المقدمة

اولاً:_مدخل تعريفي بموضوع البحث:-

لاشك ان الجراحة عمل بالغ الخطورة نظراً لما تنطوي عليه من مساس كبير بسلامة الانسان و جسمه ، ولولا أن المرجو من ورائها إزالة علة يعاني منها الانسان، ولا تنجح معها الوسائل العلاجية الاخرى، لما استمرت حتى اليوم، إلا ان العمليات الجراحية ماتزال الطريق الأخير لعلاج المريض في حالات كثيرة، ومن هنا تكمن أهمية العمليات الجراحية والطبيب الجراح، فمن البديهي ان لمهنة الطب إرتباطاً وثيقاً بحياة الانسان، فهي مهنة تمارس من قبل الطبيب من أجل معالجة و مداوة الانسان المريض وحمايته، هذا من جهة ومن جهة آخر فإن ممارسة مهنة الطب محفوفة بالمخاطر لإن الطبيب يتعامل مع انسان قد يستجيب للعلاج وقد لا يستجيب، لا سيما الطبيب الجراح، لإنه يقوم بإجراء عملية جراحية للمريض، وهذه العملية الجراحية تستلزم التخدير وكل ما يتعلق بها من إجراءات قد لا يقدم عليها شخص آخر، لذلك حرص الفقه القانوني والقضاء على النظر الى مهنة الطب بنوع من الاهتمام وإحاطة القائم بها والمتمثل بالطبيب بنوع من الحماية، وإبعادهم قدر الإمكان عن دائرة المسؤولية والمساءلة القانونية، لذلك كانت المسؤولية المدنية بصورة عامة، ومسؤولية الطبيب على وجه الخصوص، و بضمنها مسؤولية الطبيب الجراح، مجالاً رحباً لآراء الفقهاء و الشراح ولإجتهاد القضاء .

ثانياً:- أهمية موضوع البحث وأسباب إختياره:

تكمن أهمية موضوع البحث وأسباب اختياره فيما يلي :

1-من المعلوم ان لموضوع المسؤولية المدنية في مجال القانون أهمية كبيرة وتزداد هذه الأهمية في مجال الطب لإن مهنة الطب ترتبط بحياة الإنسان، لذلك فان كل ضرر مترتب نتيجة خطأ طبي قد يؤدي الى فقدان الإنسان لحياته، ومن هنا تكمن أهمية المسؤولية الطبية الإ ان أخطر إختصاص الطب يتمثل في الجراحة، فالطبيب الجراح ملزم أكثر من بقية الأطباء بإبداء العناية اللازمة والحيطة والحذر وعدم إرتكاب الأخطاء والإضرار بالمرضى في العمليات الجراحية .

2-ان النصوص القانونية المنظمة لموضوع المسؤولية المدنية في القانون العراقي والتشريعات المقارنة تتسم بالعمومية، بمعنى إن مسؤولية الطبيب الجراح في ضوء القانون المدني تعالج وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية المدنية.

3-مواكبة للتطورات القانونية و السياسية والاقتصادية الحاصلة في العراق بصورة عامة وفي أقليم كوردستان على وجه الخصوص، ومنها التوجه نحو إنشاء المستشفيات الخاصة وتشجيع إستثمار رأس المال الوطني والأجنبي في القطاع الصحي في إقليم كوردستان – العراق.

4- انتشار وعي لدى المواطنين المرضى ولجوئهم الى القضاء حينما يتعرضون الى الضرر نتيجة أخطاء الأطباء، ويتمثل ذلك في إزدياد عدد القضايا المعروضة على القضاء في إقليم كوردستان-العراق، على الرغم من بقاء الاعتقاد السائد من ان الواقع الحالي في العراق وفي اقليم كوردستان لا يسمح بمقاضاة الأطباء عن كل ما يرتكبوه من أخطاء طبية وان ادت الى فقدان حياة المريض.

ثالثاً:أهداف البحث:-

تتخلص أهداف البحث فيما يلي:-

1-بيان أهم التطورات الحاصلة في مجال المسؤولية الطبية وفق احدث ماتوصل اليه آراء الفقهاء وقرارات المحاكم و مواقف التشريعات الطبية .

2-عرض موقف التشريعات الطبية وآراء الفقهاء ومسلك القضاء حول طبيعة مسؤولية الطبيب الجراح، وهل هي مسؤولية عقدية او تقصيرية.

3-توضيح التزام الطبيب الجراح هل هو التزام بتحقيق نتيجة او هو التزام ببذل عناية، ومن ثم انتقال عبء الاثبات بين الطبيب الجراح و مريضه .

4-عرض أركان المسؤولية المدنية للطبيب الجراح، والتطور الذي وصل اليه مفهوم الخطأ الطبي ومدى علاقته بالخطأ المهني، وكذلك الاضرار في مجال النشاطات الطبية.

رابعاً:_ منهجية البحث :

اعتمدنا المنهج التحليلي في تحليل النصوص القانونية وعرض و تحليل أراء الفقهاء وأستقرار الاحكام القضائية الصادرة في ضوء الاتجاه التشريعي العراقي و المقارن.

خامساً: هيكلية البحث:

في ضوء ما سبق بيانه تقتضي دراسة موضوع المسؤولية المدنية للطبيب الجراح تقسيمه الى مبحثين أثنين على الوجه الآتي :_

المبحث الاول : طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب الجراح وقد قسمناه الى مطلبين:

المطلب الاول: الاهمية القانونية لتكييف مسؤولية الطبيب الجراح.

المطلب الثاني: مدى إلتزام الطبيب الجراح.

المبحث الثاني: أركان المسؤولية المدنية للطبيب الجراح و التعويض عنها وقد قسمناه الى مطلبين :

المطلب الاول: أركان المسؤولية المدنية للطبيب الجراح.

المطلب الثاني: دعوى المسؤولية المدنية و التعويض عنها .

وأنهينا البحث بخاتمة تتضمن أهم الأستنتاجات التي توصلنا اليها في سياق البحث وأهم المقترحات المقدمة في ضوء تلك الاستنتاجات.

والله من وراء القصد وهو الهادي الى سواء السبيل....

المبحث الأول

طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب الجراح

لقد ثار ولا يزال جدال كبير في الفقه القانوني و القضائي حول طبيعة المسؤولية الطبية بين إتجاهين([1])، الاتجاه الاول يقول إن المسؤولية المدنية الطبية ذات طبيعة تقصيرية، والاتجاه الثاني يقول بأن المسؤولية المدنية الطبية ذات طبيعة عقدية وإستند كل إتجاه الى حجج وأسانيد مختلفة، وكل ذلك ناجم عن الأهمية القانونية لتحديد طبيعة المسؤولية الطبية وهل هي مسؤولية تقصيرية أم عقدية.

فعلى الرغم من تطور القوانين والأنظمة التي تحكم شروط مزاولة مهنة الطب، فقد بقي القانون المدني الفرنسي يقيم المسؤولية المدنية على الأخطاء الطبية طبقاً للقواعد العامة، وان ادعى ذلك جانب من الفقه الفرنسي الى القول بأن المشرع قصد إعفاء الطبيب من المسؤولية، لكن غالبية الفقه الفرنسي أكد على إقامة المسؤولية المدنية للطبيب على أساس القواعد العامة في القانون المدني، وكذلك الحال في القانون العراقي، حيث لم يقرر نصوصاً خاصة لتنظيم المسؤولية المدنية للطبيب، بل أخضع مسؤوليته الى ألاحكام العامة للقانون المدني، وهذه ألاحكام تقيم المسؤولية المدنية على أساس الخطأ الصادر عن إنسان و يسبب ضرراً للغير بغض النظر عن مهنته وسواءً إرتكب فعلاً إيجابياً أم فعلاً سلبياً ينصرف الى مجرد إلاهمال أو العمد،عليه و لأجل بيان طبيعة المسؤولية المدنية الطبية للطبيب الجراح وأهمية بيان هذه الطبيعة، سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين وعلى الوجه الآتي:-

1-د.عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة ،1986،ص232 و سعد سالم عبدالكريم العسبلي،المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي،ط1،منشورات جامعة قاريونس،بنغازي،1994،ص83،ود.منذر الفضل،المسؤولية الطبية،ط1،دار ئاراس للطباعة والنشر ،أربيل،2005،ص71.

المطلب ألاول

ألاهمية القانونية لتكييف مسؤولية الطبيب الجراح

نظمت التشريعات المقارنة وبضمنها القانون المدني العراقي كلاً من المسؤولية التقصيرية والعقدية بإعتبارهما نوعي المسؤولية المدنية وفق أحكام قانونية خاصة لذلك يترتب على تقسيم المسؤولية الى التقصيرية وعقدية آثار قانونية بالغة ألاهمية، وتظهر هذه الأهمية في حالة المسؤولية الطبية أيضاً لاسيما مسؤولية الطبيب الجراح، فالمسؤولية المدنية بصورة عامة نوعان:مسؤولية تقصيرية و مسؤولية عقدية، تشترط الأولى إنتفاء الرابطة العقدية وحدوث ضرر يسبب إخلالاً بواجب قانوني يفرض الحيطة والحذر[1]، وفي مجال المسؤولية الطبية تستوجب المسؤولية التقصيرية إخلالاً بالواجب العام الذي يفرضه القانون على الطبيب بضرورة مراعاة الحيطة والحذر في سلوكه نحو المريض حتى لا يتسبب في الإضرار به أو بغير ممن تربطه بهم صلة قانونية.

وتشترط الثانية، بمعنى المسؤولية العقدية، توافر عقد العلاج الذي ان يترتب على الإخلال به ضرر[2]، وفي نطاق المسؤولية الطبية تتطلب عقد العلاج أن يترتب على إلاخلال به ضرر فتحقق المسؤولية العقدية للطبيب جزاء الإخلال بالإلتزام العقدي.

وعلى الرغم من أن تقسيم المسؤولية المدنية الى مسؤولية عقدية وتقصيرية لم يسلم من توجيه الانتقاد ،الا ان العديد من الفقهاء [3]، وكذلك مسلك القضاء [4]، باقي على هذا التقسيم .

وسوف نبحث هذا المطلب في الفرعيين الاتيين:-

1-د.عبدالرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،نظرية الألتزام بوجه عام،مصادر الالتزام،ج1،دار إحياء التراث العربي،بيروت،بلا سنة طبع،ص748، حسين عامر و عبدالرحيم عامر،مسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ،ط2،دار المعارف،بيروت،1979 ،ص11.

2- د.عبدالرزاق أحمد السنهوري،مصدر نفسه،ج1،ص645.

3-د.عبدالرزاق أحمد السنهوري،مصدر نفسه،ج1،ص 749، د.محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية،ج1، مطبعة جامعة قاهرة ،1978،ص8، و د.منذر الفضل،الوسيط في شرح القانون المدني،دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و القوانين المدنية العربية والاجنبية معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء،ط1،دار ئاراس للطباعة والنشر،أربيل،2006،ص265،د.حسن علي الذنون و د.محمد سعيد الرحو،الوجيز في النظرية العامة للألتزام،ج1،مصادر الألتزام ،دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي والمقارن،ط2،دار وائل للنشر،عمان ،الاردن،2002،ص253-255.

4- طعن مدني مصري رقم (62)لسنة4،جلسة(1935/4/11)،ص127،وكذلك طعن مدني مصري رقم (280)لسنة34ق،جلسة 1968/4/16،س19،ص762،وكذلك طعن مدني مصري،رقم 111 لسنة 35،جلسة 1969/6/26،م س20،ص1075،مشار اليه عند سعد سالم عبدالكريم العسبلي،مصدر نفسه،ص85-86 .

الفرع الاول

الطبيعة التقصيرية للمسؤولية المدنية للطبيب الجراح

هناك العديد من ألآراء حول طبيعة المسؤولية الطبية وهل هي مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية، وقد كان الاتجاه التقليدي في فرنسا يذهب الى القول بأن أساس مسؤولية الطبيب هي مسؤولية تقصيرية، وإن كان القضاء الفرنسي قد أستقر به الرأي على إن هذه المسؤولية كقاعدة عامة هي مسؤولية عقدية والاستثناء ان تكون مسؤولية تقصيرية [1].

إن المسؤولية التقصيرية قد تكون بين شخصين أجنبيين لا يربطهما قبل تحقق تلك المسؤولية أي رابط، وتنشأ هذه المسؤولية نتيجة الإخلال بما يفرضه القانون على الشخص بعدم إلحاق ضرر بالأخرين .

وعرف الاستاذ السنهوري المسؤولية التقصيرية بقوله ((أن المسؤولية التقصيرية تقوم على الإخلال بإلتزام قانوني واحد لايتغير هو الألتزام بعدم الاضرار بالغير [2])).

وبناءً عليه تكون مسؤولية الطبيب الجراح مسؤولية تقصيرية كلما إنعدمت الرابطة العقدية بينه و بين المريض الذي أصابه الضرر، أو وجد بينهما عقد وكان الضرر نتيجة إخلاله بإلتزام غير ناشيء عن العقد فلا توجد مسؤولية عقدية على الطبيب الجراح إذا كان العقد الذي أبرمه مع المريض عقداً باطلاً، أو كان الضرر الذي أصاب المريض نتيجة عمل خارج نطاق العقد المبرم بينهما،ففي مثل هذه الحالات تطبق أحكام المسؤولية التقصيرية وليس أحكام المسؤولية العقدية ([3]).

1-د.عبدالمنعم فرج الصدة،مصادر الالتزام ،دراسة مقارنة في القانون اللبناني والقانون المصري ،دار النهضة العربية القاهرة 1979 ،ص559 و د.محمد حسين منصور ،المصدر سابق ،ص142، و حسين عامر و عبدالرحيم عامر ،المصدر نفسها،ص79، و د. محمود جمال الدين زكي ،مشكلات المسؤولية المدنية ،ج1 ، مطبعة جامعة القاهرة ،1978ص32.

2-د.عبدالرزاق أحمد السنهوري ،المصدر سابق، ج1 ،ص847.

3-فاطمة الزهرة منار ،مسؤولية طبيب التخدير المدنية ،دراسة مقارنة،ط1،دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان،الاردن،2012،ص134.

وقد كانت المسؤولية التقصيرية هي الأصل فيما تخص مسؤولية الطبيب في فرنسا وذلك بصرف النظر عن وجود عقد من عدمه ،فمنذ ما يقارب القرنين من الزمن أعتبرت محكمة النقض الفرنسية مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية، غير إن هذا المسلك للقضاء الفرنسي أنتقد من قبل فقهاء القانون وشراحه مستندين في ذلك الى أن الأخذ بالطبيعة التقصيرية لمسؤولية الطبيب المدنية يخلق نوعاً من الصعوبة يتجسد في عبء الإثبات،ذلك أن هذا المذهب يقضي تحمل المريض- على الرغم من إعتباره الطرف الضعيف في العراقة القانونية - عبء إثبات الخطأ و الضرر والعلاقة السببية ،وهو امر ليس في إمكان المريض متابعته وذلك لظروف العلاقة القائمة بين المريض والطبيب،ولاسيما في العمليات الجراحية التي تتطلب جانباً كبيراً من المعرفة الطبية المتخصصة [1].

كما إن القضاء المصري [2]، وإن لم يوافقه الفقه القانوني[3]، في البداية كان قد سلك ذات المنهج الذي سلكه القضاء الفرنسي وذلك بتكييفه لمسؤولية الطبيب على إنها مسؤولية ذات طبيعة تقصيرية .

ويبدو ذلك من خلال حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 22 يونيو 1936 والذي قضى بأن مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية بعيدة عن المسؤولية العقدية [4]، وان معيار سلوك الطبيب معيار مألوف لشخص من اوساط مهنة الطب علماً وكفاية و يقظة وأي انحراف عن ذلك يوجب قيام مسؤولية التقصيرية .

الا إن محكمة النقض المصرية عادت في حكم لها صدر بتاريخ 1969/6/26 وأعتبرت مسؤولية الطبيب عقدية وليست تقصيرية ،حيث جاء فيه (إن مسؤولية الطبيب الذي أختاره المريض أو نائبه للعلاج هي مسؤولية عقدية

1-سعد سالم عبدالكريم العسبلي ،المصدر سابق،ص 99.

2-ينظر حكم محكمة القاهرة الابتدائية الصادر بتاريخ 1962/1/2 الرقم (349)،حيث قضى بانه (وحيث ان القضاء المصري يقضي بان مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية بعيدة عن المسؤولية العقدية ....)منشور في مجلة المحاماة، العددان التاسع والعاشر ، السنة 45،ص597،مشار اليه عند:سعد سالم عبدالكريم العسبلي،المصدر نفسها،ص99،هامش رقم (3).

3-د.عبدالرزاق أحمد السنهوري،المصدر سابق،ج1،ص768،حيث يقول في تكييف المسؤولية الطبية(ان مسؤولية الطبيب وما شابهها من مهن أن تكون في أكثر الاحوال مسؤولية عقدية لا مسؤولية تقصيرية).

4-سعد سالم عبدالكريم العسبلي، المصدر نفسها ، ص100.

والطبيب إن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه و بين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية، لإن التزام الطبيب ليس إلتزاماً بتحقيق نتيجة وإنما هو إلتزام ببذل عناية)[1].

كما سار القضاء العراقي في عدة قرارات له على إعتبار المسؤولية المدنية للطبيب مسؤولية ذات طابع تقصيري وليس عقدي،ففي قرار لمحكمة التمييز العراقية بتاريخ 2001/12/3 قضت فيه بالمسؤولية التقصيرية للطبيب لعدم إستعانته بإستشاري متخصص، وان الطبيب الجراح قد أخطأ حينما لم يقم بإستدعاء إختصاصي الباطنية لأخذ رأيه كون مريض مصاباً بداء السكر [2].

كذلك الحال فقد أخذ قضاء محكمة تمييز إقليم كوردستان-العراق بالرأي القائل بأعتبار المسؤولية المدنية للطبيب مسؤولية ذات طبيعة تقصيرية، حيث قضت المحكمة المذكورة في قرار لها (بأن الطبيب قد قام بقطع عصب لسان المريض خلال العملية الجراحية وهذا يعتبر خطئاً فنياً عند مزاولة مهنة الطب ومن ثم لم يبذل الطبيب العناية الجراحية وهذا يعتبر الواجبة إتخاذها من قبل الطبيب العادي لتلافي إلحاق الضرر بالمريض وان تقصيره في بذل العناية ألحق الضرر بالمريض [3]).

1-فاطمة الزهرة منار ،المصدر سابق،ص144.

2-قرار محكمة التمييز العراقية،رقم (33/موسوعة ثانية/2001، بتاريخ 2001/12/3،منشور في مجلة العدالة ،العدد الثالث،2002،ص55.

3-القرار التمييز رقم(156/الهيئة المدنية/2002) بتاريخ 2002/6/12،مشار اليه عند :كيلاني سيد أحمد :المباديء القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كوردستان-العراق،(2001-2005) مطبعة منارة،أربيل ،ص 143.

الفرع الثاني

الطبيعة العقدية للمسؤولية المدنية للطبيب الجراح

ان المجال العقدي في نطاق المسؤولية المدنية الطبية يظهر في اتساع مستمر على حساب النطاق التقصيري، حيث يلاحظ ميل الشخص الطبيعي وكذلك المعنوي الى الدخول في نطاق عقد الذي ينظم العلاقات بينهما في المجال الطبي [1].

وتتحقق المسؤولية العقدية اذا إمتنع المدين عن تنفيذ التزامه العقدي أو نفذه بشكل معيب ادى الى إلحاق الضرر بالدائن، فالمسؤولية العقدية تعرف بإنها جزاء للعقد [2]، فعندما يتعاقد شخص مع آخر فإنه يلتزم بتنفيذ بنود العقد المبرم بينهما، وإذا إمتنع عن تنفيذ هذا العقد دون مسوغ قانوني أو نفذه بشكل مخالف لشروط العقد ، فللدائن المطالبة بالتنفيذ العيني اذا كان ممكناً بمعنى اذا لم يكن تنفيذه مستحيلاً او مرهقاً للمدين، ولا يلحق ضرراً جسيماً بالدائن .

ويرى الفقه القانوني المعاصر ان مسؤولية الطبيب تكون عقدية كلما كان الطبيب قد بدأ في علاج المريض بناءً على طلب الاخير أو بناءً على طلب نائبه حتى لو كان فضولياً وكان الضرر الذي أصاب المريض ناتجاً عن إخلال الطبيب بأحد الالتزامات التي يعتبر ان الطبيب قد قبل الالتزام بها إزاء المريض [3].

وقد أحتدم الجدل في الفقه الفرنسي حول مسؤولية الاطباء والجراحين، وازداد الخلاف مع ازدهار وتطور المسؤولية الطبية الى ان تبنى الفقه الفرنسي فكرة نشوء عقد بين الطبيب والمريض على أن يلتزم بمقتضاه الاول بتقديم العناية و اليقظة التي تقتضيها ظروف خاصة بالمريض، وتتفق مع أصول المهنة ومقتضيات التطور العلمي مما يترتب الاخلال بها ولو عن غير قصد نشوء مسؤولية عقدية للطبيب بمعنى ضرورة ان يلتزم الطبيب ولا سيما الطبيب الجراح بتقديم علمه ومعرفته في عالم الطب لذلك المريض، وان يبذل العناية اللازمة لعلاجه، ويلتزم المريض في مقابل ذلك ان يدفع للطبيب أجراً على مابذله من عناية بهدف الوصول الى شفائه [4]، وبناءً على هذا الالتزام التعاقدي يقع على عاتق المريض عبء الاثبات عن طريق القواعد العامة في الاثبات وهو نتيجة العناية الطبية في إحداث الضرر له على درجة من الجسامة ولا تتفق مع النتائج المتوخاة للعلاج المألوف، وبهذه الحالة يعفى المريض في عبء إثبات الخطأ على الطبيب، لإن الخطأ المرتكب واضح بدرجة كافية في ضوء الاحتمالات الطبية للعلاج وفي ضوء الظروف الاستثنائية التي تدخل المجال المتعارف عليه، وان هذا يكفي لإثارة مسؤولية الطبيب،وبناءً على وجود خطأ مهما كان يسيراً طالما انه

1-سعد سالم عبدالكريم العسلبي،المصدر سابق،ص88.

2-د.محمد وحيد الدين سوار،النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام ،ط2،منشورات جامعة المفتوحة ،القاهرة ،1993،ص296.

3-فاطمة الزهرة منار ،المصدر سابق ،ص 120.

4-د.ابراهيم محمد احمد الرواشدة ،المسؤولية المدنية لطبيب التخدير مطبعة التوفيق،عمان،الاردن ،سنة1985 ،ص 78.

مؤكد، ومن ثم فلا يشترط ان يكون الخطأ جسيماً لإقامة المسؤولية لذلك تبقى مسؤولية الطبيب العقدية حتى ولو كان العلاج و الرعاية الطبية دون مقابل، أو بمناسبة الزمالة بين الآطباء،أو بصورة طوعية او مصادقة ،وهذه المسؤولية تشمل جميع العاملين في المجال الطبي من أطباء وجراحين وأطباء صيدلة واطباء أسنان كما تشمل المؤسسات العلاجية [1].

فعلى سبيل المثال يعتبر الطبيب الجراح مسؤولاً عن الاخطاء التي تصدر عن الطبيب المخدر إذا كان قد لجأ اليه بنفسه دون حصول على رضاء المريض بذلك ليحل محله في عملية التخدير، فطبيب التخدير في هذه الحالة يعد تابعاً للطبيب الجراح ويقوم بعمل يشكل جزءاً رئيساً من التزامات الجراح [2].

أما فيما يخص موقف القضاء من الطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية، فقد بقيت المحاكم في فرنسا فترة طويلة من الزمن تطبق على مسؤولية الطبيب أحكام المسؤولية التقصيرية، لإن هذه الآخيرة لا تترتب على الإخلال بالتزام تعاقدي وإنما تنشأ نتيجة خطأ يرتكبه شخص يسبب ضرراً للغير لا تربطه به رابطة عقدية ، بإعتبار ان عمل المهنيين ومنهم الطبيب لا ينشأ عن أتفاق العميل معه، لإن عمل الطبيب غير معروف بالنسبة للمتعاقدين معه كما إن التزامات الطبيب تتعلق بقواعد المهنة التي تفرض على المهني، فهي أقرب الى الالتزامات القانونية منها الى الالتزامات التعاقدية [3]، إلا ان الفقه في فرنسا إكتشف فيما بعد خطأ هذا الاتجاه فدعا الى إعتبار مسؤولية الطبيب قبل المريض مسؤولية عقدية وخاصة في الحالات التي يختار فيها المريض ذلك الطبيب، أي عندما يبرم المريض عقداً مع الطبيب لعلاجه[4].

إذن لم يستمر الحال على ما كان عليه في فرنسا بخصوص القول بالطبيعة التقصيرية لمسؤولية الطبيب ، وقد جاء أحكام محكمة النقض الفرنسية مجسدة لتنبؤات العديد من الفقهاء الفرنسيين المعاصرين الذين ذهبوا الى القول بالطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب، وذلك في الحالة التي يوجد فيها إتفاق بين الطبيب والمريض سواء أكان هذا الاتفاق صريحاً أو ضمنياً[5].

أما فيما يتعلق بالقضاء المصري فقد طبق القضاء المختلط والقضاء الاهلي على الاطباء والجراحين قواعد المسؤولية التقصيرية وان وجد إتجاه في الفقه المصري يؤيد مسلك محكمة النقض الفرنسية ليقولوا بأن

1-فاطمه الزهرة منار ،المصدر سابق ،ص 121 -122.

2-د.محمد حسين منصور،المسؤولية الطبية،منشأة المعارف ،الاسكندرية،سنة1986 ،ص56،د.ابراهيم محمد احمد الرواشدة ، المصدر سابق،ص78.

3-صاحب عبيد الفتلاوي ،التشريعات الصحية ،ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان الاردن ،1997 ، ص169.

4-ابراهيم محمد أحمد الرواشدة ،المصدر سابق ،ص 78.

5-سعد سالم عبدالكريم العسبلي، المصدر سابق،ص 103.

الاصل في مسؤولية الطبيب ان تكون مسؤولية عقدية [1]، وهو إتجاه تشريعي ياخذ به القانون الالماني (المادة 611) وقانون الالتزامات السويسري(المادة 361)[2].

ولقد أخذت محكمة النقض المصرية بالرأي القائل بالطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية مقررة أن مسؤولية الطبيب الذي أختاره المريض أو نائبه لعلاجه،هي مسؤولية عقدية، والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه لشفائه، أو بنجاح العملية الجراحية التي يجريها له لإن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية[3].

أما القضاء العراقي فعلى الرغم من تعدد الأخطاء الطبية الحاصلة في العمليات الجراحية التي نسمع عنها بإستمرار كنسيان قطعة شاش أو مقص داخل جسم المريض أو إهمال الطاقم الطبي فإنه يتجه الى عدم جواز مساءلة الأطباء الجراحين أكثر من تطبيق للعقوبات الادارية التأديبية [4]، فإن كل ذلك أدت الى ندرة الاحكام القضائية في العراق بخصوص المسؤولية الطبية بصورة عامة، ومسؤولية الطبيب الجراح بصورة خاصة .

وجاء في قرار لمحكمة إستئناف منطقة أربيل بصفتها التمييزية، بتحميل الطبيب المسؤولية((...لثبوت ارتكابه خطأ مهني فني جسيم عند قيامه بإجراء العملية الجراحية للمشتكية وذلك بترك مقص خاص بالعمليات في أحشاء بطنها مما يدل على الإهمال والرعونة و التقصير وعدم إبداء العناية الطبية اللازمة...))[5].

وفي قرار لمحكمة التمييز العراقية عام 2003 نجد انه اخذ بالمسؤولية العقدية في حالة الخطأ الطبي في حادثة إجراء عملية خاطئة لعلاج مرض في العين حيث قام الطبيب بقلع العين بدلاً من العلاج السليم والصحيح مما تسبب بإصابة المريض بعاهة مستديمة إضافة الى الأضرار المادية والمعنوية [6].

بمعنى اننا نكون امام مسؤولية عقدية للطبيب الجراح إذا وجد عقد سابق على إجراء العملية الجراحية بين الطبيب و المريض، لإن القاعدة إنه لا وجود للمسؤولية العقدية دون عقد[7]، والفرضيات المحتملة في هذه الحالة هما فرضين رئيسين، اولهما:حالة الطبيب المختار من قبل المريض، كما في حالة العيادات الاهلية والمستشفيات الخاصة، وهنا بموجب هذه الفرضية لا توجد إشكالية حول توافر إتفاق مسبق بين الطبيب الجراح والمريض، ومن ثم إمكانية وجود مسؤولية عقدية في حالة الإخلال بإتفاق مسبق بينهما،أما الفرضية الثانية :فهو

1-د. عبدالرزاق احمد السنهوري ،المصدر سابق،ص82.
2- سعد سالم عبدالكريم العسبلي ،المصدر سابق ،ص104 .
3-نقض مصري رقم 111 لسنة 35 بتاريخ 1969/6/26،سعد سالم عبدالكريم العسبلي،المصدر سابق،ص105.
4-د.منذر الفضل ،المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية،ط2،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان ،الاردن،1995،ص92.
5-قرار محكمة إستئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية،العدد(4/ت ج/2015) بتاريخ 2015/1/11.
6-قرار محكمة التمييز العراقية رقم (686)م2003/3 بتاريخ 2003/12/6 مشار اليه عند:لقمان فاروق حسن نانەكەلي،المسؤولية القانونية في العمل الطبي،دراسة مقارنة بين القانون والشريعة،ط1،مطبعة منارة ،اربيل،2010،ص126.
7-د.أنور سلطان ،مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني،ط1،مطبعة الجامعة الاردنية،عمان ،الاردن، 1987ص460.

حالة الطبيب غير المختار كما في حالة أطباء المستشفيات العامة، ومستشفيات الطواريء، وفي هذه الحالة لا يوجد إتفاق مسبق بين الطبيب و المريض، ومن ثم لا يمكن القول بوجود عقد أو مسؤولية عقدية فيما إذا صدر عن الطبيب الجراح فعل أضر بمريضه، عليه لا يمكن التعويل إلا على المسؤولية التقصيرية ،ويستلزم القول بالطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب إن عبء الاثبات يقع على المريض الذي يدعي أن الالتزام العقدي قد تخلف ويكون الإثبات وفقاً للقواعد العامة ،كما ان القول بالطبيعة العقدية لهذه المسؤولية يقتضي أن تبقى بهذا الوصف حتى ولو كان العلاج قد تم في حيز العلاقات الشخصية دون أجر، كما لا يؤثر في كون مسؤولية الطبيب ذات طبيعة عقدية أن يكون المسؤول من تابعي الطبيب او مساعديه .

رأينا في الموضوع:_

للترجيح بين الاتجاهين السابقين والتمعن في الحجج التي قدموها على أن مسؤولية الطبيب هي ذات طبيعة تعاقدية أو إنها ذات طبيعة تقصيرية، رأينا إن الاتجاه الغالب هو إعتبار مسؤولية الطبيب عن أفعاله الضارة مسؤولية تعاقدية في ألاصل، ولكن هنا نتساءل عن مدى دقة هذا الرأي وهل يتفق مع الواقع ؟ وبعبارة آخرى هل يمكننا القول بإن مسؤولية الطبيب الجراح عن أفعاله الضارة ذات طبيعة عقدية في الوقت الذي لا يوجد فيه رابطة عقدية بينه وبين المريض، كما في حالة إدخال المريض الى مستشفى الطواريء، هذا من جانب ومن جانب آخر كيف لنا أن نقول بإن مسؤولية الطبيب الجراح ذات طبيعة تقصيرية إذا كان هذا الطبيب قد قام بعملية جراحية للمريض بناءاً على إتفاق مسبق بينهما؟ أليست مسؤولية الطبيب في هذه الحالة ذات طبيعة عقدية؟لذلك نحن نؤيد البعض في إنه لا بد لنا عدم النظر الى مسؤولية الطبيب بصفة مطلقة بأنها عقدية او انها تقصيرية، وإنما يجب النظر الى هذه المسؤولية بإختلاف واقع الحال [1].لذلك وبصورة عامة يمكن القول بأن مسؤولية الطبيب الجراح عن إفعاله الضارة هي مسؤولية عقدية إذا وجد عقد و بخلافه تكون مسؤولية ذات طبيعة تقصيرية وليست عقدية .

1-د.عبدالمنعم فرج الصدة ،المصدر سابق،ص559، سعد سالم عبدالكريم العسبلي، مصدر سابق ،ص107،د. محمد حسين منصور ،المصدر سابق ،ص151.

المطلب الثاني

مدى التزام الطبيب الجراح

لتحديد مسؤولية الطبيب الجراح لابد من معرفة الالتزام الذي يقع على عاتقه، فيما إذا كان التزاماً بتحقيق نتيجة أم إلتزاماً ببذل عناية ،ومن ثم لإجل بيان مدى التزام الطبيب الجراح بين التزامه بتحقيق نتيجة و التزامه ببذل عناية، ومعيار التمييز بين هذين الالتزامين، سوف نقسم المطلب على ثلاثة فروع وذلك على الوجه الآتي :-

الفرع الاول

التمييز بين الالتزام بتحقيق نتيجة و الالتزام ببذل عناية

يكون التزام المدين التزاماً بتحقيق نتيجة إذا كان المطلوب منه القيام بعمل معين بذاته، كما هو الحال بالنسبة للمحامي الذي يطلب منه القيام بتقديم أحد الطعون خلال المدة القانونية التي يمكن أن يقدم فيها الطعن، فإذا لم يقدم الطعن خلال المدة المحددة يكون مسؤولاً عن هذا التقصير على أعتبار ان التزامه هو التزام بتحقيق نتيجة فيسأل إذا لم تتحق النتيجة المتفق عليها بين المدين والدائن، وتقوم مسؤولية الملتزم بمجرد هذا التخلف عن تحقيقها، ولينفي المسؤولية عنه يجب أن يثبت السبب الاجنبي [1]،أما إذا كان المطلوب من المدين بذل العناية فيتعهد المدين او يطلب منه القانون ببذل ما في إستطاعته من اجل تحقيق فائدة معينة للدائن أو تجنب فعل ضاربه، فإنه في هذه الحالة يلزم ببذل العناية التي يؤدي الى نتيجة ولا يضمن تحقيق النتيجة، ومسؤولية المدين لاتقوم بمجرد عدم تحقيق النتيجة بل يقوم الدائن بإثبات واقعة أخرى وهي الإهمال وعدم الحرص [2].

1-د.عبدالمجيد الحكيم ،الموجز في شرح القانون المدني ،ج1،في مصادر الالتزام ،المكتبة القانونية ،بغداد ،2007،ص20،د. منذر الفضل،المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، دراسة مقارنة،ط2،مكتبة دار الثقافة للنشروالتوزيع،الاردن،1995،ص36.

2-د.أنس محمد عبدالغفار،المسؤولية المدنية في المجال الطبي،دراسة مقارنة بين القانون و الشريعة الاسلامية ،ط1،دار الكتب القانونية ،القاهرة ،2010،ص70.

الفرع الثاني

التزام الطبيب ببذل عناية كأصل عام

على الرغم من إنتقاد تقسيم المسؤولية المدنية الى مسؤولية عقدية و مسؤولية تقصيرية إلا ان مايقلل من اهمية هذا التقسيم في مجال المسؤولية الطبية أن القضاء المقارن وإن أختلف حول تكييف الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية إلا انه لايوجد إتفاق حول مناط التزام الطبيب كونه التزاماً ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة [1]،وبعبارة أخرى فانه من المسلم به ان الاحكام المدنية وقواعد المهن الطبية، وبغض النظر عن كون العلاقة بين الطبيب و المريض علاقة ذات طبيعة تعاقدية او تقصيرية، فإنها لاتفرض على الطبيب الالتزام بشفاء المريض، بل تلزمه ببذل قدر من العناية فقط، بحيث تبرأ ذمته بمجرد ان يبذل العناية المطلوبة حتى ولو لم تحقق نتيجة الشفاء، كما لايلتزم بضمان عدم استفحال المرض، فالتزام الطبيب تجاه مريضه هو التزام ببذل عناية، وعلى هذا الاساس لاتتم مساءلة الطبيب الجراح عن عدم الشفاء وإنما عن تقصيره في بذل العناية اللازمة، حيث إن مهنة الطب مهنة إنسانية واخلاقية وعلمية قديمة قدم الانسان.

وفي هذا السياق نصت المادة الاولى من الدستور الطبي الاردني على انه ((تقوم المسؤولية الطبية بين الطبيب والمريض على بذل العناية وعدم الاهمال وليس الشفاء)).

لكن تجدر الاشارة الى ان الالتزام ببذل العناية يعني تقديم العناية المطلوبة والرعاية الصحية اليقظة و الصحيحة حسب حالة المريض، والإمكانيات المتاحة له على ان تكون متماشية مع التطورات العلمية،حيث يستند الطبيب في قيامه بالمهام والإجراءات اللازمة الى الأصول الفنية للمهنة [2].

وتأسيساً على ماسبق و وفقاً لإحكام القانون المدني فإن الالتزامات من حيث محلها تنقسم الى التزام ببذل عناية والتزام بتحقيق نتيجة، ففي الالتزام ببذل عناية لاتقوم مسؤولية الطبيب الجراح إلا إذا أقام المريض(الدائن) دليلاً على تقصير او إهمال في بذل العناية الواجبة، إذ انه يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبحسن نية[3]، وفي الالتزام بنتيجة إذا كان المطلوب من المدين(الطبيب الجراح في هذه الحالة) أن يحافظ على الشيئ او ان

1-د.محمد حسين منصور،المسؤولية الطبية،دار الجامعة الجديدة للنشر ،بلا سنة الطبع،ص141،وكذلك يرجع طعن مدني مصري رقم (464)لسنة36،جلسة(1971/12/21)م س22،ص1062،وكذلك طعن مدني مصري رقم (111) لسنة 35،جلسة(1969/6/26)م س 20،ص1075،ومضمون ماجاء فيهما ان(التزام الطبيب-وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ليس التزاماً بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض إنما هو التزام ببذل العناية ...)) مشار اليه عند:سعد سالم عبدالكريم العسبلي،المصدر سابق ،ص85.

2-د.ابراهيم محمد احمد الرواشدة ،المصدر سابق ،ص 183.

3-عدنان ابراهيم سرحان ،الاوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن،رسالة ماجستير من كلية القانون،جامعة بغداد ،1986،ص245، ئاوات عمر قادر حاجي،النظام القانوني لمبدأ استقرار المعاملات في القانون المدني ،دراسة تحليلية ،رسالة ماجستير من كلية القانون،جامعة السليمانية ،2009،ص46-51.

يقوم بإدارته أو ان يتوخي الحيطة في تنفيذ التزامه، فعلى المدين ان 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 الاتفاق المبرم على خلاف ذلك .

ولتسليط الضوء في هذا الموضوع بصورة أدق وبيان الاتجاه الفقهي والاتجاه القضائي حول ذلك ،نخصص فقرتين مستقلتين لبيان كل منهما وعلى الوجه الآتي :

اولاً :الاتجاه الفقهي لإعتبار التزام الطبيب التزاماً ببذل عناية:

هناك شبه إجماع بين الفقهاء القانونيين على أن أصل التزام الطبيب في مواجهة المريض هو التزام عام بالحرص والعناية، وإن الطبيب لا يلتزم بشفاء المريض، إنما يبذل عنايته وحرصه المطلوبين، لإن نتيجة شفاء المريض أمر إحتمالي غير مؤكد ،سواءً كان مصدر الالتزام في القانون المدني(على إعتبار إنه مسؤولية تقصيرية) أو في العقد (على إعتبار إنه مسؤولية عقدية)[1].فالطبيب الجراح كقاعدة عامة غير ملزم بنجاح العملية الجراحية، لكن يطلب منه أن يبذل جهوداً صادقة يقظة، تنم عن ضمير،في معالجة المريض[2].

ويبرر الفقه القانوني التزام الطبيب ببذل عناية للوصول الى الشفاء دون ضمان تحققه، بمقدار الخطر الذي يعايش العمل الطبي عادة، وان أي تشخيص للمريض أو وصف دواء له او علاجه يحتوي على قدر مهم من الضرر والإحتمال، ويجعل من تحميله بالالتزام بتحقيق الشفاء ظلماً لا يقبله عاقل، فالطبيب لايقدر على الوعد بالشفاء لإن الشفاء لايعتمد في تحقيقه على مجرد صدق الطبيب ومثابرته في عمله، بل يعتمد بصورة رئيسة على عناصر تخرج عن نطاق قدراته وسيطرته [3].

1-فاطمه الزهرة منار ،المصدر سابق ،ص183.

2-السيد محمد السيد عمران،التزام الطبيب بإحترام المعطيات الطبية،مؤسسة الثقافة الجامعية،القاهرة ،1992،ص7.

3-د.عدنان ابراهيم السرحان،مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2000،ص134، عزالدين الديناصوري و د.عبدالحميد الشواربي، ود.عزالدين الديناصوري،المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء،مطبعة القاهرة،الحديثة للطباعة،القاهرة،1988،ص1394،د. غادة مجيد المختار ،حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني ،دراسة مقارنة ،ط1،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت ،2011،ص165.

ثانياً:الإتجاه القضائي لإعتبار التزام الطبيب التزاماً ببذل عناية :

يذهب الاتجاه القضائي الغالب في إعتبار التزام الطبيب إلتزاماً ببذل عناية وليس إلتزاماً بتحقيق نتيجة، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير الصادر بتاريخ 1936/5/20 بأن العقد المبرم بين الطبيب و المريض يوجب على الأول إن لم يكن بطبيعة الحال إلتزاماً بشفاء المريض، فيجب عليه أن يبذل عنايته و جهوده الصادقة اليقظة المتفقة مع الظروف المحيطة، ومشتقة من الأصول العلمية، وإن الطبيب الوسط لا يخرج في عمله عن الأصول التي إستقرت عليها مهنة الطب، ولا يهمل في بذل العناية اللازمة للمريض، كما إنه يأخذ جانب الحيطة و الحذر أثناء ممارسته لعمله، فإن إهماله في عنايته بالمريض و تقصيره وعدم مراعاته جانب الحيطة و الحذر في عمله وخروجه عن الأصول العلمية و الفنية المستقرة جهلاً أو تفريطاً، يستوجب قيام المسؤولية على عاتقه[1].

كما قضت محكمة النقض المصرية إن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة شفاء المريض، إنما هي إلتزام ببذل عناية، إلا ان العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير أثناء سلوكه الطبي الذي لا يقع من طبيب في مستواه المهني، يكون موجوداً في نفس الظروف المحيطة ويسأل عن جميع أخطائه حتى البسيطة منها[2].

وجاء في قرار لمحكمة التمييز الاردنية ان الضرر الحاصل للمريضة كان بسبب إهمال الطبيب المعالج الذي لم يبذل العناية اللازمة للمريضة، ومن ثم قررت المحكمة مسؤولية الطبيب عن الضرر الذي لحق بالمصابة بكسر أحدى عظام رقبتها وبسبب عدم إتباع الاساليب الطبية الصحيحة[3].

كذلك سار القضاء العراقي على نهج إعتبار التزام الطبيب إلتزاماً ببذل عناية ومن تطبيقات ذلك قرار محكمة التمييز العراقية الصادر بتاريخ 1968/11/30، حيث جاء فيه ((إن التزام الطبيب بمعالجة المريض و العناية به لايعني التزامه بضمان الشفاء والسلامة له ولا يسأل إذا ازداد المريض مرضاً ما لم يكن بتقصيره ولا يكون مقصراً إذا أستند في العلاج الى أسس فنية و علمية))[4].

1-فاطمه الزهرة منار ،المصدر سابق،ص187.
2-فاطمة الزهرة منار ،المصدر نفسها ،ص188.
3--تمييز حقوق رقم (90/1246) مجلة نقابة المحامين الاردنية ،العدد (10) س1992،40،ص1709.
4-ابراهيم على حمداي الحلبوسي ،الخطأ المهني والخطأ العادي في اطار المسؤولية الطبية دراسة قانونية مقارنة،ط1،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،1987 ،ص47.

الفرع الثالث

إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة كإستثناء

حسبما هو متعارف عليه فإنه إذا كان ألأصل إن التزام الطبيب هو إلتزام ببذل عناية، إلا ان هناك حالات إستثنائية يكون إلتزامه فيها إلتزام بتحقيق نتيجة معينة وهي سلامة المريض، وذلك يعني إلتزامه بشفاء المريض بل التزامه بإلا يعرض مريضه لإي أذى من جراء ما يستعمله من ادوات او اجهزة أو ما يعطيه من ادوية أو ينقل اليه بالعدوى مرضاً آخر[1].

اذا كان من الممكن استبعاد الالتزام بتحقيق نتيجة في مجال العلاج الطبي او مهنة الطب بصورة عامة،الا أن هذا الالتزام يظهر في مجالات اخرى،ومنها على سبيل المثال عدم حضور الطبيب في الموعد المحدد عند المريض او استئصال شيء معين داخل جسم المريض او معالجة كسر ما ([2]).

المبحث الثاني

أركان المسؤولية المدنية للطبيب الجراح و التعويض عنها

إن المسؤولية المدنية للطبيب الجراح أو ما يعرف بالمسؤولية الطبية بصورة عامة كأي مسؤولية مدنية أخرى تقوم على ثلاثة أركان هي الخطا و الضرر والعلاقة السببية، فقيام المسؤولية وعدمها يدور وجوداً وعدماً مع هذه الاركان، إذ إن إنتفاء احد هذه الاركان يؤدي الى إنتفاء المسؤولية .

كما ان تحريك المسؤولية المدنية بصورة عامة يتطلب إكمال أركان المسؤولية المدنية وهي الخطأ و الضرر والعلاقة السببية، ولإجل تناول موضوع أركان المسؤولية المدنية للطبيب الجراح ودعوى المسؤولية المدنية و التعويض عنها بالبحث و التحليل سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين وذلك على الوجه الآتي :

1- د.عزالدين الديناصوري و عبدالحميد الشواربي:المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء،مطبعة القاهرة الحديثة للطباعة ،القاهرة ،1988،ص 47.

2-د.ابراهيم محمد احمد الرواشدة،المصدر سابق،ص61.

المطلب الاول

أركان المسؤولية المدنية للطبيب الجراح

للوقوف على أركان المسؤولية المدنية للطبيب الجراح، يجب بيان ركن الخطأ الطبي والذي يتمثل في الفعل الضار، ومفهومه ومعياره و صوره، كما يستدعي الى بيان ركن الضرر الذي يعد نتيجة للخطأ الطبي ومن ثم بيان العلاقة السببية بين الخطأ الطبي للطبيب الجراح والضرر الناجم عن هذا الخطأ، عليه سوف نقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع وعلى الوجه الآتي:-

الفرع الاول

الخطأ الطبي-الجراحي

إن الخطا الطبي (الفعل الضار للطبيب الجراح) يخضع للمعيار العام في تحديد الخطأ في مجال المسؤولية المدنية، سواءً كانت مسؤولية عقدية أم تقصيرية، لكن نظراً للطبيعة الخاصة والفنية للخطأ الطبي وما ينطوي عليه من خطورة ومساس بحق أساسي للإنسان، فعليه سوف نحاول بيان تعريف الخطأ وبيان معياره وصور الخطأ الطبي-الجراحي،وعلى الوجه الآتي:

اولاً : تعريف الخطأ الطبي:

إن الخطأ بصورة عامة، وبضمنها الخطأ الطبي والذي ينجم عن عدم قيام الطبيب بالتزاماته الخاصة التي تفرضه مهنته، لا يزال هو قوام المسؤولية الطبية وعليه يتوقف وجودها، بمعنى انه لابد من إثبات وجود خطأ صادر من طبيب معين وإلا فلا يمكن إعتباره مسؤولاً[1].

والتعريفات التي أوردها الفقهاء للخطأ الطبي مستمدة من تعريف الخطأ الطبي المهني، حيث عرف البعض الخطأ الطبي بإنه عدم قيام الطبيب المعني بألالتزامات الخاصة التي فرضتها عليه مهنته[2]، إن الاتجاه السائد في الفقه والقضاء ياخذ بوحدة الخطأ الطبي العادي و الفني ولأتفاقه مع حكم القانون الذي لم يفرق بين نوع و آخر من الأخطاء بحيث يسأل الطبيب عن كل خطأ ثابت في حقه سواء كان خطئاً عادياً او فنياً، ولابد من

1- د.عامر أحمد القيسي ، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي،دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الاسلامي،ط1،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان ،الاردن،2001 ،ص69،د. أحمد محمود سعد ،مسؤولية مستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه ،دراسة تحليلية لإتجاهات الفقه و القضاء المصريين و الفرنسيين ،ط2،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2007،ص370،د. أسعد عبيد الجميلي:الخطأ في المسؤولية الطبية،دراسة مقارنة ،ط2،دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان ،الاردن ،2001،ص176.

2-د.عبدالسلام التويجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الاسلامية،حلب ،1966،ص259، د.حسن زكي الأبراشي،مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري و القانون المقارن ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،1970،ص118.

ثبوت خطأ ولوكان يسيراً في حق الطبيب، على ان يكون هذا الخطأ ثابتاً على وجه التحقيق، واما اذا إنتفى هذا الخطأ فلا يجوز مساءلة الطبيب، على محاولة إنقاذ مريض بإعتباره محاولة غير مضمونة طالما كان من المحتمل ان تنجح هذه المحاولة و تؤدي الى إنقاذ حياة المريض[1].

وقد نظر القضاء العراقي في بعض الاخطاء العادية و الجسيمة التي يرتكبها الطبيب، ومنه نسيان قطع الشاش في بطن المريض مسببة له التهابات و مضاعفات حيث قضي بمسؤولية الطبيب و لم يعفه من ذلك نسبة الخطأ الى الممرضة أو الى مساعده، وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز في العراق حيث قضت بما يلي :

((... وترى هذه المحكمة كما وجدت محكمة الموضوع ان المدعى عليها (أي الطبيبة) وبسبب إهمالها في المتابعة و الإشراف من التأكد من خلو موضع العملية من قطع الشاش قبل إصدارها الامر بمساعديها بغلق الموضع وعدم إتخاذها الحيطة الكافية لمنع وقوع ذلك بالإيعاز لمساعديها في عد قطع الشاش المستخدمة في العملية بعد إتمامها بغية التحقق من عدم بقاء أي منها في موضع العملية فقد نتج عن ذلك الأضرار التي لحقت بالمدعية (أي المريضة) من جراء الخطأ المذكور فتسأل المدعى عليها عنها، وأن القول بخلاف ذلك وترتيب مسؤولية الخطأ المذكور على مساعدي الطبيب الجراح أو أي منهم يخالف العقل و المنطق وما تقتضيه طبيعة المهنة للطبيب من حرص شديد على حياة المريض الذي أودع ثقته العالية فيه))[2].

ويتفق البعض من الفقهاء مع هذا الاتجاه القضائي العراقي[3]، في إلقاء المسؤولية المدنية على عاتق الطبيب عن هذا الخطأ العادي، إذ لايجوز منطقياً تحميل المسؤولية لغير الطبيب من العاملين معه، من ممرضين و مساعدين آخرين، وذلك لإن المريض في الغالب لا يعرف سوى الطبيب الجراح الذي يجري العملية وان الطبيب هو الأكثر دراية وعلماً من غيره، وإذا كان من واجب الممرضة إحصاء قطع الشاش والادوات المستعملة في الجراحة و التأكد من تمامها، وهو مايتذرع به عادة الاطباء لدفع المسؤولية عنهم، فالرد المتبادر هو ان الطبيب هو رئيس الفريق الطبي ومسؤول عن كل ما يحدث للمريض داخل صالة العمليات وانه – أي الطبيب- مسؤول عن اعمال تابعيه استناداً الى مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعيه وهو نفس اتجاه القضاء في فرنسا و في مصر [4].وقد اقر القضاء العراقي التفرقة بين نوعي الخطأ المهني و العادي وذلك في قرار لمحكمة التمييز العراقية، قضت فيه بأن ((... فريقاً من الشراح والفقهاء يقسمون الخطأ الى نوعين بالنسبة لأرباب الفن أطباء كانوا أم غيرهم، أذ قد يكون خطئهم مادياً أو مهنياً ،فالخطأ المادي لا يخضع للمناقشات و الخلافات الفنية و يقسم الفقهاء الخطأ الفني على اثنين احدهما الخطأ اليسير و ثانيهما الخطأ الجسيم ، ويقرر بعضهم المسؤولية

1-د.مصطفى عباد ،الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية للطبيب،دار الفكر الحديث،القاهرة ،1987،ص14.
2-ابراهيم على حمادي الحلبوسي، المصدر سابق، ص29.
3-محمد حسين منصور ، المصدر سابق ، ص29.
4-ابراهيم على حمادي ،الحلبوسي ، المصدر سابق، ص30 .

الجنائية في الخطأ الجسيم فقط، لأن الطب علم سريع التطور يتصارع فيه قديمه و حديثه صراعاً مستمراً ..))[1].

وكما جاء في قرار لمحكمة بداءة الاعظمية /بغداد مفاده ((... وحيث ان المستشفى الخاصة بالمدعى عليه هي مختصة بالكلى وان العملية التي إجريت للمدعية هي رفع الطحال مع الإبقاء على كلى المريضة، مما يشكل خطأ جسيماً، وان اهل الخبرة اشاروا في تقاريرهم الى عدم وجود ما يستوجب رفع الطحال ...))[2].

ثانياً:_معيار الخطأ الطبي

إن المعيار الذي يقاس به خطأ الطبيب هو معيار موضوعي يقيس الفعل على أساس سلوك معين يختلف من حالة الى أخرى وهو سلوك الشخص المعتاد، أي ان القاضي في سبيل تقدير خطأ الطبيب في علاج مريض معين يقيس سلوكه على سلوك طبيب آخر من نفس المستوى، سواءً أكان طبيباً عاماً أم طبيباً مختصاً [3].

ثالثاً:- صور الخطأ الطبي – الجراحي

وفيما يأتي بعض الصور الشائعة من الخطأ الطبي – الجراحي[4]:-

1- خطأ الجراح في عدم القيام بالفحوص اللازمة قبل التدخل الجراحي[5].
2- خطأ الجراح في عدم الاستعانة بإخصائي تخدير .
3- خطأ الطبيب الجراح في عدم الاستعانة بالمساعدين .
4- خطأ الطبيب الجراح في عدم الاستمرار في إجراء العملية بنفسه حتى النهاية .
5- خطأ الطبيب الجراح في عدم متابعة حالة المريض بعد إنتهاء العملية .
6- خطأ الطبيب الجراح في عدم زيارة المريض بعد إجراء العملية الجراحية له.
7- خطأ الطبيب الجراح في عدم تبصير المريض بالعلاج الواجب إتباعه.
8- خطأ الطبيب الجراح في حالة عمليات التجميل[6].
9- خطأ الطبيب الجراح في حالة عمليات الولادة .

1-نقض جنائي عراقي ، رقم الاضبارة (535/تمييزية/1968) بتاريخ 1968/11/30؛:د. ضاري خليل، في تعليقه على هذا القرار ،مجلة العدالة العراقية ،الصادرة عن وزراة العدل ،العدد(3) السنة الثالثة،1977،ص471.

2-قرار محكمة بداءة الاعظمية ،بغداد ،العراق،العدد (2240)بتاريخ 2004/3/31 مشار اليه عند: ربيع محمد الزهاوي: التسبيب والاجتهاد في قرارات السادة قضاة محاكم البداءة ،الجزء الثاني،ط1 ، مكتبة السنهوري، بغداد، 2013،ص274.

3- فاطمة الزهرة منار ، المصدر سابق ،ص 215.

4-سمير عبدالسميع الاودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعديهم مدنياً وجنائياً وإدارياً :منشأة المعارف ،الاسكندرية ،2004،ص294-311،فاطمة الزهرة منار ،مصدر سابق ،ص224-232،سعد سالم عبدالكريم العسلبي ،المصدر سابق ،ص189-193.

5-د. محمد حسين منصور ،المصدر سابق ،ص 75.

6-د. وفاء حلمي ،الخطأ الطبي،دراسة تحليلية فقهية وقضائية في كل من فرنسا و مصر،دار النهضة العربية،القاهرة ،1987، ص 64.

الفرع الثاني

الضرر في المجال الطبي

يعرف الضرر بإنه الأذى الذي يصيب الشخص جراء المساس بحق من حقوقه او بمصلحة مشروعة له سواءً تعلق ذلك الحق او تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته او بماله أو حريته أو شرفه او غير ذلك، كما عرف بإنه الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له، أو بحق من حقوقه أو هو إخلال بمصلحة مشروعة [1].

وفي نطاق المسؤولية الطبية، فإن القواعد العامة التي تحكم الضرر في المسؤولية المدنية هي التي تنطبق في هذا الشأن، فالضرر ركن من أركان المسؤولية المدنية و ثبوته يعتبر شرطاً لازماً لقيامها و القضاء بالتعويض تبعاً لذلك، وقوع الضرر مسالة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة التمييز، ولكن الشروط الواجب توافرها في الضرر مسألة قانونية تخضع لرقابتها[2] .

وقد جاء في قرار لمحكمة تمييز إقليم كوردستان – العراق إن ((.. الطبيب مسؤول عن الضرر الذي ينتج للمريض من خطأه أو إهماله في العلاج أو مخالفة أصول صناعة الطب في ذلك بسبب عدم تأهله عملياً ...))[3].

وبصورة عامة فإن الاضرار التي تصيب المريض أو ذويه من جراء الخطأ الطبي يمكن ان تكون أضراراً مادية او أدبية .

فالمساس بسلامة جسم الانسان او أصابته يترتب عليه خسارة مالية للشخص و يتمثل ذلك في نفقات العلاج او في أضعاف القدرة على الكسب او انعدام هذه القدرة اصلاً.

ويتمثل الضرر الادبي في مجرد المساس بسلامة جسم المريض او أصابته او عجزه نتيجة خطأ الطبيب او المستشفى، ويبدو كذلك في الآلآم الجسمانية والنفسية التي يمكن ان يتعرض لها، ويتمثل أيضاً فيما قد ينشأ من تشوهات وعجز في وظائف الاعضاء، كما قضت محكمة النقض المصرية بان القانون لا يمنع ان يدخل في

1-على فيلافي ، مطبوعات المؤسسة الوطنية للفنون للمطبعية ،الجزائر ،2002،ص244،د. عصمت عبدالمجيد بكر،النظرية العامة للألتزامات،ج1،ط1،منشورات جامعة جهان الخاصة،اربيل،2011،ص584- 585،بدر محمد الزغيب ،المسؤولية المدنية للطبيب عن الاخطاء الطبية في مجال التلقيح الصناعي،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق،قسم القانون الخاص،جامعة الشرق الاوسط،2011،ص53،د. أنس محمد عبدالغفار ،المصدر سابق ،ص333.

2-د.محمد حسين منصور ،المصدرسابق ،ص108.

3-قرار محكمة تمييز إقليم كوردستان – العراق،رقم (470/مدنية ثانية /2011) بتاريخ 2011/7/25.

عناصر التعويض ما كان للمضرور من رجحان كسب فوته عليه العمل غير المشروع، ذلك انه اذا كانت الفرصة امراً محتملاً ، فإن تفويتها امر محقق يجب التعويض عنه[1].

ويمكن التعويض كذلك عن الضرر الادبي، وتقتضي محكمة النقض المصرية بأن التعويض عن الضرر الادبي مقصور على المضرور نفسه فلا ينتقل الى غيره الإ ان يكون هناك إتفاق بين المضرور و المسؤول بشأن التعويض من حيث مبدئه ومقداره او ان يكون المضرور قد رفع الدعوى فعلاً امام القضاء مطالباً بالتعويض .

1-نقض مصري ،بتاريخ 1977/3/22،س28،ص732،مشار اليه عند: د. محمد حسين منصور ،المصدر سابق،ص108.

الفرع الثالث

العلاقة السببية و عبء الاثبات

لا يكفي مجرد وقوع الضرر للمريض و ثبوت الخطا للطبيب بل يلزم وجود علاقة مباشرة ما بين الخطأ الطبي والضرر، وهذا ما يعبر عنه بركن العلاقة السببية كركن ثالث من اركان المسؤولية المدنية[1].

الا ان تحديد العلاقة السببية في المجال الطبي يعد من الامور الشاقة نظراً لتعقد جسم الانسان و تغير حالاته و خصائصه وعدم وضوح الاسباب للمضاعفات الظاهرة، فقد ترجع أسباب الضرر الى عوامل بعيدة او خفية ترجع الى طبيعة تركيب جسم المريض وأستعداده الامر الذي يصعب معرفتها .

وقد جرى مسلك القضاء في هذا الشان على قاعدة مفادها انه متى أثبت المضرور الخطأ او الضرر وكان من شأن ذلك الخطأ ان يحدث عادة هذا الضرر فإن القرينة على توافر العلاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور، وللمسؤول نفي هذه القرينة بإثبات ان الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه[2].

وجاء في قرار لمحكمة تمييزإقليم كوردستان –العراق بانه ((... الخبراء بينوا في تقريرهم عدم صدور أي خطأ من الاطباء والمشرفين على العملية التي جرت لزوجة المدعي في مستشفى الولادة وحيث أن الحكم بالتعويض لابد له من توفر ركن الخطأ لذا فإن الحكم المميز برد الدعوى لعدم ثبوت إهمال او تقصير من قبل الاطباء الجراحين ومن إدارة مستشفى الولادة لا يشوبه أي عيب ...))[3].

1-د.انس محمد عبدالغفار ،المسؤولية المدنية في المجال الطبي ،دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الاسلامية،ط1،دار الكتب القانونية ،القاهرة،2010،ص371،فاطمة الزهرة منار ،مصدر سابق،ص258، د. محمد حسين منصور ،المصدر سابق ،ص114.
2-نقض مدني مصري بتاريخ 1968/11/28،س19،ص1448،مشار اليه عند : د. محمد حسين منصور ،المصدر سابق ،ص115.
3-قرار محكمة تمييز إقليم كوردستان- العراق، رقم (50/الهيئة المدنية /2000) ،بتاريخ 2000/2/24.

انعدام السببية لقيام السبب الاجنبي:

تنتفي علاقة السببية بين الخطأ الطبي و الضرر إذا كان هناك سبب أجنبي ترتب عليه حدوث الضرر، وهذا السبب قد يكون حادثاً فجائياً او قوة قاهرة او خطأ المريض أو خطأ الغير، كما ان خطأ الطبيب قد لا يكون وحده السبب في الضرر الناتج بل يشترك معه خطأ آخر للمريض او الغير مما يؤثر في مسؤولية الطبيب والتعويض الذي يحكم به .

ويشترط لإعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه او التحرز منه، ويترتب عليه إنتفاء رابطة السببية بين الخطأ الطبي والضرر، فلا يكون هناك محل للتعويض، وتقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعي يخضع لمحكمة الموضوع، والمثال على ذلك وفاة المريض بالقلب على أثر رعد مفاجيء او زلزال على سبيل المثال[1].

اما فيما يخص خطأ المريض(المضرور)([2])، فانه ينفي علاقة السببية إذا كان هو وحده السبب في احداث الضرر، اما اذا كان قد ساهم مع خطأ الطبيب في وقوع الضرر فإن ذلك يؤدي الى انتقاص التعويض المحكوم به على الطبيب بقدر نسبة خطأ المريض.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بان الاصل ان خطأ المضرور لا يرفع المسؤولية وانما يخففها ولا يعفي المسؤول استثناء من هذا الاصل الإ إذا تبين من ظروف الحادث ان خطأ المضرور هو العامل الاول في إحداث الضرر الذي أصابه وانه بلغ من الجسامة درجة بحيث يستغرق خطأ الطبيب المسؤول[3].

1-احمد حسن الحياري، مصدر سابق،ص135،د. محمد حسين منصور ،المصدر سابق ،ص116.

2-د.حسن على ذنون:المبسوط في شرح القانون المدني،ج3،الربطة السببية،ط1،دار وائل للنشر و التوزيع،عمان ،الاردن ،2006،ص101 وما بعدها.

3-د. محمد حسين منصور ،المصدر سابق ، ص 116.

المطلب الثاني

دعوى المسؤولية المدنية و التعويض عنها

لا تقوم المسؤولية المدنية للطبيب الجراح إلا إذا توافر أركانها من خطأ و ضرر و علاقة سببية بينهما، ذلك ان المسؤولية الطبية ماهي إلا صورة من صور المسؤولية المدنية بصورة عامة، وعند تحقق هذه المسؤولية يترتب عليها إلزام الطبيب المسؤول بتعويض المريض المضرور، ولكن لكي يصل الاخير الى حقه في التعويض العادل عما أصابه من ضرر بسبب خطأ الطبيب، يجب عليه أن يرفع دعوى المسؤولية المدنية على الطبيب الجراح ومن ثم يتم تقدير التعويض من قبل محكمة الموضوع، عليه سوف نقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع ،وعلى الوجه الآتي :-

الفرع الاول

دعوى المسؤولية المدنية الطبية

بما ان هدف احكام المسؤولية المدنية هو حماية مصالح الأفراد وعدم ألاضرار بها، فإن جزاء المسؤولية المدنية هو جبر الضرر عن طريق تعويضه ، فالقاعدة إن كل خطأ يسبب ضرراً للغير يلزم مرتكبه بالتعويض، ولكي يصل المتضرر الى حقه في التعويض لابد من إقامة دعوى في مواجهة المسؤول عن أحداث الضرر به أمام القضاء ،بمعنى إقامة الدعوى المدنية .

والجدير بالذكر في هذا المجال إن المشرع الكوردستاني قد أوقف العمل بالمادة (136) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971، وذلك بموجب القانون رقم (22) لسنة 2003 ، الصادر عن برلمان كوردستان – العراق بتاريخ 2003/9/27، وحسنا فعل المشرع الكوردستاني بوضع حد للصلاحيات الواسعة التي كانت ممنوحة للوزراء بموجب المادة (136) المذكورة والتي كانت تحد من الدعاوي المقامة على الأطباء في مجال المسؤولية الطبية ،وفي جانب آخر تثير مسألة إقامة الدعوى المدنية للتعويض عن المسؤولية الطبية عدة إشكالات في الواقع العملي، ومنها مسألة أصحاب الحق في إقامة دعوى المسؤولية الطبية .كما هو معلوم إن المريض المتضرر هو المدعي في دعوى المسؤولية الطبية، حيث انه يكون قد لحقه ضرر من جراء العمل الطبي المعيب وفيما يخص ورثة المريض المتوفي، فقد ذهب الفقه والقضاء الى إنه يجوز لهم المطالبة بحق مورثهم فيما أصابه من ضرر، فإذا كان الضرر هو وفاته فإنه يجوز التعويض عن الضرر المادي، إذا ما أقاموا الدعوى بشرط أن يثبتوا ان موت مورثهم قد سبب لهم ضرراً مادياً، حيث إن الإخلال

بمصلحة مالية للمتضرر، وكون الضرر محققاً شرطان للحكم بالتعويض عن الضرر المادي، ويكون التعويض لكل وارث بقدر نصيبه في الميراث، ويكون للوارث في هذه الحالة دعويان، دعوى بوصفه خلفاً للمتضرر والدعوى الثانية دعوى شخصية تتمثل في الاضرار التي أصابته بوصفه شخصاً أصيلاً[1].

وهناك إتجاه في الفقه[2]، يرى إنه إذا توافرت عناصر الضرر الموجبة للتعويض، فإنه ليس هناك ضرورة لمراعاة قواعد الميراث في إطار التعويض للورثة، وإنما يجب على القاضي أن يقدر التعويض بالتساوي، وذلك حيث ان المورث كان ينفق دخله على الورثة إثناء حياته بالتساوي، وإيضاً لما حكم له بالتعويض بمبلغ معين لا يمر بالذمة المالية للمورث حتى يمكن القول بإعمال قواعد الميراث الشرعية .

كما ثار التسأول حول مدى جواز قيام دائني المريض المتضرر بإقامة الدعوى بإسم مدينهم المتضرر في مواجهة الطبيب المسؤول عن الضرر ،ذهب رأي في الفقه الى أنه لا يجوز للدائن ان يستعمل بإسم المدين المتضرر حقه في طلب التعويض لإن مجال الدعوى غير المباشرة لا ينطبق في هذه الحالة، حيث إن حق المتضرر في التعويض عما اصابه من ضرر جراء العمل الطبي، إنما هو حق لصيق بشخصه ولايجوز لدائنيه إستعماله نيابة عنه[3]،وفي المقابل هناك رأي آخر[4]، يرى إن الاتجاه السابق قد بني على خلط و التباس في فهم مفهوم نطاق المادة (235) من القانون المدني المصري الخاصة بالدعوى غير المباشرة، التي تجيز للدائن إستعمال حقوق مدينه تجاه الغير، لذا يجب التساؤل في هذه الحالة حول هل إن هذا الحق الذي يثبت للمتضرر حق متعلق بالشخص أم حق مالي؟ فإذا كان حقاً متعلقاً بالشخص ولصيقاً به، فإنه لا مغبة في قبول الاتجاه السابق، الذي اشرنا اليه أعلاه ، حيث انه يحظر على الدائنين إستعمال الحقوق اللصيقة بشخص مدينهم،على ان المطالبة بتعويض مالي إنما هو حق مالي، وإن كان بمناسبة إصابة المتضرر بعجز أو مرض نتيجة للخطأ الطبي، فالتعويض في هذا الصدد، إنما هو بمثابة تقدير مالي عما لحق المتضرر من خسارة وما فاته من كسب، وعلى ذلك فإنه يكون للدائنين إقامة الدعوى غير المباشرة، وذلك لإعتبار هذا الحق حقاً مالياً، وذلك مع مراعاة توافر بقية الشروط الآخرى للدعوى غير المباشرة، لكن هذا الرأي لا ينكر انه مع ما سبق قوله يكون من الصعب عملياً تطبيق مضمون رأيه، حيث إنه يكون من الصعب على الدائن لهذا المريض إثبات الضرر الذي أصاب المريض، لا سيما إذا أمتنع المتضرر عن تقديم ما يلزم لذلك إذا كان من شأنه المساس بشخصه،والتشهير

1-فاطمه الزهرة منار ، المصدر سابق ،ص 337.

2-احمد محمود سعد ، مسؤولية مستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه ، أطروحة دكتوراه من كلية الحقوق ، جامعةعين شمس ، القاهرة ،1983،ص281.

3-د. عبدالرزاق أحمد السنهوري ،مصدر سابق،ج1،943،د. عبدالمنعم البدراوي ،النظرية العامة للألتزامات في القانون المدني المصري ،ج2،أحكام الألتزام ،بلا مكان نشر ،1990 ،ص188.

4-احمد محمود سعد ، المصدر نفسه ، ص285.

بالعاهة التي أصابته، وفيما يخص الضرر الادبي فإن القانون قد نص صراحة على الأشخاص الذين يجوز لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي[1].

الفرع الثاني

سلطة القاضي في التأكد من عناصر المسؤولية الطبية

في هذا المجال يثور التساؤل الذي مفاده:هل يكون لقاضي الموضوع سلطة تقديرية في مجال مسؤولية الطبيب المدنية وهل يخضع هذا القاضي في حكمه لرقابة محكمة التمييز.

يلاحظ إن القاضي في مجال دعوى المسؤولية الطبية يرجع الى القواعد العامة في القانون المدني ، فالمسؤولية الطبية لا تعتبر إستثناءً من القواعد العامة، وفي فرنسا ذهبت محكمة النقض الفرنسية، في حكم إستثنائي قديم صدر بتاريخ 1845/8/19 الى إن سلطات قاضي الموضوع مطلقة في ثبوت الوقائع والخطأ من جانب الطبيب، وليس هناك ثمة تمييز في بحث الوقائع و تكييفها ووصفها بوصف الخطأ إذ إن كل ذلك إنما يختص بالنظر فيه قاضي الموضوع، وهو غير خاضع لرقابة محكمة النقض في هذا الصدد[2].

إلا ان محكمة النقض الفرنسية عادت الى المباديء المسلم بها قانوناً على إن تكييف الوقائع وإعطائها وصف الخطأ إنما يعد من المسائل القانونية التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض، ذلك انه كان لقضاة الموضوع السلطة التقديرية في تحقيق الوقائع من حيث ثبوتها او عدم ثبوتها، فتلك مسائل يختص بها قاضي الموضوع دون رقابة لمحكمة النقض، اما يكون هذه الوقائع رغم ثبوتها الا انه يشوبها عيب فذلك يكون قابلاً لإعادة النظر و مراقبته من قبل محكمة النقض [3].

وفيما يخص القضاء المصري فإن محكمة النقض المصرية جعلت إستخلاص أركان المسؤولية التقديرية للطبيب من عناصر الدعوى، مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع وحده دون رقابة عليه في ذلك، إلا أن محكمة النقض المصرية عادت و وضعت الامور في نصابها الصحيح، وأستقر بعد ذلك قضاءها على أن تحقق حصول

1-فاطمه الزهرة منار ،المصدر سابق ، ص339 .
2-احمد محمود سعد ، المصدر سابق ،ص 222.
3-فاطمه الزهرة منار،المصدر نفسها ،ص342.

الفعل أو الترك، او عدم حصوله يعد من الامور الواقعية التي تدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا معقب لتقديره إلا ان وصف الفعل أو الترك بانه خطأ او غير خطأ فإن ذلك يعد من المسائل القانونية التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض[1].

وإذا كان من السهل على القاضي أن يتبين من نفسه خطأ الطبيب فيما يتعلق باعماله المادية، إلا ان ذلك يبدو عسيراً بالنسبة للأعمال الطبية التي تنتمي الى الفن الطبي، لذلك فإن للقاضي أن يستعين في هذا الصدد بأهل الخبرة لإبداء الرأي في المسائل الفنية، إلا انه يجب ملاحظة ان الخبير وإن كان يساعد القاضي في إستنباط الخطأ في المجال الطبي، إلا ان القاضي يستقل بالتكييف القانوني للسلوك الفني للطبيب، غير ان القاضي لا يكون ملزماً بالأخذ برأي الخبراء إذا قدر ان هذا الرأي ظاهر الفساد [2].

أما بالنسبة لركن الضرر، فإن إستخلاص ثبوت الضرر أو نفيه يعد من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، مادام الدليل الذي أخذ به في حكمه مقبولاً وفقاً للقانون، ولكن يجب ان يذكر الحكم ما هو الضرر الذي اصاب المدعي وإلا أعتبر التسبيب قاصراً[3].

أما قيام العلاقة السببية بين الخطأ والضرر فهو من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع بغير معقب عليها في ذلك، الا ان يشوب حكمها عيب في التسبيب وكذلك فإن تقدير الدليل على قيام هذه الرابطة السببية يعتبر أيضاً من الامور الموضوعية التي لا رقابة لمحكمة التمييز فيها[4].

وفي هذا المجال نؤيد البعض[5]، من أن تقرير الخبرة لا يجوز أن يكون بمثابة حكم في في المسألة المعروضة وانه يجب أن ينصب في مصطلحات عامة مفهومه تهدي القاضي، في الاطار المهني الى قرار في شأن وقوع الخطأ من الطبيب أو عدم وقوعه، فالخبير ليس هو من يقرر وقوع الخطأ او عدمه، لأنه لو فعل ذلك لكان هو القاضي وليس خبيراً كما يفترض في هذه الحالة .

1-نقض مدني مصري،بتاريخ 1971/12/21،الطعن رقم (464)لسنة 36 قضائية ،مجموعة احكام النقض،س22،العدد الثالث،مشار اليه عند :فاطمه الزهرة منار ،المصدر سابق، ص342.

2-فاطمه الزهرة منار،المصدر نفسها ،ص 129.

3- د. محمد حسين منصور، المصدر سابق ،ص 129.

4- فاطمه الزهرة منار ،المصدر نفسها ،ص343.

5-ابراهيم على حمادي الحلبوسي ،المصدر سابق ،ص251.

وفي هذا الخصوص قضت محكمة التمييز العراقية في قراري لها بأن ((التحقيق الاداري لم يثبت مسؤولية الطبيب وحدوث خطأ منه عند أداء مهنته وبالتالي يتطلب الامر الاستعانة بذوي الخبرة من الأطباء المختصين لإداء الرأي في الحالة المعروضة وهل أن الطبيب قد أرتكب خطأ عند إداء مهنته كطبيب، وهل أن الخطأ هو الذي ساعد على الوفاة))[1].

كذلك جاء في قرار لمحكمة استئناف منطقة اربيل، بصفتها التمييزية انه ((.. والحال هذه كان يقتضي على المحكمة الاستعانة بخبرة خبراء ملمين بالتعويضات بغية تقدير تعويض مناسب للمشتكية جراء ما أصابها من آلام جسدية و نفسية ...))[2].

1- قرار محكمة التمييز العراقية رقم(824/منقول/2002)بتاريخ 2002/7/23،مشار اليه عند:لفته هامل العجيلي:المختار من قضاء محكمة لبتمييز الاتحادية،القسم المدني،الجزء الاول،ط1،2001،ص79.

2- قرار محكمة استئناف منطقة اربيل، بصفتها التمييزية،العدد(215/تج/2014)بتاريخ 2014/12/14 وكذلك يراجع:قرار المحكمة المذكورة،العدد(25/تج/2015) بتاريخ 2015/2/2.

الفرع الثالث

التعويض عن المسؤولية الطبية

تقضي القواعد العامة التي تحكم تقدير التعويض عن الضرر، بوجوب ان يكون هذا التعويض على قدر يكفي لجبر الضرر، فلا يزيد التعويض عن الضرر ولايقل عنه،ويشمل التعويض مالحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب وكذلك الضرر الادبي الذي لحقه اذا وجد.

ويلاحظ أن التعويض لا يكون إلا عن الضرر المباشر فقط أما الضرر غير المباشر فلا تعويض عليه، وذلك سواءً كانت المسؤولية الناجمة مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية[1].

ويكون الضرر مباشراً إذا كان نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالتزامه أو للتأخير فيه، وهو يعتبر كذلك إذا لم يكن في إستطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول، ولكن يفرق بين المسؤوليتين فقط فيما يتعلق بالضرر المتوقع والضرر غير المتوقع، فبالنسبة للمسؤولية العقدية فإنه لا تعويض إلا عن الضرر المتوقع وقت العقد ، أما بالنسبة للمسؤولية التقصيرية فإنه يتم التعويض عن الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع، كما يراعي في تقدير التعويض الظروف الملابسة للمريض المتضرر، كحالته الجسدية والصحية و ظروفه العائلية والمهنية و حالته المادية وغير ذلك من الظروف التي تؤثر في تقدير التعويض[2].

وفيما يلي سوف نبين في فقرتين مستقلتين طرق تعويض الضرر، ومن ثم وقت تقدير التعويض وعلى الوجه الآتي:

اولاً:طرق تعويض الضرر:

إن أفضل طريقة لتعويض الضرر هي إزالته ومحوه متى كان ذلك ممكناً بحيث يعود المريض المتضرر الى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر الناجم عن خطأ الطبيب، وهو التعويض العيني ولكن إذا كان ألامر متعلقاً بضرر جسمي فإن التعويض العيني يكون مستحيلاً ولا يمكن تصوره في الحالة الراهنة للعلم

1-د. عبدالرزاق احمد السنهوري،المصدر سابق،ج1،ص845.
2-وديع فرج،مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ، بحث منشور في مجلة الاقتصاد والقانون،العدد الرابع و الخامس،لسنة 1989،ص392.

على ألاقل،ولهذا لا سبيل أمام المحكمة إلا ان تلجأ الى طريقة التعويض بمقابل، والتعويض بمقابل إما أن يكون تعويضاً نقدياً أو تعويض غير نقدي[1].

وقد أشارت المادة (209) من القانون المدني العراقي الى هذه الطرق،حيث قضت المادة المذكورة بإنه:

1-تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح ان يكون التعويض إقساطاً او إيراداً مرتباً ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين ان يقدم تأميناً.

2- ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر ان تأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه وان تحكم بإداء امر معين او برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض.

فالغرض من التعويض المدني، هو إعادة التوازن الذي أختل نتيجة الضرر الذي حدث بفعل المخطئ ولن يتحقق ذلك إلا بإعادة المتضرر الى الوضع الذي يكون فيه لو لم يقع الفعل الضار من الطبيب المعني .

والتعويض قد يكون في صورة عينية وهذا يتحقق بإن يقوم المسؤول عن أحداث الضرر بإعادة الحال الى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار ،ويتعين على القاضي ان يحكم بذلك إذا كان هذا ممكناً وبناءً على طلب المتضرر، وتبدو هذه الصورة من صور التعويض نادرة التنفيذ في مجال المسؤولية الطبية، ولذلك فإن الغالب هو ان يكون التعويض بمقابل، وبصفة خاصة في صورة نقدية، وذلك لأن كل ضرر حتى الضرر الأدبي يمكن تقويمه بالنقد[2].

وتقدير التعويض عن الضرر أمر متروك لمحكمة الموضوع، فهذا يعد من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع،أما تعيين العناصر المكونة للضرر والتي يجب ان تدخل في حساب التعويض،فيعد من المسائل القانونية التي تهيمن عليها محكمة التمييز[3].

وجاء في قرار لمحكمة تمييز كوردستان –العراق((... ومن ثم اللجوء الى الخبرة لتقدير التعويض إذا ثبت للمحكمة ان المدعى عليه كان مقصراً في عمله او انه ارتكب خطأ مهنياً على ان يكون الخبراء من ذوي الاختصاص...))[4].

وكما جاء في قرار آخر للمحكمة المذكورة أنه ((... تبين ان المحكمة اصدرت حكمها المميز دون ان تلاحظ غموض تقرير الخبراء (الأطباء) وخلوه من النقاط الجوهرية لحسم الدعوى مما يستوجب إستدعائهم و تكليفهم توضيح مايلي :(اولاً) هل ان الفحوصات المختبرية والسونر والعملية العلاجية لم تعمل بحسب القواعد

3-د. سعدون العامري،تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية،منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد،1981، ص148.
1-د.محمد حسين منصور ،المصدر سابق،ص131.
2-فاطمه الزهرة منار ،المصدر سابق، ص345.
3-قرار محكمة التمييز اقليم كوردستان – العراق رقم (763/مدنية اولى/2011) بتاريخ 2011/11/15.

الطبية.(ثانياً) هل حصل إهمال من الطبيبة (المدعى عليها)في إخذ الاحتياطات التي تستدعيها حالة المدعيين المريضين و توجبها أصول الفن عقب حصول العملية العلاجية ...))[1].

ثانياً: وقت تقدير التعويض:

لا شك في ان وقت تقدير الضرر يكون له اهمية كبيرة عند تقدير التعويض عنه،وذلك في وقت تختلف فيه قيم الاشياء وتتدهور فيه القيمة الشرائية للنقود من وقت لآخر، وإذا كان الحق في التعويض أي الحق في اصلاح الضرر ينشأ متى اكتملت اركان المسؤولية الطبية من خطأ و ضرر و علاقة سببية ، وكما بيناه سابقاً،وبصفة خاصة منذ وقوع الضرر، إلا ان هذا الحق لا يتحدد الا بصدور الحكم، ويجب ان يتم التعويض وفقاً لما وصل اليه الضرر يوم صدور الحكم، إشتد الضرر ام خف في هذا الوقت عن حالته يوم وقوع الفعل الضار،والحكم الذي يصدر بالتعويض لا ينشيء الحق في التعويض ولايكون مصدره بل هو يكشف عنه فقط [2]،ويثير تقدير التعويض عن الضرر الطبي صعوبات منها تحديد الوقت الذي يتم فيه هذا التقدير وتثور هذه الصعوبات في حالة ما إذا كان الضرر الذي يصيب المريض لا يتيسر تعيين مداه نهائياً وقت نطق بالحكم، وفي حالة ما إذا كان الضرر متغيراً، وبالنسبة لحالة عدم إمكان او قدرة القاضي وقت تعيين مدى التعويض تعييناً نهائياً، فإن المادة (170) من القانون المدني المصري قد إجازت للقاضي في هذه الحالة ان يحتفظ للمتضرر بالحق في ان يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر في التقدير.

أما في حالة الضرر المتغير، فإن محكمة النقض المصرية في حكم لها قضت بأنه يتعين على القاضي النظر فيه لا كما كان عندما وقع، بل كما صار اليه الحكم، على ان يراعي التغيير في الضرر ذاته، من زيادة راجع اصلها الى خطأ المسؤول ، وعلى ان يراعي كذلك التغيير في قيمة الضرر بإرتفاع ثمن النقد وأنخفاضه، و بزيادة أسعار المواد اللازمة لإصلاح هذا الضرر او نقصها [3].

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى الاعتداد بزيادة الأسعار اللاحقة على صدور الحكم النهائي في تقدير التعويض عن الضرر الجسدي المستمر ،بحيث يمكن ان يتم زيادة التعويض في مقداره بمقدار الزيادة في اسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر، لذا حكمت المحكمة المذكورة بالتعويض للمتضرر في صورة إيراد دوري بقيمة تتغير بتغير قيمة النقود، وهو الأمر الذي يسمح بمسايرة التعويض في مقداره لقيمة الضرر وفقاً لقيمة النقد الذي يقدر به، ومع ذلك فإنه ليس هنالك ما يمنع من الأخذ بقضاء محكمة النقض الفرنسية في ظل

4-قرار محكمة التمييز اقليم كوردستان – العراق رقم (470/مدنية ثانية/2011) بتاريخ 2011/7/25.

1-د.احمد شرف الدين ،مسؤولية الطبيب،مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة،دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقضاء الكويتي والمصري والفرنسي،مطبوعات جامعة الكويت،الكويت،1986،ص156.

2-نقض مدني مصري بتاريخ 1947/4/17،مجموعة عمر ، ص398،وكذلك نقض مدني مصري بتاريخ 1942/6/4، مجموعة عمر ، ص473، مشار اليه عند: د.محمد حسين منصور ،المصدر سابق ،ص123.

نصوص قانونية تسمح بأن يكون التعويض في صورة إيراد مرتب وذلك حسب نص المادة (1/171) من القانون المدني المصري[1].

الخاتمة

في نهاية بحثنا المعنون(المسؤولية المدنية للطبيب الجراح عن أخطاءه المهنية) توصلنا الى الاستنتاجات والمقترحات التالية:_

اولاً:الاستنتاجات:-

1- هناك صعوبات قانونية لإعتبار مسؤولية الطبيب الجراح ذات طبيعة عقدية في الحالة التي لا توجد فيها رابطة عقدية بينه و بين المريض، كما في حالة إدخال المريض الى مستشفى الطواريء نتيجة تعرضه لحادث سير على سبيل المثال ، وفي المقابل أيضاً تثور صعوبات قانونية لإعتبار مسؤولية الطبيب الجراح مسؤولية ذات طبيعة تقصيرية في حالة قيام هذا الطبيب بعملية جراحية للمريض بناءً على إتفاق مسبق بينهما .

2- يجب عدم النظر الى المسؤولية المدنية للطبيب الجراح بصفة مطلقة بإنها مسؤولية عقدية او إنها مسؤولية تقصيرية، وإنما يجب النظر الى هذه المسؤولية بإختلاف واقع الحال والظروف والملابسات .

3- يمكن القول كقاعدة أن مسؤولية الطبيب الجراح عن أفعاله الضارة هي مسؤولية عقدية إذا وجد عقد سابق على إجراء العملية الجراحية، وبخلافه أي في حالة عدم وجود إتفاق مسبق بين الطبيب الجراح والمريض تكون مسؤوليته ذات طبيعة تقصيرية وليست عقدية .

4- لا يمكن القول بأن التزام الطبيب الجراح هو التزام ببذل عناية بصورة مطلقة، كما لا يمكن القول بأنه التزام بتحقيق نتيجة بصورة مطلقة أيضاً، إلا ان إثبات خطأ الطبيب الجراح يختلف بإختلاف طبيعة إلتزامه.

5- إن الغالب في إلتزام الطبيب الجراح هو انه التزام بتحقيق نتيجة وليس إلتزاماً ببذل عناية ،فالطبيب الجراح ملزم بسلامة المريض أثناء العمليات الجراحية، ذلك ان الطبيب الجراح عند قيامه بعمليات جراحية يستخدم عادة عدة أجهزة و معدات مما يترتب عليه الالتزام بسلامة المريض، وذلك بألا يعرضه لأي أذى من جراء استخدام هذه المعدات، وذلك إنطلاقاً من فكرة الحراسة والقرينة على مسؤولية حارس الاشياء عن الأضرار التي تلحق بالغير بسببها أو بمناسبتها، ومناط الحراسة هو

3-فاطمه الزهرة منار ،المصدر سابق،ص 347.

السيطرة الامرة و الهيمنة على الشيء و المقصود بالسيطرة و الهيمنة ان تكون للشخص على الشيء سلطة الاستعمال و التوجيه و الرقابة .

6- لو سلمنا بإن إلتزام الطبيب الجراح هو إلتزام ببذل العناية، فإنه عليه فقط أثناء العمليات الجراحية ان يبذل العناية اللازمة وان اي إهمال او تقصير منه يؤدي الى وفاة المريض او إلحاق ضرر به ، يكون صعباً إثباته من قبل المريض، لإن إثبات إرتكاب الخطأ في الالتزام ببذل عناية يقع على عاتق المتضرر من هذا الخطأ، اذ إنه يكفي من الطبيب الجراح في هذه الحالة إثبات انه قد بذل العناية اللازمة أثناء إجراء العملية الجراحية لمريضه ولا مسؤولية عليه إن عجز المريض عن إثبات إهمال أو تقصير الطبيب الجراح .

7- لو قررنا ان التزام الطبيب الجراح هو إلتزام بتحقيق نتيجة، فإن المطلوب فقط من المضرور أو ذوي المريض إثبات عدم تحقيق النتيجة المطلوبة وهي عدم إفاقة المريض من جراء عملية جراحية ، على سبيل المثال أو انه قد لحق به الضرر لغاية إثبات خطا الطبيب الجراح، وهنا يقع على عاتق طبيب الجراح أن يثبت ان سبباً أجنبياً حال دون أفاقة المريض او تسبب له بالضرر، وان اعتبرنا ذلك قرينة على خطأ الطبيب الجراح فإن ذلك لا يعني مسؤوليته بمجرد قيام هذه القرينة، بما ان الطبيب الشرعي هو الذي يقرر مدى مسؤولية الطبيب الجراح وإن كان هناك فعلاً علاقة سببية بين فعل الطبيب الجراح و الضرر الذي لحق بالمريض.

8- هناك عوامل مهمة جداً يجب ان تؤخذ بنظر الاعتبار عند تقدير مسؤولية الطبيب الجراح من عدمه وكذلك إعتبار التزامه ببذل عناية (شفاء المريض) أو التزامه بتحقيق نتيجة (سلامة المريض) ومن هذه الامور القواعد المهنية التي تفرضها مهنة الطب على الطبيب الجراح وكذلك المستوى المهني للطبيب و تحصيله العلمي و خبراته فضلاًعن الظروف الخارجية التي يوجد فيها الطبيب و يعالج فيها المريض، كمكان إجراء العملية الجراحية و إلامكانيات المتاحة وأخيراً الاصول العلمية الثابتة .

9- بما انه قد تم إيقاف العمل بالمادة (136) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971، وذلك بموجب القانون رقم (22) المادة الرابعة لسنة 2003 الصادر عن المجلس الوطني الكوردستاني – العراق بتاريخ 2003/9/27، فإنه قد تم إلغاء الصلاحيات الواسعة الممنوحة للوزراء والتي كانت تحد من الدعاوي المقامة على الأطباء .

10-إن التعويض العيني في المجال الطبي حالة شبه مستحيلة لذلك لا مناص من اللجوء الى التعويض بالمقابل والمتمثل بالتعويض النقدي .

ثانياً: المقترحات :-

1- نقترح على المشرع الكوردستاني والمشرع العراقي بتنظيم أحكام المسؤولية الطبية بموجب قانون خاص بتجاوز الفارق بين المسؤولية العقدية و التقصيرية وذلك بجعل الخطأ مفترضاً بغض النظر عن كون المسؤولية الطبية ذات طبيعة عقدية او تقصيرية ،بمعنى ان نشوء الضرر قرينة على إرتكاب الخطأ .

2- إصدار قواعد سلوك مهنة للأطباء والعاملين في المجال الطبي في إقليم كوردستان – العراق و تبصيرهم بالمسؤولية القانونية الملقاة على عاتقهم حينما يكونوا مقصرين في حق المرضى او في حالة الأضرار بهم .

المصادر

اولاً: الكتب القانونية

1- د.ابراهيم محمد احمد الرواشدة ،المسؤولية المدنية لطبيب التخدير مطبعة التوفيق،عمان،الاردن ،سنة1985.

2- ابراهيم على حمداي الحلبوسي ،الخطأ المهني والخطأ العادي في اطار المسؤولية الطبية دراسة قانونية مقارنة،ط1،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،1987.

3- د.احمد حسن الحياري،المسؤولية المدنية للطبيب،في ضوء النظام القانوني الاردني والنظام القانوني الجزائري،ط2،دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان، الاردن،2008.

4- د.أحمد محمود سعد ،مسؤولية مستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه ،دراسة تحليلية لإتجاهات الفقه و القضاء المصريين و الفرنسيين ،ط2،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2007.

5- د.احمد شرف الدين ،مسؤولية الطبيب،مشطلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة،دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقضاء الكويتي والمصري والفرنسي،مطبوعات جامعة الكويت،الكويت،1986.

6- د.أسعد عبيد الجميلي:الخطأ في المسؤولية الطبية،داسة مقارنة ،ط2،دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان ،الاردن ،2001.

7- د.أنس محمد عبدالغفار،المسؤولية المدنية في المجال الطبي،دراسة مقارنة بين القانون و الشريعة الاسلامية ،ط1،دار الكتب القانونية ،القاهرة ،2010.

8- د.أنور سلطان ،مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني،ط1،مطبعة الجامعة الاردنية،عمان ،الاردن، 1987.

9- د.حسن زكي الأبراشي،مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري و القانون المقارن ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،1970.
10- د.حسن علي الذنون و د.محمد سعيد الرحو،الوجيز في النظرية العامة للألتزام،ج1،مصادر الألتزام ،دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي والمقارن،ط2،دار وائل للنشر،عمان ،الاردن،2002.
11- د.حسن على ذنون:المبسوط في شرح القانون المدني،ج3،الربطة السببية،ط1،دار وائل للنشر و التوزيع،عمان ،الاردن ،2006.
12- حسين عامر و عبدالرحيم عامر،المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ،ط2،دار المعارف،بيروت،1979.
13- ربيع محمد الزهاوي: التسبب والاجتهاد في قرارات السادة قضاء محاكم البداءة ،الجزء الثاني،ط1 ، مكتبة السنهوري، بغداد،2013.
14- سعد سالم عبدالكريم العسبلي،المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي،ط1،منشورات جامعة قاريونس،بنغازي،1994.
15- سمير عبدالسميع الاودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعديهم مدنياً وجنائياً وإدارياً :منشأة المعارف ،الاسكندرية ،2004.
16- السيد محمد السيد عمران،التزام الطبيب بإحترام المعطيات الطبية،مؤسسة الثقافة الجامعية،القاهرة ،1992.
17- صاحب عبيد الفتلاوي ،التشريعات الصحية ،ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان الاردن ،1997
18- د.عامر أحمد القيسي ، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي،دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الاسلامي،ط1،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان ،الاردن،2001 .
19- د.عبدالسلام التويجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الاسلامية،حلب ،1966.
20- عبدالرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،نظرية الألتزام بوجه عام،مصدار الالتزام،ج1،دار إحياء التراث العربي،بيروت،بلا سنة طبع.
21- د.عبدالرشيد مأمون :عقد العلاج بين النظرية و التطبيق،دار النهضة العربية ،القاهرة ،1986.
22- د.عبدالمجيد الحكيم ،الموجز في شرح القانون المدني ،ج1،في مصادر الالتزام ،المكتبة القانونية ،بغداد ،2007.
23- د. عبدالمنعم البدراوي ،النظرية العامة للألتزامات في القانون المدني المصري ،ج2،أحكام الألتزام ،بلا مكان نشر ،1990 .
24- د.عصمت عبدالمجيد بكر،النظرية العامة للألتزامات ،ج1،ط1،منشورات جامعة جهان الخاصة،اربيل ،2011.

25- د.عبدالمنعم فرج الصدة،مصادر الالتزام ،دراسة مقارنة في القانون اللبناني والقانون المصري ،دار النهضة العربية القاهرة 1979.
26- د.عدنان ابراهيم سرحان،مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2000.
27- د.عزالدين الديناصوري و عبدالحميد الشواربي:المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء،مطبعة القاهرة الحديثة للطباعة ،القاهرة ،1988.
28- على فيلافي ، مطبوعات المؤسسة الوطنية للفنون للمطبعية ،الجزائر ،2002.
29- د.غادة مجيد المختار ،حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني ،دراسة مقارنة ،ط1،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت ،2011.
30- فاطمة الزهرة منار ،مسؤولية طبيب التخدير المدنية ،دراسة مقارنة،ط1،دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان،الاردن،2012.
31- كيلاني سيد أحمد :المباديء القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كوردستان-العراق،(2001-2005) مطبعة منارة،أربيل.
32- لقمان فاروق حسن نانةكةلي،المسؤولية القانونية في العمل الطبي،دراسة مقارنة بين القانون والشريعة ،ط1،مطبعة منارة ،اربيل 2006.
33- د.محمد حسين منصور،المسولية الطبية،دار الجامعة الجديدة للنشر ،المصر ،بلا سنة الطبع.
34- د.محمد وحيد الدين سوار ،النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام ،ط2،منشورات جامعة المفتوحة ،القاهرة ،1993.
35- د.محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية،ج1، مطبعة جامعة قاهرة ،1978.
36- د.منذر الفضل ،المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية،ط2،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان ،الاردن،1995 .
37- د.منذر الفضل: المسؤولية الطبية ،ط1،دار ئاراس للطباعة والنشر،أربيل،2005.
38- د.منذر الفضل،الوسيط في شرح القانون المدني،دراسة مقرانة بين الفقه الاسلامي و القوانين المدنية العربية والاجنبية معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء،ط1،دار ئاراس للطباعة والنشر،أربيل،2006.
39- د.مصطفى عباد ،الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية للطبيب،دار الفكر الحديث،القاهرة ،1987.
40- د.وفاء حلمي ،الخطأ الطبي،دراسة تحليلية فقهية وقضائية في كل من فرنسا و مصر،دار النهضة العربية،القاهرة ،1987.
41- لفته هامل العجيلي:المختار من قضاء محكمة لبتمييز الاتحادية،القسم المدني،الجزء الاول،ط2001.

ثانياً: الرسائل الجامعية و البحوث

1- ئاوات عمر قادر حاجي،النظام القانوني لمبدأ استقرار المعاملات في القانون المدني ،دراسة تحليلية ،رسالة ماجستير من كلية القانون،جامعة السليمانية ،2009.

2- احمد محمود سعد ، مسؤولية مستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه ، أطروحة دكتوراه من كلية الحقوق ، جامعةعين شمس ، القاهرة ،1983.

3- بدر محمد الزغيب،المسؤولية المدنية للطبيب عن الاخطاء الطبية في مجال التلقيح الصناعي،رسالة ماجستير من كلية الحقوق،قسم القانون الخاص،جامعة الشرق الاوسط ،2011.

4- عدنان ابراهيم سرحان ،الاوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن،رسالة ماجستير من كلية القانون،جامعة بغداد ،1986.

5- وديع فرج،مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ، بحث منشور في مجلة الاقتصاد والقانون،العدد الرابع و الخامس،السنة ،1989.

6- د.سعدون العامري،تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية،منشورات مركز البحوث القانونية ،بغداد، 1981.

ثالثاً :- المجلات

1-تمييز حقوق رقم (90/1246) مجلة نقابة المحامين الاردنية ،العدد (10) س1992،40.

2-د.ضاري خليل،في تعليقه على هذا القرار،مجلة العدالة العراقية،الصادرة عن وزارة العدل،العدد(3) السنة الثالثة،1977.

رابعاً :_القوانين

1- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 وتعديلاته.

2- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

3- قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل.

4- قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971 وتعديلاته .

5- القانون رقم (22) لسنة 2003،الصادر عن برلمان اقليم كوردستان-العراقبتاريخ 2003/9/27.

خامساً:القرارات القضائية:

1- قرار محكمة تمييز إقليم كوردستان- العراق، رقم (50/الهيئة المدنية /2000) ،بتاريخ 2000/2/24.

2- قرار محكمة التمييز العراقية رقم(824/منقول/2002)بتاريخ 2002/7/23.

3- قرار محكمة التمييز اقليم كوردستان – العراق رقم (763/مدنية اولى/2011) بتاريخ 2011/11/15، الجزء الاول،القاضي كيلاني سيد أحمد،كامل المباديء القانونية في قضاء .

4-قرار محكمة تمييز كوردستان – العراق رقم (470/مدنية ثانية/2011) بتاريخ 2011/7/25، الجزء الاول،القاضي گيلاني سيد أحمد،كامل المباديء القانونية في قضاء.

5-القرار التمييزي رقم(156/الهيئة المدنية/2002) بتاريخ 2002/6/12،غير منشور.

6- قرار محكمة التمييز العراقية،رقم (33/موسوعة ثانية/2001، بتاريخ 12/3/ 2001 غير منشور.

7- قرار محكمة إستئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية،العدد(4/ت ج/2015) بتاريخ 2015/1/11.

8- قرار محكمة استئناف منطقة اربيل، بصفتها التمييزية،العدد(215/تج/2014)بتاريخ 2014/12/14،المباديء القانونية لقرارت محكمة استئناف منطقة اربيل (بصفتها التميزية)،ط1،القاضي گيلاني سيد احمد.
9- قرار محكمة التمييز العراقية رقم (686)2003/3 بتاريخ 12/6/ 2003 غير منشور .

المحتويات

المحتويات	الصفحة
المقدمة	1
أهمية موضوع البحث وأسباب اختياري	2-1
أهداف البحث	2
منهجية البحث	2
هيكلية البحث	3
طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب الجراح	4
الاهمية القانونية لتكييف مسؤولية الطبيب الجراح	5
الطبيعة التقصيرية للمسؤولية المدنية للطبيب الجراح	8-6
الطبيعة العقدية للمسؤولية المدنية للطبيب الجراح	12-9
مدى التزام الطبيب الجراح	13
التمييز بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية	13
التزام الطبيب ببذل عناية كأصل عام	15-14
الاتجاه الفقهي لإعتبار التزام الطبيب التزاماً ببذل عناية	15
الاتجاه القضائي لإعتبار التزام الطبيب ببذل عناية	16
التزام الطبيب بتحقيق نتيجة كإستثناء	17
اركان المسؤولية المدنية للطبيب الجراح والتعويض عنها	17

أركان المسؤولية المدنية للطبيب الجراح	18
الخطأ الطبي – الجراحي	18
تعريف الخطأ الطبي	20-18
معيار الخطأ الطبي	20
صور الخطأ الطبي- الجراحي	20
الضرر في المجال الطبي	22-21
العلاقة السببية و عبء الاثبات	23
انعدام السببية لقيام السبب الاجنبي	24
دعوى المسؤولية المدنية و التعويض عنها	25
دعوى المسؤولية المدنية الطبية	27-25
سلطة القاضي في التاكد من عناصر المسؤولية الطبية	29-27
التعويض عن المسؤولية الطبية	30
طرق تعويض الضرر	31-30
وقت تقدير التعويض	32
الخاتمة	34-33
المقترحات	35
الالمصادر	40-36