وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليـــا
النجف الأشرف

مسؤولية المرفق الصحي العام عن الخطأ الطبي في العراق

(دراسة مقارنة)

رسالة قدّمها الطالب

علي محسن طويب

إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا وهي جزء من متطلبات درجة الماجستير في القانون العام

بإشراف

د. عامـــر زغيـــر محيســـــن
أستاذ القانون العام المساعد

1437هـ

2016م

﴿ وَإِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ يَشْفِينِ ﴾

صدق الله العلي العظيم

(الشعراء: 80)

الإهـــــداء

إلى. . . روح والدي طيب الله ثراه.

إلى. . . والدتي أطال ألله في عمرها .

إلى . . .

من أحسست فيهم مع كل حرف خطه قلمي . . . ومن كانوا في ليلي قمري المنير وقيدوني بحبهم مثل الأسير ويشاركون الدرب والمصير .

زوجتي.

أبنائي : شهد , مصطفى , أحمد .

إلى. . . كل طبيب يسعى جاهداً لأداء مهمة علاج مرضاه شعاره "مني العلاج ومن الله الشفاء".

إلى. . . كل المرضى راجياً من الله العلي القدير الشفاء العاجل لهم.

أُهدي هذا العمل

علي

أقــرار المشـــــــرف

أشهد أن أعداد هذه الرسالة الموسومة بـ(**مسؤولية المرفق الصحي العام عن الخطأ الطبي في العراق(دراسة مقارنة)**) المقدمة من قبل طالب الماجستير(**علي محسن طويب**) قد جرى تحت أشرافي في معهد العلمين للدراسات العليا/النجف الاشرف، وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في(القانون) .

التوقيع :
المشرف : أ.م . د. عامر زغير محيسن
التاريخ : / / 201 م

بناءاً على التوصيات ، أرشح هذه الأطروحة للمناقشة .

التوقيع:
الاسم:
التاريخ : / / 201

اقرار الخبير اللغوي

اشهد ان هذه الرسالة الموسومة بـ(مسؤولية المرفق الصحي العام عن الخطأ الطبي في العراق(دراسة مقارنة))المقدمة من قبل طالب الماجستير(علي محسن طويب)إلى معهد العلمين للدراسات العليـــا/النجف الاشرف، وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير قد تمت مراجعتها لغوياً من قبلي ولأجله وقعت .

التوقيع :

الاسم :

التاريخ : / /

201

إقرار لجنة المناقشـــــة

نشـهد نحـن أعضـاء لجنـة المناقشـة أننـا اطلعنـا علـى هـذه الرسـالة الموسـومة بــ(مسؤولية المرفـق الصـحي العـام عـن الخطـأ الطبـي فـي العراق(دراسـة مقارنـة))المقدمـة مـن قبـل طالـب الماجسـتير(علي محسـن

طويب)إلى معهد العلمين للدراسات العليـــا/النجف الاشـرف، وقـد ناقشـنا الطالب في محتوياتها وفيما له علاقة بها، وهي جديرة بالقبول لنيل شهادة الماجســـــــــتير فـــــــــي (القـــــــــانون العـــــــــام) وبتقدير( ).

رئيساً

عضواً عضواً

عضواً

عضواً

أ.م.د عامر زغير محيسن
عضواً ومشرفاً

مصادقة مجلس المعهد
صدقها مجلس معهد العلمين للدراسات العليا/ النجف الاشرف
بتاريخ / / 2015
العميد

/ / 201

شكر وامتنان . . .

وبالشكر تدوم النعم . . الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم النبيين والمرسلين محمد المصطفى الأمين وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحبه وسلم . . .

بعد الحمد لله والثناء عليه، جلت قدرته على توفيقه لي بإتمام هذا الجهد العلمي المتواضع فيطيب لي أن أتوجه الشكر والعرفان إلى أستاذي الفاضل (الأستاذ المساعد الدكتور عامر زغير) الذي كان لي الشرف الكبير بأن يتولى الإشراف على هذه الدراسة خصوصاً عن المجهودات الكبيرة

التي بذلها في إطار متابعته الدائمة لهذا العمل، وفي إمدادي بالمراجع والأفكار المنيرة، والنصائح القيّمة التي كانت تعود بيَّ إلى طريق المعلومات الصحيحة كلما حذت عنه، فكانت أستذته في الإشراف مخلصة . كما انتهز هذه المناسبة لأسجل شكري وامتناني إلى السادة رئيس وأعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بقبول مناقشة رسالتي , مما يوفر لي فرصة عظيمة للإستفادة من توجيهات سيادتهم . ويسعدني تقديم الشكر والعرفان إلى كل أساتذتنا الكرام الذين أناروا لنا درب العلم وبينوا لنا طريق الإفادة، كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى الدكتور حسين رحيم شنيور مدير قطاع العمارة الأول في دائرة صحة ميسان والإستاذ نجم عويد كاظم مدير المركز الصحي في جامعة ميسان لما قدّموه لي من خدمة جليلة في إتاحة الوقت الكافي لي في كتابة البحث ، كما أتوجه بالشكر إلى موظفي مكتبات كلية القانون في جامعتي ميسان والبصرة وموظفي المكتبة الحيدرية في العتبة العلوية المقدسة وأخيراً أهدي شكري وتقديري إلى كل من ساعدني، وتمنى لي النجاح.

الباحث

المختصرات باللغة الفرنسية

F : Press universitaires france P.U.

C.E : Conseil d Etat.

T.C : Tribunal des conflits.

OP.Cit : Ovrage precedemment cit.

P : Page.

A.J.D.A : Actualite juridique de droit adminstratif.

Cass.Civ : Cour de cassation , chamber civile.

D : Recueil Dalloz.

S : Recueil sirey.

Gaz,pal : gazette du paluis.

Rec : Recueil.

R.e.c : Recueil des decisions du conseil d Etat.

T.A : Tribunal administrative.

T.A.A : Tribunal administrative d , appel.

R.D.P: Revue du droit public et de la scince politiqu.

G.A.J.A : Les grands arrest de la jurisprudence administrative.

J.C.A : Jurisclasseur Administratif.

E.D.C.E: Etudes document du conseil d Etat.

C.A.A : Conceil administrative d appel.

R.D.S.S : Revue de droit et des sciences sociologiques.

R.D.P : Revue de droit public.

R.H.F : Revue Hospitaliere de france.

فهرست المحتويـــــــات

المـــــــــــــوضـــــــــــــــــــوع	رقم الصفحة
الآية الكريمة	ب
الإهـــــــــداء	ج
إقرار المشرفين	د-و
شكر وامتنان	ز
المختصرات باللغة الفرنسية	ح
فهرست المحتويات	ط-ي
المقدمـــــــــــة	6-1
الفصل الأول: حدود المسؤولية الإدارية للمرفق الصحي العام	69-7

المـــــــــــــــــوضـــــــــــــــــــــــــــوع	رقم الصفحة
تمهيد وتقسيم	8
المبحث الاول: ما هية المرفق الصحي العام	9
المطلب الاول : تعريف المرفق الصحي العام	9
الفرع الاول : تعريف المرفق العام	9
الفرع الثاني: مفهوم المرفق الصحي العام	14
الفرع الثالث: انواع المستشفيات	18
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للعلاقات القائمة داخل المرفق الصحي العام	23
الفرع الاول: علاقة الطبيب بالمرفق الصحي العام	23
الفرع الثاني: علاقة طبيب المرفق الصحي العام بالمريض	29
الفرع الثالث: علاقة المريض بالمرفق الصحي العام	32
المبحث الثاني: نطاق مسؤولية المرفق الصحي العام	36
المطلب الاول: نشاط المرفق الصحي العام	36
الفرع الاول : العامل الطبي والعلاجي	36
الفرع الثاني: النشاط التنظيمي والضبطي	43
المطلب الثاني: الالتزامات الاساسية لطبيب المرفق الصحي العام	47
الفرع الاول: الطبيعة القانونية لألتزام طبيب المرفق الصحي العام	47
الفرع الثاني : التزامات طبيب المرفق الصحي العام	69-55
الفصل الثاني: أساس مسؤولية المرفق الصحي العام	150-70
المبحث الاول: مسؤولية المرفق الصحي العام على اساس الخطأ	71
المطلب الاول: الأخطاء الواقعة داخل المرفق الصحي العام	71
الفرع الاول: الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي أساس المسؤولية	72
الفرع الثاني: الجمع بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي	83
المطلب الثاني: تقدير الخطأ الطبي القائم في المرفق الصحي العام	85
الفرع الاول: الخطأ الجسيم والخطأ البسيط اساس المسؤولية في المرفق الصحي العام	86
الفرع الثاني: بعض صور الخطأ الطبي	100
المبحث الثاني: نحو اساس موحد لمسؤولية المرفق الصحي العام	106
المطلب الاول: دور نظرية المخاطر في تحديد مسؤولية المرفق الصحي العام	106
الفرع الاول : موقف المشرع والقظاء لنظرية المخاطر	106
الفرع الثاني: شروط تحقق مسؤولية المرفق الصحي العام على اساس المخاطر	123
المطلب الثاني: دور فكرة التضامن الوطني في أجاد اساس موحد	133

المـــــــــــــــوضـــــــــــــــــــــــــــــــوع	رقم الصفحة
للمسؤولية	
الفرع الاول: المسؤولية على اساس التضامن الوطني في فرنسا	134
الفرع الثاني : امكانية توحيد المسؤولية الطبية على اساس التضامن الوطني في التشريع العراقي	151-140
الخاتمة	151-157
المصادر	158-173
الملخص الانكليزي	A-C

المقدمة

.....

أهمية البحث:

دفعت التطورات التي طرأت على حياة الأفراد في المجتمع إلى تطور وظيفة الدولة وزيادة الأعباء الملقاة على عاتقها فنتيجة لتعدد حاجات الأفراد واختلافها من حيث البيئة والأوضاع التي يعيشونها , فأنه يحتاج إلى مساهمة اللدولة بكل مؤسساتها لتوفير هذه الحاجات , وخاصة الضرورية منها , كونه يعجز عن تلبية تلك المتطلبات والحاجات بنفسه, وكلما ارتقى مستوى حياة الأفراد كلما زادت متطلباته من الخدمات العامة , الأمر الذي دعى إلى اتساع نطاق الدولة وتطور وظيفتها وزيادة الأعباء الملقاة على عاتقها , كل ذلك دفع الدولة إلى التحول من الدور الضيق الذي كانت تقوم به وهو الدولة الحارسة والذي يتمثل بممارسة الأوضاع التقليدية , إلى الأخذ بدور واسع في الحياة والذي يجعل منها دولة متدخلة في مختلف المجالات وذلك من خلال ظهور مرافق عامة تتولى من خلالها الدولة القيام بالدور الجديد حتى أصبح يطلق عليها بدولة المرافق العامة. ومن بين تلك المرافق , مرفق الصحة العام .

فمن الحقوق الجوهرية للإنسان والتي يجب الحفاظ عليها وحمايتها هو الحق في الصحة , وهو حق كرّسته معظم الدساتير والتشريعات الدولية. وقد يحظى الحق في الصحة والسلامة الجسدية بأهمية بالغة لما له من علاقة وثيقة بتنمية المجتمعات وتطورها , فمن الأهداف الرئيسة للتنمية القومية هو الارتقاء بالمستوى الصحي لإفراد المجتمع لاسيما بعد أن أقرّته المنظمات الدولية ومنها إعلان منظمة الصحة العالمية في 1946/7/22 والإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948, والذي اعد بموجبه الصحة حقا أساسياً لجميع الأفراد من دون استثناء , ولتطبيق تلك الإعلانات على ارض الواقع سعت اغلب الحكومات جاهدة لتوفير مختلف الخدمات الصحية الضرورية الأساسية لمواطنيها.

يتمثل المرفق الصحي العام بمجموع المؤسسات الصحية العامة التي تأخذ على عاتقها تقديم مزيج متنوع من الخدمات الصحية لعموم المواطنين فمنها العلاجية والوقائية والتعليمية والذي يساهم في رفع المستوى الصحي للبلاد وهو ما تقتضيه الحياة العملية بان يتمتع الإنسان بصحة كاملة ليكون عنصر فعال بمقدوره الانخراط في صفوف المجتمع لينفع وينتفع به.

والمستشفيات هي إحدى المؤسسات الصحية التي يتم عن طريقها تقديم تلك الخدمات الصحية والعلاجية للأفراد كافة فمنها المستشفيات العامة والتعليمية والمتخصصة إضافة إلى المراكز الطبية المتخصصة التي تقوم على معالجة أمراض خاصة , وهي مؤسسات حكومية ذات طابع إداري ومنها ما يتمتع بالشخصية المعنوية وبالذمة المالية المستقلة لذلك فهي تعتمد في عملها على أشخاص طبيعيين في تقديم خدماتها للمواطنين وهم الأطباء ومساعديهم والصيادلة والممرضين ويمثل الطبيب الأساس الذي يعتمد عليه المستشفى في معاينة المرضى ومعالجتهم ويخضع الأطباء لعلاقة تنظيمية مع تلك المؤسسات كونهم موظفون خاضعين لقانون الوظيفة العامة فالموظف وهو الطبيب يمثل العنصر العضوي لنشاط المرفق الصحي العام والذي لابد منه لتسيير عمل هذا المرفق وهنا تبرز خضوع علاقته بالإدارة إلى نظام ينسجم مع ما تقتضيه المصلحة العامة بحيث لا يتمتع بحرية مطلقة في ترك وظيفته في أي وقت ولابد من وجود وسيلة رادعة له عند الإخلال بواجباته الوظيفية وكل ما من شانه التأثير على سير المرفق الصحي العام , وقد تنشا بين أركان العمل في المرفق الصحي والمتمثلة بين المستشفى الذي يوفر الخدمات الصحية والطبيب الذي يقع على عاتقه تقديم تلك الخدمات والمريض المستفيد من تلك الخدمات علاقة ذات طبيعة قانونية تختلف فيما بينهم , فقد تكون العلاقة تنظيمية مابين الطبيب والمرفق الصحي أما العلاقة بين المريض والطبيب فهي علاقة غير مباشرة لا تقوم إلا من خلال المرفق الصحي فضلا عن البعد الإنساني لعلاقة المريض بالمرفق الصحي , وقد تنشا عن تلك العلاقات التزامات وظيفية وأخلاقية تقع على عاتق كل من الطبيب والمريض تثار فيها مسالة إيجاد التوازن بين المصالح المتعارضة , وهي مصلحة المجتمع من خلال مصلحة الطبيب في أن تهيأ له ظروف العمل الجيد والتي تؤدي إلى التطور من خلال الإبداع والكشف والاختراع والتشخيص والعلاج في هدوء نسبي , ومصلحة المريض في أن يحصل على العلاج المناسب وفي الوقت المناسب وان يكون على بينة بحالته المرضية وظروف علاجه وما يترتب على ذلك من آثار جانبية وما يتعرض له من مخاطر. ولا يخفى على الجميع ما يعانيه المجتمع من اختلاف كبير بين ما تقرره القوانين من جهة وما يجري عليه الحال في الحياة العملية من جهة أخرى فيما يتعلق بالتزامات الإدارة التي تتحملها نيابة عن الطبيب , حيث أن هناك الكثير من الأطباء الذين ينهون دراستهم الأكاديمية دون أن يكون

لهم أي معرفة بالتزاماتهم القانونية والتي غالبا ما يعتقدون أنها مجرد التزامات أدبية تخضع لسلطتهم التقديرية , والحال نفسه نرى ان الكثير من المرضى يعتقدون بان الإدارة فوق المسائلة. ونتيجة للتطور الحاصل في مجال عمل المرفق الصحي العام وتوسيع نشاطه وتنوع الوظائف وأهميتها في تحسن الوضع الصحي للأفراد فقد ينعكس ذلك سلباً سواء على المرفق الصحي العام أو على المريض عندما ينجر عن ذلك النشاط خطأ يؤدي إلى حدوث ضرر أو قد يكون النشاط بحد ذاته إخلالاً أو مساساً بسلامة الفرد , ويترتب على هذا المساس مسؤولية تختلف في موضوعها , تتميز في أساسها عن باقي المسؤوليات لكونها مسؤولية طبية تتعلق بمرفق عام يؤدي خدمة عامة. حيث تقوم مسؤولية المرفق الصحي العام بصفه أساسية كما هو حال مسؤولية المرافق العامة الأخرى على أساس الخطأ.

وللخطأ في المسؤولية سمة مبتكرة تتمثل في التفريق بين الخطأ ألمرفقي والخطأ الشخصي ففي الحالة الأولى تقع المسؤولية على عاتق المرفق العام وهو الذي يتحمل عبأ التعويض ويكون الاختصاص للقضاء الإداري, وفي الحالة الثانية تقع المسؤولية على عاتق الموظف بصفة شخصية , وينفذ الحكم بالتعويض من أمواله الخاصة ويكون الاختصاص معقوداً للقضاء العادي.

وفي نطاق مسؤولية المرفق الصحي العام يمكن التمييز بين نوعين من الأعمال التي تكون محلاً للأخطاء المرفقية , وهي الأعمال الطبية وأعمال تنظيم وتسيير المرفق. وتعدّ الأعمال الطبية من الأنشطة التي تنطوي على صعوبة في انجازها من جانب المرفق الصحي .

أما فيما يتعلق بأعمال تنظيم وتسيير المرفق الصحي فهي بالإضافة إلى ألأعمال الإدارية والتنظيمية للمرفق أعمال ألرعاية الجارية, وينطوي الخطأ الواقع في هذه الأعمال على العديد من الصور كالخطأ في ملاحظة المرضى أو عدم الالتزام بتبصير المريض أو الحصول على رضائه.

وقد وسّع قضاء مجلس الدولة الفرنسي من نطاق الخطأ الواقع في تنظيم وتسيير المرفق الصحي, فلم يعد يقصره على الخطأ الثابت وإنما طبق بشأنه فكرة المخاطر وذلك في الحالات التي يصاب فيها المريض بضرر بالغ لا يتناسب مع سبب إقامته في المستشفى أو

مع العلاج الخاضع له دون أن يستطيع في ذات الوقت إقامة الدليل على وقوع الخطأ من جانب المرفق الصحي , من جانب آخر تقوم مسؤولية المرفق الصحي العام بدون خطأ وذلك بصورة تكميلية بجانب المسؤولية القائمة على الخطأ. وقد ساهم المشرع والقضاء الفرنسي في إيجاد العديد من التطبيقات للمسؤولية دون خطأ الخاصة بالمرفق الصحي العام. فمن جهة اصدر المشرع الفرنسي عدد من التشريعات في المجال الصحي اقر من خلالها المسؤولية دون خطا عن المخاطر الصحية الخاصة بالتطعيمات الإجبارية , والتبرع بالدم , والأبحاث الطبية التي تجري على جسم الإنسان وقد استهدف المشرع من وراء ذلك ضمان سلامة الأشخاص المشاركين في هذه الأنشطة نظراً لارتباطها بالمصلحة العامة , فضلاً عن ضمان التعويض لهم في حالة حدوث مخاطر صحية.

سبب اختيار ألموضوع:

إن سبب اختيارنا لهذا الموضوع يعود من جهة لأهمية المسؤولية الطبية في قطاع المرفق الصحي العام , ومن جهة أخرى لحداثة هذا الموضوع , وكذلك رغبتنا في معرفة كيفية تعامل القضاء العراقي مع النزاع الطبي , وفي ذات الوقت إبراز مدى الاهتمام الذي يوليه التشريع والقضاء الإداري لبعض الدول الأجنبية لهذا المجال. ونظراً لأن هذه الدراسة هي ذات طبيعة قضائية ولقلة القرارات فقد وجدنا أنفسنا مضطرين إلى دراسة موقف القضاء الإداري الفرنسي من هذه المسؤولية وذلك نظراً لدوره الرائد في مجال القضاء الإداري بصفة عامة, لذلك عمدنا أن تتضمن دراستنا مقارنة لكل من فرنسا ومصر والعراق وذلك على الرغم من الصعوبات التي واجهتنا خلال البحث وخصوصاً شحّت المصادر والقرارات القضائية وبشكل خاص ما يتعلق بالقضاء ألعراقي , وأن كانت هناك بعض الاهتمامات من جانب بعض الفقه العربي في مجال المسؤولية الطبية , إلاّ أن هذه الاهتمامات تسير في اتجاه واحد فقط ألا وهو المسؤولية المدنية, أي مسؤولية الأطباء الخاصة , أما في مجال مسؤولية المرفق الصحي العام فأن هذه الاهتمامات تعدّ قليلة جداً.

.....

مشكلة البحث:

يثير دراسة موضوع مسؤولية المرفق الصحي ألعام مشاكل عدة أهمها هي:

1- هل أن النصوص القانونية في التشريعات العراقية ذات العلاقة في المرفق ألصحي العام كافية لتحديد مسؤولية المرفق الصحي عن أخطاءه الطبية؟

2- هل هناك ضمانات كافية تؤمن منح تعويض عادل للأشخاص المتضررين للتشريعات ألعراقية؟

3- هل استطاع القضاء العراقي أن يسد النقص الحاصل في التشريع بشكل يحدد بوضوح أساس المسؤولية من جهة وصور هذه المسؤولية من جهة أخرى ؟

4- هل بالإمكان أن يكون هناك أساس موحد يقوم على أساس المسؤولية في المرفق الصحي العام.

منهج ألبحث:

سوف نعتمد في هذه الدراسة على الأسلوب المنهجي التحليلي للنصوص القانونية والأحكام القضائية المتعلقة بمسؤولية المرفق ألصحي العام وسوف نتبع الأسلوب المقارن في هذه الدراسة مع كل من فرنسا ومصر وذلك لما تملكه هذه الدول من تجربة غنية على الصعيد ألتشريعي والأحكام ألقضائية لاسيما في فرنسا اِذ كان للأحكام القضائية دوراً كبيراً في تطور مسؤولية المرفق الصحي العام.

خطة ألبحث:

سوف نعتمد في هذه الدراسة على الأسلوب الثنائي في الكتابة وسوف نقسم هذه ألرسالة إلى فصلين نخصص ألفصل ألأول منها للحديث عن حدود المسؤولية الإدارية للمرفق الصحي العام ألذي سوف نقسمه إلى مبحثين نخصص المبحث الأول للبحث في ماهية المرفق الصحي العام, وسوف نخصص المبحث الثاني لبيان نطاق مسؤولية المرفق الصحي العام.

أما الفصل ألثاني فسوف يكون للبحث في أساس مسؤولية ألمرفق الصحي العام وسوف نقسمه أيضاً إلى مبحثين يخصص الأول لمسؤولية المرفق الصحي العام القائم على

أساس الخطأ وسوف نخصص المبحث الثاني للبحث عن أساس موحد لمسؤولية المرفق الصحي العام.