https://doi.org/10.17656/jlps.10211

تحقق المسؤولية العقدية عن نقل فيروس الكورونا

- دراسة تحليلية مقارنة -

أ. د. دانا حمه باقي عبدالقادر* ، هيرۆ أبوبكر حمه مراد**

* قسم القانون/ كلية القانون، جامعة السليمانية- اقليم كوردستان العراق.

** ماجستير في القانون الخاص/ كلية القانون، جامعة السليمانية- اقليم كوردستان العراق.

الملخص

يتناول هذا البحث أثراً مهماً من آثار تفشي فيروس كورونا (كوفيد ١٩) وهو تحقيق المسؤولية العقدية على من يتسبب في نقل هذا الفيروس وإصابة الغير به، وهذا الامر يتطلب وجود علاقة تعاقدية بين الناقل الذي تسبب بخطئه المتمثل في الاخلال بهذا العقد في نقل الفيروس وبين من وقع ضحية الإصابة به نتيجة خطأ المتعاقد. لذلك يبين البحث أركان وشروط تحقق هذه المسؤولية والاتفاق على تعديل آثارها لبيان مدى ملائمة القواعد العامة للمسؤولية لتطبيقها على المسؤولية القائمة على نقل هذا الفيروس الى الغير.

پوخته

ئەم توێژینەوەیە باس لە لێکەوتەیەکی گرنگ لە لێکەوتەکانی بڵاوبوونەوەی ڤایرۆسی کۆرۆنا (کۆڤید ١٩) دەکات ئەویش هاتنەدی بەرپرسیاریەتی گرێبەستانەیە لەسەر ئەو کەسەی کە دەبێتە هۆی گواستنەوەی ئەم ڤایرۆسە و توشکردنی کەسانی تر پێی، ئەم کارەش پێویستی بە هەبونی پەیوەندی گرێبەستی هەیە لەنێوان ئەو گوێزەرەوەیەی کە بەهۆی هەڵەکەیەوە، کە خۆی دەبینێتەوە لە پێشێلکردنی گرێبەستەکەدا گواستنەوەی ڤایرۆسەکە ڕوویداوە، لەگەڵ ئەو کەسەی کە لە ئەنجامی هەڵەی گرێبەستکارەکە بووە بە قوربانی توشبوون پێی. لەبەرئەوە ئەم توێژینەوەیە بنەماو مەرجەکانی هاتنەدی ئەم بەرپرسیاریەتیە و ڕێکەوتن لەسەر هەمواکردنی شوێنەوارەکانی دەردەخات بۆ دەرخستنی مەودای گونجاندنی جێبەجێ کردنی ڕێسا گشتیەکانی بەرپرسیاریەتی لەسەر ئەو بەرپرسیاریەتیەی کە دروست دەبێت لە گواستنەوەی ئەم ڤایرۆسە بۆ کەسانی تر.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

Abstract

This research deals with an important effect of the Corona Virus (COVID 19) outbreak, which is the contractual responsibility of those who cause the transmission of this virus and infect the others. This issue requires having a contractual relationship between the person who causes the mistake of breaching this contract in transmitting the virus and the victim of the infection, as a result of the contractor's mistake. Therefore, the research studies the elements and conditions of this responsibility, and it also argues the agreement to modify its effects in order to demonstrate the appropriateness of applying the general rules of contractual responsibility to the responsibility based on transmitting this Virus to others.

المقدمة

أولاً/ مدخل تعريفي بموضوع البحث: ان انتشار مرض الكورونا شكل خطراً كبيراً على الصحة العامة في المجتمع بما له من نتائج قد تصل إلى حد الوفاة، لذلك أصبحت وسائل الحماية منه موضع الاهتمام على جميع الأصعدة، ومع ذلك فان خطر الاصابة به يبقي أمراً قائماً، لذلك اصبح موضوع إصابة الانسان به بأسباب خارجية وأخطاء صادرة من الغير مثيراً للبحث من الوجهة القانونية، من جهة مدى إمكان إقامة المسؤولية على من يتسبب في نقل هذا الفيروس لغيره، فمن الإنصاف تحميل المتسبب في إصابة غيره بهذا المرض نتائج وعواقب فعله غير المشروع أو إخلاله المتسبب في الأضرار بغيره من هذه الناحية. من هذا المنطلق ارتأينا البحث في المسؤولية العقدية لناقل الفيروس.

ثانياً/ إشكالية البحث: وجدت المسؤولية بوجه عام لمواجهة حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب المؤاخذة من خلال تحميله تبعات فعله المتسبب في الأضرار بالغير والزامه بجبر هذا الضرر. وللقانون أحكام عامة بشأن المسؤولية العقدية التي تقوم الاخلال بالتزام ناتج عن عقد أخل به المراد إقامة المسؤولية عليه، لكن حداثة المشاكل المرتبطة بمرض كورونا، وخصوصية هذا المرض من حيث أسباب نقله وظهور أعراضه والاثار التي تنجم عن الإصابة به، قد تتطلب قواعد

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

وأحكام خاصة إضافة إلى الأحكام العامة في المسؤولية، ومن هذه الجهة تتمثل إشكالية الموضوع في البحث في مدى إمكان ملائمة القواعد العامة للمسؤولية للتعامل والانطباق على المتسبب في احداث أضرار الإصابة بهذا المرض بفعله المخل بالتزامه التعاقدي تجاه المصاب، وما هي الخصوصية التي تستوجب الملائمة والتعديل في تلك الاحكام العامة لغرض استيعاب المسؤولية التي يتوجب إقامتها على المتسبب في نقل هذا المرض.

ثالثاً/ أهمية ودوافع اختيار البحث: ان المسؤولية العقدية الناجمة عن نقل فيروس الكورونا لم يحض بالبحث القانوني على حد علمنا خلافاً للمسؤولية التقصيرية، ربما لتصور عدم أو ندرة احتمال حدوث نقل هذا الفيروس كنتيجة للإخلال بالتزام عقدي، وعليه فان اختيار البحث في هذا المجال ذات أهمية نظراً لجدته وجدة البحث في المسؤولية الناجمة عن انتشار مرض الكورونا بشكل عام، ويمثل مساهمة متواضعة في إغناء الدراسات القانونية في مجال اثار انتشار هذا المرض الذي بات مشكلة عالمية.

رابعاً/ أهداف البحث: يهدف البحث الى بيان مدى إمكان تحقق المسؤولية العقدية لناقل فيروس الكورونا، وهو الذي يتسبب بفعله في إصابة غيره بهذا المرض، وما هي أركان تحقق هذه المسؤولية، وصور الاخلال الموجب لإقامتها وطبيعة الأضرار الناجمة عنها، والشروط الواجب توافرها لتحقق هذه المسؤولية، وكيفية نفيها ومدى إمكان تعديل أحكامها، وذلك لغرض إبراز مدى إمكان الاستناد على القواعد العامة، ومدى الحاجة للإقرار بقواعد خاصة تلائم خصوصية هذا المرض المستجد التي قد تتطلب أحكام مختلفة في بعض التفاصيل لاستيعاب السلوكيات المؤدية إلى الاصابة به والاضرار المختلفة التي تلحق المصاب به لإمكان جبرها.

خامساً/ نطاق البحث: يقتصر نطاق هذا البحث باعتباره مستلاً عن رسالة ماجستير على تحقق المسؤولية العقدية من حيث أركانه وشروطه واتفاقيات تعديل أحكام هذه المسؤولية، وعليه لا يتضمن البحث اثار هذه المسؤولية.

سادساً/ منهجية البحث: لقد اتبعنا في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن من خلال دراسة وتحليل الاحكام القانونية ذات الصلة في التشريعات العراقية ومقارنتها بالتشريعات الفرنسية والجزائرية والاماراتية، مع بعض الإشارات إلى تشريعات أخرى على سبيل الإضافة والاستشهاد بالسوابق القضائية المقارنة لاستخلاص الاحكام والمبادئ المقررة فيها، للوقوف على مكمن القصور في التشريع العراقي لغرض طرح المعالجات المناسبة له.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

سابعاً/ هيكلية البحث: يتكون البحث من مبحثين، خصصنا الاول للبحث في أركان تحقق هذه المسؤولية، والثاني للبحث في شروط تحقق هذه المسؤولية وتعديل أحكامها، وخاتمة تتضمن أهم استنتاجات وتوصيات البحث.

المبحث الأول

أركان تحقق المسؤولية العقدية عن نقل فيروس الكورونا

لتحقيق هذه المسؤولية يشترط توفر ثلاثة أركان مجتمعة: هي الخطأ أي الفعل الضار، والضرر الذي يصاب به الشخص نتيجة الخطأ، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، لذا نخصص لكل ركن مطلباً مستقلاً، كما يأتي:

المطلب الأول

الخطأ

إن البحث في ركن الخطأ عن نقل فيروس كورونا، يقتضي بيان مفهومه، وأهم صوره، وإثباته، وذلك كالاتي:

الفرع الأول/ مفهوم الخطأ

لبيان مفهومه، نعرض النقاط الآتية:

أولاً: تعريف الخطأ العقدي: خلت التشريعات المدنية محل المقارنة من تعريف للخطأ، وهذا الموقف لا يؤاخذ عليه التشريع، لأن التشريع السليم يقتضي عدم التطرق إلى التعريفات وذلك لتعرضها للتغيير والتبديل تبعاً للظروف القانونية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية[1]، وهذا ما جعل فقهاء القانون المدني يجتهدون في تعريفه، ومع هذه المحاولات فإنهم لم يستقروا على تعريف معين، فهناك من عرف الخطأ في المسؤولية العقدية بأنه "ليس إلا عدم قيام المدين بالتزامه الناشئ عن العقد، أياً كان السبب في ذلك"[2]، أو أنه "عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد على الوجه الوارد فيه، سواء أكان عدم تنفيذه كلياً أم حقيقياً -بأن كان تنفيذه معيباً-،

---

(1) د. بمو برويزخان الدّلوي، النظرية العامة للحماية المدنية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٤، ص٢٦٢.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج١، المجلد٢، ط٣ الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص٧٣٦.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

أو جزئياً، ويدخل في هذه الصورة الأخيرة التأخر في تنفيذه"[١]. ويلاحظ من التعريف الأخير أنه يبين حالات الخطأ العقدي، وهي: عدم القيام بتنفيذ الالتزام العقدي والتأخر في تنفيذه، أو تنفيذه بشكل معيب أو تنفيذه جزئياً، وبذلك فإن المسؤولية وفق هذا التعريف أشمل من نطاقها الوارد في التشريعات المقارنة[٢].

وبناءً عليه يعد المتعاقد مخطئاً إذا لم يقم بتنفيذ التزامه، يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناشئاً عن عمد أو عن إهمال أو عن تقصير، ويختلف الأمر بحسب ما إذا كان الالتزام التزاماً بتحقيق غاية أو التزاماً ببذل عناية، لذلك ولتقدير الخطأ العقدي حسب طبيعة الالتزام الناشئ عن العقد، يجب التمييز بين الالتزام بتحقيق غاية (نتيجة) والالتزام ببذل عناية (وسيلة) حتى يتبين لنا متى يعد المدين غير قائم بتنفيذ التزامه، وكما يأتي:

١/ الالتزام بتحقيق نتيجة: في هذا النوع من الالتزام، يعد المدين مخلاً بتنفيذ التزامه إذا لم يحقق الغاية التي التزم بتحقيقها، وكذلك الأمر إذا كان محل التزام المدين عدم القيام بعمل وقام به[٣]، كالتزام الطبيب في عمليات نقل الدم مثلاً، حيث يلتزم الطبيب بتحقيق النتيجة المتمثلة في سلامة المريض، من خلال نقل الدم بصورة سليمة لذات الفصيلة ودون أن تعلق به أية أمراض كفيروس الكبد أو مرض نقص المناعة المكتسبة أو غيرها، وكذلك يلتزم بأن لا ينقل إليه مرض آخر كفيروس الكورونا مثلاً نتيجة العدوى من المكان أو ما ينقل إليه بسبب أشياء ملوثة بفيروسات أو مكروبات أو غير ذلك، وإلا فإن الطبيب يكون مسؤولاً عن هذا الخطأ[٤].

---

(١) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، في مصادر الالتزام، ج١، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٦٨، ص١٦١.

(٢) تنظر: المادة (١٢٣١-١) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل بالأمر رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦ الذي سنشير إليه لاحقاً بالقانون المدني الفرنسي، والمادة (١٧٦) من القانون المدني الجزائري رقم (٧٥-٥٨) لسنة ١٩٧٥ المعدل والمتمم والذي سنشير إليه لاحقاً بالقانون المدني الجزائري، والمادة (٣٨٦) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ المعدل و الذي سنشير إليه لاحقاً بقانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل ونشير إليه لاحقاً بالقانون المدني العراقي، حيث نصت هذه المواد على حالتين فقط من حالات الخطأ العقدي وهما (عدم تنفيذ الالتزام والتأخر في تنفيذه)، وأغفلوا ذكر التنفيذ المعيب والتنفيذ الجزئي للالتزام.

(٣) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، في مصادر الالتزام، ط٣، المكتبة القانونية- بغداد، العاتك لصناعة الكتاب- القاهرة، ٢٠٠٩، ص١٦٥.

(٤) ينظر: د. أيوب يوسف سالم محمد العبيدي، المسؤولية المدنية للفريق الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٩، ص٩٥؛ وكذلك: د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات وأحكامها، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٢، ص٢١٩.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

٢/ الالتزام ببذل عناية: لا يهدف هذا الالتزام إلى تحقيق غاية معينة، وإنما يتعهد المدين بموجبه ببذل جهد وعناية للوصول إلى الغرض، سواءَ تحقق هذا الغرض أو لم يتحقق، فالالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كأصل عام هو بذل العناية، حيث يلتزم بمعالجة المريض دون أن يضمن الشفاء، أما النتيجة التي ترمي إلى تحقيقها هذه الجهود فهي خارجة عن الالتزام في حد ذاته[١]. فالطبيب المختبري يكون قد أوفى بالتزامه بتشخيص وجود مرض الكورونا إذا استعان بالأجهزة والمواد المعتمدة طبياً لتشخيص هذا المرض، أما إذا لم يكن في مقدور هذه الوسائل الكشف عن الفيروس بسبب تحوله إلى فصيلة مستجدة مثلاً، فلا يعد الطبيب مخلاً بالتزاماته الطبية بهذا الصدد.

وبناءَ عليه، تعود أهمية التفرقة بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة إلى تحديد من يقع عليه عبء الاثبات، ففي الحالة الأولى يقع على المريض إثبات تقصير الطبيب أو إهماله في بذل العناية المطلوبة وهي عناية الطبيب المعتاد للحيلولة دون نقل فيروس الكورونا إليه[٢]، وعلى الطبيب أن يثبت أنه أوفى بالتزامه، أما في الثانية فيكفي من المريض إثبات وجود الالتزام، ويعد الطبيب مخطئاً بمجرد عدم تحقق النتيجة المرجوة المتمثلة في حمايته من الإصابة بالفيروس[٣]، ولا يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت أن إصابة المريض بالفيروس يرجع إلى سبب أجنبي[٤].

ثانياً/ درجات الخطأ: ان تقسيمات الخطأ بحسب جسامته لا تخلو من فائدة، إذ يسترشد بها القاضي لتحديد قيمة التعويض حال ثبوت الخطأ عن نقل فيروس الكورونا وفق ما سيأتي بيان ذلك لاحقاً، ويساهم في تشديد المسؤولية أو تخفيفها أو حتى الإعفاء منها، وهناك تقسيمات فقهية عدة للخطأ، أهمها التقسيم الثلاثي[٥]، الذي يعتمد على درجة خطورة الخطأ وجسامته،

---

(١) تنظر: الفقرة (ثانيا/١)، طبيعة المسؤولية الطبية، من السلوك الطبي وآداب مهنة الطب العراقي لسنة ٢٠١٧ الصادر عن نقابة أطباء العراق بالتعاون مع منظمة الصحة العالمية، ص٦. وللتفصيل ينظر: د. علي فلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ٢٠٠٥، ص٣٠.

(٢) تنظر: المادة (١٧٢) من القانون المدني الجزائري، والمادة (٣٨٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة (٢٥١) من القانون المدني العراقي، لم نعثر على مادة تقابلها في القانون المدني الفرنسي.

(٣) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص٧٤١ وما بعدها؛ وكذلك: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج١، ط٤، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٧، ص٤٠٣.

(٤) تنظر: المادة (١٢٣١-١) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (١٧٦) من القانون المدني الجزائري، والمادة (٣٨٦) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي.

(٥) الفقيه الفرنسي بوتيه (*Pottieer*) في القرن الثامن عشر الميلادي، ينظر للتفصيل: د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الخطأ، ج٢، ط١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٦، ص١٥٦.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

حيث يقسم إلى الخطأ الجسيم واليسير والتافه (الطفيف)، فالخطأ الجسيم هو الذي لا يرتكبه أقل الناس علماً وأكثرهم بلادة وجهلاً، وهو خطأ يتعارض مع حسن النية، لذلك ألحق بالغش وعومل معاملته، أما الخطأ اليسير فهو الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص العادي متوسط العناية واليقظة، أما الخطأ التافه أو الطفيف فهو الذي لا يرتكبه الشخص الحريص الحازم. وعلى هذا الأساس إذا ارتكب النادل في مطعم خطأً بفعله الشخصي، كما إذا لم يغسل الملاعق والأطباق المستعملة من قبل الزبائن وقدمه مرة أخرى لغيرهم، فتسبب بذلك في نقل الفيروس إلى الغير فان ذلك يعد خطأً جسيماً. وإذا أصيبت ممرضة في المستشفى بفيروس الكورونا، ولم تأخذ إجازة مرضية، وفي أثناء وضعها الكانيولا عطست في وجه المريض فانتقل إليه الفيروس فهذا يعد خطأ جسيماً أيضاً، وهكذا.

وهناك رأي آخر[1] يرى أن الخطأ يندرج تحت نوعين، وكل نوع منهما تندرج منه درجات للخطأ بحسب جسامته، وهذان النوعان للخطأ يتمايزان من حيث حسن نية الفاعل أو سوء نيته ودرجة قصده نحو ارتكاب الخطأ أو تحقيق غايات اقترافه، وهما: الخطأ القصدي والخطأ غير القصدي، والخطأ القصدي تندرج تحت عنوانه الأخطاء الآتية بحسب جسامة كل منها: الغش، وهو أعلى درجات الخطأ القصدي، فالخطأ العمد، ثم الخطأ غير المغتفر، ثم الخطأ الإرادي. أما الخطأ غير القصدي فتندرج تحت عنوانه أيضاً بحسب الجسامة: الخطأ الجسيم وهو في أعلى درجات الخطأ غير القصدي، فالخطأ اليسير، ثم الخطأ التافه[2]. ونحن نؤيد الرأي الثاني لأنه أدق وأكثر منطقياً.

ومع أن الفقه الحديث قد هجر نظرية تدرج الخطأ[3]، فإن لها بعض المظاهر في التشريعات التي هي محل المقارنة[4]. لكن الأمر يختلف بالنسبة لمسؤولية الطبيب، حيث استقر الفقه والقضاء في فرنسا على أن الطبيب مسؤول عن كل خطأ سواء كان يسيراً أو جسيماً، وسواء تعلق بعمله الفني كمخالفته للأصول المهنية، أم تعلق بعمله العادي الذي ينحرف به عن

---

(1) د. محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٢٥٦.

(2) ينظر للتفصيل: المصدر السابق، ص٢٥٦ وما بعدها.

(3) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، مصدر سابق، ص١٦٦.

(4) تنظر على سبيل المثال وليس الحصر المادة (١٢٣١) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (٢/١٧٨) من القانون المدني الجزائري والمادة (٢/٣٨٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة (٣/١٧٠) من القانون المدني العراقي.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

السلوك المألوف للطبيب العادي، ولا يتمتع الطبيب بأي استثناء ويجب على القاضي أن يتثبت من وجود هذا الخطأ، وأن يكون هذا الخطأ ثابتاً بصورة قاطعة لا احتمالية[١]. أما بالنسبة للقانون العراقي فان الأمر مختلف، وان كنا نرى صواب الموقف الفرنسي، لخطورة المهنة الطبية، فدرجة الخطأ وفق القانون العراقي تؤثر على اثر المسؤولية ونطاق التعويض وفق ما سنرى ذلك لاحقاً. كما أن للقضاء العراقي أحكام لا يسأل بموجبها الطبيب إلا عن خطئه الجسيم[٢]. أما إذا كان المصاب بفيروس الكورونا مدرساً في مؤسسة تعليمية خاصة، وهو على علم بذلك، ومع ذلك استمر في الدوام وتسبب في إصابة طلابه، مع أنه ملزم بعدم الدوام في حال إصابته بأحد الأمراض الانتقالية[٣]، فأن خطأ المدرس يعد جسيماً.

الفرع الثاني/ صور الخطأ العقدي وإثباته

ونبحث ذلك وفق ما يأتي:

أولاً: صور الخطأ العقدي: يمكن بيان الصور الأكثر شيوعاً بهذا الصدد، وهي كما يأتي:

١/ الإخلال بالتزام عقدي في نطاق المسؤولية عن الفعل الشخصي: الأصل في المسؤولية المدنية أن لا يسأل الإنسان إلا عن أفعاله الشخصية، حينئذ يكون المدين مسؤولاً عن الأضرار التي يسببها للدائن نتيجة عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد، وقد نصت المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي[٤] على أنه "إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي

---

(١) ينظر: إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطا العادي في إطار المسؤولية الطبية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص٣٣؛ ود. خالد عبد الفتاح محمد، المسؤولية المدنية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٢٦٦؛ وكذلك: عزالدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ج٣، ط٥، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، ٢٠١٩، ص٦٥٦.

(٢) قرار محكمة تمييز العراقي، رقم (٥٢٥/ب/١٩٩٧) في ١٩٩٨/٣/٢٣. مشار إليه لدى: إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مصدر سابق، ص٤٢.

(٣) تنص المادة (٥٤) من قانون الصحة العامة العراقي رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١ على أنه "يمنع الشخص المصاب بأحد الأمراض الانتقالية من الدوام في المؤسسة التعليمية أو محل العمل للفترة التي تحددها الجهة الصحية المختصة في كل حالة مرضية ويكون الرئيس الإداري مسؤولاً عن تنفيذ أوامر الجهة الصحية".

(٤) تقابلها المادة (١٢٣١-١) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (١٧٦) من القانون المدني الجزائري، والمادة (٣٨٦) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

لا يدله فيه، وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه". فعلى المدين أن ينفذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، فإذا لم يقم بذلك، كان هذا هو الخطأ العقدي، فمثلاً: إذا تعهد شخص يزاول مهنة تنظيف وتعقيم المباني والأماكن مع صاحب مسرح لتنظيف مبنى المسرح والمقاعد، فإذا أخل بالتزامه العقدي الذي هو التعقيم والباعث لتكوين هذا العقد، وأصيب المتفرجون بمرض الكورونا نتيجة تلوث المكان بهذا الفيروس، يشكل هذا الإخلال يشكل خطأً شخصياً، ومن ثم تنهض المسؤولية العقدية على أساس الفعل الشخصي.

٢/ **الإخلال بالتزام عقدي في نطاق المسؤولية عن فعل الغير:** لا تقتصر المسؤولية العقدية للمتعاقد على الخطأ في تنفيذ التزامه العقدي الصادر منه شخصياً، بل هناك حالات أخرى لم تعد قليلة ولا نادرة، يسأل فيها الإنسان عن فعل الغير، فإذا استخدم المدين أشخاصاً غيره في تنفيذ التزامه العقدي، يكون مسؤولاً مسؤولية عقدية عن خطأ هؤلاء الأشخاص[١]، ولا يسأل المدين عن الغير باعتبارهم من الأجانب، لأن الأشخاص الذين يدخلهم المدين في تنفيذ التزاماته وتنهض مسؤوليته عن أفعالهم، إما ان يكونوا بدلاء ينفذون كل العقد أو بعضه، أو مساعدون يعملون إلى جانب المدين ويعاونونه في تنفيذ التزاماته[٢]، وحينئذ يكون المدين ضامناً لأخطاء هؤلاء.

ومع أنه لا يوجد في التشريعات التي هي محل المقارنة نص يقرر بشكل مباشر قاعدة عامة في المسؤولية العقدية عن فعل الغير[٣]، فإن القانون المدني العراقي نص بشكل غير مباشر في العبارة الأخيرة من المادة (٢/٢٥٩) منه[٤]، على أنه "وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا التي تنشأ عن غشه أو عن خطأه

---

(١) د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، المسؤولية عن فعل الغير، ج٤، ط١، دار وائل للنشر- عمان، ٢٠٠٦، ص٤.

(٢) وقد اختلف الفقه في الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير، بين من يرى أنه تحمل التبعة، ومن يقيمها على فكرة النيابة، في حين يرى آخرون أنه ضمان ضمني، ينظر للتفصيل: د. حسن علي الذنون، المسؤولية عن فعل الغير، مصدر سابق، ص٥٩ وما بعدها؛ وكذلك: د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص٤٠٩.

(٣) علماً ان المشرع العراقي نظم حالات محددة للمسؤولية العقدية عن فعل الغير، وهي تخص صيانة المأجور وعقد المقاولة والتزامات الوديع والتزامات الناقل، لكن هذه الحالات واردة على سبيل الحصر، ولا يجوز القياس عليها. تنظر: المواد (٢/٧٥٣-٨٨٢-٩٥٢) من القانون المدني العراقي، والمادة (٨) من قانون النقل العراقي رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣_وتنظر أيضاً: المواد (١٩٥٣-١٧٣٥-١٧٩٧-١٢٤٥) من القانون المدني الفرنسي.

(٤) تقابلها المادة (٢/١٧٨) من القانون المدني الجزائري، لم نعثر على نص مشابه في القانون المدني الفرنسي- وقانون المعاملات المدنية الإماراتي.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته من الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه". فهذا النص يجيز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش والخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، وهذا يعني ان النص يقر أن المدين يكون مسؤولاً من حيث الأصل عن خطأ هؤلاء الأشخاص، فيستطيع بالاتفاق أن ينفي عن نفسه هذه المسؤولية[١].

وعليه نرى أن المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي في نقل فيروس الكورونا هي الأصل، والاستثناء هي الم سؤولية العقدية عن فعل الغير في هذا الخصوص، فإذا استخدم المدين أشخاصاً غيره في تنفيذ التزامه العقدي، فمن حيث المنطق والعدالة لابد أن يكون المدين مسؤولاً عن خطأ هؤلاء الأشخاص إذا كانوا سبباً في نقل المرض إلى الدائن في الالتزام العقدي، كالطبيب في عيادته الخاصة عندما يستعين بغيره في عمله الفني كطبيب التخدير أو المولدة، حينئذ يسأل عمّا ينقله هؤلاء المساعدون من الفيروس وما ينجم عن هذا الانتقال من أضرار للمريض ويكون سبباً لانتشار الوباء. وكذلك الأمر إذا استعان صاحب المطعم بطبّاخ في تحضير الطعام لحفلة عيد ميلاد تقام في مطعمه، فاذا كان الطبّاخ مصاباً بفيروس الكورونا، وانتقل الفيروس بسببه إلى الزبائن، فإن صاحب المطعم يتحمل المسؤولية جراء ذلك.

ومع ذلك نرى أن الحاجة تبدو ماسة لإقرار أحكام خاصة حول المسؤولية العقدية عن فعل الغير بشكل عام، وما يهم موضوع بحثنا بشكل خاص، لذا نوصي المشرع العراقي أن يقرر نصاً عاماً يقر فيه بشكل مباشر مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير ليكون هذا النص أساساً لهذه المسؤولية.

٣/ **الإخلال بالتزام عقدي في نطاق المسؤولية الناشئة عن الأشياء:** إن المسؤولية عن الأشياء قد تكون أحياناً مسؤول ية عقدية، ففي الحالات التي يكون فيها (فعل الشيء) سبباً للحيلولة دون قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه التعاقدي ومن ثم نقل فيروس الكورونا إلى شخص آخر، فإننا نكون أمام مسؤولية عقدية عن هذا الفعل، إلا إذا توفرت للفعل صفات القوة القاهرة أو الحادث الفجائي[٢]، فطبيب الأسنان الذي يفحص المريض دون تعقيم الأدوات التي يستعملها لإجراء الفحص في عيادته الخاصة، وتكون الأدوات ملوثة بالفيروس فينتقل للمريض، يكون فعل الشيء سبباً لانتقاله، لكن الطبيب يعد مسؤولاً مسؤولية عقدية. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية

(١) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ص٤٠٨-٤٠٩.
(٢) ينظر للتفصيل: د. حسن علي الذنون، المسؤولية عن فعل الغير، مصدر سابق، ص٩٢ وما بعدها.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

أن "العقد بين المريض وطبيبه يضع على عاتق هذا الأخير الالتزام بالسلامة، ومحله تحقيق نتيجة فيما يتعلق بالأجهزة التي يستعملها لتنفيذ العمل الطبي المتعلق بالفحص والعلاج"[١].

ولعدم وجود قواعد خاصة بالمسؤولية العقدية عن فعل الأشياء في التشريعات التي هي محل المقارنة، فإنه يمكن القول إن الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية العقدية عند نقل فيروس الكورونا بفعل الأشياء هو الأساس نفسه الذي تقوم عليه المسؤولية عن الفعل الشخصي، أي أن القواعد التي تحكم المسؤولية العقدية عن الخطأ الشخصي في هذه الأحوال، هي نفسها التي تحكم المسؤولية العقدية عن الأشياء[٢].

٤/ **الإخلال بالتزام عقدي بالسلامة:** هو الالتزام العقدي الذي يحرص المدين على تنفيذه دون أن يلحق ضرراً بالدائن، كالتزام الطبيب بضمان سلامة المريض في الخدمات التي ليست لها علاقة بالتدخل العلاجي أو الجراحي، كخدمات التغذية أو إعطاء الأمصال بواسطة مساعدي الأطباء أو بواسطة أشخاص أخرى أو إعطاء المغذي في الأوردة أو تنظيف وتعقيم المرافق الصحية والأراضي وغيرها من الخدمات الأخرى التي تؤدى في المستشفيات أو العيادات الخاصة، فإن التزام الطبيب أو المستشفى عن هذه الخدمات هو التزام بضمان سلامة المرضى[٣]، فعندما يتعاقد المريض مع الطبيب أو المستشفى فإنه يعهد بنفسه إلى الطبيب أو المستشفى ويأمل من الطبيب أن يبذل العناية الواجبة، ولا يقبل المريض في الوقت نفسه أن يخرج من عيادة الطبيب أو من المستشفى وهو محمل بإصابات وأمراض معدية -كمرض الكورونا - لم يكن مصاباً بها قبل مجيئه إلى هذه العيادة أو ذلك المستشفى، فإذا أصيب بمرض آخر فإن الطبيب أو المستشفى يكون قد أخل الالتزام ضمان سلامة المريض، إذ يعد في الحقيقة التزاماً ناشئاً عن العقد، حيث نصت المادة (٢/١٥٠) من القانون المدني العراقي على أنه "ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"[٤]، فللمتضرر إذن أن يدفع بالمسؤولية العقدية عند الإخلال بالالتزامات التي

---

(١) نقض مدني فرنسي، ١٧/مارس/٢٠١١، مشار إليه لدى: سميرة الصاوي مجيد، مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٩، ص١٠٨.

(٢) ينظر: د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، العقد، ج١، المجلد٢، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨، ص٢٩٣.

(٣) ينظر: د. أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، ط٢، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١، ص٢٢٦.

(٤) تقابلها المادة (١١٩٤) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (٢/١٠٧) من القانون المدني الجزائري، والمادة (٢/٢٤٦) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

تضمنها العقد صراحة وكذلك التي تدخل في دائرة التعاقد لكونها من مستلزمات العقد في ضوء الأحكام القانونية والعرفية وكذلك العدالة وطبيعة المعاملة.

ثانياً/ إثبات الخطأ العقدي: القاعدة العامة في الاثبات أن البينة على المدعي[1]، ولما كان المصاب بفيروس الكورونا هو المدعي، فعليه يقع عبء إثبات ان سبب إصابته بالفيروس يعود إلى إخلال الناقل بالعقد المبرم بينهما، فإذا أثبت وجود عقد صحيح بينهما وإخلال ناقل الفيروس بتنفيذ التزامه، فحينئذ يفترض القانون خطأ الناقل، ويصبح مسؤولاً مسؤولية عقدية عن الضرر الواقع سواء كان الإخلال ناشئاً عن عمد أو عن إهمال أو تقصير، لكن هذا الافتراض غير قاطع فهو قابل لإثبات العكس، وبإمكان ناقل الفيروس أن يثبت أن عدم تنفيذ الالتزام يعود لسبب أجنبي لا يد له فيه[2].

المطلب الثاني

الضرر

الضرر هو الركن الثاني، والعنصر الجوهري والضروري لقيام المسؤولية العقدية عن نقل فيروس الكورونا، ذلك أن وقوع الخطأ من جانب المتعاقد المخل بتنفيذ التزامه لا يكفي وحده لقيام هذه المسؤولية، وإنما يجب أن يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب المتعاقد الآخر. فالضرر علة المسؤولية التي تدور معها وجوداً وعدماً، فلا تعويض إذا لم يلحق الدائن ضرر مهما كانت درجة جسامة الخطأ[3]، وللبحث في ذلك نقسم هذا المطلب على فرعين، وذلك كما يأتي:

الفرع الأول/ مفهوم الضرر وأنواعه

ليس من الصعب تقدير مدى الأضرار التي من الممكن وقوعها نتيجة التسبب في نقل فيروس الكورونا ومن ثم الإصابة بهذا المرض المعدي لما فيه من مضاعفات تؤثر على صحة المصاب، ولاسيما وأن مضاعفات المرض قد تتسبب في وفاة المصاب مع ما يترتب على ذلك من

---

(1) تنظر: المادة (١٣٥٣) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (٣٢٣) من القانون المدني الجزائري، والمادة (١١٧) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة (٧/أولاً) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

(2) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، مصدر سابق، ص١٦٦.

(٣) ينظر: د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام- أحكام الالتزام- إثبات الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٢، ص١٨٢.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

أضرار مادية ومعنوية تصيب ذويه. والضرر بوجه عام "هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذا قيمة مالية أم لا"[١]، والضرر الناتج عن الإخلال بالعقد " هو الأذى أو التعدي الذي يصيب حقاً لشخص أو مصلحة مشروعة له، ينشأ عن الإخلال بالتزام عقدي ارتبط المتعاقد المتضرر مع آخر أخل به في شكل عدم القيام بالالتزام أو التأخر في التنفيذ أو تنفيذه بصورة معيبة أو بصورة جزئية"[٢]، ففي عقد العلاج الطبي يتمثل الضرر الذي يصيب المتضرر جراء خطأ الطبيب المعالج بالانتقاص أو الأذى الذي يقع على جسده، إذ إن للمريض الحق الكامل في السلامة البدنية وإن المساس بهذا الحق هو أذى يسبب له خسارة مالية وآلام معنوية. لذلك يمكن القول إن الضرر الناشئ جراء الإصابة بفيروس الكورونا نتيجة الإخلال بالالتزام العقدي يتمثل فيما يأتي:

أولاً/ الضرر المادي: هو الذي يلحق الشخص المصاب بالفيروس في ذمته المالية أو في جسمه[٣]، وكما يأتي:

أ/ الضرر المالي/ يعد ضرراً مادياً كل مساس بصحة الإنسان وسلامة جسمه إذا ترتبت عليه خسارة مالية[٤]، فالشخص الذي يصاب بمرض الكورونا يقع على عاتقه تكاليف العلاج و نفقات المستشفى علاوة على تعطيله عن العمل وكسب ايراد أعماله.

ب/ الضرر الجسدي/ ويتمثل في الأذى الذي يقع على جسم المصاب نتيجة انتقال الفيروس إليه.

ثانياً/ الضرر المعنوي أو الأدبي: وهو الذي يصيب المريض في شعوره أو عاطفته لما يصاحب هذا المرض من القلق والاكتئاب خوفاً من تطور حالته الصحية فضلاً عن اضطراره إلى الانعزال عن أهله أو حجره صحياً، واحتمال فقدانه لوظيفته في مثل هذه الظروف وهو ما يعرضه إلى مشاكل نفسية.

---

(١) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ج٢، ط٤، المجلد ١، المنشورات الحقوقية صادر- بيروت، دار الكتب القانونية شتات- مصر، ١٩٨٨، ص٥٥٢.

(٢) د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، مصادر الالتزام، ج١، ط١، دون اسم الناشر والمطبعة، بغداد، ١٩٩١، ص٢٦٢.

(٣) د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، معهد دون بوسكو، الإسكندرية، ١٩٧٠، ص٢٥٨.

(٤) ينظر: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول في الاحكام العامة، ج٣، ط٥، المجلد ٢، المنشورات الحقوقية صادر- بيروت، دار الكتب القانونية شتات- مصر، ١٩٨٨، ص١٣٧.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

ويلاحظ أنه في التشريعات محل المقارنة، لا توجد نصوص قانونية صريحة يمكن الاستناد إليه للقول بشمول التعويض للضرر المعنوي في المسؤولية العقدية، وينطبق ذلك على القانون العراقي أيضاً، لكن خصوصية هذا المرض الذي يسببه فيروس كورونا وخطورته على المجتمع وطبيعة الأضرار المعنوية التي يخلفها والتي تتعدى المساس بالشعور والعواطف أحياناً، يدعونا إلى حث المشرع العراقي بوضع النصوص الكفيلة بمشمول التعويض عن الإصابة بهذا المرض للأضرار المعنوية أيضاً، فقد شهدنا في الواقع أن المصاب بهذا المرض علاوة على الأضرار المادية والجسدية والمعنوية تعرض في بادئ انتشار المرض إلى نوع من الازدراء داخل المجتمع ولازلنا إلى يومنا هذا نلاحظ أن المجتمع يعامل المصاب بحذر شديد حتى بعد شفائه من المرض، ولا يخفى ما في ذلك من أذى نفسي يلاحق المصاب، عليه نهيب بالمشرع أن يتعامل مع معطيات هذا المرض بشكل خاص وذلك بشمول التعويض عنه للضرر المعنوي أيضاً، ومن المؤكد أننا لا نقصد بهذه التوصية أن يشمل التعويض ما يلحق المصاب من ضرر نفسي بسبب النظرة الخاطئة للمجتمع لهذا المرض، فمن المؤكد أن ناقل الفيروس لا يتحمل وزر ذلك، ولكننا نقصد أن المصاب علاوة على الأضرار المادية والأدبية، فأنه يلاقي نوعاً من سوء المعاملة داخل المجتمع، لذلك من العدل أن يستحق على الأقل التعويض عما يعد ضرراً أدبياً فعلاً، خصوصاً وأن الاتجاه الحديث للفقه والقضاء يتجه نحو التقليل من آثار التفرقة بين مبدأ ازدواج ومبدأ وحدة المسؤولية المدنية، كما أن القانون المصري[1] والاتجاه الغالب في فرنسا يذهب إلى جواز الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية نظراً لكثرة التطبيقات العملية في هذا الخصوص[2].

الفرع الثاني/ شروط تحقق الضرر وإثباته

أولاً/ شروط تحقق الضرر: لكي يتحقق الضرر الموجب لقيام المسؤولية لابد من توفر الشروط الآتية:

أ/ أن يكون الضرر واقعاً أو محقق الوقوع في الحال أو أن يكون مؤكد الوقوع في المستقبل[3]، وعلى قدر تعلق الأمر بمرض الكورونا فإن الضرر الناتج عنه محقق الوقوع، ذلك أنه مع ثبوت

---

(1) تنص المادة (1/222) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، على أنه "يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير الا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء".

(2) مشار إليه لدى: د. منذر الفضل، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص264.

(3) ينظر: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج2، مطبعة نهضة مصر القاهرة، 1954، ص472.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

إصابة الشخص بالفيروس، فإن أول ما يتم توقعه أن يلزم المصاب بمرحلة العزل، سواء ظهرت عليه أعراض المرض أم لم تظهر، وتترتب على هذا العزل أضرار مادية ومعنوية تصيب المعزول، فضلاً عن الأضرار المستقبلية حال تطور وضعه الصحي إلى ما هو أبعد من مجرد انتقال الفيروس إليه، وكلها أضرار تدور في فلك الأضرار المادية والمعنوية.

ب/ أن يكون الضرر قد وقع بشكل مباشر على المتضرر، فاذا لم يرتكب ناقل الفيروس غشاً أو خطأً جسيماً فانه يسأل عن الضرر المباشر المتوقع[1]، كأن يتفق شخص مع صاحب محل أثاث لتجهيز أثاث بيته، وكان الأخير مصاباً بفيروس الكورونا، ولعدم التزامه بارتداء الكمامة والكفوف، تسبب في نقل الفيروس للمشتري، فالضرر الذي يلحق بالمشتري يكون نتيجة مباشرة ومتوقعة للخطأ الذي أدى إلى نقل الفيروس، أما إذا تعمد ملامسة أفراد البيت بقصد نقل الفيروس إليهم انتقاماً منهم لسوء معاملتهم معه، فانه يسأل حتى عن الأضرار غير المتوقعة.

ج/ أن يصيب الضرر حقاً أو مصلحة مالية مشروعة، والذي يتمثل عند انتقال مرض الكورونا في حياة الإنسان وصحته، وقد يترتب على ذلك أيضاً حرمانه من حقوق مالية أخرى، كحرمانه من المشاركة في المسابقات ومقابلات فرص العمل مثلاً[2].

ثانياً/ إثبات الضرر: يقع عبء إثبات الضرر على عاتق المصاب بالمرض، لأنه لا يفترض وجود الضرر لمجرد عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته العقدية، لذلك يكون الهدف من إثبات الإخلال بالالتزام العقدي إثبات وقوع الضرر الذي لحق بالمصاب نتيجة إصابته بالمرض[3].

---

(1) تنظر: المادة (١٢٣١-٣) من القانون المدني الفرنسي والمادة (١٨٢) من القانون المدني الجزائري، والمادة (٣/١٦٩) من القانون المدني العراقي، لم نعثر على مادة تقابلها من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.

(2) تنظر: المادة (١٢٣١-٢) من القانون المدني الفرنسي والمادة (١٨٢) من القانون المدني الجزائري، والمادة (٢٩٢) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي، والمادة (٢/١٦٩) من القانون المدني العراقي؛ وينظر للتفصيل: د. منذر الفضل، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص ٢٦٤.

(3) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، مصدر سابق، ص١٦٧.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

المطلب الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

ونبين ذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول/ المقصود بعلاقة السببية

لكي تكتمل عناصر المسؤولية العقدية عن إصابة الشخص بمرض الكورونا، ينبغي أن تتوافر علاقة سببية مباشرة بين الخطأ الذي أدى إلى انتقال المرض إلى الشخص والضرر الذي أصابه من جراء ذلك، بأن يكون الخطأ هو السبب في حصول الأذى الحاصل للمصاب، ونتيجة طبيعية له، فإذا لم يكن كذلك لا تنهض المسؤولية لانتفاء علاقة السببية[1]، وقد جرت العادة على تسمية هذه العلاقة ب(السببية المباشرة)، فإذا تدخلت عوامل أخرى قطعت ارتباط الضرر بالخطأ، فلا تتحقق هذه السببية، لأن النتيجة لا تكون مرتبطة بالسبب ارتباطاً طبيعياً[2].

وبناءً عليه فان المقصود بعلاقة السببية هو "الصلة التي تربط الخطأ العقدي بالضرر، فيكون هذا الخطأ هو السبب في حصول الضرر"[3]، وتطبيقاً لذلك، إذا تسبب الناقل في إصابة المتضرر بمرض الكورونا وذلك من خلال إخلاله بالتزامه العقدي، سواء كان هذا الفعل عن قصد أو نتيجة إهماله الشخصي أو فعلاً للغير أو الأشياء التي تقع تحت حراسته، وتسبب هذا الفعل في انتقال المرض إلى المتضرر، فإننا نكون بصدد توفر علاقة السببية بين الخطأ وتحقق النتيجة المترتبة على هذا الخطأ، وهذا يعني توفر الركن الثالث من أركان المسؤولية العقدية في حق ناقل الفيروس المتسبب في إصابة الغير ومن ثم تجب مساءلته عن هذه المسؤولية، فإذا تعاقد شخص مع مختبر لفحص الدم لاكتشاف ما إذا كان مصاباً بفيروس الكورونا أم لا، وبينت نتيجة التحليل أنه ليس مصاباً بهذا الفيروس، وفي الحقيقة كان مصاباً، يعد هذا خطأً عقدياً فيما يخص المختبر، ويؤدي إلى تفشي ذلك المرض من خلال انتقاله إلى أشخاص آخرين نتيجة اختلاط المصاب بهم، وهنا توجد علاقة سببية مباشرة بين خطأ المختبر والضرر الناشئ عن هذا الخطأ.

---

(1) تنظر: المادة (٢/١٦٩) من القانون المدني العراقي، تقابلها المادة (١٨٢) من القانون المدني الجزائري؛ وينظر للتفصيل: موفق حميد البياتي، شرح المتون، الموجز المبسط في شرح القانون المدني، القسم الأول، مصادر الالتزام، المواد (٧٣-٢٤٥)، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص٢٢٠.

(2) ينظر: د. منذر الفضل، مصادر الالتزامات وأحكامها، مصدر سابق، ص٣٣٠.

(3) د. منذر الفضل، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص ٢٧٠.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

الفرع الثاني/ نفي علاقة السببية

تنقطع علاقة السببية بتدخل سبب أجنبي بين الخطأ العقدي وبين الضرر الذي أصاب المريض، والسبب الأجنبي اما أن يكون آفة سماوية أو قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً أو فعل الغير أو خطأ المصاب نفسه[١].

وتظهر أهمية البحث عن السبب الأجنبي في الالتزام بتحقيق النتيجة، خلافاً لحالة ما إذا كان التزام المدين ببذل العناية، إذ لا يوجد في هذه الحالة أي افتراض في قيام المسؤولية فيما يخص هذا المدين، فالطبيب الذي لا ينجح في شفاء مريضه لا يكلف بإثبات السبب الأجنبي على عدم نجاحه هذا للتخلص من المسؤولية وإنما يلقي على عاتق المريض نفسه أو ذويه عبء إثبات أركان المسؤولية كلها، ومن ضمنها ركن السببية الذي يقيم الدليل على اتصال الضرر الناجم بالخطأ الذي اقترفه الطبيب[٢]. وتظهر أهمية السبب الأجنبي بالنسبة للالتزام بالضمان[٣]، كالتزام المستشفى أو الطبيب بضمان سلامة المريض في عقد الاستشفاء، فقد يضيف للعقد ما يقضي به العرف والعدالة[٤]، فالالتزام بضمان السلامة الواقع عليهما هو التزام بتحقيق نتيجة، ثم نفترض مسؤوليتهما متى وقع الضرر بالمساس بسلامة مريضه، لكن هذا الالتزام لا يعني الضمان المطلق، إذ يجب أن يخضع هذا الالتزام أمام دليل وجود سبب أجنبي، فثمة وسائل قانونية يمكن للطبيب ان يدفع بها المسؤولية عن نفسه عند المساس بسلامة المريض، وهذا ما جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في (١٠ إبريل ٢٠١٣) حيث قررت بأنه "في النتيجة يقع على المؤسسة الصحية والطبيب الالتزام بالسلامة تجاه المريض، لا يمكن دفعه إلا بإثبات السبب الأجنبي، تطبيقاً لنص المادة (*L-1142-1*) من قانون الصحة العامة الفرنسي..." [٥].

وباعتبار الالتزام بالسلامة التزام سلبي وهو عدم المساس بسلامة الشخص، يمكن للطبيب الدفاع عن نفسه بإثبات أنه لم يكن هناك أي مساس في سلامة المريض، وأن الضرر ناتج عن

---

(١) تنظر: المادة (١٢٧) من القانون المدني الجزائري، والمادة (٢٨٧) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة (٢١١) من القانون المدني العراقي، لم نعثر على مادة تقابلها في القانون المدني الفرنسي.

(٢) ينظر: د. حسن علي الذنون، المبسوط، الرابطة السببية، ج٣، ط١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٦، ص٤٨.

(٣) ينظر: المصدر السابق، ص٤٩.

(٤) تنظر: المادة (١١٩٤) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (٢/١٠٧) من القانون المدني الجزائري، والمادة (٢/٢٤٦) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة (٢/١٥٠) من القانون المدني العراقي.

(٥) ينظر: بومدين سامية، الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، ٢٠١٩، ص٢٤١.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

تعقد حالته المرضية الأصلية واستعداداته الصحية، ولا علاقة له بالعلاج المقدم، غير أنه في حالة إثبات وقوع الضرر وفي حالة العدوى مثلاً، يمكن للطبيب أن يثبت أنّ المريض كان حاملاً للفيروس المعدي قبل دخوله المستشفى، ولم ينتقل اليه في أثناء تقديم العلاج، لأن من شروط اعتبار المساس بسلامة المريض في مجال عدوى المستشفيات، أن تظهر العدوى خلال الإقامة في المستشفى أو عقبها، وهذا الإثبات من الناحية العملية، قرينة صعبة الإثبات، لأنه يفرض التعرف على حقيقة سبب الضرر الناتج للمريض، ويمكن للطبيب إثبات دوره السلبي في حصول الضرر الذي كان ناتجاً عن سبب أجنبي[١].

وفيما يخص صور السبب الأجنبي فإنها تتمثل فيما يأتي:

أولاً/ القوة القاهرة:

هذا السبب يعد من أكثرها تأثيراً في عناصر المسؤولية لكونها دائماً ذات طبيعة خارجية عن النشاط المحدث للضرر، فضلاً عن كونها تحدث بصورة غير متوقعة ومن ثم لا يتسنى التصدي لها في كافة الأحوال وفق ما سبق بيانه، فمثلاً في الالتزام بسلامة المريض إذا أثبت الطبيب أن القوة القاهرة هي السبب الوحيد في وقوع ضرر المساس بالسلامة، فانه يستطيع بذلك التخلص من المسؤولية[٢]، كما إذا توفي المصاب بفيروس الكورونا وهو في المستشفى تحت جهاز التنفس، بأزمة قلبية خوفاً إثر زلزال أو رعد مفاجئ، وبهذا تنتفي علاقة السببية بين خطأ الطبيب وموت المصاب.

وفي القواعد العامة، لا يفرق جمهور الفقهاء ولا القضاء بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، ويرون أنهما اسمين لمسمى واحد، يدل أولهما على استحالة دفعه، وثانيهما على عدم إمكان توقعه، وبحسبانهما سبباً أجنبياً يكونان غير منسوبين إلى المدين[٣]. أما في مجال المسؤولية التي تقوم على أساس المخاطر-المسؤولية دون خطأ- فتعد التفرقة بينهما ذات أثر واضح، ففي

---

(١) *MANSART (Beatrice), La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient, thése doctorat en droit, l'Université Panthéon, Sorbonne, Paris, 1999, p394.*
نقلاً عن: المصدر السابق، ص٢٤٠.

(٢) ينظر: عبيد مجول العجمي، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٩-٢٠١٠، ص٤٤٩.

(٣) د. سليمان مرقس، الوافي، ج٣، مصدر سابق، ص٤٨٦؛ ود. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص٩٩٤؛ ود. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص٥٣٨؛ وكذلك: د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز، ج١، مصدر سابق، ص٢٧٨.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

حالة القوة القاهرة نجد أن السبب الأول في إحداث الضرر هو قوة خارجية معلومة، ومن ثم فإن رابطة السببية لا يمكن أن تقوم، لذا تنتفي المسؤولية، أما فيما يخص الحادث الفجائي فأنه يؤدي دوره في مجال الخطأ وليس في مجال علاقة السببية، إذ ينشأ عن الشيء نفسه أي أنه حدث داخلي، وعلاقة السببية تتوفر من حيث الظاهر بين الفعل الضار والضرر، ولا يمكن للشخص أن يتخلص من المسؤولية في هذه الحالة باعتبار أن سبب الضرر غير معلوم في الحادث الفجائي[١]، وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على الأخذ بهذه التفرقة في مجال مسؤولية المخاطر[٢]، ولعل بإمكاننا أن نبين مثالاً على ذلك، فإذا انقطع كهرباء المستشفى كاملاً بسبب رعد مفاجئ، وتوقف بسببه جهاز التنفس الاصطناعي، ومات المريض بمرض الكورونا من جرائه، فهذا السبب يعد قوة قاهرة ومن ثم تنفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر، لأنه قوة خارجية وليست بالإمكان دفعها، أما إذا كان انقطاع الكهرباء بسبب خلل فني داخل غرفة في المستشفى، ومات المريض بسبب توقف هذا الجهاز فهذا يعد حادثاً فجائياً، لأنه حدث داخلي وسببه هو الإهمال والتقصير من قبل إدارة المستشفى، وفي هذه الحالة تكون علاقة السببية متوفرة من حيث الظاهر بين الخطأ والضرر، ولا يمكن التخلص من المسؤولية.

وهناك رأي[٣] وهو أن انتشار فيروس الكورونا يتم تكييفه على أنه آفة سماوية وليس جائحة، كما ورد في تعبير منظمة الصحة العالمية، وبناءً على هذا التكييف يعد فيروس الكورونا في حد ذاته قوة قاهرة. ويرى آخر[٤] أنه لا يمكن للمدعي عليه -الناقل للإصابة- أن يقف وراء هذا التكييف، لأن هذا الدفع يكون مبناه في بعض الالتزامات العقدية المبرمة قبل انتشار هذا الفيروس، ويشكل قوة قاهرة تحول دون تمكن الملتزم بالعقد من تنفيذ التزامه بسبب انتشار الوباء المذكور.

ولكن متى يمكن للمدعى عليه أن ينفي مسؤوليته عن نقل فيروس الكورونا بالقوة القاهرة؟ يقال في الجواب: إنه يمكنه ذلك إذا أثبت أن الضرر لابد أن يكون واقعاً حتى لو بذل

(١) محمد أحمد عبد النعيم عبد المنعم، مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر في القانون الفرنسي- والمصري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٩٥، ص ص ٢٦٤-٢٦٨.

(٢) المصدر السابق، ص٢٦٩.

(٣) ينظر: د. أكرم محمود البدو، كورونا آفة سماوية أم جائحة، مقال منشور على صفحته الشخصية في موقع فيسبوك، بتأريخ ٢٩-٣-٢٠٢٠، https://www.facebook.com/drakrammahmod

(٤) ينظر: صهيب عامر سالم، المسؤولية التقصيرية للمصاب بفيروس كورونا عن نقل العدوى، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد (٢١)، العدد (٧٣)، السنة (٢٣)، ٢٠٢٠، ص١٧٤.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

المدعى عليه ما يمكنه بذله من العناية الواجبة لمنع انتقال الفيروس، ولكن اعتماد الفاعل المسؤول على نفي السببية بالقوة القاهرة بهذه الطريقة ضعيف جداً[١].

ثانياً/ فعل الغير:

يمكن أن يصاب الشخص بالمرض بفعل شخص من الغير لا علاقة له بالعقد المبرم بين المدين والمريض، فإذا أثبت المدين أن الضرر الذي لحق المصاب راجع إلى فعل شخص أجنبي عنه، فإنه بذلك يكون قد أثبت السبب الأجنبي، حيث يعد خطأ الغير سبباً أجنبياً إذا ثبت أنه السبب الوحيد لإصابة الشخص بالمرض، وحينئذ تنتفي مسؤولية المدين[٢].

ثالثاً/ خطأ المصاب:

إذا أصيب الشخص بالكورونا بخطأه الشخصي تنتهي علاقة السببية، إذا كان المصاب وحده السبب في إحداث الضرر[٣]، فإذا تعاقد شخص مع طبيب ليعالجه، وخلال إقامته في المستشفى، امتنع المريض عن الالتزام بأسباب الوقاية وتحذيرات الطبيب بعدم الاختلاط مع الغير لكونه قليل المناعة وأصيب جراء ذلك بمرض الكورونا، فهذا سبب أكيد في قطع علاقة السببية. أما إذا ساهم خطأ المصاب مع خطأ الطبيب في وقوع الضرر فإن ذلك يؤدي إلى إنقاص التعويض المحكوم به على الطبيب وفق نسبة خطأ المصاب، إذ يكون الخطأ مشتركاً، ولا يسوغ في هذه الحالة القول خطأ أحدهما ينفي المسؤولية عن الآخر، وإنما تقوم المسؤولية بقدر جسامة خطأ كل منهما[٤].

---

(١) ينظر: د. أكرم محمود البدو، مسؤولية الدولة عن تعويض الأضرار الناشئة عن تفشي آفة فيروس كورونا المستجد، كلية الحقوق، جامعة الموصل، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لجامعة الموصل: *https://www.uomosul.edu.iq/newslar/rights/57882, last visited: 8-7-2021.*

(٢) ينظر: د. سليمان مرقس، الوافي، ج٣، مصدر سابق، ص٤٩٨؛ وكذلك: فوزي كاظم المياحي، القانون المدني العراقي فقهاً وقضاءً، نظرية العقد، القسم الثالث، ج٤، ط١، مكتبة صباح القانونية، بغداد، ٢٠١٩، ص١٠٦.

(٣) عبيد مجول العجمي، مصدر سابق، ص٤٥٠.

(٤) تنظر: المادة (١٧٧) من القانون المدني الجزائري، والمادة (٢٩٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة (٢١٠) من القانون المدني العراقي، لم نعثر على نص تقابلها في القانون الفرنسي؛ وللتفصيل: سعد سالم عبد الكريم العسبلي، المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، ط١، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ١٩٩٤، ص٢٧٧.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

الفرع الثالث/ إثبات علاقة السببية

يذهب جانب من الفقه[١] إلى أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر تكون قائمة، فلا يكلف الدائن بإثباتها، بل أن المدين هو الذي يكلف بنفي هذه العلاقة إذا أدعي أنها غير موجودة، وفي المقابل ذهب جانب آخر من الفقه[٢] إلى أن الدائن طبقاً للمبادئ العامة، هو الذي يقع عليه عبء إثبات علاقة السببية بين خطأ المدين والضرر الذي لحق به، لأن علاقة السببية ليست مفترضة، ويتعين على المدين ليتخلص من المسؤولية أن يقيم الدليل على أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويرى جانب آخر من الفقه[٣] ونؤيده في ذلك، أن إثبات علاقة السببية يلاقي صعوبات عديدة، ولاسيما في الأخطاء الطبية، فإذا أقام الدائن الدليل على الخطأ والضرر يفترض توفر علاقة السببية بينهما، وقد دفعت عوامل عديدة القضاء إلى افتراض علاقة السببية، وارتبط معظم هذه العوامل بالتطور العلمي الكبير في المجال الطبي، وهذا ما أدى إلى ظهور أضرار مستحدثة يتمثل معظمها في أمراض لم تكن مألوفة في الماضي، لكن ظهور مفهوم جديد للحيطة والحذر كان عاملاً فعالاً في افتراض علاقة السببية، علماً أن هذا الافتراض ليس خروجاً عن القواعد العامة في المسؤولية المدنية، بل ما تزال هناك ضرورة لإثبات أن الضرر كان نتيجة خطأ معين لاستحقاق التعويض، وكل ما في الأمر أن الافتراض يحول عبء الإثبات من عاتق المدعي إلى المدعى عليه، علماً أن هذا الافتراض ليس إلا قرينة بسيطة يمكن نفيها بالسبب الأجنبي.

وقد بدأ القضاء الفرنسي بالتخلي تدريجياً عن تطبيق مبدأ إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر، حيث قضى بتطبيق نظرية السببية المفترضة في مجال إصابة المريض بفيروس الإيدز،

---

(١) ينظر: د. حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر غير الإرادية، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، ١٩٩٠، ص١١٨؛ ود. رمضان محمد أبو سعود ود. همام محمد محمود زهران، مبادئ القانون-المدخل للقانون والالتزامات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص٤٨٤؛ ود. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص٧٧٤؛ وكذلك: د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص٤١٥.

(٢) ينظر: د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- والقانون)، ج٢، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٩، ص٢١٤؛ ود. سليمان مرقس، الوافي، ج٢، مصدر سابق، ص٥٦١؛ وكذلك: د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٠، ص١٠٤.

(٣) ينظر للتفصيل: د. محمد سليمان الأحمد و د. عبد الكريم صالح عبد الكريم، افتراض رابطة السببية في المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية، جامعة عجمان، السنة الرابعة، العدد ٧، يناير-٢٠١٨، ص٦٨ وما بعدها.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

بسبب عملية نقل دم ملوث إليه، فقد أخذ القضاء بقرينة لصالح المريض على أن العدوى تنسب إلى واقعة نقل الدم، وكل ما يُطلب من المتضرر هو إثبات أن واقعة نقل الدم حدثت في مرحلة انتشار تلك العدوى، وهو مما يؤهله لأن يحكم له بالتعويض بناءً على توفر علاقة السببية بين نقل الدم وحدوث العدوى. وقد استند القضاء كذلك إلى ضرورة معرفة عدم وجود أحد الأسباب أو الطرق الأخرى التي تؤدي إلى إصابة المريض بفيروس مرض الإيدز غير الدم الملوث، كأن يكون المصاب من مدمني المخدرات عن طريق الإبر، أو أن تكون له علاقة جنسية مع شخص يحمل الفيروس، وبذلك يكون الضرر الذي حصل هو نتيجة مباشرة لنقل دم ملوث[1]. ونظراً لوجاهة هذا التوجه ندعو القضاء العراقي الموقر للآخذ به في إثبات العلاقة السببية في مجال نقل عدوى فيروس الكورونا لخصوصية هذا المرض.

وعلى أي حال، فإننا نرى أن إثبات علاقة السببية وقطعها في دائرة المسؤولية عن نقل فيروس الكورونا من الأمور الشاقة والمعقدة، إذ إن أساس هذه العلاقة هو جسم الإنسان ومدى تحمله للإصابة ومضاعفاته، لما لذلك من علاقة بمناعة جسم الإنسان، ولاسيما وأن هذا المرض يحوطه الكثير من الأسرار واللبس والغموض، علماً أن مدة حضانة الفيروس تتراوح من بين (٥) أيام إلى (١٤) يوماً من نقل الفيروس للمصاب إلى ظهور أعراض المرض، ومرور هذا الفاصل الزمني بين نقل الفيروس وظهور الأعراض يصعب مهمة المتضرر في إثبات نسبة الضرر إلى ناقل الفيروس، وفي حالات متعددة تختلف تطورات المرض ومضاعفاته من مريض إلى آخر، بشكل يعجز الأطباء أحياناً عن اتخاذ القرار بشأن وضع المريض الصحي، وما هو السبب الحقيقي وراء إصابته بالفيروس وتدهور حالته وأحيانا وفاته، لذلك تصعب معرفة حقيقة الأمر هل السبب هو خطأ طبي؟ أم ضعف مناعة الجسم المصاب؟ أو خطأ المصاب نفسه أو غيره؟ وهو ما يؤدي إلى الصعوبة في الحكم على هذه الحالات. وتظهر الصعوبة أيضاً عند عدم معرفة الفاعل الحقيقي إذا ما كان من بين مجموعة من الأشخاص، كتعدد الفاعلين دون معرفة فعل أي منهم أدى إلى حدوث الضرر، وفق ما سيتم بيانه لاحقاً. وقد يعود السبب في عدم استطاعة إثبات رابطة سببية إلى عدم وجود يقين علمي يثبت أن نشاطاً ما يمكن أن يؤدي إلى نقل الفيروس إلى الغير[2]، لذلك نرى إن افتراض علاقة السببية بين خطأ الناقل والضرر الواقع بالشخص الذي انتقل إليه الفيروس

---

(1) نقلاً عن: المصدر السابق، ص٦٦.
(2) ينظر: المصدر السابق، ص٥٨.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

هو الحل الأمثل، وهذا الامر ينسجم وفق ما نرى مع أهداف قانون الإثبات العراقي التي تلزم القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه[١]. ومع ذلك ندرك أن قاعدة البينة على المدعي الواردة في المادة (٧) من قانون الإثبات العراقي المعدل سوف تشكل عائقاً أمام ذلك، لذلك ينبغي معالجة هذه الإشكالية من خلال تعديل قانون الإثبات بشكل يسمح للقضاء بذلك قدر تعلق الأمر بهذا المرض نظراً لخصوصيته أو تعديل التشريعات الصحية من خلال ايراد نص صريح بذلك.

المبحث الثاني

شروط تحقق المسؤولية العقدية عن نقل فيروس كورونا وتعديل أحكامها

في هذا المبحث نبين شروط تحقق المسؤولية العقدية وتعديل أحكامها، وذلك في مطلبين وفق ما يأتي:

المطلب الأول

شروط تحقق المسؤولية العقدية عن نقل فيروس كورونا

يشترط لتحقق المسؤولية العقدية عن نقل فيروس كورونا ما يأتي:

أولاً/ وجود عقد صحيح بين ناقل الفيروس والشخص الذي أصابه المرض بخطأ الناقل[٢]: كالعقد المبرم بين متعهد لإقامة المناسبات الاجتماعية وبين شخص اتفق معه على تهيئة قاعة لإقامة مراسيم الخطوبة، بشرط اتخاذ جميع التدابير الصحية التي من شأنها منع انتقال الفيروس بين المدعوين للمراسم، أو وجود عقد طبي بين الطبيب والمريض أو من ينوب عنه، يلتزم بمقتضاه الطبيب بفحص المريض وتشخيص علته وعلاجه، وفقاً للأصول العلمية والمهنية.

ثانياً/ أن يكون الخطأ، الذي ترتب عليه الضرر، والمنسوب إلى الناقل راجعاً لعدم تنفيذه لالتزام ناشيء عن هذا العقد[٣]: كإهمال متعهد إقامة المناسبات الاجتماعية في تنفيذ ما تعهد به من اتخاذ وسائل الحماية، كأن يتضمن العقد المبرم بينه وبين صاحب الحفلة على قيام المتعهد

---

(١) تنظر: المادة (٣) من قانون الإثبات العراقي المعدل.

(٢) د. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص٩٨.

(٣) ينظر: عبيد مجول العجمي، مصدر سابق، ص١٠٧.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

بوضع جهاز لفحص المصابين بمرض الكورونا قبل دخول المدعوين للقاعة، وعدم السماح للمدعوين بالدخول دون إجبارهم على ارتداء الكمامة، ووضع حواجز معدنية تمنع المدعوين من مصافحة صاحب الحفلة، ولم يقم المتعهد بتنفيذ التزاماته بهذا الخصوص وأدى ذلك إلى إصابة صاحب الحفلة بمرض الكورونا. أو إهمال الطبيب الذي يربطه مع المريض عقد علاج تعهد بموجبه باتخاذ ما يلزم لعدم إصابة المريض بفيروس الكورونا في أثناء خضوعه للعلاج لدى الطبيب، لكنه أهمل القيام بتعقيم الأدوات المستعملة حسب الأصول المرعية وهذا ما أدى إلى نقل الفيروس إلى جسم المريض.

وقد استقر القضاء الاماراتي على فكرة مسؤولية الطبيب عن كل خطأ يرتكبه مادياً كان أو فنياً، فمن المقرر أن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض، إنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهداً صادقاً يتفق -في غير الظروف الاستثنائية- مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، ويسأل عن خطئه العادي أياً كانت درجة جسامته[1].

وصور الخطأ الطبي التي من شأنها أن تؤدي إلى نقل فيروس الكورونا وإصابة الغير به كثيرة، وقد لا تقع تحت الحصر، ولعل بالإمكان بيان بعضها، وفق ما يأتي:

١/ الخطأ في الفحص الطبي: تقضي الأصول الطبية بإجراء فحص أولي لمعرفة حالة المصاب قبل وصف أ ي دواء، فإهمال الطبيب لهذه الأصول الفنية يعد خطأً طبياً، ويتمثل هذا الإجراء الأولي للحالة الصحية للمصاب بمرض الكورونا في فحصه فحصاً ظاهرياً لملاحظة العلامات والدلائل الإكلينيكية، كمظهر المريض وجسمه وقد يستعين الطبيب في الفحص ببعض الأجهزة البسيطة مثل السماعة الطبية و قياس الحرارة بالترمومتر وجهاز ضغط الدم وغيرها، وهذا ما نصت عليه المادة (٣٣) من مدونة آداب مهنة الطب الفرنسي[2] بقولها "يجب على الطبيب دائماً أن يعد الفحص وتشخيصه بأكبر قدر من العناية وبكل دقة، وأن يخصص الوقت اللازم لذلك،

---

(1) ينظر: الطعن رقم (٤٣١) لسنة ٢٢ مدني، جلسة ٢٠٠٢/٠٩/٢٢، المحكمة العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة، مشار إليه لدي: خلود هشام خليل عبد الغني، الخطأ الطبي: دراسة في قانون المسؤولية الطبية الإماراتي لسنة ٢٠١٦، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٧، ص٣٨.

(2) المرسوم رقم ٩٥-١٠٠٠، المؤرخ ٦ سبتمبر ١٩٩٥، بشأن قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي، متاح على الموقع الإلكتروني الآتي: *https://uxpcpy7ns3vyf23y4juxc5k5fm-adv7ofecxzh2qqi-legifrance-gouv-fr last visited: 1-6-2021.*

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

مستخدماً بقدر الإمكان أنسب الوسائل والأساليب العلمية، وأن يحاط لنفسه عند اللزوم بالمساعدات الأكثر تبصراً ". ونصت المادة (١٤) من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري[١] على أنه "يجب أن تتوفر للطبيب أو جراح الأسنان في المكان الذي يمارس فيه مهنته، تجهيزات ملائمة وسائل تقنية كافية لأداء هذه المهنة...". ونصت الفقرة (٣) من المادة (٤) من المرسوم الاتحادي الإماراتي بشأن المسؤولية الطبية[٢] على أنه "دون الإخلال بالالتزامات المقررة بالتشريعات النافذة فإنه يجب على الطبيب بصفة خاصة الالتزام بما يأتي: ٣-استخدام وسائل التشخيص والعلاج المتاحة و اللازمة للحالة المرضية".

أما دليل السلوك الطبي وآداب مهنة الطب العراقي، فقد نصت في الفقرة الثانية من البند (ثانياً) منه على أن "الطبيب مسؤول عما يستعمله أو يقصر في استعماله من وسائل في حدود ما هو معروف وشائع ومتوفر في مكان ووقت عمله، وليس مسؤولاً عن الشفاء، ومعنى ذلك أنه مسؤول عن بذل أقصى الجهد في الوسائل التي يستعملها وعن أي تقصير أو سوء استعمال لتلك الوسائل، سواء كان ذلك بسبب عدم التروي اللازم، أو الإهمال أو الجهل بطبيعة المسؤولية الطبية المشار إليها آنفاً، أو الجهل بطبيعة وخواص الوسائل العلاجية التي يستعملها أو يوصي بها أو يشرف عليها". وعليه لكون الفحص الطبي الأولي للمصاب بمرض الكورونا خطوة ضرورية قبل العلاج الطبي، فإن إهمال الطبيب في إجراء هذه الفحوص يشكل خطأ طبياً يسأل عنه الطبيب.

٢/الخطأ في التشخيص: التشخيص هو المرحلة التالية للفحص الطبي، ومن أهم مراحل العمل الطبي، فعلى ضوئه تتحدد طريقة العلاج، وأن الخطأ في هذه المرحلة تترتب عليه نتائج لا تحمد عقباها، ويعرف التشخيص بأنه "ذلك الجزء من الفن الطبي الذي يهدف إلى تحديد طبيعة المرض ووضعه في الإطار المحدد له، فالتشخيص ما هو إلا عملية فكرية تقوم على تحديد الأعراض وترتيبها ومقارنتها بغيرها من الأعراض من أجل استنتاج نوع الداء الذي يشكو منه المصاب"[٣].

ونظراً لحداثة فيروس الكورونا وقلة الدراسات العملية وعدم ثباتها على معرفة طبيعتها بشكل قطعي، فإن الوصول إلى التشخيص السليم لهذا المرض يتطلب من الطبيب أن يتجنب التسرع أو الإهمال في الفحص، وأن يتوخى الدقة والحذر الشديدين والتبصر، ويحاول تطبيق

---

(١) المرسوم التنفيذي رقم ٩٢-٢٧٦ المؤرخ في ٦ يوليو سنة ١٩٩٢، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.
(٢) مرسوم بقانون إتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠١٦، بشأن المسؤولية الطبية الإماراتي.
(٣) د. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج الطبي بين النظرية والتطبيق، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ص٢٠٢-٢٠٣.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

معارفه وقواعد الطب تطبيقا صحيحاً، ويستعين برأي الزملاء من التخصصات الأخرى عند الحاجة، وكذلك عليه الاستعانة بآراء الأخصائيين أو الاستشاريين في نفس تخصصه إذا صعب عليه التشخيص، واستخدام الأدوات والأجهزة الطبية اللازمة في تشخيص ومعالجة المريض بكل يقظة وإنتباه ووفقاً للأصول العلمية المعتمدة[١]، وأن يستعين بكل الطرق العلمية للفحص والتحاليل بأنواعها كلما كان ذلك لازماً للتأكد من الحالة وصحة التشخيص، تفادياً للوقوع في الخطأ الطبي والمساءلة عنه[٢]، ويجب على الطبيب اختيار الوسائل التشخيصية المساعدة على أساس علمي لكل حالة على حدة، وعند حاجة الطبيب إليها لتمكينه من تشخيص الحالة تشخيصاً صحيحاً، على أن لا يكون استعمال هذه الوسائل عشوائياً وإلا أمكن مساءلة الطبيب إذا تصرف خلال ذلك بدون سبب مقنع[٣] ، ولاسيما أن هناك تشابهاً بين الأنفلونزا الموسمي ومرض كورونا، وقد ينتج عن ذلك خلط في التشخيص بسبب تقارب الأعراض وهذا ما يستدعي دقة كبيرة في التشخيص حتى لا يتم الخلط والخطأ في العلاج ومن ثم يكون سبباً في تفشي مرض الكورونا.

وقد اختلف القضاء الفرنسي في تحديد مسؤولية الطبيب عن الأخطاء في التشخيص، فمنهم من عد أن الغلط في التشخيص لا يمثل خطئاً طبياً ومن ثم لا يسأل الطبيب مدنياً ولا جنائياً، وبهذا قضت محكمة ليون (*Lyon*) في ١٩٨١/١٢/١ بأن الغلط في التشخيص لا يعد بنفسه خطأً مدنياً يعاقب عليه، وقامت بإعفاء الطبيب من المسؤولية عن خطئه في التشخيص، والحكم نفسه أوردته محكمة روان (*Rouen*) في ١٩٢٣/٤/٢١[٤]. في حين اتجه جانب آخر من القضاء الفرنسي، إلى أن الخطأ في التشخيص هو خطأ طبي فادح ناتج عن إهمال جسيم يستوجب قيام المسؤولية، ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن ما قضت به محكمة (*Aix-en-prouvence*) بإدانة قابلة بتهمة القتل الخطأ، عندما شاركت في عملية ولادة ولاحظت وجود نزيف أرجعته إلى عدم انقباض الرحم، في حين كان سببه الحقيقي انقلاب الرحم، وقد أدى هذا التشخيص

---

(١) تنظر: المادة (٣٣) من قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي، والمادة (١٤) من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري، والمادة (٤/٤) من المرسوم المسؤولية الطبية الإماراتي، والفقرة (١-٢) من البند (ثالثاً) المسؤولية في التشخيص، من السلوك الطبي وآداب مهنة الطب العراقي، ص٦.

(٢) ينظر: د. فائق الجوهري، أخطاء الأطباء، ط١، دار المعارف، القاهرة، ١٩٦٢، ص ص ٦٣-٦٤.

(٣) تنظر: الفقرة (٤) من البند (ثالثاً) المسؤولية في التشخيص، من السلوك الطبي وآداب مهنة الطب العراقي، ص٦، لم نعثر على نص مشابه في التشريعات محل المقارنة.

(٤) مشار إليهما لدى: نبيلة نسيب، الخطأ الطبي في القانون الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عنكون، جامعة الجزائر، ٢٠٠١، ص٩٦.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

الخاطئ إلى ممارسة القابلة لـ علاج غير مجد، دون الاستعانة بالطبيب المناوب إلا بعد فوات الأوان ووفاة المريضة[١].

وأقر القضاء العراقي بمسؤولية أحد الأطباء، نتيجة خطئه في تشخيص المرض، في قضية تتلخص وقائعها في أن مريضة راجعت الطبيب بسبب الم في ثديها الأيمن، وقام الطبيب بتشخيص المرض على أساس أنه سرطان، وأجرى لها عملية استئصال الثدي، إلا أنه تبين فيما بعد أن المرض لم يكن سرطاناً، ولم يكن هناك مبرر للاستئصال، وحكمت لها المحكمة بمبلغ من التعويض جراء ذلك[٢].

ونرى أن الخطأ في ا لتشخيص إذا كان بسيطاً لا يشكل بالضرورة خطئاً موجباً للمسؤولية، إلا أن الطبيب يسأل عن أخطاء التشخيص إذا كانت جسيمة، كما إذا كانت علامات المرض ظاهرة والطبيب أهملها.

٣/ الخطأ في اختيار العلاج وتنفيذه: يعد العلاج بمثابة تطبيق وتنفيذ عملي لما يقرره الطبيب بعد التشخيص، ولا يلتزم الطبيب بموجبه بنتيجة معينة كشفاء المريض، ولكن كل ما عليه هو بذل العناية الواجبة في اختيار الدواء الملائم للمصاب بمرض الكورونا للتوصل إلى الشفاء أو تحسين حالته ما أمكن[٣].

والطبيب حر في اختيار طريقة العلاج التي يراها أكثر موافقة لطبيعة مرض الكورونا، ولحالة المريض[٤]، ولا يلتزم بإتباع آراء الغالبية من أساتذة الطب، فله أن يطبق علاج شخصية خاصة به بشرط أن يكون مبنياً على أسس علمية صحيحة، ولا يجوز له أن يقترح على مرضاه علاجاً أو طريقة وهمية أو غير مؤكدة[٥]. وقد استقر القضاء الفرنسي على مبدأ حرية الطبيب في

---

(١) مشار إليه لدى: محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص١٦.

(٢) قرار محكمة التمييز العراقية، الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٨/٢١، العدد ٥٥٠/ مدنية، منقول/ تسلسل/٥٣٤، مشار إليه لدى: عبد الخالق حسين الجنابي، إثبات الخطأ الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٩، ص٦٦.

(٣) ينظر: د. هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، مطابع الولاء الحديثة، القاهرة، ٢٠٠٧، ص١١٩.

(٤) تنظر: المادة (٨) من قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي، والمادة (١١) من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري، لم نعثر على نص مشابه في التشريعات الإماراتية والعراقية.

(٥) تنظر: المادة (٣٩) من قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي، والمادة (٣١) من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري، والفقرة (ب) من المادة (٥) من قرار مجلس الوزراء رقم (٤٠) لسنة ٢٠١٩، في شأن اللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون اتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠١٦ ، بشأن المسؤولية الطبية الإماراتي، والفقرة (رابعاً/ ١ و٢)، المسؤولية في العلاج، من السلوك الطبي وآداب مهنة الطب العراقي، ص٧.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

اختيار العلاج، وقد أكدت محكمة باريس بتاريخ ١٩٦٤/٣/١٤ أن "اختيار أسلوب العلاج متروك لفطنة الطبيب المعالج"[١]، قضت محكمة (*Aix*) "أن الطبيب الجراح له حرية اختيار طريقة العلاج التي تبدو له أنها الطريقة الصحيحة والملائمة للحالة المعروضة عليه"[٢].

ولا يعني الاعتراف للطبيب بالحرية في اختيار العلاج الأنسب لمرض كورونا أن هذه الحرية مطلقة من أي قيود، إذ إنه يتعرض للمساءلة القانونية إذا ثبت أن اختيار العلاج يكشف عن جهل مؤكد من جانب الطبيب في واجبه المهني أو العملي أو القانوني. فقد أدين طبيب في قضية، تتلخص وقائعها في أن طفلاً أدخل إلى مستشفى بابل للنسائية والتوليد، لإصابته بمرض التهاب الكبد الفيروسي، ووصف الطبيب له العلاج، ومن ضمن العلاج وضع له أنبوباً للأوكسجين في إحدى فتحات الأنف، وهذا ما أدى إلى انتفاخ بطنه، ثم نقل على أثره إلى غرفة العناية المركزة، وبقي الأنبوب في أنفه لمدة خمسة أيام، وبالنتيجة حصل له تليف في الشبكة لكلتا العينين، أدى ذلك إلى فقدانه البصر تماماً، وعند التحقيق من قبل لجنة الخبراء، تبين أن الطفل أعطي نسبة أوكسجين عالية التركيز تقدر بنسبة ١٠٠٪، في حين كان يجب أن تكون ما بين ٤٠-٥٠٪، وهذا ما جعله يفقد البصر بشكل تام[٣].

والأصل أنه يحظر على الطبيب معالجة المريض دون الحصول على رضائه أو رضا ذويه[٤]، لكن هناك حالات يمكن الاستغناء عن ذلك، كما في الحالات العاجلة أو الطارئة المصحوبة بفقدان الوعي أو عدم القدرة على الكلام أو الحالات التي قد تؤدي إلى الوفاة عند عدم إجراء العملية الفورية[٥]، وكذلك كالحالات التي تقتضيها المصلحة العامة التي يلزم القانون الطبيب بالتدخل فيها، كالأمراض المعدية، التي تهدد المجتمع بانتشار الوباء، حيث أعطت التشريعات المقارنة الحق للطبيب في إجبار المريض على العلاج دون الحصول على موافقته، أو إعطائه وسيلة من وسائل الوقاية ما دامت في ذلك مصلحة مشروعة للمجتمع[٦]، وهذا بالضبط مما ينطبق على

---

(١) مشار إليه لدى: محمد سامي الشوا، مصدر سابق، ص٣٩.

(٢) مشار إليه لدى: عبد الخالق حسين الجنابي، مصدر سابق، ص٧٠.

(٣) قرار محكمة استئناف بابل الاتحادية، الصادر بتاريخ ٢٠١٦/٨/٤، العدد ١٦٩٦/ج/٢٠١٦، مشار إليه لدى: المصدر السابق، ص ص٧١-٧٢.

(٤) الفقرة (أولاً/١) المسؤولية الطبية، من السلوك الطبي وآداب مهنة الطب العراقي، ص٥.

(٥) الفقرة (رابعاً/٤)، المسؤولية في العلاج، من السلوك الطبي وآداب مهنة الطب العراقي، ص٨.

(٦) المادة (٣٦) من قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي، والمادة (٤٤) من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري، والمادة (١/٥) من قانون المسؤولية الطبية الإماراتي.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

حالة مرض الكورونا، التي تتعلق بالصحة العامة للمجتمع ككل وليس الأمر مقتصراً على الشخص المصاب فقط، لذلك يجب على المشرع النص صراحة على الزام الطبيب بالقيام بمعالجة المريض حتى دون موافقته واتخاذ الوسائل الكفيلة بمنع انتشار المرض إذا تطلب الأمر الاستعانة بأجهزة الشرطة والأمن الداخلي لإجبار المريض على تلقي العلاج اللازم، وعليه نوصي المشرع العراقي بوضع النصوص القانونية الكفيلة بذلك.

٤/ الخطأ في الرقابة والإشراف: تقوم المسؤولية العقدية للطبيب عند حدوث خطأ في الإشراف والرقابة على المريض[١]، وعلى هذا الأساس فإن علاقة الطبيب بالمصاب بمرض الكورونا لا تنتهي بمباشرة الأول للعلاج، وإنما على الطبيب واجب مراقبة مريضه بعد ذلك، للتأكد من آثار العلاج ومدى تأثيرها في المريض، ولاسيما وأن العلاج عن طريق استخدام الأدوية يمكن أن تنتج عنه آثار ضارة أو خطرة بالنسبة للأشخاص الذين يعانون من مرض السكري أو ضغط الدم أو السرطان أو غيرها من الأمراض المزمنة، كانت للقضاء كلمة فصل في ذلك، إذ ألزم الطبيب بمراعاة المريض، ومتابعة حالته، وإعطاء الأوامر والتوجيهات اللازمة بعد إتمام العملية العلاجية، وقد أقرت محكمة التمييز الإتحادية في العراق بمسؤولية طبيبات بسبب إهمالهن في الرقابة، وذلك في قضية تتلخص وقائعها في أن رجلاً أدخل زوجته إلى إحدى مستشفيات التوليد في مدينة السماوة، لكونها على وشك الولادة، إلا أن الطبيبات الموجودات في المستشفى أهملن متابعتها بصورة جيدة، فتسبب ذلك في تأخر ولادتها لمدة ثلاثة أيام، من دون اتخاذ قرار حاسم في توليدها، وهذا أدى إلى إصابتها بجلطة رئوية، انتهت بوفاتها مع الجنين[٢].

إن واجب الإشراف والرقابة على المصاب بمرض الكورونا لا يعني وجوب ملازمة الطبيب للمريض طيلة الوقت، لكن من المسلم به أن ترك الطبيب لمريضه بعد التدخل العلاجي يعد إخلالاً من جانب الطبيب، يوجب قيام مسؤوليته[٣]، ولاسيما إذا أدى ترك المريض بدون مراقبة إلى نتائج ضارة، خصوصاً عند وضع المريض تحت أجهزة التنفس الاصطناعي التي تتطلب متابعة مستمرة.

---

(١) ينظر: نورالهدى بوعيشة، المسؤولية عن الخطأ الطبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي -أم البواقي-، الجزائر، ٢٠١٣-٢٠١٤، ص٣٢.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية، الصادر بتاريخ ٢٠١٣/٥/١٤، العدد ٩٣٩/ مدني، منقول، تسلسل ٩٣٧، مشار إليه لدى: عبد الخالق حسين الجنابي، مصدر سابق، ص٧٤.

(٣) قرار محكمة التمييز العراقية، الصادر بتاريخ ١٩٦٨/١١/٣٠، رقم ١٩٦٨/٥٣٥، مشار إليه لدى: أحمد حسن الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب، ط١، الإصدار الثاني، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨، ص ص ١٢٥-١٢٦.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

وبناء على ما تقدم، فإن الإخلال بأي من الالتزامات الواقعة على الطبيب وفق الصور التي ذكرناها يدخل في سياق خطأ منسوب إلى الطبيب نتيجة لعدم تنفيذ التزام ناشيء عن عقد العلاج الطبي، ومن ثم يوجب قيام مسؤوليته العقدية.

المطلب الثاني

تعديل أحكام المسؤولية العقدية عن نقل فيروس كورونا

يجوز للمتعاقدين أن يوردا في العقد ماشاءا من الالتزامات والحقوق، لأن العقد وليد الإرادة، لذلك يجوز لهما تعديل أحكام المسؤولية العقدية في حدود النظام العام والآداب العامة، ويكون ذلك إما بتشديد أحكام هذه المسؤولية أو بالتخفيف أو الإعفاء منها، ونبين ذلك وفق ما يأتي:

الفرع الأول/ الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية

يجوز أن يتفق المتعاقدان على أن يكون المدين مسؤولاً حتى عن السبب الأجنبي، فيكون بذلك بمثابة المؤمن لمصلحة الدائن[1]، وأجاز القانون المدني العراقي في المادة (١/٢٥٩)[2] الاتفاق على تشديد مسؤولية المدين فقضى أنه "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة"، وبناء على هذا، يجوز الاتفاق أيضاً على ما هو أقل من القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وعليه تأخذ صور التشديد في المسؤولية العقدية إحدى الصور الآتية:

أولاً/ الاتفاق على تحمل المدين نتائج السبب الأجنبي:

الأصل أن لا مسؤولية على المدين، إذا استحال عليه تنفيذ التزامه بعد نشوئه، استحالة مطلقة بسبب أجنبي لا يد له فيه، ويترتب على ذلك انقضاء التزامه وبراءة ذمته في تنفيذ هذا الالتزام عيناً أو بطريق التعويض، وذلك أخذاً بالقاعدة القائلة (لا التزام بمستحيل)، غير أن المادة (١/٢٥٩) من القانون المدني العراقي، أجازت الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعات القوة القاهرة والحادث الفجائي، على الرغم من أن هاتين الصورتين من صور السبب الأجنبي الذي ينفي علاقة

(١) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص٧٥٦.

(٢) تقابلها المادة (١/١٧٨) من القانون المدني الجزائري، لم نعثر على نص مشابه في القانون الفرنسي ولا في قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

السببية بين فعل المدين والضرر الذي يلحق بالمتضرر[١]. وبناءً عليه لو كان التزام المتعاقد بتحقيق نتيجة، فإنه لا يستطيع التخلص من المسؤولية عند عدم تحقق النتيجة إلا بإثبات السبب الأجنبي، ولكن إذا تم الاتفاق على النحو المذكور أعلاه، فإن المتعاقد يتحمل المسؤولية حتى عن نتائج السبب الأجنبي، فلو تعاقد شخص مع صاحب مركبة لنقله إلى مدينة أربيل، شرط أن يضمن عدم إصابته بفيروس الكورونا، حتى إذا كان الأمر بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي، فإن صاحب المركبة يعد مسؤولاً عند إصابة الشخص بالمرض، ولو كان الامر راجعاً لسبب أجنبي.

ثانياً/ الاتفاق على تشديد العناية المطلوبة في نطاق الالتزام ببذل عناية:

على سبيل المثال إن مضمون التزام الطبيب هو تقديم الجهود بهدف تحسين حالة المريض وشفائه، لذا فإن الأصل في التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية الطبيب المعتاد وفق ما سبق بيانه، ولكن في نطاق هذا النوع من الاتفاق، يجب على الطبيب أن يبذل عناية أكبر من العناية المعتادة، عندئذ تكون العناية المطلوبة هي عناية الشخص الحريص، وفي هذه الحالة يسأل الطبيب حتى عن أخطائه التافهة[٢].

ثالثاً/ الاتفاق على تشديد العناية المطلوبة من التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة:

بموجب الاتفاق يشدد الالتزام المطلوب من التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة، حينئذ يلتزم المدين بتحقيق النتيجة المطلوبة، وإلا فإنه يسأل حتى إن بذل عناية الشخص الحريص، لكن ذلك لا يمنعه من التمسك بالسبب الأجنبي للتخلص من المسؤولية[٣].

---

(١) ينظر: موفق حميد البياتي، شرح المتون، الموجز المبسّط في شرح القانون المدني، القسم الثاني-آثار الالتزام، المواد (٢٤٦-٤٤٣)، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص ص٤٩-٥٠.

ويلاحظ نوعاً من التكرار والإرباك في القانون المدني العراقي بهذا الخصوص، حيث ان المادة (٢١١) اشارت إلى أن السبب الأجنبي ينفي المسؤولية إلا إذا وجد اتفاق على غير ذلك، وهذا يعني أنه يجوز الاتفاق على تحمل عبء السبب الأجنبي، ثم عاد في المادة (١/٢٥٩) ليؤكد نفس الأمر، مع الاختلاف في نطاق السبب الأجنبي حيث اقتصرت على ذكر الحادث الفجائي والقوة القاهرة، على خلاف المادة (٢١١) التي تضمنت أيضاً الآفة السماوية وفعل الغير وخطأ المتضرر.

(٢) ينظر: د. دانا حمه باقي عبدالقادر ود. بمو برويزخان الدلوي، الاتفاقات المعدلة لالتزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل، المجلة العلمية لجامعة جهان ـ السليمانية، المجلد (٣)، العدد (٢)، كانون الأول ٢٠١٩، ص٣٦٥.

(٣) ينظر: المصدر السابق، ص٣٦٥.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

وإذا كان المدين مكلفاً ببذل العناية في حماية المتعاقد معه من الإصابة بفيروس الكورونا فإن التزامه يتحول إلى تحقيق نتيجة إذا تم الاتفاق على ذلك، وحينئذ لا يعفى من المسؤولية حتى إن ثبت بذله العناية اللازمة، ما لم تكن إصابة المريض بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه.

رابعاً/ الاتفاق المسبق على استحقاق التعويض:

قد يحدث أن يتفق الطرفان على مقدار محدد من التعويض في زمن أسبق على الإخلال بالالتزام العقدي، كما في العقد الطبي مثلاً، وذلك بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق قبل وقوع الإخلال، ويطلق على هذا الاتفاق الشرط الجزائي، ويقصد به "تقدير التعويض المستحق عن الضرر الناجم عن الإخلال بالتزامات العقد"[١]، ولكون تقدير التعويض يتم بطريقة جزافية، يرى جانب من الفقه[٢] أنه إذا كان مبلغ الجزاء الذي تم الاتفاق عليه يزيد عن قيمة الضرر الذي لحق بالدائن، يكون الشرط الجزائي في هذه الحالة بمثابة اتفاق على تشديد المسؤولية، وقد يتبين العكس إذا كان مبلغ الجزاء يقل عن قيمة الضرر، فيصبح الشرط الجزائي بمثابة اتفاق على تخفيف المسؤولية، ويرى آخر[٣] أن ليس مقياس هذا التعويض ما قد يصيب الدائن من ضرر، بل هو يأخذ معنى التهديد، مما قد يوصله إلى معنى العقوبة، وإذا كانت قيمة التعويض أقل من حجم الضرر الذي أصاب الدائن، وليس للأخير أن يطالب بزيادة مقدار التعويض، وهذا يؤكد انفصال مقياس التعويض عن معيار الضرر من جهة، ومن جهة أخرى اعتماده على معيار الخطأ ودرجة جسامته، ولاسيما أن بإمكان الدائن أن يطالب بزيادة مقدار التعويض فقط، عندما يثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً، وهذا في الأصل مقياس التعويض هنا.

والغالب أن يكون التعويض المقدر في الشرط الجزائي مبلغاً من النقود، ولكن ليس هناك ما يمنع وفقاً لمبدأ الحرية التعاقدية، أن يكون التعويض بغير النقود[٤]، إذا اتفق مريض مع طبيبه الجراح بإجراء عملية جراحية له دون أن يصيب بفيروس كورونا وإلا يعوضه بمبلغ من النقود، أو يبقى في المستشفى طيلة مدة الإصابة بالفيروس على حساب الطبيب الجراح.

أما فيما يخص لموقف التشريعات التي هي محل المقارنة من هذه المسألة، نصت المادة (١٢٣١-٥) من القانون المدني الفرنسي على أنه "عندما ينص في العقد على أن من يتخلف عن تنفيذه يلتزم على سبيل التعويض، بدفع مبلغ معين، لا يجوز أن يمنح الطرف الآخر مبلغاً يزيد

---

(١) ينظر: د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٠، ص١٩١.

(٢) ينظر للتفصيل: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج١، المجلد ٢، مصدر سابق، ص٨٥١ وما بعدها؛ وكذلك: د. محمد حسن قاسم، الالتزامات، مصدر سابق، ص٣٢٢.

(٣) نقلاً عن: د. محمد سليمان الأحمد، مصدر سابق، ص ص٢٣٠-٢٣١.

(٤) ينظر: د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات، ج٢، مصدر سابق، ص١٩١ وما بعدها.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

عن هذا المبلغ أو ينقص عنه. على الرغم من ذلك، تجوز للقاضي ولو من تلقاء نفسه، زيادة الجزاء المتفق عليه إذا كان باهظاً أو إنقاصه إذا كان تافهاً بشكل واضح. وإذا تم تنفيذ التعهد جزئياً، يجوز للقاضي ولو من تلقاء نفسه، أن يخفض الجزاء المتفق عليه، وذلك فيما يخص الفائدة التي عادت على الدائن من هذا التنفيذ الجزئي، دون إخلال بإعمال الفقرة السابقة. ويعد كل شرط يخالف الفقرتين السابقتين كأن لم يكن. وفي غير حالة عدم التنفيذ النهائي، لا يستحق الجزاء (المتفق عليه) إلا إذا تم إعذار المدين". والمادة (١٢٣١-٤) من القانون نفسه تنص على أنه "في هذه الحالة وحيث يكون عدم التنفيذ نتيجة خطأ جسيم أو تدليسي لا يشمل التعويض إلا ما يعد نتيجة فورية ومباشرة لعدم التنفيذ".

وتنص المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي[1] على أنه "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد في اتفاق لاحق ويراعي في هذه الحالة أحكام المواد ١٦٨ و٢٥٦ و٢٥٧ و٢٥٨. ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه إذا ثبت المدين أن التقدير كان فادحاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام هذه الفقرة. أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً".

ويستخلص من ذلك أن الشرط الجزائي هو إتفاق على التعويض، وذلك بإدراج بند عند إبرام العقد أو باتفاق لاحق بعد إبرام العقد وقبل وقوع الضرر، ولما كان التعويض هو جبر لضرر فإنه يوجد إذا وجد الضرر، ويعد كل اتفاق بخلافه باطلاً لمخالفته النظام العام. ومع أن ذلك يكون على حساب مبدأ القوة الملزمة للعقد واحترام الإرادة التعاقدية، فإن فيه تحقيق للاعتبارات التي تقوم عليها العدالة، وكذلك حماية المدين الضعيف الحسن النية ومواجهة التعسف في استعمال الشرط الجزائي من طرف الدائن.

الفرع الثاني/ الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية

لم يتفق موقف التشريعات التي هي محل المقارنة على هذه المسألة، فبموجب القانون العراقي يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن عدم تنفيذ التزامه العقدي، سواء كان ذلك

(1) تقابلها المواد (١٨٣-١٨٤-١٨٥) من القانون المدني الجزائري، والمادة (٣٩٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

راجعاً إلى خطئه أو خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه العقدي، ولكن هذا الشرط مقيد قانوناً، إذ لا يجوز له أن يشترط الإعفاء من المسؤولية عن غشه أو خطئه الجسيم، وإلا كان الشرط باطلاً، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه[١].

وفي القانون المدني الفرنسي لا يوجد نص صريح في هذا الصدد، وهذا ما أضطر القضاء إلى استنباط الحلول مسترشداً بالضرورات العملية، فأجاز مثل هذا الاتفاق ولكن في حدود معينة[٢].

وكذلك الحال بالنسبة لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، إذ لم يرد فيه تنظيماً خاصاً بالشروط المعفية التي تحد من المسؤولية العقدية، ولكن منعت المادة (٢٩٦) من هذا القانون شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية على الفعل الضار، وبرأينا يعد هذا قبولاً من المشرع الإماراتي بجواز الاتفاق على الإعفاء في المسؤولية العقدية على أساس مفهوم المخالفة، ويخلو قانون المسؤولية الطبية لسنة (٢٠١٦) أيضاً من أي إشارة تنظيم هذه المسألة.

هذا فيما يخص جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية بشكل عام، لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو: هل يجوز أن يكون جسم الإنسان محلاً للإعفاء من المسؤولية من الأضرار التي تصيبه؟

فيما يخص موقف التشريعات التي هي محل المقارنة، لم يحسم حكم هذا الاتفاق في المسؤولية المدنية الطبية، الا أن الفقه[٣] يرى ونؤيدهم في ذلك أن اشتراط الإعفاء من المسؤولية غير جائز في كلا المسؤوليتين أياً كانت نية الأطراف وقت وضعه، إذا كان الضرر ماساً بسلامة الإنسان، كما هو الحال في الأخطاء الطبية، لأن الإنسان لا يجوز أن يكون محلاً للتعاقد لأن جسم الإنسان وشخصيته لا يمكن أن يكونا محلاً لاتفاقات مالية، أو التصرف فيهما، ومن ثم فهذا الاتفاق باطل حتى إن كان خارج نطاق الخطأ الجسيم أو الغش.

---

(١) المادة (٢/١٧٨) من القانون المدني الجزائري، والمادة (٢/٢٥٩) من القانون المدني العراقي.

(٢) ينظر: حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط٢، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٩، ص٥٦٧.

(٣) ينظر: إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مصدر سابق، ص٩٧؛ ود. سعدي البرزنجي، شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الفرنسي- والعراقي، ط١، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، ٢٠٠٣، ص١٠٩؛ وكذلك: صلاح كريم جواد الخفاجي، العوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، بغداد، ١٩٩٠، ص٥٥.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

وللقضاء الفرنسي موقف من ذلك، حيث أجاز التشديد من المسؤولية العقدية دون الإعفاء منها إذا تعلق الأمر بجسم الإنسان وسلامته، لذلك يبطل كل اتفاق بين الطبيب والمريض يستبعد المسؤولية، وإن كان العلاج أو العمل الجراحي بناء على موافقة صريحة من المريض أو الشخص الذي تجري له العملية[1].

وبناءً على ما تقدم، نوصي المشرع العراقي بإيراد استثناء من القاعدة العامة الواردة في المادة (٢/٢٥٩) من القانون المدني من خلال وضع نص خاص يحرم الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية إذا تعلق الأمر بسلامة جسم الإنسان وصحته، واننا عندما نقترح ذلك نعلم أن المادة (١٣٠) التي تلزم أ ن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو الآداب، تستغرق هذه الحالة أيضاً، ولكن لكون النظام العام مفهوم قابل للتبدل من زمن لآخر ومن مكان لآخر لذلك نرى أن وجود نص خاص كهذا سوف يكون له أهمية بالغة بوجه خاص قدر تعلق الأمر بموضوع بحثنا الذي ينصب في خدمة الوقاية من مرض كورونا وتعويض المتضررين منه بخطأ الغير.

الفرع الثالث/ الاتفاق على تخفيف المسؤولية العقدية

لا يوجد في التشريعات التي هي محل المقارنة نص يقر جواز الاتفاق على التخفيف من هذه المسؤولية، ومع ذلك فإن القانون مادام أجاز الاتفاق على الإعفاء من هذه المسؤولية، فإنه من باب أولى أنه يجوز الاتفاق على التخفيف منه.

ومن صور هذا التخفيف تحويل التزام الطبيب من التزام بنتيجة إلى التزام بعناية، وهذا ما يمكن الطبيب من الإفلات من افتراض التعويض، ويعرض المريض لعبء إثبات تقصير الطبيب وإخلاله العقدي. وذهب رأي[2] إلى أن التخفيف من المسؤولية هو إعفاء جزئي، لذا يأخذ حكم اتفاق الإعفاء، وعليه ينبغي بطلانه إذا تعلق بالمسؤولية الطبية. ونؤيد هذا الرأي، لأن الالتزام بضمان سلامة المريض هو التزام بتحقيق نتيجة فيما يخص الطبيب والمستشفى، لأن الحق في

---

(١) نقلاً عن: أحمد حسن الحياري، مصدر سابق، ص١٧٨؛ وكذلك: بومدية سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتب عليها، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١١، ص١٨٤.

(٢) ينظر: سەركەوت أحمد رسول، المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بالعقد الطبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، القاهرة، ٢٠١٥، ص٢٤٣.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

الحياة والحق في السلامة الجسدية، هما من الحقوق التي يجتمع فيها حق الله تعالى وحق العبد، لذلك لا يستطيع الطبيب أن يتخلص من المسؤولية الا إذا أقام الدليل على أن الضرر الذي أصاب المريض يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه. وعلى هذا الأساس نوصي المشرع العراقي بنفس التوصية التي ذكرناها في شأن تحريم الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية.

وبناءً على ما تقدم، نلاحظ أن الإعفاءات التي ترد في العقد الطبي غير واضحة من حيث الأثر القانوني الذي يمكن أن ينتج من خلالها، مع حرص المستشفيات والأطباء على العمل بها قبل تقديم الخدمة العلاجية، ولأهمية هذا الموضوع نوصي المشرع العراقي بتنظيم ذلك بنصوص صريحة على أن تراعى فيه مصلحة المريض الذي يعد الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

الخاتمة

ويتضمن أهم استنتاجات البحث وتوصياته:

أولاً/ الاستنتاجات:

١/ يعد المتعاقد ناقلاً للفيروس إذا تسبب بخطئه المتمثل في إخلاله بما التزم به في إصابة الغير بالمرض سواء كان الاخلال ناشئاً عن عمد أو إهمال أو تقصير، يستوي في ذلك ما إذا كانت إصابة الغير ناجمةً عن عدم تحقيق غاية التزم بها الناقل أو القيام بعمل التزم بالامتناع عنه أو قصر في بذل الجهد والعناية المطلوبة لتفادي حدوث الإصابة.

٢/ يستلزم إقامة مسؤولية المتعاقد الشخصية، قيام المصاب بإثبات تسبب المتعاقد، الملتزم ببذل العناية، في نقل الفيروس، بينما يكفي لذلك مجرد قيام المصاب بإثبات وجود التزام من المتعاقد بعدم تسبب المتعاقد في نقل المرض، إذا لم يتمكن المتعاقد من تحقيق هذه النتيجة المرجوة، مالم تكن الإصابة راجعة إلى سبب أجنبي.

٣/ يمكن إقامة مسؤولية المتعاقد عن نقل الفيروس بسبب خطأ صادر من الغير إذا كان بديلاً عن المتعاقد في تنفيذ كل العقد أو بعضه أو مساعداً يعمل إلى جانب المتعاقد ويعاونونه في تنفيذ التزاماته.

٤/ تكون مسؤولية ناقل الفيروس عقدية إذا حال فعل الشيء دون قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه التعاقدي، وبالتالي نقل الفيروس للغير، إلا إذا توافرت للفعل صفات القوة القاهرة أو الحادث الفجائي. ولعدم وجود قواعد خاصة بالمسؤولية العقدية عن فعل الأشياء، فان الأساس الذي يمكن أن تقوم عليه المسؤولية العقدية عند نقل فيروس كورونا بفعل الأشياء هو الأساس نفسه الذي تقوم عليه المسؤولية عن الفعل الشخصي.

٥/ على الرغم من خلو القانون العراقي من أحكام تنظم الالتزام الطبي بالسلامة في الخدمات التي ليست لها علاقة بالتدخل العلاجي أو الجراحي، الا أنه يمكن إيجاد أساس له في المادة (٢/١٥٠) من القانون المدني العراقي لإقامة المسؤولية العقدية على عاتق الاطباء عند الإخلال به، باعتباره التزاماً ناشئاً عن العقد أو لكونه من مستلزمات العقد.

٦/ ان الأضرار المعنوية التي تلحق المصاب بفيروس كورونا تتعدى أحياناً المساس بالشعور والعواطف، حيث تعرض في بادئ انتشار المرض إلى نوع من سوء المعاملة داخل المجتمع، والتعامل معه بحذر شديد حتى بعد شفائه من المرض، ولا يخفى ما في ذلك من أذى نفسي

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

يلاحق المصاب، ومع ذلك لا يسأل المتسبب في نقل الفيروس إلا عن الضرر المادي المباشر المتوقع، وفي ذلك إجحاف كبير بحق المصاب.

٧/ ان خصوصية فيروس كورونا والأسرار والغموض التي لازالت تحوطه من جوانب عدة، والاشكاليات المتعلقة بوجود فترة حضانة للفيروس تستغرق أياماً من نقل الفيروس للمصاب إلى ظهور أعراض المرض عليه، وارتباط ذلك بمناعة الجسم، وعدم وجود يقين علمي يحصر النشاطات المؤدية إلى نقل الفيروس، تسبب اشكاليات تصعب إثبات علاقة السببية بين خطأ ناقل الفيروس والضرر الواقع بالمصاب، ويبرر ذلك لإقامة المسؤولية المدنية، الأخذ بفكرة افتراض رابطة السببية بهذا الشأن.

٨/ يشترط لتحقق مسؤولية ناقل الفيروس، وجود عقد صحيح يربطه بالمصاب، وأن يكون الخطأ المنسوب إلى الناقل والذي تسبب في نقل الفيروس نتيجة لعدم تنفيذه لالتزام ناشئ عن هذا العقد.

٩/ ان الخطورة التي تشكلها تفشي فيروس كورونا على المصلحة العامة يتطلب اعتبار الإصابة به من ضمن الحالات التي يلزم فيها الطبيب بالتدخل دون الحاجة لاستحصال موافقة المصاب، لا بل ينبغي ان يسمح بالاستعانة بأجهزة الشرطة والأمن الداخلي لإرغام المصاب به على الامتثال للعلاج.

١٠/ يجوز الاتفاق على تشديد مسؤولية المتعاقد الملتزم بعدم التسبب في نقل فيروس كورونا، بأن يتحمل تبعة الضرر الذي يلحق المصاب بالفيروس حتى لو كان ناجماً عن السبب أجنبي، كما يجوز أن يتخذ الاتفاق صيغة تشديد العناية المطلوبة من المتعاقد في عدم التسبب بنقل الفيروس في نطاق التزامه ببذل عناية أو بتحويل التزامه بهذا الخصوص من التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة.

١١ / خلافاً لما تقرره القواعد العامة بشأن جواز اشتراط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية، ونرى، قدر تعلق الأمر بالمسؤولية الناجمة عن نقل فايروس كورونا بعدم جواز التمسك بما تقررها هذه القواعد في الأحوال التي يترتب على إخلال المتعاقد ضرر يمس جسم الانسان وسلامته، أياً كانت نية الأطراف من وراء اتفاقهم على ذلك، فجسم الإنسان ينبغي أن لا يكون محلاً لاتفاقات مالية، وبالتالي ينبغي إبطال أي اتفاق بهذا الشأن، حتى لو كان خارج نطاق الغش أو الخطأ الجسيم.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

ثانياً/ التوصيات:

نوصي المشرع العراقي بما يأتي:

١/ وضع نص خاص في القانون المدني يقر فيه بشكل مباشر مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير ليكون أساساً لما تنجم من المسؤولية على هذا النحو بسبب نقل الفيروسات أيضاً.

٢/ وضع النصوص الكفيلة بمشمول التعويض عن الإصابة بفيروس كورونا للأضرار المعنوية أيضاً، مراعاة لخصوصية الأضرار التي تلحق المصاب جراء ذلك، والأذى النفسي الذي يلاحقه، وذلك تماشياً مع الاتجاه الحديث للفقه والقضاء الذي يتجه نحو التقليل من آثار التفرقة بين مبدأ ازدواج ومبدأ وحدة المسؤولية المدنية. وقد يكون من المناسب لهذا الغرض الاقتراح لتعديل المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي، بإضافة فقرة جديدة إليها، وكالآتي: ((**ويشمل التعويض أيضاً الضرر الأدبي الذي يصيب الغير في شرفه أو عرضه أو اعتباره أو سمعته أو مركزه الاجتماعي أو المالي، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل الى الغير إلا إذا تحدد قيمته بموجب اتفاق أو قرار بات صادر من محكمة مختصة**)).

٣/ تعديل قانون الصحة العامة بوضع نص يلزم الطبيب على القيام بمعالجة المصاب بفيروس كورونا حتى ولو دون موافقته أو رضا ذويه، واتخاذ الوسائل اللازمة بمنع انتشار المرض حتى لو تطلب الأمر الاستعانة بأجهزة الشرطة والأمن الداخلي لإجبار المصاب على تلقي العلاج اللازم. ولهذا الغرض نقترح النص الاتي: ((**يتوجب على الطبيب التدخل طبياً لمعالجة المريض ولو دون الحصول على موافقته أو موافقة ذويه في الأحوال التي يكون فيها مرضه معدياً ومهدداً للصحة العامة، حتى لو تطلب الأمر الاستعانة بأجهزة الشرطة أو الأمن الداخلي**)).

٤/ تعديل المادة (٢/٢٥٩) من القانون المدني بشكل يمنع اشتراط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية في الاحوال التي يمس فيها الضرر جسم وسلامته، ولهذا الغرض نقترح النص الاتي: ((**وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا التي تنشأ عن فعل ينتج عنه ضرر يصيب الانسان في سلامة جسده أو التي تنشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته من الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه**)).

٥/ وضع الأحكام الكفيلة بتنظيم الإعفاءات التي ترد في العقد الطبي، والتي تحرص المستشفيات على التمسك بها قبل إجراء العمليات الجراحية، وذلك بنصوص صريحة على أن يراعى فيه مصلحة المريض الذي يعد الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

أما بخصوص القضاء العراقي الموقر:

فان العوامل المرتبطة بالتطور العلمي في المجال الطبي، وظهور أضرار مستحدثة تتمثل في أمراض لم تكن مألوفة في الماضي، وبروز مفهوم جديد للحيطة والحذر، يدعونا الى حث القضاء للاعتماد على المادة (٣) من قانون الإثبات العراقي، وتبني فكرة السببية المفترضة (افتراض تحقق علاقة السببية) بين الخطأ الطبي والضرر كقرينة بسيطة يمكن نفيها بالسبب الأجنبي، وبشكل خاص في مجال نقل عدوى فيروس كورونا.

ومن الله التوفيق والسداد....

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

قائمة المصادر

أولاً/ الكتب:

١- إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.

٢- أحمد حسن الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب، ط١، الإصدار الثاني، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨.

٣- د. أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، ط٢، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١.

٤- د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، معهد دون بوسكو، الإسكندرية، ١٩٧٠.

٥- د. أيوب يوسف سالم محمد العبيدي، المسؤولية المدنية للفريق الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٩.

٦- د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج٢، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- والقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٩.

٧- د. بمو برويزخان الدّلوي، النظرية العامة للحماية المدنية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٤.

٨- د. حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر غير الإرادية، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، ١٩٩٠.

٩- د. حسن علي الذنون:

أ/ النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام- أحكام الالتزام- إثبات الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٢.

ب/ المبسوط في شرح القانون المدني، الخطأ، ج٢، ط١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٦.

ج/ المبسوط في شرح القانون المدني، الرابطة السببية، ج٣، ط١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٦.

د/ المبسوط في شرح القانون المدني، المسؤولية عن فعل الغير، ج٤، ط١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٦.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

١٠- حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط٢، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٩.

١١- د. خالد عبد الفتاح محمد، المسؤولية المدنية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، ٢٠٠٩.

١٢- د. رمضان محمد أبو سعود ود. همام محمد محمود زهران، مبادئ القانون-المدخل للقانون والالتزامات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨.

١٣- سعد سالم عبد الكريم العسبلي، المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، ط١، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ١٩٩٤.

١٤- د. سعدي البرزنجي، شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الفرنسي والعراقي، ط١، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، ٢٠٠٣.

١٥- د. سليمان مرقس:

أ/ الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ج٢، ط٤، المجلد ١، المنشورات الحقوقية صادر- بيروت، دار الكتب القانونية شتات- مصر، ١٩٨٨.

ب/ الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول في الاحكام العامة، ج٣، ط٥، المجلد ٢، المنشورات الحقوقية صادر- بيروت، دار الكتب القانونية شتات- مصر، ١٩٨٨.

١٦- سميرة الصاوي مجيد، مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٩.

١٧- د. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.

١٨- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج٢، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٥٤.

١٩- عبد الخالق حسين الجنابي، إثبات الخطأ الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٩.

٢٠- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج١، المجلد٢، ط٣ الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

٢١- د. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج الطبي بين النظرية والتطبيق، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.

٢٢- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج١، ط٤، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٧.

٢٣- د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، في مصادر الالتزام، ط٣، المكتبة القانونية- بغداد، العاتك لصناعة الكتاب- القاهرة، ٢٠٠٩.

٢٤- عزالدين الدناصوري و د. عبد الحميد الشواربي:

أ/ المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ج١، ط٥، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، ٢٠١٩.

ب/ المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ج٣، ط٥، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، ٢٠١٩.

٢٥- د. علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ٢٠٠٥.

٢٦- د. فائق الجوهري، أخطاء الأطباء، ط١، دار المعارف، القاهرة، ١٩٦٢.

٢٧- فوزي كاظم المياحي، القانون المدني العراقي فقهاً وقضاءً، نظرية العقد، القسم الثالث، ج٤، ط١، مكتبة صباح القانونية، بغداد، ٢٠١٩.

٢٨- د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، العقد، ج١، المجلد٢، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨.

٢٩- د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٠.

٣٠- محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

٣١- د. محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.

٣٢- د. محمود جمال الدين زكي:

أ/ مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٠.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

ب/ الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، في مصادر الالتزام، ج١، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٦٨.

٣٣- د. منذر الفضل:

أ/ النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، مصادر الالتزام، ج١، ط١، دون اسم الناشر والمطبعة، بغداد، ١٩٩١.

ب/ الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات وأحكامها، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٢.

٣٤- موفق حميد البياتي:

أ/ شرح المتون، الموجز المبسط في شرح القانون المدني، القسم الأول، مصادر الالتزام، المواد (٧٣-٢٤٥)، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧.

ب/ شرح المتون، الموجز المبسّط في شرح القانون المدني، القسم الثاني-آثار الالتزام، المواد (٢٤٦-٤٤٣)، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧.

٣٥- د. هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، مطابع الولاء الحديثة، القاهرة، ٢٠٠٧.

ثانياً/ الرسائل الجامعية:

أ/ الأطاريح:

٣٦- بومدين سامية، الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، ٢٠١٩.

٣٧- عبيد مجول العجمي، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٩-٢٠١٠.

٣٨- محمد أحمد عبد النعيم عبد المنعم، مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر في القانون الفرنسي والمصري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٩٥.

ب/ رسائل الماجستير:

٣٩- بومدية سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتب عليها، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١١

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

٤٠- خلود هشام خليل عبد الغني، الخطأ الطبي: دراسة في قانون المسؤولية الطبية الإماراتي لسنة ٢٠١٦، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٧.

٤١- سەركەوت أحمد رسول، المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بالعقد الطبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، القاهرة، ٢٠١٥.

٤٢- صلاح كريم جواد الخفاجي، العوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، بغداد، ١٩٩٠.

٤٣- نبيلة نسيب، الخطأ الطبي في القانون الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عنكون، جامعة الجزائر، ٢٠٠١.

٤٤- نورالهدى بوعيشة، المسؤولية عن الخطأ الطبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي -أم البواقي-، الجزائر، ٢٠١٣-٢٠١٤.

ثالثاً/ الأبحاث والدراسات:

٤٥- د. دانا حمه باقي عبد القادر و د. بمو برويزخان الدلوي، الاتفاقات المعدلة لالتزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل، المجلة العلمية لجامعة جهان ـ السليمانية، المجلد (٣)، العدد (٢)، كانون الأول ٢٠١٩.

٤٦- صهيب عامر سالم، المسؤولية التقصيرية للمصاب بفيروس كورونا عن نقل العدوى، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد (٢١)، العدد (٧٣)، السنة (٢٣)، ٢٠٢٠.

٤٧- د. محمد سليمان الأحمد و د. عبد الكريم صالح عبد الكريم، افتراض رابطة السببية في المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية، جامعة عجمان، السنة الرابعة، العدد ٧، يناير-٢٠١٨.

رابعاً/ التشريعات:

٤٨- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

٤٩- قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

٥٠- قانون الصحة العامة العراقي رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١.

٥١- قانون النقل العراقي رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣.

٥٢- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل بالأمر رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦.

https://doi.org/10.17656/jlps.10211

٥٣- القانون المدني الجزائري رقم (٧٥-٥٨) لسنة ١٩٧٥ المعدل والمتمم.

٥٤- قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (٥) لسنة ١٩٨٥المعدل.

٥٥- المرسوم التنفيذي رقم ٩٢-٢٧٦ المؤرخ في ٦ يوليو سنة ١٩٩٢، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.

٥٦- المرسوم رقم ٩٥-١٠٠٠، المؤرخ ٦ سبتمبر ١٩٩٥، بشأن قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي.

٥٧- المرسوم بالقانون الإتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠١٦، بشأن المسؤولية الطبية الإماراتي.

٥٨- قرار مجلس الوزراء رقم (٤٠) لسنة ٢٠١٩، في شأن اللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون اتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠١٦، بشأن المسؤولية الطبية الإماراتي.

٥٩- السلوك الطبي وآداب مهنة الطب العراقي (٢٠١٧)، الصادر عن نقابة أطباء العراق بالتعاون مع منظمة الصحة العالمية.

خامساً/ مصادر الالكترونية:

٦٠- د. أكرم محمود البدو، كورونا آفة سماوية أم جائحة، مقال منشور على صفحته الشخصية في موقع فيسبوك، بتأريخ ٢٩-٣-٢٠٢٠

https://www.facebook.com/drakrammahmod

٦١-د. أكرم محمود البدو، مسؤولية الدولة عن تعويض الأضرار الناشئة عن تفشي آفة فيروس كورونا المستجد، كلية الحقوق، جامعة الموصل، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لجامعة الموصل:

https://www.uomosul.edu.iq/newslar/rights/57882, last visited: 8-7-2021.