



YAKIN DOĐU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĐİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI

**CERRAHİ OPERASYONLAR İÇİN CEZAI SORUMLULUK
KARŞILAŞTIRMALI BİR ÇALIŞMA**

ZHAKAW KAMAL ALBARAZANCHI

Yüksek Lisans Tezi

LEFKOŞA
2021



جامعة الشرق الأدنى
معهد الدراسات العليا
كلية الحقوق / قسم القانون العام

المسؤولية الجنائية الناجمة عن العمليات الجراحية
دراسة مقارنة

زاكو كمال البرازنجي

رسالة ماجستير

**CERRAHİ OPERASYONLAR İÇİN CEZAI SORUMLULUK
KARŞILAŞTIRMALI BİR ÇALIŞMA**

ZHAKAW KAMAL ALBARAZANCHI

YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI

Yüksek Lisans Tezi

DANIŞMAN

YRD.DOÇ.DR. YOUSİF MOSTAFA RASUL

NICOSIA
2021

المسؤولية الجنائية الناجمة عن العمليات الجراحية

دراسة مقارنة

زاكو كمال البرازنجي

جامعة الشرق الأدنى
الدراسات العليا في العلوم الاجتماعية
كلية الحقوق / قسم القانون العام

رسالة ماجستير

بإشراف

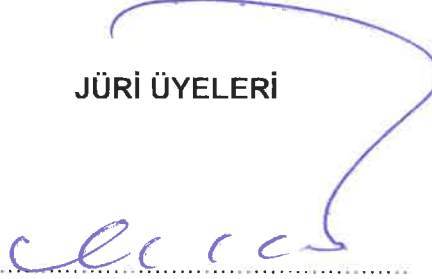
الأستاذ المساعد الدكتور يوسف مصطفى رسول

نيقوسيا
2021

KABUL VE ONAY

Zhakaw Kamal Albarazanchi tarafından hazırlanan "Cerrahi operasyonlar için cezai sorumluluk, karşılaştırmalı bir çalışma" başlıklı bu çalışma, 04/ 02 /2021 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Sanatta Yeterlik Tezi olarak kabul edilmiştir.

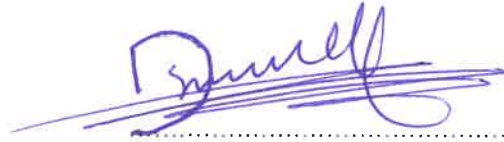
JÜRİ ÜYELERİ



Yrd.Doç.Dr. Yousif Mostafa Rasul (Danışman)
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü



Prof. Dr. Weadi Sulaiman Ali (Başkan)
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü



Yrd.Doç.Dr. Shamal Husain Mustafa
Yakın Doğu Üniversitesi
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü

Prof. Dr. K. Hüsnü Can Başer
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Müdürü

قرار لجنة المناقشة

نحن كأعضاء لجنة مناقشة طالب الماجستير زكاو كمال البرازنجي رسالته الموسومة بـ " المسؤولية الجنائية الناجمة عن العمليات الجراحية دراسة مقارنة" نشهد بأننا اطلعنا على الرسالة وناقشنا الطالب في محتوياتها بتاريخ 2021/02/04، ونشهد بأنها جديرة لنيل درجة الماجستير.

أعضاء لجنة المناقشة

.....
الاستاذ المساعد الدكتور يوسف مصطفى رسول (المشرف)
جامعة الشرق الادنى
كلية الحقوق , قسم القانون العام

.....
الاستاذ الدكتور وعدي سليمان علي (رئيس لجنة المناقشة)
جامعة الشرق الادنى
كلية الحقوق , قسم القانون العام

.....
الاستاذ المساعد الدكتور شمال حسين مصطفى
جامعة الشرق الادنى
كلية العلوم الاقتصادية والإدارية، قسم العلاقات الدولية

.....
الاستاذ الدكتور ك. حسنو جان باشير
معهد الدراسات العليا
المدير



NEAR EAST UNIVERSITY
INSTITUTE OF GRADUATE STUDIES
PUBLIC LAW PROGRAMS / ARABIC

To the Institute of Graduate Studies

Mr. Zhakaw Kamal Albarazanchi (20193949), studying in Public law Arabic Program has finished the master thesis titled "**Criminal liability for surgical operations Comparative study**" and used literature review in Research Methodology in writing the thesis. For this reason, ethical Review board report permission will be needed for the designed research.

Sincerely,

Assist. Prof. Yousif Mostafa Rasul

BİLDİRİM

Ben **ZHAKAW KAMAL ALBARAZANCHI** olarak beyan ederim ki **Cerrahi operasyonlar için cezai sorumluluk, karşılaştırmalı bir çalışma**, başlıklı tezi 'Yrd.Doç.Dr. Yousif Mostafa Rasul' nin denetimi ve danışmanlığında hazırladığımı,tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya Sosyal Bilimler Enstitüsünün tez yazım kurallarına bağlı kalarak yaptığımı taahhüt ederim. Tezimin kağıt ve elektronik kopyalarının Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde saklanmasına izin verdiğimi onaylarım.

Bu Tez benim kendi çalışmamdır. Bu tezde yer alan tüm iddia, fikir, yorum, öneri ve çevirilerin sorumluluğu yazar olarak bana aittir.

Bağlı olduğum Sosyal Bilimler Enstitüsü hiçbir koşul veya şart altında, tezin içeriğini ve bilimsel sorumluluğunu taşımamaktadır. Yapılan ve yayınlanan çalışmaların tüm sorumlulukları yazar olarak bana aittir.

- Tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.
- Tezimin içeriğine Sadece Yakın Doğu Üniversitesinde erişilebilir.
- Tezimin içeriğine iki yıl boyunca hiçkimse tarafından erişilemez, eğer bu sürenin sonunda sürenin uzatılmasını talep etmezsem, sürenin sonunda tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.

Tarih : 04/02/2021

İmza :

Adı ve Soyadı: ZHAKAW KAMAL ALBARAZANCHI

الاعلان

أنا زكاو كمال البرازنجي، أعلن بأن رسالتي الماجستير بعنوان **المسؤولية الجنائية الناجمة عن العمليات الجراحية دراسة مقارنة**، كانت تحت إشراف وتوجيهات **الاستاذ المساعد الدكتور يوسف مصطفى رسول**، ولقد أعدتها بنفسني تماماً، وكل اقتباس كان مقيداً بموجب الالتزامات والقواعد المتبعة في كتابة الرسالة في معهد العلوم الاجتماعية. أؤكد بأنني أسمح بوجود النسخ الورقية والإلكترونية لرسالتي في محفوظات معهد العلوم الاجتماعية بجامعة الشرق الأدنى. هذه الرسالة هي من عملي الخاص، وأتحمل مسؤولية كل الادعاءات والأفكار والتعليقات والاقتراحات والنصوص المترجمة في هذه الرسالة هي مسؤولية المؤلف. معهد العلوم الاجتماعية الذي أنتمي إليه ليس له أي تبعية أو مسؤولية علمية تحت أي ظرف من الظروف، جميع مسؤوليات المصنفات المنشورة المنشورة تخصني كمؤلف.

- المحتوى الكامل لرسالتي يمكن الوصول إليها من أي مكان.
- رسالتي يمكن الوصول إليها فقط من جامعة الشرق الأدنى.
- لا يمكن أن تكون رسالتي قابلة للوصول إليها لمدة عامين (2). إذا لم أتقدم بطلب للحصول على الامتداد في نهاية هذه الفترة، فسيكون المحتوى الكامل لرسالتي مسموح الوصول إليها من أي مكان.

تاريخ: 2021/02/04

التوقيع:

الاسم واللقب: زكاو كمال البرازنجي

TEŐEKKÜR

Başlangıçta, danışman profesöre (**Yrd.Doç.Dr. Yousif Mostafa Rasul**) tezin denetimini kabul etme ve değerli bilimsel gözlemleri ve görüşleri aracılığıyla yardım ve yardım sağlama tercihinden dolayı teşekkür ve şükranlarımı sunabilirim. Mesajın istenen biçimde üretilmesinde bilimsel rehberliğin büyük etkisi oldu.

Değerli hocalarımızın başkanlığındaki bu akademik aşamayı tamamlarken yanımda olan herkese manevi destek ve cesaretlerinin devamlılık ve başarı üzerinde etkisi olduğu için içten teşekkürlerimi sunuyorum. Bilimsel kaynakların elde edilmesinde bana yardımcı olanlara, özellikle çeşitli üniversitelerdeki kütüphane çalışanlarına en içten teşekkür ve takdirlerimi sunuyorum.

شكر وتقدير

في البداية لا يسعني الا ان اتقدم بالشكر والعرفان الى الاستاذ المشرف (الاستاذ المساعد الدكتور يوسف مصطفى رسول) لتفضله بقبول الاشراف على الرسالة وتقديم العون والمساعدة من خلال ملاحظاته وآرائه العلمية القيمة، فكانت لتوجيهاته العلمية أثر كبير في اخراج الرسالة بالشكل المطلوب.

كما اتقدم بالشكر الجزيل الى كافة الذين وقفوا الى جانبي في إتمام هذه المرحلة الأكاديمية، وعلى رأسهم الاساتذة الافاضل، فكان لدعمهم المعنوي وتشجيعهم أثر في الاستمرار والتوفيق. كما أتقدم بجزيل الشكر والتقدير الى اللذين ساعدوني في الحصول على المصادر العلمية وخاصة موظفي المكتبات في مختلف الجامعات.

ÖZ

CERRAHİ OPERASYONLAR İÇİN CEZAI SORUMLULUK KARŞILAŞTIRMALI BİR ÇALIŞMA

Bu çalışma, bu konunun hayatında ve sağlığında insanlarla doğrudan teması nedeniyle duyduğu hassasiyet ve hastanın ameliyat sırasında alması gereken özenle önemini vurgulamayı amaçlamaktadır. Çalışmanın sorunu sadece cezaya uygulanan ceza nedir, ihtiyati tedbirler suç ve menfaatlerle orantılılık ilkesine tabi midir? Araştırmacı bu çalışmada betimsel ve analitik yöntemi kullanmıştır. Çalışma bir dizi bulgu ve tavsiyeye ulaştığı için en önemlileri şunlardır: İlgi, devletin bu alandaki politikasını çizerken benimsediği suç felsefesiyle ilgilidir ve bu fikir, esas olarak yaşamın siyasi, ekonomik veya sosyal farklı yönleriyle ilgilenirken benimsediği fikirdir. Çünkü hukuk, gerekli gördüğü menfaatleri ifade eden değerleri korumayı şart koştuğu ceza metinleri aracılığıyla toplumun amaçlarının ifadesidir. Araştırma bize, cezai temeli kodlama veya inşa etme konusundaki çıkar fikrinin büyük rolünü göstermektedir. Yasallaştırma aşamasında, yasa koyucu, menfaatin zaman zaman ve bir sistemden diğerine farklılık gösteren maddi ve ahlaki insan ihtiyaçlarını karşılama kabiliyetinin kapsamını gözlemleyerek menfaati yasal koruma yerine seçer. Kanun koyucunun, genel suç bölünmeleri için nesnel bir kılavuz belirlemede ve her bir suç veya belirli bir suç sınıfı için yasal model çizerken kullandığı şey Bununla birlikte, menfaat, kanun koyucunun suçların hukuki bir yapıya dahil edilmesine ilişkin olarak, bu hukuk sistemine dahil olan bu suçlara iştirak eden tanınmış menfaatin birimi olarak ve hukuki korumaya konu menfaat aracılığıyla tek bir menfaati farklı yönlerden koruma sağlamak amacıyla aldığı kriterdir. Kanun koyucunun, modern kriminalizasyon politikasının amaçlarına ulaşması için suç hacminin artmasını önlemek için suç sayımını genişletmemesini tavsiye ediyoruz. Suçların toplum çıkarlarıyla çatıştığı ölçüde değerlendirilmesi ve bu temelde bölünmesi ve bölünmeye yeni sınırlar verilmesi ve toplumun çıkarlarını somut olarak ihlal etmediği için ihlallere özel bir kanunla muamele edilmesi zorunludur.

İhlallerin bağımsız mevzuata dahil edilmesi ve tamamen ceza kanunundan çıkarılması.

Anahtar kelimeler: ameliyatlara, tıbbi hatalara, suç, cezai sorumluluk.

ABSTRACT

CRIMINAL LIABILITY FOR SURGICAL OPERATIONS COMPARATIVE STUDY

This study aimed to highlight the importance of this topic through its sensitivity due to its direct contact with the person in his life and health, and the care that the patient should receive during the surgical operation. The problem of the study was represented in the question: What is the penalty imposed in the punishment only, and whether the precautionary measures are subject to the principle of proportionality with the crime and interests together. In this study, the researcher used the descriptive analytical method. Where the study reached a number of results and recommendations, the most important of which are: The interest is linked to the criminal philosophy that the state adopts in drawing up its policy in this field, which is represented by the thought that it mainly embraces in addressing the various aspects of life, whether political, economic or social, because the law expresses the goals of society through texts. It provides for the protection of values that express the interests that it deems necessary. The research shows us the great role of the idea of interest in legalizing or building the criminal base. In the legalization stage, the legislator selects the interest in the place of legal protection by observing the extent to which the interest is able to satisfy the human needs, both material and moral, which differ from time to time and from one system to another. It is also the criterion Which the legislator uses in setting the objective control for the general divisions of crimes and in drawing up the legal model for each crime or for a particular group of crimes, in addition to the fact that the interest is the criterion taken by the legislator in the merging of crimes into a legal structure, aiming at protecting one interest from different aspects as The unit of the common interest that participates in these crimes that are included in that legal system and through the interest subject to legal protection. We recommend the legislator not to expand criminalization in order to prevent an increase in the volume of crimes, for the purpose of achieving the objectives of the modern criminalization policy. It is necessary to evaluate the

crimes with the extent of their conflict with the interests of society and to divide them on this basis and to give new limits to the division, and to treat violations with a special law because they do not tangibly violate the interests of society, and to include the violations within an independent legislation and to remove them completely from the Penal Code.

Keywords: surgeries, medical errors, crime, criminal liability.

الملخص

المسؤولية الجنائية الناجمة عن العمليات الجراحية دراسة مقارنة

هدفت هذه الدراسة إلى إبراز أهمية هذا الموضوع وذلك من خلال حساسيته نظراً لاتصاله المباشر بالإنسان في حياته وصحته، والعناية التي يتوجب أن يحصل عليها المريض اثناء العملية الجراحية. وتمثلت مشكلة الدراسة في السؤال ما الجزاء الذي يتم في العقوبة فقط وهل تخضع التدابير الاحترافية الى مبدأ التناسب مع الجريمة والمصالح معا. وقد إستخدم الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي. حيث توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات أهمها: ترتبط المصلحة بالفلسفة التجريبية التي تعتمدها الدولة في رسم سياستها في هذا المجال والمتمثلة بالفكر الذي تعنتقه أساسا في معالجة الجوانب الحياتية المختلفة سياسية كانت أم اقتصادية أم اجتماعية، لأن القانون هو المعبر عن أهداف المجتمع من خلال النصوص التجريبية التي ينص عليها لحماية القيم التي تعبر عن المصالح التي يراها ضرورية. البحث تبيين لنا الدور الكبير لفكرة المصلحة في تقنين القاعدة الجنائية أو بنائها، ففي مرحلة التقنين ينتقي المشرع المصلحة محل الحماية القانونية من خلال ملاحظة مدى قدرة المصلحة على إشباع الحاجات الانسانية المادية منها والمعنوية والتي تختلف من زمن الى آخر ومن نظام الى آخر , كذلك فهي المعيار الذي يستعين به المشرع في وضع الضابط الموضوعي للتقسيمات العامة للجرائم وفي رسم النموذج القانوني بكل جريمة أو لطائفة معينة من الجرائم , بالإضافة الى ان المصلحة هي المعيار الذي يتخذه المشرع في انضواء الجرائم في بناء قانوني مستهدفا في ذلك اسباب الحماية على مصلحة واحدة من جوانب مختلفة بوصفه وحدة المصلحة المتعارف عليها التي تشترك في هذه الجرائم المنضوية في ذلك النظام القانوني ومن خلال المصلحة محل الحماية القانونية . ونوصي المشرع بعدم التوسع في التجريم للحيلة دون تضخم حجم الجرائم وذلك لغرض تحقيق اهداف سياسة التجريم الحديثة. لا بد من تقييم الجرائم مع مدى تعارضها مع مصالح المجتمع وتقسيمها على هذا الأساس وإعطاء حدود جديدة للتقسيم، ومعالجة المخالفات بقانون خاص لأنها لا تحرق بشكل ملموس مصالح المجتمع وإدراج المخالفات ضمن تشريع مستقل وإخراجها بصورة كلية من قانون العقوبات.

الكلمات المفتاحية: عمليات جراحية، أخطاء طبية، الجريمة، مسؤولية جنائية.

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	
BİLDİRİM	
TEŞEKKÜR	iii
ÖZ	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
GİRİŞ	1
BÖLÜM 1	8
Hatanın tanımı ve yasal tanımlaması	8
1.1: hata kavramı	8
1.1.1: Dilde ve terminolojide hatanın tanımı	8
1.1.1.1: Hata arapça dilinde	8
1.1.1.2: terminoloji hatası	9
1.1.2: Hatanın yasal tanımlaması	10
1.2: Hata öğeleri ve resimler	12
1.2.1: Hata öğeleri	13
1.2.1.1: maddi unsur	13
1.2.1.2: ahlaki unsur	13
1.2.2: Hata formları	13
BÖLÜM 2	16
Tıbbi hata ve tıbbi hata	16
2.1: Tıbbi çalışmanın doğası	16
2.1.1: Tıbbi çalışmanın tanımı	16
2.1.2: Tıbbi çalışma kavramının doktriner tanımı ve meşruiyeti	17
2.1.2.1: Tıbbi çalışma kavramının doktriner tanımı	17
2.1.2.2: Tıbbi çalışmanın yasallığı	18
2.2: Tıbbi hata ve tıbbi hata ve cerrahi hata kavramı	19

2.2.1: Tıbbi hata kavramı	19
2.2.2: Cerrahi tıbbi hata	21
2.2.2.1: Tıbbi-cerrahi hata kavramı	22
2.2.2.2: Ameliyatta tıbbi hata türleri.....	23
2.2.3: Medeni yanlış ile cezai yanlış ayırt edin	24
2.2.3.1: Tıbbi hatayı ölçmek için standart.....	25
2.2.3.2: Medeni yanlış ve cezai yanlış arasındaki fark	26
BÖLÜM 3	28
Tıbbi hatanın biçimlerinin ve kanıtlanma yollarının belirlenmesi	28
3.1: Tıbbi hata türleri ve sorumluluk kapsamı	28
3.1.1: Tıbbi hata biçimleri.....	28
3.1.1.1: Basit ve ciddi tıbbi hata	28
3.1.1.2: Olağan ve profesyonel hata	29
3.1.1.3: Kişisel hata ve tıbbi ekip hatası	30
3.1.2: Tıbbi hata için sorumluluk kapsamı	30
3.1.2.1: Hastanede doktorun sorumluluğu	31
3.1.2.2: Bir şeyler için doktorun sorumluluğu.....	32
3.2: Cerrahi operasyonlarda tıbbi hata kanıtı	33
3.2.1: Hatayı dikkatle kanıtlayın	33
3.2.1.1: Bakım yükümlülüğünün tanımlanması.....	34
3.2.1.2: Tıbbi müdahalede özen gösterme yükümlülüğünün garantisi	35
3.2.2: Doktorun sonuca ve hasta güvenliğine ulaşma taahhüdü.....	36
3.2.2.1: Sonuçlara ulaşma taahhüdü.....	36
3.2.2.2: Hasta güvenliği taahhüdü.....	38
3.3: Tıbbi hatanın hakim ve bilirkişi raporu özgürlüğü kapsamında ispatlanması ...	39
3.3.1: Yargıç özgürlüğü kapsamında tıbbi hatanın kanıtlanması	39
3.3.2: Tıbbi hatanın kanıtlanmasında deneyimin rolü	41
BÖLÜM 4	44
Tıbbi çalışmanın temeli ve yasallığı	44

4.1: Tıbbi cezai sorumluluk kavramı.....	44
4.1.1: Tıbbi cezai sorumluluk kavramı.....	44
4.1.1.1: sorumluluğun tanımı.....	44
4.1.1.2: tıbbın tanımı.....	45
4.1.1.3: Tıbbi sorumluluğun deyimsel olarak tanımı.....	46
4.1.1.4: Cezai tıbbi sorumluluğun tanımı.....	46
4.1.2: Tıbbi cezai sorumluluğun temeli.....	46
4.1.2.1: Bir ceza hukuku metninin ihlali.....	47
4.1.2.2: Cezai sorumluluğun temeli olarak tıbbi hata.....	49
4.2: Tıbbi çalışmanın yasallığı.....	49
4.2.1: Tıbbi çalışma için yasal dayanak.....	50
4.2.1.1: gelenek.....	50
4.2.1.2: Hasta memnuniyeti ve tıbbi gereklilik.....	50
4.2.1.3: Suç kastının ve yasal yetkinin olmaması.....	51
4.2.1.4: Amacın meşruluğu ve sosyal çıkar.....	51
4.2.2: Tıbbi çalışmanın yasallık koşulları.....	52
4.2.2.1: Yasal lisans.....	52
4.2.2.2: hasta memnuniyeti.....	52
4.2.2.3: tedavi etmek niyetinde.....	53
4.2.2.4: Bilimsel ilkelere uyun.....	54
4.2.3: Hâkimin hekimin sorumluluğunu değerlendirme yetkisi.....	54
BÖLÜM 5	56
Cerrahın ve tıbbi-cerrahi ekibinin cezai sorumluluğu	56
5.1: Cerrahın yaptığı iş için sorumluluğu.....	56
5.1.1: Doktorun kişisel eyleminden sorumluluğu.....	56
5.1.1.1: Hekimin bakım ve tedavi sağlama sorumluluğu.....	56
5.1.1.2: Başkalarının tavsiyesi üzerine hekimin cezai sorumluluğu.....	57
5.1.1.3: Doktorun vekilinin eyleminden dolayı cezai sorumluluğu.....	57
5.1.2: Doktorun başkalarının eylemlerinden dolayı cezai sorumluluğu.....	58
5.1.2.1: Tıbbi ekip hatası.....	58

5.1.2.2: Teletıp sorumluluđu	59
5.2: Tıbbi-cerrahi ekibin cezai sorumluluđu	59
5.2.1: Tıbbi çalıřmalarda delegasyon kavramı	60
5.2.2: Tıbbi çalıřmalarda yetkilendirme kavramının yasal dayanađı.....	60
SON	62
KAYNAKÇA	65
İNTİHAL RAPORU	74
BİLİMSEL ARAŐTIRMA ETİK KURULU	75

قائمة المحتويات

.....	قرار لجنة المناقشة
.....	الإعلان
ج.....	شكر وتقدير
د.....	الملخص
ه.....	قائمة المحتويات
1.....	المقدمة
8.....	الفصل الأول
8.....	تعريف الخطأ والتحديد القانوني له
8.....	1.1: مفهوم الخطأ
8.....	1.1.1: تعريف الخطأ في اللغة والاصطلاح
8.....	1.1.1.1: الخطأ في اللغة العربية
9.....	2.1.1.1: الخطأ في الاصطلاح
10.....	2.1.1: التحديد القانوني للخطأ
12.....	2.1: عناصر الخطأ وصوره
13.....	1.2.1: عناصر الخطأ
13.....	1.1.2.1: العنصر المادي
13.....	2.1.2.1: العنصر المعنوي
13.....	2.2.1: صور الخطأ
16.....	الفصل الثاني

16..... الخطأ الطبي والخطأ الطبي الجراحي

16..... 1.2: ماهية العمل الطبي

16..... 1.1.2: تعريف العمل الطبي

17..... 2.1.2: التحديد الفقهي لمفهوم العمل الطبي ومشروعيته

17..... 1.2.1.2: التحديد الفقهي لمفهوم العمل الطبي

18..... 2.2.1.2: مشروعية العمل الطبي

19..... 2.2: مفهوم الخطأ الطبي والخطأ الطبي الجراحي

19..... 1.2.2: مفهوم الخطأ الطبي

21..... 2.2.2: الخطأ الطبي الجراحي

22..... 1.2.2.2: مفهوم الخطأ الطبي الجراحي

23..... 2.2.2.2: أنواع الخطأ الطبي في العمليات الجراحية

24..... 3.2.2: التمييز بين الخطأ المدني والخطأ الجنائي

25..... 1.3.2.2: معيار قياس الخطأ الطبي

26..... 2.3.2.2: الفرق بين الخطأ المدني والخطأ الجنائي

28..... الفصل الثالث

28..... تحديد القضاء لأشكال الخطأ الطبي وطرق إثباته

28..... 1.3: أشكال الخطأ الطبي ونطاق المسؤولية

28..... 1.1.3: أشكال الخطأ الطبي

28..... 1.1.1.3: الخطأ الطبي الجسيم واليسير

29..... 2.1.1.3: الخطأ العادي والمهني

30..... 3.1.1.3: الخطأ الشخصي وخطأ الفريق الطبي

- 30.....2.1.3: نطاق المسؤولية في الخطأ الطبي
- 31.....1.2.1.3: مسؤولية الطبيب في المستشفى
- 32.....2.2.1.3: مسؤولية الطبيب عن الأشياء
- 33.....2.3: اثبات الخطأ الطبي في العمليات الجراحية
- 33.....1.2.3: إثبات الخطأ ببذل عناية
- 34.....1.1.2.3: تعريف الالتزام ببذل عناية
- 35.....2.1.2.3: مضمون الالتزام ببذل عناية في التدخل الطبي
- 36.....2.2.3: التزام الطبيب بتحقيق نتيجة وسلامة المريض
- 36.....1.2.2.3: الالتزام بتحقيق نتيجة
- 38.....2.2.2.3: الالتزام بسلامة المريض
- 39.....3.3: اثبات الخطأ الطبي في ظل حرية القاضي وتقرير الخبراء
- 39.....1.3.3: إثبات الخطأ الطبي في ظل حرية القاضي
- 41.....2.3.3: دور الخبرة في إثبات الخطأ الطبي
- 44.....الفصل الرابع**
- 44.....أساس ومشروعية العمل الطبي**
- 44.....1.4: مفهوم المسؤولية الجنائية الطبية
- 44.....1.1.4: مفهوم المسؤولية الجنائية الطبية
- 44.....1.1.1.4: تعريف المسؤولية
- 45.....2.1.1.4: تعريف الطب
- 46.....3.1.1.4: تعريف المسؤولية الطبية اصطلاحاً
- 46.....4.1.1.4: تعريف المسؤولية الطبية الجنائية

- 46.....2.1.4: أساس المسؤولية الجنائية الطبية
- 47.....1.2.1.4: مخالفة نص قانوني تجريمي
- 49.....2.2.1.4: الخطأ الطبي كأساس للمسؤولية الجنائية
- 49.....2.4: مشروعية العمل الطبي
- 50.....1.2.4: الأساس القانوني للعمل الطبي
- 50.....1.1.2.4: العرف
- 50.....2.1.2.4: رضا المريض والضرورة العلاجية
- 51.....3.1.2.4: انتفاء القصد الجنائي وإذن القانون
- 51.....4.1.2.4: مشروعية الغرض والمصلحة الاجتماعية
- 52.....2.2.4: شروط مشروعية العمل الطبي
- 52.....1.2.2.4: الترخيص القانوني
- 52.....2.2.2.4: رضا المريض
- 53.....3.2.2.4: قصد العلاج
- 54.....4.2.2.4: مراعاة الأصول العلمية
- 54.....3.2.4: سلطة القاضي في تقدير مسؤولية الطبيب
- 56.....الفصل الخامس**
- 56.....المسؤولية الجنائية للطبيب الجراح والفريق الطبي الجراحي**
- 56.....1.5: مسؤولية الطبيب الجراح عن عمله
- 56.....1.1.5: مسؤولية الطبيب عن فعله الشخصي
- 56.....1.1.1.5: مسؤولية الطبيب عن تقديم العناية والعلاج
- 57.....2.1.1.5: المسؤولية الجنائية للطبيب المبنية على استشارة الغير

- 57.....3.1.1.5: المسؤولية الجنائية للطبيب عن فعل وكيله
- 58.....2.1.5: المسؤولية الجنائية للطبيب عن فعل الغير
- 58.....1.2.1.5: خطأ الفريق الطبي
- 59.....2.2.1.5: مسؤولية الطبيب عن بعد
- 59.....2.5: المسؤولية الجنائية للفريق الطبي الجراحي
- 60.....1.2.5: مفهوم التفويض في العمل الطبي
- 60.....2.2.5: الأساس القانوني لمفهوم التفويض في العمل الطبي
- 62.....الخاتمة
- 65.....المصادر والمراجع:
- 74.....تقرير الاستيلاء
- 75.....لجنة اخلاقيات البحث العلمي

المقدمة

1- التعريف بموضوع الدراسة:

مهنة الطب من المهن النبيلة لارتباطها بالحياة سواء كانت البشرية أم الحيوانية، وهي مهنة إنسانية وأخلاقية وعلمية، ارتبط وجودها بوجود الإنسان على الأرض على مر العصور وقدم التاريخ، ويقع على عاتق من يمارسها التزامات أخلاقية وقانونية تقضي بمجملها باحترام جسم وكرمة الإنسان والمحافظة على صحته وسلامته.

وكما هو معلوم أن مهنة الطب من المهن المعقدة و الخطيرة التي تعتمد على معطيات عملية محددة ووسائل وتقنيات وأجهزة معقدة ومتطورة تسمح بالقيام بأعمال طبية مختلفة بكل سهولة كنقل الدم، والطبيب يلعب دور إنساني فعال في أداءها إلا أنها تفرض عليه احترام الحياة الإنسانية بعيداً عن أي تمييز عنصري أو عقائدي أو سياسي، وذلك بأن جعل لها قوانين وأنظمة تضبط عمل الطبيب وتوقع عليه مسؤولية تحمل أخطاءه التي تنجم عنه تمس حياة الفرد بشكل مباشر وقد تؤول الى الوفاة في بعض الأحيان، أو اصابته بعجز جسماني دائم.

في سابق العهد ونظراً لمكانة الطبيب في المجتمع لم يكن المريض قادراً على المطالبة بمساءلة المريض عن الضرر الذي الحقه به نتيجة خطأ ارتكبه الطبيب، والدفاع عن نفسه، ولكن مع تطور مهنة الطب ونظراً لكثرة هذه الأضرار وانتشار الوعي بحق الطالبة بإقامة المسؤولية

2- أهمية الدراسة:

تتمثل أهمية الدراسة في أن موضوع المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في العمليات الجراحية من المواضيع الحيوية لارتباطه بالإنسان، حياته وصحته، واتصاله بالجانبين معاً الطبي والقانوني بإثارته لبعض المسائل القانونية الهامة وبعض المفاهيم الطبية والقانونية المرتبطة بتنظيم مهنة الطب.

أيضاً تتمثل أهمية الدراسة في أنها تعكس جانب مهم وهو حق المريض في المطالبة بحقه ومسائلة الطبيب الذي الحق به الضرر.

تبرز أهمية البحث في هذا الموضوع من خلال حساسية الموضوع نظراً لاتصاله المباشر بالإنسان حياته وصحته، والعناية التي يتوجب أن يحصل عليها المريض اثناء العملية الجراحية.

الأخطاء الطبية في العمليات الجراحية موضوع في غاية الخطورة لما يترتب عليه من خسائر قد تصل إلى حد الوفاة، لذا كان لابد من إثارة هذا الموضوع من خلال استعراض المفاهيم المتعلقة به والأحكام القانونية التي كفلت للمريض المتضرر حقه وحمايته من الطبيب في حال ارتكاب الخطأ.

3- أهداف الدراسة:

- البحث عن المزيد من الحماية لحقوق المرضى وهو أمر جدير بالاهتمام طالما أن الطبيب الجراح هو الشخص الذي كفل له القانون إباحة قطع وجرح جسد الإنسان من خلال طبيعة مهنته، كذلك تحديد المسؤولية الجزائية للطبيب عن الجرائم الواردة في قانون العقوبات.
- بيان المقصود بالخطأ الطبي.
- توضيح انواع الخطاء الطبي.
- بيان صفة التزام الطبيب للمسؤولية الجنائية عن الاخطاء الطبية.
- شرح دعوى المسؤولية الجنائية من حيث التعويض.

4- إشكالية الدراسة

مكانة الطبيب في المجتمع عظيمة جذورها علاقة أساسها الثقة التي يضعها الافراد والمجتمع في الطبيب، والتزام الطبيب بقواعد المهنة وأصولها وأخذ الحيطة والحذر في تعامله مع المريض، إلا أن اخلال الطبيب بالتزاماته التي تفرضها عليه هذه القواعد والتنظيمات وإهماله تستوجب مساءلته عنها، وبالتالي يمكن القول بأن الإشكالية التي يمكن طرحها تتمثل في التساؤل، ما هي الأخطاء التي توجب المسؤولية الجنائية للطبيب عن الأخطاء الطبية في العمليات الجراحية، ويتفرع منه الاسئلة التالية:

- ما هو الخطأ الطبي الجراحي الموجب للمساءلة الجنائية؟
- ما حقيقة مسؤولية الطبيب الجنائية في القانون المقارن؟
- ماهي الأسس التي تقوم عليها المسؤولية الجزائية؟
- هل التشريعات والقوانين الوضعية كافية لردع الأطباء عن ارتكاب الأخطاء الجراحية؟

5- منهج الدراسة

تقتضي دراسة هذا الموضوع الاعتماد على المنهج التحليلي لغرض تحليل القواعد القانونية التي ترتبط أو تنظم الجرائم الناتجة عن هذه الأخطاء، وكذلك الذي على أساسه تقوم المسؤولية الجنائية للطبيب والمنهج الوصفي لوصف المفاهيم المتعلقة بموضوع الدراسة وايضاح معانيها، وذلك كون المنهجين ملائمين لطبيعة الدراسة، فضلاً عن استخدام المنهج المقارن الذي استخدم في الإشارة به إلى الدراسات المقارنة.

6- حدود الدراسة:

الحدود الزمانية: 2020-2021م.

الحدود المكانية: العراق.

الحدود الموضوعية: قانون العقوبات العراقي.

7- الدراسات السابقة:

لم تجد الباحثة الكثير من الدراسات بهذا الموضوع فقط هناك دراسة ماجستير موسومة بالعنوان:

1) المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية عند إجراء العمليات الجراحية في القانون العراقي والقانون المقارن، مقدمة من الباحثة بخشان رشيد سعيد، للحصول على درجة الماجستير في الحقوق من جامعة المنصورة كلية الحقوق، في العام 2013-2014م، وقد استفادت منها الباحثة كثيراً في ترتيب المادة وتعتبر بمثابة مرجعية للمصادر التي ساعدتني في موضوع دراستي.

2) وأيضاً دراسة بعنوان الخطأ الطبي الجراحي، دراسة مقارنة بين الشرعية الإسلامية والقانون الوضعي، للطالبة خديجة غنبازي، جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية حيث تناولت الدراسة المسؤولية عن الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة والقانون، حيث تلقي الضوء على طبيعة الخطأ المرتب للمسؤولية الطبية في القانون المدني والجنائي وبعض القوانين الخاصة. ومن ناحية أخرى تظهر هذه الدراسة مدى شمولية الشريعة الإسلامية وصلاحيتها لكل زمان حتى في المجال الطبي الحديث.

8- خطة الدراسة:

في سبيل إعداد هذا البحث والإجابة على تساؤلاته المطروحة لحل الإشكالية، فقد قمت بتقسيم البحث إلى بابين أسبقتهما بتمهيد يتناول التطور القانوني والمجتمعي للمسؤولية، وقسمت البحث إلى بابين يضم كل باب تحته عدد من الفصول.

يتناول الباب الأول: الخطأ الطبي الجراحي، وقمت بتقسيمه إلى فصلين، الفصل الأول: تعريف الخطأ والتحديد القانوني له، والفصل الثاني: الخطأ الطبي والخطأ الطبي الجراحي، أما الفصل الثالث: أشكال الخطأ الطبي وطرق اثباته.

أما الباب الثاني جاء تحت عنوان: المسؤولية الجنائية الطبية، ويضم تحته فصلان، الفصل الأول: اسس ومشروعية المسؤولية الجنائية، الفصل الثاني: المسؤولية الجنائية للطبيب الجراح والفريق الطبي. ونهيت البحث بخاتمة تتضمن مجموعة من النتائج والتوصيات.

التمهيد

التطور التاريخي والقانوني للمسئولية الطبية

مهنة الطب من المهن التي عرفت الحضارات القديمة قبل وبعد الإسلام عبر مختلف المجتمعات البشرية، فمهنة الطب كما كان معروفاً مهنة فردية نظراً لعدم وجود حاجة لتنظيم أو فريق طبي في ذلك الوقت، إلا أنه مع تطور مهنة الطب نفسها ظهرت التنظيمات التي تقوم عليها وتحدد نطاق مسؤوليتها والاساس القانوني لهذه المهنة، فالمسئولية الطبية قديمة بقدم مهنة الطب.

وكان البابليون أول من عرف تنظيم لمهنة الطب في فترة حكم حمورابي وهي قوانين حمورابي فجعل لها أجورها ووضع العقوبات الرادعة للأطباء في حال فشلهم، اشتملت قوانين حمورابي على 282 مادة ومن بينها إحدى عشر مادة خاصة تتعلق بامهنة الطب، وهو صاحب قاعدة القصاص القائلة "العين بالعين، وكسر العظم بكسر العظم، والسن بالسن"⁽¹⁾.

ولقد عرف قدماء المصريين آداب مهنة الطب وربطها بالمسئولية الطبية، ولم يهمل المشرع المصري حماية العامة من أخطاء الأطباء، ولقد قام كبار الأطباء بوضع قواعد للعلاج يلزم الطبيب على العمل بها، وميعاقب عليها في حال مخالفته لها⁽²⁾.

والطب عند المصريين ارتبط ارتباطاً وثيقاً بالمعابد فالكهنة هم من يمارسون التطبيب وقد خصصت لهم رواتب من دخل المعبد، ولكنه ارتبط بالشعوذة والخرافات لذا كانت المعالجة تجمع ما بين التطبيب بالعقاقير

(1) أحمد طه، الطب الإسلامي، دار الاعتصام للطبع والنشر والتوزيع، ب.ت، ص14.

(2) شوقي عبد الفتاح، تطور آداب مهنة الطب على مر التاريخ"مسئولية الطبيب" نشرة الطب الإسلامي، العدد الخامس، 1988م.

والتعاويز والسحر ومع ذلك فقد عرف قدماء المصريين المسؤولية الطبية فجعلوا لها قواعد مكتوبة في الكتب التي لها قدسية، لقدسية الحياة عندهم، ولا يقاضى أو يسأل من عمل بها(3).

تأثر الطب الإغريقي بطب قدماء المصريين وطب البابليين والآشوريين وذلك لامتداد الحضارة الإغريقية من منطقة البحر الأبيض المتوسط إلى مشارف نهري دجله والفرات، وكان أول طبيب ينظم مهنة الطب في ذلك العهد هو أبو أقرط وأبعد عنها الخرافات والشعوذة فالحضارة الإغريقية لم تكن بعيدة عن الحضارة المصرية، فقد كانت الخرافات والشعوذة سائدة عليها ومسيطر على المجال الطبي فيها فلم يكن هناك علم يستند عليه، وكان أبو قرط فجعل لتلاميذه قسما يتضمن الواجبات والاخلاقيات وأدبيات ومسؤوليات الطبيب(4).

فالمسؤولية الطبية عند الإغريق وقدماء المصريين سيان، فالطبيب مسؤول عن خطأه إذا لم يلتزم بقوانين مهنة الطب أو لم يعتني بالمريض العناية الكافية. بعكس الدولة الرومانية التي كان الأطباء فيها يتمتعون بحصانة من العقاب حتى صدور قانون كويليا عام 287ق.م، حيث تقرر بعد ذلك مسؤولية الطبيب المدنية والجزائية(5).

اهتم الرومان بمهنة الطب فقاموا بمنح حق المواطنة لكل طبيب يمارس الطب بروما وذلك تشجيعا لهجرة الأطباء إلى روما، وكان أكثر أطباء الرومان من الإغريق.. وكان أشهر أطباء روما علي الإطلاق جالينوس". وقد نظم الرومان مهنة ممارسة الطب، وأدخلوا نظام امتحان الأطباء كي يسمح لهم بممارسة المهنة، كما وضعوا عقوبات لمن يخالف النظم الموضوعة أو لمن يستغل مهنته في الإساءة إلى الناس، وتبعاً لنوع المخالفة اختلفت العقوبة بين الغرامة المالية وبين سحب الرخصة الممنوحة لمزولة المهنة(6).

استمد الرومان قوانينهم من قانون "كويليا" الخاص بجرائم الإضرار بأموال الغير من رقيق وحيوان سواء أحدث الإضرار عمداً أو بغير عمد عن طريق الخطأ أو الإهمال، وكان يحكم على مرتكب الإضرار بموجب هذا القانون بالتعويض مع الغرامة أو بدونها حسب الظروف(7).

(3) أحمد طه، الطب الإسلامي، مرجع سابق، ص14.

(4) نبيلة عبد المنعم داود، دراسات في الطب العربي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، مركز إحياء التراث العلمي العربي، جامعة بغداد، 1990م، ص30.

(5) حسين علي، فلسفة الطب، الدار المصرية السعودية للطباعة والنشر والتوزيع، 2009م، ص22.

(6) أمنة صبري مراد، لمحات من تاريخ الطب القديم، مكتبة النصر الحديثة، ب.ت، ص37.

(7) أحمد طه، الطب الإسلامي، مرجع سابق، ص15.

وبموجب هذا القانون تتحقق مسؤولية الطبيب عن خطأه إذا لم يكن على دراية كافية في إجراء عملية لمريض، أو إعطائه دواء فمات به أو تركه بعد العلاج، وخفف هذا القانون في فترة لاحقة عند تطور الحضارة الرومانية⁽⁸⁾.

أما الطب في الصين فيرجع تاريخه إلى سنة 3000 ق.م، وكان الاعتماد الأساسي للطب الصيني على الأدوية النباتية والكي والوخز بالإبر الذي جعلهم يعتنون بدراسة التشريح. إلا أن النظم في الصين حملت الطبيب المسؤولية الكاملة إذا توفى المريض أثناء علاجه، وأما إذا توفى المريض بعد عملية جراحية اعدم الطبيب مقابل مسؤوليته، ولأهل المريض الحق في تبديل عقوبة الإعدام بغدية مالية واستمر هذا القانون حتى عام 1650⁽⁹⁾.

لم يختلف واقع الطب عند الهنود عن قدماء المصريين فقد كان ممزوجاً بالخرافات والأساطير، ولكنهم تميزوا عن غيرهم من الأمم بفن التشريح، ومن هنا اشتهروا بالجراحة بأنواعها المختلفة، وهم أو من استعمل التلقيح ضد الجدري، وعمليات التجميل، وترقيع الجلد، والتوليد عن طريق البطن العملية القيصرية، وبتر الأعضاء، وتحضير السموم ومضاداتها وغيرها، وقد كانوا يعتقدون أن العلل جميعها تولد مع الإنسان، وتظهر إما عن الذنب أو عن فساد الأخلاق⁽¹⁰⁾.

ولم يكن في ذلك العهد أي قوانين تحكم مهنة الطب وبالتالي لم يكن الأطباء يعاقبون على أخطاءهم وذلك نسبة للاعتقاد السائد بأن المرض والشفاء نتيجة رغبة الآهة، وما الكاهن إلا وسيط في هذا الشأن، ولكن مع تلاشي عقيدة البراهمة نظمت مهنة الطب ووضعت لها القوانين والنظم التي تحكم عمل الأطباء⁽¹¹⁾.

يمكن القول بأن المسؤولية عند الهنود لم تكن تعاقب الطبيب على فشله أو خطأه وذلك لأن الأطباء قد حظوا بتعاطف المجتمع دون أن يخشوا أي عقوبة من جراء فشلهم أو أخطائهم.

أما قبل الإسلام كان الطب عبارة عن صفات متوارثة فالعرب في الجاهلية لم يهتموا بدراسة الطب، فالطب كان مزيج بين صفات قديمة والتعاويد والقلائد التي يمنحها لهم السحرة والكهان، وذلك لطرد الأرواح الخبيثة

(8) عبد الفتاح شوقي، تطور آداب مهنة الطب على مر التاريخ "مسؤولية الطبيب"، مرجع سابق.

(9) أمينة صبري، لمحات من تاريخ الطب القديم، مرجع سابق، ص43.

(10) أحمد طه، الطب الإسلامي، مرجع سابق، ص15.

(11) عبد الفتاح شوقي، تطور آداب مهنة الطب على مر التاريخ "مسؤولية الطبيب"، مرجع سابق.

المسببة للمرض في اعتقادهم، كما كان الكي علاج مستخدم للأمراض المعضلة، وقلة هم الذين كانوا يدرسون الطب في فارس ومن أشهرهم "الحارث بن كلدة الثقفي" (12).

أما في الإسلام فقد جاءت أحكام المسؤولية الطبية في الفقه، فقد بينت الشريعة الإسلامية أحكام وقواعد المسؤولية الطبية، التي أهملتها أغلب الحضارات، فعدم المعرفة بالطب أساسه الجهل وممارسة الجاهل للطب تحمله مسؤولية خطأه ويلزم بالتعويض. كما نفت المسؤولية عن الطبيب الجاهل إذا كان المريض على علم بجهله، كما اعتبرت التطبيب واجب بعكس التشريعات الوضعية الحديثة التي اعتبرته حق (13).

ومع تطور الطب في العصر الحديث وازدياد تخصصاته وأدواته، زادت الأخطاء الطبية على نحو دفع الفقهاء القانونيين إلى سن التشريعات والأنظمة التي تحكم هذه المهنة لحماية المرضى من أخطاء الأطباء وتجاوزاتهم، بل وذهبت بعض الدول إلى أبعد من ذلك بأن سمت فرعاً جديداً من فروع القانون سمي بالقانون الطبي كما هو الحال في فرنسا (14).

(12) أمنة صبري، لمحات من تاريخ الطب القديم، مرجع سابق، ص43.

(13) كمال السامرائي، مختصر تاريخ الطب العربي، الجزء الأول، دار الشؤون الثقافية والنشر، العراق، 1084م، ص23.

(14) علي عادل كاشف، حنان شامل عبد الزهرة، المسؤولية الجنائية للطبيب، مجلة الكوفة، العدد 16، ص70-71.

الفصل الأول

تعريف الخطأ والتحديد القانوني له

1.1: مفهوم الخطأ

يعد تعريف الخطأ الطبي أمراً في غاية الأهمية والدقة وذلك لعدم وجود تعريف تشريعي موحد، وإنما الأمر مناط لاجتهاد الفقهاء والقضاء. وفي هذا المبحث سنقوم بتناول تعريف الخطأ في مطلبين الأول (مفهوم الخطأ وعناصره) والمطلب الثاني (مفهوم الخطأ الطبي وتحديد عناصره)

1.1.1: تعريف الخطأ في اللغة والاصطلاح

تناولت الباحثة في هذا المطلب مفهوم الخطأ وتحديد عناصره من خلال أربعة فروع، الفرع الأول (الخطأ في اللغة)، الفرع الثاني: (الخطأ في الاصطلاح)، الفرع الثالث (الخطأ في القانون)، الفرع الرابع (عناصر الخطأ).

1.1.1.1: الخطأ في اللغة العربية

الخطأ والخطاء: ضد الصواب، وخطأه تخطئة وتخطيئاً: نسبة إلى الخطأ، وقال له: أخطأت، والخطأ ما لم يتعمد، والخطء: ما تعمد(15).

والمُخطئ من أراد الصواب فصار إلى غيره، والخطيئ من تعمد لما لا ينبغي(16).

وأخطأ الطريق، عدل عنه، كما يقال أخطأ إذا سلك سبيلاً مخالفاً للمسلك الصحيح عامداً أو غير عامداً(17).

(15) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، طبعة فنية منقحة مفهرسة، ط8، مؤسسة الرسالة، سنة 2115 م، ص39.

(16) لسان العرب، ابن منظور، تحقيق عبدالله الكبير ومحمد حسب الله وناشم الشاذلي، دار المعارف، مادة خطأ، ج1، ص65.

(17) وائل تيسير محمد عساف، مسئولية الطبيب المدنية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، 2008م، ص61.

ويقال خَطِيءٌ في دينه خَطَأٌ إذا أثم في، والخِطءُ: الذنب والإثم، وأخطأ يُخْطِئُ إذا سلك سبيل الخطأ عمداً أو سهواً، ويقال: خَطِيءٌ إذا تعمد، وأخطأ إذا لم يتعمد، ويقال لمن أراد شيئاً ففعل غيره أو فعل غير الصواب: أخطأ(18).

2.1.1.1: الخطأ في الاصطلاح

قال الجرجاني: "هو ما ليس للإنسان فيه قصد، وهو عذر صالح لسقوط حق الله تعالى إذا حصل عن اجتهاد ويصير شبهة في العقوبة حتى لا يؤثم الخاطئ ولا يؤخذ بحد ولا قصاص، ولم يجعل عذراً في حق العباد حتى وجب عليه ضمان العدوان ووجب به الدية"(19).

أيضاً قال: "هو فعل يصدر من الإنسان بلا قصد إليه عند مباشرة أمر مقصود سواه"(20).

وعرفه ابن عبد البر المالكي: بأنه كل ما وقع من فاعله من غير قصد ولا إرادة(21).

وعرفه علاء الدين البخاري: هو كل فعل أو قول يصدر عن الإنسان بغير قصده بسبب ترك التثبت عند مباشرة أمر مقصود المحل(22).

وعرفه التفتازاني: هو أن يفعل من غير أن يقصده قصداً تاماً وذلك إن تمام قصد الفعل يقصد محله وفي الخطأ يوجد قصد الفعل دون قصد المحل(23).

ومن التعاريف السابقة ترى الباحثة أن الفقهاء قد أجمعوا في تعريفهم للخطأ على أنه ما وقع من فعل عن غير قصد.

(18) النهاية في غريب الحديث والأثر، النهاية في غريب الحديث والأثر، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (المتوفى: 606هـ)، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية - بيروت، ج2، 1399 هـ - 1979م، ص44، والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو 770هـ)، المكتبة العلمية - بيروت، مادة "خطو".

(19) كتاب التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: 816هـ)، المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى 1403 هـ - 1983م، ص99، 100.

(20) شرح التلويح على التوضيح، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (المتوفى: 793هـ)، مكتبة صبيح بمصر، ج2، ص195.

(21) أبو عمر بن عبد البر الرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية، 1413/1992م، ص594.

(22) عبد العزيز علاء الدين البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1418/1997م، ص534.

(23) سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، مصر، مكتبة صبيح، ص388.

2.1.1: التحديد القانوني للخطأ

لفظ كلمة الخطأ لم يرد بمعناه الصريح في التشريع الجنائي ولكن يرجع تعريفه إلى الفقه والقضاء فيعرفه البعض بأنه: اتجاه إرادة الشخص إتيان سلوك الخطر دون القيام بما هو واجب عليه من التدبير والحيلة(24). كما عرفه البعض بأنه إخلال الجاني عند تصرفه بواجبات الحيلة والحذر التي يتطلبها القانون وعدم توقعه لأي نتيجة لهذا التصرف مع أن من واجبه ومقدوره أن يتوقعها(25).

وفي تعريف آخر هو سلوك ينطوي على إخلال بواجب الحيلة أو الانتباه الذي يفرضه القانون أو الخبرة الإنسانية أو العلمية أو الفنية ويترتب عليه نتيجة إجرامية كان في الاستطاعة تجنبها(26).

ويعرف فقهاء القانون الخطأ الطبي: هو كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم أو المتعارف عليها نظرياً وعلمياً وقت تنفيذه للعمل الطبي وإخلاله بواجبات الحيلة والحذر واليقظة التي يعرفها القانون وواجبات المهنة على الطبيب متى ترتب على فعله نتائج جسيمة في حين كان في قدرته وواجب عليه أن يكون يقظاً وحذراً في تصرفه حتى لا يضر المريض(27).

وترى الباحثة بأن الخطأ هو كل إخلال في التزام توجب على الفرد الإتيان به على وجه صحيح.

المشرع العراقي لم يورد تعريف نصي للخطأ بصورته العامة بعكس بعض التشريعات التي ورد فيها تعريف للخطأ كالفقانون المغربي في نص المادة 3/78 حيث عرف خطأ الإهمال والتونسي 3/83 ونصت المادتان على أن "الخطأ هو عبارة عن إهمال ما يجب أو أتيان ما يجب الامتناع عنه دون قصد الإضرار"(28).

لذلك لم يجتمع الفقه على تعريف الخطأ، والسبب في ذلك يعود إلى أن فكرة الخطأ فكرة نسبية تتأثر بظروف الحال والبيئة(29)، كما أن هذه الفكرة متصلة بالأخلاق، ولما كانت الأفكار الأخلاقية تحتاج إلى التحديد وتختلف من مكان إلى مكان آخر ومن زمان إلى زمان آخر، لذا نجد أن فكرة الخطأ غير محدودة ولا منضبطة(30).

(24) محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004م، ص17.

(25) محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، الدار العلمية للولاية، 2002م، ص107.

(26) خديجة غنبازي، الخطأ الطبي الجراحي، رسالة ماجستير، 2015م، ص10.

(27) منصور عمر المعاينة، المسؤولية الجنائية في الأخطاء الطبية، ط1، الرياض، 1425هـ - 2004م، ص43.

(28) سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول الاحكام العامة، أركان المسؤولية: الضرر والخطأ والسببية، معهد البحوث والدراسات العربية، مطبعة الجيلاوي، 1971، ص179-180.

(29) خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، ج1، في مصادر الموجبات الخارجة عن الإرادة، مطبعة صادر، بيروت، 1975، ص133.

(30) محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، رسالة دكتوراه، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ب. ت، ص215.

يرى بعض الفقهاء أن الخطأ هو العمل الضار غير المشروع⁽³¹⁾ أمثال "بلانويل" الذي عرفه بأنه "الإخلال بالتزام سابق بالامتناع عن العنف والغش وعن كل عمل يتجاوز حدود الطاقة والمهارة والالتزام ببذل العناية في رقابة الأشخاص والأشياء"⁽³²⁾.

أما الأستاذ السنهوري فيرى بأن "الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو الإخلال بالتزام قانوني كما أن الخطأ في المسؤولية العقدية هو إخلال بالتزام عقدي"⁽³³⁾.

أيضاً يعرف الخطأ بأنه "إخلال بواجب قانوني عام مع ادراك المخل آياه"⁽³⁴⁾

التعريفات السابقة أشارت إلى عنصرين يكونان الخطأ بمفهومه القانوني، عنصر مادي ويعني التعدي أي التجاوز في الحدود التي يجب على الشخص الالتزام بها في سلوكه سواء كان ذلك التجاوز عن إهمال أو تقصير أو تعمد، أما العنصر النفسي فيعني الإدراك أو التمييز ويقضي ضرورة توفر أدنى مراتب التمييز، وبالتالي فإن الصبي غير المميز أو المجنون غير مسؤولين عن أفعالهم الضارة، كما يترتب على هذا الشرط عدم مسؤولية من فقد التمييز بصورة وقتية لأي سبب عارض كالسكر أو تعاطي المخدرات إلا إذا ثبت أن الفاعل قد تسبب بخطئه في حدوث العارض⁽³⁵⁾.

وجاءت نص القانون المدني العراقي في المادة 204 في تعريفه للخطأ بصورة عامة أن "كل تعدي يصيب الغير بأبي ضرر يستوجب التعويض" والمقصود بالتعدي في هذه المادة هو الخطأ بمفهومه التقليدي لدى الفقه القانوني، أي تعدد كان مقترناً بالإدراك أو التمييز⁽³⁶⁾.

القانون المدني العراقي كغيره من القوانين المدنية التي أخذت بمفهوم توافر التعدي في الفعل وأن يقترن هذا التعدي بالإدراك⁽³⁷⁾.

(31) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952، بند 526، ص 777.

(32) عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون السوري والمصري والفرنسي، حلب، 1966، ص 257.

(33) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مصدر سابق، بند 527 ص 778.

(34) حسين عامر، المسؤولية التقصيرية والعقدية، ط1، مطبعة مصر، القاهرة، 1956، ص 173.

(35) عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، ج1، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، 1980، ص 238.

(36) حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، أحكام الالتزام، اثبات الالتزام، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1976، بند 251 ص 234.

(37) جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة الموصل، 1984، ص 290.

فقد نصت المادة (91) والتي جاءت لمعالجة مسؤولية الصغير وأقامتها بالفعل مسؤولية أصلية وان كانت مخففة وكذلك في المادة 261 والتي نصت "لا ضرر ولا ضرار"(38).

أما القانون الأردني إذ نصت المادة 256 منه على: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"، وجاء في نص المادة 278 من نفس القانون "إذا أُلّف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله"(39). وهو خلاف ما موقف القانون العراقي من الخطأ فالمشرع الأردني عرف الخطأ بالفعل الضار(40).

أما القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي فقد اتفقا في أن الخطأ، وباستقراء نص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أن "كل شخص يتسبب بخطأه بالحاق الضرر بالغير تقع عليه مسؤولية التعويض عن هذا الضرر"(41)، ونص المادة 163 من القانون المدني المصري "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"(42) فرتب المسؤولية على كل خطأ بما يعنيه الخطأ من ضرورة توافر ركنيه المادي والمعنوي(43).

حرص التشريع العراقي على تحديد الخطأ قانونياً وذلك إذا ما توافر احد شرطيه المادي (التعدي) والنفسي (الإدراك).

2.1: عناصر الخطأ وصوره

أن الخطأ الطبي يقوم على توافر مجموعة من العناصر تتمثل في العنصر المادي (التعدي) والعنصر المعنوي (الإدراك). كما للخطأ صور عديدة تتمثل في الرعونة عدم الاحتياط والإهمال وعدم الانتباه، و عدم مراعاة اللوائح والأنظمة، وفي هذا المبحث قامت الباحثة بالتعرض لهذه المواضيع من خلال مطلبين، المطلب الأول (عناصر الخطأ)، المطلب الثاني (صور الخطأ).

(38) فخري رشيد مهنا، أساس المسؤولية ومسؤولية عديم التمييز، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الانكلوسكسونية والعربية، رسالة ماجستير، مطبعة الشعب، بغداد، 1974، ص 196.

(39) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج2، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، 1954، ص 443-444.

(40) محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 1999، ص210.

(41) المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي

(42) المادة 163 القانون المدني المصري.

(43) جمال الدين العطيفي، التقنين المدني المصري، ج1، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1949، ص 314

1.2.1: عناصر الخطأ

يتكون الخطأ من عنصرين مادي ومعنوي:

1.1.2.1: العنصر المادي

ويتمثل في ارتكاب فعل التعدي: أشار المشرع المغربي إلى الركن المادي للفعل الضار في الفصل 77 و78 من قانون العقوبات، حيث يتبين من خلالهما أن الإخلال بالالتزامات القانونية هو الذي يشكل العنصر المادي للخطأ، ولا فرق بين أن يكون هذا الأخير مقصودا في ذاته - فعل التعدي - أو غير مقصود بحيث حصل عن طريق التقصير والإهمال(44).

وإذا كانت المسؤولية التقصيرية تنشأ عند خرق الالتزامات القانونية. فإن القضاء هو الذي يتولى تحديد حالات الإخلال بهذه الأخيرة، غير أن الصعوبة تكمن في معرفة المعيار الذي يتعين على القاضي اعتماده لضبط سلوك الأفراد إزاء هذا النوع من الالتزامات، ذلك أن الأفراد ليسوا على مستوى واحد من الحيطة والتبصر واليقظة، الأمر الذي يفرض على المحكمة الخيار بين تطبيق المعيار الشخصي الذي يميز سلوكيات الأفراد ومعاملتهم على قدر إمكانياتهم الذاتية من فطنة أو غباوة، أو تطبيق المعيار الموضوعي الذي يتعامل مع كافة الأفراد باعتبار إمكانيات الفرد العادي متوسط الخبرة والذكاء.

2.1.2.1: العنصر المعنوي

ويتمثل في إدراك الشخص المخطيء للفعل الضار: بمعنى أنه يتعين أن يكون هذا الشخص مدركا لنتائج أفعاله، ونظرا إلى أن مسألة الإدراك ترتبط ارتباطا وثيقا بعنصر التمييز وجودا وعدما، كامالا ونقصا، فإن جل التشريعات المدنية جعلت من الإدراك والتمييز مناطا للمسؤولية المدنية(45).

2.2.1: صور الخطأ

نصت المادة 35 من قانون العقوبات العراقي على: "تكون الجريمة غير عمدية إذا ما وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل، سواء كان هذا الخطأ إهمالاً أم رعونة أم عدم انتباه أم عدم احتياط أم عدم مراعاة للقوانين والأنظمة والأوامر".

(44) أنور العمروسي، التعليق على القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والاقطار العربية، ج1، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1983، ص 446.

(45) قاضي طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب- دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص183.

كما نصت المادة رقم 228 من قانون العقوبات المصري على أن: "من تسبب خطأ في موت شخص آخر بأن كان ذلك ناشئاً عن إهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين واللوائح والأنظمة يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين"

وتناول المشرع الجزائري جرائم الإصابة الخطأ في المادة رقم 244 عقوبات المعدلة بالقانون 120 لسنة 1962م والقانون 29 لسنة 1982م⁽⁴⁶⁾، والتي نصت على أن: "من تسبب خطأ في جرح شخص أو إيدائه بأن كان ناشئاً عن غهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين والقرارات واللوائح والأنظمة يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا يتجاوز مائتي جنيه أو إحدى العقوبتين"⁽⁴⁷⁾. وذلك لأن المشرع الجزائري غالباً ما تقوم توصف شخصية العقوبة في مجال العلاج بجنحة الضرب والجرح غير العمدي.

وتلاحظ الباحثة أن المشرع العراقي والجزائري قد اخذا نفس الاتجاه في تحديد صور الخطأ كالإهمال والرعونة وعدم الاحتراز وعدم احترام القانون، بخلاف المشرع الإماراتي الذي لم يحدد صور الخطأ كالتالي حددها كل من المشرع العراقي والجزائري.

1 . الرعونة

تعني في اللغة الحمق والإسترخاء ومن ثم فهي تشير إلى الطيش⁽⁴⁸⁾ والخفة ونقص المهارة والخبرة في عمل مادي أو فكري التي تتطلبها بعض الأعمال، ومثالها ما يتسبب فيه الأطباء عند الشروع في أعمالهم مما يؤدي إلى أخطاء جسيمة يترتب عليها إصابات متفاوتة، وتدخل في الرعونة الجهل بما يتعين على الجاني أن يكون عالماً به، ويترتب عليه ضرر بالغ.

2. عدم الاحتياط:

و يقصد به الخطأ الذي ينطوي على نشاط إيجابي من الجاني بدل عدم التبصر بالعواقب ، و هذا الخطأ الذي يدرك فيه الجاني طبيعة عمله و ما قد يترتب عليه من نتائج ضارة ، كقيادة السيارة بسرعة زائدة في شارع مزدحم بالمارة يفضى إلى قتل أو جرح أحدهم⁽⁴⁹⁾.

(46) قانون العقوبات الجزائري رقم 120 لسنة 1962. والقانون رقم 29 لسنة 1982م. المعدلين.

(47) أحسن بوسقيفة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط، عمان، 2011م، ص205.

(48) أحسن بوسقيفة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص205.

(49) بحث قانوني عن الخطأ غير العمدي والقصد الجنائي، أمل المرشدي، 10 يوليو 2016م، منشورة في الموقع الإلكتروني <https://www.mohamah.net/law>

3. الإهمال وعدم الانتباه:

هو إغفال الشخص بإتخاذ الإحتياط الواجب أخذه غالبا ما يحدث بأعمال سلبية كالإمتناع أو التترك⁽⁵⁰⁾، فالشخص المكلف بالعناية بالطفل أو المريض فيهمل في العناية به حتى يموت والمالك الذي يتسبب في فعل أو جرح إنسان بإهماله وضع إشارة تحذير وتنبيه على الحفرة التي حفرها أمام منزله في مكان عام يمر به الناس⁽⁵¹⁾.

4- عدم مراعاة اللوائح والأنظمة:

ويكون مصدر الخطأ في العرف العام لدى الناس بعدم الالتزام بمراعاة اللوائح والأنظمة القانونية وهذه صورة من صور الخطأ التي نص عليها القانون ورتب المسؤولية عما يقع بسببها من النتائج الضارة ولولم يثبت على من أرتكبه اي نوع آخر من الخطأ، وبناء عليه حكم بأنه إذا أطلق شخص عيارا نارياً من داخل مكان تواجدته فتسبب في إصابة شخص خارج هذا المكان، فلا يقبل دفاعه بأنه لم يكن في إستطاعته أن يبصره لوجود مانع حال بينه وبين ذلك الشخص، فسواء كان بإمكانه رؤيته أم لا لأن الشخص بمجرد مخالفته للوائح والأنظمة يعد في حكم المخطيء إذا وقعت منه حادثة وهو مرتكب لهذه المخالفة⁽⁵²⁾.

(50) شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2005، ص 11.

(51) عبد الرحيم لنوار، المسؤولية الجنائية للأطباء عن القتل الخطأ والإصابة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خده، الجزائر، 2007م، ص 86.

(52) المرجع نفسه، ص 87.

الفصل الثاني

الخطأ الطبي والخطأ الطبي الجراحي

1.2: ماهية العمل الطبي

قد يقع الطبيب أثناء ممارسة عمله في خطأ يتسبب في خسارة فادحة للمريض سواء كان ضرر دائم أو الوفاة وذلك حسب درجة الخطأ الذي وقع فيه الطبيب، ولمعرفة التصرف الذي يمكن أن يقوم به الطبيب كان لابد من تعريف العمل الطبي وتحديد مفهومه التشريعي والفقهية. وبناءً على ذلك قامت الباحثة بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول (تعريف العمل الطبي)، المطلب الثاني (التحديد التشريعي لمفهوم العمل الطبي).

1.1.2: تعريف العمل الطبي

الطب مهنة قديمة قدم وجود الإنسان على الأرض وتعددت صورته التي عرفها الإنسان ما قبل التاريخ وحتى التطور الذي أحدثه التوسع العلمي والابتكار في العملية الطبية وتعددت مفاهيمه في التشريعات المختلفة وكذلك بين الفقهاء.

ولم ترد تعريفات صريحة لمصطلح العمل الطبي في الفقه الإسلامي ولكن من خلال تعريفه كمهنة مثل الطبيب(53).

وتعريف العمل الطبي في القضاء الفرنسي والمصري اقتصر على مرحلة العلاج، ولكن بعد تطور القضاء في فرنسا تمت إضافة مرحلة التشخيص إلى جانب العلاج، بإضافة إلى الفحوص والتحليل الطبية، وبعد

(53) محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، مرجع سابق، ص5.

تطور القضاء في مرحلة لاحقة تطور المفهوم ليشمل أيضا إجراء العمليات الجراحية ووصف الأدوية وإعطاء الاستشارات الطبية والعقاقير (54).

وعرفه آخرون بأنه "العمل الذي تبرره ضرورة العلاج أيا كان من يمارسه، وأنه يعطي القائم به حرية العمل على جسم المريض" (55).

ويرى رأي آخر بأنه "ذلك الجانب من المعرفة الذي يتعلق بموضوع الشفاء وتخفيف المرض ووقاية الناس من الأمراض" (56).

كما عرفه داود الأنطاكي بأنه: "وحدة علم بأحوال بدن الإنسان، يحفظ به حاصل الصحة ويسترد زائلها" (57). إن التعاريف السابقة شملت العمل الطبي بقسميه النظري والتطبيقي، فحفظ صحة الإنسان من الزوال وهو ما يعرف بالطب العلاجي، وإعادة الصحة التي ذهبت عن جسم الإنسان وهو ما يدعى بالطب العلاجي (58).

2.1.2: التحديد الفقهي لمفهوم العمل الطبي ومشروعيته

1.2.1.2: التحديد الفقهي لمفهوم العمل الطبي

اختلفت آراء الفقهاء في وضع تعريف مناسب للعمل الطبي وذلك نسبة لقصور مفهومه على مرحلة العلاج، إلا أن هناك عدد من الفقهاء قد اتجه إلى تعريف العمل الطبي في مرحلة العلاج بأنه " هو كل نشاط يتفق في كفيته وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب، ويتجه في ذاته وفق المجرى العادي للأمر إلى شفاء المريض" (59).

تناول الأستاذ "سافاتييه" في شرحه للقانون الطبي إلى أنه "العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء الغير، والذي يستند إلى الأصول والقواعد الطبية المقررة في علم الطب، فالجوء إلى العلم من أجل شفاء المريض هو الذي يميز الطب عن الشعوذة" (60).

(54) محمد قبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، مرجع سابق، ص10.

(55) قوادري مختار، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي- دراسة مقارنة، اطروحة كتوراه في الشريعة والقانون، كلية الحضار الإسلامية والعلوم الإنسانية، 2010م، ص14.

(56) Desobert et autres, Droit medical, Paris, Masson, 1974, p.135.

(57) شخرات الذهب في أخبار من ذهب، عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد العكري الحنبلي، أبو الفلاح (المتوفى: 1089هـ)، حققه: محمود الأرناؤوط، خرج أحاديثه: عبد القادر الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، الطبعة: الأولى، 1406 هـ - 1986 م، 416/8.

(58) قيس الشيخ، التناوي المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص29.

(59) نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، ط1؛ عمان الأردن: دار الثقافة، دت، ص193.

(60) رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية، 2005م، ص23.

إلا أن أنصار هذا الاتجاه قد حصروا العمل الطبي في مرحلة العلاج فقط.

أما البعض الآخر من الفقهاء فقد اتجهوا إلى تعريف العمل الطبي بمفهوم موسع ليشمل جميع المراحل التي يمر بها المريض من فحص وتشخيص وعلاج.

ومن أنصار هذا الاتجاه الدكتور أسامة عبدالله قايد الذي عرفه بأنه " كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه، ويتفق في طبيعته وكيفيته مع الأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها نظرياً وعملياً في علم الطب، ويقوم به طبيب مصرح له به قانوناً، بقصد الكشف على المرض وتشخيصه وعلاجه لتحقيق الشفاء أو تخفيف آلام المرض أو الحد منها، أو منع المرض، أو يهدف إلى المحافظة على صحة الأفراد أو تحقيق مصلحة اجتماعية شريطة توفر رضا من يجري عليه هذا العمل"⁽⁶¹⁾

ضم هذا التعريف العمل الطبي في جميع مراحل ونشاطاته وتناولها من جانبين، الجانب الأول، كأنشطة تمر على جسم المريض الذي يمثل العمل الطبي الأنشطة التي ترد على جسمه من فحص وتشخيص وعلاج، والجانب الآخر من حيث تضمنه لشروط ممارسة هذا العمل من الترخيص القانوني، وقصد العلاج، ورضا المريض الذي يمارس عليه العمل، وبالتالي هو تعريف شامل لمفهوم العمل الطبي.

2.2.1.2: مشروعية العمل الطبي

ظهر تعريف العمل الطبي في التشريعات المختلفة من خلال القوانين الصادرة في مجال الصحة، فالمشرع الجزائري قد عرفه من خلال نص المادة 8 بما يلي: "يشمل العلاج الصحي الكامل ما يأتي: الوقاية من الأمراض في جميع المستويات، تشخيص المرض وعلاجه - إعادة تكييف المرضى، التربية الصحية"⁽⁶²⁾

أما المشرع المصري فلم يتناول تعريف العمل الطبي صراحة، ولكن اكتفى بالإشارة إليه في سياق النص على شروط مزاوله مهنة الطب وذلك بتعدد أمثلة تعد من قبيل الأعمال الطبية، واطلاق صفة الطبيب أو المعالج على القائمين بها⁽⁶³⁾.

وقد نصت المادة الأولى من القانون رقم 415 لسنة 1954 والمتعلق بمزاولة مهنة الطب والتعديلات التي جاءت بعده على انه: "لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبية أو عيادة مريض أو إجراء عملية جراحية أو مباشرة ولادة، أو وصف أدوية، أو علاج مريض أو اخذ عينة من العينات التي تحدد بقرار من وزير الصحة العمومية،

(61) منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجناحية في الأخطاء الطبية، ط:1، الرياض، 1425 هـ، 2004م، ص15.

(62) قانون رقم 85 - 05، المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 هـ الموافق ل 16 فيفري 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر، ع08 الصادر في 17 فيفري 1985.

(63) محمد أسامة عبد الله القايد، المسؤولية الجناحية للأطباء، ط2، دار النهضة العربية، الاسكندرية، بدون سنة، ص92.

من جسم المرضى الأدميين للتشخيص الطبي المعلمي بأية طريقة كانت، أو وصف نظارات طبية وبوجه عام مزاوله مهنة الطب بأية صفة كانت إلا إذا كان مصرياً، أو كان من بلد تجيز قوانينها للمصريين مزاوله مهنة الطب وكان اسمه مقيد بسجل الأطباء البشريين..."، ونص المادة دل على أن العمل الطبي يشمل التشخيص والعلاج العادي والجراحي ووصف الأدوية واخذ العينات أو أي عمل آخر يعد طبيياً(64).

كما حصر المشرع الفرنسي تعريف العمل الطبي على مرحلة العلاج فقط وذلك وفق نصوص القانون رقم 35 سنة 1892م، ومع صدور قانون الصحة العامة في 24 ديسمبر 1945م المعدل بالمرسوم الصادر في 15 أكتوبر 1953م، أصبح العمل الطبي يشمل مرحلتى الفحص والتشخيص إلى جانب مرحلة العلاج، وهو يستفاد ضمناً من نص المادة 372: "الممارسة الغير المشروعة لمطب " التي تنص على أنه: "يعتبر مرتكباً لجريمة الممارسة غير المشروعة للطب كل شخص يقوم بعمليات التشخيص أو العلاج بصفة اعتيادية ولو بحضور الطبيب ما لم يكن متحصلاً على الترخيص المطلوب(65).

2.2: مفهوم الخطأ الطبي والخطأ الطبي الجراحي

اكتسبت مهنة الطب أهمية عظيمة وذلك لتعلقها بمقصد شرعي وقانوني عظيم وهو حفظ النفس من الضرر الذي قد تتعرض له جراء خطأ الطبيب فالخطأ والنسيان من الصفات التي جبل الله عليها الإنسان، ونظراً لنبل هذه المهنة بغض النظر عن جنس الأطباء وانتمائهم وطريقة منهجهم في التعاطي مع الحياة، عكفت التشريعات القانونية على تنظيمها قانونياً لحماية المرضى المتضررين من هذه الأخطاء ومعاقبة مرتكبيها، ولبيان هذه الأخطاء كان لا بد من استعراض الخطأ الطبي والخطأ الطبي الجراحي، وذكر مفهومها وتعريفها وطرح كل مفهوم على حدا. ومن أجل بيان ذلك قامت الباحثة بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، الأول تناول (الخطأ الطبي)، والثاني (الخطأ الطبي الجراحي).

1.2.2: مفهوم الخطأ الطبي

يُعرّف الخطأ الطبي "بأنه انحراف الطبيب عن السلوك الطبي العادي والمألوف، وما يقتضيه من يقظةٍ وتبصّر إلى درجة يُهمل معها الاهتمام بمرريضه". أو هو "إخلال الطبيب بالواجبات الخاصة التي تفرضها عليه مهنته، وهو ما يسمى بالالتزام التعاقدى"(66).

(64) محمد القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، مرجع سابق، ص10.

(65) محمد القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، المرجع السابق، ص9.

(66) فيصل عبد اللطيف الناصر، الخطأ الطبي، منظور تاريخي، جامعة الخليج العربي، ب. ت، ص5.

ومفاد التعريفين السابقين أن هناك مجموعة من التي يقوم على توافرها الخطأ الطبي، تتمثل بعدم مراعاة الأصول والقواعد العلمية المتعارف عليها في علم الطب، والإخلال بواجبات الحيطة والحذر، وإغفال بذل العناية التي كان باستطاعة الطبيب فعلها.

ويعرف القضاء الخطأ الطبي بأنه: "إخلال الجاني عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون وعدم حيولته تبعاً لذلك دون أن يفرضي الى حدوث النتيجة الاجرامية في حين كان ذلك في استطاعته ومن واجبه"(67)

جاء هذا التعريف لما نص عليه القضاء من ضرورة أن يكون الخطأ الطبي واضحاً وثابتاً بصورة قاطعة لا احتمالية.

أما الخطأ الطبي عند اصطلاح فقهاء القانون: هو كل مخالفة أو انحراف الطبيب عن سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم أو المتعارف عليها نظرياً وعلمياً وقت تنفيذه للعمل الطبي وإخلاله بواجبات الحيطة والحذر واليقظة التي يعرفها القانون وواجبات المهنة على الطبيب متى ترتب على فعله نتائج جسيمة في حين كان في قدرته وواجب عليه أن يكون يقظاً وحذراً في تصرفه حتى لا يضر المريض(68).

وعرفه البعض الآخر بأنه: تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية للطبيب المسؤول(69).

وعرفه الدكتور السنهوري بأنه "انحراف في السلوك، هو تعدد من الشخص في تصرفه متجاوزاً فيه الحدود التي يجب عليه الالتزام بها في سلوكه ويكون الخطأ قصدياً أو غير قصدي"(70).

واتجه رأي آخر إلى تعريف الخطأ على أنه "الفشل في إتمام العمل المقصود عل الوجه المقصود، أو استعمال عمل خاطئ لتحقيق هدف ما"، غير أنه لا بد من التفريق بين أمرين في ذلك: الأمر الأول: أن الخطأ الذي هو من جنس العمل الطبي: كالخطأ في التشخيص ونحوه فهنا ينظر إلى العرف الطبي في تحديده، فإن كان ضمن الحدود المعتبرة فلا مؤاخذة عليه، وإن كان غير مقبول في العرف الطبي فإنه يؤول إلى عدم إتباع المهنة، وكلاهما موجب للمسؤولية ولكن يختلفان في الآثار. والأمر الثاني: أن الخطأ الذي ليس من جنس العمل الطبي

(67) شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2005، ص 11.

(68) منصور عمر المعاينة، المسؤولية الجنائية في الأخطاء الطبية، ط:1، الرياض، 1425هـ - 2004م، ص 43.

(69) يوسف جمعة الحداد، المسؤولية الجنائية عن الخطأ الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإمارات العربية المتحدة، منشورات الحلبي الحقوقية، د. ت، ص 120.

(70) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، ط:3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000م، ص 844.

كأن تنزل يد الطبيب أثناء الجراحة فيضر بالمريض وهذا من جنس الجناية الخطأ، والحكم فيه هو الحكم في الجناية الخطأ(71).

ذهب رأي آخر في تعريف خطأ الطبيب على أنه: "عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه المهنة سواء كان ذلك راجعا لعدم إلمامه بالأصول العلمية التي تمكنه من مباشرتها أو إلى إهمال أو تقصير أو عدم احتياط يمكن التنبيه إليه بالمقارنة بعناية الطبيب وما له من الخبرة والثقافة وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت به(72).

وهناك من يرى بأن الخطأ الطبي: "هو إجماع الطبيب عن القيام بالواجبات الخاصة التي يفرضها علم الطب وقواعد المهنة وأصول الفن أو مجاوزتها، وذلك نظرا لأن الطبيب وهو يباشر مهنة الطب، فإن ذلك يستلزم منه دراية خاصة، ويعتبر ملزما بالإحاطة بأصول فنه وقواعد علمه التي تمكنه من مباشرتها ومن كان جاهلا لذلك عد مخطئا"(73).

ويعرف بأنه "اخلال بالتزام سابق نشأ عن العقد أو على القانون أو قواعد الأخلاق"(74).

من خلال التعاريف السابقة يتبين لنا أن الأخطاء الطبية تتعدد فبعضها يعود إلى الإهمال والرعونة وعدم الاحتراز وأخذ الحيطة والحذر، ومن هنا جاء تقسيم الفقهاء للخطأ الطبي إلى نوعين: الخطأ البسيط والخطأ الواعي.

ومن خلال استقراء نصوص القوانين المتعلقة بأخلاقيات مهنة الطب في كثير من الدول العربية لم تنص على مسؤولية الأطباء الجنائية والمدنية الناشئة عن أخطائهم أثناء ممارستهم للأعمال الطبية وترك الأمر لاجتهاد الفقهاء والقضاء.

2.2.2: الخطأ الطبي الجراحي

يعد الخطأ الجراحي من أكثر الأخطاء الطبية وقوعاً في مجال المسؤولية الطبية المدنية للجراحة، ويتطلب هذا النوع من الخطأ الدقة الفائقة لما يشتمل عليه من خطورة بالغة قد يكون مآلها الوفاة، مما يوجب

(71) محمد رمضان العرعير، مسؤولية الطبيب الجنائية في العمليات الجراحية دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، كلية الشريعة والقانون، 1434هـ/2013م، ص25.

(72) معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ، ط:8، الإسكندرية: دار المعارف، 1995م، ص452.

(73) محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، الجزائر: دار هومة، 2007م، ص149.

(74) علي فيلاي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، ط2، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009م، ص60.

على الطبيب الجراح بذل العناية الفائقة في عمله وهي الالتزام ببذل عناية كبيرة وليس تحقيق غاية(75).

1.2.2.2: مفهوم الخطأ الطبي الجراحي

ويقصد بالخطأ الطبي الجراحي مخالفة الطبيب الجراح أو طبيب التخدير ومن يساعدهم لأصول مهنة الطب العلمية المتبعة والمنفق عليها لدى منظمي المهنة فيما يخص إجراء العملية الجراحية ويقاس هذا النوع من الخطأ بسلوك طبيب آخر من نفس تخصصه ومستواه المهني، والمؤهلات العلمية التي يتمتع بها، مع وض الظروف والإمكانات التي تمت تحتها العملية(76).

وتعرف العملية الجراحية بأنها: علاج المريض باستخدام الآلات الجراحية(77).

ومسؤولية الخطأ الجراحي قائمة في جميع مراحل الجراحة الثلاث الفحص والإعداد والتحضير، ومرحلة تنفيذ وإجراء العمل الطبي، ومرحلة الإشراف والمتابعة للمريض حتى الوصول إلى الشفاء التام(78)، وتظل مسؤولية الطبيب قائمة في جميع مراحل علاج مريضه، وأي خطأ طبي في مراحل العلاج يترتب عليه المسؤولية المدنية على الطبيب، أما التزام الطبيب الجراح يبدأ من مرحلة العناية والعلاج والإشراف والمتابعة وليس فقط أثناء إجراء العملية الجراحية، وأي اهمال يصدر منه قبل، حيث يتوجب على الطبيب اتخاذ الحيطة الواجبة التي تتناسب وطبيعة الأسلوب الذي اختاره، ويتحمل أي مضاعفات قد تنجم جراء أسلوبه الخاطئ تجاه مريضه(79). كما هو الحال لو قام الطبيب بإجراء عملية جراحية في العضو السليم بدلاً من العضو المريض، أو في حالة قيامه بعملية بدلاً من أخرى(80).

ويعتبر الخطأ جراحي إذا لم يؤد الجراح أو طبيب التخدير عمله بالمهارة التي تتطلبها مهنته وبالمستوى الذي يتوقعه المريض، ويستخلص الخطأ الجراحي على مرحلتين، المرحلة الأولى مطابقة عمل الطبيب الجراح

(75) رأفت محمد احمد حماد، أحكام العملية الجراحية، دار النهضة العربية، ص11.

(76) محمد إبراهيم الدسوقي علي، مساعلة الأطباء عن أخطائهم المهنية، دار النهضة العربية، القاهرة: 2015، ص45.

(77) رأفت محمد احمد، أحكام العملية الجراحية، مرجع سابق، ص11.

(78) انس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دار الكتب القانونية، 2010م، ص 239.

(79) انس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، المرجع السابق، ص311

(80) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديد بالسكندرية، 2001م، ص82.

للقواعد والمعطيات المتعلقة بمهنة الطب، أما المرحلة الثانية يتم فيها عرض نتيجة المرحلة الأولى على المعيار القانوني من قبل قاضي الموضوع(81).

واحتتمال أن يتعرض المريض بعد العملية لمضاعفات واردة بغض النظر عن مهارة الجراح ودرجة كفاءته، فحدوث مثل هذه الحالات مألوف في العمل الطبي والجراحي، ولا يحتسب من الأخطاء التي سببها الإهمال(82).

2.2.2.2: أنواع الخطأ الطبي في العمليات الجراحية

ومعايير هذا الخطأ في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

تتطلب العمليات الجراحية عناية دقيقة ويقظة فائقة من الأطباء وذلك نسبة للمخاطر التي تتضمنها، فالخطأ الطبي قد يقع قبل أو أثناء العملية الجراحية أو بعدها، وتتمثل هذه الحالات في التالي:

1. الخطأ الطبي قبل العملية الجراحية:

قبل إجراء العملية يخضع الطبيب المريض لفحص شامل وفقاً لحالة المريض ليتم من خلاله معرفة الوضع الصحي العام للمريض وبناء عليه معرفة النتائج المترتبة للعمل الجراحي، مع الأخذ في الاعتبار مكان الفحص أو العضو الذي سيكون محل الجراحة(83)؛ وهذا ما يطلق عليه بالفحوص التمهيديّة، وهي الفحوص الأولية التي يقوم بها كل من الطبيب الجراح والطبيب المخدر، وفي هذه المرحلة يجب أن يتأكد الطبيب من إجراء كافة الفحوصات اللازمة للمريض وأيضاً التأكد من سلامة أعضائه الحيوية، والإطلاع على كافة الملفات الخاصة بالمريض والمحولة من قبل أطباء آخرين لتجنب الوقوع في أي خطأ قد يؤدي المريض(84).

2. الخطأ الطبي أثناء العملية الجراحية:

أثناء عملية التخدير التي يقوم بها طبيب مختص باستعمال مادة معينة تسمى "البنج" يفقد المريض بواسطتها الأساس بالألم وهذه المادة تعطى للمريض بمقدار معين يتناسب مع عمر المريض وحالته الصحية لذا يجب على الطبيب المختص التأكد من قابلية المريض لتحمله فاستعمال هذه المادة يتطلب نوع من الحيطة والحذر

(81) محمد السيد عمران، تقدير مدى احترام الضوابط (المعايير) العلمية المكتسبة في مجال الطب، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2011، ص 394

(82) ماجد محمد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009م، ص132.

(83) محمد بن منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 73

(84) كريم عشوش، العقد الطبي، دار هومة، الجزائر: 2007 م، ص 184.

فقد حمل القضاء الطبيب المسؤولية حتى عن خطئه اليسير لقيامه بعملية التبنيح على وجه السرعة دون اتخاذ الاحتياطات الطبية الكافية، لاسيما أنه لم تكن هناك ضرورة عاجلة ستلزم ذلك(85) .

أما الحالة الثانية هي عند التدخل الجراحي فالطبيب الجراحي في هذه الحالة ملزم بالحذر حيث يكون مسؤولاً عن كل إهمال أو تقصير يصدر منه لا يتماشى واليقظة التي تتطلبها قواعد المهنة، فإذا ارتكب خطأ نتيجة إهمال أو أنه لم يؤدي عمله بالمهارة التي تقتضيها مهنته وبالمستوى الذي ينتظره المريض منه، ففي هذه الحالة تثبت مسؤولية الطبيب عن خطأه(86).

3. الخطأ الطبي بعد إجراء العملية الجراحية

تمتد مهنة طبيب التخدير والطبيب الجراح حتى إلى ما بعد العملية حيث يتوجب عليهما مراقبة المريض فطبيب التخدير مسؤول عن إفاقة المريض وعليه التأكد من ذلك فإذا غادر قام بالمغادرة بعد إنتهاء العملية يسأل عن خطأه، أما الطبيب الجراح فيتوجب عليه مراجعة المريض للتأكد من سلامته واستقرار حالته الصحية وتقدمها نحو الشفاء، وإذا لم يتم بمعاينة المريض بعد إجراء الجراحة أو لم يكلف من ينوب عنه للقيام بذلك يسأل عن خطأه، لذا كان لزاماً عليه التأكد بنفسه من إجراءات العناية تامة وأن المريض على أحسن ما يرام(87).

3.2.2: التمييز بين الخطأ المدني والخطأ الجنائي

يعرف الخطأ الجنائي بأنه الإخلال بواجب قانوني تكفله القوانين العقابية بنص خاص، أما الخطأ المدني فهو الإخلال بأي واجب قانوني ولو لم تكفله تلك القوانين(88).

يرى بعض الفقهاء أن الخطأ الجنائي والخطأ المدني لا يختلفان نظراً لوحدة العناصر والدرجات في القانون، إلا أن فريق آخر اتجه إلى اعتماد التفرقة بين الخطأين المدني والجنائي على أساس التمييز بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير، ذلك أن الخطأ اليسير يصلح لترتيب المسؤولية المدنية، ولكنه لا يصلح لترتيب المسؤولية الجنائية التي تتطلب خطأ أكثر جسامة، وهناك من يرفض هذه التفرقة ويقول بوحدة الخطأين الجنائي والمدني عملاً بالاتجاه السائد في الفقه على العموم(89).

(85) المرجع نفسه، ص185.

(86) محمد منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 75

(87) كريم عشوش، العقد الطبي، مرجع سابق، ص 185

(88) شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، مرجع سابق، ص19

(89) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائي القسم العام، مرجع سابق، ص 283

1.3.2.2: معيار قياس الخطأ الطبي

هنالك معايير تستخدم لقياس الخطأ الطبي، وقد اختلفت الآراء حول تحديد المعيار اللازم لقياس الخطأ الطبي، فذهب البعض إلى الأخذ بالمعيار الشخصي ومنهم من أخذ بالمعيار الموضوعي، وهناك من وفق بين المعيارين وأخذ بما يعرف بالمعيار المختلط(90):

المعيار الشخصي :

ويعتمد الأخذ بهذا المعيار الوضع في الاعتبار شخص الفاعل وظروفه الخاصة، ويرى أصحاب هذا المعيار يرون أن تصرفات الإنسان العادية تحدد سلوكه في تجنب الفعل الضار إذا وجد في الظروف المحيطة نفسها، فإذا ثبت أن في إمكانه تجنب حدوث الضرر ولم يفعل حينها يوصف سلوكه بالخطأ، فهنا ينظر إلى الجاني نفسه وما كان بوسع فعله في الظروف التي أحاطت به(91).

ولتطبيق هذا المعيار لابد من النظر في سلوك الجاني ثم البحث فيما إذا كان باستطاعته أو من واجبه أن يسلك غيره، فإن كان يمكنه ذلك، توافر الخطأ(92).

المعيار الموضوعي:

ويعتمد هذا المعيار على الظروف الداخلية للطبيب، مثل إمكاناته الذاتية ودرجة يقظته وظروفه وسنه وصحته، ويقوم هذا المعيار على قياس سلوك وتصرف الشخص العادي لو وضع في نفس الظروف التي أحيط بها الطبيب عند إجراءه للعملية، ويقاس خطأ الطبيب هنا على ضوء سلوكه الوسط من نفس مستواه وعلى ضوء الظروف التي وجد فيها وهذا السلوك يجب أن يتفق مع الأصول الفنية المستقرة(93).

ومعيار الخطأ لدى فقهاء القانون الجنائي معيار موضوعي يأخذ بالعناية الواقعة على عاتق الشخص الخبير والذي يفترض فيه قدرًا عاديًا من الحرص والحذر اللازم لتجنب وقوع النتيجة مع اعتبار الظروف المحيطة بالمتصرف حين قيامه بفعله ومدى التزامه بالحيلة والحذر وهذا ما يقرره القاضي الموضوعي من خلال الوقائع المعروضة عليه(94).

(90) فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 475.

(91) راند كمال خير، شروط قيام المسؤولية الجزائية الطبية. ط1؛ طرابلس، المؤسسة الحديثة للكتاب، 1425-2004 م، ص 25.

(92) إبراهيم على حمادي الحليوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 36.

(93) إبراهيم على حمادي الحليوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 36.

(94) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 69.

ولمعرفة مدى حجم وتحديد الخطأ الطبي في العمليات الجراحية لابد أن يقاس به خطأ الطبيب الذي ينبغي أن يكون معياراً موضوعياً يقيس الفعل على أساس سلوك معين يختلف من حالة إلى أخرى، وهو الشخص المعتاد أي أن القاضي في سبيل تقدير خطأ الطبيب في علاج مريض معين يقيس سلوكه على سلوك طبيب آخر من نفس المستوى سواء كان طبيياً عاماً أو مختصاً(95).

المعيار المختلط :

وتأتي فكرة هذا المعيار أنه يجمع بين خبرات الطبيب في المعيار الشخصي والظروف الخارجية في المعيار الموضوعي في تقدير الخطأ الطبي مع ضرورة اعتبار بعض الظروف الخارجية والداخلية المحيطة بالطبيب والتي من شأنها التأثير على سلوكه، ويقدر سلوك الطبيب قياساً على ما كان يفعله(96).

لقي هذا المعيار التأييد من العديد من الفقه إلى أن المعيار الذي ينبغي أن يقاس به سلوك الطبيب المخطئ هو المعيار المختلط، الذي يقوم على السلوك المألوف من طبيب وسط في نفس فئة الطبيب المخطئ ومستواه، مع مراعاة الظروف الخارجية التي أحاطت به، فإن انحرف عن سلوك الطبيب العادي عد مخطئاً.

إن الخطأ الطبي الجراحي هو كل مخالفة في سلوك الطبيب للقواعد والأصول الطبية والإخلال بواجبات المهنة سواء كان ذلك قبل إجراء العمل الجراحي أو أثناءه أو بعد الانتهاء منه، حيث استقر الفقه والقضاء على قيام مسؤولية الطبيب مهما كانت درجة الخطأ المرتكب، وبقي هناك اختلاف في تحديد المعيار اللازم لقياس هذا الخطأ(97).

2.3.2.2: الفرق بين الخطأ المدني والخطأ الجنائي

أباً كانت جسامة الخطأ المدني في القانون فإنه موجب للمسؤولية التقصيرية، بينما الخطأ في القانون الجزائي فقد حدده المشرع في ثلاثة صور، الإهمال، وقلة الاحتراز، وعدم مراعاة القوانين والأنظمة.

لا يختلف الخطأ الجزائي والخطأ المدني كثيراً، فأي خطأ يرتب المسؤولية المدنية يرتب في نفس الوقت المسؤولية الجزائية، ولم تورد العديد من التشريعات ما يشير صراحة أو ضمناً إلى استلزام درجة معينة من الخطأ، بينما تناولت الخطأ في جميع صورته ودرجاته.

(95) محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، عمان، الدار العلمية الدولية، 2002 م، ص 108-109.

(96) فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 465.

(97) إبراهيم على حمادي الحليوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 44.

فقانون العقوبات لا يقر على درجة جسامه الخطأ وإنما على حصول نتيجة معينة يرى فيها من الجسامه ما يستدعي تجريمها، وكوجه اختلاف بين القانونين فالقانون المدني يهتم بالضرر أياً كانت صورته، بينما يهتم قانون العقوبات بالضرر غير المقصود أي أنه يعاقب على الجرائم غير المقصودة. وبما أن الخطأ لا يتغير في المسؤولية المدنية والجزائية وجب العقاب عليه مهما بلغت درجة جسامته(98).

وتأخذ درجة الخطأ قيمتها عند تقدير العقوبة، وقد لا يكون لها اعتبار في قيام المسؤولية عن الجريمة غير المقصودة، وفي حدود السلطة التقديرية للقاضي في تقدير العقوبة فإنه يأخذ درجة الخطأ في الاعتبار، وبالتالي تقرر العقوبة وفقاً لدرجة الخطأ(99).

إلا أن الحكم بالبراءة في الدعوى الجنائية لانتفاء الخطأ الجنائي لا يترتب عليه انتفاء إمكانية الحكم بالتعويض لانتفاء الخطأ المدني فالتسوية بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية لا تكون إلا في صورة الخطأ الشخصي، وذلك لأن القانون الجنائي لا يرتب المسؤولية الجنائية إلا على أساس الخطأ الشخصي، ففي هذه الحالة يستوي الخطأ الجنائي والخطأ المدني، فإذا حكمت المحكمة ببراءة المدعى عليه، ولم يثبت عليه خطأ شخصياً، انتفت إمكانية الحكم عليه بالتعويض للمتضرر، بينما لا تبنى المسؤولية في الحقوق المدنية على أساس الخطأ الشخصي وحده بل تبنى على أساس الخطأ المفترض مما يجعل وحدة الخطأ المدني والجزائي خارج افتراض القانون المدني(100).

Merle, R., Vitu, A. (1982) droit pénal spécial volume 2, Cujas, p.1422.p 1427-1428. (98)

(99) جعفر علي محمد، قانون العقوبات، جرائم الرشوة والاختلاس والإخلال بالثقة العامة والاعتداء على الأشخاص والأموال، ط2، المؤسسة الجامعية للنشر، بيروت، 2004م، ص165.

(100) فريد الشانلي، جرائم الإعتداء على الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002م، ص94.

الفصل الثالث

تحديد القضاء لأشكال الخطأ الطبي وطرق إثباته

1.3: أشكال الخطأ الطبي ونطاق المسؤولية

يتخذ الخطأ الطبي عدة أشكال وتختلف أشكاله نتيجة لاختلاف نوعه إذا ما كان مهني أو عادي يسير أو جسيم ومن حيث اتصاله بمرتكب الخطأ، وفي هذا المبحث تقوم الباحثة بتناول أشكال الخطأ الطبي ونطاق مسؤوليته في مطلبين، المطلب الأول (أشكال الخطأ الطبي)، المطلب الثاني (نطاق المسؤولية في الخطأ الطبي).

1.1.3: أشكال الخطأ الطبي

تتعدد أشكال الخطأ الطبي وتختلف في مضمونها، ونوع المسؤولية التي تقع على الطبيب، ووجه الالتزام الذي يجب القيام به تجاه المريض.

1.1.1.3: الخطأ الطبي الجسيم واليسير

ويقصد بالخطأ الجسيم الخطأ الذي يبلغ حداً يسمح بافترض سوء نية الفاعل حيث لا يتوفر الدليل عليها، أو الإهمال وعدم التبصر الذي يبلغ حداً من الجسامة، مما يجعل له أهمية خاصة، وأيضاً هو الخأ الذي يقع من شخص قليل الذكاء والعناية فلا يتصور وقوعه إلا من شخص غير كفء⁽¹⁰¹⁾.

يتمثل الخطأ الطبي الجسيم في عدم قيام الطبيب ببذل العناية الواجبة عليه بصورة لا تصدر عن أقل الأطباء حرصاً وتبصراً، وهو الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص المعتاد من الناس، كإجراء عملية جراحية لعضو سليم بدلاً من العضو المريض، أو استئصال عضو سليم بدلاً من العضو المريض⁽¹⁰²⁾.

(101) عبد القادر بن تيشة، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام، دار الجامعة الجديدة، بيروت، 2011م، ص68.

(102) إبراهيم علي حماد الحلوسى، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007م، ص56.

ولا يشترط القضاء في الخطأ الجسيم مساءلة الطبيب بل يكفي توافر الخطأ اليسير من جانبه، أي توفر شرط الجسامة، ولكن اجتهاد القضاء اكتفى القضاء بوجود الخطأ سواء كان جسيماً أو يسيراً⁽¹⁰³⁾.

2.1.1.3: الخطأ العادي والمهني

يعرف الخطأ العادي بأنه ذلك الخطأ الذي يرتكبه الطبيب كلما فاتته واجب الحرص المفروض على الكافة بعدم الإضرار بالغير⁽¹⁰⁴⁾ وهو ناتج عن سلوك إنساني مجرد، بسبب الإخلال بالقواعد العامة التي يتوجب على كافة الناس الالتزام بها، وعليه يخرج الطبيب عن ميدان المهنة التي يمارسها الشخص الذي ينسب إليه الخطأ وهو لذلك عبارة عن عمل غير مشروع يخضع للقواعد العامة المعمول بها في هذا الشأن، وحيث أن هذا الخطأ لا يتصل بالمهنة الطبية حتى لو ارتكبه أثناء مزاوئته لمهنته فإنه يعامل معاملة الشخص العادي⁽¹⁰⁵⁾.

نصت المادة 40 الفقرة الأولى من قانون العقوبات العراقي على أن " لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف او شخص مكلف بخدمة عامة في الحالات التالية: أولاً إذا قام بسلامة نية بفعل تنفيذاً لما أمرت به القوانين او اعتقد أن اجراءه من اختصاصه"⁽¹⁰⁶⁾.

أما الخطأ المهني فهو الذي يصدر من الطبيب لمخالفته قواعد مهنة الطب التي يتوجب عليه الامام بها، ويتم تحديد هذا الخطأ بالرجوع إلى القواعد العلمية والفنية للمهنة ومخالفة قواعد العلم أو مخالفة الأصول الفنية التي تلزم القواعد الطبية كل طبيب أن يقوم بمراعاتها، ويرجع الخطأ إلى أمرين هما: الجهل بالقواعد المهنية والأصول العلمية أو تطبيقها تطبيقاً غير سليم، والى عدم حسن التقدير في الحالات التي يترك فيها مجالاً للتقدير⁽¹⁰⁷⁾.

فالتبيب لا يسأل جزائياً عن أخطائه المهنية غير المقصودة استناداً إلى المادة 411 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969م " من قتل شخصاً او تسبب في قتل من غير عمد بان كان ذلك ناشئاً عن اهمال او رعونة او عدم الانتباه او عدم الاحتياط او عدم مراعاة القوانين والانظمة يعاقب بالحبس او الغرامة. اما اذا وقعت الجريمة نتيجة اخلال الطبيب اخلالاً جسيماً بما تفرضه ,علية أصول وظيفته او مهنته وقت ارتكاب الخطأ تكون عقوبته الحبس مدة لا تقل عن(3) سنوات اذا نشأ عن الجريمة موت ثلاثة اشخاص او

(103) محمد رابيس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص282.

(104) محمد حسن منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001م، ص140.

(105) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007م، ص27.

(106) قانون العقوبات العراقي رقم 111، لسنة 1969م، المادة (40) الفقرة الأولى.

(107) أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010م، ص256.

اكثر, فاذا توافر مع ذلك ظرف آخر من الظروف الواردة في الفقرة السابقة تكون العقوبة او السجن مدة لاتزيد عن (7) سنوات إذا كان تحت تأثير مسكر او مخدر وقت ارتكاب الفعل, او نكل عن مساعدة المريض مع تمكنه من ذلك وأدى هذا الموقف الى موت ثلاثة اشخاص او اكثر"(108). لأن عمل الطبيب مقرر وفق القانون ولكن تطبق بحقه النصوص القانونية الأخرى في حال تعمد ارتكاب الخطأ المهني وتتحقق مسؤولية الطبيب إذا أدى الخطأ المتعمد إلى موت المريض أو تعطيل أو تلف عضو من أعضاء جسمه.

3.1.1.3: الخطأ الشخصي وخطأ الفريق الطبي

خطأ الفريق الطبي تتحقق المسؤولية عن الفريق الطبي في حالة استعانة الطبيب الرئيسي بمجموعة من الأطباء المساعدين له، كل في مجال تخصصه، بحيث يصعب تحديد دائرة الخطأ نتيجة التدخل الجماعي، إذ يقوم على وحدة الهدف والمصلحة المشتركة من جهة، ومن جهة أخرى صعوبة نسب الخطأ إلى أحد أعضاء هذا الفريق.

ويظهر موقف المشرع العراقي من بشأن مسؤولية الفريق الطبي في الفقرة 2 من المادة 411 من قانون العقوبات التي نصت على الآتي: " "

كما نصت المادة 217 من القانون المدني العراقي الفقرة 1 على انه "إذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنينفي التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الأصلي والشريك والمتسبب، فمثلاً إذا اجتمع أطباء لأداء التزام معين للمريض وأخطأوا كانوا جميعاً متضامنين (مثلاً كاختصاص طب وأعصاب وعلاج طبيعي وجراح أعصاب لفحص مريض يعاني من ضعف عضلات القدم) (109).

2.1.3: نطاق المسؤولية في الخطأ الطبي

تعدد صور نطاق المسؤولية في الخطأ الطبي، فالطبيب الذي يمارس المهنة في عيادته الخاصة يكون مسؤولاً عما يصدر منه من أخطاء، ولكن ما يجب توضيحه هنا ما هو نطاق المسؤولية في الخطأ الطبي في حال عمل الطبيب في المستشفى وما مسؤوليته عن الأدوات والأجهزة التقنية.

(108) المادة 411 قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969م.

(109) قانون العقوبات العراقي رقم 111، لسنة 1969م، المادة (40) الفقرة الأولى.

1.2.1.3: مسؤولية الطبيب في المستشفى

ولمعرفة مسؤولية الطبيب في المستشفى فلا بد من التمييز بين الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام، والطبيب الذي يعمل في مستشفى خاص.

أولاً: مسؤولية الطبيب الذي يعمل في مستشفى خاص

تختلف أشكال التعاقدات التي تتم بين المريض والمستشفى فإذا قام المريض الخاضع للعلاج بالتعاقد مع المستشفى الخاص مباشرة على العلاج الطبي دون تحديده لطبيب معين، وأن المستشفى قد تعهد للمريض بكل ما يلزم لاستكمال علاجه ابتداءً من العملية الجراحية والعناية والمتابعة، فإذا أصيب المريض بضرر نتيجة خطأ وقع من أحد الأطباء الجراحين أو المساعدين، فإن المستشفى الخاص هو المسؤول عن هذا الخطأ باعتباره مديناً بالتزام العلاج والرعاية تجاه المريض، لذلك تقوم مسؤوليته بعدم قيام المستشفى بتنفيذ الالتزام، أو التقصير في أحد جوانبه طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية⁽¹¹⁰⁾.

أما في حال قام المريض باختيار طبيب معين وكان المستشفى قد التزم بتقديم خدمات معينة كالأسرة والعناية الطبية مقابل مبلغ من المال عن كل حالة علاجية، ففي هذه الحالة يسأل هذا الطبيب عن كل خطأ يصدر من جانبه أما إذا كان الخطأ قد صدر من أحد المساعدين فيأخذ بمعيار التبعية، أي يكون الطبي ب مسؤولاً عن هذا الخطأ إذا وقع خلال الفترة التي يكون فيها المساعد تحت إشرافه وتوجيهه في العلاج الطبي، وما عداها فلا يكون مسؤولاً عنه بل يكون المستشفى المسؤول باعتباره المتبوع الدائم والأصلي لهؤلاء المساعدين⁽¹¹¹⁾.

ثانياً: مسؤولية الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام

من المعروف أن المستشفى العام هو مرفق عام يخضع لسلطان الدولة ويجري العمل فيه بموجب القوانين والأنظمة المتبعة لوزارة الصحة العامة، وبالتالي فإن هذا المستشفى الذي يمثل الدولة يكون مسؤولاً عن أخطاء موظفيه من أطباء ومساعدين، التي يرتكبونها أثناء خدمتهم بالمشفى، ومسؤولية المستشفى عن أخطاء الأطباء والمساعدين تقوم على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه⁽¹¹²⁾.

(110) محمد رشيد دواغرة، المسؤولية المدنية للمستشفيات الخاصة عن أخطاء الطبيب ومساعديه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، الطبعة الأولى، سنة 2017، ص. 24.

(111) محمد رشيد دواغرة، المسؤولية المدنية للمستشفيات الخاصة عن أخطاء الطبيب ومساعديه، مرجع سابق، ص. 24.

(112) فيصل إياد فرج الله، التنظيم القانوني لطبيب التجمي في المرفق الطبي العام، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2017، ص. 72.

ونجد الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع بأفعال تابعه في نص المادة 219/1 من القانون المدني العراقي والتي نصت على أن "الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل إحدى المؤسسات الصناعية أو التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم، إذا كان الضرر ناشئاً وقع عن تعد منهم أثناء قيامهم بخدماتهم"(113).

فالمشرع العراقي أراد من كلمة "تعد" الركن المادي للخطأ كما هو واضح من سياق نص المادة 219 والذي تقع بموجبه المسؤولية الجنائية.

كما نصت المادة 174/1 من القانون المدني المصري " يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها"(114).

ونجد هنا أن المشرع العراقي اختلف عن المشرع المصري في أن الأول لم يضع قاعدة عامة تقرر مسؤولية أي متبوع عن الأفعال الضارة الصادرة من تابعه متى توافرت شروطها.

2.2.1.3: مسؤولية الطبيب عن الأشياء

أدى التقدم العلمي في مجالات الطب المختلفة إلى استخدام الادوات والأجهزة الطبية في العلاج والجراحة وهذه الأجهزة التقنية تساعد الجراح في إتمام عمله الطبي، ولا يستبعد أن يؤدي استعمال هذه الأجهزة التقنية إلى إحداث أضرار مختلفة ومتعددة للمريض الخاضع للجراحة، وذهب جانب من الفقه إلى إخضاع مسؤولية الطبيب عن الإصابات التي تحدثها أجهزته بالمريض لذات القواعد التي تخضع لها مسؤوليته عن الأعمال الطبية.

أقام الفقه الفرنسي مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي تسببها الأجهزة التقنية في حالة وجود عقد على أساس فكرة الحراسة، سواء كان الضرر الذي أصاب المريض الخاضع للجراحة بسبب سوء استعمال الطبيب لتلك الأجهزة أم بسبب عطل أصاب الجهاز التقني، وسواء كان هذا الجهاز ذو طبيعة خطيرة أم لا، وسواء كان يعمل بيد الطبيب أم انه يعمل بقوته الذاتية. ولكن هذا الرأي لم يجد التأييد باعتبار أن وجود العقد يغير من أساس مسؤولية الطبيب الجراح فلا يسأل بصفته حارس بل متعاقد يتحمل مسؤولية استعمال الجهاز الطبي

(113) القانون المدني العراقي، المادة 219/1.

(114) القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948م، المادة 174/1.

وهذا ما اتفق عليه فقهاء القضاء الفرنسي الحديث. ويسأل الطبيب عن الاضرار التي تحدث بسبب الأجهزة الطبية وأن لم يكن لها صلة بالعمل الجراحي(115).

فقد قضت إحدى المحاكم الفرنسية بمسؤولية الطبيب عن وفاة المريض أثناء الجراحة نتيجة لتسرب الغاز من جهاز التخدير واشتعاله بسبب شرارة تطايرت من الجهاز(116).

ونظراً لخصوصية المسؤولية الناجمة عن الأدوات والتركيبات والأجهزة العظيمة الحديثة من جهة، ونظراً لصعوبة الإقرار بسهولة بمدى قيام هذه المسؤولية من عدمه في أي من هذه الأجهزة، من جهة أخرى فلا يوجد بالتالي قاعدة عامة لقيام هذه المسؤولية، بل إن القضاء يلجأ إلى دراسة وتحليل كل حالة على حدة(117)

2.3: اثبات الخطأ الطبي في العمليات الجراحية

مهنة الطب من المهن النبيلة لأنها ترتبط كثيراً بالجانب الإنساني ويتطلب ممارستها بذل مجهود لاتخاذ الحيطة والحذر وعدم الإهمال، فالخطأ الواقع على المريض قد يتسبب بفقدانه لحياته أو الضرر الدائم، وفي حال وقوع الخطأ كان على المريض إثبات هذا الخطأ على الطبيب المعالج. في سياق هذا الموضوع رأَت الباحثة تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول (إثبات الخطأ ببذل عناية)، المطلب الثاني (التزام الطبيب بتحقيق نتيجة وسلامة المريض).

1.2.3: إثبات الخطأ ببذل عناية

الالتزام ببذل عناية هو أحد الأوجه المتعلقة بالالتزام الذي يكون محله القيام بالعمل، ويلزم من الطبيب الجراح عند إجراء العملية الجراحية للمريض أن يبذل في ذلك جهود صادقة، ويجب أن تتفق هذه الجهود مع الأصول العلمية المتعارف عليها في مهنته بغض النظر عن وصوله لتحقيق النتيجة المنشودة من عدمها ألا وهي شفاء المريض(118).

(115) رياض أحمد عبدالغفور، الجراحة التجميلية ومسؤولية الطبيب المدنية الناشئة عنها، منشورات زين الحقوقية، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، الطبعة الأولى، 2016م، ص 160

(116) طلال حجاج المسؤولية المنية للطبيب، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط3، بيروت، 2001م، ص155.

(117) عزيل جول، المسؤولية الناجمة عن الأدوات والأجهزة الطبية الحديثة، جامعة تلمسان، مداخلة علمية <https://platform.almanhal.com/Files/2/59022>

(118) رمضان ابو السعود، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004م، ص30.

1.1.2.3: تعريف الالتزام ببذل عناية

الإلتزام ببذل عناية هو: "ذلك الإلتزام الذي لا يهدف إلى تحقيق غاية معينة، وإنما يتعهد فيه المدين ببذل جهد وعناية للوصول إلى الغرض سواء حقق هذا الغرض أو لم يتحقق" (119).

كما يعرف بأنه ذلك الإلتزام الذي لا يتطابق فيه مضمون إلتزام المدين والهدف الذي يصبو الدائن إلى تحقيقه من خلال إلتزامه" (120).

وهو إلتزام بعمل لا يوجب فيه على المدين تحقيق نتيجة معينة بل يوجب عليه بذل نوعا من الجهد ومقدار من العناية في سبيل تنفيذه والوصول إلى الغرض منه، سواء تحقق الغرض أو لم يتحقق (121).

كما يعرف بأنه أنه ذلك الإلتزام " الذي لا يلتزم فيه المدين سوى ببذل عناية تتفق وعناية رب العائلة الجريص وفي المقابل عليه (المدين) أن يلتزم فقط بأخذ الحيطة والحذر و قدرا من الهمة في تنفيذه لإلتزامه (122).

أما قانوناً فقد أشار إليه المشرع الفرنسي في نص المادة 1137 من القانون المدني الفرنسي (123).

والمشرع المصري في المادة 211 من القانون المدني المصري على أنه " في الإلتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدراته أو يتوخى الحيطة في تنفيذ إلتزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الإتفاق على خلاف ذلك. وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم" (124).

وتنص الفقرة الأولى من المادة 251 من القانون المدني العراقي على انه: "في الإلتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين ان يحافظ على الشيء او ان يقوم بادارته او كان مطلوباً منه ان يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامة فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود".

(119) علي فيالي، الإلتزامات- النظرية العامة للعقد، ط3، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الرغاية، الجزائر، 4012، ص 24 .

(120) أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية "دراسة في القانون الجزائري والمقارن"، ب ط، دار الجامعة الجديدة، الأزراطية الإسكندرية - مصر، 4011م، ص 25.

(121) عبد الرزاق أحمد سنهوري، مرجع سابق، ص657.

(122) أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، المرجع السابق، ص47.

(123) نصت المادة (1137) على انه: "يخضع الإلتزام المحافظة على الشيء المسؤول عنه الاعتناء له عناية رب العائلة الصالح، سواء أكانت الاتفاقيه تستهدف منفعة احد الفريقين ام كانت تهدف الى تحقيق منفعة مشتركة".

(124) المادة 211 من القانون المدني المصري.

كما ورد تعريف التزم بعناية عند المشرع الجزائري في المادة 172 من تقنينه المدني بصورة مطابقة لما أورده المشرع المصري في المادة 211 من قانونه المدني.

ومن الملاحظ أن التشريعات الواردة لم توجد نص خاص فيما يخص الالتزام في المجال الطبي ولكن اكتفت بتعريف الالتزام بعناية في الأعمال فقط.

2.1.2.3: مضمون الالتزام ببذل عناية في التدخل الطبي

إن التزام الطبيب كأصل عام هو بالحرص والعناية، ومضمون العناية في التدخل الطبي أن الطبيب الجراح ملزم ببذل الجهود الصادقة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية، فإذا لم يبذل الطبيب العناية اللازمة عند إجراء العملية الجراحية يترتب عليه المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن ذلك (125)، ولتحديد مسؤولية الطبيب في هذه الحالة، فإن عبء إثبات خطأه يقع على عاتق المريض، سواء كانت مسؤولية الطبيب تجاه المريض عقدية أم تقصيرية، ذلك لأن التزام الطبيب الجراح تجاه المريض هو التزام ببذل عناية ولم يضع على عاتق الطبيب التزام بشفاء المريض، وأن يستخدم الطبيب جميع الوسائل الممكنة وأن يكون يقظاً وحذراً في ممارسته مهنته (126).

ومضمون هذا الالتزام لا يختلف سواء وجد بين المريض والطبيب عقد أم لا، فواجب الحذر واليقظة هو التزام عام يخص جميع المهنيين من أطباء ومهندسين ومحاسبين وغيرهم، لذلك يتوجب على المريض إثبات وجود التزام على عاتق الطبيب بعلاجه إما بناء على وجود عقد بينهما أو طبقاً لأنظمة وتعليمات المستشفى الموجود فيه (127).

كما عليه أن يثبت عدم بذل الطبيب الجراح العناية اللازمة عند إجراء العملية الجراحية أو في جميع ماحله العلاجية وذلك بإقامة الدليل على وجود إهمال أو خروج من جانب الطبيب عن الأصول العلمية المتعارف عليها في ميدان مهنة الطب، والتي لا يقدم عليها طبيب آخر بمستواه فيما لو وجد بنفس ظروفه (128).

(125) طلال عجاج، مرجع سابق، ص 217.

(126) أمال بكوش، مرجع سابق، ص 50.

(127) فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 1، العدد الأول، 2006م، ص 135.

(128) كريم عشوش، العقد الطبي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007م، ص 94.

ولا يعتبر الطبيب مخطئاً ولا مخلاً بالتزامه إذا لم يشف المريض، أن الشفاء ليس بيد الطبيب ولا بإرادته، فالشفاء بيد الله، كما أن نتيجة الشفاء لا تخضع دائماً لعناية الطبيب، بل تتوقف على عوامل وإعتبارات عديدة، كالعوامل والصفات الوراثية للمريض، ومناعة جسمه، وكذلك تأثر البيئة والمناخ في نتيجة العلاج(129).

وهذا يعني أنه لا يكفي في هذه الحالة لمساءلة الطبيب الجراح إثبات المريض لخطأ الطبيب بعدم بذل العناية المطلوبة ، وإنما يتوجب من المريض إثبات وجود التزام على عاتق الطبيب لعلاج وإصابته بضرر أثناء تنفيذ هذا الالتزام ، إذ لا يجوز إنفraz خطأ الطبيب الجراح لمجرد إصابة المريض بضرر أثناء إجراء العملية الجراحية ، وإنما يتوجب إثبات صدور خطأ من جانب الطبيب الجراح، كعدم إجراء فحصه قبل العملية الجراحية أو عدم إتباع الأصول العلمية المستقرة عند إجراء العملية الجراحية أو عدم متابعته بعد إجراء العملية الجراحية ، وللطبيب الجراح حتى في حالة إصابة المريض بضرر أثناء أو بعد إجراء العملية الجراحية ، أن ينفي عنه المسؤولية ، إذ أثبت أنه بذل العناية اللازمة أثناء إجراء العملية الجراحية(130).

2.2.3: التزام الطبيب بتحقيق نتيجة وسلامة المريض

ان التزام الطبيب للمريض ببذل عناية في جميع مراحل علاجه قبل وأثناء وبعد العملية الجراحية، ولا يلتزم له بالشفاء، ولكن بفضل التطور العلمي الذي شهدته العلوم الطبية من نظريات وأجهزة وأدوات أصبح من الممكن الوصول إلى نتائج مؤكدة في بعض التدخلات الطبية، وأصبح غلتزام الطبيب فيها بتحقيق نتيجة عن الأصل العام لالتزام الطبيب ببذل عناية وذلك لإمكانية التنبؤ بنتائجها.

1.2.2.3: الالتزام بتحقيق نتيجة

يعرف الإلتزام بتحقيق نتيجة بأنه : "الإلتزام الذي يجب على المدين فيه أن يحقق نتيجة معينة، فمضمون الأداء الذي يلتزم به المدين هو بذاته الغاية أو الهدف الذي يسعى إليه الدائن"(131).

هو ذلك الإلتزام الذي حدث فيه التطابق والإتحاد بين مضمون إلتزام المدين وهدف الدائن الذي يرمى إلى تحقيقه"(132).

(129) أسعد عبد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية "دراسة مقارنة"، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1220هـ - 2009م، ص 224.

(130) كريم عشوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 224.

(131) محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام- مصادر التزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية - مصر ، 2006م، ص 44.

(132) رمضان ابو السعود، أحكام الإلتزام، مرجع سابق، ص 29.

وعرف بأنه: " ذلك الإلتزام الذي يكون فيه المدين ملزماً بتحقيق نتيجة معينة بغض النظر عن الوسائل التي تؤدي إلى هذه النتيجة " (133).

ولا يعني إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة هو التزم بشفاء المريض، فقد يكون التدخل الطبي موفقاً ومحققاً للنتيجة التي تم من أجلها التدخل، إلا أن الصحة العامة للمريض تبقى متدهورة، كون نتيجة الشفاء لا تتوقف على هذا التدخل وحده.

وهناك حالات يكون فيها التزم الطبيب الجراح تجاه المريض التزاماً بتحقيق نتيجة، ومن هذه الحالات حالة قيام الطبيب بعمل محدد أو ضمان سلامة المريض من الأضرار غير تلك التي قد تنتج عند إجراء العملية الجراحية، فيكون الطبيب فيها ملزماً بسلامة المريض من الحوادث التي قد يتعرض لها خارج نطاق العملية الجراحية، وقد استقر الفقه والقضاء على اعتبار التزم الطبيب تجاه المريض في مثل هذه الحالات التزاماً بتحقيق نتيجة ، حيث يكون فيها الطبيب مسؤولاً عن تحقيق النتيجة المطلوبة (134).

وكذلك يكون الطبيب الجراح ملزماً بتحقيق نتيجة، إذا استخدم آلات وأجهزة أثناء إجراء العملية الجراحية، وهذه النتيجة هي عدم حدوث ضرر للمريض عند استخدام الآلات والأجهزة أثناء إجراء العملية له، حيث يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تصيب المريض، إذا كانت بسبب وجود عيب أو عطل في هذه الآلات والأجهزة، لأنه يقع على الطبيب الجراح، أثناء إجراء العملية الجراحية للمريض، استعمال آلات وأجهزة صالحة لا تصيب المريض بأضرار (135)

كذلك يعتبر التزم الطبيب تجاه المريض في تركيب الأعضاء الصناعية كالأسنان والأطراف الصناعية التزاماً بتحقيق نتيجة، أيضاً الجراحة التجميلية التي تتطلب تداخل جراحي بقصد إزالة تشويه في جسم المريض قد يكون ظاهراً أو خفياً، فقد تشدد القضاء مع الطبيب الجراح في هذه العمليات عند وجود خطأ أو إهمال من جانبه، كما هو الحال في القضاء الفرنسي والمصري (136).

ولإثبات خطأ الطبيب الجراح في الحالات التي يكون فيها التزمه بتحقيق نتيجة ، يكفي من المريض إثبات وجود الضرر الذي أصابه من جراء تنفيذ الطبيب للعملية الجراحية، وهذا كاف لعدم تحقق النتيجة المطلوبة ودون حاجة من جانب المريض لإثبات وجود خطأ من قبل الطبيب الجراح، إذ أن وجود الضرر الذي يصيب

(133) مراد بن صغير، أحكام المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق ، ص 124 .

(134) مراد بن صغير، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة، المرجع السابق ، ص 362.

(135) مراد بن صغير، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 131.

(136) مراد بن صغير، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق ، ص 362.

المريض في هذه الحالات يكفي لمساءلة الطبيب الجراح، ولا تزول عنه هذه المسؤولية، إلا إذا أستطاع أن يرجع ذلك إلى السبب الأجنبي بأن يثبت أن الضرر الذي تعرض له المريض ناجم عن قوة قاهرة أو خطأ المريض نفسه أو خطأ الغير، ولا يستطيع الطبيب في هذه الحالات أن يثبت أنه بذل العناية المطلوبة لتنفيذ التزامه لكي يعفي نفسه من هذه المسؤولية(137).

ولإثبات المريض لخطأ الطبيب يقوم القاضي عند معرفة الأخطاء الطبية، الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء المختصين بذلك، وعلى الخبير عند تقديم تقريره للقاضي أن يدعم رأيه في الأصول العلمية المتعارف عليها، وعليه إذا كان الطبيب الجراح قد خرج في سلوكه عن ذلك بيان هذا الأمر في التقرير المقدم للقاضي .

2.2.2.3: الالتزام بسلامة المريض

يعرف الفقه الإلتزام بالسلامة من خلال بيان شروطه بأنه: " أن يتجه أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر، من أجل الحصول على منتج أو خدمة معينة، وأن يوجد خطر يتهدد المتعاقد طالب هذه الخدمة أو المنتج، وأن يكون الملتزم بتقديم الخدمة مهنيًا أو محترفًا، وعيب على هذا التعريف عدم تعريفه للالتزام بالسلامة بصورة دقيقة(138).

وعرفه جانب آخر من الفقه بأنه "ممارسة المدين (الملتزم) سيطرة فعلية على كل العناصر التي يمكن أن تسبب ضرراً للدائن المستفيد من السلعة أو الخدمة، وهو الإلتزام بتحقيق غاية ونتيجة وليس بذل عناية" (139). أيضاً عرف بأنه: "الإلتزام محله تحقيق نتيجة، يلزم المدين به، بتعويض المضرور عما أصابه أو لحقه من ضرر، فضلا عن إعفاء الآخر المضرور من إثبات خطأ المدين" (140).

كما عرفه بعض الفقهاء بأنه "الإلتزام يحمي السيادة الجسدية للأشخاص والتعويض عما يصيبها أو يلحقها من أضرار، سواء كان الفعل أو النشاط المحدث للضرر مشروعاً أو غير مشروع" (141).

(137) محمد رايس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية لأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 173.

(138) أحمد مواقي بناني، التزام بضمان السامة "المفهوم، المضمون، اساس المسؤولية"، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر – باتنة، العدد العاشر، ص 415-414 .

(139) المرجع السابق، ص 415.

(140) محمود التلثي، النظرية العامة لالتزام بضمان سلامة الأشخاص، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس – كلية الحقوق – مصر، 1988، ص 295.

(141) سعد بختاوي، المسؤولية المدنية للمهني المدين، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012م، ص 295.

ومضمون الالتزام بسلامة المريض في العمل الطبي يكمن في أن يعرض الطبيب أو المستشفى سلامة المريض للأذى وعدم التسبب له في نقل مرض آخر أو أي عدوى نتيجة عدم التعقيم للأدوات المستخدمة في العملية أو تلوث المكان، أو عن طريق نقل الدم والمحاليل(142).

فالإلتزام بضمان سلامة المريض هو التزام متعلق بالحق في السلامة الجسدية للمريض يوجب على الطبيب بأن لا يكون سبباً في إلحاق المزيد من الأضرار بمريضه أثناء علاجه.

ومحل الالتزام بالسلامة تحقيق نتيجة حيث يلزم الطبيب أو المشفى بضمان سلامة المرضى في التدخلات الطبية التي ليس لها علاقة بالتدخل العلاجي أو الجراحي كإعطاء المحاليل والأدوية، فالطبيب مسؤول على سلامة جسم المريض من الأضرار التي قد تطاله مدة إقامته بالمشفى ما لم يثبت أن هذه الأضرار كانت من عوارض المرض الذي دخل المشفى وهو مصاب به، وأنه يرجع لحادث فجائي أو لقوة قاهرة(143).

ولإثبات الخطأ الذي يقع على عاتق الطبيب متى لم تتحقق النتيجة ولحق بالمريض ضرر، فإذا كا سبب الضرر قوة قاهرة فعلى الطبيب أن يثبت أن الحد الذي تسبب في الضرر غير ممكن توقعه ولا دفع نتائجه، وبذلك تستبعد مسؤوليته(144).

3.3: اثبات الخطأ الطبي في ظل حرية القاضي وتقرير الخبراء

تتعدد الطرق التي يتم بها إثبات الخطأ الطبي من كتابة وقرائن وشهادة الشهود، والخبرة القضائية، فعلى القاضي التحقق في الدعوى عند النظر إليها ما إذا كان يوجد خطأ طبي ارتكبه الطبيب عن رعونة وعدم تبصر، وأن يكون ثابتاً ومؤكداً وليس مجرد احتمال، لذا يجب عليه أن يستند على وقائع دقيقة وليس على مجرد معطيات يمكن إثبات عكسها. تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: الأول (دور القاضي في إثبات الخطأ الطبي)، والمطلب الثاني: (دور الخبرة في إثبات الخطأ الطبي).

1.3.3: إثبات الخطأ الطبي في ظل حرية القاضي

يتوجب على القاضي بصفته رجل قانون دراسة القواعد والأصول القانونية فهو ليس بمعزل عن مجتمعه ويتأثر بالنظريات الفقهية والقضائية السائدة. وينعكس تأثيره هذا على دوره وما يتمتع به من سلطة تقديرية تلك السلطة التي يمارسها القاضي والتي اكتسبته صفة المشرع باعتبار أنه بإمكانه إعادة تنظيم العلاقات

(142) طلال عجاج، مرجع سابق، ص173.

(143) طلال عجاج، مرجع سابق، ص

(144) مراد بن صغير، مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن اعمال (اخطاء) اطباء المستشفيات العمومية، المرجع السابق ، ص 317.

التعاقدية بين الناس على أساس من المساواة بما له من سلطة في التعديل والتفسير والتعويض، ولقد قام المشرع بمنح هذه السلطة للقاضي لحماية المصلحة التي ترمي القاعدة القانونية اتباعها، وتمثل الحماية القضائية. فيستعمل القاضي ما له من سلطة في التعديل والتفسير والتعويض، وبما أن التعويض هو أحد الوسائل اللازمة لجبر الضرر فمن حق المضرور المطالبة بتعويض ما لحقه من أضرار نتيجة الأخطاء الطبية متى توفرت شروط قيام مسؤولية الطبيب وذلك باللجوء إلى القضاء(145).

ويقوم القاضي بتحديد مهمة الخبير بكل دقة، إذ يشترط أن يتضمن منطوق الحكم بنذب الخبير بيانا دقيقا لمهمته، ويكون على الخبير أن يجيب على الأسئلة الفنية المطروحة عليه بكل وضوح ودقة وألا يخوض في المسائل القانونية مع تدعيم تقريره بالحجج المرتبطة بالنظريات العلمية، ومن بين الأسئلة التي يجب على الخبير أن يجيب عنها: الأسباب التي أدت إلى حدوث الفعل الضار وما إذا كان من الممكن تجنب الضرر وفقا للمعطيات العلمية السائدة لحظة إتيان الفعل، ومدى الإهمال الذي ارتكبه الطبيب وهل كان من الممكن ارتكاب نفس الفعل من طرف طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية مع الطبيب المسؤول، وما إذا كانت الأضرار اللاحقة بالمريض ناتجة عن مرض أو مضاعفات أم كانت نتيجة للعلاج التي تم اتخاذه من طرف الطبيب محل المساءلة ليتبين بعد ذلك مدى الأضرار التي أصيب بها المريض، وغالبا ما يجد الخبير نفسه ملزما بطرح التساؤل التالي على نفسه عندما يهم بانجاز مهمته: ما الذي كنت سأفعله لو كنت مكان الطبيب المسؤول؟ فيصبح عندئذ واعيا بالدور الرئيسي المنوط به فينصرف بحذر إزاء ذلك(146).

إن تقدير الخطأ الطبي يعد من الأمور الصعبة بالنظر إلى كون الطبيب يقوم بأعمال فنية قد لا يجمع أهل المهنة على التسليم بها، كما أن البعض ينكرها بل ويجهلها رجل القانون الذي يفصل في الدعوى والتي يبني قراره فيها على ثبوت أو عدم ثبوت الخطأ بالإضافة إلى دقة هذا العمل وما يترتب عنه من ضرورة حماية الخاضع له، الشيء الذي يجعل مهمة قاضي الموضوع صعبة، في الوقت الذي يلتزم فيه بعدم التوغل في النظريات العلمية التي هي محل خلاف بين أهل الخبرة، إذ عليه ألا يقحم نفسه في نقاش علمي للترجيح بين وجهات النظر واتخاذ موقف معين بشأنها، وفي هذا الصدد أكدت محكمة الاستئناف بالرباط في قضية الدكتور "صنديد" السابق الإشارة إليه أنه: "ليس للقاضي أن يقحم نفسه في نقاش علمي للترجيح بين وجهات النظر

(145) مراد المدني، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، الجزء الثاني، المغرب، مجلة مغرب القانون، 2018، ص221.

(146) مراد المدني، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مرجع سابق، ص221.

واتخاذ موقف منها وانتقادها لعدم توافر المعرفة الكافية لديه بالمسائل الطبية، ولا يتصدى مباشرة لمناقشة هذه المسائل ولا يقدر بنفسه خطأ الطبيب في هذا المجال، بل عليه الاستعانة بأهل الخبرة" (147).

حيث نصت المادة 133 من قانون الإثبات العراقي على أنه "إذا اقتضى موضوع الدعوى الاستعانة برأي الخبراء كلفت المحكمة الطرفين بالاتفاق على خبير أو أكثر على أن يكون عددهم ممن ورد اسمه في جدول الخبراء أو من لم يرد اسمه في هذا الجدول، وعند عدم اتفاق الطرفين على خبير معين تتولى المحكمة تعيين الخبير" (148).

قد يصاحب تقرير الخبير الذي يقدمه بعض الأخطاء كعدم التزامه بالقواعد المنظمة لممارسة الطب، أو الالتزام بمعيار المعطيات العلمية وقواعد الاخلاق الطبية باعتباره خبير في المجال الطبي، وللقاضي حرية التقدير وعمل الموازنة الدقيقة التي تعترف له بها النصوص القانونية في مواجهة آراء الخبراء، حتى يتمكن من التغلب على هذه الصعوبات ومعرفة خطأ الطبيب فهو غير ملزم بأن يستمد قناعته من شيء محدد ولكن يسعى بنفسه للحصول عليها، وفي حال طرحه ما ورد في تقرير الخبير الفني، والحكم طبقاً لما يقتنع انه محقق للعدالة عليه أن يقدم تبريراً مقنعاً له. وفي كثير من الأحكام القضائية رفض القضاة الاخذ بما ورد في تقارير الخبراء وحكموا بعكس ما خلصت اليه هذه التقارير من نتائج فنية، إلا أن هناك أحكام تلتزم بالرأي الوارد في تقارير الخبراء (149).

ونظراً لحساسية مهنة الطب وارتباطها بحياة الإنسان، فالقاضي يجب أن يراعي سير عملية التضامن المهني بين الخبير والطبيب المدعى عليه لإدراك كل ما يلزم المريض سواء من الناحية الفنية البحتة او من الناحية الإنسانية التي يجب ان تكون الغاية السامية للعمل الطبي، والتي لا يمكن فصلها عن هذا المجال.

2.3.3: دور الخبرة في إثبات الخطأ الطبي

تعد الخبرة وسيلة من وسائل إثبات الخطأ التي تستخدم للفصل في الدعوى وتكوين قناعة المحكمة، وودور الخبير من الأدوار الهامة التي تسهل الوصول للحقيقة، في الحالات التي يتعذر فيها ذلك، فالأخطاء الطبية

(147) محمد عزمي البكري، الخطأ الطبي وجريمة إفشاء سر المهنة الطبية، ص90.

(148) قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979.

(149) أحمد منسي، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار الشروق، بيروت، 1983م، ص205.

التي تقع تتطلب معرفة متخصصة في هذا المجال، ويلجأ إليها للتحقق من أمور فنية يقف الفصل في الدعوى على إجراءاتها(150).

يتحدد نطاق الخبرة في المسؤولية الطبية في الأمور الطبية التي تقدم من الأطباء نسبة لتخصصهم بعلم الطب وفنه، وذلك نسبة لأن القاضي لا يحق له أن يقضي في الأمور التي لا يستوي في معرفتها ذو الأختصاص مع غيرهم، والاستعانة بالخبراء ملزمة على القضاء نسبة لأهمية الخبرة الفنية والعلمية في حال المشاكل التي تستدعي المعرفة الخاصة والدراسة الدقيقة، وفي حال عدم جدواها وقدرتها على تحقيق نتيجة يتم الاستغناء عنها(151).

والخبرة في مجال المسؤولية الطبية ضرورية وذلك لأن محلها جسم الإنسان وحياته وهو أعلى مراتب الاهتمام بعكس الأمور الفنية والعلمية الأخرى(152).

فالأصل أن يتم إثبات الخطأ الطبي بكافة طرق الإثبات بما فيها من الخبرة وشهادة الشهود والقرائن القضائية والكتابية، حيث يقع على المتضرر إثبات خطأ الطبيب وهذا ممكن بالاعتماد على كل وسائل الإثبات(153).

فيتحقق القاضي من ثبوت الخطأ ثبوتاً قطعياً وليس مجرد تخمين وذلك أن ارتكاب الطبيب للخطأ جاء عن رعونة وإهمال، فالإثبات يجب أن يستند إلى وقائع دقيقة وليس مجرد معطيات يمكن اثبات عكسها(154).

يعتمد القاضي في إثبات الخطأ الطبي على كل وسائل الإثبات القانونية الممكنة بما في ذلك القرائن وشهادة الشهود، ودور القاضي إيجابي في إثبات هذه الأخطاء وذلك يعتمد على ثقافة القاضي العامة في اكتشاف الأخطاء العادية والمهنية للطبيب وذلك بالرجوع إلى التزامات الطبيب المنصوص عليها في القانون وقياس سلوكه مع هذه الالتزامات(155).

ويلزم القاضي في حالة الأخطاء الفنية الطبية بالاعتماد على الخبرة باعتبارها الوسيلة الوحيدة لحل المسائل الفنية التي تواجه القاضي ويرجع له القرار في الأخذ بتقرير الخبر أم لا(156).

(150) بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، ط1، دار الإيمان، دمشق- بيروت، 1984م، ص439.

(151) المرجع نفسه، ص440.

(152) المرجع نفسه، ص441.

(153) مراد المدني، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مرجع سابق، ص221.

(154) محمود الغظافة، الأخطاء الطبية في فلسطين، جرائم بلا أدلة، ص112.

(155) مراد المدني، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مرجع سابق، ص222.

(156) قرار صادر عن محكمة النقض عدد 3678 في الملف المدني عدد 2011/3/866 وتاريخ 2012/9/4 منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد (9)،

2012م، ص324.

نصت المادة 132 من قانون الإثبات العراقي على أن "الخبرة تتناول الأمور العلمية والفنية وغيرها من الأمور اللازمة للفصل في الدعوى دون المسائل القانونية"⁽¹⁵⁷⁾، ويتمثل دور الخبير في إبداء الرأي للمحكمة في المسائل الفنية التي تعرضها عليه، وليس عليه الحكم قضائياً وإنما يستفاد من دوره في تبصير القاضي بما ليس له به اختصاص، وذلك وفقاً لما هو محدد في منطوق الحكم الذي تم تعيينه بموجبه⁽¹⁵⁸⁾.

الخبير يجب ألا يتعرض للنواحي القانونية بل يجب ان يقتصر تقريره على تقرير النواحي الفنية، وان امكن ان يوضح الشك في وجود الرابطة السببية بين فعل الطبيب محل المسألة والحادثة، ولا يكون له ان يقترح تحديداً للمسؤولية ولا أن يوصي بحدوث ضرر بسيط بغرض الوصول إلى تخفيض العقوبة أو التعويض المفروض.

(157) قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979م، المادة رقم 132.

(158) علي عصام غصن: الخطأ الطبي، ط2، منشورات زين الحقوقية، 2010، ص 153.

الفصل الرابع

أساس ومشروعية العمل الطبي

1.4: مفهوم المسؤولية الجنائية الطبية

مهنة الطب من المهن التي أولت صحة الفرد وحياته اهتماماً كبيراً، ومن منطلق هذا الحرص والاهتمام جعلت للطبيب قوانين تنظم ممارسته لهذه المهنة، وفي هذا المبحث تتناول الباحثة هذا الموضوع في مطلبين، المطلب الأول (مفهوم المسؤولية الجنائية الطبية)، المطلب الثاني (أساس المسؤولية الجنائية الطبية).

1.1.4: مفهوم المسؤولية الجنائية الطبية

يتضمن هذا المطلب تعريف المسؤولية الطبية لغة واصطلاحاً، ومصطلح المسؤولية الطبية يتركب من كلمتين، سيتم شرح كل كلمة على حدا لبيان معناها.

1.1.1.4: تعريف المسؤولية

المسؤولية في اللغة اسم مفعول معناها المصدر "مسؤول"، أدخلت عليها ياء النسبة مردفاً بتاء التأنيث لتصبح ما يسمى بالمصدر الصناعي في اللغة المعاصرة⁽¹⁵⁹⁾، وهي اسم زائد على الأصل. ولفظ "مسؤول" اسم مفعول يدل على ذات، تعلق بها سؤال، عن أمر، ولكن بعد أن دخلت عليه الياء والتاء الزائدتين أصبحت الكلمة دالة على معنى زائد، وهو جموعة الصفات التي تختص بذلك الحكم، وهو السؤال عن كل عمل قام

(159) السيد أحمد الهاشمي، القواعد الأساسية للغة العربية، ص307.

ويقوم به المسؤول إلا وهو الإنسان. وبذلك تكون المسؤولية لفظاً عاماً ينصرف إلى كل ما يمكن أن يسأل عنه في مجال علم الطب، وغيره من العلوم المختلفة(160).

فالمسؤولية في اللغة العربية هي: "ما يكون الإنسان مسؤولاً ومطالباً عن أمور أو أفعال أتاها"(161). أو يمكن تعريفها بأنها حال أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته.

أيضاً تعني التقرير والتوبيخ، وإيجاب الحجة على المسؤول(162).

وقد وردت المسؤولية في القرآن الكريم بمعان مختلفة، قال تعالى: (163)، وورودها هنا بمعنى الاستفسار عن المجهول.

كما وردت بمعنى التهويل والتهديد والتعزيم والعقوبة: كقوله تعالى: (164)

وتطلق المسؤولية أخلاقياً على التزام الشخص بما يصدر عنه قولاً أو عملاً، وتطلق قانوناً على الالتزام بإصاح الخطأ الواقع على الغير طبقاً للقانون، والمسؤول هو المنوط به عمل تقع عليه تبعته(165).

2.1.1.4: تعريف الطب

يطلق لفظ كلمة الطب في اللغة العربية بعدة معان منها، أن الأصل في هذه الكلمة هو الحنق بالأشياء والمهارة فيها(166).

كما يطلق الطب ويراد به السحر، فيقال رجل مطبوب، أي مسحور، والطبيب هو الساحر، والعلة في ذلك هي ما كانت تفعله العرب من تسمية الشيء بنقيضه على سبيل التفاؤل: فمن ذلك إطلاق لفظ السليم على اللذيع تفاؤلاً بالصبر، وإطلاق لفظ المفازة على الصحراء الواسعة تفاؤلاً بالفوز والخروج منها إلى شاطئ النجاة والسلامة، وكذلك يطلق لفظ المطبوب على المسحور تفاؤلاً بشفاؤه من السحر(167).

(160) قيس محمد الشيخ مبارك، ابن محمد مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراة، قسم الفقه والسياسة الشرعية، جامعة الزيتونة، تونس، دار الفارابي للمعارف، حلبوني، سوريا، ط3، 1427/2007م، ص18.

(161) المنجد في اللغة والأعلام - القسم الأولدار المشرق، بيروت، ط1، 2005م، ص316.

(162) عثمان بطيخ، المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي والقانون، مرجع سابق، ص10.

(163) سورة البقرة، الآية: 189.

(164) سورة الصافات، الآية: 24.

(165) عثمان بطيخ، المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي والقانون، مرجع سابق، ص10.

(166) مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: 666هـ)، المحقق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - دار النونجية، بيروت - صيدا، الطبعة: الخامسة، 1420هـ / 1999م، ج1، ص163.

(167) ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط1، 554/1، ابن القيم، الطب النبوي، ص78-79.

3.1.1.4: تعريف المسؤولية الطبية اصطلاحاً

تعرف المسؤولية عند فقهاء القانون بأنها: "حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يوجب المؤاخظة"⁽¹⁶⁸⁾. فإن كان هذا الفعل مخالفاً لقاعدة أخلاقية، وصفت مسؤولية مرتكب الفعل بأنها مسؤولية أدبية، لا تتعدى استهجان المجتمع لذلك المسلك المخالف.

أما إذا كان هذا الفعل مخالفاً لقاعدة قانونية، فهي حالة الشخص الذي سبب ضرراً للغير، فاستوجب مؤاخظة القانون له على ذلك⁽¹⁶⁹⁾.

ومصطلح المسؤولية جديد في القانون الحديث، وكلمة المسؤولية على الطب قصرت مدلول هذا اللفظ على معنى خاص، وهو الطب دون النظر إلى ما سواه من المعاني الأخرى. وبذلك تخرج المسؤوليات الأخرى، غير المتعلقة بالطب، فتخرج مسؤولية القاضي والمهندس والحاكم وغيرها من المسؤوليات⁽¹⁷⁰⁾.

4.1.1.4: تعريف المسؤولية الطبية الجنائية

هي الخطأ الذي يرتكبه الطبيب ويصيب المريض بضرر، كالقتل أو الجرح أو العاهة المستديمة أو لإصابة، سواء أكان ذلك عمداً من حيث الأصل، أو كان خطأ في حالات يحددها القانون، وذلك وفق ما جاء في المادة 411 من قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969م.

وتتعدد صور الخطأ الطبي الجنائي تتمثل في الإهمال وعدم الاحتراز، وعدم مراعاة القوانين والأنظمة واللوائح. وعند ارتكاب الطبيب للخطأ الجنائي تطبق عليه عقوبة تتناسب مع الجرم الذي ارتكبه والقضاء هو الذي يوقع عليه العقوبة المقررة⁽¹⁷¹⁾.

فالمسؤولية المدنية تهدف إلى إيقاع العقاب بالجاني، وردع كل من تسول له نفسه بذلك.

2.1.4: أساس المسؤولية الجنائية الطبية

خضت مهنة الطب في عصرنا هذا إلى العديد من القواعد التنظيمية والقانونية التي تهدف إلى ردع كل من ارتكب خطأ سواء كان متعمداً أم غير ذلك، وإخضاعه للنصوص القانونية الجزائية.

(168) سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، ص10.

(169) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، 1988م، ج1، ص1.

(170) قيس الشيخ مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص29.

(171) محمد حسين منصور، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص11.

1.2.1.4: مخالفة نص قانوني تجريمي

أولاً: جريمة القتل الخطأ

قد يصل الخطأ الذي يقع من الطبيب إلى حد الوفاة والتسبب في خسارة المريض أثناء العملية الجراحية، وفي حال استوفى الفعل جميع الشروط القانونية فإنه يندرج ضمن المادة 411 من قانون العقوبات العراقي، وأما إذا لم تنطبق عليه فيعد خطأ الطبيب مسؤولة جنائية⁽¹⁷²⁾.

ثانياً: الإجهاض

وهو إخراج الجنين من رحم أمه عمداً قبل الموعد الطبيعي لولادته، أو قتله داخل الرحم عمداً وهو نوعان:

أ. الإجهاض الطبي العلاجي

وهو أن يتدخ الطبيب المختص بإفراغ الرحم كاملاً جراحياً وذلك لأسباب تستدعي انقاذ حياة الأم إذا تبين أن استمرار الحمل يمثل خطورة على حياتها، أو ان تقضي الضرورة ذلك لما يمكن حدوثه من مخاطر في الحمل مستقبلاً، ومنها استئصال الرحم أو المبيض.

ب. الإجهاض الجنائي

هو الإجهاض بدون دواعي أو مبررات طبية ويتم بمعرفة الأم نفسها أو بمساعدة آخرين. ومسؤولية الطبيب في حالة الحاقه الضرر بالمرأة المجهضة وتسبب بعدم قدرتها على الإنجاب مرة أخرى، فيعاقب على جريمة غير عمدية لمخالفته القوانين والأنظمة، وفي حالة الإجهاض الجنائي يسأل عن جريمة عمدية طبقاً لنص المادة 417 من قانون العقوبات العراقي التي نصت على "

يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار او باحدى هاتين العقوبتين كل امرأة اجهضت نفسها باية وسيلة كانت او مكنت غيرها من ذلك برضاها. ويعاقب بالعقوبة ذاتها من اجهضها عمدا برضاها. واذ افضى الاجهاض او الوسيلة التي استعملت في احداثه ولو لم يتم الاجهاض الى موت المجنى عليها فتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سبع سنوات. ويعد ظرفاً مشدداً للجاني اذا كان طبيباً او صيدلياً او كيميائياً او قابلاً او احد معاونيهم"⁽¹⁷³⁾.

(172) مجلة المحامي، ص169

(173) قانون العقوبات العراقية رقم 111 لسنة 1969م، مادة رقم 417.

فنص المادة شدد على كل من له علاقة بالمهنة الطبية كالطبيب والصيدلي والكيميائي وذلك نسبة لدرابته الكافية بخطورة العمل الذي يقدم عليه.

وسار على نفس النهج القانون الجزائري المصري في نص المواد 260 و 264 والذي اطلق على الإجهاض (اسقاط الحوامل)، والمواد 537-545 من قانون العقوبات اللبناني في باب الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة.

ونجد أن المشرع العراقي قد نهج نهجاً سليماً بأن صنف جريمة الإجهاض في عداد الجرائم الواقعة على الأشخاص.

ثالثاً: إفشاء السر الطبي

يعرف على أنه كل ما يصل إلى علم الطبيب من معلومات أيا كانت طبيعتها تتعمق بحالة المريض وعلاجه سواء حصل عليها الطبيب من المريض نفسه أو علم بها أثناء أو بسبب ممارسة مهنته.

رابعاً: الامتناع عن تقديم المساعدة

جريمة الامتناع عن المساعدة هي جريمة عمدية جرمتها التشريعات الحديثة وجعلت لها عقوبة في توافر شروطها، والقانون الفرنسي من القوانين المتطورة من خلال معاقبته على هذا النوع من الجرائم في حالة الخطر أو حدوث كارثة سواء كانت بفعل إنسان أو بفعل الطبيعة، والتي من ضمنها تجريم الطبيب في حالة الامتناع عن تقديم المساعدة الطبية في حال وجود خطر على حياة الإنسان، وهذه الجريمة معاقب عليها لما تنطوي عليه من مساوية أخلاقية وقانونية تتمثل في تقديم المساعدة للغير في حالة الخطر. (174)

نصت المادة (474) من قانون العقوبات الأردني على أنه "يعاقب بالحبس حتى شهر واحد وبالغرامة حتى خمسة دنائير كل شخص سواء أكان من أصحاب المهنة أو من أهل الفن أم لا، يمتنع بدون عذر عن الإغاثة أو إجراء عمل أو خدمة عند حصول حادث أو غرق أو فيضان أو حريق أو أية غائلة أخرى أو عند قطع الطريق أو السلب أو الجرم المشهود أو الاستنجاذ أو عند تنفيذ الأحكام القضائية. (175)"

نجد ان المشرع الأردني يجرم الامتناع عن تقديم المساعدة في حالة وجود الخطر على حياة الإنسان واستند في ذلك إلى القانون الجنائي الفرنسي الذي يجرم الفعل المشار إليه.

(174) عمر منصور المعاينة، مرجع سابق، ص 87.

(175) قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960م، المادة 474.

2.2.1.4: الخطأ الطبي كأساس للمسؤولية الجنائية

يعد الخطأ بصفة عامة عدم مراعاة القواعد العامة أو الخاصة للسلوك، بينما يمثل الخطأ الطبي خروج سلوك الطبيب عن القوانين والأنظمة المتعارف عليها، وقواعد وأصول المهنة العلمية والعملية.

أولاً: الخطأ في التشخيص

وهي المرحلة التي يقوم فيها الطبيب بمعرفة ماهية المرض عن طريق استماعه للمريض وبناء على ما تم جمعه من معلومات عن حالة المريض ويتم تحديد نوع العلاج بناء على هذه المعلومات. وتثار مسؤولية الطبيب على الغلط في التشخيص إذا كان منطوياً على الإهمال في الفحص أو الجهل بالقواعد الطبية⁽¹⁷⁶⁾.

وتختلف صور الخطأ بالإهمال منها تسرع الطبيب في تكوين رأيه عن حالة مريضه دون الاستعانة بنتائج التحاليل أو صور الأشعة ففي هذه الحالة يعد الخطأ جسيم، وفي حالة الشك في التشخيص يجب الالتجاء إلى الطرق العلمية للتحقق من المرض، فالطبيب ملزم بالاستعانة بالإستشاريين، ونتائج التحاليل، فالتزام الطبيب في عمله هو التزام ببذل عناية يتمثل في بذل الجهود الصادقة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض⁽¹⁷⁷⁾.

ثانياً: الخطأ في العلاج

وتأتي مرحلة العلاج بعد مرحلة التشخيص، ويجب على الطبيب مراعاة الاصول العلمية الثابتة عند وصف العلاج والمعطيات العلمية التي ينبغي على كل طبيب الإلمام بها. واقرت التشريعات المختلفة على أن الطبيب يلتزم نحو مريضه بأن يعطيه العناية وفقاً لاصول العلمية السائدة في الطب، ووصف العلاج نوع من العناية، ويجب أن يراعي الطبيب في وصف اللعاج بنية المريض الجسدية وسنه وحالته النفسية، فإذا لم يستطع الطبيب التعرف على ضعف المريض الذي لا يمكنه من استعمال علاج معين فلا تقع عليه مسؤولية⁽¹⁷⁸⁾.

2.4: مشروعية العمل الطبي

جاءت التشريعات الجزائية بمواقف مختلفة باختلاف التشريعات الواردة بخصوص العمل الطبي، فبعض التشريعات أخرجت العمليات الجراحية والعلاجات الطبية من دائرة قانون العقوبات بسبب عدم وجود نص صريح، وبعض التشريعات ادخلتها عرضاً في أحد أقسام قانون العقوبات المتعلقة بالجرائم العادية، لا سيما

(176) كوسة حسين، النظام القانوني للمسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف، 2016م، ص76.

(177) السيد عبد الوهاب عرفة، الوسيط في المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب والصيدلي، ديوان المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2006م، ص71

(178) قمر اوي عز الدين، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، 2013م، ص202.

الخطرة منها على المجتمع والصحة العامة. ورأى آخر منها ما إعتبرت هذه الحالات ضمن حدود رضى وموافقة المجنى عليه الذي في اقدمه على المعالجة او الجراحة بكامل إرادته وإختياره يكون قد أعفى الطبيب أو الجراح بصورة مسبقة من أية مسؤولية جزائية لقيام المريض بالمخاطرة على حسابه الشخصي. في هذا البحث تتناول الباحثة مشروعية العمل الطبي في مطلبين: المطلب الأول (الأساس القانوني للعمل الطبي)، المطلب الثاني (شروط مشروعية العمل الطبي).

1.2.4: الأساس القانوني للعمل الطبي

ممارسة العمل الطبي من الضرورات التي تبيح للطبيب المساس بجسم الإنسان بغرض العلاج كالتدخل الجراحي ووصف الأدوية وغيرها من الأعمال التي يجرم الشخص العادي في حال القيام بها. فإباحة الأعمال الطبية تتطلب أساس قانوني سليم، وفي هذا المطلب سيتم التطرق لبعض الآراء القانونية الواردة في تبرير العمل الطبي.

1.1.2.4: العرف

جرت العادة في العصور القديمة جرت العادة على إعفاء الطبيب من أي مسؤولية جنائية عن الأضرار المادية والجسدية التي تصيب المريض، فقدمى المصريين كانوا يعتقدون بقدسية الطبيب ومكانته، بشرط ممارسته للعمل الطبي ملتزماً بأصول المهنة، وتتحقق القاعدة العرفية بركنين مادي وهو عبارة عن الأعمال والتصرفات المنكررة لأشخاص معينين، والركن المعنوي وهو الاعتقاد بسلوك ذهني اعتاد عليه الناس فأصبح ملزماً لهم ويجب إتباعه.

2.1.2.4: رضاء المريض والضرورة العلاجية

يمثل رضاء المريض سبباً لإباحة العمل الطبي أو الجراحي، وذلك نسبة لأن الرضا يمثل إرادة الشخص العاقل وسليماً، أما من الناحية القانونية فيشترط أن يكون قادر على اتخاذ قراره بحرية تامة دون إكراه، وأن يكون صريحاً ومحلّه مشروعاً⁽¹⁷⁹⁾. ويجب على الطبيب الالتزام بإحاطة المريض بطبيعة العلاج ومخاطره وإلا كان مخطئاً، وقد جاء في الدستور العراقي الطبي في البند (ثالثاً/ف6) منه : "في حالة الفحوص التشخيصية التي تحتاج إلى تداخل جراحي أو تخدير أو زرق المواد الملونة (الفحوص الغازية ...) يكون من واجب الطبيب شرح ما يجري من فحص وفائدته للمريض مع أخذ موافقة المريض الواعي العاقل...". كما

(179) صفوان محمد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، دار الثقافة، الطبعة الأولى، عمان، 2011م، ص396.

جاء في البند (رابعاً/ ف3) "عند الحاجة إلى تدخل جراحي للمعالجة، على الجراح أن يشرح للمريض سبب هذه الحاجة ... ومن الضروري استحصال موافقة المريض الواعي والراشد خطياً على إجراء العملية على ورقة...." (180)

ويستثنى على رضا المريض حالة أن يكون الطبيب مستعجلاً لإجراء عملية جراحية ما هدفها إنقاذ المريض من الموت، أو تنازل المريض صراحة بأن يخبر الطبيب أن يجري أي عمل يراه مناسباً لحالته، أو في حال إذا كان المريض في حالة نفسية أو عقلية تضر به إذا أخبر بالعمل الذي سيقوم به الطبيب. أما في حالة الضرورة العلاجية فيقوم الطبيب بعمل موازنة بين الخطر والامل أو فرصة الشفاء عن طريق حساب الاحتمالات(181).

3.1.2.4: انتفاء القصد الجنائي وإذن القانون

أحد أسباب إباحة النشاط الطبي الماس بسلامة الجسم هو عدم توفر القصد الجنائي لدى الطبيب، وهو ما ذهب إليه بعض فقهاء القانون الجنائي، فالغرض الأساسي لمزاولة مهنة الطب هو شفاء المريض وليس الحاق الضرر به. أما الفقه الحديث اعاب هذا الرأي وذهب إلى أن لا عبرة بالبواعث النبيلة في انتفاء القصد الجنائي، والذي ترتب عليه ترخيص العلاج للطبيب المرخص له بالعلاج أو غير مرخص له مما يعتبر إهدار للقوانين المنظمة لمهنة الطب.

ويرى بعض الفقهاء أن إعفاء الطبيب من المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية يرجع إلى قوانين تنظيم مهنة الطب التي تحدد الاختصاصات المختلفة للقائمين بالأعمال الطبية، وذلك أن الغاية من ترخيص القانون كشرط لمزاولة مهنة الطب هو التأكد والتثبت من توافر الشروط والمؤهلات العلمية اللازمة لمنح الترخيص(182).

4.1.2.4: مشروعية الغرض والمصلحة الاجتماعية

تعتبر الأعمال الطبية والجراحية من الأعمال التي تعتدي على جسم الإنسان، إلا أنها من الأعمال المشروعة نسبة لأهميتها في دفع الأمراض الخطيرة التي قد تؤدي بحياة الإنسان، وبالرغم من أن هذه الأعمال تستوجب الاعتداء على سلامة الجسم البشري إلا أنها تعتبر من الأعمال المباحة التي أقرتها الدولة لغرض مشروع وهو العمل على حفظ الصحة والشفاء من المرض. وتختلف هذه الأعمال من ولة إلى أخرى ومن مجتمع لآخر كل

(180) محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2012 م، ص45.

(181) محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص45.

(182) . عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات، المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف، مصر ، 1998م، ص 97 .

حسب تقاليده وأعرافه، ووجه الاتفاق هو القوانين المنظمة القاضية بتحقيق المصلحة العامة للمجتمع والمحافظة على سلامتهم، وتمثل هذه المصلحة الاجتماعية سبب إباحة الأعمال الطبية ومشروعيتها(183).

2.2.4: شروط مشروعية العمل الطبي

حتى يكون العمل الطبي مشروعاً يجب توفر عدد من الشروط التي فرضها المشرع من خلال النصوص المنظمة لمهنة الطب وجملة هذه الشروط هي:

1.2.2.4: الترخيص القانوني

نظراً لأن العمل الطبي يمارس على جسم الإنسان وصحته وحياته لذلك يشترط لإباحة العمل الطبي، أن يكون قد صدر ترخيص للشخص الذي يمارس ذلك العمل الطبي العلاجي أو العلاجي الجراحي، وكذلك تطلب القانون أن يكون من يزاول هذا العمل على قدر من الكفاية العلمية والفنية يطمئن إليها المشرع(184).

ويرى الفقه الفرنسي والمصري أن ممارسة العمل الطبي بشتى صورته يتطلب الحصول على رخصة قانونية لمزاولة هذه المهنة(185).

2.2.2.4: رضا المريض

الذي يقصد به موافقته على إجراء العملية الجراحية، فمتى كان المريض عاقلاً وبالغاً لسن الرشد كانت لديه الحرية الكاملة في ابرام العقد الطبي وقبول تنفيذه، ويبقى المريض متمتعاً بهذه الحرية طوال فترة تنفيذ العقد الطبي ومن ثم له كامل الحرية في قبول أو رفض الدواء أو الجراحة التي يقترحها الطبيب بشأنه. فمن المسلم به أن للمريض على جسمه حقوقاً لا يجوز المساس بها بغير رضاه وكل اعتداء على هذه الحقوق يوجب مسؤولية مرتكبه متى كان في مقدوره الحصول على رضا المريض أو رضا من ينوب عنه قانوناً، ويتوجب على الطبيب تبصير المريض أو ذويه بالعواقب المحتملة للعمل الطبي وخاصة الجراحي الذي قد ينطوي على أخطار(186).

وبذلك تتوقف شرعية تدخل الطبيب لمعالجة جسم المريض على موافقته المسبقة ويعتبر تخلف رضا المريض فقدان العمل الطبي لأحد الشروط الأساسية لمشروعيتها ويتحمل الطبيب تبعاً المخاطر المترتبة على العلاج

(183) صفواف محمد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، مرجع سابق، ص 119.

(184) منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية للأطباء، مرجع سابق، ص 28.

(185) محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، المرجع السابق، ص 18.

(186) أسامة ابراهيم علي التايه، مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية، ط1، دار البيارق، الأردن، 1999، ص 157.

ولو لم يرتكب أدنى خطأ في مباشرته.⁽¹⁸⁷⁾ ويدين القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 29 يوليو 1994، كل طبيب لم يحترم إرادة المريض في مختلف مراحل العلاج أو امتنع عن مداواته، فتنقر حينها مسؤولية الطبيب الجراح التي تخضع لما جاء في القواعد المهنية والأصول العلمية التي تحكم الفن الذي يزاوله⁽¹⁸⁸⁾. وقد أكد المشرع العراقي⁽¹⁸⁹⁾ على رضا المريض البالغ وذلك في البند الرابع الفقرة 5 من الباب الرابع من قانون الصحة العامة أنه: "لا يجوز إجراء عملية جراحية إلا بموافقة المريض ذاته إذا كان واعياً..."، والبند الأول الفقرة 1 في تعليمات السلوك المهني: "أن كل عمل طبي يجب أن يكون لمصلحة المريض المطلقة ويجب أن يتم برضائه"⁽¹⁹⁰⁾.

والواضح أن المشرع العراقي قد اشترط الرضا في حالة التدخل الجراحي دون التخل العلاجي، كما يستلزم ضرورة الحصول على رضا المريض، ولكن النصين لم يرد بهما صراحة كون المريض بالغاً لسن الرشد أم لا، واكتفى بعبارة (إذا كان واعياً)، فالمريض قد يكون واعياً ولكنه غير بالغ لسن الرشد.

3.2.2.4: قصد العلاج

ان الغاية الأولى من مزاوله العمل الطبي هي علاج المريض، وتحسين حالته الصحية، أي تخليصه من المرض وتخفيف آلامه، وهذه الغاية توجب أن يكون التدخل الطبي سواء كان علاجياً أو جراحياً بقصد العلاج فقط⁽¹⁹¹⁾.

أما إذا كان الغرض من التدخل العلاجي المريض هو تحقيق الطبيب للربح، وذلك من خلال اختياره للطريق التي تدر عليه الربح الكثير، كأن يقنع المريض كذباً بخطورة حالته، مما دفعه على قبول إجراء عملية جراحية

(187) المرجع السابق، ص 157.

(188) فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، مكتبة الطالب، مصر، 1951م، ص 67.

(189) جاء في مشروع الدستور الطبي العراقي في البند (الثالث/ فقرة 6) منه ما يأتي:

"في حالة الفحوص التشخيصية التي تحتاج إلى تدخل جراحي أو تخدير أو زرق المواد الملونة (الفحوص الغازية...) يكون من واجب الطبيب شرح ما يجري من فحص وفائدته للمريض مع أخذ موافقة المريض الواعي العاقل...".

وجاء في البند (الرابع/ فقرة 3) ما يأتي:

"عند الحاجة إلى تدخل جراحي للمعالجة، على الجراح أن يشرح للمريض سبب هذه الحاجة... ومن الضروري استحصال موافقة المريض الواعي والراشد خطياً على إجراء العملية على ورقة...".

يؤخذ على هذه النصوص أنها لم تكن دقيقة من الناحية القانونية كما أنها اشترطت الرضا في حالة التدخل الجراحي وحده في حين أن التدخل العلاجي أيضاً يفترض ويشترط فيه رضا المريض العاقل البالغ.

(190) قانون الصحة العامة رقم (89) لسنة 1981.

(191) محمود القياوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، مرجع سابق، ص 29.

لا تستدعيها حالته، لأنها تدر على الجراح بالربح الكبير، رغم أن هناك طرق أخرى أكثر ملائمة للحالة الصحية للمريض، وفي هذا الصدد قضي بمسؤولية الطبيب الذي قام بهذا الفعل.(192)

4.2.2.4: مراعاة الأصول العلمية

على الطبيب التقيد بالقواعد والأصول الطبية المقررة لمزاولة مهنة الطب وإتباع المبادئ التي يجب على كل طبيب الإلمام بها، فإذا أهمل الطبيب مراعاة هذه القواعد وترتب على ذلك سوء حالة المريض أو وفاته، كان مسؤولاً على ذلك(193).

فاتباع الطبيب للأصول المهنية الخاصة بمهنة الطب هو شرط المشروعية لعمله، فالترخيص القانون وحده لا يكفي لإباحة عمله، فالطبيب ملزم بممارسة عمله في حدود القواعد والأصول الفنية التي تقتضيها مهنة الطب، ويستثنى الخروج من هذه القاعدة الظروف الشاذة التي يوجد فيها الطبيب وهي الظروف التي تفرضها عليه الاستعجال والسرعة بشرط عدم تعريض حياة المريض للخطر(194).

لجأت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر عنها بتاريخ 25 فبراير 1997 إلى إلقاء عبء إثبات حصول إعلام المريض على عاتق الطبيب المدعى عليه، وكان ذلك بمقتضى حكم Hédruel، لمريض أجريت له عملية منظار ترتب عليها خطأ طبي بإصابته بثقب في المعدة والذي رفضت فيه محكمة الإستئناف الدعوى بالتعويض التي رفعها المريض استناداً إلى أن عبء إثبات عدم الإعلام يقع على عاتق المريض الذي لم يقدم دليلاً على ما يدعيه(195).

3.2.4: سلطة القاضي في تقدير مسؤولية الطبيب

أحياناً في بعض الأعمال الطبية ذات الطابع الفني يجد القاضي نفسه مجبراً على الاستعانة بخبير من أهل العلم والاختصاص في المسائل الطبية لتوضيح ما التبس عليه واستكمال قناعته فيما يخص موضوع النزاع الذي يبين يديه لتقدير الأمر مدى وجود خطأ ومدى مسؤولية الطبيب عنه من عدمها(196).

(192) فريد عيسوس، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية. (رسالة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية)، كلية الحقوق جامعة بن عكنون الجزائر، 2002 - 2003 م، ص 50.

(193) رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء الجراحين المدنية، مرجع سابق، ص 63.

(194) عبد الكريم موسى الصرايرة، التأميم من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية، دار وائل، الطبعة الأولى، الأردن

. 2012 م، ص 58.

(195) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001 م، ص 19.

(196) محمد إبراهيم الدسوقي، مساءلة الأطباء عن أخطائهم المهنية، ص 250.

يعتمد القاضي في تقديره للخطأ الفني للطبيب على المعيار الموضوعي، الذي يتمثل في مقارنة سلوك الطبيب محل المساءلة مع السلوك المؤلف الصادر من طبيب آخر وفي نفس تخصصه ومستواه المهني مع وضعه في نفس الظروف التي أحيط بها عمل الطبيب المسؤول، ويتطلب السلوك المؤلف للطبيب اليقظ والحذر والالتزم بالقواعد العلمية الثابتة لمهنة الطب، ونظراً لعدم معرفة القاضي بالمجال الطبي فإنه يستعين بتقرير الخبراء في هذا المجال للقيام بهذا الأمر(197).

وتقتصر مهمة القاضي بمطابقة صورة الخطأ بالوقائع التي يثبت المريض المتضرر من الخطأ نسبتها للطبيب، ولا يجوز للقاضي إثبات ما يجب على المريض إثباته، أي أن القاضي لا يجوز له إثبات خطأ الطبيب ولكن التأكد من حدوث الوقائع وفقاً لمعيار الموضوع وعرضها على معيار الخطأ لمعرفة مدى إمكانية استخلاص معرفة الطبيب منها، وأيضاً التأكد من وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر معتمداً في ذلك على القرائن الدالة على ثبوت خطأ الطبيب المقدمة من طرف المريض ما دامت واضحة الدلالة على المسألة المراد إثباتها(198).

ولا يجوز للقاضي أن يبني حكمه على معرفته الشخصية التي اكتسبها من خارج مجال الإجراءات القضائية بخصوص الموضوع محل النزاع، بل يجب عليه أن يبني من مبدأ الصفة الحضورية للإجراءات القضائية(199).

(197) محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، ص213-214.

(198) أنس محمد عيد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، ص475.

(199) حمد محمد حمد الشلماني، دعوى الإثبات في القانون الإداري في ظل امتيازات السلطة العامة، ص38.

الفصل الخامس

المسئولية الجنائية للطبيب الجراح والفريق الطبي الجراحي

1.5: مسئولية الطبيب الجراح عن عمله

قد يقع الطبيب خال ممارسته للمهنة في أخطاء تلحق الضرر بالمريض فيسأل مدنياً، أو يعتبر مخالفة للقوانين والنظم النافذة مما يترتب عليه ملاحقة جنائية، وفي حال أدي الفعل الخاطئ الواحد إلى وقوع ضرر تنشأ عنه مسئولية جنائية، وفي هذا المبحث تقوم الباحثة بتناول هذه المسئولية الناشئة عن الطبيب الجراح في مطلبين، المطلب الأول (مسئولية الطبيب عن فعله الشخصي)، المطلب الثاني (مسئولية الطبيب عن فعل الغير).

1.1.5: مسئولية الطبيب عن فعله الشخصي

تتمثل مسئولية الطبيب تجاه المريض ببذل العناية التي تفرضها عليه أصول مهنة الطب والقواعد والنظم الناصة عليها فإذا أخل بها الطبيب وقع في خطأ كإمتناعه عن تقديم مساعدة أو علاج للمريض، أو قد يكون الخطأ مبني على استشارة الغير أو على فعل وكيله. و الطبيب مسؤول عن الأطباء والمساعدين الذين إستعان بهم في العلاج أو العمل الجراحي مثل طب الأشعة والتخدير، وقد تكون حالات يعفى فيها الطبيب من المسئولية أو تكون نسبتيا متفاوتة.

1.1.1.5: مسئولية الطبيب عن تقديم العناية والعلاج

لم تكتفي التشريعات الفقهية بإلزام الأطباء لعمل السلطات المختصة من أجل حماية الصحة العمومية وتقديم المعونة على وجه الخصوص بل أوجبت على الطبيب أن يسعف المريض الذي يواجه خطراً وشيكاً أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له، فالمرشع المصري قد ذهب إلى أبعد من ذلك جاعلاً مسئولية الطبيب

تشمل حتى الأشخاص المحرومين من الحرية باعتبارهم جزءاً من مكونات المجتمع يمكن إعادة تأهيلهم وادماجهم إجتماعياً (200).

إن أصول وإنسانية المهنة توجب على الطبيب الإستجابة للمريض الذي يقصده، كما أن منحه صفة الطبيب توجب عليه خدمة الفرد والمجتمع، وفقاً لما تقتضيه الحالة، وأن التنصل من هذه الوظيفة الإنسانية يكون في صور مختلفة كإمتناع الطبيب عن تقديم المعالجة الذي يعد خطأ موجباً لمسؤوليته ويكون إلتزامه ببذل عناية تقتضي ببذل جهد لاتخاذ الحيطة والحذر وهي تتفق مع أصول مهنة الطب، ولا يعد الطبيب مسؤولاً عن خطأه إذا أكره على إجراء العملية أو إذا لم يتفق إجراؤها مع قناعاته الضميرية أو مع إجتهاده الطبي، ففي هذه الحالة لا يقتضي مؤاخذة الطبيب الممتنع بسبب إمتناعه. وفي حال معاقبته فيعاقب على إمتناعه عن إسداء العون بصرف النظر عن النتيجة التي وقعت، فهذا الإمتناع يعد خطأ ويتعين على المريض أن يثبت الضرر الذي لحقه جراء هذا الإمتناع كما يثبت علاقة السببية بين هذا الإمتناع الذي يعد خطأ والضرر الذي لحق المريض، فأساس مساءلة الطبيب على فعل الإمتناع عن تقديم العلاج لمريض الذي يقصده مرتبط بتحقيق الضرر عن هذا الإمتناع (201).

2.1.1.5: المسؤولية الجنائية للطبيب المبنية على استشارة الغير

في بعض الأحيان يقوم الطبيب المعالج بإحالة المريض وفقاً لحالته الصحية إلى طبيب مختص للنظر في حالته وتوضيح الغموض بنتائج دقيقة، فهنا يكون الطبيب المعالج هو المسؤول لأن له كامل حريته في الأخذ بنتائج واستشارة الطبيب الأخر أو رفضها، ففي حالة رفضه للمشورة من ذلك الطبيب يجب عليه أن يوضح ذلك للمريض أو ذويه، أو عليه الإنسحاب من المعالجة (202).

3.1.1.5: المسؤولية الجنائية للطبيب عن فعل وكيله

في بعض الظروف قد يضطر الطبيب إلى اختيار وكيل له، ولكن عليه أن يكون من قام بتوكيله من ذوي الخبرة العلمية والمؤهلات الكافية لممارسة مهنة الطب فإذا لم يرتكب خطأ تجاه المريض فلا تقوم المسؤولية، أما إذا وقع الاختيار على أساس الخطأ كأن يتم اختياره بصورة مخالفة للقانون أو دون عناية، في هذه الحالة

(200) بلعيد فريد، المسؤولية الطبية، الملتقى الوطني، جامعة مليود معمري، تيزي وزو، ص5.

(201) المرجع نفسه، ص6.

(202) ابراهيم علي حمادي الحلوسى، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007م، ص134.

تكون مسؤولية الطبيب الموكل مسؤولية شخصية وليس مسؤولية عن فعل الغير أو التابعين له إذ كان يجب على الطبيب الموكل أن يختار وكيلاً على درجة من التأهيل العلمي والكفاءة المهنية(203) .

وصورة أخرى من صور المسؤولية المبنية عن فعل الوكيل، هي أن يقوم الطبيب بتوكيل طبيب آخر على عيادته الخاصة، لظروف استدعت ذلك، ففي هذه الحالة يعتبر الطبيب الموكل مسؤول مسؤولية مباشرة عن أي خطأ يرتكبه الطبيب الوكيل وذلك نسبة لعلاقة التعاقد بين المرضى والطبيب الوكيل، ويجب عليه اتمام عقد العلاج، ولا يعفيه انه اختار طبيب مؤهل علمياً، أما المرضى الجدد فهم مسؤولية الطبيب الوكيل فان عقد العلاج فيه يكون قد تم مع الطبيب الوكيل ولا شيء على الطبيب الموكل لأنه لم يكن طرفاً فيه(204).

2.1.5: المسؤولية الجنائية للطبيب عن فعل الغير

تقتضي الحالة الصحية للمريض، أن يقوم الطبيب بالإستعانة بأشخاص آخرين من الفريق الطبي سواء كان ذلك بطريقة مباشرة أو عن طريق ما يعرف بالعلاج عن بعد الذي ظهر مؤخراً عقب تطور التكنولوجيا والتقنيات الحديثة.

1.2.1.5: خطأ الفريق الطبي

قد تحتاج بعض العمليات الجراحية في علاج المرضى إلى تدخل عدد من الأطباء في أختصاصات مختلفة كأخصائي التخدير ومساعد الطبيب الجراح حسب الحال التي يقتضيها علاج المريض. وتدار أنشطة هؤلاء الأخصائيين بواسطة الطبيب الجراح فهو رئيس الفريق الطبي، وهو الذي تعاقد مع المريض الذي لا يكون على دراية ببقية أعضاء فريقه الطبي ونظراً للإتفاق القائم بينها فإن الطبيب الجراح يسأل تعاقدياً في مواجهة المريض عن الخطأ الذي يرتكبه افراد فريقه الطبي من أخصائي تخدير وممرضين ومساعدين.

وينسب الخطأ الذي ارتكب بواسطة العمل الشخصي لأحد أعضاء الفريق، أو إذا أمر الطبيب للمساعد بعمل صحيحاً في حد ذاته ولكن تنفيذه من طرف هذا الأخير كان بطريقة سيئة، فإن الخطأ ينسب إلى الطبيب وذلك في الأحوال التي توجب على الطبيب أن يكون حاضراً عند تنفيذ الأمر من المساعد وبطبيعة الحال، إذا كان الممرض قد نفذ أوامر خاطئة للطبيب فإنه لا يرتكب خطأ يسأل عنه، بل الطبيب هو الذي يسأل عن

(203) المرجع نفسه، ص135

(204) ابراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص161.

الضرر، فالطبيب الجراح لا يسأل عن عمل الطبيب المخدر إلا إذا كان هو الذي إختاره وذلك لأن ليس لديه سلطة التوجيه عليه.

2.2.1.5: مسؤولية الطبيب عن بعد

لقد أسهم التطور التكنولوجي الحديث في مجال المعلومات والاتصالات على القطاع الطبي، وظهر ما يعرف بالطب عن بعد، حيث تمت الاستفادة من التقنيات الحديثة من أجل الحصول على المعلومات الطبية والبرامج الخاصة بممارسة الرعاية الصحية بسرعة كبيرة وتمثل تكنولوجيا الطب عن بعد (التشخيص، الجراحة عن بعد... وغيرها من الأنشطة الطبية) وأصبح في الإمكان إجراء العمليات الجراحية عن طريق الفيديو بل درجت بعض الدول إلى استخدام ما يعرف بتقنية الإنسان الآلي من أماكن متباعدة لتسهيل الإستشارات في الحالات الطارئة(205).

ومضمون الطب عن بعد هو إما أن نقل المعلومات عن طريق الاتصال المباشر الذي يوفر خاصيتي الصوت والصورة في آن واحد حتى ينتهي للمريض التفاعل مع الطبيب أو أن يتفاعل الطبيب مع الاستشائي والوصول إلى نتائج دقيقة لحالة المريض. كما يمكن للطبيب أن يقوم بإرسال لمعلومات إلى مواقع مختصة من باب الاستشارة الطبية وفهم حالة المريض(206).

دفع هذا التطور في مجال الطب عن بعد بالعديد من التشريعات إلى تعديل بعض النصوص القانونية فيما يتعلق بالصحة كالمشرع الفرنسي.

إلا أن نسبة الخطأ الطبي في الطب عن بعد ازدادت صعوبة واختلفت الآراء فيما إذا كانت المسؤولية تقع على الطبيب الموجود عن بعد، أم على الطبيب إذا أهمل الأخذ برأي الطبيب الموجود عن بعد(207).

2.5: المسؤولية الجنائية للفريق الطبي الجراحي

من ضمن سياق الاشتراك في الخطأ الطبي، مفهوم مسؤولية الفريق الطبي بمعناه

الواسع، سواء تعلق الأمر بمركز طبي خاص بالطبيب وفريقه العامل بالمنظمة الطبية العاملة ضمن مؤسسة صحية معينة بحيث يشتمل هذا الفريق على طاقم من (أطباء، مرضين، أخصائيين،...). فالاتجاه القضائي

(205) علي عصام غصن، الخطأ الطبي، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، 2006م، ص106.

(206) المرجع السابق، ص106.

(207) عبد الرزاق مقرئ، فحوصات الطب عن بعد بين مستشفيات الجنوب، 2018.

في هذا النوع من الأعمال الطبية. في هذا المبحث قامت الباحثة بتقسيمه إلى مطلبين، المطلب الأول (أسس التفويض في العمل الطبي)، المطلب الثاني (الأساس القانوني لمفهوم التفويض في العمل الطبي).

1.2.5: مفهوم التفويض في العمل الطبي

يمثل تراكم الأعمال أكثر المشاكل التي يجب تجنبها لتفادي العواقب والأخطار المترتبة على تأجيل القيام بالعمل المناط به حل هذه المشاكل، ويعد التفويض إحدى الآليات المتبعة في العصر الحاضر. أما التفويض في العمل الطبي فمفهومه مختلف، ويعني التفويض وكما حدده القانون الإداري قيام شخص (الموكل إليه العمل بالأساس) بإبابة شخص آخر (المفوض) بأداء العمل في عمل معين تنفيذاً لهذا العمل، ويظل الموكل إليه مسؤولاً عن الإختصاصات التي قام بتفويضها، والهدف من ذلك هو أن يتسنى للموكل إليه بالأساس التركيز في مهام أخرى أكثر أهمية لأجل توفير الوقت والجهد ورفع مستوى المشاركين في الأداء⁽²⁰⁸⁾. يتطلب العمل الطبي في بعض الأحيان تدخل أكثر من طبيب من أصحاب التخصصات المختلفة حسب ما تقتضيه الحالة العلاجية للمريض.

2.2.5: الأساس القانوني لمفهوم التفويض في العمل الطبي

يعد رضا المريض من الشروط الأساسية التي تتحقق بموجبها مشروعية العمل الطبي، ويباح بها للطبيب ممارسة العلاج للمريض، فطبيعة العلاقة العقدية بين الطبيب والمريض هي التراض دون اتخاذ شكل قانوني معين⁽²⁰⁹⁾، إلا أن صحة العقد تثبت بالإعتبار الشخصي فيما يستند عليه المريض من مؤهلات شخصية الطبيب، وسمعته المهنية وكفاءته الطبية والعلمية، وبالتالي يكون المريض محل ثقة المريض، وبالتالي يكون الطبيب المتعاقد معه المنفذ لمعالجة المريض (المتعاقد). فالمريض له الحق الكامل في اختيار الطبيب الذي يعالجه، أو تغيير الطبيب بآخر، كما أن الطبيب له الحق في بعدم قبول علاج المريض أو التعاقد معه، وهذا الحق كفله قانون المهن الطبية، عملاً بمبدأ حرية التعاقد⁽²¹⁰⁾.

ويكون الطبيب ملزماً بعلاج المريض في حال قبوله التعاقد، ولا يجوز له التحرر من هذا الالتزام إلى في حال اتجاه المريض لمواصلة علاجه مع طبيب آخر أو جهة أخرى، وتمتد هذه العلاقة التعاقدية حتى يتم علاج المريض، فالعقد الطبي من العقود التي تقوم على عنصر الزمن، فعلاج المريض في مراحل المختلفة يحتاج

(208) عصام مبارك، محاضرات في القانون الإداري، الجامعة اللبنانية، 2008م، ص78.

(209) إيلي داغر، العقود في القانون المدني، منشورات الجامعة اللبنانية، 2009م، ص12.

(210) Rene Savatier jean- Marie Abudy, jean savatier, Tarite du-194 driot medical paris, 1956, p:262.

لمتابعة الطبيب وبالتالي يتطلب فترة زمنية لاستكمال العلاج، فالطبيب ملزم بهذا العقد ولا يحق له الإخلال به إلا في حالات معينة(211).

إن مسألة تفويض الطبيب المعالج للعمل الطبي لأحد مساعديه لم تقف عندها أغلب التشريعات القانونية سواء كان ذلك بالمنع أو الإباحة،

(211) شريف الطياخ، جرائم الخطأ الطبي والتعريض عنها في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص42.

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا ورسولنا محمد صلى الله عليه وسلم الصادق الأمين، بعد دراسة الباحثة لموضوع المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في العمليات الجراحية توصلت إلى مجموعة من النتائج والتوصيات كما يلي:

أولاً: النتائج

1. الأخطاء الطبية ظاهرة عالمية وليست محلية، غير أن طرق التعامل معها تختلف من دولة إلى أخرى على كافة المستويات الإدارية والقضائية والتشريعية.
2. لم تفرد القوانين والتشريعات المختلفة نصوص جنائية خاصة بالمسؤولية الجنائية للأخطاء في العمليات الجراحية، وذلك نسبة للتطور والتنامي المتوازي في هذه المسؤولية وتساعد وتيرة الأخطاء الطبية والجراحية، الأمر الذي جعل القواعد والنصوص الجنائية العامة لا تواكب هذا التطور في المسؤولية.
3. العمل الطبي مهنة إنسانية مشروعة ومباحة في كافة التشريعات والقوانين إلا أن القيام بها وممارستها يتطلب القيام بالالتزام بالقوانين والنظم المنظمة لها.
4. هنالك حالات توجب مساءلة الطبيب عن الضرر الذي أوقعه على المريض نتيجة خطأه، ومنها الإهمال، وعدم الحرص والتثبت، وعدم التقيد باصول مهنة الطب.
5. لمعرفة الخطأ يقاس سلوك الطبيب الجراح بسلوك طبيب جراح من الاختصاص نفسه والمستوى المهني والعلمي ذاته، ومع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخارجية والامكانيات المادية التي توافرت عند إجراء التدخل الجراحي، وفي ضوء ذلك يسأل الطبيب الجراح على كل تقصير لا يمكن توقعه من طبيب جراح آخر يتمتع بالمؤهلات نفسها التي أحاطت بإجراء العملية الجراحية.
6. لا يشترط الشكل القانوني في العقد الطبي، فطبيعته عقد بالتراض، وعقد التراض لا يتلزم الطابع القانوني.
7. رضا المريض وتبصيره بالمرض والعلاج الذي سيتلقاه يلزم به الطبيب، وذلك لأن رضا المريض يعد شرطاً من شروط مشروعية العمل الطبي، وفي حال عدم توافره يعد خطأ يقع فيه الطبيب ويوجب المسؤولية الجنائية.
8. يلتزم الطبيب الجراح اتجاه المريض ببذل العناية اللازمة عند إجراء العملية الجراحية له وتنشأ مسؤوليته إذ لم يتخذ الاحتياطات اللازمة قبل إجراء العملية الجراحية وخلالها.

9. يسأل الطبيب عن كل أخطائه التي يرتكبها تجاه مريضه بشرط ثبوتها ثبوتاً كافياً، وبالنسبة للمعيار الذي يقاس به الخطأ فهو خطأ فني بحيث يقاس بسلوك طبيب مثله وجد في نفس الظروف التي وجد بها الطبيب المخطئ.

10. تتعدد جرائم الأطباء، فمنها جريمة الممارسة غير المشروعة وجريمة إفشاء السر المهني وجريمة الإجهاض وجريمة الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر. ويلاحظ تناثر أحكام هذه الجرائم بين أحكام تقنين الصحة وتقنين العقوبات، مما يصعب على الباحث والطبيب ذاته الإلمام بها.

ثانياً: التوصيات

1. أفراد نصوص خاصة بالمسؤولية الجنائية للأخطاء الجراحية لتواكب الزيادة المضطردة في الأخطاء الطبية والجراحية.

2. إعادة تفعيل دور المجالس الطبية للشكاوى والنظر في الأخطاء الطبية لما لها من دور فعال في الحد من وقوع الأخطاء الطبية المتزايدة.

3. ضرورة تدخل المشرع العراقي لتكريس نص يورد فيه صور الخطأ الطبي مستقلاً عن النص الخاص بتعريف الخطأ الناتج عن القصد الاحتمالي.

4. تدعيم القضاة بخبراء في التخصصات الطبية المختلفة المعالجة السليمة لقضايا الخطأ الطبي، وذلك باعتماد لجنة أو هيئة طبية تتولى القيام بالخبرة الطبية في إثبات الخطأ الطبي، وذلك لتفادي القصور في المعلومات التي يكون مصدرها خبير واحد في تقدير الخطأ الطبي وإثباته.

5. نسبة لانتشار جرائم الخطأ الطبي بشكل متوازي مع التطور العلمي في العلوم الطبية يجب التوعية بالخطأ الطبي الجراحي وذلك من خلال الندوات والأبحاث والدراسات.

6. تفعيل النصوص القانونية المتوفرة حتى تتحقق الردع الكافي وذلك بإصدار أحكام جزائية صارمة على الأطباء والمستشفيات التي تتساهل مع الأخطاء الطبية.

7. إخضاع الأجهزة الطبية لمعايير فحص ثابتة ومستمرة، ووضع إجراءات وقائية لتفادي الأخطاء البشرية.

8. من الضرورة تشديد العقوبات في مجال ارتكاب الجرائم العمدية كالإجهاض وامتناع الطبيب عن تقديم المساعدة وغيرها من الجرائم، كي تؤدي الغرض منها ألا وهو الردع.

9. تفعيل دور نقابة الأطباء الموجودة على مستوى كل محافظة ليساير هذه العملية وبدقة لمعرفة سبب الأخطاء أو الجرائم الطبية لأنها منتشرة وبكثرة.

10. دراسة أسباب الأخطاء الطبية ومحاولة علاجها بالتدريب العملي للأطباء، ومتابعة المناهج الطبية وتوسيعها.

المصادر والمراجع:

معاجم اللغة العربية:

1. ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: 711هـ)، لسان العرب، تحقيق عبدالله الكبير ومحمد حسب الله وناشم الشاذلي، دار المعارف، الطبعة: الثالثة- 1414هـ، مادة خطأ، ج1.
2. ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)، الطب النبوي (جزء من كتاب زاد المعاد لابن القيم)، دار الهلال - بيروت. ب.ت.
3. المنجد في اللغة والأعلام - القسم الأول، دار المشرق، بيروت، ط1، 2005م.
4. زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: 666هـ)، مختار الصحاح، المحقق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة: الخامسة، 1420هـ / 1999م، ج1.
5. سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (المتوفى: 793هـ)، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح بمصر، ج2.
6. شذرات الذهب في أخبار من ذهب، عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد العكري الحنبلي، أبو الفلاح (المتوفى: 1089هـ)، حققه: محمود الأرناؤوط، خرج أحاديثه: عبد القادر الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، الطبعة: الأولى، 1406هـ - 1986م.
7. علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: 816هـ)، كتاب التعريفات، المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى 1403هـ - 1983م.
8. مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (المتوفى: 606هـ)، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، ج2، 1399هـ - 1979م، ج2.
9. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، طبعة فنية منقحة مفهومة، ط8، مؤسسة الرسالة، سنة 2115م.

كتب القانون المتخصصة:

1. ابراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007م.
2. أبو عمر بن عبد البر الرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية، 1413هـ/1992م.
3. أحسن بوسقيفة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط، عمان، 2011م.
4. أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو 770هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت.
5. أحمد طه، الطب الإسلامي، دار الاعتصام للطبع والنشر والتوزيع، ب.ت.
6. أحمد منسي، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار الشروق، بيروت، 1983م.
7. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، ط:3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000م.
8. أسامة ابراهيم علي التايه، مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية، ط1، دار البيارق، الأردن، 1999م.
9. أسعد عبد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية "دراسة مقارنة"، ط ا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1220 هـ 2009م.
10. آمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية "دراسة في القانون الجزائري والمقارن"، دار الجامعة الجديدة، الأزراطية الإسكندرية - مصر، 4011م.
11. أمانة صبري مراد، لمحات من تاريخ الطب القديم، مكتبة النصر الحديثة، ب.ت.
12. أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010م.

13. أنور العمروسي، التعليق على القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والاقطار العربية، ج1، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1983م.
14. بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، ط1، دار الإيمان، دمشق- بيروت، 1984م.
15. جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة الموصل، 1984م.
16. جعفر علي محمد، قانون العقوبات، جرائم الرشوة والاختلاس والإخلال بالثقة العامة والاعتداء على الأشخاص والأموال، ط2، المؤسسة الجامعية للنشر، بيروت، 2004م.
17. جمال الدين العطيبي، التقنين المدني المصري، ج1، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1949.
18. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، أحكام الالتزام، اثبات الالتزام، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1976، بند 251.
19. حسين عامر، المسؤولية التقصيرية والعقدية، ط1، مطبعة مصر، القاهرة، 1956م.
20. حسين علي، فلسفة الطب، الدار المصرية السعودية للطباعة والنشر والتوزيع، 2009م.
21. حمد محمد حمد الشلماني، دعوى الإثبات في القانون الإداري في ظل امتيازات السلطة العامة.
22. خديجة غنبازي، الخطأ الطبي الجراحي، رسالة ماجستير، 2015م.
23. خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، ج1، في مصادر الموجبات الخارجة عن الإرادة، مطبعة صادر، بيروت، 1975م.
24. رأفت محمد احمد حماد، أحكام العملية الجراحية، دار النهضة العربية.
25. رائد كمال خير، شروط قيام المسؤولية الجزائية الطبية. ط1؛ طرابلس، المؤسسة الحديثة للكتاب، 1425هـ-2004م.
26. رمضان ابو السعود، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004م.
27. رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية، 2005م.

28. رياض أحمد عبدالغفور، الجراحة التجميلية ومسؤولية الطبيب المدنية الناشئة عنها، منشورات زين الحقوقية، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، الطبعة الأولى، 2016م.
29. عصام مبارك، محاضرات في القانون الإداري، الجامعة اللبنانية، 2008م.
30. ايلي داغر، العقود في القانون المدني، منشورات الجامعة اللبنانية، 2009م.
31. سعد الدين مسعود بن عمر التفتاني، شرح التلويح على التوضيح، مصر، مكتبة صبيح.
32. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الاول الاحكام العامة، أركان المسؤولية: الضرر والخطأ والسببية، معهد البحوث والدراسات العربية، مطبعة الجيلاوي، 1971م.
33. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، 1988م، ج1.
34. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مصدر سابق، بند 527 .
35. السيد أحمد الهاشمي، القواعد الأساسية للغة العربية.
36. السيد عبد الوهاب عرفة، الوسيط في المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب والصيدلي، ديوان المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2006م.
37. شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2005م.
38. صفوان محمد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، دار الثقافة، الطبعة الأولى، عمان، 2011م.
39. طلال حجاج المسؤولية المدنية للطبيب، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط3، بيروت، 2001م.
40. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات، المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف، مصر ، 1998م.
41. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج2، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، 1954م.
42. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952، بند 526.

43. عبد الرزاق مقري، فحوصات الطب عن بعد بين مستشفيات الجنوب، 2018.
44. عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون السوري والمصري والفرنسي، حلب، 1966م.
45. عبد العزيز علاء الدين البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1418هـ/1997م.
46. عبد القادر بن تيشة، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام، دار الجامعة الجديدة، بيروت، 2011م.
47. عبد الكريم موسى الصرايرة، التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية، دار وائل، الطبعة الأولى، الأردن، 2012 م.
48. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، ج1، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، 1980م.
49. علي عصام غصن، الخطأ الطبي، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، 2010م..
50. علي فيالي، الإلتزامات- النظرية العامة للعقد، ط3، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الرغاية، الجزائر، 2012م.
51. علي فيلاي، الإلتزامات، العمل المستحق للتعويض، ط2، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009م.
52. فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، مكتبة الطالب، مصر، 1951م.
53. فريد الشاذلي، جرائم الإعتداء على الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2002م.
54. فريد عيسوس، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية. رسالة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق جامعة بن عكنون الجزائر، 2002 - 2003م.
55. فيصل إباد فرج الله، التنظيم القانوني لطبيب التجميل في المرفق الطبي العام، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2017 م.
56. فيصل عبد اللطيف الناصر، الخطأ الطبي، منظور تاريخي، جامعة الخليج العربي، ب. ت.

57. قاضي طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب- دراسة مقارنة، المؤسسة الحيثية للكتب، لبنان، 2004م.
58. كريم عشوش، العقد الطبي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007م.
59. كمال السامرائي، مختصر تاريخ الطب العربي، الجزء الأول، دار الشؤون الثقافية والنشر، العراق، 1084م.
60. كوسة حسين، النظام القانوني للمسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف، 2016م.
61. ماجد محمد لافي، المسؤولي الجزائرية الناشئة عن الخطأ الطبي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009م.
62. محمد إبراهيم الدسوقي علي، مساءلة الأطباء عن أخطائهم المهنية، دار النهضة العربية، القاهرة: 2015م.
63. محمد إبراهيم الدسوقي، مساءلة الأطباء عن أخطائهم المهنية.
64. محمد أسامة عبد الله القايدي، المسؤولية الجنائية للأطباء، ط2، دار النهضة العربية، الاسكندرية، بدون سنة.
65. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي.
66. محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012 م.
67. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001م.
68. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام- مصادر التزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية - مصر ، 2006م.
69. محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، الجزائر: دار هومة، 2007م.
70. محمد رشيد دواغرة، المسؤولية المدنية للمستشفيات الخاصة عن أخطاء الطبيب ومساعديه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، الطبعة الأولى، 2017م.
71. محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 1999م.

72. محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، عمان، الدار العلمية الدولية، 2002م.
73. محمد عزمي البكري، الخطأ الطبي وجريمة إفشاء سر المهنة الطبية.
74. محمود الفطافطة، الأخطاء الطبية في فلسطين، جرائم بلا أدلة.
75. محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004م.
76. محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب.
77. مراد المدني، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، الجزء الثاني، المغرب، مجلة مغرب القانون، 2018م.
78. مراد بن صغير، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة.
79. معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ، ط:8؛ الاسكندرية: دار المعارف، 1995م.
80. منصور عمر المعايطه، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، ط:1؛ الرياض، 1425هـ - 2004م.
81. نبيلة عبد المنعم داود، دراسات في الطب العربي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، مركز إحياء التراث العلمي العربي، جامعة بغداد، 1990م.
82. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، ط:1؛ عمان الأردن: دار الثقافة، د.ت.
83. وائل تيسير محمد عساف، مسؤولية الطبيب المدنية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، 2008م.
84. يوسف جمعة الحداد، المسؤولية الجنائية عن الخطأ الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإمارات العربية المتحدة، منشورات الحلبي الحقوقية، د. ت.

المصادر الأجنبية:

1. Desobert et autres, Droit medical, Paris, Masson, 1974, p.135.
- Merle, R., Vitu, A. (1982) droit pénal spécial volume 2, Cujas, p.1422.p 1427-1428.
2. Rene Savatier jean- Marie Abudy, jean savatier, Tarite du-194 droit medical paris, 1956.

الرسائل الجامعية:

1. سعاد بختاوي، المسؤولية المدنية للمهني المدين، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012م.
2. فخري رشيد مهنا، أساس المسؤولية ومسؤولية عديم التمييز، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الانكلوسكسونية والعربية، رسالة ماجستير، مطبعة الشعب، بغداد.
3. قمر اوي عز الدين، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، 2013م.
4. قوادري مختار، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي- دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه في الشريعة والقانون، كلية الحضار الإسلامية والعلوم الإنسانية، 2010م.
5. قيس محمد الشيخ مبارك، ابن محمد مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، قسم الفقه والسياسة الشرعية، جامعة الزيتونة، تونس، دار الفارابي للمعارف، حلبوني، سوريا، ط3، 2007/1427م.
6. محمد ابراهيم الدسوقي علي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، رسالة دكتوراه، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، ب. ت.
7. محمد رمضان العرعير، مسؤولية الطبيب الجنائية في العمليات الجراحية دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، كلية الشريعة والقانون، 1434هـ / 2013م.
8. محمود التلثي، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص ، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس – كلية الحقوق – مصر، 1988.

المجلات العلمية والمؤتمرات:

1. شوقي عبد الفتاح، تتطور آداب مهنة الطب على مر التاريخ "مسؤولية الطبيب" نشرة الطب الإسلامي، العدد الخامس، 1988م.
2. علي عادل كاشف، حنان شامل عبد الزهرة، المسؤولية الجنائية للطبيب، مجلة الكوفة، العدد 16.
3. مجلة المحامي.

4. المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، الملف المدني عدد 2011/3/866 وتاريخ 2012/9/4 العدد (9)، 2012م.
5. محمد السيد عمران، تقدير مدى احترام الضوابط (المعايير) العلمية المكتسبة في مجال الطب، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الأول، 2011م.
6. فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 1، العدد الأول، 2006م.
7. بلعيد فريد، المسؤولية الطبية، الملتقى الوطني، جامعة مليود معمر، تيزي وزو.
8. أحمد مواقي بناني، التزام بضمان السامة "المفهوم، المضمون، اساس المسؤولية"، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر – باتنة، العدد العاشر.
9. عزبل جلول، المسؤولية الناجمة عن الأدوات والأجهزة الطبية الحديثة، جامعة تلمسان، مداخلة علمية <https://platform.almanhal.com/Files/2/59022>

القوانين:

1. قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979م، المادة رقم 132.
2. قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960م، المادة 474.
3. قانون العقوبات الجزائري رقم 120 لسنة 1962. والقانون رقم 29 لسنة 1982م. المعدلين.
4. قانون العقوبات العراقي رقم 111، لسنة 1969م، المادة (40) الفقرة الأولى.
5. قانون العقوبات العراقية رقم 111 لسنة 1969م، مادة رقم 417.
6. قانون رقم 85 - 05، المؤرخ في 26 جمادي الأول عام 1405 هـ الموافق ل 16 فيفري 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر، ع08 الصادر في 17 فيفري 1985.
7. قانون الصحة العامة رقم (89) لسنة 1981.
8. القانون المدني الفرنسي المادة 1382
9. القانون المدني المصري، المادة 163 .
10. قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969م. المادة 411 .

Cerrahi operasyonlar için cezai sorumluluk

ORIGINALITY REPORT

17%	17%	1%	8%
SIMILARITY INDEX	INTERNET SOURCES	PUBLICATIONS	STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1	www.ummt0.dz Internet Source	3%
2	lawgroups.withme.us Internet Source	3%
3	theses.univ-oran1.dz Internet Source	2%
4	qspace.qu.edu.qa Internet Source	2%
5	www.law.nahrainuniv.edu.iq Internet Source	1%
6	thesis.univ-biskra.dz Internet Source	1%
7	law.uokerbala.edu.iq Internet Source	1%
8	kenanaonline.com Internet Source	1%
9	eldjeel.forumalgerie.net Internet Source	1%



NEAR EAST UNIVERSITY
INSTITUTE OF GRADUATE STUDIES
PUBLIC LAW PROGRAMS / ARABIC

To the Institute of Graduate Studies

Mr. Zhakaw Kamal Albarazanchi (20193949), studying in public law Arabic Program has finished the master thesis titled “**Criminal liability for surgical operations Comparative study**” and used literature review in Research Methodology in writing the thesis. For this reason, ethical Review board report permission will be needed for the designed research

Sincerely,

Assist. Prof. Dr. Yousif Mostafa Rasul