

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة احمد دراية - أدرار
كلية الحقوق والعلوم السياسية



قبول المخاطر الطبية

وأثره على المسؤولية المدنية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم

- تخصص: قانون خاص -

تحت إشراف:

الأستاذ الدكتور: كيجل كمال

إعداد الطالب:

نقار موسى

| الصفة | مؤسسة الإنتماء | الرتبة | الأستاذ |
|--------------|----------------|----------------------|-------------------------|
| رئيسا | جامعة ادرار | أستاذ التعليم العالي | أ.د بن عومر محمد الصالح |
| مشرفا ومقررا | جامعة ادرار | أستاذ التعليم العالي | أ.د كيجل كمال |
| مناقشا | ملحقة سوقر | أستاذ محاضر قسم "أ" | د. قداري امال |
| مناقشا | جامعة غرداية | أستاذ محاضر قسم "أ" | د. سيد أعمر محمد |

نوقشت بتاريخ: 2023/03/19

السنة الجامعية 2022-2023

شكر وتقدير

عرفانا بالجميل أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أستاذي
المشرف الدكتور كميل كمال الذي شكلني برعايته
ومنحني من وقته ولم يبخل علي بنصح ولا إرشاد، وأسأل أن
يمتعته بموفور الصحة والعافية وأن يجزيه عنا خير الجزاء.
كما أسجل بكل تقدير وامتنان خالص الشكر والعرفان
للسادة أعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بقبول مناقشة هذه
الرسالة، فجزاهم الله عنا خير الجزاء.

إهداء

إلى الذين كانوا مورداً أستمد منه قوتي .. وربيعة
أستلم منه نجاحي.. إلى أمي الحنون رحمة الله.. وأبي الرؤوم

وإلى إخواني و أخواتي

إلى زوجتي وأبنائي وقرّة عيني..أيوب و هارون

إلى عائلتي الكبيرة و الصغيرة ...

إلى الأستاذ الفاضل قريظ أحمد الأمين

وإلى كل من علمني حرفاً فصرت له عبداً.. فتحمّد

نحسبي حتى استوى طيباً معطاء..

إلى كل هؤلاء.. اهدي باقة مجموداتي فهي هذه

الرسالة.

موسى نقيار

مقدمة

مقدمة:

يمثل قطاع الصحة أحد أهم القطاعات الإستراتيجية لكل **دولة**، فبه يتحقق الأمن الصحي والرفاهية للمجتمع، ويمثل العمل الطبي الركن الأساس في تحقيق هذا الأمن خاصة في ظل التطور التكنولوجي وما صاحبه من سلبيات وإيجابيات على الفرد كما على المجتمع.

ينفرد العمل الطبي بخصوصيات تجعل منه مناط اهتمام مستمر ومتزايد من طرف السلطات، فتُخصّص له جميع الأطر التي تساهم في تحقيق الأمن الصحي سواء تعلق الأمر بهياكل العمل من مستشفيات وعيادات وأجهزة...، أو من حيث العامل البشري من خلال تكوين الأطباء والأعوان شبه الطبيين...، أو من حيث النظام القانوني سواء تعلق الأمر بالقانون المتعلق بالصحة أو بأخلاقيات ممارسي مهنة الطب ومختلف الأسلاك والنشاطات المرتبطة بالعمل الطبي باعتباره مؤشرا مهما على تطور المجتمع.

إنّ تنظيم مسألة العلاج الطبي أمر بالغ الأهمية، نظرا لتأثيره المباشر على صحة الإنسان، لذلك أفردت التشريعات المقارنة على غرار المشرع الجزائري حيّزا هاما من القوانين والمراسيم والقارات التي تهدف إلى تحقيق الغاية من العلاج الطبي وهو الأمن الصحي.

إنّ العلاج الطّبي هو تصرف موجّه إلى تحقيق المحافظة على صحة الإنسان فيشترط في ممارسي مهنة الطب التمتع بصفات الحكمة والعقل والعلم التي تساهم كلها في مراعاة صحة الإنسان وعلاجه، غير أنّ التّعامل مع جسم الإنسان يحمل معه الكثير من الأخطار سواء تعلق الأمر بجسم الإنسان في حدّ ذاته، أو من خلال الآلات والمعدات التي تستعمل في العلاج الطّبي والأدوية التي قد يستهلكها المريض وهو ما يجعل من احتمال وقوع ضرر لهذا الأخير أمرا واردا في كل مراحل العلاج الطبي وحتى بعده.

عند تقديم الرعاية الطبية من طرف الأطباء فإنهم لا يتخذون القرارات العلاجية بالنيابة عن مرضاهم دون إشراكهم في صناعة تلك القرارات، ودون شرح فوائد ومخاطر الحلّ العلاجي، أو ذكر الحلول العلاجية الأخرى المتاحة، بل يجب إشراك المرضى أو ممثليهم في هذه القرارات.

بما أنّ هدف المعالجة الطبية هو تحسين حالة المريض بما ينسجم مع قيم وأهداف مهنة الطب، فإنّ الأطباء حاليًا يُتيحون الفرصة للمريض كي يشارك في صناعة القرار العلاجي حيث يجري تبادل المعلومات بين الطبيب والمريض بطريقتين، سواء من خلال تزويد المريض بالمعلومات الضرورية حول العلاجات المتوفرة، وفوائد ومخاطر كل من هذه العلاجات، أو من خلال إبلاغ المريض لطبيبه حول نمط حياته، وتفضيلاته العلاجية، ذلك أنّ المريض قد يعجز في بعض الأحيان عن اتخاذ القرار بمفرده بسبب إصابته بحالة تؤثر في قواه العقلية والنفسية.

من هذا المنطلق فإنّ اتخاذ قرار العلاج الطّبي من طرف المريض قد يشكل بعض الأخطار عليه، خاصة إذا نظرنا إلى الحالة الصّحية والنفسية التي يتواجد عليها المريض فالهدف بالنسبة إليه هو الحصول على علاج مهما كلف ذلك، وبغضّ النظر عن الأخطار التي قد تواجهه أو تترتب عن ذلك العلاج من الناحية القانونية، فإنّ إرادة المريض في هذه الحالة تتجه إلى قبول العلاج الطّبي معتمدا على ثقته في الطبيب وفي العلاج الذي يتم من خلال معالجة مرضه.

من جانب آخر فإنّ الطبيب في معظم الحالات يجد نفسه مضطرا إلى شرح كيفية العلاج الذي سيقدمه للمريض، هذا التصرف يمثل بالنسبة له التزام أخلاقي تجب مراعاته خاصة وأنّ التعامل في هذه الحالة يتم مع جسم الإنسان، وأيّ خطأ من شأنه أن يترتب أضرار على المريض قد تصل إلى حد الوفاة.

أحدث المشرع الجزائري في هذا الإطار مجموعة من النصوص القانونية التي تهدف إلى موازنة العلاقة ما بين الطبيب بصفته مقدم للعلاج، وبين المريض بصفته متلقيا له فمن الناحية الأخلاقية وباعتبار مهنة الطب مهنة نبيلة أصدر المشرع الجزائري المرسوم 92-276 المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات المهنة¹، والتي تحتوي على الأحكام السلوكية والأخلاقية لممارسي مهنة الطب وخاصة في علاقتهم مع المرضى، وكذلك القانون 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018 المتعلق بالصحة² أحكامه تتعلق بصفة عامة بتنظيم قطاع الصحة في الدولة.

إنّ معالجة موضوع مخاطر العمل الطبي من الناحية القانونية لا يتم من دون التطرق إلى المسؤولية القانونية لمقدم العلاج الطبي والمتمثل في الطبيب، وبغض النظر عن شقها الجزائي فإنّ المسؤولية المدنية للطبيب تقع على المحكّ خاصة في حالة الأخطاء الطبية أو عدم الالتزام العقدي في تقديم العلاج الطبي للمريض، وهو ما يؤدي إلى تطبيق الأحكام القانونية المنصوص عنها في القانون المدني خاصة ما تعلق منها بالمسؤولية العقدية إعتامادا على نظرية العقد، أو المسؤولية التقصيرية وما تحمله من تطورات قانونية خاصة على مستوى نشوء المسؤولية اللاخطئية، أو ما يعرف فقها بالمسؤولية الموضوعية، والتي تعتبر امتدادا طبيعيا للمسؤولية الشخصية عن أعمال الطبيب.

تستند المسؤولية العقدية للطبيب على عدم الوفاء بالالتزام التعاقدية، وهذا وفقا لما ينص عليه القانون، غير أن مسألة العقد الطبي تطرح العديد من الإشكالات، خاصة إذا نظرنا إلى خصوصية العمل الطبي باعتباره مهنة نبيلة، وكذا للتطورات القانونية الحاصلة على العقود الحديثة ومنها العقد الطبي وما أسفرت عنه من اختلال في التوازن العقدي بين أطرافه نظرا للتوسع في الأخذ بإرادتهما، أو من حيث التطور التكنولوجي للعمل

¹. المرسوم التنفيذي رقم 92_276 مؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق ل 6 يوليو سنة 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات المهنة. الجريدة الرسمية العدد 50 لسنة 1992.

². الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 46 لسنة 2018 الصادرة بتاريخ 29 جويلية 2018.

الطبي الذي من شأنه إبراز بعض المخاطر بعد نهاية العقد الطبي، وهو ما يجزنا إلى العمل على تحديد نطاق المسؤولية العقدية للطبيب في ظلّ هذا التطور، بالإضافة إلى التطرق إلى دور إرادة المريض في قبول مخاطر العمل الطبي وما قد تنجر عنه من آثار على ترتيب مسؤولية الطبيب العقدية.

من جهة أخرى فإنّ المسؤولية التقصيرية باعتبارها الشقّ الثاني من المسؤولية المدنية، فإنها تجد مصدرها في الخطأ الطبي كأصل عام، وهو ما يستوجب التعويض لكن التطور التكنولوجي وخصوصية العمل الطبي أجبر المشرع على التعامل مع ظاهرة جديدة تتمثل في المسؤولية اللاخطئية من خلال النص على أحكام المسؤولية الموضوعية في تعديل القانون المدني الجزائري سنة 2007، ذلك أنّ أحكام المسؤولية الشخصية أصبحت قاصرة على مواكبة التطور القانوني الحاصل في العمل الطبي وما رتبته من بروز مفاهيم جديدة، أثرت على بروز نظرة جديدة للتعويض.

لقد أثرت العولمة الإقتصادية على جميع القطاعات في المجتمع بما فيها قطاع الصحة، فإذا كان تقديم العلاج الطبي عملا مهنيا يحظى بتوفر الضمير المهني والإنسانية، فإنّ التعامل مع المنتجات الطبية وتقديمات العلاج الطبي كمنتجات استهلاكية حثّم علينا التطرق إلى تطبيق الأحكام القانونية الخاصة بحماية المستهلك على المريض باعتباره مستهلكا، وعلى الطبيب باعتباره منتجا محترفا، وهو ما يتعارض مع أصول مهنة الطب من الناحية الأخلاقية، كما عجلّ بظهور بعض الإلتزامات الجديدة التي لم تكن موجودة من قبل في العقد الطبي.

يمثل موضوع قبول المخاطر الطبية وأثره على المسؤولية المدنية موضوعا مهما من الناحية القانونية، ذلك أنّه يتطرق إلى إشكالات مستحدثة تتعلق خصوصا بصحة إرادة المريض عند إقدامه على تلقي العلاج الطبي، بالإضافة إلى دراسة العقد الطبي كعقد من العقود الحديثة التي تتميز إرادة أطرافها بالتوسع وعدم الإلتزان، وهو وما يقربها بهذه الصفة من عقود الإذعان، كما تبرز أهمية هذا الموضوع في معالجة التطورات الحاصلة على

مستوى المسؤولية المدنية وخاصة في شقّها المتعلّق بنشوء المسؤولية اللاخطئية والتي تُعرف بالمسؤولية الموضوعية.

يهدف هذا العمل إلى إبراز دور الإرادة في قيام مسؤولية الطبيب سواء من حيث اتساعها خاصة في جانبها المتعلق بالمسؤولية التقصيرية، أم من حيث معالجتها في جانبها المتعلق بالمسؤولية العقدية، وحتى من خلال الإعفاء منها، كما يهدف هذا العمل إلى تحديد العلاقة القانونية بين الطبيب والمريض عند تقديم العلاج الطبي في جميع مراحلها، كما يتطرق إلى إبراز خصوصية العقد الطبي ومدى تأثيره بالتوسع في إرادة أطرافه، وعلى تأثير القواعد القانونية لحماية المستهلك على العقد الطبي والنتائج المترتبة عنه.

تخلّل هذا العمل مجموعة من المعوقات تلخصت في اتساع موضوع الدراسة إلى مؤشرات عديدة، وكذا كثرة الدراسات التي تناولته من نفس الزاوية، بالإضافة إلى صدور القانون 18-11 المتعلق بالصحة وسط العمل، وهو ما أدّى إلى إعادة مراجعة بعض النقاط التي تناولتها قبل صدور القانون، **وكذا صعوبة الوصول إلى الأحكام القضائية في مجال العمل الطبي** وفقا لنظرية المسؤولية الموضوعية والتي تم اعتمادها كعامل مهم في هذه الدراسة.

بناء على هذا تم حصر محددات الدراسة في التركيز على التّوسّع الإرادي في العقد الطبي وما تحمله من انعكاسات قانونية على تطبيق نظرية العقد، وخاصة فيما تعلّق بأحكام نظرية الإذعان، وكيفية تعامل المشرع الجزائري مع هذا النوع من العقود بالإضافة إلى التركيز على تأثيرات العولمة الإقتصادية على العقود الحديثة بما فيها العقد الطبي في جانبه المتعلق بتطبيق أحكام قانون حماية المستهلك، وفي جانب آخر تركزت هذه الدراسة على إبراز المسؤولية الموضوعية على العمل الطبي باعتبار هذا الأخير من أهم المجالات التي يتمّ فيها تطبيق هذا النوع من المسؤولية.

من أجل معالجة هذا الموضوع يمكن طرح التساؤل التالي:

- ما مدى نجاعة الأحكام القانونية في التشريع الجزائري على مواكبة التطورات القانونية الحاصلة على مستوى المسؤولية المدنية للطبيب عند قبول المريض للمخاطر الطبية؟

ويمكن تقسيم هذا الإشكال إلى إشكالات فرعية تتمثل في:

- ما مدى صحة إرادة المريض في قبوله للعمل الطبي في ظلّ التأثيرات المحيطة به، من حاجته للعلاج من جهة والتوسع الإرادي لطرفي العقد من جهة أخرى؟
- ما هو أثر خصوصية العقد الطبي على قيام المسؤولية العقدية للطبيب؟
- كيف يمكن تحديد الالتزامات القانونية للطبيب في ظلّ تدخل الأحكام القانونية لحماية المستهلك وقمع الغشّ؟

- ماهي الصعوبات التي تواجه إثبات قيام المسؤولية التقصيرية ، سواء تعلق الأمر بالتبصير أم بالخطأ، باعتبارهما إلتزاما قانونياً؟

- هل تعامل المشرع الجزائري بالكيفية الملائمة مع المسؤولية اللاخطئية الناتجة عن العمل الطبي؟

لعل أنّ المشرع الجزائري حاول من خلال نصّه على قانون الصّحة 18-11 وتعديله للقانون المدني سنة 2007 من خلال الأمر 07-05، وكذا إبرازه لمفهوم المستهلك من خلال القانون 09-03، الذي حاول بموجبه استدراك النقص الحاصل على المستوى التشريعي في مجال المسؤولية القانونية للطبيب، ومواكبة التطورات القانونية والإقتصادية والتكنولوجية في مجال العمل الطّبي.

من أجل دراسة هذا العمل يمكن الإعتماد على الخطة التالية:

الباب الأول: إرتباط المسؤولية العقدية للطبيب بقبول المريض للمخاطر الطبية

الفصل الأول: إرادة المريض في تحمل المخاطر الطبية

المبحث الأول: ماهية القبول بالمخاطر الطبية

المبحث الثاني: توافق رضا المريض مع قبوله للمخاطر

الفصل الثاني: المسؤولية العقدية للطبيب في ظل خصوصية العقد الطبي

المبحث الأول: خصوصية العقد الطبي

المبحث الثاني: الضرر المقبول به من طرف المريض ودوره في تقليص مسؤولية

الطبيب العقدية

الباب الثاني : تقلص المسؤولية التقصيرية للطبيب بعد وقوع الضرر

الفصل الأول: مسؤولية الطبيب التقصيرية بين الخطأ الطبي وعدم التبصير

المبحث الأول: المصدر القانوني للإلتزام بالتبصير والخطأ الطبي

المبحث الثاني: دور الإثبات في تحقيق مسؤولية الطبيب التقصيرية

الفصل الثاني: المسؤولية الموضوعية وخصوصية التعويض عن الأضرار الطبية

المبحث الأول: المسؤولية الموضوعية للطبيب، خصوصية وصعوبة الإثبات

المبحث الثاني: التعويض عن الأضرار الطبية

الباب الأول:

ارتباط المسؤولية العقدية

للطبيب بقبول المريض

للمخاطر الطبية

الباب الأول: إرتباط المسؤولية العقدية للطبيب

بقبول المريض للمخاطر الطبية

يستوجب لقيام المسؤولية العقدية للطبيب وجود عقد طبي يربط بين المريض والطبيب، وذلك بالإخلال بالإلتزامات التعاقدية في هذا الإطار، ونظرا للتطور القانوني لنظرية العقد خاصة في جانبه المتعلق بالتوسع في إرادة أطرافه من جهة، وخصوصية العلاج الطبي من جهة أخرى، فقد يجعل من قيام المسؤولية العقدية للطبيب مرتبًا بمدى توفر إرادة صحيحة ومستبصرة من طرف المريض، وذلك إذا ما نظرنا إلى أن العمل الطبي يتوفر على عامل الضمير المهني والانساني من أجل القيام بهذه المهنة على أحسن وجه.

من الناحية القانونية فإن المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة خص مهنة الطب بمرسوم يتضمن أخلاقيات مهنة الطب من خلال المرسوم 92-276، بالإضافة إلى القانون 18-11 المتعلق بالصحة، وفي خضمّ هذه الأحكام قد يكون لقبول المخاطر الطبية من طرف المريض دور في تقليص المسؤولية العقدية للطبيب، طالما كان المريض حرًا في إرادته.

من أجل معالجة هذا الباب، نتطرق إلى دراسة إرادة المريض في تحمل المخاطر الطبية، وفي الفصل الثاني إلى المسؤولية العقدية للطبيب في ظل خصوصية العقد الطبي.

الفصل الأول:
إرادة المريض في تحمل
المخاطر الطبية

الفصل الأول: إرادة المريض في تحمل المخاطر

الطبية

إنّ التصرف في جسم الإنسان بالعلاج من بين أهم التصرفات التي قد يبرمها أو يقوم بها الإنسان في حياته، لما تتخلّله من مصاعب وأخطار ترتبط بخطورة العملية الطبية من جهة ومساسها بحياة الإنسان من جهة أخرى، وكون إرادة المريض في القيام بهذا التصرف تكون في مرحلة حساسة، باعتبار أنّ المريض يريد من جهة تعاطي العلاج لأجل التعافي من المرض، ومن جهة أخرى يتحمل المخاطر والصعاب الناجمة عن العمل الطبي، وهو ما يجعل إرادة المريض في هذه المرحلة مترددة في اتخاذ القرار في أغلب الأحيان.

إنّ ما يزيد من أهمية إرادة المريض في هذه مرحلة ما قبل العلاج هو ارتباط العلاج الطبي بالتطور التكنولوجي المتسارع في مجال العلوم الطبية، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى نشوء بعض الأخطار التي لا يمكن توقعها، طالما أنّ النّجاح الحتمي للعلاج الطبي يبقى نسبيا إلى حد كبير، خاصة في مجال العلاج الكيميائي ونقل وزراعة الأعضاء والتلقيحات المستحدثة، ولعل أنّ لقاحات فيروس كورونا ونسبة الإقبال عليها خير دليل على ذلك.

يمكن القول أيضا بأنّ إرادة المريض ترتبط ارتباطا وثيقا بمدى تبصير الطبيب بالأخطار المتوقعة من العلاج، وهو ما يؤكده المشرّع الجزائري في مدونة أخلاقيات مهنة الطب من خلال المرسوم 92-276، والقانون 18-11 المعدّل والمنتّم المتعلّق بالصحة. وعليه، وبما أنّ القانون يستلزم رضا المريض الحرّ في قبوله للعلاج، فإنّ هذا الرضا قد يشوبه عيب أو عامل يؤثر على صحة التصرف الذي يقوم به، خاصة وأنّ آثار المخاطر الطبية تبقى حاضرة بقوة خلال الفترة العلاجية.

لأجل الخوض في هذا الفصل، سنتطرق في المبحث الأول إلى ماهية القبول بالمخاطر الطبية، وفي مبحث ثان نتحدث عن مدى توافق قبول المريض بالمخاطر الطبية مع رضاه بالعمل الطبي.

المبحث الأول: ماهية القبول بالمخاطر الطبية

تلعب الإرادة دورا هاما في إتخاذ القرار المناسب في الوقت المناسب، ولما كانت مهنة الطب مهنة نبيلة، كان للمريض الذي يُقدم على عمل علاجي أن يستشير بالعمل الطبي الملائم قبل أن يبدي إرادته في قبول العلاج أم لا، ويتميز العمل الطبي عموما بنبل المهنة وقيمتها من جهة، ومن جهة أخرى بخطورته لاحتوائه على صفات قد تمس بسلامة جسم الإنسان وحياته، فهي بذلك تحتوي على ما يسمى بالمخاطر الطبية التي تعتبر جوهر وأساس مسؤولية الطبيب في هذا العمل.

من أجل دراسة هذا المبحث فإنّ الأمر يستدعي التّطرق لمفهوم القبول بالمخاطر الطبية (مطلب أول)، و كذا توضح حقيقة العمل الطبي الذي يقوم به المريض، خاصة عند التطرق إلى القواعد التي يقوم عليها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم قبول مخاطر العمل الطبي

يتخلل العمل الطبي العديد من المخاطر التي قد تصيب الإنسان في بدنه و صحته ورغم نُبل مهنة الطب إلاّ أنّها لا تخلو من الأخطار، فجسم الإنسان قد يتعرض للأذى بمجرد التدخل في عملية سير وظائفه، وهو ما نجده متوفرا في العمل الطبي، لهذا وجب تعريف قبول المخاطر الطبية في فرع أول، وفي فرع ثانٍ نتطرق إلى مقومات قبول المخاطر الطبية.

الفرع الأول: تعريف قبول مخاطر العمل الطبي

إنّ تعريف مصطلح قبول المخاطر الطبية يكون من خلال وضع تعريف لغوي وكذا التعريف الإصطلاحي له من خلال البندين التاليتين.

البند الأول: تعريف قبول مخاطر العمل الطبي لغة

إنّ مصطلح قبول المخاطر الطبية مركب من مصطلحين، و حتى يتسنى لنا وضع تعريف واضح و دقيق له وجب تعريف المصطلحات المكونة له أولاً.

أولاً: القبول

لغة القبول من قَبَلٍ و قَبَلَتِ الرِّيحُ قُبُولًا، و قبلنا: أصابنا ريح القبول، و قبلت الهدية قبولاً، و كذلك قبلت الخبر: صدّفته¹.

ثانياً: الخطر

أما الخطر فهو الإشراف على الهلاك، و المخاطر ما هي إلا الإشراف على الهلاك والعمل الطبي الخطر هو ما يتضمنه من خطورة تتمثل في احتمال وقوع الضرر².

البند الثاني: تعريف قبول مخاطر العمل الطبي اصطلاحاً

تكاد المخاطر أن لا تحتاج إلى تعريف في اصطلاح الفقهاء، لأنه مفهوم واضح يستخدمه الناس حتى في محادثاتهم العادية، فإذا قيل: هناك مخاطرة في أمر ما فهم المستمع أنه يتحدث عن وضع عدم التيقن بحدوث النتائج المطلوبة واحتمال أن يكون المآل إلى أمر غير محبب إلى النفس وهذا بالضبط ما يقصد بالمخاطرة في اللّغة³.

¹. ابن منظور، لسان العرب، المجلد الخامس، منشأ دار المعارف، ص 3517.

². المرجع نفسه، ص 202.

³. محمد علي القرى، المخاطر الإنمائية في العمل المصرفي الإسلامي؛ دراسة فقهية اقتصادية، مقال منشور في مجلة دراسات اقتصادية اسلامية، المجلد 9 العددان 1-2 محرم 1423 هـ، وفقاً للرابط التالي: www.elgari.com تم الاطلاع عليه اخر مرة يوم 20 مارس 2023 على الساعة 23:00.

ومع هذا فقد اختلفت التعريفات التي وضعت لقبول المخاطر وتعددت بصفة عامة بسبب اختلاف الفقهاء بشأنه، كما سنتطرق إليه فيما يأتي، وبعد ذلك نحاول تعريف قبول المخاطر الطبية بصورة خاصة.

أولاً: تعريف قبول المخاطر عموماً

تم تعريف قبول المخاطر بوجه عام من طرف العديد من الفقهاء والذين تناولوا فكرة قبول المخاطر، ومن بين هذه التعريفات أن قبول المخاطر هي: فكرة تجد لها تطبيقاً إذا رضى المضرور عن بئنة وإرادة كاملتين بخطر معين، وكان بوسعها أن يقدر تماماً طبيعة هذا الخطر ومداه وبالتالي يعتبر قد قبل مقدماً نتائجها¹، كما تم تعريفه من طرف الفقيه نادو "nadeau" بأنه: الإذن المعطى من قبل فرد أو أفراد بتنفيذ فعل يجرمه القانون الوضعي و يؤدي إلى الإلتلاف أو الإضرار بمصلحة الشخص الذي صدر منه الإذن أو تعريضها للخطر².

كما عرّف أيضاً على أنه: الإذن الصادر بإرادة حرّة حقيقية عن شخص من أشخاص القانون الخاص أو العام حال تعامله ضمن إطار القانون الخاص إلى شخص أو أكثر للقيام بفعل مخالف للقانون من شأنه تعريض المجنى عليه للضرر أو الإيذاء شريطة عدم المساس بالمصلحة العامة³.

¹.Nadeau (A.R) traité de responsabilité civile délictuelle ,Montereal Wilson et lafleur 1971 p 236.

². علي عبيد الجيلاري، رضاء المتضرر و أثره في المسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، 1988، ص 18، في حين عرفه جانب آخر من الفقه بأن قبول المخاطر (رضاء المضرور بالضرر) هو منزلة وسطى بين إرادة إلحاق الضرر بنفسه و مجرد علمه بالضرر، في حين عرفه البعض الآخر بأن: قبول المخاطر ليس مجرد العلم بالخطر، بلقبول ما يترتب عليها من نتائج، و هناك من عرفه أيضاً بأنه: مركز وسط بين تعمد شخص الإضرار بنفسه أو قبول حصول هذه الأضرار من شخص آخر و بين مجرد العلم بالخطر.

³. نقلاً عن ضاري خليل محمود، أثر رضاء المجنى عليه في المسؤولية الجزائية، دار القادسية للطباعة، بغداد، بدون سنة طبع، ص 21.

كما يعرفه البعض الآخر: " بأنه منطقة وسطى بين حالة سعي المصاب أو المضرور إلى إلحاق الضرر بنفسه، أي الخطأ العمدي الذي يرمي إلى إضرار الشخص بنفسه، وبمجرد علم المضرور بإمكانية وقوع الضرر¹.

يتضح من التعاريف أعلاه أن الفقه لم يتوصل إلى تعريف جامع مانع لقبول المخاطر، غير أن هذه التعريفات جاءت متقاربة في مضمونها وإن اختلفت في صياغتها فهي تشترك في عناصر جوهرية ثلاث لفكرة قبول المخاطر، فهي تفترض وجود خطر وأن المضرور قد قبله، و ترتب على ذلك أثر قانوني معين بالنسبة لحق المضرور في التعويض.

ثانياً: تعريف قبول مخاطر العمل الطبي² بصفة خاصة

لقد اختلف الفقهاء في تعريف قبول مخاطر العمل الطبي على وجه الخصوص، فقد عرفه جانب من الفقه بأنه: " لا يقصد بهذا الرضا مجرد الإيجاب الصادر من المريض للطبيب في العقد الطبي، بل هو رضاء خاص يتطلبه الفقه والقضاء من المريض متى أراد الطبيب البدء بمباشرة العلاج"³.

على الرغم من أن التعريف السابق قد ميّز قبول المخاطر الطبية بأنه قبول خاص أي يكون مختلف عن القبول الذي يؤدي إلى إبرام العقد الطبي، إلا أنه لم يبيّن كيفية هذا

¹. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الرابطة السببية، الطبعة الاولى، دار وائل للنشر، 2006 ص146.

². باعتبار أن مصطلح العمل الطبي كثير التداول لهذا نجد أن فقهاء القانون وضعوا له تعريفات عديدة، حيث عرفه الدكتور سافتيه بأنه: " ذلك العمل الذي يقوم به شخص من أجل شفاء الغير طالما كان هذا العمل يستند إلى الأصول والقواعد الطبية المقررة في علم الطب". و عرفه الدكتور محمد نجيب حسني، بأنه: " ذلك النشاط الذي يتفق بكيفيته وطرق مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب و يتجه في ذاته، أي وفق المجرى العادي للأمر إلى شفاء المريض والأصل في العمل الطبي أن يكون علاجياً أي أنه يستهدف التخلص من المرض، أو تحقيق حدته، أو مجرد تخفيف الألم، و يعد كذلك من قبيل الأعمال الطبية ما يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة، أو مجرد الوقاية من المرض.

³. حسين زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري و القانون المقارن، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص305.

القبول ولم يحدد معالمه، حيث أنّ القبول بالمخاطر الطبية يجب أن يأتي بعد إحاطة المريض بالعلم الكافي حول العمل الطبي والخطر الناتج عنه والوسائل المستخدمة في تنفيذ هذا العمل، وكل ما تناوله هو كون هذا القبول يشترطه الفقه والقضاء.¹

يعرّفه البعض الآخر بأنّه: الرّضا الصّادر من المريض الذي ينتج آثاره في إباحة الأعمال الطبية كعنصر فيها، وانصرافه إلى كافّة الأعمال التي يجريها الطبيب وإحاطة المريض علما بمخاطر العلاج، ذلك لأنّ المريض في هذه الحالة يملك الخيار بين الإقدام على العلاج أو الامتناع عنه وعدم قبوله للمخاطرة".²

على الرّغم من محاولة هذا التعريف بيان تفاصيل العمل الطبي والقبول الضروري لإجرائه إلاّ أنّه خلط بين قبول المريض كشرط لإباحة العمل الطبي وقبول المخاطر الطبية الذي يكون له تأثير في رفع مسؤولية الطبيب، حيث أنّ مجرد القبول في العقد الطبي يكون شرطاً لإباحة هذا العمل دون أن يكون سبباً لرفع مسؤولية الطبيب إذا أقدم على تدخل في جسد المريض يحتوي على مخاطر طبية في سبيل تنفيذ العقد الطبي دون أن يحصل على موافقة المريض بهذا التّدخل، يعني أنّ إبرام العقد الطبي يتم بمجرد قبول المريض بالعقد، ولكن لكي يتصف أي تدخل طبي علاجياً كان أو جراحياً بالصحة، يجب أن يقترن بالموافقة الصريحة للمريض.

إنطلاقاً مما سبق يمكن القول بأن قبول المخاطر الطبية وبشكل قطعي، يجب أن يميّز بين القبول الذي يستلزمه إبرام العقد الطبي والقبول الذي يتطلبه تنفيذ هذا العقد ومرحلة التنفيذ هي المرحلة التي تنطوي على المخاطر، وبالتالي فإنّ القبول اللازم لتنفيذ العقد هو قبول المخاطر الناتجة عن هذا العقد وتحديد منهج بين المريض والطبيب

¹. عامر قاسم أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، سنة 2001 ص 94.

². عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة جنائية مقارنة، المجلد الثاني، الطبعة الثانية دار الطباعة الحديثة، القاهرة 1988، ص 997.

لوضع خطة العلاج، حيث يكون المريض مشتركا في وضع خطة العلاج وذلك عن طريق قيام الطبيب بتبصيره بما يتضمنه العلاج من الأعمال الضرورية لاستكمالها والوسائل المستخدمة بهذا الصدد، وإعلامه بالمخاطر الناشئة عن كل وسيلة من وسائل العلاج و ضرورة إبداء قبول المريض بهذه الأعمال الطبية ليوفي بالتزامه هذا.

أما بالنسبة للتشريعات الوطنية فإننا لا نجد تعريفا لفكرة القبول بالمخاطر الطبية في القانون المدني الجزائري أو التشريعات الصحية الجزائرية، وكذلك الحال بالنسبة للقوانين المقارنة وحيث إنَّها لم تتناول تعريفا لهذه الفكرة ولا يعتبر هذا نقصا في هذه التشريعات لأنه ليس من مهمة التشريع وضع تعريفات للمصطلحات القانونية، بل هو مهمة الفقه والقضاء، وقد تُرك الأمر لهما للقيام بهذه المهمة¹.

غير أن المشرع الجزائري اكتفى بتوضيح الحالة التي يكون فيها القبول من خلال نصه في المادة (44) من القانون 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018 المتعلق بالصحة² على ضرورة أن يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقته الحرة و المتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته.

و من خلال ما تقدم نستطيع أن نعرف فكرة قبول المخاطر الطبية بأنه: الموافقة الصادرة المستنيرة صريحة كانت أم ضمنية من قبل المريض أو من نيوب عنه بما يتضمّنه العقد الطبي من احتمال وقوع الخطأ، و ذلك في الحالات التي يجيزها القانون

¹. حيث وجدنا تعريفا قضائيا لمصطلح قبول المخاطر، و لكن ليس في العمل الطبي و إنما في مجال النشاطات الرياضية حيث أنّ بعض الأحكام تعتبرها مشابهة للاتفاقيات الإعفاء من المسؤولية سواء كانت صريحة أو ضمنية وأخرى تعتبرها تنازلا عن طلب إصلاح الضرر الحادث، أنظر: لطفي البلشي، قبول المخاطر الرياضية و دوره في تحديد المسؤولية المدنية بدون مكان الطبع 1994، ص 43 و ما بعدها، و من خلال ذلك نستطيع أن نجزم أن غالبية القضاء قد اعتبر قبول المخاطر نوعا من اتفاقيات الإعفاء من المسؤولية، لذلك لم يضعو تعريفا له و لكننا لا نتفق مع هذا التعريف لكون فكرة قبول المخاطر الطبية مفهوم متميز عن اتفاقيات الإعفاء من المسؤولية كما سنأتي على ذكرها.

². الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 46 لسنة 2018 ، مرجع سابق.

وفي نطاق محدد، بشرط أن لا يُرجع فكرة احتمالية وقوع الضرر إلى خطأ الطبيب وتكون هذه الموافقة مؤثرة في مسؤولية الطبيب سواء بالإعفاء من المسؤولية أو تخفيض مقدار التعويض.

الفرع الثاني: مقومات قبول المخاطر الطبية

مما لا شك فيه أن مفهوم قبول المخاطر الطبية له العديد من المميزات والخصائص التي يتّصف بها، وهو ما يلعب دوراً مهماً في تكييف هذا المفهوم، و لهذا سيتم التطرق لهاته المفاهيم في البندين التاليين.

البند الأول: تمييز قبول المخاطر الطبية عما يشابهها من المصطلحات

القانونية

قد يثار لبس بين مصطلح قبول المخاطر الطبية ومصطلحات قانونية أخرى كـنظرية تحمل التبعة ومصطلح شرط عدم المسؤولية وذلك للتأثير الذي تتركه هذه الفكرة على مسؤولية الطبيب من جانب، ومن جانب آخر يعود سبب هذا الخطإ إلى قلة استعمال هذا المصطلح، مع أنه مبدأ مهم و ضروري في نطاق المسؤولية، سواء كانت مدنية أم جنائية من حيث إنه يكون له دور في إعفاء الشخص المخطئ من تحمل مسؤولية خطئه استناداً إلى قبول المتضرر بمخاطر هذا الخطأ، أو أن يخفف من المسؤولية، ولأهمية هذا الموضوع ولغرض تمييز هذه الفكرة بصورة أدق وأشمل عما يشته به نحاول في هذه البند أن نعرض النقاط التي تميزها عن المصطلحين المشار إليهما أعلاه و ذلك بالشكل الآتي:

أولاً: قبول المخاطر و نظرية تحمل التبعة

يقول أنصار نظرية تحمل التبعة، إن المسؤولية المدنية لا تعدو أن تكون رد فعل اجتماعي و قانوني لما صدر عن الفاعل من عمل ضار، فعلى الشخص أن يتحمل النتائج الطبيعية لفعله بصرف النظر عن طبيعة الفعل الذي صدر عنه ودون النظر إلى

ما إذا كان هذا الفعل مشروعاً أو غير مشروع، خاطئاً أم غير خاطئ، فرد الفعل هذا نتيجة طبيعية حتمية لفعله¹. بحيث تتبلور هذه النظرية حول الفكرة أنّ الإنسان الذي يقوم بنشاط معين يتحمل النتائج السلبية لهذا النشاط و المتجسدة بإحداث الضرر للغير، وذلك كنتيجة للمخاطر التي تعرض لها الغير من جراء نشاطه، فمبادئ العدالة والإنصاف تملّي الالتزام على من عرض الغير للضرر تحمل الالتزام، و بقدر ما تكون المخاطر كبيرة بقدر ما يجب أن يتسع الالتزام².

1- أوجه التشابه بين النظريتين: يتشابه كل من قبول المخاطر الطبية ونظرية تحمل التبعة في جزئية أن كل نشاط يصدر عن شخص ويعود له بالنفع أو الفائدة يتوجب على هذا الشخص تحمل الأضرار الناتجة عن هذا النشاط وقبول المخاطر الطبية في العقد الطبي غالباً ما يكون ذا نفع، سواء كان هذا النفع متمثلاً في التخلص من العلة والآلام المترتبة عليها أو الحصول على نفع معنوي كما في عمليات التجميل أو مقابل مادي كما في التجارب الطبية، وبالتالي في حالة حصول الضرر من جراء العمل الطبي الذي قبل المريض مخاطره، فهو الوحيد الذي يتحمل تلك الأضرار أسوة بنظرية تحمل التبعة.

2- أوجه الاختلاف: يختلف مفهوم قبول المخاطر الطبية عن نظرية التبعة في النقاط التالية:

أ- أن دور المتضرر في قبول المخاطر الطبية سلبي، فلا يمكن إنشاء إلتزام بمقتضاها ولكن يقتصر هدفه على تحمل الضرر للأضرار التي قبلها بتواجده إختياراً في موقف خطر ويعلم احتمال إصابته بضرر من جرّاء هذا الخطر³، في حين يكون

¹حسن على الذنون ، مرجع سابق ، ص 07.

²مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، الجزء الثاني(2)، مؤسسة بحسون للنشر و التوزيع،بيروتلبنان، 1996، ص 235.

³لطفى البلشي، مرجع سابق ، ص 56.

موقف المتسبب بالضرر في تحمل التبعة إيجابي و يُنشئ أوضاعاً خطيرة حول النشاط الذي قام به ويكون قد أدى إلى وقوع الضرر .

ب- نظرية تحمل التبعة: تؤدي إلى قيام مسؤولية المدعى عليه، عكس قبول المخاطر التي تبعث عن هدم مسؤولية المدعى عليه وإعفائه منها، ومن ناحية أخرى فالبحث عن قبول المخاطر يكون لدى المضرور عكس تحمل التبعة التي يبحث عنها عند المدعى عليه¹.

لا شك أنه يوجد تفاوت بين فكرة تحمل التبعة ونظرية قبول المخاطر، إذ أن فكرة تحمل التبعة كأساس للمسؤولية المدنية تقوم على فكرة الضرر سواء أكان قد صدر فعل خاطئ أم غير خاطئ، بينما لا تنتج نظرية قبول المخاطر أثرها في المسؤولية المدنية إلا إذا كان قبول المضرور للمخاطر يعتبر خطأً من جانبه، كما أن هناك حالات يقبل الشخص فيها أن يُعرض نفسه لمخاطر دون أن تعود عليه بمنفعة.

ثانياً: قبول المخاطر و اتفاقيات الإعفاء من المسؤولية

بالنسبة للأخطاء المؤدية إلى تحمل المسؤولية التقصيرية الشخصية حسب المادة (124) من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم، فإن كل فعل أيًا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض². فيبقى الشخص مسؤولاً حتى يثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه لحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، غير أنه يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث الفجائي والقوة القاهرة، وهذا بناء على المادة (1/178) من الامر سالف الذكر.

¹ جبار جابر طه ، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، من منشورات جامعة صلاح الدين، سنة 1984 ، ص317.

² الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني ، المعدل و متمم، الجريدة الرسمية العدد: 78 لسنة 1975 الصادرة في 30 سبتمبر 1975، ص992.

كما قد يحدث قبل وقوع الضرر و أثناء إبرام العقد أو بعده أن يشترط الدائن على المدين إعفاهه من أيّة مسؤولية تترتب على عدم تنفيذه لالتزامه التعاقدى، فما يكون حكم هذا الشرط؟

نجد أنّ المشرع الجزائري وفق نصّ المادة (2/178) من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمّم، قد أجاز هذا الشرط إذا كان يهدف للاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلاّ التي تنشأ عن غشه أو الخطأ الجسيم¹.

و مع ذلك يجوز للمدين أن يشترط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، فلا يكون الإعفاء إلاّ من الأخطاء اليسيرة، لكن إذا تعلق شرط الإعفاء من المسؤولية عن أخطاء جسيمة أو بالغش كان الحكم ببطلانه، فيقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع².

وعليه فإن المشرع الجزائري من خلال المواد سالفه الذكر فإنه وفي نطاق المسؤولية التعاقدية يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية، و بما أنّ هناك عقدا بين الطبيب والمريض فإن إخلال أحد الطرفين بالتزاماته يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية، في حين لا يجوز الاستناد إلى المواد (124) و (178) من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري للاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أيّا كانت درجة الخطأ، و يكون الشرط باطلا إذا وجد، و ذلك لمخالفته للنظام العام³.

¹. الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني ، المعدل و متمم، الجريدة الرسمية العدد: 78 لسنة 1975 الصادرة في 30 سبتمبر 1975.

². يقابله نص المادة 217 من القانون المدني المصري المعدل رقم 131 لسنة 1948 و نص المادة 270 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

³. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 980.

أ- أوجه التشابه بين النظريتين: إتفاق الإعفاء من المسؤولية يجتمع مع قبول المخاطر في كونه تصرف قانوني، ولا يعدو أن يكون إلا مجرد تنازل من المضرور قبل وقوع أي ضرر عن حقه في المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر¹، وهذا ما أدى إلى إثارته للبس بينه وبين مصطلح قبول المخاطر الطبية، حيث أن قيام المريض بقبول المخاطر الناتجة عن عمل طبي من شأنه رفع مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي تنتج عن هذا العمل، فتكون موافقة المريض سببا مانعا أو مخففا لمسؤولية الطبيب عن أضرار العمل الطبي، و كلّ بحسب حالته الخاصة بانتفاء صفة الخطأ من العمل الطبي الذي أدى إلى وقوع الضرر.

ب- أوجه الاختلاف: على الرغم من أوجه التشابه هذه إلا أن هناك اختلافات جوهرية بين المصطلحين من شأنها أن تحافظ على حدود كل مصطلح على حدى:

- في اتفاقيات الإعفاء من المسؤولية لا ينصب قبول المخاطر على الفعل أو النشاط الضار، وإنما ينصب على عدم المطالبة بالتعويض²، في حين عندما يقبل المريض بمخاطر العمل الطبي فإنه ينفي صفة الخطأ من هذا العمل، حتى وإن ترتبت نتيجة هذا الفعل بعدم تمكن المريض من المطالبة بالتعويض.

- اتفاقيات الإعفاء من المسؤولية لا يمكن العمل بها، أو لا تصحّ إلا في نطاق المسؤولية التعاقدية و كل اتفاق للإعفاء من المسؤولية التفسيرية باطل إستنادا إلى ما جاء في نص المادة (3/178) من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري³.

في حين أن قبول المخاطر يمكن أن يكون لها تأثير على المسؤولية في المجال التفسيري، و ذلك ما يظهر بصورة واضحة في حالة توجّه المريض للمستشفى العام للحصول على العلاج، حيث ينعدم إختيار المريض للطبيب ومن ثم تنتفي العلاقة العقدية

¹. حسن على الذنون، مرجع سابق، ص 224.

². المرجع نفسه، ص 225.

³. المادة 3/178 من الامر 58-75 المضمن القانون المدني الجزائري .

بين المريض والطبيب، وبالتالي تنتفي المسؤولية العقدية للطبيب المعالج، في هذه الحالة إذا أضرَّ بالمريض نتيجة خطئه في المعالجة، فيكون مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر بناء على المسؤولية التقصيرية¹، و في هذه الحالة كما في حالة وجود عقد بين المريض والطبيب فإنَّ قبول المريض للمخاطر الطبية يكون له تأثير على مسؤولية الطبيب التقصيرية سواء برفع المسؤولية أو بتخفيضها.

- قبول المخاطر قد يكون ضمناً كما يكون صريحاً، ولكن شرط عدم المسؤولية يجب أن يكون دائماً صريحاً بصورة لا تدع مجالاً للغموض².

البند الثاني: خصائص قبول المخاطر الطبية و تكييفها

بعد أن عرفنا قبول المخاطر الطبية وما تتميز به عن غيرها من المصطلحات القانونية، ولأجل إكمال بحث ماهية قبول المخاطر، نتطرق في هذا البند إلى الخصائص التي تتميز بها هذه الفكرة و نجملها كما يلي:

أولاً: خصوصية قبول المخاطر في موضوعيتها وتهديدها لحياة الانسان.

للقول بقبول المريض بالمخاطر الطبية يجب توفر خاصيتين، تتمثلان في كون قبول المخاطر فكرة موضوعية، ووجود خطر حقيقي يهدد صحة و حياة المريض.

1- وجود الخطر حقيقي من متطلبات قبول المخاطر: إن الفعل العادي أو المعتاد صدوره لا يمثل في العادة أو من حيث المبدأ صفة الخطر الحقيقي، بعكس الفعل الإستثنائي الذي يمثل مصدراً حقيقياً للخطر، وبعبارة موجزة أنّ الأعمال المعتادة لا تكون من حيث الأصل مصدراً للمخاطر، وأما الأعمال أو الأنشطة الإستثنائية فإنها لصفاتها هذه

¹. محمد حسن منصور، المسؤولية الطبية، لطبيب، الجراح، طبيب الأسنان، الصيدلي، التمريض العيادة و المستشفى الأجهزة الطبية، دار الفكر الجامعي، سنة 2006، ص 204.

². رضا محمد جعفر، رضا المضرور بالضرر و أثره على الحق في التعويض، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2005، ص 85.

تكون مصدرا محتملا للمخاطر¹، فالشخص الذي يسير في الشارع مترجلا لا يتوقع عادة أن تحدث له إصابة من غيره من الأشخاص الذين يسيرون في الطريق، لذلك فلا يوجد هنا خطر حقيقي، و لذا يمكن القول بأنه إذا كان الخطر عامًا، أي يتعرض له كل الأشخاص أو أعداد كبيرة منهم أيًا كانت درجة الخطر فإن صفته كخطر حقيقي تقل إلى درجة كبيرة، و عندما يكون الكل معرضًا للخطر بنفس الدرجة فلن يكون هناك خطر بالمعنى المقصود، ذلك أن كل الأنشطة تمثل قدرًا من الخطورة، ولكن العلم بها لا يعني قبولها، لأن الخطر الحقيقي لا يكون إلا بالنسبة للمخاطر التي تكون على قدر من الأهمية بحيث تمثل خطورة فعلا، وخطورة حقيقية للمتضرر لكونها تمثل صفة استثنائية وليست عادية.

من المنطقي عند البحث عن وجود قبول المخاطر من عدمه أن نجد هذه المخاطر أولاً و ليس المقصود الوجود الفعلي، وإنما احتمال وجود هذه المخاطر بمعنى أن يكون الموقف الذي تواجد فيه المضرور يتضمن تهديدا حقيقيا بالمخاطر².

2-خاصية الموضوعية: عند البحث عن قبول المخاطر في حادثة ما نبحث عن نية المضرور لبيان مدى قبوله للخطر من عدمه، وهنا يمكن أن نقول أن هذه الفكرة شخصية، إلا أننا نلاحظ أن القاضي عندما يبحث عن وجود قبول المخاطر لدى المضرور فإنه يقوم بتحليل موضوعي لنشاطه وللظروف المحيطة بوقوع الضرر، فرد المضرور يكون ضمناً و يستنتج من الظروف الواقعة ولا يتطلب من القاضي أن يبحث عن النية الحقيقية للأطراف فالشخص عادة لا يقبل المخاطر العادية³.

¹. إبراهيم دسوقي، قبول المخاطر و أثره على المسؤولية المدنية، مجلة المحامي، العددان التاسع و العاشر، فبراير مارس 1978، مجلة قانونية شهرية، تصدرها جمعية المحامين الكويتية، ص 16.
². ذنون أحمد رجب، النظرية العامة للإكراه و الضرورة، سنة 1969، ص 223.
³. لظفي البلشي، مرجع سابق، ص 52.

و في هذا الصدد وعلى الرغم من الصّفة الموضوعية لقبول المخاطر ينبغي أن يكون لدى المتضرر حدّ أدنى من العلم بالمخاطر المحتملة، إن لم يكن قد قبلها نظراً لصعوبة إثبات قبول المخاطر لدى المتضرر لكونه أمراً نفسياً داخلياً، فإنّه غالباً ما يُفترض هذا القبول من مجرد العلم بالمخاطرة¹.

يمكن القول أيضاً أنّه إذا كانت المخاطر واضحة وظاهرة بحيث يدركها الشخص المعتاد، فإنّ المتضرر يعدّ قابلاً لها، ففي العملية الجراحية يستوجب على الطبيب أن يحذّر المريض من المخاطر التي تحيط به من جراء العمليّة الجراحية المقترح إجرائها لكي يكون المريض على علم بالظروف والملابسات كافّة، ولكي يكون قبوله للمخاطر عن علم وبصيرة².

إنّ في تقدير مدى وجود قبول المخاطر أو عدم وجودها لدى المتضرر يرجع لنية المتضرر نفسه ما قد يفهم معه الصفة الشخصية لنظرية قبول المخاطر، إلاّ أنّه قد لوحظ عند استخلاص وجود قبول المخاطر وتقديرها لدى المتضرر يقوم قاضي الموضوع بتحليل سلوك المتضرر وفقاً للظروف والملابسات التي حدث فيها الضّرر وهذا ما يجعل من قبول المخاطر فكرة موضوعية.

ثانياً: تكييف قبول المخاطر الطبية

إنّ الجدل القائم بشأن تكييف قبول المخاطر الطبية يقوم بين اعتباره من قبيل الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التصيرية التي نصت عليها المادة (124) من الأمر 58-75 المتضمّن القانون المدني الجزائري، وبين القول بأنّ قبول المخاطر هو خطأ من جانب المريض.

¹. إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 15.

². أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي و الطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل و زرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1999، ص 107.

1- قبول المخاطر اتفاق ضمني بعدم المسؤولية: ذهب البعض من الفقه إلى اعتبار قبولاً لمضرور للمخاطر يتولد عنهمركز قانوني بين المصاب و الفاعل مؤداه الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية وقد تحددت فيه الوجوه لظروفه وآثاره¹.

و ذهب آخرون² إلى القول بأنّ قبول المخاطر يعد اتفاقاً ضمناً مؤداه استبعاد القرينة القانونية بالضمان، و مثال ذلك: في حالة قبول الرّكاب النّقل على سبيل المجاملة فإنه يعد اتفاقاً ضمناً بعدم المسؤولية بين النّاقل والرّكاب مجاملة، والذي يتخلى بمقتضاه الأخير عن حقه في التمسك ضدّ الأول بقواعد المسؤولية عن الأشياء³.

فالمشروع الجزائري و على غرار المشرع المصري الذي نص على عدم جواز الإعفاء من المسؤولية التقصيرية⁴، فإنه نص على ذلك حسب المادة: 3/178 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري⁵، والتي نصّت على: "يبطل كلّ شرط بالإعفاء من

¹ Savatier René. traite de la responsabilité civile T1 ,edition LGDJ . Lextenso édition .1951 .P 191.

² Nadeau (A.R), Op Cit .P.34.

² أخذ القضاء الفرنسي بهذا الرأي من خلال أحكامه على غرار محكمة ديجون، و التي قضت بأنه: "على فرض عدم وجود روابط عقدية تؤدي إلى تطبيق المادة: 1384 فقرة أولى فإنه يتعين استبعاد هذا النص بسبب الإعفاء من قرينة الخطأ التي تضمّنها، و هو إعفاء تفرضه العدالة و قد أراده الطرفان، و على اعتبار أنه يجوز الإعفاء الاتفاقي من نتائج المسؤولية الناجمة عن فعل الأشخاص أو فعل الأشياء التي تسأل عنها قانوناً فلا اعتراض على صحّة مثل هذا الاتفاق الذي يهدف إلى درء قرينة المسؤولية المنصوص عليها في المادة 1384، كذلك الأمر بالنسبة للقضاء المصري الذي بدوره و في أحكام قديمة سبقت صدور المادة 217 من التقنين المدني، حيث قضت محكمة الاستئناف المصرية بأنه: "إذا اتفق أهالي بلدين على المضاربة معا و مات أحدهم في أثناء المضاربة فلا يحق لورثته في مطالبة من قتلوه بالتعويض، لأنه هو الذي عرض نفسه باختياره للقتل باشتراكه في المضاربة" ومن خلال هذا الحكم يتضح أن المحكمة اعتبرت تعريض القتل المورث نفسه للمخاطر بدخوله هذه المعركة سبباً لإعفاء المدعى عليه من المسؤولية المدنية. وحقيقة الأمر أن حكم القضاء محل نظر إذ أنه أعطى لهذا الاتفاق على المضاربة أثراً برفع المسؤولية التقصيرية والذي كان يقع باطلا بإجماع الفقه و القضاء، كما يتعارض هذا الحكم مع المبادئ الأولية للقانون لأن الاتفاق على المضاربة كالاتفاق على المباراة يقع باطلا لعدم مشروعيته، و يكون من ثم عديم الأثر على المسؤولية المدنية، و كان حري بالمحكمة أن تطبق في هذه الحالة المبادئ العامة، فتجري توزيعاً للمسؤولية لوجود خطأ مشترك من المدعى عليه و المتوفي، نقلاً عن: سعيد جبر، المسؤولية الرياضية، طبعة 1993، دار النهضة العربية، ص 148.

³ نص على ذلك في المادة 217 فقرة ثالثة من القانون المدني المصري "يقع باطلا.

⁵ أحمد حسن الحيارى، المرجع السابق، ص 179-180.

المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي..."¹، وهذا باعتبار أنّ أحكام المسؤولية التصيرية من النظام العام و القانون هو الذي يتكفل بتقريرها، على عكس المسؤولية العقدية التي هي من صنع المتعاقدين.²

تعرض هذا الاتجاه لانتقاد و معارضة شديدة من جانب الفقه و من القضاء على حدّ سواء، حيث اعتبروا هذا النوع من الاتفاقات بأنه نوع من الوهم و الخيال، كما علق جوسران³ كذلك بقوله: أنّ ما يدعو للدهشة هو أن يعطى لقبول المضرور للمخاطر من الأثر ما ليس لاتفاقيات الإعفاء من المسؤولية.⁴

نص القانون صراحة في الفقرة الثالثة من المادة (178) من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري على بطلان كل شرط يقضى بالإعفاء من المسؤولية الناشئة عن العمل غير المشروع، فإنّه لا يصوغ إعتبار قبول المضرور للمخاطر بمثابة اتفاق يعفي الفاعل من المسؤولية بالإضافة لعدم قيام الدليل على ذلك، و نتيجة لهذا فإنّه من غير الممكن القول بأنّ المريض الذي قبل بمخاطر العلاج قد أراد إعفاء الطبيب من المسؤولية على وجه الإطلاق.

2- قبول المخاطر يمثل خطأ في جانب المضرور: لقد أرسى الفقه الفرنسي أسسًا

لهذه الفكرة من خلال القول بأن قبول المخاطر من حيث المبدأ لا يكون سببا للإعفاء من المسؤولية ما لم يكن مصحوبا بملازمات تكشف عن إهمال خاطئ في جانب المضرور.

¹ الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

² فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، العقد و الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، ديوان المطبوعات الجامعة، الجزائر، 2009، ص 240.

³ لويس جوسران (luis josserand): استاذ في القانون فرنسي الجنسية ولد في 31 جانفي 1868 وتوفي في 4 نوفمبر 1941، عميد كلية الحقوق بجامعة ليون الفرنسية وشارك في إعداد مشروع قانون اللتزامات في لبنان www.wikipédia.com، آخر مرة تم الاطلاع على الموقع يوم 25 مارس 2023 على الساعة 14:25.

⁴ أخذنا عن حسن الإبراشي، مرجع سابق، ص 312.

المطلب الثاني: قواعد تطبيق قبول المخاطر الطبية

إنّ قبول المخاطر الطبية رغم اختلافها عن اتفاقيات الإعفاء من المسؤولية المدنية يتطلب أن يتوفر فيها عدة شروط منها ما يتعلق بمن يصدر منه القبول ويطلق عليها لفظ الشروط الشخصية، والأخرى تتعلق بطبيعة الخطر وتسمى الشروط الموضوعية، ولكن قبل التطرق إلى شروط تطبيق قبول المخاطر الطبية نتطرق إلى شكل القبول الذي يعتد به القانون، حيث تقتضيه القواعد العامة في القوانين التي تنظم العمل الطبي¹.

قد يكون الرضا المسبق ضمنيا، والرضاء الضمني يتمثل بالقيام بأية أفعال أو اتخاذ مواقف يستخلص منها قبولا حراً يتعلق بفعل ضار، فكما قد يأذن المريض صراحة للطبيب الجراح بإجراء العملية، فمن الممكن أن يكون هذا الإذن ضمنياً، فرجع المريض ذراعه المكشوفة للطبيب من أجل لقاح يشير وبوضوح إلى موافقة هذا المريض، كما لو كان قد عبّر عن هذه الموافقة لفظاً²، وهذا ما نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة (60) من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم³.

وعليه نجد أنّ المشرع الجزائري وكذا التشريعات المقارنة قد أوجبت أن يكون القبول الصادر عن المريض الذي يجيز التّدخل الطّبي الجراحي صريحا ومكتوبا، غير أنّها أغفلت حالة التّدخل العلاجي عن طريق الأدوية، هذه الأخيرة و التي لا تقل خطورة، فالمخاطر الناتجة عن استخدام بعض الأدوية عن العمليّات الجراحية⁴.

¹ المادة 360 من القانون 11-18 المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية، العدد: 46 لسنة 2018، الصادرة بتاريخ: 29 جويلية 2018.

² علي عبيد الجيلاوي، المرجع السابق، ص 37.

³ نصت المادة: 60 من القانون المدني الجزائري: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا."

⁴ جابر محجوب علي، دور الإدارة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، لجنة التأليف و التعريب والنشر، جامعة الكويت، 2000، ص 108، أما قانون الصحة الفرنسي فقد نصت المادة (3/66) على أن: "خصائص دم الإنسان لا يمكن أن تتغير قبل أخذ الدم من قبل الطبيب و لا يتم هذا التغير إلا بموافقة المعطى كتابة بحيث يعلم

إنّ الحديث عن القواعد الشرعية فيما يتعلق بالعمل الطبي **مرّدُه الدين الإسلامي** للجزائر، ناهيك عن القواعد الأخلاقية الفاضلة التي لطالما ارتبطت بالدين الإسلامي الحنيف لذلك سوف نُفرد كلاً من القواد الشرعية والأخلاقية المرتبطة بقبول المريض للعمل الطبي بشيء من التفصيل من خلال الفرعين التّاليين.

بالأخطار التي قد يتعرض لها و ذلك قبل ثلاثة أيام"، أي أن هذه المادة لا تشترط في مجال نقل الدم صدور رضا مكتوب من المعطي و لكن في حالة تغير تركيبة دمه بما أنّه عمل ينطوي على تضحية كبيرة مما يستلزم منه معرفة نتائجه، لذا يجب أن يكون الرضاء مكتوباً، لهذا فإنّ شكل الرضاء في مجال الأعمال الطبية يتوقف على مدى جسامّة الخطر الذي يتعرض له المريض، فإن كان الخطر عادياً فموافقته يجوز أن تكون صريحة أو ضمنية، و في حال وجود المخاطر الجسيمة يجب أن يكون القبول صريحاً.

في حين أن المشرع الفرنسي وفي المرسوم رقم (501) الصادر في 31 مارس 1978، يتطلب أن يكون رضا المعطي البالغ في حالة استئصال عضو غير متجدد منه، أمام المحكمة الابتدائية التي تقع في دائرة موطن المعطي أو أمام قاض يعينه رئيس هذه المحكمة، على أن يثبت هذا الرضاء في شكل مكتوب موقع عليه من قبل القاضي والمعطي انظر ايضاً : مصطفى عبد الحميد العدوى، مرجع سابق، ص 27.

الفرع الأول: القواعد الشرعية لقبول المريض مخاطر العمل

الطبي

وفقا للقاعدة الشرعية التي تقوم على جلب المصالح ودرء المفسد، ومقتضى الأحكام الشرعية فإن العمل الطبي يكتسي أهمية بالغة في المحافظة على النفس البشرية لأنه يعتبر من الكليات الخمس، حيث تشمل هذه الحماية النفس البشرية وحتى جثة الإنسان بعد الوفاة، و بهذا يكون الأصل هو القول بحرمة المساس بجسم الإنسان كقاعدة شرعية من جهة (البند الأول)، غير أن هناك استثناء لهذه القاعدة تبيح العمل الطبي على جسم الآدمي من جهة أخرى (البند الثاني).

البند الأول: مبدأ حرمة جسم الإنسان في الشريعة الإسلامية

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالنفس البشرية وأولتها عناية بالغة فحرمت إزهاقها إلاّ بالحق، وقد حثّ ونصّ على ذلك الشارع الحكيم في القرآن الكريم بقوله تعالى: " وَ مَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءُ جَهَنَّمَ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا"¹، بالإضافة إلى العقوبة الأخروية، هناك عقوبة دنيوية ألا وهي القصاص لقوله عزّ وجلّ: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ"²، لتكون بذلك الحرمة كاملة لجسم الآدمي سواء كان حيا أو ميتا، وعلة التحريم تكمن في كون الإنسان من خلق الله عزّ وجلّ هو الذي خلقه وكرّمه لقوله تعالى: "وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ"³، فكل هذه الميزات جعلت الإنسان أفضل المخلوقات و جعلته خليفة الله في الأرض.

¹. سورة النساء: الآية 93.

². سورة البقرة الآية 178.

³. سورة الإسراء الآية 70 .

ومن أعظم مقاصد الشريعة الحفاظ على النفس، فالإسلام ينهى عن تمّي الموت إذا مسّ الإنسان مكروه، ومن ذلك روي " عن أنس بن مالك قال النبي ﷺ لا يتمنين أحدكم الموت من ضرّ أصابه فإن كان لا بدّ فاعلا فليقل اللهم أحيني ماكانت الحياة خيرا لي" ¹ وعلى ذلك فإنّ قتل الرحمة محرّم سواء كان بالفعل أو المساعدة أو الإنتحار، ولا يجوز شرعا، وهو من القتل المحرّم ولو برضا المجني عليه أو وليّه. ²

وقد أفتى المجلس الأوروبي للإفتاء مؤخّرا، بتحريم قتل المريض الذي يُخشى انتقال مرضه إلى غيره بالعدوى حتى ولو كان ميؤوسا منه مثل: مرض السيّداء، و ذلك لوجود سبل أخرى للوقاية كالحجر الصحيّ، وعلى هذا الأساس وجب الحفاظ على المريض كأدمي وذلك بالإعتناء به و تزويده بكل ما يحتاج إليه من غذاء و دواء إلى أن يتولى الله أمره.

كما أولت الشريعة الإسلامية العناية البالغة بالكائن البشري، وأكّدت على حمايته حتى قبل خروجه من بطن أمّه فأوجبّت دية الجنين على من تسبّب في إسقاطه فضلا على العقوبة الأخروية³، و قد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الإطار على وجوب تأخير القصاص على الأم الحامل إلى حين إتمام رضاعته و استغناؤه عنها⁴ وكذلك الأمر بالنسبة لإقامة الحدّ على الزّانية الحبلية⁵.

¹. أخرجه البخاري في الصحيح، كتاب المرضي ، باب تمني المريض الموت. ص1438.

². باحمد بن محمد رقيس، فاطمة مناعي، حكم قتل الرحمة للمريض الميؤوس من شفائه والموقف القانوني منه، مقال منشور بمجلة الدراسات الاسلامية الصادرة عن جامعة عمار ثلاجي بالاغواط - الجزائر، الاصدار 06، المجلد 10 ص271.

³. أبو زيد السمرقندي، خزائن الفقه في عيون المسائل، بغداد 1965، ص 357، و كذلك انظر حسن الشاذلي، حق الجنين في الحياة في الشريعة الاسلامية، مجلة الحقوق و الشريعة الكويت 1979، ص 38.

⁴. حاشية الدسوقي " على الشرح الكبير"، الجزء الرابع، الطبعة 02، القاهرة، 1309، ص 260.

⁵. ابن حزم، " المحلى"، الجزء 11، القاهرة، 1949، ص 210.

أمّا بالنسبة إلى حرمة جسم الأدمي بعد الوفاة فقد خصتها الشريعة الإسلامية بحماية خاصة لجنّة الميّت، حيث ورد في الحديث النبوي أنّ كسر عظم الميت ككسره حيّاً¹. وعلى هذا الأساس تمّ تحريم نبش مقابر المسلمين و المساس بعظام الموتى إلاّ لضرورة شرعية لأنّ ذلك هتك لحرمة الميت².

مما تقدم تتّضح الحرمة التي خصّت بها الشريعة الإسلامية جسم الكائن البشري والتي حرّمت بموجبها كلّ مساس بجسم الأدمي، غير أنّ هذا المبدأ استثناء يخصّ التّدخلات الطبية و هو ما نتطرق إليه فيما يلي.

البند الثاني: إباحة العمل الطبي على جسم الإنسان

إنّ مبدأ حرمة جسم الإنسان ليس بالمبدأ المطلق، فيرد عليه استثناء و لكن في حدود ما تقتضيه المصلحة الرّاجحة، بالرّغم أنّ مبدأ حرمة جسم الإنسان يقتضي حضر المساس به، إلاّ أنّ ضرورة العلاج تُبرّر ما هو محظور شرعاً³. كما أنّ التّداوي من الأمراض هو فرض عين على كلّ فرد من أجل الحفاظ على النوع البشري، و هو ما يقتضي ممارسة الطبّ كسبيل للعلاج على اعتبار أنّ ترك هذا الواجب يجعل من المجتمع الإسلامي مجتمعاً آثماً⁴، غير أنّ هذا الإستثناء يستدعي توافر شروط خاصة تتعلق بإذن الشّرع و إذن المريض.

أولاً: إذن المريض في إباحة الممارسة الطبية و القيود الواردة عليها

في ضلّ وجوب التّداوي المشروط بإذن المريض وإباحته للعمل الطبي الممارس على جسمه، إلاّ أنّ هذا الإذن لا يكون على إطلاقه، فقد ترد عليه قيود كما يلي:

¹. السيوطي، الجامع الصغير، الجزء الرابع، طبعة المكتبة التجارية الكبرى، مصر 1935، ص 550.

². البخاري، صحيح البخاري، الجزء الثالث، مطابع دار الشعب، القاهرة 1970، ص 178.

³. أحمد شرف الدين، " الأحكام الشرعية للأعمال الطبية "، مرجع سابق، ص 31.

⁴. السيوطي " الجامع الصغير "، ج4، طبعة المكتبة التجارية الكبرى، مصر 1935، ص 550.

1- إذن المريض في إباحة الممارسة الطبية: لقد ذهب بعض الفقه إلى أنّ إذن المريض وقبوله بالعمل الطبي هو السبب الرئيسي لإباحتها بحكم أنّ عمل الطبيب يعدّ مساساً بحق المريض في سلامة جسمه، لذلك فإنّ قبول المريض ورضاه يعتبر شرطاً لمباشرة أيّ عمل أو تدخل طبي على جسمه، فيكون على الطبيب أن يتحصل عليه من المريض على أن يصدر هذا القبول ممّن هو أهل له بأن يكون بالغاً، عاقلاً، وأن يوافق على العلاج وهو على بيّنة من أمره.

أمّا إذا كان هذا المريض قاصراً أو من في حكمه وجب الحصول على إذن وليّه¹ ويستند هذا الشرط من حيث الأساس الفقهي إلى حق المريض في سلامة جسمه، غير أنّ بعض الفقه يُضيف مبرراً آخر لشرط الرضا هو دخول كل من الطبيب والمريض في العلاقة التعاقدية الناجمة عن العقد الطبي، و التي تستلزم توافق إرادة طرفية².

بناء عليه فلا يجوز إرغام المريض على العلاج إلّا إذا قضت المصلحة العامة ذلك، كما لو تعلق الأمر بالأمراض المعدية، التي جعل المشرع الحجر الصحي نظاماً لها.

2- القيود الواردة على إذن المريض للممارسة الطبية: إنّ شرط رضا المريض وقبوله بالممارسة الطبية إجراء ضروري غير أنّ هذا الشرط يُستثنى منه الحالة العاجلة التي لا تقبل التأخير استناداً للقاعدة الشرعية: "الضرورات تبيح المحظورات"³، كما يُضاف إليه ما قال به بعض الفقهاء و هو الإستثناء الذي تقتضيه المصلحة⁴.

¹ ابن حزم، "المحلّى بالاثار"، الجزء 10، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، 2003، ص 444 ومحمد ابو زهرة، الجريمة والعقوبة، ج (01) دار الفكر العربي، الطبعة الاولى، القاهرة، مصر، 1998، ص 482.

² أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مرجع سابق، ص 70.

³ محمد عبد العزيز المراغي، المرجع السابق، ص 416، أحمد إبراهيم، مسؤولية الأطباء "مجلة الازهر"، مجلد 20 مرجع سابق، ص 49.

³ ابن حزم، المحلّى، ج 10، المرجع السابق، ص 444.

لذلك يكون تدخل الطبيب بدون الإذن المسبق لمريضه وقبوله له، أو بدون ضرورة وجبت مسألته على أساس خروج عمله عن دائرة الإباحة إلى دائرة التعدي¹، وتقوم مسؤولية الطبيب في هذه الحالة وفقا للأحكام العامة، وهذا عند تحقق ضرر للمريض ناتج عن عدم توافر الشروط اللازمة في الطبيب لممارسة مهنة الطب.

ثانيا: إذن الشرع في إباحة الممارسة الطبية و القيود الواردة عليها:

1-إذن الشرع في إباحة الممارسة الطبية: إن بعض الفقهاء من يعتقد بأن أساس إباحة الفعل الطبي يستند إلى قبول المريض، وهو استنتاج من الفقه التقليدي الذي يذهب أنصاره إلى سقوط القصاص أو الديّة حينما يأذنا الضحية بالإعتداء².

إلا أن هذا الإستنتاج مننقد، لأنّ الحق في الحياة يختلف عن الحق في سلامة الجسد ممّا ينتج عنه اختلاف بين الحق في الجزء المستحق على الإعتداء³ وذلك لأنّ للحق في الحياة و سلامة الجسد طرفين هما الله و العبد، وأنّه يفترض فيمن يعترف فعلا بمسّ محلّ الحق في الحياة وسلامة الجسد أنّه تحصّل على إذن صاحبه.

غير أنّ الأخذ بإذن المريض كأساس لإباحة العمل الطبي غير كاف لجعل إذن المريض الأساس الوحيد لإباحته، و السبب في ذلك أنّ رضا المريض يقتصر أثره على الجانب الفردي للحق، و لا يُبَرِّر المساس بجانبه الإجتماعي الذي يشمل حق الله والشارع لا يأذن بهذا المساس إلاّ باجتماع مجموعة من الشروط و إلاّ ظلّ الفعل خاضعا للمسائلة⁴.

و الرأي الراجح في الفقه الإسلامي يذهب إلى أنّ أساس إباحة فعل الطبيب هو إذن الشرع و إذن المريض، و المتفق فقهاً على أنّه إذا نجم عن عمل الطبيب الحاذق ضياع

¹. محمد عبد العزيز المراغي، مرجع سابق ، ص 112.

². احمد ابراهيم، " مسؤولية الاطباء في الشريعة الاسلامية و في القانون المقارن"، مجلة الازهر، المجلد 19، عام 1946، ص 819.

³. محمد ابو زهرة، العقوبة و الجريمة في الفقه الاسلامي، ج01، دار الفكر العربي، القاهرة، دون ذكر السنه، ص 55.

⁴. الكاساني، المرجع السابق، ص 236.

النفس أو العضو فلا ضمان عليه متى كان مأذونًا من جهة الشارع و من جهة المريض¹، و مؤداه أنه متى فعل الشخص ما يجوز شرعا لا يُسال عن الضرر الحاصل و إن كان سببا له².

لذلك يرى غالبية الفقه أنّ سبب إباحة تدخل الطبيب يتمثل في إذن الشرع الذي يمنحه رخصة الممارسة، غير أنّ الطبيب المرخص له لا يستطيع في الأصل أن يتدخل طبيًا على جسم المريض إلا بإذنه، و بذلك يكون إذن الشّرع هو المنشئ الحقيقي لسبب الإباحة من الناحية التجريدية، أمّا قبول المريض فهو العامل المباشر لتدخل الطبيب³. إذا كان الشرع هو الأساس الفعلي لإباحة عمل الطبيب فإنّ ذلك يرجع إلى أنّ حق الله في الحياة و سلامة الجسد يرجح على حق الفرد فيها، و إنّ واجب حصول الطبيب على إذن المريض رعايةً لحق هذا الأخير، لذلك تبقى الإباحة سارية في الحالات الضرورية التي يتعذر فيها الحصول على إذن المريض أو إذن وليه.

أما فيما يخص إذن الشارع للطبيب بممارسة مهنة الطب بالرغم ما تتضمنه من مساس بجسم المريض، فإنّ علّة تلك الإباحة حسب رأي الفقهاء تتمثل في الفائدة التي تعود على الفرد والمجتمع من خلال قيامهما بواجب العلاج⁴، وعلى هذا الأساس يمكن القول بأنّ إباحة الشارع للعمل الطبي لحفظ مصالح راجحة تتمثل في صيانة الصحة والحياة، مما يجعل ممارسة الطب ضرورة اجتماعية، لكن في إطار مقنّن حتى لا ينحرف الطبيب عن الغاية من كلّ هذا، لذا جعل الشّارع لإباحة العمل الطبي قيودا سببها فيما يلي:

2- القيود الواردة على إباحة الشرع للعمل الطبي: يشترط لانتفاء المسؤولية في

التدخل الطبي توافر صفة الطبيب في المعالج، و أن تتوافر الظروف التي تستدعي

¹ محمد ابو زهرة، " فلسفة العقوبة و الجريمة في الفقه المقارن، المرجع السابق، ص 819.

² وهبة الزحيلي، "نظرية الضمان"، دمشق 1970، ص 212.

³ احمد شرف الدين، المرجع اسابق، ص42.

⁴ أحمد إبراهيم، مسؤولية ، مرجع سابق ، ص820.

التدخل لغرض العلاج كما يجب أن تكون الممارسة الطّبية داخل الإطار أو الرسم المتّبع في أمثاله¹.

1- **صفة المعالج:** لممارسة مهنة الطب يشترط أن يكون: " من ذويالحق في صناعتهم ولهم بها بصارة و معرفة"²، أمّا من يمارس الطّب و ليس له به علم فهو ضامن فيكون مسؤول عن نتائج عمله، كما ثبت في الحديث النبوي الشريف: " من تطبّب و لم يعلم من الطب فهو ضامن"³، و المراد بالبصير عندهم الذي يعرف العلة و دواءها وكيفية علاجها و تلقّي الإجازة بممارسة الطب من المختصّين و مارس الفعل مرتين فأصاب و عليه فلا يكفي عندهم الأخذ من الكتب كما في سائر العلوم، و الطبيب الحاذق يجب أن يكون له فضلا عن معرفته لعلاج الأبدان خبرة بأمراض القلوب والأرواح و أدويتها⁴.

لذلك فقد أوجب الشارع إصدار تراخيص بممارسة هذه المهنة من الجهات المختصة لحماية مهنة الطب من الطبيب الجاهل و الدخيل⁵.

كان أول من ألزم الأطباء بهذا الشرط هو الخليفة العباسي المقتدر بالله سنة 319 هـ، إذ أسند لأحد كبار الأطباء في عهده و هو سنان بن ثابت بن قرة الحراني، صلاحية من يرغب في مزاوله الطب آنذاك و تسليمه إجازة بذلك.

و قد حرص الخليفة المقتدر على احترام هذا الشرط من قبل الأطباء بعدم السماح بممارسة الطب إلا لمن يحمل إجازة سنان ابن ثابت بن قرة الحراني و ذلك تحاشياً لتسرّب المتطفلين و الغير مؤهلين لامتحان مهنة الطب¹.

¹. محمد عبد العزيز المراغي، "مسؤولية الأطباء"، ص 213.

². ابن قدامة، " المغنى و الشرح الكبير"، ج 06، طبعة 1347 هـ، ص 120.

³. السيوطي، " الجامع الكبير و شرحه"، ج 06، 1356 هـ، ص 106، و رواه ابن داؤود و النسائي و ابن ماجه.

⁴. ابن القيم الجوزية، " الطب النبوي"، ص 113.

⁵. أحمد فتحي بهنسي، " المسؤولية الجنائية في الفقه الاسلامي"، 1961، محمد الخطيب بسيس، " قواعد و آداب مزاوله مهنة الطب"، ص 50، أعمال المؤتمر العالمي الاول للطب الاسلامي 1980، الكويت، ص 421.

ب- غاية العلاج: أن يكون العلاج هو الهدف من تدخل الطبيب لغاية علاج المريض أو بصفة عامة رعاية لمصلحة مشروعة و التي من أجلها رخص الشرع للطبيب مزاوله مهنة الطب، لذلك إذا كان عمل الطبيب يستهدف عرضاً آخر غير العلاج تعرض للمساءلة².

يثير التساؤل هنا حول مدى شرعية قيام الطبيب بناء على طلب المريض باقتطاع عضو سليم من أعضاء هذا الأخير لغرض إعفائه من الخدمة العسكرية أو الاستفادة من منحة إعانة فلا يكون هذا النوع من الجراحة مشروعاً إلا إذا كان الهدف منه علاجياً محضاً.

كما يمكن مساءلة الطبيب عن تدخله إذا استهدف إجراء اكتشاف علمي دون قصد علاج المريض، غير أنه يجوز إجراء التجارب على المريض بالنسبة للأمراض المستعصية التي لم يُكشف لها بعد عن أدوية معروفة و لكن بشرط أن لا يترتب على هاته التجارب إصابة المريض بضرر أعظم من الضرر الذي يشكو منه.

ج- إتباع أصول مهنة الطب: مناط هذا الشرط قيام الطبيب بعمله وفقاً لأصول الطب المتفق عليها في زمان و مكان معينين³.

و من ثم فإن خالف الطبيب هذه الأصول أو عمل مالا يعمله غيره في نفس الظروف و الحالات فهو ضامن⁴.

وفقاً لرأي غالبية الفقهاء، يجب أن يكون الطبيب حاذقاً فيعطيمهنته حقها بأن يبذل العناية المعتادة التي يبذلها أمثاله في مهنة الطب في تشخيص و علاج الأمراض⁵.

¹. محمد عطا السيد سيد احمد، "مسؤولية الطبيب"، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، العدد الثامن، الجزء الثالث، جدة 1994، ص 182.

². ابن القيم الجوزية، "الطب النبوي"، المرجع السابق، ص 115.

³. ابن قدامي المثني، ج10، طبعة 1367 هـ، ص 349.

⁴. محمد علي النجار، ص مسؤولية الأطباء"، المرجع السابق، ص 51.

⁵. احمد شرف الدين، "الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، المرجع السابق، ص 50.

إنَّ الحكم الشرعي لقتل المريض الميؤوس من شفائه واضح بحرمة الإعتداء على النفس فالحياة ملك لله ولا يجوز لأحد سلب هذه الحياة عن الإنسان، وقد حثنا الإسلام عن الصبر على البلاء والإلتجاء إلى الله والرضا بقضائه ، فالتَّعجيل بموت المريض الميؤوس من شفائه محرّم شرعاً.¹

الفرع الثاني: القواعد الأخلاقية لقبول المريض بمخاطر العمل

الطبي

يعتبر إحترام حق المريض على جسده و حقّه في تقرير مصيره و قبوله بالأخطار التي قد تترتب عن العمل الطبي بمثابة قاعدة قانونية وأخلاقية في نفس الوقت وفقا للفقهاء الغربي، الأمر الذي لم يكن معروفا في القرون القديمة والوسطى حيث كان السائد آنذاك هو التعاطف مع المريض وعدم إزعاجه على أساس أنّه في حالة ضعف جسدي ومعنوي وليست لديه القدرات اللازمة لتحديد مصلحته.²

لذا كانت معالجة المريض تتم دون مشاورته أو إعلامه بمخاطر العلاج ذلك مادام الأمر في صالحه وبناء على نيّته الحسنة، لذلك كان الأمر السائد هو إخفاء طبيعة التدخل الطبي على المريض بما في ذلك المضاعفات النّاجمة عن ذلك، و كان المبرر في ذلك القاعدة الأخلاقية.

تقوم القاعدة الأخلاقية على أنّالتزام الطبيب هو إلتزام أخلاقي ذو غاية إنسانية وأنّ العمل الذي يقوم به الطبيب وفق هذه المهنة هو عمل يهدف إلى تخليص المرضى ممّا

¹. باحمد بن محمد رفيس وفاطمة مناعي، المرجع السابق، ص275.

². Lemire J .F et Imbert J.L, « la responsabilité Médicale » ,Paris, Presse Universitaire de France,1985,P32.

يعانون من عذاب الألم، فلا بد أن تكون العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة أساسها الثقة المتبادلة¹.

غير أنّ الفقه فيما يخص الإستناد على هذه القاعدة ووفقا لهذا الشكل وجد تباينا بين النظريات المطروحة والمتمثلة في النظرية التقليدية والنظرية الحديثة². مع هذا الإختلاف في النظريتين من حيث القواعد والأسس، إلا أنّ لكل منهما دور في تباين المبادئ التي قامت عليها علاقة الطبيب بالمريض، ودور إرادة المريض في كل من النظريتين.

البند الأول: النظرية التقليدية

النظرية التقليدية لا تجعل من رضا المريض محلّ اعتبار حيث أنّ مناط هذه النظرية هو إعتبار عمل الطبيب قائم على أساس علاقة بين طرفين، الأوّل عالم بالعمل الطّبي وهو الطّبيب، والثّاني جاهل بهذا العمل وهو المريض، و كذلك إعتبار الأوّل شخص سليم وآخر مريض، وبهذه الحالة فإنّ الطّبيب بما يملك من هذه الميزات يسمو على الطرف الآخر وهو المريض بضعف مزدوج وهو الجهل والمرض، وهذا ما يجعله عاجزا أمام الطبيب عن التّعبير عن إرادته، ممّا يوجب عليه أن يعطي ثقة عمياء مع من يتعامل معه ويتفوّق عليه عقليًا وبدنيًا³.

كنتيجة لما تتضمنه هذه النظرية فإنّه لا قيمة لرضا المريض وقبوله لأنه مشكوك في قدراته العقلية والعضوية، لذلك فلا ضرورة تستدعي حصول الطبيب على رضا المريض قبل مباشرة عمله الطبي على جسد هذا الأخير فيكون المريض في هذا الوضع خاضعا على الدوام للطرف القوي وهو الطبيب مسلوب الإرادة ليس له أن يقبل أو يرفض.

¹ حمدي عبد الرحمان، معصومية الجسد، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية بجامعة عين شمس بمصر، العدد الثاني والعشرون، 1980، ص ص 57-165.

² عادل عيد ابراهيم، حق الطبيب في ممارسة الأعمال الطبية و مسؤوليته الجنائية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد 1977، ص 92.

³ حمدي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 7.

وفق هذه النظرية فإنّ قرار العلاج يرجع للطبيب وحده على أساس أنّه الأقدر على القيام بهذا العمل دون سواه، حتى و إن كان المريض هو صاحب الجسد، فيبقى المريض هو الطرف المسلوب الإرادة أمام الطّرف المتسلّط وهو الطبيب.¹

البند الثاني: النظرية الحديثة

بالنّظر لما واجهته النظرية التقليدية من انتقادات كونها سلبت إرادة المريض بالكلية فيما يتعلق باختياره الخضوع للعلاج، وجعلت منه إنساناً بلا حول ولا قوة أمام إرادة الطبيب وسلطته لذلك فقد ظهرت النظرية الحديثة نتيجة لذلك، والتي تتّجه إلى إعطاء المريض الحقّ في قبول أو رفض اقتراح العلاج من قبل الطبيب استناداً إلى الأصول الطبية فعند عدم التّأكد من فعالية العلاج تكون الكلمة الأخيرة للمريض في قبول أو رفض العلاج، لأنّه هو من سيتحمّل المخاطر والأضرار الناتجة عن العلاج، والحقيقة أنّ من أهم المبادئ التي استندت إليها النظرية الحديثة هما: مبدأ الحرّية الفردية و مبدأ معصوميّة الجسد البشري.²

جاءت هذه النظرية لتبيّن أنّ للإنسان حرّية قبول ما شاء من التّصرفات وخاصة فيما يتعلق بحياته ما لم تتعارض مع المصلحة العامّة والنّظام العام اللذان ترفض وجودهما النّظرية التقليديّة السالفة الذّكر.

إنّه من الضّروري إحترام الطّبيب لإرادة المريض بما يفرض على الطبيب الحصول على رضا المريض على أساس أخلاقي وإنساني، باستثناء حالات الإستعجال شريطة أن لا يخالف النّظام العام و الآداب العامّة.

يعتبر قبول المخاطر جوهر المسؤولية المدنيّة للعمل الطبي، ورغم الاختلاف في التعريفات المقدمة له، والنظريات التي عالجتّه، إلّا أنّها تتفق في كونها - قبول المخاطر -

¹. عادل إبراهيم، حق الطبيب في ممارسة الأعمال الطبية و مسؤوليته الجنائية، رسالة ماجستير جامعة بغداد، 1977 ص92.

². حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 85.

عنصرا محتملا في العمل الطبي وجب بموجبه تحميل الطبيب المسؤولية المدنية سواء أكانت عقدية تخضع لأحكام نظرية العقد، والتي نصّ عليها المشرع الجزائري في الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري في مواده من (54) وما بعدها التي تجد أساسها في الالتزام العقدي، أو من خلال المسؤولية التقصيرية التي نص عليها المشرع الجزائري في نفس الأمر ابتداء من المادة (124) والتي تجد أساسها في الخطأ، وعليه فإنّ قبول المريض لمخاطر العمل الطبي، ورغم المقومات التي تميزه من موضوعية وتهديد لحياة الإنسان بصفة جدية والقواعد الأخلاقية والشرعية التي يقوم عليها، وباعتباره سلوكا شائعا في الوسط الطبي، فإنّ المريض ليس له سوى الإذعان والخضوع للعمل الطبي، وإلاّ خروجه منه وهو ما يُعرّض حياته للخطر.

المبحث الثاني: توافق رضا المريض مع قبوله

للمخاطر

يعتبر الرضا أحد أركان العقد، كما أنه في غالب الأحيان يكون ضروريا لإبرام العديد من التصرفات، فقناعة الإنسان تجد مصدرها في هذه القاعدة، والعقد الطبي لا يخرج عنها، غير أنّ التطور الحديث لنظرية العقد وتأثرها بالتوسع في سلطان الإرادة عملا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، نجد أن المريض ونظرا للحالة النفسية التي يكون عليها قد يبدي رضاه بقبول العقد الطبي مشوبا ببعض العيوب، وهو ما يؤدي إلى الإختلال العقدي بين طرفي العقد متأثرا بالعقود الحديثة التي تمنح المتعاقدين متسعا من سلطان الإرادة رغم محاولة المشرع إعادة التوازن العقدي بينهما.

لهذا نتطرق في المطلب الأول إلى دراسة رضا المريض، وفي المطلب الثاني إلى

دراسة العيوب التي قد تشوب رضا المريض الحر.

المطلب الأول: رضا المريض

إنّ رضا المريض بالعلاج تحيط به مجموعة من العوامل ينبغي توافرها حتى يكون بالإمكان القول بحصول الرضا الحرّ للمريض، و ذلك بصدوره من شخص مؤهل قانونا والذي يكون أهلا لمثل هذا التصرف أي متمتع بالأهليّة، لذلك فإن الحديث عن الرضا الحرّ يستوجب التطرق لأهلية رضا المريض و هذا من خلال الفرع الأول، وليكون رضا المريض بالعلاج حرا يجب أن تكون إرادته سليمة وخالية من أيّ عيب من عيوب الرضا وفق القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، و لهذا وجب أن نبيّن ما يعتري رضا المريض عند قبوله للعلاج من عوارض و عيوب الرضا من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول: أهلية رضا المريض

إنّ الحديث عن رضا المريض يستدعي التّطرق لمفهوم أهليته في البند الأول وباعتبار أن الأهلية وفقا للقواعد العامة قد تعثرها عوارض، و التي سنتطرق إليها في البند الثاني.

البند الأول: مفهوم أهلية الرضا

يعدّ الرضا الرّكن الأوّل في كلّ العقود، إذ يشترط إقتران إرادتين متطابقتين، أي وجود إيجاب وقبول يطابقه، واقتران الأخير بالأول -أي وصوله إلى علم الموجب- وتسري على تبادل الإيجاب والقبول الأحكام العامة التي نصّ عليها المشرع الجزائري في القانون المدني في المواد (59) وما بعدها¹، حيث نصّت هذه المادّة على: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفين التّعبير عن إرادتهما دون الإخلال بالنّصوص القانونية".

¹ الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، المرجع السابق.

أولاً: الأهلية القانونية

1_ الرضا¹: يوجد شبه إجماع لرجال القانون بشأن تعريف الرضا²، حيث عرّفه البعض³ بأنه: "اتجاه الإرادة نحو أمر قانوني معين"، كما عرّفه آخرون⁴ بأنه: " اتجاه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني المطلوب"، و مثال ذلك و في هذا السياق يقال: إن البائع قد ارتضى البيع و المشتري قد ارتضى الشراء و الموصى قد ارتضى الوصية وقيل أيضاً⁵: "إنّ الرضا حالة إرادية تعكس قوّة نفسية متحرّكة اتجاه واقعة معينة تهدف إلى نتيجة، وهي تعنى بذلك العلم و حرية الاختيار .

1. و يقال: رضيت الشيء أي ارتضيته فهو مرضي، و يقال رضي به صاحباً، و ربما قالو رضي عليه في معنى رضا به عنه و الاسم الرضاء، يعرف الرضا في اللغة كمصدر بأنه ضد السخط، و السخط من صفات الذات لا من صفات الفعل، باعتبار أن الأفعال أدنى مرتبة من صفات الذات، و قد عرفه البيدوي بأنه: امتلاء الاختيار و بلوغ نهايته بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه على و نحوها، انظر بن منظور، لسان العرب، ج3، مكتبة دار المعارف، ص 1664. و مختار الصحاح للإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مكتبة لبنان، سنة 1986 ص 103، 104.

2. معنى الرضا عند الحنفية يغير الاختيار، فالاختيار هو مجرد إرادة العبارة أو ما يقوم مقامها باعتبار أنها سبب عادي لإنشاء الالتزام أو أداة شرعية لوجوده، أما الرضاء فهو الرغبة في آثار الالتزام من ترتيب الحكم الشرعي عند وجوده، و عندهم أن الالتزام يكفي في تكوينه مجرد الاختيار، أما الرضاء يعد شرط صحة لترتيب الآثار عليها. و يرى الشافعية إلى الرضاء و الاختيار لفضان بمعنى و احد، و هما متلازمان، فكلاهما يدل على القصد المنشئ مع اتجاه الرغبة إلى تحقيق الآثار، فحسبهم لا يتصور انعقاد التزام مطلق من غير تحقق الرضاء، و هذا على خلاف رأي الحنفية الذين يفرقون بين الرضاء و الاختيار، الأمر الذي يترتب عنه أن الإرادة الباطنة عندهم تتحقق بالاختيار وحده أما الرضاء فهو شرط بصحتها. كما أن رأي الشافعية كان محل انتقاد أيضاً باعتباره يفضي إلى نتيجة غير مقبولة، و هي تصحيح التزام الناس و المخطئ و المكروه في بعض التصرفات التي لا تقبل الفسخ، كالنكاح و الطلاق و العتاق و اليمين و الرجعة و ذلك لتحقيق الاختيار دون الرضاء، كما أنه في مجال رضاء المضرور بالمساس بسلامته الجسدية فلا يمكن القول أنه يكفي منها تحقق الاختيار دون الرضاء، وانظر في هذا: رضا محمد جعفر، رضا المضرور بالضرر وآثاره على الحق في التعويض، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص48.

3. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج1- في الالتزامات، نظرية العقد، ط 4، 1986، ص 132.

4. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، ط 1984، ص88.

5. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات، رضا المجني عليه و أثره على المسؤولية الجنائية، رسالة الدكتوراه، جامعة الإسكندرية، سنة 1993، ص 25 .

من خلال هذه التعاريف نجد أنه لا عبرة بالإرادة التي لم تتجه نحو إحداث أثر قانوني كما في إرادة الهازل و في المجاملات الإجتماعية أو الإرادة المعلّقة على محض المشيئة، إذ أنّ الإرادة في مثل هذه الحالات لم تتجه جدياً نحو إحداث أثر قانوني معيّن¹ فبذلك يلزم أن يصدر الرضا عن إرادة جادّة جازمة و ليس عن مجرد رغبة يشوبها الغموض².

يُقصد بالإرادة إذن أن يعي الشخص ما هو مقدم عليه والذي ينتهي إلى أن يقصده بأن يكون مدركاً ماهية التصرف الذي يجريه والحقوق والالتزامات المترتبة له أو عليه وأن يقصد بذلك كلّه، بيد أنّ القانون لا يهتم بالإرادة طالما بقيت في مكنها تخالغ من صاحبها النفس والنية والضمير فهي على حالها هذه مجرد إحساس أو شعور، والقانون لا يهتم بمجرد المشاعر و الأحاسيس ما دامت باقية في حيّز النفس لا تخرج منها إلى الخارج³.

2- الأهلية القانونية: هي نوعان أهلية وجوب و أهلية أداء⁴.

أ- أهلية الوجوب: يقصد بها صلاحية الإنسان بوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، وتعرف بأنّها: صلاحية الشخص لكسب الحقوق و التّحمل بالالتزامات.

ب- أهلية الأداء: تعرف بأنّها صلاحية الشخص لاستعمال الحقّ، و كذلك تعرف بأنّها: صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقاً أو أن تحمّله إلتزامات على وجه يعتد به قانوناً⁵.

¹. مصطفى عبد الحميد عدوي، حق المريض في قبول أو رفض العلاج دراسة مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي، ط 3، سنة 2003، ص 71.

². حسام الدين كمال الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول. مصادر الالتزام، ط 2، سنة 1995، ص 58.

³. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص 89.

⁴. محمد صبري السعدي، "شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات"، الجزء الأول، الطبعة الثانية دار الهدى عين مليلة، الجزائر 2004، ص 157.

⁵. المادة 45 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، المرجع السابق.

إنّ اشتراط التمييز في أهلية الأداء أمر طبيعي كي يكون من الممكن أن تصدر عنه تصرفات يعتد بها القانون وترتبط بالتمييز وجودا وعدما، فإذا أعطى القانون الأهلية لشخص فلا يجوز الإتفاق على حرمانه منها، كما لا يجوز الإتفاق على اعتبار شخص ما مكتمل الأهلية حين يعتبره القانون ناقصها، و تتأثر الأهلية بحسب السنّ فبالنسبة لصبي غير المميز فإنّ عدم التمييز يمنعه من أي تصرف حتى و لو كان نافعا نفعاً محضاً، كقبول الهبة مثلاً و إلاّ عدّ تصرفاً باطلاً، أمّا الصّبي المميّز فتكون أهلية الأداء ناقصة، فله أن يقوم بالتصرفات التي تعود عليه بالنّفع المحض كقبول الهبة، أمّا التصرفات التي تقبل النفع و الضرر و كذا الربح و الخسارة فهي متوقفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها التصرف ابتداءً أو إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد.

أمّا البالغ سن الرشد فإذا بلغ (19) سنة كاملة يوم إبرام التّصرف متمتعا بقواه العقلية ولم يكن محجوراً عليه عدّ مكتملاً لأهليته فله أن يقوم بكافة التّصرفات وهو يستمر على ذلك مالم يطرأ عليه شيء من عوارض الأهلية¹.

3- الرضا بالضرر المقبول به

لقد تناول الكثير من الفقه تعريف رضا المضرور بالضرر بتعريفات متعددة، الأمر الذي خلق اتجاهات فقهية مختلفة، حيث عرّفبأنّه: "إعلان أو تعبير يقوم بين إرادة الشخص الأذن بالرضا وبين فعل مُقْتَرَف بواسطة شخص آخر"²، كما عرّف بأنّه: "اتفاق إرادي بين أكثر من طرف و هو عنصر هام في العقد"³، كما نجد من عرفه بأنّه: " الإذن المعطى بواسطة شخص خاص أو عام يدور في نطاق القانون الخاص إلى شخص واحد أو أكثر

¹. المادة 40 من الأمر: 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري. المعدل و المتمم.

².Vu : **Antaun Fahmy anbdou** , Le Consentement de la victime, librerie generale de droit et de jurispridance, paris, 1971, p 03.

³. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات، المرجع السابق، ص 43.

على ما هو محلّ للحماية لتنفيذ عمل يحضره القانون الوضعي، ويكون من شأن هذا العمل أن يتلف أو يعرّض للتلف أو الخطر مصلحة لمصدر الإذن¹.

غير أنّ هذه التعريفات كانت محلّ انتقاد، كونها لم تعرّف رضا المضرور تعريفاً جامعاً، باعتبارها اقتصرّت على الفعل المأذون فيه بالرضا الذي يقع فقط من الشخص الأذن، في حين أنه قد يقع من الشخص الراضي نفسه، و مثال ذلك: المرأة التي ترضى بتعاطي أدوية الإجهاض بنفسها بدون تدخل الطبيب أو الصيدلي.

و هناك من يرى بأن: "رضا المضرور هو اتّجاه إرادة المضرور نحو إحداث الضرر بنفسه قاصداً وقوعه، كما يشمل رضاه بالفعل الذي يغلب حدوث الضرر منه وهو على علم وبيّنة من احتمال وقوع الضرر، ومع ذلك يُقبل عليه متحملاً نتائج ومخاطره². في حين يذهب آخرون في الفقه الإيطالي إلى أنّ رضا المضرور يمثّل إذناً أو تصريحاً بالإعتداء على مصلحة يحميها القانون، وقد عرّف بأن: رضا المضرور هو تصريح صادر إلى شخص أو عدة أشخاص لارتكاب فعل محظور قانوناً بما يؤدي إلى الإضرار بمصلحة أو حق للمجني عليه³.

و هذا الإتجاه هو الأصح بنظر بعض الفقه⁴، وهو ما نميل إليه، بأنّ الإرادة المعترف بها قانوناً التي تتجه نحو قبول فعل الاعتداء على المصلحة يحميها القانون ويشترط في هذه الإرادة علمها التام بما صدر في شأنه الرضاء.

4- الرضا المزدوج في العقد الطبي: العقد الطبي مثله مثل العقود الأخرى يلزم

لنشأته الحصول على رضی المريض، فهو ركن لقيام العقد، و يري البعض أنّ مجرد اختيار المريض لطبيبه و استدعائه لمنزله لعلاجه يعد قبولاً متطابقاً مع إيجاب الطبيب إذ أنّ الطبيب يعد في إيجاب دائم².

¹. حسني السيد الجدة، المرجع السابق، ص 69.

². رضا محمد جعفر، المرجع السابق، ص 53.

³. VU : Antaun. F.A. Op.Cit., P35.

⁴. محمد نجيب حسني، جرائم الاعتداء على الأشخاص، سنة 1978، ص 353.

فرضا المريض ينشئ عقدا يتعهد بموجبه بمدّ الطبيب بمعلومات صادقة لزيادة فرص نجاح العلاج، إلى جانب دفع الأجرة المستحقة للطبيب، مقابل إلتزام الطبيب ببذل الجهود الصادقة واليقظة، وعلاجه وفقا لأصول المهنة، إلى جانب حصوله على موافقة المريض المسبقة قبل إجراء أيّ تدخل¹.

إنّ رضا المريض بنشأة العقد رضاء أساسي لكن غير كافي إذ يجب أن يلحقه رضاه لإجراء عمليات التشخيص، ثم رضائه بالعلاج الذي يقترحه الطبيب، وهي لاحقة لانعقاد العقد، مما يجعل هذا الرضا من طابع خاص ومميّز عن الرضا في العقود الأخرى، بل أبعد من ذلك يقع على الطبيب التزم بتصبير المريض قبل الحصول عليه².

البند الثاني: عوارض أهلية المريض

عوارض الأهلية وهي أمور تدرك البالغ الرّشيد، تؤدّي إلى أن تعدم أهليته أو تنتقصها، فقد تصيب العقل وقد تقسد التدبير لدى الإنسان وقد تكون عبارة عن عاهة مزدوجة كالصمم والبكم، فيتعذر عليه بذلك التعبير عن إرادته، فتتقسم عوارض الأهلية حسب طبيعتها إلى :

أولاً: عوارض تصيب عقل الإنسان فتعدم إدراكه و تميزه وهذه هي الجنون والعته الذي يعدم الإدراك.

ثانياً: عوارض تلحق الإنسان في تدبيره فتتقصه، وهذه هي السفه والغفلة الذي ينقص الإدراك.

ثالثاً: عارض يصعب مع وجوده على الإنسان التعبير بما يريد، ويتضمن العاهات الجسمانية³.

¹. خليل مجدي حسن، مدى فاعلية رضا المريض في العقد الطبي، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد 01، جامعة عين الشمس القاهرة، مصر، سنة 2001، ص 376-377.

². خليل مجدي حسن، المرجع نفسه.

³. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص161.

بالإضافة إلى ما سبق ذكره في هذا الشأن، فإنّ الأصل في رضا المريض أن يصدر عنه هو نفسه طالما أنه في حالة تسمح له بذلك وأنّ رضاه يعتد به قانوناً¹ إستثناءً عن ذلك وفي حالات الإستعجال التي يكون فيها المريض غير قادر على التعبير عن رضاه.

طبقاً للقواعد العامة التي نص عليها المشرع و تضمّنتها نصوص القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري فإنّ الوليّ الطبيعي أو الشرعي أو القانوني هو الذي ينوب عن المريض ناقص أو عديم الأهلية كلّ حسب حالته²، وهو ما نص عليه المشرع من خلال المادة (344) من من الامر 18-11 المتضمّن قانون الصّحة.³

الفرع الثاني: خلو رضا المريض من عيوب الرضا

إنّ رضا المريض و قبوله بالعلاج يجب أن يكون رضا حرّ و هذا وفق نص المادة:(44) من مدونة أخلاقيات الطب: "يخضع كل عمل طبي فيه خطر جدّي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة..."⁴، حيث أنه من الضّروري أن يعلم المريض بالمرض الذي يعاني منه وبالمخاطر المنجّرة عن العلاج المقترح له ليستطيع إبداء قبوله ويجب أن يكون رضاه متبصراً بقدر كاف، ويكون العقد الطبي قائماً على الإختيار الحرّ للطبيب وقبول المريض للعلاج، و يشترط أن يكون رضاه متبصراً حتى لا تُخان إرادته⁵. إنّ المريض حين يتوجّه للطبيب بُغية العلاج يكون ذلك بمحض إرادته بعيداً عن أيّ تأثير أو ضغط، ويجب أن يكون العلاج هدفه الشّفاء، وذلك هو الإعتبار الرئيسي والوحيد الذي يحمل المريض على قبول أو رفض العلاج، وبالرجوع إلى القواعد العامة فإنّه يشترط لصحة رضا المريض خلوه من عيوب الرضا.

¹. ظاهري حسين، المرجع السابق، ص 22.

². بلخوان يحي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 9.

³. الجريدة الرسمية العدد: 46 لسنة 2018.

⁴. المرسوم التنفيذي رقم 92_276 ، يتضمن مدونة أخلاقيات المهنة، مرجع سابق.

⁵. عشوش كريم، مرجع سابق، ص 143.

البند الأول: الغلط

وفقا للقواعد العامة التي نصّ عليها المشرّع الجزائري في المادة (81) و ما يليها من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله".¹، والتي تجيز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد طلب إبطاله، و في حالة وقوع المريض في الغلط الجوهري حسب تعريف المادة (82) من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري²:

الغلط الجوهري الذي بلغ حدا من جسامته بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، و يعتبر الغلط جوهريا كذلك إذا وقع في صفة الشيء، أو في ذات المتعاقد، أو في صفة من صفاته و كانتا السبب الرئيس في التعاقد".

غلط المريض الجوهري قد يكون في ذات المتعاقد بأن يقصد المريض عيادة طبيب بذاته ليكتشف فيما بعد أنه طبيب آخر، كما قد يكون غلط المريض في رضاه وموافقته بالعلاج غلط جوهري بعدم تبصيره بطبيعة المرض، ووسائل العلاج والمخاطر المترتبة عنه، فيكون بذلك رضاه بالعلاج مشوبا بالغلط مما يعرض الطبيب للمسؤولية، وقد نصت المادة (43) من المرسوم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب³ أنه: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة و صادقة بشأن أسباب كل عمل طبي".

¹.الأمر رقم: 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، مرجع سابق.

².المرجع نفسه.

³.المرسوم التنفيذي رقم 92-276 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق.

البند الثاني: التدليس

لقد عرف المشرع الجزائري التدليس من خلال المادة (2/86) من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بأنه: "التدليس هو السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة"¹.

فقهيا هناك من عرّف التدليس بأنه إيهام الشخص بغير الحقيقة بالإلتجاء إلى الحيلة و الخداع لحمله على التعاقد"².

يكون التدليس على المريض من طرف الطبيب في السكوت عن تبصير مريضه ببعض المعلومات والملابسات المتعلقة بطبيعة مرضه ومخاطر العلاج بإخفائها عمدا بحيث أنّ الإفصاح عنها كان سيؤدي حتما إلى إحجام المريض عن التعاقد معه، ومن صور التدليس التي قد يلجأ إليها الطبيب للحصول على موافقة المريض خصوصا في التدخلات الطبية غير المشروعة، كالأجهاض أو التجارب الطبية غير المشروعة، فيكون للمريض الذي وقع عليه التدليس حق إبطال العقد كما يمكنه المطالبة بالتعويض على أساس أن ممارسة الطرق الإحتيالية يشكل عملا غير مشروع وخطأ يتوجب المسؤولية³ وتعتبر هذه الحيل تدليسا يستوجب إبطال العقد إذا كانت من الجسامة بحيث لولاها ما أبرم المريض عقد العلاج⁴.

¹. الأمر رقم: 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، مرجع سابق.

². السنهوري، نظرية العقد، بند 275 و ما بعدها: الوسيط مصادر الالتزام، المجلد الأول-العقد- الطبعة الثالثة سنة 1981، ص 420 و ما بعدها، كما عرفه السنهوري بأنه " التدليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه للتعاقد".

³. خالد جمال حسن، ص 464، انظر مأمون، يبقى عيب الإكراه و الاستغلال كمين من عيوب الإرادة إلا أنها لا يمكن تصورها بصورة كبيرة لأننا نتطرق إليها لاستكمال العناصر النظرية.

⁴. المادة 1/86 ق.م.ج: " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي يلجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

غير أنّ تطبيق عيوب الرضا على أساس الغلط أو التدليس لإبطال التعاقد يعدّ صالحاً عملياً فيما يتعلق بالمعاملات المالية كالبيع والإيجار، غير أنّه لا يكون كذلك إذا ما تعلق الأمر بالأعمال الطبية التي يكون فيها مساس بسلامة بدن الأدمي، وهذا راجع إلى أنّ الغاية من تطبيق نظرية عيوب الرضا هو إبطال العقد وإعادة الطرفين المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد واعتبار العقد كأنه لم يكن.

لكن تطبيق النظرية بالشكل المعروف الذي يحقق الغاية منها غير ممكن إذا تعلق الأمر بالعقد الطبي، بالنظر إلى استحالة إرجاع الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وعلى وجه الخصوص فيما تعلق بالضرر الجسدي الذي لحق بالمريض جرّاء تنفيذ العقد الطبي والذي يعدّ السبب في متابعة الطبيب، كما أنّ الضرر الذي لحق بالمريض جرّاء التدخل الطبي لا يمكن جبره بإبطال العقد الطبي فلا يردّ للمريض عاقبته، ليبقى أمام المريض المطالبة بالتعويض على أساس نظرية عيوب الرضا.

غير أنّه و تبعاً لما ذهب إليه القضاء الفرنسي وغيره باعتبار الكذب أو السكوت عن الملابسات المتعلقة بالحالة المرضية للمريض وكانت الغاية منه هي مصلحة المريض لتقادي تدهور حالته الصحية، فيعدّ أمراً مقبولاً مادام أنّ الغرض منه مصلحة المريض¹، وهو ما ذهب إليه القضاء في بريطانيا الذي أكد جواز الكذب الأبيض بشرط توفر النية السليمة والأسباب المشروعة²، لذلك يعتبر تدليسا كل كذب من الطبيب على المريض لدفعه لقبول العلاج مما يحقق مصلحة الطبيب ولا يعود بأي منفعة على المريض.

¹ عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ف 37، ص 39.

² ايهاب يسر أنور علي، المسؤولية المدنية و الجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1994، ص 49.

البند الثالث: الإكراه

كما هو الحال بالنسبة للغلط و التدليس فإنّ الإكراه يعد عيب من عيوب رضا المريض غير أنه يقع نتيجة الضغط على أحد المتعاقدين، فيؤدّ في نفسه الرّهبة التي تدفعه للتعاقد في صورة الإكراه المعنوي، حسب نصّ المادة (1/88) من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمّم¹.

على الرغم من أنّ حالات الإكراه في عقد العلاج الطبي نادرة الوقوع إلا أنّ هذا القول لا يعني عدم وجودها، فقد حدثت وعرضت على القضاء المصري حالة مريضة أكرهها زوجها تحت ضغط طلاقها إذا رفضت العلاج، كما ساهم الطبيب المعالج في ذلك بإيهامها أنّ العلاج يقتصر على إعطاء حقنة فقط، و بعدها أفاقت من تأثير التخدير وجدت نفسها قد تعرضت لعملية إجهاض، و قد جاء في حيثيات الحكم ما يلي:

" و حيث أنّ الدكتور (س) أجرى الكشف على المجني عليها بغير رضاها أو على الأقل تحت تأثير إكراهها من زوجها و خداع الطبيب لها تحت تأثير المخدر، و هو بهذا التصرف يعدّ خارجا على قواعد المهنة الطبية وواجباته كطبيب".

ومثل هذا التصرف يدخل حتما ضمن ما نصّت عليه المادة 88 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري باعتبار أنّ التعاقد تمّ تحت سلطان رهبة بيّنة بعثها المتعاقد الآخر في نفس المتعاقد معه أي المريض.

¹ المادة 88 ق.م.ج: يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بيّنة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

البند الرابع: الإستغلال

الإستغلال هو عيب يصيب إرادة المتعاقد بطيش بين أو هوى جامح فيستغله شخص آخر لكي يبرم معه تصرفاً يؤدي إلى غبن فادح به، فينصبُ هذا العيب على الجانب الشخصي في التعاقد، و قد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 90 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم¹.

رغم أنه من الصعب تصور عيب الإستغلال في عقد العلاج الطبي على اعتبار أن مهنة الطب مهنة نبيلة إلا أن ذلك لا يمنع من وجود حالات وإن كانت نادرة لاستغلال الطبيب للمريض كالمغالاة في أتعاب العلاج بالمقارنة مع الخدمة التي يقدمها للمريض. فقد اعتبر القضاء في فرنسا تطبيقاً لأحكام الغبن القائمة على العنصر المادي والمتمثل في عدم تعادل التزامات المتعاقدين، وأن مغالاة الطبيب المعالج في تحديد ثمن العلاج، وإن كان يعتبر غبناً فإن ذلك لا يمنع القاضي من التدخل بقصد الموازنة وهو في ذلك لا يخضع لرقابة محكمة النقض²، و إن كان نص المادة (90) من الأمر سالف الذكر، يجد تطبيقه وبصورة واضحة إذا ما تعلق الأمر بالعلاج الجراحي على وجه الخصوص.

إنه و لقيام قواعد الرضا الحرّ للمريض يستلزم أن يكون المريض كامل الأهلية بخلوها من أيّ عارض من عوارض أهلية القبول للعلاج، وأن الرضا الحرّ للمريض سليم وخالي من العيوب، ليكون رضا المريض و قبوله بالعلاج قد تمّ وفقاً لقواعد الرضا الحرّ.

¹ المادة 90 ق.م.ج: " إذا كانت إلتزامات أجد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع الترتامات المتعاقد الآخر، و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل في طيشاً بينا أو هوى جامح، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص إلتزامات هذا المتعاقد، ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، و إلا كانت غير مقبولة.

² حكم محكمة النقض الفرنسية دائرتها المدنية في 24/04/1914 دالوز 1917/20، عبد الرشيد مأمون مرجع سابق، ص 30.

المطلب الثاني: أحكام قبول المريض للعمل الطبي

إذا كانت القاعدة العامة تقضي بأنّ الطّبيب هو وحده الذي له الحقّ في فحص المريض ووصف العلاج المناسب له، فإنّ ذلك مقرون بالحصول على قبول المريض بمباشرة العمل الطبي على جسده، ومن المعلوم أنّ قبول المريض قد يكون وفق شكل معين لمباشرة الأعمال الطبية على جسده وليصير سبباً من أسباب إباحيتها ومشروعيتها فقبول المريض سواء كان صريحاً أو ضمناً يعدّ من أهمّ العناصر التي تبيح ممارسة العمل الطبي على بدنه وكل عمل يباشره الطبيب على جسد المريض بدون هذا القبول يُعدّ من قبيل العمل غير المشروع الذي يستوجب القول بمسؤوليته القانونية (الفرع الأول).

إنّ قبول المريض المسبق للمخاطر الطبية ليس معناه إعفاء الطبيب من المسؤولية بل أنّ الطبيب يبقى مسؤولاً عن الأخطاء التي يرتكبها أثناء العلاج أو أثناء إجراء العمليات الجراحية طبقاً للقواعد العامة، ورضا المريض يجب توافره في كل مرحلة من مراحل العمل الطبي من فحص وتشخيص وعلاج، فمهما كانت صورة القبول فيجب توافره في كل الأحوال سواء كان من المريض نفسه أو من يمثله (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شكل قبول المريض

لم يحدد القانون شكلا معينا لقبول المريض ورضاه بالعمل الطبي عموما حسب ما جرت عليه العادة، كما لا يشترط صدور رضا المريض بالعقد أو صدور موافقته في شكل معين¹، ويمكن أن يكون القبول كتابيا أو شفويا، إلا أن أغلب التشريعات، وإذا ما تعلق الأمر بالتدخلات التي تتطوي على مخاطر فيها مساس بسلامة جسم المريض وبالبلغة الخطورة، وخصوصا ما تعلق منها بنقل و زراعة الأعضاء فإنها تشترط الكتابة بالإضافة لرضا المريض لأنّ هذا النوع من العمليات تستوجب طرفاً ثالثاً، ألا و هو المتبرع "le donneur" الذي لا يهدف من وراء تبرعه تحقيق مصلحة علاجية كما سلف الذكر لذلك كان لزاما الحصول على رضائه الحرّ والمستنير دون الخضوع لأيّ ضغط مادي أو معنوي يجبره على القبول².

غير أنّ المشرع الجزائري اختص حال التبرع بأحد الأعضاء بتعبير المريض أو من يمثله بالكتابة، وهو ما نجده في القانون 18-11 المتضمن قانون الصحة في مادته (5/360) التي تنص على أن شكل الموافقة بالنسبة للتبرع تكون إجرائيا أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا، أمّا الأعمال الطبية الأخرى فإنّ موافقة المريض تكون موافقة شفوية من دون اللجوء إلى الكتابة بشرط أن يكون هذا القبول مستنيرا ومتبصرا وهو ما نصت عليه العديد من المواد في القانون 18-11 المتضمن قانون الصحة وكذا المرسوم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب على غرار المادة (34) والمادة (44) من هذا المرسوم³.

¹. جابر محجوب علي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2015، ص 141.

². جابر محجوب علي، نفس المرجع، ص 261.

³. تنص المادة 34 المادة على : "لا يجوز إجراء أي عملية بتر أو استئصال لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة، و ما لم تكن ثمة حالة استعجالية أو استحالة، إلا بعد ابلاغ المعني أو وصيه الشرعي و موافقته".

لذا فإن القبول في العمليات الجراحية وفي حالة انتزاع أو زرع الأنسجة يأخذ شكلا معينا إذ تشترط فيه الكتابة (الموافقة الكتابية) فلا يكفي التعبير عن إرادته شفاهه، كما يشترط المشرع الجزائري إبداء الموافقة الكتابية في حالة تشريح الموتى من أجل هدف علمي، و يكون ذلك بموافقة المعني بالأمر و هو على قيد الحياة أو موافقة ذويه.

كما أنّ المشرع المصري نص في قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية على أن يكون التبرع صادرا عن إرادة حرّة خالية من عيوب الرّضاء و ثابتة بالكتابة على النّحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون، كما أوجب على اللّجنة تحرير محضر بهذه الموافقة يوقع عليه كل من المنقول منه والمنقول إليه¹.

زيادة على الكتابة اشترط المشرع الفرونسي اجراء آخر نص عليه المادة:(1/1231) من قانون الصّحة الفرنسي بأن يكون الرضا أمام رئيس المحكمة الإبتدائية المختصة أو أمام قاضي يعيّنه رئيس المحكمة.²

إنّ رضا المريض وقبوله بمخاطر العلاج العادية غير خطيرة، قد يكون صريحا أو يكون ضمني³، كما أنّ حالة سكوت المريض باتخاذ موقفا سلبيا من العلاج يعد تعبيراً آخراً عن الإرادة وجب التطرق إليها.

تنص المادة 44 على : "يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة و متبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، و على الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقتة".

¹.....doit exprimer son constement devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui

² أنظر في الموضوع : رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص 152.

². المرجع نفسه، ص 253.

³. رايس محمد: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، ص121.

البند الأول: القبول الصريح

الأصل أن يكون تعبير المريض أو من يمثله عن قبول العلاج صراحة وخاصة إذا تعلق الأمر بالتدخلات الطبية الخطيرة، إذا كانت العبارات لا تحتاج إلى التأويل وتدل مباشرة على موافقته عن الأعمال الطبية المقترحة من الطبيب، ولهذا يعتبر التعبير الصريح من أصدق الصور المعبرة عن الإرادة الحقيقية.

بإمكان المريض أو من يمثله أن يعبر عن قبوله بالعلاج بأسلوبه دون أن يؤثر على سلامة الرضا، وسواء كان هذا الأسلوب توسلاً أو رجاء أو حتى الأمر بتنفيذ العلاج ومهما كان الأسلوب يجب أن تكون العبارات واضحة في التعبير عن قبول المريض قبولاً لا يدع مجالاً للشك أو لتفسيرات و تأويلات مختلفة، ومن ثم فإن العبارات التي تتصف بالمزاح و عدم الجدية لا يعتد بها و لا تعتبر رضا صريح¹.

كما أنّ التعبير عن الإرادة يعدّ رضا صريح من خلال إشارات متداولة عرفاً أو اتخاذ موقفا لا يدع شكاً في دلالاته²، مثل الإشارة التي لها دلالة بين الناس كهزّ الرأس عمودياً دلالة على القبول، أو أفقياً دلالة على الرفض³، و قد نصّت على ذلك المادة: (60) من الامر 58-75 المتضمّن القانون المدني الجزائري المعدّل والمتمّم بقولها: *التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و الكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شكّ في دلالاته على مقصود صاحبه*.

أخيراً و ليس آخراً و في كلّ الأحوال فإنّ قبول المريض أو من ينوب عنه للعلاج يكون باللفظ شفاهية أو كتابة أو بإشارة واضحة المدلول و المعنى.

¹. مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص199.

². فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص 54.

³. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص84، انظر : السنهوري، الوسيط - مصادر الالتزام، المجلد الأول - العقد- ط3، سنة 1981، ص218.

البند الثاني: القبول الضمني

يكون تعبير المريض عن قبول العلاج ضمناً، إذا اتخذ مظهرًا يدلّ بطريقة غير مباشرة عن مقصده بقبول العلاج، ويكون ذلك عن طريق استنباط التّعبير عن الإرادة من أفعال يقوم بها المريض، و لكن بشرط أن تكون هذه الأفعال لا تعدّ بذاتها تعبيراً مباشراً عن الإرادة، ولكنّها تشير و تكشف عن تلك الإرادة، وبمعنى آخر تتضمنها، و هذا ما جاء في نصّ المادّة (2/60) من الأمر سالف الذّكر التي تنصّ على: "... ويجوز أن يكون التّعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينصّ القانون أو يتفق الطّرفان على أن يكون صريحاً."

من صور الرّضا الضّمني توجّه شخص مصاب بجروح أو نزيف حاد إلى مصلحة الإستعجالات بالمستشفى لغرض وقف النزيف و تلقي العلاج اللازم، فيستفاد قبول هذا المصاب بالتّدخل الطّبي اللازم ومن طرف أي طبيب لإيقاف النزيف و تقديم الإسعافات اللاّزمة، فالفعل الذي قام به الشّخص المصاب وفي كثير من الحالات المشابهة يعتبر مثل هذا التّصرف أقوى دلالة في التّعبير عن الإرادة الحقيقية للمريض من مجرد الكلمات التي ينطق بها أو العبارات التي يكتبها¹، ومن صور الرّضا الضّمني للمريض أيضاً مدّ المريض ذراعه للطبيب لحقنه، أو مجرد ذهابه إلى عيادة الطبيب للقيام بفحص طبي عارض.

بما أن رضا المريض في نطاق الأعمال الطبية يكتسي أهميّة بالغة فإنّه لا يعتد به إلاّ إذا كان حقيقةً يعبر عن الإرادة الباطنية للمريض، هذا وإن كان المشرع يعتد فقط بالإرادة الظاهرة في بعض الحالات الأخرى².

لما كانت الأعمال الطبية والتدخلات الجراحية أو غيرها من الأعمال التي قد يقوم بها الطبيب على جسد المريض ولِمّا لها من مساس بسلامة هذا الجسد، كان من واجب

¹. إيهاب يسر أنورعلي، المرجع السابق، ص101.

². عبد المنعم فرج الصّدة، المرجع السابق، ص83.

الطبيب التأكد من رضا المريض الضمني أو ممثله يعبر حقيقةً عن إرادته، كذلك عليه أن لا يتجاوز حدود هذا الرضا وإلاّ تعرض للمتابعة على أساس المسؤولية المدنية¹. للإشارة فإنّ الإعتداد بالرضا الضمني ممكن في الأعمال الطبية البسيطة، عكس ذلك في التدخلات الطبية الدقيقة التي تنطوي على قدر من الخطورة الأمر الذي يستدعي اشتراط رضا المريض صراحة وبالكتابة، وذلك تجنباً لأيّ خطأ في تفسير أو تأويل إرادته أما فيما تعلق بالجانب العملي و القضائي يبقى أن لقضاة الموضوع السلطة التقديرية في تقدير وجود الرضا الضمني من عدمه، باعتبار أنها مسألة من مسائل الواقع².

البند الثالث: سكوت المريض

إن سكوت المريض وعدم تعبيره عن إرادته وفق ما سبق، لا يمكن اعتباره تعبيراً كافياً عن الإرادة³، لذلك فقد ثار جدل فيما يخص سكوت المريض دون إبداء أي اعتراض بشأن التدخل الطبي، لذلك فهو يختلف عن التعبير الضمني لأن هذا الأخير يعد عملاً إيجابياً تستفاد منه إرادة المريض أما سكوته فهو العدم فلا يعتبر إيجاباً ولا قبول من مجرد السكوت، وعلى حدّ قول فقهاء الشريعة الإسلامية: "لا ينسب لساكت قول"⁴.

لذلك فإنّ الأصل و تبعاً للقاعدة العامّة التي تقول بأنّ السكوت لا يحمل على القبول، غير أن لهذه القاعدة استثناءات، وهذا في حال وجود ملابسات تحيط بالسكوت عن القبول (Circonstancié silence)، فيرى القاضي من اقتران السكوت بها ما يفيد التعبير عن القبول، ما لم يستبعد الطرفان السكوت كتعبير عن القبول، فنجد أنّ المشرع الجزائري قد نص على حالات السكوت الملابس على سبيل المثال لا الحصر من خلال المادة (68) من الامر 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم وهي:

¹. غادة فؤاد مجيد المختار، المرجع السابق، ص 300.

². سلامة عبد الفتاح حليبة، مرجع سابق، ص 170.

³. أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، معصومية الجسد، القاهرة، سنة 1987، ص 70.

⁴. محمد حسنين، مرجع سابق، ص 24.

-إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول.

-إذا كان بين الطرفين تعامل سابق و صدر عن أحدهما إيجاب جديد كان السكوت عن الرد عليه بمثابة القبول.

-إذا كان الإيجاب يصبُّ في مصلحة المعروف عليه ويعدُّ نافعاً نفعاً محضاً له بالإضافة إلى الحالات الثلاث المذكورة على سبيل المثال، فإن للقاضي أن يستنتج من أي سكوت ملابس بظروف تدل على القبول رضا المريض و قبوله بالتدخل الطبي.

الفرع الثاني: صور قبول المريض

يتعين وفقاً لما سبق بأن المعنى بالرضا بشأن الأعمال الطبية يكون المريض نفسه من حيث المبدأ، وحسب ما تقتضيه القواعد العامة إذا كان في حالة تسمح له بذلك، حيث تقضي أحكام المادة (1/343) من القانون 11-18 المتعلق بالصحة¹، بالموافقة الحرة والمستتيرة للمريض، كما أنّ احترام الطبيب لخيارات المريض العلاجية بعد تبصيره بالنتائج التي تنجر عنها تدل على أن إرادته حرة ومستتيرة وفق نص المادة (02/343).

وأن العلاج يتم بموافقة المريض، أو من قبل الأولياء أو الممثل الشرعي حسب الحالات، إذا ما كانت حالته لا تسمح له بالتعبير عن رضائه، كأن يكون قاصراً، أو عديم الأهلية، وهذا حسب نص المادة (5/343) من نفس الامر، أو في حال عجزه عن التعبير عن رضاه كاستثناء عن موافقة المريض نفسه بحسب ما نستشفه من النص السابق.

¹. تنص المادة 343 من القانون 11-18 المتعلق بالصحة على : " لا يمكن القيام بأي عمل طبي و لا بأي علاج دون الموافقة الحرة و المستتيرة للمريض. و يجب على الطبيب احترام إرادة المريض، بعد إعلامه بالنتائج التي تنجر عن خياراته. و تخص هذه المعلومة مختلف الاستكشافات أو العلاجات أو الأعمال الوقائية المقترحة و منفعتها و طابعها الإستعجالي المحتمل و عواقبها و الأخطار الإعتيادية أو الخطيرة التي تطوي عليها و التي يمكن عادة توقعها و كذا الحلول الأخرى الممكنة و العواقب المتوقعة في حالة الرفض و يضمن تقديم المعلومة كل مهني الصحة في إطار صلاحياته ضمن احترام القواعد الأدبية و المهنية المطبقة عليه. تمارس حقوق الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية، حسب الحالات من قبل الأولياء أو الممثل الشرعي.

البند الأول: صدور القبول من المريض

إنّه من البديهي والمنطقي أن تكون الموافقة على العمل الطبي من طرف المريض باعتبار أن التدخل الطبي وما يعتريه من مخاطر يتعلق بحقّه في سلامته البدنية إستنادا للقواعد العامة، فإنّ المريض يكون أهلا لقبول العمل الطبي إذا كانت له الأهلية المدنية الكاملة لكون أنّ التمييز هو مناط الأهلية¹، ليكون راشدا و متمتعا بالملكات الذهنية التي تمكّنه من استيعاب المعلومات المقدمة له من طبيبه حول كل ما يتعلق بحالته المرضية وإدراكها إدراكا كافيا وذلك للإعتداد برضاه عند صدوره و ترتيبه الآثار القانونية².

لقد ذكر المشرّع الجزائري في المواد من (42) إلى (44) من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم القواعد العامة التي تحكم الأهلية ونصت كذلك المادة (78) من نفس الأمر، على أنّ كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحدّ منها بحكم القانون³.

فسنّ التمييز حسب نص المادة (2/42) السالفة الذكر هو (13) سنة، أما سن الرشد فهو (19) سنة، ليكون المريض أهلا لإعطاء الموافقة على العمل الطبي فقط إذا كان راشدا أو مميزا و متمتعا بكامل قواه العقلية، أمّا إذا كان غير مميز فلا يعتد برضاه بل لابد من موافقة من يمثله لينوب عنه وليه أو وصيه في مثل هذه التصرفات، و إذا تأثرت إرادة المريض بأحد عوارض الأهلية كالجنون، العته، الغفلة، السّفه، فإنه لا يستطيع في هذه الحالة إبرام عقد العلاج مع الطبيب إذ لا يعتدّ بأهليته لأنها معدومة. وقد ذهب فريق من الفقه المقارن إلى الأخذ بموافقة الزوج في بعض الحالات، كقطع الحمل بصفة إرادية أو تباعد الولادات، غير أن هناك من ينازع هذا الرأي بحجة أنه ليس

¹. تنص المادة 40 ق.م.ج: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، و لم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية".

². سلامة عبد الفتاح حليبة، المرجع السابق، ص170.

³. الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم.

للزوج حق وصاية على الزوجة بخصوص ممارسة حقوقها الشخصية، وبذلك فإن موافقة الزوج على بعض الأعمال التي تجرى على الزوجة بموافقتها ابتداءا كتباعد الولادات واستئصال الرحم، فلا يعتبر وصيا على الزوجة، وإنما الهدف منه حماية الأسرة، حيث يعتبر من أهداف الزواج تكوين أسرة عن طريق الإنجاب والمحافظة على الأنساب عملا بأحكام المادة(04) من الأمر 02-05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري إن كان الأصل هو إمكانية تعاقد المريض بنفسه مع الطبيب فإنه في بعض الأحيان يستدعي الأمر تدخل ممثل عن المريض لإبداء موافقته وقبوله للعلاج.

الأصل أن يعلم الطبيب المريض نفسه بأيّ تدخل طبي على جسمه، حتى يحصل على رضائه الحرّ، و من ثمّ فإنه لا يغني عن تصريح المريض بالموافقة أو الرفض عما سيخضع له من تصرف طبي تصريح شخص آخر مهما كانت علاقته بالمريض.

غير أنّ لهذا الأصل وهذه القاعدة استثناء، ووفقا لما جاء في القانون المدني وقانون الأسرة الجزائريين سلفا، فإنّ المريض قد يكون في وضعية لا يمكن معها إبداء قبوله ورضاه بشأن العلاج الذي يقترحه الطبيب، سواء كان بسبب فقدان التمييز لصغر سنه أو لجنونه، أو لعته، أو سفه ظاهر عليه، ففي هذه الحال ووفقا لنص المادة (44) من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني للجزائري ، والمادة(81) من الأمر 10-84 المتضمن قانون الاسرة الجزائري¹ فإنه ينوب عنه ولي أو وصي أو مقدم بحسب الأحوال وهذا ما سنتطرق إليه في البند التّالي.

¹. الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 84/07/9 يتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم.

البند الثاني: موافقة ممثل المريض

يستدعي تدخل ممثل المريض لإبداء موافقته على العلاج المقدم له، حسب ما نصت عليه المادة (5/343) من القانون 18-11 المتضمن قانون الصحة المعدل والمتمم¹، وهي: حالة المريض القاصر، حالة المريض العاجز عن التمييز، و حالة المريض الذي يستحيل عليه فيها التعبير عن إرادتهو سنتناول كل حالة من هذه الحالات فيما سيأتي:

أولاً: حالة المريض القاصر

قد يتقدم إلى الطبيب قاصر لا يتمتع بأهلية الأداء، هنا يحق للطبيب أن يقدم العلاج مع الأخذ بموافقة الأولياء أو الممثل الشرعي، و قد نصّت المادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب: " يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ، أن يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي، و يحصل على موافقتهم ".

¹ المادة 2/154 من ق.ح.ص.ت: " ... يقدم الطبيب العلاج الطبي، تحت مؤوليته الخاصة، إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لإنقاذ حياة أحد القصر أو أحد الأشخاص العاجزين عن التمييز، أو الذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم و يتعذر الحصول رضا الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب ".

و نجد أن قانون الصحة العامة الفرنسي قد أولى أهمية بالغة لإرادة كل من المريض القاصر و المريض الراشد

الموضوع تحت الوصاية حيث نصت الفقرة الخامسة من المادة 2- L1111 - Art L1111-2 al 5. C .S.P.F « les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur. Ceux-ci reçoivent l'information prévue par le présent article, sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-5. Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle.»

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000041721051

آخر مرة تم الاطلاع على الموقع يوم 26 مارس 2023 على الساعة 23:30 ، وأنظر ايضا رسالة دكتوراه، أزوا عبد القادر، نظام التعويض عن الأخطاء الطبية، جامعة الجبالي اليايس، سيدي بلعباس سنة 2014-2015-ص58.

حيث أن الموافقة على تلقي المريض القاصر للعلاج تعطى مبدئياً من قبل الأب أو الأم أو ممثله الشرعي¹، باعتبار أن القاصر لا يتمتع بالأهلية القانونية الكاملة (أهلية الأداء خاصة)، و هذا يعني أيضاً أن المعلومات الواجب إبلاغها للمريض من قبل الطبيب تبلغ لمن يخوله القانون الحق في قبول العلاج.

أما في حالة رفض العلاج من طرف الشخص الذي ينوب عن القاصر فقد اشترطت المادة 3/154 من ق.ح.ص.و بأنه وفي حالة رفض العلاج من طرف الشخص الذي ينوب عن القاصر بأن يكون بتصريح كتابي، مع تنبيهه إلى عواقب رفض العلاج.

فمن خلال نص المادة: 2/52 المرسوم 92-276 نجد أنه بإمكان الطبيب الإستغناء عن موافقة ممثل المريض القاصر ومباشرة تدخلاته الطبية الضرورية في حالة الاستعجال أو تعذر الاتصال بهم، وباعتبار أن هذا القرار ذا أهمية بالغة كان لزاماً على الطبيب أن يسعى جاهداً لإقناع ممثل المريض القاصر و بكل الوسائل على ضرورة العلاج.

غير أن حق الأب أو الأم أو الممثل الشرعي في الموافقة ليس مطلقاً حيث تنص المادة 53 من مدونة أخلاقيات الطب: " يجب أن يكون الطبيب أو جراح الأسنان حامي الطفل المريض عندما يرى مصلحة هذا الأخير الصحية لا تحضي بالفهم اللائق أو باعتبار المحيط لها"، فيكون باستطاعة الطبيب بمقتضى النص أن يستغني عن هذه الموافقة تحت ضمان مسؤوليته إذا رأى أن مصلحة المريض القاصر تستدعي ضرورة تدخله العلاجي.

¹. المادة 87 القانون 84-10 - من الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل 09 جوان 1984 المتضمن قانوناً للأسرة، عدد 24، السنة 21، مؤرخ في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بأنه: " يكون الأب ولياً على أولاده القصر، و بعد وفاته تحل الأم محله قانوناً"، أنظر كذلك المادتين، 92 و 99 من قانون الأسرة و المتعلقة بالوصي و المقدم.

نجد أن المشرع قرر الحماية للمريض القاصر بموجب نص المادة: 54 م.أ.ط¹ التي تلزم الطبيب المعالج بتبليغ السلطات المختصة عن أي معاملة قاسية أو غير إنسانية أو حرمان يتعرض إليه المريض القاصر أثناء مزاولته لمهامه الطبية. كما أنّ القانون اعتبر القاصر مميزاً إذا بلغ سن الثالثة عشرة، بمفهوم المخالفة وبنص المادة 2/42 ق م ج، و كذلك حسب مضمون نص المادة 83 من قانون الأسرة² "من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرّشد طبقاً للمادة 43 ق م ج، تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له..."، ليتضح جلياً أنّ إقبال القاصر المميز على الطبيب لطاب العلاج إنما يصنف من قبيل الأعمال النّافعة له، و بذلك يكون أهلاً لإبرام عقد طبي كل قاصر مميز بلغ سن التّمييز.

غير أن التساؤل يقوم بشأن التّصرفات الدائرة بين النّفع و الضّرر عند المقارنة بين مخاطر العلاج و مخاطر التطور الطبيعي للمرض.

ثانياً: حالة المريض العاجز عن التمييز

قد يكون المريض بالغ لسن التمييز أو لسن الرّشد، لكنه يعجز عن إبداء موافقته بسبب ظاهر و دائم كالعته و الجنون، أو لسبب عارض كالمرض الذي يفقده وعيه جراء الألم المبرح و يؤثر عليه نفسياً و ذهنياً مما يفقده القدرة على التمييز، لهذا كان لزاماً التفرقة بين الحالتين:

1- المريض المصاب بالجنون: و هي حالة عديم الأهلية الفاقد للتمييز لعته أو جنون حسب نص المادة 1/42 ق.م.ج: " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون..."، فيكون المريض عديم الأهلية غير

¹ المادة 54 من المرسوم 92-276 التي نصت على أنّه: " يجب على الجراح أو طبيب الأسنان المدعو للاعتناء بقاصر ، أو بشخص معوق، إذا لاحظ أنّهما ضحية معاملة قاسية أو غير إنسانية أو حرمان، أن يبلغ بذلك السلطات المختصة".

2. الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 24 لسنة 1984 المؤرخة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم.

قادر على إعطاء الموافقة عن العمل الطبي إذا كان مصابا بمرض عقلي أو نفسي يؤدي إلى الإنقاص من تلك القدرات، بما فيها قدرات المريض على الإدراك و اختيار العلاج السليم الذي يتفق و مصلحته الصحية.

فإذا كان الطبيب بصدد تقديم العلاج لمجنون أو معتوه فمن الضروري الحصول على موافقة ممثله القانوني كما هو الحال بالنسبة للمريض القاصر السالف الذكر لأن رضاه لا يحلل الطبيب من واجب الحصول على تصريح من ممثله القانوني.

غير أن موافقة الممثل القانوني لا يؤخذ بها على إطلاقها، فقد يكون المريض بالغاً راشداً و لكنه مصاب بمرض عقلي أو نفسي مما يؤثر على تلك القدرات، خاصة إذا كانت وقتية في شكل نوبات تتخللها فترات استفاقة يكون فيها هذا المريض قادراً على الإدراك و فهم حالته الصحية و تقدير ملائمة العلاج له و نتائجه عليه باتخاذ القرار المناسب في ذلك الوقت، يكون على الطبيب الأخذ بقرار المريض قبولاً أو رفضاً، وبصفة جدية مع التأكد من تبعات المرض و نوباته على فترة الإستفاقة تلك.

كما اهتم المشرع الجزائري بتنظيم علاج الإصابات إذا ما تعلقت بحالات للأمراض العقلية و ذلك من خلال الباب الثالث من قانون الصحة و ترقيتها بعنوان: **الصحة العقلية** من خلال فصول ثلاث كما يلي:

- الفصل الأول: معالجة المصابين بالأمراض العقلية، و ذلك من خلال المواد (من 103 إلى 138) .

- الفصل الثاني: تدابير الرقابة خلال الإستشفاء، و المنصوص عليها في المواد (من 139 إلى 144).

- الفصل الثالث: الوضع تحت المتابعة الطبية، حسب المواد من (145 إلى 148).

وفيما يتعلق بقبول ممثلي المرضى المصابين بالأمراض العقلية و النفسية عند وضعهم لدى الهياكل المخصصة لهذا النوع من الأمراض، يجب مراعات التفرقة بين التدخلات البسيطة، و التّدخلات الخطيرة و المعقدة.

فأما بالنسبة للتّدخلات البسيطة و كما سبق الذكر فبإمكان المستشفيات القيام بها دون حاجة لرضا المريض أو ممثله، أما إذا انطوت التدخلات الطبية على خطورة مثل العلاج بالصدمات الكهربائية، فيكون الحصول على رضا المريض أو ممثله ضروري عند وضعه بالمستشفى، باستثناء حالات الإستعجال و التي يكون بإمكان الطبيب فيها التدخل دون حاجة لرضا المريض أو من يمثله مع مراعات شروط حالة الاستعجال¹.

2_ المريض المصاب بعارض أثر على تمييزه الراشد: يكون المريض غير مميز لكنه ليس بمجنون و لا معتوه كما هو عليه الأمر في الحالة السابقة، و إنّما أصبح عاجزا عن التمييز بسبب المرض و وطئه عليه، الأمر الذي جعله يفقد وعيه، أو يغمى عليه ليصير غير مميز بسبب الآلام المبرحة التي تجعله في حالة نفسية مضطربة.

كإصابة شخص على مستوى الرّأس مثلا تفقده الذاكرة أو تدخله في غيبوبة، أو بفعل التخدير، ففي هذه الحالة يكون المريض عاجزا عن التمييز، ولا يمكنه التعبير عن إرادته في الوقت الذي تستدعي حالته التّدخل السّريع لذا يعتد برضا ممثله القانوني و هذه الوضعية بالذات لم يتناولها المشرع، و لم يعين من ينوب عنه أو يقوم مقامه فيها.

غير أن المادة 154 من ق.ح.ص.ت، و التي أشارت إلى موافقة الأشخاص الذين يخولهم القانون ذلك فقط دون ذكرهم، كما أنّ المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب أشارت أيضا إلى موافقة الأشخاص المخولين منه أو من طرف القانون و لم تذكرهم .

ف نجد أنّ المادة 2/164 منق.ح.ص.و.ت، فقط هي من ذكرت هؤلاء الأشخاص المخولين بالموافقة، و لكن في حالة انتزاع الأنسجة و الأعضاء من الأشخاص المتوفين

¹. زينة غانم يونس العبيدي، مرجع سابق، ص271.

بقولها: " و في هذه الحالة يجوز الإنتزاع بناء على الموافقة الكتابية للشخص المعني وهو على قيد الحياة أو موافقة أحد أعضاء أسرته الراشدين، حسب هذا الترتيب الأولي: الأب أو الأم ، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت...و إذا لم تكن للمتوفي أسرة يطلب الإذن من الولي الشرعي، و من خلال هذا النص نرى و على سبيل القياس أن المريض الراشد الغير مميز أولى بتعيين من يعطي الموافقة على العلاج مكانه، و إذا غفل عن ذلك يمكن اتباع الترتيب الوارد في نص المادة 2/164 السالفة الذكر.

في كلتا الحالتين على الطبيب أن يراعى هذه الأمور عند تلقيه الرضا ممن هو في حالة ذهنية أو نفسية أو قانونية لا تسمح له بأن يعطي رضاه الحرّ و السّليم و ما ينجم عنه من آثار قانونية.

ثالثا: حالة المريض العاجز عن التعبير عن إرادته ذوالعاهتين

بالإضافة إلى الإعاقة الذهنية الجنون و العته كما أسلفنا، هناك عاهات و إعاقات جسدية تحول دون القدرة على تعبير المريض عن قبول العلاج أو رفضه و التي نصت عليها المادة 80 من ق م ج: " إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أبكم و تعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جازت للمحكمة أن تعيّن له وصيا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته".

وفقا لأحكام هذه المادة فإن اجتمعت في المريض عاهتين من العاهات الثلاثة العمى و البكم و الصمم، تعذر عليه إبداء موافقته على الأعمال الطبية التي سيقدمها الطبيب، ومن أجل ذلك جاز للمحكمة أن تعيّن له مساعداً قضائياً يساعده في اتخاذ قرار قبول العلاج، باعتباره من التصرفات التي تقتضيها مصلحة المريض.

كما أن الفقرة الثانية من المادة 80 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم¹، اشترطت بشأن صحّة أيّ تصرف يتعلق بقبول المريض ذي العاهتين الذي عين له مساعد قضائي، و جعلته قابلاً للإبطال إذا صدر من المريض ذو العاهتين دون حضور المساعد القضائي، كما اشترطت تسجيل قرار المساعدة كشرط لصحته، فطبقاً لما تقدم فإنّ التصرفات التي يبرمها الطبيب مع المريض ذو العاهتين لا تكون صحيحة إلاّ إذا توفّرت الشروط التالية²:

1- أن تجتمع في المريض عاهتان من العاهات الثلاث المشار إليها قانوناً وهي: العمى و الصمم و البكم.

2- أن يكون المريض باجتماع العاهتين غير قادر فعلاً على التعبير عن إرادته بصفة واضحة.

3- أن يكون العلاج محل التصرف مأذوناً به في قرار المحكمة المعين للمساعد الذي يتولى مساعدة المريض ذي العاهتين.

4- أن يبرم التصرف بحضور المساعد المعين بقرار المساعدة المسجل مع المريض ذو العاهتين.

تلعب إرادة المريض دوراً مهماً في القرار الذي يتخذه بشأن قبول العلاج الطبي نظراً للخطورة التي يكتسبها هذا العمل بغض النظر عن درجة هذه الخطورة، وفي هذا المجال نجد أن المشرع الجزائري قد نص على صور للتعبير عن إرادة المريض، فيشترط الكتابة في بعض الحالات التي تتميز بخطورة العمل الطبي وجسامة الآثار التي قد تنجر عنها كما هو الحال بالنسبة لنزع وزراعة الأعضاء والخلايا والتي نص عليها المشرع الجزائري مثلاً في المادة (5/360) من القانون 18-11 المتعلق بالصحة وكذا عند رفض العلاج الطبي من طرف المريض أو ممثله الشرعي كما هو الشأن بالنسبة للمادة (01/344) من

¹. الجريدة الرسمية العدد: 78 لسنة 1975 الصادرة في 26 سبتمبر 1975.

². علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مرجع سابق، ص 52 و 53.

نفس القانون، وفي حالات اخرى وعندما يكون العمل الطبي بسيطا فإن قبول المريض للمخاطر الطبية يكون شفهيًا من طرفه أو من يمثله دون حاجة للكتابة، كما تجب الإشارة إلى أنّ المشرّع الجزائري قد تجاوز قبول المريض أو ممثليه في حالات قانونية نصت عليها المادة (2/344) وهي حالات الإستعجال والمرض الخطير والمرض المعدى وتعرض حياة المريض الى تهديد خطير.

في الأخير يجب التّويه إلى أنّ إرادة المريض يجب أن لا تكون مشوبة بعيب من العيوب التي تنقص من إرادته، رغم إقتراب هذا التصرف خاصة في جانبه المتعلق بالعقد الطبي من عقود الإذعان ودور اللاتوازن العقدي في اختلال الإلتزامات العقدية وهو ما سنتناوله في الفصل الثاني.

الفصل الثاني: المسؤولية

العقدية للطبيب في ظل

خصوصية العقد الطبي

الفصل الثاني: المسؤولية العقدية للطبيب في ظل

خصوصية العقد الطبي

يتميز العقد الطبي عموماً بمجموعة من المميزات والخصائص عن غيره من العقود وهو ما يلقي بظلاله على المسؤولية العقدية للطبيب، فإذا كانت الخصائص التقليدية للعقد الطبي والمنبثقة عن نظرية العقد هي ما يميزه، فإن تأثر العقد الطبي بالتوسع الإرادي لأطرافه - تماشياً مع العقود الحديثة التي برزت بعد الحرب العالمية الثانية، يظهر بوضوح في إبرام العقد وتنفيذه، وهذا الأمر جعل من العقد الطبي يقترب في بعض أحكامه من عقود الاستهلاك بالنظر إلى عناصره، وهو ما عجل بظهور بعض الخصائص غير التقليدية التي تحكمه وتأثر بطريقة مباشرة على أحكام المسؤولية العقدية للطبيب خصوصاً والمسؤولية المدنية له عموماً، في ظل الأحكام القانونية التي تحكم هذا المجال.

قد يكون تأثير خصائص العقد الطبي سواء التقليدية منها أم الحديثة، تأثير على قيام المسؤولية العقدية للطبيب من عدمها، ولهذا فإن معالجة هذا الفصل تقتضي التطرق إلى مبحثين أساسيين يعالج الأول منهما خصوصية العقد الطبي، في حين أن المبحث الثاني يتطرق إلى مدى تأثير هذه الخصوصية على إلتزامات أطراف هذا العقد.

المبحث الأول: خصوصية العقد الطبي

يتميز العقد الطبي بمجموعة من الخصائص والمميزات تميزه عن سائر العقود المشابهة، لكنه ينفرد ببعض الخصائص ذات الطبيعة الإستهلاكية عند النظر إليه كعقد استهلاك، لهذا فإنّ ولوج هذا المبحث يتم من خلال التّطرق إلى ثلاثة مطالب، يتمثل الأول في الجوانب المؤثرة في توسع الالتزامات الطبيب تحديد الخصائص التقليدية للعقد الطبي، ويتمثل الثاني انعكاس طبيعة عناصر العقد الطبي والالتزامات فيه، و نتناول في المطالب الثالث خصائص العقد الطبي.

المطلب الأول: الجوانب المؤثرة في توسع التزامات الطبيب

في العقد الطبي

ونشير في هذا الصدد إلى أنّ هذا التّوسع في مجال التزامات الطبيب بتحقيق نتيجة قد طال التزاماته المتعلقة بأعماله المادية وواجباته الإنسانية، كما شمل أيضا التزاماته المرتبطة ببعض أعماله الفنيّة.

الفرع الأولى: الجوانب الإنسانية والأخلاقية ودورها في توسيع

التزامات الطبيب

بعد استقرار استمد لما يزيد عن نصف قرن، وإدراكا منها للصعوبات التي يواجهها المريض في النهوض بعبء الإثبات وتحمل تبعه إخفاقه في ذلك، وفي محاولة لمواجهة اختلال التوازن بين طرفي العلاقة -الطبيب والمريض- أجرت محكمة النقض الفرنسية تحولاً هاماً في مجال لا يقل أهمية ألا وهو إلتزام الطبيب بإعلام المريض، حرصا منها على رعاية حقوق المرضى وأخذاً في الإعتبار للصعوبات التي تواجههم في إثبات الخطأ الطبي.

فقد عدلت عن قضائها الثابت بإلزام المريض بإثبات خطأ الطبيب في صورته المختلفة، ومنه إثبات قيام الطبيب بالتزامه بالإعلام. وألقت بعبء إثبات حصول هذا الإعلام على عاتق الطبيب المدعى عليه، وذلك بموجب حكمين مهمين: أولهما وأشهرهما Hédreul الصادر بتاريخ 25 فبراير 1997¹، والثاني المؤرخ في 14 أكتوبر 1997².

البند الأول: حكم 25 فبراير 1997

وقد كان هذا الحكم بمناسبة دعوى تتلخص وقائعها في أنشخصا يدعى M.Hédreul كان يعاني من آلام في المعدة، وقدر الطبيب أن هذه الحالة تستدعي التدخل الجراحي لاستئصال بعض الأورام الموجودة بمعدة المريض المذكور، وهذا ما تم بالفعل عن طريق جراحة المنظار، انتهت بإصابة المريض بثقب في الأمعاء. إثر ذلك رفع هذا الأخير دعوى مسؤولية على الطبيب للمطالبة بالتعويض عن الأضرار بسبب عدم تبصيره وإعلامه بالمخاطر المحتملة. غير أن محكمة استئناف C.A Angers رفضتها، استنادا إلى عبء إثبات عدم الإعلام يقع على عاتق المريض الذي لم يقدم دليلا على ما يدعيه.

وقد ألغت محكمة النقض هذا الحكم، وقررت -استنادا إلى نص المادة 1315 من القانون المدني- أن من يتحمل قانونا أو اتفاقا بالتزام خاص بالإعلام يجب أن يقيم الدليل على قيامه بتنفيذ هذا الالتزام، وأن الطبيب يقع على عاتقه التزام خاص بالإفشاء تجاه مريضه، ومن تم فهو الذي يجب أن يقيم الدليل على قيامه بتنفيذ هذا الالتزام³.

¹.Cass. 1^{er} civ : 25/02/1997, (Hédreul c/dr. Cousin), Responsabilité civile et assurances -Edition du juris- classeur, Hors- série, (Juillet-Août) 1999, France, p 13.

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007037245/>

².Cass.1^{er} civ : 14/10/1997, J.C.P.G, n° 45, 06 novembre 1997, France, p 492.

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007037245/>

³."Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation, la cour d'appel a violé le texte susvisé".

وبهذا تكون محكمة النّقض قد وضعت مبدأ أساسيا يمثل عدولا تاما عن قضائها السابق، مؤداه التزام الطّبيب بإقامة الدّليل على قيامه بإعلام المريض والحصول مسبقا على رضائه بالعمل الطبي.¹

والحق أنّ هذا المبدأ قد حظي بتأييد الغالبية العظمى من فقهاء القانون²، الذين رأوا فيه تصحيحا لوضع لم يكن مقبولا، لا من حيث الوجهة القانونية ولا من حيث نتائجه العلمية. ذلك أنّ الحكم الجديد يعيد الأمور إلى نصابها الصّحيح من جهة توزيع عبء الإثبات، إذ يلقى هذا العبء على من يجب أن يلتزم به، سواء استنادا إلى القواعد العقدية وفقا للمادة 1315 من القانون المدني الفرنسي³ المقابلة للمادة 323 من القانون المدني الجزائري.

ولا شكّ أنّ هذا النص القانوني يجعل منه سندًا قانونيا كافيا للتّحول الذي أجرته محكمة النّقض بشأن عبء الإثبات في مجال الإعلام الطبي.⁴

كما أنّ الحكم بإعفاء المريض من إثبات إخلال الطّبيب بالتزامه بالإعلام، باعتباره التّزاما بتحقيق نتيجة، يستند إلى قواعد العدالة وما تقضي به من معصومية الجسد وضرورة احترام ما للإنسان من حق السّلامة البدنية. فالمساس بجسم الإنسان ولو لغاية علاجية

¹.J. **Bonneau** : Paradoxe sur le droit médical, Gaz. Pal, (1^{er}sem) 1999, du 17 juin 1999, France, p 858.

².**Mark Sabek** : Les responsabilités du chirurgien – dentiste, les Etudes Hospitalières Edition, Bordeaux, 2003,p 35–39.Marie –Laure Mathieu– Izorche : oo.cit, p 3560,3561.

Patrice Jourdain : Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin, op.cit, p 07.

³.L'article 1315/2 du code civil : "celui qui est également ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation".

⁴.**Jean Guigue** : Responsabilité des médecins – Devoir d'information, G.P.H, Spécial Droit De La Sant2, dimanche 25 au mardi 27 novembre 2001, 121^e année, n° 329 à 331, France, p 53, 54.**Jean Penneau** : Le consentement face au droit de la responsabilité médicale, Gaz. Pal, 1999 (1^{er}sem), France, p 07.

يعد بحسب الأصل غير مشروع حتى يقوم الدليل على توافر الشروط التي تضي على الفعل وصف المشروعية، ومنها إعلام المريض والحصول على رضائه.

وأخيراً فإنه لا محل للنعي بأن القضاء الجديد يؤدي إلى إخضاع المسؤولية الطبية لأكثر من نظام قانوني، ذلك أن المعروف أن العقد الواحد يمكن أن ينشأ عنه أكثر من التزام، وتبعاً لاختلاف طبيعة الالتزامات يمكن أن يختلف النظام الذي يحكم مسؤولية المدين عن الإخلال بها. وعلى هذا الأساس فلا يوجد ما يمنع من اعتبار الطبيب ملتزماً فيما يتعلق بتقديم العلاج ببذل عناية، بحيث لا تقوم مسؤوليته إلا استناداً إلى خطأ يتعين أن يقيم المريض الدليل عليه، حين يلتزم فيما يتعلق بالإعلام والحصول على الرضاء بالترام أشد، يجعل إدعاء المريض بعدم حصول الإعلام ينشئ قرينة بسيطة على عاتق الطبيب، يستطيع هذا الأخير دحضها بإقامة الدليل على أنه قام فعلاً بتنفيذ التزامه.

على العموم فإن محكمة النقض بعد أن ألتت -في حكمها السالف الذكر- عبء إثبات الإلتزام بالإعلام على عاتق الطبيب، حدّدت في حكم آخر لا يقل أهمية عن سابقه حدّدت من خلال وسائل إثبات هذا الإلتزام.

البند الثاني: حكم 14 أكتوبر 1997

لم يخلو إلقاء عبء الإثبات إعلام المريض والحصول على رضائه من بعض الصّعوبات والإشكاليات، لا سيما ما يتعلق باعتبار الكتابة الوسيلة الوحيدة التي يلجأ إليها الطبيب لإثبات الوفاء بالتزامه.

وقد أشار جل الشّراح الذين تناولوا بالتعليق حكم محكمة النقض في 25 فبراير 1997، إلى جملة من الآثار السيئة لتطلب الكتابة إثبات القيام بالالتزام بالإعلام

والحصول على رضائه وإن كانوا يحاولون التّهوين من شأنها¹، أقلها أن يصاب المريض بالفزع والاضطراب، فيدفعه ذلك إلى رفض علاج هو في أشد الحاجة إليه.² بل أكثر من ذلك، فقد ثار التساؤل والجدل لدى الفقه حول قيمة الورقة المكتوبة في حدّ ذاتها ونطاق حجّيتها. فهل تعتبر إثباتاً لحقيقة الإفضاء (الإعلام) أم لمضمونه؟ حيث رأى البعض أنّ هذه الورقة تقتصر على إثبات حقيقة الإعلام فحسب، وفي هذا الصدد يشير الأستاذ Partice Jourdain إلى أنّ القرينة التي تنشأها الكتابة تتعلّق بوجود الإعلام وليس بمضمونه. بحيث إذا أقام الطّبيب الدّليل على حقيقة الإعلام، فإنّه يجب على المريض -وفقاً للقضاء التّقليدي- أن يقيم الدّليل على أنّ هذا الإعلام لم يكن كاملاً، أو لم تتوافر فيه الصّفات التي يتطلّبها القضاء.³

ولا شك أنّ هذا التفسير بسيط، يؤيّدّه حكم 25 فبراير 1997 والذي قضى بأنّ من يتحمّل قانوناً أو اتفاقاً بالتزام خاص بالإعلام يجب أن يقدّم الدّليل على تنفيذ هذا الالتزام. غير أنّه يصعب في نظر البعض الآخر تصوّر أن يقتصر نطاق الوثيقة المكتوبة على إثبات حقيقة الإعلام، وذلك بسبب الأهميّة التي يعلّقها القضاء على مضمون الإعلام وما يجب أن يتوافر فيه من صفات وشروط، وكذا بالنّظر إلى الغرض منه وكونه يرمي إلى تمكين المريض من اتّخاذ قرار مستنير بقبول العلاج أو رفضه.

¹. جابر محجوب علي، دور الإدارة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 440.

². **Geneviève Viney** : chronique sur la responsabilité civile, J.C.P, 1997, I, 4068, n° 09, Franbe, ou elle dit : "il existe déjà de nombreuses interventions médicales pour lesquelles la loi impose au praticien d'apporter la preuve qu'il a donné les informations requises, prélèvement d'organe chez un donneur vivant, recherche biomédicales, assistance à la procréation. Or, dans ces hypothèses, on n'a pas constaté les inconvénients qui étaient présentés comme inévitablement attachés à la solution imposant la charge de la preuve au médecin".

³. **Patrice Jourdain** : Responsabilité civile ; 10 édition dalloz paris, 2021, p 112.

ذلك أن الدليل المكتوب ليس له قيمة ما لم يثبت ويبرهن على حقيقة الإعلام ومضمونه وصفاته.

ويبدو هذا التفسير في نظرنا مقبولاً، بل هو عين الصواب، لالتفاه مع المنطق وقواعد العدالة، ولكونه جاء متفقاً كذلك مع ما جاء في حكم 14 أكتوبر 1997، والذي قرّر أن الطبيب يجب أن يقيم الدليل على أنه قدّم لمريضه إعلاماً أميناً، واضحاً وملائماً عن المخاطر التي تتضمنها الفحوصات وصور العلاج الذي يقترحه، بما يسمح له بإصدار رضاء أو رفض مستتير¹.

والحق أن محكمة النقض الفرنسية لم تغفل كل هذه الاعتبارات، لذلك حاولت أن تخفّف من حدّة الآثار المترتبة على مبدأ إلقاء عبء الإثبات على عاتق الطبيب، وذلك من خلال الحكم الذي أصدرته في 14 أكتوبر 1997 ويتعلق بسيّدة لم تغلح وسائل العلاج التقليدية في تمكينها من إنجاب طفل جديد، فقررت طبية أمراض النساء إخضاعها لفحص بالمنظار -يجري تحت تخدير كلي- لمعرفة ما إذا كانت تعاني من مرض في جهاز التبويض *étiologie ovarienne*، ولكن لسوء الحظ توفيت المريضة بسبب اختناق حدث أثناء العملية. فرجع زوج المتوفّاة وابنها دعوى مطالبين بالتعويض على أساس تقصير الطبيبة في تبصير المريضة بهذا الخطر.

غير أن الدعوى رفضت من جانب قضاة الموضوع، بحجّة أن المضرور (الزوج وابنه) لم يقدم دليلاً على عدم تنفيذ الطبيبة لالتزاماتها. وعلى العكس من ذلك فإن ظروف الدعوى تتضمن قرائن تدلّ على قبول المريضة للعملية وهي على بينة بمخاطرها. فرفضت محكمة النقض الطعن الذي رفع ضدّ هذا الحكم، ولكنها أكّدت على أمرين في غاية الأهمية بالنسبة لقواعد عبء إثبات الالتزام بالإعلام: الأول، تمسّكها بمبدأ أن عبء

¹.Cass. 1 er civ : 14/10/1997, J.C.P.G, n° 45, 06 novembre 1997, France, p 492.

إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام والحصول على الرضاء يقع على عاتق الطبيب. والثاني، أنّ هذا الإثبات يمكن أن يتمّ بكافة الطرق.¹

ولا شكّ أنّ الشقّ الأوّل لا يضيف جديداً، إذ هو ليس أكثر من تأكيد للمبدأ الذي قرّرتة المحكمة بحكمها سالف الإشارة إليه الصادر بتاريخ 25 فبراير 1997، إنّما الجديد في الشقّ الثاني من الحكم، حيث فصلت المحكمة -وعلى عكس ما يتّجه إليه الرأي الغالب من الفقه²- بين إلقاء عبء الإثبات على عاتق الطبيب، وبين ضرورة الكتابة كوسيلة للإثبات، على نحو يمكن القول معه أنّ الأمر فيما يتعلّق بقيام الطبيب بعبء الإثبات لن يخرج عن أحد الإحتمالين:

يتعلّق الإحتمال الأوّل بأن يحتاط الطبيب لنفسه ويكون قد حصل على دليل مكتوب -لا سيما بالنسبة للأعمال الطّبية الكبيرة التي تحتاج إلى وقت للتّفكير من جانب المريض كالعمليات الجراحية، والعلاجات والفحوص والتّحاليل الخطيرة (كالعلاج بالصّدّات الكهربائية، أو الفحص بالمنظار...)- يقر فيه المريض أنه تمّ تبصيره بمخاطر العلاج وطبيعتها، وقد قبل بهذا العلاج قبولا مستتيراً. وفي هذه الحالة فإنّ تقديم هذا الدليل سوف يكون كافياً لإقناع المحكمة وحسم النزاع لصالح الطبيب.

أمّا الإحتمال الثاني فإن لا يكون الطبيب قد حصل على الدليل المكتوب، كون أنّ الأمر يتعلّق بأحد العلاجات العادية الجارية، كوصف أدوية لمرض معين أو إجراء فحوص بالأشعة أو تحاليل بسيطة أو حتى جراحات بسيطة...، ففي مثل هذه الحالات فإننا لا نعتقد أنه سيكون باستطاعة الطبيب أن يُعدّ دليلاً مكتوباً على رضاء المريض

¹."Mais attendu que s'il est exact que le médecin a la charge de prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques des investigations ou soins qu'il lui propose de façon à lui permettre d'y donner un consentement ou un refus éclairé,... la preuve de cette information peut être faite par tous moyens...".

².Jean Penneau : Les fautes médicales, op.cit, p 10,11.

يكتب كل عمل من هذه الأعمال التي يجريها عشرات المرّات يوميًا، وتبعًا لذلك فلا مناص إثبات الرّضاء بواحد من هذه الأعمال أو العلاجات، من اللّجوء إلى وسائل أخرى للإثبات، إذ أنّ ذلك يتم بكل الطرق "par tous moyens" كما تقول محكمة النّقض. ونودّ في الأخير أن نشير إلى أنّ هذا التّحول بشأن عبء إثبات التزام الطبيب بإعلام المريض، وباعتباره التزامًا بتحقيق نتيجة، لم يكن قاصرا على محكمة النّقض لوحدها والتي كرّسته بعدة أحكام لاحقة¹، بل إنّ مجلس الدّولة الفرنسي لم يتأخّر عن اللّحاق به، بمقتضى حكمين صادرين عنه بتاريخ 2000/01/05²، قرّر فيها أنّ عبء

¹.Cass. 1^{er} civ : 15/07/1999, D.1999, J.C.P.G 1999, IV, 2713, France, p 393.Obs.

Jean Penneau.

Cass. 1^{er} civ : 18/01/2000, D.H, 177^eannée- 1^{er} cahier (rouge), 13 décembre 2001, n° 44/7053^e France, p 3559.

Cass. 1^{er} civ : 09/10/2001, G.P.H, dimanche 25 au mardi 27 novembre 2001, 121^e année, n° 329 à 331, France, p 53.Obs.Jean Guigue.

².C.E : 05/01/2000 (2 espèces), R.F.D.A. 2000, N° 03, p 461, concl. D. Chanveaux et p 654, Note P. Bou, J.C.P.2000-II- 10271, Note J. Moreau.

Vu la requête enregistrée le 20 août 1996 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour Mme T., demeurant ..., ainsi que pour M. S. T. et Mme D. qui viennent aux droits de M. T., décédé le 27 septembre 1997 ; Mme T. et les ayants droit de M. T. demandent au Conseil d'Etat :

Article 1er : L'arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon en date du 20 juin 1996 est annulé.

Article 2 : Les hospices civils de Lyon verseront à M. S. T. et à Mme D., venant aux droits de M. T., la somme de 30 000 F assortie des intérêts légaux à compter du 7 janvier 1992. Les intérêts échus les 16 février 1994 et 17 février 1995 seront capitalisés à chacune de ces dates pour produire eux-mêmes intérêts.

Article 3 : Les hospices civils de Lyon verseront à Mme T. la somme de 12 000 F assortie des intérêts au taux légal à compter du 7 janvier 1992. Les intérêts échus les 16 février 1994 et 17 février 1995 seront capitalisés à chacune de ces dates pour produire eux-mêmes intérêts.

Article 4 : Les hospices civils de Lyon verseront à la caisse maladie régionale des travailleurs indépendants du Rhône la somme de 290 250 F avec intérêts au taux légal à compter du 5 mai 1992. Les intérêts échus le 7 mars 1994 seront capitalisés à cette date pour produire eux-mêmes intérêts.

Article 5 : Les hospices civils de Lyon rembourseront à Mme T. et aux ayants-droit de M. T. les frais d'expertise taxés à la somme de 3 600 F, avec intérêt au taux légal à compter du 12 septembre 1990.

Article 6 : Les hospices civils de Lyon verseront à Mme T., à M. S. T., à Mme D. une somme de 12 000 F au titre de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991.

Article 7 : Le jugement du tribunal administratif de Lyon est réformé en ce qu'il a de contraire à la présente décision.

Article 8 : Le surplus des conclusions de la demande de M. et Mme T. devant le tribunal administratif de Lyon et la cour administrative d'appel de Lyon et les conclusions de la caisse maladie régionale des travailleurs indépendants du Rhône tendant au remboursement des frais exposés en appel sont rejetés.

Article 9 : La présente décision sera notifiée à Mme T., à M. S. T., à Mme D., aux hospices civils de Lyon, à la caisse maladie régionale des travailleurs indépendants du Rhône et au ministre de l'emploi et de la solidarité.

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008079452/> mise a jour 26/03/2023 a 23 :55.

إثبات تنفيذ الإلتزام بالإعلام يقع على عاتق المستشفى العام الذي يتلقّى فيه المريض العلاج.

صفوة القول أنّ التّوسع في مجال الإلتزامات المرتبطة بالواجبات الإنسانية والأخلاقيّة لمهنة الطّب، لم يقتصر على التّزام الطّبيب بإعلام المريض فقط وإن كان هذا الأخير هو الذي أحدث قفزة نوعيّة كبرى، وتغييرًا واضحًا ومهمًا في معالم المسؤوليّة الطبيّة وقواعد الإثبات- بل شمل التّزامات أخرى لا تقل أهميّة كالتّزام الطّبيب بحفظ أسرار المريض إذ يعتبر التّزاما بتحقيق نتيجة، لا ينطوي بأيّ حال على أيّ قدر من الاحتمال، مما يجعله التّزاما بتحقيق نتيجة.

وعلى كل حال فإنّ ما أردنا إبرازه واستخلاصه أنّ من مظاهر انتقال عبء الإثبات من المريض إلى الطّبيب، هو التّوسع في مجال الإلتزامات المرتبطة بتحقيق نتيجة، وفي المقابل حصر نطاق الإلتزام ببذل عناية، وأنّ ذلك لا يقتصر على الإلتزامات المتعلّقة بالجوانب الإنسانيّة والأخلاقيّة لمهنة الطّب، بل يشمل الأعمال الفنيّة.

الفرع الثاني: التزامات الطبيب المتعلقة بأعماله الفنية

ينصرف التزام الطبيب بتحقيق نتيجة في مجال أعماله الفنية إلى تلك الأعمال التي تكون بحكم طبيعة الأداء الذي سيقوم به، خالية من عنصر الإحتمال أو يتضاءل فيها هذا العنصر إلى حد بعيد، فالإلتزام بتحقيق نتيجة ما هو في مفهومه البسيط إلا تحقيقا للنتيجة التي من أجلها كان تدخل الطبيب، وهذا لا يعني بالضرورة شفاء المريض. فقد يكون التدخل الطبي ناجحا ومجديا ومحققا لنتيجته، إلا أن النتيجة العامة لحالة المريض وهي الشفاء لم تتحقق.¹

ولنضرب لذلك مثلا من خلال عمليات نقل الدم، حيث أن الطبيب ملزم بتحقيق نتيجة مفادها نقل دم سليم بمواصفاته الطبية كلها إلى المريض، ولكنه غير ملزم بشفاء المريض بمجرد نقل الدم. ذلك أن حالته الصحية ليست كلها متوقفة فقط على مجرد كمية معينة من الدم السليم.

ونشير في هذا الصدد إلى أن هناك فرقا بين الإلتزام بتحقيق نتيجة obligation de résultat والإلتزام بالسلامة obligation de sécurité، رغم التداخل الكبير الذي يبدو بينهما، إلى حد يصعب لدى البعض التمييز بينهما، مما جعل الكثير من الباحثين يأتون بمفهوم آخر وسط وهو الإلتزام بسلامة النتيجة obligation de résultat de sécurité.²

¹ بن صغير مراد، مرجع سابق، ص 102.

² Olivier Dupont : d'une obligation de moyen à une obligation de résultat en matière de responsabilité médicale. <http://www.jurifutur.com>, mise à jour le : 11/06/2021. Mise a jour 26/03/2023 a 22 :00

وانظر كذلك كل من: محمد وحيد محمد علي، الإلتزام بضمان السلامة في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2001، ص 11. ومحمد علي عمران: المرجع السابق، ص 198 وما بعدها.

غير أنّ الالتزام بالسلامة قدر لحماية الحياة والسلامة البدنية لأحد المتعاقدين، فهو ضمان لتحديد حماية الشخص الجسدية¹. مؤداه أنّ الطبيب غير ملزم بشفاء المريض، بل بأن لا يعرضه لأيّ ضرر أو أذى أو تدهور صحته نتيجة مباشرة العلاج أو استخدام الأدوات والأجهزة الطبية أو حتى نتيجة بقاءه في العيادة أو المستشفى. ولعلّه من المناسب أن نعرض لأهمّ التدخّلات الطبية التي يلتزم من خلالها الطبيب بتحقيق نتيجة، ومنها ما يلي:

¹.Fabrice Lefferrard : Une analyse de l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère, Recueil dalloz, 1999, 34^e cahier. Chronique, France, p 364. Benchabane Hanifa : L'alea dans le droit des contrats, op. cit, p 363.

البند الاول: عمليات الحقن ونقل الدم

ترتب كلّ عمليّة حقن التزام بتحقيق نتيجة تتمثّل في انتفاء الضرر من المادّة المحقونة¹، كما يقع على عاتق الطبيب أو المستشفيات أو مراكز نقل الدم التزاما بتحقيق نتيجة يتمثل في نقل دم سليم وملائم خال من أيّ فيروسات أو أمراض، ممّا يضمن سلامة المريض من كل خطر ممكن الحدوث، أي بمعنى ضمان انعدام الخطر.²

وقد اعتبر القضاء الفرنسيّ في هذا الصدد مراكز نقل الدم المرتبطة بالمستشفيات العامة مسؤولة دون حاجة لوجود خطأ، عن الأضرار التي تسببها النّوعية السيئة للمنتجات التي تقوم بتوريدها، فهي تلتزم بأن تورد للمتلقي منتجات خالية من العيوب³، ولا يمكنها التخلص من هذا الالتزام إلا بإثبات السبب الأجنبي.

والتزام الطبيب بتحقيق نتيجة يشمل كذلك إعطاءه المريض سوائل أخرى مثل الجلوكوز Glucose والأمصال وغيرها من السوائل sérums، فالطبيب يضمن في هذه الحالات أيضا ألاّ يسبّب للمريض أيّ أضرار، وعليه التأكّد من صلاحية هذه السوائل وتقبل جسم المريض لها.⁴

البند الثاني: استعمال الأدوات والأجهزة الطبيّة

أصبح للتقدم العلمي والتطور التكنولوجي الهائل خاصّة في المجال الطّبي نتيجة استخدام الكثير من الأجهزة والآلات، أثره الواضح في نجاح العلاجات الطّبية والتّدخلات الجراحية، الأمر الذي أثار تبعا لذلك وبصفة واضحة نتيجة لتطور هذه التقنيات والأجهزة على مدى التزامات الطّبيب في علاقته مع المريض، وذلك بسبب كثرة الحوادث التي

¹.محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 108.

².Frédérique Deloffre– Vye : Le droit pénale des lois de bioéthique, http://bcujas-cms.univ.paris1.fr/fr/mise_a_joure_02/04/2023 a 18:00

³.C.E : 26/05/1995, Gaz. Pal. 1995– II, JP, p 363. C.A. Paris : 09/02/1996, Gaz. Pal. 1996– II, JP, p 410.

⁴.ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 135.

تنجم عن تلك الأجهزة والأدوات، مما أدى بالفقه والقضاء الحديث إلى التوسع في تفسير أحكام المسؤولية عن الأشياء التي يستخدمها الطبيب وبالتالي التشديد في مسؤوليته.

فالطبيب يتعهد فضلا عن بذل العناية اللائمة وفق الأصول العلمية المستقرة بالتزام محدد نتيجة استخدامه تلك الأجهزة والآلات مؤداه عدم إلحاق الضرر بالمريض، بحيث يسلم القضاء والفقه أيضا بالتزام الطبيب بسلامة المريض من الأضرار التي قد تلحقه من جراء استخدام هذه الأجهزة وتلك الآلات¹.

والأضرار المقصودة في هذا الشأن هي تلك التي تنشأ نتيجة وجود عيب أو عطل بالأجهزة والأدوات المذكورة، إذ يقع التزام على الطبيب مقتضاه استخدام الآلات السليمة التي لا تحدث أضرارا بالمريض.²

وهذا الالتزام هو الالتزام بتحقيق نتيجة، فلا يعفى الطبيب من المسؤولية حتى لو كان العيب الموجود بالآلة يرجع إلى صانعها ويصعب كشفه³، ومع هذا فإنه يستطيع التخلص من المسؤولية طبقا للقواعد العامة - بإقامة الدليل على أن الأضرار التي وقعت مردّها سبب أجنبي لا يد له فيه.

ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد، القضاء بمسؤولية الطبيب عن وفاة المريض أثناء الجراحة نتيجة انفجار حدث بسبب تسرب الغاز من جهاز التخدير واشتعاله بشرارة خرجت منه. وكذا الحكم بمسؤولية الطبيب عن الحروق التي تصيب المريض بسبب اللهب الخارج من المشط الكهربائي أثناء العملية رغم أن الطبيب لم يرتكب أي

¹. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 382 وما بعدها. حيث قد فصل تفصيلا دقيقا لأهم تطبيقات الالتزام بالسلامة في المجال الطبي، واعتبره من المسائل المستجدة في المجال الطبي على حساب الالتزام ببذل عناية وتحقيق نتيجة.

². منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 206.

³. أسعد عبيد عزيز الجميلي، المرجع السابق، ص 226، 227.

تقصير في استخدامه. وعن الالتهابات أو الوفاة الناتجة عن زيادة التعرض للأشعة بسبب خلل في الجهاز المنظم¹.

والملاحظ أنّ الأضرار السابقة تعتبر منقطة الصلة بالمريض وتستقلّ عن العمل الطبّي في ذاته، وما ينطوي عليه من طبيعة فنيّة، لذا فإنّ الطّبيب يسأل عنها مباشرة لأنّ التزامه بصددها هو التزام بتحقيق نتيجة هي نجاح التّدخل النّاجم عن تلك الأجهزة أو الأدوات في حدّ ذاتها وعدم إصابة المريض بأضرار من جرّائها.

أما إذا نشأت الأضرار عن الأعمال الطّبية بما تنطوي عليه من خصائص فنيّة فالأصل أنّ محلّ التزام الطّبيب يكون التّزاما ببذل عناية، ولا تقوم مسؤوليته إلاّ إذا أثبت تقصيره، وهذا كما أشرنا سابقا طبقا للمبدأ العام القاضي بأنّ الأضرار النّاجمة عن الرّعاية الطّبية والتّدخل الطبّي لا يعوّض عنها إلاّ إذا كان هناك تقصير من الطّبيب لأنّ التزامه يكون ببذل عناية.

ومن هنا تثار مشكلة تأسيس المسؤولية الطّبية في هذه الحالة، هل على أساس قواعد المسؤولية العقديّة - باعتبار وجود عقد بين الطّبيب والمريض - أم استنادا إلى قواعد المسؤولية التقصيرية المتمثلة في المسؤولية الناشئة عن الأشياء؟.

ذهب جانب من الفقه ومنهم الدكتور عاطف النقيب² إلى أنّه "من المقرّر نصّا أن يكون المتضرّر عن فعل الشيء أن يقاضي حارس هذا الشيء وإنّ جمع بينهما عقد وكان الضرر قد نشأ في إطار تنفيذ هذا العقد". وهذا ما يمكن أن نستنبطه من خلال نص المادة 138 من القانون المدني الجزائري باعتبار أنّ النّص جاء عامّا³، وبالتالي يكون من

¹ محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 213. حيث أشار إلى ذلك في الهامش رقم 04، 05.

² عاطف النقيب: النظرية العامة المسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، المرجع السابق، ص 410.

³ تنص المادة 1/138 ق.م.ج: " كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء".

حائل دون المريض من مقاضاة الطبيب على أساس المسؤولية التقصيرية وإن جمع بينهما عقد معالجة¹.

إلا أن ما أقره القضاء الفرنسي هو تأسيس المسؤولية الطبية استناداً إلى قواعد المسؤولية العقدية وليس المسؤولية التقصيرية المستمدة من فكرة الحراسة، حيث لا يجوز الجمع أو الخبرة بين المسؤوليتين، بل تستبعد المسؤولية التقصيرية من مجال العقود². فخرجت بذلك محاكم الموضوع عن المبدأ العام ومدت نطاق الالتزام بتحقيق نتيجة وضمن سلامة المريض إلى الإصابات التي تحدث أثناء استعمال الأجهزة والأدوات تنفيذاً للعمل الطبي ذاته - رغم تأكيدها في أسباب أحكامها بأن محل الالتزام بأدائه مجرد بذل عناية - متى كانت هذه الإصابات مستقلة عن العلاج وذات جسامه استثنائية أم

¹. عاطف النقيب، المرجع السابق، ص 410.

². cour de cassation, Chambre civile, 20 mai 1936 : arrêt Mercier ; Toute personne qui cause un dommage à autrui a obligation de le réparer, tel est le principe de la responsabilité civile. Ce dommage peut naître d'un acte juridique, comme le contrat, ou d'un fait juridique. Il en résultera en fonction pour l'auteur du dommage une responsabilité contractuelle, liée à la violation d'une obligation du contrat, ou une responsabilité délictuelle, liée à un dommage causé hors du cadre d'un contrat. Ces deux ordres de responsabilités ont un régime différent, tant par leurs conditions d'existence que par leurs effets. Il est alors important de les distinguer, pour mieux appréhender la sanction applicable à l'auteur du dommage.

C'est donc sur la notion de distinction entre responsabilité délictuelle et contractuelle dans le domaine médical que la Chambre civile de la Cour de Cassation s'est exprimée le 20 mai 1936. En l'espèce une femme atteinte d'une affection nasale fit un traitement aux rayons X et à la suite de cela fut touchée par une radiodermite des muqueuses de la face. La femme et son mari assignèrent en réparation du dommage le radiologue qui avait opéré, 4 ans après la fin du traitement.

On ne sait qui eu gain de cause ni qui interjeta appel mais on sait que la Cour d'appel d'Aix donna raison aux demandeurs. Le docteur forma alors un pourvoi en cassation.

A l'appui de son pourvoi, il invoquait l'absence d'assurance dans le contrat contre les accidents involontaires et qu'en conséquence, sa responsabilité était délictuelle, la prescription de l'action civile de trois ans étant donc écoulee.

<https://www.doc-du-juriste.com/droit-prive-et-contrat/droit-civil/commentaire-d-arret/arret-mercier-20-mai-1936-responsabilite-medecin-478391.html> mise a jour 27/03/2023 a 00:30

يتوقعها المريض منه، بحيث يلتزم الطبيب بإعادة المريض بعد انتهاء فترة وجوده عنده سليماً معافى من كل ضرر غير ذلك الذي يحتمل حدوثه نتيجة تدخّله وفشل العلاج أو تطور العلة¹.

ويؤيد جانباً كبيراً من الفقه² هذا الاتجاه لاتّفاقه مع القواعد العامة في المسؤولية العقدية عن الأشياء التي يستخدمها المدين في تنفيذ التزامه، فالمدين في الالتزام التعاقدية يسأل عن الأشياء التي يستخدمها في تنفيذه سواء أكان التزامه محدّداً أم كان التزاماً عاماً باليقظة والانتباه.

هذا بالإضافة إلى الاعتبارات العملية والإنسانية التي تقوم على توفير الحماية للمريض وتجذبه الدخول في صعوبات إقامة الدليل على خطأ الطبيب، وخاصة أمام التعقيدات الفنية للأجهزة المستعملة.

¹. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 88.

². محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 391.

البند الثالث: التركيبات والأسنان الصناعية

تعتبر مسألة تركيب الأعضاء الصناعية (Prothèse) والأسنان الصناعية (appareil prothèse dentaire) وغيرها من التركيبات الصناعية المستجدة في المجال الطبي، من الاكتشافات والأساليب الحديثة لتعويض الإنسان عما يفقده من أعضائه الطبيعية وما يصاب منها بشلل أو عجز أو ضعف، وهي بدون شك تؤثر بطبيعتها في مدى التزام الطبيب، إذ تثير عملية تركيب الأعضاء الصناعية مسؤولية الطبيب من جانبين مختلفين:

1- التركيبات

أ- الجانب الطبي

المتمثل في مدى فعالية العضو الصناعي واتفاقه مع حالة المريض وتعويضه عن النقص القائم لديه. فهذا الجانب كأى عمل طبي يكون فيه الطبيب ملزماً ببذل عناية، ولا تقوم مسؤوليته إلا إذا ثبت تقصير من جانبه، فالطبيب يبذل الجهد اللازم لاختيار العضو الصناعي المناسب للمريض والعمل على تهيئته بالطريقة التي تتلاءم مع حالته وتعويضه عن الضعف الذي يعاني منه¹.

ب- الجانب الفني

وهو ذو طبيعة تقنية، ينحصر في مدى سلامة العضو الصناعي وجودته، وهذا الجانب يلتزم فيه الطبيب بتحقيق نتيجة قوامها ضمان سلامة الجهاز أو العضو الصناعي ودقته ومناسبته لجسم المريض، ومن ثم تقوم مسؤولية الطبيب إذا كان العضو رديء الصنع أو لا يتفق مع مقياس الجسم أو سبب أضراراً للمريض².

¹. أسعد عبيد عزيز الجميلي، المرجع السابق، ص 233.

² عدلي خليل، المرجع السابق، ص 119.

2- الأسنان الصناعية

فقد أثارت جدلاً لدى الفقه والقضاء منذ مدة طويلة، إلا أن القضاء استقرّ على أنّ تركيب الطبيب للأسنان الصناعية ينطوي على جانبين هو الآخر:

- أ- **جانب طبي:** يلتزم فيه طبيب الأسنان ببذل العناية الواجبة لمعالجة المريض تتمثل في بذل الجهود الصادقة اليقظة في اختيار الأسنان ووضعيتها وتركيبها لكي تتلاءم مع حالة المريض، ولا مسؤولية على الطبيب إلا إذا ثبت وجود تقصير من جانبه.
- ب- **جانب فني:** وهو الذي يلتزم فيه طبيب الأسنان بتحقيق نتيجة مقتضاها سلامة الأسنان وملائمتها لفم المريض، وتقوم مسؤوليته إذا ما أصاب الأسنان خلل أو تسببت للمريض في آلام وإصابات معينة، وكذلك في حالة عدم أداء تلك الأسنان لوظائفها المرجوة منها.

وقد قضت إحدى المحاكم الفرنسية: "بأنّ العقد المبرم بين الطبيب والعميل لتركيب طاقم أسنان يفرض على الأول التزاما بعناية محلّه بذل الجهود الأمانة واليقظة في وضع وصيانة الطاقم، ويفرض عليه كذلك التزاما بتحقيق نتيجة محله تقديم الأسنان الصناعية بالشكل والأوصاف والحالة التي يمكن معها أن تؤدي وظيفة الأسنان الطبيعية، فإذا أخلّ الطبيب -ولو عن غير قصد- بهذا الالتزام ثارت مسؤوليته العقدية ويلتزم بتعويض المريض إذا ما ترتب على التركيب المعيب للأسنان الصناعية التهابات حادة بالثة. وتبدو تلك المسؤولية أكثر وضوحاً إذا ما تبين أنّ المريض يتمتع بفهم طبيعى وأنه قام بتبنيه الطبيب عدة مرات إلى سوء حالة الأسنان"¹.

¹ محسن عبد الحميد ابراهيم البنيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص

البند الرابع: التلقيح (التطعيم vaccination)

لا شك أنّ المريض أو القائم بعملية التلقيح (التطعيم) يقع على عاتقه التزام محدد بسلامة الشخص الملقح، إذ يجب أن لا يؤدي ذلك إلى الأضرار به، وهذا يقتضي أن يكون المصل Vaccin سليماً لا يحمل للشخص أيّ عدوى مرض من الأمراض كما يجب أن يعطى بطريقة صحيحة ملائمة¹.

أمّا فيما يخص مدى فعالية ونجاعة المصل أو التلقيح فهذا التزام بعناية يجب أن يبذل فيه القائم به الجهود اليقظة في اختياره واتّفاقه مع الأصول العلميّة الحديثة حتى تكون نتيجته إيجابية وهي تحصين المريض ضدّ الوباء أو المرض الذي يخشى منه. وبما أنّ التلقيح إجباري تتولّى التّكفل به وضمانه مجّاناً، فهي تسأل عن الحوادث والأضرار التي قد تنتج عن عملية التلقيح أيّما كان المكان الذي تجرى فيه.

إذ هي المتكفلة بضمان سلامة المواطنين في هذا الصدد، والإخلال بهذا الالتزام بتحقيق نتيجة يترتب قيام مسؤوليتها، باعتبار أنّ القائمين بعمليات التلقيح غالباً من العاملين لدى وزارة الصحة.

البند الخامس: التّحاليل الطبيّة – Les analyses médicales

يرجع سبب اعتبار التزام طبيب التّحاليل الطّبية التزاماً بتحقيق نتيجة وبسلامة المريض، إلى أن منطقة نشاط هذا الطبيب المحلل تنحصر في أعمال مخبرية (معملية) لا تتضمن بحسب الأصول العلميّة المسلم بها في احتمال ذلك أنّ هذه التّحاليل لا تعتبر عملاً طبيّاً بالمعنى الدقيق. وهكذا ينبغي أن تقوم مسؤوليته بمجرد عدم تحقّق النتيجة المبتغاة من تحليله².

¹. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 230.

². وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص 76، 77.

البند السادس: الأدوية والمواد الصيدلانية – médicaments et produits pharmaceutiques

تعتبر الأدوية التي يصفها الطبيب لمريضه مجرد وسيلة من أجل تحقيق الشفاء أو تخفيف حدة الآلام، إلا أنه إذا ما سببت تلك الأدوية التي يتعاطاها المريض أضرارا له فإن ذلك يثير مسؤولية كل من الطبيب أو الصيدلاني أو الصانع بحسب الأحوال. فالطبيب عندما يصف ويكتب لمريضه الدواء في الوصفة الطبية يخضع للالتزام العام ببذل عناية، قوامها اليقظة في أن يكون الدواء مناسباً لحالة المريض وناجعا، ولكنه لا يلتزم بشفاء المريض. وعليه فلا تقوم مسؤولية الطبيب في هذا الصدد إلا إذا ثبت تقصيره إما بإهماله في اختيار الدواء أو خطئه في وصفه أو في طريقة تعاطيه. كالطبيب الذي يصف مثلا مادة ذات خصائص سامة دون أن يبين لمريضه كيفية وطريقة وشروط تعاطيها.

أما إذا قام الطبيب بتقديم الدواء مباشرة لمريضه في عيادته أو مستشفى الخاص ففي هذه الحالة يقع على عاتقه بالإضافة التزامه العام ببذل العناية، التزاما آخر بتحقيق نتيجة فيما يخص المواد والأدوية التي تم تقديمها¹، مقتضاه تحقيق نتيجة تتمثل في عدم

¹.Cass.1° civ : 07/11/2000, n° 1637 FS-P, "contrats – concurrence – consommation" Editions du juris – classeur, janvier 2001, France, P 13.

Donne acte aux AGF et à la Polyclinique X... de leur désistement partiel à l'égard de M. Z... et du Sou médical ;

Sur le moyen unique, pris en ses trois branches, du pourvoi principal :

Attendu que pour les besoins de la préparation d'une intervention chirurgicale qui devait être faite, le 1er août 1991, à la Clinique X... par M. Z..., médecin, Mme Y... a fait l'objet d'une application cutanée de produits désinfectants et qu'immédiatement après, elle a présenté des brûlures du 1er et 2e degré qui ont rendu nécessaire le report de l'intervention projetée ; que l'arrêt attaqué (Montpellier, 9 décembre 1998) a retenu la responsabilité de la clinique et écarté celle du praticien ;

إعطاء المريض أدوية فاسدة أو ضارة أو لا تؤدّي بطبيعتها وبخصائصها المعهودة إلى تحقيق الغاية المقصودة منها. ويسأل الطبيب عند إخلاله بهذا الالتزام بتحقيق نتيجة ما لم يقدّم الدليل على وجود سبب أجنبي غير منسوب إليه¹.

أمّا الصيدلي والمنتج، فالقاعدة العامّة هي أنّ التزامه بتحقيق نتيجة، ذلك أنّه مدين بالالتزام محدّد يتمثّل في تقديم أو بيع أدوية صالحة وسليمة ولا تشكّل بطبيعتها خطراً على حياة المرضى الذين يتعاطونها².

ويبدو هذا الالتزام واضحاً في حالة قيام الصيدلي بتركيب الدواء بنسب معينة، إذ يسأل عن أيّ خلل في التّركيب أو فساد عناصره وما يترتّب على ذلك من أضرار أو تسمّات من أيّ نوع للمريض، وقد قضت محكمة النقض المصريّة بأنّ إباحة عمل

Attendu qu'à l'encontre de cet arrêt, la clinique invoque des griefs tirés d'une violation des articles 7 et 16 du nouveau Code de procédure civile, 1604 et 1641 du Code civil et fait valoir qu'elle ne pouvait être tenue que d'une obligation de moyens et non de résultat, de sorte que l'article 1147 du Code civil aurait été violé ;

Mais attendu que le contrat d'hospitalisation et de soins liant un patient à un établissement de santé privé met à la charge de ce dernier, sans préjudice de son recours en garantie, une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les produits, tels les médicaments, qu'il fournit ; que l'arrêt attaqué, qui a constaté, d'une part, que la Clinique X... avait effectivement fourni les produits désinfectants employés sur la personne de Mme Y..., d'autre part, que ces produits étaient à l'origine des brûlures subies par cette dernière a, dès lors, légalement justifié sa décision au regard de la troisième branche du moyen, les deux premières s'attaquant à un motif erroné mais surabondant tiré des obligations pesant sur le vendeur ;

Sur le moyen unique du pourvoi provoqué de Mme Y... : (Publication sans intérêt) ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi principal et le pourvoi provoqué.

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007042225/>

(13/05/2023 a 10:50).

¹ محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 392.

² عيد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 127.

الطبيب أو الصيدلي مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقاً للأصول العلمية المقررة ... وخطأ الصيدلي بتحضيره محلول النتوكايين كمخدر موضعي بنسبة 1 % وهي تزيد عن النسبة المسموح بها طبيًا يوجب مسؤوليته جنائيًا ومدنيًا.

كما تقوم مسؤولية الصيدلي كذلك في الحالات التي يقتصر فيها دوره على بيع الأدوية التي تورده من المصانع، إذ أنه قادر من الناحية العلمية على التحقق من سلامة وصحة الأدوية التي تسلم إليه لبيعها للجمهور، ولكنه يستطيع الرجوع بعد ذلك بدعوى المسؤولية على المنتج إذا ما كان العيب القائم بالأدوية يرجع لصناعتها¹، ذلك أن المنتج هو المسؤول الأول في هذه الحالة باعتبار أن التزامه هو التزام السلامة (obligation de sécurité)² وليس هناك من سبيل من أجل حماية المرضى وصيانتهم من الأخطار التي تهددهم عن طريق الأدوية والمواد الصيدلانية، إلا بإثبات سلطان وسيادة الالتزام بالسلامة بالنسبة للمنتجين والبائعين المحترفين والتزامهم بهذا المبدأ بالنسبة للالتزام بضمان العيوب الخفية³، وقد كرس المشرع الفرنسي بقوة القانون مسؤولية المنتجين والموردين للمواد الفاسدة وغير الصالحة بموجب قانون 1998/05/19 المتعلق بالمنتجات الفاسدة، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال المادة (11/03) من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁴.

ويشترك الصيدلي مع المنتج في المسؤولية إذا كان على علم بفساد أو عدم صلاحية الأدوية، ومع ذلك استمر في بيعها.

¹. رضا عبد الحليم عبد المجيد، المسؤولية القانونية عن إنتاج وتداول الأدوية والمستحضرات الصيدلانية، المرجع السابق، ص 200، 201.

². Cass. 1^{er} civ : 03/03/1998, J.C.P. La semaine juridique " Entreprise et affaires", n ° 27,02 juillet 1998, paris, P 1102.

³. Janine Revereau, Responsabilité des fabricants, JCP. La semaine juridique "entreprise et affaires", N° 27, 02 juillet 1998, Paris, p 1102

⁴ - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15 لسنة 2009.

إِما إذا كان الدواء سليماً ومركباً بعناية ودقّة متناهية، ومع ذلك ترتّب عن تعاطيه إصابة المريض ببعض الأضرار نتيجة العوامل الدّاخلية أو لحساسية المريض، فلا مسؤولية على الصيدلي أو المنتج، وإنّما تثور مسؤولية الطّبيب الذي وصف الدواء دون القيام بالفحص الأوّلي لجسم المريض لمعرفة مدى قابليّته لهذا الدّواء.

البند السابع: الجراحة التّجميلية

إنّ الطّبيب بشأن هذا النوع من الجراحة، عليه التّزام ببذل عناية جدّ يقظة، أكثر من العناية المطلوبة في العلاجات الطّبية الأخرى، بل أكثر من ذلك فقد "ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأنّ التّزام جراح التّجميل والتّجميل هو التّزام بتحقيق نتيجة بحيث يسأل عن فشل العمليّة"¹، وهذا نظراً لطبيعة هذا النوع من الجراحة الذي لا يكون الغرض منه علاج مرض ما عن طريق التّدخل الجراحي، وإنما إزالة تشويه أو عيب في الجسم. إلا أنّ الرّأي الرّاجح فقها وقضاء يعتبر التّزام الطّبيب جراح التّجميل التّزاماً ببذل عناية بالرّغم من تشديد القضاء فيما يخصّ مسؤولية هذا الأخير كما سبق وأن رأينا ذلك.

البند الثامن: عمليات نقل وزرع الأعضاء

تقوم مسؤولية الطبيب المدنية متى ارتكب أي خطأ طبّي، كاستئصال العضو السّليم بدلاً من العضو المعطل، أو كما لو أجرى للمريض عمليّة زرع عضو أو عمليّة نزع عضو خطيرة دون أن يبين لأطراف العمليّة الطّبية، طبيعة وحجم المخاطر والآثار العرضية المحتملة عن العمل الطّبي.²

وإدراكاً من المشرع الجزائري لهذا الموضوع الحساس ومراعاة منه لأهميّته، فقد خصّص له القسم الأول من الفصل الرابع تحت عنوان احكام تتعلق بنزع قزرع الاعضاء

¹.محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه، المرجع السابق، ص 120.

².منذر الفضل، المرجع السابق، ص 127.

والنسجة البشرية من المادة 355 إلى 369 من القانون رقم 18- 11 المتعلق بالصحة المعدل والمتمم¹، دون أن يبيّن طبيعة التزام الطبيب في هذه العمليات.

غير أنّ كثيرا من البحوث الفقهيّة العربيّة منها والفرنسيّة فيما يتعلّق بعمليات نزع وزرع الأعضاء كيّفت التزام الطبيب بأنّه التزام بتحقيق نتيجة محدّدة²، وهي أن لا يصيب الشّخص ضررا ولا تسوء حالته مقارنة عمّا كانت عليه من قبل بسبب هذا التّدخل الجراحي، بحيث يكون وقوع مثل هذا الضّرر قرينة على الخطأ.³

خلاصة القول أن مسؤوليّة الطبيب في مجال نزع وزرع الأعضاء لا تقوم إلا على أساس الخطأ الثابت، ولا يعتبر الخطأ ثابتاً إلا إذا كان ثبوته على وجه التّحقيق⁴. لذلك فإنه يتوجب في عمليات نزع وزرع الأعضاء أن يكون الطبيب اختصاصي في العضو المراد نزعه⁵.

من خلال ما سبق بيانه تبدو لنا أهميّة حصر نطاق التزام الطبيب ببذل عناية في المفهوم الضيق لفكرة العلاج، والتوسّع بالمقابل في التزاماته التي تتضمن تحقيق نتيجة محدّدة. فمثل هذا التوسع يؤدي إلى تخفيف عبء الإثبات الملقى على عاتق المريض المضروب ليقترّب عمليا من إعفائه منه، ومن جهة أخرى ومن حيث تضمن وصف التزام الطبيب بأنه نتيجة محدّدة لقرينة شبه قانونية وقاطعة، فإنّ هذا التّوجه يقترّب من حيث نتائج العملية أيضا من استخلاص مسؤوليّة الطبيب من مجرد حدوث الضّرر للمريض.

¹ - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 46 لسنة 2018.

³.Dieter Giesen : La responsabilité par rapport aux nouveaux traitements et aux expérimentations, communication au colloque de droit européen « la responsabilité civiles des médecins », organisé par le conseil de l'Europe avec la collaboration des université « Jean Moulin » et « Claude bernard », LYON du 03- 05 juin 1975, Ed. Masson, Paris, 1976, p 89 ets.

⁴. محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 231.

⁵. منذر الفضل، المرجع السابق، ص 133.

والحق أن هذا يقودنا في الواقع إلى الأداة القانونية الثالثة التي استخدمها القضاء كوسيلة -باعتبارها من مظاهر التوجّه نحو إعفاء المريض من عبء إثبات الخطأ الطبي - للحد من الإسناد المبدئي لعبء إثبات المريض لهذا الخطأ الطبي، متوجهاً في ذلك إلى إقامة نوع من المسؤولية غير الخطئية- أي لا تستند إلى الخطأ -، مفادها تقرير حق الضرر في التعويض عمّا أصابه من ضرر نتيجة التّدخل الطّبي، دون حاجة إلى البحث عن الخطأ ولو عن طريق افتراضه، وهذا ما نتناوله في **المطلب** اللاحق.

المطلب الثاني: انعكاس طبيعة عناصر العقد الطبي على

الالتزامات فيه

يرى البعض أن قواعد القانون المدني لم تعد كافية لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية وخاصة في عقد العلاج الطبي في ظلّ التّحركات الواسعة على مستوى الدول الغربية من أجل حماية المستهلك، فلجأت الدّول إلى سنّ قواعد قانونية حمائية تضمن إعادة التوازن في العلاقة العقدية بين المستهلك والمحترف باعتباره الطرف القوي في هذه العالقة، وعلى غرار التشريعات المقارنة، سنّالمشرّع الجزائري مجموعة من القواعد القانونية تضمنتها النصوص المختلفة والهادفة إلى حماية المستهلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة، أهمّها القانون 03-09 المؤرّخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم، إلى جانب بعض النّصوص الأخرى منها الأمر 03-03 المتضمن قانون المنافسة المعدّل والمتمّم، والقانون 02-04 المحدّد لشروط الممارسات التجارية المعدل والمتمم.

لقد حددت هذه القواعد المتعلّقة بحماية المستهلك عناصر العلاقة الاستهلاكية والمتمثلة في أطرافها أي المستهلك الجدير بالحماية والمحترف الذي هو الطرف القوي في هذه العلاقة والملتزم بقواعد الحماية، والمنتوج المعروض للإستهلاك سواء كان سلعة أو خدمة، والذي يجب أن تتوافر فيه مجموعة من الشّروط لكي يصلح أن يكون محلاً لهذه العلاقة.

باعتبار أن العمل العلاجي قد يتم بموجب عقد بين المريض والطبيب، فإن هذه العلاقة العقدية تآثر بما تم ذكره سابقاً من اختلال التّوازن العقدي بين طرفيه، معتبرا في الوقت نفسه أن المنتجات الدوائية التي يستهلكها المريض قد تدخل في إطار عقود الاستهلاك، وبالتالي اعتبار الطبيب محترف في هذه العلاقة والمريض مستهلك.

الفرع الأول: المريض باعتباره مستهلك

عرّف بعض الفقّه المستهلك بأنّه "الشّخص الطّبيعي أو المعنوي للقانون الخاص الذي يقتني أو يستعمل شيء أو خدمة في إطار غير مهني"، ولوحظ على هذا التعريف أنه اقتصر على الاستعمال الشّخصي دون العائلي للأشياء والخدمات، وعليه ذهب فريق آخر إلى تعريف المستهلك بأنه "كل شخص يتعاقد بهدف إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، سواء كان التعاقد بغرض الاستهلاك أو استخدام مال أو خدمة"، وقد أخذ بهذا التعريف غالبية الفقّه، إذ اعتبروه أفضل وأضيق التّعريفات التي تحدد مفهوم المستهلك باعتباره مفهوماً جامعاً يشمل الاستهلاك الشّخصي والعائلي وكذا الخدمات، وأنه مانع، إذ أن الغرض من التعاقد هو إشباع الحاجات الشخصية فيستبعد من نطاقه كل من يتعاقد لأغراض مهنية¹.

البند الأول: المستهلك في العقد الطبي شخص طبيعي

وأخذ المشرّع الجزائري بهذا المفهوم الضيق للمستهلك، باستعماله العبارات نفسها إذ جاء في نصّ المادّة 3 فقرة 2 من القانون رقم 09-03 المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش أن المستهلك هو: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجاناً سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفّل به"².

المستهلك في العقد الطّبي هو شخص طبيعي هو ذلك الشّخص الذي يبرم عقوداً مختلفة من أجل توفير ما يحتاج إليه من سلع، كالأغذية والأدوية والخدمات، لإشباع حاجاته الضرورية والكمالية الآنية والمستقبلية، ويشمل مفهوم المستهلك كل من الشخص المعنوي و الشخص الطبيعي الذي يتعاقد لإشباع حاجاته الفردية والأسرية، والذي لا يتمتع

¹ خلف أحمد محمد محمود علي، الحماية الجنائية للمستهلك في القانون المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية -

دراسة مقارنة- دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص52.

² - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15 لسنة 2009.

بالقدرة الفنيّة لتقييم ما يقتنيه من سلعة أو خدمة ، لذا تدخل المشرّع لصالحه بسنّ قواعد قانونيّة حمائيّة.

ويرى الفقه أنّ المستهلك يكون تقريبا على الدوام شخصا طبيعيا، اعتبارا للهدف غير المهني لعملية الاستهلاك التي تستدعي وجود حاجات خاصة مرتبطة أساسا بالأشخاص الطبيعية، هذا ما يبرر تخصيص قواعد قانون الاستهلاك لحماية الأشخاص الطبيعية، وبالنسبة للعقد الطبي، فيتميز بأنه يربط بين الزبون والطبيب، إذ جاء في القرار الشهير لمحكمة النقض الفرنسية¹ "أنه ينشأ بين الطبيب وزبونه عقدا حقيقيا، يلتزم فيه الطبيب إن لم يكن بدهاءة بشفاء المريض فعلا لأقل بإعطائه علاجا يقضًا، حذرًا متقفا مع الأصول العلمية.

البند الثاني: المستهلك شخص يقتني أو يستعمل المنتج الطبي بمقابل أومجانا

كما تشمل الحماية الشخص الذي يستعمل هذه المنتجات دون أن يكون هو الذي اقتناها، إذ قد يكون المقتني هو المستعمل، كما قد يكون المستعمل من الغير، ومثال ذلك المريض القاصر الذي يتكفل بعالجه وليّه، أو التّكفل بعلاج الغير على سبيل البر والإحسان بتحمل مصاريف التّداوي من أتعاب الطّبيب وثمان الأدوية، فالحماية إذا تَمَتَّد إلى الشخص الذي يستعمل المواد الطبية بغض النظر عن كونه هو الذي اقتناها أو قام بذلك شخص آخر، لكن مع ملاحظة أن الطبيعة الخاصة لهذه المواد تستلزم الإستعمال الشخصي لها، كما أن الحماية تمتد إلى الشخص الذي يستعمل الأجهزة الطبيّة كأجهزة الكشف بالأشعّة وأجهزة غسل الكلى.

¹.cour de cassation, Chambre civile, 20 mai 1936 : arrêt Mercier ;

<https://www.doc-du-juriste.com/droit-prive-et-contrat/droit-civil/commentaire-d-arret/arret-mercier-20-mai-1936-responsabilite-medecin-478391.html> mise a jour 27/03/2023 a 00:30

فالعامل يستفيد من الخدمات الطبية لسدّ حاجاته في العلاج دون اقتناء هذه الاجهزة بل يقتصر اقتنائه على الخدمة الطبية فقط، ويكون في جميع الحالات جديرا بالحماية باعتباره مستهلكا.

الفرع الثاني: الطبيب باعتباره مهني أو حرفي

يعرف العمل الطبي بأنه ذلك العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء المريض وذلك طبقا للأصول والمعارف الطبية المقررة في علم الطب، فالطبيب إذا هو الشخص المتخصص في علم الطب والذي يؤدي عمله وفقا لأصول هذا العلم، فهو العارف لمجموعة المعارف والإجراءات الخاصة بعلاج الأمراض أو تخفيفها أو منعها أو استعادة الصحة.¹

ولأجل القيام بمهامه يلجأ الطبيب إلى إبرام عقود العلاج وتنفيذها، فهي تدخل في نطاق نشاطه المعتاد وحرفته، وبالتالي يكون الطبيب محترفا للعمل الطبي الذي يمارسه كنشاط معتاد ويحصل منه على مورد الرزق، كما أنّ الاحتراف يجعل الطبيب يتحمل التزامات التيلا يتحملها شخص آخر غير محترف، وهذا بالنظر إلى درجة تخصصه وطبيعة احترافه المهنية ومراعاة العادات والأعراف المتعلقة بعلم الطب، وأهمية المصلحة الخاصة التي يسعى لتحقيقها والمتمثلة في المحافظة على جسم الانسان.²

أمّا الشريعة الإسلامية فقد اهتمت بحرفة الطب ووضعت مبدأ احترام آدمية الإنسان وحرمة المساس بجسمه، لكن أجازت التدخل الطبي إذا كانت غايته التداوي وعلاج الإنسان، بل هو أمر شرعي ضروري لحفظ الكيان البشري، عملا بقاعدة الضرورات تبيح المحظورات، وقيدت هذا التدخل بأن جعلته مناطا بأصحاب الحق في ذلك، وهم الأطباء والجراحون، فجعلت أساس عدم مسؤولية الطبيب هو إذن الشرع و إذن المريض معا، كما حددت معالم عمل الطبيب الذي يجب أن يلتزم بها في قيامه بعمله صيانة لجسم

¹حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص26.

²رايس محمد، المرجع السابق، ص355.

الإنساندون إحداث الضرر للمريض عملا بالقاعدة وعدم الإنحراف والشرعية بأن الضرورة تقدر بقدرها¹.

أما التشريع الجزائري فقد خص الحرف الطبية بتنظيم خاص، فلا يحق مزاولة المهنة الطبية إلا بعد حصول الطبيب على الرخصة القانونية واستيفائه للشروط الصارمة والمتمثلة في الشهادات العلمية التي يجب أن تتوفر في كل من يمارس مهنة الطب لاكتساب صلاحية مزاولة الأعمال الطبية، وهذا حماية لكل من يقبل على استهلاك الخدمات الطبية من تعرض سلامته للأذى من أشخاص ينتحلون صفة الأطباء دون اكتسابهم المؤهلات العلمية والفنية اللازمة، إذ أن الطب يعتبر علما وفنا في آن واحد كما اشترط القانون أن لا يكون الطبيب مصابا بعاهة مرضية منافية لممارسة مهنة الطب، كالإصابة بالعدوى مثلا، وذهب أبعد من ذلك حفاظا على السلامة المعنوية للعميل فاستبعد من الحصول على الرخصة لمزاولة مهنة الطب كل شخص حكم عليه بصفة نهائية بعقوبة ماسة بالشرف².

¹. الاودن سمير عبد السميع، المرجع السابق، ص9.

². بودالي محمد، المرجع السابق، ص28.

الفرع الثالث: المنتجات الدوائية

وقد عرّف القانون 03-09 الذي يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المنتج بأنه: "كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجاناً"، فالمشرع الجزائري في تعريفه لموضوع العلاقة الاستهلاكية الذي يجب أن يلبي الرغبات المشروعة للمستهلك من أمن وسلامة ومطابقة، وبعبارة أخرى المنتج القابل للاستهلاك، استعمل تارة مصطلحات السلعة والخدمة، وتارة أخرى المنتج والخدمة.¹

البند الأول: المنتجات الطبية الاستهلاكية

قصد التشخيص أدى التطور العلمي إلى إستعانة الطبيب بمنتجات تقنية متطورة العلاج والرقابة، وهي الأعمال التي يتعاقد لأجلها المريض مع الطبيب الذي يلتزم بموجب هذا العقد ببذل العناية في الأصل من أجل شفائه وتمثل النتيجة المرجوة عند استعمال المنتجات الطبية، وبالخصوص الأدوية في ضمان السلامة التي تفرضها قواعد حماية المستهلك، وهو الالتزام الذي يقع على الصانع أو المنتج الذي يتحمل المسؤولية دون خطأ عن العيوب التي تلحقها منتجاته.

إنّ المشرع الجزائري لم يعرف المواد الطّبية بل حاول حصرها مع مسايرة التطورات العلمية في مجال تقنيات العلاج والتشخيص، فأسهب في تحديد المواد التي تعد من الأدوية ثم المواد المماثلة لها، والتي تشمل الجسيمات المعدّلة وراثياً، إلى جانب كل الأدوات والأجهزة الطبية بما فيها من البرامج الإلكترونية المستعملة في تقديم الخدمات الطبية، واستثنى المنتجات من الأصل البشري.

¹ - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15 لسنة 2009.

البند الثاني: المنتجات الطبية المتعلقة بجسم الانسان

أنّ مفهوم المنتج لا يشمل عناصر ومستخلصات الجسم البشري واعتبر قانون أخلاقيات مهنة الطب أنّ كل منتج مشتق من الدّم دواء، إذ أنّ المشتقات تستلزم إجراء عمليات صناعية، وتقنية للحصول عليها، أي تدخل المنتج، وبالتالي يقع عليه ضمانها، أما عناصر جسم الإنسان الأخرى كالدمّ والقطع الجلديّة والكلية فمتى تم استخدامها في إطار العقود الطبية أي من مؤسسات علاجية خاصة، فلا توصف بالمنتجات التي تسرى عليها المسؤولية الموضوعية إلاّ إذا تمّ توريدها عن طريق هيئات مهنية مرخص لها كبنوك الدم أو العيون، وعليه يظهر لنا أنّه ليس كل مادة مستعملة في العلاج الطبي منتج استهلاكي، وهذا يستتبع أنّ العقد الطّبي لا يكون عقدا استهلاكياً عند استخدامها.¹

¹.الاولدن سمير عبد السميع، المرجع السابق، ص9.

المطلب الثالث: خصائص العقد الطبي

كسائر العقود يحمل العقد الطبي العديد من الخصائص والمميزات التي تفرقه عن باقي العقود الأخرى، فنجد بعض الخصائص تتميز بالطابع الشخصي (الفرع الأول) والبعض الآخر يتميز بالطابع الفني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الخصائص ذات الطابع الشخصي

يتلخّص هذا النوع من الخصائص في الإعتبار الشخصي (البند الأول) و الوكالة (البند الثاني).

البند الأول: إنّ العقد الطبي قائم على الإعتبار الشخصي

لأنّ مهنة الطب باعتبارها مهنة حرّة تعتمد على الثقة بين القائم بالعمل الطبي والمريض، فالمريض يضع ثقته بطبيب معين يختاره لثقته في قدراته و أمانته و إخلاصه وحرصه في تقديم العلاج فقد نصت المادة 80 من مدونة أخلاقيّات المهنة على مبدأ الإختيار الحرّ للطبيب من قبل المريض.

البند الثاني: العقد الطبي هو عقد وكالة

حسب ما ذهب إليه الفقه السويسري في المادتين 162-394 من قانون الإلتزامات السويسري¹، و التي تقضي أنّ قاعدة التوكيل تنطبق على الأعمال الفنيّة، لأنّ الوكيل لا يلتزم بتحقيق نتيجة بخلاف عقد المقاوله لكن هذا الرأي تعرّض للانتقاد، لأنّ عقد العلاج الطبي لا يتفق و لا يتلاءم مع أحكام عقد الوكالة كون الطبيب حر في مزاوله مهنته و فنّه كما يشاء و لا ينوب على المريض و ليس عمله تصرّفًا قانونيًا بل هو عمل فنيّ محض، و قد تأثّر الفقه الفرنسي بهذا الرأي فنجده في فكر الفقيه الفرنسي بوتيه (pothier) الذي يقول: "مما لا شك فيه أنّ الخدمات التي يؤديها أصحاب المهن

¹ - <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/ch/ch037fr.pdf> mise a jour 28 mars 2023 a 13 :00

الحرّة، إنّما تخضع في حقيقة الأمر إلى أحكام عقد الوكالة، وليس لأحكام عقد إيجار الأشخاص ومن هذه الخدمات تلك التي يؤدّيها الأطباء¹

بينما الوكالة مبناها فكرة النيابة، فكيف يتصور أنّ الطبيب يقوم بأداء عمل نيابة عن الأصل وهو مريض يجهل فنّ الطب و قد أجبرته ضرورة العلاج و الألم إلى اللجوء لهذا الطبيب، كما أنّ العقد الطبي لا يعتدّ فيه بأهليّة المريض ناقص الأهلية أو عديمها² في حين عقد الوكالة تكون فيه أهلية الموكل (الأصيل) محلّ اعتبار فيعتدّ بها لإبطال العقد.

¹. عبد النباوي محمد ، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، الطبعة الثانية، سنة 2005 ، ص 63.

². أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه، دار الطوبجي للطباعة و النشر 1983 جامعة القاهرة، ف 127، ص 223.

الفرع الثاني: الخصائص ذات الطابع الفني

تتلخص خصائص العقد الطبي القائمة على الطابع الفني في اعتباره عقد عمل (البند الأول)، و اعتباره عقد معاولة (البند الثاني)، وأنه عقد غير ملزم (البند الثالث).

البند الأول: العقد الطبي عقد عمل

من القائلين به اعتبروا هذا العقد هو عقد إجارة أشخاص، أو عقد إجارة خدمات أو عقد عمل¹، و ذلك استنادا إلى الالتزامات الناجمة عنه، و يلاحظ أنّ مفهوم مهنة الطب لا تتوافق مع هذا الوصف لعدم توافر رابطة العمل (أي أنّ الفنّ و مهنة الطب تتعارض مع علاقة العمل)، كما هي معروفة على صعيدي القانون المدني و تشريعات العمل على حدّ سواء، فعقد العمل يتعاهد فيه شخص على العمل لفترة من الوقت لخدمة شخص آخر و تحت إشرافه في مقابل أجر².

أما في عقد العلاج الطبي يقوم على استقلال الطبيب في مواجهة المريض لأنّ هذا الأخير النواحي الطبية و حالته الصحية التي يعيشها يمنعان خضوع الطبيب للمريض فكما لا يوجد عقد إجارة أشخاص دون وجود تبعيّة قانونيّة من جانب ربّ العمل كذلك لا يوجد عقد علاج طبي دون وجود استقلال كامل للطبيب في مواجهة المريض³.

¹. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية- القاهرة- ص 106.

². أحمد محمود سعد ، مسؤوليّة المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه، المرجع السابق، ف 128، ص 223.

³. عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 108.

البند الثاني: العقد الطبي عقد مقاولة

لقد ذهب فقهاء آخرون إلى أنّ عقد العلاج الطبي هو عقد مقاولة في الغالب¹، ولقد تبنى هذه النظرية في الفقه العربي بالإضافة إلى الأستاذ السنهوري فقهاء آخرون من المغرب و العراق و لبنان²، و لكن تعرضت هذه النظرية للانتقاد، كون عقد المقاوله عقدا تجاريا فإنّه ينصب على أعمال مادية خلافا لعقد العلاج الطبي الذي ينصب على عمل فكري عقلي و يجب أن يخضع لقواعد خاصة³.

¹ السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، ج(07)، العقود الواردة على العمل، دار النهضة العربية القاهرة 1964، ص18.

² قاسم ثروت، الوجيز في شرح أحكام المقاوله ج (01)، بغداد سنة 1979، ص 51.

³ أحمد أدريوش، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب (رسالة نيل دبلوم الدراسات العليا) ص 141 و 372 دون نكر السنة. و إن كان هناك حقيقة تقارب نوعا ما بين عقد العلاج الطبي و المقاوله في كونهما ينصان على الالتزام بتقديم أداء معين مقابل أجر معلوم إلا أنّ ذلك ليس كافيا لاعتبار عقد العلاج الطبي عقد مقاوله، كون العقد الطبي يقوم على اعتبارات أخلاقية و إنسانية، خلافا لما هو عليه الحال في عقد المقاوله (يقوم على اعتبارات مادية محضة).

لذلك و نتيجة لما سلف ذكره فإن عقد العلاج الطبي هو عقد قائم بذاته و غير مسمى ضمن العقود المسماة.

كما أسلفنا سابقا عدم كفاية التكييف القانوني المقترح لعقد العلاج الطبي ضمن تصنيف العقود المسماة لذلك فقد قرر جانب من الفقه أنّ هذا العقد يعتبر عقد غير مسمى (أي عقد من نوع خاص)، يختلف موضوعه الأساسي عن باقي العقود، و عن القواعد التي تحكمها و أنّ التشابه الذي يوجد بين العقد الطبي و بين العقود التقليدية لا يؤدي إلى أن يفقد هذا العقد صفته المستقلة. و قد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا القول و قضت بأنّ الاتفاق المبرم بين المريض و الطبيب الذي يقدم مساعدته و جهوده لا يمكن أن يوصف بأنه عقد استصناع بلإنه عقد من نوع خاص والجدير بالذكر أنّ الفقيه "سافايتيه" قد دافع عن هذا المبدأ . أنظر أيضا : عبد السلام التونسي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية و القانون السوري و المصري و الفرنسي، دار المعارف لبنان ط(01) السنة 1967 ص 253. و قرار محكمة النقض الفرنسية 13 يوليو 1937، أشار إليه عبد السلام التونسي المرجع السابق، ص 253. أورد هذا القرار أيضا عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء (07)، المجلد الأول ص 20. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 118.

البند الثالث: أنّ العقد الطبي من العقود غير اللازمة

حيث أنّه قابل للانقضاء في كل وقت، سواء أكان هذا الانقضاء من جانب المريض أم من جانب الطبيب، لكن بشرط عدم الإضرار بالمريض لتقييد الطبيب بأصول وواجبات المهنة.

كانت هذه أهم خصائص العقد الطبي، و قد علق الأستاذ "كورنبروبست" على قضية تكييف عقد العلاج قائلاً: بأنّ هذه المسألة لم تجد لها حتى اليوم موقعا محددا في إطار التكييفات القائمة، وأنّ الحقيقة المسلم بها أنّ العقد الطبي له قواعد خاصة تمّ استخلاصها شيئا فشيئا عبر الأحكام القضائية و المناقشات الفقهية و لا يجوز أن نذهب أبعد من هذا¹.

لذلك و وفقا لما تقدّم نجد أنّ العقد الطبي هو عقد قائم بذاته و من نوع و طبيعة خاصتين، متميز عن بقية العقود المسماة و يترتب عن هذا الوضع الخاص إرساء قواعد و أسس و اعتبارات خاصة لأنّه ينظم علاقات و روابط خاصّة، و لعل أهم ما يتعلق بالعقد الطبي هو ما ينتج عنه من مسؤولية بالنسبة لطرفي العقد الطبي(المريض) والمريض).

².أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 114.

الفرع الثالث: طبيعة الإلتزامات في العقد الطبي

فالطبيب لا يلتزم بشفاء المريض وإنما يلتزم فقط ببذل عنايته في سبيل شفاؤه¹ وعليه فلا يسأل الطبيب عن عدم الشفاء وإنما عن تقصيره في بذل العناية اللازمة.² ولا شك أن العناية التي يلتزم الطبيب ببذلها، والذي يعتبر مخطأ و قد قصر فيها ليست أيّة عناية كانت، وإنما هي العناية التي تقوم على عنصرين هامّين وهما:

1. الإلتزام باليقظة ونباهة الضمير: حيث أنّ هذا الإلتزام يفرض عدة واجبات إنسانية طبية، كالإلتزام بالحصول على إذن المريض ورضاه، إعلامه، علاجه ومتابعته والإلتزام بكتمان سرّه...³

2. الإلتزام بالعلم: الذي ما هو إلاّ الإلتزام ببذل عناية، حيث أنّ الطبيب مقيد بما وصل إليه العلم في المجال الطبي من تطورات مستجدة، وملزم بمتابعة هذا التطور وفق الحقائق العلمية المكتسبة.⁴

¹.قرار مجلس قضاء قسنطينة -غرفة الاتهام- بتاريخ: 2001/11/26، قضية (ب.ف) ضد الطبيب (د.م)، ملف رقم 297062، حيث جاء فيه: " أن الطبيب مطلوب منه بذل عناية وليس تحقيق نتيجة، وما دام قد بذل عنايته المطلوبة فإنه لم يرتكب أي خطأ مهني".

². طبقا لنص المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب: "يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمنا تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتقاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة، والإستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين ".

³.قرار تعقيبي جزائي رقم 13422، المؤرخ في: 2002/02/12، احتهادات قضائية، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، سنة 2006، ص 161-266.

⁴. Patrice Jourdain : Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin, op. cite, p 05.Voir aussi : Jean Penneau : Les fautes médicales, op. cit, p 09.

المبحث الثاني: الضرر المقبول به من طرف المريض

ودوره في تقليص مسؤولية الطبيب العقدية

تعتبر الإلتزامات التعاقدية في العقد الطبي التزامات غير متوازنة، متأثرة في ذلك بنظرية الاذعان، فالمريض من خلال هذا العقد يجد نفسه مجبرا على تقبل الشروط العقدية المتضمنة في العقد الطبي من دون مناقشتها، مفضلا اياها على عدم التعاقد أصلا، وبالتالي تفويت فرصة العلاج الطبي وما يصاحبها من أخطار تهدد حياته، في المقابل فان الطبيب لن يجد حرجا في فرض شروطه في العلاج الطبي بجميع مراحلها محاولا التملص من المسؤولية القانونية من خلال الشّروط العقدية ، معتمدا في ذلك على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولكن هذا المبرر قد يبدو منطقيًا، في ظل التطور التكنولوجي الكبير الذي سيطر على عالم العلاجات الطبية الحديثة، وتأثره بالجانب الانساني لهذه المهنة.

إن قبول المريض بالعمل الطبي تحت وطأة الضّغط النّفسي المرتبط بمرضه، يجعله قابلا بالضرر المتوقع من العلاج، وهو ما يسمى برضا المريض بالضرر المثبول به، هذا الضرر قد يحدث نتيجة اخلال احد الالتمزامات التّعاقدية في العقد الطبي.

إنّ معالجة هذا المبحث تفرض علينا التّطرق إلى مكانة الرّضا بالضرر المقبول به من المريض في العقد الطبي (المطلب الأول) وبروز خصائص جديدة في العقد الطبي متأثرة في ذلك بالأحكام القانونية الموجهة لحماية المستهلك وباعتبار المريض مستهلكا (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مكانة الرضا بالضرر المقبول به من

المريض في العقد الطبي

إن التطرق لمفهوم الضرر المقبول به من المريض يستدعي تعريف الرضا بالضرر المقبول به من المريض لغة و اصطلاحاً، كما يستوجب التطرق للطبيعة القانونية لرضا الضرر المقبول به من خلال التفصيل في الاتجاهات الفقهية التي قبلت بهذا الشأن وكذا التطرق لنطاق الرضا بالضرر المقبول به من المريض، و هذا من خلال الفروع الثلاث التالية:

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للرضا بالضرر المقبول به

لرضا المضرور خصوصية في ترتيب آثاره اختلاف النظرية التشريعية إليه فهناك النظرة المدنية للرضا، وهنا أيضاً النظرية الجنائية وهو أمر يجعل من محاولة وضع معيار لتكييف الطبيعة القانونية لرضا أمراً صعباً.

البند الأول: الاتجاهات الفقهية للطبيعة القانونية لرضا المضرور

بالضرر

وإزاء ذلك اختلف الفقه اتجاهات مختلفة نحو تحديد الطبيعة القانونية لرضا المضرور.

أولاً: يؤسس على أن رضا المضرور هو تنازل عن حق.

1. أساس هذا الرأي: يرى أنصار هذا الإتجاه⁽¹⁾ أن رضا المضرور هو تنازل عن حق، وقد اشترطوا في هذا التنازل أن يكون مشروعاً، وأن يقيد بعدم الاضرار بالغير أو بالمصلحة العامة، و، من ثم فلا أثر للرضا إلا في الحالات التي يجوز فيها

¹.Garraud (R) : Traite thorieetpratique du droit penal Français -11 - 1914 - p 66.

التصرف في الحق، كما يتعين في التنازل أن يكون عن قصد وعلم تام والدراية كاملة كما يلزم في الشخص المتنازل أن كامل الأهلية، ويلزم في الحقوق القابلة للتنازل عنها أن تكون شخصية فلا يجوز التنازل عن الحقوق العامة .

2. **تقدير هذا الإتجاه:** وما يؤخذ على هذا الإتجاه أن يقتصر التصرف في الحق على صورة واحدة من صور التصرف وهي صورة التنازل عنه حال كون التصرف قد يأخذ صوراً أخرى كنقل الحق أو حوالته أو يكون في شكل تصرف الشخص بنفسه في حقوقه، كما أن التنازل يتضمن في معناه ضياع إرادي للحق ومنع نشوئه، مما يؤدي إلى نتيجة غير مقبولة لا سيما عندما يكون الإعتداء على الحق المصان حاصلًا لمصلحة صاحبه ففي حالة العلاج الجراحي لا يمكن أن يقال بأن رضاء المريض بالجراحة يعد تنازلاً عن الحق في سلامة جسمه، إنما يعني ذلك التنازل عن استعمال الحق لشخص آخر، وأن يكون بصفة مؤقتة ويقصد حماية الحق ذاته⁽¹⁾.

ومن جانبنا مضيف بأن تكييف رضاء المضرور بالضرر بأنه تنازل عن الحق أي اتجاه الإرادة نحو التخلي عنه هو ما يتعارض مع إحدى صور رضاء المضرور كالتالي يكون فيها المضرور قد رضى بضرر متحملاً حدوثه، وهو ما يعرف بفكرة قبول المخاطر، فهو في هذه الحالة قد رضى بضرر محتمل ولكنه لا يريده لنفسه وهو ما يتنافى مع معنى التنازل عن الحق.

ثانياً: الطبيعة القانونية للرضاء تقوم على فكرة استعمال الحق

1. **أساس هذا الرأي:** يذهب الفقيه الألماني "Zitelman" إلى أنّ الرضاء متى وجد فهو يمثل استعمالاً للحق مقيماً رأيه على أن كلّ اعتداء على الحق يترتب برضاء من صاحبه يتضمن تنازلاً للغير عن استعمال الحق، وهذا التنازل يمكن الرجوع فيه⁽²⁾.

¹. حسني السيد الجدع، المرجع السابق، ص74.

² . Antoun F. Abdou, **Le Consentement de la victime**: OP. Cit. P 57-62.

2.تقدير هذا الاتجاه: وما يؤخذ على الرأي أنه كما يكون لصاحبه الحق أن يستعمله عن طريق غيره فصاحب الحق له أن يستعمله بنفسه، كما أن الرضاء وإن كان قد يأخذ هذا الطابع في بعض الأحوال إلى أنه ليس كذلك في كل تصرف قانوني⁽¹⁾.

ومن ثم يمكن القول بأن هذا الاتجاه غير شامل لوضع ضابط صحيح متكامل للطبيعة القانونية للرضاء، إذا أنه يقصر الطبيعة القانونية للرضاء على صورة واحدة من صور التصرف في الحق وهي صورة استعمالها، مع أن للمتصرف في الحق صوراً أخرى منها نقله في التنازل عنه.

ثالثاً: الطبيعة القانونية للرضاء تقوم على أساس من الترخيص القانوني

1. أساس هذا الرأي: يذهب الأنصار هذا الاتجاه إلى أن المحتوى القانوني للرضاء يجعل منه في طبيعته القانونية بمعنى أن القانون هو الذي يرخص بمباشرة الحق سواء كان في صورة تصرف مدني أم مباشرة للفعل الجنائي⁽²⁾.

2. تقدير هذا الاتجاه: ومما يؤخذ على هذا الإتجاه في رأينا: أن القول بأن القانون هو الذي يرخص بمباشرة الحق محل الرضاء إنما يمثل أحد الشروط اللازمة للإعتداد بصحة الرضاء ومن ثم لا يمكن الإعتداد بفكرة الترخيص القانوني كأساس للطبيعة القانونية للرضاء، فالبحت في مدى صحة شروط الرضاء بعد مسألة لاحقة على صدور الرضاء ذاته.

¹.حسنى السيد الجدع، المرجع السابق، ص 77.

².Antoun. F .Abdoun, Le Consentement de la victime,OP Cit p 55.

رابعاً: يقيم الطبيعة القانونية للرضاء على أنه تصرف قانوني

يذهب غالبية الفقه المصري⁽¹⁾ والأجنبي⁽²⁾ بأنّ الرضاء هو تصرف قانوني أن الحق هو المصلحة، وذلك بحسبان أن الرضاء هو تعبير عن إرادة اتجهت إلى إحداث أثر قانوني معين متى كان القانون يعترف بشرعية الآثار المترتبة على صدور الرضاء.

وهذا التصرف لا يتقيد بصورة معينة فقد يتم إما بالتنازل عن الحق أو المصلحة أو بأية طريقة من طرق التصرف، لكن شريطة أن يجيز القانون التصرف فهناك من الحقوق مثل الحق في الحياة وحق المحافظة على سلامة الجسد من الحقوق التي لا تقبل التصرف.

ويضيف البعض⁽³⁾ بأن الرضاء هو تصرف قانوني من جانب واحد لأن المجنى عليه أو المضرور هو الذي يملك حق التصرف في الحق محل الاعتداء وحق استعمال الرضاء على نحو الذي يراه ولمن يشاء، ومن ثم فإن هذا التصرف القانوني يكون بحسب الأصل- تصرفاً من جانب واحد مما ينتج أثره دون توقف على علم مرتكب الفعل، ومما يجدر التنويه إليه أن اصطلاح التصرف القانوني يغير اصطلاح الواقعة القانونية فالتصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين يرتب عليها القانون هذا الأثر ولهذا يجب أن تكون الإرادة سليمة خالية من العيوب. أما الواقعة القانونية فهي واقعة مادية يرتب عليها القانون أثراً سواء أكانت من فعل الطبيعة أو من فعل الإنسان⁽⁴⁾

¹ محمود نجيب حسني شرح القانون العقوبات القسم العام النظرية العامة للجرعة، ط 1962، المرجع السابق، ص 27، وانظر أيضاً عوض محمد قانون القسم العام، ط 1983، ص 189.

² Jean hemard : le Consentement de la victime dans le délit de coups et blessures. Rev .critique de legislation et de jurisprudence 1939. p 296.

³ حسني السيد الجدع، المرجع السابق، ص 83.

⁴ توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية" النظرية العامة للقانون والنظرية" العامة للحق، طبعة 1975، بيروت ص 865-879.

ومن ثم تقدر المقابلة بين التصرف القانوني والواقعة القانونية هي مقابلة بين الإرادة وبين العمل المادي.

البند الثاني: نطاق رضا الضرر المقبول به

أولاً:النطاق التشريعي لرضاء المضرور في ظل أحكام القانون المدني

بداية نشير أن إذا كان الخطأ ينتفى إذا انعدم الإخلال بواجب قانوني أو إذا لم يوجد الواجب أصلاً إلا أن الأمر يدق في حالات كثيرة يبدو فيها إخلالاً بواجب قانون ومع ذلك لا تتحقق منها مسؤولية، ويرجع ذلك دائماً إلى وجود ظرف يرفع عن المكلف الواجب القانوني الذي يبدو أنه أخل به⁽¹⁾، فهل يعد رضاء المضرور أحد الظروف التي تضمنتها التشريعات المدنية المختلفة واعتبرتها ضمن الحالات انتفاء الخطأ يترتب عليها إعفاء الفاعل من الواجب المقابل لذلك الحق الذي رضى به المضرور؟.

بيد أن كثيراً من التشريعات الأجنبية لم تدخل رضاء المضرور بالضرر ضمن الحالات انتفاء الخطأ في القانون المدني، بما يترتب عليها إعفاء الفاعل من المسؤولية المدنية، وإنما نجدها رتبت أثراً آخر وهو إنقاص حق المضرور - الذي رضى بالضرر - في التعويض أو رفضه ومنها من رتب هذا الأثر أيضاً في حالة وضع المضرور نفسه في ظرف من الظروف التي ينجم عنها الضرر عقلاً، وهو ما يعرف بقبول المخاطر ورتبت هذه التشريعات على فكرة قبول المخاطر إنقاص حقه المضرور الخاطئ لحقه في التعويض⁽²⁾.

¹ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - الفعل الضار - المرجع السابق، ص 106.

² من الأمثلة ذلك: ما نصت عليه المادة 44 من القانون المدني السويسري على أن للقاضي أن ينقص التعويض المطلوب أو أن يرفض الحكم به متى ثبت له رضاء المضرور بالضرر. وكذلك المادة 44 من قانون الالتزامات التركي " تقضي بأنه إذا رضى المضرور بحدوث الضرر فللقضاء أن ينقص التعويض المطلوب أو أن يرفض الحكم به، ومن التشريعات الأجنبية التي تناولت مجازاة المضرور الذي لم يكن قد اتخذ التدابير لتجنب أو استبعاد ضرر يوشك به، المادة 441 من التقيين المدني التشيكوسلوفاكي التي تقضي بأن " من يكون مهددا بضرر يكون مسؤولاً أن يتدخل

وعليه فان رضاء المضرور بحسب انه يمثل إحدى حالات انتقاء الخطأ وإنما تناولت الأثر القانوني لرضاء المضرور أو قبوله للمخاطر بأن المضرور الذي رضى بحدوث الضرر أو قبل أن يضع نفسه في الطرف من الظروف التي قد ينجم عنها الضرر " كقبوله للمخاطر "فإنّ الأثر المترتب هو إنقاص مقدار التعويض المطالب به أو رفضه حسب الأحوال وبقدر مساهمته في إحداث الضرر.

أماالمشرع المصري فقد تناول ثلاثة حالات نصّ عليها التقنين المدني الحالي على انتقاء الخطأ، وهي حالة من يحدث بغيره ضرر استعمالا لحق الدفاع الشرعي " المادة 166 "، وحالة تنفيذ الأمر الصادر من الرئيس "المادة 167"، وأخيرا حالة الضرورة في المادة 168 مدني.

ومن ثم فإن القانون المدني المصري لم ينص على أن رضاء المضرور بالضرر وهو ضمن حالات انتقاء الخطأ.

ومع ذلك فقد تناول الأثر القانوني لمساهمة المضرور في إحداث الضرر بموجب نص المادة 216 مدني مصري بأنه " يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بالتعويض ما إذا كان الدائن بخطئهقد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه" (1).

بغية تداركه وذلك بالشكل الذي يتناسب وظروف الخطر". كذلك نصت المادة 341 من التقنين المدني المجري - والتي بموجبها تستهدف استبعاد الضرر وإنقاصه - على أنّ (الشخص المهدد بالضرر يجب أن يتصرف على النحو الذي ينتظر منه في الطرف المطروحانظر في الموضوع: سليمان مرقس، نظرية دفع المسؤولية المدنية المرجع السابق هامش ص 303. و يوسف احمد يوسف حسين النعمة دفع المسؤولية المدنية بخطأ المضرور دراسة مقارنة طبعة 1991 مطبعة التأليف ص 128.

¹ بالنسبة للاتجاهات الفقهية لرضاء المضرور بالضرر إزاء عدم وجود نص تشريعي بشأنها ، وإذا كان كثير من التشريعات الأجنبية -وأیضا التقنين المدني المصري- لم يدخل رضاء المضرور بالضرر ضمن حالات انتقاء الخطأ في المسؤولية المدنية، إلا أن البعض من الفقه، يذهب إلى أن حالات انتقاء الخطأ التي وردت في القانون المدني ليست واردة على سبيل الحصر، وأنه من الممكن انتقاء الخطأ في غيرها، فهناك أهم أسباب الإباحة وهو استعمال حق

يبدو أنالاتجاه الثاني الذي يذهب لدراسة رضاء المضرور بالضرر على أنه إحدى الصور خطأ المضرور بما لها من تأثير في المسؤولية المدنية ولا نميل إلى الإتجاه الأول الذي يتناول دراسة رضاء المضرور بالضرر على أنه يمثل إحدى حالات انتفاء الخطأ وذلك للأسباب الآتية:

1- أن رضاء المضرور لا يعد في كافة خطأ من المضرور يرفع عن الفاعل المسؤولية المدنية غذ أنه في كثير من الحالات لا يزيل عن الفاعل صفة الخطأ رغم أن المضرور قد رضى بحدوثه، كما هو الحال في الضرر الجسماني إذ يسأل الفاعل مسؤولية كاملة، بينما نجد أن الحالات التي نصّ عليها القانون المدني لانتفاء الخطأ متى توافرت شرائطها القانونية فإنها ترفع عن الفاعل صفة الخطأ.

2- أن اصطلاح أسباب الإباحة الوارد في القانون الجنائي يقابل مصطلح حالات انتفاء الخطأ في القانون المدني، ولما كان رضاء المجني عليه- على النحو الذي رأيناه

خوله القانون للشخص، مسألة رضاء المضرور بالضرر ضمن الحالات انتفاء الخطأ وإنما تعرض لها بحسبان أنه يمثل إحدى الصور ... المضرور، وذلك ضمن دراسة السبب الأجنبي بحسبان أن خطأ المضرور هو إحدى الحالات السبب الاجنبي الذي يقطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر، وذلك لما نصت عليه المادة 165 من القانون المدني التي تنص على أنه " إذا أثر الشخص أن الضرر قد نشأ عن السبب الأجنبي لا بد له فيه كحادث مفاجئ قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك". فإذا لم يكن خطأ المضرور هو السبب الوحيد لضرر- فإنه قد يساهم مع خطأ المدعى عليه في إحداث الضرر فقد ذهب هذا الاتجاه إلى أن الأصل أن رضاء المضرور ليس من شأنه أن يزيل عن فعل المسؤول صفة الخطأ، ولا يزال المسؤول مخطئاً حتى ولو رضى المضرور بما وقع عليه من الضرر، ولكن قد يعد رضاء المضرور خطأ منه ففي هذه الحالة يخفف هذا الخطأ من المسؤولية المسؤول كما هو الشأن في الخطأ المشترك، وقد يصل خطأ المضرور في رضائه بالضرر حداً من الجسامة يجعله يستغرق خطأ المسؤول فتنتفي المسؤولية في هذه الحالة لانعدام رابطة السببية. انظر ايضا أ. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني- الفعل الضار- المرجع السابق، ص 284. حسام الدين كامل الأهوائي النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، ط2، سنة 1995، دار النهضة العربية، ص 554، علي الناصر توفيق العطار مصادر الالتزام دار النهضة العربية ص 283، عبد الرحيم عامر المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية الطبعة الثانية، سنة 1979. عبد الرازق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني المرجع السابق، ص 363 الى ص 376، بند 37.

- بأنه لا يعد سببا عاما للإباحة ، ومن ثم ينبغي القول بأنّ رضاء المضرور بالضرر لا يعد ضمن حالات انتفاء الخطأ في القانون المدني.

3- أن رضاء المضرور بإحداث الضرر بنفسه أو بماله يمثل رعونة وخطأ منه وانحرافا عن مسلك الرجل العادي، ومن ثم فهو يعد صورة من صور الخطأ المضرور.

البند الثالث: مدى صحة تصرف المضرور برضاه بالضرر

كما سبق وقدمنا أن لقيام المسؤولية الطبية يجب أن يتوافر أركانها الثلاث (الخطأ - الضرر - العلاقة السببية) وقدمنا أن علاقة سببية تنتفي بين الخطأ والضرر، وبالتالي ينتفي معه المسؤولية في حالة توافر سبب أجنبي قطع هذه العلاقة، ويتألف السبب الأجنبي إما من قوة قاهرة أو خطأ المريض أو خطأ الغير، وبالتالي متى توافر رضا المريض على عمل طبي بقبوله المخاطر التّاجمة عنها، يكون مخطئا، وفي حالة ما إذا تحققت نتيجة الخطر الذي قبله بإرادته، تنقطع العلاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الناجم عن العمل الطبي، بعامل رضا المريض ويؤدي ذلك بالتالي إلى انتفاء قيام المسؤولية الطبية.

أولاً: اعتبار القبول بالمخاطر الطبية خطأ من طرف المريض

درجت بعض المحاكم بغية منع المسؤولية كلياً أو جزئياً عن مسبب الضرر أنّ تنسب إلى المتضرر إقدامه على ارتكاب فعل فيه المخاطر ما يشمل قبولاً بنتائجها الضارة فيتحمل هذه النتائج في حال حصولها، وذلك بصورة كلية أو جزئية، ولكن للعمل بهذا المبدأ يجب التمييز بين المخاطر العادية التي يتعرض لها كل فرد في حياته اليومية وتلك التي يشكل القبول بها خطأ، لما تتضمنه من احتمال إحداث ضرر يجب توقعه بالنظر لطبيعته.

بالقبول الخاطئ للمخاطر، و الذي يشكل مانعا كلياً أو جزئياً لمسؤولية محدث الضرر وذلك لأن هذا القبول ينزل منزلة الخطأ فتسري أحكام هذا الأخير عليه¹. هذا الرأي يعني أن قبول المخاطر لا ينتج أثره قانوناً إلا إذا كان في حقيقته يشكل خطأ من جانب المضرور مما يعد سبباً للإعفاء، فقبول المخاطر ليس بذاته سبباً للإعفاء، وإنما سبب الإعفاء هو إذا كان قبول المخاطر في حقيقته يمثل خطأ من جانب المضرور².

في الحالات التي يعتبر قبول المخاطر خطأ من المتضرر، يكون من المسلم في حالة اشتراك خطأ من المتضرر، أن يكون هناك تقسم للمسؤولية، حيث لا يلتزم المتسبب بالضرر إلا بتعويض جزئي³.

ثانياً : نية المريض في إحداث الضرر لنفسه

لكن يتوجب في هذه الحالة أن نميز بين رضاء، المصاب بالضرر وبين حالة انصراف إرادته إلى تحقيق هذا الضرر، فلا يعتبر المصاب قد أراد إلحاق الضرر بنفسه إلا إذا كانت إرادته قد انصرفت إلى تحقيق هذا الضرر، وكان قد عمل بالفعل على تحقيقه وعلى هذا الأساس فإن الشخص الذي يشترك في (مبارزة) يرضى بالضرر الذي يصبه ولكنه لا يريد هذا الضرر، بل أنه يكافح ما استطاع في سبيل إبعاده عنه⁴.

ثالثاً: الخطأ في قبول المخاطر بين مسؤولية الطبيب ومسؤولية المريض

1- الإتجاهات الفقهية في هذا الشأن: لقد جرى عادة أن يحاول حل هذه المسألة على ضوء القواعد التي يقرها فقهاء القانون الجنائي في هذا الصدد، فقالوا أن القاعدة في هذه الحالات هي أن رضا المضرور بالضرر ليس من شأنه أن يزيل عن فعل المدعى

¹.مصطفى العوجي ، مصدر سابق، ص 373.

².رضاء محمد جعفر ، مرجع سابق، ص 85.

³.علي عبيد الجيلوي ، مرجع سابق، ص 206.

⁴.حسن علي الذنون ، مرجع سابق، ص 149.

عليه صفة الخطأ، إذا يبقى المدعى عليه مخطئاً حتى لو رضي المضرور بما وقع عليه من ضرر¹.

في حين هناك رأي يرى أن رضاء المضرور بالضرر يعد خطأ من جانبه، فمن يرضى بإجراء عملية تجميل خطيرة على الرغم من نصح الطبيب بعدم إجرائها يكون قد رضي بما قد ينجم عن هذه العملية من أضرار ومضاعفات، ورضاءه هذا لا يرفع عن فعل الطبيب صفة الخطأ إلا أنه يؤدي إلى تخفيف مسؤولية².

2- حالات رضا المضرور عند قبوله بالضرر: لترجيح أحد الرأيين السابقين

يتوجب علينا أن نفرق بين ثلاث حالات لرضاء المضرور:

أ- أن يعلم المضرور بالضرر ويتوقع حدوثه ولكنه لا يرضاه ولا يسعى إلى تحقيقه ولا تتجه إرادته إلى ذلك، وهنا لا أثر لهذا العلم في قيام مسؤولية المدين عن تعويض الأضرار التي أدت إلى قيام مسؤولية كاملة.

فمن يستقل قطارا أو يركب سيارة أو يأخذ طائرة، يعلم ويتوقع إصابته بضرر نتيجة اشتعال النيران في القطار، أو اصطدامه بآخر أو انفجار إطار السيارة، أو سقوط الطائرة فإذا توقف الأمر عند حد العلم أو التوقع، فلا أثر له على انتفاء المسؤولية بعذر خطأ المتضرر، ويبقى المسؤولية كاملة عن الأضرار الناتجة³.

ب- إذ لا يقف الأمر عند حد علم المضرور بالضرر، بل يتعداه إلى رضائه بهذا الضرر ووقوعه، فهذا يصبح مساهما بهذا الرضاء في تحمل آثار الضرر الناتج وتخفف مسؤولية بمقدار هذه المساهمة⁴.

من يستقل سيارة يعلم بوجود عطل بها، ومن يدخل سباقا يدرك مقدما مخاطرة

ويقبلها، لم يقف المضرور عند حد العلم ولكن

¹. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق، ص 1005.

². حسن علي الذنون ، مرجع سابق، ص 158.

³. سعيد جبر، المسؤولية الرياضية، دار النهضة العربية، سنة 1992، ص 116، 125.

⁴. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص 495، وحسين عامر، مصدر سابق، ص 187.

توقع وقوع الضرر ورضى به، فشكّل سلوكه هذا خطأً شارك مع خطأ المضرور في وقوع الضرر، وتكون النتيجة تحمل الاثنین لآثار هذا الضرر، كل بحسب مقدار مساهمة ودرجة خطئه، فالمریض الذي یقبل إجراء عملية جراحية خطيرة، على الرغم من نصح الطبيب له وإخباره بهذا المخاطر فإن هذا الرضاء يشكل خطأً یخفف من مسؤولية الطبيب عما یقع من أضرار، هذا بعكس ما إذا جاء قبوله إجراء العملية نتیجة نصح الطبيب له بإجرائها، فإن مثل هذا الرضاء لا یكون من شأنه تخفيف مسؤولية¹ الطبيب لأن القبول في مثل هذا الأحوال لا یعتبر خطأً من جانب المریض.

ج- وفيما تجتمع في المضرور الصفات الثلاث وهي العلم بالضرر والرضاء به والتحريك نحو إدراكه وتحقیقه، وهي حالة نادرة الحدوث غیر أنّها متصورة وممكنة الوقوع وفي هذه الحالات القليلة یصل خطأ المضرور في رضائه بالضرر حداً من الجسامة بحيث یكون من شأنه أن یستغرق خطأ المدين فتنتفي المسؤولية عن هذا الأخير لانعدام رابطة السببية بین فعله والضرر².

ویضرب الفقه على ذلك أمثله مستقاه من القضاء منها ذلك صاحب السفينة الذي یرضي عن بینه نقل مهریات حربية فتصادر السفينة، ولا یستطيع الرجوع بشيء من التعویض على صاحب المهریات، وإذا اتفقا أهالي بلدين على المضاربة معاً، ومات أحدهم أثناء المضاربة -بمعنى المبارزة- فلا حق لورثته في التعویض لأنه هو الذي عرض نفسه باختياره للقتل³.

3_ نسبة خطأ المریض عند قبوله بالمخاطر الطبية: یتبين لنا مما تقدم أنه اعتبار قبول المخاطر الطبية، كالخطأ من جانب المریض، یتغير وفقاً لكل حالة من حالات سابقة الذكر، بحيث تتدرج صفة الخطأ في القبول حسب نوع النشاط الذي يأتيه

¹. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص 886 وما بعدها.

². خليل أحمد الأرباح، مصدر سابق، ص 278.

³. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 1238.

المريض، فبينما لا يمكن إضفاء صفة الخطأ على قبول المريض بالمخاطر العامة والعادية الناجمة عن استخدام الآلات الطبية مثل الأشعة وآلات فحص العيون أو استخدام الأدوية شائعة الاستعمال وإذا وقع الضرر نتيجة هذه الاستخدامات لا يكون باستطاعة الطبيب التذرع بخطأ المريض لإنتفاء مسؤوليته، في حين يمكن اعتبار المريض الذي يرضى بإجراء عمل جراحي خطر رغم قيام الطبيب بتبصيره بالخطورة الكامنة فيه مخطئاً مما يشارك بخطئه مع خطأ الطبيب، إذا وقع الضرر تنشأ مسؤولية كل بحسب خطئه وهذا ما يؤدي إلى اعتبار الطبيب معفياً من المسؤولية إذا أجرى عمل طبي للمريض الذي يعمد الكذب أو إخفاء معلومات عن الطبيب وأدى ذلك إلى وقوع الضرر ففي هذه الحالة يبلغ خطأ المريض درجة من جسامه بحيث يستغرق خطأ الطبيب.

المطلب الثاني: تأثير الرضا بالضرر على بروز خصائص

مستحدثة للعقد الطبي في إطار حماية المستهلك

أدى الرضا بالضرر من طرف المريض إلى بروز بعض الخصائص في العقد الطبي، تجد مصدرها في اختلال التوازن بين طرفي العقد الطبي من جهة، وتدخل المشرع في حماية المريض باعتباره مستهلكا، تماشيًا مع القواعد المنظمة لحماية المستهلك وقمع الغش، وتتجلى هذه الخصائص في الإلتزام بالإعلام (الفرع الأول) والالتزام بالسلامة الصحية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإلتزام بالإعلام في العقد الطبي

إنّ المسؤولية الطبية أثارت كثيرا من التساؤلات و الإشكاليات العميقة ولاسيما في هذا العصر،لما صار العلم الحديث محققا انتصارات كبيرة من خلال المستجدات الطبية الحديثة.

وإذا كان هذا الموضوع الحساس يحتل مكان الصدارة في القضاء الفرنسي،الذي لطالما يجتهد بخلق أحكام قضائية تساير التطور العلمي،وتحقيقا منه لمصلحة المريض واستبعادا لقيام المسؤولية المدنية في حقّ الطّبيب،فإنّ القانون في ظل هذه المعطيات يوجب على الطبيب مجموعة من الإلتزامات القانونية يجعلها ملقاة على عاتقه حرصا منه على إحقاق التكافؤ والمشاركة الفعالة بينه وبين المريض حتى يكون هذا الأخير قراره حول قبول العلاج أو رفضه.

ومن هنا سأحاول أن أبين في هذا الفصل التزاما هاما مثيرا للجدل فيما توصل إليه القضاء والفقهاء الفرنسيين وما توصلت إليه التشريعات الأخرى وخصوصا المشرع الجزائري ونظرته في هذا الإطار وخلال ذلك سأوضح مفهوم الإلتزام بالإعلام وأساسه القانوني ومدى نطاقه في العلاج الطبي وشروطه.

البند الاول: المقصود بالإعلام في العقد الطبي

لقد ظهرت الحاجة الملحة في حماية الأشخاص ضد الطرق العلاجية الخطيرة والتي تسبب ضررا للمرضى لذا جعلت قواعد وقائية تفرض نفسها حتى تصون سلامة المريض سواء عليه في جسمه أم عقله ولقد وضع المشرع الجزائري على غرار التشريع الفرنسي قواعد أخلاقيات الطب ومنح سلطات المراقبة لمجالس أخلاقيات الطب التي يتجلى دورها في استبعاد كل شخص لا يحترم القواعد الأخلاقية، ومن بين القواعد المحددة هو الالتزام بالإعلام.

بمأن العمل الطبي يمر بثلاثة مراحل أساسية تتمثل في:

1. المرحلة التشخيصية والتي هي مرحلة أولوية يحدد الطبيب السبيل الذي ينتهجه وبها يختار العلاج الملائم لحالة كل مريض.
 2. مرحلة فعل التشخيص وهي المرحلة على جانب كبير من الدقة حيث يحاول الطبيب معرفة المرض ودرجة خطورته وما يحيطه من ضرورة مراقبة المريض وحالته الصحية والتأثيرات الجانبية التي قد تترتب عنه.
 3. مرحلة اختيار العلاج وهي مرحلة تجعل الطبيب يختار العلاج المناسب من بين عدة طرق علاجية وينحصر دوره إما بتحرير الوصفة الطبية للمريض أو يرى من مصلحته أن يكون العمل الطبي جراحيا إذا استدعى الأمر ذلك.¹
- بناء على ذلك فإنّ الالتزام بالإعلام يسبق كل مرحلة من المراحل السابقة الذكر فهو التزام سابق عن التعاقد بين الأشخاص يفرضه على المتعاقد إما القانون صراحة أو العقد المراد إبرامه أو المبادئ العامة في القانون كمبدأ حسن النية قبل التعاقد.

¹ - هوارية بن زرفة، الالتزام بالإعلام في عقد العلاج الطبي، مقال منشور بمجلة القانون، المجلد الرابع، العدد الاول، 2015، صص 217-256.

إذ نظرا لما يتطلبه العمل الطبي من خصوصية تتعلق بحالة المريض الصحية، وما يؤدي ذلك إلى نتائج تقييم المسؤولية الطبية على الطبيب المسؤول فلا بد أن يكون الرضا سابقا على أي تدخل طبي.

ومن هنا يظهر الأمر جليا أن يسبق الحصول على الرضا الالتزام بالإعلام ومعناه تزويد المتعاقد الضعيف عادة بالمعلومات الضرورية التي تسمح له باتخاذ القرار النهائي بالموافقة على الإقدام على العلاج الطبي أو رفضه وذلك بإرادة حرّة ومستتيرة.

فتبنيه المريض أو ذويه بحسب الأحوال إلى ضرورة التقيد بالأسلوب الذي حدده الطبيب للعلاج والى الآثار الجانبية المهمة و المتوقعة من ذلك العلاج الطبي أو الجراحي رصد المضاعفات الناجمة عنه.

فالطبيب عليه وجوبا أن يحيط المريض علما بطبيعة العلاج ومخاطر العملية الجراحية فإذا استخدم مثلا مادة معينة لعلاج عين المريض رغم ما بها من حساسية خاصة يمكن أن تتعارض مع استخدام هذه المادة الفعالة فيترتب على ذلك فقد المريض لعينه يعتبر مسؤولا، رغم فعالية المادة المستخدمة وعدم ارتكابه أي خطأ أو إهمال في العمل العلاجي، لأنه لم يحط المريض علما بمدى الخطورة المحتملة لاستخدام المادة المذكورة حتى يكون على بينة بذلك، ويقرر بحريّة قبول العلاج من عدمه، فطريقة العلاج قد تكون واحدة ولكن النتائج تختلف من مريض إلى آخر، وذلك بحسبالحالة النفسية والجسميّة لكل مريض، ومدى ردود الفعل المنتظرة من جسم المريض لذا ينبغي بل من حق الطبيب وواجبه أن يحيطه ويبصره بكل المعلومات الضرورية التي تخص حالته الصحية¹.

وإذا كان الطبيب ملزما بتزويد المريض بكل المعلومات الضرورية بشأن العمل العلاجي أو العمل الجراحي، فإنه يقع عليه التزام بتبصيره بكل معلومة تخص الدواء الذي وصف عن طريق تحرير الوصفة الطبية فينبهه عن كيفية استعماله وأوقات تناوله، وعن

¹- هوارية بن زرفة، المرجع السابق.

المضاعفات و الآثار الجانبية وعن كل ضرر قد يتولّد منه جراء تناوله، غير أن هذا الواجب الملقى على الطبيب يلتقي معه شخص محترف في مجال الصحة وهو الصيدلي الذي يعتبره القانون منفذا لوصفة الطبية ومراقبتها، فيلتزم بصرف الأدوية المحررة في هذه الوصفة دون أن يتجاوزها أو يخل بها أو يستبدل دواء بدواء آخر ليس مدونا بها فيقع عليه كذلك واجب الالتزام بإعلام المريض، ولا يكتفي فقط بإعلام الطبيب لمريضه وإلا يكون مسؤولا إذا أخل بالتزامه، فعليه أن يراعي حالة المريض ويعلمه بالدواء حق العلم من حيث استعماله والوقاية منه وما مائل ذلك من معلومات لأن الصيدلي وان كان يتمتع باستقلالية فنية في مجال عمله إلا أنه يلتقي مع الطبيب في العلاج الطبي من خلال ما يبيده من إعلام يفيد المريض فخطأه يشكل خطأ فنياً مهنيًا إذا هو أخلّ بواجبه.

البند الثاني: أساس الالتزام بالإعلام

أولا: الأساس القانوني

القانون المدني الفرنسي المعدل في سنة 1994 في المادة 03/16 على أنه يجب الحصول على رضا المريض قبل مباشرة أي عمل طبي على جسم المريض و هو ما يوجب بالضرورة إلزام الطبيب بإعلام مريضه حتى يكون رضائه معبرا عن إرادته الحقيقية.¹

كما نصّت المادة 2.1114 من قانون الصحة الفرنسي المعدل بقانون 04 مارس 2002 على ضرورة حصول الطبيب على الرضا المستتير للمريض قبل كل تدخل طبي و ذلك بعد إفادته بالمعلومات الصّورية ، لكن تقنين أخلاقيات الطب الفرنسي كان أكثر وضوحا إذ أوجب على الطبيب إعلاما صادقا Loyal- واضحا Clair- و مناسبا Appropriée لصالح المريض و هو سابق على الحصول على رضا المريض بشأن قبول أو رفض العلاج.²

¹ - <https://codes.droit.org/PDF/Code%20civil.pdf> mise a jour 28/03/2023 a14 :00

² - <https://codes.droit.org/PDF/Code%20de%20la%20sant%C3%A9%20publique.pdf> mise a jour 28/03/2023 a14 :00

المشرع الجزائري لم يتوان عما جاء به التشريع الفرنسي فجعل أساس هذا الالتزام في نصوص قانونية سواء عليه أدرج ذلك في قانون الصحة الجزائري أم في مدونة أخلاقيات الطب و كل هذه النصوص توحى بعضها البعض على التزام الطبيب بإعلام مريضه. حيث ينص قانون الصحة 11-18 بأن يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو ممن يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك.¹

يقدم الطبيب العلاج الطبي تحت مسؤوليته الخاصة إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لإنقاذ حياة أحد القصر أو أحد الأشخاص العاجزين عن التمييز أو اللذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم، و يتعذر الحصول على رضا الأشخاص المخولين أو موافقتهم فيالوقت المناسب" كما ينص ذات القانون على أنهلا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر وتشتت الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد الأعضاء و تحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين و تودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة. ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلاّ بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها الإنتزاع، و يستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة.

كذلك بالنسبة للتجارب الطبية نص على أنيخضع التجريب للموافقة الحرة و المنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثله الشرعي تكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة.

أما قانون أخلاقيات مهنة الطب الجزائري فقد نصّ صراحة على التزام الطبيب بالحصول على رضا مريضه بعد إعلامه فالمادة (43) منها تنص على أنه:"يجب على

¹- القانون 11-18 المتعلق بالصحة ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 46 لسنة 2018 الصادرة بتاريخ 29 جويلية 2018.

الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة و صادقة بشأن أسباب كل عمل طبي"، وتنص المادة (44) من ذات المدونة على أنه: "يخضع كل عمل طبي فيه خطر جدي على المريض لموافقة حرّة و متبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون و على الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته".

أما المادة (45) من ذات المدونة تنص على أنه: "يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص و التقاني و المطابقة لمعطيات العلم الحديثة و الإستيعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين و المؤهلين" كذلك لو تمعنا في نصّ المادة (47) من ذات المدونة لتحسنا أن هناك التزاما بالإعلام فيما يخص تمكين الطّبيب من تزويد المريض بالمعلومات التي تخص الوصفة الطبية و تمكينه من فهمها فهما صحيحا و لا يكون ذلك إلا بعد إعلامه فتتص على أنه: "يجب على الطبيب أن يحرّر وصفاته بكل وضوح و أن يجتهد للحصول على أحسن تنفيذ للعلاج".¹

ثانيا: الأساس العقدي

إن جانبا من الفقه الفرنسي يرى أنّ أساس الالتزام الطبيب بإعلام مريضه هو العقد الطبي ذاته لكن الإشكال الذي يثور هنا حول التسليم بالطبيعة قبل التعاقد و الطبيعة التعاقدية المتولدة عن العقد نفسه. إن إعلام المريض التزام ينشأ قبل إبرام العقد فهذا لا يغير من طبيعته التعاقدية، وإذا أخل الطبيب بالتزامه هذا فإنه يكون قد أخلّ بالتزامه التعاقدية و يسأل على أساس المسؤولية التقصيرية إذا لم يبرم العقد.

غير أن هذا الرأي أنتقد في أمرين:

¹- القانون 18-11 المتعلق بالصحة ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 46 لسنة

2018 الصادرة بتاريخ 29 جويلية 2018.

_الأمر الأول: إن التزام الطبيب بإعلام مريضه هو التزام سابق على العقد فلا ينبغي القول أن هذا متولد عن العقد الطبي إذ لا يمكن أن ينشأ الالتزام قبل نشأة مصدره وبالتالي لا يمكن الخلط بين مرحلتين مختلفتين المرحلة ما قبل العقدية و الأخرى التعاقدية لأن لكل منهما طبيعة قانونية و آثار متميزة.

_الأمر الثاني: إذا أمكن القول أن إخلال الطبيب بالتزامه حالة إبرام العقد يترتب المسؤولية العقدية، و بدونه يترتب المسؤولية التقصيرية عن هذا الإخلال هو قول مردود، لأن الإخلال بالإعلام قد يتم في حالتين في مرحلة واحدة، أي قبل مباشرة الطبيب تدخله العلاجي و بالتالي فذلك يؤدي إلى قيام المسؤولية التقصيرية سواء أبرم العقد أو لم يبرم ولكن قد تقوم المسؤولية العقدية إذا تبين من عقد العلاج الطبي ما يقر الالتزام بالإعلام في مسائل معينة و هنا يكون للمريض حق الخيار إما أن يتمسك بالمسؤولية العقدية على أساس أن الإخلال تعلق بأمر أوجب عقد العلاج الطبي الإعلام بها إما يتمسك بالمسؤولية التقصيرية على أساس أن هناك التزام قانوني سابق على إبرام العقد الطبي ومنفصل عنه هو إعلام المريض بحالته الصحية قبل أي تدخل علاجي أو جراحي¹.

من هنا نستخلص أن الإلتزام بإعلام المريض يظهر جلياً في نصوص قانونية تؤكد ضرورته و ترسخ مبادئه و حتى العقد الطبي يجد فيه هذا الإلتزام يستند من حيث أساسه إلى المصدرين اللذين سبق الإشارة إليهما.

¹- هوارية بن زرفة، المرجع السابق.

الفرع الثاني: التزام الطبيب بسلامة المريض

الإلتزام بضمان سلامة المريض أو الإلتزام بضمان السّلامة في العقود الأخرى أوجدته الظروف المتمثلة في الثورة الصّناعية في أواخر القرن التّاسع عشر في أوروبا فالتطور العلمي والتكنولوجي ترتب عليه صعوبات تواجه المضرور في إثبات خطأ المتسبب في الضرر، ففي قضايا كثيرة فشل المضرور في الحصول على التعويض عن الأضرار التي تصيبه.

وتصدى القضاء الفرنسي بدعم من الفقه لهذا الوضع وحاول جاهدا إيجاد الحلول لنصرة المضرور الضعيف إيماناً منه بأن ترك الأمور للقواعد العامّة للمسؤولية يمثل خرقاً لأبسط مبادئ العدالة لاسيما أنّ الضرر يقع على جسم الانسان في هذه الحالة، وكان من بين هذه الحلول الإلتزام بضمان السلامة، واستند في تقريره لهذا الإلتزام إلى المادة القانونية التي تسمح للقاضي أن يضيف إلى مضمون العقد ما يقضي به العرف والعدالة و أضاف التزاماً يقع على عاتق المدين لم تتّجه إرادته إلى الإلتزام به¹.

وقد يكون الإلتزام بضمان السلامة في عقد النقل أكثر وضوحاً من غيره من العقود فمن ناحية يقتصر هذا الإلتزام على ضمان وصول المسافر سليماً معافى إلى جهة الوصول، ومن ناحية أخرى عملية النقل تكاد تكون واحدة في العالم من حيث وسائلها بخلاف الوضع في عقد العلاج الطبي، فقد رأينا أنّ التزم الطبيب بضمان السلامة لا يقتصر على سلامة المريض من ضمان عدم إصابته بعدوى داخل العيادة أو المستشفى بل يمتد لأمر إلى بعض الأعمال الطبية التي تقل فيها نسبة الخطأ لسهولة وفوق تطور علم الطب مثل نتائج التحليل وعملية نقل الدّم والتّركيبات الصّناعية، كما أنّ العلاج في أغلب دول العالم يكون في مستشفيات عامة وهذا يثير إشكاليات قانونية تتمثل في غياب العلاقة العقدية بين الطبيب والمريض مما يستتبع غياب السند القانوني لتقرير الإلتزام في حالات غياب

¹. سميرة لالوش، الإلتزام بضمان السلامة في المجال الطبي، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 55 العدد 03 صص 177-199.

العقد، والقول بوجوده في غياب الرابطة العقدية قول غير سديد لأنّ المريض يجد نفسه ملزماً بإثبات خطأ الطبيب، كما أنّ النصوص القانونية التي تمنع الإضرار بالآخرين تحقق الغرض دون الحاجة إلى تقرير هذا الإلتزام.¹

إنّ تطبيقات الإلتزام بضمان سلامة المريض التي تعرضنا لها في هذا البحث من القضاء الفرنسي، لا يمكن الجزم فيها بأنّ هذا القضاء يسير على نفس النهج في كل القضايا، فقد رأينا أن بعض المحاكم تحيد عن هذا النهج في بعض القضايا، ولا شك في أن غياب السند القانوني الواضح قد يكون سبباً رئيساً في غياب الوضوح في النهج. وبناء على ما سبق فإنّ وجود تشريع واضح يقرر الإلتزام بضمان السلامة على عاتق الطبيب ويحدد حالاته هو الحل الأنسب لتلافي الإشكاليات التي أشرنا إليها والتي أخرجها الواقع لنا، وهذا بالفعل ما قام به المشرع الفرنسي بإصداره القانون رقم 2002 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي والتي أشار فيه إلى بعض الحالات التي يكون فيها التزام الطبيب بتحقيق نتيجة دون تفريق بين العلاج في مستشفى عام أو مستشفى خاص، وذلك لتلافي إشكالية غياب العقد التي لا يمكن معها تقرير هذا الإلتزام بصرف النظر عما أثاره هذا القانون من تساؤلات أشرنا إليها في جزء من هذه الرسالة ومنها عدم النص على كل الحالات التي أوجده القضاء الفرنسي، فما أعنيه هنا أنّ الحالات التي قرر فيها المشرع أنّ تكون التزاماً بتحقيق نتيجة يلتزم بها القضاء دون إجتهد منه.

فالإلتزام بضمان سلامة المريض إذا أردنا به تحقيق العدالة به دون تمييز بين حالة وأخرى ومريض وآخر فيجب أن يتصدى له المشرع بالنص عليه وبحالاته وبوضوح شديد وهذا ما نأمل أن يقوم به المشرع المصري والعُماني، وأملنا أيضاً أن يقوم المشرع الفرنسي

¹. أسعد عبّيد، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية دراسة مقارنة، دار الثقافة و النشر و التوزيع (ط01) عمان الأردن 2009، ص 102.

في القانون المشار إليه بالتعديلات التي تجعل موقفه أكثر وضوحاً من الحالات الأخرى التي تعرض لها القضاء ولم يتم الإشارة إليها فيه.¹

أما فيما يتعلق بالفقه الإسلامي، فإنّ ماروي عن بعضهم من أنّ ضمان الآدمي ضمان جنابه، لا تجب بالعقد، باعتبار أنّ هذه القاعدة تحقق نفس الأثر الذي يحققه فالمباشر يضمن دون أن يكون المضرور بإثبات أي خطأ من جانبه، فتطبيق هذه القاعدة على العلاقة بين الطبيب ومريضه إن جاز لنا ذلك، يحقق للمريض دون تفريق بينه وبين آخر وضع أفضل ممّا حققه الفكر الوضعي، ممّا يعني أنّ أحكام الفقه الإسلامي في هذه المسألة أكثر نجاعة حيث أنّها لا تُثير الإشكاليات التي أثّرت في الفكر الوضعي.

إنّ المسؤولية العقدية للطبيب تقوم حتى في حالة عدم وجود العقد نظراً لطبيعته الخاصة، لذلك كان من الواجب معرفة طبيعته حتى يتسنى لنا معرفة ما إذا كانت المسؤولية الطبية عقدية أو لا.

لقد أثار هذا النوع من العقود انشغال العديد من الفقهاء فيما يتعلق بتحديد طبيعته القانونية، إذ يصعب تصنيفه ضمن العقود المعروفة في القانون المدني كون هذا الأخير لم يحض بالاهتمام اللازم إلا مؤخراً.²

لذلك سنتناول بالدراسة علاقة الطبيب بالمريض و التي غالباً ما تنشأ في إطار عقد يبرمه هذا الأخير مع الطبيب فنقوم بتشريح هذا العقد من حيث طبيعته القانونية وذلك من خلال مُماثلته مع مختلف العقود المتداولة و المعروفة في القانون المدني وفي المقابل اعتباره نوع من العقود ذو طبيعة خاصة فيكون قائماً بذاته لا يمكن مشابهته بأي عقد آخر.

¹. سميرة لالوش، المرجع السابق.

². أسعد عبيد، مرجع سابق، ص 104.

الفرع الثالث: الالتزام بالسلامة

وذلك لأن لسلامة جسم الإنسان قدسيّة، فإذا سلّم شخص جسده لآخر وائتمانه على أعلى ما يملك، فإذا ينتظر منه ضمانا خاصا، بصبغة القدسيّة التي تتّسم بها هذه الوديعة الحيّة¹.

مقابل الحق في حرّية النّشاط يري **Starck** أن مقتضى الضمان يفرض الإقرار بالحق في السلامة أي الحق في ضمان سلامة الحياة، والجسد والأموال كحق شخصي إلى جانب حق الملكية وغيره من الحقوق الفردية التي كفل لها القانون حماية موضوعية والضمان بهذا المعنى يقوم على التمييز بين الضّرر الإكليلي (dommages coronaux)، وهو الضّرر الجسدي والضرر المادي هذا من جهة، و من جهة أخرى الضرر غير الإكليلي (dommages non coronariens)، و هو الضرر الضّرر الإقتصادي والضرر المعنوي. فتلك التفرقة المنهجية مقتضى أساسي للتوفيق بين الحق في مباشرة مظاهر النّشاط المجسد لظاهرة الحرية والحق في السلامة²، ليخلص أنّه من حق أي شخص أن يكفل له القانون السلامة في حياته وبدنه وأمواله المادية.

وهكذا تبدو نظرية الالتزام بضمان السلامة كوسيلة أو حيلة قانونية لجأت إليها المحاكم من أجل إقامة المسؤولية دون خطأ، وهي تتركز على نقل الدعوى من النطاق التقصيري إلى النطاق العقدي الذي رأى فيه القضاء أحد الحلول القانونية التي من شأنها إسعاف المضرورين خاصة في حوادث العمل والنقل والحوادث الطبية لاحقا في حصوله على التعويض دون أن يكونوا ملزمين بإثبات الخطأ³.

حسم الفقه والقضاء من ناحية والتشريع من ناحية أخرى تحديد الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية، فأقاما هذه المسؤولية استنادا إلى النّظرية الشّخصية التي تقوم

¹ عبد القادر قصابي: الالتزام بضمان السلامة في العقود (نظرية عامة) دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2010.

² B.Starck, Op.cit, p 49.

³ تالا عقاب الخصاونة، أساس التعويض دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات الجامعية العليا، 2005، ص93.

المسؤولية المدنية فيها على أساس الخطأ مُهدرين بذلك التوجّهات الفقهيّة التي نادى بتأسيس المسؤولية المدنية من حيث المبدأ على النظرية الموضوعية وبصفة خاصة على أساس من نظرية تحمل التبعة¹.

الإلتزام بضمان السلامة يقتضي عدد من الشّروط وهي أن يلجأ أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر من أجل الحصول على منتج أو خدمة معينة، وأن يوجد خطر يهدد المتعاقد طالب هذه الخدمة أو المنتج، وأخيراً أن يكون المتعاقد الملتزم بتقديم الخدمة أو المنتج مهنيًا محترفًا².

إلى جانب هذا الإلتزام يقع على عاتق الطبيب التزم أمن وسلامة المريض أو العميل، أي عدم المساس بجسده بالحفاظ على تكامله وبقائه يؤدي وظائفه العضوية³. يتضح من خلال ذلك ترجيح إعمال المسؤولية الموضوعية وخصوصاً في التطبيقات سالفة الذكر، نظراً لما تتضمنه من أخطار كبيرة، واستخدام وسائل تقنية حديثة، يصعب على المضرور إثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، فيكون من الأرجح الإكتفاء بإثبات الضرر ويقع على المتسبب عبء الردّ والدّفاع بإثبات عدم ارتكاب الخطأ.

كما أنه لا يبدو غريباً في ظل هذا الوضع استقراء أحد القضاة في فرنسا للقناعات التي يبديها القضاة الفرنسيون من خلال هذا الوضع، استقراء أحد القضاة الفرنسيون من خلال تخريجاتهم القضائية المشهودة في دعاوي التّعويض، والتي تركز في مجملها على أساسين : الأول بأنه يناط بقواعد المسؤولية المدنية مهمّة إعادة التوازن الحاصل في الذمة المالية للمضرور، بمقتضى المطلب الاجتماعي القاضي بواجب التعويض، والثاني بأنه لا

¹ حسن عبد الباسط جميعي : الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية – كلية الحقوق – جامعة القاهرة ، ص 8.
² عابد فايد عبد الفتاح فايد : الإلتزام بضمان السلامة في عقود السياحة في ضوء قواعد حماية المستهلك (دراسة مقارنة) دار الكتب القانونية، 2010، ص17.
³ فتاك علي، تأثير المناقسة على الإلتزام بضمان المنتج، دار الفكر الجامعي، الطبعة الاولى، الاسكندرية مصر 2007، ص 214.

مجال للكلام في مجتمعنا عن قواعد فعالة للمسؤولية المدنية في تحقيق الوظيفة التعويضية، من دون آلية تأمين فعالة تساهم في تعزيز وظيفة كفالة التعويض¹.

يعتبر العقد طبي من العقود التي تختل فيها الالتزامات التعاقدية بين طرفيه، ونظرا لحساسية موضوع العلاج الطبي وعلاقتها بصحة الإنسان من جهة، ولنبيل مهنة الطب من جهة اخرى، فإن الأحكام القانونية المنظمة لهذا العقد اتسعت لتشمل حماية المريض باعتباره مستهلكا، نظرا للتطور الحديث في هذه العقود، سواء من حيث الأحكام القانونية المنظمة لها ، أم من حيث الآثار التي قد ترتبها على طرفي العقد.

من خلال اعتبار الطبيب منتجا والمريض مستهلكا، اتسعت الحماية القانونية للمريض، لكن في نفس الوقت تبقى خصوصية العمل الطبي ومهنة الطب تلقي بظلالها على المسؤولية العقدية للطبيب والذي يتمسك بأحكام قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في التملص من المسؤولية العقدية وخاصة في الإعفاء من المسؤولية.

إنّ المسؤولية العقدية للطبيب تتقلص في ظل قبول المريض بالضرر، وفي ظل الاختلال في التوازن العقدي، بالإضافة إلى القيمة الاخلاقية لمهنة الطب، بالرغم من المناداة بتطبيق أحكام حماية المستهلك على المريض باعتباره مستهلكا، والطبيب باعتباره منتجا، مما يفتح المجال أمام إمكانية قيام المسؤولية التقصيرية للطبيب.

¹ .Y.JOUHAUD : « Le droit de la responsabilité civile (...) a pour but de rétablir les équilibres rompus ; il fait partie du pacte social (...), il n'ya a plus de nos jours des règles de la responsabilité efficaces sans assurance efficace (...) il faut donc une assurance qui soit également efficace », voir : Chantal RUSSO, thèse précitée, n°5, p.3.

منقول عن معمر بن طرية ، نظام المسؤولية الموضوعية للمنتج ودوره في تقويم النظام التعويضي للحوادث المنتجات المعيبة . مقال منشور بالمجلة الجزائرية للقانون المقارن العدد 01 المجلد 01 ص ص 115 – 150 .
وفق الرابط التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/355/1/1/56696> ، تاريخ اخر اطلاع : 2023/05/12 على الساعة 22:10

الباب الثاني :

تقلص المسؤولية

التقصيرية للطبيب بعد وقوع

الضرر

الباب الثاني : تقلص المسؤولية التقصيرية

للطبيب بعد وقوع الضرر

تعد تطبيقات المسؤولية التقصيرية على أحكام قبول المريض لمخاطر العمل الطبي مسألة يشوبها الكثير من الخلاف والنقاش الفقهي، كون الإلتزامات القانونية للطبيب تخضع لصراع فقهي كبير في تكييفها، فإذا كانت المسؤولية التقصيرية أساسها الخطأ فإن هذا الخطأ وبالنظر إلى خصوصية العمل الطبي أصبح صعب الإثبات إن لم نقل مستحيلا، بالإضافة إلى أن الإلتزام بالتبصير يعدّ التزاما تمليه ضرورة هذا العمل الطبي ونظرا لعدم استعاب أحكام المسؤولية الشخصية لهذا العمل، ظهرت تيارات تنادي بضرورة اللجوء إلى احكام المسؤولية الموضوعية تماشيا مع التطور التكنولوجي في أدوات وتقنيات العمل الطبي، بحيث يعتبر هذا الأخير من أهم تطبيقات المسؤولية الموضوعية التي لا تعتمد على الخطأ كأساس لها، وهو ما استدركه المشرع الجزائري في تعديل القانون المدني سنة 2007 حين نص على أحكام هذه المسؤولية وعلى أسس التعويض فيها وتوجّهه إلى تبني هذه الأحكام أكثر و في نفس السياق من خلال أحكام القانون 11-18 المعدل والمتمم المتعلق بالصحة على نفس الأحكام.

لعل أن أحكام المسؤولية الموضوعية المنصوص عنها في القانون المدني قد فصلت في تحديد الأثر القانوني للعمل الطبي ومدى مسؤولية الطبيب عن أعماله الطبية.

لمعالجة هذا الباب يتم تقسيمه إلى فصلين أساسيين، الفصل الأول يعالج مسؤولية الطبيب التقصيرية بين الخطأ الطبي وعدم التبصير، ويعالج الفصل الثاني المسؤولية الموضوعية وخصوصية التعويض عن الأضرار الطبية.

الفصل الأول:
مسؤولية الطبيب
التقصيرية بين الخطأ الطبي
وعدم التبصير

الفصل الأول: مسؤولية الطبيب التقصيرية بين

الخطأ الطبي وعدم التبصير

يتميز العمل الطبي بمميزات تجعل منه ينطوي على مخاطر عند تقديمه للمريض هذه المخاطر وإن كانت جزءاً من العمل الطبي، إلا أنّ القانون رتب على مقدمها وهو الطبيب، المسؤوليات المنصوص عنها قانوناً بالرغم من الرسالة النبيلة التي يقدمها هذا الأخير، وبغض النظر عن الالتزامات التعاقدية التي تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في تنفيذ الالتزام العقدي، فإن الخطأ الطبي مهما كانت درجته يقيم المسؤولية التقصيرية بالرغم من وجود عقد بين المريض والطبيب، وهذا ما يفتح الباب لتساؤل عن الإلتزام بالتبصير كأحد الإلتزامات التي شغلت الفقه حول طبيعتها والآثار التي ترتبها عند عدم تقديمها، باعتباره خطأ طبياً يرتب المسؤولية التقصيرية، بالرغم من الصعوبة التي تكتنفه عند إثباته.

لعل أن الأحكام القانونية التي نظمت موضوع المسؤولية التقصيرية للطبيب، جعلت من المشرع الجزائري ملماً بهذا الموضوع، من خلال أبرزه لأهمية الإلتزام بالتبصير وخطورة تخلفه، وذلك في القانون 18-11 المتعلق بالصحة، والمرسوم 92-276 المتضمن أخلاقيات مهنة الطب، وارتباط هذا الإلتزام من الناحية القانونية بالخطأ الطبي، خاصة وأن مصدر قيام المسؤولية التقصيرية للطبيب يتجلى في إحدى صورتين، وقوع الخطأ الطبي عموماً وعدم تبصير المريض خصوصاً، تخضع في إثباتها إلى الأحكام العامة المنصوص عنها قانوناً.

من أجل معالجة هذا الفصل تم تقسيمه إلى مبحثين، يتناول المبحث الأول المصدر القانوني للإلتزام بالتبصير والخطأ الطبي باعتبارهما موجبان للمسؤولية التقصيرية، أما في المبحث الثاني فنتناول مسألة إثبات كل منهما.

المبحث الأول: المصدر القانوني للالتزام بالتبصير

والخطأ الطبي

يتحد الخطأ الطبي وعدم التزام الطبيب بتبصير المريض في كونها يجدان مصدرهما في القانون، فإذا كان الخطأ يمثل أحد أركان المسؤولية التقصيرية تقليدياً، فإن الالتزام بالتبصير يخرج من دائرة المسؤولية العقدية باعتباره التزام ما قبل تعاقدى يلزم به الطبيب قانوناً، وهو ما يحيله بهذه الطريقة إلى أحكام المسؤولية التقصيرية، يجد مصدره في القانون 11-18 المعدل والمتمم المتعلق بالصحة، والمرسوم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

من أجل معالجة هذا المبحث تم تقسيمه إلى مطلبين، يتناول الأول منهما الالتزام بالتبصير، بينما يتناول الثاني الخطأ الطبي.

المطلب الأول: تبصير الطبيب للمريض التزام قانوني

يعتبر الالتزام بالتبصير أحد أهم الالتزامات القانونية عند تقديم العلاج، وذلك لما ينطوي عليه هذا العمل من خطورة بالغة بالنسبة للمريض، ولهذا نجد أن المشرع الجزائري قد أكد على هذا الالتزام في مواضع عديدة، سواء تعلق الأمر بالقانون 11-18 المتعلق بالصحة، أو المرسوم 92-276 المتعلق بمدونة أخلاقيات مهنة الطب، غير أن هذا الالتزام تبدو أهميته أكبر في العلاجات التي تنطوي على مخاطر كبيرة.

من أجل معالجة هذا المطلب يمكن تقسيمه إلى ثلاث فروع، يتناول الفرع الأول مفهوم الالتزام بالتبصير، ويتناول الفرع الثاني نطاق الالتزام بالتبصير، أما الثالث فيتناول مصدر الالتزام بالتبصير.

الفرع الأول: مفهوم التزام الطبيب بتبصير

يمكن التطرق في هذا الفرع إلى ثلاث فقرات تتناول الأولى تعريفاً للالتزام بالتبصير بينما تتناول الفقرة الثانية الطبيعة القانونية له، في حين تتناول الثالثة أساس هذا الالتزام وهو ما يمكن بموجبه توضيح العديد من الجوانب القانونية والفقهية لهذا الالتزام.

البند الأول: تعريف الالتزام بالتبصير

أولاً: المعنى اللغوي والاصطلاحي للالتزام بالتبصير

الالتزام بالتبصير جملة مركبة من مصطلحين ينبغي تعريف كل منهما على حدا من أجل الإلمام بالمعنى اللغوي.

1- تعريف الالتزام:

أ- تعريف الالتزام لغة: أصله مشتق من لَزَمَ، لَزَمْتُ الشيء بالكسر، لَزُومًا وِ زَامًا و لَزِمْتُ به و لَأَزَمْتُهُ، و أَلَزَمْتُ الشيء فَالْتَزَمْتُه¹، و يقول الفيومي: " أَلَزَمْتُه المال و العمل و غيره، فَالْتَزَمْتُه، و لازمت الغريم ملازمة و لزمته أيضا تعلقت به"²، أما عن الإلتِزَام فتعني الوجوب، اَلْتَزَمَ اَلْتِزَامًا، اَلْتَزَمَ بالأمر: أَوْجَبَهُ على نفسه³.

ب- تعريف الالتزام اصطلاحاً: لقد عرفه الفقه بأنه: " واجب قانوني يتحمل به شخص معين يسمى المدين، و يتضمن قيامه بعمل ، أو امتناعه عن عمل لصالح شخص آخر يسمى الدائن"⁴.

2- تعريف التبصير

أ- تعريف التبصير لغة: مأخوذ من الفعل الثلاثي بَصُرَ و تعني عِلْمٌ، و بَصُرْتُ بالشيء عِلْمْتُهُ¹، وبالرجوع إلى قواميس و معاجم اللغة العربية نجد أن التَّبْصِيرُ مصدر

¹. الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 597.

². الفيروز أبادي، المصباح المنير، مرجع سابق، ص 552.

³. المعجم الرائد، موقع المعاني www.almaany.com

⁴. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، ص14.

بَصْرَ، و قد عرّفه الرّازي بقوله: " التَّبَصُّرُ هو التأمّل و التعرف، و التَّبَصِيرُ هو التعريف والإيضاح².

و بهذا تكون الدلالة اللغوية للمصطلح المركب الالتزام بالتبصير هي: وجوب التعريف والإيضاح.

ثانيا: المعنى الاصطلاحي للالتزام الطبيب بتبصير المريض

الالتزام بالتبصير جوهر المهن الحرّة عموما، و في المجال الطبي على وجه الخصوص، وهذا المجال الذي يعد أكثر حساسية، كون علم الطب مازال أكثر إبهاما للمرضى، بحيث يتخلون للطبيب عن أعز ما يملكون و هي أجسادهم. نجد أن للفهاء تعريفات عديدة لهذا الالتزام ولعلّ التعريف الأدق والأكثر شمولاً والذي يراعي حساسية هذا النوع من الالتزامات من وجهة نظر الباحث، هو الذي يعرف التزام الطبيب بتبصير المريض بأنه: " إعطاء الطبيب لمريضه فكرة معقولة و أمينة عن الموقف الصحي بما يسمح للمريض أن يتخذ قراره بالقبول أو الرفض و يكون الطبيب على بصيرة و بيّنة و دراية من النتائج المحتملة للعلاج أو الجراحة التي سوف يقوم بها على جسم المريض"³.

¹. جمال الدين ابن الفضل محمد بن منصور الأنصاري، معجم لسان العرب، الجزء الرابع، منشورات محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطلعة الاولى، 2003، ص75.

². الرّازي، مختار الصحاح، ص54، و انظر الفيومي، المصباح المنير، ص50.

³. سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالافصاح في العقود، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2000، ص136.

البند الثاني: طبيعة الالتزام بالتبصير و أنواعه

أولاً: الطبيعة القانونية للالتزام بالتبصير

إنّ الإلتزام ببذل عناية لا يوجب على المدين تحقيق نتيجة معينة، بل يوجب عليه أن يبذل الجهد للوصول إلى هدف معين، سواء تحقّق الهدف أو لم يتحقّق، أمّا الإلتزام بتحقيق نتيجة فهو يفرض على المدين أن يحقق هدفاً أو نتيجة معينة هي محل الإلتزام¹.

إنّ تقدم العلوم الطبية المتعلقة بجسم الإنسان جعل من مسؤولية الطبيب أمراً بالغ الأهمية و الحساسية، وفي ظروف يقدر فيها المريض صحّته بمعزل عن نظرة الطبيب المعالج، خاصة في حالة عدم الشفاء أو حدوث مضاعفات تمس بسلامته البدنية الأمر الذي أدّى إلى ظهور العديد من الإشكالات العلمية و القانونية بين الطبيب و المريض وعلى وجه الخصوص في مدى التزام الأول اتجاه الثاني فيما يتعلّق بتبصيره بأفعاله وتصرفاته التي سيقدم عليها والتي لم تؤدي إلى تحقيق النتيجة المرجوة في الشفاء، وقد تؤدي إلى إلحاق أذى أكبر بسلامة أعضاء الجسم المختلفة، الأمر الذي استلزم تدخل القانون والفقهاء والقضاء لإعادة التوازن بين الحفاظ على سلامة جسم المريض من جهة و قيام مسؤولية الطبيب من جهة أخرى إذا ما ثبت إهماله أو تقصيره في أداء مهامه من جهة أخرى².

1- التبصير التزام بنتيجة: استند من رأوا في الإلتزام بالتبصير أنّه التزم بنتيجة إلى الغاية من التبصير وتتجلى في استنارة إرادة المريض، ومرجعهم الأساسي في ذلك القانون المتعلق بحماية جسم الإنسان³، ويقاس الوفاء بالإلتزام هنا بتحقيق النتيجة المتمثلة في الغاية منه وهي استنارة الإرادة، ولما كانت الإستنارة أمراً باطنياً فيستدل على تحققها

¹. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، ص 656_657.

². نائل عبد الرحمان، مسؤولية الأطباء الجزائية، دراسات مجلة العلوم والشريعة و القانون، المجلة 29، العدد الأول 01، أيار 1999، تصدر عن الجامعة الأردنية، ص152.

³. الشرييني محمد أحمد حسن، مرجع سابق، ص 11، علي ايهاب يسر أنور، مرجع سابق، ص 112.

بإقرار المريض بالموافقة على العلاج بإرادة مستتيرة بعد أن تمّ تبصيره بظروف المرض وسبل العلاج منه، والآثار التي قد تترتب عليه... إلخ¹.

وقد يرجع ذلك إلى قصور في التبصير من قبل الطبيب، كما قد يرجع إلى قصور ذاتي في الاستيعاب من جانب المريض، وفي الحالتين ينعلم تبصير المريض رغم الإقرار بحصوله، الأمر الذي يفضي إلى حصول الرضا مشوبا بالعيب².

2_ التبصير التزام بوسيلة: استند القائلون بأنّ الالتزام بالتبصير هو التزام بوسيلة لطبيعة فعل التبصير ذاته الذي يقوم على تزويد المريض بكم من المعلومات حول ظروف المرض وسبل العلاج منه وما يترتب على هذا وذاك من آثار، وينظر في الوفاء بالالتزام هنا إلى نوع الجهد الذي يبذله الطبيب في تزويد المريض بالمعلومات المطلوبة ويقدر ذلك بمعيار موضوعي بقياس عمل الطبيب وفقا لقاعدة «المفترض في الرجل العادي»، ويتم تقدير مدى وفاء الطبيب بالتزامه بالتبصير عن طريق الأخذ بعاملين: عامل ذاتي وآخر موضوعي³.

¹ علي جابر محجوب، مرجع سابق، ص 107 وما بعدها. ويلاحظ أن الأخذ بهذا الرأي إن كان في مصلحة الطبيب بما يكفله له من حماية جزئية من المساءلة الادارية خاصة في الحالات التي يستلزم التبصير الحصول على إقرار خطي من المريض بحصول التبصير، إلا أنه يعد قييدا على حرية المريض الذي غالبا ما يجهل الكثير من تفاصيل وآثار التبصير، ولا شك أن في ذلك تجاهلا لحقوق المريض في الحصول على تبصير فعلي بالعلاج، لأن إقرار المريض بحصول التبصير قد لا يعكس الحقيقة.

² J. Panneau, *Le consentement face au droit de la responsabilité médicale*, Gaz. Pal, 1999 (1 ersem), France, n° 13. P.1129.

³ العامل الذاتي: وينصرف إلى قدرات المريض الاستيعابية لكم ونوع المعلومات التي تلزم لتحقيق استنارة إرادته، ويقدر ذلك بمعيار شخصي ينظر فيه إلى شخص المريض ومستوى قدراته العقلية. العامل الموضوعي: وينصرف إلى الجهد المطلوب من الطبيب لإنارة إرادة المريض ويقدر ذلك بمعيار موضوعي ينظر فيه إلى الجهد المتوقع من الطبيب المعتاد من أمثاله، وحرصا على حصول الاستنارة لإرادة المريض، فقد تبنت القضاء في فرنسا مثلا مبدأ استلزام أن يكون التبصير بسيطا. انظر أيضا: أنور ايهاب علي، مرجع سابق، ص 113.

ثانيا: أنواع الالتزام بالتبصير

1- التبصير المشدد: بالرغم من أن التزام الطبيب بتبصير مريضه لم تعالجه الكثير من التشريعات على غرار المشرع الجزائري¹، و قد ذهب جانب كبير من الفقه الفرنسي² إلى ضرورة قيام الطبيب بتبصير مريضه تبصيرا مشددا، أي بجميع الحوادث والآثار سواء كانت مؤكدة أم محتملة الوقوع و سواء أكان العمل الطبي علاجيا أم جراحيا وذلك لاعتبارات عديدة:

أ- معصومية الجسد: يتعلق هذا الاعتبار بحق الإنسان في الحياة وفي سلامة بدنه وهذا يتطلب عدم المساس بجسمه إلا بعد الحصول على رضاه، و هذا استنادا إلى الفكرة الفلسفية التي تقضي بحق المريض في أن يكون سيد نفسه.

ب- كمال أهلية المريض وإرادته: كما يقوم التشديد في تبصير المريض على اعتبار آخر هو أن الأصل في كون الأخير حرّ و كامل الأهلية، وهو صاحب الحق الأول في سلامة بدنه، فليس من المقبول أن يقال أنه بمجرد تعاقد مع الطبيب أو دخوله المستشفى يفقد إرادته وحرّيته على جسمه ويصبح تحت رحمة الأطباء³.

يتضح مما تقدم أن حالة التبصير المشدد تفرض على الطبيب التزاما بتبصير مريضه تبصيرا كاملا حتى بتلك الأمور التي قد لا تقع إلا نادرا، بل و حتى بتلك الأمور التي قد يكون تحققها استثنائيا وإعلامه بكل التعقيدات والآثار التي يمكن أن تترتب على العمل الطبي، وكل ما يمكن أن يسببه من إزعاج أو ألم فضلا عمّا يحتاج إليه من فترة

¹. القانون 18-11 المتعلق بالصحة ، مرجع سابق و المرسوم 92-276 المتعلق بمدونة أخلاقيات مهنة الطب مرجع سابق.

². **Patrice Jourdain**, Le Fondement De L'obligation de Securite, Gazette du Palais, 1997, P1197.

³. **Isabelle Pariente Butterlin** La relation du patient et du medecin, confiance, contrat ou patenariat, esprit, Mai 2002, P90.

نقاها، وما يمكن أن ينتج عنه من تعطل عن عمل أو ممارسة النشاط الاجتماعي أو غير ذلك¹.

يمكن القول بأنّ بعض الأعمال الطبية غير العلاجية تستوجب التشديد التّبصير كالتجارب الطبية واستقطاع الأعضاء البشرية وزرعها والاجهاض غير العلاجي وعمليات التجميل غير العلاجية، أي بمعنى أن تشديد التّبصير لا يكون مطلقا وإنما يقتصر على بعض الأعمال الطبية دون غيرها، وهذا ما سنتناوله في النوع الثاني من أنواع التّبصير.

2- التّبصير المخفف: إنّ التّبصير قد يكون أقل تشديدا بناء على عدة اعتبارات مما جعل الفقه² يذهب إلى ضرورة تخفيف التزام الطبيب بتبصير مرضاه، باعتباره الحالة الثانية للتّبصير، وذلك لاعتبارات عديدة:

أ. الطبيب أقدر على تحقيق مصلحة المريض: على اعتبار أن الطبيب من أهل العلم والمهنية الذي لا يحوز أية مشاعر، بل حتى مشاعر الشفقة لن تؤثر في عمله وفي رؤيته العقلانية، فالطبيب هو الذي ينظر إلى المرض في حقيقته بأكبر قدر من الموضوعية، فهو الأستاذ الذي تتيسر له فرصة شفاء المرض، وهذه الفرصة هي التي تتحقق بجانبه دون غيره.

ب. نسبة المخاطر: إن الكثير من أسرار الجسم البشري لم تكتشف بعد كما أن المخاطر التي يمكن أن تحدث لبعض الأشخاص قد لا تحدث لغيرهم وأنّ الكثير من

¹ إنّ قيام مسؤولية الطبيب بعدم إعلام المريض بالمخاطر الاستثنائية على الرغم من اتباعه جميع الأصول الفنية والعلمية بعمله قد يكون جديرا بالتأييد في نطاق عمليات التجميل دون غيرها، إلا أن هذا لا يمكن تعميمه على غيره من حالات التدخل الجراحي أو العلاجي الأخرى لأنه سوف يشكل قيда على إرادة الطبيب بإلزامه بالإفشاء حتى بالمخاطر التي يعد وقوعها نادرا، لأننا لا نجد حاجة إلى إشغال ذهن المريض بها وإلاّ امتنع عن أي تدخل يعود لمنفعته، كما أن القاعدة المتوخاة من العلاج في الغالب تعلق وتفوق المخاطر الناجمة عنه، إذّا فالأمر نسبي يختلف من حالة لأخرى

² منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة، العدد 12، السنة الخامسة، الكويت 1981، ص 420.

– Amy Freedman, The Physician, Patient relationship and the ethic of care, can MED Assoc, 1993, P1039.

المخاطر قد لا تعرف سبقا، فالإسهاب بتبصير المريض قد يؤدي إلى نفوره من العلاج ورفضه في الوقت الذي قد لا يتعرض لمثل هذه المخاطر، مما يؤثر سلبا في صحته وثقته بطبيبه.

ج. التبصير قيد على عمل الطبيب: يستند العلاج الطبي إلى اعتبار آخر هو إلزام الطبيب بإخبار المريض بكل الأساليب العلمية والعلاج ومبرراته ومخاطره كل ذلك يجعل الطبيب مقيدا ويتعذر عليه ممارسة عمله بالفاعلية المطلوبة لأن دور الطبيب ليس تبصير المريض بطريقة تجعله عبئا ثقيلًا على عاتقه، فالأولى هو التخفيف بالتبصير تجاه المرضى كي لا يؤثر ذلك سلبا في عمل الأطباء.

البند الثالث: مصدر التزام الطبيب بتبصير المريض

يعتبر الالتزام بالتبصير التطبيق الأمثل لمبدأ "احترام إرادة المريض"، لأن الطبيب لا يستطيع أن يقوم بأي عمل طبي على جسم المريض إلا بعد حصوله على رضاه أو رضا من ينوب عنه¹، و يستند هذا النوع من الالتزامات إلى مصادر هي:

أولا: المصدر القانوني لالتزام الطبيب بتبصير المريض: إن التزام الطبيب بتبصير المريض يعتبر واجب قانوني يلتزم من خلاله الطبيب المعالج بتزويد المريض بكل المعلومات الأساسية المتعلقة بنوعية التدخل الطبي وطبيعته وكذلك النتائج المترتبة عنه وحتى ما ينجر عن رفضه للعلاج من تبعات وأخطار، وكون الالتزام بالتبصير واجب قانوني، ينبغي أن يستند في ذلك على نصوص قانونية تعطيه القوة التنفيذية اللازمة وسواء كانت هذه النصوص دولية أو وطنية، فيجد التزام الطبيب بتبصير المريض الاعتراف به من خلال المواثيق الدولية².

¹. زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، مرجع سابق، ص 141.

². LEGOUX (Alain), « Consécration du défaut d'information comme faute autonome », *Gazette du palais*, N°167-168, 2010, p 10.

أ. اتفاقية حقوق الإنسان و الطب الحيوي للمجلس الأوروبي في المادة الخامسة منه و الصادرة بتاريخ: 04 أبريل 1997.

أما فيما يتعلق بالقوانين الوطنية الداخلية فقد أقرت العديد من التشريعات الالتزام

بالتبصير العربية منها و الغربية، فنجد أن المشرع الجزائري أشار إلى إلزامية تبصير

الطبيب لمريضه في بعض موادها بأنه من بين الالتزامات التي تقع على الطبيب وخاصة

إذا تعلق الأمر بالتدخلات الخطيرة أو فيما يتعلق بنقل الأعضاء أو بتر عضو منها وهذا

ما نصت عليه المادة (43) و(45) و(47) من المرسوم التنفيذي 92-276 المتعلق

بمدونة اخلاقيات مهنة الطب¹، وتجدر الإشارة أيضا أن القانون 18-11 المتعلق

بالصحة في المادتين (343) و(344)².

ب. الإعلان العالمي للجنايات البشرية و حقوق الإنسان لليونسكو في المادة الخامسة منه و الصادرة بتاريخ: 11 نوفمبر 1997.

ج. الإعلان العالمي لأخلاقيات علم الأحياء و حقوق الإنسان لليونسكو في المادة السادسة منه و الصادرة بتاريخ: 19 أكتوبر 2005.

¹. المادة 43: يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة و صادقة بشأن اسباب كل عمل طبي.

المادة 45 : يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمريضه يتسم بالإخلاص و التقاني و المطابقة لمعطيات العلم الحديثة، و الإستعانة، عند الضرورة، بالزملا المختصين و المؤهلين.
المادة 47: يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يحرر وصفاته بكل وضوح و أن يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيدا، كما يتعين عليه أن يجتهد للحصول على أحسن تنفيذ للعلاج.

². كما تبنى التشريع الفرنسي الالتزام بالتبصير لكن بصورة شاملة، لذلك فقد نص على التبصير الشامل و الكامل من خلال قانون الصحة العمومية، هذا القانون الذي يترجم تطور القضاء الفرنسي بشأن شمولية التبصير و ثباته فيما يتعلق بمخاطر العلاج المقترح، أنظر في هذا : مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 144.

من خلال القانون 303-2002 المؤرخ في 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى و نوعية النظام الصحي

وتم الإطلاع عليه آخر مرة بتاريخ: 7 أبريل 2023، منشور على الرابط:

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000227015>

ثانيا: المصدر الأخلاقي لالتزام الطبيب بتبصير المريض

إن أخلاقيات مهنة الطب تفرض على الطبيب تقديم خدماته الطبية بكل إخلاص و تقان مطابقةً لمعطيات العلم الحديثة و هذا بدوره يفرض على الطبيب الاجتهاد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة و صادقة و أمينة عن حالته المرضية و آثارها للحصول على موافقته الحرة المتبصرة، و هذا ما نصّ عليه المشرّع الجزائري من خلال مدونة أخلاقيات الطب.

إذ أن المشرّع لم يكتف بوصف الرضا الواجب الحصول عليه من المريض المتبصر، وإنما أصر على تأكيد التزام الطبيب بتبصير المريض، وهذا من خلال نص المادة (43) من مدونة أخلاقيات مهنة الطب¹ على أنه: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة و صادقة بشأن أسباب كل عمل طبي".

كما أكد المشرّع على ضرورة تبصير الطبيب لمريضه من خلال المادة (44) من نفس المدونة فنصت بأن: "يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة و متبصرة، أو لموافقة الأشخاص المخولين منها و من القانون"، ذلك المادة (47) من نفس المدونة² التي ألزمت الطبيب بضرورة تحرير وصفاته بكل وضوح بغية تمكين المريض أو المحيطين به من فهم وصفاته فهما جيدا لا يخطئ المريض عند تناوله للدواء، فيعدد الجرعات الواجب أخذها، أو في الأوقات الواجب تناوله فيها.

¹. أنظر المرسوم التنفيذي 92-276 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، مرجع سابق.

². تنص المادة: 47 م.أ.ط "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يحرر وصفاته بكل وضوح وأن يحرس على

تمكين

المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيدا، كما يتعين عليه أن يجتهد للحصول على أحسن تنفيذ للعلاج"

الفرع الثاني: نطاق التزام الطبيب بتبصير المريض

يعتبر إخلال الطبيب بالتزامه بتبصير مريضه سببا لقيام مسؤوليته، لذلك كان لزاما تحديد نطاق هذا الالتزام، لتحديد مدى نفاذ حق المريض في الحصول على المعلومات الخاصة بحالته الصحية، وما قد يعتري تدخل الطبيب من مخاطر على جسده لغرض العلاج.

البند الاول : الإتجاه المضيق لالتزام الطبيب بالتبصير

أولا: أساس تضيق التزام الطبيب بالتبصير

لا يرى أنصار هذا الاتجاه ومعظمهم من الأطباء، التزاما على الطبيب بأن يُبصر المريض بحالته المرضية ومخاطر العلاج¹، وذلك لعدت أسباب يرها أهل هذا الاتجاه بأنها أسباب جدية وترتكز على:

1- دور العلوم الحديثة في ترسيخ فكرة تأثير الطبيب على المريض: فقد أدى تطور العلوم الحديثة إلى أن أصبح تأثير الإنسان الطبيب على الإنسان المريض أمرا طبيعيا جدا، فوفقا لهذه النظرية فإن المريض يبقى تحت وصاية الطبيب، ويبر القائلون بهذا الاتجاه قولهم هذا بأن المريض يجهل علم الطب، ولا يعلم المسائل الطبية والأساليب العلمية والفنية، وبالتالي يكون غير قادر على وزن الأمور بشكل صحيح، وأن عدم تبصيره بحقيقة الحال التي هو عليها وبناتج علاجه، يشكل مصلحة له بعدم تعريض حالته النفسية والمعنوية للتدهور².

2- ثقة المريض في الطبيب: قبول المريض للعلاج يجد مصدره في الثقة التي

يضعها في الطبيب، وهذه الثقة ينبغي أن تكون كاملة غير مشروطة، ووصل الأمر

¹.حمدي عبد الرحمان ، معصومية الجسد " : بحث في مشكلات المسؤولية الطبية ونقل الأعضاء 1987 " ص33.
². سميرة الديات، عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، عمان : دار الثقافة للنشر و التوزيع رسالة دكتوراة، منشورة ، سنة 1999، ص 160 و 161.

بالبعض إلى وصف علاقة المريض بطبيبه بالفاشية الطبية التي تصل إلى عدم الاعتداد بإرادة المريض¹.

3- **تفادي عرقلة العمل الطبي:** إن إلزام الطبيب بتبصير المريض في مختلف مراحل العمل الطبي يعرقل عمل الطبيب ويجعله أقل فاعلية في أداء عمله، وبذلك فإن فئة القائلين بهذا الاتجاه، لا يرون ضرورة الحصول على موافقة المريض، بل وقد يتعدى الأمر عندهم إلى حد استخدام الإكراه لإجباره على تلقي العلاج الذي يراه الطبيب ضروري لحالته².

ثانياً: نقد الاتجاه المضيق لتبصير الطبيب للمريض

1- **التسليم بالنظرية يوسع مسؤولية الطبيب إلى مسؤولية جنائية:** إذا تم التسليم بأن ما يذهبون إليه صحيح، فإن الأنظار ستتوجه إليهم بعدها، ليكونوا محل مساءلة أمام القضاء، وعندئذ ستثار مسؤولية الأطباء المدنية والجنائية معاً، الأمر الذي يؤثر سلباً على مستقبل الطب، مما يؤثر سلباً على روح الإبداع والابتكار لدى الأطباء وسلطتهم التقديرية سوف تهمش، وهذا يدحض أيضاً حجّتهم القائلة بأن الالتزام بالتبصير يعرقل عملهم.

2- **عدم التبصير يؤدي إلى لبس لدى المريض حول حالته الصحية:** وأما ما جاء به أصحاب هذا الاتجاه للتدليل على ما يذهبون إليه، من حماية نفسية المريض من التدهور، فإن حجّتهم قاصرة، إذ قامت على فرض أن حالة المريض خطيرة، في حين أغفلت الفرض المعاكس، و هي الحالة البسيطة والمستقرة للمريض، وعدم قيام الطبيب بتبصير مريضه حول واقعة الحال هذه، هو ما قد يُفسّر من جانب المريض على أن حالته خطيرة وغير مستقرة، نظراً لسلبية الموقف الذي اختاره الطبيب، وبالتالي قد يؤدي

¹. حسن الإبراشي، المرجع السابق، ص320.

². محمد حسن قاسم الطيبين، الممارسة وحقوق الإنسان، دراسة في التزام الطبيب بإعلام المريض أو حق المريض في الإعلام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص17.

ذلك إلى نتائج عكسية من تدهور حالة المريض النفسية التي قد تضعف مناعته وقدرته على المقاومة.

3- **عدم التبصير يفقد ثقة المريض في الطبيب:** كما أن المريض لم يول الطبيب ثقته إلا بعدما قدر بأن الأخير سوف يضعه في الصورة الكاملة لحقيقة الحالة التي هو عليها، وما هو مُقدّم عليه، وليست الثقة العمياء المطلقة المجردة.

البند الثاني: الاتجاه الموسع لنطاق الالتزام بالتبصير

أولاً: أساس توسيع التزام الطبيب بالتبصير

1- **كشف جميع المعلومات بدقة:** على أساس أخلاقي يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يجب على الطبيب أن يكشف للمريض عن كل المعلومات التي تتصل بالنشاط الطبي المراد إجراؤه عليه بكل دقة وإن كانت حالته صعبة. كما لا يجوز للطبيب أن يدلي بمعلومات مضللة أو كاذبة أو مخالفة لحقيقة الحالة التي عليها المريض¹، فالطبيب ملتزم بتوضيح نوع وطبيعة تدخله الطبي، وأساليب الفحص والعلاج، ومخاطر العلاج المقترح ولو كانت بعيدة الاحتمال، وبالتطور المتوقع لحالته الصحية²، وحتى تتاح الفرصة للمريض للتعرف على مضاعفات و مخاطر المرض، وأن يحتاط لنفسه، وذلك احتراماً لحق الفرد في الذاتية وسلامة البدن، انطلاقاً من مبدأ الثقة الذي يوليه المريض للطبيب وتدعيماً لأساس وجود رضاء المريض الحر والمستنير³.

2- **مساعدة المريض في اتخاذ القرار السليم من خلال المعلومات الشاملة عن حالته المرضية:** و من أنصار هذا الاتجاه من يرى أن نطاق المعلومات التي يلتزم الطبيب بالكشف لمريضه عنها، تتلخص فيما يراه ضروريا لاتخاذ قرار المريض السليم في

¹. محمود حسني : أسباب الإباحة، المرجع لسابق، ص121.

². إيهاب يسر علي : المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1994، ص54.

³. أحمد أبو خطوة، مرجع سابق ، ص 107.

هذا الخصوص، والمعيار في ذلك وفقا للرأي الغالب هو موضوعي لا شخصي، يقاس بحالة المريض الذي يتمتع بالقدر المتوسط من الحيطة والحذر والعناية في ذات الظروف التي وجد فيها¹، كالعن، والثقافة، و البيئة، و حالته الصحية و ظروف المكان و الزمان...الخ.

3- التوسع في الالتزام يشمل الخيارات المتاحة أمام المريض: كما أن هناك من يرى من أتباع هذا الاتجاه بتوسيع هذا الالتزام، ليشمل- بالإضافة لما سبق -تبصير المريض بالخيارات والبدائل حتى يكون التبصير كاملا، فعلى الطبيب أن يعرض على المريض طرق العلاج الممكنة، والبدائل والخيارات المتاحة، موضحا مزايا ومخاطر كل طريقة، و يرى الرأي الغالب في النظام الأنجلوسكسوني إلى الأخذ بهذا الاتجاه².

ثانيا: نقد الاتجاه الموسع لالتمار الطبيب بالتبصير

إن الثقة التي يوليها المريض في الطبيب يجب أن تفهم في سياقها الطبيعي، فلا يلتزم الطبيب الكشف عن معلومات تضر بمصلحة المريض، و لا تساعد في تخفيف آلامه و بذل الجهد في شفائه وفقا لسير العادي للأمر، فليس من قبيل الثقة أن يدلي الطبيب للمريض بمعلومات خطيرة تؤلمه، أو تكون دافعا لعزوفه عن العلاج المطلوب بل يجب أن تفهم الثقة في إطار الهدف الذي جمع المريض بالطبيب، فكلاهما ليس له تجاه

¹. Mason&McCall Smith: Law and Medical Ethics,Second edition ,1987, p. 244

².مامون رشيد، مرجع سابق، ص 102، انظر: « Consent to Therapy and _Expérimentation » , Thèse de master, Universte de glasgow, Ecosse,G.B1990 , p.92. ففي أمريكا اتجهت بعض المحاكم إلى الأخذ بهذا الاتجاه انسيقا وراء الرأي الغالب لدى الفقه، حيث أن القضاء الأمريكي انتقل من المطالبة بالحصول على رضا المريض بمفهومه التقليدي إلى و جوب الحصول على رضاه المستتير أو المتبصر بدعوى أن مثل هذا التبصير هو الذي يوفر للمريض الرضاء الحر والمستتير، فقد أخذ القضاء الأمريكي يؤكد على هذا المبدأ ابتداء من سنة 1957 في قضية salgo v. LelandStaanford Jr Board of Trustees، حيث أن المحكمة في هذه القضية لم تسأل عن حصول الطبيب على رضا المريض من عدمه، و إنما اهتمت بمدى توفيره للمعلومات اللازمة للمريض لتمكنه من اتخاذ قراره بالقبول أو الرفض للعلاج، حيث جاء في حيثيات حكمها أنه يقع على عاتق الطبيب التزام بتبصير المريض بحالته الصحية و أسلوب العلاج الذي يقترحه و ذلك حتى يكون اختيار المريض للعلاج أو رفضه له مبنيا على أساس سليم و متفقا مع إرادته الحقيقية

الآخر مصلحة متعارضة أو عداء، و إنما يتحاوران و يتبادلان أطراف الحديث حول حالة المريض الصحية بما يخدم الغاية المنشودة من التّدخل الطّبي قبل المريض، و أي بيان ومعلومة تمس هذه الغاية ينبغي أن تخرج عن مفهوم الثقة.

إن الحق في سلامة الجسم لا يحمل على إطلاقه، وينبغي النظر إليه بالنسبة للحالات التي لا تشكل اعتداء على هذا الحق، أما العمل الطبي فإنه يستهدف مصلحة المريض المطلقة، و لا يكون إلا إذا كانت هناك ضرورة تبرره، أما إذا توافر في حالة ما القصد الجنائي لدى الطبيب، فإن ذلك يأتي على خلاف الغاية التي من أجلها شرع العمل الطبي، وعندها يمكن الحديث عن المساس بالحق في سلامة الجسم.

وبخصوص البدائل والخيارات التي قال بها بعض أنصار هذا الاتجاه، فإننا نعتقد أن ذلك الالتزام من طرف الطبيب لا يشكل قاعدة عامة، حيث يمكن ترتيب هذا الالتزام على عاتق الطبيب في بعض الحالات التي تستدعي ذلك، فإذا عرضت على الطبيب حالة تتعدد فيها الخيارات بين عدة بدائل لتدخلها لطبي تتفاوت فيها النتائج المتوقعة من كل منها، عندها فقط يتقرر التزاما على الطبيب بتبصير المريض بهذه البدائل وأثر كل منها، بطريقة واضحة وتقريبية تؤهل المريض لاتخاذ قراره في هذا الشأن¹.

كما أجازت المادة (51) من المرسوم 92-276 المتعلقة بمدونة أخلاقيات الطب للطبيب عدم إطلاع المريض على عواقب المرض الخطيرة، ولكنها ألزمته بالإفشاء بذلك

¹. إن القول بإلزام الطبيب بتبصير المريض بمخاطر العلاج بعيدة الاحتمال قول غير مستساغ، و يتعارض مع المنطق والقانون، وما استقر عليه القضاء في العديد من البلدان، لأن التطرق للعلاقة ما بين الطبيب و المريض، يشير إلى علاقة جمع تبين شخص متخصص في علم الطب، و آخر يجهله تماما، كما أن هذا الاتجاه يخالف حقيقة كون جوانب عديدة من الفن الطبي لم تستقر بعد، ما يعني عدم إلزام الطبيب بتبصير المريض بها، و مؤدى هذا الاتجاه فرض واجب على عاتق الطبيب بتبصير المريض بمصطلحات فنية دقيقة ومعقدة يصعب عليه فهمها، وقد تكون سببا في رفضه العلاج. أنظر في الموضوع: سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، القاهرة:، دار النهضة العربية، دون سنة نشر، ص 174.

إلى أهله، إلا إذا أبدى المريض رغبته في عدم إطلاع أحد على حالته، أو عين أشخاصا لاطلاعهم عليها¹.

و من ناحية أخرى، فإن رضاء المريض لم يعد ينظر إليه مجردا عن بعده الاجتماعي فوفقا للنظرية الاجتماعية، يكون من حق المجتمع، في أحوال معينة، أن تتم معالجة المريض رغم ما يبديه من رفض (إجباريا)، و نجد تطبيقا لهذه النظرية في النظام القانوني الجزائري المتضمن لقانون حماية الصحة و ترقيتها في الفصل الثالث من الباب الثاني المتعلق بالوقاية من الأمراض المعدية و مكافحتها في المواد: (من 52 إلى 60) باتخاذ التدابير الوقائية والعلاجية اللازمة لحصر انتشار الأمراض المعدية، كالتطعيم الإجباري أو العلاج اللازم²، و بالتالي فلا قيمة لرأي الشخص، بل يجبر على تلقي العلاج بقوة القانون.

البند الثالث: الاتجاه المقيد لنطاق الالتزام بالتبصير

جاء هذا الاتجاه متوسط بين التوسيع و التضيق لنطاق الالتزام بالتبصير، و يقوم على إدراك واع لكلا الاتجاهين، سواء الحقيقة الأولى التي تتمثل في كون أن الإنسان قد ينتابها الضعف والخوف لمجرد معرفة حقيقة مرضه، و بين الحقيقة الثانية في كون الإنسان المعاصر وبما أوتي من إدراك لحقوقه لم يعد خاضعا لوصاية الطبيب الأبوية خاصة إذا تعلق الأمر بسلامة و حرمة جسده، و لو كان مبرر الخضوع هذا بناءً على مصلحته العلاجية.

أولا: أساس الاتجاه المقيد

¹. نجد المشرع المصري كذلك نص في ذات الشأن بموجب المادة:19 من لائحة و ميثاق شرف مهنة الطب البشري في مصر.

². نصت المادة 53 ق.ح.ص.و.ت: " يتلقى الأشخاص المصابون بأمراض معدية و الذين يشكلون مصدر العدوى علاجاً استشفائياً أو حراً، و يخضع الأشخاص المتصلون بالمرضى لمراقبة طبية و صحية كما يمكن أن يتلقوا علاجاً وقائياً"

وفق هذا الاتجاه فإنه لا يشترط على الطبيب أن يلفت عناية المريض إلى كل تفاصيل حالته الصحية، بل يكفي أن يحيطه علما بحالته الصحية وطبيعة الوسيلة التي يرنثيها لعلاجها، دونما حاجة إلى التعرض لمضاعفات حالته الصحية والمخاطر التي قد تنجم عنها أيا كانت طبيعتها¹.

يعطي أنصار هذا الاتجاه للطبيب السلطة التقديرية لتحديد المعلومات التي يرى ضرورة إطلاع المريض عليها، وفق معيار الحرص الذي يجب أن يلتزم به في كافة الإجراءات التي يباشرها تجاه المريض، ويعتبر هذا التقدير من المسائل الفنية المجردة التي لا يقرّها إلا المتخصص وتنفيذا لمهنته وفي ذات الفرع من التخصص².

1- مبدأ التبصير في الاتجاه المقيد: لذلك فإن مبدأ التزام الطبيب بالتبصير يقضي بالإفشاء والإخطار بالمعلومات وفق الأصول و المعارف الطبية المكتسبة المطابقة لمعطيات العلم الحديث وقت التّدخل الطبي، فلا يكتفي الطبيب بالإعتماد على قدرته الفنية والعلمية، في مجابهة آثار ومخاطر العلاج ولئصوّغ لنفسه الإعفاء من الالتزام بالتبصير، ما يحتم عليه الاستعلام قبل الإعلام³، وهذا من خلال المتابعة المستمرة لكل تطورات العلم الحديث في مجال تخصصه لتحيين المعلومات وصقلها، دون الاكتفاء بما تم تحصيله من خلال المسار الدراسي⁴.

2- الإستثناء في التبصير: إستثناءا عن مبدأ الالتزام بالتبصير يجوز للطبيب ووفق هذا الإتجاه أن يخفي على المريض حقيقة مرضه⁵، ويدلي إليه بمعلومات غير

¹. سهير منتصر، المرجع السابق ، ص51.

². إيهاب علي، مرجع سابق، ص55.

³. سعاد بختاوي، المسؤولية المدنية للمهني المدین، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص - تخصص قانون مسؤولية المهنيين - كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، 2012 ، ص145.

⁴. انظر المادة 15 و 45 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية.

⁵. انظر المادة 51 من مدونة اخلاقيات مهنة الطب الجزائري: " يمكن إخفاء تشخيص مرض خطير عن المريض لأسباب يقدرها الطبيب أو جراح الأسنان بكل صدق و إخلاص غير أن الأسرة يجب إخبارها إلا إذا كان المريض قد منع

صحيحة، طالما كان ذلك في مصلحته، ودون استعمال وسائل الغش و التدليس، لأن إخفاء النتائج الحسنة للتدخل الطبي عن المريض وإيهامه بخطورة الفحوص الطبية أو الاستمرار في تلقي العلاج أمر محظور، لتأثير ذلك على سلامة الرضا وكونه يعيب الإرادة وفق قواعد القانون العامة، غير أن مسؤولية الطبيب تقوم من وجهة نظر القضاء الإنجليزي إذا ترتب على تدخله مضاعفات معينة كانت نتيجة إجراء تم دون موافقة المريض المستنيرة، بغض النظر عن توافر الخطأ في جانبه¹.

ثانيا: تقدير هذا الاتجاه

يعتبر هذا الاتجاه الأوفر حظاً من بين الاتجاهات الثلاثة سالفة الذكر، إلا أننا نعيب على بعض أنصارهم ذهبهم بعدم إلزام الطبيب بتبصير المريض فيما يتصل بمضاعفات حالته الصحية ومخاطرها المتوقعة، فالرأي السائد لدى غالبية الفقه يذهب إلى مد التزام الطبيب بالتبصير إلى ذلك في حدود ما هو مألوف و متوقع².

و عليه و من خلال ما تقدم، فإن تحديد نطاق التزام الطبيب بتبصير المريض يتوقف على عدة اعتبارات، وهي تناول موضوع التبصير من خلال بيان مخاطر العمل الطبي و آثاره، و مراعاة حالة المريض النفسية، ومدى توافر حالتي الضرورة والاستعجال وطبيعة العمل الطبي، فالطبيب يلتزم بإخطار المريض بنوع وطبيعة الإجراء الطبي الذي يعتزم مباشرته عليه، ومخاطره المتوقعة، حسب المجرى الطبيعي للعمل الطبي، دون الشاذ والاستثنائي منها، مع مراعاة الحالة النفسية للمريض، كما يدخل في هذا الالتزام إجابة الطبيب على تساؤلات واستفسارات المريض بوضوح ومهنية، بينما يضيق التزام الطبيب بالتبصير عندما يكون العمل الطبي عاجلا و ضروريا، حسب المادة (2/344) من القانون 11-18 المتعلق بالصحة، قياسا على عدم قبول المريض للعمل الطبي، فتتص

مسبقا عملية الإفشاء هذه أو عين الأطراف التي يجب إبلاغها بالأمر، و لا يمكن كشف هذا التشخيص العطير أو التنبؤ الحاسم إلا بمنتهى الحذر و الإحترار.

¹. إيهاب علي، مرجع سابق، ص 55.

². علي نجيدة، المرجع السابق، ص 24.

هذه المادة على " ...غير أنه، في حالات الاستعجال أو في حالة مرض خطير أو معد أو عندما تكون حياة المريض مهددة بشكل خطير، يجب على مهني الصحة أن يقدم العلاجات، و عند الاقتضاء، تجاوز الموافقة".

في حين يتسع نطاق التزام الطبيب بالتبصير تبعاً لطبيعة العمل الطبي، فيلتزم بتزويد المريض أو الشخص محل العمل الطبي بكل تفاصيل تدخله ومخاطره المتوقعة وغير المتوقعة، وحتى التفاصيل الفنية، بأسلوب واضح و مبسّط، وبكل حذر و صراحة وإخلاص، وليصل نطاق التبصير إلى أبعد حدوده فيما يخص الوضعيات التي تستدعي عناية خاصة كجراحة التجميل، التجارب غير العلاجية، عمليات نقل وزراعة الأعضاء ونقل الدّم...الخ¹.

وعليه فإن تخلف الالتزام بالتبصير يعد سبباً لقيام المسؤولية التقصيرية، بحيث يجد مصدره في القانون 18-11 المتعلق بالصحة والمرسوم التنفيذي 92-276 المتعلق بمدونة أخلاقيات مهنة الطب، وذلك باعتباره التزاماً ما قبل تعاقدي، يلزم به الطبيب طوال مدة تقديمه للعلاج، وهو ما يقربه بهذه الطريقة من الأحكام التي تطبق على الخطأ.

¹. علي نجيدة، المرجع السابق ، ص 26.

المطلب الثاني: خطأ الطبيب أساس مسؤوليته التقصيرية

الخطأ عموماً هو أهم الأركان الثلاثة التي تقوم عليها المسؤولية، و ذلك نظراً للخلاف الذي ثار حول اعتبار الخطأ الأساس الحقيقي للمسؤولية المدنية، حيث هناك رأي يعتبر الخطأ أساس المسؤولية المدنية منطوقاً و قانوناً لأن المسؤولية، وفق هذا الرأي هي الحكم المحيط بالخطأ¹.

الأخطاء الطبية تعد من أخطر أنواع الخطأ، و ذلك لأنّ الطبيب يتعامل مع الصحة و يجب أن يكون مصدر أمان للمريض و يتعد الخطأ و يتدرج من حيث درجة الخطأ و نوعه حيث ينقسم من حيث درجة الخطأ إلى الأخطاء البسيطة و الأخطاء الجسيمة أو من حيث النوع ينقسم الخطأ في تشخيص العلاج و الخطأ في مرحلة العلاج، و نتكلم عن كلا الصنفين في الفرعين التاليين.

¹ محمد سليمان الأمد، الخطأ الأساس الحقيقي للمسؤولية في القانون المدني العراقي، دراسة تحليلية، 2007، ص 10. يعرف الخطأ بوجه عام هو "الإخلال بالتزام سابق، إن كل خطأ يفترض الوجه السابق لقاعدة من قواعد السلوك الموضحة و المحددة حيث نفترض هذه القاعدة على الأفراد تنظيم سلوكهم على نوعين، فإذا خرج أحدهم على هذا التنظيم كان مخطئاً. سواء كان مصدر التزام الذي تم الإخلال عقد أو واجباً قانونياً، و يعرف أيضاً بأنه: إن الخطأ الطبي يعرف أيضاً بأنه " بأنه تقصر في مسلط الطبيب لا يقع من طبيب يقظ من أوسط الأطباء و وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المشكو في حقه، أو هو كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد و الأحوال الطبية المتعارف عليها نظرياً و علمياً وقت قيامه، بالعمل الطبي أو إخلاله بواجبات الحيطة و اليقظة التي يفرضها القانون و يترتب عن هذا الخطأ نتائج جسيمة للمريض". كما يعرف خطأ الطبيب بأنه: "نقص العناية المعقولة المبذولة له في علاج المريض أو نقص المهارة أو الإهمال المتعمد في العلاج المريض من جانب الطبيب المعالج، و يترتب عن هذا الإهمال أو الخطأ مضاعفات و أذى أو حتى وفاة المريض، أنظر أيضاً: محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، ص 115. و محمد جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص 19 و هشام عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص 107.

الفرع الأول: تصنيفات الخطأ الطبي

تنص المادة (3/343) من القانون 18-11 المتعلق بالصحة على : " و تخص هذه المعلومة مختلف الاستكشافات أو العلاجات أو الأعمال الوقائية المقترحة و منفعتها و طابعها الإستعجالي المحتمل و عواقبها و الأخطار الإعتيادية أو الخطيرة التي تنطوي عليها و التي يمكن عادة توقعها، و كذا الحلول الأخرى الممكنة و العواقب المتوقعة في حالة الرفض و يضمن تقديم المعلومة كل مهني الصحة، في إطار صلاحياته ضمن احترام القواعد الأدبية والمهنية المطبقة عليه".

تصنف الأخطاء الطبية إلى تصنيفين أساسيين، الخطأ من حيث الدرجة والخطأ من حيث النوع، وهو ما نتناوله في الفقرتين التاليتين على التوالي.

البند الأول: الخطأ من حيث الدرجة في عمل الطبيب

يقسم هذا الصنف من أصناف الخطأ إلى الخطأ العادي والخطأ الجسيم، وكل قسم يقسم إلى تقسيمات فرعية نتناولها تباعاً كآلاتي:

أولاً: معيار الشخص العادي كأساس للخطأ العادي في عمل الطبيب

والخطأ الطبي اليسير أو العادي هو الخطأ الذي لا يقترفه شخص عادي في حرصه وعنايته¹، بحيث نجد أن تحديد الخطأ مرتبط بكفاءة الطبيب العادي، ويكون سلوكه وسطاً من حيث التزامه بالعادات الطبية المستقر عليها.

1. تحديد الخطأ العادي للطبيب: إن تحديد الخطأ العادي للطبيب يتم من طريقة مقارنة بين سلوك الطبيب محل المساءلة، والسلوك المألوف للطبيب الوسط من نفس المستوى المهني، وهذا الأخير يعد نموذجاً مجرداً ليس بالطبيب الممتاز، وليس الطبيب الخامل قليل الذكاء، كما أنه من نفس المستوى المهني للطبيب محل المساءلة، فإذا كان

¹. هشام عبد الحميد، مصدر سابق، ص 116.

الأخير طبيبا عاما، كان القياس على طبيب عام، وإن كان متخصصا كان القياس على طبيب من نفس فرع التخصص¹.

2. السلوك الوسط للطبيب: عند تحديد سلوك الطبيب الوسط، فما لا شك فيه أن اللجوء إلى العادات المهنية يؤدي دورا مهما في هذا الشأن، بحيث يكون الأصل هو عدم اعتبار الطبيب مخطأ إذا التزم في عمله بالعادات الطبية المستقرة، لأن هذا هو السلوك المألوف من رجل المهنة الوسط².

ومع ذلك فإن القضاء المصري قد أخذ بهذا الرأي حيث جاء في قرار لها.

ثانيا: الإهمال الموجب لتحميل المسؤولية كأساس للخطأ الجسيم في

عمل الطبيب

1. تحديد الخطأ العادي للطبيب: مما لا شك فيه أن فكرة الخطأ الجسيم في القانون المعاصر ليست واحدة فهي تقصد بها تارة الخطأ الذي يبلغ حدا يسمح بافتراض مسؤولية الفاعل، حيث لا يتوفر دليل عليها ويقصد بها تارة أخرى الإهمال أو عدم التبصر الذي يبلغ في الجسامة حدا يجعل له أهمية خاصة، وكثيرا ما يقصد بها الإخلال بواجب ثابت محقق ولا جدال بشأنه³.

2. تعريف الخطأ الجسيم للطبيب: أما الخطأ الطبي الجسيم فيقصد به عدم بذل العناية بشؤون المريض بصورة لا تصدر عن أقل الأطباء حرصا، أو الخطأ الذي لا

¹. محسن عبد الحميد البيه، مرجع سابق، ص 136.

². محمد علي النجار، حول المسؤولية الأطباء، بحث منشور في مجلة الأزهر، 2-1368 هـ، ص 51. أن الطبيب يسأل عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني، وجد في نقص الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول.

³. سليمان مرقص، مرجع سابق، ص 208، 259 وانظر للمزيد من تفصيل عبد المهدي بواعنة، إدارة المستشفيات والخدمات الصحية والتشريع الصحي والمسؤولية الطبية، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2003، ص 84 وما بعدها، ملحم مارون كرم، الجرم المدني، دراسة مقارنة في القانون والفقه والاجتهاد، منشورات زين الحقوقية 2004، ص 83.

يتصور وقوعه إلا من مستهتر، وتشمل صور الخطأ الجسيم استئصال الطرف السليم بدلا من الطرف المريض، أو خلع الضرس السليم...¹.

فالطبيب الذي لم يبذل الجهد الذي يوجبه عليه العلم، وتوليه عليه الذمة والضمير وترتب على هذا التقصير ضرر أصاب الجسم أو أصاب جزء منه، أنه جرحه مثلا ولم يتبع أصول الجراحة فتلف عضو من الأعضاء أو إعطاء مصلٍ ولم يتوق ما علق به من أوساخ فتلف العضو، يكون قد ارتكب خطأ جسيما².

3. دور الالتزام بال العناية في تقدير الخطأ الجسيم للطبيب: يذهب بعض الرأي إلى

أن الخطأ الجسيم يكون حين ينتقي حسن النية، بمعنى أن يبلغ الخطأ في جسامته مبلغا يقترب من الغش، إذ أن سوء النية في هذه الحالة يتأذى في نكول الضمير عن اليقظة الواجبة لدرأ وقوع الإهمال أو عدم التبصر، وأن ما يتصف به الإهمال، فإنما هو لما يجب على ضمير المرء أن ينتبه له، وهو ما لا شأن له بما يحدث من مضار³.

أما عن المعيار الذي يقاس به الخطأ الجسيم فإنه يجب أن يقاس بالمعيار الموضوعي المجرد، أي معيار السلوك المألوف والظروف الملازمة للمسؤول وفقا لما تقدره المحكمة ومتى ثبت الخطأ الجسيم وجب التعويض عن كل من الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع⁴.

¹. هشام عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص 111، 112.

². سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص 41.

³. قد يثير لبس أو خلط بين مفهوم الخطأ الجسيم وأنواع أخرى من الأخطاء تقترب منه أو تختلط به (كالخطأ الارادي والخطأ غير المغتفر، والخطأ العمد) إذ ليس من الضروري أن يكون الخطأ الارادي خطأ جسيما، كما أنه ليس من الضروري أن يكون كذلك الخطأ الجسيم خطأ لا يغتفر، ويلاحظ أولا إن الخطأ العمد أكبر قدرا وأكثر جسامته من الخطأ الجسيم، وذلك لأن الخطأ العمد ينطوي حتما على نية سيئة انصرفت إلى إلحاق الضرر بالغير، أما الخطأ الجسيم فليس من الضروري أن تصحبه هذه النية السيئة وبعبارة أخرى تكون بصدد خطأ جسيم دون أن تكون نية الفاعل قد انصرفت إلى احداث النتائج الضارة التي ترتبت عليه موقف السليبي والموجب، للمزيد من تفصيل انظر: حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص 159، 170.

⁴. حمد حسن الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه، مصر، 1990، ص 167.

الأساس الذي يستند إليه القضاء ولتحديد نوع الخطأ الذي صدر عن الطبيب هو الطبيعة الالتزام الطبيب في العقد الطبي، من حيث أنّ الالتزام الطبيب ببذل العناية أم التزام بتحقيق النتيجة¹.

من المسلم بوجه عام أن قواعد المهنة وقوانينها لا تفرض على الطبيب التزاما بشفاء المريض ولا حتى بضمان عدم استئصال المرض، وإتّما يلزمه فقط أن يبذل في علاج المريض قدرا معيناً من العناية متى بذل الطبيب هذا القدر من العناية برئت ذمته ولولم يشف المريض، أو بعبارة أخرى أن التزام الطبيب التزام بوسيلة و ليس التزاما بنتيجة².

¹. يكون التزام المدين بتحقيق نتيجة إذا كان المطلوب منه القيام بعمل بذاته، كما هو الحال بالنسبة للمحامي الذي يطلب منه القيام بتقديم أحد الطعون خلال المدة القانونية التي يمكن أن يقدم فيها الطعون، فإذا لم يقدم الطعن خلال المدة المحددة، يكون مسؤول عن هذا التقصير على اعتبار أن التزامه هو التزام بتحقيق نتيجة، أما إذا كان المطلوب من المدين بذل العناية فإنه في هذه الحالة يلزم ببذل العناية التي تؤدي إلى النتيجة ولا يضمن تحقيق النتيجة، وتعدّدن المعايير بشأن التفرقة بين الالتزام ببذل العناية والالتزام بتحقيق نتيجته، ومن هذه المعايير الإرادة والذي جاء به الفقيه الفرنسي (ديموج) ومعيار الاحتمال، ومعيار مساهمة الدائن.

أولاً: معيار الإرادة ويكون التزام المدين بتحقيق نتيجة إذا انصرفت إرادة المدين لتحقيق نتيجة معينة، وإلا فإن التزام المدين يقتصر على بذل العناية المطلوبة منه وفقاً لهذه المعيار فإن الإرادة هي الفاصل في تحديد طبيعية الالتزام. ثانياً: معيار الاحتمال يكون التزام المدين وفقاً لهذا المعيار التزاما ببذل العناية إذا كانت الغاية الموحدة من التعاقد قد ظهر غير محققة الوقوع، أو بمعنى أدق احتمالية الوقوع فإذا كانت احتمالية فإن التزام المدين ببذل عناية، أما إذا كانت الغاية من التعاقد مؤكدة الوقوع (محققة) فإن التزام المدين هو الالتزام بتحقيق نتيجة.

ثالثاً: معيار مساهمة الدائن من خلال هذا المعيار، نستطيع معرفة طبيعية التزام المدين عن طريق معرفة موقف الدائن في تحقيق النتيجة، فإذا كانت موقف الدائن سلبي بتحقيق النتيجة المرجوة فإن التزام المدين هو التزام بتحقيق نتيجة، كما في حالة التزام الناقل الذي يلتزم بنقل المسافر حيث يكون موقف المسافر موقفاً سلبياً، ويقوم الناقل بنقله من مكان إلى آخر ويكون التزام المدين ببذل العناية إذا كان موقف الدائن وسلوكه إيجابياً في تحقيق النتيجة، كما في حالة المدرس الذي يقوم بتعليم الطلاب ويتوقف نجاح الطلاب على بذل العناية اللازمة لتحقيق النتيجة المرجوة، وهنا يساهم الدائن بالإضافة إلى المدين ببذل العناية لتحقيق النتيجة ويكون موقفه إيجابياً (حقه التزام الطبيب مع المريض)، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: (<http://a.r.jurispedia.org>)، ص 2، تم الإطلاع عليه في (2023/04/08)، على الساعة 17 سا و 29 دقيقة.

². هناك حالات استثنائية يلتزم فيها الطبيب بتحقيق النتيجة وهو حالة التزام بتحقيق نتيجة تتمثل في سلامة المريض و الالتزام بالسلامة لا يعني الالتزام بشفاء المريض، بل بالأبداً يتعرض لأي أذى من جراء ما يستعمله من أدوات أو أجهزة أو ما يعطيه من أدوية. و بالأبداً ينتقل إليه مرضاً آخر نتيجة العدوى من جراء المكان أو ما ينتقله من دم أو خلاقة. وكذلك الأعمال الطبية الذي تؤدي إلى نتائج أكيدة للاحتمال فيها فإن التزام الطبيب الذي يجربها يكون عندئذ التزام

البند الثاني: الخطأ من حيث النوع في عمل الطبيب

بالنسبة لهذا النوع، فإن الخطأ الطبي إما أن يقع في مرحلة التشخيص أم في مرحلة العلاج، والسبب يعود إلى أنه ليس بالضرورة أن يعقب مرحلة تشخيص العلاج فقد يكون هناك تشخيص دون أن يقرر الطبيب علاجاً معيناً، إذ قد يشير الطبيب على المريض باللجوء إلى غيره من الأطباء ذو التخصصات المغايرة له، ومن هنا فإننا سوف نتكلم عن هذين المرحلتين كلا على حدة وبالشكل التالي:

أولاً: جسامة خطأ الطبيب في مرحلة التشخيص

1. أهمية التشخيص في العمل الطبي: تكمن أهمية مرحلة التشخيص¹ في أن الغلط

في مرحلة التشخيص المرض تكون نتيجة طبيعية وهي وصف علاج غير مطابق لطبيعية المرض مما قد يؤدي لتفاقم المرض ويفوت فرصة تجنب المضاعفات والتي قد تؤدي بحياته².

في الإهمال أو التفريط أو عدم الإنتباه و التوقي نجد الخطأ الذي يقوم بطرق سلبية نتيجة الترك أو الامتناع، حيث يقدم الشخص على عمل دون أن يتخذ له عدته وسائل

بنتيجة و يثبت خطوة لمجرد عدم تحقق هذه النتيجة والمثال البارز على ذلك هو الأعمال المخبرية إذ يسأل الطبيب إذا كانت نتائج الفحوص المخبرية التي أجراها غير صحيحة. انظر في الموضوع : سليمان مرقص، مرجع سابق، ص 382. و محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 217، المسؤولية الطبية، و محمد محمد أبو زيد، بعض المشكلات القانونية الناتجة عن مرض فقد المناعة المكتسبة (الايذز) اصدارات جامعة بيروت، 1995، 1996، ص 35. و صاحب عبيد الفتلاوي، مرجع سابق، ص 172، 173.

¹. تُعرف بعض المحاكم الفرنسية التشخيص أنه: العمل الذي يبحث ويحدد الأمراض بعد معرفة أعراضها، وتعتبر مرحلة التشخيص من الموضوعات ذات الأهمية، ومن خلالها يترتب أمر على عاتق الطبيب تستلزم منه التدقيق والفحص الكامل للحالة المرضية المعروضة عليه، من حيث معرفة الجانب التاريخي للمرض والنواحي الوراثية، وقد يستدعي الأمر اللجوء إلى الوسائل المعملية الممثلة في الأجهزة المساعدة كالتصوير والتحليل. انظر في الموضوع: سعد سالم عبد الكريم العيسى، مرجع سابق، ص 141.

². هشام عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص 116. تطبيقاً لذلك قضت إحدى المحاكم الفرنسية : أن في حالة الشك في التشخيص يجب الالتجاء إلى الطرق العلمية للتحقق من الحالة المرضية و إلا كان الطبيب مهملًا إهمالاً يحاسب عليه، أنظر سمير اورقلي، مسؤولية طبيب التخدير القانونية والمهنية، بحث منشور في مجلة المحامون السورية، عدد 7، سنة 1985، ص 911.

العناية والاهتمام والوقاية، وأكثر ما يكون ذلك في الأعمال التي تتميز بشيء من الخطر ويكون من واجب الفاعل محاذرة واثقاء هذا الخطر¹.

2. تحديد الخطأ في التشخيص الموجب لمسؤولية الطبيب التقصيرية: الخطأ في

التشخيص الذي يثير المسؤولية التقصيرية للطبيب هو الخطأ الذي يظهر جهلا واضحا وإهمالا جسيما أو خطأ لا يغتفر أو مخالفة صريحة للأصول العلمية الثابتة في علم الطب، والذي يستوجب تلك المسؤولية في إهماله لأداء التزاماته المحددة سلفا في هذا الشأن، مما يؤثر في صحة تقديره ويقين رأيه².

مما تقدم فإن الخطأ الذي يثير مسؤولية الطبيب في مرحلة التشخيص، هو كل خطأ مهما كان يسيرا ما دام أمر لا يمكن أن يصدر من طبيب يقظ يمر بنفس الظروف التي كان يمر بها طبيب المسؤول³.

فالخطأ الطبي الذي يسأل عنها الطبيب في مرحلة التشخيص هو أنه إذا كان الخطأ يشكل جهلا واضحا بالمبادئ الأولية للطب المتفق عليها من قبل الجميع و التي تعد الحد الأدنى الذي يتفق مع أصول المهنة الطبية⁴.

ثانيا: تأثر مسؤولية الطبيب التقصيرية في مرحلة العلاج بالأصول العلمية لمهنة الطب.

يكون خطأ الطبيب في مرحلة العلاج مرتبنا ارتباطا وثيقا بالأصول العلمية لمهنة الطب، سواء تعلق الأمر باختيار طريقة العلاج المناسب أو نسبة موائمة طريقة العلاج للمريض.

1. حرية الطبيب في اختيار طريقة العلاج المناسبة: إن الطبيب حر في اختيار

طريقة العلاج التي يراها، فهو لا يتعرض لأية مسؤولية إذا اختار طريقة دون أخرى أو إذا

¹ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 351.

² سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص 63.

³ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 567.

⁴ شريف الطباخ، مرجع سابق، ص 39، 40.

رأى أنّ الطريقة التي اختارها أكثر موافقة لطبيعة المرضى ولمزاج المريض، فلا يلتزم بإتباع آراء الغالبية من أساتذة الطب فله أن يطبق عملاً شخصياً خاصاً به بشرط أن يكون هذا العلاج مبنياً على أسس علمية صحيحة إذ يجب أن يترك الطبيب جانباً من الحرية في التصرف بحسب مهاراته الشخصية وتجاربه¹.

لما كان هدف الطبيب هو شفاء المريض، لذا يتعين عليه إلا يخرج على المعطيات العلمية حال وصف العلاج له².

كما سبق و قدّمنا أنه من الطبيعي إلا يلتزم الطبيب بنتيجة معينة و هي شفاء المريض، و لكن ما عليه هو بذل العناية الواجبة في اختيار الدواء والعلاج الملائمين لحال المريض بغية التوصل إلى شفاؤه أو تخفيف آلامه، فلا يسأل الطبيب عن نتيجة ذلك لأن الأمر مرجعه مدى فعالية العلاج من جهة ومدى قابلية جسم المريض وحالته لاستيعاب ذلك من جهة أخرى وتلك المسألة ليست يسيرة بل تدخل فيها المقدرات والعلم بالأساس العلمية³.

2. موائمة طريقة العلاج للأسس العلمية: يقصد بالأسس العلمية السليمة في العلاج موائمة طريقة العلاج والجرعات لحالة الشخص المرضية والصحة العامة مثل السن و البنيان ومعاناته من أمراض أخرى من عدمه و مقاومته ودرجة احتماله للمواد التي يحتويها الدواء ودرجة تحمله لطريقة تخدير معينة و هل يصلح التداخل الجراحي معه أم يكتفي بالعلاج الطبي فقط و قد استقر القضاء حول مسألة حرية الطبيب في وصف و اختيار العلاج إلا أنه مقيد في ذلك بمصلحة المريض⁴.

¹. عبد الحميد الشورابي، مرجع سابق، ص 221.

². السيد محمد السيد عمران، التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية، مؤسسة الثقافة الجامعية، اسكندرية، 1992 ص 41.

³. محمد حسن المنصور، المسؤولية الطبية، مصدر سابق، ص 54.

⁴. هشام عبد الحميد فرج، المصر السابق، ص 119.

إذ أن القضاء أدان طبيبا أجرى عملية للمريض دون أن يتأكد من صلاحية هذا العضو لخضوعه للعملية الجراحية، كما أدان القضاء الطبيب الذي وصف الدواء ثم هجره¹.

الفرع الثاني: ارتباط خطأ المريض بالعمل الطبي

ويكون هذا الارتباط عن طريق انتفاء مسؤولية الطبيب الشخصية بقبول المريض للمخاطر و توسع مسؤولية المريض بموجب الخطأ الإحتمايفي عمل الطبيب.

البند الأول: انتفاء مسؤولية الطبيب الشخصية بقبول المريض للخاطر

إن المريض متى رضي بالعمل طبي المقدم له، فإن ذلك - منطقيا، يعني قبله المخاطر الناجمة عنه، فيكون مخطئا في حال تحقق نتيجة الخطر الذي قبله بإرادته فتنقطع العلاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الناجم عن العمل الطبي، بعامل رضا المريض وما قد يؤدي إلى انتفاء قيام المسؤولية الطبية.

أولاً: مدى اعتبار القبول بالمخاطر الطبية خطأ من طرف المريض: درجت بعض المحاكم بغية منع المسؤولية كليا أو جزئيا عن مسبب الضرر أن تتسبب إلى المتضرر إقدامه على ارتكاب فعل فيه المخاطر ما يشمل قبولاً بنتائجها الضارة فيتحمل هذه النتائج في حال حصولها، وذلك بصورة كلية أو جزئية، ولكن للعمل بهذا المبدأ يجب التمييز بين المخاطر العادية التي يتعرض لها كل فرد في حياته اليومية وتلك التي يشكل القبول بها خطأ، لما تتضمنه من احتمال إحداث ضرر يجب توقعه بالنظر لطبيعته².

هذا الرأي يعني أن قبول المخاطر لا ينتج أثره قانونا إلا إذا كان في حقيقته يشكل خطأ من جانب المضرور مما يُعد سببا للإعفاء، فقبول المخاطر ليس بذاته سبباً

¹. هشام عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص 119.

². مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 373.

للإعفاء، وإنما سبب الإعفاء هو إذا كان قبول المخاطر في حقيقته يمثل خطأ من جانب المضرور¹.

في الحالات التي يعتبر قبول المخاطر خطأ من المتضرر، يكون من المسلم في حالة اشتراك خطأ من المتضرر، أن يكون هناك تقاسم للمسؤولية، حيث لا يلتزم المتسبب بالضرر إلا بتعويض جزئي².

ثانياً: نية المريض في أحداث الضرر لنفسه: لكن يتوجب في هذه الحالة أن نميز بين رضا المصاب بالضرر وبين حالة انصراف إرادته إلى تحقيق هذا الضرر، فلا يعتبر المصاب قد أراد إلحاق الضرر بنفسه إلا إذا كانت إرادته قد انصرفت إلى تحقيق هذا الضرر، وكان قد عمل بالفعل على تحقيقه، وعلى هذا الأساس فإن الشخص الذي يشترك في مثلاً في مبارزة يرضى بالضرر الذي يصيبه، ولكنه لا يريد هذا الضرر، بل أنه يكافح ما استطاع في سبيل إبعاده عنه³.

ثالثاً: الخطأ في قبول المخاطر بين مسؤولية الطبيب ومسؤولية المريض⁴

1- رضا المضرور عند قبوله بالضرر: لا يقف الأمر عند حد علم المضرور بالضرر، بل يتعداه إلى رضائه بهذا الضرر ووقوعه، بهذا يصبح مساهماً بهذا الرضاء في تحمل آثار الضرر الناتج وتخفف مسؤولية بمقدار هذه المساهمة⁵.

1. رضاء محمد جعفر، مرجع سابق، ص 85.

2. علي عبيد الجيلوي، مرجع سابق، ص 206.

3. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص 149.

4. لقد جرى عادة أن يحاول حل هذه المسألة على ضوء القواعد التي يقررها فقهاء القانون الجنائي في هذا الصدد، فقالوا أن القاعدة في هذه الحالات هي أن رضا المضرور بالضرر ليس من شأنه أن يزيل عن فعل المدعى عليه صفة الخطأ، إذا يبقى المدعى عليه مخطئاً حتى لو رضي المضرور بما وقع عليه من ضرر، في حين هناك رأي يرى أن رضا المضرور بالضرر يعد خطأ من جانبه، فمن يرضى بإجراء عملية تجميل خطيرة على الرغم من نصح الطبيب بعدم إجرائها يكون قد رضي بما قد ينجم عن هذه العملية من أضرار ومضاعفات، ورضاءه هذا لا يرفع عن فعل الطبيب صفة الخطأ إلا أنه يؤدي إلى تخفيف مسؤولية، انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1005، و حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص 158.

5. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 495. حسين عامر، مرجع سابق، ص 187.

وفي هذه الحالة يجب أن يعلم المضرور بالضرر ويتوقع حدوثه ولكنه لا يرضاه ولا يسعى إلى تحقيقه ولا تتجه إرادته إلى ذلك، وهنا لا أثر لهذا العلم في قيام مسؤولية المدين عن تعويض الأضرار التي أدت إلى قيام مسؤولية كاملة، فمن يستقل قطارا أو يركب سيارة أو يأخذ طائرة، يعلم ويتوقع إصابته بضرر نتيجة اشتعال النيران في القطار، أو اصطدامه بآخر أو انفجار إطار السيارة، أو سقوط الطائرة، فإذا توقف الأمر عند حد العلم أو التوقع، فلا أثر له على انتفاء المسؤولية بعذر خطأ المتضرر، ويبقى المسؤولية كاملة عن الأضرار الناتجة¹.

وفيما تجتمع في المضرور الصفات الثلاث وهي العلم بالضرر والرضاء به والتحريك نحو إدراكه وتحقيقه، وهي حالة نادرة الحدوث غير أنها متصورة وممكنة الوقوع وفي هذه الحالات القليلة يصل خطأ المضرور في رضائه بالضرر حدا من الجسامة بحيث يكون من شأنه أن يستغرق خطأ المدين فتنتفي المسؤولية عن هذا الأخير لانعدام رابطة السببية بين فعله والضرر².

2- نسبة خطأ المريض عند قبوله بالمخاطر الطبية: يتبين لنا مما تقدم أنه اعتبار قبول المخاطر الطبية، كالخطأ من جانب المريض، يتغير وفقا لكل حالة من حالات سابقة الذكر، بحيث تتدرج صفة الخطأ في القبول حسب نوع النشاط الذي يأتيه المريض.

أ- انتفاء خطأ المريض عند استخدام الآلات الطبية: لا يمكن إضفاء صفة الخطأ على قبول المريض بالمخاطر العامة و العادية الناجمة عن استخدام الآلات الطبية مثل الأشعة وآلات فحص العيون أو استخدام الأدوية شائعة الاستعمال وإذا وقع الضرر

¹. سعيد جبر ، المسؤولية الرياضية ، دار النهضة العربية ، 1992 ، ص 116 ، 125.

². خليل أحمد الأرباب ، مرجع سابق، ص 278.

نتيجة هذه الاستخدامات لا يكون باستطاعة الطبيب التذرع بخطأ المريض لإنتقاء مسؤوليته.¹

ب- خطأ المريض عند إجراء عمليات خطيرة رغم التبصير: في حين يمكن اعتبار المريض الذي يرضى بإجراء عمل جراحي خطير رغم قيام الطبيب بتبصيره بالخطورة الكامنة فيه مخطئاً مما يشارك بخطئه مع خطأ الطبيب، إذا وقع الضرر تنشأ مسؤولية كل بحسب خطئه، و هذا ما يؤدي إلى اعتبار الطبيب معفياً من المسؤولية إذا أجرى عمل طبي للمريض الذي يعمد الكذب أو إخفاء معلومات عن الطبيب وأدى ذلك إلى وقوع الضرر، ففي هذه الحالة يبلغ خطأ المريض درجة من جسامه بحيث يستغرق خطأ الطبيب.²

البند الثاني: توسع مسؤولية المريض بموجب الخطأ الإحتمالي في عمل

الطبيب

والواقع أن فكرة الخطأ المحتمل أو المضمّر، والتي تعني كما سبق بيانه استخلاص الخطأ من مجرد حدوث الضرر، وإن كان يبدو فيها وجه التشدد إزاء الأطباء إلا أنها تكشف كما يرى البعض بحق عن إدراك القضاء لقصور القواعد القانونية التقليدية لتوفير الحماية للمرضى في مواجهة ما لحق العملية الطبية من تطورات صار معها المريض المضور عاجزاً عن إقامة الدليل على خطأ الطبيب أو المستشفى.³

ولا شك أن مثل هذه الأحكام تمثل تراجعاً من حيث اللجوء إلى فكرة الخطأ الإحتمالي، غير أنه في واقع الأمر أن قرار محكمة النقض السالف ذكره أعاد التنكير بضرورة توافر الخطأ الطبي الواجب الإثبات لقيام المسؤولية في جانب الطبيب، إلا أنه

¹ خليل أحمد الأرباح ، مرجع سابق ، 278.

² . المرجع نفسه ، ص 278.

³ . محسن عبد الحميد ابراهيم البنيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق ص246.

في المقابل لم يتضمن إدانة واضحة لاستخلاص الخطأ من خلال القرائن باعتبارها طريقاً من طرق الإثبات. الأمر الذي يجعل اللجوء إلى فكرة الخطأ المضرر يتوقف بعد هذا الحكم على قدرة القضاء على الاستناد إلى وقائع أخرى تضاف إلى الضرر يدعم بها افتراض الخطأ الطبي، ليحافظ بالتالي على ما قدمته هذه الفكرة من معاونة للمرضى المضرورين تجاه صعوبات إثبات ما يدعونه من أخطاء في مواجهة القائمين على علاجهم ورعايتهم صحياً¹.

ومهما يكن الأمر فإن فكرة الخطأ الإحتمالي لم تكن هي السبيل الوحيد الذي لجأ إليه القضاء الفرنسي من أجل الحدّ من إلقاء عبء الإثبات على عاتق المريض المضروب، إذ لجأ القضاء مؤيداً في ذلك من الفقه إلى أدوات قانونية أخرى، ربما أبعد أثراً في هذا الصدد من الفكرة التي بحثناها فيما تقدم، ومنها التوسع في مجال الالتزامات الطبية بتحقيق نتيجة، وهو ما نتعرض إليه في البند الموالي².

وفي ذات السياق استخلصت محكمة النقض الفرنسية خطأ المستشفى الخاص من مجرد انتقال العدوى للمريض أثناء إقامته به، معتبرة أن إصابة المريض في هذه الحالة لا يمكن تفسيرها إلا بارتكاب خطأ ما من قبل المستشفى³.

كما أن القضاء الجزائري قضى بمسؤولية المستشفى على أساس سوء التسيير والإدارة، بشأن سقوط مريض من على سرير متحرك لأدى إلى موته¹.

¹ حاول القضاء الفرنسي تذليل الصعوبات التي يواجهها المريض في سبيل إقامة الدليل على خطأ الطبيب عن طريق استنتاجه هذا الخطأ من وقوع الضرر وذلك على عكس ما تقضي به القواعد العامة في المسؤولية المدنية، والتي توجب على المدعي إقامة الدليل على خطأ المدعى عليه. وذلك من خلال ما اصطلح عليه بالخطأ الاحتمالي أو المقدر. وأساس هذه الفكرة أن الضرر لم يكن ليقع لولا وقوع خطأ من الطبيب، ومعنى هذا أن القضاء بمقتضى هذه الفكرة، ورغم أنه لم يثبت لديه على نحو قاطع إهمال من الطبيب في بذل العناية الواجبة أو تقصي في التزامه بالحيلة، فإنه يستنتج هذا الخطأ من مجرد وقوع الضرر.

² محسن عبد الحميد ابراهيم البنية: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 246، أنظر أيضاً: محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 29. ووفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص 89، 90، وسهير منتصر، المرجع السابق، ص 101.

³ Cass. Civ : 29/11/1989, Rev. Civ et assur, n° 190, Gaz. Pal, 1995-2, France, p 946.

هذا وقد أيد بعض الفقه الفرنسي² فكرة الخطأ الاحتمالي أو المقدر، باعتبارها من قبيل القرائن طبقاً لنص المادة 1353 من القانون المدني الفرنسي، حيث رأى في ذلك استعمالاً لسلطة القاضي في استخلاص القرائن القضائية. فهو من خلال هذه الفكرة يستخلص خطأ الطبيب من كافة القرائن متى كانت قاطعة الدلالة على حدوثه.

عكس هذا التوجه انتقد البعض الآخر من الفقه³ فكرة الخطأ المضمّر، لأنها تركز في رأيه على مجرد التفسير بمفهوم المخالفة، وهو تفسير غالباً ما يكون ضعيفاً. فطبقاً لظروف كل حالة قد لا يثبت أن المدعى عليه قد ارتكب هذا الخطأ المحدد، ومع ذلك يثبت عليه الخطأ لأنه لا يستطيع أن ينفي عدم ارتكابه.

يمكن أن تختفي فكرة الخطأ الاحتمالي من المجال الطبي كما اختفت من قبل في مجال النقل المجاني، لأن القاضي عندما يعتد بهذه الفكرة، فإنه يحيد عن المعيار الصحيح والضروري للخطأ، إذ أنه يستند حينئذ إلى تحليل مجرد المواقف، ولا يعتمد في تحديد خطأ الطبيب على الطبيب الوسط اليقظ، فمن الثابت أن الطبيب يكون مخطئاً متى ثبت أن سلوكه الفعلي الذي اتّبعه مع المريض لا يطابق السلوك الذي يأخذ به طبيب يقظ من نفس مستواه والموجود في نفس الظروف، حيث يكتفي عند الأخذ بهذه الفكرة مجرد افتراض أنه لا بد وأن يكون هناك خطأ ما وإن بقي مجهولاً، وبالرغم من الأهمية التي تمثلها فكرة الخطأ المحتمل لصالح المرضى المتضررين وتخفيفها عنهم من عبء إثبات

¹. محكمة قسنطينة - الغرفة الإدارية: 1981/05/20، (قضية ضد مستشفى سكيكدة)، حكم غير منشور.

وإن كنا نتفق مع المحكمة فيما انتهت إليه، إلا أننا نرى أن التكييف الذي أعطته لالتزام المستشفى في هذا الصدد وهو سوء التسيير والإدارة، والتزام ببذل عناية في غير موضعه. ذلك أن مسؤولية المستشفى في هذه الحالة تقررت إثر خطأ مفترض من جانب المستشفى الذي يلتزم في مثل هذه الحالات بسلامة المريض.

². Savatier. R : Note sous : Cass. Civ : 28/06/1960.

أشار إليه: محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 243.

³. Jean Penneau : La responsabilité médicale, op.cit, p 80,81.

الخطأ الطبي، فقد أدانت محكمة النقض الفرنسية في قرار حديث لها¹ اللجوء إلى مثل هذه الأفكار، ودعت إلى وجوب وجود خطأ ثابت في جانب الطبيب وفق ما تقضي به القواعد العامة في المسؤولية ووصفت المحكمة فكرة الخطأ الاحتمالي بأنها فكرة مغلوطة.

البند الثالث: عيوب المنتجات الطبية وأثرها على تقليص مسؤولية الطبيب

التقصيرية

يلقى المشرع في كل من مصر وفرنسا على عاتق البائع التزاما عقديا بضمان العيب الخفي يخول للمشتري الحق في التعويض عن الأضرار الناجمة عن المبيع، وعمّا يحدث هـ من أضرار سواء كانت تلك الأضرار تجارية أو كانت أضراراً بدنية تصيبه نتيجة تعيب المبيع، المادة 1/447 إلى المادة 454 من القانون المدني المصري ويقابلها نص المواد 1641 إلى 1649 من القانون المدني الفرنسي² كما أن المشرع المصري قد نص على ذلك في المادة 67 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999.

فيتضح أن المشرع اشترط لقيام المسؤولية عن المنتج المعيب إثبات الضرر وليس الخطأ وهذا لافتراض الخطأ، ويتم الاكتفاء بإثبات الضرر من المنتج بدأً لمن إثبات علاقة السببية بين الخطأ أو الضرر لكي تقوم المسؤولية التقصيرية أو مخالفة بنود العقد في المسؤولية التقصيرية.

مسؤولية المنتج على مبدأ المسؤولية بدون خطأ في حالة الضرر عن المنتج المعيب، وإذا كان أكثر من شخص (الشركة المصنعة أو المورد أو المستورد) يؤسس التوجيه الأوربي رقم 85/374 مسؤول عن نفس الضرر تكون المسؤولية التضامنية ومن ثم لا يخلو الاتحاد الأوربي كلية من القوانين التي تحكم المسؤولية خارج النطاق التعاقدية حيث يقدم للدول الأوروبية إطار شامل للمطالبة على أساس الضرر الناجم عن

¹.علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 125، 126.

².J.GHESTIN, conformité et garanties dans la vente, 1988, N324 et s.; O.TOURNAFOND note in D.1993, P.233.

المنتجات، فلا يشترط وفقا للتوجيه الأوروبي المطالبة بالتعويض على أساس اكتشاف الخطأ في جانب الشركة المصنعة¹.

هذا ومع تزايد الأضرار التي تنتج عن المبيع مباشرة مع التقدم الصناعي والتكنولوجي، فقد تطور القضاء الفرنسي، وبهدف توفير الحماية للمشتري في مواجهة البائعين والمنتجين فأنشأ قرينة قضائية مقتضاها افتراض علم البائع بعيوب المبيع حتى يتمكن من تجاوز التفرقة التي أقامتها نصوص القانون بين البائع حسن النية والبائع سيء النية والتي يلتزم بمقتضاها هذا الأخير بأداء كافة التعويضات للمشتري².

ويعتبر إعمال المسؤولية الموضوعية في الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات فيه إيجاد لحل عادل يهدف للحفاظ على حق المضرور في التعويض عن عيوب المنتجات التي لا تحدث إلا بعد استخدام المنتج لأكثر من مرة، لأنه قد لا يظهر العيب عند التجربة.

يبقى أن تفعيل المسؤولية الموضوعية للمنتج لقي بعض الصعاب والمعوقات بالنظر إلى الغطاء المالي الذي يتطلبه هكذا نظام لتجسيده في الواقع العملي، وهو الأمر الذي استلزم تدخل آليات تعويضية أخرى مرافقة وعاضدة لنظام المسؤولية لتوسيع مظلة الحماية القانونية كالتأمين المباشر وتأمين المسؤولية وصناديق الضمان، مع ما حملته هذه الآليات من تحول في منظومة المسؤولية³.

ولقد ظهرت في الآونة الأخيرة انحياز التشريعات التي تشدد على توفير حماية المستهلك بداية من الإعلانات المضللة ومرورا بجودة المنتج وصلاحيته للإستخدام مع توفير الضمان لمدة كافية تختلف حسب طبيعة المنتج.

¹ . 2G.Wagner." Robot Liabiliy" SSRN ElectronicJoual ..2018 P 6.

² . Cass.com., 30 janv. 1967, II, 2025 ; civ. 28 avril 1971, jcp. 1971, II, 17280, obs. BOITARD et ROBUT.

³ .معمر بن طرية : نظام المسؤولية الموضوعية للمنتج ودوره في تقوية النظام التعويض لحوادث المنتجات المعيبة (دراسة مقارنة) المجلة الجزائرية للقانون المقارن العدد 1 كلية الحقوق والعلوم السياسية الجزائر 2018 ص 117.

الفرع الثالث: تفويت الفرصة وعلاقته بالإخلال بالتبصير

خطأ الطبيب

كما سبق لنا الذكر بأن قبول المريض بمخاطر العلاج ورضاه به مرتبط أساساً بحقه في السلامة الجسدية المتفرع عن الحق في الذاتية وحقه في تقرير مصيره، ولكي يكون قبول المريض صحيحاً وقانونياً كان لزاماً على الطبيب أن يوفر المعلومات التي يكون قبوله بناءً عليها قبولاً مستنيراً ومتبصراً.

وتبصير المريض عادة يشتمل على إعلامه بطبيعة مرضه وطرق وبدائل العلاج كما ينطوي على المخاطر المعروفة للعلاج المقترح وآثاره على صحة المريض، ويعد التزام الطبيب بتبصير المريض التزاماً قانونياً¹، الأمر الذي يضع الطبيب المخل بهذا الإلتزام تحت طائلة المسائلة القانونية، مع العلم بأن المنازعات المرتبطة بإخلال الطبيب بحق المريض في التبصير نادرة إن لم نقل معدومة أمام القضاء الجزائري، على خلاف نظرائه الفرنسي و المصري... باعتبار أن تفويت الفرصة نوع من أنواع الضرر الذي يستوجب التعويض، فالفرصة وإن كانت أمراً محتملاً إلا أن أمر تفويتها أمر محقق². إن الفرصة التي يعتبر تفويتها ضرراً محققاً واجب التعويض، ذات مفهوم مزدوج فهي احتمالية من ناحية، وواقعية وحقيقية من ناحية أخرى، يتحدد الضرر الحقيقي الذي لحق المضرور في مدى وقدرة الفرصة التي كان يملكها في تحقيق الكسب³.

¹. المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها، و المادة 43 و 44 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.

². عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، فقرة 576، ص862.

³. صاحب لدية، مرجع سابق ص27 .

البند الأول: جزاء الإخلال بالتبصير في ضل وجود فرصة

إن وجود ضرر حقيقي يمكن اعتباره تفويت فرصة يستوجب التعويض، مرتبط بمدى تحقق الضرر النهائي الذي يكون ضررا جسديا أو معنويا، والضرر الجسدي هو أن ما ينتج عنه عند التعرض للأخطار الجسيمة المتكررة الوقوع، غير أن المخاطر الجسدية غير القابلة للتنبؤ لا يمكن اعتبارها أضرارا قابلة للتعويض وفق نظرية فوات الفرصة وإنما يكون التعويض عنها اعتمادا على المسؤولية الموضوعية البعيدة عن فكرة الخطأ، إذ تعتبر من قبيل الغرر العلاجي.¹

البند الثاني: جزاء الإخلال بالتبصير في ضل عدم وجود فرصة

تطور المخاطر الطبية والمعياري المعتمد في تبصير المريض بها، إن الفرصة التي يعتبر تفويتها ضررا محققا واجب التعويض، ذات مفهوم مزدوج فهي احتمالية من ناحية وواقعية وحقيقية من ناحية أخرى، يتحدد الضرر الحقيقي الذي لحق المضرور في مدبوقدر الفرصة التي كان يملكها في تحقيق الكسب.²

تجد المسؤولية التقصيرية للطبيب أسباب قيامها تقليديا في خطأ الطبيب سواء أكان الخطأ جسيما أم خطأ بسيطا، بالإضافة إلى عدم تبصير المريض بأخطار العمل الطبي وبالرغم من الاختلاف الفقهي في طبيعة الالتزام بالتبصير، إلا أن المسلم يتمثل في اتحاد هذا الأخير مع الخطأ في كونه موجب للمسؤولية التقصيرية للطبيب، غير أن إثبات الخطأ الطبي أو عدم التبصير ومدى قدرة الأطراف على تحقيق ذلك، هو ما سوف نتطرق إليه في المبحث الثاني من هذا الفصل.

¹. Article (1142-1) Code de la sante publique française. <https://codes.droit.org/> mise a jour 28/03/2023 a14 :00

². صاحب لدية، مرجع سابق، ص 27 .

المبحث الثاني: دور الإثبات في تحقيق مسؤولية

الطبيب التقصيرية

يشترك التزام الطبيب بالتبصير والخطأ في أنهما يجدان مصدرهما في القانون، وأن الإخلال بهما يستوجب مباشرة قيام المسؤولية التقصيرية، على اعتبار أن عدم التبصير كيف على انه خطأ، إلا أن افراده بدراسة خاصة في العمل، إنما يرجع الى الأهمية القانونية التي يكتسبها.

يعتمد قيام المسؤولية التقصيرية على اثبات الخطأ، إلا أن هذا الإثبات قد تواجهه صعوبات سواء من خلال عدم التبصير الخطأ الفني لعمل الطبيب، بالإضافة إلى خصوصية العمل الطبي التي تجعل من هذا الإثبات صعب التحقق.

من أجل دراسة هذا المبحث يتم التطرق في مطلب أول إلى اثبات تبصير الطبيب للمريض وفي مطلب ثان اثبات الخطأ الطبي.

المطلب الأول: إثبات تبصير الطبيب للمريض

تتفق كل التشريعات الحديثة على ضرورة قيام الطبيب بتبصير مرضاه بمخاطر العلاج، غير أنها لم تتطرق إلى الأثر المترتب عن عدم قيام الطبيب بتنفيذ التزامه بالتبصير، ومن ثمة قيام المسؤولية الناجمة عن الإخلال بهذا الالتزام، الأمر الذي يثير إشكالا فيما يخص عبء إثبات عدم التبصير، فهل يقع على الطبيب؟ أم يقع على المريض؟.

و للإجابة عن هذا السؤال سنتناول بالدراسة عبء الإثبات من خلال المطلب الأول ثم نتطرق لطرق الإثبات في مطلب ثاني.

الفرع الأول: شروط إثبات التبصير ومعوقاته

البند الاول: شروط إثبات التبصير

إذا كان صحيح أن الوقائع وحدها هي التي تصلح أن تكون محلا للإثبات فليس معنى ذلك أن كل واقعة مدعى بها يمكن السماح بإثباتها أماما لقضاء، كما أنه لا معنى للإثبات إذا كانت الوقائع ثابتة بصفة كافية أو أنه ليس فيها أي نزاع بين الخصوم لدى فإنه توجد بعض الشروط لقبول عرض الإثبات نتناولها فيما يلي:

أولاً: أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به

سواء كان أمام حالة الإثبات المباشر أو تكون أمام حالة الإثبات غير المباشر.

1- حالة الإثبات المباشر: إذا كانت الواقعة المراد إثباتها هي ذاتها مصدر الحق

المطالب به.

2- حالة الإثبات غير المباشر: بأن ينصب الإثبات على واقعة أجنبية طبق الفكرة

تحول الدليل غير أنه يتطلب أن تكون هذه الواقعة لا قريبة من الواقعة الأصلية فحسب بل يجب أن تكون متصلة بها اتصالاً وثيقاً يجعل الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به.

ثانياً: أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى

وتعتبر الواقعة منتجة في الدعوى إذا كانت على فرض ثبوتها، فمن شأنها أن تؤدي إلى قناعة القاضي، وذلك بأن تساعد على حل النزاع، وقد يحصل الخلط بين كون الواقعة متصلة بالدعوى وبين كونها منتجة فيها، فإن كل واقعة منتجة تعتبر متصلة بالدعوى حتماً، ولكن الواقعة المتصلة قد لا تكون منتجة فيها¹.

¹ . معوض عبد التواب : الطب الشرعي والتحقيق الجنائي والأدلة الجنائية ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر

ثالثاً: جواز التحقيق في الواقعة

ومعنى ذلك أنه لا يوجد في القانون ما يمنع إثبات الواقعة موضوع النزاع، لأن المشرع قد يمنع التحقيق في بعض الحالات تحقيقاً لأغراض مختلفة، كما أنه قد يمنع الإثبات ببعض الطرق دون الأخرى ومثال ذلك أنه يشترط لإثبات رفض المريض للعلاج وجود الكتابة، ودليل ذلك نص المادة (49) من المرسوم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب التي تقضي بأنه: "يشترط من المريض إذا رفض العلاج الطبي أن يقدم تصريحاً كتابياً في هذا الشأن" ¹، والكتابة هنا لإثبات تحلُّ الطبيب من المسؤولية فهذا منع من طرف المشرع من الإثبات بطريقة أخرى غير الكتابة.

فإذا توافرت الشروط سالفة الذكر، من وجوب كون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به ومنتجة في الدعوى وجائزة التحقيق فيها، جاز للمريض الذي يدعي عدم تبصيره أن يثبت ادعائه بكافة طرق الإثبات، وهذا كون المشرع قد سكت ولم يبين الوسيلة واجب الإثبات بها بإمكاننا الحكم بأنه للمريض أن يأتي أية وسيلة إثبات تقر به ما يقوله، ويقوم بها الدليل والحجة للحصول على حقوقه، ومعنى ذلك أن المريض تتسع أمامه وسائل وطرق الإثبات ².

غير أنه يعد إثبات مثل هذه الأمور من الصعوبة القصوى وإن لم نقل من الاستحالة، فالمراد إثباته هنا هو واقعة سلبية، لأن المريض يريد أن يثبت نفيه الحصول على المعلومات المتعلقة بحالته الصحية وعن العلاج اللازم له أو كون رضائه غير مستنير ومتبصر ولكن، بسبب أنه يندُر حصول الطبيب من المريض على إقرار كتابي برضائه عن كل ما تلفظ به من معلومات ويندر أيضاً حضور شهود بين المريض والطبيب على أن هذا الأخير قد قام بإعطاء المعلومات اللازمة والضرورية للمريض نظراً للعلاقة الحساسة التي تربط بينهما، والتي يحكمها واجب الحفاظ على السر الطبي فإن

¹ الجريدة الرسمية العدد 50 لسنة 1992، مرجع سابق.

² . معوض عبد التواب، مرجع سابق، ص 113.

المحاكم غالبا ما تستخلص إثبات التبصير والرضا من القرائن والظروف المحيطة بكل حالة على حدا، وكثيرا ما يصعب إقامة الدليل في كون لقاضي الموضوع سلطة استخلاصه من وقائع القضية.

البند الثاني: معوقات إثبات التبصير

تتباين الصعوبات التي يواجهها المريض في إثبات الخطأ الطبي، في كون ما يثبتته هو واقعة سلبية من ناحية، وصعوبات وتعقيدات الخبرة الطبية من ناحية ثانية، وتحمل المريض لنتائج ومخاطر عبء الإثبات من ناحية أخرى.

أولا: عبء إثبات واقعة سلبية

إذا كان بعض الفقه قد رحب بما كرسه القضاء من تكليف المريض بعبء إثبات الخطأ الطبي باعتباره مدعيا في مفهوم قواعد الإثبات، فإن هناك صعوبات يواجهها المريض لنهوض بهذا العبء، ذلك أن البعض يصف تحمل المريض لعبء الإثبات بأنه "ظلم له"¹، في حين أن البعض الآخر لا يخفي "إشفاقه" على المريض من تحمله هذا العبء.²

وإذا كان عبء الإثبات يمثل في ذاته مشقة لكل من يلقي به على عاتقه، فهو من المؤكد يشكل مشقة زائدة في المجال الطبي، وتعتبر في كثير من الحالات تكليفا بما لا يطاق، وذلك نظرا لخصوصية العلاقة بين الطبيب والمريض من ناحية، ولظروف الممارسة الطبية من ناحية أخرى.

وتزداد صعوبة الإثبات إذا ما واجه المريض المتضرر صمتا من قبل الطبيب المخطئ أو مساعديه، بحجة المحافظة على السر المهني أحيانا، وإظهارا للتضامن بين

¹. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 51.

². علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 132.

زملاء المهنة تارة أخرى.¹ وعلى هذا الأساس نشير إلى ملاحظتين هامتين فيما يتعلق باستخلاص خطأ الطبيب في ممارسة عمله الفني وهما:²

1- أن تحديد مدى مطابقة تدخل طبيب القواعد الفنية للمهنة والأصول العلمية الثابتة، إنما هو عمل فني لا يستطيع القاضي بسبب عدم توافر المعرفة الكافية لديه بالمسائل الطبية أن يخوض فيها، أو يتصدر لمناقشتها وتقدير خطأ الطبيب بنفسه. إذ يتعين عليه أن يستعين بأهل الخبرة من الأطباء المتخصصين ذو الكفاءات المهنية³، وإن كان الفقه لا يخفي قلقه ومخاوفه من هذا الطريق أيضاً وينبه إلى ما قد يلجأ إليه الخبراء في الطب من محاولات لتغطية أخطاء زملائهم أو تبرير مسلكهم.⁴

2- يتوجب على القاضي حين تقديره لخطأ الطبيب أن يلتزم غاية الحكمة والحذر فلا يعترف بهذا الخطأ إلا إذا ثبت له ثبوتاً واضحاً بأن الطبيب قد خالف عن جهل أو تهاون الأصول الفنية الثابتة والقواعد العلمية الأساسية التي لا تدع مجالاً للشك أو النقاش، والتي يفترض في كل طبيب من مستواه أن يعرفها.

¹. فالعلاقة بين الطبيب والمريض علاقة غير متكافئة، يعاني أحد طرفيها من المرض ويضع ثقته وأمله في معاونة الطبيب له على مواجهة ما يعاني منه، بل ويطمح إلى نجاحه في تخليصه منه. ما يعني أنه لا يتصور قيامها إلا على الثقة المتبادلة بين طرفيها، هذه الثقة تحول في الواقع دون استعاد المريض المسبق بحصوله على دليل يمكنه الاستعانة به لإثبات خطأ الطبيب. كما تتضاعف صعوبة إثبات الخطأ الطبي أثناء تقدير القاضي لهذا الخطأ والتحقق من ثبوته، ذلك أن القاضي يتعين عليه أن يستخلص الخطأ الطبي المتمثل في الخروج عن الأصول الفنية للمهنة ومخالفة قواعد العلم من كافة عناصر الدعوى، دون أن يصل به المقام إلى الخوض في النظريات العلمية، ولا سيما إذا كانت محل خلاف بين أهل العلم والخبرة. أنظر في الموضوع: محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 64.

². بن صغير مراد، مرجع سابق، ص 74.

³. قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2002/02/13، ملف رقم 273529، قضية (ف.ب) ضد (ب.ن، ومن معها)، م.ق. ن العدد الثاني، 2003، ص 289-291. حيث جاء فيه: "أن المرض العقلي الجيني يمنع التصرف القانوني و يثبت بخبرة طبية فنية تكون صادرة عن طبيب مختص أو بوسائل علمية".

⁴. مصطفى الجمال، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء. بحث ضمن كتابك المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 108. وانظر كل من: وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، المرجع السابق، ص 401. حسن زكي الأبراشي، المرجع السابق، ص 214.

فليس للقاضي أن يقم نفسه في هذا النقاش العلمي للترجيح بين وجهات النظر، أو تغليب أسلوب علمي على الآخر¹.

ثانيا: صعوبات وتعقيدات الخبرة الطبية

تعد الخبرة أحد أهم طرق الإثبات التي يلجأ إليها القاضي - ولا سيما في المجال الطبي- لإثبات ماقد يقع من أخطاء الأطباء، وتعرف عموما أنها: إجراء يهدف لاستغلال معارف تقني لتوضيح تساؤل ما، حيث أن الحل يتطلب كفاءة تقنية لا تتوفر في القاضي"².

وقد عرفت المادة (95) من المرسوم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب الخبرة بالتركيز على الجانب التقني الذي يلعبه الطبيب الخبير في تقدير وإثبات خطأ طبيب آخر، بقولها: تُعد الخبرة الطبية عملا يقدم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان الذي يعينه قاض أو سلطة أو هيئة أخرى مساعدته التقنية لتقدير حالة شخص ما الجسدية أو العقلية، ثم القيام عموما بتقييم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية"³.

كرس المشرع الجزائري إجراء الخبرة في عدة نصوص قانونية منها قانون الإجراءات الجزائئية⁴ المعدل والمتمم من خلال المواد من 143 إلى 148⁵، والمادة 126 وما بعدها من ق.إ.م.إ. لا شك أن الخبرة تمثل أحد أهم مشكلات نظام المسؤولية الطبية فيما يتعلق بإثبات الخطأ، إذ تعتبر مشكلة متعددة النواحي:

¹.صفاء خربوطلي، المرجع السابق، ص 89. وعداي خليل المرجع السابق، ص 181، 182. محمد هشام القاسم، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 16.

².Bossouf –Hammana Naziha, *Revue Des Sciences Humaines*, Volume 11, Numéro 1, Pages 7-13, 2000-06-30

³. الجريدة الرسمية العدد 50 لسنة 1992. المرجع السابق.

⁴. الامر 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الاجراءات الجزائرية المعدل والمتمم.

⁵. الامر 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانو نالاجراءات الجزائرية المعدل والمتمم. والقانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.

فمن ناحية يشكل القاضي والخبير زوجا غير متماثل، حيث يختلفان في وجهات النظر وفي اللغة¹، ولهذا يمكن أن تنشأ صعوبات بعضها ذات صفة عامة بالخبرة والبعض الآخر يتعلق بالمجال الطبي بصفة خاصة.

ثالثا: تبعة ومخاطر الإثبات

من الصعوبات التي تثور بشأن تحمل المريض عبء إثبات خطأ الطبيب، ما سيواجهه من حكم القاضي في حالة إذا لم تتضح لهذا الأخير الحقيقة، وبقي الشك قائما حول الإدعاءات التي أدلى بها، ومعنى ذلك أنه متى تعذر على المريض إثبات خطأ الطبيب، لعدم تقديمه دليلا يسند إدعاءه أو لعدم كفاية ما قدمه من أدلة لإقناع القاضي بصدق ما يدعيه، على نحو ظل الشك قائما لدى المحكمة، فلن يكون أمام القاضي إلا رفض الدعوى لعدم كفاية الأدلة. وهذا الواقع تؤكد أحكام القضاء، حيث أكدت محكمة التمييز اللبنانية في أحكام حديثة بأن "أخذ المحكمة بأدلة معينة دون أخرى لا يشكل مخالفة لقواعد الإثبات، لأن تقدير قيمة الأدلة وقوتها الثبوتية وكفايتها وأرجحيتها يدخل ضمن صلاحية قاضي الأساس".²

يستخلص مما تقدم أنه مع بقاء حالة الشك وانعدام اليقين، سترد المحكمة الطلبات المقدمة، وهذه نتيجة طبيعية كون المتضرر هو الذي نقل النزاع إلى قاعة المحكمة، فعليه تحمل نتيجة عجزه عن النهوض بعبء الإثبات.

إن تكليف المريض ضحية الخطأ الطبي بإقامة الدليل على ما يدعيه، يشكل عبئا حقيقيا على عاتقه، ويجعل من قدرته على النهوض بهذا العبء عنصرا حاسما في سبيل الحصول على تعويض يجبر ما أصابه من ضرر. لذلك حاول القضاء تلمس طرق الحد

¹. Jean Penneau : Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, op.cit, p45.

². قرار محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة الثامنة، رقم 02، الصادر بتاريخ: 2004/01/15، نقلا عن: عفيف شمس الدين المصنف السنوي المدني، 2004، ص 221. وانظر كذلك: قرار محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة التاسعة، رقم 06 الصادر بتاريخ: 2003/01/20، و أيضا نقلا عن: عفيف شمس الدين، المصنف السنوي المدني، 2003، ص 249.

من هذا العبء المكلف به المضرور أصلاً، في تحول جريء منه في هذا المجال، وهو ما سننتقل لدراسته في هذا المطلب الموالي.

الفرع الثاني: عبء إثبات التبصير ما بين الطبيب والمريض

وفق ما تنص عليه القواعد العامة و بمقتضى المادة (323) من الأمر 58-75 المتضمن قانون المدني: "على الدائن إثبات التزام، و على المدين إثبات التخلص منه"¹ أساساً للقاعدة العامة في تحديد المكلف بعبء الإثبات، تبعاً لذلك فإن إثبات الإخلال بالالتزام بالتبصير يقع على المريض (الدائن)، الأمر الذي يعتبر من الصعوبة بمكان بالنسبة للمريض في إثبات هذا التبصير باعتبار أن هذا الالتزام متصل اتصالاً وثيقاً بإرادة المريض، التي ينبغي احترامها وفق حقه في الذاتية والسلامة البدنية، غير أن الفقه والقضاء انقسما في هذا الشأن.

البند الأول: عبء إثبات عدم التبصير يقع على عاتق المريض

فقد يكون إثبات المريض لعدم التبصير في التزامات الطبيب ببذل عناية، وقد يكون مجال التبصير الطبي ببذل عناية.

أولاً: إثبات المريض لعدم التبصير في التزامات الطبيب ببذل عناية

لا يختلف مضمون التزام الطبيب ببذل العناية الواجبة عليه، سواء ارتبط مع المريض بعقد أو أنه يؤدي العلاج بمقتضى اللوائح².

لذلك تقع على عاتق المريض فضلاً عن إثبات التزام الطبيب بعلاجه طبقاً للعقد أو اللوائح، و هذا بإثبات أن الطبيب لم ينفذ التزامه ببذل العناية المطلوبة بأن يقيم الدليل على إهماله أو انحرافه عن أصول الفن الطبي المستقرة. وبصفة عامة الدليل على

¹ الأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية رقم 78 لسنة 1975.

² سليمان مرقص، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، المرجع السابق، ص 48.

انحراف الطبيب المعالج عن السلوك المألوف لطبيب وسط من نفس مستواه وجد في نفس ظروفه الخارجية.¹

ومفاد ذلك أنه لا يكفي المريض لإثبات خطأ الطبيب الذي لم يلتزم إلا ببذل عناية أن يقيم الدليل على وجود هذا الالتزام وإصابته بالضرر أثناء تنفيذه، بل يجب عليه فضلا عن ذلك أن يثبت أن عدم التنفيذ يعد خطأ في حق الطبيب²، وعلى هذا الأساس فخطأ الطبيب لا يجوز افتراضه لمجرد إصابة المريض بالضرر ولكنه واجب الإثبات، ويستطيع الطبيب أن ينفيه بإثبات العكس، أي إقامة الدليل على أنه بذل في تنفيذ التزامه ما ينبغي من عناية، وهذه النقطة الوحيدة التي تقترب فيها المسؤولية التعاقدية للطبيب من المسؤولية التقصيرية، بل تندمج معها، ثم يؤيد رأيه بأن العقد إنما يلزم الطبيب ببذل عناية يقظة وموافقة للعلم، وبالتالي فإن على المريض أن يثبت إخلال الطبيب بهذا الالتزام³.
فالطبيب لا يلتزم بشفاء المريض وإنما يلتزم فقط ببذل عنيته في سبيل شفاؤه⁴ وعليه فلا يسأل الطبيب عن عدم الشفاء وإنما عن تقصيره في بذل العناية اللازمة⁵.

¹ ظاهري حسين، الخطأ الطبي العلاجي في المستشفيات العامة، دار هوم، الجزائر، 2002، ص 59. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 270.

² سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق ص 82.

³ محسن عبد الحميد إبراهيم البني، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 165.

⁴ قرار مجلس قضاء قسنطينة - غرفة الاتهام - بتاريخ: 2001/11/26، قضية (ب.ف) ضد الطبيب (د.م)، ملف رقم 297062، حيث جاء فيه: " أن الطبيب مطلوب منه بذل عناية وليس تحقيق نتيجة، وما دام قد بذل عنيته المطلوبة فإنه لم يرتكب أي خطأ مهني".

Cass. 1^{ere} civ : 08/11/2000, n° 1815, "contrats-concurrence-consommation", Edition du juriste-classeur, janvier 2001, Paris, p 13.

Cass. 1^{ere} civ : 09/10/1989. <http://www.caducée.net>, mise à jour le 25/03/2023. ص 15:00

⁵ طبقا لنص المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب: "يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضما تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة، والإستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين ". والمادتين 46 و 47 من المدونة، والمادة 239 من القانون رقم 85-05 المعدل والمتمم.

ثانيا: مجال التقصير الطبي ببذل عناية

ولا شك أن العناية التي يلتزم الطبيب ببذلها، والذي يعتبر مخطأ و قد قصر فيها

ليست أية عناية كانت، وإنما هي العناية التي تقوم على عنصرين هامين وهما:

1- الالتزام باليقظة ونباهة الضمير: حيث أن هذا الالتزام يفرض عدة واجبات

إنسانية طبية، كالالتزام بالحصول على إذن المريض ورضاه، إعلامه، علاجه ومتابعته

والإلتزام بكتمان سره...¹

2- الالتزام بالعلم: الذي ما هو إلا الالتزام ببذل عناية، حيث أن الطبيب مقيد بما

وصل إليه العلم في المجال الطبي من تطورات مستجدة، وملزم بمتابعة هذا التطور وفق

الحقائق العلمية المكتسبة.²

¹.قرار تعقيبي جزائي رقم 13422، المؤرخ في: 2002/02/12، احتهادات قضائية، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 2006 ص 161-266.

². نجد أن القضاء الجزائري بهذا الصدد ومن خلال قرارات المحكمة العليا سار على نفس الاتجاه في ملف رقم: 399828 قرار بتاريخ: 2008_1_23، الصادر عن الغرفة المدنية القسم الأول، و منشور بالمجلة(ع.ع.) ضد (ع.ب) بأن الالتزام ببذل عناية الواقع على عاتق الطبيب بذل الجهود الصادقة المتفقة و الظروف القائمة و الأصول العلمية الثابتة، غير أن مسألة عبء الإثبات الملقى على عاتق المريض، قد عرفت انحرافا في مواطن عدة، حيث انتقل عبء الإثبات من المريض إلى الطبيب في كثير من الحالات، كما افترض الخطأ مباشرة في ذمة الطبيب بمجرد إصابة المريض بضرر في مواطن أخرى. لعل التغيير في هذا المنحى قد فرضته الصعوبات التي تواجه المريض في إثبات خطأ الطبيب، بل أكثر من ذلك ضياع حقه في التعويض في كثير من الأحيان نتيجة عجزه عن إثبات ما يدعيه من خطأ الطبيب. ففيما تتجلى تلك الصعوبات؟ وما دورها في رسم معالم جديدة لإثبات الخطأ الطبي، أنظر: عبد القادر خضير، قرارات قضاائية في المسؤولية الطبية، دار هومه، ج1، الجزائر، ص25.

البند الثاني: عبء إثبات التبصير يقع على عاتق الطبيب

نظرا لصعوبة التزام المريض بالثبات التزام الطبيب بالتبصير، فإن الفقه لم يستقر على هذا الرأي، لينقل عبء إثبات من المريض إلى الطبيب، حيث أن من الفقه¹ من سار على هذا النحو، إذ جعل أصحاب هذا الرأي عبء إثبات التبصير على الطبيب وحده، فمن وجهة أن عبء الإثبات في هذه المسألة على عاتق المريض أمر غير منطقي، لأنه سوف يتحمل حينئذ إثبات واقعة سلبية، هي عدم إعلامه بمخاطر ونتائج العمل الطبي، لذلك كان من الأجدر إلقاء هذا العبء على الطبيب نفسه كي يثبت إما الوفاء بهذا الالتزام، أو أن هناك سببا أجنبيا حال دون ذلك كحالة الضرورة مثلا.

هناك حالات استثنائية يلتزم فيها الطبيب بتحقيق النتيجة وهو حالة التزام بتحقيق نتيجة تتمثل في سلامة المريض و الالتزام بالسلامة لا يعني الالتزام بشفاء المريض، بل بالأ يتعرض لأي أذى من جراء ما يستعمله من أدوات أو أجهزة أو ما يعطيه من أدوية وبالأ ينتقل إليه مرض آخر نتيجة العدوى من جراء المكان أو ما ينقله من دم أو خلافه². كذلك الأعمال الطبية الذي تؤدي إلى نتائج أكيدة للاحتمال فيها فإن التزام الطبيب الذي يجريها يكون عندئذ التزام بنتيجة و يثبت خطوة لمجرد عدم تحقق هذه النتيجة والمثال البارز على ذلك هو الأعمال المخبرية إذ يسأل الطبيب إذا كانت نتائج الفحوص المخبرية التي أجراها غير صحيحة³.

غير أننا نشير إلى أن إتباع وسيلة من وسائل الإثبات قد يثير الكثير من الصعوبات إذ قد يتعارض القول بالاستعانة بالشهود مثلا لإثبات إخلال الطبيب بالإعلام مع المحافظة على قدسية سرّ المهنة الطبية، كما أنه لا يمكن الاستعانة بشهادة

¹ محسن البيه، مرجع سابق، ص 179، حمدي عبد الرحمان، معصومية الجسد، القاهرة، 1987، ص 46.

² محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص 217، المسؤولية الطبية، و محمد محمد أبو زيد، بعض المشكلات القانونية الناتجة عن مرض فقد المناعة المكتسبة (الايدز) اصدارات جامعة بيروت، 1995، 1996، ص 35. وانظر المادة (02/344) من الامر 18-11 المتعلق بالصحة، المرجع السابق.

³ صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص 172، 173.

الشهود مثلا في مسائل فنية تقنية متعلقة بمهنة الطب، مما قد يؤدي إلى زعزعة روح التضامن القائمة بين الطبيب وباقي أعضاء السلك الطبي.

لاشك أن مثل هذه الاعتبارات تدفعنا في الواقع للقول باعتماد الكتابة كوسيلة آمنة لإثبات تنفيذ الطبيب لالتزامه بالإعلام الملقى على عاتقه، فمن خلال الكتابة سيتوافر لدى الطبيب هامش من الاستقلالية والحرية، بل والهدوء النفسي، وبالتالي تفادي النزاع مع المريض بشأن هذا الإعلام.¹

وعلى هذا التوجه غالبا ما يلجأ الأطباء - ولا سيما فيما يتعلق ببعض التدخلات الطبية المنطوية على بعض المخاطر أو الآثار الجانبية غير المرغوبة، إلى إعداد نموذج كتابي يوضح فيه جميع المسائل التي يجب أن يعلم بها مريضه ويوقع عليها هذا الأخير قبل إجراء التدخل الطبي.

يقع عبء الإثبات على الطبيب، إذا كان التزام الطبيب بالتبصير هو التزام بتحقيق نتيجة²، مثل: عمليات التجميل، و نقل الأعضاء....، فإن هذه الحالة تستدعي التشديد بالنسبة لتبصيره للمريض، فإذا أخل الطبيب بالتزامه هذا (أي أنه قام بالعمل الطبي المتفق عليه غير أن النتيجة لم تتحقق قامت مسؤوليته، و كان عبء الإثبات على عاتقه).

¹J.F. Pansier : Le consentement à l'hôpital, Gaz. Pal 1999, Numéro spécial de colloque : " Le consentement aux actes médicaux ", France, p 11 ets.

- وقد سارع المشرع الفرنسي إلى تبني هذا الاقتراح من خلال القانون رقم 303-2002، المؤرخ في 04 مارس 2002، والمتعلق بالصحة وحماية حقوق المرضى، حيث كرس نفس الأبعاد التي قررتها الاجتهادات السابقة.

². إن التزام المدين بتحقيق نتيجة يكون كذلك إذا طُلب منه القيام بعمل بذاته، كما هو الحال بالنسبة للمحامي الذي يطلب منه القيام بتقديم أحد الطعون خلال المدة القانونية التي يمكن أن يقدم فيها الطعون، فإذا لم يقدم الطعن خلال المدة المحددة، يكون مسؤول عن هذا التقصير على اعتبار أن التزامه هو التزام بتحقيق نتيجة، أما إذا كان المطلوب من المدين بذل العناية فإنه في هذه الحالة يلزم ببذل العناية التي تؤدي إلى النتيجة ولا يضمن تحقيق النتيجة، وتعدد المعايير بشأن التفرقة بين الالتزام ببذل العناية والالتزام بتحقيق نتيجته، ومن هذه المعايير الإرادة والذي جاء به الفقيه الفرنسي (ديموج) ومعيار الاحتمال، ومعيار مساهمة الدائن، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: <http://a.r.jurispedia.org> في (2023/04/09) على الساعة: 18 سا 52 د ، ص 2.

غير أنه و حسب رأي الباحث المتواضع، و دون أن يكون الأمر على إطلاقه بشأن إسناد عبء الإثبات و في كل الأحوال لطرف دون الآخر، ليعود إسناده بناء على الطبيعة القانونية للالتزام بالتبصير و ذلك وفق ما بيناه سابقا، فيكون ذلك من خلال التفرقة بينتحقيق نتيجة (حالة التبصير المشدد)، و بذل عناية (حالة التبصير المخفف). و نتيجة لهذا الطرح الذين نأمل من خلاله أن يكون بمثابة مبدأ قانوني يؤخذ بعين الاعتبار من قبل المشرع فيما يخص هذه المسألة على أن يكون النص على هذا النحو: "يكون عبء إثبات التزام الطبيب بتبصير المريض على عاتق الطبيب، إذا كان التزامه هذا هو التزام بتحقيق نتيجة (حالات التشديد)، غير أن عبء الإثبات يكون على عاتق المريض في حالة ما إذا كان التزام الطبيب بالتبصير هو التزام ببذل عناية (حالات التخفيف)".

البند الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في الإثبات

إذا كنا أمام إخلال الطبيب لالتزامه بالتبصير والرضا، فإن المريض ملزم بالإثبات من خلال كافة طرق الإثبات التي وضعها القانون، غير أنه في أغلب الأحيان يصعب على المريض إثبات عدم حصول التبصير اللازم للحالة المرضية وللتدخل الطبي العلاجي أو الجراحي، حيث أن تبصير المريض التزام يقع على عاتق الطبيب حيا لمريضه، فهو تصرف لا يدخل ضمن التصرفات الطبية التقنية -المادية، بل تتضمنه العلاقة الخاصة و الحساسة التي تجمع بين الطبيب والمريض المتمثلة في الحوار والتحاور على حد تسمية بعض رجال الطب والباحثين له : بالندوة الفردية أو الاجتماع الفردي¹.

وفي هذه المسألة، حتى لو لجأ القاضي إلى تعيين خبرة قضائية فإن مجالها يكون ضيقا، حيث سيلقي الخبير الضوء على ظروف التدخل الطبي العلاجي أو الجراحي على عكس المسائل التقنية المادية أين تلعب الخبرة دورا هاما في الأعمال الطبية، حيث في

¹.Léon Derobert .Opcit P 138.

أغلب الحالات تلجأ إليها عند ارتكاب الأخطاء التقنية نظراً لتعدد بعض التصرفات الطبية وعدم علم ودراية القضاة بهذا المجال¹.

ورغم ذلك فإن القضاة غير مجبرين على التقيد بما يأتي في تقرير الخبرة، بل لديهم سلطة تقديرية واسعة في صدد تحديد إخلال الطبيب بالتزاماتهم، لا سيما الإلتزام بتبصير المرضى وتوعيتهم عن وضعيتهم وعن العلاج الضروري لهم، فإذا تقدم أحد الخصوم بواقعة معينة يدعي صلاحيتها لأن تكون محل إثبات من طرفه، فإن للقاضي سلطة تقديرية تسمح له برفض هذا العرض، إذا تبين له إن تلك الواقعة لا تقدم أي عنصر جديد لحل النزاع، فللقاضي حرية واسعة في تقدير قيمة الأدلة التي يدلي بها الخصم فهو غير ملزم برأي الخبير كما أنه غير ملزم باستجواب شهود تقدم بهم أحدا لخصوم.

فإثبات التبصير أو الرضا يمكن أن يكون بكافة طرق الإثبات كما أشرنا إليه سابقاً فليس معنى أن مجرد التحاق المريض بالمستشفى أو بالعيادة يفترض قبوله العلاج أو الجراحة، و ذلك مرتبط بظروف معينة محيطة بحالة محددة يجب استخلاصها فهنا يظهر دور القاضي في التحليل والتحقيق لهذه الظروف².

إن موقف القاضي إزاء أدلة الإثبات هو موقف إيجابي في المذهب الحر فإنه هو الذي يتولى توجيه سير الدعوى، واستكمال ما نقص من الأدلة ويتمتع بمبادرة واسعة لكنه في المذهب المقيد وهو المذهب القانوني فإن موقف القاضي سلبي فهو لا يتجاوز تلقي أدلة الإثبات كما يقدمها له الخصوم دون أن يكون له أي دخل أو تأثير من جانبه، ثم يتولى تقدير تلك الأدلة طبقاً للقيمة التي حددها القانون لكل دليل، وعلى الحالة التي قدمها له الخصوم.

¹.Juris classeur civil : responsabilité du médecin : principe généraux Fascicul 440-1 P 10 par Michel Haricaux- Ramu 5 9.

².Voir article 7,8 et 9 du guide européen d'éthique médicale de 1987(de source Internet) <http://www.insem.fr/ethique/Ethique>.

أما في المذهب المختلط، فإن القاضي يتخذ موقفا وسطا فقد سمح له بشئ من الحرية في تحريك الأدلة، وتوجيه الخصوم بما لا يتعارض مع تقييده بأدلة معينة، وتحديد قيمة هذه الأدلة.

وقد اتخذت القوانين اللاتينية المذهب المختلط كمبدأ عام في سلوك القضاة تجاه أدلة الإثبات وفي مقدمة هذه القوانين القانون الفرنسي والقانون المصري وقد تبعهما المشرع الجزائري في ذلك، فيستطيع القاضي مثلا أن يأمر بإجراء تحقيق من تلقاء نفسه في الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بطريق البينة والتي يكون التحقيق فيها جائزا¹.

كما أن له أن يأمر شفويا بحضور أحد الأطراف شخصا أو بإجراء تحقيق أو تقديم وثيقة، وبموجب أمر كتابي بإجراء خبرة أو التحقيق في الكتابة أو بأي إجراء آخر من إجراءات التحقيق، وله أن يأمر شفويا بالانتقال للمعاينة ما لم ير ضرورة إصدار أمر كتابي، وأن للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أحد الخصوم من تلقاء نفسه، وفي مقابل الحرية التي يمنحها القانون للقاضي في تسيير الدعوى واتخاذ بعض المبادرات بشأنها، فإن المشرع الجزائري منعه من جهة أخرى مثلا من بناء حكمه على إفادة وقعت في غيبة الخصم الآخر²، وقرر أن من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه خسر دعواه³.

¹. محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 212 وما بعدها.

². المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية.

³. المادة 347 من القانون المدني.

المطلب الثاني: إثبات الخطأ الطبي

لما كان الغلط في التشخيص خطأ موجبا للمسؤولية الطبية، فإنه وعلى النقيض من ذلك لا تقوم مسؤولية الطبيب المدنية عن الخطأ إلا في حالة إثبات وجوده، والذي يقع على عاتق المريض، إذا ما أراد الحصول على تعويض يجبر ما أصابه من ضرر نتيجة هذا الخطأ، بناء على القاعدة العامة التي تقول: "البينة على المدعي"، و التي تنص عليها المادة(323) من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم. بقولها: "على الدائن إثبات الالتزام و على المدين إثبات التخلص منه"، و الواقع أن الأخطاء التي يرتكبها الطبيب ليست من نوع واحد، ذلك أن الالتزامات التي يلتزم بها في ممارسة مهنة الطب ليست من طبيعة واحدة، فمنها ما يتعلق بالعمل الطبي والعلاجي بالمعنى الفني أو التقني، ومنها ما هي مستقلة عن مفهوم العلاج ولكنها تبقى وثيقة الصلة بالعمل الطبي.

لذلك استقر تمييز غالبية الفقه والقضاء بشأن الأخطاء أو الأعمال الطبية التي قد يأتيها الطبيب بين نوعين: أعمال مادية وهي مرتبطة بالجوانب الأخلاقية والإنسانية لمهنة الطب، وأعمال فنية مهنية وهي التي تتعلق بالأصول والجوانب التقنية أو الفنية لمهنة الطب¹.

ولا شك أن لهذا التمييز بين نوعي الأخطاء الطبية أهمية خاصة في مجال الإثبات، وتقدير القاضي للخطأ المدعى به تجاه الطبيب والتحقق منه، فقد رأينا فيما تقدم أن عبء إثبات الخطأ الطبي يقع من حيث المبدأ على عاتق المريض المضرور، الذي يكون عليه بمقتضى هذا العبء إقامة الدليل على الوقائع التي يرى أنها تشكل خطأ من

¹. جاسم علي سالم الشامسي: مسؤولية الطبيب والصيدلي، بحث ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية) الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2004، ص 402 ومنيير رياض حنا: المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 306.

جانب الطبيب. ليأتي بعد ذلك دور القاضي في التحقق من مدى انطباق وصف الخطأ على الوقائع التي أثبتتها المريض المضرور¹.

أما بشأن كيفية إثبات هذا الخطأ فتختلف تبعاً لطبيعته، وهو ما يقتضي معرفة مضمون الالتزام المدعى به في مواجهة الطبيب، من هذا المنطلق فإن تناول الأخطاء الطبية ذات الطبيعة الإنسانية يكشف عن خصوصيتها فيما يتعلق بإثباتها مقارنة بالأخطاء الطبية ذات الطبيعة الفنية.

لذلك رأينا من المناسب تقسيم هذا المبحث ودراسته على النحو الذي اعتمدناه سلفاً بحيث نتناول كيفية إثبات الأخطاء المرتبطة بالجوانب الإنسانية و الأخلاقية أولاً (فرع أول)، ثم كيفية إثبات الأخطاء الفنية ثانياً (فرع ثاني).

¹. فوزي أدهم: نحو تطبيق واقعي لمسؤولية الطبيب في لبنان، بحث ضمن كتاب: المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية) الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 341، 342.

أحمد شرف الدين: مسؤولية الطبيب - مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة -، المرجع السابق، ص 77.

الفرع الأول: إثبات الأخطاء ذات الطبيعة الإنسانية والأخلاقية

تتطوي مهنة الطب على جانب هام من القواعد الأخلاقية والممارسات الإنسانية ذلك أن رسالة الطبيب إنما هي رسالة إنسانية بالدرجة الأولى تهدف إلى حماية حياة الإنسان وحفظ صحته.

وقد نصت على ذلك المادة (06) من المرسوم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجزائري بقولها: " يكون الطبيب وجراح الأسنان في خدمة الفرد والصحة العمومية يمارسن مهامهما ضمن احترام حياة الفرد وشخصه البشري "، والأخطاء التي نحن بصدد دراسة كيفية إثباتها هنا تقوم على نتيجة مخالفة الطبيب لواجباته التي تهدف لاحترام هذا البعد الإنساني في مجال الممارسة الطبية، وتتعدد صور الأخطاء التي يشير إليها الفقه¹ في هذا المجال، من ذلك رفض الطبيب المسارعة لتقديم الرعاية والعلاج لمن هو في حاجة إليها لمن يطلبه، وعدم التزام الطبيب بالمحافظة على السر المهني²، وهو ما ذهبت إليه المادة (07) من نفس المرسوم.

البند الأول: كيفية إثبات الحصول على رضا المريض

إن المنطق والعدالة يقضيان بأن يقع عبء إثبات موافقة المريض على عاتق الطبيب، وليس على عاتق المريض باعتباره الطرف الأضعف في هذه العلاقة ذلك أن الطبيب بهذا الإثبات إنما يبرر العمل الذي أقدم عليه، فليس معقولا أن يطلب من المريض إثبات واقعة سلبية، تتمثل في تقديم الدليل على عدم قيام الطبيب بالحصول على موافقة المريض قبل إجراء الجراحة أو مباشرة العلاج³.

¹ محسن عبد الحميد إبراهيم البنية: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 15.

² محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 141 وما بعدها.

³ محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 40.

وتزداد صعوبة النهوض بهذا العبء بشكل واضح بالنظر إلى كون العقد الطبي عقدا شفهيًا في الأصل، بل يمكن أن ينعقد ضمناً.

رغم الارتباط الوثيق بين الالتزام بالإعلام والالتزام بالحصول على موافقة المريض ورضائه بالعمل الطبي، فإن محكمة النقض الفرنسية لا تزال تجعل عبء إثبات عدم حصول الطبيب على رضاه المريض على عاتق هذا الأخير، مع العلم أن هذا الالتزام إنما هو التزام بتحقيق نتيجة نظراً لعدم تضمنه أي عنصر للاحتمال، شأنه في ذلك شأن الالتزام بالإعلام.¹

من الناحية التشريعية نجد أنّ المشرع الفرنسي قد تدخل لمواجهة الصعوبات التي يصادفها المريض، و ذلك في سبيل النهوض بعبء إثبات عدم حصول الطبيب على رضاه المريض بالعمل الطبي، حيث فرض الحصول على موافقته الكتابية كشرط لإجراء بعض الأعمال الطبية، مثل الأبحاث الطبية على البشر² في مجال نقل وزرع الأعضاء³ كما اشترط المشرع الفرنسي كذلك الرضاء المكتوب في حالة الوقف (القطع) الإرادي للحمل⁴، فقد نصّت المادة (33) من المرسوم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجزائري، يتعين على الطبيب أن يطلب منها تأكيداً مكتوباً.

¹. محسن عبد الحميد إبراهيم البنية: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 193، و انظر عبد الرشيد مأمون: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 51.

². L'article 209/9-6 du code de la santé publique français.

³. L'article 671/3-2 du code de la santé publique.

⁴. Voir : Pierre Sargos : Réflexions "Médico-Légales" sur l'interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique, J.C.P- La semaine juridique Edition générale, n° 21-22, 23 mai 2001, France, p 1042.

Ammar Guesmi : La responsabilité du médecin en matière D'I. V.G en France, La revue Algérienne des sciences juridiques, Economique et Politique, Tome 33, n° 02, Volume XXXIII , 1995, Algérie, P 304.

Voir aussi : Dennouni Hadjira : L'arrêt Perruche et les perspectives de la responsabilité médicale, Revue semestrielle « Etudes Juridiques - دراسات قانونية », Editée par le

ونفس التوجه سار عليه المشرع الجزائري، من خلال اشتراطه الكتابة كتعبير صريح واضح عن رضاء المريض بالتدخل الطبي من خلال عمليات نقل وزرع الأعضاء وفقا لما نصت عليه المادتين (360) من القانون 18-11 المتعلق بالصحة، أو من خلال رفضه لهذا العلاج الطبي كما أشارت إلى ذلك المادة (49) من المرسوم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

ففي هذه الأحوال يكون إثبات الرضا بالطرق التي حددها القانون: إما بموجب الكتابة، أو وفقا للقانون الفرنسي بموجب وضع موافقة المريض ورضائه لدى المحكمة أو تقديمها أمام القاضي¹، حسب المادة (5/360) من المرسوم سالف الذكر بنصها: "يجب أن يعبر المتبرع على موافقته للتبرع و عند الاقتضاء، للتبرع المتقاطع، أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا، الذي يتأكد، مسبقا، من أن الموافقة حرة و مستتيرة، و أن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في هذا القانون"².

ومهما يكن من أمر فإن من شأن هذه التدابير تخفيف تبعة الإثبات الملقى على عاتق المريض المتضرر، كما أنها تعفيه من مشقة البحث عن الدليل لإثبات عدم رضائه بالعمل الطبي، وبناء على ذلك متى تخلف الشكل الذي تطلبه القانون (الكتابة مثلا) يجعل من تدخل الطبيب دون رضاء المريض عملا غير مبرر، وعلى الطبيب أن يثبت كتابيا رفض المريض للخضوع للفحوصات الطبية³.

laboratoire de droit privé fondamental, Faculté de droit, Université Abou BekrBelkaid – Tlemcen, n° 03, 2006, p 49, 50.

¹. علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 149.

². الجريدة الرسمية العدد: 50 لسنة 1992.

³. وفقا لما نصت عليه المادة 49 من مدونة أخلاقيات الطب، و انظر: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 41.

البند الثاني: إثبات رفض الطبيب لعلاج المريض

يتمثل خطأ الطبيب في الامتناع عن معالجة المريض، و أنّ حرية الطبيب في هذه المسألة ليست مطلقة، بل مقيدة بقيود إنسانية نظمها المشرع من خلال النصوص القانونية. حيث عاقب المشرع على جرائم الامتناع من خلال المواد 288 و 289 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، من جهة قضى القضاء الجزائري بمسؤولية الطبيبة التي تعمل اختصاصية أمراض العيون عن عدم تقديمها المساعدة لشخص في حالة خطر بالمستشفى، طبقا لنص المادة (182) من قانون العقوبات¹.

و خلاصة القول أنّ المريض له أن يثبت عدم تقديم الطبيب للعلاج الضروري أو المساعدة الطبية بكافة طرق الإثبات طبقا للقواعد العامة، ذلك أنّ المشرع لم يقيد إثبات الامتناع باعتباره واقعة سلبية بوسيلة دون أخرى.

¹.قرار مجلس قضاء تلمسان : 1994/01/03. قرار غير منشور.

الفرع الثاني: إثبات الأخطاء الطبية ذات الطبيعة الفنية

لا يسمح لغير القاضي بتقدير الخطأ الطبي أيا كان طبيعة هذا الخطأ الذي يدعى نسبه إلى الطبيب، فإذا كان استخلاص الأخطاء الطبية الإنسانية يتم على ضوء الموجبات التي تهدف إلى احترام شخصية المريض وإنسانيته، فإن الأخطاء الطبية ذات الطبيعة الفنية، إنما يتم استخلاصها بالرجوع إلى الأصول الفنيّة المستقرة في علم الطب وهو ما يكون عادة باستعانة المحكمة بخبير محلّف من أهل المهنة للقيام بذلك. وغني عن البيان أن أكثرية الأخطاء الطبية، هي ذات طبيعة فنية، وذلك لشمولها كافة مراحل النشاط الطبي، ما يعني الإختلاف والتّنوع الكبيرين في هذه الأخطاء، الأمر الذي يبين أهمية وصعوبة إثبات هذا النوع من الأخطاء.

لذلك وعلى ضوء ما سبق سنتناول كيفية إثبات الأخطاء الفنيّة الطّبية من خلال دور القاضي في إثبات الخطأ الفني الطبي، دور الخبير في إثبات الخطأ الفني الطبي.

البند الأول: دور القاضي في إثبات الخطأ الطبي الفني

خول القاضي سلطة واسعة في استنباط القرائن القضائية من ظروف ووقائع الدعوى بما له من سلطة التقدير، فهو لا يقوم بإثبات الخطأ الطبي، وإنما بالتحقق من نسبة حدوث الوقائع التي أثبتتها المريض على الطبيب من جهة، وعرض هذه الوقائع على معيار الخطأ لمعرفة ما إذا كان يمكن استنباط خطأ الطبيب منها من جهة أخرى¹. وعلى هذا الأساس فمسألة تقدير أو تكييف الخطأ " إنّما هي من تقدير الوقائع التي هي من اختصاص قضاة الموضوع، ولا رقابة عليه من المحكمة العليا، ما دام أن تكييفه يتماشى والتصنيف الشرعي للعقوبات التأديبية"².

¹ أحمد شرف الدين: مسؤولية الطبيب، المرجع السابق، ص 25.

² قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1994/11/22، ملف رقم 111662، قضية (ج.ع) ضد (مؤسسة الأشغال العمومية لولاية معسكر)، ن. ق، العدد 50، 1997، ص 120. وانظر: قرار آخر للمحكمة العليا: 1964/12/30، م. ج، 1965، ص 88.

ويقوم القاضي باستخلاص الخطأ الفني الطبي من خلال المقارنة بين سلوك الطبيب المدعى عليه والسلوك الفني المؤلف، للتحقق من مدى خروج الطبيب على السلوك المؤلف الواجب الإلتباع، ما يعني ضرورة البحث عن المعيار الذي يمكن للقاضي من خلاله قياس سلوك الطبيب ومدى اعتباره خاطئاً.

فكيف يتحقق القاضي من مخالفة الطبيب للأصول المستقرة في العلوم الطبية، أو بمعنى آخر ما هو المعيار الذي يعتمده القاضي للثبوت من وقوع الخطأ الطبي في جانب الطبيب؟

أشرنا في بداية هذه الرسالة إلى أن الخطأ يعرف بصفة عامة بأنه الخروج على السلوك المؤلف للرجل العادي¹.

هكذا يتضح لنا من هذا التعريف أن الخطأ يتم تقديره من خلال المقارنة بين مسلك معين، ومسلك آخر، والواقع أن هذه المقارنة تتم بإتباع إحدى الطريقتين: فإما أن يقارن مسلك الطبيب المدعى عليه بمسلكه العادي، للنظر فيما إذا كان مقصراً أم لا، وبالتالي يكون المعيار معياراً شخصياً، وإما أن يقارن ما وقع من الطبيب بمسلك طبيب آخر يعتبر نموذجاً للطبيب الوسط عادي في أعماله وتصرفاته ويكون المعيار معياراً موضوعياً².

لاشك أنه إذا إعتدنا المعيار الشخصي، تعين على القاضي النظر في وضع كل طبيب بالنسبة لمواهبه الشخصية ولوضعه الذهني وخبرته المهنية ووضعه الإجتماعي والثقافي، ليقرر ما إذا كان قد استعمل الدراية التي يتحلى بها عادة في تصرفه أم أنه أهمل ما اعتاد عليه من حيطة وحذر، مقصراً بالتالي في أدائه واجباته على الوجه الذي اعتاد عليه في تأديتها، فيكون بذلك مخطئاً³.

¹ عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، المرجع السابق، ص 524.

² محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 121.

³ مصطفى العوجي: المرجع السابق، ص 254.

أما إذا اعتمدنا المعيار الموضوعي، الذي يقوم على تصور نظري لما كان مفترضا من تصرف لدى الطبيب العادي، الذي يتمتع بمعرفة ودراية وكفاءة وانتباه، ويوجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بمرتكب الفعل عند أدائه لعمله¹.

فإذا اتضح للقاضي بأن الطبيب لم يعم بما كان سيقوم به الطبيب العادي فيما لو وجد مكانه، فيعتبر مهملًا في اتخاذ واجبات الحيطة والحذر التي يجب على الطبيب أن يقوم بها، وبالتالي فهو مخطئ تحققت مسؤوليته.

لقد تبنى المشرع الجزائري مفهوم الرجل العادي (الأب الصالح) كنموذج للمقارنة مثلما هو الحال مثلا في نص المادة 154 من القانون المدني الجزائري، حيث نصت على ما يتربى على الفضولي القيام به، بأن يعنى بعمله عناية الرجل العادي، كما فرضت المادة 172 من ذات القانون على المدين بالالتزام بعمل أن يبذل في تنفيذه عناية الرجل العادي.

وهكذا يرى الفقه² أن معيار الخطأ الطبي يتمثل في اعتماد سلوك طبيب نموذجي هو من أوسط الأطباء خبرة ومعرفة في نطاق اختصاصه أو مستواه الفني، وهو الذي يبذل في معالجة مريضه العناية اليقظة ويراعي القواعد الطبية الثابتة.

لذلك فالقاضي وهو بصدد تقدير خطأ الطبيب المسؤول يقيس سلوكه على سلوك طبيب آخر من نفس المستوى والتخصص، فالطبيب العام على طبيب عام من مستواه والطبيب المتخصص مع طبيب من نفس تخصصه، وكذلك الحال مع أستاذ الطب³.

ومن مقتضيات تقدير القاضي لخطأ الطبيب أن يأخذ بعين الاعتبار الظروف الخارجية التي أحاطت بمسلك الطبيب عند قيامه بعمله⁴، ويقصد بالظروف الخارجية مثلا

¹. أحمد شرف الدين: مسؤولية الطبيب، المرجع السابق، ص 46.

². عبد اللطيف الحسني: المرجع السابق، ص 123.

³. سامي بديع منصور: المسؤولية الطبية وفق قانون 22 شباط 1994، المرجع السابق، ص 307.

⁴. عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 824.

وجوب العمل بسرعة، بعيدا عن المراكز الطبية المؤهلت بالمعدّات الطّبية الحديثة والمتطورة.¹

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 45 من مدوّنة أخلاقيات الطب التي نصت: " يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتّفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة والإستعانة عند الصّورة بالزملاء المختصّين والمؤهلين"، إنّ تقيّد الطبيب بالأصول العلمية المستقرة يعني إتباعه لما يعد من الأصول والعادات المسلم بها في مهنة الطب ولا شكّ أنّ اللّجوء إلى العادات السائدة في مهنة الطّب يساعد كثيرا في تحديد السلوك الفني المألوف، بحيث لا يعد الطبيب مخطئا إذا التزم في عمله بالعادات الطبية المستقرة لذلك يكون من الطبيعي أن يأخذ القاضي عند تقديره لسلوك الطبيب العادات المتبعة في مجال عمله، إذ أن الطبيب الوسط لا يفعل أكثر من جعل سلوكه مطابقا لهذه العادات مع مراعاة ما قد يطرأ عليها من تغيير على ضوء التجربة العلمية²، فلا يؤاخذ الطبيب الذي يمارس مهنته في قرية نائية بعيدا عن المستشفيات والزملاء والمعدّات التي يضعها العلم الحديث تحت تصرفه، من فحوص وأشعة وتحليل ووسائل علاج أخرى، بنفس درجة مساءلة الطبيب الذي تتوفر له هذه الوسائل، ولا يمكن للمريض الذي يلجأ إلى طبيب مسن في الريف، يمارس مهنته منذ فترة طويلة في بلدة نائية بعيدا عن التّطورات العلمية أن يلومه على استعمال الأدوات والوسائل القديمة التي استعملها³.

¹ حسن زكي الأبراشي: المرجع السابق، ص 126.

² محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 138.

³ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 219.

بالمقابل فإنه بالنسبة للمستوى الفني للطبيب فقد ثار النقاش¹ حول ما إذا كان على القاضي عند تقديره للخطأ الموضوعي للطبيب أن يأخذ بالاعتبار مستواه الفني؟ لن ندخل في مناقشة الآراء التي عرضت للموضوع وتفنيدها، ولكننا ننحاز إلى جانب الدكتور سليمان مرقس في تأييده، إلى أنه لا يجب الأخذ بالمستوى الفني للطبيب عند تقدير خطئه، وتكون المقارنة بمسلك طبيب آخر من ذات المستوى الفني، ولا إخلال في ذلك التقدير الموضوعي لهذا الخطأ، فالحقيقة كما يقول السنهوري²: " لكل مستواه الفني ولكل معياره الفني".

والجدير بالذكر أنّ كلا من الفقه والقضاء الفرنسي يعتنق المعيار الموضوعي لتقدير خطأ الطبيب³.

والواقع أنّ هذا المعيار هو الذي يميّز خطأ الطبيب ذو الطابع الإنساني عن خطئه المتصل بواجباته الفنية، فالخطأ ذو الطابع الإنساني لا يمكن أن يكون إلا عمدياً، لأن الطبيب يقصد غتيان السلوك الذي صدر منه، ما يعني أن معيار تقدير هذا الخطأ هو معيار شخصي، بعكس الخطأ الفني الذي يقدره القاضي وفقاً للمعيار الموضوعي.

خلاصة القول أن الطبيب الوسط هو الذي يتّخذ معياراً لتقدير الخطأ الطبي الفني على أن يحاط بالظروف الخارجية للطبيب المسؤول، فإذا كان هذا الأخير يمارس الطب بصفة عامة أي يعالج جميع الأمراض، فإنه ينظر إلى خطئه في ضوء السلوك العادي

¹. للتوسع والاطلاع حول مختلف الآراء الفقهية حول هذا الموضوع يقضي مراجعة كتاب سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً بتقنيات سائر البلاد العربية، الجزء الثاني، الأدلة المقيدة، الطبعة الرابعة، 1985، ص 39، 44.

². عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني: نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول المرجع السابق، ص 824.

³. حسام الدين كامل الأهواني: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام بوجه الالتزام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1995، ص 537.

لطبيب من نفس فئته، وإذا كان طبيبا متخصصا بنوع معين من الأمراض كان المعيار بالنسبة إليه هو طبيب من ذات تخصصه في هذا النوع من الأمراض¹.

إن القاضي في تقديره القانوني للخطأ الطبي الفني وفقا للمعيار الموضوعي يقضي منه تحديد مدى مطابقة عمل الطبيب للأصول الفنية في الطب، ولا شك أن ذلك ينطوي على مسائل فنية لا طاقة للقاضي بها، لذا لا يستطيع القاضي تحديد مدى مطابقة عمل الطبيب للأصول الفنية إلا بطريقة غير مباشرة وذلك لعدم تخصصه في مجال الطب، فلا يأتي تدخل القاضي إلا بعد حصوله على تقرير من خبراء المهنة.

وعند اعتماد القاضي للمعيار الموضوعي في تقديره القانوني لخطأ الطبيب، فإنه لا يستطيع الخوض في النظريات العلمية وبخاصة إذا كانت محل خلاف، لتحديد مدى مطابقة عمل الطبيب للأصول العلمية المستقرة في مجال مهنته، لأن ذلك ينطوي على مسائل فنية لا يستطيع القاضي التصدي لها مباشرة، فلا مفر أمامه إذا من الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء *médecin-expert* لإبداء الرأي الفني البحت، الذي يمكن من خلاله مقارنة سلوك الطبيب موضوع المساءلة مع سلوك طبيب وسط من ذات المستوى الفني.

¹. عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص 562.

البند الثاني: دور الخبرة القضائية في الإثبات

الأصل أن إثبات الخطأ الطبي جائز بكافة طرق الإثبات بما في ذلك الخبرة والبينة الشخصية والقرائن القضائية¹، فلئن كان من السهل على القاضي أن يتبين بنفسه خطأ الطبيب فيما يتعلق بأعماله العادية، إلا أن ذلك يبدو عسيراً عليه بالنسبة للأعمال الطبية التي تنتمي إلى الفن الطبي، هذا وترجع الصعوبة في إثبات الخطأ الطبي بالدرجة الأولى إلى الطبيعة العلمية والفنية للموضوع، حيث لا يفقه المريض في الطب والخطأ الطبي شيئاً وكذلك الأمر بالنسبة للقاضي، إذ أن كلا منهما يعتبر غريباً عن القاعد الفنية والأصول العلمية للطب، فليس من السهل على المتضرر والقاضي أن يتبينوا وجه الخطأ في سلوك الطبيب.

إلا أن البعض² يحاول دفع هذه الصعوبة اعتماداً على إمكانية الاستعانة بذوي الخبرة في الفن الطبي، لينيروا الطريق استجلاء للحقيقة، فيمكن للقاضي أن يستعين بأهل الخبرة لإبداء الرأي في المسائل الفنية³، والخبرة هي تكليف شخص من قبل المحكمة للإدلاء برأيه الفني وذلك من خلال تقرير مقدّم منه إلى المحكمة، وذلك عندما يكون موضوع النزاع متعلقاً بالمسائل الفنية، التي لا يستطيع القاضي أن يفصل فيها دون اللجوء إلى الخبير⁴، لذلك فإن المحاكم تلجأ إلى تكليف خبير من جدول الخبراء علماً أن للمحكمة حرية اختيار الخبير من الجدول ولا مجال للطعن بهذا الاختيار¹.

¹. توفيق خير الله: مسؤولية الطبيب الجراح عن خطئه المهني، المرجع السابق، ص 503.

². François Robin, François Nativi : Enquête sur l'erreur médicale, Ed. La découverte, Paris, 1987, p 271 ets.

وانظر كذلك: حسن محيو: مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية، المرجع السابق، ص 45.

³. محمد حسين منصور: الطبيب ومسؤوليته المدنية، المرجع السابق، ص 185.

⁴. عزمي عبد الفتاح عطية: الخبرة أمام هيئات التحكيم - دراسة في القانون الكويتي مقارناً بالقانون الفرنسي وقانون التحكيم المصري، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثالثة والثلاثون، (رجب 1430 هـ / يونيو 2009 م)، الكويت ص 27.

حيث قضت في هذا الصدد المحكمة العليا في حكم حديث لها² أن: " المرض العقلي الذي يبطل التصرف القانوني إنما يثبت بخبرة طبية، صادرة عن طبيب مختص وليس بشهادة الشهود ".

ولا شك أن قرار المحكمة العليا عندنا في هذه المسألة جدّ وجيه، ذلك أن إثبات حالة المرض، ولا سيما المرض العقلي الذي يمنع التصرف القانوني، إنما يجب أن يتم بخبرة طبية فنية صادرة عن طبيب مختص أو بوسائل علمية كافية. ومقصود المحكمة من الطبيب المختص ضمن اختصاصه الطبي الدقيق، ذلك أن الأمراض تختلف وتتفاوت درجات خطورتها، كما أن تخصصات الأطباء تختلف ومهاراتهم وكفاءاتهم تتفاوت هي الأخرى. الأمر الذي يجعل اللجوء إلى الطبيب المختص كخبير في المسائل الطبية الفنية أمراً ضرورياً ومؤكداً. ولا يمكن بأي حال من الأحوال اللجوء إلى وسائل الإثبات الأخرى ولا سيما شهادة الشهود في مثل هذه المسائل الطبية الفنية، رغم أن الأصل في إثباتها إنما يكون بكافة وسائل الإثبات كما سبق وأن أشرنا إلى ذلك.

لذا يقوم الخبير بفحص موضوع النزاع وتحديد المسائل الفنية وإبداء رأيه الفني فيها، لكي يتم الوصول إلى تطبيق القانون على النزاع المعروض، بما يريح ضمير المحكمة ويحقق العدالة. إن تناول الخبرة المسائل العلمية والفنية للفصل في الدعاوي لا يعني ذلك أن الخبير يقوم بالفصل في النزاع بل يبقى ذلك من صميم عمل المحاكم، ولهذا يوصف رأي الخبير بأنه رأي استشاري.

ويستقل القاضي بالتكييف القانوني لسلوك الطبيب، والخبير يقوم بمساعدته فقط في استنباط الخطأ في المجال الطبي، فالقاضي ليس ملزماً بالأخذ برأي الخبير طبقاً لنص المادة 144/2 ق.إ.م. إذا تبين له أنه يتعارض مع وقائع أخرى أكثر إقناعاً من

¹ محكمة التمييز المدنية، الغرة الأولى، القرار رقم 17 الصادر بتاريخ 10 مارس 2000، المستشار القضائي، دار الكتاب الإلكتروني.

² قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2002/02/13، ملف رقم 273529، قضية (ف.ب) ضد (ب.نومن معها)، م.ق. العدد 02، 2003، ص 289.

الناحية القانونية، ولكن يبقى له أن يأخذ بتقارير الخبراء وإن تعارض رأي أحدهم مع رأي البعض الآخر، إذا اقتنع بأنها واضحة الدلالة على خطأ الطبيب.

وتطبيقاً لما تقدم، قضت محكمة التمييز اللبنانية في قرار حديث لها صادر في 22 جانفي 2004¹ بأن استناد محكمة الاستئناف إلى تقرير طبي غير صادر عن طبيب شرعي، وتحديد التعويض بمقدار معين هما أمران يدخلان ضمن سلطانها المطلق من حيث الاقتناع بالأدلة واختيارها، ومن حيث تقدير التعويض وبالتالي قضت برد الطعن. ويلاحظ أن أعمال الخبرة الطبية الهادفة لتبيان الخطأ الطبي تصب غالباً في مصلحة الطبيب أكثر منه في مصلحة المريض، ذلك لأن الخبراء هم في النهاية أطباء وغالباً ما يتعاطفون مع زملاءهم وبالتالي يحاولون من خلال تقاريرهم تبرير أعمالهم². ولذلك يلاحظ أن الحصول على تقرير موضوعي وفني بحث من الخبير، تعترضه في الواقع عقبتان الأولى موضوعية والثانية شخصية.

فمن الناحية الموضوعية: إن مهمة الخبير مهمة خطيرة ودقيقة، يتعين عليه احترام أصول التحقيق العلمي المحايد، الذي يهدف إلى الكشف عن سبب الواقعة الملموسة حيث أن الخبير يقوم بمهمته في وسط نظري بحث، فليس بمقدوره أن يقدر على نحو دقيق الموقف الذي وجد فيه الطبيب، والذي كان يمارس عمله في ظل ظروف مختلفة. أما من الناحية الشخصية: إن وجود تضامن بين زملاء المهنة الواحدة، يمكن أن يترتب عليه نوع من التسامح مع زملاءهم الأطباء *indulgence confraternelle* محل المساءلة، ما يضعف الثقة بالنتيجة التي توصل إليها الخبير في نهاية تقريره³.

¹ محكمة التمييز اللبنانية: الغرفة الثانية، القرار رقم 05، 22 جانفي 2004، عفيف شمس الدين: المصنف السنوي في القضايا الجزائية، 2004، ص 214.

² مصطفى العوجي: المرجع السابق، ص 45. وحسن زكي الأبراشي: المرجع السابق، ص 218.

³ محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 173.

وعليه يكون على القاضي أن يضع نصب عينيه هذا التضامن المهني المحتمل بين الخبير وزميله الطبيب المدعى عليه، وأن يكون له بالمرصاد، إذ أنه كما يقول الفقيه Savatier¹: " الخبرة معهود بها من شخص عادي، وهو القاضي، إلى طبيب خبير تفرض على هذا القاضي أن يظل متيقظاً".

إن القاضي غير ملزم بالأخذ برأي الخبير، فرأيه لا يقيد المحكمة²، فهي مسألة تدخل في تقدير الوقائع والأدلة التي يترك تقديرها لقضاة الموضوع³، فإذا ظهر للمحكمة أن تقرير الخبير ناقص وغير واضح فلها أن تدعوه إلى المحكمة، لتستوضحه حول ما انطوى عليه تقريره من نقص أو غموض، كما لها أن تلجأ إلى خبرة إضافية طبقاً للمواد 126، 127 و 141 ق.إ.م.إ.

ويجب أن تكون هناك أسباب قوية تبرر للقاضي مخالفته لرأي الخبير وعدم الأخذ بنتيجة التقرير كلياً أو جزئياً لخلل في صيغته أو نقص في أساسه من جراء إهمال الخبير أو خطئه، ويفرض على المحكمة أن تعلق قرارها إذا اعتمدت حلاً مخالفاً لما ورد في التقرير المقدم لها.⁴

فتقدير التقارير الفنية يعود لسلطان محكمة الموضوع المطلق، فلها في حال تعددهم أن تأخذ بتقرير أحدهم وتهمل التقرير المقدم من الآخرين، على أن تبين الأسباب

¹.Savatier René : Traité de la responsabilité civile, op. cit, p 195.

Savatier René : Sécurité humaine et responsabilité civile du médecin, D. 1967, po. Cit, p 778.

².قرار المجلس الأعلى: 1983/05/11، ملف رقم 28312، سلسلة قضائية، الاجتهاد القضائي، قرارات المجلس الأعلى، د.م.ج، الجزائر، 1987، ص 54.

وانظر: قرار محكمة التمييز اللبنانية: الهيئة العامة، القرار رقم 5، 25 مارس 1999، المستشار القضائي، دار الكتاب الإلكتروني.

³. قرار المحكمة العليا: 12/30 / 1964، م.ج، 1965، ص 88. وقرار المحكمة العليا: بتاريخ: 22 / 11 / 1994، ملف رقم 111662، قضية (ج.ع) ضد (مؤسسة الأشغال العمومية لولاية معسكر)، ن.ق، العدد 50 1997، ص 120.

⁴. يحيى بن لعل: المرجع السابق، ص 17، 18.

التي حملتها على الأخذ بتقرير أحدهم وتفضيله على التقارير الأخرى. ويحق للمحكمة وفقاً لقناعتها أن تعتمد تقرير خبير آخر غير معين من قبلها بالرغم من بطلانه، طالما أنه وضع موضع المناقشة وحاز على قناعتها¹.

غير أنها تكون قد أقحمت نفسها في نقاش علمي وطبي بحت، رغم استقرار القضاء على عدم دخول القاضي في المفاضلة بين الآراء الفنية والمناقشات العلمية التي ليست من اختصاصه².

وتكون النتيجة في النهاية عدم قدرة المريض على إثبات الخطأ الطبي من ناحية ومن ناحية أخرى تسليم القاضي للنتيجة التي توصل إليها الخبير في تقريره، الأمر الذي يؤدي إلى رد الدعوى وطلب التعويض وتبرئة الطبيب المدعى عليه.

ولا يحكم القاضي بثبوت الخطأ الطبي، إلا بعد أن يتحقق لديه اليقين الثابت بوقوع الخطأ من الطبيب، فلا يمكنه أن يقضي بغير اقتناعه، وبما يرتاح له ضميره، إلا أن هذا القول وإن كان جميلاً في مظهره فهو بعيد كلياً عن التطبيق على الصعيدين الفعلي والعملي، فالقاضي لا يلم بدقائق الطب، فمهمته صعبة، وبخاصة في المسائل العلمية التي يوجد عليها خلاف بين الأطباء والنظريات العلمية غير مستقرة عليها بعد، فليس من السهل عليه التدقيق في المسائل العلمية والأصول الفنية الطبية.

وإذا كان الخبير يقوم بمساعدة القاضي باستنباط الخطأ في المجال الطبي، إلا أن هذا الأخير يستقل في التكييف القانوني للسلوك الفني للطبيب. إن إعداد التقرير بشأن سلوك الطبيب ليس هو نهاية الدعوى، بل تبقى الكلمة الأخيرة للقاضي الناظر في النزاع.

¹ محكمة التمييز اللبنانية: الغرفة الثانية، القرار رقم 32، 31 مارس 2003، غيف شمس الدين، المصنف السنوي في القضايا المدنية، 2003، ص 263.

² حسين محيو: مسؤولية الطبيب عن أخطاءه المهنية، المرجع السابق، ص 46.

إنّ صلب مهمة الخبير هي فن في إعداد تقرير فني بحت، بشأن الموضوع المكلف به من قبل المحكمة، فليس من شأنه أن يضمن تقريره تقديرا قانونيا لعمل الطبيب الفني.

ويمكن للخبير أن يضمن تقريره تقديرا للأضرار التي أصيب بها المريض من جراء الخطأ الطبي، كتقديره لنسبة العجز عند المريض ولكنه لا يستطيع بحال من الأحوال أن يقدر ذلك النقص بالنقود.

إلا أن بعض الفقه¹ طرح السؤال التالي وهو القاضي الحقيقي في المسائل الطبية: الخبير أم القاضي؟

المبدأ هو أن القاضي يأخذ في النهاية بعين الاعتبار نتيجة التقرير المعد من قبل الخبير، والقاضي يشير في تسبيب حكمه إلى تقرير الخبير²، فلكل من القاضي والخبير مجال محدد. إذ لا يحق للخبير أن يتجاوز المعلومات التقنية والعلمية ليدخل في المجال القانوني، كما لا يحق للقاضي أن يدخل نفسه في صراع عملي بترجيح نظرية على أخرى إذا لم يكن مؤيدا لرأي الخبير³.

هذا وقد نص القانون الفرنسي على الخبرة القضائية بعد عشرين عاما من الانتظار⁴، حيث نظمها في قانون 4 مارس 2002 في المادة 1142-11 منه، وتوضع لائحة الخبراء الفرنسيين لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد، وفي كل مرة يتم فيها التجديد يتم التأكد من توافر المعايير لدى الخبراء من حيث أهلية ونوعية الخبراء لضمان حسن

¹J. Guige : qui est le véritable juge en matière médicale, l'expert ou le juge, Gaz. Pal, 1996, 2, doctrine, p 774.

²محكمة التمييز اللبنانية: الغرفة الخامسة، 5 جوان 2003، عفيف شمس الدين، المصنف السنوي في القضايا المدنية، 2003، ص 244.

³Vayre. P : Le médecin expert judiciaire, mission pour responsabilité professionnelle, Gaz. Pal, 22 mars 2001, p 425.

⁴Guy Nicolas : La loi 04 mars 2002 et l'expertise médicale, Gaz. Pal, 15 Décembre 2002, p 1578.

سير العمل، وتطلب القانون الفرنسي ضرورة توافر ثلاثة شروط في الخبير، وهي الأهلية والكفاءة الاستقلالية، ويضيف أنه على البير أن يتقيد بالمهمة في الحدود التي أشار إليها القاضي في قرار التكليف، وأن يعلل علميا الآراء التي يبديها في تقريره متوخيا الشرح المبسط لكي يفهما غير المتخصص.¹ وأن يتقيد بالمهلة الزمنية المحددة له لإنجاز مهمته المكلف بها.

ونفس النهج اتبعه المشرع الجزائري، حيث نظم أحكام الخبرة بموجب المواد من 125 إلى 145 من ق.إ.م، تنظيميا محكما إلى حد ما، شدد من خلاله على أهمية الخبرة ومدى كفاءة ودور ونزاهة الخبير، بشكل يضمن للخبرة نزاهتها ومصداقيتها.

غير أننا نشير في النهاية إلى أنه يجب تليين قواعد إثبات الخطأ الطبي أمام القضاء الجزائري، حيث أن عبء الإثبات لا يزال ملقى على عاتق المريض المتضرر الأمر الذي يؤدي في أغلب الأحيان إلى رد دعاوي المسؤولية عن الأطباء، فيحرم المتضرر من التعويض ويعفى الأطباء من تحمل تبعات أخطائهم.

فلا بد إذا من مبادرة تشريعية لتليين نظرة القانون الجزائري للخطأ الطبي، فكم من الحقائق تظل خفية يقف عندها القاضي حائرا، وكم تبدو لنا صائبة تلك الكلمة الخالدة التي أطلقها الفيلسوف الفرنسي Montaigne²: "للأطباء الحظ في أن الشمس تبسط أشعتها على نجاحاتهم، والأرض تدفن أخطاءهم".

¹.Le médecin expert judiciaire, mission pour responsabilité professionnelle, Gaz. Pal, 22 mars 2001, p 425.

². Montaigne Michel : 1533 – 1592, écrivain français. Conseiller au parlement de Bordeaux, 1577, Dictionnaire HACHETTE, Edition, 2002.

الفصل الثاني:
المسؤولية الموضوعية
وخصوصية التعويض عن
الأضرار الطبية

الفصل الثاني: المسؤولية الموضوعية وخصوصية

التعويض عن الأضرار الطبية

لقد نتج عن صعوبة الإثبات في المسؤولية التقصيرية سواء تعلق الأمر بالخطأ باعتباره ركنا من أركان المسؤولية التقصيرية أم عدم التبصير باعتباره من الالتزامات القانونية الأساسية في قيام المسؤولية التقصيرية، ظهور اتجاه يناهز ضرورة اللجوء إلى أحكام قانونية للمسؤولية التقصيرية تتلائم مع طبيعة العمل الطبي وما يحمله من تطور تكنولوجي ومعرفي، لتكون معه الأحكام التقليدية قاصرة في مواكبة هذا التطور، والمتمثلة في ظهور المسؤولية الموضوعية.

إنّ ظهور هذا النوع من المسؤولية في التشريعات الحديثة طرح معه أيضا إشكالية التعويض عن الأضرار، وهو ما استدعى استحداث بعض الأحكام القانونية المتعلقة بالتعويض على غرار المشرع الجزائري في تعديل القانون المدني بما يتماشى وهذا النوع من المسؤولية، خاصة في جانبها المتعلق بالأعمال الطبية.

لعل أن الأحكام القانونية للمسؤولية الموضوعية في التشريعات المقارنة وخاصة في التشريع الجزائري لم تولى هذا الموضوع الأهمية اللازمة، وأن أحكام العمل الطبي لا تزال متفرقة ما بين القانون الطبي وأخلاقيات مهنة الطب، وبعض الأحكام الأخرى.

من أجل الخوض في هذا الفصل، وجب التطرق إلى فكرتين أساسيتين، يعالج المبحث الأول موضوع: المسؤولية الموضوعية للطبيب بين خصوصية أحكامه وصعوبة إثباته، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى التطرق في مبحث ثاني، عن التعويض عن الأعمال الطبية في ظل الأحكام القانونية للمسؤولية التقصيرية، سواء تعلق الأمر بالمسؤولية الشخصية للطبيب أم المسؤولية الموضوعية عملا بفرض صعوبة إثبات الخطأ وعدم التبصير.

المبحث الاول: المسؤولية الموضوعية للطبيب،

خصوصية وصعوبة الاثبات

كان لقصور الأحكام القانونية للمسؤولية الشخصية في قيام مسؤولية الطبيب المدنية، دور هام في استحداث الأحكام الخاصة بالمسؤولية الموضوعية، خاصة وأن المشرع الجزائري خص هذا النوع من المسؤولية ببعض الأحكام القانونية ابتداء من المادة (124) وما بعدها من الامر 58-75 المتعلق بالقانون المدني الجزائري، وهذا من خلال التعديل الذي مس القانون المدني الجزائري سنة 2007 والمتضمن القانون 05-07 المعدل والمتمم للأمر سالف الذكر المتعلق بالقانون المدني.

بالإضافة إلى هذا فإن الصعوبات التي اعترضت إثبات الخطأ الطبي سواء كان خطأ مباشراً أم من خلال عدم التبصير، كان عاملاً آخر عجل بظهور أحكام المسؤولية الموضوعية وتطبيقها على تبعات الأعمال الطبية.

بناء على ما سبق يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين، يتمثل المطلب الأول في المسؤولية الموضوعية للطبيب كنتيجة واقعية لقصور أحكام المسؤولية الشخصية مع مراعاة خصوصية العمل الطبي، بينما يتناول المطلب الثاني انعكاس المخاطر الطبية على مفهوم المسؤولية الموضوعية.

المطلب الأول: المسؤولية الموضوعية للطبيب بين قصور

أحكام المسؤولية الشخصية وخصوصية العمل الطبي

لطالما كان الخطأ الطبي صعب الإثبات ، وهو ما يؤثر مباشرة على قيام المسؤولية التقصيرية للطبيب، وعليه فإنّ هذه الصعوبة تؤدي إلى عدم كفاية الخطأ باعتباره أحد الأركان الموجبة لقيام المسؤولية التقصيرية، بالإضافة إلى بروز خصوصية التجريد لأركان المسؤولية الموضوعية في العمل الطبي.

الفرع الأول: الخطأ الطبي بين عدم الكفاية وصعوبة الإثبات

يعتبر الخطأ الطبي من التصرفات التي يمكن أن تقع خلال العمل الطبي، سواء تعلق الأمر بخطأ فني أم بخطأ في عدم التبصير أو الإعلام.. وما يمكن ملاحظته أن هذا الخطأ بالإضافة الى الخصوصية التي يميّز بها العمل الطبي فإنّ مسألة اثباته تكون من الصوبة بما كان، لهذا نجد أنّ الفقه حاول إيجاد معيار آخر لهذه المسؤولية لا يمكن اعتماده على الخطأ بحيث تجد مبررات هذا التحول في:

البند الأول: عدم كفاية الخطأ كأساس للمسؤولية عن الأخطار الطبية

والمقصود بمشكلات الإسناد، هو العقوبات التي تقف في وجه نسبة الخطأ للمتسبب فيه والتي تتمثل في:

أولاً: انعدام الخطأ

فالواقع يثبت أن تنامي المخاطر الطبية يقود إلى حدوث أضرار دونما وجود أي خطأ من جانب مقدم الرعاية الطبية، ورغم أداء الطبيب لواجبات مهنته بعناية ودقة ومتابعة مستمرة، فيحدث الضرر بسبب المخاطر التي تتسم بالنسبية وتتعلق بمجمل العمل الطبي، ومستلزماته.

ويقصد بالمسؤولية دون خطأ المسؤولية التي تتحقق استنادا إلى الضرر الذي لحق المضرور، واستقلالاً عن وجود خطأ ثابت أو مفترض في جانب من يسند إليه العمل الذي أدى إلى حدوث الضرر، فهي تقوم على فصل التعويض عن الخطأ، وبخلاف المسؤولية على الخطأ التي تتطلب لانعقادها اجتماع الأركان التقليدية الثلاثة المعروفة الخطأ والضرر والعلاقة السببية، فإنّ المسؤولية على أساس المخاطر تتعدّد على وجود ركنين فقط هما الضرر والعلاقة السببية¹.

ثانياً: الأخطاء بلا مسؤولية

يؤكد خصوم نظرية الخطأ أنّ هناك قصور حقيقي يكتنف القاعدة التي تقضي بأنّ الشّخص لا يُسأل إلاّ عن الأضرار التي تسبب فيها بخطئه، ذلك أنّ هذه النظرة الصّيقة لا تغطي عدداً كافي من الأضرار، التي تعزى في أغلبها لأخطاء مجهولة، مما يجعلها خارج نطاق التعويض، فالغلط الطبي يظل عادة مجهولاً، فما بالك عند اختلاط هذه الأخطاء بفعل المنتجات والتّقنيات المستحدثة، التي تجعل التيقّن من الدّور السببي الحقيقي لكل منها في إحداث الضّرر من الصّعوبة بمكان.

ثالثاً: تعدد الأخطاء وصعوبات الإسناد

قد تتعدد الروابط بين الفعل الضار وبين الظروف المتزامنة في إحداثه، فالفعل الضار يكون في الغالب حصيلة لاجتماع أو مساهمة عدة ظروف، ويبدو الأمر بسيطاً طالما كان أحدها وهو الظرف الفعال بارزاً، كأن يكون الفعل الذي سبب الضرر قد حدث عمداً، أو أن يكون أحد هذه الظروف منطوياً على طابع شاذ أو غير مألوف، ففي هذه الأحوال يبدو بوضوح أنّ ذلك الفعل هو سبب الضّرر.

غير أنّ الصّعوبة الحقيقية تبدو عندما يتسبّب السلوك الطّبيعي الذي تحيطه عدة ظروف أخرى طبيعية في إحداث ضرر ما، حيث يتعلّق الأمر حينئذ بضرر طارئ أو

¹. براهيم يمينة، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، مقال منشور على مجلة القانون العام الجزائري الصادرة عن جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، المجلد السابع، العدد الثاني، نوفمبر 2021، ص 200 إلى 219.

عرضي، يرجع بصفة أساسية لعامل الحظّ أو المصادفة أو إلى أوجه الضعف أو القصور في الطبيعة البشرية.

البند الثاني: صعوبة إثبات الخطأ الطبي

لقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار عبء إثبات خطأ الطبيب الناجم عن عدم التبصير يقع على عاتق المريض باعتبار أن هذا الالتزام جزء من الالتزامات العامة التي يفرضها العمل الطبي، وما يقدمه الطبيب من العناية المطلوبة والمطابقة للمعطيات العلمية فهو التزام ببذل عناية، ومن ثم فإن إثبات عدم تبصيره للمريض يقع على عاتق هذا الأخير، وذلك بإقامة الدليل على أن الطبيب قد أخل بالتزامه بالتبصير والمتمثل في تزويده بالمعلومات الصحيحة والكافية عن طبيعة التدخل الطبي المزمع القيام به أو العلاجات التي يصفها له، أو الأخطار التي يتعرض لها¹.

من الطبيعي أن الالتزام بالتبصير يلزم الطبيب طيلة علاقته الطبية بالمريض وعبر مختلف مراحلها من تشخيص وعلاج وجراحة، بل ويمتد إلى المراحل اللاحقة على العلاج².

بما أن العلاقة بين الطبيب و المريض قائمة على الثقة المتبادلة، فإن هذه الثقة تحول دون استعداد المريض المسبق بحصوله على دليل يمكنه الاستعانة به عند الحاجة كما يضاعف من صعوبة الإثبات بالنسبة للمريض ما يواجهه به عادة من صمت من قبل الطبيب المخطئ ومساعدته، إلتزاما بالسّر المهني أحيانا وإظهارا للتضامن بين زملاء المهنة الواحدة غالبا³.

¹. عدنان ابراهيم السرحان ، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، ، ص 197، و توفيق خير الله، مسؤولية الطبيب الجراح عن خطئه المهني، ص 492.

²مجدي حسن خليل، مدى فعالية رضا المريض في العقد الطبي، المرجع السابق، ص 52.

³. محمد حسن قاسم، المرجع السابق ، ص67.

و ما يزيد الأمر صعوبة لدرجة الاستحالة، هو إلزام المريض الذي يدعي عدم قيام الطبيب بتبصيره بالعمل الطبي و نتائجه و مخاطره، و يكون مكلفا بإثبات واقعة سلبية لا مظهر خارجي يمكن أن يفصح عنها، ليكون عاجزا على الإثبات، مما يعني خسارة دعواه لعدم مقدرته على تقديم دليل يبرهن به الخطأ الذي يدعيه في مواجهة الطبيب. و في كل الأحوال فإن للقاضي أن يفصل في الأمر متمتعا بسلطته و تقدير أدلة الإثبات التي يستعين بها المريض الذي يكون له الحق في اللجوء إلى كافة طرق الإثبات لإثبات ما يدعيه¹.

و قد كان للقضاء الفرنسي الفضل في إرساء قواعد وأحكام جديدة و متميزة فيما يتعلق بالإعلام، فقد أوضحت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير الصادر بتاريخ 14 أكتوبر 1997 أن إثبات التزام الطبيب بتبصير المريض إنما يتم بكافة الوسائل²، وعلى ذلك فإثبات هذا التبصير لا يتقيد بشكل معين، و إن كان بعض الفقه يرى بأن يكون ذلك كتابيا³، كما هو الشأن بالنسبة للعمليات الجراحية الخطيرة أو عمليات زرع الأعضاء أو عمليات التجميل.

وتكريسا لهذا التوجه وفي نفس السياق، أصدرت محكمة النقض حكما آخر لها في 27 ماي 1998⁴ قرارا أعادت بموجبه التذكير بتوجهها السابق في 14 أكتوبر 1997 حيث قضت بأنه: يمكن للطبيب إثبات قيامه بالتزامه بالتبصير بكافة الطرق وبصفة خاصة من خلال شهادة الشهود والقرائن القانونية.

¹. مصطفى عبد الحميد عدوى، مرجع سابق، ص 43.

². Cass. 1^{er} civ : 14/10/1997, J.C.P.G, n° 45, 06 novembre 1997, p 492. سبق الإشارة إليه.

³. Jean Penneau : Les fautes médicales, op. cit, p 10, 11. Alain Bensoussan : L'information des patients : pourquoi, qui, comment ? <http://www.doctissimo.fr>. mise à jour le : 14/04/2023 a 11.39

⁴. Cass. 1^{er} civ : 27/05/1998, Recueil Dalloz Sirey, n° 02, 14 janvier 1999, France, p 21- 24.

في نهاية الأمرين التزام الطبيب بإعلام المريض ما هو إلا احتراماً لإنسانيته وحفظاً لكرامته وصيانته لحرمة جسده، وهذه الرسالة التي يحاول القضاء الحديث إرساءها في الوسط الطبي، حيث لا ينسى الأطباء أنهم في النهاية يتعاملون مع البشر¹.
من خلال ما تقدم نخلص إلى أن كلا من الفقه و القضاء على حد سواء لم يستقرا بشأن الطرف الذي يقع عليه عبء إثبات التبصير، فنجدهما مرة يلقيان به على المريض و لهما تبريرات لذلك، ومرة أخرى يلقيان بعبء الإثبات على الطبيب و لهما مبررات لذلك أيضا.

¹.Desgraviers. A, Bressonc. C, Rodat. O : Le renversement de la charge de la preuve en matière d'information médicale, <http://www.soo.com.Fr>. mise à jour le : 11/12/2018.

الفرع الثاني: التحول من المعيار الشخصي للخطأ إلى المعيار

الموضوعي

الخطأ فكرة شخصية محضة، غير أنّ هذه الفكرة لم تسلم من التغيّر والتأثر أحيانا كثيرة بأفكار نظرية تحمل التبعية والنظريات الموضوعية عموما، ومن بين أهم مظاهر هذا التأثير هو استبعاد القضاء للمعيار الشخصي في تقديره للخطأ، بحيث أصبح ينظر للخطأ على أساس الاعتبار النفسي الذاتي أو الأخلاقي مثلما يدعو إليها المذهب الشخصي¹. أوضحت الدراسة أنّ الفقه والقضاء الفرنسيين في ضوء المعطيات الإقتصادية والصناعية الحديثة وما يرتبط بها من ضرورات إجتماعية، قد أدى إلى التحول التدريجي عن المسؤولية الشخصية القائمة على وجوب إثبات خطأ المسؤول إلى افتراض هذا الخطأ افتراضاً يقبل إثبات العكس، ثم إلى هجر نظرية المسؤولية الشخصية وتبني المسؤولية الموضوعية في معظم الحالات التي أقام فيها المشرع أو القضاء المسؤولية على أساس من افتراض الخطأ في بادئ الأمر².

وتطبيقا للمعيار الشخصي يكون الشخص اليقظ الحريص مخطئا ومن ثم مسؤولا على أقل انحراف أو هفوة في سلوكه، أمّا إذا كان دون مستوى الشخص العادي في حرصه ويقظته، بأن كان معتادا للإهمال بطبعه، فإنّه لا يسأل إلاّ إذا بلغ الانحراف في سلوكه حدا كبيرا، ولكنه لا يسأل عن خطئه اليسير، أما إذا كان في المستوى العادي المألوف، فالتعدي بالنسبة إليه لا يكون انحرافا عن السلوك المألوف³.

².J.CALAIS- ALLOY, ne peut-on pas passer de la faute responsabilités civile. Petites affiches, 13 des.1991.

³.عبد الحكم فودة: الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دراسة تحليلية عملية في ضوء الفقه و قضاء النقض، دار الألفي، د س ط، ص 38.

والشخص العادي النموذجي كما يتصوره هذا الفقه هو شخص ذو مواصفات تفوق بكثير مواصفات الشخص العادي حيث أنّ أغلب الناس لا يتوافر لديهم ذلك القدر من اليقظة، والتعقل أو التبصر، ومن شأن المعيار المجرد في صيغته المشددة هذه أن يؤدي إلى التوسع في فكرة الخطأ من خلال التوسع في الواجبات القانونية التي يكون على الشخص الالتزام بها في محيطه، إذ يكون عليه في ضوء هذا المعيار المشدد أن يكون سلوكا متطابقا مع سلوك شخص يقظ متبصر ومتعقل، وإذا انحرف عن هذا السلوك اعتبر مخطئا، ولايكفيه أن يكون سلوكه مطابقا لسلوك الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس¹.

كما تعتبر حرفة الشخص ومهنيته ظرفا خارجيا ينبغي أن يأخذ بعين الاعتبار عند تقدير مسلكه، فإذا كان الشخص الذي ينسب إليه الضرر محترفا أو مهنيا فلا يقاس سلوكه بسلوك الشخص العادي غير المحترف، ذلك أن المهني والمحترف يمتلك من الخبرة والكفاءة والدراية مالا يمتلكه الشخص العادي، وهذا يدعونا للقول أن تقدير سلوك الشخص المحترف لا يكون بالرجوع إلى نموذج مجرد تماما، وإنما إلى نموذج من نفس الطبيعة ومن نفس النوع ومن نفس التخصص متواجد في نفس الظروف التي أحاطت بالفاعل².

ورد نص المادة الأولى من قانون الإثبات الحالي والصادر بالقانون رقم 25 لسنة 1968 بأنه: " على الدائن إثبات الالتزام، وعلى المدين إثبات التخلص منه ". ويتضح من هذا النص أنه لا مجال للخلاف الفقهي الذي ثار في فرنسا حول تحديد نطاق المادة 1 / 1315 من القانون المدني الفرنسي.

¹. محمد حسين علي الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، القاهرة 1990، دار النهضة العربية 1990 ص 116.

². عمر بن الزبير، المرجع السابق، ص 162.

وما إذا كان يقتصر على تنفيذ الالتزام أو يمتد إلى الإثبات المتعلق بالتعويض عن عدم تنفيذ الالتزامات، بحيث أن نص المادة الأولى من قانون الإثبات المصري¹ قد ورد بما يفيد بشكل قطعي بأنها تشمل الإثبات في جميع الحالات، أي حالتي المطالبة بتنفيذ الالتزام والمطالبة بالتعويض عن عدم تنفيذه، لذلك فإنّ الإنتقادات التي أدت إلى تحول الفقه الفرنسي عن افتراض الخطأ العقدي كمبدأ عام تجد محلا لها في مواجهة نص المادة الأولى من قانون الإثبات المصري.

وقد اتضح من خلال هذه الدراسة أنه وبالرغم من أنّ الإستناد إلى النصوص التشريعية التي وردت في التقنين المدني الفرنسي قد دفعت الفقه والقضاء في بادئ الأمر إلى اعتبار الخطأ المفترض أساسا لهذه المسؤولية، إلا أنّ التطور الاقتصادي في ظل التقدم الصناعي قد أظهر الحاجة إلى التشديد في هذه المسؤولية، مما دفع الفقه والقضاء إلى اعتبار افتراض الخطأ غير قابل لإثبات العكس².

توسع القضاء مدعوما بآراء الفقه في مجال المسؤولية العقدية وفي بادئ الأمر في إنشاء الالتزامات التعاقدية بضمان السلامة في الحالات التي يكون محل العقد فيها متعلقا باستخدام آلات أو معدات حديثة، أو عندما يسلمّ الدائن أمره للمدين لينفذ التزاماته التعاقدية في ضوء الخبرة والمعرفة التي لا يرقى إليها علم الدائن³.

على أنه وبالنظر إلى رسوخ نظرية المسؤولية الشخصية وعدم إمكان استبدالها حتى الآن بنظريات المسؤولية الموضوعية، فقد تسلسل أنصار المسؤولية الموضوعية إلى نقطة ضعف المسؤولية الشخصية والتي تتمثل في حالت الخطأ المفترض في المسؤولية العقدية

¹. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة ط03، سنة 1978، ص 259.

². حسن عبد الباسط جميعي - الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - 2007 - ص 212.

³. Catherine Thibierge ; Libre propos sur l'évolution du droit de la respons CIV 1999,p 561 .

والمسؤولية التقصيرية لانتقاد هذه النظرية الأخيرة من ناحية وإزاحتها واستبدالها بالمسؤولية الموضوعية في هذه الحالات الخاصة من ناحية أخرى¹.

ولهذا وبالرغم مما توحى به هذه التدخلات من أن المشرع يتوجه إلى إحلال المسؤولية الموضوعية محل المسؤولية الشخصية، فإن الحقيقة الباقية هي أن هذه التدخلات ليست إلا استثناءات على المبدأ الأساسي الذي لا يرغب المشرع في المساس به، وهو قيام المسؤولية المدنية على ركن الخطأ، حتى وإن كان مفترضا².

بعد تعديل المشرع الجزائري للقانون المدني بدا واضحا أن المشرع الجزائري يتجه إلى تبني المسؤولية اللاخطئية في المجال الطبي وذلك من خلال تعديله لنصوص المواد 134 و 136 و 137 وإضافته لمادتين هما المادة 140 مكرر و 140 مكرر 01، والتي تبين النهج الجديد للمشرع الجزائري في اعتماد المسؤولية المدنية وتماشيا مع التطورات القانونية والإقتصادية في إضافة مبدأ آخر يمكن الاستناد إليه وهو المسؤولية اللاخطئية³.

¹. **André TUNC**, L'avenir de la responsabilité civile pour faute, éd s Paris 1988.

². **Livie, ANSELME-MARTIN**, la responsabilité civile délictuelle objective, essai d'une théorie générale de la responsabilité civil délictuelle, thèse, Montpellier, 1991.

³. **برايح يمينة**، المرجع السابق، ص 214.

الفرع الثالث: بروز خصوصية التجريد لأركان المسؤولية

الموضوعية في العمل الطبي

تتميز أركان المسؤولية الموضوعية بصفة التجريد سواء تعلق الأمر بالضرر كأساس للمسؤولية أم العلاقة السببية.

البند الأول: صفة التجريد في الضرر

أولاً : تعريف الضرر باعتباره صفة مجردة

تعددت التعريفات الفقهية للضرر من حيث الصياغة و اتحدث تقريبا في المعنى فهو وفقا للتعريف السائد يتمثل في:"الإخلال بحق من حقوق الشخص أو بمصلحة مشروعة له، يستوي في ذلك أن تكون نتائج هذا الإخلال مادية أو أدبية"، و في تعريف قريب من هذا الأخير هو المساس بحق أو بمصلحة مشروعة لشخص، مساسا بترتب عليه جعل مركزه أسوأ مما كان قبل ذلك، لأنه انتقص من المزايا أو السلطات التي يخولها ذلك الحق أو تلك المصلحة لصاحبها، أو هو الأذى الذي يصيب الشخص جراء المساس بحق من الحقوق او مصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق او تلك المصلحة بسلامة جسمه¹.

بينما يرى جانب آخر من الفقه بأنه يتمثل في "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسده أو عاطفته أو ماله أو حرّيته أو شرفه، أو هو الخسارة المادية والمعنوية التي تلحق بحق الضحية نتيجة التّعدي الذي وقع عليه".

¹. عمارة مخاطرية ، الضرر الطبي الموجب للتعويض وآثاره القانونية، مقال منشور بمجلة القانون الصادرة عن المركز الجامعي غليزان، المجلد السادس العدد 01، سنة 2017، ص393 ص422.

ثانياً: بروز صفة التجريد في الضرر من خلال مميزاته

و تتضح ذاتية هذه الأضرار من خلال مقارنتها بالمقومات العامة للضرر وفقاً للقواعد العامة التي تحكمه، و تتمثل هذه الذاتية فيما يلي:

1- أنها أضرار موضوعية أو غير خطيئة: مما لاشك فيه أن الضرر الناجم عن التبعات الطبية بشتى أنواعها له من الخصائص ما يميزه عن مجرد الأضرار التي تثير المسؤولية التقليدية للقائم بأعمال الرعاية الصحية-أو المسؤول عنه- والتي تستند إلى خطأ في العلاج أو التشخيص أو الإدارة ذلك أن هذه الأخيرة لا تستوعب فكرة الخطأ بل تتجاوزها فهي تتصل أساساً بالمخاطر المحيطة بالعمل الطبي أكثر من ارتباطها بخطأ القائم عليه.

وإذا كان مفهوم المخاطر التكنولوجية قد اقترن منذ بدايات ظهوره بالأخطار الصناعية، خاصة أن تقدم الصناعة و ازدهارها بات رهين التطوير و الابتكار المتجدد الذي لا يقف عند حدود موضوعات الإنتاج الصناعي و إنما يمتد إلى وسائله غير أن هذا التلازم بين الخطرين لا يعني تطابق مفهوم المخاطر الصناعية و مفهوم مخاطر التكنولوجيا، ذلك أن هذه الأخيرة تتميز بأوصاف تجعل منها مجرد طائفة خاصة من الأخطار الصناعية لعل أهمها: سمة حداثة و تجدد هذه الأخطار حيث تستقيها من طبيعة التكنولوجيا ذاتها، باعتبارها ثمرة البحث التطبيقي المتواتر، ذلك أن موضوع الخطر التكنولوجي إما أن يكون آلية صناعية جديدة للعمل و إما منتجات أو خدمات تطرح للتداول، فهي بطبيعتها لا تخرج عن كونها تكديساً لقيم مستحدثة لم يسبق لها مثيل، بينما يتعلق الخطر الصناعي "التقليدي" بوسائل أو منتجات أو خدمات معروفة سبق تداولها أو تجربتها سلفاً أو على الأقل أمكن ذلك .

و ينبني على ذلك أن هذه الأخطار تكون في الغالب الأعم "مجهولة"، بل و غير معروفة الحدود سلفاً فهي لا تعترف بالحدود الجغرافية أو السياسية للدول، إذ تتجاوز آثارها غالباً حدود الدولة التي ينشأ فيها مصدرها، نظراً لظاهرة " الاستهلاك المتضخم"

التي أفرزها التقدم الإقتصادي و التي زاد من حدتها سعة و سرعة الإنتشار بين جمهور المستهلكين مما جعلها أكبر تهديد لأمن المستهلك، خاصة و أنه لا يمكن الاستغناء عن بعضها فمن يستغني عن الدواء يكون قد ضحى بشيء هو حياته.

هذه الصفة تلازم كافة الأضرار المصاحبة للمخاطر التكنولوجية أو المنبثقة عنها و هو ما دعا مجلس الدولة الفرنسي إلى اشتراط " الصفة الغير العادية للضرر" كشرط ضروري لانعقاد مسؤولية المخاطر أو المسؤولية الموسعة للدولة، خاصة أن تعاطف نسبة الأضرار الناجمة عن مخاطر التطورات الصنّاعية و الاكتشافات العلمية قد تزامن مع اتساع دائرة نشاط الدولة إثر انتقالها من مرحلة الدولة المتدخلة الى مرحلة الدولة الحارسة و هو ما يفتح المجال للمرور بالقواعد العامة لمسؤولية المخاطر التي كرسها مجلس الدولة الفرنسي تأصيلا للمسؤولية عن التبعات الطبية التي لا تعدو أن تكون تطبيقا من تطبيقاتها في المجال الطبي.

و إذا كان غياب الخطأ هو قوام المخاطر التي تتحدد في نطاق اللاخطأ، فإن وجود خطأ طبي يمنع اعتبار الضرر من قبيل التداعيات الطبية، إذ يمكن بحث مسؤولية الطبيب أو المنشأة في هذه الحالة وفقا للأحكام التقليدية في المسؤولية الطبية، ذلك أن الخطأ ينهض كأساس أخلاقي كاف لتعويض ما يترتب عنه من أضرار، مما يُغني عن البحث عن أية نُظم تعويضية أخرى، ولذلك بات استبعاد الخطأ في مجال التبعات الطبية أمرا حتميا تقتضيه ضرورات المنطق.

2- أنها أضرار محققة رغم ما يخالطها من الاحتمال: الحقيقة أن تولد الأضرار الطبية خارج نطاق الخطأ عن مخاطر التطور التكنولوجي بالدرجة الأولى، و ما تتسم به هذه الأخيرة من نسبية تتم عن عدم إمكانية الجزم بتحققها مما يقتضي صعوبة حصرها في منتج أو نشاط بعينه، تدعو للتساؤل حول ما إذا كان الاحتمال الذي يخالطها يشكل مانعا من اعتبارها أضرارا محققة و بالتالي يستبعدا من دائرة تعويض الأضرار التي رسمتها القواعد التقليدية للمسؤولية.

هذه الصفة النسبية للمخاطر و المتمثلة في احتمال حصول الضرر، و إن باتت تشكل جوهر العمل الطبي في مجمله، إذ تجد مجالا خصبا لها في النشاط الطبي بصفة مطلقة، فلا يكاد يخلو منها أي من إجراءاتهفي أي مرحلة من المراحل، فما من منتج أو تقنية طبية تستخدم في إطاره إلا و تنذر باحتمال وقوع الضرر ، على نحو يصدق معه القول بأنه ما من عمل طبي مجرد من الخطر، وما من برئ من جاء في نطاق الاحتمال.

و يتصل بما سبق و ينبني عليه ألا تكون تلك الأضرار نتيجة غير محققة لما يهيمن على العمل الطبي عموما من احتمال،ذلك أن من شروط استحقاق التعويض عن أضرار المخاطر الطبيةتحققها فعلا على إثر إجراء طبي بعد أن كانت قبل تنفيذه في دائرة الإحتمال، فلا تعويض عن احتمال تحقق هذه المخاطر ذاتها، بل عن الأضرار الفعلية التي تنجم عنها على أرض الواقع و التي يستدل عليها بما آلت إليه حالة المريض على إثرها، و هو ما يطلق عليه الفقه شرط وقوع أو تحقق الضرر الذي كان محتملا.

و هو ما جعل جانبا من الفقه يؤكد على ضرورة الفصل بين هذه الأضرار وبين الإحتمال الذي يحيط بالعمل الطبي في جميع عناصره، لاختلاف مجال كل منهما، ففي حين تتصل هذه الأخيرة بصعوبة واستحالة الحصول على تشخيص مؤكد أو شفاء نهائي للعلل، تتجاوز الثانية ذلك و تتعداه إلى إحداث أضرار مستحدثة، و هو ما أكده المشرع الفرنسي من خلال تسمية القانون الناظم لها .

3- أنها أضرار متوقعة:تضم هذه الأضرار بين ثناياها خاصيتين متناقضتين، مما يؤكد طبيعتها الخاصة التي تتأى بها عما هو سائد من قواعد في مجال المسؤولية المدنية، فهي في ذات الوقت أضرار معروفة سلفا في الأوساط المتخصصة نظريا ومتوقعة من الناحية الإحصائية، و مع ذلك يستحيل الجزم بتحققها تطبيقيا فيحالة بعينها، و لا يمكن بالتالي توقع حصولها على الصّعيد الشخصي، بالنظر لنذرتها الاستثنائية.

وهو ما يجعل من الصعب تصنيفها ضمن قالب من القوالب التقليدية للضرر الطبي، فلا هي بالأضرار الشائعة و المتوقعة التي تنعقد مسؤولية المتسبب فيها على أساس الخطأ من جهة، و لا هي بالأضرار غير المعلومة سلفا و التي يستحيل توقع حدوثها بالنظر للمعطيات العلمية السائدة في المجال، و بالتالي لا تستثار بخصوصها المسؤولية الطبية.¹

4- أنها أضرار مباشرة: يعد الضرر الطبي مباشرا بهذا المعنى، متى كان نتيجة طبيعية لإخلال الطبيب بالتزامه، و بالمقابل يعد الضرر غير مباشر، و من ثم تنتفي مسؤولية الطبيب لانتفاء السببية، إذا لم يكن الضرر نتيجة طبيعية لهذا الإخلال. غير أن هذا الضرر المباشر في نطاق التبعات الطبية لا ينجم عن الإخلال بالتزام سابق، و إنما ينجم مباشرة عن ممارسة النشاط الطبي ذاته، على نحو يجعل من غير الملائم القول بصدد تعريف الضرر المباشر في هذا الإطار-أنهما كان نتيجة طبيعية لخطأ المدين، بحيث لا يكون في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول بشرط أن تتوافر بينه و بين الخطأ علاقة سببية، و إنما هو الضرر الذي يكون نتيجة مباشرة لنشاط المسؤول، بحيث لا يمكن للمضروب توقيه ببذل جهد معقول، و هو ما يطلق عليه بالضرر المجرد.

¹أمال بكوش ، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، مصر، 2011ص173.

البند الثاني: صفة التجريد في العلاقة السببية

علاقة السببية هي العلاقة المباشرة التي تربط سبب الضرر بنتيجته، و هي الركن الثالث من أركان المسؤولية مستقلة عن الخطأ، و آية ذلك أنها قد توجد و لا يوجد خطأ كما إذا أحدث شخص ضرراً بفعل صدر منه لا يمكن تكييفه كخطأ، و إنما تتحقق مسؤوليته على أساس التبعة، فالسببية موجودة و الخطأ غير موجود، كما قد يحدث العكس في الفرض الذي يوجد فيه الخطأ و لا توجد علاقة سببية¹. وتظهر هذه الاستقلالية بجلاء في حال غياب الخطأ، و تستتر عندما يكون الخطأ واجب الإثبات، ذلك أن المضرور عندما يكلف بإثبات الخطأ، فإنه عادة ما يلجأ إلى إثبات الخطأ وهو في الغالب إثبات لعلاقة سببية.

أولاً: المقصود بعلاقة السببية المجردة بين السلوك و الضرر

ويقصد بالسببية المجردة، الرابطة القانونية المجردة بين الفعل و نتيجته، أي اتصال السببية بين السلوك و الحدث دون البحث في توافر رابطة سببية نفسية أو معنوية تتمثل في التأكد من وجود الخطأ فإذا ما اكتسب السلوك أو الفعل وصفه القانوني يصبح سبباً وإذا ما اكتسب الحدث وصفه القانوني يصبح نتيجة، و الرابطة بينهما عندما يعترف بها القانون كرابطة منتجة للحدث الذي رتب إهدار المصلحة، تسمى علاقة سببية، هذه الرابطة أو الصلة بين ذلك السبب و تلك النتيجة، ليست بدورها إلا رابطة قانونية². ويقصد بكونها رابطة قانونية اتقاقها و تصوير النظام القانوني و المعايير التي تحكم قواعده القانونية في شكلها و جوهرها، و لما كان جوهر القاعدة القانونية يتكون من حقائق طبيعية.

¹. ثروت عبد الحميد، ص 158.

². أمال بكوش، مرجع سابق، ص 173.

فتصوير رابطة السببية على أنها رابطة "معنوية" يسلم بدوره إلى طائفة من الأخطاء لعل أخطرها حمل " السبب" محمل الخطأ و "النتيجة" محمل الضرر، ذلك أن السببية في الحقيقة ليست رابطة بين الخطأ و الضرر و إنما هي رابطة

بين السلوك بمعناه الواسع و بين الأثر المتولد عنه، فهي علاقة بين سبب و نتيجة وليس بين خطأ و ضرر من حيث أن السبب لا يشكل بالضرورة خطأ كما أن النتيجة ليست بالضرورة ضرراً، فبينما تتمثل النتيجة في الاعتداء على المصلحة القانونية وتهديدها بالخطر، فإنّ الضرر يقتصر على الأذى المترتب عن ذلك الإعتداء¹.

وليس من الغلوّ القول بأن فكرة السببية القانونية لا تنفصل عن قواعد السلوك، في الحدود التي يستلهم فيها المشرع أو القاضي عند وضعها ما يمكن الاستدلال عليه بطريق الاستقراء الإحصائي للمعطيات الاجتماعية، التي يسعى القانون لضبطها، فقواعد القانون في وظيفتها الوقائية- من حيث هي قواعد ناظمة لمظاهر السلوك الاجتماعي- ما هي إلا مظهر خاص للسببية القانونية، فما يفرضه القانون من مبادئ السلوك، و يكفل بطريق الجزاء القسري إلزامه ليس مقصوداً لذاته و إنما يرمى إلى توقي الأضرار بالغير، لذا فإنه من الاستغراق في الشكلية القول بأن الإنسان ملزم بسلوك ما متى أقامت قواعد القانون من السلوك المخالف لحكمها شرطاً لجزاء قسري².

وعلى هذا فقد اعترف الفقه الذي أقر وجود التزام بضمان السلامة على عاتق الطبيب أن هذا الالتزام ليس مطلقاً بعدم وقوع الحوادث مطلقاً، إذ لا يتعلق هذا الالتزام سوى بالنشاط الذي مارسه المدين به، و إنما يقتضي الأمر وجود رابطة سببية بين وقوع الحادث و مباشرة النشاط أما إذا كان الحادث قد طرأ ليس بفعل المدين أو بسبب نشاطه وإنما بخطأ المضرور أو فعل الغير فإن الطبيب يعفى من المسؤولية لعدم توافر رابطة سببية بين نشاطه و بين الضرر الذي لحق الضحية.

¹.أمال بكوش ، مرجع سابق، ص 196.

².ثروت عبد الحميد، مرجع سابق، ص154.

ثانياً: علاقة السببية المجردة في المسؤولية عن التبعات الطبية الضارة

1_ علاقة السببية في الأعمال الطبية: لكي يتمكن المضرور من إثارة المسؤولية المدنية للطبيب فعليه إثبات أن ما وقع عليه من ضرر يجد سببه في نشاط المسؤول عن العلاج، فطبقاً لمحكمة النقض الفرنسية لا يمكن أن تثار مسؤولية ما لم يكن الفعل المولدهو بصفة مؤكدة مصدراً مباشراً للضرر¹.

فالرابطة السببية هي التي توضح انبثاق النتيجة عن السبب، فعندما لا يكون هذا الرابط على الوجه الذي يسمح بإسناد الضرر إلى الفعل الضار، فلا مجال لجبر الضرر المدعى به في الأصل، على نحو ما قرره (n'est pas certain)مؤكداًمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 11 أكتوبر 1988 بمناسبة فصلها في دعوى رفعها أحد المرضى في مواجهة الطبيب المعالج على إثر لجوئه لهذا الأخير (surdité) جراء إصابته بالصمم، و حيث تعذر التّحقق مما إذا كانبغرض علاجه من مرض التهاب السحايا².

يستخلص خطأ الممارس، دون أن يكون من الضروري أن يثبت أن الضرر ناجم مباشرة و بصفة مؤكدة عن الخطأ، و إنما بمقتضى قرائن أو افتراضات قوية دقيقةومتوافقةأو المفترض (faute incluse) وهو ما اصطلح عليه بالخطأ المضمّر (Précises et concordante)،(virtuelle)أو(éventuelle) أو الاحتمالي.

إذا فإن خصوصية الضّرر و صعوبات الإثبات في الحقل الطبي شكلت دافعا قويا للإجتهد القضائي نحو ابتكار قواعد جديدة قائمة على افتراض الخطأ في الأحوال التي يتطلب فيها القانون وجود خطأ، و بالتالي افتراض قيام رابطة سببية بين الخطأ الإحتمالي وبين الضرر الثابت، أو الإكتفاء بافتراض رابطة السببية بين الفعل الضار و بين الضرر

¹.أمال بكوش، مرجع سابق، ص138.

². كان الضرر الواقع على المريض ضرراً مستقلاً عن فعل الطبيب و عن الحالة الصحية السابقة، أم أنه يشكل ضرراً تبعياً بحسب ادعاء المضرور الذي تمسك باحتمال كون هذا الضرر ناجماً عن تقادم المرض الأصلي نتيجة عدم تحقق الشفاء، فقد قررت المحكمة أن عدم الاحاطة بحقيقة الصفة الأصلية أو التبعية لعلّة الصمم لا تسمح و بالتأكيد على وجود رابطة سببية بين فعل الطبيب الضار و بين الضرر الذي لحق بالضحية.

طالما أن هذا الأخير قد نجم أثناء التدخل الطبي أو بالتزامن معه، في الأحوال التي لا يتطلب فيها القانون الخطأ سواء كان ثابتاً أو مفترضا لقيام المسؤولية.

و في إطار سعي القضاء إلى تخفيف عبئ الإثبات على المضرورين، ظهرت نظرية الخطأ باعتبار أن بعض النتائج ذات خصوصية وهي نتائج فعل ما، و في ذلك قررت محكمة التمييز الفرنسية في قرارها الصادر في 28 نوفمبر 1960¹.

2_ إفتراض علاقة السببية عن عيوب المنتجات الطبية: تعتبر علاقة السببية ركنا مستقلا من أركان المسؤولية الموضوعية التي أرساها المشرع الفرنسي بمقتضى القانون المتعلق بمسؤولية المنتج عن عيوب المنتجات المعيبة الصادر في 19 مايو 1998 فبالإضافة إلى حدوث الضرر ووجود العيب، فيتعين على المضرور إثبات أن الضرر نجم عن ذلك العيب.

وبالرغم من أن مسؤولية المنتج تجد أساسها في نظرية تحمل التبعة التي تقتضي بحسب الأصل عدم إمكان دفع المسؤولية إلا عن طريق إثبات القوة القاهرة، حيث أنها لا تتعلق بأخطائه و إنما ترتبط بنشاطه و تحمل الغرم مقابل الغنم، إلا أن المشرع الأوروبي ومثله الفرنسي لم يتبنيا هذه النظرية على إطلاقها، و إنما اعتمادا صورة مقيدة منها ترتبط فيها المسؤولية بإثبات عيب في المبيع و من ثم تسببه في إحداث الضرر، و في ضوء الطبيعة الخاصة للمسؤولية الموضوعية للمنتج عن عيوب منتجاته و بالنظر إلى

¹. فصلا في دعوى إحدى المريضات ضد الطبيب المعالج، بدعوى تسببه لها في إكزيما الإشعاع بعد الطلاع على تقرير الخبراء الذين استبعدوا جميع أسباب الحادث التي يمكن أن تتجم عن خطأ ممارس العمل الطبي، أو عن موقف معيب للمريض، و بعد اختبارهم لإمكانية تسرب للأشعة من الجهاز الموجه الموضوعي للأشعة و التي بدت مستبعدة في الأوضاع العادية انتهوا إلى أن الفرضية الأكثر احتمالا بالنظر لواقع الحال أثناء حصة العلاج بالأشعة هي ارتداء البرغي المثبت لاحدى دعائم الجهاز "مصراعه"، مما أنتج انزلاق المصراع الذي سمح باختراق الأشعة للحاجز الرصاصي ووصولها للمريض، مما دعاهم للقول بأن النتائج التي أملت بالمريض ترجع إلى خلل في الجهاز، قررت المحكمة أن العيب في الجهاز يعزى إلى ارتداء البرغي المثبت للمصراع، و أن هذا قد قام بالتاكيد من ضبطه و أن الحادث لم يكن ليطرأ لو أن القائم بالعمل الطبي الوضع لا يخرج في جميع الأحوال عن إحدى هذه الفرضيات، فإما أنه لم ينتبه إلى وجود شيء غيرطبيعي في الجهاز، أو أنه أنه لم يحكم سيطرته على المصراع و لم يحسن تثبيته أثناء تركيبه للأشعة، و أنّ أيًا من هذه الفرضيات يشكل خطأ في حق الطبيب بوجب مساءلته.

استقلالية السببية عن أركان المسؤولية الأخرى، فإنّ المنتج يستطيع دفع مسؤوليته بنفي علاقة السببية أو بإثبات السبب الأجنبي المؤدّي لحدوث الضرر¹.

و خلاصة القول أن اللجوء التشريعي إلى اعتبار التدخل المادي في ظل أغراض النص القانوني مقيما لعلاقة السببية، ليس إلا قرينة قانونية بسيطة يمكن إثبات عكسها بكافة الطرق، و هو ما يعني بالضرورة أنّ افتراض علاقة السببية على هذا النحو ليس إهدارا كاملا للسبيل الطبيعي في إثباتها، بل أنّ دور هذه القرينة ينحصر في نقل عبء الإثبات تخفيفا على المضرور-لاعتبارات العدالة-بحيث يكلف المنتج انقطاع علاقة السببية إذا ما رغب في دفع مسؤوليته و ليس بالشيء المتعذر نظرا لما يتمتع به من دراية فنية متخصصة.

¹. و تكريسا لخصوصية المسؤولية الموضوعية فقد وضع كل من المشرع الفرنسي و التوجيه الأوروبي آليات قانونية من شأنها تيسير حصول المضرور عن تعويض مناسب للضرر، و تجنب تعثره في عقبات إثبات مسؤولية المنتج بعناصرها، خاصة و أن الغرض الأساس من إقامة هذه المسؤولية هو تيسير حصول المضرور على تعويض مناسب من خلال استبعاد المسؤولية القائمة على إثبات الخطأ أو إحلالها بمسؤولية موضوعية، يكفي فيها إثبات العيب و الضرر، و إمعانا في ذلك فقد أوجدا من القرائن ما ييسر هذا الإثبات بل و يقلب العبء بشأنه في بعض الحالات و بخصوص بعض العناصر من على عاتق المضرور إلى عاتق المهني.

المطلب الثاني: إنعكاس المخاطر الطبية على مفهوم

المسؤولية الموضوعية

كان للتطور العلمي في المجال الطبي وما صاحبه من تحديث لتقنيات وطرق العلاج، الاثر البارز على مفهوم المسؤولية التقصيرية، فتقليديا تتمثل عناصر المسؤولية التقصيرية في الخطأ والضرر والعلاقة السببية، إلا أن قيام هذه المسؤولية على عنصر الخطأ لم يكن دائما بالأمر المتاح، أو على الأقل يمكن إثباته، نظرا لانعدام الخطأ، وهو الأمر الذي ساعد على بروز الضرر كعنصر جوهري في المسؤولية التقصيرية، من خلال تبني مفهوم جديد هو مفهوم المسؤولية الموضوعية، وبالتالي لم تعد أحكام المسؤولية الشخصية كافية لتغطية التطور القانوني في مجال العلاجات الطبية خاصة وما ينجم عنها من أخطار، مما اضطر التشريعات المقارنة وعلى غرار المشرع الجزائري إلى تبني فكرة المسؤولية الموضوعية.

من أجل الخوض في هذا المطلب تم تقسيمه إلى فرعين، يتناول الأول منهما أسس المسؤولية الموضوعية، بينما يعالج الثاني موضوع الدعائم التشريعية والقضائية التي تقوم عليها المسؤولية الموضوعية وذلك في إطار المخاطر الطبية.

الفرع الأول: أسس المسؤولية الموضوعية

يرتكز نظام المسؤولية المدنية في مجال إثبات الأخطاء المتسببة في الأضرار الجسمانية أو المعنوية على قاعدة معروفة في القانون المدني و هي أنه يجب على الدائن إثبات الالتزام، و على المدين إثبات التخلص منه، و من ثم فكل من تضرر من عمل ما يجب عليه إثبات خطأ الشخص المتسبب في هذا الضرر، عملاً بالمبدأ المعمول به في القانون المدني "البينة على من ادعى"¹.

إلا أن أعمال هاته القاعدة في المجال الطبي خاصة مع تطور العلوم الطبية ووسائلها المعقدة في العلاج و التشخيص مما يزيد في مخاطرها، و هو ما قد يتسبب بعجز المريض المتضرر من النشاط الطبي في الوصول إلى إثبات خطأ الطبيب، أو عدم وجود خطأ من جانبه في حالة ما إذا قام الطبيب بواجباته المهنية، ضف إلى ذلك فإن أعضاء المهنة الطبية، هم الذين يحتكرون مسألة تعيين ما يعد، و ما لا يعد من قبيل الخطأ، أو من قبيل الإخلال بالالتزامات الطبية. فهم وحدهم الذين يحددون معايير السلوك الطبي وفقاً لرؤيتهم، و إن لم يكن ذلك وفقاً لمصالحهم و ذلك إما التزاماً بالمحافظة على السر المهني، أو إظهار لروح التضامن بين زملاء المهنة الواحد قبل أكثر من ذلك فإنهم يهيمنون على تقدير الوقائع من خلال تقديم الخبرة للقاضي، فيما يتعلق بالعمل الطبي محل المساءلة، وعلاقته السببية مع الضرر الحاصل وقد ضاعف الطب الحديث هذه الصعوبة، بما ولّده من مخاطر متزايدة للمرضى².

إدراكاً لكل هذا، و قصد تسهيل و تذليل الصعوبات في إثبات خطأ الطبيب كان لابد على الفقه و القضاء البحث عن حيلة جديدة أكثر مرونة تسهّل عبء الإثبات وكانت أولها تبني فكرة الخطأ المفترض، و التي تقوم على أساس افتراض خطأ غير موجود في

¹. يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص33.

². المرجع نفسه، ص34.

الحقيقة، أو افتراض علاقة سببية، و بالتالي افتراض أنّ الضرر لم يكن ليقع لولا وقوع خطأ من الطبيب، حتى و لو لم يثبت على نحو قاطع إهمال من الطبيب في بذل العناية الواجبة أو تقصير في التزامه بالحیطة، فإنّه يستنتج هذا الخطأ بمجرد وقوع الضرر، وهو ما أيده الفقه و القضاء الفرنسي، و القضاء و القانون الجزائري و المقارن.¹

إنسبب قصور قواعد المسؤولية المدنية بمفهومها الأخلاقي عن مواكبة التغييرات التي فرضتها المعطيات الاجتماعية من مقتضيات، انطلاقاً من المقتضى الغائي للمسؤولية المدنية المتمثل في تعويض المضرورين²، و من ثم تقرير مسؤولية مباشرة و موضوعية على عاتق الأطباء، إما بوصفهم حارساً للأشياء التي استخدموها في العلاج، أو بوصفهم صاحب السلطة على الغير من المساعدين الطبيين، فقد ظهرت في الوجود نظريتان فقهيّتان تناديان بتبني مسؤولية موضوعية قائمة على أساس الضرر والعمل أو النشاط الطبي حتى في غياب أيّ خطأ من جانب الطبيب أو كان العمل أو النشاط مصدر الضرر في ذاته سليماً و صحيحاً³، و تقوم هذه المسؤولية حسب الفقه ووفق كل نظرية كما يلي:

¹. يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص 35.

². أمال بكوش، مرجع سابق، ص 201.

³. يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص 35.

البند الأول: نظرية تحمل التبعة

و الذي كان أول من نادى بها الفقيه " Labbé " ، " Josserand " ، " Saleilles " ، وتبناها و دافعا عنها الفقيهين الفرنسيين " Marton " و " Savatier " اللذان أكدّا الطّبيعة الموضوعية للمسؤولية مشكلين بذلك ثورة حقيقية على فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، و جلبت و جمعت معها لفيها من أشهر شراح القانون كالفقيه " Demoque " ¹.

تقوم نظرية تحمل التبعة على فكرة غاية في البساطة وهي إلتزام الشخص بتحمل تبعه النشاط الذي يحقّق مصلحته أو يجني فائدته، ولكن بعيدا عن فكرة الخطأ، فلا يُطلب من المضرور أن يثبت انحرافا في سلوك الشخص المسؤول، بل فقط عليه أن يثبت قيام السببية المادية المباشرة بين الفعل الذي آتاه المسؤول ولو كان غير خاطئ والضرر الذي أصابه ²، ونظرية تحمل التبعة بهذا المعنى لم يقتصر تطبيقها على حوادث العمل والذي كان المجال الأول لتطبيقها كما قال بها ساليه وجوسران، وإنما نادى رواد هذه النظرية من بعدهم بجعلها نظرية عامة تسري على جميع الأفعال والأنشطة التي تصدر عن الأفراد دون أي تفرقة أو تمييز بين الفعل الخاطئ وغير الخاطئ ³.

ك

انت تلك هي القناعة التي تُكون تحول أساس المسؤولية المدنية، ومن هنا تم الإنطلاق في الدعوة إلى الأخذ بنظرية تحمل التبعة كآلية قانونية بديلة لفكرة الخطأ التي دعا إلى هجرها كونه المتعد تستجيب لمقتضيات الواقع الإجتماعي والصناعي الذي فرضه التطور والنهضة الصناعية التي عرفتها أوروبا آنذاك، فكل إنسان يستطيع العمل

¹. ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية، دار الجامعة الجديدة للطبع، مصر، سنة 2007، ص154.

². Palmer(Verno) : Trois principes de la responsabilité sans faute, Rev Int. Dnt. Comp, 1987, p 825.

³. Better Mieux, Op. Cit, n 50, p. 92.

في حرية، وأن يستعمل حريته كيفما شاء، غير أنّ هذه الحرية في النشاط والعمل تتضمن مخاطر يجب عليه تحملها¹.

إذا لم يكن من المتصور قيام المسؤولية المدنية دون ضرر أو علاقة سببية، فإنه على العكس من ذلك يمكن تصور قيامها من دون خطأ، تلك هي الفكرة المحورية التي تقوم عليها نظرية تحمل التبعة، فوفقاً لهذه النظرية لا يشترط لقيام المسؤولية المدنية للشخص أن يأتي فعلاً خاطئاً، بأن ينحرف في مسلكه عن مسلك الرجل العادي أو المؤلف على النحو الذي يقول به أنصار الخطأ، بل يكفي أن يكون ذلك الفعل هو مصدر الضرر الذي أصاب المضرور، وحينها لا يهم أن يكون ذلك الفعل خاطئاً أم غير خاطئ، إذ وفي كل الأحوال يلتزم من أتاه بتعويض مانجم عنه من ضرر، ويتأكد هذا الالتزام بالتعويض خاصة في الأحوال التي يجني فيها المتسبب في الضرر من وراء فعله الضار نفعاً أو ربحاً، أو يكون بفعله قد استحدثت مخاطر إضافية في المجتمع لم تكن موجودة².

البند الثاني: نظرية المخاطر

إن للشخص حقوقاً مقررة، من بينها الحق في الإحتفاظ بحياته، و بسلامة جسمه والإستمتاع بجميع أمواله المادية و الأدبية، و يطلق على هذه الحقوق تسمية الحق في السلامة، و عندما يستعمل الغير حقه في الحرية، فقد يصطدم بحق الآخرين في السلامة فيمس به، و يقول فيها الفقه: " أنّ الأضرار التي تحدث من الاعتداء على سلامة الجسم أو المصالح المادية للأفراد تكون غير مشروعة و بالتالي يجب ضمانها و تعويضها"³.

¹. تقوم هذه الفكرة على العموم على أنه من أنشأ مخاطر ينتفع بها أو منها فعليه تحمل تبعة الأضرار الناجمة عنها و التي تطورت فيما بعد إلى فكرة المخاطر المستحدثة و التي تعني بأن كل من استحدثت سواء بنشاطه الشخصي أو باستخدامه أشياء معينة خطراً للغير، و جب عليه تحمل النتائج المترتبة على هذه الأخطارأنظر: محمد نصر الدين أساس التعويض (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، القاهرة، ص444.

². عمرو، المرجع السابق، ص 223.

³. علي فيلالي، الالتزامات " الفعل المستحق للتعويض" الطبعة الثالثة، دار موفم للطبع ، الجزائر، 2012، ص172.

البند الثالث: نظرية الضمان

تعتبر نظرية الضمان للفقير Starck¹ من النظريات الجادة التي طرحها الفقه الفرنسي الحديث في صدد محاولته إيجاد أساس بديل للمسؤولية المدنية غير فكرة الخطأ التي قدّر أنّها أفلست تماما وأصبحت متجاوزة، ولقد نادى Starck بإقامة المسؤولية على أساس الضمان وذلك تأسيسا على أنّه مادام وظيفة المسؤولية هي التعويض، فإنه يجب مراعاة الضرور وما أصابه من ضرر غير محتمل لا ذنب له فيه، بعيدا عن أيّ تقدير لمسلك الفاعل أو المتسبب في الضرر، وما إذا كان يتّسم بالخطأ²، ويستهل Starck نظريته بهجوم عنيف على النظرية التقليدية للخطأ، حيث يعتبر أنّ قصر المسؤولية المدنية على الفعل الخاطئ فيه إجحاف وإضاعة لحقوق الكثير من المضرورين والضحايا، في حين يقتضي التضامن والتكافل الإجتماعيين أن يضمن المجتمع لأفراده السلامة في حياتهم وسلامتهم الجسدية، وكذا السلامة في أموالهم على السواء، وأيّ مساس بهذه القيم يستوجب التعويض حتى في الحالات التي لا ينسب فيها المتسبب في الضرر أيّ انحراف في السلوك أو الخطأ³.

¹.Starck (Boris): Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée en sa double fonction de garantie et de peine prive, thèse paris, 1947.

².أمال بكوش ، مرجع سابق، ص173.

³.B.Starck, Op. cit, p. 38.

البند الرابع: نظرية اجتماعية المسؤولية

على خطى الفقيه Starck، ذهب مجموعة من الفقه الفرنسي بزعامة الأستاذ savatier إلى محاولة طرح أساس جديد للمسؤولية المدنية، يجمع من خلاله بين فكري الخطأ والمخاطر، فقال Savatier بتأسيس المسؤولية المدنية أساسا على الخطأ، وعلى مجرد الضرر في الحالات التي لا يتمكن فيها المضرور من إثبات الخطأ¹، أو الحالات التي ينعدم فيها المسؤول، وبذلك فقد سعى الفقيه إلى تكريس المسؤولية الموضوعية ليس على أساس المسؤولية كما فعل أنصار تحمل التبعة أو الضمان، وإنما من خلال الالتزام بالتعويض.

في سياق شرحه لهذا الأساس يقول Savatier أنه وفقا لقواعد المسؤولية المدنية في القانون المدني الفرنسي لعام 1804، فإنّ السبيل الوحيد المتاح أمام المضرور للحصول على تعويض عن ما لحقه من ضرر، هو أن يحاول إقامة مسؤولية المتسبب في الضرر سواء على أساس الخطأ واجب الإثبات أو الخطأ المفترض²، وأن المضرور في سعيه للحصول على التعويض لا يجد أمامه إلا الفرد المسؤول الذي تحدده قواعد المسؤولية المدنية، فإذا لم يجد المضرور مسؤولاً، كأن بقي هذا الأخير مجهولاً، أو لكون المضرور فشل في إثبات خطئه إذا كان مما يتوجب إثباته، أو أنه أفلح في إقامة مسؤوليته لكن المسؤول كان معسرا غير قادر على الوفاء بالتعويض، فأيا كان الأمر، فإنه في كل هذه الأحوال وفي ظل تلك المسؤولية الفردية لا يتدخل المجتمع لتعويض المضرور، إذ يبقى عبء التعويض محصورا في العلاقة بين المسؤول والمضرور³، هذا الأخير الذي يتحمل الضرر وحده في نهاية المطاف.

¹. محمد بعجي، المسؤولية المدنية المترتبة على حوادث السيارات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، 2007-2008، ص 85.

². ثروت عبد الحميد، مرجع سابق، ص 154.

³. R. Savetier, les métamorphoses économique et social. Op. cit, n 275, p 333.

الفرع الثاني: الدعائم التشريعية والقضائية للمسؤولية

الموضوعية في إطار المخاطر الطبية

من أجل تبني فكرة المسؤولية الموضوعية في مجال مخاطر العلاج الطبي، كان لابد من دعائم تستند عليها هذه الفكرة، فتبرير التطور القانوني في مجال المسؤولية التصيرية، هذه الدعائم منها ما هو قانوني (البند الأول)، ومنها ما هو قضائي (البند الثاني).

البند الأول: المسؤولية الموضوعية في التشريع

أولاً: المسؤولية الموضوعية في التشريع الفرنسي

نتيجة حثّ و ضغط الفقه للقضاء و التشريع للأخذ و تبني نظرية المسؤولية الموضوعية القائمة على أساس الضرر، فلم يجد القضاء نفسه إلاّ يُسلم و يأخذ بهذه النظرية في العديد من القضايا خاصة تلك المطروحة أمام القضاء الإداري الفرنسي، كما أنّ المشرع الفرنسي لم يتوانى في تكريس هذه المسؤولية في قوانينه الداخلية.

و لعل أهم التطبيقات القضائية التي أخذت بهذه المسؤولية و كان لها الأثر في التحول الجذري في نظام المسؤولية في المجال الطبي نذكر:

1- قضية "Gomez" بتاريخ 1990/12/21: و التي نجدها كرّست

شمولية نظام المسؤولية لصالحالمنتفعين بالمرافق الطبية العامّة جرّاء ما يصيبهم من أضرار جسيمة ناشئة عن استخدامات تقنيات علاجية جديدة، و مرد هذا هو أن المرفق الطبي الموجود ب " ليون" قد تم فيه علاج فتى في الخامسة عشر كان مصاباً بتشوّه في العمود الفقري بطريقة علاج جديدة، وعلى إثر هذا العلاج الجديد أصيب الفتى بأضرار استثنائية غير عادية، تمثلت في إصابته بشلل دائم لأطرافه السفلى، و هو ما أدّى إلى

إصدار حكم يتضمن تسببه أنه:¹ " عندما يسبب علاج جديد ذو آثار غير معلومة بصفة كاملة مخاطر خاصة للمرضى الذين يخضعون له في الأحوال التي لا يشكل فيها اللجوء إليه ضرورة حيوية، فإنّ المضاعفات الإستثنائية و الجسيمة الناتجة مباشرة عن هذا العلاج تؤدي إلى انعقاد مسؤولية المرفق العام الطبي حتى في غياب الخطأ".

2- قضية Bianchi بتاريخ 1993/05/09 : و الذي اعتبر فيها أنه إذا

كان العمل الطبي " ضروريا لتشخيص و علاج المرض و يتضمن مخاطر يكون معلوما أمر وجودها، و أنّ كان تحققها يظل استثنائيا، ولا يوجد من الأسباب ما يحمل على الاعتقاد بأن المريض سيتعرض لها بشكل خاص، فان مسؤولية المرفق الطبي تتعدّد إذا كان تنفيذ هذا العمل هو السبب المباشر للأضرار". وهو ما وقع للمريض، " حيث حدثت له أضرار استثنائية ناتجة عن أعمال طبية ضرورية، نتيجة إجراء عملية Bianchi" وذلك بسبب أن تصوير شعاعي ضروري للعمود الفقري في المرفق الطبي في مدينة المريض كان يعاني من انخفاض مستمر في الضغط و شلل في الوجه، و بعد القيام بهذا التصوير وبعد إفاقة المريض من المخدر المعطى له وجد نفسه مصابا بشلل تام، و لكن وبعد القيام بالتحقيق اللازم و الخبرة لأجل معرفة السبب في ذلك لم يثبت أي خطأ من طرف المرفق الطبي.

و قد أكدت تقارير الخبراء أنّ العدوى التي أصابت المضرور قد حدثت أثناء فترة تلقي العلاج في إحدى هاتين المؤسستين، و ذهبت المحكمة الى استحالة تحديد ما إذا كانت إحدى أو عدة نقلات دم ملوثة هي سبب العدوى دون الأخرى، لا يمكن أن يؤدي إلى دحض قيام رابطة السببية بين نقل الدّم و إصابة المضرور بالايديز، و انتهت المحكمة بأن مخاطر الإصابة بالايديز عن طريق نقل الدّم و مشتقاته هي مخاطر معروفة

¹. يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص 37

وواضحة، و بذلك تكون المرافق الطبية مسؤولة عن هذه المخاطر بصرف النظر عن ارتكابها خطأ من عدمه.

ثانيا: المسؤولية الموضوعية في التشريع الجزائري

أما عن موقف المشرع الجزائري اتجاه المسؤولية الطبية الموضوعية، فإننا نجده قد اعتمدها في الأحكام العامة المنظمة للمسؤولية دون التطرق لها بصفة صريحة و ذلك في المادة 140 و المادة 140 مكرر من القانون المدني، دون التطرق لهذا النوع من المسؤولية في القوانين المتعلقة بالمجال الطبي، على عكس المشرع الفرنسي الذي أقرها في المادة 1-1142 L من قانون الصحة العامة.¹

البند الثاني: شروط المسؤولية الموضوعية

تقوم المسؤولية الموضوعية كنوع مستحدث من أنواع المسؤولية التقصيرية على مجموعة من الشروط يمكن تصنيفها إلا أنّ هناك حاجة ملحة لقيام المسؤولية الموضوعية للضرر الذي تتوافر فيه الشروط الآتية:

1- الضرر الغير عقدي: لأن القاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " فكل مخالفة لشروط العقد أو عدم تنفيذه بشكل كامل أو تنفيذه بشكل معيب تكون سبب لتنشئ المسؤولية العقدية.

2- عندما يتعذر إثبات أركان المسؤولية التقصيرية رغم تحقق الضرر.

3- الضرر المفترض: يفترض في بعض الأشخاص مسؤوليته مع أي أضرار تنشئ وذلك يكون لاعتبار المهنة كالإلتزام بضمان السلامة المفترض في الناقل (للأشخاص - البضائع)، لأنه وبشكل كبير يمكنه دفع الأضرار عن الشخص المضرور(المنقول).

¹ يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص39.

4- الخطأ صعب الإثبات: تقوم المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ الذي يسبب الضرر ويقع على المضرور عبء إثبات الضرر، ولكن قد يكون إثبات الخطأ على درجة كبيرة من الصعوبة، في حين أن الضرر قد حصل بالفعل فيتم الاكتفاء بإثبات الضرر.

5- الضرر شديد الخطورة: وهو الأضرار الناشئة عن النفايات النووية أو الإشعاعات أو غيرها من الأضرار التي تضرّ بمدن كاملة و قد تمتد الأضرار إلى أجيال متلاحقة.

6- الضرر الناشئ عن الصناعات الحديثة أو استخدام التكنولوجيا. مثل هذه الأضرار تكون بالغة الخطورة وتحدث بشكل سريع يصعب فيه إثبات الخطأ.¹

يتضح من خلال هذه الشروط أنّ المسؤولية الموضوعية تعتبر تطورا للمسؤولية التقصيرية، فبدلاً من إثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، يتم الاكتفاء بإثبات الضرر وفاقاً للشروط السابقة وهذه الشروط على سبيل المثال وليس الحصر، ولكن الشرط الأول والثاني يفتحون المجال لتطبيق المسؤولية، فعند تعذر قيام المسؤولية العقدية والتقصيرية رغم تحقق الضرر يكون السبيل لتعويض المضرور هو المسؤولية الموضوعية.

¹ . أمال بكوش ، مرجع سابق، ص212.

المبحث الثاني: التعويض عن الأضرار الطبية

يمثل التعويض نتيجة حتمية لقيام المسؤولية المدنية للطبيب، سواء كانت هذه المسؤولية مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية بنوعها الشخصية و الموضوعية، ونظرا لخصوصية العلاجات الطبية عموما والعقد الطبي خصوصا، فإن مسألة التعويض في هذا الإطار تطرح العديد من الإشكالات القانونية سواء ما تعلق منها بالأسس القانونية التي يستند عليها، والتي قد نجدتها متفرقة بين القانون المدني والتشريعات الخاصة على غرار القانون المنظم للصحة أو أخلاقيات مهنة الطب أم اللوائح التنظيمية الأخرى (المطلب الأول).

من جهة أخرى فإن استحقاق التعويض يستند أولا على قواعد قانونية لها علاقة بحماية المستهلك، عند الأخذ بعين الاعتبار المنتجات الطبية كمواد استهلاكية تخضع للوائح المنظمة لجودة المنتج وكذا لسلامة المستهلك عند النظر للمريض بهذه الصفة ويستند استحقاق التعويض أيضا على فكرة الخطأ المفترض والتوسع في الأخذ به من أجل تنفيذ هذا الاستحقاق (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعويض وإشكالية الأساس القانوني في

المجال الطبي

من المعروف أن المسؤولية المدنية بنوعها التقصيرية القائمة على العمل الغير مشروع، و العقدية القائمة على الإخلال بالتزام عقدي إنما يكون محلها التعويض و الأصل في التعويض عن الضرر حسب نص المادة 124 من ق م ج أن يكون على قدر الضرر الحاصل بقصد إعادة التوازن الذي اختل نتيجة لذلك بإعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل حصول الضرر، و لا يتحقق ذلك إلا بإلزام المسؤول عن حدوث الضرر بخطئه بدفع تعويض للمضرور يكون كافيا لإصلاح الضرر الحاصل¹.

و تتلخص مشكلات الأساس القانوني في التعويض عموما و التعويض في المجال الطبي بصفة خاصة (فرع أول)، و التعويض عن الضرر ما بين العلاج والمنتجات الطبية (فرع ثاني).

¹. أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص113.

الفرع الأول: التعويض في المجال الطبي¹

والتعويض المدني هو وسيلة القضاء لإزالة الضرر أو التخفيف من وطأته، وهو الجزء الذي يترتب على قيام المسؤولية المدنية²، وإذا كان الحق في التعويض ينشأ منذ استكمال أركان المسؤولية المدنية وبصفة خاصة منذ وقوع الضرر إلا أن هذا الحق لا يتحدد إلا بصدور حكم قضائي، وتثير مسألة تقدير التعويض عن الضرر الطبي صعوبات خاصة فيما يتعلق بالوقت الذي يتم فيه هذا التقدير³، إذ أن الضرر الذي يصيب المريض قد يكون متغيراً، وقد لا يتيسر تعيين مداه نهائياً وقت النطق بالحكم ويشمل التعويض ما لحق المريض من خسارة، كنفقات العلاج وما فاتته من كسب، وكذلك الأضرار الأدبية التي لحقت به، إذ أن الضرر الذي يأخذ بالحسبان هو الضرر المباشر⁴.

البند الأول: نطاق التعويض من حيث التقدير والتوقيت

إن التعويض هو السبيل الوحيد لجبر الضرر الحاصل من طرف المدين اتجاه الدائن و هو المضرور، الذي قد يكون مبلغاً من النقود أو أي ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خسارة و ما فاتته من كسب، و يتعين أن لا يتجاوز هذا التعويض مقدار الضرر أي أن يقدر بحسب جسامته الضرر⁵، كما أن وقت تقدير التعويض من

¹ التعويض: بناء على أحكام المادة 124 ق م ج فإن كل من تسبب بخطئه في إحداث ضرر للغير يلزم بتعويضه و تقابلها المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي (و هي المصدر)، حيث جاء باللغة الفرنسية معبراً عنه بكلمة (réparer) و الترجمة الصحيحة لهذه الكلمة تعني (الإصلاح)، و هذه الكلمة تشمل التعويض و إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر و هو التنفيذ العيني، بينما كلمة تعويض تعني إعطاء مقابل للمضرور عن ما أصابه من خسارة، أنظر: علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، ص 195، و 197.

² مصطفى مرعي - المسؤولية المدنية في القانون المصري - الطبعة الثانية - مطبعة الاعتماد-القاهرة- 1994 - ص 304.

³ يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص 39.

⁴ محمد جلال حسن الأتروشي، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم -دراسة مقارنة- الطبعة الأولى.

⁵ جاسم العبودي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 127.

طرف القاضي محل اعتبار، و الشخص المستحق للتعويض و هذا ما سنتطرق إليه من خلال ما سيأتي:

أولاً: تقدير التعويض

إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون فالقاضي هو الذي يقدره، وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في (الفقرة الأولى من المادة 182 ق م ج)، لهذا فإن تقدير التعويض يكون عن طريق التعويض القضائي، أو التعويض الاتفاقي.

1- التعويض القضائي (يشمل التعويض العيني و النقدي): إنقيام مسؤولية

الطبيب يترتب عليها التزامه بجبر الضرر، والذي يتم بصورتين:

أ- **التعويض العيني:** و هي إعادة الحال إلى ما كان عليه، و التي لا يتم اللجوء إليها إلا عندما يكون ممكناً وطلبه الدائن (المريض) أو تقدم به المدين (الطبيب)¹.

و قد نص المشرع الجزائري على ذلك في المادة 164 ق م ج، و التي توجه من خلالها لتطبيق التعويض العيني كأصل لتعويض الضرر حيث جاء فيها: "يجبر المدين بعد إذاره طبقاً للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً"، لهذا فإن التنفيذ العيني يعد الطريقة المثالية لتعويض الضرر بإزالته ومحوه متى كان ذلك ممكناً (طبعاً) بحيث يعود المتضرر إلى نفس الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر وهذا هو التعويض العيني².

¹. بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 265.

². المقصود بالتنفيذ العيني أن يقوم المدين بأداء ما تعهد به عيناً سواء كان ذلك باختياره (تنفيذ عيني اختياري) أو جبراً عليه (تنفيذ عيني جبري)، لكن دون لمساس بحرية المدين الشخصية، و إن كان التنفيذ العيني هو الأصل، غير أن إجبار الطبيب لتنفيذ التزامه (بإجراء عمل جراحي للمريض) في هذه الحالة غير ممكن أو غير منتج، انظر عبد السلام التونسي، مرجع سابق، ص 108 و 109.

أكثر ما يقع التعويض العيني في الإلتزامات العقدية، غير أنّ الحكم بالتعويض العيني يكون في بعض حالات المسؤولية التقصيرية أيضاً¹، و هذا فقط في حال كان خطأ المدين مما يمكن إزالته.

ب- **التعويض بمقابل:** يكون كذلك إذا تعلق الأمر بضرر أدبي أو بضرر جسمي، فإن التعويض العيني يكون مستحيلاً ولا يمكن تصوره في الحالة الراهنة للعلم على الأقل، ولهذا السبب لا سبيل للمضروور أمام المحكمة إلا أن يلجأ إلى التعويض بمقابل².

ولما كان يشترط في التعويض العيني أن يكون ممكناً و أن لا يكون فيه إرهاب للمدين و أن يكون حسب مقتضيات الظروف و أن يطالب به المضروور، فإنّ التعويض العيني في مجال المسؤولية المدنية للطبيب أمر نادر لاستحالته، فالغالب أن يكون التعويض بمقابل، حيث لا يمكن في أغلب الأحوال إعادة الحال إلى ما كان عليه³.

2- **التعويض الاتفاقي:** لما كان الأصل في التعويض أن يكون قضائياً فليس هناك ما يمنع أن يكون التعويض اتفاقاً ويقصد به الاتفاق المسبق بين الطرفين على تقدير التعويض، فإذا ما أخل أحد الطرفين بتنفيذ التزامه وجب عليه دفع مبلغ معين، مثبت مقداره في العقد (يسمى الشرط الجزائي)، و لا يكون مثل هذا الاتفاق إلا في المسؤولية العقدية⁴، و نجد أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 183 ق م ج، قد أجاز

¹. أنور سلطان، مرجع سابق، ص400.

². سعدون العامري - تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد- 1981، ص 148.

³. حسين عبد الرحيم عامر مرجع سابق، ص527، و محمد حسن منصور، ص131.

⁴. أحمد شرف الدين، انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي، المرجع السابق، ص113.

للأطراف الاتفاق على تحديد مبلغ التعويض، بالنص عليه في العقد أو بوقت لاحق لإبرام العقد، على أن تراعى أحكام المادة 176 إلى 181 من ق م ج¹.

و ذلك كأن يتفق الطبيب مع المريض على القيام بالتدخل العلاجي على هذا الأخير، لكن الطبيب يخل بالاتفاق المبرم و لا ينفذ التزامه، كأن يؤجل العملية الجراحية فنتج عن هذا التأخر ضرر للمريض و كان العقد يتضمّن نصا يحدد مقدار التعويض فيستحق المريض هذا التعويض و يحكم به القاضي لتغطية الأضرار التي لحقتة. كما لا يستحق التعويض المحدد بالاتفاق إذا أثبت المدين أنّ الدائن لم يلحقه أي ضرر (فقرة الأولى من المادة 184 ق م ج)².

ثانيا: وقت تقدير التعويض

إن الغرض من التعويض هو ردّ المضرور إلى الوضع الذي كان عليه قبل وقوع الضرر، و هذا هو الأصل في تقدير التعويض، والذي يحدده القاضي بقدر الضرر وقت وقوعه، ولكننا لاختلاف يثور بشأن وقت تقدير التعويض وفقا لنوع المسؤولية المدنية التي ترتب عليها التعويض.

فنتقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية يتم من وقت وقوع الضرر، ولا يعتد بالتالي بوقت الخطأ في تقدير التعويض حيث لا يتعاصر صدور الخطأ مع وقوع الضرر، ولا يتسنى بالتالي تقدير الضرر في وقت سابق على وقوعه، أما تقدير التعويض في نطاق المسؤولية العقدية يتم من وقت إخلال المدين بالتزامه المستحق عنه التعويض³.

¹. المادة 176 ق م ج، و التي تقضي بأن: "لا تكون استحالة تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه من قبل المدين مرجعها لسبب لا يد له فيه"، و المادة 181، و المادة 184، و المادة 185.

². أمال بكوش، مرجع سابق، ص 173.

³. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، بدون مكان الطبع، سنة 2000، ص 14، 16.

البند الثاني: الشخص المستحق للتعويض

فيأي دعوى سواء كانت مدنية أم جزائية لابد أن يكون طرفين في الدعوى، هما كل منالمدعي عليه والمدعي، ويختلف أساس الدعوى فيما إذا كانت جزائية أم مدنية فالجزائية موضوعها يتعلق بالجزاء المطلوب توقيعه على الجاني، أما المدنية فموضوعها يتعلق بالضمان والتعويض الذي يطالب به المضرور جبرا لما لحقه من ضرر¹ والمصلحة هي الشرط العام لقبول الدعوى.

وتخضع دعوى المسؤولية المدنية للطبيب للأحكام العامة في المسؤولية المدنية شأنها شأن أية دعوى مدنية أخرى²، وأطراف الدعوى هما المدعي عليه (المسؤول عن الضرر)، المدعي (وهو المضرور).

يعتبر المستحق الأول للتعويض هو المضرور مباشرة من خطأ الطبيب، فيعوض المصاب عن الأضرار المادية الناجمة عن الإصابة، سواء تمثلت في العجز الجسماني أو العاهة المتولدة عن الإصابة، سواء ظهرت في الفقد الجزئي أو الكلي للنشاط أو العمل الذي كان يمارسه، وبعبارة أخرى يجب تعويضه عن خسارة مصدر الكسب الذي فقده بسبب هذه الإصابة، كما يشمل التعويض عن الأضرار الأدبية الناتجة عن إعلان الإصابة، بأي مرض معد، فلا شك في تأثيرها على حياة الشخص الأسرية والعائلية بهذا الإعلان³.

فإذا نتج عن الفعل الضار نوعان من الأضرار، ضرر أصلي أصاب الموث وضرر مرتد أصاب الورثة فإن حقا في التعويض ينشأ لمصلحة الورثة في دعويين مقابل كل

¹. قيس الصغير، المسؤولية المهنية في السعودية، الطبعة الأولى، السعودية، 1996، ص214.

². إيناس طارق النقيب، المسؤولية الجنائية للمستشفيات الأهلية، مذكرة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، 2003، ص 142.

³. [Gazette du plais, jurisprudence sommaires, www.gazette-du-palais.fr](http://www.gazette-du-palais.fr) mise a jour 30/03/2023 a 18 :36

نقلا عن محمد جلال حسن الأتروشي، مرجع سابق، ص 186.

واحد من هذين الضررين، الأول ينشأ في ذمته للمضرور الأصلي، يمكن أن ينتقل إلى ورثته عند وفاته بعد أن يستوفي دائنوا المورث حقوقهم¹، و أما فيما يتبقى من هذا التعويض فيوزع على الورثة بحسب أنصبتهم الشرعية، أما بالنسبة للحق في التعويض المقابل لضرر مرتد على الوارث، فهو حق شخصي يثبت لكل وارث، بل لكل قريب وبذلك تكون المطالبة بحق المضرور بمقتضى دعوى الورثة².

فالتقدم العلمي الذي يفيد كل مجتمع يصاحبه ازدياد مضطرب في نسبة المخاطر بسبب اللجوء إلى استخدام تقنيات طبية حديثة، لم تختبر بصورة كافية، لكن لا يمكن الاستغناء عنها، من أجل تخفيف آلام المرضى فأحيانا ما تكون الأدوية الأكثر فاعلية هي الأكثر خطورة، والأجهزة الأكثر انجازا، هي الأكثر تعقيدا، حيث يتطلب استعمالها دقة ومهارة شديتين، ولا يخلو من مخاطر بالنسبة للمريض³.

وليس من العدل ترك هؤلاء المضرورين، الذين ساقهم سوء الحظ ليكونوا من أوائل من يخضع للتقنيات الحديثة، بحجة عدم مقدرتهم على تجسيد خطأ ما في جانب الطبيب الذي باشر العمل الطبي، أو وصف العلاج⁴، أو اعتبارهم مخطئين لقبولهم مخاطر العمل الطبي.

¹. بنص المادة (205) (1). يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولا عن التعويض. ويجوز أن يقضي بالتعويض للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب. ولا ينتقل التعويض عن الضرر الأدبي إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي).

². محمد حسن الأتروشي، مرجع سابق، ص 188.

³. يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص 49.

⁴. ثروت عبد الحميد، مرجع سابق، ص 157 و 158.

الفرع الثاني: التعويض عن الضرر ما بين العلاج والمنتجات

الطبية

نتناول هذا الفرع من خلال البندين التاليين، حيث نتطرق في البند الأول لإشكالية الأساس القانوني في التعويض عن الضرر في العلاج الطبي، و من خلال البند الثاني نتطرق لإشكالية الأساس القانوني في التعويض عن المنتجات الطبية.

البند الأول: إشكالية الأساس القانوني في التعويض عن الضرر في

العلاج الطبي

لقد تأكد مسلك محكمة النقض الفرنسية في تذليل الصعوبات التي يواجهها المرضى في سبيل إقامة الدليل على الخطأ الطبي في انتهاجها منهج استخلاص الخطأ من وقوع الضرر، و هو ما يشكل خروجاً عن القواعد العامة التي تُحمّل المدعي عبء إقامة الدليل على خطأ المدعى عليه.

و مؤدى هذه الفكرة أن يُستظهر الخطأ من واقعة ليست بصفة مؤكدة مصدر الضرر، حيث يُستخلص الخطأ من جسامته الضرر الذي لم يكن ليحدث في مثل هذه الأحوال لولا وقوع خطأ من الطبيب، فيفترض وقوع الخطأ و تُقام المسؤولية الطبية رغم أنه لم يثبت على نحو قاطع إهمال هذا الأخير في بذل العناية الواجبة أو تقصيره في التزامه بالحيطه و الحذر اللازمين¹.

و قد تولّت الأحكام القضائية في نفس السياق مشكّلةً استقراراً قضائياً لاجتهاد محكمة النقض على هذا الحلّ القضائي، فمثلاً قضت المحكمة² بقيام مسؤولية المستشفى الخاص عن انتقال العدوى للمريض أثناء إقامته بها، تأسيساً على فكرة الخطأ المضمّر

¹. يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص35.

². Cass-Civ, 12/11/1986, Se, J.C.P1968, IV, P208.

معتبرة أن هذه الأضرار الطارئة لا يمكن أن تجد تفسيراً لها إلا في وجود خطأ ضمني من قبل المستشفى، و قد أكدت ذلك في حكم آخر لها قررت بمقتضاه قيام مسؤولية العيادة الخاصة عن العدوى التي أصابت المريض بغرفة عمليات العيادة أثناء خضوعه لتدخل جراحي ما لم تتمكن هذه الأخيرة من إقامة الدليل على انتفاء أي خطأ من جانبها¹.

أولاً: الخطر العلاجي الاستثنائي كأساس للمسؤولية دون خطأ

يستخدم بعض الفقه مصطلح مسؤولية المخاطر كمرادف للمسؤولية دون خطأ وقوام هذه الفكرة أن الدولة تلتزم في إطار سعيها إلى تنظيم المجتمع الحديث بتأمين مواطنيها ضد الأضرار الجسيمة المتولدة عن أنشطتها الخطرة، حتى في غياب أي خطأ ينسب إليها، أو في الحالات التي لا يمكن فيها إثبات أي خطأ.

و هذا المنطلق نادى به بعض الرواد الأوائل في فقه القانون العام الفرنسي باعتبار أن ما يثيره نشاط الإدارة الخطر من أضرار خاصة و غير عادية للأفراد- رغم انتفاء الخطأ في جانبها - هو الأساس الوحيد للمسؤولية دون خطأ، فالإدارة يجب أن تتحمل تبعه مخاطر نشاطها الضار بالأفراد.

أما خصوم تطبيق نظرية الخطر العلاجي كأساس للمسؤولية، فقد أبدوا انتقاداً لهذه النظرية على اعتبار أنها يمكن أن تضرّ بالنشاط العلاجي للمرافق الطبية العامة، كما يعتبرون أن الأخذ بفكرة الخطر العلاجي كأساس لمسؤولية المستشفيات العامة يمكن أن يؤدي إلى اعتبار الطبيب مسؤولاً عن أدنى فشل في إجراء العلاج، و بالتالي فإن نظرية الخطر العلاجي ستعطل الأنشطة الطبية و تجعل الطبيب مسؤولاً عن كافة الأضرار مما قد يسبب إحجام الأطباء عن قبول بعض الإجراءات الخطرة².

¹.Cass-Civ,16/06/1980,R.T.D.CIV,1981,P166

².يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص35.

ثانياً: مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة كأساس للمسؤولية عن التبعات الطبية.

وجد عدد كبير من الفقه¹ ضالته المنشودة في مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة² كأساس شامل و قادر على تفسير كافة حالات المسؤولية دون خطأ للمرافق العامة قوامه وجوب مساهمة المواطنين في الأعباء المترتبة عن إدارة المرافق العامة، كل في حدود إمكانياته و طبقاً لمقتضيات القانون، و بالتالي لا يجوز تحميلهم خارج هذه الحدود بالأعباء و التكاليف المفروضة لصالح المجموع، لما في ذلك من إخلال بالمساواة أمام التكاليف العامة، و بذلك تحترم الحدود القانونية لهذه الأعباء و التكاليف.

و عليه يفرض هذا المبدأ المساواة بين أفراد المجتمع في تحمل التكاليف العامة حين تُلقى الإدارة على عاتق بعض الأفراد عبء يجاوز العبء الذي يتحمله بقية الأفراد فعندئذ يتعين على هؤلاء جميعاً تحمل هذه الأعباء الإضافية بالتساوي مقابل المزايا التي حصلوا عليها³.

ثالثاً: مشكلات الأساس القانوني للتعويض في القطاع الخاص

لذا نحى فريق من الفقه في مواجهة قصور المسؤولية المدنية بمفهومها الأخلاقي عن مواكبة المتغيرات التي فرضتها المعطيات الاجتماعية من مقتضيات، نحو تجريد الخطأ من دلالاته الأخلاقية.

¹.P.Duez ,La responsabilité de la puissance publique en dehors du contrat,Dalloz,1938 p313.

². وجدى ثابت غبريال، مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة كأساس للمسؤولية الإدارية، نحو أساس دستوري للمسؤولية دون خطأ، دراسة مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 1988، ص 68 و ما بعدها، سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 247.

³.Fabienne Quillere–Majzoub,Laresponsabilite du service public

hospitalier,recherche présentée à l'occasion .De la conférence scientifique annuelle de la faculté de droit de Beyrouth, Partie I.Laresponsabilité médicaleBeyrouth,2000, P600.

1-نظرية تحمل التبعة (المخاطر) كأساس لتعويض التبعات الطبية.

وفقا لهذه النظرية لا يشترط أن يشكل فعل ما خطأ لكي تترتب عليه مسؤولية فاعله و إنما يسأل عن نتائج كل فعل سبب مخاطر للغير، سواء كان هذا الفعل خاطيء أم غير خاطيء.

إذا كانت نظرية الخطأ قد وجدت حفاوة بالغة من رجال الفقه و تطبيقا واسعا في ساحة الاجتهاد، فإن نظرية المخاطر بدورها قد جمعت حولها لفيفا من أشهر شراح القانون مثل الفقيه (Saleilles)، فشكّلت بناءا فقهيا مرتكزا عما كشفه الواقع الاجتماعي في تلك الفترة من تطور الآلة و تضاعف الحوادث، و ما صاحبها من صعوبات قانونية في جبر ضحاياها، و ما عبّر عنه الواقع المطروح على أنّ القضاء و إن جدّ في إيجاد سبل لحماية ساحة القضاء من معطيات.

و خلاصة ما تقدم أنّ تطبيق نظرية تحمل التبعة يستتبع استبعاد فكرة المسؤولية القائمة على التمييز بين الخير و الشر، و تحميل الفاعل تبعة سوء اختياره¹، بحيث لم تعد إشكالية المسؤولية إشكالية أخلاقية تقوم على تقدير السلوك البشري و لكنها أصبحت إشكالية علمية خاصة بالسببية، فيكون مسؤولا كلّ من تسبّب ماديا في إحداث الضرر دون حاجة إلى تطلب أي شرط آخر، و هو ما من شأنه أن يغير الاعتقاد السائد منذ زمن طويل بأنّ الضرر الذي لا ينشأ عن خطأ شخص من الغير يشكل خطرا مماثلا للحدث الفجائي، يقع بكامله على عاتق من وقع اختيار القدر عليه.

¹.De Juglart(Michel) et Piédilieve(Alain),cours de droit civil,tom 1, éd,Montchrestien,Paris 1992,p264.¹

2- نظرية الضمان كأساس لتعويض التبعات الطبية: حاول بعض الفقه¹ صياغة

نظرية جديدة تقارب بين النظريتين اللتين تحكمان أساس المسؤولية المدنية، من خلال نظرية مختلطة تسمى بنظرية الضمان، يلعب فيها كل من الخطأ و تحمل التبعة دورا مكملا للآخر، حيث يمثل الضمان أساس وظيفة التضمين أو التعويض باعتباره تجسيدا لفكرة التكافل الاجتماعي، بينما يقتصر دور الخطأ في أعمال الوظيفة الثابتة للمسؤولية متمثلة في العقوبة الخاصة².

و كانت نقطة انطلاق هذه النظرية من خلال نقد النظرة الشخصية التي طالما التمست الحلول بالنظر إلى جانب واحد هو جانب المتسبب في الضرر، بمعنى أنها تؤسس الالتزام بالتعويض على كون الفاعل قد ارتكب سلوكا مخالفا لمقتضيات القانون كما يرى أصحاب نظرية الخطأ، أو لأنه أنشأ مخاطر و جنا فائدة من نشاطه الذي ألحق ضررا بالغير كما يرى أصحاب مذهب نظرية تحمل التبعة، دون الإلتفات لمركز المضرور و ماله من حقوق مشروعة يكفل له القانون بمقتضاها الحق في الحياة و في التكامل الجسدي و المادي، و التي يشملها مصطلح الحق في الضمان المادي و المعنوي، بمعنى أن التعويض لا بد أن يؤسس على المساس بحق المضرور في السلامة و الإستقرار المادي و المعنوي الذي كفله القانون³.

¹.Starck.Essai d'une théorie de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de pleine Privée,thèse,Paris 1947,p16 et s.voire aussi pour l'auteur,Domaine et fondement de la responsabilité sans Faute,R.T.D.Civ-1958,P.474 et S.

².يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص35.

³.أمال بكوش، مرجع سابق، ص214.

البند الثاني: إشكالية الأساس القانوني في التعويض عن المنتجات

الطبية

فضلا عن الصعوبات المتأصلة في تطبيق نظام المسؤولية المدنية في النطاق الطبي، فقد ازدادت هذه الصعوبات تعقيدا بسبب عدم الإجماع حول أسس قانونية موحدة للمطالبة بالتعويض، مما يجعل المضرور حائرا حول الأساس القانوني السليم للمطالبة بالتعويض لاسيما إذا تعلق الأمر بما ينجر عن استعمال المنتجات و التقنيات الحديثة في الحقل الطبي.

أولا: التزام المنتج و المورد بالضمان

لطالما ارتبطت الدراسة التأصيلية لأساس المساءلة المدنية أو مسوغاتها بالدور المنوط بها¹، مما جعلها مرهونة إلى حد بعيد بالأفكار الإيديولوجية التي تتجاذبها، و التي تتراوح بين فكري الخطأ و المخاطر²، و هنا تكمن مشكلة تأصيل أساس مساءلة المنتج عن الأضرار التي تحدثها منتجاته، فهل تؤسس على فكرة الخطأ بحيث لا يسأل الشخص عما تسبب فيه من أضرار ما لم تكن نتاج سلوكه المنحرف، أم على أساس المخاطر على اعتبار أن من يباشر نشاطا و يغنم منه، مطالب بتحمل مغارمة و إن كان سلوكه منزها عن أي انحراف.

1- تأسيس مسؤولية منتج الأدوية على فكرة الخطأ في ضوء ازدواجية

المسؤولية المدنية: اختلف الفقه و القضاء الفرنسي- في ظل ربط مسؤولية المنتج بالقواعد التقليدية للمسؤولية-حول أساس مساءلة منتج الأدوية عن الأضرار الناتجة عن

¹.Jean Luc Aubert, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil,3emeédition, Armand Colin,.Paris,P 150.

². محمد عبد القادر علي الحاج، مسؤولية المنتج و الموزع، دراسة في قانون التجارة الدولية، مع المقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، سنة 1982، ص 184 و ما بعدها.

منتجاته في مواجهة المرضى الذين لحقت بهم أضرار بسببها¹، و في غياب أية صلة مباشرة بينهما فقد تردد القضاء بين إعمال أحكام المسؤولية العقدية أو التقصيرية.

و يجد هذا المسلك مبرراته في التمايز بين الخطأ العقدي و التقصيري، كونهما يشكلان صورتين متميزتين من الإعتداء على حقوق الآخرين، فإذا كان هذا الإخلال نتيجة المساس بواجب عام بعدم الإضرار بالغير عد خطأ تقصيرياً، أما إذا طال الالتزامات المتضمنة في العقد اعتبر خطأ عقدياً.

أ-المسؤولية التقصيرية لمنتج الأدوية

لم يجد القضاء الفرنسي مفراً من تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية الواردة بالمادة (1382) و ما يليها من القانون المدني الفرنسي في الأحوال التي يلحق فيها المنتج ضرراً بالغير، و هي مسؤولية تقوم على الخطأ واجب الإثبات، غير أنه أقر- في إطار سعيه الدؤوب إلى تيسير سبل تعويض الضحايا- التمسك بأحكام المسؤولية عن فعل الأشياء تأسيساً على المادة (1-1384) منه، كما تبنى فكرة تجزئة الحراسة على الشيء الواحد في محاولة لاستبقاء جزء من الالتزام بالحراسة على عاتق منتج الشيء الخطر على سند من القول بأن المنتج و إن كان فقد حراسة التسيير فإنه مع ذلك بقي محتفظاً بحراسة الهيكل².

و بهذا يكون القضاء الفرنسي قد أنشأ قرينة مسؤولية قاطعة على عاتق منتج الأشياء الخطرة³، ثم قصر إعمالها على المنتجات ذات الفعالية الخاصة مدة تطبيقها إلى

¹.F.Chabas, La responsabilité pour défaut de sécurité des produits de sécurité des produits, dans la loi du 19 mai 1998, Gaz Pal 1988, I. doct, P 2.

².Mazeud(H.L et J) et Chabas(F), Traité de la responsabilité civile, Tom 3 em.6 em addition, Montchrestien, 1983, P217.

³. يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص 30.

كافة المنتجات الخطرة¹، و في هذا السياق أكدت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 15 ديسمبر 1983 أن مسؤولية صانع المنتجات الصيدلانية لا يمكن إلا أن تكون تقصيرية².

ب- المسؤولية العقدية لمنتج الأدوية: رفض القضاء الفرنسي في جانب من تطبيقاته الأساس العقدي لمسؤولية صانع الأدوية في مواجهة مستهلكها، تأسيساً على الحظر الذي فرضته المادة (1/5115)³ من القواعد اللائحية لقانون الصحة العامة الفرنسي على مصانع إنتاج الأدوية من بيعها مباشرة للجمهور، مما يوحي باستحالة وجود علاقة مباشرة بين منتج الدواء و مستهلكه، و بالتالي لا يتصور قيام مسؤولية عقدية لمنتج الدواء أمام المضرور، و تطبيقاً لذلك قرّرت محكمة استئناف فيرساي في حكمها الصادر بتاريخ 1992/07/25⁴، أنّ المؤسسات المنتجة و الموزعة للأدوية لا يربطها بمستهلكي هذه المنتجات أية علاقة مباشرة، و بالتالي استبعدت المحكمة النطاق العقدي لمسؤولية هذه المؤسسات، مؤكدة أنّ مساءلتهم تستند إلى الأساس التقصيري⁵.

2 _ تأسيس مسؤولية منتج الأدوية على أساس المخاطر في ضوء وحدة أحكام المسؤولية:

نظم المشرع الفرنسي أحكام المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة بمقتضى أحكام القانون رقم 98-389، مؤسساً بذلك نظاماً مختلفاً من المسؤولية ينطلق من إلغاء الأساس القانوني التقليدي لفكرة الخطأ، و مستعيضاً عنه بقاعدة موضوعية تقوم على فكرة

¹.Civ, 2em, 20/07/1981,JCP,ed.G.1982 ,II.19848,noteChabas(F).

².c.appel de Paris,15/12/1983,disponible sur le site de la cour d'appel de paris,sur <http://www.ca-paris.justice.fr>.

³.L'article R.5115-1 du code de la santé publique qui stipule : « Les entreprises ou organismes mentionnés à L'article R.5106 ne sont pas autorisés à délivrer.

⁴.C.C de Versailles 25 Juin 1992 Gaz.Pal, 1993 ,I,somm, p 59.

⁵.أمال بكوش ، مرجع سابق، ص225.

المخاطر¹، و توحيد أحكام المسؤولية عن طريق هدم التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية بالنسبة للمضرورين، إذ تقوم مسؤولية المنتج بقوة القانون² (responsabilité de plein droit)، و ذلك لمجرد ثبوت الضرر، طالما ثبت تعيب المنتجات و تسبب العيب في تلك الأضرار، أيا كان المضروور، و إن كان من الغير الذين لاتربطهم علاقة تعاقدية مع المنتج، تأسيسا على نص المادة (1/1386) من القانون رقم 98-389، التي نصت على أن: "يسأل المنتج عن الأضرار الناتجة عن منتجاته المعيبة بصرف النظر عما إذا كان يربطه بالمضروور عقد أم لا، كما لم يفرق المشرع الفرنسي في المعاملة أيضا بين ما إذا كان المضروور مهنيا أو غير مهني³.

3_ تأسيس المسؤولية عن استعمال الأجهزة و المستحضرات الطبية: رتبت

التقنية الحديثة في عالم الأجهزة و المستحضرات الطبية تزايد الأضرار و تقاوم خطورتها فقد بات من المفروض أنها شائعة الحصول في الحقل الطبي، نشوء أضرار عن استخدام الأشياء غير الحية في أعمال التشخيص و العلاج، و مما زاد الأمر صعوبة أن أغلبية الأضرار تظل مجهولة السبب حتى بالنسبة للخبراء المختصين في المجال، مما قد يحرم العديد من المرضى من حق التعويض، و من هنا باتت مسألة حماية المريض بشتى الوسائل ضرورة ملحة إزاء قصور المسؤولية العقدية القائمة⁴.

لذا فقد أثير التساؤل حول مدى إمكانية مساءلة القائم بالرعاية الطبية عما تسببه الأشياء التي يستعملها في نشاطه الطبي من أضرار باعتباره حارسا لها، لما تمثله المسؤولية الشئئية من ضمان للمضروورين بسد الثغرات الخاصة بالمسؤولية العقدية.

¹.Alex Will et FrancoisTerre,Droit civil des obligations,4 emédition,Dalloz,Paris 1986,P 216.

².Voir l'article(1383) de la loi précité.

³.L'article 1386/1 stipule : » Le producteur est responsable du dommage cause par un défaut du a son produit,Qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime.

⁴.يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص35.

المطلب الثاني: القواعد القانونية المؤثرة على استحقاق التعويض

إن أحكام المسؤولية المدنية بقواعدها التقليدية لا تستجيب للحاجات العملية لضحايا الحوادث الطارئة في المجال الطبي، ذلك أنها لا تزال تخضع لأحكام مزدوجة لا توفر الحماية المأمولة.

لذلك نجد أن القواعد القانونية المؤثرة في استحقاق التعويض عن المسؤولية في المجال الطبي تتنوع ما بين القواعد القانونية المتعلقة بحماية المستهلك (الفرع الأول) والمتمثلة أساساً في القانون 09-03 المتعلقة بحماية المستهلك و قمع الغش، كما تتمثل بالتوسع في الأخذ بالخطأ والخطأ المفترض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القواعد القانونية المتعلقة بحماية المستهلك

فالنصوص القانونية المتعلقة بالمسؤولية العقدية قد صيغت من منظور اقتصادي ذي أبعاد نفعية، فهي لا تهدف بصفة أساسية لتوفير الأمان و السلامة للمستهلك و إنما لتحقيق التوازن بين المراكز المالية للمتعاقدين، مما يجعل الالتزامات المتولدة عن عقد البيع منصبة على ضمان صلاحية المنتج و مطابقته، و لا تكفل ضمان أمن المستهلك أو سلامته.

ناهيك عن أنها لا تضطلع بدور فعال-في الأصل- إلا فيما بين المتعاقدين، فلا يستفيد المضرور من أحكامها ما لم يكن طرفاً في عقد مع منتج أو بائع الأجهزة أو المواد التي سببت له ضرراً، في حين أن الضرر الذي يعزى إلى عيب أو خطر في المنتج ينشأ في الغالب عن استعمال المنتج بواسطة المستهلك النهائي و هو عادة المريض، الذي لا تربطه علاقة عقدية مع المنتج أو أي من البائعين المتوسطين¹.

¹ ثروت عبد الحميد، مرجع سابق، ص 157.

كما أن أحكام المسؤولية العقدية لا تلزم الطبيب بأكثر من بذل العناية اللازمة في أداء التزامه و بالتالي لا يمكن التمسك بها لضمان سلامة المريض من الحوادث الطبية¹.

كذلك الشأن بالنسبة لأحكام المسؤولية التقصيرية، فهي و إن كانت منصبة في الأساس على حماية الأفراد من إضرار الغير بهم، فإنها تستلزم لتعويضهم إقامة الدليل على خطأ مقدم الرعاية الطبية أو منتج المواد المستخدمة في إطارها، و هو في الواقع من الصعوبة بمكان بالنسبة للمستهلك النهائي و هو فرد غير مؤهل فنياً أن يثبت هذا الخطأ ناهيك عن علاقة السببية بين الخطأ المهني و الضرر الواقع².

قدما أن القواعد الناظمة لضمان العيوب الخفية- الواردة في أحكام عقد البيع- تضمن حماية المضرورين في أضيق الحدود، ذلك أنها تقتصر على تغطية مسؤولية المنتج عما يمكن أن تسببه منتجاته الخطرة من أضرار لمستهلكي المنتجات و المنتفعين بالخدمات.

ليس فقط لكون دعوى الضمان لا تكفل سوى تعويض ما يعرف بالأضرار التجارية وإنما لعدم إمكانية التمسك بها إذا كانت الضحية من الغير، فضلا عن الصعوبات التي تثقل بها كاهل المضرور من عبء إثبات الخطأ في جانب المنتج، و هو إثبات عسير لتعلقه بالأخطاء الفنية الوثيقة الارتباط بالعملية الإنتاجية ذاتها، و هو ما يعرقل المضرور عن المضي قدما في المطالبة بحقوقه، لافتقاره للدراية الفنية المتخصصة التي تؤهله للتعرف على هذه الأخطاء، فما بالك بإقامة الدليل عليها.

و قد أدى تطبيق القواعد العامة على هذا النحو إلى الاختلاف في معاملة الضحايا باختلاف الظروف الملازمة لوقوع الضرر، فإذا كانت تربط المضرور مع المحترف علاقة عقدية، فإن وضعه سيكون أيسر في حالة كون المنتج خطرا بسبب عيب فيه نظرا

¹. يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص31.

². أمال بكوش، مرجع سابق، ص229.

لما يهيئه له وجود العيب من دليل إثبات خطورة المنتج، بينما لا يمكن للمضرور من الغير التمسك بقواعد الضمان حتى و إن كان مصدر الضرر عيبا في المنتج، بل يكون عليه إثبات خطأ المنتج وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية¹.

لما كان الغالب هو أن المضرورين في هذا المجال من الغير بالنسبة للمحترف، فإن قواعد الضمان تبقى عاجزة عن توفير الحماية الشاملة و البسطة لقطاع عريض من مستهلكي المنتجات و الخدمات عامة و في المجال الطبي خاصة. و ما كان عليه الوضع في القانون الجزائري قبل أن يستحدث المشرع مسؤولية المنتج بمقتضى المادة (140) مكرر من القانون المدني، المضافة بقانون 05-10 المعدل و المتمم، و التي نصت على: " يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجاته، حتى و لو لم يربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية"²، و التي حمل بها المحترف التزاما بتقديم منتجات سليمة من كل عيب أو خطر، تحت طائلة انعقاد مسؤوليته المدنية.

و كما يتضح من هذا النص فقد حددت المادة عناصر مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتوجاته المعيبة، و التي تتلخص في ثلاثة عناصر أو شروط هي وجود عيب في المنتج المعروض للتداول، و أن يسبب ضررا للأشخاص أو الأموال إضافة إلى توافر علاقة السببية بين المنتج المعيب و الضرر الحاصل³.

بعيدا عن الغوص في محددات و أحكام هذه المسؤولية، سنقوم بعرض أهم مظاهر هذه المسؤولية الموسعة أو الموضوعية، و الأوجه التي تساهم في توفير ضمان فعال للضحايا، و هي إقامة المسؤولية على فكرة العيب، و توحيد قواعد المسؤولية المدنية في هذا المجال.

¹ يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص 35.

² الجريدة الرسمية العدد 78 لسنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري.

³ يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص 35.

البند الأول: المسؤولية التي تقوم على العيب في المنتج

بعيدا عن اقتضاء إثبات الخطأ كأساس لإقامة مسؤولية المنتج في شكلها التقليدي استلزم المشرع الجزائري جملة من الشروط الموضوعية، قوامها فكرة تعيب المنتجات.

و إزاء سكوت متن المادة عن إيضاح المقصود بالعيب في إطارها، فلا بد من محاولة استجلاء حقيقته، و التساؤل حول ما إذا كان مماثلا في مفهومه لفكرة العيب في دعوى ضمان العيوب الخفية في، و الذي لن يتحقق إلا في حالة عدم صلاحية المنتجلاستعمال في الغرض الذي أعد له، أو تخلف الصفة المتفق عليها في عقد البيع أم أنه العيب الموجب للمسؤولية الموضوعية بالمفهوم المستحدث بمقتضى نصوص التوجيه الصادر عن البرلمان الأوروبي في 25 يوليو سنة 1985 بشأن مسؤولية المنتج عن الأضرارالتي تسببها منتجاته المعيبة والمتمثلة في نقص الأمان و السلامة.

و اعتقد أن تحديد المراد بالعيب لا بد أن يكون ضمن الإطار العام لمختلف القوانين التي نظمت الإنتاج و المنتج و عمليات عرض المنتج للتداول و الاستهلاك في القانون الجزائري، فقد نصت المادة الثانية من القانون 89-02، المؤرخ في السابع من فبراير سنة 1989 و المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلكعلى: " كل منتج سواء كان شيئا ماديا أو خدمة، مهما كانت طبيعته، يجب أن يتوفر على ضمان كل المخاطر التي من شأنها أن تمس صحة المستهلك و/أو أمنه أو تضر بمصالحه المادية"، و التي تقابله المادتين 09 و 10 من القانون 09-03.

كما جاء في المادة الثالثة من ذات القانون: " يجب أن تتوفر في المنتج أو في الخدمة التي تُعرض للاستهلاك المقاييس المعتمدة و المواصفات القانونية و التنظيمية التي تهمه و تميزه، و يجب في جميع الحالات أن يستجيب المنتج و/أو الخدمة للطلبات

المشروعة للاستهلاك، لاسيما فيما يتعلق بطبيعته و صنفه و منشئه". وهو ما يقابلها المادة 11 و 12 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.

و تقاديا لما قد يتمخض عنه تطبيق قواعد ضمان الأضرار الناجمة عن المنتجات والالتزام بضمان السلامة في المنتجات، فقد تدخل المشرع حسما للأمر بمقتضى تمييزه بالقانون 03-09 عندما كرس مبدأ السلامة و الأمن في المادتين 9 و 10 و كرس الزامية مطابقة المنتجات في المادتين 11 و 12، كما كرس إلزامية الضمان و خدمة ما بعد البيع في المواد من 13 إلى 16¹ كالتزامات مستقلة، و بالتالي فإنه لم يعد يخضع تقادمها للأجل القصير الذي يخضع له ضمان العيوب الخفية²، و بهذا لم يعد هناك مجال لإعمال قواعد ضمان العيوب الخفية الوارد بأحكام عقد البيع لوجود قواعد خاصة تحكم الموضوع، إستنادا لقاعدة الخاص يقيد العام.

هذه المواد كرست الالتزام بمطابقة المنتج للمقاييس القانونية والتنظيمية المعمول بها من جهة، ومطابقة الرغبات المشروعة للمستهلك من جهة أخرى، و التي تصدرها بلا منازع الرغبة في الحصول على منتجات ليس من شأنها أن تشكل انتهاكا أو مساسا بحق الأفراد في السلامة و التكامل الجسدي الذي يعد رغبة مشروعة و موضوعية، تشترك البشرية جمعاء في الطموح إليها³.

و بذلك يكون المشرع قد أحسن صنعا باعتماده معيارا دقيقا و حصريا يتمثل في الإلتزام باحترام و مطابقة المقاييس، و أشفعه بآخر عام أو شامل من شأنه أن يتدارك النقص الذي قد يترتب على الاقتصار على المعيار الأول، مفسحا بذلك فضاء واسعا للإجتهد القضائي في أن يضيف من المواصفات ما يراه ملائما لتحقيق حماية فعالة

¹. القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، مرجع سابق.

². Cass-civ, 1^{er}, 20 mars 1989, p 756, obs. Jourdin (P).

³. يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص 35.

للمضرور، و ذلك من خلال إيرادها عبارة الرغبات المشروعة، الذي يشكل معياراً مرناً طيعاً في يد القضاء يتحدد بموجب ما يملكه من سلطة تقديرية واسعة.

كما نص المشرع بموجب المادة (3) من المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات¹، على الالتزام بالسلامة مستقلاً عن ضمان العيوب الخفية، حيث جاء نص المادة كآآتي: " يجب على المحترف أن يضمن سلامة المنتج الذي يقدمه من أي عيب يجعله غير صالح للإستعمال المخصص له، أو أي خطر ينطوي عليه"².

مما سبق يتضح جلياً ان مفهوم العيب الوارد في المادة (140 مكرر) منظوراً إليه بمفهوم هذه النصوص الخاصة، يختلف تماماً عن معنى العيب الخفي الوارد في أحكام عقد البيع، من حيث مفهومه و شروطه و آثاره، بحيث يشمل العيب بالمعنى الأول كل عيب قديماً أو حديثاً ظاهراً أو خفياً طالما كان سبباً في حدوث الضرر و بالتالي لم يعد شرط العيب المآثر يقتصر على مجرد العيوب التي تنقص من قيمة المنتج أو من الانتفاع به بحسب الغاية منه حسب ما هو مذكور في العقد أو حسبما يظهر من طبيعته واستعماله، إنما بات يقصد به بناءً على المادة 3 من المرسوم المتعلق بالضمان، كل عيب يكون من شأنه ان يجعل المنتج شيئاً خطراً بطبيعته، أو يزيد من خطورته الذاتية³.

و لما كانت عبارة الضرر الواردة بنص المادة 140 مكرر قد جاءت عامة فلا يجوز تقييدها في حدود الأضرار المالية، بل لابد أن تؤخذ في ضوء المواد السابق ذكرها

¹. المرسوم التنفيذي رقم 266-90 ، المؤرخ في 15 سبتمبر 1990، المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات، الجريدة الرسمية رقم 40 لسنة 1990.

². الذي يوظفه المشرع عادة للتعبير (Vice) بدلا عن مصطلح (Défaut). و يدعم هذا المنطق استعمال النص الفرنسي الأصلي للمادة مصطلحاً العيب الخفي و قد جاء النص الفرنسي للمادة كآآتي:

« Le professionnel est tenu de garantir que le bien fourni par lui estExemple de tout défaut qui le rend impropre et/ou à l'usage auquel il est destiné ».

³. الجريدة الرسمية العدد 78 لسنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

بمعنى أوسع، و هو ما أكد عليه المشرع من خلال نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات على أنه: " يجب على المحترف في جميع الحالات أن يصلح الضرر الذي يصيب الأشخاص أو الاملاك بسبب العيب وفقا لما تقتضي عليه المادة 03 من المرسوم".

و بذلك يكون المشرع قد أضاف إلى الضرر التجاري الذي ينجم عن عدم صلاحية المنتج للاستعمال المخصص له بسبب العيب، الأضرار التي تحدث بسبب ما تتضمنه منتجاته المصنوعة من خطر، وهي أضرار يمكن أن تقيم مسؤولية المنتج بصفته تلك وليس بصفته بائعا محترفا فقط، و سواء لحقت تلك الأضرار بالأشخاص أو بالأموال فإنه لا يشترط أن تربط المضرور بالمحترف رابطة عقدية.

و يلاحظ في هذا الصدد اقتراب أحكام المسؤولية طبقا للقانون المدني الجزائري ومن الأحكام التي أقرها القضاء الفرنسي في بداية التسعينات على إثر استجابته للتوجه الأوروبي، و التي اعتبرها القضاء مسؤولية موضوعية تقوم على أساس تحمل التبعة، لعدة مبررات أهمها أن هذه المسؤولية تقوم مهما كانت صفة الضحية، محترفا كان أم مستهلكا متعاقدا كان أم من الغير، و إنها مسؤولية تقوم مهما كانت طبيعة الاضرار الحاصلة سواء مست سلامة الأشخاص أو امنهم المالي باستثناء الأضرار التي تلحق المنتج المعيب ذاته و التي تدخل في نطاق ضمان العيوب الخفية.

هذا و يجوز التخلص من المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالسلامة، بإثبات حالة من حالات السبب الأجنبي و خاصة حالة القوة القاهرة، و ذلك بإثبات أن الضرر كان نتيجة حادث خارجي غير ممكن توقعه و يستحيل دفعه، و أن الحادث أجنبي عن فعل الشئ و لا يرجع لعيب داخلي فيه، و لذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة العيب في الشئ و لو لم يكن في الإمكان اكتشافه، أما خطأ الضحية فلا يؤدي لإعفاء البائع أو

المنتج، إلا إذا كان السبب الوحيد في إحداث الضرر، و هو يؤدي إلى تخفيف مسؤوليته إذا اشترك مع غيره في إحداث الضرر.

و إذا كان المشرع قد وضع عبء إثبات توافر شروط المسؤولية على المدعي و هو عمليا المضرور، مما يبدو للوهلة الأولى مجحفا في حق الضحية، إن لم يكن فيما يتعلق بإثبات الضرر فعلى الأقل فيما يتعلق بإثبات عيب السلامة، و علاقة السببية بين العيب و الضرر الحاصل، لاسيما أن هذا القانون الجديد لم يأخذ بأي افتراض لعلاقة السببية بين العيب و الضرر الحاصل، لاسيما أن هذا القانون الجديد لم يأخذ بأي افتراض لعلاقة السببية على عكس الحلول المأخوذ بها في ضوء أحكام المسؤولية القائمة على الخطأ و بالضبط أحكام المسؤولية عن الأشياء الغير حية، مما يؤدي إلى استبعاد القول بأن المنتج يكون معيبا لمجرد إحداثه للضرر¹.

لكن هذا العبء سرعان ما خفف عنه بالتأكيد على أنه إذا كان يجب على الضحية أن تثبت الضرر، فإنه ليس لها أن تثبت أن هذا العيب كان موجودا وقت عرض المنتج للتداول و يبدو هذا النظام أفضل حالا من ذلك الموروث عن القضاء المدني.

انطلق المشرع الجزائري في إرساء قواعد مسؤولية المنتج عن المضار الناجمة عن منتجاته المعيبة من نقطة مؤداها إزالة كافة مظاهر التمييز بين أحكام المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية، لأن المضرور أعفي من ذلك الإثبات العسير المتعلق بقدوم العيب، و يكفيه أن يثبت أن الشيء لا يستجيب للرجبة المشروعة للمستهلك في الحصول على منتجات لا تهدد أمنه و سلامته، و أن ذلك هو سبب وقوع الضرر.

¹.أمال بكوش ، مرجع سابق، ص230.

البند الثاني: توحيد قواعد المسؤولية للضحايا

إذ لم تُقم هذه المسؤولية وزنا لصفة المضرور، و لم تُول اهتماما للبحث في طبيعة العلاقة التي تربطه بالمنتج، بقدر انشغالها بالضرر الناشئ عن المنتجات المعيبة أو الخطرة، فلم تكلف المضرور في شتى الأحوال بأكثر من إثبات عيوب المنتجات والضرر المترتب عنها، و علاقة السببية بين العيب و الضرر¹.

و يكون المشرع الجزائري قد سار بذلك على نهج المشرع الفرنسي في مد نطاق الحماية لتشمل الكافة، و الذي نقل بدوره أحكام المادة (13) من التوجيه الأوروبي التي أقامت نظاما موحدا للمسؤولية قبل كل الضحايا، متجاوزة بذلك مبدأ ثنائية المسؤولية المدنية، و هو ما يجد جذوره في بنود سنة 1983، التي أكدت في مذكرتها الإيضاحية على ضرورة تأمين حماية متساوية لكل المستهلكين بغض النظر عما إذا كانوا من المتعاقدين أم من الأغيار (اتفاقية Strasbourg)، وهو ما ترجمه نص المادة: (1-1386) من القانون المدني الفرنسي، التي أقامت نظاما موحدا للمسؤولية عن الضرر أسسته على الالتزام بضمان السلامة، ووسعت من نطاق الحماية لكافة الأضرار الناجمة عن المنتجات مهما كانت صفة الضحية، و على حد تعبير المادة: "يكون المنتج مسؤولا عن الأضرار الناجمة عن منتجاته سواء كان مرتبطا بالضحية بعقد أم لا"، و هي بذلك وضعت نظاما يشمل و بنفس الصورة المشتري المتعاقد مباشرة مع المنتج والمتعاقد مع التاجر، بل يشمل كل المستعملين و ما سواهم.

مع الاحتفاظ بالتقسيم التقليدي (Overstake)، و لما كان الأمر لا يستقيم على حد قول الفقيه لأحكام المسؤولية المدنية بنظامه المزدوج في ذات الوقت، فقد أزال المشرع الجزائري كل تمييز بين هذه القواعد، مما رسّخ الطابع الموحد للمسؤولية المدنية للمنتجو

¹ الحاج ملاح، الحماية المدنية و الجنائية للمستهلك في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس، سنة 2001، ص 76، و انظر قادة شهيدة، المرجع السابق، ص 138.

هو ما لا تخفى فائدته على أحد، حيث قضى على عدم اليقين و عدم الاستقرار القانوني الذي هو حيلة الحلول القضائية المتضاربة و المشتتة، التي تطبع المسألة بالغموض و التقلب.

و لم يقف التوحيد في القواعد في نبذ التفرقة بين الضحايا عند هذا الحد، و إنما امتد ليشمل نبذ التفرقة في المعاملة التمييزية بين ما إذا كان المضرور محترفاً أو غير محترف¹، فإذا توافرت شروط كل من الدعويين العقدية و التقصيرية، فإن حق المضرور يقتصر على دعوى المسؤولية العقدية، و ليس له الخيرة بينهما، و ذلك عملاً بالمبدأ القانوني التقليدي المتمثل في قاعدة عدم جواز الجمع بينالمسؤوليتين و ما يقتضيه من أنّ دعوى المسؤولية العقدية تجب دعوى المسؤولية التقصيرية، برغم كون هذه التفرقة كانت موضع جدل كبير أدت إلى ظهور رأي معارض يرى بحق الدائن في الخيار بين الدعويين².

وبهذا يتضح التوجه الجديد للمشرع الجزائري نحو ضمان تعويض ضحايا الأضرار الجسدية الناجمة عن المنتجات، فهو لم يعد يربط الحماية بالتقسيم التقليدي القائم على الخيرة بين قواعد المسؤولية العقدية أو التقصيرية، و إنما وَّحد القواعد عندما نص بأن يضمن المنتج الضرر و إن لم يربطه بالمضرور علاقة عقدية، فهو لم يعد يربط الضمان بأحكام المسؤولية، مرة بأحكام المسؤولية العقدية و مرة أخرى بأحكام المسؤولية التقصيرية.

و من خلال كل ما سبق يتضح اعتناق المشرع الجزائري فلسفة جديدة تتطلق من التفرقة بين المسؤولية و الضمان، فإذا كانت مسؤولية المنتج تنعقد ابتداءً بوجود خطأ في حقه، يتمثل في مخالفة المقتضيات القانونية، فإنّ حق المضرور في الضمان يثبت بمجرد المساس بحقه في السلامة و الأمان الذي يحق له أن يتوقعه، و بالتالي فإنّ القانون قد

¹. أمال بكوش، مرجع سابق، ص230.

². يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص35.

أقام بهذا ضمانا مستقلا عن المسؤولية، و ما يؤكّد على هذا التوجه نص المادة (140) مكرر 1 من القانون المدني، على كفالة الدولة ضمان أضرار الضحايا بالإستقلال عن المسؤولية، بقولها: "إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني و لم تكن للمتضرر يد فيه تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر".

مما تقدم نخلص إلى أنّ المسؤولية التي استحدثها المشرع الجزائري بموجب التعديل التشريعي للقانون المدني بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، هي مسؤولية مفترضة بقوة القانون، لا تقوم على أساس الخطأ أو العيب بالمعنى التقليدي وإنما تقوم على أساس قصور الأمان و السلامة في المنتجات.

الفرع الثاني: التوسع في الأخذ بالخطأ والخطأ المفترض

تتعدد المسؤولية التقصيرية لمنتجي السلع في الحالات التي تتسبب فيها منتجاتهم المعيبة أو الخطرة بالمساس بأمن و سلامة الغير الذي لم يكتسب عليها أي حق، و يعد الأساس التقصيري الأساس الأمثل الذي يمكن لضحايا الأدوية و المنتجات الطبية الإستناد إليه في دعواهم ضد المهنيين، إذ لا توجد غالبا علاقة عقدية تربط بين الطرفين و هو ما يدعمه ما ورد بالمادة (75) من قانون مزاوله مهنة الصيدلة المصري، من حظر لقيام المنتج ببيع الدواء مباشرة للمستهلك أو عرضه للبيع، أو حتى إعطائه بالمجان، بما ينفي أي إمكانية لوجود علاقة تعاقدية بينهما.

و في دراستنا هذه سنحاول استلهام الحلول مع بعض الأفكار التي ابتدعها القضاء الفرنسي من أجل توسيع نطاق المسؤولية التقصيرية لمنتجي الأدوية، عن طريق التوسع في مفهوم الخطأ الذي يعتبر أساس قيام هذه المسؤولية، كما سنتعرض لبعض الآليات القانونية التي تساعد على إضفاء مسحة موضوعية على هذه المسؤولية، بإقامتها على فكرة الحراسة.

البند الاول: تبني مفهوم موسع لفكرة الخطأ كأساس لمسؤولية منتج

الدواء

يمكن أن تؤسس دعوى الرجوع على المنتج و البائع المحترف على أساس المادة (163) من القانون المدني المصري التي تفرض بنصها على أن: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"، التزاماً عاماً بعدم الإضرار بالغير يقع على الكافة يقتضي منهم تبصراً في التصرف، بحيث يعد مجرد مخالفة هذا النهي منطويماً على خطأ¹، و بهذا المعنى يعرف خطأ منتج الدواء بأنه إخلال قانوني أو تقصير في مسلكه لا يقع من منتج يقض في نفس الظروف المحيطة به².

و مؤدى ذلك أنّ مناط المسؤولية عن الفعل الضار هو قيام خطأ في جانب المسؤول يتمثل في تجاوزه للحدود الذي يجب على الشخص التزامها، أو الانحراف في السلوك الذي يقاس بمعيار الشخص العادي مجرداً من ظروفه الشخصية، مما يستلزم قيام ضحية حادث الإستهلاك بإثبات خطأ الصانع الذي كان أساس العيب و علاقة السببية بين العيب في المنتج و الضرر الذي لحق به، و هو مالا يخفى على أحد صعوباته البالغة.

غير أنه يمكن من خلال التوسع في تفسير فكرة التقصير في الالتزام القانوني بعدم الإضرار بالغير استغراق حالات إخلال المنتج أو البائع المحترف بالتزاماته القانونية أو العقدية المتعلقة بالأمان و السلامة، بحيث يتمسك بها الأغيار ضحايا حوادث الإستهلاك لتأسيس دعوى المسؤولية التقصيرية، و هو ما من شأنه أن يخفف عن ضحية حادث

¹.فتحي عبد الرحيم عبد الله، دراسات في المسؤولية التقصيرية " نحو مسؤولية موضوعية"، المرجع السابق، ص 156

².محمد سامي عبد الصادق، المرجع السابق، ص 119.

الإستهلاك إثبات خطأ الصانع الذي كان أساس العيب و علاقة السببية بين العيب في المنتج و الضرر الذي لحق به¹.

و قد تبنى القضاء الفرنسي² هذا الحل، حيث أسس قبوله دعوى المسؤولية التقصيرية من الغير ضحية السلعة المعيبة أو الخطرة ضد المنتج على أساس الخطأ الواجب الإثبات وفقا للمادة (1382) من التقنين المدني الفرنسي التي تقابل المادة (163) من القانون المدني المصري، على سند من وجوب الاعتراف بأن الإخلال بالتزام تعاقدي عندما يؤدي بالإضرار بغير المتعاقدين ، فإنه يُشكّل واقعة مادية تعتبر من قبيل الخطأ التقصيري .

و بذلك يصبح المنتج أو البائع المحترف مسؤولاً قبل الغير عن نفس الأفعال والوقائع التي يُسأل عنها في النطاق التعاقدية قبل المكتسبين للسلعة المعيبة، على اعتبار أنّ طرح سلعة معيبة في السوق يعدّ عملاً غير مشروع بعقد المسؤولية، و هو ما من شأنه تفادي التفرقة غير المبررة بين المتعاقدين و الغير³، و التي استتبع التزم مستهلكي الدواء - الغير - بإقامة الدليل على مخالفة المنتج لما يجب عليه احترامه من مقتضيات قانونية أو فنية، خلافاً للمتعاقد الذي يكتفي بإقامة الدليل على تعيب المنتجات الطبية.

و بفضل هذا الاجتهاد في تفسير النصوص أمكن للأغيار ضحايا المنتجات المعيبة التمسك بإخلال البائع المحترف أو المنتج بالالتزامات العقدية فضلاً عن الالتزامات القانونية المفروضة عليه المتعلقة بالأمان في منتجه سواء في مرحلة التصميم أو مرحلة التصنيع أو التسويق، في إقامة دعوى المسؤولية التقصيرية، و ذلك بالنظر إلى الالتزام بضمان السلامة خارج الإطار التعاقدية، بحيث تحولت النظرة للالتزام بضمان

¹. محمد سامي عبد الصادق، المرجع نفسه، ص 119 و ما بعدها.

². Cass-civ, 3 eme, 17/10/1984, J.C.P. 1984-IV, p355.

³. جابر محجوب علي، المسؤولية التقصيرية للمنتجين و الموزعين، المرجع السابق، ص 64. نظام تعويض الأضرار التي تلحق بأمن و سلامة المستهلك في القانون المدني المصري و المقارن، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية العدد 25 في أبريل سنة 1999، ص 74، و كذلك حسن عبد الرحمان قدوس، المرجع السابق، ص 88.

السلامة من كونه مجرد واجب خاص، يتصل بالالتزامات التعاقدية و يدور معها وجودا و عدما، إلى واجب عام يستقل تماما عن العقد.

و يجد هذا الحل مبرراته في مقتضيات العدالة التي تستلزم توفير قدر واحد من الحماية للمتضررين في إطار المنتجات المعيبة أو الخطرة، و نبذ كل تفرقة في المعاملة على أساس المراكز القانونية للضحايا، و بذلك يتساوى في الحماية الغير ضحية السلعة المعيبة الذي يدعى على أساس المسؤولية التقصيرية، مع الحماية المقررة للمتعاقد.

لقد أكدت محكمة النقض الفرنسية¹ هذا المعنى بقولها أن طرح منتج معيب في السوق يعتبر بذاته خطأ تقصيريا يكون من شأنه عقد مسؤولية المنتج قبل الغير في رجوعهم على أساس المادة (1382) من التقنين المدني، على اعتبار أن المنتج يلتزم بتقديم منتج فعال و متوافق مع حاجات المستعمل، و بذلك يعتبر مسؤولا عن تخلف هذا الالتزام بصناعته لسلعة كشف الاستعمال ضررها.

البند الثاني: رجوع ضحية حادث الاستهلاك على أساس الخطأ

المفترض

في إطار السعي إلى إضفاء الطابع الموضوعي على المسؤولية التقصيرية للمنتجين، فإنه لا بد من إيجاد أساس قانوني مختلف عن فكرة الخطأ، و قد انتهج القضاء الفرنسي في سبيل تحقيق ذلك المسعى مسلكا غير مباشر من خلال الإستعانة بفكرة تجزئة الحراسة، و ذلك بالاستناد إلى نص المادة (1386) من التقنين المدني الفرنسي التي تجيز لمن تضرر من المنتجات المعيبة أن يتمسك بأحكامها لإقامة مسؤولية المنتج باعتباره حارسا للتكوين.

¹.Cass-Civ,1 er,21/03/19862,bull.Civ.1,p155.

و لما كان من شأن تطبيق القواعد العامة-في القانون المصري-بحذفها أن ينفي مسؤولية منتج الدواء بوصفه حارسا، بمجرد تسليم المنتج للمستهلك الذي يصبح بمجرد التسلم الحارس الفعلي للشيء، و بالتالي يصبح مسؤولا عما يحدثه الدواء من أضرار له أو للغير، فقد تبنى القضاء الفرنسي فكرة "تجزئة الحراسة" "deGarde structure" بأن أقام على عاتق هذا الأخير حراسة الاستعمال، بينما حمل المنتج ما يسمى بحراسة الهيكل أو البنية (De Garde comportement)، لما له من إمكانيات الإشراف والمتابعة للتكوين الداخلي للدواء¹، و بذلك يكون مسؤولا عن هذا التكوين حتى بعد تسليمه للمستهلك، بحيث يفترض خطأ مُنتج الدواء و يتعين عليه للتخلص من المسؤولية أن يثبت خطأ حارس الاستعمال أو وجود السبب الأجنبي.

و يمكن للقضاء المصري توظيف نص المادة (178) من القانون المدني التي تقضي بأن: " كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسؤولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر بسبب أجنبي لا يد له فيه هذا مع عدم الإخلال بما يرد من أحكام خاصة"، لتمكين ضحايا الحوادث الطبية الناجمة عن استهلاك الأدوية أو استخدام الأدوات الطبية، من متابعة المحترفين قضائيا على أساس الخطأ المفترض فرضا غير قابل لإثبات العكس² في جانب من يوجد شئ في حراسته.

الأمر الذي يسمح بإسناد المسؤولية عن الأضرار التي تسبب فيها العيب أو الصفات الداخلية في الشئ لهذا الذي يعلم بالخصائص و البنية الداخلية للسلعة وقت

¹. جابر محجوب علي، المسؤولية التقصيرية للمنتجين و الموزعين، دراسة مقارنة بين القانون المصري و الفرنسي، دار النهضة العربية، غير مشار لدار النشر، ص 80 و ما بعدها و انظر لذات المؤلف، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب. المنتجات الصناعية المعيبة، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثالث، السنة العشرون سبتمبر 1996، ص 207 و ما بعدها.

². فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق، ص 160، و انظر أيضا أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، المرجع السابق ص 399، و محمد نصر الدين منصور، المرجع السابق، ص 165.

وقوع الضرر و هو المنتج أو البائع المحترف بصرف النظر عمّن تؤول إليه السلعة ويكون للمضرور الرجوع مباشرة على حارس الشيء الذي يكون له سلطة استعماله وإدارته أو على حارس البنية أو التكوين إذا كان الضرر ناجما عن عيب داخلي أو ذاتي في الشيء، أي خلل في البنية (التكوين)، و بذلك نكون قد وفرنا ضمانا إضافية للمضرور¹.

لعل هذا الحل قد استلهم فكره من الاتجاه الذي استند في التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي إلى علاقة الحادث الناشئ بالشيء، و الذي اعتبر أن الحادث الداخلي الذي ينجم عن الشيء ذاته لا يعتبر سببا لانعدام السببية، رغم كونه حادثا مستحيل توقعه أو دفعه، و بالتالي فالحادث الفجائي باعتباره ذاتيا في الشيء لا يؤدي لانتفاء المسؤولية بل يتحمل المدين تبعته، و هو ما يميزه عن القوة القاهرة باعتبارها حادثا خارجا عن الشيء².

¹. بدر جاسم يعقوب-المسؤولية عن الأشياء الخطرة في القانون الكويتي، رسالة القاهرة، 1977، ص 62.

². نبيل سعد، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 455.

المطلب الثالث: ضرورة استحداث آليات للتعويض تتوافق

مع نظام المسؤولية الموضوعية

هو قصور و عدم كفاية آلية التعويض وفق قواعد المسؤولية المدنية التقليدية في تغطية جميع الأضرار المترتبة عن التدخلات الطبية، فكما سبق القول أن المضرور يجب عليه دائما وفق هاته القواعد أن يقيم الدليل و يثبت خطأ الطبيب المتسبب في الضرر حتى و لو كان هذا الخطأ مفترض، بحيث إذا ثبت وجود سبب أجنبي يدفع به الطبيب فإن مسؤوليته الشخصية تنتفي. كما أن جعل إثبات الخطأ دائما مربوط بشخص محدد يؤدي في غالب الأحيان إلى ضياع حق المضرور في الحصول على التعويض، خاصة في حالة ما إذا كان يصعب أن يُنسب الضرر لشخص معين كأن يكون مجهولا غير معروف أو يصعب تمييزه لتعدد الأشخاص القائمين بالعمل الطبي، أو لم يتسبب فيه وقام بالعناية اللازمة في عمله المشروع أو يكون الشخص معسرا لا يستطيع دفع التعويض¹.

و لأجل تجنب كل هذا، و لتحقيق الحماية اللازمة و كفالة حق المضرور في ضمان التعويض له لتغطية الأضرار التي تعرّض لها نتيجة العمل الطبي، و كان من اللازم الاستجابة للطلبات المتزايدة و المستجدة لضحايا الأضرار الطبية، و إصلاح نظام المسؤولية المدنية قصد تدعيم الوظيفة التعويضية لهذه المسؤولية دون إلغائها، و من ثم استحداث أنظمة للتعويض تتوافق مع نظرية المسؤولية الموضوعية و عدم حصر التعويض بين المضرور و بين المسؤول عن الضرر، و إنّما أصبح التزاما تتحمله الذمة الجماعية المتمثلة في أحد أنظمة التعويض الجماعية².

¹. يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص42.

². المرجع نفسه، ص43.

و تتعدد صور أنظمة التعويض الجماعية، من حيث الجهة التي تتكفل بالتعويض عن أضرار النشاط الطبي، حيث قد يكون نظام التعويض الجماعي عبارة عن نظام تأمين على المسؤولية الطبية تتكفل بموجبه شركة التأمين بتعويض الأضرار الناتجة عن الأخطاء الطبية (الفرع الأول)، و قد تتجسد في صورة صناديق متخصصة للتعويض تتكفل فيه الدولة بالتعويض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعويض عن طريق التأمين، ضمانة للمضرور

ولكن غير كافية

تبوأ نظام التأمين عن المسؤولية المدنية للمهنيين بشكل عام، و في المجال الطبي بشكل خاص مكانة عالية و مرموقة في سُلّم الأنظمة القانونية، و يرجع السبب في ذلك إلى الدور الذي لعبه نظام التأمين في تعزيز الوظيفة التعويضية الموجود في المسؤولية المدنية، و من ثم يكون قد دق أولى المسامير في نعش نظام المسؤولية المدنية.

أما عن بؤادر ظهور فكرة التأمين في المجال الطبي من اقتراح الفقيهين " Desoille " و "Hneri - V.Cruzon" عام 1930 م، على اعتبار أنّ هذا النوع من التأمين سيجعل المريض آمناً من المخاطر التي قد تقع عليه، كذلك فإنّ الطبيب سيكون آمناً من دعاوى المسؤولية، التي قد تُرفع عليه، لأن شركات التأمين ستغطي كل المخاطر الناجمة عن خطأ الطبيب. كما نوهت الأستاذة "alam Rodet"¹.

تطبيق هذا النوع من التأمين يبدو أمراً منطقياً و مستحباً جداً، إذ من شأنه التقليل من المتابعات القضائية للأطباء التي تشكل عقبة حقيقية في وجه تطوير العلوم الطبية.

و على هذا الأساس، فإنّ التأمين عن المسؤولية جاء لإحداث التوازن بين مصلحتين و هما، من جهة مصلحة المضرور في الحصول على التعويض و هو الأمر الذي يتكفل بتأطيره نظام المسؤولية الموضوعية المطبق على الطرف الثاني الطبيب، كما تتكفل تقنية التأمين بفضل وظيفتها التعويضية قصد توفير الملاءة المالية للمشروعات الاقتصادية وذلك بدلاً من تركيز عبء الأضرار على المسؤول، و في ذلك تعزيز لحق المضرور في الحصول على التعويض و الإبقاء على استمرارية النشاط الطبي.²

¹.أمال بكوش ، مرجع سابق، ص236.

². يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص44.

و يعرف التأمين عن المسؤولية الطبية بأنه: " عقد بموجبه يؤمن المؤمن (شركة التأمين) الطبيب باعتباره مؤمناً له من الأضرار التي تلحق به من جراء رجوع المريض (أو ذويه أو ورثته أو المستحقين من الخلف أو المتضررين من الغير) عليه بالمسؤولية أثناء ممارسته لمهنته، لارتكابه ما يوجب المسؤولية"¹.

كما يمتد نطاق التأمين عن المسؤولية الطبية إلى المخاطر المرتبطة بممارسة المهنة من جهة و التي تُشكّل محلاً له من جهة، و من جهة أخرى نجد أن عقد التأمين لا يشمل جميع المخاطر التي لا تصلح بطبيعتها لأن تكون محلاً لهذا النوع من العقود كأن يكون محل عقد التأمين محددًا في نشاط (تخصص) طبي محدد كأمراض الفمويطالبي الطبيب بتدخل المؤمن لتعويض المريض جرّاء خطأ ارتكبه أثناء ممارسته لنشاط آخر²، و قد لا يشمل عقد التأمين جميع المخاطر بسبب وقوعها خارج نطاق ممارسة النشاط الطبي المعني بالتأمين، و من أمثلة هذه المخاطر، تلك المخاطر التي تنتج عن الأخطاء العمدية للمؤمن له و هذا على عكس أنّ عقد التأمين يشمل نتائج أخطاء تابعي و مساعدي الطبيب أيا كانت طبيعة هذه الأخطاء، أو تلك المخاطر التي تصيب أفراد أسرة المؤمن له (الطبيب)، أو تلك الأضرار الناتجة عن تصرفات و أفعال ممنوعة بنصوص قانونية أو لائحية. أو تلك التي تتجاوز النطاق المتفق عليه بين المؤمن ماقده يُحكم به على الطبيب المؤمن له من غرامات أو مصادرات نتيجة ارتكابه جريمة جنائية و ذلك تطبيقاً لمبدأ " شخصية العقوبة"، كأن يستعين ببديل أو تابع دون أن يكون مرخصاً لأي منهما بمزاولة أعمال الطب³.

¹. المرجع نفسه ، ص45.

². ثروت عبد الحميد، مرجع سابق، ص154.

³. يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص46.

و بالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري من التأمين من المسؤولية الطبية، فإننا نجده ألزم المؤسسات الصحية و العاملين فيها أو لحسابهم الخاص من أطباء و صيادلة وممارسين شبه طبيين بأن يكتتبوا تأميناً ضد المسؤولية عن الأخطاء الطبية، و ذلك في قانون التأمينات الجزائري رقم 95-07، حيث جاء في المادة 167 منه على أنه: "يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبيو الصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية اتجاه مرضاهم و اتجاه الغير.

كما نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 07-321 المتضمن تنظيم المؤسسات الإستشفائية الخاصة و سيرها، على أنه: "يتعين على المؤسسة الإستشفائية الخاصة إكتتاب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية للمؤسسة و مستخدميها و مرضاها.

و في المقابل نجد القوانين المقارنة نصت على إلزامية التأمين عن المسؤولية الطبية كالمشرع الفرنسي في المادة 2-1142.L من قانون الصحة العامة، و ضمن في هذه المادة المسؤولية المدنية والإدارية عن الأضرار التي يجدها الأشخاص الطبيعيون والمعنويون في القطاع العام و الخاص باستثناء الدولة، والناجمة عن العمل الطبي لهؤلاء الأشخاص في مجال الوقاية أو التشخيص أو العناية. و كذا نص عليه القانون الليبي رقم 17/1986 المتعلق بالمسؤولية الطبية، وقانون المسؤولية الطبية الإماراتي لسنة 2008¹.

¹ يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص30.

الفرع الثاني: التعويض عن طريق التضامن الوطني، تعزيز

لضمان حق المريض

يعتبر التعويض عن طريق التضامن الوطني أو بما يعرف " صناديق التعويض " النظام الثاني - بعد التأمين من المسؤولية- الإجتماعية المباشرة للأخطار بشكل منفصل عن المسؤولية المدنية، و من أسباب ضرورة وجود تعويض تلقائي عن الأضرار الطبية أنه لن ينفذ المضرور في شيء أن يكون دائئا بالتعويض في حين أن المدين، فاعل الضرر، يكون غير معلوم أو مجهول الهوية¹.

كما أن نظام التأمين قد يواجه صعوبات كبيرة حتى يستقر مبلغ التأمين في يد المضرور، فقد يواجه إعسار المسؤول أو إفلاس الشركة، كما أن هناك حالات أخرى تخرج عن حدود تلك الحماية التي يقرها نظام التأمين من المسؤولية، كعدم إبرام المسؤول عقد تأمين عن مسؤوليته، أو أن يكون مبلغ التأمين عن المسؤولية غير كاف لجبر الأضرار التي لحقت بالمضرور، و لذلك كانت الحاجة ماسة إلى سدّ الثغرات التي قد تعتري التأمين كآلية أساسية للتعويض، و سبيل ذلك هو إنشاء ما يسمى بصندوق الضمان (التعويض) و ذلك باسم التضامن الوطني².

و لأجل تدارك هذا، سارع المشرع الفرنسي- الذي كان سباقا في هذا المجال (المسؤولية الطبية)- في إحداث صندوق وطني لتعويض ضحايا الأضرار الناتجة عن الإصابات بفيروس الإيدز عن طريق نقل الدم أو الحقن بمواد مشتقة من مركباته، ثم ضمان حقوق المرضى بموجب الإصلاح الشامل الذي شهدته قانون الصحة العامة³.

¹.أمال بكوش ، مرجع سابق، ص237.

².يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص50.

³.يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص51.

فنظام التعويض عن طريق التضامن الوطني يقوم على أساس تحمل الجماعة أعباء الأضرار التي تحصل للمرضى بمناسبة انتفاعهم من الخدمات الصحية التي تقدمها المؤسسات الصحية العامة و الخاصة، و هذا ما يتبين لنا من خلال المصادر المالية للمكتب الوطني للتعويض عن الأضرار الطبية الذي أنشأ بموجب قانون 04 مارس لسنة 2002م المعدل لقانون الصحة العامة الفرنسي، حيث نجده يمول بواسطة التقديمات والتبرعات المختلفة وفقا للشروط المحددة بموجب المادة 2-174.L من قانون الصحة العامة الفرنسي¹.

و يكون التعويض عن طريق هذا النظام وفق حالات و شروط نصت عليها المادة L.1142-1 الفقرة الثانية من قانون الصحة العامة الفرنسي، حيث جاء فيها مايلي: "عندما لا تقوم مسؤولية مهني أو مؤسسة أو مصلحة أو هيئة المشار إليهم في الفقرة الأولى، أو صانع منتجات صحية، فإن أي حادث طبي أو علة علاجية المنشأ أو إخماج المشفى، يعطي للمريض أو لورثته في حالة وفاته الحق في تعويض الأضرار باسم التضامن الوطني، و ذلك عندما تكون هذه الأضرار ناجمة مباشرة عن الأعمال المتعلقة بالوقاية أو التشخيص أو العلاج، و تكون قد أدت بالنسبة للمريض إلى نتائج استثنائية بالنظر إلى حالته الصحية و كذلك التطور المتوقع لها، و أن تُمثل هذه النتائج طابعا جسيما يحدد بموجب مرسوم، و يقدر طابع الجسامة بالنظر إلى مقدار فقدان القدرة الوظيفية، و أثرها على الحياة الخاصة و المهنية، مع الأخذ بعين الاعتبار درجة العجز الدائم أو الوظيفي. و يجب أن يكون الضرر المسبب للعجز البدني أو العقلي و الواجب التعويض تحت نطاق التضامن الوطني أن تتعدى نسبته 25% و يتم تحديدها بموجب مرسوم².

¹.المرجع نفسه، ص51.

².يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص51.

رغم قصور قواعد المسؤولية المدنية في مواجهة التطورات العلمية و بالأخص الطبية، و في سبيل تحقيق الغاية المرجوة منها و هي إيصال التعويض المناسب للمتضررين من الأعمال الطبية، و بالرغم من الخصائص و المميزات التي جاءت بها نظرية المسؤولية الموضوعية في تحقيق العدالة و ضمان التعويض للمتضررين، إلا أنه لا يجب علينا أن نستغني عن أحدهما، فكلاهما يكمل بعضه البعض، و بالتالي فإنه يجب علينا أن نطبق و نرجع إلى قواعد المسؤولية المدنية بوجهها التقليدي في حالة ما إذا ثبت خطأ الطبيب المتسبب في الضرر، و كان هذا الضرر يستدعي التعويض و لو كان بسيطاً، كما يجب أن نطبق قواعد المسؤولية الموضوعية في حالة ما إذا لم يثبت أي خطأ أو تعذر تحديد المتسبب فيه و لكن بشرط أن يكون الضرر هنا يبلغ حداً معيناً من الجسام، و مرد هذا القول هو عدم إتهام كاهل الخزينة و كذا التقليل من الدعاوى المرفوعة ضد الدولة، خاصة أننا نعرف أن التعويض وفق هذا القواعد يكون على عاتق صندوق تتكفل الدولة بتمويله.

و لهذا يجب على المشرع الجزائري تبني نظام المسؤولية الموضوعية في المجال الطبي بصفة صريحة، دون الإكتفاء بالأحكام العامة المنصوص عليها في القانون المدني و إحداث صندوق خاص يهدف من خلاله التكفل بضحايا الأخطاء الطبية¹.

¹ يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص52.

خاتمة

خاتمة:

تعتبر الإرادة جوهر كل التصرفات القانونية التي يبرمها الإنسان، خاصة التصرفات التي قد يكون لها أثر بالغ على استمرار الحياة كما هو الحال بالنسبة لقبول المخاطر الطبية، لذلك فإن إبرام أيّ تصرف من هذا القبيل على غرار العقود الطبية يجب أن يُبنى على إرادة سليمة ومستتيرة، يُمكن معها إتخاذالقرار الصحيح، وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في التأكيد على الإرادة الحرة والمستتيرة عند الإستفادة من العلاج، سواء كان ذلك في القواعد العامة على غرار القانون المدني بالإشارة إلى عيوب الرضا، أم من خلال القوانين الخاصة على غرار قانون الصحة 18-11 المعدل والمتمم، أم من خلال المرسوم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطّب.

إنّ تأكيد المشرع على الإرادة المستتيرة في إبرام هذا النوع من التصرفات يجد مبرراته في خطورة العمل الطبي وحساسيته، خاصة في ظل التوسّع الإرادي لأطراف العلاقة التعاقدية في العقد الطبي، حيث أنّ أطرافه المتمثلة في الطبيب والمريض ليست على نفس المستوى في فرض الشروط، وهو ما يؤدي إلى غلبة طرف على آخر، رغم محاولة التشريعات المقارنة على غرار المشرع الجزائري إلى محاولة إعادة التوازن لهذه العلاقة.

أنّ وقوع المريض تحت وطأة الضغط النفسي والحالة غير الطبيعية التي يعيشها تجعل منه يبحث عن العلاج مهما كلفه ذلك من ثمن، وبالتالي فإنّ اللّجوء إلى حلول نسبية قد يفي بالغرض، كما هو الحال بقبوله بالضرر المتوقع من العمل الطبي، مفضلا إيّاه على عدم العلاج أصلا، وعليه فإنّ أثر هذا التصرف قد يلقي بضلاله على المسؤولية العقدية للطبيب من خلال تقليصها إلى أقصى درجة، ذلك أن الطبيب قد يملّي شروطه في العقد الطبي مستغلا ضعف الطرف الثاني، وهو ما يقرب العقد الطبي من عقود الإذعان.

يتميز العقد الطبي بالعديد من الخصائص والتي تعتبر خصائص تقليدية بالنظر إلى تقسيمات العقد وأنواعها، غير أنه ينفرد ببعض الخصائص الأخرى خاصة منها الالتزام بالإعلام والالتزام بالسلامة الصحية والالتزام بالمطابقة التي أملتها ظروف العقد الطبي والتطور العلمي والتكنولوجي الذي صاحبه في النهاية تطور قانوني على مستوى قيام المسؤولية المدنية في العمل الطبي.

إن تطبيق أحكام حماية المستهلك وقمع الغش على العلاقة القائمة بين الطبيب والمريض أنتجت نوعاً جديداً من الالتزامات الملقاة على عاتق الطبيب خصوصاً، وذلك من خلال اعتبار الطبيب محترفاً والمريض مستهلكاً، والدواء والآلات الطبية منتجات. لذلك فإن حماية المستهلك من المنتجات الدوائية يُحتم تطبيق أحكام قانون حماية المستهلك وقمع الغش، سواء تعلق الأمر بكيفيات الصنع والوسم والحفظ والتوزيع...، أو من خلال تحديد المسؤولية القانونية لمنتج هذا الدواء أو المنتجات والتجهيزات الطبية وبالتالي فإن أحكام المسؤولية العقدية لم تعد تكفي لتغطية هذا التطور، واللجوء إلى أحكام المسؤولية التقصيرية كان لا بدّ منه خاصة فيما تعلق بالمسؤولية الموضوعية أو ما يعرف بالمسؤولية اللاخطئية، طالما أنّ قيام المسؤولية التقصيرية تقليدياً يستوجب وجود خطأ وضرر وعلاقة سببية.

يعتبر العقد طبي من العقود التي تختل فيها الإلتزامات التعاقدية بين طرفيه، ونظراً لحساسية موضوع العلاج الطبي وعلاقتها بصحة الإنسان من جهة، ولنبل مهنة الطب من جهة أخرى، فإنّ الأحكام القانونية المنظمة لهذا العقد اتسعت لتشمل حماية المريض باعتباره مستهلكاً، نظراً للتطور الحديث في هذه العقود، سواء من حيث الأحكام القانونية المنظمة لها، أم من حيث الآثار التي قد ترتبها على طرفي العقد.

من خلال اعتبار الطبيب منتجاً والمريض مستهلكاً، اتسعت الحماية القانونية للمريض، لكن في نفس الوقت تبقى خصوصية العمل الطبي ومهنة الطب تلقي بظلالها

على المسؤولية العقدية للطبيب والذي يتمسك بأحكام قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في التَّمَلُّص من المسؤولية العقدية وخاصة في الإعفاء من المسؤولية.

أنَّ المسؤولية العقدية للطبيب تتقلص في ظلَّ قبول المريض بالضرر، وفي ظل الإختلال في التوازن العقدي، بالإضافة إلى القيمة الأخلاقية لمهنة الطب، بالرغم من المنادات بتطبيق أحكام حماية المستهلك على المريض باعتباره مستهلكا، والطبيب باعتباره منتجا.

إنَّ تقلص المسؤولية العقدية للطبيب في ظلَّ الظروف سالفة الذكر، يفتح المجال أمام إمكانية قيام المسؤولية التقصيرية للطبيب.

قد سائر المشرع الجزائري التطورات الحاصلة في موضوع المخاطر الطبية، وذلك بالنص على أحكام المادتين -140 مكرر، و140 مكرر-01- اللتان تمثلان أساس المسؤولية الموضوعية، من خلال تحمّل الدولة للتعويض عن الأضرار الناشئة من دون وجود خطأ، تماشيا وتطور المسؤولية المدنية.

كما تظهر مساندة هذا التطور من خلال نص المشرع الجزائري على القانون: 11-18 المتعلق بالصحة والذي تطرق فيه إلى الأحكام العامة التي تطبق على العلاقة بين المريض والطبيب سواء تعلق الأمر بالتبصير أم بالإعلام أم بكيفية تقديم العلاج والشروط الواجب توفرها في مقدم هذه الخدمة، كل هذه الأحكام تأتي تماشيا والحماية القانونية المكفولة للمريض وللطبيب على حد سواء، والتي من خلالها يمكن تحديد المسؤولية القانونية لكل طرف.

رغم توفر النصوص القانونية في مجال العمل الطبي والتحديثات التي جاء بها المشرع الجزائري على مستوى أحكام القانون المدني أو القانون الصحي أو أخلاقيات مهنة الطب إلا أنَّ التطور العلمي والتطور التكنولوجي والمعرفي يُبقي هذا القطاع في تطور دائم ومستمر وجب معه العمل على المستوى القانوني لإبراز بعض الإشكاليات القانونية في مجال تقديم الخدمة الطبية وما يصاحبها من أخطار على صحة المريض.

- في ختام هذا العمل البحثي يمكن الوصول إلى العديد من النتائج نبرزها فيما يلي:
- أنّ المسؤولية الطبية هي أحد أهم تطبيقات المسؤولية الموضوعية، تماشيا مع التطور القانوني والتكنولوجي في مجال الطب.
 - أنّ العقد الطبي يتميز بطابع خاص أملت طبيعته العمل وهو ما يؤثر بالضرورة على آثار هذا العقد سواء تعلق الأمر بالمريض وإرادته في اتخاذ قرار العلاج، أم بالنسبة للطبيب من خلال عوامل الإعفاء القانونية والاخلاقية من المسؤولية القانونية.
 - أنّ للعولمة الإقتصادية أثر بالضرورة على القوانين المنظمة لمهنة الطب، فأصبح الطبيب يُعامل على أنّه محترف والمريض يُعامل على أساس أنّه مستهلك، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى تطبيق الأحكام القانونية المتعلقة بحماية المستهلك، ممّا يؤدي إلى التوسع في التزامات الطبيب باعتباره محترفاً، و التي من أهمها الالتزام بالتبصير والالتزام بالاعلام والالتزام بالمطابقة.
 - أنّ التطور التكنولوجي في عالم الطبّ أدّى إلى ضرورة اللجوء إلى أحكام المسؤولية الموضوعية وهو ما نص عليه المشرّع الجزائري في التعديل الخاص بالقانون المدني لسنة 2007 من خلال المواد: 140 مكرر و 140 مكرر 01.
 - أنّ المنظومة التشريعية في الجزائر، لم تعد مستوعبة للتطور التكنولوجي المتسارع في مجال المعالجة الطبية، وما ترتب عنه من تغييرات على مستوى تطبيقات المسؤولية التقصيرية التقليدية، وهو ما أدّى إلى مسايرة هذا التطور بالأحكام القانونية الخاصة بالمسؤولية الموضوعية والتي تبقى قاصرة على استعاب كل هذا التطور.
- ومن خلال ما تقدم يمكن الإشارة إلى مجموعة من التوصيات يمكن إجازها في ما يلي:
- تطوير المنظومة القانونية في مجال المسؤولية خاصة فيما تعلق منها بالمسؤولية الموضوعية، فعلى الرغم من تعديل المشرع الجزائري للقانون المدني سنة 2007، إلا أنّ المادتين المضافتين لا تستوعبان كلّ أحكام هذه المسؤولية.

- توضيح الالتزامات القانونية للطبيب خاصّة منها ما تعلق باعتبار المريض مستهلك في هذا الاطار، كما أن قانون حماية المستهلك الجزائري 09-03 لم يشر إلى المريض باعتباره مستهلكا ولا إلى الطبيب باعتباره حرفي بل ترك ذلك إلى الأحكام العامة، وعليه وجب توضيح هذه العلاقة والتي بموجبها يمكن توضيح التزامات كلا الطرفين والتي تؤثر بالضرورة على نوع المسؤولية ومداهما.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

1) باللغة العربية

أولاً:المصادر

1_ القرآن الكريم

2 _الدستور

- الدستور الجزائري لسنة 1996، الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996 المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 الجريدة الرسمية رقم 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002.القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016. و المرسوم الرئاسي 20-422 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 جريدة رسمية العدد 82 لسنة 2020 الصادر في 30 ديسمبر 2020.

3_ الأوامر و القوانين

- الامر 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الاجراءات الجزائرية المعدل والمتمم.

- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري الجريدة الرسمية العدد: 78 لسنة 1975 الصادرة في 30 سبتمبر 1975، ص992.المعدل والمتمم.

- الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري الجزائري الصادر في 26.09.1975 المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية العدد: 101 لسنة 1975 الصادرة في 19.12.1975، ص 1306. المعدل والمتمم.

- الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 24 لسنة 1984 المؤرخة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم.

- **والقانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.**

- القانون 18-11 المتعلق بالصحة ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 46 لسنة 2018 الصادرة بتاريخ 29 جويلية 2018.

4_ المراسيم

- المرسوم التنفيذي رقم 90-266 ، المؤرخ في 15 سبتمبر 1990، المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات، الجريدة الرسمية رقم 40 لسنة 1990.

- المرسوم التنفيذي رقم 92_276 مؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق ل 6 يوليو سنة 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات المهنة، الجريدة الرسمية العدد 50 لسنة 1992.

ثانيا: الكتب

أ_ الكتب العامة

(1) إبراهيم دسوقي، قبول المخاطر و أثره على المسؤولية المدنية ،مجلة المحاميين العددان التاسع و العاشر ،فبراير ،مارس 1978،مجلة قانونية شهرية ،تصدرها جمعية المحامين الكويتية .

(2) ابن حزم، " المحلى "، ج 10 ، إدارة الطبعة المنيرية 1352 هـ ، ص 444- وأبو زهرة، الجريمة و العقوبة، ج (01).

(3) ابن منظور، لسان العرب، المجلد الخامس، منشأ دار المعارف.

(4) ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثالث، مكتبة دار المعارف.

- (5) البخاري، صحيح البخاري، الجزء الثالث، مطابع دار الشعب، القاهرة 1970.
- (6) السيوطي، الجامع الصغير، الجزء الرابع، طبعة المكتبة التجارية الكبرى، مصر 1935.
- (7) توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية" النظرية العامة للقانون والنظرية" العامة للحق، طبعة 1975، بيروت، ص 865-879.
- (8) جابر محجوب علي، المسؤولية التقصيرية للمنتجين و الموزعين، دراسة مقارنة بين القانون المصري و الفرنسي، دار النهضة العربية، غير مشار لدار النشر.
- (9) جابر محجوب علي، النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام) دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2015.
- (10) جبار جابر طه ، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر ، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، من منشورات جامعة صلاح الدين ، 1984 .
- (11) حسن عبد الباسط جميعي، الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2007.
- (12) حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الرابطة السببية، الطبعة الاولى، دار وائل للنشر، 2006 .
- (13) حسام الدين كمال الأهواني، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، الطبعة الثانية، سنة 1995.
- (14) خلف أحمد محمد محمود علي، الحماية الجنائية للمستهلك في القانون المصري والفرنسي والشريعة الاسلامية - دراسة مقارنة- دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 2005 .

- (15) ذنون أحمد رجب ،النظرية العامة للإكراه و الضرورة ، 1969.
- (16) رضا محمد جعفر، رضا المضرور بالضرر و أثره على الحق في التعويض ، دار
الجامعة الجديدة للنشر ، 2005 .
- (17) سعدون العامري - تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز
البحوث القانونية، بغداد، 1981.
- (18) سعيد جبر، المسؤولية الرياضية، دار النهضة العربية، 1993.
- (19) سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالافصاح في العقود، دار النهضة العربية القاهرة
مصر، 2000.
- (20) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الاول ، الطبعة الرابعة
1986.
- (21) سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري
مقارنا بتقنيات سائر البلاد العربية، الجزء الثاني، الأدلة المقيدة، الطبعة الرابعة، 1985.
- (22) سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.
- (23) عابد فايد عبد الفتاح فايد :الالتزام بضمان السلامة في عقود السياحة في ضوء
قواعد حماية المستهلك (دراسةمقارنة) دارالكتب القانونية،2010.
- (24) عامر قاسم أحمد القيسي ،مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح
الصناعي، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، الدار العلمية الدولية
للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، سنة 2001 .
- (25) عبد الحكم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دراسة تحليلية عملية في
ضوء الفقه و قضاء النقض، دار الألفي، دون ذكر السنة.
- (26) عبد الرحيم عامر المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية الطبعة الثانية سنة1979

- (27) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط مصادر الالتزام، المجلد الأول ، العقد، الطبعة الثالثة ، القاهرة، 1981 .
- (28) عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، طبعة سنة 1984 .
- (29) عبد القادر قصابي: الالتزام بضمان السلامة في العقود (نظرية عامة) دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
- (30) عزمي عبد الفتاح عطية، الخبرة أمام هيئات التحكيم - دراسة في القانون الكويتي مقارنة بالقانون الفرنسي وقانون التحكيم المصري، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الثاني رجب 1430 هـ / يونيو 2009 م.
- (31) علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2003.
- (32) علي فيلالي، الإلتزامات " الفعل المستحق للتعويض" الطبعة الثالثة، دار موفم للطبع ، الجزائر، 2012.
- (33) طاهري حسين، الخطأ الطبي العلاجي في المستشفيات العامة، دار هومه الجزائر، 2002.
- (34) ضاري خليل محمود، أثر رضاء المجنى عليه في المسؤولية الجزائية؛ دار القاسية للطباعة، بغداد، بدون سنة طبع .
- (35) لطفي البلشي ، قبول المخاطر الرياضية و دوره في تحديد المسؤولية المدنية بدون نكر البلد ، سنة 1994 .
- (36) محمد ابو زهرة، العقوبة و الجريمة في الفقه الاسلامي، ج01، دار الفكر العربي القاهرة، دون نكر السنه.
- (37) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح للإمام ، مكتبة لبنان سنة 1986.

- (38) محمد جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، سنة 1978.
- (39) محمد سليمان الأمجد، الخطأ الأساس الحقيقي للمسؤولية في القانون المدني العراقي، دراسة تحليلية، 2007 .
- (40) محمد صبري السعدي، "شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات " الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى عين مليلة ، الجزائر، سنة 2004.
- (41) محمد عبد القادر علي الحاج، مسؤولية المنتج و الموزع، دراسة في قانون التجارة الدولية، مع المقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، سنة 1982.
- (42) محمد علي القرى، المخاطر الإنمائية في العمل المصرفي الإسلامي، دراسة فقهية إقتصادية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني سنة 2008.
- (43) محمد وحيد محمد علي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 2001.
- (44) محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي، الطبعة الثالثة، سنة 1978.
- (45) مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية ، الجزء الثاني، مؤسسة بحسون للنشر و التوزيع ، بيروت، لبنان، سنة 1996.
- (46) مصطفى مرعي - المسؤولية المدنية في القانون المصري- الطبعة الثانية ، مطبعة الإعتماد، القاهرة، سنة 1994.
- (47) ملحم مارون كرم، الجرم المدني، دراسة مقارنة في القانون والفقه والاجتهاد منشورات زين الحقوقية، سنة 2004.

(48) **فاضلي إدريس**، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، العقد و الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، ديوان المطبوعات الجامعة، الجزائر، سنة 2009.

(49) **فتاك علي**، تأثير المنافسة على الإلتزام بضمان المنتج، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية مصر، سنة 2007.

(50) **قاسم ثروت**، الوجيز في شرح أحكام المقابلة، الجزء الأول، بغداد سنة 1979.

(51) **قيس الصغير**، المسؤولية المهنية في السعودية، الطبعة الأولى، السعودية، 1996.

(52) **وجدي ثابت غبريال**، مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة كأساس للمسؤولية الإدارية نحو أساس دستوري للمسؤولية دون خطأ، دراسة مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية سنة 1988.

(53) **يوسف احمد يوسف حسين النعمة**، دفع المسؤولية المدنية بخطأ المضرور (دراسة مقارنة)، مطبعة التأليف، طبعة 1991.

ب_ الكتب المتخصصة

(1) **أحمد محمود سعد**، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه دار الطوبجي للطباعة و النشر، جامعة القاهرة، سنة 1983.

(2) **أحمد حسن الحيازي**، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني و النظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، سنة 2008.

(3) **أحمد شوقي عمر أبو خطوة**، القانون الجنائي و الطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل و زرع الأعضاء البشرية ، دار النهضة العربية ، القاهرة سنة 1999.

(4) **أسعد عبيد**، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية دراسة مقارنة، دار الثقافة و النشر و التوزيع الطبع الأولى، عمان _الأردن، سنة 2009.

(5) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية المدنية العقديّة والتقصيرية، بدون مكان الطبع سنة 2000.

(6) أمال بكوش ، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، مصر، 2011.

(7) السيد محمد السيد عمران، التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية، مؤسسة الثقافة الجامعية، اسكندرية، 1992.

(8) ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية، دار الجامعة الجديدة للطبع، مصر سنة 2007.

(9) جاسم علي سالم الشامسي، مسؤولية الطبيب والصيدلي، بحث ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية) الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2004 .

(10) حسين زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري و القانون المقارن، دار النشر الجامعية، القاهرة، سنة 1995.

(11) عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 1986.

(12) عبد القادر خضير، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، دار هومه، الجزء الأول، الجزائر، سنة 2014.

(13) عبد المهدي بواعنة، إدارة المستشفيات والخدمات الصحية والتشريع الصحي والمسؤولية الطبية، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، سنة 2003.

(14) عبد النباوي محمد، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، الطبعة الثانية، سنة 2005.

- (15) **عصام أحمد محمد**، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة جنائية مقارنة المجلد الثاني، الطبعة الثانية، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، سنة 1988.
- (16) **مصطفى الجمال**، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء. بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت سنة 2004.
- (17) **مصطفى عبد الحميد عدوي**، حق المريض في قبول أو رفض العلاج دراسة مقارنة بين النظامين المصري و الأمريكي، الطبعة الثالثة، سنة 2003.
- (18) **محمد محمد أبو زيد**، بعض المشكلات القانونية الناتجة عن مرض فقد المناعة المكتسبة (الإيدز) إصدارات جامعة بيروت، لسنة 1995_1996.
- (19) **محمد عطا السيد سيد أحمد**، "مسؤولية الطبيب"، مجلة مجمع الفقه الاسلامي العدد الثامن، الجزء الثالث، جدة، 1994.
- (20) **محسن البيه حمدي عبد الرحمان**، معصومية الجسد، القاهرة، 1987.
- (21) **محسن عبد الحميد ابراهيم البية**، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة، مصر، سنة 1993.
- (22) **محمد فوزي أدهم**، نحو تطبيق واقعي لمسؤولية الطبيب في لبنان، بحث ضمن كتاب: المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية) الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2004.
- (23) **محمد حسن قاسم**، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، دراسة في التزام الطبيب بإعلام المريض أو حق المريض في الإعلام، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، سنة 2012.

(24) **محمد حسين منصور**، المسؤولية الطبية، الطبيب ، الجراح، طبيب الأسنان الصيدلي ، التمريض، العيادة والمستشفى، الأجهزة الطبية، دار الفكر الجامعي سنة 2006.

(25) **محمد جلال حسن الأتروشي**، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم -دراسة مقارنة- الطبعة الأولى، بدون ذكر السنة.

(26) **معوض عبد التواب**، الطب الشرعي والتحقيق الجنائي والأدلة الجنائية ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 1987.

ثالثاً: الأطروحات و المذكرات

أ_ أطروحات الدكتوراه

(1) **أحمد حسن الشامي**، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية أطروحة دكتوراه، مصر، سنة 1990.

(2) **أزوا عبد القادر**، نظام التعويض عن الأخطاء الطبية، جامعة الجبالي اليايس سيدي بلعباس، رسالة دكتوراه، سنة 2014-2015.

(3) **إيهاب يسر علي**، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، سنة 1994.

(4) **تالا عقاب الخصاونة**، أساس التعويض دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات الجامعية العليا، 2005.

(5) **سميرة الديات**، عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، عمان، دار الثقافة للنشر و التوزيع، رسالة دكتوراه، منشورة سنة 1999.

(6) **علي عبيد الجيلاري**، رضاء المتضرر و أثره في المسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون؛ جامعة بغداد، 1988.

(7) **كمال عبد الرزاق فلاح خريسات**، رضا المجني عليه و أثره على المسؤولية الجنائية، رسالة الدكتوراه، جامعة الإسكندرية، سنة 1993.

(1) **محمد بعجي**، المسؤولية المدنية المترتبة على حوادث السيارات، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، 2007-2008 .

(2) **محمد حسين علي الشامي**، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه القاهرة 1990، دار النهضة العربية 1990 .

(3) **محمد نصر الدين**، أساس التعويض (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، كلية الحقوق القاهرة، مصر، سنة 1983.

ب_ المذكرات

(1) **الحاج ملاح**، الحماية المدنية و الجنائية للمستهلك في الجزائر، مذكرة ماجستير كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس، سنة 2001.

(2) **إيناس طارق النقيب**، المسؤولية الجنائية للمستشفيات الأهلية ، مذكرة ماجستير جامعة بغداد، كلية القانون ، سنة 2003.

(3) **عادل عيد ابراهيم**، حق الطبيب في ممارسة الأعمال الطبية و مسؤوليته الجنائية مذكرة ماجستير، كلية الاحقوق السياسية، جامعة بغداد، سنة 1977.

(4) **سعاد بختاوي**، المسؤولية المدنية للمهني المدين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص - تخصص قانون مسؤولية المهنيين - كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، 2012.

رابعاً:المقالات العلمية

- (1) أحمد إبراهيم، مسؤولية الاطباء في الشريعة الاسلامية و في القانون المقارن مجلة الأزهر، المجلد 19، عام 1946.
- (2) أحمد بن محمد رقيس، فاطمة مناعي، حكم قتل الرحمة للمريض الميؤوس من شفائه والموقف القانوني منه، مقال منشور بمجلة الدراسات الاسلامية الصادرة عن جامعة عمار ثلاجي بالاغواط - الجزائر. الاصدار 06 المجلد 10.
- (3) إيهاب يسر أنور علي، المسؤولية المدنية و الجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، 1994.
- (4) جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب. المنتجات الصناعية المعيبة، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثالث، السنة العشرون، سبتمبر 1996.
- (5) جابر محجوب علي، دور الإدارة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، لجنة التأليف و التعريب والنشر، جامعة الكويت، سنة 2000.
- (6) حمدي عبد الرحمان، معصومية الجسد، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية بجامعة عين شمس ، مصر، 1980.
- (7) خليل مجدي حسن، مدى فاعلية رضا المريض في العقد الطبي، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 01، جامعة عين الشمس القاهرةمصر، سنة 2001.
- (8) سمير اورقلي، مسؤولية طبيب التخدير القانونية والمهنية، بحث منشور في مجلة المحامون السورية، عدد 7، سنة 1985.
- (9) سميرة لالوش، الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 55 العدد 03 صص 177-199.

- (10) . **معمر بن طرية**، نظام المسؤولية الموضوعية للمنتج ودوره في تقويم النظام التعويضي للحوادث المنتجات المعيبة . مقال منشور بالمجلة الجزائرية للقانون المقارن العدد 01 المجلد 01 لسنة 2014، ص ص 115 - 150 .
- (11) **محمد علي النجار**، حول المسؤولية الأطباء، بحث منشور في مجلة الأزهر، العدد 2- سنة 1368 هـ.
- (12) **منصور مصطفى منصور**، حقوق المريض على الطبيب، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة، العدد 12، السنة الخامسة، الكويت 1981.
- (13) **نائل عبد الرحمان**، مسؤولية الأطباء الجزائرية، دراسات مجلة العلوم والشريعة والقانون، المجلة 29، العدد الأول 01، أيار 1999، تصدر عن الجامعة الأردنية.
- (14) **هوارية بن زرفة**، الالتزام بالاعلام في عقد العلاج الطبي، مقال منشور بمجلة القانون، المجلد الرابع، العدد الاول، 2015، ص ص 217-256.

خامسا: مواقع إلكترونية

- (01) **Desgraviers. A, Bressonc. C, Rodat. O** : Le renversement de la charge de la preuve en matière d'information médicale, <http://www.soo.com.fr>. mise à jour le : 24/03/2023.a 17 :30
- (02) **Olivier Dupont** : d'une obligation de moyen à une obligation de résultat en matière de responsabilité médicale. <http://www.jurisfutur.com>, mise à jour le : 24/03/2023. A 17 :45
- (03) **Jean Penneau** :Les fautes médicales,Alain Bensoussan : L'information des patients : pourquoi, qui, comment ? <http://www.doctissimo.fr>. mise à jour le : 24/03/2023.A 17 :55.
- (04) **Jean François Carlot** : Evolution de la responsabilité médicale – actualités juridiques du risque médical, <http://www.jurisques.com>, mise à jour le : 25/03/2023. A 10 :30
- (05) https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000041721051 mise à jour le : 26/03/2023.A 23 :30
- (06) <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008079452/> mise a jour 26/03/2023 a 23 :55.
- (07) <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/ch/ch037fr.pdf> mise a jour 28 mars 2023 a 13 :00
- (08) <http://bcujas-cms.univ.paris1.fr/fr> mise a jour 02/04/2023 a 18:00
- (09) .Gazette du plais, jurisprudence sommaires, www.gazette-du-palais.fr mise a jour 30/03/2023 a 18 :36

II المؤلفات باللغة الفرنسية

A- Les ouvrages

- (1) **Alex Will et Francois Terre**, Droit civil des obligations, 4^e édition, Dalloz, Paris 1986.
- (2) **Ammar Guesmi** : La responsabilité du médecin en matière D'I. V.G en France, La revue Algérienne des sciences juridiques, Economique et Politique, Tome 33, n° 02, Volume XXXIII , 1995, Algérie.
- (3) **André TUNC**, L'avenir de la responsabilité civile pour faute, éd s Paris 1988.
- (4) **Bonneau J**: Paradoxe sur le droit médical, Gaz. Pal, (1^{er} sem) 1999 du 17 juin 1999, France.
- (5) **CALAIS- ALLOY**, ne peut-on pas passer de la faute responsabilités civile. Petites affiches, 13 des.1991.
- (6) **Catherine Thibierge** ; Libre propos sur l'évolution du droit de la respons CIV 1999.
- (7) **Chabas F**, La responsabilité pour défaut de sécurité des produits de sécurité des produits, dans la loi du 19 mai 1998, Gaz Pal 1988, I. doct, P 2.
- (8) **Dieter Giesen** : La responsabilité par rapport aux nouveaux traitements et aux expérimentations, communication au colloque de droit européen « la responsabilité civiles des médecins », organisé par le conseil de l'Europe avec la collaboration des université « Jean Moulin » et « Claude bernard », LYON du 03- 05 juin 1975, Ed. Masson, Paris, 1976.
- (9) **Duez** ,P. La responsabilité de la puissance publique en dehors du contrat, Dalloz, 1938 .

- (10) **Fabienne Quillere-Majzoub**, La responsabilité du service public hospitalier, recherche présentée à l'occasion de la conférence scientifique annuelle de la faculté de droit de Beyrouth, Partie I. La responsabilité médicale Beyrouth, 2000.
- (11) **Fabrice Lefferrard** : Une analyse de l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère, Recueil Dalloz, 1999, 34^e cahier. Chronique, France.
- (12) **Guy Nicolas** : La loi 04 mars 2002 et l'expertise médicale, Gaz. Pal 15 Décembre 2002.
- (13) **Geneviève Viney** : chronique sur la responsabilité civile, 1997 I, 4068, n° 09.
- (14) **Isabelle Pariente Butterlin** La relation du patient et du médecin confiance, contrat ou partenariat, esprit, Mai 2002.
- (15) **Jean Guigue** : Responsabilité des médecins – Devoir d'information G.P.H, Spécial Droit De La Santé, dimanche 25 au mardi 27 novembre 2001, 121^e année, n° 329 à 331, France.
- (16) **Jean Luc Aubert**, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, 3^e édition, Armand Colin, Paris.
- (17) **Jean Penneau** : Le consentement face au droit de la responsabilité médicale, Gaz. Pal, 1999 (1^{er} semestre), France.
- (18) **LEGOUX (Alain)**, « Consécration du défaut d'information comme faute autonome », *Gazette du Palais*, N°167-168, 2010.
- (19) **Livie, ANSELME-MARTIN**, la responsabilité civile délictuelle objective, essai d'une théorie générale de la responsabilité civile délictuelle thèse, Montpellier, 1991.

- (20) **Mazeaud**(H.L et J) et Chabas(F), Traité de la responsabilité civile, Tom 3 em.6 em adition, Montchrestien, 1983.
- (21) **Mark Sabek** : Les responsabilités du chirurgien – dentiste, les Etudes Hospitalières Edition, Bordeaux, 2003.
- (22) **Montaigne Michel** : 1533 – 1592, écrivain français. Conseiller au parlement de Bordeaux, 1577, Dictionnaire HACHETTE, Edition, 2002.
- (23) **Nadeau** (A.R) trait de responsabilité civile délictuelle ,MonterealWilson et lafleu 1971.
- (24) **Pansier J.F.**: Le consentement à l'hôpital, Gaz. Pal 1999, Numéro spécial de colloque : " Le consentement aux actes médicaux ", France.
- (25) **Patrice Jourdain**, Le Fondement De L'obligation de Securite, Gazette du Palais, 1997.
- (26) **Pierre Sargos** : Réflexions "Médico-Légales" sur l'interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique, La semaine juridique Edition générale, n° 21-22, 23 mai 2001, France.
- (27) De Juglart(Michel) et Piédilieve(Alain), cours de droit civil, tom 1, éeme éd, Montchrestien, Paris 1992.
- (28) **RadeCh**, l'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile Chéron ,D 1998,P 301, Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile, 1-impasse, p 313, 2- les voices de la réforme .
- (29) **Starck**. Essai d'une théorie de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de pleine Privée, thèse, Paris 1947,
- (30) **Vayre. P** : Le médecin expert judiciaire, mission pour responsabilité professionnelle, Gaz. Pal, 22 mars 2001.

B– Les Articles

(01) .Bossouf –Hammana Naziha, Revue Des Sciences Humaines, Volume 11, Numéro 1, Pages 7–13, 2000–06–30

(02) Dennouni Hadjira : L'arrêt Perruche et les perspectives de la responsabilité médical, Revue semestrielle « Etudes Juridiques», Editée par le laboratoire de droit privé fondamental, Faculté de droit Université Abou BekrBelkaid – Tlemcen, n° 03, 2006.

(03)Janine Revereau, Responsabilité des fabricants, JCP. La semaine juridique "entreprise et affaires", N° 27, 02 juillet 1998, Paris.

(04).Jean hemard : le Consentement de la victime dans le délit de coups et blessures. Rev .critique de lagislation et de jurixprudence 1939.

(05)Palmer(Verno) : Trois principes de la responsabilité sans faute, Rev Int. Drt. Comp, 1987.

الفهرس

الفهرس

| الصفحة | الموضوع |
|--------|---------------------------------------------------------------------------|
| 01 | مقدمة |
| 08 | الباب الأول: ارتباط المسؤولية العقدية للطبيب بقبول المريض للمخاطر الطبية |
| 10 | الفصل الأول: إرادة المريض في تحمل المخاطر الطبية |
| 13 | المبحث الأول: ماهية القبول بالمخاطر الطبية |
| 13 | المطلب الأول: مفهوم قبول مخاطر العمل الطبي |
| 14 | الفرع الأول: تعريف قبول مخاطر العمل الطبي |
| 14 | البند الأول: تعريف قبول مخاطر العمل الطبي لغة |
| 14 | البند الثاني: تعريف قبول مخاطر العمل الطبي اصطلاحاً |
| 19 | الفرع الثاني: مقومات قبول المخاطر الطبية |
| 19 | البند الأول: تمييز قبول المخاطر الطبية عما يشابهها من المصطلحات القانونية |
| 24 | البند الثاني: خصائص قبول المخاطر الطبية و تكييفها |
| 29 | المطلب الثاني: قواعد تطبيق قبول المخاطر الطبية |
| 31 | الفرع الأول: القواعد الشرعية لقبول المريض مخاطر العمل الطبي |
| 31 | البند الأول: مبدأ حرمة جسم الإنسان في الشريعة الإسلامية |
| 33 | البند الثاني: إباحة العمل الطبي على جسم الإنسان |
| 39 | الفرع الثاني: القواعد الأخلاقية لقبول المريض بمخاطر العمل الطبي |
| 40 | البند الأول: النظرية التقليدية |
| 41 | البند الثاني: النظرية الحديثة |
| 43 | المبحث الثاني: توافق رضا المريض مع قبوله للمخاطر |
| 44 | المطلب الأول: رضا المريض |

| | |
|----|---------------------------------------------------------------------------|
| 44 | الفرع الأول: أهلية رضا المريض |
| 44 | البند الأول: مفهوم أهلية الرضا |
| 49 | البند الثاني: عوارض أهلية المريض |
| 50 | الفرع الثاني: خلو رضا المريض من عيوب الرضا |
| 51 | البند الأول: الغلط |
| 52 | البند الثاني: التدليس |
| 54 | البند الثالث: الإكراه |
| 55 | البند الرابع: الاستغلال |
| 56 | المطلب الثاني: أحكام قبول المريض للعمل الطبي |
| 57 | الفرع الأول: شكل قبول المريض |
| 59 | البند الأول: القبول الصريح |
| 60 | البند الثاني: القبول الضمني |
| 61 | البند الثالث: سكوت المريض |
| 62 | الفرع الثاني: صور قبول المريض |
| 63 | البند الأول: صدور القبول من المريض |
| 65 | البند الثاني: موافقة ممثل المريض |
| 73 | الفصل الثاني: المسؤولية العقدية للطبيب في ظل خصوصية العقد الطبي |
| 75 | المبحث الأول: خصوصية العقد الطبي |
| 75 | المطلب الأول: الجوانب المؤثرة في توسع التزامات الطبيب في العقد الطبي |
| 75 | الفرع الأول: الجوانب الإنسانية والأخلاقية ودورها في توسيع التزامات الطبيب |
| 76 | البند الأول: حكم 25 فبراير 1997 |
| 78 | البند الثاني: حكم 14 أكتوبر 1997 |
| 84 | الفرع الثاني: التزامات الطبيب المتعلقة بأعماله الفنية |
| 86 | البند الأول: عمليات الحقن ونقل الدم |
| 87 | البند الثاني: استعمال الأدوات والأجهزة الطبية |

| | |
|-----|-------------------------------------------------------------------------------------|
| 91 | البند الثالث: التركيبات والأسنان الصناعية |
| 93 | البند الرابع: التلقيح |
| 93 | البند الخامس: التحاليل الطبية |
| 94 | البند السادس: الأدوية والمواد الصيدلانية |
| 97 | البند السابع: الجراحة التجميلية |
| 97 | البند الثامن: عمليات نقل وزرع الأعضاء |
| 100 | المطلب الثاني: انعكاس طبيعة عناصر العقد الطبي على الالتزامات فيه |
| 101 | الفرع الأول: المريض باعتباره مستهلك |
| 101 | البند الأول: المستهلك في العقد الطبي شخص طبيعي |
| 102 | البند الثاني: المستهلك شخص يقتني أو يستعمل المنتج الطبي بمقابل أو مجاناً |
| 103 | الفرع الثاني: الطبيب باعتباره مهني أو حرفي |
| 104 | الفرع الثالث : المنتجات الدوائية |
| 104 | البند الأول: المنتجات الطبية الإستهلاكية |
| 106 | البند الثاني: المنتجات الطبية المتعلقة بجسم الإنسان |
| 107 | المطلب الثالث: خصائص العقد الطبي |
| 107 | الفرع الأول: الخصائص ذات الطابع الشخصي |
| 107 | البند الأول: إنَّ العقد الطبي قائم على الاعتبار الشخصي |
| 107 | البند الثاني: العقد الطبي هو عقد وكالة |
| 108 | الفرع الثاني: الخصائص ذات الطابع الفني |
| 108 | البند الأول: العقد الطبي عقد عمل |
| 109 | البند الثاني: العقد الطبي عقد مقاولة |
| 110 | البند الثالث: أنَّ العقد الطبي من العقود غير اللازمة |
| 111 | الفرع الثالث: طبيعة الالتزامات في العقد الطبي |
| 113 | المبحث الثاني: الضرر المقبول به من طرف المريض ودوره في تقليص مسؤولية الطبيب العقدية |

| | |
|-----|--------------------------------------------------------------------------|
| 114 | المطلب الأول: موضع الرضا بالضرر المقبول به من المريض في إطار العقد الطبي |
| 114 | الفرع الأول: الطبيعة القانونية للرضا بالضرر المقبول به |
| 114 | البند الأول: الاتجاهات الفقهية للطبيعة القانونية لرضا المضرور بالضرر |
| 118 | البند الثاني: نطاق رضا الضرر المقبول به |
| 121 | البند الثالث: صحة تصرف المضرور برضاه بالضرر |
| 126 | المطلب الثاني : الخصائص المستحدثة للعقد الطبي في اطار حماية المستهلك |
| 126 | الفرع الأول: الالتزام بالإعلام في العقد الطبي |
| 127 | البند الأول: المقصود بالإعلام في العقد الطبي |
| 128 | البند الثاني: أساس الالتزام بالإعلام |
| 132 | الفرع الثاني: التزام الطبيب بسلامة المريض |
| 135 | الفرع الثالث: الالتزام بالسلامة |
| 139 | الباب الثاني : تقلص المسؤولية التقصيرية للطبيب بعد وقوع الضرر |
| 141 | الفصل الأول: مسؤولية الطبيب التقصيرية بين الخطأ الطبي وعدم التبصير |
| 142 | المبحث الأول: المصدر القانوني للالتزام بالتبصير والخطأ الطبي |
| 142 | المطلب الأول: تبصير الطبيب للمريض للالتزام القانوني |
| 143 | الفرع الأول: مفهوم التزام الطبيب بتبصير |
| 143 | البند الأول: تعريف الالتزام بالتبصير |
| 146 | البند الثاني: طبيعة الالتزام بالتبصير و أنواعه |
| 150 | البند الثالث: مصدرالالتزام الطبيب بتبصير المريض |
| 153 | الفرع الثاني: نطاق التزام الطبيب بتبصير المريض |
| 153 | البند الأول :الاتجاه المضيق للالتزام الطبيب بالتبصير |
| 154 | البند الثاني:الاتجاه الموسع لنطاق الالتزام بالتبصير |
| 158 | البند الثالث :الاتجاه المقيد لنطاق الالتزام بالتبصير |
| 162 | المطلب الثاني: خطأ الطبيب أساس مسؤوليته التقصيرية |

| | |
|-----|------------------------------------------------------------------------------|
| 163 | الفرع الأول: تصنيفات الخطأ الطبي |
| 163 | البند الأول: الخطأ من حيث درجة في عمل الطبيب |
| 167 | البند الثاني: الخطأ من حيث النوع في عمل الطبيب |
| 170 | الفرع الثاني: ارتباط خطأ المريض بالعمل الطبي |
| 170 | البند الأول: انتفاء مسؤولية الطبيب الشخصية بقبول المريض للخاطر |
| 173 | البند الثاني: توسع مسؤولية المريض بموجب الخطأ الاحتمالي في عمل الطبيب |
| 176 | البند الثالث: عيوب المنتجات الطبية وأثرها على تقليص مسؤولية الطبيب التقصيرية |
| 178 | الفرع الثالث: تفويت الفرصة وعلاقته بالإخلال بالتبصير و خطأ الطبيب |
| 179 | البند الأول: جزاء الإخلال بالتبصير في ضل وجود فرصة |
| 179 | البند الثاني: جزاء الإخلال بالتبصير في ضل عدم وجود فرصة |
| 180 | المبحث الثاني: دور الإثبات في تحقيق مسؤولية الطبيب التقصيرية |
| 181 | المطلب الأول: إثبات تبصير الطبيب للمريض |
| 181 | الفرع الأول: شروط إثبات التبصير ومعوقاته |
| 183 | البند الأول: شروط إثبات التبصير |
| 184 | البند الثاني: معوقات إثبات التبصير |
| 187 | الفرع الثاني: عبء إثبات التبصير ما بين الطبيب والمريض |
| 187 | البند الأول: عبء إثبات عدم التبصير يقع على عاتق المريض |
| 190 | البند الثاني: عبء إثبات التبصير يقع على عاتق الطبيب |
| 192 | البند الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في الإثبات |
| 195 | المطلب الثاني: إثبات الخطأ الطبي |
| 197 | الفرع الأول: إثبات الأخطاء ذات الطبيعة الإنسانية والأخلاقية |
| 197 | البند الأول: كيفية إثبات الحصول على رضا المريض |
| 200 | البند الثاني: إثبات رفض الطبيب لعلاج المريض |
| 201 | الفرع الثاني: إثبات الأخطاء ذات الطبيعة الفنية |
| 201 | البند الأول: دور القاضي في إثبات الخطأ الطبي الفني |

| | |
|-----|----------------------------------------------------------------------------------------------|
| 207 | البند الثاني: دور الخبرة القضائية في الإثبات |
| 215 | الفصل الثاني: المسؤولية الموضوعية وخصوصية التعويض عن الاضرار الطبية |
| 216 | المبحث الأول: المسؤولية الموضوعية للطبيب، خصوصية وصعوبة الاثبات |
| 217 | المطلب الأول: المسؤولية الموضوعية للطبيب: قصور لأحكام المسؤولية الشخصية ولخصوصية العمل الطبي |
| 217 | الفرع الأول: الخطأ الطبي بين عدم الكفاية وصعوبة الاثبات |
| 217 | البند الأول: عدم كفاية الخطأ كأساس للمسؤولية عن الاضرار الطبية |
| 219 | البند الثاني: صعوبة اثبات الخطأ الطبي |
| 222 | الفرع الثاني: التحول من المعيار الشخصي للخطأ إلى المعيار الموضوعي |
| 226 | الفرع الثالث: بروز خصوصية التجريد لأركان المسؤولية الموضوعية في العمل الطبي |
| 226 | البند الأول: صفة التجريد في الضرر |
| 231 | البند الثاني: صفة التجريد في العلاقة السببية |
| 236 | المطلب الثاني: انعكاس المخاطر الطبية على مفهوم المسؤولية الموضوعية |
| 237 | الفرع الأول: أسس المسؤولية الموضوعية |
| 239 | البند الأول: نظرية تحمل التبعة |
| 240 | البند الثاني: نظرية المخاطر |
| 241 | البند الثالث: نظرية الضمان |
| 242 | البند الرابع: نظرية اجتماعية المسؤولية |
| 243 | الفرع الثاني: الدعائم التشريعية والقضائية للمسؤولية الموضوعية في إطار المخاطر الطبية |
| 243 | البند الأول: المسؤولية الموضوعية في التشريع |
| 243 | البند الثاني: شروط المسؤولية الموضوعية |
| 247 | المبحث الثاني: التعويض عن الأضرار الطبية |
| 248 | المطلب الأول: التعويض وإشكالية الأساس القانوني في المجال الطبي |

| | |
|-----|-------------------------------------------------------------------------------|
| 249 | الفرع الأول: التعويض في المجال الطبي |
| 249 | البند الأول: نطاق التعويض من حيث التقدير والتوقيت |
| 253 | البند الثاني: الشخص المستحق للتعويض. |
| 255 | الفرع الثاني: التعويض عن الضرر: مابين العلاج والمنتجات الطبية |
| 255 | البند الأول : إشكالية الأساس القانوني في التعويض عن الضرر في العلاج الطبي. |
| 260 | البند الثاني: إشكالية الأساس القانوني في التعويض عن المنتجات الطبية |
| 264 | المطلب الثاني: القواعد القانونية المؤثرة على استحقاق التعويض |
| 264 | الفرع الأول: القواعد القانونية المتعلقة بحماية المستهلك |
| 267 | البند الأول: مسؤولية تقوم على العيب. |
| 272 | البند الثاني: توحيد قواعد المسؤولية للضحايا |
| 275 | الفرع الثاني: التوسع في الأخذ بالخطأ والخطأ المفترض |
| 276 | البند الأول: تبني مفهوم موسع لفكرة الخطأ كأساس لمسؤولية منتج الدواء |
| 278 | البند الثاني: رجوع ضحية حادث الإستهلاك على أساس الخطأ المفترض |
| 281 | المطلب الثالث: ضرورة استحداث آليات للتعويض تتوافق مع نظام المسؤولية الموضوعية |
| 283 | الفرع الأول: التعويض عن طريق التأمين، ضمانة للمضرور و لكن غير كافية |
| 286 | الفرع الثاني: التعويض عن طريق التضامن الوطني، تعزيز لضمان حق المريض |
| 290 | الخاتمة |
| 296 | المراجع |
| 315 | الفهرس |

الملخص:

تتناول هذه الأطروحة موضوع قبول المخاطر الطبية وأثره على المسؤولية المدنية وذلك وفقا للقانون الجزائري المتمثل أساسا في القانون 11-18 المتعلق بالصحة والمرسوم التنفيذي 92-276 المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب، ذلك أن المسؤولية العقدية تترتب على وجود عقد يربط المريض والطبيب، لكن هذه المسؤولية تضيق نحو المسؤولية التقصيرية القائمة على الخطأ، والتي لم تعد كافية بدورها في مواكبة التطورات اللاحقة في مجال التشريعات الطبية من جهة والتطور التكنولوجي في المجال الطبي من جهة أخرى في ظل صعوبة اثبات الخطأ وهو ما أدى بالمشروع الجزائري إلى تبني أحكام المسؤولية الموضوعية في المادتين 140 مكرر و 140 مكرر 01، وتوسيع أحكام المسؤولية إلى مجال حماية المريض باعتباره مستهلكا.

Résumé:

Cette thèse traite l'acceptation des risques médicaux et son impact sur la responsabilité civile, selon le droit algérien, principalement représenté dans la loi 11-18 relative à la santé, et le décret exécutif 92-276 relatif à la déontologie médicale, de sorte que la responsabilité contractuelle implique l'existence d'un contrat liant le patient et le médecin. Toutefois, cette responsabilité se réduit à la responsabilité délictuelle pour faute, qui ne suffit plus à son tour à suivre les évolutions ultérieures dans le domaine de la législation médicale d'une part et l'évolution technologique dans le domaine médical d'autre part au regard de la difficulté de prouver l'erreur, ce qui a conduit le législateur algérien à adopter les dispositions de responsabilité objective des articles 140 bis et 140 bis 01, et à étendre les dispositions de responsabilité au domaine de la protection du patient en tant que consommateur.

Abstract :

This thesis deals the acceptance of medical risks and its impact on civil liability, according to Algerian law, mainly represented in law 11-18 relating to health, and executive decree 92-276 relating to medical ethics. so that contractual liability implies the existence of a contract binding the patient and the doctor. However, this liability is reduced to tort liability for fault, which in turn is no longer sufficient to follow subsequent developments in the field of medical legislation on the one hand and technological developments in the medical field on the other given the difficulty of proving the error, which led the Algerian legislator to adopt the strict liability provisions of articles 140 bis and 140 bis 01, and to extend the liability provisions to the field of patient protection as consumer.