نظرية الخطأ المضمر
ومسئولية الطبيب المدنية في مجال التجارب الطبية

د. وائل عزت عبد الهادي مبارك
دكتوراه القانون المدني - جامعة الزقازيق

المقدمة

تمثل موضوعات المسئولية المدنية ترجمة لواقع الحياة من منازعات وخصومات يومية تقع بين الأفراد ، وأحكامها تمثل الحلول القانونية لتلك المنازعات والخصومات ؛ لذلك فقد فرضت نفسها وأرست وجودها الذى سيظل حياً دائماً دوام الحياة فى المجتمع ، فالحياة متجددة متطورة ومنازعاتها مستمرة ومتنوعة وهذا ما يؤكد عدم الثبات النسبي لأحكام وقواعد المسئولية ، فما كان مقبولاً بالأمس لم يعد كذلك اليوم ، وما هو سائد فى مكان ما لا يكون ذلك بالضرورة فى مكان آخر[1] .

وانه من غير المقبول أن يتحمل الفرد العادي غير الخبير وغير القادر اقتصادياً تبعات التطور الصناعي والاقتصادي ، فقد لجأ الفقه والقضاء إلى مفاهيم أقل وطأه فى مجال الإثبات من هذه المفاهيم المستحدثة التي لجأت إليها المحاكم مفهوم الخطأ المضمر أو المقدر، والخطأ المضمر معناه : استنتاج التقصير أو الخطأ من وقوع الضرر ، وذلك على خلاف القواعد العامة فى دعوى المسئولية التي توجب على المدعي أن يقيم الدليل على خطأ المدعى عليه .

والمجال الخصب لتطبيق هذا المفهوم يتمثل فى الخطأ الطبي فى مجال التجارب الطبية فلقد أصبح للتقدم العلمي والتطور التكنولوجي الهائل خاصة فى المجال الطبي نتيجة استخدام كثير من الأجهزة والآلات أثره الواضح فى نجاح العلاجات الطبية والتدخلات الجراحية ، وهو ما أثر تبعاً لذلك على مدى التزام الطبيب فى علاقته بالمريض ، وذلك بسبب كثرة الحوادث التي تنجم عن استخدام تلك الأجهزة والأدوات ، وهو ما انعكس بدوره على الصعيد الفقهي والقضائي ؛ حيث ذهب الفقه والقضاء الحديث إلى التوسع فى تفسير أحكام المسئولية عن الأشياء التي يستخدمها

(١) - د/ علاء حسين مطلق التميمي ، الاتجاهات الحديثة فى المسئولية المدنية ، رسالة دكتوراه لسنة ٢٠١٠ ، معهد البحوث والدراسات العربية ص١٥ .

الطبيب، حيث اعتبرا التزام الطبيب في استخدام الأدوات والأجهزة الطبية التزاماً بضمان سلامة المريض من جراء استخدامه هذه الأجهزة الطبية وهو ما يقودني إلى التساؤل عن مدى تطبيق المسئولية الموضوعية في مجال التجارب الطبية؟ وهو ما سأتناوله بمشيئة الله تعالى هنا ، وذلك من خلال مبحثين متتاليين .

المبحث الأول : ماهية الخطأ المضمر.

المبحث الثاني : الخطأ المضمر ومسئولية الطبيب المدنية في مجال التجارب الطبية

نظرية الخطأ المضمر
ومسئولية الطبيب المدنية فى مجال التجارب الطبية

تقسيم :

سأقوم بتقسيم هذا البحث من خلال مبحثين رئيسين اتناول فى المبحث الأول ما هية الخطأ المضمر، واتناول فى المبحث الثاني الخطأ المضمر ومسئولية الطبيب المدنية فى مجال التجارب الطبية.

المبحث الأول : ماهية الخطأ المضمر

ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي :

المطلب الأول : ماهيه الخطأ المضمر.

المطلب الثاني : القضاء الفرنسي ونظرية الخطأ المضمر.

المطلب الأول
ماهية الخطأ المضمر

إن المسئولية عن الأعمال الشخصية تقوم فى القانون المدني الفرنسي كما فى القانون المدني المصري على فكرة الخطأ الواجب الإثبات حيث يجب على المدعي إثبات خطأ الفاعل.

فالثورة الصناعية التي حدثت فى أواخر القرن التاسع عشر والتي أدت إلى انتشار الآلات فى معظم مجالات النشاط البشري وبوجه خاص فى الصناعة والنقل بواسطة السكك الحديدة والسيارات، أصبحت الأضرار أكثر وقوعاً وأكثر خطورة فى الوقت نفسه وصار من المتعذر اكتشاف الخطأ أو إقامة الدليل عليه على فرض اكتشافه[1] .

فلو انفجرت آلة داخل أحد المصانع وألحقت أضراراً بالغة بأحد العمال فكيف يتسنى لهذا العامل إقامة الدليل على خطأ رب العمل أو على خطأ صانع هذه الآلة وهو لا يفهم شيئاً عن كيفية عمل هذه الآلة المعقدة ؟ ولو أن سائق سيارة جرح أحد المشاة على أثر انفصام أجزاء السيارة فكيف يستطيع إثبات خطأ السائق أو خطأ صانع السيارة ؟

(١) - د / أيمن العشماوي تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسئولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة المنوفية، ١٩٩٨م، صـ ١١٨.

مما لا شك فيه أن الاستمرار فى تطلب إثبات مثل هذه الأخطاء ، معناه فى الواقع إنكار كل حق لهؤلاء الضحايا فى الحصول على تعويضات عن الأضرار التي تلحق بهم [١]

وإنه لمن غير المقبول أن يتحمل الفرد العادي غير الخبير وغير القادر اقتصادياً تبعات التطور الصناعي والاقتصادي ، فقد لجأ الفقه والقضاء إلى نظريات أقل وطأة فى مجال الإثبات من هذه النظريات التي لجأت إليها المحاكم نظرية الخطأ المضمر أو المقدر La faute virtuelle، والخطأ المضمر أو المقدر معناه : استنتاج التقصير أو الخطأ من وقوع الضرر ، على خلاف القواعد العامة التي توجب على المدعي فى دعوى المسئولية أن يقيم الدليل على خطأ المدعي عليه [٢]

فطبقاً لهذه الفكرة تستنتج المحاكم الخطأ من مجرد حدوث الضرر[٣] ، وذلك على أساس أن الواقعة ثابتة ولا تحتاج إلى دليل ، وما دام الأمر كذلك فإنه يكفي التحقق من حدوث ضرر ما كي تستنتج المحاكم بطريقة شبة آليه ، وإن كانت غير واقعية أيضاً أن الشخص الذي سببه قد ارتكب خطأ [٤] .

فالخطأ المضمر أو المقدر معناه : استنتاج التقصير أو الخطأ من وقوع الضرر على خلاف القواعد العامة ، التي توجب على المدعي فى دعوى المسئولية أن يقيم الدليل على خطأ المدعي عليه[٥] ، وترتكز نظرية الخطأ المضمر التي لجأت إليها المحاكم من حين لآخر على سرد ظروف الحادث (مثل كون الطريق جافاً وفي حالة جيده وكون الرؤية جيده وكون السيارة قد تمت صيانتها جيداً) كي تستخلص فى يوم النهاية أن الحادث لا يمكن تبريره إلا إذا كان فاعله قد ارتكب خطأ [٦] .

---

(١) - د/ أيمن العشماوي تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسئولية المدنية ، رسالة دكتوراه ، جامعة المنوفية ، ١٩٩٨م صـ ١١٩ .

(٢) - د/ مراد بن الصغير الخطأ الطبي فى ظل قواعد المسئولية المدنية ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ابى بكر بلقايد سنة ٢٠١١ ص ٢٨ ، ص ٣٨ ،
د/ أيمن العشماوي الرسالة السابقة ، صـ ١٥٢ ،
د/ محمود جمال الدين زكي النظرية العامة للالتزامات ، الطبعة الثالثة ، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٨ ، مكتبة نقابة المحامين صـ ٣٧١ ، وكذلك د / وفاء حلمي أبو جميل ، الخطأ الطبي تحليله فقهية وقضائية فى كل من مصر وفرنسا ، رسالة ماجستير ١٩٨٧ ، صـ ٨٩ ، الناشر دار النهضة العربية .

(٣) - د/ مراد بن الصغير ، الرسالة السابقة ، صـ ٣٨ .

(٤) - د/ أيمن العشماوي ، الرسالة السابقة ، صـ ١٥٢ .

(٥) - د/ محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، صـ ٣٧١ .

(6) - RASSAT (Michèle – laure) : que sais – je la responsabilité civil . 3e edition , sans r 1973 p . 21. . èditeu

ولقد عبر الفقه المصري عن افتراض الخطأ بمصطلح الخطأ المضمر أو المقدر[١] ، ويوافق الفقه الفرنسي في اعتبار افتراض الخطأ في هذا الفرض استعمالاً من القاضي لسلطته في استخلاص الخطأ من كافة القرائن التي تفيد أن الضرر ما كان ليحدث لولا وقوع الخطأ[٢] .

وفي الحقيقة فإن نظرية « الخطأ المضمر » التي لجأت إليها المحاكم بدافع الرغبة في حماية المضرور وضمان حصوله على تعويض عادل في جميع الحالات قد أبقت من الناحية النظرية فقط على مبدأ المسئولية القائمة على الخطأ بواسطة خدعة لفظية حققت توازناً ظاهرياً فقط استخدمت فيه الكلمات من أجل إخفاء حقيقة مختلفة تماماً ، ألا وهي إقرار المحاكم بالفعل لنظرية تحمل التبعة ولكن بطريقة غير مباشرة .

(١) د/ حسن عبد الباسط جميعي . الخطأ المفترض في المسئولية المدنية . دراسات لطلبة الماجيستير . بكلية حقوق جامعة القاهرة . صـ ٥٧ .

(٢) د/ أيمن العشماوي . المرجع السابق . صـ ١٥٤ .

المطلب الثاني

القضاء الفرنسي ونظرية الخطأ المضمر

أصبح للتقدم العلمي والتطور التكنولوجي الهائل خاصة في المجال الطبي، نتيجة استخدام الكثير من الأجهزة والآلات ، أثر واضح في نجاح العلاجات الطبية والتدخلات الجراحية ، الأمر الذي أثر تبعاً لذلك وبصفة واضحة نتيجة تطور هذه التقنيات والأجهزة على مدى التزام الطبيب في علاقته مع المريض ، وذلك بسبب كثرة الحوادث التي تنجم عن تلك الأجهزة والأدوات مما أدى بالفقه والقضاء الحديث إلى التوسع في تفسير أحكام المسئولية عن الأشياء التي يستخدمها الطبيب وبالتالي التشدد في مسئوليته[١].

فالأصل أن التزام الطبيب يعتبر التزاما ببذل عناية[٢] ، ولكن الفقه والقضاء الفرنسيين قد ذهبا إلى أن التطور في المجال الطبي والاستخدام المتزايد للمعدات والآلات والأجهزة في التشخيص والعلاج يدعو إلى ضرورة اعتبار التزام الطبيب بضمان سلامة المريض الخاضع للفحص أو العلاج عن طريق هذه الأجهزة التزاماً بنتيجة[٣]

فالتطور الحديث في العمل الطبي يجعل الآخر وهو الطبيب مدينا بتحقيق هذه السلامة الجسدية وعلى الطبيب باعتباره مديناً محترفا الوفاء بديون السلامة وهي التعويضات[٤].

والأضرار المقصودة في هذا الشأن تلك التي تنشأ نتيجة وجود عيب أو عطل بالأجهزة والأدوات المذكورة ؛ إذ يقع على عاتق الطبيب التزام مفاده استخدام الآلات السليمة التي لا تحدث أضراراً بالمريض[٥].

---

(١) ١ - د/ مراد بن الصغير ، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسئولية المدنية ، الرسالة السابقة ، صـ٢٢٤ .

د/ عبيد مجول العجمي ، الخطأ الطبي في نطاق المسئولية المدنية ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، ٢٠١٠ ، صـ٢١٥ .

د/ علاء الدين خميس العبيدو ، المسئولية الطبية عن فعل الغير ، رسالة دكتوراه ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة لسنة ٢٠١٠ ، صـ ١٦١ ،

د/ مالك محمد محمود أبو نصير ، المسئولية المدنية للطبيب عن الخطأ المهني ، دارسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس سنة ٢٠٠٨ ، صـ٢٧١ .

(٢) - د / حسن عبدالباسط جميعي ، المرجع السابق ، صـ٧٥ .

(3) - http :// ar.jurispedia.org/index.php? title=%D8%AA

(٤) ٤- د- محمود ثابت محمود على الشاذلي التزام الطبيب بتبصير المتبرع والمريض بمخاطر عملية ونقل وزراعة الاعضاء البشرية رسالة دكتوراه جامعة عين شمس سنة ٢٠١٧ ص ٤١٤

(٥) - د/ عبد الحميد الشواربي- مسئولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨ م ، صـ٨٧

ولذلك لا يعفي الطبيب من المسئولية حتى لو كان العيب الموجود بالآلة يرجع إلى صنعها ويصعب كشفه[١].

ولقد تبنى القضاء الفرنسي فى أحكامه الحديثة مبدأ التشدد بشأن مسئولية الطبيب ؛ وذلك بأخذه بفكرة الخطأ المضمر أو المقدر، أي استنتاج التقصير أو الخطأ من وقوع الضرر على خلاف القواعد العامة التي توجب على المدعي فى دعوى المسئولية أن يقيم الدليل على خطأ المدعي عليه[٢].

وأثيرت مسألة الخطأ المضمر من خلال بحث مسئولية الطبيب عندما يستخدم آلات وأجهزة طبية أو علمية فى علاج المريض، ويترتب على هذا الاستخدام ضرر يلحق بالمريض، ولكن دون أن يظهر بوضوح أن ثمة خطأ شخصيا ارتكبه الطبيب ؛ والجديد هنا هو افتراض الخطأ من خلال تدخل الجهاز وحدوث الضرر، وذلك على خلاف القواعد التقليدية التي تقضي بوجوب إثبات خطأ الطبيب حتى يمكن انعقاد مسئوليته المدنية، وذلك باعتبارها قائمة على الإخلال بالتزام ببذل عناية[٣].

وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية ففي قضية تتلخص وقائعها فى أن طبيبا اتخذ من أشعة X وسيلة لعلاج أحد مرضاه من مرض كان يشكو منه، وقد ترتب على استخدام الأشعة إصابة المريض بأضرار، رفع بسببها دعواه ضد الطبيب طالبا الحكم له بالتعويض، وكانت محاكم الموضوع ترفض عادة عقد مسئولية الطبيب فى حالة استخدام أجهزة الأشعة ما لم يقم المريض دليلاً على خطأ الطبيب، أي أنها كانت ترفض استخلاص مسئولية تلقائية وموضوعية وكانت بالتالي ترفض إسناد المسئولية إلى قواعد المسئولية الشيئية وفقاً للمادة ١/١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي.

ولكن الدائرة المدنية فى حكمها المشار إليه ، ورغم ما ثبت من تقرير الخبير المنتدب فى الدعوى من أضرار الأشعة ربما تعود إلى انزلاق أحد صمامات الأجهزة الداخلية مما أدي إلى تسرب أشعة زائدة أي رغم عدم القطع بوجود خطأ ثابت شخصي فى حق الطبيب إلا أن المحكمة استخلصت هذا الخطأ من الخلل الذي تمثل فى عدم إحكام أحد مسامير أحد الصمامات فالحادث ما كان ليقع إلا لأن القائم على

(1) TUNC Andrè : le spectre de la responsabilité civile R . I . D . C . N O4 ,1978 France, p 114.
مشار إليه لدى د / مراد بن الصغير، الرسالة السابقة، صـ٢٢٥.

(٢) - د/ وفاء حلمي، المرجع السابق، صـ٨٩.

(٣) - د/ سهير منتصر، المسئولية المدنية عن التجارب الطبية فى ضوء قواعد المسئولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية ١٩٩٠، صـ٩٩.

تشغيله لم يحكم ربط الصمام المذكور، أو أنه لم يأخذ حذره فى مراجعته، أو أنه لم يحسن تسكين الصمام، وفي جميع هذه الفروض يوجه إلى مسلك الطبيب خطأ شخصي[١]

ولقد عللت محكمة (روان) الفرنسية سبب مسئولية الطبيب فى هذا المجال بأن سلطة الطبيب فى التصرف بجسم المريض تتضمن بالمقابل أن يأخذ على عاتقه واجباً وهو أن يعود المريض فى نهاية إقامته فى العيادة سالماً من كل ضرر، إلا الضرر الذي يمكن أن ينتج عن الصدف الخاصة بكل عملية، وأن تثبيت المريض على سرير العملية وحتى فى الظروف التي يكون فيها عمل الطبيب غير منتقد من الناحية العلمية، فإنه يجب أن لا ننكر أن هذا العمل سبّب للمريض ضرراً وبالتالي يجب الحكم بمسئولية الجراح الذي أدار هذا العمل[٢]

وقد قضت محكمة استئناف باريس حكماً قضت فيه بمسئولية الطبيب بسبب سقوط المريض من السرير المخصص لتوقيع الكشف عليه ؛ وذلك استناداً إلى خطأ الطبيب المفترض وذلك على أساس أن سقوط المريض وما لحقه من ضرر نتيجة إصابته بانزلاق غضروفي لا يمكن أن يحدث إلا بسبب إهمال الطبيب وعدم اتخاذه الاحتياطات اللازمة[٣].

وقضت إحدى المحاكم ايضاً بخطأ جراح جزأ العصب الوجهي لمولود جديد خلال ولادة قيصرية.

وقد أسست المحكمة هذه الإدانة على مجرد القصور فى تطبيق فن التوليد. خاصة وأن الحالة المعروضة كانت حالة نادرة لا مثال لها فى المراجع الطبية بينما الموجود من النماذج إنما يمثل عمليات جراحية تمت طبقا للقواعد التقليدية[٤]

وقضت إحدى المحاكم ايضاً بمسئولية جراح عن وفاة مريضة أثناء التدخل الجراحي وكان سبب ذلك انفجار لتسرب الغاز من جهاز التخدير واشتعاله بشراره خرجت منه. وفي قضية أخرى حكم بمسئولية طبيب عما أصاب المريض من حروق

(١) - نقض مدني فرنسي ٢٨ يونيو ١٩٦٠، الأسبوع القانوني ١٩٦٠-٢-١١٧٨٧، مشار إليه لدى الدكتورة سهير منتصر، المرجع السابق، صـ١٠٠، صـ١٠١.

(٢) - د/ مالك حمد، الرسالة السابقة، صـ١٧٧.

(3) - C.A.Paris, 4NOV, 1963,D; 1954.

(٤) - د- أمير طالب هادى التميمي، المسئولية المدنية الناشئة عن التدخلات الطبية فى الجنين، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس سنة ٢٠١٥ ص٤٨٢

نتيجة لهب خرج من المشرط الكهربائي أثناء علاجه رغم عدم ثبوت تقصير الطبيب[١]

كما قضى بأنه يجب على الجراح بغير خطأ ثابت من جانبه تعويض الضرر الذى يلحق بالمريض اذا كان هذا الضرر مستقلاً عن المرض الذى يعالجه ويجد مصدره فى حادثة طرأت فى أثناء الجراحة ولم يخطر المريض باحتمال وقوعها ولم يستطع الجراح أن يتخلص من هذه المسئولية إلا بإقامة الدليل على رجوع هذه الحادثة إلى قوه خارجية لا يمكن دفعها كانت غير متوقعة له أو ترجع إلى فعل الغير[٢].

وقضى بمسئولية طبيب الأسنان عن خرق لسان المريض وتمزيق اغشية فمه بسبب عدم سيطرته على الجهاز المستعمل فى العلاج فهذه الإصابة وان كانت ترجع الى الأعمال الطبية . الا انها قد بلغت حداً من الجسامة جعلها تخرج عن نطاق حوادث العلاج . ومن ثم يلتزم إزاءها بسلامة المريض[٣]

ولقد قضت محكمة النقض المصرية بتأييد الحكم الصادر بمسئولية طبيب التجميل عن الترقيع الذي أدى إلى تشوه المريض ؛ تأسيساً على قرينة افتراض خطأ الطبيب أو إهماله من حدوث الضرر غير المألوف فى مثل هذا النوع من أنواع العمليات[٤].

يتضح من الأحكام السابقة أن التزام الطبيب بصدد استخدام الآلات والأجهزة الطبية أو العلمية يقوم على أساس فكرة الخطأ المضمر أو المقدر، والذي لا يستطيع الطبيب دفعة إلا بإثبات السبب الأجنبي، وسواء كان الضرر الذي يصيب المريض ناجماً عن عيوب الآلات التي يستخدمها الطبيب، أو عن الأضرار الناجمة عن سوء استخدام الطبيب لهذه الآلات طالما انقطعت الصلة بين هذه الأضرار وبين حدود الالتزام بقواعد المهنة فى العلاج من ناحية أخرى[٥]، ولا يسعني إلا تأييد ما ذهب إليه القضائيان الفرنسي والمصري من أن التزام الطبيب هو التزام بضمان حسن استخدام الأجهزة والأدوات الطبية التي يستعملها فى العلاج وهو التزام محدد بالسلامة ، ومن شأن ذلك تحقيق حماية للمريض المضرور فضلاً عن إقامة توازن فى العلاقة بين طرفي العقد.

---

(١) - د- بخورس بلعيد .خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي . رسالة ماجستير . كلية الحقوق والعلوم السياسية . جامعة مولود معمري. سنة ٢٠١١ . ص٩٨

(2) - civ . 30 oct . 1929 j.c.p 1929 n. savatiey

مشار اليه د- ابراهيم بن عبد الله بن سالم الغامزي التزام الطبيب بضمان سلامة الطبيب فى القانون الوضعي والفقه الإسلامي دراسة مقارنة. رسالة دكتوراه جامعة عين شمس سنة ٢٠١٦ ص ٢٥٦

(٣) - mcaux الابتدائية . ١٢ ديسمبر ١٩٦٠ . جازيت دى باليه ٤٤/٢/١٩٦٢

انظر، فى ذلك د- ابراهيم بن عبد الله بن سالم المرجع السابق ص٢٥٧

(٤) - نقض مدنى مصري . جلسة ١٩٦٩/٥/٢٦ . مجموعة المكتب الفني . السنه ٢٠ . صـ١٠٧٥ .

(٥) - عبيد مجول العجمي . الخطأ الطبي فى نطاق المسئولية المدنية ، الرسالة السابقة . صـ ٢٢٢ .

المبحث الثاني
الخطأ المضمر ومسئولية الطبيب المدنية فى مجال التجارب الطبية

تمهيد وتقسيم :

مما لاشك فيه أن المسئولية الطبية قد زادت أهميتها نتيجة للتقدم العلمي الكبير فى شتى مجالات الطب[١] ؛ حيث شهد هذا القرن تطوراً كبيراً فى العلوم والفنون الطبية، فقد تطورت الأجهزة والآلات المستخدمة إلى درجه مذهله، وقد صاحب ذلك تطور على ذات المستوى فى الاهتمام بالصحة العامة، والتزام الدولة بتوفير الرعاية الصحية والطبية الشاملة، خاصة فى الدول التي حققت قدراً موفوراً من التقدم الاقتصادي والاجتماعي ومع كل ذلك تشعبت علاقات الأطباء بالأفراد من ناحية وبالهيئات والتجمعات البشرية من ناحية أخرى[٢].

ولقد أدى التطور المذهل الذى شاهدته مهنة الطب إلى تطور قواعد المسئولية الطبية تطوراً ملحوظاً[٣] حيث كانت المحاكم فى فرنسا إلى عهد قريب تطبق على مسئولية الأطباء والجراحين المدنية المواد ١٣٨٢ ، وما بعدها من القانون المدني الفرنسي، وكان هذا الحكم يستند إلى أن التزامات الطبيب لا تنشأ من اتفاق المريض مع الطبيب، فهي من جهة مجهولة لأحد طرفي ذلك الاتفاق وهو المريض ، فلا يمكن افتراض أنها دخلت فى دائرة الاتفاق لا صراحة ولا ضمناً ، وأنها من جهة أخرى لا تخضع لإرادة أي من الطرفين، فلا سبيل لهما لإنشائها أو لتقييدها ؛ لأنها من النظام العام تفرضها قواعد المهنة وحدها ، فهي أقرب إلى الالتزامات القانونية منها إلى الالتزامات العقدية لهذا كان يترتب على الإخلال بها مسئولية تقصيرية[٤].

ولقد سلك القضاء المصري نفس مسلك القضاء الفرنسي واعتبر مسئولية الطبيب تجاه مريضه مسئولية تقصيرية[٥]، حيث قضت محكمة النقض بأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض، وإنما بذل العناية ، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق فى غير الظروف

(١) - مراد بن الصغير، مدى التزام الطبيب بتبصير (إعلام) المريض دراسة علمية تأصيليه مقارنة . بحث منشور بمجلة الحقوق . العدد الرابع – السنة الرابعة والثلاثون – محرم ١٤٣٢هـ - ديسمبر ٢٠١٠ . صـ٣٦ .

(٢) - د/ شهير منتصر . المسئولية المدنية عن التجارب الطبية فى ضوء قواعد المسئولية المدنية للأطباء ، المرجع السابق . صـ٥ .

(٣) - د/ مالك حمد محمود أبو نصير ، المسئولية المدنية للطبيب عن الخطأ المهني ، دراسة مقارنه ، رسالة دكتوراه ، المرجع السابق . صـ٤ .

(٤) - د/ عبيد مجول العجمي ، الخطأ الطبي فى نطاق المسئولية المدنية ، الرسالة السابقة . صـ٩٥ .

(٥) - د/ وفاء حلمي . المرجع السابق ، صـ١٥ .

الاستثنائية مع الأصول المستقرة فى علم الطب فيسأل عن كل تقصير فى مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ فى مستواه المهني وجد فى نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول كما يسأل عن خطئه العادي أيا كانت درجة جسامته[١] .

تغير الأمر إلى تكريس المفهوم العقدي للمسئولية الطبية منذ الحكم الشهير لمحكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٢٠مايو لسنة ١٩٣٦حيث قضت بأن " مسئولية الطبيب تجاه مريضه هي مسئولية عقدية ، فمن المقرر نشوء عقد بين الطبيب والمريض يلتزم بمقتضاه الطبيب لا بشفاء المريض ، بل بتقديم العناية اليقظة التي تقتضيها الظروف الخاصة للمريض والتي تتفق مع أصول المهنة ومقتضيات التطور العلمي ، وأن الإخلال بهذا الالتزام التعاقدي ولو بغير قصد ميلاد من نفس النوع مسئولية تعاقدية أيضاً " [٢] .

والقضاء المصري شأنه شأن القضاء الفرنسي حيث قضت محكمة النقض حديثاً بأن "مسئولية الطبيب الذى اختاره المريض أو نائبه لعلاجه هي مسئولية عقدية ، والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذى ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له ؛ لان التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة ، وإنما هو التزام ببذل عناية ، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهوداً صادقه يقظة تتفق فى غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة فى علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير فى مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ فى مستواه المهني وجد فى نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول [٣] ، ولكن ذلك لا ينفي قيام حالات تكون فيها مسئولية الطبيب مسئولية تقصيرية وذلك حيث لا تقوم بينه وبين المريض علاقة عقديه أصلاً ، أو حيث يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ، أو قضى بإبطاله بسبب من أسباب البطلان النسبي ، ويلاحظ أن بطلان التعاقد قد يتحقق فى حالة إجراء تجربه علميه طبية دون علم المريض ودون موافقته على إجراء التجربة[٤] .

---

(١) - نقض مدني مصري ، جلسه ٢١ ديسمبر لسنه ١٩٧١ ، مجموعه أحكام النقض لسنه ٢٢ق .

(٢) - cass ٢٠ mai ١٩٣٦ D ١٩٣٦.

- نص قرار مرسى بالغة الفرنسية :

(Ile se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien , l'enhahment, si non évidemment de guérir le malage , du moins de lui donner des soins , non pas quelconques , mais conxienvcieux , attentifs ,et conformes aux données acquisesde la science , la violation , meme involontaire de ceete obligation vontractuelle , est sonctionnee par une respopsabilité de nature égalent contractuelle..)

(٣) - نقض مدني، جلسة ٢٦ يوليو ١٩٦٩، الطعن رقم ١٢١ لسنة ٣٥ ق، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٠، ص١٠٧٥

(٤) - د/ سهير منتصر ، المرجع السابق ، صـ ٢٢ .

ومما لا شك فيه أن حالة الضعف المزدوج التي يوجد فيها المريض سواء ما تعلق منها بكونه مريضاً ضعيفاً مضطراً وبحاجه إلى العلاج ليدرأ عن نفسه الآلام والمعاناة أو ما تعلق منها بكونه مستهلكاً لخدمة الطب جاهلاً بها وبتقنياتها وأساليبها، زيادة على تعامله مع طبيب مهني متمرس أعلم وأحوط منه بميدان الطب وغيرها من الاعتبارات تجعل التزام الطبيب بتبصير المريض أمراً غاية فى الأهمية[1]، والتطبيق العملي لمبدأ احترام إرادة المريض يتمثل فى التزام الطبيب بعدم القيام بأي عمل طبي، إلا بعد الحصول على رضاء المريض وموافقته على هذا التدخل.

بيد أن هذا الرضا لا يعتد به إلا إذا كان وليد إرادة واعية مستنيرة، وهو ما يفترض أن يكون الطبيب قد قام بإعلام المريض بكل ما يتعلق بحالته المرضية وبالعلاج المزمع تطبيقه والخيارات أو البدائل الأخرى إن وجدت[2].

وسأقوم بمشيئة الله وعونه ببحث هذا المبحث وذلك من خلال ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: شروط العمل الطبي فى مجال التجارب الطبية.

المطلب الثاني: مفهوم الخطأ الطبي وتطبيقه فى مجال التجارب الطبية.

المطلب الثالث: تقدير نظرية الخطأ المضمر.

---

(١) - د/ مراد بن الصغير، البحث السابق، صـ ٣٦٨.

(٢) - د/ مراد بن الصغير، مدى التزام الطبيب بتبصير (إعلام) المريض، البحث السابق، صـ ٣٦٦.

المطلب الأول
شروط العمل الطبي فى مجال التجارب الطبية

أولاً / رضاء المريض وتطبيقه على التجارب الطبية :

مما لا شك فيه أنه لا ريب فى اشتراط رضاء المريض بصفه عامه إزاء أي عمل طبي يخضع له ، فرضاء المريض شرط تقتضيه الطبيعة العقدية للعلاقة الطبية ، وهذا فضلاً عن كونه يمثل التزاماً مبدئياً على عاتق الطبيب من الناحية الأخلاقية والأدبية[١] .

وعرف البعض الرضا بأنه " عمل عقلي مصحوب بالتروي والتفكير قبل الإفصاح عن الإرادة ؛ حيث يرى العقل محاسن الأشياء ومساوئها قبل أن يسمح بارتكاب الفعل الذى سيقع ، فالعلم والإدراك الكامل بما يجب أن يحدث أو يقع من الأشياء والتصرفات أمر ضروري لتكوين الرضا وصحته بشرط خلو الإرادة من الإكراه والغش والحيلة "[٢].

وعرفه البعض الآخر بأنه " التعبير عن الإرادة الصادرة من شخص عاقل أو من يمثله قانوناً ، قادراً على أن يكون رأياً صحيحاً عن موضوع الرضا ويجب أن يكون صادراً عن حرية بغير إكراه أو غش "[٣] .

ويؤكد رأي فى الفقه أنه لا يقصد بالإكراه ما نعنيه فى عيوب الإرادة فى نظرية الالتزام بكل ما يقتضيه ذلك من شروط وضوابط ، بل هو أوسع مدى من هذا المعنى وهو خلو الإرادة من أي ضغط سواء تمثل هذا الضغط من خلال استغلال قصور فى الأهلية أو تمثل فى موقف الخضوع النفسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي[٤].

ويتبين أنه من حيث المبدأ يجب أن يصدر الرضا من المريض نفسه طالما أنه فى حالة تسمح له بذلك ، ويعتد بهذا الرضا قانوناً ، أما إذا كان المريض فى حالة لا تسمح له بالتعبير عن رضائه ، وأن حالته تستوجب التدخل الطبي السريع ، أو إذا كان المريض فاقداً الأهلية فإنه يعتد برضاء ذويه وأقاربه أو من يمثله قانوناً[٥].

(١) - د/ سهير منتصر ، المسئولية المدنية عن التجارب الطبية فى ضوء قواعد المسئولية المدنية للأطباء ، المرجع السابق ، صـ٢٣ .
(٢) - د/ مراد بن الصغير ، الخطأ الطبي فى ظل قواعد المسئولية المدنية ، دراسة مقارنه ، رسالة دكتوراه ، جامعة تلمسان ، لسنة ٢٠١٠-٢٠١١ ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، صـ٢٥٦ .
(٣) - د/ مراد بن الصغير ، الرسالة السابقة ، صـ٢٥٦ .
(٤) - د/ سهير منتصر ، المرجع السابق ، صـ ٢٥ وما بعدها .
(٥) - د/ مالك حمد محمود ، المسئولية المدنية للطبيب عن الخطأ المهني ، دراسة مقارنه ، الرسالة السابقة ، صـ١٥٦.

فقد يكون المريض غير أهل لإعطاء رضاء صحيح ، إما بسبب انعدام أهليته كما في حالة الجنون ، أو لنقص أهليته كما في الصبي المميز ومن في حكمه ، ففي هذه الحالات لا يستقيم القول بأن الشخص قادر على إعطاء رضاء حر صحيح بالمعنى الكامل رغم إننا في مقام أمور غير ماليه، لأن تلك القدرة تفترض إدراكاً وتمييزاً وصلاحية للاختيار بين أمور قد تدق فيها التفرقة ويستعصى فيها استظهار وجه المصلحة على نحو مفيد ومعتبر[١] .

وتبدو ضرورة هذا الرضا ملحة في مجال التجارب الطبية ، ولهذا السبب فإن أي عمل طبي، أو تجربه طبية ، يتم إجراؤها دون الحصول على رضاء صاحب الشأن إنما يمثل خطأ قانونيا لا جدال فيه ، يستوي في ذلك أن تكون قد دعت إلى هذه التجربة أو ذلك العمل ضرورة طبية لمصلحة المريض أم لا ، فالمريض يجب أن يخير بين إجراء العلاج أو التجربة أو الامتناع عن ذلك وأن يوضع في خيار تبني وسيله علاجيه أو أخرى مبدين الوسائل المتاحة[٢] .

وإذا كان رضاء المريض ليس محلاً لخلاف في الوقت الراهن ، حيث أصبح من المبادئ المستقرة في القانون الطبي ، فقد حرصت المادة ١/٣٦١ من تقنين أخلاقيات المهنة في فرنسا على تأكيده حيث تنص على إنه " يتعين الحصول في جميع الحالات على رضاء الشخص الذي يخضع للفحص أو العلاج "[٣] .

وأرى أنه في مجال إجراء التجارب الطبية يجب أن تكون إرادة المريض واضحة تماماً ، وليس محلاً للشك ، وقاطعه في الدلالة على الإرادة الحقيقية له ، إذ لا يكفي أن يتوجه المريض إلى الطبيب لاستشارته حتى يمكن القول قبول المريض للعلاج أو إجراء التجربة الطبية التي تنطوي على مساس بسلامة الجسم[٤] .

وفي هذا المقام وعلى بساط البحث يثور التساؤل هل يتعين أن يحصل الطبيب على الرضاء المستنير للمريض كتابة ؟ أم أن الأمر يجوز إثباته بكافة الطرق ؟ وعلى من يقع عبء الإثبات؟[٥] . ذهب رأي في الفقه إلى أن العقد الطبي مهما بلغت خطورة العمل الذي يكون محلاً له، هو عقد رضائي UN contract consensual فهو لا يحتاج إلى شكليه خاصة، بل يكفي لانعقاده مجرد تطابق إرادة الطبيب وإرادة المريض[٦] .

(١) - د/ سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق دار النهضة العربية طبعة ١٩٩٢، صـ٣٦ .
(٢) - د/ سهير منتصر، المرجع السبق، صـ٣٤ .
(٣) - د/ مالك حمد محمود، الرسالة السابقة، صـ١٥٧ .
(٤) - د/ مراد بن الصغير، الرسالة السابقة، صـ٢٥٧ .
(٥) - د/ سهير منتصر، المرجع السابق، صـ٤٦ .
(٦) - sevie ? Traité , ? G. mémeteau et Lmélennec; le Contract médical – la Responsabilité civil du médecin, Tome , Paris: A Editeur , S. Louis mélnnec maloine , de droit médical " ١٩٨٢ , P. ٢٣ . مشار إليه لدى د/ مراد بن الصغير، الرسالة السابقة، صـ 257.

وذهب رأى آخر إلى أن ضرورة تطلب أن يكون الرضا كتابياً أصبحت فكره منبوذة ما عدا فى بعض الحالات الاستثنائية ويكفي صدور رضاء شفوي من المريض ؛ وذلك لتعارض الرضا الكتابي مع الثقة التي يجب أن تسود علاقة المريض بالطبيب ، هذا فضلاً عن عدم جدواها فى تحقيق الهدف المراد منه والمتمثل فى الإثبات والتخلص من عبء المسئولية[١] ، وذهب رأى جدير بالاحترام والتقدير إلى ضرورة وجوب اقتضاء موافقة كتابيه من المريض الخاضع للتجربة ، وتطلب الكتابة يحقق مصلحه أساسيه للمريض ، حيث يحمى هذا الأخير من أي احتمال لإجراء تجارب عليه بغير علمه وموافقته ، وتكون الموافقة الكتابية فى هذا المقام دليلاً واضحاً على وجود الرضا مقدماً ، هذا فضلاً على أن أسلوب الكتابة يساعد على معرفة حدود رضاء المريض على نحو يقلل من احتمالات المنازعة[٢] .

وأرى استثناء وجوب اقتضاء موافقة كتابية من جهة المريض فى حالة الضرورة ؛ حيث تكون حالة المريض لا تستدعى التأخير للحصول على الرضا نظراً لظروف الاستعجال الذى يستوجب سرعة مباشرة العمل الطبي لإنقاذ حياة المريض من الخطر الذى يحدق به.

وفيما عدا ذلك فإنه يستلزم وجود توقيع كتابي من المريض يثبت علمه ورضاءه المسبق بالتدخل الطبي ، وهذا ما دعت إليه الأكاديمية الفرنسية للأطباء سنة ١٩٥١ أثناء انعقاد مؤتمرها السنوي إلى ضرورة الحصول على توقيع كتابي من المريض يثبت علمه ورضاءه المسبق بالتدخل الطبي وعواقبه[٣] .

فالدليل الكتابي أصبح ضرورة وبات مطلوباً فى حالة إجراء التجارب الطبية ، ذلك لأنه إن كان لنا أن نتساهل فى شأن أوجه العلاج العادية فإن هذا التساهل له ما يبرره من افتراض القبول والموافقة حسب مجريات الأمور العادية فى العلاج بالوسائل التقليدية ، أما فى نطاق إجراء التجارب الطبية فإن القبول والموافقة لا يسهل افتراضهما بل يتعين إقامة الدليل عليهما[٤] .

(1) - L.petier le consentement du patient á L' acte mèdical , these d' etat Aix – marseille , 1991 ,p311, 312

مشار إليه لدى د/ مراد بن الصغير ، الرسالة السابقة ، صـ٢٥٧ .

(٢) - د/ سهير منتصر ، المسئولية المدنية فى مجال التجارب الطبية فى ضوء قواعد المسئولية المدنية للأطباء ، المرجع السابق ، صـ٤٦ .

(٣) - د / سهير منتصر ، المرجع السابق المشار اليه فى البند السابق ، صـ٥١ .

(٤) - د/ سهير منتصر ، المرجع السابق ، صـ٥٢ ، ولقد أثيرت هذه المسألة فى المؤتمر الطبي فى فرنسا ، عام ١٩٧٠ حيث نبه المؤتمرون إلى ضرورة إثبات موافقة الشخص على إجراء التجارب الطبية . وقد أشير فى هذا المقام إلى المادة ٣٠ من إعلان هلسنكى الذى يطلب ممن يقوم على التجارب الطبية أن يحصل على موافقة كتابيه مستنيرة من صاحب الشأن . وكذلك إعلان طوكيو الذى يشير إلى ضرورة الحصول على الموافقة الحرة المستنيرة لصاحب الشأن ، وإن من الأفضل أن تكون الموافقة كتابيه .

وفيما يتعلق بعبء الإثبات ، فإن عبء إثبات موافقة المريض ورضائه بإجراء التجارب ظل قائماً على كاهل المريض حتى سنة ١٩٥١ حيث تعرضت محكمة النقض الفرنسية فى حكم شهير لها سنة ١٩٥١ حيث وضعت مبدأ ، أنه يتعين على المريض أن يقيم الدليل على إخلال الطبيب بالتزامه بالحصول على رضائه وإعلامه بطبيعة وحقيقة التدخل الجراحي [١] .

وحديثاً عدلت محكمة النقض الفرنسية عن قضائها السابق حيث قضت فى حكم حديث نسبياً بأن عبء الإثبات يقع على عاتق الطبيب [٢] .

ولقد استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية اعتباراً من الحكم الصادر فى ١٩٩٧/٢/٢٥ على أن المكلف قانونا بإثبات حصول الرضا المتبصر من المريض هو الطبيب وقد استندت فى حكمها على نص المادة «١٣١٥» من القانون المدني الفرنسي التي توجب عل من يطالب بتنفيز التزام معين اثبات وجوده وعلى من يدعى تحرره من هذا الالتزام أن يثبت انقضاءه بكافة طرق الإثبات .[٣]

وأرى أن الحكم السابق يتماشى مع قواعد العدالة والمنطق ؛ وذلك نظراً لحالة الضعف الذى يوجد فيها المريض ، وكونه يتعامل مع طبيب مهني متمرس أعلم وأحوط منه بميدان الطب، هذا فضلاً على أساس أن الطبيب عند تحمله لهذا الإثبات إنما يبرر العمل الذى أقدم عليه من جهة أخرى[٤]، ولذلك فإن عبء الإثبات يتحدد فى ضوء نص المادة الأولى من قانون الإثبات المصري التي تنص أن "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"، والالتزام هنا يتمثل فى الحصول على موافقة المريض كتابياً ، ويقع المريض فى موقع الدائن ، ويقع الطبيب فى موقع المدين ، وبالتالي فإن عبء إثبات الوفاء بالالتزام طبقاً لنص المادة الأولى من قانون الإثبات المصري تقع على عاتق الطبيب الذى يقع فى موقع المدين ، وكما تقول الدكتورة سهير منتصر بأنها ضرورة تبدو لنا أكثر إلحاحاً فى مقام التجربة الطبية منها فى مجال العلاج العادي سواء بالأدوية أو عن طريق التدخل الجراحي .

(١) - نقض مدني فرنسي ٢٩ مايو ١٩٥١ دالوز ١٩٥٢ وتعليق سافاتييه ، مشار إليه لدى الدكتورة سهير منتصر ، المرجع السابق ، صـ٥٠ .
(2) - cass.civ : 27/5/1998 , j.c.p , 1998 oiv , 2626 – 1 .
(٣) د - محمود ثابت محمود على الشاذلي ، المرجع السابق ص ٢٨٢ .
(٤) - د / مراد بن الصغير ، الرسالة السابقة ، صـ٢٦٢ .

فالموافقة والتبصير مفترضان فى الظروف العادية من واقع ملابسات وطبيعة علاقة المريض بطبيبه والأمانة والثقة الواجبة فى علم الطبيب وخلقه ، أما فى التجربة فإن الظروف لا تسمح باستخلاص أو افتراض[١] .

ولا شك أن التزام الطبيب بالحصول على رضاء المريض ليس مجرد التزام أخلاقي مبعثه مبدأ الحرية الفردية ومبدأ معصومية الجسد بل هو التزام قانوني نصت عليه التشريعات الحديثة ؛ حيث تضمنه المشرع الفرنسي فى المادة ٣٦ من مدونة أخلاقيات الطب ، والمشرع السعودي فى نص المادة ١٩ من نظام مزاولة المهن الصحية[٢] ، ولذلك يتعين على الطبيب المعالج أن يفصح للمريض عن كافة ظروف التجربة وأبعادها وما يكتنفها من مخاطر ، بحيث يصدر منه رضاء حر واع متبصر على نحو كامل ، لأن التبصر والرضاء المستنيرين يبدوان أكثر إلحاحاً فى مجال التجارب الطبية عنها فى مجال العلاج العادي[٣] .

ويتطلب الفقه والقضاء لصحة رضاء المريض عدة شروط على النحو التالي :

١ - أن يكون الرضا حراً Le consentement Libre ، فمن حق المريض أن يصدر رضاه بالعمل الطبي أو الجراحي عن إرادة حرة وعلم صحيح ، إذ يجب أن يعلم المريض حقيقة حالته الصحية وأهميه العلاج بالنسبة له ، والأخطاء التي يمكن أن تنجم عن العمل الجراحي[٤] .

٢- يجب أن يكون مَنْ صدر عنه الرضاء بالغاً أو من ينوب عنه قانوناً إن كان غير رشيد [٥] .

٣- أن يكون مَنْ صدر عنه الرضاء عاقلاً ، أو من المسئول عنه إن كان غير عاقل ، فالرضاء الذى نبحثه فى إطار التجارب الطبية يجب أن يكون صادراً من المريض نفسه ، طالما أن حالته الصحية والعقلية تسمح له بذلك[٦] ، أما إذا كان غير أهل للتعبير عن رضائه فإنه يستوجب الحصول على رضاء ممثله القانوني ، ولكن الرأي قد أستقر لدى الفقه على أن القاصر الذى يتمتع بقدر كاف من التمييز ، يمكنه أن يقبل

(١) - د / سهير منتصر ، المرجع السابق ، صـ٥٣ ، صـ ٥٤ .
(٢) - د / مراد بن الصغير ، الخطأ الطبي فى ظل قواعد المسئولية المدنية ، دراسة مقارنه ، الرسالة السابقة ، صـ٢٥٩ .
(٣) - د / عبيد مجول العجمي ، الخطأ الطبي فى نطاق المسئولية المدنية ، الرسالة السابقة ، صـ١٥٩ .
(4) - Jean philipe : La charte du patient hospitalisé Berger – levr aut , france , 1996 , p73.
مشار إليه للدكتور ، مراد بن الصغير ، المرجع السابق ، صـ٢٥٩ ،
وكذلك د/ مالك حمد محمود ، المسئولية المدنية للطبيب عن الخطأ المهني ، دراسة مقارنه ، المرجع السابق ، صـ١٥٨ .
(٥) - د/ مالك حمد محمود ، المرجع السابق ، صـ١٥٧ .
(٦) - د/ منير رياض حنا ، المسئولية الجنائية للأطباء والصيادلة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، لسنة ١٩٨٩ ، صـ٨٩ .

وحدة العلاج الطبي الجاري Le traitement courant أو التدخل الجراحي البسيط L'intervention peugrave الذى لا يقوم فيه شك حول جدواه للمريض[١].

٤- أن يكون من صدر عنه الرضاء واعياً ، وأن يكون مدركاً لأقواله وأفعاله[٢].

٥- أن يكون الرضا متبصرا مستنيرا Le consentement e'claire فاشتراط الأهلية الكاملة لا يكفي للاعتداد برضاء المريض ؛ إذ لابد أن يكون المريض على بينه من كل النتائج المحتملة الناتجة عن رضائه ، لذلك يجب على الطبيب أن يعطى لمريضه صوره كاملة وواضحة عن حالته الصحية ، والأعمال الطبية التي يقترح تنفيذها ، والنتائج المترتبة عنها ، وما يجب على المريض الالتزام به حتى ينجح العلاج أو العملية الجراحية[٣].

٦- يجب أن يكون موضوع الرضاء مشروعا وصادرا ممن له صفة.

صفوة القول أن رضاء المريض المتبصر أو المستنير يمثل جانباً من أكبر الجوانب الأساسية للحرية الشخصية ؛ لذلك فللمريض الحق فى التعبير عن إرادته الحرة الواعية بالعمل الطبي ، فلا يجوز المساس بجسده إلا بعد موافقته صريحاً بإجراء أو ممارسة العمل الطبي ، ولا يجوز بأي حال من الأحوال إكراه المريض وإخضاعه للعمل الطبي ، وإلا كان ذلك انتهاكاً للاحترام الواجب لكرامة المريض وخروجاً على مبدأ معصومية جسم الإنسان الذى يتأسس عليه احترام إرادة المريض ، ولكن إذا كان هذا هو الأصل العام فى إطار العمل الطبي فإن هناك حالات استثنائية يعفى فيها الطبيب من أخذ موافقة المريض ؛ حيثُ يجوز للطبيب ممارسة العمل الطبي دون اعتداد بإرادة المريض ، ومن هذه الحالات الاستثنائية حالة الضرورة والاستعجال وحالة إجراءات الوقاية الصحية والتطعيمات الإجبارية والفحوص العسكرية التي يفرضها القانون[٤].

ولذلك فإن عدم الاعتداد بإرادة المريض فى مثل هذه الحالات لا يشكل خطأ من جانب الطبيب وبالتالي لا يؤدى إلى انعقاد مسئوليته.

(١) - مراد بن الصغير ، المرجع السابق ٢٦١ .
(٢) - انظر ، فى عرض هذه الشروط للدكتور/ مالك حمد محمود ، الرسالة السابقة ، صـ١٥٨،١٥٧ .
(٣) د/ مراد بن الصغير ، المرجع السابق ، صـ٢٦٠ .
(٤) - د/ مالك حمد محمود ، المرجع السابق ، صـ١٦١ .

ثانياً: تبصير المريض :

لا يكفي أن يكون الرضاء بالتجربة الطبية حراً قائماً على اختيار دون ضغط أو إكراه بل يتعين فوق ذلك أن يكون الرضاء متبصراً مستنيراً أي عن بصر وبصيرة بعواقب التدخل الطبي واحتمالاته ومدى خطورته [١] .

فمما لاشك فيه أن احترام إرادة المريض يتمثل فى التزام الطبيب بعدم القيام بأي عمل طبي إلا بعد الحصول على رضاء المريض وموافقته على هذا التدخل ، ولكن هذا الرضاء لا يعتد به إلا إذا كان وليد إرادة حرة واعية ومستنيرة ، وهو ما يفترض أن يكون الطبيب قد قام بإعلام المريض بكل ما يتعلق بحالته المرضية وبالعلاج المزمع تطبيقه ومخاطره والخيارات والبدائل الأخرى إن وجدت[٢]، وحتى يكون رضاء المريض صحيحاً ومعتبرا نحو الطبيب ، فإنه يقع على عاتق الطبيب التزام بإعلام المريض وإحاطته علماً بطبيعة المرض والعلاج والمخاطر المحتملة للعمليات الجراحية ، وأن مخالفه هذا الالتزام يمثل خطأ يؤدى إلى قيام مسئوليته ؛ لأنه لا يتضمن عنصر الاحتمال ، فهو ليس التزاماً ببذل عناية وإنما هو التزام بتحقيق نتيجة أو غاية ، وذلك انطلاقاً من مبدأ الثقة التي يوليها المريض إلى الطبيب ، حيث أن مضمون تلك العلاقة تمنع المريض من إعداد دليل كتابي أو شهود لإثبات أن الطبيب لم يخبره بأهمية ومخاطر التدخل الجراحي الذى تم بناءً على نصيحته [٣] .

ويتضح من ذلك أنه فى معظم الأحوال يجب أن يسبق الإعلام للمريض قبل أي عمل طبي، وذلك حتى يسمح للمريض بالتفكير والتروي قبل الأقدام على ممارسة أي عمل طبي [٤] .

ومما لاشك فيه أن التزام الطبيب بإعلام المريض شأنه شأن كثير من أصحاب المهن الأخرى يكتسب فى المجال الطبي أهميه خاصة كونه أكبر حساسية من أي مهنة أخرى ما دام أن الطب مازال أكثر إيهاماً وسحراً للمرضى ، إذ أنهم يسلمون للطبيب ويتخلون له عن أعز ما يملكون وهى أجسادهم[٥] .

(١) - نقض مدني فرنسي ٩مايو ١٩٨٤ الأسبوع القانوني ١٩٨٤-٢-٢٠٢٦٢ . باريس ٢٥ سبتمبر ١٩٨٧ . دالوز ١٩٨٨ - ملخص ٦١ مشار إليه للدكتورة سهير منتصر ، المرجع السابق . ص٣٧ .

(٢) - د/ مراد بن الصغير . مدى التزام الطبيب بإعلام المريض دراسة علميه تأصيليه مقارنه . البحث السابق بمجله الحقوق . ص٢٦٦ .

(٣) - د/ مالك حمد محمود . المرجع السابق . ص١٤٤ .

(4) - Jean Penneau : la responsabilitè médicale . paris , 1977 , p 67.

(5)-Geneviève viney et Patrice jourdaing , p 487 .

مشار إليه للدكتور / مراد بن الصغير ، المرجع السابق ، ص٢٤٤ .

وبخصوص التعريف التشريعي لتحديد ماهية التزام الطبيب بتبصير المريض حتى يمكن القول بأن رضاء المريض قد تم بناء على رضاء متبصر ومستنير وعن بصر وبصيرة بعواقب التدخل الطبي واحتمالاته ومدى خطورتها ، تنص المادة ٤٢ من مدونة أخلاقيات الطب بفرنسا على أنه يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقه بشأن أسباب كل عمل طبي[١] .

وبخصوص التعريفات الفقهية ذهب جانب من الفقه بتعريف الالتزام بالتبصير بأنه " إعطاء الطبيب لمريضه فكرة معقولة وأمينة عن الموقف الصحي بما يسمح للمريض أن يتخذ قراره بالقبول أو الرفض ويكون على بينة من النتائج المحتملة للعلاج أو الجراحة " [٢] .

ويعرفه رأى أخر بأنه " الوسيلة الضرورية للتأكد من تعاون المريض بالنسبة للتدابير التي ينوى الطبيب اتخاذها فى حالة المريض ومن أجل العلاج الذى يقتضى اتباعه ، والطبيب يعد مخطئاً إذا لم يعلم المريض عن المخاطر التي يتحملها العلاج المقترح " [٣].

وعرفه جانب من الفقه بأنه "الالتزام بالإعلام فى جوهره بمثابة التزام بالحوار المتصل بين المريض والطبيب خلال مدة العقد الطبي"بهدف الحصول على رضاء مستنير" [٤] .

وعرفه رأى بأنه " الإعلام مقدمه الرضاء ولازمته إذ الأول هو الذى يجعل الثاني مستنيراً ومتبصراً بعواقب العلاج أو العمليات الجراحية " [٥] .

ولقد حاول القضاء الفرنسي وضع تعريف للإعلام وذلك بالتركيز على مواصفاته حيث عرفته محكمة النقض الفرنسية " الإعلام يجب أن يكون سهلاً ومفهوماً وصادقاً وملائماً وتقريباً[٦]"، فالتبصير من منظور محكمة النقض الفرنسية هو " تبصير بسيط تقريبي زكى وأمين" [٧].

(١) - د/مراد بن الصغير، الخطأ الطبي فى ظل قواعد المسئولية المدنية ، المرجع السابق ، صـ٢٤٥ .

(٢) - د/ مراد بن الصغير، مدى التزام الطبيب بتبصير المريض ، البحث السابق بمجلة الحقوق ، صـ٢٦٩ .

(3) - Jaeque line Baz : la responsabilité médicale en droit libanais , Revue AL - ADL , n 12 -1970 , liban , p25

مشار إليه للدكتور مراد بن الصغير ، الرسالة السابقة ، صـ ٢٤٥ .

(٤) - د/ مراد بن الصغير ، المرجع السابق ، نفس الموضوع المشار اليه فى البند رقم (٢) .

(٥) - د/ مراد بن الصغير ، البحث السابق ، صـ ٢٦٩ .

(6) - Cass . ler civ 07/10/1998 , J C P et . G . doel , N45 , 1998 . voir : cahiter des gestions hospitaliéres , mars 2ouo , N 160 , p 240

انظر : فى ذلك / مراد بن الصغير ، البحث السابق ، صـ٢٧٠ .

(٧) - نقض مدني فرنسي ٢١ فبراير ١٩٦١ دالوز ١٩٦١ ، ٥٢٤ . مشار اليه للدكتورة / سهير منتصر ، المرجع السابق ، صـ٤٠ .

يتضح من خلال التعريفات الفقهية والقضائية السابقة أن التبصير يعد الوسيلة المثلى للحفاظ على الثقة فى العلاقة القائمة بين المريض والطبيب ؛ حيث إن مناط العلاقة بين المريض والطبيب تتمثل فى الثقة القائمة بينهما ، ويجب مراعاة أن الكذب يتعارض مع الثقة القائمة بينهما، ولذلك إذا علم المرضى بأن الأطباء يكذبون عليهم فسوف تنعدم الثقة القائمة فيما بينهم، ومتى انعدمت الثقة فى العلاقة بين الطبيب والمريض استحال التعاون فيما بينهم[١].

والتزام الطبيب بتبصير المريض لم يتأكد فقهاً وتشريعاً وقضاءً هكذا من فراغ ، أو لأن الحاجة قد دعت إليه فحسب ، بل لأن هذا الالتزام يستند إلى العديد من الأسس والمبادئ أوجدته وكرسته وتضافرت فيما بينها حتى جعلته التزاماً أصلياً من الالتزامات المهمة التي تقع على كاهل الطبيب ، وتلك الأسس إنسانية شرعية أخلاقية قانونية.

فالتزام الطبيب بإعلام المريض يعتبر الوسيلة المثلى للحفاظ على الثقة فى العلاقة القائمة بينهما ؛ لذلك وجب التأكيد على أن المسألة ليست مسألة التزام علمي ينقل بقسوة إلى المريض ؛إذ يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار أهلية المريض وحالته النفسية[٢].

فواجب التبصير فى النطاق الطبي يقوم على سند من احترام شخصية المريض واحترام حرية إرادته ويتعين على الطبيب وفقاً له أن يشرك المريض فى قراراته بأن يبلغه التشخيص الطبي للحالة ، وأن يعلمه بالتالي بما يزمع إجراءه من علاج أو تدخل جراحي[٣].

ولقد تضمن القانون الفرنسي الصادر فى ٤ مارس لسنه ٢٠٠٢ طبيعة العناصر ومشتملات الإعلام والتي تتمثل فيما يلي :

أن يتضمن بيان حالة المريض الصحية وتطورها المتوقع والمنتظر.

تشخيص ووصف لحالته وسير التحاليل والكشوف الطبية ، إذ على الطبيب أن يخبر مريضه لطبيعة الفحوصات والكشوف التي ينوى القيام بها.

(١) - د / عبيد مجول العجمي ، الرسالة السابقة ، صـ٢٧٩.
(٢) - د / مراد بن الصغير ، المرجع السابق ، صـ٢٤٦.
(٣) - د / سهير منتصر ، المرجع السابق ، صـ٣٨.

طبيعة العلاج المقترح وذلك على أساس أن طريقة العلاج قد تأخذ أكثر من شكل ، فيحدد له العلاج الأنسب والأفضل كما لو كان علاجاً بالأشعة أو العلاج عن طريق التدخل الجراحي .

الهدف من العلاج والفائدة من استخدامه ، وذلك من باب رفع معنويات المريض النفسية وتشجيعه ومساعدته على الشفاء .

نتائج التدخل أو العلاج والأضرار المترتبة عنه .

تعقيدات التدخل أو العلاج ومخاطره المحتملة .

مراعاة الاحتياطات العامة والخاصة للمريض ، وذلك بأن يخبر الطبيب مريضه بأهم الاحتياطات الواجب اتخاذها لنجاح التدخل الطبي كعدم استعمال الماء ، أو عدم التعرض لأشعة الشمس .

البدائل والاختيارات العلاجية الأخرى ، وذلك لأن تبصير المريض لا يكتمل إلا إذا قام الطبيب ببيان وشرح البدائل العلاجية الأخرى الممكنة فى معالجة حالة المريض .

آثار رفض العلاج أو البقاء دون إجرائه ؛ حيث إن الطبيب غير ملزم بإقناع المريض بالعلاج أو تدخل طبي معين ، إلا أنه مع ذلك ملزم أن يبين للمريض الآثار السلبية والنتائج الضارة التي قد تترتب عن رفض المريض للعلاج أو البقاء دونه [١].

وأرى أنه رغم ثبات المبدأ واستقراره فقهاً وقضاءً إلا أنه لاشك فى أن مسألة حدود التزام الطبيب بإعلام المريض بكل تفاصيل حالته الصحية والتدخل الطبي تمثل غاية الأهمية ، الأمر الذى أدى إلى اختلاف الفقه حول حدود هذا الالتزام .

فذهب رأى إلى ضرورة إعلام المريض بكل تفاصيل حالته الصحية والتدخل الطبي، إضافة إلى طرق العلاج ومخاطره المتوقعة وغير المتوقعة وكذا البدائل والاختيارات العلاجية الأخرى، وجميع المعلومات التي تشكل حقاً للمريض فى قبول العلاج أو رفضه [٢].

(١) - د / مراد بن الصغير ، المرجع السابق ، صـ ٢٤٩ ، صـ ٢٥٠ .
(٢) - د / مراد بن الصغير ، البحث السابق ، صـ ٢٨٦ ،
وكذلك د/ مالك حمد محمود ، الرسالة السابقة ، صـ ١٤٨ .

وذهب آخر إلى قصر التزام الطبيب بإعلام المريض عن المخاطر المتوقعة عادة دون التزامه بإعلام المريض بالمخاطر الاستثنائية نادرة الحدوث، ويبرر الفقه قصر التزام الطبيب على المخاطر المتوقعة بأن عنصر الاحتمال الذى يتضمنه كل عمل طبي كاف إلى أن يؤدى معه التزام الطبيب بإعلام المريض بما هو متوقع وغير متوقع من مخاطر تحيط بالعمل الطبي، وفضلاً عن ذلك فإن تطلب الإعلام فى المخاطر المتوقعة يؤدى إلى الإضرار بمصلحة المريض نفسه، حيث يثير هذا الإعلام الخوف فى نفس المريض ويدفعه إما إلى رفض العلاج أو قبوله دون أمل فى الشفاء[1]. فالالتزام بالإعلام طبقاً لأنصار هذا الاتجاه لا يكون إلا بالقدر المعقول والذي من خلاله يكون المريض على علم بحالته الصحية وبالتالي تقدير العلاج المناسب، فالمريض ليست له خبره ودراية بشئون مهنة الطب[2].

وبين هذين الحدين اتخذ القضاء الفرنسي موقفاً وسطاً ومعتدلاً يقوم على أن واجب التبصير يقدر فى الوفاء به وفقاً لظروف الحال، فليس من المنطقي أن يطلب من الطبيب أن يثير الفزع فى نفس المريض لمجرد استيفاء واجب التبصير بطريقة مجردة عمياء، كما أنه ليس من حق الطبيب أن يخفي عنه ما يجب عليه أن يعلمه به من ظروف الحالة واحتمالات العلاج وتطوره، وفى هذا الصدد قضى بأن الطبيب لا يلزم باستعراض كافة التفاصيل أو كافة الظروف السيئة التي تحيط بالعلاج، أو أن يفصح عن التفاصيل الفنية، ولكن يجب عليه أن يفصح عن المخاطر المتوقعة فى الظروف العادية ومن منظور الوضع العلمي والطبي القائم وقت العلاج[3]، وإذا كان قضاء النقض الفرنسي قد استقر على أن تبصير الطبيب للمريض يجب أن يكون تبصيراً بسيطاً وتقريبياً وذكياً وأميناً فإنه يثور التساؤل عن إمكانية تطبيق ذلك بشأن التجارب الطبية؟.

إذا كانت حدود التبصير فى ظل العلاج بالوسائل التقليدية تقتصر على مجرد الآثار العادية المتوقعة وفقاً للمجرى العادي للأمور، فإن هذه الحدود تكاد لا تكفي بشأن التجارب الطبية، خاصة أنه فى ظل العلاج بالتجارب الطبية تبدو الحدود بين ما هو متوقع وما هو غير متوقع، حدوداً غامضة وغير واضحة، ولذلك فإن حدود التبصير تبدو مختلفة وفقاً للاختلاف بين ثلاث صور للتجارب الطبية[4].

(١) - د / مالك حمد محمود، المرجع السابق، صـ ٢٥٠.

(2) - Savatier , auby , jet pequignot : trait de droit mèdical , librairie techniques , paris , 1956 , n 251 .

(٣) - د / سهير منتصر، المرجع السابق، صـ ٣٩، صـ ٤٠.

(٤) - د / سهير منتصر، المسئولية المدنية عن التجارب الطبية، المرجع السابق، صـ ٤٣.

وذلك على النحو التالي :

أولاً : حالة إعطاء المريض دواءً جديداً وبجرعة محدودة :

فى هذه الحالة يتم إعطاء المريض دواءً جديداً وبجرعة محدودة لا يترتب عليها فى المراحل الأولى سوى آثار جانبيه محدودة وعديمة الخطورة ، وننوه أن العلاج بالذرة لا يدخل ضمن هذه الحالة أيا كانت قدرته أو مداه ، وفي هذه الحالة يقبل من الطبيب تبصير محدود يتفق مع قدر محدودية الآثار الجانبية .

ويجب أن يكون المريض مدركاً بأن تجرى عليه تجربه طبية وبالتالي فإن أيّ إخفاء لهذه الحقيقة يمثل خطأ تنعقد بموجبه مسئولية الطبيب [١] .

ثانياً : حالة التفرقة بحسب مدى ضرورة التجربة لعلاج المريض :

فى هذه الحالة يتم التمييز بحسب مدى ضرورة التجربة لعلاج المريض من عدمه فإذا كانت التجربة لازمه لزوماً حتمياً لعلاج المريض فإنه يمكن القول بالاكتفاء بالتبصير فى حدوده المعقولة التي يدرك معها المريض حالته ومدى حاجته للعلاج وهذا فضلاً عن الآثار المتوقعة بصفه عامه ، أما إذا كانت التجربة غير ضرورية فإن التبصير لابد وأن يكون متشدداً وتفصيلياً [٢] .

ثالثاً : حالة التجارب تحت المراقبة :

فى هذه الحالة يتم اختيار مجموعة من الأشخاص الذين يعانون من ذات المرض واتخاذهم حقلاً لتجربة علاج جديدة ، وهذا الأسلوب ذات فائدة مزدوجة حيث يحقق مصلحة المرضى من ناحية ، ومن ناحية أخرى يهدف إلى تحقيق مصلحة التطور العلمي ، وفي هذه الحالة يتم تقسيم الخاضعين للتجربة إلى مجموعتين . الأولى : تعالج بالأدوية التقليدية . والأخرى : تخضع للعلاج بالتجربة، ثم يتم مراقبة المجموعتين مع إثبات الظواهر التي تنشأ وتبدو على كل مريض ومدى استقرار حالته وتقدمه ، وفي كلتا الحالتين فإنه يجب تبصير المرضى فى كل من المجموعتين والحصول على موافقة كل فرد ، ولذلك فإن قبوله بالعلاج يجب أن يتم عن بصر وبصيرة وبالنتائج المتوقعة [٣] .

(١) - د / سهير منتصر ، المرجع السابق ، صـ ٤٣ .
(٢) - د / سهير منتصر ، المرجع السابق ، صـ ٤٤ .
(٣) - د / سهير منتصر ، المرجع السابق ، صـ ٤٥ .

وأرى أن حدود التبصير فى نطاق التجارب الطبية يجب أن يمتد ليشمل الإعلام بطبيعة المخاطر المتوقعة والمخاطر غير المتوقعة ، فإذا كانت حدود التبصير فى إطار العلاج بالوسائل التقليدية تقتصر على مجرد الآثار العادية المتوقعة وفقاً للمجرى العادي للأمور ، فإن حدود التبصير فى إطار إجراء التجارب الطبية يجب أن تمتد إلى المخاطر المتوقعة وكذلك المخاطر غير المتوقعة ، وذلك نظراً لأنه فى ظل التجارب الطبية تبدو حدود التبصير بين ما هو متوقع وما هو غير متوقع حدوداً غامضة ومبهمة ، وهذا ما صار عليه القضاء الفرنسي فى أحكامه الحديثة ، فإذا كان السائد لدى القضاء الفرنسي أن الطبيب لا يلزم بإعلام المريض إلا عن المخاطر المتوقعة Les risques normalement pre'visibles [1] إلا أنه ابتداء من عام ١٩٩٨ عدل القضاء الفرنسي عن الاتجاه السابق حيث قضت محكمة النقض الفرنسية "بأنه يجب أن يتم التنبيه إلى المخاطر الاستثنائية أيضاً" [٢] .

ولقد صار على ذات النهج مجلس الدولة الفرنسي حيث قرر ، أن حدوث المخاطر ووقوعها إلا بصفه استثنائية لا تعفي الطبيب من الالتزام بالإعلام. [٣]

فالتزام الطبيب بإعلام المريض أصبح لا يقف عند حد المخاطر المتوقعة منه فحسب بل أمتد ليشمل أيضاً المخاطر غير المتوقعة والآثار الجانبية والخيارات والبدائل الممكنة المزمع قيامها، وأن يتم رضاؤه عن بصر وبصيرة بعواقب التدخل الطبي واحتمالاته ومدى خطورته .

يتضح من كل ما سبق أن احترام إرادة المريض تستند إلى عدة اعتبارات مختلفة فقد تكون أخلاقيه تتمثل فى ضرورة احترام حرية المريض واختياره ، وقد تستند إلى اعتبارات قانونيه تتمثل من ناحية فى مبدأ معصومية جسم الإنسان وفى العلاقة التي تربط الطبيب بالمريض ؛ حيث تقوم على الثقة التي يضعها المريض فى الطبيب والتي يتمخض عنها التزام الطبيب بعدم المساس بجسم المريض إلا بعد الحصول على رضائه بشأن التدخل الطبي أو إجراء التجارب الطبية .

(1) - Christian pairie ,marc Dupont , chaudine Espen , louise muzzin Droit hospitalier , Dalloz , 2 ème Edition , 1999 , paris , p290 .

(2) - Cass 1er civ . 7/10 / 1998 . Gaz , pal , 1998 , II.et Bul . civ . I . n297 . D . 1998 , Jur , p145 .
مشار إليه لدى الدكتور / مراد بن الصغير ، الرسالة السابقة ، صـ ٢٥١ .

(٣) - د/ مراد بن الصغير ، المرجع السابق ، صـ ٢٥١ .

المطلب الثاني
مفهوم الخطأ الطبي وتطبيقه في مجال التجارب الطبية

باستقراء نصوص القانون المدني وقانون العقوبات وقوانين مزاولة مهنة الطب وأخلاقياتها في مصر لم نجد ثمة تعريف للخطأ الطبي ، وهو ما فتح الباب لاجتهاد الشراح وأحكام المحاكم ، وذهب رأي في الفقه إلى أنه يمكن تعريف الخطأ الطبي بأنه تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول (١) .

فالفقه الحديث لا يفرق بين تعريف الخطأ العقدي والخطأ التقصيري ، فالخطأ في نوعي المسئولية هو " تقصير في مسلك الإنسان لا يقع من شخص يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت المسئول" (٢).

وطبقاً لهذا التعريف فإن الخطأ الطبي لا يخرج في جوهرة ومعياره عن مفهوم الخطأ في المسئولية المدنية بشكل عام ، إذ أنه تقصير أو انحراف في مسلك الطبيب أثناء ممارسته العمل الطبي ، ويقاس مسلكه على مسلك طبيب من نفس فئته وتخصصه إذا ما وجد في نفس الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب المخطئ (٣).

وذهب جانب من الفقه إلى أن الخطأ الطبي يمكن تعريفه بأنه : هو الإخلال بواجب سابق ، سواء كان هذا الواجب مصدره العقد أو القانون ، فالخطأ الطبي إما : أن يكون التزاماً بنتيجة كما هو الحال في أغلب الالتزامات التعاقدية ، وفي هذه الحالة يعتبر الشخص مخطئاً إذا لم يصل بالتزامه إلى النتيجة المنشودة ، وإما أن يكون هذا الواجب مجرد التزام بوسيلة كما هو الحال بالنسبة للواجب القانوني العام المتمثل في عدم الإضرار بالغير ، وفي هذه الحالة يتعين على المدين أن يبذل عناية الرجل اليقظ ، فإن هو قصر عن بذل هذه العناية فأخل بالتزامه أعتبر مخطئاً واستوجبت مسئوليته(٤) .

(١) - د / وفاء حلمي ، المرجع السابق ، صـ٣٨ .
وكذلك د / عبد الرشيد مأمون ، عقد العلاج الطبي بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٦ صـ١٤٤
وكذلك د / مالك حمد محمود ، المرجع السابق ، صـ٢٠٢ .
(٢) - د / وفاء حلمي ، المرجع السابق ، صـ٣٨ .
(٣) - د / مالك حمد محمود ، المرجع السابق ، صـ٢٠٢ .
(٤) - د / عبيد مجول العجمي ، الخطأ الطبي في نطاق المسئولية المدنية ، المرجع السابق ، صـ٣٦٤ - وكذلك د / حسين زكي الابراشي ، المسئولية المدنية للأطباء والجراحين رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٥١ ، صـ١١٥ .

فطبقاً لهذا التعريف يتمثل الخطأ الطبي فى عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه مهنة الطب[١]، فالطبيب يتقيد فى ممارسته لمهنة الطب باتباع الأصول المستقرة فى علم الطب، فإذا خرج الطبيب عنها فإنه قد ارتكب الخطأ الذى هو شرط لانعقاد للمسئولية الطبية، ولذلك يمكن تعريف الخطأ الطبي بأنه : إخلال بمقتضيات ممارسة الطبيب للمهنة وعدم مطابقة مسلكه الطبي للأصول العلمية المستقرة فى علم الطب[٢].

وذهب رأى إلى القول بأن الخطأ الطبي يتمثل فى إخلال الطبيب بالتزاماته الخاصة والعامة أي تلك التي تفرضها عليه أصول المهنة الطبية، وتلك التي يفرضها عليه القانون عن قيامه بعمل، أو امتناعه عن عمل[٣].

وذهب رأى على أنه يمكن تعريف الخطأ الطبي بأنه كل مخالفة، أو خروج من الطبيب فى سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضى بها العلم أو المتعارف عليها نظرياً وعلمياً وقت تنفيذه للعمل الطبي، أو إخلاله بواجبات الحيطة واليقظة التي يفرضها القانون متى ترتب على فعله نتائج جسيمه فى حين كان فى قدرته وواجباً عليه أن يتخذ فى تصرفه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالمريض[٤].

ذهب رأى إلى أنه يمكن تعريف الخطأ الطبي بأنه: هو الخطأ الذى يرتكبه الطبيب أثناء مزاولته لمهنته إخلالاً بالتزام بذل العناية، ويتجلى فى كل مرة لا يقوم فيها الطبيب بعمله بانتباه وحذر، ولا يراعى فيها الأصول العلمية المستقرة، مع الأخذ بعين الاعتبار كل الظروف الاستثنائية فى الزمان والمكان، وعدم الأخذ بالضرورة بنتيجة عمله دائماً والتي قد تقترن أحياناً بالفشل، نتيجة للمخاطر المحتملة التي تكتنف معظم الأعمال الطبية، وهو بالنتيجة كل خطأ يرتكبه الطبيب أثناء مزاولته لفنه إذا كان السبب فى الإضرار بمريضه[٥].

يتضح من جملة التعريفات السابقة أن الفقه يكاد يجمع على تعريف مشترك للخطأ الطبي من حيث إنه " تقصير فى مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ وجد فى نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول، ولعل الصواب والمخرج

(١) - د/حسين زكى الابراشي، المرجع السابق، صـ١١٨.
(٢) - د/علاء الدين خميس العبيدو، المسئولية الطبية عن فعل الغير، المرجع السابق، صـ١٣١.
(٣) - د / عبيد مجول العجمي، المرجع السابق، صـ٢٦٥.
(٤) - د / أسامه قايد، المسئولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، صـ٢٨٦.
(٥) - د / مراد بن الصغير، الرسالة السابقة، صـ٢٥.

العلمي فيما يتعلق بمسألة تعريف الخطأ يتمثل فى ربط فكرة الخطأ بطبيعة الالتزام فى حد ذاته بغض النظر عما إذا كانت المسئولية عقدية أو تقصيرية ، وإنما تبعاً لما إذا كان الالتزام الملقى على عاتق المسئول التزاماً بتحقيق نتيجة أم التزاماً ببذل عناية أم التزاماً بضمان السلامة " ، ومما لاشك فيه أن هذا التوجه يضع الحلول الجذرية لمشكلة البحث عن توافر الخطأ الموجب لقيام المسئولية من عدمه [١] .

فإذا كان الالتزام الملقى على عاتق الطبيب التزاماً بتحقيق نتيجة كما هو الحال فى التزام طبيب التحاليل الطبية ، حيث ينحصر نشاط الطبيب فى أعمال معمليه لا تتضمن حسب الأصول العلمية السليمة ثمة احتمال ؛ فإنه ملزم بتحقيق النتيجة وذلك بأن يقدم تقريراً صحيحاً مطابقاً للحقيقة ، فى هذه الحالة يقع الخطأ الطبي عند عدم تحقيق النتيجة ذاتها ، ولا يستطيع الطبيب أن يدرأ المسئولية عنه بإثبات إنه بذل العناية الكافية ، فالمسئولية هنا لا تنتفي إلا بإثبات السبب الأجنبي [٢] .

أما إذا كان الالتزام الملقى على عاتق الطبيب التزاماً ببذل عناية ، فإن الخطأ لا يثبت فى حق المسئول إلا إذا قام المضرور بإثبات أن المدين لم يبذل العناية الكاملة وفي كل الأحوال التي تنطوي على التزام ببذل عناية لا يستطيع القاضي الوصول إلى إقرار الخطأ تجاه المسئول ؛ إلا إذا أثبت المضرور أن المدين لم يبذل العناية الكاملة والطبيب يستطيع أن يدرأ عن نفسه المسئولية إذا أثبت أنه قام ببذل العناية الكاملة وفقاً للسلوك المألوف [٣] .

أما إذا كان الالتزام الملقى على كاهل الطبيب التزاماً بضمان السلامة ، كما هو الحال فى الالتزام بضمان سلامة الأجهزة الطبية ، والالتزام بضمان سلامة المريض من العدوى داخل المستشفيات والعيادات ، والالتزام بضمان سلامة المنتجات الطبية والمواد الصيدلانية ، فإن القاضي فى مثل هذه الأحوال فى غنى عن بحث ركن الخطأ ، حيث لا يستطيع الطبيب أن يدرأ عن نفسه المسئولية حتى مع إثبات السبب الأجنبي ، باعتبار أن الاتفاق أو القانون هو مصدر الالتزام بالتعويض[٤]، ولقد كان للاجتهاد القضائي باع طويل فى الوصول إلى تحديد ماهية الخطأ الطبي ، حيث

(١) - د / مراد بن الصغير ، المرجع السابق ، صـ٢٢ .

(٢) - د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، صـ١٠٩ .

(٣) - د / عبد الحي حجازي ، مذكرات فى نظريه الالتزام ، الطبعة الأول ، مطبعة دار الكتاب العربي ، القاهرة ، ١٩٥١ ، صـ٢٤ .

(٤) - محمد حسين على الشامي ، المسئولية المدنية ، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليمني والفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، ١٩٨٩ ، صـ١٠٨ .

وكذلك د/ حسن عبد الباسط جميعي ، المرجع السابق ، صـ٧١ .

وكذلك د/ سهير منتصر ، المرجع السابق ، صـ٩٨ .

قضت محكمة النقض الفرنسية بأن " الطبيب يكون مخطئاً إذا كانت العناية التي بذلها تخالف الحقائق العلمية الحالية "[١].

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية " الطبيب يُسأل عن كل تقصير فى مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ فى مستواه المهني وجد فى نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول، كما يسأل عن خطأه العادي أياً كانت درجة جسامته "[٢].

فالخطأ الطبي يتحدد طبقاً لأحكام النقض فى عدم الالتزام بما يجب على الطبيب اليقظ من أوسط زملائه علماً ودراية فى الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة وبصرف النظر عن المسائل التي اختلف فيها أهل هذه المهنة، يستوي فى ذلك أن يتعلق الأمر بالعلاج أو التشخيص أو بالمعرفة الطبية وفنونها، وسواء تمثل الأمر فى صورة عمل ايجابي أو امتناع . أي : موقف سلبي[٣].

وفي فرنسا ظهر اتجاه فى الأحكام القضائية الفرنسية من مقتضاه أن الطبيب لا يُسأل إلا عن خطئه الجسيم دون الخطأ اليسير، فخطأ الطبيب قد يكون جسيماً ، ويتمثل فى كل فعل يرى طبيب يقظ وجد فى نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول وفي مستواه المهني أن حدوثه يحتمل جداً أن ينشأ عنه الضرر المنسوب لذلك الطبيب[٤] ، أما الخطأ اليسير فهو الخطأ قليل الأهمية نظراً لعدم أهمية الضرر الذى وقع بسببه كون ضرره بسيطاً وغير مؤثر[٥].

وطبقاً لهذا الاتجاه القضائي فإن الطبيب لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم ،وهو اتجاه يقوم على الأخذ فى الاعتبار طبيعة العمل الطبي وما يحيط لهذه الطبيعة من صعوبات ومحاذير ، فالمعطيات العلمية هي بطبيعتها على قدر من التعقيد ، وردود فعل المرضى تختلف من مريض إلى آخر ، ومن هذه المعطيات فإن الخطأ الطبي أمر وارد تماماً مما يقتضى عدم مساءلته عن كل خطأ أيا كان قدره بل الاكتفاء بمساءلته

(1) - cass . civ : 20 /5 / 1936 . responabilité civile et assurances , edition du juris – classeur – série { juillet août 1999} , paris , po7 .

مشار إليه لدى الدكتور/ مراد بن الصغير، المرجع السابق، صـ ٢٧ .

(٢) - نقض مدني جلسة ٢١ / ١٢ / ١٩٧١ ، الطعن رقم ٤٦٤ لسنة ٣٦ ق ، مجموعة أحكام النقض ، لسنة٢٢ ، صـ ١٠٦٢، انظر، فى ذلك د/ محمد حسين منصور، المسئولية الطبية ، دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية ، طبعة سنة ٢٠٠١م.

(٣) - د/ سهير منتصر، المرجع السابق، صـ ٨٤ .

(٤) - د/ مالك حمد محمود ، الرسالة السابقة، صـ٢٠٧ .

(٥) - د/ مالك حمد محمود ، الرسالة السابقة، صـ٢٠٦ .

عن خطئه الجسيم غير المغتفر، ويدعم هذا الاتجاه وجهة نظره بأن حصر المسئولية في هذا النطاق كفيل بأن يحمي المبادرة الشخصية للطبيب ويشجعه على عمله وهو بمنأى عن المسئولية بقدر الإمكان[١].

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه "فيما عدا الإهمال أو عدم الاحتياط الذي يقع فيه أي إنسان، لا يُسأل الطبيب عما نسب إليه من عدم احتياط أو عدم انتباه أو عدم إهمال إلا إذا ثبت أن ذلك مع مراعاة حالة العلم والقواعد المعترف بها في الفن الطبي، يعد إغفالاً كبيراً لواجباته"[٢] غير أن هذا الاتجاه لم يلق تأييداً واسعاً في الفقه أو قضاء محكمة النقض فمُنذ سنة ١٩١٩ أصدرت دائرة العرائض الفرنسية حكماً جاء فيه: أنه لا مجال للوقوف عند التفرقة بين الخطأ البسيط والخطأ الجسيم[٣]، فكل خطأ تنعقد به مسئولية الطبيب[٤].

وقضت أيضاً محكمة النقض الفرنسية بأن "مسئولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود خطأ ومهما كان نوعه سواء فنياً أو مادياً، جسيماً أو يسيراً على أن يكون هذا الخطأ واضحاً وثابتاً لا يحتمل المناقشة أي بصفة قاطعة لا احتمالية"[٥]، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية عندما قضت بأن "مسئولية الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول، كما يُسأل عن خطئه العادي، أيا كانت درجة جسامته"[٦].

والحق أن الاتجاه الحديث الذي يقضي بمساءلة الطبيب عن كل خطأ يقع منه بلا تفرقه بين خطأ جسيم أو خطأ يسير هو الأولى بالاتباع، فالطبيب شأنه في ذلك شأن سائر الأشخاص؛ حيث يسأل عن الضرر الذي تسبب فيه عن إهمال وعدم تبصر، فالملاءمة بين مصلحة الطبيب ومصلحة المريض تقتضي بأن يسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه سواء كان عن إهمال أو عن عدم تبصر أو عن جهل بالأصول العلمية الثابتة بمهنة الطب.

---

(١) - د/ سهير منتصر، المرجع السابق، صـ٨٥.

(٢) - نقض مدني فرنسي، جلسة ١٨/١٠/١٩٣٧، مشار إليه للدكتور محمد حسين منصور، المرجع السابق، صـ١٧.

(٣) - نقض عرائض فرنسي ٢١ يوليو ١٩١٩، دالوز ١٩٢٠-١-١٠٠ وتعليق Denisse.

(٤) - نقض مدني فرنسي ٣٠ أكتوبر ١٩٦٣ دالوز ١٩٦٤-٨١ وتعليق سافاتييه. ومشار إليهما للدكتورة سهير منتصر، المرجع السابق، صـ٨٦، صـ٨٧.

(٥) - د/ وفاء حلمي، المرجع السابق، صـ٤٥.

(٦) - نقض مدني جلسة ٢١/١٢/ ١٩٧١، ضـ٢٢، صـ١٠٦٢ مشار إليه للدكتور مالك حمد محمود، المرجع السابق، صـ٢١٤.

فالاعتداد بالخطأ العادي هو وضع للأمور في نصابها الصحيح ، ذلك أننا ما دمنا قد أقمنا مسئولية الطبيب على أسسها العادية في القانون المدني وأحكام المسئولية المدنية ، وما دمنا قد انتهينا الى أن المسئولية في وجهها الأعم هي مسئولية عقدية فإنه ليس هناك ما يدعو إلى إعطائها وصفاً مميزاً عن غيرها من صور المسئولية العقدية ، فالطبيب كمتعاقد يُسأل شأن أي متعاقد في أي نطاق آخر[١] ، وإذا كان الطبيب كغيره من الأشخاص قد يرتكب خطأ أثناء ممارسته لمهنته فإنه يثور التساؤل عن ما هو المعيار لتحديد خطأ الطبيب ؟ .

يكاد يجمع الفقه على أن التزام الطبيب سواء ارتبط مع مريضه بعقد أم لم يرتبط هو التزام ببذل عناية[٢]، ويتمثل في بذل جهود صادقة يقظة تتفق مع الظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسن حالته ، فالخطأ الطبي يتمثل في كل تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول[٣] ، ولذلك يمكن القول بأن المعيار الذى يقاس عليه سلوك الطبيب هو معيار موضوعي يستند إلى سلوك الطبيب الوسط من نفس المستوى والدرجة للطبيب المخطئ ، سواء كان الطبيب عاما أو متخصصاً أو أستاذاً في الطب مادام أنه وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المخطئ[٤] .

فالقاضي يقدر خطأ الطبيب وفقاً لمعيار" أواسط زملائه "كما تقول محكمة النقض المصرية، علماً وخبرة وإلماماً بالأصول العلمية والمهنية ، أى أنه معيار موضوعي ومجرد ، فهو رجل مهنة ، ولكنه إنسان أيضاً معرض لقدر من الأخطاء ولكن تلك التي تدخل أيضاً في معيار أواسط زملائه[٥] .

وفي نطاق التجارب الطبية يثور التساؤل عن مدى إمكانية تطبيق المعيار الموضوعي " أواسط زملائه " من عدمه ؟

يمكن القول بأن التجارب الطبية التي تجرى على الإنسان – تقسم إلى قسمين الأول يتمثل في التجارب العلاجية والعلاج التجريبي في المفهوم الطبي هو الذى يجرى

(١) - د/ سهير منتصر، المرجع السابق ، صـ٨٨ .

(٢) - د / عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية سنة ١٩٦٤ ، صـ٨٢٢ .

(٣) - د/ وفاء حلمي ، المرجع السابق ، صـ٨٨ .

(٤) - د / مالك حمد محمود ، المرجع السابق ، صـ٢١٨ .

(٥) - د/ سهير منتصر ، المرجع السابق ، صـ٩٠ .

بقصد علاج المريض باستخدام الوسائل الحديثة ، وذلك فى حالة إخفاق الطرق والوسائل المعروفة والمستقرة علمياً فى تحقيق الشفاء للمريض ، وفى هذه الحالة يقوم الطبيب بالبحث عن وسائل حديثه وبعد تجربتها على الحيوان تستخدم على المريض ويطلق عليها الأطباء العلاج التجريبي[١] ، وفى هذا النوع من التجارب لا مسئولية على الطبيب طالما أن جهوده كانت مخلصه لمصلحة المريض ، والقول بغير ذلك يهدد الأعمال الطبية بالجمود ، ويقضى على روح الابتكار لدى الأطباء[٢] .

ولكن يجب على الطبيب أن يتخذ الاحتياطات اللازمة لعدم إيذاء المريض ، وهذا الاعتبار الأخير جعل البعض يؤيد ضرورة أن يكون لهذا النوع من التجارب حظ من النجاح ، وأن يكون الطبيب القائم به على درجه عالية من الكفاءة العلمية والخبرة العملية نظراً لما يكتنفها من خطورة كوسيلة لعلاج المريض[٣] .

ويتمثل النوع الثاني من التجارب الطبية فى التجارب التي تجرى بغرض علمى وفى هذا النوع يستخدم الطبيب وسائل أو طرق جديده على إنسان سليم بغرض علمي ، وليس المريض فى حاجة أو حالة ماسة إليها ويطلق عليها الأطباء التجريب بهدف البحث العلمي[٤] .

وطالما أن الهدف من التجارب الطبية هو البحث العلمي أو مجرد إشباع رغبه علمية أو فضول علمي فإن هذه التجارب تتسم بعدم المشروعية ، وبالتالي فإنها تعتبر خطأ يستوجب مسئولية الطبيب ، وذلك لأن سلامة جسم الانسان لا يجوز أن تكون محلاً للتصرفات فضلاً عن أن حمايتها من النظام العام[٥] ، فالمشرع إذا أعفى الأطباء من المسئولية عن جريمة الجرح عمداً ، أو الضرب المفضي إلى الموت ، فإنه قد راعى ما فى تدخلهم من فائدة للمريض ولم يقصد أن يبيح لهم أن يتخذوا من أجسام المرضى حقولاً لأبحاثهم أو ميداناً لتجاربهم العلمية[٦] .

وأرى مع جانب من الفقه ، أنه فى حالة إجراء التجارب الطبية العلاجية لا مناص من عقد مسئولية الطبيب إذا أدت التجربة إلى تدهور حالة المريض حتى ولو عادت عليه ببعض الفوائد المحدودة ، وبالتالي فإن التوازن هنا بين ما يعود على المريض من فائدة ، وما يتعرض له من مخاطر هو أشد إلحاحاً منه فى حالة التجارب الطبية

(١) - د/ أسامة قايد ، المرجع السابق ، صـ٣٧١ .
(٢) - د/ عبيد مجول العجمي ، الرسالة السابقة ، صـ١٥٩ .
(٣) - د/ عبيد مجول العجمي ، الرسالة السابقة ، صـ١٦٠ .
(٤) - د/ أسامة قايد ، المرجع السابق ، صـ٣٧١ .
(٥) - د/ عبيد مجول العجمي ، المرجع السابق ، صـ ١٦١ .
(٦) - د/ حسن زكى الابراشى ، المرجع السابق ، صـ ٢٩٠ .

العادية (التي لقيت قدراً من النجاح وتم الترخيص بها) ومن هنا يكون معيار الخطأ مختلفاً نسبياً عنه فى الظروف الأخرى[١].

فبدلاً من القول بمعيار أواسط زملائه من الأطباء نقول : أن مسلك القائم على التجربة يقاس بمعيار العالم اليقظ الحريص أشد الحرص سواء فيما يتعلق بالتشخيص من منطلق التجربة ، سواء فى اختيار وسيلة التجربة أو توقع نتائجها ، وبالتالي فالطبيب القائم على التجربة العلمية يتحمل التزاماً كاملاً بضمان سلامة المريض ، وهو التزام لا يعفى من نتائجه إلا بإثبات القوة القاهرة[٢].

وبالنظر إلى تغلب ضرورات حماية مصلحة المريض ضد مخاطر التطور العلمي بوجه عام ، فقد توجه الفقه والقضاء إلى اعتبار الطبيب ملتزماً بضمان سلامة المريض حتى فى الحالات التي لا يتم فيها استخدام الآلة بشكل مباشر ، وإنما فى كل الحالات الناجمة عن مخاطر التطور العلمي أو العلاج الطبي ، كما هو الشأن فى الأضرار الناجمة عن نقل الدم وما يصاحبه من انتقال أمراض خطيرة كفيروس الكبد الوبائي ، أو مرض الإيدز[٣].

صفوة القول أن التجارب الطبية قسمان - الأول : هو الذى يجرى بغرض علمي بحت وليس المريض فى حاجة أو حالة ماسة إليها ، وعدم مشروعية هذا النوع من التجارب ، وأن رضاء المريض لا يكفي لإباحة المساس بجسده ، ويتعين على الطبيب أن يتخذ من شفاء المريض غاية له ، ولا يجوز للأطباء أن يتخذوا من أجسام المرضى حقولاً لأبحاثهم أو ميداناً لتجاربهم العلمية .

ويتمثل القسم الثاني فى التجارب الطبية التي تجرى بقصد علاجي دون شهوة علمية وذلك إذا أخفقت الوسائل التقليدية فى علاج المريض ، وأؤكد بمشروعية هذا النوع من التجارب ، وذلك بشرط أن يفصح الطبيب للمريض عن كافة ظروف التجربة وأبعادها ما يكتنفها من مخاطر بحيث يصدر منه رضاء حرّ واع متبصر ، فالتبصر والرضاء المستنيران يبدوان أكثر الحاحاً فى مجال التجارب الطبية عنها فى مجال العلاج العادي.

ومن أجل ضرورات توفير الحماية للمريض فى مواجهة تزايد الآلات الطبية وفي إطار التجارب الطبية اتفق مع التوجه الفقهي والقضائي ، بأن الطبيب القائم على التجارب الطبية يتحمل التزاماً كاملاً بضمان سلامة المريض .

---

(١) - محكمة اكس Aix ١٠ نوفمبر ١٩٥٢ ، دالوز ١٩٥٤-١١، مشار اليه للدكتورة سهير منتصر، المرجع السابق، صـ٩٧.

(٢) - د/ سهير منتصر، المرجع السابق، صـ٩٨ .

(٣) - د/ حسن عبدالباسط جميعي، المرجع السابق، صـ٧٨ .

المطلب الثالث
تقدير نظرية الخطأ المضمر فى الأعمال الطبية

انتهيت فيما سبق إنه إدراكاً من القضاء للصعوبات التي يواجهها المريض من أجل إثبات خطأ الطبيب، وفي محاولة لمواجهة اختلال التوازن بين طرفي العلاقة - أجرى القضاء الفرنسي تحولاً مهماً من خلال رسم معالم جديدة لقواعد الإثبات ؛ رغبة منه فى إعفاء المريض من عبء إثبات خطأ الطبيب ، أو على الأقل التخفيف منه ؛ حيث حاول القضاء الفرنسي تذليل الصعوبات التي يواجهها المريض فى سبيل إقامة الدليل على خطأ الطبيب ، وذلك من خلال فكرة الخطأ المضمر التي تقوم على أساس أن الضرر ما كان ليحدث لولا وقوع خطأ من الطبيب[١].

فمن خلال الأخذ بفكرة الخطأ المضمر يتم استنتاج الخطأ من مجرد وقوع الضرر ، وذلك خلافاً للقواعد العامة فى المسئولية المدنية ، والتي توجب على المدعى إقامة الدليل على خطأ المدعى عليه[٢]، فالقضاء الفرنسي بموجب هذه الفكرة رغم أنه لم يثبت على نحو قاطع إهمال من الطبيب فى بذل العناية الواجبة أو التقصير فى التزامه بالحيطة ، فإنه يستنتج هذا الخطأ من مجرد وقوع الضرر[٣]

ويرجع السبب فى الأخذ بهذه الفكرة إلى ما كشفت عنه الممارسات الطبية الحديثة فى حالات متعددة يصاب فيها المريض بضرر وبصفة خاصة فى حالات العمليات الجراحية ، وذلك دون إمكانية التوصل إلى تحديد الخطأ الذى يمكن نسبته إلى الطبيب ، وبالتالي بقاء سبب الضرر مجهولاً حيث تعجز الخبرة عن كشف الحقيقة ، أو أنها لا تتبنى موقفا حاسماً بشأن الخطأ الطبي ويصبح المريض عاجزاً عن إثبات الخطأ الذى تقوم المسئولية استناداً إليه[٤].

وفي مقام تقدير نظرية الخطأ المضمر فإنه يثور التساؤل عن مدى إمكانية اللجوء إلى هذه النظرية من أجل تخفيف عبء الإثبات الذى يقع على كاهل المريض من عدمه ؟.

(١)- د/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، صـ٢٦ .
وانظر، كذلك د/ أيمن العشماوي المرجع السابق، صـ١٥٢ .
وكذلك د/ سهير منتصر المرجع السابق، صـ١٠١ .
وكذلك د/ وفاء حلمي رحمها الله تعالى، المرجع السابق، صـ٨٩ .
وكذلك د/ عبيد مجول العجمي، المرجع السابق، صـ٢١٨ .
(٢)- د/ مالك حمد محمود، المرجع السابق، صـ٢٢٧ .
(3) -Voir aussi : Yvonne la mberT – faiVre : Droit du dommage Corporel – systém d' indemnisation , D . paris ,1996 . p 672 .
(٤)- د/ مالك حمد محمود، المرجع السابق، صـ٢٢٧ .

لقد أيد بعض الفقه الفرنسي فكرة الخطأ المضمر باعتبارها من قبيل القرائن طبقاً لنص المادة ١٣٥٣ من القانون المدني الفرنسي ، وأن اللجوء إلى هذه الفكرة ليست إلا استعمالاً لسلطة القاضي في استخلاص القرائن القضائية ، فالقاضي من خلال هذه الفكرة يستخلص الخطأ من كافة القرائن متى كانت قاطعة الدلالة على حدوثه[١].

ويرى جانب من الفقه المصري أن محكمة النقض المصرية قد أخذت بفكرة الخطأ المضمر في إحدى قضايا المسئولية عن جراحة التجميل ، حيث قضت بأنه يكفي المريض لإثبات خطأ الطبيب أن يقدم واقعة ترجح إهماله ، فهو بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه فينقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب ، ويجب على الطبيب لكي يدرأ المسئولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع والتي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال[٢].

عكس التوجه السابق انتقد جانب آخر من الفقه فكرة الخطأ المضمر ؛ لأنها من وجهة نظره تقوم استناداً إلى التفسير بمفهوم المخالفة ، وهو تفسير غالباً ما يكون ضعيفاً ، فطبقاً لظروف كل حالة قد لا يثبت أن المدعى عليه قد ارتكب هذا الخطأ المحدد ، ومع ذلك يثبت عليه الخطأ ؛ لأنه لم يكن في مقدوره أن يدرأ عن نفسه عدم ارتكابه ، ويأمل هذا الاتجاه الفقهي أن تختفي فكرة الخطأ المضمر من مجال الخطأ الطبي كما حدث وإن اختفت في مجال النقل المجاني ، ويستطرد هذا الاتجاه لنبذه لفكرة الخطأ المضمر أن القاضي عندما يعتد بهذه الفكرة فإنه يحيد عن المعيار الصحيح واللازم للخطأ . حيث لا يستند في تقدير خطأ الطبيب إلى معيار الطبيب اليقظ من أواسط زملائه [٣].

ويرى جانب من الفقه أن تطبيق القضاء لفكرة الخطأ المضمر وذلك باستنتاج الخطأ من مجرد وقوع الضرر ، سيؤدي إلى حرمان الطبيب من أدنى درجات الحرية عند ممارسته لمهنته ، ويجعله في خوف وقلق من أقل هفوة ، وهو ما يؤدي إلى إحجام الأطباء عن ممارسة مهنة الطب ، وأن هذه النتيجة غير مرغوب بها لأن المطلوب هو تحفيز وتشجيع مهنة الطب والاجتهاد فيها ، ولا يتحقق ذلك إلا من خلال ممارسة العمل الطبي دون خوف من شبح المسئولية .

---

(١) - د/ محسن عبد الحميد البيه ، خطأ الطبيب الموجب للمسئولية في ظل القواعد القانونية التقليدية ، مكتبة الجلاء ، المنصورة ، طبعة سنة ١٩٩٣ ، ص ٢٤٠ .

(٢) - د/ مالك حمد محمود ، المرجع السابق ، ص ٢٢٩ .

(3) - jean penneau : - la responsabilité médicale , paris ,1977. .p.81.

فالأخذ بفكرة الخطأ المضمر يعرقل مبدأ التوفيق بين الحماية اللازمة للمرضى عما يصدر من الأطباء من أخطاء، وبين مبدأ توفير حرية الأطباء فى ممارسة العمل الطبي دون الخوف من شبح المسئولية والوقوع فى الخطأ وبالتالي تعرضه للمساءلة، وأن الوسيلة المثلى للموازنة بين هذين الاعتبارين، تتمثل فى التطبيق السليم للقواعد العامة للمسئولية المدنية مع مراعاة الطبيعة الفنية التي يتميز بها العمل الطبي بحيث إذا لم يخرج الطبيب فى ممارسته لعمله عن قواعد وأصول الفن الطبي المتعارف عليها فلا تقوم مسئوليته، وبالتالي فإن أي خروج عن تلك القواعد والأصول الطبية المتعارف عليها يكون قد ارتكب خطأ تنعقد به مسئوليته، وذلك إذا ما ثبت قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر، فالتطبيق السليم للقواعد العامة للمسئولية المدنية سيؤدى إلى قيام توازن فى العلاقة بين الطبيب والمريض[١].

وتؤكد الدكتورة سهير منتصر على أن فكرة الخطأ المضمر لم تجد لها صدى صريحاً واسعاً فى الفقه أو القضاء، ومع ذلك فإنها تعكس اتجاهًا نحو التشدد؛ حماية للمرضى، وهو ما يمكن أن يكون ذا فائدة كبيرة فى مقام المسئولية عن التجارب الطبية خاصة التجارب العلمية، إذ يتعين فى هذا المجال أن يكون تقييم الخطأ فى مصلحة المريض أو من يخضع للتجربة على نحو يجوز معه القول بأن كل قصور فى المعرفة أو واجب الرعاية اليقظة يكون خطأ مهما كان يسيراً، خاصة إذا لم يكن للتجربة العملية فائدة قيمة بالنسبة للمريض[٢].

ويذهب رأى فى الفقه الفرنسي إلى أن الأخذ بنظرية الخطأ المضمر كوسيلة لجأت إليها المحاكم بدافع الرغبة فى حماية المضرور وضمان حصوله على تعويض عادل فى جميع الحالات قد أبقت من الناحية النظرية على مبدأ المسئولية القائمة على أساس الخطأ، وذلك بواسطة خدعة لفظية حققت توازناً ظاهرياً، فقط استخدمت فيه الألفاظ من أجل إخفاء حقيقة مختلفة تماماً، ألا وهي إقرار المحاكم بالفعل لنظرية تحمل التبعة ولكن بطريقة غير مباشرة[٣]

والواقع أن فكرة الخطأ المضمر والتي تعنى كما تقدم استخلاص الخطأ من مجرد حدوث الضرر، وإن كان يبدو فيها وجه التشدد إزاء الأطباء فإنها تكشف عن إدراك

(١) - د / وفاء حلمي، رحمها الله، المرجع السابق، صـ٩٥.

(٢) د/ سهير منتصر، المرجع السابق، صـ١٠٥.

(3) 3-FLOUR (Yvonne) : faute et responsabilite' civile ; de'clin ou renaissance ? , Droits 1987, P.35.

القضاء لقصور القواعد القانونية التقليدية في مواجهة ما لحق العملية الطبية من تطورات صار معها المريض المضرور عاجزاً عن إقامة الدليل على خطأ الطبيب أو المستشفى، فما كان من هذا إلا تطويع هذه القواعد في سبيل التخفيف من وطأة عبء الإثبات الواقع على عاتق المريض، فالواقع أن أخذ القضاء بفكرة الضرر المحتمل إنما يعني تمسكه بالمسئولية القائمة على أساس الخطأ مع افتراض هذا الأخير من مجرد تحقق الضرر، ولا شك أن في ذلك رعاية لصالح المرضى المضرورين، ومحاولة لإقامة نوع من التوازن في العلاقة بين الطبيب والمريض[١]، ومهما يكن الأمر فإن فكرة الخطأ المضمر لم تكن هي السبيل الوحيد الذي لجأ إليها القضاء الفرنسي من أجل تخفيف عبء الإثبات على كاهل المريض المضرور، إذ لجأ القضاء الفرنسي[٢] مؤيداً بذلك من الفقه[٣]، إلى أدوات قانونية أخرى، ربما أبعد أثراً في هذا الصدد من نظرية الخطأ المضمر من ذلك الالتزام بضمان السلامة في إطار التجارب الطبية ؛ حيث يقع على عاتق القائم على التجربة التزام بضمان السلامة كنتيجة نهائية يتعين أن يحققها القائم على التجربة [٤] وأرى أن نظريتي الخطأ المضمر والالتزام بضمان السلامة التي لجأت إليهما المحاكم بدافع الرغبة في حماية المريض المضرور وضمان حصوله على تعويض عادل يبدوان كحيل أو وسائل لجأت إليها المحاكم من أجل إقامة مسئولية بدون خطأ " المسئولية الموضوعية في إطار مسئولية الطبيب المدنية عن التجارب الطبية " واستند في ذلك إلى الآتي :

١- تطور الأجهزة الطبية، وازدهار الصناعة الدوائية على نحو لم يسبق له مثيل ، الأمر الذي ساهم في تقلص المخاطر الطبية إلى درجات أقل ، الأمر الذي يغلق أمام الأطباء باب التذرع بالمخاطر غير المألوفة أو غير المتوقعة أو قلة الإمكانيات والتجهيزات ، وهكذا فإن للتقدم العلمي التقني وتطور التجهيزات في مجال الطب أثرهما البالغ في تطور طبيعة المسئولية الطبية[٥].

٢- لا يمار أحد في الدور الفعال الذي لعبه الفقه في رسم وإرساء معالم المسئولية الموضوعية في إطار المجال الطبي ؛ حيث نادى كثير من الفقهاء بالمسئولية غير الخطئية للطبيب في كثير من مجالات الممارسة الطبية ، كما هو الشأن بالنسبة

(١) - د/ محسن البيه . المرجع السابق . صـ٢٤٧ .

(٢) - راجع : باريس ١٦ يناير ١٩٥٠ ، الأسبوع القانوني ، ١٩٥٠ -٢-٥٧٢٠ ونقض مدني فرنسي ٦ مايو١٩٥٩ ، بلتان المدني ، ١٩٥٩-١ رقم ٢٢٩ ، مشار إليه الدكتورة سهير منتصر، المرجع السابق . صـ٩٨ .

(٣) - د/ سهير منتصر ، المرجع السابق . صـ١٠٥ .

(٤) - د/ سهير منتصر ، المرجع السابق . صـ١٠٥ .

(٥) - د/ مراد بن الصغير . المرجع السابق . صـ٢٠٦ .

للتحاليل الطبية ، والعدوى الناشئة داخل المستشفيات ، والمسئولية الناشئة عن استخدام الأجهزة الطبية ، والمسئولية بدون خطأ للقائم بالبحوث الطبية ، ومسئولية مراكز نقل الدم ، ولقد كان للفقه الحديث النصيب الأكبر في تأسيس قواعد المسئولية الطبية وفق منظور المسئولية الموضوعية ، حيث يرى عجز المسئولية الفردية القائمة على أساس الخطأ وعدم مسايرتها لنسق الحياة الاجتماعية والاقتصادية ، فاتجه إلى رسم معالم المسئولية الاجتماعية الجماعية القائمة على تكريس الالتزام بضمان سلامة الأفراد والمجتمع[1] .

٣- أن تقرير المسئولية الموضوعية عن أعمال الإدارة يعد أحد الأعمال البارزة للقضاء الإداري في فرنسا ، حيث كان للقضاء الإداري قصب السبق في اعتناق هذه المسئولية وذلك منذ عام ١٩٩٠ ، فمسئولية الإدارة لا تقوم على أساس ارتكاب الخطأ في جانبها[2] ، وإنما لحدوث ضرر من نشاطها متى كان هذا الضرر يتجاوز في خطورته وخصوصيته الأضرار الطبيعية للحياة في المجتمع[3]

وطبقاً لذلك فإن مسئولية الإدارة تتحقق بمجرد حدوث الضرر بغض النظر عن تطلب إثبات الخطأ من عدمه ، ولا تستطيع الإدارة أن تدرأ مسئوليتها بإثبات السبب الأجنبي ، ففعل الغير أو الحادث الفجائي لا يشكلان سبباً لإعفاء الإدارة من هذه المسئولية ، فمسئولية الإدارة تتحقق بمجرد حصول الضرر[4]

وفضلاً عن هذا فإنه بمجرد توافر حالة من حالات المسئولية دون خطأ ، فإنه يجب على القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه حتى ولو لم يتمسك بها المدعي في دعواه ، ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي صدرت في هذا الصدد حكم بشأن قضية Gomez ، والذي مفاده أن المحكمة الإدارية الاستئنافية بمدينة ليون الفرنسية أصدرت حكماً مهماً يتضمن حلاً مبتكراً في قضية تتلخص وقائعها في أن الطفل serge Gomez البالغ من العمر خمسة عشر عاماً أدخل إحدى المستشفيات المتخصصة في تقويم العمود الفقري بقصد إجراء عملية جراحية ، وذلك باستخدام طريقة علاجية

(1) - savatier René : comment repenser la conception Francaise actuelle de la responsabilité civile?
Extrait du Recueil Dalloz sirey , 1967, P.4 ?
مشار إليه لدى د/ مراد بن الصغير ، المرجع السابق ، صـ ٣٦٧ .

(2) -F . Lioren _ Frayne : la responsabilité sans Faute dans le contentiontieux administratiF de La responsabilité , L . G . D . J bibliotheque de droit Public France , 1985 , P.133 .
مشار إليه لدى د/ مراد بن الصغير ، المرجع السابق ، صـ ٣٦٨ .

(3) -Febienne quillere majzoub . p 597 .
مشار إليه لدى د/ مراد بن الصغير ، المرجع السابق ، صـ ٣٦٨ .

(٤) د/ مراد بن الصغير ، المرجع السابق ، صـ ٣٦٨ .

جديدة تدعى méthode de luQuE غير معروفة النتائج بشكل كامل وعلى أثر إجراء العملية ظهرت مضاعفات جسيمة ، انتهت بعد ست وثلاثين ساعة بإصابة الطفل بشلل في أطرافه السفلى .

رفضت المحكمة الإدارية في ليون طلب التعويض الذي تقدمت به عائلةGomez عن الضرر اللاحق بابنها Serge؛ استناداً إلى ما جاء في تقرير الخبيرين المكلفين من عدم وجود أي خطأ مرتكب من قبل الطبيب الجراح أو معاونيه.

استأنفت عائلةGomez هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف الإدارية بليون ، فاستجابت لطلباتهم قاضية بمسئولية المرفق الطبي العام وحق المضرور في التعويض ، وجاء في حكمها " أن استعمال طريقة جديده يمكن أن يسبب خطراً للمرضى الذين يخضعون له ، عندما لم تكن نتائجه معلومة بعد ، وأن استخدام مثل هذه الطريقة دون ضرورة حيوية تفرضها يؤدي إلى تحقيق مسئولية المرفق الطبي عن المضاعفات الاستثنائية والبالغة الجسامة التي أصابت المريض والتي تعتبر نتيجة حتمية ومباشرة لهذه الطريقة حتى في حالة غياب الخطأ " (١)

من خلال هذا الحكم يتضح أن القضاء الإداري الفرنسي قد أقر لأول مرة المسئولية دون خطأ " المسئولية الموضوعية " عن عمل المرفق الطبي العام تجاه المرضى المنتفعين بخدماته . ولم يقتصر مجلس الدولة على هذا الأمر حيث اعتبر مجرد دخول الطفل إلى المستشفى ، فهو تحت مسئولية المرفق العام ، ويسأل المرفق عن الأضرار التي تلحق بالطفل ، وذلك رغم أنه لم يكن يعاني من أي مشاكل صحية (٢) ، ولهذا القضاء أكد مجلس الدولة الفرنسي وأقر المسئولية الموضوعية للمستشفى العام ، وذلك عن الأضرار التي تلحق بالمنتفعين دون ضرورة تطلب إثبات خطأ المستشفى ، ولم يعد القاضي محملاً بعناء البحث عن وقائع يستخلص منها الخطأ .

٤ - أن تقرير المسئولية بدون خطأ لم يقتصر على أحكام مجلس الدولة الفرنسي بل امتد إلى نطاق القضاء العادي بفرنسا ؛ حيث حاول القضاء العادي بفرنسا اللحاق بما أقره القضاء الإداري وذلك بشأن المنتفعين بخدمات المستشفيات العامة ، وكان ذلك من خلال الوسائل والأدوات القانونية المتوافقة مع مبادئ القانون الخاص (٣)

(1) C.A.A. lyon : 21/12/1990 , J.C.P . 1991-11-21698 Note J . moreau , Rec.c.E , P. 498.
مشار اليه للدكتور / مراد بن الصغير ، المرجع السابق ، صـ 369 .
(2) - 3..C.E/11/1997,P.412,REC.C.E. صـ371 مشار اليه للدكتور مراد بن الصغير ، المرجع السابق .
(3) - Jean Calais-auloy: Ne mélangeons Plus conformité Et securité, Recueil. Dalloz sirey, 1993 P. 132 .

ولقد وجد القضاء فى الالتزام بضمان السلامة بمثابة الوسيلة التي بمقتضاها يمكن التعويض عن الأضرار التي تلحق المريض وذلك دون حاجة للبحث عن الخطأ الطبي سواء من قبل الطبيب أو من جانب المؤسسة الصحية الخاصة[1]، وقضى فى هذا الصدد بالتعويض لمريض أصيب بالعمى أثناء خضوعه لعملية جراحية أنتجت خللاً مما أصاب الأوعية الدموية للعين ، دون أن يكون لهذا الخلل ثمة علاقة بالعملية الجراحية ، ولم يكن متوقعاً كتطور طبيعي للحالة التي كان يعانى منها المريض أصلاً ، فالطبيب الجراح يقع على عاتقه التزام بالسلامة يلزمه بتعويض الضرر الذى أصاب المريض نتيجة العملية الجراحية حتى فى حالة غياب الخطأ ، وذلك متى كان الضرر الذى أصاب المريض لا علاقة له بالمرض الذى كان يعانى منه قبل التدخل الجراحي[2].

والواقع أن إقرار المسئولية الموضوعية للطبيب لم يقتصر على قضاة الموضوع ، بل امتد الأمر إلى محكمة النقض الفرنسية ؛ حيث قضت فى ذات الاتجاه فى قضيه تتلخص وقائعها ؛ فى أن شخصاً كان يعانى من آلام فى ذراعة الأيسر ؛ مما استدعى إجراء عملية جراحية له ، وأثناء مباشرتها قطع الطبيب الجراح شرياناً للمريض لا يتعلق بالعمل الجراحي فى يدة اليسرى ، ولكن كان ملتصقاً بالشريان الذى أجريت الجراحة من أجله ، ترتب على ذلك إصابة المريض بنزيف حاد انتهى بوفاته ، وقامت الزوجة برفع دعوى قضائية أمام محكمة Evry ، وصدر حكم المحكمة بمسئولية الجراح على أساس أنه ارتكب مسلكاً غير سليم فى إجراء الجراحة نتيجة الرعونة وعدم مراعاته للأصول الفنية ، تم الطعن عليه أمام محكمة الاستئناف ، فقضت بعدم وجود أي خطأ فى جانب الجراح ، حيث إن الثابت أن الجراحة أجريت وفقاً للأصول العلمية الثابتة ، تم بعد ذلك الطعن من قبل الزوجة أمام محكمة النقض ، وفى هذا الصدد قضت محكمة النقض بمسئولية الجراح معتبرة أن حكم محكمة الاستئناف يشكل مخالفة للمادتين ١١٣٥، ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي ، وانتهت

(١) - محمود جمال الدين زكى ، مشكلات المسئولية المدنية ، الجزء الأول ، مطبعة جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٨، صـ٢٢٩ ، د/ محمد على عمران ، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته فى بعض العقود ، دراسة فقهية وقضائية فى كل من مصر وفرنسا ، دار النهضة العربية ١٩٨٠ ، صـ٢٤ .

(2) - C.A.P:15/11/1999 , Gaz , Pal ,1999-1 , France , p 911

مشار إليه للدكتور مراد بن الصغير ، المرجع السابق ، صـ ٢٧٤.

إلى أن الضرر الذى حدث للمريض (الوفاة) قد وقع بفعل الطبيب الجراح بغض النظر عن ثبوت خطأ فى جانبه من عدمه [١].

٤- الامتناع عن جبر الضرر بدعوى عدم إثبات الخطأ يفوت تحقيق العدالة التعويضية ويهدم المساواة بين مركز المواطنين [٢].

٥- تدخل المشرع الفرنسي بنصوص قانونية صريحة وواضحة وذلك بإقرار المسئولية الموضوعية للطبيب ، وذلك فى بعض الحالات من ذلك المسئولية الناشئة عن أي عيب فى الاجهزة الطبية والمنتج الطبي ، والمسئولية الناشئة عن أضرار الالتهابات التي يصاب بها المتضرر ، وذلك فى المادة (L-١١٤٢-١) من قانون الصحة العامة الفرنسي ، وكذلك مسئولية القائم بالتجربة الطبية ، وذلك بالمادة (L-١١٤٢-٢) من ذات القانون ، والمضافة بموجب قانون حقوق المرضى لعام ٢٠٠٢ المعدل بموجب القانون الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/٨/٩ والمتعلق بسياسة الصحة العامة بفرنسا، وبالتالي فان أي ضرر يصيب المتضرر نتيجة هذه التدخلات يسأل الطبيب عن ذلك دون البحث عن الخطأ

(١) - cass civ ١٩٩٧/١/٧ , Gaz ١٠-١٩٩٩ , P٢٢.france P , ٩١٥.
أشار إليه الدكتور مراد بن الصغير، المرجع السابق ، صـ٣٧٢ .
(٢) - د/ ثروت أنيس الأسيوطي . مبادئ القانون . الجزء الثاني الطبعة الأولى . دار النهضة العربية . القاهرة . ١٩٧٤ . صـ١١٦ .
١- د/ أمير طالب هادى التميمي بالمرجع السابق ص ٢٨٦.

النتائج

١ - الخطأ المضمر أو المقدر معناه استنتاج التقصير أو الخطأ من وقوع الضرر على خلاف القواعد العامة التي توجب على المدعى في دعوى المسئولية أن يقيم الدليل على خطأ المدعى عليه .

٢ - الفقه والقضاء يكادان يجمعان على أن مسئولية الطبيب مسئولية عقدية ، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية حيث قضت " بأن مسئولية الطبيب الذى اختاره المريض أو نائبه لعلاجه هي مسئولية عقدية ، والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذى ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له , لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة ، وإنما هو التزام ببذل عناية إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهوداً صادقه يقظة تتفق فى غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة فى علم الطب ، فيُسأل الطبيب عن كل تقصير فى مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ فى مستواه المهني وجد فى نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول"[1].

ولكن ذلك لا ينفي قيام حالات تكون فيها مسئولية الطبيب مسئولية تقصيرية وذلك حيث لا تقوم بينه وبين المريض علاقة عقدية أصلاً أو حيث يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً أو قضى بإبطاله بسبب من أسباب البطلان النسبي ، وقد يتحقق البطلان في حالة إجراء تجربة علمية طبية دون علم المريض ودون موافقته على إجراء التجربة[2].

٣ - أن المسئولية الطبية قد عرفت تطورات كبيرة ومتسارعة على مستوى النظريات العلمية أو الأساليب العلاجية والأجهزة التقنية الطبية مما جعل المرضى أكثر عرضة للأضرار والإصابات بشكل يحرمهم من التعويض ، بسبب عدم قدرتهم على إثبات خطأ الطبيب ، وبالرغم من الأصل فى الالتزام الطبي بأنه التزام ببذل عناية إلا أن الفقه والقضاء فى كل من مصر وفرنسا قد ذهبا إلى أن التطور فى المجال الطبي والاستخدام المتزايد للمعدات والآلات والأجهزة فى التشخيص والعلاج يدعو إلى ضرورة اعتبار التزام الطبيب بضمان سلامة المريض الخاضع للفحص والعلاج عن طريق هذه الأجهزة التزاما بنتيجة .

(١) ١- نقض مدني جلسة ٢٦ يوليو ١٩٦٩ الطعن رقم ١٢١ لسنة ٣٥ ق , مجموعة أحكام النقض , السنة ٢٠, ص١٠٧٥ .
(٢) - د/ سهير منتصر, المرجع السابق, ص٢٢ .

٦ - لقد تبنى القضاء الفرنسي فى أحكامه الحديثة تشددا بشأن مسئولية الطبيب المدنية ؛ حيث أخذ بفكرة الخطأ المضمر أو المقدر أي استنتاج التقصير أو الخطأ من مجرد حدوث الضرر ؛ وذلك على خلاف القواعد العامة فى دعوى المسئولية .

وأرى أن نظريتي الخطأ المضمر والالتزام بضمان السلامة التي لجأت إليهما المحاكم بدافع الرغبة فى حماية المريض والمضرور وضمان حصوله على تعويض عادل يبدوان كحيل أو وسائل لجأت إليها المحاكم من أجل إقامة مسئولية بدون خطأ " المسئولية الموضوعية " فى إطار مسئولية الطبيب المدنية عن التجارب الطبية .

التوصيات

١- من أجل الملائمة بين حماية إرادة المريض من حماية وتوفير مجال من الحرية والإبداع للطبيب فى القيام بمهنته يجب النظر بين ما وصل إليه الفقه القانوني والقضاء الحديث فى مجال المسئولية الطبية من ناحية وبين ما حققه الطب من تقدم وازدهار فى مختلف مجالاته ، وهو ما يتطلب ضرورة إعادة النظر فى وضع منظومة قانونية متكاملة خاصة بالمجال الطبي .

٢- أقترح بأن تدرس مادة المسئولية المدنية للطبيب بكليات الطب من قبل أساتذة القانون المتخصصين من أجل معرفة حكم القانون فيما يتعلق بحقوقهم وواجباتهم ، وذلك من أجل الحد من مظاهر الإهمال والتقصير وعدم المبالاة من قبل أطباء ومستشفيات وعيادات القطاع العام ومن أجل الحد من تدني مستويات الخدمة الصحية التي تقدم للجمهور.

قائمة المراجع

١- د/ أحمد شعبان طه :

فكرة الخطأ المهني وصورة فى نطاق المسئولية المدنية, رسالة دكتوراه, جامعة عين شمس ٢٠٠٩ م.

٢- أيمن ابراهيم عبدالخالق العشماوى :

تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسئولية المدنية، رسالة دكتوراه : جامعة المنوفية، ١٩٩٨م .

٣- د/ أسامة قايد :

المسئولية الجنائية للأطباء, دراسة مقارنة فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي, دار النهضة العربية, ١٩٨٧ .

٤- د/ ابراهيم بن عبد الله بن سالم الغامزي :

- التزام الطبيب بضمان سلامة المريض فى القانون الوضعي والفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة . جامعة عين شمس ، سنة ٢٠١٦.

٥- د/ امير طالب هادى التميمى :

- المسئولية المدنية الناشئة عن التدخلات الطبية فى الجنين : رسالة دكتوراه جامعة عين شمس .

٦- د/ بوخرس بلعيد :

- خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي ، رسالة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، سنة ٢٠١١.

٧- د/ ثروت أنيس الأسيوطي : مبادئ القانون, الجزء الثاني, الطبعة الأولى, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٧٤م .

٨- د/ حسين زكي الابراشي :

المسئولية المدنية للأطباء والجراحين , رسالة دكتوراه, جامعة القاهرة, ١٩٥١ .

٩- د/ حسن عبدالباسط جميعى :

الخطأ المفترض فى المسئولية المدنية : دراسات لطلبة الماجيستير ، بكلية حقوق جامعة القاهرة.

١٠- د/ عبيد مجول العجمى : الخطأ الطبي فى نطاق المسئولية المدنية, رسالة دكتوراه, جامعة عين شمس, ٢٠١٠ .

١١- د/ سهير منتصر :

الالتزام بالتبصير ,كلية الحقوق ,جامعة الزقازيق, دار النهض العربية, طبعة سنة ١٩٩٢. المسئولية المدنية فى مجال التجارب الطبية فى ضوء قواعد المسئولية المدنية للأطباء ، دار النهضة ، ١٩٩٠ م .

١٢- د/ علاء حسين مطلق التميمي :

الاتجاهات الحديثة فى المسئولية المدنية ، رسالة دكتوراه ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة لسنة ٢٠١٠ .

١٣- د/ عبد الحي حجازي مذكرات فى نظرية الالتزام الطبعة الأولي دار الكتاب العربي القاهرة

١٤- د/ علاء الدين خميس العبيدو :

المسئولية الطبية عن فعل الغير ,رسالة دكتوراه ,جامعة المنوفية ,مكتبة جامعة عين شمس.

١٥- د/ عبدالرشيد مأمون :

عقد العلاج الطبي بين النظرية والتطبيق , دار النهضة العربية , القاهرة ١٩٨٦م .

١٦- د/ عبدالحميد الشواربى :

مسئولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية , منشأة المعارف الإسكندرية , ١٩٩٨ م.

١٧- د/ عبدالرزاق أحمد السنهوري :

الوسيط فى شرح القانون المدني , الجزء الأول , نظرية الالتزام بوجه عام , مصادر الالتزام دار النهضة العربية , الطبعة الثانية ١٩٦٤ م .

١٨- د/ مالك حمد أبونصير :

المسئولية المدنية للطبيب عن الخطأ المهنى دراسة مقارنة , رسالة دكتوراه , جامعة عين شمس سنة ٢٠٠٨م .

١٩- د/ محمد حسين على الشامي المسئولية المدنية ,دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليمنى والفقه الإسلامي , رسالة دكتوراه , جامعة عين شمس , ١٩٨٩ .

٢٠- د/ محمد على عمران الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته فى بعض العقود دراسة فقهية وقضائية فى كل من مصر وفرنسا دار النهضة العربية ١٩٨٠

٢١- د / مراد بن الصغير :

الخطأ الطبي فى ظل قواعد المسئولية المدنية , دراسة مقارنة , رسالة دكتوراه , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة أبى بكر بلقايد ,الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية , لسنة ٢٠١٠ -٢٠١١ .

مدى التزام الطبيب بتبصير (إعلام) المريض دراسة علمية تأصيلية مقارنة , بحث منشور بمجلة الحقوق العدد الرابع السنة الرابعة والثلاثون , محرر١٤٣٢- ديسمبر ٢٠١٠, صـ ٢٦٦.

٢٢- د/ محسن عبدالحميد البيه :

خطأ الطبيب الموجب للمسئولية فى ظل القواعد القانونية التقليدية , مكتبة الجلاء , المنصورة , طبعة سنة ١٩٩٣م .

٢٣- د/ محمد حسين منصور:

المسئولية الطبية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، طبعة سنة ٢٠٠١م .

٢٤- د/ منير رياض حنا : المسئولية الجنائية للأطباء والصيادلة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٩م .

- النظرية العامة للمسئولية الطبية فى التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها ، دار الفقه الجامعي ، الاسكندرية – سنة ٢٠١١.

٢٥- د/ محمود جمال الدين زكى :

النظرية العامة للالتزامات , الطبعة الثالثة ,مطبعة جامعة القاهرة ,١٩٧٨ ,مكتبة نقابة المحامين .

مشكلات المسئولية المدنية الجزء الأول مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٨

٢٦- د/ محمود ثابت محمود على الشاذلى :

- التزام الطبيب بتبصير المتبرع والمريض بمخاطر عملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس سنة ٢٠١٧.

٢٧- د/ وفاء حلمى أبو جميل :

الخطأ الطبي تحليلية فقهية وقضائية فى كل من مصر وفرنسا , رسالة ماجستير , دار النهضة العربية ١٩٨٧

ثانيا : المراجع الأجنبية :

-1Savatier , auby , jet pequignot : trait de droit mèdical , librairie techniques , paris1956 , , n . 251

-2 Christian pairie ,marc Dupont , chaudine Espen , louise muzzin Droit hospitalier , Dalloz , 2 Edition , 1999 , paris

3 -Voir aussi : Yvonne la mberT – faiVre : Droit du dommage Corporel – systém d' indemnisation , D , paris ,1996

- 4jean penneau : - la responsabilité médicale , paris ,1977

-5FLOUR (Yvonne) : faute et responsabilite' civile ; de'clin ou renaissance ? , Droits 1987

مخلص البحث

لقد تناولت هذا البحث بعنوان نظرية الخطأ المضمر ومسئولية الطبيب المدنية في مجال التجارب الطبية ، وذلك من أجل الوصول الى مدى تطبيب المسئولية الموضوعية للطبيب فى مجال التجارب الطبية فى ظل التقدم العلمي والتطور التكنولوجي الهائل الذي شهدته مهنة الطب.

ولقد تناولت هذا البحث من خلال مبحثين أساسيين : تعرضت فى المبحث الأول لماهية الخطأ المضمر ، وانتهيت إلى أن الخطأ المضمر معناه : استنتاج الخطأ بمجرد وقوع الضرر ، وذلك على خلاف القواعد العامة فى دعوى المسئولية المدنية.

وفي المبحث الثاني : تناولت نظرية الخطأ المضمر ومسئولية الطبيب المدنية فى مجال التجارب الطبية ، وانتهت الدراسة إلى أن نظرية الخطأ المضمر التي لجأت اليها المحاكم بدافع الرغبة فى حماية المريض المضرور كانت بمثابة حيلة من أجل إقامة مسئولية بدون خطأ (مسئولية موضوعية) فى إطار مسئولية الطبيب المدنية عن التجارب الطبية.

وتوصى الدراسة بضرورة إعادة النظر فى وضع منظومة قانونية متكاملة خاصة بالمجال الطبي، وذلك من أجل الملاءمة بين حماية إرادة المريض من ناحية ، وتوفير مجال من الحرية والابداع للطبيب من ناحية أخرى.

الكلمات الافتتاحية

- الخطأ المضمر
- المسئولية المدنية
- التجارب الطبية
- الخطأ الطبي
- الاعمال الطبية

The Theory of accident fault and the civilian resposibility of the doctor in the field of medical experiments

Dr. Wael Ezzat Abd El-Hady Moobark

Abstract

This paper deals with the theory of error and the responsibility of the civilian doctor in the field of medical experimentation in order to reach the extent of medical treatment of the objective responsibility of the doctor in the field of medical experiments in light of the scientific progress and the tremendous technological development witnessed by the medical profession.

I have dealt with this research through two basic studies that were exposed in the first part of the inherent error and concluded that the error implied means the conclusion of the error once the damage occurred, contrary to the general rules in the civil liability case.

The second study dealt with the theory of faulty error and the responsibility of the civil doctor in the field of medical experiments. The study concluded that the theory of error in which the courts resorted to the desire to protect the injured patient was a ploy to establish responsibility without error (objective responsibility) Medical tests.

The study recommends the need to review the development of an integrated legal system for the medical field, in order to match the protection of the patient's will on the one hand, and to provide an area of freedom and creativity for the doctor on the other.

Opening remarks

-The latent fault - Civil responsibility - Medical experiments

- Medical fault - Medical Works Top of For Bottom of Form