معيار الخـــطأ الطبي بين المعمول والمأمول

أ. رجاء الهادي سكيب ـ كلية القانون – جامعة طرابلس
rjaa0345@gmail.com

الملخّـــص :

تأتـــي هـــذه الدّراسة إلى إلقاء الضوء على معيار الخطأ الطبي بحسب ما هو متناول في الفقهين (الشرعي والقانوني)، من خلال استقراء النظريات والآراء المتعلقة بهذه المسألة، وهذا المعيار لا يعدو كونه يخرج عن معيارين اثنين، أولهما: المعيار الشخصي والذي يقتضي وقوع خطأ ناتج عن سلوك شخص الطبيب، أما ثانيهما: هو المعيار الموضوعي، والذي يتضمن فكرة الضرر، دون أن يقع خطأ بمعناه الفني من قبل الطبيب. كما تهدف هذه الدراسة إلى تناول مصطلحي الإخفاق في العلاج والحادثة الطبية، ومجال تطبيقهما على المعيارين (الشخصي والموضوعي)، والإجابة عن التساؤلات التي تثيرها إشكالية الدراسة في التعرف على مدى إمكانية إعمال المعيارين تحت نظام يجمعهما، يكون لهذا النظام بصمته الطبية، التي لا غنى عنها ونحن بصدد الحديث عن الخطأ الطبي.

وقد خلصت هذه الدراسة إلى محاولة ضبط معيار الخطأ الطبي من خلال خلق توأمة بين كل الجوانب (الشرعية والقانونية والطبية) تحت نظام واحد متصوّر وهو (الأصول العلمية المتعارف عليها عند أهل الطب)، وهذه التوأمة ستؤدي إلى خلق مواءمة بين مصلحتين متعارضتين، هما مصلحة المريض في حماية صحته وحياته من الأخطاء الطبية، ومصلحة الأطباء في أن يخرجوا من دائرة إرهاب رفع الدعاوى عليهم مما يسبب عدم عملهم في جوٍّ كافٍ من الثقة والاطمئنان .

الكلمات المفتاحية الدالة : معيار – الخطأ الطبي – الأصول العلمية الطبية

Raja Al-Hadi Skeep
Tripoli University
Faculty of Low
Teaching Staff Member

A criterion of Medical Error Between What is Workable and Desirable

Abstract

The study has highlighted on the criterion of medical error according to what has been achieved and handled by Islamic jurists and the jurist of civil law . It was deviated from dispute topic of our research on basic elements that constitute criminal

responsibility through [1]their opinions and theories in respect of this issue.
This criterion can be derived into tow criteria i.e. the first is Material or Medical fault which enhanced that error itself can ensure doctor's responsibility and second criterion is the Objective standard .
The study came to tackle with the two idioms i.e. 'failure of treatment and the medical event' with reference to application of the two criteria "personal and objective".
The answer to study questions as enlightened on its main topic is the definition of alignment between an achieved criterion in both aspects legalism and jurisprudence through a unique system that unify them .
The assigned system must collectively domain the view of both Islamic jurists and law experts together with technical medical view which is considered as main element in our topic about medical fault , where we intend to reach our target goal i.e. collective of jurisprudence ,legalism and medical aspect within one system .
The study has emphasized control of medical error through creation of twinning between jurisprudence and legalism with medical aspects. This twinning will lead to an alignment between two opposing benefits from the principle point of view.
These two benefits are patients' benefit that is protection from doctors' faults and residual effects on their bodies that may threaten their lives from one hand, doctors' benefits that allow them away of lawsuit threatening that lead them to appear before judiciary institution due to medical errors even when are not intentionally done. This will result doctors absence and escaping from their humanitarian work or lead to poor performance due to lack of trust and legal protection .

Key words :
(Criterion - Medical Error - Medical Scientific Origins)

المقدّمـــــــــــة

إن تحديد الخطأ الطبي من المســـائل الجوهرية في المســـؤولية الطبية بوجهٍ خاصّ؛ نظراً لما يشـــكله من أهمية كبيرة في إثبات الخطأ الطبي، ولأن تقديره يبين ما إذا كان تصـرف الطبيب خاطئاً فتقوم مسؤوليته، أو لا يشكل خطأً فتنتفي مسؤوليته، فلا يمكن الجزم بـارتكـاب الطبيـب للخطـأ إلا إذا اعْتمـدْنـا على معيـار ثـابـتٍ يبين فعل الطبيـب وارتكابه للخطأ أم لا. كما أن البحث في أمر معيار[1]الخطأ الطبي ليس بالأمر الســهل؛ فقد جنّد الطبيب نفسـه من أجل القيام بعمل إنساني ينقذ فيه _ بإذن الله _ حياة المريض، أو يخفف من آلامه وأمراضـــه، ومن ثمّ لا يتصـــوّر الطبيب نفســـه _ أمام هذه المهمّة الإنسانية الجسيمة _ أن يجد نفسه أمام القضاء مسؤولاً عن ضررٍ نجم عن خطأ ارتكبه بحسـن نية، فالقضـاء في هذه الحالة أمام هدفين كلاهما مطلوبٌ تحقيقه، فالأول: حماية المرضـى مِمَّا قد يصـدر من الأطباء من أخطاء تكون لها آثاراً سَـيّئةً على صـحتهم أو حياتهم إعمالاً لمقصـد الشـارع في "ألا يبطل دم في الإسـلام" ، أي : لا يضـيع دم،

والثاني: توفير الحرية اللازمة للأطباء في معالجة مرضـــاهم، فالطبيب الذي يخشـــى المسـؤولية سَـيُحجم على تَبنّي الطرق العلاجية الحديثة التي تسْـتدعيها حالةُ مريضـه. ونحن أمام هذين الأمرين سـنكون أمام مصـلحتين متعارضـتين _ من حيث المبدأ _ وجب مواءمتهما قدر المستطاع؛ لأنهما لا ينفكّان عن بعضـهما ونحن بصـددِ الحديث عن معيار الخطأ الطّبي. وعلى اعتبار أن تفصيلة معيار الخطأ الطبي قد تم تناولها من منظور فقهاء الشـريعة وفقهاء القانون المدني، من خلال ما أوردوه بهذا الخضـم من آراءٍ فقهية أو قانونية، ودور هذا المنظور في تحديد معالم المسـؤولية المدنية الطبية، ورسم حدود الضمان الطبي، مع الإتيان بتطبيقٍ لكلّ معيارٍ منهما، يفسّر بشكل واقعي فحوى مـا تضـمَّنـاهُ من عنـاصـر ومفـاهيم. فقـد أخـذ فقـه القـانون المـدني بالمعيار[2]"الشـخصـي"، والذي يُعَبرُ فيه سـلوك الطبيب إلى ذات الطبيب الذي صـدر عنه الخطأ وإلى إمكانياته الذاتية ودرجة حرصـه، أما المعيار الموضـوعي "المادي" فهو المنحى الذي اتخذه فقهاء الشـريعة[3] ضـابطاً للخطأ الطبي، وهو معيار الرجل المعتاد الذي لا يعتد منه بالظروف الداخلية للطبيب، وينظر فيه للظروف الخارجية التي تحيط بالطبيب موضـع المسـؤولية، ولكي يُسـتبان المعياران اتخذت لكل معيار تطبيقاً يجسـدُ واقعهما، فجعلت الإخفاق في العلاج مجسـداً للمعيار الشـخصـي، أما المعيار الموضوعي فكان نصيب تطبيقه المختار من قبلي هو مصطلح الحادثة الطبية. وعند الولوج إلى تفاصـيل ما جاء به فقهاء الشـريعة الإسـلامية والقانونيين وجدت ثمة إشكاليات تدور في فلك هذه التفاصيل، وتجعل من معاييرهم محط نظر، لاسيما المعيار الشـخصـي الذي جعل الطبيب الحريص مسـؤولاً إذا قصـر في العناية المطلوبة للمريض، ولا يكون الطبيب الذي اعتاد اللامبالاة مسـؤولاً عن فعله إذا ما سـبب للمريض ضـرراً! فهذا أمرُ مجافٍ للعدالة، حيث يكون الفعل خطأ بالنسـبة إلى طبيب دون أن يكون كذلك بالنسبة إلى طبيب آخر! أما ما جاء به المعيار الموضوعي فهو في حقيقته معيارٌ "فنّيٌّ" معنيٌّ بمراعاة الطبيب أصـول مهنته وقواعدها المتعارف عليهما، وما تفضـي به النظريات العلمية الحديثة الخاصّـة بمهنة الطب، وهذا المعيار وإن كان منصـفاً للطبيب الذي يتسـاوى مع قرينه في المهنة من حيث الخطأ إلا أنه غير منصـفٍ للمريض، ومردّ ذلك أن الطبيب من خلال هذا المعيار لا يحاسب إلا بخطئه الجسيم _ على حسب رأي قديم الفقه[4] ولا عبرة ليسير الخطأ لتحقيق مسؤولية الطبيب؛ وبالتالي أصبحت الرغبة ملحةً للإجابة عن عديد تساؤلات، أهمها:

(1) هل المعيار الشرعي والقانوني _ بهذا التصّور المبدئي _ حقّقا الغاية المرجوّة بتحقيق الموازنة بين مصلحتين متعارضتين، مصلحة الطبيب وعدم محاسبته عن خطئه الغير متعمد من جهة ومصلحة المريض في جبر ضرره الحاصل من خطأ الطبيب من جهة أخرى؟

(2) هل المعيارين الشرعي والقانوني جَارَيا سُرعة وتيرة علم الطب المتغيّر والمستجدِّ بطبيعته؟

(3) هل يمكن خلق توأمة بين المعيارين الشرعي والقانوني تحت نظام واحدٍ، تكون المظلة فيه الجانب الطبي؟

(4). كيف يمكن لهذه التوأمة_ المتصّورة_ أن تساهم في رسم حدود معالم المسؤولية الطبية؟

وعلى اعتبار أن هذه الدراسة تتعلق بالحديث عن علم الطب، وهو من الفنون التي يختصُّ به أهله في وضع متطلباته التأصلية، لذلك فإن تصّور التوأمة عندي هو "نظام الأصول العلمية المتعارف عليها عن أهل الطب" وإن كان المعيار الموضوعي قد تعلَّق بها، إلا أن تعلقه لم يأخذ الشكل المكتمل، على اعتبار أن هذه الأصول تنقسم إلى أصول علمية ثابتة ترقى إلى درجة القطعية، ومنها ما هو غير ثابت، ومرد عدم ثبوتها أمرين، الأول: أنها استبدلت بما هو أفضل منها وأقل ضرراً، والثاني: لكونها نظرية تحتمل الخطأ والصواب. وهذا النظام يجمع معياريْ الخطأ ويزيد عليها محتملات علم الطب[5].

ثانياً ـ أهمية الدّراســـــة:

تكمن أهمية هذا الموضوع في جملةٍ من النقاط هي:

1ـ في الوقت الذي كثرت فيه الأخطاء الطبية والتي يدفع ثمنها المريض من حياته، أو جزءاً من جسده وماله، دون أن يعرف سبباً لهذا الخطأ، ولا من يتحمل تبعاته وآثاره.

2ـ إن تحديد معيارٍ للخطأ الطبي وفق متعلّقاته الشّرعية والقانونيّة والطبيّة يجعلُ الأخْذَ به أمر فيه جانب العدل وإحقاق للحقّ أمام ساحات القضاء، مما يسهّل عمل القاضي في الأخذ بعين الاعتبار في حكمه مقتضيات العلم الطبي المذيّل بمعياري الشرع والقانون؛ لتكون الصورة مكتملة وجليّة بالنسبة له في تكوين عقيدته تجاه أي نازلةٍ.

3ـ إن علم الطب حاله حال جل العلوم التي تتّسم بالتغيّر ونسبية الاحتمالات؛ لذلك ليس من المعقول أن نربط معيار الخطأ فيه بالجانبين الشرعي والقانوني دون أن نربط معياره بمكنوناته الخاصة، والتي تحتّم التعامل بشكل متفرّدٍ مع كل نازلة وأخرى.

4ـــ عملية إثبات الخطأ على الطبيب تعتبر من المسائل التي يصعب على المريض إنجازها أو تحقيقها، لما لطبيعة العلاقة بينهما، وهى التقاء ضمير بثقةٍ، خاصّة وأنه في الغالب يتمّ صرف الأخطاء الطبية في مصرف القضاء والقدر؛ لذلك سيسهّل تحديد معيار الخطأ الطبي إثباته على الطبيب، وطبيعة ما يَسْتَحقه المريض مقابل الضَّرر الذي لحق به.

ثالثاً ـ أهداف الدراسة:

ليس الهدف من هذه الدراسة إثبات تقدّم الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية، فهذا أمرٌ لا يحتاج نقاش؛ ولكن الهدف هو تبْيان جوانب من هذا التقدم، إضافة إلى أن الحديث عن معيار الخطأ الطبي هو حديث عن علم دنْيوي له رجالاته الذين خصَّهُمُ الله بهذا العلم؛ لذلك لابد أن تكون كلمتهم فيه كلمة الفصل - مراعين بداهة حدود الشرع في ذلك.

2. إن الهدف من هذا البحث تحديد معيار ملائم للخطأ الطبي، وَمَكَمَنُ الملاءمة هو أن يكون هذا المعيار تحت نظامٍ جامع يشمل كل ذيوله المهنية الطبية، ناهيك عن تأصيله الشرعي والقانوني.

3. تحقيق مواءمة بين مصلحتي "الطبيب الخاطئ" و "المريض المتضرر".

4. إن تحديد معيار الخطأ الطبي يعد مسألة جوهرية لتحديد معالم المسؤولية الطبية.

رابعاً ـ الدراسات السابقة:

لقد تناول علماء الفقه الإسلامي موضوع الخطأ الطبي وما يتعلق به من ذيولٍ في كتاباتهم بشكلٍ غير مباشرٍ، حيث أوردوه ضمن عناوين متفرقة، وليس تحت عنوان صريح أو مستقل، مثل إيراده ضمن كتاب "علاج المرضى" و"ضمان الأجير"، وقد تناوله الإمام الشافعي - رحمه الله - ضمن باب "خطأ الطبيب والإمام يؤدَّب"، كذلك تناوله كتاب المغني لابن قدامة المقدسي، حيث تناول بعض الأحكام المتعلّقة بالموضوع "كحكم قطع جزء أو عضو من إنسان للعلاج"، سواءً بإذنه أو بالإكراه، كما تكلم أيضاً عن حكم الضرر الواقع على نفس الشخص نتيجة تعدي الفاعل عمْداً أو خطأً، وأورد ذلك كله تحت كتاب "الأشربة والجراح".

وقد ظهرت دراسات وأبحاث معاصرة تتحدث عن الخطأ الطبي من هذه الأبحاث والدراسات:

ـــــ رسالة ماجستير بعنوان: "الخطأ الطبي ومفهومه وآثاره في الشريعة" رسالة للباحث/ مصطفى أشرف الكوني.

ـــــــــ رسـالة ماجسـتير بعنوان: "الخطأ الطبي بين الشـرع والقانون للباحثين: وداد العبدوني، عبدالرحيم العلمي.

وغيرها كثير، وقد اســتعنت بها في هذا الحقل ؛ إلا أن هذه الاســتعانة أخذت جانب النقد والتحليل إضافة إلى الاستعانة الوصفية في مجال تأصيل الخطأ الطبي ومعياره.

خامساً ـ منهج البحث:

تعتمد هذه الدراسة بصورة أساسيةٍ على المنهج الوصْفيّ من خلال دراسة معيار الخطأ الطبي والمشــكلات التي يُثيرها، من خلال الوصــف بطريقة علمية على ما جاء في الفقهين "الإســلامي والقانوني"، بالإضــافة إلى المنهج التحليلي الذي حاولت فيه جمع عناصر معيار كل منهما بما يوافق مهنة الطب، وما تقتضيه من أصول ومعايير فنية.

سادساً ـ خطة البحث:

سأتناول هذا الموضـوع من خلال مبحثين وخاتمة. المبحث الأول: معيار الخطأ الطبي (المعمول به). المبحث الثاني: معيار الخطأ الطبي (المأمول منه).

ســابعاً: خاتمة: أُسـلَطُ الأضـواء من خلالها على ما تمخّض عن هذا البحث من نتائج وتوصياتٍ.

المبحث الأول ـ معيار الخطأ الطبـــــي ـ المعمول به:

شمل هذا المبحث معيار الخطأ الطبي في فقه القانون المدني "في مطلب أول، ثم ضابط التعّدي في الفقه الإسلامي في مطلب ثان"، كما يلي:

المطلب الأول ـ معيار الخطأ الطبّي في فقه القانون المدني:

يتراوح معيـار الخطأ الطبي في فقه القانون المدني بين تأصــيله وتطبيق من تطبيقاته الواقعية، وما يتصل بذلك من إشكالات قانونية، وذلك كما يلي:

أولاً ـــ تأصيل معيار الخطأ الطبي قانوناً : في الحقيقة إن فكرة الخطأ من أدقَّ الأفكار في القوانين المدنية، ويرجعُ ذلك إلى أن هذه الفكرة غير محددة؛ لاتصــالها عن قرب بفكرة الأخلاق، ولمَّا كانت فكرة الخطأ غير مُحدُودَةٍ ولا منضــبطة[6]، بالتالي نجد أن معيـار الخطأ في القانون قد ترنَّح بين عديدِ معاييرٍ، بداية، أقام أصــحاب المســؤولية الخطئية أو "الشـخصـية" الخطأ على أسـاس التَّمييز، ويراد به أن يكون من وقع منه التعدّي مدركاً لفعله ومميزاً لتبعاته. وعليه، فلا يكون عديم التمييز- كالمجنون والصبي غير المميز - مسؤولا، لا من الناحية الجنائية ولا من الناحية المدنية وهذه قاعده قديمة اسـتقرت في عهد القانون الرُّوماني[7]، وانحدرت منه إلى بعض التشـريعات الحديثة،

وقد لاقى هذا التوجّه انتقاداً من أنصار المسؤولية الموضوعية والمبنية على أساس تحمل التبعية وعملاً باعتبارات العدالة التي تحقق مواساةً للطرف المتضرر، مما دفع أصحاب المسؤولية الخطئية إلى تعديل موقفهم من مسؤولية عديم التمييز بالقول: وإن كان الخطأ ضرورياً لقيام المسؤولية؛ إلا أن الخطأ ليس له إلاَّ ركْن واحدٌ فقط هو الركن المادي، وعليه، لا يشترط التمييز لتحقيق الخطأ. بيد أن هذا الاتجاه لم يَسْلَمْ من المعارض، وبقي عنصر الإدراك قائماً إلى جانب عنصر التعدّي، فصورة الخطأ الذي يقع في هذه الحالة يتمثل في إخلال الطبيب بالالتزام الذي فرضه المشرع على الناس كافَّة بعدم الإضرار بالغير، وهنا يكون قد ارتكب خطأً عادياً تحاسب عليه القواعد العامة، فيُسْأَل عن كل صور الخطأ التي تصدر منه سواءً أكان الخطأ جسيماً أم يسيراً أو حتى تافهاً، وبالتالي فإن الظروف الداخلية والذاتية للطبيب هي المقياس المعتبر لتحديد خطأ الطبيب، وفيه ينظر إلى ذات الطبيب الذي صدر عنه الخطأ وإلى إمكاناته الذاتية ودرجة حرصه وتحرّزه، فيكون الطبيب الحريص - وفقاً لهذا الرأي - مسؤولاً إذا قصّر في العناية المطلوبة للمريض، ولا يكون الطبيب الذي كان من طبعه عدم الاكتراث مسؤولاً عن فعله إذا ما سبَّب ضرراً للمريض! وبالتالي يكون الفعل خطأً بالنسبة إلى طبيبٍ، دون أن يكون خطأ بالنسبة إلى طبيب آخر.

ويرى الفقيه ما زود " أن الأحوال الداخلية هي اللاصقة بشخص المسؤول والمتعلقة بخصائصه الطبية والأدبية وكل ما عداها هو من قبيل الأحوال الخارجية"[8].

وما كان لأصحاب المسؤولية الخطئية إلاَّ الوقوع في الخطأ هروباً من الانتقاد؛ لأن عديم التمييز اللاإرادي - وهو قيد خرج به من فقد تمييزه بإرادته كالسكر ونحوه، فلا اعتبار له ـــ عادةَ ما يكون في كفالة شخص يتولى مسؤوليته فلا ضيْر من إسناد المسؤولية المدنية إلى عديم التمييز التّابع، وتأسيساً على خطأ مفترض فرضاً لا يقبل إثبات العكس، لا يَنْفِيهُ انعدام تمييزه[9].

وينظر إلى معيار الخطأ الطبي لدى هذا الاتجاه إلى المعيار الذاتي الذي ينظر فيه إلى وضع الطبيب كشخص إدراكاً وسنًّا وصحّة، وتقترن عناصر المعيار الشخصي بعناصر أخرى لصيقة بشخص الطبيب، وهى كفاءته ومهارته في علم الطب[10]، فهذه الأخيرة تتباين من شخص طبيب إلى آخر، فيكون تقدير درجة احتمال خطأ يولّد أو يساهم في إلحاق الضرر متوقفٌ على كفاءة الطبيب، فإن تَأكد له أن من شأن فعله أن يحدث ضرراً فهنا يعد خطؤه جسيماً، وإذا كان من المحتمل أن ينجم عن فعله ضرر

فهنا يكون خطؤه يسيراً، وتنحصر درجة الخطأ الجسيم واليسير والمقّدر في عنصر احتمال حدوث الضرر[11].

وقد اســتقر القضـــاء[12] على أن العناية المطلوبة من الطبيب تقتضـــي منه أن يبذل جهوداً صادقة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل عن كل تقصير في مسلكه الطبي الذي لا يقع من طبيب يقظٍ في مستواه المهني، وُجِد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، كما يسأل عن خطئه العادي بصورة عامّة.

يتضــح مما ســبق أن الأخذ بالمعيار الذاتي في هذا التدرج لدى الآخذين بالمســؤولية الخطئية لم يصـــبح مطلقاً، وإنما اختلط بالمعيار الموضـــوعي الذي لا يعتد بالظروف الداخلية الذاتية للشـــخص موضـــع المســـؤولية، وإنما اعتدّ بالظروف التي أحاطت بالشخص المسؤول وقت الفعل، كخطورة الحالة المرضية وما تقتضيه من إسعافات ســـريعة وإمكانيات قد لا تكون متوفرة[13]، أو إجراء العمل الطبي في مكان بعيد لا توجد به مساعدة طبية، أو في زمان معين يصعب فيه العمل[14].

وهذا المعيار العام الذي جاء بناءً على دمج المعيار الموضـــوعي مع المعيار الذاتي تحت عنوان "المعيار المختلط" هروباً من الانتقادات الّتي وُجّهت إلى كل من المعيار الذاتي والموضوعي المجرد الذي لا يعتد بالظروف الخارجية[15].

ويتحتّم في هذا الخضـــم التطرق إلى مصـــطلح الإخفاق في العلاج كتطبيق ونموذج واقعي يجسّد المعيار المبني على الخطأ كضابط للضمان والجبر، كتبيان لهذا المعيار.

ثانياً ـــــ الإخفاق في العلاج كتطبيق للمعيار الذاتي: الإخفاق في العلاج هو إخلال الطبيب بالعناية اللازمة تجاه مريضـــه، ويعتبر مبدأ الالتزام ببذل عناية هو المبدأ المتعيّن إعماله هنا، ويبّرر ذلك اعتبارين:

الأول : هو أن إلزام الطبيب بالتزام عام بتحقيق نتيجةٍ لا يصّـــح؛ لمنافاة ذلك لطبيعة النشـــاط الطبي الذي يتسّـــم بالمخاطر والتطوّر المســـتمر، وإن كان ذلك لا يحول دون القول بهذا الالتزام في مثل حالة الفحوص ونحو ذلك، وهذا التوازن بين الإبقاء على المسؤولية الخطئية كقاعدة، والمسؤولية غير الخطئية كاستثناء، يسمح للمسؤولية المدنية بأن تحتفظ بدورها الأخلاقي في ردع الأخطاء[16].

الثانـــي : يتمثل في ضرورة ترك المجال للمسؤولية الخطئية، حتى إذا حصل أن نظم المشرع مسؤولية موضوعية مطلقة ومجرَّدة عن اشتراك الخطأ في جانب الطبيب.

ولعلّي بهذا الخصوص أذكر وقائع قضية صدر حكمها بموجب حكم[17] 25 فبراير 1997م - في قيام الجراح أثناء إجراء جراحةٍ لمريضٍ يعاني من انسداد الناسور، بإمرار بالون مطاطي غير منتفخ، متصل بأنبوب، خلال المجرى المراد توسعته لدى المريض، ولما أراد الجراح سحب هذا البالون من مكانه ــ أي المجرى المراد توسعته - بعد نفخه بواسطة الأنبوب، وانطلق نحو الشريان السباتي[18]، ومنه إلى أحد شرايين المخ، مما أعاق سير الدم إلى المخ، وأفضى إلى إصابة المريض بشلل نصفي. ومن خلال تقارير الخبرة قضت محكمة استئناف "Lyon" بعدم وجود خطأ في جانب الطبيب، أو حتى عيب في الأدوات المستخدمة، وأن الحادث يعدّ من قبيل المخاطر الملازمة للنشاط الجراحي، وانتهت بناءً عليه إلى انتفاء المسؤولية عن الجرّاح، وطعن في هذا الحكم بالنقض على أساس إخلال الجرّاح بالتزامه بتحقيق السلامة، غير أن محكمة النقض رفضت هذا الطعن، وأيّدت الحكم المطعون فيه فيما قرره من انتفاء مسؤولية الجراح على أساس أن الجراح لا يلتزم في مواجهة مريضه إلا ببذل عناية، مؤكدة أن مسلكه اتسم باليقظة والحذر والمطابقة للأصول العلمية الأكثر تطوّراً، وهو ما أثبتهُ تقارير الخبرة.

يُلاحظ من ذلك اعتناق فكرة المسؤولية الخطئية لهذا التطبيق ، والمتمثّل في مجرد الاخفاق في العلاج، وأن الطبيب قد أخذ حكم " الغالط " الذي لا مسؤولية عليه, ومادام أن الخطأ غير متعيَّن، فالضرر وإن وقع لا يضمن ؛ لأن الغلط لا يتجاوز كونه لحظة سهو تحدث في مثل هذا المجال المتشعب والمتشابك، فإذا ما أخفق العلاج في إحداث أثره المتوقع، قامت مسؤولية الطبيب على أساس الخطأ واجب الإثبات، ويدخل في معنى إخفاق العلاج تلك الأضرار التي تعتبر حتمية ومباشرة للتدخل الطبي، حتى لو كانت هذه الأضرار استثنائية.

وأرى في ذلك، أن الغلط الذي اعُتبر كضابط في هذه الواقعة، والذي ترتب عنه عدم مسؤولية الطبيب، هو ضابط شخصي مُقيد، مردّ ذلك أن المعتبر في الغلط هو "كون الطبيب عالماً بأصول وقواعد مهنة الطب باتباعه كل ما يلزم، وهذا عنصر التقييد المتمثل في ((الكفاءة الشخصية للطبيب))، ولا ينصرف هذا إلى ما عداه من الأطباء **الذين لم يُعرف عنهم التحرُز والكفاءة في المجال الطبي**؛ ويبقى القول الفصل في ذلك هو قول القاضي الذي يعتمد فيه على تقارير الخبرة، وعين محايدةٍ ثاقبة.

وإلى جانب معيار الفقه القانوني وما يتعلق به من مسـائل وذيول، كان لفقه الشـريعة الإسـلامية منظور لمعيار الخطأ الطبي، والذي كان متّجها إلى إقامة مسـؤولية الطبيب على أساس "التعدي"، وهذا ما سنتناوله بالبحث في المطلب الثاني.

المطلب الثاني ـ معيار الخطأ الطبي في فقه الشريعة الإسلامية:

لا يتحدث الفقهاء عن العقوبة على أخطاء الأطباء ومن في حكمهم إلا في حالات تكاد تقترب من القصد إلى إحداث الضّرَر، والجزاء المترتب على خطأ الطبيب في الأعمّ الأغلب هو الضمان المالي الذي يقصد به جبر الضّرر والتعويض عنه، وعبّر الكاسَاني[19] بتعبيرٍ موجزٍ عن ذلك بقوله: (الجبر لا الزجر)، وهو ما فصّله كل من العز بن عبدالسلام[20] والقرافي[21] بوضوح في محلّه، والتعدّي هو الركن الأول من أركان مسؤولية الطبيب، وبالتالي سيكون التركيز في هذا المطلب عن مصطلح التعدي عند الفقهاء كمعيارٍ للمسؤولية الطبية، وتقديم تطبيق واقعي كتبيان لهذا المعيار.

أولاً: التعدّي كتأصيل لمعيار الخطأ الطبي عند فقهاء الشـرع: التعدّي في اصـطلاح الفقهـاء: هو الاعتـداء على حق الغير أو الاعتـداء على الغير، أي أن المقصـــود من التعدي هنا: هو إتيان الطبيب فعلاً محظوراً، سـواء كان ذلك إيجاباً أو سـلباً، عمداً أو خطأ، مباشرة أو تسبّباً[22]، ويعبّر عنه القانونيّون بالخطأ، ولاشك أن التعبير الشرعي أفضـل وأولى، فالتعدي يشـمل الخطأ والعمد، ويشـمل التقصـير والإهمال ونحوهما، فالتعدي الإيجابي كأن يقوم الطبيب بقتل المريض، أو ببتر أحد أعضـائه، أو إتلاف أحد منافعه، أما التعدّي السلبي فيتمثل بالترك، كرفض الطبيب معالجة المريض أو إسعافه، ويترتب على ذلك إزهاق روحه أو ازدياد سوء حالته.

ومَرَدّ شموليَّة هذا المعيار أن الأصل في الشريعة الإسلامية هو أن المسؤولية الجنائية لا تكون إلا عن فعل عمدٍ حَرّمـهُ الشـــارع الحكيم، ولا تكون عن الخطأ لقولـه تعالى: **(وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ)** [23]، وقوله - صـلى الله عليه وسـلم - :" **رُفع عن أمتي الخطأ والنسـيان وما اسـتكرهوا عليه** " [24]، ولكن الشـريعة أجازت على الخطأ اسـتثناء من هذا الأصـل، مراعاة للصّـالح العام[25]. فلقد تعرض الفقهـاء للتعدّي في المجـال الطبي ومجـاوزة الطبيب الحد المعتـاد. قـال الإمـام الخطابي: " **لا أعلم خلافاً في المعالج إذا تعدّي فتلف المريض كان ضَامناً، والمتعاطي علماً أو عملاً لا يعرفه متعدٍّ**" [26]. وقد بحث فقهاء المسلمين مسألة تضمين الطبيب إذا أخطأ أو تجاوز في عمله، وانتهوا على أنه إذا حصـل التّلف بمأذون فيه مع التعدّي أو

التقصير وجب عليه الضمان[27]. وورد في المنتقى شرح الموطأ ((إذا أخطأ الطبيب في فعله والحال أنه من أهل المعرفة فالدية على عاقلته، فإن لم يكن من أهل المعرفة عُوقب)) [28].

فالطبيب الحاذق لا يسأل إلا عن الخطأ الجسيم (الفاحش) فلا يغتفر له الإهمال المفرط، كاستعمال أدوات غير معقمة، أو امتناعه عن معالجة مريضٍ دون مسّوغ مقبول، أو إجراء عملية جراحية وهو سكران، كل هذا يعتبر تقصيراً وتعدياً يحاسب عليه، ويندرج تحت "مخالفة أصول مهنة الطبّ".

والخطأ الفاحش هو ما لا تقرّه أصول فن الطب، ولا أهل العلم بفن الطب، ويعّرف الخطأ الفاحش أيضاً بأنه: ((الخطأ الذي لا يمكن أن يقع فيه طبيب آخر)) [29].

وهذا هو بعينه المعيار الموضوعي أو معيار الرجل المعتاد، الذي لا يعتدّ منه بالظروف الداخلية للطبيب، ويعرّف العلامة الأستاذ السنهوري الرجل العادي أو المعتاد بأنه : " الشخص العادي الذي يمثّل جمهور الناس فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة، فيرتفع إلى الذروة، ولا هو محدود الفطنة حامل الهمة فينزل إلى الحضيض" [30] ولكن الإشكال يقع في ضبط مدى التحوّط الواجب على الطبيب اتباعه أثناء تأدية عمله، وقد أحال الفقهاء ضبط هذا الأمر من التحوّط والتبصّر إلى أعراف الناس وعاداتهم في السلوك، قياساً على من هو في مثل وضعه.

يقول السُّيوطي في "الأشباه والنظائر": ((فكُّل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط فيه، ولا في اللغة يُرجَع فيه إلى العرف)) [31]، ويقول الإمام الشافعي في "الأم": ((وإذا أمر الرجل أن يحجمه، أو يختن غلامه، أو يُبَطر دابّته، فتلفوا من فعله، فإن كان العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه)) [32]، ولابُد من النظر في درجة الطبيب، ومساءلته بما يفعله أقرانه من الأطبّاء في مستواه ودرجته، فإن كان طبيباً ممارساً عاماً، تمّت مساءلته مقارنة بما يفعله طبيب ممارس عام في درجته ومستواه، وإن كان طبيباً أخصائياً، تمّت مساءلته مقارنة بطبيبٍ أخصائي في مستواه[33].

كما يقع الخطأ بطريق التسبّب[34]، ويقع بطريق المباشرة[35]، ثم يؤسّسون على ذلك حكماً على قدر من الأهمية، حيث يقرّرون أنه في حالة حدوث الضرر عن طريق المباشرة فإن مُحْدِثَ هذا الضرر يضمنه في كل الأحوال؛ سواءً تعدّى أم لم يتعدَّ- مثل الأفعال اللاإرادية. الموجبة للضمان - أما إذا حدث الضرر بالتسبب، فلا يضمن إلا بالتعدّي.

وبناءً عليه، يمكن القول في عبارة موجزة: أنه يشـــترط لوجوب الضـــمان أن تكون المباشرة بإطلاق، والتسبب مع التعدّي[36]. فلقد رُبط الضمان بالتعدّي، وهذا ما جرى عليه الفقه القديم، ومن عباراتهم الذي تدور في مناســـبات التعليل قولهم "الضـــمَان بالتعدّي"، "والضمان على المتعدي"[37].

وعلى ذلك فإن، معيار التمييز بين التعدّي بالمباشـرة والتعدّي بالتّسـبب يكمن في تحديد الطريقة التي يحدث بها الضـــرر، فالتعدي بالمباشـــرة يتحقق حينما يحدث الضرر عادةً لما باشره المتعدّي من فعل، دون أن يتوسّط بينهما فعلُ آخر ،أما التعدّي بطريق التسبب فيتحقق حينما يحصلُ الضـرر، ليست من فعل الشـخص نفسـه، وإنما عن أمرٍ آخر يفصل بين فعله وبين الضرر[38].

وقد أورد الإمام ابن القيم هذا المعنى بقوله: "الطبيب الحاذق الماهر بصـناعته اجتهد فوصـــف للمريض دواءً فأخطأ في اجتهاده فقتله؛ فهذا يخرج على روايتين: إحداهما أنّ دية المريض في بيت المال، والثانية أنها على عاقلة الطبيب[39]، فقوله: "فوصف للمريض دواءً" يدلّ على أن الطبيب لم يباشر المعالجة بنفسه، ومع ذلك فهو ضامن.

لقد تمكن الفقهاء المســـلمون من التوصـــل إلى نظامٍ أطلقوا عليه اصـــطلاح (ضـمان العدوان) الذي يقابل (ضـمان العقد) في التقسـيم الفقهي، وإذا كان الهدف من (ضمان العقد) في الاصطلاح الفقهي تأكيد الوفاء بالالتزامات التعاقدية، فإن الهدف من (ضمان العدوان) هو تأكيد حق الفرد سلامة نفسه وبدنه تجاه الكافّة ممّن لم يدخلْ معهم في علاقةٍ تعاقدية، وبالتالي فإن هذا الأخير متّجه إلى كل من يحتمل أداء فعله إلى الإضرار بالغير[40] (فكرة الضرر).

وفي تصّوري فإن معيار الفقه الإسلامي في الخطأ الطبي قد يتبلور في عبارةٍ ذكرها ابن القيم عن خوضـه في مسـألة تصـنيف الأطباء من حيث الخطأ الطبي، حيث قال رحمه الله: (الأقسـام خمسـة: (أحدها) طبيب حاذق أعطى الصّـنعة حقّها، ولم تجنِ يده، فتولّد من فعله المأذون من جهة الشـــارع، ومن جهة من يطبّهُ، تلف العضـــو أو النفس، أو ذهاب صـفةٍ، فهذا لا ضـمان عليه اتفاقاً، فإنها سـراية مأذون فيها، وقاعدة الباب أن سراية الجناية مضـمونةٌ بالاتفاق، وسـراية الواجب مهدرةٌ بالاتفاق، وما بينها فيه النزاع) [41].

ولهذا فإن كان الطبيب قد حصل على إذن الشارع أو ولي الأمر أو من يمثّله (المحتسب، وزارة الصحة، نقابة الأطباء، المجلس الطبي ... إلخ) في ممارسة مهنة الطب أو فرعٍ منها، بعد أن حصل على شهادة معتبرة في الطب، وحصل أيضاً على إذن المريض العاقل البالغ أو وليّه إذا كان قاصراً أو ناقص الأهلية، وإذا كان العمل مأذوناً به، ولم يتعد عملهُ عن الأصول الطبية، وعمل بالأصول الطبية المعروفة في بلده وزمنه، ولم يخطئ خطأ لا يقع فيه مثله، فليس على هذا الطبيب ضمان ولا تثريب، لأنه قد بذل الجهد والرعاية.

ثانياً: الحادثة الطبية كتطبيق للمعيار الشخصي: اعتنقت محكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق بمفهوم الخطأ الطبي فكرة التمييز بين الحادثة والطبية والإخفاق في العلاج، وأخذت بالمعيار الموضوعي فيما يخص الحادثة الطبية، وأتى هذا الاتجاه في وقائع قضية قد صدر حكمها[42] بـــ 7 يناير 1997م المسمّاة بحكم (Franchot) - في أن مريضاً كان يعاني من آلامٍ في ذراعه الأيسر نتيجة ضغط واقع على أعصاب وشرايين الذراع عند اتّصاله بالصدر، مما يستلزم إجراء جراحةٍ له، وأثناء إجراء هذه الجراحة، ولتشابك العديد من الشرايين العصبية في هذا المكان قطع الجرّاح شرياناً شديد الالتصاق بالشريان محلّ الجراحة ممّا أحدث نزيفاً للمريض ترتبت عنه وفاته.

بعدها أقامت زوجة المتوفي دعوى المسؤولية، وعلى الرغم من تقرير الخبرة الطبية، الذي قضى بأن الجراحة تمت وفقاً للأصول الطبية وأن الوفاة كانت نتيجة تفاقم استثنائي غير متوقع في حالة المريض إلا أن محكمة "Every" الابتدائية قضت بقيام مسؤولية الجراح بناءً على أنه سلك مسلكاً غير سليم في إجراء الجراحة، ووصفته بأنه يمثل رُعونةً وخرقاً للأصول الطبية، وذهبت محكمة الاستئناف بباريس في 30يونيو 1994م إلى العكس تماماً، حيث قضت بعدم مسؤولية الطبيب الجراح، وحين طعن في هذا الحكم بالنقض، اتجهت محكمة النقض إلى أن القول بانتفاء المسؤولية - كما قضت محكمة الاستئناف – أن هذا يمثّل خرقاً للمادة 1147 من التقنين المدني الفرنسي[43]، وبناءً على ذلك قرّرت أن الضّرر الذي حدث للمريض قد وقع بفعل الجرّاح بصرف النظر عن ثبوت الخطأ في جانبه من عدمه. ويشير هذا الحكم إلى أن مجرد صدور الفعل من جانب الطبيب يكفي لقيام مسؤولية، ولو لم يكن هذا الفعل منطوياً على خطأ من قبله وبعبارة أخرى إن وقوع "حادثة طبية أو جراحية" يكفي لتحقيق مسؤولية الجراح، ولو لم تنْطَوِ على أي خطأ يمكن نسبته إليه.

وبالتالي فإن فكرة الضـرر هي التي تلزم الضـمان والجبر، المبنية على المسؤولية الموضوعية المعتمدة على مخالفة أصول المهنة.

ونخلص من المبحث إلى أنه وجب على القاضـي اتباع المعيار الموضوعي مع مراعاة الظروف المحيطـة بـالطبيب، والتي تؤثر حتماً في ســلوكـه، ومن ذلك كفاءة الطبيب والوســائل المتاحة تحت يده وقت تنفيذه للعمل وظروف الخدمة التي يقدّمها للمريض.

وفي تصــوّري أن هذا المعيـار الأقرب للتطبيق كمعيار يقاس به الخطأ. إلا أنه يحتاج إلى إعادة بلورة من خلال ضــبطه تحت مســمى فنّي طبي شــامل لمعيار "الشــرع، القـانون، الطـب"؛ لأننـا بـذلـك نكون قـد غطّينـا كل مـا يتعلّق بمعيـار الخطـأ الطبي من مسائل وذيول، حسب مقتضيات علم الطب ذو الوتيرة المتسارعة في مستجدّاته العلمية والتكنولوجية، ولم أجد أفضــل من مصــطلح "الأصــول العلمية المتعارف عليها عند أهل الطب" كمظلة تشـمل كل المتعلّقات؛ لأنني لسـت بصـدد النقد لأي معيار، وإنما بصـــدد أخذ مـا يلزم من كل معيـار لكي يحـاكي واقع النوازل التي قد تقع في العمل الطبي، دون أن تجد لها تقديراً منضبطا وواقعيًّا.

المبحث الثاني ـ الأصول المتعارف عليها عند أهل الطب ـ المعيار المأمول منه ـ :

لا شــك أن علم الطـبّ متطوّر غير ثـابـت يعتمـد فيـه التشــخيص على الحـدس والاســتنتـاج، الأمر الـذي يمكن معـه وقوع الطبيب في الخطأ ممّا يفرض علينا إعمال معيـار معين أو أكثر لتحديد هذا الخطـأ الـذي يترتـب عليـه الجبر كمـا بيَّنـا في المبحث الأول – وإن كان الأنســب للتطبيق هو المعيار المختلط، إلا أنه يحتاج إلى انضــوائه تحت مفهوم شـاملٍ وجامع معنّي بعلم الطبّ على وجه الخصـوص – لأن محل الحديث والتأصـيل متعلق بهذا التخصـص من العلوم تحديداً – وبالتالي فإن تصّـوري قد قادني إلى مصـطلح طبّي وجدته يشـمل المعيار المختلط في شـق الأدلة العلمية الثابتة ويزيد عن ذلك بكل العناصــر المتغيرة المصــاحبة لتطّور هذا الفن التي قد تطرأ نتيجة هذا التطور والتسارع "الأدلة العلمية غير الثابتة" مما يسهل الأمر على القاضي في تقديره الواقعي للخطـأ في أي نـازلـة قد تعرض عليـه طلبـاً لحكمـه، كمـا أن المـأمول من هذا المعيـار الفني الشــامل في نـاحيـة منـه، هو عدم تحييد فكرة الخطأ المطلق في جانب معين، إذا مـا تعلق الأمر بـالأدلـة العلميـة الثـابتـة (الغير مختلف فيهـا)، وتحييدهـا في جانـب آخر، إذا مـا تعلق الأمر بـالأدلـة العلميـة الغير ثـابتـة (المختلف فيهـا)، وإعمـال مضــمون الضــرر في هذه الحالة لتحقيق الموازنة المطلوبة بين مصــلحتي الطبيب والمريض. لذلك سيكون تفريغ هذا المبحث على مطلبين.

المطلب الأول ــ ماهية الأصول العلمية الطبية المتعارف عليها ومدى شموليتها للمعايير المعمول بها

أولاً ـ تعريف الأصول العلمية المتعارف عليها عند أهل الطب: يشترط في العمل الطبي أن يكون موافقاً للأصـــول العلمية المعتبرة عند أصـــحاب هذا الفن، وتعرّف الأصـول المعتبرة بأنها: "الأصـول الثابتة والقواعد المتعارف عليها نظرياً وعلمياً بين الأطباء، والتي يجب أن يُلِمَّ بها كل طبيب وقت قيامه بالعمل الطبي(44)، وتعتبر العلوم الطبية أصولاً علميّة متى تحقق فيها الشرطان التاليان:

الشـــرط الأول: أن تكون صـــادرةً من جهة معتبرة مثل الهيئات الطبية المختصـــة بالأبحاث والدراسات الطبية، والتي تُصدر من حين لآخر إرشاداتٍ وتوجيهات حول طرق العلاج لأمراض محددة(45).

الشـرط الثاني: أن يشـهد أهل الخبرة بكفاءتها وصـلاحيتها للتطبيق ومن ثم يجب أن يمتنع الأطباء ومساعديهم اتباع أيَّة نظرية لم تعترف بها الجهات العلمية المتخصصة لأسـباب فنية توجب ردّها، وإذا ما قاموا بتطبيق مثل هذه النظريات والدراسـات المردودة، وَحَدث الضرر المتوقع منها، فإنهم يُعتبرون مسؤولين عمّا فعلوه(46).

ولا حرج على الأطباء ومساعديهم الأخذ بالجديد المقيد، شريطة أن يُثْبِتَ اعتباره أهل الاختصاص بل يجب عليهم ذلك خاصّة في الحالات التي يكون فيها الجديد أكثر أماناً وأخفّ ضرراً من سابقه؛ لأن ذلك يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية لحفظ الأنفس ومنع الضـــرر. ولهذا نجد القوانين المنظمة للعمل الطبي تنصّ على وجوب اطلاع الأطباء على أحدث الوسـائل المعتبرة للتشـخيص والعلاج(47)، فقد قال الإمام العز بن عبدالسلام – رحمه الله -: (وأمّا الاعتماد على كتب الفقه الصـحيحة الموثوق بها، فقد اتفق العلماء في هذا العصـر على جواز الاعتماد عليها، لأن الثقة قد حصـلت بها كما تحصـل بالرواية، وكذلك قد اعتمد الناس على الكتب المشـهورة في النّحو واللغة والطب وسـائر العلوم) (48)، فاتباع الطبيب للأصـول العلمية المعتبرة عند أهل الطبّ واجب من واجبات الطبيب، ويعتبر مسـؤولاً عن الأضـرار الناتجة عن مخالفته لهذا الواجب. ويُستثنى من ذلك ما لو قرّر الخبراء أن عدم إلمام الطبيب بما جدَّ في مسـألةٍ ما يعتبر عذراً يشفع له؛ لتعذُّر الوصـول إلى هذه المعلومات في هذا الوقت القصـير. وتنقسم الأصول العلمية لمهنة الطب إلى قسمين:

القسم الأول: الأصول العلمية الثابتة:

وهى القواعد العلمية التي أثبت الطب صـــحتها، واتفق الأطباء على القول بها واتّباعها، واتفقوا أيضـــاً على أنها قواعد ثابتة لا تقبل التغيير ولا التبديل بتبدُّل الأزمنة والأمكنة. ومن أمثلة هذه القواعد ما ذكره الإمام ابن القيم – رحمه الله – بقوله: (وقد اتّفق الأطباء على أنه متى أمكن التّداوي بالغذاء لا يُعدل إلى الدواء، ومتى أمكن بالبســيط لا يعدّل إلى المركب، قالوا: وكلُّ داءٍ قُدرَ على دفعه بالأغذية والحمية لم يُحاول دفعه بالأدوية، قالوا: ولا ينبغي أن يُولع بسقي الأدوية) [49]. فاتفاق الأطباء على العلاج بالغذاء إن أمكن، وأنّه أولى من اللجوء للدواء يعتبر أصـــلاً ثابتاً في علم الطبّ، فهي تعد من المسائل القطعية كما يعبر عن ذلك فقهاء الشريعة.

القسم الثاني: الأصول العلمية غير الثابتة وهى نوعان:

الأول : أن يتفق الأطباء على اعتبارها أصـــولاً علمية يجب الأخذ بها دون ســـواها، حتى يأتي ما ينقضـــها ويدل على خلافها أو على ما هو أفضـــل منها، فحينئذ يُلْغي اعتبارها أصـــلاً من الأصـــول الطبية وتســـتبدلُ بما هو أفضـــل منها، ومثال ذلك اتفاق الأطباء على دواء معين. أنّه أفضل دواءٍ لعلاج مرضٍ ما، وأن الأعراض الجانبية لهذا الدّواء أقل من غيره، فإذا ما اكتُشِـــفَ دواءٌ آخر أفضـــل منه وأقل ضـــرراً، فإن هذا يستدعي إلغاء اعتبار الدواء السابق أصـلاً علمياً متفقاً عليه، ويُستدعي اعتبار الدواء الآخر هو الأصل العلمي الواجب الأخذ به[50].

وكذلك الأمر بالنسـبة للجراحة، فإذا اكتشـفت طريقة جديدة للجراحة أقل مخاطرة من الطريقة السابقة، أُلْغِيَ اعتبار الطريقة القديمة أصلاً علمياً.

والثاني: ألا ينفِ الأطباء على اعتبارها أصْـــلاً علمّيا ملزماً، وإنّما يتّفقون على أنّها نظريّة علمية تحتمل الخطأ وتحتمل الصـــواب، بحيث يذهب بعض أهل الاختصـــاص إلى أنها أفضـــل ما وصـــل إليه الطب، بينما يَذهب البعض الآخر إلى تفضِـــيل نظرية أخرى عليها، وهذا النوع من الأدلة هو في حقيقته ظنِيُّ الثبوت، وبذلك يرى بعضُ الأطباء أنّ علاج ذلك المريض يكون بالأدوية دون الجراحة، بينما يرى فريق آخر خلاف ما ذهب إليه الفريق الأول من أن العلاج بالجراحة هو الأنســـب، فاختلافهم لا يمنع من اعتبار أحد الرأيين أصلاً علمياً يلزم الطبيب العمل به.

ولهذا فقد لجأت الجَمعيات الطبية العالمية مثل: "الجمعية الأمريكية لأمراض القلب، والجمعية الأوربية لارتفاع ضغط الدم، وغيرها من الجمعيّات العالمية[51] إلى إصدار توصياتٍ بشأن طرق علاج مرض معيّن تنشر في المجلاّت الطبية العالمية وتستند في

تلك التوصـــيات إلى أحدث الدراســـات العلمية الكبرى، ويقوم بتمحيص نتائج تلك الدراســات عدد كبيرٌ من الخبراء العالميين في هذا المجال، وتصـنف كل توصـيةٍ من التوصيات[52]على الشكل الآتي:

الفئة (أ): وهو ما أجمع عليه الخبراء على أنه هو العلاج الأمثل للمريض.

الفئة (ب): وهذه تنقسم إلى قسمين:

(1). وهى ما اخْتُلف فيه، ولكن فوائد ذلك العلاج ترجح مساوئه.

(2). وهى أيضاً ما اخْتُلف فيه، ولكن مساوئ ذلك العلاج قد ترجح فوائده.

الفئة (جـ): وهو ما اتفق عليه الخبراء أنه ضار بالمريض لا يجوز استعمال ذلك الدواء أو الطريقة في العلاج في ذلك المرض.

ولكن الســؤال الذي قد يُطرح في هذا المقام هو "مدى شــمولية هذه الأدلة بقســميها (الثابت المجمع عليه والغير ثابت المختلف فيه) للمعيارين (الشخصي والموضوعي)؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في ثانياً:

ثانياً: شمولية الأصول العلمية الطبية للمعيار "المعمول به":

إن اتباع الطبيب للأصــول العلمية المعتبرة عن أهل الطب أمر ثابت في علم الطب وموجبٌ عدمه الضّمان، حيث جاء في كتاب الأمّ للشافعيْ: "وإذا أَمَرَ الرجل أن يحجم أو يختن غلامه أو يبطر دابّته، فتلفوا من فعله، فإن كان فعل ما يفعل مثله، مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة، فلا ضمان عليه، وإن كان فعل ما لا يفعل من أراد الصلاح وكان عالماً به فهو ضامن"[53].

كما أن أمر ثبوتها محقَّق في الفقهيْن "الإسلامي بل وحتى القانوني في معياره المختلط لما ورد في البحث، فعند الحديث عن المعيار المتبنّي في الفقه الإســلامي – الذي اتّخذ الخطأ المهني الناتج عن التعدّي كمعيار له – فإن المستحضر في الذهن هو الأصول العلمية المعتبرة كمعيار موضوعي سواءً الثابتة أم غير الثابتة، وهذه الأخيرة لا يمكن أن تنضــوي إلا تحت المعيار الموضــوعي في الأمور الطبية التي اختلف فيها آراء الأطباء فإن إلزام الطبيب فيها لا يصــحّ، وقد نص الفقهاء في تلك الحالة على حرية الطبيب في اختيار ما يراه الأَصلح لمريضه، ففي (معين الحكام): "سُئل نجم الأئمة الحليمي عن صبيّة سقطت من السطح فانتفخ رأسها، فقال كثير من الجرّاحين إن شققتم رأسها تموت، وقال واحد منهم، إن لم تشقّوه أنا أشقّه وأبرئها فشقّه ثم ماتت بعد يومين، هل يضمن؟

فتأمّل مليّا ثم قال: لا، إذا كان الشق بإذن وكان معتاداً، ولم يكن فاحشا خارج الرسم، فقيل لـه: إنما أَذنوا بناءً على أنه علاج مثلها، فقال: ذلك لا يوقف عليه، فاعتبر نفس الإذن) [54]، وهذا الأمر نشاهده كل يوم تقريباً في الممارسة الطبية، حيث نجد اختلافاً واضحاً في الآراء على الحالة الواحدة والتي يلازم الاحتمال جانبها، وبالتالي فإن الأصول العلمية في شقها الغير ثابت تجد إعمال تطبيقها في كف المعيار الموضوعي.

بيد أن الأصول العلمية الثابتة من باب أولى أن تجد مجال إعمالها هي الأخرى في المعيار الموضوعي كذلك؛ لقطعيتها، إلا أنه وبالنظر إلى المسؤولية الخطئية أو " المعيار المادي" فإن الخطأ لا يتعلق بمهنة الطب بالرغم من وقوعه من الطبيب أثناء مزاولتها[55]، إلا أنّنا نتحدث عن أمرين مرتبطين شديد الارتباط ببعضهما، من حيث أنها يشكّلان معاً الواقع الذي يحول إليه الأمر وهما "المعيار الشخصي والموضوعي" فكيف نتحدث عن أصول علمية ثابتة في مجال الطب دون أن تقضي دراسة وعناية وتحرُّزاً وكفاءة؟!! من قبل الطبيب "مجتمعة".

إن المعيار الطبي المتمثل في "عدم مخالفة الأصول العلمية الطبّية" في تصوّري هو أمرٌ خاصٌّ بعلم الطب بداهة إلا أنّه يمثل معياراً مشدّداً إلى جانب المعيار الشخصي والذي يلزم بلوغ درجة اليقظة والحرص في شخص الطبيب مسبقاً، وبالتالي فإن الخطأ الذاتي "وهو الذي لا يتصل بمهنة الطب" يجدُ مجال إعماله في المعيار المأمول "معيار الأصول العلمية المتعارف عليها عند أهل الطب".

وعليه، فإن الأمر الأول يتمثل بمخالفة الطبيب لأصول وقواعد مهنة الطب. فإذا ما وقع الطبيب في خطأٍ في التشخيص والعلاج، على اعتبارات أن نجاح العمل الطبي يتمركز حول ركنين_ أساسين، هما تشخيص المرض والوقوف على أعراضه الحقيقية ووصف العلاج المناسب له، فإذا فشل الطبيب في التشخيص السليم للمرض سيفشل حتماً في وصف علاجٍ ملائم ينتهي بالمريض إلى الشفاء[56]، ووقوع هذا الفشل سببه خروج الطبيب عن أصول وقواعد الطب والتي لابدّ لكل طبيب أن يلمّ بها ويتقنها؛ لأنها من صميم مهنته، ومن أساسيّات عمله، فالعلوم الطبية إما ثابتة أو مستجّدة ، وإن الخطأ في الأولى فيها لا يغتفر حيث يطلق عليه العلماء (الخطأ الفاحش)، وهذا مجال إعماله، أما مجال إعمال الأصول العلمية غير الثابتة فإنه يتراوح بين جسيم الخطأ ويسيره.

بالتالي، فإن رحلة العلاج لابد أن يكون لالتزام فيها بتحقيق نتيجة، أما تحقيق الشفاء فلا.

أما الأمر الثاني فهو المتعلق بمخالفة الطبيب لضوابط وشروط ممارسة المهنة في الشريعة الإسلامية، فيتمثل في:

ـــــ ممارسة الطبيب للأعمال الطبية دون إذن معتبر في الشرع: فالأذن الطبي يرجع بأَصله إلى الشرع؛ الذي لم يطلق الحرية لأحدٍ في التصرّف بجسد الانسان وحياته، بل وضع ضوابط لهذا التصّرف، فإذا ما خالف الطبيب وباشر عمله الطبي دون إذن من الشرع بأن كان جاهلاً بالعلوم الطبية، أو بغير إذن صريح من المريض بالموافقة على علاجه وإجراء العمليات الجراحية له، فإنه يعتبر متعدياً على حق من الحقوق التي كفلتها الشريعة وحذرت من المساس بها ويستثنى من ذلك حالات يتعذر معها الحصول على الإذن.

ـــــ أن يكون المريض في حالةٍ حرجة يكون فيها مهدَّداً بفقد حياته أو تلف عضوٍ من أعضاء جسده.

ـــــ أن يكون المرض المصاب به المريض مُعْدياً فيستدعي التدخل السريع من الطبيب(57).

ويلاحظ من خلال ما تعلق بالمعيار الموضوعي من ذيول، أن مظلته هو الأصول العلمية الثابتة، وكذلك الأصول غير الثابتة المختلف فيها، فإنها تظهر بوضوحٍ في هذا الشمل، ومن ذلك فإن "المعيار المأمول" يتّسم – كما أسلفنا – بالشمولية واحتوائه على عناصر ليست موجودة في المعيارين الشخصي والموضوعي.

وفي تصوري فإن مجال إعمال الأدلة العلمية "الغير ثابتة" هو فكرة الضّرر، أي أن الطبيب لم يقع في خطأ جسيم يمكن من خلاله أن نعتبره محل المسؤولية، فهو قد اتبع كل الأصول والقواعد المقررة في علم الطب؛ إلا أن ترجيح الاحتمالية الصائبة قد جانبه، هذا جانب من التحليل؛ أما الجانب الآخر فهو يقتضي بأنه مادام أن الضرر قد وقع على المريض. فلم لا نعتبر هذا النوع من الأخطاء التي وقع منها الضرر من قبيل الأخطاء اليسيرة التي تستلزم جبراً للضرر؛ لأن الطبيب قد اجتهد ولكن لا يمكن أن نقول بأنه لم يخطئ البتّة؛ وهذه المسائل في التقدير الواقعي للخطأ بالنسبة للقاضي، إلا أنه وفي مثل هذه الفرضية ستكون آلية جبر الضرر هي المختلفة بأن يتمّ نقل الضرر وتوزيعه، وهذا من ستناوله بالبحث في المطلب الثاني.

المطلب الثاني ـ أثر العمل بالمعيار المأمول به:

إن الحديث عن انعكاس العمل بالأصول العلمية المتعارف عليها عند أهل الطب- ومن خلال ما تم عرضه في المطلب الأول من هذا المبحث – سينصّب على فكرة التقدير

الواقعي للخطأ الطبي من قبل القاضي، إذا ما عرضت عليه نازلة من النوازل؛ التي تقتضي إصدار حكمه وفق المعيار المأمول منه، على اعتبار أن ما تم الخوض فيه من تحديد لهذا المعيار، وما تعلق به من جوانب " شرعية، قانونية، طبية "، سيكون مغزاه هو: كيف سيقدر القاضي الخطأ الطبي بناءً على هذا المعيار المتصور وفق مشتملاته؟ لذلك فإن تقدير واقع الخطأ سيشمل أمرين:

أولهما: مشتملات التقدير الواقعي للخطأ الطبي.

ثانيهما: ضوابط مشتملات التقدير الواقعي للخطأ الطبي.

أولاً: مشتملات التقدير الواقعي للخطأ الطبي: ينبغي على القاضي وهو بصدد تقدير خطأ الطبيب وفق معيار الأصول العلمية المتعارف عليها عند أهل الطب، أن يضع في اعتباره مجموعة من العناصر المكونة لهذا المعيار، والتي حاولنا من خلالها – أي العناصر – أن نحقق شمولية لهذا المعيار المتصور، من خلال انضواء " المعيار الشخصي والموضوعي والطبي " تحت مظلته، وهذه العناصر تمثلت في:

أ. **الكفاءة الشخصية للطبيب**: يقتضي النشاط الطبي دقة متناهية من أجل الوصول إلى تشخيص، ومن ثمّ معالجة المرض والتغلب عليه، ومن ثمّ فليس من المعقول أن يُطلب من جميع الأطباء أن يكونوا على مستوى واحد من الكفاءة، فهذه الصفة تحكمها عوامل عديدة، ففيها: الموهبة الطبيعية، والدراسات، والخبرة، والحالة الصحية للطبيب.

1. **الموهبة الطبيعية:** فهناك عمليات معقدة تحتاج قدراً عالياً من الاستعداد الطبيعي في ممارسة الفن الجراحي، وقضت محكمة (تولوز) أنه صار من المبادئ المسلَّمة التي لا تقبل النقاش أن حدوث أي خطأ يقتضي تفاديه قدراً عالياً من الدقة والمهارة، لا يمكن أن ينهض كقرينة ضد مرتكبه، ومن ثمّ لا يستوجب بذاته مؤاخذة الجرّاح عن تردده أو جرأته إذا ما فشل العمل الجراحي[58].
2. **الدراسات**: فلا يمكن توجيه اللوم إلى طبيب ممارس عام؛ لعدم تقديمه الرعاية المناسبة، والتي يمكن أن يجود بها أخصّائي، ومن ثمّ فإن مسؤولية الطبيب الأخصائي أثقل وطأة من مسؤولية الطبيب العام، وهذا العنصر هو " شخصي مطلق ".
3. **الخبرة**: وتلعب الخبرة دوراً هاماً في مجال التشخيص، ومن ثمّ فالخطأ على قدر اجتهاده[59]. وقد قدّرت محكمة (روان Rouen) في هذا الشأن أن الخطأ في التشخيص ولو أدّى إلى إجراء عملية أودت بحياة المريض لا يوجب بذاته مسؤولية

الطبيب أو الجرّاح؛ لأنه من المتيقن بالنظر إلى صعوبة التشخيص، وعدم إمكان الوصول إلى الحقيقة بصورة جازمة، فإن أمهر الأطباء وأكثرهم خبرة وأوسعهم علماً وأعظمهم تدقيقاً وعناية معرض للخطأ[60]. وأضافت: "بأن القانون وإن لم يفرض على الطبيب العصمة؛ فإنه لا يذهب إلى حد السماح له بتشخيص داء المريض برعونة وطيش دون أن يحيط نفسه بالمعلومات الضرورية التي تساعده على تكوين رأيه، ودون أن يستعمل الوسائل التي يوصي بها العلم في البحث والرقابة[61].

إذ أن عنصر الخبرة هو من أهم العناصر التي تساهم في تقدير الخطأ الواقعي، من ناحية أنه عنصر داخل في معيارين، الأول هو المعيار الموضوعي المعني بتشخيص الطبيب، مقترناً بالأصول العلمية في شقها الغير ثابت الاحتمالي الذي يقتضي احتمالية الإصابة في تشخيص أو علاج المريض من عدمه، أما الثاني هو المعيار الشخصي.

4. **الحالة الصحية والعجز البدني**: حيث يجب أن يوضع في الاعتبار عند تدبير مسلك الطبيب، المستوى الصحي الذي يتمتع به. وهذا العنصر يجده مجال إعماله في المعيار الشخصي المطلق، ومناطه النظر إلى شخص طبيب بعينه من جهة، ويشمل كذلك الأدلة العلمية الطبية في شقها الثابت الغير قابل للاحتمال، والذي يعتبر الوقوع فيه خطأً جسيماً، لقطعيته عند أهل علم الطب.

ب. الظروف المحيطة بالعمل الطبي:

يُرَاعَى أيضاً عند تقدير خطأ الطبيب ظروف الزمان والمكان الذي يُجري فيه العلاج، ومدى خطورة الحالة المرضية، وما يستلزمه من إسعافات أولية في ظروف قد تكون غير مواتية للطبيب، منها:

1ـ ممارسة الطب في الريف والمدن: فالمريض الذي يلجأ إلى طبيب مُسن في الريف وبمنأى عن التطورات العلمية الحديثة، لا يمكن كما قررت "محكمة ليون"[62]، أن يُلام على استعمال الوسائل القديمة التي يعرفها، وعلى العكس؛ فإن الطبيب الذي يعمل بإحدى المدن الكبرى عليه أن يقتفي أثر التطور العلمي، ولا يُغتفر له جهله بالحقائق الجديدة التي أسفر عنها التقدم في علم الطب.

إن الملاحظ في هذا المشتمل أنه قد تضمن المعيار الشخصي العام بالنظر إلى اعتبار عامل السن الذي يجسد هذا المعيار وبشكل جلي، بالإضافة إلى عنصر "الظرف الطبي" والذي هو في حقيقته تجسيد للمعيار الموضوعي الخاص، كون الطبيب المعالج "بالأدوية أو الجراحة" وإن مرّ بظرف طبي وجب عليه بدء التقيد بأصول هذه المهنة

العلمية المتعارف عليها (قديمة أم حديثة)، وهذا ما ظهر لي بداية؛ إلا أنه على هذا العنصر مأخذاً، وهو أن "هذا الطبيب المسن" قد خرج عن الأصل العلمي الذي يقتضي معرفة ما استبدل من علاجات قديمة بعلاجات حديثة حلت محلها[63]، لكن المفهوم من هذا العنصر هو تقديم المعيار الشخصي (المعيار العام) للطبيب (سنَّه وبُعده عن الحداثة التكنولوجية)، عن معيار مخالفة الأصل العلمي الطبي في شقه الغير ثابت (المعيار الخاص).

2ـ حالة الاستعجال في ممارسة الطب: تلعب حالة الاستعجال دوراً هاماً في مجال تقدير خطأ الطبيب، وبالتالي تقرير مسؤوليته، فهي تعفي الطبيب أحياناً من التزامه بضرورة التبصير عن كافة المخاطر المحتملة، أو الحصول على رضا المريض – أيضا- [64].

لقد اشتمل هذا العنصر على استثناء لإعمال المعيار الموضوعي من زاويتين، هما:

ـ مخالفة الأصول العلمية الطبية بعدم التبصير تجاه المريض [65].

ـ استثناءً على أخذ إذن المريض لتحقق عنصر الاستعجال[66].

ثانياً: ضوابط مشتملات التقدير الواقعي للخطأ الطبي: لقد قادني الحديث عن مشتملات التقدير الواقعي للخطأ الطبي – من خلال ما طرح – إلى أنها لا تخرج عن ثلاثة اتجاهات تتمثل في ما يلي:

أ. يرى أنه لا يكفي لتقرير مسؤولية الطبيب مطلق الخطأ، بل يجب أن يكون خطؤه فاحشاً أو جسيماً.

ب. يرى تقرير مسؤولية الطبيب عن كل خطأ يثبت الوقوع فيه مهما كان نوعه جسيماً أو يسيراً.

ج. وذهب البعض من فقهاء القانون[67]. إلى وضع ضابط لتقرير المسؤولية عن الخطأ الطبي في الاعتداد بجسامة النتائج لا بجسامة الخطأ.

إن معيار الأصول العلمية المتعارف عليها عند أهل الطب، قد تضمن كل جوانب هذه الاتجاهات، وهذا هو سبب شموليته وجامعيته من حيث أنه جمع في تأصيله إعمال ضابط الخطأ الفاحش عندما يتعلق الأمر بوقوع الطبيب في خطأ ذاتي مطلق، فهنا سيقدم إعمال ضابط الخطأ الفاحش الذي تحقق بإثباته الخطأ الموجب للضرر.

كما يجب إعمال ضابط الخطأ اليسير عندما يكون الحديث عن مخالفة قواعد وأصول مهنة الطب في جانب الأدلة الاحتمالية التي تقبل أن يكون العمل بها صائباً أو مُوقِعاً في الخطأ، فاجتهاد الطبيب قد يوصله إلى الصواب أو يوصله للخطأ، لذلك لا يمكن

أن نُعتبره غير مخطئ، وفي ذلك يقول الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه (الجريمة)[68] في معرض حديثه عن الخطأ الفاحش، ما نصه: (المتتبع لأقوال الفقهاء في المذاهب المختلفة ينتهي إلى أن الطبيب في صناعته كالفقيه في اجتهاده، فإذا بذل غاية الجهد وأخطأ فلا تبعة عليه، فهو مغفور له، بل هو يثاب على اجتهاده).

وهذا أمر بديهي؛ لأن اتجاه فقهاء الشريعة فيما يخص عدم مسؤولية الطبيب عن خطئه اليسير واضح من خلال آرائهم؛ إلا أن هذا الرأي الموقَّر لا يمكن أن نأخذ به على إطلاقه في هذا الزمن، لاختلاف تطور العلوم ووجود وسائل تكنولوجية حديثة فيما يخص العمل الطبي، تجعل مسؤولية الطبيب تتسع عما كانت عليه في سالف العصور، كما أن عدد الأطباء في عصرهم لا يقارن بالعدد الذي نشهده اليوم – إن قلنا بأن تصور العلماء آنذاك كان متجهاً إلى عدم تضييق الخناق على الأطباء؛ لكي لا يحجموا عن هذه المهنة خوفاً من المسؤولية – حيث إننا في هذا الزمان نحتاج إلى محاسبة الطبيب عن يسير خطئه، ولكن بضابطين:

الأول: أن يكون الخطأ الحاصل من الطبيب مندرج تحت الأصول العلمية الطبية في شقها غير الثابت "الاحتمالي"، أما الثاني: أن يكون جبر الضرر في هذه الحالة موزعاً، لذلك وجب تحميل التعويض على عاقلة المتسبب فيه بعد إثبات مسؤوليته عنه، لأن المقصر لا يستطيع تحمل التعويض عن الإصابات البدنية في معظم الأحوال لضخامة التعويض، ولعدم خروجه عن قواعد المهنة؛ فأصبحت الحاجة ماسة إلى تحميل هذا الواجب على أحد يستطيع تحمله، ولذا نشأ نظام العاقلة[69].

والأقرب إلى الذهن أن تضطلع نقابات الأطباء – في عصرنا – بالدور الذي قامت به العواقل والدواوين في الماضي، بدلاً من ترك الضرر يقع حيث وقع على المتضرر، مما يُعد إجحافاً به واستئصالاً له، طبقاً لتعبير السرخسي[70]، وإعمالاً لمقصد الشارع في ألا يطل دم في الإسلام، ويمكن للأطباء المنتفعين من تحميل النقابة التعويضات التي يتعرضون لها، منها الإسهام في تحمل هذه الأعباء، فيكون هناك صندوق لمثل هذه الحالات، بحيث يؤخذ من كل عضو من النقابة مبلغ من المال إسهاماً منه لهذا الصندوق كل عام، فإذا ما حدث خطأ ولزمت الدية، أمكن دفعها من هذا الصندوق، وهذا الضابط يحقق هدفين:

الأول: هو مصلحة الطبيب في العمل بقدر من الحرية، دون الخوف من المسؤولية عن أي : خطأ يرتكبه.

الثاني: حماية مصالح الأفراد، والصالح العام بتحقيق الردع الخاص على الطبيب المهمل أو الجاهل بأصول وقواعد المهنة، والذي ترتب على خطئه هذه الأضرار الجسيمة (من باب أولى).

وقد اتجه القضاء في مصر وفرنسا مؤخراً إلى الأخذ بمساءلة الطبيب عن أي خطأ يرتكبه سواءً كان مادياً أم مهنياً، جسيماً أو يسيراً[71].

وبالتالي فإن " المعيار المأمول به " لضبط الخطأ الطبي شامل لكل مقتضيات العمل الطبي المؤصل شرعياً وقانونياً، وهذه الشمولية اقتضاها تعقد الجسم الإنساني، وتشعب ظروفه وحالاته، وعدم وضوح أسباب المضاعفات الظاهرة عليه، فإن القاضي سيحكم بناءً على كل هذه المشتملات، بناءً على وقائع كل نازلة وأخرى.

الخاتمـة

خلصتُ من هذا البحث إلى جملة من المسائل، وهي:

1ـ الفقه القانوني ذو نزعة ذاتية، وفيها يقاس سلوك الإنسان على ضوء تصرفاته الغير متعلقة بمهنة الطب، بالرغم من وقوعه من الطبيب أثناء مزاولتها، وبالتالي فإن المقصود من هذا المعيار هو الإخلال بالقواعد العامة التي تحكم سلوك جميع الأفراد، والتي تتطلب الحيطة والحذر في كل سلوك يمارسه الشخص، وهذه هي ذات المسؤولية التقصيرية.

2ـ الفقه الإسلامي ذو نزعة موضوعية، وفيها يقاس خطأ الطبيب بمقياس مسلك الطبيب العادي اليقظ الموجود في نفس الظروف، وهو متعلق بمخالفة أصول المهنة وقواعدها، وبالتالي فإن الإخلال بهذا المعيار يوجب المسؤولية العقدية.

3ـ ضبط معايير الخطأ الطبي من خلال التوأمة بين المعيار الشرعي والقانوني والطبي؛ تحت مسمى "مخالفة الأصول العلمية المتعارف عليها عن أهل الطب كمعيار مأمول منه "، لأن هذا المصطلح هو الأقرب لاتخاذ معيار الشمولية، للمعيارين الشرعي والقانوني، بالإضافة إلى عناصر الاحتمالات التي لا تنفك عن العمل الطبي.

4ـ لا يمكن التخلي عن فكرة الخطأ بشكل مطلق، لأنها تجد نطاق إعمالها في الدليل العلمي الثابت، والذي هو في حقيقته الخطأ الجسيم، وعدم التخلي مُتأت من كون أن الطبيب الذي لم يتسم بالتحرز والحيطة يُسأل عن ما ارتكبه من خطأ سبب ضرراً للمريض.

5ـ إن إعمال المعيار المأمول منه كمعيار للخطأ الطبي، يستلزم شمولية في الإعمال للمعيار الشخصي والموضوعي والطبي، بما يلائم مقتضيات كل نازلة على حدة.

6- إن شمولية المعيار المأمول منه قادتني إلى نتيجة مفادها: أن مسؤولية الطبيب هي مسؤولية تقصيرية وليست عقدية، لأن كل العناصر الشخصية والموضوعية بل والطبية اندرجت تحت لوائه.

7- تحقيق المواءمة المنشودة بين مصلحتين متعارضتين، (مصلحة المريض ومصلحة الطبيب)، من خلال تحقيق فكرة جبر الضرر الناتج عن يسير الخطأ، وآلية هذا التحقيق هو فكرة نقل الضرر وتوزيعه على العاقلة والتي تمثل النقابات والهيئات الطبية ذات الانتماء من قبل الطبيب المخطئ، والذي أراه محقق لأهداف نظام الضمان الاسلامي.

8- لا حرج في أن يستفيد الفقه الإسلامي من التجارب الغربية الحديثة في المجال الطبي القانوني، سواء تعلّق الأمر بقانون الصحة أو قانون التأمينات أو أنظمة التسوية الودية، أو في الحقل القضائي، وما يتعلق به من اجتهادات أراها حاسمة طالما اتصف ذلك بالمصلحة المرسلة التي هي معقول جملة من النصوص المتضافرة، في حدود ما تسميه تشريعاتنا وقوانيننا الوطنية.

9ـ لا يخفى ما للمعالجة التشريعية للوقائع والنوازل الطبية من أهمية، لكننا نلاحظ أن الحل التشريعي –وحده- مهما بلغ من الدقة؛ سَيكُونُ قاصراً عن تسويتها بالشكل الذي يرضي جميع الأطراف، فكم تبقى من القضايا مشرعة بحبال القضاء لسنين طويلة، وتأخر الفصل في المنازعات لون من الظلم، لذلك كان لزاماً أن ننادي بإشاعة الثقافة الطبية، وتفعيل أنظمة الصلح والحكم، لأن الأصل أن مهنة الطب هي من أنبل المهن وأسماها.

الهوامـــــــــش :

(1) المعيار: الميزان الذي يوزن به الأشياء، زين الدين أبو عبدالله محمد، الرازي، مختار الصحاح، المكتبة العصرية، بيروت، ط2، 1999م، ص222.

(2) - محمد سامي، الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م ، ص63. ، وجلال علي، العدوي، أصول الالتزام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001م، ص364.

(3)ـ عثمان بن علي بن محجن البارعي ، الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، الكبرى الأميرية، القاهرة، ط1، 1313هـ ، وعلاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ-1986م. ، وأبو محمد موفق عبدالله ابن قدامة، المغني، دار الكتب العلمية، ط1، 1994م، 5/ 292.

(4) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412هـ-1992م، 6/ 267 ، ومحمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الغرناطي، المواق، التاج والاكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط1، 1416ه، 1994م، 566/7.

(5) قيس بن محمد آل الشيخ، مبارك ،التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الريان، بيروت، ط2، 1997م، ص170- 171 ، ومحمد بن أبي بكر بن سعد، ابن القيم، الطب النبوي، ت: عبد المعطي قلعجي، دار الوعي العربي، حلب، 1988م. ص7.

(6) مختار، قوادري، معيار الخطأ الطبي في فقه القانون المدني والفقه الإسلامي، مجلة الحقيقة، مجلد17، العدد 47، 2018م. ، ص81.

(7) عبد الحي، حجازي، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر ، 1959م، ص443.

(8) عبد السلام، التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، دار المعارف للنشر والتوزيع، لبنان، بدون سنة نشر، ص64..

(9) عجاج، طلال، المسؤولية المدنية للطبيب – دراسة مقارنة -، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004م ، ص118.

(10) محمد فتح الله، النشّار، التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، 2021م ، ص118.

(11) أحمد محمود ابراهيم، سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، رسالة ماجستير، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، 1983، ص40.

(12) نقض مدني مصري في: 1971/12/21م، مجموعة أحكام النقض، سنة 22ق، رقم179، ص1062، وفي نفس المعنى نقض المصري في: 1969/6/26م، مجموعة أحكام النقض، سنة20ق، رقم166، ص1075 وانظر في: الفقه المصري د. عبد الرزاق، السّنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نشر الحلبي، بيروت،ط2، 1998م،1/ 741، فقرة 429، فقرة 548، ص931. ، ومحمد لبيب، شنب، نظرة في مسؤولية الأطباء عن الأشياء التي في حراستهم، المحامي الكويت، السنة الخامسة، الأعداد 7- 9، 1980م، ص135

(13) محمد سامي، الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص63.

(14) محمد سامي، الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص62، 67.

(15) محمد، رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، ب ط، 2007م ، ص117 ، العدوي، أصول الالتزامات، ص364 ، و أسامة عبدالله، قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990م ، ص231.

(16) محمد حسين، قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء التطورات المعاصرة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004ص6. أشرف، جابر، التأمين على المسؤولية للأطباء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999م، ص78

(17) - cass, tre cir. 25 fev-r 991 jcp 1997, ed G. N.11.

(18) الشريان السباتي: هو عبارة عن زوج من الأوعية الدموية الموجودة على جانبي الرقبة التي توصل الدم للدماغ والرأس، نقلاً: عن صفحة جمعية القلب الأمريكية بتاريخ 2009/01/31 (بالأنجليزية)، نسخة مؤرشفة، carotid artety steenosis

(19) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 63/7.

(20) أبو محمد عزالدين عبد العزيز بن عبد السلام ابن عبد السلام، ، قواعد الأحكام في مصالح الأنان، ت: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1414هـ-1991م ، 1/ 178.

(21) أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، ا القرافي، الفروق: أنوار البروق في أنواق الفروق، عالم الكتب، ب ط ، 2/ 213.

(22) مصطفى أحمد، الزرقا، المدخل للفقه الاسلامي، دار القلم، دمشق، 1047/2، 1982م، بند 81/ 90.

(23) سورة الأحزاب: الآية (5).

(24) ابو الحسن، علي بن عمر بن أحمد، الدار قطني، بسنن الدار قطني، تج شعيب الأرناؤوط، بيروت، ط1، 2004م، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، ابن ماجة، سنن ابن ماجة، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل البابي الحلبي، ب ط 2045.

(25) محمد علي، البار وباشا، حسان، شمسي، مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، دار القلم العربية، ب ط،1998م، ص78.

(26) أبو سليمان أحمد بن محمد بن إبراهيم، الخطّابي، معالم السنن (شرح سنن أبي داوود)، تصحيح محمد راغب الطباح، مطبعة الطباح، 1993م، 6/ 378.

(27) رضوان محمد، جمعة، العلاقة بين المريض والطبيب وأثارها، رسالة دكتوراة، جامعة الأزهر، 1413هـ، ص298.

(28) أبو الوليد سليمان بن خلف، الباجي، منتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1332هـ 76/7.

(29) أحمد، شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مطبوعات المجلس الوطني للثقافة، الكويت، 1403ه، ص54.

(30) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، 1998م ، ص864.

(31) عبد الرحمن بن أبي بكر، السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1، 1411هـ-1990م ص98.

(32) أبو عبد الله محمد بن إدريس، الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، ب ط، 1410هـ-1990م ، 6/ 166.

(33) شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ص89.

(34) التسبُّب من السبب، والسبب الحبْلُ، وهو ما يتوصّل به إلى الاستعلاء، ثم استعير لكل شيءٍ يتوصل به إلى أمر من الأمور، فيقال هذا سببُ هذا، وهذا مُسَبب هذا. ، و أحمد بن محمد، الفيومي، المصباح المنير، غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية، بيروت، ب ط ، 1/ 262.

(35) مباشرة الأمور أن تليها بنفسك، الرازي، مختار الصحاح، 1/ 22.

(36) علي، الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2001م ، ص222.

(37) أحمد بن غانم، النفرواي، الفواكه الدواني، دار الفكر، بيروت، ب ط، 1995م ، 5/ 265 .

(38) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، 6/ 150. و- ابن قدامة، 7/ 274. ،و- الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص58.

(39) ابن القيم، الطب النبوي، ت: عبد المعطي قلعجي، ص137.

(40) محمد أحمد، سراج، ضمان الطبيب في الفقه الإسلامي، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة عشر ، ص12.

(41) ابن القيم، الطب النبوي، ت: عبد المعطي قلعجي، ص205 – 210.

(42) Cass – Ireciv. 7 Janv 1997:Gaz Pal, 7 – 8 Fev 1997 FLasjuipr. P32

(43) تقضي المادة 1147 بأن المدين الذي أخلّ بالتزامه يلتزم بالتعويض سواءً بسبب عدم التنفيذ أو التأخير فيه، إلا إذا أثبت أن هذا الإخلال يرجع إلى سببٍ أجنبي لا يدله فيه.

https: // www _ Legifrance. Gouvfr/ affichCode. do, jsessionid

(44) قائد، المسؤولية الجنائية للأطباء، ص160.
(45) عبد الستار، أبو غدة، المبادئ الشرعية للتطبيب والعلاج، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تصدر عن مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، جدة، ج3، العدد8، ص142.
(46) محمد بن محمد المختار، الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، جدة، ط2، 1415هـ/ 1994م، ص475.
(47) عبدالسلام، قواعد الأحكام، 55/1
(48) مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، ص178 – 180 بتصرف. "شريطة أن تكون طبعةً حديثة، فالعلوم الطبية في تطور مستمرّ، والواجب على الطبيب متابعة التطوّر العلمي، بحيث لا يُعذر بجهل بما وصل إليه العلم، فالمجلات الطبية والنشرات، والدوريات المهمّة بالقضايا الطبية تعتبر حجة يُدان بها الطبيب، لو ادّعي عدم اطلاعه على ما وصل إليه العلم".
49) ابن القيم، الطب النبوي، ص7.
(50) مبارك. التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، ص170 – 171 بتصرّف.
(51) شمسي والبار، مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، ص89.
(52) مبارك، التّداوي والمسؤولية الطبيّة في الشريعة الإسلامية، ص170 – 185.
(53) الشافعي، الأم: 7/ 166.
(54) علي بن خليل، الطرابلسي، معين الأحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، المطبعة الأميرية، بولاق، 1440هـ - 1441هـ، ص204.
(55) محسن عبد الحميد، البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، ب ط، 1998هـ ، ص15.3
(56) هاني، الجبير، بحث :" الخطأ الطبي حقيقته وآثاره "، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني، جامعة الإمام محمد بن سعود، م/5، 1431هـ-2010م ، 5/ 4373.
(57) أحمد محمد، كنعان، الموسوعة الفقهية الطبية، دار النفائس، ط1، 1420هـ- 2000م ، ص52.
(58) الشوا، مسؤولية الطبيب وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص63.
(59) الشوا، المرجع السابق، ص63
(60) نفس المرجع، نفس الصفحة.
(61) الشوا، المرجع السابق، ص 63 وما بعدها.
(62) باشا والبار، مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، ص91.
(63) انظر إلى حكم محكمة الاستئناف الفرنسية، والتي اقتضت أن الضرر الذي حدث للمريض قد وقع بفعل الجراح بصرف النظر عن تبوث الخطأ في جانبه من عدمه، انظر ص17-15 من هذا البحث
(64) الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 62-67 .
(65) باشا والبار، مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، ص 26 وما بعداها.
(66) محمود، القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004، ص 80.
(67) القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، ص80.
(68) محمد، أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 94.
(69) العاقلة: من يحمل العقل، وهي الدية، وسميت كذلك لأنهم يمنعون عن القاتل، أو لأنهم يعقلون لسان ولي المقتول. وعاقلة الإنسان هم العصبة وهم أولياء الدم، ويدخل العصبة لأنهم يرثون الإنسان إذا مات. وقد جعل عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – العاقلة في أهل الديوان، وهم أهل العطاء من ديوان واحد. ومنه استنبط بعض العلماء جعل العاقلة في أهل الحرفة الواحدة، حتى يجمعهم رابطة أو نقابة أو جمعية، أنظر: العاقلة وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، أسامة ياسين اسليم، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2010م.
(70) محمد بن أحمد بن أبي سهل، السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ، 1993م، 125/27.
(71) عبدالله سالم، الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية، دار الأندلس الخضراء، جدة، ص127.