجهيز مكان اقامة مناسب للمريض ولا سيما غرف اجراء العمليات الجراحية والتأكد الدوري لصلاحية الاجهزة الطبية قبل اي اجراء طبي، فضلا عن توفير طاقم طبي مؤهل لإجراء العمليات الجراحية الى جانب المساعدين، سواء أكانوا من الاطباء ذوي الاختصاص أم الممرضين، وتقديم الدواء والعقاقير[2] .

من هنا نجد ان العلاقة العقدية التي ينشأ بموجبها عقد الاستشفاء هي علاقة بين المريض او من ينوب عنه وبين ادارة المستشفى الخاص ، وهذه العلاقة تختلف عن علاقة المريض مع المستشفيات الحكومية، لذا كان لزاما ان نميز المستشفى الخاص من المستشفى الحكومي (العام).

([1]) ان مصطلح المستشفى الخاص او المؤسسة الصحية الخاصة اكثر دقة من مصطلح المستشفى (الأهلي)، يقال اختص فلان بالأمر وتخصص له اذا انفرد، وخَصّ غيره واختصّه؛ والخاصة من تخصه لنفسك، والخاصة خلاف العامة؛ اما الاهلي فهو المنسوب الى الاهل، والاهلي الاليف من الحيوان، والأهليّة: مؤنث الاهلي، والاهلية للأمر: الصلاحية له (انظر: لويس معلوف، المنجد في اللغة، ط٤، مطبعة غزال باران، منشورات الاسلام، طهران، ٢٠٠٦، ص٢٠. وانظر ابراهيم مصطفى واحمد حسن الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار، المعجم الوسيط –من اول الهمزة الى اخر الضاد، ط٢، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار الفكر، بيروت، ص٣٢. محمد خليل الباشا، الكافي، معجم عربي حديث، ط٤، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت، ١٩٩٩، ص١٨٣) ، اما المشرع العراقي فقد تباين في استعماله للمصطلحات، اذ ان قانون تأسيس المستشفيات الاهلية رقم (٢٥) لسنة ١٩٨٤ الملغى قد استعمل مصطلح الاهلية، وألغي هذا القانون بموجب المادة (١٦) من قانون تأسيس المؤسسات الصحية الخاصة الاتحادي رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٥، والذي عدد المؤسسات الصحية الخاصة في المادة الاولى (الفقرة/١) ومن بينها المستشفى، وحسناً فعل بتغيير المصطلح من الاهلية الى الخاصة، ولكنه عاد في المادة(١٤) من قانون تأسيس المؤسسات الصحية الخاصة النافذ باستعمال مصطلح المستشفى الأهلي، وهو تناقض نأمل من المشرع تعديله وتلافيه .

([2]) د .محمد عبدالمحسن القرشي ، المسؤولية المدنية للمؤسسات الصحية الخاصة عن اعمال الطبيب – دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، مصر، ٢٠٢٠، ص ١٢١٠.

لقد تباينت الآراء الفقهية في وضع تعريف محدد للمستشفى الخاص والمستشفى العام ، مستندين في ذلك الى معيار التمييز بينهما ، فمنهم من وضع تعريفا للمستشفى الخاص انطلاقا من معيار الاشخاص الذين اوجدوا المستشفى هل هم من الأفراد ام من جهة الادارة العامة ، وذهب رأي اخر في اعتبار المقابل المادي ، فالمستشفى الخاص هي التي يجري فيها العلاج بمقابل ، او بقصد تحقيق الربح ، اما المستشفى العام فهي التي تشرف عليها الحكومة ويكون العلاج فيها من دون مقابل ، او مقابل رسوم يسيرة [١].

وعلى اختلاف المعايير المعتمدة للتمييز بين المستشفى الخاص والعام ، فإن نظام الادارة في المستشفى العام يخضع لأحكام القانون الاداري ، ذلك انها مصالح حكومية ، واموالها اموال عامة ، وموظفوها موظفون عموميون ومسؤوليتها تخضع لقواعد القانون العام ، وعلى وجه العموم فإن الشخص المعنوي العام هو الشخص الذي يمثل الدولة أو احدى هيئاتها العامة للقيام بأعمال وانشطة تبتغي المصلحة العامة وتضطلع بممارستها بأساليب السلطة العامة ووسائلها التي لامثيل لها في اطار القانون الخاص [٢]، اما المستشفى الخاص وعلى الرغم من الاعتراف لها بالشخصية المعنوية [٣] ، وحتى بوجود اشراف ورقابة من الدولة [٤]، فإنها تظل مؤسسة خاصة غير مندمجة في الادارة العامة ولا فرعا من فروعها ، واموالها كأصل عام اموال خاصة[٥]، والهيئات التي تديرها خاصة ، ومن ثم تخضع في احكامها ومسؤوليتها لقواعد القانون الخاص.

---

[١] للمزيد انظر مؤلف الدكتور احمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن اخطاء الطبيب ومساعديه، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٧ وما بعدها. جيدور نعيمه، مسؤولية المستشفى العام في النظام القضائي الجزائري، مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل، المدرسة العليا للقضاء، ٢٠١٠، ص٥.

[٢] د سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الاداري ،الكتاب الاول ، مطبعة دار الفكر العربي ، القاهرة ،١٩٧٧، ص٩٠ وما بعدها .

[٣] نصت المادة (٤) من قانون تأسيس المؤسسات الصحية الخاصة الاتحادي العراقي رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٥ النافذ على : ((اولا- للشخص الطبيعي او المعنوي تقديم طلب الى وزارة الصحة للموافقة على تاسيس مؤسسة صحية خاصة .ثانيا – لأكثر من شخص طبيعي او معنوي وبموافقة وزارة الصحة تاسيس مؤسسة صحية خاصة على شكل شركة وفق احكام قانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧)).

[٤] نصت المادة (١٣) من القانون نفسه على : ((اولا- تحدد وسائل الرقابة والتفتيش على المؤسسات الصحية الخاصة وفق احكام قانون الصحة العامة رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١ المعدل او اي قانون اخر يحل محله
ثانيا- يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن (٢٠٠٠٠٠٠) مليوني دينار ولا تزيد (٥٠٠٠٠٠٠) خمسة ملايين دينار عن كل يوم او بإحدى هاتين العقوبتين كل من يمارس نشاطا باسم مؤسسة صحية اهلية دون الحصول على شهادة واجازة التأسيس)).

[٥] اشار قانون تأسيس المؤسسات الصحية الخاصة في المادة (٥و٦) الى امكانية الحصول على اعانة الدولة عن طريق القروض وتمليك قطعة ارض لغرض انشاء المؤسسة الصحية الخاصة، اذ نصت المادة (٥) على: ((تملك الدولة قطعة ارض مجانا لغرض المؤسسة الصحية الخاصة والمؤسسة بموجب هذا القانون في موقع مناسب بعد الحصول على موافقة وزارة الصحة)) ، ونصت المادة (٦) منه على: ((اولا- تقوم الدولة من خلال المصارف الحكومية وغير الحكومية بإقراض الشركة مبلغا لا يزيد على (٣٠%) ثلاثون من المائة من كلفة إنشائها على ان يسترد مبلغ القرض مع فوائده خلال (١٥) خمس عشرة سنة من تاريخ انتهاء السنة الثانية لتاريخ =استلام

ومن ذلك ، فان الاعتماد على تعريف محدد من خلال التمييز بين المستشفى الخاص والعام هو وجوب مراعاة ما نص عليه المشرع في هذا المجال ، فلا مساغ للاجتهاد في مورد النص الصريح ، الا في حالة غياب النص التشريعي ، فبالنسبة لقانون الصحة العامة العراقي رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١ لم يعرف المستشفى حكومية كانت أم خاصة ، كذلك قانون تأسيس المؤسسات الصحية الخاصة الاتحادي رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٥، عرف المؤسسات الصحية الخاصة بوجه عام وعدد من بينها المستشفى ، إذ نصت المادة الاولى على : ((يقصد بالتعابير التالية لأغراض هذا القانون المعاني المبينة ازاؤها : اولا : المؤسسة الصحية الخاصة : المركز الصحي الاولي او المستشفى او مركز صحي خيري او المركز التخصصي او عيادة جراحية ..)) [١].

ومن خلال الرجوع لنصوص قانون تأسيس المؤسسات الصحية الخاصة الاتحادي[٢] نستخلص تعريفا للمستشفى الخاص بانها: ((مؤسسة صحية علاجية خاصة على شكل شركة، ومؤسسة بناء على طلب من شخص طبيعي او معنوي ، يديرها فنيا طبيب لا تقل خدمته المهنية عن عشر سنوات وفق ضوابط تصدرها وزارة الصحة العامة)).

المطلب الأول

تعريف عقد الاستشفاء الطبي

ان مفهوم "الاستشفاء" كان موجودا قبل تبلور الطب بشكله الحالي، فهو فعل سابق لكل الممارسات الطبية، فطلب الإنسان لما يُخفّف آلامه مغروس في طبيعته، ونفوره مما يضعفه ويمرضه مجبول فيه.

فالاستشفاء علاقة بين طرفين: الأولُ شاكٍ، يذهب يحمل ألمه إلى طرف ثانٍ مُعالج ليخفف عنه هذه الشكوى، وتُستخدم في هذه العلاقة وسائل وأدوات متعددة، إلا أن هدفها النهائي واحد هو إزالة

القرض مع فوائده للمستشفيات فقط .ثانيا- تلتزم الشركة والمؤسسات الاهلية العراقية بتقديم الضمانات مقابل حصولها على قطعة الارض ومبلغ القرض الممنوح بموجب أحكام هذا القانون)).

(١) منشور في جريدة الوقائع العراقية رقم العدد ٤٣٧٣ تاريخ العدد ٢٠١٥/٧/٢١ ص ٢٥.

(٢) نصت المادة الاولى على : ((يقصد بالتعابير التالية لأغراض هذا القانون المعاني المبينة ازاؤها :
اولا- المؤسسة الصحية الخاصة : المركز الصحي الاولي او المستشفى او مركز صحي خيري او المركز التخصصي او عيادة جراحية . ثانيا – المدير الفني : الطبيب الذي لا تقل خدمته المهنية عن ١٠ عشر سنوات والمسؤول عن ادارة المؤسسة الصحية الخاصة فنيا .))، ونصت المادة (٤) على : ((اولا- للشخص الطبيعي او المعنوي تقديم طلب الى وزارة الصحة للموافقة على تأسيس مؤسسة صحية خاصة .ثانيا – لأكثر من شخص طبيعي او معنوي وبموافقة وزارة الصحة تأسيس مؤسسة صحية خاصة على شكل شركة وفق احكام قانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧))، ونصت المادة (٩) على : ((تدار المؤسسة الصحية الخاصة فنيا من قبل المدير الفني وفق ضوابط تصدرها وزارة الصحة)).

أو تخفيف شكوى الطرف الأول، وهذه الأدوات تتنوع بين تمائم سحرية، وتراتيل دينية، وحوارات نفسية ، وأعشاب طبيعية ، وعلوم منطقية، وأدوية طبية، وعمليات جراحية، والمُعالج بناء على ما سبق قد يكون على صور متعددة كساحر أو طبيب أو معالج روحي، لا يهم ما هي شكوى الطرف الأول ولا مؤهلات الطرف الثاني ولا تفصيلات الأدوات وآليات عملها؛ لأنه على الرغم من كل هذه الاختلافات، تبقى ممارسة الاستشفاء في جوهرها واحدة، شاكٍ ومُعالجٌ وأداة، فمهما تطورت أدوات الاستشفاء عبر العصور، وتغيرت هيئات المعالجين، وتنوعت تفصيلات الشاكين، فإن مفهوم ممارسة الاستشفاء في جوهره الإنساني ثابتًا. [1]

من هنا سوف نبحث عن التعريف اللغوي للاستشفاء في الفرع الاول، وفي الفرع الثاني سوف نوضح التعريف الاصطلاحي لعقد الاستشفاء الطبي.

الفرع الأول

التعريف اللغوي للاستشفاء

الاستشفاء : (اسم)

اِستشفاء : مصدر اِستَشفى/ استشفى بـ

الاستشفاء المناخيّ: (طب) علاج الأمراض بنقل المرضى إلى المُناخ الملائم ، والفعل: اِستَشفى بـ يستشفي ، استَشْفِ ، استشفاءً ، فهو مُستشفٍ ، والمفعول مُستشفًى به. استَشْفى المريضُ من عِلَّته: طلَبَ الشِّفاءَ. استَشْفى به: تداوَى ، واِسْتَشْفَى بِدَواءٍ نَاجِعٍ: تَدَاوَى بِهِ، استشفى فلان: طلب الشفاء. والمستَشفى: (اسم)، والجمع: مُسْتشفَيَات ومَشافٍ، وهي اسم مكان من استشفى/ استشفى بـ .

والمستشفَى: مكان للاستشفاءِ، يجهز بالأطِباءِ والممرضين والأدوية والأسرَّة [2]، واستشفى المريض من علته معناه طلب الشفاء، والمستشفى هي المكان المخصص للاستشفاء والمزود بالأطباء والأدوية لغرض الحفاظ على سلامة الإنسان وصحته، وهي اصطلاح حديث جمعه

([1]) مقال منشور في مجلة المحطة على الموقع الالكتروني: https://elmahatta.com/

([2]) جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، ج٢،ط١، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، بيروت،٢٠٠٥، ص٢٠٦٢. محمد أبو الفضل إبراهيم بن إسماعيل الزمخشري، معجم المعاني الجامع - معجم عربي عربي، بدون سنة نشر.

مستشفيات او مشافٍ[١] . والاستشفاء هو قبول المريض في مستشفى، ووضعه فيه[٢]، والاستشفاء إدخال الى المستشفى للعلاج، استشفاء (في المستشفى)[٣].

ان ما نستنتجه من تعريف الاستشفاء من الناحية اللغوية هو دخول المريض الى المستشفى لتلقي العلاج، وان التعاريف اللغوية آنفاً لمصطلح الاستشفاء تدل على ان هذه المفردة مشتقة من لفظ مستشفى ، والدلالة اللغوية للمستشفى مطابقة لفكرة عقد الاستشفاء الطبي.

الفرع الثاني

التعريف الاصطلاحي لعقد الاستشفاء الطبي

ان مصطلح الاستشفاء قد يرد في مجالات اخرى غير مجال الطب كما في الاستشفاء الرياضي[٤]، او الاستشفاء بالقران الكريم [٥] ، او بماء زمزم ، الا ان نطاق بحثنا ينصب في المجال الطبي ، على الرغم من ان الغاية في جميع ما ذكر هي التداوي من مرض او علة معينة او ضرر والم اصاب الجسد الانساني ، ولكي يكون العلاج طبياً لابد وأن يصدر عن طبيب حاصل

---

(١) لويس معلوف، مصدر سابق، ص٣٩٦. معجم الوسيط، ج١، مصدر سابق، ص ٤٨٨.

(٢) حارث سليمان المعجم القانوني (إنكليزي - عربي)، الطبعة الخامسة، مكتبة لبنان، بيروت، ٢٠٠٨، ص٣٤١.

(٣) د. يوسف حتي و احمد شفيق الخطيب، قاموس حتي الطبي الجديد، انكليزي –عربي، الطبعة الاولى، مكتبة لبنان، بيروت، ٢٠١١، ص٤٠٣.

(٤) مفهوم الاستشفاء: يعني مصطلح الاستشفاء (استعادة الشفاء- تحسين- تجديد- تنشيط- تقوية- أعادة بناء- تعويض)، فهو أداء لفترة زمنية تعقب (الجهد) حتى الوصول الى المستوى الذي كان عليه الفرد قبل أداء الجهد وكذلك استعادة القدرة لأداء حمل معين من جديد، ويقصد بفترة استعادة الشفاء انها تلك الفترة التي تعقب الحمل فينخفض اداء ومستوى الرياضي نتيجة لحالة التعب البدني أو النفسي الناتج عن أداء المجهود الرياضي، للمزيد ينظر الدكتور حسين مكي والدكتور حسين مناتي، الاستشفاء في المجال الرياضي، ص٦٦، بحث منشور على الموقع الالكتروني http://phlsl.uokerbala.edu.iq/wp/wp

كما ان من مقتضيات التدريب في مجال الرياضة هو ضرورة العناية باللاعب بفترات الراحة البينية عند تكرار الحمل التدريبي، بحيث يقع الحمل التالي في مرحلة زيادة استعادة الاستشفاء إذ يتم في هذه المرحلة تجديد مخازن الفوسفات والجليكوجين بالعضلات، كما يتم امتلاء الهيموجلوبين بالأوكسجين وكذلك يتم التخلص من حامض اللاكتيك في العضلات والدم، لذلك كان لزاماً على كل مدرب ضبط فترات الراحة البينية بين كل تكرار لحمل التدريب وبين كل تدريب وآخر، وهذا هو الاستشفاء الرياضي، ويعرف أحمد نصر الدين (استعادة الاستشفاء) هي: استعادة تجديد مؤشرات الحالة الفسيولوجية والبدنية والنفسية للفرد بعد تعرضه لضغوط او مؤثرات شديدة . كما يعرف البعض استعادة الاستشفاء بأنها حالة فسيولوجية تتمثل في عودة أجهزة الجسم الى معدلاتها الطبيعية أو أقرب ما يكون لذلك والمقصود أيضاً بفترات الشفاء : هي تلك الفترات التي تتخلل فترات الأداء بهدف الراحة .

كما يذكر ان سرعة استعادة الاستشفاء بالنسبة للاعب في مجال التدريب لا تقل أهمية عن برامج تطوير لياقته وإعداده البدني، وعدم تمكن جسم اللاعب من استعادة مصادر الطاقة أثناء جرعات التدريب سوف يؤدى الى هبوط مستواه الرياضي. للمزيد ينظر الاستاذ المساعد هاني جعفر، الاستشفاء، بحث منشور على الموقع الإلكتروني : https://staffsites.sohag-univ.edu.eg/stuff/posts

(٥) ينظر في تفصيل الاستشفاء بسور القران الكريم السيد حيدر احمد الأعرجي، الإيمان في الاستشفاء بالقران، ط٢، صدر- قم ، مؤسسة انصاريان للطباعة والنشر، ايران ، ٢٠٠٤.

على شهادة علمية معترف بها في مجال الطب، وذلك لكي لا يكون علم الطب عرضة لكل منْ رغب في ممارسته من الدجالين وغير المختصين ،الأمر الذي قد يهدد سلامة المريض ويزعزع الثقة بعلم الطب، أما إذا انعدم وجود (الطبيب) فإن السلوك العلاجي يوصف بأنه (علاج) لكن ليس طبياً فلا يعامل كما لو إنه صدر عن طبيب[1].

ولم يتطرق غالبية الشراح وفقهاء القانون الى تعريف جامع مانع لعقد الاستشفاء الطبي، انما تمت الاشارة اليه وهم في صدد البحث عن العلاقة بين المريض والمستشفى الخاص، من دون الاشارة الى المقصود بهذا العقد على وجه التحديد، ولنا ان نذكر بعض ما تطرق اليه الباحثون في تعريف عقد الاستشفاء، فقد عرفه جانب من الفقه[2] بأنه: ((العقد المبرم بين المريض وإدارة إحدى المستشفيات))، ونلحظ على هذا التعريف انه ذكر اطراف عقد الاستشفاء، وهي بداية صحيحة في تعريف أي عقد من بيان اطرافه التي يتحدد بذكرها حقوق والتزامات كل منهم وفقاً لمبدأ نسبية العقود، الا ان المريض قد لا يستطيع ابرام عقد الاستشفاء بنفسه بسبب حادث او نقص او انعدام في اهليته، ويتولى ذلك نيابة عنه من يمثله قانونا كالولي او الوصي، كما لم يبين التعريف ان كان العقد ملزم للجانبين وهل هناك التزامات متقابلة تقع على عاتق اطرافه ام لا، فضلاً عن أن التعريف لم يذكر الغاية وسبب ابرام العقد وهو تلقي العلاج او اجراء فحوصات معينة او الوقاية من الامراض او اي صورة من صور التدخل الطبي، لذلك يتبين لنا مما تقدم ان التعريف المذكور هو تعريف مختصر وقاصر عن احتواء ما يتضمنه عقد الاستشفاء.

وعرفه آخر انه: ((عقد غير مسمى، يترتب عنه عدة التزامات على عاتق العيادة، وبعضها مرتبطة بالخدمات الاستشفائية والبعض الاخر متعلقة بالعلاج الاستشفائي وهو من النظام العام))[3].

ان التعريف المذكور آنفاً بين احدى خصائص عقد الاستشفاء كونه عقد غير مسمى ، كما قسم التزامات المستشفى وهي ما اطلق عليه تعبير (العيادة) ما بين خدمات طبية واخرى غير طبية وهي مضمون ما تلتزم به ادارة المستشفى تجاه المريض، فالخدمات الاستشفائية تتمثل بالتزام المستشفى باستقبال المريض وايوائه وتقديم بعض الخدمات كالغذاء والسهر على مراقبته وضمان سلامته الجسدية ضد الحوادث التي يمكن ان يتعرض لها في اثناء بقاءه في المستشفى، اما الخدمات

---

(1) احمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة النهرين، ٢٠٠٨، ص٢٢.

(2) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة طبع، ص٨٧. د. محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠، ص١٠٢.

(3) أ. لالوش سميرة، الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي ، بحث منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية كلية الحقوق ، جامعة بومرداس ، الجزائر ، ص١٩٠ .

المتعلقة بالعلاج الاستشفائي فهي العلاج والتدخل الطبي على اختلاف صوره كالفحص واجراء التحاليل ووصف الادوية او نقل الدم واجراء العمليات الجراحية ، وقد عدّ هذا العقد من النظام العام، ويقصد به ان المستشفى لا يحق له ان يرفض استقبال اي مريض بحاجة ماسة للعلاج او للإيواء وهو في حالة خطيرة اذا كانت تلك العيادة او المستشفى هي الوحيدة في تلك البلدة ، والا كانت مسؤولة عن عدم اسعاف مريض[١].

وعلى الرغم من ان التعريف المذكور آنفاً قد برز التزامات المستشفى الا انه قصّر بذكر التزامات المريض ، والذي لم يتطرق اليه كطرف في عقد الاستشفاء من خلال التعريف الذي يتطلب بيان وذكر اطرافه ، فلا يمكن التعويل عليه كتعريف جامع ، وهو يقترب من توضيح فكرة عقد الاستشفاء اكثر من عدّه تعريفا للعقد .

وان كان الفقه القانوني لم يعط هذا العقد القدر الكافي من البحث والشرح والتنظيم ، فمن باب أوْلى فان التشريع العراقي والقوانين المقارنة له هي الاخرى لم تتطرق الى تعريف عقد الاستشفاء ؛ ذلك لان بذرة البحث في اي موضوع او مشكلة قانونية تبدأ من طروحات واراء الفقه بهذا الشأن ، او في حال صدور قانون معين فان دور الفقه هنا يكون تاليا لصدوره لتسليط الضوء على ايجابيات القانون او سلبياته عن طريق التحليل والنقد . ولنا ان نذكر ما اشار اليه المشرّع الفرنسي في تنظيم عقد استقبال الحوادث في المستشفيات[٢] ، والذي عرف مفردة الاستشفاء فقط في المادة الاولى منه، إذ عرف الإستشفاء بأنه: ((التنويم في المستشفى، او الدخول الى منشأة المستشفى بعد تدهور الحالة الصحية نتيجة حادث مسجل من قبل جهة طبية)) .

واستنادا لكل ما تقدم، يمكن لنا اقتراح تعريف لعقد الاستشفاء الطبي بأنه : ((اتفاق ملزم للجانبين بين المريض او من ينوب عنه وبين ادارة المستشفى الخاص محله الأعمال الطبية على جسم الإنسان، يترتب عليه دخول المريض الى المستشفى والالتزام بتقديم كل ما يحتاجه وفقاً للأصول العلمية والفنية في علم الطب)).

إن التعريف المقترح جاء بصيغة ملائمة لطبيعة عقد الاستشفاء الطبي وذلك للأسباب الآتية:

١- أنه حدد طرفي العقد .

٢- بين التعريف ان عقد الاستشفاء الطبي هو عقد ملزم للجانبين ، فهو يرتب التزامات تقع على عاتق المستشفى بحسب الاتفاق من اقامة مريحة وآمنة وتقديم العلاج المناسب او اجراء التحاليل

---

(١) أ. لالوش سميرة ، مصدرسابق، ص ١٩١

(٢) تعليمات وشروط عقد استقبال الحوادث، ص٤، منشور على الموقع الإلكتروني:
https://americanexpress.com

والعمليات الجراحية وغير ذلك مما تستدعيه حالة المريض الصحية ، وبالمقابل يفرض التزامات أخرى على المريض ، وهوالإلتزام بالتعليمات والتعاون مع الطبيب والادارة والمقابل الذي تحصل عليه المستشفى لقاء الخدمات الطبية والعلاج من المرضى، إلا أن هذا ليس مطلقاً فقد يكون العلاج خيرياً ومن دون مقابل.

٣- بين التعريف ان محل العقد هو الاعمال الطبية وكل ما ينضوي تحتها من اجراءات وتدخلات علاجية وجراحية ترد على جسم الانسان ، ما يعني انه لا مجال للقول بأن جسم الانسان هو محل العقد ، وذلك لما له من معصومية أقرتها الأديان السماوية والقوانين الوضعية تجعل من المساس به مقيدا في اضيق الحدود.

٤- بيان ان الفكرة الجوهرية لعقد الاستشفاء هي الدخول الى المستشفى الخاص والبقاء والرقود فيها لتلقي العلاج اللازم، اذ ان مجرد مراجعة المريض لطبيب في العيادة الخارجية التابعة للمستشفى لا يعد عقد استشفاء.

٥- اهمية اتباع الضوابط والاصول العلمية والفنية والقانونية في تنفيذ العقد ما يسمح بفرض الحماية القانونية عليه ، وابعاد اي تصرف او عمل لا يقصد به الا المتاجرة والاعمال غير المشروعة.

المطلب الثاني

خصائص عقد الاستشفاء الطبي

يتسم عقد الاستشفاء الطبي بجملة من الخصائص العامة التي يشترك بها مع غالبية العقود ، كما يختص ببعض الخصائص التي تميزه نظرا للطبيعة الخاصة لهذا العقد ، وهذا ما سنبحثه في فرعيين متتالين .

الفرع الأول

الخصائص العامة لعقد الاستشفاء الطبي

ان عقد الاستشفاء الطبي كغيره من العقود في اطار القانون الخاص يمتاز بجملة من الخصائص العامة التي يشترك بها مع بعض العقود ، وهذه الخصائص هي كمايأتي :

أولاً- عقد الاستشفاء الطبي عقد رضائي:

من تقسيمات العقود من حيث تكوينها هو ان تكون اما رضائية او شكلية او عينية ([1])،

ويعرف العقد الرضائي بأنه العقد الذي يكفي لانعقاده أن يرتبط الإيجاب بالقبول على وجه مشروعٍ[2]، من دون حاجة إلى أن يكون في شكلٍ معين، إذ إن الأصل في العقود أن تكون رضائية وان الشكلية تعد استثناءً [3] وذلك ان اشترط المشرع شكلاً محدداً لتكوين العقد[4]، عندئذٍ لا يكفي مجرد التراضي لانعقاد العقد ما لم يأخذ الشكل المحدد قانوناً مع ضرورة التمييز بين الشكلية المفروضة من المشرع في (تكوين العقد) والشكلية لغرض اثبات العقد، فشكلية الإثبات لا تمنع من أن يكون العقد رضائي من حيث الانعقاد[5].

ويضاف إلى ما تقدم ان الشكلية في الانعقاد أو الإثبات (قد لا تفرض) من المشرع وإنما يتفق عليها طرفي العقد وعندها لابد لكلٍ من طرفي العقد الالتزام بهذه الشكلية.

وقد جرت العادة في التدخلات الطبية التي تتضمن مساسا معتبرا بالسلامة الجسدية للمريض او التي تنطوي على مخاطر جسيمة ، ان يعبر المريض او نائبه عن رضاه كتابيا ، بل ان المؤسسات الاستشفائية ، سواء الخاصة او العمومية ، اعدت نماذج مكتوبة لضمان اثبات موافقة المريض او ممثله القانوني بالتدخل الطبي عن طريق ملء بيانات مكتوبه ، وهذا ما سارت عليه بشكل ملحوظ بعض الأنظمة الأنكلوسكسونية بأن رضا المريض لا يكون سليما الا اذا توافر الشرط الشكلي ، باستثناء حالة الضرورة [6] .

([1]) د عبد المجيد الحكيم ، د عبد الباقي البكري ، د محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مصادر الالتزام ، ج١، العاتك لصناعة الكتاب ، المكتبة القانونية، بغداد ، ص ٢٣.

([2]) د. إسماعيل غانم، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، ١٩٦٦، ص٥٥. د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، ط١، الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٨٧، ص١٤. د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، ج١، ١٩٧٨، ص٤١-٤٢. د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص٥٦. د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج١، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص٩١-٩٢. د. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ١٩٨٣، ص١٤.

([3]) د عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، الجزء الاول ، ص١٥٢.

([4]) تنص المادة (٩٠) من القانون المدني العراقي النافذ على إنه: ((إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك. ٢. ويجب استيفاء هذا الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد من تعديل))، وتقابلها المادة (٢/١٠١) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل والنافذ .

([4]) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص٩١-٩٢.

([5]) Mamoun ،A" ، Consent to therapy and Experimentation "LLM Thesis Giasgow University Scotland ، G.B، 1990.

أشار إليه: د. عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الاعمال الطبية، وجزاء الاخلال به ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦، ص١٩٠.

ويعد عقد الاستشفاء الطبي عقداً رضائياً ذلك ؛ لان الاصل في العقود هو الرضائية ، وان الشكلية في العقود هي الاستثناء ، وبما ان المشرع لم ينظم احكامه بنصوص خاصة، ولم يشترط بشكل عام الى وجوب اعتماد الشكلية في ابرامه فهو عقد رضائي، ولكن تجدر الاشارة الى ان بعض الاعمال الطبية التي تنطوي على خطورة بالغة وتؤثر في صحة الإنسان وحياته كالتجارب الطبية، وعمليات استقطاع الأعضاء البشرية وزرعها[1]، والإجهاض، والعمليات الجراحية بمختلف صورها، فضلاً عن الخصوصية التي يتمتع بها عقد الاستشفاء كونه من العقود التي ترد على حياة الإنسان وصحته، فإن هذا الأمر يدعو الى إفراغ الارادة في محرر كتابي وتدوين رضا المريض الحر والمستنير وموافقته او موافقة نائبه على الإجراء الطبي لضمان حقوق الأطراف، وابراز التزاماتهم ، بعد تبصيره بالإجراءات المزمع اتخاذها وتحديد مدة إقامته في المستشفى، وما الى ذلك من بيانات وشروط بحسب حالة المريض وطبيعة التدخل العلاجي، الا ان ذلك كله لا يؤثر في كون عقد الاستشفاء الطبي عقدا رضائياً، وهذه الكتابة للعقد ليست ركنا لازما لقيامه، وانما هي لحفظ حقوق المريض وللإثبات عند التقاضي[2]، وقد اكد المشرع الفرنسي من خلال المادة (L.1231-1) من قانون الصحة العامة لسنة ١٩٤٥ على ان بعض الاجراءات الطبية التي تنطوي على المخاطر مثل عمليات نقل الاعضاء تستلزم شكلية معينة.

وسلك المشرع المصري الاتجاه ذاته، فقد جاءت المادة رقم (٥) من قانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري، ونصت على: ((في جميع الأحوال يجب ان يكون التبرع صادرا عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضاء ، ثابتا بالكتابة وذلك على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون)).

اما المشرع العراقي اوجب الحصول على الموافقة التحريرية للمتبرع في الفقرة خامساً من المادة رقم (٥) من قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦، إذ نصت على: ((لا يجوز استئصال عضو بشري او نسيج الا بعد موافقة المتبرع مسبقا ويجب ان تكون الموافقة تحريرية في حضور احد الاقرباء من الدرجة الاولى)).

ثانياً- عقد الاستشفاء عقد مستمر:

يعرف العقد المستمر التنفيذ بأنه: ((العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ويراد لذاته وبه حدد المعقود عليه وذلك؛ لأن الغاية المراد الوصول إليها عن طريق العقد لا تتحقق إلا

(1) Dr P.Peton ,LE CONTRAT MEDICAL,p.2, Posted on the website: https://univ-reims.fr/UFR/Medecine/fmc/Cours/Capacite

(٢) د. تركي محمود مصطفى القاضي، أركان العقد الطبي (ركن الرضا)، دراسة مقارنة، دار علام للإصدارات القانونية ، ٢٠١٩، ص٦٣.

بالزمان))[1] ، لذلك نجد ان العقد المستمر يختلف من حيث ارتباطه بالزمن عن العقد الفوري التنفيذ الذي لا يدخل الزمن فيه كعنصر جوهري بل يرتب آثاره بمجرد ارتباط الإيجاب والقبول بشكلٍ مشروع، دون أن يدخل الزمن في تحديد مقدار الالتزامات الناشئة عن العقد [2].

وفي عقد الاستشفاء نلتمس ضرورة المدة التي تجعل منه عقداً مستمر التنفيذ ، وليس عقداً فورياً، وهذا الامر واضح من الدور الذي تؤديه المدة في عقد الاستشفاء ، واثرها في تنفيذ العقد، ففي حالة تنفيذ جزء من العقد الفوري جاز لأحد المتعاقدين الفسخ وإرجاع الحال إلى ما كان عليه قبل تنفيذ العقد، إذ ان الفسخ يشمل الماضي والمستقبل، على اعتبار أن الفسخ هو إرجاع الطرفين إلى الحالة التي كانت قبل انعقاد العقد وتنفيذه[3] ، ولكن لا يمكننا أن نتصور هكذا حالة عند تنفيذ جزء من محل عقد الاستشفاء ،على اعتبار أن الزمن الذي انتهى بتنفيذ جزء من العقد لا يمكن أن يعود ، وإن الفسخ أو الرجوع في عقد الاستشفاء يمكن أن ينتج أثره في المستقبل فقط ، وان ما تلقاه المريض من اقامه في المستشفى وعلاجات وادوية واجراءات جراحية لا ينتج الفسخ اثره فيها بعودة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد ، ويمكن تصور ايقاف العلاج او الغاء العمليات المقررة مستقبلا .

كذلك في حالة القوة القاهرة وتأثيرها في وقف تنفيذ العقد[4] ، نجد أن هذا التوقف لا يمكنه أن يؤثر على التزامات كلا الطرفين في العقد الذي يتسم بالصفة الفورية، والسبب في ذلك أنه بإمكانهما أن يؤجلا تنفيذ العقد لحين زوال الظرف المانع من التنفيذ[5] ، إلا أن هذا الجانب لا يستقيم مع طبيعة عقد الاستشفاء، فالقوة القاهرة هذه اذا طرأت في أثناء تنفيذ عقد الاستشفاء من شأنها أن تسبب بطبيعة الحال التأخير في إنجازه، وهذا التأخير يؤدي إلى عدم التنفيذ بشكل نهائي يناسب مقدار الفترة الزمنية التي استمرت بها القوة القاهرة، وان الوقف في التنفيذ يؤثر بشكل سلبي في المنفعة والغاية التي يروم المريض تحقيقها وهي الشفاء والتخلص من الآلام، بل قد ينتج عن وقف التنفيذ لحين زوال الظرف المانع منه الى نتائج سلبية وتدهور في صحة المريض.

([1]) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص١٠٥-١٠٦. كما عرفت المادة (١/١١١١) من القانون المدني الفرنسي عقد التنفيذ الفوري وعقد الأداء المتتالي (العقد مستمر التنفيذ)، إذ عرفت الأخير بانه ((العقد الذي يتم تنفيذ التزاماته من طرف واحد على الأقل بمرور الوقت)).

([2]) د. إسماعيل غانم، مصدر سابق، ص٧٣. د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص١٧. د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص٤٦ . د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص٦٨. د. محمد حسنين، مصدر سابق، ص١٨.

([3]) د. عمار محسن كزار، الطبيعة القانونية للمدة في عقد المقاولة-دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة الكوفة ، العدد٢/٤٧، ٢٠٢٠، ص١٩٢.

([4]) تجب الاشارة الى ان المقصود بوصف القوة القاهرة هنا هي التي لا تجعل تنفيذ العقد مستحيلا استحالة نهائية، بل تجعله مستحيلا لمدة من الزمن تطول او تقصر ثم ترتفع، وفي هذه الاثناء يتوقف العقد عن التنفيذ، انظر عبد الجبار ناجي صالح، انقضاء عقد المقاولة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٧٩، ص٧٧.

([5]) د. سعيد سعد عبد السلام ، مصادر الالتزام المدني، ط١،دار النهضة العربية، القاهرة ،٢٠٠٣، ص٥٠.

كما ان المدة في العقد المستمر تؤدي دوراً جوهريا في تحديد المقابل المالي او الاجر ، إذ ان الاستمرارية من شأنها أن تؤثر في مقدار ما يدفعه الملتزم بالمقابل، بمعنى آخر أن هذه المدة الزمنية كفيلة بتغيير وتحديد ذلك المقابل سواء أكان هذا التغيير بالزيادة أم بالنقصان، وذلك بعكس العقد الفوري التنفيذ الذي يتحدد فيه المقابل المالي ويكون ثابتا من دون زيادة او نقصان [1]، فالذي يترتب على كون عقد الاستشفاء من العقود الملزمة للجانبين ان يقع على كل من طرفي العقد التزام يقابله التزام يقع على عائق الطرف الآخر ، فالمقابل المالي التزام يقع على عاتق المريض او من ينوب عنه اتجاه المستشفى الخاص ، يقابله تنفيذ الاخير لالتزامه المعهود اليه في العقد ، وفي كثير من الحالات فان هذا المقابل المالي الذي يقع على عاتق المريض لا يتحدد بشكل نهائي وعلى اساس الاجراء الجراحي والاقامة والخدمات التي تم ذكرها في العقد، على اعتبار أن المريض قد يحتاج الى اجراءات جراحية او ادوية وفحوصات ، وان اكثر العلاجات او التحاليل تستلزم ان تاخذ مداها الزمني ، فضلا عن السكن والغرفة التي يشغلها ، وهذه الاعمال من شأنها أن تكون عرضة للزيادة أو النقصان حسب حالة المريض وما يقرره الطبيب المختص، الامر الذي يظهر بوضوح تأثير المدة ودورها الفعال في تحديد المقابل المالي في عقد الاستشفاء الطبي.

نستنتج مما سبق بيانه ان عقد الاستشفاء الطبي يعد من العقود المستمرة التنفيذ الذي يمتد لمدة زمنية يتماثل خلالها المريض للشفاء، وبإشراف الطبيب المختص ومداراته او البقاء تحت المراقبة الطبية، وهذه المسألة غالباً ما تتأثر بنوع المرض وحالة المريض ووسائل علاجه، والتي غالباً ما يتراخى الإبراء منها لمدة من الزمن قد تطول أو تقصر بحسب طبيعة المرض ونوع العلاج.

ثالثاً- عقد الاستشفاء الطبي عقد غير مسمى:

من تقسيمات العقود هو تقسيمها الى عقود مسماة وعقود غير مسماة[2]، والعقود المسماة هي العقود التي خصها المشرع باسم معين وتولى تنظيمها بأحكام خاصة لشيوعها بين الناس في تعاملهم[3]، اما العقود غير المسماة فهي تلك العقود التي لم يخصها المشرع باسم خاص ولم يتولى تنظيمها بأحكام خاصة، وان مناط التفرقة بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون

---

(١) د. عمار محسن كزار، مصدر سابق، ص١٩٢.

(٢) هناك تقسيمات اخرى للعقود، كتقسيمها الى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد، والى عقود احتمالية وعقود محددة، والى عقود تبرع وعقود معاوضة، والى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية.

(٣) مثال على العقود المسماة عقد البيع (المواد ٥٠٦-٦٠٠) وعقد الايجار (المواد ٧٢٢- ٨٤٦) وعقد الوكالة (المواد من ٩٢٧-٩٤٩) وعقد المقاولة (المواد ٨٦٤- ٨٩٠) من القانون المدني العراقي النافذ.

الحديث [1] هو وجود او عدم وجود تنظيم قانوني خاص بها ينظم أحكامها، فاذا وجد ذلك التنظيم فإنها من العقود المسماة وفقاً للقانون، اما في حالة غياب التنظيم القانوني الخاص بالعقد فهو من العقود غير المسماة[2] ، وهذا هو المعيار في التمييز بينهما وهو تنظيم القانون لتلك العقود تنظيما مباشراً، لذا فإن عقد الاستشفاء الطبي هو عقد غير مسمى لعدم تنظيم المشرع العراقي له بأحكام خاصة.

رابعاً- عقد الاستشفاء الطبي عقد ملزم للجانبين:

العقد الملزم للجانبين هو العقد الذي يكون كل من طرفيه دائن ومدين للآخر في ذات الوقت فهو ينشئ التزامات على عاتق كل من طرفيه على خلاف العقد الملزم لجانبٍ واحد الذي ينشئ التزامات على عاتق أحد طرفيه دون الآخر فأحد طرفيه دائن غير مدين على خلاف الآخر فهو مدين غير دائن[3] ، وعقد الاستشفاء الطبي هو عقد ملزم للجانبين بحكم طبيعته القائمة على أساس علاج المريض والذي يفرض ضرورة التعاون المتبادل بين طرفي العقد (المريض والادارة في المستشفى بما تلتزم به من تسخير لأطبائها والعاملين في المستشفى وتوفير ما يحتاج اليه من أدوية وأجهزة طبية فضلاً عن الإقامة والرقود) الأمر الذي يوجب وجود التزامات متبادلة بين طرفي العقد تجاه أحدهما الآخر وصولاً إلى غاية الطرفين من عقد الاستشفاء، ومثال هذه الالتزامات: التزام الطرف الأول وهو المريض بأداء المقابل المالي (الأجرة) والتزامه بالتعاون مع الادارة والطاقم الطبي، وبالمقابل التزام الادارة بتهيئة سبل العلاج عن طريق الطاقم الطبي وضمان سلامة المريض والمحافظة على أسراره.

بيد أنه قد يثور سؤال عن ما إذا كانت المستشفى الخاص تابعة لجهة خيرية وتقدم خدماتها والعلاج للمرضى بالمجان فهل سيتحول بذلك عقد الاستشفاء الطبي إلى عقد ملزم لجانب واحد؟

ان الإجابة هنا تكون بالنفي إذ يبقى عقد الاستشفاء على الرغم من عدم وجود الأجرة عقداً ملزماً للجانبين لسببين:

([1]) إن مدلول مصطلح العقود الغير مسماة في القانون الحديث يختلف عنه في القانون الروماني القديم، والتي كان يقصد بها تلك العقود التي لا تنعقد ولا ترتب اثارها الا اذا قام احد طرفيه بتنفيذ ما اتفق عليه، فهي عقود لا تحميها دعوى، ينظر مؤلف الدكتور سعدون العامري، الوجيز في العقود المسماة،البيع والايجار، ج١، ط٢، بغداد، ١٩٧١، ص٢. د خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة، البيع والتأمين والايجار، ط٢، ١٩٧٩، ص٩.

([2]) د سعيد عبدالكريم مبارك، الموجز في العقود المسماة -عقد البيع، الكتاب الأول، العاتك لصناعة الكتاب، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١، ص٣. د سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٩، ص٥.

([3]) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص٩٥.د. إسماعيل غانم، مصدر سابق، ص٦٢- ٦٣. د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص١٥. د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص٢٦-٢٧. د. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، ط١، ٢٠٠٤، ص٣١-٣٢ . د. محمد حسنين، مصدر سابق، ص١٦.

السبب الأول هو إذا كان المريض قد أعفي من الالتزام بأداء الأجرة إلا إنه يبقى مثقلاً بالتزاماتٍ أخرى فهو يلتزم بتعليمات المستشفى ، كما يلتزم بالتعاون مع الطبيب وبحسن نية ، ويلتزم أيضاً بعدم الإضرار بالطبيب في أثناء تأديته لعمله العلاجي[١].

أما السبب الثاني فهو يتعلق بما يعود على المستشفى بالفائدة فيما يتعلق بالتزام المريض بالتعليمات والتعاون مع الطبيب وفريقه العلاجي إذ أن لإلتزام المريض بالتعاون بعداً مالياً ومعنوياً -وإن كان غير مباشر- وهي متمثلة في صورتين ، الاولى هو التأثير الايجابي في سمعة المستشفى بصورة عامة والطاقم الطبي بصورة خاصة في حال ما افضى تعاون المريض والتزامه الى انجاح عملية العلاج الطبي ، واما الصورة الثانية وهي عكس الاولى في حالة خطأ المريض أو عدم تعاونه أو إضراره بالطبيب الأمر الذي يعود على الطبيب بالفائدة المتمثلة في تأثير خطأ المريض في ما يجب على الطبيب من تعويض للمريض أو قد يؤدي إلى إعفائه من المسؤولية' عليه فإن عقد الاستشفاء الطبي عقد ملزم للجانبين ويبقى كذلك حتى لو كان المستشفى خيرياً وبالمجان .

خامساً- عقد الاستشفاء عقد مدني:

اذا ما وصلنا الى ان عقد الاستشفاء هو من العقود الملزمة للجانبين ، وان المستشفى تقدم خدماتها مقابل اجرة مادية، فقد يتصور ان يكون هدفه ربحيا وانه من العقود التجارية، لكنه يتميز بان محله يرد على جسم الانسان الذي يخرج من دائرة المعاملات التجارية، لذلك فان طبيعته تأبى ان تكون من العقود التجارية [٢]، والقانون يحضر المتاجرة بالبشر وأرواحهم [٣]، فالعقد الذي محله الخدمات والاعمال الطبية والذي يقوم بها طبيب أو مختص هو صاحب مهنة حرة، وأعمال المهن الحرة تظل مدنية حتى ولو كانت ممارستها على سبيل التكرار واستخدام معاونين مأجورين، أي بوجود مشروع او تنظيم ، ويرجع ذلك الى ان الاعمال الحرة تعتمد على الفكر وتقوم على الثقة الشخصية، فقصد الربح من ممارسة هذه الاعمال ليس بالعنصر الغائب فيها [٤] .

ولا يمكن ادراج العمل الطبي في اطار القانون التجاري؛ لان التعامل في المجال الطبي عن طريق التعاقد لتقديم العلاج لا يجب ان يتم وفق هذا النوع من المعاملات ، وكل تعامل يخرج

---

(١) ينظر الصفحة (١٤١) من الأطروحة بشأن التزامات المريض.

(٢) بوليل اعراب، الطبيعة القانونية للعقد الطبي، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة أكلي محند اولحاج– البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ، ٢٠١٣ ص ٥٦.

(٣) المادة (٦) من قانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الاعضاء البشرية المصري المعدل . المادة (١) من قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم (٢٨) لسنة ٢٠١٢ العراقي . المادة (٢) من قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦ العراقي .

(٤) د عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل– المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، المجلد الاول، الطبعة الثالثة، الجزء السابع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، ص٤٦.

عن هذه الطبيعة يعد محظوراً لارتباط هذه الممارسات بجسد الانسان خليفة الله على وجه الارض، فلا تعد الاتعاب التي تؤخذ مقابل العمل الطبي كثمن من اثمان البيع التجاري، اذ ان الاعمال التجارية التي وردت في المادة (٥) من قانون التجارة العراقي [١] لا يوجد من بينها العمل الطبي هذا من جهة ومن جهة اخرى عدّ القانون المذكور في المادة ذاتها أن ممارسة هذه الاعمال بقصد المضاربة والربح ، في حين نجد الكثير من الاعمال الطبية التي تقدمها بعض المستشفيات الخاصة ولا سيما تلك التي تعود الى جهة خيرية فإنها تكون مجانية ومن دون مقابل، فلا يمكن ان تكتسب الصفة التجارية غير عقود المعاوضة، ولا مجال لاكتساب عقود التبرع للصفة التجارية [٢] .

كما لا يمكن عَد المستشفى الخاص تاجرا وذلك بحسب المادة (٧/ اولا) من القانون المذكور آنفاً، والتي نصت على: ((يعتبر تاجرا كل شخص طبيعي او معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملا تجاريا وفق أحكام هذا القانون)) ، فالمستشفى الخاص وهي الشخص المعنوي بتقديمها الاعمال الطبية والعلاج للمرضى لا تقوم بعمل تجاري وفقا لأحكام المادة (٥) المذكورة آنفاً، فالعمل الطبي يهدف الى علاج المريض بالتخلص من المرض او التخفيف من الالم وحدته ، او الكشف عن سبب اعتلال الصحة ، او مجرد الوقاية من المرض ، وكل ذلك يكون متسقاً مع القواعد المقررة في علم الطب ، فالهدف المباشر منه ليس تحقيق الربح بل بذل العناية لتحقيق الشفاء [٣] .

---

(١) نصت المادة (٥) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ النافذ على : ((تعتبر الاعمال التالية اعمالا تجارية اذا كانت بقصد الربح، ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس :
أولا: شراء او استئجار الاموال منقولة كانت ام عقارا لأجل بيعها او ايجارها.
ثانيا: توريد البضائع والخدمات.
ثالثا: استيراد البضائع او تصديرها واعمال مكاتب الاستيراد والتصدير.
رابعا: الصناعة وعمليات استخراج المواد الاولية.
خامسا: النشر والطباعة والتصوير والاعلان.
سادسا: مقاولات البناء والترميم والهدم والصيانة.
سابعا: خدمات مكاتب السياحة والفنادق والمطاعم ودور السينما والملاعب ودور العرض المختلفة الاخرى.
ثامنا: البيع في محلات المزاد العلني.
تاسعا: نقل الأشياء او الأشخاص.
عاشرا: شحن البضائع او تفريغها او اخراجها.
حادي عشر: التعهد بتوفير متطلبات الحفلات وغيرها من المناسبات الاجتماعية.
ثاني عشر: استيداع البضاع في المستودعات العامة.
ثالث عشر: عمليات المصارف.
رابع عشر: التامين
خامس عشر: التعامل في اسهم الشركات وسنداتها.
سادس عشر: الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة والوكالة بالنقل والدلالة واعمال الوساطة التجارية الاخرى)).
(٢) د. خالد جمال أحمد حسن ، الوسيط في مصادر الالتزام – دراسة تحليلية في ظلال القانون المدني المصري، دار النهضة العربية ، ٢٠٢٠م ، ص١٦.
(٣) قماز منصور، الطبيعة القانونية للعقد الطبي، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي، ٢٠١٧، ص ٢١ .

واستنادا الى ما سبق ذكره، فان عقد الاستشفاء الطبي لا يخرج عن كونه عقدا مدنيا وليس تجاريا، فلا تطبق أحكام القانون التجاري عليه ، بل يعمل بأحكام القانون المدني والنظرية العامة للعقود والتشريعات ذات الصلة كما ذكرنا سلفا كونه عقداً غير مسمى.

الفرع الثاني

خصوصية عقد الاستشفاء الطبي

ان طبيعة عقد الاستشفاء الطبي كونه يرد على جسد الانسان ويتصل بحياته بصورة مباشرة اضافت اليه خصائص من نوع اخر، وهذه الخصائص هي :

أولاً- إنّه عقد قائم على الاعتبار الشخصي:

ان الاعتداد بالاعتبار الشخصي له أثره الملموس في نطاق نظرية العقد، فهو يرتكز اما على ارادة المتعاقدين او وجود نص قانوني او طبيعة الالتزام، فمن الأفكار الأساسية في مجال ابرام العقود وتنفيذها الاعتداد بشخصية أحد المتعاقدين أو صفة جوهرية من صفاته او الاعتداد بأشخاص وصفات جميع اطراف العقد [1] .

وامام سكوت التشريع عن وضع تعريف محدد لمعنى الاعتبار الشخصي ،تباينت الآراء الفقهية فيه، إذ ذهب رأي إلى تعريف الاعتبار الشخصي على أنه : ((يكون لشخص العاقد اعتبار خاص في مبنى العقد بحيث يكون لصفة العاقد ارتباط بموضوع العقد)) [2]، ونلحظ على هذا التعريف عدم بيانه للمقصود من ارتباط صفة العاقد بموضوع العقد، كما انه جعل الاعتبار الشخصي يتسم بطابع موضوعي ، اذ ربط الاعتبار الشخصي بموضوع التعاقد ، واغفل دور ارادة المتعاقدين في الاعتداد بالاعتبار الشخصي، وذهب اخر في تعريفه الى انه : ((العقد الذي كانت شخصية احد المتعاقدين أو صفة خاصة فيه قد روعيت في إبرام العقد، كالعقد المبرم مع فنان أو مقاول أو مع جراح)) [3] ، وعرف أيضا بأنه: ((الاعتداد بشخصية المتعاقد أو صفة من صفاته

([1]) استاذنا الدكتور علي شاكر البدري، موت المتعاقد في عقود الاعتبار الشخصي(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة اهل البيت (عليهم السلام)، العدد٣٠، ص١٠٤.

([2]) د، مصطفى الزرقاء، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، - المدخل الفقهي العام،ج ١، ط ٢، مطبعة الحياة، دمشق، ١٩٦٤، ص٤٣٥.

([3]) د .محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مصادر الالتزام، ج ١، ط ٢، مطبعة فالق، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٢٥١.

ويؤثر في إبرام العقد))، ان ما نلحظه على هذين التعريفين عدم وضوحهما لحقيقة الاعتبار الشخصي [١] .

والسؤال المهم الذي يطرح في هذا الصدد هو : متى تكون شخصية احد العاقدين محل اعتبار في عقد الاستشفاء الطبي ؟ ومتى نستطيع القول بان صفة خاصة في احد المتعاقدين قد روعيت عند ابـــرام العقد ؟

ان في التعاريف المذكورة آنفاً يتضح اتجاه الفقه المتباين وهم في محاولات للإجابة عن هذا التساؤل ، وقد تمخضت محاولات الفقه عن ثلاث اتجاهات :

الاتجاه الأول: يركز في تحديده لمفهوم الاعتبار الشخصي على الباعث الدافع الى ابرام العقد ويذهب الى ان شخصية المتعاقد تكون محل اعتبار اذا كانت ذات الشخص أو صفة من صفاته الباعث الدافع للمتعاقد وان العقد يتصف بالاعتبار الشخصي عندما يكون الاعتداد بشخص أحد المتعاقدين أو بصفة من صفاته باعثاً دافعاً لرضاء الطرف الآخربالتعاقد [٢]

اما **الاتجاه الثاني**: فيذهب الى ان المقصود بالاعتبار الشخصي هو ان تكون شخصية احد المتعاقدين او صفة من صفاته عنصراً جوهرياً في التعاقد، فهو ينكر ارتباط الاعتبار الشخصي بالباعث الدافع الى التعاقد، ومتى ما كانت شخصية احد المتعاقدين أو صفة فيه عنصراً جوهرياً في التعاقد نكون بصدد اعتبار شخصي سواء اكانت هذه الشخصية او تلك الصفة هي الباعث الدافع الى التعاقد ام لا، اما اذا كانت شخصية احد المتعاقدين او صفة فيه عنصراً ثانوياً في التعاقد فلا نكون بصدد اعتبار شخصي بحسب هذا الرأي [٣] .

وفي الحقيقة ان الاخذ بأي من الرأيين السابقين على اطلاقه فيه مغالاة ، **فالرأي الأول** يركز على ارتباط الاعتبار الشخصي بالباعث الدافع للتعاقد، ولكن القول دائما بان هذا الاعتبار هو السبب الوحيد في التعاقد قول فيه مبالغة؛ لأنه في الغالب يكون للشخص بواعث واسباب عدة تدفعه لإبرام العقد، الا انه في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي يكون لهذا الاعتبار المقام الاول والجوهري

([1]) استاذنا الدكتور علي شاكر البدري، مصدر سابق، ص١٠٤.

([2]) ALOULAE , Le limitation lintutus personae dans le contrat , la tendance a la stabilite du Rapport Contractual , paris , 1960 , p.1 et suiv

وانظر كذلك: CAPITANT , vocabulaive Juridique led , 1933 , T. (I) p.(50)

اشار اليهما الدكتور رفح رزوكي كربل، الاعتبار الشخصي واثره في تنفيذ العقد الاداري-دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد٣، ٢٠١٦، ص٥٨٥.

([3]) د. جلال علي العدوي، أصول الالتزامات- مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص٤٨.

بين هذه البواعث فهو يعد الباعث الرئيس لإبرام العقد مع المتعاقد موضوع الاعتبار الا انه ليس السبب الوحيد [١].

كما ان القول بذلك يؤدي إلى دمج السبب مع الاعتبار الشخصي، ولعل ما أشارت اليه المادة (٢/١١٨) من القانون المدني العراقي بالقول : ((لا عبرة بالظن البين خطاه فلا ينفذ العقد: ٢- اذا وقع غلط في ذات المتعاقد او في صفة من صفاته وكانت تلك الذات او هذه الصفة السبب الوحيد او السبب الرئيسي في التعاقد))[٢] هو ما دفع رأي من الفقه [٣] في تفسيرها بصدد توضيح معنى واثر الاعتبار الشخصي ، فذهب هذا الرأي الى ان الاعتبار الشخصي يتحقق في المتعاقد اذا كان شخصه او صفة جوهرية فيه هي الباعث الدافع الى التعاقد، و تكون شخصية المتعاقد او صفة من صفاته بوجه عام محل اعتبار في العقد اذا كان العقد من عقود التبرع ومن ثم فان الغلط في شخص المتعاقد او في صفة من صفاته يكون في هذه العقود عيبا من عيوب الارادة كهبة المال للفقير، وكذلك يمكن تصور اعتبار شخصية المتعاقد في عقود المعاوضات اذا اتفق المتعاقدان على ذلك او بنص القانون او اقتضت طبيعة الالتزام ان تؤخذ شخصية المتعاقد بعين الاعتبار، وانتقد البعض النص القانوني المذكور آنفاً بالقول الى انه مفتقر الى الدقة؛ لأنه يربط الغلط في ذات المتعاقد او في صفة من صفاته بركن السبب في التعاقد أي انه يقحم فكرة السبب مع الاعتبار الشخصي من دون مبرر[٤].

وبدوْرنا نتفق مع نقد النص و اقحام السبب مع الاعتبار الشخصي ، اذ ان ما يشترط في الاعتبار الشخصي هو ان يكون عنصرا جوهريا في التعاقد لا السبب الوحيد او السبب الرئيس في التعاقد ، فكثير من العقود ذات الاعتبار الشخصي لا يمكن تصور ان تكون شخصية المتعاقد هي الباعث الرئيس الى التعاقد فيها ، وانما يكون الباعث الدافع الرئيس هو حاجة المتعاقد الى محـــل العقد ، كما ان ركن السبب يستلزم وجوده في العقود، أما الاعتبار الشخصي فلا يستلزم ذلك في حالة اطلاقه، وبناء على ذلك يكون وجود السبب وصحته امراً مفترض قانونا في حالة عدم ذكره[٥] ، أما الاعتبار الشخصي فلم يفترضه القانون في العقود، بل لا يوجد اعتبار شخصي في كل العقود.

---

(١) د. رفح رزوكي كربل ، مصدر سابق، ص٥٨٥.
(٢) تقابلها المادة (٢/١٢١) من القانون المدني المصري.
(٣) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني، بغداد، ٢٠٠٧، ص١٠٩.
(٤) د. جليل حسن الساعدي، الاعتبار الشخصي واثره في تنفيذ العقد ، مجلة العلوم القانونية ، العدد الأول والثاني، بغداد، ١٩٩٨،ص١٥٣. د. سمير اسماعيل ، الاعتبار الشخصي في التعاقد، القاهرة،١٩٧٥، ص١٦.
(٥) نصت المادة (٢/١٣٢) من القانون المدني العراقي على ان :((ويفترض في كل التزام ان له سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك)). والتي تقابلها المادة (١٣٧) من القانون المدني المصري .والمادة (١١٣٢) من القانون المدني الفرنسي.

اما **الرأي الثاني** نجده ينكر ارتباط فكرة الاعتبار بالباعث الدافع الى التعاقد، وهنا يثور التساؤل كيف يكون الاعتبار الشخصي عنصراً جوهرياً في التعاقد من دون ان يكون هذا الاعتبار الباعث الدافع الى التعاقد أو ضمن البواعث الرئيسة في التعاقد؟ فاذا كان جوابهم بانه من المتصور قيام عقد على الاعتبار الشخصي من دون أن يكون ذلك الاعتبار الباعث الدافع للتعاقد أو على الأقل احد البواعث الرئيسة للتعاقد ، فان ذلك لا يستقيم منطقاً، ولا يمكن التسليم به؛ ذلك لأنه في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي تكون ذات المتعاقد - موضوع الاعتبار - أو صفة من صفاته هي سبب رضاء المتعاقد الآخر في ابرام العقد مع المتعاقد محل الاعتبار، او لارتباط الاعتبار الشخصي بمحل الالتزام في العقد، وهذا ما اشار إليه بعض الفقه الذين شكلوا بدورهم اتجاهاً **ثالثاً** يُضاف للاتجاهين السابقين، فالاعتبار الشخصي بحسب هذا الرأي يدخل في تكوين العقد بطريقتين: فقد تكون شخصية المتعاقد أو صفة فيه هي سبب الالتزام كما يحصل في عقد الهبة في مختلف اشكاله وعقد الكفالة ، والى جانب ذلك قد ترتبط فكرة الاعتبار الشخصي بمحل الالتزام في العقد كأن تكون شخصية احد المتعاقدين أو صفة من صفاته محلاً لاحد الالتزامات الناشئة عن العقد ، كالعقود التي تكون فيها شخصية احد المتعاقدين محلاً للتجارة ، مثل العقود التي يكون محلها استغلال صورة شخص لنشرها أو كوجه إعلاني، والعقود التي يكون محلها استغلال موهبته ، كالعقد الذي يبرم بصدد تمثيل دور في مسرحية، أو العقود التي تبرم مع اصحاب المهن وينظر فيها لصفاته كالتعاقد مع المهندس او الطبيب الجراح وغيرها من العقود التي يكون محلها استغلال صفة من صفات الشخص[1] ، وإذا ما امعنا النظر في الآراء السابقة نجد في تكييفها للاعتبار الشخصي قد اهملت دور الارادة في تحديد اثر الاعتبار الشخصي في العقد، فإرادة المتعاقدين هي التي تتجه الى ان يكون هذا الشخص محل اعتبار في التعاقد في ذاته أو في صفة من صفاته، وان تكييف الاعتبار الشخصي يتم على وفق هذه الارادة ، فقد يكون هو الباعث الوحيد او الرئيس الذي حمل المتعاقد على التعاقد وحينئذ يرتبط الاعتبار الشخصي بالسبب تبعاً للنزعة الشخصية فيه، فاذا كان الباعث غير مشروع ادى الى ابطال العقد ، وقد لا تتجه الارادة الى ان يكون للاعتبار الشخصي المقام الاول في التعاقد، اي لا يكون هذا الاعتبار هو السبب الوحيد او الرئيس في التعاقد، وانما هو عنصر يقوي عنصر السببية ، وعليه فان الاعتبار الشخصي هنا لا يكون هو سبب العقد وإنما يكون وصفاً أو شرطاً مقترناً بالعقد، وان الارادة هي التي تحدد دور الاعتبار الشخصي في العقد من حيث القوة والتأثير، ويمكن ان يتجلى ذلك عن طريق دراسة موضوع العقد وظروف التعاقد، إذن

([1])Laurent AYNES, LA cession de contrat et les operation, -Juridiques atrois personnes , paris, 1984, p.233.

اشار اليه: د. رفح رزوكي كربل ، مصدر سابق، ص ٥٨٦.

فالاعتبار الشخصي قد يكون عنصراً جوهرياً يؤدي الى ابطال العقد بطلانا مطلقاً ، وقد يكون وصفاً جوهرياً يؤدي الغلط فيه الى فسخ العقد ، وذلك تبعاً لاتجاه ارادة التعاقد والكشف عن ذلك هو مسألة من مسائل التفسير يتوصل اليها القاضي عن طريق البحث عن نية المتعاقدين المشتركة[١].

يتضح لنا مما سبق بيانه ان عقد الاستشفاء الطبي من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، اذ من الصفات الجوهرية محل الاعتبار الشخصي في المتعاقد هي المقدرة والخبرة الفنية [٢]، وتعني مؤهلات الشخص المتعاقد الفنية وخبراته العملية [٣]، وتشمل الكفاءة الفنية والتقنية العالية التي تمكن المتعاقد من القيام بالتزاماته الفنية والعملية، فتكون مؤهلاته وسابقة أعماله، بلا ريب محلاً للاعتبار والتقدير من جانب المتعاقد عند اختياره لها، لاسيما إذا كان تنفيذ العقد يستلزم في المتعاقد تقنية وعلمية عالية لتنفيذ العقد أو الصيانة، التي يتطلب تنفيذها دراية فنية على مستوى عال من الخبرة بأصول المهنة[٤]، وفي الحقيقة أن المقدرة الفنية والتخصص الملازم للشخص الراغب بالتعاقد، تعد صفة عملية تجعل من العقد إذا روعيت عند إبرامه عقداً قائماً على الاعتبار الشخصي إذا أعتدت بصفة من صفات المتعاقد الآخر، وهي المعرفة والمهارة الفنية، فضلا عن ذلك فان هذه الصفة تمكن صاحبها من القيام بالعمل الذي ينوط به على أكمل وجه [٥]، فالمريض الذي يتجه الى المستشفى ويختاره بإرادته ليتلقى فيه العلاج او الاجراء الصحي، فانه يقرر ذلك بسبب وجود اطباء مختصين يرى أنهم الأنسب لعلاج الحالة المرضية التي يشكو منها ، فضلا عن الامكانات والتقنيات العلمية الحديثة المتوفرة فيه، كما يتمتع الطبيب بهذا الحق، إذ له الحرية في اختيار مرضاه إلا بعض الحالات الاستثنائية [٦].

لذلك يقوم عقد الاستشفاء الطبي على الاعتبار الشخصي؛ لأن المريض عندما يختار مستشفاه للتعاقد معه يراعي في ذلك المؤهلات و الصفات في طبيب معين يعمل فيه، او امكاناته الحديثة واحتواءه على اجهزة ومعدات طبية ذات مواصفات عالية ، تقوده لان يختاره هو من دون غيره، لهذا فلا يمكن أن تهدر تلك الشخصية ،ونظرا للثقة الموضوعة في هذا الطبيب الذي يطمئن لأوامره و تعليماته ، فهو عقد يقوم على الاعتبار الشخصي الذي يتحرزه المريض عندما يقبل على مستشفى بعينه، ولا يجوز للمستشفى ان تحيل المريض الى مستشفى آخر الا بموافقة المريض او في حالة

---

(١) د. رفح رزوكي كربل ، مصدر سابق، ص ٥٨٦.
(٢) استاذنا الدكتور علي شاكر البدري، مصدر سابق، ص١١٠.
(٣) د .كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح احكام عقد المقاولة، ج١، ط١، مطبعة اوفسيت وسام، بغداد، ١٩٧٦، ص٣٦.
(٤) د .عدنان السرحان، شرح القانون المدني(العقود المسماة)، ط ١، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٦، ص٢٤.
(٥) استاذنا الدكتور علي شاكر البدري، مصدر سابق، ص١١٠.
(٦) د. زينة غانم يونس العبيدي، ارادة المريض في العقد الطبي –دراسة مقارنة، دار شتات للنشر والبرمجيات، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١، ص ٤٣ .

الضرورة ، وهذا احتراما لحق المريض في الاختيار ، والثقة القائمة بين الطرفين ، كون هذا العقد يقوم على الاعتبار الشخصي الذي اساسه ثقة المريض بمستوى المستشفى ومؤهلات وخبرات اطباءه [١].

ثانياً- الأصل في عقد الاستشفاء الطبي اختلال التوازن العقدي من الناحية الفنية:

ينبغي في العقود بصورة عامة أن تقوم على أساس التوازن بين طرفيها من الناحية الاقتصادية والفنية قدر الإمكان، وذلك حفاظاً على عدم خضوع أحد طرفي العقد للآخر، وعادة لا يكون ذلك إلا في العقود التي يتماثل فيها الطرفين بالقدرة الاقتصادية والخبرة الفنية ومن ثمّ تتعادل القدرة التفاوضية لكلٍ من طرفي العقد [٢].

ان اختلال العلاقة بين طرفي عقد الاستشفاء الطبي من الناحية الفنية والعلمية يجعلها قائمة على اساس مطالبة الطبيب بتوظيف هذا العلم لأجل مساعدة المريض، بيد إن مثل هذه الصورة لا تتحقق في عقد الاستشفاء على الأقل في النطاق الفني ،إذ الغالب في منْ يراجع المستشفى لا يملك الخبرة العلمية والفنية التي يملكها الاطباء او المختصين والطاقم الطبي فيها ، فهو لا يناقش او يعترض على ما يتوصل اليه الاطباء والملاك الطبي من نتائج الكشف الطبي الأمر الذي يجعل منه خاضعاً ومتقبلاً للكثير من النتائج ، ويستثنى من ذلك حالة كون المريض ذو خبرة فنية (علمية) إذا ما كان هو أيضاً طبيب، ففي هذه الحالة يتحقق نوع من التعادل الفني (العلمي) بين طرفي العقد يعدل حالة خضوع أحد طرفي العقد لمشيئة الآخر[٣].

ويبدو ان عدم التوازن من الناحية العلمية بين طرفي عقد الاستشفاء يجعل مسؤولية المستشفى اكبر واكثر عمقا بعد ان وضع المريض وذويه أعز ما يملكه الانسان وهو صحته وسلامته الجسدية تحت رعايته مستندا الى الثقة والمبادئ الانسانية والاصول المهنية التي تقوم عليها مهنة الطب.

ثالثاً- عقد الاستشفاء الطبي عقد قائم على الثقة وذو طبيعة إنسانية:

يعد الواجب الانساني من صميم مهنة الطب ، اذ يلتزم الطبيب قبل كل شيء باحترام شخص المريض وكرامته ؛ وذلك لان مهنة الطب توصف بأنها من اسمى المهن التي تتعلق بالنفس

---

[١] بوليل اعراب ، مصدر سابق ، ص ٤٦.
[٢] د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص٨٢.
[٣] د. جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨،ص١٧ وما بعدها.

البشرية، فيجب وتبعا لذلك الاحاطة بجملة من الاعراف والتقاليد التي يجب على الطبيب والعاملين في هذا المجال الالمام بها ومراعاتها تحت وطأة كل حال [١].

ان مهنة الطب في جوهرها هو إغاثة الانسان في شدته، لا استغلال حاجته ، والطبيب او المستشفى الخاص وهم في التماس الرزق الحلال، عليهم صيانة كرامة وشرف هذه المهنة، والترفع عن ما يخدش ذلك من دعاية او سمسرة او ترويج او غير ذلك مما يجافي سمو المهنة، واي جهة تعمل على استغلال وابتزاز مرضاها ، فإنها جهة مستغلة في نظر الانسانية والقانون [٢]، والعلاقة بين الادارة متمثلة بالطبيب ومساعديه وبين المريض ينبغي ان تكون مبنية على الثقة التي تتجلى على نحو فريد حينما يضع المريض حياته بين يدي الطبيب ويترك له حرية التصرف في جسمه من دون ان يزعم لنفسه حق مناقشته في نوع العلاج ، فالطبيب المخلص الامين يتعامل مع وسائل التشخيص والعلاج على نحو مثالي؛ وعليه ان يبذل في هذا الجانب الحرص والعناية اللازمتين لحماية المريض الذي سلم نفسه وهو لا حول له ولا قوة ، وقد يكون غائبا عن الوعي بفعل التخدير بين يدي طبيب التخدير او الجراح[٣].

كما أن الطابع الإنساني لمهنة الطب تفرض على الطبيب مراعاة حالة مرضاه النفسية، ومدى تقبل المريض للبوح بحقيقة مرضه من عدمه هذا من جهة، ومن جهة أخرى فان الطابع الإنساني يفرض على الطبيب عدم الامتناع عن تقديم خدماته لمن هو بحاجة اليها، وإلا أقيمت عليه المسؤولية، فعلى الرغم من أن عمله مأجور عليه (كأصل عام)، إلا أن هذا لا يعفيه من تحمل المسؤولية الكاملة في حالة تقصيره، أو إهماله بجميع المراحل التي يمر بها العمل الطبي[٤].

إن صفة الإنسانية هذه وما يترتب عليها تنبع من أن ما يقع عليه محل العقد من الاعمال الطبية هو جسم الإنسان، وان أرواح الناس وأجسادهم مصانة بجميع الأديان السماوية والقوانين الوضعية، وان الواجب الانساني للأطباء يقضي بتقديم المساعدة الطبية في جميع الظروف الممكنة ولا يعتد بالتعذر او الامتناع عن هذا الواجب من دون أسباب مقبولة [٥] .

---

(١) منصوري جواد ، طبيعة الخطأ الطبي وفق المسؤولية المدنية الطبية ، بحث في مجلة جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر، ص ١٠.

(٢) د. فخري الدباغ ، الأطباء والناس – مبادئ السلوك الطبي ، مطبعة الهدف ، الموصل ، ١٩٥٩، ص ٢٨.

(٣) د. ابراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في اطار المسؤولية الطبية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان ، ٢٠٠٧، ص ٩.

(٤) د. زينة غانم يونس العبيدي، مصدر سابق، ص ٣٩.

(٥) نصت المادة (٢٤) من لائحة آداب مهنة الطب في مصر ، رقم ٢٣٨، لسنة ٢٠٠٣على: ((في الحالات غير العاجلة يجوز للطبيب الاعتذار عن علاج أي مريض ابتداء أو في أي مرحلة لأسباب شخصية أو متعلقة بالمهنة، اما في الحالات العاجلة فلا يجوز للطبيب الاعتذار)).

كما اقر الفقه الفرنسي تأكيدا لدور الاطباء الانساني والذي يعلو على مبدأ الاعتبارات الشخصية بمسؤولية الطبيب الممتنع عن العلاج، متى كان سبب ذلك الامتناع نية الاضرار بالغير، وتطبيقا لنظرية التعسف في استعمال الحق، بحيث يمكن استنتاج نية الاساءة الى الغير (وفقا لهذا الرأي) من الظروف المحيطة بالواقعة، كما لو كان الإنسان في خطر لا يحتمل تأجيل العلاج ، وكان الطبيب على علم بذلك ولكنه امتنع عن اسعافه وتقديم المساعدة[١] .

ونتيجة لأهمية هذا الجانب الانساني والاخلاقي في مهنة الطب فقد كرسته جلّ تشريعات مهنة الطب ، مثل لائحة آداب مهنة الطب في مصر[٢] ، كما جاء في تعليمات السلوك المهني التي اصدرها مجلس نقابة الاطباء في العراق عام ١٩٨٥((تعد الطبابة مهنة من نوع خاص لا شبيه لها بين المهن الاخرى، فهي ممارسة علمية فنية اخلاقية هدفها خدمة انسانية، يستحق فيها الطبيب الثقة التي يودعها فيه مريضه والتي تلزم الطبيب بالمقابل وبصورة رئيسة احترام ذلك المريض بصرف النظر عن دينه او معتقده او اي عوامل تمييزية اخرى ، وان اختيار الطبيب لمهنته بمحض ارادته ورغبته يحتم عليه الالتزام بمبادئها واعرافها، كما ان هذا الاختيار يفرض عليه تصرفات سلوكية تتفق ومثلها العليا))، ولهذا يتحتم على الطبيب ان يكون مستقيماً في عمله عارفاً بفنه، باذلاً الجهد في خدماته، متواضعاً ورحوماً واعياً، متزناً في تصرفاته، مؤثرا مصلحة المريض وصحته على الاعتبارات كافة، وملبياً لطلب المعونة بأسرع ما تمكنه الظروف دونما تذمر أو شكوى[٣] ، بل ان انقاذ حياة المريض وحمايته من الموت او خطر حال يعلو على جميع الاعتبارات حتى ما تعلق منها بموافقة المريض نفسه او موافقة ذويه اذا تعذر اخذها منهم في الوقت المناسب بان كان فاقدا للوعي، ترجيحا لحياة المريض وتأكيدا لدور مهنة الطب الانساني [٤] .

([1]) De page n1 Savatier,R, "La responsabilite medicale,p. 401,
أشار إليه: الدكتور، عبد الكريم مأمون، مصدر سابق، ص ١٨٢.

([٢])نصت المادة (٢٠) من لائحة آداب مهنة الطب في مصر على: ((على الطبيب أن يبذل كل ما في وسعه لعلاج مرضاه وأن يعمل على تخفيف آلامهم وأن يحسن معاملتهم وأن يساوى بينهم في الرعاية دون تمييز)) ، كما نصت المادة (٢١) من القانون نفسه على: ((على الطبيب أن يوفر لمريضه المعلومات المتعلقة بحالته المرضية بطريقة مبسطة ومفهومة، ويجوز للطبيب لأسباب إنسانية عدم اطلاع المريض على عواقب المرض الخطيرة وفى هذه الحالة عليه أن ينهى إلى أهل المريض بطريقة إنسانية لائقة خطورة المرض وعواقبه الخطيرة إلا إذا أبدى المريض رغبته في عدم اطلاع أحد على حالته أو حدد أشخاصاً معينين لاطلاعهم عليها ولم تكن هناك خطورة على من حوله)).

([٣])د. رنا عاصم عبد الكريم، السلوك الطبي المهني وآداب مهنة الطب، بحث منشور على الرابط التالي:
https://www.muhadharaty.com/files/lectures

([٤]) نصت المادة (٩١ / الفقرة رابعا) من قانون الصحة العامة العراقي المعدل على: ((ب- لا يجوز اجراء عملية جراحية، الا بموافقة المريض ذاته، اذا كان واعيا، اواحد اقاربه المرافقين له اذا كان فاقد الوعي او قاصرا، ويستثنى من ذلك حالة تعرض حياة المريض الى موت او خطر حال، عند تأخر إجرائها، فيجوز عندئذ، اجراء العملية الجراحية، انقاذا لحياة المريض، دون تحق الموافقة المذكور)).

وفي هذا الصدد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بضرورة التفاني والالتزام من الطبيب في اثناء مزاولته المهنة مهما كانت حالة المريض، اذ قضت فيه : ((بأن المساعدة مطلوبة من الطبيب حتى لو تبين ان حالة المريض ميؤوس منها، وانه لا فائدة من العلاج))، وهو ما تبعته كذلك محكمة Montpellier التي قررت بأن الطبيب يبقى ملزما بمحاولة لإنقاذ المريض المعرض للهلاك، حتى وان بلغت حالته حدا من التدهور بحيث لا يجدي معه اي تدخل طبي، وهذا ما يفسر التزام الطبيب بمحاولات انقاذ المريض حتى لحظة الوفاة ، وان من واجبه الانساني ان يخفف الام المريض حتى اخر لحظة [1] .

المطلب الثالث

أشخاص عقد الاستشفاء الطبي

تثير دراسة نطاق عقد الاستشفاء الطبي مشكلة تحديد الأطراف الداخلة في العقد، فالمتعاقد – ونقصد به الطرف المعالج (المستشفى) - يستعين بتابعين له يستخدمهم في تنفيذ التزامه العقدي، عليه لابد من بحث (الأطراف المتعاقدة) و (تابعوا المتعاقد) و(الخلف الخاص والخلف العام والغير عن عقد الاستشفاء) في ثلاث فروع وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

الأطراف المتعاقدة

إنَّ المتعاقد في عقد الاستشفاء الطبي لا يعدو أن يكون أما (معالجاً) أو (مستفيداً من العلاج الطبي):

أولاً- الطرف المعالج:

إن الطرف المعالج في عقد الاستشفاء الطبي هو المستشفى الخاص، وهو أحد طرفي العقد الذي يلتزم بتهيئة وتوفير المكان الملائم ومعالجة- الطرف الآخر لغرض إبرائهِ من مرضهِ او التخفيف من آلامه، فالمستشفى في عقد الاستشفاء عبارة عن شخص معنوي، ولاستحالة قيام الأشخاص المعنوية بمهامها التي أنشئت من أجلها بنفسها ومنها ابرام عقد الاستشفاء ، وجب بيان من يمثلها من الأفراد ، وهو المدير الفني للمستشفى .

([1]) أشار إلى ذلك: د. عبد الكريم مأمون ، مصدر سابق ، ص ١٨٣.

إن عمل مدير المستشفى ومرونته مرهونة بنظرة مجلس الإدارة لما يجب أن يكون عليه نمط الإدارة في المستشفى التابع لها ، فمجلس الإدارة في المستشفى الخاص يتبوأ قمة المسؤولية في جميع الأعمال التي تجري فيه، ولاسيما ما يخص خطة وسياسة المستشفى، ويعد مدير المستشفى ممثل مجلس الإدارة في فترة عدم انعقاد المجلس ، ويخول عادة الكثير من صلاحيات مجلس الإدارة، فهو المسؤول عن الإشراف على جميع النشاطات والأعمال المتعلقة بالمستشفى، إذ أن المدير يعد الشخص الأول بعد مجلس الإدارة والمسؤول عن تحقيق الأهداف الأساسية في تقديم أفضل ما يمكن من الرعاية لأي مريض او مصاب راقد في المستشفى او مراجع للعيادة الخارجية ، فالمدير هو الذي يسير الأعمال في حدود السياسات التي يرسمها مجلس الإدارة فيما يخص الرعاية الطبية والخدمات الأخرى المتممة لها ، ومدير المستشفى الخاص يشترك في تحديد الأهداف والتنبؤ بما ستكون عليه الأحوال في المستقبل ، وتقدير حاجات المستشفى من قوى مادية وبشرية وفي اقرار الاجراءات ، كما يعد مسؤولا عن تقديم البيانات والمعلومات في حال تم طلبها من السلطات الحكومية [1]، وقد تباينت الآراء عند الكلام على مدير المستشفى ، ما اذا كان الأفضل ان ينوط هذا المنصب بطبيب ، ام أنه من الأفضل ان يكلف به شخص آخر غير طبيب ، وفي هذا الصدد فأن هناك رأيين رئيسين :

الرأي الأول: وهو اسناد منصب مدير المستشفى إلى موظف اداري (من غير الأطباء) ، ويبرر هذا الرأي فكرته بان منصب مدير المستشفى يعد منصباً ادارياً محضاً يتناول أموراً إدارية صرفة ، واذا ما أسند إلى طبيب فلابد من ان يستنفذ كل وقته في غير دوره الاساسي ، ويجعل منه طاقة فنية معطلة وهو أحوج اليها في مجالها الفني [2]، كما تجدر الاشارة الى ان الكثير من المستشفيات في الدول الأجنبية المتقدمة والتي تقدم أعلى مستوى من الخدمات يديرها مديرون غير أطباء، بل ان أساتذة إدارة المستشفيات في كثير من الجامعات غير أطباء، فليس المهم ان يكون المدير طبيباً او غير طبيب ، فالطبيب الذي لايلم بهذا الفن بحكم خبرته او دراسته يفشل في أغلب الأحيان في ادارته للمستشفى بطريقة علمية رشيدة ، وكذلك المدير غير الطبيب فأنه لاشك سيكون فاشلاً في ادارته للمستشفى ما لم يتلق تدريباً خاصاً في هذا المجال ، فضلا عن ذلك فان

---

(١) د أكرم محمود حسين البدو، المسؤولية المدنية للمستشفيات الخاصة- دراسة مقارنة، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٣، ص ٤٣-٤٤.

(٢) د. زهير حنفي علي، المستحدث في الإدارة العليا للمستشفيات، مكتبة الانجلو المصرية، ١٩٧٦، ص ١٢٨. كذلك هو موقف قانون الصحة العامة العراقي المعدل سابقا في المادة (٨٣) الفقرة (٤/أ) قبل الغاءها والتي اشترطت لفتح مستشفى اهلي اختيار اداري متفرغ، اذ نصت على ((تعيين اداري متغرغ لادارة المستشفى توافق عليه وزارة الصحة)).

الدراسة في كليات الطب لاتتيح للطبيب أدنى فرصة للإلمام بعلوم الإدارة ،مما يترك أثراً واضحاً في سلوكهم عند إدارة المستشفى[١].

اما الرأي الثاني: وهو القائل بأن يسند أمر إدارة المستشفى إلى طبيب؛ لأن المدير غير الطبيب يصعب عليه التعامل والتجاوب مع العاملين في المستشفى من الأطباء والفنيين وايضا الوقوف على مشكلاتهم الفنية التي لا يحسن التصرف فيها الا مدير طبيب، والذي سيحتاج إلى وقت طويل للإلمام بالأمور البسيطة التي تواجهه لتصريفها ان لم يكن كذلك ، ولا يمكن القول بأن ذلك قد يؤدي إلى جعل المدير الطبيب طاقة فنية معطلة ، بل ان ادارة المستشفى تحتاج الى طبيب يتفهم المشاكل الفنية التي تواجهه ويضع الحلول لها، ولا يجوز التسليم بأن القرارات التي قد تتخذ داخل المستشفى هي قرارات إدارية وليست طبية، بل أن أي قرار اداري داخل المستشفى هو قرار طبي في نفس الوقت ؛ لأنه يترتب عليه استخدام موارد المستشفى، ولعل خطورة هذا الأمر تكمن في أن موارد المستشفى قد تستخدم استخداماً خاطئاً إذا كان المدير غير طبيب، وتكون النتيجة خسارة المستشفى لبعض موارده، فوجود المدير الطبيب الكفؤ، سيكون له أثر ملحوظ في تدعيم نشاط المستشفى بالكفاءة المطلوبة[٢].

ويبدو ان الراي الثاني هو الأصوب، إذ ان منصب مدير المستشفى والذي يعهد اليه بجملة من الالتزامات، وتكون له صلاحية اصدار القرارات التي تتعلق بالمستشفى، وهي عادة قرارات على قدر عالي من الاهمية لتعلقها بالموارد المادية والبشرية يدعو الى التدقيق والتركيز والتمعن في اختياره، إذ ان المركز الذي يشغله يتعلق بعلوم فنية مرتبطة مع بعضها البعض اداريا وطبيا ، وعليه يجب ان يكون الشخص المسؤول والمكلف بهذه المهمة على قدر عالٍ من الخبرة الفنية في الادارة فضلاً عن حمله لشهادة طبية معترف بها تكون له اساسا لبناء خلفيته العلمية في ادارة المستشفى ، وعلى الاخص في تعامله مع المرضى عند ابرام عقود الاستشفاء، الامر الذي يجعله قادراً على تقييم حالة المريض مبدئيا وحاجاته واحالته الى الطبيب المختص.

وقد سارت اغلب التشريعات في هذا الاتجاه[٣] ، فقد أناط المشرع المصري من خلال قانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ المعدل بشأن تنظيم المنشآت الطبية مهمة ادارة المستشفى الخاص فنيا

---

(1) Moss Broehl, Gustand Hennesey; Hospitals policy Decisions; putman's 1s, Newyork.U.S.A.1965.P.251

أشار إليه د. زهيرحنفي علي، مصدر سابق ، ص ١٣٠.

(٢) د اكرم محمود حسين البدو ، مصدر سابق ، ص ٤٦.

(٣) على سبيل المثال نظام ترخيص وادارة المستشفيات الخاصة الاردني الصادر بمقتضى المادة (٨٠) من قانون الصحة العامة رقم ٤٧ لسنة ٢٠٠٨ المعدل –في المادة (٢) حيث عرفت المدير وهو الطبيب المرخص المسؤول عن ادارة المستشفى، منشور على الموقع الالكتروني https://jordanianlaw.com/category

من قبل طبيب، إذ نصت الفقرة (د) من المادة الاولى من القانون المذكور على: ((...على ان يدير المستشفى ويشرف عليه طبيب مرخص له بمزاولة المهنة ...)) .

كذلك فعل المشرع العراقي في قانون تأسيس المؤسسات الصحية الخاصة الاتحادي وقرر ان تكون ادارة المستشفى فنيا من قبل المدير الفني والذي حدد أيضا الشروط الواجب توفرها فيه كونه طبيبا، إذ نصت المادة (٩) من القانون المذكور على: ((تدار المؤسسة الصحية الخاصة فنياً من قبل المدير الفني وفق ضوابط تصدرها وزارة الصحة))، اما المادة الأولى/ الفقرة ثانيا وثالثا من القانون نفسه نصت على : ((٢- المدير الفني: الطبيب الذي لا تقل خدمته المهنية عن (١٠) عشر سنوات والمسؤول عن ادارة المؤسسة الصحية الخاصة فنياً. ٣- الطبيب :هو خريج احدى كليات الطب البشري وحاصل على شهادة معترف بها)).

ثانياً- المريض (أو من ينوب عنه):

الطرف الآخر في عقد الاستشفاء الطبي هو المريض المستفيد من العلاج الطبي ، أي الشخص الذي ينصب الأداء العلاجي للمعالج في مصلحته ، ويعاني من علة نفسية أو جسدية تدفعه إلى مراجعة المستشفى لتلقي العلاج، لكن في الأحوال التي يكون فيها المريض صغيراً، أو فاقداً لوعيه، أو مصاباً بعاهة تمنعه من التعبير عن إرادته، ففي هذه الفروض يبرم العقد بين المستشفى ومَنْ ينوب عن المريض كالولي أو الوصي أو الأقارب.

الفرع الثاني

تابعوا المتعاقد

لا شكّ ان مؤسسة صحية كالمستشفى تحتاج الى ملاكات طبية واختصاصات متعددة تقوم بالمهام الموكلة اليها، فضلاً عن الموظفين والعاملين فيها ، فكل مرحلة من مراحل العلاج تتطلب اطباء وأخصائيين فنيين وممرضين ، تستلزمها تشخيص الحالة وتقرير العلاج اللازم من ادوية وتحاليل ، أو الاستعانة بأخصائيين الأشعة والسونار والاجهزة الطبية المختلفة كأجهزة الرنين ، فكل هؤلاء الافراد يعملون في اطار عقد الاستشفاء ويسعون الى هدف مشترك وهو تقديم العلاج والخدمة والاقامة المريحة للمريض ، الا ان السؤال المطروح في هذا الصدد ، هل هم اطراف في عقد الاستشفاء الطبي ام انهم من الاغيار.

وللإجابة عن السؤال المذكور آنفاً نقول إنّ تحديد مفهوم الطرف في العقد قد تباينت الآراء الفقهية بشأنه ، ما جعله مفهوما غير مستقر، حتى ان اصحاب نظرية المجموعة العقدية

حاولوا اضفاء صفة الطرف على اشخاص كان الفقه مستقراً على عدّهم من الاغيار[١]، وفي ذلك مخالفة جوهرية لقاعدة نسبية العقد ، وقد جاء الفقه الفرنسي بمفهوم حديث للطرف، وهو ان صفة الطرف لا تمنح الا للأشخاص الذين لهم مركز قانوني مماثل لأطراف العقد، او للذين حلو محلهم على ان تكون لهم ذات الصلاحيات التي يتمتع بها الطرف المتعاقد بالنسبة للعقد، وصفة الطرف هذه لا تثبت الا للأشخاص الذين تعاقدوا بأنفسهم او عن طريق ممثل قانوني، وتثبت ايضا للأشخاص الذين ينتقل اليهم المركز القانوني للمتعاقد [٢]، أما فيما يخص الصلاحيات، فإن صفة الطرف لا تمنح إلا لمن تثبت له صلاحية تعديل العقد أو إنهاؤه بصورة اتفاقية ، ومن ثمّ فإن الاشخاص الذين تثبت لهم صلاحية طلب فسخ العقد قضائياً فقط ، لا يتمتعون بصفة الطرف في العقد [٣].

وهناك من طرح تعريفا للطرف بأنه من ينصرف إليه أثر العقد [٤] ، والمعنى المتقدم لمفهوم الطرف سار عليه أغلب الفقه المصري والعراقي [٥] ، ونلحظ على هذا التعريف الاختصار وعدم الدقة ؛ لأن الشخص قد يناله أثر العقد دون أن يكون طرفاً فيه [٦] .

ان حصر مفهوم الطرف بالأشخاص الذين يثبت لهم حق تعديل العقد أو إلغاؤه بصورة اتفاقية، يتوافق مع نص الفقرة (١) من المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي النافذ، والتي قضت ((إذا نفذ العقد كان لازماً، ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون

---

(١) للمزيد حول توسيع المفهوم التقليدي للطرف انظر أ .د. جليل حسن الساعدي ومحمد عبد الوهاب ، المفهوم الحديث للطرف في العقد، مصدر سابق، ص ٥ وما بعدها .

(٢) مثال ذلك الاصيل في حالة اقراره لتجاوز حدود النيابة في العقد المبرم من قبل نائبه ، والاشخاص المنضمين للعقد كالمساهمون الجدد في الشركة .

(3) Ghestin (J), Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, RTD civ, 1994, p . 787.

(4) Martin de la moutte (J): L'acte juridique unilaterale: these Toulouze , 1951, p: 43.
اشار اليه: أ. د. جليل حسن الساعدي ومحمد عبد الوهاب ، مصدر سابق ، ص ١٦.

(٥) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني والالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ج ٢، ط ٤، دار الكتب القانونية، مصر، ١٩٨٧، ص٥٦٥، حيث يمكن استنتاج هذا المعنى من عبارته الآتية: "فالنائب عاقد ولكنه ليس طرفاً في العقد؛ لأنه لا تنشأ في ذمته آثار العقد". د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مصادر الالتزام، مكتبة السيد عبد الله وهبة، ١٩٧٧، ص٤٤٩. د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص٢٤٥ وفي إطار الفقه العراقي ينظر: د.محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ج١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥م، ص٢٥٤ . د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٤٩م، ص ١٧٣.

(٦) د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للالتزام، ط١، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر الأردن، ٢٠٠١، ص٢٩.

أو بالتراضي)) [1] ، فالنص المتقدم يتضمن إشارة إلى معيار تحديد صفة الطرف في العقد، من خلال بيان أن تعديل العقد أو إلغاءه بالتراضي هو حق قاصر على طرفيه، فالمركز القانوني بالنسبة للأفراد الذين تستخدمهم ادارة المستشفى لتنفيذ عقد الاستشفاء ، تحكمها علاقة التبعية ، فهم ليسوا بأطراف ، كالطبيب المعالج المنتمي إلى المستشفى الخاص ويرتبط معها بعلاقة عقدية ، هو (تابع) يخضع إلى توجيهات المؤسسة العلاجية وهو جزء (من الشخصية المعنوية للمعالج) ، وملزم بحكم رابطة التبعية بأتباع سلوك معين وهو مسؤول بشكل مباشر تجاه (متبوعهُ) [2] بمعنى ان المسؤولية التي يمكن اثارتها في حال أصاب المريض ضرر ناجم عن علاج الطبيب له، هي مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعيه [3]، أما علاقته بالمستفيد من العلاج (المريض) فهو غير مرتبط معه بعقد مباشر ، اذ أن المريض مرتبط مع المتبوع (المستشفى) بعقد وهو (عقد الاستشفاء) وليس مع التابع (الطبيب) [4]، فالتابعين في المستشفى هم أداة أو وسيلة تنفذ بها التزامها العقدي.

وأساس التزام التابع في عقد الاستشفاء يتمثل كمبدأ عام بوجود ارتباط بين التابع والمتبوع بوصفه رباً للعمل، فالمعالج باعتباره شخصاً معنوياً يعتمد في عمله على أشخاص آخرين (بصورة تابعين)، إما لتنفيذ العقد عن طريقهم أو تنفيذه بمساعدتهم[5].

وعلى الرغم من عدم وجود عقد مباشر بين التابع وبين المريض، إلا انه ينشأ حق للمريض المضرور بمساءلة التابع مسؤولية مدنية على أساس عقدي، وفق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير[6] ، وهو ما استقر عليه القضاء الفرنسي نحو الأخذ بمسؤولية مراكز نقل الدم على أساس

---

(1) تقابل الفقرة (١) من المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري، والفقرتين (١ و ٢) من المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي.

(2) نصت المادة (٢١٩) من القانون المدني العراقي النافذ على ((١- الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل أحد المؤسسات الصناعية أو التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم، إذا كان الضرر ناشئاً عن تعدٍ وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم)). وهي تقابل المادة (١٧٤) من القانون المدني المصري النافذ التي نصت على : ((١- يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع ، متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها. ٢- وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعة، متى كانت له عليه سلطة فعليه في رقابته وفي توجيهه)).

(3) د. محمد عبد المحسن القرشي، مصدر سابق، ص١٢٠٨.

(4) أحمد سلمان شهيب ، مصدر سابق ، ص٣٨.

(5) د. جلال القريشي. شرح قانون العمل العراقي، مطبعة الأزهر، بغداد، ١٩٧٢، ص٢٤. وانظر: د. شاب توما منصور، شرح قانون العمل، دار الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٧٢، ص٣٢٩.

(6) المادة (١١٢١) من القانون المدني الفرنسي. تقابلها المادة (١٥٤) من القانون المدني المصري. والمادة (١٥٢) من القانون المدني العراقي والتي نصت على: ((١- يجوز للشخص ان يتعاقد باسمه الخاص على التزامات يشترطها لمصلحة الغير اذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية. ٢- ويترتب على هذا الاشتراط ان يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد يستطيع ان يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك، وللمتعهد ان يتمسك قبل الغير بالدفوع التي تنشا عن العقد. ٣- ويجوز كذلك للمشترط ان يطالب

تعاقدي في مواجهة المريض متلقي الدم[١] .

وبذلك فأن التابع يكون ملزماً باحترام الالتزامات الناشئة عن عقد الاستشفاء الطبي في مواجهة الطرف الآخر، وملزم بذلك أيضاً في مواجهة المتبوع لكن على أساس العقد المبرم بينهما، إذ ان اطراف العلاقة العقدية (التابع والمتبوع) يتوجب عليهم الاتفاق على احترام بنود عقد الاستشفاء الطبي، وقد يتم إدراج بعض بنوده في الرابطة العقدية بينهما، إذ يمكن ملاحظة تأثير العلاقة العقدية بين اطراف عقد الاستشفاء على العلاقة العقدية بين التابع والمتبوع في (التزام التابع بالسرية) في مواجهة المتبوع وهذا الأخير يكون ملزماً بالسرية أيضاً في مواجهة الدائن الأول –الطرف الآخر لعقد الاستشفاء الطبي- ومن ثمّ فأن رجوع (المستفيد من العلاج) على المعالج المتبوع بموجب عقد الاستشفاء الطبي المبرم بينهما يؤدي إلى رجوع الأخير على تابعيه بموجب رابطة عقدية مستقلة مبرمة بينهما[٢].

هذا، وينبغي لكي تتحقق مسؤولية الإدارة (المتعاقد المتبوع) في عقد الاستشفاء الطبي عن أعمال مستخدميها في تنفيذ التزامها ، توافر الشروط الآتية:

١- ان يستعين الملتزم بأشخاص آخرين (تابعين أو مساعدين) في تنفيذ التزامه العقدي.

٢- تحقق مسؤولية من استخدمه المدين (التابع) بتوافر أركانها الثلاثة من خطأ وضرر وعلاقة سببية[٣].

فإن توافرت هذه الشروط في علاقة التابع بالمتبوع، فإن المستشفى (المتبوع) يكون مسؤولاً تجاه المتعاقد الآخر في عقد الاستشفاء الطبي عن أعمال التابعين الذين تم استخدامهم في

=بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة الغير إلا اذا تبين من العقد أن الغير وحده الذي يجوز له ان يطالب بتنفيذ هذا الاشتراط)).

(١) إن الذي أقر هذا الوصف وأرسى مبادئه هو القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية عام ١٩٥٤، والذي اعتمدته محكمة الموضوع، اذ ذهبت فيه المحكمة إلى أن الاتفاق المبرم بين المؤسسة العلاجية ومركز نقل الدم يصحبه اتفاق لمصلحة الغير باسم المريض الذي يستفيد من هذا الاتفاق، على الرغم من أنه أجنبي عنه حيث قضت" ويعتبر المريض المنقول إليه الدم المستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير دائنا مباشرا بالنسبة لمركز نقل الدم والملزم بتوريد دم غير معيب "أشار اليه سيناء طارق لفته، الاطار القانوني لعمليات نقل الدم بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية، العدد٥٨، ج٣، ص٧٨٨. كما ذهبت المحاكم الفرنسية في العديد من أحكامها إلى هذا الأساس، ومنها حكم محكمة استئناف باريس عام ١٩٩١ إلى ان العقد المبرم بين المستشفى الذي كان يعالج فيه المريض وبين مركز نقل الدم هو عقد توريد دم، يلتزم بموجبه المركز بعدّه متعهدا بتقديم دم نظيف وسليم وان هذا العقد يتضمن اشتراطا ضمنيا لمصلحة المريض وتقوم مسؤولية المركز اذا اخل بالتزامه، أشار إليه الدكتور وائل محمود أبو الفتوح، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم، دار الفكر والقانون، مصر ، ٢٠٠٩، ص٤٩٢.

(٢) أحمد سلمان شهيب، الالتزام التعاقدي بالسرية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة النهرين، ٢٠٠٥، ص٥٨.

(٣) د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١، ص٤٩٨ وما بعدها. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦، ص٤١١ وما بعدها.

تنفيذ التزامه العقدي[1]، مسؤولية عقدية ناجمة عن إخلال تابعيها بصدد تنفيذ عقد الاستشفاء الطبي[2]، وقد يتبادر إلى الذهن تساؤل مهم عن مركز الشخص المرافق للمريض وهل يعد من اطراف عقد الاستشفاء أم لا ؟

ففي أغلب الحالات يدخل المريض إلى المستشفى وبرفقته احد أقاربه او شخص اختاره ليكون معه اثناء وجوده بالمستشفى، والغاية من وجوده هو مساعدة المريض او دعمه معنوياً، فهو يشكل دعما نفسيا للمريض وهو موجود بقربه، وعامل معزز للأمان ودفع الخوف الذي قد ينتاب المريض في بعض الأحيان من الإجراءات الطبية المؤلمة ، كما يكون وجود المرافق في حالات أخرى ضروريا بالنسبة للمريض، إذ ان بعض الحالات المرضية النسائية يشكل عامل الخجل فيها حائلاً دون قبول مساعدة الممرضات او العناصر الطبية المختصة وتكون المرافقة الأقرب بالنسبة للمريضة لمساعدتها عند الحاجة ، وأياً كان سبب وجود المرافق مع المريض فهل يعدّ من أشخاص عقد الاستشفاء الطبي ام لا ؟.

وقبل الإجابة عن ذلك لابد من ملاحظة انّه قد يكون هذا المرافق هو فعلياً طرف في عقد الاستشفاء، وذلك عندما يكون هو نفسه ولي امر المريض أو من ينوب عنه، وهي الحالة التي لا يتمكن فيها المريض من إبرام عقد الاستشفاء بنفسه، وهو امر شائع كثيراً لا سيما في قسم الأطفال، إذ تجتمع في هذا الشخص صفتان الأولى أنّه احد أطراف عقد الاستشفاء والثانية هي مرافقة المريض.

أما في حالة كون المرافق شخصاً يأتي مع المريض من دون أن يكون ولياً له أو نائباً عنه، وان سبب وجوده هو مساعدة المريض ودعمه نفسياً، فهو لم يتعاقد مع المستشفى لإجراء طبي على نفسه، أو باسمه على من ينوب عنه، فهو غير مسؤول عقديا قبل المستشفى ، وبذلك فهو ليس طرفا من اطراف عقد الاستشفاء، فهل يمكن ان يكون تابعا لاحد المتعاقدين في العقد (المريض) ؟ ان الإجابة عن ذلك أيضا ستكون بالنفي، فهو ليس مستخدما لدى المريض لتنفيذ التزامات الأخير بحسب عقد الاستشفاء، وان التزاماته تجاه المستشفى تحكمها مجموعة من التعليمات التي يتطلب الالتزام بها من رواد المستشفى بصورة عامة، ومن قبله كمرافق مع

---

[1] د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٩، ص٨٩ وما بعدها. د. أكرم محمود حسين البدو، مصدر سابق، ص٦٨- ٧١.

[2] نصت الفقره الثانية من الماده (٢٥٩) من القانون المدني العراقي على: ((وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا التي تنشا عن غشه او عن خطاه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته من الغش او الخطا الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه..))

المريض في غرفته بصورة خاصة، وهذه التعليمات تتحدد بحسب فكر الجهة المستثمرة في المستشفى او سياستها الاقتصادية والمالية وكذلك اختصاصاتها الطبية، فضلاً عن التعليمات الوزارية الواجب التقيد بها بهذا الخصوص، فأغلب المستشفيات تشترط ان لا يكون المرافق من كبار السن او ممن يشكو من أمراض مزمنة[١]، وبعضها يشترط وجود مرافق واحد فقط مع المريض [٢]، وتوجد مستشفيات لا تمانع من وجود اكثر من مرافق مع المريض بشرط دفع مبلغ مالي معين[٣].

الفرع الثالث

الخلف العام والخلف الخاص والغير عن العقد

يتأثر بعض الأشخاص بعقد الاستشفاء الطبي ويؤثرون فيه إلا أنهم ليسوا أطرافا فيه ولا يسهمون في إبرامه بشكل مباشر، فقد يمتد أثر عقد الاستشفاء الطبي إلى نطاق أوسع من مجرد الاقتصار على أطرافه الذين اتفقوا على إبرامه بشكل مباشر، ولو بشكل جزئي فيلتزمون بالتزاماته وتنسحب اليهم الحقوق الناشئة عنه، عليه لا بد من البحث بشيء من التفصيل في الخلف العام والخلف الخاص والغير عن العقد وعلى النحو الآتي:

أولاً- الخلف العام:

الخلف العام هو منْ يخلف الغير في ذمته المالية كلها أو في جزء شائع منها، فالخلف العام يخلف السلف بالميراث أو الوصية[٤]، وقد سمي خلفا عاما ؛ لان خلافته لسلفه خلافة عامة في جميع عناصر ذمته المالية او في حصة منها دون ان تتعلق بعين محددة بذاتها من أعيان التركة[٥].

---

(١) انظر الفقرة (١٣) من التعليمات الصادرة من إدارة مستشفى الكفيل التخصصي في كربلاء المدرجة ضمن الملحق رقم (١) من قائمة الملحقات في آخر الأطروحة. والفقرة (١٢) من التعليمات الصادرة من إدارة مستشفى الإمام الحجة (عجل الله فرجه) الخيري - في كربلاء المدرجة ضمن الملحق رقم (٢) من قائمة الملحقات في آخر الأطروحة .

(٢) انظر الفقرة (٨) من التعليمات الصادرة من إدارة مستشفى الكفيل التخصصي في كربلاء ، الملحق رقم (١)

(٣) انظر الفقرة (٣) من التعليمات الصادرة من إدارة مستشفى الإمام الحجة (عجل الله فرجه) الخيري – في كربلاء، الملحق رقم (٢) .

(٤) د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص٣٠٩. د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص١٧٥- ١٧٦؛ د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص٢٧٤. د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص٣٣.

(٥)د. خالد جمال احمد حسن، الوسيط في مصادر الالتزام – دراسة تحليلية في ظلال القانون المدني المصري، بدون مكان نشر ، ٢٠٢٠، ص ١١١.

وهذا ما أشار إليه المشرع العراقي في المادة (١٤٢) من القانون المدني النافذ التي تنص على أنه: ((ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون إن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام))[١]، فمن خلال هذه المادة أشار المشرع الى القاعدة والاستثناء، فالقاعدة العامة هي انصراف أثر العقد إلى الخلف العام ؛إذ يحل الخلف العام محل السلف في ذمته المالية وتنتقل إليه الحقوق والالتزامات بالشكل الذي لا يتناقض مع أحكام الميراث بمعنى لا نفاذ لتصرفات الوارث في التركة إلا بعد سداد الديون[٢].

أما الاستثناء الذي يرد على هذه القاعدة يتمثل بـ (العقد وطبيعة التعامل ونص القانون)، فإذا ما اقتضى العقد أو طبيعة التعامل أو نص القانون عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام فلا ينصرف هذا الأثر إلى الخلف العام، وقد تبين لنا عند البحث في خصائص عقد الاستشفاء الطبي بأنه من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي [٣] ، فطبيعة العقد ذاتها تستوجب عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام[٤] ، ذلك أن طبيعة التعامل في عقد الاستشفاء والقائمة على أساس الاعتبار الشخصي تقضي بعدم امتداد العقد إلى الخلف العام فلا يحل الخلف محل السلف في عقد الاستشفاء الطبي بل ينقضي العقد بمجرد وفاة أحد طرفيه لعدم إمكان استمرار العقد مع موت أحد طرفيه، ولانتفاء الغاية الأساسية من العقد وهي العلاج، فالاعتبار الشخصي يعد قائماً في شخصية المريض، وفي الطبيب المختص بحالة المريض الذي يمثل المستشفى في جانب محدد وهو علاج المريض عن طريق قيامه بفحص الحالة وتقرير العلاج اللازم والأدوية المناسبة، وبذلك تنقلب المعادلة في إطار عقد الاستشفاء الطبي فيكون الأصل هو عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام في عقد الاستشفاء الطبي في حالة موت المريض، وكذلك في حالة موت الطبيب المختص المعالج لحالة المريض والذي عادة اختاره المريض لكفاءته ومهارته والسمعة العلمية التي يتمتع

---

[١] تقابل المادة (١٤٥) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ النافذ والمادة (١٤٦) من القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ النافذ. والمادة (٢٠٦) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ النافذ.

[٢] نصت المادة (٨٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ النافذ على: ((الحقوق التي تتعلق بالتركة بعد وفاة المورث أربعة مقدم بعضها على بعض هي : ١- تجهيز المتوفى على الوجه الشرعي. ٢- قضاء ديونه وتخرج من جميع ماله. ٣- تنفيذ وصاياه وتخرج من ثلث ما بقي من ماله. ٤- إعطاء الباقي إلى المستحقين)).

[٣] انظر ما بحثناه صفحة (٢٦) من هذه الأطروحة حول خصوصية عقد الاستشفاء الطبي كونه قائم على الاعتبار الشخصي .

[٤] د . خالد جمال أحمد حسن ، مصدر سابق ، ص١١٢.

بها، فلا يحل خلف الطبيب محله وان كان ابنه طبيبا[١]، ويتطلب في هذه الحالة توفر استحصال رضا جديد من المريض وموافقته على ان يستلم حالته طبيبا آخر في المستشفى.

هذا وتدق فكرة الاعتبار الشخصي عند البحث في انتقال الحقوق والالتزامات بحسبان ان المستشفى كونها شخصية معنوية فإن التزاماتها متشعبة ومختلفة تبعا للجهة المكلفة فيها بتقديم الخدمات العلاجية للمريض، إذ ان بعض الحقوق والالتزامات تنتقل إذا اندمجت شخصية المعالج المعنوية بشخصية أخرى، فتفقد الأولى شخصيتها لصالح الثانية (الدمج بطريق الضم) فأن (المستشفى) الشخصية الضامة المحتفظة بشخصيتها تحل محل الشخصية المنضمة في عقد الاستشفاء الطبي، وذلك على اعتبار إن حقوق والتزامات الشخصية المنضمة انتقلت إلى الشخصية المعنوية الضامة بوصفها خلفاً عاماً تلقى إجمالي الذمة المالية لسلفهِ [٢].

ولذلك فإن المؤسسة العلاجية (المستشفى) تظل قائمة وملتزمة بما عليها في عقد الاستشفاء الطبي طالما لا يوجد شخص طبيعي (طبيب) شخصيته محل اعتبار بأن كان سببا جوهرياً في إبرام هذا العقد وأثر تغيير الشخصية المعنوية في وجوده [٣].

ثانياً- الخلف الخاص:

الخلف الخاص هو من يتلقى من غيره ملكية شيء معين بالذات او حقا عينيا على هذا الشيء، فيخلفه في العقود المتصلة به، كالمشتري الذي يعد خلفا خاصا للبائع في العين المبيعة[٤]، وفي الواقع لا يمكن تصور هذه الحالة في عقد الاستشفاء الطبي لعدم انسجام طبيعة العقد مع فكرة الخلف الخاص، لا سيما ان محل عقد الاستشفاء الطبي هو القيام بعمل يتحدد بحسب طبيعة مرض المريض، فهو ذا أبعاد شخصية بحتة متعلقة بشخص المريض وذاته ولا يمكن إن ينتقل إلى شخص آخر، ذلك لأن فكرة الشيء في عقد الاستشفاء الطبي لا تمثل جوهر الالتزامات الناشئة عنه على اعتبار إن محور فكرة هذا العقد هو (أداء معين) من أحد طرفيه يتحدد وفقاً للحالة

---

(١) تجب الملاحظة الى ان بعض الالتزامات غير الجوهرية التي لا تؤثر في الغاية الأساسية من عقد الاستشفاء الطبي (وهي العلاج) مثل الالتزام بالسرية الناشئ عن عقد الاستشفاء ، فأنه يمتد ليشمل كل منْ أطلع على السر لاسيما إذا كان خلفاً عاماً لأحد طرفي العقد كما لو انتقلت مع تركة الطبيب إلى أحد أبنائه ، مذكراته التي دون فيها أسماء بعض مرضاه وحالاتهم المرضية أو بعض أسرارهم الخاصة فبذلك يلتزم هذا الوريث بالحفاظ على هذه الأسرار طي الكتمان شأنه في ذلك شأن سلفه. بيد إن ذلك لا يكون مع محل عقد الاستشفاء وهو (العلاج الطبي) كعمل يؤديه أحد الطرفين للآخر فهو قاصراً على طرفي العقد دون غيرهما فلا ينتقل إلى الخلف العام ، انظر في ذلك ما اشار اليه أحمد سلمان شهيب ، عقد العلاج الطبي ، مصدر سابق ، ص ٤٩و ص ١٧٩.

(٢) تنص المادة (١٥٢) من قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ النافذ على إنه ((تنتقل حقوق والتزامات الشركة المندمجة كافة إلى الشركة المدمج بها أو الناتجة عن الدمج)) .

(٣) احمد سلمان شهيب ، عقد العلاج الطبي، مصدر سابق ، ص ٥٠.

(٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. مصدر سابق، ص١٧٨ د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، ج١، مصدر سابق، ص١٣٢. د. خالد جمال احمد حسن ، مصدر سابق، ص١١٤.

المرضية للطرف الآخر وهذا الأداء لا يمكن عدّه (شيء) لكي ينتقل إلى خلف خاص ، كذلك لا يعد المرض شيئاً ، بل ولا ما يرافق هذا العقد من التزامات ضمنية تدخل ضمن مستلزمات العلاج الطبي الذي تلتزم به المستشفى كإعطاء دواء معين أو جهاز طبي ضروري للعلاج الذي يؤديه الطبيب المعالج، على أن الأمر بعد ذلك لا يخلو من فرضٍ جديد قوامه حالة بيع المستشفى إلى المريض جهاز طبي أو دواء أو أي مادة أخرى ، ولا يمكن التعامل مع هذه الحالة من زاوية (الخلف الخاص) إلا في إحدى حالتين[١]:

١- أن يكون الالتزام بإعطاء شيء التزاماً ثانوياً ضمن عقد الاستشفاء الطبي وليس التزاماً جوهرياً فلا يمثل أساس العقد والإخلال به لا يؤثر في عقد الاستشفاء ، وتبقى آثار هذا الالتزام منحصرة على ما يترتب على مثله من ضمانات كضمان السلامة وعدم التعرض[٢].

٢- يمكن من زاوية أخرى عدّ الاتفاق الذي بمقتضاه أعطى المعالج شيئاً إلى المريض مستقلاً عن عقد الاستشفاء ، وعندئذ سيكون لهذا العقد (إن كان عقد بيع أو هبة أو غيره) بحث مستقل عن عقد الاستشفاء الطبي بكل تفاصيله.

وفي هذا المقام تجب الإشارة الى مسألة على درجة من الأهمية وهي حالة (الترابط) بين الالتزام بالعلاج الطبي والالتزام بنقل ملكية شيء فيما إذا ما كان الثاني من مستلزمات الأول[٣]، فإنه ينبغي ملاحظة أن (حق الخلف الخاص) على هذا الشيء ينحصر في جانبه المادي (الموضوعي) لما يلتزم به المتعاقد مع السلف ولا يمتد إلى باقي نطاق عقد الاستشفاء الطبي، إذ لا انتقال لكل حق له اعتبار شخصي ناشئ عن عقد الاستشفاء الطبي[٤]، كما لو التزمت إدارة المستشفى قبل المريض بإجراء عملية جراحية يقوم بها طبيب جراح معروف، والتزمت كذلك بإعطائه أجهزة ومواد تساعد على إنجاح العملية الجراحية، فإن هذا الحق الذي للمريض على المستشفى له جانبان، جانب موضوعي مادي يتمثل بالأشياء المادية التي التزمت بإعطائها للمريض وهذا الجانب هو الذي ينتقل إلى الخلف الخاص دون الجانب الثاني وهو الالتزام بإجراء العملية الجراحية من الطبيب الجراح؛ لأن هذا الأخير مشوب بعنصر الاعتبار الشخصي الأمر الذي يحول دون انتقاله إلى الخلف.

---

(١) أحمد سلمان شهيب ، عقد العلاج الطبي ، مصدر سابق ، ص ٥١.

(٢) على اعتبار إن التزام المستشفى بالعلاج الطبي هو التزام أساسي وأما التزامه بإعطاء شيء فيعد التزاماً ثانوياً متى ما لم يدخل ضمن التزامه بالعلاج الطبي.

(٣) للمزيد عن شروط سريان تصرف السلف في حق الخلف الخاص، انظر د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، ج١، مصدر سابق، ص١٣٣. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – مصادر الالتزام، ج١، مصدر سابق، ص ٤٤٩.

(٤) انظر في نفس المعنى د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٤٥١. د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، ج١،مصدر سابق ، ص١٣٥.

ثالثاً- الغير عن عقد الاستشفاء الطبي:

الغير هو منْ لم يكن طرفاً في العقد وليس بخلف عام ولا خلف خاص فهو أجنبي عن العقد ولا يحل محل أحد طرفي العقد، إلا إن الغير ملزم باحترام العقد وما ينشأ عنه من التزامات وأوضاع جديدة وبذلك فأن إخلال الغير بالالتزام الناشئ عن العقد يرتب مسؤوليته التقصيرية عن هذا الإخلال[١].

ويتمثل إخلال الغير بعقد الاستشفاء الطبي بتجاهله غير المبرر لوجود التصرف القانوني (عقد الاستشفاء) على النحو الذي يخالف فيه الواجب السلبي العام القاضي بالامتناع عن القيام بالأعمال التي تكون من نتائجها أن تحدث إخلالاً بعقود الآخرين[٢].

فالغير هو شخص غريب عن الرابطة العقدية في عقد الاستشفاء ، وهو لا يخرج من احدى الصورتين الآتيتين:

١- الغير الذي لا يمت لعقد الاستشفاء الطبي بأي صلة سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة، وهو الذي لا يرتبط مع أي من طرفيه برابطة عقدية فهو ليس بتابع لأحد الأطراف ولا متعاقد معه.

٢- الغير الذي تربطه بالعقد صلة غير مباشرة وهو الذي يرتبط مع أحد طرفي عقد الاستشفاء الطبي برابطة عقدية، كما لو كان هذا الغير مرتبطاً مع المستشفى برابطة تبعية عقدية فيكون بذلك لهذا الغير وبصورة غير مباشرة علاقة بعقد الاستشفاء الطبي عن طريق اتصاله بأحد طرفي العقد برابطة عقدية[٣] .

وفي كلتا الحالتين فإن الغير ملزم باحترام كل ما ينشأ عن عقد الاستشفاء الطبي ، ففي الحالة الأولى وهي عدم وجود ارتباط بين الغير وبين أي من طرفي عقد الاستشفاء الطبي فإن أساس التزام الغير باحترام مضمون العقد هو (نص القانون) فإذا ما أخل بما يفرضه عليه القانون تحركت مسؤوليته التقصيرية متى ما أدى عدم احترامه للعقد إلى إلحاق الضرر بأحد طرفيه وذلك وفقاً لنص المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي النافذ والتي قضت بأن: ((كل تعدٍ يصيب

---

[١] د. إسماعيل غانم، مصدر سابق، ص٣٥٦. د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص٢٧٦. د. عبد القادر الفار، مصدر سابق، ص١٣٢. د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص٣٢١. د. محمد حسنين، مصدر سابق، ص٩٩.

[٢] صدام فيصل كوكز، إخلال الغير بالعقد والمسؤولية الناشئة عنه، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة النهرين،٢٠٠٤، ص٤١.

(3) Savatier (R.) Lepre'tendu principe deleffet relative Des contrats. R. T. D. civ, 1934, p: 537.

الغير بأي ضرر فأنه يستوجب التعويض))[1]، إذاً لا يحق للغير المساس بمصالح طرفي العقد والإضرار بها و إلا فهو ملزم بالتعويض.

أما الحالة الثانية وهي حالة وجود ترابط عقدي بين أحد طرفي عقد الاستشفاء الطبي وشخص آخر هو من الغير عن عقد الاستشفاء الطبي ، فإن هذا الغير وبموجب العقد المبرم بينه وبين أحد طرفي عقد الاستشفاء ملزم باحترام مصلحة الطرف الآخر في عقده ، وعدم الإضرار به بأي شكل من الأشكال، وبعدم عرقلة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد الاستشفاء الطبي الذي يكون أحد طرفيه طرفاً في العقد المبرم مع الغير، وانسجاماً مع مبدأ حسن النية المهيمن على تنفيذ العقد والقاضي بعدم إضرار أحد المتعاقدين بمصلحة الآخر [2] .

هذا وقد يشترط أحد طرفي العقد أن تتحقق مصلحة للغير من هذا العقد، بمعنى أن يدرج أحد طرفي العقد شرطاً لمصلحة الغير، كما لو ابرم (أ) عقداً مع (ب) وتضمن ضرورة أن يقوم الأخير بمعالجة (جـ)، ويشترط لصحة ذلك أن يتعاقد المشترط باسمه هو لا باسم المنتفع دون أن يكون المنتفع طرفاً في العقد، فضلا عن ضرورة أن يشترط حقاً مباشراً يعود للمنتفع عن العقد المبرم بين المشترط والمتعهد[3]، مع ضرورة توافر مصلحة شخصية للمشترط من هذا الاشتراط.

كما لو تعاقدت مؤسسة تعليمية مع مؤسسة صحية واشترطت فيها ضرورة أن تعالج الطلبة المنتمين إلى المؤسسة التعليمية المتعاقدة مع المستشفى ، إذ ينشأ حقاً مباشراً للمنتفع (الطالب في هذا المثال) تجاه المستشفى المعالج، وله حق المطالبة بالعلاج مستنداً إلى العقد المبرم بين المستشفى والمؤسسة التعليمية.

---

[1] تقابل المادة (١٦٣) من القانون المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ النافذ والمادة (١٦٤) من القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ النافذ والمادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ النافذ والمادة (٦٧) من القانون المدني القطري رقم ١٦ لسنة ١٩٧١ النافذ.

[2] وهو تطبيق للمادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي التي تقضي بـ: ((١- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ٢- ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)).

[3] د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص٣٣٠- ٣٣١.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لعقد الاستشفاء الطبي وتمييزه مما يشتبه به

اذا ما تم للقاضي تفسير العقد باستخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فانه يتعين لتحديد القواعد القانونية التي تنطبق على العقد موضوع الدعوى، تحديد الفئة التي ينتمي اليها، هل العقد وكالة ام مقاولة ام غير ذلك .

اذ يجب على القاضي معرفة ان كان العقد محل الدعوى عقداً مسمى يخضع للأحكام الخاصة به، ام انه عقد غير مسمى يخضع للقواعد العامة في النظرية العامة للالتزامات[1]، الأمر الذي يدعونا الى محاولة الوصول الى الطبيعة القانونية لعقد الاستشفاء الطبي .

ولأن عقد الاستشفاء الطبي يقترب في بعض خصائصه من عقود أخرى، الا انه لا يمكن تطبيق أحكامها عليه للاختلاف البين بينهم ما يجعله عقداً قائماً بذاته.

ولتوضيح اكثر لما ذكرناه آنفاً سوف نتطرق من خلال هذا المبحث الى الطبيعة القانونية لعقد الاستشفاء الطبي في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني سنميز عقد الاستشفاء الطبي مما يشتبه به من عقود.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لعقد الاستشفاء الطبي

إن العلاقات القانونية المترابطة والمتشابكة التي تنشأ في صدد تنفيذ عقد الاستشفاء الطبي كانت السبب وراء الصعوبة في تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد، ذلك أن تحديد طبيعة العقد معناه إضفاء الوصف القانوني له عن طريق إعطائه اسماً من الأسماء المعروفة حتى يمكن تطبيق أحكامه عليه، او إرجاعه الى القواعد العامة في العقد، إذ يلاحظ أن عقد الاستشفاء الطبي يلقي التزامات متنوعة ومترابطة على عاتق ادارة المستشفى، كما ان الخصوصية التي يمتاز بها هذا العقد فضلاً عن الغياب التشريعي والفقهي في تحديد طبيعته، اصبح لزاما البحث لبيان طبيعة العقد محل الدراسة، اذ يثير عقد الاستشفاء الطبي الكثير من التساؤلات بشأن طبيعته فيما إذا كان منسجماً مع أحد العقود المسماة المعروفة والقريبة منه في القانون المدني، أو إنه لا ينسجم مع أي منها فهو بذلك عقداً غير مسمى وذو طبيعة خاصة يخضع للقواعد التي تحكم العقود بصفه عامه ، او لقواعد

(1) د. طارق كاظم عجيل ، الوسيط في عقد البيع،ج١، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان ، الاردن،٢٠١٠، ص ٢٧.

واحكام في تشريعات خاصة ، اضف الى ذلك ان الموضوع لم يسبق ان تم بحثه مسبقا من الفقهاء او الشراح، ولم تطرح بشأنه اراء كما فعلوا مع العقد الطبي، الأمر الذي يدعو إلى السعي لأجل التوصل لحقيقة عقد الاستشفاء الطبي وبيان -قدر الإمكان- مدى انسجامه مع أي من هذه العقود .

واستنادا لما سبق، سوف نقسم هذا المطلب على فرعين ، الفرع الاول سنخصصه للبحث في بيان طبيعة عقد الاستشفاء الطبي بعده ضمن العقود الواردة على العمل، وذلك في فقرتين متتاليين، الأولى، عقد الاستشفاء الطبي عقد وكالة ، اما الاخرى عقد الاستشفاء الطبي عقد مقاولة، ثم سنخصص البحث في الفرع الثاني لبيان حقيقة الطبيعة القانونية لعقد الاستشفاء الطبي كونه عقداً مركباً .

الفرع الأول

عقد الاستشفاء الطبي من العقود الواردة على العمل

في هذا الفرع سنعرض لبيان الطبيعة القانونية لعقد الاستشفاء الطبي بعدّه عقداً من العقود الواردة على العمل، إذ نتناول في الفقرة الأولى مدى إمكانية اعتبار عقد الاستشفاء الطبي عقد وكالة وانسجامه مع أحكامها من عدمه، ثم نحاول معرفة بيان عدّه عقد مقاولة، وهل يستقيم ذلك على هذا النحو كما ذهب الى ذلك جانب من الفقه بالنسبة للعقد الطبي[1]، وسيكون ذلك في الفقرة الثانية من هذا الفرع وكالاتي:

---

(١) ذهب الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري إلى عد عقد العلاج الطبي عقد مقاولة في الغالب، انظر: مؤلفه الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، ج٧، مصدر سابق، ص١٨. ويرى الدكتور حسن ذنون أنه يمكن تكييف عقد العلاج الطبي بالشكل الذي يجعله خاضعاً لأحكام عقد المقاولة على اعتبار أن العناصر الأساسية لعقد المقاولة تتمثل في أن المقاول غالباً ما يؤدي عملاً لقاء أجرٍ يتقاضاه من رب العمل طبقاً للمادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي النافذ، انظر: محاضرات للدكتور حسنٍ علي ذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، ألقيت على طلبة الدراسات العليا، جامعة النهرين، كلية الحقوق، ١٩٩٩- ٢٠٠٠، غير منشورة، ص١٤-١٥. وذهب الفقيهان جوسران، وأندريه برتون الى ذات الرأي "ليس هناك أدنى شك في أن ما يوجد بين الطبيب والمريض يعد عقد مقاولة" انظر:

(V). Josserand: cour de droit civil positif Francçais 2éd. T. 2N 128 Rapports sous cass civ. 20 mai 1936 D.P 1936-1-99. (R). Besserve le contrat médicale, these Paris, 1955, p: 92.

أولا- عقد الاستشفاء الطبي عقد وكالة:

بدءاً لا بد من تعريف عقد الوكالة كما جاء في القانون المدني العراقي النافذ بأنه: ((عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم)) [1]، فإذا ما اعتبرنا ان عقد الاستشفاء هو عقد وكالة سيكون التعريف بأنه ((عقد يقيم به المريض إدارة المستشفى مقام نفسه في علاجه، وهو تصرف جائز معلوم))، فعقد الوكالة هو عقد مسمى ([2])، وهو في الأصل عقد رضائي، إلا إذا كان محل الوكالة تصرف شكلي.

ووفقا لهذا الاعتبار، يطرح التساؤل الآتي ، هل يمكن ان يكون عقد الاستشفاء الطبي هو عقد وكالة ، ومن ثم تطبق عليه احكام عقد الوكالة ، أم لا ؟.

وللإجابة عن التساؤل المذكور آنفاً سنورد اهم الخصائص التي يمتاز بها عقد الوكالة ثم نقيم تلك الفكرة ومدى انسجامها مع عقد الاستشفاء.

١- أهم خصائص عقد الوكالة هي:

أ- إن الوكيل في عقد الوكالة لا يلتزم بتحقيق نتيجة بل ملزم ببذل عناية ولا يسأل عن تحقق الغاية[3].

ب- ان الوكالة قد تكون بأجر كما قد تكون تبرعية [4].

ج- وجود الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة والمنصرف إلى كلا الطرفين[5].

د- ومن الأحكام المميزة لعقد الوكالة هي التزام الوكيل بعدم مجاوزة الحدود المرسومة للوكالة، الا

---

[1] المادة (٩٢٧) من القانون المدني العراقي النافذ . كما عرف المشرع المصري الوكالة بأنها: ((عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل)) المادة (٦٩٩) من القانون المدني المصري النافذ. اما المشرع الفرنسي فقد عرف الوكالة بأنها: ((عقد بمقتضاه يفوض آخر بعمل شيء لحساب الموكل وبإسمه ولا يتم العقد الا بقبول الوكيل))، المادة (١٩٨٤) من القانون المدني الفرنسي.

[2] انظر المواد (٩٢٧-٩٤٩) من القانون المدني العراقي النافذ ؛ والمواد (٦٩٩-٧١٧) من القانون المدني المصري النافذ.

[3] د. حسن زكي الابراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ص٩١- ٩٢.

[4] المادة (٩٤٠) من القانون المدني العراقي النافذ نصت على إنه ((١- إذا اشترطت الأجرة في الوكالة وأوفى الوكيل العمل يستحقها وإن لم تشترط فأن كان الوكيل ممنْ يعمل بأجرة فله أجر المثل و إلا كان متبرعاً، ٢- وإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير المحكمة إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة...)) وانظر أيضاً المادة (٧٠٩) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ النافذ؛ والمادة (٦٧٥) من القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ النافذ؛ والمادة (٨٥٧) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ النافذ.

(٥) المادة (٩٤٦) من القانون المدني العراقي نصت على ((تنتهي الوكالة بموت الوكيل أو الموكل أو بخروج احدهما عن الأهلية أو بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة)) وهي تقابل المادة (٧١٤) من القانون المدني المصري في هذا الحكم والتي نصت على ((تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الآجل المعين للوكالة وتنتهي أيضا بموت الموكل أو الوكيل)).

اذا كان من المتعذر عليه إخطار الموكل سلفا وكان يغلب عليه الاعتقاد بموافقة موكله على هذه التصرفات [١].

ومن خلال ابرز خصائص عقد الوكالة يتوارد الى الذهن انها ذات الخصائص لعقد الاستشفاء الطبي، فعقد الاستشفاء لا يلتزم فيه الطبيب المعالج في المستشفى سوى بالتزام بذل عناية دون تحقق الشفاء، كما ان عقد الاستشفاء قد يكون بأجر (مقابل مالي) او من دون اجر، إضافة الى كونه من العقود ذات الاعتبار الشخصي[٢]، فضلا عن التزامات ادارة المستشفى بأداء الاجراء الطبي او الجراحي من دون التعدي الى إجراء اخر من غير اخذ موافقة المريض وتبصيره الا في بعض الحالات الاستثنائية التي تحتم على الطبيب اسعاف المريض واتخاذ ما يلزم كونه (أي التصرف الطبي) ينصب في مصلحة المريض وقطعا فانه لن يرفض ذلك مقابل صحته وحياته[٣].

٢- تقييم الفكرة:

تطرقنا الى اهم خصائص عقد الوكالة ووجدنا انها تنطبق على عقد الاستشفاء الى حد ما، لكن يجدر بنا التعمق في هذه الفكرة وتقييمها لأجل التوصل الى نتيجة نهائية مفادها الاجابة عن التساؤل السابق ذكره، وهو هل ان عقد الاستشفاء الطبي عقد وكالة لتطبيق احكامها عليه، فنجد انه على الرغم من تشابه بعض الاحكام بينهما، الا اننا لا يمكن عد عقد الاستشفاء عقداً من عقود الوكالة ، لاختصاص عقد الوكالة ببعض الاحكام التي لا يمكن باي حال من الاحوال تطبيقها على عقد الاستشفاء ، وابرز هذه الأحكام هي:

أ- أغلب موضوعات الوكالة تقع لقضاء الامور المالية والتصرفات القانونية كالبيع والشراء واثبات الدين واثبات العين والإعارة والخصومة والتقاضي والصلح والهبة والصدقة والرهن[٤]، اما بالنسبة لعقد الاستشفاء فان محله الأعمال الطبية والعلاجية التي تقع على جسم الإنسان، وحيث ان من شروط المحل الموكل فيه ان يكون مملوكا للموكل[٥]، فلا يتصور توكيل المريض ادارة المستشفى الخاص للقيام بالأعمال الطبية على جسده الذي هو ملك الخالق وغير قابل للتعامل او التصرف فيه.

---

(١) نصت المادة (٩٣٣) من القانون المدني العراقي على ((على الوكيل تنفيذ الوكالة دون مجاوزة حدودها المرسومة، على انه لا حرج عليه اذا خرج في تصرفه عن هذه الحدود، متى كان من المتعذر عليه اخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بان الموكل ما كان الا ليوافق على هذه التصرفات، وعلى الوكيل في هذه الحالة، ان يبادر بإبلاغ الموكل بما جاوز به حدود الوكالة)) تقابل المادة (٧٠٣) من القانون المدني المصري.

(٢) انظر ما تم بحثه سابقا في بيان خصائص عقد الاستشفاء صفحة (٣٠) من هذه الأطروحة .

(٣) انظر التزام المستشفى بأخذ رضا المريض والاستثناءات الواردة عليه صفحة (٧٢)وصفحة (٩٢)من هذه الأطروحة .

(٤)د.صالح سالم النهام،عقد الوكالة، بحث منشور في مجلة الوعي الإسلامي، العدد (٥٨٤)، فبراير ٢٠١٤،ص٤٠.

(٥)د.محمد رضا عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٧٥،ص١٢٩.

ب- يختلف التزام الوكيل في الوكالة ان كانت بأجر او من دون أجر، فالوكالة بلا اجر وجب على الوكيل ان يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في اعماله الخاصة ، اما اذا كانت بأجر فيجب على الوكيل ان يبذل دائما في تنفيذها عناية الرجل المعتاد [١]، من ذلك يلاحظ ان التزام الوكيل في عقد الوكالة يختلف تبعا لوجود المقابل (الأجر) في العقد، اما في عقد الاستشفاء فان الالتزام ان كان التزاما ببذل عناية او بتحقيق نتيجة يختلف تبعا لنوع الخدمة الطبية او الاجراء الطبي وليس تبعا لوجود المقابل من عدمه، فهو التزام بتحقيق نتيجة في تقديم الخدمات الطبية والالتزام بضمان سلامة المريض وبعض الاجراءات الطبية كعملية نقل الدم ، دون الالتزام بتحقق الشفاء من المرض الذي هو التزام ببذل عناية وفقا للأصول العلمية في علم الطب [٢].

ج- عقد الوكالة من العقود المجانية بحسب الأصل ولا تكون الوكالة بمقابل إلا على سبيل الاستثناء[٣]، وهذا خلاف حقيقة عقد الاستشفاء الطبي، فالأمر مختلف ، ذلك إن الأصل هو وجود الأجرة وصفة التبرع والخيرية هي استثناء إذا كانت الخدمة الاستشفائية مقدمة بواسطة إحدى المستشفيات التي تقدم الخدمة مجانا.

د- وجود بعض الحالات في عقد الوكالة لا يمكن تصورها في عقد الاستشفاء الطبي كالتزام الوكيل بعدم استخدام مال الموكل لصالح نفسه[٤]، إذ لا علاقة للمستشفى بأموال المريض (المستفيد من العلاج)، فعقد الوكالة ينصب محله عادة على حق عيني او مالي لغرض القيام بتصرف قانوني

---

(١) انظر المادة (٩٣٤) من القانون المدني العراقي، تقابلها المادة (٧٠٤) من القانون المدني المصري ، المادة ٦٠٧ من القانون المدني السوري، المادة ٧٠٥ من القانون المدني الكويتي، المادة ٨٤١ من القانون المدني الأردني.

(٢) سيتم بحث التزامات المستشفى قبل المريض في الباب الثاني من هذه الأطروحة.

(٣) رغم عدم صراحة المادة (٩٤٠) من القانون المدني العراقي على اعتبار الوكالة تبرعية بحسب الاصل ، الا ان مفهوم النص يحمل هذه الدلالة ، إذ نصت المادة المذكورة على: ((١- اذا اشترطت الأجرة في الوكالة وأوفى الوكيل العمل يستحقها، وان لم تشترط فان كان الوكيل ممن يعمل بأجرة فله اجر المثل والا كان متبرعا ...)) ، حيث ان اداة الشرط (إذا) التي تصدرت المادة تدل على ان الحالة الطبيعية لعمل الوكيل هو التبرع اما اذا اشترطت الاجرة او كان الوكيل ممن يعمل بأجر فقد خص لها الاحكام المذكورة ،اما المشرع المصري فكان اكثر صراحة في النص على اعتبار الوكالة تبرعيه وبدون اجر كأصل عام ، فنصت المادة (٧٠٩/أولاً) من القانون المدني المصري النافذ: ((الوكالة تبرعية، مالم يتفق على غير ذلك او يستخلص ضمنا في حالة الوكيل...)). وانظر: د. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص١٠٣. وانظر:

(R). Savatier, (J.M) Auby: et (PH). Pequignet: traité de droit medical, Paris, 1956. P.213.

(٤) نصت المادة (٩٣٥) من القانون المدني العراقي النافذ على إنه ((المال الذي قبضه الوكيل لحساب موكله يكون أمانة في يده فإذا تلف بدون تعد لم يلزمه الضمان، وللموكل أن يطلب إثبات الهلاك))، ونصت المادة (٩٣٧) من ذات القانون المذكور على إنه ((ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها. وعليه أيضاً فوائد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت أعذاره))، وكذلك انظر: المادة (٧٠٦) من القانون المدني المصري النافذ والمادة (٦٧٢) من القانون المدني السوري النافذ.

معين، والإدارة في المستشفى لا تكلف بالتصرف بأموال المستفيد من العلاج إنما جوهر التزامها هو معالجة المريض جسدياً أو نفسياً فقط.

هـ- من الالتزامات الأساسية بعقد الوكالة أن يلتزم الوكيل بحدود الوكالة المخولة له فلا يجوز له أن يتجاوز حدود وكالته وإلا عدّ مخالفًا لعقد الوكالة ، كما أنه يعمل لحساب الموكل وخاضع لرقابته، في حين أن الطبيب أو المؤسسة الطبية بعقد الاستشفاء الطبي تحكمها أصول وقواعد أخرى غير القواعد الحاكمة لعقد الوكالة المذكور آنفا ، من أهمها أن المؤسسة الطبية تلتزم بما تفرضه القوانين المدنية والخاصة كقوانين أخلاقيات مهنة الطب في التعامل مع المريض، وعلى ذلك قد تتجاوز بعض البنود أو الاتفاقات المبرمة سلفا بين الطرفين بعقد الاستشفاء حال استدعت الحالة المرضية ذلك ولم تكن ظروف الحال تقتضي موافقة المريض على هذا التجاوز في الاتفاق، وفي هذه الحالة ومن وجهة نظرنا لا يعد ذلك تجاوزا لحدود الاتفاق، كما في حالة عقد الوكالة التي يكون الأمر فيها حال تجاوز المتفق عليه هو تجاوز لحدود الوكالة .

إنّ خير مثال على هذا التأصيل قضية (Kraig) أمام القضاء الاسكتلندي، والتي تتلخص وقائعها بأن أحد المرضى أجريت له عملية لاستئصال كيس خيشومي صغير، إذ وجد الطبيب إن من الضروري إجراء هذه العملية، واستحصل موافقة المريض على القيام بالتدخل الجراحي، وفي أثناء إجراء الطبيب للعملية اكتشف ورم قريب من الشريان السباتي فقام باستئصاله على الفورمن دون الرجوع إلى رأي المريض، إذ إن الطبيب أخذ بنظر الاعتبار صعوبة إيقاف العملية الاستكشافية الأولية وغلق الجرح وإزالة آثار التخدير العام عن المريض ثم بعد ذلك شرح الوضع الصحي للمريض قبل استئناف عملية الاستئصال للورم مرة أخرى ،الأمر الذي دفع الطبيب إلى اتخاذ إجراء لمصلحة المريض ، وقد أيدت المحكمة توجه الطبيب لما فيه من تحقيق لمصلحة المريض [١].

و- يلتزم الوكيل في عقد الوكالة بتقديم حساب للموكل[٢]، كما أن الوكالة تسمح للموكل برقابة وكيله، وهذا لا ينسجم مع طبيعة عقد الاستشفاء الطبي الذي يكون فيه الطبيب المعالج مع الطاقم الطبي حراً في عمله ولا رقابة عليه سوى ما تحكمه به القوانين والتعليمات الخاصة وضميره

---

[1] J. A. CAMERON. Q. G.: an introduction medical Negligwnce, the law society of Scotland Edingurgh, 1983, p. 17.

[٢] نصت المادة (٩٣٦) من القانون المدني العراقي النافذ على إنه ((على الوكيل من وقت لآخر أن يطلع الموكل على الحالة التي وصل إليها في تنفيذ الوكالة وإن يقدم له حساباً عنها بعد انقضائها))، وهي تقابل المادة (٧٠٥) من القانون المدني المصري النافذ.

المهني وأخلاقيات مهنة الطب، وهذا بعيد كل البعد عن تصور مراقبة المريض لما يتلقاه من علاج وأعمال طبية هي ابعد ما تكون عن معرفته الطبية المتواضعة بحالته المرضية [1].

ان ما نخلص اليه من جميع ما تقدم هو ان عقد الوكالة كعقد مسمى له أحكامه وخصائصه الخاصة التي تجعل من المتعذر تطبيقها على عقد الاستشفاء الطبي الذي يختلف عنه في كثير من الجوانب والأحكام، ومن ثم لا يمكن تكييف عقد الاستشفاء الطبي على انه عقد وكالة.

ثانياً- عقد الاستشفاء الطبي عقد مقاولة:

قد يتبادر الى الذهن أن يكون عقد الاستشفاء الطبي ما هو الا عقد مقاولة ، وذلك لانسجام عقد الاستشفاء الطبي في عناصره الجوهرية مع عقد المقاولة الأمر الذي يقودنا الى القول بتكييف عقد الاستشفاء الطبي بالشكل الذي يجعله خاضعاً للأحكام التي تحكم عقد المقاولة، وهو عقد مسمى عرفه المشرع العراقي بأنه: ((عقد به يتعهد أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر)) [2] ، ومن خلال هذا التعريف ستكون الفرضية ان عقد الاستشفاء هو عقد تتعهد به ادارة المستشفى الخاص بأداء عمل (العلاج) لقاء اجر يتعهد به المريض، فالمقاول في عقد الاستشفاء هو ادارة المستشفى والمريض هو ربّ العمل، الا اننا لا يمكن ان نعدّ هذا الطرح مستقيماً على اطلاقه، بل يتحتم علينا أولا ابراز اهم خصائص عقد المقاولة، ومن ثم محاولة بيان الانسجام بينها وبين الاحكام التي تطبق على العقدين وذلك في نقطتين إثنتين.

١- أهم خصائص عقد المقاولة هي:

أ- إن المقاول يؤدي عملاً لقاء أجرٍ يتقاضاه من رب العمل، فعقد المقاولة هومن عقود المعاوضة والملزمة للجانبين، والتراضي في عقد المقاولة يقع على عنصريين جوهريين هما الشيء المطلوب تأديته من المقاول تجاه الطرف الاخر وهو رب العمل ، والاجر الذي يتعهد به الاخير تجاه المقاول[3] .

---

[1] في معنى مقارب انظر: د. عبد السلام التوينجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، مطبوعات حلب، سوريا، ١٩٦٦، ص٢٤٤. د. حسن زكي الابراشي، مصدر سابق، ص٩٨. د. عبد الرشيد مأمون، مصدر سابق، ص١١٣.

[2] المادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي النافذ ، وتقابل المادة (٦٤٦) من القانون المدني المصري النافذ.والمادة (١٧١٠) من القانون المدني الفرنسي النافذ.

[3] د. سعيد مبارك والدكتور طه الملا حويش والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة - البيع -الايجار- المقاولة ، الطبعة الخامسة، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة، ٢٠١١، ص ٤٠٠.

ب- لا يخضع المقاول في تنفيذه لالتزامه العقدي لتوجيه وإدارة رب العمل بل لدى المقاول استقلالية في إدارة العمل الملتزم به[١].

ج- قد يرافق قيام المقاول بعمله (بيع) بعض الأشياء لرب العمل فيلتزم المقاول على توفير مواد العمل فضلا عن إنجاز العمل المكلف به بمقتضى العقد ولقاء أجر عن العمل وعن المواد[٢].

د- يقترب عقد الاستشفاء الطبي من عقد المقاولة، في أنَّ كلاً من المريض ورب العمل في الغالب هم من عامة الناس وعديمي الخبرة مقارنة بالأطباء الاختصاص المكلفين بحالة المريض والمقاول، مما يفرض على الطبيب في المستشفى والملاكات الطبية وكذلك المقاول التزاماً بتبصيرهم تبصيراً كافياً من أجل أن تتوازن كفتا العقد [٣] .

ومن خلال ما تقدم من خصائص واحكام ، نجد ان كل ما تقدم ذكره يقوم في عقد الاستشفاء الطبي، فالطبيب يتعهد بعلاج المريض (يؤدي عملا) لقاء أجرٍ يتلقاه من المستفيد من العلاج ، وهذا هو الأصل في عقد العلاج الطبي[٤] ، والامر ذاته في عقد الاستشفاء إذ تتعهد ادراة المستشفى الخاص بعلاج المريض لقاء اجر، لذلك فإن عقد الاستشفاء ينسجم مع عقد المقاولة في هذا الجانب ، يضاف إلى ذلك التقارب الى حد ما في خاصية استقلال المقاول في اداء عمله، فالإدارة بصورة عامة يكون لها حق إختيار الممرضين والاطباء المختصين والملاكات الطبية والصحية الذين يعملون تحت اشرافها وتوجيهها في تأدية ما التزمت به في عقد الاستشفاء الطبي، الأمر الذي يجعل منها الموجه والمدبر الأساس للعمل وإنجاز ما التزمت به ، وهو يشبه دور المقاول في عقد المقاولة، فضلا عن ذلك فإن الاشراف والرقابة على عمل المستشفيات والقطاع الصحي هو من مهام الجهات الرسمية وهي بذلك تعد جهة خارج نطاق عقد الاستشفاء ولا يكون للمريض (رب العمل وفقاً لعقد المقاولة) سلطة الرقابة او التوجيه في العمل، هذا بالإضافة إلى أن العلاج يتطلب أن يصف الطبيب إلى مريضه بعض المواد والأدوية التي من شأنها الإسهام في علاج المريض وتحقق غاية العقد لقاء مقابل مالي (أجر) عن هذه المواد أو الأدوية، و قد يتطلب علاجه تركيب

---

[١] نصت الفقرة الثانية من المادة (٩٠٠) من القانون المدني النافذ على أنه ((٢- ويتميز عقد العمل عن عقد المقاولة بأن في الأول دون الثاني حقاً لرب العمل في إدارة جهود العامل وتوجيهها أثناء قيامه بالعمل أو على الأقل في الإشراف عليه)).

[٢] يعد العقد الذي يقدم فيه المقاول العمل والمادة معا "عقد استصناع" وهذا وفقا للفقرة الثانية من المادة (٨٦٥) من القانون المدني العراقي النافذ، إذ تنص على أنه ((كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً ويكون العقد استصناعاً))، وهو عقد مقاولة وفق المادة (٦٤٧) من القانون المدني المصري النافذ.

[٣] انظر في هذا المعنى د. زينة غانم يونس العبيدي، مصدر سابق ، ص٣٠.

[٤] أسعد عبيد عزيز الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩١ ، ص٥٩.

بديل صناعي (كطرف او عين صناعية) ويقوم المريض بنفسه بشرائه وتوفيره بحيث يقتصر عمل الطبيب المختص في المستشفى على تركيب البديل فقط ، وهنا نكون امام عقد مقاولة [1].

وبعد كل ذلك يحتفظ المستفيد من العلاج بحقه في الاعتراض على أداء الطبيب في أي مرحلة من مراحل العلاج الطبي وفقاً لعقد الاستشفاء إذا ما وجد فيه أداءً مغايراً لما تم الاتفاق عليه، مثل ما لرب العمل من حق الاعتراض على أداء المقاول، كما إنَّ كلا العقدين من العقود الرضائية التي لا تتطلب شكلاً معيناً إلا في الحالات التي تتفق فيها الأطراف على شكلية معينة [2].

ومن هنا يمكن القول ان عقد الاستشفاء الطبي ما هو إلا عقد مقاولة.

٢- تقييم الفكرة:

على الرغم مما تم ذكره عن اقتراب عقد الاستشفاء من احكام وخصائص عقد المقاولة ، يبدو ان عقد الاستشفاء ومهنة الطب لا تتفق مع عقد المقاولة ، وان الاحكام التي تتلاءم مع طبيعة كل عقد تختلف عن احكام العقد الاخر ، ويمكن لنا توضيح ذلك من خلال الاتي :

أ- ان علاقة عقد المقاولة بعقد الاستشفاء هي علاقة عموم وخصوص من وجه ، فقد يدخل عقد المقاولة في مرحلة من مراحل تنفيذ عقد الاستشفاء كما هو الحال بالنسبة إلى الأعمال المختبرية، أو ما يسمى بالتحاليل الطبية، أو التزام مصرف الدم، ونقله، ونقل الأمصال، والتركيبات الصناعية كطقم الأسنان، والأطراف الصناعية؛ لأن طبيب الأسنان عندما يتعاقد على عمل أسنان صناعية، أو طبيب الكسور عندما يتعاقد على عمل أطراف صناعية مثلاً، فانهما يسخران الوسائل التقنية في مثل هذه الفروض من أجل تحقيق نتيجة معينة بالذات وعلى شكل مقاولة، إلا أن هذه الحالة لا يمكن إعمامها أو تكييف عقد الاستشفاء على انه عقد مقاولة، وذلك لتعدد واختلاف المراحل التي يمر بها العلاج الطبي منذ بداية دخول المريض الى المستشفى والتي يكون بمجموعها تنفيذ عقد الاستشفاء الطبي .

ب- إن النصوص القانونية التي نظمت عقد المقاولة لا يمكن أن تطبق على عقد الاستشفاء الطبي؛ لأن فحواها يتعلق عادةً بتسليم العمل أو يتعلق بمسألة العيب في العمل أو المادة، فالقواعد التي

([1]) د زينة غانم يونس العبيدي و د. رائدة محمود النجماوي، عقد العلاج بالبدائل الصناعية الطبية (دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق السنة (٤)، المجلد (٤)، العدد (١)، الجزء (٢)، سنة ٢٠١٩، ص٦١.

([2]) انظر خصائص عقد المقاولة في مؤلف الدكتور سعيد مبارك وآخرون ، مصدر سابق، ص٤٠٠.

يخضع لها عقد المقاولة تختلف اختلافا جوهريا عن القواعد المنظمة لعقد الاستشفاء الطبي، كون الاول هو عقد مسمى وتم تنظيم احكامه في نصوص القانون المدني [١] .

وان الحاجة الملحة والتطورات الاقتصادية الحديثة دعت المشرّع الى تنظيم عقد المقاولة تنظيما شاملا يتفق مع اهميته الاقتصادية والاجتماعية كي تواجه الأشكال المتعددة للمقاولة والاثر الذي تتركه في اقتصاد الدولة [٢] .

في حين ان عقد الاستشفاء هو عقد غير مسمى ولم يتم تنظيم القواعد التي تحكمه في تقنين خاص بل يخضع لأحكام القواعد العامة في القانون المدني ولأحكام القوانين والتشريعات الصحية وذلك لطبيعة هذا العقد الخاصة والمتعلقة بجسم الانسان الذي لا يمكن تقويمه مالياً، وان الاعمال الطبية التي تنصب عليه هي لأجل المساعدة الطبية اللازمة للشفاء وهي أبعد ما يكون عن موضوعات عقد المقاولة الاقتصادية، ووصف ادارة المستشفى بوصف المقاول لا ينسجم مع ما تتمتع به مهنة الطب من بعد إنساني وأخلاقي ذا أثر اجتماعي بعيد عن فكرة التجارة والتكسب والربح والخسارة التي تتصف بها المقاولة [٣] .

ج- أن المقاول يؤدي عملاً لقاء أجر يتقاضاه من رب العمل ، فالأجر ركن في عقد المقاولة وهو محل التزام رب العمل ، ولابد من وجوده في عقد المقاولة والا كان العقد من عقود التبرع ، فلا يعد مقاولة بل عقدا غير مسمى [٤] ، فلا يتصور في عقد المقاولة صفة التبرع بأن يؤدي المقاول عمله دون مقابل، وهذا خلاف ما عليه الحال في عقد الاستشفاء الطبي الذي قد يأخذ صفة التبرع لا المعاوضة ولا يخل ذلك بوصفه عقد استشفاء طبي.

د- إذا ما أبرم عقد الاستشفاء بين المريض والمستشفى فأن للمريض الحق في اختيار الطبيب المعالج وتحديد وسيلة العلاج كالتدخل الجراحي أو تعاطي العقاقير، كما أن له حق أيقاف العلاج أو نقله إلى جهة أخرى بمعنى أن المريض يؤثر في السلوك العلاجي للمعالج، أي ان صفة استقلال

---

(١) المواد من (٨٦٤-٨٩٠) من القانون المدني العراقي النافذ .

(٢) د. سعيد مبارك وآخرون ، مصدر سابق ، ص ٤٠١.

(٣) نصت المادة (٥) سادساً من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ على أنه ((تعتبر الأعمال التالية أعمالاً تجارية إذا كانت بقصد الربح ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس: سادساً- مقاولات البناء والترميم والهدم والصيانة)). وأنظر بهذا المعنى أيضاً: د. عبد الرشيد مأمون، مصدر سابق، ص١١٥.

(٤) تجدر الإشارة إلى ان المشرع لم يشترط ذكر الأجر في العقد وان كان ركنا فيه، اذ يتكفل القانون بتحديده في حالة عدم تحديد المتعاقدان له، وتبقى المقاولة صحيحة متى ما تبين من الظروف على ان العمل ما كان ليؤدي الا لقاء اجر يقابله، وهو ما نصت عليه المادة (٨٨٠) من القانون المدني العراقي: ((١- اذا لم تحدد الاجرة سلفا او حددت على وجه تقريبي، وجب الرجوع في تحديدها الى قيمة العمل ونفقات المقاول. ٢- ويجب اعتبار ان هناك اتفاقا ضمنيا على وجوب الأجر اذا تبين من الظرف ان الشيء او العمل الموصي به ما كان ليؤدي الا لقاء اجر يقابله))، أما اذا كان المتعاقدان قد عرضا للأجر ولم يتفقا عليه فعند ذلك تكون المقاولة باطلة لانعدام احد أركانها، انظر د. سعيد مبارك وآخرون، مصدر سابق، ص٤١٧.

ادارة المستشفى في انجاز عقد الاستشفاء نسبية ، وهذا يتناقض مع صفة الاستقلال في عقد المقاولة[1].

هـ - الطابع الشخصي في عقد الاستشفاء الطبي محل اعتبار، بحيث أنه إذا مات أحد طرفي عقد الاستشفاء ينقضي العقد، في حين أن الأصل في عقد المقاولة أن شخصية المقاول ليست محل اعتبار، وعليه لا ينقضي العقد بموت المقاول إلا إذا وجد نص يعول على الاعتبارات الشخصية للمقاول ذاته في العقد -وهذا يعد استثناء- والأصل أن المقاول يستطيع ذلك عن طريق المقاولة من الباطن إلا إذا اتفق على خلاف ذلك[2].

ان ما نخلص اليه من خلال تسليط الضوء على اهم ما يتميز به عقد المقاولة من خصائص وما تحكمه من قواعد، والنتائج التي توصلنا اليها من البحث، هو عدم التسليم بتكييف عقد الاستشفاء الطبي كعقد مقاولة، الأمر الذي يثير التساؤل مجددا عن التكييف القانوني الأنسب لعقد الاستشفاء، وهذا ما سنحاول الإجابة عنه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني

عقد الاستشفاء الطبي عقد مركب ذو طبيعة خاصة

إنَّ إغفال المشرع عن تنظيم عقد الاستشفاء الطبي، وعدم إعطاء المكانة اللازمة له على الرغم من أهميته التي تتعالى يوما بعد يوم، وذلك لمساسه المباشر بحياة الإنسان وصحته، فضلاً عن التطورات المستمرة والمتلاحقة في مجال الطب وازدياد الحاجة لوضع الحلول للمشكلات كافة والعقبات التي تظهر بصدد تنفيذ عقد الاستشفاء الطبي ، ومع عدم انسجامه مع أيٍ من العقود المسماة التي تقترب في طبيعتها إليه وهي عقد الوكالة وعقد المقاولة، ذلك لان عقد الاستشفاء له خصائصه وأحكامه التي تميزه عنها، وانه لا يمكن تكييف عقد الاستشفاء ونسبته لأي منها، الأمر الذي يؤدي إلى ضرورة وصفه بأنه (عقد غير مسمى) تحكمه النظرية العامة للعقد، فضلاً عن بعض القوانين الصحية بقدر تعلقه بها [3] .

---

[1] أنظر بمعنى مقارب مؤلف الدكتور أكرم حسين البدو، مصدر سابق، ص٤٣.

[2] انظر المواد (٨٨٢/ ٨٨٨) من القانون المدني العراقي ، والمادة (٦٦٦) من القانون المدني المصري. وانظر د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مطبعة التعليم العالي، الموصل، ١٩٨٩، ص٤٦٥.

[3] وهذا ما أشارت إليه المادة (٧٦) من القانون المدني العراقي النافذ والتي نصت على : ((١- تسري على العقود المسماة منها وغير المسماة القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل. ٢- أما القواعد التي ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة في الفصول المعقودة لها، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية))، وتقابلها المادة (١١٠٧) مدني فرنسي، والمادة (١٧٥) مدني لبناني، والمادة (٩٨) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

ولما كان عقد الاستشفاء الطبي من العقود الحديثة نسبياً، إذ أنه لم يظهر إلا بعد تطور الحياة المدنية والتجارية، فالواقع العملي يفرز عقوداً جديدة تختلف عن العقود التقليدية، الأمر الذي يقتضي إعطاء الوصف القانوني لهذه العقود، لمنع أي اختلاف يحصل بين الفقهاء في بيان طبيعتها، ومن هذه العقود عقد الاستشفاء، الذي يتميز بتداخل عدة عناصر قانونية في تكوينه وتنفيذه، وانه بصورة عامة يمتاز بمجموعة من المحاور، فهو مزيج من عدة عقود مختلفة ويحقق أغراضاً تهدف إليها، وأنه يشتمل على جملة عناصر يصلح كل منها أن يكون محلاً لعقد من العقود ، فضلا عن كونه عقد غير مسمى.

إن طبيعة عقد الاستشفاء ينتج عنه منذ الابرام التزامات متباينة ومترابطة في الوقت نفسه، فالتزام المستشفى بتوفير الاقامة الآمنة والمريحة يتشابه مع عقد الفندقة ، والتزامه كذلك بحفظ ودائع المرضى يتشابه مع عقد الوديعة، وايضا التزامه المهم بتقديم العلاج وإجراء الفحوصات الطبية والعمليات الجراحية وهذا يتشابه مع عقد المقاولة ، وعن علاقة الطبيب غير الموظف في المستشفى الخاص مع المريض نكون امام عقد العلاج الطبي.

من ذلك يبدو أن عقد الاستشفاء الطبي يعد مثالاً حياً ونموذجياً للعقد المركب؛ لأن فيه تمتزج عدة عقود في عقد واحد، وقد أورد الفقه تعريفاً للعقد المركب بأنه: ((العقد الذي يتكون من مزج عقدين او اكثر، ويشتمل على جملة عناصر يصلح كل منها ان يكون محلا لعقد من العقود))[1]، أو انه: ((امتزاج عناصر عقد مسمى بعناصر عقد مسمى اخر او اكثر او بعناصر مستجدة لتصبح عقدا واحدا غير مسمى يحقق أغراضا تهدف الى تحقيقها عدة عقود مختلفة))[2]، وعرفه جانب اخر من الفقه بأنه: ((هو ما كان مزيجا من عقود متعددة اختلطت جميعا، فأصبحت عقدا واحدا)).[3]

ومن استقراء التعاريف السابقة التي أوردها الفقهاء تبرز لنا المحاور الأساسية المكونة للعقد المركب، وهذه المحاور هي:

١- أن العقد المركب هو مزيج من عدة عقود مختلفة.

---

(١) د. عبد الباقي البكري، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج١، مطبعة الشفيق، بغداد، ١٩٦٠، ص١٢٩.

(٢) د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، (عقد البيع)،ج١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص١٢. وانظر كذلك د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص١٩. د. محمد شريف احمد ، مصادر الالتزام في القانون المدني، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٩، ص٣٦.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ،ج١، مصدر سابق، ص١٥٧. وأورد التعريف نفسه د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني ، الالتزامات ، ج١، المطبعة العالمية ، مصر ، ١٩٥٤، ص٦١.

٢- أن العقد المركب يحقق أغراضاً تهدف إليها عدة عقود مختلفة.

٣- أن العقد المركب يشتمل على جملة عناصر يصلح كل منها أن يكون محلاً لعقد من العقود.

٤- أن العقد المركب هو عقد غير مسمى.

وهذه المحاور في جملتها تظهر في عقد الاستشفاء الطبي، إذ انه عقد واحد جاء نتيجة انصهار عدة عقود في قالب واحد، فهو عقد إيجار فيما يتعلق بإقامة المريض في المستشفى، وعقد وديعة فيما يتعلق بإيداع أغراض المريض الخاصة، وعقد علاج طبي فيما يتعلق بالعلاقة المباشرة بين الطبيب المعالج والمريض، وعقد بيع فيما يتعلق بتوفير الأدوية والأمصال والطعام والشراب للمريض، كما انه يحقق الأغراض التي تروم إلى تحقيقها تلك العقود وهي رعاية المريض والحفاظ على سلامته وأغراضه الشخصية وتوفير العلاج المناسب له وإجراء ما يستوجب إجراءه من عمليات جراحية كما تهدف إلى الحصول على المقابل لتلك الخدمات والمجهود المبذول في سبيل الحفاظ على الصحة العامة وهو المقابل المالي الذي يدفعه المريض للمستشفى ، فعقد الاستشفاء يهدف إلى تحقيق أغراض تسعى إليها العقود التي يتكون منها جميعاً، فضلا عن كونه عقداً لم ينظم ضمن نصوص تشريعية خاصة به فهو عقد غير مسمى.

كذلك فإن عقد الاستشفاء الطبي يمتاز بالخصائص التي تميز العقد المركب ومنها انه عقد ملزم للجانبين وعقد رضائي وعقد زمني وانه من عقود الاعتبار الشخصي[١]، وجميعها يختص بها عقد الاستشفاء محل البحث.

هذا وقد ذهب الفقه الى اتجاهين فيما يتعلق بالقواعد الواجبة التطبيق على العقد المركب، اذ ذهب الاتجاه الأول[٢]، انه اذا أمكن تحليل العقد المركب الى عدة عقود مسماة، فانه يطبق عليه أحكام هذه العقود المسماة، فعلى سبيل المثال يمكن تطبيق أحكام وقواعد (عقد الإيجار) على الجزء الخاص بإقامة المريض في المستشفى أو الجناح الذي يرقد فيه ، وكذا تطبق أحكام الوديعة على الجانب المتعلق بالأشياء المعهود بها إلى إدارة المستشفى.

---

(١) للمزيد عن خصائص العقد المركب انظر نادية كعب جبر ، العقد المركب - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة النهرين ، ٢٠٠٥، ص ١٨.

(٢) د. محمد عبد الوهاب خفاجي، التشريعات السياحية والفندقية، التنظيم القانوني لحقوق المنشأة الفندقية والسياحية والإرشاد السياحي والعاملين بها، دراسة تطبيقية في ضوء نصوص التشريع وأحكام القضاء المصري، الطبعة الحادي عشر، دار الهناء، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص٢٢١. وانظر كذلك د. احمد مدحت حسن، التشريعات السياحية وعقد الإقامة بالفندق، الطبعة الأولى، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٢، ص١٣٨.

اما الاتجاه الثاني [1] ، يرى انه إذا لم يكن بالإمكان فصل العقود التي يجمعها العقد المركب، أو تشتمل المسألة الواحدة على أحكام مغايرة، بحيث يصعب الجمع بينهما، تعين النظر في مثل هذه الحالة إلى العقد المركب كوحدة قائمة بذاتها، وتغليب العقد الذي يشكل العنصر الأساس والرئيس في ضوء ما قصده الطرفان من التعاقد .

فالعقود المركبة تصبح وحدة واحدة لا تتجزأ ولا تنقسم على الرغم من انها مؤلفة من عدة عقود مسماة مختلفة في أحكامها [2] ، وفي ضوء ذلك يجري العمل على تغليب احد هذه العقود بوصفه العنصر الأساس كما في عقد البيع الايجاري، فهو ايجار ابتداء وبيع انتهاء (عقد مركب) يدور بين البيع والإيجار، وقد حسم المشرع النزاع بشأنه وعدّه بيعاً وان كان معلقاً على شرط واقف وهو الوفاء بجميع أقساط الثمن ، ومن ثم فان احكام عقد البيع هي التي تسري على العقدين المكونين له[3] .

بيد أن هذه الآراء من وجهة نظرنا غير ناجعة ولا تكفي لفض جميع المنازعات التي قد تنشأ في صدد تنفيذ عقد الاستشفاء الطبي ولا تستقيم معه، إذ يبقى في بعض الأحيان تعارض بين الأحكام التي تنظم العقد ككل [4] ، هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن العقود التي تقترب من عقد الاستشفاء وهي عقد الفندقة (كون المكون والعنصر الرئيس فيه هو إقامة المريض في المستشفى)، وعقد العلاج الطبي (بحسبان ان الهدف والغرض الأساس من عقد الاستشفاء هو تلقي العلاج)، اذ ان هذه العقود هي الأخرى عقود غير مسماة ولم تختص بتشريع او نصوص خاصة، ولا مفر من تطبيق النظرية العامة للعقد مع النصوص القانونية الخاصة في التشريعات الصحية، الأمر الذي لا يخلو من وجود العقبات وعدم كفاية النصوص القانونية لتغطي جميع ما يثار بشأن هذا العقد ، فعقد الاستشفاء الطبي والعقود الطبية بشكل عام يجب ان يعطيها المشرّع الحق الكامل في التنظيم وفي صياغة القواعد والأحكام الخاصة بها ضمن تشريع خاص تحت عنوان المسؤولية الطبية، فهي من

---

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج الأول، مصدر سابق، ص١٩٥.

(2) عقيل فاضل حمد الدهان، عدم تجزئة التصرف القانوني في القانون المدني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ ، ص١٩.

(3) نصت المادة (٥٣٤) من القانون المدني العراقي النافذ على: ((١- اذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع ان يحتفظ بالملكية الى ان يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع. ٢- فاذا كان الثمن يدفع أقساطا، جاز للمتبايعين ان يتفقا على ان يستبقي البائع جزءا منه تعويضا له عن فسخ البيع اذا لم تسدد جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعا للظروف ان تخفض التعويض المتفق عليه، وفقا لأحكام التعويضات الاتفاقية. ٣- واذا سددت الأقساط جميعا انتقلت ملكية المبيع الى المشتري من وقت البيع، الا اذا وجد اتفاق على غير ذلك. ٤- وتسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة حتى ولو سمى المتعاقدان البيع إيجاراً))، يقابلها المادة (٤٣٠) من القانون المدني المصري النافذ.

(4) على سبيل المثال لو اردنا تطبيق أحكام عقد العلاج الطبي الذي يكون الأصل في التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، في حين ان التزامات كثيرة تقع على عاتق المستشفى الأصل فيها هو الالتزام بتحقيق نتيجة ، وسنأتي على تفصيل تلك الالتزامات في الباب الثاني من هذه الأطروحة .

جهة عقود ذات طبيعة خاصة ومهمة والتزامات متعددة ومترابطة، ومن جهة أخرى تأتي خصوصيتها من المساس المباشر بحياة الأشخاص وصحتهم، ولا يمكن باي حال من الأحوال التهاون بها من هذا الجانب.

المطلب الثاني

تمييز عقد الاستشفاء الطبي مما يشتبه به من عقود

ان عقد الاستشفاء الطبي يعد من العقود التي ظهرت بشكل حديث نسبياً، نظرا لاستحداث القطاع الخاص للمستشفيات الخاصة الى جانب المستشفيات العامة وتزايدها بشكل كبير، الامر الذي فرض الاهتمام بهذا العقد، والسعي لوضع الاطار القانوني الخاص به تمييزا له عن بعض العقود التي قد تلتبس معه في بعض الجوانب والاحكام ، لاسيما انه عقد غير مسمى ولم يحظ بتنظيم تشريعي خاص.

ومن تلك العقود التي تقترب كثيراً من عقد الاستشفاء الطبي هو عقد العلاج الطبي، وكذلك عقد الفندقة، وهذا ما سيقودنا للبحث في تمييز عقد الاستشفاء منهما، وذلك من خلال فرعيين، الفرع الأول في تمييز عقد الاستشفاء الطبي من عقد العلاج الطبي، اما الفرع الثاني سيخصص لتمييز عقد الاستشفاء الطبي من عقد الفندقة .

الفرع الأول

عقد الاستشفاء الطبي وعقد العلاج الطبي

يعد عقد العلاج الطبي من أكثر العقود القريبة من عقد الاستشفاء، بسبب اشتراكهما في كثير من الجوانب ، الأمر الذي جعل كثيرا من دراسات الفقه الحديثة تخلط بينهما بتسمية عقد الاستشفاء بعقد العلاج الطبي ، وعدّهما عقدا واحداً ، على الرغم من الاختلافات الواضحة في بعض الأحكام وعدم التطابق بين العقدين وإن اقتربا في بعض الوجوه، ولم تعرف اغلب القوانين - ومنها التشريعات محل المقارنة- عقد العلاج، وكذلك فعل الفقه الذي لم يعرف المقصود به على وجه التحديد والدقة، وركز على العلاج بوصفه اداءً يلتزم به الطبيب بشكل مجرد بغض النظر عن مصدر هذا الالتزام عقداً كان أم نص القانون[1]، ولبيان مفهوم مختصر لهذا العقد نورد بعض

[1] احمد سلمان شهيب ، عقد العلاج الطبي، مصدر سابق ، ص ٢١.

تعاريف الفقه بشأنه ، فقد عرفه الأستاذ عبدالرزاق السنهوري بأنه: ((اتفاق بين الطبيب والمريض، على ان يقوم الاول بعلاج الثاني في مقابل اجر معلوم))[١]، وعرفه البعض بأنه : ((عقد بين الطبيب والمريض أو من ينوب عنه، محله جسم الإنسان يلتزم بمقتضاه الطبيب بفحص المريض أو تشخيص علته أو علاجه بعد الحصول على رضاه الحر المستنير بمقابل أو دون مقابل وفقاً للأصول العلمية والمهنية))[٢]، كذلك عرف بانه : ((عقد يلتزم به المعالج في مواجهة المستفيد بكل ما من شأنه التعامل مع علة نفسية أو جسدية يعاني منها الفرد بقصد إيصاله إلى أفضل حالة صحية ممكنة، على أن يمكن الفرد الطبيب المعالج من نفسه))[٣]، من خلال التعاريف السابقة نجد أنّ عقد العلاج هو عقد بين الطبيب والمريض أو من ينوب عنه، محله الأعمال الطبية على جسد الشخص المريض وغايته الشفاء من المرض أو تحسين حالته الصحية، وبسبب هذا التقارب بين العقدين ارتأينا البحث فيما يجمع بينهما من عناصر متشابهة والتمييز بينهما في الجوانب المختلفة في فقرتين متتاليتين:

أولاً- أوجه الشبه بين عقد الاستشفاء وعقد العلاج الطبي :

يقترب عقد الاستشفاء بعض الشيء من عقد العلاج الطبي من حيث:

١- أن كلاً من عقد الاستشفاء وعقد العلاج الطبي من العقود غير المسماة التي لم تحظَ بتنظيمٍ قانوني [٤] .

٢- ان المريض او من ينوب عنه هو طرف مشترك في كلا العقدين ، فضلاً عن وجود الطبيب المختص كطرف في عقد العلاج ، وشخص مهم وجوهري في عقد الاستشفاء الطبي.

٣- يقترب العقد الطبي من عقد الاستشفاء بأن الغاية من ابرامهما من جهة المريض هي الحصول على العلاج اللازم والمحافظة على صحته من الأمراض، كما ان عقد العلاج الطبي في بعض الأحيان يعد تمهيدا لإبرام عقد الاستشفاء ؛ فقد يبرم المريض العقدين مع شخص واحد كأن يبرم عقده مع الطبيب الذي يملك المستشفى أو يستقل بإدارته بناءً على عقد مع مالكه.

٤- في كلا العقدين يكون هناك مقابل مالي لقاء الخدمة الطبية ، وهذا الغالب ، اما الاستثناء فان الخدمة الطبية تكون مجانية او خيرية.

---

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، ج٧، مصدر سابق، ص١٨.

(٢) د. زينة غانم يونس، مصدر سابق ، ص ٤٦ . د تركي محمود مصطفى، مصدر سابق، ص٣٥.

(٣) احمد سلمان شهيب ، عقد العلاج الطبي، مصدر سابق ، ص ٢٢.

(٤) قماز منصور ، مصدر سابق ، ص ١٨.

ثانياً- أوجه الاختلاف بين عقد الاستشفاء وعقد العلاج الطبي :

إن وجود التشابه بين طبيعة عقد الاستشفاء وعقد العلاج الطبي لا يعني التطابق بين العقدين، فهما يختلفان في عدة وجوه تجعل لكل عقد منهما خصائصه التي يستقل بها والأحكام الخاصة به ، واهمها :

١- أطراف العقد: ففي عقد الاستشفاء طرفا العقد هما المريض او من ينوب عنه والإدارة التابعة لأحد المستشفيات الخاصة ، بينما طرفا عقد العلاج الطبي هما الطبيب والمريض أو من ينوب عنه، ويترتب على اختلاف اطراف العقد اختلاف الاثار القانونية ، من حقوق والتزامات بالنسبة للطرفين قبل بعضهما البعض، مما يجعل الفرق بينهما واضح.

٢- يفترق العقدان عن بعضهما من حيث نطاق المحل [١] ، فعقد الاستشفاء أوسع محلاً من محل عقد العلاج الطبي، فمحل عقد العلاج الطبي هو الأعمال الطبية علاجية كانت او جراحية ، اما محل عقد الاستشفاء فانه يشمل فضلاً عن الأعمال الطبية العلاجية والجراحية ،تقديم الخدمات العادية للمريض في أثناء علاجه وإقامته ومراقبة حالته الصحية والعناية به وتقديم الطعام الخاص بحالته الصحية طوال مدة رقوده في المستشفى.

٣- ان التزام الطبيب في العقد الطبي من حيث الأصل هو التزام ببذل عناية واجبة في علاج مريضه، وعلى المريض إثبات اخلال الطبيب في حالة ادعاءه بأنه اخل بالتعاقد [٢] ، فالطبيب يلتزم فقط بالوسيلة دون التزامه بالنتيجة النهائية ، وهي الشفاء[٣] ، والاستثناء هو التزامه بتحقيق نتيجة ، في حين أن التزام المستشفى تجاه المريض في عقد الاستشفاء يكون بحسب نوع الخدمة الطبية ، وهو التزام مزدوج على الأغلب، فالالتزام بتحقيق غاية التزام ثابت على عاتق الإدارة؛ إذ

---

(١) سيتم بحث نطاق محل عقد الاستشفاء الطبي مفصلا في الفصل الثاني من الباب الاول ص (١١٨).

(٢) د. احمد شعبان محمد طه ، المسؤولية المدنية عن الخطأ المهني لكل من الطبيب والصيدلي والمحامي والمهندس المعماري ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠ ، ص ١٤٧. كما ان قرار محكمة النقض الفرنسية الشهير بتاريخ ١٩٣٦/٥/٢٠ الذي حسم فيه الجدل حول العلاقة بين المريض والطبيب واعتبارها علاقة عقدية، اكد على ان مسؤولية الطبيب هي الالتزام ببذل عناية، حيث جاء في حيثيات الحكم ما يلي: ((حيث انه يوجد بين الطبيب والمريض عقد حقيقي ينشأ في ذمة الطبيب التزامات تعاقدية ببذل عناية الرجل المعتاد فيعلاج المريض وفقا لما هو معروف من الاصول الفنية للمهنة وللتطور العلمي المكتسب وان انتهاك هذا الالتزام يولد مسؤولية من نفس نوع الالتزام أي مسؤولية تعاقدية)).

civ. 20 mai 1939. D.p. 1936. i.p: 88.

أشار اليه الدكتور سالم ارجيعة الزوى ، الطبيعة القانونية للالتزام الطبي في القانون اللبي – دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة المحامي ، العددان ٤٣ و ٤٤، مجلة فصلية تصدرها النقابة العامة للمحامين ، ليبيا، ١٩٩٤، ص٤٥ .

(٣) د عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، العقود الواردة على العمل ، ج٧،مصدر سابق، ص١٨. احمد حسن عباس الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام الاردني والنظام القانوني الجزائري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، الاردن ، ٢٠٠٥، ص٦٧. احمد محمود سعد، مصدر سابق، ص٢٢٥.

تلتزم إدارة المستشفى بضمان سلامة الأغذية، والأدوية المقدمة للمريض، وضمان سلامة الأجهزة المستخدمة، والتحاليل، وحمايته من الأخطار التي يمكن أن تهدده، والمخاطر الأخرى التي قد يكون هو مصدرها كقيامه بإرادته أو عن غير قصد بإصابة نفسه أو بما يفضي بحياته [١] ، اما التزامها بشفاء المريض من مرضه فهو التزام ببذل عناية.

٤- كما أن التزامات ادارة المستشفى الخاص تجاه المريض بموجب عقد الاستشفاء تُعَّدُ أكثر تعقيداً ودقة من التزامات الطبيب تجاه المريض؛ فعلى الرغم من اهمية دور الطبيب بموجب عقد العلاج والتزامه بتبصير مريضه تبصيراً كافياً بكل عمل طبي علاجياً كان أو جراحياً ، فضلاً عن التزامه بالحصول على رضا المريض المستنير، أو رضا مَنْ ينوب عنه، فان عقد الاستشفاء يتضمن فضلاً عما ذكر آنفاً التزامات اضافية ومستمرة طوال مدة بقاء المريض في المستشفى، الامر الذي يرتب على عاتق الادارة التزامات متنوعة وخدمات اضافية.

الفرع الثاني

عقد الاستشفاء الطبي وعقد الفندقة

إن الوصول الى تمييز منطقي وقانوني بين عقد الاستشفاء الطبي وعقد الفندقة، يدعونا أولا الى التعريف بعقد الفندقة لمعرفة أطرافه والهدف من إبرامه، اذ عرف بأنه: ((عقد يلتزم بمقتضاه الفندق أن يوفر للنزيل بصفة أساسية الإقامة الهادئة والآمنة والخدمة، ويحفظ له أمتعته وأغراضه الخاصة به في مكان يعده لهذا الغرض، اضافة الى تقديم مجموعة من الخدمات الفندقية الأخرى تختلف في النوعية بحسب درجة الفندق وتصنيفه وذلك في مقابل اجر معلوم يلتزم به النزيل)) [٢] .

([١]) د. أكرم محمود حسين، مصدر سابق، ص٦٨ وما بعدها.

([٢]) د. أيمن فوزي المستكاوي، عقد الفندقة، الالتزامات والحقوق الناشئة عنه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٢٣-٢٤. ويرى آخر بان عقد الفندقة هو: ((العقد الذي بموجبه يقوم احد المتعاقدين وهو الفندقي بتقديم المأوى والمأكل والمشرب فقط للطرف الثاني وهو النزيل خلال مدة معينة مقابل اجر محدد)) انظر د.محمد عبد الوهاب خفاجي، التشريعات السياحية والفندقية، التنظيم القانوني لحقوق المنشأة الفندقية والسياحة والإرشادالسياحي والعاملين ، بها دراسة تطبيقية في ضوء نصوص التشريع وأحكام القضاء المصري، ط١١، دار الهناء، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص٢٢٧. وفي تعريف مشابه لعقد الفندقة، بأنه: ((العقد الذي يبرم بين المنشأة الفندقية وبين النزيل، تتعهد بموجبه المنشأة الفندقية بتقديم الإقامة والمأكل أو الإقامة فقط للنزيل خلال مدة معينة لقاء اجر او مقابل معلوم))، انظر د. سوزان علي حسن، التشريعات السياحية والفندقية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص١٨٩. وعرفه اخر بأنه: ((العقد الذي يبرم بين صاحب الفندق والعميل، والذي بمقتضاه يلتزم صاحب الفندق بتقديم مجموعة من الاداءات المتنوعة أو المترابطة كالمأوى والمأكولات، والمشروبات، الاتصالات، الخدمات الترفيهية... الخ، في مقابل مبلغ من المال يدفعه العميل))، انظر:

Francois Van Derelst,Hotellerie,Ency Dalloz, Com,1978,N.29

أشارت اليه: زينب رزاق، عقد الفندقة - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء، ٢٠١٣، ص١٧.

نجد من التعريف السابق ان عقد الفندقة هو العقد الذي يبرم بين إدارة الفندق وبين النزيل مباشرة، او بطريق غير مباشر بواسطة وكالة للسياحة والسفر في الرحلات الجماعية المنظمة[1] ، وتلتزم الإدارة بتقديم المكان وتوفير الإقامة الهادئة والخدمات الخاصة بالفندق بحسب ما تم الاتفاق علية طبقا للعقد المبرم، طوال المدة المحددة في العقد بمقابل اجر نقدي ، ويلاحظ التشابه بين عقد الفندقة وعقد الاستشفاء للدرجة التي قد تدعو البعض للقول بان عقد الاستشفاء الطبي هو عقد فندقة، الا ان الحقيقة هي ان لكل عقد نظامه الخاص وأحكامه التي يمتاز بها عن الآخر، الأمر الذي يدعونا الى بيان النقاط التي يشترك بها العقدان لدرجة التماثل والتشابه، وتحديد أوجه الاختلاف للتمييز بينهما على النحو الآتي:

أولاً- أوجه الشبه بين عقد الاستشفاء الطبي وعقد الفندقة:

يشترك عقد الاستشفاء الطبي مع عقد الفندقة من حيث:

١- كلاهما عقد مستمر التنفيذ وملزم للجانبين وغير مسمى، اذ يعد عقد الفندقة من عقود المدة مستمرة التنفيذ [2] ، يبرمه النزيل مع صاحب الفندق على استئجار غرفة او جناح لمدة معينة من الزمن طالت هذه المدة ام قصرت [3] ، إذ يتم تحديد مدة الخدمة او المنفعة التي ينتظرها النزيل من صاحب الفندق في العقد ، ومعرفة مقدار الأجرة المستحقة الواجب على النزيل دفعها [4] . كما انه عقد لم يحظى بتنظيم قانوني خاص.

٢- عنصر الإقامة والإيواء، اذ ان الخدمة المميزة في العقدين هي اقامة (النزيل، المريض) وتوفير المكان الآمن والإقامة الهادئة طوال مدة تواجده، فهي الغالبة على سائر الالتزامات الأخرى [5] .

٣- يقترب عقد الاستشفاء إلى حدٍ ما من عقد النزول في الفندق، لدرجة ان القضاء الفرنسي لا يعامل مؤسسات الاستشفاء معاملة الفنادق كأصل، واستثناء يكون في مسألة واحدة، ألا وهي تحميل مؤسسات الاستشفاء الالتزام بحراسة أمتعة المريض، فقد قررت هذه المسؤولية بقوة القانون وذلك بموجب قانون ١٩٩٢/٧/٦ لغرض نظام خاص بالودائع، فتنهض هذه المسؤولية حتى على الودائع

---

(1) د. احمد السعيد الزقرد ، التزامات الفندقي ومسؤوليته المدنية في مواجهة السائح أو العميل ، دراسة مقارنة في عقد الاقامة (النزول) في الفندق ، بحث منشور في مجلة المحامي ، السنة الثالثة والعشرون ، الكويت، ١٩٩٩، ص ١٣.

(2) د احمد سعيد الزقرد ، مصدر سابق ، ص١٨،و انظر ص٢٦-٢٧.

(3) د. سوزان علي حسن، مصدر سابق، ص١٧٩.

(4) د. نادرة محمود سالم، التشريعات السياحية في جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص٧٤.

(5) د. احمد السعيد الزقرد ، مصدر سابق ، ص ٣١.

التي لم يتم إيداعها حقيقةً كما لو أدخل المريض إلى المؤسسة لحالة طارئة، أو كان فاقداً للوعي، فتقوم مسؤولية المؤسسة عن سرقة هذه الودائع وفقدانها وتلفها كما هو الحال في الفنادق [١] .

٤- ان عقد الاستشفاء الطبي وعقد الفندقة يندرجان تحت طائفة العقود المركبة ، وهو العقد الذي يكون مزيجاً من عقود اختلطت جميعاً فأصبحت عقداً واحداً متعدد الأحكام [٢] ، وهو خلاف العقد البسيط الذي لا يختلط مع غيره [٣]، فعقد الفندقة مزيج من عقد إيجار لإقامة السائح، والبيع بالنسبة للمأكولات والمشروبات، والوديعة فيما يتعلق بأمتعة النزيل وأدواته، فضلا عن اشتماله على عقد مقاولة فيما يتعلق ببعض الخدمات مثل الاتصالات والخدمات البريدية والغسيل وكي الملابس والخدمات الأخرى [٤].

والحال نفسه مع عقد الاستشفاء الطبي محل البحث، اذ يمتد نطاقه الى عدة مراحل تتخللها مرحلة التدخل الطبي، ولا يقتصر نطاق العقد على هذه المرحلة، بل قد تسبقها عدة مراحل تتمثل في مرحلة التجهيز ومرحلة إجراء الفحوصات الطبية والتحاليل والأشعة ، وخلاف ذلك من الإجراءات التمهيدية التي تسبق المرحلة الأساسية التي تتمثل في التدخل الطبي او الجراحي للمريض، باعتبار انه بات يخضع للإقامة مدة من الزمن داخل المؤسسة الاستشفائية، وتعقب مرحلة التدخل الطبي او الجراحي مرحلة الإفاقة او المتابعة والتي يكون فيها المريض تحت الملاحظة والإشراف من قبل فريق طبي اخر بموجب تكليف من ادارة المستشفى (طرف العقد)، وهو بذلك - أي المريض- يتمتع بالإقامة والرقود في ردهته الخاصة مع بقية الخدمات طبية كانت ام فنية وحصوله على التغذية الخاصة بحالته المرضية.

وتجدر الإشارة الى ان تلك المراحل المتعددة المذكورة آنفاً ليست مناط عمل الفريق الطبي وحده فحسب، وانما يشاركه العمل لتنفيذ عقد الاستشفاء مجموعة من الفرق البشرية المدربة والمؤهلة لأداء مهامها كل بحسب طبيعة المهمة الموكلة اليها وبحسب طبيعة العلاقة التي تربط بينها وبين ادارة المستشفى الخاص [٥] .

---

(١) د. عدنان السرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، بحث منشور في المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، المسؤولية الطبية، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، ص٢٢٩ وما بعدها.
(٢) د. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ،ج١، مصدر سابق، ص١٢.
(٣) د. محمد ابراهيم دسوقي ، نظرية الالتزام –مصادر الالتزام ، ٢٠٠١، ص١٤.
(٤) د. احمد سعيد الزقرد ، مصدر سابق ، ص ٢٣.
(٥) راجع ما بحثناه حول التكييف القانوني لعقد الاستشفاء الطبي ص (٥٨).

٥- ان من الالتزامات المهمة التي تقع على عاتق الادارة (الفندق او المستشفى) هي الالتزام بضمان سلامة (السائح او النزيل - المريض)، اذ ان الراجح في الفقه وكذلك القضاء هو ان التزام الفندق قبل السائح هو التزام بتحقيق نتيجة تتمثل في عودة السائح سليما آمنا [١] .

ثانياً- أوجه الاختلاف بين عقد الاستشفاء الطبي وعقد الفندقة:

كثيراً ما يتداول بأن المستشفى الخاص ماهي الا عبارة عن فندق يتلقى فيه المريض العلاج نسبة الى الخدمات المقدمة والرعاية الخاصة، بيد ان هذا التعبير والوصف في عدّ المستشفى فندقا غير صحيح ولا يستقيم قانوناً، وذلك لاختلاف الأحكام والقواعد التي نشأ عليها العقدان، وان كل عقد هو وحدة قانونية قائمة بذاتها، واستنادا الى ذلك فان اهم اوجه الاختلاف بين عقد الفندقة وعقد الاستشفاء الطبي هي :

١- عقد الفندقة عقد تجاري [٢] ، في حين ان عقد الاستشفاء الطبي هو عقد مدني وذو طبيعة انسانية.

٢- إبعاد النزيل بسبب مرضه، اذ يحق لصاحب الفندق أن يرفض إقامة النزيل وإبعاده، اذا تبين بأنه مريضٌ بمرض يمثل خطراً على الصحة العامة، كما لو كان مرضه خطيراً أو معدياً ومن شأنه ان يثير القلق والإزعاج في الفندق، نظراً لتوجب ان يكون مرضه على قدر من الجسامة، بحيث يخشى منه ان ينتقل الى باقي النزلاء نتيجة مخالطتهم له، وكذا ان تكون حالته الصحية متدهورة تستدعي رعاية خاصة غير متوفرة في الفندق، من هنا يحق لصاحب الفندق ان يستخدم حقه في الإبعاد[٣]، وان الفندق ليس محلاً للمعالجة والاستشفاء[٤]، وهنا يظهر لنا وبجلاء واضح الفرق بين عقد الفندقة وعقد الاستشفاء الطبي الذي يكون غاية المريض من إبرامه هو طلب العلاج والشفاء من المرض، فلا يدخل المستشفى الا وهو يعاني من علة ما يرجو منها الشفاء.

([1]) Civ. 23 Bovembre 1954 1954 - R.T.D. Civ. 1955 - 304 - N 8,Cour De Paris. 10 Fevrir 1956 - D. 1056 - P:613.

أشار اليهما الدكتور احمد السعيد الزقرد ، المصدر السابق ، ص ٧٦ ، وللمزيد من التفصيل ينظر صفحة ٥٧ وما بعدها من المصدر نفسه. زينب رزاق ، مصدر سابق ، ص٨٤.

([٢]) وذلك بحسب ما جاءت به المادة (الخامسة /الفقرة سابعا) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ النافذ والتي نصت على: ((تعتبر الأعمال التالية أعمالا تجارية اذا كانت بقصد الربح، ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس: ... سابعا: خدمات مكاتب السياحة والفنادق والمطاعم ودور السينما والملاعب ودور العرض المختلفة الأخرى...)) اما قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ النافذ فقد اعتبر أعمال الفنادق تجارية اذا كانت على سبيل الاحتراف، حيث نصت المادة (٥) من خلال الفقرة (س) على : ((تعد الأعمال الآتية تجارية اذا كانت مزاولتها على وجه الاحتراف: ... س/ أعمال الفنادق والمطاعم والمقاهي والتمثيل والسينما والسيرك وغير ذلك من الملاهي العامة ...))، وللمزيد انظر: د. أحمد سعيد الزقرد، مصدر سابق ، ص٢٥.

([٣]) د. أيمن فوزي المستكاوي، مصدر سابق، ص٣٦١.

([٤]) د. احمد مدحت حسن، التشريعات السياحية وعقد الإقامة بالفندق، ط١، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٣، ص١١٧.

٣- الاختلاف في المحل، فمحل العقد يتجسد في كونه العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها، وذلك لا يتم إلا عن طريق إنشاء التزامات على عاتق الطرفين أو على عاتق احدهما، وإن المراد من هذه العملية في عقد الفندقة هو الانتفاع من الإقامة في مقابل اجر، وهذه العملية القانونية لا تتحقق إلا عن طريق إنشاء التزام يقضي بالانتفاع بالإقامة لمدة معلومة يلقى على عاتق صاحب الفندق، والتزام بدفع الأجر يلقى على عاتق النزيل[١]، اما عقد الاستشفاء فمحله الأعمال الطبية والعلاجية فضلا عن الخدمات الاستشفائية، وتكون الإقامة في المستشفى لغرض تلقي العلاج وإجراء الفحوصات الطبية او التدخلات الجراحية ، فالغاية النبيلة من عقد الاستشفاء هو تخفيف آلام المريض والحفاظ على صحته وتقديم العلاج والدواء لغرض شفاءه، وهذا ما يجعل المحل في عقد الاستشفاء هو الأهم والأكثر خصوصية، ويلزم لتنفيذه الحرص الشديد والعناية ، كونه يتعلق بالنفس البشرية وان هذه الأعمال الطبية من الدقة والأهمية التي قد تكون فاصله بين الحياة والموت .

٤- من الالتزامات الرئيسة على النزيل هو دفع المقابل المالي (الأجرة) لقاء النزول في غرفة او جناح في الفندق، فلا يمكن تصور إبرام عقد الفندقة من دونه، أما في عقد الاستشفاء فقد يكون هناك مقابل مالي لقاء تقديم الخدمات العلاجية والطبية، او قد لا يكون هناك مقابل كما في المستشفيات الخيرية.

٥- إن صاحب الفندق يتمتع بامتياز بالنسبة للمبالغ المستحقة في ذمة النزيل عن أجرة الإقامة والمؤنة وكل ما صرف لحسابه، ويقع هذا الامتياز على الأمتعة التي يحضرها النزيل معه الى الفندق، اذ أقر القانون حق امتياز لمصلحة صاحب الفندق ، وذلك وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة (١٣٧٥) من القانون المدني العراقي النافذ، اذ نصت على أن: ((المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل عن أجرة الإقامة والمؤنة ومما صرف لحسابه يكون لها امتياز على الأمتعة التي احضرها النزيل في الفندق وملحقاته))[٢]، وهذا ما لا يمكن تصوره في عقد الاستشفاء الطبي، ففي عقد الفندقة يحضر النزيل ومعه أمتعته وأغراضه الخاصة، في حين ان المريض الذي يدخل الى المستشفى يكاد لا يحمل معه سوى هويته وملابسه الشخصية ولا يحمل معه اي امتعه او مقتنيات ثمينة، فهو في رحلة علاج وطلب للشفاء ولا محل لحق الامتياز.

---

(١) د. مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، شرح مفصل لأحكام التقنينات العربية المستمدة من الفقه العربي والمستمدة من الفقه الإسلامي، ط١، الفتح للطباعة والنشر، الازاريطة، الإسكندرية، بدون ذكر سنة النشر، ص١٣٥.

(٢) تقابلها المادة (١١٤٤) من القانون المدني المصري، والمادة (٥/٢١٠٢) من القانون المدني الفرنسي.

الفصل الثاني

أركان عقد الاستشفاء الطبي

تقوم العقود على أركان يجب توافرها، وعقد الاستشفاء الطبي كغيره من العقود يجب ان يتوفر فيه ركن الرضا والمحل والسبب ، وسيتبين لنا ان رضا المريض في عقد الاستشفاء الطبي لا يمكن عدّه رضاءً عادياً ، فهو من جانب قد يصدر عنه او يصدر عمن يقوم مقامه وينوب عنه اذا كان قاصرا وفق شروط معينة ، ومن جانب اخر فان رضاه قد يصعب الحصول عليه ابتداءاً، وعلى الرغم من ذلك ينعقد العقد، وهذا يكون في حالات خاصة تكون فيها الأولوية للإبقاء على حياته وحمايته، او قد تكون هناك مصلحة اولى بالرعاية وهي مصلحة الجماعة والمجتمع، وفي ذات الوقت قد يكون رضاه متجددا بحسب طبيعة الاجراءات الطبية وتطورات حالته الصحية .

وفيما يتعلق بركن المحل في عقد الاستشفاء الطبي، تكمن الخصوصية في جملة الأعمال الطبية التي تتخذ لمصلحة المريض، وما يقرره الطبيب المعالج من تداخلات طبية يشترط بها ان تكون ضمن نطاق المشروعية وفي حدود الموافقة المستنيرة ، اما بالنسبة لركن السبب فقد كان للفقه كلمته وبيان النظريات التي قيلت فيه، كما يلزم توافر الشروط القانونية من عدم مخالفته للنظام العام والآداب، وأن يكون مشروعاً وغير صوري.

ولأجل الوقوف على الأركان الرئيسة التي يقوم عليها عقد الاستشفاء الطبي، سنبحث فيها بصورة اكثر تفصيلا من خلال هذا الفصل والذي سنوزع الدراسة فيه على مبحثين وعلى النحو الاتي:

المبحث الأول: ركن الرضا في عقد الاستشفاء الطبي.

المبحث الثاني: ركني المحل والسبب في عقد الاستشفاء الطبي.

المبحث الأول

ركن الرضا في عقد الاستشفاء الطبي

ان القاعدة العامة التي تقوم عليها جميع العقود هي قاعدة الرضائية ، فالرضا كركن قائم بذاته يستلزم وجوده لانعقاد عقد الاستشفاء، سواءً كان رضا المريض أم رضا المستشفى الخاص، ولبيان ذلك مفصلا سنسلط البحث في رضا المريض في الحالات الاعتيادية حال دخوله الى المستشفى في المطلب الأول، كذلك استثناءات الأخذ بموافقة المريض في المطلب الثاني، وفي المطلب الثالث نبحث في رضا المستشفى الخاص.

المطلب الأول

رضا المريض في عقد الاستشفاء الطبي

مِنَ المتفق عليه أن ارادة الانسان محترمة ورغبته مصانه، وليس لاحد ان يتسلط على جسد الانسان من دون رضا منه وقبول ، إلّا إذا كان فاقداً للوعي وضمن شروط خاصة، أو غير مكتمل الأهلية فينوب عنه من يمثله .

ويُعرّف الرضا بأنه ((الإذن الصادر من أحد أشخاص القانون الخاص بإرادته الحرّة الحقيقيّة إلى الغير، مُدركاً وعالِماً لِما سيقع من هذا الإذن من احتماليّة تسبيب الضرر لصاحبِه))[1].

كما ان مضمون رضا المريض يتأسس على وجود ارادة حرة مستنيرة أولاً، وصحة هذا الرضا ثانياً، غير ان رضا المريض في عقد الاستشفاء له خصوصية معينة، وتكمن خصوصية هذا الرضا في جانبين، الأول: هو ان الاعمال الطبية في هذا العقد تقع على جسم الإنسان، وان مبدأ حرمة جسم الانسان تقضي عدم المساس به حتى لو كان ذلك لغاية علاجية مالم يسبقه رضا المريض نفسه، أو رضا من يمثله، والثاني: هو أن مقدم الخدمة الطبية ملتزم بالحصول على رضا المريض ليس مرة واحدة فقط عند إنشاء عقد الاستشفاء ، ولكنه ملزم كذلك بالحصول من ذات المريض على رضا جديد، أو رضاءات جديدة بحسب الأحوال عن كل عمل طبي تستلزمه حالة المريض الصحية .

واستنادا الى ذلك سوف نقسم هذا المطلب على ثلاث فروع ، الأول سنبحث فيه خصوصية رضا المريض في عقد الاستشفاء الطبي، وفي الفرع الثاني سيكون بحثنا في وجود ارادة حرة مستنيرة ، اما الفرع الثالث سنبحث فيه صحة الرضا.

---

(١) هشام مخلوف، موافقة المريض على الأعمال الطبية بين التقييد والإطلاق، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية الجزائرية ، المجلد (٧)، العدد (٦)، ٢٠١٨، ص٣٩٧.

الفرع الأول

خصوصية رضا المريض في عقد الاستشفاء الطبي

يشترط في تكوين عقد الاستشفاء وإنشائه توافر الرضا ، إذ ان رضا المريض او من ينوب عنه هو احد اركان العقد، إلا أن طبيعة عقد الاستشفاء تقتضي صدور رضاء لاحق لذلك، يختلف عن رضا المريض الأول، ويجب أن يكون حراً مستنيراً أي أن يسبقه التبصير الكامل من قبل الطبيب او المختص، وهو ضروري لتنفيذ العقد، بمقتضاه يقبل المريض الخضوع لأي تدخل طبي جديد، وهذا يؤكد لنا مسألة في غاية الأهمية وهي ان لكل إجراء طبي إذنه الخاص، أي يتطلب رضاء خاص من المريض، وهذا الرضا يمثل حجر الزاوية في عقد الاستشفاء ذي الفعالية لإضفاء المشروعية على الأعمال الطبية التي يمارسها الأطباء على المرضى([1]).

على إن الاعتداد بالرضا اللاحق للمريض ووجوب الأخذ به لتنفيذ عقد الاستشفاء، أو الاكتفاء برضاه الأول عند ابرام العقد، امر اختلف عليه الفقه وانقسم على ثلاث اتجاهات :

أولاً- الاتجاه القائل بكفاية (الرضا المبدئي للمريض)، وعدم ضرورة حصول رضا المريض في كل ما يستجد من تدخل علاجي والاكتفاء بالرضا الأصلي للمريض الذي أبداه عند إبرام العقد ، إذ ذهب أنصار هذا الرأي[2]، إلى ان إلزام الطبيب باستحصال رضا المريض بكل ما يستجد من إجراءات علاجية أمر لا يخلو من مأخذين:

١- عرقلة الأداء الطبي فهو لا يتوافق مع الواقع الطبي وظروف الطبيب والمريض ومضاعفات الحالة المرضية التي تتطلب سرعة أداء الطبيب حسب سلطته التقديرية في بعض الأحيان.
٢- إن المريض يعد جاهلاً في المسائل الطبية بالمقارنة مع الطبيب فلا يمكن أن يوضح الطبيب للمريض تفاصيل كل عمل طبي يؤديه ؛ لأن ذلك يولد صعوبة في الفهم واتخاذ القرار لدى المريض فضلا عن أن المريض يكون تابعاً للطبيب في كل ما يقرره فلا قيمة بعد ذلك للرضا الجديد الصادر عن المريض[3].

---

(١) د. زينة غانم يونس العبيدي، مصدر سابق، ص ١٤٦
(٢) د. حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية- دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة عين شمس، السنة السابعة، العدد الأول، ١٩٧٥،ص٨٨ . د. منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، مطبعة جامعة الكويت، الكويت، السنة الخامسة، العدد الثاني، ١٩٨١، ص١٨.
(٣) د. جابر محجوب علي، مصدر سابق، ص١٨ وما بعدها.

ثانياً- الاتجاه القاضي بعدم كفاية رضا المريض المبدئي ولابد من استحصال رضا المريض في كل ما يستجد من تدخل علاجي، إذ ذهب بعض رجال الفقه [١]، إلى دعم هذا الاتجاه لاسيما إذا ما كان التدخل العلاجي الجديد ينطوي على مخاطر إذ ينبغي عندها أن يوضح الطبيب للمريض وضعه الصحي والعواقب المتصورة في حالة التدخل العلاجي وذلك وفقاً لما يتطلبه من احترام لإرادة الفرد وحريته الشخصية [٢]، وإلا فأن الطبيب مسؤول عن كل ما يلحق المريض من ضرر جراء هذا الإجراء الطبي المستجد[٣]، ذلك على اعتبار إن إرادة المريض انصرفت عند إبرام عقد الاستشفاء الطبي إلى الإجراءات الاعتيادية والعمل الطبي الذي قصده المريض من اللجوء الى المستشفى وكل ما يزيد على ذلك يعد وضعاً استثنائياً لابد لمباشرته من استحصال موافقة المريض، وذلك مراعاةً لاعتبارين:

١- إن مباشرة الطبيب للتدخل الجراحي أو للعمل الطبي المستجد من دون استحصال رضا المريض أمر يتضمن نوع من مصادرة حرية الاختيار للمريض الذي قد يرغب بأن يباشر الإجراء الطبي الجديد (ولا سيما في حالات العمليات الجراحية) من قبل طبيب آخر او إكمال عملية العلاج في مستشفى آخر او حتى السفر خارجا واستئناف العلاج .

٢- إن التدخل الجراحي أو أي عمل طبي مستجد يؤثر بشكل أو بآخر في السلامة النفسية أو الجسدية للمريض[٤]، والمريض وحده هو صاحب الحق في سلامة بدنه ونفسه وله وحده صلاحية السماح للغير بالمساس بجسده أو نفسه[٥]. ولا يحق للطبيب او المختص بتجاوز رضا المريض في أدائه الطبي تحت مسمى الاكتفاء بالرضاء المبدئي للمريض، وفقاً لعقد الاستشفاء الطبي.[٦]

ثالثاً- الاتجاه القائل بالوسطية بين الاتجاهين السابقين، والذي مفاده إن الطبيب كمبدأ عام ملزم باستحصال رضاء المريض في كل ما يستجد من أعمال طبية جديدة لكن ذلك يقف عند حد بعض

---

[١] د. سليمان مرقس، الوافي في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط٥، مطبعة السلام: القاهرة، ١٩٨٨، ص٤٠٣. منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، الإسكندرية، ١٩٨٩، ص٨٨ وما بعدها. د.محمد حسين منصور، مصدر سابق. ص٣٠ .

[٢] د. منير رياض حنا، مصدر سابق، ص٨٨.

[٣] محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص٣٣.

[٤] لا يقتصر العلاج الطبي على جسد المريض –الأداء المادي للطبيب- بل قد ينصب أيضاً على الحالة النفسية للمريض والتي تعالج بإجراءات طبية سلوكية ونفسية من قبل الطبيب.

[٥] أنس غنام، الحق في سلامة الجسم، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٢، ص٨.

[٦] وقد ايدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في حكم لها ذهبت فيه إلى إن الطبيب يعد مسؤولاً عن أي حادثة تقع أثناء أو نتيجة لقيامه بمعالجة المريض عن طريق الصدمة الكهربائية دون حصوله على موافقة المريض قبل مباشرته لهذا النوع من التدخل العلاجي. انظر حكم لمحكمة النقض الفرنسية في نوفمبر ١٩٥٥ منشور في دالوز الأسبوعي، ١٩٥٦، أشار إليه د. عبد الرشيد مأمون، مصدر سابق، ص٢٠.

الحالات التي لا يتمكن الطبيب من إخبارها للمريض بحكم فارق الوعي والثقافة أو الحالات التي يؤدي أخبار المريض بها إلى رد فعل سيء قد يؤثر في سير العلاج[١].

ويبدو ان الاتجاه الثالث هو الأكثر انسجاماً مع واقع العمل الطبي العلاجي وهو الأقرب إلى تحقيق مصلحة المريض وذلك لأنه يراعي أمرين:

١- يراعي حرية الطبيب في إتباع الوسائل اللازمة لعلاج المريض دون تفريط بحق المريض بسلامة جسده ولا إفراط في تضييق الخناق على الطبيب.

٢ - دفع الطبيب باتجاه سلوك يمتاز بالمسؤولية والعلمية تجاه المريض ومنح المريض الحق في إن تكون له كلمة بشأن ما يحل بجسده ونفسه قدر المستطاع.

عليه فلا بدّ من مراعاة بعض الأمور في تحديد أهمية رضا المريض بالنسبة للأعمال الطبية المستجدة التي يباشرها الطبيب:

الأمر الأول- إن الطبيب غير ملزم بأخبار المريض بتفصيلات العمل الطبي لغرض استحصال رضاه لوجود فارق واضح فرضه التقدم الكبير في علم الطب بالنسبة لوضع المريض وتكوينه الفكري واستعداده الثقافي لاستيعاب هذه التفصيلات العلمية الدقيقة والمعقدة.

الأمر الثاني- قد يكون إظهار الحقيقة للمريض في بعض الحالات عملاً غير إنساني يؤدي إلى نتائج غير جيدة بالنسبة لنفسية المريض، فتزيد عليه آلامه وهمومه.

الأمر الثالث- ينبغي على الطبيب عند حجب بعض المعلومات عن المريض لغرض استحصال رضاه لإجراء العمل الطبي المستجد أن لا يستعمل وسائل احتيالية لإقناعه بصحة ما يقدمه من معلومات بشأن العمل الطبي.

الأمر الرابع- من الاهمية بما كان أن يراعى في النظر إلى تصرف الطبيب الهادف إلى استحصال رضا المريض مسألتين:

أولهما- قيام تصرف الطبيب على مبدأ حسن النية في محاولته لإنقاذ المريض وإبرائه من مرضه[٢].

---

[١] د. جابر محجوب علي، مصدر سابق، ص١٧٦ . د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص٢٣. د.حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد، ١٩٨٧، ص٣٨.

[٢] د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص١١٦.

ثانيهما- أن ينسجم مع منطق العلاج الطبي الهادف إلى معالجة المريض بحسب الأصول العلمية لمهنة الطب بشكل عام.

نخلص مما تقدم بأن للمريض نوعين من الرضا في عقد الاستشفاء الطبي وهما:

النوع الأول- الرضا المبدئي وهو الواجب التحقق لانعقاد عقد الاستشفاء الطبي والمنصب على أمرين وهما اختيار المستشفى الخاص والذي يوجد فيه الطبيب الذي يتولى امر علاج المريض أولاً والرغبة في معالجة المريض لمرضه ثانياً. وهذا النوع من الرضا يخول الطبيب بمباشرة جميع الأعمال الطبية العلاجية التي يتطلبها الوصول إلى غاية العقد وهي شفاء المريض أو تحسين وضعه الصحي، إلا تلك الأعمال الطبية التي تكون على قدر من الأهمية والتي تنطوي على قدر من الخطورة والمساس بجسد ونفس المريض.

النوع الثاني – الرضا الاستثنائي[١] وهو الواجب التحقق عند إقدام الطبيب على أي عمل طبي علاجي ينطوي على قدر من الأهمية والخطورة والمساس بجسد ونفس المريض وهذا النوع من الرضا يكون عادةً لاحق لإبرام العقد (اثناء مرحلة التنفيذ) وهو الذي يضفي الشرعية على الأعمال الطبية العلاجية الحادثة خارج السياق العادي للأمور أي الأعمال الطبية العلاجية التي لا تعد ضمن الأعمال الطبية العلاجية الجارية أو الاعتيادية، ومن ذلك الجراحة والاستئصال والبتر وغيرها[٢]،ومن ثم يلزم قبل تدخل الطبيب وممارسته للأعمال الطبية أن يحصل على رضا المريض بهذا التدخل، فصيانة جسم الانسان تقتضي عدم اجراء الجراح أي عملية دون الحصول على رضا المريض[٣]، وهذا ما يجعل رضا المريض ذا طابع خاص ومميز عن الرضا في العقود الاخرى ، بل ابعد من ذلك يقع التزام الطبيب المعالج بتبصير المريض قبل الحصول عليه[٤].

وفي ما عدا النوعين السابق ذكرهما قد يكون الرضا مفترضاً كما في حال لو كان المريض الذي يدخل الى المستشفى عاجزاً عن التعبير عن إرادته، وليس معه من ينوب عنه أو يمثّلهُ، ولم يكن في ظرف يدلّل على الاعتقاد برفضِهِ لتدخّل الطبيب ، كما لو ادخل الى المستشفى بسبب حادث سير[٥]، وإنَّ أساس هذا الفرض هو أنَّ الرغبة في إنقاذ حياة الآخرين يُعد موقفا انسانياً وأمراً طبيعيّاً لدى

---

[١] د. حسن علي ذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، مصدر سابق، ص٣٤- ٣٥.

[٢] د. منير رياض حنا، مصدر سابق، ص٧٨.

[3] SOUFRON (jacques) , La responsabilité du chirurgien viscéral et la pratique de la coelioscopie , Grafo . C. E , Bordeaux - centre , 2005 , p: 88.

[٤] بوليل اعراب، مصدر سابق، ص ٤٢.

[٥]سيتم بحث الاستثناءات على الأخذ برضا المريض مفصلا في الفرع الثاني من هذا المبحث صفحة (٩٣).

الناس كافة ، وهذا ما قَصَدهُ المشرّع العراقي بقوله ((... أو أُجريت بغيْر رضا أيّهما في الحالات العاجلة)) [1] .

الفرع الثاني

وجود إرادة حرة مستنيرة

إن مبدأ سلطان الإرادة يعني أن لطرفي العقد السلطان الأكبر في إنشاءه و في تحديد أثاره، فالعقد اتجاه إرادي مشترك ، إذ يستلزم وجوده اشتراك إرادتين أو أكثر في الاتجاه نفسه ، و ذلك بتحقق التراضي بين الطرفين ، فيجب أن تكون النتيجة الكلية التي يصل إليها العقد بطبيعته، هي نتيجة لإرادة الطرفين من إعطاء او عمل شيء، وبمجرد توافق إرادتين على إحداث اثر قانوني وصحة كل شروط العلاقة التعاقدية يكون العقد نافذاً وملزماً للطرفين بما اتفقوا عليه في بنوده، ولهم كل الحرية في تحديد الآثار المترتبة على العقد، ويكون ملزماً عليهم ما ورد في مضمونه، وهم ملمون بتنفيذ ما اتفقوا عليه، وتترتب أثاره على أطرافه حتى الغير بما فيهم القاضي، إذ يكون مقيداً بمضمون العقد في حالة التفسير والتأويل، وتبدو أهمية الارادة أكثر في عقد الاستشفاء الطبي؛ لأنه من العقود التي ترد على جسم الإنسان الذي يتمتع بحصانة ومعصومية ، إذ ليس بإمكان الطبيب المساس بجسم مريضه إلا بعد الحصول على رضائه أو رضاء من يمثله ، فالأصل ان كل مساس بجسم الانسان من دون هدف شرعي يعد محظورا ، مالم يصدر عن صاحبه ارادة وموافقة مسبوقة على التدخل الطبي[2] .

إن الحصول على موافقة المريض على العلاج الطبي شرطاً أساسياً لمشروعية العلاج وهو ما يجب أن يصدر عن إرادةٍ حرّةٍ وصريحة ومستنيرة لكي يكون رضاءه مقبول قانونا ، لذلك يستلزم لوجود الرضا ان توجد ارادة للحصول على العلاج ، فالأصل أنَّ المريض الخاضع للعلاج له الحرية الكاملة في قبول أو رفض الخضوع للعلاج أيّاً كانت طبيعته، ويبقى يتمتّع بهذه الحرية طوال مدة العلاج، ولا يكون لرضا المريض أيّة قيمة قانونية إذا ما كان ضحية لأي فعل من شأنه أن يُعيب الإرادة أو يعدمها[3] .

([1]) نصت المادة (٢/٤١) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل على :((لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالا للحق: ٢- عمليات الجراحة والعلاج على أصول الفن متى أجريت برضاء المريض او ممثله الشرعي او أجريت بغير رضا ايهما في الحالات العاجلة)).

([2])HANNOUZ . (M. M) , HAKEM . (A.R) , Précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médicine et du droit , O. P. U , Alger , 1993 , p :39.

([3])د. شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠١، ص٢٨٧.

واستنادا الى ذلك، ولكي تكون الإرادة حرّة فإنَّه يتطلب توافر أمرين[١] :

الأول: أنْ يصدر الرضا عن شخص يتمتع بمَلَكات ذهنية ونفسية سليمة تجعله قادراً على أن يصدر رأياً صحيحاً في موضوع الرضا، وهذا يختلف عمّا إذا كان الشخص غير متمتع بقواه العقلية أو فاقد الأهلية بسبب عارض أو لصغر سنّه.

الثاني: أن لا يخضع في تعبيره عن هذا الرضا لأي إكراه أو ضغط نفسي يعيب هذا الرضا، وهذا ما هو إلّا تطبيق للقواعد العامة في هذا الشأن[٢] .

فإذا رفضَ المريض تدخّل الطبيب، فيجب على الطبيب الامتناع عن التدخّل، وإلّا ستثار مسؤوليته المدنية ، وإنَّ مهمّة إثبات حصول الرضا بالإرادة الحرّة تقع على عاتق الطبيب سواء أكان ذلك بالكتابة أم بالشهادة أم غيرها، وكل واقعة بحسب ظروفها.

فالأصل في عقد الاستشفاء هو توافر الارادة الحرة الصريحة ، حيث ان الارادة لا تحظى بالاهتمام في علم القانون الخاص الا بعد انفصالها عن كوامن النفس، وخروجها الى العالم الخارجي، ويكون ذلك من خلال التعبير عنها، فالإرادة لا تبحث في القانون لذاتها وانما بما تنتجه من آثار قانونية[٣] .

وبما ان عقد الاستشفاء من العقود المستمرة والتي تمتد الى مدة معينه من الزمن بحسب طبيعة كل مرض ومراحل العلاج اللازمة ليتماثل خلالها المريض للشفاء والتطورات التي قد تطرأ على حالته المرضية ان كانت للأحسن او للأسوأ، نرى انه يجب وجود رضاه واستمراره خلال فترة تلقيه العلاج ورقوده في المستشفى، فضلا عن احترام ارادة المريض في حال رفضه العلاج، ويجب الا يعول الى وجود الرضا وصحته عند ابرام العقد فقط ، بل ان رضا المريض متجدد يجب توافره في كل مرة يتطلب فيها اجراء طبي جديد لم يكن متوقعا او وارداً في اثناء ابرام عقد الاستشفاء ، ويصاحب هذا الوضع عادة في حالات تفاقم الحالة الصحية للمريض او تطور حالته.

وهذا ما نلحظه من عبارات المادة (٤/١١١١) من قانون ٤/آذار/٢٠٠٢ الفرنسي الذي أكد على مبدأ حرية الإرادة، وذلك من خلال النصّ على أنه: ((لا يمكن إجراء أي عمل طبي أو علاجي

---

(١) د. عمرون شهرزاد، أحكام نقل وزراعة الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء في الفقه الإسلامي والقانون (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١٢، ص١٣٥.

(٢) نصت المادة (١١٥) من القانون المدني العراقي على : ((من اكره اكراها بأحد نوعي الاكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده)) ، والمادة (١/١٢٧) من القانون المدني المصري نصت على : ((يجوز ابطال العقد للإكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبه بعثها المتعاقد الاخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على اساس)).

(٣) جميل محمد حسين، مفهوم الإرادة في فلسفة القانون الخاص، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا ، الأردن ، ٢٠٠٨ ، ص ٥ .

دون الرضا الحر والواضح للمريض، ويمكن للمريض سحب هذا الرضا في أي وقت يشاء))، اذ ان في عبارة (أي وقت يشاء) إشارة الى ضرورة الاعتداد برضا المريض المستمر خلال مرحلة العلاج في المستشفى ولا يجوز الاعتماد على رضاه الاول عند ابرام العقد، فإرادته ورغبته في العلاج او رفضه له مصانه وله ان يسحب الرضا ، أي اعلان رفضه لأي تدخل طبي في أي وقت .

أمّا بالنسبة للمشرّع المصري وعن طريق لائحة آداب مهنة الطب ، الزم الطبيب بعدم اجراء أي تدخل طبي قبل استحصال موافقة ورضا المريض المستنير، والتي عبر عنها بالموافقة المبنية على المعرفة، اذ نص في المادة (٢٨) من القانون على: ((لا يجوز للطبيب إجراء الفحص الطبي للمريض أو علاجه دون موافقة (مبنية على المعرفة) من المريض أو من ينوب عنه قانونا إذا لم يكن المريض أهلاً لذلك، وفي حالات التدخل الجراحي أو شبه الجراحي يلزم الحصول على موافقة (مبنية على المعرفة) من المريض أو من ينوب عنه قانونا كتابة...)).

وعلى الرغم من عدم وجود نص صريح في قانون نقابة الأطبّاء العراقي المرقم (٨١) لسنة ١٩٨٤، يبيّن أهمية توافر عنصر حرية الإرادة في موضوع رضا المريض، فإنَّ المشرّع العراقي وبموجب تعليمات السلوك المهني والتي صدرت بموجب القانون المذكور آنفاً [١] قد بيّنتْ المبادئ الأساسية لممارسة الأعمال الطبية، وذلك من خلال نصّها على أنَّ ((كل عمل طبي يجب أن يكون لمصلحة المريض المطلقة، ويجب أن يتم برضائه))، كما أضافت هذه التعليمات فيما يخص مسؤولية الطبيب عنْ رضا المريض، ونصت على أنّه ((لا مناصاً من رضا المريض عندما يكون في حالة يتمكّن من تقديمِه، وليس بوسع الطبيب أن يتحدّى رغبة المريض))، اما قانون الصحة العامة العراقي رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١، فقد منع في المادة (٩١ رابعا/ الفقرة ب) ، من اجراء أي عملية او تدخل جراحي الا بعد استحصال موافقة المريض او احد مرافقيه اذا كان فاقد الوعي او قاصر، اذ نصت على : ((لا يجوز اجراء عملية جراحية، الا بموافقة المريض ذاته، اذا كان واعيا، او أحد اقاربه المرافقين له اذا كان فاقد الوعي او قاصراً...)).

هذا فضلاً عن قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها في إشارته لتعريف رضا المتبرع بأنه: ((الرضا: التعبير الصريح عن إرادة الإنسان بالتنازل عن أعضائه أو أنسجته مع توافر شروطه المنصوص عليها قانونا على ان لا يكون مشوباً بعيب من عيوب الإرادة)) [٢].

---

(١) ينظر تعليمات السلوك المهني التي أصدرتها نقابة أطباء العراق بقرارها المرقم (٦) في ١٩٨٥/٥/١٩.
(٢) الفقرة تاسعا من المادة الأولى من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الإتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦.

نخلص من جميع ما تقدم ان رضا المريض في عقد الاستشفاء الطبي يجب ان يصدر عن ارادة حرة صريحة ، كما ان رضا المريض وموافقته على الاعمال الطبية ، ووضعه في حالة الاختيار بين الاقدام او الاحجام على التدخل الطبي الواقع على بدنه بموجب عقد الاستشفاء يعدّ حقاً اصيلاً له في اطار الموافقة من عدمها ، وان هذه الموافقة يجب ان تكون " مستنيرة " وليست مجرد موافقة شكلية [١] .

فالموافقة المستنيرة [٢] هي نتيجة الرضا المستنير والمتبصر بإمكانية العلاج وخطورته، وتكون بتقديم المعلومات الكافية التي تنير بصيرة المريض وتجعل رضاه صادرا عن علم وادراك[٣]، فلا يوجد عنصر يحتمل ان يؤدي بطرف ما الى عدم التعاقد، ويكون مخفيا بخطأ او باحتيال[٤] ، وهذا ما يلزم المستشفى ممثلةً بالطبيب المختص بوجوب الإعلام[٥] ، فالالتزام بالإعلام له اهمية كبيرة في الكثير من المهن، ولكن هذا الأمر يكتسب أهمية خاصة في المجال الطبي، إذ يكون موجب الإعلام أكبر وأكثر حساسية من أي مهنة أخرى، حيث ان مهنة الطب لها من التأثير في حياة ونفسية المريض ورغبته الملحة للتخلص من الالم لدرجة أنه يسلّم الطبيب أعز ما يملك وهو جسده[٦] .

إنَّ إعلام المريض بوضعه الصحي أمرا مهما ليكون على بيّنة من أمره، وليستطيع المريض أنْ يوازن بين الفائدة المرجوة والمخاطر المحققة [٧] ، على أن ينحصر التزام الطبيب بإعلام مريضه في الكشف عن النتائج والمخاطر المتوقعة، فليس من المعقول ولا من المقبول أنْ نُكلّف الطبيب بأنْ يكشف لمريضِه النتائج كافة ، المتوقعة منها وغير المتوقعة، العادي منها وغير العادي، اليقيني منها والمشكوك فيها، إذ ليس المقصود من الإعلام تثقيف المريض وتعليمه

---

(١)هشام مخلوف ، مصدر سابق، ص ٧.

(٢)عرف دليل مبادئ الاخلاقيات الطبية في المؤسسات العراقية ، ص٢٥، (الموافقة الواعية) بانها الحالة المشروعة التي يمكن الاعلان بعدها أن الشخص قد وافق بعد تقدير النتائج وادراك التبعات المستقبلية على الإجراء الطبي. كما عرفت المادة الاولى من قانون رقم ٧٠ لسنة ٢٠٢٠ بشأن مزاولة مهنة الطب والمهن المساعدة لها وحقوق المرضى والمنشآت الصحية الكويتي الموافقة المستنيرة بانها " قبول المريض او من يمثله قانونا بالإجراء الطبي المطلوب اتخاذه بعد اعلامه وتبصيره بطبيعة هذا الاجراء وفقا لأحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له "

(3)Leleu Yves Henri et Genicot Gilles, Le droit médical, aspects juridiques de la relation medecin patient, 1e édition, de Book Université, Bruxelles, Belgique, 2001. p: 55

(4)Dr. P.Peton , LE CONTRAT MEDICAL, Aucune année de publication, p: 2.

(٥) علي عصام غصن، الخطأ الطبي،ط٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص٣٢.

(٦) عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، ص١٤٧

(٧) عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، ط٢، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، ١٩٨٧، ص١٧٧.

بخصوص مرضِه، وإنما القصد إحاطته علماً بظروف هذا المرض وطرائق معالجته والآثار والنتائج المتوقعة والمحتمَلة [١].

وقد اهتم المشرع الفرنسي باحترام ارادة المريض وضرورة تبصيره وموافقته على الاجراءات الطبية، فقد نَصَّ قانون الصحة العامة الفرنسي على أنه : ((يجب على الطبيب أن يقدّم للشخص الذي يفحصه أو يعالجه أو ينصحه، معلومات صادقة وواضحة وملائمة عن حالته الصحية، وكذلك عن الفحوصات والعلاجات التي يقترحها عليه، ويجب أن يأخذ في الحسبان، خلال مدّة المرض، شخصيّة المريض عندما تُقدّم له المعلومات، ويحرص على أنَّ المريض قد فهم تلك المعلومات واستوعبها))[٢].

كما حدد قانون حقوق المرضى والموافقة المستنيرة الفرنسي الصادر في ١١/شباط/٢٠٠٤، المعلومات الواجب الإدلاء بها للمريض، وهي: الفحوصات، والعلاجات، والعمليات الطبية المقترحة، كما تشمل منافعها ومضاعفاتها السلبية، والمخاطر المعهودة أو الكبرى التي تنطوي عليها، والحلول الأخرى الممكنة، فضلاً عن النتائج المتوقعة في حال عدم إجرائها، ويقتضي في حال طرأت لاحقاً معطيات جديدة تستدعي اتخاذ قرارات جديدة إعلام المريض بها أيضاً عند الإمكان[٣].

أما بالنسبة للمشرع المصري، فقد حدّدتْ لائحة آداب مهنة الطب المصرية أوصاف الالتزام بإعلام المريض من خلال نصّها على أنه: ((على الطبيب أن يوفّر لمريضه المعلومات المتعلقة بحالته المرضية بطريقة مبسّطة ومفهومة))[٤].

وفي هذا الصدد، نجد أنَّ المشرّع العراقي لم يتطرق إلى هذا الموضوع عن طريق نصوصه التشريعية، وهذا القصور نجده حتى في لائحة السلوك المهني للأطباء العراقيين، سواء في مرحلة التشخيص، أم في مرحلة العلاج، لذلك يجب تلافي هذا القصور التشريعي ومسايرة التشريعات المقارنة الأخرى بهذا الخصوص، ولكن من الجدير بالذكر هو ما تمت الإشارة اليه من خلال دليل مبادئ الأخلاقيات الطبية في المؤسسات الصحية العراقية، بان التعبير عن الموافقة وفهم الإجراء بالنسبة للشخص البالغ والذي يترتب عليه إعطاء الموافقة الكاملة والواعية يستلزم المناقشة الصريحة وليس المناقشة العابرة او التي ترد في اثناء الحديث العادي، (فالموافقة الصريحة

---

[١] المستشار جهاد محمود عبد المبدي، عمليات نقل وتأجير الأعضاء البشرية (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، ٢٠١٤، ص٣٢٩.
[٢] المادة (١/٣٥) من قانون الصحة العامة الفرنسي.
[٣] المادة الثانية من القانون المذكور.
[٤] المادة (٢١) من لائحة آداب مهنة الطب المصرية رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠٠٣.

والمصادقة الخطية هي الطبيعية والمعتمدة في عقد الاستشفاء) ، وترسى الموافقة الواعية في الممارسات الطبية على مناقشة الاجراء قبل اتخاذه ، واستخدام نماذج الموافقة الخطية في المستشفيات ، وتجدر الاشارة الى ان الاعتماد الكلي على توقيع المريض على نماذج جاهزة سلفا من دون السماح له بمناقشة المخاطر واستيعابها تقلل من اهمية الموافقة الواعية وتعد انتهاكاً لحرمة المريض وحقوقه ، وعليه يجب ان يهتم الطبيب المختص بعلاج حالة المريض الذي يقدم على العلاج في المستشفى اهتماما فائقا للحصول على موافقة المريض الواعية وفهمه لجميع اوجه الاجراء وليس اهمالا لبعضه، وهذا يتم بعد الشرح للمريض بجميع الاحتمالات الإيجابية والسلبية ، فلا يوقع المريض من دون توضيح كاف[١].

كذلك نجد أنَّ محكمة تمييز العراق قد تطرّقت إلى هذا الموضوع من خلال أحد قراراتها والذي جاء فيه ((قبول دعوى تعويض السيدة التي أقامتها ضد طبيبها الذي لمْ يُعلمها بأنَّ حالتها المرضية قد تؤثر على جنينها، وينتقل إليه المرض فيولد مشوَّهاً، وبالفعل وُلد الطفل مشوَّهاً، وبالتالي فقد حَرَمَ الطبيب الأم من فرصة اتخاذ قرار بإسقاط الحمل بسبب تشوّهات الجنين، وانتقال المرض إليه، فتوفّيَ بعد دقائق من ولادته))[٢].

ان محكمة التمييز من خلال القرار المذكور آنفاً أقامَتْ المسؤوليّة على الطبيب لعدم قيامه بإعلام المريضة بانتقال المرض إلى نسلها، أي بمعنى أنَّ مسؤولية الطبيب أُقيمت على أساس عدم إعلام المريضة خلال مرحلة التشخيص، فألزمتهُ المحكمة بضرورة تعويضها، وهو قرار جدير بالتأييد؛ لأنّه أدانَ الطبيب وعدّه مُقصّراً في إعلام هذه السيدة عند تشخيصه لحالتها المرضيّة، ما أدّى إلى ولادتها لجنين مشوّه، كان من الممكن لها اتخاذ القرار بإسقاطه لو تمَّ إعلامها بذلك من قبل الطبيب.

الفرع الثالث

صحة الرضا

مما لاشك فيه أن المرضى أو متلقي الخدمة الصحية ليسوا سواسية فمنهم البالغ سن الرشد ومنهم القاصر، ومنهم العاقل ومنهم الذي يعاني من عارض من عوارض الأهلية كالجنون، وهناك المريض الفاقد لوعيه، وعلى هذا الأساس فان الرضا لهؤلاء ليس واحداً أيضاً، إذ لكل واحد منهم

(١) دليل مبادئ الأخلاقيات الطبية في المؤسسات الصحية العراقية الذي أصدرته وزارة الصحة، ص٢٥، منشور على الرابط: https://www.researchgate.net

(٢) قرار محكمة تمييز العراق: ٧٩٤/٤٥٠/م١، في ٢٠٠١/٥/١٣ (غير منشور).

أحكامه الخاصة في التعبير عن إرادته بالرضا في تنفيذ عقد الاستشفاء الطبي، كذلك قد يشوب الإرادة عيباً من عيوب الإرادة (الإكراه، الغلط، التغرير مع الغبن الفاحش، الاستغلال)، الأمر الذي يحتم علينا التطرق إلى أهلية المريض أولاً، وما قد يصيب إرادته من عيوب ثانياً.

أولاً- الأهلية:

إن الأصل لصحّة الرضا في عقد الاستشفاء أنْ يكون صادراً عن كامل الأهليّة، وذلك وفقا للقواعد العامة ، أي بلوغ المريض سنّ الرشد القانوني[١] مع تمتّعه بقواه العقليّة،وعدم اعترائها لعارض من عوارض الاهلية[٢] او موانعها [٣] ، فإذا كان المريض يعاني من عارض من عوارض الأهلية (كالجنون مثلاً)، فلا يكون لرضائِهِ أيّة قيمة قانونيّة؛ لأنها كالسن من حيث إرتباطها بالتمييز عند الشخص ، وتأثيرها في أهليته، فلا يتمتع بالقدرة على كشف وتمييز طبيعة الأعمال التي يرضى بها، الأمر الذي يستلزم الحصول على موافقة وليّه أو من ينوب عنه قانوناً [٤] لذا فإن أهليّة المريض شرط من الشروط الأساسيّة الواجب توافرها لصحّة الرضا بالأعمال الطبيّة، لأنَّ الرضا وحده ليس كافياً لشرعيّة العمل الطبي، وبالأخص في الإجراءات الطبية المعقّدة والحساسة كزرع الأعضاء البشرية أو التبرّع بها[٥] ، وهذا ما اتفق عليه جانب من الفقه القانوني[٦] ، الا ان جانب آخر من الفقه [٧] ذهب الى القول بانه لا يشترط ان يكون المريض بالغا لسن الرشد(١٨) سنة كاملة كي يعتد برضائه في ابرام عقد الاستشفاء وتنفيذه، فيكتفي بالبلوغ وذلك لان الشخص البالغ يكون

---

(١) نصت المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي على: ((سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة)). اما المشرع المصري فقد اعتبر سن الرشد احدى وعشرون سنة، حيث نصت المادة (٤٤) الفقرة (٢) من القانون المدني المصري على: ((وسن الرشد هي احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة)).وفي فرنسا عدّ المشرع الفرنسي السن القانونية بثماني عشرة سنة وذلك في المادة(٤١٤) من القانون المدني الفرنسي.

(٢) عوارض الاهلية الجنون والعته والسفه وذو الغفله ينظر المواد (٩٤ و٩٥ و ١٠٧و١٠٨ و١٠٩و ١١٠) من القانون المدني العراقي.

(٣) تجب الاشارة الى ان موانع الاهلية تكون عندما تقوم لدى شخص كامل الاهلية ظروف تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه لهذا يقيم القانون من يتولى عنه مباشرة هذه التصرفات او يساعده في مباشرتها، وهي ثلاث الغيبه والحكم بعقوبة جناية ووجود عاهة مزدوجة ، وان المانع الاخير هو المتصور في اطار بحثنا عن عقد الاستشفاء الطبي ، انظر المادة (١٠٤) من القانون المدني العراقي.

(٤)موسى العجلة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة مولود معمري، الجزائر، ٢٠١٦، ص١٩٧.

(٥) د. خالد حمدي عبد الرحمن، العقد الطبي ومشكلات مشروعيّة المحل، مجلة العلوم القانونيّة والاقتصادية، العدد (٢٥)، جامعة المنوفية، مصر، ٢٠٠٣، ص٥٧ .

(٦) د. عمرون شهرزاد، مصدر سابق، ص١٣٦. د حسام الدين الأهواني، مصدر سابق ، ص١٧٩. علي عصام غصن، مصدر سابق، ص٣٥.

(٧)د. قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، أحكام الاذن الطبي، مصدر سابق، ص٢٣٦. عبد الرحمن عبد الرزاق الطحان ، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون –جامعة بغداد ، ١٩٧٦، ص٣٢٩.

مكتملا في قواه العقلية والبدنية وهذا يستنتج من إمارات وعلامات محسوسة ظاهرة[١] يستطيع الطبيب أن يقدرها بنفسه.

فالعبرة وفقاً لهذا الاتجاه ليس بسن المريض إنما بقدرته على اختيار الطبيب والوسيلة الملائمة لحالته المرضية، وهو بذلك يعبر عن حقه الطبيعي في التصرف في جسده ولغاية مشروعة هي التخلص من المرض، فيكفي أن يكون المريض قادرا على إدراك ظروفه والمخاطر التي يتعرض لها، فلا أهمية لكونه ناقص الأهلية في نظر القانون[٢].

ولكن يبدو ان هذا الرأي محل نظر، ولا يمكن الأخذ به للأسباب الآتية :

١- ان الشخص ناقص الأهلية[٣] وهو (الذي أتم السابعة من عمره ولم يتم الثامنة عشر) تعد كل تصرفاته الضارة باطلة ، وتصح كل تصرفاته النافعة ، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فأنها موقوفة على إجازة الولي[٤].

ويعد عقد الاستشفاء الطبي من العقود الدائرة بين النفع والضرر لسببين:

الأول- ان عقد الاستشفاء لا يمكن ان نعده من العقود النافعة نفعاً محضاً بوصفه يقوم على إبراء المريض من آلامه؛ لأنه غير مضمون النتائج، إذ قد يفشل العلاج الطبي وتتدهور صحة المريض.

ولا يمكن وصفه بأنه ضار ضرراً محضاً؛ نظراً لحاجة المريض له ولكونه ينطوي على منفعة كبيرة للمريض في حالة نجاح العلاج، عليه فلابد من الوقوف موقفاً وسطاً بالقول إنه عقد (دائر بين النفع والضرر)[٥].

---

(١) ينظر تفصيلا في تحديد الفقهاء المسلمين لعلامات البلوغ بالنسبة للذكر وعلامات البلوغ بالنسبة للأنثى، محمد أمين ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٥، دون مكان وسنة طبع، ص٩٧ . ابو محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج٦، ط٣، دار المنار، مصر، ١٣٦٧هـ، ص٥٩٨ .

(٢) في قضية عرضت على القضاء الاسكتلندي ، والذي اعتد فيها بقدرة المريض على الفهم والإدراك في التعبير عن رضاه بالعمل الطبي حتى وان كان ناقص الأهلية في نظر القانون ، وذلك في قضية الفتاة القاصر التي أخضعت لعملية إجهاض ضد رغبة والديها على اعتبار ان قرار التدخل الطبي في الجسم البشري مسألة تعتمد على مقدار فهم المريض وإدراكه لا على بلوغه سن الرشد القانوني، ينظر: د. هشام محمد فريد رستم، الحق في الصحة، بحث غير منشور، ١٩٩٨، ص٧٠، هامش أشارت اليه د. زينة غانم يونس ، مصدر سابق ، ص ١٥١.

(٣) لم نتطرق الى المرحلة الأولى من حياة الأشخاص وهي مرحلة الصغير غير المميز ، وهي من الولادة الى سن السابعة من العمر، ويعد بها الإنسان (عديم الأهلية) فلا يجوز له إبرام أي تصرف قانوني سواء أكان نافعاً نفعاً محضاً أم ضاراً ضرراً محضاً أم دائراً بين النفع والضرر وإذا ابرم أي تصرف فأن تصرفه يكون باطلاً. ذلك لان القانون حسم الأمر بعدم جواز إبرام أي عقد الا عن طريق وليه ، حيث نصت المادة (٩٦) من القانون المدني العراقي النافذ على :((تصرفات الصغير غير المميز باطلة وان اذن له وليه)).

(٤) نصت المادة (١/٩٧) من القانون المدني العراقي على : ((يعتبر تصرف الصغير المميز اذا كان في حقه نفعا محضا وان لم يأذن به الوالي ولم يجزه، ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وان اذن بذلك وليه او اجازه اما التصرفات الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر فتنعقد موقوفة على اجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها لهذا التصرف ابتداء)).

(٥) احمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي، مصدر سابق، ص٩٢.

الثاني- إن الأصل في عقد الاستشفاء الطبي إن يكون الأداء العلاجي للمستشفى بمقابل أجر يدفعه المريض الأمر الذي يضفي على هذا العقد صفة العقد الملزم للجانبين كما في عقود المعاوضة، فلابد عندها من القول بأن عقد الاستشفاء الطبي هو من العقود الدائرة بين النفع والضرر وإذا أقدم الصبي المميز على إبرامه فأنهُ يكون موقوفاً من حيث ترتيب الآثار على إجازة وليه أو وصيهِ [١].

٢- ان الأعمال الطبية متنوعة ومتعددة، فهناك الأعمال الطبية البسيطة والأعمال المنطوية على خطورة بالغة ولا يمكن للقاصر ان يقدر عواقبها والنتائج التي تترتب على اجراءها، ولن يكون جديرا بتحمل نتائج اختياراته خاصة انها تتعلق بأعز ما يملكه الانسان، وهوما سيكون الولي اكثر حرصا منه في المحافظة عليه.

وتجب الاشارة الى حالة خاصة تتعلق بالمرأة المتزوجة وضرورة اخذ موافقة الزوج في عمليات واجراءات تحديد النسل او حالات قطع الحمل أو تباعد الولادات، وهناك تنازع حول هذا الرأي بخصوص حق وصاية الزوج على زوجته في ممارسة حقوقها الشخصية، ولكن يبدو أن موافقة الزوج على الأعمال الطبية التي تجري على زوجته كتباعد الولادات أو استئصال جهاز الإنجاب هي موافقة مبدئية تضاف الى موافقة الزوجة، ولا تعد وصاية على الزوجة وإنما الهدف منها هو الحماية الأسرية ولأن القرار يتعلق بهما معاً كعائلة واحدة [٢].

ان ما نخلص اليه هو ان ثلاث حالات تستدعي موافقة (الولي او الوصي) لإبرام عقد الاستشفاء للمريض، وهي حالة المريض القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني وحالة المريض ناقص او منعدم الاهلية، وحالة المريض الذي يستحيل عليه التعبير عن إرادته ، فلابد حينها من اخذ موافقة الولي او الوصي ،لا فرق في ذلك بين ما اذا كان التدخل الطبي علاجيا بسيطا ام كان جراحيا ومعقدا ، ذلك ان في بعض الاجراءات الطبية التي تتعلق بحياة الانسان وصحته قد تبدو للوهلة الاولى إجراءً بسيطاً وغير متطور، الا ان الوضع الصحي للمريض قد يتطلب اجراءات متتابعة او قد تتفاقم حالته للخطورة ، وقد يكون هو السبب في ذلك لضعف ادراكه ،الامر الذي لا يمكن الجزم فيه بتلك السهولة ، ولابد من التيقن واستحصال موافقة ذوي المريض حماية للطرفين.

---

(١) احمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي، مصدر سابق، ص٩٣.

(٢) للمزيد انظر سعدي بلقاسم ، الارادة في العقد الطبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة عبدالحميد بن باديس ، الجزائر، ٢٠٢٠، ص ٢٩.

ووفقاً لِما جاء في مدونة الاخلاقيات الطبية الفرنسية [1]، اكد المشرع على ضرورة ان يلتزم الطبيب بالحصول على موافقة الوالدين أو الممثل القانوني كلّما دُعِيَ لمعالجة القاصر او ناقص الاهلية ، فقد نصت المادة(٤١٢٧-٤٢) على : ((إذا تمت دعوة الطبيب لتقديم الرعاية لقاصر أو يجب على شخص بالغ أن يبذل قصارى جهده لإبلاغ والديه أو ممثله القانوني والحصول على موافقتهم..))، وكذلك منع المشرع الطبيب من التدخل في حال لم يستطع المريض التعبير عن ارادته ويجب اخذ موافقة والديه او احد اقاربه الا في حالات الطوارئ او استحالة الوصول اليهم، اذ نصت المادة (٤١٢٧-٣٦) من القانون نفسه : ((يجب الحصول على موافقة الشخص الذي تم فحصه أو معالجته في جميع الحالات... وإذا كان المريض غير قادر على إبداء رغباته ، فلا يمكن للطبيب التدخل دون الشخص المؤتمن ، وإلا تم إخطار الأسرة أو أحد أقاربه ، إلا في حالة الطوارئ أو إذا كان ذلك مستحيلاً)).

كما اشترطَ قانون نقل وزرع الأعضاء البشرية الفرنسي موافقة الممثّل القانوني في حالتَيْ صغر السن وفقدان الأهليّة[2]، وذكر المشرع المصري في لائحة آداب مهنة الطب وهو في معرض بيان حكم معالجة المريض في الحالات الخطرة والطارئة، ان على الطبيب ان يبذل ما في وسعه لإنقاذ حياة المريض حتى لو لم يتحصل موافقة الولي او الوصي او القيم عليه في الوقت المناسب، وذلك لان إنقاذ حياة المريض قبل كل شيء، ما يعني انها حالة استثنائية عن الأصل القاضي بأخذ موافقة الممثل القانوني للمريض القاصر او الناقص الأهلية او فاقد الوعي، في الحالات الاعتيادية، فجاءت المادة رقم (٢٨) من القانون المذكور ونصت على: ((... وعلى الطبيب الذى يدعى لعيادة قاصر أو ناقص الأهلية أو مريض فاقد الوعي في حالة خطرة أن يبذل ما في متناول يديه لإنقاذه ولو تعذر عليه الحصول في الوقت المناسب على الموافقة (المبنية على المعرفة) من وليه أو الوصي أو القيم عليه...)).

هذا فضلاً عن الاشارة الى ذات الحكم في تشريعات خاصة اخرى [3].

وجاء المشرع العراقي ليؤكد على ضرورة الاخذ برضا المريض البالغ والواعي ، او موافقة احد اقاربه اذا كان قاصرا او فاقدا للوعي لإجراء عملية جراحية له ،من خلال اشارته في المادة (٩١/ رابعا/ ب) من قانون الصحة العامة العراقي ، اذ نصت على أنه : ((لا يجوز إجراء

---

(١) مدونة الاخلاقيات الطبية الصادرة في فبراير ٢٠٢١ والمدرجة في قانون الصحة العامة الفرنسي ضمن المواد R.4127-1 إلى R.4127-112.

(٢) يُنظر نص المادة (١٨) من قانون نقل وزرع الأعضاء البشرية الفرنسي رقم (١١٨١) لسنة ١٩٧١، والمؤكد بالمرسوم رقم (٦١) لسنة ١٩٧٨.

(٣) يُنظر بهذا الصدد: قانون نقل العيون رقم (١٠٣) لسنة ١٩٩٢، وقانون المهن الطبية رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨٥، وكذلك قانون مكافحة الأمراض الزهرية رقم (١٥٨) لسنة ١٩٥٠.

عملية جراحيّة إلّا بموافقة المريض ذاته إذا كان واعياً، أو أحد أقاربه المرافقين له إذا كان فاقد الوعي أو قاصراً، ويستثنى من ذلك حالة تعرض حياة المريض الى موت او خطر حال عند تأخر اجرائها، فيجوز عندئذ اجراء العملية الجراحية انقاذا لحياة المريض دون تحقق الموافقة المذكورة))، ان ما نلحظه على النص آنفاً انه اقتصر على وجوب الاخذ بموافقة المريض الواعي البالغ اذا ما تقرر اجراء عملية جراحية له ، وكان الاجدر بالمشرع ان يفرض الحصول على الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض الذي يلجأ للعلاج في المستشفى ابتداءاً عند ابرام عقد الاستشفاء، وفي كل اجراء طبي او تدخل جراحي تتطلبه حالته الصحية ، وليس فقط عند اجراء العمليات الجراحية ، فضلاً عن ذلك فإنه اشترط موافقة احد الاقارب بشكل مطلق، وهذا يوضح عدم الدقة في اثبات ارادة شخص مهم من اطراف العقد ، وكان الاجدر بالمشرع تحديد ذلك بأحد الابوين، فهما الاكثر حرصاً على مصلحة المريض وأكثر معرفة بحالته الصحية ، وفي حالة عدم حضورهما لحراجة حالة المريض الصحية او لتعذر قدومهما في الوقت المناسب فيكون احد اقاربه للدرجة الرابعة، خاصة ان بعض التدخلات الجراحية خطيرة كالعمليات الكبرى او عمليات البتر وغيرها، فالمهم وجود إرادة بديلة للمريض العاجز عن إبرام عقد الاستشفاء الطبي وذلك لإنقاذ حياته أو سلامته البدنية ولإضفاء الشرعية العقدية على كل تدخل علاجي من قبل الطبيب، فضلا عن ضمان وجود شخص متابع لسلوك الطبيب العلاجي يعمل على تحقيق مصلحة المريض، باستثناء الحالات الطارئة فيجب عندها اجراء التداخلات الطبية للحفاظ على حياته لحين حضور ممثله القانوني.

واستناداً الى ذلك نقترح على المشرع تعديل نص المادة (٩١/رابعا/ب) من قانون الصحة العامة لتكون كالاتي: : ((لا يجوز التدخل باي اجراء طبي إلّا بموافقة المريض ذاته إذا كان واعياً، أو أحد أقربائه المرافقين له حتى الدرجة الرابعة إذا كان فاقد الوعي أو قاصراً، ويستثنى من ذلك: ١- حالة تعرض حياة المريض الى موت او خطر حال اذا تأخر التدخل، فيجب عندئذ اجراء العملية الجراحية انقاذا لحياة المريض دون تحقق الموافقة المذكورة، ٢- رعاية المصلحة العامة)).

ثانيا- عيوب الإرادة:

لا يكون العقد صحيحاً ونافذاً إلا إذا كانت إرادة المريض سليمة وخالية من العيوب، وعيوب الرضا هنا نبحثها في إرادة المريض دون ارادة المستشفى، على اعتبار ان عيوب الإرادة تمس الجانب النفسي لدى الإنسان، وهو ما ينفرد به الشخص الطبيعي دون الشخص الاعتباري، أضف إلى ذلك فإن المريض هو الطرف الضعيف في العلاقة نظراً لقلة خبرته في المجال الطبي

وحالته الصحية فيكون عرضة للإكراه أو الاستغلال أو الغبن، وهو ما سنبحثه بشيء من التفصيل على النحو الآتي:

١- **الإكراه**[١]: إن كل ضغط غير مشروع[٢] يرغم الشخص على القيام بعمل لا يرضاه من شأنه أن يوقف العقد، فلا يكون العقد بذلك نافذاً متى توافرت شروط الإكراه[٣].

وبصورة عامة يمكن القول إن الإكراه الذي يشوب إرادة المريض في إطار عقد الاستشفاء الطبي يكون في صورتين :

الصورة الأولى - هي إكراه المريض على العلاج عند طبيب معين، أي إرغامه على التعامل والتداوي مع طبيب معين من دون سواه خلافاً لرغبته ورضاه.

أما الصورة الثانية - هي ارغام المريض عن طريق الطبيب او الفريق الطبي على نوع معين من العلاج خلافاً لرغبته ورضاه كما لو تقرر إجراء بتر لأحد أعضائه والمريض رافض لذلك.

ففي **الصورة الأولى** يعد العقد موقوفاً على إجازة المريض فله أن يطلب نقض العقد خلال ثلاثة أشهر من تاريخ ارتفاع الإكراه، كما له أن يجيزه وفقاً للفقرة الأولى من المادة (١٣٤) من القانون المدني العراقي[٤].

أما في **الصورة الثانية** فالخلاف قام بعد انعقاد العقد، فالعقد من حيث الانعقاد صحيح، لكن الأداء الطبي المستحدث والذي رام الطبيب القيام به تطلب رضاءً جديداً من المريض فجاء هذا الرضا الجديد معيباً بالإكراه فالأداء الطبي الجديد يكون بذلك غير قائم على أساس مشروع، إذ يمكن النظر إلى المسألة من زاوية مختلفة وهي إن الطبيب بعد انعقاد عقد الاستشفاء الطبي وجه

---

(١) يعرف الإكراه وفقاً للمادة (١/١١٢) من القانون المدني العراقي بأنه: ((إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه)).

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص١٢٩. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ،مصدر سابق، ص١٦٨.

(٣) نصت المادة (١١٥) من القانون المدني العراقي النافذ على : ((من اكره اكراها بأحد نوعي الاكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده))، اما القانون المصري فقد اشار الى جواز ابطال العقد بسبب الاكراه من خلال المادة (١/١٢٧) التي نصت على: ((يجوز ابطال العقد للإكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الاخر في نفسه دون حق، وكانت قائمة على اساس ...))، وبمعنى مقارب عدّ المشرع الفرنسي ان الاكراه سبب للبطلان من خلال المادة (١١٤٢) من القانون المدني الفرنسي المعدل . وللمزيد ينظر د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص٧١- ٧٢. د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص١١٥- ١١٦. د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص١٤٦. د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص٢٢٤. د. عبد القادر الفار، مصدر سابق، ص٦٧-٦٨. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام مصدر سابق، ص١٧٦. د. محمد حسنين، مصدر سابق، ٤٩- ٥٠.

(٤) نصت المادة (١٣٤) على إنه: ((إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر أو إكراه أو غلط أو تغرير جاز للعاقد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغرير كما له أن يجيزه...)) ولم يأخذ المشرع المصري بفكرة العقد الموقوف بل أخذ بفكرة العقد القابل للإبطال خلال سنة من تاريخ العقد إذا كان مشوباً بعيب من عيوب الرضا كالإكراه. انظر المادة (١٢٧) و (١٢٩) من القانون المدني المصري النافذ.

إيجاباً جديداً إلى المريض برغبته في القيام بعمل طبي مستحدث كالتدخل الجراحي ويحتاج إلى قبول (رضا) المريض، فإذا ما جاء رضا المريض صحيحاً انعقد اتفاقاً جديداً داخل ضمن العقد الأصلي يجيز للطبيب للتدخل الجراحي وإذا ما جاء الرضا معيباً بالإكراه كان الاتفاق الجديد موقوفاً على إجازة المريض دون المساس بالعقد الأصلي فهو اتفاق على تعديل العقد الأصلي، فمحل عقد الاستشفاء الأصلي يتضمن فقط ما تم الاتفاق عليه مقدما من الممارسات الاعتيادية الجارية كحجز سرير والكشف والقيام بالفحوصات والتحاليل اللازمة او اجراء جراحة معينة ووصف العلاج ، اما الاعمال غير الإعتيادية ،او غير المتوقعة عند الابرام ، تتطلب رضاً جديداً خالياً من الإكراه لشمول هذا العمل غير الاعتيادي بالمشروعية العقدية، و إلا فأن هذا العمل الطبي العلاجي المستحدث يكون خارجاً عن دائرة العقد وخاضعاً لأحكام المسؤولية التقصيرية للطبيب[١].

وعلى الرغم من ندرة وقوع حالة اكراه الطبيب مريضه بالموافقة على العلاج، إلا أن ذلك ليس مستحيلا ، إذ سبق وإن عرض على القضاء المصري حالة مريضة اكرهها زوجها على العلاج بمساعدة الطبيب الذي أوهمها بأنه سيعطيها حقنة مخدرة فقط ، وبعد أن أفاقت اكتشفت أنه أجرى لها عملية إجهاض فتمت مساءلة الطبيب إذ جاء في حيثيات الحكم أن الطبيب أجرى الكشف على المريضة بغير رضاها أو على الأقل تحت تأثير إكراهها من زوجها وخداعها هو لها تحت مخدر، وهو بهذا التصرف يعد خارجا على قواعد المهنة الطبية وواجباته كطبيب[٢].

٢- **الغلط**: وهو حالة تقوم بالنفس فتحملها على توهم غير الواقع[٣]، ويعرف أيضاً بأنه عدم توافق الإرادة الحقيقية (الباطنة) مع الإرادة المعبر عنها (الظاهرة)[٤]. ومن الممكن تصور غلط المريض في إطار عقد الاستشفاء الطبي في حالتين:

الأولى- الغلط في شخص الطبيب، وذلك في حال اتفاق المريض مع طبيب ما لغرض علاجه في مستشفى خاص متعاقد معه الطبيب، او مراجعة مستشفى معينه بسبب وجود طبيب معروف بخبرته ومهارته في علاج المرض المشكو منه ، ثم تبين إنه ليس الطبيب الذي قصده ، سواءً أكان الغلط في شخص الطبيب أم في اختصاصه.

---

(١) احمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي، مصدر سابق ، ص ٩٧.

(٢) أشارت اليه زبيدة زعيطي، رضا المريض في عقد العلاج الطبي، بحث منشور في مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة ، جامعة مستغانم، الجزائر، العدد(٥)، ٢٠١٨، ص ٢٠٩.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام،ج١، مصدر سابق، ص١١٠. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص١٧٧. د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص٨٧-٨٨. د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص٩٥. د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص٢٤٤.

(٤) د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ،مصدر سابق، ص١٧٧.

فإن مثل هذا الغلط يعيب إرادة المتعاقد (المريض أومن يمثله) في عقد الاستشفاء الطبي- لكون شخصية الطبيب [١]، والمستشفى الخاص محل اعتبار في عقد الاستشفاء الطبي، ونستقي هذا المعنى من نص المادة (١١٨/الفقرة٢) من القانون المدني العراقي النافذ القاضية بأنه : ((إذا وقع غلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيس في التعاقد))[٢]، وبذلك فأن العقد يكون موقوفاً على إجازة المريض خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تبين الغلط.

الثانية- الغلط في نوع التدخل العلاجي، أي الغلط في تنفيذ عقد الاستشفاء الطبي ويكون هذا النوع من الغلط غالباً في مرحلة ما بعد إبرام العقد عندما يقرر الطبيب المعالج او الملاك الطبي الإقدام على عمل طبي مستحدث كالتدخل الجراحي أو الإشعاعي الأمر الذي يستوجب الحصول على رضا المريض، فعندها يمكن تصور غلط المريض عند إبداء الرضا الجديد على هذا العمل، لاسيما إذا ما وصفنا إن السلوك العلاجي للطبيب يعد صفة جوهرية تمس حياة المريض[٣].

مثال على ذلك لو اعتقد المريض بأن الطبيب سيجري له عملية استئصال للزائدة الدودية، بينما الواقع إن الطبيب يجري عملية استئصال للكلية أو جزء من الأمعاء.

وهذا ما ذهبت إليه المادة (١١٨) من القانون المدني العراقي القاضية في فقرتها الأولى بأنه: ((إذا وقع غلط في صفة للشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد ولما ينبغي في التعامل من حسن النية))[٤]، فالسلوك العلاجي ونوعه لابد وأن يقوم على أساس حسن النية الهادفة إلى علاج المريض وفقاً لما ينسجم مع العلم والمنطق الطبي، لاسيما وهو أداء ذا صفة جوهرية يحدد المسؤولية المترتبة على كلا طرفي العقد[٥].

إلا إنه لا بد من الإشارة إلى إن رضا المريض المعيب بالغلط والمتعلق بنوع التدخل العلاجي هو هذا الرضا الجديد المستحدث اللاحق على الرضا الأصلي فالأمر بعد ذلك لا يمس

---

[١] د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ،مصدر سابق،ص١٨٧.

[٢] وهي تقابل المادة (٢/١٢١) من القانون المدني المصري والتي نصت على: (يعتبر الغلط جوهريا على الأخص: ب/ اذا وقع في ذات المتعاقد او في صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيس في التعاقد))، والمادة (١١٣٢) من القانون المدني الفرنسي المعدل .

[٣] د. أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء ، دار النهضة ، القاهرة ، ٢٠٠٣، ص١٦٨.

[٤] وهي تقابل المادة (٢/١٢١) من القانون المدني المصري النافذ التي نصت على: ((يعتبر الغلط جوهريا على الأخص: أ- اذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، او يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية ...)).

[٥] احمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي، مصدر سابق، ص ٩٨.

عموم عقد الاستشفاء الطبي وإنما يلحق الاتفاق الجديد المعدل له، والذي يضفي الشرعية على التدخل العلاجي الجديد[١].

٣- **التغرير مع الغبن**[٢]: وهو اعتماد المتعاقد لطرق ووسائل وأساليب احتيالية تدفع المتعاقد الآخر إلى قبول التعاقد، ولو لم يغرر به في هذا الوضع لما أقدم على التعاقد بالشكل الذي أقدم عليه[٣].

فقد يلجأ المدير المسؤول في المستشفى الخاص إلى أساليب معينة تغرر بالمستفيد من عقد الاستشفاء الطبي لغرض استدراجه إلى إبرام العقد أو لإجراء عملية جراحية معينة لا يكون المريض بحاجة اليها، لا لشيء سوى لغرض الحصول على مقابل وأجر كبير من المريض، لاسيما إذا ما أخذنا بنظر الاعتبار إن المريض عادة يكون في وضع نفسي يجعله يتأثر بشكل كبير بما يقترحه عليه الطبيب المختص يدفعه لفعل أي شيء ودفع أي مبلغ لغرض إنقاذ نفسه من الآلام والمرض، على إنه لا يكون التغرير وحده عيباً يؤثر في رضا المريض، ما لم يقترن بالغبن الفاحش كفشل التدخل الجراحي أو المبالغة الكبيرة في المقابل المالي (الأجر)، أو إن الأمر انتهى ببتر عضو من أعضاء المريض، ومع توافر إمكانية اللجوء إلى أسلوب بديل آخر أخف في الخطورة وأقل كلفة.

هذا ولا بدّ من القول أن التغرير لا يقتصر على السلوك او التصرف الإيجابي، بل يمتد ليشمل السلوك السلبي، كحالة كتم المعلومات الضرورية المؤثرة في قرار المريض، فضلا عن ذلك فإنه يعد تغريراً كل سلوك سلبي أو إيجابي يصدر عن الغير ويدفع المريض إلى أبرام تصرف ما كان ليبرمه في الحالات الاعتيادية، كتدخل طبيب آخر بالنصيحة أو أحد مساعدي الطبيب المعالج، او عضو اخر في الإدارة للمستشفى مع علم أو إمكانية علم المدير المسؤول (المتعاقد في عقد الاستشفاء)[٤].

---

[١] يراجع ما تم بحثه صفحه (٧٥) من هذه الأطروحة .

[٢] نصت المادة (١/١٢١) من القانون المدني العراقي على: ((اذا غرر احد المتعاقدين بالآخر وتحقق ان في العقد غبنا فاحشا كان العقد موقوفا على إجازة العاقد المغبون، فاذا مات من غرر بغبن تنتقل دعوى التغرير لوارثه..))، وعلى خلاف القانون العراقي ، اعتبر القانون المدني المصري (التدليس) وحده عيباً يشوب الرضا، حيث نصت المادة (١/١٢٥) من القانون المدني المصري على : ((يجوز إبطال العقد للتدليس اذا كانت الحيل التي لجأ اليها احد المتعاقدين او نائب عنه من الجسامة ، بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد..)).

[٣] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص١٢٣. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص١٩٢ وما بعدها.

[٤] نصت المادة (١٢٢) من القانون المدني العراقي على إنه: ((إذا صدر التغرير عن غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد إلا إذا ثبت للعاقد المغبون إن العاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغرير وقت إبرام العقد))، وبذات المعنى جاءت المادة (١١٣٨) مدني فرنسي .

فالتغرير مع الغبن الفاحش يوقف العقد لمدة ثلاثة أشهر بعد انكشاف التغرير يكون خلالها للمتعاقد المغبون حق نقض العقد وهذا ما أيدته المادة (١٣٦) من القانون المدني العراقي النافذ[١].

٤- **الاستغلال**: قد يتعرض المريض إلى الاستغلال من إدارة المشفى نظراً لوجود المريض في وضع معين او حرج كحاجته لإجراء تدخل جراحي لا يمكن أن يتم إلا على يد الطبيب المتعاقد معه، او لتوفر الكفاءات الطبية ذات الخبرة في الاختصاص للمرض المشكو منه، أو وجود حالة معينة في المريض كالطيش أو الهوى أو عدم الخبرة أو ضعف الإدراك، كما لو رغبت المريضة بإجراء عملية تجميل لكي تتشبه بإحدى الفنانات المهووسة بها مثلاً.

والاستغلال قد يؤثر في الاتفاق الأصلي متى ما قام عند أبرام العقد الأصلي وقد يؤثر في الاتفاق اللاحق دون الأصلي متى ما اعترى الاستغلال رضا المريض المستحدث والذي جاء رداً على الإيجاب الجديد للطبيب المعالج في المستشفى عند إقدامه على أداء طبي جديد .

ولا بد بعد ذلك من اقتران الاستغلال بالغبن الفاحش لكي يكون عيباً يشوب رضا المريض فيمنحه الحق في المطالبة برفع الغبن عنه إلى الحد المعقول خلال سنة من تاريخ انعقاد العقد، وهذا ما قضت به المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي النافذ بنصها على: ((إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول...))[٢].

إنَّ النص أعلاه يشير إلى حالتين أخريين تضافان إلى ما ذكرناه من استغلال حاجة المريض للعلاج والتدخل الطبي وحالة استغلال الطيش والهوى وهما:

- حالة ضعف الإدراك لدى المتعاقد والمراد بذلك ليس مجرد ضعف إدراك المريض لحقيقة وماهية الأداء الطبي الذي سيتلقاه في رحلة العلاج، وإنما ينصرف هذا الوصف إلى ضعف الإدراك العام القائم في نفس المتعاقد في مختلف أمور حياته[٣].

---

[١] نصت الفقرة الثانية من المادة (١٣٦) من القانون المدني العراقي النافذ على إنه: ((ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذاً))، ويكون العقد قابلاً للإبطال خلال سنة من تاريخ انعقاده وفق المادة (١٢٩) من القانون المدني المصري النافذ.

[٢] أما المشرع المصري فقد نص من خلال المادة (١٢٩) من القانون المدني على : ((١- إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلّا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينه أو هوى جامح، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد ٢- ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة...)).

[٣] د. جابر محجوب علي، مصدر سابق، ص١٧. و بمعنى مقارب انظر د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ،مصدر سابق، ص١٦٤.

- حالة (عدم الخبرة) لدى المتعاقد، وهي أكثر حالة متصورة في إطار عقد الاستشفاء الطبي نظراً للتفاوت الكبير في المستوى العلمي الطبي بين المريض والطاقم الطبي الذي سيعمل بموجب العقد المبرم وتحت إشراف إدارة المستشفى والمريض، الأمر الذي يسهل استغلال المريض بحكم عدم درايته في المسائل الطبية، ففكرة عدم الخبرة أكثر انسجاماً مع خصوصية عقد الاستشفاء الطبي من ضعف الإدراك التي هي وصف عام لحالة قائمة في المتعاقد.

المطلب الثاني

استثناءات الحصول على رضا المريض

ان القاعدة العامة في رضا المريض هي لزوم الحصول على رضاه قبل مباشرة الطبيب بالعلاج او أي اجراء جراحي، وان تخلف هذا الرضا يجعل الطبيب مخطئاً ويحمله تبعة المخاطر الناشئة عن العلاج حتى ولو لم يرتكب ادنى خطأ في مباشرته.

على ان مهنة الطب تمتاز برسالتها الانسانية بالدرجة الأولى، الأمر الذي يفرض العمل دائماً على تحقيق مصلحة المريض، وحماية حياته وحياة الاخرين على حد سواء، وتتجسَّد هذه الرسالة الإنسانية في بعض الحالات الاستثنائية التي يجب أن يتم التجاوز فيها عن استحصال موافقة ورضا المريض -اذا تعذر الحصول عليها- الى ما بعد اجراء اللازم والاسعافات الضرورية في المستشفى من أجل إنقاذ صحته وحياته أو صحة وحياة غيره، وتتمثل هذه الحالات الاستثنائية بحالة الضرورة، وحالة الاستعجال الطبي، ورعاية المصلحة العامة، وهذا ما سنتناوله بالبحث تباعاً.

الفرع الأول

حالة الضرورة

يواجه الطبيب في بعض الحالات وعند إجراء التدخل الجراحي ظرفاً طبياً خطرا، كما لو أجرى التدخل الجراحي لغرض استئصال ورم يعتقد بأنه حميد فإذا به ورم خبيث يستلزم استئصال العضو بأكمله مع عدم أمكان التأخير لخطورة الوضع الصحي للمريض ، الأمر الذي يضع الطبيب المعالج في موضع يتطلب منه اتخاذ قرار على قدر من الأهمية فيضطر إلى الإقدام على تنفيذ ما يراه مناسباً دون الرجوع إلى المريض أو منْ ينوب عنه، لتعذر ذلك الرجوع، ولضرورة الابقاء على حياة المريض ودفع الخطر المحتمل او الجسيم الذي يهدد صحة المريض او حياته، وان هذا

يعد من قبيل حالة الضرورة التي تجيز تدخل الطبيب ومباشرته بإجراء ما يراه مناسبا لدرء ذلك الخطر، ولو تم ذلك من دون موافقة المريض بذلك التدخل[1].

وتجب الاشارة الى ان استحصال رضا المريض في حالة الضرورة يقصد به الرضا التالي لإبرام عقد الاستشفاء، وكما بحثنا ذلك مفصلا في بيان ضرورة توافر رضا المريض في جميع مراحل تنفيذ عقد الاستشفاء، وفي كل مرة تتطلب حالته تدخلاً طبياً جديداً غير الذي تم إفهام المريض به سابقاً لما له من أهمية في احترام إرادته وقبول العلاج المقرر لحالته أو رفضه لهذا العلاج ، ويقتضي بحث هذا الموضوع منا الوقوف على مضمون حالة الاضطرار ثم بيان شروط هذه الحالة، وهذا ما سنبحثه تفصيلاً في فقرتين اثنتين.

أولاً- مضمون حالة الاضطرار:

الاضطرار وصف يدل على حراجة ظرف المريض الداعي إلى اتخاذ إجراء استثنائي لمواجهة حالة طارئة في أثناء التدخل الجراحي يخرج عن المألوف مما هو داخل في العلاج الطبي محل عقد الاستشفاء، ويثار بهذا الصدد سؤال عن مدى أمكانية قيام الطبيب باتخاذ إجراء على قدر من الأهمية (إجراء اضطراري) من دون استحصال رضا جديداً من المريض لكونه واقعاً تحت تأثير العملية الجراحية ،أم أنه لا يحق للطبيب الإقدام على مثل هذا الإجراء من دون موافقة المريض طالما لم يتم الاتفاق ابتداءً على هذا الإجراء؟.

ولا بدّ لبحث الموضوع من مناقشة اتجاهين:

الاتجاه الأول- يرى أنصار هذا الاتجاه [2]، إنه عند تعرض الطبيب لحالة طارئة أثناء إجرائه التدخل الجراحي –المتفق عليه مسبقاً- فأنه لا يحق للطبيب القيام بأي إجراء جديد على قدر من الأهمية –كاستئصال عضو مثلاً- دون استحصال رضا جديد من المريض فالرضا المبدئي الوارد عند إبرام العقد لا يكفي، كذلك الرضا الاستثنائي –الذي بحثناه سابقاً- بل لابد من وجود (رضا طارئ لحالة طارئة) وفقاً لمبدأ خصوصية الرضا القاضي بضرورة وجود رضا المريض عند كل تدخل علاجي خارج إطار المبدأ العام لعقد الاستشفاء الطبي.

---

(١) عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، ٢٠٠٥، ص١٥٨.

(٢) د. علي حسين نجيده، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٢، ص٨٦. د.جابر محجوب علي، مصدر سابق، ص٧١.

الاتجاه الثاني- ويرى أنصار هذا الاتجاه [1]، إنه ليس على الطبيب الرجوع إلى المريض لاستحصال رضاه في مثل حالة الاضطرار فلو استجدت حالة طبية طارئة في أثناء التدخل الجراحي وأصبح لزاماً على الطبيب أن يتخذ قراراً مستعجلاً لعلاج الموقف فأنه لا يلزم بأن يستحصل رضا المريض لسبب بسيط يتمثل بالحرج الكبير المترتب على وقف التدخل الجراحي وانتظار زوال أثر التخدير عن المريض ، ثم مفاجئة المريض بضرورة إجراء عملية جراحية ثانية ولابد من موافقته وإخضاعه لتخدير ثم تدخل جراحي آخر، فالأمر بعد ذلك يمثل زيادة في العبء على المريض نفسياً وجسدياً فضلاً عن زيادة تكاليف العمل الجراحي، بل وحتى قد يولد حالة من التأخير من شأنها أن تقلل من جدوى العملية الجراحية كما لو انتشر الورم وصعب علاجه بعد ذلك. لذا فإن الطبيب هو سيد الموقف وصاحب القرار ضمن الأصول العلمية إذا ما واجه حالة طارئة أثناء التدخل الجراحي.

ووفقاً لهذا الاتجاه ينبغي أن تطلق يد الطبيب لتقرر كل سلوك لمواجهة الحالات الطارئة أو غير الإعتيادية الناشئة في أثناء إجراء التدخل الجراحي، وفي حالة ما إذا أدى الإجراء الذي اتخذه الطبيب لمواجهة الحالة الطارئة إلى الأضرار بالمريض، فأن للأخير حق اللجوء إلى القضاء، وللقضاء سلطة تقدير مدى وجود الخطأ في سلوك الطبيب وأدائه العلاجي، الأمر الذي لن يعدم روح الإبداع لدى الأطباء بهاجس الخوف من المسؤولية[2]، إذ إن الغاية الأساسية من قواعد المسؤولية هي حماية مصالح الناس، فلا يصح أن تتحول إلى سبب يشل حرية الطبيب في سعيه لعلاج المريض.

ونرى ان لا تؤخذ الامور على اطلاقها، فلا حرية ليد الطبيب بشكل مطلق لتقرير امر خطير قد يكون غير صائب من وجهة نظره الطبية ، ولا تقييده وغل يده لاتخاذ قرار من شأنه الحفاظ على حياة المريض الصحية وتأجيله لحين اخذ رضا المريض.

من هنا لابد من توافر شروط خاصة لحالة الاضطرار يجب تحققها لكي تعد حالة طارئة توجب الاعتدال وتحقق التخفيف من التزام الطبيب في مراجعة المريض للحصول على رضاه، فحالة الاضطرار ما هي إلا حالة طارئة يتعرض لها الطبيب في أثناء معالجته للمريض تتطلب اتخاذ قرار سريع وعلى قدر من الأهمية، وعليه سنبحث هذه الشروط بشيء من التفصيل.

---

[1] د. حسن زكي الابراشي، مصدر سابق، ص٣٢٢. د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص١٨٠. د.محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص٣٠-٣١ . وينظر أيضاً: علي عبيد الجيلاوي، رضا المتضرر وأثره في المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٨٨، ص٥٧.

[2] ينظر رأي الأساتذة (مازو، وتونك) أشار إليه: د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية- الخطأ، مطبعة العزة ، بغداد، ٢٠٠١، ص٥٣٥.

ثانياً- شروط حالة الاضطرار:

لا بدّ من توافر عدة شروط مجتمعة في حالة الاضطرار لكي تعد حالة طارئة توجب التخفيف من التزام الطبيب في مراجعة المريض للحصول على رضاه وهذه الشروط هي:

١- ضيق الوقت مع حراجة الموقف، بمعنى إن يكون الطبيب أمام حالة مرضية حرجة تتطلب اتخاذ قرار سريع على قدر من الأهمية لمساسه بسلامة جسد المريض لغرض الحد من تفاقم الحالة المرضية أو القضاء عليها بشكل تام[١]، كما لو تطلب الوضع استئصال أو بتر أحد أعضاء جسم المريض لوجود ورم فيه أو وجود حالة خطرة وأن استمرار الوضع على ما هو عليه من شأنه أن يهدد حياة المريض مع عدم أمكان التساهل وفقاً للوضع الصحي للمريض[٢].

أما لو كان بالإمكان الانتظار لمدة أطول أو كان بالإمكان تأجيل اتخاذ القرار إلى حين استحصال رضا المريض وفقاً لنوع المرض ونوع الإجراء المزمع اتخاذه بصدد معالجة المريض فهنا تنتفي (حالة الاضطرار) ويلزم الطبيب بمراجعة المريض أو منْ ينوب عنه؛ لأنه لا ضير في التأجيل متى ما كان فيه تخفيف للمسؤولية وتوضيح للأمور بالنسبة للمريض إن لم يكن مضراً بالوضع الصحي للمريض.

٢- عدم قدرة المريض في التعبير عن إرادته[٣]، بمعنى إن يكون المريض فاقداً للوعي أو إنه في حالة اضطراب نفسي لا يمكنه من أن يتخذ قراراً يتعلق بضرورة إجراء التدخل العلاجي من عدمه، أو إن المريض لا يزال واقعاً تحت تأثير المخدر الأمر الذي يصعب معه سؤال المريض عن رأيه في إجراء التدخل الجراحي، فالمهم هو أن تكون إرادة المريض مشلولة عن اتخاذ القرار أو إدراكه قاصر عن فهم خطورة الإجراء الطبي وحقيقة الوضع، الأمر الذي يدفع بالطبيب إلى عدم الركون لرضائه والبحث عن حل بديل كاللجوء إلى منْ ينوب عنه لاستحصال موافقته وذلك لاستحالة الحصول على رضا المريض، كما إن إرادة المريض لا تكون لها قيمة مادام الوضع النفسي للمريض متدهوراً أو إنه لا يدرك حقيقة وضعه الصحي، وبذلك يرتفع عن الطبيب الالتزام باستحصال رضا المريض لكون أخلاقيات مهنته كطبيب والأصول العلمية لمهنة الطب القيد الوحيد

---

[١] د. علي عبيد الجيلاوي، مصدر سابق، ص٥٧. كما أشار إلى ذلك قرار ديوان التدوين القانوني رقم ١٧٥ لسنة ١٩٧٣، منشور في مجلة العدالة، فصلية، عن وزارة العدل العراقية، العدد (١١) السنة الأولى، كانون الثاني- شباط- آذار، ١٩٧٥، ص٢١، أشار إليه أحمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي، مصدر سابق، ص١٠٦.

[٢] وفي معنى مقارب ينظر د. حسن علي ذنون، المبسوط، جـ٢، مصدر سابق، ص٥٢٨ وما بعدها.

[٣] د. أحمد محمد إبراهيم، مسؤولية الأطباء، بحث منشور في مجلة الأزهر، المجلد (٢٠)، بدون سنة نشر، ص٤٨- ٤٩. د. محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، ١٩٦٢، ص١٢٤.

الذي ينظم عمل الطبيب في مثل هذه الحالة وفقاً لأساس حسن النية والرغبة الصادقة لإنقاذ حياة المريض.

٣- عدم وجود منْ ينوب عن المريض[١]، إن عدم قدرة المريض في التعبير عن إرادته ليس كافياً لتوافر حالة الضرورة المعفية من أخذ رضا المريض بل لابد من إن يكون المريض في حالة عزلة تامة –منفرداً أمام الطبيب- وليس هناك منْ يمكن أن ينوب عنه لإعطاء الرفض أو القبول لأي إجراء علاجي يروم الطبيب إجرائه [٢]، ففي هذه الحال يكون للطبيب الحق في اتخاذ ما يراه مناسباً لوقف تدهور حالة المريض الصحية إذ تحل إرادة الطبيب محل إرادة المريض ويقبل بدلاً عنه أعمالاً تعد مساساً بتكامله الجسدي[٣].

فمثل هذا الوضع الصحي الحرج للمريض وفقدانه للوعي أو الأهلية مع عدم وجود منْ ينوب عنه يمنح الطبيب نوعاً من (الوصاية الفعلية) التي يمارسها لغرض إنقاذ حياة المريض أو سلامته البدنية[٤]، وهذا ما أيده القضاء الفرنسي، ففي حكم لمحكمة استئناف (Rouen) ، قررت فيه انتفاء مسؤولية الجراح الذي كان مكلفاً بأخذ عينة من ورم في عنق المريضة لفحصها وتحديد طبيعة الورم لكنه شك في كون الورم خبيثاً، مما دفعه الى اتخاذ قرار باستئصاله في الحال من دون رجوعه للمريض أو لأحد أقربائه ، لاستحالة ذلك أثناء إجراء العملية ، فضلاً عن وجود ضرورة طبية لمثل هذا الإجراء تمثلت في احتمال انتشار الورم الخبيث نتيجة اتصاله بالهواء[٥].

واستنادا الى ما تقدم، وفي حال توافر شروط حالة الاضطرار، فإن للطبيب الحق في الاقدام على ما يراه مناسبا من اجراء علاجي طبي يكفل إنقاذ حياة المريض أو سلامته الجسدية إلا إنه يظل محكوماً بمبدأ انسجام سلوكه العلاجي مع الأصول العلمية للممارسة الطبية مبتغياً أقل البدائل العلاجية المتاحة خطورة على جسد المريض وأكثرها فاعلية وانسجاماً مع وضعه الصحي، ذلك إن الطبيب يسأل عن خطئه الفني الذي يشوب سلوكه العلاجي في مثل هذا التدخل لاسيما إنه أتخذ قرار التدخل العلاجي بنفسه دون الرجوع للمريض أو منْ ينوب عنه، فتحلل الطبيب من

---

(١) د. علي حسين نجيده، مصدر سابق، ص١٩٢ وما بعدها.

(٢) لقد أيد القضاء الفرنسي هذا الاتجاه في حكم لمحكمة النقض صدر في ٨/نوفمبر/١٩٥٥ أشار إلى الأشخاص الذين يستطيعون أن يقبلوا قانوناً أو واقعاً نيابةً عن المريض فاقد الأهلية أي يحلون محله في قبول أو رفض بعض الأعمال الطبية التي يقترح الطبيب إخضاعه لها ووصفهم الحكم بـ(حُماته الطبيعيين) أشار إليه: د. جابر محجوب علي، مصدر سابق، ص٢٤١.

(٣) د. جابر محجوب علي، مصدر سابق، ص٢٣٦.

(٤) المصدر نفسه، ص٢٣٧.

(5)Savatier (R.). Lepreten du principe deleffet relative Des contrats. R. T. D. civ, 1934, p: 537-539.

التزامه بالحصول على رضا المريض أو منْ ينوب عنه في الأداء العلاجي المستجد لا يعني على الإطلاق عدم مسائلته عن سلوكه العلاجي أو الوسائل التي أتبعها وعن مدى أثرها في صحة المريض وسلامته.

وقد أيد القانون المدني الفرنسي هذا الاتجاه في الفقرة (٣) من المادة (١٦) المضافة بمقتضى قانون التعديل رقم ٦٥٣ الصادر في ٢٩/ يوليو/١٩٩٤ المتعلق بحماية الجسم البشري، إذ بعد ان قررت ضرورة الحصول مقدماً على رضا المريض ،استثنت من ذلك حالة ما إذا كانت هناك ضرورة لإخضاع المريض لتدخل علاجي لا يمكنه التعبير عن رضائه به.

كما اشار المشرع العراقي الى حالة الضرورة الطبية التي تبيح للطبيب اتخاذ الاجراءات كافة لإنقاذ المريض في مدونة السلوك الطبي وآداب مهنة الطب العراقية ونص على انه: ((في الحالات العاجلة والطارئة المصحوبة بفقدان الوعي، أو عدم القدرة على الكلام، أو اتخاذ القرار اللازم، والتي قد تؤدي إلى الوفاة في حالة عدم إجراء عملية فورية، أو عند عدم وجود أحد من ذوي المريض أو معارفه، يجوز للجراح إجراء العملية على أن يستشير من يوجد من الزملاء (إذا كان ذلك ممكناً وغير مسبب لضياع الوقت)، وعليه عند تعذر ذلك إثبات واقع الحال تحريريا وبحضور وتوقيع مساعديه من الأطباء وغيرهم قبل إجراء العملية))[١].

الفرع الثاني

حالة الاستعجال الطبي

وهو الظرف الذي يكون فيه المريض في حالة خطرة، ولا يملك القدرة الكافية على الادراك والاختيار، ويتعذر الحصول على موافقة الولي او الوصي في الوقت المناسب، ما يتطلب الإسراع والاستعجال في علاجه بقصد إنقاذ حياتِه[٢]، ومن أمثلة ذلك أن يحضر مريض إلى المستشفى وهو في حالة غيبوبة إثر إصابته في حادث مروري، الأمر الذي يستلزم التدخل الطبي العاجل لإنقاذه[٣]، ففي هذه الحالة يكون الانتظار للحصول على موافقة المريض أمراً ضاراً به ويشكّل خطراً عليه، وهنا يمكن للطبيب عدم الالتفات إلى واجبه في الحصول على رضا المريض،

---

(١) ينظر فقرة المسؤولية الطبية/رابعاً: المسؤولية في العلاج/ الفقرة الرابعة من مدونة السلوك الطبي وآداب مهنة الطب العراقية.

(2) Penneau, J, La responsabilité du médecin, 2ième éd, Dalloz , Paris, 1996, p:20.

(٣) محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٤م، ص٢.

ما دام عمله كان بهدف إنقاذ المريض من الموت أو المحافظة على سلامته البدنية[١]، إذ إنَّ مصلحة المريض وغريزة حبّهِ للبقاء والرغبة في التخلص من المرض، يعدّان مسوغين يمكن الاستناد إليهما لإعفاء الطبيب من المسؤولية في حالة عدم حصوله على رضا المريض[٢]

ولا بدّ من توافر شروط معينة كي نكون أمام حالة استعجال بعدّها إحدى الاستثناءات التي ترد على واجب الحصول على رضا المريض.

الشرط الأول/ أن لا تحتمل حالة المريض التأخير:

فهناك بعض الحالات العاجلة التي لا تحتمل التأخير، إذ لكل ثانية فيها قيمة كبيرة، فالتدخل الطبي من الطبيب يجب أن لا يتأخر وإلا ترتب على ذلك آثار سلبية على صحة المريض، كأن يتعرض المريض للموت أو تتعرض صحته لآثار جانبية ومضاعفات يتعذر علاجها بعد ذلك.

وفي اشارة للمشرع المصري من خلال المادة (٢٨) من قانون اخلاقيات مهنة الطب بأن حالات التدخل الجراحي أو شبه الجراحي يلزم الحصول على موافقة مبنية على المعرفة من المريض أو من ينوب عنه قانونا كتابة الا في دواعي انقاذ الحياة ، وهذا يعني ان المشرع المصري قدم حالة الاسراع الى انقاذ المريض والحفاظ على حياته على واجب الحصول على موافقته ، كما الزم الطبيب الذى يدعى لعيادة قاصر أو ناقص الأهلية أو مريض فاقد الوعي في حالة خطرة أن يبذل ما في متناول يديه لإنقاذه ولو تعذر عليه الحصول في الوقت المناسب على الموافقة المبنية على المعرفة من وليه أو الوصي أو القيم عليه.

الشرط الثاني/ أن يكون المريض فاقداً لوعيه:

إن اغلب القوانين المقارنة اهتمت بتنظيم حالات فقدان الأهلية؛ بسبب السن أو الحالة العقلية، إلا أنها أهملت حالة انعدام الأهلية الناشئة عن فقدان الوعي بصورة مؤقتة؛ بسبب المرض مثلاً أو على أثر حادث أو نتيجة التخدير، والأصل ان الطبيب لا يستطيع أن يفرض إرادته على إرادة المريض العاقل الفاقد لوعيه بصورة مؤقتة، وإنما عليه أولاً احترام إرادة مريضه، ولكن إذا كانت حالة المريض لا تحتمل التأخير، ففي هذا الفرض ما على الطبيب إلا فرض إرادته على إرادة مريضه مراعاة لمصلحة المريض[٣]، وهذا ما أكده البند (ثامناً) في فقرته الثامنة من مشروع

---

(١) علي عصام غصن، مصدر سابق، ص٣٩.
(٢) حسن محمد ربيع، المسؤولية الجنائية في مهنة التوليد (دراسة مقارنة)، ط١، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٥، ص٦١.
(٣) د. تركي محمود مصطفى القاضي ، مصدر سابق، ص١٤٠.

الدستور الطبي العراقي بقوله: ((لا حاجة للطبيب لاستحصال الرضاء في وقائع العوارض التي يفقد فيها المريض وعيه وبصيرته ويتطلب إسعافاً فورياً وعلاجاً)).

ان فقدان المريض لوعيه هو ما يجعله في حالة يتعذر عليه التعبير او الموافقة واختيار الطبيب الذي يعالجه، ومن ثم يفرض الطبيب إرادته على مرضاه، والحالات التي يفقد فيها المريض وعيه لاتعد ولا تحصى ولا يتسع لنا المقام لذكرها جميعا ،لكننا نروم ان نذكر بعض الحالات كي تتضح الفكرة، كحالات التسمم بالمخدرات والمنومات والمهدئات، وحالات الغيبوبة الناتجة عن إصابات الرأس، كما يفقد المريض وعيه في حالة وفاة المخ التامة أو الجزئية [1]، ففي حالة الوفاة التامة للمخ يفقد المصاب الوعي والحركة والقدرة على الكلام والسمع والبصر والتنفس فتتعطل الدورة الدموية والذاكرة، فيفقد المصاب وعيه وإرادته في اختيار من يعالجه وغالباً ما يموت المريض المصاب بوفاة المخ التام بعد مدة تتراوح بين أسبوع أو أسبوعين، أما في حالة وفاة المخ الجزئية والتي من شأنها أن تتلف الأجزاء العليا من المخ ، ولاسيما الأجزاء التي تتحكم باليقظة والسمع والبصر والإحساس والإدراك، فيدخل المريض في غيبوبة تمنعه من القدرة على الكلام والحركة وحتى الإحساس، إلا أن الدورة الدموية والتنفس يستمران في العمل لكن مع ذلك يفقد المريض إرادته في اختيار الطبيب الذي سيعالجه وحتى لو أفاق من غيبوبته هذه فانه يصبح فاقداً للإدراك والتمييز، ما يتعذر عليه اختيار طبيبه المعالج[2].

الشرط الثالث/ عدم توافر قريب أو مقرب برفقة المريض:

من المبادئ العامة التي تحكم العلاقة بين الطبيب والمريض هو أن يحترم الطبيب إرادة مريضه، وذلك بتبصيره، والحصول على رضاه، بأي عمل طبي يقوم به سواء أكان علاجياً أم جراحياً، لكن إذا كان المريض فاقداً لوعيه، فهذا لا يكفي لإعفاء الطبيب من التزامه هذا، بل عليه أن يحترم إرادة القريب من المريض، أو من برفقته، أي عليه تبصيرهم والحصول على رضاهم، لكن متى انعدم وجود الأخير أصبح ذلك استثناءً على الأصل، ومن ثم فسَّحَ المجال أمام الطبيب للقيام بالعمل الطبي الذي يروم القيام به متجاوزاً لإرادة مريضه.

فإذا قامت حالة الاستعجال، جامعة لشروطها المذكورة آنفاً يستطيع الطبيب القيام بعمله واجراء اللازم منه لإنقاذ المريض متجاوزا واجب الحصول على رضاه المسبق[3]

([1]) ينظر تفصيلاً في ذلك: أ. د. مروك نصر الدين، الإنعاش الصناعي والمسؤولية الطبية، بحث منشور في المجلة القضائية الجزائرية، العدد ١، ١٩٩٨، ص٣٢.
([2]) المصدر نفسه ، ص٣٢.
([3]) د. منير رياض حنا، مصدر سابق، ص٩٥.

وقد أكّد القضاء الفرنسي هذه الحالة في عدّة قرارات صدرت عن محكمة النقض الفرنسية، ومنها القرار الصادر بتاريخ ٧/أكتوبر/١٩٩٨، إذ قضتْ بأنه: ((ما لم يتعلّق الأمر بحالة استعجاليّة، أو ما لم يستحيل إعلام المريض، أوْ ما لمْ يرفض المريض تلقّي المعلومات من الطبيب، فإنَّ هذا الطبيب يقع عليه التزام بإعلام مريضه بشكل صادق وواضح وملائم... ولا يُعفى مِنْ هذا الإعلام إلّا في حالات استثنائية))، وكذلك القرار الصادر عن ذات المحكمة بتاريخ ٢٢/مايو/٢٠٠٢، والذي تتلخص وقائعه في قيام الطبيب الجرّاح وهو يُجري عملية جراحية في الحالب ، ببتر بواسطة الناظور، ولحقت بالمريض اضراراً جسيمة، ولم يتم إعلام المريض بهذا البتر؛ لأنَّ مثلَ هذا الإعلام مستحيل، فالطبيب في هذه الحال يستحيل عليه أن يُعلم مريضه بعمليّة مكمّلة للعمليّة التي هو بصددِ إجرائها من دون أن يعرّضهُ لمخاطر عمليّة جراحيّة أخرى ومن ثمَّ تخدير آخر.

ومن القرارات القضائية المهمة في مجال المسؤولية الطبية ، انتهى مجلس الدولة الفرنسي في ٢٦ أكتوبر ٢٠٠١، بعدم مساءلة الطبيب ومن ثم المستشفى، لأسباب تتعلق بحالة الاستعجال والضرورة، إلا أنه أقر من حيث المبدأ رفضه الصريح بأن:((التزام الطبيب بإنقاذ الحياة لا يسمو على التزامه باحترام إرادة المريض))، وذلك ردا على ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف[1]، وقد اشار المشرع المصري عن طريق مشروع قانون المسؤولية الطبية في المادة السادسة على ضرورة الحصول على الموافقة الكتابية للمريض وذكر الاستثناء عليها ، اذ نصت المادة المذكورة على: ((١- في ما عدا الحالات الطارئة التي تستلزم التدخل العلاجي الفوري لإنقاذ حياة المريض أو الجنين لا يجوز إجراء تدخل طبي أو علاجي إلا بمراعاة ما يأتي: ...ج- أن تؤخذ موافقة كتابية، من المريض إن كان كامل الأهلية أو من أحد أقاربه حتى الدرجة الرابعة إن كان ناقص الأهلية أو تعذر الحصول على موافقته، وذلك لإجراء العملية الجراحية أو أية عملية تستدعي تخدير المريض، وبعد تبصيره ويعتبر أهلًا للموافقة كل من أتم الثامنة عشر سنة ميلادية))، وفي المادة السابعة من المشرروع نفسه، أشارت الى استثناء الحصول على رضا المريض في حالة الاستعجال الطارئة،

---

(1) L'obligation pour le médecin de sauver la vie ne prévaut pas de manière générale sur celle de respecter la volonté du malade.

تتلخص وقائع هذه القضية في أنّ سيّداً يبلغ من العمر ٤٤ سنة كان يعاني من الفشل الكلوي، فدخل إلى أحد المستشفيات بباريس لتلقي العلاج، إلا أنه ونظرا لحالته الحرجة، أشار الأطباء عليه بأن لا وسيلة لعلاجه سوى بتزويده بالدم. وقد رفض هذا المريض صراحة في رسالة مكتوبة أن ينقل إليه الدم وذلك لاعتبارات دينية، لانتمائه لطائفة تسمى (témoins de Jéhovah) التي تحرم نقل الدم في معتقداتها، وقد أعاد الأطباء تذكيره بالتراجع عن قراره إلّا أنه تمسك بالرفض، ومع تدهور حالته بسبب معاناته من فقر حاد في الدم، اضطر الأطباء إلى تزويده بالدم لإسعافه، إلا أنه توفي بعد ذلك. وقد طالبت زوجته وورثته المستشفى بالتعويض أمام المحكمة الإدارية، وبعدها أمام محكمة استئناف باريس الإدارية، على أساس أن المستشفى تجاوز إرادة مورثتهم ولم يحترم رغبته في عدم نقل الدم إليه، ما يشكل ذلك بالنسبة لهم اعتداء على اعتقاده.

Conseil d'etat Assemble'e ;du 26 Octobre 2001; 198546 ;publie' au recueil lebon; statuant au contentieuy.

إذ نصت على أنه: ((لا يجوز تقديم الخدمة الطبية في الأحوال التالية: ١- معالجة متلقي الخدمة دون رضاه ويستثني الحالات الطارئة ...))، وتمت الإشارة الى حالة الاستعجال التي تبيح للطبيب اتخاذ الإجراءات كافة لإنقاذ المريض في مدونة السلوك الطبي وآداب مهنة الطب العراقية فقرة المسؤولية الطبية/رابعا: المسؤولية في العلاج ((٤- في الحالات العاجلة والطارئة المصحوبة بفقدان الوعي، أو عدم القدرة على الكلام، أو اتخاذ القرار اللازم، والتي قد تؤدي إلى الوفاة في حالة عدم إجراء عملية فورية، أو عند عدم وجود أحد من ذوي المريض أو معارفه، يجوز للجراح إجراء العملية على أن يستشير من يوجد من الزملاء (إذا كان ذلك ممكناً وغير مسبب لضياع الوقت)، وعليه عند تعذر ذلك إثبات واقع الحال تحريريا وبحضور وتوقيع مساعديه من الأطباء وغيرهم قبل إجراء العملية))، وكذلك ما قصدَهُ المشرّع العراقي في قانونه العقابي من تجاوز لواجب الحصول على رضا المريض اذا ما اضطر الطبيب على إجراء عملية عاجلة لإنقاذه [١].

الفرع الثالث

رعاية المصلحة العامة

هناك حالات يلزم معها تجاوز موافقة المريض وإرادته، لا بل يكون من واجب الطبيب قانوناً تجاوز رضاه ، كما في حالة الأوبئة، فالإباحة هنا تتعلق بأداء الواجب، ولا علاقةَ باستعمال الحق، فمن المعروف أنَّ القانون يحمي مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، ويسعى دائماً إلى تحقيق المصلحتين معاً[٢]، وفي حالة تعارضهما تقدم مصلحة الجماعة.

إنَّ التزام الطبيب بإعلام المريض، والحصول على رضاه وموافقته بالعلاج، من الممكن أن يتوقف أمام بعض التدابير الوقائية اللازمة للحفاظ على الصحة العامة، إذ انَّ أغلب القوانين الصحية في الدول تنص على تنظيم حملات للتطعيم الإجباري ومقاومة الأمراض المعدية مثلاً، الأمر الذي يترتب عليه في تلك الحال أن تسمح هذه القوانين الصحية بالعلاج الإجباري، ولا يلزم رضا المريض في حالات التدخل الاجباري تلك رعاية للمصلحة العامة، كما في حالة ضرورة حقن الحجاج المسافرين، او حقن افراد القوات العسكرية لتحصينهم من اي امراض معدية، او

---

(١) نصت المادة (٢/٤١) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل على: ((...عمليات الجراحة والعلاج على أصول الفن متى أُجريت برضاء المريض أو ممثله الشرعي أو أُجريت بغير رضا أيّهما في الحالات العاجلة)).

(٢) د. إيهاب يسر أنور علي، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق في جامعة القاهرة، ١٩٩٤م، ص١١١. محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، دار الجوهري للطبع والنشر، القاهرة، ١٩٥١، ص٣٤٥.

الفحوصات التي تتم بشأن الطلبة المتقدمين للالتحاق بالكليات العسكرية او الشرطة، او التطعيم ضد الامراض الوبائية[1]، وهذا الأمر ينطبق كذلك على حالات الإدمان على المخدّرات والمؤثّرات العقليّة، وكذلك الإصابة بأمراض نفسية، وفي حالة رفض المريض للعلاج في أيٍّ من تلك الحالات، فإنَّ القوانين نفسها تبيّن كيفيّة إجبارِه عليها، ومن الممكن أن تترتب عقوبات على ذلك الرفض[2]، ففي فرنسا، وضع المشرع عن طريق قانون المساءلة الطبية الفرنسي نظام خاص على قدر كبير من التشدد بالنسبة للأمراض المعدية، إذ نصَّ على أنه: ((تنعقد مسؤولية المؤسسات والمرافق والمنظمات المشار إليها عن الأضرار الناتجة عن الأمراض المعدية التي تحدث داخلها، إلّا إذا برهنت على وجود سبب خارجي لذلك))[3]، وبناءً على ذلك، فقد أضاف هذا النص تعديلاً مهماً في مفهوم المسؤولية، إذ أوجب القيام ببعض الأعمال الطبية من دون مراعاة رضا الشخص الخاضع لها[4].

أمّا بالنسبة للمشرع المصري، فإنَّه سار على الاتجاه ذاته، إذ نصَّت المادة (الثامنة) من مشروع قانون المسؤولية الطبية والصحية على أنه: ((يُحظر على مقدّمي الخدمة ما يلي: أ- معالجة متلقي الخدمة دون رضاه، وتستثنى من ذلك الحالات التي تتطلب تدخلاً طبياً طارئاً، ويتعذّر فيها الحصول على الموافقة لأيّ سبب من الأسباب، أو التي يكون فيها المرض معدياً أو مهدّداً للصحة أو السلامة العامّة وفق ما ورد في التشريعات الناظمة)).

وفي هذا الصدد عالَجَ المشرّع العراقي هذا الموضوع في قانون الصحة العامة، وذلك من خلال نصّه على أنّه :((للجهة الصحية بموافقة الوزير أو من يخوله، عند علمها بوجود مرض انتقالي أو متوطن أو الاشتباه بوجوده، الحق في دخول دور السكن والمحلات العامة أو أي مكان آخر لغرض التفتيش الصحي والكشف عن الأشخاص للتأكد من خلوّهم من المرض، ولها الحق في أخذ نماذج للتحليل المختبري من الملامسين للمريض أو المشتبه بهم، ورشّ مبيدات الآفات والمواد الكيمياوية بأنواعها داخل الدور والعمارات السكنية وخارجها، وأي محل عام آخر))[5]، وكذلك نصّه في المادة (٥٢/اولا) من القانون نفسه على: ((عند الاشتباه بأيّ شخص كونه حاملاً لسبب مرض وإنه في دور حضانة أحد الأمراض الانتقالية بما فيها الأمراض الخاضعة للوائح الصحية الدولية، للجهة الحق في اتخاذ التدابير الكفيلة بمراقبته أو عزله أو حجره، لغرض فحصه للتأكد من

---

(1) د. محمد القبلاوي، مصدر سابق،ص٢٦.
(2) د. صفوان محمد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية (دراسة مقارنة)، ص١٥٢-١٥٣.
(3) المادة (١١٤٢/١/١)، الفقرة (الثانية) من قانون المساءلة الطبية الفرنسي الصادر في ٤/مارس/٢٠٠٢.
(4) سامي أحمد الخوالدة، دور رضا المريض في المسؤولية الجزائية عن الأعمال الطبية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق في جامعة آل البيت، الأردن، ٢٠٠٤م، ص٣٧.
(5) المادة (٥١) من قانون الصحة العامة رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١.

خلوه من الميكروبات المرضية، ومعالجته عند ثبوت كونه حاملاً لهذه الميكروبات ومصاباً بالمرض، لحين سلامته منه)).

فالنظام العام يقضي الى انه في حال تعارضت حرية وإرادة الفرد مع مصلحة المجتمع فتُقدّم مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد، إذ إنَّ الأعمال الطبية التي يفرضها المشرّع تكون حماية لأفراده من الأمراض الوبائية والمعدية.

المطلب الثالث

رضا المستشفى الخاص

ان عقد الاستشفاء كأي عقد لابد أن تتوفر في اطرافه الإرادة والأهلية اللازمة المتمثلة في التصرف والقدرة على اتخاذ موقف أو قرار، وأن تكون هذه الإرادة صادرة عن شخصية قانونية مؤهلة، وكما بحثنا رضا المريض كطرف في عقد الاستشفاء الطبي في المطلبين السابقين ، وأهليته القانونية المطلوبة لإبرام هذا العقد ، كذلك يجب ان تكون الادارة التي تمثل المستشفى الخاص أهلا لمثل هذا التصرف.

وتتمتع المستشفى الخاص في عقد الاستشفاء الطبي بحرية الإرادة في اختيار إبرام هذا العقد من عدمه وفقاً للقواعد العامة التي تمنح الحرية الكاملة للأشخاص في إبرام العقد من عدمه، ومثلما للمريض كامل الحرية في اختيار المستشفى التي يتلقى العلاج به، فللأخير الحق في قبول أو رفض أبرام عقد لعلاج هذا المريض أو ذاك تحقيقاً للعدالة وانسجاماً مع مبدأ حرية التعاقد[1].

ويحق للمستشفى الخاص ان يمارس نشاطه بعد موافقة الجهات المعنية على تأسيسه وفقاً لنص المادة الرابعة في فقرتها الثانية من قانون تأسيس المؤسسات الصحية الخاصة الاتحادي، إذ نصت على: ((لأكثر من شخص طبيعي او معنوي وبموافقة وزارة الصحة تأسيس مؤسسة صحية خاصة على شكل شركة وفق أحكام قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧))، وان المستشفى الخاص هو شخص معنوي[2] حسبما حددها المشرع العراقي في المادة (٤٧) من القانون المدني النافذ، وهم الدولة والإدارات والمنشآت العامة والشركات والجمعيات والأوقاف

---

[1] منير رياض حنا، مصدر سابق، ص٧٨ ؛ د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص٢٦.

[2] يعرف الشخص المعنوي على انه: مجموعة من الأشخاص او الأموال تقوم لتحقيق غرض معين ويمنحها القانون الشخصية القانونية، انظر د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، ٢٠٠٥، ص٢٠٩.

وكل مجموعة من الأشخاص او الأموال التي يمنحها القانون شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة بالشروط التي يحددها [1].

ورضا المستشفى يتطلب وجود الأهلية، وإن الأهلية المطلوبة هي أهلية الشخص المعنوي، كون المستشفى شخصية معنوية، وهي تختلف عن أهلية الشخص الطبيعي، إذ إن توافر الأهلية اللازمة للمستشفى الخاص والتي تحدد صحة تصرفاتها القانونية وإبرامها للعقود يتمثل بمنحها الشخصية القانونية، إذ توجد الأهلية القانونية باعتراف القانون لها، فهو الذي يضفي على تصرفاتها الشرعية القانونية، وذلك في الحدود التي بينها عقد الإنشاء والتي يفرضها القانون بعد منحه الترخيص وإجازة التأسيس الأصولية بناء على طلب يقدم إلى الجهة المختصة وموافقتها على التأسيس، وهذا ما اخذ به المشرع المصري في القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ والمعدل بالقانون رقم ١٥٣ لسنة ٢٠٠٤ بشأن تنظيم المنشآت الطبية، اذ نص في المادة (١٧) على أنه: ((يقدم طلب الترخيص للمنشأة الطبية الى مدير الشؤون الصحية المختصة موضحا به البيانات الآتية طبقا لنوع المنشأة : ج/ المستشفيات الخاصة ، اسم المستشفى واسم مالك مقر المستشفى وعنوان المستشفى ورقم التلفون واسم مدير المستشفى المطلوب ان يصدر باسمه ترخيص مزاولة نشاط المستشفى ورقم ترخيصه لمزاولة المهنة وعدد الاسرة – اكثر من خمسة اسرة- والتخصصات الموجودة في المستشفى واسم المدير الفني المسؤول عن المستشفى ورقم ترخيص مزاولة المهنة وعدد الاطباء المقيمين بها وعدد هيأة التمريض ونوعيتها والخدمات الطبية المكملة بالمستشفى وارقام تراخيصها –معمل تحاليل طبية ، صيدلية خاصة اجهزة اشعة ، مصنع او معمل اسنان ..))، كما اشارت المادة (الاولى /د) من القانون نفسه الى عدم منح المستشفى الترخيص القانوني اللازم وشهادة من الجهة المختصة في وزارة الصحة الا بعد استكمال تجهيزاتها وكفاءة العاملين بها.

أما المشرع العراقي فهو على غرار نظيره المصري في ضرورة تقديم طلب للحصول على ترخيص وموافقة على تأسيس مستشفى خاص ، الأمر الذي يمنح شهادة الولادة لهذا الكيان والشخص المعنوي عن طريق إجراءات قانونية خاصة، والترخيص القانوني الأصولي لممارسة نشاطه ، وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة/ اولا من قانون تأسيس المؤسسات الصحية الخاصة

---

[1] نصت المادة (٤٧) من القانون المدني العراقي النافذ على : ((الأشخاص المعنوية هي: أ- الدولة.
ب- الإدارات والمنشئات العامة التي يمنحها القانون شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة بالشروط التي يحددها.
ج- الألوية والبلديات والقرى التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها.
د- الطوائف الدينية التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها.
هـ- الأوقاف.
و- الشركات التجارية والمدنية الّا ما استثني منها بنص في القانون.
ز- الجمعيات المؤسسة وفقا للأحكام المقررة في القانون.
ح- كل مجموعة من الأشخاص او الأموال يمنحها القانون شخصية معنوية)).

الاتحادي النافذ [١]: ((للشخص الطبيعي او المعنوي تقديم طلب الى وزارة الصحة للموافقة على تأسيس مؤسسة صحية خاصة ..)).

كما أحال القانون نفسه شروط منح الاجازة الى وزير الصحة الاتحادي بمقتضى تعليمات يصدرها بهذا الخصوص ، وذلك من خلال المادة الثالثة التي نصت على : ((اولا- تمنح الاجازة للمؤسسة الصحية الخاصة من قبل وزارة الصحة وفق الشروط التي تحدد بتعليمات تصدر من قبل وزير الصحة الاتحادي..)).

وأشارت الفقرة الثانية الى ان تحديد شروط ومواصفات البناية المراد اقامة المستشفى عليها مثل عدد الغرف او الردهات وجميع المستلزمات والأجهزة الطبية المطلوبة؛ يستلزم اصدار تعليمات عن وزير الصحة بها ،اذ نصت على: ((ثانيا- تحدد مواصفات بناية المؤسسة وعدد غرفها وردهاتها والأجهزة والمعدات المطلوبة بتعليمات يصدرها وزير الصحة الاتحادي)).

ومما لاشك فيه ، فان ممارسة أي نشاط على هيئة مؤسسة صحية او مستشفى من دون الحصول على ترخيص واجازة بهذا النشاط يثير المسؤوليتين المدنية والجزائية ، فإذا ترتب نتيجة هذا النشاط ضررا للمريض او لشخص اخر نهضت المسؤولية المدنية ، فضلاً عن ذلك العقوبات الجزائية بالحبس والغرامة ، وهذا ما نصت عليه المادة (١٣/ثانياً) من قانون تأسيس المؤسسات الصحية الخاصة الاتحادي : ((يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن (٢٠٠٠٠٠٠) مليوني دينار ولا تزيد عن (٥٠٠٠٠٠٠) خمسة ملايين دينار عن كل يوم او بإحدى هاتين العقوبتين كل من يمارس نشاطا باسم مؤسسة صحية اهلية دون الحصول على شهادة واجازة التأسيس..)).

ان جميع ما ذكر آنفا يتعلق بصحة اهلية الشخص المعنوي (المستشفى الخاص) وذلك بعد اكتسابه الشخصية المعنوية بموجب التصريحات القانونية اللازمة والتي تبيح له القيام بالتصرفات القانونية كافة وبحدود النشاط المذكور في شهادة التأسيس، ومن بينها ابرام العقود، مثل عقود الاستشفاء مع المرضى، والحقيقة ان عقد الاستشفاء يبرمه المريض مع الادارة، وتحديدا المدير الفني الذي يمثل المستشفى الخاص والمسؤول عن ادارته فنياً [٢] ، إذ يتم اختياره بعد توافر الشروط القانونية اللازمة لقيامه بالتزاماته، وقد بحثنا ذلك مسبقا ونحن في صدد بيان اطراف عقد الاستشفاء الطبي (الطرف المعالج) [٣] .

---

(١) منشور في جريدة الوقائع العراقية ، العدد ٤٣٧٣ في ٢٠١٥/٧/٢١.
(٢) نصت المادة (٩) من قانون تأسيس المؤسسات الصحية الخاصة الاتحادي على: ((تدار المؤسسة الصحية الخاصة فنيا من قبل المدير الفني وفق ضوابط تصدرها وزارة الصحة)).
(٣) انظر الفصل الأول من الباب الأول ، صفحة (٣٤).

المبحث الثاني

ركني المحل والسبب في عقد الاستشفاء الطبي

يوجد العقد باكتمال اركانه من رضا ومحل وسبب، وعلى الرغم من ذهاب جانب من الفقه[١] . الى القول بأن المحل ليس ركنا في العقد او الالتزام، وإنما هو عنصر من عناصر الارادة (عنصر نفسي) يكفي ان تتوجه الارادة اليه ولا حاجة لوجوده في الواقع الخارجي، غير انه لا مجال للقول بوجود عقد دون وجود المحل، وهو امرٌ ماديٌ وملموسٌ، ولا يمكن التسليم والاكتفاء بوجود التراضي لانعقاد العقد، فالمحل هو المشبع لحاجات المتعاقدين وهو الغاية من العقد ومقصده البين [٢] . فلا يفكر البائع بإبرام عقد بيع سيارة اذا لم تكن لديه سيارة ولو قال ألف مرة للمشتري بعتك هذه السيارة، ولو رد عليه المشتري الف مرة اشتريت ولم توجد سيارة لدى البائع لن ينعقد العقد ، فلو كان التراضي كافيا لإنشاء العقد لانعقد العقد في مثل هذه الحال.

وتجب الإشارة إلى أنَّ المشرع الفرنسي قد تبنى فكرة مضمون العقد، وهي من الأفكار المستحدثة التي طرأت على القانون المدني الفرنسي الصادر عام 1804 بموجب التعديل الذي حصل بالمرسوم رقم 131 لسنة 2016، وذلك بعدم النص صراحة على ركن المحل والسبب من ضمن اركان العقد، والاستعاضة عنهما بالنص صراحة على مضمون العقد، فقد نصت المادة (١١٢٨) على: ((يكون ضروريا لصحة العقد. ١- رضا الأطراف المتعاقدة ٢- اهليتهما للتعاقد ٣- مضمون مشروع ومؤكد))، واشار في المادة (١١٧٨) الى ان العقد الذي لا يستوفي الشروط المطلوبة لصحته يكون باطلاً، فكانت هذه الفكرة مثار جدل بين الفقهاء والباحثين، إذ هنالك من يرى ان المشرع الفرنسي قد تخلى عن المحل والسبب من خلال هذه الفكرة[٣] .

---

(١) إذ يرى أصحاب هذا الرأي انه ينعقد العقد بمجرد التراضي ، وان قليلاً من التأمل يكفي لإدراك ان العقد ما هو الا عبارة عن تراضي لإنشاء التزامات، فالتراضي هو ركن العقد الوحيد، للمزيد انظر مؤلف الدكتور حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول –نظرية العقد، ١٩٤٣، ص٧١ . وفي المعنى نفسه انظر مؤلف الدكتور جميل الشرقاوي ، طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني ،بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد لكلية الحقوق – جامعة القاهرة ، العدد الأول ، السنة ٣٤، ١٩٦٤، ص ٢٣٧.

(٢) الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٦، ص٢٥٤.

(٣) د. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، مضمون العقد- دراسة مقارنة بين النظام القانوني الانكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في١٠ شباط/٢٠١٦، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، تصدرها جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية/كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد (١٧)، العدد (١)، ٢٠١٨، ص٦٦٨. وانظر د. محمد حسن قاسم، القانون المدني- الالتزامات -المصادر- العقد، المجلد الأول، ط٢،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨، ص٢٨٥. وانظر للمؤلف نفسه، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨، ص١٥.

ويرى البعض [١] أن الذي دعا المشرع الفرنسي الى التخلي عن ركني المحل والسبب اللذين كانا على مدار قرنين تقريبا يشكلان اللبنة الأساسية لنظرية العقد هو رغبته في تبسيط المفاهيم الرئيسة لهذه النظرية، اذ تتميز فكرة مضمون العقد كما يرى صاحب هذا الرأي بأنها تحقق ثلاث وظائف هي :التحقق من مشروعية العقد ، والتحقق من وجود محل التزام، والتحقق من وجود التعادل بين الاداءات، ولهذا ارتأى المشرع ان هذه الفكرة بإمكانها القيام بالدور الذي يقوم به المحل والسبب مع اجتناب الصعوبات التي كانت تواجه كل منهما، فمن الممكن كما يقول صاحب هذا الرأي ان فكرة مضمون العقد تقوم بدور المحل من حيث انها تهدف الى التحقق من كون الاداء موجوداً ومحدداً ومشروعا، كما انها يمكن ان تقوم بدور السبب من خلال انها تهدف الى التحقق من وجود الالتزام المقابل والتحقق من مشروعية العقد وعدم مخالفته للنظام العام والآداب، وبهذا المعنى يقول الأستاذ (Clément François) انه قد تم حذف مفهوم السبب والمحل بموجب المرسوم رقم 131 لسنة 2016 وتم الاحتفاظ بوظائفهما من خلال مفاهيم أخرى[٢] .

وعلى الرغم من وجود الخلاف الفقهي [٣] عن ما اذا كان المشرع الفرنسي قد الغى المحل والسبب كركنيْن من أركان الالتزام، ام انه لم يتخل عن المحل والسبب تمامًا لصالح مضمون العقد، بل إنه تبنى الفكرتين معاً، وكل ما حصل هو أن المشرع قد أشار إلى السبب، ولكن بعبارات مختلفة، كالغرض أو النظير أو المقابل، نجد من الضروري تفصيل البحث في محل عقد الاستشفاء الطبي وبيان شروطه في المطلب الأول، كما لا بد من التطرق إلى نطاق المحل في عقد الاستشفاء الطبي في المطلب الثاني، ومن ثم البحث في ركن السبب في عقد الاستشفاء الطبي وذلك في المطلب الثالث من هذا المبحث.

---

(١) د.أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد صنيعة قضائية وصياغة تشريعية–لمحات في بعض المستحدثات-، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: https://cutt.us/LuMI

(2)Clément François, la reforme du droit des contrats, Article disponible: https://cutt.us/zSZNx

(٣)ان مرد الخلاف في الآراء الفقهية يعود بالدرجة الأولى الى التناقض الواضح للمشرع الفرنسي عندما عاد وذكر عبارة (محل الالتزام) من خلال المادة (١١٦٣) ونص على وجوب ان يكون معينا او قابلا للتعيين، في حين كان يجب عليه بيان شروط تعيين مضمون العقد وليس محله، للمزيد حول تلك الآراء ينظر أ. د. جليل حسن الساعدي، منى نعيم جعاز، فكرة مضمون العقد واثر استحداثها على شروط صحة العقد "دراسة في القانون الفرنسي"، بحث منشور في مجلة بحوث الشرق الأوسط، جامعة عين شمس، العدد (٦٢)، السنة (٤٧) ، مصر، أبريل، ٢٠٢١، ص٣٥٢.

المطلب الأول

المحل في عقد الاستشفاء الطبي

يعرف محل العقد بانه الشيء الذي ورد عليه العقد وثبت اثره فيه[١] ، والمحل في عقد الاستشفاء يشمل المقابل المالي (الثمن) الذي يدفعه المريض إلى المستشفى الخاص في حال كان المستشفى غير مجاني ، وكذلك ما تقدمه المستشفى بواسطة أطبائها والفنيين والعاملين التابعين لها من علاج للمريض وتوفير مكان الاقامة والخدمات الطبية والعلاجية، بمعنى إن المحل في عقد الاستشفاء الطبي (مزدوج) يتضمن عنصرين، أحدهما ثابت لابد منه لوجود عقد الاستشفاء الطبي وهو ما تلتزم به ادارة المستشفى قبل المريض وعلاجه ، وثانيهما غير ثابت ومن الممكن تصور عقد الاستشفاء من دونه وهو المقابل المالي.

وإن كان الأصل إن عقد الاستشفاء الطبي هو عقد تبادلي لكونه يقوم على أساس تأدية عمل لقاء مقابل مالي، لكن إذا ما تنازل الطرف المعالج عن المقابل النقدي فأن ذلك لا يؤثر في بقاء وصف العقد بأنه عقد ملزم للجانبيين لوجود التزامات أخرى على المريض كالالتزام بالتعاون واتباع التعليمات، ويصح أن يرد العقد بصورة عامة على عمل معين أو خدمة معينة وهذا ما أيده المشرع العراقي في المادة (٧٤) من القانون المدني النافذ[٢] ، فلا يمكن القول إن محل عقد الاستشفاء هو جسم الإنسان، اذ ان العقد لا يرد إلا على شيء قابل للتداول وله قيمة مالية[٣]، وهذا يتنافى بطبيعة الحال مع جسم الإنسان وخصوصيته؛ لان جسد المريض يخرج من دائرة التعامل التي ترد على المال او الأشياء[٤] ، وجسد الانسان واعضائه ليست محلا للبيع والشراء، وليست سلعه من السلع التي يصح فيها التبادل التجاري او التعامل المالي[٥] ، وهو مناف للشريعة

---

(١)د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج١، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص٣٦٢. وتجدر الإشارة الى ان هذا التعريف يجد أساسه في الفقه الإسلامي والذي عرف محل العقد بتعاريف قريبة من هذا المعنى، فقد عرفه الدكتور وهبه الزحيلي بأنه (ماوقع عليه التعاقد وظهرت فيه احكامه وآثاره)، انظر مؤلفه الفقه الإسلامي وادلته، ج٩، ط٦، دار الفكر، دمشق، ٢٠٠٨، ص١٦٩. كما عرفه مصطفى احمد الزرقا بأنه (ما يثبت فيه اثر العقد وحكمه)، انظر مؤلفه المدخل الفقهي العام، ج١، ط٢، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٤، ص٤٠٠.

(٢) نصت المادة (٧٤) من القانون المدني العراقي النافذ على إنه ((يصح أن يرد العقد: ٣- على عمل معين أو على خدمة معينة)).

(٣) نصت المادة (٦٥) من القانون المدني النافذ على إنه: ((المال هو كل حق له قيمة مادية)).

(٤) د. إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مصدر سابق، ص ٩٨ .

(٥) د. بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، ٢٠١٢، ص ٤١

الاسلامية[1] والنظام العام والآداب[2] ، كما ان إرادة المتعاقد المستفيد من عقد الاستشفاء الطبي تنصرف إلى نوع الأداء العلاجي الطبي الذي يخضع له في المستشفى من قبل الطبيب المعالج، الأمر الذي له بُعدٌ شخصي يؤثر في اختيار المستشفى او شخص الطبيب المعالج بحسب أدائه الطبي ومهارته وعلمه ومدى قدرته العلاجية في التعامل مع المرض الذي يهدد حالة المريض الصحية وسلامته البدنية[3] .

وعليه، فأن محل عقد الاستشفاء يمثل سلوكاً معيناً مكون من جملة أداءآت تكون صادرة عن الطبيب المعالج وادارة المستشفى والعاملين فيها، ويمثل كل منها محلاً لالتزام معين، وبذلك فإن الإدارة ملزمة باستقبال المريض وايوائه وتقديم الخدمات الطبية والرعاية الصحية من متابعه لحالته وضمان سلامته وتهيئة التحاليل والفحوصات اللازمة وتقديم الطعام وغيرها، والطبيب ملزم بالكشف على المريض وفحصه وتبصيره بحالته الصحية ومتابعة حالته بعد وصف الدواء له أو إجراء التدخل الجراحي وما إلى ذلك من الالتزامات التي يرتبها عقد الاستشفاء الطبي على عاتق المستشفى الخاص، فلكل التزام محل يمتاز عن محل العقد[4] ، الذي يمثل محل الالتزام جزء منه فمجموع محال التزامات المستشفى العقدية تمثل سلوك علاجي طبي متكامل يشكل بمجمله محلاً لعقد الاستشفاء الطبي.

ونظراً لعدم وجود جديد بشأن المقابل المالي، ولوجود أمكانية إبرام عقد الاستشفاء دون الإخلال بوصف العقد، فإننا نبحث في الشروط الواجب توافرها في (العلاج الطبي) بوصفه محلاً لعقد الاستشفاء الطبي في ثلاثة فروع متتالية.

---

(1) قال تعالى في سورة الإسراء (الآية ٧٠): ((وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنْ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً)) صدق الله العلي العظيم

(2)نصت المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي النافذ على إنه :((يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالف للنظام العام أو للآداب و إلا كان العقد باطلاً)) ، كما نصت المادة (٧٥) من القانون نفسه على : ((يصح ان يرد العقد على أي شيء اخر لا يكون الالتزام به ممنوعا بالقانون او مخالفا للنظام العام او للآداب)).

(3)د. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق، ص١٦.

(4)د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية، مطبعة السعدون: بغداد، ٢٠٠٠، ص١٠٨ وما بعدها. حيث يذهب الدكتور الزلمي إلى إن محل الالتزام لا يمثل كل محل العقد بل جزء منه فلو نشأت عن العقد عدة التزامات لكل منها محله الخاص به فأن محل العقد يكون محلاً مركباً من محال جميع الالتزامات الناشئة عنه.

الفرع الأول

أن يكون المحل موجوداً أو ممكن الوجود

ينبغي في العلاج الطبي كسلوك يمارسه الطبيب المعالج بوصفه محلاً لعقد الاستشفاء الطبي أن يكون ممكن التحقق (الوجود) في ظل ظروف معينة وممارسة علاجية منظمة منسجمة مع الإمكانات العلمية الطبية المتاحة للطبيب المعالج فلو كان المحل مستحيلاً بطل العقد[١]،وهذا ما قضت به الفقرة الأولى من المادة (١٢٧) من القانون المدني العراقي النافذ التي نصت على إنه ((إذا كان محل الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة بطل العقد))[٢].

فحالة تعهد المستشفى بإمكانية اطبائها على اجراء تدخل جراحي لإعادة نمو الساق التي تم بترها في حادث، او اجراء عملية جراحية لاستبدال الدماغ مثلاً، التزام يعد مستحيلاً وغير ممكن من الناحية العلمية والطبية في الوقت الراهن على اقل تقدير.

على ان الاستحالة قد تكون مطلقة أو تكون نسبية ، فهي مطلقة إذا كان المحل مستحيلاً في ذاته فهو مستحيل بالنسبة للكافة[٣]، كما المثال المذكور آنفاً ، ونظراً للاستحالة العلمية الطبية يبطل العقد لاستحالة محله.

وتجب الملاحظة الى ان الأداء العلاجي قد لا يكون مستحيلاً على الدوام ؛ لأنه إذا كان مستحيلاً وقت التدخل العلاجي فأنه قد يصبح ممكن التحقق في المستقبل نظراً لعامل التقدم العلمي، لكن الوضع الراهن –وقت إبرام العقد- هو الذي يؤخذ بنظر الاعتبار.

كما يمكن ان تكون الاستحالة نسبية، وهي التي يكون فيها المحل مستحيلاً على المدين وليس مستحيلاً على غيره، فهي أن قامت بالنسبة للملتزم فلا تقوم بالنسبة لشخص آخر إذ إنها تكون بذلك استحالة شخصية وليست موضوعية فلا تنصرف إلى ذات المحل بل إلى أداء الملتزم وسلوكه العلاجي، فإذا استحال على طبيب (ممارس) إجراء عملية جراحية دقيقة في الدماغ لاستئصال

---

[١] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ج١ ، مصدر سابق، ص١٥٠. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص٢٢١- ٢٢٢. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مصدر سابق، ص١١٢. د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مصدر سابق، ص٣٦٣. د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، مصدر سابق، ص٩٦. د. عبد القادر الفار، مصدر سابق، ص٨١. د. محمد حسنين، مصدر سابق، ص٦٣.

[٢] تقابلها المادة (١٣٢) من القانون المدني المصري النافذ. والمادة (١٥٩) من القانون المدني الأردني النافذ. والمادة (١٣٣) من القانون المدني السوري النافذ. والمادة (٣٢) من القانون المدني القطري النافذ.

[٣] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ج١، مصدر سابق، ص١٥١. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص٢٢١ وما بعدها .

ورم، فإن هذا التدخل الجراحي لا يكون مستحيلاً بالنسبة لطبيب اختصاص في إجراء الجراحة في الدماغ وله باع في هذا المجال.

فهذا النوع من الاستحالة لا يؤثر في صحة انعقاد العقد ، لكن يلزم المدين (المستشفى الخاص) بالتعويض لعدم وفائه بالتزامه[١]، وهو ما قضت به الفقرة الثانية من المادة (١٢٧) من القانون المدني العراقي النافذ التي نصت على إنه ((... أما إذا كان مستحيلاً على المدين دون أن تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة صح العقد والزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهده)) [٢] .

كذلك ليس من الضرورة أن يقتصر عنصر الإمكانية الطبية العلمية على الوضع العلمي الطبي في المكان او البلد الذي يجرى فيه العمل الطبي، بل إن الإمكانية الطبية تعد متوافرة ولو بشكل نسبي إذا كان العمل الطبي العلاجي ممكناً في بلدان أخرى[٣].

وتجدر الاشارة الى ان ضرورة توافر شرط الإمكانية الطبية في الأداء الطبي غير الاعتيادي أو الخطر الذي يمس حياة الإنسان، ومباشرة الطبيب للسلوك العلاجي لغرض إبراء المريض من علته لا يعني ضمان النتيجة أو إمكانية نجاح العلاج علمياً[٤]، وانما المقصود بضرورة توافر الامكانية الطبية العلمية في مثل هذه الأعمال العلاجية الطبية الخطرة هو وجود أمران :

الأول: وجود سابقة طبية ناجحة في ذات المجال أجريت من قبل أطباء لمعالجة ذات العلة في مريض آخر أو ذات المريض من قبل، اما الامر **الثاني** هو دعم وتأييد علمي من قبل طيف واسع من الأطباء المختصين للأداء الطبي المتبع من قبل الطبيب المعالج ، وإن لم تكن هناك سابقة طبية للأداء الطبي العلاجي المتبع من قبل الطبيب وإن هذا الأداء الطبي هو أول تطبيق (علمي وعملي) على جسم الإنسان[٥].

إذن يمكن القول إن (الإمكانية الطبية) شرط ضروري لابد من توافره في محل عقد الاستشفاء الطبي (الأداء العلاجي الطبي)على وجه الخصوص، ذلك ان اغلب الاداء العلاجي الطبي غير الإعتيادي والخطر هو الذي يدفع المريض الى اللجوء للمستشفى الخاص تحديدا (كاستئصال ورم او زراعة عضو او العمليات الكبرى في القلب والدماغ) لما يكون للأطباء فيها

---

[١] د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص٢٢٣.

[٢] لا يوجد ما يقابل هذه المادة في القانون المدني المصري ، ولكن من مفهوم المخالفة للمادة (١٣٢) منه والتي نصت على : ((اذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا)) ، فاذا لم يكن مستحيلا في ذاته بل كانت الاستحالة نسبية او شخصية وليست موضوعية تنصرف الى ذات المحل ، صح العقد .

[٣] د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ،مصدر سابق، ص٢٢٢.

[٤] د. محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠، ص٩٢.

[٥] أحمد سلمان شهيب ، عقد العلاج الطبي، مصدر سابق ، ص ١٢٣.

والخدمات العلاجية من سمعه علمية مميزة وباع أصيل في مجال تقنيات الطب الحديث لعلاج المرض المشكو منه على أمل ان يتلقى فيها أحدث وآمن طرائق العلاج والبرء من علته وبأعلى مستوى، اما الاداء الطبي الاعتيادي (الكشف، وصف العلاج، التحاليل، الأدوية التقليدية) وغيرها فلا يشترط فيها الامكانية الطبية؛ لأنها على الاغلب يمكن للمريض ان يتلقاها بمجرد مراجعة الطبيب في عيادته الخاصة، أضف الى ذلك ضرورة مراعاة مدى توافر الإمكانات المادية كالأجهزة والمواد الكيميائية المستخدمة في العلاج والأطباء المختصين والمساعدين الفنيين ومدى أمكانية مباشرة العمل الطبي العلاجي، فلا يمكن بأي حال من الأحوال القول بوجود الإمكانية الطبية لإجراء جراحة دقيقة في القلب في المستشفى مع عدم وجود مكان مناسب ومجهز بالمستلزمات كافة لإجراء العملية الجراحية (صالة عمليات) وعدم وجود الأجهزة اللازمة ، وجميع ذلك في إطار ما يتطلبه التدخل الجراحي والعلاجي للمريض.

الفرع الثاني

أن يكون المحل معيناً بشكل ينفي الجهالة الفاحشة

انسجاماً مع القواعد العامة، ينبغي في محل العقد أن يكون معيناً ومحدداً[1]، بأن تنصرف إرادة طرفي عقد الاستشفاء إلى أداء طبي علاجي معين يلتزم به المستشفى بواسطة الطبيب المختص المعالج والملاكات الطبية والفنية، إذ لا يصح مثلاً أن يباشر الطبيب إجراء عملية جراحية للمريض دون علم هذا الأخير، بحيث يتفاجأ المريض بعدما يصحو من أثر التخدير بأن الطبيب قد بتر له عضواً، إذ لابد من التعيين والتحديد المسبق للأداء العلاجي بوصفه محلاً لعقد الاستشفاء الطبي[2]، فأن لم يكن المحل معيناً فأنه ينبغي أن يكون قابلاً للتعيين عن طريق ظروف العقد وملابساتهِ ، وإلا فأن العقد باطل نظراً للجهالة الفاحشة[3].

---

[1] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام ،ج١، مصدر سابق، ص١٥٢. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ،مصدر سابق، ص٢٢٤. د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مصدر سابق، ص٣٦٣. د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص١٥٣.

[2] نصت المادة (١٢٨) من القانون المدني العراقي النافذ على إنه: ((١- يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة. ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف ٢- على إنه يكفي أن يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجه لوصفه وتعريفه بوجه آخر))، وتقابلها المادة (١٣٣) من القانون المدني المصري النافذ.

[3] نصت الفقرة (٣) من المادة (١٢٨) من القانون المدني العراقي النافذ على إنه : ((٣- فإذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم فالعقد باطل)).

والواقع انه عند إبرام عقد الاستشفاء الطبي يكون المحل في اغلب الحالات معلوماً من أطراف العقد، فالمريض عند مراجعته المستشفى يعلم مبدئياً إن الطرف الآخر سيباشر الكشف (الفحص) ووصف العلاج ثم المتابعة، وقد تتطور المسألة إلى طلب بعض التحاليل، فالأداء المبدئي للعلاج متوقع من قبل المريض الأمر الذي ينفي صفة الجهالة التي تشوب المحل[١].

لكن كل ما يتجاوز السلوك المبدئي للعلاج والرقود في المستشفى، كضرورة إجراء عملية جراحية لم تكن في حسبان المريض، كإجراء عملية استئصال كلية أو بتر أو جلسات علاج بالمواد الكيمياوية وغيرها، يلزم لذلك التحديد المسبق لكل ما زاد عن الحد المتوقع أو السلوك المبدئي الاعتيادي، إذ لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يكون المريض جاهلاً جهالة فاحشة بما يتعرض له من تدخل علاجي.

الفرع الثالث

أن يكون المحل مشروعاً

من شروط المحل أن يكون مشروعاً، أي غير ممنوع قانوناً وأن يكون منسجماً مع النظام العام والآداب، فكل محل ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام أو الآداب يعد غير مشروع ويبطل العقد[٢]، وهذا هو حكم الفقرة الأولى من المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي النافذ والتي نصت على إنه: ((يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام وللآداب وإلّا كان العقد باطلاً)) [٣] .

ولما كان محل عقد الاستشفاء الطبي هو القيام بعمل فلا بد أن يكون مشروع قانوناً ومنسجماً مع النظام العام والآداب، ويمكن بحث بعض التطبيقات التي يكون فيها المحل غير مشروع :

أولاً- حالة اتفاق طرفي عقد الاستشفاء الطبي على إجراء البحوث والتجارب الطبية، أو نقل الأعضاء أو الإتجار بها خلافا للقوانين والضوابط:

---

[١] نصت الفقرة (٢) من المادة (١٢٨) من القانون المدني العراقي النافذ ((على إنه يكفي أن يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر)).

[٢] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام ،ج١، مصدر سابق، ص١٥٦. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص٢٨٠. د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مصدر سابق، ص٣٧٧ وما بعدها .

[٣] تقابلها المادة (١٣٥) من القانون المدني المصري والتي نصت على: ((إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً)) .

إنَّ الأصل هو مبدأ عصمة الجسد وعدم المساس بجسم الإنسان واستثناءً نسبية التعامل بجسم الإنسان وفقا للضوابط الشرعية والقانونية والأخلاقية[١] ، اذ يجب ان يفهم ان الجسم البشري ليس مختبرا ولا حقلا للتجارب الطبية، ولجسد الإنسان حرمة ولكيانه قدسية [٢] ، فحين يكون من شأن هذه الأعمال إلحاق الضرر البالغ بالمريض ولا سيما مع عدم حاجته لمثل هذا التدخل او استغلاله مادياً او تعرض حياته للخطر، وحيث ينتفي الغرض العلاجي فيها ،وتتم خلافا للشروط والتعليمات الصحية الصادرة بهذا الغرض، يعد مثل هكذا اتفاق باطلا لكون محله غير مشروع ومخالف للنظام العام والآداب، وهذا ما أكدته المادة تاسعا من دليل الأخلاقيات الطبية في المؤسسات الصحية العراقية [٣] ، على انه تجب الملاحظة الى ان المقصود بالتجارب الطبية التي تعيب المحل ويكون غير مشروع هي التجارب التي يكون التدخل العلمي فيها تجريبي، وهي التجارب العلمية المحضة او الفنية او الخالصة غير العلاجية، اذ الغرض منها هو البحث العلمي وتطوير المعارف الطبية والحيوية وتوسيع المعطيات العلمية ولا تهدف الى تحقيق مصلحة علاجية شخصية وانما تستهدف المعرفة العلمية أو الفنية على وجه العموم [٤] ، والتي تجرى خلافا للشروط والضوابط القانونية، دون التجارب الطبية العلاجية التي قد يلجأ اليها الطبيب المختص عادة لتحقيق غاية علاجية، أي محاولة إيجاد علاج للحالة المرضية التي يعاني منها المريض من خلال تجربة طرائق جديدة في

---

(١) د. بلحاج العربي ، مصدر سابق، ص٣٧ وما بعدها.

(٢) د. أكرم محمود حسين البدو، مصدر سابق، ص ١٤٢ وما بعدها .

(٣) نصت المادة (تاسعاً) على :((أ- إجراء البحوث الحيوية الطبية على الإنسان، وهذا يتطلب ما يأتي: ١-الالتزام بالأنظمة الصادرة أو التي ستصدر لتنظيم إجراءات البحوث الطبية من قبل اللجنة المركزية في أخلاقيات البحوث في وزارة الصحة، ٢- أن تكون أهداف البحث العلمي ذات أهمية كبيرة تسهم في إثراء المعرفة الطبية والارتقاء في الخدمات الصحية المقدمة للمرضى، ٣- أن يتبع الباحث الأسس العلمية للبحث العلمي وأن يولي تصميم الدراسة عناية كبيرة للاطمئنان على صحتها وأن يكون البحث العلمي متفقاً مع المبادئ العلمية والأخلاقية المقبولة، ٤- إن تفوق الفوائد المرجوة أو المتوقعة من البحث العلمي الأضرار المتوقعة حدوثها للمريض وأن يكون البحث مبنيا على مبررات علمية مقنعة لإجرائه، ٥- أن يكون الباحث مؤهلا للقيام بالبحث العلمي الطبي وعلى معرفة بالمادة العلمية في موضوع البحث المراد إجراء وأن يحرص على تقليل الأضرار والمخاطر، ٦-أن يحترم الباحث كرامة المرضى ممن يجري عليهم البحث وأن يتم التعامل معهم بطريقة إنسانية دون انتقاص من قدرهم أو حقوقهم، ٧- أن يحافظ الباحث على خصوصية المرضى المشاركين والمعلومات الشخصية المتعلقة بهم، ٨- أن يجري البحث الطبي على الإنسان بكامل رضاه وأن يراعى في ذلك ما يأتي: أ- أن يقوم مقدم الخدمة الصحية (الباحث) في إيضاح جميع التفاصيل المتعلقة بالبحث العلمي وما يمكن أن يحدث من أضرار محتملة حتى يكون المريض على بينة كاملة حين يأذن بإجراء البحث العلمي عليه. ب- أن يكون الشخص الموافق على إجراء البحوث الطبية عليه بكامل الأهلية أي بالغاً عاقلا راشداً ويشترط في إجراء البحوث على قاصر الأهلية إذن وليه. ت- أن يكون الأذن كتابياً في البحوث التي تحتوي على إجراءات تداخلية . ث- لا يجوز مطلقا أن يكون سبيل الحصول على الأذن بإجراء الدراسة الضغط أو الإكراه أو استغلال الحاجة للمال أو التداوي . ٩- عند تطلب إجراء البحث الطبي على الإنسان كما الحال في العمليات الجراحية أو الإجراءات التداخلية على مقدم الخدمة الصحية أن يتدرب على تجارب الحيوانات قبل إجرائها على الإنسان حتى يتقن المهارات اللازمة لذلك وأن يبذل العناية الفائقة عنده اجرائها . ١٠- الحصول على إذن من الجهات المختصة بالأبحاث من القطاع الصحي الذي يعمل به أو الذي يجري به البحث مثل لجان الأخلاقيات الطبية في مراكز البحوث أو المؤسسات الصحية)).

(٤) د منذر الفضل ، التجربة الطبية على الجسم البشري ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، المجلد الثامن، العدد ١ ، ١٩٨٩، ص٩٤.

التشخيص والعلاج كالأدوية الجديدة او الوسائل الطبية الحديثة بقصد علاج المريض في الحالات التي تفتقد إلى دواء معروف كفيل بتحقيق الشفاء [١] مادام اتبع في ذلك مسلك الطبيب المماثل له[٢]، اما اذا كان علاج المريض ممكناً بالوسائل الطبية العادية ، فإنه يجب على الطبيب الا يلجأ الى مثل هذه الطرائق او التجارب العلاجية على حساب المريض والتي يمكن ان تؤذيه [٣].

أما ما يتعلق بعمليات نقل الأعضاء البشرية وزراعتها، فان اغلب التشريعات الوضعية قد نظمت هذا الامر عن طريق قوانين خاصة، واشارت الى الشروط والضوابط القانونية التي تحكم عملية التبرع والنقل سواء أكانت تتعلق بالمتبرع ام المتبرع له ام العضو المتبرع به، وذكرت من خلال النصوص القانونية الاعضاء التي لا يجوز باي حال من الاحوال التصرف بها تبرعاً او إيصاء ، فالمحل هنا في عقد الاستشفاء الطبي هو العضو الذي تم التبرع او الإيصاء به الى المريض والذي يجب ان يكون مشروع قانونا، لذا فان بعض الاعضاء البشرية تخرج من دائرة المشروعية ولا يجوز التصرف بها، وهي الاعضاء التي تؤدي الى اختلاط الانساب، كذلك يحظر استئصال عين من شخص حي للإفادة منها لآخر، وهذا ما نصت عليه المادة (٥) الفقرة ثالثا من قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦ العراقي النافذ: ((لا يجوز نقل اعضاء او أنسجة بشرية من جسم انسان حي الى آخر يؤدي الى اختلاط الأنساب)) [٤]، كذلك الفقرة سابعاً من المادة نفسها نصت على: ((يحضر استئصال العين من الأحياء لغرض الاستفادة منها في زرع القرنية))، فضلا عن ذلك منعت المادة (٩) من القانون نفسه المتاجرة بالأعضاء البشرية بأي وسيله كانت فنصت على: ((يحضر بيع العضو او النسيج البشري او شراؤه او الاتجار به بأية وسيلة كانت ويحظر على الطبيب اجراء عملية استئصال العضو وزرعه عند علمه بذلك))، فالمحل هنا ممنوع قانونا ومخالف للنظام العام والآداب وغير مشروع الامر الذي يجعل من العقد عقدا باطلا فضلا عن العقوبات الجزائية لكل من ارتكب فعلا خلافاً لما ورد في النصوص القانونية [٥] .

---

(١) د. أسامة عبد الله قايد، مصدر سابق، ص ٣١٨ . د. محمد الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة، القاهرة ، ٢٠٠٣، ص١٢٦ وما بعدها

(٢) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص٥١

(٣) د. محمد عيد الغريب، التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان، مطبعة وهبة، القاهرة، ١٩٨٩، ص١٠. د. خالد حمدي عبد الرحمن، التجارب الطبية، دار النهضة، القاهرة،٢٠٠٠، ص ٩٩.

(٤) تقابلها المادة رقم (٢) من قانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ شأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري، حيث نصت على: ((... ويحظر زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدي إلي اختلاط الأنساب)) وان ما يؤخذ على النص العراقي انه ذكر عبارة (إنسان حي) في الفقرة الخامسة وكان الأجدر به ان يحظر نقل أي عضو أو نسيج يؤدي إلى اختلاط الأنساب بصورة عامة سواء كان الشخص المتبرع شخص حي أو ميت لكي لا يفهم من النص إباحة النقل إذا كان إنسانا ميتاً .

(٥) نصت المادة (١٨) من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الإتجار بها النافذ على : ((يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ١٠ عشر سنوات و بغرامة لا تقل عن (١٠٠٠٠٠٠٠) عشرة ملايين دينار ولا تزيد على

ثانياً- الاتفاق على الإجهاض:

إنّ الإجهاض هو إنهاء او انتهاء الحمل قبل أوان الوضع، ويكون ذلك قبل تمام الستة اشهر الأولى من الحمل[١]، اما جريمة الإجهاض فيقصد بها (إخراج الجنين عمدا من الرحم قبل الموعد الطبيعي للولادة أو قتله عمداً في الرحم)[٢].

فقد يتفق طرفا عقد الاستشفاء الطبي على إجراء عملية إجهاض فيكون بذلك الإجهاض محلاً لعقد الاستشفاء الطبي، على أنّ الإجهاض هنا (عملية إنهاء الحمل) قد يكون لضرورات علاجية وقد لا يكون لغرض علاجي، الأمر الذي تتحدد معه مشروعية هذا الإجراء (محل عقد الاستشفاء)، فالإجهاض إما أن يكون مشروعا لضرورة علاجية حتمية تتعلق بحياة الأم وفق شروط طبية وضوابط قانونية خاصة ومن ثم يكون العقد صحيحاً، أو أن يكون الإجهاض غير مشروع ليس بقصد الحفاظ على حياة الأم وإنما لأي سبب آخر خارج نطاق صحة الأم[٣]، وسواءً كان مثل هذا الإجهاض بناء على اتفاق مسبق بين الطبيب المعالج في المستشفى والمستفيد من التدخل العلاجي أم أنه بناءً على اجتهاد الطبيب فهو عمل غير مشروع لا يصح أن يكون محلاً لعقد الاستشفاء الطبي نظراً لمخالفته لنصوص قانونية آمره حظرت الإجهاض، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (٤١٧) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ النافذ[٤]، كما لا يؤخذ بنظر الاعتبار سبب الحمل فيما إذا كان ناتجاً عن زواج شرعي أو علاقة غير شرعية ، او كان الإجهاض برضا الأم الحامل او بغير رضاها[٥]، ففعل الإجهاض

=(٢٠٠٠٠٠٠٠) عشرين مليون دينار كل من استأصل عضوا أو جزء منه أو نسيجا من إنسان حي أو ميت أو زرع أو شارك أو كان وسيطا أو قام بالإعلان أو التحايل أو الإكراه بقصد زرعه في جسم آخر خلافا لأحكام هذا القانون وقانون مكافحة الإتجار بالبشر رقم (٢٨) لسنة ٢٠١٢ .

[١] حيث يعتبر خروج الطفل بعد تمام الأشهر الستة الأولى من الحمل والوضع ولادة مبكرة ، للمزيد انظر: د. محمد فائق الجوهري، مصدر سابق، ص٣٠٨. عادل عبد إبراهيم، حق الطبيب في ممارسة الأعمال الطبية ومسؤوليته الجنائية ، أطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ١٩٧٧، ص١٣١.

[٢] د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص٥٠١.

[٣] احمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي، مصدر سابق ، ص١٣٦.

[٤] تعاقب هذه المادة كل من المرأة الحامل إذا أجهضت نفسها والطبيب الذي ساعدها على ذلك. إذ نصت على إنه: ((١- يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل امرأة أجهضت نفسها عمداً بأية وسيلة كانت أو مكنت غيرها من ذلك برضاها. ٢- ويعاقب بالعقوبة ذاتها من أجهضها عمداً برضاها. ٣- ويعتبر ظرفاً مشدداً للجاني إذا كان طبيباً أو صيدلياً أو كيميائياً أو قابلة أو أحد معاونيهم))، كذلك ما جاء في قانون أخلاقيات مهنة الطب المصري في المادة (٢٩) والتي نصت على: ((لا يجوز للطبيب إجراء عملية الإجهاض إلا لدواعي طبية تهدد صحة الأم ويكون ذلك بشهادة كتابية من طبيبين متخصصين، وفى الحالات العاجلة التي تتم فيها العملية لدواعي إنقاذ الحياة يجب على الطبيب المعالج تحرير تقرير مفصل عن الحالة يرفق بتذكرة العلاج)).

[٥] بمعنى أن رضا الأم الحامل بإجهاضها من قبل الغير كاتفاق الزوج مع الطبيب المختص لا أثر له في إباحة الجريمة، للمزيد انظر د. سليمان كريم محمود ، مركز الأنثى في جريمتي الإجهاض ومواقعة الأنثى بعد وعدها بالزواج - دراسة في التشريع العقابي العراقي ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (٤) المجلد(٤) العدد(٢) الجزء(١) سنة ٢٠١٩ ص ٣٠٤.

مجرم[١] ، وكل اتفاق يرد عليه يعد باطلاً وينتفي عنه وصف السلوك العلاجي بل وينتفي عنه أي وصف أخلاقي لمنافاته لأخلاقيات مهنة الطب ومبادئها الإنسانية القائمة على أساس حفظ الحياة البشرية لا سلبها، فحتى وإن كان جنيناً في رحم أمه فهو يستحق الحياة وليس لأحد الحق بأن يسلبه روحه، فضلا عن الحكم الشرعي للفقهاء المسلمين بتحريم إجهاض الجنين بعد نفخ الروح فيه[٢].

ثالثاً- حالة الاتفاق على تزويد المريض بمواد محظورة قانوناً كالمواد المخدرة لأغراض غير علاجية: كما لو كان المريض مدمناً على تعاطي المخدرات وتعاون معه الطبيب لتمرير تعاطيه لهذه المواد بوصفات طبية بحجة العلاج، فمثل هذا الاتفاق يعد باطلاً ، لأن محله مخالف للقانون وللنظام العام ولآداب مهنة الطب [٣] ، ولان القانون نظم طريقة تداول المواد المخدرة والمخصصة للمستشفيات للأغراض العلاجية [٤]، وقرر العقوبات الجزائية لكل فعل يخالف النصوص القانونية[٥] ، وهو ما أدانت به محكمة ليون الفرنسية طبيباً كان يعطي لأحد مرضاه وصفات تسهل

---

(١) نشرت قناة (BBC News) بتاريخ ٢٠٢٢/٦/٢٥ تصريحا للرئيس الأمريكي جو بايدن: ((ان المحكمة العليا اتخذت بعض القرارات الفظيعة))، في اليوم التالي لإنهائها الحق الدستوري في الإجهاض، فبعد ٥٠ عاماً من الحماية الدستورية نقضت المحكمة العليا في أمريكا حكمها السابق الذي منح المرأة الحق في الإجهاض ليصبح الإجهاض قانونا منظما في كل ولاية على حدة (وممنوعا في أكثر من ٢٠ ولاية)، منشور على الموقع:
https://www.bbc.com/news/live/world-us-canada-

(٢) اختلف الفقهاء المسلمون على آراء في حكم الإجهاض قبل نفخ الروح في الجنين للمزيد انظر د. محمد رأفت عثمان، الإجهاض في الفقه الإسلامي، ط١، دار القومية العربية للثقافة والنشر، القاهرة، ١٩٩٥، ص١٥ وما بعدها.

(٣) نصت المادة (٩) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٧ على: ((لا يجوز استيراد أو تصدير أو نقل أو زراعة أو إنتاج أو صنع أو تملك أو حيازة أو إحراز أو بيع أو شراء أو تسليم مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية أو سلائف كيميائية أو المتاجرة بها أو صرفها أو وصفها طبيا أو المقايضة بها أو التنازل عنها بأية صفة كانت أو التوسط في شيء من ذلك إلا للأغراض الطبية أو العلمية وفي الأحوال والشروط المنصوص عليها في هذا القانون))، كذلك المادة (١٦) من القانون نفسه نصت على: ((أولاً- لا يجوز للطبيب أن يصف المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية لأي مريض إلا بقصد العلاج الطبي ووفق التعليمات والضوابط التي تصدرها وزارة الصحة في هذا الشأن. ثانيا- يحظر على الطبيب أن يحرر لنفسه وصفه بأي كمية من المواد المخدرة والمؤثرات العقلية لاستعماله الخاص)).

(٤) نصت المادة (٢١) من القانون نفسه على: ((تحدد ببيان يصدر عن وزير الصحة طريقة تداول المواد المخدرة والمؤثرات العقلية في المستشفيات والمستوصفات والوحدات التابعة لها في القطاعات العام والمختلط والخاص أو لإحدى المنظمات غير الحكومية التي تقدم الخدمة والرعاية الصحية للمرضى)).

(٥) نصت المادة (٢٨) من القانون نفسه: ((يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت وبغرامة لا تقل عن (١٠٠٠٠٠٠٠) عشرة ملايين دينار ولا تزيد على (٣٠٠٠٠٠٠) ثلاثين مليون دينار كل من ارتكب احد الأفعال الآتية:
أولاً- حاز أو أحرز أو اشترى أو باع أو تملك مواداً مخدرة أو مؤثرات عقلية أو سلائف كيميائية مدرجة ضمن جدول رقم ١ من هذا القانون أو نباتا من النباتات التي تنتج عنها مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية أو سلّمها أو تسلمها أو نقلها أو تنازل عنها أو تبادل فيها أو صرفها بأية صفة كانت أو توسط في شيء من ذلك بقصد الإتجار فيها بأية صورة وذلك في غير الأحوال التي أجازها القانون. ثانياً- قدم للتعاطي مواد مخدرة أو مؤثرة عقليا أو أسهم أو شجع على تعاطيها في غير الأحوال التي أجازها القانون. ثالثا- أجيز له حيازة مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية أو سلائف كيميائية مدرجة ضمن الجدول رقم (١، ٢ ،٣) لاستعمالها في غرض معين وتصرف فيها خلافا لذلك الغرض))، أما المادة (٣١) فقررت عقوبة الحبس أو الغرامة لكل طبيب أعطى وصفة لصرف المواد المخدرة لغير أغراض العلاج مع علمه بذلك، إذ نصت على: ((يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ٣ ثلاثة أشهر أو=

له تعاطي مواد مخدرة دون وجود حاجة طبية له، وقد تبين إن الطبيب كان متواطئاً مع المريض بأن يسهل له تعاطي المواد المخدرة الأمر الذي أدى إلى وفاة المريض بجرعة زائدة من مادة مخدرة[1].

المطلب الثاني

نطاق المحل في عقد الاستشفاء الطبي

إنَّ تنوع صور المحل في عقد الاستشفاء الطبي يعد من الأسباب التي جعلت منه عقدا ذا طابع خاص، إذ تنوعت تبعا لذلك طبيعة الالتزامات الناشئة عنه، فبالإضافة الى التزام المستشفى الخاص بتوفير مكان وسرير لإقامة هادئة للمريض خلال فترة العلاج فيها، او إجراء الجراحة، وما يتبع هذه الإقامة من خدمات أخرى كالملاحظة الطبية المستمرة وتقديم الغذاء والأدوية المناسبة لحالته الصحية، هناك دور الطبيب الحساس والمهم الذي يؤديه داخل المستشفى، إذ أن معظم الالتزامات تقع على عاتقه، اذ سيكون هناك إجراءات طبية وتعليمات مقدمة منه، أو من الملاك الطبي المساعد وتحت إشراف وتعليمات من الطبيب، وهي تمثل جوهر المحل في عقد الاستشفاء الطبي.

ولأجل تكامل البحث في نطاق المحل في عقد الاستشفاء الطبي سوف نقسم هذا المطلب على ثلاث فروع، الفرع الأول سيكون مخصصاً لتعريف الأعمال الطبية، وفي الفرع الثاني سنبحث فيه الأعمال الطبية والأعمال العلاجية، أما الفرع الثالث سنخصص البحث فيه عن صور الأعمال الطبية.

=بغرامة لا تقل عن (٣٠٠٠٠٠٠) ثلاثة ملايين دينار ولا تزيد على (٥٠٠٠٠٠٠) خمسة ملايين دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين ومنع مزاولة المهنة لمدة ١ سنة كل طبيب أعطى وصفة طبية لصرف مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية لغير أغراض العلاج الطبي مع علمه بذلك)). ويبدو لنا أن العقوبة المقررة في المادة (٣١) المذكورة غير مجزية أو رادعة، ولا تتناسب مع بشاعة الفعل الذي يقوم به طبيب أدى قَسَما بالحفاظ على شرف مهنة الطب وصيانة النفس البشرية وحماية المرضى، وكان الأجدر بالمشرع رفع سقف العقوبة إلى السجن وزيادة مبلغ الغرامة.

[1] أشار إليه: احمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي، مصدر سابق، ص١٢٩.

الفرع الأول

تعريف الأعمال الطبية

تعددت الآراء الفقهية بشأن الاتفاق على تعريف جامع مانع للأعمال الطبية، ولم تكن واضحة ودقيقة للحد الذي يمكن تحديد نطاقها، فعرفها البعض على سبيل المثال بانها: ((العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء الغير، ويجب أن يستند ذلك العمل على الأصول والقواعد الطبية المقررة في علم الطب ، فاللجوء إلى العلم من أجل شفاء المريض هو الذي يميز الطب عن السحر والشعوذة))[١] .

أما الفقيه الفرنسي (سافاتيه) فقد جاء تعريفه للأعمال الطبية مقتصراً على غاية الشفاء، إذ نصّ على أنّ الأعمال الطبية هي عبارة عن: ((تلك الأعمال التي يقوم بها أشخاص مؤهلون من أجل شفاء الغير، على أنْ يستند ذلك العمل الطبي الى القواعد والأصول الطبية المقرّرة في عالَم الطب)) [٢] ، ويلاحظ توسع نظرة الفقه الفرنسي تجاه العمل الطبي، إذ ذهب بعض الفقهاء الفرنسيون إلى أن العمل الطبي ليس مجرد تشخيص أو علاج، بل هو مساس بالجسد الإنساني، لا يقوم به إلا طبيب ومن في حكمه، فمجرد الإنصات أو البحث عن مصلحة المريض الأجدر أنه يعد عملا طبيا [٣] .

ويرى البعض أن العمل الطبي هو ((العمل الذي يتم تنفيذه بواسطة طبيب أو جراح، أما الأعمال الأخرى التي تتم في مجال خدمة المستشفيات بواسطة الممرضين أو الإداريين الذين يباشرون الأعمال المتعلقة بخدمة المستشفيات لا يمكن وصفها بالأعمال الطبية كأعمال العناية وأعمال التنظيم في المستشفيات)) [٤] ، إن هذا التعريف فيه تضييق لمفهوم الأعمال الطبية، وخلاف المعنى للتعريف المتقدم عرفه آخر بانه: ((النشاط الذي يأتيه كل من يمتهن مهنة الطب أو الصيدلة أو أي شخص مرخّص له بمعرفة القانون مزاولة فن الطب، يهدف من خلاله إلى الكشف عن علّة المرض أو التخلّص من آفاتِهِ جميعاً أو التخفيف من آلامه، والعمل على الوقاية من المرض بشرط

---

(1) R. Suvatier et autres , traité de droit médical , librairies techniques , 1956, p225
أشار اليه: د. زكريا زكريا حسن الزناري ، مدى مشروعية إقرارات المرضى بالتدخل الطبي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي والمقارن ، ط ١، دار مصر للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠١٩، ص١٠٢.

(٢) أشار إلى ذلك: د. فهد دخين العدواني، العمل الطبي في القانون المقارن والأحكام القضائية، مجلة كلية الشريعة والقانون، طنطا، مصر، العدد (٣٢)، ج٢، ٢٠١٧، ص٥٢٢.

(3) Laurent DELPART , Guide pratique du droit médical et du droit de la sécurité sociale , Chiron , Paris , 2004 ، p. 48.

(٤) د. سامي حامد سليمان ، نظرية الخطأ في مجال المسؤولية الإدارية – دراسة مقارنة ، ط١، مكتبة النهضة المصرية ، مصر، ١٩٨٨، ص٢١٢.

أن تتفق هذه الأعمال مع قواعد الحيطة ومقتضياتِ الحَذَر كما رَسَمَتْها الخبرة الإنسانيّة، وما تُمليه القواعد الفنّية المعمول بها في فن التطبيب)) [١] .

كما عُرفت الأعمال الطبية بأنها: ((كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه، ، ويتفق في طبيعته وكيفيته مع الأصول والقواعد العلمية المتعارف عليها نظرياً وعملياً في علم الطب، وهذا العمل يقوم به طبيب مصرّح له قانوناً، لغرض الكشف عن المرض وتشخيصه وعلاجه، أو تخفيف آلامه أو الحد منها أو منع المرض، أو بهدف المحافظة على صحة الأفراد، أو تحقيق مصلحة اجتماعية، بشرط أن يتوافر رضا من تُجرى عليه تلك الأعمال)) [٢] .

وهذا التعريف نجد فيه الكثير من حقيقة العمل الطبي وأصوله وشروطه ولكنه قيده بالطبيب دون بقيه الملاكات الصحية والتي هي في الواقع تعمل لتحقيق ذات الغرض وفقاً لتعليمات الطبيب الخاص بحالة المريض، نعم صحيح إن الأطباء هم المرخص لهم في الدرجة الأولي بمباشرة الأعمال الطبية، ولكن طبيعة مباشرة هذه الأعمال تتطلب بالضرورة وجود مساعدين للأطباء لمباشرة هذه الأعمال، وهؤلاء المساعدون هم المرخص لهم في الدرجة الثانية بمباشرة الأعمال الطبية إلى جانب الأطباء وفقاً لتعليماتهم وأوامرهم [٣].

وجاء آخر في تعريفه للعمل الطبي والذي ربما قد تفادى فيه المآخذ التي أخذت على سابقه، فعرف العمل الطبي بأنه: ((ذلك النشاط الذي يباشر به صاحب الاختصاص الطبي المرخص قانوناً حيال المريض بعد رضاه وتبصيرهُ بنتائجه ومداخلاته، ومراعياً فيه الأصول العامة في عِلم الطب، وبقصد علاج المريض، ويستوي الحال في هذا النشاط أنْ يكون عامّاً يتّسع لجميع الأعمال الطبية، أو خاصّاً ببعض الأعمال الطبية وذلك بحسب حدود الترخيص)) [٤] .

وفي تعريف مقتضب، عُرّفت الأعمال الطبية على أنها: ((أحد جوانب المعرفة والذي تعلّق بموضوع الشفاء من المرض وتخفيفه، وكذلك وقاية النّاس من الأمراض)) [٥].

ونحن بدورنا يمكن لنا ان نعرف العمل الطبي على انه :((كل نشاط يرد على جسم الإنسان او صحته النفسية، يباشره ذوي الاختصاص والخبرة في مجال الطب والمرخص له قانونا، وفقاً للأصول العلمية بعلم الطب بعد تبصير المريض او من ينوب عنه وموافقته على الإجراء

---

(١) د. مصطفى محمد عبد المحسن، الخطأ الطبي والصيدلي (المسؤولية الجنائية)، ٢٠٠٠، ص١٣-١٥.
(٢) د. أسامة عبد الله قايد، مصدر سابق، ص٥٥.
(٣) د. زكريا زكريا حسن الزناري، مصدر سابق، ص ٩٥.
(٤) د. منذر عبد الحسين الفضل، المسؤوليّة الطبية، مجلة السماعة، نقابة الأطباء الأردنيين، عمان، الأردن، ١٩٩٥، ص٥٥.
(٥) د. علي عصام غصن، مصدر سابق، ص٦٦.

الطبي -في غير الحالات الاستثنائية- غايته شفاء المريض او تخفيف آلامه او الوقاية من الأمراض والحد منها او تحسين الصحة العامة)).

ونرى ان هذا التعريف قد أظهر العناصر الأساسية لبيان كنه الشيء بصورة مختصرة، وذلك لأننا سلطنا الضوء على المحاور الرئيسة للعمل الطبي والإجمال بالتعبير من دون الخروج عن الجوهر، وبعبارة أخرى فإن التعريف اشتمل على بيان الآتي:

١- حدد التعريف الأشخاص الذين يمارسون العمل الطبي، فقد يمارس العمل الطبي طبيب عام أو طبيب متخصص، كما يتم ممارسته من مساعدي الطبيب مثل طبيب التخدير، أو الممرضين أو فني التخدير، وقد يمارس العمل الطبي فني الأشعة أو التحاليل -ولكن يقوم به تحت إشراف الطبيب- ويتم ممارسة العمل الطبي بمعرفة المولدة أو القابلة إذ يرخص لها القانون القيام بأعمال التوليد بعد التدريب عليه وتسليمها الآلات بالتوليد التي تستخدمها في عملية التوليد بالمنازل ، وتدوين اسم القابلة لإبلاغ الولادة [1] .

٢- لم يقيد التعريف صور العمل الطبي او الإجراءات الصحية المتخذة لمصلحة المريض، وبأنها غير محصورة في علاج الأمراض فقط، فقد تكون في صورة المشورة أو التشخيص أو العلاج أو الوقاية أو الرعاية الصحية وتحسين الحالة النفسية وذلك عن طريق إيراد أسلوب التخيير بين العبارات بالحرف (أو).

٣- اشتمل التعريف على ضرورة توافر المشروعية في العمل الطبي عن طريق الموافقة المستنيرة للمريض، وكذلك مشروعية صفة القائم بها وموافقتها للأصول العلمية وفقاً للقانون .

٤- أوضح التعريف هدف العمل الطبي، فليست الغاية المرجوة تحقيق الشفاء من المرض فقط ولكن أصبح من أهداف العمل الطبي تخفيف آلام المريض، وإن لم يتمكن الطبيب من استخدام التقنيات الحديثة والتقدم العلمي في علم الطب وبذل العناية الواجبة لتحقيق شفاء المريض أو تخفيف آلامه، فليس على الأقل إلا أن يبذل العناية اللازمة لاستقرار حالته وعدم تفاقم المرض أو تطوره، فضلاً عن الإجراءات الصحية التي تتضمن الوقاية من الأمراض أو الأوبئة باتخاذ التطعيمات اللازمة وتحسين الصحة بشكل عام .

أمّا من الناحية القانونية، فإنَّ التشريعات محل المقارنة لم تورد تعريفاً صريحاً للأعمال الطبية، فبالنسبة للتشريع الفرنسي نجد أنه لم يضع نصّاً صريحاً يشتمل على تعريف للأعمال

---

(1) د. أنس محمد عبد الغفار، الضوابط الشرعية والقانونية للعمل الطبي، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر، ٢٠١٣، ص٣٤.

الطبية، كما انه في البداية عدّ نطاق العمل الطبي محصورا في علاج الأمراض فقط [1] ، ولكن بعد صدور قانون الصحة العامة الفرنسي سنة ١٩٤٥المعدل، والذي لم يعرف هو الآخر الأعمال الطبية، الا انه عدّ كل من الفحص والتشخيص من قبيل الأعمال الطبية، وهذا ما يفهم من نص المادة (٣٧٢) من القانون المذكور، والتي نصت على أنَّه: ((يُعد مرتكباً لجريمة الممارسة غير المشروعة للطب كل شخص يقوم بعمليات التشخيص أو العلاج بصفة اعتيادية ولو بحضور طبيب ما لم يكن متحصلاً على الترخيص المطلوب))، أما القرار الوزاري الفرنسي الصادر في ١٩٦٢/١/٦، فإنه قسم الأعمال الطبية من خلال المواد(٢) و (٣) و (٤) منه على نوعين، الأول: الأعمال التي لا يمارسها إلّا الأطباء أو المساعدون الطبيون والمؤهلون، تحت المسؤوليّة والمراقبة المباشرة للطبيب، حيث يمكنه التدخّل في أيّة لحظة، أمّا النوع الآخرمن الأعمال الطبية فقد حدّدها بالأعمال التي يمارسها المساعدون الطبّيون بوصفة نوعية وكمية من الطبيب المختص ولكن في حالة غيابِهِ فقط[2] .

ولقد سار المشرع المصري على نهج نظيره المشرع الفرنسي، فلم ينص صراحة على تعريف للعمل الطبي، ولكن أشار إليه ضمنيا من خلال النص على شروط مزاولة مهنة الطب كما ورد في المادة الأولى من القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ وتعديلاته في شأن مزاولة مهنة الطب[3]، اذ يتضح من نص هذه المادة أن المشرع قد جعل العمل الطبي يشمل التشخيص والعلاج العادي والجراحي، ووصف الأدوية وأخذ العينات، مع ملاحظة أنه لم يجعل الوقاية أحد الأعمال الطبية على الرغم من أهميتها لكونها أحد مراحل العمل الطبي؛ لأنها تحافظ على الصحة دون الدخول في المراحل التالية للعمل الطبي، على ان لائحة آداب المهنة الصادر بقرار وزير الصحة رقم

([1]) إذ كان نطاق العمل الطبي وفقاً لنص قانون ١٨٩٢/١١/٣٠ محصوراً في علاج الأمراض فقط ولم يعد الفحص والتشخيص من قبيل الأعمال الطبية إلا بعد صدور قانون الصحة العامة في ١٩٤٥/٩/٢٤، والمعدل بالمرسوم الصادر في ١٩٥٣/١٠/١٥، أشار إلى ذلك: د. زكريا زكريا حسن الزناري، مصدر سابق، ص ٩٤.

([2]) منشور في الجريدة الرسمية للجمهوريّة الفرنسيّة، بتاريخ ١/فبراير/١٩٦٢م.

([3]) نصت المادة (١) من القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤: ((لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبية أو عيادة مريض أو إجراء عملية جراحية أو مباشرة ولادة أو وصف أدوية أو علاج مريض أو أخذ عينة من العينات التي تحدد بقرار من وزير الصحة العمومية من جسم المرضى الآدميين للتشخيص المعملي بأي طريقة كانت ، أو وصف نظريات طبية، وبوجه عام مزاولة مهنة الطب بأية صفة كانت، إلا إذا كان مصريا أو كان من بلد تجيز للمصريين مزاولة مهنة الطب بها، وكان اسمه مقيدا بسجل الأطباء البشريين وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام الخاصة المنظمة لمهنة التوليد)).

٢٣٨ في ٢٠٠٣/٩/٥، نصت المادة (٢٧) منها على أن الوقاية أحد الأعمال الطبية [١] ، كذلك اعتبرت المادة (٣٥) أعمال الرعاية الطبية من الأعمال الطبية [٢].

أما مشروع قانون المسؤولية الطبية المصري الصادر في ٢٠٢١/١٠/١٧، فهو الاخر لم يورد تعريفا للعمل الطبي، ولكنه أشار إلى لفظ آخر وهو الإجراء الطبي او الصحي على الرغم من أنّه أورد ذلك في المادة الأولى التي تشتمل عادة على إيضاح وتعريف للمصطلحات المذكورة في القانون، الا انه اقتصر فيها على تعداد لصور الإجراءات الطبية، إذ نصت الفقرة (٦) من المادة الأولى من المشروع على: ((الإجراء الطبي أو الصحي: تشمل الفحص السريري والإشعاعي والاختصاصات والاستشارات الطبية والفحوصات والعمليات الجراحية والأدوية والإقامة في المستشفيات وأي إجراء أو عمل له علاقة بتقديم الخدمة على النحو الذي تحدده اللائحة)) ويتضح من المادة المذكورة ان المشرع المصري قد مد من نطاق الإجراءات الطبية المتخذة للمرضى لتشمل المرحلة الأولية للاستشارات والفحص والتشخيص مروراً بوصف الأدوية والإقامة في المستشفى وكل ما يتطلبه العمل الطبي من عمليات جراحية إنْ لزم الأمر، حتى انه استخدم مصلح عام وهو أي إجراء أو عمل يتعلق بتقديم الخدمات الصحية للمرضى.

وبالنسبة للمشرع العراقي، فهو كحال نظيريه -الفرنسي والمصري- لم يورِد تعريفاً محدَّداً للأعمال الطبية، إلا انه تطرق من خلال دليل الأخلاقيات الطبية في المؤسسات الصحية في العراق، إلى واجبات مقدم الخدمة نحو المرضى، وذلك في الفقرة (أولاً) ، التي أشارت فيها إلى ضرورة حسن معاملة المريض في جميع الأحوال، إذ ذكر مجموعة من الأخلاقيات الواجب مراعاتها ومن بينها الرفق بالمريض عند إجراء الفحص [٣] ، فضلا عن السعي من أجل تخفيف آلام المريض الجسدية والنفسية بكل ما يستطيع تقديمه ومتاح لديه من وسائل علاجية ونفسية ومادية

([١]) المادة (٢٧) نصت: ((على الطبيب أن ينبه المريض ومرافقيه إلى اتخاذ أسباب الوقاية ويرشدهم إليها ويحذرهم مما يمكن أن يترتب على عدم مراعاتها، ويجوز له طلب توقيعهم على إقرار كتابي منهم بمعرفتهم بذلك في بعض الحالات التي تستدعي ذلك)).

([٢]) نصت المادة (٣٥) على: ((على الطبيب المكلف بالرعاية الطبية للمقيدة حريتهم أن يوفر لهم رعاية صحية من نفس النوعية والمستوى المتاحين لغير المقيدة حريتهم، ويحظر عليه القيام بطريقة إيجابية أو سلبية بأية أفعال تشكل مشاركة في عمليات التعذيب وغيرها من ضروب المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو التواطؤ أو التحري على هذه الأفعال، وكذلك يحظر عليه استخدام معلوماته ومهاراته المهنية للمساعدة في استجواب المقيدة حريتهم على نحو يضر بالصحة أو الحالة البدنية أو العقلية لهم، أو المشاركة في أي إجراء لتقييد حركة المقيد حريتهم إلا إذا تقرر ذلك وفقاً لمعايير طبية محضة لحماية الصحة البدنية أو العقلية للمقيدة حريتهم)).

([٣]) أشارت الفقرة (أولاً) إلى: ((واجبات مقدم الخدمة الصحية نحو المرضى (أ) حسن معاملة المريض: (من واجب مقدم الخدمة الصحية نحو مريضه حسن معاملته في جميع الأحوال ويشمل ذلك الأمور التالية: ... ٧- الرفق بالمريض عند إجراء الفحص ...).

والعناية بالمريض [1] ، وفي إشارة أخرى إلى واجب تحقيق مصلحة المريض وحفظ حقوقه هو العمل على الاقتصار في إجراء الفحوص الطبية ووصف الدواء أو إجراء العمليات الجراحية بالقدر الذي تتطلبه حالة المريض دون أن يتجاوز العمل إلى ابعد من ذلك [2] ، وفي هذا نستشف ان الواجبات المطلوبة من الطبيب والمكلف بأداء الخدمة تتسع لتشمل كل ما ينصب في مصلحة المرضى ويسهل الطريق الى شفاءهم ،ومنها الفحص والتشخيص وحتى مراعاة حالة المريض النفسية ، فضلا عن الالتفاتة الى الحدود التي يقف عندها كل اجراء طبي للمريض وهو عدم الذهاب الى ابعد من ذلك وان يكون العمل الطبي مقصورا في حدود ما تتطلبه حالة المريض الصحية ، وهذا يعني بمفهوم المخالفة ان كل عمل يجرى دون علم او رضا المريض ولا ينصب في مصلحته والهدف من شفاءه لا يعد عملا طبياً.

أما قانون تأسيس المؤسسات الصحية الخاصة الاتحادي قد خلا من نص يفهم منه ماهيّة الأعمال الطبية أو حتى تعريفا لها، في حين أشار قانون الصحة العامة رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١ ومن خلال المادة (٧٩) على أنْ: ((تعمل الوزارة على تقديم الخدمات الصحية العلاجية المتكاملة إلى المرضى الراقدين في المؤسسات الصحية ومراجعي العيادات الخارجية وتطوير هذه الخدمات بالفحوص والتشخيص والعلاج بشكل يواكب التطورات العلمية الحديثة في هذا المجال))، يتضح من هذا النص المرونة في عباراته والتي جعلت جميع الخدمات من فحوصات وتشخيص وعلاج تقع تحت مظلة الأعمال الطبية المقدمة من الوزارة في مؤسساتها الصحية بشكل متطور ومواكب لجميع الأساليب الحديثة في عالم الطب.

الفرع الثاني

الأعمال الطبية والأعمال العلاجية

سعت بعض المحاولات الفقهية إلى تصنيف النشاط الذي تقوم به المستشفى قبل المريض الى صنفين هما: النشاط او العمل الطبي، والنشاط او العمل العلاجي، مستندة الى بعض المعايير للتميز بينهما، مثل المعيار العضوي ويقصد به ان العمل الطبي يكون كذلك متى ما قام به الطبيب

([1]) الفقرة السابقة نفسها تاسعا: تخفيف آلام المريض الجسدية والنفسية بكل ما يستطيعه وما يتاح له من وسائل علاجية نفسية ومادية، وإشعار المريض بحرصه على العناية به ورعايته

([2]) أشارت الفقرة (ب) من دليل الأخلاقيات الطبية في المؤسسات الصحية الصادر عن وزارة الصحة والبيئة العراقية لسنة ٢٠١٨ إلى ((تحقيق مصلحة المريض وحفظ حقوقه يتحقق ذلك فيما يأتي : ١- الاقتصار في إجراء الفحوص الطبية ووصف الدواء أو إجراء العمليات الجراحية على ما تتطلبه حالة المريض. ٢- الامتناع عن استخدام طرق تشخيصية أو علاجية غير متعارف عليها أو غير معترف بها علميا (لم تحصل على الاعتمادية) إلا ضمن القيود العلمية والنظامية المعتبرة ...)).

او الجراح او المختص او أي تقني آخر له من الخبرة ما تتطلبه مهنة الطب، فهذا المعيار مؤسس على صفة القائم بالعمل [١].

وسواء قام هؤلاء الأشخاص بأعمال بسيطة مثل إجراء التحاليل او إعطاء الحقن، او قاموا بأعمال طبية وفنية بحته ، كإجراء العمليات او وصف الأدوية، اما اذا قام بهذه الأعمال شخص اخر ليس له مؤهلات علمية وخبرة عالية وكافية في مهنة الطب، عدً هذا العمل علاجياً[٢] .

ولكن مما تجدر الإشارة اليه هو ان كل طبيب او جراح يمكنه القيام بأعمال علاجية مما يعهد بها الى الممرضين والمساعدين الطبيين عادة ، ولا يوجد ما يمنع ذلك ، كما نجد بالمقابل ان للممرضين في بعض الحالات ولا سيما المستعجلة القيام بأعمال طبية بحته إنقاذاً لحياة المرضى، الأمر الذي يؤدي في كثير من الأحيان إلى الخلط بين العمل الطبي والعمل العلاجي، وهو ما أدى إلى فشل المعيار العضوي كمعيار للتمييز بين الأعمال العلاجية والطبية، وتوجيه الانتقادات الكثيرة اليه على اعتبار انه غير مقنع من جهة، وفي غير مصلحة المضرور من جهة أخرى، ولا سيما في الأعمال الطبية إذ يصعب إثبات الخطأ الجسيم الذي يشترط لإثارة المسؤولية عن مثل هذه الأعمال، وهو الأمر الذي دعا للبحث عن معيار آخر [٣] ، فظهر المعيار المادي والذي يستند الى طبيعة العمل ذاته، بصرف النظر عن صفة القائم به، فيكون العمل طبيا اذا تميز بالصعوبة والجدية التي تتطلب معرفة عميقة ودقيقة ومهارات تستلزم دراسات عليا طويلة، فهي الممارسات الطبية المعقدة، التي تتطلب معرفة خاصة في ظل التطورات العلمية المستمرة في ميدان الطب، في حين يكون العمل علاجيا إذا كان عملاً عاديا وبسيطاً، كأعمال التمريض الروتينية مثل الحقن والتنظيف وتضميد الجروح [٤] .

وقد انتقدت هذه المعايير كونها لا تقوم على أساس قانوني سليم، ولا يمكن الركون اليها ولا سيما في نسبة المسؤولية الى المسؤول عن الضرر وتحديد جسامة الخطأ ، فعلى سبيل المثال قد يقوم الطبيب ببعض الأعمال العلاجية الخفيفة الأمر الذي يصعب على المتضرر إثبات الخطأ الجسيم للطبيب، إذ ان مسؤولية المستشفى تؤسس على أساس الخطأ الجسيم عادة والذي يتميز عن

---

(١) د . أسامة عبد الله قايد، مصدر سابق ، ص٦٠.

(٢) الشريف وكواك، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر ، ٢٠٠٤، ص٣٠. سلامي عمور، الوجيز في قانون المنازعات الإدارية، الجزائر، ٢٠٠٤، ص١٣٩.

(٣) د.احمد محمود سعد ، مصدر سابق، ص ٨٨.

(٤) عميري فريدة ، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، الجزائر ، ٢٠١١، ص ١٦.

الخطأ البسيط في طابعه غير العادي[١]، اما بالنسبة للضرر الناتج عن العمل العلاجي فان مسؤولية المستشفى تؤسس على الخطأ البسيط، والتي تتعلق اغلبها بالأخطاء المتعلقة بالحقن او سوء تنظيم وتسيير المرفق مثل استقبال المرضى او انعدام الرقابة الطبية او سوء استعمال او خلل في الأجهزة الطبية [٢] .

وعلى أية حال فان هذه المعايير لتمييز الأعمال الطبية عن الأعمال العلاجية كانت عرضة للانتقاد ولا يمكن الركون إليها ولا تعد المرجع الوحيد الذي تحدد عن طريقه الأعمال الطبية والعلاجية، في حين يحافظ القضاء على سلطته التقديرية وفقا للظروف المحيطة بكل عمل أو ممارسة على حدة [٣] ، فكثيراً من الأعمال العلاجية يترتب عليها خطأ جسيم ينجم عنه أضرار وخيمة، مثل تهاون الممرض في إسعاف واستقبال المريض الأمر الذي يؤدي إلى مضاعفات قد تصل إلى الموت، وهذا يتفق مع موقف المحاكم الإدارية في فرنسا التي لم تر تفرقة في مسؤولية المستشفى فيما إذا كان خطأ الطبيب فنيا او غير فني، فمجلس الدولة الفرنسي قرر ان مسؤولية المستشفى تنشأ عن أي خطأ من المشرفين على إدارتها، علاجيا كان او طبيا [٤] ، فضلا عن عدم وجود تعريف واضح وصريح من قبل التشريعات عن ماهية العمل الطبي وتحديد نطاقه او المعيار الذي تقوم عليه، كما يبدو أنَّ الأعمال التي يقوم بها المستشفى بمناسبة عقد الاستشفاء الطبي بإشراف من الأطباء المختصين وذوي المهن الصحية وينصب في مصلحة المريض لتحقيق الشفاء أو العلاج وتخفيف المرض تعد أعمالاً طبية، تصدر عن طبيب وفقاً للأصول العلمية في مجال الطب أو مهني مختص وتحت إشراف وتعليمات الأطباء، وان الأثر في التفرقة بين الأعمال الطبية والأعمال العلاجية غير مجدي ضمن نطاق مسؤولية المستشفى التي هي احد أطراف عقد الاستشفاء الطبي، فهو المسؤول الأول، ولا يُتصور أن يتلقى المريض الراقد في المستشفى أي نشاط أو إجراء دون ان يكون ملائما لوضعه الصحي، وهو بلا شك يجب ان يتم باستشارة الطبيب المختص وتطبيقا لتعليماته بهذا الخصوص، إذ ان ابسط الأمور التي قد لا تصدر عن طبيب أو مهني طبي يكون لها تأثير كبير وسيء في صحة المريض ويقودها الى التدهور فلا تتحقق الغاية من عقد الاستشفاء الطبي ، لذلك فإن الأعمال التي تكون محلا لعقد الاستشفاء الطبي هي أعمال طبية سواء أكانت فنية ام غير فنية ما دامت تنفذ تحت إشراف طبي ووفقاً للسياق العلمي والفني في

---

(١) عميري فريدة ، مصدر سابق ، ص ١٥
(٢) سلامي عمور ، مصدر سابق ، ص ١٤٠.
(٣) عميري فريدة ، مصدر سابق ، ص ١٦.
(٤) أشار الى ذلك: د. سمير عبد السميع الاودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعديهم ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤، ص ٢٣٢.

عالم الطب، والتي تتطابق مع المعايير الطبية لكل حالة على حدة، ولا فرق بينها من ناحية مسؤولية المستشفى [1] .

الفرع الثالث

صور الأعمال الطبية

لا شكَّ أنَّ بيان صور الأعمال الطبية على سبيل الحصر أمر يخالف المنطق والواقع العملي؛ ذلك أن للعمل الطبي أنواعاً وصوراً متعددة، فضلاً عن التطور المستمر والثورة العلمية في عالم الطب والتكنولوجيا الحديثة والتي استحدثت معها طرائق وأساليب متنوعة وجديدة في العلاج والتشخيص، ومن هذا المنطلق سيكون تقسيم صور الأعمال الطبية عن طريق الوسيلة المتّبعة في العِلاج، ومن أجل ذلك سنقسّم الأعمال الطبية على نوعين: الأعمال الطبيّة التقليدية، والأعمال الطبية الحديثة، وكالآتي:

أولاً- الأعمال الطبيّة التقليديّة:

وهي الأعمال الطبية التي لا تثير صعوبات كبيرة من جهة الوسائل المستخدمة فيها [2]، إذ يتّبع الطبيب فيها مراحل العمل الطبّي المختلفة، منذ بداية فحصة للمريض إلى حين تشخيص حالته بحسب ما تُظهره نتائج الفحوصات والتحاليل الطبية [3] ، وعندها يقوم الطبيب ببيان الوسائل المناسبة للعلاج، وذلك عن طريق ما يدوّنه في التذكرة الطبية، ولغرض منع ظهور أيّة مضاعفات خلال مدّة العلاج أو المدّة التي تلي الجراحة، يقوم الطبيب بمراقبة المريض إلى أن يكتسب الشفاء، وذلك عن طريق تردّد المريض على الطبيب في عيادته الخاصّة أو المستشفى [4] ، وفي هذا النوع من الأعمال الطبية يستخدم الطبيب على الأغلب الوسائل المتعارف عليها لدى أرباب مهنة الطب

---

(1) في حادثة حرق تعرض لها شاب وكانت حروقه من الدرجة الثالثة والحالة حرجة، مما دعا إلى رقوده في المستشفى وتحت العناية، ومن المعروف أن الحروق تحتاج إلى بيئة خاصة من درجة الحرارة كي لا يتلوث الحرق ويتسبب في تسمم بالدم للمريض، إلا أن المريض قد توفى ليس بسبب الحروق التي طالته وإنما بسبب الاختناق جراء قيام عمال الصيانة في الردهة التي يرقد فيها وتشغيلهم لجهاز التكييف خطأ، الأمر الذي أدى إلى وفاته، وهذه الحالة تدل على أن توفير بيئة خاصة لمثل هذه الحالات إنما يقررها وتصدر عن طبيب مختص بالحالة وفقاً للأصول العلمية المعروفة في عالم الطب، ولذلك فان خطأ الصيانة يعد من الأخطاء الجسيمة التي يسأل عنها المستشفى على الرغم من أن أعمال الصيانة بحد ذاتها هي أعمال خارجة عن مهنة الطب.

(2) د. عبد المنعم محمد داود، المسؤولية القانونية للطبيب، مكتبة نشر الثقافة، الإسكندرية، مصر، ١٩٨٨، ص٦٠.

(3) د. وجيه محمد الخيال، المسؤولية الجنائية للطبيب في القانون السعودي، ط١، مكتبة هوزان، الرياض، السعودية، ١٩٩٦، ص٩١

(4) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص٧٢.

كالعقاقير والأدوية وإرشاد المرضى نحو اتّباع نظام غذائي معيّن، فضلاً عن الجراحة العاديّة التي تُستخدم فيها معدّات وآلات جراحية متعارَف عليها [١] .

كما إنَّ هذا النوع من الأعمال الطبية يمارسهُ الأطباء كافة ممن يتوافر لديهم قدر لا بأس به من الكفاءة، كما إنَّ الأعمال الطبية التقليدية أضحت أعمال لا يُتخوَّفْ منها، إذ إنَّ نتائجها تكاد تكون مضمونة[٢] .

ثانياً- الأعمال الطبية الحديثة:

مع تطور الطب وتطور الأساليب العلاجية للأمراض القديمة والمستحدثة، بدأ الأطباء يعنون اهتماما اكبر بالأعمال الطبية الفنية التي تهتم بحالة المريض النفسية، لمعرفة ما إذا كان المريض قد أصيب بأمراض نفسية ناجمة عن حالته المرضية العضوية، أم بسبب حالات مرضية أخرى، وقد بدأ الطب الحديث يولي نفسيّة المريض اهتماماً ملحوظاً، فحَقَّقَ في هذا المجال تقدّماً باهراً، ومن ذلك ظهور عمليات التجميل على اختلاف أنواعها، فضلاً عن عمليات تحويل الجنس وغيرها[٣]، وما زالت بحوث العلماء المتخصصين جارية ومستمرة لإيجاد وسائل علاجيّة ذات أثر أكبر في علاج الأمراض؛ بغية التخلّص منها بصورة نهائيّة، وذلك عن طريق استخدام الهندسة الوراثيّة[٤] .

كما إنَّ التطور الكبير والمستمر في العلوم بصورة عامة وعلم الطب والأمراض بصورة خاصة ساعد في تقديم خدمات كبيرة وجليلة لعلماءِ الطبّ، مما ساعد على التقدّم الكبير والملحوظ في مجال صناعة الأجهزة الطبيّة[٥] ، الأمر الذي قادهم إلى اكتشاف أنواع كثيرة ومتعدّدة من الأمراض التي لم تكنْ معروفةً منْ قبل مثل الأمراض السرطانية المختلفة، والفشل الكلوي، وتلف الكبد، والإيدز... وغيرها، إذ إنَّ الأمراض في عصرنا الحديث لا تقف عند حدٍّ معيّن[٦] .

وتمتاز الأعمال الطبيّة الفنّية الحديثة عن الأعمال الطبية التقليدية بأنّها تعتمد بشكل أكبر على الأجهزة الطبية الفنّية الحديثة، فهي تمتاز بوجود وسائل جديدة وبأساليب حديثة لعلاج الأمراض والعلل، منها على سبيل المثال عمليات ترقيع الجسم باستخدام أجزاء من جسم المريض

---

(١) د. شعلان سليمان محمد، نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية، ٢٠٠٢، ص١٠٧.
(٢) بسّام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، دار الإيمان، دمشق، سوريا، ١٩٨٤، ص١٩٨.
(٣) صفوان محمد شديفات، مصدر سابق، ص٩٢.
(٤) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٨، ص٢٧.
(٥) د. محمد بشير شريم، الأخطاء الطبية بين الالتزام والمسؤولية، جمعية عمال المطابع، الأردن، ٢٠٠٠، ص١٣٩.
(٦) د. أسامة عبد الله قايد، مصدر سابق، ص١٢٣.

نفسه، أو جزء من شخص آخر يكون حيّاً كعمليات نقل الكبد، أو من شخص ميّت كعمليات نقل القلب، فضلاً عن محاولات العلاج بأنظمة جديدة مختلفة عن التي سبقتها والتي لم تُثبت نجاعتها، مثل علاج تلك الأمراض المتعلقة بإنجاب الأطفال، كعمليات التلقيح الاصطناعي[١].

ونظراً لدقة هذا النوع من الأعمال الطبية الفنية الحديثة، وصعوبة القيام بها وخطورة آثارها، فليْس كل من يحمل ترخيصاً بمزاولة مهنة الطب يمكن له ممارستها، إذ يلزم فضلا عن الشروط العامّة الواجب توافّرها فيمن يمتهنْ مهنة الطب، توافّر شروط أخرى ومن أهمها: التخصّص، وكذلك المهارة المميّزة، وهما أمران لا يتوافران لدى الكثير من الأطباء، فعلى سبيل المثال مسألة العلاج بواسطة الإشعاعات، فمع التقدّم العلمي المضطرد أصبح علاج الكثير من الأمراض الخطيرة بواسطة الإشعاعات وبأنواعها المختلفة، وهذا الأمر يجب أن يقوم به طبيب متخصص بالعلاج بهذه الإشعاعات؛ وذلك لِما تسبّبه من مخاطر إذا لم تُستخدم بالشكل الصحيح والآمن[٢] .

المطلب الثالث

السبب في عقد الاستشفاء الطبي

إنَّ السبب في كل التزام إرادي (سواء أكان ناشئا عن عقد أم عن إرادة منفردة) وثيق الصلة بالإرادة، فلا يتصور أن تتحرك الإرادة من دون سبب، وقد تطلب القانون إلى جانب ركني الرضا والمحل وجود السبب، فهو ركن جوهري لا ينعقد العقد من دونه، ونظرية السبب هي إحدى النظريات التي أثارت جدلا فقهياً، واختلفت الآراء في شأنها، ولأجل الإحاطة بالركن الثالث من أركان عقد الاستشفاء وهو السبب سنقوم بتعريفه وطرح موجز للنظريات التي قيلت فيه وذلك في الفرع الأول، أما الفرع الثاني سنبحث فيه شروط السبب.

الفرع الأول

تعريف السبب وأهم النظريات التي قيلت فيه

سنبين في هذا الفرع المقصود من السبب أولاً، والنظريات التي قيلت بشأنه ثانياً:

---

(١) د. شعلان سليمان محمد، مصدر سابق، ص١٠٨.
(٢) صفوان محمد شديفات، مصدر سابق، ص٩٣.

أولاً- تعريف السبب:

إن السبب كركن من أركان العقد يقصد به الغرض الذي يقصد المتعاقدان تحقيقه ، وهذا الغرض هو المحرك لإرادة العاقد[١] ، وان عملية التعاقد تخفي وراءها سببين أحدهما مباشر والآخر غير مباشر، فالسبب المباشر هو سبب موضوعي ومجرد لا يختلف بالنسبة للعقد الواحد من متعاقد لآخر، أما السبب غير المباشر فهو سبب ذاتي(نفسي) يختلف في العقد الواحد من متعاقد لآخر، فالسبب الأول يعرف بسبب الالتزام أما الثاني فيعرف بسبب العقد[٢] .

فالسبب المباشر المراد به هو الغرض المباشر المجرد الذي يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه، ففي عقد البيع سبب التزام البائع بتسليم المبيع ونقل الملكية هو التزام المشتري بدفع الثمن له، ويسمى بالسبب القصدي[٣] ، أو السبب الفني[٤] ، وكذا في عقد الاستشفاء فان سبب التزام المستشفى الخاص بتقديم غرفة للمريض والمباشرة بالإجراءات الطبية وتقديم الخدمات والرعاية الصحية هو التزام المريض بدفع المقابل المالي المتفق عليه، فهذا السبب هو سبب موضوعي ولا يختلف من مريض إلى آخر.

أما السبب غير المباشر فهو الغرض الشخصي البعيد والباعث الدافع الذي دفع المتعاقد للتعاقد، فالباعث الدافع متغير بالنسبة لكل عقد وبالنسبة لكل متعاقد، وهو نفسي يتعلق بنوايا الملتزم ويبحث عنه في نفس كل متعاقد، وهو شخصي ؛لأنه يختلف من شخص إلى آخر، ولا يعرف من بنود العقد[٥] ، ففي عقد الاستشفاء قد يكون الباعث للمريض من تلقي العلاج هو لغرض الإنجاب أو إجراء عملية جراحية في ركبة اللاعب المصاب بهدف المشاركة في الدوري وهكذا، فإن هذا الدافع او ذاك يعد سببا شخصيا يختلف من مريض لآخر.

وعلى ضوء ما تقدم، لنا أن نتساءل أي من هذين السببين يعتد به في العقد ويعد ركناً فيه؟ هل هو الاعتداد بالسبب القريب المباشر(السبب القصدي)، إذ أنه عنصر منضبط باعتباره عنصراً داخلاً في العقد، موضوعياً غير متغير، وهذا ما ذهبت إليه النظرية التقليدية في السبب، أم إقامة

---

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٤، ص٢١٣.

(٢) د. احمد عبد الدائم ، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام ،ج١، مصادر الالتزام، منشورات جامعة حلب، ٢٠٠٣، ص١٢٢.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام ، ج١، مصدر سابق، ص١٠١.

(٤) يطلق بعض الفقهاء على هذا السبب تسمية السبب الفني أي انه عنصر لازم في العقد لا يمكن له أن يقوم بدونه، انظر: د. احمد عبد الدائم، مصدر سابق، ص١٢١.

(٥) د. خالد جمال احمد حسن، مصدر سابق، ص٨٦.

اعتبار للباعث الدافع؟، وهو الاتجاه الذي ذهب إليه أنصار النظرية الحديثة على اثر ما تعرضت له النظرية الأولى للنقد، من ذلك سنحاول بيان نظريات السبب التي تناولها الفقه.

ثانياً- النظريات التي قيلت في ركن السبب:

يندرج السبب وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني على وفق نظريتين: النظرية التقليدية والنظرية الحديثة، وسوف نتطرق بإيجاز الى مضمون كلا النظريتين وموقف المشرع العراقي منها.

١- النظرية التقليدية: ترى النظرية التقليدية أن السبب كركن من أركان العقد هو الغرض القريب المباشر، أو السبب القصدي الذي يسعى المتعاقد إلى تحقيقه من وراء الالتزام، والسبب بهذا المفهوم نجده عنصراً داخلياً في العقد ذاته، وهو عنصر موضوعي لا تؤثر فيه نوايا العاقد، كما انه عنصر غير متغير، إذ أنه واحد في كل نوع واحد من العقود، ففي العقود الملزمة للجانبين، ترى النظرية التقليدية في التزام كل متعاقد سبباً لالتزام المتعاقد الآخر[١]، ففي عقد الاستشفاء يعد سبب التزام المستشفى الخاص بتوفير الإقامة فيه وإجراء التدخلات الطبية كافة، وتقديم العلاجات اللازمة للمريض، هو التزام الأخير بالتعليمات ودفع المقابل المالي، ويعد سبب التزام المريض بالتعليمات ودفع المقابل المالي هو التزام المستشفى الخاص بتوفير الاقامة فيه وإجراء كافة التدخلات الطبية وتقديم العلاجات اللازمة للمريض.

إلا أنَّ هذه النظرية اعتراها قصور شديد، وتعرضت لانتقادات عنيفة، وذلك لإهمالها التام والكامل للبواعث وعدم أخذها في الاعتبار لتقدير صحة أو بطلان العقود، إذ وجدت طوائف من العقود يتوافر فيها السبب وفقا للنظرية التقليدية، وهي بذلك تعد صحيحة في الوقت الذي تضر فيه هذه العقود بالمجتمع ضرراً بالغاً وذلك لعدم مشروعية البواعث إليها، ما ترتب عليه عجز النظرية التقليدية للسبب من تحقيق الحماية الاجتماعية من مثل هذه العقود[٢]، فكيف السبيل إلى تقرير بطلان عقد الاستشفاء لو كان المستشفى الذي يجري فيه عملية لاستئصال الكلى من احد المرضى على سبيل التبرع، ليمنحها إلى مريض آخر، ويظهر انها تعمل في تجارة الأعضاء؟، فما دمنا نقتصر في السبب على الغرض القريب المباشر، وهو السبب المتحقق في كلا الالتزامين، ومحل كل منهما

---

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق، ص٢٢١.

(٢) لاقت النظرية التقليدية نقدا شديدا من بعض الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه بلانيول، للمزيد انظر د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني العراقي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء، ج١،ط١، مكتبة العامل في أربيل، العراق، ٢٠٠٦ ، ص١٧١. د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام، ج١، مصدر سابق، ص١٠٤؛ د. أحمد عبد الدائم، مصدر سابق، ص١٢٦.

مشروع في ذاته، فيكون العقد صحيحاً ما دمنا لا نمد البصر إلى وراء الغرض القريب المباشر، ومن هنا بدأت في الظهور النظرية الحديثة للسبب التي اخذ بها القضاء.

٢- النظرية الحديثة: يذهب رجال الفقه والقضاء الى تبني النظرية الحديثة في السبب، فقد اخذوا بفكرة الباعث الرئيس الدافع للتعاقد كسبب للعقد، لان البواعث الإرادية كثيرة ومتنوعة، وان هذا الباعث يكون متغيراً بالنسبة لكل عقد، وبالنسبة لكل متعاقد، وهو أمرٌ شخصي يتعلق بنوايا الملتزم[١].

وتقوم هذه النظرية التي صاغها القضاء على أساس الأخذ بفكرة الباعث الدافع إلى التعاقد كسبب في العقد، فأخذ يبحث في التصرفات عن الباعث الرئيس الدافع إلى إبرام التصرف واشترط أن يكون هذا الباعث مشروعاً وإلا كان التصرف باطلاً، ولما كان الباعث أمراً شخصياً خارجاً عن نطاق العقد ومتغيراً من شخص لآخر كان لا بد من ضابط في هذا الشأن يضمن استقرار التعامل، بحيث لا يصبح في وسع أي متعاقد أن يتحلل من التزاماته بدعوى أن الباعث له على التصرف غير مشروع في الوقت الذي يكون فيه المتعاقد الآخر على جهل تام بهذا الباعث ، وذلك بأن يكون الطرف الآخر الذي لم يقم لديه الباعث غير المشروع على اتصال بهذا الباعث أي كان يعلم به أو من السهل عليه أن يتبيّنهُ[٢].

وعن موقف المشرع العراقي، فإن الرأي الراجح يذهب إلى انه أخذ بالنظريتين معاً[٣]، وهذا يفهم من نص المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي، والتي نصت على: ((١- يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقدون دون سبب أو لسبب ممنوع قانونا ومخالف للنظام العام أو للآداب. ٢- ويفترض في كل التزام أنَّ له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك. ٣- أما إذا ذكر سبب في العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك))[٤].

---

(١) د. سعيد سعد عبد السلام، مصدر سابق، ص١٤٥.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، مصادر الالتزام، ج١، مصدر سابق، ص٤٥١ وما بعدها. د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام، ج١، مصدر سابق، ص١٠٤. د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص٢٦٣. د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص١٩٨. د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص٢٢٢.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام، ج١، مصدرسابق، ص ١٠٥.
وتجب الإشارة إلى أنَّ الغموض في الصياغة سبب الحيرة والتردد للقضاء العراقي في الأخذ بالنظرية التقليدية أو النظرية الحديثة، مما عرض موقف المشرع العراقي هذا إلى انتقادات الفقه المدني في العراق، للمزيد انظر في هذه الانتقادات رأي الدكتور حسن ذنون، النظرية العامة للالتزامات، ص١٢٤، الدكتور عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، ص٢٥٣ أشار إليهما الدكتور منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني العراقي،ج١، مصدر سابق، هامش صفحة ١٧٢.

(٤) تقابلها في القانون المدني المصري المادة (١٣٦)، والمواد (١١٣١-١١٣٣) من القانون المدني الفرنسي.

يتضح من النص المذكور آنفاً أن المشرع العراقي قد تبنى النظرية الحديثة في السبب، التي تقوم على وجوب مشروعيه الباعث الدافع إلى التعاقد، فعبارة السبب الممنوع قانونا أو المخالف للنظام العام إنما تنصرف إلى معنى السبب كما طرحته النظرية الحديثة، غير أنه عاد من خلال النص نفسه في الفقرة الثالثة لينص على أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، ومعلوم أن السبب الباعث وفق النظرية الحديثة لا يذكر في العقد عادة، فهو أمر كامن في النفس، أما الذي يذكر في العقد فهو سبب الالتزام وفق معنى النظرية التقليدية لذلك يكون المشرع قد اخذ بالنظرية التقليدية أيضا ، وذلك في اشتراطه وجود سبب للالتزام .

الفرع الثاني

شروط السبب

يجب توافر شروط معينة لركن السبب، وفي حال تخلف احد الشروط يتخلف ركن السبب[1]، وكما تبين لنا ان هناك نظريتين في السبب، وهما النظرية التقليدية والنظرية الحديثة، لذا يجدر بنا ان نشير الى شروط تحقق السبب لكلا النظريتين وعلى النحو الآتي:

أولاً- شروط السبب في النظرية التقليدية:

اشترطت النظرية التقليدية للسبب ثلاثة شروط، وهي أن يكون موجوداً، وأن يكون صحيحاً، وأن يكون مشروعا[2]، فيلجأ المريض الى المستشفى الخاص وهو يأمل الحصول على علاج يخفف آلامه والشفاء من المرض الذي يعاني منه ، فالسبب هنا موجود وهو رغبة المريض في تلقي العلاج أملاً في التماثل للشفاء، وسبب تقديم العلاج والعناية للمريض من المستشفى هو حصوله على المقابل المالي من المريض وهذا السبب القصدي يذكر عادة عند ابرام عقد الاستشفاء، كما يشترط لصحة العقد ان يكون السبب صحيحاً، اي لا يكون السبب موهوما او صورياً، فإذا تبين ان هذا السبب هو سبب موهوم او صوري فإن العقد يبطل لعدم صحة السبب، واذا ذكر السبب في العقد فانه يفترض ان يكون السبب الحقيقي، واذا تبين ان السبب الحقيقي موجود ولكنه غير مشروع فإن العقد يبطل لعدم مشروعية السبب [3].

---

(١) د. محمد طه البشير وآخرون، النظرية العامة للتعاقد، ط١، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٦، ص١٤٠ وما بعدها .

(٢) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني العراقي،ج١، مصدر سابق، ص١٧١.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، ج١، مصدر سابق ، ص١٠٣.

ثانيا: شروط السبب في النظرية الحديثة، ان شروط السبب في هذه النظرية هو شرط واحد وهو المشروعية فان كان غير مشروع لمخالفته قواعد النظام العام او الآداب بطل الالتزام العقدي ولهذا يمكن الاستغناء عن مسألة وجود السبب وعن شرط السبب الصحيح، والاكتفاء بالباعث الدافع الرئيس المشروع لإنشاء العقد[١] .

ولنا ان نسوق مثالا على عدم مشروعية السبب المتصور في عقد الاستشفاء الطبي، وهو القتل بدافع الشفقة او ما يسمى بالموت الرحيم ، ويقصد به التعجيل بإحداث الوفاة للمرضى المصابين بأمراض مستعصية لا يؤمل شفائهم ، فهم يعانون آلاما مبرحة لا تطاق ولا ينفع معها العلاج، أو الميئوس من شفائهم[٢] .

وللقتل بدافع الشفقة او القتل الرحيم صورتان، الصورة الأولى هي القتل الرحيم الايجابي وهو كل فعل يسبب موت المريض الميئوس من حالته لإنهاء عذابه وذلك بإعطائه الأدوية والمهدئات بجرعات تصل إلى حد الموت، والصورة الثانية هي القتل الرحيم السلبي، وهو حالة ترك المريض والامتناع عن تقديم وسائل الرعاية والعلاج له وصولا للموت[٣] .

ونجد في هذا الموضوع أن علماء الفقه الإسلامي قد حرموا قتل الشفقة، لأنّ هذا الأخير مخالف لما نصت عليه الشريعة الإسلامية، وهذا مصداقا لقوله تعالى في كتابه الكريم: **((وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ))** [٤] ، وقوله تعالى: **((وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا))** [٥] ، كما نهى الإسلام عن اليأس من رحمة الله، وذلك بقوله تعالى: **((يَا بَنِيَّ اذْهَبُوا فَتَحَسَّسُوا مِن يُوسُفَ وَأَخِيهِ وَلَا تَيْأَسُوا مِن رَّوْحِ اللَّهِ ۖ إِنَّهُ لَا يَيْأَسُ مِن رَّوْحِ اللَّهِ إِلَّا الْقَوْمُ الْكَافِرُونَ))** [٦] ، وفي الحديث الشريف عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ رضي الله تعالى عنه قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ(ص): ((**لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وأَنِّي رَسُولُ اللَّهِ، إِلَّا بِإِحْدَى ثَلَاثٍ: الثَّيِّب الزَّانِي، والنَّفْس بِالنَّفْسِ، والتَّارِك لِدِينِهِ الْمُفَارِق لِلْجَمَاعَةِ**)) [٧] .

---

(١) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني العراقي، ج١، مصدر سابق، ص١٧١.
(٢) منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، ط١، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، ص٩٧.
(٣) سيد عتيق، القتل بدافع الشفقة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٢٠.
(٤) سورة الإسراء، الآية (٣٣).
(٥) سورة النساء، الآية (٩٣).
(٦) سورة يوسف، الآية (٨٧).
(٧) عبد الحسين أحمد الأميني، الغدير في الكتاب والسُنّة والأدب، دار الكتب الإسلامية، ج١، طهران، ١٩٥٢، ص٣٣٣.عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، المصنّف في الأحاديث والآثار، دار التاج، ج٨، ط١، بيروت، ١٩٨٩، ص٤٢٧.

وهذا يدل على مدى تكريم الشريعة الإسلامية للنفس وصيانة الروح البشرية، وإنَّ القتل وإزهاق الروح عمل محرم أياً كانت صورته إنْ لم يكن جزاءً عن قصاص أو ردة، فالقتل بدافع الشفقة أو الرحمة لا تقرّهُ الشريعة الإسلامية، كما إنه مخالف للنظام العام والآداب.

وعلى الرغم من ذلك فإنَّ موقف القوانين الوضعية قديما تباينت بين مؤيد ومعارض، ففي اليونان أُبيح قتل المشوَّهين محافظةً على الجنس[١] ، أما في السنوات الأخيرة فقد أثارت قضية القتل الرحيم جدلاً واسعاً في العالم بين تجريمه وتشريعه، فهناك من يراه أنه مساعدة على الانتحار وهناك من يراه حرية فردية، وانطلقت العديد من المبادرات لإلغاء عقوبة القتل الرحيم في العالم[٢] .

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي، فإنه منع القتل الرحيم وذلك بموجب المادة (٣٨) من المرسوم المتعلق بالأخلاقيات الطبية الفرنسية لسنة ١٩٩٥[٣] ، التي لا تسمح للطبيب بالتسبب في الموت عمداً مهما كانت الظروف، ورفض أي طلب بخصوص ذلك، سواء أكان من المريض أم من ذويه.

وعن موقف التشريعات العربية من القتل الرحيم، فإنَّ معظم القوانين العربية تعدّهُ جريمة يعاقب عليها بعقوبة القتل العمد [٤] ، ويُسأل فيها الطبيب جنائياً على أساس القتل العمد حتى ولو كان هذا القتل جاء بناءً على رضا المريض وطلبه[٥] ، ومنها المشرع

---

(١) سعدي بلقاسم، مصدر سابق، ص٣٩.

(٢) من الدول التي عدّت القتل الرحيم قانونياً هولندا، إذ تُعد أول دولة أجازت القتل بدافع الشفقة، فقد تضمّن قانونها العقابي الصادر عام ١٩٨١ نصا يتعلق بالقتل بناءً على طلب، واشترط القانون الهولندي أن يكون الطلب بالقتل صريحا وجاداً، إذ يعد القتل الرحيم مشروعا بموجب شروط معينة، فيجب أن يكون المريض في مراحل المرض النهائية ويعانى من آلام لا تطاق، فضلاص عن قيامه بطلب القتل الرحيم عدة مرات واستشارة أكثر من طبيب. وكذلك بالنسبة لبلجيكا والتي تعد أول بلد يقتل قاصراً بطريقة رحيمة، إذ تتم الموافقة على القتل الرحيم للأطفال دون سن (١٢) عاماً في حالات المرض العضال. وكذلك بالنسبة لدولتَيْ لوكسمبورج وكولومبيا، وكذلك كندا التي أطلقت على القتل الرحيم اسم (المساعدة الطبية للموت)، وأيضاً نيوزلندا واسبانيا. مقال منشور في جريدة اليوم السابع المصرية للكاتبة: فاطمة شوقي في ١٠/يوليو/٢٠٢١ على الموقع الالكتروني:
https://www.youm7.com/amp/2021/7/10/7

(٣) ARTICLE R.4127-38: Le médecin doit accompagner le mourant jusqu'à ses derniers moments, assurer par des soins et mesures appropriés la qualité d'une vie qui prend fin, sauvegarder la dignité du malade et réconforter son entourage. Il n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort.

(٤) هناك بعض الدول العربية مثل سوريا ولبنان أخذت بفكرة تخفيف العقوبة في حالة القتل الرحيم بناء على رضا المجنى عليه، اذ لا يعقل بمنظورها مساواة القاتل انتقاما مثلا والقاتل بدافع الشفقة، وأعطت للقاضي سلطة تقديرية، أنظر: المادة (٥٣٨) من قانون العقوبات السوري ، والمادة (٥٥٢) من قانون العقوبات اللبناني .

(٥) أكد الميثاق الإسلامي العالمي على حرمة موافقة الطبيب المريض أو ذويه لوضع نهاية لحياة المريض وما يسمى في الدول الغربية بموت الرحمة ، ويعد هذا الإجراء جناية قتل حتى لو تم بموافقة المريض أو ذويه وذلك لأن مثل هذا العمل منافياً لطبيعة عمل وأهداف وواجبات الطبيب نحو مريضه، فضلاً عن احتمال الخطأ بالتشخيص وملاحقة الطبيب من ورثته قانونيا، وأكد في المادة (٦٢) :((لحياة الإنسان حُرمتها، ولا يجوز إهدارها إلا في المواطن التي حدَّدها الشرع والقانون، وهذه جميعاً خارج نطاق المهنة الطبية تماماً، ولا يجوز

المصري[1] ، أمّا المشرع العراقي فلم نجد نصاً صريحاً بتجريم القتل بدافع الشفقة، وبذلك فانه يدرج ضمن سياق المادة (٤٠٥) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ النافذ، والتي تعاقب كل من قتل شخصا آخر عمدا يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت حسب الحالة [2] .

=للطبيب أن يساهم في إنهاء حياة المريض ولو بدافع الشفقة، ولاسيَّما في الحالات الآتية مما يُعرف بقتل الرحمة: أ) القتل العَمْد لمن يطلب إنهاء حياته بملء إرادته ورغبته. (ب) الانتحار بمساعدة الطبيب. (ج) القتل العَمْد للولدان.

([1]) نصت المادة (٣٦) من قانون أخلاقيات مهنة الطب المصري على: ((يحظر على الطبيب إهدار الحياة بدعوى الشفقة أو الرحمة))، كذلك موقف المشرع الأردني، إلا أنه جاء باستثناء واحد وهو حالة الموت دماغياً، وذلك من خلال نص المادة (٣) من الدستور الطبي الأردني التي نصت على أنه: ((لا يجوز إنهاء حياة مريض غير قابل للشفاء ومهما رافق ذلك من آلام سواء بتدخل مباشر أو غير مباشر ماعدا موت الدماغ فيكون حسب الشروط العلمية المعتمدة من النقابة)).

([2]) نصت المادة (٤٠٥) من قانون العقوبات العراقي النافذ على: ((من قتل نفسا عمداً يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت)).

الباب الثاني

أحكام عقد الاستشفاء الطبي

الباب الثاني

أحكام عقد الاستشفاء الطبي

تمهيد وتقسيم:

يترتب على إبرام التصرفات القانونية أحكام تقع على عاتق الأطراف يجب التقيد بها وتنفيذها والا أثيرت المسؤولية المدنية جراء الإخلال بها، وفي مجال العلاج في المستشفيات تتزايد التعقيدات الطبية الناشئة عن كثرة الأشخاص المتدخلة في العلاج في اطار تنفيذ عقد الاستشفاء الطبي، فضلا عن تطور أساليب العلاج واستخدام الأجهزة الطبية الحديثة للفحص وكشف الأمراض، الأمر الذي يظهر تداخلاً ما بين الالتزام ببذل عناية او التزام بتحقيق غاية، بل ان حدود التزامات المستشفى الخاص ومسؤوليتها تختلف في حال كان الطبيب متعاقدا معها بعقد عمل وتابع لإدارتها وإشرافها، ام ان التزاماته تتحدد بمقدار معين كونه غير تابع للمستشفى ومكلف بإجراء عملية جراحية فيها او تداخل معين فقط .

وبطبيعة الحال فإن مجموعة من الالتزامات تقع على عاتق الطرفين تتولد او تنشأ بصدد تنفيذ عقد الاستشفاء الطبي، وكل التزام يقع على احد الأطراف هو حق يتقرر للطرف الآخر، والعكس صحيح.

ولعل اهم ما يميز المسؤولية الطبية بصورة عامة هي الخطأ الطبي، فخطأ الملاك الطبي الذي يكلف بعلاج المريض ليس كخطأ الشخص العادي لما ينطوي عليه من طبيعة فنية وتعقيد علمي ودقة معينة ، ومن هنا تثور عدة أسئلة حول أساس مسؤولية الإدارة عن الخطأ الذي يصدر من تابعيها والذي أصاب المريض بضرر، فإذا كان الالتزام بإصلاح الضرر الذي لحق بالمريض المتضرر حقا معترفا به لمصلحته، فإن ذلك يتبعه قيام المسؤولية المدنية والتي ينجر عنها الحكم بالتعويض على قدر الضرر الذي حصل من جراء الأعمال الطبية التي يقوم بها الطبيب ، أو أحده مساعديه، أو الإدارية التي تمارس بمناسبة تنفيذ عقد الاستشفاء الطبي.

ولأجل الإحاطة بما يترتب على إبرام عقد الاستشفاء الطبي من آثار تتمثل بالالتزامات الناشئة عنه، فضلاً عن بحث أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بعقد الاستشفاء ودعوى المسؤولية وصولا إلى إقرار تعويض عادل للمتضرر سنقسم هذا الباب على فصلين:

الفصل الأول: الالتزامات الناشئة عن عقد الاستشفاء الطبي.

الفصل الثاني: المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بعقد الاستشفاء الطبي.

الفصل الأول

الالتزامات الناشئة عن عقد الاستشفاء الطبي

تنشأ عن عقد الاستشفاء الطبي جملة من الالتزامات، منها ما يتفق عليه طرفي عقد الاستشفاء الطبي في صلب العقد، ومنها ما ينشأ عنه ضمناً- وإن لم يتفق عليه طرفا العقد صراحةً - وذلك إما بحكم تحميل المشرع أحد طرفي العقد ببعض الالتزامات بمناسبة عقد الاستشفاء الطبي، أو نتيجة لما تقتضيه طبيعة العقد وفقاً لما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود القاضي بعدم الاقتصار على إلزام المتعاقد بما اتفق عليه صراحةً في العقد وإنما إلزامه أيضاً بما يعد من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة وتحقيق مصلحة المتعاقدين المشروعة.

وإنَّ طبيعة عقد الاستشفاء الطبي ولما يتمتع به من خصوصية ومساس مباشر بحياة الأشخاص، تقتضي إلزام المتعاقد بكل ما من شأنه تنفيذ العقد بالشكل المنسجم مع غايته المنشودة (العلاج أو تحسين حالة المريض الصحية) من قبل طرفيه وبالصورة الملائمة لمصلحة الطرفين، ولا تخالف المبادئ العامة لإبرام العقد وتنفيذه، وهذه الالتزامات المتولدة عن عقد الاستشفاء الطبي ليست على درجة واحدة، فهناك التزام بتحقيق نتيجة معينة، وهناك التزام ببذل عناية، فإذا كان تحقق النتيجة يتوقف على ظروف لا سلطان للمدين عليها فهو التزام ببذل عناية، على اعتبار إن الالتزام ببذل عناية هو اتخاذ إجراءات معينة تكون الغاية منها تحقيق نتيجة معينة.

أما إذا كان تحقق النتيجة متوقفاً على ظروف داخلة ضمن سلطان إرادة المدين، فالتزامه في هذا الاطار هو التزام بتحقيق نتيجة ، وذلك على اعتبار إن إرادتي طرفي العقد تتجه إلى أن تكون النتيجة هي محل الالتزام وليس بذل العناية، أو يكون هذا الالتزام مقررا بنص القانون، أو إن يكون داخل ضمن الأعمال الفنية التي يقوم بها الأطباء والاختصاصيون في مباشرتهم لإجراءات الفحص والعلاج .

ولتفصيل اكثر حول التزامات طرفي عقد الاستشفاء الطبي سنوزع الدراسة في هذا الفصل على مبحثين:

المبحث الأول: التزامات المريض في عقد الاستشفاء الطبي.

المبحث الثاني: التزامات المستشفى الخاص.

المبحث الأول

التزامات المريض في عقد الاستشفاء الطبي

بما أنَّ عقد الاستشفاء الطبي هو عقد ملزم للجانبين، فإن ذلك ينشأ عنه التزامات تقع على المريض كونه احد اطراف العقد، وان المعلومات الصحيحة التي يذكرها عن حالته الصحية بحسب معرفته بالمرض المشكو منه تعد المفتاح الأول لإحالته إلى الطبيب المختص بهدف العلاج، فضلاً عن التزامه بدفع المقابل النقدي ان لم تكن المستشفى خيرية وتقدم خدماتها بالمجان، وبصورة عامة لابد لنا من تسليط الضوء على اهم التزامات المريض من خلال مطلبين، الأول نبحث فيه عن التزام المريض بالتعاون مع الطبيب والإدارة، وفي المطلب الثاني يكون بحثنا في الالتزام بدفع المقابل المالي .

المطلب الأول

التزام المريض بالتعاون مع الطبيب والإدارة

ان اهمية الدور الذي يقوم به المريض لمصلحته لا تقل عن اهمية دور الطبيب المعالج لتحقيق غاية عقد الاستشفاء الطبي ، اذ ليس بإمكان الطبيب المعالج بتوجيه من ادارة المستشفى الخاص بمباشرة علاج المريض والاستمرار به دون تعاون المريض نفسه، ومن هذا المنطلق سنقسم هذا المطلب على فرعين ، الاول نبحث فيه التزام المريض بالتعاون مع الطبيب ، وفي الفرع الثاني نخصصه للبحث في التزام المريض بالتعاون مع الادارة .

الفرع الأول

التزام المريض بالتعاون مع الطبيب

يباشر الطبيب المعالج مهامه في الكشف على المريض ومرحلة التشخيص، فيبدأ بتوجيه الأسئلة له والفحص الأولي، ومن بداية هذه المباشرة من الطبيب في العلاج يكون المريض ملزما بالتعاون مع الطبيب المعالج لغرض تمكينه من تنفيذ الالتزام على أكمل وجه ممكن، إذ لا يمكن مساءلة المستشفى عن إخلال المريض بالتزامه بالشكل الذي يحول دون تنفيذ المستشفى لالتزاماتها العقدية، فقد يعرقل المريض جهود الطبيب فلا تكون بذات نفع، أو أنها تأتي بعكس النتائج المرجوة من التدخل الطبي، كما لو أمتنع المريض عن العلاج لسبب أو لآخر أو لم يتقيد بالوصفة الدوائية للطبيب المعالج أو أعطى معلومات غير صحيحة عن حالته الصحية، أو أعراض مرضية غير

صحيحة الأمر الذي يربك الطبيب المعالج في تنفيذ التزامه العلاجي[١]، واستنادا الى ماسبق فإن التزام المريض في إطار عقد الاستشفاء الطبي من إتباع سلوك متعاون مع الطبيب المعالج له يتمثل بما يأتي:

أولاً- يلتزم المريض بأن يمكن الطبيب المعالج من مباشرة العلاج الطبي على نفسه وما يتبعها من اجراءات صحية وفقا لعقد الاستشفاء الطبي المبرم بين المريض والمستشفى ولا يحول دون ذلك (وفقاً للمجريات العادية للعلاج) الا حالة اعتراض المريض على وجود أعمال طبية علاجية مستحدثة [٢]، وما عدا ذلك يعد كل امتناع من لدن المريض عن تسليم نفسه للطبيب المعالج أو تمكينه من مباشرة سلوكه العلاجي إخلالاً بالتزامه العقدي[٣].

ثانياً- ان المعلومات التي يقدمها المريض إلى الطبيب تساعد على تشخيص الأخير للمرض بشكل دقيق وصحيح ، لذلك على المريض أن يطلع الطبيب المعالج على المعلومات كافة التي تتعلق بحالته الصحية [٤] من دون تحوير فيها أو تبديل أو تحفظ على بعضها انسجاماً مع الثقة القائمة بين الطبيب ومريضه ، والتي تمثل أساساً لحماية سرية المعلومات التي يدلي بها المريض، فلا يوجد بعد ذلك مسوغ يدفع المريض الى ان يكتم معلومة ما عن الطبيب متى ما كانت تمس حالته الصحية وإن كانت ذات طابع شخصي ؛ لأن تشخيص الطبيب يقوم بالدرجة الأساس على صحة المعلومات المتعلقة بصحة المريض.

---

(1) Kornp robest (L.), responsabilite du medecin derent la loi et jurisprudence France, aise, Paris, 1957, p. 397.

[٢] ويقصد بها الأداء الطبي العلاجي المستجد أو المتجاوز لحالة الأداء المبدئي كالتدخل الجراحي وهذا النوع من التدخل العلاجي لا بد وأن ينال رضا المريض أو منْ ينوب عنه لإضفاء الشرعية العقدية عليه، وهو ما أقرّته المادة (٧) من قانون المسؤولية الطبية المصري، إذ نصت على: ((لا يجوز تقديم الخدمة الطبية في الأحوال التالية: ١- معالجة متلقي الخدمة دون رضاه ويستثني الحالات الطارئة أو المعدية المهددة للصحة العامة، ٢- استعمال إجراءات طبية غير مجازة ومعتمدة من الجهات المختصة، ٣- إجراءات طبية أو عمليات جراحية غير ضرورية دون موافقة)).

[٣] وفقا للمادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي التي نصت على : ((١- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ٢- ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)). تقابلها المادة(١٤٨) من القانون المدني المصري.

[٤] وهذا ما تضمنه دليل الأخلاقيات الطبية في المؤسسات الصحية العراقي في الفصل ١٣ بعنوان مسؤوليات المرضى وذويهم تجاه مقدم الخدمة الصحية والمؤسسة الصحية إذ نصت الفقرات ٤و٥و٦ و٧ على ((٤- إعطاء معلومات كاملة ودقيقة عن بيانات المريض الشخصية والصحية والمرضية. ٥- إشعار مقدم الخدمة الصحية بالعمليات الجراحية السابقة للمريض ومراجعاته للمنشآت الصحية. ٦- الإبلاغ عن أي تغيير في حالة المريض الصحية. ٧- إبلاغ الطبيب المعالج عن عدم فهم خطة العلاج والتداخلات المقررة ...)).

ثالثاً- على المريض الالتزام الدقيق بتعليمات الطبيب وأتباع توجيهاته لغرض بلوغ غاية العلاج الطبي وهي الشفاء أو تحسين وضعه الصحي قدر الإمكان[١] .

رابعاً- يجب على المريض الالتزام بأحادية المنهج العلاجي[٢] ويقصد به أن لا يراجع أكثر من طبيب واحد في وقت واحد وأن لا يخضع لأكثر من نظام علاجي واحد في ذات الوقت ومن قبل أكثر من طبيب واحد لذات المرض ؛ لأن ذلك يؤدي إلى إرباك العملية العلاجية ويؤثر بعد ذلك في فاعلية الأداء العلاجي للطبيب المعالج نتيجة لتعارض الأنظمة العلاجية للمرض[٣] ، فلا يحق للمريض الذي يقصد المستشفى الخاص ان يبقى مستمرا على تناول ادوية قد سبق وان وصفها له طبيب راجعه سابقا قبل دخوله المستشفى ودون علم الطبيب المعالج الذي يتابع حالته، الا انه يمكن التسامح في حال طلب المريض الاستشارة من طبيب اخر ولكن ضمن ضوابط خاصة والا نشأ عن هذا التصرف الحق للطبيب الاول بالاعتذار عن الاستمرار بمعالجة المريض[٤] .

هذا، وإن عدم قيام المريض بأي مما تقدم ذكره يعد إخلالاً من قبله بالتزامه بالتعاون مع طبيبه المعالج وفقاً لعقد الاستشفاء الطبي ، وإخلال المريض بهذا الالتزام يؤثر بشكل أو بآخر في مدى مسؤولية الطبيب المعالج في حالة حصول أي تدهور في صحة المريض أو فشل العلاج الطبي [٥] .

ويثار في هذا الإطار سؤال مفاده، إذا ما امتنع المريض عن العلاج – في أثناء سير العلاج- فهل يعد ذلك إخلالاً بالتزامه بالتعاون؟

---

(١) الفقرة (١٠) من الفصل (١٣) من دليل الأخلاقيات الطبية في المؤسسات الصحية العراقي نصت على: ((اتباع خطة العلاج المقررة، وفي حال الرفض أو عدم اتباع التعليمات بتحمل المريض أو الوصي القانوني مسؤولية ذلك وما يترتب عليه من آثار ومضاعفات)).

(2) Kornproobst (L.): op. cit, p: 397

(٣) أحمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي، مصدر سابق، ص ١٦٢.

(٤) جاء ذلك تطبيقا للمادة (٤٢) الفقرة/ب من قانون اخلاقيات مهنة الطب المصري والتي نصت على: ((يجوز للمريض أو أهله دعوة طبيب آخر أو أكثر على سبيل الاستشارة بعد إعلام الطبيب المعالج ويجوز للطبيب الاعتذار عن استمرار علاج ا لحالة اذا أصر المريض أو أهله على استشارة من لا يقبله بدون إبداء الأسباب))، ولا يوجد نص مماثل جاء به المشرع العراقي ولكن دليل الأخلاقيات الطبية في المؤسسات الصحية تبنى حق الطبيب في الاعتذار عن علاج المريض لأسباب شخصية أو مهنية يجدها الطبيب مخالفة لجودة الخدمة المقدمة للمريض، فالمهنية هنا هي التعارض في التشخيص العلاجي للحالة من قبل طبيب آخر والذي يترتب عليه اختلاف في الأدوية أو نمط العلاج حيث نصت الفقرة (ي) من واجبات مقدم الخدمة الصحية نحو المرضى على أنه: ((يمكن لمقدم الخدمة الصحية في غير الحالات الاسعافية أن يمتنع عن علاج مريض لأسباب شخصية أو مهنية قد تؤدي إلى الإخلال بجودة الخدمة المقدمة للمريض شرط أن لا يضر ذلك بصحة المريض مع وجود من يقوم بعلاج المريض بدلا عنه ويثبت ذلك كتابة في الملف الطبي للمريض)).

(٥) إن خطأ المريض يعد من وسائل دفع المسؤولية عن المستشفى والطبيب، وهذا ما سنبحثه بشيء من التفصيل في الفصل الثاني من هذا الباب صفحة (٢٤٠).

مما لاشك فيه إن للمريض الحق في قبول أو رفض العلاج كما إن له الحق بأن يتراجع عن قبوله للعلاج –عند البدء فيه- بيد إنه ليس كل ما يرومه المريض يؤخذ بعين الاعتبار، فقرارات المريض تكون محل نظر متى ما دخل الطبيب في مرحلة التنفيذ الفعلي للعلاج وبلغ العلاج درجة حساسة وذلك نظراً لخضوع المريض إلى ضغط نفسي شديد قد يكون له التأثير في إدراكه وإرادته، إلّا ان الامر ليس بهذه السهولة، فقرار وقف العلاج يتأرجح بين مصلحتين يجب احترامهما، وهي ارادة المريض ورغبته في رفض العلاج، وبين واجب الحفاظ على حياته، لذلك لابد من التحقق الفعلي والدقيق عن الاسباب التي تدفع المريض لرفض العلاج بعد البدء به او حتى العزم على مباشرته، وفيما يأتي اهم الاسباب التي تدفع المريض لرفض العلاج وعدم الاستمرار فيه ومدى امكانية الاخذ بهذه الاسباب:

١- قد يكون في رفض المريض العلاج او الاستمرار به هو رغبته بالانتحار[١]، فرغبة المريض في هذه الحالة (غير مشروعة) إذ لا يوجد مسوغ مشروع يبيح للمريض الامتناع عن العلاج، الأمر الذي يترتب عليه الإخلال بعقد الاستشفاء الطبي فلا تكون إرادة المريض بذلك محل اعتبار.

بيدَ أن الأمر مختلف متى ما كان اعتراض المريض على العلاج قائم على أساس معارضته لنوع العلاج أو الوسيلة المتبعة فيه (دون ان يكون قصده الحاق الاذى بنفسه)، أو ما يعانيه بسبب هذا العلاج من ضغوطات تفوق قدرته على الاحتمال كتكاليف العلاج المادية أو العبء الصحي (البدني أو النفسي) الناجم عن العلاج الطبي فمشروعية هذا المبرر تعطي المريض الحق برفض العلاج نظراً لما له من سلطة على جسده قبل كل شيء[٢].

٢- من الممكن أن تكون للمعتقدات الدينية للمريض أثر بالغ الأهمية في رفضه للعلاج، إذ إن المريض قد يفضل سلامته الروحية على سلامته الجسدية كما لو اعتقد بحرمة الإجهاض[٣]، أو حرمة الالتجاء إلى بعض الأساليب العلاجية[٤]، إذ ان بعض الاعتقادات الدينية أودت بحياة الكثير من المرضى، إذ فقدت امرأة حامل حياتها في إحدى مقاطعات فرنسا ، فقد كانت تعاني من متاعب في الكلى وكانت الولادة بالنسبة لها مميتة لا محالة، وكان لابد من الإجهاض كحل لا بديل له لإنقاذ حياتها فهو (إجهاض علاجي) لا تثور أدنى شبهة عن مشروعيته ومع ذلك فأن السيدة وبسبب

---

[١] د. محمود كامل البوز، قصور القانون الطبي، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، كلية الحقوق والشريعة، السنة الخامسة، العدد الثاني، ١٩٨١، ص١٩٧ وما بعدها.

[٢] احمد سلمان شهيب ، عقد العلاج الطبي ، مصدر سابق ، ص ١٦٣.

[٣] د. محمد سلام مدكور، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٩، ص٣٠٠؛ د. عبد الفتاح محمود إدريس، الإجهاض من منظور إسلامي، القاهرة ، ١٩٩٥، ص٢٦ وما بعدها.

[٤] إن أتباع الكنيسة المسماة (scientology) الفرنسية يدعون إن المرض والألم هي أمور من صنع الخيال ولابد من التعامل معها بأسلوب العلاج العقلي دون اللجوء إلى تعاطي العقاقير الطبية أو إجراء عملية جراحية، انظر د. عبد الوهاب حومد، مصدر سابق، ص١٤.

تمسكها بعقيدتها المسيحية واعتبارها بحرمة الإجهاض رفضت السماح للأطباء بإجهاضها، ولم يستطع الأطباء إزاء هذا الرفض أن يفعلوا شيئاً فأدى الأمر إلى وفاة السيدة في أثناء الوضع وهي في الرابعة والعشرين من عمرها[١] .

٣- قد يصاب المريض بنوبة من الفزع أو القلق غير المبرر من وجهة نظر الطبيب المعالج أثناء سير العلاج الناجح والذي قد ينتهي بإزالة تامة لمرض المريض، الأمر الذي لا يعير معه الطبيب أهمية لاعتراض المريض ويمضي قدماً في إنجاز ما التزم به وما تمليه عليه مهنته ، على اعتبار إن إرادة المريض تكون محل نظر بسبب الضغوط النفسية والوضع العقلي الذي يمر به المريض حال الخضوع للعلاج الطبي.

وفي كل مرة يواجه الطبيب فيها رفضا للعلاج من المريض ، يقع عليه التزام تبصير الاخير لخطورة قراره واحتمالية ان تتعرض صحته للخطر او الموت ، وهوما تقتضيه اصول مهنة الطب وواجب الطبيب في الحفاظ على حياة المريض وحمايتها اولاً، إذ ان صيانة النفس البشرية هي من الضروريات الخمسة [٢] ، حتى وان تعذر اخذ موافقة المريض على التدخل الطبي.

وقد الزم المشرع الفرنسي طبقا للمادة (L.1111-7) من قانون ٤ مارس لسنة ٢٠٠٢ المدرج ضمن قانون الصحة العامة الفرنسي الطبيب بأن يبذل كل ما في وسعه من أجل إقناع المريض بضرورة العلاج ، على أساس أنه لا يمكن التدخل من دون موافقة المريض، فقد نصت المادة المذكورة على: ((... يجب على الطبيب أن يحترم رغبات الشخص بعد إعلامه بعواقب اختياراته، إذا كانت رغبة الشخص في رفض العلاج أو انقطاعه تعرض حياته للخطر، فيجب على الطبيب بذل كل ما في وسعه لإقناعه بقبول الرعاية الأساسية، ولا يجوز إجراء أي إجراء طبي أو علاج دون موافقة الشخص الحرة والمستنيرة)).

وهذا يعني أنه ليس هناك مجال لمحاسبة الطبيب على عدم مساعدة المريض ، إذا لم ينجح في إقناعه بضرورة العلاج ، ولا يجوز كقاعدة عامة إرغام المريض على العلاج إذا عبر صراحة عن رفضه للعلاج ، ما يعني أن الطبيب ملزم باحترام إرادة المريض وعدم التدخل حتى ولو تعلق الأمر بإجراء لإنقاذ حياته[٣] .

---

(١) أشار الى ذلك د. جابر محجوب علي، مصدر سابق، ص٢٨٤ .

(٢) من مقاصد الشريعة الإسلامية هي حفظ الضروريات الخمس، وهي حفظ الدين وحفظ النفس وحفظ العقل وحفظ العرض وحفظ المال، فحفظ النفس من جملة الضروريات التي أمر الشارع جل وعلا بحفظها وعدم تعريضها للهلاك، قال تعالى في سورة النساء/ الآية ٢٩: ((... وَلا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً)) صدق الله العلي العظيم.

(٣) عبد الكريم مأمون ، مصدر سابق، ص١٧١.

كما يستنتج من مفهوم المخالفة لنص المادة (٢٨) من قانون اخلاقيات مهنة الطب المصري [١] ،أن مسؤولية الطبيب تثار في حال قام بإجراء طبي للمريض وهو غير موافق عليه او يرفض الخضوع له ، فضلا عن ذلك قرر المشرع عدم جواز ارغام المريض بالإجراء الطبي في حال رفض العلاج ودون موافقة مسبقة منه ، وذلك عن طريق مشروع قانون المسؤولية الطبية في المادة (٧) التي نصت على ان : ((لا يجوز تقديم الخدمة الطبية في الأحوال التالية : ١- معالجة متلقي الخدمة دون رضاه ويستثني الحالات الطارئة أو المعدية المهددة للصحة العامة..)).

اما المشرع العراقي فقد تضمن دليل الاخلاقيات الطبية في المؤسسات الصحية العراقية ما يجب اتخاذه في حال قرر المريض رفض العلاج، ما يعني انه أعطى المريض الحق في رفض العلاج ولكنه يتحمل هو او ذويه مسؤولية ذلك الرفض[٢] ، وهي كالآتي :

- التأكد ان المريض مدرك لقرار رفضه الاجراء الطبي.

- الاستماع لوجهة نظر المريض واحترام رغبته.

- شرح اهمية الاجراء الطبي والاثار المترتبة على رفضه بصدق ودون مبالغة.

- في حالة كون مقدم الخدمة الصحية ليس الطبيب المعالج وعند استمرار المريض في رفض الاجراء الطبي، على مقدم الخدمة احالة المريض للطبيب المعالج لاستنفاد الوسع في اقناع المريض وتعريفه للبدائل واتخاذ القرار المناسب بعد ذلك.

- تسجيل اقرار المريض كتابة حتى يخلي مقدم الخدمة الصحية مسؤوليته[٣] .

إنّ ما نخلص اليه من التطرق لحالة امتناع المريض عن تلقي العلاج اثناء وجوده في المستشفى، وهل يعد ذلك إخلالاً منه بالالتزام بالتعاون أم لا، هو ان للمريض الحق في التوقف عن العلاج متى كانت له اسبابه المنطقية والمبررة والتي لا تمس شرعية تنفيذ العقد، وبعد تسجيل اقراره بالرفض كتابة ولا يعد ذلك تقصيراً او إخلالاً بالتزامه بالتعاون، لما للإنسان من سلطان على جسده والتي تمنع الغير من المساس به دون رضاه، حتى وان كان قراره بالامتناع له تأثيرات سلبية على صحته، ولا يمكن عدّه إخلالاً من المريض بالتزامه بالتعاون مع الطبيب، ذلك لان لجوء

---

(١) نصت المادة (٢٨) على: ((لا يجوز للطبيب إجراء الفحص الطبي للمريض أو علاجه دون موافقة مبنية على المعرفة من المريض أو من ينوب عنه قانوناً...))

(٢) الفقرة (٨) من الفصل الثالث عشر المتعلق بمسؤوليات المرضى وذويهم تجاه مقدم الخدمة الصحية والمؤسسة الصحية نصت على: (اتباع خطة العلاج المقررة، وفي حال الرفض او عدم اتباع التعليمات يتحمل المريض او الوصي القانوني مسؤولية ذلك وما يترتب عليه من آثار ومضاعفات) .

(٣) الفقرة (ط) من الفصل الاول المتضمن كيفية التعامل مع المريض اذا رفض الإجراء الطبي من دليل الأخلاقيات الطبية في المؤسسات الصحية العراقية ، ص١٤.

المريض إلى إبرام عقد الاستشفاء الطبي ما كان إلا لغرض إنقاذ حياته من خطر المرض ولا يتصور بأن يضع عوائق تحول دون بلوغ الغاية المنشودة.

على انه لا يمكن تجاوز دور الطبيب في أن يسعى أولاً لإيجاد علاج بديل لا يمس المعتقدات الدينية للمريض، ويمكن للمريض تحمل آثاره أو حتى تكاليفه، فإذا ما انعدم البديل العلاجي وفي حالة فشل العلاج أو عدم إتمامه نتيجة لاعتراض المريض لسبب ديني مثلاً فإن الطبيب المعالج لا يكون مسؤولاً وإنما يكون المريض هو المسؤول عن ذلك.

الفرع الثاني

التزام المريض بالتعاون مع الإدارة

بصورة عامة فإن التزامات المريض بالتعاون مع إدارة المستشفى الخاص تتداخل مع التزاماته بالتعاون مع الطبيب المعالج، إذ إن الأخير هو الأداة الأهم للمستشفى في تنفيذ عقد الاستشفاء الطبي، وتعاون المريض مع الطبيب هو في الحقيقة تعاون مع المستشفى لأجل التنفيذ الأكمل للعقد، وذلك لكونه تابعا للمستشفى.

على ان هناك التزامات خاصة تقع على المريض وذويه ممن يرافقه في إقامته تجاه إدارة المستشفى الخاص والملاكات الصحية، يتمثل بالمحافظة على ممتلكات المنشأة الصحية وممتلكات الآخرين، فضلاً عن الاستخدام الآمن والصحيح للمرافق والتجهيزات الموجودة بالمنشأة الصحية، كما يجب اتباع اللوائح والإرشادات والتعليمات[1] التي تصدر عن إدارة المستشفى، أو التي يتلقاها المريض من الطبيب المختص بما يضمن سير العملية العلاجية بصورة سليمة وفقاً للمعايير الطبية[2].

---

(١) د. تركي محمود مصطفى القاضي، مصدر سابق، ص٦٦.

(٢) أشار الفصل الثالث عشر من دليل الأخلاقيات الطبية في المؤسسات الصحية العراقية لسنة ٢٠١٨، المتعلق بمسؤوليات المرضى وذويهم تجاه مقدم الخدمة الصحية والمؤسسة الصحية على: ((يجب على المريض وذويه (بما فيهم المرافقين) الالتزام بما يأتي:
١- المحافظة على ممتلكات المنشأة الصحية وممتلكات الآخرين.
٢- الاستخدام الآمن والصحيح للمرافق والتجهيزات الموجودة بالمنشأة الصحية واتباع اللوائح والإرشادات وتشمل:
١- إحضار ما يثبت هوية المريض.
٢- إعطاء معلومات كاملة ودقيقة عن بيانات المريض الشخصية والصحية والمرضية .
٣- أشعار مقدم الخدمة الصحية بالعمليات الجراحية السابقة للمريض ومراجعاته للمنشآت الصحية الأخرى.
٤- الإبلاغ عن أي تغيير في حالة المريض الصحية.
٥- إبلاغ الطبيب المعالج عن عدم فهم خطة العلاج والتداخلات المقررة.
٦- توفير معلومات كاملة ودقيقة حول تغطية التأمين الصحي للمريض وتحمل مسؤولية ذلك.
٧- دفع المريض أو ذويه الفواتير المترتبة على العلاج. =

المطلب الثاني

الالتزام بدفع المقابل المالي

غالباً ما تقدم المستشفى الخاص للمريض الإقامة والعلاج والرعاية الصحية بمقابل نقدي يدفعه المريض لإدارة المستشفى، على ان هناك بعض المستشفيات الخاصة تقدم خدماتها بالمجان، وهذا الأمر لا يخرج عقد الاستشفاء الطبي عن كونه عقد من عقود المعاوضة كما رأينا.

ولأجل بيان المقصود بالمقابل المالي الذي يلتزم المريض بدفعه إلى المستشفى، سنوزع البحث في هذا المطلب على فرعين، الفرع الأول سنبحث فيه طبيعة المقابل المالي، أما الفرع الثاني سنخصصه للبحث في نظام الدفع.

الفرع الأول

طبيعة المقابل المالي

يلتزم المريض -أو من ينوب عنه- الذي تعاقد مع المستشفى الخاص بدفع مستحقات العلاج الذي سيتلقّاه[1]، أي الأتعاب المفروضة والأجور المستحقة مقابل الجهد الفكري أو الجهد العضلي في بعض الأحيان الذي يبذله الأطباء في المستشفى الخاص، وإنَّه مُلزم بدفع هذا المقابل متى ما قام الطبيب أو المشفى الخاص بتنفيذ التزاماته، أي قام بتقديم العلاج اللازم، سواء تحقق القصد من العلاج أم لم يتحقق وهو الشفاء التام[2]، بشرط أن يقوم الطبيب أو المشفى الخاص ببذل العناية المطلوبة، بحيث تبرأ ذمّته بمجرد أن يبذل هذه العناية، وإنْ لم تتحقق نتيجة الشفاء، فالمقابل الذي يلتزم بدفعه المريض أو من ينوب عنه قد يكون شاملاً لأجرة الإقامة والخدمات والرعاية وما يقدم للمريض من طعام ودواء، وكل ما يتلقاه بحسب خطة العلاج المقررة من إجراءات طبية كالعمليات الجراحية والمتابعة الدورية لحالته من قبل الأطباء، فيدفعه المريض بشكل إجمالي للمستشفى، أو قد

= ٨- اتباع خطة العلاج المقررة، وفي حال الرفض أو عدم اتباع التعليمات يتحمل المريض أو الوصي القانوني مسؤولية ذلك وما يترتب عليه من آثار ومضاعفات.
٩- معاملة جميع الموظفين والمرضى الآخرين والزوار بلباقة واحترام.
١٠- الالتزام بالقواعد العامة واحترام معتقدات الآخرين الدينية والفكرية والمذهبية.
١١- احترام خصوصيات الآخرين.
١٢- اتباع اللوائح التنظيمية والتعليمات الإرشادية الخاصة بالمنشأة الصحية.
١٣- اتباع أنظمة وتعليمات الأمن والسلامة في المنشأة الصحية.
١٤- التقيد بالمواعيد والاتصال على قسم المواعيد في حال عدم القدرة على الحضور.
١٥- الالتزام بتنفيذ قرار النقل إلى مكان آخر أو الخروج حسب ما يقرره الطبيب المعالج.
١٦- الالتزام بعدم التدخين في جميع مرافق المنشأة الصحية إلا في المكان المخصص لذلك.

(١) د. عبد الرشيد مأمون، مصدر سابق، ص٨٨.

(٢) توفيق خديمي، المسؤولية المدنية للعيادات الخاصة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، ٢٠٢٢، ص١٧.

يكون المريض قد اتفق مع طبيب من خارج المستشفى لإجراء عملية جراحية معينه فيها، واتفق معه على أجور العملية وتم دفعها إليه، أما ما يدفعه المريض إلى المستشفى فهو مقابل إقامته فيها ورعايته الصحية وبقية الخدمات التي توفرها المستشفى للمرضى الراقدين فيها دون الأتعاب التي يطلبها الطبيب الجراح.

ولا يمكن تصور أن يكون المقابل المالي الملزم بدفعه المريض سوى مبلغ من النقود، فلا يتصور ان يكون بدلا من ذلك بضائع او اسهم او اموال عقارية على سبيل المثال، وهذا يفهم من نص المادة (٧) من قانون حماية الاطباء التي تناولت مصطلح (اجور) وهو ما يطلق غالبا على المقابل النقدي[١]، وكونها كذلك فانه يتقرر على المبلغ احكام الفوائد القانونية المستحقة عليه حال الامتناع او التأخر في التنفيذ وفقاً للقواعد العامة، وهو ما قضت به المادة (١٧١) من القانون المدني العراقي النافذ، اذ نصت على: ((اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزما ان يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها اربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ان لم يحدد الاتفاق او العرف التجاري تاريخا اخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره))[٢].

وتجدر الاشارة الى ان التزام المريض بدفع فوائد التأخير لا يتطلب من الدائن اثبات وجود ضرر ما لحقه بسبب التأخير، وهذا ما نصت عليه المادة (٣/١٧٣) من قانوننا المدني، اذ قضت بأنه: ((لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير، قانونية كانت او اتفاقية، أن يثبت الدائن ان ضررا لحقه من هذا التأخير))[٣].

---

[١] نصت المادة (٧) من قانون حماية الاطباء رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٣على ان: ((تتولى وزارة الصحة بالتنسيق مع نقابة الاطباء تحديد اجور معاينة المريض في العيادات الخاصة والمؤسسات غير الحكومية للأطباء خلال مدة ستة اشهر من تاريخ نفاذه ولهما اعادة النظر فيها تبعا لتغير الظروف الاقتصادية))، وعلى الرغم من اجازة المشرع بأن تكون الاجرة نقودا او اي مال اخر، وهو ما نصت عليه المادة (٧٣٦) من القانون المدني: ((يصح ان تكون الاجرة نقودا كما يصح ان تكون اي مال اخر))، الا ان المعمول به في عقود المعاوضات بصفة عامة وفي عقد الاستشفاء بصورة خاصة هو ان يكون المقابل المالي نقودا، فضلا عن ذلك فان صياغة المادة (٧) من قانون حماية الاطباء المشار اليها واستخدام المشرع لعبارة (تحديد اجور المعاينة) تدل دلالة واضحة على ان النقود هي التي يتم تحديد مقدارها الاعلى او الادني في المعاملات، كما ان العملات النقدية هي التي تتأثر بالتقلبات الاقتصادية للسوق التجارية صعودا او نزولا؛ اضف الى ذلك ما تضمنه القسم الثالث عشر من دليل الأخلاقيات الطبية في المؤسسات الصحية العراقية لسنة ٢٠١٨، والمتعلق بمسؤوليات المرضى وذويهم تجاه مقدم الخدمة الصحية والمؤسسة الصحية، في الفقرة (٧) والتي نصت على: ((دفع المريض او ذويه الفواتير المترتبة على العلاج))، اذ لا يتصور ان تتضمن الفواتير المطلوب تسديدها سوى مبالغ نقدية بذمة المريض او ذويه.

[٢] تقابلها المادة (٢٢٦) من القانون المدني المصري.

[٣] تقابلها المادة (٢٢٨) من القانون المدني المصري.

فالقانون لم يشترط لاستحقاق فوائد التأخير أن يثبت الدائن ان ضرراً لحقه من جراء هذا التأخير، فالضرر هنا مفترض افتراض لا يقبل إثبات العكس ، وذلك استثناء من المبادئ العامة في التعويض التي تقضي بوجوب إثبات الدائن للضرر الذي لحقه ويطالب بالتعويض عنه، وعلة هذا الاستثناء هي أن تأخر المدين في الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود يفترض دائماً أنه قد لحق الدائن ضرر من جرّائه، وذلك لأن النقود بطبيعتها قابلة للاستثمار عن طريق إقراضها أو توظيفها، وتأخر المدين في الوفاء بالنقود يحرم الدائن من هذه الميزة والفوائد التي كان سيجنيها من توظيفها فيما لو سلمت اليه في الاجل المحدد[1] .

الفرع الثاني

نظام الدفع

ان ما نلحظه من نظام المستشفيات الخاصة فيما يتعلق بنظام الدفع ، بأنه يقضي بتعجيل سداد المقابل او جزء منه مقدماً- وهو المعمول به في اغلب المستشفيات الخاصة في العراق ، بل ان بعض المستشفيات تلزم المريض بدفع مبلغ اكبر مما هو ملزم بدفعه بالأساس، وتقوم برد المتبقي من المبلغ بعد خروج المريض من المستشفى ، وغالبا فان السبب معروف وهو لضمان الحصول على المقابل مقدما لأجل تلافي المشكلات والمماطلة في السداد والتي قد تحدث سواء تعافى المريض واراد الخروج، او لأنه لم ينجو ووافاه الاجل لأي سبب كان[2] .

وقد دعا المشرع المصري نقابة الاطباء في مصر الى تقدير الحد الأقصى لأتعاب الاطباء على ان تصدق عليه وزارة الصحة، فقد نصت المادة (٤٦) من قانون نقابة الاطباء رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٩ على: ((يضع مجلس النقابة جدولا بالحد الاقصى للأتعاب التي يتقاضاها الاطباء في حالات الاستشارة والعلاج والعمليات الجراحية على ان يعتمد هذا الجدول من وزير الصحة))، اما المشرع العراقي فانه لم يتطرق بنصوص خاصة الى آلية الدفع، ومن ثم يعود في ذلك الى اتفاق الطرفين عليها ما لم يخالف نصا قانونيا، على ان قانون حماية الأطباء لسنة ٢٠١٣، قد اشار الى كيفية تحديد اجور معاينة المريض، وتعيين مقدارها بهدف السيطرة على المغالاة في فرض الاجور، على الرغم من أن واقع الحال خلاف ذلك ، فقد اشارت المادة (٧) من القانون المذكور على ان: ((تتولى

---

(1) د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، ج٢، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، المكتبة القانونية بغداد، ص ٧٧.

(2) قد تحصل الوفاة للمريض في احيان كثيرة بسبب تفاقم المرض او حتى بسبب خطأ طبي فيمتنع ذوي المريض من دفع الباقي من المبلغ المترتب بذمة الفقيد لصالح المستشفى .

وزارة الصحة بالتنسيق مع نقابة الاطباء تحديد اجور معاينة المريض في العيادات الخاصة والمؤسسات غير الحكومية للأطباء خلال مدة ستة اشهر من تاريخ نفاذه ولهما اعادة النظر فيها تبعا لتغير الظروف الاقتصادية))، ان ما يتعلق به هذا النص هو تعيين اتعاب الطبيب الجراح سواء أكان من خارج المستشفى ام طبيبا معينا فيها، دون التطرق الى الاجور الاخرى المتعلقة بالإقامة والخدمات والرعاية الطبية الاخرى والتي تنفرد المستشفى في تقديرها بحسب ما يتلاءم مع امكاناتها وتجهيزاتها ووسائل العناية والراحة المقدمة للمريض، كما لم نجد سوى اشارة عن التزام المريض بوجوب دفع ما يترتب في ذمته من مبالغ نقدية مقابل ما يتلقاه من علاج في المستشفى، دون التطرق الى كيفية الدفع ان كان دفعه واحدة او مقسطا على دفعات، وذلك من خلال ما نصت عليه الفقرة التاسعة من القسم الثالث عشر المتعلق بمسؤوليات المرضى وذويهم تجاه مقدم الخدمة الصحية والمؤسسة الصحية من دليل الاخلاقيات الطبية في المؤسسات الصحية العراقية، فقد نصت على: ((دفع المريض او ذويه الفواتير المترتبة على العلاج))، ما يعني ذلك الرجوع الى اتفاق الطرفين المتعاقدين حول آليّة الدفع.

المبحث الثاني

التزامات المستشفى الخاص

لكل مهنة أصول يلزم مراعاتها عند ممارستها، ولعل الطب من أخطر المهن وأهمّها، الأمر الذي يفرض على من يقوم بمباشرتها بالتقيد والالتزام بكل ما تمليه مهنة الطب وأصولها المتعارف عليها، فيلتزم المتعاقد عادةً إما بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية والأمر بعد ذلك يعود إلى مدى توقف حصول النتيجة على ظروف خارجة عن إرادة المدين بالالتزام، فإذا كان تحقق النتيجة متوقفاً على ظروف لا سلطان للمدين عليها فهو التزام ببذل عناية، على اعتبار إن الالتزام ببذل عناية هو اتخاذ إجراءات معينة وهذه الإجراءات تؤدي بطبيعتها إلى تحقيق نتيجة معينة، أما إذا كان تحقق النتيجة متوقفاً على ظروف داخلة ضمن سلطان إرادة المدين، فالتزامه في هذا الاطار هو التزام بتحقيق نتيجة، وذلك على اعتبار إن إرادتي طرفي العقد تتجه إلى أن تكون النتيجة هي محل الالتزام وليس بذل العناية، ونظراً لكون الالتزامات المتولدة عن عقد الاستشفاء الطبي ليست على درجة واحدة فهناك التزام بتحقيق نتيجة معينة وهناك التزام ببذل عناية، سنقوم بتقسيم هذا المبحث على مطلبين، المطلب الأول سنبحث فيه التزام المستشفى الخاص ببذل عناية، أما المطلب الثاني سيكون في بحث التزام المستشفى بتحقيق نتيجة.

المطلب الأول

التزام المستشفى الخاص ببذل عناية

يعد التزام المستشفى بعلاج المريض وتقديم الرعاية الطبية له من اهم الالتزامات، وهو لأجل الوفاء بهذا الالتزام وتنفيذ عقد الاستشفاء يستعين بالأطباء من ذوي الاختصاصات المختلفة اللذين يقدمون خدماتهم لصالح المستشفى بموجب العقد الذي يربطهم معه، ووفقاً لما تقتضية أصول المهنة التي يمارسونها، ونظراً لطبيعة الشخصية المعنوية للمستشفى، والذي يترتب عنها استحالة قيامه بالتزاماته إلا عن طريق أشخاص طبيعيين يستخدمهم لهذا الغرض، والذي يقع عليهم جميعا واجب والتزام بتقديم كل ما في وسعهم لتحقيق اقصى قدر ممكن من الرعاية الضرورية للمرضى، ونظرا للدور الحساس الذي يؤديه الطبيب داخل المستشفى فان معظم الالتزامات الأساسية تقع على عاتقه.

واستنادا الى ذلك سيكون البحث في التزام المستشفى الخاص ببذل عناية من خلال التزام الطبيب ببذل عناية في الفرع الأول، ونخصص الفرع الثاني لموقف التشريع والقضاء من التزام الطبيب ببذل عناية.

الفرع الأول

التزام الطبيب ببذل عناية

غنيٌّ عن البيان أن عقد الاستشفاء ينشئ التزاما على المستشفى بواسطة الطبيب المختص بمباشرة الاجراءات الطبية للعلاج، الا ان ذلك لا يعني الالتزام بشفاء المريض او عدم تردي حالته الصحية او عدم اصابته بعاهة مستديمة، ومع ذلك فإن الطبيب عليه ان يبذل ما في وسعه في معالجة المريض، والشفاء بيد الله تعالى، وإنَّ عقد الاستشفاء الطبي ليس عقداً للشفاء وانما هو عقد ببذل اقصى درجة ممكنة في الرعاية والعناية سعياً للوصول الى غاية الشفاء، وهو في ذات الوقت عقد قائم على ضمان سلامة المريض وهذا لا يمنع في بعض الاجراءات والخدمات المقدمة للمريض ان يكون الالتزام فيها هو التزاما بتحقيق نتيجة.

وقد أجمع الفقهاء على ان الاصل في التزام الطبيب بعلاج المريض هو التزام ببذل عناية[1]، وان المدين بموجب بذل العناية لا يلزم بتحقيق نتيجة معينة ، وانما يوجب عليه ان يبذل

---

(١) د. عبدالمجيد الحكيم والدكتور عبدالباقي البكري والدكتور محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي - مصادر الالتزام، ج١، مصدر سابق، ص١٣. د سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج١، ط٥، مكتبة مصر الجديدة، ١٩٩٢، ص٣٩٧. د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص٢٠٩. د.علي عصام غصن، مصدر سابق، ص١٨. د. أحمد شعبان محمد طه، المسؤولية المدنية عن الخطأ

الجهد للوصول الى غاية معينة سواء تحققت هذه الغاية او لم تتحقق [١] ، ولا يتعهد المدين بموجب عنايته لدائنه بأكثر من ان يضع في خدمته الوسائل كافة التي يملكها وان يقدم افضل ما لديه في علاج المريض، إذ ان الأصل أن يبذل الطبيب في ممارسته لمهنته عنايةً وجهدًا في رعاية مريضه، فيبذل في سبيل ذلك جهودا صادقة وان يكون يقضاً وان يسعى لتخفيف الآمه ليصل به إلى الشفاء، مع التزامه بالقواعد المهنية ووفقا للظروف والمعطيات والاصول العلمية الثابتة في علم الطب، فإذا ما قام بالعناية الواجبة فانه يكون قد ادى التزامه وتبرأ ذمته بمجرد أن يقدم العناية المطلوبة وانه بذل في العملية الجراحية عناية الطبيب المُعتاد، حتى وان لم تتحقق نتيجة الشفاء[٢] ، ومن ثم يقع على المريض عبء إثبات عدم بذل الطبيب العناية اللازمة لأجل تقرير مسؤوليته عن الضرر الذي أصابه[٣] ، فالشفاء يتوقف على عدة عوامل واعتبارات لا تخضع دائمًا لسيطرة الطبيب او الجراح، اذ ان كثيراً من حالات شفاء المريض مرتبطة بمناعة الجسم وتمكن المرض منه، وكذلك بحدود التقدم العلمي المتصلة بمعرفة المرض وعلاجه، والتي قد تقف عاجزة عن علاج كثير من الامراض، حتى قيل انه ليس هناك امراض بل مرضى، وذلك لاختلاف الأشخاص في تكوينهم الداخلي والخارجي، فشفاء المريض لا يقع على الطبيب وحدة بل تزاحمه عوامل مختلفة مثل الوراثة أو اصابته بأمراض اخرى، الامر الذي يدعو الاطباء في كثير من الحالات الى القيام بكل ما في وسعهم للتخفيف من آلام المريض من دون الوقوف بوجه قدره المحتوم، فلا يلتزم بمنع تطور المرض ولا يضمن بقاء المريض على قيد الحياة[٤] ، فالقول بأن الطبيب ملتزم بتحقيق نتيجة قول يثقل كاهل الطبيب المعالج بما لا يستطيع أن يحققه ويتناقض مع واقع حال الأداء الطبي العلاجي[٥]، فواجب الطبيب أن يبذل ما بوسعه من عناية فائقة بالمريض مستخدماً أحدث الأساليب العلاجية والطرق التي توصل إليها علم الطب الحديث تاركاً تحقق النتيجة إلى تلاقح الظروف المحيطة بها، إذ إن الطبيب قد يبذل العناية اللازمة باستخدامه لأحدث الوسائل العلاجية وبمهارة فنية ومهنية عالية منسجمة مع معطيات علم الطب ولا تسفر جهوده إلا عن وفاة المريض المفاجئة

=المهني لكل من الطبيب والصيدلي والمحامي والمهندس المعماري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٠، ص١٠٩؛ وانظر:

Jean PENNEAU, LA RÉFORME DE LA RESPONSABILITÉ MÉDICALE: RESPONSABILITÉ OU ASSURANCE, 1990, p.527

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصدر سابق، ص ٦٥٦.

(٢) د. نادية محمد مصطفى قزمار، حدود المسؤولية العقدية في اطار الالتزام ببذل عناية وبتحقيق نتيجة، بحث منشور في مجلة بحوث الشرق الأوسط ، العدد (٤٨) ، الأردن ، ٢٠١٧، ص٣٩٥.

(٣) د .محمد حسين منصور، مصدر سابق ، ص ١٣.

(٤) محمود موسى دودين، مسؤولية الطبيب الفردية المدنية عن أعماله المهنية - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة بير زيت، فلسطين، ٢٠٠٦، ص٧٥. إبراهيم علي الحلبوسي، مصدر سابق، ص٣٠.

(٥) د. حسن زكي الابراشي، مصدر سابق، ص٢٢٤.

أو عن تفاقم المرض الذي يعجز الطبيب المعالج عن التعامل معه[١] ، وهذا هو واقع بعض الامراض التي يعجز الطب الحديث الى الان عن التعامل معها بشكل حاسم[٢] ، بل ان الطبيعة الغامضة للجسد البشري، وما يتعرض له الانسان من ظروف وما يجابه او يعاني من مشاكل وصراعات وهموم تجعل من غير المعقول الزام الطبيب بشفاء المريض، فهو في مثل هذه الاحوال وغيرها لا يستطيع التنبؤ او الجزم بالنتيجة التي ستفضي اليها جهوده[٣] .

وتجدر الملاحظة الى ان هناك عدة عوامل تؤثر في اداء الطبيب ومدى التزامه تجاه المريض يمكن تلخيصها في ثلاث نقاط وهي :

١- القواعد المهنية ومستوى الطبيب المهني، فالقواعد المهنية هي القواعد والأصول التي تفرضها المهنة على الطبيب، وما جرت عليه عادة الأطباء عندما يوضع في الظروف ذاتها، فالطبيب لا يُفرض عليه أن يلتزم بضمان شفاء المريض ؛لأن الأمر يتوقف على عدة عوامل لا يد للطبيب فيها، مثل مناعة المريض وصفاته الوراثية، أو إصابته بأمراض أخرى، أو عجز العلوم الطبية عن علاج العديد من الأمراض كما هو الحال بالنسبة لمرض الإيدز، فالطبيب هنا يكتفي بتخفيف الألم، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن ((الطبيب لا يلتزم بأن يحقق الشفاء للمريض بل بأن يعالجه وليس بأي علاج بل بكل عناية وذلك تطبيقاً للأصول العلمية الثابتة في غير الظروف الاستثنائية))[٤]، أما عن مستوى الطبيب المهني فإن المعيار السليم والصحيح للعناية المطلوبة للطبيب في تنفيذ التزاماته هو معيار طبيب من مستواه المهني وجد في الظروف نفسها التي وجد فيها الطبيب المسؤول، إذ يتم قياس الواجبات المنوطة بطبيب ما بالمقارنة مع طبيب آخر من التخصص ومن المستوى والظروف نفسها، فتتم مقارنة أخصائي في جراحة القلب مع آخر بذات الاختصاص وبنفس الدرجة العلمية، وتحت نفس الظروف[٥] ، كما ان هناك فروقاً بين الطبيب العام والطبيب الأخصائي، فهما لا يتساويان في العناية المطلوبة لكل منهما ،وما يتعلق بالتزامات كل من الطبيب العام والطبيب الإخصائي، فإن الأول لا يتحمل الالتزامات التي يتحملها الأخير، فعلى الطبيب الأخصائي أن يبذل العناية التي تتفق مع مستواه التخصصي ، وينبغي استعمال الشدة في

---

(١) احمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي، مصدر سابق، ص ١٨٥.
(٢) مثال لهذه الأمراض هي الأورام السرطانية الخبيثة ومرض انعدام المناعة المكتسبة (الإيدز) ومرض (اللوكيميا) أو ما يعرف بسرطان الدم ومرض العقائد الوهمية (البارانويا) وهو مرض نفسي خطير وغيرها من الأمراض التي حيرت علماء الطب.
(٣) د. حسن زكي الابراشي، مصدر سابق ، ص٢٢٦.
(٤) قرار محكمة النقض الفرنسية، أشار إليه طلال عجاج المسؤولية المدنية للطبيب، مصدر سابق، ص١١٠.
(٥) محمد رشيد محمد دواغرة، المسؤولية المدنية للمستشفيات الخاصة عن أخطاء الطبيب ومساعديه (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون في جامعة جدارا، إربد، الأردن، ٢٠١٣، ص٢١.

تقدير الخطأ الذي يرتكبه الأخصائي، وذلك لأن واجبه ينبني على الدقة سواء في التشخيص أو في الاعتناء وعدم الإهمال في العلاج[١] .

٢- مراعاة الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب، ان المقصود بالظروف الخارجية هو المكان والزمان الذي يجري فيهما العلاج والإمكانات المتاحة، وما إذا كانت هناك آلات وأدوات طبية حديثة أم لا، مثل وسائل العلاج الحديثة للأشعة وأجهزة التحاليل الطبية والمختبرات ، فالمستشفى المزود بأحدث الأجهزة الطبية والأدوات والآلات الحديثة يختلف عن المستشفى الذي يفتقر لمثل هذه الإمكانات، أو كون مكان العلاج في منطقة منعزلة لا تتوافر فيها الإمكانات السابقة، ويدخل أيضاً في دائرة الظروف الخارجية خطورة حالة المريض والسرعة التي تقتضي إجراء العمليات الجراحية[٢]، فمن الطبيعي أن ترك قطعة شاش في جسم المريض يعد خطأ يؤاخذ عليه الطبيب، ولكن بسبب السرعة التي يقتضيها إجراء بعض العمليات الجراحية يكون الوقت ثميناً في مثل هذه الظروف، وهو ما قضت به احدى المحاكم الفرنسية بعدم مسؤولية طبيب ترك قطعة شاش في جسم المريضة ، وعدت المحكمة هذا الحادث من الظروف المحيطة بالعملية الجراحية، ولا ضمان على الطبيب[٣] .

٣- الجهود التي يبذلها الطبيب، إن الجهود التي يبذلها الطبيب لابد أن تكون متفقة ومطابقة للأصول العلمية المستقرة، فليس من المعقول أن يستعمل الطبيب وسائل طبية بدائية تخالف التطور العلمي الحديث، فعليه أن يلجأ إلى تلك الوسائل الطبية التي استقر عليها الطب الحديث وأن يجتهد في اختيار الوسائل الأنسب التي تتفق وحالة المريض الصحية والإمكانات المتاحة لتطويعها بحيث تتفق مع الظروف المحيطة به، ولقد أدان القضاء الأطباء الذين لا يزالون يستخدمون الطرق العلاجية المهجورة التي تشكل خطراً على الجنين في أثناء التوليد، وكذلك بالنسبة للطبيب الذي يتجاهل المبادئ الأولية في التشخيص، وقرر مسؤولية الطبيب الذي يلجأ إلى استخدام طرق ووسائل خاصة في العلاج تعتمد على محض الصدفة بدلاً من إتباع الطرق التقليدية المعروفة في العلاج[٤] .

---

(١) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق ، ص ٢٠٦

(٢) فاطمة عبد العزيز حسن احمد بلال، المسؤولية المدنية للطبيب - دراسة مقارنة، بحث منشور في المجلة القانونية والقضائية - مركز الدراسات القانونية والقضائية - وزارة العدل، العدد٢، قطر، ٢٠٠٧، ص ١٥٥.

(٣) قرار محكمة Besanoon الفرنسية في ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٢، أشار إليه د. طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب - دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠٠٤، ص ١١٢

(٤) في تعبير لمحكمة النقض الفرنسية في احدى قراراتها عن التزام الطبيب بمتابعة التطورات العلمية في مجال الطب إذ اشارت الى انه: ((اذا كانت هذه العناية مخالفة للحقائق العلمية الحالية لان من واجب الطبيب ان يتابع التطور العلمي باطراد))، أشار اليه محمود موسى دودين، مصدر سابق،ص٧٦. وانظر أيضا ما أشار اليه: د. محمد حسين منصور، مصدر سابق ، ص ٢٠٧ -٢٠٨

وتجب الاشارة الى الاعمال الطبية التي مازالت محلاً للجدل العلمي ولم يستقر العلم على صحتها، ففي حال عُرض نزاع أمام القضاء يتعلق بهذه الأعمال التي لم يستقر عليها علماء الطب، فإن الطبيب غير مسؤول إذا كان العمل محل نزاع بين التعاليم الطبية المختلفة [١] ، ولذلك لاتجوز مساءلة الطبيب عن تصرف ارتكبه أو أسند إليه إذا كانت الآراء الطبية مختلفة حوله بحيث يقره جانب وينكره جانب آخر، ويعد الطبيب في حل من المسؤولية، ولو كانت الآراء التي تؤيده قليلة، او انه استند في عمله الى مرجع يجوز الاعتماد عليه وان كان ذلك المرجع بعيدا عن الصواب[٢]، فقد قضت إحدى المحاكم الفرنسية ببراءة طبيب من المسؤولية عند إعطائه المريض كمية من المخدر كانت أكبر من الكمية الجائز اعطاؤها، واستند قرار البراءة إلى أن الطبيب قد رجع في تحديد كمية المخدر إلى رأي أحد علماء الطب في مرجع مطبوع[٣]، الا اننا نرى في سلوك الطبيب لرأي معين دون غيره يوسع من سلطة القضاء في تقديرمدى صحة هذا السلوك، والامر متروك في هذه المسألة لرأي الخبراء والمختصين، فلا يمكن ان يكون المريض عرضة لاجراء مستحدث وغيرمدروس العواقب لمجرد قناعة الطبيب به.

إنَّ ما نخلص اليه هو ان العمل الطبي يتضمن نسبة كبيرة من الاحتمال والحدس والتخمين، فالطبيب الجراح غير مُلزم بنجاح العملية الجراحية، لكن ما هو مطلوب منه هو بذل جهود صادقة تفصح عن ضمير حي ويقظ من أجل علاج المريض، ويستند الفقه في تقرير هذه العناية اللازمة إلى معيار (الاحتمالية)، فإذا كان التزام العناية لا يجلب الشفاء المطلوب، فإنَّ الالتزام دائماً يكون ببذل عناية ممكنة[٤] ، اما اذا كانت عنايته التي بذلها مخالفة –نتيجة جهله او تهاونه – للحقائق العلمية المكتسبة او المستقرة ، عدَ مخلا بالتزامه ، الامر الذي يطرح تساؤلاً في هذا الصدد وهوعن مدى العناية الواجب على الطبيب بذلها حتى تنتفي عنه المسؤولية.

يوجد هناك اتجاهان لقياس اطار العناية، أي حدود ما يجب على الطبيب من اليقظة والحذر والانتباه حتى يفي بالتزاماته، وهما[٥] :

الأول: اتجاه شخصي (ذاتي)، وهو يتلخص بمقارنة ما يصدر عنه في ضوء التصرفات العادية من حيث امكانية تجنب الفعل الضار، اذا وجد في الظروف نفسها التي احاطت به ، فاذا ثبت انه كان

---

(١) د. طلال عجاج ، مصدر سابق ، ص ١١٥.
(٢) د. حسن زكي الأبراشي، مصدر سابق، ص ١٤٣
(٣) قرار محكمة ليون الفرنسية بتاريخ ١٩٠٤/١١/٧، أشار إليه: د. طلال عجاج ، مصدر سابق، ص١١٥.
(٤) د. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات (المدنية والجنائية والتأديبية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص٨٤.
(٥) أحمد الصرايرة، التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن ، ٢٠٠٧، ص٥٢.

في استطاعته تجنب الضرر ولم يفعل، وصف سلوكه بالخطأ او الاهمال وذلك لعدم اتخاذ الحيطة والحذر.

والاتجاه **الثاني** وهو الراجح: اتجاه موضوعي مجرد، وهو قياس سلوك الشخص بمسلك الرجل العادي المألوف في الحياة الاجتماعية، مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف والبيئة التي وجد فيها، فهو قياس الانحراف في السلوك بمقياس مجرد وهو الشخص العادي[١] ، ولهذا يمكن القول بأن العناية المطلوبة من الطبيب هي عناية الطبيب المعتاد وفقاً لما تقضي به القواعد العامة[٢] ، ووفق أصول الفن الطبي، وبخلافه فأن الطبيب يعد مسؤولا إذا ما خرج عن القواعد الاساسية، والتي لا يغتفر الجهل بها لطبيب من أوسط زملائه علماً وفناً، وفي هذا الصدد أشارت محكمة النقض المصرية إلى مسؤولية الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقض في مستواه المهني وجد في الظروف الخارجية نفسها التي أحاطت بالطبيب المسؤول[٣] ، كحالة المريض، ودرجة خطورة تلك الحالة وما تستلزمه من إسعافات عاجلة، ووقت ومكان إجراء العلاج، وتوافر الامكانات الفنية من عدمها، فلا يمكن والحالة هذه قياس الطبيب الذي يتولى العلاج في مستشفى كبير لديه من المستلزمات الفنية والامكانات العلمية بمركز صحي في قرية نائية لا تتوافر فيه المستلزمات الضرورية، وعدم تيسر الاستشارة الطبية الفورية من الاطباء الاختصاصيين ، كما هو عليه الحال في المراكز المتقدمة والمستشفيات المتطورة والرئيسة.

الفرع الثاني

موقف التشريع والقضاء من التزام الطبيب ببذل عناية

أشارت معظم تشريعات الدول، ومنها التشريعات محل المقارنة، الى ان مسؤولية الطبيب تجاه المريض هي الالتزام ببذل العناية الواجبة التي تمليها عليه اصول مهنة الطب، فقد الزم المشرع الفرنسي الاطباء العاملين في المؤسسات الصحية بموجب المادة (L1110-10) من قانون الصحة العامة الفرنسي، الى بذل العناية المستمرة واللازمة لتخفيف الالام والمعاناة النفسية للمرضى، اما المشرع المصري فقد اشار من خلال المادة (٢٠) من لائحة آداب مهنة الطب

---

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١، مصدر سابق، ص٨٨٤.

(٢) نصت المادة (٢٥١) من القانون المدني العراقي على: ((١- في الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين ان يحافظ على الشيء او أن يقوم بإدارته او كان مطلوبا منه ان يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود. ٢- ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام اذا هو بذل في تنفيذه من العناية ما اعتاد في شؤونه الخاصة متى تبين من الظروف ان المتعاقدين قصدا ذلك))، تقابلها المادة (١/٢١١) من القانون المدني المصري.

(٣) نقض مدني في ١٩٧١/١٢/٢١، اشار اليه الدكتور محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١٦.

المصري بما يفسر طبيعة التزام الطبيب تجاه مرضاه، فنصت على: ((على الطبيب أن يبذل كل ما في وسعه لعلاج مرضاه وأن يعمل على تخفيف آلامهم وأن يحسن معاملتهم وأن يساوى بينهم في الرعاية دون تمييز))، كما اكد مشروع قانون المسؤولية الطبية على الزام مقدم الخدمة الطبية بالأصول العلمية، وان لا يجانب الامانة وان يبذل جهدة لأداء واجباته المهنية، وهو ما نصت عليه المادة (٣) بقولها: ((يجب على كل مقدم للخدمة الطبية تأدية واجبات عمله بما تقتضيه المهنة من الدقة والأمانة وفقًا للأصول العلمية المتعارف عليها))، ثم اعقبتها المادة (٤) من المشروع نفسه لتؤكد على ان الاصل في التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، وبعدها استطردت على وجود استثناء من الاصل في حالات معينة يكون فيه التزام الطبيب هو التزاما بتحقيق نتيجة، التي نصت بأنَّ: ((على مقدم الخدمة الالتزام نحو متلقيها هو التزام ببذل العناية الواجبة وليس التزامًا بتحقيق نتيجة، كما يعفى مقدم الخدمة من المسؤولية الطبية إذا كان الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي خلاف الخطأ الطبي ولا يد لمقدم الخدمة فيه، ويستثنى من نص الفقرة السابقة التخصصات الطبية التي يفترض أن يتحقق نتيجة ممارستها النتيجة المرجوة طالما بذلت العناية الواجبة كتخصصات التحاليل والأشعة)).

اما المشرع العراقي، فقد دَلَّ على التزام بذل العناية الواجبة، وهذا ما اكدته تعليمات السلوك المهني للأطباء في العراق من خلال النص على: ((١- إنَّ المسؤولية الطبية تجاه المريض هي مسؤولية عناية ومعالجة وإسناد وليست مسؤولية شفاء.٢- إنَّ الطبيب مسؤول عمّا يستعمله أو يقصر في استعماله من وسائل وليس مسؤولاً عن الشفاء))[١]، ولعدم وجود نص قانوني خاص عن مدى العناية المطلوبة من قبل الطبيب في التشريع العراقي، فإنها تخضع لقواعد القانون المدني العامة وهي عناية الشخص المعتاد[٢].

وفي دليل الاخلاقيات الطبية في المؤسسات الصحية الخاصة اشار بصورة عامة في القسم الخامس عشر الخاص بحقوق مقدم الخدمة الصحية الى بذل العناية الواجبة، اذ نصت الفقرة الرابعة منه على: ((مقدم الخدمة الصحية مسؤول تجاه المريض عن بذل العناية اللازمة وليس مسؤولا عن تحقيق الشفاء التام)).

اما مدونة مبادئ الاخلاقيات الطبية في المؤسسات الصحية العراقية، فقد أشارت الى ان الالتزام الواجب على الطبيب هو بذل عناية ، وذلك عندما عرفت الخطأ الطبي بأنه اخلال الطبيب بواجبه في بذل العناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المستقرة، والتأكيد على ضرورة

---

(١) يُنظر: البند (ثانياً) من قانون السلوك المهني الطبي العراقي لسنة ٢٠٠٢.
(٢) المادة (٢٥١) من القانون المدني العراقي والتي سبق الاشارة اليها.

التزام الطبيب أثناء مزاولته مهنة الطب، وعدم الخروج عن القواعد والأصول العلمية في الطب والاّ عُد مرتكباً لخطأ طبي، يوجب قيام المسؤولية المدنية الثابتة التي يعترف بها أهل العلم ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها مما ينسب إلى عملهم وفنهم. ويعد الطبيب مسؤولاً إذا توافرت العناصر الآتية:

- عدم مراعاة الأصول والقواعد العلمية المتعارف عليها في علم الطب.
- الإخلال بواجبات الحيطة والحذر.
- إغفال بذل العناية التي كانت في استطاعته.
- وأن لا يوجد للضرر سبب آخر غيره.

فيتحمّل الطبيب ومن في حكمه ممن يزاولون المهن الطبية مسؤولية الأضرار التي تنتج عن أفعالهم، سواء حدثت نتيجة استخدام ادوات ووسائل وأجهزة، أو حدثت بسبب خطأ شخصي، أو تقصير أو إهمال، أو عدم متابعة حالة المريض، أو عدم إجراء ما يلزم إجراؤه في الوقت المناسب، أو عدم استشارة ذوي الخبرة والاختصاص إذا كانت الحالة تستدعي الاستشارة.

أما القضاء فقد اكد بدوره على عدّ مسؤولية الطبيب تجاه مريضه مسؤولية عقدية مناطها التزام الطبيب ببذل عناية الرجل المعتاد في علاج مريضه، وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية من خلال حكم مرسييه الشهير الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ ١٩٣٦/٥/٢٠، إذ جاء في حيثيات الحكم: ((انه يوجد بين الطبيب والمريض عقد حقيقي ينشئ في ذمة الطبيب التزامات تعاقدية ببذل عناية الرجل المعتاد في علاج المريض وفقا لما هو معروف من الاصول الفنية للمهنة وللتطور العلمي المكتسب وان انتهاك هذا الالتزام يولد مسؤولية من نفس نوع الالتزام اي مسؤولية تعاقدية))[1]، وفي قرار اخر صادرعن محكمة النقض الفرنسية قضت فيه المحكمة بمسؤولية الطبيب عن الأضرار التي لحقت بالمريض اذا ثبت انه لم يبذل العناية اللازمة في تشخيص حالته أو علاجها[2]، ونَحَتْ محكمة النقض المصرية ذات المنحى لمحكمة النقض الفرنسية، وقضت في

---

[1] cass.civ.ler.20 mai 1936 affirme que , attendu qu'il seforme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant l'obligation pour le praticien l'engagent sinom, bien évidement de guérir -6- le malade, et que la violation même involontaireSanctionner par une respossibilité de même nature également contractuel" li tt p : منشور على الموقع الالكتروني www.droituniver

وانظر أيضا: د. أنور يوسف حسن، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، ط١، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٤، ص٢٨٢.

[2] (٢) قرار محكمة النقض الفرنسية رقم (12-27354) صادر في ١٨ يوليو ٢٠١٣ منشور على الرابط: https://t.me/yy66885utu

قرارها المرقم (١١١) بتاريخ١٩٦٩/٦/٢٦، بان التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة وان واجب الطبيب في بذل العناية منوط بما يقدمه الطبيب اليقظ في اوساط زملائه علما ودراية وفي نفس الاصول العلمية والظروف المحيطة به وقت ممارسة عمله[١] ، كما أيد القضاء العراقي أيضاً هذا الاتجاه في حكم لمحكمة التمييز ذكرت فيه ((إن الطبيب ملزم ببذل عناية لا بتحقيق غاية، فالطبيب ملزم ببذل جهده وفق الأسس الفنية الطبية وغير مسؤول عن عدم تحقق شفاء المريض)) [٢] .

المطلب الثاني

التزام المستشفى بتحقيق نتيجة

تبين لنا مما سبق أنَّ الأصل هو التزام الطبيب ببذل عناية، إلّا أنه في بعض الحالات يقع على عاتق المستشفى الخاص وأطبائها العاملين فيها التزام آخر تجاه المريض وهو الالتزام بتحقيق نتيجة، وهذا الالتزام لا يلغي الالتزام الأصل، أي لا يعني التعهد بشفاء المريض، انما هو الالتزام بعدم تعرضه لأي خطرفي اثناء وجوده في المستشفى، او جراء ما يستعمل في علاجه من ادوات أو اجهزة او ما يتلقاه من ادوية أو ينقل اليه من دم او غيره، ما يثير المسؤولية تجاه المستشفى الخاص في حال اصابة المريض بضرر، ويعد المستشفى في هذه الحال قد أخلّ بالتزامه تجاه المريض.

من ذلك يسعى القضاء في محاولة دائمة لإيجاد حل ملائم واعطاء التوازن بين المريض والطبيب، لا سيما فيما يتعلق بالمسؤولية من دون خطأ ، إذ يقع على عاتق الطبيب التزام بتحقيق نتيجة لتدخله الطبي وعليه ان يثبت السبب الاجنبي الناتج او خطأ المتضرر او خطأ الغير لدرء المسؤولية عن نفسه، وأول ما قضى به القضاء الفرنسي بشأن التزام الطبيب بتحقيق نتيجة كان في قضية نقل الدم بفيروس السيدا، ثم تلا ذلك العديد من القرارات التي صدرت في هذا المجال في فرنسا[٣] .

ولأجل الاحاطة بأبرز التطبيقات لالتزام المستشفى الخاص واطباءها بتحقيق نتيجة معينة لمصلحة المريض، سوف نتناول من هذه التطبيقات الالتزام بضمان سلامة المريض والالتزام

---

(١) أشار اليه: د. حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني، موسوعة القضاء والفقه، ج٢٥١، ص٤٥. وايضا د. ناجية العطراق، طبيعة التزام الطبيب طبقا للقانون المدني الليبي والفرنسي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون، جامعة الزاوية، ليبيا، ٢٠١٥، ص١٩٩.

(٢) قرار محكمة التمييز العراقية بتاريخ ٣٠/ ١١/ ١٩٦٨، منشور في، موسوعة الفقه الجنائي، المجلة الثانية، بغداد، رقم ١٤٢، ص٢١٧.

(٣) اشار الى ذلك: فريدة عميري، مصدر سابق، ص٢٢.

بالسرية والالتزام بالتبصير والالتزام المترتب على نقل الدم والالتزام بصحة نتائج التحاليل الطبية والتزام المستشفى بالإيواء وذلك في ست فروع متتالية.

الفرع الأول

الالتزام بضمان سلامة المريض

في أثناء وجود المريض في المستشفى وخلال تلقيه اجراءات العلاج، تتدخل بعض الأشياء والامور التي تكون بعيدة عن موضوع العلاج واجراءاته، وايضا لا علاقة لها بإجراءات السلامة والامن التي يجب على المستشفى الخاص ان توفرها للمرضى الموجودين بها اثناء مدة علاجهم، ولكن هذه الامور تكون قريبة من مخاطر العمل الطبي ومصاحبة له، مثل الادوات التي تستخدم في علاج المريض والاجهزة التي تستعمل في الكشف والعلاج والتي قد تكون ملوثة او منتهية الصلاحية، او يترتب على استخدامها إصابة المريض بالعدوى من مرض معين لم يكن يعاني منه قبل دخوله المشفى، وهي اخطاء طبية لا يوجد شك في انها تخالف الاصول الطبية وقواعد العمل والعرف الطبي المتعارف عليها [1] ، وان اتخاذ الاجراءات والاحتياطات كافة التي تكفل سلامة المريض وعدم تعرضه للإصابة بأية امراض او ملوثات هي التزامات لا علاقة لها بالعمل الطبي او اصول ممارسته ولا تحتاج الى تخصص طبي او فني معين او كفاءة كبيرة، ولكن من غير المنطقي ان يدخل المريض ليتلقى العلاج من مرض معين، او لإجراء جراحة معينة، ثم يترتب على تدخل اطباء المستشفى او الملاك الطبي تلوث ما بجسمه من جروح في اثناء اجراء الجراحة، او استخدام ادوات غير معقمة تؤدي الى اصابته بأضرار جسيمة او حتى وفاته، لذلك يعد الالتزام بالحفاظ على سلامة المريض التزاما بتحقيق نتيجة يقع على عاتق المستشفى الخاص والاطباء العاملين بها الذين قاموا بعلاج المريض وتقديم ما يحتاج اليه من رعاية صحية[2] ، فغرفة العمليات الجراحية مثلا تحتوي على عدّة أجهزة أساسية لعلاج المريض كما تعد مصدراً لعدة حوادث ، فبالنسبة للوسائل الجراحية فهي تطرح لنا مشكلات في تحديد المسؤول عنها، ففيما يتعلق بتشغيلها وصيانتها فإنها تكون تحت مسؤولية المستشفى بينما فحصها قبل إجراء العملية وصلاحيتها بعد انتهاء العملية الجراحية فتسند هذه المهمة الى الطبيب، وعليه فان الالتزام بالسلامة يجب أن يطبق على الطبيب وعلى المستشفى ؛ لأنه من غير المنطقي تركيز عبء المسؤولية الناشئة عن استعمال الأدوات الطبية على رأس الأطباء خاصة أنّ هذه الوسائل هي ملك

(1) د. محمد عبد المحسن القرشي ، مصدر سابق، ص١٢٠٢.
(2) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص٢١٢.

للمستشفى[١] ، ولا شك ان ذلك يعود الى سوء تقدير وتنظيم للمؤسسة الصحية فيما يقع من اضرار تهدد سلامة المريض، وهو ما يؤدي الى اثارة مسؤولية المستشفى والعاملين بها في حالة اصابة المريض بأي اذى يضر بسلامته الصحية[٢] .

وعن موقف فقهاء القانون الفرنسي في تعريفهم للالتزام بضمان السلامة فقد كانوا أكثر دقة في معالجتهم للتعريف، إذ اعتمدوا في تعريفه على ذاتية الالتزام عن طريق النظر إلى قاعدة السلامة بشكل منفصل عن كونها التزام، فذهب جانب منهم إلى تعريف قاعدة السلامة بأنها ((الحالة التي يكون فيها التكامل الجسدي والصحي للمتعاقد محفوظاً من أي اعتداء يسببه له تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الاتفاق المبرم بين احد المتعاقدين ومهني محترف)) [٣] ، اما عن تعريفهم للالتزام بضمان السلامة كان بأنه ((ممارسة المدين -الملتزم- سيطرة فعلية على كل العناصر التي يمكن أن تسبب ضررا للدائن المستفيد من السلعة أو الخدمة، وهو التزام بتحقيق غاية ونتيجة وليس بذل عناية))، ويضيف الرأي نفسه شرحا للتعريف السابق قائلا بأن ذلك يتمثل في الحالة التي يكون فيها التكامل الجسدي والصحي للمتعاقد، محفوظا من أي أذى يسببه تنفيذ الالتزامات العقدية في الاتفاق المبرم بين الدائن وبين الحرفي أو المهني، وهذا يوضح مفهوم الالتزام بالسلامة بأنه يتمثل في كل ما ينبغي أن يقوم به (المدين) بقصد عدم تعريض الدائن لأي مكروه يمس سلامة جسمه وحياته، وهي نتيجة لا بد أن تتحقق حتى يمكن القول بأن المدين قد وفى بالتزامه[٤] ، فتكون بذلك المستشفى الخاص مسؤولة عقديا تجاه المريض عن كل ما يصيبه من اذى وضرر بمناسبة وجوده في المستشفى لتلقي العلاج.

وخلاف الاتجاه الذي ذهب اليه الفرنسيون في تعريف الالتزام بضمان السلامة بالنظر الى ذاتيته ، فقد عرّف الفقه المصري هذا الالتزام بالنظر الى شروطه ، فقد ذهب الاتجاه الغالب من الفقه إلى تحديد الالتزام بضمان السلامة بإيراد جميع الشروط اللازمة لنشوء الالتزام بضمان السلامة، وعرفوا هذا الالتزام بأنه ((الالتزام الذي ينشأ نتيجة وجود خطر يهدد السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين، بأن يعهد احد المتعاقدين بنفسه للمتعاقد الآخر وأن يكون المدين بالالتزام بضمان السلامة مهنياً)) [٥]، اما الاتجاه الآخر من الفقه فقد اكتفى في تعريف الالتزام بضمان السلامة

---

(١) الاستاذة سميرة لالوش، مصدر سابق، ص١٩٣.
(٢) د. محمد عبد المحسن القرشي، مصدر سابق ، ص١٢٠٢.
(3) Francois Terre, Philippe Simler, Yves Lequette, Droit Civil, Les bligations, Dalloz, 9 edtion, Paris, 2009, P: 598 .
(4) Defferrad: une analyse de l'obligation de sécurité a l'épreuve de la cause étrangère Dalloz revue 1999 , P 355
(٥) د. محمد علي عمران، مصدر سابق، ص١٤٣؛ د. علي سيد حسن، الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٩٠، ص٦٥.

بالاعتماد على بعض الشروط وليس جميعها، فقد عرف الالتزام بضمان السلامة بأنه ((الالتزام الناشئ في العقود التي تضع شخص الدائن تحت الحراسة المؤقتة للمدين بالالتزام الرئيس الناشئ عن العقد)) [١] .

وفي فرنسا أشارت المحاكم الفرنسية في بعض قراراتها الى تعريف الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي بأنه التزام الطبيب بأن لا يتسبب للمريض بمرض جديد خارجا عن المرض موضوع العلاج، فالالتزام بالسلامة يفرض على الطبيب بأن لا يعرض المريض لأي ضرر وخطر عند استعماله للأجهزة والادوات الطبية وما يصف له من ادوية [٢] .

أما عن طبيعة التزام المستشفى الخاص بضمان سلامة المريض فأن الراجح فقهاً[٣] وقضاءً[٤] هو أن التزام المستشفى يعد التزاما بتحقيق نتيجة ، فالأضرار التي تصيب المريض اثناء وجوده بالمؤسسة الاستشفائية الخاصة والمستقلة عن العمل الطبي بمفهومه الفني، اي ما يتعلق بتقديم العلاج، فإن محل الالتزام فيها يكون بتحقيق نتيجة يتمثل في الالتزام بضمان السلامة[٥] ،

---

(١) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج١، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨، ص٣١٢ . د.علي سيد حسن ، مصدر سابق ، ص٦٦ .

(٢) اشارت الى ذلك الاستاذة سميرة لالوش ، مصدر سابق، ص١٨٠.

(٣) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص٨٧؛ د . محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج١، مصدر سابق، ص٣٩٦؛ د. حسن زكي الابراشي، مصدر سابق، ص٣٥٩؛ الاستاذة سميرة لالوش، مصدر سابق، ص١٨٦.

(٤) في حكم للقضاء المصري صادر من محكمة المنصورة الابتدائية جاء فيه: (... وإذا كان الأصل هو قصر التزام الطبيب على بذل العناية المطلوبة نظراً لفكرة الاحتمال التي تهيمن على نتيجة مهمته والتي تتدخل فيها عوامل عديدة لا تخضع لسيطرته... إلّا أنَّ الأمر لا يمنع من قيام التزامات محدودة خارج نطاق مهمته بمعناها الدقيق يكون تنفيذها لا مجال فيه للاحتمال الذي يبرر قصر التزام الطبيب على مجرد العناية كما هو الشأن في عمليات نقل الدم أو في التحاليل الطبية أو في الأجهزة المستخدمة، حيث يبرر التزام محدد يقع على عاتق الطبيب وهو الالتزام بضمان السلامة حمايةً للمرضى ولكن من حوادث قد تقع للمريض خارج نطاق العمل الطبي بمعناه الدقيق)، رقم القرار (٧٥٦٤) في ٢٩/نوفمبر/١٩٨٩؛ وانظر ايضا في القضاء المصري طعن ١١١ لسنة ٣٥ /ق/ جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦؛ وطعن ٤٦٤ لسنة ٣٦/ ق جلسة ١٩٧١/١٢/٢١ أشار اليها اكرم محمود حسين البدو، مصدر سابق، ص١١٢، اما القضاء الفرنسي فغالباً ما يلاحظ في أحكامه المتعلقة بهذه الإجراءات تشديدها على المسؤولية خصوصاً مسؤولية المستشفيات سواء كانت خاصة أو عامة وتؤكد على وجود ضمان السلامة في هذه الأحوال، حيث قضت محكمة استئناف باريس بمسؤولية المستشفى عن الدم الملوث الذي تم نقله إلى مريض أصيب بعدوى فيروس الأيدز نتيجة لذلك الإجراءات حيث ألقت على عاتق المستشفى التزاما بسلامة ونظافة الدم المنقول إلى المرضى، قرارها الصادر في ١٩٩١/١١/٢٨؛ أشار إليه د. محمد محمد أبو زيد، بعض المشكلات القانونية الناتجة عن مرضى فقد المناعة المكتسبة (الأيدز)، جامعة الكويت، ١٩٩٥، وفي قرار اخر ذهب القضاء الى القول بأن ((مدير المستشفى الخ اص لا يتعهد للمريض، فيما يتعلق بتنفيذ تعليمات الطبيب الا ببذل عناية يقظة وأمينة دون أي التزام بالسلامة، أما فيما يتعلق بالخدمات الأخرى، كتدفئة المريض بعد العملية الجراحية، أو الإقامة، فيقوم في ذمته التزام محدد بالسلامة، لان المريض يعهد بنفسه كلية لمن يتعهد، في مقابل أجر بالعناية به، وكذلك فيما يتعلق بالأغذية والأدوية التي يقدمها او التحاليل التي يقوم بها فيتعهد بشأنها بالتزام محدد بنظافة ونوعية الأغذية وسلامة الأدوية وصحة نتائج التحاليل)).

DALLOZ ACTION . DROIT DELA- RESPONSABILITE. 1998 ،P: 547.

(٥) خديجة زروقي، المسؤولية العقدية للمؤسسات الاستشفائية الخاصة في مجال العدوى الاستشفائية -دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة القانون، العدد٩، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة وهران، الجزائر، ٢٠١٧، ص ١٨٢.

وذلك لان المريض اثناء وجوده في المستشفى يعد انساناً ضعيفاً يعهد بنفسه إلى القائمين عليه مقابل أجر معين، وذلك بهدف العناية والرعاية به، والا يكون عرضه لأي خطر ممكن يهدد صحته او حياته، ومن ثم يقع على عاتق المستشفى التزام بضمان سلامته، والالتزام بالسلامة لا يعني الالتزام بشفاء المريض، بل بأن لا يتعرض للأذى من جراء ما يستعمل من أدوات أو أجهزة أو ما يتلقاه من أدوية، وبأن لا ينقل إليه مرض آخر نتيجة العدوى داخل المستشفى أو ما ينقل إليه من دم، وعليه فإن المستشفى يستطيع التخلص من المسؤولية وفقا للقواعد العامة بإقامة الدليل على أن الأضرار التي وقعت تعود إلى سبب أجنبي لا يد له فيه [1] .

وقد أرسى المشرع الفرنسي من خلال المادة (L.1142-1) من قانون الصحة العامة مبدأ مسؤولية مؤسسات الرعاية الصحية في حالة حدوث خطأ أثناء أعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج، اذ يجب أن تضمن المؤسسة تنظيم الرعاية والتنفيذ الجيد للوصفات الطبية ومراقبة المرضى من قبل طاقم مختص وبأعداد كافية، فالإدارة مسؤولة عن المراقبة وعدم كفاية الموظفين والتي قد ينشأ بسبب سوء الادارة هذا الحرائق في مركز التدفئة وحوادث التسريب، وما إلى ذلك، اذ تتحمل المسؤولية مؤسسة الرعاية الصحية، وتجدر الإشارة إلى أن أخطاء طاقم التمريض لا تعفي الطبيب بالضرورة من مسؤوليته، خاصة إذا كان قد أخطأ في الوصفة الطبية.

وتلتزم مؤسسة الرعاية الصحية الخاصة بشكل عام بمراقبة المرضى والمعدات المقدمة والمنتجات الصيدلانية والمرافق بشكل عام، كما أنها مطالبه بتزويد الطبيب بمعدات في حالة جيدة كالأجهزة الخاصة بغرف العمليات ، كأجهزة التحليل والتشخيص، وصيانتها بشكل صحيح، فلا يكفي توافر الاجهزة بل لابد من سلامتها وعدم اختلالها [2] ، وبصورة عامة ،فإن الضرر الناتج

([1]) أكرم محمود حسين البدو، مصدر سابق، ص ١١٣. وفي قرار لمحكمة الاستئناف Aix-en-provence الفرنسية قضت فيه بخصوص حريق شب في احدى المستشفيات الخاصة ادى الى احتراق سيدة حامل ، فأشارت الى : (ان المريض الذي يطلب العلاج مجبر على اللجوء الى مدير المستشفى الخاص الذي يقوم بتوفير الفراش والعلاج له والمحافظة على امنه وسلامته من مختلف المخاطر بحيث انه في حالة وقوع خطر من شأنه المساس بصحته او سلامته الجسدية قامت مسؤولية المستشفى الخاص فلا يكلف المريض بإثبات هذه المسؤولية ولكن تستطيع المستشفى ان تتخلص من مسؤوليتها اذا اثبتت بان سبب الخطر هو سبب اجنبي ، فظروف المريض لا تجعله قادر على المحافظة على نفسه)، وفي قرار مهم اخر قضت فيه محكمة النقض الفرنسية بقولها ان (عقد الاستشفاء المبرم بين المريض والمستشفى يضع على عاتق الاخيرة فيما يتعلق بالعدوى المرضية داخل المستشفى التزام بضمان السلامة محله تحقيق نتيجة، ولا يستطيع التخلص من مسؤوليته الا بإثبات السبب الاجنبي)، اشار اليهما الدكتور عبد القادر اقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود (نحو نظرية عامة)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص١٠٩-١١٠.

([2]) اكرم محمود حسين البدو، مصدر سابق ، ص١٠٩.

عن طريقة استخدام المعدات يستلزم مسؤولية الأطباء ، في حين أن الضرر الناتج عن عيب في الجهاز يؤدي إلى اثارة مسؤولية المستشفى الخاص[١] .

ويرى جانب من الفقه [٢] ان اساس الالتزام بضمان السلامة هو اعتبار هذا الالتزام من مستلزمات العقد، فللقاضي أن يقرر من الالتزامات التعاقدية ما تقتضيه طبيعة العقد ووفقا للقانون والعرف والعدالة، وأن يراعي في ذلك الوضع الاجتماعي وتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة وعلى القاضي ان يقدر ما إذا في اضافة التزام ثانوي الى مضمون العقد لتنظيم العلاقات التعاقدية بل ان افضل تطبيق لسلطة القاضي في تفعيل العقد هو الالتزام بضمان السلامة الذي يفرض على احد طرفيه حماية الطرف الاخر، وهذا بدوره يحقق العدالة ويحقق التناسق في العلاقات الاجتماعية، لذا فان الالتزام المذكور يدخل في نطاق العقد بوصفه من مستلزماته، إذ تنص المادة (١٥٠) مدني عراقي في فقرتها الثانية على انه: ((ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول ايضا مما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)) [٣] .

كما أن قانون الصحة العامة العراقي يعد الحجر الأساس لتوفير الحماية الصحية للمواطنين لاهتمامه بموضوع الرقابة الصحية وجعلها فاعلة لشمولها جميع المؤسسات الصحية من بينها المستشفيات وكذلك المعامل والمحلات العامة ولها وظائف متعددة، ولقد صدر بموجب هذا القانون العديد من التعليمات التي تسهل تنفيذه ، فقد اشارت المادة (٩٠) من القانون المذكور الى واجب الجهات الصحية المختصة للتفتيش دورياً والتأكد من خلوّ المستشفى من التلوث، وفرض العقوبات عليها في حال تم التأكد من تلوثها ضمانا لسلامة المرضى الراقدين فيها إذ نصت على: ((تقوم الجهة الصحية المختصة شهريا وبصورة دورية، بأخذ مسحات من غرف العمليات والادوات الجراحية والاثاث المستعملة فيها والغرف الملحقة بها للتأكد من خلوها من الجراثيم التي قد تؤدي الى تلوث الجروح وفي حالة ثبوت التلوث تغلق الجهة الصحية الصالات وملحقاتها ويوقف العمل فيها لإجراء التعقيم، ولا تفتح الا بعد التأكد من سلامتها))، وعلى الرغم من التأكيد على اهمية التزامات المستشفى ودورها في حماية المرضى من الاضرار والحوادث او الامراض المعدية وفرض العقوبات عند مخالفتها، إلّا اننا نجد ان ذلك غير كاف لتوفير الحماية القصوى للمريض الذي يلجأ للمستشفى طلبا للعلاج واذا به يتعرض لأضرار اخرى بسبب الاخطاء وسوء الادارة

---

(1) Terry Roder, La responsabilité des établissements de santé privés, 2016,p.3

(٢) د. محمد شريف احمد ، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة ،عمان، الاردن، ١٩٩٩، ص١٤٣؛ د. حسن نوري، نظرية الالتزام ، مكتبة عين شمس، القاهرة، مصر، ص٢٨٧.

(٣) تقابل المادة (1135) من القانون المدني الفرنسي والمادة (١٤٨) من القانون المدني المصري.

والاهمال، الامر الذي يقودنا الى دعوة المشرع العراقي الى اهمية تشريع نصوص خاصة بالمسؤولية الطبية لضمان وحماية حقوق المرضى.

الفرع الثاني

الالتزام بالسرية

كتمان السر واجب أدبي يستمد قوته من مبادئ الأخلاق والشرف والأمانة، وقد سبقت الأديان السماوية التشريعات الوضعية في الحث على الابتعاد عن إفشاء اسرار الغير، فقد ورد في السنة النبوية الشريفة احاديث متعددة تأمر المسلم بستر عورة أخيه المسلم وعدم إذاعة أو إفشاء اسراره، ومن ذلك قول النبي محمد صلى الله عليه وآله وسلم: ((إنما يتجالس المتجالسان بأمانة الله فلا يحل لأحد أن يفشي على صاحبه ما يكره)) [1] .

ان الحكمة من ذلك هوعدم إلحاق أذى بسمعة صاحب السر أو اعتباره أو شرفه ، ويعد الطبيب كغيره من أصحاب المهن تقتضي طبيعة عمله تلقي أسرار مرضاه، فكما رأينا ان من مصلحة المريض فيما يتعلق بمرضه هي أن يفضي بأسراره الى الطبيب طلبا للمنفعة [2] ، والّا كيف يستطيع الطبيب إن يشخص المرض ويعالج المريض من دون أن يطلع على تفاصيل مرضه وما يشكو منه، وبالمقابل كيف للمريض أن يطمئن على اسراره التي أودعها إلى الطبيب بحكم الضرورة التي ألجأته، ولهذا فقد تدخل المشرع وألزم أصحاب المهن ومنهم الأطباء بالمحافظة على اسرار الناس بقصد تأكيد الثقة الواجبة بهذه المهن لتؤدي دورها كما ينبغي ولكي تطمئن نفوس الأفراد وتصان مصالحهم[3] ، والالتزام بالسرية هو من أكثر الالتزامات المعنية بمهنة الطب وواجباتها الأخلاقية والمهنية والإنسانية، إذ يجب على الطبيب أن يحافظ على سرية المعلومات كافة المتعلقة بمرض المريض سواء تلك المعلومات التي تحصَّل عليها عن طريق فحصه وعلاجه للمريض أو تلك التي أفضى بها إليه المريض نفسه رغبةً منه في التخلص من الآلام والأوجاع الناجمة عن مرضِه، إذ إنَّ هذه المعلومات من المستحيل أن تصل إلى علم ومسامع الطبيب لولا مهنة الطب التي يمتهنها [4] .

---

(1) الحافظ شهاب الدين ابي الفضل العسقلاني، فتح الباري لشرح البخاري، الجزء الثالث عشر، مطبعة مصطفى البابي، مصر، ١٩٥٩ ، ص ٣٢٥.
(2) انظر صفحة (١٤١) من الاطروحة.
(3) جابر مهنا شبل، الالتزام بالمحافظة على سر المهنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة جامعة بغداد، ١٩٨٤ ص٢.
(4) سمير عبد السميع الأودن، مصدر سابق، ص٣١٤.

وتبرز أهمية الالتزام بالسرية بضرورة أن يحاط حق المريض بجدار من السرية التامّة، فالمريض عندما يلجأ لطبيبٍ ما ليكشف له عن حالته غالباً ما يكون له مصلحة بأن لا يطّلع أحد غير طبيبه على حالته الصحية تلك [1] .

ومع ذلك فقد تقضي الظروف او حالة المريض الصحية الى اطلاع بعض من الملاكات الطبية كالممرضين او المساعدين الطبيين او من يستشيرهم الطبيب الاختصاص من أطباء آخرين على معلومات تخص المريض سواء أكانت متعلقة بحياته الشخصية أم بحالته الصحية، ومن ثم فهم ملزمون بذات الالتزام الذي يلتزم به الطبيب المعالج وهو الالتزام بالسرية؛ لأن هذا الالتزام يعلق بذمة كل منْ أطلع على السر، فيلتزمون جميعاً بالسرية[2] .

ولم يغفل المشرع الفرنسي عن أهمية هذا الالتزام واحترام خصوصية المريض، ومد هذا الالتزام الى كل ما يصل الى علم الطبيب عن المريض بمناسبة ممارسته للمهنة، وهو ما نصت عليه المادة (R.4127-4) من مدونة الاخلاقيات الطبية الفرنسي: ((السرية المهنية، التي تصب في مصلحة المرضى، أمر ضروري على أي طبيب وفقا للشروط التي يحددها القانون، اذ ان السرية تغطي كل ما وصل إلى علم الطبيب في ممارسة مهنته، أي ليس فقط ما عهد إليه به، ولكن أيضًا ما رآه أو سمعه أو فهمه)).

اما المادة (R.4127-35) فقد نصت على ان: ((الطبيب مدين للشخص الذي يفحصه أو يعالجه ان ينصح بمعلومات عادلة وواضحة ومناسبة عن حالة الفرد الحقيقية وبالرعاية التي يقدمها طوال فترة المرض، وهو يراعي شخصية المريض في شرحه وتأكده من فهمه، ومع ذلك، عندما يطلب الشخص أن يبقى في الظلام للتشخيص، يجب احترام رغباته، ما لم يعرض ذلك طرف ثالث للخطر، ولا ينبغي الكشف عن التشخيص القاتل إلا بحذر، ولكن يجب إبلاغ الأقارب إلا في الظروف الاستثنائية أو إذا كان المريض قد سبق له ان طلب عدم هذا الكشف أو ان يحدد الطرف الثالث الذي يتم ابلاغه)).

كما تطرق المشرع المصري كذلك لهذا الالتزام، وذلك في المادة (٣٠) من قانون اخلاقيات مهنة الطب المصري التي نصت على: ((لا يجوز للطبيب إفشاء أسرار مريضه التي اطلع عليها بحكم مهنته إلا إذا كان ذلك بناء على قرار قضائي أو في حالة إمكان وقوع ضرر جسيم ومتيقن يصيب الغير أو في حالات أخرى يحددها القانون))، فضلا عن ذلك العقوبة المقررة للطبيب

([1]) إبراهيم صالح عطية، المسؤولية المدنية للطبيب الناتجة عن خطئه العادي (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة ديالى، العدد (٤٩)، المجلد (١٤)، ٢٠١١، ص٣.

([2]) أحمد سلمان شهيب، العقد الطبي، مصدر سابق، ص١٨١.

بموجب المادة (٣١٠) من قانون العقوبات في حال قيامه بإفشاء اسرار مريضه التي اطلع عليها[١]، أما بالنسبة للمشرع العراقي فهو الاخر اكد على الحفاظ على سريّة معلومات المريض، فهي حجز زاوية الآداب الطبية منذ زمن ابوقراط، وحتى في قسم الطبيب العراقي بعد تخرجه من كلية الطب وقبل ممارسته للمهنة " وأن لا أفشي سراً ..." [٢] .

وقد وثق دليل الاخلاقيات الطبية هذا الالتزام في القسم المتعلق بواجبات مقدم الخدمة الصحية نحو المرضى، الفقرة (ز) والتي اكدت على حفظ سر المريض وكتمانه، الا اذا دعت الحاجة الى ذلك في حالات خاصة تم ذكرها على سبيل الحصر، اذ نصت على ((يجب على مقدمي الخدمة الصحية حفظ السر وكتمانه، وأن اطلاعهم على أسرار المريض لا يبيح لهم كشفها والتحدث عنها بما يؤدي الى افشائها الا في الحالات الاستثنائية الآتية: ١- اذا كان في الافشاء حماية للمخالطين له من الاصابة بالمرض أو الضرر مثل الامراض المعدية أو إدمان المخدرات أو الامراض النفسية الشديدة وفي هذه الحالة يقتصر الإخبار على من يمكن أن يقع عليه الضرر. ٢- إذا ترتب على الافشاء مصلحة راجحة للمجتمع أو دفع مفسدة عنه ويكون التبليغ للجهات الرسمية المختصة فقط ومن أمثلة ذلك ما يأتي: أ- الإبلاغ عن وفاة ناجمة عن حادث جنائي أو للحيلولة دون ارتكاب جريمة، **ب-** التبليغ عن الأمراض السارية أو المعدية، **ت-** إذا طلب ذلك من جهة قضائية، **ث-** دفع تهمة موجهة الى مقدم الخدمة الصحية من المريض أو ذويه تتعلق بكفاءته أو كيفية ممارسته لمهنته على أن يكون الافشاء أمام الجهات الرسمية. ٣- اذا كان الافشاء لذوي المريض أو غيرهم مفيد لعلاجه فلا مانع من إبلاغهم بعد الحصول على موافقتهم. ٤- يمكن لمقدم الخدمة الصحية إفشاء بعض أسرار المريض إذا دعت الحاجة الى ذلك من أجل تعليم أعضاء الفريق الطبي الآخرين على أن يقتصر ذلك لغرض التعليم فقط وأن يحافظ على عدم إبراز ما يدل على هوية المريض وشخصيته)).

ويشمل الالتزام بالسرية كل ما يتعلق بالعمل الطبي، أما البيانات والمعلومات التي لا تتعلق بهذا الالتزام فلم يُضفي المشرع عليها السرية، وبالتالي فهي لا تندرج ضمن باب السرية الطبية

---

(١) نصت المادة (٣١٠) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ على: ((أن كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو غيرهم مودعا إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي ائتمن عليه فأفشاه في غير الأحوال الذي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ٦ شهور أو غرامة لا تتجاوز ٥٠٠ جنيه)).

(٢) مبادئ الاخلاقيات الطبية في المؤسسات الصحية العراقية ، ص٣٠. كذلك ما نص عليه قَسَمْ الطبيب الواجب اداءه امام نقيب الاطباء في مصر والالتزام بحفظ اسرار المرضى وخصوصياتهم، حيث نصت المادة الاولى من لائحة آداب مهنة الطب المصري على: ((يجب على كل طبيب قبل مزاولته المهنة أن يؤدى القسم الآتي أمام نقيب الأطباء أو من ينوب عنه: اقسم بالله العظيم ان اراقب الله في مهنتي وان اصون حياة الانسان في كافة ادوارها ...وان احفظ للناس كرامتهم واستر عورتهم واكتم سرهم...)) .

والتي تترتب على إفشائها المسؤولية الجنائية، كأجور الخدمات العلاجية التي يتم تقديمها للمرضى نظير عمل التحاليل والفحوصات المختبرية، إذ إنَّ القانون ألزمَ الطبيب بالحفاظ على السر المهني وقام بتجريم إفشائِه؛ إلّا في حالات معينة واستثنائية رخّصَ فيها إذاعة تلك الأسرار، وهذا ما اقره المشرع العراقي في قانونه العقابي [١].

الفرع الثالث

الالتزام بالتبصير

إنَّ من مستلزمات احترام الشخصية الانسانية للمريض وحقه بعدم المساس بجسده هو أخذ موافقته عن أي اجراء يقع عليه، وان الاخلال بهذا الواجب يعد مساسا خطيرا بهذا الحق، فيلتزم الطبيب في المستشفى والمسؤول عن حالة المريض بإحاطة مريضه بالاجراءات الطبية كافة والمعلومات التي من شأنها ان تجعل الاخير سليما ومتبصرا حول كل ما يتعلق بالمرض الذي يعاني منه والعلاج المقترح له [٢]، حتى يتمكن المريض من اتخاذ قرار مستنير اما بقبول العلاج بمخاطره او رفضه وتحمل مخاطر المرض وتركه يتابع تطوره الطبيعي [٣].

اذ يُعدّ التزام الطبيب بتبصير مريضه [٤] بموجب عقد الاستشفاء الطبي التطبيق الأمثل لمبدأ احترام إرادة المريض؛لأنّ الطبيب لا يستطيع أن يقوم بأي عمل طبي على جسم المريض إلا بعد حصوله على رضا المريض نفسه، أو رضا من ينوب عنه، وهذا الرضا لا يعتد به إلا إذا كان صادراً عن إرادة واعية مستنيرة، الامر الذي يلقي التزاما على عاتق الطبيب بتبصير المريض بصورة صحيحة عن حالته الصحية وعن الاجراء الذي سوف يقوم به، عن طريق شرح حالته

---

[١] نصت المادة (٤٣٧) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل على : ((يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تزيد على مائتي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من علم بحكم وظيفته أو مهنته أو صناعته أو فنّه أو طبيعة عمله بسرٍّ، فأفشاه في غير الأحوال المصرّح بها قانوناً أو استعمله لمنفعته أو منفعة شخص آخر، ومع ذلك فلا عقاب إذا أذن بإفشاء السر صاحب الشأن فيه أو كان إفشاء السر مقصوداً به الإخبار عن جناية أو جنحة أو منع ارتكابها)).

[2] THIRY Eric, FAGNART Jean - Luc, LUTTE Isabelle, Actualités de droit médical, Bruylant, Bruxelles, 2006 , p:55.

اشارت اليه: فريدة عميري، مصدر سابق ، ص٢٤.

[٣] د. جابر محجوب علي ، مصدر سابق، ص٧٨.

[٤] هناك فرق بين الالتزام بالإعلام والالتزام بالتبصير، إذ ان الالتزام بالإعلام يبدأ وينقضي في المدة السابقة على انعقاد العقد، فيقوم أحد طرفي المفاوضات بإعلام الطرف الآخر بالمسائل المهمة التي لها صلة بموضوع العقد، وإذا لم يقم بذلك فان من حق الطرف الآخر أن يستعلم عنها كي يتحقق التكافؤ في العلم، انظر: د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الإدارة العامة للبحوث، ١٩٩٥ ، ص٧٨.

المرضية وإعلامه بالعلاج الواجب تطبيقه عليه، فضلاً عن الخيارات الأخرى المتاحة والتي من الممكن استخدامها للعلاج، وكذلك المخاطر والمضاعفات التي من المحتمل أن يسببها العلاج[١].

فالتبصير هنا يُعدّ الوسيلة المثلى التي من خلالها نتوصل إلى الحفاظ على الثقة في العلاقة بين طرفي عقد الاستشفاء، وهو يتضمن معنى احاطة المتعاقد الاخر بالمعلومات المهمة والمؤثرة في اقدامه على قبول العلاج او رفضه[٢] وبصورة عامة فهو وسيلة مهمة لإقامة التوازن بين طرفي العقد في عقود المهنيين ، أي بين من يعلم ومن لا يعلم[٣].

ان حق المريض بسلامة جسمِه يلقي التزاما على كاهل المستشفى عن طريق الطبيب المختص لعلاج المريض، بأن يشرح لمريضه بما هو مُقبل عليه، وهو ما يساعد المريض على أن يبدي موقفه بكل اقتناع وبصيرة، ومن دون هذا التبصير قد يصعب عليه أن يتخذ القرار اللازم بما يخص الخيارات الصحية الملائمة له، ويُعد الطبيب هو الشخص الوحيد والمؤهل لتقديم النصح والمعلومات الكافية للمريض[٤]،على أن يتم تقديم كل ما تقدّم من معلومات بطريقة سلسة ويسيرة ويسهل فهمها من قبل المريض بعيداً عن المصطلحات الطبية والعلمية المعقدة والصعبة الفهم من قبل غير ذوي الاختصاص، لكي يتسنّى للمريض اتخاذ القرار المناسب بكل وعي وإدراك إما باستمراره بالعلاج أو تركهِ[٥]، إلّا ان هذا الالتزام ليس التزاما مطلقاً ، فالطبيب لن يستطيع ان يؤدي عمله بنجاح ان كان ملتزما دائما بهذا الالتزام، سيّما عندما يتعلق الامر بإجراء عملية جراحيه خطيرة، أو تقديم علاج على درجة كبيرة من الاهمية، فتبصيرالمريض بكل التفاصيل عن الاجراء الجراحي او الوضع الصحي للمريض قد يؤدي الى نشوء بعض العقبات المادية والمعنوية، الامر الذي دفع القضاء للتفريق في هذا الاتجاه بين المخاطر العادية المتوقعة والمخاطر غير العادية وغير المتوقعة، ففي الاولى يقع على عاتق الطبيب التزام بالتبصير والتوضيح ، ويعفى من مثل هذا الالتزام في الثانية[٦].

---

(١) صالح جاسم صالح المحمدي، تطور المسؤولية المدنية في المجال الطبي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة قطر، ٢٠١٩، ص٥٠.

(٢) خالد بن النوي والطيب بو حالة، الالتزام بالتبصير في العقد الطبي بين القانون الجزائري والقضاء الفرنسي، بحث منشور في مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية ،الجزائر، المجلد ٧، العدد٢، السنة ٢٠٢٠، ص ٧٨٧.

(٣) د. جعفر الفضلي، الالتزام بالنصيحة والسلامة والحذر في عقد المقاولة- دراسة تحليلية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، العدد ١٣، السنة ٢٠٠٢، ص١.

(٤) عبد الكريم مأمون، مصدر سابق، ص٧٧.

(٥) محمد يوسف الفشني، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال الرعاية الصحية عن بعد، جامعة المنوفية، مصر، ص١١٤.

(٦) عبد الفتاح بيومي حجازي ، مصدر سابق، ص ٦٩.

وفي فرنسا، فقد اولى المشرع التزام الطبيب بتبصير المريض أهمية كبيرة ، فبالإضافة الى ما نص عليه من خلال القانون المدني الفرنسي في المادة (٣/١٦) من وجوب الحصول على رضا المريض قبل مباشرة أي عمل طبي على جسم المريض وهو ما يوجب بالضرورة إلزام الطبيب بإعلام مريضه حتى يكون رضاؤه معبراً عن ارادته الحقيقية، فقد نصت المادة (٢/١١١٤) من قانون الصحة الفرنسي المعدل بقانون (٤) مارس٢٠٠٢ على ضرورة حصول الطبيب على الرضا المستنير للمريض قبل كل تدخل طبي، وذلك بعد إفادته بالمعلومات الضرورية.

كذلك نجد هذا الالتزام منصوصا عليه في المادة (R.4127-35) من مدونة الاخلاقيات الطبية الفرنسية، اذ اشارت الى ((ان الطبيب مدين للشخص الذي يفحصه أو يعالجه ان ينصح بمعلومات عادلة وواضحة ومناسبة عن حالته طوال مدة المرض، وعليه ان يراعي شخصية المريض في شرحه وان يتأكد من فهمه)).

كما اكد مشروع قانون المسؤولية الطبية المصري على حظر القيام باي تدخل علاجي للمريض فيما عدا الحالات الطارئة الا بعد موافقة المريض وتبصيره بكامل الاجراءات الطبية، فنصت المادة (١/٦) على: ((في ما عدا الحالات الطارئة التي تستلزم التدخل العلاجي الفوري لإنقاذ حياة المريض أو الجنين لا يجوز إجراء تدخل طبي أو علاجي إلا بمراعاة ما يأتي: ...ج- أن تؤخذ موافقة كتابية من المريض إن كان كامل الأهلية أو من أحد أقاربه حتى الدرجة الرابعة إن كان ناقص الأهلية أو تعذر الحصول على موافقته، وذلك لإجراء العملية الجراحية أو أية عملية تستدعي تخدير المريض، وبعد تبصيره ويعتبر أهلًا للموافقة كل من أتم الثامنة عشر سنة ميلادية))، وأشار قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري على مبدأ التبصير بقوله: ((لا يجوز البدء في عملية النقل بقصد الزرع إلّا بعد إحاطة كل من المتبرع والمتلقي -إذا كان مدركاً- بواسطة اللجنة الثلاثية المنصوص عليها في المادة (١٣) من هذا القانون، بطبيعة عمليتيْ النقل والزرع ومخاطرهما المحتملة على المدى القريب أو البعيد..))[١].

وعن المشرع العراقي فقد الزم الطبيب على الاهتمام بتحقيق مصلحة المريض وحفظ حقوقه وذلك بالمبادرة الى شرح الحالة المرضية للمريض او ذويه وعن اسبابها ومضاعفاتها مع الحرص على ان يكون باسلوب واضح ويسهل فهمه وذلك من خلال الفقرة (الثالثة /ب/اولاً) من دليل الاخلاقيات الطبية في المؤسسات الصحية إذ نصت على: ((المبادرة الى اخبار المريض أو من ينوب عنه بالحالة المرضية واسبابها ومضاعفاتها وفائدة الاجراءات التشخيصية والعلاجية، وتعريفهم بالبدائل المناسبة للتشخيص او العلاج بإسلوب واضح وتحري الصدق في ذلك))، اما

[١] المادة (٧) من قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري رقم (٥) لسنة ٢٠١٠.

الفقرة (ج/أولا) من القسم الخاص بواجبات مقدم الخدمة الصحية نحو المرضى فقد تطرقت الى واجب تبصير المريض عند اجراء الفحص عليه اذ نصت على: ((يجب أن تؤخذ موافقة المريض البالغ العاقل (ذكراً كان أو انثى)، أو من يمثله إذا كان لا يُعتد بإرادته، قبل القيام بالعمل الطبي أو الجراحي، وذلك لأنَّ بدن الانسان ونفسه من خصوصياته التي لا يجوز لأحد أن يتصرف فيها بغير رضاه، وحتى يكون إذن المريض معتبراً فلا بُدَّ أن تتحقق فيه الشروط الآتية: ١- أن يقوم مقدم الخدمة الصحية بتقديم معلومات وافية للمريض وبلغة يفهمها عما سيقوم به وما هو مطلوب منه فعله، وما سيترتب عليه من مضاعفات ومخاطر في حالة رفضه للفحص.٢- أن يكون المريض قادراً على استيعاب وفهم المعلومات التي قدمت له حتى يعطي الإذن عن وعي وإدراك واقتناع تام. ٣- أن يكون إذن المريض صادراً عن طواعية منه دون ضغط أو اكراه. ٤- أن يكون الإذن مكتوباً عند عزم مقدم الخدمة الصحية القيام بإجراءات تداخلية تنطوي على مخاطر محتملة، مثل العمليات الجراحية أو أخذ الخزعات أو الإجراءات المشابهة))، ولكن ما نلحظه على هذا النص انه قصر التبصير على مرحلة التشخيص والمبادرة بالعلاج من دون ان يؤكد على اهمية التبصير في جميع مراحل العلاج الطبي والتداخلات الجراحية الطارئة وحتى بعد اجراء الجراحة واهمية ما يستلزمه واجب التبصير في تنمية وعي المريض بوضعه الصحي واستمراره بالعلاج.

وتطبيقا للالتزام بتبصير المريض واعلامه بحالته الصحية وطبيعة الاجراءات المزمع اجراءها والنتائج المحتملة فقد تشدد القضاء في فرنسا نحو الاطباء بواجب اخبار المريض وتنويره، واصدرت محكمة التمييز الفرنسية قراراً قضت فيه المحكمة بأن الطبيب مسؤول عن الاضرار التي لحقت بالمريض اذا ثبت انه لم يخبر المريض بمخاطر العملية الجراحية المحتملة[١]، وفي قرار اخر لها اشارت الى انه فيما عدا حالة الاستعجال او الاستحالة او رفض المريض للإعلام فان الطبيب يكون ملزما بان يقدم للمريض معلومات امينة وواضحة وملائمة عن المخاطر الجسيمة الملازمة للفحوصات والعلاج المقترح ولا يعفى الطبيب من هذا الالتزام لمجرد كون هذه المخاطر لا تتحقق الا بشكل استثنائي[٢].

---

[١] قرار محكمة النقض الفرنسية رقم (10-22774) الصادر في ٢٠١١/٣/٢٣، منشور على الرابط: https://t.me/yy66885utu

[٢] صدر هذا الحكم بشأن سيدة خضعت لعملية جراحية بالعمود الفقري ونتج عن ذلك فقدانها البصر بالعين اليسرى ولم يكن الطبيب قد اعلمها بهذا الخطر قبل العملية ، رفضت محكمة الاستئناف دعوى التعويض التي رفعتها المريضة، غير ان محكمة التمييز الغت الحكم الاستئنافي واصدرت الحكم المذكور آنفاً في ١٩٩٧/١٠/٧، أشار اليه علي عصام غصن ، مصدر سابق، ص ٣٤.

أما في العراق فقد اصدرت محكمة التمييز قرارا قضت فيه ((... إن عدم قيام الطبيب بإخبار المريض بعد العملية عن الاحتياطات التي يجب اتباعها من أجل تجنب الآثار الجانبية التي قد تقع، يُعدّ سبباً لقيام مسؤوليته))[1].

الفرع الرابع

الالتزام المترتب على نقل الدم

يقع من ضمن التزامات المستشفى، تقديم المواد الواجب توافرها من أجل تنفيذ عقد الاستشفاء، ومن بين تلك المواد هي كميات الدم التي يحتاجها المريض، فالمستشفى الخاص يحصل على الدم من مركز نقل الدم ومن ثم يمده للمريض، إذ يقوم مركز نقل الدم بجمع وتخزين الدم، ويعمل على تأمين وصوله للمرضى المحتاجين عند طلبه من المؤسسات العلاجية المختلفة، فهو يرتبط مع هذه المؤسسات بعقد توريد للدم، ويعد التزامه هذا موجباً نتيجة في مواجهة المستشفى والمريض، إذ يجب على هذه المراكز تقديم دماً سليماً، خال من الأمراض والعيوب والفيروسات التي تنقل الامراض ومن فصيلة دم تتفق مع فصيلة دم المريض المنقول إليه الدم فهي الجهة الوحيدة المكلفة بتسليم الدم ومشتقاته، ما يظهرها بمظهر المورد المباشر للدم، الأمر الذي يثير مسؤولية مركز نقل الدم عن الخطأ ويسأل عن الاخلال والتقصير في عمله بسبب مخالفة القاعدة المتفق عليها في الاطار الطبي لعمليات نقل الدم ومشتقاته، وهي توفير جميع الاحتياطات اللازمة واستخدام الوسائل المتعارف عليها في اجراء عملية النقل واتباع الطرائق العلمية بحذر وعناية[2].

وعن طبيعة المسؤولية المدنية في مجال نقل الدم ووفقا للرابطة بين المتضرر(المريض) والمسؤول عن الضرر (مركز نقل الدم)، استقر القضاء الفرنسي نحو الأخذ بمسؤولية مراكز نقل

---

(١) رقم القرار (٤١٧/م منقول/٢٠٠١) الصادر في ٢٠٠١/٥/١٢ (غير منشور).

(٢) د. وائل محمود ابو الفتوح، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم، دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠٠٩، ص١٠٧. ومن صور الخطأ لمراكز نقل الدم وحفظه هو ان لا تقوم بعملية حفظ الدم بصورة تضمن عدم تلوثه او فساده او تخثره طيلة فترة التخزين التي تحدد فنيا من طرف المختصين حتى لا تنتهي صلاحيته في العلاج الى حين تقديمه للمريض وتقدر المدة بـ ٢١ يوما من الادماء، انظر مؤلف الدكتور خالد موسى توني، المسؤولية الجنائية في عمليات نقل الدم، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٣٨٦. الاستاذ برابح يمينه، نقل الدم بين الضرورة العلاجية والمساءلة القانونية (دراسة تأصيلية في القانون المدني)، الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد ١٥، الجزائر، ٢٠١٦ ص١٥١. جوليانا فايز يحفوفي، نقل الدم والمسؤولية المدنية الناجمة عنه، رسالة لنيل دبلوم دراسات عليا في قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية والادارية، الجامعة اللبنانية ، ٢٠١٨، ص٦٠.

الدم على أساس تعاقدي في مواجهة المريض متلقي الدم ، وفق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير[١]، وبعد توافر شروطها [٢] ، إذ ينشأ للمنتفع حق مباشر من عقد الاشتراط في ذمة المتعهد على الرغم من أنه لم يكن طرفا في العقد؛ ولهذا عُدّ الاشتراط لمصلحة الغير خروجاً من القاعدة العامة التي تقضى بأن العقد لا ينشىء حقا للغير، ويستطيع المنتفع المطالبة بهذا الحق مباشرة وباسمه، أي بدعوى مباشرة، وهنا سيكون المريض كمنتفع من عقد ابرم بين المستشفى ومركز نقل الدم يتضمن اشتراطا ضمنيا لمصلحة الغير-المريض- ويترتب على هذا ان المريض يستطيع ان يرفع دعوى عقدية على مركز نقل الدم دون الحاجة الى اثبات خطأ الاخير، فاذا ما اراد دفع المسؤولية عنه فعليه إثبات أن هذه الأضرار تعود لسبب أجنبي، أما فيما لو لم يستطع إثبات ذلك، ترتبت مسؤوليته في مواجهة المريض.

والحقيقة أن الذي أقر هذا الوصف وأرسى مبادئه هو القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية عام ١٩٥٤، والذي اعتمدته محكمة الموضوع، اذ ذهبت فيه المحكمة إلى أن الاتفاق المبرم بين المؤسسة العلاجية ومركز نقل الدم يصحبه اتفاق لمصلحة الغير باسم المريض الذي يستفيد من هذا الاتفاق، على الرغم من أنه أجنبي عنه إذ قضت ((ويعتبر المريض المنقول إليه الدم المستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير دائنا مباشرا بالنسبة لمركز نقل الدم والملزم بتوريد دم غير معيب)) [٣] ،ايضا ذهبت محكمة استئناف باريس في حكم لها عام ١٩٩١ الى ان العقد المبرم بين المستشفى الذي كان يعالج فيه المريض وبين مركز نقل الدم هو عقد توريد دم، يلتزم بموجبه المركز بعدّه متعهدا بتقديم دم نظيف وسليم وان هذا العقد يتضمن اشتراطا ضمنيا لمصلحة المريض وتقوم مسؤولية المركز اذا اخل بالتزامه [٤]، كذلك ما اخذت به محكمة تولوز في حكمها الصادر في ٩ حزيران ١٩٩٢، والذي قضت فيه: ((أن العقد المبرم بين مركز نقل الدم والمستشفى ينتج

---

(١) المادة (١١٢١) من القانون المدني الفرنسي، تقابلها المادة (١٥٤) من القانون الدني المصري، والمادة (١٥٢) من القانون المدني العراقي والتي نصت على: ((١- يجوز للشخص ان يتعاقد باسمه الخاص على التزامات يشترطها لمصلحة الغير اذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت او ادبية. ٢- ويترتب على هذا الاشتراط ان يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد يستطيع ان يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك، وللمتعهد ان يتمسك قبل الغير بالدفوع التي تنشا عن العقد. ٣- ويجوز كذلك للمشترط ان يطالب بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة الغير الا اذا تبين من العقد ان الغير وحده الذي يجوز له ان يطالب بتنفيذ هذا الاشتراط)).

(٢) يتعين توافر عدة شروط لنصبح امام اشتراط لمصلحة الغير وهي : ١- ان يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع. ٢- ان يشترط المشترط حقا مباشرا للمنتفع. ٣- ان تعود على المشترط مصلحة مادية او ادبية من وراء الاشتراط ، وللمزيد من التفصيل ينظر د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢، ص٤١٢.

(٣) سبقت الاشارة اليه صفحة (٤٠) من الاطروحة، الباب الاول (تابعو المتعاقد)، أشارت اليه سيناء طارق لفته، مصدر سابق، ص٧٨٨.

(٤) اشار اليه الدكتور وائل محمود ابو الفتوح، مصدر سابق، ص٤٩٢.

عنه اشتراطاً ضمنياً لمصلحة متلقي الدم، الذي يوليه حقاً مباشراً في مواجهة هذا المركز في الحصول على دم سليم خال من الأمراض، وحيث أن الدم المنقول للمريض كان ملوثاً بفيروس السيدا، مما أدى إلى نقل المرض إليه، يكون مركز نقل الدم في هذه الحال قد أخل بالتزامه)) [1] .

واستناداً الى الرابطة العقدية التي تربط المستشفى والمريض بموجب عقد الاستشفاء ، فقد اتجه الفقه الى إن التزام المستشفى بتقديم الدم الذي يحتاجه المريض يوجب التزامها بسلامة المريض، وتقديم دم سليم خال من التلوث والامراض ومن فصيلة دم المريض المنقول له نفسها ، وهو التزام بتحقيق نتيجة[2] ، والمقصود بتحقيق نتيجة ليس الشفاء الذي يترتب على نقل الدم، انما ضمان عدم تلوث الدم بأي مرض قد يسببه للمنقول اليه[3] ، ولا يعد العيب الداخلي للدم المنقول من قبيل السبب الأجنبي الذي من شأنه دفع مسؤولية المستشفى تجاه المريض، ولو كان من غير الممكن التحقق من هذا العيب، ما يجعل التزام المستشفى في مواجهة متلقي الدم هو التزام محدد بالسلامة، من مطابقة لفصيلة الدم نفسها ، ونظافة الدم المنقول وخلوّه من الفيروسات التي تسبب له أضراراً، ذلك أن العقد المبرم مع المستشفى الخاص له طبيعته الخاصة فيما يتعلق بالالتزامات التي يتعهد بها في مواجهة المريض، فهذا الأخير كائن ضعيف أودع ثقته في المستشفى التي تعاقد معها، وينتظر منها بصفتها مهنية أن تقدم له دماً نظيفاً، فإن أخلت بذلك قامت مسئوليتها دون حاجة لإثبات إهمال أو رعونة، وإلى أن يقيم المستشفى الدليل على وجود السبب الأجنبي غير المنسوب إليها، فعقد الاستشفاء الطبي المبرم بينها وبين المريض يقتضي في حالة نقل الدم سلامة الدم وعدم تلوثه بأي ميكروب يمكن ان يسبب للمريض امراضا اخرى وهو التزام بتحقيق نتيجة[4] .

ولم يتناول المشرع العراقي التزام المستشفى بسلامة نقل الدم للمريض بنصوص خاصة، ولدى مراجعة قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦، نجده قد عرف العضو البشري في المادة الاولى الفقرة خامسا بأنه ((كل جزء من جسم الانسان الحي او الميت)) ما يعني ذلك ان الدم بعدّه جزءاً من جسم الانسان فهو عضو من اعضاءه، ولكن على الرغم من ذلك لم يتطرق الى مسؤولية المستشفيات عن نقل دم ملوث للمريض ، وحتى من خلال المادة (٢٥) من القانون نفسه والي قرر فيها بأن: ((تلتزم المستشفيات او المراكز الطبية بإجراء

---

(1) Toulouse . 9 Juin 1992 inf rap . 2042

أشارت اليه: جوليانا فايز بحفوفي، مصدر سابق، ص٦١.

(٢) د. وائل محمود ابو الفتوح، مصدر سابق، ص٤٩٤. وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين ، ٢٠٠٨، ص٥٣.

(٣) د. ناجية العطراق، مصدر سابق، ص٢٠٤.

(٤) حمد سلمان سليمان الزيود، المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم الملوث-دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧، ص٣٩٧.

الفحوصات السريرية والمختبرية على المتبرع او الموصي قبل وفاته على الاعضاء او الانسجة المراد التبرع او الموصى بها بعد استئصالها من جسمه لضمان خلوها من الامراض))، فإن ما يفهم من نص هذه المادة هو ان قصد المشرع من الاعضاء ما هو متعارف عليه منها كالتبرع بالكلى او الكبد او القلب او الجلد، وان الالتزام بفحص هذه الاعضاء يقع على عاتق المستشفى بعد استئصالها، وما يؤكد ان غرض المشرع هذا هو استخدامه لمصطلح (استئصال) [1] ، والتي عرفها في المادة الاولى/الفقرة سابعاً، بقوله: ((الاستئصال: عملية نزع عضو او نسيج بشري من جسم الانسان الحي او من الميت))، ولم يستخدم مصطلح النقل او السحب، حيث عرف النقل في المادة الاولى/الفقرة ثاني عشر بقوله: ((النقل: اخذ عضو او جزءاً من عضو من جسم انسان حي او ميت ونقله الى جسم انسان حي اخر كاستخدام علاجي))، وهو بذلك يُعد متجاهلاً لأحكام نقل الدم رغم انه اعتمده كعضو من اعضاء جسم الانسان.

وقد تطور القضاء في فرنسا في مجال نقل دم سليم خال من التلوث الى المريض، ففي البدء أخذت محكمة النقض الفرنسية بالخطأ المفترض كأساس لمسؤولية المستشفى وقصرت نطاق هذه المسؤولية على حالات العدوى الحاصلة خلال وجود المريض في المستشفى داخل غرفة العمليات أو حجرة الولادة، وإن إثبات هكذا أمر لا يعد أمراً سهلاً، فأصدرت لاحقا المحكمة نفسها ثلاثة أحكام في يوم واحد، قضت فيها بأن الالتزام يقضي بتحقيق نتيجة بالنسبة للعدوى المرضية التي تصيب المريض[2] ، كما قضت محكمة بوردو الجزائية في قرار لها أن التزام مركز الدم هو التزام بنتيجة وقضت بمسؤوليته عن إصابة المريض بعدوى الإيدز[3] ، واصدرت محكمة النقض قراراً آخر قررت فيه: ((من مسؤولية الطبيب عن اصابة المريض بمرض الزهري ، نتيجة نقل دم محمل بجراثيم هذا المرض وعدّت ان الالتزام بنقل الدم محله تحقيق نتيجة وهي تقديم دم سليم ويتفق في فصيلته مع دم المريض)) [4] ، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر

([1]) يراد بـ استأصل العلة: أزالها من الاساس واستأصل الشجرة: اقتلعها من أصلها، و(استأصل الشيء) قلعه من أصله، واستأصل الطبيب الورم: بتره وازاله بالجراحة، واستأصل الله شأفته (وهي قرحة تخرج بالقدم فتكوى فتذهب). انظر: العلامة ابي الفضل جمال الدين ابن منظور، مصدر سابق، ص١٠٦. وانظر ابراهيم مصطفى واخرون، المعجم الوسيط، مصدر سابق، ص٢٠.

([2]) Cassation Civile, 21 mai 1996 , Rev. Tr .. Dr. Civ . 1996 , P: 913

أشار اليه: د. ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية - مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٧، ص ١٣٧ .

([3]) ينظر في تفصيل ذلك د. محمد محمد أبو زيد ، مصدر سابق ، ص٣٦ و ص٤٩.

([4]) اشار اليه المستشار منير رياض حنا، النظرية العامة للمسئولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١١ ، ص ٣٥١ .

بتاريخ ١٩٨٨/١٢/٩ في قضية (Cohen) واعتبار ان المستشفيات الخاصة في مجال نقل الدم يقع عليها التزام بتحقيق نتيجة [١] .

أما في القضاء المصري فقد ذهبت محكمة المنصورة الابتدائية في قرار لها الى انه :((لما كان ثابتا في المستندات المقدمة من المدعي عن نفسه وبصفته وهي صورة التذكرة الخاصة بالمريض المتوفى -مورثه المدعي- والتي اثبت بها تقرير الطبيب (س) ان مورثته احتاجت إلى نقل دم ولم توجد طبيبة بنك الدم النوبتجية في المستشفى فتوجّه أحد الأطباء وهو المدعى عليه الرابع لعمل الفصيلة واحضر كيس دم تم تركيبه للمريض وهذا الدم من فصيلة B فحدث انخفاضا مفاجئا في ضغط الدم فطلبت طبيبة التخدير كيسا آخر وأحضرَ لها المدعي عليه الرابع كيسا آخر ولم تتحسن حالة المريض فتوجهت الطبيبة المدعى عليها الثالثة لبنك الدم الإحضار كيس آخر وقامت بعمل الفصيلة بنفسها فوجدتها AB فتم استدعاء رئيس قسم الدم الذي قام بعمل الفصيلة فوجدها AB وقد توفيت المريضة نتيجة صدمة عصبية شديدة وهبوط حاد غير متوقع في الضغط وثبت ببلاغ شهادة الوفاة الخاصة بمورثة المدعي انه نتيجة اخذ عدد ٢ كيس دم من فصيلة غير فصيلة المريضة ومن ثم فان المدعى عليه الرابع يكون قد أخطا خطأ يرتب مسؤوليته إذ كان يتعين عليه ان ينقل الدم إلى مورثة الدعي من فصيلة تتفق مع فصيلة دمها وهو التزام محدد محله تقديم دم مناسب وسليم أيضا فقد اخطأ في تحديد فصيلة دم المذكورة على نحو دقيق ومن ثم فانه يكون مخلا بالتزامه)) [٢] .

ان ما نخلص اليه عن التزام المستشفى الخاص بنقل الدم هو ان التزامها هذا قبل المريض التزاما بتحقيق نتيجة ومبنى هذا الالتزام هو ضمان صلاحية الدم وخلوه من الامراض والفيروسات ومطابقته لزمرة دم المريض المنقول اليه.

الفرع الخامس

الالتزام بصحة نتائج التحاليل الطبية

تلتزم المستشفيات الخاصة والأطباء العاملين فيها بتقديم العلاج المناسب للمريض أو السيطرة على مرضه؛ بغية إيقاف التدهور الحاصل في صحته، ومن ثم الوصول إلى استقرار

---

(١) خديجة وافي، المسؤولية المدنية والجنائية عن عمليات نقل الدم- دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس - سيدي بلعباس، الجزائر، ٢٠١٦، ص١٠٦.

(٢) حكم محكمة المنصورة الابتدائية في الدعوى رقم ٧٥٦٤ لسنة ١٩٨٤ مدني، المنصورة، اشار اليه الدكتور منير رياض حنا، النظرية العامة للمسئولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مصدر سابق، ص٢١٢

حالته الصحية أو التخفيف من الآلام التي يعانيها، ولا يمكن حصول كل ذلك ما لم يكن الطبيب يعلم بنوع المرض ومسبباته، ليتسنى له تحديد العلاج المناسب للمريض، ولكي يتمكن الطبيب من استخلاص نوع المرض الذي يعاني منه المريض، لا بدّ له من الاستعانة ببعض الوسائل التي تساعده في ذلك، ومنها التحاليل الطبية[١] .

وتعرّف التحاليل الطبية بأنها: ((أخذ عينات من جسم المريض، سواء أكانت هذه العينات سوائل أو مسحات أو أنسجة، ومن ثم يتم إجراء التحليل المختبري لها، كيميائياً أو بكتريولوجياً أو باثولوجياً، في مراكز تحليل طبية مرخّصة ومتخصصة بذلك، ومن قبل مختصين بالتحاليل ومأذون لهم قانوناً، بغية تحديد أسباب الأمراض والعلل وتشخيصها، ومن ثم معالجتها)) [٢] .

وتُعد التحاليل الطبية من الأعمال الطبية التي لا تقبل عنصر الاحتمالية والمخاطرة، ولذلك فإنَّ التزام الطبيب فيها يكون التزاماً بتحقيق نتيجة، وهذه الأعمال تُجرى على أجزاء محدّدة بشكل دقيق جداً، وهي لا تمثّل صعوبة بالنسبة لمجتمع الأطباء، لذا على الأطباء الالتزام بسلامة هذه التحاليل ودقتها التي يُجروها على المرضى؛ لأنهم وفقاً لنتائج هذه التحاليل سيبنون قراراتهم الطبية الحاسمة التي ستؤثر في حياة مرضاهم وصحتهم وسلامتهم، سلباً أو إيجاباً، لذلك يجب عليهم الحرص في قراءتهم لنتائج هذه التحاليل، إذ تنهض مسؤوليتهم إذا أهملوا تحرّي الدقة في قراءتها[٣].

كما تُعد هذه المرحلة من أهم وأدق مراحل عقد الاستشفاء، وذلك لأنَّ الغاية منها تشخيص الأمراض وتحديد خصائصها ومدى خطورتها، وبموجبها تتحدد النتائج اللاحقة، فأي خطأ في التشخيص يجعل المراحل اللاحقة جميعها خاطئة، ما يحتم على الأطباء التزام الحيطة والحذر عند هذه المرحلة، وعليهم استشارة أصحاب الخبرة والاختصاص في المسائل الطبية المعقدة، كما عليهم الاستفسار من المرضى كثيراً عن أعراض أمراضهم ومضاعفاتها، بغية توخّي الوقوع في أخطاء تشخيص المرض[٤] .

---

(١) سامية بومدين، الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة تيزي وزو، الجزائر، ٢٠١٩، ص١٤٩.

(٢) أحمد أورحمان أحمد، المسؤولية التقصيرية الناشئة عن أخطاء مراكز التحاليل الطبية (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة قلاي زانست العلمية، الجامعة اللبنانية الفرنسية، أربيل، العراق، المجلد الخامس، العدد الرابع، ٢٠٢٠، ص٧٧٨.

(٣) سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعديهم مدنياً وجنائياً وإدارياً، مصدر سابق، ص٣٣٠. د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية ، مصدر سابق، ص١٧٠.

(٤) د. فائق الجوهري، أخطاء الأطباء، وكالة الصحافة العربية ناشرون، الجيزة، مصر، ٢٠١٨، ص٦٤.

وفي هذا الصدد تجدر الاشارة الى التمييز بين التحاليل الطبية المخبرية العادية وهي التي تقوم على أجهزة بسيطة يتضاءل فيها عنصر الاحتمال، والتحاليل الطبية الدقيقة والمعقدة التي تتجاذبها التفسيرات المختلفة، فالأولى تجعل من النتائج الخاطئة قيام مسؤولية المستشفى، أما الأخرى فإنها تبقى ضمن الالتزامات ببذل عناية في انتظار التقدم العلمي الذي يستبعد معه عنصر الاحتمال[١] .

كما يترتب على المستشفيات الخاصة التزام يتمثل بتوفير الأجهزة والمعدات والآلات الحديثة اللازمة لاستخدامها في إجراء التحاليل، إلى جانب توفيرها لأجهزة الأشعة اللازمة لاستكمال الفحوصات، وهذا الالتزام يتصف بأنه التزام لتحقيق نتيجة، خاصة إذا كانت مثل هذه المستشفيات الخاصة توسم بأنها متخصصة في إجراء أنواع معينة من التحليلات أو الأشعة أو الفحوصات، وذلك لأنَّ هذه الأجهزة والمعدات المستخدمة في إجراء التحاليل والفحوصات الدقيقة تُعد إحدى المكونات الرئيسة للمؤسسات العلاجية الخاصة، سواء أكانت مستشفيات أم عيادات أم مراكز طبية تختص بعلاج أنواع معينة من الأمراض، أو تختص بإجراء أنواع معينة من التحليلات المرضية، لذا يجب عليها الالتزام بتوفيرها، وهو ما يعني الالتزام بتحقيق نتيجة كما ذكرنا سابقاً[٢].

ونجد أنَّ المشرع الفرنسي قد أقرّ مسؤولية المؤسسات الصحية الخاصة عن الاخطاء الصادرة عن ملاكاته الطبية التابعة له، إلّا في الأحوال التي يكون فيها الخطأ ناجم عن عيوب المواد والمنتجات الصحية فتكون مسؤوليته موضوعية[٣] ، وهو ذات الشيء الذي أكده أيضاً القضاء الفرنسي، إذ أصدرت محكمة النقض الفرنسية قراراً جاء في نصه ((بموجب عقد الاستشفاء والعناية الذي يربطها بالمريض، تكون المؤسسة الصحية الخاصة مسؤولة عن الأخطاء المرتكبة إما من قبلها أو من تابعيها أو من حلّوا محلّها والذين سبّبوا ضرراً للمريض)) [٤] .

---

(١) د. الحسين عمر،الالتزام ببذل عناية وتحقيق نتيجة وضمان السلامة واثرها على مستقبل المسؤولية المدنية في المجال الطبي، مختارات من اشغال الملتقى الوطني حول مستقبل المسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة امحمد بوقرة بومرداس ، الجزائر، ٢٠٢٠، ص ٩٩.

(٢) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، مصدر سابق، ص٢٣١.

(٣) المادة (١/١١٤٢) من قانون الصحة العامة الفرنسي لسنة ٢٠٠٢ المعدلة بموجب المادة (١١٢) من القانون رقم (٥٢٦) في ١٢/مايو/٢٠٠٩ والتي نصّت على أنّه ((لا يُسال محترفو الصحة، وهم الأطباء والصيادلة والممرضون والممرضات، وكذلك كل مؤسسة يتم فيها إنجاز الأعمال الفردية المتعلقة بالوقاية أو بالتشخيص أو بالعلاج، عن النتائج الضارة لتلك الأعمال إلّا في حالة الخطأ، وذلك باستثناء الحالة التي تقوم فيها مسؤوليتهم عن عيب في مادة أو منتج صحي، وتُلزم المؤسسات والأقسام والهيئات المنصوص عليها في الفقرة الأولى بتعويض الأضرار الناجمة عن إنتانات المشافي، باستثناء ما إذا أثبت أنها ناجمة عن سبب أجنبي لا يد لها فيه)).

(٤) قرار محكمة النقض الفرنسية في جوردان رقم (١٧٥) الصادر في ٢٦/مايو- أيار/١٩٩٩، نُشر في النشرة المدنية، التقرير المرقم (٧١٩)، تولوز، فرنسا، ٢٠٠٩، ص١١٠٦.

كما نص المشرع المصري صراحةً على عَدّ التزام المستشفى باجراء التحاليل وصحتها هو التزام بتحقيق نتيجة لا بذل عناية من خلال المادة (٤) من مشروع قانون المسؤولية الطبية، اذ نصت على: ((على مقدم الخدمة الالتزام نحو متلقيها هو التزام ببذل العناية الواجبة وليس التزامًا بتحقيق نتيجة، كما يعفى مقدم الخدمة من المسؤولية الطبية إذا كان الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي خلاف الخطأ الطبي ولا يد لمقدم الخدمة فيه. ويستثنى من نص الفقرة السابقة التخصصات الطبية التي يفترض أن يتحقق نتيجة ممارستها النتيجة المرجوة طالما بذلت العناية الواجبة كتخصصات التحاليل والأشعة)).

وبما أنَّ المستشفى الخاص يستعين عند تنفيذ التزاماته تجاه المريض بالعديد من الأطباء من ذوي الاختصاصات المختلفة، ومنهم أخصائيو التحاليل الطبية، أي إنَّ العلاقة التي تربط هؤلاء الأخصائيون بالمشفى الخاص إنما هي علاقة عقدية، أي إنها تقوم على أساس التبعية[١] ، وهو ما يعني أنَّ طبيب التحاليل تابع للمستشفى الخاص الذي يعمل به، الأمر الذي يعني أنَّ المسؤولية التي تنهض في حال حدوث خلل في التحاليل الطبية هي مسؤولية المتبوع عن عمل تابِعِه، ولكن المشرع العراقي لم يُشر إلى هذه المسؤولية، سواء في قانون الصحة العامة رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١، أو قانون تأسيس المؤسسات الصحية الخاصة الاتحادي رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٥، وتبقى المادة (٢/٢٥٩) من القانون المدني العراقي هي المبدأ العام لمسؤولية المدين عن أخطاء تابعيه في تنفيذ التزامه العقدي، وذلك عندما اشارت الى ذلك بصورة غير مباشرة، اذ نصت على أنه ((... يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلّا التي تنشأ عن غشه أو خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص استخدمهم في تنفيذ التزامه))[٢] .

ومما تقدّم نجد أنَّ مسؤولية المستشفى الخاص تنهض كلما صدرَ عنه إهمال أوتقصير في الوقاية وفي اختيار العاملين اخصائيو التحاليل الطبية، كونه جهة متبوعة، وان وجود الخطأ لا ينتفي إلّا عندما تثبت وجود السبب الأجنبي.

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، ج١، مصدر سابق، ص٨٧٠.

(٢) تقابلها المادة (٢/٢١٧) من القانون المدني المصري والتي نصت على أنّه ((وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أيّة مسؤولية تترتب عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلّا ما ينشا عن غشه أو خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه)).

الفرع السادس

الالتزام بالإيواء وحفظ ممتلكات المريض

من التزامات المستشفى الخاص هو ضمان استقبال وإيواء المرضى، وواجب توفير الاقامة الامنة والهادئة، ومن ثم فهو مسؤول عن الضرر الناجم بسبب عدم تنفيذ الالتزام، كونه مطالب بتهيئة وتوفير مكان خاص للإقامة، ولا ينطوي عنه أي خطر للمريض، ولعل جانب من مسؤوليته يتم تقييمه بالرجوع إلى حالة المريض الصحية أي اذا كان يحتاج الى العناية المشددة والمراقبة المستمرة لحراجة الوضع الصحي او لإجرائه عملية جراحية، فهذا يستلزم بالتأكيد توفير سرير خاص له في غرفة العناية المركزة، اما في حال استقرار وضعه الصحي وتعديه مرحلة الخطر فهنا لا مانع من رقوده ضمن الردهة العامة للمرضى وبحسب الاحوال، وهذا الامر لا ينفي التزام المشفى بأن يكون المكان آمن للمريض من وقوع الحوادث له في أي ردهة كانت، إذ أن سقوط المريض من السرير واصابة المريض بضرر، يدعو المحكمة بطلب الكشف فيما إذا كانت الحواجز الوقائية قد وُضعت، وما إذا كان قد تم توفير المراقبة والاشراف اللازم[1] .

أما في حالة فقد أو تلف الأشياء التي يتركها المرضى في أيدي موظفيها، فإن المشفى مسؤول تلقائياً وفقاً للمادة (L.1113-1) من قانون الصحة العامة الفرنسي، اذ يجب على المريض ايداع أي ممتلكات تكون معه عند دخوله إلى المستشفى وفي أثناء إقامته فيها، وهذا يؤكد على عَد التزام المستشفى الخاص بحفظ ودائع المريض باعتباره التزاما بتحقيق نتيجة، اما في حالة حدوث تلف أو سرقة أشياء لم يتم إيداعها، تكون المستشفى مسؤولة فقط في حالة حدوث خطأ وفقاً للمادة (L. 1113-4) من القانون نفسه.

وهذا يعني ان المشرع الفرنسي قد شدد من مسؤولية المستشفى في حفظ ودائع المريض خلافا لما هو مقرر في القواعد العامة بالنسبة للوديعة، وعدّها التزاما بتحقيق نتيجة، اذ ان الالتزام الذى يقع على المودع عنده في القواعد العامة هو التزام ببذل عناية، ويختلف هذا الالتزام حسبما اذا كانت الوديعة باجر أو بغير أجر، فإذا كانت بغير اجر فإن التزام المودع عنده هو ان يبذل العناية

(1) Terry Roder, La responsabilité des établissements de santé privés, 2016, p: 3.

التي يبذلها في ماله الخاص، أما اذا كانت الوديعة بأجر فإن المودع عنده يكون مسؤولاً بأن يبذل عناية الشخص المعتاد حتى ولو كانت هذه العناية تزيد على عنايته الشخصية[1] .

إنَّ ما نخلص اليه هو ان التزاما بتحقيق نتيجة يقع على عاتق المستشفى الخاص خلافا للأصل العام في الحالات التالية:

١- اتفاق الطرفين، وذلك بأن يكون هناك اتفاق سابق بين المستشفى والمريض على أساس تحقيق نتيجة معينة للمريض ، بحيث يكون المستشفى مخطئا إذا لم تتحقق النتيجة المتفق عليها مسبقا ، ومن امثلة ذلك أن يتم الاتفاق على اجراء العمل الطبي في وقت محدد، أو أن يتعهد المستشفى بقيام طبيب جراح شخصيا بذلك العمل الطبي ، فإذا وعد المشفى المريض بان يقوم بالعملية احد الاطباء الجراحين بذاته ، فهو يعد مسؤولا عن الضرر الذي ينجم عن فعل الطبيب الذي قام بالعملية بدلا من الاول[2] ، والأمرنفسه ينطبق على الطبيب الذي يعد المريض بأن يكون للتدخل الجراحي نتيجة محددة ، خاصة في جراحة التجميل[3] .

٢- أن يكون الالتزام بتحقيق نتيجة بنص القانون ، وذلك يكون عندما يتصل التزام الطبيب بواجباته الإنسانية كالالتزام بضمان سلامة المريض، والالتزام بتبصير المريض للحصول على موافقته والالتزام بالسر المهني.

٣- عندما يتصل التزام الطبيب ببعض الأعمال الفنية مثل الأعمال المخبرية ، واستعمال الأشعة والآلات الطبية ووضع التركيبات الصناعية ونقل الدم .

ولعل القضاء الفرنسي من خلال قرار واحد اشار فيه الى الاصل والاستثناء، وهي الحالات التي يكون فيها التزام المستشفى التزاما ببذل عناية والحالات التي يكون الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة، إذ قضت بصدد حريق امرأة حامل على اثر احتراق المستشفى الخاص بـ: ((إن المريض الذي يطلب العلاج مجبر على اللجوء إلى مدير المستشفى الخاص، الذي يقوم بتوفير الفراش والعلاج له، والمحافظة على أمنه وسلامته من مختلف المخاطر بحيث في حالة وقوع خطر

([1]) نصت المادة (١/٩٥٢) من القانون المدني العراقي على: ((يجب على الوديع ان يعتني بحفظ الوديعة كاعتنائه بحفظ ماله وان يضعها في حرز مثلها.)) اما المادة (٩٥٣) من القانون نفسه نصت على : ((اذا كان الايداع بأجرة فهلكت الوديعة او ضاعت بسبب يمكن التحرز منه ضمنها الوديع)) ؛ اما القانون المدني المصري فقد نصت المادة (٧٢٠) بفقرتيها على انه: ((١- اذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده ان يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله دون ان يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد .
٢- أما اذا كانت الوديعة بأجر فيجب ان يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد)).

([2]) مراد بن عاطي، المسؤولية المدنية للطبيب الجراح عن نقل وزرع الاعضاء، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ابو بكر بلقايد ،الجزائر ، ٢٠١٩ ، ص ٥٩.

([3]) بودالي محمد ، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإدارية ، جامعة سيدي بلعباس ، الجزائر،ج٣، العدد٣، ٢٠٠٥ ، ص ١٨.

من شأنه المساس بصحته أو سلامته الجسدية فأنه في هذه الحالة يكون عبء الإثبات على عاتق مدير المستشفى لإثبات ان سبب الخطر أجنبي، وليس على المريض إثبات مسؤولية المستشفى، وان هذا الحل إنما منوطة فقط كون ظروف المريض ليست أهلاً للحرص على أمنه بنفسه، وخارج هذه الظروف فأن "عقد الاستشفاء" لا يلقي على عاتق المستشفى إلا الالتزام بعناية في المستوى نفسه الذي يكون عليه عقد الالتزام بالعلاج في ذاته)) [1] .

([1]) اشار اليه احمد محمود سعد ، مصدر سابق ، ص ٧٢.

الفصل الثاني

المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بعقد الاستشفاء الطبي

إنَّ التطور العلمي المتسارع في ميدان الطب تزامن معه تطور في المسؤولية الطبية، فلم تعد كما كانت في السابق ، فمثلا ظهور امراض جديدة وحتى الامراض التي لم يسبق ان توصل العلم الى ايجاد علاج ناجع لها يتطلب الاستعانة بالأجهزة الطبية الدقيقة للتشخيص، واستخدام طرائق العلاج الحديثة الذي تطلب معه وجود اشخاص مختصين وفنيين بعلم الطب ، الامر الذي يدفع الكثير من المستشفيات الخاصة الى توفير الكفاءات العلمية والمتخصصة في مختلف المجالات، وكلما زاد التطور والاعتماد على المزيد من الكفاءات البشرية والمادية ، زادت معه نسبة المخاطر وحدوث الاخطاء، والذي تترتب عليه اثارة المسؤولية.

وإنّ عقد الاستشفاء الطبي هو عقد تختل فيه العلاقة من الناحية الفنية والعلمية بين طرفيْه (المستشفى، والمريض او من ينوب عنه)، الامر الذي يجعل من عدم التوازن في العقد ان تصبح مسؤولية المستشفى اكبر والتزاماته تجاه المريض اكثر تعقيدا، فالمريض يلجأ الى المستشفى وهو في اضعف حالاته، ولأجل ان توفي ادارة المستشفى الخاص بالتزاماتها الناشئة بموجب عقد الاستشفاء الطبي فهي تستعين بملاكاتها الطبية والفنية والاشخاص العاملين في المستشفى، فإذا أخل المستشفى بالتزاماته بموجب عقد الاستشفاء الطبي واصاب المريض ضرر بسبب ذلك، ثارت مسؤولية المستشفى المدنية، ويطرح في هذا الصدد تساؤلات عدة عن اساس المسؤولية التي تقام على عاتق الادارة، وهل ان مسؤوليتها على اساس الخطأ الثابت ام الخطأ المفترض، ام على اساس المسؤولية الموضوعية، ولكي تُسأل ادارة المستشفى الخاص عن الاضرار التي قد تصيب المرضى الذين يعالجون فيها ينبغي تحديد طبيعة العلاقة القانونية التي تربط المستشفى بالأطباء، ذلك انه يترتب على تحديد تلك العلاقات إمكانية مساءلة ادارة المستشفى من عدمه، فهناك الاطباء العاملين فيه بصورة دائمة، وقد يستعين بأطباء وجراحين متخصصين للقيام بعمل جراحي تخصصي دون ان تكون لهم صفة الأطباء الدائمين، وذلك بموجب علاقة عقدية بينهما لحساب المستشفى، وهؤلاء الاختصاصيون عادة ما تنتهي علاقتهم بالمستشفى الخاص بإجراء التداخل الجراحي الذي تم الاتفاق عليه، واذا ما اثيرت المسؤولية فلا بدّ للمتضرر من اللجوء للقضاء لاقتصاص حقه عن طريق الدعوى المدنية التي يستلزم رفعها توافر الشروط القانونية، فهل سيكون القانون منصفا للمريض وهو الشخص الاضعف في هذه العلاقة العقدية وتمكينه من الحصول على تعويض يجبر ما اصابه من ضرر.

وللإجابة عن هذه التساؤلات سنقوم بتوزيع الدراسة في هذا الفصل على مبحثين:

المبحث الأول: اساس المسؤولية المدنية الناشئة عن الاخلال بعقد الاستشفاء الطبي.

المبحث الثاني: اخلال المستشفى الخاص بعقد الاستشفاء الطبي.

المبحث الأول

أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن الاخلال بعقد الاستشفاء الطبي

تنهض المسؤولية المدنية للمستشفى الخاص بمناسبة الاخطاء الصادرة عنه، او بسبب الاخطاء التي يرتكبها العاملين به اثناء تنفيذهم للأعمال الطبية المكلفين بها، فتكون ادارة المستشفى الخاص مسؤولة بعدّها متبوعا نظرا لما تملكه من سلطة الرقابة والاشراف بالنسبة للعاملين الذين استعانت بهم في تنفيذ التزاماتها العقدية الناشئة عن عقد الاستشفاء الطبي.

فاذا ما اصيب المريض خلال وجوده في المستشفى بحادث ما تسبب له بضرر او الوفاة، فهل يكون المشفى مسؤولاً بمجرد حصول الضرر ام انه يقتضي البحث عما اذا كان تصرف المستشفى يشكل خطأ في جانبه؟

ان التطور الاقتصادي والثورة التكنلوجية في شتى مجالات الحياة أسهمت في احداث انقلاب في القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية، بحيث اثبتت النظرية الشخصية عجزها في استيعاب فكرة التعويض عن الاضرار لصعوبة اثبات الخطأ ، ولاسيما في المجال الطبي، وان تراجع الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية اصبح امراً واقعا لأسباب متعددة تزامنت مع تنامي التكنلوجيا وتصدر الالة والتطور الصناعي المستمر، وهو ما زاد الامر تعقيدا في اثبات المسؤولية الطبية وانتشار استعمال الاجهزة والآلآت الطبية المعقدة ودخولها الحقل الطبي، وأصبح من غير المنطقي أن يُطالب المريض الضعيف جسديا واجتماعيا بإثبات خطأ ضد المستشفيات الكبرى او الاطباء فيها وفقاً للقواعد القانونية التقليدية، لذلك نما الشعور بوجوب التعويض للمتضرر من دون إلزامه بإثبات الخطأ على عاتق الملتزم بالتعويض، ما أدى إلى انحسار فكرة الخطأ كركن لازم لإقامة المسؤولية المدنية ، كذلك ظهور شركات التأمين على المخاطر، وظهور التشريعات الملزمة بالتأمين، الامر الذي أدى إلى توفير ضمانات كافية للمتضرر، وجعله يحصل على تعويض بأقرب السبل واسهلها .

ولأجل الوقوف على الاساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية الناشئة عن اخلال المستشفى الخاص بعقد الاستشفاء الطبي، سنبحث في موقف فرنسا من اساس المسؤولية في

المطلب الاول، وموقف مصر والعراق في المطلب الثاني، اما المطلب الثالث سنبحث فيه اساس مسؤولية المستشفى الخاص عن خطأ الطبيب.

المطلب الأول

أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المستشفى الخاص بعقد الاستشفاء الطبي في فرنسا

ان التطور المتسارع والملحوظ لتقنيات العلاج الطبي، واختراع الاجهزة الطبية المتطورة لاكتشاف الامراض ومعالجتها، الى جانب مطالبة المريض ذو الامكانات المحدودة بإثبات الخطأ الصادرعن المستشفى، جعلت منه امرا عسيرا يثقل كاهله في مجال لا يفقه منه شيئا، وإذ يكون المريض بشكل خاص لا يفهم أن التقنية الطبية التي وضع عليها آماله، بدلاً من أن تريحه من أمراضه، ان جعلت وضعه اسوأ [١].

من هنا حاول الفقه والقضاء وضع حدّ لاختلال التوازن بين طرفي العلاقة الطبية والبحث عن عوامل تزيل عن كاهل المرضى عبء الاثبات، وكان ذلك بالسعي لتكريس اساس ملائم للمسؤولية الطبية ومبدأ التعويض عن الخطأ المفترض او حتى المسؤولية من دون خطأ، وذلك لتعزيز مكانة المريض المتضرر في الدعوى والتخفيف من وطأة عبء الاثبات الملقى على عاتقه[٢].

كما اعطى المشرع الفرنسي اهتماما كبيرا للمسؤولية الطبية وتنظيمها، الامر الذي نستشفه من خلال تعدد القوانين التي تنظم هذا المجال ،لاسيما قانون ٤ مارس ٢٠٠٢ المسمى بقانون كوشنير[٣]، والمتعلق بحقوق المرضى ونوعية النظام الصحي، فضلا عن القانون الصادر في ٢٠٠٢/١٢/٣٠ المتعلق بالمسؤولية المدنية الطبية.

واستنادا الى ذلك فقد شهد اساس المسؤولية تطورا كبيراً، ومر بعدة مراحل ، سيّما في القضاء الفرنسي، اذ كانت مسؤولية المستشفى الخاص تقوم على اساس الخطأ الواجب الاثبات، ثم انتقلت الى المسؤولية على اساس الخطأ المفترض، وصولا الى تبني المسؤولية بقوة القانون او كما

---

(1) Jean PENNEAU, Op. cit, p:526.

(٢) اسعد عبيد الجميلي ، مصدر سابق، ص ٤٦٠.

(٣) يعد هذا التشريع هو الابرز والاحدث في فرنسا المتعلق بحقوق المرضى وحمايتها، وقد بدات المراحل الاولى لهذا التشريع عن طريق تقديمه كمشروع في سبتمبر ٢٠٠١ في الجمعية الوطنية في وزارة الصحة الفرنسية برئاسة برناند كوشنر، وبعد مشاورات تم اقراره والذي سمي لاحقا بقانون (Kouchner)، اشارت الى ذلك علياء زامل مشتت، تطور المخاطر الطبية والمعيار المعتمد في تبصير المريض بها - دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية، بحث منشور في مجلة بحوث الشرق الاوسط، مركز بحوث الشرق الاوسط، جامعة عين شمس ، مصر، ٢٠٢٠، ص٥٢٧.

تسمى بنظرية المخاطر او التبعة او المسؤولية من دون خطأ، وهو ما اضحت عليه المسؤولية الطبية بالإضافة الى الخطأ، وسوف نتناول هذا التطور في اساس المسؤولية تباعاً.

الفرع الأول

المسؤولية على أساس الخطأ الواجب الإثبات

يدخل المريض الى المستشفى بقصد العلاج فيها بناء على عقد الاستشفاء المبرم بينهما، فتترتب على عاتق المستشفى العديد من الالتزامات التي تثار بسببها المسؤولية المدنية عند الاخلال بها سواء قبل التدخل الرئيس أو خلاله أو بعده[١]، فقد يكون سبب الخطأ العقدي هو خطأ صادر من جانب المستشفى الخاص والذي يطلق عليه بالخطأ المرفقي وهويختلف عن الخطأ الشخصي؛ كونه متصلا بشخص اعتباري فهو يرتبط بالمستشفى مباشرة بعدّها هي التي ارتكبته[٢]، إذ تثار مسؤولية المستشفى بسبب خطئها كلما خالفت التزاماً من الالتزامات الواقعة على عاتقها بموجب عقد الاستشفاء الطبي، إذ يجب على المستشفى ضمان سلامة المرضى، فتكون مسؤولة عن الضرر الذي يصيبهم داخل المستشفى نتيجة الإهمال في الرقابة والمتابعة، وعليها توفير طاقم طبي اكفاء ومدربين يستطيعون التدخل في الوقت المناسب وعند الحاجة، وتوفير ادوات الجراحة والادوية والحقن، ولا يكفي توافرها بل سلامتها وصلاحيتها، فيجب عليها متابعة وصيانة الاجهزة الطبية واجهزة التشخيص الاولية بما يكفل ضمان السلامة، وهذا يعني ان كل اهمال في هذه الجوانب يعدّ خطا مرفقيا[٣].

فتُسأل المستشفى عن كل خطأ يقع في تنظيم وحسن سير العمل فيها وفي تقديم العناية والرعاية اللازمة للمرضى بصفة عامة، وكذلك حالات التأخر والاهمال في استقبال المرضى وتقديم العناية اللازمة لهم والعلاجات الضرورية بطريقة آمنه وفعالة والسهر على سلامتهم [٤].

---

[١] د. على عصام غصن ، مصدر سابق، ص ٩٢.

[٢] يعرف الخطأ المرفقي بأنه: ((خطأ موضوعي ينسب الى المرفق مباشرة على اعتبار ان هذا المرفق قام بارتكاب الخطأ بغض النظر عن مرتكبه ، فسواء امكن اسناد الخطأ الى موظف معين بذات او تعذر ذلك فانه يفترض ان المفرفق ذاته هو الذي قام بنشاط يخالف القانون ، ومن ثم فهو وحده الذي قام بارتكاب الخطأ)) اشار اليه د. سمير دنون، الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في القانون المدني والاداري- دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠٠٩، ص١٧٢، وفي حقيقة الامر فان الخطأ المرفقي هو خطأ شخصي لكن مع ظرف اتصاله بمرفق المستشفى فإنه يتخذ صفة الخطأ المرفقي، انظر فريدة عميري، مصدر سابق، ص٣١.

[٣] د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص٨٩. د. سمير دنون، مصدر سابق، ص١٧٢. ليلى بو سماحة، مسؤولية المستشفى عن الاخطاء الطبية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة قاصدي مرباح، الجزائر، ٢٠١٥، ص٨.

[٤] عميري فريدة، مصدر سابق، ص٧٣. د. على عصام غصن، مصدر سابق، ص٩٣.

كما قد يكون الخطأ العقدي صادرا عن الاشخاص التابعين للمستشفى والعاملين فيه، فيكون سبباً لقيام مسؤولية المستشفى العقدية تجاه المرضى، كما يكون سببا لمسؤوليتهم عن أخطائهم تجاه المستشفى، ويخضعون للقواعد العامة في المسؤولية، فلا فرق بين ان يكون الخطأ فنياً أو غير فني، ولا جسيماً أو يسيراً([1])، اذ لا يشترط ان يكون المتبوع قادرا على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية، بل يكفي ان يكون من الناحية الادارية هو صاحب الرقابة والتوجيه([2]).

وقد يكون الخطأ مشتركا بين المستشفى والعاملين فيه معاً، مثال ذلك الضرر الذي يصيب المريض بسبب سوء استعمال اجهزة التشخيص من قبل العاملين فضلاً عن رداءة تلك الاجهزة، ما يرتب مسؤولية المستشفى العقدية بسبب خطا المستشفى المتمثل بضمان السلامة، وخطأ العاملين المتمثل بإهمال واجب الحيطة والحذر، وهذا يعني إن هناك ثلاثة اشخاص في العلاقة العقدية هم المدين في العقد أي المستشفى الخاص، والمتضرر، والغير وهم العاملين المكلفين من قبل المستشفى في تنفيذ العقد، وبذلك فان الخطأ العقدي الذي أوجب مسؤولية المستشفى تجاه المرضى هو عدم تنفيذ التزامها بسبب الخطأ الصادر من جانبها، والاخطاء الصادرة من العاملين فيها[3].

إن ما نخلص اليه هو أن الخطأ الذي تسال عنه المستشفيات الخاصة هو الخطأ العقدي الذي يقع بسبب عدم تنفيذها لالتزاماتها العقدية تجاه المرضى، والذي يقوم أما نتيجة خطأ العاملين الذين استعانت بهم في تنفيذ التزاماتها، أو بسبب الخطأ الصادر منها، أوكليهما معاً، فإذا ما ادعى المريض بإصابته بضرر ما، فعليه اثبات ذلك الخطأ.

---

(1) Cass. civ, 1re, 13 mars 2001, Bull. civ..n 72 .
اشارت اليه زينب محمد حجيج، الطبيعة القانونية للعقد الذي يربط الطبيب بالمستشفى ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية والادارية ، الجامعة اللبنانية ، لبنان، ٢٠٢٢، ص ٩٤. ويبدو ان القضاء المصري لم يميز بين الاخطاء الطبية كذلك، وهو ما ذهب اليه في قرار لمحكمة استئناف مصر بقولها :((ان مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود خطأ مهما كان نوعه سواء كان فنيا او غير فني جسيما أو يسيرا، ولهذا فانه يصح الحكم على الطبيب الذي يرتكب خطا يسيرا ...)) ، طعن محكمة النقض رقم ٤٦٤ في ١٩٧١/١٢/٢١، مجموعة احكام النقض المصرية ، المكتب الفني، ص١٠٦٢. وذلك خلاف القضاء العراقي الذي طبق نظرية تدرج الخطأ ، وفرق بين الخطأ الجسيم واليسير، الا انه عاد وساير الفقه القانوني الحديث الذي يرى ان التمييز بين الخطأ الفني والعادي والجسيم واليسير لا مبرر له، فقرر قيام المسؤولية عن جميع الحالات التي يرتكب فيها خطا ، فالقاضي يصدر احكامه بناءً على وقائع ثابته امامه ، د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصدر سابق، ص. د. احمد شعبان محمد طه مصدر سابق، ص٦٤، وقد جاءت محكمة التمييز العراقية في قرار لها صادر في ٢٠٠٢/٨/٢٨ قررت فيه مسؤولية الطبيب عن اخلاله بواجب الحيطة والحذر لمنع وقوع الضرر، فجاء في القرار: ((ان على الطبيب تأديته للمدعي مبلغ مليونان وخمس وعشرون ألف دينار استناداً الأحكام المواد ٢٠٤ و ٢١٧ من القانون المدني وذلك لعدم اتخاذ الحيطة الكافية وإهماله في عمله في المتابعة والإشراف مما أدى إلى نسيان قطعة قماش في جوف المريض))، اشارت له: د.سميرة حسين محيسن الطائي ، رضا المريض في الاعمال الطبية واثره في المسؤولية المدنية ، ط١ ، دار الفكر ، والقانون ، مصر ، ٢٠١٦ ، ص ١٧
(٢) محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد ، المجلد الثامن ، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة ، ٢٠١٨، ص٤٤١.
(٣) د. عبد القادر العرعاوي، مصدر سابق، ص٧.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى ان مسؤولية المؤسسة الاستشفائية الخاصة تقوم على اساس الخطأ الواجب الاثبات ، بمعنى ان المريض المتضرر يقع عليه عبء اثبات الخطأ العقدي الحاصل من جانب المستشفى الخاص ليتمكن من الحصول على التعويض لجبر الضرر الذي لحق به[1].

الفرع الثاني

المسؤولية على أساس نظرية الخطأ المفترض

إنَّ مبنى نظرية الخطأ المفترض او الاحتمالي تقوم على أساس أن الضرر ما كان ليحدث لولا وقوع خطأ من المستشفى، على الرغم من عدم ثبوت إهمال المستشفى او الاشخاص التابعين له على نحو قاطع في بذل العناية الواجبة، أو تقصير في التزامهم بالحيطة، إلا أن الخطأ يستنتجه القاضي من مجرد وقوع الضرر [٢] ، إذ تتدخل فكرة الخطأ الاحتمالي عندما لا يمكن التوصل الى تحديد الخطأ الذي يمكن ان ينسب الى المستشفى من دون ان يعرف سبب الضرر، وترددت الخبرة الطبية في حسم المسؤولية في الخطأ في الوقت الذي يكون فيه المريض عاجزا عن اثبات هذا الخطأ، وبهذا التدخل يصبح المريض معفى من إثبات الخطأ الطبي، في حين يصبح على المستشفى إثبات نفي هذا الخطأ [٣] .

ويؤيد الفقيه سافاتيه فكرة الخطأ الاحتمالي او المفترض بعدّها من قبيل القرائن وفقاً للمادة (١٣٥٣) من القانون المدني الفرنسي، فاللجوء الى هذه الفكرة ليس الا استعمالا للقرائن القضائية ، اي استعمال القاضي لسلطته في استخلاص الخطأ من القرائن كافة متى كانت قاطعة الدلالة على حدوثه[٤] .

إنَّ صدور خطأ من التابع يلحق ضرراً بالغير، يؤدي ذلك الى قيام خطأ مفترض في جانب المتبوع ، أي ان أساس مسؤولية المستشفى عن خطأ العاملين هو الخطأ المفترض في جانبه بعدّه متبوعا، وطبيعة المستشفى كشخص معنوي تستلزم ان يستعين بالأشخاص الطبيعية لتنفيذ

---

(1) Patrice Jourdain, les principes de la responsabilité civile, Dalloz, 8eme édition, paris, 2010, p: 51.

(٢) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص٢٩.

(٣) د. علي عصام غصن، مصدر سابق، ص١١٤.

(4) SAVATIER , note sous ; Civ . , 28 juin 1960 , précité

اشار اليه الدكتور منير رياض حنا ، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الاسلامية والقوانين العربية والاوربية والامريكية، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٨، ص٢٠٧.

التزاماته بموجب عقد الاستشفاء الطبي قبل المريض، فهو المسؤول عما يصدر عنهم كونهم تابعين، وله سلطة الاشراف والرقابة على اعمالهم، فإذا ارتكب هؤلاء خطأ سبب ضرراً للمريض، افترض خطأ المستشفى الذي يكمن في تقصيره لواجب الرقابة والتوجيه، أو سوء اختياره لتابعيه ، وبأنه أوكل ثقته لتابع لا يتحلى بالحرص والحيطة ، او خطأه في هذه الامور جميعها ، فلا يكلف المريض بإثباته لأن القانون افترضه وهذا يعني إن مجرد صدور الخطأ الذي يترتب عليه ضرر للغير تقوم مسؤولية المستشفى[١] .

أما أهمية الاخذ بالخطأ المفترض فهي تكمن في الآثار المترتبة عليها فيما يتعلق بعبء الاثبات؛ لأن من خلال فكرة الخطأ المفترض او الاحتمالي، وما تتضمنه من افتراض الخطأ في جانب المستشفى، ينتقل عبء الاثبات إلى هذا الأخير، فافتراض الخطأ يعني أنه لم يعد على المتضرر عبء إقامة الدليل على وجود الخطأ في جانب المستشفى المدعى عليه وإنما أصبح على عاتق هذا الأخير عبء نفي الخطأ في جانبه[٢] .

ويعد الخطأ المفترض هو الرأي التقليدي الذي أخذ به المشرّع الفرنسي كأساس لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعهِ، فمسؤولية المتبوع تقوم على أساس خطأ مفترض يستند إلى خطأ ثابت، إذ يلزم المتضرر إقامة الدليل على صدور خطأ من التابع بحقه، لكي يعفيه القانون من أن يقيم الدليل على صدور خطأ من المتبوع، بحيث يفترضه عليه افتراضا قاطعاً لا يقبل بإثبات العكس باي حال[٣] ، فلا يكلف المتضرر بإثبات الخطأ، وليس له الا ان يثبت خطأ التابع تجاهه، ولا يجوز للمتبوع ان يتخلص من المسؤولية مهما كانت الاسباب، وهذا ما أقرته الفقرة الخامسة من المادة (١٣٨٤) من القانون المدني الفرنسي، التي تضمنت ذلك الحكم واقرت بأن الأسياد والأولياء مسؤولون عن الضرر الذي يسببه خدمهم وتابعوهم في الأعمال التي استخدموهم فيها.

كما ذهب القضاء الفرنسي الى تبني فكرة الخطأ المفترض كأساس للمسؤولية ، وذلك عن طريق استنتاج الخطأ من وقوع الضرر خلافا للقواعد العامة التي تقضي بأن يكون اثبات الخطأ على المدعي (المريض) [٤] ؛ من اجل تمكينه من الحصول على التعويض المناسب والجابر للضرر، وذلك عن طريق اعفاءه من عبء اثبات الخطأ بسبب صعوبة الاثبات في مجال الطب الحديث والمعقد من جهة ، ولجهل المريض للتقنيات الفنية والعلاجية من جهة اخرى.

---

(١) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ١، مصدر سابق، ص٩٠٤. د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص٢٨٦.

(٢) د. علي عصام غصن، المسؤولية الجزائية للطبيب، بيروت، لبنان، ٢٠١٢، ص ١٢٣.

(٣) عقيل غالب حسين البعاج، استبعاد الاخذ بنظرية الخطأ المفترض كاساس لمسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه، بحث منشور في مجلة الكلية الاسلامية الجامعة ، العراق،ج٢، العدد ٧٣ ،٢٠٢٣، ص ٦٧٤.

(٤) د. محمد حسن قاسم، اثبات الخطأ في المجال الطبي ، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٠، ص٩٥.

فقد كرست محكمة النقض الفرنسية مبدأ قرينة الخطأ كأساس لمسؤولية المستشفى في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٩٨/٥/٢١، معتبرة أن المستشفى الخاص يتحمل مسؤولية إصابة المريض بالعدوى في أثناء وجوده بغرفة العمليات، ولا يمكنها التخلص من المسؤولية بإثبات انها لم ترتكب أي خطأ، وبذلك تكون محكمة النقض الفرنسية قد اقامت قرينة الخطأ على عاتق المستشفى[١] ، الامر الذي يكشف من لجوء القضاء اليها عن شعوره المتزايد بعدم كفاية القواعد القانونية التقليدية التي توجب على المدعي المتضرر اثبات الخطأ الذي تسبب له بضرر، بقصد توفير الحماية الكافية للمرضى، في مواجهة التطورات العلمية المعاصرة.

الفرع الثالث

المسؤولية على أساس النظرية الموضوعية

إنَّ قيام المسؤولية المدنية الناشئة عن اخلال المستشفى الخاص بعقد الاستشفاء الطبي على اساس الخطأ الواجب الاثبات أو الخطأ المفترض لم ينجح في حماية حقوق المريض المتضرر، نظراً لصعوبة اثبات الخطأ، وكذلك لصعوبة تحديد المتسبب في الخطأ ان كان المستشفى الخاص او الطبيب او احد تابعي المستشفى، الامر الذي دعا الى ايجاد اساس جديد تقوم عليه هذه المسؤولية[٢]، وسُميت النظرية الموضوعية بتسميات متعددة منذ بداية ظهورها، فقد اطلق عليها نظرية المخاطر بوجه عام ونظرية تحمل التبعة ونظرية المنفعة والارتباط بين المنافع والمخاطر، وقد عرف الاستاذ جوسران المقصود بنظرية المخاطر بأن من أنشأ مخاطر ينتفع منها فعليه تحمل تبعة الاضرار الناتجة عنها، والمنفعة التي تجنيها الادارة عادة من النشاط تفرض عليها تحمل التبعات ومخاطر هذا النشاط[٣] .

فكل نشاط يمكن أن ينتج ضرراً يكون صاحبه مسؤولا عنه إذا ما تسبب هذا النشاط في إيقاع ضرر بالغير ولو كان سلوكه غير مشوب بخطأ، فالمسؤولية في هذه الحالة لا تتصل بفكرة الخطأ، ويترتب التعويض بمجرد تحقق عنصري الضرر والعلاقة السببية، وهذا هو المبتغى الذي ناضل أنصار هذه النظرية للوصول إليه بإزاحة عقبة إثبات الخطأ وتقرير مسؤولية لا خطئية تمكن المتضررمن الحصول على تعويض وجبر للضرر بعيدا عن عنصر الخطأ، فالعبرة بالضرر الذي

---

(1) Cass. Civ. 1ere, 21 mai 1998
منشور على الموقع الالكتروني : http// WWW.Droit-médicale.Net
(٢) خديجة زروقي ، مصدر سابق، ص١٨٨.
(٣) ليلى بو سماحة ، مصدر سابق، ص ٢٦

يصيب الضحية والذي يجب جبره ما لم يرجع ذلك الخطأ للمتضرر نفسه، وتكون المسؤولية في ظل هذه النظرية مسؤولية تتجاهل تماما سلوك الشخص الذي يتحمل تعويض الضرر الذي لحق الضحية، وتؤسس على أساس موضوعي و ليس شخصي[١] .

ان الخطوة الحاسمة للمسؤولية من دون خطأ في المجال الطبي حدثت سنة ١٩٩٣ من خلال حكم Bianchi، إذ قبل مجلس الدولة الفرنسي إمكانية مساءلة السلطات الطبية العامة عن الأضرار التي تحدث بسبب التشخيص والعلاج على أساس المسؤولية من دون خطأ[٢] .

على ان الأخذ بمبدأ المسؤولية من دون خطأ لا يعني الاستغناء عن الخطأ كلياً والبحث عن معيار آخر؛ لأن ذلك يخالف القواعد المستقرة في المسؤولية، حيث يرى العميد (سافاتيه) بأن النظرية الموضوعية في القانون الفرنسي من الضروري الاعتراف بمكانتها، الا أن هذه النظرية لا تلعب إلا دوراً مكملاً لنظرية الخطأ، وان من سلبيات الأخذ بالمسؤولية من دون خطأ على اطلاقها وتغطيتها من لدن التأمين يؤدي إلى ارتفاع الأقساط التي يلتزم بها (الطبيب او المستشفى) للشركة المؤمنة، مما يؤدي إلى زيادة المصروفات على المريض، كما أنه لا يعني التأمين من المسؤولية الطبية من دون خطأ تحويل التزام الطبيب من كونه التزاماً ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة، فهذه المسؤولية استثناء على الأصل، أي أن التزام الطبيب التزام ببذل عناية كأصل عام، والنتيجة استثناء عليه[٣] .

وقد قرر المشرع الفرنسي مسؤولية المؤسسات الصحية الخاصة عن كل ضرر يصدرعن الملاكات الطبية العاملة فيها من خلال المادة (١١٤٢-١) من قانون الصحة العامة الفرنسي ، كما

---

(١) د. نورة جبارة ، نظرية المخاطر وتأثيرها على المسؤولية المدنية، مختارات من اشغال الملتقى الوطني حول مستقبل المسؤولية المدنية، الجزء الاول، كلية الحقوق والعلوم السياسية –جامعة محمد بوقرة-مرداس، الجزائر، ٢٠٢٠، ص١٢.

(٢) تتلخص وقائع هذه القضية في أن المريض Bianchi قد أدخل المستشفى في أكتوبر ١٩٧٨ إثر مشكلة صحية واضطرابات كان يعاني منها ، وخضع في المستشفى لفحوصات عادية حيث أجريت له من خلالها رسم مخ وأشعة مقطعية وأشعة على الشريان الفقري وبعد أن أفاق التخدير تبين إصابته على إثر هذه الأشعة بشلل رباعي ، وهو ما لم يكن بالتطور العادي لحالته الأصلية على الرغم من سوئها ، الأمر الذي دفعه لرفع دعوى قضائية مطالبا المستشفى بالتعويض ، لكن دعواه رفضت أمام محكمة الموضوع لعدم وجود خطأ من جانب المستشفى ما جعله يستأنف حكمه أمام مجلس الدولة في ٢٣ سبتمبر ١٩٨٨ ، إذ قام هذا الأخير بطلب تقرير خبرة فنية حول المحلول المستعمل لإجراء الأشعة الذي حقن به المريض، وبعد ورود تقرير الخبرة عرضت القضية مرة ثانية على المجلس على أعلى مستوياته القضائية ، وقد تبين أخيرا أن الأضرار التي لحقت بالسيد Bianchi كانت نتيجة مباشرة العمل الطبي ولم تكن من تبعات مرضه الأصلي ، إلا أنه لم يثبت أن هذا العمل الطبي مشوب بأي خطأ ، ومن ثم عدم إمكان انعقاد مسؤولية المستشفى على أساس الخطأ إلا أنه قرر إلزام المستشفى بتعويض المتضرر على أساس قواعد المسؤولية من دون خطأ، اشار اليه محمد فؤاد عبد الباسط ، تراجع فكرة الخطأ أساسا لمسؤولية المرفق العام -الاتجاهات الحديثة المجلس الدولة الفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص١٢٦ - ١٢٧.

(٣) أحمد عبد الكريم الصرايرة ، التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الخطأ الطبي ، دارسة مقارنة ، دار وائل، عمان ،٢٠١٢ ، ص ١٨٦.

أصدر قانون حقوق المرضى ونوعية نظام الصحة الفرنسي الصادر في ٤ مارس ٢٠٠٢ من أجل إعادة التوازن بين حقوق المرضى وحقوق الاطباء، فالمشرع الفرنسي لم يمس من فكرة الخطأ كأساس أصيل للمسؤولية الطبية بل أكد بصورة صريحة على أن الخطأ مازال يشترط وكأصل عام لقيام المسؤولية الطبية، وما عداه ليس سوى استثناء عليه، وحصر المسؤولية من دون خطأ في ثلاث حالات وهي المسؤولية الناجمة عن منتج صحي(كالطبيب المخبري، وطبيب الاسنان)، والمسؤولية الناجمة عن عدوى اصابت المريض في أثناء وجوده بمؤسسة صحية للعلاج، ومسؤولية القائم بالبحوث الطبية الحيوية.

وقد سعى القضاء المدني الفرنسي محاولاً إقرار المسؤولية من دون خطأ في نطاق المسؤولية الطبية، فمن ضمن الاحكام الصادرة بهذا الشأن حكم صادر عن محكمة الدرجة الأولى في باريس بتاريخ ١٩٩٧/١٠/٣٠، قضى بالتعويض عن الاضرار اللاحقة بالمتضرر بسبب عمل جراحي، من غير معرفة سبب الضرر وارتباطه بالتدخل الطبي، كذلك قرار محكمة استئناف باريس في ١٠/١٥/ ١٩٩٩، والذي قضت فيه بالتعويض لمريض أصيب بالعمى بعد اجراء عملية جراحية، بسبب خلل أصاب الأوعية الدموية للعين، دون وجود علاقة بين هذا الخلل والعملية الجراحية[١] .

كما اكد القضاء الفرنسي ايضا في القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بشأن مسؤولية المؤسسات الصحية الخاصة عن أخطاءها او اخطاء الاطباء التابعين لها والذي جاء فيه : ((بموجب عقد الاستشفاء والعناية الذي يربطها بالمريض تكون المؤسسة الصحية الخاصة مسؤولة عن الاخطاء المرتكبة اما من قبلها او من قبل تابعيها او من حلو محلها والذين سببوا ضررا للمريض)) [٢] ، وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى القول بأنَّ الاطباء الذين يمارسون مهنتهم بصفة حرة يلتزمون في مواجهة المرضى بضمان السلامة داخل المؤسسات الاستشفائية الخاصة والالتزام بتعويض ضحايا الاصابة بالعدوى الاستشفائية حتى في غياب الخطأ[٣] .

ويمكن ملاحظة مسلك القضاء الفرنسي في التمييز بين ما عدّه الحادثة الطبية وبين مجرد الاخفاق بالعلاج، واخذه بناء على ذلك بالمسؤولية الموضوعية في الحالة الاولى، فيما قصر الاخذ

---

(1) T.G.I Paris; 30/10/1997, Les petites affiches, 24 juin 1998, France. 26. C.A.P, 15/11/1999 ; Gaz.Pal.1999-I, France, p: 911.
اشارت اليهما الدكتورة سميرة لالوش، مصدر سابق، ص ١٧٦.

(٢) نقض محكمة جوردان الفرنسية في المسؤولية المدنية الصادر في ٢٦ايار / مايو سنة ١٩٩٩، رقم (١٧٥) منشور في النشرة المدنية، تقرير (٧١٩)، دالوز، ٢٠٠٩، ص ١١٠٦.

(3) Cass . 1. Civ . 12-02-2001.Bull.civ . nº 32.
اشارت اليه خديجة زروقي، مصدر سابق، ص١٨٨.

بالمسؤولية الشخصية المؤسسة على الخطأ في الحالة الثانية، وذلك من خلال حكمين متتابعين لم يطبق فيهما ذات الحل، إذ تتلخص وقائع القضية الأولى الصادر حكمها في ١٩٩٧/١/٧ المسماة بحكم Franchot، في أن مريضا كان يعاني من آلام في ذراعه الأيسر، نتيجة ضغط واقع على أعصاب وشرايين الذراع عند اتصاله بالصدر، ما استلزم إجراء جراحة له، وأثناء إجراء هذه الجراحة، وبسبب تشابك وتلاحم العديد من الشرايين العصبية في هذا المكان، قطع الجراح شريانا شديد الالتصاق بالشريان المراد جراحته، مما أحدث نزيفا للمريض، نتج عنه وفاته ، وبعد أن أقامت زوجة المتوفى دعوى المسؤولية، على الرغم من تقرير الخبرة الطبية الذي قضى بأن الجراحة تمت وفقا للأصول الطبية، وأن الوفاة كانت نتيجة تفاقم استثنائي غير متوقع في حالة المريض ، إلا أن محكمة " Every " الابتدائية قضت بقيام مسؤولية الجراح بناء على أنه ارتكب مسلكًا غير سليم في إجراء الجراحة، ووصفته بأنه يمثل رعونة وخرقا للأصول الطبية، وذهبت محكمة الاستئناف بباريس في ١٩٩٤/٧/٣٠، عندما رفعت إليها القضية، إلى العكس تمامًا، إذ قضت بعدم مسؤولية الطبيب الجراح ، وحين طعن في هذا الحكم بالنقض ذهبت محكمة النقض إلى أن القول بانتفاء المسؤولية كما قضت محكمة الاستئناف ، يمثل خرقًا للمادتين(١١٣٥) و (١١٤٧) من القانون المدني الفرنسي[١] ، وبناء على ذلك، قررت أن الضرر الذي حدث للمريض قد وقع بفعل الجراح ، بصرف النظر عن ثبوت الخطأ في جانبه من عدمه[٢]

ويشير هذا الحكم إلى أن مجرد صدور الفعل، من جانب الطبيب، يكفي لقيام مسؤوليته، ولولم يكن هذا الفعل منطويًا على خطأ منه، وبعبارة أخرى إن وقوع حادثة طبية أو جراحية يكفي لتحقيق مسؤولية الجراح، ولو لم تنطو هذه الحادثة على أي خطأ يمكن نسبته إليه.

اما الدعوى الثانية التي صدر بموجبها حكم في ١٩٩٧/٢/٢٥،حول قيام الجراح في أثناء إجراء جراحة لمريض يعاني من انسداد الناسور (عرق في البطن) بإمرار بالون مطاطي غير منتفخ، متصل بأنبوب، خلال المجرى المراد توسعته لدى المريض .ولمّا أراد الجراح سحب هذا البالون من مكانه -أي المجرى المراد توسعته- بعد نفخه بواسطة الأنبوب المتصل به، حدث أمر غير متوقع، إذ انفصل البالون عن الأنبوب، وانطلق نحو الشريان السباتي، ومنه إلى أحد شرايين المخ، ما أعاق سير الدم في المخ، وأفضى إلى إصابة المريض بشلل نصفي، وفي ضوء تقارير

---

(١) تقضي المادة (١١٣٥) من القانون المدني الفرنسي بأنه يجب تنفيذ العقد وفقا لما تقتضيه اعتبارات العدالة والعرف المعتبر، كما تقضي المادة (١١٤٧) بأن المدين الذي أخلّ بالتزامه يلتزم بالتعويض سواء بسبب عدم التنفيذ أو التأخير فيه إلا إذا أثبت أن هذا الإخلال يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه.

(٢) Cass . Ire Civ [4] Janv . 1997 : Gaz . Pal , 7-8 Fév . 1997 , Flash juripr . P:32.
اشار اليه د. مختار قوادري، تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني المقارن ، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد ١٣، ٢٠١٥، ص٣٣٧.

الخبرة، قضت محكمة استئناف ليون بعدم وجود خطأ في جانب الطبيب، أو عيب في الأدوات المستخدمة، وأن الحادث يعد من قبيل المخاطر الملازمة للنشاط الجراحي، وانتهت، بناء على ذلك إلى انتفاء المسؤولية عن الجراح.

طُعن في هذا الحكم بالنقض على أساس إخلال الجراح بالتزامه بتحقيق السلامة، غير أن محكمة النقض رفضت هذا الطعن، وأيدت الحكم المطعون فيه فيما قرره من انتفاء مسؤولية الجراح على أساس أن الجراح لا يلتزم في مواجهة مريضه إلا ببذل عناية، مؤكدة أن مسلك الطبيب اتسم باليقظة والحذر والمطابقة للأصول العلمية الأكثر تطوراً، وهو ما أثبتته تقارير الخبراء، وانتهت المحكمة إلى أن الحكم المطعون فيه قد أصاب صحيح القانون، حين نفى مسؤولية الجراح سواء في مرحلة الإعداد للجراحة أو أثناء إجرائها [1] .

وهنا نلحظ التباين الواضح بين الحكمين السابقين ،إذ أُخذ بالمسؤولية الموضوعية في الحالة الأولى، أي الحادثة الطبية، بينما اعُتنقت المسؤولية الخطئية في الحالة الثانية، وان بناء حكمين مختلفين في دعويين قد يبدو أنهما متشابهتان اساسه التمييز بين الحادثة الطبية وبين مجرد الاخفاق في العلاج، حيث ان اقرار القضاء مسؤولية موضوعية (غير خطئية) يتعين تطبيقه على كل حالة يرجع الضرر المتحقق فيها الى واقعه يمكن وصفها بالحادثة الطبية، ويتوقف وجود الحادثة الطبية على الضرر ذاته من جهة، وعلى العمل الطبي من جهة اخرى، فمن جهة الضرر، يجب أن لا يكون الضرر الواقع نتيجة طبيعية ومتوقعة لحالة المريض، وذلك مثل الإصابة بشلل أو اضطرابات عصبية نتيجة فحص بسيط أو جراحة عادية، أو حدوث وفاة اثر تخدير المريض، أو حدوث عدوى بمرض يفضي إلى الوفاة عادة على إثر نقل الدم، أو سقوط المريض من على منضدة الجراحة، ففي كل هذه الفروض لا يمكن عد مثل هذه الحوادث آثارا عادية للعمل الطبي، اما من جهة العمل الطبي، فيلزم أن يكون الضرر المحقق راجعًا إلى عمل مادي لا يقتضيه التدخل الطبي، كأن ترجع الرضوض التي تلحق بجسم المريض إلى الاستخدام السيء للأجهزة الطبية من قبل الطبيب، أو أن يلحق الجراح الضرر بعضو خلاف العضو المراد جراحته، إذ نلحظ أن الضرر الناشئ عن الحادثة الطبية نتج عن فعل منفصل عن العمل العلاجي، فهو ضرر غير مترتب على مجرد إخفاق العلاج، الذي يصح أن يثار بخصوصه التزام الطبيب ببذل عناية، وعلى العكس من

([1]) Cass. Tre Civ. 25 Fév. 1997, JCP 1997, ed.G.N°.11.
اشار اليه د. مختار قوادري، مصدر سابق، ص٣٣٨.

ذلك، فإن الأضرار الطبية المتمثلة في الفروض السابقة، يتعين إخضاعها لنظام آخر، وهو أن المسؤولية الموضوعية هي المجال الطبيعي للحادثة الطبية [١] .

اما إخفاق العلاج فهو المجال الطبيعي للمسؤولية الخطئية، ونعني به إخلال الطبيب بالعناية اللازمة تجاه مريضه، ويعد مبدأ الالتزام ببذل عناية هو المبدأ المتعين إعماله هنا، وان تبرير ذلك يكمن في أن إلزام الطبيب بالتزام عام بتحقيق نتيجة لا يمكن اعتماده في كل حاله لمنافاة ذلك لطبيعة النشاط الطبي الذي يتسم بالمخاطر والتطور المستمر، وإن كان ذلك لا يحول دون القول بهذا الالتزام في مثل حالة الفحوص او التحاليل ونقل الدم، وهذا التوازن بين الإبقاء على المسؤولية الخطئية كقاعدة، والمسؤولية غير الخطئية كاستثناء، يسمح للمسؤولية المدنية بأن تحتفظ بدورها الأخلاقي في ردع الأخطاء[٢] ، فإذا ما أخفق العلاج في إحداث أثره المتوقع، قامت المسؤولية على أساس الخطأ واجب الإثبات، ويدخل في معنى إخفاق العلاج تلك الأضرار التي تعد نتائج مباشرة وحتمية للتدخل الطبي، حتى لو كانت هذه الأضرار استثنائية، كتلك الآثار الجانبية التي تحصل بمناسبة التخدير متى نشأ عن خرق من جانب الطبيب لأصول مهنته[٣] .

واستناداً الى ما سبق بيانه، يبدو أن النظرة المتوازنة ليست في القول بضرورة توافر الخطأ لانعقاد المسؤولية المدنية، فقد يشق على المتضرر إثباته إذا اتسم بالصفة الفنية فينجو الفاعل ويتملّص من المسؤولية، ويفضي ذلك إلى ضياع الحقوق وتغليب مصلحة طرف دون آخر، وهو ضرورة اشتراط الخطأ لانعقاد المسؤولية، وليس الصواب في القول بهجران الخطأ وأفوله مطلقا، لأن ذلك يؤدي من خلال مؤسسات التأمين ونحوها إلى اضمحلال المسؤولية الفردية، والتشجيع على إشاعة ثقافة الإهمال والتقصير والاتكال هذا من جهة، ومن جهة أخرى، لِما في ذلك من خرق لقواعد القانون القاضية في نطاق العقد مثلاً بضرورة توافر الالتزام ببذل العناية من طرف الطبيب قبل مريضه، ومدى قياس درجة تلك العناية للقول بمسؤولية الطبيب او عدمها، لذلك فلا مناص من اشتراط الخطأ في دائرة الالتزام ببذل عناية ، كما يلعب الخطأ دورا ثانويا او مكملا في دائرة الالتزام بتحقيق نتيجة [٤] ، وهو ما ندعو القضاء والتشريع العراقي لتطبيقه.

([١]) د.مختار قوادري ، مصدر سابق، ، ص ٣٣٩.

([2]) S.Hoquet-Berg, obligation de moyens ou obligation de resultat à propos de la responsabilité médicale, thèse. Paris XII, 1995, p :26.

([٣]) د. مختار قوادري ، مصدر سابق ، ص ٣٤٠.

([٤]) المصدر نفسه ، ص٣٤٨.

المطلب الثاني

أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن اخلال المستشفى الخاص بعقد الاستشفاء الطبي في مصر والعراق

على خلاف ما وصل اليه القضاء والتشريع الفرنسي من تطور في المسؤولية الطبية، وفي اساس المسؤولية المدنية الناشئة عن اخلال المستشفى الخاص بعقد الاستشفاء الطبي، فان الحال في المسؤولية الطبية في مصر والعراق مختلف، وهذا ما سنوضحه من خلال الفرعيين الآتيين.

الفرع الأول

أساس المسؤولية الطبية في مصر

كما رأينا في المطلب السابق، فان مسؤولية المستشفى المدنية تثار متى ما اخلّ بالتزاماته العقدية او لحق المريض ضررا بسبب الخطأ الصادرعنه بصفة شخصية، او من الاشخاص التابعين له، فالمستشفى كشخص معنوي يستلزم ان يستعين بالأشخاص الطبيعيين لتنفيذ التزاماته بموجب عقد الاستشفاء الطبي قبل المريض، فهو المسؤول عما يصدرعنهم كونهم تابعين ،وله سلطة الاشراف والرقابة على اعمالهم.

وقد اختلف الفقهاء في ايجاد الاساس القانوني المناسب لتبرير المسؤولية العقدية عن فعل الغير، وقيلت في هذا المجال نظريات عدة[1] ، كان اهمها نظرية الخطأ المفترض ، ولعل هذا الاختلاف جاء بسبب عدم تطرق المشرع المصري بصورة صريحة الى الاساس القانوني لتسويغ المسؤولية العقدية عن فعل الغير، ولكنه اقر هذا المبدأ بصورة غير مباشرة، فقد نصت المادة (٢١٧) في فقرتها الثانية من القانون المدني المصري على: ((وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا ما ينشأ عن غشه او عن خطئه الجسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته عن الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه)) [2] ، فإذا ما ارتكب هؤلاء الاشخاص خطأ سبب ضرراً

([1]) ينظر في ذلك د. محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام -الكتاب الاول- مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، مصر، ٢٠٠٥، ص٥٢٦-٥٣٠ . د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام ، مصدر سابق، ص٢٨٦. د. انور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني ، ط١، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص٢١٣. اكرم محمود حسين البدو، مصدر سابق ، ص ٧٨.

([2]) في حين اقرت بعض التشريعات هذا المبدأ بصورة مباشرة كالقانون المدني الألماني لسنة ١٩٠١ في المادة (٢٧٨)، فقد نصت على ان ((المدين مسؤول عن تقصير نائبه الشرعي وتقصير الأشخاص الذين يستخدمهم لتنفيذ تعهده كما لو كان ذلك ناتجاً عن تقصيره الشخصي)).

للمريض، افترض خطأ المستشفى الذي يكمن في تقصيره لواجب الرقابة والتوجيه، أو سوء اختياره لتابعيه وانه اوكل ثقته لتابع لا يتحلى بالحرص والحيطة، او خطأه في هذه الامور جميعها، فلا يكلف المريض بإثبات الخطأ؛ لأن القانون افترضه وهذا يعني أن مجرد صدور الخطأ الذي يترتب عليه ضرر للغير تقوم مسؤولية المستشفى[1] .

كما ان المشرع المصري قد أقام هذه المسئولية على اساس خطأ مفترض في جانب المتبوع فرضاً لا يقبل إثبات العكس، مرجعه سوء اختياره لتابعه أو تقصيره في الرقابة أو التوجيه، وهذا ما اقرته المادة (١/١٧٤) من القانون المدني المصري، والتي نصت على: ((يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته او بسببها)).

وقد قضت محكمة النقض المصرية في صدد افتراض الخطأ في قرار لها بأنه يكفي ان يقدم المريض واقعة ترجح اهمال الطبيب حتى يثبت بذلك خطأه، ويكون بذلك قد اقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه فينتقل عبء الاثبات بمقتضاه الى الطبيب، ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه ان يثبت قيام حالة الضرورة والتي من شأنها ان تنفي عنه وصف الاهمال[2].

وذهب رأي من الفقه في محاولة ايجاد الاساس القانوني المناسب لتبرير المسؤولية العقدية عن فعل الغير، الى ان القانون المدني المصري بما انه أقر مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير بصورة ضمنية، فمسؤولية المستشفى الخاص عن اخطاء تابعيها إذاً مصدرها القانون، أي أن هذه المسؤولية تقوم على أساس الضمان القانوني، فالضمان يقوم لمصلحة المتضرر للحصول على التعويض، لان التابع يكون في الغالب معسراً وغير قادر على دفع مبلغ التعويض، وتكمن قوة الضمان في ان المتبوع لا يستطيع التخلص من المسؤولية ، بل يتعين عليه تعويض المضرور ومن ثم الرجوع بعد ذلك على التابع بما دفعه ؛لأنه مخطئ ، وان القانون قد أوجد هذا الضمان لاعتبارات من التضامن الاجتماعي وتيسير حصول المضرور على تعويض من ضرر لحقه نتيجة خطأ التابع، إذ قد لا يتسنى للمتضرر أن يحصل مباشرة على التعويض من التابع نظرا لعدم ملاءته، والكفالة هنا مقررة بحكم القانون، ولما كانت الكفالة تضامنية فلا يحق للمتبوع (المستشفى

([1]) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، العمل الضار والاثراء بلا سبب، المجلد الثاني، ١٩٨١، ص١٤٦٤. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ١، مصدر سابق، ص٩٠٤. د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام ، مصدر سابق، ص٢٨٦.

([2]) نقض مدني مصري في ١٩٦٩/٦/٢٦- س٢٠-ص١٠٧٥ اشار اليه الدكتور منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الاسلامية والقوانين العربية والاوربية والامريكية ، مصدر سابق، ص٢٠٩.

الخاص) أن يدعي بحق التجريد على التابع أولاً[1]، وهذا ما أيده القضاء المصري في بعض احكامه[2].

وتجب الاشارة الى ان المشرع المصري قد خطى خطوة مهمة لتكريس اساس ملائم للمسؤولية الطبية عن طريق مشروع قانون المسؤولية الطبية سنة ٢٠٢١، إذ اكد فيه على أن التزام المستشفى الاصل هو التزام ببذل عناية، ويستطيع التخلص من المسؤولية عن الخطأ الا اذا اثبت وجود سبب اجنبي لا يد له فيه، وهو ما نصت عليه المادة الرابعة منه: ((على مقدم الخدمة الالتزام نحو متلقيها هو التزام ببذل العناية الواجبة وليس التزامًا بتحقيق نتيجة، كما يعفى مقدم الخدمة من المسؤولية الطبية إذا كان الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي خلاف الخطأ الطبي ولا يد لمقدم الخدمة فيه، ويستثنى من نص الفقرة السابقة التخصصات الطبية التي يفترض أن يتحقق نتيجة ممارستها النتيجة المرجوة طالما بذلت العناية الواجبة كتخصصات التحاليل والأشعة)).

يتضح من نص هذه المادة ان المشرع لم يتبنّ المسؤولية الموضوعية كأصل، وهذا يعني ان المريض المضرور يقع عليه اثبات خطأ المستشفى او احد تابعيه وبأنه لم يبذل العناية الواجبة المطلوبة منه، كما يمكن اعفاء المستشفى من كل مسؤولية اذا اثبت وجود سبب اجنبي، واشارت المادة نفسها الى استثناء التخصصات التي ينعدم فيها عنصر الاحتمال وجعلت الالتزام بها هو التزام بتحقيق نتيجة، اي ان مسؤولية المستشفى تثور بمجرد عدم تحقق النتيجة المبتغاة من الاجراء الطبي الامر الذي ينقل عبء الاثبات فيها الى المستشفى الخاص.

---

(1) د. عباس الصراف، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٤، ص١٢٨. د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق، ص٥٢٩. اكرم محمود حسين البدو، مصدر سابق، ص٧٨.

(2) ذهبت محكمة النقض المصرية في قرار لها أن مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه غير المشروعة مسؤولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المتضرر تقوم على فكرة الضمان الاجتماعي طعن ٩٢٤ لسنة ٤٥ ق ، جلسة ١٩٨١/١/١٢، وفي قرار آخر اشارت فيه الى انه يجوز للتابع إذا رجع عليه المتبوع بما دفعه للمتضرر أن يثبت أن المتبوع قد اشترك معه في الخطأ وفي هذه الحالة يقسم التعويض بينهما بنسبة اشتراك كل منهما في الخطأ الذي تسبب عنه الضرر، طعن ٦٧٨ لسنة ٤١ الاقتصادية، جلسة ١٩٨٢/١/١٤، اشار اليهما اكرم محمود حسين البدو، مصدر سابق، ص٧٨

الفرع الثاني

أساس المسؤولية الطبية في العراق

إن المشرع العراقي لم يتبنَّ نظاماً خاصاً بالمسؤولية الطبية، الامر الذي يدعو الى تطبيق القواعد العامة لاسيما في بيان الاساس القانوني لهذه المسؤولية.

فعلى الرغم من انه عالج موضوع المسؤولية عن فعل الغير[١]، شأنه في ذلك شأن التشريعات الاخرى[٢]، الا انه لم يتطرق كنظيره المصري -بصورة صريحة- الى الاساس القانوني لتسويغ المسؤولية العقدية لإدارة المستشفى عن فعل الغير(مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعيه)، ولكنه اقر هذا المبدأ بصورة غير مباشرة، فقد نصت المادة (٢/٢٥٩) من القانون المدني العراقي على انه: ((وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي ألا التي تنشأ عن غشه أو خطأه الجسيم ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته من الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه))[٣]، فلولا إقرار القانون لمسؤولية المدين العقدية عن أفعال هؤلاء الأشخاص لما احتاج المدين الى شرط يعفي به نفسه من المسؤولية العقدية الناشئة عن أفعالهم [٤].

كما اجاز المشرع للمتبوع (المستشفى الخاص) ان يدفع هذه المسؤولية على ان اساسها خطأ مفترض من المتبوع قابل لإثبات العكس، وهوما اشارت اليه الفقرة الثانية من المادة (٢١٩) من القانون المدني النافذ والتي نصت على: ((٢- ويستطيع المخدوم أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر أو أن الضرر كان لابد واقعاً حتى لو بذل هذه العناية))، لذلك فان الرأي السائد في القانون العراقي هو أن أساس المسؤولية يكمن في فكرة الخطأ المفترض ، وأن المشرع العراقي قد جعل قرينة الخطأ المفترض من جانب المتبوع قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس [٥]،إذ يستطيع المتبوع أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر، أي أن المشرع العراقي يسمح له بنفي قرينة الخطأ المفترض من جانبه،

---

(١) انظر المادة (٢١٨) بفقرتيها التي تعالج مسؤولية الاصول الاب والجد عن الضرر الذي يحدثه الصغير، والمادة (٢١٩) بفقرتيها في مسؤولية المتبوع عن عمل التابع ، والمادة (٢٢٠) في حق الرجوع .

(٢) انظر المواد (١٧٣) و(١٧٤) من القانون المدني المصري ، والمادة (١٣٨٤) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (٢٨٨) من القانون المدني الاردني .

(٣) تقابلها المادة (٢/٢١٧) من القانون المدني المصري .

(٤) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص٤٠٨. د. عبد المنعم فرج الصده ، مصدر سابق، ص٤١٧.

(٥) د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني –دراسة مقارنة، مصادر الالتزام، ج١، ط١، بغداد، ١٩٩١، ص٤١٦. د. حسن علي ذنون و د. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي والمقارن ، ج١، ط١، دار وائل للنشر والتوزيع عمان ، ٢٠٠٢، ص٣٣٥.

أو إذا أقام المتبوع الدليل على أن الضرر لابد من وقوعه حتى لو بذل العناية اللازمة لمنعه، كما يستطيع المتبوع نفي رابطة السببية بين خطئه المفترض والضرر الذي أصاب الغير، إذا أثبت أن وقوع الضرر يعود إلى سبب أجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ المتضرر، وهو بهذا الحكم يخالف نظيريه المشرع المصري في المادة (١/١٧٤)، والمشرع الفرنسي في المادة (١٣٨٤) من القانون المدني الفرنسي التي سبقت الاشارة اليهما.

وقد اكدت محكمة التمييز العراقية على هذا الاتجاه، ففي أحد القرارات التمييزية الصادرة عنها قضت فيه مايأتي : ((على المحكمة الجنوح لانتخاب ثلاثة خبراء من الاطباء وبواسطة نقابة الاطباء لتحديد ما اذا كان هناك خطأ من الاطباء في المستشفى يستوجب مسؤوليتهم مهنياً، ومن ثم الحكم عليهم بالتعويض، وهل هناك خطأ من ادارة المستشفى يستوجب مسؤوليتها))[١].

ونظراً لتزايد اعداد المستشفيات الخاصة، الأمر الذي لا يخلو من وجود الاخطاء الطبية، فقد اصدرمجلس قيادة الثورة المنحل القرار رقم (٨٥) في ٢٠٠١/٣/٢٥[٢] ، لتأكيد الضمان للمريض في حصوله على التعويض الكافي، وما جاء فيه مايأتي: ((أولاً: يتحمل المستشفى الذي يعالج فيه مريض يصاب بمضاعفات صحية ناتجة عن تقصير المستشفى أو إهماله، نفقات علاجه كافة في المستشفى نفسه أو خارجه تبعاً لحالته الصحية حتى شفائه)).

المطلب الثالث

أساس مسؤولية المستشفى الخاص عن خطأ الطبيب

يعد الطبيب حجر الاساس في العمل الطبي، فهو الذي تقع عليه مسؤولية المعاينة وتشخيص المرض ومن ثم تقرير العلاج والادوية او اجراء عملية جراحية ومتابعة الحالة المرضية وتطوراتها وذلك وفقاً لأصول الفن الطبي، فالمهام الكبرى هي من اختصاص الاطباء في المستشفى، اما العاملين فيها من مهنيين وملاكات صحية اخرى فهم يعملون وفقا لتعليمات الاطباء وارشاداتهم فيما يتعلق بخطة العلاج المقررة والحفاظ على الصحة والسلامة العامة.

ونظراً لاختلاف العلاقة التي يمكن ان تربط الطبيب بالمستشفى الخاص، فان مسؤولية المستشفى قبل المريض بسبب خطأ الطبيب وفقاً لعقد الاستشفاء الطبي تختلف كذلك، فتارة يكون الطبيب احد الموظفين ومن ضمن الطاقم الطبي الذي يعمل في المستشفى، ومرة يكون من خارج

---

(١) قرار رقم (١١٠٤/ م٣/ ٩٨) بتاريخ ١٩٩٨/٧/٨ الصادر من محكمة التمييز العراقية، انظر علي محمد ابراهيم الكرباسي، الموسوعة العدلية ، العدد ٦٢، مكتب شركة التأمين الوطنية ،١٩٩٩.

(٢) منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٣٨٧٣ في ٩/ نيسان /٢٠٠١.

المستشفى ولا يرتبط معها بأي علاقة عقدية وانما يتم اختياره من قبل المريض ليجري له العملية الجراحية، ولأجل بيان اساس مسؤولية المستشفى الخاص عن خطأ الطبيب سنوزع الدراسة في هذا المطلب على فرعين، الاول في بيان اساس مسؤولية المستشفى الخاص عن خطأ الطبيب الموظف، اما المطلب الثاني سيكون لدراسة اساس مسؤولية المستشفى الخاص عن خطأ الطبيب غير الموظف.

الفرع الأول

أساس مسؤولية المستشفى الخاص عن خطأ الطبيب الموظف

بدءاً لا بدّ من الاشارة الى موقف البعض من شراح القانون المدني حول مسؤولية ادارة المستشفى الخاص عن اخطاء الاطباء الذين يعملون فيها[1]، والتمييز بين العمل الفني والعمل غير الفني[2]إذ يتخذونه معياراً لمعرفة متى تتحقق مسؤولية ادارة المستشفى عن خطأ الطبيب، فيذهبون الى القول بأن الأطباء لا يمكن عدّهم تابعين لإدارة المستشفى الخاص، وإنهم أحرار في ممارسة مهنتهم من دون سلطة ولا رقابة، بالنسبة إلى أعمالهم الفنية، وان هؤلاء يمارسون أعمالهم المهنية داخل المؤسسات الصحية بكل حرية واستقلال وليس لإدارة المستشفى أن تصدر أليهم أمراً في ما يدخل صميم عملهم؛ لان طبيعة العمل الطبي وما يتصل به من نشاط يمس سلامة الإنسان وصحته وحياته، يجعل إخضاع الطبيب لأية رقابة في هذا الصدد أمراً يأباه النظام العام ويفقد الطبيب حريته المهنية، ويؤسس على ذلك أن الطبيب يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الأخطاء التي يرتكبها إثناء ممارسة عمله الفني، ولا علاقة لإدارة المستشفى بهذه المسؤولية إذ يسأل الطبيب عن إخلاله بمقتضيات مهنته، كما لو تسبب الطبيب بنقل عدوى للمريض بسبب عدم تعقيم الآلات والأدوات الطبية المستعملة أو أذا أصاب عضواً سليماً من أعضاء المريض عند أجراء العملية الجراحية، أما

---

(١) ينظر في عرض هذا الرأي: د. أحمد محمود سعد، مصدر سابق، ص٦٨. د. علي عصام غصن، الخطأ الطبي مصدر سابق، ص٩٣-٩٤.

(٢) ذهب الفقهاء الى ان الاعمال التي يأتيها الطبيب على نوعين، الاول هي الاعمال المادية او العادية او العمل الغير فني وهي التي لا تتصل بالأصول الفنية لمهنة الطب وتقدرمن دون اعتبار لصفة من يقوم بها، فيكون الخطأ فيها خطأ عاديا او خطأ غير فني، ومن امثلتها ان ينسى الطبيب آلة من آلات الجراحة داخل جسم المريض او ان لا يحترم واجباته الانسانية كأن لا يحضر رغم استدعائه من قبل ادارة المستشفى لإجراء حالة ولادة صعبة، وبصورة عامة فان الاخطاء العادية والتي تعد خارجة عن المهنة تلك التي تنسب للطبيب باعتباره شخصا عاديا والتي لا شأن لها بالمهنة الطبية، اما النوع الثاني فهو الاعمال الفنية او المهنية وهي الاعمال التي تتعلق مباشرة بفن مهنة الطب وتكون لصيقة بصفة الطبيب ولا يتصور صدورها من غير طبيب ويتمثل الخطأ فيها بالخروج عن الاصول الفنية للمهنة وتكون لصيقة بشخص الممارس لها ويستحيل نسبتها الى غيره، كأن يحدد الطبيب حالة المريض على انها قرحة في المعدة وهي في الحقيقة ورم سرطاني، للمزيد انظر مؤلف الدكتور منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الاسلامية والقوانين العربية والاوربية والامريكية، مصدر سابق، ص٤١. د. محمود القبلاوي، مصدر سابق، ص٧٩. د. حسن علي ذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الخطأ، مصدر سابق، ص٥١٨.

عن الأخطاء الصادرة عن الأطباء والتي لا تتعلق بممارسة عملهم الفني فتسأل عنها أدارة المستشفى الخاص، وبناء على ذلك فان ادارة المستشفى تسأل عن خطأ طبيبها الذي ترك المريض عدة أيام دون القيام بفحصه مما سبب له مضاعفات، كما تكون مسؤولة عن خطأ طبيب التخدير مثلاً والذي أعطى مريضه مادة النتروجين بدلاً من الأوكسجين أثناء عملية التخدير والذي نتج عنه وفاة المريض، وذلك بسبب إهمال أدارة المستشفى من التثبت من اسطوانات الغاز، وتمييز كل نوع على حده من تلك الاسطوانات والتي قد تكون متشابهة من حيث اللون والشكل[١].

ويبدو أن هذه التفرقة محل نظر؛ لأن المستشفيات الخاصة تعد ضامنة لأخطاء من استعانت بهم ، سواء أكان ذلك في نطاق الاعمال الفنية ام خارجها، وان معيار التبعية يكمن في ما يملكه المتبوع من سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه، وان صفة التبعية لا تنتفي وان اقتصرت على الجانب الاداري دون الفني[٢]، اذ يكفي ان يكون للمتبوع سلطة الاشراف الاداري على التابع والتي يستطيع بموجبها ان يوجه له اوامره التي لا يملك التابع الا الخضوع لها وان يراقبه في تنفيذها ولو كانت هذه الاوامر لا تتناول الا النواحي الادارية المتصلة بأداء عمل التابع[٣]، فضلاً عن ذلك فان لجوء المريض الى المستشفى الخاص يكون عادة بناءً على عقد ولو ضمنياً بينه وبين أدارتها وهو عقد الاستشفاء الذي يحكم العلاقة التعاقدية، فالعقد مع أدارة المستشفى الخاص له خواصه في ما يتعلق بالالتزامات التي يتعهد بها مديره للمريض، ومسؤولية أدارة المستشفى الخاص عن فعل الطبيب هي مسؤولية عقدية لا تقصيرية، فإدارة المستشفى بقبولها المريض تضمن له عناية طبية تتناسب وحالته المرضية، وهي مسؤوله عن عدم تنفيذ التزامها العقدي، وأن الطبيب وان كان يتمتع بقدر من الاستقلالية أثناء ممارسته لعمله الطبي تجعله بمنأى عن الرقابة والأشراف عليه من إدارة المستشفى الخاص، ألا أن ذلك لا يحول دون مساءلة هذه المستشفى عن خطأ الطبيب الذي يعمل لديها ولاسيما حين تتكرر الأخطاء الصادرة عنه لأن إدارة المستشفى الخاص يقع عليها عبء حسن اختيار الأطباء الكفوئين للعمل فيها، ومن ثم تسأل أدارة المستشفى الخاص عن خطأ الطبيب العامل فيها، فضلاً عن مسؤوليتها الشخصية، وذلك استناداً الى إهمالها في الأشراف والرقابة على الأطباء العاملين فيها.

---

(1) G.M.H.Dolloze revue trimenitrielle de droit civil, No, I janievr, Mars, 1988, anuee, 97 .

اشارت اليه رواء كاظم راهي، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن اخطاء الاطباء العاملين فيها، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة بابل ، ٢٠٠٨، ص٢٥.

(٢) د. عز الدين الديناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ط٥، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ١٩٩٦، ص٣٥٠.

(٣) د. رمضان جمال كامل، مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠٠٥، ص١٥٩.

والأخطاء الطبية في عمومها تمس سلامة المرضى، ويعد الطبيب مسؤولاً عندما يخل بالتزاماته المهنية، ولا يشترط أن يكون الخطأ المنسوب إليه جسيماً أو بسيطاً، ويكفي أن يكون الخطأ واضحاً، اذ ان فكرة تدرج الخطأ يصعب تحقيق مناطها ويتعذر تطبيقها في الواقع بقياس درجة الخطأ الجسيم او اليسير لارتباطها بمعيار ذاتي، ولهذا هجر الفقه والقضاء فكرة تدرج الخطأ[١]، كذلك التمييز بين الخطأ الفني والخطأ العادي، فضلاً عن أنّه دقيق وصعب، لا مسوغ له في الواقع، فإن القانون لم يستثن الطبيب من المسؤولية عن خطئه مهما كان يسيراً، فهو خاضع كغيره من أصحاب المهن للقواعد العامة، ولا يمكن أن تبرر حاجة الأطباء إلى الطمأنينة والثقة والحرية في مزاولة أعمالهم إلغاء حاجة المريض إلى الحماية من أخطائهم [٢].

وعلى الرغم من ذلك فان مسؤولية الطبيب عن أخطائه لا تعني أن يؤاخذ بالظن والاحتمال؛ لأن المسؤولية تترتّب على خطأ ثابت محقّق لا جدال فيه، فالطبيب إذن مسؤول عن كل خطأ يقع فيه شريطة أن يثبت في حقه، بغض النظر عن فداحة الضرر الناجم عن فعله، سواء أكان جسيما أم يسيراً، وهذا ما يقتضيه التطبيق الصحيح لقواعد القانون، فالعبرة ليست بصفة الخطأ يسيرا كان ام جسيما ، ولكن بثبوته على وجه التحقق والقطع لا الشك والاحتمال، وقد يرجع الضرر الذي أصاب المريض إلى خطأ يتحمَّله أطباء عدة اشتركوا لعلاجه، وهنا يبحث كل عامل على حده، أو تعد جميع هذه العوامل متعادلة من حيث تحمل المسؤولية[٣]، ولا شك أن المريض الذي يراجع أحد المستشفيات بقصد العلاج يتم إدخاله للمستشفى ويصار إلى علاجه من أحد الأطباء من دون أن يكون له يد في اختياره، فهو في الحقيقة لا يتعامل مع الطبيب، باعتباره لا يعرفه، وإنما مع المستشفى كشخص معنوي، فيكون المستشفى مسؤولاً عن الضرر الذي يصاب به هذا المريض في المستشفى، باعتبار ان المريض لم يختار طبيبه ولأن المستشفى هو الذي اختاره ولا يعلم المريض طبيعة العلاقة بين المستشفى والطبيب، فهو يتعامل مع الطبيب بوصفه أحد موظفي أو مستخدمي المستشفى، ولا وجه هنا للقول بانتفاء رابطة أو علاقة التبعية؛ لأن المستشفى هو الذي عينه واختاره لعلاج مرضاه، ويعمل تحت اشراف المستشفى ويتبع تعليماته، وهو من يتعين عليه أن يراقبه ويشرف عليه باعتباره يؤدي عملاً لمصلحة المستشفى[٤] على نحو ما أوضحنا في القواعد العامة لعلاقة التبعية فيما تقدم، فالمريض تعاقد مع ادارة المستشفى مباشرة بموجب عقد الاستشفاء،

---

(١) طلال عجاج، مصدر سابق، ص٢٠٠. د. احمد حسن الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الاردني والنظام القانوني الجزائري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠٥، ص١٠٦.

(٢) د. مختار قوادري ، مصدر سابق، ص٣٣٥.

(٣) مبادئ الاخلاقيات الطبية في المؤسسات الصحية العراقية ، ص ٧٩.

(٤) منير هليل ، مسؤولية المستشفى الناشئة عن خطأ الطبيب غير الموظف ، بحث منشور في مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الانسانية) ، الاردن ، مجلد ٢٥ ، ٢٠١١، ص ٧٩٠.

ويتضمن هذا العقد ان تؤمن ادارة المستشفى طبيبا لإجراء التدخل الجراحي للمرضى المتعاقدين معها[١] والمريض لم يتجه مباشرة للطبيب، فيكون المستشفى مسؤولاً عن اخطاء الطبيب على اساس المسؤولية عن فعل الغير، اما الطبيب فلا يسأل الا عن خطئه الشخصي كما لو اعطى تعليمات خاطئة اثناء التدخل الجراحي والعلاجي[٢]، أو اهمل في الرقابة في غرفة العمليات[٣]، وهو ما استقر عليه القضاء في فرنسا، ففي حكم لمحكمة التمييز الفرنسية قضت فيه بأن المستشفى مسؤول عن الاخطاء المرتكبة من الطبيب الموظف خلال ممارسته لعمله الطبي، الا ان ذلك لا يحول دون رجوع المستشفى على الطبيب بحجة استقلال الطبيب الموظف في ممارسة العمل الطبي[٤]، وفي هذا الفرض وهو تعاقد صاحب المستشفى الخاص مع طبيب لعلاج المرضى الذين يقصدون مشفاه، فانه لا شك هنا في وجود عقد عمل بين صاحب المستشفى وبين الطبيب الذي تعاقد معه، ولكن السؤال الذي يتبادر هنا في هذا الافتراض، هو اذا لم تكن ثمة علاقة مباشرة تربط بين الطبيب والمرضى، ولم يكن المرضى قد اختاروا الطبيب كما ليس باستطاعتهم رفض خدماته، فما هي العلاقة القانونية بين المرضى والطبيب؟ وما مدى امكانية رجوع المريض على الطبيب؟.

ان المستشفى الخاص الذي يتعاقد مع الطبيب لإجراء العمليات الجراحية ومعالجة المرضى المتعاقدين مباشرة مع المستشفى بعقد الاستشفاء ، يتعهد بإحضار الطبيب الاختصاصي وإجراء العمل الجراحي اللازم والعناية الواجبة واللاحقة لمرحلة التدخل الجراحي المتفق على أجرائها، ولاشك ان الطبيب في هذا الفرض تنتهي مسؤوليته بإجراء العملية الجراحية المتفق عليها، إذ أنه عادةً ما يكون مرتبطاً بأكثر من مستشفى للقيام بإجراء العمليات الجراحية فيها، ففي هذه الحالة فإن الطبيب ملزم بتقديم خدمات لأشخاص لم يرتبط معهم باي اتفاق ولم يختاروه ولا يستطيعون رفض خدماته، وان تكييف هذا العقد الذي بين الطبيب الجراح والمستشفى هو اشتراط لمصلحة الغير[٥]، واذا قيل بان الاشتراط لمصلحة الغير يقتضي تعيين الغير في العقد، فلا يعد ذلك

---

[١] السيد عبد الوهاب عرفة ، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية، ص ٢٩. د. حسن زكي الابراشي ، مصدر سابق، ص٣٦٤. د. عبد الرشيد مأمون ، مصدر سابق، ص٢٢٩

[٢] د. منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الاسلامية والقوانين العربية والاوربية والامريكية، مصدر سابق، ص ١٢٩.

[٣] أ. يوسف جمعة يوسف الحداد، المسؤولية الجنائية عن اخطاء الاطباء في القانون الجنائي لدولة الامارات العربية المتحدة ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ص ٨١.

[4] Cass. Civ. 1er, 13 nov. 2002, n° 15577, Gaz . Pal . Recueil , mai - juin 2004 p.1461, Sébastien PICASSO .

اشار اليه علي عصام غصن ، الخطأ الطبي، مصدر سابق، ص٨٩.

[٥] د. شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها (مسؤولية الطبيب عن اخطائه - مسؤولية المستشفى - مسؤولية الصيدلي) ، ط١، دار مصر للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠١٩، ص٢٢١. اكرم محمود حسين البدو، مصدر سابق، ص١١٦.

مانعا اذا امكن تعيين الغير وقت تنفيذ العقد[1]، ليكون له حق مكتسب من هذا العقد ، وبناءً على ذلك فان للمرضى المستفيدين من خدمات الطبيب دعوى مباشرة تستند إلى العقد الاصلي لمطالبة الطبيب بتنفيذ التزامه، أو بالتعويض، وان مسؤولية هذا الطبيب هي مسؤولية عقدية لا شك فيها[2].

الفرع الثاني

أساس مسؤولية المستشفى الخاص عن خطأ الطبيب غير الموظف

إن المشكلة الرئيسة في حالة الطبيب غير الموظف هو حالة عدم قيام علاقة التبعية بالمعنى المقصود في نطاق علاقة الاستخدام، فالطبيب في الأصل ليس تابعاً للمستشفى، إذ تنتفي الرابطة العقدية، كما يظهر انه لا توجد علاقة تنظيمية فيما بينه وبين المستشفى، وغاية الأمر أنه إما أن يكون قد ارتكب الفعل الضار لكونه قد اختير لعلاج هذا المريض من قبل إدارة المستشفى، أو لكون المريض راجعه لهذا الغرض واختار له هذا المستشفى، أو لأن الطبيب موجود عادة في المستشفى بسبب وجود عيادته الخارجية فيها، وفيما يأتي سنحاول بيان هذه الحالات وفق ما نراه في ضوء القواعد العامة بشأن الخطأ الطبي ومسؤولية المتبوع عن أعمال التابع ، وكما يأتي:

أولاً- الطبيب غير الموظف مختار من إدارة المستشفى:

إن المريض الذي يراجع أحد المستشفيات بقصد العلاج يتم إدخاله للمستشفى ويصار إلى علاجه من قبل أحد الأطباء دون أن يكون له يد في اختياره، وانما المعيار العام في تحديده يكون ضمن الاختصاص الطبي لعلاج ما يشكو منه المريض، فالمريض في هذا الفرض لا يتعامل مع الطبيب، وإنما مع المستشفى كشخص معنوي، ومن ثم يكون المستشفى مسؤولاً عن الضرر الذي لحق هذا المريض جراء العلاج باعتبار أن المريض لم يختار طبيبه، ولأن المستشفى هو الذي اختاره، ولا علم للمريض عن طبيعة العلاقة بين المستشفى والطبيب، فهو يتعامل معه بوصفه أحد موظفي أو مستخدمي المستشفى، ولا مسوغ هنا للقول بانتفاء رابطة أو علاقة التبعية حتى لو لم يكن الطبيب موظفاً، بل حتى لو علم المريض بذلك لاحقا، لأن المستشفى هو الذي اختاره للعلاج وهو من يتعين عليه أن يراقبه ويشرف عليه باعتباره يؤدي عملاً لمصلحة المستشفى، اما عن طبيعة العلاقة التي تربط بين المستشفى والطبيب فلا شأن للمريض بها، فهو لم يختر الطبيب على

---

(١) نصت المادة (١٥٤) من القانون المدني العراقي على: ((يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير ان يكون المنتفع مستقبلا او جهة مستقبلة كما يجوز ان يكون شخصا او جهة لم يعينا بالذات وقت العقد ما دام تعيينهما مستطاعا وقت ان ينتج العقد اثره))، تقابلها المادة (١٥٦) مدني مصري، والمادة (١١٢١) من القانون المدني الفرنسي.

(٢) د. شريف الطباخ ، مصدر سابق، ص ٢٢١. ابراهيم علي حمادي الحلبوسي، مصدر سابق، ص٨٣.

وجه التحديد بل اختار المستشفى، وكما أن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة هي من أنواع المسؤولية غير التعاقدية وتقع كفرع من فروع المسؤولية التقصيرية، ولذلك لا تشترط في الأساس وجود عقد بين المريض والطبيب، أو بين المستشفى والطبيب، وإنما يكفي فيها أن يثبت أن الطبيب اختير من قبل إدارة المستشفى للعلاج ، وأدى عمله لمصلحة المستشفى فعندها تقوم علاقة التبعية الموجبة لمساءلة المستشفى عن كل ما يرتكبه الطبيب من فعل ضار [١].

ثانياً- الطبيب غير الموظف اختير من المريض ومن خارج نطاق المستشفى:

تكون هذه الحالة عندما يتعاقد المريض مع الطبيب لعلاجه من مرض معين ، ثم يحدد طبيبه المستشفى الذي سيجري فيه العلاج او التداخل الجراحي، فيدخل المريض الى المستشفى ليطلب منه بأن يتولى معالجته طبيب معين غير موظف، ولا يرتبط مع المستشفى بأي رابطة، فهو بحسب الوضع القائم ليس ممن قامت بينه وبين المستشفى علاقة منتظمة لعلاج المرضى، وفي هذه الحالة ثمة صعوبة للقول بوجود علاقة التبعية وتبعاً لها المسؤولية[٢]، لأن المستشفى ليس منوطاً به في هذه الحالة الرقابة والإشراف، فإذا لم ينسب للمستشفى نفسه خطأ أو مساهمة في خطأ الطبيب فلا يمكن مساءلة المستشفى عن الضرر الناجم عن فعل الطبيب لانتفاء علاقة التبعية وانتفاء العمل لصالح المستشفى ، حتى لو ارتكب الفعل الضار خلال العمل أو بسببه[٣].

فإذا ما نجم عن عمل الطبيب الجراح خطأ ونجم عنه ضرر للمريض، فأنه وحده يكون مسؤولاً عن هذه الأضرار دون إدارة المستشفى التي أجريت فيه العملية الجراحية[٤]، إذ أنه لم يتعهد في مواجهة المريض بضمان عمل هذا الجراح، الذي تعاقد مباشرة مع المريض ولعدم خضوع هذا الجراح لرقابة إدارة المستشفى في مباشرة تدخله الجراحي واستقلاله بعلاقته مع المريض، فالعقد الطبي الذي بين الجراح والمريض لم يتكون في المستشفى وانما تم إبرامه خارج نطاق إدارة المستشفى التي يقتصر دورها في تقديم المعونة للجراح لإتمام العمل الجراحي، والطبيب المختص له وحده الصفة في إبرام ذلك العقد مع المريض، فهو لا يمارس هذا النشاط تحت اسم المستشفى الخاص وانما تحت اسمه الشخصي، ومسؤوليته الشخصية المباشرة، وينحصر دور المستشفى في تقديم سرير للمريض ووضع الادوات الجراحية والمساعدين بين يدي

---

(١) حمزة صلاح محمد معادات، المسؤولية المدنية للمستشفى عن اخطاء الاطباء ، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات العليا في جامعة عمان العربية ،الاردن، ٢٠١٨، ص ٧٠.

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام ، مصدر سابق، ص١١٥٧و ١١٧٣.

(٣) منير علي هليل، مصدر سابق، ص ٧٩٠.

(٤) د. عز الدين الديناصوري ود. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، القاهرة الحديثة للطباعة ، ١٩٨٨، ص١٤٠٢-١٤٠٣.

الطبيب وتحت امرته مقابل اجر معين يدفع للمستشفى[١]، ويعد المساعدون الذين وضعهم المستشفى بين يدي الطبيب تابعين لهذا الطبيب تبعية عارضة محددة بمدة العلاج داخل المستشفى، ويكون الطبيب في هذه الحالة هو المسؤول عن أي خطأ من المساعدين يحدث للمريض بحدود ما له من سلطة الرقابة والتوجيه عليهم [٢]، فالمريض تعاقد مع الطبيب مباشرة، وفي حالة عدم وجود عقد عمل بين الطبيب والمستشفى فلا تكون المستشفى مسؤولة عن اخطاءه[٣]، اذ ان الطبيب غير تابع للمستشفى هنا، والمسؤولية تدور مع التبعية[٤].

ولهذا يعد الطبيب الاختصاصي مسؤولاً اذا ما سمح للمريض بالخروج المعجل من المستشفى بعد إجراء العملية الجراحية مباشرة، ولاسيما اذا كانت حالة المريض لا تسمح بذلك[٥]، كما ويلتزم الطبيب الجراح بمراقبة المريض بعد العملية الجراحية ولحين افاقته من التخدير، إلا ان هذه المراقبة لا تمتد إلى العناية التي تعطى بعد العملية؛ لأنّ ذلك من اختصاص إدارة المستشفى، لذلك لا يعد الجراح مسؤولا عن الحوادث الناتجة عن الإخلال بهذه العناية ما لم تكن حالة المريض مهددة بحدوث مضاعفات بعد إجراء العملية على أساس ان هذه العناية تعد امتداداً مباشرا للعملية، وكذلك على الطبيب أن يتأكد من تنفيذ العناية التي تمنح بعد العملية، واذا اقتضت الضرورة عليه ان يجري فحصاً بالأشعة لاسيما في حالة عدم نجاح العملية [٦].

واستنادا الى ذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية عام ١٩٩٩ بأنّ العيادات الاستشفائية الخاصة لا تسأل عقدياً عن الأخطاء الصادرة عن الأطباء غير الأجراء تجاه المريض، لأن الطبيب وحده هو المسؤول مسؤولية عقدية عن اخطائه الطبية متى وفرت العيادة للطبيب جميع الاجهزة والامكانات اللازمة للقيام بالعمل الطبي[٧].

---

(١) اسعد عبيد عزيز الجميلي ، مصدر سابق، ص٢٢٩.
(٢) د. احمد محمود سعد ، مصدر سابق، ص١٤٨.
(٣) علي عصام غصن ، الخطأ الطبي ، ص ٨٨.
(٤) د. عبد الرشيد مأمون ،مصدر سابق، ص ٢٢٩. ابراهيم الحلبوسي ، مصدر سابق ،ص ١٤٣.
(٥) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية ، مصدر سابق ، ص ٨٨.
(٦) اكرم محمود حسين البدو ، مصدر سابق، ص ١١٥.
(7) Stan le Scolan et Rémi Pellet: Hôpitaux et clinique, les nouvelles responsabilités, Economica, paris - france, p 83.

ثالثاً- الطبيب موجود عادة في المستشفى بسبب وجود عيادته الخارجية فيه:

تعد هذه من أكثر الحالات التي تثير جدلاً، عندما يكون الطبيب في الأصل ليس موظفاً، لكن عيادته جزء من مبنى المستشفى، وتتذرع المستشفيات في هذه الحالة بأنها مؤجرة لا أكثر، وأن الطبيب او الجراح مستأجر فيها، وليس بينها وبينه رابطة تبعية [١] ، ولا تكون مسؤولة عن أخطائه واعماله نظرا لتمتعه بالاستقلال الفني والاداري عن المستشفى[٢] ، ولكن القضاء الفرنسي يتحفظ بالنسبة للطبيب المؤجر الذي تربطه بالمستشفى علاقة عمل، فيكون المستشفى مسؤولاً عن اخطائه نظرا لوجود عقد الاستشفاء بين المريض والمستشفى التي يعمل فيها الطبيب حيث يعتبر المستشفى مسؤولا عن كل خطأ يصدر عن العاملين فيه[٣] .

ويبدو لنا ان القضاء الفرنسي في اتجاهه هذا قد أصاب في جانب معين وهو حالة ارتباط الطبيب بعلاقة معينه بينه وبين المستشفى، إذ لابد من التمييز بين فرضين لتقرير مسؤولية المستشفى الخاص عن خطأ الطبيب المؤجر عيادته الخاصة في المستشفى نفسه ، **فالفرض الاول** هو وجود علاقة عمل وارتباط مع المستشفى، إذ يتأسس عقد الايجار على ان يكون العمل لصالح المستشفى وإن تحليل طبيعة هذه العلاقة يجعل الطبيب غير الموظف في هذه الحالة من الذين يعملون لصالح المستشفى، وهو -أي الطبيب- غالبا لا يمارس عملاً خارج المستشفى إلا استثناء، ويكون ممن اعتاد بصورة مستمرة على علاج المرضى تحت إشراف الإدارة ورقابتها، بل ان هذه الأخيرة هي التي تحدد له مواعيد فتح العيادة واستقبال المرضى وتعيين جدول عملياته وأوقاتها ومكان إجرائها وكل ذلك تحت اشرافها، فينتفع المستشفى بأدائه ،ومن ثم يتحقق وجود تبعية ادارية، وأداء العمل لصالح المستشفى وإن لم يكن موظفا فيه على نحو يقيم مسؤولية المستشفى مدعمة أيضاً بقاعدة الغرم بالغنم[٤] ، ولا يستقيم احتجاج المستشفى بأن علاقة الاستئجار تجعل من الطبيب مستقلا في عمله عن المستشفى وذلك في اطار عقد الاستشفاء، إذ يمكن تأسيس مسؤولية المستشفى عن خطأ الطبيب باعتبار انها هي من اختارته ابتداءاً لعلاج المرضى داخلها، وان لم يكن موظفا فيها، وإن واجب الرقابة والإشراف على كل ما يحصل داخل المستشفى سواء من مهام تدخل في نطاق العمل الفني أو غيرها يقيم مسؤولية متولي الرقابة، إذ اتفقت الآراء الفقهية على أن رابطة التبعية تقوم في جوهرها على سلطة فعلية للمتبوع في الرقابة والتوجيه في عمل يقوم به التابع

---

(١)منير علي هليل ، مصدر سابق، ص٧٩١.

(٢) علي عصام غصن، الخطأ الطبي، ص٩٠.

(3) Civ 4 Juin 1991 J.C.P. 91.21730, Paris 16 Dec. 1994 Gaz.Pal, p: 208.
اشار اليه: د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، مصدر سابق، ص١٢٦.

(٤)منير علي هليل ، مصدر سابق، ص٧٩٢.

لحساب المتبوع، ولا يعد انتفاء علاقة الاستخدام أو استقلال الطبيب في عمله الفني مانعاً من قيام علاقة التبعية، لأن مصدر السلطة الفعلية التي للمتبوع على التابع لا تستلزم وجود عقد يربطهما كعقد العمل، بل تشمل كل علاقة بين شخصين من شأنها ان تجعل احدهما عاملا لحساب الاخر وخاضعا لسلطته في عمله، بمعنى ان هذه الرابطة تتحقق سواء أكان مصدرها القانون ام النظام ام العقد او حتى حكم الواقع الحاصل [1].

وعليه فإن مسؤولية الإدارة بعدّها متبوعة لا تنحصر بمستخدميها بالمعنى الفني، بل إنها تشمل كل من يؤدي عملاً لحسابها وتحت رقابتها وتوجيهها، وأن علاقة التبعية التي لا تتطلب لقيامها في كل الحالات وجود رابطة استخدام متوفرة بحق الطبيب المعالج ممن تواجد في المستشفى بحكم وجود عيادته به، أو بحكم أدائه عمله لصالح المستشفى، ومن ثم يسأل المستشفى عن الضرر الناتج عن عمل هذا الطبيب، فضلاً عن مسؤولية الاخير الشخصية قبل المريض بموجب عقد العلاج الطبي المبرم بينهما.

وإنَّ ما يدعم ما تم طرحه آنفاً ، ويؤكد على توافر الرابطة الادارية بين الطبيب والمستشفى على الرغم من عدم وجود عقد حقيقي بينهم هو صلاحية المستشفى لإصدار تعليمات تلزم الاطباء باحترام حقوق المرضى وعدم الاعتداء عليها، الامر الذي يقرر للإدارة سلطة الرقابة والاشراف ، وقيام المسؤولية التبعية عن اخطاءهم، وهو ما كرسه المشرع الفرنسي عن طريق نص المادة (٣٠) من قانون المستشفيات ومؤسسات الرعاية الصحية الاخرى الفرنسي في ١٠ يوليو ٢٠٠٨ على أن: ((يحترم كل مستشفى في حدود صلاحياته القانونية احكام قانون ٢٢ اغسطس ٢٠٠٢ المتعلق بحقوق المريض فيما يتعلق بممارسات الرعاية الطبية والتمريضية وغيرها من ممارسات الرعاية المهنية في علاقاته القانونية مع المريض، بالإضافة الى ذلك يضمن كل مستشفى ان الممارسين المهنيين الذين لا يعملون هناك على اساس عقد عمل او تعيين قانوني بأن يحترموا حقوق المريض))، كما قضت محكمة النقض المصرية في احد احكامها بأنَّ ((وجود علاقة التبعية بين الطبيب وادارة المستشفى الذي يعالج فيه المريض ولو كانت علاقة تبعية ادبية كافية لتحميل ادارة المستشفى خطأ الطبيب)) [2].

أما **الفرض الثاني** وهو الحالة التي لا يرتبط فيها الطبيب بأي علاقة من اي نوع مع المستشفى الخاص ولم يشترط عليه المستشفى بأن يعمل لصالحه أو تخصيص نسبة معينة لصالح المستشفى أو ان يقيم عملياته الجراحية فيه مقابل تأجيره العيادة، فهو مستقل استقلالا تاما فيما يتعلق

---

(1) د.عبدالرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص١١٤٧.
(2)نقض مصري في ١٩٣٦/٦/٢٢ أشار اليه د.رمضان ابو السعود، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٢، ص ٤١٨.

بإدارة عمله داخل العيادة، ولا تتدخل المستشفى بشيء من الامور التنظيمية او الادارية لها، ولا وجود لأي نوع من انواع الرقابة او الاشراف من قبل المستشفى، وبدورها تنتفي التبعية ،وان الارتباط الوحيد هو عقد ايجار المكان الذي اتخذه الطبيب عيادة خاصة له، فاذا ما اقترح الطبيب على المريض بدخول نفس المستشفى الذي توجد فيه عيادته الخاصة للعلاج فلا نكون سوى امام حالة اختيار المريض للطبيب الغير موظف، فتثار مسؤولية الطبيب وحده عما يصدر عنه من اخطاء، ولا مسوغ للقول بقيام مسؤولية المستشفى عن الاخطاء التي يرتكبها والتي تسبب اضرارا للمريض على النحو الذي تطرقنا اليه في الحالة الثانية من هذا المطلب، وفي الحقيقة فإن امر تكييف العلاقة والوقوف عليها ليس محكوما بما يطلقه الاطراف عليها من مسميات بل تختص محكمة الموضوع في ذلك.

وتجب الاشارة الى ان البعض من المستشفيات الخاصة في العراق والتي تحتوي على عيادات خارجية تتعاقد مع الطبيب بعقد تتحدد فيه بعض الشروط منها ايام العمل في المستشفى كأن تكون بواقع يومين من كل اسبوع، وحسب احتياج المستشفى للطبيب ، كما تكون نسبة ٧٥% من المعاينات للطبيب ، و٢٥% للمستشفى، بمعنى اخر ان المعاينة تحدد بمبلغ (٢٠) الف دينار للمريض الواحد ، (١٥) الف دينار تكون للطبيب العالج، و(٥) الاف دينار تدفع للمستشفى، كذلك فإن السكرتير الذي يعمل مع الطبيب عادة يكون من موظفي المستشفى صباحا ويأخذ الاجرة منه، وفي الفترة المسائية يكون من قبل الطبيب ، وفي حال اجرى الطبيب للمريض جراحة معينة في المستشفى نفسه، فسوف تكون له اجرته الخاصة وللمستشفى كذلك اجرتها عن استقبال المريض وتهيئة متطلبات الاقامة والعناية الطبية اللازمة كافة ([1])، من ذلك نجد أن علاقة عقدية وتبعية قانونية واضحة تتكون بين المستشفى وبين الطبيب المؤجر يلتزم الطبيب بمقتضاها بضوابط ونظام الاجور وبحسب ما تراه ادارة المستشفى ، وبما يتوافق مع سياستها العامة واختصاصاتها ، الامر الذي يفترض معه قيام حالة التبعية الكاملة بين الطبيب والمستشفى، والذي يترتب عليه ان تتحمل فيه المستشفى (المتبوع) تعويض المضرور عن كل ما ينشأ بسبب اخطاء تابعيها (الطبيب)، على ان واقع الحال مختلف في العراق، اذ انه فضلا عن ان غالبية الاخطاء الطبية التي تتسبب بأضرار للمرضى يتم تخليصها وتسويتها في نطاق الادارة فقط، ولا تتعداها الى المحاكم المختصة ، فان من يكون بمواجهة المريض هو الطبيب وهو الذي يتحمل المسؤولية سواء أكانت ادارية ام جزائية ام مدنية ، دون المستشفى الخاص وان كان موظفا فيها ، وهذا ما يضعف إئتمان المريض وضمان

([1]) في مقابلة اجريت مع المدير التنفيذي لمستشفى الكفيل التابع للعتبة العباسية المقدسة ،حيث تم رفدنا بمعلومات قيمة عن وضع العيادات الخارجية في مبنى المستشفى، اجريت المقابلة في ٢٠٢٤/٣/٣.

حصوله على التعويض الجابر له ، وذلك بسبب ان المستشفى عادة هي الاكثر ملاءة من الطبيب فضلا عن صعوبة اثبات الخطأ بجانب الطبيب ، والمحصلة هي ضياع حقوق المريض المتضرر.

المبحث الثاني

إخلال المستشفى الخاص بعقد الاستشفاء الطبي

تثور المسؤولية العقدية نتيجة إخلال أحد العاقدين بالتزامه على نحو سبب ضرراً للعاقد الاخر، وفي نطاق المسؤولية الناشئة عن الاخلال بعقد الاستشفاء الطبي، فإنه غالباً ما يقع الضرر على الطرف الاضعف في العلاقة وهو المريض، فيكون هو الضحية او المضرور الذي يتعرض للأذى جراء الاخطاء الطبية او الاهمال والتقصير في أعز ما يملك الا وهو حياته وصحته وجسده، وهو بمواجهة المستشفى ذات الامكانات العلمية والمادية الكبيرة يكون في احوج ما يمكن الى وسيلة يلجأ اليها في حال تعرض للضرر والاعتداء، وتكون هذه الوسيلة طريقه للوصول الى حماية حقوقه وحصوله على تعويض يجبرالضرر، إذ تكون المحاكم وجهته للمطالبة بحقه في حال لم يتم تسوية الموضوع اداريا من قبل المستشفى ، وتُعد الدعوى القضائية الوسيلة القانونية لاستعادة الحقوق المغتصبة وتعويض الأضرار الناجمة عن الاعتداءات ضد مصالح الآخرين وحقهم في التمتع بمباهج الحياة والعيش فيها بسلام، ومن ضمن ذلك حقهم في العيش بكامل قواهم البدنية والصحية، وقد أنشئت المحاكم المختلفة منذ القِدم لغرض إحقاق الحق وإعمال مضامين العدالة وحماية حقوق الناس، وهذا ما سنحاول ان نبينه بالتفصيل من خلال المطلب الاول ، اما المطلب الثاني سنخصصه للبحث في اثبات المسؤولية المدنية ونفيها، واخيراً سنبحث في الاثر المترتب عن قيام المسؤولية وهو التعويض وذلك في المطلب الثالث من هذا المبحث.

المطلب الأول

دعوى المسؤولية

ان القضاء المدني هو قضاء مطلوب لا ذاتي التحرك، وذلك لارتباطه بالمصلحة الخاصة، فكان لابد من اعلام القضاء عند حصول نزاع معين، وعرض ذلك النزاع عن طريق الدعوى، فهي

وسيلة التقاضي، أي الحصول على الحماية القانونية من القضاء [١] ، ولهذا فان الدعوى هي سلطة الالتجاء الى القضاء بغية الحصول على حق او لحماية هذا الحق [٢] ، وفي نطاق دراستنا تعرّف دعوى المسؤولية المدنية بانها الوسيلة القضائية التي يستطيع المريض عن طريقها الحصول من المسؤول على تعويض الضرر الذي اصابه[٣] ، وكل دعوى لا بد لها من طرفين مدعي ومدعى عليه، ودعوى المسؤولية المدنية التي يرفعها المدعي وهو الذي يدعي حصول ضرر له من جراء التدخل الطبي، والمدعى عليه هو المسؤول عن الضرر الذي لحق بالمتضرر نتيجة الخطأ الذي وقع منه.

ومن خلال هذا المطلب سنوضح اطراف الدعوى المدنية الناشئة عن اخلال المستشفى بعقد الاستشفاء، وذلك في الفرع الاول منه، وفي الفرع الثاني سنتطرق الى بيان الشروط الواجب توافرها لإقامة الدعوى امام المحكمة، اما الفرع الثالث سيخصص لدراسة تقادم دعوى المسؤولية.

الفرع الأول

أطراف دعوى المسؤولية

لا شك ان اطراف الدعوى القضائية هم المدعي والمدعى عليه، ولكن يجدر بنا بيان ذلك بشي من التفصيل في الفقرتين الآتيتين:

أولاً- المدعي:

إنَّ المدعي في دعوى المسؤولية المدنية الناشئة عن اخلال المستشفى الخاص بعقد الاستشفاء الطبي هو المريض المتضرر، وهو الشخص الذي يحق له أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه[٤] ، الا أنه ليس الوحيد من له حق رفع دعوى المسؤولية، بل يمكن أيضا للخلف العام أن يكون مدعياً فيها.

١- المدعي هو المريض المتضرر: يعد المستحق الأول للتعويض هو المتضرر مباشرة من الخطأ الطبي ، فالمريض هو المتضرر الاول الذي يصلح أن يكون مدعيا وفقاً للقواعد العامة للدعاوى، إذ

---

(١) د. امينة مصطفى النمر، الدعوى واجراءاتها، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٢، ص١١

(٢) المستشار محمد احمد عابدين، الدعوى المدنية في مرحلتيها الابتدائية والاستئنافية، منشأة المعارف، الاسكندرية ، مصر، ١٩٩٤، ص١٣

(٣) د. أحمد حسن الحياري ، مصدر سابق، ص١٥١.

(٤) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الاثبات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٣٠٠٤، ص ٤٠٢.

لا دعوى من دون مصلحة، والمريض هو صاحب المصلحة الاهم الذي يحق له المطالبة بالتعويض عن ما لحقه من ضرر، ويشترط في المدعي المتضرر أن يكون أهلا لمباشرة دعواه أمام القضاء أي أن يكون متمتعا بالأهلية الإجرائية لمباشرة الدعوى و بصفة شخصية، وإلا فإنه إذا كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو لجنونه أو عتهه أو سفهه فإن مباشرة الدعوى تثبت للولي أو الوصي أو القيم وحسب الحالة، ويمكن أن يضر الفعل الواحد أكثر من شخص، فيصيب كل شخص ضرر مستقل عن الضرر الذي أصاب الآخر[١]، كحدوث تسمم غذائي في المستشفى مثلا ويصيب عدداً من المرضى المقيمين فيه، وفي هذه الحالة فلكل واحد من المتضررين الحق في رفع دعوى شخصية مستقلة على المستشفى، وبطبيعة الحال يجب أن يثبت المدعى أنه صاحب الحق الذي وقع الضرر مساساً به سواء أكان هذا الضرر ماديا أم معنويا، لهذا فمن الطبيعي أن يكون المدعي في المسؤولية المدنية الطبية المريض الذي أصابه ضرر نتيجة العمل الطبي الضار، فالمريض المتضرر يثبت له هذا الحق أولاً، وفي حالة وفاة المريض فإن الحق بالمطالبة بالتعويض ينتقل إلى خلفه[٢].

٢- المدعي هو الخلف العام: قد يكون المدعي خلفاً لأحد الطرفين فيحرك الدعوى على الطرف المتعاقد مع السلف؛ لأن حق إقامة الدعوى لا يقتصر فقط على طرفي العقد، إنما يتعداه إلى كل من له مصلحة في إقامة الدعوى، كما لو أقام أبن المريض المتوفى دعوى على الطبيب المعالج على إنه أخطأ في علاج والده، مما أدى إلى وفاته[٣].

وتجب الاشارة الى ان الخلف العام يمكن أن يكون مدعياً في الدعوى المدنية في صورتين، إما للمطالبة بالتعويض عن الضرر الاصلي الذي أصاب مورثه المتضرر جراء خطأ ناجم عن تدخل طبي، إلا أن مورثه لم يتمكن من مباشرة الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض، أو طالب بالتعويض غير أنه توفي قبل الحكم له بالتعويض، ففي هذه الحالة فإن ورثة هذا المتضرر المتوفى لهم الحق أن يطالبوا بالتعويض الذي كان مورثهم ليطالب به لو بقي حيا [٤] ، فالحق في التعويض في هاتين الحالتين ينتقل إلى الورثة بعدّه عنصرا من عناصر الذمة المالية لمورثهم [٥] ، وإما للمطالبة بالتعويض عن الضرر المرتد الذي يصيب الخلف العام من الضرر الذي يصيب مورثه، فالضرر المرتد هو ذلك الضرر الذي يصيب الغير ويرتد على الاخرين، كالأذى الواقع على حياة

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص٤٠٥.
(٢)فريدة عميري، مصدر سابق، ص١١٦.
(٣)احمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي، مصدر سابق، ص ٢٣٥.
(٤)منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية و دعوى التعويض الناشئة عنها، مصدر سابق، ص٧٨٧.
(٥)د. انس محمد عبد الغفار، التزامات الطبيب اتجاه المريض ، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر، ٢٠١٣، ص١٩٩.

المتضرر ليصيب ورثته بالتبعية جراء التدخل الطبي[1] ، فإذا تسبب خطأ طبي في وفاة شخص ما، فإن ورثته يلحقهم ضرر قد يكون مادياً، اويكون معنوياً، ولهم ان يطالبوا بالتعويض جراء ما اصابهم من ضرر، فالضرر المادي يتمثل في فقدان الشخص الذي كان يعيلهم، كوفاة الاب العائل لأبنائه[2] ، والضرر المعنوي هو الضرر الذي يصيبهم في عواطفهم وشعورهم الشخصي جراء فقدهم وخسارتهم له [3]، ولكن تجب الملاحظة الى ان تعرض الورثة لأضرار شخصية تنعكس عليهم بسبب موت مورثهم جراء خطأ طبي، فإنهم في هذه الحالة يعدّون من الغير بالنسبة لمورثهم المتضرر والمستشفى، إذ أن صفة الخلف العام تنتفي بالنسبة لهم عند المطالبة بالتعويض عن الأضرار الشخصية الناتجة عن موته ، مادامت الأضرار التي يطالبون بالتعويض عنها لا تدخل ضمن الأضرار التي لحقت بالمورث ذاته، وإنما هي أضرار خاصة ناتجة عن خطأ المسؤول الذي تسبب في موت مورثهم فارتدت عليهم هذه الأضرار، فالمطالبون بالتعويض لا يرتبطون مع المسؤول عن الضرر بعلاقة تعاقدية حتى لو كانت العلاقة بينه وبين المورث عقدية (عقد الاستشفاء)، فأساس العلاقة بين هؤلاء والمستشفى او الطبيب المسؤول عن الضرر في جميع الأحوال هي مسؤولية تقصيرية .

إنَّ ما نخلص اليه هو ان كل من أصابه ضرر مرتد وناتج عن الضرر الأصلي له الحق بالمطالبة بتعويض الضرر الذي أصابه شخصياً، وأنّ مثل هذا الضرر غير مقتصر وقوعه على أقارب المتضرر، إنّما يشمل كل من لحقه ضرر محقق نتيجة الواقعة الضارة ، وللورثة في حالة موت الضحية (المريض) دعوتان، الأولى على اعتبار أنّهم خلف مورثهم ويطالب فيها بتعويض الضرر الذي لحق بهم نتيجة الوفاة على اساس عقد الاستشفاء المبرم بين مورثهم وبين المستشفى، أما الآخرى فترفع باسمهم شخصيا ، يطالب فيها بتعويض الضرر الذي أصابهم شخصيا نتيجة وفاة الضحية على اساس المسؤولية التقصيرية.

---

(1)د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق، ص ٣٠٤.

(2)نصت المادة (٢٠٣) من القانون المدني العراقي على: ((في حالة القتل وفي حالة الوفاة بسبب الجرح أو أي فعل ضار آخر يكون من احدث الضرر مسؤولاً عن تعويض الاشخاص الذين كان يعيلهم المصاب وحرموا من الاعالة بسبب القتل أو الوفاة)).

(3)حصر المشرع العراقي في احكام المادة (٢/٢٠٥) من القانون المدني المستحقين للتعويض عن الضرر المعنوي المرتد على الازواج والأقربين من الاسرة ، وفي حالة وفاة المصاب فقط ، حيث نصت على :((ويجوز ان يقضي بالتعويض للأزواج وللأقربين من الاسرة عما يصيبهم من ضرر ادبي بسبب موت المصاب))، ومعنى ذلك ان الزوج وأفراد الاسرة لا يستحقون التعويض عن الضرر المعنوي المرتد في حالة الاصابة غير المميتة حتى ولو بلغت نسبة العجز البدني للمضرور (١٠٠ ٪) وهو موقف ليس بسليم ولا يتصف بالعدالة .

ثانياً- المدعى عليه:

وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، فإن المدعى عليه هو الشخص المسؤول عن الفعل الضار سواء أكان مسؤولا عن فعله أم مسؤولا عن فعل غيره بعدّه متبوعاً، أو مسؤولا عن الشيء الذي في حراسته، وعليه غالباً يكون الطبيب هو المسؤول عن إحداث الضرر [1] ، ومع كون الطبيب يعمل لصالح المستشفى فهو تابعا له، وإن هذا الأخير هو المسؤول عن تبعة الأفعال الضارة التي تصدر عن هذا الطبيب أثناء مزاولة عمله، وذلك اعمالا لأحكام المتبوع عن اعمال تابعيه، اذ تعد ادارة المستشفى المدعى عليه في المسؤولية الناجمة عن أخطاء الأطباء العاملين به، وكذا عن كل الأفعال التي من شأنها أن تسبب أضرار للمرضى حتى من غير الأطباء، وذلك باعتبار أن المستشفى هو الشخص المعنوي الذي يمثل كل الموظفين لديه والذي يتمتع بأهلية قانونية وأهلية التقاضي ، فيسأل عن كل خطأ ارتكب عن تهاون أو عن عدم الاحتياط وسبب ضررا للمريض، ويمثل هذا الشخص المعنوي المستشفى مديره في كل اجراءات التقاضي، ويرجع المدين بالالتزام العقدي بدوره على تابعيه وفقاً للعقد المبرم بينه وبينهم[2] ، هذا على اعتبار إن الإخلال بعقد الاستشفاء الطبي قد حصل من قبل تابعي المدين بالالتزام وهو المستشفى الخاص.

كما قد لا يقيم الدائن بالالتزام العقدي الدعوى على المدين بهذا الالتزام بل يحركها تجاه أحد تابعيه مباشرة، وعلى الرغم من عدم وجود علاقة عقدية مباشرة بين الدائن وتابعي المدين، الا انه يمكن اقامة الدعوى على اساس عقدي وهو الاشتراط لمصلحة الغير بموجب عقد الاستشفاء المبرم بين المريض وادارة المستشفى.

الفرع الثاني

شروط دعوى المسؤولية

إنَّ اللجوء للقضاء يكون بطريق الدعوى لغرض الحصول على الحماية القضائية، فالدعوى هي وسيلة التقاضي، وحتى لا يكون اللجوء الى القضاء عن طريق هذه الوسيلة نزوة عارضة فقد اقر المشرع العراقي والتشريعات محل المقارنة شروطاً معينة لقبول الدعوى المدنية أمام المحاكم، وهذه الشروط تسمى شروط قبول الدعوى[3] ، ويمكن القول ان لخصوصية المسؤولية المدنية الناشئة عن الاخلال بعقد الاستشفاء الطبي، فإنه يشترط لقبول الدعوى مجموعة

([1])د. احمد حسن الحياري ، مصدر سابق، ص١٥٦.

([2]) نصت المادة (٢٢٠) من القانون المدني العراقي على: ((للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه)).

([3])نبيل اسماعيل عمر واحمد خليل واحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، ١٩٩٨، ص١٧٧.

من الشروط العامة التي لا بد من توافرها في جميع الدعاوى المعروضة امام القضاء ابتداء، كما يجب البحث في شروط قبول دعوى المسؤولية العقدية الناشئة عن اخلال المستشفى او احد تابعيها بعقد الاستشفاء الطبي، وسنوضح ذلك في الفقرتين الآتيتين:

أولاً- الشروط العامة:

يشترط في كل دعوى ترفع أمام القضاء توافر ثلاثة شروط، وهذه الشروط هي:

١- شرط المصلحة: المصلحة هي منفعة مشروعة مادية كانت أو أدبية[١]، وتُعرّف بأنها الفائدة العملية والمشروعة التي يتحصل عليها طالب التقاضي أو المدعي نتيجة التجائه للقضاء، وهي إحدى المبادئ التي استقرَّ عليها الفقه والقضاء [٢]، فلا دعوى بغير مصلحة ؛ فهي مناط الدعوى[٣]، ويُشترط فيها أن يكون لصاحب المصلحة حقاً يقرّه القانون ويحميه، ويجب على المحكمة أن تتحقق من هذه المصلحة أو الحق، بأنَّ المدعي قد أصابه الضرر بالفعل، فهي حماية حق لشخص ما اغتُصِب منه أو اعتُدي عليه، فأساس المصلحة الثابت هو الحق المعتدى عليه، كما إنَّ الهدف الأساس من الدعوى هو حماية هذا الحق أو استرداده.

وقد أكد المشرّع العراقي على توافر المصلحة بقوله: ((يشترط في الدعوى أن يكون المدعى به مصلحة معلومة وحالّة وممكنة ومحققة. ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي إن كان هناك ما يدعو إلى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن ...)) [٤].

كما نصَّ المشرع المصري على المصلحة بالقول: ((لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون...)) [٥]، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه لم يشترط المصلحة كإحدى الأسس الواجب توافرها لإقامة الدعوى، ولكنه اشترطها لدى الطاعن أو لدى مقيم دعوى الإلغاء[٦].

لذا فان المصلحة تُعد إحدى الشروط التي يجب توافرها لدى المدعي المتضرر عند إقامة الدعوى، لتكون جديرة بالقبول والاعتبار بالنسبة للمسؤولية الناجمة عن الإخلال بعقد الاستشفاء الطبي، فلا شك ان المريض المتضرر يرجو منفعة او فائدة تعود عليه من الحكم له قضائيا على

---

(١)د. ضياء شيت خطاب، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٩، ص٢٣.

(٢)رؤوف عبيد، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، ج٢، ط٣، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٠، ص٦٦.

(٣)د. أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، ط٤، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٩، ص١١٣.

(٤)المادة (٦) من قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٥)المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨.

(٦)علي يونس إسماعيل السنجاري، مركز الإدارة في دعوى الإلغاء والقضاء الكامل (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة الموصل، ٢٠٠٤، ص٩٧.

طلباته كلها او بعضها والغرض منها جبر الضرر الذي الم بجسده وصحته، على ان تكون هذه المصلحة شخصية وقانونية وحالّة وممكنة ومحققة [١].

٢- شرط الصفة: ان الذي يقيم الدعوى يجب ان يكون هو صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه[٢] ، وهذا هو المقصود بشرط الصفة، وهي إحدى الشروط الواجب توافرها من أجل قبول الدعوى من القضاء، أي أن يكون صاحب الدعوى المرفوعة ذا علاقة بالحق موضوع التقاضي، أي أن يكون للمدّعي (المريض) سند قانوني يسوغ له الظهور في الدعوى، فيكون هو صاحب الحق أو صاحب المركز القانوني[٣] ، كما يجب أن يكون المدعى عليه (المستشفى الخاص) هو المسؤول عن الاعتداء على هذا الحق أو المركز القانوني، إذ إنَّ شرط الصفة لا يثبت إلّا لطرفَيْ الدعوى؛ لكي يكون الحكم الصادر عن محكمة الموضوع حجة عليهما ولهما[٤] ، وعلى الرغم من أنَّ المشرّع العراقي قد نص على شرط الصفة فيما يخص المدعى عليه[٥] ، إلّا أنَّ أغلب فقهاء القانون يرون أن هذا الشرط يجب أن يتوافر في طرَفَيْ الدعوى على حدٍّ سواء، أي أنَّ الدعوى يجب أن يتم رفعها من ذي الصفة ضد ذي الصفة، أي أن يكونا على علاقة مباشرة بالحق المتقاضين من أجله، وهناك رأي فقهي يرى بأنَّ هناك فرقاً ما بين شرطَيْ المصلحة والصفة؛ وذلك لأنه في بعض الحالات تقام الدعوى من قبل من يمثّل المدعي كالوكيل أو الوصي أو الولي أي من يمثل المريض المتضرر جراء الخطأ الطبي، وفي هذه الحالة ستتمثل الصفة في شخص الممثل القانوني لا بشخص المريض نفسه[٦] .

وبالمجمل فإنَّ حق إقامة الدعوى المدنية في حالة حدوث الخطأ الطبي من الطبيب أو المستشفى الخاص هو من حق المريض الواقع عليه الضرر من جرّاء هذا الخطأ الطبي، أو من ينوب عن هذا المريض بصفة قانونية.

---

(١)للمزيد انظر د. سعدون ناجي القشطيني، شرح احكام المرافعات، دراسة تحليلية في شرح قانون المرافعات المدنية العراقي، ج١، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٣، ص١١٢ومابعدها. عوض أحمد الزعبي، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، ط٤، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٧، ص٢٦٤.

(٢)د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية،ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، العراق، ٢٠١٦، ص٢٠٤.

(٣)محمد التويجري و ثامر مرجان، الجامع لأحكام المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص١٨٨.

(٤)د. محمود السيد تحيوي، حضور صاحب الصفة الإجرائية في الدعوى القضائية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٣، ص٤٤

(٥)نصت المادة (٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي على: ((يشترط ان يكون المدعى عليه خصما يترتب على اقراره حكم بتقدير صدور اقرار منه وان يكون محكوما او ملزما بشيء على تقدير ثبوت الدعوى، ومع ذلك تصح خصومة الولي والوصي والقيم بالنسبة لمال القاصر والمحجوز والغائب وخصومة المتولى بالنسبة لمال الوقف، وخصومة من اعتبره القانون خصما حتى في الاحوال التي لا ينفذ فيها اقراره)).

(٦)عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص١٩٨.

٣- شرط الأهلية: المقصود هنا هو اهلية التقاضي كشرط لقبول الدعوى، وهي مدى صلاحية وقدرة الشخص قانوناً على القيام بالإجراءات الخاصة بالتقاضي، فهي اهلية اداء لان رفع الدعوى والاجابة عنها من التصرفات التي تترتب عليها نتائج واحكام، فالدائن المدعي بالالتزام والمدعى عليه يجب ان يكون قادراً على استعمال حقوقه أو الدفاع عنها فإذا تخلف هذا الشرط عن أحد طرفي الدعوى وجب أن ينوب عنه منْ يقوم مقامه قانوناً في استعمال الحقوق، فالأهلية ينبغي أن تتوافر بشكل أساس فيمنْ يباشر الدعوى وليس من الضرورة توافرها في صاحب الحق[١].

فكثير من الاحيان لا يكون صاحب الحق هو نفسه منْ يباشر الدعوى -أي المريض المتضرر- نظرا لكونه قد عانى من علّة ألمّت به جراء خطأ طبي، أو قد يكون متوفياً أو صبياً أو مجنوناً، الامر الذي يمنعه من مباشرة الدعوى بنفسه ، فينوب عنه من يخلفه او يمثله كالوريث أو الوصي أو الوكيل والذي يجب ان يتمتع بالأهلية القانونية للمباشرة بإجراءات التقاضي، فالأهلية هنا هي اهلية التقاضي، ولا يجب توافرها في المريض نفسه، على ان هذا الشرط لازم وحتمي لكِلا الطرفين المتقاضيين (المدعي والمدعى عليه)، وهذا ما ذهب إليه المشرع العراقي في المادة (٣) من قانون المرافعات رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ النافذ[٢].

ويذهب رأي في الفقه الى ان الأهلية لا تعد شرطاً لقبول الدعوى بل هي شرط لصحة إجراءات التقاضي، لأنَّ دعاوى عديمي الأهلية أو ناقصيها تحظى بالقبول إنْ تحققت المصلحة في إقامتها، وكذلك توافر الصفة لديهم، ولكنهم في الوقت نفسه يعجزون عن مباشرة الدعاوى بأنفسهم[٣] .

ونكتفي بهذا القدر من بيان الشروط العامة لرفع الدعوى كونها مشتركة لأنواع الدعاوى كافة، لنبين اهم الشروط الواجب توافرها لرفع دعوى المسؤولية الناشئة عن الاخلال بعقد الاستشفاء في الفقرة الآتية.

ثانياً- شروط دعوى المسؤولية الناشئة عن إخلال المستشفى أو أحد تابعيها بعقد الاستشفاء الطبي:

إلى جانب الشروط العامة التي تطرقنا اليها في الفقرة السابقة، فانه يلزم لقيام دعوى المسؤولية الناشئة عن الاخلال بعقد الاستشفاء الطبي والتي يباشرها المدعي المتضرر الشروط الاتية[٤] :

---

(١) عبد المنعم أحمد الشرقاوي،المصلحة في الدعوى، ط١، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، ١٩٤٧، ص٤٠-٤١.

(٢) نصت هذه المادة على إنه: ((يشترط أن يكون كل من طرفي الدعوى متمتعاً بالأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى وإلا وجب أن ينوب عنه منْ يقوم مقامه قانوناً في استعمال هذه الحقوق)).

(٣) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص٢٠٣.

(٤) انظر في المعنى نفسه: د. شريف الطباخ، مصدر سابق، ص ٢١٩-٢٢١.

١- وجود عقد: يستند المدعي في دعواه الناشئة عن المسؤولية العقدية الى عقد الاستشفاء المبرم بين المريض والمستشفى، إذ يقوم بين المريض والمستشفى الخاص عقد استشفاء محله تقديم الاجراءات الطبية والعلاجية من جهة، وتقديم خدمات كالإيواء وضمان سلامة المريض والغذاء وحفظ الأمتعة من جهة أخرى، كما يشترط أن يكون العقد صحيحاً وواجب التنفيذ على اعتبار أنه إذا كان العقد غير صحيح، أو كان باطلا فلا يرتب الاثار القانونية الناشئة عنه وتكون المسؤولية تقصيرية، كإجراء الطبيب تجربة على مريض لا تحتاج حالته الصحية وأصول المهنة إلى اجرائها.

٢- يجب أن يكون هناك شخص متضرر: وهذا المتضرر يجب أن يكون هو المريض الذى أصيب بالضرر، أي أن يكون هو المجنى عليه، فلا تقوم المسؤولية إذا كان الشخص المتضرر من الغير، كان تنتقل العدوى بسبب استخدام اجهزة وادوات ملوثه إلى الممرضة أو إلى الطبيب المساعد مثلاً.

٣- أن يكون الخطأ نتيجة الإخلال بالتزام تعاقدي: وهنا يجب أن يكون الخطأ المسبب للضرر ناتج عن إخلال المستشفى الخاص أو احد تابعيها بالالتزامات التعاقدية التي يرتبها عقد الاستشفاء.

٤- أن يكون المدعى صاحب حق في الاستناد إلى العقد: وفي هذا الصدد يتعين التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: أن يكون المريض أو من ينوب عنه قانونا هو الذي ابرم عقد الاستشفاء مع المستشفى، فإذا أقام دعوى المسؤولية فلا جدال في أنها تستند إلى المسؤولية العقدية، ولكن إذا مات المريض فإن الوضع لا يخلوا من أحد أمرين: **الأول** أن ترفع دعوى التعويض من الورثة ولا شك أن قواعد المسؤولية العقدية هي الواجبة الاتباع، ذلك أن أثر العقد كما ينصرف إلى طرفيه ينصرف كذلك إلى الخلف العام وفي حدود ما نص عليه القانون[١]، الا ان صفة الخلف العام تنتفي بالنسبة لهم عند المطالبة بالتعويض عن الأضرار الشخصية الناتجة عن موته ما دامت الأضرار التي يطالبون بالتعويض عنها لا تدخل ضمن الأضرار التي لحقت بالمورث ذاته، ولهم الرجوع الى المستشفى على أساس المسؤولية التقصيرية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بهم، وهو ما يسمى بالضرر المرتد[٢]، والأمر **الآخر** أن ترفع دعوى التعويض من غير ورثة المريض كأن يكونوا أقارب له أو حتى الأجانب، فإنه يحق لهم الرجوع الى المستشفى المتعاقد الذى أخل بالتزامه العقدي وأدى ذلك إلى وفاة قريبهم لتعويض الأضرار المادية بفقد عائلهم أو الاضرار المعنوية التي

---

[١] وذلك عملا بالمادة (١/١٤٢) من القانون المدني العراقي والتي نصت على: ((ينصرف اثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد او من طبيعة التعامل او من نص القانون ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام))، تقابلها المادة (١٤٥) من القانون المدني المصري.

[٢] د. خديجة زروقي ، مصدر سابق، ص ١٨٩ -١٩٠.

حلت بهم شخصيا نتيجة ما ألم بهم من حزن وأسى بسبب وفاته، فإنهم يتحركون في نطاق المسؤولية التقصيرية ومقيدين بكل قواعدها .

الفرض الثاني: أن يكون الذى ابرم العقد ليس هو المريض ولا يمثله قانونا ولا اتفاقا، كالعقد الذى يبرمه زوج لزوجته أو قريب للمريض، فهنا يجب التفرقة بين حالات ثلاث: **الأولى:** أن يتعاقد مع الطبيب باسمه مشترطا حقا مباشرا للمريض ففي هذه الصورة تطبق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير، **والثانية:** إذا كان قد تعاقد باسم المريض ولمصلحته طبقت أحكام الفضالة وفى كلا الحالتين تكون العلاقة بين المستشفى والمريض علاقة تعاقدية، والحالة **الثالثة:** أن يكون من تعاقد مع الطبيب باسمه ولتحقيق مصلحته الشخصية دون أن يقصد ترتيب حقا مباشراً للمريض من العقد، فيكون لمن تعاقد مع المستشفى الحق في استعمال الدعوى العقدية أما المريض فإنه يعد في هذه الحالة غيرا بالنسبة للعقد المبرم ولا يكون له إلا استعمال دعــوى المسئولية التقصيرية .

ان مسؤولية المتبوع عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، تقوم على خطأ مفترض من جانب المتبوع فرضا يقبل اثبات العكس -على نحو ما بحثناه في المبحث الاول من هذا الفصل- وإنَّ علاقة التبعية تتحقق بثبوت السلطة الفعلية للمتبوع في توجيه التابع ورقابته واصدار الاوامر عليه[1]، بحيث يكون للمتبوع سلطة فعلية في اصدار الأوامر إلى التابع، والرقابة عليه في تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته عند مخالفتها والخروج عليها، وأنه وإن كان قاضى الموضوع يستقل في استخلاص علاقة التبعية، إلا أنه يتعين أن يركن في ذلك إلى اسباب سائغة لها أصل ثابت في الأوراق، وحتى تتحقق مسؤولية المستشفى عن اخطاء تابعيها ، أو بمعنى اخر كي تسأل المستشفى عقديا عن الاشخاص الذين يعملون لمصلحتها وتحت اشرافها ومحاسبتهم قضائيا فانه يشترط في هذه العلاقة توافر ثلاثة شروط[2]:

الشرط الأول/ علاقة التبعية: وتنهض هذه العلاقة اذا كان للمتبوع على التابع سلطة فعلية تخوله الرقابة والتوجيه واصدار الاوامر اليه ولو لم يكن حراً في اختياره، واذا كانت الفقرة الأولى من المادة (٢١٩) مدني عراقي لم تشر الى علاقة التبعية وانما حددت بعض الاشخاص الذين هم من المتبوعين، فان هذا يشكل نقصاً في النص التشريعي الذي يجدر من المشرع العراقي تداركه والتوسع في مفهوم المتبوع وتابعيه، على ان الفقرة الثانية من المادة (٢٥٩) من القانون نفسه تسعفنا

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، ج١،مصدر سابق، ص٤٩٥.

(٢) للمزيد انظر: د. منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص ٣٦٢. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص٤٩٤ وما بعدها. د. شريف الطباخ، مصدر سابق، ص ٢٢٨.

في اسناد المسؤولية العقدية عن خطأ الاشخاص التابعين للمدين والذين استخدمهم في تنفيذ التزاماته التعاقدية [١] .

الشرط الثاني/ خطأ التابع: يجب ان تنهض اولاً مسؤولية التابع عن خطأه لكي تقوم مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع ، فلو كان التابع في حالة دفاع شرعي لا يمكن عدّه مخطئاً.

الشرط الثالث/ صدور الخطأ اثناء العمل: فاذا ارتكب التابع الخطأ في وقت اخر لم تتحقق مسؤولية المتبوع، ويكون التابع وحده هو المسؤول، وإذا صدر الخطأ بسبب الوظيفة لا يكون المتبوع مسؤولاً، وهذا هو موقف المشرع العراقي[٢] ، وهو خلاف ما اتجه اليه المشرع المصري الذي وسع من مسؤولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه التابع، فجعله مسؤولاً عنه في اثناء الوظيفة او بسببها[٣] .

الفرع الثالث

تقادم دعوى المسؤولية

التقادم أو مرور الزمن المانع من سماع الدعوى ، هو عبارة عن انقضاء الحق اذا مضت عليه مدة معينة من دون ان يطالب به الدائن اومن دون ان يستعمله صاحبه [٤] ، فيترتب على ذلك سقوط حقه في المطالبة اذا تمسك بالتقادم من له مصلحة فيه [٥] ، فإذا مرت مدة التقادم دون أن يرفع صاحب الحق الدعوى من دون عذر شرعي فلا تسمع دعواه عند الإنكار بعد مرور مدة التقادم.

وبما ان المشرع العراقي لم يتناول عقد الاستشفاء الطبي بالتنظيم ضمن احكام خاصة، ومنها مدة التقادم المانع من سماع الدعوى، أصبح لابد من الرجوع إلى أحكام القواعد العامة للتقادم

([١]) نصت المادة المذكورة على: ((٢- وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا التي تنشا عن غشه او عن خطاه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته من الغش او الخطا الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه)).

([٢]) وهذا ما قضت به المادة (١/٢١٩) والتي نصت على: ((الحكومة والبلديات والمؤسسات الاخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل احد المؤسسات الصناعية او التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم اذا كان الضرر ناشئا عن تعد وقع منهم اثناء قيامهم بخدماتهم)).

([٣]) نصت المادة (١٧٤) من القانون المدني المصري على: ((١- يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها .٢- وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة فعليه في رقابته وفي توجيهه)).

([٤])د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام-احكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص٥٥٩. (وفي الحقيقة فان الحق لا ينقضي بل الذي ينقضي هو الصلاحية للمطالبة بهذا الحق قضائيا وسماع الدعوى بعد مرور المدة التي يقررها القانون).

([٥]) د. عبد المجيد الحكيم واخرون، القانون المدني واحكام الالتزام ،ج٢، مصدر سابق، ص٣١٠.

الواردة في القانون المدني العراقي النافذ حيث تنص المادة (٤٢٩) منه على إن: ((الدعوى بالالتزام أياً كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة))، وطالما لا توجد أحكام خاصة بالدعوى الناشئة عن الإخلال بعقد الاستشفاء الطبي، اذن فإن مدة التقادم هي ١٥ سنة تحسب من تاريخ إخلال المتعاقد بالتزامه العقدي يمكن من خلالها استبيان وجود الإخلال (الخطأ) من عدمه، وفيما إذا كانت هناك أي آثار ضارة للتدخل العلاجي على مدى هذه المدة.

وتجب الاشارة الى رأي احد الشراح[١] ، يذهب فيه الى ان مدة الـ(١٥) سنة هي مدة مناسبة، ولكن فيما يتعلق بالمسؤولية الطبية بصورة عامة وبعقد الاستشفاء الطبي محل دراستنا بصورة خاصة ينبغي الاخذ بعين الاعتبار خصوصية هذه المسؤولية، إذ تطرق الى مناقشة موضوعين، هما:

١- الالتزام بالسرية وهو احد الالتزامات الناشئة عن عقد الاستشفاء الطبي، إذ أن هذا الالتزام يظل متراخياً إلى مدة غير محددة ، فالطبيب المعالج يظل ملزماً بالسرية إلى حين انتفاء صفة السر عن المعلومة طي الكتمان، وهذا ما لا يكون عادةً في مدة قصيرة بل يتطلب وقتاً طويلاً لشيوع المعلومة بشكل طبيعي غير مخالف للقانون أو من مصدر آخر غير الطبيب المعالج. الأمر الذي تعد معه مدة الـ(١٥) سنة مدة قصيرة نسبياً لمثل هذا الالتزام[٢] .

٢- إذا ما كان للتدخل العلاجي (أعراضاً وراثية) فأنها لا تتكشف عادةً إلا بعد مدة طويلة جداً لتظهر في (سلف) المريض (أولاده)، الأمر الذي قد تكون معه مدة الـ(١٥) سنة قد انتهت وضاعت حقوق المضرور لضياع الدعوى بعدم سماعها لذا فأن مدة التقادم وهي الـ(١٥) سنة تعتبر قصيرة نسبياً لمثل هذه الحالة أيضاً[٣] .

فضلاً عن ما سبق ذكره فإن عالم الطب والتقنيات الحديثة المستخدمة فيه في تطور مستمر، الامر الذي يسفر عنه اختراع اجهزة طبية حديثة ومتطورة لكشف الامراض ومسبباتها، ففي الوقت الذي قد لا يمكن معه اكتشاف المرض والعله التي سببها خطأ طبي تعرض له المريض وهو في المستشفى، فانه من الممكن لو ان مدة التقادم كانت اطول لأصبح من اليسير على

---

(١) احمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي، مصدر سابق، ص٢٣٧.

(٢) أحمد سلمان شهيب، الالتزام بالسرية ،مصدر سابق، ص١٦١.

(٣) فعلى سبيل المثال –لو إن (أ) راجع الطبيب المعالج (ب) لمعالجته من مرض ما، فاستخدم الطبيب مادة معينة أو أشعة معينة سببت لهذا المريض (أ) عقماً. وبعد مرور (١٢) سنة على ذلك تزوج هذا المريض من امرأة (جـ) ولم ينجب منها رغم مرور (٥) سنوات على الزواج وبعد مراجعته للأطباء اكتشف إنه مصاب بالعقم بفعل أشعة تعرض لها أو مواد تعاطاها بتوجيه من الطبيب (ب) وأشرافه قبل (١٧) سنة ففي هذه الحالة ووفقاً للقواعد العامة لا يحق له رفع دعوى المسؤولية نظراً لمرور مدة التقادم، لكن في حالة الأخذ بنظر الاعتبار سريان مدة التقادم من تاريخ (العلم) بالإخلال فأن المدة في المثل المذكور تكون في (بدايتها) وهناك وقت طويل لرفع الدعوى.

المضرور الذي يعاني من خطأ لم يتوصل الى تحديد مسبباته، اثبات الخطأ وعلاقة السببية والحصول على التعويض العادل بسبب التطور المطرد لعلم الامراض والأجهزة الطبية وتحديثاتها.

لذلك، يبدو أن من الأنسب لو أن المشرع يرفق مدة التقادم القانونية الـ(١٥) سنة، والواردة في المادة (٤٢٩) مدني كمبدأ عام، باستثناء خاص يتحدد بمجال المسؤولية الطبية، وذلك بأن لا يجعل مدة التقادم سارية من تاريخ الإخلال بالالتزام العقدي وإنما يكون سريانها من تاريخ العلم بالإخلال بالالتزام العقدي، حتى وإن علم المضرور بالإخلال بعد مدة طويلة من ارتكابه، او ان يرفع من مدة التقادم ويجعلها ٣٠ سنة بدلا من ١٥ سنة، كما هو الحال في القانون الفرنسي[١]، وذلك انطلاقا لضرورة الموازنة بين رغبة المشرع في تحقيق استقرار المعاملات عن طريق تحديد مدة للتقادم وبين حماية مصالح الناس من أن تتعرض للانتهاك بفعل التدخل العلاجي أو التجارب الطبية غير المجدية والتي لا يظهر أثرها إلا بعد مدة طويلة[٢].

المطلب الثاني

إثبات المسؤولية الطبية ووسائل دفعها

تقتضي العدالة حصول المريض المتضرر على التعويض العادل عما اصابه من ضرر اثناء مباشرة العمل الطبي، الا انه على الرغم من حدوث الضرر للمريض او لاحد اقربائه فقد لا تثور المسؤولية الطبية اذا لم يثبت اي تقصير او اهمال في جانب القائم بالعمل العلاجي ، لذا فان الحصول على هذا التعويض لا يزال قانونا مرتبطا الى حد كبير بضرورة اثبات اركان المسؤولية من خطأ، وضرر، وعلاقة السببية، فإذا انتفى أي ركن من هذه الأركان سقطت المسؤولية، ويسقط معها الحق في التعويض، لذلك فان عملية الاثبات تؤدي دورا اساسيا في تحديد مسؤولية مرتكب الفعل المشكل للخطأ، فالقاضي لا يستجيب لطلب من يدعي بحق له الا اذا ثبت لديه وجود ذلك الحق، ومن ناحية اخرى فان عدم القدرة على اثبات الواقعة مصدر الحق، يؤدي ذلك الى عدم امكان الاعتراف بها امام القاضي، إذ يمكن أن تنتفي هذه المسؤولية عن المتسبب بالضرر، ويحدث ذلك في حالتين، الأولى أن يقوم المتضرر بالاتفاق مع المسؤول على إعفائه من التعويض جزئيا أو حتى كلياً إن شاء ذلك، وكل ذلك بعد ثبوت المسؤولية قضائياً، وأما قبل ذلك فلا يجوز ويُعد العقد باطلاً، أما الحالة الثانية التي تستوجب انتفاء المسؤولية فهي حالة حدوث سبب أجنبي تسبب بوقوع الضرر.

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم واخرون، القانون المدني واحكام الالتزام، ج٢،مصدر سابق، ص٣١٠.
(٢) احمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي، مصدر سابق ، ص٢٣٨.

من ذلك سنوزع البحث في هذا المطلب على فرعين، الاول نخصصه لإثبات المسؤولية الطبية، اما الفرع الثاني سنبحث فيه سبل نفي المسؤولية الطبية .

الفرع الأول

إثبات المسؤولية الطبية

يعرف الاثبات بأنه اقامة الدليل امام القضاء على وجود او صحة واقعة متنازع فيها[١] ، ويكلف المتضرر وهو مدعي التعويض بإثبات دعواه أو إقامة الأدلة على صحتها وتوافر أركانها، لذلك سوف نبحث في كيفية اثبات اركان المسؤولية اولاً، ثم نبحث في عب اثبات اركان المسؤولية ثانياً.

أولاً- كيفية اثبات اركان المسؤولية:

يقوم الاثبات بإقامة الادلة والبراهين بالوسائل والطرق التي حددها القانون ، فمتى توصل المريض الى اثبات ما يدعيه ثبت حقه في متابعة المسؤول عن الضرر الذي لحقه فيتضمن الاثبات اثبات اركان مسؤولية المدعى عليه، ولا شك ان كل ما يقدم من الخصوم في الدعوى كأدلة وحجج من اقوال وبراهين ومستندات وما تقوم به المحاكم من تحقيق ومناقشة للخصوم واستجوابهم، الغرض منها اقناع القاضي حتى يتمكن من الفصل في الخصومة لصالح من ايد حجته بالدليل، ويسقط من حجة خصمه في الدعوى[٢] ، ومن السهل اثبات الضرر من المشاهدة ومحاضر التحقيق والمعاينة والخبرة، فضلاً عن ذلك فإننا سنبحث في المطلب الثالث من هذا المبحث في عناصر التعويض عن الضرر الجسدي والمعنوي وعن تفويت الفرصة في حالة ثبوت ذلك الضرر.

١- اثبات الخطأ: يعد الخطأ واقعة يمكن اثباتها بطرق الاثبات كافة ، فللمدعي اثبات ما يدعيه بجميع الوسائل القانونية المشروعة (الكتابة، الشهادة، الخبرة وغيرها) [٣]، ويعد ذلك بحد ذاته حق من حقوقه التي منحها اياه القانون، ولكن على الرغم من ذلك فإن عملية الاثبات تشكل عبئا حقيقيا على عاتق المريض المتضرر، كونه المدعي الذي اصابه الضرر[٤] ، إذ تكون اقامة الدليل على

---

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الاول، ج٢، الاثبات، ص١٩.

(٢) د. محمد فتح الله النشار ، احكام وقواعد عبء الاثبات في الفقه الاسلامي وقانون الاثبات طبقا لاحكام محكمة النقض، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، ٢٠٠٠، ص١١.

(3) LEMAIRE Jean François, IMBERT Jean Luc, La responsabilité médicale, Presses universitaires de France, Paris, 1985, p: 75.

(٤) نصت المادة (٧/أولاً) من قانون الاثبات العراقي على: ((البينة على من ادعى واليمين على من انكر)).

وقوع الخطأ الطبي خاصة وفي الكثير من الحالات امراً صعبا بالنسبة للمريض الذي يعد الحلقة الاضعف في العلاقة العقدية مع المستشفى الخاص، فهو على الاغلب يكون جاهلا بالمعطيات العلمية المتطورة، وفي بعض الاحيان يكون فاقدا للوعي او تحت التخدير اثناء وقوع الخطأ الطبي، وفي كثير من الحالات القائمة يكون في وضع صحي ومادي سيء جراء ما اصابه من ضرر كلفه صحته ولا يسمح وضعه بإقامة الدعاوى ومتابعتها بوجه من صدر عنه الخطأ الطبي[١] ، الامر الذي دفع القضاء ادراكا منه لصعوبة اثبات الخطأ الطبي ومساعدة المضرور بأدوات مختلفة كفكرة الخطأ المفترض والتوسع في موجب تحقيق نتيجة.

وعند إثبات خطأ المستشفى الخاص ينبغي مراعاة طبيعة التزامه الملقى على عاتقه، فالمبدأ العام في التزام المستشفى او الطبيب هو الالتزام بموجب بذل عناية خلال مراحل العلاج دون التقيد بتحقيق نتيجة، ويترتب عن ذلك أنه ينبغي على المريض في هذه الحالة إثبات تخلف المستشفى او الطبيب عن الوفاء بالالتزام، وذلك بإقامة الدليل سواء على إهمال الطبيب أو انحرافه عن الأصول المستقرة في المهنة، أو أن سلوك الطبيب لم يكن مطابقا لسلوك طبيب مماثل من المستوى نفسه وذلك مع الاخذ بعين الاعتبار الظروف الخارجية المحيطة به ، وانه- المريض- قد اصيب بالضرر اثناء تنفيذ الطبيب لموجبه، أو إثبات خطأ في تسيير وتنظيم المستشفى[٢] .

وبناءً على ذلك لا يجوز افتراض الخطأ بجانب المستشفى بمجرد اصابة المريض بالضرر، وانما يكون هذا الخطأ واجب الاثبات، فاذا نجح المريض في اثبات هذا الخطأ معتمدا على الحالة الظاهرة لوضعيته المادية والجسدية، أو اعتمادا على شهادة طبية تثبت ذلك، كان بها، على ان اثبات وجود الخطأ الطبي في حالات اخرى من الصعوبة بمكان، الامر الذي يجعله معرضا لأن يخسر دعواه ويرفض طلبه [٣] .

وهناك اجراءات أو أعمالاً طبية محددة وصل التقدم العلمي فيها لدرجة ان تجعل النتائج مؤكدة؛ لأن التقنيات فيها أصبحت في متناول اليد، ففي هذه الأعمال أصبح التزام الطبيب والمستشفى الذي يعمل معه هو التزام بتحقيق نتيجة[٤] ، إن لم يتدخل سبب أجنبي أو وقوع خطأ من طرف المتضرر نفسه او من الغير، كما هو الحال في الالتزام بضمان سلامة المريض وضمان

---

(١) د. علي عصام غصن، الخطأ الطبي ، مصدر سابق ، ص١١١.

(2) potier, 30 Janv, 1963, D63,417 63,718 - DALLOZ ACTION .op.cit. P: 548.
اشار اليه اكرم محمود حسين البدو، مصدر سابق، ص١١٣. وانظر: د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، مصدر سابق، ص١٨٦. د. علي عصام غصن ، الخطأ الطبي ، مصدر سابق، ص١١٣

(٣) د. علي عصام غصن ، الخطأ الطبي، مصدر سابق، ص١١٤.

(٤) د. طلال عجاج ، مصدر سابق، ص٢٣٦.

نتائج التحاليل المختبرية [١] ، فهذه الالتزامات يجب ان تكون نتائجها محققه ، وإنّ عدم تحقق هذه النتيجة يعد بحد ذاته خطأ مفترضاً، فيكون اثباته أيسر بكثير على المريض[٢] ، اذ لا يكون المريض ملزما بإثبات الخطأ بل يكون ملزما بإثبات وجود الالتزام ومضمونه ، وليس على الطبيب أو المستشفى للتخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي[٣] .

٢- إثبات العلاقة السببية: ان وقوع خطأ من المستشفى او الطبيب وحصول ضرر للمريض، لا يعني قيام مسؤوليتهم، ما لم يكن الضرر الذي اصاب المريض ناجماً عن خطأ المستشفى او الطبيب كنتيجة طبيعية له ومرتبطا به ارتباطاً مباشراً برابطة يطلق عليها اسم رابطة اوعلاقة السببية[٤]، وهي أحد أركان المسؤولية، او بعبارة اخرى يجب ان يكون الخطأ مرتبطاً بالضرر ارتباط السببِ بالمسببِ والعلةِ بالمعلول[٥] .

ومن هنا فقد يقع خطأ من الطبيب ويتحقق ضرر للمريض ولكن لا توجد علاقة سببية بين الخطأ والضرر، ولا يمكن في هذه الحالة مساءلة الطبيب وذلك لانتفاء علاقة السببية، وهو ركن مستقل عن ركن الخطأ[٦]، ومثال ذلك ان يهمل الطبيب في تعقيم ادواته اثناء تضميده جرحاً، ويموت المريض بنوبة قلبية لا ترجع الى الخطأ الذي ارتكبه الطبيب[٧] ، وبالنظر لانتفاء علاقة السببية فإن الطبيب لا يسأل عن الضرر الذي اصاب المريض.

ولكن الامر لا يبدو بهذه السهولة دائماً وذلك؛ لأن تحديد علاقة السببية بين الخطأ والضرر في المجال الطبي ولاسيما عن أخطاء الأطباء والعاملين في المستشفى هو امرٌ بالغ الصعوبة والتعقيد، اذ تعد من الأمور الشاقة والعسيرة نظراً لتعقد الجسد الإنساني وتغير حالاته وخصائصه وعدم وضوح الأسباب التي أدت الى ظهور المضاعفات الظاهرة، فضلاً عن ذلك فإن حالات كثيرة من الخطأ اثناء التداخل الطبي يقع في صالة العمليات، إذ لا يوجد بجانب المريض أحد من ذويه، فليس هناك غيره وغير اعضاء الفريق الطبي من طبيب وممرضة ومساعدين وسواهم ،

---

(١) انظر ما ذكرناه من قرارات قضائية تؤكد التزام المستشفى الخاص عن الاضرار التي تصيب المريض اثناء رقوده فيها كالحريق الذي يشب في المستشفى او انتقال العدوى اليه، صفحة (١٦٤) هامش رقم ٢، الباب الثاني - التزام المستشفى بتحقيق نتيجة.

(٢) د. علي عصام غصن، الخطأ الطبي، مصدر سابق، ص١١٧.

(٣) د. احمد عيسى، مسؤولية المستشفيات العمومية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨، ص٦٢. د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص٣٩٩؛ د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية ، مصدر سابق، ص٨٧.

(4) Henri et Leon, Jean Mazeaud, chabas, Lecons des Droit civile, Tom III, Obligation Paris, 1985, P: 645.

(٥) د. حسن زكي الابراشي، مصدر سابق، ص١٨٨. د. حسن عكوش، المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص١١٥. د. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، ط٢، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، ص١١٥.

(٦) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام ، مصدر سابق، ص٨٧١.

(٧) حسن زكي الابراشي ، مصدر سابق ، ص١٨٩.

وهؤلاء كلهم ينتمون الى وسط واحد أي الوسط الطبي والصحي وهم بذلك قد يحابون زميلهم الطبيب ولا يفرطون بمصلحته، فيصعب إثبات علاقة السببية حتى عن طريق أهل الخبرة ، الأمر الذي حمل القضاء في بعض الأحيان على التشدد بجعل خطأ الطبيب خطأً مفترضاً، وإقامة المسؤولية في أحيان أخرى من دون قيام لعلاقة السببية على أساس خطأ مفترض أو على أساس فكرة تحمل التبعة، ما يمنع المتضرر من الاضطرار الى تقديم دليل يصعب اثباته في بعض الاحيان[١] ، ولكن الأصل يبقى مع ذلك متمثلا في عدم مساءلة الشخص عن الضرر ما لم يكن نتيجة لخطئه، وأن على من يطالب بالتعويض إثبات قيام أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببيه، فيجب على القاضي التثبت من توافر السببية قبل الحكم على الطبيب بالتعويض سواء أكان الخطأ الذي أرتكبه الطبيب عادياً أم مهنياً[٢] ، على أنَّ تبين علاقة السببية من لدن القاضي في الخطأ العادي أسهل ما هو عليه في الخطأ المهني ذلك لأن الخطأ العادي يأتي بصورة وقائع واضحة خالية من الغموض، كنسيان قطعة من الشاش في بطن المريض[٣] .

أما الخطأ المهني فأن القاضي لا يستطيع أن يتثبت من وجود علاقة السببية بين الخطأ الذي ارتكبه الطبيب والضرر الذي أصاب المريض، إلّا أذا استعان بأهل الخبرة من الأطباء، وذلك بسبب طبيعة تركيب الجسم من مريض الى اخر، وان جسم الانسان وقوة احتماله لمضاعفات المرض امر محوط بالأسرار[٤] ، إلّا ان هذا لا يمنع من البحث في مسؤولية الطبيب وخطأه ، لذلك يجب على الطبيب التأكد من حالة المريض واستعداده قبل التدخل الطبي ، ومتى ما اثبت المضرور الخطأ وكان من شأنه ان يحدث عادة مثل هذا الضرر فان القرينة على توافر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المريض المتضرر، وأن بوسع المدعى عليه ان يدفع المسؤولية عنه اما بطريق مباشرة وذلك بان يثبت انعدام السببية بين فعله والضرر، أي ان يثبت ان الضرر لم ينتج عن فعله فيهدم بذلك كل قرائن المسؤولية، واما بطريق غير مباشرة وذلك بان يثبت ان الفعل الذي تسبب في الضرر قد نتج عن سبب اجنبي لا يد له فيه، وهو الذي سبب الفعل الذي أحدث الضرر[٥] .

([1]) J. Hureau, D. Poitout Préface de Pierre Sargos, L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation d'un préjudice corporel, 3 édition, p: 13

([٢]) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية ، مصدر سابق، ص ١١٤.

([٣]) د. بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٢، ص٩١.

([٤]) د. محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات والاطباء والممرضين، قانوناً، فقها واجتهادا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص٥٠. د. علي مصباح ابراهيم، مصدر سابق، ص٥٤٠.

([٥]) يقيم القضاء المصري قرينه توفر علاقة السببية لدى قيام المضرور بإثبات الخطأ والضرر وان من شأن ذلك الخطأ ان يحدث مثل هذا الضرر ، فهنا القرينة تقوم لصالح المضرور وللطبيب نفي هذه القرينة بإثبات ان

ولكن أحياناً يكون الامر اصعب بكثير من ذلك، كما لو اجتمعت عدة اخطاء متزامنة ومتلاحقة وتعدد محدثو الضرر، او تعاقب اطباء عِدّه على معالجة المريض، أو اذا كان الضرر الذي احدثه الطبيب للمريض قد افضى الى ضرر ثانٍ والضرر الثاني افضى الى ضرر ثالث وهكذا كأن لا ينتج العلاج اثره وذلك بسبب قوة التحمل لجسم الانسان وامعان المرض فيه، ففي مثل هذه الحالة يكون من الصعوبة بمكان معرفة، أي خطأ ارتبط بعلاقة السببية وافضى الى الضرر الذي اصاب المريض، وقد يموت هذا المريض فتدفن معه الاسباب التي اودت بحياته[١].

وقد تختلف تطورات المرض الواحد من غير سبب معروف حتى يقف اكثر الاطباء علماً ودراية حائراً امام هذه التطورات غير المعروفة[٢]؛ وذلك لأنَّ الطبيب لا يستطيع الاحاطة بكل اسرار الجسم ذات التكوين الرباني، ولان العلم لا يزال قاصراً عن التوصل الى هذه الاسرار والاحاطة بها.

يتضح من هذا مدى الاهمية الكبيرة لعلاقة السببية، ويدور السؤال عما اذا كانت مسؤولية المستشفى تثور عن كل الاضرار التي تصيب المريض، وما المعيار المعتمد للتحقق من قيام علاقة السببية او انتفائها؟.

وللإجابة عن ذلك لا بد من الاشارة الى ما تمخض عنه سعي الفقه من نظريتين هما:

١- نظرية تكافؤ او تعادل الأسباب: ومفادها ان يبحث بين الاسباب عن السبب الذي لولا وقوعه لما وقع الضرر، فاذا ساهمت احداث متعددة في احداث الضرر كل بنصيب ، فأنها تعد جميعاً متساوية او متكافئة في احداثه بحيث يتحمل مرتكبوها جميع المسؤولية[٣]، ولا يجوز تخفيف المسؤولية بحجة تعدد الاسباب، الا في حالة واحدة، وهي الحالة التي يكون فيها خطأ المضرور أحد هذه الأسباب[٤].

٢- نظرية السبب الفعال (أو الكافي): ومفادها انها لا تساوي بين الاسباب المتعددة ولا تعدّها جميعاً اسباباً لمجرد انه لو تخلف احدها لما وقع الضرر، بل تفرق بين الاسباب الكافية الرئيسة او

الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه ، قرار محكمة النقض المصرية الصادر في ٢٨ /١٩٦٨/١١ س١٩- ص١٤٤٨ اشار اليه د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية ، مصدر سابق، ص١١٥ وص١٧٤. وانظر د. جاسم لفتة سلمان العبودي، المداخلات في إحداث الضرر (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي)، منشورات مكتبة الجيل العربي، الموصل، العراق، ٢٠٠٥، ص٢٩٥. د. شريف طباخ، مصدر سابق، ص٢٢٧.

(١) د. حسن زكي الابراشي ،مصدر سابق ، ص١٩١.

(٢) د. أسعد عبيد عزيز ، مصدر سابق ،ص٣٢٢.

(٣) اشار اليه د. جاسم العبودي ، مصدر سابق ، ص٦٣٥.

(٤) د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص٤٨٥.

الاسباب العرضية (الثانوية) فتأخذ بالأسباب الكافية والفعالة دون الاسباب العرضية لتقرير الحق بالتعويض[١] ، ويمكن التمييز بين الاسباب بأن بعضها لا يرقى الى مرتبة السبب وبعضها الاخر يربطه بالضرر علاقة سببية بالمعنى الدقيق سواء أكانت سببية مباشرة ام ملائمة[٢].

وسعياً من المشرع الفرنسي لتخفيف العبء عن كاهل المدعي المتضرر في المسؤولية الطبية فقد اعتبر ان علاقة السببية مفترضة في بعض الحالات،ا ذ أنشأت المادة (١٠٢) من قانون كوشنير الصادر في ٤ مارس/آذار ٢٠٠٢ افتراضاً قانونياً للسببية لصالح متلقي نقل الدم الملوث بفيروس التهاب الكبد الوبائي، والأمر متروك للمدعى عليه لإثبات أن هذا النقل ليس هو مصدر التلوث[٣] .

أما موقف القضاء الحديث فقد اتجه للأخذ بالنظرية الثانية ، فمن القرارات الصريحة في هذا الشأن قرار محكمة النقض المصرية الصادر في ١٩٨١/٢/١٢، ومما جاء فيه ((لدى تحديد المسؤولية عند تعدد الاسباب المؤدية الى الضرر تكون العبرة بالسبب الفعال دون العارض)) [٤] ، كما قضت بأن تعدد الاخطاء المؤدية الى وقوع الحادث يوجب مساءلة كل من اسهم فيها أيا كان قدر الخطأ المنسوب إليه، يستوى في ذلك أن يكون سببا مباشرا أو غير مباشر في حصوله، غير أنه يجب عند تحديد المسئولية الوقوف عند السبب المنتج في احداث الضرر دون السبب العارض[٥].

ثانياً- عبء إثبات أركان المسؤولية:

ان عبء اثبات اركان المسؤولية يقع على عاتق المدعي (المريض المتضرر)، وفقاً للقواعد العامة في الاثبات[٦] ، اذ يجب عليه اثبات ان المستشفى بصفه شخصية او عن طريق تابعيها هو الذي تسبب له بالضرر[٧] ، وان واجب اقامة الدليل على المدعى به مهمة شاقة لمن يقع على عاتقه، ما يجعل المكلف بهذا العبء يواجه صعوبات كثيرة ، ويكون في مركز دون مركز

([1]) J. Hureau, D. Poitout Préface de Pierre Sargos, L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation d'un préjudice corporel, 3 édition. Sans année de publication ,p: 13.

([٢]) د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام والاثبات، ج٢، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، ١٩٦٧، ص٧٤.

([3]) J. Hureau , D. Poitout Préface de Pierre Sargos op.cit, p: 13.

([٤]) أشار اليه د. جاسم العبودي ،مصدر سابق ، ص٣٣٦.

([٥]) المستشار عز الدين الديناصوري ، والدكتور عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص١٤١٥.

([٦]) نصت المادة (٧) من قانون الاثبات العراقي على : ((أولاً: البينة على من ادعى واليمين على من انكر. ثانيا: المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الاصل)).

([٧]) د. علي عصام غصن ، الخطأ الطبي، مصدر سابق، ص ١١٢.

خصمه[١] ، كما ان اغلب الاحيان يستعين القاضي بالخبراء من الاطباء او المختصين ليبني حكمه على اساس صحيح.

١- الصعوبات المرتبطة بعبء الإثبات: تعترض عملية اثبات اركان المسؤولية مجموعة من العقبات ، وذلك لخصوصية المسؤولية في المجال الطبي، اذ تطرقنا الى بعض هذه الصعوبات المرتبطة بعبء الاثبات والتي تثقل كاهل المريض كونه الطرف الاضعف في العلاقة الطبية والذي يجهل الكثير من جوانب العمل الطبي وتعقيداته، بل انه قد يكون فاقدا للوعي لحظة وقوع الفعل او الافعال المكونة للخطأ المدعى به، ويكون من شأن ذلك كله ان يزيد من مشقته في النهوض بالإثبات[٢] .

فالعلاقة بين الطبيب والمريض علاقة غير متكافئة، يعاني أحد طرفيها من عِلّة، ويطمئن ويضع ثقته في معاونة الطبيب له على مواجهة ما يعاني منه والتخفيف من معاناته، ما يعني ذلك انه يخلق استحالة معنوية تمنع المريض من طلب دليل يمكنه الاستعانة به لإثبات خطأ الطبيب، ويضاعف من صعوبة الإثبات ما قد يواجه المريض المتضرر، من صمت من الطبيب المخطئ أو معاونيه ، وكثيرا ما يتعسر كسر هذا الصمت بالخبرة القضائية، ذلك لأن الخبير هو في النهاية زميل للطبيب المخطئ ، وقد يقوم بمحاولات للتغطية على اخطاء زميله[٣] .

إن ما تقدم كان بصدد صعوبات تجد مصدرها خارج إطار الخطأ الطبي المطلوب إثباته، أما الصعوبة الأساسية والرئيسة نجدها في إثبات الخطأ الطبي نفسه الذي هو واقعة سلبية، وبمقتضى العلاقة العقدية التي تربط المريض بالمستشفى فان عقد الاستشفاء الطبي يفرض على المستشفى والطبيب تقديم العناية الواعية واليقظة، المطابقة للأصول العلمية المستقرة، ولا يلتزم بشفاء المريض.

وبناءً على ذلك ، يكون على الدائن (المريض) في عقد الاستشفاء إثبات عدم حصوله على العناية المطلوبة، وذلك بإقامة الدليل على إهمال المستشفى او الطبيب وانحرافه عن أصول الفن الطبي المستقرة [٤] .

إن صعوبة إثبات تخلف المستشفى او الطبيب عن القيام بموجب بذل العناية المطلوبة أمر لا يمكن إنكاره ، وبخاصة أن إثبات التخلف يكون عن طريق إثبات واقعة سلبية، لذا غالباً ما يلجأ

---

(١) د. نبيل سعد ، الاثبات في المواد التجارية ، دار النهضة العربية ، بيروت، ١٩٩٥، ص٦٥.
(٢) فريده عميري ، مصدر سابق، ص٩٣.
(٣) د. علي عصام غصن ، الخطأ الطبي، مصدر سابق، ص١١٥.
(٤) د. احمد شرف الدين ، مسؤولية الطبيب-مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٦، ص٦٤.

القاضي إلى الخبرة الطبية لاستجلاء الحقيقة، اما اذا كان موجب المستشفى او الطبيب موجب نتيجة، فإن إثبات الخطأ الطبي يكون بإثبات المريض لوجود موجب على الطبيب من ناحية، وعدم تحقق النتيجة المرجوة من ناحية اخرى، ولا ريب أن الإثبات في الحالة الثانية (موجب النتيجة) أيسر في الاثبات مقارنة بالحالة الأولى[١] .

كذلك من صعوبات الاثبات هو مواجهة المريض لمخاطر الاثبات والمقصود بها انه في حال تعذر اثبات المريض لما يدعيه، وذلك لعدم اقتناع القاضي بما ساقه من ادلة على نحو ظل الشك قائماً لدى المحكمة ، فإنه لن يكون امام القاضي إلا أن يرد الدعوى لعدم كفاية الأدلة ، وهذا الواقع تؤكده أحكام القضاء[٢] .

نستخلص مما تقدم، أنه مع بقاء حالة الشك وعدم اليقين سترد المحكمة الطلبات المقدمة، وهذه نتيجة طبيعية ؛ لأن المتضرر هو الذي نقل النزاع إلى ساحة القضاء ، فعليه تحمل نتيجة عدم قدرته على النهوض بعبء الإثبات .

٢- دور القاضي في تقدير قيام المسؤولية: تنهض المسؤولية المدنية بتوافر اركانها الثلاث، وللقاضي سلطة واسعة في تقدير هذه الاركان التي يلزم ان تكون واضحة لديه على نحو لا لبس فيه ولا غموض ، ونظراً لامتياز العمل الطبي بطابعه الفني البحت فإن القاضي ليس لديه الإلمام الكافي به ، إذ يواجه صعوبة للوصول إلى الحقائق التي تبين فيما إذا كان الطبيب أو مساعدوه ارتكبوا أخطاء أم لا، ولقصور فهم القاضي في المسائل الفنية الطبية؛ ولأنه لا يحكم من منطلق الشك ، وحتى يصل إلى حكم مبني على نتائج سليمة لا بد له من الاستعانة بالخبرة الطبية، ودون ان يتقيد بها [٣] ، فله اللجوء إلى أهل الخبرة في حالة الخطأ الفني[٤]، ممن هم يعملون في مجال الطب،

---

(١) د. علي عصام غصن ، الخطأ الطبي، مصدر سابق، ص١١٦.

(٢) اكدت محكمة التمييز اللبنانية في قرارها المرقم ٦ في ٢٠ كانون الثاني ٢٠٠٣ بأن اعتماد محكمة الأساس بعض أقوال الشهود والمستندات المبرزة دون البعض الآخر، من دون مخالفة قواعد الإثبات يدخل في نطاق سلطانها باعتماد ما تراه مناسبا من ادله دون البعض الاخر ولا يعد من قبيل التشويه لتلك الاقوال والمستندات ، وفي قرار اخر ذكرت فيه ذات المحكمة بان اخذ المحكمة بأدلة معينة دون اخرى لا يشكل مخالفة لقواعد الاثبات لان تقدير قيمة الادلة وقوتها الثبوتية وكفايتها وارجحيتها يدخل ضمن صلاحية قاضي الاساس، اشار اليه د. علي عصام غصن،الخطأ الطبي، المصدر نفسه، ص١١٦-١١٧.

(٣) نصت المادة (١٤٠) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ على: ((اولاً- للمحكمة ان تتخذ من تقرير الخبير سببا لحكمها، ثانياً- راي الخبير لا يقيد المحكمة، وعليها اذا قضت بخلاف رايه ان تضمن حكمها الاسباب التي اوجبت عدم الاخذ براي الخبير كلّاً او بعضا)).

(٤) نصت المادة (١٣٢) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ على: ((تتناول الخبرة الامور العلمية والفنية وغيرها من الامور اللازمة للفصل في الدعوى دون المسائل القانونية)).

أي الأطباء ، ذلك أنهم الأقدر على إعطاء الحقيقة ولأنهم العارفون الحقيقيون لما عمله أو أخطأ فيه الطبيب المدعى عليه ، وهل قام بواجبه على أكمل وجه ام لا [١] .

ولكن يتعين عليه ان يكون على حذر من ان يحابي اهل الخبرة من الاطباء زملاءهم الاطباء المدعى عليهم مندفعين بروح نقابية فتضيع الحقيقة، والواقع ان على القاضي البحث عن وجود خطأ في جانب الطبيب والتحقق من ذلك، و ينبغي الاشارة هنا الى انه يجب ان يكون الخطأ واضحاً وثابتاً على وجه التحقيق والجزم ، وهو لا يكون كذلك الا بثبوت وصف الخطأ فيه من غير شك[٢] .

وتجب الاشارة الى ان تبين القاضي لعلاقة السببية في الخطأ العادي اسهل ما هي عليه في الخطأ المهني- كما ذكرنا ذلك سابقا- وذلك لان الخطأ العادي يأتي بوقائع ناطقة لا لبس فيها ولا غموض، كنسيان ادوات جراحية او قطع الشاش في بطن المريض على سبيل المثال، وهو ما ينتج اضراراً تكون علاقة السببية فيها متحققة ويستطيع القاضي تبينها بسهولة، اما في الخطأ المهني فان القاضي لا يستطيع ان يتبين وجود علاقة السببية الا اذا استعان باهل الخبرة من الاطباء بغية الاستنارة والاهتداء في كشف الخطأ والضرر الحال الناجم عنه وتبيان ما يحصل من ضرر مستقبل ولو بعد عدة سنوات [٣] ، وذلك بسبب الطبيعة الغامضة والمعقدة لجسم الانسان، اذ قد يرجع الضرر الى طبيعة جسم الانسان وما يكتنفها من غموض كونها محاطة بالأسرار الالهية ، بل ان الصفة التشريحية تكشف احيانا عن عيوب جسمانية لا يمكن للطبيب معرفتها واعطاء رأي واضح في شأنها، الامر الذي يستعصي معه على القاضي تبين وجود علاقته السببية ما لم يستعن بخبير، إذ تنحصر مهمته في المسائل الفنية ، فلا يجوز له إبداء رأيه في مسائل قانونية وعدم تجاوز النقاط المحددة[٤] ، فمهمة الخبير يجب ألا تخرج عن طابعها المادي التقني والفني، كذلك عن ميدان تخصص الخبير للمهمة الموكلة له[٥] ، اذ يجب ان تحدد المحكمة وبكل دقة المهمة الطبية للأطباء

---

(١) د. أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، مصدر سابق، ص ١٢٩.
(٢) د. سليمان مرقس، مسؤولية الطبيب ومسؤولية ادارة المستشفى - مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية، مصدر سابق، ص١٥٧.
(٣) ابراهيم الحلبوسي، مصدر سابق، ص١٩٠.
(٤) سحر عبد الستار إمام يوسف، دور القاضي في الإثبات دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٥٣٨.
(٥) مراد محمد الشنيكات، الاثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني - دراسة مقارنة، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٨، ص١٩٥.

المشهود لهم بالنزاهة والكفاءة دون ان تحدد لهم الوسائل التي يجب الاعتماد عليها في مهمتهم [١]، فالخبير يتمتع باستقلالية في عمله الفني ولا يخضع الا لضميره المهني[٢] .

وبهذا الخصوص قضت محكمة مصر الكلية في حكم لها بإعفاء الطبيب من كل مسؤولية عن الحالة المرضية للمجنى عليه في الدعوى المنظورة امامها ، اذ تتلخص وقائع القضية في ان طبيب المدرسة كشف على أحد الطلبة للنظر في إعفائه من الألعاب الرياضية ، فقرر أن قلبه سليم ولا داعي لإعفائه، وذات يوم بينما كان الطالب يقوم بالتمرينات البدنية سقط مغشياً عليه وتوفي ، وقد قرر الطبيب الشرعي بعد تشريح الجثة أن الطالب كان عنده استعداد للوفاة الفجائية من الحالة اللمفاوية التي اصطحبت بنقب بيضاوي في القلب، وأنه من الممكن أن تكون الوفاة قد نشأت عن هذه الحالة المرضية فقط من دون أن يكون للألعاب الرياضية دخل في حدوثها، وقضت بإعفاء الطبيب من المسؤولية[٣] .

وهذا يعني ان القاضي استطاع ان يتحرى علاقة السببية عن طريق الخبرة أي من تقرير الطبيب الشرعي حيث تبين له ان الطبيب غير مسؤول عن الوفاة.

وقد تعرضت محكمة التمييز في العراق لمهمة الخبراء ودور القضاء في تقدير تقاريرهم بقولها: ((وحيث وجد ان المحكمة استعانت بثلاثة خبراء لبيان مقدار التعويض المستحق للمدعية / المميزة فقدم الخبراء تقريرهم الذي اعترضت عليه المدعية فقررت المحكمة تعيين خمسة خبراء وقدروا التعويض بأكثر مما ورد بتقرير الخبراء الثلاثة، فاستعانت بسبعة خبراء بناءً على اعتراض المدعى عليه فقرروا ثلاثة من هؤلاء الخبراء التعويض باقل مما ورد بالتقريرين السابقين وايد اربعة منهم تقرير الخبراء الثلاثة وان المحكمة اعتمدت تقرير الخبراء الثلاثة لما لها من سلطة في تقييم راي الخبير عملاً بالمادة (١٤٠) من قانون الاثبات وحيث وجد ان تقرير الخبراء الثلاثة جاء مسببا ويصح اعتماده اساسا للحكم وان المحكمة قضت بالتعويض الوارد فيه لذا يكون الحكم المميز صحيحا وموافقا للقانون)) [٤] ، وقد تكشف عملية تشريح المريض بعد وفاته عن عيوب جسمانية كافية بذاتها لأحداث الوفاة كان الطبيب يجهلها وقت أن باشر العلاج، ولعل الحادثة التي عرضت على محكمة استئناف نينوى تبرز لنا ملابسات هذا الحالة وتقدير القضاء للحكم على اثر تقرير الخبير، إذ جاء في قرارها: ((فقد ثبت للمحكمة عدم وجود علاقة سببية بين خطأ الطبيب

---

(١) أ. م. فتيحة عبيد، دور الخبرة في دعاوى المسؤولية المدنية الطبية، بحث منشور في مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية ، العدد١، المجلد٤، الجزائر، ٢٠١٨، ص١٨٩.

(2) BERNARD GACHOT, critères de qualité pour une expertise civil réussite, revue médcine et droit, volume, 2011, issue 108, may-jun, paris, 2011, p:144.

(٣) أ . يوسف جمعة يوسف الحداد، مصدر سابق، ص ٩٧.

(٤) قرارها المرقم ٢٠٠٠/٣٠/١٦٠٧ ، اشار اليه ابراهيم علي الحلبوسي ، مصدر سابق، ص١٧٠.

وبين حصول الضرر وهو الوفاة وحيث أن الوفاة لم تكن نتيجة الخطأ الذي حصل وأنه ليس هناك أي صلة، أي الرابطة السببية بين تقصير الطبيب وبين الضرر الذي حدث، وأن موت المريض كان أمراً محتملاً لا مفر منه ، عليه ولما تقدم قررت المحكمة تأييد الحكم البدائي ورد الطعن الاستئنافي))، ويفهم من القرار أن القاضي استطاع أثبات انعدام العلاقة السببية عن طريق الخبرة من تقرير الطبيب الشرعي حيث تبين أن الطبيب غير مسؤول عن الوفاة.

في حين ذهبت محكمة التمييز العراقية في قرار لها بعدم الاعتداد بالتحقيق الاداري الاولي الذي اجري للتحقق من خطأ الطبيب، واحالة الامر بالاستعانة بالخبراء ذوي الاختصاص للتيقن من صدور خطأ حقيقي من الطبيب يستوجب المساءلة ام لا، حيث قضت بأن: ((... التحقيق الاداري لم يثبت مسؤولية الطبيب وحدوث خطأ منه عند أداء مهنته، وبالتالي يتطلب الأمر الاستعانة بذوي الخبرة من الأطباء المختصين لأبداء الرأي في الحالة المعروضة، وهل أن الطبيب قد ارتكب خطأ عند أداء مهنته كطبيب، وهل أن الخطأ هو الذي ساعد على الوفاة)) [1] .

ولعل من نافلة القول هنا ان على القاضي دراسة القضية من كل جوانبها للتثبت بوجود الخطأ من عدمه قبل ايكال الامر الى الخبير، وان على الخبير ان يقوم بعمله تحت اشراف المحكمة[2] ، التي يكون من واجبها مراقبته واختبار الحيدة والموضوعية لديه، وعدم انسياقه بروح نقابية تجعله منحازا الى صف زميله الطبيب[3] ، فكم من حادثة وقضية تم اغلاقها حتى قبل وصولها الى سوح القضاء بسبب تواطؤ اصحاب المهنة الواحدة لاسيما الاطباء ، فتدفن الحقيقة وتهدر الحقوق[4] .

الفرع الثاني

وسائل دفع المسؤولية

([1]) قرار محكمة التمييز بالعدد ٨٢٤ / منقول / ٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/٧/٢٣ ، القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز ، القسم المدني ، ج ١ ، ٢٠٠١، ص ٧٩ .

([2]) تنص المادة (١٤٢) من قانون الاثبات العراقي النافذ على انه ((يباشر الخبير عمله ولو في غياب الخصوم الذين كانوا قد دعوا على الوجه الصحيح، وتكون مباشرة العمل تحت اشراف المحكمة ،الا اذا اقتضت طبيعة العمل انفراده به)).

([3]) وهذا ما قضت به محكمة استئناف مصر بتاريخ ١٩٦٣/١/٢ اذ قررت قائلة ((يجب على القاضي ان يتثبت من وجود الخطأ وان يكون الخطأ ثابتا ثبوتا كافيا لديه ،وله ان يستعين براي الخبراء للتحقق من وجود الخطأ، وله ان لا يأخذ براي الخبراء ويأخذ حذره من الخبير الذي يقدم تقريرا لصالح زميل له، لأنه ربما يكون قد تأثر بعامل الزمالة)).

([4]) قيل في الاطباء (ان الشمس تنشر اشعتها على انتصاراتهم والارض تدفن اخطائهم)، انظر فاطمة عبد العزيز حسن احمد وجمال خليل النشار، المسؤولية المدنية للطبيب- دراسة مقارنة، بحث منشور في المجلة القانونية والقضائية، وزارة العدل، مركز الدراسات القانونية والقضائية، قطر، س١، العدد٢، ٢٠٠٧، ص١١٢.

تنتفي المسؤولية المدنية عن المستشفى الخاص في حالات خاصة، كما نجد ان اغلب المستشفيات تلزم المريض عند دخوله المستشفى لإجراء طبي معين بالموافقة على بند يتضمن إعفاءها من المسؤولية سعيا منها للتنصل من أي تعويض في حال حدوث ضرر للمريض اثناء تلقيه الاجراء الطبي والعلاج، وللأهمية البالغة لموضوع نفي المسؤولية المترتبة عن الاخلال بعقد الاستشفاء وما قد يترتب عليه من آثار سلبية تلحق بالمريض جراء ضياع حقه للمطالبة بالتعويض، سنبحث اولا في الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية، وثانيا في وسائل دفع مسؤولية المتبوع.

أولاً- الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية:

يرى بعض الفقهاء بأنَّ هناك بعض الحالات التي يستطيع فيها الإنسان أنْ يقدّر حين مباشرته بنشاطه، من هم الأشخاص الذين من الممكن أن يلحقهم الضرر من جرّاء نشاطه هذا، فيبادر إلى عقد اتفاق معهم لإعفائه من المسؤولية، أو أن يتفق معهم على منحهم تعويض معيّن في حالة وقوع ضرر عليهم [1] ، ومن ذلك الكثير من الحالات، منها مثلاً لو أراد أحد الأشخاص بناء مصنع ما، وفي ذهنه أنه سيصيب الجوار بضرر أو مضايقات معيّنة، فلا مانع من أن يتفق مع هؤلاء الجيران على تحمّل هذه الأضرار أو المضايقات، سواء بمقابل أو من دون مقابل، على انهم فرقوا بين خطأيْن في هذه الحالة، الأول الخطأ الجسيم، والثاني الخطأ اليسير، فجوّزوا الأخير دون الأول، علماً أنَّهم قد حصروا هذا الجواز القانوني في ما يترتب من التزامات مالية وما يستتبعها من أضرار مادية، دون أن يجوّزوا الأضرار الجسدية والتي يرون أنها تتعلق بالنظام العام ، ومن ثم فإنها يجب أن تبقى خارج المعاملات المالية[2] ، وان اجازة مثل هكذا اتفاقات (حتى ولو ضمناً) تشجّع على ارتكاب الأخطاء والإهمال[3] .

واستنادا الى مبدأ الحرية التعاقدية، فقد اجاز المشرع العراقي لطرفي العقد ان يتفقا على الإعفاء من المسؤولية العقدية في حالة نشوئها عن إخلال المتعاقد بالتزامه، عدا المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم، وهذا ما ذهبت إليه المادة (٢٥٩) من القانون المدني النافذ، حيث نصت على ((٢- وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه

(1) فرهاد حاتم حسين، عوارض المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠١٤، ص٤٥٩.
(2) قصي جعفر موسى سلمان، أحكام الإعفاء من المسؤولية المدنية، الجامعة الإسلامية للنشر، ط١، ٢٠١٥، ص٥٣.
(3) فرهاد حاتم حسين، مصدر سابق، ص٤٧٨.

التعاقدي إلا التي تنشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم...))، ومثله ذهبت اغلب تشريعات الدول[1] ، ومنها القانون المدني المصري في المادة (٢/٢١٧) التي نصت على ذات المضمون.

هذا وقد اجاز المشرع العراقي للمتعاقدين الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الصادر عن تابعيه، أي أن تنشأ المسؤولية على عاتق التابع مباشرة دون أن يتحملها المتبوع، عن طريق الاستثناء الذي اشار اليه في الشطر الثاني من الفقرة الثانية من المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي النافذ[2] ، إذ تنص على: ((ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته من الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه))، الأمر الذي ينفي المسؤولية العقدية من المتبوع المتعاقد (المستشفى)، ويمكن للمتضرر تحريك المسؤولية التقصيرية المباشرة تجاه التابع الذي ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً. وذلك انسجاماً مع القواعد العامة.

واستنادا الى النص المذكور آنفاً ، فإن الاتفاق على اعفاء المستشفى والطبيب من المسؤولية العقدية بموجب عقد الاستشفاء والناجمة عن الاخلال بالتزامهم يعد باطلا في حالة الغش والخطأ الجسيم، اما الاتفاق على الاعفاء خارج عن الغش او الخطأ الجسيم فهو جائز، الا ان رأي الشراح يذهب الى ابعد من ذلك، اذ يرى بأن قاعدة جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية يرد فيها استثناء، وهو إذا كانت المسؤولية ناشئة عن احداث ضرر بصحة وسلامة الأنسان بما فيهم المتعاقدين فأن مصير الاتفاق المعفي هو البطلان[3] ؛ لأن حياة الأنسان وسلامته هي أشياء غير قابلة للتصرف فيها، فلا يجوز للشخص تخويل غيره بقتله أو جرحه من دون عقاب، واعفاء من التعويض أو بتعويض أقل من الضرر، فهو أتفاق باطل حتى ولو كان خارج نطاق الخطأ الجسيم او الغش [4] .

ومما لا شكَّ فيه أنَّ القواعد العامة التي تنظم العقود بشكل عام، هي غير مناسبة ولا يمكن تطبيقها على عقد الاستشفاء الطبي من جهة الإعفاء من المسؤولية الطبية أو تخفيض التعويض أو إلغائه، ذلك أنَّ عقد الاستشفاء الطبي ذو خصوصية لا تتناسب والقواعد التي تنظم باقي العقود لأنه مرتبط بحياة المريض وصحته وسلامة جسده، اضف الى ذلك فإن إجازة مثل هذا النوع من الاتفاقات المعفية من المسؤولية في إطار عقد الاستشفاء الطبي يقلل من حرص المستشفى على

---

(1) المادة (١١٦) من القانون المدني القطري النافذ. والمادة (٢١٨) من القانون المدني السوري النافذ.
(2) تقابلها المادة (٢١٧) من القانون المدني المصري النافذ، والمادة (٢١٨) من القانون المدني السوري النافذ، والمادة (١١٦) من القانون المدني القطري النافذ.
(3) د. سعدي البرزنجي، شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين الفرنسي والعراقي، مطبعة جامعة صلاح الدين أربيل ، ٢٠٠٣ ، ص١١١.
(4) المصدر نفسه، ص١٠٩.

سلامة المريض ،كما يدعم الطبيب على الاطمئنان الغير مبرر اعتماداً منه على عدم تحقق مسؤوليته لكونه محصناً بهذا النوع من الاتفاقيات، كما انها تعرض المريض إلى خطر المساومة او الاستغلال ، بأن يشترط لعلاجه أبرام مثل هذا الاتفاق[١] .

وادراكا لأهمية منع الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية في المجال الطبي، فقد نص مشرعنا العراقي على حظرها عن طريق قانون تأسيس المؤسسات الصحية الخاصة الاتحادي، اذ نصت المادة (١٣) في فقرتها الثالثة على: ((يعد كل اتفاق بين المستشفى والمستفيد من خدماتها على الاعفاء من المسؤولية الناجمة عن خطأ الطبيب او العاملين فيها باطلا ولا يعتد به))، لذلك لا يجوز للمستشفى الاتفاق مع المريض على استبعاد مسؤوليته عن الأضرار التي تصيبه أثناء وجوده او تلقيه الاجراءات الطبية، ولكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلان العقد وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها[٢] ، وأن بطلان الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية لا يترتب عليه كأصل عام أن يكون عقد الاستشفاء الطبي الذي تضمنه باطلاً إلا إذا كان الاتفاق المعفي هو الدافع الى التعاقد [٣] ، وبذلك فإن عقد الاستشفاء يبقى صحيحاً مع استبعاد الاتفاق المعفي منه اذا لم يكن هو الدافع الى التعاقد [٤] .

وعلى الرغم من صراحة النص في المادة (١٣) من قانون تأسيس المؤسسات الصحية الخاصة، والتي اشارت بوضوح الى بطلان كل اتفاق يقضي بالإعفاء من المسؤولية التي تنشأ بسبب خطأ من الطبيب او التابعين للمستشفى الخاص والعاملين فيها؛ الا اننا نجد المخالفة الواضحة من اغلب المستشفيات الخاصة في العراق، والتي تلزم المريض على الموافقة على بنودها التي تتضمن اعفاء من المسؤولية وعدم الملاحقة القانونية والعشائرية، وهو الامر الذي يمثل ضغطا على ارادة المريض، اذ انه لا يتلقى العلاج الا اذا وافق على اتفاق الإعفاء من المسؤولية، وفي ذلك استغلالاً لحاجة المريض للعلاج، لاسيما مع عدم خضوع هذا الاتفاق إلى أي نوع من المفاوضات بين الطرفين إذ ليس أمام المريض إلا الرفض أو القبول.

---

(١) احمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي، مصدر سابق، ص٢٢٣.

(٢) نصت المادة (١٤١) من القانون المدني العراقي على : ((اذا كان العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان، وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالاجازة.)).

(٣) نصت المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي على: ((١- يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جاريا به العرف والعادة. ٢- كما يجوز ان يقترن بشرط نفع لاحد العاقدين او للغير اذا لم يكن ممنوعا قانونا او مخالفا للنظام العام او للآداب والا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضا)).

(٤) نصت المادة (١٣٩) من القانون نفسه على: ((اذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، اما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا)).

ولكن تجب الاشارة الى أحد الأحكام المهمة الصادرة من محكمة التمييز العراقية، إذ جاء في مضمون هذا الحكم: ((إن قرار محكمة بداءة كركوك غير صحيح ومناقض للقانون، إذ اعتبرت من توقيع المريض نزول عن حقه في مقاضاة الطبيب الجراح ، والمستشفى، خصوصاً أن الطبيب قد قصر في عمله)) [1] ، ويتضح من قرار محكمة التمييز ان محكمة بداءة كركوك عدّت توقيع المريض على استمارة إجراء العملية موافقة صريحة منه على العملية وبالوقت نفسه تنازلاً عن حقه في مقاضاة الطبيب الجراح أو المستشفى لأي سبب كان وفقاً للصيغة التي وضعت في إضبارة المريض ، علماً أن الطبيب قد قصر في عمله الطبي تجاه مريضه، إلا أن ما قضت به محكمة التمييز ونقضها للحكم يستحق الثناء؛ لأنها لم تأخذ بنظر الاعتبار الصيغة التي وضعت في إضبارة المريض ودون توقيعه عليها، وان المحكمة راعت مصلحة المريض وأعطته الحق في المطالبة بالتعويض ومقاضاة الطبيب لتقصيره، وهو ما ندعو به القضاء للحد من تلك المخالفات ، وعَد كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية باطلاً، تطبيقا للنص التشريعي وتحقيقا للتوازن العقدي بين الطرفين.

ثانياً- وسائل دفع مسؤولية المتبوع:

حين تنهض مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع مع ثبوت اركان المسؤولية من خطأ التابع وضرر احدثه للغير وعلاقة السببية بين الضرر والخطأ، فان مسؤولية المتبوع تقوم وفقاً لما نصت عليه المادة (٢١٩/١) من القانون المدني العراقي[2] ، وعلى المتبوع ان يقوم بتعويض الدائن المتضرر عن الضرر الذي اصابه على اساس الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس وفقاً للقانون العراقي، والغير قابل لإثبات العكس وفقاً للقانونين المصري والفرنسي ، فالمتبوع يمكن ان يدفع المسؤولية عنه عن طريق:

١- نفي الخطأ من المتبوع[3] **:** اذا كانت مسؤولية المتبوع قائمة بصفة شخصية والتزامه كان التزاماً ببذل عناية، او انها قائمة عن اعمال تابعية وعلى اساس الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس ، فإنه يستطيع دفع مسؤوليته بأن يثبت انه قد بذل العناية اللازمة، فعلى سبيل المثال لو ان ادارة المستشفى قد عينت طبيبا للعمل فيها وكان هذا الطبيب ذا مهنية معروفة وعالية وجيد السلوك والانضباط وحاصل على شهادة في الطب معترف بها، فلا خطأ من المتبوع في الرقابة او التوجيه

---

(١) حكم محكمة التمييز في العراق ذو الرقم ٤٣٩/٣/٢٠٠٢ صادر في ٢٠٠٢/٥/١٩ (غير منشور).
(٢) سبقت الاشارة اليها .
(٣) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص ٣٦٥.

او الاختيار، اما اذا كان الطبيب غير مهني او معروف بالتهور وعدم الانضباط واتباع التعليمات او انه يحمل شهادة غير قانونية او غير معترف بها، فلا يستطيع المستشفى (المتبوع) نفي الخطأ عنه .

٢- نفي علاقة السببية: اذا كانت مسؤولية المتبوع عن اخطاء تابعيه قائمة على اساس الخطأ المفترض الغير قابل لإثبات العكس ، فانه لا يستطيع دفع مسؤوليته الا اذا اثبت بان الضرر كان لا بد واقعاً حتى ولو كان قد بذل هذه العناية ، وان سبب وقوع الضرر هو السبب الاجنبي (القوة القاهرة او الحادث الفجائي، خطأ المضرور، خطأ الغير)، فعن طريق هذه الحالات فقط بإمكان المتبوع (المستشفى الخاص) نفي السببية ودفع المسؤولية عنه، وهو ما نصت عليه المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي: ((اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشا عن سبب اجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او خطا المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك)) [١] ، كذلك المادة (١٦٨) نصت على انه : ((إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عينه، حُكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه..)) [٢] ، ويعرّف السبب الاجنبي بعدة تعريفات، نذكر منها بأنه : ((كل فعل أو حادث لا يُنسب إلى إرادة المدعى عليه وليس من المتوقع حدوثه ويستحيل عند وقوعه تحاشي الضرر)) [٣] ، كما عرفه اخر بأنه: ((واقعة غير متوقعة من قبل المدين، وتنشأ بسبب لا دخل لإرادته بحدوثها، ويترتب عليها انقطاع الصلة بين الفعل الصادر من قبل المدين، والضرر الواقع، ومن ثم انتفاء المسؤولية المدنية)) [٤] .

ويتبين من تعريف السبب الاجنبي أنَّ هناك عنصرين أساسيين يُثبتان تحقق السبب الأجنبي، وينفيان رابطة السببية بين الخطأ الطبي والضرر، ومن ثم انتفاء المسؤولية عن الطبيب أو المستشفى الخاص، وهما:

أ- أن يكون ذلك السبب أجنبياً عن المدعى عليه (الطبيب أو المستشفى الخاص) ولا يد له في وقوعه، ولو كان للمدعى عليه دخل في حدوثه لَما كان سبباً أجنبياً ولتحمّلهُ المدعى عليه.

ب- أن يجعل ذلك السبب وقوع الفعل الضار محتماً لا يمكن دفعه، فلو كان بالإمكان دفعه أو تحاشيه من قبل المدعى عليه لَما كان سبباً أجنبياً ولَتنهض مسؤولية المدعى عليه غير متأثرة به[٥] .

---

(١) تقابلها المادة (١٦٥) من القانون المدني المصري.
(٢) تقابلها المادة (٢١٥) من القانون المدني المصري، والمادة (١١٤٧) من القانون المدني الفرنسي.
(٣) د. جاسم لفتة سلمان العبودي، مصدر سابق، ص٣٠١.
(٤) قصي جعفر موسى سلمان، مصدر سابق، ص٦٤.
(٥) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مصدر سابق، ص٥٨.

فالسبب الأجنبي قد يحدث نتيجة حادث فجائي (قوة قاهرة)، كما لو كان بسبب مداهمة مرض آخر للمريض ناتج عن قوة خارجه عن الإرادة ، كوفاة المريض المصاب بمرض القلب مثلاً بسبب زلزال مفاجئ أو رعد أو ما شابه ذلك من القوى المفاجئة[١] .

وتنتفي ايضاً علاقة السببية بسبب خطأ المتضرر(المريض) نفسه[٢] ، واستوفى شروط القوة القاهرة، فيسقط حقه بالمطالبة إذا كان فعله هو السبب الوحيد في أحداث الضرر[٣]، أما إذا كان قد ساهم مع خطأ الطبيب في وقوع الضرر ، فإن ذلك يؤدى إلى انقاص المحكوم به على الطبيب، بقدر نسبة خطأ المريض ، وهذا ما نصت عليه المادة (٢١٠) من القانون المدني العراقي: ((يجوز للمحكمة ان تنقص مقدار التعويض او الا تحكم بتعويض ما اذا كان المتضرر قد اشترك بخطئه في احداث الضرر او زاد فيه او كان قد سوأ مركز المدين)) [٤] ، فاذا خالف المريض تعليمات الطبيب وتحذيراته ، فانه يرتكب بذلك خطأ يَحجُب خطأ الطبيب وتنتفي علاقة السببية ، كالطبيب الذي يصف دواء خاطئ للمريض ليس من شأنه ان يؤدي الى الوفاة ، غير ان المريض تناول منه كميات كبيرة بغية الانتحار ، فأن المريض يكون هو المسؤول عن ضرر الموت ولا دخل للطبيب فيما حدث له [٥] .

ومن الأمثلة على خطأ المريض تناول المريض اطعمة أو تعاطيه ادوية حرمها عليه الطبيب بصيغة صريحة وقاطعة مبينا له نتائجها، وعلى الرغم من ذلك خالف تعليمات الطبيب وتحذيراته، فيكون فشل العلاج راجعا إلى خطأ المريض وحده، كذلك كذب المريض على الطبيب، بأن يخبره خلاف الحقيقة، اي أنه لم يسبق له مطلقا تعاطى أية أدوية، أو أن يقرر له على عكس الواقع بأنه تعاطى أدوية معينة عن طريق الحقن أو الفم[٦] ، ولكن لا يستطيع الطبيب ان يدفع بان رضا المريض بالخطر سبباً ليعفيه من المسؤولية ودفع التعويض ، بل تبقى مسؤولية الطبيب قائمة، وذلك لان رضا المريض بالضرر لا يرتفع الى حد انه يريده[٧] ، وان استحصال القبول قبل اجراء التداخل الطبي لا يعفي الطبيب اذا ارتكب خطأ تجاه المريض ولا يقطع علاقة السببية[٨] .

---

(١) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، مصدر سابق، ص١١٦؛ د. جاسم لفتة سلمان العبودي، مصدر سابق، ص٣٠١.

(2) Colin et capitant, Trait de Droit Civile, Tome II, obligations, Paris, 1959. Dalloz, Nouveau Reprotire de Droit, Tome Trosieme, 1949, p:1129

(٣) د. حسن عكوش ، مصدر سابق، ص١٢٤.

(٤) تقابلها المادة (٢١٦) من القانون المدني المصري .

(٥) في قرار قضائي صدر في انكلترا عام ١٩٧٣ يقول فيه ((ان المدعي عليه الذي حدد خطأ وصفه دواء لا يكون مسؤولا عن وفاة الشخص اذا تناول منها كمية كبيرة بقصد الانتحار فمات اثر ذلك))، اشار اليه د .جاسم لفته سلمان العبودي، مصدر سابق ، ص ٣٤٢.

(٦) د. شريف الطباخ، مصدر سابق، ص٢٢٦.

(٧) د. حسن عكوش ، مصدر سابق ، ص١٢٥.

(٨) ابراهيم علي حمادي الحلبوسي، مصدر سابق، ص٦١.

ومع ذلك فإذا وقع الخطأ من الطبيب ومن المريض دون ان يستغرق احدهما خطأ الاخر فانه يتعين توزيع المسؤولية فيما بينهما حسب مساهمة كل منهما في احداث الضرر.

وإن مما يتصل بخطأ المتضرر هو ان يسيء من مركز الطبيب بتقصيره واهماله، او اللامبالاة في المعالجة وكيفيتها وعدم العناية بالنفس، فمثل هذا التقصير وهذه اللامبالاة انما هما خطأ واقع من المريض يجتمع مع خطأ الطبيب على احداث الضرر الناتج في صورته الاخيرة، فيكون الخطأ مشترك، ويستوجب اخذها بعين الاعتبار عند تقرير مسؤولية الطبيب[1] .

وتجدر الاشارة الى الحالة التي يشترك فيها المريض المتضرر والمدعى عليه (الطبيب او المستشفى الخاص) بخطئيهما في احداث الضرر، وتوفرت علاقة السببية بين خطأ كل منهما بحسب جسامة خطئه، فان المسؤولية ترفع عن خطأ المدعى عليه (الطبيب او المستشفى) اذا اتصف خطأ المريض بأحد الوصفين الآتيين:

١- ان يكون هذا الخطأ عمدياً.

٢- ان يكون هذا الخطأ جسيماً بحيث يستغرق خطأ المدعى عليه كما لو كان هذا قد ارتكب خطأه بقصد الانتحار، فالمسؤولية ترفع عن الطبيب لان خطأ المنتحر قد استغرق خطأ الطبيب، على انه اذا تعذر على القاضي تبين ذلك فلا يبقى امامه الا ان يوزع المسؤولية بينها بالسوية [2] .

وقد تنتفي علاقة السببية بسبب تدخل خاطئ من الغير، ويعد من الغير كل شخص اجنبي عن المستشفى او الطبيب المسؤول عن علاج المريض، ولكن الممرضة والمعاون الطبي لا يعدّون من الغير الذي تنتفي بخطأه علاقة السببية؛ لأن المستشفى يسأل عنهم مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعيه لما له من سلطة الرقابة والتوجيه عليهم، ولكن لو تداخل خطأ الغير مع خطأ المسؤول (الطبيب) وتوفرت علاقة السببية بين خطأ كل منهما وبين الضرر، هنا تتوزع المسؤولية بينهما كلاً بحسب جسامة خطئه او بقدر مساهمته في إحداث الضرر، فإذا لم يستطع القاضي ان يتبين ذلك تكون المسؤولية متساوية بين محدثي الضرر[3] ، وذلك كأن يتوفى الشخص بسبب جرح احدثه له الغير، وبسبب اهمال الطبيب في معالجته.

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام الاشارة الى موقف المشرع العراقي الذي قرر إعفاء الشركات المصنعة للقاح والمجهزة في وزارة الصحة والبيئة والعاملين فيها من مسؤولية الاضرار الناتجة عن توفير واستخدام المواد الطبية اللازمة للوقاية من المرض المستجد، إذ نصت المادة (٢)

---

(1) د. جاسم لفته العبودي ، مصدر سابق، ص٣١٢.
(2) ابراهيم علي الحلبوسي، مصدر سابق، ص ٦٢.
(3) د. حسن عكوش، مصدر سابق، ص١٣٣؛ د. عبد الرحمن عبد الرزاق الطحان، مصدر سابق، ص٢٠٦.

من قانون توفير واستخدام لقاحات جائحة كورونا رقم (٩) لسنة ٢٠٢١ [١] ، على أنه: ((تعفى من المسؤولية المدنية والجزائية الشركات العالمية المصنعة والمجهزة للقاحات الخاصة بفايروس كورونا ووزارة الصحة والبيئة وتشكيلاتها والعاملين فيها من الاضرار الناتجة عن توفير او استخدام المواد الطبية اللازمة للوقاية من فايروس كورونا)).

ان ما يؤخذ على المشرع العراقي في مسلكه هذا انه يعرض حياة وصحة المواطن للخطر، وانه ينطوي على اللامبالاة فيما يمكن ان يتعرض له من مخاطر تضر بصحته وحياته جراء خطأ ناتج عن الشركة المنتجة والموفرة للقاح او خطأ وزارة الصحة والعاملين فيها، والتي قد تكون اخطاءهم ناتجة عن اهمال وتقصير في واجباتهم، بل انه فضل اسباغ الحماية القانونية للشركات المنتجة والموفرة على حساب المواطن، وفي ذلك تناقض وتعارض مع ما ذكره في الأسباب الموجبة لصياغة قانون توفير واستخدام لقاح كورونا، إذ جاء في الأسباب الموجبة ان هذا القانون شرع لغرض توفير الحماية للمواطن العراقي والمؤسسات من الأضرار الناتجة عن استعمال اللقاح ، لذا كان واجباً على المشرع العراقي مراعاة هذه الأسباب الموجبة للقانون عند صياغته لنص المادة الثانية منه [٢] .

وهذا الموقف من المشرع العراقي يخالف المشرع الفرنسي الذي اقام المسؤولية الموضوعية (المسؤولية من دون خطأ) الناجمة عن منتج صحي (كالطبيب المخبري، وطبيب الاسنان)، والمسؤولية الناجمة عن عدوى اصابت المريض في أثناء وجوده بمؤسسة صحية للعلاج عن طريق قانون حماية حقوق المرضى في ٤ مارس لسنة ٢٠٠٢؛ لذلك كان يجدر بالمشرع العراقي أن يصيغ المادة (٢) بصورة أكثر حزماً وتشديداً بخصوص مسؤولية الشركات المنتجة والموفرة للقاح والمؤسسات التابعة لوزارة الصحة، وبدلاً من اعفاءها من المسؤولية، إقامتها على أساس المسؤولية الموضوعية.

---

(١) نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية، العدد (٤٦٢١) بتاريخ ٢٠٢١/٣/١٥.

(٢) جاء في الاسباب الموجبة لتشريع قانون توفير واستخدام لقاحات جائحة كورونا رقم (٩) لسنة ٢٠٢١ ما يلي: ((نظراً للانتشار المفاجئ والسريع والواسع لجائحة فايروس كورونا على مستوى العالم بما في ذلك العراق وتعذر مواجهة جائحة كورونا بالطرق التقليدية ولغرض توفير الحماية للمواطن العراقي والمؤسسات من الاضرار الناتجة عن استعمال اللقاح وتسريع اجراءات وزارة الصحة بالحصول على اللقاحات وتوفير الحماية القانونية لوزارة الصحة وتشكيلاتها والعاملين فيها ومنتجي اللقاح وممثليهم الاقليميين من المطالبات الناتجة عن مواجهة الجائحة، شرع هذا القانون)).

المطلب الثالث

أثر المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المستشفى الخاص بعقد الاستشفاء الطبي

يترتب على قيام المسؤولية وثبوتها على المدعى عليه (المستشفى الخاص) استحقاق المريض للتعويض، فلا يستحق المريض التعويض الا اذا اصابه ضرر ناتج عن الخطأ المرتكب من المستشفى الخاص او احد تابعيه، اذ لا يمكن الجزم بوجود ضرر لمجرد ان الطبيب او المستشفى لم ينفذ التزاماته التعاقدية، فيجب على المريض ان يثبت ان اصابته بالضررناتج عن عدم قيام المستشفى الخاص بتنفيذ التزاماته العقدية والتي يمليها عليه عقد الاستشفاء الطبي، ومن ثم يقع على عاتق المحكمة تقدير التعويض الذي يطالب به الدائن تقديرا مكافئا لجسامة الضرر، والذي قد يستعصي على المحكمة تقديره ، لاسيما في الاضرار الجسدية وتطور مراحل الاصابة، الامر الذي يثير اشكالية جديدة وهي امتناع او تنصل المسؤول عن الضرر (المستشفى) من دفع التعويض للمريض ، والذي دعا الكثير من التشريعات وحفاظا على حقوق المرضى المضرورين من الاخطاء الطبية الى الزام المؤسسات الصحية ومنها المستشفيات الخاصة بالتامين الالزامي على الاخطاء الصادرةعنها.

وتفصيلاً اكثر لما ذكر آنفاً، سنقسم هذا المطلب على فرعين، الاول نتناول فيه التعويض، اما الفرع الثاني سنبحث فيه تقدير التعويض والتأمين من المسؤولية.

الفرع الأول

التعويض

لا شك أن ثمة أهمية كبيرة لركن الضرر في المسؤولية عموماً فهي تدور معه وجوداً وعدماً، تخفيفاً وتشديداً، ويتجلى ذلك في المسؤولية المدنية خصوصاً، فهي التزام بالتعويض، والتعويض يقدّر بقدر الضرر.

وإنَّ القاعدة الاساسية في موضوع المسؤولية الطبية هي انه لا يمكن الحكم بالتعويض الا اذا كان هناك ضرر، فهو واجب الوجود ، وأمر غير مختلف عليه[1] .

والضرر هو مساس بحق من حقوق الإنسان أو بمصلحة مشروعة له، والحقوق هذه لا تقتصر على أضرار الجسد المادية، بل انها تشكل كل حق يخول صاحبه سلطة أو مزايا او منافع

([1]) Charle J. Lewes, Medical Negligenes, 1988, P 110.
. وانظر د. علي عصام غصن ، الخطأ الطبي، مصدر سابق، ص١٧٦.

يتمتع بها في حدود القانون ، فلكل إنسان الحق في الحياة، وفي سلامة جسده، او استقراره النفسي، فان وقع الاعتداء على حق من هذه الحقوق، فإن الضرر ينتج عن وقوعه، كما أن هناك أضراراً تصيب النفس او تكون بسبب تفويت فرصة، فيقع الضرر في ثلاث صور، فقد يكون ضرراً مادياً، او ضرراً أدبياً، ويمكن ان يكون نتيجة لتفويت الفرصة في الشفاء أو الحياة.

وفي جميع الاحوال يشترط في الضرر أن يكون محقق الوقوع، بأن أدى الإخلال إلى إضرار حاصل بمصلحة الدائن كما لو أدى إلى خسارة مادية أو الإساءة إلى سمعة الدائن، ولا يقتصر الضرر المحقق على الضرر الحال فقط، بل يتعداه إلى الضرر المستقبلي الذي لم يقع بعد متى كان وقوعه محققاً أما الضرر الاحتمالي فإنه لا يعد كافياً لقيام مسؤولية المدين بالالتزام العقدي والحكم عليه بالتعويض[١] ، كما يجب ان يكون ماساً بالمريض المتضرر ذاته، اي يكون شخصيا لمن يطالب بالتعويض عنه، فالتعدي بأتلاف عضو أو أحداث جرح أو أصابه الجسم بأي أذى هو ضرر مادي من شأنه أن يفقد المصاب مورد رزقه بسبب الإصابة وقد يصاب بعجز كلي أو جزئي يؤثر في قدرته على العمل مما يجعله عاله على أسرته، اذ يخل العجز بقدرة الشخص على الكسب أو يحمله نفقات العلاج [٢] ، كذلك يجب إن يكون الضرر قد أنصب على حق للمدعي أو مصلحة مشروعة له، فالإخلال بمصلحة غير مشروعة لا يعد ضرراً لذلك لا يستحق المضرور التعويض عما لحقه من الضرر [٣] ، ويجب في الضرر ان لا يكون قد سبق التعويض عنه[٤] ، وان يكون مباشرا ومتوقعاً [٥] ، اذ لا تعويض في المسؤولية العقدية عن الضرر غير المتوقع الا اذا ارتكب المدين غشا او خطأً جسيماً، فيسأل عن الضرر المباشر كله متوقعا او غير متوقع[٦] .

واستنادا الى القاعدة العامة في التعويض والتي اشار اليها المشرع في المادة (١٦٩) من القانون المني العراقي، والتي نصّت على أنه: ((اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد او بنص في

---

(١) قضت محكمة التمييز العراقية في قراراها المرقم (٣٠١)/ مدنية أولى/٧٣ بتاريخ ١٩٧٤/٣/٦، بعدم جدارة الضرر الاحتمالي بالتعويض ، منشور في النشرة القضائية، العدد الأول، السنة الخامسة، ص٦٠.

(٢) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات ، ج٢، مصدر سابق ، ص ١٣٤. د . عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق، ص٣٠. د. حسن زكي الابراشي ، مصدر سابق، ص١٨٥

(٣) د. عبد المجيد الحكيم واخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مصادر الالتزام ، ج١، مصدر سابق ، ص ٢١٤. أ. جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، المصادر الإرادية الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٤ ، ص ٤٤ .

(٤) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص٢٣٢.

(٥) في قرار اصدرته محكمة النقض الفرنسية قضت فيه المحكمة بأن الطبيب مسؤول عن الاضرار التي لحقت بالمريض اذا ثبت انه لم يخبر المريض بمخاطر العملية الجراحية المتوقعة، قرار المحكمة بالرقم ١٠-٢٢٧٧٤ الصادر في ٢٠١١/٣/٢٣ منشور على الرابط https://t.me/yy66885utu

(٦) نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي على : ((فاذا كان المدين لم يرتكب غشا او خطا جسيما فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل او كسب يفوت.))، وهي تقابل المادة (٢/٢٢١) من القانون المدني المصري .

القانون فالمحكمة هي التي تقدره))، ففيما يخص الاتفاق على قيمة التعويض بالنص عليه، فإننا لم نجد صورة لهذا النوع من الاتفاق على التعويض عندما يبرم المريض عقده مع المستشفى لأغراض العلاج فيه، بل ان المستشفيات لا تسمح بفرض اي نوع من الشروط الجزائية في حال اصاب المريض ضررا ما، او عدم التزامها بتنفيذ العقد، اما التعويض المنصوص عليه في القانون فلأن المشرع العراقي لم ينظم المسؤولية الطبية ضمن نصوص خاصة تضمن فيها حقوق المرضى من اخطاء المستشفيات، ولا حتى ضمن القوانين ذات الصلة[1] ، فلا يبقى اذن سوى التعويض الذي يقدره القاضي والذي يتناسب مع حجم الضرر سواء أكان ضررا ماديا ام ضررا ادبياً، او يحكم بتعويض ملائم عن ضياع وتفويت فرصة الشفاء او الحياة، وهو ما سيكون مضمون دراستنا في هذا الفرع.

أولاً- الضرر المادي والضرر الأدبي والتعويض عنهما:

إنّ العنصر الأساس في قيام المسؤولية المدنية هو الضرر، والضرر بصورة عامة يعرف بأنه: ((الاذى او التعدي الذي يصيب حق او مصلحة مشروعة لشخص)) [2]، والأذى الذي يلحق بالمريض الدائن جراء اخلال المستشفى بعقد الاستشفاء الطبي أما أن يصيب الجانب المالي فيكون عندئذ ضرراً مادياً، أو يصيب الجانب المعنوي كالسمعة والشرف والعاطفة والمشاعر فيكون عندها ضرراً أدبياً، او يصيب الاثنين معاً، وسوف نبين في هذه الفقرة حق الدائن المضرور بالتعويض عن الضرر المادي والضرر الادبي وكمايأتي:

١- الضرر المادي: هو كل أذى يصيب الإنسان في ماله او جسمه او في عنصر من عناصر ذمته المالية[3] ، والضرر الطبي المادي هو الضرر الذي يمثل اخلالا بحق المريض المضرور وهذا الحق هو حق سلامة حياته كإزهاق الروح او سلامة جسمه كإحداث عاهة مستديمة أو تعطيل حاسة

---

(1) مثل قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦ النافذ، قانون تأسيس المؤسسات الصحية الخاصة الاتحادي رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٥ النافذ، قانون الصحة العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١ النافذ، دليل الاخلاقيات الطبية في المؤسسات الصحية العراقية لسنة ٢٠١٨.

(2) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص ٢٣١، والضرر في إطار المسؤولية العقدية هو ما يلحق الدائن من أذى جراء إخلال المدين بالتزامه العقدي.

(3) د. عبد المجيد الحكيم واخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص١٦٧، وتجب الملاحظة الى ان البعض من الفقهاء في تعريفهم للضرر المادي، فإن تعريفهم لم يكن جامع لأنواعه (المالي والجسدي) وانما اقتصروا في التعريف على ذكر الضرر الذي يصيب نقص او خسارة في مال المضرور، فقد ذكر الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي في تعريف الضرر المادي بأنه ((كل اذى يصيب الانسان فيسبب له خسارة مالية في امواله، سواء أكانت ناتجة عن نقصها أم عن نقص منافعها، أم عن زوال بعض أوصافها، ونحو ذلك من كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها التي كانت عليها قبل حدوث الضرر))، انظر مؤلفه التعويض المادي عن الضرر الادبي او المادي غير المباشر الناتج عن الجناية او الشكوى الكيدية، الدورة الثانية والعشرون للمجمع الفقهي الاسلامي المنعقدة في مكة المكرمة، ص٥. كذلك عرّفه الدكتور حسن علي ذنون في المبسوط بانه: ((الأذى الذي يلحق خسارة مالية للمضرور فيؤدي الى نقص في ذمته المالية))، انظر مؤلفه المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، ج١، شركة التايمز للطبع والنشر، بغداد، ١٩٩١، ص ١٥٨.

أو إنقاص لقوى الجسم أو العقل[١] ، وإنَّ المساس بسلامة جسم المريض أو إصابته يترتب عليه خسارة مالية تتمثل بنفقات العلاج وإضعاف القدرة على الكسب أو حتى انعدام القدرة أصلاً[٢] .

وللضرر المادي صورتان، هما :

أ- ضرر مالي: وهو الذي يمس مال الإنسان والخسارة التي لحقت بمصالح ذات صفة او قيمة مالية او اقتصادية ، وهذا الضرر لا يصيب اموال المعتدى عليه مباشرة ، وانما يتجلى الضرر في الاصل بخسارة تحصل او مصاريف تبذل، كالنفقات العلاجية، او الحاجة الى استخدام ممرض في المنزل لمتابعة المريض، فخطأ ما قد يكلف الشخص المضرور نتيجة ذلك اضعاف ما يتقاضاه الطبيب مرتكب الخطأ، فعلى سبيل المثال على المريض ان يحتفظ بالفواتير الطبية، وذلك لأجل تقديمها الى المحكمة كدليل على ما بذله من اموال ومصاريف تكبدها جراء الخطأ الطبي[٣] .

ب- ضرر جسدي: هو الاذى الذي يقع على جسم الانسان فيسبب له ضررا ماليا او معنويا وهو على صورتين، اما ان يكون ضرراً جسدياً مميت يعطل جميع وظائف الجسم ويفضي الى الموت[٤]، ومن التطبيقات العملية له حالة لو تأخر واهمل الجراح اثناء العملية الجراحية عن اسعاف المريض بتزويده بالدم اثر تعرضه للنزف المفاجئ ما اودى بحياته، او ضرر جسدي غير مميت، فيتسع الضرر هنا ليشمل الاعتداء المتمثل بالإصابة وما يترتب عليها من عجز جسماني، كإتلاف عضو من اعضاء الجسم او الانتقاص من وظائفه، او احداث جراح يترتب عليها تشويه وندب ، أو عجز عن العمل ، أو تتسبب في ضعف الكسب والمعيشة فلا يعود بإمكان المتضرر العمل كما كان في الماضي وتضعف قوته الانتاجية[٥] .

ويتسع الضرر الجسدي ليشمل التعويض عنه ثلاثة عناصر هي:

١- الاعتداء ذاته المتمثل في الإصابة وما يترتب عليها من عجز جسماني دائم أو مؤقت، أو فقد للحياة[٦] .

---

(١) د. محمود زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية (المدنية والجزائية) ، مطبعة خالد بن الوليد، دمشق، ١٩٩٩، ص٢٢٦.

(2) Smith and Keenan English Law, Ninth Edition, London , 1989, P: 341.
وانظر كذلك د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص٢٤٦.

(٣) د. علي عصام غصن ، الخطأ الطبي ، مصدر سابق، ص١٧٨.

(٤) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ، ص٢٣١.

(٥) أ. د. وهبة مصطفى الزحيلي، مصدر سابق، ص٥؛ د. علي عصام غصن، الخطأ الطبي، مصدر سابق، ص١٧٧.

(٦) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية- دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت ، ١٩٩٥، ص٦٩؛ فريدة عميري ، مصدر سابق، ص٥٢ .

٢- الضرر المالي المتمثل في الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاته بسبب الإصابة، ومن ذلك النفقات الطبية والعلاجية، وتلف الأموال والامتعة، ونفقات تجهيز المتوفَّى ودفنه ومصروفات جنازته ومأتمه، طالما تمت الوفاة بسبب الحادث[١] .

٣- الضرر غير المالي، أي الأضرار الأدبية التي تترتب على الإصابة، ومن أهم تطبيقاتها الآلام البدنية والنفسية التي يقاسي منها المصاب ، والضرر المتمثل في الحرمان من متع الحياة والعيش بهناء، أو الضرر الذي يصيب النواحي الجمالية في الإنسان كالتشوه ونحوه، وايضا الضرر المتمثل في الحرمان من القدرات والإمكانات التي لم تظهر بَعْدُ لدى الأطفال والشباب صغار السن، وهو ما يمكن تسميته بالضرر الذي يصيب الأحداث والشباب في مستقبلهم والذي يتعلق بآمالهم وتطلعاتهم المستقبلية[٢] .

٢- الضرر الأدبي: قد لا يكون الضرر الناتج عن اخلال المستشفى الخاص بتنفيذ التزامه بعقد الاستشفاء الطبي ضررا ماديا يصيب حقا ماليا للدائن (المريض)، وانما يكون ضرراً يصيبه بشعوره او احساسه بالنقص وضعف القدرة، او قد ينعكس الضرر الادبي على عائلة المريض كما لو كان هو من يعيلهم، فيوصف بانه ضرر ادبي، إذ لا يمس الجانب المالي من ذمة الدائن، وانما يصيب الجانب المعنوي منها .

ويعرف الضرر الأدبي بأنه: ((الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله وإنما في مصلحة غير مالية)) [٣] ، ويعرّفه آخر بأنه ((الضرر الناتج عن التعدي على الغير في حريته أو في عرضه أو شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي)) [٤] ، إذن فهو الاذى او التعدي الذي يصيب الحق او المصلحة المشروعة ويسبب الما للمتضرر يمسه في سمعته او شرفه او كرامته او مشاعره وعاطفته او مكانته الاجتماعية[٥] .

---

(١) د. جمال زكي، مشكلات المسؤولية المدنية ، مصدر سابق،ص١٨٤.

(٢) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، مصدر سابق، ص٧٠.

(٣) د. منذر الفضل، الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، المجلد السادس، العددان الاول والثاني، ١٩٨٧، ص٢٥٥. كما عرفته محكمة التمييز العراقية في قرارها المرقم ٢٥/م١/١٩٧٩ بتاريخ ١٩٨٠/٢/٢٦ بأنه: ((الأذى الذي يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو أي معنى من المعاني التي يحرص الناس عليها))، اشارت اليه رواء كاظم راهي، مصدر سابق، ص ٩٧.

(٤) د. جمال مدغمش ، الضرر المعنوي في قرارات محكمة التمييز الأردنية حتى عام ١٩٩٦ ، مطابع دائرة المكتبة الوطنية ، عمان ، ١٩٩٦ ، ص ٣٩ .

(٥) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص٢٣٢، ويذهب الدكتور السنهوري إلى القول بأن الضرر الأدبي يمكن إرجاعه إلى الحالات الآتية : ١- ضرر أدبي يصيب الجسم كالآلام الناجمة عن الجروح والتشويه الذي يرتكه المتضرر الفعل الضار جسم، ٢- ضرر أدبي يصيب الشرف والاعتبار، كالقذف والسب وهتك العرض وإيذاء السمعة والاعتداء على الكرامة، ٣- ضرر أدبي يصيب العاطفة والشعور، مثل الأعمال التي تمس معتقداته الدينية، ٤- ضرر أدبي يصيب الشخص من مجرد الاعتداء على =

وقد تباينت التشريعات في موقفها بين من لم يميز طبيعة الضرر الذي يجب التعويض عنه وبين من اقر التعويض عن الضرر الادبي صراحة وبين من تجاهل التعويض عن هذا الحق، فالمشرع الفرنسي لم يتعرض بشكل مباشر الى تعويض الضرر الادبي ، فلم يرد فيه نص خاص يؤيد التعويض عنه او ينفيه، فقد جاء بنص عام من خلال المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي على ان: ((كل فعل يحدث ضررا بالغير يلزم فاعله بتعويض هذا الضرر))، الا ان اغلب الفقه[١] ذهب الى ان اصابة الدائن بالضرر المعنوي يكفي لمسائلة المدين المخل بالتزامه، كذلك ذهب قضاء محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٩ نوفمبر ٢٠٠٩ الذي اكدت فيه على أهمية قيام الطبيب بتبصير المريض عن المخاطر الطبية التي قد يتعرض لها خلال العملية الجراحية، فبعد أن أجرى المريض عملية جراحية في الشريان السباتي تعرض هذا الأخير لنزيف ومن ثم لشلل نصفي؛ إذ لم يبلغه الطبيب بمخاطر وعواقب هذا التدخل؛ لذلك فإن الطبيب يتحمل المسؤولية عن الأضرار التي نتجت عن عدم تبليغه بالمخاطر الطبية التي تعرض لها، والتي تعد ضرراً مستقلا عن الضرر الجسدي الذي تعرض له ، لكن عند حساب التعويض عنه فإنه يدخل كعنصر من عناصر الضرر النهائي[٢] .

اما القانون المدني المصري فقد جاء بحكم قاطع بشأنه، اذ نصت الفقرة الاولى من المادة (٢٢٢) على أن: ((يشمل التعويض الضرر الادبي ايضا ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة ان ينتقل الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق او طالب الدائن به امام القضاء))، وهو بذلك اقر التعويض للمضرور عما يصيبه من اضرار ادبيه نتيجة الخطأ الطبي.

ولم يرد في القانون المدني العراقي نص بشأن التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية، وهو خلاف ما اقره صراحة بالتعويض عنه في نطاق المسؤولية التقصيرية من خلال ما جاء به في المادة (٢٠٥) مدني عراقي [٣] ، ولم يكن المشرع العراقي موفقا في ذلك، اذ لا يوجد مبرر مقنع لقصر التعويض عن الضرر الادبي على المسؤولية التقصيرية دون العقدية، وخير مثال لذلك فيما لو قام الطبيب او القائم بالعمل الطبي بإفشاء اسرار المريض الخاصة، فإنه يستحق بذلك التعويض عن الضرر الادبي وما تسبب له من اذى في شعوره واعتباره او مركزه الاجتماعي؛ لأنّه

=حق ثابت له كالدخول في ارض الغير رغم معارضة المالك، أنظر مؤلفه ، الوسيط في القانون المدني الجديد، مصدر سابق، ص٩٨١.

(1) Henri et leon - jean mazeaud lecons de droit civil 1966 ,p: 345

(2) CASS.CIV 9NOVEMBRE.2009 N.

القرار منشور على الموقع الالكتروني: https://WWW.ligafrance.gouv.fr

(٣) نصت المادة المذكورة في فقرتها الاولى على: ((١- يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك، فكل تعد على الغير في حريته او في عرضه او في شرفه او في سمعته او في مركزه الاجتماعي او في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولا عن التعويض)).

اخلال بالتزام مصدره عقد الاستشفاء الطبي ،ولذلك يجدر بالمشرع العراقي تعديل المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي[١] ، ليشمل التعويض عن الضرر المادي والادبي في المسؤولية العقدية، او النص على التعويض عن الضرر الادبي ضمن اثار الالتزام، فأيّاً كان نوع الضرر ينبغي وفقاً لمبدأ التعويض الكامل للضرر أن يكون التقدير موضوعياً بحيث يوصف التعويض بأنه معادلاً أي جابراً لكل عناصر الضرر الذي لحق المضرور، وهو الامر الذي دعا اليه غالبية الفقهاء بتأييد التعويض عن الضرر الادبي في دائرة المسؤولية العقدية[٢] ، وهوموقف القضاء العراقي كذلك، إذ لم تتردد محكمة التمييز في الحكم بالتعويض عن الضرر الادبي متى ما كان تقديره عادلا وغير مُغالى فيه، ولو كانت المسؤولية المتحققة عقدية[٣] .

ونشير في هذا الخصوص الى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل الذي اكد فيه على توفير ضمانة للمريض للحصول على التعويض الكامل عن الضرر ماديا كان ام معنوياً، إذ أصدر القرار رقم (٨٥) في ٢٠٠١/٣/٢٥[٤] ، والذي اقر تعويض المريض عن الضرر المادي والمعنوي بالنص صراحة على ذلك في البند الثاني الذي جاء فيه: ((اذا رفض المستشفى تحمل نفقات علاج المريض خلافاً لأحكام البند اولاً من هذا القرار فللمريض اقامة الدعوى لدى المحكمة المختصة للحصول على تعويض مناسب عن الاضرار المادية والمعنوية التي لحقته)).

إنَّ في تحقق الضرر للدائن المتضرر يتعين على القاضي الحكم بالتعويض وفقما يراه مناسبا من طرق التعويض وبما يتلاءم مع نوع الضرر(مادي ام معنوي) وآلية جبره، فيحكم بالتعويض العيني ، او التعويض بمقابل(نقدي أو غير نقدي)، فأي الطرق سيكون ملائما للتعويض عما يصيب المريض المتضرر من خطأ المستشفى؟

---

(١) نصت المادة المذكورة على: ((١- اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد او بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره. ٢- ويكون التعويض عن كل التزام ينشا عن العقد سواء كان التزاما بنقل ملكية او منفعة او اي حق عيني اخر او التزاما بعمل او بامتناع عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه او بسبب التأخر في استيفائه بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام او لتاخره عن الوفاء به. ٣- فاذا كان المدين لم يرتكب غشا او خطا جسيما فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل او كسب يفوت)).

(٢) حسن حنتوش رشيد الحسناوي، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية- دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص٦٩. د. انور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص٢٦١. د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصدر سابق، ص٣٠١. د. رمضان ابو السعود ود. همام محمد محمود زهران، مبادئ القانون، المدخل للقانون والالتزامات، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص٤٨٢. د. عبد القادر الفار، مصدر سابق، ص١٤٤.

(٣) قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٧٤٣/ح/١٩٦٩ في١٩٦٩/١/١٣، قضاء محكمة التمييز المجلد ٩٦٩/٦، ص٣٢٠ اشار اليه: د. منذر الفضل، الضرر المعنوي في المسؤولية المدينة ، ط ١، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد، ١٩٩٠، ص ٦٧ .

(٤) منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٣٨٧٣ في ٩/ نيسان /٢٠٠١.

للإجابة على ذلك، سنشير أولاً الى ما ذهب اليه الفقه بأن مفهوم التعويض العيني يتجسد بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر أي إزالة الضرر الذي لحق بالمضرور وإعادته إلى ذات الحالة التي كان عليها وكأن الضرر لم يحدث[١] ، وهو غير التنفيذ العيني الذي يحصل قبل الاخلال بالالتزام، فالتعويض العيني يحصل بعد الاخلال بالالتزام، ولا يلجأ إليه إلا إذا تعذر إجراء التنفيذ العيني [٢] ، وان الحكم بالتعويض العيني ، يتوقف على نوع وطبيعة الضرر المراد جبره، فإذا كان الضرر الذي اصاب الدائن ماليا ، فلا يتعارض مع فكرة التعويض العيني في حدود ما امكن اعادته الى ما كان عليه ، فيلزم بتعويض المتضرر بمثل الشيء الهالك او التالف اذا كان مثليا.

اما في حالة الضرر الجسدي والذي يمثل الجانب الاكبر من الاضرار التي تصيب المريض سواء كان خطأ المستشفى قد سبب الاصابة بعجز موقت او دائم او حتى تكون نتيجة هذا الخطأ الوفاة، فعلى الرغم من ان جانب من الفقه اجاز التعويض عينا عن الضرر الجسدي عن طريق الاتفاق بين المسؤول والمضرور او عن طريق القضاء، وذلك بالإفادة من التطور العلمي الحاصل في مجال الطب والتقنيات الحديثة في الجراحة العامة و نقل الاعضاء البشرية، كزراعة احد الاعضاء لمن يفقد اعضاءه مثل زراعة الكلية، او الاسنان، او حتى ازالة تشوه حاصل نتيجة جراحه خاطئة فيتم ترميمها بجراحة تصحيحية اخرى[٣] ، الا ان جانباً اخر من الفقه يجد استحالة التعويض عيناً وبصورة مطلقة، فمن تبتر ساقه أو تفقأ عينه فكيف يعوض عيناً، وكذلك من سببت له الإصابة عجزاً دائمًا كلياً أو جزئيًّا ولا يعلم في أي وقت يموت، فكيف يعوض عيناً[٤] ، إذ ان الاعضاء التي تتم زراعتها تكون قاصرة عن اداء وظيفتها الجسدية التي كان يقوم بها العضو

---

(١) د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق، ص٤١١. د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية ، ج١، مصدر سابق، ص٤٩.

(٢) د. سعدون العامري، تعويض الضرر، مصدر سابق، ص١٤٩. وانظر بهذا الصدد رأي الدكتور السنهوري، اذ لم يميز بين التعويض العيني والتنفيذ العيني في الجزء الاول من مؤلفه الوسيط ص٩٦٦ ، الا انه عاد وميز بينهما انظر: مؤلفه الوسيط، ج٢، مصدر سابق، ص ٧٩٨. وذهب الى الرأي نفسه : د. حسن الذنون، المبسوط، الضرر، مصدر سابق، ص٢٧٩.

(٣) د. حسام الدين الاهواني، النظرية العامة للالتزام، مصادرالإلتزام- المصادر غير الارادية، القاهرة، ١٩٩٨، ص١٤١. د. أحمد محمود سعيد، زرع الاعضاء بين الحظر والاباحة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص١٢٣. د. محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص٣٥.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١، مصدر سابق، ص٨٥٨. د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، مركز البحوث القانونية وزارة العدل ،بغداد، ١٩٨١، ص١٤٨.

الاصلي الذي فقد بسبب الاصابة الجسدية، وان العضو البديل لن يحقق التعويض العيني والذي يتمثل بإعادة المتضرر الى الحالة التي كان عليها قبل حصول الضرر الجسدي[١] .

وفي هذا الصدد علق أحد الفقهاء الفرنسيين قائلاً: ((إن جسم الإنسان لا يتم إصلاحه كما في الأشياء، لأن المتضرر يتعرض دائماً لمخاطر عدم الشفاء أو الشفاء الناقص ما يستوجب معالجته حتى بأغلى الأجور)) [٢] .

ويذكر ان لكل رأي وجهته وحججه التي يستند اليها [٣] ، والتي لا يتسع ذكرها في اطروحتنا عن عقد الاستشفاء، الا اننا نتفق مع الراي القائل بعدم إمكانية تعويض الاضرار الجسدية تعويضا عينياً، بل انه لامجال لفكرة التعويض العيني، ونرى ان هناك اما تنفيذا عينيا وهو الذي يكون قبل وقوع الضرر، او التعويض بمقابل(نقدي او غير نقدي)، على ان الاصل في التعويض ان يكون نقديا، والمعنى المتقدم يتجسد بنص المادة (٢/٢٠٩) من القانون المدني العراقي التي تنص على: ((ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض))، ويبدو ان الفقه قد خلط بين مفهوم التعويض العيني وحالة اعادة الحال الى ما كانت عليه، وهو ما عدّه احدى صور التعويض بمقابل، فقد عرف البعض التعويض العيني بأنه: ((الحكم بإعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل ان يرتكب المسؤول الخطأ الذي ادى الى وقوع الضرر))[٤] ، وحيث ان التعويض هو الجزاء العام عن قيام المسؤولية المدنية لتوافر اركانها، وان ليس للالتزام مهما كان مصدره الا محل واحد محدد هو اداء عين ما التزم به المدين، أي تنفيذ الالتزام طوعا او جبرا بما يتفق وطبيعة الالتزام [٥] ، فالتنفيذ العيني هو الزام المدين بعين ما التزم به من دون زيادة او نقصان، وان مصطلح (التعويض العيني) يقصد به اداء عين ما التزم به

---

(١) هويدا عبد الله ابراهيم الغافلي، المسؤولية المدنية الناشئة عن غش الادوية –دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٥، ص١٦١.

(2) Max Leroy – Levaluation de prejudiee corporel , Paris,1976, p: 23.

(٣) ينظر تفصيلا في تلك الاراء نصير جبار لفته، التعويض العيني، دراسة مقارنه ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون –جامعة النهرين، العراق، ٢٠٠١، ص٢٠ وما بعدها .

(٤) يذكر الدكتور السنهوري في ذلك انه لا يبقى من الاخلال او العمل غير المشروع سوى الذكرى ، انظر مؤلفه الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ج١، مصدر ساق، ص٩٦٦. كما تبنى هذا التعريف كلا من د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، القسم الاول في الاحكام العامة ، الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، مصدر سابق، ص٥٢٧. د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، ج١، مصدر سابق، ص٢٧٨. د. جلال علي العدوي، مصدر سابق، ص٤٨٧

(٥) د. منذر الفضل، الوسيط، مصدر سابق، ص٤٦٤.

المدين[١]، فإذا ترتب الالتزام في ذمة شخص وجب عليه الوفاء بذات الالتزام الذي تعهد به أياً كان محله [٢] ، وإذا استحال عليه تنفيذ الالتزام عيناً، يصار الى التعويض[٣] ، وتعريف التعويض هو أنه مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل المنفعة التي كان سينالها الدائن فيما لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يوجبه حسن النية تقتضيه الثقة في المعاملات[٤] ، وفي التعويض فأن للقاضي وماله من سلطة تقديرية يحقق الجبر الكامل للضرر، ويقدر التعويض وطريقته وفقما يراه متناسبا مع الضرر، دون زيادة او نقصان، ومهما كان تقدير التعويض كاملا ويغطي عناصر الضرر، فإنه لا يصل الى ذات الشيء وعينه الذي التزم به المدين او جبر الضرر الذي اصاب الدائن، بمعنى ان فكرة التعويض العيني هو تنفيذ عيني بمفهوم التنفيذ العيني، فلا يوجد تعويض عيني، بل كل تعويض هو اما تعويض بمقابل او تعويض نقدي، فالفقرة الثانية من المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي قضت بشرط استيفاء التعويض بان يكون النتيجة الطبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام: ((٢- ويكون التعويض عن كل التزام ينشا عن العقد سواء كان التزاما بنقل ملكية او منفعة او اي حق عيني اخر او التزاما بعمل او بامتناع عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه او بسبب التأخر في استيفائه بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام او لتأخره عن الوفاء به)).

اما اذا وقع الضرر واصبح بالإمكان التعويض عنه برد الحال الى ما كانت عليه قبل وقوعه، فهنا نكون امام احدى صور التعويض غير النقدي (التعويض بمقابل) وهي ما ذكرناه اولا، وثانيا الحكم بأداء امر معين، ورد المثل في المثليات ثالثاً.

ولهذا فان مجال التعويض عن الاضرار الجسدية هو التعويض بمقابل (نقدي او غير نقدي)، ووفقاً لما يراه القاضي ملائما للضرر الحاصل ويغطيه، فمثلا لو نسي الطبيب اثناء الجراحة قطعة من الشاش في جسم المريض فإن القاضي بناء على الضرر الحاصل سيأمر بإعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، وهو ازالة تلك القطعة بعملية جراحية اخرى ، ولكن من الطبيعي ان يصاحب اجراء العملية نفقات ومصاريف وقد يكون المريض اساسا قد انفق مالا بمراجعة الاطباء قبل ان يكتشف وجود قطعة الشاش في جوفه، لذلك يكون جزءاً منه تعويضا نقدياً، إذ ان مجرد الحكم بتعويض بمقابل غير نقدي قد لا يكون كافيا لجبر الضرر الحاصل، بل لمواجهة

---

(١) عين الشيء: أي نفسه، ذاته، ومنه الدرهم عينه، أي ذاته ، وتستعمل للتوكيد: جاء القوم اعينهم - أي نفسهم، وكنا في المكان عينه ، معجم المعاني الجامع .

(٢) د. عبد المجيد الحكيم واخرون، القانون المدني واحكام الالتزام، ج٢، مصدر سابق، ص١١.

(٣) نصت المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي على : ((اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، مالم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه)).

(٤) د. عبد المجيد الحكيم واخرون ، القانون المدني واحكام الالتزام، ج٢، مصدر سابق، ص٤٣.

أي تغير فيه مستقبلا[1] ، ولاسيما في ضوء الاضرار الجسدية الناشئة عن الخطأ الطبي، لذلك غالبا ما يجتمع مع التعويض النقدي، والذي يكون بدوره على عدة صور، فقد يكون بصورة مبلغ إجمالي يقوم بدفعه الطبيب أو المشفى الخاص على شكل دفعة واحدة، أو قد يكون على شكل أقساط تبعاً لظروف المدين، أو قد يأخذ صورة مرتّب دوري يُدفع للمتضرر لمدة معينة يقررها قاضي الموضوع، أو قد يكون مدى الحياة[2] ، كما قد يلزم المشفى الخاص بردّ ما تم أخذه من مبالغ نقدية من المريض المتضرر ويجري ذلك الحكم في حال رفض الطبيب أو المشفى الخاص تنفيذ التزاماتهم تجاه المريض[3] .

ثانيا- التعويض عن تفويت فرصة الحياة أو الشفاء:

ان ما توصل اليه الفقه والقضاء ، لاسيما في فرنسا في التعويض عن الضرر، هو انه اذا كان الحرمان من الكسب الاحتمالي ذاته يمثل ضرراً احتماليا لا يكفي اساسا للتعويض، فإن الحرمان من فرصة تحقيق هذا الكسب يمثل ضررا محققا يجب التعويض عنه[4] ، إذ ان تفويت فرصة الكسب وان كان في ذاته ضررا محققا، الا ان هذا الضرر المحقق يستند في وجوده وفي التعويض عنه الى كسب احتمالي، فان انعدم احتمال الكسب، انعدمت الفرصة، وان وجد احتمال

---

(1) د. حسن حنتوش الحسناوي ، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، مصدر سابق، ص٨٢.

(2) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ج١، مصدر سابق، ص٨٣٠، وقد نصت المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي على: ((١- تعين المحكمة طريقاً للتعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض أقساطاً أو إيراداً مرتباً ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأميناً.

(3) الهيثم عمر سليم، المسؤولية المدنية عن أضرار البدائل الصناعية الطبية، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، ٢٠٠٦، ص٥٩٣.

(4) انظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ج١، مصدر سابق، ص٨٦٢. كما ان أول تطبيق لفكرة التعويض عن مجرد فوات الفرصة هو عندما قبلت دائرة العرائض لمحكمة النقض الفرنسية، منذ عام ١٨٨٩، والدائرة المدنية لنفس المحكمة عام ١٩١١، اذ قضت بأن الحرمان من إقامة دعوى أمام القضاء نتيجة خطأ المحامي يكون ضرراً حالاً ومحققاً يستوجب المسؤولية التعاقدية لهذا المحامي والزامه بالتعويض، ثم امتد هذا القضاء ليشمل كافة حالات فوات الفرصة الأخرى، طالما تحققت شروطها، فاعترفت محكمة النقض الفرنسية بفوات الفرصة في سباقات الخيل، وفي مجال الترقي والوظيفة والمجال الطبي وغير ذلك من المجالات، كذلك القضاء المصري فقد اخذ بتعويض تفويت الفرصة، وفي ذلك تقرر محكمة النقض المصرية إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً أو مجرد أمل فإن تفويتها أمر محقق وأن القانون لا يمنع من أن يحسب في الكسب الفائت الذي هو عنصر من عناصر التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه، مادام هذا الأمل له أسباب معقولة، اشار الى ذلك د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض تفويت الفرصة، القسم الثاني، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، الكويت، ١٩٨٦، ص١٥٠. اما على صعيد الاجتهاد القضائي في مسألة فوات الفرصة في المجال الطبي كان اول ما حكمت به محكمة النقض الفرنسية سنة ١٩٦٥، حيث حكمت بالتعويض على اساس فوات فرصة الشفاء والعلاج، وتلت بعد ذلك عدة احكام وقرارات في هذا المجال تقضي بالحكم بالتعويض للمريض على تفويت الفرصة كضرر محقق يستوجب التعويض عنه، اشارت الى ذلك فريدة عميري، مصدر سابق، ص١٢٩.

للكسب وجدت الفرصة وتعين التعويض لمجرد ضياعها، فهو اعتراف للفرصة في ذاتها بقيمة موضوعية تتميز عن مجرد الامل، ما يستوجب الحرمان منها الحكم بالتعويض[١] .

فطالما كان لدى المتضرر امكانية كافيه او معقولة لتحقيق كسب معين، أي وجدت له فرصة لهذا الكسب، وكانت هذه الفرصة حقيقية وجدية، فان الحرمان منها يمثل ضرراً محققاً يتمثل في قيمة وأهمية هذه الفرصة، ومدى امكان تحقيقها للكسب [٢] ، فاذا كانت فرصة المريض في العيش تقدر بنسبة ٧٥% لو اجريت له العملية في وقتها، فان حرمانه من اجراء العملية يمثل ضررا محققا وهو حرمانه من الحياة بنسبة ٧٥%.

وعلى الرغم من خلو القانون المدني العراقي من نص خاص للتعويض عن تفويت الفرصة بعدّها ضررا محققا يصيب المتضرر الذي فاتت عليه تلك الفرصة، الا ان التعويض عنها هو تطبيق للقواعد العامة في المسؤولية المدنية وتعويض الضرر، لذلك يتعين توافر اركان المسؤولية الثلاث لكي يقوم الحق في التعويض عن الضرر المترتب على تفويت الفرصة، وهي: الخطأ أو الفعل الموجب للمسؤولية، ثم الضرر، وأخيراً علاقة السببية بين الخطأ والضرر[٣] .

ففي مجال المسؤولية الطبية يسأل الطبيب المعالج عن تفويت فرصة الشفاء على المريض، متى كان هذا الضرر محققاً، اذ ان هذا التفويت يمس الحق في فرصة لمحاولة اكتساب الشفاء او الحياة، ولا يمس الامل في اكتساب الشفاء او الحياة، وهو لذلك ضرر محقق، وأن كان اكتساب الشفاء أو الحياة محتملاً قد يتحقق له وقد لا يتحقق[٤] ، ولكن كان لهذا المريض امل في نيل تلك الفرصة، وان كانت مجرد امل في تحققها، فان الطبيب بخطئه او اهماله قد جعل هذا التحقق مستحيلاً[٥] ، وبعد ذلك يترك الأمر لتقدير قاضي الموضوع ، وهو الذي يقدر هذا الضرر، فينظر إلى أي حد كان احتمال تضرر الدائن ويقضي بتعويضه، لأن الأمر دقيق يتسع فيه مجال الاجتهاد، ويختلف فيه التقدير ويخضع غالباً لحكم وقائع القضية وتفاصيلها وهذا ما ينوط به إلى قاضي الموضوع[٦] ، ففي الكثير من الحالات يفقد المريض فرصة الشفاء من المرض أو فرصة البقاء في الحياة من دون أدنى خطأ من الطبيب المعالج او مساعديه، لأن هذه الفرص ترتبط إلى حد كبير

---

(١) د. يوسف زكريا عيسى ارباب، التعويض الناشئ عن تفويت الفرصة –احكامه وتطبيقاته في الفقه الاسلامي والقانون المقارن، دراسة مقارنة، الخرطوم، ٢٠١١، ص١٤٤. د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مصدر سابق، ص٨٣-٨٤.

(٢) د. ابراهيم دسوقي ابو الليل ، تعويض تفويت الفرصة، مصدر سابق، ص ١٤٩.

(٣) د. يوسف زكريا عيسى ارباب، مصدر سابق، ص١٣٢. د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، تعويض تفويت الفرصة، مصدر سابق، ص١٥٣.

(٤) د. جاسم العبودي، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص١١١.

(٥) د. احمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن خطأ الطبيب ومساعديه، مصدر سابق، ص٤٦٧.

(٦) د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مصدر سابق، ص١٠١.

بظروف تبتعد عن قدرة الطبيب، وتتصل بعوامل خارجية عنه، كنوع وطبيعة المرض الذي يشكو منه المريض، ومدى خطورته وخطورة ما قد يلزم اجراؤه من عمليات جراحية، وكذلك حالة المريض ذاته وقدرته على مواجهة المرض، او مدى تأصل المرض فيه، فالطبيب في هذا المجال يواجه مخاطر لم ينشئها، ولا يد له فيها، ويتحدد دوره في محاولة درء هذه المخاطر، وتخليص المريض أو المصاب منها، وكل ذلك في حدود قدرته، وعلى ضوء معطيات الظروف والامكانات التي يوجد فيها من حيث الزمان والمكان والاجهزة الطبية المتاحة له، والتي تختلف من حالة إلى أخرى، فضلا عن ذلك فإنه يجب الاعتداد بالأخطار العلاجية والطبية التي ترتبط بكل نوع من انواع العلاج والدواء، وكذلك الاعتداد بوسائل التقدم العلمي والطبي في المجالات المرضية المختلفة، كل هذه العناصر الواقعية المختلفة التي تقوم بدور ما في تقدير خطأ الطبيب، فإن لها بلا شك دورها وتأثيرها في تقرير التعويض عن فوات الفرصة في المجال الطبي؛ لذلك نجد أن القضاء يحرص ويهتم بإظهار خطأ الطبيب واهماله في العناية الطبية قبل قبوله لمبدأ التعويض عن فوات الفرصة[1] ، كما يجب على القاضي ان يقدر الضرر بان ينظر الى أي حد كان الاحتمال كبيرا في الكسب او الفوز الذي كان يمكن تحقيقه لو لم تضع تلك الفرصة ، كما يلزم عدم المبالغة في تقدير احتمال نجاح الفرصة [2] ، وهو الامر الذي ذهبت اليه محكمة التمييز العراقية في قرار لها قضت فيه ان: ((على المحكمة عند تقدير التعويض عن تفويت الفرصة ان تلتزم التحوط في التقدير))[3] .

ان ما نخلص اليه هو ان الفقه والقضاء قد اتخذا موقفاً واحداً من مسألة التعويض عن تفويت فرصة محققة وجدية، باعتبار ان هناك ضرراً محققاً اصاب المريض وفوت عليه فرصة الشفاء او البقاء على قيد الحياة.

الفرع الثاني

تقدير التعويض والتأمين من المسؤولية الطبية

إنّ تحقق المسؤولية المدنية الناشئة عن اخلال المستشفى بعقد الاستشفاء الطبي بثبوت اركانها، يترتب عليها الحكم بالتعويض عما لحق المضرور من اضرار مادية او جسدية أو معنوية، وان المحكمة في نظرها للدعوى المرفوعة امامها تضع بعين الاعتبار في تقدير التعويض ما اصاب المريض من خسارة لاحقة وكسب فائت، وفي اطار المسؤولية الطبية كثيرا ما يحصل ان

(1) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مصدر سابق، ص١٥٤.
(2) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص٢٩٥.
(3) القاضي ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز (القسم المدني)، بغداد، أشار اليه: د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص ٢٩٥.

الاصابة التي لحقت بالمريض تتغير أو إن المرض يستفحل عليه، الامر الذي يقتضي حساب التعويض عنه في الحكم النهائي، وقد لا يحصل المضرور على تعويض يجبر كل الضرر الذي لحقه لأسباب متعددة، وهذا ما دعا التشريعات المقارنة الى ضرورة الزام المستشفيات والقطاعات الصحية بالتامين من المسؤولية الطبية، ولتفصيل اكثر وضوحا لما ذكرناه سنبحث في تقدير التعويض في الفقرة اولاً ، ثم بيان التأمين من المسؤولية الطبية في الفقرة الثانية.

أولاً- تقدير التعويض:

تقضي القاعدة العامة في تقدير التعويض بوجوب تحقيق التناسب بينه وبين الضرر بحيث يقدر التعويض بقدر الضرر المباشر، فلا يقل عنه ولا يزيد عليه، والتي يميل جانب من الفقه إلى تسميتها بمبدأ التعادل بين التعويض والضرر[١] ، بينما يذهب جانب اخر الى تسميتها بمبدأ التعويض الكامل للضرر[٢] ، وبما أن جوهر المسؤولية المدنية هو إعادة التوازن الذي اختل نتيجة الضرر بأقصى ما يمكن من دقة، أو رد المتضرر وعلى نفقة المسؤول إلى الوضع الذي يكون فيه لو لم يقع الفعل الضار[٣] ، لذلك وجب ان لا يتجاوز التعويض قدر الضرر من ناحية ، ويتعين أن لا يقل عنه من ناحية أخرى .

فمبدأ التعويض الكامل يعني ان التعويض يجب ان يجبر الضرر الذي لحق المصاب جبرا كاملا، فمهما كان الضرر بسيطاً او الاصابة يسيرة يجب ان تعوض، ولكي يصل القاضي إلى التعويض الكامل للمتضرر، عليه أن يعوضه عن كل عناصر الضرر اذا كان التعويض عن ضرر مادي، وهي ما لحق الدائن من خسارة ماليه وما فاته من كسب، إذ يجب ان يكون تعويض كل عنصر من هذه العناصر كاملاً وشاملاً لما اصاب المتضرر[٤] ، فيلزم أن يقدر التعويض بشقيه تقديراً صحيحاً بأن يكون مساوياً لقدر وقيمة الضرر الذي لحق الدائن المتضرر[٥] ، والحقيقة ان على المحكمة ان تتثبت من عناصر التعويض، وهذا التثبت يعد مسألة قانونية، لذلك فهي تخضع

---

(١) للمزيد عن هذه القاعدة انظر د. محمد حسين عبد العال ، تقدير التعويض عن الضرر المتغير ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٠، ص١١ وما بعدها.

(2) Mazeaud et chabas,Traite theorique et pratique de La respon sabilite civil deictuelle et contractuelle,Tome III 69 emeed paris 1978,p: 708.

(٣) د. محمد حسين عبد العال ، مصدر سابق، ص١٣.

(٤) نصت المادة (٢/١٦٩) من القانون المدني العراقي على: ((ويكون التعويض عن كل التزام ينشا عن العقد سواء كان التزاما بنقل ملكية او منفعة او اي حق عيني اخر او التزاما بعمل او بامتناع عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه او بسبب التأخر في استيفائه بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام او لتأخره عن الوفاء به))، تقابلها الفقرة الاولى من المادة (٢٢١) من القانون المدني المصري، والمادة (١١٤٩) مدني فرنسي.

(٥) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص٤٨.

لرقابة التمييز بموجب المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي[١] ، التي تخضع لهذه الرقابة مسائل القانون والواقع معاً، اما في فرنسا ومصر، فتقتصر الرقابة لمحكمة النقض على مسائل القانون فقط، فاذا حكم القاضي بتعويض عن ضرر مادي يتعين عليه ان يحدد في حكمه عنصري هذا التعويض أي الخسارة اللاحقة والكسب الفائت وكذلك الاعتبارات التي يقوم عليها أي منها.

أما التعويض عن الضرر الأدبي فإنه لا يشمل هذين العنصرين، وانما يعد عنصرا قائما بذاته[٢] ، وقد ذهب القضاء في العديد من القرارات التي يؤكد فيها على ضرورة التقيد بمقدار الضرر لاسيما في حالة التعويض عن الضرر المعنوي، فقد ورد في قرار لمحكمة النقض المصرية بأنه يحق للقاضي في تقدير ما يراه مناسبا لتحقيق النتيجة المبتغاة ولو كان ضئيلاً[٣] ، كذلك محكمة التمييز العراقية، فقد اصدرت قرارا قضت فيه انه: ((يجب أن يتناسب التعويض مع الضرر الحقيقي وهو فترة العلاج وفترة الانقطاع عن العمل، فإن كان التعويض مغالى فيه جاز لمحكمة التمييز تخفيضه)) [٤] ، وفي قرار اخر ورد فيه بانه يجب ان يقدر التعويض الادبي بحدود معقولة وان لا يغالي فيه لكي لا يكون وسيلة للإثراء والاستغلال، ولان الحزن والألم لا يقومان بالمال والغاية من التعويض عنهما هي منح المتضرر ترضية مناسبة تجبر قدر الامكان ما اصابه من الم وحزن، وورد في قرار اخر ان الحكم المميز غير صحيح لان المحكمة اعتمدت تقرير الخبراء الذي لا يصلح ان يكون سببا للحكم بما تضمنه من مغالاة في تقدير التعويض الادبي لهذا السبب

---

(١) نصت المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي على: ((للخصوم ان يطعنوا تمييزا، لدى محكمة التمييز في الاحكام البداءة او المحاكم الشرعية، ولدى محكمة استئناف المنطقة في الاحكام الصادرة من محاكم البداءة كافة، وذلك في الاحوال الاتية: ١- اذا كان الحكم قد بنى على مخالفة للقانون او خطا في تطبيقه او عيب في تأويله. ٢- اذا كان الحكم قد صدر على خلاف قواعد الاختصاص . ٣- اذا وقع في الاجراءات الاصولية التي اتبعت عند رؤية الدعوى خطا مؤثر في صحة الحكم. ٤- اذا صدر حكم يتناقض حكما سابقا صدر في الدعوى نفسها بين الخصوم انفسهم او من قام مقامهم وحاز درجة البتات. ٥- اذا وقع في الحكم خطا جوهري.
ويعتبر الخطأ جوهريا اذا اخطأ الحكم في فهم الوقائع او اغفل الفصل في جهة من جهات الدعوى او فصل في شيء لم يدع به الخصوم او قضى بأكثر مما طلبوه او قضى على خلاف ما هو ثابت في محضر الدعوى او على خلاف دلالة الاوراق والسندات المقدمة من الخصوم او كان منطوق الحكم مناقضا بعضه لبعض او كان الحكم غير جامع لشروطه القانونية)).

(٢) د. عبد المجيد الحكيم واخرون، القانون المدني واحكام الالتزام ، ج٢، مصدر سابق، ص٥٧.

(٣) قرار محكمة النقض المصرية، رقم الطعن ١٣٦٨ س ٥٠ ق في ١٩٨٥/١/٨، اشار اليه د. عزالدين الديناصوري و د. عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق، ص٩٩٦.

(٤) قرار محكمة التمييز ٣٦٨/ تمييزية/٩٧٤ في١٩٧٤/٩/١١، النشرة القضائية، العدد ٣، السنة ١٩٧٤/٥-١٩٧٧، ص٢٥٧.

تقرر نقض الحكم وإعادة اوراق الدعوى لمحكمتها الاصلية لانتخاب ثلاثة خبراء من المختصين في مثل هذه الدعوى لتقدير التعويض الادبي المناسب الذي لا مغالاة فيه[١] .

وعلى الرغم من أن موقف القضاء عن طريق الاحكام المشار إليها يشير إلى مبدأ التعويض الكامل والتأكيد على ضرورة التناسب بين التعويض والضرر، الا ان تلك التأكيدات تبقى غير حقيقية، بل هي تأكيدات مبدئية تهدف إلى تجنب نقض الاحكام الخاصة بالتعويض من قبل محكمة التمييز، الامر الذي يتيح للقاضي بسلطته التقديرية الى التخفيف من شمولية المبدأ وحدته[٢].

ففي حالات كثيرة يلحق بالمصاب أضراراً أدبية بسبب أخطاء الأطباء او العاملين في المستشفى ومنها شعوره بالألم النفسي نتيجة الإصابة والفقد، ونظرة الإشفاق والعطف عليه؛ والتي قد يراها في عيون الآخرين، فعند تقدير الجوانب والظروف المختلفة للضرر الذي يلحق المتضرر، يأخذ القاضي بالمعيار الذي ينظر فيه إلى ما أصاب المضرور نفسه حسب ظروفه الشخصية واستعداده النفسي، فقد يجد نفسه عديم الفائدة اجتماعياً واقتصادياً، والمنطق مطالبة هؤلاء الأطباء بالتعويض[٣] .

وحيث ان هناك العديد من الظروف الاخرى التي تلابس وقوع الضرر[٤] ، والتي يؤثر بعضها دون البعض الاخر في تقدير التعويض، فهناك المركز المالي والحالة الصحية والعقلية للمريض المتضرر، وعمره ونوع مرضه ومدى قابليته للشفاء[٥] ، إذ ليس من العدل مثلاً تقدير التعويض عن بتر ساق لامرأة متقدمة في السن ومصابه بمرض مزمن إثر خطأ طبي، بما يتساوى في التعويض عن بتر ساق لشاب في مقتبل العمر، ايضا نتيجة خطأ طبي، فالظروف الملابسة والمركز الاجتماعي او الفرص في العمل وبناء المستقبل وغيرها من الظروف التي خسرها الشاب

---

(١) قرار محكمة التمييز ٧٩/م٢/١٩٧٥، مجموعة الاحكام العدلية، ع١، س٦، ص٤٠ . وانظر قرار محكمة التمييز، رقم الاضبارة ١٩٠٦/ م٣ منقول/تسلسل ٦٩٧ في ١٩٩٠/٩/٢٨(غير منشور)، اشار اليه الاستاذ الدكتور حسن حنتوش، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، مصدر سابق، ص ١٣٠

(٢) حسن حنتوش رشيد الحسناوي، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، مصدر سابق ، ص٦٨. د. سعدون العامري، تعويض الضرر، مصدر سابق، ص١٦٤.

(٣) د. محمد يحي المحاسنة، اصحاب الحق في التعويض عن الضرر الادبي في حالة موت المصاب، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة الرابعة والعشرون، ٢٠٠٠، ص٢٨٠.

(٤) لقد استقر القضاء على ان مراعاة الظروف الملابسة في تقدير التعويض مسألة موضوعية يستقل بها قاضي الموضوع، وانها ضمن سلطة المحكمة التقديرية تقدره حسبما تراه مناسبا وفق ما تتبينه من مختلف ظروف الدعوى ودون حاجة لبيان تلك الظروف ما دام قد اكتملت للحكم بالتعويض عناصره القانونية، انظر في مجموعة القرارات القضائية المذكورة في الهامش (١ و ٢) من مؤلف الدكتور ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص١٦١-١٦٢.

(٥) د. حسن زكي الابراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين في القانون المصري والقانون المقارن مصدر سابق، ص١٨٧ .

نتيجة هذا الخطأ هي اكثر بكثير مما هو عليه في تقدير خسارة المرأة الكبيرة في السن، ومن يعول زوجة واطفالا يكون ضرره اشد من الاعزب الذي لا يعول الّا نفسه.

ومن ذلك نجد انّ المشرع المصري أقر بضرورة الاعتداد بالظروف الملابسة لتقدير التعويض، وهو ما نصت عليه المادة (١٧٠) مدني مصري: ((يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين (٢٢١ و٢٢٢) مراعياً في ذلك (الظروف الملابسة)...))، الا ان المشرع العراقي قد خلا من مثل هذا النص، ومن هنا نرى ان يعالج المشرع العراقي هذه المسألة في قانونه المدني، فالأخذ بالظروف الملابسة والخارجة عن الضرر انما هو امر تستلزمه العدالة، ولا يتعارض مع القواعد العامة في التعويض[١] .

وهذا بدوره يحيل الموضوع الى سلطة القاضي التقديرية، والنظر بدقة إلى جميع الظروف الخاصة بالمضرور أو المتعلقة بالضرر الذي أصابه، وبوجه خاص نتائج الضرر الماضية والحاضرة والمستقبلية، على أن لا يأخذ بالحسبان عنصراً خارجاً عن الضرر لأن في ذلك مخالفة لمبدأ التعويض الكامل للضرر[٢] ، فالمعيار الذي ينبغي اتباعه عند تقدير التعويض هو المعيار الموضوعي الذي لا يرى في مبدأ التعويض الكامل عقاباً للمسؤول بل هو جبر للضرر الذي لحق المضرور، ولا فرق في ذلك بين الضرر المادي او الجسدي او الأدبي[٣] .

فضلاً عما تقدم، فإن من أهم مزايا مبدأ التعويض الكامل للضرر، إنه يجعل القاضي أكثر قدرة على كيفية تحديد مقدار التعويض فيما لو كان الضرر متغيراً فالحكم بالتعويض عن الضرر الذي تزداد فيه احتمالات التغير مستقبلاً زيادة أو نقصاناً يجعل القاضي أكثر قدرة على مجابهة تلك الاحتمالات دون أن تكون لقوة الشيء المحكوم به أية أهمية في الحد من تلك القدرة[٤] ، الامر الذي يثير لنا مسألة وقت تقدير التعويض، والتعويض عن الضرر المتغير.

إذ إن العناصر المختلفة التي يعتد بها القاضي في تقدير التعويض والتي هي اساسا مقيدة بالضرر الذي لحق المصاب لا تنهي جميع مشاكل تقدير التعويض من القاضي، ففي الكثير من الحالات لا يكون الضرر الذي لحق المصاب، والذي على أساسه يتم حساب وتقدير التعويض،

---

(١) انظر د. حسن علي الذنون –النظرية العامة للالتزامات، ج١، مصدر سابق، ص٢٧٢، وكذلك الدكتور سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص١٤٠.

(٢) د. عدنان ابراهيم السرحان ونوري محمد خاطر، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، عمان، الاردن، ٢٠٠٠،ص٤٩٤.

(٣) د. حسن حنتوش رشيد الحسناوي، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، مصدر سابق، ص٦٨.

(٤) المصدر نفسه، ص٧٤.

ثابتاً[١] ، وان المحاكم لا تحسم الدعاوى في وقت يستبعد فيه حدوث تغيير في الضرر، فهي تحسمها بعد وقت يطول او يقصر ولكنه ليس هو وقت اقامتها او بعده بقليل، ومن هنا فانه قد لا تظل الظروف على ماهي عليه خلال الفترة المحددة بين وقت وقوع الضرر ووقت النطق بالحكم على محدثه ، فقد يتغير قدر الضرر، او تتغير قيمة الضرر[٢] .

وكما رأينا من ان هناك مبدءاً عاماً وهو التعويض العادل عن الضرر، أما في الضرر المتغير فإنّ الأمر ليس كذلك فهو ذلك الضرر الذي لا يحتفظ بذاتيته وقيمته إذ يكون عرضة للزيادة أو النقصان بعد وقوعه، وبذلك تتخذ فكرة الضرر المتغير إحدى صورتين:

الأولى: أن يطرأ التغيير على الضرر ذاته بما يؤثر في العناصر المكونة له، فيختلف قدره سواء بالزيادة أو النقصان عما كان عليه وقت وقوعه، ويوصف التغير هنا بأنه تغير في مقدار الضرر[٣]

الثانية: ألا يتغير الضرر ذاته، فيظل من حيث عناصره المكونة له كما كان حين وقوعه دون أن يتفاقم أو يتناقص، لكن التغير يطرأ على قيمته معبراً عنها بالنقود، فتختلف قيمته النقدية انخفاضاً أو ارتفاعاً عما كانت عليه وقت وقوعه، بسبب تغير القوة الشرائية للنقود نتيجة لظروف اقتصادية، واحتمالية حدوث التغير في أسعار السوق والمعيشة، لذا يجب الاعتداد بسعر السوق أو سعر النقد يوم صدور الحكم، ويوصف التغير هنا بأنه تغير في قيمة الضرر[٤] .

إنَّ الأصل في تقدير التعويض أن يتم تحديده من قبل القاضي موازياً للضرر وقت حدوثه، أي بمعنى إعادة وضع المتضرر إلى الحال الذي كان من الممكن أن يكون عليه لو لم يحدث الضرر، اذ ان حقه في التعويض قد نشأ منذ استكمال اركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية[٥] ، ولكنه لم يتحدد بعد، وهو لا يتحدد الا اذا اصدر القاضي حكما بتحديد مقداره[٦] ، ولكن في حالة التغيير الحاصل في قدر الضرر او قيمته المعبر عنها بالنقود خلال المدة الممتدة ما بين حصوله وبين إصدار حكم التعويض عنه، فإن الفقه والقضاء المعاصرين ومعهما العديد من التشريعات قد استقرت على تقرير حكم مختلف، وهو الحكم بالتعويض على الوجه الذي يغطي

---

(١) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص١٨٧.
(٢) ابراهيم علي الحلبوسي، مصدر سابق، ص٢٢٦.
(٣) د. حسن الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، مصدر سابق، ص٣١٤.
(٤) د. محمد احمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والادبي والموروث، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ١٩٩٧، ص١٠٣. د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، مصدر سابق، ص٢٥٠.
(٥) د. احمد شرف الدين ، مصدر سابق، ص١١٩.
(٦) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية ، مصدر سابق، ص١٣٣.

الضرر وقتِ النطق بالحكم اذا كان ذلك الضرر متغيراً، ويستوي في هذا ان يكون الفعل الضار قد وقع على المال او على النفس كما في حالة ارتفاع اسعار المواد، او تفاقم الاصابة.

وهذا هو الموقف الصائب الذي يعبر بحق عن مبدأ التعويض الكامل عن الضرر، فتقدير التعويض يوم وقوع الضرر من شانه ان يحمل المضرور ذلك الفرق في قيمة التعويض بسبب تغير الظروف او الضرر ويجعل من مصلحة المدعى عليه ان يتقاعس او يتهرب من الحضور الى المحكمة بهدف اطالة المدة ومن ثم عدم دفع التعويض الكامل ،لأنه يعلم ان القاضي سيتولى تقدير التعويض معتداً بيوم وقوع الضرر، أما تقدير التعويض وقت النطق بالحكم فانه يجعل المدعى عليه حريصا على الحضور من اجل حسم الدعوى [1] .

وانطلاقاً من هذا التوجه، فإنه لو لحق بالمريض ضرر في جسمه جراء خطأ الطبيب او احد تابعي المستشفى، ثم ساءت حالته بحيث تولد عن تلك الاصابة عيب او قصور مستديم، لتعين على القاضي ان يضع ذلك في الاعتبار لدى اصداره قراراً بالتعويض، ولو حصل العكس، بان تحسنت حالة هذا المريض تحسناً ملحوظاً؛ لتوجب عليه كذلك ان يحسب لذلك حسابه في تقدير التعويض[2] ، أما إذا لم يستطع القاضي أن يقدّر التعويض تقديراً نهائياً ساعة صدور الحكم، أجيز له أن يمنح الدائن المتضرر حق المطالبة بإعادة النظر في تقدير قيمة التعويض خلال مدّة معقولة[3]، وهذا يعني ان المحكمة اذا تثبتت من عنصري الضرر وهما الضرر اللاحق والكسب الفائت ولكنها وجدت من الصعب عليها ، مع ذلك تحديد التعويض بدقة عند وقوع الضرر او عند النطق بالحكم لاتسام الضرر بسمة التغير فلها ان تحكم بتعويض ابتدائي وتترك الحق للمحكوم له بهذا التعويض ان يطالب بإعادة النظر في تقدير التعويض خلال مدة معقولة.

فيجوز للمتضرر ان يطالب بالتعويض عن الضرر الحال ويحتفظ لنفسه بحق المطالبة عن الضرر المستقبل، فيتعين على القاضي هنا الاستجابة لطلبه، لأنّه مطالب بالتقيد بطلبات الخصوم وعدم الحكم بأكثر منها، ولكن اذا لم يحدد المريض نوع الضرر الذي يطالب به؛ أي اذا لم يحدد ذلك الضرر، فإن للقاضي ان يحكم عن الضرر الحال والضرر المستقبل اذا استطاع ان يتبين

---

(1) ابراهيم علي الحلبوسي، مصدر سابق، ص٢٢٧.
(2) د. جاسم لفته سلمان العبودي، مصدر سابق، ص١٢٩.
(3) إذ نصت المادة (٢٠٨) من القانون المدني العراقي على أنه: ((إذا لم يتيسر للمحكمة أن تحدد التعويض تحديداً كافياً، فلها أن تحتفظ للمتضرر بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير))، وتقابلها في ذات السياق المادة (١٧٠) من القانون المدني المصري.

الضرر المستقبل بشكل دقيق؛ ويتيقن من وقوعه مستقبلاً، والا كان حكمه معيبا لوقوعه على ضرر محتمل قد يحدث وقد لا يحدث[١] .

فالتغير في الضرر قد يحصل في المدة المحصورة بين وقوع الفعل المؤدي إليه ورفع الدعوى للمطالبة بالتعويض عنه، أو في المدة المحصورة بين رفع الدعوى وصدور الحكم، بل قد يحصل التغير بعد صدور الحكم[٢] .

وتثير لنا مسألة تقدير التعويض اذا حدث تغيير في سعر النقد، حالة لو تولى المريض المتضرر اصلاح الضرر او تلافيه بنفسه في وقت ما، كما لو سعى من اجل ذلك فأجريت له مثلاً عملية لمعالجة التشوه الذي خلفه له خطأ الطبيب، او إنه خضع لعملية جراحية اخرى لاستخراج قطع الشاش التي تركها الطبيب (بخطئه) في جوفه، وانفق في ذلك مبالغ كبيرة، فما كان يهمه هو صحته وسلامته وحياته وليس المال، فإن السؤال الذي يثار هنا هو: بماذا يرجع الدائن المريض على الطبيب محدث الضرر في وقت آخر قد تغير فيه سعر النقد؟ ويجيب جانب من الفقه عن ذلك بالقول بان العبرة بما تكبد المتضرر فعلاً من مصاريف لمعالجة ما أصابه من ضرر، ولا يعتد هنا بتغير سعر النقد وقت صدور الحكم عما كان عليه وقت دفع المتضرر لتلك المصروفات، وذلك لان الدائن المتضرر قد غير طبيعة الضرر الذي اصابه فجعله دينا بمبلغ النقود التي انفقها لمعالجة الضرر [٣] ، وفيما عدا هذه الحالة فإنّ تغير سعر النقد يعتد به أي بمعنى ان العبرة لدى تقدير التعويض تكون بسعر النقد يوم النطق بالحكم[٤] ، ولكن اذا ثبت للمحكمة ان المريض المتضرر قد سوأ مركز الطبيب محدث الضرر تعمدا او اهمالا او زاد في الضرر فإنها لا تعتد بالضرر المتغير، وانما تحكم في ضوء الضرر الواقع وقت حدوث الفعل، بل انها قد تنقص مقدار التعويض اولا تحكم بتعويض[٥] .

كما يمكن ان يتفاقم الضرر او يزداد في المستقبل، او يتحول الى عجز دائم لدى المريض، بل قد يعالج المريض نفسه ويشفى من الضرر الذي اصابه وقد يقل ويتلاشى، فهل يحق للمتضرر

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص٥٩.
(٢) اصالة كيوان كيوان، تعويض الضرر المتغير، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٧، العدد الثالث، كلية الحقوق، جامعة دمشق،٢٠١١، ص٥٥٥.
(٣) مازو وتنك فقرة ٢٤٢٣-٣ نقلا عن د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص٢٠٧. وانظر د. جاسم العبودي، مصدر سابق، ص١٢٩
(٤) د. جاسم العبودي، مصدر سابق، ص١٢٩.
(٥) وهذا ما قضت به المادة (٢١٠) من القانون المدني العراقي بقولها: ((يجوز للمحكمة ان تنقص مقدار التعويض او الا تحكم بتعويض ما اذا كان المتضرر قد اشترك بخطئه في احداث الضرر او زاد فيه او كان قد سوأ مركز المدين)).

(المريض) طلب اعادة النظر في التعويض ؟ وهل يملك القاضي مثل هذه السلطة وهي سلطة اعادة النظر في التعويض؟.

الواقع ان التشريع العراقي قد جاء خالياً من أي معالجة مباشرة وصريحة، فقد اشار من خلال المادة (٢٠٨) عن امكان اعادة النظر في تقدير التعويض اذا لم تكن المحكمة قد اخذت بالتغيرات التي يمكن ان تحدث في المستقبل فيجوز لها اعادة النظر في حكم التعويض[١] ، إذ نصت على: ((اذا لم يتيسر للمحكمة ان تحدد مقدار التعويض تحديدا كافياً، فلها ان تحتفظ للمتضرر بالحق في ان يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير)) [٢] .

لذلك يرى الفقه بان القاضي يمكن ان يستجيب لطلب المريض في اعادة النظر في تقدير التعويض وزيادة مقداره، ولا فرق في ذلك اذا كان مرتباً او اذا كان يدفع مقسطاً او يدفع دفعة واحدة، والحقيقة أن حكم القاضي بالتعويض الاول اذا جاء في مثل هذه الاحوال مفتقراً الى احتساب الضرر المستقبل فإنه لا يكون حجة على المتضرر ولا يحوز قوة الشيء المحكوم فيه[٣] ؛ وذلك لأنّ الضرر الجديد -الضرر المستقبل- لم يسبق الحكم به ولا يمكن القول بأن في ذلك تكراراً للتعويض، فلم يشمله الحكم من قبل، ولا يعد المتضرر هنا انه حصل على التعويض مرتين بل يعد تعويضا جديدا، كما يمكن اعطاء الحق للمسؤول باستعادة جزء من التعويض اذا كان قد دفع دفعة واحدة، او التوقف عن دفع الاقساط اذا كان على شكل اقساط، وذلك حسبما تراه المحكمة في ظل ما لها من سلطة اعادة النظر في التعويض، وذلك لان المريض قد تسلم تعويضا عن ضرر لا وجود له، وان تفاقم الضرر كالبرء منه يعد عارضاً جديداً بعد صدور الحكم ولا يصطدم بقوة الشيء المقضي به[٤] .

ثانياً- التأمين من المسؤولية:

إنّ من حق المريض أن يحصل على التعويض العادل، عندما يتعرض للخطأ الطبي، الذي يسبب له ضرراً مادياً أو جسمانياً، مقابل ذلك لا بد من حماية الإبداع المأمول والمنتظر من الطبيب المعالج، والعاملين بالمجال الطبي من ممرضين وفنيي مختبر وأشعة وغيرهم، فلا بد من الوصول إلى أسس سليمة لتعويض الضرر الناتج عن الأخطاء الطبية، فكثيراً ما يحصل في الواقع العملي ان القاضي بعد ان يصدر قرار الحكم بالتعويض، نرى ان الطبيب لا يكون ذو ملاءة مالية كافية، فلا

(١) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية ، مصدر سابق، ص١٣٣.
(٢) تقابلها المادة (١٧٠) من القانون المدني المصري.
(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص٨٦١.
(٤) د. عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ١٩٩٨ ، ص١٨٦. د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص٢١٢.

يستطيع المريض ان يأخذ مقدار التعويض منها، بل ان قسماً من الأطباء يتهربون من دفع المبلغ الذي في ذمتهم للمريض، ويسعون بشتى الطرق لدفع المسؤولية او حلها عشائرياً، وفي حدود المستشفيات الخاصة فان اغلب الحالات يتم تخليصها قبل الوصول اصلا الى القضاء، فهل يبقى المريض المتضرر لحين حصوله على التعويض وفقاً لأحكام القواعد العامة -والتي قد تطول اجراءاتها او تقصر- مرهوناً بعاهته التي احدثها له الطبيب، وربما تتفاقم هذه العاهة، أم يجب البحث عن سبيل اخر يستطيع المريض الحصول عن طريقه على مبلغ التعويض؟.

لذلك ظهرت الحاجة لإيجاد نظام تأميني فاعل قادر على دفع التعويض للمتضرر، ويحمي الذمة المالية للطبيب وجميع العاملين في القطاعات الصحية الخاصة، وأن يكون هذا التأمين إلزامياً للمستشفيات الخاصة كافة عن اخطاء العاملين في المجال الطبي، نظراً لتزايد الأخطاء الطبية أثناء ممارسة هؤلاء لعملهم [١] ، إذ تقوم شركة التأمين بدفع مبلغ التعويض للمريض، فيصبح المريض بمأمن ، وكذلك الطبيب حيث يمارس عمله بعيدا عن سيف المسؤولية المسلط عليه وفي ذلك تحقيق لمصلحة الطبيب والمريض معاً[٢] .

لذلك يعد من أهم ضمانات الدائن المتضرر في المسؤولية الطبية هو التأمين على مسؤولية المستشفى الخاص المدنية من الاضرار التي تلحق المرضى خلال تلقيهم العلاج، وقد عدّت بعض التشريعات هذا الاجراء إلزامياً[٣] ، وذلك من اجل المحافظة على حقوق المرضى وضمانا لحرية الاطباء خلال مباشرتهم اعمالهم الطبية، واعمالا لمبدأ الاستقلالية، ذلك ان شركة التأمين (المؤمّن) تكون ضامنه لكل التكاليف، فإذا رفع الدائن المضرور دعوى ضد المستشفى الخاص من اجل المطالبة بالتعويض عما اصابه من ضرر، فان التعويض في هذه الحالة يكون في اطار عقد التأمين المتفق عليه، وتلتزم شركة التأمين بالضمان بمقدار ما تحقق من مسؤولية على المؤمن له بشرط ان لا يزيد عن المبلغ المتفق عليه في عقد التأمين، فمتى ما تحقق الضرر يحل المؤمن (شركة التأمين) محل المؤمن له (المستشفى الخاص) في تعويض عن الاضرار المادية والمعنوية للمريض المتضرر[٤] .

---

(١) احمد عبد الكريم موسى الصرايرة، مصدر سابق، ص١٣٥.

(٢) د. عبد الرشيد مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ت، ص٥٨.

(٣) منها المشرع الجزائري الذي عدّ التأمين على المسؤولية الطبية من النظام العام فهو الزامي ، وهذا ما اشار اليه في المادة (١٦٧) من الامر رقم ٩٥-٠٧ بتاريخ ١٩٩٥/١/٢٥ المتضمن قانون التأمينات والتي جاء فيها: ((يجب على المؤسسات الصحية الطبية وكل اعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص ان يكتتبوا تأمينا لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير)).

(٤) د. خديجة رزوقي، مصدر سابق، ص ١٩٣.

ولقد تبنى المشرع الفرنسي أحكاماً جديدةً عن تعويض ضحايا الاخطاء الطبية، إذ يطبق نظامين للتعويض هما، التعويض الذي يتحمله المكتب الوطني لتعويض ضحايا الحوادث الطبية[١] ، اذا كانت الاضرار خطيرة، اما اذا كان الضرر يسيرا فيتم جبره عن طريق شركات التأمين[٢]، والذي جعله المشرع الزامياً للمستشفيات الخاصة بصدور قانون (كوشنير) في الرابع من مارس/ ٢٠٠٢.

اما المشرع المصري فقد ادرك اهمية التأمين وسار على خطى المشرع الفرنسي ، وذلك حينما نصَّ على إلزامية التأمين للمؤسسات الصحية الخاصة، لتعويض المضرور عن اخطاء المستشفيات والتي تسببت بضرر للمريض، وذلك من خلال المادتين (٢٥ و ٢٦) من الباب الخامس من مشروع قانون المسؤولية الطبية المصري لسنة ٢٠٢١، تحت عنوان التأمين ضد المسؤولية عن الاخطاء الطبية، فقد نصت المادة (٢٥) على: ((يحظر مزاولة المهنة الطبية والصحية دون التأمين ضد المسؤولية الطبية في الأخطاء الطبية لدى إحدى شركات التأمين المرخص لها في الدولة، ويلتزم صاحب المنشأة بالتأمين على مزاولي المهنة الطبية والصحية ضد المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، ويتعين على الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون توفيق أوضاعها خلال ٦ شهور من تاريخ صدور اللائحة التنفيذية لهذا القانون، وتحدد اللائحة الضوابط اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون)).

اما المادة (٢٦) فقد نصّت على: ((يحظر إصدار ترخيص المنشآت الطبية الخاصة دون تقديم وثيقة تأمين تغطي الأضرار الناتجة عن الأخطاء التي ترتكبها المنشأة بما في ذلك مسؤوليتها عن أفعال التابعين لها، ويعدّ ترخيص المنشآة الطبية موقوفًا بصفة مؤقتة عند انتهاء وثيقة التأمين دون تجديد أو في حالة عمل أحد مقدمي الخدمة الطبية لديها دون تأمين، ويعد الترخيص سارياً تلقائيّاً بانتفاء الأسباب السابقة)).

في حين لا نجد تشريعاً او نصوصاً قانونية تُلزم المستشفيات والقطاعات الصحية الخاصة بالتأمين من مخاطر المسؤولية الطبية في العراق؛ لذلك ندعو مشرعنا العراقي الى سن نظام تأميني

---

(١) المكتب الوطني لتعويض ضحايا الحوادث الطبية هو مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تم انشاؤها بموجب قانون كوشنيرالصادر في ٤ مارس ٢٠٠٢المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي، خاضعة لوزارة الصحة، مهمتها التعويض على أساس التضامن الوطني للمخاطر في حالة غياب الخطأ لها ذمة مالية مصدرها الهبات المدفوعة من قبل منظمات تأمين المرضى ونفقات الخبرة والهبات المدفوعة من قبل الدولة. انظر :
François Toujas et Sébastien Leloup, Bilan du fonctionnement de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux Avancées et difficultés 22 ans après sa creation, 2024, P. 53.

(٢) د. خديجة رزوقي ، مصدر سابق ، ص١٩٤.

الزامي في هذا المجال، لتوفير اقصى حماية للمريض والملاكات الطبية على حد سواء، إذ يمكن تلخيص اهم الاسباب التي تدعو الى ذلك، وكالآتي:

١- إنّ التأمين الإلزامي عن الخطأ الطبي يشجع على طلب العلاج في العراق بصورة عامة، وفي المستشفيات الخاصة على وجه الخصوص ،نتيجة لما يترتب عليه مـــن إحساس بالثقة والاطمئنان على جبر أي ضرر ينتج عن خطأ طبي محتمل وقوعه وبالمقابل فإن الملاك الطبي بوجود التأمين سيكون لديه فرصة سانحة للإبداع بلا خوف أو تحرز من احتمالات المسؤولية الناتجة عن الأخطاء الطبية التي تقترف أصلاً بسبب العلاج ، وبهذا تبرز أهمية التأمين الإلزامي من الأخطاء الطبية.

٢- من جهة اخرى فإن التأمين الإلزامي من الخطأ الطبي وما ينتج عنه من مسؤولية يحقق الأمان والطمأنينة للمريض بحصوله على تعويض عادل، إذ أن من حق المريض الحصول على تعويض يجبر ضرره، ولا يتحقق ذلك إلا بوجود غطاء تأميني فاعل، لأن محدث الخطأ قد لا يكون قادراً على دفع التعويض، أو ان المستشفيات بصورة عامة تسعى بشتى الطرق لدفع المسؤولية ونفيها وما قد يلحق بالدعوى من عقوبات جزائية ، فضلاً عما يهدد المستشفى من سمعة سيئة.

٣- إن المجال الطبي يتضمن درجة عالية من الخطورة بالنسبة للمريض[١] ، لأنه معرّض للإصابة بأذى من جراء التدخل الطبي الذي يقوم به الطبيب، وهذا الأذى ينتج عنه ضرراً يصيب أعز ما يملكه الانسان وهو صحته وكماله الجسدي، فما يحققه الغطاء التأميني يعود بالفائدة الكبيرة على جميع الاطراف واهمها المريض بالحصول على الثقة بتعويض يجبر الضرر، وعن المستشفى فإن شركة التأمين ستدفع عنه التعويض عند مطالبة المريض به وبذلك يحافظ على ذمته المالية مقابل قسط يدفعه للشركة المؤمنة.

٤- إنَّ وجود اشخاص متعددين يعملون في المستشفى واختلاف العلاقات القانونية التي تربطهم بالمستشفى (عقد عمل بين الطبيب والمستشفى، او عقد توريد الدم والمستلزمات الطبية للمستشفى، أو علاقة تنظيمية بين الطبيب غير الموظف والمستشفى) من جهة ، وعلاقتهم بالمريض من جهة اخرى، يضع عقبات كبيرة في حالة تحديد الشخص المسؤول عن الخطأ، الامر الذي يطيل من امد النزاع في محاولات لإثبات الخطأ، وإن ما يختصر مراحل كثيرة في الدعوى هو وجود جهة ضامنة ومليئة للمدعى عليه تتكفل بدفع التعويض ،كما يجعل الملاك الطبي بعيداً عن الدخول في الخصومة الجزائية، وتؤدي إلى إبعاد كل الآثار السلبية المترتبة عن الدعوى، سواء أكانت معنوية

---

(١) اشرف جابر مرسي، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، ١٩٩٩، ص٣.

أم علمية أم مادية، الامر الذي يطلق للطبيب إبداعاته دون خشية من احتمالات المساءلة عن اجتهاداته[1] .

٥- التأمين الطبي الإلزامي يؤدي إلى التشجيع على تجميع رؤوس الأموال وتشجيع استثمارها، مما يؤدي إلى رفد الاقتصاد الوطني بالأموال وتعزيز الثقة فيه، وظهور متزايد لشركات تأمين قادرة على تلبية الحاجة إلى التأمين على الخطأ الطبي، وإدارة مثل هذه الأعمال بنجاح .

٦- سرعة حصول المريض على تعويضه وجبر ضرره، وتأمين حياة كريمة له عن طريق المبلغ الذي سيحصل عليه[2] .

(1) د. عبد الرشيد مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي ، مصدر سابق، ص٥.
(2) اشرف جابر مرسي، مصدر سابق، ص٣.

الخاتمة

الخاتمـــــــة

في ختام دراستنا الموسومة بـ (عقد الاستشفاء الطبي –دراسة مقارنة) ، اصبح من المهم ان نسلط الضوء على ابرز ما توصلنا اليه من نتائج من خلال رحلة البحث في الموضوع ، مع التوصية بما نراه مفيدا في رفع الغموض، وعملياً لمعالجة القصورعن طريق اهم المقترحات.

أولاً- النتائج:

١- ان المشرع العراقي لم يسن تشريعاً خاصاً للمسؤولية الطبية، كذلك بالنسبة لعقد الاستشفاء الطبي، فهو عقد غير مسمى ، ولم يتطرق الى تنظيم احكامه سواءً بقانون خاص أو بنصوص خاصة مدرجة ضمن التشريعات الطبية، اذ لم نجد سوى بعض الاحكام المبعثرة في بعض القوانين كقانون تأسيس المؤسسات الصحية الخاصة الاتحادي رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٥، الذي لم ينظم جميع ما يتعلق بمسؤولية المستشفيات الخاصة وواجباتها تجاه المرضى، فجاء بأحكام بسيطة ومقتضبة لا تعالج جميع ما يظهر من مسائل، ولم ينظم العلاقة بين المستشفيات الخاصة والمرضى بما يكفل الحماية الكافية للطرف الضيف ، وايضا قانون الصحة العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١، وبعض الاحكام التي جاء بها دليل الاخلاقيات الطبية في المؤسسات الصحية لسنة ٢٠١٨.

٢- ان عقد الاستشفاء الطبي هو عقد يبرمه المريض او من ينوب عنه والمستشفى الخاص، ومحله الاعمال الطبية على جسم الإنسان يلتزم بمقتضاه المستشفى ببذل عناية أو تحقيق غاية بحسب طبيعة العمل الطبي بعد الحصول على الرضا الحر المستنير بمقابل أومن دون مقابل.

٣- يختص عقد الاستشفاء الطبي بجملة خصائص تميزه من غيره من العقود، فهو من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي ، وهو ذو طابع إنساني ويقوم على الثقة والمصداقية بين طرفيه، كما انه يمتاز باختلال التوازن بين طرفيه من الناحية الفنية ، اضف الى ذلك فهو عقد مدني ومستمر التنفيذ وايضا عقد رضائي، إذ لا يتطلب الكتابة او إفراغه في صيغة معينة باستثناء بعض الأعمال الطبية المنطوية على مخاطر بالغة وتؤثر في صحة الإنسان، فضلاً عن أنه يفرض التزامات على طرفيه المتعاقدين لتحقيق تنفيذ العقد على اكمل وجه ، كما انه من العقود غير المسماة ، إذ أن المشرع العراقي لم ينظمه بنصوص قانونية خاصة.

٤- ان عقد الاستشفاء الطبي هو عقد قائم بذاته وذو طبيعة خاصة؛ لأنّه يرد على جسم الانسان ،ومن العقود المركبة ،إذ تمتزج فيه عدة عقود في عقد واحد، وهو يختلف عن عقدي العلاج الطبي وعقد الفندقة، اذ كثيرا ما تم الخلط بينهما من قبل الشراح، فعقد الاستشفاء يختلف عن عقد العلاج الطبي

من عدة وجوه مثل اطراف العقد او المحل، ويختلف عن عقد الفندقة ايضا ، كاختلافهما في المحل، وان عقد الفندقة عقد تجاري في حين ان عقد الاستشفاء عقد مدني.

٥- إن رضا المريض له دور مهم و كبير في عقد الاستشفاء الطبي، إذ ليس بإمكان الطبيب المساس بجسم مريضه إلا بعد الحصول على الإذن احتراماً لإرادة مرضاه، وان رضا المريض يمتاز بخصوصيته في العقد محل البحث، إذ يتضمن العقد نوعين من الرضا، النوع الأول هو (الرضا العادي) وهو ضروري لإبرام عقد الاستشفاء لأنه ركن من أركانه، اما الثاني فهو (الرضا المستنير) وهو ضروري لتنفيذ العقد، والذي يضفي الشرعية لنشاط المستشفى .

٦- لم تتضمن التشريعات العراقية سواء قانون الصحة العامة او لائحة السلوك المهني للأطباء العراقيين نصا صريحا يقضي بالزام الطبيب والملاكات الصحية باحترام ارادة المريض وبناء رضاه الحر على الموافقة الحرة المستنيرة ، ماعدا المادة (٩١) من قانون الصحة العامة الذي اوجب الحصول على موافقة المريض او من ينوب عنه في حالة اجراء العمليات الجراحية فقط ، وهو قصور تشريعي واضح يلزم من مشرعنا العراقي تداركه لأنه من اساسيات شرعية الاعمال الطبية .

٧- ان الطبيب ملزم باحترام إرادة المريض و عدم التدخل العلاجي حتى و لو تعلق الأمر بإجراء لإنقاذ حياته، ويحق للمريض التوقف عن العلاج متى كانت له اسبابه المنطقية والمبررة والتي لا تمس شرعية تنفيذ العقد، وبعد تسجيل اقراره بالرفض كتابة ولا يعد ذلك تقصيرا او اخلالاً بالتزامه بالتعاون، لما للإنسان من سلطان على جسده والتي تمنع الغير من المساس به دون رضاه ،حتى وان كان قراره بالامتناع له تأثيرات سلبية في صحته، ولا يمكن عدّه اخلالا من المريض بالتزامه بالتعاون مع الطبيب ، ذلك لان لجوء المريض إلى إبرام عقد الاستشفاء الطبي ما كان إلا لغرض إنقاذ حياته من خطر المرض ولا يتصور بأن يضع عوائق تحول دون بلوغ الغاية المنشودة، والطبيب ملزم باحترام إرادة المريض و عدم التدخل ،على انه لا يمكن تجاوز دور الطبيب في أن يسعى أولاً لإيجاد علاج بديل لا يمس المعتقدات الدينية للمريض، ويمكن للمريض تحمل آثاره او حتى تكاليفه ، فإذا ما انعدم البديل العلاجي وفي حالة فشل العلاج أو عدم إتمامه نتيجة لاعتراض المريض لسبب ديني مثلاً فإن الطبيب المعالج لا يكون مسؤولاً وإنما يكون المريض هو المسؤول عن ذلك.

٨- توجد حالات خاصة مستثناة من اخذ الاذن من المريض والحصول على موافقته قبل التدخل الطبي، وهي حالة الضرورة وحالة الاستعجال الطبي وحماية المصلحة العامة.

٩- ان مسؤولية الطبيب الجراح او الاشخاص الذين يعملون في المستشفى والتابعين له قبل المريض هي مسؤولية عقدية، على الرغم من عدم وجود عقد مباشر بينهما ؛وذلك على اساس الاشتراط لمصلحة الغير، فالمشترط هو المستشفى الخاص والمتعهد هو الطبيب او التابعين للمستشفى والمنتفع هو المريض ، الذي يحق له مقاضاة اي منهما تحت احكام المسؤولية العقدية.

١٠- أن التزام المستشفى الخاص بتعويض الاضرار الناجمة عن اخلاله بعقد الاستشفاء الطبي هو التزام ببذل عناية فيما يتعلق بعلاج المريض ، اذ ان المستشفى بواسطة اطباءه غير ملزم بشفاء المريض، بل عليه بذل ما يمكن من العناية لتحقيق الشفاء ، أما الاضرار الناشئة عن ضمان سلامة المريض واستعمال الأدوات والاجهزة الطبية ،واجراء التحاليل والفحوصات وغيرها من الالتزامات على النحو الذي بحثناه، فانه يسأل عنها مباشرة لان التزامه فيها هو التزام بتحقيق نتيجة .

١١- ان المريض ملزم تجاه المستشفى بالتزامات اخرى فضلا عن التزامه بدفع المقابل المالي ان كانت المستشفى غير مجاني ، وتتمثل هذه الالتزامات بالتعاون مع الطبيب المعالج وتعاونه مع الادارة .

١٢- عدم جدوى التفرقة بين الاعمال الطبية سواء أكانت الاعمال علاجية بسيطة ام اعمال طبية خطيرة ، ففي جميع الاحوال تقوم مسؤولية المستشفى الخاص بمواجهة المريض عن الضرر الذي تتسبب فيه تلك الاعمال للمريض بسيطة كانت ام خطيرة.

١٣- أن العقد المبرم بين مركز نقل الدم والمستشفى الخاص لتوريد الدم اليه ،ينتج عنه اشتراطاً ضمنياً لمصلحة متلقي الدم ، الذي يوليه حقاً ودعوى مباشره في مواجهة هذا المركز في الحصول على دم سليم خال من الأمراض.

١٤- توصلنا عن طريق البحث الى ان مسؤولية المستشفى الخاص تقام متى ما صدر خطأ عن الاطباء التابعين لها بصرف النظر عن نوع وجسامة الخطأ سواء أكان فنيا ام عاديا ، جسيما ام يسيرا لان حماية ارواح الناس لا تتوقف امام خطأ بسيط او جسيم كما انه لا يوجد مسوغ قانوني يعفي الطبيب من مسؤوليته عن اخطاءه البسيطة.

١٥- أن مسؤولية المستشفى الخاص عن أعمال الطبيب الموظف هي مسؤولية عقدية، وهي مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعية بدلالة المادة (٢/٢٥٩) من القانون المدني العراقي، كذلك فان المستشفى مسؤول عن اخطاء الاطباء الموجودين في العيادات الخارجية التابعة الى المستشفى؛ وذلك لعدّهم تابعين لإدارة المستشفى ويعملون تحت اشرافه وتوجيهه ورقابته الادارية أو الفنية .

١٦- تقوم علاقة التبعية الموجبة لمساءلة المستشفى عن كل ما يرتكبه الطبيب غير الموظف في المستشفى من فعل ضار، اذ ان مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعيه لا تشترط في الأساس وجود عقد بين المريض والطبيب ، أو بين المستشفى والطبيب ، وإنما يكفي فيها أن يثبت أن الطبيب اختير من قبل إدارة المستشفى للعلاج، وأدى عمله لمصلحة المستشفى.

١٧- ان التعويض عن الضرر الناجم عن خطأ المستشفى والتابعين له يكون شاملا لكل من الضرر المادي والادبي ، وهذا يمثل نطاق التعويض في القانون الفرنسي وهو اوسع نطاقا من القانون المدني العراقي الذي لم ينص على التعويض عن الضرر الادبي في المسؤولية العقدية في قانونه المدني بصورة عامة ، فيما عدا قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٨٥) في ٢٠٠١/٣/٢٥ ،الذي اكد فيه على توفير ضمانة للمريض للحصول على التعويض الكامل عن الضرر ماديا كان ام معنوياً ، اما القانون المصري فانه جاء بحكم قاطع وقرر التعويض الضرر الادبي الى جانب الضرر المادي من خلال المادة (٢٢٢) من القانون المدني المصري.

١٨- لا مجال للتعويض عن الاضرار الجسدية تعويضا عينيا ، وان تعويضها يكون بمقابل سواء أكان المقابل نقدياً ،ام غير نقدي في حالات معينة ، على ان المقابل غير النقدي غالبا ما يقترن معه التعويض النقدي، وذلك بحسب ما يقدره القاضي كتعويض يجبر الضرر الحاصل جبرا كاملا .

١٩- ان الفقه والقضاء قد اتخذا موقفاً واحداً من مسألة التعويض عن تفويت فرصة محققة وجدية ، باعتبار ان هناك ضرراً محققاً اصاب المريض وفوت عليه فرصة الشفاء او البقاء على قيد الحياة، على ان يتحرز القاضي عند تقدير الضرر بان ينظر الى أي حد كان الاحتمال كبيرا في الكسب الذي كان يمكن تحقيقه لو لم تضع تلك الفرصة ، كما يلزم عدم المبالغة في تقدير احتمال نجاح الفرصة.

ثانياً- المقترحات:

١- نقترح على المشرع العراقي تشريع قانون خاص للمسؤولية الطبية، اذ ان الضرورة الملحة لتوفير الحماية والحصانة لجميع الاطراف وعلى الاخص حماية المرضى وهم الطرف الضعيف في العلاقة الطبية، يستدعي الامر من المشرع ان يولي هذه المسؤولية الاهتمام الكافي ، وذلك بتنظيم كل ما يتعلق بالمسؤولية الطبية من وجهة نظر قانونية، وعلى ان يتضمن هذا التشريع تنظيم لأحكام عقد الاستشفاء الطبي، وعلاقة المريض بالمستشفى الخاص، وكي لا تبقى النصوص القانونية الخاصة بهذا الجانب موزعة بين قوانين وتعليمات متعددة لا يجمعها قانون محدد.

٢- نقترح تعريفاً لعقد الاستشفاء الطبي بأنه: ((اتفاق ملزم للجانبين بين المريض او من ينوب عنه وبين ادارة المستشفى الخاص محله الأعمال الطبية على جسم الإنسان، يترتب عليه دخول المريض الى المستشفى والالتزام بتقديم كل ما يحتاجه وفقاً للأصول العلمية والفنية في علم الطب))

٣- تغيير مصطلح المستشفى الاهلي بالمستشفى الخاص اينما وجدت هذه المفردة، تماشيا مع ما استخدمه المشرع عند اصدار قانون تأسيس المؤسسات الصحية الخاصة الاتحادي رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٥، ولكون مصطلح الخاص أدق من مصطلح الاهلي .

٤- ندعو المشرع العراقي الى تنظيم مسألة في غاية الأهمية ألا وهي مسألة تبصير المريض والنص على وجوب اخذ الموافقة الحرة المستنيرة قبل التدخل العلاجي وفي جميع مراحل العمل الطبي، الجراحي وغير الجراحي، وان يقع على الطبيب عبء اثبات ذلك .

٥- ندعو المشرع الى وضع حد اعلى لا يسمح بتجاوزه بالنسبة للمقابل النقدي الذي تحدده المستشفيات الخاصة سواء منها ما يتعلق بأجور الطبيب او مقابل الاقامة في المستشفى وبقية الخدمات، واسوة بالمشرع المصري، ونقترح بهذا الصدد تعديل نص المادة (٧) من قانون حماية الاطباء رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٣ ليكون النص على النحو الاتي: ((١- تتولى وزارة الصحة بالتنسيق مع نقابة الاطباء وضع حد اقصى عن اجور معاينة المريض في العيادات الخاصة للأطباء خلال مدة ستة اشهر من تاريخ نفاذة ولهما اعادة النظر فيها تبعا لتغير الظروف الاقتصادية .٢- وضع جدول بالحد الاقصى للأجور التي تتقاضاها المؤسسة الصحية الخاصة في حالات الاستشارة والاقامة والعلاج والعمليات الجراحية والخدمات الطبية المقدمة كافة على ان يعتمد هذا الجدول من وزير الصحة)).

٦- نقترح تعديل المادة (٢٥) من قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها رقم ١١ لسنة (٢٠١٦)، وادراج الدم مع اعضاء جسم الانسان ضمن مسؤولية المستشفيات الخاصة بضرورة اجراء الفحوصات المختبرية اللازمة لضمان خلوه من الامراض او الفساد ليكون النص على النحو الاتي: ((تلتزم المستشفيات او المراكز الطبية بإجراء الفحوصات السريرية والمختبرية على المتبرع او الموصي قبل وفاته على الدم او الاعضاء او الانسجة المراد التبرع او الموصى بها بعد استئصالها من جسمه لضمان خلوها من الامراض))، كما يجب عد التزام المستشفيات الخاصة في مجال نقل الدم هو التزام بتحقيق نتيجة .

٧- نقترح وضع نص يعالج أحكام المسؤولية العقدية عن فعل الغير بدلاً من إقرار هذه المسؤولية بشكل غير مباشر عن طريق نص الفقرة (٢) من المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي التي نصت على: ((وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا التي تنشا عن غشه او عن خطاه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين ان يشترط عدم

مسؤوليته من الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه))، فضلا عن ذلك لو سلمنا بالإعفاء الوارد في هذه المادة لنتج عن ذلك نتيجة مهمة ألا وهي خضوع تقدير مسؤولية ادارة المستشفى الخاص أو عدم ذلك لكل حالة على حدة، وتهاونها في اختيار أطبائها العاملين فيها ونقترح على المشرع ان يورد نصا يكون بالصيغة الآتية ((اذا كلف المدين غيره بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد ، فأنه يسأل عقدياً تجاه الدائن عن أي اخلال يرتكبه هذا الغير)).

٨- نقترح ايراد نص عام في مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعيه ويكون بالشكل الاتي: ((كل شخص يعمل بتوجيه واشراف من جهة اخرى اداريا او فنيا يعد تابعاً له، ويكون المتبوع مسؤولاً مدنيا عن اخطاء تابعه التي سببت ضررا للغير)).

٩- ندعو مشرعنا العراقي الى سن نظام تأميني الزامي في مجال المسؤولية الطبية ، لتوفير اقصى حماية للمريض والملاكات الطبية على حد سواء ، والنص بالزام المؤسسات الصحية الخاصة بصوره عامه، ومنها المستشفيات بالتامين عن اخطاءها واخطاء التابعين لها وذلك لضمان حصول المتضرر على التعويض الكامل، بدلا من احجام المتضررين عن اقامة دعوى التعويض لأسباب متعددة تمت الاشارة اليها، فضلا عن اليأس من الحصول على التعويض الكامل عن الضرر الذي اصابه بأعز ما يملك.

١٠- تعديل المادة (٢) من قانون توفير واستخدام لقاحات جائحة كورونا ، بإلغاء الاعفاء المذكور فيها واقامة المسؤولية الموضوعية بدلا من ذلك ، ليكون النص مايأتي : ((تقوم المسؤولية المدنية والجزائية للشركات العالمية المصنعة والمجهزة للقاحات الخاصة بفيروس كورونا ووزارة الصحة و البيئة وتشكيلاتها والعاملين فيها عن الاضرار الناتجة عن الخطأ او الاهمال في توفير او استخدام المواد الطبية اللازمة للوقاية من فايروس كورونا)).

١١- تعديل المادة (٩١ / رابعاً / ب) من قانون الصحة العامة العراقي والتي اقتصرت على ضرورة الاخذ برضا المريض البالغ والواعي ، او موافقة احد اقاربه اذا كان قاصرا او فاقدا للوعي في حالة اجراءه لعملية جراحية له فقط ، ليكون النص كالاتي : ((لا يجوز التدخل باي اجراء طبي إلّا بعد تبصير المريض ورضاءه الحر المستنير إذا كان واعياً، أو أحد أقربائه المرافقين له حتى الدرجة الرابعة إذا كان فاقد الوعي أو قاصراً، ويستثنى من ذلك: ١- حالة تعرض حياة المريض الى موت او خطر حال اذا تأخر التدخل، فيجب عندئذ اجراء العملية الجراحية انقاذا لحياة المريض دون تحقق الموافقة المذكورة، ٢- رعاية المصلحة العامة)).

١٢- نهيب من القضاء العراقي بعدم الاعتداد بشرط الاعفاء من مسؤولية المستشفيات والذي اعتادت على ادراجه عند ابرام عقد الاستشفاء مع المريض عملا بنص المادة (٣/١٣) من قانون تأسيس المؤسسات الصحية الخاصة الاتحادي.

١٣- ندعو المشرع ان يرافق مدة التقادم القانونية ال (١٥) سنة، والواردة في المادة (٤٢٩) مدني كمبدأ عام ، باستثناء خاص يتحدد بمجال المسؤولية الطبية ، وذلك بأن لا يجعل مدة التقادم سارية من تاريخ الإخلال بالالتزام العقدي وإنما يكون سريانها من تاريخ العلم بالإخلال بالالتزام العقدي، حتى وإن علم المضرور بالإخلال بعد مدة طويلة من ارتكابه.

١٤- لأجل اقامة التوازن بين المريض والمستشفى الخاص بسبب التفاوت المعرفي في المجال الطبي ؛ يجب اقامة مسؤولية المستشفيات الخاصة على اساس الخطأ الواجب الاثبات في الاخطاء العادية والبسيطة، اما الاخطاء الجسيمة او المرتبطة بالعمل الطبي الفني فتثار هنا المسؤولية الموضوعية للمستشفى والتي تتحقق بمجرد حصول الضرر.

١٥- ندعو المشرع العراقي الى التوسع من موجب تحقيق نتيجة في التزامات المستشفى والنص على ذلك صراحة كالتزام المستشفى بضمان سلامة الدم المنقول من التلوث والامراض، او ضمان صحة نتائج التحاليل الطبية ونقل عبء الاثبات في عقد الاستشفاء الطبي الى المدعى عليه (المستشفى).

١٦- تعديل نص المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي ،ليشمل التعويض الضرر الادبي فضلا عن الضرر المادي في المسؤولية العقدية.

١٧- ندعو المشرع العراقي الى النص صراحة على ضرورة الاعتداد بالظروف الملابسة عند تقدير القاضي للتعويض، فالأخذ بالظروف الملابسة والخارجة عن الضرر، وعلى الاخص الاضرار التي تنشا بسبب الاخطاء الطبية، انما هو امر تستلزمه العدالة ، ولا يتعارض مع القواعد العامة في التعويض.

١٨- ندعو وزارة الصحة بهيئاتها ودوائرها كافة وبالتعاون مع هيئات النزاهة والرقابة الادارية والجهات ذات العلاقة للعمل على بث الوعي بأهمية المسؤولية الطبية، ونشر الثقافة القانونية بين الافراد بهذا الخصوص، ولاسيما في المستشفيات ليطلع المريض بصورة واضحة وصريحة على حقوقه المكفولة ، وذلك بنشر البوسترات التوعوية ، وعمل الزيارات الميدانية المستمرة من قبل وزارة الصحة للاطلاع على واقع حال المستشفيات الخاصة، وتشديد الرقابة على اتباع القوانين والانظمة والتعليمات الوزارية ، والعمل على ازالة العقبات بما يوفر اقصى حماية سواء للعاملين في المجال الصحي او للمرضى، وايضا عمل دورات تثقيفية وميدانية لكافة الشرائح في المجتمع

وبالأخص المدارس والجامعات ولمختلف الاختصاصات بهدف رفع الوعي وتسليط الضوء على ابرز الحقوق والالتزامات التي كفلها القانون ونظمها لكي تتكون لدى الافراد صورة واضحة ومنهج حضاري كفيل بصيانة النفس البشرية وحياة الانسان.

والله ولي التوفيق

المصادر

المصـــادر

القرآن الكريم

أولاً ـ المعاجم اللغوية:

١ـ ابراهيم مصطفى واحمد حسن الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار ،المعجم الوسيط –من اول الهمزة الى اخر الضاد،،ط٢،مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار الفكر، بيروت ، بدون سنة نشر.

٢- جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري ، لسان العرب، ج٢،ط١، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ، بيروت،٢٠٠٥.

٣- حارث سليمان الفاروقي ، المعجم القانوني (انكليزي _عربي)، ط٥، مكتبة لبنان ، بيروت، ٢٠٠٨.

٤- لويس معلوف ، المنجد في اللغة، ط٤،مطبعة غزال باران،،منشورات الاسلام، طهران، ٢٠٠٦.

٥- محمد خليل الباشا، الكافي، معجم عربي حديث، ط٤، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت، ١٩٩٩.

٦- د. يوسف حتي واحمد شفيق الخطيب ، قاموس حتي الطبي الجديد (انكليزي –عربي) ، ط١، مكتبة لبنان ، بيروت، ٢٠١١

ثانياً- كتب الحديث الشريف و الفقه الاسلامي

١- ابو محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج٦، ط٣، دار المنار، مصر، ١٣٦٧هـ.

٢- الحافظ شهاب الدين ابي الفضل العسقلاني ، فتح الباري لشرح البخاري ،الجزء الثالث عشر، مطبعة مصطفى البابي ، مصر، ١٩٥٩.

٣- عبد الحسين أحمد الأميني، الغدير في الكتاب والسُنّة والأدب، دار الكتب الإسلامية، طهران، ج١، ١٩٥٢.

٤- عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، المصنّف في الأحاديث والآثار،ج٨، ط١، دار التاج، بيروت، ١٩٨٩.

٥- الشيخ محمد ابو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٦.

٦- محمد أمين ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٥، دون مكان وسنة طبع.

٧- د. مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام ، ج ١، ط ٢، دار القلم ، دمشق ، ٢٠٠٤.

٨- د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته ، ج ٩، ط ٦، دار الفكر ، دمشق ، ٢٠٠٨.

ثالثاً - الكتب القانونية

١- د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية –دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت ، ١٩٩٥.

٢- د. ابراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في اطار المسؤولية الطبية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠٠٧.

٣- د. أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية،ط٤، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٩.

٤- احمد حسن عباس الحياري ،المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام الاردني والنظام القانوني الجزائري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٥.

٥- د. احمد حسن الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الاردني والنظام القانوني الجزائري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠٥.

٦- د. احمد شرف الدين ، مسؤولية الطبيب-مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٦.

٧- د. احمد شعبان محمد طه ، المسؤولية المدنية عن الخطأ المهني لكل من الطبيب والصيدلي والمحامي والمهندس المعماري ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٠.

٨- د. احمد عبد الدائم ، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام ،ج١، مصادر الالتزام، منشورات جامعة حلب ، ٢٠٠٣.

٩- أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة ، التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الخطأ الطبي ، دارسة مقارنة،ط١، دار وائل للنشر، عمان ،٢٠١٢.

١٠-د. احمد عيسى، مسؤولية المستشفيات العمومية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠٠٨.

١١-د. أحمد محمود سعد، زرع الاعضاء بين الحظر والاباحة، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٨٦.

١٢-د. احمد محمود سعد ، مسؤولية المستشفى الخاص عن اخطاء الطبيب ومساعديه ،ط٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ٢٠٠٧.

١٣-د. احمد مدحت حسن، التشريعات السياحية وعقد الإقامة بالفندق، ط١، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٣.

١٤-د. اسامة عبدالله قايد ، المسؤولية الجنائية للأطباء- دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٦.

١٥-د. اسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام والاثبات، ج٢،مكتبة عبد الله وهبة ،مصر، ١٩٦٧.

١٦- د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، ١٩٦٦.

١٧-د. أكرم محمود حسين البدو ، المسؤولية المدنية للمستشفيات الخاصة- دراسة مقارنة، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، الاردن ، ٢٠٠٣.

١٨-السيد عبد الوهاب عرفة ، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية، بدون سنة نشر.

١٩-د. امينة مصطفى النمر، الدعوى واجراءاتها، منشأة المعارف، الاسكندرية ، ١٩٩٢.

٢٠- د. أنس محمد عبد الغفار ، الضوابط الشرعية والقانونية للعمل الطبي ، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي ، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر، ٢٠١٣.

٢١-د. انس محمد عبد الغفار، التزامات الطبيب اتجاه المريض ، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر، ٢٠١٣.

٢٢-د. انور العمروسي ، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني ، ط١، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، ٢٠٠٤.

٢٣- د. انور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

٢٤-د. انور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ، ٢٠٠٥.

٢٥-د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، ط١، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٨٧.

٢٦-أنور يوسف حسن، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، ط١، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٤.

٢٧-د. أيمن فوزي المستكاوي، عقد الفندقة، الالتزامات والحقوق الناشئة عنه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

٢٨-د. بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٢.

٢٩-بسّام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، دار الإيمان، دمشق، سوريا، ١٩٨٤.

٣٠- د. بلحاج العربي ، احكام التجارب الطبية على الانسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة ، دراسة مقارنة ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الاردن ، ٢٠١٢.

٣١- د. تركي محمود مصطفى القاضي، اركان العقد الطبي(ركن الرضا) ، دراسة مقارنة ، دار علام للإصدارات القانونية ، ٢٠١٩.

٣٢- د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، ج١، ١٩٧٨.

٣٣- د. ثروت عبد الحميد ، تعويض الحوادث الطبية – مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٧.

٣٤- د. جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي– دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

٣٥- د. جاسم لفتة سلمان العبودي، المداخلات في إحداث الضرر (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي)، منشورات مكتبة الجيل العربي، الموصل، العراق، ٢٠٠٥.

٣٦- د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مطبعة التعليم العالي، الموصل، ١٩٨٩.

٣٧- د. جلال القريشي، شرح قانون العمل العراقي، مطبعة الأزهر، بغداد، ١٩٧٢.

٣٨- د . جلال علي العدوي ، اصول الالتزامات- مصادر الالتزام ، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧.

٣٩- د. جمال مدغمش ، الضرر المعنوي في قرارات محكمة التمييز الأردنية حتى عام ١٩٩٦، مطابع دائرة المكتبة الوطنية ، عمان ، ١٩٩٦.

٤٠- د. جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، المصادر الإرادية الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٤.

٤١- المستشار جهاد محمود عبد المبدي، عمليات نقل وتأجير الأعضاء البشرية (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، ٢٠١٤.

٤٢- د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مصادرالإلتزام- المصادر غير الارادية، القاهرة، ١٩٩٨.

٤٣- د. حسن حنتوش الحسناوي ، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية ، دراسة مقارنه، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن، ١٩٩٩.

٤٤- د. حسن زكي الابراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة ، بدون سنة نشر.

٤٥- د. حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، الضرر، ج١، شركة التايمز للطبع والنشر، بغداد، ١٩٩١.

٤٦- د.حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف، بغداد ، ١٩٦٤.

٤٧- د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية- الخطأ، ج٢،مطبعة العزة ، بغداد، ٢٠٠١.

٤٨- د. حسن علي ذنون و د. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي والمقارن ، ج١، ط١، دار وائل للنشر والتوزيع عمان ، ٢٠٠٢.

٤٩- حسن محمد ربيع، المسؤولية الجنائية في مهنة التوليد (دراسة مقارنة)، ط١، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٥.

٥٠- د. حسن نوري ، نظرية الالتزام ، مكتبة عين شمس ، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر.

٥١- د. حلمي بهجت بدوي ، اصول الالتزامات ، الكتاب الاول ،نظرية العقد، ١٩٤٣.

٥٢- حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد، ١٩٨٧.

٥٣- حيدر احمد الاعرجي ، الايمان في الاستشفاء بالقران، ط٢، صدر- قم ، مؤسسة انصاريان للطباعة والنشر، ايران ، ٢٠٠٤.

٥٤- د. خالد جمال أحمد حسن ، الوسيط في مصادر الالتزام – دراسة تحليلية في ظلال القانون المدني المصري، دار النهضة العربية ، مصر،٢٠٢٠.

٥٥- خالد جمال احمد حسن ،الوسيط في مصادر الالتزام – دراسة تحليلية في ظلال القانون المدني المصري ، بدون مكان نشر ، ٢٠٢٠.

٥٦- د. خالد حمدي عبدالرحمن ، التجارب الطبية ، دار النهضة ، القاهرة ،٢٠٠٠.

٥٧- د. خالد موسى توني ، المسؤولية الجنائية في عمليات نقل الدم ،دار النهضة العربية ،القاهرة، بدون سنة نشر.

٥٨- د. خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة، البيع والتأمين والايجار،ط٢، ١٩٧٩.

٥٩- د. رمضان أبو السعود ،النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥.

٦٠- د. رمضان ابو السعود ود. همام محمد محمود زهران، مبادئ القانون، المدخل للقانون والالتزامات، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥.

٦١- د. رمضان جمال كامل ، مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية ، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠٠٥.

٦٢- رؤوف عبيد، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، ج٢، ط٣،دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ١٩٨٠.

٦٣- زكريا زكريا حسن الزناري ، مدى مشروعية اقرارات المرضى بالتدخل الطبي، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي والمقارن ، ط ١، دار مصر للنشر والتوزيع ، القاهرة، ٢٠١٩.

٦٤- د. زهير حنفي علي، المستحدث في الادارة العليا للمستشفيات، مكتبة الانجلو المصرية، ١٩٧٦.

٦٥- د. زينة غانم يونس العبيدي، ارادة المريض في العقد الطبي –دراسة مقارنة، دار شتات للنشر والبرمجيات، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١.

٦٦- د. سامي حامد سليمان ، نظرية الخطأ في مجال المسؤولية الادارية – دراسة مقارنة ، ط ١، مكتبة النهضة المصرية ، مصر، ١٩٨٨.

٦٧- سحر عبد الستار إمام يوسف ، دور القاضي في الإثبات دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧.

٦٨- د. سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ،مركز البحوث القانونية وزارة العدل ،بغداد، ١٩٨١.

٦٩- د.سعدون العامري، الوجيز في العقود المسماة، الجزء الاول، البيع والايجار، ج١، ط٢، بغداد، ١٩٧١.

٧٠- د. سعدون ناجي القشطيني ، شرح احكام المرافعات ، دراسة تحليلية في شرح قانون المرافعات المدنية العراقي ، ج١،ط١، مطبعة المعارف ، بغداد، ١٩٧٣.

٧١- د. سعدي البرزنجي ، شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين الفرنسي والعراقي، مطبعة جامعة صلاح الدين أربيل ، ٢٠٠٣

٧٢- د. سعيد سعد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، ط١،دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٣.

٧٣- د. سعيد عبدالكريم مبارك، الموجز في العقود المسماة -عقد البيع، الكتاب الاول، العاتك لصناعة الكتاب، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١.

٧٤- د. سعيد مبارك والدكتور طه الملا حويش والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة (البيع –الايجار- المقاولة) ، ط٥، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة، ٢٠١١.

٧٥- سلامي عمور ، الوجيز في قانون المنازعات الادارية ، الجزائر ، ٢٠٠٤.

٧٦- د. سليمان محمد الطماوي ، مبادئ القانون الاداري ،الكتاب الاول ، مطبعة دار الفكر العربي ، القاهرة ،١٩٧٧.

٧٧- د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج١، ط٥، مكتبة مصر الجديدة ، ١٩٩٢.

٧٨- د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني والالتزامات ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، ج٢، ط٤، دار الكتب القانونية ، مصر ، ١٩٨٧.

٧٩- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات ،الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المجلد الثاني،ج٢، ط٥، مطبعة السلام، القاهرة، ١٩٨٨.

٨٠- د. سمير اسماعيل ، الاعتبار الشخصي في التعاقد، القاهرة،١٩٧٥.

٨١- د. سمير دنون ، الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في القانون المدني والاداري –دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت ، ٢٠٠٩.

٨٢- د. سمير عبد السميع الاودن ، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعديهم ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤.

٨٣- د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٩.

٨٤- د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

٨٥- د. سميرة حسين محيسن الطائي ، رضا المريض في الاعمال الطبية واثره في المسؤولية المدنية ، ط ١، دار الفكر والقانون، مصر ، ٢٠١٦.

٨٦- د. سوزان علي حسن، التشريعات السياحية والفندقية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

٨٧- سيد عتيق، القتل بدافع الشفقة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.

٨٨- د. شاب توما منصور، شرح قانون العمل، دار الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٧٢.

٨٩- د. شريف الطباخ ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها (مسؤولية الطبيب عن اخطائه – مسؤولية المستشفى – مسؤولية الصيدلي) ، ط١، دار مصر للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠١٩.

٩٠- د. شعلان سليمان محمد، نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية، ٢٠٠٢.

٩١- د. شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠١.

٩٢- د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، دراسة في النظرية العامة للالتزام ، ط١ ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، ٢٠٠١.

٩٣- صفوان محمد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية (دراسة مقارنة)، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١١.

٩٤- د. ضياء شيت خطاب، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٩.

٩٥- د. طارق كاظم عجيل ، الوسيط في عقد البيع ، ج١، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان، الاردن ،٢٠١٠.

٩٦- د. طلال عجاج ، المسؤولية المدنية للطبيب –دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان، ٢٠٠٤.

٩٧- د. عباس الصراف ، المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، مطابع دار الكتاب العربي ، مصر، ١٩٥٤.

٩٨-د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية،ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، العراق، ٢٠١٦.

٩٩-د. عبد الباقي البكري ، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام،ج١ ، مطبعة الشفيق ، بغداد ، ١٩٦٠.

١٠٠- د. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات (المدنية والجنائية والتأديبية)، ط٢،منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

١٠١-د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام ، المصادر الارادية –العقد والارادة المنفردة، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٠.

١٠٢- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ،الوسيط، العمل الضار والاثراء بلا سبب، المجلد الثاني، ١٩٨١.

١٠٣-د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام، المجلد الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ١٩٩٨.

١٠٤- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل– المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، المجلد الاول، ط٣، ج٧، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.

١٠٥- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الاثبات ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤.

١٠٦- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦.

١٠٧-د. عبد الرشيد مأمون ، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي ، دار النهضة العربية ، القاهرة، بدون سنة نشر.

١٠٨-د. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٨٦.

١٠٩-د. عبد السلام التوينجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، مطبوعات حلب، سوريا، ١٩٦٦.

١١٠-د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٨.

١١١-د. عبد الفتاح محمود إدريس، الإجهاض من منظور إسلامي، القاهرة ، ١٩٩٥.

١١٢-د. عبد القادر اقصاصي ،الالتزام بضمان السلامة في العقود(نحو نظرية عامة) ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، ٢٠١٠.

١١٣-د. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام ، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني ، ط١، الاصدار الاول ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن، ٢٠٠٤.

١١٤-د. عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الاعمال الطبية، وجزاء الاخلال به ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦.

١١٥- عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، ط٢، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، ١٩٨٧.

١١٦-د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية ، بغداد، ٢٠٠٧.

١١٧-د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مصادر الالتزام ، ج١، العاتك لصناعة الكتاب ، المكتبة القانونية، بغداد.

١١٨-د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ، القانون المدني واحكام الالتزام ،ج٢، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، المكتبة القانونية ، بغداد.

١١٩-د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج١، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧.

١٢٠-عبد المنعم أحمد الشرقاوي، المصلحة في الدعوى، ط١، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، ١٩٤٧.

١٢١-د. عبد المنعم البدراوي ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، مصادر الالتزام ، مكتبة السيد عبد الله وهبة، ١٩٧٧.

١٢٢-د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام، مطبعة المتنبي ، دار النهضة العربية ، بيروت، ١٩٩٢.

١٢٣-د. عبد المنعم محمد داود، المسؤولية القانونية للطبيب، مكتبة نشر الثقافة، الإسكندرية، مصر، ١٩٨٨.

١٢٤-د. عدنان ابراهيم السرحان ونوري محمد خاطر، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، عمان، الاردن، ٢٠٠٠.

١٢٥-د. عدنان إبراهيم السرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.

١٢٦-د. عدنان السرحان، شرح القانون المدني(العقود المسماة)، ط ١، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٦.

١٢٧-د. عز الدين الديناصوري ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، ط٥، دار المطبوعات الجامعية ، مصر، ١٩٩٦.

١٢٨-د. عز الدين الديناصوري ود. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، مطبعة القاهرة الحديثة للطباعة ، ١٩٨٨.

١٢٩- د. عزيز كاظم جبر ، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية ، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع ،عمان ، الاردن، ١٩٩٨.

١٣٠- د. عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني، بغداد، ٢٠٠٧.

١٣١-د. علي حسين نجيده، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٢.

١٣٢-د. علي سيد حسن ، الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٠.

١٣٣- د. علي عصام غصن، الخطأ الطبي،ط٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

١٣٤- د. علي عصام غصن، المسؤولية الجزائية للطبيب، بيروت، لبنان، ٢٠١٢.

١٣٥- د. عمرون شهرزاد، أحكام نقل وزراعة الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء في الفقه الإسلامي والقانون (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١٢.

١٣٦-عوض أحمد الزعبي، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني،ط٤، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٧.

١٣٧-د. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ،(عقد البيع)،ج١، مطبعة المعارف، بغداد،١٩٩٧.

١٣٨- د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف ، بغداد، ١٩٧١.

١٣٩-د. فائق الجوهري، أخطاء الأطباء، وكالة الصحافة العربية ناشرون، الجيزة، مصر، ٢٠١٨.

١٤٠-د. فخري الدباغ ، الاطباء والناس – مبادئ السلوك الطبي ، مطبعة الهدف ، الموصل ، ١٩٥٩.

١٤١-فرهاد حاتم حسين، عوارض المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠١٤.

١٤٢-قصي جعفر موسى سلمان، أحكام الإعفاء من المسؤولية المدنية،ط١، الجامعة الإسلامية للنشر، ٢٠١٥.

١٤٣-د. كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح احكام عقد المقاولة، ج١، ط١، مطبعة اوفسيت وسام، بغداد، ١٩٧٦.

١٤٤-د. محمد ابراهيم دسوقي ، نظرية الالتزام –مصادر الالتزام ، ٢٠٠١.

١٤٥-د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وابرام العقود، الادارة العامة للبحوث، ١٩٩٥.

١٤٦-د. محمد احمد عابدين ، الدعوى المدنية في مرحلتيها الابتدائية والاستئنافية ، ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر، ١٩٩٤.

١٤٧-د. محمد احمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والادبي والموروث، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ١٩٩٧.

١٤٨-محمد التويجري و ثامر مرجان، الجامع لأحكام المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر.

١٤٩-د. محمد الشوا ، مسؤولية الاطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، دار النهضة ، القاهرة ، ٢٠٠٣.

١٥٠-د. محمد بشير شريم، الأخطاء الطبية بين الالتزام والمسؤولية، جمعية عمال المطابع، الأردن، ٢٠٠٠.

١٥١-د. محمد حسن قاسم، اثبات الخطأ في المجال الطبي ، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٠.

١٥٢-د. محمد حسن قاسم، القانون المدني– الالتزامات -المصادر- العقد ، المجلد الاول ، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨.

١٥٣-د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،٢٠١٨.

١٥٤-د. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر، ١٩٨٣.

١٥٥-د. محمد حسين عبد العال ، تقدير التعويض عن الضرر المتغير ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٠.

١٥٦- محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام -احكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، ٢٠٠٦.

١٥٧-د. محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام –الكتاب الاول- مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، مصر، ٢٠٠٥.

١٥٨-د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية – المسؤولية المدنية لكل من (الاطباء، الجراحين ، اطباء الاسنان ، الصيادلة ، المستشفيات العامة والخاصة ،الممرضين والممرضات)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٩.

١٥٩- د. محمد رأفت عثمان ، الاجهاض في الفقه الاسلامي ، ط١، دار القومية العربية للثقافة والنشر، القاهرة، ١٩٩٥.

١٦٠- د. محمد رضا عبد الجبار العاني ، الوكالة في الشريعة والقانون ، ،دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٩٧٥.

١٦١-د. محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

١٦٢-د. محمد سلام مدكور، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي. دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٩.

١٦٣-د. محمد شريف احمد ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دار الثقافة ،عمان، الاردن، ١٩٩٩.

١٦٤-د. محمد طه البشير واخرون ، النظرية العامة للتعاقد ، ط١، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٩٦.

١٦٥-د. محمد عبد الوهاب خفاجى، التشريعات السياحية والفندقية، التنظيم القانوني لحقوق المنشأة الفندقية والسياحية والإرشاد السياحي والعاملين بها، دراسة تطبيقية في ضوء نصوص التشريع وأحكام القضاء المصري، ط١١، دار الهناء، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

١٦٦-د. محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠.

١٦٧-د. محمد عيد الغريب ، التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان ، مطبعة وهبة ، القاهرة، ١٩٨٩.

١٦٨-محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات ، دار الجوهري للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٥١.

١٦٩-د. محمد فتح الله النشار ، احكام وقواعد عبء الاثبات في الفقه الاسلامي وقانون الاثبات طبقا لاحكام محكمة النقض ، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ،٢٠٠٠.

١٧٠-محمد فؤاد عبد الباسط ، تراجع فكرة الخطأ أساسا لمسؤولية المرفق العام -الاتجاهات الحديثة المجلس الدولة الفرنسي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣.

١٧١- د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، الالتزامات ، ج١، المطبعة العالمية ، مصر ، ١٩٥٤.

١٧٢-د. محمد محمد ابو زيد، بعض المشكلات القانونية الناتجة عن مرضى فقد المناعة المكتسبة (الايدز)، جامعة الكويت، ١٩٩٥.

١٧٣-د. محمد يوسف ياسين ، المسؤولية الطبية ، مسؤولية المستشفيات والاطباء والممرضين ، قانونا ، فقها واجتهادا، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠٠٣.

١٧٤-د. محمود السيد تحيوي، حضور صاحب الصفة الإجرائية في الدعوى القضائية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٣.

١٧٥-محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٤.

١٧٦-د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، ج١، مطبعة جامعة القاهرة،١٩٧٨.

١٧٧-د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مصادر الالتزام، ج ١، ط ٢، مطبعة فالق، القاهرة، ١٩٧٦.

١٧٨-د. محمود زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية (المدنية والجزائية) ، مطبعة خالد بن الوليد، دمشق، ١٩٩٩.

١٧٩- د. محمود سعد الدين الشريف ، شرح القانون المدني العراقي ، نظرية الالتزام ، ج١، مصادر الالتزام ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٥ .

١٨٠-د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨.

١٨١-مراد محمد الشنيكات ، الاثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني –دراسة مقارنة ،ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٨.

١٨٢-د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية، مطبعة السعدون: بغداد، ٢٠٠٠.

١٨٣-د. مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، شرح مفصل لإحكام التقنينات العربية المستمدة من الفقه العربي والمستمدة من الفقه الإسلامي، ط١، الفتح للطباعة والنشر، الازاريطة، الإسكندرية، بدون ذكر سنة النشر.

١٨٤- د. مصطفى محمد عبد المحسن، الخطأ الطبي والصيدلي (المسؤولية الجنائية)، ٢٠٠٠.

١٨٥- د. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري،ط٢، مكتبة عبد الله وهبة ، مصر، بدون سنة نشر.

١٨٦-د. منذر الفضل ، الضرر المعنوي في المسؤولية المدينة ، ط ١، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد، ١٩٩٠.

١٨٧- د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني –دراسة مقارنة، مصادر الالتزام، ج١، ط١، بغداد، ١٩٩١.

١٨٨-د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني العراقي، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية العربية والاجنبية معززة بآراء الفقه واحكام القضاء، ج١،ط١، مكتبة العامل في اربيل، العراق، ٢٠٠٦.

١٨٩-منصور عمر المعايطة ، المسؤولية المدنية والجنائية في الاخطاء الطبية ، ط١، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية ، الرياض، السعودية، بدون سنة نشر.

١٩٠-د. منير رياض حنا ، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الاسلامية والقوانين العربية والاوربية والامريكية، ط١، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٨.

١٩١-د. منير رياض حنا ، النظرية العامة للمسئولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١١.

١٩٢-د. منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٨٩.

١٩٣-د. نادرة محمود سالم، ، التشريعات السياحية في جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

١٩٤-د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٤.

١٩٥-نبيل اسماعيل عمر واحمد خليل واحمد هندي ، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، مصر، ١٩٩٨.

١٩٦-د. نبيل سعد ، الاثبات في المواد التجارية ، دار النهضة العربية ، بيروت، ١٩٩٥.

١٩٧-د. وائل محمود ابو الفتوح، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم ، دار الفكر والقانون ، مصر، ٢٠٠٩.

١٩٨-د. وجيه محمد الخيال، المسؤولية الجنائية للطبيب في القانون السعودي، ط١، مكتبة هوزان، الرياض، السعودية، ١٩٩٦.

١٩٩-أ. يوسف جمعة يوسف الحداد، المسؤولية الجنائية عن اخطاء الاطباء في القانون الجنائي لدولة الامارات العربية المتحدة ، منشورات الحلبي ، بيروت، بدون سنة نشر.

٢٠٠- د. يوسف زكريا عيسى ارباب، التعويض الناشئ عن تفويت الفرصة –احكامه وتطبيقاته في الفقه الاسلامي والقانون المقارن ، دراسة مقارنه، الخرطوم ، ٢٠١١.

رابعاً- الرسائل والاطاريح الجامعية

- **الرسائل:**

١- أحمد سلمان شهيب، الالتزام التعاقدي بالسرية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة النهرين، ٢٠٠٥.

٢- أمل كاظم سعود الزوبعي، التمييز بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق- جامعة النهرين، ١٩٩٨.

٣- أنس غنام، الحق في سلامة الجسم، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهرين، ٢٠٠٢.

٤- بوليل اعراب ، الطبيعة القانونية للعقد الطبي ، رسالة ماجستير ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أكلي محند اولحاج ، الجزائر ، ٢٠١٣.

٥- توفيق خديمي، المسؤولية المدنية للعيادات الخاصة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، ٢٠٢٢.

٦- جابر مهنا شبل ، الالتزام بالمحافظة على سر المهنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة جامعة بغداد ، ١٩٨٤ .

٧- جوليانا فايز يحفوفي، نقل الدم والمسؤولية المدنية الناجمة عنه ، رسالة لنيل دبلوم دراسات عليا في قانون الاعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية والادارية ، الجامعة اللبنانية ، ٢٠١٨.

٨- حمزة صلاح محمد معادات، المسؤولية المدنية للمستشفى عن اخطاء الاطباء ، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات العليا في جامعة عمان العربية ،الاردن، ٢٠١٨.

٩- رواء كاظم راهي ، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن اخطاء الاطباء العاملين فيها، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة بابل ، ٢٠٠٨.

١٠-زينب رزاق ، عقد الفندقة – دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء ،٢٠١٣.

١١-زينب محمد حجيج، الطبيعة القانونية للعقد الذي يربط الطبيب بالمستشفى ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية والادارية ، الجامعة اللبنانية ، لبنان، ٢٠٢٢.

١٢-سامي أحمد الخوالدة، دور رضا المريض في المسؤولية الجزائية عن الأعمال الطبية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق في جامعة آل البيت، الأردن، ٢٠٠٤.

١٣-سعدي بلقاسم ، الارادة في العقد الطبي ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة عبدالحميد بن باديس ، الجزائر، ٢٠٢٠.

١٤-الشريف وكواك ، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون ، الجزائر ، ٢٠٠٤.

١٥-صالح جاسم صالح المحمدي، تطور المسؤولية المدنية في المجال الطبي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة قطر، ٢٠١٩.

١٦-صدام فيصل كوكز، إخلال الغير بالعقد والمسؤولية الناشئة عنه، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهرين،٢٠٠٤.

١٧-عبد الرحمن عبد الرزاق الطحان ، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون –جامعة بغداد ، ١٩٧٦.

١٨-علي عبيد الجيلاوي، رضا المتضرر وأثره في المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٨٨.

١٩-علي يونس إسماعيل السنجاري، مركز الإدارة في دعوى الإلغاء والقضاء الكامل (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة الموصل، ٢٠٠٤.

٢٠-عميري فريدة ، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، الجزائر ، ٢٠١١.

٢١-قماز منصور، الطبيعة القانونية للعقد الطبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي،الجزائر، ٢٠١٧.

٢٢-ليلى بو سماحة ، مسؤولية المستشفى عن الاخطاء الطبية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية –جامعة قاصدي مرباح ، الجزائر ،٢٠١٥.

٢٣-محمد رشيد محمد دواغرة، المسؤولية المدنية للمستشفيات الخاصة عن أخطاء الطبيب ومساعديه (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير ،كلية القانون في جامعة جدارا، إربد، الأردن، ٢٠١٣.

٢٤-محمد يوسف الفشني، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال الرعاية الصحية عن بعد، جامعة المنوفية، مصر.

٢٥-محمود موسى دودين، مسؤولية الطبيب الفردية المدنية عن اعماله المهنية –دراسة مقارنة، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات العليا ، جامعة بير زيت ، فلسطين ، ٢٠٠٦.

٢٦-مراد بن عاطي ، المسؤولية المدنية للطبيب الجراح عن نقل وزرع الاعضاء ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ابو بكر بلقايد ،الجزائر ، ٢٠١٩.

٢٧-نادية كعب جبر ، العقد المركب – دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة النهرين ، ٢٠٠٥.

٢٨-نصير جبار لفته، التعويض العيني، دراسة مقارنه ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون –جامعة النهرين، العراق، ٢٠٠١.

٢٩- هويدا عبد الله الغافلي، المسؤولية المدنية الناشئة عن غش الادوية –دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٥.

٣٠-وائل تيسير محمد عساف ، المسؤولية المدنية للطبيب –دراسة مقارنة، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، ٢٠٠٨.

- **الاطاريح**

١- احمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة النهرين، ٢٠٠٨.

٢- أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة ، التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الاخطاء الطبية – دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا ، جامعة عمان العربية للدراسات العليا ، الاردن ، ٢٠٠٧.

٣- أسعد عبيد عزيز الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩١.

٤- اشرف جابر مرسي، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، ١٩٩٩.

٥- إيهاب يسر أنور علي، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق في جامعة القاهرة، ١٩٩٤.

٦- جميل محمد حسين ، مفهوم الارادة في فلسفة القانون الخاص ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات القانونية العليا ، جامعة عمان العربية للدراسات العليا ، الاردن ، ٢٠٠٨.

٧- حمد سلمان سليمان الزيود، المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم الملوث-دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧.

٨- خديجة وافي ، المسؤولية المدنية والجنائية عن عمليات نقل الدم –دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجيلالي ليابس –سيدي بلعباس، الجزائر، ٢٠١٦.

٩- سامية بو مدين، الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي، أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة تيزي وزو، الجزائر، ٢٠١٩.

١٠- عادل عبد إبراهيم، حق الطبيب في ممارسة الاعمال الطبية ومسؤوليته الجنائية ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ١٩٧٧.
١١- عبد الجبار ناجي صالح، انقضاء عقد المقاولة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد، ١٩٧٩.
١٢- عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الاعمال الطبية والجراحية ،دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، ٢٠٠٥.
١٣- عقيل فاضل حمد الدهان ، عدم تجزئة التصرف القانوني في القانون المدني – دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٦.
١٤- موسى العجلة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة مولود معمري، الجزائر، ٢٠١٦
١٥- الهيثم عمر سليم، المسؤولية المدنية عن أضرار البدائل الصناعية الطبية، أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق ، جامعة أسيوط، مصر، ٢٠٠٦.

خامساً ـ البحوث:

١- د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، تعويض تفويت الفرصة ، القسم الثاني ، بحث منشور في مجلة الحقوق-جامعة الكويت –مجلس النشر العلمي ، الكويت، ١٩٨٦.
٢- إبراهيم صالح عطية، المسؤولية المدنية للطبيب الناتجة عن خطئه العادي (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة ديالى، العدد (٤٩)، المجلد (١٤)، ٢٠١١.
٣- د. احمد السعيد الزقرد ، التزامات الفندقي ومسؤوليته المدنية في مواجهة السائح أو العميل ، دراسة مقارنة في عقد الاقامة (النزول) في الفندق ، بحث منشور في مجلة المحامي ، السنة الثالثة والعشرون، الكويت، ١٩٩٩.
٤- أحمد أورحمان أحمد، المسؤولية التقصيرية الناشئة عن أخطاء مراكز التحاليل الطبية (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة قلاي زانست العلمية، الجامعة اللبنانية الفرنسية، أربيل، العراق، المجلد الخامس، العدد(٤)، ٢٠٢٠.
٥- د. أحمد محمد إبراهيم، مسؤولية الأطباء، بحث منشور في مجلة الأزهر، المجلد (٢٠)، بدون سنة نشر.
٦- اصالة كيوان كيوان ، تعويض الضرر المتغير، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد ٢٧، العدد الثالث ، كلية الحقوق، جامعة دمشق،٢٠١١.
٧- د. الحسين عمر، الالتزام ببذل عناية وتحقيق نتيجة وضمان السلامة واثرها على مستقبل المسؤولية المدنية في المجال الطبي ، مختارات من اشغال الملتقى الوطني حول مستقبل

المسؤولية المدنية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية –جامعة امحمد بوقرة بومرداس ، الجزائر، ٢٠٢٠.

٨- برابح يمينه ، نقل الدم بين الضرورة العلاجية والمساءلة القانونية (دراسة تأصيلية في القانون المدني)، الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية ، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية ، العدد ١٥، الجزائر، ٢٠١٦.

٩- بودالي محمد ، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإدارية ، جامعة سيدي بلعباس ، الجزائر،ج٣، العدد٣، ٢٠٠٥ .

١٠-د. جعفر الفضلي، الالتزام بالنصيحة والسلامة والحذر في عقد المقاولة- دراسة تحليلية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، العدد ١٣، السنة ٢٠٠٢.

١١-د. جليل حسن الساعدي ومحمد عبد الوهاب ، المفهوم الحديث للطرف في العقد

١٢-د. جليل حسن الساعدي ، منى نعيم جعاز ، فكرة مضمون العقد واثر استحداثها على شروط صحة العقد " دراسة في القانون الفرنسي " ، بحث منشور في مجلة بحوث الشرق الاوسط ، جامعة عين شمس ، العدد (٦٢)، السنة(٤٧)، مصر ، ٢٠٢١.

١٣-د. جليل حسن الساعدي، الاعتبار الشخصي واثره في تنفيذ العقد ، مجلة العلوم القانونية ، العدد الاول والثاني، بغداد، ١٩٩٨.

١٤-د. جميل الشرقاوي ، طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني ،بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد لكلية الحقوق – جامعة القاهرة ، العدد الاول ، السنة ٣٤، ١٩٦٤.

١٥-جيدور نعيمه ، مسؤولية المستشفى العام في النظام القضائي الجزائري، مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء ، وزارة العدل ، المدرسة العليا للقضاء، ٢٠١٠.

١٦-د. حسام الدين كامل الأهواني، ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية- دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة عين شمس، السنة السابعة، العدد الأول، ١٩٧٥.

١٧-د. حسن علي ذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا، جامعة النهرين، كلية الحقوق، ١٩٩٩- ٢٠٠٠، غير منشورة.

١٨-د. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، مضمون العقد – دراسة مقارنة بين النظام القانوني الانكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في ١٠شباط - ٢٠١٦ بحث منشور في المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، تصدرها جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية / كلية الحقوق والعلوم السياسية ، المجلد ١٧، العدد ١،٢٠١٨.

١٩-خالد بن النوي والطيب بو حالة ، الالتزام بالتبصير في العقد الطبي بين القانون الجزائري والقضاء الفرنسي، بحث منشور في مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، الجزائر، المجلد ٧، العدد٢، السنة ٢٠٢٠.

٢٠-د. خالد حمدي عبد الرحمن، العقد الطبي ومشكلات مشروعيّة المحل، مجلة العلوم القانونيّة والاقتصادية، العدد (٢٥)، جامعة المنوفية، مصر، ٢٠٠٣.

٢١-خديجة زروقي، المسؤولية العقدية للمؤسسات الاستشفائية الخاصة في مجال العدوى الاستشفائية – دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة القانون، المركز الجامعي احمد زبانة بغليزان- معهد العلوم القانونية والادارية ، الجزائر، العدد (٩)، ٢٠١٨.

٢٢-رفح رزوكي كربل، الاعتبار الشخصي واثره في تنفيذ العقد الاداري-دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد٣، ٢٠١٦.

٢٣-زبيدة زعيطي ، رضا المريض في عقد العلاج الطبي ، بحث منشور في مجلة حقوق الانسان والحريات العامة ، جامعة مستغانم ، الجزائر، العدد (٥)، ٢٠١٨.

٢٤-د. زينة غانم يونس العبيدي و د. رائدة محمود النجماوي ، عقد العلاج بالبدائل الصناعية الطبية (دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق السنة (٤) المجلد (٤) العدد (١) الجزء (٢) ،سنة ٢٠١٩.

٢٥-د. سالم ارجيعه الزوى ، الطبيعة القانونية للالتزام الطبي في القانون اللبي – دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة المحامي، مجلة فصلية تصدرها النقابة العامة للمحامين ، ليبيا، العدد(٤٣،٤٤)، ١٩٩٤.

٢٦- د. سليمان كريم محمود ، مركز الانثى في جريمتي الاجهاض ومواقعة الانثى بعد وعدها بالزواج – دراسة في التشريع العقابي العراقي ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق ،السنة (٤) المجلد(٤) العدد(٢) الجزء(١) ، ٢٠١٩.

٢٧-سيناء طارق لفته ، الاطار القانوني لعمليات نقل الدم بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية ،ج ٣، العدد ٥٨، بدون سنة نشر.

٢٨-د. صالح سالم النهام ، عقد الوكالة ، بحث منشور في مجلة الوعي الاسلامي ، العدد (٥٨٤) ، فبراير ٢٠١٤.

٢٩-د. عدنان السرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، بحث منشور في المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، المسؤولية الطبية، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.

٣٠- عقيل غالب حسين البعاج ،استبعاد الاخذ بنظرية الخطأ المفترض كاساس لمسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه، بحث منشور في مجلة الكلية الاسلامية الجامعة ، العراق،ج٢، العدد ٧٣ ،٢٠٢٣.

٣١-د. علي شاكر البدري، موت المتعاقد في عقود الاعتبار الشخصي(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة اهل البيت (عليهم السلام)، العدد٣٠.

٣٢- علياء زامل مشتت ، تطور المخاطر الطبية والمعيار المعتمد في تبصير المريض بها –دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية ، بحث منشور في مجلة بحوث الشرق الاوسط، مركز بحوث الشرق الاوسط، جامعة عين شمس ، مصر، ٢٠٢٠.

٣٣-د. عمار محسن كزار، الطبيعة القانونية للمدة في عقد المقاولة-دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة الكوفة ، العدد٢/٤٧، ٢٠٢٠.

٣٤-فاطمة عبدالعزيز حسن احمد بلال ، المسؤولية المدنية للطبيب –دراسة مقارنة، بحث منشور في المجلة القانونية والقضائية ، مركز الدراسات القانونية والقضائية ، وزارة العدل، قطر،العدد٢، ٢٠٠٧.

٣٥-أ. م فتيحة عبيد ، دور الخبرة في دعاوى المسؤولية المدنية الطبية ، بحث منشور في مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية ، العدد١، المجلد٤، الجزائر، ٢٠١٨.

٣٦-د. فهد دخين العدواني، العمل الطبي في القانون المقارن والأحكام القضائية، مجلة كلية الشريعة والقانون، طنطا، مصر، العدد (٣٢)، ج٢، ٢٠١٧.

٣٧-د. لالوش سميرة، الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي ، بحث منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية كلية الحقوق ، جامعة بومرداس ، الجزائر.

٣٨-د. محمد عبدالمحسن القرشي ، المسؤولية المدنية للمؤسسات الصحية الخاصة عن اعمال الطبيب – دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، العدد ٧٤، الرياض، ٢٠٢٠.

٣٩-د. محمد يحي المحاسنة ، اصحاب الحق في التعويض عن الضرر الادبي في حالة موت المصاب ، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية الحقوق –جامعة الكويت ، العدد الثاني ، السنة الرابعة والعشرون، ٢٠٠٠

٤٠-د. محمود كامل البوز، قصور القانون الطبي، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، كلية الحقوق والشريعة، السنة الخامسة، العدد الثاني،١٩٨١.

٤١-د. مختار قوادري ، تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني المقارن ، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون -كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر،العدد١٣، ٢٠١٥.

٤٢-د. مروك نصر الدين، الإنعاش الصناعي والمسؤولية الطبية، بحث منشور في المجلة القضائية الجزائرية، العدد ١، ١٩٩٨.

٤٣-د. منذر الفضل ، التجربة الطبية على الجسم البشري ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، المجلد الثامن، العدد ١ ، ١٩٨٩.

٤٤-د. منذر الفضل ، الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية –كلية القانون والسياسة –جامعة بغداد ، المجلد السادس ، العدد الاول والثاني ، ١٩٨٧.

٤٥-د. منذر عبد الحسين الفضل، المسؤوليّة الطبية، مجلة الساعة، نقابة الأطباء الأردنيين، عمان، الأردن، ١٩٩٥.

٤٦-د. منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، مطبعة جامعة الكويت، الكويت، السنة الخامسة، العدد الثاني، ١٩٨١.

٤٧-منصوري جواد ، طبيعة الخطأ الطبي وفق المسؤولية المدنية الطبية ، بحث في مجلة جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر.

٤٨-منير هليل ، مسؤولية المستشفى الناشئة عن خطأ الطبيب غير الموظف ، بحث منشور في مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الانسانية)، الاردن، مجلد ٢٥ ، ٢٠١١.

٤٩-د. ناجية العطراق، طبيعة التزام الطبيب طبقا للقانون المدني الليبي والفرنسي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية ، كلية القانون ، جامعة الزاوية ، ليبيا، ٢٠١٥.

٥٠-د. نادية محمد مصطفى قزمار، حدود المسؤولية العقدية في اطار الالتزام ببذل عناية وبتحقيق نتيجة ، بحث منشور في مجلة بحوث الشرق الاوسط ، العدد الثامن والاربعون ، الاردن ، ٢٠١٧.

٥١-د. نورة جبارة ، نظرية المخاطر وتأثيرها على المسؤولية المدنية، مختارات من اشغال الملتقى الوطني حول مستقبل المسؤولية المدنية ، الجزء الاول ، كلية الحقوق والعلوم السياسية –جامعة محمد بوقرة-مرداس ، الجزائر، ٢٠٢٠.

٥٢- هشام مخلوف، موافقة المريض على الأعمال الطبية بين التقييد والإطلاق، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية الجزائرية ، المجلد (٧)، العدد (٦)، ٢٠١٨.

٥٣-د. وهبة مصطفى الزحيلي، التعويض المادي عن الضرر الادبي او المادي غير المباشر الناتج عن الجناية او الشكوى الكيدية ، الدورة الثانية والعشرون للمجمع الفقهي الاسلامي المنعقدة في مكة المكرمة، بدون سنة نشر.

سادساً- القوانين:

- **القوانين العراقية**

١. القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ.
٢. قانون الأحوال الشخصية رقم(١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل و النافذ.
٣. قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل والنافذ.
٤. قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل والنافذ.
٥. قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ النافذ.
٦. قانون الصحة العامة رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١ النافذ.
٧. قانون نقابة الأطبّاء المرقم (٨١) لسنة ١٩٨٤ النافذ.
٨. قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ النافذ.
٩. قانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ النافذ.
١٠. قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم (٢٨) لسنة ٢٠١٢ النافذ.
١١. قانون حماية الاطباء رقم (٢٦) لسنة ٢٠١٣ النافذ.
١٢. قانون تأسيس المؤسسات الصحية الخاصة الاتحادي رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٥ النافذ.
١٣. قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها رقم (١١) لسنة ٢٠١٦ النافذ.
١٤. قانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٧ النافذ.
١٥. قانون توفير واستخدام لقاحات جائحة كورونا رقم (٩) لسنة ٢٠٢١ النافذ.

- **القوانين المصرية**

١. قانون العقوبات رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧النافذ.
٢. القانون المدني رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ النافذ.
٣. قانون مزاولة مهنة الطب رقم (٤١٥) لسنة ١٩٥٤النافذ.
٤. قانون نقابة الاطباء رقم (٤٥) لسنة ١٩٦٩ النافذ.

٥. قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ النافذ.
٦. قانون تنظيم المنشآت الطبية رقم (٥١)لسنة ١٩٨١ المعدل والنافذ.
٧. قانون تنظيم زرع الاعضاء البشرية رقم (٥) لسنة ٢٠١٠ النافذ.
٨. مشروع قانون المسؤولية الطبية لسنة ٢٠٢١

- **القوانين الفرنسية**

١. القانون المدني لسنة ١٨٠٤ المعدل والنافذ.
٢. قانون الصحة العامة لسنة ١٩٤٥ المعدل والنافذ.
٣. قانون المستشفيات ومؤسسات الرعاية الصحية الاخرى في ١٠ يوليو ٢٠٠٨ النافذ.

سابعا- اللوائح والتعليمات:

١- لائحة آداب مهنة الطب في مصر رقم (٢٣٨) لسنة ٢٠٠٣.
٢- تعليمات السلوك المهني الصادرة من نقابة اطباء العراق بقرارها المرقم (٦) في ١٩٨٥/٥/١٩.
٣- دليل مبادئ الاخلاقيات الطبية في المؤسسات الصحية العراقية الصادر عن وزارة الصحة والبيئة العراقية لسنة ٢٠١٨.
٤- مدونة السلوك الطبي وآداب مهنة الطب العراقية
٥- المرسوم المتعلق بالأخلاقيات الطبية الفرنسية لسنة ١٩٩٥.

ثامناً- الموسوعات و القرارات القضائية:

١- د. حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني ، موسوعة القضاء والفقه ، ج٢٥١، بدون سنة نشر.
٢- علي محمد ابراهيم الكرباسي، الموسوعة العدلية ، العدد ٦٢، مكتب شركة التأمين الوطنية ،١٩٩٩.
٣- القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز ، القسم المدني ، ج ١ ، ٢٠٠١
٤- محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد ، المجلد الثامن ، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة ، ٢٠١٨.
٥- قرار محكمة تمييز العراق المرقم(٧٩٤/٤٥٠/م١) الصادر في ٢٠٠١/٥/١٣.

٦- قرار محكمة تمييز العراق المرقم (٤١٧/م منقول/٢٠٠١) الصادر في ٢٠٠١/٥/١٢.
٧- قرار محكمة تمييز العراق المرقم (٢٠٠٢/٣/٤٣٩) الصادر في ٢٠٠٢/٥/١٩.
٨- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم (٨٥) في ٢٠٠١/٣/٢٥، منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٣٨٧٣ في ٩/ نيسان /٢٠٠١.

تاسعاً ـ المواقع الإلكترونية:

1- https://elmahatta.com/
2- http://phlsl.uokerbala.edu.iq/wp/wp
3- https://staffsites.sohag-univ.edu.eg/stuff/posts
4- https://americanexpress.com
5- https://univ-reims.fr/UFR/Medecine/fmc/Cours/Capacite
6- https://www.muhadharaty.com/files/lectures
7- https://jordanianlaw.com/category
8- https://www.researchgate.net
9- https://www.bbc.com/news/live/world-us-canada-
10- https://www.youm7.com/amp/2021/7/10/7
11- www.droituniver
12- https://t.me/yy66885utu
13- WWW.Droit-médicale.Net
14- https://cutt.us/LuMIH
15- https://WWW.ligafrance.gouv.fr

عاشراً- المصادر الأجنبية:

1- (R). Savatier, (J.M) Auby: et (PH). Pequignet: traité de droit medical, Paris, 1956.
2- ALOULAE , Le limitation lintutus personae dans le contrat , la tendance a la stabilite du Rapport Contractual , paris , 1960
3- BERNARD GACHOT , critères de qualité pour une expertise civil réussite , revue médcine et droit , volume , 2011 , issue 108 , may_jun , paris , 2011.
4- Besserve le contrat médicale, these Paris, 1955
5- CAPITANT , vocabulaive Juridique led , 1933

6- Colin et capitant, Trait de Droit Civile, Tome II, obligations, Paris, 1959.
7- Conseil d'etat Assemble'e ;du 26 Octobre 2001; 198546 ;publie' au recueil lebon ; statuant au contentieuy, Sans année de publication.
8- Dalloz, Nouveau Reprotire de Droit, Tome Trosieme, 1949
9- Defferrad : une analyse de l'obligation de sécurité a l'épreuve de la cause étrangère . Dalloz revue 1999.
10- Francois Terre , Philippe Simler , Yves Lequette , Droit Civil , Les bligations , Dalloz ,9 edtion , Paris , 2009.
11- François Toujas et Sébastien Leloup, Bilan du fonctionnement de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux Avancées et difficultés 22 ans après sa creation, 2024
12- Ghestin (J) , Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers » , RTD civ . , 1994 .
13- HANNOUZ . (M. M) , HAKEM . (A.R) , Précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médicine et du droit , O. P. U , Alger , 1993.
14- Henri et Leon, Jean Mazeaud, chabas, Lecons des Droit civile, Tom III, Obligation Paris, 1985.
15- J. A. CAMERON. Q. G.: an introduction medical Negligwnce, the law society of Scotland Edingurgh, 1983.
16- J. Hureau , D. Poitout Préface de Pierre Sargos, L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation d'un préjudice corporel, 3 édition, Sans année de publication.
17- Jean PENNEAU, LA RÉFORME DE LA RESPONSABILITÉ MÉDICALE : RESPONSABILITÉ OU ASSURANCE, 1990.
18- Josserand: cour de droit civil positif Francçais 2éd. T. 2N 128 Rapports sous cass civ. 20 mai 1936
19- Kornp robest (L.), responsabilite du medecin derent la loi et jurisprudence France, aise, Paris, 1957 .
20- Laurent DELPART , Guide pratique du droit médical et du droit de la sécurité sociale , Chiron , Paris , 2004.
21- Leleu Yves Henri et Genicot Gilles , Le droit médical , aspects juridiques de la relation medecin patient , 1e édition , de Book Université , Bruxelles , Belgique , 2001.
22- LEMAIRE Jean François , IMBERT Jean Luc , La responsabilité médicale , Presses universitaires de France , Paris , 1985.
23- Max Leroy – Levaluation de prejudiee corporel , Paris,1976.

24- Mazeaud et chabas,Traite theorique et pratique de La respon sabilite civil deictuelle et contractuelle,Tome III 69 emeed paris 1978.
25- Patrice Jourdain , les principes de la responsabilité civile , Dalloz , 8eme édition , paris , 2010.
26- Penneau , J. , La responsabilité du médecin , 2ième éd . , Dalloz , Paris, 1996.
27- . P.Peton ,LE CONTRAT MEDICAL, Aucune année de publication, Sans année de publication.
28- S.Hoquet-Berg, obligation de moyens ou obligation de resultat à propos de la responsabilité , médicale, thèse. Paris XII, 1995.
29- Savatier (R.) Lepre'tendu principe deleffet relative Des contrats. R. T. D. civ, 1934
30- Smith and Keenan English Law, Ninth Edition, London , 1989.
31- SOUFRON (jacques) , La responsabilité du chirurgien viscéral et la pratique de la coelioscopie , Grafo . C. E , Bordeaux - centre , 2005.
32- Stan le Scolan et Rémi Pellet : Hôpitaux et clinique , les nouvelles responsabilités , Economica , paris – france, Sans année de publication.
33- Terry Roder, La responsabilité des établissements de santé privés, 2016.

الملاحق

الملحق رقم (١)

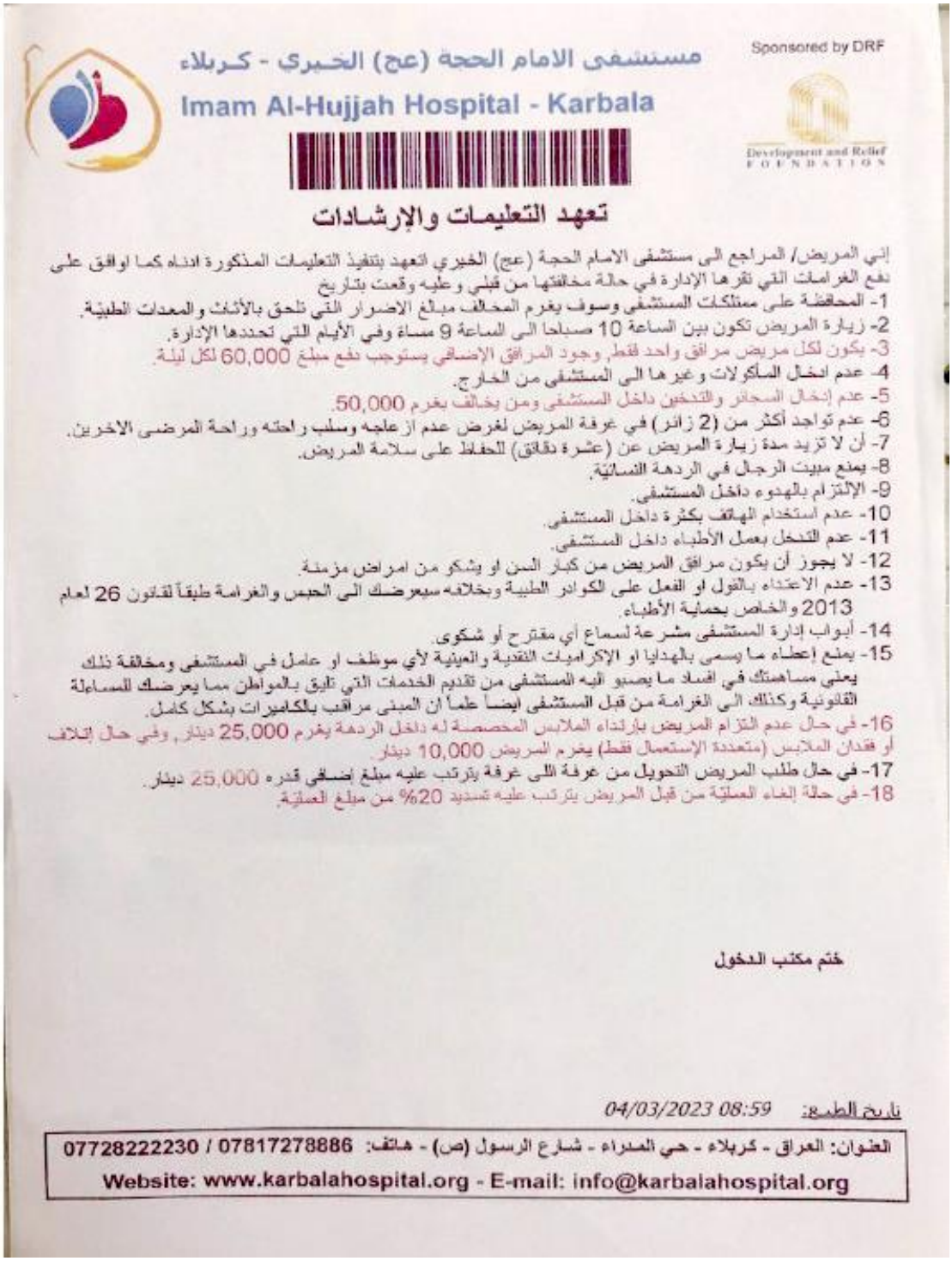
العتبة العباسية المقدسة
مستشفى الكفيل التخصصي
وكربلاء المقدسة

تعرف على التعليمات التالية

- يرجى المحافظة على ممتلكات المستشفى لأنها وجدت لخدمتكم.
- يرجى ان تكون زيارة المريض بين الساعة ١٠:٠٠ صباحاً الى ٩:٠٠ مساءاً.
- يرجى عدم اصطحاب الأطفال لطفاً.
- يرجى عدم جلب المأكولات و غيرها داخل المستشفى.
- يرجى عدم ادخال السكائر و التدخين داخل المستشفى.
- عدم تواجد اكثر من ٢ زوار في غرفة المريض لغرض عدم ازعاجة وسلب راحتة.
- تكون مدة الزيارة ١٠ دقائق والاكتفاء بفترة قصيرة حفاظاً على سلامة المريض.
- يرجى ان يكون مرافق واحد فقط مع المريض .
- يرجى الالتزام بالهدوء التام داخل المستشفى.
- يرجى عدم استخدام الهاتف بصوت عالي داخل الممرات
- يرجى عدم جلب الشراشف والبطانيات داخل المستشفى.
- عدم التدخل بعمل الطبيب المختص
- يرجى ان يكون المرافق غير كبير في السن ولا يشكو من امراض مزمنة
- تعاونكم معنا دليل على حرصكم على سلامة المريض
- مع تمنياتنا بالشفاء العاجل

توقيع المريض او المرافق

الملحق رقم (٢)



مستشفى الامام الحجة (عج) الخيري - كربلاء

Imam Al-Hujjah Hospital - Karbala

Sponsored by DRF

Development and Relief FOUNDATION

تعهد التعليمات والإرشادات

إني المريض/ المراجع الى مستشفى الامام الحجة (عج) الخيري اتعهد بتنفيذ التعليمات المذكورة ادناه كما اوافق على دفع الغرامات التي تقرها الإدارة في حالة مخالفتها من قبلي وعليه وقعت بتاريخ

1- المحافظة على ممتلكات المستشفى وسوف يغرم المخالف مبالغ الاضرار التي تلحق بالأثاث والمعدات الطبية.
2- زيارة المريض تكون بين الساعة 10 صباحا الى الساعة 9 مساءً وفي الأيام التي تحددها الإدارة.
3- يكون لكل مريض مرافق واحد فقط, وجود المرافق الإضافي يستوجب دفع مبلغ 60,000 لكل ليلة.
4- عدم ادخال المأكولات وغيرها الى المستشفى من الخارج.
5- عدم إدخال السجائر والتدخين داخل المستشفى ومن يخالف يغرم 50,000.
6- عدم تواجد أكثر من (2 زائر) في غرفة المريض لغرض عدم ازعاجه وسلب راحته وراحة المرضى الاخرين.
7- أن لا تزيد مدة زيارة المريض عن (عشرة دقائق) للحفاظ على سلامة المريض.
8- يمنع مبيت الرجال في الردهة النسائية.
9- الإلتزام بالهدوء داخل المستشفى.
10- عدم استخدام الهاتف بكثرة داخل المستشفى.
11- عدم التدخل بعمل الأطباء داخل المستشفى.
12- لا يجوز أن يكون مرافق المريض من كبار السن او يشكو من امراض مزمنة.
13- عدم الاعتداء بالقول او الفعل على الكوادر الطبية وبخلافه سيعرضك الى الحبس والغرامة طبقاً لقانون 26 لعام 2013 والخاص بحماية الأطباء.
14- أبواب إدارة المستشفى مشرعة لسماع أي مقترح أو شكوى.
15- يمنع إعطاء ما يسمى بالهدايا او الإكراميات النقدية والعينية لأي موظف او عامل في المستشفى ومخالفة ذلك يعني مساهمتك في افساد ما يصبو اليه المستشفى من تقديم الخدمات التي تليق بالمواطن مما يعرضك للمساءلة القانونية وكذلك الى الغرامة من قبل المستشفى ايضاً علماً ان المبنى مراقب بالكاميرات بشكل كامل.
16- في حال عدم التزام المريض بإرتداء الملابس المخصصة له داخل الردهة يغرم 25,000 دينار, وفي حال إتلاف أو فقدان الملابس (متعددة الإستعمال فقط) يغرم المريض 10,000 دينار.
17- في حال طلب المريض التحويل من غرفة الى غرفة يترتب عليه مبلغ إضافي قدره 25,000 دينار.
18- في حالة إلغاء العملية من قبل المريض يترتب عليه تسديد 20% من مبلغ العملية.

ختم مكتب الدخول

تاريخ الطبع: 04/03/2023 08:59

العنوان: العراق - كربلاء - حي المدراء - شارع الرسول (ص) - هاتف: 07817278886 / 07728222230

Website: www.karbalahospital.org - E-mail: info@karbalahospital.org

Summary:

There is no doubt that the role of private hospitals is becoming more important day after day due to what they contribute to developing the health situation, due to the huge capabilities they possess and advanced material and human technologies, which encourages individuals to come to these hospitals and receive the latest means of treatment and comfort, so the relationship between the patient and the hospital begins. Private contract under a contract, which is a medical hospitalization contract concluded by the patient or his representative and the private hospital, and its role is medical work on the human body, under which the hospital is obligated to provide care or achieve an objective according to the nature of the medical work after obtaining free and informed consent, in exchange for or without compensation.

The medical hospitalization contract is characterized by its specificity that distinguishes it from other contracts, and its importance appears primarily because of that specificity because it responds to the human body, and the inviolability and infallibility of this body necessitates obtaining the free consent and informed consent of the patient at any stage and before any new therapeutic intervention, and this makes it Of the actions that are subject to it within the narrowest limits, and despite its specificity and importance, it did not receive the attention of the Iraqi legislator in regulating its provisions within special medical legislation, or even explaining the law, which made the medical hospitalization contract a contract surrounded by an aura of ambiguity and ambiguity due to the lack of knowledge. Its special legal nature or its return to a contract of the so-called contracts, as this matter was reflected from the lack of organization to the failure to specify the obligations that fall on its parties, and the extent of each obligation separately, whether it is an obligation to exercise care or a commitment to achieve a result, and perhaps this is one of the most important reasons that called us To research this topic, as it became clear to us that the hospital contract is an indefinite contract and one of the complex contracts and has its own nature that distinguishes it from the rest of the contracts, and its specificity stems from the fact that it responds to the human body and is dominated by the human nature, and is based on trust between its unequal parties. The cognitive disparity between the two parties burdened the affected patient, who has the capabilities and limited knowledge of medical sciences, to prove the error

committed by the hospital or one of its employees. The relevant legal texts and general rules were not sufficient to ease the burden on the patient and obtain full compensation to compensate for the harm he suffered. Based on all of the above, the study focused on clarifying the nature of the medical hospitalization contract and detailing the elements of its conclusion, especially the patient's satisfaction, which is not similar to the satisfaction element in the rest of the contracts, where there is initial satisfaction and exceptional satisfaction, and the obligations imposed on both parties, and the responsibility of the private hospital also arises in the assumptions. Which comes from him by mistake or from the people affiliated with him and causes harm to the patient. However, the basis of this liability and the burden of proof differs according to the nature of the medical work. We hope that this study will be a gateway to the beginning of legislation of a special law for medical liability, through which special provisions for the medical hospitalization contract will be regulated

Ministry of Higher Education

And scientific Research

University of Karbala/ College of Law

private law

Medical Hospitalization Contract

-A Comparative Study-

Phd Thesis Written By:

Huaida Abdullah Ibrahim Al-Ghafely

Submitted To The Council of College of law/University of karbala As a part of A phd degree in private law

Supervised BY

Dr. Ali Shaker Abdul Qader Al-Badri

Professor Of Civil Law

1446 A.H **2024 A.D**