

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أحمد دراية أدرار

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق

تخصص قانون خاص

الخطأ الطبي في إطار المسؤولية المدنية

تحت إشراف:

أ.د: مغني دليلة

من إعداد الطالب:

قاسمي محمد أمين

أعضاء لجنة المناقشة:

أ.د بجهاوي الشريف	أستاذ	جامعة ادرار	رئيساً
أ.د مغني دليلة	أستاذ	جامعة ادرار	مشرفاً ومقرراً
د. بن الشريف سليمان	أستاذ محاضر قسم "أ"	جامعة عنابة	مناقشاً
د. سنيسنة فضيلة	أستاذ محاضر قسم "أ"	جامعة بشار	مناقشاً

تاريخ المناقشة 2019/ 12/05

السنة الجامعية: 2020/2019

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قِيلَ لَكُمْ تَفَسَّحُوا فِي الْمَجَالِسِ
فَانْفَسِحُوا يَنْفَسِحِ اللَّهُ لَكُمْ ۖ وَإِذَا قِيلَ انشُرُوا فَاَنْشُرُوا يَرْفَعِ
اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ ۗ وَاللَّهُ بِمَا
تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾

الآية 11 سورة المجادلة

إهداء

إلي كل من أضاء بعلمه عقل غيره

أو هدى بالجواب الصحيح حيرة سائله

فأظهر بساحته تواضع العلماء

وبرحابته سماحة العارفين.

أهدي هذا العمل المتواضع إلى أمي التي أسأل الله أن يبارك لها

في العمر و إلى أبي الذي لم ييخل علي يوماً بشيء وعلمنا أن

النجاح لا يكون إلا بالصبر.

وإلى

أم أولادي العزيزة وإلى أبنائي وإخوتي وأسرتي جميعاً

ثم إلى كل من علمني حرفاً أصبح سنا برقه يضيء الطريق

أمامي

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين.

الشكر لله تعالى على نعمه التي لا تُحصى و التي منها توفيقه لي تعالى على إتمام هذه الدراسة.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير والعرفان إلى أستاذتنا الفاضلة الأستاذة المشرفة،
الدكتور * مغني دليلة * التي تشرفت عليّ بقبول الإشراف على هذه الرسالة وعلى ما قدمته لي من توجيهات ومتابعة كانت سببا في إخراج هذا العمل
كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأساتذة الأجلاء أعضاء لجنة المناقشة.

الشكر موصول إلى أصحاب المقام العالي أساتذتي الأفاضل في كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أحمد دراية بأدرار.

وأشكر كل من مدّ لي يد العون والدعم لإنجاز هذا العمل المتواضع

وما توفيقتي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب.

مقدمة:

يشهد الطب خلال العقود الأخيرة تطوراً كبيراً وتقدماً ملحوظاً، ولعل الملاحظ لهذا الشأن يرى أن ما تحقق خلال الخمسين عام الماضية يتجاوز في أهميته ما تم تحقيقه خلال عشرين قرن من عمر الطب عموماً، غير أن هذه الفعالية المتزايدة للطب الحديث لم تكن لتخفي آثاره الضارة ومخاطره الملازمة لتطوره والتي هي سمة كل تطور علمي في مجالات الحياة تقريباً، فالخطورة وجدت مجالاً خصباً في العلوم الطبية، كيف لا والجسد البشري هو موضوع تلك العلوم والابحاث.

ونظراً لأن الممارسات الطبية الحديثة تتم في الغالب من خلال علاجات عن طريق عقاقير لا تخلو من آثار غير متوقعة أو مأمونة العواقب تظهر بعد مرور وقت ليس بالقصير من استخدامها، ضف إلى ذلك ظهور الآلات والأدوات المصاحبة للعمل العلاجي بقدر ما ارتقت في نسبة نجاح العلاج، إلا أن محصلة هذا التطور الطبي وما لازمه من مخاطر أدى إلى زيادة الخطر على جسم المريض، رافقتها في ذات الوقت زيادة ملحوظة في عدد دعاوى المسؤولية المرفوعة أمام القضاء ضد الأطباء للمطالبة بالتعويض عما يخلفه العمل العلاجي والجراحي خصوصاً من أضرار.

وإذا كان المشرع قد أجاز للأطباء التعرض لجسم الإنسان، وذلك بإتيان أفعال تعد من قبيل الجرائم إذ أتاها غيرهم من الأشخاص، فإن الغاية من هذه الإجازة هو العمل على علاجهم وتحقيق شفائهم وتخفيف آلامهم أو الحد منها، مما ينفي الصفة الإجرامية عن الأعمال الطبية غير أن هذا العمل مقيد بشروط وأخلاقيات، فإن تجاوزها يعرض صاحبها للمسائلة القانونية.

لهذا لم يعد الجدل في الوقت الراهن قائماً حول مدى جواز خضوع الاطباء للمسألة أمام القضاء من عدمه، فالمسألة محسومة منذ آمد بعيد، وأضحى المستقر عليه ضرورة خضوع الأطباء للمسائلة أمام القضاء كغيرهم من المهنيين، فلا يتمتعون بحصانة خاصة، وقد أدى رسوخ مبدأ المسؤولية المدنية للأطباء إلى زوال التقديس الذي كان يتمتع به الأطباء في ممارستهم لعملهم وهذا بالإضافة إلى زيادة الوعي العام لدى الجمهور بحقوقهم اتجاه الأطباء وانتشار الأنظمة الديمقراطية التي تأخذ بيد الضعيف وانتشار نظام التأمين من المسؤولية، كل ذلك أدى إلى زيادة التوجه نحو المحاكم لرفع دعوى المسؤولية الطبية، فالمرضى إذا ما أصيب

بضرر أو توفى أثناء خضوعه لعمل طبي لا يتورع هو أو نويه من إقامة دعوى المسؤولية على الطبيب، إذ لم يعد هؤلاء يلقون بما يصبهم نتيجة للعمل الطبي على القدر وحده، وإنما يرجعون في الكثير من الحالات إلى تقصير الطبيب.

إن أهمية الموضوع المتعلق بالخطأ الطبي في إطار المسؤولية المدنية نابع بالدرجة الأولى من البعد الأخلاقي، والقانوني، والاجتماعي لمصطلح "المسؤولية الطبية" ثم لأن الطبيب يتعامل مع أئمن الأشياء في حياة الإنسان، ألا وهو الجسد، وفي غالب الاحيان لا يكون للطبيب فرصة لتصحيح الخطأ الذي وقع فيه، فجسم الانسان وعافيته من أكبر نعم الله على عباده وهو أمانة قبل كل شيء، وحرمة الله سبحانه وتعالى المساس بالنفس البشرية إلا في نطاق معين محدود وتحت غطاء الضرورة، وتكمن أهمية الموضوع كذلك في مدى حساسيته والذي عرف نقاشا فقهيًا وقضائيًا على مر العصور حيث أحدث جدلا واسعا حول الأسس القانونية التي على أساسها يمكن اثاره المسؤولية المدنية للطبيب عن أخطائه، والأمر يُعزى في ذلك إلى القصور التشريعي في ضبط النصوص التي تبين مفهوم الخطأ الطبي بشكل واضح وصريح، دونما الرجوع والاعتماد على القواعد العامة قياسا على مفهوم الخطأ بشكل عام.

هذا إلى جانب مزاحمة بعض المبادئ المتعارف عليها طبيًا للاجتهاد القضائي في مراقبته للعمل الطبي من أجل مساءلة الأطباء عن أخطائهم مثل: "مبدأ حرية الطبيب في العلاج"، ومبدأ "الاستعانة بالغير"، ومبدأ التنازع بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل غاية" وهذه تعد مشكلة تتطلب وضع حل لمقاربة الموضوع نظريًا وتطبيقيا لفك المعادلة بين مصلحتين "حق الطبيب في الاجتهاد الطبي، وحق المريض في العلاج" أما عمليا فإن الحاجة العلمية لمواكبة التحولات التقنية الطبية بالخصوص تستلزم تحفيز جميع المستويات التشريعية والقضائية والفقهيّة، ومواكبة التقدم الطبي عبر سن عدة تشريعات قانونية طبية تحدد المسؤوليات والالتزامات بدقة لجميع الفاعلين بالقطاع الصحي، وتجرم بعض الأعمال الطبية التي تتطلب المساءلة الجنائية حماية لضحايا الاخطاء الطبية من العبث واللامسؤولية المهنية للأطباء.

ولعل الدافع الذي أدى بنا للبحث في الموضوع هو التزايد الملحوظ للقضايا المتعلقة بالأخطاء الطبية في غرف المحاكم وما تثيره هذه القضايا من تساؤلات وصعوبات في نسبة

الخطأ للطبيب من عدمه، والحاجة العلمية إلى مواكبة التحولات المهمة التي يعرفها الموضوع إن على صعيد القانون الوطني أو على صعيد القانون المقارن، وعلى جميع المستويات التشريعية والقضائية والفقهية، ثم إن كثرة المؤلفات والكتابات المتخصصة في الموضوع التي عالجت موضوع الخطأ الطبي من عدة زوايا، هو ما دفعنا إلى البحث عن وسيلة أكثر ملائمة مع الضرورات الاجتماعية بهدف العدالة والإنصاف، وكذلك البحث عن المغزى من سكوت المشرع الجزائري عن النص صراحة بنصوص خاصة في إطار المسؤولية الطبية تضمن حقوق المرضى في ظل إجراءات قضائية ميسرة، وتعترف صراحة بمسؤولية الأطباء عن أخطائهم، وفي هذا الصدد تحصي المنظمة الوطنية الجزائرية لضحايا الأخطاء الطبية أزيد من 40% بالمائة من الضحايا يرفضون اللجوء إلى القضاء بسبب غياب قانون يحميهم وتعقيد إجراءات تكييف هذا النوع من القضايا، التي يصل 90% منها إلى المحكمة العليا ومجلس الدولة، في ما يتعدى عمر قضايا أخرى 14 عاما منذ رفعها أمام العدالة، وتنتهي عادة ببراءة الأطباء أو رفض المستشفيات تسديد المبالغ المالية التي تقرها العدالة في منطوق أحكامها كتعويضات للضحايا، إضافة إلى عجز العديد من الضحايا الوصول إلى المحاكم بسبب تضييع المؤسسات الاستشفائية لملفاتهم أو حجب أوراق هامة بها تسهل معرفة المتسبب في الخطأ الطبي

ولا إن كانت الحالات المتعلقة بالأخطاء الطبية والأكثر شيوعاً تسجل داخل قاعات التوليد، حيث تُعد النساء الفئة الأكثر تضرراً من مشكل تشوهات الرحم أو فقدانه، إضافة إلى وفيات الرضع والمضاعفات الصحية الخطيرة التي تشكل النسبة الأكبر من الحوادث الطبية وجب أن ننوه أن هذه الأخطاء كانت سبب مباشراً في مشاكل اجتماعية مثل حالات الطلاق حسبما سجلته أروقة المحاكم، وتأتي مصلحة طب العيون في المرتبة الثانية من حيث عدد الحوادث المسجلة سنوياً، إذ يشكل ضحايا هذه المصلحة الفئة الأكثر تضرراً، خصوصاً وأن غالبيتهم يدخلونها بسبب مشاكل بسيطة ويخرجون منها بإعاقات مستديمة تصل حد العمى بسبب إهمال بعض الأطباء أو خضوعهم لعمليات على يد أطباء متربصين بعيادات خاصة أو عمومية، كما تسجل كذلك حالات عديدة سببها أخطاء كارثية ناجمة عن سوء التكفل الصحي، سواء داخل مصالح الاستعجال أو بالأخص داخل قاعات العمليات على مستوى المؤسسات العمومية وكذلك العيادات الخاصة، ويتعرض هؤلاء في الغالب إلى مشاكل التسريح من العمل

والإحالة على البطالة وهذه من أصعب المواقف التي يتعرض لها ضحايا الأخطاء الطبية، فغالبيتهم تدمر حياتهم بشكل كلي أو جزئي بسبب فقدانهم لوظائفهم بعد العاهة المترتبة عن الخطأ الطبي بحجة العجز.

وجاء اختيار موضوع الخطأ الطبي في إطار المسؤولية المدنية بالدرجة الأولى إلى مواصلة البحث في مجال المسؤولية الطبية، ضف إلى ذلك تزايد ظاهرة الخطأ الطبي في بلد مازال فيه القطاع الصحي وخاصة العمومي يعاني تحت وطأة غياب التقنيات الحديثة وقلة الأطر المتكونة، وغياب البنيات التحتية وضعف الرقابة في المجال الصحي، بالإضافة إلى أن الكثير من الضحايا يشكون من التواطؤ الذي يخص التعاطف بين الأطباء في حالات كثيرة، وهم بصدد إثبات الخطأ والقاضي لا يمكن أن يصدر أحكاماً دون دلائل ملموسة وحتى إن حاول الاستعانة بالشهود، فهم بالأساس لن يكونوا سوى زملاء للمهنة، لذلك كان إثبات الخطأ الطبي من الصعوبة ما كان للمضروب أو ذويه، وهم في مرحلة المطالبة بالتعويض والذي في بعض الأحيان يكون هزيباً لا يتناسب مع جسامة الخطأ الطبي المرتكب في حق المريض.

إن الزيادة المطردة في المشاكل القانونية التي أصبحت تثيرها الحوادث الطبية، لدرجة أصبحت مادة شبه يومية في وسائل الإعلام والمؤتمرات العلمية محلياً وعالمياً زيادة على أروقة المحاكم، لا يمكن لها أن تقعد الاطباء عن قيامهم بواجبهم، فالطبيب الكفاء لا يفكر كثيراً في مسؤوليته القانونية، خصوصاً بعد ما بات التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية يغطي خطأ الطبيب.

ومن جهة أخرى، فإن القضاء يقف حائراً أحياناً في قضايا الخطأ الطبي، إذ أن الأطباء يرفضون اعتبار أخطائهم المهنية سبباً لمسألتهم فالحوض في الموضوع يظل محظوراً على رجل القانون، وهو حذر تحاول الإيديولوجية الطبية أن تفرضه نظرياً وعملياً، مع إبعاد لرجل القانون عن ذلك.

فهذه باختصار أهم أسباب إختيار دراسة موضوع الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية وذلك لمحاولة تسليط الضوء على موضوع ليس بالجديد بل هي مشكلة على الصعيد العالمي يعمل رجال الفقه والقضاء وحتى الأطباء في كافة أرجاء العالم من أجل حل القضايا المتعلقة بسوء الممارسة الطبية.

أما الهدف من الدراسة فهو التوسع أكثر وطرح الموضوع بأكثر شمولية للوصول إلى نتيجة تساعد في تجاوز وطي ركن "الخطأ" كحد فاصل بين ما يجوز من الأعمال الطبية وما لا يجوز، ولا يكون ذلك إلا بالوقوف عند أهم الأحكام القضائية والآراء الفقهية التي أسست لقواعد قانونية ملزمة تساءل الأطباء بوجه خاص ومساعدتهم على أساس الالتزامات في جميع مراحل العمل الطبي حتى لا تتخلف دائرة المسؤولية تحت ذريعة عدم توافر ركن الضرر والعلاقة السببية في الأخطاء الطبية كل هذا سعياً منا للخروج بنتائج في محصلة هذا البحث تنثري مواضيع المسؤولية الطبية وأملنا في تجسيد وبلورة فكرة المسؤولية الطبية بمفهومها الحديث القائم على فكرة وجود الضرر دون الالتفات إلى ركن الخطأ والذي سيأخذ نصيب من الدراسة في بحثنا هذا.

ومع التطور الكبير والإنجازات الهائلة في عالم الطب وتشعب اختصاصاته ودقة الاختصاصات العلمية فيه استوجب التنظيم الدقيق لهذا العالم الشاسع من العلم ومراقبة أي تجاوز أو خطأ جسيم قد يؤدي إلى أضرار جسيمة أقل ما فيها أنها متعلقة بحياة الإنسان. ولا يمكن أن ننكر أن الدراسات السابقة في مجال المسؤولية الطبية وما يترتب عنها من آثار قد تناولها عديد المؤلفين في أبحاثهم على غرار الأستاذ "رايس محمد" في مؤلفاته حول مسؤولية الطبيب المدنية، والأستاذ "بلحاج العربي" في كتابته حول مشروعية المساس بجسد الإنسان والأستاذ المرحوم "عبد القادر خيضر" وعديد المؤلفين والمقالات المتخصصة في الموضوع كباقي المؤلفين العرب في المشرق العربي ومصر، حيث أنهم صالوا وجالوا في موضوع المسؤولية الطبية وخصوصاً الخطأ الطبي كل هذا بطبيعة الحال في ظل رؤية الفقه القانوني وأحكام القضاء الفرنسي بزيادة مجلس الدولة التي كانت سباقة في إبراز الأسس القاعدية للمسؤولية الطبية عموماً،

وكان القصد من الدراسة في البحث عن مدى تلائم الآليات القانونية الحالية في ظل القانون 11-18 المتعلق بالصحة الجديد مع واقع الصحة في بلدنا في ظل المتغيرات المتسارعة، ومدى كفاية هذه القوانين بالنظر لنهج الدولة المتبع في الحفاظ ودعم السياسة الاجتماعية.

وهنا تكمن مشكلة الدراسة وأهميتها في أن المشرع الجزائري لم يكن له موقف واضح وصريح من مبدأ مسؤولية الطبيب عن أخطائه، ولا يوجد في النصوص القانونية ما يدل بشكل صريح أو ضمني أنه قد أقر مبدأ المساءلة الطبية بموجب قانون خاص على غرار بعض التشريعات الأخرى، أو عمد إلى تكييف المسؤولية المدنية للطبيب، بل أحجم المشرع عن معالجة هذه المسألة لعدم سهولتها وتتنوع الآراء حولها، لأن المتأمل في نصوص التشريع الجزائري يبدو له واضحا تباطؤ الخطى التي يسير بها المشرع وعدم فاعليتها في مواجهة مستجدات الحقل الطبي وبالخصوص ما تعلق بالمسؤولية الطبية بالرغم من الجهود التي بذلها ولا زال يبذلها حيث سن القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق لـ 2 يوليو سنة 2018 المتعلق بالصحة ومن قبله القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26/02/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31/07/1990 المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المذكور سابقاً، ثم المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06/07/1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

لكننا اليوم أحوج ما نكون إلى نظام قانوني مستقل له ماهيته وأحكامه الخاصة بالتوازي مع الأحكام العامة للمسؤولية، وهذا لضبط مسؤولية مستخدمي قطاع الصحة لا سيما مسؤولية الطبيب المدنية.

وفي مقابل هذا ونظراً لعدم كفاية النصوص القانونية لسد الحاجة التشريعية فقد واجهنا بعض الصعوبات المتمثلة في قلة المؤلفات الجزائرية حول موضوع المسؤولية الطبية وصعوبة الحصول على أحكام وقرارات قضائية تبين توجه القضاء في موقفه من درجة ونوع الخطأ الموجب لمسؤولية الطبيب.

وفي ظل هذا الوضع ولما لهذا الموضوع من أهمية تتعلق بحماية جسم الإنسان ومما قد يحدثه الأطباء جراء علاجهم للمريض من أخطاء قد يكون لها أثر سيئ على حياته، على اعتبار أن أمر معالجة المريض يرتبط بالناحية الإنسانية لمهنة الطب؟

هنا كان القصد أو الغاية هو محاولة علمية بسيطة تستوجب لزماً علينا عند البحث في هذا المجال أن نتطرق إلى جملة من النقائص والعوائق التي تعترض المنظومة القانونية الصحية في بلدنا الجزائر في سبيل تعويض المضرورين تعويضاً يتناسب مع حجم الأضرار الواقعة على

صحة المريض، والتقليل من مشقة الإجراءات القضائية خصوصاً ما تعلق بإثبات الخطأ الطبي.

وبالنظر إلى أن الخطأ لا يزال هو قوام المسؤولية الطبية، رغم ما شهده من تراجع في بعض الحالات والتي سنأتي على ذكرها لاحقاً في هذا البحث، غير أن الخطأ الطبي أخذ شكلاً مغايراً للخطأ عموماً بالنظر إلى طبيعة الالتزام الطبي من جهة ونظرية الاحتمال الطاغية على هذا العمل العلاجي من جهة أخرى.

سنعالج كل هذا انطلاقاً من التطرق إلى نماذج قانونية متطورة على غرار القانون والقضاء الفرنسي الذي كان سباق إلى إيجاد حلول تضمن حق المرضى من جهة وتحفظ مهنة الطبيب من جهة أخرى ابتداءً من وقوع الخطأ إلى مرحلة الحصول على التعويض مروراً بطبيعة الحال على إجراءات رفع الدعوى وما يتخللها من صعوبة إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الحاصل على اعتبار أن الأخطاء الطبية هي في غالبيتها أخطاء فنية تستدعي أهل الخبرة لتوضيحها، ومدى سلطة القاضي في تقدير التعويض عنها، والآخذ بهذه الخبرات الفنية، وصولاً إلى الآليات الجديدة لاستفتاء التعويض وذلك من خلال إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية لممتنهي الصحة، كل هذا انطلاقاً من إشكالية تتمحور حول: إلى أي مدى يمكن تقدير الخطأ الطبي الموجب لقيام المسؤولية المدنية الطبية أساساً في ظل العمل الطبي القائم على الاحتمالية؟

هذا الذي يؤدي بنا إلى التساؤل حول:

مدى كفاية الآليات القانونية الحالية في التشريع الجزائري في استنباط الخطأ الطبي وإعطاء توازن لأطراف العلاقة الطبية ضماناً لحق المضرور جراء الخطأ الطبي .
وهل المشرع الجزائري رتب المسؤولية الطبية صراحة وهجر فكرة المسؤولية القائمة على الخطأ في الطب أم أشار لها ضمناً وبقي حبيس النظرة التقليدية للمسؤولية المدنية القائمة على ركن الخطأ؟

أما المنهج المتبع في دراسة الموضوع فهو وصفي تحليلي مع المقارن أحياناً في مختلف عناصر البحث من أجل الشرح الوافي لمضمون التيارات الفقهية والقرارات القضائية متى دعت الضرورة وفق مقارنة محددة معولاً على القانون الفرنسي والمصري والجزائري استناداً

على فكرة أن الطب كلما استحدث شيئاً كان بالمقابل على القانون أن يحل مشكلاته، وهذا بالاستناد إلى الفقه والقضاء الفرنسي في كثير من مراحل البحث إما مباشرة من مراجع أجنبية وعلى قلتها أو بالإحالة من مراجع عربية حيناً آخر، وهذا لحقيقة واضحة أن الفقه والقضاء الفرنسي كان سابقاً في إرساء القواعد الأولى للمسؤولية الطبية، رغم تباين المراكز القانونية في حلقة العلاج الطبي واختلاف الالتزامات مما يزيد من صعوبة استنباط الخطأ الطبي بالنظر لتداخل الأعمال الطبية على محل واحد وهو جسم الإنسان.

هذا ما سيتم الإجابة عليه من خلال خطة ثنائية تحتوي على بايين يتقدمها فصل تمهيدي (الباب الأول) المعنون ب: الطبيعة القانونية للخطأ الطبي و في (الباب الثاني) مخصص لانعقاد المسؤولية المدنية الناتجة عن الخطأ الطبي معتمدين في خطتنا هذه على الترتيب الكرونولوجي لأي قضية متعلقة بخطأ طبي ومراحل سيرها متوجين هذا البحث بخاتمة تتضمن جملة من النتائج والمقترحات.

الفصل التمهيدي: ماهية العمل الطبي

تمهيد وتقسيم:

شهدت كل فروع العلم خلال تاريخها أطواراً من التسارع وأطواراً أخرى من الركود النسبي، فمثلاً في المجال الطبي، حيث أنه في مساء ما من خريف 1895 لاحظ وليام رونتنجن (Wiliam Rontgen) أن صفيحة سيانور الباريوم الموضوعة بالصدفة في معمله تلمع بشكل ساطع كلما سلط عليها تيار كهربائي مرتفع ليتبين أن هناك أشعة غامضة أطلق عليها فيما بعد بأشعة إكس (X) التي يمكن أن تخترق الحواجز المعدنية، حينها لم يعرف تاريخ الطب اكتشافاً آخر حظي بالقدر نفسه من الانتشار السريع الذي تمتعت به أشعة إكس⁽¹⁾.

لهذا يعتبر الطب مهنة إنسانية وهو من أرقى المهن وظل الإنسان ومنذ أقدم العصور معرضاً للمخاطر وذلك بسبب طبيعة حياة الإنسان في ذلك الوقت، حيث كانت حياة بدائية تعتمد على الصيد والعيش في البراري، الأمر الذي جعل مهنة الطب من أقدم المهن التي عرفت الحضارة الإنسانية، وإن كانت هذه المهنة بدائية في بادئ الأمر وتتناسب مع التقدم العلمي والحضاري للإنسان في ذلك الوقت، وهذا ما أفاضت كتب تاريخ العلوم عند العرب في الحديث عن الطب وبإمكان الرجوع إلى أمهات كتب تاريخ الحضارة العالمية التي لا تدخر وسعاً في الإفاضة بالكلام عن تطور الطب العربي وأعلامه ومستشفياته⁽²⁾.

وإذا كانت حرمة جسم الإنسان تقتضي حظر المساس به، إلا أن ضرورة العلاج تبرر ما هو محظور شرعاً، إذ يمكن أن يكون جسم الإنسان محلاً للتدخلات الطبية، ولما كان من المشرع أنه أجاز للأطباء والجراحين مباشرة الأعمال الطبية على المرضى لانتفاء أي مساس بعناصر الحق في سلامة الجسم، وغايته من كل هذا تحقيق مصلحة المريض والتخفيف عنه شرط التقيد بعدة التزامات وشروط يتقدمها الإذن القانوني⁽³⁾.

(1) جان شارل سورينيا، تاريخ الطب من فن المداواة إلى علم التشخيص، ترجمة إبراهيم البجلاتي، إصدارات المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ماي 2002، ص 291.

(2) كركوري مباركة حنان، الخطأ الطبي في مجال العمل الجراحي، مجلة الفقه والقانون، تصدر عن جامعة البويرة العدد 63، يناير 2018، ص 46.

(3) خليل جودية، ضحايا الخطأ الطبي، بين التشدد التشريعي والتساهل القضائي، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 5، جامعة القاضي عياض، المغرب 2014، ص 57.

وكان من الطبيعي أن العلوم الطبية ومنها الطب كانت قد سبقت العلوم الإنسانية وحيث أن الإنسان كان دائماً موضع اهتمام وحماية القانون على مر العصور فإن تقدم العلوم الطبية جعل من موضوع حماية الإنسان عادة متجددة لبحث قانوني، في ضوء أن حق الإنسان في سلامة جسده من الحقوق الأساسية له، ولقد كانت الأعمال الطبية في القديم مقتصرة على علاج المرضى وتجبير الكسور ووصف الأدوية والتي كانت عبارة عن أعشاب وكذلك إجراء العمليات البسيطة، أما الآن فقد توسع نطاق العمل الطبي وبات يشمل بالإضافة إلى المعالجة والتشخيص، إجراء العمليات الجراحية الخطيرة والتصوير الإشعاعي والتخدير وغيرها وكذلك القيام بالأعمال اللازمة للوقاية من الأمراض مثل التطعيم والحجر الصحي⁽¹⁾.

ولما كان العمل بالقطاع الطبي يقتضي المشاركة الدائمة بمجموعة من التخصصات التي تختلف في إطارها المرجعي والتخصصي، تبين أن العمل الطبي هو المصدر الذي تنشأ عنه الأفعال التي يمكن أن تتسبب عنها المسؤولية الطبية، ويتميز هذا العمل بأن له طبيعة خاصة تستمد خصائصها من الغرض الذي يباشر من أجله هذا العمل، من حيث كونه غرضاً علاجياً يستهدف مداواة المرضى ورفع العلل الجسدية والنفسية التي يعانون منها⁽²⁾، من ثم يجب أن نتعرف على هذا العمل الطبي من خلال التعريف به (المبحث الأول)، ثم البحث في أساس مشروعيته إضافة إلى الشروط الواجب توافرها لمزاولة هذا العمل (المبحث الثاني)، مع تبيان أنواع وتقسيمات العمل الطبي وذلك من خلال (المبحث الثالث)

المبحث الأول: مفهوم العمل الطبي .

المبحث الثاني: أساس مشروعية العمل الطبي وشروطه.

المبحث الثالث: أنواع الأعمال الطبية.

(1) بدرية عبد المنعم حسونة، المسؤولية الطبية، مجلة العدل، العدد 31، المجلد 12، وزارة العدل المغربية 2010، ص222.

(2) فاطمة محمود عبد الحليم، سلوى عطية محمد، العلاقة بين العدالة التنظيمية وجودة الأداء المهني لفريق العمل الطبي، مجلة دراسات في الخدمة الاجتماعية والعلوم الإنسانية، العدد 34، جامعة حلوان، مصر 2013، ص945.

المبحث الأول: مفهوم العمل الطبي

لقد تعددت الآراء في تبيان مفهوم العمل الطبي، فمن الآراء من قال أن العمل الطبي هو ذلك العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل مساعدة الغير على الشفاء، مع مراعاة أن يستند ذلك العمل إلى الأصول والقواعد المقررة في علم الطب، وبصفة عامة يعتبر العمل الطبي بأنه كافة الأعمال التي يقوم بها الطبيب من أجل شفاء المريض⁽¹⁾.

والعمل الطبي ليس كأي عمل مهني آخر، بل هو من الأعمال الفنية التي تتعامل مباشرة مع جسم الإنسان ومرضه من حيث التشخيص الدقيق لحالة المريض، وهذا يتطلب لممارسة هذه المهنة التمتع بصفة الطبيب الذي يقوم بعمله لحماية جسم الإنسان، حيث يوازن بين أوجه العلاج للوصول للطريقة المثلى للشفاء⁽²⁾.

وكان من الطبيعي أن العلوم الطبيعية ومنها الطب قد سبقت العلوم الإنسانية، وحيث أن الإنسان كان دائماً موضوع اهتمام وحماية القانون على مر العصور، فإن تقدم العلوم الطبية جعل موضوع حماية الإنسان عادة متجددة لبحث قانوني في ضوء أن حق الإنسان في سلامة جسده من الحقوق الأساسية له.

وعليه نرى ضرورة العمل على وضع تعريف واضح ومحدد يبين ماهية العمل الطبي في القوانين الخاصة بمزاولة مهنة الطب وتبيان ما هو من صميم العمل الطبي وما يعتبر دخيلاً على العمل الطبي لغلق الباب على كل عمل من شأنه أن يشكل إرباكاً لدى الفقه والقضاء معاً في هذا المجال.

بناء على هذا يقتضي أن نتعرض للتعريفات المختلفة للعمل الطبي بداية بالتعريف اللغوي والاصطلاحي في (المطلب الأول) ثم تعريفه في التشريع القانوني (المطلب الثاني) و كذلك تعريف العمل الطبي في الفقه القانوني (المطلب الثالث) ونتناول تعريف العمل الطبي في الاجتهاد القضائي (المطلب الرابع) وأنواع الأعمال الطبية في (المطلب الخامس) ثم التعرض إلى الاعمال الطبية التي تار الجدل حول قصد العلاج منها (مطلب السادس).

(1) منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجناحية في الأخطاء الطبية، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2014، ص22.

(2) محمد أبوبكر أبو عزة، الأخلاق المهنية في العمل الطبي، المجلة اللبية للدراسات، العدد 6، دار الزاوية للكتاب، ليبيا أبريل 2014، ص11.

المطلب الأول: تعريف العمل الطبي

إهتم عدد الباحثين بإعطاء تعريف يكون أكثر انسجاماً مع خصوصية العمل الطبي، حيث اختلفت توجهات التعريفات تبعاً لإختلاف التخصصات، وهنا سنحاول التطرق إلى تعريف العمل الطبي لغتاً وإصطلاحاً.

الفرع الأول: العمل الطبي لغتاً

العمل الطبي: بطاءٍ مثلثة هو علاج الجسم، والنفس، يقال: طَبَّه، طَبّاً إذا داواه وأصلا العمل الطبي هو الحذق في الأشياء، والمهارة فيها، ولذلك يقال لمن حذق الشيء وكان عالماً به: طبيباً⁽¹⁾، وجمع الطبيب أطباء، وأطبة الأول جمع كثرة، والثاني جمع قلة، والعمل الطبي في اللغة له عدة معانٍ، منها:

- 1- بمعنى الإصلاح: يقال طبيته إذا أصلحته.
 - 2- بمعنى الحذق: فكل حاذقٍ عند العرب طبيب، والطب هو المهارة في الأشياء.
 - 3- بمعنى العلاج: فالطب هو علاج الجسم والنفس.
- والمعنى المتعلق من هذه المعاني بعنوان البحث هو المعنى الثالث، وهو علاج الجسم والنفس.

الفرع الثاني: العمل الطبي اصطلاحاً

العمل الطبي له تعريفات عديدة منها:

- 1- هو عمل يعرف منه أحوال بدن الإنسان من جهة ما يعرض لها من صحة وفساد.
- 2- هو العمل الذي يعرف به أحوال بدن الإنسان من الصحة والمرض.
- 3- هو عمل يعرف بأحوال بدن الإنسان يحفظ به حاصل الصحة، ويسترد زائلها
- 4- هو عمل يعرف منه أحوال بدن الإنسان من جهة ما يصح، ويزول عن الصحة ليحفظ الصحة حاصلة، ويستردها زائلة⁽²⁾.

(1) الفيومي أحمد بن محمد، المصباح المنير، مكتبة لبنان للنشر والتوزيع، بيروت 1987، ص139.

(2) مازن مصباح، المسؤولية الجنائية عن خطأ الطبيب (دراسة مقارنة)، مجلة الجامعة للدراسات الإسلامية العدد 2، يونيو 2012، ص13.

وقد لاحظ بعض الباحثين ما اشترطه جمهور الفقهاء من ضرورة الإذن، أي إذن الشرع أو إذن المريض لممارسة العمل الطبي فوضع له التعريف الآتي العمل الطبي هو: كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه، ويتفق في طبيعته وكيفيته مع الأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها نظرياً وعملياً في علم الطب، ويقوم به طبيب مصرح له قانوناً بالعمل الطبي بقصد الكشف على المرض وتشخيصه وعلاجه، لتحقيق الشفاء، أو تخفيف آلام المرض، أو الحد منها، أو منع المرض، أو يهدف إلى المحافظة على صحة الأفراد، أو تحقيق مصلحة اجتماعية، شريطة توافر رضا من يجرى عليه هذا العمل⁽¹⁾.

ومن خلال هذه التعريفات نستنتج أنها جاءت كلها متقاربة في المعنى والمضمون وإن اختلفت ألفاظها وعباراتها فهي تصب في وعاء واحد يتمحور حول مضمون عمل الطبيب والنتائج المرجوة خلال تأديته لعمله، كل هذا بطبيعة الحال في ظل القواعد العلمية المتعارف عليها والأخلاقيات الطبية في هذا المجال.

من هنا كان العمل الطبي هو ذلك النشاط الذي يقوم به طبيب معتمداً على فنه وعلمه الذي يتفق مع الأصول العلمية، ويستهدف من هذا النشاط علاج المرضى من الأمراض التي تصيبهم⁽²⁾.

المطلب الثاني: تعريف العمل الطبي في التشريع القانوني.

إذا نظرنا إلى تحديد تعريف للعمل الطبي في التشريع القانوني لوجدنا أن القانون الفرنسي لسنة 1892 المتعلق بمزاولة مهنة الطب كان محصوراً في علاج الأمراض فقط ولم يعتبر الفحص والتشخيص من قبيل الأعمال الطبية إلا بعد صدور قانون الصحة العامة في 2.12.1942. الصادر في 15 أكتوبر 1953 حيث شمل العمل الطبي مرحلتي الفحص والتشخيص⁽³⁾.

(1) أسامة عبدالله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة 1407 هـ 1987م، ص55.

(2) خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص62.

(3) محمود القبلاوي: المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص5.

أما في التشريع المصري فقد حذ حذوا قانون الصحة العامة الفرنسي⁽¹⁾، فلم ينص صراحة على تعريف العمل الطبي وإن كان أشار إليه ضمناً في سياق النص الخاص بشروط مزاوله العمل الطبي، فقد نصت المادة الأولى من قانون رقم 145 لسنة 1954 في شأن مزاوله مهنة الطب على أنه: "لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبية أو عيادة مريض أو إجراء عملية جراحية أو مباشرة ولادة أو وصف أدوية أو علاج مريض أو أخذ عينة من العينات التي تحدد بقرار من وزير الصحة العمومية من جسم المرضى للتشخيص الطبي المعملية بأي طريقة كانت أو وصف نظارات طبية، وبوجه عام مزاوله مهنة الطب بأي صفة كانت، إلا إذا كان مصرياً مقيد في سجل الأطباء البشريين" ومفاد هذا النص يكمن في أن مفهوم العمل الطبي في هذا القانون يشمل التشخيص والعلاج العادي والجراحي، ووصف الأدوية⁽²⁾... الخ

أما مفهوم العمل الطبي في التشريع الجزائري فمن خلال القوانين الصادرة في هذا المجال ومنها القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها⁽³⁾ والملغى بالقانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة⁽⁴⁾ الذي جاء في مادته 8 على أن يشمل العلاج الصحي ما يلي: "الوقاية من الأمراض في جميع المستويات، تشخيص المرض وعلاجه، التربية الصحية".

غير أنه في القانون الجديد للصحة لم يعرف العمل الطبي صراحة شأنه شأن القانون السابق الملغى 85-05، بل زاده غموضاً حين أجمل العمل الطبي من خلال إبراز الأهداف المتوخاة من هذا القانون والركائز التي تركز عليها السياسة الوطنية للصحة من المادة الأولى إلى غاية المادة الحادية عشر، وبذلك يكون المشرع الجزائري نأى بنفسه عن تعريف العمل الطبي ليترك المجال للفقه والقضاء تحديد مفهوم العمل الطبي.

(1) زياد خالد يوسف المبرجي، المسؤولية الإدارية عن الأعمال الطبية، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2016، ص 17.

(2) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2011، الإسكندرية، ص 26.

(3) قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 08 لسنة 22 مؤرخة في 17 فبراير 1985 المعدل بموجب القانونين 90-17 المؤرخ في 17 يوليو 1990 ج.ر. رقم 35 لسنة 1990 والقانون 98-09 المؤرخ في 19 غشت 1998.

(4) قانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق لـ 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة.

كذلك نصت المادة 195 من القانون 85-05 الملغى المذكور أعلاه على أنه "يتعين على الأطباء والصيدلة وجراحي الأسنان القيام بما يأتي: "السهر على حماية صحة السكان بتقديم العلاج الطبي الملائم".

وإذا نظرنا إلى المرسوم التنفيذي رقم 92-276⁽¹⁾ في مادته 16 والمتضمن لمدونة أخلاقيات الطب حيث نصت على أنه "يخول للطبيب أو جراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج، ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم علاجاً أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز اختصاصه أو إمكانياته إلا في الحالات الاستثنائية" ليتبين هنا أن المشرع ركز على مهام مهني الصحة دون الإشارة إلى تعريف عملهم، وهنا يظهر جلياً موقف المشرع الجزائري بشأن تعريفه للعمل الطبي من خلال المرسوم التنفيذي رقم 91-106⁽²⁾ والمتعلق بالقانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية حين أورد في مواده من 19 إلى 21 وكذلك المادة 54 مهام الأطباء وجراحي الأسنان والأطباء المتخصصين، حيث أجمل هذه المهام في التشخيص والعلاج والوقاية العامة وعلم الأوبئة والتربية الصحية والخبر الطبية والتحليلات الطبية والبحوث والمخابر.

لكن إذا نظرنا إلى القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة نجده لم يستعمل مصطلح الاطباء حينما يتعلق الأمر بواجباتهم اتجاه مرضاهم على غرار القانون السابق الملغى، بل استبدل مصطلح "مهام الاطباء والصيدلة وجراحي الأسنان وأعمالهم"⁽³⁾ الوارد في القانون السابق بمصطلح "واجبات الدولة في مجال الصحة"⁽⁴⁾. ليبقى التسأل هنا ما محل الأطباء الذين يعملون داخل إقليم الدولة، ولكن لحسابهم الخاص من هذا المصطلح الجديد؟

(1) مرسوم تنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم عام 1413 الموافق 06 جويلية 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر عدد 52 الصادرة في 08 جويلية 1992.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 91-106 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 ابريل 1991 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية، ج.ر عدد 22 لسنة 1991.

(3) أنظر الباب السادس المعنون بمستخدموا الصحة، في الفصل الأول المتعلق بالقواعد العامة التي تنطبق على مهن الصحة في القسم الأول: مهام الاطباء وجراحي الاسنان وأعمالهم المادة 195 و 196 من قانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الملغى .

(4) أنظر الفصل الثاني المعنون بشروط ممارسة مهني الصحة في القسم الأول المتعلق بالقواعد المشتركة لممارسة مهن الصحة من المادة 12 إلى غاية المادة 20 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

هنا نستنتج أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفاً صريحاً للعمل الطبي بقدر ما أورد الهدف الذي يصبوا إليه قانون الصحة من خلال أعمال الوقاية والحماية ومهام العاملين في هذا المجال على سبيل المثال، وترك للقضاء والفقهاء إمكانية تكييف تعريف مناسب للعمل الطبي على حسب قضايا الحال المعروضة أمامه، وبهذا يكون المشرع الجزائري ساير المشرع الفرنسي والمصري في هذا الخصوص واكتفى بتبيان مهام الأطباء وجراحي الأسنان ومقدمي العلاج دون التطرق لتعريف العمل الطبي ذاته .

المطلب الثالث: تعريف العمل الطبي في الفقه القانوني

تصدى الفقه لمسألة تعريف العمل الطبي محاولاً وضع مفهوم ملائم للعمل الطبي، إلا أنه تباينت الآراء بهذا الخصوص، فهناك من أتجه إلى التضييق من هذا المفهوم، بينما هناك من اتجه إلى التوسع في تحديد هذا المفهوم.

الفرع الأول: الاتجاه المضيّق لمفهوم العمل الطبي

درج أنصار هذا الاتجاه على قصر مفهوم العمل الطبي على مرحلة العلاج، حيث ذهب إلى أن العمل الطبي هو النشاط الذي يباشره شخص متخصص بغية الشفاء وفقاً للأصول والقواعد المقررة في علم الطب، ومنهم من ذهب إلى أن العمل الطبي هو كل نشاط يتفق في كميته وظروف مباشرته مع القواعد المقررة وعلم الطب بغرض شفاء المريض⁽¹⁾. وعرف كذلك بأنه ذلك النشاط الذي يتفق في كميته وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب، ويتجه في ذاته وفق المجرى العادي للأمر المؤدية إلى شفاء المريض من مرضه أو تخفيف حدته أو آلامه⁽²⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد الشيبان، موافقة المريض في الخضوع للعلاج الطبي، مجلة القانون والمجتمع، العدد 1، المجلد الخامس، جامعة أحمد دراية أدرار، 2017، ص 114. أنظر: منير رياض حنا، مرجع سابق، ص 60 وما يليها. أنظر كذلك: بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة ماجستير في القانون (فرع قانون ومسؤولية مهنية)، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، موسم 2011 / 2012، ص 14.

(2) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 3، بيروت 1998، ص 317.

الفرع الثاني: الاتجاه الموسع لمفهوم العمل الطبي:

عرف أصحاب هذا الاتجاه العمل الطبي بأنه تلك الأعمال التي لا يمكن إنجازها إلا بواسطة الأطباء دون غيرهم من أشخاص الجهاز الطبي، كالتشخيص ووصف العلاج وإجراء العمليات الجراحية، أما أعمال الرعاية الأخرى فهي التي يمكن أن يقوم بها غير الأطباء من معاونيهم المؤهلين طبياً أو مساعديهم.⁽¹⁾

أما بالنسبة لمفهوم العمل الطبي في إطار التأمينات الاجتماعية فقد نص قانون الضمان الاجتماعي على جملة من الأعمال والتي يمكن أن تكون موضوع تعويضات بمناسبة المرض حيث تمنحها صناديق الضمان الاجتماعي في شكل أدءات وهي الأعمال الطبية التي ترد على جسم الإنسان بما فيها التشخيص والعلاج والفحوص البيولوجية، وإعادة التدريب الوظيفي والمهني.⁽²⁾

من خلال التطرق لكلا الإتجاهين يمكن تحديد مفهوم جامع للعمل الطبي على أنه كل فعل يرد على جسم الإنسان أو نفسه ويتفق وطبيعته مع الأصول والقواعد الثابتة المتعارف عليها نظرياً وعلمياً في علم الطب، ويقوم به طبيب مصرح له قانوناً بمزاولة ذلك العمل بقصد الكشف عن الأمراض وتشخيصها وعلاجها لتحقيق الشفاء أو التخفيف من الآلام أو الحد منها أو منع الأمراض أو الوقاية منها بغرض المحافظة على الصحة العامة وتحقيق مصلحة اجتماعية شريطة توافر رضا من يُجرى عليه العمل الطبي.

المطلب الرابع: تعريف العمل الطبي في الاجتهاد القضائي

بعد بيان موقف التشريعات المقارنة والفقهاء من العمل الطبي، نتجه في هذه الفقرة إلى تحديد ما ذهب إليه الهيئات القضائية في نظرتها للأعمال الطبية، بالاعتماد على القضايا المطروحة أمامها، بتناول نظرة القضاء للعمل الطبي في فرنسا، مصر، والجزائر .

(1) خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لإجراء التجارب الطبية وتغيير الجنس ومسئولية الطبيب الجنائية والمدنية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2014، ص61.

(2) المادة 8 من القانون 83-11 المؤرخ في 02 يوليو 1983، والمتعلق بالتأمينات الاجتماعية الجريدة الرسمية عدد 28 مؤرخ في 05 يوليو 1983، المعدل والمتمم، بالمرسوم التشريعي رقم 94-04 المؤرخ في 11 أبريل سنة 1994 وبالأمر رقم 96-17 المؤرخ في 6 يوليو سنة 1996 وبالقانون رقم 08-01 المؤرخ في 23 يناير سنة 2008.

الفرع الأول: العمل الطبي في القضاء الفرنسي

كان ارتباط القضاء الفرنسي بما ذهب إليه الفقه الفرنسي من قصر الأعمال الطبية على العلاجات فقط كان اتجاه المحاكم الفرنسية مُمَثِّلاً لذلك، فبداية قضت محكمة النقض بأن استقبال المرضى وممارسة الطرق الموحية بالعلاج وهذا يفهم منه أن العلاج كفيل بأن يندرج هذا العمل تحت طائفة الأعمال الطبية، ثم استمر القضاء الفرنسي في استيعابه لأعمال أخرى، كالتشخيص وإجراء الفحوصات والتحاليل الطبية، ولم يعد التشخيص من قبيل الأعمال الطبية إلا بعد صدور قانون الصحة العامة في 24/09/1942⁽¹⁾.

وبعد أن صدر قانون الصحة الفرنسي سنة 1945 وتم حصر المهن الطبية والتحكم في الأعمال المشابهة لها، استقر مجلس الدولة على اعتبار أن العمل الطبي لا يمكن ربطه إلا بصفة القائم به، سواء كان طبيباً أو جراحاً أو غيره من مستخدمي الصحة، فقد جاء في أحد أحكام مجلس الدولة الفرنسي بأن العمل الطبي هو الذي لا يمكن تنفيذه إلا من طبيب أو من جراح، أو من مساعد طبي تحت المسؤولية والمراقبة المباشرة للطبيب، وفي ظروف تسمح له بالتدخل في أي وقت، وهذا ما أدى بالقضاء الفرنسي إلى تبني فكرة النظرية الشخصية أو الذاتية في الأعمال الطبية انسجاماً مع موجة التطور التي عرفتتها هذه الأعمال الطبية، والتي كثيراً ما حادت عن الغاية العلاجية ولكن ليس لغير الأطباء القيام بها، وهو يسمح كذلك بتجنبيهم المساءلة القانونية عن غياب الضرورة العلاجية (تطبيقاً لمبدأ الحرية الطبية)، ويشدد الإحكام أمام الممارسة الدخيلة على الطب من طرف غير الأطباء⁽²⁾.

الفرع الثاني: العمل الطبي في القضاء المصري

سار القضاء المصري على نهج القضاء الفرنسي في نظرتة للعمل الطبي، ففي بداية عهده قصر مفهوم العمل الطبي على تشخيص الأمراض وعلاجها فقد قضت المحاكم المختلطة المصرية بأن مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص والعلاج لا تقوم إلا بتوفر الخطأ الجسيم، وفي نفس السياق أيضاً ذهبت محكمة "مصر" إلى استعمال منتهى الشدة في تقدير

(1) يوسف جمعة يوسف، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الامارات العربية المتحدة، منشورات الحلبي، بيروت 2003، ص50.

(2) فهد دخين العدوانى، العمل الطبي في القانون المقارن والأحكام القضائية، مجلة القانون والقضاء، العدد32، الجزء الثالث، تصدر عن جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص530 وما يليها.

أخطاء الأطباء الأخصائيين، لأن واجبهم الدقة في التشخيص والاعتناء، وعدم الإهمال في المعالجة، وهذا يفهم منه أن التشخيص والعلاج هو من صميم أعمال الأطباء كما قضت محكمة النقض بأنه وإن كان وصف الأدوية لتطبيق علاج صحيح مبني على حق الطبيب في مزاوله مهنته، فإنه يجب أن يلتزم فيه بالقانون، وبالتالي فإن إساءة استعمال الحق في وصف المخدر لا يرمي من وراءه إلى علاج طبي، بل يكون قصده تسهيل تعاطي المخدرات للمدمنين لها، فذلك يوجب المساءلة⁽¹⁾.

وقد أدى تطور مفهوم العمل الطبي في التشريع المصري إلى اتساع نطاقه وانعكاس ذلك على أحكام القضاء، حيث جنح في أحكامه إلى توسيع العمل الطبي ليشمل إجراء العمليات ووصف الأدوية وإعطاء الاستشارات الطبية والعقاقير وفي حكم قضائي حديث نسبياً، ذهبت محكمة النقض إلى اعتماد المفهوم القانوني للعمل الطبي، حيث اعتبرت أنه لا يمكن لأحد مزاوله مهنة الطب ومباشرة الأفعال الواردة في نص المادة الأولى من القانون رقم (415) لسنة 1945، بأية صفة، إلا إذا كان طبيباً مقيداً اسمه بسجل الأطباء بوزارة الصحة⁽²⁾.

ويتجلى بصورة واضحة مما سبق أن القضاء المصري قد ساير التطورات الحاصلة في نطاق الأعمال الطبية، التشريعية منها أو العملية، والتي تكون محلاً متجدداً لقضاياها⁽³⁾.

الفرع الثالث: العمل الطبي في القضاء الجزائري

يتبن من الأحكام والقرارات الصادرة في شأن المسؤولية الطبية عموماً والتي تعرضت بشكل ضمني لمفهوم العمل الطبي من خلال تطرقها إلى إلتزامات الطبيب أو التعويض الناتج عن الأخطاء الطبية أن القضاء الجزائري لم يبين صراحة موقفه من العمل الطبي غير أنه أشار كما سلف الذكر إلى الأعمال التي تدخل ضمن إطار العمل الطبي كالتشخيص والعلاج والتحليل الطبية ففي قرار للمحكمة العليا أثبتت المسؤولية الطبية عن كل إهمال أو عدم إنتباه أو عدم مراعاة الأنظمة في العمل الطبي ويترتب عن هذا خطأ يفضي إلى الموت، يعرض صاحبه للمسؤولية الجزائية ومثال هذا إذا توفى المريض بعد أن امتنع الطبيب عن تقديم له يد

(1) صاحب عبيد الفتلاوي، التشريعات الصحية دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997، الطبعة الأولى، ص15.

(2) زياد خالد يوسف المبرجي، مرجع سابق، ص18

(3) فهد دخين العدوانى، مرجع سابق، ص532.

المساعدة، وقامت رابطة السببية بين الامتناع والوفاة فإنه يسأل عن جريمة القتل العمد إذا توافر لديه القصد الجنائي، وعن جريمة القتل الخطأ إذا لم يتوافر لديه هذا القصد⁽¹⁾

وتعرض القضاء كذلك إلى بعض الأعمال والتي هي من صميم العمل الطبي والتي لايمكن فصلها عنه كالتشخيص والتحاليل السابقة على العملية الجراحية، ووصف العلاج والمراقبة الطبية وكل تقصير فيها يعرض الطبيب إلى المسؤولية

من هنا يتبين أن القضاء الجزائي تبنى المفهوم الموسع للأعمال الطبية حين أشار إلى أن كل الأعمال التي من شأنها السعي بالمريض لتحسين حالته يدخل في إطار المفهوم العام للعمل الطبي، وأي تخلف أو امتناع عن القيام بها مع القدرة على ذلك يعد خطأً يرتب مسؤولية ممتن العمل الطبي.

المطلب الخامس: أنواع الأعمال الطبية

يقسم العمل الطبي بالنظر إلى مضمون العمل والقائم به إلى:

عمل طبي علاجي وعمل طبي وقائي فالأول يستهدف مداوة المريض أو التخفيف من آلامه أو عدم تفاقم مرضه، والثاني يستهدف التحصين من المرض .

أما باعتبار القائم بالعمل الطبي، فقد يقوم بالعمل الطبي الطبيب والمرضة والقابلة أو المضمند الصحي والمحلل، فلم يعد العمل الطبي عملاً فردياً يقوم به طبيب واحد، وخصوصاً في التدخل الجراحي، وإنما أصبح الطب يمارس من خلال فريق متكامل من الأطباء ومساعدتهم⁽²⁾.

وأما باعتبار التخصص في العلوم الطبية يصنف العمل الطبي من ناحية التخصص إلى عدة أنواع:

أ- العمل الطبي الذي يقوم به الاختصاصيون في الطب البشري، حيث يقومون بالعناية بجسم الإنسان وتشخيص الحالات المرضية التي تصيب الجهاز الهضمي والجهاز التنفسي والدورة الدموية، والدماغ والقلب والعظام وأجهزة السمع والشم والبصر وتحديد الأدوية والعلاجات المناسبة لها.

⁽¹⁾ قرار المحكمة العليا رقم 118720 بتاريخ 1995.05.30، غرفة الجنح والمخالفات، قضية (ك.خ) ضد (ب.أ)، المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية، عدد 2 1996، ص 179.

⁽²⁾ زياد خالد يوسف المفرجي، مرجع سابق، ص 22 وما يليها.

ب- العمل الطبي الذي يقوم به الاختصاصيون في الجراحة، حيث يعتبر الطب الجراحي أحد فروع الطب المتخصصة في علاج المريض بأسلوب الجراحة التي يجريها الطبيب الجراح بغية إصلاح عاهة أو رتق تمزق أو عصب أو بقصد إفراغ صديد أو سائل مرضي آخر أو استئصال عضو مريض أو شاذ⁽¹⁾.

ج- العمل الطبي الذي يقوم به الاختصاصيون في طب الأسنان، فيعتبر هؤلاء أخصائيون في أمراض الفم واللثة ويقومون بتسوية وتقويم الأسنان أو خلعها أو استبدالها وإجراء جراحة الفم والأسنان.

د- الاختصاصيون في الطب البيطري يقوم هؤلاء بتسجيل ومعالجة أمراض الحيوانات والطيور ومنع انتشار الأمراض الوبائية من خلال حملات التطعيم والإجراءات الوقائية.

هـ- الاختصاصيون في العلوم الطبية المساعدة الذين يقومون بتنفيذ تعليمات الأطباء والجراحين الخاصة بأخذ العينات التي يحددها الطبيب وإجراء التحاليل الطبية وإعداد نتائج البحث والفحص المخبري وإجراء التصوير بالموجات فوق الصوتية⁽²⁾.

المطلب السادس: الأعمال الطبية التي تثار حولها بشأن قصد العلاج فيها

إذا كان العمل الطبي يتميز عن غيره من الأعمال أساساً بتحديد إذا ما كان هذا العمل يتجه قصد شفاء المريض، فإنه هناك أعمالاً لا يلاحظ فيها القصد قائماً، وإن كان يجري هذا العمل على جسد الإنسان، وقد أثارت هذه المسألة بشأن مشروعية هذه الأعمال وكنماذج على ذلك:

1- عمليات الختان: حيث عارض الكثير في وجوب شرط العلاج كأساس لتحديد ما إذا كان العمل طبياً أم لا، فهناك من رأى أن عملية الختان صارت تجرى بغير قصد العلاج ومع ذلك لا تعد غير مشروعة، ولكن الملاحظ لما يجري في الواقع وما توصل إليه الطب الشعبي والحديث معاً أن عملية الختان أصبحت علاجاً لعدد الأمراض التي قد تصيب

(1) حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، 2008، ص34.

(2) زياد خالد يوسف المفرجي، مرجع سابق، ص24.

القضيب والأعضاء هذا بالإضافة لإقرارها من طرف الشريعة الإسلامية وجارها في ذلك القانون الوضعي⁽¹⁾.

2- عمليات تحويل الجنس: اختلفت الآراء حول هذه العملية، فهناك من رأى بقول جواز إجراء عمليات تغيير الجنس وحبثهم في ذلك أن هذا من مظاهر الحرية الشخصية وكذلك أن هذا الحق لا يعرض حقوق الآخرين للخطر وتوافر رضا الشخص وحق الأطباء في غزو الجسم البشري والحالة النفسية للمريض ورجبته في التغيير الجنسي، وكذلك خشية انتحاره كل هذا مبرراً لتغيير جنسه، ولعل من بين أهم أسباب الاختلاف الفقهي حول مدى مشروعية هذه الجراحات هو مدى توافر قصد العلاج من عدمه نظراً للغموض الذي يحيط بحالات التحول الجنسي⁽²⁾.

وهناك من رأى عدم مشروعية حق الشخص في تغيير جنسه حفاظاً على معصومية الجسد، حيث أن هذا يتعلق بالنظام العام ولا يجوز التستر وراء النجاح العلمي، كما أن تخليص الشخص من آلامه النفسية يكون بالعلم النفسي، ولا يكون بالعمليات الجراحية، ولكن الغاية النبيلة لضرورة وخدمة مصلحة المريض⁽³⁾.

وهناك اتجاه وفق بين الرأيين، حيث رأى ضرورة التمييز بين ثلاثة فروض أساسية⁽⁴⁾:

- أ- وهو العمليات الجراحية التي تهدف إلى تصحيح الأعضاء التناسلية أو إزالة التشوه الخلقي، وهذه العمليات لا غبار عليها من الناحية القانونية لتوافر قصد العلاج فيها.
- ب- وهناك عمليات جراحية تهدف إلى التنسيق بين طبيعة خلايا جسم الشخص وعلى وجه الخصوص خلايا الكروماتين التي تحدد الذكورة أو الأنوثة في الجسم وبين الأعضاء

(1) منير رياض حنا، مرجع سابق، ص64.

(2) مكرلوف وهيبية، الاحكام القانونية لنظام تغيير الجنس، مذكرة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2015-2016، ص93.

(3) أحمد محمود سعد، تغيير الجنس بين الحظر والاباحة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة 1993، ص528. أنظر كذلك خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص200 وما يليها.

(4) محمد سامي الشواء، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1986، ص550 وما يليها.

التناسلية لدى الشخص وهنا يتوافر كذلك قصد العلاج من هذه العمليات لأنها تسعى بصفة أساسية للشفاء من اضطراب في الهرمونات .

د- وهناك عمليات جراحية تجرى على خلايا الجسم متفقة فعلاً مع مظهر الشخص وهذا هو التكوين السوي للإنسان، أما الادعاء بوجود انفصال بين المعايير الشكلية والأحاسيس العميقة للشخص فهذا لا يبرر إجراء عملية جراحية بهدف تحقيق التوافق بينهما وغير جائز لقوله تعالى ﴿وَلَا مَرْنَهُمْ فَلْيَغَيِّرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ﴾⁽¹⁾ وهنا التحريم القاطع لعمليات التحول الجنسي المجردة من أي غاية علاجية اللهم سوى مجرد الهواجس النفسية التي تخيم على تفكير الشخص.

فإذا كانت هذه الأعمال تختلف في شأن القصد العلاجي منها ومدى حجية هذا القصد في إعطاء الطبيب حرية المساس والتصرف على جسد الإنسان، فما هو الأساس أو القصد في أعمال الهندسة الوراثية في التحكم وتعديل الصفات الوراثية للإنسان من أجل وقف أمراض وراثية، أو تحسين النسل بغرض الزيادة لأي أمور معينة كالذكاء أو لون البشرة أو العين وإلى غير ذلك⁽²⁾؟

المبحث الثاني: أساس مشروعية العمل الطبي وشروطه

لتحديد مشروعية العمل الطبي ينبغي تحديد القاعدة العامة التي تتعلق بالجسد، فإن استطعنا تحديد تلك القاعدة استطعنا تحديد الاستثناء ورسم معالمه وحدوده، لأن الاستثناء يعد من القواعد العامة ولا ينبغي التوسع فيه، لهذا سنعالج هذا المبحث من خلال التعرض لأساس مشروعية العمل الطبي في الشريعة الإسلامية (مطلب أول) ثم التعرّيج على أساس مشروعية العمل الطبي في الفقه القانوني (مطلب ثاني) هذا ما يقودنا بالضرورة إلى الوقوف على أساس مشروعية العمل الطبي في إطار الاتفاقيات الدولية (مطلب ثالث) كما أنه كان لابد من معرفة أساس إباحة العمل الطبي في القانون الجزائري (مطلب رابع) وأخيراً التطرق إلى شروط مزاولة العمل الطبي في (مطلب خامس).

(1) سورة النساء، الآية رقم 119.

(2) أكثر تفصيلاً أنظر: خضراوي الهادي/ يخلف ع القادر، دور الهندسة الوراثية في التحكم بالأجنة البشرية في ميدان الفقه الإسلامي والقانون الطبي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 11، جامعة تلمسان، جانفي 2017، ص 133 و 134 و 135.

المطلب الأول: أساس مشروعية العمل الطبي في الشريعة الإسلامية

خلق الله سبحانه وتعالى الإنسان في أحسن تقويم لقوله تعالى ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ﴾⁽¹⁾ ولكي يستمر هذا الكائن في أداء وظيفته الخلافة وتأدية الأمانة التي حملها، فقد حرصت الشريعة على مبدأ حرمة الجسد الآدمي⁽²⁾ فحرمت إزهاق النفس الإنسانية لقوله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ۗ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ ۗ إِنَّهُ كَانَ مَنصُورًا﴾⁽³⁾ فالأصل عدم جواز قتل النفس والاستثناء هو الجواز بالإضافة إلى تحريم الاعتداء والجروح، قال تعالى في شأن القصاص ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ۗ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ۗ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾⁽⁴⁾ وحرمت على الشخص أن يقتل نفسه لقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ۗ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾⁽⁵⁾ ثم وضعت العقوبات الدنيوية والأخروية على كل خارق لمبدأ حرمة الجسد الإنساني فقال سبحانه ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً ۗ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا ۗ فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ ۗ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فِدْيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ ۗ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ ۗ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾⁽⁶⁾ إذن فالأعمال الطبية تستلزم خرق قاعدة حرمة الجسد، وعليه سنتطرق في هذا المطلب إلى الأساس الذي

(1) سورة التين، الآية 4.

(2) عبد العزيز محمد الصغير، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة 2015، ص 7. أنظر كذلك: رباح فغور، الحق في سلامة الجسم بين القدسية والضرورة الطبية، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 15، العدد 2، تصدر عن جامعة الوادي، الجزائر 2018، ص 75.

(3) سورة الإسراء، الآية 33.

(4) سورة المائدة، الآية 45.

(5) سورة النساء، الآية 29.

(6) سورة النساء، الآية 92.

يمنح المشروعية لهذا الخرق، وقد أباح الشرع الإسلامي للأطباء الاجتهاد في علاج الأمراض ولو خالف بعض آراء غيره من الأطباء متى كان رأيه يقوم على أساس المنطق والتجربة.

فمبادئ الشريعة الإسلامية أعفت الطبيب من المسؤولية عن الضرر الذي يصيب المريض ولو مات من جراء العملية الجراحية مادام لم يقع خطأ من الطبيب في العلاج لكون الموت أو الضرر في هكذا حالات شيئاً لا يمكن توقعه ولا تفاديه، وقد اتفق العلماء والفقهاء على أن الموت إذا كان نتيجة لفعل واجب وصاحب ذلك عنصر الاحتياط والحذر وانعدم التقصير في العمل الطبي، فلا ضمان في ذلك، غير أن الاختلاف وقع في تعليل وتبرير رفع المسؤولية عن الطبيب في مثل هكذا الحالات.⁽¹⁾

فبالنسبة لمدرسة أبو حنيفة: ترى أن المسؤولية ترتفع لسببين، الأول الضرورة الاجتماعية إذ الحاجة الماسة لعمل الطبيب، وهذا يقتضي إباحة العمل له ورفع المسؤولية عنه حتى يحمله الخوف من المسؤولية الجنائية والمدنية على مباشرة عمله، والسبب الآخر هو إن المريض أو وليه وفي وصفهم لعلّة الضرورة الاجتماعية والحاجة إلى ممارسة مهنة الطب قاسوا على قطع الإمام يد السارق فمات منه، فلا ضمان عليه ولا على بيت المال للضرورة وعللوا بأن إقامة الحد مستحقة عليه والتحرز عن السراية ليس في وسعه، فلو وجب الضمان لأمتنع الأئمة عن إقامة الحد خوفاً من لزوم الضمان وفيه تعطيل للحدود، وكذلك لو وجب الضمان على الطبيب بكل تلف مع إتباعه الأصول العلمية، فإنه لم يشجع لممارسة هذه المهنة مع حاجة الناس لها التي قد تنزل منزلة الضرورة، والطب فرض كفاية بإجماع الفقهاء والتضمين تعطيل لهذا الفرض الكفائي المجمع عليه.⁽²⁾

أما عند الشافعية والحنابلة: فيرون أن إذن المريض وقصد العلاج هو الذي يرفع المسؤولية عن مباشرة العمل الطبي، ويترتب عليه المشروعية، وأن علة المساس بجسم الإنسان بعد إذنه تكمن في قصد المعالجة والمصلحة المرجوة من العلاج ولا يقصد بها الإضرار به كما في الجروح الأخرى وحاصل ذلك أن الشارع قدر أن العمل الطبي أو الجراحي وإن مس جسم المريض، فإنه يحفظ مصلحته التي هي من مصلحة الشارع في صيانة والمحافظة على جسم

⁽¹⁾ رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص50.

⁽²⁾ محمد أبو زهرة، الجريمة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998، ص349.

الإنسان وحياته وبذلك يؤدي عمل الطبيب إلى حفظ حق الله وحق العبد، وتظل إباحة الشارع في هذه الحدود (1).

أما بالنسبة للمالكية: فيرون أن إذن الحاكم أولاً وإذن المريض ثانياً أو الإذن العام والإذن الخاص هما أساس المشروعية للعمل الطبي، فإن الحاكم يبيح للطبيب ممارسة هذه المهنة، وإذن المريض يبيح للطبيب أن يفعل ما يقدره مناسباً لعلاج (2).
نخلص إلى أن الفقه الإسلامي بقواعده وأصوله لا يضيق ذرعاً بأي مستجد طبي، بل يفسح له ويشمله بقواعده وأصوله، لأن فيه لكل مشكلة حلاً ولكل داء دواء، ولكنه ليس مسؤولاً عن سوء الممارسة التي قد تحدث من بعض المصالح الطبية كمختبرات التحاليل أو بنوك الدم ولهذا ينبغي ضرورة الرقابة المباشرة على مثل هذه الأعمال ومنع التراخيص للمخالف منها مع إيقاع العقوبة المناسبة (3).

المطلب الثاني: أساس مشروعية العمل الطبي في الفقه القانوني

تتنازع العديد من الفقهاء حول أساس إباحة الأعمال الطبية وأثار هذا الموضوع جدلاً وخلافاً كبيرين نظراً لأهمية هذا الأساس للتمييز بين عمل الطبيب وغيره من جهة، وإعفاء وحصانة الطبيب عند المساس بالحق في سلامة الجسم من جهة أخرى.
بناءً على ذلك سنتعرض بإيجاز لتلك الآراء الفقهية:

لقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن مرد إباحة العمل الطبي هو العرف أو العادة بينما يرى البعض أن الأساس في ذلك هو رضا المريض بتلك العمليات الجراحية أما الجانب الآخر من الشراح يرى أن أساس إباحة العمل الطبي هو حالة الضرورة (4) وانعدام القصد

(1) محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المناهج، دار المعرفة، بيروت، طبعة 1، 1997، ص 337.

(2) شهاب الدين أحمد بن غدريس القرافي، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1994، ج 12، ص 257.

(3) محمد فالح مطلق بن صالح، أحكام بيع الأعيان النجسة ومدى الانتفاع بها وبنقل الدم والترقيعات الجلدية، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد 18، العدد 5، جامعة مؤتة 2003، ص 185.

(4) أكثر تفصيلاً راجع: عبد الرحمن خلفي، زراعة الأعضاء البشرية في منظور القانون الجنائي، مجلة القانون المجتمع والسلطة، العدد 4، جامعة وهران 2، الجزائر 2015، ص 10.

الجنائي لدى الطبيب، في حين انتهى البعض من الفقهاء إلى القول بأن الأساس في ذلك يرجع إلى إذن القانون.

الفرع الأول: أساس الإباحة هو العرف أو العادة:

يرى هذا الجانب من الفقه ومنهم "أوبنهم Oppenheim" أن العادة هي سبب إعفاء الطبيب من المسؤولية عند المساس بالحق في السلامة الجسدية⁽¹⁾ والعادة كاصطلاح قانوني هي: "القاعدة التي ينشئها الأفراد وتثبت باستمرارها مدة من الزمن" ويتحجج هذا الفريق من الشرح بأن أغلب التشريعات أخذت بالعرف كمصدر من مصادر القانون، فصحيح هذا القول من جهة إذ أن المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات قد أخذ بالعرف في القانون المدني وجعله كمصدر ثالث بعد النص القانوني أو التشريع كمصدر أول والشريعة الإسلامية كمصدر ثاني، حيث تنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري: ". وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف..."⁽²⁾ كما أنه تطبيقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات فإن الفعل لا يجرم إلا بنص قانوني صريح ولا مجال للقياس في قانون العقوبات إذ تنص المادة الأولى منه "لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن إلا بقانون"⁽³⁾.

الفرع الثاني: أساس الإباحة هو رضا المريض

وبانتفاء هذا الرضا يأخذ فعله صفة عدم المشروعية وقد يؤدي إلى المسألة الجنائية ولو بذلت العناية المطلوبة، ويمنع القانون إخضاع المريض للعلاج رغم إرادته، وبناء على ذلك يجب الحصول على إذن المريض في كل التدخلات الطبية سواء تعلق الأمر بالتشخيص أو العلاج أو الوقاية حسب الأحوال، فلا يجوز كقاعدة عامة إرغام المريض على علاج معين أياً كانت نتيجته ودرجة خطورة حالة الفرض الصحية، باستثناء الحالات المرضية الخاصة⁽⁴⁾.

(1) صفان محمد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، دار الثقافة، الطبعة الأولى، عمان، 2011، ص96.

(2) أمر رقم: 75/58 مؤرخ في 26/09/1975، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05/10 المؤرخ في: 20/06/2005 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد44، بتاريخ 26/06/2005.

(3) الأمر رقم 66-156 المؤرخ في مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة يونيو سنة 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

(4) عصارة شعبان أبو عجيبة، المسؤولية الجنائية عن الاعمال الطبية، المجلة اللبية للدراسات، العدد 6، دار الزاوية للكتاب، ليبيا أبريل 2014، ص233.

نحن نؤيد هذا الرأي لذلك، فإن إعفاء الطبيب من المسؤولية عن أعماله العمدية بمناسبة ممارسته لعمله الطبي، يرجع لأحد الأمور الثلاثة أولها رضا المريض والشرطان الآخران الواجب توافرها ترخيص القانون، وقصد العلاج، وعليه يكون هذا الرأي الأقرب إلى مفاهيم الحرية الشخصية وسمو مهنة الطب ويتلاءم مع المبادئ القانونية السليمة.

أن أساس إباحة الأعمال الطبية حسب هذا الاتجاه هو رضا المريض بذلك، سواء صدر منه شخصياً أو من وليه أو من ينوب عنه قانوناً هذا ما يذكرنا بالقاعدة الرومانية التي كانت تنص على أنه: "لا ضرر على من رضي بهذا الضرر". قد ساد هذا الرأي لدى الفقه الانجليزي والألماني لمدة من الزمن باعتبار الرضا هو تنازل المريض على الحق في السلامة التي يقرها القانون لجسده وذلك من أجل العلاج حتى لو قام به شخص آخر غير الطبيب (1).

الفرع الثالث: أساس الإباحة هو انعدام القصد الجنائي لدى الطبيب

إن تبرير هذا الرأي القائل بأن أساس إباحة الأعمال الطبية يرجع لانعدام القصد الجنائي لدى الطبيب باعتبار أن إرادة هذا الأخير تتجه إلى شفاء أو تخفيف آلام الشخص المريض دون قصد الإضرار به، وهذا عكس الأعمال الأخرى التي يكون فيها الجاني قاصداً الإضرار بالمجني عليه وعالماً بما يقوم به ومريداً لنتيجته، في هذا الصدد يرى الفقهاء أن عمل الطبيب لا يعد اعتداء على حق السلامة الجسدية لأن نية الاعتداء منتفية لديه، وعليه فالطبيب غير المرخص له بالعمل والمتسبب في موت مريض أثناء علاجه يعاقب بعقوبة القتل الخطأ دون حاجة لإثبات الإهمال والتقصير (2).

أنتقد هذا الرأي هو الآخر على أساس أن قصد العلاج والشفاء يعد من قبيل البواعث وليس عنصراً من عناصر القصد الجنائي حسب ما إستقر عليه الفقه والقضاء، إذ أن القصد الجنائي في المساس بالسلامة الجسدية هو قصد عام متوفر بعنصر العلم وانصراف الإرادة إلى هذا الفعل، فلو اعتمدنا على البواعث كأساس لإباحة الأعمال الطبية، لا سُمح بما يسمى بالقتل الرحيم أو القتل بدافع الشفقة (Euthanasie) لثبيل الباعث، ولا تركنا كذلك التجارب والأبحاث الطبية على الجسم البشري لعموم مصلحتها.

(1) عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون الطبي، 2005/2004، ص23.

(2) حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص35.

إن انتفاء القصد الجنائي عند ممارسة الطبيب لمهنته على جسم الإنسان يمكن أن يكون ضمن حالات الضرورة فقط ويبقى الفعل مجرماً حتى ولو كان العمل الطبي لهدف غير علاجي، غير أن سهام النقد نالت من هذا الاتجاه لأنه قد يصلح بياناً لإجازة عمل الطبيب ولا يصلح أن يكون سنداً كافياً له وهذا لعمومية هذا الأساس مما يجعله غير صالح للتفريق بين عمل الطبيب وغير الطبيب، كما أنه غير دقيق لأنه يترك لكل منهما الحرية الواسعة، فيعمل ما يشاء طالما أنه متوافق مع الغرض المشروع وهذا ما يجعل جسم المريض مرتعاً للمغامرين من المجرمين، وعليه لا يعد هذا الرأي أيضاً أساساً لإباحة العمل الطبي إذ أنه يتلاءم مع ما يهدف إليه المجتمع من تنظيم المهن الطبية⁽¹⁾.

الفرع الرابع: أساس الإباحة هو إذن القانون

يذهب أنصار هذا الرأي ومنهم الفقيهين "جارسون Garçon" و "فيدال Vidal" إلى القول بأن إباحة الأعمال الطبية على أجسام المرضى يرجع أساسها إلى إذن القانون، وبذلك فإن الفقه الحديث يكاد يجمع على هذا الأساس باعتباره مقصوراً على فئة الأطباء المؤهلين لمزاولة المهنة دون سواهم، ذلك أن الطبيب عندما يقوم بفحص أو علاج المريض يكون قد استخدم رخصة قررها له القانون، ومن ثم لا يكون مرتكباً لأي عمل مجرم، لأن المصلحة المتوخاة من وراء ذلك أكبر وأهم من حماية الجسد وصيانته له⁽²⁾، فالجراحة التي يجريها جراح لشخص أقعده المرض في الفراش واحتمال أن يؤدي به ذلك للوفاة زالت عنها وصف الجريمة واعتبرت من قبيل النشاط المتلائم مع طبيعة الحياة الاجتماعية، ففي عملية استئصال ورم سرطاني خبيث لا يمكن الكلام عن مظهر مادي للجريمة بل هذا السلوك متلائم مع طبيعة العلاقة الاجتماعية.

ومع هذا تعرض هذا الأساس لشبه النقد على أن الإذن القانوني بالممارسة الطبية لا يعتبر بذاته أساساً كافياً باعتبار أن المؤهل العلمي هو الأساس الحقيقي والمنشئ للإذن القانوني وللشروط الأخرى للترخيص إضافة لذلك، فالمشرع لم يجز هذه الأعمال الطبية لكل من يدعي

(1) عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص196.

(2) عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، دار النهضة العربية القاهرة، 2006، ص32.

لنفسه طبيب، بل قيد ذلك بشروط نصت عليها قوانين الصحة وتنظيم المهنة، و رغم ذلك لقد حضي هذا الاتجاه بتأييد كل من القضاء الفرنسي والمصري وهذا في الكثير من الأحكام باعتبار أن الطبيب الذي يمارس مهنته على جسم المريض أساسه في ذلك إذن قانون مهنته اعتمادا على مؤهلاته العلمية⁽¹⁾.

المطلب الثالث: أساس مشروعية العمل الطبي في الاتفاقيات الدولية

جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة لينص على أنه في المادة 3 منه (لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه) هذا الاعلان الذي أدرجه الدستور الجزائري صراحة ضمن محتواه في نص المادة 11 منه التي جاء فيها "أولا تعلن الجزائر انضمامها إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وتنظم الى كل منظمة دولية تستجيب لمطامح الشعب الجزائري وذلك اقتناعا منها بضرورة التعاون الدولي"⁽²⁾.

كذلك اعتبرت اتفاقيات جنيف⁽³⁾ الأولى والثانية والثالثة والرابعة أن القتل العمد والتعذيب أو المعاملة اللاإنسانية بما في ذلك التجارب الخاصة بعلم الحياة وكل عمل يسبب عمداً آلاماً شديدة أو إصابات خطيرة للجسم والصحة عموماً، وأي إحجام عمدي يهدد بدرجة خطيرة السلامة البدنية أو العقلية لشخص في قبضة طرف غير الطرف الذي ينتهي إليه اعتبرت من الانتهاكات الخطيرة التي تقرر لها نوع من العقاب في القانون الدولي الجزائري باعتبارها جرائم دولية تسمى جرائم حرب⁽⁴⁾.

(1) بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، دار الأمين للنشر، القاهرة 1984، ص 391.

(2) المادة الثالثة من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، منشور بموجب إعلان صادر في 10 سبتمبر 1963 الموافق عليه في استفتاء شعبي يوم 08 سبتمبر 1963، ج ر رقم 64، مؤرخة في 10 سبتمبر 1963.

(3) اتفاقية جنيف المؤرخة في 12 آب/أغسطس 1949 اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام من قبل المؤتمر الدبلوماسي لوضع اتفاقيات دولية لحماية ضحايا الحروب المعقود في جنيف خلال الفترة من 21 نيسان/أبريل إلى 12 آب/أغسطس 1949 تاريخ بدء النفاذ: 21 تشرين الأول/أكتوبر 1950، إنضمت الجزائر لهذه الاتفاقية ممثلة في الحكومة الجزائرية المؤقتة التي لقي طلبها بالقبول بتاريخ 20/09/1960 أكثر تفصيلاً انظر: عبدالقادر حوبة، إنضمام الحكومة الجزائرية المؤقتة لاتفاقيات جنيف لعام 1949 وآثاره على صعيد القانون الدولي، مجلة العلوم القانونية، عدد 1، المركز الجامعي الوادي، الجزائر، جوان 2010 ص 44.

(4) زياد خالد يوسف المبرجي، مرجع سابق، ص 31.

لقد نصت العديد من الصكوك الدولية لحقوق الإنسان (أهمها ميثاق الأمم المتحدة عام 1945 والإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام 1966) على واجب احترام الكرامة الإنسانية، ودعت لوقف كل انتهاك قد يطلحق الإنسان في الحياة وحقه في السلامة الجسدية⁽¹⁾.

المطلب الرابع: أساس إباحة العمل الطبي في القانون الجزائري

بعد ما بينا فيما سبق الجدل الذي دار بين الفقهاء حول أساس إباحة الأعمال الطبية الماسة بسلامة الجسم وحرمته وموقف الشريعة الإسلامية من تلك الممارسة الطبية نتطرق لموقف القانون الجزائري من هذه الآراء للوقوف على الاتجاه الذي أخذ به في إباحة الأعمال الطبية .

لقد نص قانون العقوبات الجزائري في المادة 39 فقرة واحد المتعلقة بأسباب الإباحة⁽²⁾ على أن: "لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون...". وقد جاء هذا النص عاما وشاملا، حيث لم تحدد الأفعال التي تشملها الإباحة إذا ارتكبت بناء على أمر أو إذن القانون ويمكن التفريق بين أمر القانون وإذن القانون، ذلك أن الإذن جوازي أي يترك للشخص الحرية في القيام بالفعل أو الامتناع عنه مثل ما تناولته المادة 61 قانون إجراءات الجزائية والتي خولت لكل شخص في الجرائم المتلبس بها اقتياد المشتبه فيه إلى المركز الشرطة أو الدرك، أما أمر القانون فهو إجباري ومخالفته تقيم المسؤولية الجزائية، ويدخل تحت طائلة إذن القانون الترخيص بمباشرة الأعمال الطبية، وهذا ما يبرر أن ممارسة العمل الطبي على جسم المريض ليس حقا كما ذكرنا سابقا بل هو استخدام لرخصة فحسب، فليس للطبيب حق الفحص والعلاج، إنما له رخصة بأن يباشر أعماله مع كل مريض يلجأ إليه طالبا العلاج إلا في حالات استثنائية ونادرة كتفشي الأوبئة والتطعيم الإجباري... إلخ⁽³⁾.

(1) خالد بن النوي، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2010، ص 53 وما يليها.

(2) الأمر 66-156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتم.

(3) حروزي عزالدين، مرجع سابق، ص 36.

كما أن المشرع لم يُجز هذه الأعمال الطبية ويرخص بها لكل من يدعي التطبيب وأحاط هذا الإذن بسياج من الحدود والقيود لضمان استعماله في سبيل غايته النبيلة وإلا تم العبث بجسم المريض وانتهاك حرمة، فكانت تلك القيود هي الحد الفاصل بين الفعل المباح والجريمة.

ومن خلال النظر في النصوص القانونية المنظمة لمهنة الطب لا سيما مدونة أخلاقيات مهنة الطب يتبين أن المشرع الجزائري نظر لأساس الإباحة في الضرورة العلاجية المنوطة بعدة شروط يتقدمها إذن القانون.

المطلب الخامس: شروط ممارسة العمل الطبي

إن مهنة الطب ليست من المهن التي يستطيع المرء أن يزولها متى أراد ذلك، أي دون أن يكون قد حصل على الترخيص الذي يتطلبه القانون لمزاولة هذه المهنة، بل إن مزاولتها لا تكون جائزة متى كان القائم بالعمل الطبي لم يستهدف غرضاً معيناً، ألا وهو شفاء المريض من العلة التي يعاني منها، ولما كان للمريض الحرية الكاملة في أن يقبل العلاج الذي أشار به الطبيب أو لا يقبل، فلا بد إذن من أن يحصل الطبيب أولاً على رضا المريض بعلاجه أو بإجراء الجراحة اللازمة له، على أنه يُشترط كذلك ألا يقع من الطبيب إهمال في العلاج فمزاوله مهنة الطب تتطلب من الطبيب أن يقدم لمريضه عناية يقظة صادقة، وإلا انعقدت مسؤوليته عما ينشأ من عدم مراعاة ذلك من أضرار للمريض.

الفرع الأول: شرط الترخيص القانوني بمزاولة مهنة الطب

إن مزاوله مهنة الطب والجراحة من الأمور التي تحرص الدول على تنظيمها والاهتمام بتطويرها وتقديمها وفقاً لما تقرره القواعد التنظيمية للمهن الطبية، ولقد تناول المشرع الجزائري من جانبه تنظيم هذه المهن بواسطة قوانين تهدف إلى حماية الصحة العمومية، منها قانون الصحة⁽¹⁾ أضيف إلى ذلك عدة مراسيم تنفيذية، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر المرسوم التنفيذي رقم 91-106 المتعلق بالقانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية والمرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06.07.1992 المتضمن لمدونة أخلاقيات الطب.

(1) قانون 05/85 السالف الذكر الملغى بالقانون 18-11 المتعلق بالصحة.

فمن البديهي أن يكون أول الشروط التي يتوجب توافرها لإباحة عمل الطبيب هو الترخيص القانوني بذلك له⁽¹⁾، إذ هو عبارة عن ترخيص إداري يمنحه وزير الصحة أو بتفويض منه مدير الصحة الولائي.

والهدف من وراء هذا الترخيص الحفاظ على صحة المواطنين وصونها من الدخلاء على مهنة الطب، إذ ليس لهم من مقومات الإعداد الفني والعملية ما يؤهلهم لمباشرة تلك المهنة وهذا ما نصت عليه المادة 197 من قانون 05/85 بقولها "تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناء على الشروط التالية:

- أن يكون طالب هذه الرخصة حائزاً حسب الحالة على إحدى الشهادات الجزائرية: دكتوراه في الطب أو جراح أسنان أو صيدلي أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها.
 - أن لا يكون مصاباً بعاهة أو بعلة مرضية منافية لممارسة المهنة.
 - أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف.
 - أن يكون جزائري الجنسية ويمكن استثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات والاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر وبناء على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة".
- لكن إذا استقرتنا القانون الجديد رقم 18-11 المتعلق بالصحة نجده لم يتعرض للرخصة التي يسلمها الوزير المكلف بالصحة فيما يتعلق بشروط ممارسة مهن الصحة في المادة 166 ولعل هذا راجع إلى أن هذا الإجراء قد أصبح على مستوى مديريات الصحة الإقليمية التي يمارس الطبيب عمله فيها، والغرض منه السرعة في إتمام إجراءات مباشرة العمل على مستوى المؤسسات الصحية دون إلزامية التقيد بالرخصة الصادرة من وزير الصحة⁽²⁾.
- غير أنه في الحديث عن الممارسة غير الشرعية لمهن الصحة في المادة 185 نص على أنه تكون الممارسة غير شرعية لمهن الصحة كل شخص غير مرخص له من الوزير المكلف بالصحة، يمارس في هيكل أو مؤسسة خاصة للصحة⁽³⁾، وهنا المشرع أغفل ذكر ترخيص الوزير المكلف بالصحة عند تقريره عن شروط مزاوله مهنة الطب أو الصيدلة.

(1) رايس محمد، مرجع سابق، ص100.

(2) راجع المادة 166 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة المحددة لشروط ممارسة مهن الصحة.

(3) راجع المادة 186 فقرة 4 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة المحددة لشروط ممارسة مهن الصحة.

كما أضافت المادة 198 من القانون 85-05 السالف الذكر "لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي أو جراح أسنان اختصاصي أو صيدلي اختصاصي إذا لم يكن حائزاً شهادة في الاختصاص زيادة على الشروط المنصوص عليها في المادة 197 أعلاه" علاوة على ذلك أضافت المادة 199 من نفس القانون على وجوب أداء اليمين، حيث جاء فيها: "يؤدي الطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي، المرخص له بممارسة مهنته اليمين أمام زملائه حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم".

ولقد تم تعديل هذه المادة بموجب المادة الثالثة من قانون 17/90⁽¹⁾ بإضافتها لشروط آخر يتمثل في التسجيل لدى المجلس الجهوي لأخلاقيات الطب بقولها: "يجب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي مستوفي للشروط المحددة في المادتين 197 و198 أعلاه، ومن أجل الترخيص له بممارسة مهنته، أن يسجل لدى المجلس الجهوي للأداب الطبية، وأن يؤدي أمام زملائه أعضاء هذا المجلس اليمين حسب الكيفيات المحددة بموجب التنظيم".

كما أكدت المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب بقولها: " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي أن يؤكد عند تسجيله في القائمة أمام الفرع النظامي الجهوي المختص، أنه أطلع على قواعد هذه الأخلاقيات وأن يلتزم كتابيا باحترامها"⁽²⁾ بالإضافة ما أكدت عليه المادتان 204⁽³⁾، 206⁽⁴⁾ من نفس المرسوم التنفيذي المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب على منع الأطباء غير المسجلين في سجلات الفروع النظامية من الممارسة باعتبارهم لا يتوفرون على الشروط القانونية على هذا الأساس، فإذا قام شخص ليس من المرخص لهم بممارسة المهنة الطبية وإحداث جروحا بجسم الغير حتى ولو كانت بسيطة كان ذلك الشخص مسؤولاً جنائياً عن الجرح

(1) قانون 90/17 المؤرخ في 31/07/1990 المعدل والمتمم للقانون 85/5 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية عدد 35.

(2) المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 5 محرم 1413 الموافق لـ 6 يوليو سنة 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات

(3) المادة 204 تنص على "لا يجوز لأي أحد غير مسجل في قائمة الاعتماد أن يمارس في الجزائر مهنة طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي، تحت طائلة التعرض للعقوبات المنصوص عليها في القانون".

(4) المادة 206 تنص على "يجب أن تمسك الفروع النظامية الجهوية والوطنية قائمة مضبوطة باستمرار، لا يسجل فيها إلا الأطباء وجراحو الأسنان والصيدالة الذين تتوافر فيهم الشروط القانونية المطلوبة".

العمدي حتى ولو كان تدخله بنية العلاج ولو كان حاصل على المؤهل العلمي، وعلّة ذلك أن المشرع لا يثق في غير من رخص لهم بالمزاولة لمهنة الطب فضلا عن التثبيت من استيفاء الطبيب لكل الشروط التنظيمية.

كما تجدر الإشارة إلى أنه يتوجب على الطبيب المرخص له الالتزام بممارسة مهنته في إطار الاختصاص المحدد في الترخيص، لأن هذا الأخير ما هو إلا تحصيل وشرط للأساس الحقيقي للممارسة الطبية ألا وهو الإجازة العلمية المتحصل عليها، فإذا كان الترخيص محدد لمزاولة أعمال التخدير وقام صاحبه بإجراء عملية جراحية، فيكون عندئذ متجاوز لحدود الترخيص الممنوح له وقد تترتب مسؤوليته المدنية والجنائية على ذلك.

غير أنه يلاحظ أن كل من المادة 199⁽¹⁾ من قانون 05-85 والمادة الثالثة من قانون 17/90 المعدل والمتمم للقانون 05-85 المشار إليهما أعلاه ليس لهما تطبيق في الميدان العملي، فإذا طالعنا الصحف اليومية نجد أن أغلبية الممارسين الطبيين لم يسجلوا في المجالس الطبية الجهوية المختصة، بل حتى لم يقوموا بتسديد اشتراكاتهم، وهذا بشهادة رئيس المجلس الوطني لأخلاقيات الطب السيد " محمد بقاط بركاني " علاوة عن هذا عدم أدائهم لليمين أمام زملائهم هذا في الممارسة الطبية الخاصة، أما موظفي وزارة الصحة في المستشفيات والمؤسسات الصحية العمومية فالوضع أسوأ إذ أن الإدارات الصحية المستخدمة لهؤلاء الممارسين لا تشترط فيهم عند التوظيف لا التسجيل، ولا أداء اليمين في المجالس الطبية الجهوية المختصة إقليمياً وتغض الطرف عن ذلك والهدف من ورائه سياسي أكثر منه قانوني من أجل تهميش هذه المجالس لكي لا تكون يوماً ما نداً للسلطة الوصية المتمثلة في وزارة الصحة، وأضاف أن عدد الأخطاء الطبية التي تمت إحالتها على العدالة خلال السنتين

(1) المادة 199 من القانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 المعدل والمتمم للقانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها تنص على: "يجب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي مستوف للشروط المنصوص عليها في المادتين 197 و198 من هذا القانون ومن أجل الترخيص له بممارسة مهنته، أن يسجل لدى المجلس الجهوي للأداب الطبية المختص إقليمياً المنصوص عليه واي يؤدي أمام زملائه أعضاء هذا المجلس اليمين حسب الكيفيات المحددة بموجب التنظيم".

الأخيرتين بلغ 200 ملف أغلبها في طب النساء والتوليد والعيون والجراحة⁽¹⁾، وفي هذا الشأن يكون من الأفضل إلزام الأطباء بدفع مستحقات اشتراكاتهم لكي لا تضعف هيبة وفعالية المجالس الطبية الجهوية في أداء عملها وبحول دون بسط سيطرتها على ما يحدث من تجاوزات وأخطاء كما يؤثر ذلك على نقص المنتقيات العلمية من أجل تحسين المستوى المهني.

الفرع الثاني: شرط انصراف نية الطبيب للعلاج.

لا يكون العمل الطبي مشروعاً إلا إذا قصد به علاج المريض أو تخفيف آلامه⁽²⁾ وهي الغاية التي من أجلها رخص له القانون مزاوله مهنته، وبالخروج عن هذه الغاية يكون ممارس العمل الطبي قد تجاوز حدود الإباحة، بمعنى يؤدي لزوال أساس إباحته بتخلف علقته، وبالتالي قيام مسؤولية الطبيب الجنائية ويجري عليه حكم القانون أسوة بسائر الناس، كالتبيب الذي يجري عملية بتر عضو من أعضاء شخص ما بقصد تخليصه من الخدمة العسكرية أو لجوء الطبيب إلى التذليل من أجل إجهاض امرأة حامل تسبب هو شخصياً في حملها أو وصف مخدرات لغير العلاج⁽³⁾.

إذا كان القدر الذي كان مسموحاً به فيما مضى هو القدر الذي يؤدي إلى العلاج، فإنه في الوقت الحاضر لم تصبح الأعمال الطبية قاصرة على ذلك بل أصبحت تتدخل في حالات ليست بقصد العلاج من مرض بدني بالمعنى الدقيق، بل لتخليص الجسم من عارض غير طبيعي مسبباً للشخص مرضاً نفسياً، فتكون تلك الأعمال لازمة للعلاج النفسي كالجراحة التجميلية أو التقومية أو التعويضية مما جعل القوانين تأذن بها وتجيئها⁽⁴⁾ إذ أن هذه الجراحة لا يقصد بها شفاء علة، وإنما إصلاح تشوه خلقي أو طارئ، لا ينال الصحة بضرر ولا يهدر

(1) عيساني رفيقة، التضامن الوطني في التعويض عن الحوادث الطبية، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 4، العدد 1، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2013، ص 18.

(2) خالد مصطفى محمد الجسمي، المسؤولية الطبية وفق مرسوم بقانون رقم 4 لسنة 2016 م بشأن المسؤولية الطبية لدولة الإمارات، مركز بحوث الشرطة، المجلد 27، العدد 106، الشارقة 2018، ص 24.

(3) حسنين منصور: المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2006، ص 67.

(4) عيساوي فاطمة، المسؤولية المدنية لجراح التجميل في القانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، العدد 1، جامعة البويرة، ص 208.

الجسم في السير الطبيعي ولكنه مؤثر في شكل الإنسان ملحقاً ضرراً بقيمته الشخصية والاجتماعية.

في هذا الشأن، فإن المتفحص للمادة 195 من القانون 05/85 ي يجد أنها توضح التكليف الملقى على الأطباء بالحفاظ على حماية الصحة العامة للمجتمع وتقديم العلاج للسكان بقولها: "يتعين على الأطباء والصيادلة وجراحي الأسنان القيام بما يلي: " السهر على حماية صحة السكان بتقديم العلاج الطبي الملائم لهم..."⁽¹⁾ ويقابلها المادة 12 و 13 و 14 من القانون 11-18 المتعلق بالصحة⁽²⁾.

كما أضافت المادة 03 من نفس القانون على أنه من الأهداف المسطرة في مجال الصحة هي الوقاية وتوفير العلاج من أجل التنمية الاجتماعية والاقتصادية وأضافت في هذا الصدد كذلك المادة 07 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: "تتمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان...". نستخلص مما تقدم أنه بانتهاء قصد العلاج تنتفي إباحة الأعمال الطبية على جسم المريض وتخضع بالتالي لنصوص التجريم (المادة 264) من قانون العقوبات الجزائري.

الفرع الثالث: شرط رضا المريض.

لإباحة تدخل الطبيب يشترط المشرع أن يتم ذلك برضاء المريض أو النائب عنه قانوناً، شفاهاً أو كتابياً، يعتبر الرضا الموافقة على العلاج أو رفضه حسب ما تقتضيه مصلحة المريض⁽³⁾ فهي سابقة عن العمل الطبي ذاته، وعلة ذلك هي رعاية ما لجسم الإنسان من حصانة معترف بها فقهاً وقانوناً، كما يجب أن يكون الرضا حراً ومتبصراً أي مبنيًا على أساس

(1) قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الجزائري الجريدة الرسمية رقم 08 لسنة 22 مؤرخة في 17 فبراير 1985 المعدل بموجب القانونين 90-17 المؤرخ في 17 يوليو 1990 ج.ر. رقم 35 لسنة 1990 والقانون 98-09 المؤرخ في 19 غشت 1998.

(2) المادة 12 تنص على "تعمل الدولة على ضمان تجسيد الحق في الصحة كحق أساسي للإنسان على كل المستويات، عبر انتشار القطاع العمومي لتغطية كامل التراب الوطني". المادة 13 تنص على "تضمن الدولة مجانية العلاج، وتضمن الحصول عليه لكل المواطنين عبر كامل التراب الوطني وتنفيذ كل وسائل التشخيص والمعالجة واستشفاء المرضى في كل الهياكل العمومية للصحة، وكذا مل الأعمال الموجهة لحماية صحتهم وترقيتها". وتنص المادة 14 على "تضمن الدولة وتنظم الوقاية والحماية والترقية في مجال الصحة".

(3) أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 119.

من العلم المستتير بطبيعة ونوعية التدخل الطبي ومخاطره المحتملة وهذا من أجل إيجاد نوع من التوازن في العلاقة بين الطبيب والمريض، إذ أن البعض يصف العقد الطبي بعقد إذعان كما يجب أن يصدر الرضا أيضا عن هو أهل له، ومتى كان المريض بالغاً راشداً متمتعاً بكامل قواه العقلية فإن رضائه المتبصر بالتدخل العلاجي لا يثير مشكلة غير أنه إذا كان في وضع لا يسمح له بإبداء موافقته، لكونه في غيبوبة، أو عديم الأهلية أو ناقصها، فصدور الرضا يكون ممن ينصبه القانون ممثلاً له، فلا يجوز أن يرغم شخص على تحمل المساس بسلامة جسده وتكامله ولو كان ذلك من أجل مصلحته⁽¹⁾.

حيث نصت المادة 154 السالفة الذكر من قانون 05/85 لحماية الصحة وترقيتها على ما يلي: "يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك...".

وأكدت على ذلك المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب بقولها: "يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون...". كما أضافت المادة 42 من نفس المرسوم على حرية اختيار المرضى لأطبائهم وحرية مغادرتهم لهم بقولها: "للمريض حرية اختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته...". بالإضافة إلى ما أكدت عليه المادة 52 من نفس المرسوم على ضرورة الحصول على رضا الأولياء أو الممثلين القانونيين عند تقديم العلاج لقاصر أو بالغ عاجز عن التعبير عن إرادته وقبوله بالتدخل الطبي لعلاجيه بقولها: "يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ أن يسعى جاهداً لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم...". فإذا رفض الشخص المراد علاجه التدخل الطب، يكون لهذا الرفض أثر قانوني في تحديد مسؤولية الطبيب.

(1) عبد الكريم مأمون: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص72.

لذلك فإنه يشترط عند رفض المريض للعلاج تصريح كتابي بذلك، وعلى الطبيب أن يخبر المريض أو ممثله، المخول قانونا بالموافقة، بعواقب هذا الرفض إذ أن كتابة رفض العلاج تبرئ ذمة الطبيب من المسؤولية⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد نصت المادة 49 من مدونة أخلاقيات الطب بالقول: "يشترط من المريض إذا رفض العلاج الطبي أن يقدم تصريحا كتابيا في هذا الشأن"، لكن قد يتعذر الحصول على رضاء المريض أحيانا ومع هذا يقوم الطبيب بعمله دون الحاجة إلى انتظار رضا هذا الأخير وذلك في حالتين:

الحالة الأولى: حالة الضرورة.

من خلال استقراء نص المادة 09 من مدونة أخلاقيات الطب بقولها: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له" ومثال ذلك كأن يحضر إلى المستشفى مريض إثر إصابته في حادث وهو في حالة غيبوبة تستلزم التدخل الطبي الاستعجالي لإسعافه من خطر قد يهدد حياته، وهو ما أكدت عليه المادة 09 من مدونة أخلاقيات الطب بوجود تقديم الإسعافات الضرورية للمريض.

كما تناولت هذه الحالة المادة 205 من قانون 85-05 لحماية الصحة وترقيتها بنصها: "يمنع أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أوقف حقه في ممارسة مهنته أن يجري فحوصا... إلا في حالة الضرورة القصوى التي تتطلب تقديم علاج مستعجل قصد الإسعاف الأولي⁽²⁾."

ويقابلها في القانون 18-11 المتعلق بالصحة الجديد المادة 188 التي نصت على "يمنع على كل مهني الصحة الذي منع من الممارسة، من تقديم فحوص أو تحرير وصفات أو تحضير أو تقديم أدوية لتطبيق علاج أو استعمال أي أسلوب علاجي تابع للطب أو طب الأسنان أو الصيدلية".

(1) منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالدة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989، ص101.

(2) قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الجزائري الجريدة الرسمية رقم 08 لسنة 22 مؤرخة في 17 فبراير 1985 المعدل بموجب القانونين 90-17 المؤرخ في 17 يوليو 1990 ج.ر. رقم 35 لسنة 1990 والقانون 98-09 المؤرخ في 19 غشت 1998.

هنا يلاحظ أن القانون الجديد المتعلق بالصحة منع على الطبيب من إجراء أي عمل طبي أو علاجي في حالة المنع ولو في حالة الضرورة، بينما القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الملغى جعل استثناء ممارسة العمل الطبي في حالة المنع أن تكون هناك ضرورة قصوى ومستعجلة قصد الإسعاف الأولي.

أضف إلى هذا تناول قانون العقوبات هذه الحالة في مادته 48 بنصها "لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب جريمة قوة قاهرة لا قبل له بردها" بناء على ما تقدم نلاحظ أن القانون أجاز هذه الإسعافات الأولية دون تهاون (حالة الضرورة) بل أنه حتى أمر بها بالنصوص القانونية وفي حالة مخالفتها تقوم مسؤولية الطبيب الجزائية على أساس عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر (المادة 182/2 من قانون العقوبات الجزائري)⁽¹⁾.

الحالة الثانية: حالة تهديد الصحة العامة للمجتمع.

هناك من الأمراض المبينة والمحددة حصريا كانتشار الأوبئة وهناك التلقيحات الإجبارية لمكافحتها، وفي هذه الحالة يقوم الطبيب بالعمل الطبي ولو رفض المريض ذلك وعندئذ تستند الإباحة إلى استعمال الرخصة أو تنفيذ القانون واستعمال السلطة العامة لما لها من قوة جبر كتشريح الجثة بناء على طلب من السلطة القضائية وهو ما أشارت إليه كذلك المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري بقولها: "لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون..."⁽²⁾ إن النص هنا جاء عاما وشاملا لم تحدد فيه الأفعال التي تشملها الإباحة إذا ارتكبت بناء على أمر أو إذن القانون، ويكمن الفرق بين أمر القانون وإذن القانون في أن الإذن جوازي في ترك الحرية للشخص للقيام بالفعل أو الامتناع عنه، بينما الأمر عكس ذلك فهو إجباري ومخالفته تقيم المسؤولية الجزائية كما تم ذكره سابقاً.

(1) المادة 2/182 من قانون العقوبات التي تنص على: "يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 15000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يستطيع بفعل مباشر من هو بغير خطورة عليه أو على الغير أن يمنع وقوع فعل موصوف بأنه جناية أو وقوع جنحة ضد سلامة جسم الإنسان وامتنع عن القيام بذلك بغير إخلال في هذه الحالة بتوقيع عقوبات أشد ينص عنه القانون أو القوانين الخاصة.

ويعاقب بالعقوبات نفسها كل من امتنع عمداً عن تقديم مساعدة إلى شخص كان في حالة خطر كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر إليه أو بطلب الإغاثة له وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير".

(2) قانون العقوبات الجزائري الصادر بالأمر 66-156، المؤرخ في 08 يونيو 1966 المعدل بقانون 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009.

والمشرع الجزائري قد جعل النصوص القانونية المتعلقة بالحق في سلامة الجسد مباشرة وراء النصوص التي تحمي الحق في الحياة، وأجمع بين النصوص الخاصة بالقتل والنصوص الخاصة بالضرب والجرح، يدل على العلاقة الوثيقة في نية المشرع الربط بين الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم⁽¹⁾.

خلاصة لما سبق إذا أجرى الطبيب العمل الطبي في غير هاتين الحالتين دون رضا المريض يتخلف سبب الإباحة بتخلف شرط من شروطه وبالتالي تقوم مسؤولية الطبيب الجنائية.

الفرع الرابع: شرط مراعاة الأصول والقواعد الطبية.

يكون العمل الطبي مباحاً يشترط إلى جانب الشروط الثلاثة السابقة الذكر أن يكون عمل الطبيب مطابقاً للأصول الفنية الطبية التي يعرفها أهل الطب، بحيث لا يتسامحون مع من يستهين بها ممن ينتسب إليهم، ولقد عرف الفقهاء الأصول العلمية بأنها: "تلك المبادئ والقواعد الثابتة والمتعارف عليها نظرياً بين طائفة الأطباء". أو هي مجموعة القواعد النظرية والعلمية المستقرة بين أهل الطب ولم تعد محل نقاش بينهم، أي هي الحد الأدنى الذي يجب مراعاته في العمل الطبي إلا استثناء كحالة الضرورة، فإذا خالف الطبيب اتباع هذه الأصول والقواعد حقت عليه المسؤولية الجنائية بحسب تعمدته أو تقصيره⁽²⁾.

ومعنى هذا أن الطبيب ليس ملزماً عند ممارسة مهنته أن يطبق العلم كما في العلوم الدقيقة فالعلوم الطبية ليست كذلك إذ يوجد فيها مجال للاختلاف، أي أنه إذا كانت طريقة علمية ما محل خلاف بين مؤيد ومعارض لها وأخذ بها الطبيب فلا يعتبر مخالفاً لتلك الأصول العلمية لأن العبرة هي في أداء الطبيب لأعماله على قدر من العناية وبذل الجهد الصادق اليقظ والذي يتفق مع ظروف وحالة المريض الصحية وفق الأصول العلمية⁽³⁾.

أما إذا ثبت أن الطبيب قد خالف هذه القواعد والأصول المتعارف عليها بين أهل المهنة سواء نتيجة جهله التام بها، ومثال ذلك إتباع نظرية طبية مهجورة تخلى عنها الأطباء وأحياناً أخرى إذا اتبع الطبيب النظرية الحديثة لم يستقر العمل الطبي عليها بعد، فحينئذ تقوم

(1) رايح فغرور، مرجع سابق، ص73.

(2) عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص199.

(3) أبو اليزيد على المتيت: جرائم الإهمال، الطبعة الثالثة دار الجامعة للنشر، القاهرة، 1975، ص219.

مسؤوليته الجزائية كما جاء في المادة 18 من قانون أخلاقيات الطب بقولها: "لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية..."⁽¹⁾ وعلى هذا الأساس يعد هذا الطبيب مخالفاً للأصول والقواعد الطبية كاللجوء إلى الكي التقليدي والشعوذة كما جاء في المادة 31 من المدونة أخلاقيات الطب السالفة الذكر بنصها: "لا يجوز لطبيب أو جراح الأسنان أن يقترح على مرضاه أو المقربين إليهم علاجاً أو طريقة وهمية... وتمنع عليه كل ممارسات الشعوذة". في هذا الصدد نصت المادتين 10 و 11 من المرسوم التنفيذي رقم 106/91 المعدل والمتمم والمتعلق بالقانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية تلزم الهيئات المستخدمة على تحسين المستوى العلمي وتجديد المعرفة من أجل مواكبة التقدم العلمي في ميادين الطب والاكتشافات الجديدة بمساعدة الدولة، حيث نصت المادة 10 على أنه: "تلزم الهيئة المستخدمة بما يلي:

- تقوم بالتكوين وتحسين المستوى وتجديد معارف الممارسين...
- تحديث معارف الممارسين...

تجدر الإشارة هنا إلى أن هذا التحسين للمستوى عن طريق التكوين يتم على حساب نفقة الدولة من أجل تحسين مردودية العمل الطبي وهذا ما أكدته المادة 11 من نفس المرسوم بقولها: "يستفيد الممارسون الطبيون في الصحة العمومية من غيابات خاصة مدفوعة الأجر في إطار المشاركة في التظاهرات العلمية".

كما يعد عمل الطبيب غير مطابق للأصول العلمية والطبية إذا كان مارس المهنة في ظروف سيئة وغير ملائمة للقواعد الطبية كافتقاره لوسائل الكشف والتشخيص والعلاج الحديثة وهذا ما نصت عليه المادة 14 من مدونة أخلاقيات الطب⁽²⁾ بقولها: إضافة لذلك أكدت المادة 15 من نفس المدونة أنه: "من حق الطبيب أو جراح الأسنان ومن واجبه أن يعتني بمعلوماته الطبية ويحسنها". إذ لا يجب أن تمارس المهن الطبية خارج المجال المتعارف عليه بين

(1) المادة 18 من أخلاقيات مهنة الطب تنص على "لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة أو عند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض".

(2) المادة 14 من مدونة أخلاقيات المهنة تنص على "يجب أن تتوفر للطبيب أو جراح الأسنان في المكان الذي يمارس فيه مهنته، تجهيزات ملائمة ووسائل تقنية كافية لأداء المهمة، ولا ينبغي للطبيب أو جراح الأسنان بأي حال من الأحوال أن يمارس مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية".

أعضاء المهنة مما قد ينتج عنه احتمال تعرض المريض لخطر حسب ما أشارت إليه المادة 17 من المدونة المشار إليها أعلاه، حيث نصت على أنه: "يجب أن يتمتع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه".

خلاصة لما سبق نستنتج أن إباحة الأعمال الطبية بصفة عامة والماسة بالسلامة الجسدية بصفة خاصة لا بد أن يكون هدفها خدمة الصحة العامة للأفراد والمجتمع حسب أسس وشروط وقيود أحدها رئيسي وهو إذن القانون والآخرين بمثابة شروط كالترخيص القانوني ورضا المريض وقصد العلاج حسب الأصول والقواعد الطبية فان تخلف أحد هذه العناصر أصبح عمل الطبيب غير مشروع وتنتفي أسباب إباحته وتقوم عندئذ مسؤوليتها الجنائية وهذا الرأي هو الراجح فقها وقضاء.

المبحث الثالث: أنواع الأعمال الطبية

درج الفقه القانوني على تقسيم العمل الطبي للطبيب إلى عدة أقسام، قسم يتعلق بحسب طبيعتها (المطلب الأول) وقسم آخر يتعلق بالأعمال الطبية بحسب هدفها والغرض منها (المطلب الثاني) ثم إن هناك من نظر إلى تقسيم الأعمال الطبية من القائم بالعمل الطبي (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الأعمال الطبية بحسب طبيعتها

لظما اعتبر التقسيم الثنائي للأعمال الطبية بحسب طبيعتها إلى أعمال طبية مادية غير متصلة بالقواعد الفنية للعمل الطبي (الفرع الأول) وأعمال طبية فنية لها علاقة وطيدة بممارسة العمل الطبي (الفرع الثاني) سواء كان علاجي أو جراحي، وهذا هو التقسيم الكلاسيكي للأعمال الطبية.

الفرع الأول: الأعمال الطبية المادية

الأعمال الطبية المادية هي تلك التي لا تتصل بالأصول الفنية لمهنة الطب ويمكن تقديرها دون الاعتداد بالصفة المهنية لمن يقوم بها⁽¹⁾، ومن ذلك أن يجري الطبيب الجراح عملية جراحية ويده مصابة بعجز يمنعها عن الحركة أو ينسى في جوف المريض شيئاً من

(1) محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر، 1998، ص15.

الأدوات الجراحية أو أن يقوم بإجراء العملية الجراحية وهو ثمل أو أن يترك حافظة ماء ساخن بالقرب من قدم المريض وهو لا يزال تحت تأثير المخدر مما يحدث له حرقاً في قدميه أو أن يجري العملية الجراحية في الفخذ الأيمن بدلاً من الفخذ الأيسر المصاب أو أن يقع في غلط بالنسبة لزجاجة الدواء المراد حقنه به، فيحقن المريض بمادة "السيترول" التي تستخدم في تنظيف البلاط بدلاً من المحلول الطبي اللازم لإجراء الأشعة أو أن يقتلع الناب الأيسر بدلاً من الأيمن للمريض، أو لا يحترم قواعد النظافة، أو أن يهمل في تخدير المريض قبل العملية.

ويعتبر من هذه الأعمال عدم احترام الطبيب لواجباته الإنسانية وذلك عدم استجابته لإدارة المستشفى رغم استدعائه ورفضه تقديم العناية للمريض وأيضاً ترك المريض، وعدم توضيح له مخاطر العلاج أو عدم حصوله على موافقة المريض قبل العلاج أو إجراء الجراحة أو انتهاك السر المهني دون إذن مسبق⁽¹⁾.

ومن التطبيقات القضائية لإفشاء السر الطبي لدى القضاء الفرنسي قضية المريض باستيان "Pastian le Page" الذي نشرت صحيفة Le matin الفرنسية خبراً بوفاته بمرض خطير وهذا غير صحيح وتكفل الطبيب المعالج بالرد على الخبر لدى رئيس تحرير الصحيفة يبين وجه الحقيقة حول مرض باستيان، ورغم أن هذا الرد كان عن حسن نية ودفاعاً عن المريض وحقيقة مرضه، إلا أن محكمة النقض الفرنسية حكمت بمسؤوليته عن إفشاء أسرار المهنة، وسببت قرارها على أساس أن هذه المعلومات ما كان للطبيب أن يعلم بها لولا مهنته⁽²⁾. وعموماً فإن الأعمال التي يقوم بها الطبيب يتطلب بعضها بذل قدر من الحيطة والحذر ومن الطبيعي أن يسأل الطبيب عن الإهمال والرعونة في تنفيذها، لأنها إن كانت

(1) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص 70. أنظر شنة زاوي، الالتزام بكتمان السر الطبي: المفهوم، الحدود، الجزاء، مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة الجيلالي الياصب سيدي بلعباس، المجلد 18، عدد & مارس 2019، ص 419. انظر كذلك: ريس محمد، مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني، بحث منشور في أعمال الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، أيام 24/23 جانفي 2008، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، ص 28 وما يليها.

(2) بنداري محمد إبراهيم، الخطأ في المسؤولية المدنية عن عدم المحافظة على السر الطبي، مجلة الامن والقانون، المجلد 13، العدد 1، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات يناير 2005، ص 313.

أعمالاً تقع من الطبيب لدى ممارسته لمهنته إلا أنها أعمالاً فنية، وليست مجرد أعمال مادية يتساوى فيها الطبيب مع غيره من الأشخاص العاديين أي غير الفنيين.

الفرع الثاني: الأعمال الطبية الفنية

تعتبر الأعمال الطبية الفنية التي تتعلق مباشرة بفن مهنة الطب لصيقة بصفة الطبيب ولا يتصور صدورهما من غير الطبيب كأعمال التشخيص والعلاج، ومن هذه الأعمال ما يتوجب على الطبيب القيام به نحو تشخيص المرض، مثل لجوئه إلى وسائل علمية معينة لتشخيص المرض، تستعمل في الملاحظة والفحص، أو أن يخلط في تشخيصه بين أنواع متميزة من الإصابات مثل الطبيب الذي يشخص إصابة المريض على أنها إلتواء في مفصل الكوع ويقوم بعلاجه على هذا الأساس، بينما حقيقة الإصابة أنها كسر في الكوع⁽¹⁾.

كما تعد أعمال العلاج كذلك من الأعمال الفنية مثل التأكد من الأدوية والوسائل العلاجية وأن المريض في حالة تسمح باستعمالها، ومن أمثلة ذلك أن يتأكد الجراح قبل إجراء العملية من أن المريض سوف يتحمل التخدير لإجرائها، ومن ذلك أيضاً وجوب أن يجري الجراح أو طبيب التخدير اختباراً لمدى تجلط الدم قبل الجراحة، وهكذا كل الأعمال الطبية التي يمكن وصفها بأنها فنية كتقدير ما إذا كان العلاج ملائماً للمريض أم غير ملائم وما إذا كانت طريقة أخرى للعلاج ستكون أفضل أم لا، أو أن العملية الجراحية ضرورية أم لا، فهذه وأمثالها أمور فنية تتصل باختصاص الأطباء وبأصول علم الطب التي لا يتساوى فيها الأطباء مع غيرهم من الأشخاص العاديين⁽²⁾.

ولدقة التفرقة بين عمل الطبيب المادي وعمله الفني، فإن الفقه قد أخذ بالتفرقة بين الأعمال الطبية المادية، والأعمال الطبية الفنية، وكان من نتيجة ذلك أنه كان يعتد في تقدير الخطأ المادي بمعيار الخطأ المعروف وهو الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي، أما بالنسبة للخطأ الفني فقد كان لا يعتد بالخطأ إلا إذا كان جسيماً، والمعنى أن صاحب المهنة لا يسأل في نظر هؤلاء الفقهاء عن الخطأ الجسيم وحده، دون الخطأ اليسير وكان الغرض من

(1) محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، مرجع سابق، ص16.

(2) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص72.

ذلك هو تحاشي الخوف من إرهاصات المسؤولية، حيث يمكن للطبيب أن يزاول مهنته بما ينبغي له من الحرية في العمل ومن الطمأنينة والثقة في فنه وكفاءته الشخصية⁽¹⁾.

ورغم هذا، فإن التمييز بين الخطأ المهني في مزاوله المهنة دقيق جداً في بعض الحالات، كما في حالة خطأ الطبيب الذي لم يأمر بنقل المريض إلى المستشفى في الوقت المناسب، إذ لا يسهل وصفه بأنه خطأ عادي أو فني، وكما في حالة الجراح الذي يباشر عملية جراحية خطيرة لا لغرض علاجي بل لمجرد إزالة عيوب طبيعية لا أثر لها في الصحة إطلاقاً فهذا لا مبرر له في الإطار القانوني للمساعدة الاجتماعية.

المطلب الثاني: الأعمال الطبية بحسب الهدف منها

يتطلب البحث أن نخرج على تقسيمات العمل الطبي لضرورة التمييز بين ما هو عمل طبي علاجي، والعمل الطبي الوقائي من خلال الوقوف على طبيعة العمل.

الفرع الأول: أعمال طبية علاجية.

وهي الأعمال التي تستهدف مداواة المريض أو التخفيف من آلامه، أو عدم تفاقم المرض، وتأتي هذه المرحلة غالباً بعد مرحلة التشخيص، حيث قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أمراً بالطب العلاجي ((يا عباد الله تداووا فإن الله لم يضع داء إلا وضع له شفاء - أو - قال دواء إلا داء واحداً، قالو: يا رسول الله وما هو قال: الهرم))⁽²⁾.

الفرع الثاني: أعمال طبية وقائية

وكذلك اهتم الإسلام بالطب الوقائي، فقد سبق القوانين الصحيحة الحديثة فيما نسميه بالحجر الصحي، مقررًا ذلك منذ أكثر من ألف وأربعمائة سنة، فقد قال رسول الله صلى الله

(1) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع نفسه، ص 72 وما يليها. أنظر: غضبان نبيلة، المعيار الموضوعي أم المعيار الشخصي لتقدير الخطأ الطبي الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 9 جانفي 2018، جامعة عباس لعروور، خنشلة-الجزائر، ص 400 وما يليها.

(2) أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترميدي، سنن الترميدي، دار بن كثير، الرياض 2007، ص 329.

عليه وسلم في الطاعون: ((إذا كنت بأرض فوق وقع بها فلا تخرج منها، وإذا بلغك أنه بأرض فلا تدخلها))⁽¹⁾.

وجاء في الباب الثاني من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة المعنون بالحماية والوقاية في الصحة في المادة 29 على أنه المقصود بالوقاية " كل التدابير الصحية والاقتصادية والاجتماعية والتربوية والبيئية الرامية إلى الحد من الأخطار الصحية أو القضاء عليها سواء كانت ذات أصل وراثي أو ناجمة عن التغذية أو سلوك الإنسان أو مرتبطة بالبيئة وذلك بغرض الحفاظ على صحة الشخص والجماعة"⁽²⁾.

وحددت المادة 34 هذه الأعمال المتعلقة بالوقاية كالتالي: "الوقاية هي كل الأعمال الرامية إلى التقليل من أثر محددات الامراض، و/أو تفادي حدوث الأمراض، إيقاف إنتشارها و/ أو الحد من آثارها".

يستنتج أن أعمال الوقاية هي تلك التي تستهدف الامراض والأوبئة قبل وقوعها وحصولها، وذلك عن طريق برامج تضعها الدولة لرصد الأمراض المتنقلة والغير متنقلة والإنذار عنها قصد التمكين من الكشف المبكر عنها والتصدي السريع لها لحماية الصحة وتضمن تنفيذ هذه البرامج بمساعدة السلطة المعنية وتسهر على تقييمها في إطار حملات التوعية والإعلام .

المطلب الثالث: الأعمال الطبية بحسب القائم بالعمل الطبي

وقد ينظر للعمل الطبي من زاوية القائم بهذا العمل فقد يقوم به الطبيب الطبيب، وقد يباشره غير الطبيب مثل الممرضة والقابلة والمضمد الصحي والمحلل، على اعتبار أن الاعمال الطبية خصوصاً الجراحية أصبحت تقام في شكل فريق طبي من عدة متخصصين ومساعدين. فالعمل الطبي لم يعد عملاً فردياً يقوم به طبيب واحد، وإنما أصبح الطب يمارس من خلال فريق متكامل من الأطباء ومساعدتهم⁽³⁾.

(1) الإمام الحافظ أبي بن الحسين مسلم الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، بيت الأفكار الدولية، الرياض، 1998، ص911.

(2) قانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة.

(3) حسام الدين كامل الأهواني، مسؤولية الطبيب العقدية عن فعل الغير، بحث منشور في المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2، بيروت-لبنان، 2004، ص382.

الفرع الأول: عمل الطبيب

يعتبر عمل الطبيب ذلك العمل المنوط به شخصياً ويقتصر عليه فقط دون غيره، وعرفه مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر بتاريخ 1925.06.24 بأنه العمل الذي يقوم به الطبيب أو الجراح والذي لا يستطيع المساعد القيام به إلا بمراقبة مباشرة من الطبيب وتحت مسؤوليته، بحيث يتدخل فوراً لو طرأ أي خلل من المساعد⁽¹⁾

ومهنة الطبيب هي الوظيفة المرتبطة بتقديم العلاج الطبي للمرضى الذين يعانون من الإصابات والأمراض، وتشمل وصف العلاجات التقليدية مثل العقاقير، وتوفير الرعاية الصحية الأولية، أو التخصص في مجال معين من الطب مثل طب الأطفال، وطب الأعصاب، والطب النفسي، وطب أمراض العيون، وطب التخدير، وغيرها، وتعتمد مهنة الطبيب على تشخيص الظروف الصحية للمريض، من خلال استخدام مجموعة من الاختبارات، ومن ثم الحصول على نتائجها من أجل وصف العلاجات المناسبة للمريض، مما يساهم في التقليل من تأثير الإصابة أو المرض الذي يعاني منه، ويجب على الطبيب أن يمتلك معرفة واسعة في مجال مهنة الطب⁽²⁾.

الفرع الثاني: عمل المساعدين

وهي تلك الأعمال التي يمارسها المساعد بصورة تلقائية، شرط أن يتأكد الطبيب المعالج شخصياً من كفاءته لممارستها وتتقسم هذه الاعمال بدورها إلى قسمين:

- أعمال العناية اليومية بالمريض كالنظافة الجسدية وقياس درجة الحرارة الجسمية ومراقبته وإبلاغ الطبيب عن أي تطور حاصل وتعقيم الأدوات الطبية المستعملة
- الأعمال العلاجية والتمريضية كأخذ عينات الدم من أجل التحليل، والحقن وتحضير المريض للعملية الجراحية⁽³⁾.

(1) أيت مولو دهبية، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة ماجستير (فرع قانون المسؤولية المهنية)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص 21.

(2) مهنة الطب موقع إلكتروني متخصص في القضايا الطبية تاريخ الزيارة 219.10.30 على الساعة 18:46
www.mawdoo3.com

(3) أيت مولو دهبية، مرجع سابق، ص 34.

وهناك من رأى تقسيم العمل الطبي على حسب التخصص في العلوم الطبية فقد يصنف العمل الطبي إلى العمل الطبي الذي يقوم به الأخصائيون في الطب البشري يقومون بالعناية بجسم الإنسان وتشخيص الحالات المرضية التي تصيب الجهاز الهضمي والعصبي وجهاز التنفس والدورة الدموية والدماغ والعظام والقلب وأجهزة السمع والشم والبصر وتحديد الأدوية والعلاجات المناسبة⁽¹⁾.

فالأخصائيون في الجراحة يقومون بالعمليات الجراحية بهدف تقويم التشوهات والإصابات ومنع انتشار المرض في جسم الإنسان، كما أن الأخصائيون في طب الأسنان فهم يقومون بتشخيص أمراض الفم واللثة والأسنان واستبدالها وتقويمها، وإجراء جراحة الفم، وكذلك الأخصائي البيطري والأخصائيون في العلوم الطبية المساعدة كإجراء التحليل وإعداد نتائج الفحص المخبري وتقديم الخدمات التمريضية والسريرية وإعداد برامج التغذية المناسبة للحالة الصحية للمريض.

بعد إطلاعنا على المحاولات التعريفية للعمل الطبي، الفقهية منها والتشريعية، يمكن القول بأنه ونظرا لخصوصية العمل وصفة القائم به، فلعله يكون من الملائم أن ينصرف مفهوم العمل الطبي إلى طبيعة النشاطات المهنية والفنية، مهما كانت صفة القائم بها، سواء كان طبيبا صيدليا، ممرضا أو مهنيا من مهني الصحة، ذلك أن تضمين المفهوم بعض قواعد المشروعية كما ذهب إليه بعض التعريفات قد تكفلت به المنظومة القانونية السائدة للصحة العمومية⁽²⁾.

وعلى هذا الوصف يلاحظ أن القانون الجزائري قد حدد الأعمال الطبية، ولم ينطرق لمفهوم العمل الطبي، بينما تميز المفهوم المماثل في القانون الفرنسي بالتوسع، وربما تكون هذه الرحابة القانونية وليدة الواقع الطبي والصحي في فرنسا، الذي يعرف تطورات خصوصا على مستوى جودة النظام والخدمات الصحية.

وبناء على ما سبق يمكننا تعريف العمل الطبي بأنه تلك النشاطات المهنية المشروعة التي يقوم بها مستخدمو الصحة، أي كانت صفاتهم أو رتبهم والتي تتعلق بالوقاية من الأمراض

(1) زياد خالد يوسف المفرجي، مرجع سابق، ص 23.

(2) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص 70.

تشخيصها وعلاجها، وكذا في نطاق البحث عن أنجع العلاجات وسبل تخفيف معاناة المرضى وإعادة تكييفهم وتأهيلهم في إطار الأهداف العلاجية أو الطبية المحضة.

ومن هذا التعريف وفي ظل تنامي مؤشرات الصحة والبحث عن الأساليب العلاجية الجديدة، واستخدام تكنولوجيا المعلوماتية في الطب نقول بأنه قد يجدر بالباحثين والقانونيين الحديث عن النشاط الطبي بدلا من العمل الطبي الذي بات يظهر قزماً أمام تعاضد دور مكانة الطب والأطباء في الوقت الحالي.

كما يتبين من المراحل الزمنية المكونة لدورة حياة العمل الطبي، التكامل والتسلسل الحاصل بينها، بحيث لا يمكن لواحدة أن تتم دون أخرى، فالفحص الطبي أول اتصال بين الطبيب والمريض، يمثل المرحلة التمهيديّة للوصول للتشخيص السليم للمرض، هذا التشخيص يعتبر نصف العلاج، لأن معرفة الداء تقتضي وصف الدواء، أو اختيار العلاج المناسب والملائم، ثم الإشراف على تنفيذه أو المباشرة به إذا كان العلاج جراحيا، وأخيرا لا بد من متابعة المريض ومراقبته، والنظر في مدى استجابته للعلاج وتماتله للشفاء، إن هذه السلسلة الزمنية والمنهجية من التصرفات التي يقوم بها الأطباء خدمة للمرضى وللصحة، ونظرا لرحابتها وشمولها لكافة الأعمال الطبية المفترضة، تجعلنا نؤكد ونناصر الاتجاهات الفقهية والتشريعية المادية بشمولية مفهوم العمل الطبي، حتى يتسع لكل ما تناولته بالدراسة، وهذا يسمح بدوره باستيعاب كل ما استجد لدى الأطباء من أفكار وأساليب من جهة، ويثري المنظومة القانونية للباحثين والقضاة من جهة أخرى من خلال محاولة الإحاطة الفقهية والقضائية بكل تشعبات الأعمال الطبية، وفي نفس السياق يكون مضمون العمل الطبي محددًا رئيسيا لأبعاد ونطاقات إقامة مسؤولية الأطباء، وما يقتضيه من ضرورة إعادة النظر في مجالها التقليدي.

إذن فالعمل الطبي مشروع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، بالرغم من كونه مساس مباشر بالسلامة الجسدية، وبهذا يعد هذا العمل من أفعال الاعتداء على الحق في السلامة الجسدية للمريض وهذا ما يتفق عليه كل من الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري، ومن هنا ينبغي على من يقوم بممارسة العمل الطبي من أهل الاختصاص أن يكون القصد من

التدخل العلاجي أو الجراحي هو قصد توقيف الآلام أو تخفيفها، وقصد العلاج وإلا اعتبر انتهاكاً للحق في السلامة الجسدية للمريض⁽¹⁾.

بعد أن بينا في المبحث التمهيدي العمل الطبي قد اتضح لنا أنه يجب أن يكون لكل عمل طبي ضرورة تبرره، ولا يجوز تعريض المريض لخطر لا مبرر له، فعلى الطبيب أن يبذل في العناية بالمريض الجهود اللازمة والضرورية دون تجاوز الحدود المعروفة في الطب فالتزام الطبيب كمبدأ أيا كان مصدره، العقد، أو القانون فإنه التزم ببذل عناية صادقة ويقظة، باستثناء بعض الحالات التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة وهي في نقل الدم والسوائل الأخرى وفي استعمال الأدوات والأجهزة الطبية وأيضا فيما يتعلق بالتركيبات الصناعية وفي إجراء التحاليل الطبية.

والتزام الطبيب بتبصير المريض والحصول على رضائه يجد أساسه في احترام كرامة الفرد وسلامته الجسدية، فعلى الطبيب أن يبصر مريضه بالمخاطر العادية المتوقعة ويتجنب الإشارة إلى المخاطر النادرة أو الاستثنائية حتى لا يرهب المريض ويجعله خائفاً من تدخله الطبي أو العلاجي.

غير أن مسألة التبصير والرضا تزداد تشديداً إذا ما تعلق الأمر بحالة مرضية معقدة وعلى الطبيب أن يحترم موقف المريض ولا يمارس عليه أي ضغوطات تاركا له حرية الاختيار، لكن الأمانة العلمية للطبيب تملي عليه أن يظهر للمريض مخاطر إحجامه عن العلاج وفوائد الإقدام عليه، ويشترط عليه أيضا أن يمتنع عن إجراء عمل طبي لا تتناسب مخاطره مع ما يعود من فائدة على المريض، ورضا المريض يجب توافره في كل مرحلة من مراحل العمل الطبي من فحص وتشخيص وعلاج، كما يجب ان ينصب هذا الرضا على النتائج المترتبة عن التدخل الطبي.

فالطب مهنة تحمل جميع المعاني الإنسانية السامية، مما يحتم على الطبيب التصرف على قدر المسؤولية التي يتطلبها علاج الناس وإنقاذ أبدانهم من الألم والمرض، لأنه قبل كل شيء صاحب رسالة لا ممارس حرفة، ومداو للبشر لا مصلح للحجر.

(1) رايح فغور، مرجع سابق، ص 83.

الباب الأول : الطبيعة القانونية للخطأ الطبي

تمهيد وتقسيم:

تستلزم القواعد العامة أن الخطأ ركن ضروري لقيام المسؤولية المدنية، بل تجعل منه الركن الأساسي الذي تقوم عليه، إذ يجب على المضرور أن يثبت وقوع خطأ من الفاعل ويقيم الدليل على ذلك، ولاشك أن الخطأ الطبي لا يبتعد كثيراً إن لم نقل أحد أوجه وصور الخطأ في مجال المسؤولية المدنية، باعتبار أن مسؤولية الطبيب ما هي إلا إحدى تطبيقات أوجه المسؤولية المدنية في المجال الطبي⁽¹⁾.

ولما كان الخطأ هو الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية بوجه عام، والمسؤولية الطبية بوجه خاص في ظل الأصوات التي دعت إلى قيام المسؤولية الطبية دون خطأ وما لفته من اعتراض شديد، فهو على صعيد المسؤوليتين العقدية والتقصيرية عبارة عن إخلال بالتزام عقدي في الأولى، والتزام يفرضه القانون على الكافة بعدم الإضرار بالغير في الثانية⁽²⁾.

وتعددت تعريفات الخطأ وأخذت أشكالاً كثيرة واختلفت بحسب اختلاف المدارس الفقهية التي وضعت هذه التعريفات، ولعل السبب في صعوبة وضع تعريف شامل ومحدد للخطأ هو تعدد أشكال الخطأ وصوره وتنوعها مع مرور الزمن وتقدم الحياة الإنسانية بجميع جوانبها، ومن ثم كان لزاماً على الفقهاء الذين يتعرضون لدراسة الخطأ وتحديد ماهيته وأركانه أن يضعوا تعريفاً جامعاً مانعاً لفكرة الخطأ الواسع الأشكال والمتعدد الصور، وعلى هذا تعددت المراحل التي مر بها تعريف الخطأ، فقد بدأت أولاً بالجمود وعدم المرونة طبقاً للمفهوم التقليدي له، ثم تدرجت شيئاً فشيئاً حتى أخذ تعريف الخطأ شكلاً مرناً يستوعب التغيرات المستمرة التي تطرأ على نواحي الحياة المختلفة الاقتصادية والاجتماعية، وما لحقها من تطور تكنولوجي هائل وما يتبعها من ثورة علمية في عالم الاتصالات والمعلومات⁽³⁾.

(1) ريس محمد، الخطأ الطبي كركن في المسؤولية المدنية، أعمال الملتقى الوطني المشور حول المسؤولية الطبية أيام 24/23 جانفي 2008، جامعة تيزي وزو، الجزائر، ص13.

(2) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان 2007، ص17.

(3) أحمد شعبان محمد طه، الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية والجنائية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، مصر، 2015، ص11.

وإذا كان الفقهاء قد اجتهدوا في وضع تعريف شامل للخطأ يحدد ماهيته وطبيعته ويجمع بين كافة صورته وأشكاله إلا أن غالبية التشريعات بما فيها القانون الجزائري قد أعرض عن وضع تعريف للخطأ الأمر الذي ترك تعريف الخطأ لاجتهادات القضاء والفقهاء، وفي تقديرنا أن التطور السريع في مجالات الحياة المختلفة خصوصاً المجال الطبي، جعل التشريع الجزائري يحجم عن وضع تعريف محدد للخطأ الطبي الأمر الذي يجعلنا نتعرض له بشيء من التفصيل⁽¹⁾.

ويشير تحديد ماهية الخطأ الطبي كأساس لمسؤولية الطبيب إشكاليات متعددة مبعثها خصوصية العمل الطبي وتنوعه، وتباين درجات وتخصصات القائمين عليه والظروف التي يباشر فيها هذا العمل، ومدى تأثيرها على نطاق التزامات الطبيب ومداهما، وفي ظل هذه العوامل وغيرها، ينبغي بيان متى يمكن إضفاء وصف الخطأ على سلوك الطبيب⁽²⁾. وفي سبيل تبيان ذلك فإننا سنبحث أولاً فكرة الخطأ الطبي بالنسبة للمسؤولية الطبية (الفصل الأول) ثم التعرّيج على الضرر والعلاقة السببية في المجال الطبي في (الفصل الثاني).

(1) حاشي هدى، أساس المسؤولية الطبية القائمة على عمليات زرع الأعضاء البشرية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 11، جامعة المدية، 2013، ص 139.

(2) أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، دار الفكر والقانون، الطبعة الأولى، مصر 2014، ص 263.

الفصل الأول: فكرة الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية الطبية

ترتبط المسؤولية بوجه عام بفكرتي الخطأ والجزاء، فهي تفترض وقوع خطأ أحدث ضرراً يوجب مسألة مرتكبه، والمسؤولية نوعان أدبية وتكون عند الإخلال بواجب أدبي والجزاء يكون أدبي وهذا ليس موضوعنا في هذا البحث، ومسؤولية قانونية وهي ما يهمننا في هذا البحث حيث يكون الخطأ فيه قانوني ناجم عن الإخلال بالتزام قانوني⁽¹⁾.

وكما أسلفنا سابقاً أن فكرة الخطأ لم تلقى تعريفاً جامعاً موحداً، وإنما ترك أمر ذلك إلى الفقه والقضاء من خلال الأحداث والوقائع التي تفرزها الحياة اليومية وتقلباتها في شتى المجالات والحالات، ولأن الخطأ ركن يعد جزء من حقيقة الشيء ونظراً لما أصاب منظومة أركان المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية من تطور في بعض الأعمال التي يقوم بها الأطباء، أوجب علينا أن نتناول في هذا الفصل مسائل الخطأ الطبي كركن من أركان المسؤولية المدنية الطبية.

لكن في بعض الأحيان يكون من الصعب للغاية القيام بترسيم حدود الخطأ في ظل غياب قانون خاص، والفقه القانوني واضح في هذه المسألة، حيث يمكن القول أن للقاضي سلطة تقديرية يمكن استخدامها دون قيود وحسب تقديره من أجل تقدير صائب حول خطأ الطبيب، ولكن الملاحظ حالياً أن مشكلة السوابق القضائية للطبيب في المجال الطبي تجعل ترسيم حدود الخطأ الطبي صعبة ولهذا أصبح إعمال السلطة التقديرية يشهد الآن تهمة من قبل الأطباء، والكثير منهم يعتبرون أن القضاة يبالغون في مستوى السببية ويبدؤون في افتراض الخطأ الطبي من الوهلة الأولى، واعتبار الأطباء دائماً على خطأ، لذلك إذا كان هذا الاتهام أبعد ما يكون عن الواقع، لكنه يطرح اليوم مشكلة صراع بين القضاء والأطباء وخاصة على خطة لوضع قانون خاص بشأن تحديد الخطوط العريضة للخطأ الطبي⁽²⁾.

كل هذا يقودنا بالضرورة إلى التعرّيج على مفهوم الخطأ الطبي (المبحث الأول)، ثم التعرض بشيء من التفصيل لأقسام الخطأ الطبي (المبحث الثاني) على أن نتناول معيار

(1) حروزي عزالدين، مرجع سابق، ص 12.

(2) Bouchta, Aloui, Erreur médicale: vers quelle responsabilité civile du médecin, Publications de la Revue de droit – Collection Connaissances juridiques et judiciaires, Édition 58, Maroc 2018, P 155.

تحديد الخطأ الطبي (المبحث الثالث) وأخيراً التطرق إلى النطاق العام للخطأ الطبي (المبحث الرابع).

المبحث الأول: مفهوم الخطأ الطبي

إن الخطأ الطبي لا يختلف كثيراً عن الخطأ في مجال المسؤولية المدنية بصفة عامة إن لم نقل هو أحد صور الخطأ باعتبار أن مسؤولية الطبيب ما هي إلا إحدى تطبيقات أوجه المسؤولية المدنية في المجال الطبي كما ذكرنا سابقاً، وفي ظل التقدم التكنولوجي الذي أدى إلى ظهور وسائل غير مسبقة في العلاج ظهرت أخطاء طبية لم تكن موجودة في الماضي مما دفع بوجود تطور القانون لتناول تلك الأخطاء ومعالجتها قانوناً، إلا أنها وقفت عاجزة عن العلاج التام، لاسيما وأنها قد عجزت ابتداءً عن بيان المعيار الفاصل لتبيان ما يعتبر تحت نطاق الخطأ الطبي من عدمه، بل وعجزت عن بيان المقصود بالخطأ الطبي، لهذا كان لابد لنا أن نتطرق بالتفصيل إلى تعريف الخطأ الطبي وبيانه في إطار المسؤولية المدنية، وما إذا كان الخطأ العمد هو عبارة عن انصراف إرادة الفاعل إلى إحداث الضرر بالغير من هنا نستطيع مبدئياً أن نعرف الخطأ الغير عمدي أو الإهمال بأنه إحداث ضرر بالغير عن غير قصد، وبعبارة أخرى انحراف في السلوك ينجم عنه ضرر بالغير⁽¹⁾.

وينبغي الملاحظة أن عبارة (خطأ الطبيب) أشمل وأدق من عبارة (الخطأ الطبي) لأن العبارة الأولى تركز على مرتكب الخطأ، مما يفيد إلصاق الخطأ بشخص بعينه وصفته أثناء ممارسته لمهنته، ومع ذلك نجاري ما دأب عليه الفقه من استعمال لعبارة الخطأ الطبي⁽²⁾. في سبيل هذا قسمنا هذا المبحث إلى مطالب تناولنا تعريف الخطأ الطبي في (المطلب الأول) والتطور التاريخي للخطأ الطبي في (المطلب الثاني) والخصائص المميزة للخطأ الطبي في (المطلب الثالث) ثم أسباب الأخطاء الطبية في (المطلب الرابع).

(1) علي حسن الدنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الخطأ)، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، جزء 2، مصر، ص 99. أنظر كذلك: حاوش هدى، مرجع سابق، ص 139.

(2) رابيس محمد، نحو مفهوم جديد للخطأ الطبي في التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 2008، ص 65.

المطلب الأول: تعريف الخطأ الطبي

إذا كان الخطأ بوجه عام، هو الانحراف عن السلوك الواجب، أو هو التصرف الذي لا يتفق مع الحيطة التي تقتضي بها الحياة الاجتماعية، فإن الخطأ الطبي على وجه الخصوص هو عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه مهنته. فالأصل أن أي شخص يباشر مهنته تستلزم دراسة خاصة، يعتبر ملزماً بالإحاطة بالأصول العلمية التي تمكنه من مباشرتها فيعد مخطئاً إن كان غافلاً عنها⁽¹⁾.

ولما كان الركن الأول من مسؤولية الطبيب هو وجود الفعل الضار الصادر من الطبيب، والذي يشار إليه باسم خطأ الطبيب، هذا الخطأ الذي قد ينظر إليه من عدة زوايا عند ترتيب المسؤولية إما مسؤولية جنائية أو مدنية أو حتى تأديبية، وتحقق مسؤولية الطبيب عن طريق المساس بصحة المريض الجسدية وتعرض صحة المريض للخطر وحصول الضرر هذا الضرر الذي له معنى واسع وأي شيء يسبب الضرر لجسم الإنسان دون التعرض لأنسجة الجسم، مثل محاولة تدمير المواد الضارة في الجسم قد يكون ربما نتيجة ضارة لوفاة المريض، ولكن بالنسبة للطبيب لا يعد فعلاً مجرماً جنائياً، حيث يجب أن يكون نتيجة ضارة للعمل العلاجي، لذلك إذا لم يكن الطبيب مذنباً بارتكاب أخطاء أو إهمال فإنه ليس مجرماً جنائياً حتى لو كانت النتيجة ضارة⁽²⁾.

ولهذا كان لزاماً أن نتعرض إلى الخطأ الطبي في الفقه الإسلامي في (الفرع الأول) وكذلك تعريف الخطأ الطبي في القانون في (الفرع الثاني) والخطأ الطبي من منظور القضاء في (الفرع الثالث).

(1) اسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2009، الأردن، ص172.

2 Elrabai Smah Hadi, Comparative Study of Iran's and Iraq's Laws in Respect to Criminal Responsibility of Physicians, Journal of the College of Islamic University, N 44, University of Ferdosi, Iran, 2017, P 14.15

الفرع الأول: الخطأ الطبي في الفقه الإسلامي

إن الطبيعة العامة والخاصة للعمل الطبي ومجالها العملي هو صحة الإنسان الذي كرمه الله سبحانه وتعالى ونفخ فيه من روحه، لقوله تعالى ﴿فَإِذَا سَوَّيْتُهُ وَنَفَخْتُ فِيهِ مِنْ رُوحِي فَقَعُوا لَهُ سَاجِدِينَ﴾⁽¹⁾ هذه الطبيعة تعطي المهنة مكانة ليست كأبي مهنة أخرى هذا من جانب وأما من الجانب الآخر فإن هذا الإنسان الذي خلقه الله سبحانه وتعالى بمراحل مقدرة وميزان دقيق كما قال تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ يُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشَدَّكُمْ ثُمَّ لِتَكُونُوا شُيُوخًا ۖ وَمِنْكُمْ مَنْ يُتَوَفَّىٰ مِنْ قَبْلُ ۗ وَلِتَبْلُغُوا أَجَلًا مُّسَمًّىٰ وَلَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾⁽²⁾.

فلا بد أن يكون تصرف الطبيب في غاية الدقة والإتقان دون تهور أو تسرع أو إهمال وأن يكون تقدير الأمور بميزان دقيق يتفق مع ميزان ومعايير الطب في تقدير المصلحة لتفادي الوقوع في الخطأ الطبي، ومع هذا فإن العمل البشري مهما روعيت فيه الدقة والانتباه لا بد أن يكون خاضعا للخطأ.

وعرف الخطأ الطبي بأنه: "عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي تفرضه عليه مهنته" أو هو "تقصير لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول" أو هو "الفشل في إتمام عمل مقصود على الوجه المقصود أو استعمال عمل خاطئ لتحقيق هدف ما". أو هو "التقصير والإخلال بواجب بدل العناية واليقظة التي تتفق مع الأصول العلمية المتعارف عليها" أو هو "الإخلال بموجب سابق لا يرتكبه شخص متبصر وجد في مثل الظروف التي وجد فيها مرتكب الضرر"⁽³⁾.

وعرفه علماء الأصول بأنه: "تصرف يصدر بلا قصد إليه عند مباشرة أمر مقصود سواه، (قال الشوكاني: "الخطأ ما وقع بسبب أو من غير مكلف أو غير قاصد للمقتول ونحوه أو للقتل بما مثلهما يقتل في العادة، وإلا فعمداً"). وقد أوضح الشنقيطي في أحكام الجراحات الطبية الحال التي يطلق من خلالها على الأطباء ومساعدتهم أنهم مخطئون، فقال: "فانتفاء

(1) سورة ص، الآية 72.

(2) سورة غافر الآية 67.

(3) عبد الله بن إبراهيم بن صالح الخضير، أحكام الأشعة واستخداماتها في الفقه الإسلامي، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الجزء الأول، السعودية، 2013، ص950.

قصد الشيء من فاعله موجب لوصفه بكونه مخطئاً، وهكذا الحال هنا حيث يوصف الأطباء ومساعدتهم بكونهم مخطئين في حال وقوع ما يوجب الضرر دون قصده⁽¹⁾.

ويقول ابن منظور: "الخطأ والخطاء هو ضد الصواب، وقد أخطأ وجاء في القرآن الكريم: {وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا}⁽²⁾. عداة بالباء لأنه في معنى عثرتم أو غاظتم، وأخطأ يخطئ إذا سلك سبيل الخطأ عمداً وسهواً، ويقال: خطئ بمعنى أخطأ، وقيل خطئ إذا تعمد، وأخطأ إذا لم يتعمد⁽³⁾.

وقد تناولت المذاهب الأربعة حول الخطأ الطبي وما ترتب عليه من زواجر وعقوبات تحمي المريض وتردع الطبيب من أي تصرف خارج المعايير الطبية.

أولاً: مذهب المالكية

من الأعمال التي أشار إليها الإمام مالك رحمته الله عليه "الختان" فقال والأمر المجمع عليه عندنا أن الطبيب إذا ختن فقطع الحشفة فإن عليه الدية، وأن ذلك من الخطأ الذي تحمله العاقلة*⁽⁴⁾ وأن كل ما أخطأ به الطبيب أو تعدى بدون عمد ففيه الدية، فعند المالكية لا ضمان إلا بالتفريط، هذا إن كان الخاتن أو الطبيب من أهل المعرفة ولم يخطئ في فعله، فإن أخطأ فالدية على عاقته، فإن لم يكن من أهل المعرفة عوقب⁽⁵⁾.

ثانياً: مذهب الشافعية

ساق الشافعية مثلاً لعمل الطبيب وهو أنه إذا كان على رأس بالغ عاقل سلعة (خراج أو بتور) لم يجز قطعها بغير إذنه وقال الإمام الشافعي: وإذا أمر الرجل أن يحجمه أو يختن غلامه فنتلفوا من فعله، فإن كل فعل ما يفعل مثله هما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه وإن كان فعل ما لا يفعل مثله من أراد الصلاح، وكان عالماً به

(1) صالح إيمان محمد يوسف، الأخطاء الطبية من منظور شرعي، مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، المجلد 8، العدد 30، جامعة القاهرة، 2012، ص306.

(2) الآية 5 من سورة الأحزاب.

(3) ابن منظور، لسان العرب، دار الفكر، بدون سنة طبع، بيروت، ص65 وما بعدها.

(4) * العاقلة: هي الجماعة التي يؤدون الدية الى أولياء المقتول وأجمع فقهاء المذاهب الأربعة على أن العاقلة تكون واجبة الدفع في القتل الخطأ.

(5) أبو عمر يوسف النمري، استنكار الجامع لمذاهب فقهاء الامصار، دار الكتب العلمية، تحقيق سالم محمد عطا، محمد علي معوض، سنة النشر 2000، ص221.

فهو ضامن، وبذلك يكون المذهب الشافعي قد أوجب الضمان على الطبيب المخطئ إذا باشر بالعمل بدون إذن، أو تجاوز الموضوع المعتاد والرسم المعهود⁽¹⁾.

ثالثاً: مذهب الحنابلة

اتجه الحنابلة صوب ما ذهب إليه عامة الفقهاء، فقال ابن قدامة (لا ضمان على حجام، ولا ختان، ولا متطبب إذا عرف منهم حنق الصنعة ولم تجن أيدهم) وجملة أن هؤلاء إذا فعلوا ما أمروا به، لم يضمنوا بشرطين أحدهما أن يكونوا ذوي حنق في صنعتهم، ولهم بها بصارة ومعرفة لأنه إذا لم يكن كذلك لم يحل له مباشرة القطع، وإذا فعل كان فعلاً محرماً فيضمن سراتية كالقطع ابتداءً، أما الثاني أن لا تجني أيدهم فيتجاوز ما ينبغي أن يقطع، فإذا وُجد هذان الشرطان لم يضمنوا لأنهم قطعوا قطعاً مأذوناً فيه، فلم يضمنوا سراتية، كقطع الإمام يد السارق، أو فعل فعلاً مباحاً مأذوناً في فعله، فأما إن كان حاذقاً وجنت يديه، مثل أن تجاوز قطع الختان الحشفة، أو بعضها أو قطع في غير محل القطع أو يقطع الطبيب سلعة من إنسان فيتجاوزها، أو يقطع بألة كآلة يكثر ألمها، أو في وقت لا يصلح القطع فيه، ومثل ذلك ضمن في كله، لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ ولأن هذا فعل محرم فهو ضامن⁽²⁾.

رابعاً: المذهب الحنفي

يرى أصحاب هذا المذهب أنه لا ضمان على الحجام، والبزاع، والفساد، وهم من كانوا يقومون بمهنة الطب، إن لم يجاوز الموضوع المعتاد فإن جوازه، أي الطبيب ضمن ولا يشترط فيها سلامة العافية لأنه لا ضمان فيها إلا بالتجاوز عن الموضوع المعتاد، فلا يتقيد العقد بشرط السلامة، وقال صاحب بدائع الصنائع لأن السلامة والسرية⁽³⁾ هناك مبنية على قوة الطبيعة وضعفها ولا يوقف على ذلك بالاجتهاد فلم يكن في وسعه الاحتراز عن السرية، فلا يتقيد العقد بشرط السلامة، وبذلك يكون المذهب الحنفي قد أوجب الضمان على الطبيب المخطئ إذا باشر

(1) مصطفى أشرف الكوني، الخطأ الطبي مفهومه وآثاره في الشريعة، مذكرة ماجيستير، جامعة النجاح، فلسطين، 2009، ص120.

(2) مصطفى اشرف الكوني، مرجع نفسه، ص122.

(3) السرية: هي حدوث مضاعفات أو آثار تترتب على خطأ أو عقوبة فان اقضى الخطأ الى عضو وتم نبره سمي سرية العضو واذا قضي الى الموت سمي سرية النفس.

العمل بدون إذن أو تجاوز الموضع المعتاد والرسم والمعهود، فإذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان⁽¹⁾.

وخلاصة هذا أن الفقهاء متفقون على ما يترتب عن الخطأ الطبي من آثار وهو الضمان، وهذا الضمان مربوط بمخالفات واضحة وشبه متفق عليها بين الفقهاء، فإذا ما تجاوزها الطبيب كان ضامنا لما جنته يده من ضرر لحق بالمريض، وأما إذا رعى الطبيب واجبه في عمله ثم نتج عن فعله ضرر لحق بالمريض ولا يمكن الاحتراز عنه، فلا ضمان عليه، ولا يسأل الطبيب الحاذق عن الضرر الذي يصيب المريض ولو مات بسبب العلاج مادام المريض آذن للطبيب بعلاجه، ولم يقع من الطبيب خطأ في هذا العلاج، بل كان الضرر نتيجة لأمر لم يكن في الحساب⁽²⁾.

الفرع الثاني: تعريف الخطأ الطبي في القانون

يكاد يجمع الفقه القانوني على تعريف مشترك للخطأ الطبي من حيث أنه تقصير في مسلك الطبيب، لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول⁽³⁾.

وقد عرف الخطأ الطبي بأنه إجمام الطبيب عن القيام بالواجبات الخاصة التي يفرضها علم الطب، وقواعد المهنة وأصول الفن أو مجاوزتها، وذلك نظرا لأن الطبيب وهو يباشر مهنة الطب فإن ذلك يستلزم منه دراية خاصة ويعتبر ملزما بالإحاطة بأصول فنه والقواعد العلمية التي تمكنه من مباشرتها ومن كان جاهلا لذلك ووقع الضرر يعد مخطئا⁽⁴⁾.

(1) علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت 1982، ص 448 وما يليها.

(2) مصطفى اشرف الكوني، مرجع نفسه، ص 122.

(3) بوشري مريم، المسؤولية المدنية للطبيب، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الرابع، جوان 2015، جامعة خنشلة، ص 155. أنظر: بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2015، ص 60. أنظر: عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق-جامعة بيروت الغربية عن المسؤولية المهنية، ومنشور في المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين الجزء الأول: المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2000، ص 412. راجع: أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 265. راجع: منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 383.

(4) Jean penneau, Lresponsabilitié du Médecin, 3 édition, 2004, Dalloz, p16.

ويعتبر الخطأ الطبي كل فعل نتج عن إهمال أو عدم انتباه في الالتزامات الواقعة على الطبيب في إطار عمله، والتي كان واجبا عليه أخذ الحيطة اللازمة والعناية الواجبة اتجاه المريض⁽¹⁾.

وقد عرفه رأي آخر بأنه عدم قيام الطبيب بالتزاماته الخاصة التي تفرضها عليه مهنته سواء كانت هذه الالتزامات خاصة أو عامة أي التي تفرضها عليه المهنة وتلك التي يفرضها عليه القانون عند قيامه بعمل أو امتناعه عنه ويتحقق هذا الخطأ عندما يترتب على الفعل أو الترك الإرادي نتائج لم يكن الفاعل يريدتها بطريقة مباشرة، ولا بطريق غير مباشرة، غير أنه كان بمقدوره أن يتجنب حدوثها⁽²⁾.

وعرف بأنه المسلك الذهني المنطوي على عدم توقع الطبيب لنتيجة عمله التي أحدثها وذلك عن إهمال وعدم احتراز أو هو العمل الطبي الضار الغير مشروع والغير مألوف⁽³⁾. ولم يعرف المشرع الجزائري الخطأ الطبي سواء في القانون المدني أو حتى في القوانين المتعلقة بالصحة ومهنة الطب، بل اقتصر على تحديد واجبات والتزامات الطبيب وكذلك القوانين والمراسيم المتعاقبة في هذا المجال⁽⁴⁾ لم نجد نصا يقرر مسؤولية الأطباء المدنية المترتبة عن أخطائهم، أو يتعرض لبيان الخطأ في المجال الطبي، بل اقتصر معظم النصوص السابقة الذكر على تبيان ما يجب على الطبيب ومساعديه من التزامات وواجبات، دون التعرض للجزاء المدنية المترتبة عن الإخلال بهذه الواجبات التي قد ينتج الخروج عنها أو الخطأ في تطبيقها ضررا للمريض، مما دفع القضاء إلى التحرك وتطبيق القواعد العامة في

(1) Abd el kaderkhadir, la responsabilité médicale à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, houma editions, Alger 2014. p841.

(2) محمد جلال حسن الأتروشي، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2008، ص114.

(3) محمد محمد سلامة الشلش، أخطاء الأطباء بين الفقه والقانون، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد 9، جامعة القدس، فلسطين، شباط 2007، ص329.

(4) المرسوم التنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق لـ6 جويلية 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

المسؤولية المدنية على الأطباء ومساعدتهم شأنهم في ذلك شأن جميع الممتهين للمهن الأخرى كالمهندس والمحامي والموثق والمحضر (1).

ولأسف لم يتدارك المشرع الجزائري لهذا النقص في تبيان الخطأ الطبي من خلال إصداره للقانون رقم 11-18 المتعلق بالصحة، بل أصر على نفس النهج المتبع سابقاً من خلال السكوت عن هذه المسألة والاكتفاء بالنص على واجبات الدولة في هذا المجال. مما يزيد من إنهاك القاضي لدى تقديره مدى وجود الخطأ من عدمه ومعاناة المضرور في إثباته.

وقد تعرض المشرع الأردني للخطأ الطبي من خلال مشروع قانون المسؤولية الطبية وعرفه على أنه: "أي نشاط سواء بالفعل أو الترك لا يتفق مع القواعد المهنية وينتج عنه ضرراً وعرف كذلك "المضاعفة الطبية" على أنها تفاقم الحالة الطبية بالرغم من الاحتياطات التي يتخذها مقدم الخدمة" (2).

وعرف قانون الاتحاد الإماراتي الخطأ الطبي بأنه: "الخطأ الذي يرجع إلى الجهل بأمور فنية يفترض في كل من يمارس المهنة الإلمام بها أو كان هذا الخطأ راجعاً إلى الإهمال أو عدم بذل العناية اللازمة" ونص كذلك على عدم قيام المسؤولية الطبية في عدد من الحالات كما لو وقع الخطأ نتيجة رفض المريض العلاج رغم تبصيره بالنتائج، أو اتباع الطبيب أسلوباً علمياً معيناً في العلاج مخالفاً لغيره من الأطباء ولكنه متفق مع الأصول الطبية المتعارف عليها، أو حدثت المضاعفات الطبية المعروفة في مجال الممارسات الطبية (3).

نستنتج من هذا أن المشرع الطبي الإماراتي والأردني على غرار بعض الدول قد أحسنوا وأصابوا حين فرقوا بين ما يمكن اعتباره خطأ طبيًا وما يعتبر في حكم المضاعفات الطبية التي تحدث عند معالجة المريض، والمترتبة عن الأدوية والتي لا يعد الطبيب مسؤولاً عنها إلا إذا كان المريض يتحسس من دواء معين وقد يحدث آثار سلبية على صحته (4).

(1) عيساني رفيقة، مسؤولية الأطباء في المرافق الاستشفائية العمومية، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2016/2015، ص 79.

(2) المادة رقم 6 من مشروع قانون المسؤولية الطبية الأردني لعام 2010.

(3) معن شحدة أديس، الأخطاء الطبية نحو حماية قانونية متوازنة لأطراف الأخطاء الطبية، سلسلة تقارير قانونية رقم 77، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان ديوان المظالم، ص 15.

(4) أكثر تفصيلاً راجع، الحرمللي عوض عبدالله، الخطأ الطبي بين الشريعة والقانون، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، المجلد 20، عدد 20، سبتمبر 2017، ص 86.

الفرع الثالث: تعريف الخطأ الطبي في القضاء

كان للقضاء دور كبير في تعريف الخطأ الطبي وتحديد معالمه، فقد جاء في قرار مرسيه "Mercier Arrêt" الشهير لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936 يكون الطبيب مخطئاً إذا كانت العناية التي بذلها تخالف الحقائق العلمية الحالية⁽¹⁾.

أما محكمة النقض المصرية فقد تناولت في حكم بتاريخ 1971/12/21 بأن "الطبيب يسأل عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وُجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، كما يسأل عن خطأه العادي أي كانت درجة جسامته"⁽²⁾.

أما في الجزائر ف جاء في قرار مجلس الدولة بتاريخ 1999/04/19 ضد القطاع الصحي بأدرار "بأن المستأنف عليها دخلت المستشفى في صحة جيدة لإجراء عملية الولادة وبسبب الأخطاء الطبية التي وقع فيها الأطباء وهذا ما هو ثابت من خلال الخبرة الطبية التي تفيد بأن الخطأ الطبي قائم فعلاً وأدى إلى الإضرار بالمستأنف عليها وأن نسبة العجز بلغت 100% فإن هذا يعد خطأ طبيًا يسأل عنه القطاع الصحي بأدرار"⁽³⁾.

فالخطأ الطبي كما عبرت عنه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير الصادر بتاريخ 1936/05/20 "هو عدم بذل العناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المكتسبة" فالطبيب يكون مخطئاً إذا لم يبذل العناية الوجدانية اليقظة، وبوجه عام إذا لم يقم بواجباته اتجاه المريض، أو إذا كانت العناية التي بذلها مخالفة للحقائق العلمية المكتسبة"⁽⁴⁾.

وتتجلى الحقائق العلمية وأصول الإجراءات الطبية في ركن نظري يتمثل في ثبوت المعلومة الطبية ثبوتاً مؤكداً، مع إمكان إطلاع عامة المختصين عليها وتضمينها في مصادرهم الطبية، حتى يغلب على الظن إمكان إحاطة كل مختص بهذه المعلومة الطبية المتواصل إليها بحيث يعتبر غير المحيط بها من المقصرين جاهل نسبياً في تخصصه، أما الركن العلمي

(1) بن صغير مراد، مرجع سابق، ص 63.

(2) احمد شعبان محمد طه، مرجع سابق، ص 201.

(3) عبد القادر خضير، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر 2013، ص 64 وما يليها.

(4) رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 151.

لمخالفة الأصول الإجرائية الطبية فيقوم على أساس موضوعي حاصله خروج المعالج أثناء قيامه بالمعالجة عن سلوك طبيب من أوسط الأطباء كفاءةً، خبرةً، تبصراً ودقة بالمعالجة في فرعه الاختصاصي وما يفترض أن يكون في مستواه المهني هو المعتمد عند عامة القانونيين من المعاصرين⁽¹⁾.

المطلب الثاني: التطور التاريخي للخطأ الطبي

مرت مهنة الطب بمراحل مختلفة، من حيث مدى معرفة المجتمعات البشرية لهذه المهنة والقائمين عليها، كما عرفت البشرية بأن هنالك مسؤولية ولكن لم تكن محددة ومقننة كما هي اليوم، سواء من حيث شروطها، أو أركان الإثبات فيها أو من حيث طبيعة وشكل العقوبة المحددة لها، وفي العصر الحديث وُجدت المسؤولية وتم تحديد جانب من أبعادها وأسبابها مع ظهور حالة الخطأ الطبي، بعدها تطورت وتقدمت حالة العلاج والعناية الطبية وتعدد الآلات والأدوات المستخدمة وزادت عدد وأنواع وصفات المواد والأدوية العلاجية لذا يمكن التأكيد على أن العلاج ومهنة الطب تراكمت بشكل أو بآخر مع حالة تحديد المسؤولية من الخطأ العلاجي ذاته⁽²⁾ هنا نقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول: الخطأ الطبي في العصور القديمة

كان يعتبر الموت في العصور القديمة على أساس أن لا دخل للطبيب أو المختص في ذلك بل إن الأمر هو خارج إرادته ويعود السبب إلى الأرواح الشريرة وإلى الشيطان والغريب في هذا الأمر أن هذا الاعتقاد لازال منتشرا في بعض البلاد الإفريقية والآسيوية، ومجتمعات في أمريكا اللاتينية مما كان يجب تسليم الناس بكل نتائج العلاج ومنها الموت فكان الشخص المعالج فوق كل مسؤولية⁽³⁾.

(1) ضمرة عبد الجليل زهير، الخطأ الطبي مفهومه ومعايير ومسؤولية مرتكبه، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مجلد 30، عدد 101، جامعة الكويت 2015، ص298. أنظر: مصطفى أشرف الكوني، مرجع سابق، ص100 وما بعدها.

(2) رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص35.

(3) لقمان فاروق حسن ناناه، المسؤولية القانونية في العمل الطبي، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، الطبعة الأولى، لبنان، 2013، ص56.

أما فيما يخص تحديد المسؤولية القانونية في الأخطاء الطبية، فقد ظهرت مع ما حصل من تطور وتقدم في معرفة الإنسان للطب والدواء، إذ عرفها المصريون القدماء والبابليون واليهود والإغريق كما عرفها الرومانيون، يتبين من هذا أن المشرع المصري القديم إهتم بمسؤولية الطبيب وضرورة حماية المريض والناس من خطأ الطبيب، فأوجب على الطبيب إتباع ما دونه كبار الأطباء في السفر المقدس وإلا تعرض للمسؤولية والعقاب الذي قد يصل إلى الإعدام أو الإبعاد⁽¹⁾.

أما بالنسبة للقانون الكنسي، فكانت الكنيسة هي المسيطرة على الأخطاء الطبية، وإذا أخطأ الطبيب وتسبب في وفاة المريض كانت الكنيسة تأمره بأن يسلم نفسه لأهل المتوفى الذين يحق لهم قتل هذا الطبيب أو استخدامه كعبد أو بيعه في سوق العبيد وكانت الكنيسة تعاقب الأطباء عن كل خطأ يقع منهم في مزاولتهم لمهنة الطب وتجعلهم مسؤولين حتى على الخطأ اليسير جداً، حيث كتب (زاكياس) عن الأخطاء الطبية التي يعاقب عليها القانون الكنسي و فرق بين الإهمال والتقصير والجهل وسوء النية، وميزت الكنيسة بين الأخطاء الجسيمة واليسيرة وقرروا لكل خطأ عقاب، ولهم الدور الكبير في إثبات الخطأ إذا لحق بالمريض ضرر سواء عن الإهمال أو التباطؤ أو التأخر، أو ناتج عن التشخيص الخاطئ ووصف دواء غير ناجح من قبل الطبيب⁽²⁾.

الفرع الثاني: الخطأ الطبي في الشريعة الإسلامية

أما في الإسلام فقد جاءت أحكام المسؤولية الطبية في الفقه والشريعة الإسلامية على نحو يكشف عن مدى تطور الأعمال الطبية في الإسلام وجرى تحديد طبيعتها والتمييز بينها وبين التجارب الطبية، ووضع الجزاء على القائم بالعمل الطبي وهو الضمان أو المنع من مزاوله المهنة عند حصول الضرر للمريض، فقد بينت الشريعة الغراء في مجال الأعمال الطبية أحكام وقواعد المسؤولية الطبية في بعض جوانبها على نحو أفضل مما توصلت إليه القوانين والتشريعات المدنية⁽³⁾ فقد جاء في القرآن الكريم بداية في شأن من يقتل مسلماً خطأ قوله تعالى ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً ۚ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ

(1) منصور عمر المعاينة، مرجع سابق، ص7.

(2) طلال عجاج قاضي، المسؤولية المدنية للطبيب، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004، ص32.

(3) صالح إيمان محمد يوسف، مرجع سابق، ص300.

مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا ۚ فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوًّا لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ ۚ
وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ ۚ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ
فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ ۗ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿١﴾.

ولعل أوضح صورة على المسؤولية الطبية في الإسلام ومن يمارس العمل الطبي أيضا قوله صلى الله عليه وسلم "من تطبب ولم يعرف الطب فهو ضامن" رواه ابو داوود والترمذي وابن ماجه والحاكم في المستدرک، لأن عدم المعرفة بالطب هو الجهل بأسسه والجاهل بالأعمال الطبية إذا مارسها وارتكب خطأ يلتزم بالضمان أي التعويض وتنفي الشريعة الإسلامية المسؤولية عن الطبيب الجاهل إذا كان المريض يعلم أنه جاهل لا علم له بالعلاج بخلاف الطبيب الحاذق، فلا يسأل عن الضرر الحاصل للمريض حتى وإن أدى إلى الوفاة مادام أذن له المريض بعلاجه ولم يقع من الطبيب خطأ في عمله⁽²⁾ ومن جملة قواعد الضمان في العمل الطبي:

- الجواز الشرعي في الضمان: بناء على هذه القاعدة إذا فعل الطبيب ما يجوز له فعله فلا يسأل عن الضرر الحادث ولو كان سببا له، لأن المرء لا يؤاخذ على فعل يملك أن يفعله، فإذا أجريت عملية للمريض بإذنه من قبل طبيب ماهر واخذ هذا الطبيب بكل الإجراءات الطبية اللازمة دون تقصير فتلف المريض فلا ضمان على الطبيب لأنه مؤذن له شرعا⁽³⁾.

- ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه: تبين هذه القاعدة مدى اليسر والعدل وعدم التكليف بما لا يطاق، وعليه لا يضمن الطبيب أو الجراح التلف الحاصل بسريان الفعل إلى الهلاك إذا تمت المعالجة أو العملية الجراحية على النحو المعتاد دون تجاوز وإهمال، لأن حدوث أي مضاعفات غير متوقعة بالعادة لا يمكن الاحتراز عنه وليس في الإمكان تجنبه وعليه ترفع المسؤولية على الطبيب عند الفقهاء لعدة أسباب منها:

عند الحنفية يرون أن المسؤولية ترتفع لسببين:

(1) سورة النساء الآية 92.

(2) منصور عمر المعاينة، مرجع سابق، ص5.

(3) راجع في هذا الصدد، محمد بن يحيى بن حسن البدرى، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والنظام السعودي، مذكرة ماجستير في لأنظمة، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، السعودية، 1430هـ، ص41 وما بعدها.

السبب الأول: هو الضرورة الاجتماعية إذ هناك حاجة ماسة لعمل الطبيب مما يستدعي تشجيعه وإباحة العمل له ورفع المسؤولية عنه وإبعاده عن المسؤولية.
والسبب الثاني: إذن المجني عليه أو وليه فاجتماع الضرورة الاجتماعية والإذن كافي لرفع المسؤولية.

أما المالكية فإن رفع المسؤولية، تكمن في إذن الحاكم والمريض، ويرى الشافعية أن علة رفع المسؤولية على الطبيب رضا المجني عليه وأن يقصد الطبيب صلاح المفعول به، وهذا هو رأي الحنابلة كذلك⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الخطأ الطبي في العصر الحديث

أما في العصر الحديث فقد تطورت الأعمال الطبية وتشعبت التخصصات الطبية وازدادت أعداد من يتعاملون بالأعمال الطبية، ونتيجة لذلك انتشرت الأخطاء الطبية بين القائمين على العمل الطبي، حيث أصبحت تلك الأخطاء تثير الفزع والخوف أحيانا حتى في الدول المتقدمة ما جعل الكثير من رجال الفقه والقانون يوجهون كتاباتهم ومؤلفاتهم في مجال الأعمال الطبية وأحكامها ومراقبتها وسن التشريعات والأنظمة التي تحكم تلك المهنة الإنسانية للمحافظة على التطور في هذا المجال الطبي وتشجيعه، وفي نفس الوقت لحماية الإنسان المريض من أخطار الأخطاء الطبية وتجاوزات الأطباء حتى وصل الأمر إلى إقدام رجال القانون في الدول المتقدمة على استحداث فرع جديد من فروع القانون الخاص يسمى بالقانون الطبي كما هو الحال في فرنسا⁽²⁾.

وبطبيعة الحال كان لهذا التقدم الهائل في مجال الطب انعكاساته على المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين فزادت عدد الحالات التي تثور فيها مسؤولياتهم، وبدأت هذه الظاهرة مع بداية القرن العشرين وزاد معدلها في الخمسين سنة الماضية، وفي خضم هذه الانتصارات وتلك التطورات التي تحققت لعلم الطب وفنه، كان من الممكن تصور نقص معدل الدعاوى في هذا المجال، بيذا أن الواقع برهن على عكس ذلك فمن الملاحظ تزايد عدد القضايا الموجهة ضد السلك الطبي بمعدل مضطرد في عصرنا هذا، وهناك عدة أسباب من أجل تفسير هذا التشدد

(1) مصطفى اشرف الكوني، مرجع سابق، ص 81 وما يليها.

(2) مندر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، الدار العلمية للنشر والتوزيع، الأردن 2006، ص 33.

في مجال المسؤولية الطبية، بعضها مرجعه إلى التطور الطبي ذاته، والبعض الآخر مرتبط بدرجة تطور الوعي الاجتماعي⁽¹⁾.

المطلب الثالث: الخصائص المميزة للخطأ الطبي

لاشك أن الخطأ الطبي وفقا لما سبق بيانه يتميز بجملة من الخصائص يجعله مميزا عن باقي الأخطاء الأخرى، وعليه فإن الخطأ الطبي الواجب لقيام المسؤولية المدنية للطبيب هو ذلك الخطأ المؤكد والثابت، الناجم عن إخلال الطبيب بالأصول العلمية الثابتة⁽²⁾، ويتميز الخطأ الطبي كباقي الأخطاء بركنين يستند عليهما، ركن مادي وركن معنوي وقد ذهب الدكتور رضا فرج⁽³⁾ إلى تقسيم الركن المادي في حد ذاته إلى ثلاثة عناصر، الفعل الايجابي أو السلبي، النتيجة، والعلاقة السببية واعتبرها عناصر أساسية لتكوين الركن المادي.

الفرع الأول: الركن المادي للخطأ الطبي

هو الفعل الإجرامي الذي يصدر عن الجاني ويتضمن المخالفة لنص قانوني، وذلك يقتضي وجود التزام خاص بالأمان مقرر بالقانون أو اللائحة، وفي المجال الطبي نجد أن هناك التزام قائم في مواجهة الأطباء والجراحين فمتى تم مخالفة هذا الالتزام من قبل الجاني كنا أمام سلوك منشئ للخطر يشكل ركن مادي لفعل إجرامي⁽⁴⁾.

ويعتبر الركن المادي للخطأ الطبي الواقعة بالمعنى الضيق أو الظواهر الخارجية المادية التي يعاقب عليها القانون، فسلوك المخطئ هو أي فعل يصدر عن الطبيب أو مساعديه ويتعارض مع ما هو معروف طبيا، فقد يكون هذا الفعل ايجابيا أو سلبيا، والفعل الايجابي هو الفعل الذي يصدر عن الفاعل في شكل حركة عضوية إرادية، أما ما ينتج عن

(1) اسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص29.

(2) ضمرة عبد الجليل زهير، مرجع سابق، ص295.

(3) بلعليات ابراهيم، اركان الجريمة وطرق اثباتها، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2012، ص17 وما يليها.

(4) محفوظ عبد القادر الحسيني ابراهيم، المسؤولية الجنائية للطبيب عن تعريض المرضى للخطر عمداً، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، مجلد 100، عدد 497، مصر، 2015، ص345.

عدم القيام بعمل أوجبه القانون أو أعراف المهنة فهو فعل سلبي، كل هذا يعد فعل إرادي قد يشكل الركن المادي للخطأ الطبي⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الركن المعنوي

ويتحقق الركن المعنوي للخطأ الطبي بصفة عامة بتوافر عنصر العلم والإرادة أي أن يعلم الطبيب بأنه يقوم بنشاط من شأنه أن يتسبب في إحداث ضرر بالمريض ويخاطر ويقدم على هذا العمل، حيث كان بإمكانه تجنبه لولا إهماله ورعونته، هذا يقودنا للحديث عن قتل الرحمة حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن تعدد القتل أو بتر عضو لأسباب علاجية هو أمر يتعلق بالإرادة ويرجع تقدير توافره أو عدم توافره إلى سلطة محكمة الموضوع وحريتها في تقدير الوقائع، متى كانت ما أوردته من الظروف والملابسات سائغا وكفي لإثبات توافر هذه النية فالقاعدة التي أقرها القضاء هي أن لا عبرة بالبواعث النبيلة في انتقاء القصد، فالمريض عند إخضاعه للعمل الطبي يجب أن يكون برضائه على أن يقوم الطبيب بإتباع الأصول العلمية السليمة المتعارف عليها، فاذ خرج عن العقد الطبي والأصول الطبية فلا يجب أن نتحدث عن العقد الجنائي على أنه كان يقصد شفاء المريض ومن ثم تقوم مسؤوليته⁽²⁾.

وذهب رأي آخر إلى انتقاد الركن المعنوي للطبيب لأن إرادته لم تتجه إلى الإضرار بمريضه، وإنما اتجهت إلى تخليصه من مرضه أو تخفيف آلامه، وانتقد هذا الرأي لأنه اخلط بين القصد والباعث، فالباعث ليس ركنا للخطأ وعنصر من عناصره، فقد يكون الباعث شريفا⁽³⁾.

ولا يكفي لقيام الجريمة قانونيا ومسألة فاعلها جنائيا وجود النص القانوني الذي يجرم الفعل ويعاقب عليه، أو مجرد ارتكاب ماديات الجريمة المتمثلة في الأفعال الإجرامية، بل ينبغي أن يتوفر لدى الجاني القصد أو النية الإجرامية أو ما يعرف بالقصد الجنائي والذي يجسد الركن المعنوي⁽⁴⁾.

(1) بلعليات ابراهيم، مرجع نفسه، ص22.

(2) احمد شعبان محمد طه، مرجع سابق، ص163.

(3) خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص312 وما يليها.

(4) بن عبد المطلب فيصل، المسؤولية الجزائية عن الاتجار بالأعضاء البشرية، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، العدد 01، أبريل 2018، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، ص225.

لذلك اتجهت السياسة الجنائية الحديثة متمثلة في مدرسة الدفاع الاجتماعي إلى ضرورة تجريم بعض أنماط السلوك الخطر، وقد دعا المؤتمر الدولي العاشر لقانون العقوبات عام 1969 المشرع الجنائي في الدول المختلفة إلى تجريم "السلوك الذي يعرض الغير للخطر"، مؤكداً على أن النص على هذا النوع من السلوك لا يخالف مبادئ القانون الجنائي طالما أن مبدأ الشرعية مصون وقد استجابت العديد من الدول لهذه التوصية فنصت في قوانينها العقابية على "جريمة تعريض الغير للخطر" كجريمة مستقلة ومن هذه القوانين: قانون العقوبات البولندي، والنمساوي، والسويسري، واليوغسلافي القديم والتشيكي القديم⁽¹⁾ لاسيما إذا كانت المصطلحات المستخدمة في صياغة النصوص الجنائية محددة وغير مبهمة، لهذا الكثير من التشريعات الجنائية قد نصت على تجريم تعريض الناس للخطر باعتبارها جريمة قائمة مستقلة بذاتها، تحت مسمى جرائم الخطر⁽²⁾.

المطلب الرابع: أسباب الأخطاء الطبية

رغم تعدد الأخطاء الطبية وتتنوعها وصعوبة حصرها إلا أن تلك الأخطاء لا تقع إلا إذا توافرت عوامل وأسباب تؤدي إلى حدوثها، حيث أن مهنة الطب تحتاج إلى درجة عالية من الحرص والإتقان، ولهذا فإن إهمال الطبيب في عمله ورعونه في بذل العناية وإخلاله بالتزاماته يؤدي إلى حدوث الأخطاء الطبية وتعرضه للمساءلة القانونية⁽³⁾ ومن ثم فإن للأخطاء الطبية عدة أسباب أهمها:

الفرع الأول: الإهمال

قد لا يعطي الطبيب أو الجراح عمله ما يستحق من الدقة وبذل العناية اللازمة إزاء المريض، فينتج عن ذلك آثار مرضية جسيمة، ومنها إهمال الجراح إعداد المريض لعملية يراد

(1) رنا إبراهيم العطور، جريمة تعريض الغير للخطر في قانون العقوبات الفرنسي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 8، عدد 2، الجامعة الأردنية، جوان 2011، ص151.

(2) محفوظ عبد القادر الحسيني إبراهيم، مرجع سابق، ص332.

(3) عبد الحميد جفال، هناء طرشون، الخطأ الطبي أثناء التدخل الجراحي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 16 جامعة باجي مختار، عنابة-الجزائر، 2016، ص15.

إجرائها له بحجة الإسراع في معالجة المرض المفاجئ الذي تعرض له، أو انفراد برأيه في عملية لا تدخل كل أجزائها في اختصاصه⁽¹⁾.

وقد أكد المشرع الجزائري على ضرورة التزام الممارس الصحي الخاضع لأحكام نظام مزاوله المهن الصحية ببذل عناية يقظة تتفق مع الأصول العلمية المتعارف عليها⁽²⁾ يعرف الإهمال بأنه "الإخلال بالتزام قانوني دون قصد الإضرار بالغير".

وقد عُرف بأنه صورة من الخطأ الحاصل بموقف سلبي بالترك أو الامتناع أو الغفلة عن اتخاذ احتياطات يدعو إليها الحذر⁽³⁾ ويقصد به أيضا جهل الطبيب المعالج أو الجراح وعدم درايته ببعض الأساليب العلاجية باعتبار درجة مؤهلاته التي تقضي بأن تكون عنايته بالمريض عالية، هذا إلى جانب الاعتبارات الأخرى لحسن الخلق والمعاملة الطبية ويمكن حصر الخطأ الطبي القائم على الإهمال في حالات منها⁽⁴⁾ "الإهمال الناتج عن عدم حصول الطبيب على موافقة المريض أو أهله وتبصيره بحالته، عدم إسعاف من هو بحاجة إلى إسعافه. أن يخطأ في كمية جرعات الدواء التي يعطيها للمريض، أن يقدم الجراح على إجراء العملية الجراحية ويده عاجزة عن العمل أو هو في حالة سكر، أو أن يجري الجراحة على العضو الغير المريض.

وإذا ما أخطأ الطبيب في علاج المريض بالأشعة مما ترتب عليه احتقان باطن القدم فيجب أن يتحمل نتيجة خطئه ولا يقلل من مسؤولياته أن تكون مضاعفات المرض قد نتجت عن تداخل مجمل الاظافر إذ أن الطبيب المختص كان عليه أن ينبه المريض إلى طول فترة

(1) صافية سنوسي، الخطأ الطبي في التشريع والاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة موسم: 2006/2005، ص13.

(2) المادة 45 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق ل6 جويلية سنة 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

(3) محمد رياض دغمان، القانون الطبي، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، لبنان 2017، ص115.

(4) صالح بن محمد العتيبي، الأخطاء الطبية وتقدير التعويض عنها في النظام السعودي، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض 1435هـ-2014م، ص78.

شفائه وضرورة تجنب كل تهيج للبشرة في المنطقة المصابة، وإن هو لم يفعل يكون قد أضاف إلى خطئه عنصراً آخر من عناصر الخطأ وهو عدم الاحتياط⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الرعونة وعدم الاحترار

وتكون الرعونة عند سوء تقدير أو نقص المهارة أو الجهل الفاضح بما يجب معرفته بأصول المهنة، ومثاله أن يخطئ طبيب عظام في قراءة صورة الأشعة، فيظن الإصابة كسر لاشتباه تباعد الأجزاء، فيقوم بالعلاج على هذا الأساس ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن مثل الآثار الحيوية الموجودة برأس الجنين الذي عثر عليه الطبيب الشرعي بالتجوير البطني يشير أن وقت إجراء عملية الإجهاض كان الجنين لا يزال حياً وغير متعفن، كما قرر المتهم وأن مدة الحمل التي وصلت إليها المجني عليها لم تكن تستدعي استعمال (الجفت) لاستخراج الجنين إلى جانب تواجد تمزق كبير في الرحم وهذا نتيجة خطأ الطبيب في طريقة إنزال الجنين مما عجل بحدوث الوفاة وما صاحب ذلك من نزيف الرحم وحدث صدمة عصبية ويعد خطأ جسيماً إلى جانب تفويت الفرصة على الحامل لعلاجها على يد أخصائي مما ترتب مسؤولية الطبيب لتحقيق الضرر⁽²⁾.

ويعتبر عدم الاحترار ذلك الخطأ الحاصل بسلوك ايجابي ينم عن عدم التبصر بعواقب وخطورة الفعل الذي أقدم عليه الفاعل وتدخل الرعونة في القانون اللبناني تحت صورة قلة الاحترار وهي تعني الشروع والتصرف بطيش وخفة وسوء تقدير لعواقب الأمور وتتمثل في خطأ أصحاب الاختصاص مثلاً كالطبيب الذي يجري عملية جراحية دون أن يعقم الأدوات الفنية التي استعملها في إجراء العملية⁽³⁾.

وكذلك يقصد بعدم الاحترار إقدام الشخص على أمر كان يجب عليه الامتناع عنه أو توقعه للأخطاء التي قد تترتب على عمله ومضيه فيه دون أن يتخذ الوسائل الوقائية بالقدر اللازم لدرء هذه الأخطار، ويقابل عدم الاحترار في بعض التشريعات العربية المقارنة كالقانون

(1) شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، بدون طبعة، مصر 2011، ص21.

(2) السيد عبد الوهاب عرفه، الوسيط في المسؤولية الجنائية المدنية للطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، بدون سنة الطبع، مصر، 2006، ص25 وما يليها.

(3) محمد رياض دغمان، مرجع سابق، ص116.

الأردني حالة ما إذا أقدم الطبيب على عمل طبي خطير مدركاً خطورته ومتوقفاً ما يحتمل أن يترتب عليه من آثار، ولكن لم يتخذ الاحتياطات التي من شأنها الحيلولة دون تحقق هذه الآثار⁽¹⁾ وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 11/02/1973 بموجب الطعن رقم 421566 بأن "الطاعن وهو أخصائي قد اخطأ بقيامه بإجراء الجراحة دون اتخاذ الاحتياطات التامة الكافية لتأمين نتائجها والتزام الحيطة الواجبة التي تتناسب وطبيعة الأسلوب الذي اختاره، الأمر الذي انتهى بالمريض إلى فقدان بصره بصفة كلية فإن هذا القدر الثابت من الخطأ يكفي وحده لتحميل مسؤولية الطاعن جنائياً ومدنياً، ذلك أنه من المقرر أن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقاً للأصول العلمية المقررة فإذا أفرط في إتباع هذه الأصول أو خالفها ترتبت عليه المسؤولية الجنائية بحسب تعمد الفعل ونتيجة تقصيره أو عدم تحرزه في أداء عمله⁽²⁾.

الفرع الثالث: الانفراد بالتشخيص

إن انفراد الطبيب بالتشخيص في الوقت الحاضر أمر غير مقبول طبياً لاسيما في الحالات المرضية الغير عادية والأمراض والعمليات الجراحية التي تنسم بالخطورة، حيث أصبحت المشورة الطبية أو الإحالة الطبية أمراً لا مفر منه إن لم نقل ضروري وواجب في بعض الأحيان، وقد بين المشرع السعودي في المادة 8/27 من نظام مزاوله المهن الصحية للأطباء⁽³⁾ من عدم استشارة ومن تستدعي حالته المرضية الاستعانة بتخصص في مجاله حيث

(1) إحسان العيدوني، إثبات الخطأ الطبي وإشكالاته، مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية، العدد الثاني، أكتوبر 2017، ص 68.

(2) أكثر تفصيلاً للقرار في مرجع شريف الطباخ، مرجع سابق، ص 36 وما يليها.

(3) المادة 8/27 من قانون نظام مزاوله المهن الصحية للأطباء الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ 59) وتاريخ 1426/11/4هـ.

ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار الوزاري رقم (4080489) وتاريخ 1426/1/2هـ حيث نصت على: كل خطأ مهني صحي صدر من الممارس الصحي، وترتب عليه ضرر للمريض؛ يلتزم من ارتكبه بالتعويض وتحدد الهيئة الصحية الشرعية (المنصوص عليها في هذا النظام مقدار هذا التعويض، ويعد من قبيل الخطأ المهني الصحي ما يأتي:

1. الخطأ في العلاج، أو نقص المتابعة.
2. الجهل بأمور فنيه يفترض فيمن كان في مثل تخصصه الإلمام بها
3. إجراء العمليات الجراحية التجريبية وغير المسبوقة على الإنسان بالمخالفة للقواعد المنظمة لذلك. =

اعتبر ذلك من الأخطاء الطبية التي يترتب عليها ضرر للمريض يلتزم من ارتكبه بالتعويض وتمثل المشورة أو الإحالة الطبية أهمية خاصة إذا كان الطبيب يجهل بعض الأمور الفنية التي تتجاوز تخصصه ودرجته العلمية، حيث يفنق للإمام الكافي بها، فعلى سبيل المثال هناك آلات وأجهزة طبية حديثة لا يستطيع استعمالها إلا فئة متخصصة ومدربة تدريباً عالياً جداً، ومن ثم فإن انفراد الطبيب بعلاج المريض الذي تتطلب حالته استعمال تلك الأجهزة العالية الدقة في الاستعمال يؤدي هذا إلى تقصيره في تقديم العلاج المناسب للمريض ويكون بذلك تشخيص المرض غير دقيق مما يترتب مسؤوليته.

الفرع الرابع: عدم مراعاة القوانين والقرارات واللوائح والأنظمة

وتتحقق هذه الصورة من الخطأ إذا لم يطابق سلوك المتهم قواعد السلوك الآمرة الصادرة عن الدولة وخاصة تلك التي تستهدف توقي النتائج الإجرامية⁽¹⁾، وعدم مراعاة اللوائح بسبب قائم بذاته يترتب عليه مسؤولية المخالف عما يقع بسبب هذه المخالفة من حوادث ولو لم يثبت على المخالف أي نوع من أنواع الخطأ، لأن مخالفة اللوائح خطأ بذاته أي أن هذه المخالفة صورة مستقلة من صور الخطأ لكن ذلك لا يعني أن مخالفة اللوائح والنصوص كافية لمسألة الجاني عن الوفاة التي أدى إليها سلوكه، وإنما يتعين أن تتحقق عناصر الخطأ، فمخالفة النصوص السابقة لا تعدو إلا أن تكون صورة للخطأ أي مجرد مثال له، وهي لا تعني بذلك عن توافر عناصره⁽²⁾.

4= إجراء التجارب، أو البحوث العلمية غير المعتمدة، على المريض.

5. إعطاء دواء للمريض على سبيل الاختبار". عدم استشارة من تستدعي حالة المريض الاستعانة به، ويقع باطلا كل شرط يتضمن تحديد، أو إعفاء الممارس الصحي من المسؤولية".

6. استخدام آلات أو أجهزة طبية دون علم كاف بطريقة استعمالها، أو دون اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بمنع حدوث ضرر من جراء هذا الاستعمال.

7. التقصير في الرقابة، والإشراف.

8. عدم استشارة من تستدعي حالة المريض الاستعانة به.

ويقع باطلا كل شرط يتضمن تحديد، أو إعفاء الممارس الصحي من المسؤولية.

(1) هشام محمد مجاهد القاضي، الامتناع عن علاج المريض بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي مصر 2007، ص 248.

(2) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، دار النهضة العربية، مصر، 1989، ص 281.

ويتسع مفهوم الشرائع والأنظمة لجميع قواعد السلوك الآمرة الواردة في القوانين والمراسيم والقرارات التنظيمية والتي تهدف إلى حفظ النظام والأمن وحماية الصحة العامة وغير ذلك.

وفي المجال الطبي، فإن المقصود بعدم مراعاة القوانين والأنظمة هو عدم مطابقة تصرفات الطبيب للنصوص القانونية والأنظمة المختلفة المتعلقة بهذه المهنة، الأمر الذي يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير ومن الأمثلة على هذه المخالفات التي تقع على القوانين والأنظمة فيما يتعلق بالأصول الفنية والعلمية الطبية كمن يمارس الطب وهو غير مجاز يرتكب خطأ مصدره نظام مهنة الطب، فإذا عالج شخصاً ومات فإنه يسأل كقاتل بفعل الخطأ⁽¹⁾.

لهذا لا يمكن التنبأ بجميع الأسباب التي يمكن أن تكون سبباً في وقوع الأخطاء الطبية وما أجملاه في هذا الصدد قد يكون على سبيل المثال فقط، فقد ورد في مجلة الكلية الأمريكية للجراحين (جامعة كنتاكي) دراسة حول تأثير الضجيج في غرف العمليات على رفع نسبة حصول الأخطاء الطبية الجراحية فيها، وتبين أن الضجيج يحد من تركيز الجراحين على إتقان عملهم، ويتسبب في عدم وضوح التواصل بين العاملين في غرف العمليات وعليه، فإن البحث الدقيق لمعرفة أسباب الأخطاء الطبية الجراحية مهم جداً للحد من الأخطاء الطبية عموماً مع الحرص على الشفافية في رصد الأخطاء الطبية⁽²⁾.

من هنا وجب القول إن جودة إدارة نظام المستشفيات يجب أن تعتمد على برامج التدريب الفعال للأطباء، لأن الدراسات أشارت إلى معطيات منها أن من أسباب الممارسات الخاطئة في المجال الطبي ناتجة عن التواصل الخاطيء، بين أطراف العلاقة الطبية وأن كثير من الأخطاء كانت بسبب الإهمال ووجدت بين الأطباء المسنين، وأن الإفصاح عن الأخطاء الطبية ثبت أنه

(1) محمد رياض دغمان، مرجع سابق، ص 118.

(2) حسام ابتز، الخطأ الطبي في العمليات الجراحية بين القانون والطب، مقال منشور في مجلة الجيش اللبناني، العدد 361، تموز 2015، ص 64.

قد يقي من التوجه نحو القضاء رغم أن التوجهات تباينت في هذا الخصوص بين مؤيد للإفصاح وبين معارض بسبب الخوف أو غيره⁽¹⁾.

وقد جاء في التقرير الخاص بالصحة في العالم الخاص بمنظمة الصحة العالمية لسنة 2010 أنه هناك أسباب وراء عدم الكفاءة في المجال الصحي، حيث تعد الأدوية مسؤولة عن ثلاثة من الأسباب الشائعة غير أنه يمكن تصنيف الحلول الخاصة بالأسباب الستة الأخرى لتفادي الوقوع أو التقليل من الأخطاء تحت العناوين التالية⁽²⁾:

- لا بد من الحصول على أقصى استفادة ممكنة من التكنولوجيات والخدمات الصحية.
- يجب تحفيز العاملين الصحيين، وتحسين كفاءة المستشفيات.
- الحرص على الحصول على كل الرعاية الصحية من أول مرة مما يقلل من الأخطاء الطبية.

هنا نستنتج أن الرعاية الصحية في جميع مراحل العلاج، مع الاستغلال الأنسب لكافة التكنولوجيات والخدمات الصحية مع الحصول على تمويل كافي للقطاع الصحي يجنب بنسبة كبيرة الأطباء والعاملين الصحيين من الوقوع في الأخطاء الطبية.

المبحث الثاني: أقسام الخطأ الطبي

إن البحث في الخطأ الطبي وأنواعه يقتضي أن نسلم أنه إن أمكن أن يرتكب الطبيب خطأ مهنيًا، فإنه من الممكن كذلك أن يرتكب خطأ عاديًا وهذا يستلزم تحديد معنى الخطأ الطبي في كل من هذين الوصفين، ثم بيان الأوصاف المميزة لكل منهما، كما يقتضي الكلام في معيار تحديد الخطأ ودرجته، ولهذا يتعين علينا معالجة هذا المبحث في ثلاثة مطالب أولها الخطأ الطبي المهني والعادي (مطلب أول) ونكسر ثانيها لتطبيقات الخطأ الطبي (مطلب ثاني)، ونخصص ثالثها إلى معيار تقدير خطأ الطبيب (مطلب ثالث).

(1) Yassa Heba Atia, Medical Error Disclosure can Rescue Malpractice Litigation, Arab Journal of Forensic Sciences & Forensic Medicine, Folder 1. N7. Naif Arab Institute for Security Sciences – Arab Society for Forensic Sciences and Medicine Legitimate, 2018, P865.

(2) David B. Evans ،Riku Elovainio ،Gary Humphreys ،World health(report 2010) Health systems financing: the path to universal coverage,P 19, 20.

المطلب الأول: الخطأ المهني والخطأ العادي

ذهب غالبية الفقه المعاصر إلى التمييز بين نوعين من الأعمال التي يمارسها الأطباء أعمال فنية وأخرى عادية⁽¹⁾ ومنهم الفقيه "ديمولومب" الذي كان يحاول التوفيق بين اتجاهين سابقين في مدى مسؤولية الطبيب كان على طرفي نقيض، اتجاه يمثله الرومان الذين يرون أن الطبيب يكون مسؤولاً على كل خطأ يقع منه في علاج المريض، واتجاه آخر لشرح القانون الفرنسي القديم الذين يرون أن الطبيب يجب ألا يسأل إلا إذا كان سيء النية، ولكن في العصر الحديث أنقسم شرح القانون الفرنسي هم كذلك، فأيد بعضهم الرأي القائل بعدم المسؤولية، وعارضه فريق آخر، وتوسط بينهم فريق ثالث قال بالترقية بين ما يقع من الطبيب من أخطاء عادية والتي يحاسب عليها كإنسان عادي، وبين ما يرتكبه من أخطاء فنية⁽²⁾.

ونتيجة لوجود هذا الانقسام في الرأي فقد اقترح "ديمولومب" هذه التفرقة بين نوعين من أخطاء الأعمال الطبية، الإهمال الذي يصدر من أي شخص ولا شأن له فيها بصفته طبيباً وتسمى أخطاء طبية عادية أو مهنية (الفرع الأول) والأعمال الطبية التي تصدر عن الطبيب فقط أثناء مباشرته لمهنته وتسمى أخطاء فنية (الفرع الثاني) ضف إلى ذلك وجود أخطاء طبية مختلطة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الخطأ الطبي المهني

إن الخطأ المهني أو الفني يقع فيه الطبيب لدى مخالفته القواعد الفنية التي توجبها عليه مهنته، حيث وجب عليه مراعاتها والإلمام بها وإن تحديد معنى الخطأ المهني يكتسي أهمية بالغة بالنظر إلى صدوره من أشخاص محترفين وأعمالهم تتسم بالخطورة، وذلك مثل الطبيب الجراح أو المعالج أو طبيب التخدير أو الأشعة وغيرهم، الأمر الذي يوجب استجلاءه والإحاطة به بغية إنارة الطريق للقاضي لتقرير مسؤولية الطبيب المقترف للخطأ⁽³⁾.

(1) القاسم محمد هشام، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، المجلد 3، عدد 1 جامعة الكويت، 1979، ص 9. ضمرة عبد الجليل زهير، مرجع سابق، ص 294.

(2) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص 407.

(3) حسن زكي الأبرشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، دار النشر للجامعات المصرية، الطبعة الأولى، مصر، 2003، ص 253. أنظر: إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 22.

فإذا كان الخطأ المهني هو تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من شخص يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، فهو بذلك يخرج عن الأصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها نظرياً وعلمياً من طرف الأطباء والتي يجب أن يُلَم بها كل طبيب أثناء عمله الطبي، فكيف نميز الخطأ المهني عن الخطأ بصفة عامة؟⁽¹⁾

يمكن تمييز الخطأ المهني عن الخطأ بصفة عامة بالنظر إلى عنصرين أساسيين:
1- الشخص المرتكب للخطأ.

2- وما إذا كان هذا الشخص قد ارتكب هذا الخطأ أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها، فإذا كان هذا الشخص يمتن مهنة حرة يعد الخطأ الذي يرتكبه خطأ مهنيًا، يشترط فيه أن يرتكب أثناء تأدية الوظيفة، فالطبيب الذي يرتكب خطأ أثناء قيامه بإجراء عملية جراحية لمريض فإن هذا الخطأ يعد والحال هكذا خطأ مهنيًا، أما إذا كان الطبيب قد ارتكب خطأ ما أثناء قيادة السيارة الخاصة به وترتب عليه ضرر للغير فإن ذلك الخطأ يدخل في مفهوم الخطأ بصفة عامة ويخرج عن نطاق الخطأ المهني وقواعده⁽²⁾.

ولم يتعرض المشرع الجزائري لمفهوم الخطأ المهني، ولكن حدد العقوبات والأثار التي يمكن أن تلحق بالمريض جراء الخطأ المهني وينتج عنها ضرراً بالسلامة الجسدية ويعرض حياته للخطر⁽³⁾.

ومن التطبيقات القضائية لهذا النوع من الخطأ ما قضت به محكمة باريس من أن الخطأ في التشخيص الذي على أساسه حدد الطبيب حالة المرض على أنها قرحة في المعدة مع أنها في الحقيقة سرطان المعدة، يمثل خطأ فنياً كما أن القضاء رتب مسؤولية الطبيب الذي

(1) محمد إبراهيم سعد النادي، خطأ الطبيب وموقف الفقه الإسلامي منه، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، مصر 2016، ص 12 وما يليها.

(2) البنا فكري حلمي، معصومية الجسد بي المسؤولية المدنية والخطأ الطبي، مجلة الاقتصاد والمحاسبة، عدد 616، دار المنظومة، أبريل 2006، ص 35. أنظر كذلك: احمد شعبان محمد طه، مرجع سابق، ص 53.

(3) المادة 413 من قانون الصحة 18-11 تنص على "باستثناء الضرورة الطبية المبررة، يعاقب طبقاً لأحكام المواد 288 و 289 و 442 (الفقرة 2) من قانون العقوبات، كل مهني تم إثباته، يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزاً مستديماً أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته".

أخطأ في التشخيص بسبب عدم استعماله الأشعة والفحص الكهربائي إذ جرى العمل على استخدام مثل هذه الوسائل في هكذا حالات⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الخطأ العادي

وهو الخطأ الذي ليس له علاقة بالأصول الفنية المهنية، أي الخطأ الخارج عن إطار المهنة وأصولها والناجم عن سلوك إنساني مجرد يسببه الإخلال بالقواعد العامة للالتزام الذي يتوجب على كافة الناس التقيد بها، فهذا النوع من الخطأ ناجم عن سلوك يمارسه الطبيب كأبي إنسان وليس من ممارسات مهنية قام بها الطبيب اتجاه المريض⁽²⁾.

ويمكن للقاضي الوقوف عليها وتقديرها دون اللجوء إلى أصل الطب ودون النظر إلى صفة من يقوم بها، ومن أمثلة الخطأ العادي نجد الإهمال في تخدير المريض أو تهور الطبيب وتعرضه للمريض بالسب والشتم والإهانة والتحقير، أو نسيانه قطعة قماش أو آلة من الآلات الجراحية في جسم المريض.....الخ.

وعليه فالخطأ العادي يخرج عن ميدان المهنة التي يمارسها الطبيب الذي ينسب إليه الخطأ، لذلك فهو عبارة عن عمل غير مشروع أو غير مباح يخضع للقواعد العامة المعمول بها في هذا المجال⁽³⁾.

وهناك من عرفه بأنه الخطأ الخارج عن نطاق المهنة أو الوظيفة أو الحرفة، ويرجع ذلك إلى الإخلال بواجبات الحيطة والحذر العامة التي يلتزم بها كافة الناس، ومنهم رجال الفن في مهنتهم باعتبارهم يلتزمون بهذه الواجبات العامة قبل أن يلتزموا بالقواعد العلمية والفنية⁽⁴⁾. ونشير إلى أن هناك بعض الفقه القانوني يرى صعوبة التفرقة في كثير من الأحيان بين الأعمال المادية والأعمال الفنية، وبالتالي صعوبة التمييز بين الخطأ العادي والخطأ

(1) رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 175 وما يليها.

(2) محمد إبراهيم سعد النادي، مرجع سابق، ص 11. انظر إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 26.

(3) بن صغير مراد، مرجع سابق، ص 133 وما يليها.

(4) قطيشات وائل حكيم، حدود المسؤولية الطبية الجزائرية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد 45، عدد 1، الجامعة الأردنية 2018، ص 432.

المهني، كون لا يوجد ضابط يفرق بين الخطأ العادي والخطأ الفني، ومن ذلك في حالة تأخر الطبيب بالأمر في نقل المريض إلى المستشفى فهل خطؤه هنا فني أو عادي⁽¹⁾.

فهذه التفرقة وإن كانت سهلة ميسورة كما ذكرنا سابقا من خلال آليات استنباطها، إلا أنها تكون في أحيان أخرى صعبة ودقيقة لا تتسنى لنا معها التفرقة ومن أمثلة ذلك أن ترك قطعة من القطن أو إبرة خياطة أثناء العملية الجراحية يعتقد أنه من قبل الأخطاء العادية غير أن السرعة التي تتطلبها بعض العمليات الجراحية قد تجعل منه خطأ فنيا باعتباره حادثا جراحيا⁽²⁾.

ورغم انتقاد هذا التقسيم، إلا أننا نؤكد على عدم كفاية هذا النقد حين اشترط البعض جسامة معينة في الخطأ الفني حتى يوجب مسؤولية الطبيب علما وأن هذا التقسيم يرتبط فقط بحالات الأخطاء الغير العمدية للأطباء، أما تلك الأخطاء العمدية فهي تؤدي دائما إلى قيام المسؤولية بغض النظر عن كون العمل ماديا أو فنيا⁽³⁾.

والواقع أن أهم اعتبار من الاعتبارات التي دفعت بالاتجاه السابق للتفرقة بين الخطأ العادي والخطأ الفني، يكمن في الرغبة في ألا يتدخل القاضي في فحص النظريات والأساليب الطبية، وأن يتفادى النظر في المناقشات الفنية عند تقرير مسؤولية الطبيب ليبنى حكمه على القواعد الثابتة في مهنة الطب، وليقف قضاؤه على أساس اليقين لا على الشك⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: الأخطاء المختلطة

يمكن أن تكون التفرقة بين الخطأ المادي والخطأ الفني يسيرة نوعاً ما في كثير من الحالات، فالطبيب الذي يجري عملية جراحية وهو في حالة سكر أو يده اليمنى مصابة بعجز عن الحركة أو مشغول بأمور مهمة تغيب عليه رشده، لاشك أنه يرتكب خطأ عادياً، ولا صعوبة كذلك إذا أخطأ الطبيب في مرحلة التشخيص أو وصف دواء، فيكون مرتكباً لخطأ فنياً

(1) حومد عبد الوهاب، المسؤولية الطبية الجزائرية، مجلة الحقوق والشريعة، مجلد 5، عدد 2، كلية الشريعة والقانون، جامعة الكويت 1981، ص161.

(2) انظر احمد شعبان محمد طه، مرجع سابق، ص53.

(3) رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص177.

(4) مختار قوادري، تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني المقارن، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد 13، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة جوان 2015، ص335.

لكن تثور الإشكالية عندما يشترك الخطأ العادي والفني معاً، فهنا تكمن الصعوبة في إدراج أو تصنيف مثل هذه الأعمال هل هي عادية أم فنية؟ فالطبيب الذي ترك قطعة قطن في جسد المريض اعتبرها كثيرون من قبيل الأخطاء العادية، لكن السرعة التي تتطلبها بعض العمليات الجراحية، قد تجعل من هذا الخطأ خطأً فنياً باعتباره حادثاً جراحياً كما تم بيانه سابقاً، هذا ما دفع البعض إلى القول "بأن التمييز في هذه الحالة لن يخلوا من التحكم، لأن غالبية ما ينسب إلى الطبيب من أخطاء تتضمن بالضرورة ناحية فنية، وأن كل خطأ من الطبيب يكون خطأً فنياً⁽¹⁾.

لكن في الواقع أن مصلحة المريض من جراء الأعمال الطبية فوق كل اعتبار وأن التسليم بهذا القول يقودنا إلى التخفيف من مسؤولية الطبيب، لأن خطأ الطبيب ليس كخطأ باقي المهن الأخرى وأن المسؤولية الجزائية هنا ليس كالمسؤولية الجزائية في المهن الأخرى، ولهذا وجب إيجاد تكييف مناسب لهذه الأخطاء تضمن للمريض المضرور حقه وتحافظ على سمعة الطبيب من جانب آخر.

وأخيراً هناك من ميز بين شكلين من الأخطاء، أخطاء النظام وأخطاء الأفراد، فمن جهة تتمحور أخطاء الأنظمة حول الأخطاء الناشئة عن سوء استخدام نظم معلومات الرعاية الصحية ومدى توافر الظروف التي يعمل فيها الأفراد، في حين تنشأ أخطاء الأفراد من طرف ممارسي مهنة الرعاية الصحية ويركز هذا الصنف على أخطاء الأفراد (أي الأطباء، الممرضات والصيدلة، وما إلى ذلك) وعليه فإن فهم أصل كل نوع من أنواع الأخطاء لا يضمن دقة أسرع في التعامل مع حالات حدوث خطأ طبي، بل بالأحرى توفير الفهم اللازم لكيفية حل ومنع المزيد من الأخطاء⁽²⁾.

المطلب الثاني: تطبيقات الخطأ الطبي

يبدو أن تطبيقات الخطأ الطبي كثيرة جداً وتزداد هذه الصور وتتعدد باضطراد وتعدد العلاقات بين الأطباء والمرضى، ولذلك فإن تطبيقات الخطأ الطبي لا تقع تحت دائرة الحصر

(1) قشيطات وائل حكيم، مرجع سابق، ص 434.

(2) Wilfred Bonney, Medical errors: Moral and ethical considerations, Journal of Hospital Administration, 2014, Vol. 3, No. 2, School of Business and Technology, Capella University, Minneapolis, MN, USA, P 82.

ولعل الطريقة العملية في محاولة استقصاء تطبيقات الخطأ الطبي تبدو من خلال تتبع العلاقة بين الطبيب والمريض منذ البداية، ويمكن القول أنه عند طرق باب الخطأ الطبي نكون أمام بحر متلاطم من الأخطاء الغير قابلة للحصر⁽¹⁾، ومن بين صور الخطأ الطبي المتعارف عليها والتي يتطرق إليها الشراح في بحوثهم ومؤلفاتهم والتي تمارس في التطبيق العملي جهل الطبيب وعدم المعرفة العلمية وكذلك وجوب أخذ رضا المريض، تشخيص المرض، وصف العلاج ومباشرته، وأخطاء المعالجة ونقص العناية، والخطأ أو التقصير في الإرشادات الطبية وطريقة العلاج، وقد يرتكب الطبيب الجراح أخطاء خلال تأدية عمله على جسد المريض، أو التنفيذ الجزئي للالتزام وقد يكون الخطأ صادرا من طبيب التخدير أو المساعدين ومقدمي العلاج⁽²⁾ لهذا سوف نبحث في هذا المطلب أكثر الصور تطبيقا للخطأ في مختلف مراحل العلاج، حيث نتطرق إلى الأخطاء المتعلقة بالطبيب العام (الفرع الأول) وأخطاء متعلقة بالطبيب الجراح في (الفرع الثاني) وخطأ طبيب التخدير في (الفرع الثالث) ثم خطأ المساعدين ومقدمي العلاج في (الفرع الرابع)

الفرع الأول: الأخطاء المتعلقة بالطبيب العام

الخطأ في التشخيص هو نتيجة رأي يكون هذا الرأي مرتكزا على عناصر علمية تسمح بالكشف عن العلة الحقيقية التي يعاني منها المريض، وأن يتجنب قدر الإمكان كل غلط ويتسم التشخيص الطبي خصوصا ببعض الخصائص فهو لا يرتكز إلى العلم فقط ولكن أيضا إلى الخبرة والفتنة معا، وبديهي أن جميع الأطباء لا يملكون في آن واحد هذه الصفات بمقدار متماثل، بل يتفاوتون فيها فيما بينهم، لذا فهم عرضة لارتكاب الأخطاء ويحرص أساتذة الطب في لندن منذ بداية الستينات على عقد اجتماع سنوي لهم لتبادل الرأي في أخطائهم المتعلقة بالتشخيص وبعضها على قدر كبير من الأهمية، وإذا كان الأقطاب يخذعون أحيانا بمناسبة تشخيص المرضى، أفليس من الأولى أن نغفر للطبيب العام خطئه⁽³⁾.

(1) اسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 238.

(2) منصور بن عمر المعاينة، المسؤولية الطبية والخطأ الطبي، مجلة الأمن والحياة، مجلد 19، عدد 212، جامعة نايف للعلوم الأمنية 2000، ص 66.

(3) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص 462.

هنا سنتعرض في هذا الفرع إلى الخطأ في التشخيص من طرف الطبيب العام في (البند الأول) على أن نعرض على الأخطاء المتعلقة بمتابعة ووصف علاج المريض في (البند الثاني)

البند الأول: الخطأ في التشخيص

تبدأ جهود الطبيب في علاج المريض في مرحلة تشخيص المرض، في هذه الحالة يحاول الطبيب التعرف على ماهية المرض ودرجته من الخطورة، وتاريخه مع جميع ما يؤثر فيه من ظروف المريض من حيث حالته الصحية العامة وسوابقه المرضية وآثر الوراثة فيه، ثم يقرر بناء على ما اجتمع لديه من معلومات نوع المرض الذي يشكوا منه المريض ودرجة تقدمه⁽¹⁾.

ويقول "كورنبروليست" في هذا الصدد إذا كانت مرحلة التشخيص هي أول مراحل الالتزامات التي يضعها عقد العلاج الطبي على عاتق الطبيب، فعليه أن يؤديها بدقة وعناية ويحاول قدر جهده أن يتجنب مواطن الذلل، وهو إن فعل ذلك فإنه بمنأه على المسؤولية⁽²⁾. ويجب على الطبيب أن يُعنى بفحص المريض فحصا دقيقا، وأن يتجنب التسرع أو الإهمال في الفحص، وأن يحاول أن يطبق معارفه وقواعد فنه تطبيقا صحيحا، حتى يتفادى كل خطأ في التشخيص وأن يحيط عمله بجميع الضمانات التي يصفها العلم والفن لإبداء رأي أقرب ما يكون إلى الصواب وأبعد ما يكون عن الخطأ، ويجب أن يستعين برأي الإخصائيين في كل حالة يشق عليه فيها التشخيص، كما يجب عليه أن يستعمل جميع الطرق العلمية للفحص كالتحاليل بأنواعها، والفحص "البيكترولوجي" والتصوير بالأشعة كلما كان ذلك لازما للتثبت من الحالة وصحة التقدير، فإن إهمال ذلك والتسرع في تكوين رأيه، فإنه يكون مسؤولا عن جميع الأضرار التي تترتب على خطئه في التشخيص، ويتعين عند تقدير خطأ الطبيب في التشخيص أن ينظر إلى مستواه من جهة وتخصصه من جهة أخرى، إذ لا جدال في أن الخطأ الصادر عن الطبيب الأخصائي يعتبر أدق من خطأ الممارس العام.

(1) طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2008، طبعة 2008، ص 26 وما يليها.

(2) محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، دار الفكر الجامعي، طبعة الأولى، مصر، 2014، ص 108.

وأهم خطأ يقع فيه الطبيب هو مجرد الخطأ في تشخيص المرض، ولا تتحقق به مسؤولية الطبيب إلا إذا انطوى الخطأ على جهل ومخالفة للأصول العلمية الثابتة التي يتحتم على كل طبيب الإلمام بها بشرط بذل الجهود الصادقة، ويلاحظ أنه ينظر إلى خطأ الطبيب في التشخيص إلى مستواه العلمي وتخصصه، فخطأ الطبيب الأخصائي أدق من خطأ الطبيب العام⁽¹⁾.

كما يتوجب على المريض من ناحية أخرى أن يكون صادقاً مع طبيبه وأن يساعده بإعطائه المعلومات الصحيحة اللازمة إذ لا مسؤولية على الطبيب إذا كان الخطأ في التشخيص راجعاً إلى تضليل المريض وإخفائه الحقائق الخاصة به عن طبيبه المعالج. ونود أن نشير إلى أن الخطأ في التشخيص قد يتحقق من ناحيتين: إما إهمال في التشخيص أو غلط علمي يقع فيه الطبيب⁽²⁾.

وعلى أي حال، فإن الاتجاه القضائي في مجال التشخيص يبدي مرونة كبيرة، كلما وجد في ظروف الواقعة ما يدعم قراره بعدم مساءلة الطبيب، وعلى سبيل المثال عندما ينطوي استخدام وسيلة كالتشخيص على قدر من المخاطر بالنسبة للمريض، ويحجم الطبيب عن الاستعانة بها، فهذا لا يؤدي إلى مساءلته، وقد قضت محكمة "ليل الفرنسية" أن الطبيب الذي انتهى بعد الفحص الإشعاعي والالكتروني إلى تشخيص خاطئ وهو وجود كدمة في عرق النساء، في حين كان هذا العرق مقطوعاً، ووصف للمريض علاجاً غير فعال، فلا يمكن أن ينسب إليه خطأ عدم مباشرته في الحال للتدخل الجراحي، لأن هذا التدخل لم يكن يقوم به سوى جانب قليل من رجال الطب، ويبرهن هذا الحكم على أن القضاء يرفض دوماً مساءلة الطبيب عن أخطاء التشخيص والتي ترجع إلى الشكوك التي ما زالت تُكتشف علم الطب⁽³⁾.

وقد يقدم الطبيب على بعض الأعمال التي قد تكتسي طابع جزائي مثل التزوير، فمثلاً من المسلم به أن الشهادة الطبية تظل شهادة على الثقة اتجاه المرضى والمجتمع، ولكن هذا

(1) السيد عبد الوهاب عرفه، مرجع سابق، ص71.

(2) بن صغير مراد، مرجع سابق، ص448.

(3) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع

سابق، ص465، انظر السيد عبد الوهاب عرفه، مرجع سابق، ص72.

انظر كذلك اسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص240.

التصرف في منح الشهادات الطبية المتعلقة بالراحة والانقطاع عن العمل عندما لا تحترم الالتزامات الأخلاقية والقانونية، قد تنطوي على مسؤولية، فالشهادات الطبية تتكاثر في مختلف المجالات وقد يكون الغرض منها كسب مصلحة اقتصادية كبيرة أو اجتماعية بإصدار شهادة طبية، يرتكب الطبيب وهو بصدد ممارسة عمله وسلطته في أن الهيئات التي يتم توجيه هذه الشهادة قد تصدق ما يشهد به الطبيب وبالتالي يحظر على الطبيب إنشاء شهادة طبية وتفضيل شخص بدون حق، يعد جريمة تترتب مسؤولية فاعلها⁽¹⁾.

البند الثاني: أخطاء متعلقة بمتابعة ووصف علاج المريض

هذه الصورة تتعلق بطريقة العلاج التي يختارها الطبيب للمريض بادئ الأمر ينبغي تقرير قاعدة هامة تتعلق بالطبيب وعلاجه وهي أن الطبيب حر في اختيار طريقة العلاج التي يراها، فهو بعيد عن المسؤولية إذا اختار طريقة دون أخرى طالما رأى أنها موافقة لطبيعة المريض، فلا يلتزم بإتباع آراء الأغلبية من أساتذة الطب، فله أن يطبق عملا شخصيا خاصا وبرغم هذه الحرية التي قد تبدو مطلقة إلا أن الحقيقة غير ذلك فهي حرية مقيدة بعدة ضوابط⁽²⁾ هامة:

الضابط الأول: يجب على الطبيب أثناء علاجه للمريض أن يتخذ طريقة علمية صحيحة، مع الإبقاء على قدر كافي من الحرية بجانب هذا القيد حتى يستطيع الطبيب أن يحسن استخدام مهارته الشخصية وتجاربه.

الضابط الثاني: يتعين على الطبيب ألا يعرض مريضه لخطر لا تدعوا إليه حالته أو بمعنى آخر لا تتناسب هذه المخاطرة مع الفائدة التي يمكن أن تنجم عن إتباع هذه الطريقة.

الضابط الثالث: على الطبيب أن يوازن بين أخطاء المرضى وأخطاء العلاج، فإذا كان المرض لا يهدد سلامة المريض، فإنه لا محل لتعريض المريض للخطر أو لعلاج يؤديه حتى ولو كان المريض هو الذي طلب هذا العلاج، لأن المريض ليس لديه المعرفة الطبية والفن الطبي الكافي لتقدير العلاج الذي يناسبه.

(1) Fatmi, Yamna, La Responsabilité Médicale Liée À La Délivrance D'un Certificat Médical, Journal marocaine de droit pénal et de sciences criminelles, Numéro 2, MAROC 2015, P 48 .

(2) أحمد شعبان محمد طه، مرجع سابق، ص 176.

والواقع أنه يمكن مساءلة الطبيب عن التنفيذ السيئ للعلاج أو الطريقة العلاجية، وذلك متى ثبت خطأه في هذا التنفيذ⁽¹⁾.

ويرى الفقه القانوني الفرنسي⁽²⁾ أن القضاء يعي هذا الوضع إلى حد كبير ويقبل فكرة المخاطر الضرورية إلا أنه مع ذلك يقره بشكل صارم أن كل إهمال أو عدم احتراز أو رعونة، ولو كان ضئيلاً يشكل خطأ من جانب الطبيب يقيم مسؤوليته، وعلاقته بالمريض لا تنتهي بمجرد تنفيذ العلاج، بل على الطبيب مراقبة مريضه كواجب على عاتقه للتأكد من آثار العلاج الذي باشره ومدى تأثيره على المريض ولاشك أن واجب المراقبة يظهر جلياً بعد العمليات الجراحية غير أن ذلك لا ينفي أهميته في حالات العلاج غير الجراحي سيما كان العلاج ينطوي على أدوية يمكن أن ينتج عنها آثار ضارة أو خطيرة بالنسبة للمريض وهذا في الواقع ما أكدته بعض أحكام القضاء⁽³⁾.

حيث قضت المحكمة العليا بالجزائر بأن خطأ الطبيب المتمثل في الإهمال وعدم الانتباه، حيث أمر بصرف وتجريع دواء غير ملائم لحالة المريض الصحية مما نتج عن وفاته كفيل بانعقاد المسؤولية⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: أخطاء متعلقة بالطبيب الجراح (أخطاء الجراحين)

إذا كان الخطأ هو قوام المسؤولية المدنية، سوف نحاول في هذا الفرع أن نتعرف على الخطأ في العلاج الجراحي وتطبيقاته عبر مختلف مراحل العلاج الجراحي، من خلال دراسة خطأ الجراح في عدم القيام بالفحوص الأولية السابقة على التدخل الجراحي في (البند الأول) ونتطرق إلى خطأ الجراح في تقدير الوقت المناسب للجراحة في (البند الثاني) ثم نتعرض إلى خطأ الجراح في عدم تبصره المريض بالعلاج الواجب إتباعه من خلال المراقبة (البند الثالث).

(1) عبد الرشيد مأمون، التأمين عن المسؤولية في المجال الطبي، دار النهضة العربية، 1986، ص216.

(2) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص338.

(3) محمد سامي السنوي، الخطأ الطبي امام القضاء الجنائي دراسة مقارنة بين القضاء المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، مصر، 1993، ص49 وما بعدها.

(4) قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2008/01/23، ملف رقم 118720، قضية (ع.ع.ق) ضد (ع.ب)، العدد 2، مجلة المحكمة العليا، 2008، ص74 أنظر كذلك: في مؤلف عبد القادر خيضر، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص25.

ومعلوم أن الجراحة عمل من الأعمال الطبية البالغة الخطورة نظرا لما تنطوي عليه من مساس كبير بسلامة جسم الإنسان وأنسجته الحيوية، ولولا أن المرجو من ورائها إزالة علة يعاني منها المريض ولا تتفجع معها الوسائل العلاجية الأخرى، كانت الجراحة هي إحدى الوسائل العلاجية ذات الأثر العظيم على البشرية جمعاء، ونظراً لطبيعتها هذه فإن المحاكم عادة ما تتشدد مع الجراحين من جهة تقدير أخطائهم أكثر من غيرهم من الأطباء⁽¹⁾ ولا يكاد يخرج مفهوم الخطأ في العمل الجراحي عن المفهوم العام للخطأ الطبي على أنه: "إخلال بالالتزام سابق" سواء كان هذا الالتزام مصدره العقد أو القانون⁽²⁾.

وعلى أية حال، فثمة صور للخطأ الحادث أثناء وبسبب التدخل الجراحي نعالج منها ما يلي بشيء من التفصيل:

البند الأول: خطأ الجراح في عدم القيام بالفحوص الأولية السابقة على الجراحة

إن من الالتزامات الملقاة على عاتق الطبيب أثناء العملية الجراحية القيام بعدة فحوص وتحاليل شاملة لمعرفة العضو الذي ينبغي استئصاله أو مداوته للاحتياط مما قد يحدث من مضاعفات أثناء سير العمل الجراحي، وأن أي إخلال بهذه الالتزامات يعرضه للمسؤولية⁽³⁾. ولهذا وجب على الطبيب الجراح أن لا يجري جراحة إلا بعد تفكير طويل، ومشاورة للزملاء داخل المجلس الطبي للمستشفى خصوصا إذا كانت العملية دقيقة وخطرة، فيتعين عليه أن يقوم بفحص مريضه بدقة وعناية كافية قبل إجراء التدخل الجراحي وأن لا يقتصر فحصه على الموضع أو العضو محل الجراحة بل على الحالة العامة للمريض ومدى ما يمكن أن يترتب على الجراحة من آثار ونتائج جانبية ناشئة عن الإهمال في فحص المريض، وعلى ذلك فقد قضى بمسؤولية الطبيب الذي حل محل زميله، دون أن يقوم بإجراء الفحوص اللازمة والحصول على المعلومات الضرورية⁽⁴⁾.

(1) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص 477.

(2) حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 116.

(3) محمد الادريسي، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص، مجلة الملحق القضائي، العدد 43، ص 112 أنظر كذلك: عبد الحميد جفال، هناء طرشون، مرجع سابق، ص 18.

(4) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص 478.

البند الثاني: خطأ الجراح في تقدير الوقت المناسب للجراحة وعدم إكمال العملية

بنفسه

بالنظر إلى دقة العمل الجراحي وارتباطه بصفة خاصة بعملية تخدير المريض، فإنه يتعين على الجراح أن يراعي الوقت المناسب الذي يقوم فيه بإجراء العملية الجراحية كأن يتأكد من أن المريض في حالة تأثير المخدر، وقد يقوم الجراح أحيانا بإجراء الجزء الجوهري من العملية بنفسه ثم يترك مسألة إتمامها لمساعديه، حينها رفض القضاء إلقاء المسؤولية على المساعد وحده، فالجراح وإن سمح للنواب بمساعدته وتلقى التدريب، فإن ذلك ينبغي أن يتم تحت إشرافه وبتوجيه منه وتحت مسؤوليته، وبصفة عامة فإن استبدال الجراح نفسه بجراح آخر بدون موافقة المريض ودون ضرورة يشكل خطأ من جانبه ويجعله مسؤولا عن كافة الأضرار الناجمة عن ذلك⁽¹⁾.

البند الثالث: خطأ الجراح في عدم تبصرة المريض ومراقبته بعد العمل الجراحي

نظرا لدقة هذه المرحلة، فإنها تتطلب يقظة وعناية بالمريض جراء العملية الجراحية، ذلك أن أي إهمال قد يؤدي إلى أضرار بالغة به، ولهذه الخصوصية ذهب جانب في الفقه إلى أن التزام المراقبة والمتابعة، وتبصرة المريض في المرحلة البعدية للعمل الجراحي يقع على عاتق كل من الطبيب الجراح ونظيره المخدر ضمانا لمصلحة المريض وحرصا على سلامته، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أنه يجب أن نفرق في المرحلة البعدية للعملية الجراحية بين مرحلة إفاقة المريض المعالج جراحيا والتي تتطلب مراقبة ومتابعة وعناية متواصلة إلى حين استفاقته والخروج من الغيبوبة، فهذه المتابعة تقع على الطبيب الأخصائي في التخدير وحده دون الجراح باعتبار هذا اختصاصه، وبين مرحلة المتابعة الطبية للمريض بالعلاجات والتي هي من اختصاص الطبيب الجراح، وهذه التفرقة هي محل اتفاق بين شركات التأمين عن أخطاء الحوادث الطبية بالنسبة للأطباء الجرحين وأخصائي التخدير في فرنسا لتداخل الاختصاصات بينهما خلال العمل الجراحي⁽²⁾.

(1) رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، دار النهضة المصرية، الطبعة الأولى، مصر، 2005، ص 29.

(2) حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 156.

لهذا يعتبر العمل الجراحي من الأعمال الطبية التي تؤدي إلى المساس بجسم الإنسان فهي تعتبر إحدى الوسائل العلاجية التي يقوم بها الجراح بعناية فائقة متبعاً في ذلك الأصول العلمية والقواعد التي ترسمها الخبرة الإنسانية للأطباء إلا أن هذا لا يمنع من بذل العناية الكافية قبل القيام بذلك وأن لا تجربها إلا بعد الجزم بأنها الحل الوحيد لإنقاذ حياة المريض أو شفائه⁽¹⁾.

الفرع الثالث: خطأ طبيب التخدير

أصبح اللجوء إلى طبيب التخدير في مجال العمليات الجراحية على درجة كبيرة من الأهمية، إذ أن ما يقضيه طبيب التخدير مع المريض أكثر مما يقضيه الجراح معه، فهو أي طبيب التخدير يتدخل قبل إجراء الجراحة للمريض لتخديره بعد فحصه ويستمر في مراعاة حالته أثناءها، ثم يأتي بعد العملية الجراحية لإيقاف الغاز المخدر ويبدأ الجسم في العودة إلى الحالة الطبيعية بهدوء ومعلوم أن المريض لا بد أن يوضع تحت (البنج) أي المخدر حتى يستطيع تحمل الألم جراء التدخل الجراحي، وهذا ما يقتضي من طبيب التخدير أخذ الحيطة والحذر للتأكد من قابلية المريض لتحمله⁽²⁾ فقد حمل القضاء الفرنسي الطبيب المسؤولية عن خطئه اليسير لقيامه بعملية التخدير على وجه السرعة دون اتخاذ الاحتياطات الفنية الكاملة، لاسيما أنه لم يكن هناك ضرورة عاجلة تستدعي إجراءها فمرضى القلب مثلاً ينبغي التحفظ في وضعهم تحت التخدير ومراقبة الكمية التي يمكن تحملها ووجوب التأكد من خلو معدة المريض من الطعام.

ولاشك أن التزام الطبيب بمتابعة حالة المريض تظهر بعد العمل الجراحي وأول التزام منوط بطبيب التخدير الذي ينبغي عليه في هذه المرحلة اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع حدوث أي مضاعفات مثل الاختناق والهبوط في الدورة الدموية وغيرها من المضاعفات المعروفة ويتأكد هذا الالتزام بصفة خاصة عندما تخشى احتمال وقوع خطر يصعب على غير المتخصصين تداركه، مما ينبغي على طبيب التخدير عند تأخر استفاقة المريض أن يستعين بوسائل الإنعاش الضرورية حتى يعود المريض إلى وعيه الكامل وعندما يستفيق المريض ينقضي التزام طبيب التخدير بالمتابعة، حيث يقع هذا الالتزام على الطبيب الجراح⁽³⁾.

(1) شريف الطباخ، مرجع سابق، ص 255.

(2) إبراهيم احمد محمد الرواشدة، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص 65.

(3) أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 202 وما يليها.

وهنا سنحاول أن نبين كل من الخطأ العادي لطبيب التخدير في (البند الأول) ثم الخطأ المهني لطبيب التخدير في (البند الثاني)

البند الأول: خطأ طبيب التخدير العادي

الخطأ العادي هو ما يصدر عن طبيب التخدير كغيره من الناس أي كفعل مادي شكل ارتكابه مخالفة لواجبات الحرص المفروض على كافة الناس أي هو الخطأ الذي يرتكبه صاحب المهنة عند مزاولته مهنته دون أن يكون لهذا الخطأ علاقة بالأصول الفنية لهذه المهنة⁽¹⁾.

وبصورة عامة تعتبر الأخطاء التي تنسب إلى طبيب التخدير باعتباره شخصا عاديا والتي لا علاقة لها بالصفة الطبية كل خطأ خارج عن المهنة عندها يقاس الخطأ بالمعيار العادي، وهو انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي، ومن أمثلتها كان يقوم بعملية التخدير وهو في وضع ثمل أو أن يترك حافظة ماء ساخن بجانب المريض الفاقد للوعي وبسبب تأثير التخدير تؤدي إلى حروق للمريض، أو لا يحترم واجباته الإنسانية ولا يحضر رغم استدعائه من قبل إدارة المستشفى⁽²⁾.

البند الثاني: خطأ طبيب التخدير المهني

وهو من جملة الأخطاء التي يرتكبها أصحاب المهن خلال تأديتهم لمهامهم ويخرجون فيها عن السلوك المهني المألوف طبقا للأصول الفنية الثابتة، والخطأ المهني بوجه عام هو ما يطلق عليه البعض بالخطأ ألا مسلكي، وبناء عليه فإن كل خطأ يرتكبه طبيب التخدير وكان هذا الخطأ متعلقا بأصول وفن مهنة طب التخدير كان خطأ مهنيا، ومن الأمثلة على ذلك أن لا يقوم طبيب التخدير وقبل إجراء العمل الجراحي التأكد من أن المريض سوف يتحمل التخدير اللازم لأجرائه أم لا، ويعد كذلك من الأعمال الفنية المتعلقة بعمل طبيب التخدير وجب إجراء اختبار لمدى تجلط الدم لدى المريض قبل الجراحة ويعد كذلك خطأ فنيا أن يقوم طبيب التخدير بإعطاء المريض جرعة تخدير تزيد عن الحد المسموح به مما أدى إلى إلحاق ضرر به أو إعطائه جرعة التخدير قبل التأكد من أن معدته خالية من الطعام⁽³⁾.

(1) محمود زكي شمس، مسؤولية الأطباء التقصيرية في التشريعات العربية، مؤسسة عبور للطباعة والنشر، بدون طبعة، دمشق، 2013، ص83.

(2) ابراهيم احمد محمد الرواشدة، مرجع سابق، ص268.

(3) محمود زكي شمس، مرجع سابق، ص87.

الفرع الرابع: خطأ المساعدين ومقدمي العلاج

لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف المساعدين الطبيين، ولكن اكتفى بذكر مهامهم في نصوص قانونية متعلقة بالمستخدمين الشبه طبيين⁽¹⁾ إن المساعدين ومقدمي الخدمات في العمل الطبي هم الأشخاص الذين يستعين بهم الطبيب في عمله لإنجاز بعض الأعمال التي لا تحتاج إلى خبرة طبية كبيرة.

أما مقدمي الخدمات الطبية فهم الذين يؤدونها دون أن يشرف عليهم أحد مثل المجبرين ومع هذا قد يشترط القانون شروط معينة بالنسبة لبعض هؤلاء المساعدين ومقدمي الخدمات الطبية وذلك للسماح لهم بمزاولة المهنة والغالب في أخطاء المساعدين أنها تقع بسبب مخالفة أوامر الطبيب وتعليماته الطبية⁽²⁾.

وسنتناول في هذا الفرع كل من أخطاء التمريض وأخطاء التوليد وأخطاء المجبرين.

البند الأول: أخطاء التمريض

وهي الأخطاء التي تقع من الممرضين والمرضات سواء نتيجة لتصرفاتهم التي يقومون بها بدون أمر أو استشارة الطبيب، أو نتيجة للتنفيذ السيئ لتعليماته، وقد يصادف أن يعطي الطبيب تعليماته للممرضة بإعطاء المريض جرعات من دواء معين في فترة زمنية معينة أو على حسب مقتضى حالة المريض وما يمكن أن تؤول إليه، كما لو حدثت إليه أزمة أو دخل في غيبوبة أو ارتفع ضغط دمه فجأة.

ولكن قد يحدث أن تتتاب المريض حالة من الحالات السابقة أو أخرى مشابهة، مما قد يثير قلقه أو قلق الممرضة في ذاتها، فتقوم بإعطاء المريض دواء معيناً أو حقنة معينة تقدر أنها لازمة لحالة المريض، ويكون هذا التصرف من جانبها أساسه أن حالة المريض مشابهة

(1) مرسوم تنفيذي رقم 91-107، مؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق لـ 1991/04/27، يتضمن القانون الاساسي

الخاص بالمستخدمين شبه الطبيين، ج. ر. ج.، عدد 22، الصادرة بتاريخ 1991/05/15، معدل ومتمم.

(2) آيت مولود ذهبية، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة ماجستير في القانون (فرع قانون ومسؤولية مهنية)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص42.

لحالة سابقة كان أحد الأطباء قد تعامل معها بذات الأسلوب أي إعطاء المريض دواء أو حقنة معينة لدى حدوث نفس الأعراض التي لاحظتها على المريض، على أنه لكل مرض ظروفه⁽¹⁾. ويتضح من هذا كذلك أن قيام الممرضة بالتصرف من تلقاء نفسها في مثل هذه الأحوال لا يرتب مسؤوليتها وحدها، بل أيضا مسؤولية المستشفى التي تعمل بها وعلى ذلك فقد قُضي بأنه تعتبر الممرضة قد ارتكبت خطأ واضحا يستوجب مساءلتها عندما تعطي المريض من تلقاء نفسها حقنة في العرق بدون استشارة الطبيب، كذلك تنفيذ الممرضة لتعليمات الطبيب أو الجراح بطريقة خاطئة يرتب عليها قيام مسؤوليتها ومسؤولية المستشفى أما الطبيب الذي أعطى تعليماته للممرضة، فلا يكون مسؤولا عن هذا التنفيذ⁽²⁾.

وقد قضت الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قسنطينة بمسؤولية المستشفى بسبب عمل علاجي في قرارها المؤرخ في 15/09/1975 وذلك بسبب سوء نزع ضرسة من طرف الممرضين، كما قررت مسؤولية المستشفى في قرارها المؤرخ في 03/02/1998 بسبب سوء وضع الجبس على رجل المريض وأدى ذلك إلى تعفنها وبترها، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قرار له مؤرخ في 26/06/1956 أن العبرة ما إذا كان العلاج قد اجري من طرف الهيئة الطبية أم من طرف الممرضين، فالنشاط العلاجي يتسم بالبساطة ولو تولد عنه خطأ بسيط، فالمعيار المعتمد للتمييز بين النشاط الطبي لا يصدر إلا عن الطبيب، فقد يقوم الطبيب بعمل علاجي إضافة لعمله الطبي فمجلس الدولة الفرنسي اعتمد على معيار أن النشاط الطبي ينطوي على صعوبات كبيرة ومعارف خاصة متحصل عليها بموجب دراسات مطولة. وهذا ما اعتمد عليه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه المؤرخ في 26/0/1959⁽³⁾.

البند الثاني: أخطاء التوليد

يعتبر التوليد فرع من فروع الطب الهامة، والتوليد بحد ذاته من العمليات المحفوفة بالمخاطر والمفاجآت ويقصد بالخطأ الطبي عند عملية التوليد بكل انحراف سلبي في سلوك

(1) منير رياض، حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص 520.

(2) حسن علي الدنون، المسؤولية المدنية (نظرية تحمل التبعة)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد خاص 1984، ص 42.

(3) طاهري حسين، مرجع سابق، ص 31 وما يليها.

الطبيب أو كل من يقوم بعملية التوليد، وبما أننا نعالج الموضوع في إطار مساعدي التوليد (القابلة) على اعتبار أن خطأ الطبيب في عملية جراحية بمناسبة التوليد شأنه شأن أي خطأ جراحي آخر تتحقق مسؤوليته متى أنجر عن عمله ضرر أصاب المريض ما لم يقدّم الدليل على براءته⁽¹⁾.

ويتعين على المولّدات طبقاً للقانون الفرنسي أن يمتنعن عن إجراء الولادات العسرة، أما الولادات البسيطة، فيسمح لهن بإجرائها وعلى ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية قابلة أجرت ولادة عسيرة فتسبب ذلك في موت الأم والطفل فقضيّ عليها بالحبس والغرامة. وكذلك قضت محكمة الجلفة في سنة 2017 في قضية الأم المتوفاة مع جنينها بالحبس 6 أشهر للقابلات الثلاثة وغرامة مالية مقدرة بـ 50 ألف دينار جزائري لكل واحدة منهم بتهمة الإهمال ورفض استقبال حامل في حالة خطرة⁽²⁾.

البند الثالث: أخطاء المجبرين

ومن أخطاء الفئات الأخرى، من مقدمي الخدمات الطبية، أخطاء المجبرين والمجبر هو أحد مقدمي الخدمات الطبية، ويتحدد عمله في وضع الجبائر الخشبية والجبس وما إليها على الأجزاء المكسورة أو بها كسر أو التواء، ومن الالتزامات التي يلتزم بها المجبر أن ينتظر إلى حين إجراء العلاج اللازم للمريض وذلك قبل أن يقوم بوضع الجبيرة على الجزء المكسور من العظم، فإذا أقدم المجبر على وضع الجبيرة قبل إجراء العلاج الأولي اللازم، فإنه يعد مسؤولاً عما يمكن أن يتولد من أضرار للمريض، وعلى ذلك فقد قضت محكمة "نانس" الفرنسية بأن المجبر الذي يضع جبائر في حالة كسر بغير إجراء العلاج السابق على الجبر ويرتب هذا الجبر عاهة عظمية، تقتضي إجراء الجراحة، يعاقب بتهمة الجرح الخطأ⁽³⁾.

(1) قمرأوي عز الدين، الانماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في مجال الطب رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة وهران-الجزائر، 2012/2013، ص320.

(2) مقال في جريدة الخبر الجزائرية، بتاريخ 2017/09/27 تاريخ الدخول لموقع الجريدة 2018/02/28. على الساعة 17:00 مساءً

(3) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص526.

البند الرابع: خطأ الغير

وهو الخطأ الصادر عن كل شخص آخر غير الطبيب أو الفريق المعالج، ويقاس خطأ الغير بمعيار موضوعي أي بانحراف عن سلوك الشخص المعتاد، ويشترط في فعل الغير أن يكون السبب الوحيد في إحداث الضرر، فإذا انتفت رابطة السببية بين الطبيب وما أصاب المريض من ضرر، فلا مجال لمسائلة الطبيب، ومن الأهمية بمكان وجوب أن يقوم الطبيب بتعيين الشخص المتسبب في الضرر، فضلاً عن إثبات الواقعة مناط الضرر، أن عدم تحديد الغير يجعلنا أمام فكرة القوة القاهرة لتشمل خطأ الغير، وعليه فإن تحديد الغير يمثل الحد الفاصل بين القوة القاهرة وخطأ الغير، كما أنه يجب لانتفاء مسؤولية الطبيب أن لا يكون لهذا الفعل علاقة بالطبيب، وأن يكون فعل الغير مرتبطاً بالضرر ارتباط السبب بالمسبب وهذا الفعل هو السبب المباشر في نشوء الضرر⁽¹⁾.

المطلب الثالث: صور الخطأ الطبي

الخطأ كما سبق بيانه هو انحراف في السلوك المؤلف للشخص العادي يصدر عن تمييز وإدراك، وهذا الانحراف قد يكون عمدياً وقد يكون غير عمدي، كما قد يكون جسيماً وقد يكون يسيراً، وتثار مسؤولية الشخص التقصيرية أياً كان نوع الخطأ الذي يرتكبه مادام قد أضر الغير بخطئه وتوافرت علاقة السببية بين خطأ محدث الضرر وضرر الغير، حيث يلتزم بالتعويض للمضرور عما لحقه من أذى، كما يكون الخطأ بفعل إيجابي وقد يكون بفعل سلبي كالامتناع عن فعل⁽²⁾.

وسنتناول من خلال هذا المطلب في (الفرع الأول) الخطأ العمدي على أن نعرض على الخطأ الغير عمدي في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الخطأ العمدي

الخطأ العمدي هو اتجاه الإرادة إلى إحداث الضرر مثل السارق الذي يدفع صاحبة المنزل إلى الحائط للهرب فيجرحها يعد مرتكباً خطأ عمدياً بناء على ذلك يمكننا القول إن قصد

(1) محد فتحي شحنة إبراهيم دياب، المسؤولية الجنائية عن تعدد الأخطاء الطبية، المجلة العربية لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، المجلد 1، عدد 4، جامعة نايف لعلوم الأدلة الجنائية، السعودية 2016، ص 255 وما يليها.

(2) علي حسن الدنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الخطأ)، مرجع سابق، ص 90.

إحداث الضرر هو الأساس في الخطأ العمدي وغياب هذا القصد يجعلنا أمام خطأ غير عمدي⁽¹⁾.

ويعرف كذلك بأنه: "انحراف في السلوك المؤلف للشخص العادي بقصد إلحاق الضرر بالغير" أي يشترط حتى يعتبر الخطأ عمدياً أن تتوافر لديه نية إلحاق الضرر بالغير ويطلق الفقه على الخطأ العمدي الجريمة المدنية والغير عمدي شبه الجريمة المدنية⁽²⁾.

فما هي الصور التي تتجلى للخطأ العمدي في المجال الطبي العلاجي.

هنا سنحاول أن نتطرق إلى أهم مظاهر الخطأ العمدي والمتمثلة في قتل المرضى الميؤوس من شفائهم في (البند الأول) والإجهاض أو إسقاط الجنين في (البند الثاني) ثم التعرض للتجربة الطبية بغير قصد العلاج في (البند الثالث)

البند الأول: قتل المرضى الميؤوس من شفائهم (Euthanasia)

في التعبير العلمي المعاصر تعني كلمة " الاوتانازيا " تسهيل موت الشخص المريض الميؤوس من شفاؤه بناء على طلب ملح منه مقدم للطبيب المعالج ومع مرور الزمن نشأت صور تطبيقية مختلفة للأوتانازيا منها: القتل الفعال، المساعدة على الانتحار، القتل غير مباشر، وقد أنشأت الجمعية الأمريكية لقتل الرحمة سنة 1930، ثم عدلت اسمها سنة 1970 إلى جمعية حق الإنسان في الموت، ومع أن قتل الإنسان بأي صورة ولأي سبب جريمة يعاقب عليها القانون⁽³⁾

إلا أن قتل الرحمة أخذ يمارس بصورة متزايدة مستترا تحت غطاء الأطباء الذين مارسوه واعترفوا به في عدة مناسبات، وقد يكون لا يزال ضائعاً في أروقة المستشفيات وسجلاتها تحت أسماء مضللة تجعل السلطات تغض الطرف عنها أو تمتنع المحاكم من إيقاع العقوبات القانونية في حق مرتكبيها، حيث أنها أصبحت أمور يومية في هولندا.

(1) احمد شعبان محمد طه، مرجع سابق، ص 27.

(2) هلا عبدالله السراج، مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية، مذكرة ماجستير في القانون الخا، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين 2013، ص 62.

(3) محمد الهواري، قتل الرحمة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، ورقة بحثية مقدمة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث ستوكهولم 1423هـ/2003م، ص 2 وما يليها.

كما تطورت الأسماء من جمعية قتل الرحمة إلى جمعية حق الإنسان في الموت في وقار وإجلال كذلك تطورت الأهداف من علاجية إلى وقائية أي من إنهاء الألم بقتل المتألم إلى الوقاية من الطفولة المعاقة والمطالبة بتشريع يبيح للأطباء قتل الأطفال المعوقين خلال 72 ساعة من ولادتهم، وذهب بعض الشراح إلى أن نفي المسؤولية عن القاتل في هذه الحالة استنادا إلى أن رضاء المجني عليه يعد على وجه العموم مبررا وعذرا وإذا كان الفعل لم يصدر عن نية ضارة بالمصلحة العامة الاجتماعية فإنه لا يكون قد ارتكب جريمة ما، صحيح أنه كان اليد المنفذة ولكن نية الإيذاء غير متوفرة لديه⁽¹⁾.

فمن الناحية القانونية فإن محل القتل لا يشترط فيه إلا أن يكون إنسان حيا ولو كان مريضا مرضا مبرحا، وميؤوس من شفائه طالما لم تحن بعد لحظة وفاته الطبيعية وأن أي فعل يقع على هذا الإنسان سواء كان فعلا ايجابيا، أو امتناعا عن المعالجة كالامتناع عن إجراء الجراحة أو عدم إعطاء الدواء أدى إلى وفاة هذا الإنسان كان صالحا وكافيا إذا وقع عمدا لقيام جريمة القتل المقصود في القانون، وليس لإنسان ولو كان طبيبا أن يعجل بوفاة هذا المريض ولا يغير من ذلك أن يكون المريض راضيا بوقوع الفعل عليه، لأن رضا المجني عليه لا قيمة له بصدد جنائية القتل ولا عذر لباعث الشفقة، لأنه لا عبرة في القانون بالبواعث⁽²⁾ أما موقف الفقه الإسلامي من قتل الرحمة فهنا نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: حكم إعطاء الطبيب للمريض ما ينهي حياته: وتكون غالبا هذه الحالة في المريض الذي يتألم من شدة المرض، فيلجأ إلى طبيبه راجيا منه إنهاء حياته ووضع حد لمأساته، برضاه، فإن أذن المريض للطبيب بإنهاء حياته، هذا لا يخول للطبيب أن يفعل هذا، وإن فعل ذلك يصير قاتلا قتل عمدا وهذا بناء ما اتفق عليه جمهور العلماء الحنفية، والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والأمامية والاباضية واستدلوا على هذا بالكتاب والسنة والإجماع⁽³⁾.

(1) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص 394.

(2) محمد نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، دار المهدي المصرية، مصر، 1984، ص 117.

(3) غادة علي حامد العمروسي، اعتداء الطبيب على النفس وما دونها في ظل المفاضلة الشرعية والاخلاقيات الطبية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، مصر، 2010، ص 113.

أولاً: القرآن

قوله تعالى ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾ (1) وقوله تعالى ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ۗ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ ۗ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا ﴾ (2) وقوله تعالى ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ (29) وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عُدْوَانًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصَلِّيهِ نَارًا ۗ وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا ﴾ (3) وقوله تعالى ﴿ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ۗ ﴾ (4).

وجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى في هذه الآيات نهي عن تعمد قتل النفس المعصومة بغير حق، كما أن إذن المريض لا يبيح ذلك.

ثانياً: السنة

ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (لو أن أهل السماوات والأرض اشتركوا في قتل مؤمن يعذبهم الله عز وجل) (5). كما روي عنه رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (من أعان على قتل مسلم بشطر كلمة لقي الله يوم القيامة مكتوب على جبهته أيس من رحمة الله).

ثالثاً: الإجماع

حيث أجمعت الأمة الإسلامية من لدن النبي صلى الله عليه السلام إلى يومنا هذا على تحريم قتل النفس المعصومة عمداً إلا بالحق وهذا يدل على أن الطبيب لا يجوز له قتل مريضه وإن كان بناء على طلبه.

الحالة الثانية: حالة رفع الطبيب أجهزة الإنعاش الصناعي عن المريض عقب الموت الدماغي، حيث أن هذه الأجهزة تساعد على المحافظة على أعضاء المريض من أن يلحقها

(1) سورة النساء الآية 93.

(2) سورة الاسراء الآية 32.

(3) سورة النساء الآية 28 و 29.

(4) سورة المائدة الآية 31.

(5) سنن الترميدي، كتاب الديات باب الحكم في الدماء رقم: 1398.

الموت وذلك بتزويدها بالدم المحمل بالأوكسجين، ونص الدستور الإسلامي للمهن الطبية في الباب السابع منه والخاص بحرمة الحياة الإنسانية على أنه يحرم على الطبيب أن يهدر حياة ولو بدافع الشفقة لأنه خارج ما ينص عليه الشرع من موجبات القتل⁽¹⁾.

حيث ذهب بعض الفقهاء المعاصرون ومنهم الشيخ "جادا الحق" وأعضاء لجنة الفتوى بدار الإفتاء المصرية إلى أنه لا يجوز رفع أجهزة الإنعاش الصناعي عن المريض ومن رفعها فانه يأثم ويعد قاتلاً بدليل بقاء الروح في الجسد وعدم مفارقتها، مما يدل على استمرار الحياة وإن كان بفعل الأجهزة الاصطناعية لأن الطبيب لم يتعدى على حياة المريض بطريق مباشر وإنما عن طريق نزع الأجهزة الموضوع عليها وهذا يعد قتل عمداً وفقاً لما ذهب إليه جمهور العلماء بعكس الأطباء الذين قالوا أن موت الدماغ يؤدي بالضرورة لوفاة الشخص فما خطأ من رفع الأجهزة؟ والكلام هنا يطول في الموضوع حيث نكتفي بما بيناه⁽²⁾.

ونشير إلى أن القانون الجزائري حصر المسائل التي يعتد فيها برضا المجني عليه كسبب من أسباب الإباحة، حيث رضا المجني يجردها من صفة الجريمة متى كانت هذه الجرائم تتعلق بالأموال فقط ولا تتعدى هذه الجريمة إلى الحقوق الاجتماعية الأخرى، فإذا رضي صاحب المال أن يأخذ شخصاً ملاً مملوك له، فهنا ينعدم الركن المادي للجريمة بشرط توافر شروط الرضا المنصوص عليها قانوناً⁽³⁾.

كما أن المادة 239 من قانون الصحة⁽⁴⁾ رقم 85-05 الملغى بالقانون 18-11 تنص صراحة على أنه "إذا لم يحصل الضرر نتيجة الخطأ المهني لممتهني الصحة يتم الاكتفاء بالعقوبات التأديبية" والمتابعة الجزائية لأي طبيب أو جراح عن كل تقصير أو إهمال أو خطأ

(1) أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، الطبعة 5، القاهرة 2007، ص147.

(2) عبد الحليم منصور محمد علي، موت جدع المخ بين المستجدات الطبية والأحكام الفقهية، مجلة الحقوق، المجلد السادس، العدد 7، جامعة الأزهر، لدون سنة نشر، ص453. أنظر: بكر عباس علي، المسؤولية الطبية في الفقه الإسلامي، مجلة ديالى، العدد 57، جامعة ديالى، العراق، 2013، ص19: انظر غادة علي حامد العمروسي، مرجع سابق، ص126 وما يليها.

(3) بلعليات إبراهيم، مرجع سابق، ص179.

(4) المادة 239 من القانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها والتي تنص على (أنه إذا لم يتسبب الخطأ المهني في أي ضرر، يكتفي بتطبيق العقوبات التأديبية).

مهني يرتكبه خلال ممارسته لمهامه، أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضرراً بالسلامة الجسدية لأحد المرضى أو يحدث له عجزاً مستديماً أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته، وهو ما يؤكدته التشريع الجزائري في المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات الجزائري⁽¹⁾.

ولا يجوز في القانون الطبي الجزائري إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي، إلا بعد التثبت الطبي والشرعي للوفاة حسب المقاييس الطبية العلمية، على أن يكون ذلك القرار جماعي يتخذه الفريق الطبي المختص، كما أن القانون الجزائري يمنع التضحية بحياة مواطن لإنقاذ آخر والدليل على مساواة المواطنين هو الجزاء المقرر في قانون العقوبات في حالة القتل المادة 254 وما يليها من قانون العقوبات الجزائري⁽²⁾.

البند الثاني: إسقاط الجنين (الإجهاض)

يمكن تعريف الإجهاض بأنه خروج متحصلات الرحم للحامل قبل تمام الأشهر الرحمية، أو هو إزلاق المرأة ابنها قبل الولادة في أشهر الحمل، وقد قسم رجال الطب الشرعي ومن بعدهم رجال القانون الجنائي الإجهاض إلى أنواع عدة، وحجتهم في هذا التقسيم إما على المصدر الذي حدث منه الإجهاض، وإما على القصد من وراءه، فالإجهاض قد يكون تلقائياً وهو ما يعرف بالإجهاض الطبيعي، وقد يكون مفتعلاً وهذا يعرف بالإجهاض الصناعي وهذا الأخير منه ما يكون مجرمًا وهو الإجهاض الجنائي ومنه ما يكون غير مجرم وهو الإجهاض العلاجي⁽³⁾.

وقد اختلف رأي الأطباء والفقهاء الشرعيين في الأمراض أو الأحوال التي تبيح الإجهاض العلاجي حتى إن بعض القوانين كالقانون الانجليزي قد نص على أن الإجهاض العلاجي لا يسمح به إلا حين يكون بقصد المحافظة على حياة الأم وما دون ذلك يرتب مسؤولية القائم بفعل الإجهاض طبيب كان أو صيدلي أو قابلة.

(1) المادة 288 من قانون العقوبات الجزائري المادة 288: كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 1.000 إلى 20.000 دينار.

(2) بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجزائرية، بدون سنة طبع، الجزائر 2007، ص 80.

(3) خالد محمد شعبان، مسؤولية الطب الشرعي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الطبعة 1، مصر 2008، ص 153.

وقد حكمت أحد المحاكم العليا في بريطانيا ببراءة طبيب شهير أجهض بنت عمرها 14 سنة حين حملت من اغتصاب وبرر مسلكه بأن استمرار هذا الحمل الآثم سيؤدي حتما إلى اضطراب عقلي لدى البنت وقد يحطم حياتها النفسية وقد أقرته المحكمة على ذلك حين برأته وقالت في حيثياتها أن الطبيب الذي يجهض بنت بنية سليمة بقصد علاج حالة نفسية تهدد صحتها إنما يفعل ذلك بقصد المحافظة على حياة الأم وهو ما يتطلبه القانون الانجليزي لإباحة الإجهاض الطبي⁽¹⁾.

أما في الفقه الإسلامي فلم تستقر المذاهب الفقهية المعتمدة على حكم الاعتداء على الجنين في حالة نفخ الروح فيه وظهرت في المذهب الواحد أراء متعددة:

الاتجاه الأول: ذهب بعض الحنفية والإمام الغزالي، والشافعي، وأكثر المالكية إلى القول بحرمة الاعتداء على الجنين منذ وقوع النطفة في الرحم لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه "أن امرأتين من هذيل رمت إحداهما الأخرى فطرحت جنينها قضي رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو أمة".

الاتجاه الثاني: ذهب بعض المالكية وبعض الحنفية والراجح عند الحنابلة وهو مذهب الشافعية إلى جواز الإسقاط كراهة في النطفة قبل الأربعين يوما الأولى من بداية الحمل وأنها حرام بعدها أي بعد البدء بالتخلق واستدلوا على ذلك ب:

إن النطفة ليست شيئا ولذا لا يتعلق بها حال حكم إلقائها مثلها كما لو كانت في صلب الرجل لأنها لم تتعقد وقد لا تتعقد⁽²⁾.

قياس الإسقاط على العزل فقالوا كما يجوز للرجل العزل يجوز له الإسقاط أما في حالة نفخ الروح اتفق العلماء على حرمة إسقاط الجنين بعد نفخ الروح وقالوا أن هذا الفعل يعد قتلا لقوله تعالى ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبُرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاَهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاَهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾⁽³⁾ أما إسقاط الحمل لضرورة فقد تنطوي هذه الضرورة على حالات عدة منها:

(1) شريف الطباخ مرجع سابق، ص 121.

(2) محمد أحمد الرواشدة، عفوية الاعتداء على الجنين بالإجهاض، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 23، العدد الأول، 2007، ص 438.

(3) سورة الإسراء الآية 69.

تهديد الحمل لحالة الأم الصحية أو يسبب مرض الجنين أو كان الحمل من زنا، أو نتيجة اغتصاب واختصار للكلام في هذه الحالة وتطبيقا للقاعدة الفقهية (الضرورات تبيح المحظورات) فإن إسقاط الحمل جائز خصوصا للمحافظة على حياة الأم إن لم يكن واجبا⁽¹⁾. ويرى علماء القانون أن الإجهاض هو إنهاء حالة الحمل قصداً قبل موعد ولادته الطبيعي حتى لو خرج حيا أو بقتل الجنين داخل رحم أمه لأن إخراجها قبل موعد ولادته حيا يؤدي غالبا إلى موته ويستبعد هذا التعريف من نطاق الإجهاض حالة ما إذا خرج الجنين من الرحم بوسيلة تلقائية أي نتيجة التقلصات الطبيعية لعضلات الرحم حيا أو ميتا وهو ما يعرف بالولادة المبسترة ويصدق هذا التعريف على جرائم الإجهاض المتنوعة، فقد ترتكب الحامل الإجهاض وقد يرتكبه غيرها⁽²⁾.

بالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري نجد أنه نص على هذه الجريمة بإعتبار كل من أجهد أو شرع في إجهاض إمراة مفترض حملها بأن قدم لها مأكولات أو مشروبات أو أدوية، أو بأن يستعمل حركات أو أعمال عنف أو أي وسيلة أخرى، برضاها أو بدون رضاها يعاقب بعقوبة سالبة للحرية تمثل في الحبس من سنة إلى خمس سنوات، وغرامة مالية من خمسمائة إلى 10.000 دج، وقد تطرق المشرع الجزائري إلى ضرورة توفر محل الجريمة بأن تكون املائة حامل أو مفترض حملها، وبالتالي القيام بأي لوك مكون لجريمة الإجهاض على امراة ليست حامل أو غير مفترض أنها حامل ال يشكل جريمة إجهاض، وحماية المشرع لا تقتصر على كونه إبن شرعي، بل الحماية تمتد إلى الجنين باعتباره جنين بغض النظر عن نسبه أو انتمائه⁽³⁾

وبذلك يكون المشرع الجزائري أغلق الباب على كل من يصور على أن الإجهاض يعتبر حق من الحقوق ويصنف هذا العمل على أنه جريمة مهما كانت الاسباب والدوافع، إلا في الحالات التي يكون فيها الحمل خطر على حياة الام.

(1) انظر غادة علي حامد العمروسي، مرجع سابق، ص 211 وما يليها.

(2) محمد احمد الرواشدة، عقوبة الاعتداء على الجنين بالإجهاض، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 23، العدد الأول، 2007، ص 430.

(3) قسمية محمد، صور جريمة الإجهاض في التشريع الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 2 جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر جوان 2016، ص 113.

البند الثالث: التجربة الطبية بغير قصد العلاج

يقصد بالتجربة الطبية كل تجربة يقصد بها تحقيق فائدة علمية بغرض علاج شخص كان مريضاً أو سليماً دون ضرورة تملئها حالته⁽¹⁾.

وقد أشار المشرع الجزائري في القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة في القسم الرابع تحت عنوان أحكام تتعلق بالبحث في مجال طب الأحياء لا سيما المادة 377 منه إلى أنه "يتمثل البحث في مجال طب الأحياء في إجراء دراسات على الكائن البشري بغرض تطوير المعارف الوبائية والتشخيصية والبيولوجية والعلاجية وتحسين الممارسات الطبية"، وتدعى هذه الدراسات في هذا القانون "الدراسات العيادية" وأحاط المشرع هذه الدراسات العيادية بعدة مبادئ أخلاقية وأدبيات وشروط ممارسة هذه الدراسات وآليات الرقابة على هذه الأعمال ورضا الخاضع للدراسة⁽²⁾.

ويلاحظ أن المشرع استبدل مصطلح التجربة الطبية بمصطلح الدراسات العيادية في مجال طب الأحياء، لإحاطة هذا العمل الطبي بكثير من الضمانات والشروط الواجب توافرها وغلق الباب على عديد الممارسات في المجال الطبي بحجة التجربة وتطوير العلوم الطبية خصوصاً حين ألزم أن تكون هذه الدراسات العيادية وجوباً من مرقي الذي قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً، كما قد يكون مخبراً صيدلانياً أو مقدم خدمات معتمد من طرف الوزارة المكلفة بالصحة، أو مؤسسة علاج أو جمعية علمية أو هيئة بحث أو أي شخص طبيعى يتوافر على المؤهلات والكفاءات المطلوبة⁽³⁾.

فقد جرت العادة أن تكون التجربة على الحيوان أولاً، ولكن المحك الحقيقي لنجاح التجربة لا يكون إلا بتجربتها على الإنسان، وقد يكون لهذا الفعل آثار وأضرار طبية وخيمة على صحة الإنسان، لذلك فإن إباحة التجارب الطبية والعلمية على الإنسان لا بد أن تتقيد

(1) نصر الدين ماروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائرية، 2003، ص 334 وما يليها.

2 راجع المواد من 378 إلى غاية 399 من القانون 18-11 المؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق لـ 2 يوليو سنة 2018، المتعلق بالصحة، ج.ر عدد 46.

(3) راجع المادة 383 و384 من قانون الصحة المذكور أعلاه.

وتخضع لمجموعة من الشروط والضوابط⁽¹⁾ يلزم تحققها قبل إجراء أي تجربة واشترط القانون كذلك للرضا الحر والمستنير للشخص موضوع التجربة أو عند عدمه لممثله الشرعي المادة 168 من قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى. والتي تقابلها المادة 386 من القانون رقم 11-18 المتعلق بالصحة.

نستنتج أنه لا بد من الموافقة الصريحة التي لا يشوبها لبس من الشخص موضوع التجربة وأن يكون خالياً من جميع عوارض نقص الأهلية، فإن كان غير ذلك كان لوليه الشرعي أو ممثله الشرعي أن يبدي موافقته على ذلك، وقد ألزم المشرع أن تدرج موافقة الشخص موضوع الدراسة ضمن بروتوكول الدراسات، ويمكن سحب موافقته في أي وقت دون تحمل أي مسؤولية ودون إلحاق أي ضرر بالكفل العلاجي⁽²⁾.

وبناء على هذا فإن التزام الطبيب هنا وجب عليه أن يكون مشمولاً بكثير من الحيطة والحذر واليقظة لأنه ملزم بضمان سلامة المريض، هذا الالتزام الذي لا يعفى منه الطبيب حين حصول الضرر إلا بإثبات القوة القاهرة⁽³⁾.

كما أن التجارب الطبية التي لا يرجى من ورائها العلاج تخضع للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية وهذا ما أكدته المادة 3/168 من القانون رقم 90-17 المعدل والمتم بالقانون حماية الصحة وترقيتها⁽⁴⁾ ويقابلها المادة 381 و382 و383 من القانون رقم 11-18 المتعلق بالصحة ويمكن أن يدفع المرقى للأشخاص المستعدين للخضوع لهذه الدراسات تعويضاً عن الصعوبات التي يتحملونها، وتعويضاً عن كل الأضرار التي يمكن أن تتسبب فيها الدراسة للشخص الخاضع للتجربة أو لذوي حقوقه وإن انعدم الخطأ، وعلاوة على

(1) المادة 2/168 من القانون رقم 90-17 المؤرخ في 31/07/1990 المعدل والمتم بالقانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها على أنه: "يجب حتماً احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي".

(2) المادة 387 من قانون الصحة 18-11 المتعلق بالصحة المذكور أعلاه.

(3) بن صغير مراد، مرجع سابق، ص 149.

(4) المادة 3/168 من قانون رقم 90-17 المؤرخ في 17/07/1990 المعدل والمتميز بالقانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها حيث جاء فيها "تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية".

هذا يجب تسجيل الاشخاص الموضوعين قيد التجربة في السجل الوطني المخصص لهذا الغرض بعد التصريح بهم لدى الوزير المكلف بالصحة⁽¹⁾.

وبذلك يكون المشرع الجزائري أغلق الباب على كل تجربة لا يرجى منها العلاج إلا بعد موافقة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية الذي له السلطة في إعطاء الأذن في مواصلة وبداية التجربة من عدمها، وقد أحسن بذلك المشرع حين حصر هذه التجارب للموافقة المبدئية والنهائية للمجلس المذكور أعلاه لتعلقها بجسم الإنسان وأغلق الطريق على كل من يعتقد أن هذا الجسم حقل تجربة وهذا شرط فيه ضمان وحماية للمريض من هذه التجارب، لذلك لا مناص من ترتب المسؤولية وانعقادها على الطبيب في حالة التجارب التي تؤدي إلى تدهور حالة المريض، أو المضي في التجربة دون موافقة من المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية.

وقد نصت صراحة بعض التشريعات الأمريكية على جواز إجراء التجارب الطبية على المحكوم عليهم بالإعدام وتحفيز المحكوم عليهم للمشاركة في هذا النوع من التجارب، حيث تقرر هذه القوانين إلى انه إذا لم يتوفى المحكوم عليه في التجربة تستبدل عقوبة الإعدام لديه بعقوبة مقيدة للحرية فقط⁽²⁾.

الفرع الثاني: الخطأ الغير عمدي

غني عن البيان القول بأن الركن المعنوي للجريمة يأخذ أحد الصورتين هما القصد الإجرامي والخطأ الغير عمدي، فحين يتخذ الركن المعنوي الصورة الأولى أي القصد الإجرامي تكون الجريمة عمدية، حيث تتجه إرادة الجاني إلى السلوك الإجرامي الذي باشره الجاني إلى تحقيق النتيجة الإجرامية مع علمه بها وبكافة العناصر المادية التي يشترطها القانون لقيام الجريمة أي بمعنى تعمد الجاني الاعتداء على الحق الذي يحميه القانون وتعتمد إحداث النتيجة المعاقب عليها قانونا، أما حين يتخذ الفعل صورة الخطأ الغير عمدي فإن إرادة الجاني تنصرف

(1) أنظر المواد 391 و392 و393 و394 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

(2) خالد بن النوي، مرجع سابق، ص66.

إلى السلوك الإجرامي دون النتيجة سواء لم يتوقع حدوثها أو توقع إمكانية حدوثها ولكنه لم يتخذ الاحتياطات الكافية لتلافي حدوثها⁽¹⁾.

لم يعرف القانون الجزائري الخطأ الغير عمدي بل ترك ذلك للفقه بخلاف المشرع المصري لسنة 1966 الذي عرف الخطأ الغير عمدي تعريفا دقيقا في المادة 27 من قانون العقوبات بقوله " تكون الجريمة غير عمدية إذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل ويعتبر الخطأ متوفرا سواء توقع الفاعل نتيجة فعله أو امتناعه وحسب إن كان بالإمكان اجتنابها ولم يحسب ذلك أو لم يتوقعها وكان ذلك في استطاعته أو من واجبه"⁽²⁾.

ولاشك أن الخطأ بهذا المفهوم الذي ينطوي على الإهمال والتقصير وعدم أخذ الحيطة والحذر هو المقصود هنا في إطار المسؤولية المدنية للطبيب موضوع دراستنا وقد انتهى الفقه والقضاء إلى أن الطبيب تترتب مسؤوليته عن كل خطأ صدر منه كيف ما كان خلال تأديته عمله العلاجي أو الجراحي ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك⁽³⁾.

المطلب الرابع: درجات الخطأ الطبي

استعمل المشرع الفرنسي في التقنين المدني عددا من التعبيرات والاصطلاحات بالنسبة لتحديد الخطأ ودرجة جسامته إذ قد تتوقف مسؤولية الفاعل أو نفي المسؤولية عنه على حسب معرفة مقدار ما صدر منه من خطأ أو معرفة نوع هذا الخطأ وطبيعته، ونحن لا نريد أن نرجع بالقارئ إلى الماضي البعيد لننتعرف على موقف كل من الفقه والقضاء الرومانيين بالنسبة إلى تقسيم الخطأ وأنواعه، وإنما يكفينا في هذا المجال أن نرجع إلى الفقيه والأستاذ الفرنسي (بوتيه) الذي ذهب إلى أن الخطأ يتدرج في جسامته أو مقداره إلى درجات ثلاث فهو إما أن يكون جسيما أو يسيرا أو تافها⁽⁴⁾.

(1) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص 391.

(2) متيم حسن الشافعي، الاتجاهات الحديثة في تعريف الخطأ الغير العمدي، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، تصدر عن كلية الحقوق جامعة الكوفة، العدد الأول، 2009، ص 85.

(3) بن صغير مراد، مرجع سابق، ص 152.

(4) عكاكة فاطيمة الزهراء، بوسعيد عطاء الله، دور التحاليل الطبية في تفادي حدوث الأخطاء الطبية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 2، تصدر عن جامعة عمار ثلجي الأغواط، جوان 2015، الجزائر، ص 129. أنظر: علي حسن الدنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الخطأ)، مرجع سابق، ص 155 وما يليها.

ومن هذا المنطلق سنتطرق إلى الخطأ الجسيم والخطأ اليسير في (الفرع الأول) والخطأ المضرر أو المقدر والخطأ الاحتمالي في (الفرع الثاني) والخطأ الايجابي والخطأ السلبي في (الفرع الثالث) وأخيرا الخطأ الغير معذور والخطأ التافه. في (الفرع الرابع). والوقوف عند الخطأ في التجارب الطبية وموقف المشرع الجزائري منها في (الفرع الخامس)

الفرع الأول: الخطأ الجسيم والخطأ اليسير

إن نظرية تدرج الخطأ نظرية قديمة هجرها الفقه ولكن يوجد لها تطبيق في بعض القوانين المعاصرة، ومنها القانون المدني الجزائري، وأن هذه النظرية هي من صنع القانون الفرنسي القديم وتمتد جذورها إلى الفقهين الفرنسيين "دوما" و"بوتيه" على أن الظن قد ساد توهماً فيما مضى بأنها من صنع القانون الروماني، يتبين مما سبق أن الخطأ الطبي قد يندرج في أكثر من صورة أو درجة ويتخذ في تكييفه أكثر من نوع وسيأتي فيما يلي بيان ذلك.

البند الأول: الخطأ الجسيم

ذهب جانب في الفقه إلى أن مسؤولية الطبيب في النطاق العقدي لا تثور إلا إذا كان خطأ الطبيب على درجة من الجسامة، أما الخطأ اليسير فلا يكون موجبا للمسؤولية وبناء عليه يعفى الطبيب من أي مسؤولية إذا كان الخطأ العقدي طفيفا بينما يكفي أي خطأ تقصيري مهما كانت درجته لانعقاد هذه المسؤولية، ولم تتوحد كلمة الفقهاء في تحديد مدلول الخطأ الجسيم فذهب البعض إلى أن الخطأ الجسيم يقع عندما لا يُقدم المتعاقد العناية التي يقدمها الشخص المهمل أو بتعبير آخر الشخص الأقل عناية والأكثر غباء⁽¹⁾ وقال فقهاء القانون الروماني في هذا الشأن أن الخطأ الجسيم عبارة عن عدم إدراك وتوقع ما يتحتم على كل فرد إدراكه أو توقعه أو هو على حد تعبير الفقيه المعروف (بوتيه) الخطأ الجسيم هو الذي يرتكبه أقل الناس حظاً من الفطنة والحرص والتبصر⁽²⁾.

(1) أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 314.

(2) علي حسن الدنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الخطأ)، مرجع سابق، ص 159 وما يليها.

وقد اعتدت بعض التشريعات المدنية⁽¹⁾ بجسامة الخطأ عند تقدير التعويض بوصفه من الظروف الملازمة، حيث يسأل الطبيب عن جسامة الخطأ متى كان هذا الخطأ راجع إلى جهل فاضح وتقصير⁽²⁾.

وقد اشترط القضاء الجزائري هو الآخر لإقامة مسؤولية المرفق الطبي توفر الخطأ الجسيم عندما يتعلق الأمر بالعمل الطبي، وقد عرف الأستاذ (chapos) الخطأ الجسيم بأنه " الخطأ الأكثر خطورة من الخطأ البسيط ولكن نظرا للصعوبة التي يجد المضرور نفسه فيها من جراء الأعمال الطبية في إثبات وجود الخطأ الجسيم، دفع بمجلس الدولة إلى التخلي عن فكرة الخطأ الجسيم وهذا في قراره الشهير قرار "Epoux" 1992/04/10 حيث قضى بأن كل خطأ حتى ولو كان طبيا جراحيا، فإنه يؤدي بطبيعته إلى قيام مسؤولية المستشفى دون الحاجة لأن يكتسى طابع الخطأ الجسيم⁽³⁾.

البند الثاني: الخطأ اليسير

يذهب معظم فقهاء القانون المدني إلى تعريف الخطأ اليسير بأنه " ذلك الخطأ الذي يصدر حتى من أكثر الناس عناية"⁽⁴⁾. وكذلك هو الخطأ الذي لا يقترفه شخص عادي في حرصه وعنايته، حيث أبرزت المادة 172 من القانون المدني في مضمونها العناية المطلوبة للمدين والواجب بذلها في الالتزام ببذل عناية⁽⁵⁾، والتي يتعين على القاضي أن يجري المقارنة بين مسلك الرجل العادي في حرصه وبقيظته⁽⁶⁾ ويختلف الخطأ اليسير عن الخطأ البسيط من

(1) المادة 170 مدني مصري "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين 221، 222 مراعيًا في ذلك الطروق الملازمة....الخ".

(2) السيد عبد الوهاب، عرفة، مرجع سابق، ص 19 وما يليها.

(3) محفوظ عبد القادر، الخطأ كأساس للمسؤولية الإدارية المرفق العام الطبي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية المركز الجامعي تمنراست، عدد رقم 07 جانفي 2015، ص 114.

(4) قوادي مختار، مرجع سابق، ص 334.

(5) المادة 172 مدني جزائري "في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك". تقابلها 211 مدني فرنسي و1137 مدني مصري.

(6) بن صغير مراد، مرجع سابق، ص 160.

حيث طبيعة المسؤولية المترتبة، حيث قضت المحاكم الإدارية بمسؤولية المرفق الطبي العام على أساس الخطأ البسيط عندما يتحقق الضرر جراء سوء تنظيم أو عن سوء تقديم العناية والرعاية للمرضى، أو يكون ناتجا عن الإخلال بالأعمال العلاجية.

وفي الأخير اتجه جمهور الفقهاء إلى الانتهاء إلى مُسائلة الطبيب عن جميع أخطائه حيث رفضوا فكرة التمييز بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير في نطاق مسؤولية الأطباء فالمعيار الموضوعي المجرد، أي سلوك الطبيب الوسط الذي يقدر به خطأ الطبيب وهو المعيار الذي لا ينكر الاعتداد بالظروف الخارجية التي تحيط بالعمل الطبي، هذا المعيار يعد كافيا لتوفير التوازن العادل بين مصالح الأطباء والمرضى في إطار قواعد للمسؤولية الطبية للطبيب، ومن ثم انتهى الرأي الغالب إلى القول بمسائلة الطبيب عن أخطائه بجميع أنواعها فنية كانت أم عادية جسيمة وبسيرة متى كان الخطأ ثابتا⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الخطأ المضمّر والخطأ الاحتمالي

وقد يسلك فاعل الخطأ مسلكاً يكيف على أنه خطأ مضمّر، كما يمكن أن يكون الخطأ احتمالياً، وهنا سوف نتعرض بإيجاز إلى كل من الخطأ المضمّر أو ما يسمى الخطأ المضمّر في (البند الأول) على أن نرجع على ما معنى الخطأ الاحتمالي في (البند الثاني).

البند الأول: الخطأ المضمّر (أو المقدر)

يعتبر الخطأ المضمّر أو المقدر من استتباطات القضاء، فيتم الوصول إليه بمجرد التقصير ووقوع الضرر، وهذا لإحكام القبضة على المستشفيات والتشديد على الأطباء بقصد الحد من ظاهرة الإهمال واللامبالاة، وتقوم فكرة الخطأ المضمّر على أن الخطأ ما كان ليحدث لولا وجود خطأ من الطبيب، ومن هنا أُلقي بعبء الإثبات على عاتق الطبيب، فيتعين عليه إن أراد نفي المسؤولية عنه أن يثبت عدم وجود خطأ من جانبه، أو أن ما حدث قد كان بسبب أجنبي كقوة قاهرة أو حادث فجائي⁽²⁾.

ولقد قُضي بأن سقوط المريض من طاولة الفحص ليس له سبب سوى عدم انتباه الطبيب أو تركه للمريض أو عدم وضعه بشكل ثابت، وقد فسر هذا الاستنتاج أو الافتراض القضائي بأنه عمل من أعمال المحاكم وسلطتها التي يقع في نطاقها اعتبار عقد العلاج

(1) انور يوسف حسين، مرجع سابق، ص331.

(2) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص44.

متضمنا العلاج بالسلامة وأنه ليس هناك داعي للرجوع إلى القواعد العامة، ولا سيما إن القصد هو حماية المرضى من إهمال بعض الأطباء وأخطائهم⁽¹⁾، والخطأ المضرر أو المقدر كما يتبين أنه قريب من الخطأ المهني العادي في المسؤولية الطبية، حيث يجب افتراض خطأ الطبيب وإلقاء عبء الإثبات عليه في نفي الخطأ من جانبه أو وقوع هذا الخطأ بسبب أجنبي ذلك لأن الخطأ العادي يأتي بوقائع ناطقة لا لبس فيها ولا غموض، وفيه يجب محاسبة الطبيب دون الرجوع إلى أهل الخبرة من الأطباء الذين يندفعون في الغالب بروح نقابية ويحابون مصلحة زميلهم الطبيب فتضيع حقوق المرضى المضرورين⁽²⁾.

البند الثاني: الخطأ الاحتمالي

إن فكرة الخطأ الاحتمالي "la faute virtuelle" أخذت بها محكمة النقض الفرنسية خلال فترة من الزمن تقتضي استنتاج خطأ الطبيب من مجرد وقوع الضرر وذلك خلافا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية التي تتطلب من المدعي إقامة الدليل على خطأ المدعى عليه، وأساس هذه الفكرة أن الخطأ ما كان ليقع لولا خطأ الطبيب⁽³⁾.

ويقدر البعض أن فكرة الخطأ الاحتمالي ما هي إلا استعمال لسلطة القاضي في استخلاص الخطأ من كافة القرائن متى كانت قاطعة الدلالة على حدوثه⁽⁴⁾.

وذهب البعض إلى أن فكرة الخطأ الاحتمالي إن كانت لا تجد أساسا لها في القانون⁽⁵⁾، فإن لجوء القضاء إليها راجع إلى شعوره المتزايد بعدم كفاية القواعد العامة التقليدية

(1) حسين زكي الإبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، مصر، 1998، ص 229.

(2) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 47.

(3) احمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب ومشكلة المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، دار السلاسل، بدون طبعة، الكويت، 1986، ص 167.

(4) Saratier, note sous meir, 28, vin 1960, 11, 11787; penneau.

(5) * إن فكرة الخطأ الاحتمالي تضمنتها بعض التشريعات مثل القانون المدني الجزائري في المادة 1138 حين ربطتها بحالة حراسة الأشياء جاء فيها "كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء".

لتوفير الحماية للمريض، فلم يكن أمام القضاء سوى محاولة تطويعها كي يجد الوسيلة التي يتحقق بها عبء الإثبات في جانب المضرور⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الخطأ الايجابي والخطأ السلبي

قد يكون الانحراف عن السلوك ناشئ عن فعل ايجابي وقد يكون ناشئ عن فعل سلبي ونستطيع أن نقول أن هذا الانحراف يترتب عليه وجود خطأ قد تقوم به تارة المسؤولية التقصيرية، وتارة أخرى المسؤولية العقدية.

وسوف نتكلم بشيء من التفصيل عن الخطأ الايجابي في (البند الأول) والخطأ السلبي في (البند الثاني) على التوالي:.

البند الأول: الخطأ الايجابي

هناك عدة تعريفات للخطأ الايجابي نورد بعضها فيما يلي: حيث ذهب رأي إلى أن الخطأ الإيجابي "يقع كلما أتى الإنسان عملاً كان ينبغي عليه أن يتحاشه"⁽²⁾.

ويقصد كذلك بالخطأ الايجابي من كان فعل المخطئ فيه عملاً ايجابياً مثل إتلاف مال الغير⁽³⁾، وهناك رأي آخر من بعض الفقه يعرف الخطأ الايجابي بأنه "الإخلال بالالتزام المفروض على الناس كافة باتخاذ العناية اللازمة عن القيام بسلوك معين"⁽⁴⁾.

يستنتج من خلال التعريفات السابقة الذكر أن القاسم المشترك بينهما هو أن الخطأ الايجابي ينشأ عند قيام الشخص بأي عمل ينهى عنه القانون، مثل المهندس الذي يمتنع عن ترميم بناء معهود إليه ترميمه يكون مرتكباً لخطأ سلبي، وينبغي أن نشير إلى أنه إذا نتج عن الخطأ الايجابي في إطار عمل من الأعمال التي توجب على القائم بها بذل عناية خاصة جداً فإن مضمون الالتزام سيكون له معنى آخر، ومثال هذا قيام الطبيب بنقل دم ملوث للمريض

(1) قوادري مختار، مرجع سابق، ص173.

(2) احمد شعبان محمد طه، مرجع سابق، ص40.

(3) صلاح حسن البرعي، أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن الأفعال الشخصية، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المقصورة-مصر، 1986، ص184.

(4) فوزية عبد الستار، النظرية العامة للخطأ الغير عمدي، دار النهضة العربية، طبعة الأولى، مصر، 1977، ص126.

فترتب على ذلك ضرر ففي هذه الحالة ليس التزاما ببذل عناية وإنما التزام بتحقيق نتيجة معينة وهي سلامة المريض.

وخلاصة القول عن الإثبات في الخطأ الايجابي يتغير من خلال نوع الالتزام ذاته سواء كان ببذل عناية أو تحقيق نتيجة كما سبق القول وسواء كان بذل العناية أمر يتعلق بالواجب العام أم يتعلق بأمر ينهى عنه القانون وبالتالي يلتزم الشخص بتحقيق النتيجة ويعتبر الإخلال بهذا الالتزام خطأ ايجابي⁽¹⁾.

البند الثاني: الخطأ السلبي

يطلق بعض الفقهاء على هذا النوع من الخطأ بخطأ الامتناع أو خطأ الترك أو الإهمال، وهناك فرق بين الخطأ المتمثل في الامتناع عن القيام بعمل قانوني مشروع وبين خطأ الامتناع المجرد، فبالنسبة للخطأ المتمثل في الامتناع عن القيام بعمل قانوني، فالأمر متفق عليه بين الفقهاء على قيام مسؤولية الممتنع عن عمل ملزم به قانونا أو بناء على التزام عقدي، أما بالنسبة للخطأ الذي يتمثل في الامتناع عن التزام بواجب عام، فهذا يختلف عن الصورة الأولى لأنه في هذه الصورة يكون الالتزام غير مرتبط بعقد سابق أو قانون وإن كان القانون يرتبط بهذه الصورة بطريقة غير مباشرة، ومثال ذلك الطبيب الذي يمتنع عن علاج مريض في حالة حرجة أتى إلى العيادة الخاصة به وترتب على ذلك وفاة المريض، فهذا المثال لهذه الصورة من الالتزام لا يكون التزام الطبيب بمناسبة عقد أو قانون كما في الصورة السابقة وإنما يتعلق الالتزام بواجب عام لا يوجد نص قانوني يحكمه وكذلك لا يوجد عقد بين الطبيب والمريض.

وكان للخطأ السلبي في نظر فقهاء القانون المدني هو ذلك الخطأ الذي يأخذ صورة ترك أو امتناع ولا يتحقق إلا حيث يدل الترك أو الامتناع عن إهمال أو عدم حيطة، والعبرة في معرفة هذا المدلول الظروف والعادات والتقاليد المحيطة بالإنسان وقت أن صدر منه الترك أو الامتناع المؤخذ عليه⁽²⁾.

من هنا يتبين أن السلوك السلبي هو امتناع إرادي عن القيام بحركة عضوية أو عضلية يوجب القانون القيام بها في وقت معين، ولهذا فالامتناع ليس معناه العدم أو الفراغ، بل

(1) انظر احمد شعبان محمد طه، مرجع سابق، ص42 راجع: صلاح الدين البرعي، مرجع سابق، ص192.

(2) القاضي مختار، أصول الالتزامات في القانون المدني، دار النهضة، الطبعة الثالثة، مصر، 1994، ص72.

معناه الكف عن العمل في مقابل العمل الذي يتمثل به الفعل، وهذا بخلاف جانب آخر من الفقه الذي يرى أن الامتناع فراغ والفراغ لا يولد إلا فراغاً⁽¹⁾.

وصورة امتناع الطبيب عن العلاج أو الإسعاف يتوافر فيها الخطأ عند عدم وجود طبيب آخر أو من نفس التخصص، أو كانت الحالة لا تسمح باللجوء إلى غيره وصورة الامتناع عن الإفضاء بمعلومات تجنب كارثة ويتوافر فيها الخطأ إذا كان الرجل العادي في مثل ظروف المسؤول لا يتردد في الإفضاء بالمعلومات وقاية لذوي الشأن من أخطار جسيمة تهدد نفسه أو ماله لا يقاس بجانبها ما قد يقترن بالإفضاء من مشقة⁽²⁾.

وخلاصة القول أن مسؤولية الممتنع عن عمل مجرد ينعقد متى توافر الخطأ المنسوب للممتنع ويتجدد هذا الخطأ السلبي بالمعيار الأساسي في تحديد الخطأ بصفة عامة هو معيار الشخص المعتاد⁽³⁾، وقد يظهر الخطأ السلبي في شكل جريمة امتناع تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر إشكالا في المجال الطبي أكثر من غيره بحكم أن التزام تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر يعد التزاما تفرضه مهنة الطبيب، وعليه فإن الأطباء بصفة خاصة معرضون إلى متابعات على هذا الأساس.

ولقد ورد في المادة 1/267 من قانون حماية الصحة وترقيتها⁽⁴⁾ ما يلي: "دون الإخلال بالملاحقات المدنية والجزائية كل تقصير في الواجبات المحددة في هذا القانون وعدم الامتثال لأدب المهنة يعرض صاحبه لعقوبات تأديبية والتي يقابلها في القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة المادة 413 التي نصت على "باستثناء الضرورة الطبية المبررة، يعاقب طبقاً لأحكام المواد 288 و 289 و 442 فقرة (2) من قانون العقوبات، كل مهني الصحة، عن كل تقصير أو خطأ مهني تم إثباته، يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته

(1) مجد محمد سليمان عناب، الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، الموسم الجامعي 2012، ص 8.

(2) عبد الحكيم فودة، الخطأ في المسؤولية التقصيرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1996، ص 17. انظر: شريف الطباخ، مرجع سابق، ص 19.

(3) علي حسن الدنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الخطأ)، مرجع سابق، ص 186.

(4) سليمان حاج عزام، جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر في المجال الطبي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمنراست، عدد 7 جانفي، 2015، ص 164.

للخطر أو يتسبب في وفاته⁽¹⁾ وقد ألزمت المادة 152 و156 من القانون 85-05 المتعلق ح. ص. و. ت. الملغى بالقانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة المستشفى العمومي الذي لا يستطيع تقديم العلاج الضروري للمريض أن يستعمل جميع الوسائل ليُقبل هذا المريض في مستشفى آخر مع تحمل مسؤولية النقل⁽²⁾.

وجاء أيضاً في المادة 9 من م. أ. ط⁽³⁾ ما يلي: "يجب على الطبيب أو جراح الإنسان أن يسعف مريضاً يواجه خطراً وشيكاً أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له" وعليه مخالفة النصوص التنظيمية يشكل خطأ يرتب مسؤولية الطبيب أو المعالج عن الأضرار اللاحقة بالمريض.

الفرع الرابع: الخطأ الغير معذور والخطأ التافه

قد تتجلى مظاهر الخطأ في عدة صور، فقد يكون الخطأ بسبب تملص المشرف من التزاماته وتكون هذه الحالات متفشية بكثرة في المستخدم الذي لا يلتزم بوسائل الوقاية اتجاه عماله، ويحصل ضرر للعامل نتيجة عدم استعمال أو توفر وسائل الوقاية، فنكون أمام خطأ غير معذور (البند الأول) في جانب رب العمل، وقد يكون الخطأ تافهاً (البند الثاني) ودون آثار ضارة نتيجة إهمال أو تقصير أو اللامبالاة.

البند الأول: الخطأ الغير معذور

لاحظ بعض الفقهاء الفرنسيين أن المشرع الفرنسي لم يستعمل تقدير الخطأ الغير معذور أو الغير مغتفر إلا في حالات إصابات العمل التي نص عليها قانون 1890 الذي حل محله قانون 30 أكتوبر 1946، حيث نصت المادة 64 منه أن الخطأ الغير مغتفر المرتكب من طرف العامل يسمح للصندوق المحلي للضمان الاجتماعي أن يتخلص من جزء من المرتب عند ثبوت الخطأ الغير مغتفر من طرف العامل⁽⁴⁾.

(1) المادة 413 من القانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة.

(2) المادة 1/267 من القانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها.

(3) المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق ل 6 جويلية سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

(4) علي حسن الدنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الخطأ)، مرجع سابق، ص 173.

أما المشرع الجزائري فإنه لم يعرف الخطأ الغير معذور في القانون 08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي⁽¹⁾ غير أنه عرفه قبل هذا في القانون الملغى 83-15⁽²⁾ بأنه يتمثل في الخطأ الصادر عن رب العمل بتوفر الشروط التالية:

- أن يكون الخطأ ذو خطورة استثنائية.
- أن يكون الخطأ ناجم عن فعل متعمد.
- أن يكون الخطأ ناجم عن إدراك صاحب العمل بالخطر المتسبب فيه.
- عدم استدلال صاحب العمل بأي فعل مبرر⁽³⁾.

ويعود أصل تحديد الخطأ الغير معذور لمحكمة النقض الفرنسية بموجب قرار لها صادر بتاريخ 15 جويلية 1941 الذي حدد بدقة شروط الخطأ غير المعذور والتي تبنتها المادة 45 من القانون رقم 83/15 السالفة الذكر، لكن الفرق هو أن محكمة النقض الفرنسية اشترطت تلازم هذه الشروط أي ضرورة توافرها جميعا لاعتبار الخطأ غير معذور وهو ما أخذ به القانون رقم 08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي حينما لم يتطرق لعناصر الخطأ الغير معذور واكتفت المادة 45 منه بشرط توافر حالة واحدة لاعتبار الخطأ غير المعذور⁽⁴⁾.

البند الثاني: الخطأ الطفيف (التافه)

وهو الخطأ الذي يقع بالقدر الطفيف من الإهمال وعدم الانتباه، بحيث لا يقترفه الرجل الحريص، وذهب جانب من الفقه إلى أن هذا الخطأ كافي لقيام المسؤولية التقصيرية على عكس المسؤولية العقدية التي لا تتعقد في حالة الخطأ التافه، ورغم ذلك، فإن المسؤولية سواء كانت تقصيرية أو عقدية، فإنها تترتب مادام أن الضرر قد تحقق نتيجة ذلك الخطأ لأن القانون لم يعلق المسؤولية على درجة معينة من الخطأ⁽⁵⁾، وهذا ما جاء في أحكام المادة 1383 مدني

(1) القانون 08-08 المؤرخ في 16 صفر عام 1924 الموافق لـ 23 فبراير سنة 2008 يتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي 2008/02/23 .

(2) القانون 83-15 المؤرخ في 02/07/1983 المتعلق بمنازعات الضمان الاجتماعي الملغى بالقانون 08/08 أعلاه.

(3) المادة 45 من القانون رقم 83/15 المؤرخ في 02/07/1983 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي الملغى بالقانون 08-08.

(4) سماني الطبيب، حوادث العمل والأمراض المهنية، دار الهدى، عين مليلة الجزائر 2013، ص 126.

(5) بن صغير مراد، مرجع سابق، ص 161.

فرنسي حيث تقضي بأنه "لا يسأل الإنسان عن الأضرار التي يحدثها بفعله فحسب وإنما يسأل كذلك عن الأضرار التي تحدث نتيجة إهماله أو عدم تبصره"⁽¹⁾.

الفرع الخامس: التجارب الطبية

لاشك إن العلم في تطور مستمر بفضل العلماء وتعرف التجربة الطبية بأنها كل بحث أو اختبار يقع على الكائن البشري في ضوء تطور المعطيات البيولوجية أو الطبية كما عُرِفَتْ أيضاً بأنها مجموعة من الإجراءات التي يخضع لها الإنسان ومن الممكن أن تتعدى أغراضها وأهدافها⁽²⁾، ويكون القائم بالتجربة الطبية مسؤولاً مسؤولية مدنية عند ارتكابه خطأ أثناء مباشرته للتجربة وتسبب هذا الخطأ في ضرر، وكان بين الخطأ والضرر علاقة سببية طبقاً لأركان المسؤولية المدنية كما سنبين ذلك لاحقاً والخطأ في مجال التجارب الطبية هو إخلال القائم بالتجربة بالتزاماته التي تفرضها عليه مهنة الطب من جهة، ومن جهة أخرى عدم احترامه للشروط المتطلبة للقيام بالتجارب الطبية⁽³⁾.

البند الأول: موقف المشرع الجزائري من التجارب الطبية

عبر المشرع الجزائري على "التجربة الطبية" في القانون 18-11 المتعلق بالصحة بمصطلح "البحث في مجال طب الأحياء" ووصفها بأنها تلك "الدراسات العيادية" في ضوء قانون الصحة وألزم الناشطين في هذا الحقل الطبي للتجربة بعدة ضوابط لإمكانية مباشرتها⁽⁴⁾.

(1) حسن علي الدينون، المبسوط في شرح القانون المدني (الخطأ)، مرجع سابق، ص158.

(2) خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص115.

(3) راحلي سعاد، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2014/2015 ص204. أنظر: صالح العمري، المسؤولية المدنية للأطباء عن التجارب الطبية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 15، جامعة بسكرة، الجزائر، سبتمبر 2017، ص237 وما يليها. أنظر: منذر الفضل، التجربة الطبية على الجسم البشري ومدى الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين العقابية والطبية، مجلة الكوفة، العدد 7، جامعة عمان، الأردن، ص34 وما بعدها. أنظر: بن النوى خالد، ضوابط مشروعية التجارب الطبية على جسم الإنسان وأضرارها على المسؤولية المدنية، شهادة ماجستير، قانون خاص، جامعة سطيف، الجزائر، موسم 2012/2013، ص123 وما يليها.

(4) المادة 378 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة تنص على "يجب أن تراعي الدراسات العيادية وجوباً، المبادئ الأخلاقية والعلمية والأخلاقيات والأدبيات التي تحكم الممارسة الطبية".

كما نصت المادة 168 مكرر في فقرتها الأولى من قانون الصحة وترقيتها الجزائري الملغى⁽¹⁾ على أنه: "يجب حتما احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي" ونصت نفس المادة في فقرتها الثالثة على ما يلي: "تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية".

وعليه فإن، عقيدة المشرع واضحة عند التعرض للجوانب القانونية التي تحكم الدراسات العيادية في مجال طب الأحياء، حيث يشدد على مراعاة كل جوانب العمل العلمية والقانونية بالنسبة للبحث وإخضاع هذه التجارب للرقابة القبلية والبعديّة ولرأي لجنة الأخلاقيات الطبية والتي تعتبر أجهزة مستقلة تراقب نشاطاتها من طرف الوزارة الوصية⁽²⁾.

كما تنص المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية⁽³⁾ على أنه: "لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة، وبعد التأكد من أن العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض".

من خلال استقراء هذه المواد، يتضح جليا أن المشرع الجزائري في إطار القانون الطبي يجيز صراحة التجارب الطبية على الإنسان سواء كانت علاجية أو علمية تجريبية، فإن الهدف من التدخل الطبي إنما هو العلاج بغرض الشفاء ووفقا للأصول المتبعة، فلا يجوز للطبيب تجاوز هذه الغاية بإجراء علاج جديد أو استخدام الأدوية الغير مصرح بها من طرف وزارة الصحة أو إجراء تجربة طبية من أجل فائدة للبحث العلمي، إلا عند وجود المبرر الشرعي والقانوني، وبشروط لإباحة التجريب العلمي على الإنسان وفقا لما ذهب إليه المشرع الجزائري ضرورة توافر الشروط الآتية⁽⁴⁾:

(1) المادة 168 من القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16/02/1992، المعدل والمتمم بالقانون رقم 17/90 المؤرخ في 31/07/1990.

(2) المادة 382 و383 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

(3) المرسوم التنفيذي رقم 928276 المرخ في 06/07/1992 الجريدة الرسمية، عدد رقم 52، الصادر بتاريخ 08/07/1992.

(4) بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري (دراسة مقارنة) ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2011، ص 101 وما يليها.

- 1- موافقة الشخص الخاضع للتجريب مع تبصيرته تبصيراً كاملاً بالمخاطر والنتائج المحتملة وله الحق في التعبير عن رضاه⁽¹⁾.
- 2- الحرص على حياة وصحة الشخص الخاضع للتجربة⁽²⁾.
- 3- موافقة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية وفقاً للضوابط العلمية والقانونية والأخلاقية.
- 4- احترام الكيان الجسدي للشخص الخاضع للتجريب⁽³⁾.
- 5- التأكد من توافر الشروط الأمنية لسلامته البدنية والعقلية.
- 6- يلتزم الطبيب الباحث أو الهيئة المشرفة على العمل التجريبي بضمان تعويض المضرور عن كل ضرر ناتج عن التجربة طبقاً للمادة 4/168 المذكورة آنفاً، والتي يقابلها في القانون الجديد رقم 18-11 المتعلق بالصحة في القسم الرابع المعنون بـ "أحكام تتعلق بالبحث في مجال طب الأحياء" المواد من 378 إلى غاية 399 حين أجملت هذه المواد الشروط الواجب توافرها في القائم بالتجربة والشروط اللازم تواجدها في من تُجرى عليه التجربة⁽⁴⁾.

البند الثاني: الخطأ الطبي في مجال التجارب الطبية

وهنا يجب أن نميز بين حالتين للتجربة الطبية، حيث هناك تجارب طبية علاجية يقوم بها الطبيب على المريض بهدف شفائه في الحالات التي أخفقت القواعد الفنية والأصول العلمية الثابتة في تحقيق علاج ناجح، فالتجربة العلاجية تهدف إلى اتخاذ أفضل طرق لمعالجة المريض وتحسين حالته الصحية بحيث لا يكون الغاية الطبية من وراء التجربة معرفة الآثار

(1) المادة 4/168 تنص على: "لا يبرئ موافقة الشخص موضوع التجريب ورأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المبادر إلى التجريب من مسؤوليته المدنية".

(2) المادة 17 و18 من مدونة أخلاقيات الطب تنصان على الترتيب على "يجب أن يتمتع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه" و"لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة أو عند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض".

(3) المادة 2/168 تنص على: "يجب حتماً احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي".

(4) راجع المواد من 378 إلى غاية 399 من القانون 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق 2 يوليو 2018، المتعلق بالصحة.

المرتتبة عليها، أما الحالة الثانية فهي تهدف إلى إثبات صحة نظرية أو عدم صحتها أو معرفة مدى تأثير عقار على الإنسان أو غير ذلك من الفروض العلمية دون وجود مصلحة مباشرة أو غير مباشرة للخاضع للتجربة، والفرض فيه أنه سليم ولا يعاني من أي داء، ويقصد بها أيضا تلك الأعمال الطبية أو العلمية أو التجريبية الخالصة التي يباشرها الطبيب وفقا للأصول العلمية، كما عُرِفَتْ بأنها تلك التجارب التي تجرى على إنسان سليم أو مريض دون ضرورة تمليها حالة المريض بغرض البحث العلمي أو لمجرد إشباع شهوة علمية أو فضول علمي فالتجارب غير العلاجية تهدف إلى التحقق من صحة فرض معين أو عدم صحته دون وجود مصلحة مباشرة أو غير مباشرة لخاضع للتجربة⁽¹⁾.

وقد أشار إليها المشرع الجزائري في القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة بعنوان البحث في مجال طب الاحياء وهي تلك الدراسات العيادية التي تجرى على الكائن البشري بغرض العلاج أو غير العلاج وأنطائها بشروط⁽²⁾

يتبين من هذا أن المشرع رتب المسؤولية المدنية والمهنية في حالة الخطأ في التجارب الطبية وهو ما يستنتج من نص المادة 397 من القانون المذكور أعلاه، حين رتب إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية والمهنية على القائم بالتجربة، مع إلزامه بالتعويض عن الآثار المسببة للضرر وإن انعدم الخطأ حسب نص المادة 393 من قانون الصحة. بغض النظر عن المتابعة الجزائية⁽³⁾.

ولقد وردت التجربة الطبية الوقائية بإعلان "هلسنكي"⁽⁴⁾ حين نص على " أن الهدف الأساسي من إجراء التجارب على الإنسان هو تطوير طرق الوقاية"، ويقصد بها مجموعة الأبحاث التي يقوم بها الطبيب على أشخاص لا يهم إن كانوا أصحاء أو مرضى من أجل التأكد من مدى نجاعة مستحضر أو طريقة علاجية وقائية من الإصابة مستقبلاً بمرض معين.

(1) بومدين فاطيمة الزهراء، مضمون التجارب العلمية والطبية والضوابط الأخلاقية والقانونية لإجرائها على الإنسان، مجلة الندوة للدراسات القانونية، الجزائر، ص12.

(2) راجع المواد من 377 إلى غاية 399 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

(3) راجع المادة 438 و439 و440 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

(4) إعلان ميثاق هلسنكي "الذي بادرت به رابطة الأطباء العالمية بإعلانه سنة 1964، والذي ينظم كيفية إجراء التجارب الطبية والدوائية على الإنسان، المعدل في صيغته الحالية سنة 1974 يعتبر من أهم الاتفاقيات الدولية على المستوى العالمي بخصوص حماية حقوق الإنسان في مواجهة التجارب الطبية".

المبحث الثالث: معيار تحديد الخطأ الطبي

إن تحديد خطأ الطبيب يحتاج إلى معيار محدد يتم على أساسه تحديد الخطأ الطبي ومن ثم انعقاد مسؤوليته متى توافر الضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. ولعل تحديد خطأ الطبيب من المسائل التي تعتبر على قدر كبير من الأهمية وخصوصا في الوقت الحالي نظرا للتقدم العلمي الكبير والمتزايد في هذا المجال ولأنها تتعلق بحياة الناس وأرواحهم⁽¹⁾.

وسوف نتناول هنا معيار تحديد خطأ الطبيب بشيء من التفصيل ابتداءً من المعيار الشخصي ومدى قابليته ليكون المعيار المناسب لتقدير خطأ الطبيب في (المطلب الأول) على أن نتعرض للمعيار الموضوعي ومدى حجية إستناده على أسس أكثر واقعية ومنطقية لتقدير خطأ الطبيب في (المطلب الثاني) ولا شك أن لكل اتجاهين اتجاه فاصل، أو يأخذ موقف الوسط من ما تقدمه من رأيين ليحاول التوفيق بين كلا الاتجاهين، وهنا نكون أمام المعيار المختلط في تقدير خطأ الطبيب (المطلب الثالث) على أن نخرج على موقف القضاء وتوجهه في القضايا المطروحة أمامه من هذه المعايير في (المطلب الرابع) على نختتم المبحث بالتمييز بين الخطأ الطبي والغلط العلمي في ضوء المعيار العام للخطأ في (المطلب الخامس).

المطلب الأول: المعيار الشخصي

يقصد بالمعيار الشخصي إلزام الطبيب ببذل ما اعتاد على بذله من يقظة وتبصر، فهو يستلزم النظر إلى الشخص المعتدي (المخطئ) لا إلى التعدي في حد ذاته حيث إذا ظهر أنه كان يستطيع تفادي الفعل الضار المنسوب إليه وكان ضميره يؤنبه على ذلك اعتبر مخطئاً وعكس ذلك إذا كان الطبيب لا يستطيع تفادي الفعل الضار المنسوب إليه اعتبر غير مخطئاً⁽²⁾، وطبقا لذلك فإن الشخص لا يلزم اتجاه الغير إلا بما اعتاد بذله من يقظة وتبصر وقد اعتنق المعيار الشخصي عدد قليل من شراح القانون الفرنسي ودافعوا عنه على أساس أنه

(1) احمد شعبان محمد طه، مرجع سابق، ص103.

(2) معاذ جهاد محمد درويش، الخطأ الطبي في التشريع الفلسطيني ومسؤولية الإدارة المترتبة عنه، رسالة ماجستير في القانون، الجامعة الإسلامية غزة، أكتوبر 2018، ص66؛ أنظر كذلك: راييس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص156.

أكثر عدالة، لأنه ينظر إلى كل فرد وفق لظروفه وحالته ويعامله وفقاً لظروفه الطبيعية وظروفه الشخصية.

كما دافع أنصار هذا المعيار بحجة أخرى مفادها أن المعيار الشخصي يربط بين الخطأ القانوني والخطأ الأخلاقي⁽¹⁾ إلا أن هذا المعيار يعاب عليه بأنه لا يصلح أن يكون مقياساً منضبطاً يوفي بالغرض إذ أنه يقتضي تسبب الانحراف في السلوك إلى صاحبه بما له من فطنة وما عليه من عادات، فالأخذ بالمعيار الشخصي يؤدي في بعض الأحيان إلى نتائج غير عادلة بالنسبة للمضروب، لأنه يعتد بالقدرات والصفات الشخصية لمرتكب الفعل الضار التي قد تتوافر لدى شخص ولا تتوافر لدى آخر، إضافة إلى أن انتهاج المعيار الشخصي يواجه صعوبة كبيرة في الواقع العملي إذ أن تحليل شخصية الفاعل ليست بالأمر الهين على القاضي في جميع الأحوال⁽²⁾ وهذا ما دفع بالكثير إلى البحث عن معيار أكثر ملائمة لتحديد تقدير الخطأ الطبي.

المطلب الثاني: المعيار الموضوعي

يقصد بالمعيار الموضوعي إلزام الشخص بالمستوى الذي من المفترض أن يسعى إلى بذله، أي معيار الرجل المعتاد الذي لا يعتد منه بالظروف الداخلية للطبيب مثل إمكانياته الذاتية ودرجة يقظته بل ينظر إلى الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب، كحالة المريض وما تستجوبه من إسعافات سريعة⁽³⁾. وهذا الشخص هو الرجل الوسط الذي يمثل سواد الناس، أي أنه الرجل المتبصر اليقظ، فلا هو الغبي الجاهل ولا بالشديد الحريص⁽⁴⁾.

فالخطأ وفقاً للمعيار الموضوعي يعني مقارنته بنموذج آخر مجرد، وبالتالي لا بد من تصور سلوك الشخص العادي محاطاً بالظروف التي وجد فيها المتسبب في الضرر، والواقع أن

(1) أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 286 وما بعدها.

(2) صافية سنوسي، مرجع سابق، ص 17.

(3) إبراهيم علي حمادي الطبوسي، مرجع سابق، ص 36.

(4) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، بدون طبعة، دار احياء التراث العربي، ص 821.

تقدير الخطأ وفقاً للمعيار الموضوعي يتم من خلال المقارنة بين مسلك معين ومسلك آخر لا يختلف من حالة إلى أخرى فهو مسلك مجرد يتمثل في مسلك الرجل العادي⁽¹⁾.

ورغم ما لي المعيار الموضوعي من عدالة ومنطق سليم، إلا أن البعض أنتقده بصفة عامة باعتبار أن نموذج المقارنة لن يكون إلا شخصاً نموذجياً، وبالتالي فإن هذا المعيار يكون قد قام على فكرة مجردة من أي مضمون، ومن ناحية أخرى فقد انتقد بعضهم هذا المعيار باعتباره لا يراعي بأن الأفراد ينقسمون إلى مجموعتين أفراد عاديون وأفراد مهنيون ولا يتصور أن يتصرف كلاهما على نحو واحد⁽²⁾.

والأخذ بالمعيار الموضوعي يعني عدم الاعتداد بالظروف الذاتية والداخلية للشخص محل المسؤولية، هذه الظروف الشخصية تلك المتعلقة بالشخصية، وحالته النفسية والصحية والاجتماعية وسنه وجنسه⁽³⁾.

غير أنه ينبغي أن نشير إلى أن غالبية الفقه الجنائي يرى أن المعيار الأصلح لتقدير الخطأ الطبي الجزائي هو المعيار الشخصي وهذا لعدة مبررات منها، عدم الشك في عدالة المعيار الشخصي الذي يأخذ كل شخص بحريته، ويقاس مسؤوليته بمعيار من حيطة وحذره تأسيساً على أن الخطأ مدعاة للاستهجان واللوم، وأن المعيار الموضوعي يصلح لقياس الخطأ الطبي من الناحية المدنية فهو يتفق مع طبيعة القانون المدني وأهدافه التي يسعى من ورائها الضرور للحصول على التعويض، في حين أن المعيار الشخصي يتفق مع مقاصد القانون الجنائي الذي يهدف إلى تفريد العقوبة بحسب طبيعة والظروف المختلفة للجناة⁽⁴⁾.

الفرع الأول: تطبيق المعيار الموضوعي في تقدير خطأ الطبيب

يستند القاضي في تقديره لخطأ الطبيب إلى المعيار الموضوعي الذي ينظر من خلاله إلى واجبات الطبيب الفنية التي تفرض عليه إتباع الأصول الفنية العلمية المستقرة في المجال

(1) محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 207.

(2) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص 139.

(3) مختار قوادري، معيار الخطأ الطبي في فقه القانون المدني والفقه الإسلامي، مجلة الحقيقة، مجلد 17، عدد 4، ص 91.

(4) غضبان نبيلة، مرجع سابق، ص 400.

الطبي، فإذا كان القاضي في تقديره لمسلك الطبيب موضوع المسائلة يأخذ في حسابه مسلك الطبيب الوسط، فإنه من مقتضيات هذا التقدير الموضوعي مراعاة الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب عند قيامه بالعمل الطبي، وتتجلى هذه الظروف المستقلة عن شخصيته كوجوب العمل بسرعة معينة أو إعانة الزملاء الممرضين وغيرها من الظروف المؤثرة في أدائه لعمله وهذا في المقابل يعني عدم اعتداد القاضي بظروف الطبيب الداخلية⁽¹⁾.

وعلى ذلك يعد الطبيب مخطئاً إذا لم يبذل لمريضه العناية التي يبذلها الطبيب الوسط وفقاً لما تفرضه عليه أصول وواجبات مهنته سواء تمثل هذا الخطأ في عمل إيجابي من جانب الطبيب كتعريض المريض للأشعة لوقت طويل أو في شكل موقف سلبي (امتناع) كعدم قيام الطبيب بالفحوصات والأشعة التي تستدعيها حالة المريض أو يقتضيها التدخل الطبي اللاحق. والتقدير الموضوعي لخطأ الطبيب هو ما نجده عند فقهاء الشريعة الإسلامية⁽²⁾ كما أسلفنا يكون الطبيب ضامناً إذا خالف القواعد والأصول التي يتبعها أهل الصنعة في مهنة الطب⁽³⁾.

الفرع الثاني: الظروف المعتبرة عند تقدير خطأ الطبيب

إن الطبيب كشخص له مهنة معينة لا بد أن يهيئ نفسه لها تهيئاً كاملاً بدلاً من أنه قد تحصل على المؤهلات العلمية واكتسب المعلومات الفنية واختار مساعديه بصورة مفيدة في أداء عمله، ومن ثم فإنه يحاسب على هذا الأساس، فتقدير خطأه كشخص مهني تقدير موضوعي لا يقارن بمسلك الشخص العادي، وهذا التقدير الموضوعي لخطأ الطبيب هو ما قرره محكمة النقض الفرنسية بقولها يتعين لاعتبار الطبيب مخطئاً في بذل عناية لمريضه التأكد من أن مسلكه لم يكن ليسلكه طبيب حذر وجد في نفس الظروف وهو أيضاً توجه القضاء المصري⁽⁴⁾.

وقد قضت المحكمة العليا في الجزائر في قرارها بتاريخ 2008/02/23 الصادر عن الغرفة المدنية للقسم الأول بأنه (حيث من المقرر فقهاً وقضاً أن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كأصل عام هو بذل عناية، حيث يعني هذا الالتزام هو بذل الجهود الصادقة التي تتفق

(1) محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 209.

(2) راجع الفرع الثاني من المطلب الأول مبحث مفهوم الخطأ الطبي المطلب الأول من رسالتنا ص 55.

(3) أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 295.

(4) أنور يوسف حسين، مرجع نفسه، ص 293 وما بعدها.

والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسن حالته الصحية، حيث إن الإخلال بهذا الالتزام يشكل خطأ طبياً يثير مسؤولية الطبيب، وبالتالي الخطأ الطبي من جهة ثانية هو تقصير في مسلك الطبيب⁽¹⁾.

الفرع الثالث: مدى الاعتداد بالظروف الخارجية المحيطة بمسلك الطبيب وموقف القضاء منها

إذا كانت الظروف الداخلية لا يقيم لها وزن في تقدير خطأ الطبيب، فعلى العكس من ذلك بالنسبة للظروف الخارجية، حيث جرى الاتفاق على أن تقدير الخطأ يجب أن لا يكون مجرد من الظروف الخارجية⁽²⁾.

ومن أمثلة الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب المسؤول ما قد يدعوا إليه الحال العمل بسرعة أو بعيداً عن المستشفيات والأدوات العلاجية اللازمة أو بدون مساعدة الزملاء والمرضى مما يجب أن تباح معه للطبيب تصرفات لو وقعت منه في الظروف العادية لا اعتبرت خطأ موجبا للمسؤولية، وعلى ذلك فقد اعتبر ظرفاً الزمان والمكان من الظروف الخارجية التي لها وزن في تحري مسلك الرجل العادي، أما الحالة النفسية والطباع والعادات فإنها تعتبر من الظروف الداخلية التي لا يجب أن يقيم لها وزن⁽³⁾.

فالطبيب الذي رفعت عليه دعوى يدعى عليه فيها بالخطأ في تطبيق الأصول العلمية في عمل طبي أجراه قبل عشرين سنة، يتم تقدير مسلكه وفقاً لما كان متبع من أصول علمية فيما أجراه من عمل في ذلك الوقت، حتى ولو ظهرت بعد ذلك أساليب علمية جديدة في العمل الطبي محل النزاع⁽⁴⁾.

واستقرت أحكام القضاء على وجوب الأخذ بالظروف الخارجية المحيطة بالطبيب والمستقلة عن شخصيته كخطورة الحالة وما تستوجبه من إسعافات سريعة.

(1) قرار المحكمة العليا، رقم 393828، مرجع سابق، ص 175. أنظر كذلك: عبد القادر خيضر، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 27.

(2) أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 296.

(3) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص 436.

(4) إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية والجناحية للطبيب، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1998، ص 176.

والظروف الخارجية هي تلك الظروف التي يتم فيها علاج المريض، كموقع العلاج والوسائل المتاحة للعلاج، كأن يعالج المريض في مستشفى لديه أجهزة طبية وإمكانيات علمية كبيرة، أو قد يعالج في مكان لا يوجد فيه الإمكانيات السابقة وتكون حالته تتطلب علاجه في مكان وجوده دون نقله للمستشفى أو العيادة، وكل ما سبق يأخذ بعين الاعتبار عند وقوع الخطأ الطبي⁽¹⁾.

هذا وإذا كان القاضي في تقديره لمسلك الطبيب محل المسائلة يأخذ في اعتباره مسلك الطبيب الوسط، فإن من مقتضيات هذا التقدير الموضوعي مراعاة الظروف الخارجية التي أحاطت بمسلك الطبيب عند قيامه بالعمل الطبي⁽²⁾.

ومن هذه الظروف ظرف الاستعجال، فقد قضي بعدم المسؤولية عندما يترك في جوف المريض قطعة من القطن أو الشاش، أثناء إجراء عملية جراحية على درجة كبيرة من الخطورة، بحيث يجب إجرائها بمنتهى السرعة، أو أن الظروف التي أجرى بها العملية ما كانت تساعد على القيام بعمله على أكمل وجه، فمتى كانت هذه الحالة لا يسأل الجراح⁽³⁾.

وخلاصة القول فإن القضاء الجزائري يكاد يكون مستقرا على اعتناق المعيار الموضوعي بالإضافة إلى الأخذ بالظروف الخارجية عند تحديد الخطأ الطبي، غير أنه يجب التوسع في مفهوم الظروف الخارجية عند تقدير خطأ الطبيب بما تتفق والتطور العلمي السريع الذي لحق بمهنة الطب.

الفرع الرابع: مدى اعتبار التخصص العلمي من الظروف المغيرة في تقدير خطأ

الطبيب

من المسائل التي تطرح إشكالا كبيرا معيار تقدير خطأ الطبيب بالنظر للتخصص الفني له ومدى اعتباره من الظروف الخارجية ذات الأهمية عند تقدير الخطأ الطبي، ومفاد ذلك هل يُقدر خطأ الطبيب الأخصائي والطبيب العام بمعيار واحد؟

(1) ناحية العطارق، طبيعة التزام الطبيب طبقا للقانون المدني الليبي والفرنسي، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والشرعية، تصدر كلية القانون، جامعة الزاوية، ليبيا، العدد السابع ديسمبر 2015، ص199.

(2) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص823.

(3) حكم لمحكمة استئناف باريس في 16 أبريل سنة 1933 مشار إليه في مؤلف منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص448.

يذهب الرأي الراجح في الفقه⁽¹⁾ إلى اعتبار التخصص الفني للطبيب ظرفاً خارجياً معتبراً في تقدير خطأ الطبيب، حيث يتم تقدير مسلك طبيب أخصائي بمسلك من هو في مثل اختصاصه، على اعتبار أن مسألة التخصص الفني تعتبر من المسائل التي يعتمد عليها المريض في لجوؤه إلى الطبيب ويستند هذا الرأي إلى بعض أحكام القضاء منها حكم محكمة استئناف مصر بتاريخ 02 يناير 1936 التي قضت فيه بأن (بالنسبة للأطباء الأخصائيين فإنه يجب استعمال منتهى الشدة معهم بحيث يسألون عن أي خطأ حتى ولو كان يسيراً خاصة عند تفاقم حالة المريض بسبب معالجتهم إذ أن من واجبهم الدقة في التشخيص والاعتناء وعدم إهمال المعالجة⁽²⁾).

فالتخصص وإن كان صفة تدل على زيادة العلم وهو أمر باطني، إلا أنها صفة خارجية من حيث كونها ظاهرة للملأ وتحمل الناس على زيادة الثقة في الطبيب الأخصائي، وقد انتقد البعض هذا الرأي وذهبوا إلى عدم التسليم بأن التخصص العلمي من الظروف المعتبرة في تقدير خطأ الطبيب، لأن ذلك سيؤدي إلى نتيجة مفادها توافر الخطأ في جانب الأخصائي وانعدامه لدى الطبيب العادي مع أن الفعل واحد في الحالتين وهذا يتعارض مع المعيار المجرد الذي يجب أن يقاس به الخطأ سواء كان مرتكبه طبيباً عاماً أو أخصائياً⁽³⁾.

ونؤيد من جانبنا اعتبار التخصص العلمي من الظروف التي يعتد بها عند تقدير خطأ الطبيب لأن الطبيب المتخصص لا يمكن مقارنته بالطبيب العام فالتخصص صفة ترتب على صاحبها التزامات أكثر من غير المتخصص على اعتبار أن مجاله التخصصي ينفرد به عن غيره من الأطباء فنخلص مما سبق أن درجة التخصص العلمي تعد من الظروف التي يقام لها وزن في تقدير خطأ الطبيب ما دام في إطار تخصصه، فإن خرج عن ميدان تخصصه يقاس خطئه بمعيار الذي يقاس به مسلك الطبيب العام.

(1) انظر محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2001، ص 18.

(2) منير رياض حنا، الخطأ الطبي والجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية واللاتينية والأمريكية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 2008، ص 234.

(3) أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 303.

المطلب الثالث: المعيار المختلط

نظرا للانتقادات الموجهة للمعيارين السابقين، اتجه رأي آخر إلى تبني المعيار المختلط كأساس لتقدير الخطأ الطبي، ومفاد ذلك ضرورة إتباع القاضي وهو بصدد تقدير الخطأ الطبي للمعيار الموضوعي مع مراعاة بعض الملابس والظروف الخارجية والداخلية المحيطة بالطبيب، والتي قد تؤثر في سلوكه، مع أخذ القاضي في الاعتبار لظروف المكان والزمان بحيث يقدر سلوك الطبيب قياسا مع ما كان يفعله طبيب يقظ وجد في نفس ظروفه، وهذا ما يساير التطورات الاجتماعية والتقدم العلمي، فقد اعتمد أصحاب هذا الرأي إلى ثلاثة اعتبارات هي الاعتبار العلمي، الاعتبار النظري، والاعتبار القانوني⁽¹⁾.

ويقدر كذلك القاضي ظروف الزمان والمكان، فلا يتطلب من طبيب الريف بإمكانيات محدودة ما يتطلب من طبيب يعمل في مستشفى جامعي متخصص له إمكانيات تفوق بكثير إمكانيات الطبيب العادي في الريف، والخطأ المنسوب للطبيب يختلف من ناحية الجسامة أو الدرجة، ومن ناحية المسؤولية والأضرار المترتبة عليه⁽²⁾.

ونرى في هذا الموضوع أن المعيار الموضوعي هو الأنسب في تحديد الخطأ في الأعمال الطبية لاعتماده على نموذج عملي لقياس مسلك الطبيب المدعى عليه، وذلك بالاعتماد على سلوك نموذجي لطبيب من أوسط الأطباء كفاءة وخبرة وتبصر ودقة، إضافة لكون الطبيب من نفس المستوى في الاختصاص ويراعي الدقة والحيلة والحذر في عمله ويبدل الجهود والعناية اللازمة لمعالجة مريضه مراعي الأصول العلمية الطبية المؤكدة والأعراف الراسخة في نظام مهنة الطب والعادات الطبية التي يؤخذ بها في مثل هكذا ظروف التي واجهت الطبيب المدعى عليه، مع مراعاة الظروف المحيطة بالطبيب وقت تنفيذ العمل الطبي من هنا يتضح لنا بشكل واضح طريقة استخلاص الخطأ المتمثلة في التقدير على أساس المعيار الموضوعي تقوم على مقارنة فاعل الضرر، أي الطبيب المدعى عليه بطبيب مماثل له في التخصص والظروف وبذلك نكون على قدر كبير من الصواب.

(1) أكثر تفصيل في هذا الصدد انظر: رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص165. أنظر كذلك: معاذ جهاد محمد درويش، مرجع سابق، ص71.

(2) خليف عبد الرحمن، مسؤولية المؤسسات الاستشفائية في القانون الجزائري، مقال منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، العدد التجريبي 2013، ص166.

المطلب الرابع: موقف القضاء من معيار تقدير الخطأ الطبي.

من المقرر أن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كأصل عام هو الالتزام ببذل عناية صادقة لشفاء المريض، ما عدا الحالات الخاصة التي يقع فيها على عاتق الطبيب الالتزام بتحقيق نتيجة، حيث أن الإخلال بهذا الالتزام يشكل خطأ طبياً يثير مسؤولية الطبيب وبالتالي الخطأ الطبي من جهة ثانية هو تقصير في مسلك الطبيب.

وعليه سوف نحاول التطرق إلى موقف القضاء والفقه ومسألة اتفاقهما على الأخذ بالمعيار الموضوعي لتقدير خطأ الطبيب في (الفرع الأول) ثم استظهار موقف القضاء من مسألة الظروف الخارجية المحيطة بمسلك الطبيب في (الفرع الثاني) مع إبراز مدى الاعتداد بالعادة الطبية عند تقدير خطأ الطبيب في (الفرع الثالث) وختاماً تبيان التفرقة بين العادات الطبية ومجرد ممارسة الرأي في (الفرع الرابع)

الفرع الأول: اتفاق القضاء على الأخذ بالمعيار الموضوعي لتقدير خطأ الطبيب.

يتفق القضاء في فرنسا وغالبية الدول العربية على أن المعيار الموضوعي هو المعيار الأنسب لتقدير خطأ الطبيب، ومفاد ذلك أنه لا يقدر مسلك الطبيب طبقاً لمسلكه الشخصي وإنما طبقاً لما يسلكه الطبيب العادي، وعلى ذلك، فإن معيار الخطأ الطبي في مسألة التقدير يعتمد على مسلك الطبيب العادي الذي يفترض فيه اليقظة دون إغفال الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب المسؤول.

وإذا كان كل من الطبيب العادي والأخصائي يسأل عن خطئه اليسير، دونما تفرقة بينهما من حيث درجة الخطأ التي يسأل عنها، فإن طريقة تقدير الخطأ تختلف بالنسبة لكل منهما، أي يقاس خطأ الطبيب بمعيار موضوعي، يقارن بمسلك الرجل العادي اليقظ إذ وجد في نفس الظروف الخارجية المماثلة لظروف الفاعل بصرف النظر عن العوامل الداخلية بشخص الفاعل⁽¹⁾.

ونلخص مما سبق أن معيار تحديد الخطأ الذي يمكن إسناده إلى الطبيب الأخصائي هو قياسه بمسلك طبيب مماثل له في نفس الظروف الخارجية، فأى تقصير لهذا الأخير يوجب المسؤولية، واستقر الرأي الغالب على مسألة الطبيب عن أي خطأ يصدر منه مهما كان درجته

(1) سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في التشريعات العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، 1971، ص 645.

يسيرا أو جسيما مع الأخذ في الاعتبار خصوصية الفن الطبي والتطور الذي يعرفه والاختلاف في نظرياته وسبل العلاج، وقد سائر القضاء هذا الرأي في فرنسا ومصر والجزائر بقوله أنه لا تفرقة في مجال المسؤولية الطبية بين الخطأ يسيرا كان أو جسيما، حيث أن الطبيب الأخصائي أو غيره إنما يلجأ إليه نظراً للاعتبار الشخصي لا باعتباره شخص عادي وأن مسلكه مع المريض أثناء العلاج هو مسلك رجل الفن الحريص على بذل عناية لتحقيق مصلحة المريض في توفير أسباب الشفاء له⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مدى الاعتداد بالعادات الطبية عند تقدير خطأ الطبيب.

إن أهم ما يستوجب ملاحظته هو إبراز الفارق الكبير بين العادات الطبية والعادات القانونية التي تشكل عرفاً يرتبط بالطب الإنساني، ولذلك فإن المقصود بالعادات المهنية الطبية كل الممارسات اليومية لمعطيات التطور العلمي التي يأخذ بها الأطباء عن إدراك⁽²⁾. هذه الممارسات ومع مرور الزمن تُعدل أو يتم إلغاؤها ويحل محلها ممارسات أخرى أكثر تطابقاً أو تطوراً مع الوقت الحالي والتقنيات الطبية العلمية الحديثة، وبالتالي يكون لهذه العادات الطبية مصدراً مزدوجاً الأول نظري والآخر عملي لاستنتاج والحكم على قوة وفاعلية طريقة العلاج وهذا ينطبق على ما يتعلق بعلاج المرضى من أدوات وأجهزة وأدوية ومواد كيميائية من خلال ما يتوصل إليه من أبحاث وتقارير وتسجيل للملاحظات، فالعادات الطبية القديمة لا يحل محلها عادات طبية جديدة فجأة، وإنما يتم ذلك تدريجياً خلال مراحل وفترات وخلال هذه الفترات، فإن لجوء الطبيب إلى العادات القديمة يمكن أن يشكل خطأ إلا أنه في الغالب يكون هذا السلوك المطابق للعادة القديمة مشروعاً⁽³⁾.

ويلاحظ أن أحكام القضاء الفرنسي التي تتعلق بالعادات الطبية الحقيقية إنها اتخذتها كمعيار للطبيب الوسط، فقد ذهبت بعض الأحكام إلى أن ترك الطبيب لإجراء من إجراءات التشخيص ليس من قبيل الممارسات العادية لعمله، ومن ثم فإن الترك لهذه الحالة يعد خطأ طبقاً للعادات الطبية، حيث جاء قرار لمحكمة النقض الفرنسية، أن الجراح يكون مرتكباً لخطأ

(1) حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 120 وما بعدها.

(2) Jean Penneau, Op. Cit., P83.

(3) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص 445.

عندما يقوم بعملية تخدير موضعي عند غياب طبيب التخدير الذي يتولى إفاقة المريض من التخدير بالرغم من أن سلوك الجراح كان متفقا مع عادة ثابتة تُتبع ما لم يكن التدخل الجراحي⁽¹⁾.

لكن القاضي لا يمكن أن يحل محل الخبير الفني لكي يقرر ما إذا كان مسلك الطبيب متفق مع العادات الطبية السائدة من عدمه، وهذا ما يقودنا إلى التساؤل هل من المنطقي أن يحتفظ القاضي بحريته في تقدير العادات الطبية في الوقت الذي يعتمد فيه على هذه العادات لقياس خطأ الطبيب نظرا لعدم وجود الخبرة الطبية لديه⁽²⁾؟

ولإجابة على هذا السؤال، يمكن القول أن المواقف المتناقضة للقضاء. في بعض الأحيان اتجاه الأطباء، هو ما يفسر اتجاه القضاء في بعض الأحكام إلى الامتناع عن الإحالة إلى العادات الطبية عندما لا تكون في مصلحة المريض⁽³⁾.

وبناء على ما سبق، فإننا نرى ضرورة تقييد القاضي بالعادة الطبية المستقرة والتي تبت الاعتياد عليها عند تقرير سلوك الطبيب، أما إذا قام الطبيب بسلوك لا يعدو أن يكون ممارسة رأي فإن القاضي متمتعاً بسلطة تقديرية في تقييم مسلك الطبيب، وإلى أي مدى اتفاه مع القواعد والمبادئ الفنية المستقرة عليها طبيًا.

الفرع الثالث: التفرقة بين العادات الطبية ومجرد ممارسة الرأي

قد يصدر عن كبار علماء الطب آراء مختلفة تعمد هلى دراسات وإحصائيات، وتبذو للبعض وكأنها الصواب بعينه، وهي تتعلق إما بطرق العلاج والتشخيص نفسها، وإما بالمخاطر أو الإنعكاسات، أو التناقضات التي تترتب على طريقة معينة للعلاج، حينئذ سوف نكون أمام مجرد ممارسات للرأي⁽⁴⁾.

وإن الملاحظ لبعض أحكام القضاء الفرنسي يلاحظ تارة أنها تعتبر الطبيب مخطأ لعدم إتباعه عادة، وتارة أخرى يعتبره مخطأ لإتباعها، ومن أمثلة ذلك ما قضت به محكمة "باريس"

(1) أحمد شعبان محمد طه، مرجع سابق، ص 127.

(2) محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، مرجع سابق، ص 138.

(3) أحمد شعبان محمد طه، مرجع سابق، ص 128.

(4) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 456

في 25 أبريل 1945 من أن العادة التي استند إليها الطبيب لا تنفي الخطأ في ما يتعلق بالإشراف على المتبرعين بالدم، حيث أن هذا الإجراء يعد غير كافي في ضوء الوسائل المتاحة في ذلك الوقت والتي تكفل توفير الحماية للمرضى، حيث أن الطبيب لم يستند في حقيقة الأمر إلى عادة طبية، وإنما إلى مجرد ممارسة رأي ولذلك كان طبيعياً أن تنهي المحكمة إلى ما انتهت إليه، فالقضاء لا يرفض هنا الاستناد إلى العادات الطبية الحقيقية، وإنما إلى ممارسة الرأي، حيث يتمتع القضاء في مواجهة هذه الأخيرة بسلطة تقديرية كبيرة، والطبيب مطالب بالحرص في اختيار العادة واستعمالها في ضوء المعطيات العلمية، والفنية⁽¹⁾.

وخلاصة القول أن العادات الطبية الحقيقية متى كانت مؤكدة، فإنها تحدد تحديداً صحيحاً نطاق واجبات الطبيب الوسط ورقابة هذه العادات، من حيث وجودها وحقيقتها يمثل مسألة قانونية يختص بها القاضي، وتختصر حرية القاضي في التقدير فقط على حالة وجود مجرد ممارسة الرأي، وللقاضي أن يستعين في هذا التقدير بالخبراء، فالعادات إذا هي النسيج الوحيد الذي يلتزم الطبيب قانوناً بمطابقة سلوكه له، دون ممارسة الرأي⁽²⁾.

المطلب الخامس: تمييز الخطأ الطبي عن الغلط العلمي في ضوء المعيار العام للخطأ.

إذا كان التمييز بين الخطأ والغلط ذو أهمية كبيرة في مجال المسؤولية القانونية بوجه عام، فإن هذه الأهمية تذبذبا في مجال الأعمال الطبية، إذ أن الطبيب يؤدي عمله في ظل العديد من الاحتمالات التي لا يقدرها المريض غير أنه لا يحول دون وقوعه في الغلط الذي يكاد يكون ملازم لممارسة العمل الطبي ملازمة حتمية، وخاصة أثناء مرحلة التشخيص نظراً لتشابه أعراض بعض الأمراض، مما يتعذر مع ذلك القول بمسؤولية الطبيب عند وقوعه في الغلط⁽³⁾.

(1) محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، مرجع سابق، ص 142.

(2) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص 458.

(3) أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 305.

وفي إطار هذا الصدد قال البعض إن الخطأ هو سلوك لا يصدر عن شخص فطن واعي بالتزامه في حين أن الغلط لا يعدو أن يكون مجرد لحظة سهو⁽¹⁾.

وقال آخرون بأن الخطأ هو مسلك متوقع من منظور المعطيات العلمية، وبالتالي كان على المدين أن يتوقعه ويدفعه، أما الغلط فهو أمر يصدر عن عدم انتباه أو إهمال لا يمكن تفادي الوقوع فيه، فالخطأ يمثل خروج عن سلوك المعتاد في ميدان الطب، أما الغلط فهو أمر ملازم لضعف في الشخص.

فمعيار تمييز الخطأ الطبي عن الغلط العلمي هو المعيار العام لتقدير خطأ الطبيب ويترتب على هذا التمييز نتيجة هامة ومهمة تتجلى في أن مسلك الطبيب العام في مسألة معينة يعد مجرد غلط، بينما يعتبر ذلك المسلك بالنسبة للطبيب الأخصائي خطأ بالمعنى القانوني والعبرة هنا بالمعطيات العلمية التي يتعين على كل منهما الإلمام بها⁽²⁾.

وقضت محكمة النقض الفرنسية في 11.11.1987 بأن " الغلط في التشخيص لا يشكل خطأ تقوم به مسؤولية الطبيب مادام أنه لم يكتشف عن إهمال أو رعونة من جانب هذا الأخير " غير انها عدلت من موقفها بعد صدور المادة (1-1142) ق.ص.ع.ف، ف جاء في قرار لها بتاريخ 2010.09.30 الآتي: " الغلط في التشخيص لا يشكل خطأ بما أن الطبيب لا يلتزم إلا ببذل عناية، قد تصرف طبقاً للمعطيات العلمية المكتسبة، ونفس الأمر لا يعد لخطأ الطبيب الذي لم يستطع وضع تشخيص دقيق إذا كانت الاعراض تجعل التشخيص صعب المنال"⁽³⁾

واستقر القضاء على عدم اعتبار الغلط في تشخيص المرض من قبيل الخطأ ومنه لا تترتب مسؤولية في حق الطبيب⁽⁴⁾ وعلى خلاف ما سبق يعتبر خطأ في التشخيص مجرد غلط إذا كانت حالة المريض من الحالات التي يمكن الكشف عنها بالطرق العلمية المتعارف عليها

(1) أشرف السيد جابر، التأمين عن المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، القاهرة 1999، ص73.

(2) Yvonne L'Ambert. Faivre. Droit du Dommage corporel. Systèmes d'indemnisation. 4ème édition Dalloz 2000, P751.

(3) شنة زاوي، مكانة الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد التقليدية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 10، المجلد الأول، جامعة بلعباس، الجزائر، جوان 2018 ص 96.

(4) حكم محكمة النقض الفرنسية 1974/01/04 مشار إليه في مؤلف أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص307.

إلا أن الطبيب كان على جهلا بهذه الطرق متبعا وسائل وطرق لا تتفق مع الأصول العلمية في مثل حالة المريض، فإن هذا يرتب مسؤوليته وإذا كان القانون لم يفرض على الطبيب الأخصائي العصمة من الغلط، فإن هذا لا يقود به إلى حد السماح له بتشخيص المرض بطيش ودون استعماله الوسائل التي يوصي بها العلم في البحث، وطبقا لذلك قُضي أن الغلط في التشخيص وإن كان في الأصل لا يشكل خطأ بالضرورة، إلا أن الغلط يمكن أن يثير مسؤولية الطبيب إذا ترتب خطأه عن جهل فاحش بالقواعد الطبية⁽¹⁾.

المبحث الرابع: النطاق العام للخطأ

إذا كان في الماضي يتولى العناية بالمريض طبيب واحد، فإن تنوع الاختصاصات والتطور في المجال الطبي في الوقت الراهن أدى إلى إمكانية خضوع المريض لأكثر من عمل طبي، يقوم به أطباء مختصون كل في مجال تخصصه دون أن تتداخل أعمالهم، ومن هنا تبرز أهمية نسبة الخطأ إلى طبيب معين، سواء في ظل الممارسة الفردية أو في إطار الفريق الطبي، ومن خلال هذا المبحث سنتناول الخطأ الطبي في نطاق الممارسة الفردية للعمل الطبي في (المطلب الأول) على أن نتطرق إلى الخطأ وسط الفريق الطبي في (المطلب الثاني)

المطلب الأول: الخطأ في نطاق الممارسة الفردية للعمل الطبي.

يقصد بالممارسة الفردية قيام الطبيب بالعمل الطبي بصورة مستقلة دون مشاركة أطباء آخرين، غير أن هذا لا يعني بالضرورة أن يتولى العناية بالمريض طبيب واحد خلال مرحلة العلاج الطبي، فتواجد أكثر من طبيب في نفس الموقع يؤدي كل منهم خدمة مختلفة عن الآخر فهي خدمات متبادلة إلا أنها غير متداخلة، بحيث يمكن تمييز كل منها عن الأخرى في هذه الحالة يعتبر كل طبيب ممارسا فرديا للعمل في مجال تخصصه⁽²⁾.

ويعتبر الخطأ الشخص (الفردية) طبقا للقواعد العامة في القانون المدني متى ارتكب الشخص خطأ سواء بإخلاله بالتزام قانوني أو التزام عقدي، مثل طبيب التخدير الذي يرتكب خطأ في إطار العمل الجماعي، فيكون خطأه شخصيا وتترتب مسؤوليته بغض النظر عن من تم التعاقد معه سواء الجراح أو طبيب التخدير⁽³⁾ وقد سار القضاء الفرنسي على هذا المبدأ كلما

(1) عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 20.

(2) أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 337.

(3) بن صغير مراد، مرجع سابق، ص 176.

تبين له خطأ طبيب التخدير خاصة في تلك الأعمال القابلة للانفصال عن العمل الجراحي كالفحص السابق للعمل الجراحي، وإعداد المخدر والجراحة اللازمة، لكن الملاحظ أن من النادر ما يختار المريض طبيب التخدير ويتعاقد معه وهذا ما دفع البعض إلى الإشارة إلى صعوبة إثبات الخطأ في حق طبيب التخدير⁽¹⁾.

هنا سنحاول دراسة خطأ الطبيب في عيادته الخاصة في (الفرع الأول) ثم خطأ الطبيب في المستشفى الخاص في (الفرع الثاني) على أن نتعرض لخطأ الطبيب في مستشفى عام في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: خطأ الطبيب في عيادته الخاصة.

عادة ما تمثل العلاقة بين المريض والطبيب الذي يعمل في عيادته الخاصة عقدا طبيًا، ومن الملاحظ أن الطبيب حين يرتبط بعقد عمل على نحو ما سبق بيانه، فإنما يكون ذلك بناء على استظهار رابطة التبعية القانونية بينه وبين من يعمل لحسابه، وقد حرص الفقه والقضاء في مثل هذه الأحوال على بيان أن رابطة التبعية هي مجرد رابطة تنظيمية وإدارية ولكنها لا تمس الاستقلال الفني للطبيب، فالطبيب مستقل في عمله. ومستقل في تحديد أنواع العلاج التي يراها مناسبة، فهذه المظاهر الفنية تبقى خارج سلطة صاحب العمل في الرقابة والإشراف والتوجيه⁽²⁾. وقد تكون علاقة الطبيب الذي يعمل في العيادة الخاصة بالمريض علاقة غير عقدية كمباشرة الطبيب لتدخل طبي دون موافقة المريض لظروف استعجالية تستدعيها حالة المريض أو مباشرة الطبيب لعمل طبي لا يجوز مباشرته إلا في المستشفيات، وهنا يعتبر العقد الطبي باطلاً لعدم مشروعية المحل، لذلك فإن التزام الطبيب لا يختلف عن التزاماته في حالة وجود العقد، ومنه فهو مسؤول اتجاه المريض عن أي تقصير في العناية الواجبة⁽³⁾. ولا تختلف التزامات الأطباء الذين يعملون لحسابهم الخاص عن الأطباء بشكل عام⁽⁴⁾.

(1) رابيس محمد، الخطأ الطبي كركن في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 240.

(2) محمد السعيد رشدي، لمرجع سابق، ص 42.

(3) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 91.

(4) المادة 213 من القانون رقم 90_17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 المعدل والمتمم للقانون 85_05 التي تنص على: "يتعين على الأطباء وجراحي الأسنان والصيدلة، الممارسين لحسابهم الخاص أن يقوموا بمهنتهم وفق شروط تسمح بالاستعمال المنتظم للتجهيزات والوسائل التقنية الضرورية لمهنتهم وإلا تعرض للخطر في أي حال من الأحوال صحة المريض أو شرف المهنة".

الفرع الثاني: خطأ الطبيب في المستشفى الخاص.

إن المستشفيات الخاصة على عكس المستشفيات العامة وإن كانت تتمتع بالشخصية المعنوية كمؤسسة علاجية، وضعت تحت رعاية الوزارة المكلفة بالصحة أي الدولة، إلا أنها في التكليف السليم لوضعها القانوني ما تزال تعمل كمؤسسة خاصة غير مندمجة في الإدارة العامة وليست فرعاً من فروعها، كما أن أموالها الخاصة ومستخداميها خصوصيون، ويترتب على هذه الخصائص أن مسؤوليتها تخضع مباشرة لأحكام القانون الخاص⁽¹⁾.

ولاستعراض الأخطاء الطبية للطبيب في المستشفيات الخاصة لا بد من التطرق للعلاقات المختلفة التي تقوم بين المستشفى الخاص والمريض والطبيب، فقد يقوم المريض بإبرام عقدين مع شخص واحد، يكون طبيياً مالكا للمستشفى الخاص أو يستقل بإدارة المستشفى بناء على عقد مع مالكاها، وكما سبق بيانه أن المستشفيات العامة الراجح فيها أن الطبيب يعتبر تابعا للمستشفى، وبالتالي فإن المستشفى مسؤول عن أخطاء الطبيب التابع له، على أن هذا لا ينفي استقلال مسؤولية إدارة المستشفى الخاص عن الطبيب.

ويمكن القول كقاعدة عامة بأنه، بالنسبة للعيادات والمستشفيات الخاصة، لا تعد مسؤولية عن أعمال الطبيب، أو الجراح المهنية لتمتع كل منهم بالاستقلال في عمله الفني، ولكن القضاء يتحفظ بالنسبة للطبيب الذي تربطه بالعيادة أو المستشفى علاقة عمل، ويقرر مسؤولية المستشفى عن خطأ الطبيب، نظراً لوجود عقد طبي بين المريض والمستشفى أو العيادة التي يعمل فيها الطبيب، حيث يعتبر المستشفى مسؤولاً عن كل خطأ يصدر من العاملين فيه⁽²⁾.

ومن حيث الإثبات إذا وقع خطأ من قبل العاملين بالمستشفى الخاص، أصبح على المضرور أو ذويه واجب إثبات هذا الخطأ، ويتوقف عبء الإثبات على نوع الالتزام الملقى على عاتق إدارة المستشفى، فإذا كان محل الالتزام هو بذل عناية فعلى المريض إقامة الدليل

(1) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص 494 وما بعدها.

(2) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 132.

على عدم توافر بذل العناية مما سبب له ضرر، أما إذا كان محل الالتزام هو سلامة المريض فإن مسؤولية المستشفى تقوم إلا إذا نجح في نفيها⁽¹⁾.

الفرع الثالث: خطأ الطبيب في مستشفى عام.

كانت نظريات القانون الخاص في الماضي تهيمن على تكييف علاقة الموظف بالدولة على أنها علاقة تنطوي على عقد من عقود القانون الخاص، هذا قبل ظهور القضاء الإداري ونشوء قانونه الخاص، ومن ثم فإن العلاقة بين الطبيب والمرفق الصحي كانت حينها علاقة تعاقدية، إلا أن هذا الوضع لم يلبث أن تغير نظراً لأن فكرة النظرة التعاقدية أصبحت لا تحقق جميع النتائج القانونية، مما أدى إلى ظهور النظريات التنظيمية لتكيف علاقة الموظف مع الإدارة على أنها علاقة قانونية تنظيمية تحكمها القوانين والأنظمة الخاصة بالوظيفة العامة⁽²⁾.

وذهب غالبية الفقه إلى القول بأنه لا توجد علاقة تعاقدية في المرفق الصحي العام بين الطبيب والمريض أو بين المريض وإدارة المستشفى، حيث أن كل ما في الأمر هو انتفاع المريض من الخدمات الصحية التي يقدمها هذا المستشفى المسير كمرفق عام، فالعلاقة هي علاقة قانونية وفقاً للقوانين واللوائح المنظمة لعلاقة المرفق العام بالمستفيدين منه⁽³⁾.

كما أن العلاقة بين الطبيب والمستشفى العام لا ينشأ عنها اشتراط لمصلحة المريض كون أن العلاقة قانونية كما سبق بيانه، ومنه فإن الطبيب لا يسأل في مواجهة المريض عقدياً بل تقصيرياً. وبما أن الطبيب في هذا الصدد تابع للمستشفى لما له عليه من رقابة وتوجيه خاصة من الناحية الإدارية، ومنه فإن المستشفى مسؤول عن أخطاء الطبيب وكذا مساعديه مسؤولية تقصيرية عن فعل الغير أي مسؤولية التابع عن أعمال المتبوع، كما يكون الطبيب مسؤولاً عن أخطائه الشخصية مسؤولية شخصية في مواجهة المريض، ومنه فإن للمضروب

(1) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص 500.

(2) حمود محمد عبد الله، المسؤولية الطبية للمرافق الصحية العامة، مجلة الحقوق، المجلد 30، العدد 1، جامعة الكويت، 2006، ص 142.

(3) Jean penneau, op, cit, p50, 60.

الخيار في حالة وقوع خطأ من الطبيب بين مقاضاة المستشفى أو مقاضاة الطبيب، أوهما معا على أساس المسؤولية التضامنية⁽¹⁾.

وبعد هذه المقدمة يمكن القول أن الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام وهو يتولى العناية بأحد المرضى، فإن التزاماته اتجاه المريض لا تختلف عن التزامات الطبيب الممارس الحر للمهنة، فالالتزامات كل منهما تفرضها واجبات المهنة وأصولها.

غير أن نطاق هذه الالتزامات يتوزع بالنسبة للطبيب الذي يعمل في مستشفى عام بينه وبين المستشفى، فالطبيب تقتصر التزاماته على ما هو متعلق بالعمل الطبي وواجباته الإنسانية اتجاه المريض، أما توفير مستلزمات العمل الطبي وأعمال الرعاية الأخرى فتقع على عاتق المستشفى⁽²⁾.

وأن أي تخلف عن أداء الخدمة يعد خرقاً للالتزامات المترتبة على خدمة المستشفى بشكل عام مما يلقي المسؤولية على عاتق المستشفى اتجاه المستفيد من خدمة المرفق⁽³⁾.

وكخلاصة نشير إلى أن من واجبات ومهام الممارس الطبي سواء في الحالات العادية أو في حالة الطوارئ الطبية، وسواء كانت في مستشفى عام أو مستشفى خاص يجب على الطبيب تقديم فوري للرعاية الطبية الطارئة وحماية الحياة وأن يعطى كل العناية الواجبة ولا يمكن في حال من الأحوال أن يرفض هذه الرعاية الطارئة لحياة الإنسان بحجة الممارسة الخاصة، وأن تكون الجهود المبذولة لإنقاذ الشخص والحفاظ على الحياة ذات أولوية قصوى ليس فقط بالنسبة للطبيب ولكن أيضاً على عون الأمن القيام بالترتيبات اللازمة لحصول المريض على نقل إلى مستشفى آخر في سيارة اسعاف وأن يتأكد أولاً من أن المستشفى المتلقي لديه سرير، وأن يكون المريض مصحوباً بالرنين المغناطيسي أثناء التنقل وأن لا يترك المريض بدون مراقبة في حالة عدم وجود السرير، ويقوم الطبيب المعالج بتوثيق جميع تفاصيل حالة المريض، والعلاج المعطى وما إلى ذلك ويكتب اسمه بشكل واضح ووضع توقيعه الكامل مع

(1) أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 345 وما بعدها.

(2) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 119.

(3) Abd Alhakim, Ballouq, Les Fondements De La Responsabilite Administrative Medicale: Services Public De Santé, Dispensaire, Centre Hospitalier, Journal Forum juridique, Numéro 9, 2015, P 19.

التاريخ والوقت، هذا الالتزام المهني بحماية الحياة يمتد إلى كل طبيب، سواء في مستشفى حكومي أو غير ذلك ويعتبر التزام كامل ومطلق⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الخطأ وسط الفريق الطبي.

مع التطور المتزايد للعلوم الطبية، فإن فنون الطب أصبحت تسير بمعدل سرعة شديدة نحو التقدم من حيث وسائل العلاج، والأجهزة والأشخاص القائمين بالعمل الطبي، فاستعانة الطبيب الرئيسي بمجموعة من الأطباء المساعدين له كل في مجال تخصصه يثير صعوبة في تحديد الخطأ في نطاق العمل الجماعي الذي يقوم على وحدة الهدف والمصلحة المشتركة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن صعوبة نسبة الخطأ إلى فرد من هؤلاء الجماعة هو الذي يدفع بالقفز على الحلول التقليدية في هذا المجال⁽²⁾.

ومن خلال هذا المطلب نتطرق إلى مسؤولية الطبيب الجراح وحده في (الفرع الأول) والمسؤولية المشتركة لأعضاء الفريق الطبي في (الفرع الثاني) وأخيرا إلى استقلال الأخطاء وسط الفريق الطبي في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مسؤولية الطبيب الجراح وحده.

قد يثور الإشكال فيما يخص حدود اختصاص كل من الطبيب الجراح ونظيره طبيب التخدير، ففي هذا المجال توصلت شركات التأمين في مجال الخطأ الطبي في فرنسا عمليا إلى اتفاق بين كل من الطبيب الجراح ونظيره المخدر مضمونه أن يتحمل هذا الأخير مسؤولياته الإعداد والتهيئة بالنسبة إلى الأعمال غير الفنية كالفحوصات الخاصة بالقلب والجهاز التنفسي وكذا تحاليل الدم، البول والسكر ومدى التئام الجرح، بينما يتحمل نظيره الجراح مسؤولية الإعداد والتهيئة بالنسبة إلى الأعمال الفنية الخاصة بمباشرة الفعل الجراحي، وهذا المعيار في التفرقة أصبح شبه مجمع عليه بين أطباء الجراحة والتخدير⁽³⁾.

1 Dasari Harish , Krishnadutt Chavali, Duties and responsibilities of the medical practitioner, revisited, JOURNAL OF PUNJAB ACADEMY OF FORENSIC MEDICINE & TOXICOLOGY, Institute of Medical Sciences, India , December 2012, P 117.

(2) رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص192.

(3) حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص154.

ويعتبر الطبيب الجراح مسؤولاً عن ما أصاب مريضه من ضرر، كلما تجاهل أصول الفن الطبي، حيث يقع عليه حمل ثقيل من واجبات والتزامات، ويسأل الجراح إذا ترك شيء في بطن المريض كقطعة قماش، وفي ما يخص الجروح فعلى كل طبيب أن ينتبه إلى احتمال تلوث الجرح الذي قد يكلف المريض حياته، فقد يرتكب الطبيب الجراح خطأ جسيماً إذ لم يتم بحقن المضاد بالمصل الواقي من التلوث ما لم يثبت أنه ليس في طبيعته الأصلية، وفي حالة الكسور والخلع لا يسأل الطبيب إلا إذا أخطأ خطأ فادحاً في التشخيص أو الإهمال في العلاج⁽¹⁾.

الفرع الثاني: المسؤولية المشتركة لأعضاء الفريق الطبي.

يعتبر الفريق الطبي مجموعة من العاملين في السلك الطبي يشتغلون في إطار جماعي لتحقيق الهدف وهو إنجاز العملية الجراحية التي يشرف عليها جميع الأعضاء تحت إمرة وتوجيه طبيب أخصائي الجراحة، ويعتبر هو المسؤول عن حسن سير العلاج الجراحي وعن بذل العناية الفائقة في أدائه⁽²⁾.

فلقد اتجه القضاء الفرنسي في مسألة الفريق الطبي الجراحي إلى اتجاهين:

اتجاه مسؤولية كل من الطبيب الجراح ونظيره أخصائي التخدير معتمداً على كليهما مستقلاً عن الآخر، ونجد أكثر تطبيقاً لذلك في القضاء الجزائري هذا من جهة، واتجاه رأي آخر إلى اعتبار كل منهما مكملًا للآخر ومسؤوليتهما تضامنية على أساس أن الفريق الطبي الجراحي ينوب عنه الطبيب الجراح في التعاقد مع مريضه أصالة عن نفسه ووكالة عن باقي الفريق الذين يلتزمون جميعهم بسلامة المريض⁽³⁾.

وإذ كان الفصل للاختصاصات داخل أعضاء الفريق الطبي يكون له مساوئه، إذ يتجه كل أخصائي إلى الاهتمام المطلق بالأفعال التي تنتمي إلى دائرة اختصاصه، ويقوم بحصر مسؤوليته ويهتم بها هذا الذي يساعد على شيوع روح عدم المسؤولية وسط الفريق الجراحي ومن

(1) شريف الطباخ، مرجع سابق، ص 53.

(2) حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 151.

(3) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 68.

ثم تتعرض سلامة المريض للخطر، لذا وجب التعاون بين الفريق الطبي في جميع مراحل العمل الجراحي⁽¹⁾.

وتقوم هذه الفكرة على أساس عدم الفصل بين الاختصاصات بالنسبة للأعمال التي يباشرها أعضاء الفريق الطبي، إذ ينبغي النظر إلى عمل الفريق من زاوية واحدة التي تصب فيها جهود الفريق الطبي لمصلحة المريض، ففي كل عمل طبي توجد منطقة اختصاص مشتركة يمكن لكل عضو في الفريق الطبي أن يؤدي دوره من خلالها، ولا يمكن القول بقصر المسؤولية على عضو دون الآخر، ومن ذلك عملية نقل الدم وتغيير وضع المريض ومراقبته فإذا كانت هذه الأعمال تتعلق على وجه الخصوص بأخصائي التخدير، إلا أن الجراح لا يمكن إغفال دوره في هذا الشأن⁽²⁾.

ومن تطبيقات المسؤولية المشتركة لأعضاء الفريق الطبي ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 22 جويلية 1972م من قيام المسؤولية التضامنية بين الطبيب الجراح وطبيب التخدير، حيث ذهبت في حكمها إلى أن الطبيب الجراح يعتبر رئيس الفريق الطبي وبعيدا عن مسؤوليته عن أعماله الشخصية، فإنه يمكن أن يكون مسؤولا بالتضامن مع أخصائي التخدير إذا ما ارتكب هذا الأخير أخطاء جسيمة وكان من الممكن تفاديها لاسيما وأن الجراح لا يمكن أن يجهل أن فصيلة الدم لم تحدد بعد ولم تحضر حتى قوارير الدم، وكذا كون الجراح يعلم أن أخصائي التخدير لم يفحص المريض لأول مرة إلى يوم إجراء العملية في قاعة العمليات، فمثل هذه الأخطاء لم يكن بوسع المحكمة إعفاء الجراح منها كما قضت محكمة أول درجة⁽³⁾.

(1) محمد عبد القادر العبيدي، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1992، ص 53.

(2) محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، مرجع سابق، ص 91.

(3) حكم لمحكمة النقض الفرنسية في 22 جويلية 1972 وتتلخص وقائع هذه القضية في أنه أجريت عملية جراحية لمريضة بمستشفى خاص في الريف، وبعد شهر أجريت لها عملية أخرى، رغم حالتها التي آلت للأسوأ، وقبل إجراء العملية أجري لها فحص حول القلب والبول، ولكن دون تعيين فصيلة الدم التي تنتمي إليها ولم ينتبه أحد لوجود قوارير الدم اللازمة في الحالة التي تكون فيها العملية ناجمة عن نزيف، وأجريت العملية في أحسن الظروف وبعد خروج الجراح من غرفة العمليات، قام طبيب التخدير بمساعدة الممرضة دون حذر بنقل المريضة إلى غرفتها، ونتج عن عملية النقل أن أصيبت المريضة بالغيبوبة ورغم محاولة إنقاذها لكن توفيت أثناء ذلك، وكانت محكمة (مونبيليه) قد قررت بمسؤولية أخصائي التخدير وحده دون الطبيب الجراح فجاء حكم محكمة النقض لينقض هذا الحكم أنظر في ذلك: أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 354، محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، مرجع سابق، ص 99.

الفرع الثالث: استقلال الأخطاء وسط الفريق الطبي.

وتقوم هذه الفكرة على أساس أن العمل الطبي يتجه نحو التخصص وهذا ما تطلب إلى دعوة فصل الاختصاصات وتوزيع المهام بين أعضاء الفريق الطبي، بحيث يسأل كل عضو في دائرة اختصاصه، وقد اعترف القضاء الفرنسي بذلك منذ وقت مبكر، إلا أن أحكامه لم تستقر على هذا المبدأ، ومبدأ استقلال الأخطاء وسط الفريق الطبي هو المبدأ الذي اعتنقه كل من القضاء المصري واليمني، حيث أن الطبيب الجراح لا يسأل عن الأخطاء بسبب التخدير طبقاً لما قضت به محكمة النقض المصرية⁽¹⁾.

وإجمالاً يمكن القول بأنه يترتب على فصل الاختصاصات داخل الفريق الطبي أن تنتضح الروابط وتتمايز المسؤوليات داخل الفريق، فالمريض يمكن أن يرتبط بأكثر من عقد بالنسبة للعمل الطبي الذي يخضع له، فيمكنه إبرام عقد مع كل من الطبيبين الجراح والتخدير وفي هذه الحالة يسأل كل واحد منهما حسب ما يقع منه من خطأ في حدود اختصاصه⁽²⁾.

وفي الأخير يمكن القول بأن مسألة استقلال الأخطاء وتمايز المسؤوليات داخل الفريق الطبي، وإن كانت أمراً مستحياً كما سبق بيانه إلا أن خطأ الفريق الطبي يبدو ملحا وضروري عند استحالة نسبة الخطأ إلى أحد أعضاء الفريق، فيبدو الخطأ هنا وكأنه جماعي.

بعد أن فرغنا من البحث في موضوع ركن الخطأ الطبي بشيء من التفصيل من حيث مفهومه وأنواعه والتطرق إلى صورته وتقسيماته، ونطاقه العام، تبين أن الخطأ في المجال الطبي لا يمكن حصره وهذا لتعدد الأعمال الطبية سواء السريرية أو العلاجية، وقد يرجع هذا كذلك لكثرة المراحل التي يمر بها المريض من أجل الشفاء أو تخفيف الآلام، ولعل أننا أدرجنا في هذا الفصل كثير من العبارات المتشابهة التي تظهر لأول وهلة أنها تعبر عن نفس المضمون مثل "صور الخطأ" وأنواع الخطأ" وتقسيمات الخطأ" ولكن في حقيقة الأمر كل منها يدل على خطأ

(1) حكم لمحكمة النقض المصرية جاء فيه "بأنه إذا كانت الوفاة ناشئة عن خطأ في عملية التخدير التي يباشرها أحد الأطباء ولم يساهم فيها الطبيب الجراح، ولم يقع منه خطأ في الجراحة التي أجراها، فإنه لا يمكن إسناد أي خطأ تقصيري في حقه كونه طبيباً بمستشفى ليس بإمكانه واستطاعته أن يمنع طبيباً التخدير المعين من طرف إدارة المستشفى" حكم مشار إليه في مؤلف أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 357.

(2) محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة في القضاء المصري والفرنسي، دار النهضة، 1993، ص 130.

معين يختلف عن غيره من الأخطاء، وإن كانت أغلب المراجع المتخصصة في الخطأ الطبي لم تعطي أساساً لتقسيم الخطأ الطبي، فتارة مضمون مصطلح التقسيم في مرجع يكون هو الأنواع في مرجع آخر وأحياناً يكون مصطلح الصور يدل على الأنواع إلا أننا عالجنا هذا الأمر وفق منهجية للتفرقة بين هذه المصطلحات المتشابهة فأدرجنا تقسيم الخطأ الطبي من حيث كونه عادي أو فني وعالجنا مصطلح صور الأخطاء لتبيان حالات الخطأ حسب الوقائع.

ثم تعرضنا لدرجات الخطأ الطبي لنوضح درجة الجسامة، وتوصلنا إلى أن خطأ الطبيب لا يمكن أن يخرج عن إحدى هذين الصنفين، عادي وفني وتبين لنا أن الخطأ الطبي يختلف باختلاف مراحل العلاج فقد يكون في مرحلة التشخيص، أو أثناء الجراحة أو بعدها وما إلى ذلك، وتعرضنا لصفة القائم بالخطأ على اعتبار أن العمل الطبي حالياً يمارس في إطار الفريق الطبي المتكون من الجراحين وأخصائي التخدير والمساعدين، ثم كان لازماً أن نبين النطاق العام لخطأ الطبيب من حيث كونه يقع في مستشفى عام أو خاص، وخلصنا إلى المعيار المناسب لتقدير خطأ الطبيب وتبين بأن المعيار الموضوعي يعتبر أنسب معيار لتحديد خطأ الطبيب في إطار المسؤولية المدنية كونه أكثر ملائمة وعدالة في تحديد الخطأ الطبي، ونظراً لأن الخطأ وحده غير كافي لقيام المسؤولية المدنية الطبية، كان لابد من معالجة الركنتين الملازمين للخطأ الطبي، وهما الضرر الناتج عن الخطأ والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر والتطرق لمفهوم الضرر بمفهومه الحديث في صورة فكرة فوات الفرصة في المجال الطب هذا ما سنتناوله في الفصل الثاني:

الفصل الثاني: الضرر والعلاقة السببية في المجال الطبي

الضرر هو الركن الثاني في المسؤولية المدنية، فليس يكفي لتحقيق المسؤولية أن يقع خطأ بل يجب أن يحدث الخطأ ضرراً بالشخص، ولا تقوم المسؤولية المدنية للطبيب بتحقق خطأ طبي وضرر فحسب، بل لابد من قيام علاقة سببية ما بين الخطأ والضرر ومعناه أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الطبي الذي ارتكبه الطبيب والضرر الذي أصاب المضرور، ولما كان الضرر يعتبر إتلاف أو فساد سواءً جزئياً أو كلياً يتعلق بمال أو جسد أو حيواناً، كان لابد أن ينقسم إلى قسمين ضرر مادي وضرر معنوي⁽¹⁾.

ومن المعلوم أن السبب لا يمكن له إلا أن يرتبط بالمسبب، ولهذا كانت العلاقة السببية ركن مهم في دراسة المسؤولية بوجه عام والمسؤولية الطبية على الخصوص إذ لابد من أجل تكييف الخطأ على أنه هو السبب المباشر لحدوث الضرر البحث في العلاقة السببية بينهما وغياب السببية يجعل من الخطأ عنصر غريب عن الضرر وبذلك تنتفي مسؤولية القائم بالخطأ.

لهذا سنتناول ركن الضرر كركن في المسؤولية المدنية الطبية إذ أنه لا مسؤولية من دون ضرر، غير أنه لا يسأل مرتكب الخطأ عن الضرر الطبي إلا بتوافر عدد من الشروط، إذ بتوافرها يمكن مساءلته والتعويض عنه بشتى الطرق بحسب الظروف، إما نقدياً بمقابل مالي-، وإما عينياً بإرجاع الحالة إلى كانت عليه في السابق، وذلك برفع دعوى تعويض من قبل المضرور أمام مختلف الجهات القضائية المختصة سواء القضاء المدني، الجزائي أو الإداري . وبالمقابل، خول القانون للقاضي استعمال سلطاته في تقديره لقيمة التعويض، سواء من حيث الوقائع أو الأشخاص، أو أدلة الإثبات في حدود ما يقتضي به القانون مستندا في ذلك إلى عدة معايير، منها خاصة الظروف الملايسة، حسن النية أو سوءها، الكسب الفائت، الخسارة اللاحقة، المصاريف والمبالغ المنفقة وقت النطق بالحكم⁽²⁾ وهذا في (المبحث الأول) على أن نعالج العلاقة السببية كركن ثالث من أركان المسؤولية الطبية وتعني وجوب وجود علاقة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه الشخص المسؤول وبين الضرر الذي وقع بالشخص وقد عبر المشرع

(1) خالد محمد شعبان، مرجع سابق، ص566.

(2) مختارية عمارة، الضرر الطبي الموجب للتعويض وآثاره القانونية، مجلة القانون، العدد 08، المركز الجامعي أحمد زبانة بغيليزان، الجزائر، جوان 2017، ص393.

الجزائري عن ركن السببية في المادة 124 ق م ج في عبارة "ويسبب ضرراً" لذا حتى يستحق المتضرر التعويض يجب أن يثبت وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر وعلى المسؤول إذا ما أراد أن ينفي علاقة السببية أن يثبت السبب الأجنبي أي السبب الذي لا يد له فيه، ولتحديد السببية نجد أنفسنا أمام أمر بالغ التعقيد وهذا ما سيكون معنا في (المبحث الثاني) ثم نتطرق إلى فكرة فوات الفرصة في المجال الطبي باعتبارها ضرراً يمكن التعويض عنه، ومن أهم الدعائم التي تقوم عليها نظرية فوات الفرصة في جميع حالاتها هو علم الاحتمالات، وبالتالي يمكننا القول أن نظرية فوات الفرصة هي نتاج الدمج بين العلم القانوني وعلم الاحتمالات ليكون لدينا نظرية فريدة من نوعها لا مثيل لها وهذا ما سنعالجه في (المبحث الثالث) ونبين تقدير الاتجاه القضائي الخاص بفكرة فوات الفرصة في العمل الطبي فالتعويض عن فوات الفرصة لا بد وأن يقتنع القاضي بأنه ثمة فرصة قد ثبت فواتها وتستحق التعويض عنها، وذلك بأن تتوافر فيها جميع الشروط الموجبة للتعويض عنها، للقول بوجود ضرر فوات الفرصة لا بد على القاضي أن يقتنع بأن الفرصة الضائعة كانت جدية وحقيقية لهذا سنتطرق لهذا بشيء من التفصيل في (المبحث الرابع).

المبحث الأول: مفهوم الضرر الطبي

لا يكفي لقيام المسؤولية الطبية أن يقع خطأ، وإنما يلزم أن يلحق بالطرف الآخر ضرراً يتمثل في الإخلال بمصلحة مشروعة لذلك الطرف أو مس بمصالح المريض المقررة له والمحمية قانوناً، وإذا كان الضرر يعد الركن الثاني للمسؤولية المدنية⁽¹⁾، وهو واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات، ولا رقابة للمحكمة العليا على ذلك⁽²⁾ فهو عنصر وجوبي في المسؤولية الطبية حتى يمكن للمضرور المطالبة بالتعويض، وبهذا يتميز هذه الأخيرة عن المسؤولية الجنائية والمسؤولية الأخلاقية، فالمسؤولية الجزائية قد تتحقق دون وقوع الضرر⁽³⁾.

(1) يرى جانب من الفقه أن الضرر هو الركن الأول للمسؤولية المدنية، بل هو الذي تقوم المسؤولية من أجل تعويضه ولا قيام له بدونه، ولذلك يجب البدء بإثباته قبل إثبات ركن الخطأ والسببية وهكذا يبدو الضرر على درجة من الأهمية لإقامة المسؤولية على أساس الخطر والضمان، وهذا خلاف أنصار إقامة المسؤولية على أساس توافر ركن الخطأ... مشار إليه في مؤلف، ريس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، هامش رقم 1، ص 268.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 854.

(3) مثل الشروع في القيام بجناية فالقانون يعاقب عليه ولم يرتب عليه ضرر ما.

يصيب الأشخاص، والمسؤولية الأخلاقية كذلك قد تقوم بمجرد النوايا السيئة ولو لم تبرز نتائجها إلى الوجود⁽¹⁾، في حين أن المسؤولية الطبية تقتضي توافر هذا العنصر وحدوثه لتحقيق وتقوم المسؤولية، فما هو الضرر الطبي؟ (المطلب الأول) وما هي أنواعه؟ في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف الضرر الطبي

الضرر في المسؤولية العقدية: هو الأذى أو المفسدة الناشئة عن عدم تنفيذ التزام عقدي سواء كان التزاما بتحقيق نتيجة أو بذل عناية⁽²⁾.

وفي المسؤولية التقصيرية: هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو مصلحة مشروعة⁽³⁾.

وقيل هو إخلال بحق، أو مصلحة مالية للمضروب، فكل شخص الحق في سلامة حياته وسلامة جسمه، فكل ما من شأنه الإخلال بقدرة الشخص على الكسب، أو أن يكبده نفقة علاج فهو مساس بالحق، وكذلك التعدي على الملك إخلال بحق مالي كان أو عينياً أو شخصياً فهو ضرر مادي⁽⁴⁾.

وقيل أيضاً هو النقص في النفس أو الطرف أو العرض أو المال.

نستنتج من هذا أن الضرر بوجه عام هو نقص يلحق بالشخص في المال أو الجسد أو الشرف والسمعة، وبذلك يتنوع الضرر إلى ضرر مادي وآخر أدبي (معنوي)⁽⁵⁾.

ويقصد بالضرر في إطار المسؤولية الطبية هو ذلك الأثر الحاصل جراء خطأ الطبيب أو إهماله بالقيام بواجب الحيطة أثناء ممارسة العمل الطبي، فيصاب المريض بضرر يمس سلامته الجسدية أو ينقص من ذمته المالية، وهنا نكون أمام ضرر مادي، وقد يمتد الضرر

(1) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص162.

(2) محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في أحكام المسؤولية التقصيرية في القانون، الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة 1990، ص154 وما يليها.

(3) عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، طبعة 1، مصر 1998، ص487.

(4) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص556.

(5) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، الطبعة التاسعة، بيروت، 2013، ص33، انظر كذلك: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ص552؛ انظر عياشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مرجع سابق، ص10.

ليمس الشعور والعواطف لدى المريض المضروب فيسمى بالضرر المعنوي، ويترتب القول هنا بأن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، إذ أنه يحدث الضرر فعلاً للمريض، وعلى الرغم من ذلك لا تثور مسؤولية الطبيب إذا لم يثبت في جانبه أي تقصير أو إهمال، كما يعتبر الضرر الحادث في الحالات التي يلتزم الطبيب فيها بتحقيق نتيجة كما هو الحال في استعمال الأجهزة والأدوات الطبية، وحالات نقل الدم، والتحليل الطبية والتحصين وإعطاء الدواء، وتركيب الأسنان مجرد قرينة بسيطة على وقوع خطأ من طرف الطبيب⁽¹⁾.

وتتجلى أهمية الضرر في المجال الطبي كونه ركن لا غنى عنه لقيام مسؤولية الطبيب، وبالتالي إمكانية مطالبته بالتعويض، وهذا يعني أن فعل أو خطأ الطبيب هو السبب المقرر لقيام المسؤولية المدنية والضرر بمثابة العلة المؤثرة في إيجابية الضمان (التعويض) في المسؤولية المدنية فمتى انتفى الضرر انتفى معها الحكم بالضمان على الطبيب⁽²⁾.

المطلب الثاني: أنواع الضرر الطبي

لا يكفي مجرد وقوع الخطأ لإمكانية مسألة الطبيب، ولا يكون هناك محل لتعويض المريض ما لم يثبت أن هذا الخطأ قد أصابه به الضرر، وهذا الأخير يتفرع إلى عدة أنواع مع توافر شروط معينة حتى يكون المضروب مستحقاً للتعويض، والضرر الطبي الذي يلحق بالمريض كما ذكرنا آنفاً قد يكون مادياً وقد يكون معنوياً، وقد يظهر بمظهر فوات الفرصة أحياناً.

الفرع الأول: الضرر المادي

يعرف الضرر المادي بأنه الضرر الذي يمس الشخص في جسمه أو ماله، فيتمثل في الخسارة المالية التي تنترب على المساس بحق أو مصلحة سواء كان هذا الحق مالياً أو غير ذلك⁽³⁾.

(1) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص 527.

(2) بن صغير مراد، مرجع سابق، ص 224.

(3) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ج 2، الطبعة الرابعة، بن عكنون-الجزائر، 2007، ص 145.

يتضح من خلال هذا التعريف أن الضرر المادي له صورتان فقد يصيب الإنسان في سلامته الجسدية وحياته ونكون أمام ما يعرف بالضرر الجسدي، والصورة الثانية عندما يمس الضرر حقوق أو مصالح مالية شخصية مما يؤثر في الذمة المالية⁽¹⁾.

فالضرر الجسدي في نطاق المسؤولية الطبية قد يفضي إلى وفاة المريض نتيجة مثلاً للخطأ في التشخيص، أو تأخر طبيب التخدير المشرف على حالة المريض وهو تحت التخدير أثناء التدخل الجراحي بعدم الإسراع والسعي إلى إفاقته وحصول موت خلايا المخ وبالتالي موت الدماغ، وقد يكون الضرر الجسدي غير مميت، وهو الضرر الذي يؤدي إلى تعطيل كلي أو جزئي في بعض وظائف الجسم أو بمعنى أدق الضرر الذي يفضي إلى حدوث عاهة مستديمة لدى المريض نتيجة الخطأ الطبي المقترف من طرف الطبيب، مثل إتلاف العين أو رحم المرأة بخطأ في المعالجة⁽²⁾.

فالضرر المادي هو الذي يلحق المتضرر في حق من حقوقه المحمية قانوناً، سواء كان ذلك على جسمه أو على ماله أو على مصلحة مشروعة، وحتى يقوم الضرر المادي لا بد أن يكون محقق الوقوع آنياً أو مستقبلاً أي أن لا يكون افتراضياً ولا احتمالياً، وأن يكون شخصياً ومباشراً وماساً بحق ثابت يحميه القانون⁽³⁾.

البند الأول: الضرر الحال والضرر المستقبلي

ويتعين أن يكون الضرر الطبي محققاً إذا كان حالاً أي وقع فعلاً، فلا يكون افتراضياً أو احتمالياً⁽⁴⁾، ومثال الضرر الذي وقع فعلاً وهو الضرر الحال أن يموت المضرور أو يصاب بتلف في جسمه أو في مصلحة مالية له، ومثال الضرر الذي سيقع حتماً وهو الضرر المستقبلي، هو أن يصاب عامل، فيعجز عن العمل فيعوض ليس فقط عن الضرر الذي وقع

(1) عياشي كريمة، مرجع سابق، ص12.

(2) منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجناائية في الأخطاء الطبية، مرجع سابق، ص59.

(3) حروزي عزالدين، مرجع سابق، ص18.

(4) Corinne Renault- brahinsky, lessentiel du droit des obligations, 3ème édition, Gualion, eja, Paris, 2006, p84.

فعلاً من جراء عجزه عن العمل في الحال، بل وعن الضرر الذي سيقع حتماً من جراء عجزه عن العمل في المستقبل⁽¹⁾.

ويعتبر كذلك الضرر مستقبلي أي إذا قام سببه وتراخت آثاره كلها أو بعضها في المستقبل، فمثل عمليات التجميل التي تستوجب انتظار فترة من الزمن كي نعرف مدى نجاح العملية من دونها، ويعتبر كذلك من قبل الأضرار المستقبلية الحروق الناجمة عن تعريض جسم المريض للأشعة التي تبدو لأول وهلة هينة ثم يظهر أنها أحدثت ضرراً جسيماً في المستقبل وهو سيقع حتماً وبصفة شبه مؤكدة مما يقضي بتعويضه ولو بصفة مؤقتة⁽²⁾.

وقد نصت المادة 182 ق.م ج أن القاضي عند تقديره للتعويض يجب أن يراعي ما فات الدائن من كسب وما لحقه من خسارة، فالمريض المضرور جراء خطأ طبي قد يضطر إلى الانقطاع عن عمله وزيادة نفقات الأدوية، فقد يفوته كسب لأولاده وأسرته، حيث يجب تعويضه عن هذا الضرر.

البند الثاني: الضرر المباشر والضرر الاحتمالي

وسمي بالضرر الأصلي (المباشر) وقد عرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه "ما كان نتيجة طبيعة للخطأ الذي تم إحداثه، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، ويجمع هذا المعيار بين الدقة والمرونة"⁽³⁾.

وذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى ضرورة إلزام الطبيب بالتعويض إذا ترتب على نشاطه العلاجي ضرر مباشر للمريض، وذلك عندما تسقط إحدى الأدوات التي يستعملها الطبيب في رئة المريض، والعبرة في هذا الحال بثبوت الإهمال وتقصير الطبيب، حتى ولو ثبت أن الضرر قد حدث بعد انتهاء التدخل الجراحي، وعليه يعد الجراح مسؤولاً عندما يترك المريض مخدراً فتسقط رجلاه في حافظة الماء الساخن، فيؤدي هذا إلى حروق بالغة تصيب المريض وتؤدي⁽⁴⁾.

(1) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص 529.

(2) رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 272.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص 1033.

(4) رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 282 وما يليها.

إن هذه الصفة النسبية للمخاطر والمتمثلة في احتمال حصول الضرر وإن باتت تشكل جوهر العمل الطبي في مجمله، إذ تجد مجالاً خصباً لها في النشاط الطبي بصفة مطلقة، فلا يكاد يخلو منها العمل العلاجي في أي مرحلة من مراحل العلاج، فإنه ما من منتج أو تقنية طبية تستخدم في هذا الإطار، إلا وتتنذر باحتمال وقوع الضرر، على نحو يصدق معه القول بأنه ما من عمل طبي مجرد من الخطر وما من برئ من داء إلا في نطاق الاحتمال، حيث يحتمل الضرر رغم العناية الطبية التي تتفق ومقتضيات العمل الطبي القانوني والإنساني⁽¹⁾.

وأخذ القضاء الجزائري في حكم له، إذ قضت غرفة القانون الخاص بالمحكمة العليا في الملف رقم 24599 بتاريخ 1982/06/26⁽²⁾ بأن التعويض يخص الأضرار الحالية والمؤكدة فقط مما يعني أن القضاء مستقر على عدم التعويض على الضرر المحتمل، وبذلك يكون قد أصاب في قراره حين استقر على عدم تعويض الضرر المحتمل، لأن ذلك من شأنه أن يفتح المجال لكل شخص والمريض بشكل أساسي حين يحتمل أن يصاب بضرر ما في المستقبل من جراء التدخل الطبي بأن يلجأ للقضاء للمطالبة بالتعويض وهذا ما قد يؤثر في سمعة الطبيب ويدخله في توابع المسؤولية متى كان بصدد مباشرته لعمله الطبي⁽³⁾.

أما بالنسبة للضرر الاحتمالي فينبغي أن نشير هنا إلى التمييز بين الضرر المحتمل الذي لا يعطي لصاحبه الفرصة في التعويض، وبين فوات الفرصة "La perte de chance" على المتضرر التي تجيز له المطالبة بالتعويض علماً وأن القضاء في فرنسا في أول الأمر اتخذ موقفاً مانعاً لكل تعويض عن فوات الفرصة الضائعة، لكنه سرعان ما غير رأيه فأجاز بالتعويض⁽⁴⁾.

البند الثالث: التمييز بين الضرر الاحتمالي وفوات الفرصة

إن فوات الفرصة "Perte de Chance" عبارة تشير إلى ضرر خاص ناتج عن احتمالية تلقي بظلمها على العلاقة السببية بين الفعل الطبي والتعقيد الحاصل، فيشترط لتحقيق

(1) آمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2011، ص 105.

(2) مشار إليه في مؤلف رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، هامش رقم 2، ص 274.

(3) عياشي كريمة، مرجع سابق، ص 37.

(4) رابيس محمد المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 275 وما يليها.

فوات الفرصة وجود فرصة جدية وحقيقية للكسب أولاً بحيث يتحقق معها احتمال أو رجحان هذا الكسب ثم تضيع هذه الفرصة، أما الضرر الاحتمالي فهو ضرر قائم على وهم وافتراض لا أساس له، وبالتالي قد يقع وقد لا يقع، وقد استقر القضاء الفرنسي والمصري والعراقي على عدم جواز التعويض عنه، فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي على أن الخطأ في تشخيص العلاج والمرض الذي يؤدي إلى إصابة الشخص بعاهة مستديمة كان يمكن تفاديه لولا هذا الخطأ حين اعتبره من الأضرار الأكيدة طالما تعلق الأمر بفرصة جادة⁽¹⁾.

البند الرابع: الضرر المتوقع والضرر الغير متوقع

الضرر المتوقع هو الضرر الذي يضعه المتعاقدان في حساباتهما عند التعاقد، أما الضرر غير المتوقع، فهو الضرر الذي لم يتوقعه أحد من المتعاقدان، ومن ثم لم يدخل في حساباتهما عند التعاقد⁽²⁾ والمقرر في المسؤولية التعاقدية، أن المدين لا يسأل إلا عن الضرر المتوقع، أما الضرر غير المتوقع فلا يسأل عنه، بينما في المسؤولية التقصيرية أنه مادام تم الإخلال بالالتزام تترتب المسؤولية، وهذا الالتزام قانوني بمعنى القانون هو الذي أنشأه وحدد مداه ولم تتدخل إرادة الطرفين في ذلك، فيسأل المدين على كل ضرر سواء توقعه الطرفان أو لم يتوقعانه مادام ضرر مباشر ولم تتدخل إرادة الطرفين لتوقي التعويض عن الضرر غير المتوقع حسب الأحكام القضائية⁽³⁾.

الفرع الثاني: الضرر المعنوي

الضرر المعنوي (الأدبي) هو إلحاق مفسدة غير حسية بالآخرين، أو الضرر الذي يصيب الإنسان في عواطفه وأحاسيسه ومشاعره أو الضرر الذي يسبب للإنسان ألماً نفسياً

(1) زياد خالد يوسف المفرجي، مرجع سابق، ص 83.

(2) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص 534.

(3) قضت محكمة النقض المصرية بأن المدين في المسؤولية العقدية لا يلزم في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد وذلك عملاً بالمادة 1/221 من القانون المدني المصري واضرر المتوقع يقاس بمعيار موضوعي، لا بمعيار شخصي بمعنى هو ذلك الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيه المدين لا الضرر الذي يتوقعه المدين بالذات.

وجسدياً ويتمثل في الآلام النفسية التي يعاني منها المصاب والأضرار المتمثلة في الحرمان من متع الحياة والنواحي الجمالية في الإنسان أو ضرر تشويه الجمال⁽¹⁾.

ويذهب الفقه⁽²⁾ إلى اعتبار الجروح والتلف الذي يصيب الجسم والألم الذي ينجم عن ذلك وما قد يعقبه من تشويه في الوجه أو في الأعضاء أو في الجسم بوجه عام، كل هذا يكون ضرراً مادياً وأدبياً.

وتتجلى مظاهر الضرر الأدبي في المجال الطبي مثل إفشاء السر الطبي الذي يعد أساساً باعتبار المريض فيسبب له ضرراً في سمعته أو كيانه الاجتماعي أو حياته الخاصة باعتبار أن الالتزام بالسر المهني من الالتزامات القانونية والواجبات الأخلاقية التي يتقيد بها الطبيب وقد نص المشرع الجزائري على هذا الالتزام في عدة مواضع سواء في قانون حماية الصحة وترقيتها⁽³⁾ أو في مدونة أخلاقيات الطب⁽⁴⁾، ويتضح من خلال هذه النصوص أنه يقع على كل العاملين في المجال الطبي احترام السر المهني الطبي، والذي يشمل جميع المعلومات التي يحصلون عليه أثناء تأدية مهامهم وكل إفشاء لهذه المعلومات معاقب عليها جزائياً، ويحق لذوي المريض الذي تضرر من جراء إفشاء سر طبي اللجوء للقضاء والمطالبة بالتعويض جراء الضرر الحاصل.

وإذا كان الضرر الأدبي لا يمكن تقديره تقديراً مادياً دقيقاً بيد أن هذا لا يمنع من التعويض عنه تعويضاً مقارباً، حتى إن لم يكن شافياً، فإنه على الأقل يحقق بعض الترضية. كما أن المحكمة العليا في الجزائر نقضت وأبطلت حكم محكمة الجنايات الذي قضى لوالد الضحية بتعويضات مادية دون التعويضات المعنوية واعتبرت هذا النوع من القضاء قضاء ناقصاً⁽⁵⁾.

(1) أحمد حسن الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص132.

(2) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص729.

(3) القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985، المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، مشار إليه سابقاً.

(4) المرسوم التنفيذي رقم 92-76 المؤرخ في 06/07/1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، مشار إليه سابقاً.

(5) قرار مؤرخ في 08/07/1986، ملف رقم 42308، م.ق، س1990، عدد 1، ص254 مشار إليه في مؤلف رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص282.

البند الأول: تحديد الضرر المعنوي

إذا كان الضرر عموماً هو الذي يصيب الشخص من مجرد الاعتداء على حق ثابت له، فإنه في جميع الأحوال يجب أن يكون الضرر الأدبي كالضرر المادي ضرراً محققاً غير احتمالي، وموت المريض بسبب خطأ الطبيب أو المستشفى إذا كان يترتب عليه ضرر أدبي مستحق لأحد أقاربه فهذا الضرر لا يمكن اعتباره من قبيل الضرر الاحتمالي، ويختلف الضرر المعنوي بطبيعة الحال من شخص لآخر، فالشاب ليس كالمسن والفتاة غير الولد ويقدر القاضي التعويض على ضوء الآثار التي تتركها الإصابة أو العجز على حالة المريض منظور إلى ذلك من خلال عمله أو مهنته أو ظروفه الاجتماعية والجسمانية إلى غير ذلك⁽¹⁾.

البند الثاني: الضرر المرتد عن الضرر المعنوي

هو الضرر الذي يرتد عن الضرر الأصلي، ويكون تبعاً له فيصيب شخصاً من الغير من ذوي الضرر ومن ثم يولد له حقا شخصياً في التعويض مستقلاً عن حق من وقع عليه الفعل الضار أصلاً، ومتميزاً عنه⁽²⁾.

لا يقتصر أثر الضرر على الضرر بل من الممكن أن يمتد أثره إلى غيره ممن يرتبط معه بروابط معينة، وهو ما يسمى بالضرر المرتد، فيمكن تعريف الضرر المرتد بأنه ضرر يقع على غير المضرور الذي أصابه الفعل الضار، ويتبادر للذهن من الوهلة الأولى من هذا التعريف أن الضرر المرتد هو ضرر غير مباشر، لكن الحقيقة على عكس ذلك، فهو ضرر مباشر بالنسبة للمتضرر بالارتداد، وهذا ما سيتم توضيحه عند الحديث عن شروط الضرر المرتد⁽³⁾.

فإذا ما أصيب شخص نتيجة حدث أدى إلى وفاته، فمن يعولهم هذا الشخص يلحقهم ضرر يجب على فاعله أن يجبره بالتعويض، ولا يشترط أن يكون أحد الورثة؛ لكون هذا

(1) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص 546.

(2) نورالدين قطيش محمد السكارنه، الطبيعة القانونية للضرر المرتد، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن حزيران 2012، ص 22.

(3) إبراهيم صالح الصرايرة، التنظيم القانوني للتعويض عن الضرر المرتد وفقاً للقانون المدني الأردني، مجلة الأدب والعلوم الاجتماعية، بدون عدد، جامعة السلطان قابوس، عمان 2014، ص 302.

التعويض ليس مصدره الإرث، بل الفعل الضار الذي سبب الضرر المرتد، وللضرر المرتد شروط خاصة يجب أن تتوافر فيه حتى يمكن الاعتداد به إضافة للشروط العامة للضرر⁽¹⁾ وهي كالاتي

* أن يقع ضرر على المضرور الأصلي والمضرور بالارتداد.: حيث الضرر المرتد أساسه ضرر أصاب شخصا آخر وقع عليه الفعل الضار (المضرور الأصلي)، فإذا كان المضرور الأصلي لم يلحقه ضرر فلا مجال للقول بوجود ضرر مرتد فوجود الضرر المرتد مرتبط بوجود ضرر سابق عليه أصاب الضحية المباشرة، فهو إذا مع الضرر السابق عليه، فمثلا إذا وضع شخص قضيب حديد في الشارع، وأثناء سير أحد المارة تعثر بالقضيب ثم قام واستأنف مسيره، فهذا الشخص لم يصبه ضرر؛ فلا يستطيع هو أو من يعوله أن يطالب بتعويض عن ضرر لأن الضرر منعدم أصلا⁽²⁾.

* أن يكون هناك علاقة بين المضرور الأصلي والمضرور بالارتداد.: فالضرر المرتد مرتبط بوجود ضرر سابق على وجوده يصيب المضرور الأصلي فيرتد أو ينعكس على غيره، وحتى يمكننا القول بوجود الارتداد لا بد من وجود علاقة تربط المضرور الأصلي بالمضرور بالارتداد، ويشترط في هذه العلاقة أن تكون علاقة مشروعة يحميها القانون كالعلاقة الزوجية، وأن يتأثر المضرور بالارتداد سلبا جراء هذه العلاقة نتيجة الضرر الذي أصاب المضرور الأصلي، وجاء في أحد قرارات محكمة النقض المصرية أن الوالد ملتزم بحكم القانون بالإفناق على أولاده، ولا يعتبر ما ينفقه خسارة تستوجب التعويض عند فقدان ولده المجني عليه، أي أن المحكمة رأت أن مركز الأب لم يصب بسوء جراء خسارة ولده؛ لأن إنفاقه من قبيل القيام بواجب قانوني فلا يستطيع أستاذ المدرسة أو الجامعة أن يطالب بتعويض عن ضرر مرتد بسبب فقدان تلميذ كان يدرسه استناداً لعلاقة التعليم وحدها⁽³⁾.

(1) عبد الحكيم فودة، التعويض المدني المسؤولية المدنية التعاقدية والنقصية في ضوء الفقه وأحكام محكمة النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1990، ص17.

(2) عزيز كاظم، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة)، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 1، مصر، 1998، ص27.

(3) عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص564.

* أن تتوافر علاقة السببية بين الفعل الضار والضرر المرتد.: ففي حالة وجود ضرر مرتد، فإن الفعل الضار يرتب ضررين، الأول على المضرور بالارتداد، ويجب أن تتوافر علاقة السببية بين الفعل الضار وكلا الضررين، وهذا أمر طبيعي طالما أن كلا الضررين نجما عن فعل ضار واحد، هذا يعني أن الأضرار المرتدة غير المباشرة لا تعوض؛ لأن مثل هذه الأضرار تنقطع فيها علاقة السببية، مثالها إذا توفي زوج في حادث سير وقامت الزوجة بالانتحار حزنا عليه، فإن الأولاد يستطيعون أن يطالبوا بتعويض عن الأضرار المرتدة الناجمة عن وفاة الزوج، أما الأضرار الناجمة عن وفاة الزوجة أو انتحارها فلا يستطيعون المطالبة بتعويض عنها لكونها أضرار غير مباشرة، فعلاقة السببية منقطعة بين الفعل الضار وهو حادث السير وانتحار الزوجة، هناك من يرى أن الأضرار غير المباشرة هي الأضرار التي حدثت بإهمال المضرور وكان بإمكانه أن يتوقاه ببذل جهد معقول، وأياً كان المقصود بها فهي لا تعوض⁽¹⁾، من خلال الشروط الخاصة بالضرر المرتد يمكن استنتاج أهم خصائص الضرر المرتد:

1- أنه ضرر مباشر، فعلى الرغم مما قلناه في الشرط الأول إن الضرر المرتد مرتبط بضرر سابق عليه، ولكن ذلك لا يعني أنه ضرر غير مباشر، وإلا لما استوجب التعويض، فالضرر المرتد نتيجة مباشرة للفعل الضار، كما هو حال الضرر الأصلي.

2- أنه ضرر شخصي، ليس كل ضرر يقع يقتضي وجود ضرر مرتد، فعلى من يدعي وجود الضرر المرتد أن يثبتته ويترتب على كونه شخصياً أن المضرور بالارتداد يستطيع أن يرفع دعوى للمطالبة بتعويض عن الضرر الذي أصابه حتى لو تقاعس المضرور الأصلي عن رفع دعوى للمطالبة بتعويضه⁽²⁾.

وفي فرنسا بعد أن سلم الفقه والقضاء بإمكانية التعويض عن الضرر الأدبي كان هناك خلاف واضح حول تعويض الضرر الأدبي المرتد، فكانت المحاكم الفرنسية بدايةً ترفض مثل هذا التعويض ثم أقرته في فترة الثلاثينات، واشترطت وجود قرابة بين المضرور الأصلي والمضرور بالارتداد حتى يمكن المطالبة بالتعويض، ثم في فترة السبعينيات عادت عن موقفها

(1) سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية (أركان المسؤولية الضرر والخطأ والسببية)، جامعة الدول العربية معهد الدراسات العربية، ج1، القاهرة 1971، ص365.

(2) عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص169.

وأقرت بحق أي شخص بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي المرتد حتى لو لم تكن هناك علاقة قرابة⁽¹⁾.

استناداً لما تقدم نستطيع القول إن الضرر الأدبي، سواء كان أصلياً أم مرتداً قابل للتعويض.

البند الثالث: موقف المشرع الجزائري من التعويض عن الضرر المعنوي

لم يورد القانون الجزائري نصاً صريحاً ينص على جواز التعويض عن الضرر المعنوي كباقي أغلب الدول العربية فهل هذا السكوت منه يعد ضمناً أنه لا يأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي أم أن سكوته يؤول على أن للقاضي سلطة في اتخاذ ما يراه مناسباً حسب ما هو معروض أمامه من حالات؟ بقي الحال هكذا حتى تدخل المشرع بنص صريح في عام 2005 كما سيأتي بيانه:

أولاً: الاتجاه الأول القائل بعدم أخذ المشرع الجزائري بالتعويض عن الضرر المعنوي

حيث ذهب البعض إلى القول بأن القانون المدني الجزائري لم يأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي وحجتهم في ذلك:

أن المشرع الجزائري يأخذ بالرأي الغالب في الشريعة الإسلامية الذي يرى أنها ترفض التعويض عن الضرر المعنوي، حين انقسم جمهور العلماء بين قائل أن الضرر المعنوي لا يجد أساساً في الشريعة الإسلامية⁽²⁾ على اعتبار أن جبر مثل هذا الضرر عن طريق التعويض المالي، بأن يفرض القاضي على محدث الضرر مالياً يؤديه إلى المضرور شفاء لنفسه هو حكم مستحدث، ذلك أن الذي جرى عليه الفقه بهذا الخصوص هو العقوبة الحدية، غير أنه نجد قرار للمحكمة العليا نقضت "القرار المطعون فيه الذي تجاهل الضرر المعنوي" وحيث أن القضاة لم يراعوا في الدعوى الحالية سوى الجانب المادي فقط فإنهم لم يحيطوا بالدعوى من جميع جوانبها

(1) إبراهيم صالح الصرايرة، مرجع سابق، ص304.

(2) نص عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة ١٤٢١ هـ رقم : ١٠٩/١٢/٣) حيث جاء في الفقرة الخامسة منه: "الضرر الذي يجوز التعويض عنه -أي بالشرط الجزائي- يشمل الضرر المالي وما لحق المضرور من خسارة حقيقية وما فاتته من كسب مؤكد ولا يشمل الضرر الأدبي أو النفسي أو المعنوي".

وجاء بذلك قضائهم ناقصاً⁽¹⁾ مما يتعين معه القول أن القضاء الجزائري يأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي حسب الوقائع المعروضة عليه الثابتة لحصول الضرر المعنوي، ومن هنا فقد اختلف العلماء المعاصرون بهذا الشأن، فذهب بعضهم إلى أن قواعد الشرع لا تأبي تقرير التعويض المالي عن الضرر المعنوي واستدلوا على ذلك:

أن تعويض الضرر المعنوي بالمال غير ممكن، فليس له ضوابط أو معايير يرد إليها الضمان بالمال، ويختلف تأثيره من شخص لآخر، ولذا فإن تقديره يعد تحكماً، وعليه ف ضمان الضرر بالمال لا يكون إلا تحكماً والتحكم باطل.

كما أن المال لا يزيل هذا النوع من الضرر لأنه لا يعيد السلامة لممسوس الشرف أو مجروح المشاعر، لذلك فإن التعويض فيه ليس جبراً والتعويض إنما يقصد به الجبر. كما أن ضمان الضرر المعنوي بالمال ينافي الكرامة، إذ كيف يقبل الإنسان مالاً مقابل تحقيره فهذا مما تأباه المروءة⁽²⁾.

أن الشريعة الإسلامية وضعت الزاجر للمعتدين على أعراض الناس وسمعتهم بحد القذف والتعزير وعالجت المماثلة بتنفيذ العقد بالحبس، وبيع مال المماطل وغير ذلك من الوسائل المغنية عن الضمان المالي عن الضرر المعنوي فلا وجه له، إن التعزير الذي جاءت به الشريعة في كل معصية لا حد فيها كاف في جبر الأضرار المعنوية، إذ يحصل به الألم النفسي وفيه التكافؤ بين الضرر والجزاء وهو أولى من ضمان ذلك بالمال، ومن حججهم في هذا أنه لما كانت الشريعة تقر التعزير عن الضرر الأدبي وهي من قبل تقر التعزير بأخذ المال (أي بفرض غرامة مالية) فإنه يكون للحاكم أن يلجأ في أساليب التعزير إلى ما يراه اقمع للفساد وأبلغ في الإصلاح وفي زماننا يكون التعزير بأخذ المال في الأضرار المعنوية أمضى في العقاب وأحسن في تحقيق النتائج التأديبية ثم إن هناك من يرى في الأضرار الأدبية يجتمع حقان حق الله بالعقوبة الواقعة على الجسم، وحق العبد بفرض الغرامة المالية⁽³⁾.

(1) القرار رقم 42308 المؤرخ في 07/08/1986، م ق، 1990، 1، ص 254.

(2) عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، ضمان الأضرار المعنوية بالمال، الدورة الثانية والعشرون للمجمع الفقهي الإسلامي، المنعقد 2 و5 جمادى الآخر الموافق لـ 22.25 مارس 2015، الكويت، ص 15 وما يليها.

(3) أكثر تفصيلاً راجع: أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، درا ابن عفان للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، السعودية، 1418هـ/1997م، ص 1024.

وقد جاءت المادة 131 ق م.ج⁽¹⁾ المتعلقة بمدى التعويض والتي تحيل إلى المادة 181 ق م.ج هي التي تقدر التعويض بمعيار ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ليكون هذا الاقتصار على الضرر المادي فقط.

وذهب الدكتور بلحاج العربي إلى نفس الاتجاه بالقول إن عدم إتيان المشرع الجزائري بنص صريح يقضي بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، لهو قصور في التشريع ينبغي تداركه بجعل نص صريح يضاف إلى المادة 131 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾.

ثانياً: الاتجاه القائل باعتماد المشرع الجزائري عن الضرر المعنوي.

يرى هذا الاتجاه وعلى رأسهم الدكتور علي علي سليمان أن نص المادة 124 ق م.ج جاء عاماً إذ أنه لم يحدد نوع الضرر الذي يصيب الغير، مما يفيد أن المشرع يقبل بالتعويض عن الضرر المعنوي، ذلك أن من المقرر أن في تفسير النصوص أن النص العام لا يخصص بدون نص مخصص لاسيما إذا كان من شأن التخصيص أن يفلت من المسؤولية من يسبب للغير ضرراً أدبياً قد تكون عواقبه وخيمة أكثر من الضرر المادي.

ثم أردف قائلاً لو كان المشرع الجزائري يريد رفض التعويض، لكان متناقضاً مع نفسه حين أورد نص المادة 4/3 من قانون الإجراءات الجزائية⁽³⁾، كما منحت المادة 531 مكرر من نفس القانون للمحكوم عليه المستفيد من البراءة ولذوي حقوقه الحق في طلب التعويض عن الضرر المادي والمعنوي.

وهذا ما فعله المشرع الجزائري حين عالج القصور الذي كان يعتري القانون المدني بموجب القانون 05-10 السلف الذكر وفي مادته 182 والتي تنص على "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة" وبذلك يكون المشرع الجزائري

(1) المادة 131 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم تنص على: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف والملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

(2) قوادري مختار، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي، رسالة دكتوراه في الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، جامعة وهران، 2010/2009، ص184.

(3) الأمر 66-155 المؤرخ في 13 صفر 1386 هـ الموافق لـ 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالقانون 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 التي نصت على ما يلي: "تقبل دعوى المسؤولية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو أدبية....".

بموجب هذا التعديل قد سائر معظم التشريعات على غرار التشريع الفرنسي والمصري ووضع حد لكل تأويل من شأنه أن يشكك في مدى إمكانية التعويض عن الضرر المعنوي⁽¹⁾.

وذهب فريق آخر إلى التمييز بين ضرر أدبي يجوز التعويض عنه وضرر أدبي لا يجوز التعويض عنه، فرأى البعض أن التعويض يقتصر عن الضرر الأدبي الذي يترتب عن جريمة جنائية، ويرى الدكتور السنهوري أن مجرد الحكم بأي مبلغ ولو ضئيلاً بالإضافة إلى نشر الحكم كفيل بتعويض المصاب في شرفه واعتباره⁽²⁾.

ونرى أن المشرع الجزائري ترك الباب مفتوحاً أما القاضي حين نص على التعويض بغض النظر عن نوعية الضرر الحاصل معنوياً كان أم مادياً، وبذلك يكون قد سائر أغلب قوانين الدول الأخرى.

ومنه ما قضى به مجلس الدولة في قرار بتاريخ 19.04.1999 في قضية القطاع الصحي بأردان حين جاء في حيثياته " حيث ان المادة 124 من القانون المدني جاءت عامة وشاملة، والحق بالمطالبة بالتعويض عن جملة الأضرار ودون فصل بين ما يعتبر من الأضرار المادية ومن قبيل الأضرار المعنوية وعليه فإن قضاة المجلس أصابو في حكمهم في تقدير التعويض"⁽³⁾

وأخيراً بقي مسألة وهي هل ينتقل تعويض الضرر المعنوي للورثة؟

الأصل في حق التعويض عن الضرر المعنوي أنه غير قابل للانتقال إلى الغير بأي سبب، سواء بسبب الوفاة بالميراث أو الوصية أو حال الحياة بالحوالة لاتصاله به شخصياً وجاء في المادة 267 من القانون المدني الأردني: " لا ينتقل الضمان عن الضرر المعنوي إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم قضائي نهائي"⁽⁴⁾.

(1) عياشي كريمة، مرجع سابق، ص 31.

(2) مهند عزمي مسعود أبو مغلي، التعويض عن الضرر الأدبي (دراسة مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون، العدد 39، رجب 1430 هـ يوليو 2009م، ص 215.

(3) عبدالقادر خيضر، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 66.

(4) عبد العزيز أحمد السلامة، التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة العدل، بدون دار نشر، العدد 48 شوال 1431، ص 200.

المبحث الثاني: العلاقة السببية في المجال الطبي

إن الضرر الذي أصاب المريض بخطأ الطبيب لا يكفيان لقيام المسؤولية الطبية، بل لابد من توفر ركن ثالث لا يقل أهمية عن الركنين السابقين وهو وجود علاقة مباشرة ورابطة سببية بين خطأ الطبيب وما حصل للمريض وهو ما يسمى بالعلاقة أو الرابطة السببية بين الضرر الحاصل والخطأ الواقع، إذ أن عدم توافر ذلك ينفي المسؤولية على الطبيب⁽¹⁾، ونظرا لأهميتها وصعوبتها في هذا المجال لابد من الإشارة إلى مفهومها والتطرق إلى التأصيل الفقهي لها وأخيرا إجماع أهم الصعوبات التي تكتنفها في المجال الطبي، وذلك في من خلال التعريف بالعلاقة السببية في (المطلب الأول) ثم التطرق إلى العوامل التي تنفي السببية والنظريات الواردة في هذا المجال من خلال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف العلاقة السببية

الرابطة السببية هي أساس المسؤولية المدنية وجوهرها، ويراد بها السبب الرابط للضرر الطبي المترتب عن الخطأ المرتكب هو الذي أدى إلى الضرر⁽²⁾.

فلا مسؤولية عن ضرر لا تربطه بالخطأ علاقة السبب بالنتيجة، وهذه قاعدة عامة في المسؤولية المدنية أشار إليها القانون المدني الجزائري في المادتين 124 و182 منه، فالسببية في المادة 124 المعدلة من ق م ج يستفاد من قولها "يسبب" وهي تقابل المادة 1382 ق م ف والمادة 163 مدني مصري، كما تستفاد السببية من نص المادة 182 ق م ج في قولها "يشترط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام" وتقابلها المادة 1151 ق م ف و221 ق م م⁽³⁾.
وتعد الرابطة السببية أو الرابطة بين التعدي (الخطأ) والضرر عند فقهاء الإسلام الأساس الثالث للضمان (التعويض) وقد حدد الفقهاء هذه الصلة أو الرابطة بأن تكون على

(1) محمد أكرم، المسؤولية الجنائية للطبيب من خلال التجربة المغربية أعمال اليوم الدراسي المنظم من قبل المحكمة العليا الجزائرية يوم 12 أبريل 2010، تحت عنوان (المسؤولية الطبية على ضوء القانون والاجتهاد القضائي).

(2) أحمد حسن الحياوي، مرجع سابق، ص 136. أنظر كذلك فيما يخص رابطة السببية، محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1995، ص59.

(3) حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص168.

سبيل المباشرة أو السببية، فلا ضمان في غير ذلك، والمباشرة مفادها إيجاد علة التلف، والتسبب أن يتصل أثر فعل الإنسان بغيره فيتلف به⁽¹⁾.

ولا خلاف بين أحكام المسؤولية المدنية للطبيب والمسؤولية الجزائية في كون أن العلاقة السببية بين السلوك (الخطأ الطبي) والنتيجة مسألة موضوعية تخضع لتقدير محكمة الموضوع⁽²⁾.

فرابطة السببية ركن مستقل عن الخطأ، وفي الواقع إذا توفر ركن الخطأ والضرر فلا محالة من أن يكون هذا الضرر ناشئ عن الخطأ نفسه وهذا هو المقصود برابطة السببية⁽³⁾ التي يرتبط بها مفهوم التعويض واستقلاليتها تتجلى في إمكانية وجودها حتى في حالة انعدام الخطأ والعكس، فقد تتعدم السببية ويقوم الخطأ، كما يتجلى ذلك أكثر في حالة الخطأ المفترض بخلاف الخطأ الواجب الإثبات الذي تختفي وراءه السببية دون أن تظهر كركن مستقل بذاته⁽⁴⁾.

ومن الأمثلة القضائية في الكشف عن علاقة السببية إقرار مجلس الدولة الجزائي بوجود علاقة السببية بين العمل الجراحي الخاص بوضع ملوابة غير صالحة للاستعمال أدت إلى تعفن فخذ المريض وخضوعه لعدة عمليات زرع عظام⁽⁵⁾.

ويمكن الإشارة إلى أنه وإن كان المدعي هو المكلف بإقامة الدليل على الرابطة السببية، فإنه على قاضي الموضوع البحث عن قيامها عند الحكم بالتعويض، وفي هذا الصدد أقرت محكمة النقض المصرية بمراقبتها لقاضي الموضوع في تكييفه للوقائع بأنها تشكل رابطة السببية، ولكنها تترك له السبل التي تستخلص منها هذه الرابطة، وقد قضت بأن ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشئ ارتباط السبب بالمسبب هو من المسائل القانونية التي يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض⁽⁶⁾.

(1) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 26.

(2) العيفان مشاري خليفة، الخطأ الطبي الشخصي تصور نحو رسم ملامح الحدود الفاصلة بين المسؤولية الجزائية والمدنية، مجلة الحقوق، المجلد 39، العدد 1، جامعة الكوت، 2015، ص 68.

(3) زهدي يكن، مرجع سابق، ص 92 وما بعدها.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 992.

(5) أنظر عيساني رفيقة، مرجع سابق، ص 85. قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1979/01/29 في قضية بين ب ومستشفى مصطفى باشا، حملت المحكمة العليا بموجبه المستشفى المسؤولية. عن الإهمال.. أنظر ملخص القضية طاهري حسين، مرجع سابق، ص 51.

(6) انظر عبد الحكيم فوده، مرجع سابق، ص 157.

كما أعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأن هناك تسلسل بين الأسباب ونتائجها حالة أخطاء التشخيص كإهمال الطبيب إجراء صورة شعاعية قبل إجراء العملية تنتج عنه وفاة المريض بسبب النزيف الداخلي⁽¹⁾.

وقد اختلف شراح القانون بشأن المعيار الذي يمكن الاعتماد عليه للتحقق من قيام علاقة السببية أو انتفاؤها⁽²⁾. خاصة إذا ما لوحظ بأن عوامل عديدة قد تساهم في إحداث الضرر منها خطأ المسؤول، كما أن الخطأ الواحد قد يكون سببا في عدة أضرار متتالية، بل أكثر من ذلك، فإن الصعوبة الحقيقية بالواقع هي إذا تعددت الأسباب وكان الضرر نتيجة لسبب من بينها خطأ المسؤول⁽³⁾. هذا الأمر يستدعي التطرق إلى آراء الفقهاء في هذا الصدد والعوامل المؤثرة في إثبات أو نفي السببية.

المطلب الثاني: العوامل التي تنفي العلاقة السببية

تنص المادة 127 من القانون المدني الجزائري على "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك". تتنفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في المجال الطبي إذا كان هناك القوة القاهرة أو خطأ المضرور، أو خطأ الغير.

الفرع الأول: انتفاء السببية لوجود السبب الأجنبي

ويعرف السبب الأجنبي بأنه كل فعل أو حادث لا ينسب إلى إرادة المدعى عليه وليس من المتوقع وقوعه ويستحيل عند وقوعه تحاشي الضرر، ومن أجل تحقق السبب الأجنبي لابد من اشتراك عنصرين هما:

- 1- أن يكون ذلك السبب أجنبي عن المدعى عليه (الطبيب).
- 2- أن يجعل ذلك السبب وقوع الفعل الضار محتم لا يمكن دفعه، أو تحاشيه من قبل الطبيب.

(1) عيساني رقيقة، مرجع نفسه والصفحة السابقتين.

(2) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 77.

(3) زهدي يكن، مرجع سابق، ص 94 وما بعدها.

ويظهر جلياً من خلال ذلك أن الطبيب ليس بإمكانه توقع هذا الحادث أو دفعه، ومنه انتفاء علاقة السببية بين فعله والضرر الذي لحق بالمريض.

البند الأول: القوة القاهرة

ويقصد بالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي حدوث أمر غير متوقع لا يد للشخص فيه ولا يستطيع دفعه أو مقاومته، ويترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام، إذ لا فرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي لدى غالبية الفقه والقضاء⁽¹⁾ هذا في القانون المدني، أما في القانون الإداري فيذهب معظم الكُتاب إلى ضرورة التمييز بين المصطلحين مع التسليم بأن كل منهما يستحيل توقعه⁽²⁾ والقوة القاهرة والحادث المفاجئ ليس شيئين مختلفين كسبب لنفي رابطة السببية بين الخطأ والضرر، وذلك أن القوة القاهرة هي الواقعة التي لا يكون في طاقة الشخص أن يدفعها أو أن يمنع أثرها، والحادث المفاجئ هو الواقعة التي لا يمكن توقعها، والواقعة التي تؤدي إلى قطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر يجب أن يتوافر فيها شرطان، الشرط الأول أن تكون غير ممكنة الدفع، والشرط الثاني، أن تكون غير متوقعة، فالمقصود بالقوة القاهرة والحادث المفاجئ هو الواقعة التي يتعذر على الإنسان دفعها والتي لا تُتوقع عادة، والتي يمكن إسناد ضرر الحادث للغير، رغم ما يمكن نسبته إلى خطأ أي شخص من الأشخاص، وكثير ما تكون القوة القاهرة والحادث المفاجئ سبباً للإعفاء من المسؤولية، وقد يكونا بالمعنى الوارد في المادة 127 ق.م.ج زلزلاً أو حريقاً أو فيضاناً، والحرب قد تكون قوة قاهرة بما ينجم عنها من أحداث مادية وأزمات اقتصادية مادامت مستحيلة الدفع غير متوقعة، والذي يجب أن يستحيل توقعه ودفعه ليس هو الحرب في حد ذاتها، بل ما خلفته من أحداث واضطرابات⁽³⁾.

ومن التطبيقات القضائية الخاصة بالقوة القاهرة والحادث الفجائي وتأثيرهما على السببية في المحاكم الفرنسية، أنه إذا ساهم مع الطبيب في إحداث الضرر عامل لا يمكن نسبته إليه، ولا إلى غيره من الناس، كتطور المرض ومضاعفاته مما يؤدي إلى عدم نجاح

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص877.

(2) أكثر تفصيلاً في مؤلف، زياد خالد يوسف المبرجي، مرجع سابق، ص92.

(3) عز الدين الديناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، دار الكتب القانونية، الطبع 1، مصر 1997، ص224.

العلاج على يد أحسن الأطباء، وكانت هذه الأمور مما لا يمكن توقعها أو تفاديها، فإنها لا تؤثر في مسؤولية الطبيب، ولذلك فقد أُعتبر الحكم الصادر من محكمة " شامبرى " في هذا الصدد معيياً، حيث قضت المحكمة برفض الدعوى كان الطبيب فيها قد عالج مصاباً انغرست في ساقه قطعة من الخشب، وقرر الخبراء أن دخول قطعة الخشب في الساق في الواقعة المعروضة كانت وحدها تكفي لإحداث الضرر وأن إخراجها كان واجباً على المعالج، ولكن إغفال ذلك والعلاج الذي أُجري لم تكن لهما الأهمية التي نسبت إليهما، مما رأى معه قضاة الاستئناف أنه لم يثبت في الدعوى وجود رابطة سببية بين خطأ الطبيب والحالة الحرجة التي اقتضت عملية البتر (1).

البند الثاني: خطأ المضرور

وتتنفي أيضاً علاقة السببية بين خطأ المضرور (المريض) ويسقط حقه في المطالبة بالتعويض إذا كان فعله هو السبب الوحيد في إحداث الضرر سواء كان هذا الفعل خطأ أو غير خطأ، كما لو تعمد المريض الكذب على الطبيب، ولكن لا يستطيع الطبيب أن يدفع بأن رضا المريض بالخطر سبباً لإعفائه من المسؤولية ودفع التعويض، بل تبقى مسؤوليته قائمة باعتبار أن رضا المريض بالضرر لا يرقى إلى حد اعتباره من طلباته (2).

وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض المصرية في 19/01/1968 بأن خطأ المضرور لا يرفع المسؤولية، وإنما يخفّضها ولا يعفي المسؤول إلا إذا تبين من ظروف الحادث أن خطأ المضرور هو العامل الأول في إحداث الضرر الذي أصابه، وأنه بلغ من الجسامة درجة يستغرق خطأ المسؤول، فإذا وقع من المدعى عليه مثلاً (الطبيب) ومن المضرور خطأ وكان لكل من الخطأين شأن في إحداث الضرر وجب معرفة إلى أي مدى يؤثر خطأ المضرور في المسؤولية الناجمة عن خطأ طبيب التخدير، وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان أحد الخطأين قد استغرق الآخر أو بقي مستقلين، فتشكلا منهما خطأ مشترك، وإذا كان الخطأ المتعمد هو خطأ المضرور نفسه أنتقت مسؤولية الطبيب لانعدام علاقة السببية كتناول المريض متعمداً لأشياء منعها عنه طبيب التخدير، وفي هذه الحالة يكون سبب الضرر هو خطأ

(1) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 580.

(2) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 84.

المريض، ومنه انقطاع العلاقة السببية بين ما نسب إلى الطبيب من ضرر وهنا تنتفي مسؤوليته⁽¹⁾.

البند الثالث: خطأ الغير

فإذا وقع الضرر بفعل الغير وحده، فإن فعل الغير إذا كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر، كان الغير وحده المسؤول وإن لم يكن خطأً كان من قبيل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، فلا يكون أحد مسؤولاً، أما إذا وقع من المدعى عليه واشترك في إحداث الضرر مع هذا الخطأ فعل الغير كان هناك محل للشك عن أثر فعل الغير في مسؤولية المدعى عليه ويشترط هنا أيضاً كما اشترط في فعل المضرور أن يكون فعل الغير خطأً له شأن في إحداث الضرر⁽²⁾.

يعتبر خطأ الغير⁽³⁾ كذلك سبباً أجنبياً ينفي رابطة السببية متى كان هذا الخطأ في غير استطاعة الطبيب المدين توقعه أو تفاديه أو كان وحده السبب الوحيد في حصول ضرر للمرض، واعتبرت المحكمة العليا في قرار لها على أنه لا يمكن أن تحمل الطبيب المسؤولية عن ضرر نشأ عن سبب لا يد له فيه ومن ثم فهو غير ملزم بتعويض الضرر⁽⁴⁾ والغير الذي نقصده هنا هو كل شخص آخر غير الطبيب أو المريض أو الأشخاص الذين يكون الطبيب مسؤول عن أفعالهم كمساعد الطبيب الغير مؤهل أو أحد أقاربه المباشرين لتنفيذ العلاج

(1) ابراهيم أحمد محمد الرواشدة، مرجع سابق، ص 343.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 896.

(3) المقصود بالغير: يذهب اتجاه إلى تضييق دائرة الغير لتشديد مسؤولية الحارس، وهذا بتضييق هامش الإغفاء فيقرر أنه وإن كان كقاعدة كل شخص غير المدعى عليه وغير المضرور يعتبر غيراً، إلا أن حارس الشيء لا يمكنه أن يستفيد من الإغفاء إذا كان الفل قد وقع من أحد الأشخاص الذين يأل عنهم أو الذين لا يكونوا أجنباً عن المخاطر التي يتحملها، وعلى ذلك لا يعد من الغير تابع المسؤول (الفريق الطبي) أو نائبه أو تلميذه.

ويذهب اتجاه آخر إلى التوسع في تحديده للغير لتخفيف المسؤولية فيقرر، بأنه كل شخص غير الحارس نفسه، وذلك على أساس أن ثبوت خطأ الغير أياً كان يدل على أن الضرر لا يرجع إلى شيء، والأثر يترتب أياً كانت صفة الغير الذي يستند عليه الحارس، والرأي الأول هو الراجح فقهاً وقضاً وهو ما نأخذ به، هذا والغير يجب أن يكون إنساناً ففعل الحيوان لا يعد فعلاً للغير.... أكثر تفصيلاً راجع عز الدين الديناصورى، مرجع سابق، ص 248، كذلك: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج 1، البند 597، ص 896.

(4) قرار المحكمة العليا رقم 53010 بتاريخ 1988.05.25، الغرفة المدنية، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 1992، ص 11.

والمرضة المؤهلة التي تنفذ التعليمات الواضحة للطبيب بطريقة خاطئة، حيث أن ثبوت وقوع الضرر بفعل الغير يقطع السببية بين الطبيب والضرر ومنها انتفاء مسؤولية الطبيب⁽¹⁾.

الفرع الثاني: انتفاء السببية لتعدد الأسباب

أحيانا تختلف تطورات المرض الواحد من غير سبب معروف حتى يقف أكثر الأطباء علماً ودراية حائراً أمام هذه التطورات، وذلك لأن الطبيب لا يستطيع الإحاطة بكل أسرار الجسم ذات التكوين الرياني، ولأن العلم مازال عاجزاً إلى التوصل إلى معرفة أغوار الجسم البشري كلها والإحاطة بها، وقد تقع على المريض عدة أخطاء وتكون متزامنة أو متلاحقة، وهنا تكمن الصعوبة في تحديد علاقة السببية وذلك كما لو تعاقب على المريض عدة أطباء، فهذه الحالة يكون من الصعوبة بمكان معرفة أي منهم المخطئ الذي أفضى خطأه إلى ضرر بالمريض وإذا اتضح من هذا مدى الأهمية الكبيرة لعلاقة السببية، فإن هذه الأهمية تزداد إذا تعدد محدثو الضرر، أو إذا كان الضرر الذي أحدثه الطبيب للمريض قد أفضى إلى ضرر ثان والضرر الثاني أدى إلى ضرر ثالث وهكذا⁽²⁾، فيتمحور السؤال حول الخطأ الذي يسأل عنه الطبيب أم يسأل عن كل هذه الأخطاء؟ كما يثور سؤال عن المعيار المعتمد للتحقق من قيام علاقة السببية أو انتفائها؟

وللإجابة على هذا لا بد من الإشارة إلى ما توصل إليه الفقه من نظريات.

البند الأول: تعدد الأسباب مع أرجحية سبب من الأسباب

رأينا فيما سبق أنه يمكن أن يكون الضرر نتيجة عدة أسباب، ولكن أحدهما يستغرق الآخر، ويبقى هو السبب الوحيد الذي أحدث الضرر، فنتحقق مسؤولية صاحبه كاملة وذلك في فرضين: أولهما أن يكون أحد السببين خطأ عمدي والآخر غير عمدي، فيستغرق الخطأ العمدي الخطأ الغير عمدي، ويصبح هو السبب الوحيد الذي تتوقف عليه، وثانيهما أن يكون أحد السببين تابعا للآخر أو نتيجة له⁽³⁾.

(1) ناسوس نامق برخاس، قبول المخاطر الطبية وآثره في المسؤولية المدنية، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2013، ص168.

(2) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص77.

(3) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص600.

وكان مؤسس هذه النظرية (السبب الأقوى) الفقيه الألماني "كارل بيركير" ويرى أصحاب هذه النظرية بأن سبب النتيجة هو العامل الأقوى فعالية والأكثر إسهاما في إحداثها وتعد الأسباب الأخرى مجرد ظروف ساعدت السبب الأقوى كما تعد أسباباً عارضة، فإذا تعددت الأسباب واستغرق أحد الأسباب خطأ الطبيب على حساب الأسباب الأخرى، ومثاله كما لو أخل الطبيب في إصدار توجيهات للمريض وأخل المريض في إتباع تلك التوجيهات مما أدى إلى إصابته بضرر، فيعتبر خطأ الطبيب مستغرقاً لخطأ المريض، وعليه تترتب مسؤولية الطبيب في هذه الحالة حسب هذه النظرية⁽¹⁾.

وقد يكون الفعلان الضارين غير مستقلين عن بعضهما، بحيث يصعب الفصل بين الفعل الضار الأول والفعل الضار الثاني، بل يختلط الأول بالثاني، فإذا أثبت المدعى عليه أن الضرر ناتج عن فعل المضرور وحده، بمعنى أن فعلا المضرور هو السبب الوحيد للضرر فلا مسؤولية على المدعى عليه، وهنا لا يحكم القاضي بتعويض للمضرور، لأن فعل المضرور قد استغرق فعل المدعى عليه، وإذا استغرق فعل المدعى عليه فعل المضرور كانت المسؤولية عن الضرر من جانب المدعى عليه وحده، وذلك لانعدام ربطة السببية بين فعل المضرور والضرر الناتج، ففعل المدعى عليه كان بذاته كافياً لوقوع الضرر⁽²⁾.

أما إذا تعددت الأسباب ولم يستغرق سبب من الأسباب على الآخر، جاز عندئذ التساؤل؟ هل نأخذ بهذه الأسباب جميعاً؟ وهذه هي نظرية تكافؤ أو تعادل الأسباب، أو نقف منها عند الأسباب المؤثرة والمنتجة؟ وهذه نظرية السبب المنتج.

البند الثاني: نظرية تكافؤ أو تعادل الأسباب

مؤدى هذه النظرية التي أسسها الفقيه الألماني "فون بيري" "Von Buri" أن جميع العوامل والأسباب التي أحدثت النتيجة، تعد متعادلة ومتكافئة مهما كان السبب بعيداً مألوماً أو نادراً⁽³⁾ سواء رجع إلى فعل الإنسان أو الطبيعة، دونما تمييز من حيث قوة وأثر نتيجته، بحيث

(1) كوسة حسين، النظام القانوني للمسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة سطيف، موسم 2015/2016، ص171.

(2) محمد عبد الغفور العمادي، مدى مساهمة المضرور في إحداث الضرر وأثره على تقدير التعويض، مجلة 2013، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، العدد 2، ص548.

(3) M.M.HANNOUZ et. A.R.HAKEM. OP.cit.p78.

يتحمل مرتكبوها جميع المسؤولية ولا تخفف المسؤولية بحجة تعدد الأسباب إلا في حالة كون خطأ المضرور هو أحد هذه الأسباب⁽¹⁾.

وقد لقيت هذه النظرية تطبيقاً لها في قضاء بعض الدول، فقد جرت المحاكم في فرنسا إلى تفضيل نظرية تكافؤ الأسباب لما تتميز به من البساطة والبعد عن التعقيد ثم سرعان ما تخلت عنها⁽²⁾.

ورغم ما لهذه النظرية من مزايا تتمثل في أنها محور ارتكاز بالنسبة لجميع نظريات السببية فكل نظرية تبدأ بالتسليم بها ثم تضيف إليها العناصر التي تراها ضرورية لوجود معيار الرابطة السببية، إضافة إلى اعتمادها على المنطق المجرد، وذلك ما أعطاها وصف المنطقية إلى أبعد الحدود من خلال التضامن المطلق الذي أقرته بين جميع العوامل والأسباب، ضف إلى ذلك دفعها للأفراد إلى التزام أكبر قدر من الحرص والحذر ومنه تقليل وقوع الأضرار إلا أنه ومع ذلك انتقدت فتبسيطها لحلول مشكلة السببية يقود إلى نتائج ظاهرية أكثر منها حقيقية لذلك هجرها القضاء وغالبية الفقه⁽³⁾.

البند الثالث: نظرية السبب المنتج

عارض الفقيه الألماني "فون كريس" (von kries) تكافؤ الأسباب بنظرية أخرى أطلق عليها نظرية السبب الفعال أو المنتج "causalité adéquate" وقد انحاز إليها الكثير من الفقهاء وبموجبها لا يمكن المساواة بين الأسباب المتعددة واعتبارها جمعاً لأسباب لو تخلف أحدها لما وقع الضرر، بل يجب التمييز بين السبب العارض "fortuites" والسبب المنتج "adéquate"، ويعتبر السبب الأخير دون السبب الأول السبب في إحداث الضرر⁽⁴⁾، وقد أخذ بهذه النظرية القضاء الفرنسي والمصري، فبموجبها يعد السبب قائماً ولو تدخلت عدة عوامل سابقة أو لاحقة أو معاصرة على الفعل المرتكب ما دامت هذه العوامل متوقعة ومألوفة وفي

(1) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 78.

(2) عادل جبيري محمد حبيب، مرجع سابق، ص 344.

(3) زهدي يكن، مرجع سابق، ص 97. انظر كذلك عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 1026 وما بعدها.

(4) أحمد حسن الحيارى، مرجع سابق، ص 138.

حال تدخل عامل نادر أو شاذ غير متوقع وغير مألوف، فإنه يكفي لقطع العلاقة السببية ومن العوامل الشاذة في المجال الطبي امتناع المتضرر عن العلاج عمداً⁽¹⁾.

فقد استقر قبل تعديل قانون الصحة العمومية الفرنسي على عدم جواز إدانة طبيب بتهمة القتل غير العمد ولا بتهمة عدم مساعدة شخص في حالة خطر إذا كان المريض رفض وبطريقة عدوانية نصائح هذا الطبيب ووقع على شهادة تتضمن رفضه غير أنه لا يجوز للطبيب قبول رفض المريض بسهولة.

وقد تم نقد هذه النظرية بأنها وعلى خلاف النظرية السابقة، انتقدت بعض العوامل وأدخلتها في الاعتبار وأغفلت البعض الآخر باعتمادها ضابط قانوني، فهذا الأخير لا يعتد إلا بالعوامل العادية المألوفة إذا علمنا بأن المنطق القانوني لا يستسيغ أن يسأل الشخص عن نتيجة شاذة لسلوكه.

فنظرية السبب الملائم تميل إلى إبعاد كل ظرف استثنائي وغير مألوف من المجرى السببي للنتيجة، ورغم هذه الانتقادات الموجهة لها استطاعت استقطاب الغالبية العظمى من الفقه تأييدا لها⁽²⁾.

إن تحديد رابطة السببية في المجال الطبي يعد من الأمور الشاقة والعسيرة نظرا لتعدد الجسم الإنساني وتغير واختلاف حالاته وخصائصه فعلى القاضي القيام بتحديدتها قبل الحكم على الطبيب بالتعويض⁽³⁾.

البند الرابع: الصعوبات التي تكتنف رابطة السببية في المجال الطبي

تكتنف علاقة السببية بين الخطأ والضرر صعوبات نظرا لتعدد الجسم البشري كما سبق، فقد ترجع أسباب الضرر إلى عدة عوامل، ترجع لطبيعة تكوين جسم المريض واستعداداته مما يصعب من إجلائها، ومما يؤكد صعوبة نفي الرابطة السببية إلقاء القضاء على عاتق الطبيب التزاما بالتأكد من حالة المريض قبل التدخل أو العلاج⁽⁴⁾.

(1) بودالي محمد، (القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية)، مرجع سابق، ص 27 وما بعدها.

(2) عادل جبيري محمد حبيب، مرجع سابق، ص 116 وما بعدها.

(3) طاهري حسين، مرجع سابق، ص 51. انظر في هذا الصدد كذلك إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 75.

(4) عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر ط 2007، ص 202 وما بعدها.

يرى الفقيه الفرنسي (سافتيه) في كتابه (المسؤولية المدنية)، "أنه على القاضي استخلاص العلاقة السببية من قرائن ودلائل متفقة"، وهي ليست بالشيء الملموس، إنما يستنتجها الفكر من ظروف الواقع، والحقيقة أن القاضي حر في تكوين عقيدته كما سبق ذكره وأن رقابة محكمة النقض تنحصر في التحقق من أن أسباب الحكم تُظهر بوضوح علاقة سببية كافية بين كل من الخطأ والضرر، كما أنه على القاضي في دعاوى المسؤولية الطبية أن يكون حريصاً ومتأنياً في وضع قرائن توافق الحقيقة العلمية⁽¹⁾.

فلقد كان موقف القضاء إزاء علاقة السببية يميل إلى التشدد في مجال المسؤولية الطبية، إذ لم يعد يكفي طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية المدنية إثبات المريض لهذه الرابطة بين الخطأ والضرر الطبيين، بل أصبح القضاء يقيم قرينة على توافر العلاقة السببية مراعاة لمصلحة المريض، فالثبوت في قيام هذه الرابطة يفسر دائماً لمصلحة المدعى عليه، أما في المسؤولية الطبية، فالقضاء يقيم قرينة شبه دائمة عند ثبوت خطأ الطبيب لمصلحة المريض عن طريق مبدأ ضياع فرصة الشفاء أو الحياة على قيام علاقة سببية بين الخطأ وفوات الفرصة في الشفاء ومنه قيام قرينة على مسؤولية الأطباء⁽²⁾.

إنّ تحديد رابطة السببية بين الخطأ والضرر الطبيين تكون أسهل في الخطأ العادي نظراً لإتيان هذا الأخير بوقائع واضحة لا غموض فيها مثل نسيان أدوات جراحية أو قطع الشاش في بطن المريض مسببة لأضرار تكون علاقة السببية فيها محققة من استطاعة القاضي تبيانها ببسر.

أما بالنسبة للخطأ المهني، فمن العسير على القاضي توضيح مداها إلا إذا استعان بأهل الخبرة من الأطباء لتعقد وغموض جسم الإنسان، وما يكتنفه من غموض كونه محاط بالأسرار الإلهية⁽³⁾.

وقد تقع على المريض عدّة أخطاء متزامنة أو متلاحقة وهنا تكمن الصعوبة في تحديد علاقة السببية، كما لو تعاقب أطباء عديدون على معالجة المريض، فمن الصعوبة معرفة خطأ أيّ منهم المرتبط بعلاقة السببية والمؤدى إلى الضرر الذي أصاب المريض، كما أنّ التحقق

(1) أحمد حسن الحياوي، مرجع سابق، ص 139.

(2) عشوش كريم، مرجع نفسه، ص 139.

(3) إبراهيم علي حمادي الطلبوسي، مرجع سابق، ص 76.

من توفر رابطة السببية أمر صعب كذلك في مجال مساءلة الطبيب الأخصائي إذ تضع على عاتق القاضي عبئاً ثقيلاً في استخلاص ملاحظات وظروف كل حالة، فالاستعانة بأهل الخبرة لاستقصائها أمر ضروري حتى لا يتسرع القاضي ويقع في الخطأ⁽¹⁾.

وقد اشترط المشرع الجزائري ضرورة وجود ركن الرابطة السببية بين الضرر والخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية في المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية الناشئة عن الأشياء⁽²⁾، كما أنه لا بد من أن يكون السبب المترتب عنه الضرر في المسؤولية العقدية مباشراً ومنتجاً، إذ تنعدم العلاقة السببية إذا كان السبب أجنبياً ومنه تنعدم المسؤولية، فقد أخذت المحكمة العليا بنظرية السبب المنتج في القرار الصادر في 17 نوفمبر 1996⁽³⁾، كما حملت المسؤولية للمرفق الصحي للإهمال في العلاج في قرارها الصادر في 26 أبريل 1992 وبنّت قضاءها على أساس تقويت فرصة الحياة أو الشفاء⁽⁴⁾.

البند الخامس: موقف المشرع والقضاء الجزائري من علاقة السببية

جاء في المادة 176 من القانون المدني الجزائري "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".
يكون المشرع الجزائري عندما أحجم عن إعطاء تعريف خاص بعلاقة السببية، وترك تلك المهمة للفقه والقضاء، قد أحسن في ذلك وسائر كل من التشريع الفرنسي والتشريع المصري، وأخذ بنظرية السبب المنتج أو الفعال مادام أن المشرع قد اعتد بوجود الضرر الذي يكون نتيجة طبيعة لعدم الوفاء بالالتزام، وهذا ما يستنتج من نص المادة 182 مدني جزائري⁽⁵⁾

(1) حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 171 وما بعدها.

(2) أنظر المواد (124 - 125 - 126 - 134 - 138) من القانون المدني الجزائري.

(3) قرار المحكمة العليا الجزائري المؤرخ في 17 نوفمبر 1996 جاء فيه "أنه يجب لاعتبار أحد العوامل سببا في حدوث الضرر أن يكون سببا فعالا فيما يترتب عليه، ولا يكفي لهذا الاعتبار ما قد يكون مجرد تدخل في إحداث الضرر وأنه يجب إثبات السبب الفعال في إحداث الضرر لاستبعاد الخطأ الثابت ونوعه كسبب للضرر" أشار إليه: أحمد حسن الحيارى، مرجع سابق، ص 140.

(4) طاهري حسين، مرجع سابق، ص 52.

(5) تنص المادة 1/182 مدني جزائري: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعة لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

التي قضت بأن التعويض عن الأضرار يكون نتيجة عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير في الوفاء به.

وليس من السهل معالجة الأحكام القضائية في الجزائر في مجال الرابطة السببية ومرد ذلك أن الأحكام التي تصدر لا تبين صراحة عن الرأي الفقهي الذي أخذت به، ومنه يرى كثير من الفقهاء أن القضاء الجزائري يأخذ بنظرية تعادل الأسباب أحياناً، في حين يرى البعض الآخر أن القضاء يأخذ بنظرية السبب الفعال⁽¹⁾.

وأخذت المحكمة العليا بنظرية السبب المنتج في قرارها الصادر في 17 نوفمبر 1996 حيث جاء فيه " أنه يجب لاعتبار أحد العوامل سبب في إحداث الضرر، أن يكون سبباً فعالاً فيما يترتب عليه، ولا يكفي لهذا الاعتبار ما قد يكون مجرد تداخل في إحداث الضرر لاستبعاد الخطأ الثابت ونوعه كسبب للضرر، فمتى ثبت أن خطأ الطبيب أدى إلى وفاة الضحية وتوافرت العلاقة السببية بينهما بالاستناد إلى تقرير الخبرة، واعترافات المتهم الذي أمر بإعطاء العلاج غير المناسب للمريض، فإن قضاة الموضوع قد أعطوا للوقائع التكييف الصحيح وسببوا قرارهم بما فيه الكفاية"⁽²⁾.

ولكن ليس في كل الأحوال يكون موقف القاضي الجزائري مستقر على نظرية بعينها وإنما يتغير موقفه حسب ظروف كل حالة، فمثلاً عندما يشترك أكثر من شخص واحد في إحداث الضرر، فإن القاضي يلجأ إلى ما هو متفق مع مبادئ نظرية تعادل الأسباب وتكافئها⁽³⁾.

واستخلاص علاقة السببية بين الخطأ والضرر، هي مسألة يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، ولا رقابة عليه من المحكمة العليا إلا بالقدر الذي يكون فيه استخلاصه لها (العلاقة

(1) رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 310.

(2) المجلة القضائية، العدد الثاني 1996، ملف رقم 1182 قرار بتاريخ 1995/05/30، ص 79.

(3) "ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع قبلوا تأسيس الطرف المدني في الدعوى الجزائية لوجود علاقة سببية ولو كان الأمر متعلق بمشاجرة فإن تحميل المسؤولية لمتهم واحد دون غيره يعد خطأ في تطبيق القانون". قرار مؤرخ في 1989/06/20، ملف رقم 56861، المجلة القضائية، عدد 3، ص 223.

السببية) غير صحيح⁽¹⁾ هذا بالنسبة للضرر بمفهومه التقليدي فماذا لو كان الضرر بصورة فوات الفرصة في الشفاء أو الحياة ؟

المبحث الثالث: فوات الفرصة في المجال الطبي

لا تزال العلاقة بين الطبيب والمريض تنشئ التزامات على عاتق الطبيب لمصلحة المريض منذ القدم، هذه الالتزامات في الحقيقة تشكل حقوقاً للمريض، وهي من حيث المبدأ منصوص عليها في لوائح الآداب الطبية والقوانين المنظمة للمهن الطبية، ونظراً للتقدم الطبي الحاصل في مجالات الطب والوراثة وعلم الأحياء في نهاية القرن العشرين وبداية القرن الحادي والعشرين، تطورت العلاقة بين المريض والطبيب من علاقة شبه سلطوية، كان الطبيب يتمتع فيها بسلطة على المريض، إلى علاقة أكثر توازناً وتبادلية، ولم يعد الطبيب يتمتع بتلك السلطة⁽²⁾، ومن ثم فإن التقدم العلمي والاكتشافات التي تم التوصل إليها في مجالات عدة جعلت نسبة الخطأ تنقلص إلى حد بعيد مقارنة ما كان عليه الحال في السابق، وجدير بالذكر أن وقوع خطأ من الطبيب وحصول ضرر للمريض لا يعني قيام مسؤولية الطبيب ما لم يكن الضرر الذي أصاب المريض ناتجاً عن خطأ الطبيب كنتيجة طبيعة له ومرتبناً ارتباطاً مباشراً برابطة يطلق عليها اسم الرابطة أو العلاقة السببية الركن الثالث في المسؤولية، أو بعبارة أخرى يجب أن يكون الخطأ مرتبطاً بالضرر ارتباط السبب بالمسبب والعلة بالمعلول⁽³⁾.

وكانت أحكام المحاكم المدنية تتجه باضطراد إلى أن كل ضرر يجب التعويض عنه سواء أكان هذا الضرر حالاً أم مستقبلاً، وإذا كانت هذه الأحكام في نفس الوقت قد اتجهت كذلك إلى أن الضرر الاحتمالي لا يمكن التعويض عنه، فإن هناك بعض صور من الضرر ليس من السهولة واليسر التعرف على طبيعتها فهي ضرر محقق، أم مجرد ضرر احتمالي ولعل أبرز هذه الصور تتجلى في صورة تفويت الفرصة، فما مدى إمكانية مسالة الفاعل عن فكرة فوات الفرصة⁽⁴⁾؟

(1) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 216.

(2) فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد - 25 العدد الثاني، 2009، ص 469.

(3) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 74 وما يليها.

(4) أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 399.

ويعتبر أول ظهور لفكرة فوات الفرصة ليس في قانون المسؤولية الطبية، وسيذكر الفقهاء القانونيون أنه تم الاحتجاج بفقدان الفرصة لأول مرة في قاعة المحكمة بمناسبة سير محاكمة في مجال المسؤولية المدنية ضد محام، وقد حُرِمَ هذا الأخير من إمكانية ممارسة حق قانوني يتمثل في الاستئناف، وبذلك يكون هذا الحكم القضائي هو أصل ظهور مفهوم فوات الفرصة في القانون الوضعي، ومع ذلك قام القاضي الإداري بترتيب المسؤولية على المسؤول بالإدارة على وجه السرعة، من عام 1921 فأقر أن فقدان الفرصة ضرر قابل للتعويض، في عدة مجالات مثل تصاريح الطريق أو الخدمة العامة⁽¹⁾.

وقد ظهرت فكرة تعويض الفرصة بصورة واضحة في حكمي "Gomez"⁽²⁾ وحكم "Epoux"⁽³⁾ الصادرين عن محكمة ليون الإدارية الاستئنافية في فرنسا في 21 ديسمبر 1990 ثم مجلس الدولة بتاريخ 10 أبريل 1992 حين افصح القضاء الإداري عن اتجاهه وبلا أدنى ريب أو شك إلى إفساح المجال واسعاً لتطبيق فكرة فوات الفرصة، كلما ثار الشك سواء في عدم توافر العلاقة السببية أو الطابع المباشر للضرر⁽⁴⁾.

(1) François Vialla, LES GRANDES Décisions du droit Médical, édition Alpha, 2010, p632.

(2) حكم Gomez 21 ديسمبر 1990 ترجع وقائع هذا الحكم لسنة 1983 حين أجريت للصبى Gomez صاحب 15 ربيعاً جراحة لتقويم العمود الفقري باستخدام طريقة جراحية جديدة ترتب عليها مضاعفات جسيمة أدت لشلل للجزء السفلي من جسده، وحين رفعت دعوى بواسطة ذويه أما محكمة ليون الإدارية، قضت برفض الدعوى استناداً لتقرير الخبير الذي انتهى إلى انتفاء الخطأ في اجراء الجراحة فلما تم الطعن في الحكم أمام محكمة ليون الإدارية الاستئنافية، قضت بالمخالفة للحكم المطعون فيه بمسؤولية المرفق الطبي، وحق المضروب في التعويض رغم عدم ثبوت الخطأ استناداً إلى فكرة تعريض المريض للخطر.

(3) حكم Epoux v 10 أبريل 1992 الذي يعد نقطة التحول في اتجاه القضاء الإداري وقد صدر بمناسبة واقعة خضوع السيد (V) لعملية ولادة قيصرية، بمستشفى عام وبتخدير جزئي لم تراعى فيه الأصول الفنية الواجبة مما عرض هذه السيدة لمخاطر كان من الممكن تلافيها الأمر الذي الحق بها أضرار غير متعلقة بحالتها المرضية، ورغم ظهور مظاهر الإهمال والتقصير في إجراء العملية، إلا أنه تعذر استخلاص الخطأ الذي يصلح أساساً للمسؤولية، الأمر الذي اضطر معه المجلس إلى التخلي عن فكرة الخطأ الجسيم، موضحاً عدم سلامتها كأساس لمسؤولية المرفق الطبي مكتفياً بالخطأ بغض النظر عن درجته الذي من شأنه أن يعقد مسؤولية المرفق الطبي، نافضاً عنه غبار التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ البسيط.

(4) سيد أشرف جابر، التعويض عن تفويت الفرصة في الشفاء أو الحياة، مجلة مصر المعاصرة، مجلد 100، عدد 496، تصدر عن الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع، مصر، أكتوبر 2009، ص 42.

وفكرة تفويت الفرصة تلعب دوراً مهماً في التصدي لظاهرة عدم التأكد، أو عدم إثبات العلاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر اللاحق بالمريض، نظراً لتعدد جسم الإنسان وتغير حالاته بالإضافة إلى عدم وضوح أسباب المضاعفات الظاهرة التي قد تحدث إذا تطور المرض، أو عدم وضوح أسباب الخطأ الطبي، لهذا يطبق القضاء الفرنسي نظرية تفويت الفرصة متى تلاشت الرابطة السببية لتغطية الشك القائم حول علاقة الخطأ بالضرر، في الوقت نفسه ضمان تعويضاً مناسباً عن الفرصة الضائعة عن المريض.

وتختلف فكرة فوات الفرصة عن ضياع الكسب، فضياع الكسب هو ضرر محقق بحيث أن التعويض عنه يأتي بمقدار الكسب الذي ضاع، أما تفويت الفرصة فإن الضرر يتمثل فيه بضياع الفرصة وليس بضياع النتيجة النهائية التي يعول عليها من كان يتوسل ببلوغ النتيجة بالفرصة التي فاته⁽¹⁾.

إذا فالشك والاحتمال هما جوهر فكرة فوات الفرصة في الشفاء أو الحياة، الأمر الذي انعكس بدوره على مضمون عناصر المسؤولية وأحاط تطبيق هذه الفكرة بجملة من الصعوبات لهذا سوف نحاول أن نتطرق بدايماً إلى تعريف فوات الفرصة في المجال الطبي في (المطلب الأول) ثم نتطرق إلى أهم صور فوات الفرصة في المجال الطبي في (المطلب الثاني) على أن نبين التكييف القانوني لفكرة فوات الفرصة في (المطلب الثالث)

المطلب الأول: تعريف فوات الفرصة في المجال الطبي

تعتبر فوات الفرصة في الطب تلك الأضرار التي تصيب المريض من جراء خطأ الطبيب، فينجم عن هذا الخطأ حرمان هذا الشخص أو المريض من فرصة كان محتملاً الفوز بها، فمثل هذه الفرصة وإن كان تحققها أمراً مستحيلاً، وعليه فالتعويض عن فوات الفرصة وضياعها بالنسبة للمريض مسألة جوابية، وإن كان أمراً محتملاً، فإن تفويتها أمراً محققاً وهذا هو أساس التعويض أي تفويت استغلال والاستفادة من الفرصة المتاحة، فعدم الحصول على حق استغلال هذه الفرصة يمثل في ذاته ضرراً يوجب التعويض، وعليه يكون تفويت الفرصة في الكسب أو النجاح في الحياة أو الشفاء أو التعافي من المرض أو البقاء على قيد الحياة كلها تمثل أضراراً مؤكدة توجب التعويض⁽²⁾.

(1) علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، طبعة 2006، ص 195.

(2) رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 278.

إن نظرية تفويت فرصة الحياة أو الشفاء هي من ابتكار القضاء في فرنسا في مجال المسؤولية المدنية للأطباء، والتي يُلجأ إليها عندما لا تكون الرابطة السببية بين الخطأ والضرر مؤكدة وثابتة، ولقد اعتبرها بعض الفقه نظرية جديدة في نطاق المسؤولية الطبية وأنها متعلقة بالرابطة السببية، وأنها أصبحت حلاً ثابتاً من قبل الاجتهاد القضائي وأيضاً في رأي الفقه، ولقد مال القضاء منذ زمن بعيد في فرنسا إلى التعويض عن تفويت فرصة الشفاء أو الحياة ولم تتبلور هذه النظرية إلا في القرار الشهير الصادر عن محكمة النقض في غرفتها المدنية بتاريخ 14-12-1965 ليستقر القضاء بعدها على الآخذ بهذه النظرية في كل حالة لا تتأكد فيها الرابطة السببية⁽¹⁾.

المطلب الثاني: صور فوات الفرصة في المجال الطبي

قد تتعدد صور فوات الفرصة في المجال الطبي، والقاعدة العامة هو أن الخطأ الطبي يفوت على المريض فرصته إما في الحياة أو الشفاء أو في الوصول إلى نتائج أفضل أو تجنب بعض الأضرار التي لحقته إلى غير ذلك من الفرص التي يمكن أن تفوت على المريض والفرص التي يمكن أن تفوت على المريض من جراء خطأ الطبيب كثيرة، نذكر بعضها منها على ألا نتطرق لنوعية الخطأ كونه إيجابي أو سلبي باعتبار أننا تطرقنا لهذا في الفصل الأول حين دراسة الخطأ الطبي⁽²⁾:

الفرع الأول: تفويت الفرصة في استمرار الحياة

والفرض هنا أن المريض كانت لديه الفرصة في أن يبقى حياً لولا خطأ الطبيب الذي أدى إلى موته فرغم فرصة المريض كانت قائمة إلا أنها لم تعد قائمة بعد نتيجة هذا الخطأ فقد قضى بأنه يعد مسؤولاً الطبيب الذي أخطأ في استئصال الزائدة الدودية، فهو وإن لم يؤدي إلى الوفاة إلا أنه حرم المريضة من فرصة الحياة.

الفرع الثاني: تفويت فرصة الشفاء أو الشفاء بلا آثار

ويفترض هنا أن فرصة الشفاء كانت قائمة ولو أنها احتمالية لدى المريض، حيث خطأ الطبيب أدى إلى تفويت هذه الفرصة، فاعتبر الطبيب مسؤولاً عن إهماله وعدم ملاحظته

(1) حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 158.

(2) راجع الخطأ الايجابي والخطأ السلبي، ص 109.

وعنايته في ترك الأنيميا والعطب يزدادان لدى المريضة، فعلاقة السببية وإن لم تقم بين الخطأ والضرر إلا أنه فوت على المريضة فرصة الشفاء⁽¹⁾.

الفرع الثالث: فوات الفرصة في عدم الاستعانة بطبيب التخدير

يعتبر التخدير من أهم الانجازات العلمية في المجال الطبي كونه يؤدي إلى سهولة أكبر في إجراء العمليات الجراحية، لدى الاستعانة بطبيب التخدير له أهمية كبيرة أثناء تدخله قبل إجراء العملية الجراحية لتخدير المريض ومساعدته بعدها على استعادة وعيه ووظائفه الحيوية، ففي إحدى القضايا خدر الطبيب مريضه تخديراً كاملاً عن طريق الصدمة الكهربائية وعدم الاستعانة بطبيب التخدير كما تقضي به الأصول الفنية مما أدى إلى وفاة المريض، فلا يمكن القول على وجه اليقين أن ذلك الخطأ هو سبب موت المريض، ولكنه يعتبر مع ذلك سبباً في تفويت فرصة الحياة، لم يتم مسائلة الطبيب جزائياً لغياب علاقة سببية يقينية بين الخطأ والضرر لكن قضت المحكمة بالتعويض عن تفويت فرصة البقاء على قيد الحياة⁽²⁾.

الفرع الرابع: فوات الفرصة في إطار عملية التخدير

وتجد نظرية فوات الفرصة كذلك مجالاً خصباً في العمل الطبي خصوصاً في مسؤولية طبيب التخدير، فالمريض الذي يدخل المستشفى لإجراء عملية جراحية بسيطة ويموت أو يصاب بعاهة دائمة نتيجة خطأ طبيب التخدير، يكون ذلك الطبيب قد فوت عليه فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، حيث أن تفويت فرصة الحياة أمر وارد ومحقق، على عكس تفويت الفرصة وفقاً للقواعد العامة، فلو أن شخصاً اشترى حصاناً للمشاركة في سباق للخيل وتأخر الناقل في إيصال الحصان وضاعت على المشتري فرصة المشاركة في السباق، فإن ضياع فرصة المشاركة قد تحققت، ولكن الفوز في السباق أمر احتمالي، وعليه فإن التعويض على ضياع فرصة المشاركة في السباق وليس على الفوز به، أما بالنسبة للمريض الذي توفي نتيجة

(1) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص538.

(2) صاحب لدية، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون (فرع قانون المسؤولية المهنية)، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2011، ص17.

خطأ طبيب التخدير فإن فرصته في البقاء على قيد الحياة أمر محقق وضياعها شكل ضرراً بحد ذاته⁽¹⁾.

الفرع الخامس: فوات الفرصة في مجال التوليد

تعتبر عملية التوليد من العمليات التي يقع على عاتق طبيب التوليد مسؤولية والتزامات كبيرة اتجاه المريضة خصوصاً في مرحلة المتابعة قبل وبعد الولادة، للابتعاد قدر الإمكان عن حالات النزيف التي غالباً ما تعترى المرأة أثناء الولادة، فقد توفيت إحدى السيدات في إحدى المستشفيات بعد الوضع فأقام زوجها الدعوى على الطبيب المولد وعلى المستشفى مطالباً بالتعويض، قررت المحكمة ابتداءً بإخراج المستشفى لعدم ثبوت أي خطأ أو تقصير من جانبها ومع أن تقرير الخبراء لم ينسب إلى هذا الطبيب أي خطأ فني تبنت المحكمة رأياً آخر إذ نسبت إلى الطبيب عدداً من الأخطاء منها ترك القاعة التي كانت المريضة ترقد فيها بعد أن قام بفحص سريع عابر لها في الوقت الذي كانت لا تزال تنزف دماً بدأت آثاره على ما كانت ترتديه من ثياب وعلى العربة التي نقلتها إلى القاعة، كما لاحظت المحكمة أن الطبيب لم يحمى بمحاولة جدية لوقف النزيف في الوقت المناسب، ولا يهم بعد هذا إن يقول الخبراء أن وفاة السيدة كانت نتيجة مرض خاص في الدم وأن الإصابة بهذا المرض في مثل هذه الحالة أمر نادر الوقوع وعلى الرغم من هذه الأخطاء كلها فقد رفضت المحكمة دعوى التعويض بحجة أنه لم يثبت لديها بشكل قاطع أكيد أن وفاة المريضة كانت بسبب هذه الأخطاء⁽²⁾.

لكن محكمة الاستئناف ذهبت مذهباً آخر وألزمت الطبيب المدعى عليه بالتعويض وجاء في حيثيات حكمها أنه إذا كانت هذه المحكمة تعترف بأنه لم يحمى الدليل القاطع والحاسم على قيام رابطة السببية بين الخطأ الثابت الذي أقيم الدليل عليه وبين الضرر الذي حدث فإنها مع هذا إن ما صدر عن الطبيب المدعى عليه من إخلال للواجبات المفروضة عليه قد حرم المريضة من فرصة كبيرة كانت ترجوها في النفاة والشفاء والبقاء على قيد الحياة⁽³⁾.

(1) إبراهيم احمد محمد الرواشدة، مرجع سابق، ص302.

(2) علي عصام غصن، مرجع سابق، ص206.

(3) حسن علي الدنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الخطأ)، مرجع سابق، ص510.

الفرع السادس: فوات الفرصة والغلط في التشخيص

استقر القضاء على أن الأصل في الخطأ أو الغلط في التشخيص لا يكفي وحده لقيام مسؤولية الطبيب مادام أنه ملزم ببذل عناية خلال مباشرته لعمله الطبي وليس مطالب بتحقيق نتيجة، إلا إذا أقيم الدليل على أنه كان بالإمكان تفادي هذا الخطأ من الناحية العملية لو أن الطبيب التزم بقدر كبير من الحيطة والانتباه⁽¹⁾.

وتعتبر محكمة "Grenoble" السبابة إلى نظرية تفويت الفرصة في المجال الطبي بسبب خطأ الطبيب في تشخيص المرض بموجب حكمها الصادر في 24 أكتوبر 1961 في قضية تتلخص وقائعها أنه أصيب شخص بجرح في يده، وقد أمر الطبيب المعالج بتصوير إشعاعي لليد المصابة، ولم يتضح للطبيب من الصورة أي شيء غير طبيعي وسرعان ما استرد المريض عافيته، ولكن بعد 7 سنوات أصبح يعاني من آلام حادة أفضت إلى تورم كبير، فقام برفع دعوى على الطبيب المعالج الذي تبين أنه لم يراجع الصورة الإشعاعية جيداً التي كان بها كسر، فانتدبت المحكمة خبير ف جاء في تقريره المودع لدى المحكمة الذي انتهى إلى أنه كان بإمكان الطبيب المعالج حينها ملاحظة وجود كسر لو أنه قام بمراجعة صورة الأشعة بدقة، وقال في تقريره بغياب السببية بين الخطأ الطبي والضرر النهائي، قضت المحكمة بالتعويض الجزئي للمضرور وجاء في تسبب حكمها أن عدم تطبيق العلاج المناسب نتيجة التشخيص الخاطئ أدى إلى حرمان المضرور من فرصة أكيدة في الشفاء⁽²⁾.

الفرع السابع: فوات الفرصة وانعدام الرعاية الطبية

يقع على عاتق الطبيب الجراح عدة التزامات من أهمها الإشراف ومتابعة الحالة الصحية للمريض قبل وبعد العمل الجراحي، فالتقصير في هذا المجال يستوجب مساءلة الطبيب بشرط توافر رابطة بين الخطأ الواقع والضرر الحاصل، غير أن القضاء المدني في فرنسا لم يساير هذا الشرط ونهج نهجاً متشدداً خصوصاً في مرحلة الإشراف والمراقبة فأبي تقصير في هذا المجال يؤدي بالوفاة أو العجز يرتب مسؤولية الطبيب مباشرة⁽³⁾.

(1) أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص400.

(2) C.A de Grenoble, 24 oct.1961. Cité Par.

(3) عياشي كريمة، مرجع سابق، ص54.

حيث قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 10 مارس 1966 بأن الأخطاء المتعددة المرتكبة من طرف طبيب التوليد حرمت المريضة المتوفاة من العناية الطبية اليقظة والصحيحة التي يفرضها عقد العلاج الطبي، كما أكدت المحكمة بان المدعي لم يقدّم الدليل على وجود علاقة سببية بين الخطأ الواقع والضرر الحاصل، ومع ذلك رأت المحكمة أن تقصير الطبيب في الوفاء بالتزاماته في مجال العناية والإشراف أضع على المتوفاة فرصة كبيرة في الشفاء والبقاء على قيد الحياة فقدرت أن قيمة هذه الفرصة الضائعة تساوي ثلاثين ألف (30.000) فرنك فرنسي يلتزم المدعى عليه بدفعها إلى زوج الضحية المتوفاة⁽¹⁾.

المطلب الثالث: التكيف القانوني لفكرة فوات الفرصة

تعتبر فوات الفرصة في المجال الطبي عنصراً من عناصر الضرر وإن كانت أمراً محتملاً فإن فواتها أمر محقق⁽²⁾

وعلى أية حال، فإنه وطبقاً لرأي الفقيه "سافاتييه" أنه إذا ارتكب الطبيب خطأ في التشخيص أو العلاج، فإن الفرصة المفقودة للمريض تحمل بطريقة مباشرة حول نجاح العمل الطبي المعهود للعناية، وأنه لا يجوز المؤاخذة عن تفويت الفرصة بالعقاب جنائياً، وإنما يقتصر على التعويض المدني فقط، وأن أساس التعويض في المجال المدني هو أنه على الطبيب أن يتحمل المخاطر الناجمة عن نشاطه⁽³⁾.

غير أن هذه النظرية تعرضت لانتقادات كثيرة في مجال المسؤولية الطبية كونها لا تتمشى وطبيعة المهنة، وذلك بتحول التزام الطبيب الأصلي بعناية إلى التزام بتحقيق نتيجة

(1) C.A de paris, 10 mars 1966: (En ce qui concerne le lien de causalité entre la faut et le dommage, s' il est vrai que le demandeur n' établit pas son existence de façon Péremptoire, il n'en existe pas moins en la cause des présomptions suffisamment graves, Précisés et concordantes pour admettre que de décèsde la dame... est la conséquence directe des fautes commises parla la docteur ... et que les manquements a ses obligations de moyens ont ainsi fait perdre d' importante chance de guérison...) Cité par: M. AKIDA, op. cit, p 27.

(2) محمود زكي شمس، مرجع سابق، ص246.

(3) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص537.

فتطبيق هذه النظرية يعني رفض لفشل العملية أو العلاج، لكن القاضي يعتمد على قرائن قوية وحاسمة، ليس فقط مجرد الشك، فإن ثبت أن الفشل كان يؤدي حتماً إلى الوفاة سواء أجريت له العملية أو لا فهذا لا يسأل الطبيب عن وفاته، أما إذا كانت حالة المريض تبعث على الاطمئنان إلى شفاؤه، فإن أي خطأ من الطبيب يعتبر سبباً فوت على المريض فرصة الشفاء أو الحياة، وهذا كافي لقيام مسؤولية الطبيب جراء الخطأ الصادر منه لتصبح بذلك فكرة فوات الفرصة ضرراً محققاً يستلزم التعويض عنه، غير أنه ضرر مستقل يختلف عن الضرر النهائي وهذا ما صرحت به محكمة النقض الفرنسية صراحة في قرار لها بتاريخ 04 مارس 1981 والتي تعتبر تفويت الفرصة في الحياة أو الشفاء مظهر من مظاهر التشدد المتزايد والمستمر في المسؤولية الطبية، انطلاقاً من مبدأ سلامة المريض واستناداً إلى ما أحرزه العلم من تقدم في المجال الطبي⁽¹⁾.

المبحث الرابع: تقدير الاتجاه القضائي الخاص بفوات الفرصة

أنشأ الاجتهاد الفرنسي أمام مرونة فكرة فوات الفرصة قرينة قضائية على قيام مسؤولية الطبيب عندما يؤدي خطأه الثابت إلى تفويت فرصة الشفاء أو الحياة على المريض وهو في حقيقة الأمر يشكل هذا انقلاباً منه على القواعد التقليدية في الإثبات، لذلك التمس القضاء في فكرة تفويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة على المريض الحل الأمثل وهكذا انتهى به المطاف في حالة تعذر إقامة الدليل على علاقة السببية المباشرة بين الخطأ والضرر هذا التشكيك الذي أصبح يهيمن على موضوع علاقة السببية في مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية⁽²⁾.

ونظراً لصعوبة إقامة الدليل على ما لحق بالمريض أو ذويه من ضرر كان نتيجة مباشرة للخطأ الذي ارتكبه الطبيب أو الجراح في الفحص والتشخيص أو العلاج أو التخدير أو الجراحة سواء العلاجية أو التجميلية أو في العناية والإشراف ليس أمر سهلاً ميسراً، بل أمر عسير بالغ الصعوبة ومحفوف بكثير من المشاكل في إطار الإثبات أحياناً على الأقل فيما يتعلق بالأعمال الطبية والجراحية الدقيقة، بل غالباً ما يصعب إن لم يستحيل إثبات ما إذا كان

(1) بومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، رسالة ماجستير، قانون مسؤولية المهنية،

جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص156.

(2) علي عصام غصن، مرجع سابق، ص194.

الضرر الذي لحق المريض مرده الخطأ الذي اقترفه الطبيب بالذات أو القوة القاهرة، فمن أجل تقاضي هذه الصعاب جميعها ورغبة في تعويض المريض باعتباره الطرف الضعيف، وحيث أنه لا يوجد توازن بين الطبيب والمريض الذي يتعرض في العمليات الجراحية على وجه الخصوص لأخطار بالغة، فالظروف التي تحيط بهذا المريض الراقد على سرير العمليات فاقد الوعي الغائب عن الدنيا بفعل المخدر، تجعله لا يقف على قدم المساواة مع الطبيب⁽¹⁾.

من هذا المنطلق سنتعرض لفكرة فوات الفرصة والتشكيك في العلاقة السببية في (المطلب الأول) وفي المطلب الثاني نتعرض إلى تطبيقات قضائية عن فكرة فوات الفرصة في المجال الطبي (المطلب الثاني) ونختم بتقدير التعويض القضائي لفكرة فوات الفرصة في (المطلب الثالث).

المطلب الأول: فوات الفرصة والتشكيك في العلاقة السببية

إن الدافع الأساسي للقضاء لتطبيق فكرة فوات الفرصة في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة هي تلك الصعوبات التي تنطوي عليها عملية الإثبات ذاتها في إطار الخطأ الطبي، ومن المعلوم أن المريض خلال مباشرة العمل الطبي الجراحي أو غير ذلك من الأعمال فإنه أمام مخاطر كبيرة وغير عادية فلا يمكن أن يشاهد العمل الجراحي سوى الفريق الطبي، ولهذا فالمريض حينها يكون تحت السيطرة الكاملة للفريق الطبي، ونظراً لأن الأخطاء الطبية الفنية ومدى علاقتها بالضرر الحاصل، لا يمكن استنباطها إلا عن طريق الخبرة الطبية نظراً كونها من المسائل الفنية التي تحتاج أهل الاختصاص م126 ق. إ. م. إ. (2)، فإنه عادة نلاحظ أن تقارير الخبراء غالباً ما تنتهي إلى عدم وجود علاقة سببية بين الوفاة أو العجز وبين خطأ الطبيب بالإضافة إلى أن هناك أحيانا أن الخبرة تعجز عن الوصول إلى حقيقة مقنعة وتثير كثير من البلبلة والشكوك في نفس القاضي لكثرة جزئياتها ودقتها البالغة، هذا بغض النظر عن الزمالة الطبية بين الأطباء التي تحول في كثير من الأحيان بين ما وقع وبين التقرير المقدم للقضاء لأنه يصعب على الخبراء كثيراً اتهام زملاء لهم في مهنة الطب وهذا معروف وشائع

(1) أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص413.

(2) القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المادة 126 منه: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من التخصص أو من تخصصات مختلفة".

في المسؤولية الطبية مما يصعب كثيراً على المريض المضرور أو ذوي حقوقه استنباط الدليل على وقوع خطأ من الطبيب اتجاه المريض⁽¹⁾.

والمشكلة الأخرى التي تقع على عاتق المضرور أو ذوي حقوقه فيما يتعلق بالإثبات لأجل الحصول على التعويض بمعنى إثبات رابطة السببية، لأنه لا يكفي أن تثبت أن الخطأ واقع بسبب الإهمال أو الرعونة أو اللامبالاة في تقديم الخدمات العلاجية، فإنك بحاجة إلى إثبات أنها كانت السبب المباشر في الإصابة بالضرر، ومعلوم أن الحالات الطبية المعقدة لا تدري في أي مرحلة وقع الخطأ فهل كان في مرحلة التشخيص، حيث أنه لو كان التشخيص دقيقاً لما وقع الخطأ، أم في مرحلة لاحقة على التشخيص، بحيث يمكن تغيير وسيلة العلاج للوصول لنتائج أحسن؟ وكيف يمكن إثبات أن تصرفاً أو خطأ أو تقصيراً أو إهمالاً معيناً قد سبب جزءاً من الحالة الواقعة للمريض، وكيف يمكن تقدير فرص العلاج التي من شأنها إنقاذ المريض ومساعدته على الشفاء⁽²⁾؟

لذلك قرر الأستاذ "سافاتيه" في هذا الصدد ((إن ما يطلق عليه من باب التجاوز "الفرصة"، ما هو في الحقيقة سوى قصور في استنتاج القاضي بشأن التعاقب والذي بمقتضاه تسلسلت الأحداث مقضية إلى القدر المحتوم))⁽³⁾.

وقد عكس القضاء بكل وضوح هذا التشكيك في علاقة السببية حين قال أن هناك تعويض جزئي يمنح للمتضرر، وكانت محكمة النقض الفرنسية جسدت هذا المعنى في أكثر من حكم لها بقولها: ((إذا لم يكن من المؤكد أن الخطأ كان السبب في وفاة المريض، فإنه على الأقل قد حرم هذا الأخير فرصة البقاء على قيد الحياة وأنه يمكن التمسك بالضرر لمجرد أن هناك فرصة ضائعة وعليه يكون هناك تعويضاً جزئياً، ومن ثم لا يجوز أن يكون تعويضاً

(1) محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، الطبعة 1، مصر، 1990، ص 371 وما يليها.

(2) أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 417.

(3) أحمد أحمد علي ناصف، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس كلية الحقوق، مصر، 1986، ص 420.

كاملاً يساوي كل الأضرار التي نشأت عن الخطأ في ذاته سواء ترتب عليه وفاة أو عاهة أو (أي نتيجة أخرى)⁽¹⁾.

ومن التطبيقات التي لم تثبت فيها علاقة سببية بين الخطأ والضرر ما قضت به محكمة النقض الفرنسية، من أنه لا يكون الطبيب قد أخل بالتزاماته التعاقدية إذا كان قد قرر عودة مريضه إلى العمل وكان هذا المريض في يوم عودته إلى العمل قد اشتد مرضه، فهنا لا توجد علاقة سببية بين المرض الجديد والعمل، ذلك أن تدهور حالة المريض بعد عودته إلى العمل والتي أقرها الطبيب لا يكون في حد ذاته تعبيراً عن إخلال الطبيب بالتزامه التعاقدية⁽²⁾. نستخلص من هذا أن الحكم "بفوات الفرصة" في ظل غياب ركن السببية بين الخطأ والضرر يخفف على المضرور من إشكالية عبء الإثبات ويضمن للمريض تعويضاً جزئياً عما أصابه، ولكن وجب عدم الإفراط من طرف القضاة والإحالة دائماً على فكرة فوات الفرصة كلما كان هناك لبس في استنباط عنصر السببية بين الخطأ والضرر.

من هنا وجب التمييز وبكل دقة بين الحالات التي تكون فيها علاقة السببية قائمة بالفعل وبين رابطة السببية الافتراضية أو الاحتمالية، ففي الحالة الأولى ليس هناك ما يدعو إلى الاستعانة من طرف القضاء بفكرة "فوات الفرصة" فقد يستعين القاضي بها مع أن عنصر السببية ظاهر من خلال تسلسل الأحداث والوقائع موضوع الخصومة⁽³⁾، مما يعرض مصالح

(1) حكم الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في 18 مارس 1969 تحت رقم 164222، 1970، حكم مشار إليه في مؤلف أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص418.

(2) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص570.

(3) حكم لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 27 مارس 1973 والذي سبق الإشارة إليه ((ويتعلق بقيام طبيب جراح بإجراء عملية جراحية لمريض تحت تأثير تخدير كلي بدون أن يتأكد خلو معدة المريض من الطعام، حيث لقي هذا المريض حتفه نتيجة لقيء خانق فربطه السببية متوافرة، بحيث يمكن القول بأنه لولا خطأ الطبيب ما حصلت وفاة المريض ومع ذلك فقد استعان الحكم المطعون فيه (محكمة رين في 18 أكتوبر 1971) بفكرة ضياع الفرصة حيث قرر أن الخطأ الذي ارتكبه الطبيب الجراح قد انقص بنسبة كبيرة فرص الحياة المهيأة للمريض وقضى بالتعويض الكامل، وقد أوضحت الدائرة المدنية لمحكمة النقض هذا التناقض ذاته حيث نقضت حكم محكمة (رين) وقضت بالتعويض الجزئي في 27 مارس 1973، وقد كشفت الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية عن نفس التناقض في الحكم الصادر عن محكمة باريس في 12 يونيو عام 1971 والذي تتلخص وقائعه في أن طبيباً عهد إليه بمتابعة عملية وضع لدى سيدة كان قد أخطر بدخولها إلى المستشفى الولادة حوالي الساعة الثامنة مساءً حيث طرق سمعه بأنها =

المضرور أحياناً للخطر من خلال الحكم بالتعويض الجزئي الذي قد لا يتناسب مع حجم الضرر الحاصل وهذا على أساس فكرة فوات الفرصة.

يتبين من خلال تحليل الأحكام التي عرضناها أن الاستعانة بفوات الفرصة جعلت نفسها هدفاً للنقد والتناقض، بل تعارضت أحياناً ومصالح المضرور، ففي الوقت الذي تتوافر فيه رابطة السببية ومن ثم حق للمضرور في الحصول على تعويض كاملاً، فإن ظهور فكرة فوات الفرصة في نطاق السببية فوتت على المضرور فرصة أخذ تعويضاً كاملاً وحكم عليه بتعويض جزئي.

= في اللحظات الحرجة أو على وشك الوضع ورغم ذلك فقد غادر الطبيب المستشفى لمدة أربعة وعشرون ساعة دون أن يقدم إلى هذه المرأة أدنى مساعدة مكتفياً بأن عهد بالإشراف على رعايتها إلى عدد من الممرضات اللاتي لسن على درجة من المهارة والكفاءة بحيث يتداركن في الوقت المناسب ما يعانیه الوليد من نقص في كمية الأكسجين اللازم لأنسجة الجسم وذلك بسبب الفترة الزمنية الطويلة التي استغرقتها عملية الولادة وهكذا بدت عليه علامات الموت الظاهرة واستمر على ذلك حتى أصيب المخ بإصابات جسيمة أودت بحياته وقد جاء تقرير الخبير إن الإصابات التي أصابت المخ مرجعها عملية الولادة نفسها، إلا أنه كان بالإمكان تجنبها باستخدام العلاج الملائم خصوصاً وقد ظهرت على الوليد المعاناة الواضحة والتي كان يسهل الكشف عنها، فمحكمة باريس وإن كانت قد استظهرت خطأ الطبيب المولد حين قالت "إن هذا الخطأ الذي ارتكبه الطبيب المولد قد أضع على الأم فرصاً كبيرة في مشاهدة وليدها" إلا أنها ألزمتها بدفع تعويض كامل مما عرضت حكمها للنقض وكان بالمكان لمحكمة باريس أن تنتهي إلى إثبات رابطة السببية بين إهمال الطبيب المولد والضرر الحاصل للمولود وهنا يستتبع بالضرورة الحكم بالتعويض الكامل إلا أنها جانبت الصواب حين لجأت إلى "فكرة فوات الفرصة" في مقابل البرهنة على قيام علاقة السببية ومن ثم أحالت محكمة النقض هذه الدعوى إلى محكمة أورليان التي أصدرت حكمها في 9 جوان 1975 والتي أكدت فيه على ((وفقاً لتسلسل الوقائع والأحداث وتقرير الخبيران فإن هناك رابطة سببية قائمة ومباشرة بين خطأ الطبيب المولد والضرر الذي أصاب الوليد وهذا يقتضي الحكم (بالتعويض الكامل) وقد طعن الطبيب المولد بهذا الحكم أمام محكمة النقض مؤسساً دفاعه على فكرة ضياع الفرصة التي جنحت إليها محكمة باريس لغرض جعل التعويض جزئياً، ولكن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الطعن وصادقت على حكم محكمة أورليان المطعون فيه وأهم ما جاء في حيثيات قرارها ((وحيث أن محكمة الاستئناف ليست ملزمة ببيان الأساليب العلاجية التي كان يجب على الطبيب استعمالها فإن ما ينعاه الطاعن في هذا الشأن من أن هذا الإغفال يستلزم التعويض فقط عن فقدان فرصة الولادة الطبيعية لا أساس له من الصحة ويتعين رفضه موضوعاً)) مشار إليه في مؤلف، اسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 418 وما يليها.

المطلب الثاني: تطبيقات قضائية عن فوات الفرصة في المجال الطبي

ومن التطبيقات القضائية فقد قضى بأن الطبيب الذي يتسبب بخطئه في فقد عضو من أعضاء شخص ما ويكون سبب في حرمانه من التقدم للحصول على وظيفة يعد فواتاً للفرصة واجب التعويض عنه لأنه حرم المضرور من فرصة احتمال النجاح في الوظيفة⁽¹⁾ ففي حكم لمحكمة النقض الفرنسية⁽²⁾ الصادر عام 2008 تتلخص وقائعه بأن مريضاً كان يعاني من التهاب في الفم، وذهب إلى الطبيب، وشخص الطبيب المرض على أنه التهاب في اللوزتين، ووصف له مضاداً حيوياً، وبعد 6 أيام ساءت حالته وظهرت أعراض تمثلت في إنكماش في الفك وتشنج في عضلات الرأس والرقبة عندها قام بفحص في المستشفى أين تبين أنه مصاب بخراج في ضرس أسنان العقل والذي يستوجب عملية جراحية وبعد العملية أصيب بعمى دائم بسبب إصابة رأس العصب البصري، وعليه يستوجب تعويضه على أساس فوات الفرصة⁽³⁾

أما القضاء المصري فقد اقتفى أثر الفقه في الأخذ بالتعويض عن فوات الفرصة، وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى هذا إذ قضت بأن " ثبوت أن المجني عليه كان يعول المضرور وقت وفاته على نحو مستمر دائم، وأن فرصة الاستمرار على ذلك مستقبلاً كانت محققة، فمن حق المضرور طلب التعويض عن ضياع فرصة إعالته⁽⁴⁾ .

وقد صدر للمحكمة العليا الجزائرية في غرفتها المتعلقة بالأحوال الشخصية⁽⁵⁾ فيما يتعلق بفوات الفرصة قرار جاء فيه " يحق للزوجة في حالة الطلاق قبل الدخول بها، الحصول

(1) Cass. Civ.17.3.1961. Gaz. Pal: 1961.1.400.

مشار إليه في مؤلف: منير رياض حنا، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص542.

(2) Cass. 1re civ., 13 Nov. 2008, n° 07-18.008. Note: Pierre Sargos, Faute et perte de chance dans l'organisation du diagnostic et l'organisation d'une clinique, JCP G, n° 8, 18 Février 2009, II 10030.

(3) أسعد عبيد عزيز الجميلي، طلال سالم نوار الجميلي، مسؤولية الطبيب المدنية عن تفويت الفرصة، مجلة كلية المأمون، العدد 31، العراق 2018 ص 56.

(4) إبراهيم علي حمادي الطبوسي، مرجع سابق، ص72 وما يليها.

(5) قرار المحكمة العليا، ملف رقم 372290، بتاريخ 2006/11/15، المنشور في مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2007، ص55.

على تعويض، من جراء تفويت فرصة الزواج من الغير عليها " وهذا استناداً للمادة 52 من قانون الأسرة⁽¹⁾.

ونص القانون المدني الجزائري في مادته 182 على التعويض عن الربح الفائت بقوله "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول"⁽²⁾.

ولم يتعرض المشرع الجزائري للتعويض عن فوات الفرصة بعكس بعض التشريعات الاجنبية كالقانون المدني الالمانى (المادة 849) وهنا يختلف الأمر بين الوضعيين فالمعادلة المؤدية إلى تحديد الربح الفائت بسيطة في أكثر من عقد وقابلة للتحديد في سائر العقود بالاستناد إلى عناصر تقدير واقعية وحسابية، فإذا باع شخص قطعة أرض بسعر (50) ألف دينار جزائري للمتر المربع الواحد وأقدم الشاري على عدم تنفيذ العقد فحل من التزامه يحكم عليه بتعويض البائع عن الربح الفائت من هذه الصفقة، غير أنه إذا ثبت أن البائع اشترى المتر الواحد بـ(80) ألف دينار جزائري وهكذا في باقي الصفقات التجارية الأخرى بما أنها لا تؤدي حتماً إلى الربح فإنه يترتب على القاضي تقصي حقيقة الأسعار⁽³⁾.

أما موضوع تفويت الفرصة فهو مختلف لأن تحقيق نتيجة معينة فيما لو أتيحت الفرصة ونفذ العقد أمر احتمالي، فتفويت الفرصة يشكل ضرراً قائماً بذاته (وطبقت محكمة التمييز الفرنسية هذا المبدأ في إطار العناية الطبية معتبرة مسؤولية الطبيب وأعضاء الفريق الطبي قائمة نتيجة للأخطاء العقدية أو التقصيرية التي أثرت في فرص الشفاء، وإن لم يكن من المؤكد أن هذه الأخطاء كانت السبب المولد للوفاة أو العاهة، وبالتالي أقرت مبدأ الزامهم بالتعويض الجزئي عن الأضرار اللاحقة بالمريض أو بورثته لأنه يصح التنزع بالضرر لمجرد

(1) المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بالأمر رقم 05-02 الجريدة الرسمية رقم 15، 2005، ص21، .

(2) المادة 182 من الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(3) مصطفى العوجي، القانون المدني (المسؤولية المدنية)، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الخامسة، لبنان، 2016، ص66.

تفويت فرصة كانت متوفرة⁽¹⁾، إلا أن التعويض لا يمكن أن يتجاوز ما كانت تمثله تلك الفرصة من قيمة للمتضرر⁽²⁾.

نخلص من هذا أن الفقه والقضاء قد اتخذ موقفاً واحداً من مسألة التعويض عن فوات الفرصة باعتباره ضرراً محققاً أصاب المريض وفوت عليه فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة.

المطلب الثالث: تقدير التعويض القضائي لفكرة فوات الفرصة

تظهر خصوصية الضرر الناتج عن فوات الفرصة عند معالجة كيفية التقدير المناسب للتعويض، إذ أن طريقة التعويض تمر عبر مرحلتين الأولى تتجلى في حساب نسبة احتمال تحقق الفرصة لولا وجود الخطأ الطبي، والثانية تتمثل في ربط نسبة الضرر بقيمة التعويض عنه، وعليه فإن محدودية التعويض في الفرصة الضائعة تتجلى في قيمة الفرصة الضائعة فقط وليس بمقدار الفائدة المرجوة منها إذا ما تحققت، وهنا أكد القضاء الفرنسي على هذا المبدأ في عدة أحكام له، حيث أن هذه المحدودية المتمثلة في قيمة الفرصة تعكس خصوصية نظرية فوات الفرصة، فخاصية الاحتمال التي تهيمن على فكرة فوات الفرصة هي التي تضيي الصفة المؤكدة للضرر الحاصل عن فوات الفرصة، وفي سبيل وصول القاضي إلى تقدير القيمة المالية للفرصة الضائعة لا بد من أن يلجأ إلى "طريقة التقدير المضاعف" والتي تتمحور حول مرحلتين الأولى يقوم فيها بتقدير قيمة الضرر النهائي، والثانية يتم فيها تحديد قدر الأهمية في فوات الفرصة والمتمثلة في قدر من الكسب والذي يعكس دائماً جزء من الضرر النهائي⁽³⁾.

أما بخصوص رفض التعويض الجزافي لفوات الفرصة فقد عبرت محكمة النقض الفرنسية عن رفضها للتعويض الجزافي لفوات الفرصة إذ قضت في إحدى قراراتها على أن

(1) Cass.Civ.14 décembre.1965 JCP 1966. 14753 note Savtir. Civ.18 mars 1969 et 27 janvier 1970 JCP 1970.16422 note Rabut et Civ. 17 novembre 1970. JCP 1970. IV.323.

(2) Cass. Cvi. 9 mai 1973. JCP. 1974.17643. Cass.Crim. 12 février 1953.JCP. 1953. 7335 et CRIM. 19 MAI 1953. Jcp 1953. 7321. Not Rodiere. مشار إليه في مؤلف مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص69.

(3) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة العاشرة، 1986، ص168.

"تعويض ضرر فوات فرصة حصول المريض على نتائج أفضل لحالته الصحية أو تجنب ضرر الإعاقة لا يتم تقديره بالطريقة الجزافية، بل لابد أن يمثل جزء من الأضرار اللاحقة بالمضروب لهذا كان على محكمة الاستئناف تقدير التعويض المناسب لمختلف هذه الأضرار⁽¹⁾.

ويشمل تقدير التعويض عن فوات الفرصة على عدة عناصر متداخلة منها:

الفرع الأول: رجوع الغير على المسؤول في إحداث الضرر

وهذا وفقاً للأحكام العامة في إطار المسؤولية، مثل ما هو معمول به في قوانين الضمان الاجتماعي حين يعود صندوق الضمان الاجتماعي على الغير المتسبب في إحداث الضرر طبقاً للمواد رقم 69 و 70 و 71 من القانون 08-08 المتعلق بمنازعات الضمان الاجتماعي⁽²⁾.

الفرع الثاني: رجوع الغير على الطبيب المسؤول عن فوات الفرصة

وهذا ما يعكسه قرار "Meurice" الذي أقر مسؤولية الأطباء عن فوات فرصة في تجنب ضرر الإعاقة بعد ثبوت خطأ الأطباء في إصرارهم على مواصلة العلاج وفق تشخيص خاطئ للمريض رغم تدهور حالته الصحية واعترف للضمان الاجتماعي بحق الأولوية في الرجوع على المسؤولين في التعويض عن الضرر الحاصل عن فوات الفرصة.

ونشير إلى أن القاضي عند تقديره للتعويض عن فوات الفرصة في حالة تفاقم الضرر، لا يجوز له إعادة النظر في قيمة التعويض نتيجة لتناقص الضرر وهذا إعمالاً بمبدأ حجية الشيء المقضي به، ولكن يجوز له أن يمنح تعويض تكميلي في حالة إثبات الضحية أن الضرر الحاصل له قد تفاقم بعد صدور الحكم⁽³⁾ إذ يمكن بموجب هذا النص التمسك بمنح التعويض التكميلي عن ضرر فوات الفرصة عند تفاقم الحالة الصحية للمريض.

(1) صاحب ليدية، فوات الفرصة في المسؤولية الطبية، رسالة ماجستير في القانون، فرع قانون ومسؤولية مهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر 2011، ص 137.

(2) راجع المواد 69 و 70 و 71 من قانون رقم 08-08 مؤرخ في 23 فبراير سنة 2008، يتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

(3) تنص المادة 131 من القانون المدني الجزائري على "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملائمة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

وقد ثار سؤال مهم في فرنسا حول إمكانية الطفل الذي ولد حياً وبإعاقة مطالبته بالتعويض عن الضرر المتمثل في مجيئه إلى الحياة معوقاً، وتحميل الطبيب الذي أشرف وتابع حالة أمه منذ بداية الحمل حتى تاريخ الوضع، وكذا المختبر الذي أجرى التحاليل اللازمة المسؤولية عن حياته، حيث أتى الجواب من الهيئة العامة لمحكمة التمييز الفرنسية التي أصدرت في 17 تشرين الثاني سنة 2000 قراراً جاء فيه " إنه منذ أن حالت الأخطاء المرتكبة من الطبيب والمختبر في تنفيذها للعقود المبرمة مع الغير، دون تجنب ولادة طفل مصاب بإعاقة فإنه يعود لهذا الأخير (الطفل) الحق بالمطالبة بتعويض شخصي له عن الضرر الناتج عن تلك الإعاقة والتي تسببت بها تلك الأخطاء المكرسة، وأكدت محكمة التمييز الفرنسية توجهها السابق بإصدار ثلاثة قرارات متتالية خلال أقل من عام في 13 تموز 2001 حافظت فيها على مبدأ التعويض للولد في حالة الولادة التي يصاب فيها بإعاقة، عندما يمنع الخطأ الطبي والتقني الأم من قطع الحمل إرادياً⁽¹⁾.

وإذا كان القضاء المدني يأخذ بنظرية تفويت الفرصة في الشفاء أو الحياة، فإن القضاء الجزائي يتمتع بحق عن تطبيقها، لأن القضاء الجزائي لا يعرض وإنما يعاقب، وهو لا يعاقب فوات فرصة في الشفاء أو الحياة، بل على الإصابة الجسدية أو القتل الخطأ، ومن الأمثلة المعبرة في هذا الصدد عن محكمة النقض البلجيكية بتاريخ 23 سبتمبر 1974 نقضت فيه حكماً اعتبر الطبيب مرتكباً لجريمة القتل الخطأ استناداً إلى تقرير الخبراء الذي جاء فيه أن خطأ الطبيب حرم المريض حوالي 90% من فرصة استمرارية الحياة، معتبرة أن القضاة قد أخطأوا حين استنتجوا من ذلك وجود علاقة سببية بين خطأ الطبيب وموت المريض ودون أن يأخذوا بعين الاعتبار 10% الباقية⁽²⁾.

بعد أن فرغنا من البحث في الباب الأول من الطبيعة القانونية للخطأ الطبي، والذي استهلينا فيه من خلال دراستنا للخطأ الطبي من حيث مفهومه وأنواعه وعرضاً للجدل الفقهي والقضائي حول طبيعته، خلصنا إلى أن الخطأ الطبي في إطار المسؤولية المدنية قد بدأ ضيقاً حيث لا يعتبر أن هناك خطأ طبي إلا إذا توافرت أركان المسؤولية المدنية التقليدية، من خطأ

(1) عصام غصن، مرجع سابق، ص 199 وما يليها.

(2) القاسم محمد هاشم، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، مجلد 5، عدد 2، جوان 1981، ص 92.

وضرر وعلاقة سببية بينهما، ثم ما إن تطورت الأساليب والآلات في الجانب الطبي عموماً والعمل الجراحي خصوصاً حتى أصبح الخطأ الطبي يأخذ مفاهيم أوسع لتساير وتواكب التقدم الكبير في المجال الطبي، هذا التقدم الذي كان لابد من مواجهته لأثاره السلبية إعادة النظر في الالتزامات الواقعة على الطبيب اتجاه المريض، هذه الالتزامات التي تعتبر الأرضية التي من خلالها تنثور فكرة الخطأ، وعند بالبحث في العلاقة بين خطأ الطبيب ومضمون التزامه خلصنا إلى أن التزام الطبيب في الأصل هو التزام ببذل عناية، فلا يلزم الطبيب بشفاء المريض ولا بسلامته من مخاطر العمل الطبي، وإنما مجرد اتخاذ الوسائل والسعي في سبيل ذلك دون أن يكون ملزم بتحقيق نتيجة، وهذا مرجعه كون نتائج العمل الطبي أي شفاء والسلامة تتحكم بها عوامل لا تخضع جميعها لسيطرة الطبيب، وتوصلنا إلى أن أنسب معيار لتقدير خطأ الطبيب هو المعيار الموضوعي المتمثل في مسلك الطبيب العادي أي الطبيب الوسط فلا هو الطبيب ذو الخبرة والكفاءة العاليتين، ولا هو بالطبيب الخامل قليل المهارة وذلك دون اعتبار للعوامل المتعلقة بشخصية الطبيب محل المساءلة كحالته الذهنية أو سنه أو الظروف التي تم فيها مباشرة العمل الطبي، وعليه يقاس سلوك الطبيب المتخصص بسلوك الطبيب الوسط في مثل تخصصه وجد في ظروف مماثلة للظروف العمل التي باشر فيها الطبيب محل المساءلة.

وتتنوع الأخطاء الطبية إلى أخطاء فنية تتمثل في مخالفة الطبيب للأصول العلمية في عمله، وإلى أخطاء عادية تتمثل في مخالفة واجب الحيطة والحذر، ومن هذه الأخطاء ما يكون جسيماً ومنها ما يكون يسيراً .

والمستقر عليه في الوقت الراهن أن الطبيب يسأل عن جميع أخطائه أيّاً كان نوعها وأياً كانت درجة جسامتها، فلا يتمتع الأطباء بأي استثناء في هذا الشأن ولكن في المقابل يجب أن يكون خطأ الطبيب المتعلق بالعمل الفني ثابتاً ثبوتاً واضحاً وكافياً لا غبار عليه، فلا يكفي للحكم بتوافر هذا الخطأ عدم مألوفية الضرر أو جسامته كما سيأتي معنا في **الباب الثاني** في شقه المتعلق بإثبات الخطأ الطبي.

الباب الثاني : إنعقاد المسؤولية المدنية للخطأ الطبي

تمهيد وتقسيم

جاء في نص المادة 353 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة ما يلي: "يؤدي كل خطأ أو غلط طبي⁽¹⁾ مثبت بعد خبرة، من شأنه أن يقحم مسؤولية المؤسسة و/أو الممارس الطبي أو مهني الصحة، يرتكب خلال ممارسة مهامهم أو بمناسبةها والذي يمس السلامة الجسدية أو الصحية للمريض، ويسبب عجزاً دائماً ويعرض الحياة للخطر أو يتسبب في وفاة شخص، إلى تطبيق العقوبات النصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول به"⁽²⁾.

يستفاد من خلال نص المادة المذكور أعلاه أن المشرع وتعبير صريح رتب المسؤولية الطبية سواءً المدنية منها أو الجزائية على كل مرتكب خطأ أو غلط طبي خلال ممارسة المهنة أو بمناسبةها، وهذا مالم يكن صريحاً في القانون السابق 85-05 الملغى، وبذلك يكون المشرع أغلق باب التأويل الذي كان مفتوحاً سابقاً بشأن ترتيب مسؤولية الطبيب عن الأخطاء الصادرة منه، وفعل أحسن حين أحاط هذه المسؤولية بنتائج الخبرة الطبية، وهو في اعتقنا ضماناً أكثر للخصوم وتسهيل الإثبات، على اعتبار أن هذه الأخطاء من المسائل الفنية التي تحتاج أهل الخبرة، وتعمل على تسهيل عمل القاضي من تكييف المسألة على نحو يضمن للأطراف حقوقهم.

ولما كانت المسؤولية المدنية تهدف إلى تعويض الضرر الحاصل، فإنه لا يمكن مباشرة إجراءاتها إلا عن طريق دعوى قضائية أمام الجهات المختصة بالنظر فيها، هذه الدعوى التي يجب أن تتضمن شروط أساسية لقبولها، إضافة إلى أدوات الإثبات التي يمكن من خلالها إثبات واقعة أو نفيها، لأن إثبات الضرر الحاصل يعطي للقاضي سلطة تقدير التعويض انسجاماً مع كافة الأضرار الناتجة عن الخطأ الطبي.

وبما أن المضرور جراء الخطأ الطبي أو نوبه يكون في وضعية صحية واجتماعية صعبة ضف إلى ذلك مشقة إثبات الضرر الذي يعدو من المسائل البالغة الصعوبة في المجال الطبي، فإن تطور المسؤولية في هذا المجال أحرز تقدماً هائلاً نظراً لخصوصية محل الخطأ

(1) راجع المطلب الخامس المعنون ب: تمييز الخطأ الطبي عن الغلط العلمي في ضوء المعيار العالم للخطأ، الباب الأول، الفصل الأول، ص 132.

(2) المادة 353 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

ألا وهو جسم الإنسان، فنرى أن القضاء ساير التطور السريع في العمل الطبي وما أفرزه من آلات وأدوية، بقدر ما لها من منفعة، وما ترتب من أضرار جراء سوء استعمالها، فرتب التزام استثنائي على الطبيب هو الالتزام بتحقيق نتيجة تابع للالتزام الأصلي وهو الالتزام ببذل عناية ثم ركز على الخطأ كقوام المسؤولية الطبية، ليتراجع ويرتب المسؤولية بدون خطأ، ثم الخطأ المفترض، ثم رتب مبدأ الالتزام بالسلامة والضمان وهكذا، وصولاً إلى التأمين من المسؤولية الطبية ليرفع المشقة على المضرور في استيفاء التعويض من جهة وحماية الطبيب من إرهاب المسؤولية من جهة أخرى.

هنا إرتئينا أن نتطرق إلى المسؤولية الطبية المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها في (الفصل الأول) هذا الذي يقودنا بالضرورة منهجياً وموضوعياً للحديث عن أثر المسؤولية المدنية في المجال الطبي في (الفصل الثاني)

الفصل الأول: المسؤولية الطبية المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها

تعني المسؤولية المدنية بوجه عام تحمل عاقبة الفعل الضار الذي قام به الإنسان حيث أن هذا الفعل قد يكون خروجاً على ما قد تأمر به قواعد الأخلاق، أو خروجاً على ما يأمر به القانون، فالمسؤولية في الحالة الأولى خلقية وفي الثانية قانونية، وعلى الرغم مما قيل أن قانون نابليون جاء متجاهلاً للقاعدة الخلقية في نصوصه إلا أنه أعتمدها بوضوح في نطاق المسؤولية حيث اعتبر الخطأ أساساً لها، وذلك في نص المادة 1382⁽¹⁾ من القانون المدني الفرنسي حيث يتساءل الفقهاء دائماً لماذا يُسأل مسبب الضرر؟ والإجابة عادة تكون لأنه ارتكب خطأ حيث لا يتصور وجود مسؤولية مدنية بدون خطأ، وبمعنى أن الخطأ هو الأساس القانوني لها⁽²⁾.

ولعل أول مسألة تُطرح هنا في هذا الشأن هو ما المقصود بالمسؤولية الطبية، أهي مسؤولية الطبيب، أم هي المسؤولية المترتبة عن الأعمال الطبية، فإن كانت المسؤولية الطبية تنصرف إلى المدلول الأول فهذا قطعاً يعني أن صفة الطبيب تكون جوهرية كلما كنا بصدد الحديث عن النظام العام للمسؤولية، وتكون شرطاً من شروط قيام هذه المسؤولية مثل مسؤولية حارس الشيء أو متولي الرقابة، أو مسؤولية المنتج، وغياب هذه الصفة يجعل المسؤولية تنتفي أما إذا كانت المسؤولية الطبية تنحصر في تلك الأعمال الطبية، فهذا يسمح بمسائلة كل من يمارس عملاً طبياً ولو لم تكن له صفة الطبيب⁽³⁾.

والخطأ كأساس لمسؤولية الطبيب يثير إشكالات متعددة مرجعها خصوصية العمل الطبي الذي تثار من خلاله فكرة الخطأ، فهناك إشكالات تتعلق بماهية الخطأ الطبي والعوامل الحاسمة لمعياره وأخرى تخص صفة الخطأ المرتب لمسؤولية الطبيب، والتي في إطارها تتجلى مدى مسؤولية الطبيب عن خطأه ومسائل أخرى ترتبط بالنطاق الذي يثار من خلاله هذا الخطأ وغيرها تتعلق بإثباته وكيفية ذلك.

(1) Art. 1382: C.C.F "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer".

(2) اسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص44.

(3) علي فيلالي، ملاحظات حول المسؤولية الطبية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 07، المركز الجامعي تامنغست، الجزائر، جانفي 2015، ص12.

ومما لاشك فيه أن عامل التطور في الآلات والوسائل الجديدة في عالم الطب قد أدى إلى حدوث أخطاء سواء كان ذلك راجع إلى نقص التكوين، أو لما يصدر عن الأطباء من إهمال وعدم الحيطة أو لعدم انسجام التشريع مع هذا التقدم السريع.

لكن لا يمكن أن ننكر محاولات تشريعية جبارة قامت في هذا الميدان على غرار التشريع الفرنسي الذي عمل على تطوير منظومته التشريعية الطبية حيث أنشأ تشريع خاص بالمسؤولية الطبية بعدما كان قانوناً قضائياً فأدخل عدة تعديلات وإضافات إلى مدونة الصحة العامة وغيرها من النصوص ذات الصلة بموجب ثلاثة قوانين⁽¹⁾ مشهورة صدر إثنان منها سنة 2002، والثالث سنة 2005⁽²⁾.

ومن خلال هذا الفصل الذي يشتمل على مبحثين، حيث سنتطرق إلى بيان أساس المسؤولية المدنية الطبية (المبحث الأول) من خلال الإشارة إلى الخطأ كأساس لمسؤولية الطبيب ثم نتعرض إلى فكرة تراجع الخطأ كأساس لمسؤولية الطبيب (المبحث الثاني) من خلال التتويه بمجموعة من النظريات الباحثة في الموضوع، ونتعرض إلى الوسيلة المشروعة التي من خلالها يمكن ممارسة الحق في التقاضي، وهذا عن طريق مباشرة دعوى المسؤولية المدنية الطبية أمام الجهات المختصة بالنظر فيها (المبحث الثالث) ولا شك أن الظروف التي تحيط بالخطأ، وحالة المعاناة التي يكون بها المريض، ضف إلى ذلك جهل المريض بالاعتبارات الطبية تبين إلى حد كبير مدى صعوبة إثبات هذا الخطأ، وأحياناً استحالته لهذا هناك عدة معيقات واعتبارات قانونية وواقعية مرتبطة أساساً بإشكالية الإثبات⁽³⁾ هذا في (المبحث الرابع)

(1) الأول هو القانون 330/2002 بتاريخ 04 مارس 2002 المعروف بقانون "كوشنير" "KOUCHNER" والمتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي.

الثاني هو القانون 1755 /2002 بتاريخ 30 ديسمبر 2002 والمتعلق بالمسؤولية المدنية الطبية.

الثالث فهو القانون 370/2005 بتاريخ 22 أبريل 2005 المتعلق بحقوق المرضى ووضع الحد للحياة.

(droit des malades et à la fin de la vie)

(2) أدرويش أحمد، الخطأ الطبي والمسؤولية: عرض الإشكالية والتقييم المقارن للقوانين الوطنية، تعريف الخطأ الطبي، المهنيون أو الممارسون، المستشفيات والمصحات والمختبرات، مجلة القضاء المدني، عدد 4، جامعة أكادال المغرب، 2011، ص60.

(3) بنسرغين رشيدة، إشكالات الإثبات في المسؤولية الطبية، مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، العدد 5، كلية الشريعة بفاس، ديسمبر 2017، ص36.

المبحث الأول: أساس المسؤولية الطبية

تعتبر المسؤولية الطبية وأخطاء الأطباء من المواضيع التي لازمت ممارسة مهنة الطب لعصور عديدة لا سيما في جانبها المتعلق بالخطأ، ذلك لأن الطبيعة الشخصية للمسؤولية الطبية أصبحت الآن متنازع فيها بسبب المستجدات العلمية والتطورات التقنية الحديثة، وقد وضعت لها كثير من التشريعات منذ قدم الزمن قواعد لتحديد المسؤولية، ولعل أقدم التشريعات ما تضمنته قوانين شريعة حمورابي، ونظراً لكون المسؤولية الطبية المدنية قد تكون عقدية، كما قد تكون تقصيرية، فالمسؤولية الطبية ما هي إلا صورة من صور المسؤولية المدنية⁽¹⁾.

فكل خطأ سبب ضرراً للغير يلتزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر أياً كانت مهنته ومركزه وحيث أنه ومع التقدم العلمي والتكنولوجي وما صاحبه من ظواهر ومخاطر جديدة لم تكن في الحسبان وتعاضم دور الأجهزة والأدوات والمنتجات الطبية والتخصص الدقيق وضرورة العمل في إطار فريق طبي، شهدت المسؤولية الطبية تغيرات عميقة لاكتشاف يوم بعد يوم مخاطر جديدة يتعين على الطبيب الإحاطة بها نتيجة هذا التقدم العلمي⁽²⁾.

حيث أن هذا التقدم يضع تحت تصرف الطبيب وبشكل متنام أجهزة ومعدات ومواد تجعل نتائج التدخل الطبي رهينة إلى حد بعيد بمسلكه وهذا كله من شأنه أن يضيق على الطبيب في مجال حريته ويزيد من قيام مسؤوليته⁽³⁾.

ولقد كان الاعتقاد السائد في أول الأمر أن وجود المسؤولية المدنية كسيف مسلط على الأطباء يضر بشهرته وممارسة مهنة الطب عامة، لكن شيئاً فشيئاً وتحت ضغط الضرورات العلمية وما استجد في الحياة من أمور رأت المحاكم أن تُخضع الطبيب لقواعد من المسؤولية أكثر صرامة وشدة، وذلك حرصاً على توفير الطمأنينة للمرضى خصوصاً وأنهم يجهلون ما

(1) بن صغير مراد، أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الممارسات الطبية، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 18، جامعة الشارقة، جوان 2017، ص144.

(2) شنة زاوي، مكانة الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد التقليدية، مرجع سابق، ص94.

(3) إبراهيم أحمد الرواشدة، مرجع سابق، ص31 وما بعدها.

يدور في فلك الطب وما جاوره ويسلمون أنفسهم للطبيب لمعالجتهم ولا يتوقعون إلا أن يبذل الطبيب في معالجتهم الحرص الكامل والعناية الفائقة⁽¹⁾.

وقد اختلف الفقهاء في فرنسا قديماً في شأن المسؤولية التي تقع على عاتق الطبيب وكان الفقيه "دوما" في كتابه القوانين المدنية أن الأطباء كسائر الناس يسألون عن أخطائهم العمدية وغير العمدية، ومنهم من نادى بضرورة قصر مسؤولية الطبيب على أحوال الغش والعمد فقط، ويعفى الطبيب من مجرد الإهمال، حيث اختلف من أخذوا برأي الفقيه "دوما" فيما بينهم على درجة الخطأ الذي يسأل عنه الطبيب، فمنهم من يجعل الطبيب مسؤولاً عن جميع أخطائه ولو كانت يسيرة والبعض الآخر قصر المسؤولية على حالة الخطأ الجسيم، وهنا كرس محكمة النقض الفرنسية قضاءها المتمثل في ترتيب مسؤولية الأطباء استناداً للمادتين 1382، 1383 مدني فرنسي، حيث اعتبرت الأطباء كغيرهم يخضعون للأحكام العامة في المسؤولية التقصيرية بدون حاجة أن يكون الخطأ جسيماً⁽²⁾.

ولدراسة أساس المسؤولية الطبية وجب التطرق إلى التكييف القانوني للمسؤولية الطبية في (المطلب الأول) مع دراسة المسؤولية الطبية القائمة على أساس الخطأ في (المطلب الثاني) والمسؤولية بحكم القانون في (في المطلب الثالث) وطبيعة الإلتزام الطبي في (المطلب الرابع).

المطلب الأول: التكييف القانوني للمسؤولية الطبية

لقد احتدم الجدل والنقاش سواء في فرنسا أو مصر أو في دول المغرب العربي حول الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية بين قائل بأن مسؤولية الطبيب تجد أساسها في المسؤولية التقصيرية 1382، 1383 من القانون المدني الفرنسي والمادتين 163 و164 من القانون المدني المصري والفصلين 77 و78 من قانون الالتزامات والعقود المغربي والمادتين 124 و125 من القانون المدني الجزائري، وبين قائل بأن مسؤولية الطبيب ذات أساس تعاقدية ومن هنا سنحاول تبيان تأسيس المسؤولية الطبية على أساس النظرية التقصيرية (فرع أول) ثم نتعرض لتأسيس المسؤولية الطبية على أساس النظرية العقدية (فرع ثاني) وموقف القضاء الجزائري من طبيعة المسؤولية الطبية (الفرع الثالث).

(1) عبد الرشيد مأمون، الأخطاء التي تقع من الأطباء وحدود المسؤولية في الشريعة والقانون، بحث مقدم إلى مؤتمر الأخطاء الطبية بين الشريعة والقانون، جامعة جرش، الأردن، 1999، ص8.

(2) سليمان مرقس، مرجع سابق، ص380 أنظر هلا عبدالله السراج، مرجع سابق، ص77 وما بعدها.

الفرع الأول: تأسيس المسؤولية الطبية على أساس النظرية التقصيرية

في بداية القرن 19 برز في فرنسا من ينادي ويدافع بضرورة عدم مسألة الأطباء عن الأخطاء الطبية إلا في حالة الغش أو التدليس أو خيانة الأمانة، ولكن رغم هذه المطالب لم يستجب القضاء لهذا وظل ينظر للمسؤولية الطبية نظرة النشأة الأولى لها في أحضان المسؤولية التقصيرية استناداً لنص المادتين (1382، 1383) من القانون المدني الفرنسي، باعتبار أن هاتين المادتين واجبتى التطبيق عندما يصدر خطأ من شخص معين يسبب ضرراً للغير دون تمييز بين الطبيب أو غيره، عند الإخلال بواجب عام وهو عدم الإضرار بالغير⁽¹⁾.

فالتبيب ملزم بمراعاة واجب الضمير والأصول العلمية الثابتة بعلم الطب، سواء ارتبط بعقد أو لم يرتبط، فكل ما يتعلق بالضمير والأصول العلمية الثابتة بعلم الطب، فضلاً على أن العلاج الطبي يتعلق بحياة الإنسان وسلامة جسده وبدنه وسلامة الإنسان من سلامة المجتمع، مما يعد هذا مساساً بالنظام العام، لكن التسليم بالمسؤولية التقصيرية يثقل كاهل المضرور إذ يقع عليه عبء الإثبات بوصفه الدائن الملزم بإثبات الضرر، لذلك حاول البعض الاعتصام بالمادة 1384 مدني فرنسي⁽²⁾ والتي تحكم المسؤولية عن حراسة الأشياء.

فقضت محكمة النقض الفرنسية بأن قرينة المسؤولية التي تفرضها هذه المادة اتجاه من لحق به ضرراً من الأشياء التي تكون تحت الحراسة، لا يمكن نفيها إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد للحارس فيه، لهذا لا يكفي من الطبيب المدعى عليه أن يثبت أنه لم يرتكب خطأ،

(1) عيمور راضية، المسؤولية المدنية الطبية في ظل التوجهات الفقهية والقضائية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية العدد 4، جوان 2016، جامعة عمار تلجي-الأغواط، ص321.

(2) Art. 1384 C.C.F: " On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable.

Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires, qui demeurent régis par les articles"

وإنما يجب أن يثبت أن هناك سبب أجنبي لا يد له فيه، فتنتفي مسؤوليته، وحيث تتولد الأخطاء الطبية من الأسباب المباشرة أو غير المباشرة التي أدت إلى حدوث الخطأ وهي متعددة قد ترجع إلى الطبيب أو الدواء تصنيعاً أو نقلاً أو تخزيناً أو تعاطياً من المريض نفسه أو البيئة الطبية المحيطة سواء المرتبطة بنظام المستشفى، أو نقص أو عطل في الأجهزة الطبية، أو عدم كفاءة العاملين في الحقل الطبي، فيثور التساؤل ما هو أساس مسؤولية الطبيب والعامل في الحقل الطبي؟⁽¹⁾.

هنا تقوم المسؤولية التقصيرية عند قيام الطبيب بفعل شخصي يسبب ضرراً للغير يتصف هذا الفعل بصفة الخطأ سواء كان الضرر مادي أو معنوي ولا بد من قيام صلة سببية بين الضرر والخطأ لقيام مسؤولية المتسبب فيه ومنه يترتب عليه التعويض⁽²⁾. ولقد دافع أنصار الأساس التقصيري لمسؤولية الطبيب عن هذا الاتجاه معتمدين على عدة حجج تؤكد صحة نظريتهم ومنها:

أولاً: خصوصية العلاقة بين الطبيب والمريض تجعل منهما علاقة لا يمكن أن يحتويها العقد، حيث أن علاقة الطبيب بالمريض هي علاقة خاصة يستعصي فهمها من طرف الأجنبي عن المهنة، لذلك فهي علاقة قائمة على مجموعة من القيم الأخلاقية والمثل المعنوية، الأمر الذي يؤدي إلى استبعاد فكرة العقد بين المريض والطبيب، وبالتالي فإن التكييف القانوني السليم للعلاقة التي تربطهما ينبغي أن تبنى على أساس تشبيه المريض بالقاصر والطبيب بالأب أو الوصي، وفي نفس الاتجاه فإن الفقيهان "أوبري" وكذلك "رو" يريان أن العمل الطبي لا يمكن أن يكون محل تعاقد ملزم، فهو غير داخل في دائرة التعامل، ومنه فهو عمل امتنان وشكر وعلى نفس المنوال ذهب الفقيه "سافتيه" "SAVATIER" إلى اعتبار أن العقد لا يضبط بصفة متكاملة العلاقة القانونية بين الطبيب وزبونه⁽³⁾.

(1) عبد الحميد نجاشي الزهيري، نظرية التبعية في المسؤولية الطبية، المؤتمر العربي الثاني للمسؤولية الطبية الحماية القانونية من الأخطاء الطبية" في الفترة من 82 إلى 03 نوفمبر 8308 أكاديمية شرطة دبي بالتعاون مع مجموعة "صبره للتدريب القانوني" دبي، الأستاذ المشارك للقانون المدني بكلية القانون جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا - الإمارات نائب رئيس هيئة قضايا الدولة - مصر، ص 90.

(2) محمد رياض دغمان، مرجع سابق، ص 90.

(3) محمد الإدريسي، مرجع سابق، ص 76.

ثانياً: علم الطب باعتباره علم غير مكتمل يأبى إخضاعه لقواعد المسؤولية العقدية: إن التبرير الثاني الذي يعتمد الأطباء لدفع المسؤولية عن أخطائهم هي أن الطب مزال في تطور وأن كثير من الأمراض لم يتوصل إلى تشخيصها بدقة، ولهذا العلاقة بين الطبيب والمريض هي علاقة أساسها الثقة وليس القانون، ونتيجة لذلك فإن المسؤولية الطبية يجب أن يراعى فيها حسب الفقيه "ديمولومب" قوله كوننا بصدد علم غير ثابت من جهة وأن الأطباء قد يختلفون في طريقة علاج مرضاهم من جهة أخرى، وبالتالي لا ينبغي أن تقوم مسؤولية الطبيب إلا على أساس الخطأ الجسيم أو سوء النية.

ثالثاً: التزامات الطبيب تجد مصدرها في القانون وليس في العقد.: والحجة الثالثة التي اعتمدها الفقه والقضاء من أجل استبعاد فكرة العقد تقوم على أساس أن الالتزامات المفروضة على الطبيب تجد أساسها في القانون وليس في العقد⁽¹⁾، فالطبيب والمريض في مركز قانوني لا في مركز تعاقدية مدام أن القانون هو الذي ينظم المهنة ويحدد التزامات الطبيب وهذا الاتجاه هو الذي تبنته هيئة الدفاع أمام محكمة النقض الفرنسية⁽²⁾.

أما في الجزائر فقد نصت المادة 413 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة والتي جاء فيها "باستثناء الضرورة الطبية المبررة، يعاقب طبقاً لأحكام المواد 288 و 289 و 422 (الفقرة 2) من قانون العقوبات⁽³⁾، كل مهني الصحة، عن كل تقصير أو خطأ مهني تم إثباته

(1) Jean Penneau, Op. Cit., P12.

(2) قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 26 ماي 1936 (والتي اعتبرت الطبيب الذي يسيئ علاج مرضاه يرتكب خطأ له صبغة مهنية يتمثل في خرق القواعد الطبية وبالتالي فإن المسؤولية عنه تجد مصدرها في القانون لا في العقد، وعليه فإن القضاة إذا ما رفعت أمامهم دعوى ضد طبيب أو جراح أن يبحثوا فيما إذا كان الطبيب قد نفذ الالتزامات التي تفرضها عليه قواعد المهنة لا البحث في ثانيا العقد). مشار إليه في منشور الإدريسي، مرجع نفسه، ص83.

(3) المادة 288 و 289 من الأمر رقم 156-66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم. " كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياظه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 1.000 إلى 20.000 دينار."

المادة 289: " إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 15.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين."

يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضرر بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزاً مستديماً أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته".

كما أن المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطبيب الجزائري نصت صراحة على وجوب امتناع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لأي خطر غير مبرر خلال الفحوصات الطبية أو العلاجية⁽¹⁾.

وقد سار على خطا القضاء الفرنسي غالبية القضاء العربي، كالقضاء الجزائري والمصري والمغربي والسوري واللبناني وغيرهم، فقد جاء على لسان المحكمة العليا الجزائرية في قرار لها: "وحيث أن الضحية كان تحت مسؤولية المستشفى وقت وفاته، ومن ذلك فإن المسؤولية التقصيرية ثابتة وأن الخطأ المرتكب من طرف المستأنف يتمثل في إخلاله بواجب القيام بالتزام الرعاية والحماية، وهذا ما يجعله يتحمل تعويض الضرر الناجم عن وفاة المرحوم ومعلوم أن القضاء الجزائري كان يستند في أحكامه على مجمل النصوص القانونية التي تتابع الطبيب عن إخلاله بالتزامه باليقظة والتبصير وثبوت تقصيره أو إهماله ومن ذلك النص العام الوارد في المادة 124 من القانون المدني المعدل والمتمم، إضافة إلى نص المادتين 288 و289 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم وكذلك المواد 11 و14 و17 من مدونة أخلاقيات الطب⁽²⁾.

الفرع الثاني: تأسيس المسؤولية الطبية على أساس النظرية العقدية

استشعر الفقه في فرنسا خطأ الاستناد إلى النظرية التقصيرية في مسؤولية الطبيب حيث ناد إلى وجوب تأسيس مسؤولية الطبيب الذي يختاره المريض أو نائبه لعلاجها باعتبارها الحالة الأكثر شيوعاً على النظرية العقدية، حيث أصبح من المستطاع القول الآن أن هناك إجماع فقهي حديث على قبول المسؤولية العقدية، وكانت المسؤولية المدنية للطبيب تخضع في القانون الفرنسي حتى قبل عام 2002 للأحكام العامة للمسؤولية المدنية المنصوص عليها في القانون المدني وسبقت الإشارة إلى أن محكمة النقض الفرنسية، ومنذ عام 1936 تعتبر مسؤولية الطبيب الناجمة عن العلاج ذات طابع عقدي ومن ثم أخضعتها لأحكام المادة 1147

(1) رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء، مرجع سابق، ص365.

(2) بن صغير مراد، أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الممارسات الطبية، مرجع سابق، ص145.

من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾، والتي تنص على أنه يحكم على المدين إذا كان هناك محل لذلك، بدفع التعويض إما بسبب عدم تنفيذ الالتزام، أو بسبب التأخر في تنفيذه، ويستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه إذا أثبت أن عدم التنفيذ يعود إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، شريطة ألا يكون سيئ النية ويعود الفضل في هذا الانعطاف القضائي في طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب إلى الفقيه الفرنسي "Demogue" الذي نادى بتصنيف الالتزامات من حيث مضمونها إلى التزام بوسيلة "Obligation de moyen" والتزام بنتيجة⁽²⁾ "Obligation de résultat" ».

ويعد قرار مرسيه المشار إليه أعلاه أول تطبيق قضائي لهذا التصنيف، وعقد العلاج الذي يربط الطبيب بمريضه هو عقد ملزم للجانبين ينشئ التزامات متقابلة على عاتق الطرفين ويلتزم الطبيب بموجب هذا العقد بعلاج المريض والعناية به وتحسين حالته الصحية قدر الإمكان وهذا ما أكدته أيضاً قانون الآداب الطبية الفرنسي لعام 1995 الذي يلزم الطبيب بإعطاء المريض العلاج النوعي وأن يجنبه تحمل أي خطر غير مبرر⁽³⁾.
وينطلق أنصار الأساس العقدي للمسؤولية المدنية للطبيب من الانتقادات التي وجهت للحجج التي استند إليها أنصار الأساس التقصيري:

(1) Art. 1147 C.C.F" Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part".

(2) فواز صالح، مرجع سابق، ص133. أنظر القاسم محمد هشام، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مرجع سابق، ص82.

(3) انظر نص المادتين 32 و40 من قانون الآداب الطبية الفرنسي. وتتص المادة / 32 / بالفرنسية على:

Art 32 (article R.4127-32 du CSP)

(Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents).

أولاً: أن أساس الالتزام التعاقدى ومنطاه هو أن هذا الالتزام ما كان ليقوم أصلاً لولا وجود العقد وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير السابق الذكر. ثانياً: أن الالتزام المترتب على عاتق الطبيب إنما ينبغى الاعتداد فيه بمصدر هذا الالتزام ألا وهو العقد⁽¹⁾ وبدون هذا العقد لا يمكن أن تقوم المسؤولية العقدية .

ومع وجود هذا التباين في نظرة القضاء العربي إلى طبيعة مسؤولية الطبيب، إلا أن الفقه العربي يميل إلى نحو تأسيس المسؤولية الطبية على أساس المسؤولية العقدية⁽²⁾ وقد ذهب عميد القانون المدني عبد الرزاق السنهوري إلى أن "مسؤولية الأطباء تكون في أكثر الأحوال مسؤولية عقدية لا مسؤولية تقصيرية؛ لأن الأطباء يرتبطون بعقود مع عملائهم في تقديم خدماتهم الفنية"، ومع وجود هذا الاتجاه العام لاعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية فإن هناك حالات تكون مسؤوليته فيها تقصيرية استثناءً من هذا الأصل العام، وهذا يسير مع اتجاه الأول الذي اعتبرها مسؤولية عقدية أصلاً وتقصيرية استثناءً وهذه الحالات هي:⁽³⁾

1- حالة الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام، فعلاقة الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام هي علاقة تنظيمية، تحكمها القوانين والأنظمة، ولا يمكن القول بوجود اشتراط لمصلحة المريض بين الطبيب الذي يعمل في المستشفى العام وبين إدارة المستشفى، وبالتالي فإنه لا يوجد عقد بين الطبيب في المستشفى العام وبين المريض، وعلى ذلك لا يمكن مساءلة الطبيب عن الضرر الذي يلحق بالمريض إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، وهنا يقتضي الحال عند مسائلة المستشفى العام عن أخطاء الطبيب باعتباره تابعاً للمستشفى توافر شروط مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه وهو الأمر الذي قد يصعب تحقيقه بالنظر إلى ما يتمتع به الأطباء والجراحون من استقلال في ممارستهم لعملهم الفني⁽⁴⁾.

2- حالة انعدام العقد، فهناك حالات معينة قد يصعب فيها أو يستحيل الحصول على موافقة المريض للعلاج، مثل أن يتم إحضاره للطبيب نتيجة إصابته بحادث سير أو أن يكون

(1) حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 107 وما بعدها.

(2) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1999م، ص 140.

(3) موسى بن محمد بن حمود التميمي، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، المجلة العلمية للدراسات القانونية

والاقتصادية، العدد 4، مارس 2015.

(4) طاهري حسين، مرجع سابق، ص 37.

غريقاً وفاقداً للوعي ويكون ذلك من قبل الجمهور، بحيث تكون حالته الصحية تستدعي تدخل الطبيب بشكل فوري وعاجل، وهنا فإن الطبيب يقوم بواجبه الإنساني والمهني دون الحصول على موافقة المريض وتكون المسؤولية الطبية ذات طبيعة تقصيرية، بل يعفى الطبيب من التزامه بالحصول على رضاء المريض، ولا شك أن مصلحة المريض ذاتها توجب الخروج على القواعد العامة فيكون من حق الطبيب أن يتجاوز عن أخذ رضاء المريض، بل أكثر من ذلك فإننا نرى أن الطبيب هنا يجد نفسه ملتزماً بالعلاج وإلا تعرض لعقوبة الامتناع عن الإنقاذ والمساعدة التي يفرضها عليه واجب أداء المهمة.

3- حالة مخالفة الطبيب لالتزامه، بحيث تأخذ مخالفته طابعاً جنائياً ففي حالة ما إذا كان الفعل الضار يشكل جريمة جنائية، فإنه يصبح من حق المضرور أن يختار بين البقاء في نطاق المسؤولية العقدية، أو الانتقال منها إلى المسؤولية التقصيرية.

4- حالة امتناع الطبيب عن علاج المريض أو إنقاذه دون مبرر إن امتناع الطبيب عن علاج مريض أو إنقاذه يخالف المسلك المألوف للطبيب اليقظ الموجود في نفس الظروف فالطبيب وإن كان حراً في مزاولته مهنته بالطريقة التي يراها مناسبة، إلا أن حقه في ذلك مقيد بما تفرضه واجباته المهنية، وما يقتضيه الخلق والواجب الأدبي، وبعبارة ذلك فإنه يكون متعسفاً في استعمال حقه، وبالتالي تكون مسؤوليته تقصيرية.

من هنا نرى أن امتناع الطبيب عن تقديم العلاج والمساعدة الطبية لا يقع ضمن أخطاء الطبيب التي يترتب عليه قيام مسؤوليته الطبية إلا في حالات محددة وهي حالات الإسعاف والحالات الطارئة .

5- حالة إصابة الغير بضرر ناجم عن تدخل الطبيب فإذا تمت مطالبة الطبيب بتعويض عن ضرر حاصل للغير ليس المريض فتكون مسؤولية الطبيب تقصيرية، ومثال ذلك أن يهمل الطبيب في علاج شخص مصاب بخلل عقلي، الأمر الذي يؤدي إلى إصابة الغير بضرر.

6- حالة الطبيب الذي يتدخل من تلقاء نفسه لإنقاذ جريح على الطريق أو غريق فقد الوعي، فالتدخل هنا لا يتم بناء على عقد بل هو أقرب إلى الفضالة منه إلى العقد وعلى هذا تكون مسؤولية الطبيب هنا إن ترتب عليها ضرر مسؤولية تقصيرية.

الفرع الثالث: موقف القضاء الجزائري من الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية

إن القضاء في الجزائر خصوصاً مجلس قضاء قسنطينة يميل يميل بصدد الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية إلى تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية معتمدين في معظم الحالات على أحكام المادة 124 من القانون المدني كأساس لمنح التعويض للمرض أو لذوي حقوقه، واعتمدت نفس الجهة القضائية على أحكام المسؤولية التقصيرية في عدة قضايا سابقة و لاحقة وميول قضاة المجلس إلى اعتبار المسؤولية الطبية من طبيعة تقصيرية له مبرراته، لاسيما في القضايا التي عرضت عليه وهو يتماشى والمبدأ أو المعيار الذي وضعه القضاء في مصر حين اعتبر المسؤولية الطبية أنها تقصيرية في كل حالة لا يختار فيها المريض طبيبه وهو ما يبرر كذلك القضايا جل المعروضة في الجزائر متعلقة بالقطاع العام وهي الحالات التي لا يمكن القول بوجود عقد علاج طبي ما بين الطبيب والمريض⁽¹⁾

ونرى أن التكيف المناسب لمسؤولية الطبيب من حيث المبدأ أنها مسؤولية عقدية ناشئة عن الإخلال بالتزام تعاقدية مترتب على الطبيب وليس مسؤولية تقصيرية إلا أن هناك حالات تكون فيها مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية، مثل حالة المريض الذي لا يستطيع التعبير عن إرادته ويتعذر الحصول على رضا ولي أمره، وحالة كون المطالب بالتعويض عن الضرر شخص آخر غير المضرور المتعاقد مع الطبيب.

المطلب الثاني: المسؤولية الطبية القائمة على أساس الخطأ

عند الرجوع إلى أحكام الفقرة الأولى من المادة 1-1142 من قانون الصحة الفرنسي⁽²⁾ نجد أنها تقيم مسؤولية محترفي الصحة، ومنهم الأطباء وكذلك المؤسسات والأقسام والهيئات

⁽¹⁾ صويلح بوجمعة، المسؤولية الطبية المدنية، المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية، العدد 1، 2001، ص70.

⁽²⁾ LOI n°2009-526 du 12 mai 2009 – art. 112 – NOR: BCFX0824886L- C.S.P- ART 1142/1: "Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute. Les établissements, services et organismes =

التي يتم فيها القيام بالأعمال الفردية المتعلقة بالوقاية أو التشخيص أو العلاج، على أساس الخطأ، وجاءت هذه المادة بصيغة مطلقة، بحيث إنها لم تميز بين حالة وجود عقد بين المريض والطبيب وحالة عدم وجوده، ومن ثم لم يعد من الممكن تكيف هذه المسؤولية بالمسؤولية العقدية في رأي بعض الفقهاء⁽¹⁾.

وعليه فإن هذا النص يطبق حتى لو كان هناك عقد بين الطبيب والمريض ولم تحدد المادة المشار إليها أعلاه المقصود من الخطأ وهنا يمكن القول إن الحلول السابقة التي توصل إليها الاجتهاد القضائي قبل دخول القانون الجديد حيز التنفيذ تبقى مطبقة، ويترتب على ذلك أنه لا يشترط في الخطأ الذي يرتكبه الطبيب أن يكون على درجة معينة من الجسامة فالأحكام

=susmentionnés sont responsables des dommages resultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère.

II. – Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique, de la durée de l'arrêt temporaire des activités professionnelles ou de celle du déficit fonctionnel temporaire.

Ouvre droit à réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieur à un pourcentage d'un barème spécifique fixé par décret ; ce pourcentage, au plus égal à 25 %, est déterminé par ledit décret."

(1) Rade, Christophe , La Responsabilité Médicale du Fait D'autrui, Journal of Legal Studies,N° 11 , Université de Sfax – Faculté d'Investigation, Tunisie2014, P 66.

العامة للمسؤولية القائمة على الخطأ والمنصوص عليها في المادتين 1382 و 1383 من القانون المدني⁽¹⁾ كانت تطبق على كل خطأ سبب ضرراً للغير، ولم تستثني الطبيب من ذلك. وأهم صور الخطأ هي العمل غير المشروع، والإخلال بالواجب الإنساني المفروض على الطبيب، والخطأ الطبي التقني.

الفرع الأول: العمل الغير مشروع

ومثال ذلك إذا نفذ الطبيب عملاً طبياً يحظره القانون صراحة كأن يجري بحثاً على شخص دون الحصول على رضاه وفقاً لأحكام المادة 1-1121-L من قانون الصحة العامة⁽²⁾، إذ يشكل هذا الفعل اعتداء على السلامة الجسدية للشخص، وكذلك الحال إذا قام الطبيب بعمل طبي لا يهدف تحقيق غاية طبية للمريض، مثال ذلك الجراحة التجميلية دون مراعاة الشروط المتعلقة بها، وكذلك العملية الجراحية التي تتم في إطار تغيير الجنس دون مراعاة الشروط القانونية المتعلقة بها.

(1) Art. 1383: C.C.F " Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

(2) Ordonnance n°2016-800 du 16 juin 2016 – art. 1 – NOR: AFSP1608692R – C.S.P- ART 1121-1:" Les recherches organisées et pratiquées sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales sont autorisées dans les conditions prévues au présent livre et sont désignées ci-après par les termes "recherche impliquant la personne humaine".

Il existe trois catégories de recherches impliquant la personne humaine: 1° Les recherches interventionnelles qui comportent une intervention sur la personne non justifiée par sa prise en charge habituelle;

2° Les recherches interventionnelles qui ne comportent que des risques et des contraintes minimales, dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé, après avis du directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé ;

3° Les recherches non interventionnelles qui ne comportent aucun risque ni contrainte dans lesquelles tous les actes sont pratiqués et les produits utilisés de manière habituelle.

الفرع الثاني : الإخلال بالواجب الإنساني المفروض على الطبيب

في الواقع الواجب الإنساني هو من صميم مهنة الطب، إذ يلتزم الطبيب بموجب ذلك باحترام شخص المريض وكرامته، ونتيجة لأهمية الالتزامات الناجمة عن هذا الواجب قام المشرع بتكريسها في قانون الصحة في جانبه المتعلق بحقوق المرضى وواجباتهم، وتتعلق هذه الالتزامات بالرضا وبالسر الطبي واحترام كرامة المريض والالتزام بإعلامه بخطورة العمل الطبي وبالنتائج المترتبة عليه. وأي إخلال بالالتزام من هذه الالتزامات يرتب مسؤولية الطبيب تجاه المريض ومن ثم يلتزم بتعويض الضرر الذي يلحق به⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الخطأ الطبي التقني

في الواقع يلتزم الطبيب بأن يعطي المريض العلاج النافع وأن يحيطه بالعناية اللازمة ويجب أن يكون ذلك منسجماً مع المعطيات العلمية المكتسبة، وكل ذلك يتطلب من الطبيب أن يقوم بعدد معين من الأعمال الطبية، مثل إجراء بعض التحقيقات، وإعطاء علاج، أو إجراء تدخل جراحي، وإذا نجم عن أي عمل من هذه الأعمال ضرر، فلا يعني ذلك أن الطبيب مسؤول عن ذلك، وإنما يجب إثبات الخطأ في جانب الطبيب حتى تقوم مسؤوليته، وإثبات الخطأ يكون عن طريق إثبات انحراف الطبيب في عمله عن سلوك الرجل المعتاد، وهو في مثل هذه الحال طبيب يوضع في الظروف نفسها التي وجد فيها الطبيب الذي سبب بعمله ضرراً للمريض ويكون ذلك عن طريق الخبرة الطبية⁽²⁾.

والاجتهاد القضائي في فرنسا مستقر على أن الخطأ التقني الطبي يكون نتيجة عدم مراعاة القانون، كما هو عليه الحال بالنسبة للطبيب الذي يقرر بموجب شهادة طبية حجر شخص في مستشفى للأمراض النفسية دون أن يقوم بمعاينة المريض⁽³⁾.

وقد يكون نتيجة مخالفة أعراف المهنة وأصولها النافذة، ومثال ذلك إذا أجرى الطبيب عملية جراحية دون إجراء تحاليل سابقة تعد بموجب العرف الطبي ضرورية⁽⁴⁾ وقد يكون الخطأ الطبي نتيجة عدم مراعاة المعطيات العلمية المكتسبة، والاجتهاد القضائي مستقر على ذلك منذ

(1) انظر الموا: 343.23.24.25 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

(2) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص33.

(3) Cass.civ.1re , 19 fév. 1991, Responsabilité civile et assurance, 1991, n° 189.

(4) Cass.civ.1re, 31 mai 1960, JCP., G, 1960, II, n°11914.

عام 1936 عندما أصدرت محكمة النقض الفرنسية القرار المشهور باسم "ميرسيه" بشأن طبيعة المسؤولية المدنية الطبية، ويقصد بالمعطيات العلمية المكتسبة بالمعطيات والمعلومات المعروفة والتي تم نشرها وقت قيام الطبيب بعمله، والتي يجب أن تحوز على ثقة غالبية العلماء وموافقهم.

وصور الخطأ التقني الطبي عديدة وأهمها الخطأ في التشخيص، والخطأ في اختيار العلاج، والخطأ في تطبيق علاج أو تنفيذ عمل جراحي والخطأ في المراقبة الطبية.

المطلب الثالث: المسؤولية بحكم القانون

استتنت المادة 1-1142 من قانون الصحة العامة، من نطاق مسؤولية الطبيب القائمة على الخطأ حالتين وهما المسؤولية الناجمة عن عيب في جهاز أو منتج، وحالة الأضرار الناجمة عن الالتهابات التي يصاب بها المريض بسبب وجوده في المستشفى "lesinfections nosocomiales".

وكذلك الحال بالنسبة للمادة 3-1442 من قانون الصحة العامة⁽¹⁾، والمضافة أيضاً بموجب قانون حقوق المرضى لعام 2002 والمعدل بموجب القانون الصادر بتاريخ 2004/08/09 والمتعلق بسياسة الصحة العامة في فرنسا، التي استتنت من نطاق المسؤولية

(1) Ordonnance n°2017-1179 du 19 juillet 2017 – art. 2 – NOR: SSAZ1716902R-C.S.P- ART 1442-3: " Sont placées auprès de l'agence de santé de la Guadeloupe, de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin:

1° La conférence de la santé et de l'autonomie de la Guadeloupe, de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin qui exerce les compétences dévolues à la conférence régionale de la santé et de l'autonomie mentionnée aux articles L. 1432-1 et L. 1432-4 et les compétences dévolues au conseil territorial de santé prévu à l'article L. 1434-10 concernant le territoire de démocratie sanitaire de la Guadeloupe.

2° Deux commissions de coordination des politiques publiques de santé qui exercent les compétences dévolues aux commissions de coordination des politiques publiques de santé mentionnées à l'article L. 1432-1.

La composition de ces instances est adaptée pour assurer la représentation de chacune des collectivités de Guadeloupe, Saint-Barthélemy et Saint-Martin."

القائمة على الخطأ مسؤولية القائم بالبحث الطبي الحيوي حيث تبقى مسؤوليته خاضعة لأحكام 10-1121 من قانون الصحة الفرنسي⁽¹⁾.

الفرع الأول: المسؤولية الناجمة عن جهاز أو منتج

اتجه القضاء الفرنسي في كثير من قراراته إلى التضيق كثيراً من نطاق الالتزام بالعناية أو الالتزام بالوسيلة الملقاة على عاتق الطبيب بموجب عقد العلاج، وتحول شيئاً فشيئاً إلى إلقاء التزم بتحقيق نتيجة على عاتق الطبيب، وكانت الغاية من ذلك هي تعويض المضرور عن الأضرار التي لحقت به في نطاق عقد العلاج الطبي، وهكذا فقد اعتبر القضاء أن الطبيب المخبري يلتزم بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية بالنسبة لموثوقية نتائج التحاليل ومصادقيتها ومن ثم فإن مسؤولية الطبيب المخبري تتحقق بمجرد إعطاء نتائج مغلوطة وكان هذا الالتزام بنتيجة قاصراً فقط على التحاليل المعتادة والتي لا تخضع كثيراً لعنصر الاحتمال الطبي، أما بالنسبة للتحاليل التي كانت تعد دقيقة وحساسة، فكان التزام الطبيب المخبري هو التزم بوسيلة وليس بتحقيق نتيجة.

وجاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية إلى أنه يترتب على الطبيب التزاماً بتحقيق نتيجة وبالسلامة بالنسبة للمواد المستعملة من أجل تنفيذ العمل الطبي في نطاق العلاج⁽²⁾ ويتعلق هذا القرار بمریضة سقطت من على الطاولة في أثناء المعاينة الشعاعية، وكانت محكمة الاستئناف قد قررت عدم مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي لحقت بها، وذلك لأنها قدرت أن الحادث وقع بفعالها، وقد أصدرت محكمة النقض هذا القرار وعللت ذلك بقولها: " إنه وإن كان في هذه الحال هناك عقد بين المريضة وبين طبيبها يلقي على عاتق هذا الأخير التزاماً بتحقيق نتيجة وبالسلامة فيما يتعلق بالمواد التي يستعملها من أجل تنفيذ العمل الطبي ولكن يجب في مثل هذه الحال على المريضة إثبات أن الضرر ناجم عن تلك المواد".

(1) عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق - جامعة بيروت الغربية عن المسؤولية المهنية، ومنشور في المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين الجزء الأول: المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص160.

(2) Cass.civ.1re, 9 nov. 1999, JCP.2000, G, II, n°10251, note P.Brun; Petites affiches, 10 avr.2000, P46.

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار آخر ذهبت فيه إلى أن العيادة التي قدمت المادة المطهرة للطبيب، والتي سببت حرقاً من الدرجة الأولى والثانية للمريض، تعد مسؤولة عن الأضرار التي لحقت بالمريض، وذلك لأن عقد العلاج الذي تم إسعاف المريض بموجبه إلى المؤسسة الطبية الخاصة يلقي على عاتق هذه المؤسسة التزاماً بنتيجة وبالسلامة فيما يتعلق بالمنتجات، كالأدوية، التي تقدمها⁽¹⁾.

ويلجأ الطبيب لتنفيذ التزامه التعاقدى إلى استعمال المنتجات الطبية، فدوره يكون مزدوجاً تقديم العلاج الذي هو من صميم عمله، فيكون مسؤولاً عن الخدمة التي يقدمها للمريض، وفي نفس الوقت يكون همزة وصل بين المريض والمنتج، ولضمان الحماية الكافية للمريض وحصوله على التعويض عن الأضرار التي تلحقه بفعل المنتجات الطبية المعيبة حيث وسع القانون⁽²⁾ من مفهوم المنتج ليشمل كل متدخل في عملية صناعة الدواء أو الآلة، وتحيل المسؤولية لكل متدخل يلحق منتوجه ضرراً لأي شخص ولو لم تربطه به علاقة تعاقدية⁽³⁾.

غير أنه يجب عدم الخلط بين الفعل المنتج للمسؤولية و الواقعة الضارة، وعليه لا يحق لمن تناول دواء لم يصبه ضرراً منه أن يطالب بالتعويض ولو حدث ضرراً لغيره من نفس الدواء، فتاريخ حصول الواقعة الضارة هو التاريخ الأمثل لمسؤولية المؤمن له، ومن ثم التزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين، حيث تظهر أهمية هذا التحديد في حالة تعاقب أكثر من مؤمن في تغطية مسؤولية المؤمن له، فكل منهم يغطي الأضرار التي وقعت حال سريان عقد التأمين ومن هنا يمكن القول أن تحديد الواقعة الضارة لا يثير مشكلة بالنسبة للوقائع التي تحدث مرة واحدة ولكن الإشكال في حالة الوقائع المتكررة والتي يستغرق حدوثها فترة من الزمن، فالقاضي سيلجأ

(1) فوز صالح، مرجع سابق، ص 141.

(2) المادة 140 م. ج " يكون المنتج مسؤول عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية "

(3) بوجراة نزيهة، بريك الطاهر، الطبيعة القانونية لالتزام الطبيب بسلامة المريض في العقد الطبي، مجلة آفاق علمية، المجلد 11، العدد 2، المركز الجامعي لمتنغاست، الجزائر، 2019، ص 133.

بطبيعة الحال إلى الخبرة، لأن الحكم القضائي ليس منشأً للحق في التعويض، وإنما كاشف له من وقت تحقق الضرر⁽¹⁾

الفرع الثاني: الأضرار الناجمة عن العدوى أو في محيط العلاج

ويقصد " بالأخماج " هنا الالتهابات التي يصاب بها المريض نتيجة وجوده في المستشفى. وقد بين البلاغ الصادر عن وزير التضامن والصحة والحماية الاجتماعية بتاريخ 1988/10/13 المقصود بهذه الأخماج أو الالتهابات فهي تتعلق بكل مرض سببته جراثيم وميكروبات أصابت مريضاً بعد قبوله في مؤسسة صحية إما للبقاء فيها أو لتلقي العلاج دون البقاء فيها، وسواء ظهرت أعراض تلك الالتهابات في أثناء إقامة المريض في المشفى، أو تم التعرف عليها بعد ذلك في أثناء فحص سريري، وفي هذه الحال أيضاً كان الاجتهاد القضائي يلقي على عاتق الطبيب التزاماً بنتيجة وبالسلامة وهي المسؤولية التي تقع بقوة القانون على المؤسسات والهيئات الصحية⁽²⁾.

وعمل المشرع الفرنسي على تكريس هذا الاجتهاد في نص المادة 1-1142 الفقرة من قانون الصحة العامة السالفة الذكر، ومن ثم استثنى مسؤولية المؤسسات الطبية في مثل هذه الحالة من أحكام المسؤولية القائمة على الخطأ، زد على ذلك أن المادة 71 من تقنين الآداب الطبية الفرنسي⁽³⁾ توجب على الطبيب أن يحرص على تعقيم الأدوات الطبية التي يستخدمها في عمله والتخلص من النفايات الطبية وفقاً لإجراءات المنصوص عليها في القانون وهذا بالطبع يؤدي إلى القضاء على الأسباب التي تسبب مثل هذه الالتهابات.

الفرع الثالث: مسؤولية القائم بالبحوث الطبية الحيوية

تجدر الإشارة أن مسؤولية القائم بالبحوث الطبية والحيوية لا تقوم مسؤوليته على أساس الخطأ طبقاً لقانون حقوق المرضى لعام 2002 حين أبقاها خاضعة لأحكام المادة 7-1171

(1) ياسر عبدالحميد الافتيحات، الآثار القانونية الناجمة عن التشدد في نظام التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي (دور الحوادث الطبية في تسريع إجراءات التعويض على أساس التضامن الوطني نموذجاً)، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 7، مركز جيل البحث العلمي، أكتوبر 2016، ص 16 و 17.

(2) عبد ربة، محمد أحمد المعداوي، المسؤولية المدنية للطبيب عن أخطاء الفريق الطبي في ضوء التداعيات الطبية الضارة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مجلد 25، عدد 42، جامعة المنوفية، مصر أكتوبر 2015، ص 617.

(3) المادة 71 من قانون الآداب الطبية الفرنسي "

من قانون الصحة الفرنسي⁽¹⁾ وتنص هذه المادة على أنه يلتزم القائم بالبحوث الطبية الحيوية بتعويض الشخص الذي قبل أن يخضع لها أو ورثته، عن الأضرار التي لحقت به إذا كانت هذه البحوث لا تحقق منفعة فردية مباشرة له حتى لو لم يكن هناك خطأ، ولا يمكن له أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات فعل الغير أو انسحاب الشخص الإرادي من التجربة. إذاً هذه المسؤولية هي مسؤولية موضوعية تقوم على المخاطر.

ونصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أنه بالنسبة للبحوث الطبية الحيوية التي تحقق منفعة فردية ومباشرة، فإن القائم بالبحوث يلتزم بتعويض الشخص الذي قبل الخضوع لها أو ورثته عن الأضرار التي لحقت به إلا إذا أثبت أنه لم يخطئ، ولا يمكن له هنا أيضاً أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات فعل الغير أو انسحاب الشخص الإرادي من التجربة ويتضح من ذلك أن هذه المسؤولية هي مسؤولية خاصة تقوم على خطأ مفترض ولكنه يقبل إثبات العكس.

ويقابلها في التشريع الجزائري نص المادة 388 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة، حيث ترك تحديد شروط تأهيل الأشخاص المطلوبين للدراسات العيادية بذات منفعة على صحتهم عن طريق التنظيم، غير أنه يستنتج من نص المادة 393 من القانون السابق الذكر أن الدراسات العادية والتي لا يرجى من وراءها منفعة فردية مباشرة وفي كل الحالات، وإن انعدم الخطأ تعويض الآثار المسببة للضرر بسبب الدراسة لصالح الشخص الخاضع لها ولذوي

(1) Rapport relatif à l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 - NOR: MESX0000036P - C.S.P- ART1121-7: " Les mineurs ne peuvent être sollicités pour se prêter à des recherches mentionnées aux 1° ou 2° de l'article L. 1121-1 que si des recherches d'une efficacité comparable ne peuvent être effectuées sur des personnes majeures et dans les conditions suivantes:

-soit l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru ;

-soit ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres mineurs. Dans ce cas, les risqué prévisibles et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal.

حقوقه، هذا التعويض الذي لم ينص عليه المشرع على الأقل صراحة بالنسبة للدراسات العادية ذات المنفعة على الصحة وهذا في رأينا قصور يجب تداركه.

وصدر القانون رقم 806/2004 بتاريخ 09 أوت 2004 المتعلق بسياسة الصحة العامة والذي أدخل في قانون الصحة العامة أحكام التوجيه الأوروبي الصادر عام 2001 والمتعلق بالبحوث الطبية الحيوية، ومن ثم فإن هذا القانون عدل النظام القانوني لهذه البحوث في القانون الفرنسي، وأصبحت مسؤولية القائم بمثل هذه البحوث تخضع لأحكام المادة 10-1121 من قانون الصحة الفرنسي⁽¹⁾ وتنص هذه المادة على أنه يلتزم القائم ببحث طبي حيوي

(1) Rapport relatif à l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 - NOR: MESX0000036P C.S.P- ART 1121-10: "Le promoteur assume l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche impliquant la personne humaine pour la personne qui s'y prête et celle de ses ayants droit, sauf preuve à sa charge que le dommage n'est pas imputable à sa faute ou à celle de tout intervenant sans que puisse être opposé le fait d'un tiers ou le retrait volontaire de la personne qui avait initialement consenti à se prêter à la recherche.

Lorsque la responsabilité du promoteur n'est pas engagée, les victimes peuvent être indemnisées dans les conditions prévues à l'article L. 1142-3.

Toute recherche mentionnée aux 1° ou 2° de l'article L. 1121-1 exige la souscription préalable, par son promoteur, d'une assurance garantissant sa responsabilité civile telle qu'elle résulte du présent article et celle.

de tout intervenant, indépendamment de la nature des liens existant entre les intervenants et le promoteur. Les dispositions du présent article sont d'ordre public

La garantie d'assurance de responsabilité visée à l'alinéa précédent couvre les conséquences pécuniaires des sinistres trouvant leur cause génératrice dans une recherche mentionnée aux 1° ou 2° de l'article L. 1121-1, dès lors que la première réclamation est adressée à l'assuré ou à son assureur entre le début de cette recherche et l'expiration d'un délai qui ne peut être inférieur à dix ans courant à partir de la fin de celle-ci. Dans le cas où la personne qui s'est prêtée à la recherche est âgée de moins de dix-huit ans au moment de la fin de celle-ci, ce délai minimal court à partir de la date de son dix-huitième anniversaire.=

بتعويض الأضرار الناجمة عن البحث والتي تلحق بالشخص الذي قبل أن يخضع له أو بورثته باستثناء حالة ما إذا أثبت أن هذه الأضرار غير ناجمة عن خطئه أو عن خطأ أي متدخل آخر في البحث دون أن يكون له الحق في التمسك بخطأ الغير أو برجوع الشخص الذي قبل بصورة مسبقة الخضوع للبحث عن رضاه. وعندما تنتفي مسؤولية القائم بالبحث، يمكن للمضربين الحصول على التعويض طبقاً للشروط المنصوص عليها من هذا القانون 1142-3⁽¹⁾.

ويستلزم إجراء البحث الطبي الحيوي أن يقوم القائم به بإبرام عقد تأمين بشكل مسبق تضمن مسؤوليته المدنية طبقاً لنص هذه المادة، وكذلك مسؤولية أي متدخل في البحث بغض النظر عن العلاقات القائمة بين المتدخلين والمرج أو القائم بالبحث، وأحكام هذه المادة هي من النظام العام ويشمل التأمين من المسؤولية المدنية المنصوص عليه في الفقرة السابقة النتائج المادية للكوارث التي تعود أسبابها إلى البحث الطبي الحيوي مطالبة للمؤمن أو خلال الفترة الممتدة من بداية البحث وحتى انقضاء مدة لا يمكن أن تقل عن عشر سنوات على انتهاء البحث. وتعفى الدولة، إذا كانت هي القائمة بالبحث أو المروجة له من إبرام عقد التأمين من

=Pour l'application du présent article, l'Etat, lorsqu'il a la qualité de promoteur, n'est pas tenu de souscrire à l'obligation d'assurance prévue au troisième alinéa du présent article. Il est toutefois soumis aux obligations incombant à l'assureur.

⁽¹⁾ LOI n°2016-41 du 26 janvier 2016 – art. 185 – NOR: AFSX1418355LC.S.P- ART 1142-3: " Les dispositions de la présente section ne sont pas applicables au promoteur de recherche impliquant la personne humaine, dont la responsabilité peut être engagée conformément au premier alinéa de l'article L. 1121-10 et qui est soumis à l'obligation d'assurance prévue au troisième alinéa du même article.

Les personnes qui subissent des dommages dans le cadre de la recherche impliquant la personne humaine peuvent faire valoir leurs droits en application des deux premiers alinéas de l'article L. 1121-10 auprès des commissions régionales mentionnées aux sections 2,3 et 4 du présent chapitre. Lorsque la responsabilité du promoteur n'est pas engagée, les victimes peuvent être indemnisées par l'office institué à l'article L. 1142-22, conformément aux dispositions du II de l'article L. 1142-1. Toutefois l'indemnisation n'est pas dans ce cas subordonnée au caractère de gravité prévu par ces dispositions.

المسؤولية المدنية وفي كل الأحوال تخضع الدولة للالتزامات المفروضة على المؤمن عندما تكون شركة التأمين تابعة لها⁽¹⁾.

المطلب الرابع: طبيعة الالتزام الطبي

من المعلوم أنه يلزم لإبرام العقد الطبي شأنه في ذلك شأن بقية العقود وجود الرضا فالرضا ركن من أركان العقد بدونه يولد ميئاً، وتبصير المريض بكل المعلومات الكفيلة بجعل رضائه كذلك، وهو ما يعرف بالالتزام التعاقدي بالإدلاء بالبيانات، إلا أنه بجانب هذا الالتزام قبل إبرام العقد يجب أن يوافق المريض ويعلم بالعلاج الذي يخضع له أياً كانت طبيعته والرضا في كلا الحالتين يجب أن يكون حراً مستتيراً⁽²⁾.

وقد يكون المدين ملتزماً بتحقيق واقعة محددة، فيكون التزامه عندها التزاماً محدد بدقة ولا يكون قد وفى به إلا بتحقيق النتيجة المطلوبة، وقد يكون ملتزماً فقط بتقديم عناية وأن يبذل حرصاً كبيراً من أجل التوصل إلى تلك النتيجة، فقد جرت العادة عند غالبية الفقه على تسمية النوع الأول الالتزام بتحقيق نتيجة، وعلى تسمية النوع الثاني الالتزام العام بالعناية والحرص وأن معيار التمييز بينهما هو درجة احتمال تحقق النتيجة التي يتبعها الدائن.

ويكاد الفقه والقضاء يجمعان على أن الأصل العام بالنسبة للطبيب هو التزام عام بعناية، واستثناءً من ذلك بعض الحالات يكون التزامه التزاماً بتحقيق نتيجة، إذ لا يلتزم الطبيب بشفاء المرض وإنما عليه فقط بذل عناية في سبيل ذلك لأن مسألة شفاء المريض أمر إحتمالي غير مؤكد ويبيد الله عز وجل⁽³⁾

ويثير خطأ الطبيب عدة مسؤوليات، إلا أننا سوف نتطرق للحديث عن طبيعة التزام الطبيب طبقاً للقانون الجزائري مع الإشارة للقانون المدني الفرنسي، وقبل أن نتطرق للطبيعة القانونية لالتزام الطبيب، يجب أن ننوه إلى أن العقد الطبي يعد من العقود التبادلية، ينشئ التزامات متقابلة في ذمة طرفيه⁽⁴⁾

(1) فواز صالح، مرجع سابق، ص 145.

(2) على نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة 2000-2001، ص 10.

(3) عبد الرزاق أحمد الشيبان، مرجع سابق، ص 111.

(4) عشوش كريم، مرجع سابق، ص 39.

فالطبيب مدين بأداء العمل الطبي المتفق عليه، والمريض ملزم بأداء الأجر أو الأتعاب، ولا يثير تحديد مضمون التزام هذا الأخير أي إشكال، عكس مضمون التزام الطبيب الذي يثير عدة إشكالات قانونية وعملية ومن الجدير بالذكر أن تحديد الطبيعة القانونية لالتزام الطبيب تعد من المسائل الشائكة عند الفقه والقضاء، وقد أثارت جدلاً كبيراً نظراً لصعوبة تحديدها في بعض الحالات⁽¹⁾.

ولهذا سنعالجها من خلال التطرق إلى الالتزام ببذل عناية (فرع أول) والالتزام بتحقيق نتيجة (فرع ثاني).

الفرع الأول: التزام الطبيب ببذل عناية

من المتفق عليه فقهاً وقضاً أن التزام الطبيب يستوجب عليه سلامة المريض، وليس المقصود بهذا أن يلتزم الطبيب التزاماً بتحقيق نتيجة مفادها شفاء المريض، والواقع أن التزام الطبيب في الأصل هو التزام ببذل عناية وذلك لأنه معالج وليس تاجراً ومع ذلك فإن الفقه يجيز أن يتحول هذا الالتزام إلى التزام بنتيجة إذا انصرفت إرادتا الطبيب والمريض إلى ذلك، وهنا تقدر أهمية التزام المدين طبقاً للاتفاق⁽²⁾.

ومنذ القدم استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية في حكم شهير في يوم 20 مايو 1936 على نشوء عقد بين الطبيب والمريض يلتزم بمقتضاه الأول بتقديم العناية واليقظة التي تقتضيها الظروف الخاصة للمريض، والتي تتفق مع أصول المهنة ومقتضيات التطور العلمي وبترتب على الإخلال بهذا الالتزام التعاقدية ولو بغير قصد ميلاد المسؤولية العقدية، ويعد هذا الحكم نقطة تحول في ميدان المسؤولية الطبية، حيث اعتبر فيه الطبيب مرتبطاً بعقد مع مريضه يلتزم بمقتضاه ليس بشفائه، ولكن أن يقدم له عناية يقظة تقتضيها ظروفه الصحية وتكون متطابقة مع الأصول الثابتة لمهنة الطب وما وصل إليه العلم من تقدم⁽³⁾.

وقد جاء في قرار المحكمة العليا الجزائرية الصادر عن الغرفة المدنية أنه من الثابت أن ملف المطعون ضده أتفق مع الطاعن الذي هو طبيب جراح على أن ينزع له حصة من

(1) ناجية العطارق، طبيعة التزام الطبيب طبقاً للقانون المدني الليبي والفرنسي، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون - جامعة الزاوية، العدد السابع ديسمبر 2015، ص 197.

(2) ابراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 49.

(3) jean panneau, op.cit, p09.

إحدى كليتيه لكن الجراح نزع له الحصاة وإحدى كليتيه الأمر الذي جعل المطعون ضده يطالب بالتعويض نتيجة خطأ الطبيب، حيث من المقرر فقهاً وقضاً أن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كأصل عام هو بذل عناية مثل قضية الحال، ماعدا الحالات الخاصة التي ملزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة، ولما كان الالتزام ببذل عناية هو بذل الجهود الصادقة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية، حيث أن الإخلال بهذا الالتزام يشكل خطأ طبيًا يثير مسؤولية الطبيب، وبالتالي الخطأ الطبي من جهة ثانية هو تقصير في مسلك الطبيب، وأن قضاة الموضوع حين ركنوا إلى الخبرة الطبية التي توصلت إلى أن نزع الكلية كان مبالغ فيه ولم يكن هناك داعي لهذا، وأن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر واضحة جلياً، فإن الطبيب الجراح يكون قد خالف الأصول والقواعد والأخلاقيات⁽¹⁾.

والالتزام الطبيب هو في الأصل التزام ببذل عناية، فإذا خاب العلاج أو ساءت حالة المريض الصحية أو إذا لم تتحقق النتيجة المرجوة في العلاج فلا يعد الطبيب مخطئاً ما لم يقدّم الدليل على ذلك باعتماد معايير موضوعية هو معيار الطبيب المعتاد المجرد من ظروفه الخاصة والمحاط بذات الظروف المحيطة بالطبيب المعالج، ولسلامة ودقة هذا المعيار يتعين أخذ ظرفي الزمان والمكان في الاعتبار⁽²⁾.

ورغم اعتبار التزام الطبيب كقاعدة عامة هو التزام ببذل عناية، إلا أنه هناك حالات ذهب فيه القضاء الفرنسي إلى تحميل الطبيب التزاماً بتحقيق نتيجة مما يؤدي إلى إعفاء الضحية من عبء إثبات الخطأ في جانب الطبيب وذلك في حالتين إذا كان الضرر ناجم عن فعل الأدوات والأجهزة الطبية المستعملة من طرف الطبيب، وحالة التعفن الذي ينتقل إلى المريض بمناسبة العلاج⁽³⁾.

(1) قرار للمحكمة العليا الصادر عن الغرفة المدنية في ملف رقم 399828 الصادر بتاريخ 2008/01/23، العدد الثاني 2008، مجلة المحكمة العليا، ص 175.

(2) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 52.

(3) بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، طبعة 2006، ص 491.

الفرع الثاني: التزام الطبيب بتحقيق نتيجة

اتضح مما سبق أن التزام الطبيب من حيث الأصل هو التزام ببذل عناية، إلا إنّه بسبب وجود فكرة الاحتمالية التي تسيطر على نتائج مهنة الطبيب، فإنّه يوجد حالات استثنائية تجعل التزام الطبيب التزاماً بتحقيق نتيجة، ومن الملاحظ أن التزام الطبيب التزام بتحقيق نتيجة يعد استثناء عن المبدأ العام، وعليه لكي يتحمل الطبيب هذا الالتزام يجب أن يكون هناك اتفاق بين المريض والطبيب يلتزم بمقتضاه الطبيب بتحقيق نتيجة معينة للمريض ويكون مخطئاً إذا لم تتحقق النتيجة، مثال على ذلك بأن يتعهد طبيب أخصائي نساء وتوليد إلى امرأة معينة أن يقوم بتوليدها بنفسه، ولم يقدّم بذلك دون وجود سبب أجنبي. فإن القضاء الفرنسي ألزم الطبيب بتعويض المرأة عن الضرر الناجم من وراء فعل الطبيب الآخر بعملية التوليد فضلاً عن طبيعة أداة الطبيب، التي تلزمه في بعض الأحيان بالالتزام بتحقيق نتيجة وهذا الالتزام لا يمكن حصر حالاته نظراً للتطور العلمي السريع، ومن أبرزها الجراحة التجميلية، واستعمال أجهزة وأدوات طبية، وسائل الحماية وتركيب الأسنان، الأعضاء الصناعية، نقل الدم، التحاليل الطبية، والتطعيم والأدوية⁽¹⁾.

وقبل أن نوضح الحالات الاستثنائية التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة نقول أن هذا الالتزام مؤداه أن الطبيب ملزم بتحقيق نتيجة التي كان من أجلها تدخله الطبي وإلا اعتبر مسؤولاً عن خطئه وهناك تداخل كبير بين التزام بتحقيق نتيجة، والالتزام بالسلامة الذي سنأتي على ذكره لاحقاً، وتجدر الإشارة إلى أن الالتزام بتحقيق نتيجة ما هو إلا تحقيقاً للنتيجة التي كان من أجلها التدخل الطبي⁽²⁾.

البند الأول: إعطاء الأدوية

يقع على عاتق الطبيب التزام بالسلامة يتمثل في عدم منح المريض أدوية ضارة أو فاسدة أو أنها لا تؤدي بحكم طبيعتها وخصائصها المألوفة إلى تحقيق الغاية المقصودة منها ويسأل عن هذا الإخلال باعتباره التزام بتحقيق نتيجة ما لم يثبت السبب الأجنبي.

(1) Aloui Bouchta ; Erreur médicale: vers quelle responsabilité civile du médecin ; Enseignant chercheur à la faculté des sciences juridiques. Economiques et sociales de Fès 2017, P.157 أنظر: ناجية العطارق، مرجع سابق، ص 200

(2) بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 361.

البند الثاني: الأعمال المخبرية واستعمال الأشعة

تعتبر التحاليل الطبية من العمليات العادية التي تقع على محل محدد تحديداً دقيقاً ولا تحتمل صعوبات، ولا تنطوي على قدر كبير من الاحتمال والمخاطرة كغيرها من الأعمال الطبية لذا فالالتزام الطبيب بالنسبة للتحاليل العادية التزام بتحقيق نتيجة وهي سلامة التحليل ودقته، وتقوم مسؤولية الطبيب بمجرد حصول ضرر للمريض، ولا يستطيع الطبيب دفع المسؤولية عنه إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه من جانب آخر فإن استعمال الأشعة في تشخيص وعلاج الأمراض أصبح يؤدي دوراً مهماً وخطيراً في المجال الطبي؛ لذا فإن هذا الاستعمال يلقي على الطبيب التزاماً محدداً بحماية مما قد ينجم عنها من أضرار وهذا النوع من الأعمال الفنية المتصل باستعمال الأشعة يكاد يتلاشى في نطاقه عنصر الاحتمال ولذلك يكون الطبيب المتخصص فيه ملتزماً بتحقيق نتيجة في مواجهة المريض، هذا من ناحية الأشعة العلاجية ومن ناحية الأشعة التشخيصية فتلزم الدقة في قراءتها، حيث أن عدم اكتشاف وجود كسر في صورة الأشعة، لا يمكن أن يكون إلا أحد الأمرين كلاهما يوجب المساءلة وهما الإهمال أو الافتقار إلى الخبرة الفنية⁽¹⁾.

البند الثالث: نقل الدم

قد يحتاج المريض إلى دم وهو بصدد إجراء العملية الجراحية، وهنا يقع على الطبيب التزام بأن يحقق نتيجة ألا وهي نقل الدم النقي للمريض، فيتعين أن يكون متفقاً مع فصيلة دمه وأن يكون خالياً من الأمراض، ولعل عمليات نقل الدم تكتسب أهميتها البالغة نظراً للخطورة التي تنطوي عليها بسبب ما تحمله الدماء المنقولة من أمراض، حيث أصبح هناك ضحايا يعدون بالآلاف⁽²⁾.

البند الرابع: جراحة التجميل

وهذه الجراحة ليست كباقي الجراحات يقصد بها الشفاء من علة إنما هدفها إصلاح تشويه وعيب لا خطر منه على الصحة، وقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن التزام الجراح في جراحة التجميل هو التزام بتحقيق نتيجة، حيث يسأل هذا الجراح عن الفشل في العملية، ما

(1) شريف الطباخ، مرجع سابق، ص 62.

(2) وائل محمود أبو الفتوح العريزي، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، دار المغربي للطباعة، مصر، 2006، ص 350.

لم يقدّم الدليل على انتفاء العلاقة السببية بين ما فعله والضرر الناتج وهو فشل العملية والعلّة التي تكمن وراء هذا الموقف تتمثل في أن جراحة التجميل لا تمارس في الأصل بغرض علاجي، بالإضافة إلى أنها تجري في ظروف متأنية، فليس هناك ما يبرر العجلة أو ضعف الإمكانيات، كما يكون المريض في حالة تامة من اليقظة والتبصر، ومع هذا قضت أحكام القضاء الفرنسي بأن مسؤولية الطبيب الجراح في عمليات التجميل هي مسؤولية تحقيق نتيجة محكمة استئناف باريس قضت بأن "النتيجة فقط هي التي تبرر التدخل الجراحي بهدف التجميل، فنظراً لأن تلك الجراحة لا تستلزمها صحة المريض فإن على الطبيب الجراح أن يمتنع عن التدخل الجراحي إذا ما تبين مخاطر للفشل، فينبغي عدم القيام بها إلا إذا كان واثقاً من نجاحها"⁽¹⁾.

البند الخامس: استعمال الأدوات والأجهزة الطبية

أدى التقدم العلمي في مجالات الطب المختلفة إلى استخدام الأدوات والأجهزة الطبية في العلاج والجراحة، وقد يلحق المريض إصابات وأضرار نتيجة الاستعانة بهذه الأجهزة والتزام الطبيب هنا التزم بتحقيق نتيجة؛ فلا يعفى من المسؤولية حتى لو كان العيب بسبب خلل في صنع الجهاز، إلا أن الطبيب يستطيع التخلص من المسؤولية بإثبات أن الأضرار الحاصلة تعود إلى سبب أجنبي لا يد له فيه والأضرار المقصودة هي تلك التي تنشأ نتيجة وجود عيب أو عطل بالأجهزة والأدوات المذكورة؛ إذ يقع على عاتق الطبيب استخدام الآلات السليمة التي لا تحدث ضرراً للمريض، وقد حكم القضاء الفرنسي بمسؤولية الطبيب عن وفاة المريض أثناء الجراحة، نتيجة انفجار حدث لتسرب الغاز من جهاز التخدير واشتعاله بشرارة خرجت منه وكما حكم أيضاً بمسؤولية الطبيب عن الأضرار التي أصابت المريض نتيجة سقوطه من فوق منضدة الفحص بسبب هبوطها المفاجئ أو عند صعوده أو نزوله⁽²⁾.

الفرع الثالث: معيار التفرقة بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة.

إن مركز الدائن في الالتزام بتحقيق نتيجة أفضل من مركزه في الالتزام ببذل عناية حيث يقع عبء الإثبات في الالتزام بنتيجة على عاتق المدين الذي يقع عليه نفي مسؤوليته بينما في الالتزام ببذل عناية لا تتعدّد مسؤولية المدين إلا إذا أثبت الدائن تقصير المدين في

(1) بومدين سامية، مرجع سابق، ص 71.

(2) موسى بن محمد بن حمود التميمي، مرجع سابق، ص 245.

تنفيذ التزامه، إن هذه الصعوبة في التقسيم الثنائي للالتزامات تنشأ من معرفة الأسس التي يركز عليها القاضي في اختياره بين الالتزام بنتيجة والالتزام بعناية، ومنه فلا بد من البحث عن المعيار للتمييز بين كلا الالتزامين، ولقد تعددت الآراء بشأن معيار التفارقة هذا، في حين يُظهر البعض إلى القول بأن الإرادة هي المحدد لمضمون هذا الالتزام (البند الأول)، بينما يذهب رأي ثاني إلى القول بفكرة الاحتمال للتفارقة بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة⁽¹⁾ (البند الثاني)، ويذهب رأي ثالث يميل أنصاره إلى الربط بين تقسيم الالتزامات مراعيًا في ذلك مدى مشاركة الدائن أو عدمها في تنفيذ الالتزام (البند الثالث)، ويذهب رأي رابع إلى القول بمعيار الأداء المحدد أو النتيجة⁽²⁾ (البند الرابع) وهذا ما سنعالجه من خلال البنود التالية:

البند الأول: معيار الإرادة

يذهب أنصار هذا المعيار إلى أن الإرادة المشتركة للطرفين هي الحاسم في تحديد مضمون الالتزام، فحيثما انصرفت إرادة المتعاقدين إلى اعتبار التزام المدين بتحقيق نتيجة فهو كذلك وإلا كان التزاماً ببذل عناية، ومن أجل البحث عن هذه الإرادة فإن أنصار هذا المعيار يذهبون إلى أن ذلك من السلطات التي يتمتع بها القاضي عند قيامه بهذه المهمة وما يعاب على هذا المعيار أن الإرادة قد يشوبها الغموض ومنه يصعب الوقوف بموجبها على نوع الالتزام فيما إذا كان قائم على تحقيق نتيجة أو ببذل عناية⁽³⁾.

لكن يبقى هذا المعيار ناقصاً في تقدير مدى مسؤولية الطبيب، إذ أن هذا يقتصر على المسؤولية العقدية التي هي مسؤولية مهنية خاصة إذا علمنا أن أثرها يمكن أن يمتد إلى خارج الإطار العقدي، لأن الوعد والاتفاق بتحقيق نتيجة في المجال الطبي نسبي، فالجراح إن تمكن من تحقيق التزامه بنجاح التدخل الطبي الجراحي، لا يمكن أن يلتزم بعدم تحقق حادث مفاجئ

(1) عبد الله مبروك النجار، توازن المراكز القانونية بين الحق والالتزام، الطبعة الثانية، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، 2004/2003، ص10، انظر كذلك: فتحي عبد الرحيم عبد الله، مقدمة العلوم القانونية، الكتاب الأول، في النظرية العامة للقانون، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1996/1995، ص10، انظر كذلك: منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص271.

(2) أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص274.

(3) أنور يوسف حسين، مرجع نفسه، ص274.

أثناء التدخل الجراحي، وبالتالي يبقى معيار إرادة الطرفين قاصراً في تحديد مضمون وطبيعة الإلتزام⁽¹⁾.

البند الثاني: معيار الاحتمال

ووفقاً لهذا المعيار، فإن التزام المدين يكون التزاماً ببذل عناية عندما يتوقف الوصول إلى النتيجة التي يرمي إليها الدائن، وبمعنى آخر عندما يكون تحقق النتيجة أمر احتمالي فالمدين في هذه الحالة يكون ملزم ببذل العناية والحيطه التي يمكن أن يصل بمساعدة العوامل الخارجة عن إرادته إلى تحقيق النتيجة ويعتبر الفقيه الفرنسي "TUNC" من أنصار هذا المعيار، ونظراً لسيطرة فكرة الاحتمال على عمل وفن الطبيب إلا أن الأمر لا يمنع من قيام التزامات خارج نطاق عمله ومهمته، بحيث لا يكون في تنفيذها مجال لفكرة الاحتمال⁽²⁾.

وهذا ما جعل البعض يعيب على هذا المعيار عدم إمكانية تطبيقه بصفة عامة، إذ من السهل على أطراف العقد التعهد بالتزامات أكبر أو أقل شدة، بحيث يكون بإمكانهم تحويل الإلتزام من بذل عناية إلى تحقيق نتيجة أو العكس.

البند الثالث: معيار مساهمة الدائن

يرى جانب من الفقه أن المدين يكون ملتزماً بتحقيق نتيجة إذا كان دور الدائن في تنفيذ الإلتزام سلبياً بصورة بحثة، أما عندما يكون دور الدائن في التنفيذ فعالاً، فلا يكون الإلتزام إلا التزاماً بعناية، فمثلاً المسافر إذا سلم نفسه تماماً للناقل وخضع لرقابته أثناء عملية النقل فلا ضرر ولا غرابة في التزام الناقل بضمان سلامته ولكن يعاب على هذا الرأي أن مساهمة سلوك الدائن في تنفيذ الإلتزام ليس معياراً في التمييز بين نوعي الإلتزام، فهذه المساهمة ليست عنصر من عناصر إنشاء الإلتزام ولكنها سبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية، فإذا كان التزام المدين أصلاً هو التزام تحقيق نتيجة ثم تدخلت إرادة الدائن لمنع تحقق هذه النتيجة فلا يعني ذلك تغير نوع الإلتزام وإنما انقطاع العلاقة السببية بين خطأ المدين وتحقيق النتيجة⁽³⁾.

(1) جربوعه منيرة، الإلتزامات الحديثة للطبيب في العمل الطبي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، موسم 2015/2016، ص 61.

(2) أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 225.

(3) أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 276.

البند الرابع: معيار الأداء المحدد أو النتيجة

في ضوء الانتقادات التي وجهت لمعايير التمييز بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية السابق الإشارة إليه ذهب جانب من الفقه إلى إتباع معيار الأداء المحدد أو النتيجة المعينة، بموجب هذا المعيار يكون الالتزام التزاماً بتحقيق نتيجة متى كان المدين ملتزماً بأداء معين أو محدد، ويكون ببذل عناية في غير ذلك من الحالات⁽¹⁾.

وعليه نرى أنه لا يمكن التعويل على معيار واحد لتحديد مضمون الالتزام، حيث ينبغي إعطاء القاضي هامش حركة كبير لتقدير المعيار المناسب لكل حالة على انفراد خصوصاً في المجال الطبي الذي يتميز بنوع من التجديد على الصعيد العلاجي والجراحي تبعاً لتقدم العلم في هذا المجال، وهذا لضمان حق المضرور من جهة والمحافظة على سمعة الطبيب من جهة أخرى.

المبحث الثاني: تراجع فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية الطبية المدنية.

الخطأ وبصرف النظر عن توصيفاته هو الأصل العام الذي تقوم وتأسس عليه المسؤولية الإدارية وغيره من أسسها، ومهما اتسع نطاقه باق في موقع الاستثناء، وإن تراجع الخطأ كأساس للمسؤولية الإدارية ألقى بظلاله على المسؤولية المدنية، وكان ذلك بفضل جهد مجلس الدولة الفرنسي رائد القانون الإداري ومشيد نظرياته الأساسية، حيث استقبل منه المجال الطبي في السنوات الأخيرة أحكام هامة تبوأ مكانها بين أحكام المبادئ، حيث ترك الخطأ الجسيم مكانه للخطأ البسيط في نطاق، وترك الخطأ المجال بنسبة كبيرة لنظرية المخاطر وجاء هذا التحول بشقيه بداية في نطاق المسؤولية الطبية بمفهومها التقليدي، ثم اتسعت انعكاساته من بعد لتشمل الصحة العامة في إطارها العام وبالتحديد في مجال الالتزام بتحقيق نتيجة⁽²⁾.

(1) ناجية العطارق، مرجع سابق، ص 208.

(2) محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام، (الاتجاهات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي) منشأة المعارف، مصر، 2003، ص 3 وما يليها.

وكان من نتيجة هذا التراجع الرهيب للخطأ في مجال المسؤولية الطبية، على اعتبار لجوء المحاكم إلى افتراض الخطأ في المجال الطبي بمجرد تحقق الضرر، أن ظهر ما يسمى بمبدأ الحيطة الذي يجد أساسه في حماية⁽¹⁾.

ونظراً لعدم استطاعت فكرة الخطأ تحقيق العدالة لتركيزها على معاقبة الفاعل وإنصافه دون الاهتمام بالمضور، جاءت نظرية الخطأ المفترض والتي تعتمد في جزئياتها على الاستغناء عن الخطأ الذي يدل على الاتجاه نحو الموضوعية المجردة من تأثير شخص الفاعل على قيامها زيادة على الصعوبة في إثبات الخطأ وغيرها، حيث أصبح في كثير من الأحيان لا يعوز المضور عن الضرر الذي أصابه بسبب عدم قدرته على إثبات الخطأ، هنا ظهرت فكرة نظرية المخاطر ونظرية الالتزام بالسلامة⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس، سوف نحاول التطرق بشئ من التفصيل هذه النظريات والمبادئ في هذا المبحث، حيث نعالج تأسيس الخطأ الطبي على أساس نظرية المخاطر في (المطلب الأول) ثم تأسيس الخطأ الطبي على أساس نظرية الخطأ المفترض في (المطلب الثاني) على أن نتعرض لمفهوم الالتزام بمبدأ السلامة في المجال الطبي في (المطلب الثالث) ونظرية الضمان في (المطلب الرابع) وختاماً مبدأ الحيطة وأثره في المسؤولية الطبية في (المطلب الخامس)

المطلب الأول: تأسيس الخطأ الطبي على أساس نظرية المخاطر

حتى عام 1990 كان التعويض عن الأضرار الناجمة عن عمل المستخدمين في المرافق الصحية العامة يتطلب توافر الخطأ، اتجه بعد ذلك القضاء إلى إقامة نوع جديد من المسؤولية، غير المستندة إلى أي خطأ وذلك عن طريق إقرار حق المتضرر في التعويض عن الضرر الذي أصابه دون الحاجة إلى البحث عن الخطأ أو افتراضه إذ أن الهدف من ابتكار مثل هذه الوسائل القانونية هو إعفاء المريض المتضرر من عبء إثبات الخطأ الطبي، وكذلك إعفاء القاضي من مشقة البحث في الوقائع للاستخلاص الخطأ، ما يعني أنه لم يبقى إلا العمل

(1) أكثر تفصيلاً أنظر عمار نعيمة، الاتجاه نحو تأسيس المسؤولية المدنية على أساس مبدأ الحيطة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 9، تصدر عن جامعة جوان 2013، ص180.

(2) سعيدة ياسين، الخطأ المفترض في المسؤولية الجنائية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبدالله، المغرب، الموسم الجامعي 2016-2017، ص19.

الذي سبب الضرر، فهو واجب الإثبات فقط فلا تقوم المسؤولية دون خطأ دون توافر الضرر سواء أكان المسبب لهذا الضرر الطبيب أم غيره(1).

ومن منطلق مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة بوصفه أساساً للمسؤولية دون خطأ الذي يعني المساواة بين أفراد المجتمع في تحمل التكاليف العامة، أدى التطور في توسيع نطاق المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة إلى الأخذ بفكرة المساواة أمام الأعباء العامة أساساً لهذه المسؤولية عندما لا يتوافر في الواقعة عنصر الخطر، أو عندما لا تغطي فكرة الخطر جميع الفروض والحالات التي تعرض أمام القضاء(2).

في سبيل ذلك سيتم بحث موضوع المسؤولية دون خطأ من خلال التطرق نظرية المخاطر وأثرها على تقدير الخطأ الطبي (فرع أول) ثم النظر في تقييم نظرية المخاطر في ضوء الفقه والقضاء (فرع ثاني).

الفرع الأول: نظرية المخاطر وأثرها على تقدير الخطأ الطبي

وتقوم هذه النظرية على أساس استبعاد شرط الخطأ وإقامة المسؤولية على أساس فكرة الخطر، فالخطأ ليس شرطاً لازماً لقيام المسؤولية، فهي تتحقق بمجرد حصول الضرر بفعل الشيء وتوافر رابطة السببية بين فعل الشيء والضرر على أن يكون هذا الشيء من الأشياء التي تتطلب عناية خاصة، فالطبيب وفقاً لهذه النظرية يسأل مسؤولية موضوعية عن فعل الشيء أساسه تحمل التبعة بمعنى الفائدة التي تعود على الطبيب من استعمال الشيء، وهو ما يعرف بمبدأ الغرم بالغنم، أو كان تحمل التبعة بالمفهوم الواسع وهو تبعة مخاطر الشيء فالطبيب في استعماله للأشياء في عمله إنما يستحدث مخاطر قد تُسبب ضرراً للغير وهذا هو مبدأ نظرية تحمل المخاطر المستحدثة(3).

(1) الهادي خضراوي، عبدالقادر يخلف، عمليات التلقيح الإجباري ونظام المسؤولية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 10، جامعة الأغواط، الجزائر جانفي 2017 ص117. أنظر: عصام غصن، مرجع سابق، ص132.

(2) محمد عبدالله حمود، المسؤولية الطبية للمرافق الصحية العامة، مجلة الحقوق، العدد 1، جامعة الكويت، مارس 2006، ص178.

(3) عميري فريدة، المسؤولية بدون خطأ: توجه جديد نحو إقرار مسؤولية المرافق الطبية العامة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد1، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر 2018، ص 98. راجع أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص527.

وتعد نظرية قبول المخاطر الطبية من النظريات المعروفة في مجال المسؤولية المدنية عموماً، والمسؤولية الطبية خصوصاً وإن كانت تعد من صنع الفقه والقضاء، فإن أهم الأسباب التي ساعدت على ظهورها زيادة الأخطار التي يتعرض لها الإنسان في الوقت الحاضر وكنتيجة لهذا التطور الطبي الغير المسبوق وما لازمه من مخاطر، تضاعف عدد الأعمال الطبية الضارة التي لا تجد مصدراً لها في الخطأ الطبي وإنما في هذه المخاطر⁽¹⁾.

بالاستناد للاعتبارات السابقة، اتخذ بعض الفقهاء مثل " سالي " " Saleilles" و"Josserand" موقفاً مناهضاً من الخطأ بصورة مبدئية مقدمين نظرية المخاطر كبديل تؤسس عليها المسؤولية المدنية، فقامت في المرحلة الأولى على أساس الغرم بالغنم -"Le risque-profit" ثم تطورت إلى مرحلة ثانية، حيث أقيمت فيها المسؤولية على أساس الخطر المستحدث ثم انتهت في المرحلة الثالثة إلى التوفيق بين الخطأ والخطر، والإبقاء على فكرة الخطأ إلى جانب فكرة الخطر⁽²⁾.

فعلى الرغم من أخذ القضاء بفكرة الخطأ المحتمل، وتشدده في مسؤولية الطبيب إلا أن هذه النظرية اتسمت خلال المرحلتين الأوليتين بمحاربة فكرة الخطأ بكل الوسائل والمناداة باستبدالها بفكرة الخطر، وذلك لإسعاف ضحايا حوادث العمل وغيرها بالحصول على التعويض عن الضرر الذي أصابهم من قبل أرباب العمل مثلاً، وإن في مطالبة هؤلاء الضحايا بإقامة الدليل على خطأ رب العمل والطبيب وحوادث النقل إرهاباً لهم وضياًعاً لحقوقهم خصوصاً أن أكثر الحوادث تظل أسبابه خفية يعسر عليهم اكتشافها، ويحتاج إلى خبرة فنية يتعذر عليهم الحصول عليها، والتمسك بضرورة إثبات الخطأ يعني أن نضحي بمصالح طبقة ضعيفة لمصلحة طبقة قوية، وهذا مناف لمعنى العدالة التي ينادي بها وهذا يثبت أن ليس كل القائلين بنظرية المخاطر هم مادي النزعة وينظرون إلى العلاقات القانونية على أنها علاقات بين ذميتين مالييتين؛ فإذا استفادت إحداهما على حساب الأخرى وجب أن يعاد التوازن بين الذميتين⁽³⁾.

(1) آمال بكوش، مرجع سابق، ص156.

(2) قوادري مختار، تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني المقارن، مرجع سابق، ص 342.

(3) هديلي أحمد، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساته على قواعد الإثبات، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 1، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص120.

وذهب بعضهم إلى هجر الخطأ بدواعي العدالة المثالية ممثلة في العدالة الاجتماعية أو العدالة الفردية، فإذا ما حدث حادثٌ أصاب شخصاً بضرر، فمن الذي ينبغي أن يتحمل نتيجة هذا الضرر؟ أهو المصاب الذي لا ذنب له والذي كان موقفه من الحادث موقفاً سلبياً وقد يكون معسراً، أم هو الفاعل الذي كان موقفه من الحادث موقفاً إيجابياً وقد كان فعله ذا فائدة تعود عليه، لقد انتقدت نظرية تحمل المخاطر أو التبعية في مرحلتها الأولى القائلة بالغرم بالغنم وليس كل نشاط يعود على صاحبه بالغنم؛ مثلما هو واقع المؤسسات الصناعية التي تحقق أرباحاً من عمالها، بل هناك نشاطات لا يربح صاحبها من ورائها شيئاً بل وهناك نشاطات قد تعود على صاحبها بالخسارة⁽¹⁾.

وإذا كانت المهنة الطبية قد دعت إلى إقرار ضرورة حفظ كيان الأجساد ورعاية الصحة العامة، فإن وسائل العلاج تتطوي أكثرها على مخاطر لا بد أن يتعرض لها المريض في سبيل شفائه وهي إما أن يتحملها المريض أو يتحملها الطبيب، وتبرير ذلك لدى الفقه والقضاء أن الطبيب قد أخطأ حتماً بعدم حصوله على رضا المريض مثلاً فعلاجه أصبح عملاً غير مشروع تتوافر فيه عناصر الخطأ بذاته، بحيث إذا نشأ عنه ضرر للمريض تحققت أركان المسؤولية بالنسبة للطبيب ولا ينقص من مسؤولية هذا الأخير في هذه الحالة أن يكون قد تصرف بدافع إنساني نبيل هو شفاء المريض رغم رفضه⁽²⁾.

لذلك يحاول أنصار هذه النظرية إلى المرحلة الثانية، وبنوها على فكرة الخطر المستحدث، ولكن سرعان ما انتقدت النظرية في هذه المرحلة أيضاً بأنها تحجم كل نشاط وتشل كل مبادرة فردية خشية المسؤولية، فيؤدي ذلك إلى الجمود وعدم التطور، واكتفى أصحاب هذه النظرية حينما واجهت عقبة مهمة، وهي أن ليس كل نشاط محدث للضرر يترتب موجب التعويض على صاحبه؛ لأن نشاطات كثيرة مسموح بها قانوناً رغم الأضرار التي تحدثها للغير ضمن نطاق عدم تجاوز حدود ممارسة الحق بحسن نية وبناء عليه، تحول بعض أنصار هذه النظرية إلى المرحلة الثالثة، فارتد بعضهم عنها ورجع إلى فكرة الخطأ وحدها مثل "ريبير" والبعض الآخر رجع إلى فكرة الخطأ وجعلها فكرة أصلية يلجأ إليها حينما تتطلب العدالة ذلك

(1) Henri, LEON, et Jean Mazeaud, Leçon de droit civil, TOM. III, Revue internationale de droit comparé, Année 1961 13-1 p257.

(2) محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص 90.

إلى جانب فكرة الخطر كفكرة احتياطية وبعضهم الآخر مثل "جوسران" عاد فجعل الخطأ والخطر متساويين، وجعل لكل منهما نطاقا يساوي الآخر؛ فنطاق الخطأ هو المسؤولية عن الأفعال الشخصية، المنصوص عليها بالمادة 1382 ق.م.ف يقابلها المادة 124 ق.م.ج ونطاق الخطر هو المسؤولية عن فعل الغير (136، ق.م.ج) و المنصوص عليها بالمادة 1384 ق.م.ف في الفقرات 6/5/4 ويضيف " جوسران " إلى هذا النطاق، القوانين الخاصة التي نصت على مسؤوليات تقوم على الخطر⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تقييم نظرية المخاطر في ضوء الفقه والقضاء

لقد لقيت نظرية المخاطر العديد من الانتقادات خاصة من قبل أنصار المسؤولية الخطئية، حيث أن هذه النظرية تجعل المسؤولية مقابل منفعة عائدة على الشخص من استعمال الشيء، في حين أن المسؤولية عن فعل الشيء في الفقه تقوم على أساس الحراسة ومعيار ذلك هو السيطرة الفعلية على الشيء لا على أساس المنفعة، لذا فإنه من الأجدر على أنصار نظرية المخاطر الربط بين السيطرة الفعلية وبين المسؤولية، كما أنه هناك من قال بأن نظرية المخاطر لا تكفي لتطبيق قواعد المسؤولية، ومنه فإنها لا تتفق مع الأسس الفنية لتنظيم العلاقات بين الأفراد إضافة إلى أنها لا تعطي تفسيراً لإعفاء الحارس من المسؤولية إذا أثبت أن تدخل الشيء في إحداث الضرر مرجعه سبب أجنبي، رغم استمرار استفادته وانتفاعه من الشيء، ومنه فإن نظرية المخاطر لا تصلح لتبرير مسؤولية الطبيب عن فعل الشيء سواء أخذنا فكرة التبعة التي تعني الفائدة التي يجنيها الطبيب من استخدام الأشياء أو التبعة بمعنى المخاطر التي يستحدثها باستخدامه لهذه الأشياء⁽²⁾.

ولقد كانت أسس هذه المسؤولية القائمة على أساس المخاطر محل جدل فقهي أن الأساس الوحيد الذي تقوم عليه هذه المسؤولية هو المخاطر ومبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، وتقوم هذه المسؤولية على الشروط الآتية:

لا يعوز الضرر في المسؤولية الإدارية دون خطأ إلا إذا وصل درجة معينة من الخطورة للمضروور في نظام المسؤولية دون خطأ إثبات وجود علاقة سببية بين الضرر وعمل الإدارة، خلافاً للمسؤولية المبنية على الخطأ.

(1) Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4é ed. paris, 1949, p29.

(2) أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص528.

لا تستطيع الإدارة التوصل من المسؤولية إلا في حالة القوة القاهرة وخطأ الضحية في حين بإمكان إعفاء الإدارة في نظام المسؤولية المدنية على الخطأ في حالة خطأ الغير والظروف الطارئة⁽¹⁾.

وفي قرار لمجلس الدولة الفرنسي في قضية "Gomez" أقر القضاء الإداري بمسؤولية المرافق الصحية على أساس المخاطر للمرة الأولى في قرار المجلس الإداري الإستئنافي لمدينة ليون بتاريخ 1990.12.21⁽²⁾ حين تعلق الأمر بطفل دخل المستشفى لإجراء عملية تقويم العمود الفقري بإجراء عملية جراحية حديثة التطبيق، فأصيب بمضاعفات أدت إلى شلل في أطرافه السفلى، فطلب عائلته التعويض فرفضت محكمة ليون تحميل المسؤولية للمؤسسة الصحية على اعتبار أن الخبير نفى وجود الخطأ في جانب الطبيب

أما بالنسبة لدرجة الإستئناف فقد استجاب لطلب عائلة "Gomez" إذ قرر لأول مرة بمسؤولية المرافق الصحية بدون خطأ في المجال الطبي، غير أنه حصرها في مجال المسؤولية في حالة استخدام وسائل جديدة⁽³⁾

وقد وسع مجلس الدولة الفرنسي بالنسبة للقضاء الإداري من نطاق المسؤولية بدون

خطأ في الأعمال الطبية بموجب قرار مجلس الدولة في قضية Hôpital Joseph Imbert d'Arles بتاريخ 1997.11.03⁽⁴⁾ بخصوص طفل دخل للمستشفى من أجل عملية ختان لكنه توفي بسبب جرعة تخدير كلي، هنا أقر مجلس الدولة الفرنسي صراحة بمسؤولية المستشفى على

(1) طاهري حسين، مرجع سابق، ص 54.

(2) C.A.A de Lyon. , 21 Décembre 1990 , Gomez: « L'utilisation d'une thérapeutique nouvelle crée lorsque ces conséquences ne sont pas encore entièrement connues , un risque spéciale pour les malades qui sont l'objet... ». François Violla; op.cit., p.221

(3) عيساني ربيعة، مرجع سابق، ص 240.

(4) C.E., 3 Novembre 1997, Hôpital Joseph Imbert d'Arles: «La cour a estimé que le risque. inhérent aux anesthésies générales et les conséquences de cet acte pratiqué sur l'enfant Mehratz

répondaient aux conditions susmentionnées (toutes les conditions posé par l'arrêt Bianchi) ; que ce faisant , la cour n'a pas commis d'erreur de droit alors même que l'acte médical a été pratiqué lors d'une intervention dépourvue de toute fin thérapeutique ... » François Violla; op.cit., p.236

أساس المخاطر واعتبر أنه مهما كان الباعث الذي أدى به للعلاج أو إجراء جراحة، فيكون تحت مسؤولية المرفق⁽¹⁾

أما في مصر فقد تأثرت محاكم القضاء المصري الابتدائية والاستئنافية في بعض أحكامها بنظرية تحمل التبعة، مجارية في ذلك القضاء الفرنسي ومستجيبة لرأي فقيه مصري هو الأستاذ "عبد السلام ذهني" الذي نادى في مصر بهذه النظرية، ولكن محكمة النقض المصرية رفضت الأخذ بهذه النظرية رفضاً باتاً في حكم لها صدر في 15/11/1934⁽²⁾.

ويبدو أن قضاء مجلس الدولة الجزائري في 08.03.1999 أخذ بفكرة المخاطر في قضية وزارة الدفاع الوطني ضد ورثة بن عمارة لخميسي حيث جاء في حيثيات القرار أنه " ثابت بأن رجال الدرك الوطني كانوا مسلحين بأسلحة تشكل خطراً بالنسبة للغير، وبغض النظر عن الخطأ المرتكب من طرف أعوان الدولة في أداء مهامهم في دعوى الحال والذين لم يقوموا بالتحذيرات الواجبة، فإنه من الثابت قضائياً بأن نظرية الخطر بالنسبة لأعوان الدولة عند إسعمالهم للأسلحة النارية قد تحمل الدولة المسؤولية في حالة إلحاق ضرر للغير"⁽³⁾

ونرى أنه ورغم أننا لم نستطيع الحصول على حكم أو قرار قضائي متعلق بنظرية المخاطر بالنسبة للمسؤولية الطبية، إلا أننا نرى أن مجال تطبيق نظرية المخاطر تجد مجالاً خصباً في الأعمال الطبية نظراً لعنصر الإحتمال المسيطرة على هذا المجال.

غير أن موقف القضاء الجزائري بعد الاستقلال من نظرية تحمل التبعة، يبدو أنه لم يأخذ بها، فقد صرح الدكتور علي علي سليمان بقوله: فإنني لم أعتز على أي حكم له يدل على الأخذ بها، وأعتقد فيما أعلم أنه لم يعتق هذه النظرية⁽⁴⁾.

وخلاصة ما تقدم أن تطبيق نظرية المخاطر يهدف إلى استبعاد فكرة المسؤولية القائمة على التمييز بين الخير والشر وتحميل الفاعل تبعة سوء اختياره، بحيث لم تعد إشكالية

(1) عيساني رقيقة، مرجع نفسه، ص 242.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، بند 521، ص 771.

(3) قرار مجلس الدولة 1999.03.08 مشار إليه في مؤلف لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتفي في قضاء مجلس الدولة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، ج 1، الجزائر 2002، ص 94. أنظر كذلك: قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية، رقم 0879889 بتاريخ 16/05/2013، قضية الصندوق الجهوي للتعاون الفلاحي ضد ذوي حقوق (ر.ه)، المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية، العدد 2، 2013، ص 149.

(4) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006، ص 159.

المسؤولية إشكالية أخلاقية تقوم على تقدير السلوك البشري، ولكنها أصبحت إشكالية علمية خاصة بالسببية، فيكون مسؤولاً كل من تسبب مادياً في إحداث الضرر دون حاجة إلى شرط آخر، وهذا من شأنه أن يغير في الاعتقاد السائد منذ زمن طويل بأن الضرر الذي لا ينشأ عن خطأ شخص من الغير يشكل خطراً مماثلاً للحادثة الفجائي، يقع بكامله على عاتق من وقع اختيار القدر عليه، ومن هنا كانت نظرية المخاطر محدودة المدى فيما تشترطه من نشاط خطر يمارسه صاحب الشيء، فيخلق مخاطر يتحملها هذا الأخير وإزاء محدودية هذه النظرية وعدم شموليتها استحدث البعض نظرية الخطر الغير المألوف التي تراعي المخاطر غير الاعتيادية الملازمة للأنشطة الخارجة عن المعتاد⁽¹⁾.

المطلب الثاني: تأسيس الخطأ الطبي على أساس نظرية الخطأ المفترض

ووفقاً لهذه النظرية، فإن قواعد المسؤولية لا تختلف عن القواعد العامة إلا فيما يتعلق بعبء إثبات الخطأ، وبينما يقع هذا العبء على عاتق المضرور وفقاً للقواعد العامة فإن المضرور لا يكلف بإثبات الخطأ في إطار هذه المسؤولية، إذ أن القانون يفترضه ويعفي المضرور من إقامة الدليل عليه، ويأتي في مقدمة هذه الآراء التي قيلت بشأن أساس المسؤولية على الأشياء، الرأي الذي يقول بأن أساس هذه المسؤولية هو خطأ الحارس الشخصي فالقانون إذ يفرض على الحارس اتخاذ تدابير لازمة لمنع الشيء من الأضرار بالغير ومنه فإنه إذا أحدث ضرر للغير فإنه يفترض إهمال الحارس لرقابته، ويعتق غالبية فقهاء القانون المصري هذه النظرية⁽²⁾.

والمشرع الجزائري وإلى جانب المسؤولية القائمة على الخطأ الواجب الإثبات قرر تطبيقات أخرى للمسؤولية من خلال المواد 134 إلى 140 ق.م.ج تقوم على أساس الخطأ أيضاً، غير أن الخطأ هنا مفترض بنص القانون، بحيث ألقى المضرور من عبء الإثبات، كما جعل من قرينة الخطأ المفترض أحياناً قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، وتشدد في

(1) آمال بكوش، مرجع سابق، ص 220.

(2) أنور حسين يوسف، مرجع سابق، ص 523.

البعض الآخر بأن جعل منها قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس ولا تدحض إلا بإثبات السبب الأجنبي⁽¹⁾.

وفي مجال الخطأ الطبي يلاحظ أن قضاة مجلس قضاء قسنطينة لم يأخذوا باتجاه معين إذ نجدهم تارة يشترطون الخطأ الجسيم (قرار الغرفة الإدارية 1986.11.19 و 1988.12.14) وتارة أخرى لا يشترطون وجود خطأ أصلاً (القرار المؤرخ في 1999.01.21) ولعل أن هذا القضاء قد أخذ بفكرتي إفتراض المسؤولية والضرورة الإجتماعية للحق في التعويض⁽²⁾.

وعُرف الخطأ الطبي في ظل نظرية الخطأ المفترض في القانون المدني ومنه انتقلت إلى القانون الإداري، وتعتبر من أقدم الآراء المبررة للمسؤولية، ورغم أنها تقليدية إلا أنها بقيت سائدة إلى الآن، وتتلخص في أن المتبوع يقوم في جانبه خطأ مفترض، في الرقابة، أو التوجيه، أو الاختيار، أو فيها جميعاً وهذا الخطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، فإذا ارتكب التابع خطأ، كان المتبوع مسؤولاً عنه بمقتضى خطأ آخر نفترضه قائماً في جانبه لكونه مقصراً في اختيار تابعه، أو في توجيهه أو في الرقابة عليه، وهذا التقصير نفترضه افتراضاً ولا نقبل من المتبوع أن يقيم الدليل على أنه لم يقصر، وقد قال بهذا الرأي كثير من الفقهاء والمحاكم في مصر وفرنسا⁽³⁾.

أما بالنسبة للمآخذ على هذه النظرية، فإن أسس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه تتجه إلى أن إفتراض الخطأ غير قابل لإثبات العكس إلا أن نفي الخطأ المفترض جائز بإثبات المتبوع لقيامه بواجبه بالاختيار والرقابة والتوجيه، واتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة لمنع التابع من ارتكابه للخطأ⁽⁴⁾.

لقد أسس بعض الفقه المسؤولية العقدية عن فعل الغير للمدين عند عدم تنفيذه لالتزام نتيجة لفعل الغير الذي استعان به في التنفيذ على الخطأ المفترض، وأهم الانتقادات التي

(1) أكثر تفصيلاً: عمر بن الزويبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 2016/2017، ص 100.

(2) صويلح بوجمعة، مرجع سابق، ص 71.

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 1041.

(4) سجي حسن علوي، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية في المستشفيات العامة، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، فلسطين 2017-2018، ص 81.

وجهت لهذه النظرية هي أن التزام المدين لا يكون دائماً تحقيق نتيجة معينة فقد يلتزم ببذل عناية وقد لا يلتزم اتجاه الدائن إلا بتقديم وسيلة⁽¹⁾

ونرى بأن نفي الخطأ الطبي المفترض جائز في حالة توافر سبب أجنبي أيضاً أدى إلى منع المتبوع من اختيار الرقابة والتوجيه والقيام بكافة الاحتياطات والحذر لمنع التابع من ارتكاب خطئه.

المطلب الثالث: مفهوم الالتزام بالسلامة في المجال الطبي

تضمن الدستور الجزائري موضوع حقوق الإنسان⁽²⁾ من خلال كل من المادة 40 التي تقر ضمان حقوق الإنسان والمادة 41 التي تنص على معاقبة كل من يمس بالسلامة الجسدية والمعنوية للإنسان، ضف إلى ذلك ما جاء في القوانين العادية على غرار قانون حماية المستهلك وقمع الغش، والأحكام المتعلقة بمسؤولية المنتج، كما جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته 2 "لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان، دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر، دون أية تفرقة بين الرجال والنساء. وفضلا عما تقدم فلن يكون هناك أي تمييز أساسه الوضع السياسي أو القانوني أو الدولي لبلد أو البقعة التي ينتمي إليها الفرد سواء كان هذا البلد أو تلك البقعة مستقلا أو تحت الوصاية أو غير متمتع بالحكم الذاتي أو كانت سيادته خاضعة لي قيد من القيود."، ورسمت ملامح الحق في السلامة الجسدية مع إصدار التشريعات الأولى الخاصة بحوادث العمل والأمراض المهنية ثم تأكدت شيئاً فشيئاً من خلال تواتر التشريعات الخاصة بتعويض الاضرار الجسمانية المترتبة عن حوادث المرور والكوارث الطبيعية، وأعمال العنف المختلفة، وأخيراً الكوارث الطبيعية⁽³⁾.

(1) أنور سلطان، مصادر التزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2010، ص260.

(2) المادة 40 من الدستور الجزائري تنص على "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة" والمادة 35 تنص على "يعاقب على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية".

(3) علي فيلالي، تطور الحق في التعويض بتطور الضرر وتنوعه، مرجع سابق، ص23.

ثم إن تطور الحياة وخصوصاً في المجال الطب جعل قواعد المسؤولية تحت ضغط كبير، ولعل موضوع الالتزام بالسلامة يعد من أهم موضوعاتها التي شغلت اهتمام الفقه والقضاء، والتي كانت هذه الفكرة من صنعهما، حيث تبين أن أحكام المسؤولية المدنية لم تعد كافية لتوفير الحماية اللازمة لضحايا هذه الحوادث، فبدأ البحث عن فكرة تكون أكثر ملائمة ومتوازنة بين مصالح الأطراف، فوجدوا غايتهم في فكرة الالتزام بضمان السلامة⁽¹⁾.

ومن المسلم به أن الالتزام بضمان السلامة هو في الأصل التزام قانوني يتعلق بالواجب العام الملقى على الجميع بعدم الإضرار بالغير، ومحلّه بذل عناية والإخلال به يترتب مسؤولية تقصيرية، نظراً للتطور الذي شهدته المسؤولية أضحي هذا الالتزام التزام عقدي ليصبح التزام محدد بنتيجة تتمثل في ضمان السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين⁽²⁾.

ففي ظل هيمنة فكرة الخطأ الواجب الإثبات كأساس للمسؤولية عن الأضرار الماسة بالسلامة الجسدية وقصور قواعد المسؤولية عن الأشياء في حماية المضرور، كان لابد من ظهور أفكار جديدة تضمن حماية أوفر للمضرور وقد ظل القضاء الفرنسي رافضاً لفكرة الأخذ بضمان السلامة كالتزام يقع على عاتق المتعاقد بالنقل، لكن ما لبث أن تحول هذا الرأي بحكم أصدرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1911/11/27 قررت فيه بأن تنفيذ عقد النقل يستلزم من الناقل التعهد بالالتزام بإيصاله سالماً⁽³⁾.

أما في مجال عقد العلاج الطبي فقد قررت محكمة النقض الفرنسية بأن العقد بين المريض والطبيب يلقي على عاتق هذا الأخير التزام بالسلامة فيما يتعلق بالأدوات والأجهزة التي يستعملها من أجل تنفيذ العمل الطبي⁽⁴⁾.

وجاء نص المادة 1386-4 من القانون الفرنسي 98-389 الصادر سنة 1998 حاسماً للجدل الفقهي الذي طالما ثار حول الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن فعل

(1) عبد القادر أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود نحو نظرية عامة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ص 03.

(2) أنور حسين يوسف، مرجع نفسه، ص 217.

(3) براسي محمد، تقدير الالتزام بالسلامة في عقد نقل الأشخاص البري، مجلة القانون، العدد 3، المركز الجامعي أحمد زيانة، غليزان، جوان 2012، ص 10.

(4) لالوش سميرة، الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 3، المجلد 56، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، دون سنة نشر، ص 181.

المنتجات، حيث أخذ من فكرة السلامة أساساً قانونياً لمسؤولية المنتج وأعتبر أن المنتج يعتبر معيباً، عندما لا يتوافر فيه الأمان المشروع الذي يكون المستهلك محقاً في توقعه وانتظاره⁽¹⁾.
إن إدخال مفهوم الالتزام بضمان بالسلامة في العقود يستجيب لحاجة معاصرة، سواء في القانون الوطني أو القانون المقارن، لأن عبارات العقد وكلماته تعبير عن إرادة الأطراف لهذا فإن القاضي بما له من سلطة في تفسير العقد يمكنه أن يضيف التزامات غير موجودة فيه وهذا كان سبب مبرراً لميلاد الالتزام بضمان السلامة في عقد النقل من طرف القضاء الفرنسي سنة 1911 عندما أكد أن عقد نقل الأشخاص يتضمن أيضاً الالتزام بتوصيل المسافر إلى مقصده سالمًا.

وذهب الفقه في فرنسا إلى تأسيس هذا الالتزام على نص المادة 1135 مدني فرنسي⁽²⁾ وتقابلها المادة 2/107 مدني جزائري والتي تنص على "أنه لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"⁽³⁾.

الفرع الأول: تعريف الالتزام بالسلامة

تقتضي فكرة السلامة أن يمارس المدين سيطرة فعلية على كل عناصر التي يمكن أن تسبب ضرراً للدائن (المريض) ومفاد ذلك أن تكون هذه العناصر داخلة في إطار العقد الذي ربط بين الدائن والمدين، لذلك فهو التزام متعلق بسلامة الأشخاص أثناء تنفيذ التزام رئيسي لعقد معين.

فضمان السلامة هو التزام بتحقيق نتيجة، وليس فقط بذل عناية، وقد ترجم التزام ضمان السلامة في شكل قانوني ابتداء في مجال النقل البحري ثم النقل البري، قبل أن يصبح مبدأ عاماً في كافة مناحي الأنشطة الإنسانية إذ يسأل الطبيب بمجرد عدم تحقق النتيجة

(1) محمد محمد القطب، المسؤولية المدنية الناشئة عن أضرار الدواء، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، الإسكندرية، 2044، ص270.

(2) Art. 1135: C.C.F "Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature".

(3) بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص402.

المبتغاة، ودون الحاجة إلى إثبات خطأ في جانبه، وإن كان بإمكانه دفع مسؤوليته إذا أثبت أن خطئه وقع نتيجة سبب أجنبي أو قوة قاهرة أو نتيجة فعل الغير أو خطأ المضرور⁽¹⁾.

وهناك اتجاه فقهي يعرف الالتزام بضمان السلامة من خلال تحديد شروطه، وهو أن يتجه أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر من أجل الحصول على منتج أو خدمة معينة مع وجود خطر يتهدد طالب الخدمة أو المنتج، وأن يكون مقدم الخدمة أو المنتج مهنيًا ومحترفًا⁽²⁾.

والسلامة بهذا المعنى، مفهوم لا يحتمل التدرج، فعندما تكون السلامة محل التزام كما يقول بعض الفقهاء فلا يمكن التعبير عنها بطريقة وسط فالسلامة غير قابلة للتجزئة⁽³⁾.

كما أقر القضاء الفرنسي في ثلاثة أحكام له في المسؤولية عن عدوى المستشفيات باعتبار أن المستشفى يتحمل التزام ضمان سلامة المريض من أي مرض معدٍ في المستشفى، وأن محل هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة، حيث جاء في هذه الأحكام (إن عقد الإقامة في المستشفى للعلاج المبرم ما بين المريض والمنشأة الطبية يضع على عاتق هذه الأخيرة فيما يتعلق بالعدوى المرضية داخل المستشفى، التزام بضمان السلامة، محله تحقيق نتيجة وليس لها أن تتحلل منه إلا بإثبات السبب الأجنبي)⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: خصائص فكرة ضمان الالتزام بالسلامة في المجال الطبي

يتميز الالتزام بضمان السلامة من حيث كونه التزام بتحقيق نتيجة حيث يظهر للوهلة الأولى بأنه متعارض مع طبيعة العمل الطبي الذي تسيطر على نتائجه فكرة الاحتمال سواء من حيث نجاح العمل الطبي، أو تدارك مخاطره، فللالتزام بالسلامة يلقي على عاتق الطبيب خاصيتين أساسيتين:

1- الطابع التكميلي والتبعي للالتزام الأصلي: فالقول بأن هذا الالتزام هو التزام

تكميلي مفاده أن هذا الالتزام ما هو إلا التزام مكمل للالتزام الرئيسي المتمثل في العلاج، ويجد

(1) أنظر في مجال التزام الطبيب بضمان سلامة المريض، اسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 225.

(2) مواقي بناني أحمد، الالتزام بضمان السلامة، مجلة الفكر، عدد، جامعة باتنة، ص 414.

(3) Jourdain Patrice, "Les Principes De Responsabilité Civile", DALLOZ Serry 1992, P172.

(4) معن شحدة أديس، مرجع سابق، ص 6.

هذا الأمر مبرره في أن الطبيب لا يلتزم بسلامة المريض إلا بموجب التزام آخر سابق عليه وعلى رأي الفقيه "RODIERE" فإن هذا الالتزام يعد نتيجة ضرورية للعقد⁽¹⁾.

2- طابع قوة التغيير: لعب الالتزام بتحقيق نتيجة منذ ظهوره على يد الفقيه "DEMOGUE" سنة 1926 دوراً حيوياً في بلورة المفهوم الحقيقي للالتزام بالسلامة، ويعتبر هذا التحول أمراً في غاية الأهمية، إذ يوحى إلى معنى لا يحتمل الشك في نطاق السلامة الجسدية للإنسان، وقد ذهب الفقه الفرنسي إلى القول أن الالتزام بالسلامة قد يكون التزاماً بتحقيق نتيجة وقد يكون التزاماً ببذل عناية، ويؤخذ على هذه التفرقة بين الطابع المتغير للالتزام بالسلامة هو أنه يترتب على هذه التفرقة مواجهة المضرور ببعض الصعوبات في سبيل الحصول على التعويض عن الضرر الذي يصيبه بمناسبة تنفيذ العقد⁽²⁾.

الفرع الثالث: أساس الالتزام بالسلامة في المجال الطبي

عندما أقر القضاء فكرة الالتزام بضمان السلامة كان هدفه بكل تأكيد تحسين موقف المتعاقدين وحمايته للمضرور، ومن ثم فإن الالتزام بضمان السلامة يعتبر بحق من خلق القضاء الذي أضافه إلى بعض العقود بهدف توفير الحماية للمتعاقدين في الحوادث الماسة بالسلامة الجسدية، والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن ما هو الأساس القانوني الذي يبنى عليه هذا الالتزام في النطاق التعاقدي⁽³⁾؟

البند الأول: المسؤولية العقدية كأساس للالتزام بضمان السلامة

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن أساس هذا الالتزام يستخلص من تفسير إرادتي المتعاقدين، ومنذ ابتكار القضاء الفرنسي لفكرة الالتزام بالسلامة "L'obligation de resultat" سنة 1911م اتجه الفقه إلى البحث عن تفسير لتبرير توسع القضاء، فيتقرر التعويض عن الضرر الذي يصيب سلامة الجسم استناداً لمفهوم ضمان السلامة حتى ولو لم ينص عليه العقد صراحة، وبالتالي يكون التعويض في هذه الحالة أساسه المسؤولية العقدية أي

(1) محمد سليمان فلاح الرشيدي، نظرية الالتزام بضمان السلامة في إطار تطور المسؤولية العقدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس 1998، ص 93 وما يليها.

(2) جريوعة منيرة، مرجع سابق، ص 167.

(3) محسن عبدالرحمن القنوس، مدى الالتزام بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التقدم العلمي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر، 1998، ص 55.

إخلال المدين بمقتضيات العقد، غير أن تلقي القضاء صعوبات في بعض الحالات فيما يخص التعويض جعله يلجأ إلى المسؤولية التقصيرية كأساس آخر لتعويض الضرر القائم⁽¹⁾.
وقد بحث أنصار مبدأ سلطان الإرادة من أجل تبريرهم للالتزام بضمان السلامة عن طريق ربطه بإرادة المتعاقدين ولما كانت هذه الأخيرة لم تعبر بصورة صريحة عن ذلك الالتزام فإنه وبتفسير العقد من خلال البحث عن الإرادة المفترضة للطرفين ثم ربط الالتزام بضمان السلامة بالعقد⁽²⁾.

البند الثاني: المسؤولية التقصيرية كأساس للالتزام بالسلامة

يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن أساس الالتزام بضمان السلامة يتجلى في نص المادة 1135 مدني فرنسي السابقة الذكر، حيث أن قواعد العرف والعدالة وفقا لنص المادة تكمل ما جاء في العقد من التزامات، حيث أن هذا الالتزام يتقرر ولو لم يكن منصوص عليه في العقد ومن خلال هذه الفكرة القانونية يكون للقاضي سلطة إضافة بعض الالتزامات على عاتق أحد طرفي العقد أو كلاهما⁽³⁾.

واتجه القضاء الجزائري إلى تجسيد الالتزام بضمان السلامة في المسؤولية التقصيرية فيما يعرف بقضية "الكاشير الفاسد" حينها تنبه القضاء إلى وجود فراغ قانوني يمنع الضحايا من التعويض مما جعل القضاء يقف عند هذا القصور القانوني ليعدله في القانون المدني ويحفظ للضحايا حقوقهم في التعويض عن الضرر الذي نال من سلامتهم في المادة 140 مدني جزائري⁽⁴⁾.

المطلب الرابع: نظرية الضمان

تعتبر هذه النظرية من نتاج الفقيه "ستارك" حيث استعملها في مؤلفاته ودراساته وتتخلص هذه النظرية، التي هي صورة مخففة من تحمل التبعة، في أنها عابت على المحاولات

(1) مواقي بناني، الالتزام بضمان السلامة، المفهوم، المضمون، أساس المسؤولية، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 10، 2008، ص 420.

(2) عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون الطبي، مرجع سابق، ص 95.

(3) أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 223.

(4) المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري تنص على "يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية".

السابقة لإقامة النظرية العامة للمسؤولية المدنية تركيزها على "محدث الضرر" باحثة عن الخطأ الذي ارتكبه، والضرر الذي أنتجه، ومدى توافر علاقة السببية لتحديد مسؤوليته، وكان ينبغي لها أن تنظر إلى حقوق "المتضرر أو الضحية" التي تتطلب حماية قانونية من خلال الجزاء الذي يوقع بمسبب الضرر، ألا وهو موجب التعويض عنها، فالضحية أو المضرور الحق في احترام حرمة جسده وسلامة ذمته المالية، أو بعبارة أخرى، له الحق في أمنه المادي والمعنوي⁽¹⁾.

ومبدأ ضمان سلامة المريض جاء نتيجة التقدم العلمي الهائل الذي أدى إلى تغيير أساسي في جميع نواحي الحياة وخصوصاً في المجال الطبي، ومع كل تقدم علمي يكون في المقابل تقدم في المخاطر وزيادتها بسبب استخدام الوسائل العلاجية المعقدة، هذا الواقع أدى إلى زعزعة ثقة الفرد في المرفق العام الطبي مما انعكس سلباً على تقدم عمل هذا المرفق، لذلك فلم يكن أمام القاضي الإداري في فرنسا إلا ضمان سلامة المتعاملين والمستفيدين من خدمات المرفق الطبي، وهذا ما تبين من خلال محاولات القضاء العادي الالتزام بسلامة المريض على غرار نظيره الإداري، فقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بمبدأ ضمان سلامة المريض في حكمها بتاريخ 1997/01/07 ومن ثم عادت لتؤكد بتاريخ 1997/02/25 أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، إلا أنها حسمت الأمر عام 2000 فاعتبرت المخاطر العلاجية لا تتدرج ضمن التزامات الطبيب الناشئة عن علاقته التعاقدية بالمرض⁽²⁾.

وقال "ستارك" بأنه في مقابل الاعتراف بالحق في الضمان، يوجد حق الغير بالتصرف بحقوقهم وإن أحدثت ضرراً مقصوداً للغير، إلا أن هذا الضرر يبقى مشروعاً ولا مسؤولية على أصحاب الحق طالما أن ممارسة هذا الحق تمت في حدود ما يسمح به القانون.

ومن أجل ضمان الأضرار في فرنسا تم اعتماد أنظمة المسؤولية القانونية التي تؤدي إلى ضمان الأضرار، حيث تم إصدار أربعة قوانين تنص على مسؤولية دون خطأ في المسائل الطبية وتهيئة فكرة التأمين ضد الأضرار الأول هو التعويض عن الأضرار التي لحقت المتبرعين بالدم الذين يتم استيعابهم في الواقع، والثاني يتعلق بالتعويض عن الحوادث الناتجة عن التطعيم، ويعرف القانون الثالث باسم مبادئ، "حرية سيدان" ويحمي أولئك الذين يلجؤون

(1) هلا عبدالله السراج، مرجع سابق، ص 88.

(2) أحمد عيسى، مسؤولية المستشفيات الحكومية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2008، ص 80.

إلى الأبحاث الطبية الحيوية، وأخيراً يبرز القانون الرابع تطور المسؤولية اتجاه الضمان وهذا من خلال إنشاء صندوق تعويض لضحايا التلوث بفيروس الإيدز بسبب نقل الدم⁽¹⁾. ولكي يلزم هؤلاء بالتعويض لابد من إثبات حصول الخطأ من قبلهم، ومن أمثلة ذلك حق المنافسة في التجارة أو حق النقد الأدبي أو الفني أو حق اللجوء إلى القضاء أو حق الإضراب، فلا مجال للتعويض عن الأضرار التي تحدثها للغير إذا تمت بطريقة مشروعة وبحسن نية وتجردت من وصفها بالخطأ؛ لأن هذه الأضرار نتيجة الأفعال المشروعة ملازمة لممارسة تلك الحقوق، فإذا ألزم صاحب الحق بالتعويض أدى ذلك إلى تعطيل هذا الحق كلياً.⁽²⁾

وإذا كان أساس مسؤولية المتبوع هو الضمان، فإن هذا الأخير مصدره القانون وليس العقد هذا من جهة، ومن جهة أخرى تعتبر كفالة تضامنية لا يجوز بموجبها للمتبوع أن يدفع بالتجريد وعلى الرغم من اعتناق غالبية الفقه لهذه النظرية إلا أن البعض لم يرى فيها الأساس الملائم لمسؤولية المتبوع، فهي تقوم على افتراض وجود هذا الضمان دون أن يكون لذلك سند قانوني إضافة إلى أن الكفالة نظام مقرر في الأصل لمصلحة المدين أكثر من الدائن.⁽³⁾

المطلب الخامس: مبدأ الحيطة وأثره في المسؤولية الطبية

لا يمكن أن نفرغ من هذا الموضوع دون التعرّيج ولو باختصار على مبدأ ظهر حديثاً في المجال الطبي وهو "مبدأ الحيطة" حيث يعتبر هذا المبدأ تطور جديد لحماية المجتمع من الاخطار غير المعروفة والآثار الضارة التي تتجم عن التوسع في استعمال التكنولوجيا المتطورة والمواد الخطيرة الناتجة عن المواد الطبية⁽⁴⁾.

(1) Deguerque, Maryse, LA RESPONSABILITE SANS FAUTE EN MATIEREMEDICALE EN DROIT ADMINISTRATIFE FRANÇAIS, Journal of Legal Studies, Numéro 10, Sfax – Faculté des droits2003, P277.

(2) قوادري مختار، تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني المقارن، مرجع سابق، ص347.

(3) أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص504.

(4) Groutel, M. Hubert, LES AVANCEES DE L'OBLIGATION DE SECURITE ET DE LA RESPONSABILITE SANS FAUTE EN MATIERE MEDICAL, Journal of Legal Studies, Numéro 10, Sfax – Faculté des droits2003, P319.

ويتم اللجوء إليه عند غياب اليقين العلمي حول الأخطار المحتملة، وكان لمجلس الدولة الفرنسي سنة 1998 الأثر الكبير في تطبيق مبدأ الحيطة في مجال الصحة العامة واعتبر أن مبدأ الحيطة هو ذلك الالتزام الواقع على صاحب القرار سواء العام أو الخاص بالامتناع عن التصرف أو رفضه بسبب المخاطر الناتجة عن هذا التصرف ولا يكفي أن تأخذ المخاطر المعروضة والممكنة، بل لا بد أيضاً إحضار الدليل العلمي الذي يؤكد غياب كل خطر ممكن وتجلي شروط تطبيق مبدأ الحيطة، ومن المعلوم أن المسؤولية المدنية الطبية تترتب كلما أحدث ضرر بجسم الإنسان هنا يجد مبدأ الحيطة أساسه في المجال الطبي ومناخ مناسب للمسؤولية القائمة على أساس الخطأ، أو المسؤولية بدون خطأ، أو حتى الخطأ المفترض⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الجزائري يطبق مبدأ الحيطة في مجال حماية البيئة⁽²⁾، حيث سعى إلى حماية البيئة باختلاف جوانبها وأوضاعها وهو ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون البيئة في فقرتها السادسة على أن " مبدأ الحيطة الذي يجب بمقتضاه ألا يكون عدم توفر التقنيات نظراً للمعارف العلمية والتقنية الحالية سبباً في تأخير اتخاذ التدابير الفعلية والمتناسبة للوقاية من خطر الأضرار الجسيمة المضرّة بالبيئة، ويكون ذلك بتكلفة اقتصادية مقبولة".

أما في مجال حماية المستهلك لم يرد نص صريح يشير إلى هذا المبدأ غير أنه تضمنت بعض عبارات قانون المستهلك (كل المخاطر) إشارات⁽³⁾ مما يوحي إلى أن المشرع الجزائري ألمح إليه عند حديثه عن الخطر المشبوه بمناسبة حديثه عن الوقاية من أخطار المنتجات والخدمات مهما كان نوعها⁽⁴⁾.

(1) أمال فكيري، احتضان مبدأ الاحتياط في مجال الأخطار الصحية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 7، جامعة البليدة، ص 76 وما يليها.

(2) قانون رقم 03-10 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.

(3) القانون رقم 03-09 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم بالقانون رقم 09-18 مؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق 10 يونيو سنة 2018، ج ر رقم 35 المؤرخة في 13 جوان 2018

(4) عمارة نعيمة، الاتجاه نحو التأسيس للمسؤولية المدنية على أساس مبدأ الحيطة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 9، جامعة بشار، جوان 2013، ص 184.

المبحث الثالث: دعوى المسؤولية المدنية الطبية

إن أول الآثار التي تترتب على الخطأ الذي يرتكبه العاملون في المرفق الطبي هي إقامة الدعوى المتعلقة بطلب التعويض عن الأضرار التي سببها الخطأ، لهذا تهدف دعوى المسؤولية المدنية إلى الحصول على التعويض الذي يمكنه من إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل أن يحل به الضرر ما أمكن، فإن تعذر ذلك خصوصاً في المجال الطبي أين يتعذر التعويض العيني أمكنه بوسطتها تخفيف الضرر إلى أقصى حد ممكن وذلك بطلب التعويض نقدي عملاً بقاعدة "والبدل إنما يجب عند تعذر الأصل"⁽¹⁾ بعكس المسؤولية التأديبية التي لا تهدف إلى تعويض الضرر، بل ترتبط بقواعد آداب الطب، حيث ترتب في ذمة الطبيب التزاماً بالشرف، فكل إخلال بهذا الالتزام يؤدي إلى قيام المسؤولية المهنية *la responsabilité déontologique* حيث أن الخطأ المتعلق بآداب الطب *la faute déontologique* يتميز بعدم الأداء أو الأداء السيئ لواجب متعلق بممارسة المهنة⁽²⁾.

وتعرف دعوى المسؤولية المدنية بأنها الوسيلة القضائية التي من خلالها يستطيع المتضرر الحصول على التعويض من المتسبب في الخطأ، إذا لم يسلم له به المتضرر اتفاقاً⁽³⁾.

ويشترط لرفع الدعوى أن تكون له صفة وأهلية ومصلحة⁽⁴⁾ ويقصد بالصفة أن يكون للمدعي علاقة مباشرة بالشيء المدعى به، وقد تتعدى هذه الصفة إلى الولي أو الوصي أو الوكيل، وبهذا متى انتفت هذه الصفة كان مصير الدعوى الرفض لانعدام صفة التقاضي والصفة تثبت بوكالة خاصة⁽⁵⁾.

(1) قوادري مختار، تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني المقارن، مرجع سابق، ص 318.

(2) سليمان حاج عزام، الدعوى التأديبية الناشئة عن مخالفة قواعد أخلاقيات الطب، مجلة الفكر، العدد 8، جامعة محمد لخضر، بسكرة-الجزائر، 2012، ص 130.

(3) أحمد حسن الحياوي، مرجع سابق، ص 151.

(4) أنظر المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

(5) أنظر قرار المحكمة العليا الجزائرية، رقم 387 المؤرخ في 1998/02/22، المجلة القضائية، عدد 3 1991، ص 120.

والأهلية المطلوبة في مباشرة الحقوق المدنية هي بلوغ تمام سن 19 سنة والتمتع بالقوة العقلية ودون حجر عليه⁽¹⁾ وسن الرشد هو 19 سنة كاملة، فكل ناقص أهلية أو لم يبلغ سن الرشد فيخول القانون⁽²⁾ مباشرة دعواه بواسطة وليه إن كان قاصراً أو بواسطة وصيه أو القيم عليه إن كان ناقصاً للأهلية، وبطبيعة الحال أن تكون له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في رفع الدعوى من هذا المنطلق سنتعرض في هذا المبحث إلى أطراف دعوى المسؤولية المدنية الطبية (المطلب الأول) والاختصاص القضائي المناط به النظر في دعوى المسؤولية الطبية ومدة تقادمها في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أطراف دعوى المسؤولية المدنية الطبية

متى توافرت أركان المسؤولية أصبح مرتكب الفعل الضار ملزماً بالتعويض عما أصاب المضرور من ضرر، وهذا باللجوء إلى القضاء وممارسة دعوى المسؤولية الرامية إلى التعويض التي تعتبر الوسيلة القضائية التي يستطيع عن طريقها المضرور من الحصول على حقه من المسؤول عن الضرر الذي أصابه.

وعليه سنتكلم عن أطراف دعوى التعويض طالما كانت الدعوى تتعلق بطلب أحد الخصوم بحقه من الآخر في حضور القاضي، ومن ثم فإن أطراف الدعوى هما المدعي المضرور من جراء التدخل الطبي والمدعى عليه المتسبب في الضرر وشركة التأمين باعتبارها مدخل في الخصام من أجل تعويض المضرور طبقاً للعقد المبرم بينها وبين الطبيب المتسبب في الخطأ.

ودعوى المسؤولية الطبية سواء كانت مقامة على أساس المسؤولية التقصيرية أو على أساس المسؤولية العقدية، فإن لها أطراف هم المدعي (الفرع الأول) الذي يدعي حصول ضرر له من جراء التدخل الطبي، والمدعى عليه (الفرع الثاني) الذي ألحق الضرر بالمضرور نتيجة

(1) المادة 40 من القانون المدني الجزائري تنص على "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية" المادة 42 من القانون المدني الجزائري تنص على: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السن أو عته، أو جنون".

(2) المادة 44 من القانون المدني الجزائري تنص على: "يخضع فاقداً الأهلية، وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصاية، أو القوامة، ضمن الشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون".

الخطأ الذي وقع منه، والمؤمن الذي هو شركة التأمين (الفرع الثالث) من هنا سنبحث في أطراف هذه الدعوى كل في فرع على حدى.

الفرع الأول: المدعي في دعوى المسؤولية المدنية الطبية

هو الشخص الذي يبادر برفع دعوى أمام القضاء، أي هو المضرور المباشر لإجراءات المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، سواء كان هذا الضرر مباشراً أو ضرر مرتد⁽¹⁾ عليه وأصاب غيره، فالمرضى المتضرر يثبت له الحق سواء كان الضرر مادياً أو معنوياً، وفي حالة وفاته، فإن الحق بالمطالبة بالتعويض عن طريق الدعوى المدنية القضائية ينتقل إلى خلفه⁽²⁾ فيستطيع ذوي حقوق المضرور المطالبة بالتعويض الذي كان مورثهم يطالب به لو بقى حياً، ويستطع دائن المضرور أن يطالب بهذا التعويض باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة ويستطيع المضرور أن يحول حقه في التعويض إلى شخص آخر، فينتقل هذا الحق إلى المُحال له⁽³⁾.

وقد يكون المدعي هو خلف المريض المضرور الذي تنتقل إليه دعوى التعويض سواء كان خلفاً عاماً أو خلفاً خاصاً، وإذا كان الضرر مادياً، فإنه سينتقل إلى الورثة بقدر حصة كل منهم، أما إذا كان الضرر معنوياً، فإنه لا ينتقل إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي⁽⁴⁾.

(1) الضرر المرتد: هو ضرر يقع على غير المضرور الذي أصابه الفعل الضار ويتبادر للذهن من الوهلة الأولى من هذا التعريف أن الضرر المرتد هو ضرر غير مباشر، لكن الحقيقة على عكس ذلك، فهو ضرر مباشر بالنسبة للمتضرر بالارتداد أكثر تفصيلاً أنظر فهد بن حمدان الراشد، الضرر المرتد في المسؤولية عن الفعل الضار، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ص7. أنظر كذلك: إبراهيم صالح الصرايرة، مرجع سابق، ص302.

(2) محي الدين جمال، أثار المسؤولية الطبية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، ع7، جانفي 2015، المركز الجامعي تمارست- الجزائر، ص72.

(3) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص918.

(4) الشورة فيصل عايد خلف، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي في القانون المدني الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 44، عدد4، ملحق 3، الجامعة الأردنية، 2017، ص355.

ولا يشترط في الحالة التي يكون فيها المدعي المتضرر من خطأ الطبيب في حالة وفاة المريض من بين ورثة هذا الأخير، ذلك أن تعويض ذوي الحقوق لا يعتبر ميراثاً لأن الميراث هو ما خلفه المورث من أموال قد جمعها في حياته، أما التعويض عن الأضرار فهو يعطي لكل من تضرر من الحادث ولو كان غير وارث، وحتى في حالة وجود جميع ورثة المريض المتوفى فلا يحكم بالتعويض للمذكورين جميعاً، إلا من أصابه ضرر حقيقي بوفاة المريض⁽¹⁾.

الفرع الثاني: المدعى عليه في دعوى المسؤولية المدنية الطبية

طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، فإن المدعى عليه هو الشخص المسؤول عن الفعل الضار سواء كان مسؤولاً عن فعله أو عن فعل الغير أو حتى عن الشيء المكلف بحراسته⁽²⁾ والمدعى عليه في دعوى المسؤولية الطبية هو الطبيب المسؤول سواء كان مسؤولاً عن فعله الشخصي أو مسؤولاً عن غيره⁽³⁾ أو مسؤولاً عن الأشياء التي في حراسته⁽⁴⁾، لكن قد يكون الطبيب يباشر عمله في مستشفى عام أو خاص وبالتالي فإن الطبيب لم يعد حراً في اختيار من يساعده في عمله الطبي كون أن من يساعده هم موظفون بجانبه في المستشفى فهنا لا مجال لمسألة الطبيب عن الأخطاء الواقعة من طرف المساعدين أثناء تنفيذ أوامر الطبيب وتعليماته، فيبقى في هذه الحالة المستشفى مسؤولاً عن هذه الأخطاء باعتبارهم تابعين للمستشفى التي لها سلطة الإشراف الإداري عليهم⁽⁵⁾.

وقد يتعدد المسؤولين في الخطأ الواحد، بحيث يصبح هناك أكثر من مدعى عليه واحد فتتعدد المسؤولية يجعل كل مسؤول مدعى عليه، وتكون هذه الحالة في العمل ضمن الفريق الطبي، ففي هذه الحالة عندما يختار المريض المضرور المستشفى الذي يتعالج فيه ويختار في

(1) هني سعاد، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل، الجزائر 2006/2003، ص 34 وما بعدها.

(2) المادة 136 من القانون المدني الجزائري تنص على "يكون المتنبو مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقع منه في حال تأدية وظيفته، أو بسببها".

(3) المادة 73 من مدونة أخلاقيات الطب في فقرتها الثانية تنص على "أما المساعدون الذين يختارهم الطبيب أو جراح الأسنان فإنهم يعملون تحت مراقبته وتحت مسؤوليته".

(4) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص 622.

(5) هني سعاد، مرجع نفسه، ص 38.

نفس الوقت طبيبه المعالج من خارج المستشفى، فنكون أمام عدة عقود مستقلة، فإذا ثبت وجود خطأ من الطبيب المعالج وطبيب التخدير وفي نفس الوقت ثبت أن المستشفى لم يقدّم بتوفير الأدوات والأجهزة اللازمة والتقصير في القيام بالفحوص الأولية السابقة على العملية كان كل منهم مسؤولاً عن الخطأ بمقدار مساهمة كل منهم في درجة الخطأ، أما إن كانت المسؤولية تقصيرية، فتعدد المسؤولين يجعل كل منهم مسؤولاً وللمحكمة أن تقضي بالتساوي⁽¹⁾ أو التضامن فيما بينهم إلا إذا حكم القاضي بنصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض⁽²⁾.

الفرع الثالث: شركة التأمين

على غرار باقي التشريعات اعتبر المشرع الجزائري التأمين من المسؤولية المدنية لمستخدمي الصحة في المستشفيات العامة إلزامي قبل مباشرة العمل الطبي مساواة بالزامية التأمين في القطاع الخاص، وهذا من خلال قانون الصحة الجديد⁽³⁾ حفاظاً على حقوق المرضى من جهة، وضماناً لحرية الأطباء عند مباشر العلاج من جهة أخرى، فالأصل في الالتزامات ضمان المسؤولية أن يكون المؤمن (شركة التأمين) ضامناً لكل ما ينجم من تكاليف مادية نتيجة الضرر الواقع من المؤمن له (المؤسسة الاستشفائية) سواء كانت خاصة أو عامة مطالبة ودية أو قضائية نتيجة الأضرار المتسبب فيها الطبيب أو مساعديه، ويلتزم المؤمن بالضمان بمقدار ما تحقق من مسؤولية الواقعة على عاتق المؤمن له بشرط ألا يزيد عن المبلغ المتفق عليه في عقد التأمين⁽⁴⁾.

وتطبيقاً لنص المادة 199 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أنه "يجوز لأي خصم إدخال الغير الذي يمكن مخاصمته كطرف أصلي في الدعوى للحكم ضده كما يجوز لأي خصم القيام بذلك من أجل أن يكون الغير ملزماً بالحكم الصادر" وتتص المادة

(1) المادة 126 من القانون المدني الجزائري نصت على: "إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض".

(2) فيصل عايد خلف الشورى، الخطأ الطبي في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الاوسط، الأردن، 2015، ص74.

(3) راجع المادة 296 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

(4) طبيب إبراهيم ويس، ممارسة دعوى المسؤولية المدنية في إطار العلاقة مع المؤسسات الاستشفائية الخاصة، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، العدد 5، 2017، جامعة وهران، ص126.

203 من القانون المذكور أعلاه على أنه "الإدخال في الضمان هو الإدخال الوجوبي الذي يمارسه أحد الخصوم في الخصومة ضد الضامن"⁽¹⁾.

وعليه يمكن إدخال شركة التأمين كمدخل في الخصام وفقاً للمادة 167 من الأمر 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات الإلزامية والتي تنص على أنه "يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والصيدلاني والممارسين لحسابهم الخاص أن يكتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية اتجاه مرضاهم واتجاه الغير"⁽²⁾ وكذلك المادة 296 من قانون الصحة السالف الذكر.

والغالب أن يشترط المؤمن في عقد التأمين بأن يتنازل المؤمن له عن دعواه قبل اتجاه من صدر منه الخطأ بموجب ما يسمى بالحلول الاتفاقية، وفي حالة انتفاء هذا الشرط في عقد التأمين نكون بصدد تطبيق القواعد العامة، بمعنى أنه لا يحل المؤمن محل المؤمن له في الرجوع على الغير الذي صدر منه الخطأ بسبب انتفاء الشرط بينهما، لأن هذا الإجراء لا يكون إلا بموجب نص قانوني⁽³⁾.

المطلب الثاني: الاختصاص القضائي للنظر في دعوى المسؤولية الطبية

ترفع الدعاوى المدنية أمام الجهات القضائية المختصة بالنظر في الدعوى ووفقاً لقواعد الاختصاص المحلي والنوعي، ويؤول الاختصاص المحلي للمحكمة من حيث الأصل إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه أو إقامته⁽⁴⁾، فإن تعدد المدعى عليهم يعود الاختصاص للجهة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم⁽⁵⁾ ويمكن أن يكون

(1) راجع المواد من 199 إلى غاية 206 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية في الفصل الثالث المعنون بـ في الإدخال في الخصومة.

(2) هني سعاد، مرجع سابق، ص36.

(3) أحمد حسن الحيارى، مرجع سابق، ص188.

(4) المادة 37 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري حيث نصت على: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون خلاف ذلك".

(5) المادة 38 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري حيث نصت على: "في حالة تعدد المدعى عليهم، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم".

النظر في الدعوى مكان وقوع النزاع أو الفعل الضار أو الجهة القضائية التي تم تقديم طلب الضمان الأصلي لها أو الجهة التي تم الاتفاق عليها أو مكان تنفيذ العقد، ولإشارة فإن الاختصاص المحلي ليس من النظام العام، ومن ثم يمكن اللجوء إلى أية جهة قضائية لطرح النزاع أمامها شريطة الاتفاق على ذلك بإقرار مكتوب وموقع، أو مؤشر عليه إن لم يحسن صاحبه التوقيع وهذا على عكس الاختصاص النوعي الذي يعتبر من النظام العام⁽¹⁾، وعليه فعلى القاضي أن يثيره من تلقاء نفسه⁽²⁾.

والاختصاص النوعي للمحكمة يحدده نوع القضية في حد ذاتها، وهذا محدد على سبيل الحصر⁽³⁾ كما أنها حددت الجهة التي ترفع أمامها الدعوى فقد ترفع الدعوى أمام القضاء العادي كما قد ترفع أمام القضاء الإداري.

سوف نتطرق هنا إلى الاختصاص الأصلي للقاضي الإداري للنظر في دعوى المسؤولية المدنية الطبية في (الفرع الأول) ثم دراسة الإختصاص الإستثنائي للقاضي العادي للنظر في دعوى المسؤولية المدنية الطبية في (الفرع الثاني) وأخيراً تقادم دعوى المسؤولية الطبية في (الفرع الثالث)

الفرع الأول: الاختصاص الأصلي للقاضي الإداري

يعتبر الاختصاص القضائي من أهم شروط قبول الدعوى لأنه من النظام العام فالقاضي لا ينظر إلى الشروط الأخرى إلا بعد الوقوف على مدى الاختصاص النوعي والإقليمي للدعوى التي أمامه، ولبسط سلطة الاختصاص بنظر هذه المنازعات المتعلقة بالتعويض الناتج عن الضرر الواقع جراء التدخل الطبي في المستشفيات، اتجه القضاء العادي في فرنسا بالقول ان الطبيب وهو يمارس عمله الفني بكل استقلال، فإن خطأ المهني لا يرتبط بسير المرفق العام مما يؤدي باختصاص القضاء العادي بتقرير مسؤوليته، ولكن جهة القضاء الإداري كانت تؤكد على اختصاصها بشأن مثل هذه القضايا، فتدخلت محكمة التنازع الفرنسية

(1) المادة 36-37 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري حيث نصت على: "عدم الاختصاص النوعي من النظام العام تقضي به الجهة القضائية تلقائياً في أي مرحلة كانت عليها الدعوى".

(2) قوادري مختار، تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني المقارن، مرجع سابق، ص321. انظر زياد خالد المفرجي، مرجع سابق، ص189.

(3) أنظر المادة 32 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري.

لفض هذا النزاع في قرارها الشهير في قضية "بلانكو" بقولها أن الدعوى التي يرفعها المضرور ضد المرفق الصحي تكون الجهة القضائية المختصة بالنظر في مثل هكذا قضايا هو القضاء الإداري⁽¹⁾، وليس القضاء العادي لأن الأخطاء المقترفة من طرف الأطباء في إطار ممارسة عملهم أو بمناسبة تكون مرتبطة بتقديم خدمة عامة، وعليه فالقضاء الإداري هو صاحب الاختصاص ما عدا إذا تعلق الأمر بخطأ شخصي منفصل عن نشاط المرفق الصحي مثل الخطأ الذي يرتكبه طبيب مستشفى عام أثناء عمله لحسابه الخاص، فيرجع الاختصاص في هذه الحالة للقضاء العادي⁽²⁾.

ووفقا لهذا فإن الدعوى المرفوعة أمام جهة القضاء الإداري يجب أن ترفع ضد الشخص الاعتباري وليس ضد الطبيب شخصياً وهي تخضع لقاعدة القرار المسبق « La règle de la décision préalable » وهدف القضاء من ذلك هو حمل الإدارة على تغطية الأخطار الصادرة من تابعيها أثناء قيامهم بأعمال المرفق.

إن القول باختصاص القاضي الإداري بنظر دعاوى مسؤولية المؤسسات الصحية العمومية عن الأخطاء الطبية، يجد أساسه في كون المريض المستعمل للمرفق العام الصحي والمتضرر من النشاط الطبي، لا يمكنه الحصول على تعويض إلا على أساس الخطأ المرفقي وبالتالي فإذا كان الاختصاص الأصيل يرجع للقاضي الإداري سواء عن طريق استعمال مفاهيم المعيار العضوي أو المادي، فإن الوضع في القانون الجزائري أكثر سهولة وذلك لاعتماده في توزيع الاختصاص على المعيار العضوي كقاعدة عامة⁽³⁾.

(1) أكثر تفصيلاً انظر: علي عبد الفتاح محمد، الوجيز في القضاء الإداري (مبدأ المشروعية-دعوى الإلغاء)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2009، ص135.

(2) بودالي محمد، المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد 2، جامعة محمد خيضر، بسكرة-الجزائر، ص178؛ أنظر كذلك: طاهري حسين، مرجع سابق، ص59؛ أنظر: قوادر مختار، مرجع سابق، ص323.

(3) عيساني رفيقة، مرجع سابق، ص277.

فالنظام القضائي الجزائري يبدو أن هذه المسألة لا تثير أي إشكال استناداً لنص المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾ التي نصت على اختصاص المحاكم الإدارية بنظر منازعات المؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية كما هو الشأن بالنسبة للمستشفيات العمومية التي تقدم خدمات طبية⁽²⁾.

وتجدر الاشارة أن القضاء الجزائري حريص على تطبيق أحكام الاختصاص القضائي وهو ما أكدته المحكمة العليا بتاريخ 1998/10/20 الذي جاء في حيثياته: "حيث أن قضاة الموضوع لما قضاوا على الطاعن (المستشفى) بضمان دفع تعويضات نتيجة الأخطاء المهنية التي ارتكبتها الطبيبان مسببين قرارهم بأن دعوى التعويض هي دعوى تبعية للدعوى الأصلية وأن قاضي الأصل الجزائري هو قاضي الفرع. فإن تسببيهم هذا جاء مخالف للقانون حيث أن المراكز الاستشفائية الجامعية تعتبر مؤسسات عمومية ذات طابع إداري، كما نص عليه المرسوم رقم 86-25 المؤرخ في 1986/02/11، وأن الدعوى المدنية التبعية المتعلقة بالمسؤولية المدنية لهذه المراكز، يرجع الفصل فيها إلى الغرفة الإدارية للمجلس القضائي كدرجة أولى تطبيقاً لمقتضيات المادة 7⁽³⁾ من قانون الاجراءات المدنية". هذا وإن بدا واضحاً أن القاضي الاداري هو المختص بنظر دعاوى مسؤولية المرافق الطبية العمومية، إلا أن هناك حالات استثنائية قد ينعقد فيها الاختصاص للقاضي العادي⁽⁴⁾. كما أن القاضي الإداري حدد حدود اختصاصه في نظر دعاوى مسؤولية المستشفيات العمومية، وهذا بالنظر إلى أن دعوى التعويض على أساس الخطأ لا تحتاج إلى إدخال شركة

(1) المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري حيث نصت على: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية" وفي فقرتها الثانية "تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها".

(2) تنص المادة 804 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري في فقرتها الخامسة عند الحديث عن الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية على أنها تنتظر كذلك في "مادة الخدمات الطبية أمام المحاكم التي يقع في دائرتها مكان تقديم الخدمات".

(3) المادة 7 الملغاة يقابلها المادة من قانون الاجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول.

(4) عيساني رفيقة، مسؤولية الأطباء في المرافق الاستشفائية العمومية، مرجع سابق، ص 279.

التأمين، لأن العقد المبرم بينها وبين المؤسسة الصحية المؤمن عليها عبارة عن عقد مدني يخضع للقانون الخاص⁽¹⁾.

لكن هنا ينبغي الإشارة إلى أنه قد يكون الضرر الطبي ناتج عن فعل جرمي يعاقب عليه القانون، فتقع الملاحقة الجزائية على المتسبب في الضرر بصفته مدعى عليه، وهنا يكون الخيار للمتضرر أو نويه في الاتجاه نحو القضاء الجزائي أو القضاء المدني، وهنا نجد أن البعض كثيراً ما يلجأ إلى طريق القضاء الجزائي نظراً لكون الإجراءات أمامه أكثر بساطة منها من القضاء المدني، صف إلى ذلك إن الدعوى الجزائية تشكل وسيلة ضغط معنوي على المتسبب في الضرر للقيام بدفع التعويض، لأن من شأن الحكم بالتعويض في القضاء الجزائي أن يحكم كذلك بالإكراه البدني جزاء التخلف عن تحصيل التعويض⁽²⁾.

الفرع الثاني: الاختصاص الاستثنائي للقاضي العادي

يختص القضاء العادي من حيث المبدأ بالنظر في دعاوى مسؤولية الأطباء الذين يعملون لصالح مستشفى خاص أو لحسابهم، وعليه فإن لجوء المريض إلى المستشفيات الخاصة عادة ما ينتهي بإبرام عقد قد يكون ضنياً في كثير من الأحيان، ومن ثم فإن عقد الاستشفاء هو الذي يحكم العلاقة التعاقدية بينهما أي علاقة قوامها العقد الطبي، في حين أن علاقة المريض بالمستشفى العمومي هي علاقة تنظيمية وقد تندمج علاقة المريض مع

(1) وقد جاء في حيثيات القرار القضائي: "حيث أن القرار المستأنف فيه حمل مرفق القطاع الصحي مسؤولية الأضرار والزمه بالتعويض وجعل ذلك تحت ضمان جهة التأمين...، حيث أن الاختصاص للفصل في موضوع النزاع ينعقد للغرفة الإدارية طبقاً لنص المادة 7 من قانون الاجراءات المدنية على أساس المعيار العضوي..، حيث أن العقد الطبي الذي يربط المستشفى بجهة التأمين هو عقد خاص مدني، حيث أن اختصاص الغرفة الإدارية يدور حول مدى مسؤولية جهة الإدارة عن الأضرار التي يمكن أن تسببها للغير وبالتالي اختصاصها لا يتعدى هذه المسألة حيث أن البحث والقضاء على جهة الضمان يعد تجاوزاً للاختصاص..". مجلة مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، العدد 08، لسنة 2006 قرار مؤرخ في 2006/03/26، قضية شركة التأمين وإعادة التأمين وكالة برج بوعرييج ضد القطاع الصحي لرأس الوادي، ص209.

(2) قوادري مختار، تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني المقارن، مرجع سابق، ص323.

المستشفى الخاص بعلاقة الطبيب مباشرة خصوصاً إن كان الطبيب المخطئ هو نفسه صاحب المستشفى أو مدير تلك العيادة⁽¹⁾.

وتظهر تجليات الاختصاص الاستثنائي للقضاء العادي في حالتين⁽²⁾، الأولى حالة المتابعة الجزائية للطبيب، أما الحالة الثانية فتتعلق بالخطأ الشخصي للطبيب⁽³⁾، فالمتابعة الجزائية للطبيب الموظف في المرفق الصحي العمومي، ومن خلال تطبيق القواعد العامة يبقى القاضي الجزائي مختصاً بنظر الأخطاء الطبية التي تشكل جريمة لمرتكبها، كما أن للقاضي المدني اختصاص أيضاً عندما يتعلق الأمر بخطأ شخصي للطبيب والذي بدوره يمثل حالة في غاية الخصوصية تتمثل في فرضيتين، الأولى عندما يقع الخطأ خارج الخدمة ويمعزل عن أية علاقة بالعمل الأصلي أي منفصل عن الوظيفة "La faute détachable" أما الثانية فهي الخطأ الذي لا تنقطع صلته بالخدمة رغم أداء الطبيب لعمله في إطار الخدمة العامة شرط بلوغ هذا الخطأ درجة من الجسامه فيتحول من خطأ جسيم "faute grave" إلى خطأ غير معذور "faute inexcusable" ومن أمثلة ذلك إجراء تجربة طبية على المريض دون أن يكون هناك أسباب علاجية أو عدم اتخاذ الاجراءات القانونية⁽⁴⁾ المنصوص عليه في هكذا حالات أو الفريق الطبي الذي يترك المريض مخدراً في غرفة العمليات التي تشتعل بها النيران⁽⁵⁾.

الفرع الثالث: التقادم في دعوى المسؤولية الطبية

يعتبر التقادم من الدفوع المهمة في مجال المسؤولية الطبية، وقد برزت أهمية هذا الدفع بصفة خاصة بمناسبة الخلاف الدائر حول طبيعة هذه المسؤولية، وهل هي تقصيرية، أم

(1) محمد جلال حسن الاتروشي، مرجع سابق، ص135؛ أنظر كوسة حسين، النظام القانوني للمسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2015/2016، الجزائر، ص187. انظر ختير مسعود، الإطار القانوني للمسؤولية المدنية للطبيب، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 9، العدد 1، 2016، جامعة غرداية، الجزائر، ص267.

(2) Jean penneau, op. cit, p50.

انظر كذلك: فيصل عايد خلف الشورى، مرجع سابق، ص78.

(3) أكثر تفصيلاً راجع: بلجبل عتيقة، الخطأ المرفقي والشخصي كأساس في المسؤولية الإدارية الطبية، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 24، جامعة محمد خيضر بسكرة، مارس 2012، ص204.

(4) راجع المواد من 378 إلى غاية 399 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

(5) عيساني رفيقة، مسؤولية الأطباء في المرافق الاستشفائية العمومية، مرجع سابق، ص281.

عقدية؟ ويذهب الفقه والقضاء في فرنسا أن الدعوى المدنية المبنية على الأساس التعاقدية تعتبر ذات مصدر مختلف عن الدعوى المدنية المبنية على جريمة يعاقب عليه القانون، وأنها ذات طابع خاص، ومن ثم فلا تسقط إلا بالتقادم الطويل المنصوص عليه في المادة 2262 من القانون المدني الفرنسي.

وباستقراء نصوص قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري، فإنها لم تتضمن نصاً يحدد ميعاد وأجال رفع دعوى التعويض للمسؤولية الإدارية، فنص المادة 829 من ق. إ. م. (1) يخص فقط الدعاوى المتعلقة بالقرارات الفردية والجماعية أو التنظيمية وهذا نظراً لتعلق الميعاد بالقرار المطعون فيه وليس بالفعل الضار (2) وكون المسألة هنا متعلقة بنشاط صحي أفرز خطأ طبي، فإنه لا توجد عملية تبليغ قرار أو نشر تنظيم.

ومن المقرر قانوناً الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام بدليل المادة 321 من القانون المدني الجزائري، حيث جاء فيها "لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائياً بالتقادم، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو من أحد دائنيه، أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك المدين به".

وينقطع التقادم بمطالبة الدائن للمدين مطالبة قضائية "Demande Judicière" أي بإقامة دعوى بحقه، فلا بد إذن من أن يصل الدائن حتى يقطع التقادم إلى حد المطالبة القضائية (3) وهنا يختلف انقطاع التقادم في دعوى المسؤولية الطبية عنه في المطالبة باستفاء أداءات الضمان الاجتماعي، حيث نصت المادة 78 "تتقادم الأداءات المستحقة في مدة أربع (4) سنوات، إذا لم يطالب بها مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المادة 316 من القانون المدني، تتقادم المتأخرات المستحقة لمعاشات التقاعد والعجز وريع حوادث العمل والأمراض المهنية في مدة خمس (5) سنوات إذا لم يطالب بها. (4) والمقصود بعبارة إذا لم يطالب

(1) تنص المادة 829 على: "يحدد أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة أشهر، يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي".

(2) مسعود شيهوب، المبادئ العامة في المنازعات الإدارية، الجزء الأول، الهيئات والإجراءات، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 5، الجزائر، 2009، ص 376.

(3) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 744.

(4) المادة 78 من القانون رقم 08-08 مؤرخ في 23 فبراير سنة 2008، المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

بها ليس المطالبة القضائية وإنما مجرد طلب صريح بالكتابة لدى مصالح صندوق التأمينات، أو طلب ضمني كأن يباشر إجراءات السابقة على استحقاق الأداءات الاجتماعية.

فالواجب إذن لقطع التقادم أن يطالب الدائن المدين مطالبة قضائية أي بصحيفة دعوى ترفع من المضرور أو ذويه وتوجه هذه المطالبة القضائية إلى الجهة التي تنتفع بالتقادم أو من ينوب عنها وقد جاء في نص المادة 317 من القانون المدني الجزائري "ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة بالتنبيه أو الحجر، وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليسه المدين أو بأي عمل يقوم به الدائن أثناء مرافعته لأصبات حقه" وعليه إذا أخطأ المضرور أو ذويه أو وكيله في رفع الدعوى على المدين أمام محكمة غير مختصة، فإن المطالبة القضائية تقطع التقادم بالرغم من عدم اختصاص المحكمة ويظل التقادم منقطع طوال سريان الدعوى، ثم يسري تقادم جديد من يوم صدور الحكم النهائي بعدم الاختصاص له صفة التقادم الذي قطع ويكون خاضعاً لنفس القواعد التي تسري عليه وهذا ما نصت عليه المادة 2247 من التقنين المدني الفرنسي.

ومن بين اجتهادات القضاء الجزائري التي تناولت أجال رفع الدعوى وتقادمها ما ذهب إليه مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2000/01/31 أين قضى ضمن حيثيات قراره: "حيث أنه يستخلص من أوراق الملف بأن العملية الجراحية قد تمت في سنة 1966، وأن هذه الدعوى لم ترفع إلا في سنة 1995، حيث يتبين أن الدعوى تتقادم بانقضاء 15 سنة ولا فرق في تقادم دعوى المسؤولية الطبية سواء كانت عقدية أم تقصيرية في القانون الجزائري، بخلاف تقادمه في القانون الفرنسي، أين تخضع المسؤولية التقصيرية للتقادم القصير وهو 03 سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر، وتخضع دعوى المسؤولية العقدية للتقادم العادي وهو 15 سنة وتبدأ حساب مدة 15 سنة من يوم العلم بوقوع الفعل الضار، وليس من يوم وقوع الخطأ⁽¹⁾.

(1) محي الدين جمال، مرجع سابق، ص 76.

المبحث الرابع: إثبات الخطأ الطبي

إذا كان بديهياً أن العدالة تقتضي حصول المضرور على تعويض عما أصابه من ضرر، فإن الحصول على هذا التعويض لا يزال قانوناً مرتبطاً من حيث المبدأ بضرورة وجود الخطأ وإثباته من قبل المضرور، فإذا أخفق في جلب الدليل على ما يُدعي به فمؤدى ذلك رفض ما يدعيه، لذلك يقال لتبيان أهمية الإثبات أن الحق يتجرد من قيمته مالم يُقّم الدليل على الحادث المبدئ له قانونياً، والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع فيه ويقال أن الدليل هو فدية الحق وإن الإثبات يحي الحق ويجعله مفيداً، فالإثبات وإن لم يكن ركناً من أركان الحق ولا شرطاً من شروط نشوئه، إلا أنه من الناحية العملية هو الذي يؤكد ويدعم وجوده، وبصفة عامة الإثبات هو تأكيد وجود أو صحة أمر معين أو حقيقة هذا الأمر، أما في معناه القانوني أي الإثبات القضائي، فيقصد به إقامة الدليل أمام القضاء بطريق من الطرق التي يحددها القانون على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع فيها⁽¹⁾.

ويعطي نظام الإثبات الحر للقاضي حرية الاقتناع الشخصي، مما يجعل هذا الأخير يبذل كل مجهوداته للوصول إلى اكتشاف الحقيقة وتكوين قناعته الشخصية عن طريق ضميره ويتم ذلك عن طريق إتاحة المشرع للقاضي الوسيلة التي تمكنه من الوصول إلى هذه الغاية مما يعطي للقاضي دور إيجابي ومسؤولية كبيرة ملقاة على عاتقه، والمشرع ينص على هذه النتيجة المنبثقة عن أخذه بمبدأ القناعة الشخصية⁽²⁾، في المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية والتي نصت على حرية القاضي في الاستعانة بكل وسائل الإثبات وذلك في فقرتها الأولى كالتالي: "يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ماعدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك، وللقاضي أن يصدر حكمه تبعاً لاقتناعه الشخصي"⁽³⁾.

(1) محمد حسن قاسم، عبء إثبات الخطأ في المجال الطبي (في ظل التطورات المعاصرة لأحكام المسؤولية الطبية)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2016، ص4 وما يليها.

(2) زبدة مسعود، الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، بدون عدد، الجزائر، 1989، ص54.

(3) المادة 212 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966، الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم.

ويعرف الإثبات القضائي على أنه الفعل الذي بمقتضاه يتقدم أحد الخصوم إلى القاضي بالوسائل اللازمة لإقناعه، أو هو الوسيلة أو الطريقة التي تؤدي إلى اقتناع القاضي أو بحسب تعبير الفقيه "دوما" (كل ما يؤدي إلى اقتناع القاضي)⁽¹⁾.

ونشير إلى أن الاسناد المبدئي لعبء إثبات الخطأ الطبي يقع على عاتق المدعي، هذا الموقف المبدئي هو ما يمكن في الواقع ملاحظته سواء في أحكام القضاء العادي، أو في أحكام القضاء الإداري الصادرة في دعوى مسؤولية المستشفيات العامة التي يختص بنظرها هذا القضاء وفقاً لأحكام القانون الفرنسي، ورغم هذا الموقف المبدئي وبعد الاستقرار عليه زمناً طويلاً، عدلت محكمة النقض الفرنسية عنه في نطاق محدد في المجال الطبي حيث ألفت حديثاً بعبء إثبات إعلام المريض على عاتق الطبيب المدعى عليه، وهذا ما لم يتأخر مجلس الدولة الفرنسي عن تقريره بعد ذلك بفترة وجيزة⁽²⁾.

لهذا كان علينا أن نتناول مسألة إثبات الخطأ الطبي بشكل أكثر دقة وعمقاً فنبحت أولاً في: عبء إثبات الخطأ الطبي الذي يقع على المريض (المطلب الأول) ثم نتناول نقل عبء الإثبات في مجال الإعلام الطبي (المطلب الثاني) ثم الصعوبات المرتبطة بعبء الإثبات في (المطلب الثالث). ودراسة وسائل إثبات الخطأ الطبي في (المطلب الرابع)

المطلب الأول: عبء إثبات الخطأ الطبي يقع على المريض

إن المستقر لنص المادة 323 من ق م ج والتي تقابلها 1315 من التقنين المدني الفرنسي يخلص إلى أن مضمونها يشير إلى أنها بمثابة قاعدة عامة في تحديد المكلف بعبء الإثبات، ومن خلال التحليل الفقهي والاستطلاع القضائي حاولنا إسقاط تلك المفاهيم على حالة المسؤولية الطبية فنصل إلى نتيجة أن المريض المضرور بفعل الخطأ الطبي هو المدعي وعليه يقع عبء الإثبات، وسواء كان ذلك الخطأ من قبيل الأخطاء المتصلة بالفن الطبي أو تلك

(1) سمير عبد السيد تتاغوا، أحكام الالتزام والإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر 2009، ص 3. أنظر: فطناسي عبدالرحمن، الإثبات في مجال المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتنامغست-الجزائر، العدد السابع، جانفي 2015، ص 127. راجع: رشيد العراقي، طرق إثبات الالتزام، مجلة الملحق القضائي، وزارة العدل المغربية، العدد 30، أكتوبر 1995، ص 15.

(2) محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 42.

المتعلقة بالإنسانية، وعليه يجب أن نميز في مجال عبء الإثبات بين نوعين من الالتزامات هل نحن أمام التزام ببذل عناية اتجاه الطبيب، أم التزم بتحقيق نتيجة؟ فإن افترضنا أننا بصدد النظر في قضية محل الالتزام فيها هو بذل عناية متفقة مع الأصول الطبية الثابتة، فهنا الأمر ينعكس على مسألة عبء إثبات الاخلال بهذا الالتزام، إذ لا يكفي فيه إثبات عدم تحقق النتيجة المرجوة، بل يتوجب إثبات أن عدم تحققها راجع إلى عدم قيام الطبيب ببذل عناية كافية والطبيب بدوره وطبقاً لمبدأ الوجاهية القضائية أن يثبت أنه بذل في تنفيذ التزامه عناية الطبيب من نفس مستواه وفي نفس الظروف، أو إثبات السبب الأجنبي الذي حال دون تنفيذ التزامه⁽¹⁾.
أم إذا كنا أمام واقعة تتطلب الالتزام بتحقيق نتيجة، فالأمر يختلف كذلك، حيث أن هنا فكرة الاحتمال لا تجد أساساً لها في عمل الطبيب⁽²⁾ حيث تكون هنا النتيجة مؤكدة والالتزام الطبيب اتجاه المريض يكون بتحقيق نتيجة، وطبقاً للقواعد العامة، فإنه في حالات الالتزام بتحقيق نتيجة يتعين على المريض إثبات وجود التزم ترتب على عائق الطبيب ولم يؤدي هذا الالتزام إلى تحقق النتيجة محل التعاقد وأن مجرد عدم تحقق النتيجة يعني إخلالاً بالالتزام أو عدم تنفيذه، بحيث لا يمكن للطبيب دفع المسؤولية عنه إلا بإثبات وجود سبب اجنبي أو خطأ المريض نفسه⁽³⁾.

الفرع الأول: إثبات السبب الاجنبي

بما أنه يقع على الطبيب التزم بتحقيق نتيجة يفترض أن عدم تحققها يشكل إخلالاً من جانبه وتقوم قرينة على مسؤوليته، وهذه القرينة يمكن إثبات عكسها بإثبات السبب الاجنبي ويعرف هذا الأخير بأنه كل أمر لا يد فيه للطبيب ويكون هو السبب في إحداث الضرر

(1) هديلي أحمد، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساتها على قواعد الإثبات، مداخلة منشورة في أعمال الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، 23 و24 جانفي 2008، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، الجزائر، ص58 وما بعدها.

(2) من بين هذه الأعمال: عمليات نقل الدم، عمليات التجميل، عمليات التفقيح، استعمال الأدوات والاجهزة، التحاليل المخبرية، التركيبات الصناعية، وصف الأدوية... الخ.

(3) سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو-الجزائر، 2010/2011، ص60.

ويتجلى هذا السبب الاجنبي في كونه قد يكون قوة قاهرة وهي الفعل الذي يستحيل دفعه⁽¹⁾، فإذا تمكن المدين من إثبات ذلك أعفى تماماً من المسؤولية أما في حالة تخلف هذه الخاصية يلزم بالتعويض.

الفرع الثاني: إثبات فعل المضرور

قد يساهم المضرور أحياناً في إحداث الضرر الذي يصيبه، لهذا تثير مسألة فعل المضرور دائماً كثير من الجدل والاختلاف في الفقه والقضاء، فقد تنتفي العلاقة السببية بسبب فعل المضرور ويعفى الطبيب كلياً أو جزئياً، فوحده الخطأ والفعل غير المتوقع والغير ممكن دفعه يعفى الطبيب من مسؤولية الالتزام بالسلامة لكون ذلك الفعل يحمل نقائص القوة القاهرة ويشترط أن يكون الفعل وحده السبب في إحداث الضرر⁽²⁾.

وتجدر الإشارة في الاخير أن الطبيب وإن كان من الممكن أن ينفي السببية بين الخطأ والضرر، فإنه كذلك يمكن أن ينفي السببية بين الخطأ والضرر المتمثل في فوات الفرصة في الحياة أو الشفاء أو تحسن الحالة أو تفادي تفاقمها، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد بأن رفض المصاب في حادثة نقل الدم إليه لأسباب دينية مما أدى لوفاته، وبالتالي حرمانه بخطئه من فرصة الحياة يتعين معه إنقاص التعويض بنسبة خطئه في فعل الضرر⁽³⁾.

الفرع الثالث: عبء إثبات الخطأ الطبي وفق طبيعة الالتزام

تفرض القواعد العامة إلقاء عبء إثبات الخطأ الطبي أو المسؤولية الطبية على عاتق المتضرر، أي على عاتق المريض كما أن الإثبات جائز بكافة الوسائل بما فيها البيئة والخبرة والقرائن، لإثبات الخطأ الطبي ووقوع الضرر الناتج عن ذلك الخطأ بصلة سببية⁽⁴⁾.

ولما كان عبء الإثبات على عاتق المدين، فإذا لم ينفذ التزامه التعاقدي على الوجه السديد، فإن ذلك يعتبر في ذاته خطأ يرتب مسؤوليته، وتأسيساً على ذلك فلا يكلف الدائن

(1) قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية بتاريخ 11/06/1990 ملف رقم 65920، الجلة القضائية، العدد 2 سنة 1991. عرفتها المحكمة العليا بأنها: "حدث تسبب فيه قوة تفوق قوة الانسان، حيث لا يستطيع هذا الاخير أن يتجنبها أو أن يتحكم فيها، كما تتميز القوة القاهرة أيضاً بطابع عدم قدرة الانسان العادي توقعها".

(2) جريوعة منيرة، مرجع سابق، ص 240.

(3) محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص 372.

(4) محمد رياض دغمان، مرجع سابق، ص 95.

بإثبات توافر العنصر المعنوي للخطأ، بل يجب على المدين لكي ينفي الخطأ عن نفسه أن يثبت أنه لم يكن في الوسع أن يتبين ما عليه من التزام، أو أنه لم يكن في الوسع أن يقوم بتنفيذه، والعمل يجري على أنه في الالتزام بتحقيق نتيجة إيجابية يكون عبء التنفيذ على المدين، فيتعين عليه إثبات تحقق النتيجة كما هو الشأن في عقد نقل الأشياء، فيتعين على الناقل إثبات وصول الرسالة لمن نقلت إليه، ويكون عبء إثبات عيب التنفيذ أو التأخر فيه على الدائن، أما في الالتزام بتحقيق نتيجة سلبية، أي الالتزام بالامتناع عن عمل معين، على الدائن إثبات عدم التنفيذ بإثبات العمل المخالف، فإذا التزم الشخص بعدم إقامة بناء على قطعة أرض جاره كان على الجار إثبات قيام الملتزم بالبناء⁽¹⁾.

أما في الالتزام ببذل عناية، وفي هذا الالتزام لا يعد المدين بشيء غير وضع الامكانيات تحت تصرف الدائن من أجل تنفيذ العقد، فإذا قام المدين بالعمل المطلوب ولكن دار النزاع حول بذل المدين للعناية الواجبة في القيام بذلك العمل، فلا محل للبحث في إثبات السبب الاجنبي، ذلك أن عدم التنفيذ في هذه الحالة لا يتمثل في عدم تحقق الغاية المقصودة من الالتزام، بحيث يتصور أن يكون ذلك راجعاً إلى سبب أجنبي، إنما هو يتمثل في عدم بذل المدين العناية الواجبة أي في إهمال معين يرتكبه، فينحرف به عن السلوك الواجب، وعلى الدائن بالالتزام ببذل عناية عبء إثبات عدم التنفيذ⁽²⁾.

البند الأول: عبء إثبات الخطأ الطبي في إطار الالتزام ببذل عناية

الاصل العام أن التزام الطبيب نحو مريضه هو التزام ببذل عناية، وهو ما يرتب على عاتق المريض الذي يدعي حصول الضرر بسبب خطأ الطبيب أن يثبت ذلك الخطأ، فيجب على المريض المضروب إثبات انحراف سلوك الطبيب عن سلوك طبيب وسط من نفس المستوى المهني⁽³⁾ والذي يتمثل في الإهمال أو الانحراف عن أصول المهنة، فإن أثبت ذلك

(1) عز الدين الديناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، دار محمود للنشر والتوزيع، الطبعة 8، مصر، 2013، ص 393 وما بعدها.

(2) سايكي وزنة، مرجع سابق، ص 56.

(3) علي أبو مارية، عبء إثبات الخطأ الطبي في القواعد العامة والتوجهات الحديثة للفقه والقضاء، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد الرابع والثلاثون، تشرين الأول 2014، ص 118. أنظر كذلك أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص 112، إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 18، رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق، ص 77.

فإن ذلك إثباتاً لخطأ الطبيب، وعليه فهو يستحق التعويض ولا يستطيع الطبيب التخلص من هذه المسؤولية إلا إذا أثبت قيام قوة قاهرة، أو إثبات خطأ المضرور نفسه أو خطأ الغير، ففي هذه الحالة تنقطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر وعليه تنتفي المسؤولية.

على أن الانحراف في سلوك الطبيب يتمثل إما في وإهماله أو عدم انتباهه أو عدم إتباعه الأصول العلمية أو الطبية المتبعة في العمل الطبي، ففي مثل هذه الالتزامات لا يكفي في الواقع إثبات عدم تحقق النتيجة المرجوة من العمل الطبي، بل علاوة على ذلك يكون على الدائن إثبات عدم تحقق النتيجة راجع إلى عدم بذل الطبيب العناية اللازمة، وهذا على خلاف تصور البعض، وخاصة بعد أن أقرت محكمة النقض الفرنسية بموجب قرارها الشهير الصادر بتاريخ 20 مارس 1936 على الطبيعة العقدية لعلاقة الطبيب بالمريض من أن هذا الحكم لا يلزم المريض المضرور سوى بإثبات الالتزام ووقوع الضرر، حيث أن اعتبار مسؤولية الطبيب عقدية يعني وجود قرينة على خطأ الطبيب، حيث ذهب جانب آخر إلى أنه يترتب على هذا التحول سهولة إثبات خطأ الطبيب والتخفيف من وطأة عبء الإثبات الذي يتحمل كاهل المريض المضرور، فحيث يوجد عقد بين المريض والطبيب يقتضى ذلك إعفاء المريض من إثبات خطأ الطبيب⁽¹⁾.

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أنه يمكن التسليم بذلك إذا كنا بموجب التزام محدد بتحقيق نتيجة، أما التزام الطبيب في غالب الأحيان فهو التزام غير محدد ببذل عناية حتى مع وجود عقد يربط الطبيب بالمريض، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية ذاتها والتي انتقدت القول بوجود قرينة الخطأ في حق الطبيب وأكدت أن الطبيب غير ملزم في مواجهة المريض بأي التزام سوى الالتزام بتقديم العناية الحذرة والمطابقة للمعطيات العلمية ويكون المريض بذلك مكلفاً بعبء إثبات خطأ الطبيب وإهماله في تنفيذ التزامه⁽²⁾.

وكان نتيجة ذلك استبعاد الفقه الفرنسي لنص المادة 1148 من القانون المدني الفرنسي في مجال إثبات الخطأ الطبي، والتي تقرر أن المدين بالتزام عقدي يسأل عن إنعدام تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن عدم التنفيذ يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه، هذا يؤدي إلى وجود قرينة الخطأ على عاتق المدين بالتزام عقدي إذا لم ينفذ، بحيث لا يكون على الدائن بهذا الالتزام عبء

(1) طلال عجاج قاضي، مرجع سابق، ص 131.

(2) محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 47.

إثبات هذا الخطأ، إنما يكتفي بإثبات الالتزام ووقوع الضرر، وقد حدد الفقه مجال تطبيق هذا النص وقصره على حالة الالتزام بتحقيق نتيجة، أما في حالة الالتزام العقدي ببذل عناية فإنه يكون على الدائن عبء إثبات خطأ المدين (1).

ومعنى ذلك أنه لا يكفي المضرور لإثبات خطأ الطبيب الذي يلتزم إلا بالالتزام ببذل عناية أن يقيم الدليل على وجود هذا الالتزام وإصابته بالضرر في اثناء تنفيذه بل يجب عليه فضلاً عن ذلك أن يثبت أن عدم التنفيذ يعد خطأ في حق الطبيب، وعلى هذا الأساس فإن خطأ 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، أو إثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المريض (2).

نستنتج من خلال ما ذكر نتيجة مفادها أن الاتجاه السائد في الفقه والقضاء يرى أن عبء إثبات الخطأ الطبي يقع على كاهل المريض المضرور بغض النظر عن وجود عقد بينه وبين الطبيب، سواء كنا بصدد المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية، المهم أن التزم الطبيب هو التزم ببذل عناية، وهو ما يؤدي إلى تحميل المريض عبء إثبات إهمال الطبيب أو تقصيره في عمله الطبي، وعليه قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد بأن الطبيب لا يلتزم في مواجهة المريض بأي التزام سوى الالتزام بتقديم العناية الحذرة والمطابقة للمعطيات المكتسبة في العلم، وإذا ادعى المريض أن الطبيب قد قصر أو أهمل في تنفيذ هذا الالتزام فعليه أن يقوم بإثبات ذلك.

البند الثاني: عبء إثبات الخطأ الطبي في إطار الالتزام بتحقيق نتيجة

هناك بعض الاعمال الطبية التي اكتسبت معطيات علمية تقنية ولا مجال فيها لفكرة الاحتمال، بحيث تكون النتائج فيها مؤكدة كعمليات نقل الدم وعمليات التجميل وعمل الاطراف الصناعية وطقم الأسنان وغيرها من الأعمال الطبية، ففي مثل هذه الأعمال أصبح التزام الطبيب بإجرائها التزاماً محدداً بتحقيق نتيجة (3).

(1) علي أبو مارية، مرجع سابق، ص 119.

(2) أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي القضاء الكويتي والمصري الفرنسي، جامعة الكويت، 1986، ص 65.

(3) علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 24 وما يليها.

وطبقاً للقواعد العامة، فإنه إن كان الالتزام التزاماً بتحقيق نتيجة تعين على المريض أن يثبت وجود التزام على عاتق الطبيب، ثم عدم تحقق النتيجة محل التعاقد، إذ إن مجرد عدم تحققها يعني إخلال بالالتزام، فتبنى المسؤولية في هذه الحالة على خطأ مفترض في جانب الطبيب ولا يقبل منه إثبات عكسه، فلا يحق للطبيب بعد ذلك التخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي أو خطأ المضرور نفسه أو خطأ الغير، فإذا لم تتحقق النتيجة المطلوبة قامت مسؤولية الطبيب، ويظهر ذلك على نحو واضح في عمليات التجميل كما أسلفنا فالمريض في هذه العمليات لا يشكو من مرض معين وإنما يلجأ إلى الطبيب لإزالة تشوه جديد فهذا يعني أن النتيجة لم تتحقق، فهنا لا يكون بوسع الطبيب الإفلات من المسؤولية إلا إن أثبت السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ المضرور نفسه أو خطأ الغير الذين لا يسأل عنهم الطبيب⁽¹⁾.

ولا يمكن للطبيب الإفلات من المسؤولية إلا بإثبات أنه لم يرتكب خطأ، فمجرد عدم تحقق النتيجة في حد ذاته يعد خطأ، ولا يكون أمامه سوى نفي المسؤولية عن طريق قطع العلاقة السببية بين فعله والضرر الذي لحق بالمريض، ذلك بإثبات السبب الأجنبي أما القاضي فتتوافر لديه في حالة الالتزام بتحقيق نتيجة قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس مؤداها أن الطبيب قد ارتكب خطأ يستلزم قيام مسؤوليته⁽²⁾.

إذن نستنتج مما تقدم أن مسؤولية الطبيب في حال الالتزام بتحقيق نتيجة قائمة على أساس خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس، ولا يمكن نفيه إلا بإثبات السبب الأجنبي.

الفرع الرابع: الأعمال القضائي لعبء إثبات الخطأ الطبي.

يتوقف دور القاضي على تحديد النظام المأخوذ به وهل هو نظام الإثبات الحر، أو نظام الإثبات القانوني أم نظام الإثبات المختلط؟ وإذا كان القضاء ينظر إلى المريض المضرور في دعوى المسؤولية باعتباره مدعياً بخطأ الطبيب الذي عالجه فعليه إثبات ما يدعيه⁽³⁾.

فالملاحظ أن مدى أعمال هذا العبء يتوقف إلى حد بعيد على حقيقة دور القاضي وطبيعة وظيفته في إطار الخصومة، ففي مجال القانون الخاص وحيث يسود نظام الاقتضاء

(1) طلال عجاج قاضي، مرجع سابق، ص 236.

(2) علي أبو مارية، مرجع سابق، ص 120.

(3) سمير عبد السيد تناغوا، مرجع سابق، ص 19.

يكون الغرض الأساسي للقاضي هو إرضاء الخصوم وحسم النزاع، وبالتالي يكون دور القاضي محصوراً في حدود ضيقة، وللخصوم تحديد العناصر التي يكون على القاضي الفصل فيها فيعبر عن موقف القاضي هنا بأنه موقف سلبي إزاء الإثبات.

وإذا كان الحديث يأبى أن ينحصر دوره القاضي في مثل هذا الموقف السلبي وعمد إلى زيادة مظاهر دوره الايجابي وتوسيع سلطته في توجيه الدعوى واستجلاء الحقيقة، فإن ذلك لم يكن له تأثير كبير فيما يتعلق بمسألة الإثبات، فقد بقي هذا العبء أصلاً على عاتق المدعي يقوم فيه بالدور الأساسي وهذا ما انعكس على كيفية إعمال هذا العبء أمام القاضي المدني حيث عمد إلى إعماله على نحو صريح دون تحفظ⁽¹⁾.

أما في مجال القانون العام وحيث يسود نظام الاستقصاء، فإن الحكم الذي يتعين على القاضي إصداره لإنهاء النزاع بين الخصوم لا يمكن أن يتوقف على إرادة أو نقص خبرة أحد الخصوم أو كمالها، وإنما يقع على القاضي عند عرض الخصومة عليه أن يحدد حقوق والتزامات طرفيها بالقيام من تلقاء نفسه بالبحث عند الضرورة في علاقة الطرفين السابقة عليها للوصول إلى العناصر الواقعية والقانونية التي تمكنه من إيجاد الحل الذي يجب الحكم به على الخصوم، وعلى القاضي في سبيل هذا إدارة التحقيق بمعناه الواسع والقيام بما يراه ضروري لاستجلاء الحقيقة⁽²⁾.

ومما لا شك فيه أن هذا النظام ينعكس بالضرورة على كيفية إعمال عبء الإثبات فإن دور القاضي هنا يمكنه من التخفيف من وطأته، بل إمكان نقله أيضاً على الخصم الآخر وهذا ما يُمكن ملاحظته من خلال الإعمال الضمني للقضاء الإداري الفرنسي للقواعد المحددة لعبء الإثبات بشأن دعاوى المسؤولية الطبية المرفوعة في مواجهة المستشفى العام، ونعرض فيما يلي لإعمال الصريح لعبء الإثبات أمام القاضي المدني، ثم الإعمال الضمني لهذا العبء أمام القاضي الإداري.

(1) محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 44.

(2) محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص 53 أنظر كذلك محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص 45.

البند الأول: الأعمال الصريح بواسطة القاضي المدني

تشير المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾ والمادة الأولى من قانون الإثبات المصري والتي تقابلها المادة 323 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾، إلى القاعدة العامة في تحديد المكلف بعبء الإثبات رغم أن هذه المواد تتحدث بشأن الالتزامات.

ويستخلص من هذا أن قاعدة عبء الإثبات على المدعي المريض هو المضرور نتيجة الخطأ الطبي، فعليه إذن يقع عبء إقامة الدليل على هذا الخطأ، هذا في الواقع ما استقر عليه القضاء المدني سواء كان الخطأ الطبي من الأخطاء المتصلة بالفن الطبي، أو متعلقة بأصول المهنة أو حتى من الأخطاء المتصلة بأخلاقيات المهنة (الأخطاء المتصلة بالإنسانية الطبية).

ففي مجال الأخطاء الفنية للطبيب الملاحظ أنه منذ حكم محكمة النقض الفرنسية الشهير بتاريخ 1936/05/20 والذي حدد العلاقة بين الطبيب والمريض الذي اختاره لعلاجه بأنها علاقة عقدية، ومن هنا يمكن القول أنه في مجال تحديد المكلف بعبء إثبات الخطأ الطبي، لم تعمل محكمة النقض الفرنسية إلا بالفقرة الأولى من المادة 1315 وبمعنى آخر فإن هذه المحكمة لم تلجأ في هذا الصدد إلى أعمال نص الفقرة الثانية من ذات المادة⁽³⁾ وهي التي تقضي بأنه على من يدعي وفائه بالالتزام عبء إثبات ذلك، فالمريض بادعائه خطأ الطبيب أي إخلاله بالالتزام من الالتزامات الواقعة على عاتقه هو المدعي، وعليه إثبات ما يدعيه ذلك ما يستتفى من أحكام القضاء المدني السابق بيانها⁽⁴⁾، فماذا عن موقف القضاء الإداري في مجال أعمال قاعدة أن عبء الإثبات يقع على المدعي أي المريض في مجال بحثنا هذا؟

(3) **Art. 1315 C C F** «Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation».

(2) المادة 323 مدني جزائري "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

(2) Art. 1315-1 Cod Civil Français «Les règles qui concernent la preuve littérale, la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu de lapartie et le serment, sont expliquées dans les sections».

(4) محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص58.

البند الثاني: الأعمال الضمني بواسطة القاضي الإداري

استقر القضاء الإداري على سلوكه حال نظره للدعوى الإدارية على مذهب الإثبات الحر⁽¹⁾، ذلك لأن الأصل أن طرق الإثبات غير محددة أمام القضاء الإداري مما منح القاضي الإداري كما هو الحال بالنسبة للقاضي الجنائي الحرية الكاملة في تكوين عقيدته من خلال ما يراه من أدلة، ولعل مرجع اعتناق القضاء الإداري للمذهب الحر وهو بصدد إثبات الدعوى الإدارية راجع للطبيعة الخاصة لتلك الدعوى، والتي يختل التوازن بين طرفيها في الإثبات والذي يؤدي غالباً إلى إخفاق المدعي في حسم الدعوى لصالحه، لذا كان لا بد من تدخل القاضي لممارسة دور إيجابي في الدعوى الإدارية لحماية الطرف الضعيف فيها وهو الفرد من خلال اعتناقه لمذهب حرية الإثبات.

لذلك فقد ذهب البعض إلى القول بأن القاضي الإداري يلقي بعبء الإثبات نظرياً على عاتق المدعي، أما من الناحية العملية، فإن تدخله الإيجابي في سبيل البحث عن عناصر الإثبات بهدف استظهار الحقيقة يؤدي به إلى تخفيف العبء الواقع على عاتق المدعي بنقله إلى المدعي عليه جزئياً، بل وربما كلياً⁽²⁾.

أما في المجال الطبي، فإن أعمال هذا المبدأ يعود إلى حكم مجلس الدولة بتاريخ 1955/11/01 وكان الأمر يتعلق بزوجة تطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصاب زوجها نتيجة خطأ في العلاج كان يتلقاه بمستشفى للأمراض العقلية، مستخدماً ذات الصياغة المقررة بحكم عام 1945، رفض القاضي الإداري الدعوى على أساس أن المدعي لم يثبت الخطأ المدعى به، من خلال هذا وعدة أحكام أخرى يلاحظ أن القاضي الإداري الفرنسي يستند إلى ذات المبدأ الذي يستند إليه القاضي المدني فيما يتعلق بعبء الإثبات أي لمبدأ البيئة على من إدعى وإن لم يعلن ذلك بشكل صريح⁽³⁾.

(1) أكثر تفصيلاً حول مذاهب الإثبات في الدعاوى الإدارية راجع عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإثبات في الدعاوى الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، مصر، 2010، ص 26.

(2) محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 59.

(3) بحماوي الشريف، مرجع سابق، ص 218 كذلك: محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 60.

المطلب الثاني: نقل عبء الإثبات في مجال الإعلام الطبي

ما يقارب النصف قرن عدلت محكمة النقض الفرنسية عن قضائها الثابت بإلزام المريض بإثبات خطأ الطبيب في صورته المختلفة في نطاق محدد هو الالتزام بتحقيق نتيجة حيث ارتقت بعض العمليات نتيجة التطور العلمي والتقني وأضحى مجال الاحتمال فيها غير وارد، ومن أهم هذه العمليات عمليات نقل الدم وزراعة الأعضاء وعمليات التجميل... وغيرها إذ أصبحت النتائج فيها مؤكدة وأصبح التزام الطبيب فيها التزاماً بتحقيق نتيجة ضف إلى ذلك الالتزام بالإعلام والتبصير والالتزام بالسلامة.

ولما كان الوضع العادي هو عدم المساس بجسم الإنسان، فإن الطبيب وهو يخالف الوضع العادي بمسأسه بجسم المريض عليه أن يثبت ما يبرر تدخله، من توافر رضاء المريض والمتمثل في إمامه بمخاطر التدخل الطبي وشرح حالته المرضية، وعليه يمكن متابعة الطبيب المخالف لالتزاماته بإعلام المريض تأديبياً حتى ولو لم أي ضرر وهو ما أكدته المادة 239 من القانون 85-05 الملغى بقولها "إذا لم يتسبب الخطأ المهني في أي ضرر يكتفي بتطبيق العقوبات التأديبية"⁽¹⁾.

وكان أول قرار صدر في هذا الموضوع هو قرار محكمة النقض الفرنسية المعروف "بقرار هيدريل" الشهير والصادر بتاريخ 1997/02/25⁽²⁾ استناداً إلى نص المادة 1315 مدني فرنسي، حين قررت المحكمة أنه لما كان الطبيب يقع على عاتقه التزام خاص بالإعلام

(1) دغيش احمد، بولنوار عبدالرزاق، التزام الطبيب بإعلام المريض، بحث في اعمال الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية أيام 24/23 جانفي 2008، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ص 88.

(2) "تتلخص وقائع القضية في أن شخصاً يدعى "هيدريل" كان يعاني من آلام على مستوى المعدة، فأكد له الطبيب المعالج ضرورة إجراء عملية جراحية تستدعي استخدام منظار، غير أن المريض ظل يعاني من آلام شديدة بمعدته، وبإعادة الكشف عليه تبين انه مصاب بتقرب في الأمعاء وهو خطر، حدد تقرير الخبير احتمال حدوثه في هذا النوع من العمليات بنسبة 3% رفع المريض دعوى على الطبيب مطالباً إياه بالتعويض عما لحقه من ضرر استناداً لكون هذا الأخير لم يقم بإعلامه وتبصيره بالمخاطر المحتملة لهذه الجراحة، رفضت محكمة استئناف "Rennes" الدعوى استناداً إلى كون عبء إثبات عدم الإعلام يقع على عاتق المريض الذي لم يقدم دليلاً على ما يدعيه غير أن محكمة النقض كان لها موقف آخر وألغت حكم محكمة الاستئناف استناداً إلى نص المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي وأقرت مبدأ هاماً مفاده أن من يقع على عاتقه قانوناً أو اتفاقاً التزام خاص اتجاه مريضه وأنه يقع على عاتقه تنفيذ هذا الالتزام".

اتجاه مريضه، فإنه يتعين عليه أن يثبت أنه قد نفذ هذا الالتزام وهو ما يتعين معه القول بأن محكمة الاستئناف قد خالفت نص المادة المذكورة أعلاه، فمن خلال هذا القرار يتبين أن المحكمة ألفت عبء إثبات الالتزام بإعلام المريض وتبصيره على عاتق الطبيب المعالج⁽¹⁾.

هذا القرار يطرح التساؤل حول الأساس القانوني الذي اعتمده محكمة النقض لإلقاء

عبء إثبات الالتزام بالإعلام على عاتق الطبيب؟

بالرجوع إلى حيثيات القرار المشار إليه أعلاه يتبين بأن محكمة النقض اعتمدت كأساس لها نص الفقرة الثانية من المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي والتي تقضي بأنه على من يدعي الوفاء بالتزامه أن يثبت ذلك أو يقدم الدليل على الواقعة التي أدت إلى انقضائه وبذلك تكون المحكمة قد انتقلت من الفقرة الأولى للمادة المذكورة والتي تقضي بأنه على من يطالب بتنفيذ الالتزام أن يثبته وكانت سنداً لها في إلزام المريض بإثبات ما يدعيه من خطأ في مواجهة الطبيب إلى الفقرة الثانية من نفس المادة لتأسيس قضائها الجديد⁽²⁾.

وقد تكرر هذا المبدأ الذي كان نتاجاً للقضاء الفرنسي وأعتمده المشرع الفرنسي من خلال المادة 1111 من قانون الصحة العامة الفرنسي⁽³⁾ الصادر بتاريخ 2002/03/04 من

(1) فتاحي محمد، الخطأ الطبي والمشكلات التي يثيرها في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثالث، جامعة سيدي بلعباس - الجزائر، 2005، ص 87 وما يليها.

(2) المدني مراد، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مجلة القضاء المدني، دار المنظومة، 2016، العدد 14، ص 62.

(3) L. 1111-2 LOI n°2016-41 du 26 janvier 2016-art. 175-NOR: AFSX1418355L « Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser.

Cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel. La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission.

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 articles L. 1111-5 et L. 1111-5-1. Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et=

خلال فقرتها الثانية التي أكدت أنه يعود للمستخدم أو المؤسسة الصحية الإتيان بالدليل على تنفيذ الالتزام بالإعلام.

أما الوضع في التشريع الجزائري، ورغم شح القرارات التي تبين موقف القضاء من تحديد المكلف بعبء الإثبات، إلا أنه يمكن القول أن نص المادة 323 ق م ج تقضي بأنه "على الدائن إثبات الالتزام⁽¹⁾ وعلى المدين إثبات التخلص منه" يستنتج من خلال هذا النص أن الدائن (المريض) لا يقع عليه سوى إثبات وجود الالتزام وإن كانت المادة لم تشر للإلتزام المقصود فهو الالتزام الاتفاقي أو الالتزام القانوني، فلعل ذلك راجع إلى أن الالتزام الذي يحتاج إلى إثبات وجوده هو الالتزام الاتفاقي، أما الالتزام القانوني فالمضروب في غنى عن إثباته مادام أن القانون هو الذي أوجده، وعليه فإن كان الالتزام الواقع على عاتق الطبيب هو إعلام المريض وهذا الالتزام هو قانوني فإن المريض المضروب لا يقع عليه عبء إثبات وجود الالتزام، إنما يقع على الطبيب إثبات التخلص من الالتزام بإعلام المريض، لذا وجب التأكد من

=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. Des recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information sont établies par la Haute Autorité de santé et homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé. En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen. L'établissement de santé recueille auprès du patient hospitalisé les coordonnées des professionnels de santé.

auprès desquels il souhaite que soient recueillies les informations nécessaires à sa prise en charge durant son séjour et que soient transmises celles utiles à la continuité des soins après sa sortie».

⁽¹⁾ قرار لمجلس الدولة بتاريخ 14.06.1999، قضية والي ولاية تلمسان ضد (أ.م) حيث نص على أن " الإثبات على المدعي حتى ولو كان إدارة " مشار إليه في مؤلف: لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقي في قضاء مجلس الدولة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، ج 2، الجزائر 2005، ص 59.

وجود الالتزام، فإذا متى ادعى المريض أنه لم يتم إعلامه، فإن ذلك يستتبع نقل عبء إثبات الالتزام بالإعلام على عاتق الطبيب⁽¹⁾.

ويلاحظ أن المادة 35 فقرة الأولى من تقنين أخلاقيات مهنة الطب⁽²⁾ في فرنسا، والتي تتضمن المبدأ العام بشأن التزام الطبيب بإعلام المريض تحدد موصفات هذا الإعلام الذي يجب على الطبيب أن يدلي به للمريض فيما يتعلق بحالته الصحية.

هذا الالتزام يتضمنه تقنين الصحة العامة الفرنسي⁽³⁾ من خلال إلزام المستشفيات العامة بضرورة تقديم للمرضى معلومات آمنة وقابلة للاستيعاب والفهم.

نخلص مما تقدم إلى أن التزام الطبيب بإعلام المريض هو التزام بتحقيق نتيجة سواء من ناحية كونه التزاماً بنقل معلومة معينة أو من ناحية اعتباره التزاماً باستخدام الوسائل الملائمة لتمكين المريض من تلقي المعلومة، وهنا يتخلص المريض بذلك من عبء إثبات عدم الحصول على الإعلام أي عبء إثبات الواقعة السلبية، ويصبح على عاتق الطبيب المدين بهذا

(1) سايكي وزنة، مرجع سابق، ص 71.

(2) ARTICIE 35 (artiCLE r.4127-35 Du CSP) «Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension.

Toutefois, lorsqu'une personne demande à être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic, sa volonté doit être respectée, sauf si des tiers sont exposés à un risque de contamination».

(3) L. 1112-1 LOI n°2016-41 du 26 janvier 2016-art. 95-NOR: AFSX1418355L

«I.-Les établissements de santé, publics ou privés, sont tenus de communiquer aux personnes recevant ou ayant reçu des soins, sur leur demande, les informations médicales définies à l'article L. 1111-7. Cette communication est effectuée, au choix de la personne concernée, directement ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle désigne.

Les établissements de santé proposent un accompagnement médical aux personnes qui le souhaitent lorsqu'elles demandent l'accès aux informations les concernant».

الالتزام عبء إثبات قيامه بإعلام المريض أي الواقعة الايجابية إذا ما أراد التخلص من المسؤولية⁽¹⁾.

المطلب الثالث: الصعوبات المرتبطة بعبء الإثبات

إذا كان إثبات الضرر يعد بالأمر اليسير ولا يثير كثيراً من الإشكال فإن الأمر غير ذلك بالنسبة لإثبات الخطأ الطبي والعلاقة السببية، حيث تعترضهم عدة صعوبات منها ما يتعلق بطبيعة النشاط الطبي، ومنها ما يتعلق بعوامل ذاتية وأخرى موضوعية تجعل في غالب الاحيان من الصعب إن لم نقل من المستحيل تحقيقه من قبل المتضررين⁽²⁾.

ويعتبر حصول الوقائع المكونة للخطأ أو الضرر أو تلك التي تفيد قيام علاقة سببية بين الخطأ والضرر من المسائل الواقعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع⁽³⁾.

فالمريض وبحكم مركزه الضعيف في العلاقة الطبية بوصفه جاهلاً لخبايا الفن الطبي ولتقنيات المهنة الطبية من جهة، وبسبب المرض الذي يعاينه من جهة أخرى، خاصة حين يغلب عليه الهلاك أو يكون فاقداً للوعي لحظة وقوع الفعل المكون للخطأ المدعى به، كل هذا قد يزيد من مشقته في الإثبات خاصة مما قد يتلقاه من صمت اتجاه الطبيب ومساعديه من تزويد في المعلومات أو الوثائق التي ترجح كفته أمام القضاء، أو الوقوف بجانبه للإدلاء بشهادة تفيده، وقد يواجه التزامهم بالمحافظة على السر المهني، ولا يمكن كسر هذا الصمت بالخبرة القضائية ذلك لأن الخبير في النهاية زميل المهنة⁽⁴⁾.

لهذا هناك صعوبات جمة تواجه المدعي في إثبات وجود خطأ أو إهمال أو تقصير في العناية الطبية من ضمنها مسألة التأكد بشكل دقيق مما جرى أثناء المعالجة أو الجراحة

(1) أنظر في هذا الصدد عبد الرحمن أحمد شوقي، مضمون الالتزام العقدي للمدين المحترف، بحث منشور بالمجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية (أعمال المؤتمر للمسؤولية المهنية)، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية بتاريخ 2000/04/03، ص 41.

كذلك: محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 86.

(2) فطناسي عبدالرحمن، مرجع سابق، ص 129.

(3) مامون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، دار الفكر، المجلد الأول، بيروت، ص 423.

(4) إحسان العيوني، مرجع سابق، ص 81.

وضمن شهادة خبير تقيم الدليل على النقص أو الضعف في العناية المطلوبة وكذلك مسألة إثبات العلاقة السببية بين المعالجة والجرح أو الإصابة أي بين الخطأ والضرر.

لهذا ينطوي هذا الموضوع على أهمية كبيرة لأن الدعوى تتوقف في أغلبية الحالات على السؤال المطروح كيف يستطيع المريض أو ذويه إقامة الدليل على الطبيب المعالج أو الجراح على تقصيره في بذل ما كان ينبغي عليه من عناية أو رعاية.

الفرع الأول: الصعوبات في إثبات الخطأ والإهمال والتقصير

يبدو أن الأمر الشائع هو أنه من الصعوبة بمكان إثبات خطأ الطبيب أو إهماله وتقصيره، والسبب في ذلك هو أن إقامة الدليل على خطأ الطبيب بواسطة الشهود طريق مسدود في أغلب القضايا إن لم يكن في جميعها، وهذا راجع لعدم خبرة هؤلاء الشهود ومعرفتهم بالمسائل الفنية وعليه لا طريق إلا الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء أنفسهم وهذا هو الطريق الطبيعي لإثبات الخطأ الطبي، لكن هذا الأمر كثيراً يصطدم بما يعرف الزمالة المهنية للأطباء التي كانت ولا تزال مانعاً بين الحق الذي يطالب به المضرور والعلاقة القائمة بين الطبيب والخبير⁽¹⁾.

ومما يعزز هذا التصور في الجزائر هو الخوف من التفسير الضيق والخطئ لعنصر الزمالة الذي خصه المشرع الجزائري بفقرة كاملة في مدونة أخلاقيات الطب⁽²⁾ حيث أكد على أن الزمالة تعتبر واجباً أساسياً في العلاقة التي تربط بين الأطباء وجراحي الأسنان، ويجب على كل من الأطباء وجراحو الأسنان أن يتضامنوا تضامناً إنسانياً وأن يتبادلوا المساعدة المعنوية فيما بينهم.

ويتبين هذا الأمر من خلال مختلف التطبيقات القضائية في الجزائر، فمن خلال قرار مجلس الدولة رقم: 38376 بتاريخ 2008/05/28 الفاصل في النزاع بين (ع. م) ضد المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا حيث أعاب المستأنف على قرار أول درجة فيما قضي بالتعويض الضئيل مقارنة بحجم الضرر، وما شاب الخبرة الطبية من عيب ظاهر في تضامن

(1) اسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص460. أنظر كذلك محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص64. أنظر سايكي وزنة، مرجع سابق، ص157.

(2) المرسوم التنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 06 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية، العدد52، بتاريخ 1992/07/08.

الطبيب الخبير مع الطبيب المخطئ حين صرح المضرور أن الطبيب الخبير تفوه أمامه بأنه لا يمكن أن يشهد ضد زميل في المهنة رغم أن الأمر يتعلق بالمسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

لدى نرى من الضروري إيجاد حلول أكثر إنصافاً لحقوق المضرور جراء الخطأ الطبي وهذا بالحدو نحو ما سلكه كثير من الفقه والقضاء في أوروبا وأمريكا وحتى بعض دول الخليج حين وجدوا طرقاً أخرى لإعمال مبدأ المسؤولية الطبية⁽²⁾ وتعويض ضحايا الخطأ الطبي بإضافة حلول أخرى مختلفة تتمثل في تطوير موجب بذل عناية واعتماد مبدأ افتراض المسؤولية في بعض القضايا، مما يؤدي إلى قلب معادلة عبء الإثبات ويلقى بها على عاتق الطبيب أو المؤسسة الصحية لإعطاء العلاقة أكثر توازناً⁽³⁾.

الفرع الثاني: الصعوبات في إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

إن العقبة الأخرى التي تواجه المريض المضرور في مجال الإثبات ليس معرفته بشكل الإهمال أو نقص العناية المؤدة للوجود الخطأ، وإنما السبب في وجود الضرر أي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الحاصل، ومما زاد صعوبة إثبات هذا المسؤولية هو انتشار الآلات الطبية المعقدة ودخولها الحقل الطبي، مما يجعل من غير المعقول حصول المريض على سببية بين الخطأ والضرر، وتثار هذه الصعوبة في ميدان إثبات فرصة الشفاء أو الحياة⁽⁴⁾ فإعمالاً للقواعد العامة في إقامة الدليل يقع عبء إقامة الدليل على المريض أو ذويه بيد أن إقامة الدليل على وجود فرصة شفاء المريض في المسؤولية الطبية تثير بعض الصعوبات، حيث يقتضي من المريض أو ذويه البحث عن السبب الحقيقي لعدم شفائه أو عدم بقائه على قيد الحياة، ففي حالة الوفاة كيف يمكن لأهل الضحية إقامة الدليل على أن الطبيب كان بإمكانه تفادي موت مريضهم بإتباع أسلوب معين في العلاج أو الجراحة، ولعل تلك الصعوبة هي التي دفعت محكمة النقض الفرنسية إلى إعفاء المريض أو ذويه من عبء هذا الإثبات في بعض

(1) فطناسي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص131. انظر مؤلف بحماوي الشريف، مرجع سابق، ص215. راجع إحسان العيدوني، مرجع سابق، ص88.

(2) راجع في هذا الصدد منصور جواد، توجهات المسؤولية المدنية الطبية، رسالة ماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان - الجزائر، 2017/2016، ص87 وبعدها. أنظر عيمور راضية، مرجع سابق، ص327.

(3) فطناسي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص132.

(4) راجع المبحث الثالث والرابع من الفصل الثاني في الباب الأول.

أحكامها، فقد قضت هذه المحكمة بمسؤولية الطبيب المعالج عن موت المريضة التي كان يقوم بعلاجها، وذلك بالرغم من أن الاسباب الحقيقية للوفاة ظلت غير معروفة على وجه التأكيد والتحديد، وقد جاء في حيثيات حكمها أن الطبيب المعالج قد وافق على إخراج المريضة من المستشفى رغم إصابتها بحمى شديدة وقبل إتمام علاجها، أما المولدة المساعدة فقد نُسب إليها أنها لم تقدم إلى المريضة العناية المطلوبة والضرورية للحالة المرضية المتدنية التي كانت عليها المريضة⁽¹⁾.

المطلب الرابع: وسائل إثبات الخطأ الطبي

لما كان الخطأ يمثل واقعة مادية، فإنه من المقرر جواز إثبات الوقائع المادية بكافة وسائل الإثبات دون التقيد بوسيلة معينة، حيث يجوز إثباتها بالشهادة والإقرار أو المعاينة بما في ذلك القرائن القضائية، إلا أن خطأ الطبيب قد لا يكون ممكناً إثباته إلا باللجوء إلى وسيلة معينة لا لمانع قانوني، وإنما لصعوبة العملية، وهذا يصدق على الخطأ الفني للطبيب، أما الخطأ العادي فلا تكتنف إثباته تلك الصعوبة التي تجدها في إثبات الخطأ الفني فيتاح للمريض إثباته بكافة الوسائل وهذا ما سوف نبينه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: وسائل إثبات الخطأ الطبي العادي

الخطأ العادي للطبيب هو كل خطأ يقع من الطبيب دون أن يكون متصلاً اتصالاً مباشراً بعمله الفني أو كان متصلاً به ولكنه لا يتسم بصفة فنية⁽²⁾ ومثل هذا الخطأ يسهل على القاضي أو الشخص العادي التحقق منه دون الحاجة إلى خبرة فنية لاستجلائه، ومن ثم تكون وسائل إثباته متاحة أمام المريض المضرور، ويمكن للقاضي استخلاص هذا الخطأ بنفسه من خلال وقائع الدعوى ومن الوسائل التي يمكن اللجوء إليها في إثبات هذا الخطأ⁽³⁾.

(1) نقض مدني فرنسي مشار إليه في مؤلف أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 461.

(2) راجي عبد العزيز/ قليل نبيل، المسؤولية الطبية والوسائل البديلة لحل نزاعاتها، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد 16، عدد 2، جامعة خنشلة، الجزائر، ص 154 انظر كذلك ابراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 26. كذلك أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 189. القاسم القاسم محمد هشام، مرجع سابق، ص 15.

(3) انور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 389.

البند الأول: إثبات الخطأ العادي بالشهادة

الشهادة هي طريقة من طرق الإثبات القانونية⁽¹⁾، ولقد نص المشرع على أحكامها الموضوعية في المواد 333 إلى 337 من القانون المدني الجزائري، أما أحكامها الاجرائية فقد نص عليها المشرع في المواد من 150 إلى 153 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية. وعرفت محكمة النقض المصرية الشهادة بأنها إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق الغير ولو بلا دعوى⁽²⁾ ومجال الإثبات بالشهادة بالنسبة للأخطاء العادية التي تقع من الطبيب واسعة، ومن أمثلتها قيام الطبيب بالفعل الجراحي في حالة سكر وكذا إثبات امتناع الطبيب عن إغاثة مريض في حالة خطرة، أو إثبات إفشاء الطبيب لأسرار المريض، أما عن دور الشهادة في إثبات الأخطاء الطبية لاسيما إثبات إخلال الطبيب بواجب الإعلام، فإنه ظل محدود لعدة مبررات أبرزها الصعوبات المحيطة بإثبات الخطأ الطبي⁽³⁾. ومن أحكام القضاء بهذا الشأن ما قضت به محكمة " مونييه " بإدانة طبيب امتنع عن تقديم المساعدة لأحد المرضى، حيث بنت المحكمة حكمها على أقوال الشهود الذين أكدوا أن ترك الطبيب للمريض حدث والآخر لا زال على قيد الحياة، حيث جاء في حكمها " لما كانت أقوال الدكتور تتعارض مع أقوال الشهود الذين أكدوا أن المصاب لا يزال حياً لأنه لم يتوقف عن التألم في اللحظة التي قابلوا فيها الطبيب الذي اكتفى بإلقاء نظرة على المصاب دون أن يلمسه أو يفحصه..."⁽⁴⁾.

البند الثاني: إثبات الخطأ العادي للطبيب بالقرائن

تعتبر القرائن من الوسائل التي يعتمد عليها القاضي في اجتهاده واستنباطه، فهي أيضاً تعتبر دليلاً للإثبات متى كان القاضي مقتنعاً بما توصل إليه اجتهاده، واقتنع بما غلب على ظنه من صحة القرينة، وهذه القرينة يترجح فيها جانب الصدق من أحد طرفي النزاع مع يمينيه أحياناً، وبدون يمين أحياناً أخرى ما لم يثبت عكسها بطريق أقوى منها، فتعتبر حينئذ مرجحات لجانب آخر، والقرائن المستنبطة من وقائع الدعوى وتصرفات الأطراف يبذل القاضي جهداً شاقاً

(1) حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص 696.

(2) زياد خالد يوسف المفرجي، مرجع سابق، ص 195 وما بعدها.

(3) جربوعة منيرة، مرجع سابق، ص 334.

(4) حكم مشار غليه في مؤلف: أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 390.

ومضنياً اعتماداً على فطنته وذكائه في استخلاص الدليل على الأمر المتنازع فيه، إذ عليه إعمال فكره وتطبيق قواعد المنطق السليم ليستنبط الواقعة الثابتة بالدليل على ثبوت الواقعة المجهولة والمراد إثباتها، والتي لم يقدّم دليل آخر على إثباتها، وعليه فإن هذه القرائن تتوقف على مدى اقتناع القاضي بها في دلالتها على الحق الذي يريد الوصول إليه أو في ترجيحه على قرائن ودلالات أخرى⁽¹⁾.

ونصت المادة 337 من القانون المدني الجزائري على أن " القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

ومن أمثلة إعمال القرائن في مجال إثبات الخطأ العادي للطبيب أن يدعي المريض على طبيبه الجراح أنه ارتكب خطأ بترك إحدى أدوات الجراحة في جسمه، حيث يجب أن يثبت المريض أن تلك الأداة من الأدوات التي تم استعمالها في الجراحة ووجدت فعلاً في موضع الجراحة وهذا مما يصعب على المريض إثباته، فإنه يمكن استنباط ذلك عن طريق القرائن القضائية باعتبار أن الأداة التي وجدت في موضع الجراحة لا يمكن أن تكون وجدت طريقها إلى الجسم قبل إجراء الجراحة وإلا لكان الطبيب الجراح كشف وجودها، ولا يمكن أن تكون وجدت طريقها إليه بعد إجراء تلك الجراحة طالما أنه لا يوجد بجسم المريض ما يدل على حصول جراحة أخرى في الموضع الذي حدثت فيه الجراحة التي أجراها الطبيب المدعى عليه⁽²⁾.

البند الثالث: إثبات الخطأ العادي للطبيب بالكتابة

طالما أنه يجوز إثبات العقد الطبي والالتزامات المرتبطة به بكافة طرق ووسائل الإثبات، فإن الكتابة تعتبر من أقوى وسائل الإثبات حجية، وقد نظمها المشرع الجزائري في المواد 323 في الفصل الأول المعنون بالإثبات بالكتابة من القانون المدني الجزائري، وبالنظر إلى أن العقد الطبي يعتبر من العقود الرضائية ولم يشترط المشرع ضرورة أن ينصب هذا العقد

(1) أبراهيم بن محمد الفائز، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، مكتبة أسامة، الطبعة الثانية، الرياض 1403 هـ / 1983م، ص130. أنظر كذلك مراد المدني، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مجلة القضاء المدني، العدد 14، جامعة محمد الأول وجدة-المغرب، 2016، ص73.

(2) أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص392 وما يليها.

في قالب رسمي، فإن الكتابة تعد وسيلة من وسائل الإثبات في مجال العلاقة التي تربط الطبيب بالمريض، حيث تشمل الكتابة كل الوثائق والوصفات المحررة من قبل الأطباء باعتبارهم موظفين بالمستشفى والتي تكتسي طابع الرسمية، كما أن هذه الوثائق التي تصدر عن الأطباء منها ما يمكن الأخذ به للإثبات كالوثائق التي يشترط القانون توقيعها من قبل المريض قبل إجراء العملية، فالمشرع على غرار باقي التشريعات ألزم الطبيب بالحصول على رضا المريض بشأن الأعمال الطبية الغير علاجية⁽¹⁾ كالجراحات التجميلية ونقل وزرع الاعضاء كما اشترط على المريض التصريح في سجل الرفض⁽²⁾ إذا امتنع عن إجراء أي عمل طبي هو إن كان في حالة مستتيرة أو ذويه في حالة وفاته أو غيابه عن الوعي، ومن هذا المنطلق تعتبر الكتابة من وسائل الإثبات في المجال الطبي التي يعتمد عليها القاضي وهو بصدد دراسة الدعوى الطبية من خلال الرجوع للوثائق الطبية لاستخلاص الخطأ الطبي من عدمه⁽³⁾.

البند الرابع: إثبات الخطأ العادي للطبيب بالإقرار

جاء في نص المادة 341 من ق. م. ج. على أن "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة" ونصت المادة 342 على أن "الإقرار حجة قاطعة على المقر" وفي فقرتها الثانية حين بينت أنه "لا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى" وحقيقة الأمر أن الإقرار الذي يتم في مجلس القضاء لا يعتبر دليلاً بالمعنى الفني ولكنه تصديق المدعى عليه لدعوى المدعي فيما يدعيه، فيؤدي ذلك إلى إعفاء المدعي من إقامة الدليل على الواقعة التي يدعيها، فمتى أدعى المريض على الطبيب بواقعة معينة تشكل خطأ في جانب الطبيب فأقرا الأخير بذلك، أصبح الخطأ ثابتاً في جهته دون حاجة إلى تكليف المريض بإثبات ما يدعيه، ولا يقبل من الطبيب المنازعة في صحة الواقعة المقر بها، ومن أمثلة الإقرار في المجال الطبي بالنسب للأخطاء العادية للطبيب إقرار الطبيب بإجراء العمل الطبي في العضو السليم بدلاً من العضو المصاب، أو إجراء عملية إجهاض لا

(1) المادة 2/364 من قانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق لـ 2 يوليو سنة 2018 يتعلق بالصحة.

(2) المادة 2/262 من القانون المذكور أعلاه.

(3) جريوعة منيرة، مرجع سابق، ص336.

تستدعيها الحالة الصحية للمرأة التي خضعت لها، فمثل هذا الإقرار يكفي لإدانة الطبيب وترتيب مسؤوليته بناء عليه⁽¹⁾.

الفرع الثاني: وسائل إثبات الخطأ الطبي الفني

الخطأ الفني للطبيب كما اسلفنا هو الذي يقع من الطبيب إخلالاً بالأصول الفنية للعمل الطبي أي ذلك الخطأ الذي يتصل إتصلاً مباشراً بعمل الطبيب ذي الصبغة الفنية⁽²⁾. وتبذو الصعوبة الحقيقية في الإثبات عندما نكون بصدد هذا النوع من الأخطاء كون أن تقديره يرجع إلى الأصول العلمية التي يجب على الطبيب الوسيط الالتزام بها في العمل الطبي إذا أحاطته ظروف مماثلة لتلك التي أحاطت بالطبيب المراد مساءلته أثناء مباشرة العمل الطبي، بحيث يصعب على القاضي أن يقيم هذا التقدير لقصور علمه بالأصول الفنية لعمل الطبيب، كما أن شهادة الشهود تبدو طريقاً مسدوداً لإثبات مثل هذا الخطأ للسبب نفسه ولما تحاط به الأعمال الطبية من سرية⁽³⁾.

ولا يسمح لغير القاضي بتقدير الخطأ الطبي أياً كانت طبيعة هذا الخطأ الذي يدعي المريض نسبه إلى الطبيب، فإن كان استخلاص الأخطاء الطبية ذات الطبيعة العادية يتم على ضوء الموجبات التي تهدف إلى احترام شخصية المريض وإنسانيته، فإن الأخطاء الطبية ذات الطبيعة الفنية أي الأخطاء المتصلة بالطب كفن وكتقنية، فيتم استخلاصها بالرجوع إلى الأصول الفنية المستقرة في علم الطب وهو ما يكون عادة عبر استعانة المحكمة بخبير محلف من أهل المهنة للقيام بهذه المهمة.

(1) أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص390.

(2) الشورة فيصل عايد خلف، مرجع سابق، ص325. أنظر كذلك إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص22. أنظر منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص407، علي حسن الدنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الخطأ)، مرجع سابق، ص473. أنظر عبد الجليل زهير عبد الجليل ضمرة، الخطأ الطبي مفهومه ومعياره ومسؤولية مرتكبه، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، المجلد 30، العدد 101، جامعة الكويت 2015، ص294.

(3) مراد المدني، مرجع سابق، ص68.

البند الأول: الخبرة الطبية

يمكن تعريف الخبرة بأنها "الاستشارة الفنية التي يستعين بها القاضي في مجال الإثبات لمساعدته في تقدير المسائل التي يحتاج تقديرها إلى معرفة علمية أو فنية لا تتوافر لديه ولا يستطيع وحده الوصول إليها بعلمه الشخصي"⁽¹⁾.

ولما كانت الخبرة إجراء قضائي الهدف منه استعمال المعلومات الفنية والتقنية المتوفرة للشخص في مجال معين من أجل توضيح مسألة يتطلب حلها مهارة فنية وتقنية غير متوفرة لدى القاضي، لكن كل هذا لا يمكن أن ننكر محدودية دور الخبرة في خلق عدالة نزيهة نتيجة تضامن الأطباء⁽²⁾.

ولم يعرف المشرع الجزائري الخبرة، وإنما بين الهدف والغاية منها وهذا من خلال نص المادة 125 ق. إ. م. إ. حيث نصت على "تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي".

وبما أن الخطأ الطبي الفني هو الذي يتمثل بالخروج عن الأصول الفنية للمهنة ومخالفة القواعد، وبالتالي فإن القاضي لا يستطيع مواجهة هذه الأخطاء والتصدي لها ويصعب عليه الوصول لتكييف سليم لمدى صحة عمل الطبيب الفني⁽³⁾.

واعتبر المشرع عمل الخبير مجرد إجراء توضيحي لواقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي، ولا يلزم المحكمة في أي شيء وقت النظر في موضوع الدعوى، حيث يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على تقرير الخبرة بصفة كلية أو جزئية، كما له أن لا يستند له مادام غير ملزم برأي الخبير⁽⁴⁾.

البند الثاني: حجية الخبرة الطبية في إثبات الخطأ الطبي

إن الخبرة وإن عدت من أدلة الإثبات التي نص عليها المشرع إلا أنها تعتبر من الأدلة غير الحاسمة التي يملك القاضي بصددها سلطة تقديرية واسعة، أي أن رأي الخبير يعد رأياً

(1) مراد شنيكات، الإثبات بالمعينة والخبرة في القانون المدني، دار الثقافة للنشر، عمان 2008، ص 106.

(2) بنسرغين رشيدة، مرجع سابق، ص 44.

(3) فطناسي عبدالرحمن، مرجع سابق، ص 137.

(4) تنص المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسيب استبعاد نتائج الخبرة".

استشارياً لا يقيد المحكمة لأن القاضي هو الخبير الأول والأخير في الدعوى⁽¹⁾ وفي هذا الخصوص نصت المادة 144 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري في الفقرة الثانية على أن "القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة" غير أنه إذا استوفى تقرير الخبرة الطبية الإجراءات القانونية وتضمن الحكم الأمر بندب خبير بيانا دقيقاً لمهمة الخبير⁽²⁾ واقتتعت المحكمة به ولم يكتفه الغموض، فإنه يصلح أن يكون دليلاً كاملاً تستطيع المحكمة الاستناد إليه في الحكم بالدعوى دون أن تلتزم بتسبيب حكمها كما أن للمحكمة أيضاً بموجب سلطتها التقديرية إزاء تقرير الخبرة أن تأخذ ببعض ما جاء فيها وتترك الباقي، ولكن عليها في هذه الحالة أن تبين الأسباب التي منعتها من الأخذ بكل ما جاء في تقرير الخبرة.

غير أنه لا يمكن للقاضي أن يقلل أو يزيد من نسبة العجز المقدرة من طرف الطبيب الخبير وأن يكون التعويض مناسباً للخبرة المنجزة وألا يعارضها وهو ما جاء في قرار للمجلس الأعلى في ملف رقم 28312 بتاريخ 11/05/1983 يقضي بـ "إن تقدير نسبة العجز المقدرة من طرف الأطباء هي عملية فنية تخرج عن اختصاص عمل القضاة، ولا يمكن تنفيذها أو الإقلال من نسبة العجز المقدرة إلا بواسطة طبيب خبير آخر"⁽³⁾.

وعلى القاضي تحديد مهمة الخبير بكل دقة لكون هذا يدخل ضمن اختصاصاته، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 11/03/2013⁽⁴⁾.

كما لها أن تأخذ بالنتيجة التي انتهت لها تقرير الخبير مع تعديلها للأسباب التي بني عليه، فقد ترى المحكمة تعليلاً آخر نتيجة الخبرة أو قد تضيف إلى الأسباب التي قدمها الخبير

(1) باسل النوايسة، الخبرة الطبية ودورها في إثبات الأخطاء الطبية ذات الطابع الفني، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد السادس، العدد 3، 2014 جامعة مؤتة-الأردن، ص59.

(2) المادة 128 من القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3) المجلس الأعلى ملف رقم 28312 قرار بتاريخ 11/05/1983 مشار إليه في مؤلف، عبدالقادر خيضر، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، ص9.

(4) قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، رقم 362397، الصادر بتاريخ 11/03/2003، المجلة القضائية، العدد الأول، 2003، ص289. جاء فيها "إن اختيار وتعيين القاضي وفقاً لما يقتضيه العمل في الدعوى من توضيح فهو غير ملزم بالأخذ بطلبات أحد الأطراف المتخاصمين دون الآخر".

أسباب أخرى لم يتم ذكرها في التقرير، وللمحكمة السلطة التقديرية بشأن الاخذ بالخبرة وطرحها كلية وعدم الاستناد إليها بشأن النظر في الدعوى والحكم فيها، غير أنه يجب عليه تسبيب حكمها صراحة أو ضمناً كما لو استندت على أدلة أخرى مقدمة في الدعوى متى كانت كافية للحكم⁽¹⁾.

ونقتصر مهمة الخبير على المسائل الفنية دون الخوض في المسائل القانونية⁽²⁾ التي هي من اختصاص القاضي⁽³⁾ وعليه أن يجيب على الأسئلة المطروحة عليه حسب المهمة الموكلة له دون الخروج عن مضمون الحكم الأمر بنذب الخبير وإجراء الخبرة طبية⁽⁴⁾.

وينبغي أن نشير إلى أنه كان هناك انقسام بشأن مدى إلزامية تقارير الخبرة للقاضي من عدمها، فالأجاء الموسع يؤكد على إلزامية تقرير الخبير وتقييده لعقيدة القاضي، بحيث يعتمد على الخلاصات التي انتهى إليها الخبير ويصدر حكمه على أساسها، أما الاتجاه الثاني فيضيق من هذا الرأي، حيث اعتبر تقرير الخبير قيد على قناعة القاضي مالم تخالف نتائجه الملبسات والظروف المحيطة بالموضوع الذي شكل مادة الخبرة القضائية⁽⁵⁾.

نستنتج أنه إذا كان من الثابت أن تقرير الخبرة غير ملزم بالنسبة للقاضي بصفة عامة فبالرجوع إلى التطبيقات القضائية في الجزائر يتبين أن القاضي الإداري جعل من تقرير الخبرة ملزماً ضمناً حين فصله في دعاوى مؤسسات الصحة العمومية، وذلك من خلال تأسيس قراره بصفة كلية على ما جاء في تقرير الخبرة كدليل إثبات دون سواه، لذا يمكن القول بأنه إذا كان

(1) محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 220. انظر كذلك باسل النوايسة، مرجع سابق، ص 60 وما بعدها.

(2) أنظر أحمد حسن الحياوي، مرجع سابق، ص 116 كذلك سمير عبد السميع الأوزن، مسؤولية الطبيب الجراح، مرجع سابق، ص 89.

(3) قرار المحكمة العليا رقم 97774، الصادر بتاريخ 1993/07/07، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1994، ص 108 الذي قضى بـ "من المقرر قانوناً وقضائياً أن يأمر القاضي بإجراء خبرة، وتعيين الخبير مع توضيح مهمته التي تكتسي طابعاً فنياً، مع مراعاة عدم التخلي عن صلاحيات القاضي لفائدة الخبير، ولما ثبت في قضية الحال أن القرار المنتقد امر الخبير بإجراء تحقيق مع سماع الشهود، وتم الاعتماد على نتائج تقريره للفصل في موضوع الدعوى فإن ذلك يعد مخالفاً للقانون ومستوجباً للنقض والإبطال".

(4) تنص المادة 98 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه "يتعين على الطبيب الخبير أو المراقب وعلى جراح الاسنان الخبير أو المراقب ان يرفض الرد على أسئلة يراها غريبة عن تقنيات الطب الحقيقية".

(5) سلخ محد لمين، حجية تقارير الخبرة الطبية القضائية، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، العدد 3، المجلد 2، جامعة الوادي، الجزائر، 2018، ص 9.

تقرير الخبرة الطبية يتضمن في أغلب الاحيان رأياً فنياً منطقياً يساعد القاضي بدرجة كبيرة على تأسيس حكمه، فإنه في بعض الأحيان يكون غير ذلك، لهذا فمن الضروري اعتماد القاضي على أدلة إثبات أخرى إضافة إلى تقرير الخبرة الطبية عند الفصل في الدعاوى لتوفير حماية أكبر للمضرورين من النشاط الطبي وتقدير مناسب للتعويض للمضرور أو ذويه لجبر الضرر الناتج عن الخطأ الطبي⁽¹⁾.

نخلص مما تقدم أن المسؤولية الطبية سواء كانت عقدية أم تقصيرية تجد أساسها في الخطأ الصادر من الفاعل والضرر الحاصل جراء هذا الخطأ، ويتبين أن فكرة اشتراط الخطأ لقيام المسؤولية في المجال الطبي أصبحت تتلاشى نظراً لتعدد وتنوع الالتزامات الملقاة على عاتق الطبيب من جهة والتطور الرهيب في علم الطب من جهة أخرى، مما أصبح الأخذ بعدة بدائل عن إلزامية وجود الخطأ الطبي أثناء إثبات العلاقة بين الضرر الحاصل والتدخل الطبي الممارس على المريض، وأن دعوى المسؤولية الطبية تبقى هي الوسيلة المشروعة التي عن طريقها يمكن للمضرور أو ذويه من جبر الضرر الحاصل، وأن هذه الدعوى المرتكزة على قيام المسؤولية في الجانب المخطئ يبقى قوامها الخطأ الطبي الواقع والضرر الحاصل، ورفع دعوى المسؤولية الطبية يبقى كأصل عام على الطبيب المخطئ، واستثناءً يمكن رفعها على المستشفى بسبب العلاقة التبعية التي تربط المستشفى بالطبيب.

(1) فطناسي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 143.

الفصل الثاني: أثر المسؤولية المدنية في المجال الطبي

عند قيام المسؤولية الطبية سواء المدنية منها أو الجزائية يترتب عن هذا القيام عدة آثار ولما كانت المسؤولية المدنية الطبية هي موضوعنا الحالي، فإن التعويض يعد الأثر الأساسي في هذه المسؤولية من هذا المنطلق تحدث المشرع الجزائري عن التعويض عن الضرر بصفة عامة في مواضع عديدة، وإن كان التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية التعاقدية، فإنه في مجال المسؤولية التقصيرية هو الاستثناء، وفي ما يتعلق بالمسؤولية الطبية وسواء تم تكييفها أنها عقدية أو تقصيرية فإن التعويض النقدي هو الأكثر شيوعاً ومناسب لجبر هذا النوع من الأضرار⁽¹⁾.

وكان لا بد أن يصاحب كل زيادة في الأخطاء الطبية تطور السياسات القانونية المعالجة لهذه الأخطاء، وتعد سياسة التأمين من أهم السياسات إدارة معظم الاخطار بصفة عامة وأخطار المسؤولية المدنية بصفة خاصة، والتأمين في المسؤولية الطبية له أهمية بالغة تتمثل في حصول المضرور على التعويض المادي الذي يستحقه، وفي نفس الوقت يحفظ للطبيب الأمان والحماية أثناء تأديته لعمله⁽²⁾.

من هنا سنحاول دراسة هذا الفصل من خلال التطرق إلى التعويض في المجال الطبي في (المبحث الأول) وسلطة القاضي في تقدير التعويض وموقفه من تقارير الخبراء في (المبحث الثاني) على أن نرجع على التأمين من المسؤولية الطبية في (المبحث الثالث).

المبحث الأول: التعويض في المجال الطبي

يعتبر التعويض من بين أهم موضوعات المسؤولية المدنية نظراً لما له من أهمية من الناحية العلمية فهو النتيجة المرجوة من بحث المسؤولية ودراستها وهو ما يريد المتضرر الوصول إليه في دعوى المسؤولية الطبية، وفي المقابل يحاول المتسبب في الضرر إلى دفع هذه المسؤولية، لذلك فإن المسائل التي يثيرها موضوع التعويض تبتعد كلياً عن مشكلات المسؤولية في حد ذاتها من حيث أساسها وفلسفتها، إذ يأتي التعويض في مرحلة لاحقة لقيام

(1) الفاعور فتحي توفيق، الخطأ الطبي الجسيم في المسؤولية المدنية للطبيب، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 5، عدد 19، جامعة كركوك، نوفمبر 2016، ص335.

(2) منال عوض حسن عبدالرحمن، تأمين مسؤولية المهن الطبية وأثره على الخدمة الطبية، مجلة الدراسات العليا، المجلد 4، عدد 14، جامعة النيلين، يناير 2016، ص38.

شروط المسؤولية⁽¹⁾ ويلعب نظام التأمين دوراً هاماً في مجال المسؤولية المدنية الطبية، إذ أنه يستند على القواعد العامة في نطاق القانون المدني، حيث أن التأمين من المسؤولية يعد عقداً يؤمن المؤمن للمؤمن له الاضرار الناجمة عن الخطأ الطبي، أي أن المؤمن يأخذ على عاتقه تعويض المضرور، ويرتكز هذا النظام على أساس توزيع المخاطر على عدد كبير من الأفراد⁽²⁾ من هذا المنطلق سنتناول التعويض في المسؤولية المدنية الطبية (مطلب أول) وطريقة طلب التعويض عن الأضرار الطبية (مطلب ثاني).

المطلب الأول: التعويض في المسؤولية المدنية الطبية

طبقاً لأحكام المادة 124 من القانون المدني، فإن كل من تسبب بخطئه في إحداث ضرر للغير يلزم بتعويضه، فالأصل في التعويض عن الضرر أن يكون على قدر الضرر الحاصل وهذا بغرض إعادة التوازن الذي اختل نتيجة لذلك، ولا يتحقق هذا إلا بإلزام المسؤول عن حدوث الضرر بخطئه بدفع تعويض للمضرور يكون كافياً لإصلاح الضرر الحاصل⁽³⁾.

وجاءت المادة 132 من ق. م. ج تنص على أنه "يعين القاضي الطريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون اراداً مرتباً ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً، ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعاً لظروف وبناءً على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه وأن يحكم ذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الاعانات بالفعل غير المشروع".

يفهم من نص المادة السالفة الذكر أن طريقة إصلاح الضرر تختلف باختلاف الظروف المصاحبة لكل حالة موضوع النزاع، كما أنها تختلف في نطاق المسؤولية العقدية عنها في نطاق المسؤولية التقصيرية، فالتعويض إما أن يكون عينياً⁽⁴⁾ وهو أفضل طرق التعويض وهذا بإرجاع الحال إلى ما كان عليه قبل تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإما أن يكون

(1) ناصر رانيا، التقدير القضائي للتعويض، مجلة أبحاث، العدد الثالث، جامعة أحمد بن بلة وهران، عدد ديسمبر 2016، ص128.

(2) عبد المجيد خطوي، التحولات القانونية لنظام التأمين الطبي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة غرداية، العدد العشر، سبتمبر 2018، ص134.

(3) حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص209 وما بعدها.

(4) تنص المادة 164 من القانون المدني "يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين 180 و181 على تنفيذه عينياً، متى كان ذلك ممكناً".

التعويض نقدياً وهو الأصل في المسؤولية التقصيرية، وهذا في الحالات التي يصعب فيها تنفيذ التعويض العيني⁽¹⁾.

ويقصد بالتعويض جبر الضرر الذي لحق بالمصاب، وهو يختلف عن العقوبة من حيث أن العقوبة يقصد بها معاقبة الجاني عن فعلته وردع غيره، فيقدر التعويض بقدر الضرر، بينما في العقوبة يتم التقدير بقدر خطأ الجاني ودرجة خطورته، ويترتب على هذا الفرق أن التعويض يقدر بقدر الضرر، في حين أن العقوبة تقدر بخطأ الجاني، ويكون التعويض إما عينياً كما سلف الذكر وهذا بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، وإما أن يكون نقدياً وذلك يتحقق بدفع مبلغ من المال تعويضاً عن الضرر⁽²⁾.

ونظراً لأن التعويض العيني غالباً ما يكون إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر فإن هذا الأمر يجد صعوبة بالغة في مجال المسؤولية الطبية، لهذا كان التعويض يتم بصورة نقدية لأن كل ضرر يمكن تقويمه نقداً حتى الأضرار الأدبية⁽³⁾.

ومتى ثبتت مسؤولية الطبيب وجب على القاضي أن يحكم بالتعويض للمريض المضرور ويشترط في التعويض أن يجبر الضرر بالكامل، فيشمل الضرر المتوقع والضرر الغير متوقع وضرر المستقبل، وكذلك تقويت الفرصة على المريض في الشفاء أو الحياة⁽⁴⁾، وللقاضي أن يستعين بوسيلة الإكراه المالي متى توافرت شروطه وصولاً إلى إجبار الطبيب على الوفاء بما وجب عليه، وإذا اشترك عدد من الأطباء في الخطأ قامت مسؤوليتهم عن هذا الخطأ بالتضامن مالم يتبين أن خطأ أحدهم ليس له صلة بالضرر الذي لحق بالمريض، فهنا تنتفي مسؤوليته ويسقط التعويض⁽⁵⁾.

ولقد أفرد المشرع الجزائري لأحكام التعويض جملة من المواد تبدأ من 124 إلى 133 ثم من 182 إلى 187 من التقنين المدني مستمداً إياها من التقنين الفرنسي، ناقلاً الفكر الذي

(1) ناصر رانيا، مرجع سابق، ص 131.

(2) زياد خالد يوسف المفرجي، مرجع سابق، ص 203 وما يليها.

(3) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص 775.

(4) راجع في هذا الصدد المبحث الثالث من الفصل الثاني، الباب الأول، ص 174.

(5) صالح بن محمد العتيبي، مرجع سابق، ص 53.

استقر عليه هذا الأخير باعتبار أن وظيفة التعويض هي الإصلاح لا عقاب المخطئ، وإذا كان الأمر لا يتوضح في الاصطلاح العربي المخصص لفكرة جبر الضرر، وهو مصطلح "التعويض" من خلال المواد السالفة الذكر، فإن استعمال مصطلح "reparation" باللغة الفرنسية، والذي يترجم إلى العربية "بالإصلاح" لا يدع مجالاً للشك حول نية المشرع من التأكيد على تقرير التعويض.

الفرع الأول: تعريف التعويض

يعد التعويض تلك الآلية القانونية التي كفلها المشرع الجزائري لكل متضرر من أجل الحصول على حقه، وبالرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع أشار إلى مصطلح التعويض لكنه لم يتطرق إلى تحديد معناه، وعليه يعرف التعويض في ميدان المسؤولية الطبية على أنه ثمرتها، أي البديل النقدي الذي يدفعه المتسبب في الضرر للمريض، وهذا ما يرمي إليه المدعي⁽¹⁾.

وينشأ التعويض في مجال المسؤولية الطبية من يوم اكتمال عناصرها من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما ويقدره القاضي بحسب الضرر الحاصل ولا رقابة عليه من طرف المحكمة العليا إلا فيما يتعلق بالوسائل القانونية التي استند عليها القاضي.

الفرع الثاني: أساس التعويض وعناصره

يجد التعويض أساسه في وجود الضرر، فيمكن قيام المسؤولية دون خطأ، ولكن لا يمكن قيامها إلا عند وجود ضرر من أجل استحقاق التعويض عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي أو سلوكه مسلكاً غير مشروع⁽²⁾ هذا من جهة، ومن جهة أخرى يؤيد الفقه ما سار عليه القضاء المدني عموماً بأن يضمن القاضي فحص كل عنصر من عناصر الضرر وتمحيصه مما يجعل تقديره أقرب إلى العدالة وهذا ما استقر عليه كذلك قضاء محكمة النقض الفرنسية

(1) عمارة مخطارية، الضرر الطبي الموجب للتعويض وآثاره القانونية، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانة، غيلزان، العدد 08 جوان 2017، ص 407.

(2) موسى بن محمد بن حمود التميمي، مرجع سابق، ص 264.

ويشتمل الضرر المباشر على عنصرين هما الخسارة التي لحقت بالمضروب، والكسب الذي فاتته⁽¹⁾.

كما أن المعيار في تحديد هذين العنصرين هو شخصي يُعتد فيه بالأضرار التي أصابت الشخص المضروب شخصياً حسب ظروفه الشخصية والعملية وهذه تختلف من مضروب إلى آخر، إضافة إلى المعيار الموضوعي المتمثل في المساس بالحق في السلامة الجسدية التي يتساوى فيها الناس جميعاً، فتقدير التعويض عن الضرر الجسدي أمر ثابت يتساوى المضربون في تقديره عن المساس بالسلامة الجسدية⁽²⁾.

الفرع الثالث: تقدير التعويض

القاعدة أن يقدر التعويض بقدر الأضرار، فيقدر في المسؤولية العقدية بمعيار ما أصاب الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بينما في المسؤولية التقصيرية فيترك أمر التقدير للقاضي حسب جسامه الخطأ وفداحة الضرر⁽³⁾.

فتقدير التعويض عن الضرر أمر متروك لرأي محكمة الموضوع وأن يكون هذا التعويض مناسب للضرر الحاصل وعلى القضاة أن يبينوا في أحكامهم الوسائل المعتمدة لتقدير تلك التعويضات⁽⁴⁾، فهو من المسائل الواقعية التي تستقبل بتقديرها، أما تعيين العناصر المكونة

(1) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص 776.

(2) حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 212. وقد أقر قانون الصحة العامة الفرنسي الصادر في 31-12-1991 في المادة 47 منه "أن حق التعويض للضرر الجسدي هو حق أساسي وجوهري يضمن الحماية الكاملة لجسم الضحية" نقلاً عن محمد جلال حسن الأتروشي، مرجع سابق، ص 158. ويقول الأستاذ فايير Vasseur "أن مجرد واقعة التأثير الشديد على المجني عليه بدرجة أنه يسبب له اضطراباً طبيعياً يعتبر اعتداءً على سلامته الجسمية حتى وإن لم يكن قد ضرب أو دفع" عن منذر الفضل، مرجع سابق، ص 62. انظر كذلك في تكريم الجثة في الفقه الإسلامي، بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 105 وما بعدها. انظر المواد من 164 إلى 168 من قانون 90-17 المعدل لقانون 85-05 الخاص بحماية الصحة وترقيتها الجزائري.

(3) عبد الله لفقيري، التعويض القانوني في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في القانون الخاص مقدمة لمعهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة مصر، 2008-1429، ص 25-26.

(4) قرار المحكمة العليا رقم قضية رقم 109568 بتاريخ 24/05/1994، الغرفة الجزائرية، قضية (ل م) ضد (ب م) (ومن معه) والنيابة العامة، العدد الأول، مجلة المحكمة العليا الجزائرية، 1997، ص 123.

قانوناً للضرر والتي تدخل في حساب التعويض، فهو من المسائل القانونية التي تهيمن عليها محكمة النقض، باعتبار أن هذا التعيين من قبيل التكييف القانوني للواقع⁽¹⁾ ويُراعى في تقدير التعويض الظروف الملازمة للضرر كحالته الجسمية والصحية وظروفه العائلية والمهنية وحالته المالية، ويتم تقدير التعويض سواء كان عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه بإحدى الطرق الثلاث⁽²⁾.

البند الأول: التقدير القانوني للتعويض عن الأضرار الطبية

إن مسألة تقدير التعويض على أساس الأضرار ليست مقتصرة على القاضي أو اتفاق الأطراف كما سنرى فيما بعد، بل أن المشرع أيضاً قد يتكفل وبنصوص تشريعية في تحديد مقدار التعويض.

أولاً: تحديد المشرع لمقدار التعويض بنصوص قانونية

رغبة من المشرع في تحقيق ما يسمي بعدالة التعويض⁽³⁾ فإنه لجأ وبنصوص قانونية إلى تحديد مقدار التعويض، وذلك في حالات استدعت مبررات قوية لإقدامه على ذلك⁽⁴⁾. من هذه التعويضات تلك التي حددها المشرع في إصابات العمل من ذلك ما نص عليه أول تشريع فرنسي بشأن إصابات العمل⁽⁵⁾، حيث قضى بمسؤولية رب العمل عن حوادث العمل إذ أنه بموجب ذلك يستفيد العامل من تعويض مقدر في القانون عن كل إصابة يتعرض لها أثناء أو بسبب العمل ولا تنتفي مسؤولية رب العمل إلا بإثبات الخطأ العمد من العامل المصاب، ثم امتد نطاق تطبيق هذا القانون من قانون إصابات العمل في فرنسا إلى ميادين

(1) سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض المدني في المسؤولية والتعويض، منشأة المعارف جلال جزي وشركاؤه، الإسكندرية، 2003، ص 66. انظر كذلك في هذا الصدد: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 191 وما بعدها.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الإثبات-آثار الالتزام، مرجع سابق، ص 825.

(3) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تقويت الفرصة، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة العاشرة، 1986، ص 291 وما بعدها. سعيد أحمد شعلة، مرجع نفسه، ص 71.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 880.

(5) La loi du 09 Avril 1898 sur l'indemnisation des accidents du travail. « est un texte juridique français qui crée un régime spécial d'indemnisation des victimes d'accidents du travail » فقد أقر هذا القانون نظام خاص للمسؤولية دون خطأ، وقد الغي هذا القانون بموجب الأمر الصادر في 09 أكتوبر 1945، عن موقع: www.wikipedia.org 2017.12.15 على الساعة 14:40 زواياً.

أخرى كالتجارة والزراعة والخدمة المنزلية ثم أدمجت هذه التشريعات في تشريع موحد استبدل بقانون التأمينات الاجتماعية *sécurité social* الصادر سنة 1956⁽¹⁾.

ومن تطبيقات التقدير القانوني للتعويض في الجزائري نذكر على سبيل المثال ما ذهب إليه المشرع الجزائري متأثراً بنظيره الفرنسي في الأمر 15-74 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض على الأضرار المادية والجسمانية الناتجة عن حوادث السيارات حيث أقر طريقة يمكن بها حساب التعويض عن كل ضرر، منها مثلاً التعويض عن الضرر المعنوي يساوي ثلاث مرات قيمة الأجر الشهري الوطني المضمون عند تاريخ الحادث وغيرها من التعويضات التي نص عليها⁽²⁾.

كما يتجلى هذا الأمر كذلك في القانون 13-83 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية⁽³⁾. الذي حدد المشرع بموجبه كيفية حساب التعويض الجزافي المستحق للعامل المتضرر جراء حادث عمل قد يكون ذلك في شكل أداوات عينية كدفع مصاريف العلاج وغيرها. وذلك ما أشارت إليه المواد من 29 إلى 31 من القانون المذكور أعلاه، كما أنه قد يكون في شكل أداوات نقدية إما في شكل تعويضات يومية تحسب على أساس أجر العامل في حالة العجز المؤقت، أو في شكل إيراد مدى الحياة في حالة العجز الدائم حسب نسبة العجز المحددة في الخبرة الطبية للطبيب المستشار للضمان الاجتماعي⁽⁴⁾.

(1) أدمجت تلك التشريعات في تشريع موحد صدر في 19 أكتوبر 1945 ثم في 30 أكتوبر 1946 إلى أن استبدل هذا التشريع بقانون التأمينات الاجتماعية، للمزيد في هذا الصدد أنظر: محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 295.

(2) الأمر 15-74 المؤرخ في 10-01-1974 والمتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويضات على الأضرار المعدل والمتمم بقانون 88-31 المؤرخ في 19 يوليو 1988.

(3) قانون 13-83 المؤرخ في 02-07-1983 المعدل والمتمم بالأمر 96-19 المؤرخ في 09-07-1996 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية.

(4) سماتي الطيب، منازعات الضمان الاجتماعي في التشريع الجزائري، الجزء 01، دار البديع للنشر والخدمات، دار الكتب العلمية للطباعة والنشر، الجزائر، 2008، ص 43 وما بعدها. أنظر كذلك المواد 13/36 من نفس القانون 83-13 المعدلة بالمادة 04 من الأمر 96-19، والمادة 37 من نفس القانون المعدلة بالمادة 05 من نفس الأمر، والمادة 42 كذلك من نفس القانون.

ومن تطبيقات تقدير المشرع الجزائري للتعويض عن الضرر في المجال الطبي بنصوص قانونية ما أشارت إليه المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 03-52 الذي أسس تعويضات عن خطر العدوى لفائدة المستخدمين الممارسين في بعض الهياكل العمومية للصحة، حيث نص على أنه "يؤسس تعويض شهري عن خطر العدوى لفائدة المستخدمين التابعين لهياكل الصحة العمومية الذين يمارسون بصفة دائمة أنشطة تعرض إلى خطر العدوى".

ففي هذا الإطار تكفل المشرع بتحديد التعويض القانوني وتقديره، حيث نصت المادة 06 منه على أنه "يقوم رئيس المؤسسة المعنية بصفة دورية بضبط القائمة الإسمية للمستخدمين الذي لهم حق الاستفادة في التعويض عن خطر العدوى بعد أخذ الرأي المطابق من المجلس العلمي أو الطبي" وقد حدد المرسوم المستفيدين من هذا التعويض والمبالغ المدفوعة⁽¹⁾.

ثانياً: تحديد المشرع لفوائد التأخير عن التنفيذ في الالتزام التنفيذي

أنه وفي إطار التعويض القانوني المنصوص عليه من قبل المشرع حدد المشرع فوائد التأخير عن التنفيذ في حالة كون محل الالتزام مبلغ من النفوذ معلوم المقدار، فالقانون ألزم المدين بتعويض الدائن عن حرمانه من هذا المبلغ طوال مدة التأخير، سواء كان مصدر هذا الالتزام العقد أو القانون، ويكفي في هذا الصدد تأخر المدين في الوفاء لافتراض أنه قد لحق الدائن ضرر وأن جبره تكفي فيه الفوائد التأخيرية، وهي نسبة يحددها القانون أو الاتفاق بما لا يتجاوز الحد الأقصى القانوني⁽²⁾.

والفوائد التأخيرية *intérêts moratoires* المحددة قانوناً و الناتجة عن الدين الرئيسي هي ثمن الوقت *pretium temporise* إذ بموجب التأخير يتحصل الدائن على مبلغ هو مجموع الفوائد التي من الممكن أن يتحصل عليها ما بين التاريخ الذي كان يجب أن يدفع له فيه التعويض الرئيسي والتاريخ الذي دفع له فيه فعلياً⁽³⁾.

(1) مرسوم تنفيذي رقم 03-52 مؤرخ في 03 ذي الحجة عام 1423 الموافق لـ 04 فبراير 2003 يؤسس تعويض عن خطر العدوى لفائدة المستخدمين الممارسين في بعض الهياكل العمومية للصحة، ج. ر العدد 08.

(2) محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 291 وما بعدها.

(3) لحسين بن شيخ أث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية الكتاب الثالث، نظام التعويض في المسؤولية الإدارية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع 05، شارع محمد مسعودي، القبة القديمة الجزائر، ط2007، ص46.

ولعل سلطة انفراد قضاة الموضوع في تقدير التعويض تبقى مرتبطة بسلامة تعليل الأحكام التي بقدر ما يكون تسيبها مناسباً

بقدر ما تبرز أهميتها في تحقيق عدالة العماللقضائي عن طريق السهر على حسن تطبيق القانون من قبل المحكمة⁽¹⁾.

البند الثاني: التقدير القضائي للتعويض ومتطلباته

وهو التقدير الذي يتولاه القاضي ويحدده وفقاً لسلطته التقديرية⁽²⁾ عند عدم وجود نص قانوني يحدده أو عدم وجود اتفاق⁽³⁾، والتعويض القضائي هو الصورة المعتادة للتنفيذ، ويشترط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه أو لعدم استطاعة الدائن أن يتجنبه ببذل جهد معقول، والتعويض القضائي يُعدُّ الأصل في المسؤولية التقصيرية والغالب في المسؤولية العقدية⁽⁴⁾.

وحتى يحدد القاضي مقدار التعويض عن الضرر الطبي كيف ما كان ضرر مادي أو معنوي تبعاً لسلطته التقديرية⁽⁵⁾، لابد عليه من إتباع أسس حتى يكون التعويض مستحق هي:

- 1- أن يكون الضرر محققاً إذ لا محل للتعويض أو الحكم به حالة انتفاء ضرر واقع للمريض من طرف الطبيب سواء كان مادي أو معنوي.
- 2- أن يكون ناتج عن فعل الطبيب الخاطيء.
- 3- أن يكون بينهما رابطة سببية كما تطرقنا إلى ذلك في الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الدراسة⁽⁶⁾.

(1) علامي خالد، إشكالية التعويض في مسؤولية المرفق العام الطبي، مجلة القضاء الإداري، المجلد 4، العدد 8، جامعة مراكش، المغرب، 2015، ص 48.

(2) سعيد أحمد شعله، قضاء النقص المدني في المسؤولية والتعويض، منشأة المعارف جلال جزي وشركاؤه، الإسكندرية، ط 2003، ص 86 وما بعدها .

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 843.

(4) انظر المادة 182 من القانون المدني الجزائري. "الأصل في الشريعة الإسلامية هو التقدير القضائي والقاضي ليس حراً في اختيار التعويض، كما أن الفقه الإسلامي لم يعرف التعويض عن التأخر في الوفاء ومحلّه مبلغ من النقود، فالزيادة لمجرد التأخير في ذاته هي ربا" أكثر تفصيل انظر عبد الله لفقيري، مرجع سابق، ص 31 وما بعدها.

(5) قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 828422 رقم بتاريخ 19 / 07 / 2012، قضية (ح.ف) ضد (د.م)، مجلة المحكمة العليا الجزائرية، العدد 2، 2013، ص 145.

(6) راجع المبحث الثاني من الفصل الثاني، الباب الأول، ص 161.

وبشير جانب من الفقه إلى وجوب الإعذار في المسؤولية الطبية، لأن المقصود منه إنما هو إثبات تأخر المدين عن الوفاء بالتزامه، وقد أضافت محكمة النقض الفرنسية 11 ديسمبر 1926 أن الإعذار ليس مقتصر على المطالبة بالتعويض عن التأخر في التنفيذ إنما يحصل أيضا في حالات المطالبة بالتعويض عن عدم الوفاء استنادًا لنص المادة 1302 ق م ف(1).

وتجدر الإشارة إلى أن تقدير الضرر في التشريع الجزائري عما أصاب الدائن (المريض المضرور) من خسارة وما فاته من كسب يتحقق في المسؤوليتين المدنية العقدية والتقصيرية، فالمريض المصاب بضرر ناتج عن خطأ الطبيب يطبق عليه نص المادة الآتفة الذكر بتعويضه عما أصاب جسمه من ضرر وألم نفسي ونفقات العلاج، كما يعرض عما فاته من كسب نتيجة لذلك الحادث والقاضي لا ينظر إلى ثراء المضرور أو طاقته لكنه يأخذ بعين الاعتبار أن الضرر الناتج عن الإصابة كان سببا في انخفاض دخل المصاب وهذه يدخلها القاضي في نطاق ما لحق المضرور من خسارة(2).

فقطع لسان الأخرس أصلا لا يتساوى مع قطع لسان مذيع أو خطيب، كما أن التشويه الحاصل لفتاة جراء عملية جراحية لاستئصال الشعر في الذقن تختلف عن تلك الحاصلة لعجز طاعنة في السن(3).

(1) **A.R.T 1302 C C F** « Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le débiteur et avant qu'il fût en demeure cas ou la chose cas où la chose fût également périée chez le créancier si elle lui eût été livrée. Le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue. De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite de la restitution du prix".»

(2) أحمد حسن الحياوي، مرجع سابق، ص 170.

(3) حروزي عز الدين، المرجع نفسه، ص 213.

كما أنه يمكن للمصاب نتيجة نقل دم ملوث إليه مطالبة القاضي بالتعويض عن مجرد فوات أو ضياع فرصة عليه في تحقيق كسب أو درء خسارة محددة، وذلك ما استقر عليه القضاء الفرنسي والمصري⁽¹⁾ حيث اعتبر هذا الضرر من الأضرار الشخصية الناشئة عن تقصير حياة المصاب لسنوات كان من المؤمل أن يعيشها وهذا الضرر يعد أقسى ما يمكن أن يحس به الإنسان لذلك فالمحاكم تدفع تعويضات كبيرة للمتضررين من هذه الإصابة الجسدية⁽²⁾.

البند الثالث: التقدير الاتفاقي

بعد التطرق إلى التقدير المحدد قانونا للتعويض والتقدير القضائي له وتطبيقات ذلك في المجال الطبي، يجدر بنا أن ننقل إلى طريقة أخرى لتقدير التعويض ألا وهي التقدير الاتفاقي له والذي بموجبه يمكن للأطراف الاتفاق مقدما على مقدار التعويض عن الضرر، بحيث لا يتركوا ذلك للقاضي كما هو الأصل، بل يتفق الدائن والمدين على مقدار التعويض المستحق للدائن حالة تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وهو من أهم ما توصل إليه المشرع احتراماً لحرية الإنسان وحقوقه وإرادته، والسماح للأفراد بالتعاقد، واعتبار العقد شريعة المتعاقدين⁽³⁾، وهذا الاتفاق المقدم على مقدار التعويض يسمى بالشرط الجزائي⁽⁴⁾.

وتنص المادة 183 من القانون المدني الجزائري "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد..." ويقابل ذلك في القانون المدني الفرنسي نص المادة

(1) أنظر ملخص قرار محكمة السين الفرنسية في 14 فبراير 1958، أشار إليه محمد جلال حسن الأتروشي، مرجع سابق الهامش رقم 3، ص 160. انظر في هذا الصدد كذلك، شريف الطباخ، مرجع سابق، ص 193 وما بعدها.

(2) شريف الطباخ، مرجع سابق، ص 193. انظر كذلك، كريم عشوش، مرجع سابق، ص 210.

(3) تنص المادة 106 من ق.م.ج. العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقرها القانون.

(4) انظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الإثبات-آثار الالتزام، مرجع سابق، ص 852. قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص 119. "فكرة الشرط الجزائي، فكرة قديمة، وجدت في القانون الروماني، وقد اطلقت عليها التسمية اللاتينية stipulation poena وهي عبارة تحمل معنى الاشتراط أو العقاب، إذ كان الرومان يرون أن المدين الذي لا ينفذ التزاماته مجرمًا، ولم يكن الغرض منه حينذاك تعويض الضرر الناتج عن عدم تنفيذ الالتزام بل قمع الجرم المقترف من قبل المدين بعدم تنفيذ التزامه، لذلك اتسم الشرط الجزائي في القانون الروماني القديم بطابع العقاب." أكثر تفصيل انظر في هذا الصدد طارق محمد مطلق أبو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين 2007، ص 5 وما بعدها.

1226 التي تنص بأن: "الشرط الجزائي هو ذلك الذي بموجبه يحدد الطرفان المتعاقدان وبصورة حازمة مقدار الأضرار الواجبة الأداء في حال عدم التنفيذ"⁽¹⁾.

ويختلف تنظيم الشرط الجزائي في القانون الفرنسي عنه في القانون الجزائري والمصري، حيث يقوم القانون الفرنسي في تنظيمه للشرط الجزائي على الاحترام الكامل لإرادة الطرفين حيث تنص المادة 1152 ق م ف⁽²⁾ "إذا اشترط في الاتفاق أن الطرف الذي يخل بالتزامه يلتزم بأن يدفع مبلغا معيناً بصفة تعويض، فإنه لا يسمح للطرف الآخر باقتضاء مبلغ أقل أو أكثر..." لذلك أقر الفقه والقضاء في فرنسا أن الشرط الجزائي في حقيقته إنما هو تعويض جزائي، لا يملك القاضي تعديل قيمته إلا في حالة التنفيذ الجزئي والغش أو الخطأ الجسيم من المدين كما سنرى فيما سيأتي وهذا ما دعا الفقه في فرنسا إلى تسميته أحيانا بأنه عقوبة⁽³⁾.

وبموجب ذلك يمكن إقرار مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وفقا لنص المادة 106 من ق.م.ج، وتطبيقا لذلك في المجال الطبي يمكن للطرفين الطبيب والمريض أن يتفقا على تحديد قيمة التعويض التي ينالها المريض المضرور عند إصابته بضرر طبي وفقا لنص المادة 183 ق م ج الأنفة الذكر، خاصة إذا علمنا بأن مسؤولية الأطباء لم تعد تقصيرية فحسب بل أن بين المريض والطبيب الخاص عقد حقيقي أقره قرار "مرسي" الشهير الذي اعترف بوجود عقد يربط بين الطبيب والمريض⁽⁴⁾.

(1) **A.R.T. 1226 CCF** «La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention ,s'engage à quelque chose en cas d'inexécution».

A.R.T 1229 CCF«La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. Il ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard».

(2) محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 303-304.

(3) أحمد حسن الحياوي، مرجع سابق، ص 166.

(4) قرار محكمة النقض الفرنسية المعروف بقرار مرسي في 20 ماي 1936 أشار إليه، عشوش كريم، مرجع سابق، ص 06. مما جاء فيه: "Attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat"

Voir. Abdelhafid ossoukine .l'ABCdaire de droit de la santé et la déontologie médical. O.P.U Régionale d'oran 2006, P100.

والمادة 106 ق م ج ومنه يمكن لطرفيه المريض والطبيب أن يتفقا على مقدار التعويض المقرر دفعه من الطبيب للمريض المضرور حالة الإصابة، أو الضرر المترتب عن الخطأ الطبي وتبقى سلطة القاضي هنا بارزة من خلال التدخل في هذا التقدير إذا ما كانت هناك مبررات تستدعي ذلك.

ويمكن أن يتفق أطراف العقد كذلك على هذا المقدار في اتفاق لاحق للعقد، وذلك ما نصت عليه المادة 183 ق م ج/1 بقولها "...أو في اتفاق لاحق للعقد..." والتي تقابلها المادة 223 من ق م م، وبموجب ذلك يعتبر التعويض المقدر في الاتفاق اللاحق للعقد مستحق حالة إخلال المدين بالتزامه التعاقدية في التنفيذ أو التأخر حسب ما اتفق عليه في هذا الاتفاق اللاحق.

وتطبيقاً لذلك في إطار المسؤولية الطبية يمكن للطبيب والمريض أن يتفقا على تحديد مبلغ التعويض عن الضرر الطبي بوقت لاحق، ويكثر هذا الأمر في المسؤولية العقدية كما سبق حيث يندر في المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

وللقاضي في كل الأحوال السلطة الأسمى في التدخل في هذا التقدير زيادة أو تخفيضاً مراعاة لمصلحة الطرفين وصونا للعلاقة التعاقدية بينهما وذلك في حالات حددها القانون فيجوز زيادته في حالتين هما⁽²⁾:

1- حالة زيادة الضرر على التعويض المقدر.

2 - حالة ارتكاب المدين لغش أو خطأ جسيم.

وذلك ما نصت عليه المادة 185 من ق م ج تقابلها المادة 225 ق م م والتي تنص "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً"⁽³⁾.

(1) أحمد حسن الحياوي، مرجع سابق، ص 166.

(2) قدرى عبد الفتاح الشهاوي، آثار الالتزام ونتائجه وتوابعه في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف الإسكندرية، ط 2003، ص 134. انظر كذلك في هذا الصدد، بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 266.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الإثبات-آثار الالتزام، مرجع سابق، ص 868.

هذا بالنسبة لأنواع تقدير التعويض عن الضرر الحاصل للمريض، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هل يمكن طلب التعويض عن الضرر المتغير، أو بعبارة أخرى هل يحق للمصاب طلب التعويض عن عملية جراحية جديدة تحسينا لوضعه؟

الفرع الرابع: الضرر المتغير ووقت تقدير التعويض

قد يحدث تطوراً في الأضرار الناتجة عن التدخل الطبي، فما هي مسؤولية الطبيب عن هذه الأضرار؟ هل يسأل عليها جميعها أم عن الضرر الناشئ عن فعله فقط؟ للإجابة على هذا السؤال لابد من النظر إلى طبيعة العلاقة القانونية بين المريض والطبيب هل هي مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية؟ على اعتبار أنه في المسؤولية العقدية لا يلتزم المدين إلا بتعويض الضرر المتوقع أما الضرر الغير متوقع فلا يلتزم بالتعويض عنه، والأمر عكس ذلك في المسؤولية التقصيرية، حيث يلتزم المدين بتعويض كافة الأضرار المتوقعة والغير متوقعة⁽¹⁾.

وصدر قرار لمحكمة استئناف فرنسية بهذا الاتجاه⁽²⁾ اعتبرت بموجبه أنه يحق للمتضرر في حال تفاقم حالته أن يطلب بتعويض إضافي وإن كان قبض مبلغاً بتاريخ الحادث، لأنه ليس في القضية ما يدل على أن هذا المبلغ كان مقطوعاً نهائياً، وإنما بالأحرى على سبيل التعويض عن حالة الضرر الحالية دون أخذ ما يكن حدوثه في المستقبل بعين الاعتبار.

لكن الصعوبة تبتدئ في الحالة التي يتناقص فيها الضرر عما قدره القاضي ومن ثم أقام قضاؤه عليه، فهل يجوز معاودة النظر في التعويض في هذه الحالة بغرض إنقاذه؟ استقر الرأي على أن مثل هذا الاجراء ليس إجراء جائز، لأن تقدير القاضي للتعويض يكون قد حاز قوة الشيء المقضي به، ولا يستطيع المدعى عليه أن يدعي أن القاضي قد أخطأ في اعتبار أن الضرر محققاً حيث أن ذلك يخالف الحقيقة المستفادة من الحكم، ولا يستطيع كذلك أن يدعي أن القاضي أدخل في تقديره ضرراً وهمياً لم يتحقق لأن سوف يكون بمثابة

(1) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 544.

(2) استئناف فرنسي، قرار 1950/10/16 النشرة القضائية اللبنانية 1951/مشار إليه في مؤلف مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 201.

نسبة خطأ قانوني إلى حكم نهائي، وهو أمر غير جائز ولكن الحكم سوف يختلف بطبيعة الحال إذا كان القضاء بالتعويض لم يصبح نهائياً⁽¹⁾.

ونشير إلى أنه يجب التمييز بين الضرر وقت الإصابة وبين الضرر الجديد وتغير القيمة المالية للضرر وهذا الأخير تعتبر نتيجة كلاسيكية للتضخم أو التغير في سعر السوق، فإذا كان التعويض في شكل دفعة واحدة، فإن مراجعته تصطدم بمبدأ حجية الشيء المقضي فيه، فأما إذا كان التعويض عبارة عن إيراد مرتب، فإن دليل الريع التعويضي يسمح بتعويض الضرر تبعاً لتطور قيمته المالية، وقد تزداد الإصابة وتتفاقم بسبب خطأ المسؤول وعلى العكس من ذلك فقد تتفاقم بسبب لا يد للمسؤول فيه⁽²⁾.

الفرع الخامس: التعويض التكميلي عن تفاقم الأضرار بعد صدور الحكم النهائي.

عند تحديد التعويض عن الأضرار يأخذ القاضي بالاعتبار كافة العناصر المتوافرة لديه كما يمكنه الأخذ بالاعتبار الأضرار المستقبلية، فيما إذا كانت عناصر التقدير متوافرة لديه ولكن يحصل أحياناً أن يتفاقم الضرر بعد صدور الحكم، خصوصاً في الأخطاء الطبية، كفقدان البصر كلياً بعد أن كان الفقدان جزئياً أو حصل ضعف فيه، كما يمكن أن يستدعي الوضع الصحي للمصاب إجراء عدة عمليات جراحية، فهل يمكن للقاضي الحكم مجدداً بالتعويض عن هذه الأضرار المستجدة بعد صدور حكمه السابق واكتسابه الصفة القطعية؟ هنا يجب أن نميز بين حالات مختلفة⁽³⁾:

الحالة الأولى: إذا تبين أن القاضي أخذ في الحسبان التفاقم المنتظر وحدد التعويض المناسب له أو لما يتطلبه من تدخل جراحي مستقبلي أو من عناية إضافية فلا مجال للمطالبة بالتعويض الإضافي طالما أن المادة 182 من ق م ج اشترطت أن يشمل التعويض كافة الأضرار.

الحالة الثانية: لم يشمل الحكم بالتعويض الضرر المستقبلي واحتمال تفاقمه، عندها لاشك في أنه يحق للمتضرر طلب تعويض إضافي يعادل ما تكبده من نفقات معالجة ومن تعطيل عن العمل أو من إصابته بعاهة لم تكن متوقعة.

(1) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 545.

(2) بحماوي الشريف، التعويض عن الأخطاء الطبية العلاجية، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، 2019، ص 320.

(3) مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 686.

الحالة الثالثة: يمكن للقاضي أن يحتفظ بحق إعادة النظر في التعويض الذي قرره في حكمه لزيادته في حال حصلت مضاعفات لدى المصاب، كما يحق للمصاب أن يطلب من القاضي حفظ حقه في المطالبة بتعويض إضافي في حال طرأت مستجدات جعلت وضعه الصحي يتفاقم، فيكون الحكم الصادر قد حدد التعويض الصادر فقط للضرر الحالي الذي أمكن تحديده، فيكون تقديره مؤقتاً⁽¹⁾.

المطلب الثاني: طريقة طلب التعويض عن الأضرار الطبية

إذا ما ترتبت عن إخلال الطبيب أو المستشفى بالتزامه ضرر لأحد الأفراد، فإنه يحق لهذا الشخص المضرور المطالبة بالتعويض عنه وتختلف الجهة التي يقصدها المتضرر حسب نوع المنازعة، فقد يلجأ إلى القضاء العادي إذا ما تعلق الأمر بالخطأ الشخصي للطبيب، وقد يقصد القضاء الإداري إذا ما تعلق الأمر بمرفق صحي عام، كما أنه يمكنه المطالبة بالتعويض عن الضرر الطبي أمام القضاء الجنائي إذا ما نتج عن الجريمة المقترفة من الطبيب ضرر. وكإجراء جديد ظهر حديثاً من أجل تفادي التماطل الذي قد يحدثه القضاء في الحصول على التعويض، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض عن الحوادث الطبية بطريق التسوية الودية، من أجل التبسيط من إجراءات الحصول على التعويض وتوحيد نظام المسؤولية في قطاعي العام والخاص وتجنيب المضرور مشقة التقاضي⁽²⁾، وبما أن موضوعنا هذا يتمحور حول المسؤولية المدنية سوف نفتصر على الإشارة إلى التعويض أمام المحاكم المدنية (الفرع الأول) وكذلك نتطرق إلى الأسلوب الحديث للتعويض عن الضرر الطبي والممثل في التسوية الودية بتكفل من جهاز حكومي على أساس التضامن في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعويض أمام المحاكم المدنية

باكتمال شروط المسؤولية المدنية للطبيب كما سبق فالأصل أن يلجأ المضرور من جراء خطأ طبي إلى القضاء المدني رافعاً دعوى التعويض، فالقضاء المدني هو الطريق

(1) أنظر نص المادة 131 التي تنص على "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصف نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يكالِب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

(2) أنظر بلخون، مرجع سابق، ص 151.

الطبيعي لمثل هذه الدعاوى⁽¹⁾، فإن طريق الدعوى المدنية كوسيلة قضائية يستطيع المضرور الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه جراء خطأ الطبيب، ويختص بهذا القضاء المدني في القسم المدني للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم العلاج أي محكمة المستشفى الذي وقع فيه الفعل الضار وفقا لأحكام المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

فالقاضي هنا لا يتدخل في الخصومة بل أن دوره يتمثل في تقدير الأدلة، لكن ونظرا لطبيعة موضوع خصومة التعويض عن الأخطاء الطبية، فإن للقاضي تجاوز هذا الدور إذ بإمكانه أن يطلب إجراء خبرة طبية كما ستم الإشارة إلى ذلك فيما بعد في حالة عدم طلبها من الأطراف وذلك بأمر كتابي تناط فيه بالخبير مهمة البحث عن مدى أحقية وقوع الخطأ من جانب الطبيب أم لا⁽²⁾.

والأصل في كل دعوى مدنية أن تشمل طرفان، المدعي والمدعى عليه، فالمدعي هنا هو المريض المضرور بخطأ الطبيب، ويشترط فيه (المدعي) أن يكون أهلا لمباشرة الدعوى طبقا للمادة 459 من قانون الإجراءات المدنية القديم التي أصبحت المادة 13 في القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد⁽³⁾، أما المدعى عليه فهو الطبيب المتسبب بفعله الخاطئ في حصول الضرر للمريض، وإذا تعدد المسؤولون عن الضرر كانوا متضامنين في أداء التعويض عما تسببوا فيه بخطئهم، والمسؤولية تكون بينهم بالتساوي إلا إذا حدد القاضي نصيب كل واحد منهم⁽⁴⁾.

وتكون الأحكام الصادرة هنا قابلة للطعن بالاستئناف أمام المجلس القضائي، ولقد كان لمحكمة النقض الفرنسية (الغرفة المدنية) الدور الكبير في الدفع بعجلة التعويض عن الحوادث

(1) عبد الحكم فوده، التعويض المدني في ضوء الفقه وأحكام محكمة النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط1998، ص182.

(2) مختاري عبد الجليل، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، موسم 2006-2007، ص125.

(3) أنظر المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية الصادر بالأمر 66-154 القديم والذي حل محله ق 08-09 السابق الذكر. أنظر المادة 21 من قانون 08-09، والمواد 40-42-44 من القانون المدني الجزائري المعدل.

(4) حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 198. أنظر المادة 126 من القانون المدني الجزائري المعدل.

الطبية من خلال قراراتها المادية بذلك تحقيقاً للتوازن بين المصالح المتعارضة بين أشخاص عادين لا يتمتعون بامتيازات السلطة العامة.

الفرع الثاني: التعويض في إطار التسوية الودية

نظراً للتطور الذي عرفه الطب وما انجرَّ عن ذلك من تطور للمسؤولية الطبية، تغيرت النظرة إلى الأثر المترتب عنها وهو التعويض، فبعدما كانت مسألة المطالبة به تتم أمام القضاء كما سبق الإشارة إلى ذلك أصبح بإمكان المضرور أو المريض الذي تعرض لحادث طبي المطالبة بالتعويض بعيداً عن إجراءات ومشاق التقاضي.

ذلك ما كرسه المشرع الفرنسي بموجب قانون 04 مارس 2002 الذي أقر قواعد جديدة في المسؤولية الطبية، ما جعل المريض يلعب دوراً هاماً في الصحة وجاء بإجراءات تسوية ودية للحصول على التعويض، ونظّم هذا الأخير عن طريق الديوان الوطني للتعويضات الطبية⁽¹⁾. يرى الكثير من الفقه أن إصلاح نظام التعويض والمناداة بذلك ليس بالأمر الجديد في فرنسا، فقد نادى بذلك الأستاذ "A. TUNC" منذ مؤتمر الأخلاق الطبية المنعقد في باريس عام 1966 وما جاء بعده من مقترحات كان لها عظيم الأثر في تطور اجتهاد محكمة النقض الفرنسية، ولا أدل على ذلك من حكمها الشهير في 17-11-2000 والمسمى بقرار (Perruche) والذي كان القرار المعجل بمجيء قانون 04 مارس 2002 أو قانون "Kouchner"⁽²⁾، فقد جاء هذا القانون بالكثير من المزايا، لكن ما يهمننا هنا هو النظام الجديد الذي جاء به والذي بموجبه يمكن لضحايا الحوادث والأخطار الطبية سواء كان ذلك في المرافق الصحية العامة أو الخاصة⁽³⁾ الحصول على تعويض موحد نظراً للاختلاف الذي كان يطرأ على اجتهاد القضاء الإداري والمدني في هذه المسألة، فجاء قانون 4 مارس 2002 الفرنسي

(1) Jean penneau, Op. cit., p87.

(2) قانون Kouchner "سمي بذلك نسبة إلى الوزير الذي تبناه ودافع عن توجهاته الأساسية إلى حين صدوره"، نقلاً عيساني رفيقة، المسؤولية المدنية للطبيب أمام القاضي الإداري، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان-الجزائر، موسم 2007-2008، ص150.

(3) Jaques Moreau et Didier Truchet. Droit de la santé publique 06 EDETION-. DALLOZ 2004 , p 131.

بنظام يسمح بتعويضهم عن طريق التسوية⁽¹⁾ الودية على أساس نظام التضامن الوطني، أي التكفل الجماعي بتعويض الأضرار الحاصلة على مستوى المؤسسات الصحية العمومية، للتسهيل على المضرور وتجنبيه إجراءات ومشاق التقاضي⁽²⁾.

فبموجب هذا القانون يمكن للمضرور أن يستفيد من إجراءات تسوية ودية للحصول على التعويض عند وجود خطأ طبي حتى عند عدم قيام مسؤولية الطبيب أو المستشفى، كما نص القانون على إمكانية رفع دعوى قضائية ملازمة لإجراءات التسوية الودية بعد علم كل من لجنة المصالحة والقاضي المختص، وذلك لدعم الشفافية لهذه الإجراءات مع العلم أن تحريك إجراءات التسوية الودية للحصول على التعويض يمنع رفع الدعوى أمام القضاء المدني أو الإداري من جديد، ومن جهة أخرى يمكنه الاتجاه مباشرة إلى القضاء المدني أو الجزائي كما سبق ذكره دون المرور بمحاولة التسوية الودية، مما يفيد أن هذا الأمر اختياري في يد المريض⁽³⁾.

وتتجلى مراحل التسوية الودية فيما يلي:

نص القانون على أن تنشأ في كل إقليم لجنة للتوفيق أو المصالحة والتعويض Commission de conciliation et d'indemnisation يرأسها قاضي إداري أو مدني وتتشكل من ممثلين عن المنتفعين بالخدمة الصحية وممثلين عن الأطباء والمراكز الصحية العامة والخاصة وممثلين عن المكتب الطبي لتعويض الحوادث الطبية وممثلين عن الديوان الوطني للتعويضات وشركات التأمين، وشخصيات مؤهلة في مجال تعويض الأضرار الجسدية⁽⁴⁾.

وعلى كل متضرر أو من يمثله قانونا أو ورثته في حالة وفاته التوجه إلى اللجنة الآنفه الذكر التي حدث في نطاقها الجغرافي الفعل المرتب للضرر، وذلك بطلب يودعه لدى أمانة اللجنة مرفوق بما يثبت تعرضه للضرر أو الإصابة لتقوم اللجنة بعد ذلك أو رئيسها بالتحقق

(1) بلخوان غزلان، نظام التعويض عن الحوادث الطبية، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس الجزائر، موسم 2008-2009، ص152.

(2) عيساني رفيقة، مرجع سابق، ص156.

(3) بلخوان غزلان، مرجع سابق، ص160.

(4) Jean penneau, Op. cit., P86.

من شرط جسامه الضرر بمعرفة خبير ينتدب لذلك إجباريا، خاصة معدل العجز المصاب به، وبعد الفحص والتحقق في خلال ستة أشهر تقوم بما يلي:

- في حالة انتهاءها إلى وجود خطأ قائم في ذمة القائم بالعمل تقوم اللجنة بإخطار المضرور لإعلامه بإمكانية انتهاجها لإجراءات التسوية الودية وذلك بدعوة المؤمن الضامن للمسؤولية عن الضرر، والذي له أن يقدم عرضا بالتعويض الودي للمضرور خلال أربعة أشهر، وفي حالة قبوله يعد مخالصة نهائية⁽¹⁾.

وفي حالة رفضه يبقى للمضرور حق اللجوء إلى القضاء، وإذا كانت مؤسسة التأمين هي الرافضة للتعويض فهنا يتدخل الديوان الوطني لتعويض الحوادث الطبية للتعويض الكلي للأضرار⁽²⁾.

وإذا ما رأَت اللجنة أن الضرر ينتمي إلى الأضرار التي تم النص على تعويضها على أساس مبدأ التضامن الوطني، فإنها ترفع الأمر إلى الديوان الوطني لتعويض الحوادث الطبية الذي يعتبر بموجب المادة 1142 من قانون 04 مارس 2002 مرفق عمومي نوطابع إداري تابع للدولة مُمَوَّن من طرف أموال التأمين الصحي، وهنا يقدم الديوان بعد فحص الأمر عرضا للمضرور بالتعويض خلال 04 أشهر، فإن قبله أعتبر ذلك مخالصة نهائية وله بموجب المادة 14/1142 حق الرجوع في ما بعد على المؤسسة الصحية العمومية ومطالبتها بالتعويض الذي دفعه.

وفي حالة اكتشاف اللجنة لاشتراك كل من الخطر الصحي والخطأ الطبي في حصول الضرر، فنقوم بتحديد التعويض المتعلق بالمؤسسة الصحية العمومية والجانب الذي يتكفل به الديوان⁽³⁾.

إن قبول عرض المؤمن يساوي مصالحة Transaction حسب المادة 2044 من القانون المدني الفرنسي⁽⁴⁾، مفاده أن الاتفاق الودي بين الأطراف له حجية الشيء المقضي به

(1) Jaques Mareau et didier Truchet. Op. cit., P236.

(2) J. penneau, Op. cit., P87.

(3) Jaques Mourau, Didier Truchet, Droit de la santé publique. 6^{em} édition, DALLOZ 2004, P236.

(4) **ART.** 2044 C.C.F «La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent un contestation à naître, Ce contrat doit être rédigé par écrit. Ce contrat doit être rédigé par écrit».

كما لو كان حكماً صادراً من المحكمة⁽¹⁾، غير أن اللجوء إلى لجنة التسوية الودية كما سبق الإشارة ليس إجباري بل إعلامي هو الإجباري ومنه فمواعيد الطعن القضائي تظل معلقة إلى غاية آخر إجراء يتخذه⁽²⁾.

ففي حالة كون عرض المؤمن غير كاف أو غير متناسب مع الضرر الحاصل فللضحية رفضه واللجوء إلى القضاء المختص للحصول على التعويض المستحق وإذا ما تم ذلك ورأت المحكمة أحقية ذلك لها أن تحكم على المؤمن بأن يؤدي لديوان التعويضات جزءاً مالياً قدره 15% من مبلغ التعويض الممنوح زيادة على التعويض المستحق للضحية⁽³⁾.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض وموقفه من تقارير الخبراء

تثير مسألة تحديد مقدار التعويض جبراً للضرر تساؤلات عدة منها ما يتعلق بالجهة المختصة بتقدير التعويض، ومنها ما ينصرف إلى وقت تقديره، ومنها ما ينصب على محتواه أي مدى التعويض، مع العلم أن التعويض المتولد عن الفعل الضار بموجب المادة 182 مدني: "ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب" غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يُلزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد، وتستثنى من هذه القاعدة التعويضات العقابية⁽⁴⁾.

وللقاضي سلطة تقديرية في تقدير التعويض الناتج عن الخطأ والمسبب للضرر الحاصل ولا رقابة للمحكمة العليا شريطة توافر عنصرين هما: أن يُبرزوا بما فيه الكفاية العناصر التي استمدوا منها تقديرهم وقناعتهم، وكذلك أن تكون تلك العناصر مستنبطة من وقائع الدعوى والوثائق والمستندات المقدمة⁽⁵⁾ ضف إلى ذلك ما جاء في شأن السلطة التقديرية من خلال قرار للمحكمة العليا حين قضاوا بأن القضاة قدروا بما لهم من سلطة تقديرية التعويض

(1) بلخوان غزلان، مرجع سابق، ص 163.

(2) أنظر عيساني رقيقة، مرجع سابق، ص 158.

(3) بلخوان غزلان، مرجع سابق، ص 163.

(4) علي فيلاي، تطور الحق في التعويض، بتطور الضرر وتنوعه، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، الجزء الأول، بدون سنة نشر، ص 15.

(5) المحكمة العليا، ملف رقم 50548، بتاريخ 06/26/1989، م ق، 1990، 3، ص 154.

المستحق عن الفعل الضار، ويكونوا بهذه الكيفية قد سببوا قرارهم بدقة ومنحو له أساساً قانونياً⁽¹⁾.

وعلى العكس منه حين تقدير القاضي للتعويض الناتج عن الضرر المعنوي الذي يعتمد على العنصر العاطفي الذي لا يحتاج بحكم طبيعته إلى تعليل خاص، أذكر عناصر التقدير، علماً أن رقابة المجلس الأعلى في هذا المجال تهدف أساساً إلى التأكد من عدم تسوية الطابع المعنوي للضرر المعروض عنه⁽²⁾.

وتخضع سلطة القاضي عند تحديده الأضرار محل التعويض إلى رقابة المحكمة العليا كما سبق بيانه، حيث رفضت هذه الأخيرة في هذا الشأن طلب التعويض المادي للحبس المؤقت لما ثبت أن المدعي كان يستفيد من أداءات الضمان الاجتماعي والذي استمر من 2009/10/19 إلى غاية 2010/10/19 وعليه فإنه لم يحرم من هذا الدخل المتعلق بالتأمينات الاجتماعية خلال فترة الحبس المؤقت الغير مبرر، والذي لم يفوت عليه فرصة الكسب مما يجعل التعويض المادي عن هذه الفترة غير مؤسس على أن يعرض معنوياً بسبب المساس بسمعته وشرفه والتأثير عليه اجتماعياً ونفسياً⁽³⁾.

كما هو الشأن للطالب الجامعي المحبوس مؤقتاً لا يستفيد من التعويض، وذلك لانعدام الدخل، غير أنه يستفيد من التعويض المعنوي من جراء فقدان الحرية والعزل عن المحيطين العائلي والاجتماعي⁽⁴⁾.

وهنا سنعالج في هذا المبحث الذي قُسم إلى ثلاثة مطالب، إلى بيان كيفية تقدير القاضي لتعويض ضرر الخطأ الطبي العادي، (المطلب الأول) وفي (المطلب الثاني) سوف

(1) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 575980، بتاريخ 2010/07/22، م م ع 2010، 2، ص 159.

(2) قرار المحكمة العليا رقم 505072 بتاريخ 2009.12.17، الغرفة المدنية، قضية (ب.ي) ضد (ب.م)، المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية، عدد 1، 2010، ص 135. أنظر كذلك: قرار المجلس الأعلى، الغرفة الجنائية، ملف 24500، بتاريخ 1981/12/10، الاجتهاد القضائي، د م ج، 1990، ص 87.

(3) قرار المحكمة العليا، (إجتهادات لجنة التعويض) ملف رقم 005912 قرار بتاريخ 2011/12/07، م م ع، 2012، 1، ص 441.

(4) قرار المحكمة العليا، لجنة التعويض، ملف رقم 005743، قرار بتاريخ 2011/07/13، م م ع، العدد 1، 2012، ص 437.

تتم الإشارة إلى كيفية تقدير القاضي لتعويض ضرر الخطأ الطبي الفني، وفي (المطلب الثالث) سيتم التركيز على تقدير الخبير لتعويض الضرر الطبي وموقف القاضي منه، وذلك كما يلي:

المطلب الأول: تقدير القاضي لتعويض ضرر الخطأ الطبي العادي

تتضمن الممارسة الطبية إلى جانب كونها علم أو خبرة تقنية ممارسة جانب مهم من المتطلبات الإنسانية الراجعة إلى ورود هذه الممارسة على جسم آدمي هو الإنسان⁽¹⁾، لذلك فإن أخلاقيات المهنة الطبية تستدعي بروز هذه الإنسانية في العمل الطبي⁽²⁾، باعتبار أن الطبيب إنما هو وسيط في المحافظة على الصحة العامة، وضماناً من جهة ثانية لممارسة مهنة الطب في حرية تامة وحفاظاً على حرمة الجسد البشري من جهة ثالثة⁽³⁾.

ومنه فإن التزامات الطبيب المرتبطة بالإنسانية⁽⁴⁾ قد تترتب عنها أخطاء طبية مسببة لأضرار تستدعي التعويض عنها، فما هو دور القاضي عند تقديره لها؟ ذلك ما سيعالج في هذا المطلب الذي قُسم إلى فرعين، في أولهما سوف يُحدد معنى الضرر المترتب عن الخطأ الطبي العادي (الإنساني) وفي ثاني فرع يتم إبراز استقلال القاضي ب هذا النوع من الأضرار.

(1) محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ الطبي، مرجع سابق، ص 139.

(2) هديلي أحمد، (استقلال القاضي في تقدير الأخطاء المرتبطة بالإنسانية الطبية)، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تصدر عن كلية الحقوق، سيدي بلعباس، عدد 3، 2007، ص 239.

(3) Abdelhafid Osukine, L'ABCdaire de droit de la santé et de déontologie médicale, O.P.U. Régional d'oran 2006, p121

. أنظر كذلك: بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 02.

(4) أنظر المادة 7 من المرسوم التنفيذي 276/92 المتضمن م.أ.ط.ج، تقابلها المادة 14 من لائحة آداب مهنة الطب في مصر التي تنص "على الطبيب أن يبذل كل ما في وسعه نحو مرضاه وأن يعمل على تخفيف الألم وأن تكون معاملته لهم مشبعة بالعطف والحنان، أن يسوى بينهم في لرعاية ولا يميز بينهم...".

والمادة الثانية من قانون أخلاقيات المهنة في فرنسا التي تنص:

«le médecin au service de l'individu et de la santé publique exerce sa mission dans le respect de la vie humaine et de sa dignité.

Le respect du la personne ne cesse de s'imposer après la mort »

Voir le Code de déontologie Médical. Décret 95 – 1000 du 6 septembre 1995, Gilles Divers, pratique de la responsabilité médicale, op.cit., P249.

الفرع الأول: تحديد معنى الضرر المترتب عن الخطأ الطبي العادي (الإنساني)

ويعتبر الضرر المترتب عن الخطأ الإنساني هو ذلك المترتب على مخالفة الطبيب لما أوجبه عليه احترام البُعد الإنساني أثناء عمله الطبي⁽¹⁾. وتتنوع صور هذه المخالفات والأخطاء، حيث تُستمد من طبيعة العلاقة الطبية أو من أصول الوظيفة الطبية بذاتها⁽²⁾، فهي تلك الأضرار المترتبة عن الأخطاء المرتكبة من الأطباء أثناء مزاولتهم مهنتهم ولكنه لا يتصل بها، لذلك فهي أعمال غير مشروعة أو غير مباحة، وهناك من أطلق على هذه الأخطاء "الخطأ المادي والخطأ الواضح"⁽³⁾.

فمن هذه الالتزامات الطبية المرتبطة بالإنسانية الطبية، هناك ما هو مرتبط بالعلاقة الطبية، كالالتزام بإعلام المريض والحصول على رضاه المستنير، فرضا المريض ضرورة واجبة⁽⁴⁾ مهما كانت العلاقة بين الطبيب والمريض، وقبل استئناف أي تدخل علاجي، ويقع على عاتق المريض عبء إثبات عدم أخذ رضاه⁽⁵⁾ باعتبار أن كل مساس بجسم الإنسان دون مبرر يعتبر محظور إلا إذا كانت هناك موافقة من الواقع عليه التدخل، من ذلك ما نصت عليه المادة 360 من القانون 11-18 المتعلق بالصحة والتي نصت على أنه "لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء والأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع إذا عرض حياة المتبرع إلى خطر" ويجب أن يعبر المتبرع على موافقته للتبرع وعند الاقتضاء، للتبرع المتقاطع، أمام رئيس المحكمة المختص إقليمياً الذي يتأكد مسبقاً من أن الموافقة حرة ومستنيرة وأن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في هذا القانون⁽⁶⁾.

وهناك من الالتزامات الطبية المرتبطة بالإنسانية ما هو مرتبط بالوظيفة الطبية كالتزام بال العناية والعلاج الذي يلزم الطبيب بإنجاز عمله وفق ما تتطلبه المهنة وتستدعيه حالة

(1) علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 144.

(2) هديلي أحمد، مرجع سابق، ص 240.

(3) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 27.

(4) Hannouze.Hakem.precis de droit médicale, Réimpression OPU, Alger, 1993, P39.

(5) قرار محكمة النقض الفرنسية في 25-06-1997 المعروف بقرار Hedreul أشار إليه، هديلي أحمد، المرجع نفسه، ص 242.

(6) أنظر المادة 360 فقرة 1 وفقرة 3 و4 من قانون 11-18 مؤرخ في 18 شوال لعام 1439 الموافق لـ 2 جويلية سنة 2018 المتعلق بالصحة.

المريض، كإتمام عملية الفحص والتشخيص ووصف الدواء والمراقبة والتوجيه. إن رفض الطبيب علاج المريض فهذا فعل سلبي أو امتناع يجعل منه مخالف لمسلك الطبيب اليقظ يستوجب المساءلة عن كل ضرر جرّاء ذلك، ويمكن أن يشكل ذلك جريمة معاقب عليها جزائياً⁽¹⁾ ويدخل تحت الالتزامات الإنسانية المرتبطة بالوظيفة كذلك الالتزام بالمحافظة على السلامة الجسدية للمريض، فإتيان الطبيب لأي عمل لا تبرره غاية علاجية يعد إخلالاً منه بالالتزام تفرضه عليه وظيفته، فيكون عمل الطبيب مشروع إذا قصد به علاج المريض⁽²⁾، سواء كان ذلك في إطار عقد أو بدونه، فقد أبحاث التشريعات الحديثة عمليات التجميل الهادفة إلى إزالة تشويه بالجسم، كما قرر الشرع بأن إزالة الزوائد التي يولد بها الإنسان بالقطع من أجل التجميل لا توجب المسؤولية الطبية إلا إذا كان ذلك دون رضا صاحبها⁽³⁾. خلافا لعمليات تغيير الجنس والتجارب الطبية والوقف الإرادي للحمل التي يثور الإشكال في انعدام الغاية العلاجية منها⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: استقلال القاضي بتقدير تعويض ضرر الخطأ الطبي العادي (الإنساني)

إذا كانت الأضرار المترتبة عن الأخطاء الطبية الفنية لا تقدر من قبل القاضي ولا تستخلص إلا بالاستعانة بالخبراء الطبيين كما سيتم التطرق إلى ذلك فيما بعد فإن الأضرار المترتبة عن الأخطاء الإنسانية⁽⁵⁾ إنما يستقل القاضي بتقديرها ومنه يقدر التعويض عنها⁽⁶⁾ فلا حاجة للخبرة من أجل البحث عن المعيار الإنساني المدعى مخالفته من قبل الطبيب، فالقاضي هو من يقدر

(1) علي عصام غصن، مرجع سابق، ص151. أنظر كذلك هديلي أحمد، مرجع سابق، ص244. أنظر كذلك في هذا الصدد، السيد عبد الوهاب عرفة، مرجع سابق، ص74.

(2) شريف الطباخ، مرجع سابق، ص88.

(3) رايس محمد، (المسؤولية المدنية للأطباء في عمليات جراحة التجميل)، مقال منشور بمجلة المحاماة، دورية تصدر عن منظمة المحامين سيدي بلعباس الجزائر السنة 3 عدد 4 نوفمبر 2005، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص7.

(4) أنظر المواد من 377 إلى 399 في القسم الرابع المتعلق بالبحث في مجال طب الأحياء من قانون الصحة السالف الذكر.

(5) Abdelhafid ossoukine, L'abcaire de droit de la santé et de déontologie médicale, O. P. U. Régional d'Oran, 2006, P173.

(6) استئناف باريس في 20 فبراير 1992، أقرت فيه المحكمة بتعويض المريض عن الضرر الأدبي الناتج عن الإخلال بالواجبات الإنسانية، أشار إليه علي عصام غصن، نفس المرجع، ص144.

التعويض ويقرر مدى حدوث عدم الالتزام أم لا وهذا أمر يستوجب ضرورة إلمام القاضي بكل القواعد القانونية المحددة لواجبات الطبيب⁽¹⁾ سواء منها الواردة في التشريع الطبي أم في القانون المدني، أو قانون العقوبات، فلا يجوز للقاضي أو المحكمة سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الأطراف الاستعانة بخبير للمساعدة في إيضاح مسائل قانونية، فهذا مما يعد إخلال يُعَرِّض حُكمه للبطلان، إذ الأمر في هذا الصدد لا يتعلق بالمسائل الفنية التي تحتاج إلى علم أو فن لا يملكه القاضي⁽²⁾.

فبإمكان القاضي استخلاص وتقدير مدى تخلف التزام الطبيب بإعلام المريض كالتزام يفرضه واجب الطبيب مراعاة الإنسانية الطبية أثناء تأديته لمهمته الطبية في جميع مراحلها المختلفة فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه فيما عدا حالة الاستعجال أو رفض المريض للإعلام فإن الطبيب يكون ملزم بتقديم معلومات واضحة عن مخاطر العلاج المقترح ولا يعفى من ذلك ادعائه باستثنائية هذه المخاطر⁽³⁾.

وأكد ذلك مجلس الدولة الفرنسي في 05 يناير 2000 الذي أقر بأن تحقق المخاطر بصفة استثنائية لا يعفى الأطباء من التزامهم⁽⁴⁾، وفي جميع الأخطاء المرتبطة بالإنسانية الطبية والتي ترتب أضرار، فإن القاضي يستقل ودون استعانة بأي خبير أو مساعد بتقديرها أو تقدير التعويض عن أضرارها، وله سلطة في ذلك معتمداً على الوقائع التي أمامه، كما يمكنه الاستعانة بالقرائن القضائية، فإذا كان على الطبيب اتخاذ احتياطات معينة عند قيامه بالعملية الجراحية، وترك الجرح عرضة للتلوث كان للقاضي اعتبار ذلك قرينة على إهمال الطبيب⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: تقدير القاضي لتعويض ضرر الخطأ الطبي الفني (المهني)

إذا كانت الأخطاء الطبية المرتبطة بالإنسانية الطبية كما سبق الإشارة تستخلص من الالتزامات والواجبات الهادفة إلى احترام شخصية المريض وإنسانيته، فإن الأخطاء الفنية الناتجة

(1) هديلي أحمد، مرجع سابق، ص 247.

(2) محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 143.

(3) قرار محكمة النقض الفرنسية في 07-10-1998.

(4) تنص المادة 2/1111 من قانون 2002-303 الفرنسي السابق الإشارة إليه فيما يخص الإعلام:

«tout personne a le droit d'être informée sur son état de santé». Voir Jacques Moreau et Didier Truchet, op.cit., P211.

(5) السيد عبد الوهاب عرفة، مرجع سابق، ص 75.

عن الأطباء والمسببة لضرر يستدعي التعويض عنه، إنما تستخلص من الالتزامات التي تفرضها المهنة الطبية. لهذا، سوف نبين ما يستوجب من القاضي عند تقديره التعويض عن أضرار الخطأ الطبي الفني ومدى استعانه القاضي بالخبرة عند التقدير.

فالطبيب الذي لا يخالف القواعد الفنية لا يعد مرتكباً لخطأ كونه تصرف النمط المرجعي *le standard de référence*⁽¹⁾، ويرى البعض أن أغلبية الأخطاء الطبية هي من طبيعة فنية نظراً لاكتساحها كافة مراحل العمل الطبي، مما يوحي بالصعوبة التي تتاب عملية إثباتها⁽²⁾، وتقدير التعويض عن الأضرار الطبية المترتبة عنها، فالطبيب أو جراح الأسنان مسؤولون عن أي عمل مهني يقومون به وذلك ما نصت عليه المادة 13 من م. أ. ط الجزائري⁽³⁾.

ومن المعلوم أنه في نطاق العمل الفني، يجب الاعتداد في تقدير واجبات المهني وسلوكه عند حدوث الضرر بالمعيار المهني العادي، وهو الشخص الوسط من ذات الفئة التي ينتمي إليها الشخص المهني المسؤول، ولذلك يتعين على القاضي أن يراعي مستوى صاحب المهنة عند تقدير خطئه، إذ لا يجوز للمهني مهما كان بعد أن تقيد بأصول مهنته في اختيار العمل أن يهمل في أدائه، فعليه أن يكون محتاطاً وحذراً⁽⁴⁾.

(1) بودالي محمد، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والإدارية، تصدر عن كلية الحقوق جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، عدد 03 سنة 2007، ص 28.

(2) علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 154.

(3) أنظر المادة 13 من المرسوم التنفيذي 92-276 المتضمن م.أ.ط. الجزائري. تنص المادة 1/62 من دستور الجزائر لسنة 96 المعدل بالقانون 08-19 المؤرخ في 15-11-2008 الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16-نوفمبر 2008: "على كل مواطن أن يؤدي بإخلاص واجباته تجاه المجموعة الوطنية". كما تنص المادة 33 من قانون 95-1000 الفرنسي السابق الذكر:

«le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec le plus grand soin en consacrant le temps nécessaires en s'aidant dans tout les mesures de possible des méthodes scientifique les mieux appropriées et s'il y a lieu de concours apories». Gillees Devers, op. cit., P253.

(4) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، مرجع سابق، ص 287 وما بعدها.

ولتقدير التعويض عن الضرر المترتب عن الخطأ الطبي الفني يقوم القاضي باستخلاص هذا الخطأ من خلال المقارنة بين سلوك الطبيب المدعى عليه والسلوك الفني المؤلف لطبيب وجد في نفس الظروف للتحقق من مدى خروج الطبيب على السلوك المعتاد الواجب الإلتباع⁽¹⁾ إلا أنه ونظراً لطبيعة هذا النوع من الأخطاء الطبية فإنه يستلزم من القاضي الامتثال لاحتياطات معينة.

وهنا سوف نتناول ضرورة امتثال القاضي لمبدأ الحيطة والحذر عند تقديره تعويض ضرر الخطأ الطبي الفني في (الفرع الأول) وضرورة إستعانة القاضي بأهل الخبرة عند تقدير ضرر الخطأ الطبي الفني في (الفرع الثاني)

الفرع الأول: ضرورة امتثال القاضي لمبدأ الحيطة والحذر عند تقديره تعويض ضرر

الخطأ الطبي الفني

يتميز الخطأ الفني كما أقر الكثير بالغموض لذلك وجب على القاضي أثناء تقديره التعويض عنه أن يكون في غاية الحيطة والحذر، فلا يقر بوجوده إلا إذا أثبت ثبوتاً قاطعاً مخالفة الطبيب عن جهل أو تهاون للأصول العلمية الفنية الثابتة والقواعد العلمية الأساسية التي لا يحيط بها الشك، والتي تكون مفروضة على كل طبيب من نفس مستواه العلمي معرفتها، وإذا كان الفعل أو المسألة الطبية المنسوبة إلى الطبيب تشكل أمراً محل خلاف أو لا يزال النقاش دائر بشأنها، فليس للقاضي أن يوقع بنفسه في هذا الجدل العلمي سواء بالترجيح أو المخالفة بينها أو اتخاذ موقف معين فيها، إنما يجب عليه اعتبار الطبيب غير مخطئ وغير مسؤول ويجب على القاضي هنا أن يؤكد وبصورة قطعية وجلية أن الطبيب قد خالف الأصول العلمية المستقرة في علم الطب وقواعده الأساسية التي ليست مجالاً للجدل والخلاف⁽²⁾.

فهناك صعوبة حتى في التفرقة بين خطأ الطبيب الذي يأمر بنقل المريض إلى المستشفى في الوقت المناسب مثلاً، حيث أنه لا يسهل وصفه أنه خطأ عادي أو مهني وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها سنة 1954 أنه ليس من الضروري أن يكون خطأ الجراح جسيماً حتى يُسأل، ولكن مسؤوليته تتعقد عند نسيانه وقت تنفيذ التزامه آلة معدنية أو

(1) علي عصام غصن، مرجع سابق، ص154.

(2) المسؤولية الطبية، عن موقع جورسيديا الموسوعة الحرة <http://arjurispadia.org> تاريخ الزيارة 05 ديسمبر 2018 على الساعة 13:00 زوالاً.

قطعة من الشاش في جسم المريض وأن التزام الطبيب ببذل عناية يتطلب منه الحذر العادي⁽¹⁾، بل ليس من استطاعة القاضي بسبب عدم علمه الكافي بالمسائل الطبية أن يتصدى مباشرة لمناقشة هذه المسائل ويقدر بنفسه الأخطاء الطبية في هذا المجال، فله في هذا المجال أن يلجأ إلى المختصين من أهل الخبرة في الطب⁽²⁾.

الفرع الثاني: ضرورة استعانة القاضي بأهل الخبرة عند تقدير ضرر الخطأ الطبي

الفني

لقد وردت بشأن الخبرة الطبية عدة تعاريف نظراً لضرورة القضاء إليها من أجل تتوير رأي القضاة في شأن الإثبات والتقدير للأخطاء الطبية وتعويض الأضرار المترتبة عنها، وسوف نقتصر على أهمها.

فالخبرة هي إحدى طرق الإثبات التي نص عليها القانون في كثير من دول العالم وأباحها لطرفي الدعوى⁽³⁾.

فالخبرة ضرورة لا غنى عنها في مجال القضايا الطبية باعتبار أن محلها الجسد البشري الذي يقع في أعلى مراتب الاهتمام⁽⁴⁾ كما أنها تساعد القضاء على وضوح الرؤيا حول الأمر المتنازع فيه، بل أن تقرير الخبير كما سنرى يعتبر مستند رئيسي للأحكام القضائية الصادرة فيما بعد والمتعلقة بالقضية محل النزاع وهو كذلك وثيقة رسمية تلحق بالدعوى لدى المحاكم، فنظراً لاختلاط الأمور الفنية مع النواحي الطبية أحياناً يجعل مهمة القاضي صعبة إزاء عملية تقدير التعويض المترتب عن الخطأ الطبي.

(1) وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس فلسطين 2008، ص 63.

(2) Gilles Devers, Pratique de la responsabilité médical, Editions ESKA, paris, 2000, P268.

(3) Yvonne Lambert. Faivre, Droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation, 4^{em} édition, DALLOZ, 2000, P92.

(4) منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجناحية في الأخطاء الطبية، مرجع سابق، ص 124.

لذلك وفّر عليه القانون إمكانية اللجوء إلى أهل الخبرة من الأطباء لإلقاء الضوء أكثر على سلوك الطبيب المدعى عليه في ما إذا كان يتفق وسلوك الطبيب الحريص في مهمته⁽¹⁾. وفي إطار الحصول على التعويض وفقاً للإجراءات غير القضائية أي عن طريق التسوية الودية على أساس التضامن الوطني، والتي جاء بها قانون 04 مارس 2002 الفرنسي فقد اشترط في الخبرة التي تكون في هذا الإطار البعيد عن القضاء أن تكون وجاهية *contradictoire* أي بحضور جميع الأطراف وفي مواجهتهم ومجانبة *gratuite* بالنسبة للضحايا، أي مصاريفها تكون على عاتق الديوان الوطني للتعويضات وهذا ما يحفزهم على اختيار الطريق الودي على الطريق القضائي.

كما اشترط أن تكون جماعية *collégiale*، وقد أحاطها المشرع الفرنسي في القانون السابق الذكر بضمانات من أجل إنجازها في عدالة تامة، منها تحديد المهام الموكلة إليهم من طرف اللجنة الجهوية التي تقدم توصيات حول سلوكهم⁽²⁾.

المطلب الثالث: كيفية تقدير الخبير لتعويض ضرر الخطأ الطبي الفني وموقف

القاضي من ذلك.

إن تقدير الخطأ الطبي والتعويض عنه أمر موكول إلى القاضي ومن مهامه مهما كانت طبيعة هذا الخطأ، وإذا كانت مسألة تقدير الأخطاء الطبية المرتبطة بالإنسانية الطبية كما سبق الإشارة وتقدير التعويض عنها أمر يستقل به القاضي، فإنه في الأخطاء الطبية الفنية المسببة لضرر فغالبا ما يلجأ القاضي من أجل تقديرها وتقدير التعويض عنها إلى الاستعانة بخبير محلف من أهل المهنة والاختصاص إما من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد أطراف الخصومة⁽³⁾.

ومسألة تقدير التعويض في الدعوى المدنية تقوم على أساس الضرر اللاحق بالضحية، وليس الوضعية الاقتصادية والاجتماعية للطرفين⁽⁴⁾.

(1) طارق صالح يوسف عزام، أثر الطب الشرعي في إثبات الحقوق والجرائم، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص52.

(2) Jean Penneau, op. cit., P88.

(3) علي عصام غصن، مرجع سابق، ص153.

(4) قرار المحكمة العليا، ملف رقم 498587 بتاريخ 2009/01/21، م. م. ع العدد 1، 2010، ص250.

هنا يكون الخبير في موقف القائم بمهام صعبة ومتداخلة، منتهية بتقارير مساعدة للقضاء في عملية التقدير، ذلك ما سنشير إليه من خلال هذا المطلب. حيث ستنتم معالجة المهام الملقاة على عاتق الخبراء الفنيين الطبيين في تقدير التعويض وهم يقومون بهذه العملية في (الفرع الأول)، ثم إجلاء مدى حرية القاضي وسلطته في الأخذ بتقرير الخبير أم لا في (الفرع الثاني) وذلك كما يلي

الفرع الأول: المهام الملقاة على عاتق الخبراء في تقدير التعويض

تتصرف مهمة الخبير كما هو جلي إلى التفتيش عن المبررات المؤدية إلى وقوع الفعل الضار، وإذا كان من الممكن تلافيه وفقاً للمعطيات العلمية السائدة وقت إتيانه، ومدى إهمال الطبيب المدعى عليه، فعلى الخبير البحث في حالة المريض وظروفه، لتبيين الضرر الذي أصيب به فيما إذا كان من فعل الطبيب وخطئه وله أن يقدر التعويض عن الضرر مستعيناً ببلغة الأرقام كتقديره لنسبة العجز لأحد أطراف جسم المريض، دون أن يقدر ذلك نقداً فهذا من المسائل القانونية الخارجة عن نطاق اختصاص الخبير⁽¹⁾.

إن انتقال تقدير الوقائع من المجال العلمي إلى المجال القانوني أمر صعب جداً، وحتى تكون الخبرة وسيلة قضائية مناسبة يجب أن يكون هذا الانتقال بتقرير طبي مستمد من تقرير الخبير فهنا تكمن الصعوبة إذ يخشى أن يحيد أمهر القضاة وبحسن نية عن جادة الصواب، وهذا ما جعل البعض يعطي الصفة القانونية للخبير، وانتقد ذلك بدعوى أن الخبرة ما هي إلا تكملة لخبرة القاضي، وفي المجال الذي يجله⁽²⁾.

إضافة إلى ذلك فإن من مهام الخبير شرح القواعد الفنية الواجب مراعاتها في تحليل الواقعة محل النزاع، كما يدعم تقريره بالإحصائيات المعتمدة ويطبق المعطيات الفنية المناسبة⁽³⁾.

(1) محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 217. فالخبير الطبي ليس رجل قانون رغم امتلاكه شهادة طبيب شرعي.

أكثر تفصيل أنظر Yvonne Lambert, Faivre, op. cit

(2) تنص المادة 249 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد: «le juge n'est pas lie par les constatations

ou les conclusion de technicien» عن موقع <http://www.legifrance.gov.fr> ليوم 29 يناير 2017

وبالتالي فإن الخبير ما هو إلا مساعد للقاضي «un auxiliaire du juge» انظر مصطفى أحمد عبد الجواد

حجازي، مرجع سابق ص 99 .

(3) فتاحي محمد، مرجع سابق، ص 96.

ويمكن إجمال المهام الأساسية للخبير القضائي في المجال الطبي خاصة منهم الذين تختارهم المحكمة في ما يلي (1):

- دراسة حالة المريض وتتبع مراحل تطور مرضه ومسبباته، وقد أشارت إلى ذلك المادة 95 من مدونه أخلاقيات الطب الجزائري السابقة الذكر بقولها: "...ثم القيام عموماً بتقييم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية" (2).

- أن يحدد في تقريره ما إذا كان الطبيب قد ارتكب خطأ، كما يقدر الضرر الذي لحق المريض.

- على الخبير تجنب الآراء العلمية التي هي محل جدل والابتعاد عن طرح آرائه الشخصية خاصة في حالة عدم اتفاقها مع الأصول العلمية المستقرة.

- عدم الخوض في المناقشات القانونية الدقيقة بل بحث الوقائع المتعلقة بسلوك الطبيب وتقديرها من الناحية الطبية.

- على الخبير توخي الدقة والوضوح عند كتابة تقريره الطبي وفقاً لأحكام المادة 99 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري "يجب على الطبيب الخبير وعلى جراح الأسنان الخبير عند صياغة تقريره، ألا يكشف إلا العناصر التي من شأنها أن تقدم الإجابة على الأسئلة المطروحة في قرار تعيينه...".

- على الخبير القيام بهذه المهمة بنفسه وشخصياً ولا يوكلها إلى غيره ومع ذلك له أن يستعين بأهل الفن للاسترشاد بمعلوماتهم وآرائهم (3) وفي حالة قيام المحكمة بتكليف أكثر من خبير للقيام بالمهمة، وجب عليهم الاشتراك في إنجازها جميعاً ويعدون بشأنها تقريراً موحداً وفقاً لأحكام المادة 1/127 من قانون 08-09 المتضمن ق. إ. م. إ. د. كما نصت الفقرة الثانية

(1) ذلك ما نصت عليه المادة 126 من قانون 08-09 المتضمن ق. إ. م. إ. د.، إلا أن المادة 3/144 من ق. إ. ج. الجزائري حسب آخر تعديل له تنص: "ويجوز للجهات القضائية بصفة استثنائية أن تختار بقرار مسبب خبراء ليسوا مقيدين في أي من الجداول".

(2) وأجاز نفس القانون في المادة 4/151 "للخبراء الأطباء المكلفين بفحص المتهم أن يوجهوا له الأسئلة اللازمة لأداء مهمتهم بغير حضور قاض ولا محام".

(3) تنص المادة 1/149 من قانون إ. ج. ج. إذا طلب الخبراء الاستشارة في مسألة خارجة عن دائرة تخصصهم فيجوز لقاضي أن يصرح لهم بضم فنيين يعينون بأسمائهم ويكونون على الخصوص مختارين لتخصصهم "أنظر كذلك المادة 1/153 من نفس القانون، والمادة 1/127 من ق. إ. م. إ. د. 08-09 المتضمن ق. إ. م. أ. ج.

من نفس المادة أنه في حالة اختلاف آرائهم وجب على كل واحد منهم تسبيب رأيه⁽¹⁾ وفي حالة عدم استطاعة الخبير القيام بهذه المهام عليه أن يطلب إعفائه من المهمة ليعين آخر مكانه وذلك ما نصت عليه المادة 1/132 من نفس القانون، وإذا قبل الخبير المهمة ولم يقدّم بها جاز الحكم عليه وعند الاقتضاء بالتعويضات المدنية علاوة على استبداله كما جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة السابقة الذكر⁽²⁾ إضافة إلى العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات عند قيامه بالتقرير الكاذب وشهادة الزور⁽³⁾.

الفرع الثاني: حرية القاضي في تقدير تقرير الخبير الطبي

تنص المادة 144 من قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الأولى: "يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة" وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة: "القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة"⁽⁴⁾.

كما تنص المادة 156 من قانون الإثبات المصري على أن: "رأي الخبير لا يقيد المحكمة" وأقرت المادة 246 من قانون المرافعات الفرنسي بعدم إلزامية القاضي بنتائج الخبير⁽⁵⁾، كما قضت محكمة النقض المصرية أن تقدير عمل أهل الخبرة والموازنة بين آرائهم فيما يختلف فيه هو بما يستقل به قاضي الموضوع وله باعتباره الخبير الأعلى أن يقدر رأي الخبير ولو في مسألة فنية دون حاجة إلى الاستعانة برأي خبير آخر و لا أن يعد ذلك إخلالاً بحق الدفاع⁽⁶⁾.

(1) أنظر المادة 153/2 من ق.إ.ج.ج.

(2) أنظر المادة 1/132/2 من قانون 08-09 السابق الذكر.

(3) أنظر المواد 226 و238 من ق.ع.ج. حسب آخر تعديل له بقانون 09-01 مؤرخ في 25-02-2009.

(4) انظر المادة 144 من قانون 08-09 السابق الإشارة إليه.

(5) مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المسؤولية المدنية للخبير القضائي، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والمصري والكويتي، في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط 2004، ص99.

(6) أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط2005، ص261 وما بعدها.

مما سبق يتبين لنا جلياً أن الإجماع استقر على عدم إلزامية القاضي بما توصل إليه الخبير لكن ومع ذلك يأخذه بعين الاعتبار بل قد يلمح في حيثياته لمحتويات التقرير⁽¹⁾ ومن ذلك ما جاء في قرار المحكمة العليا⁽²⁾ الجزائرية لقرار قضاة الموضوع المستند إلى تقرير الخبرة بشأن إثبات خطأ الطبيب المؤدي إلى وفاة الضحية بسبب تجريعه دواء غير لائق بصحة المريض.

فالخبير لا يفرض رأيه على القاضي، ومنه لهذا الأخير سلطة تقديرية في الأخذ برأيه من عدمه، مما يعني أن الخبير لا يفصل في النزاع بتقريره بل أن هذا الأمر من مهام المحاكم فرأي الخبير إنما هو استشاري بالنسبة للقاضي⁽³⁾.

فعلى هذا الأخير أن يتفطن للتضامن الذي قد يُحتمل حُدُوثه بين الخبير وزميله الطبيب المدعى عليه، إذ أنه كما يقول الفقيه "savatier" الخبرة معهود بها من شخص عادي هو القاضي إلى طبيب خبير تفرض على القاضي أن يكون متيقظاً.

فإذا ما تبين للقاضي حسب المادة 146 من ق 08-09 أن العناصر التي بنى عليها الخبير تقريره غير وافية أن يتخذ ما يراه من الإجراءات اللازمة كأن يأمر بحضوره أمامه أو الأمر باستكمال التحقيق، مع ضرورة تبرير أسباب مخالفته لرأي الخبير⁽⁴⁾.

فتقدير التقرير الفني يرجع لسلطة قاضي الموضوع، فلا يحكم بثبوت الخطأ الطبي ولا يقدر التعويض عنه إلا بعد التحقق اليقيني الثابت منه بوقوعه، فلا يقضي بغير اقتناعه رغم مساعدة الخبير له⁽⁵⁾.

ولكن مع كل هذا كان لابد من استحداث آليات للتعويض تتوافق مع نظام المسؤولية المدنية نظراً لقصور وعدم كفاية آلية التعويض وفق قواعد المسؤولية المدنية التقليدية في تغطية جميع الأضرار المترتبة عن التدخلات الطبية.

(1) محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 221.

(2) قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات. ملف رقم 118720 بتاريخ 1995/05/30، قرار المحكمة العليا غرفة الجناح والمخالفات، ملف رقم 128892 بتاريخ 1995/12/26، أشار إليهما. طاهري حسين، مرجع سابق، ص 357 وما بعدها.

(3) علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 161.

(4) أنظر المادة 141 من قانون 08-09 المتضمن ق.إ.م.أ.

(5) منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجناحية في الأخطاء الطبية، مرجع سابق، ص 124.

فكما سبق القول فإن المضرور يجب عليه دائماً وفق هذه القواعد أن يقيم الدليل ويثبت خطأ الطبيب المتسبب في الضرر، حتى ولو كان هذا الخطأ مفترضاً، بحيث إذا ثبت وجود سبب أجنبي يدفع به الطبيب، فإن مسؤوليته الشخصية تنتفي ولأجل تجنب كل هذا، وتحقيق الحماية اللازمة وكفالة حق المضرور في ضمان التعويض له لتغطية الأضرار التي تعرض لها نتيجة الخطأ الطبي، كان من اللازم الاستجابة للطلبات المزيدة والمستجدة لضحايا الأضرار الطبية، وإصلاح نظام التأمين من المسؤولية المدنية الطبية قصد تدعيم الوظيفة التعويضية لهذه المسؤولية دون إلغائها ومن ثم استحداث أنظمة للتعويض تتوافق مع نظرية المسؤولية الموضوعية، وعدم حصر التعويض بين المضرور وبين المسؤول عن الضرر، وإنما أصبح التزاماً تتحمله الذمة الجماعية المتمثلة في أحد أنظمة التعويض الجماعية.

وتتعدد 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 بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن الأخطاء الطبية، وقد يكون صندوق تكافلي تتحمله الدولة.

وهذا ما سنحاول تبيانه في المبحث الآتي:

المبحث الثالث: التأمين من المسؤولية الطبية

يعتبر التأمين «Lassurance» وسيلة لمواجهة المخاطر التي قد يتعرض لها الإنسان في كيانه أو أمواله أثناء فترة حياته وهذا في سبيل التخفيف من وطئتها، ويعتبر الخطأ الطبي قضية حاسمة قد تواجه الطبيب أثناء حياته المهنية، وتعتبر التبعات القانونية اللاحقة للخطأ الطبي عبئاً ثقيلاً على الطبيب لاسيما وأن العقوبات التي قد تطاله نتيجة خطئه الطبي قد تصل حد الحبس والغرامة، لذا يمكن اعتبارها خطراً يمس حرته وأمواله، وقد وفر التأمين للطبيب حماية ضد المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، فلجأت كثير من القوانين المنظمة للمهن الصحية إلى حظر مزاوله المهنة دون التأمين ضد المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية.

ونصت المادة 25 من قانون المسؤولية الطبية الإماراتي على ما يلي: "يحظر مزاوله المهنة بالدولة دون التأمين ضد المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية لدى إحدى شركات التأمين المرخص لها في الدولة"⁽¹⁾.

وتعود بوادر ظهور نظام التأمين في المجال الطبي للفقيهين "Hneri Desoille" و"V.Cruzon" عام 1930م، على اعتبار أن هذا النوع من التأمين سيجعل المريض آمناً من المخاطر التي قد تقع عليه، كذلك الطبيب سيكون آمناً من دعاوي المسؤولية التي قد ترفع عليه، كما نوهت الأستاذة "Balamch Rodet" إلى أن تطبيق هذا النوع من التأمين يبدو منطقياً ومستحباً جداً، إذ من شأنه التقليل من المتابعات القضائية للأطباء التي تشكل عبءة حقيقية في وجه تطوير العلوم الطبية وعلى هذا الأساس جاء التأمين من المسؤولية لإحداث التوازن بين مصلحتين، مصلحة المضرور في الحصول على التعويض ومن جهة ابعاد الطبيب عن مخاوف المسؤولية⁽²⁾.

وفي حال كان الطبيب أو الاختصاصي الطبي عاملاً في مستشفى أو مركز طبي فإن الاشتراك بنظام التأمين يقع على عاتق صاحب المنشأة الطبية التي يعمل لصالحها، وقد أكدت ذلك المادة 26 من القانون السالف الذكر⁽³⁾ والواضح أن المشرع الإماراتي في هذه الحالة أضاف على صاحب العمل إضافة إلى إلتزاماته اتجاه العامل التي أقرها كل من قانوني العمل والضمان الصحي، أضاف عليه التزماً بالاشتراك عنه في التأمين ضد المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية.

ومما لا ريب فيه أن نظام التأمين من المسؤولية قد أدى إلى تغيير جذري في المفاهيم التقليدية للمسؤولية المدنية، سواء في اختفاء الوظيفة العقابية للمسؤولية أو في تلاشي وتواري

(1) مرسوم اتحادي رقم 04 لسنة 2016 المتعلق بالمسؤولية الطبية لدولة الامارات.

(2) يخلف عبد القادر، نحو مسؤولية موضوعية عن الاضرار الطبية، حوليات جامعة الجزائر، الجزء الثالث، العدد 31، ص46.

(3) المادة 26 تنص على "يلتزم صاحب المنشأة بالتأمين على مزاولي المهنة العاملين لديه ضد المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية كما يلتزم بالتأمين عليهم ضد المخاطر الناجمة عن ممارسة المهنة او بسببها ويتحمل صاحب المنشأة كامل أقساط التأمين في كلتا الحالتين".

* وفي المبحث هذا ⁽¹⁾ الصبغة الفردية للمسؤولية خلف ما يسمى بنظام اجتماعية المخاطر سنحاول استقصاء مدى تأثير التأمين من المسؤولية الطبية على الأساس التقليدي لمسؤولية الطبيب، خصوصاً في ظل ظهور نظام التأمين الاجباري من المسؤولية في بعض القوانين ولهذا سوف نتطرق إلى التعريف بنظام التأمين من المسؤولية الطبية (مطلب الأول) على أن نتعرض إلى الآليات المكتملة لنظام التأمين من المسؤولية المدنية الطبية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعريف بنظام التأمين من المسؤولية الطبية

تتمثل فكرة التأمين من المسؤولية الطبية بوجود طبيب ما يخشى أن يكون مسؤولاً عما يصيب المريض من ضرر، فيقوم بإبرام عقد تأمين ينقل بموجبه تبعه تعويض ذلك الضرر إلى طرف آخر وهو المؤمن ⁽²⁾ بحيث يؤمن نفسه من رجوع الغير (المتضرر) عليه بالمسؤولية فالغرض من التأمين من المسؤولية هو جبر الضرر الذي يصيب المريض أو ذوي حقوقه جراء التدخل العلاجي الواقع عليه، والمقصود هنا بالمسؤولية هو المسؤولية المدنية، أما المسؤولية الجزائية فلا يجوز التأمين منها حتى ولو كانت مجرد غرامة مالية، لأن ضمان المسؤولية الجزائية يتعارض مع النظام العام وأخلاقيات المهنة الطبية خصوصاً والتي تعد مصالح غير مشروعة ⁽³⁾.

أما من حيث تعريف التأمين فقد نصت المادة 619 من ق م ج على أن "التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراد أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".

يلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري لم يعرف التأمين من المسؤولية كعقد يرتب حقوق والتزامات على عاتق أطرافه، بل قام بوصفه مبيناً فكرته والغرض منه فقط.

(1) * فالمسؤولية المدنية ومنذ انفصالها عن المسؤولية الجنائية ظل ينظر إليها على أنها أداة لتحقيق وظيفتين الأولى الوظيفة العقابية الرادعة للسلوك غير الاجتماعي الضار بالمجتمع، والثانية الوظيفة التعويضية أو الاصلاحية المتمثلة في جبر الضرر الذي أصاب المضرور، وتقتضي الوظيفة الرادعة للمسؤولية أن يوقع الجزاء.

(2) بهاء الدين مسعود سعيد خويرة، الآثار المترتبة على عقد التأمين من المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح نابلس، فلسطين، 2008، ص 9.

(3) تنص المادة 621 على أنه "تكون محلاً للتأمين كل مصلحة اقتصادية مشروعة تعود على الشخص من دون وقوع خطر معين".

ويعرف الفقه التأمين بأنه عملية يحصل بمقتضاها أحد الطرفين، وهو المؤمن والمؤمن له نظير مقابل يدفعه وهو القسط على تعهد الطرف الاخر وهو المؤمن بدفع مبلغ من المال لصالح المؤمن له أو الغير عند تحقق خطر معين، ويتحمل المؤمن على عاتقه مجموعة من المخاطر⁽¹⁾.

ومن هنا فإن التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب عقد يتم بمؤداه تأمين الذمة المالية للطبيب ضد المطالبات التي يتقدم بها المضرورين، ويحمي حقوق هؤلاء من إفسار الأول إذ يجد المضرورين مسؤولاً عن مطالبهم يتمثل في شركات التأمين يتفاوضون منها حقهم في التعويض بدعوى مباشرة لا تخضع لتزاحم الدائنين، فالتأمين من المسؤولية الطبية يقوم على أساس إعفاء المؤمن له وهو هنا الطبيب من العبء المالي لتعويض الضرر الذي سببه للغير وتشتيت هذا العبء على عدد من المؤمن لهم، أي أنه ينقل المسؤولية المالية للطبيب بحيث تتكفل شركة التأمين بدفع مبلغ التعويض للشخص الذي وقع عليه الضرر، ومن ثم تبعث في نفس الطبيب الطمأنينة من حيث إزالة عبء التعويض عن كاهله وفي الوقت نفسه تبعث الطمأنينة في نفس المضرور بأنه سيحصل على حقه⁽²⁾.

وعلى الرغم من هذه الميزة لنظام التأمين من المسؤولية الطبية إلا أن هذا النظام لم يسلم من النقد، فقد وجه خصوم نظام التأمين من المسؤولية الطبية مجموعة من الانتقادات لهذا النظام حيث رفضه البعض لاعتقادهم أن الخطر الطبي لا يمكن أن يكون محلاً للتأمين⁽³⁾ غير أنه يتضح من خلال بحث شروط قابلية الخطر للتأمين منه استيفاء الخطر الطبي لهذه الشروط التي تتلخص في كون الخطر غير محقق الوقوع⁽⁴⁾ وغير متعلق بمحض إرادة أحد أطراف العقد، وألا يخالف النظام والآداب العامة، بينما ذهب فريق آخر إلى اعتبار نظام التأمين من

(1) خلود هشام خليل عبد الغني، الخطأ الطبي دراسة مقارنة في قانون المسؤولية الطبية الإماراتي لسنة 2016، مذكرة ماجستير، جامعة الامارات العربية المتحدة، 2017، ص87.

(2) أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص533 وما بعدها.

(3) أكثر تفصيلاً أنظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، الجزء 7 المجلد الثاني، ص1218.

(4) ويكون الخطر غير محقق الوقوع في حالتين: فقد يكون وقوع الخطر نفسه غير محتم فقد يقع وقد لا يقع، وقد يكون وقوع الخطر محتماً ولكن في زمن غير معلوم مثل الوفاة، وأما إذا كان الخطر مستحيل الوقوع كان عقد التأمين باطلاً لاستحالة محل التأمين وهو الضرر الناتج عن الخطأ، انظر عبد الرشيد مأمون، التأمين من المسؤولية في المجال الطبي، مرجع سابق ص69.

المسؤولية الطبية نظاماً يشجع على التقاعس والتقصير في أداء العناية الواجبة للمريض، فلا يقوم الطبيب بواجباته اللازمة نحو مريضه، أو يقدم رعاية أقل مما كان من الممكن أن يؤديها، نظراً لما يؤمنه له التأمين من تحصيل اتجاه المسؤولية⁽¹⁾.

وإذا كان التأمين من المسؤولية مشروعاً بالنسبة لمعظم الأفعال التي تنشأ عنها المسؤولية المدنية، فإن هذا لا يجوز أن يفهم على أنه بشكل مطلق، حيث إن هناك أنواعاً من الأخطار لا يجوز التأمين عليها من المسؤولية الناشئة عنها، سواء تعلق الأمر بالتأمين الاختياري، أو التأمين الإلزامي، إذ لا تلتزم شركات التأمين بتغطية كل المخاطر على اعتبار أن هناك مخاطر قابلة للضمان، وأخرى غير قابلة للضمان⁽²⁾.

هنا سنحاول دراسة ظهور التأمين الإجباري (الفرع الأول) وكيفية ونطاق التأمين من المسؤولية الطبية (الفرع الثاني)

الفرع الأول: ظهور التأمين الإجباري من المسؤولية الطبية

بدأت فكرة التأمين الإجباري في المجال الطبي عند الفقه الذي رأى أن نظام التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية للطبيب يحقق الحماية لكل من المريض والطبيب، فهو نظام من جهة يضمن للمريض التعويض عما يصيبه من ضرر، ومن جهة أخرى غطاء ضمان للطبيب يحميه من المطالبة بالتعويض، والأخذ بنظام التأمين يرفع الحرج على المضرور في مقاضاة الأطباء، طالما وأن من يتحمل التبعة النهائية للتعويض طرف آخر غالباً تكون شركة التأمين التي يتكفل الطبيب بدفع لها اقساط دورية⁽³⁾.

وتبعاً للمخاطر الجسيمة التي فرضها التطور التكنولوجي في المعدل الطبي، فإن الكثير من الدول فرضت تأمين إلزامي من المسؤولية المهنية، هذا ويقوم عقد التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية على فكرة أساسية هي التكافل والتعاون بين المؤمن لهم الذين يهددهم

(1) آمال بكوش، مرجع سابق، ص 335 وما يليها، عبد القادر أزوا، التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الاسكندرية، 2010، ص 6.

(2) مغني دليلة، نظام تعويض الاضرار الجسمانية الناجمة عن حوادث المرور، مجلة الحقيقة، جامعة ادرار، الجزائر، العدد 26، ص 228.

(3) أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 535.

خطر واحد، ويرغبون في تجنب نتائجه الضارة عن طريق تنظيم العلاقة التعاونية بينهم وتوزيع الأخطار كل بقسطه المحدد قانوناً⁽¹⁾.

هذا التأمين الإلزامي فرضه المشرع في بعض المجالات بمقتضى نصوص قانونية كما هو الحال بالنسبة إلى تأمين مسؤولية المتدخلين في أعمال البناء⁽²⁾، وتأمين مسؤولية المحامين⁽³⁾ وتأمين المسؤولية عن المنتجات⁽⁴⁾ والإلزامية التأمين عن حوادث السيارات⁽⁵⁾ ورتب المشرع على مخالصة هذه الإلزامية عليها من العقوبات الجزائية⁽⁶⁾.

تعد دولة السويد رائدة في الأخذ بالتأمين المباشر من المسؤولية المدنية الطبية كنظام قانوني لضمان تعويض الأضرار الناتجة عن الحوادث الطبية، ولها فضل السبق كأول دولة أوروبية تأخذ بهذا النظام، فمنذ عام 1975 أخذت محاولات تشريعية أصبحت قانوناً مطبقاً في محاولة للتغلب على عقبات المسؤولية المدنية التي تعترض دعاوى المتضررين في المجال الصحي وتم العمل به في 1976.07.01 ثم فلندا سنة 1987 والنرويج سنة 1988 والدنمارك سنة 1992⁽⁷⁾.

وتعد الامارات العربية المتحدة من بين الدول العربية التي تساير نظام إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب وفقاً للقانون الاتحادي رقم 4 لسنة 2016 السابق الذكر والمسمى نظام التأمين ضد المسؤولية عن الأخطاء الطبية وتحمل شركة التأمين نسبة 80% من قيمة قسط التأمين السنوي، في حين يتحمل مزاول المهنة باقي قيمة القسط مع العلم أن المادة 26 من هذا القانون تلزم صاحب المنشأة بالتأمين على مزاولي المهنة ضد المخاطر الناجمة عن ممارسة العمل الطبي أو بسببه، ولقد نص المشرع الأردني على أن مطالبة المضرور للمؤمن

(1) فضيلة ميسوم، الطبيعة القانونية لتأمين المسؤولية المدنية، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 27، الجزء الأول، جوان 2017، ص 82.

(2) راجع المرسوم التنفيذي رقم 414/95، المتضمن إلزامية التأمين في البناء من مسؤولية المتدخلين المدنية.

(3) القانون 07/13 المؤرخ في 24 ذي الحجة 1434 هـ الموافق لـ 29 أكتوبر 2013 المتضمن مهنة المحاماة.

(4) المادة 168 من الأمر 07/95 السالف الذكر.

(5) الأمر 15/74 المتضمن إلزامية التأمين على السيارات المؤرخ في 30 يناير 1974 المعدل والمتمم بالقانون رقم 31/88 المؤرخ في 19 يوليو 1988.

(6) عبد المجيد خطوي، مرجع سابق، ص 136.

(7) لقمان فاروق حسن نانه، مرجع سابق، ص 235.

له هو الذي ينشئ التزام المؤمن في التأمين من المسؤولية وأيدته بعض أحكام محكمة التمييز الأردنية⁽¹⁾.

وصوناً لممارسة هذه المهنة ألزم قانون الصحة الفرنسي في المادة 2-1142 المضافة بالمادة 98 من القانون رقم 2002-303 المؤرخ في 4 مارس 2002 الأطباء وجميع المؤسسات الصحية بالتأمين الإجباري من المسؤولية المدنية والإدارية.

أما جزاء عدم التأمين فقد فرض قانون الصحة العامة الفرنسي عقوبة الغرامة، والمنع من الممارسة الطبية في حالة عدم الالتزام بالتأمين من المسؤولية، وهذا ما نصت عليه المادة 25-1142 في الفقرة الأولى⁽²⁾.

لكن واجهت السلطات الفرنسية في مجال التأمين من المسؤولية الطبية تقاعس وامتناع بعض شركات التأمين من الاكتتاب لصالح الأطباء لتأمين مسؤوليتهم المدنية بحجة أن هكذا تأمينات تكلفها مبالغ كبيرة، وهذا لمعرفتها المسبقة بالأخطار المحدقة بهذا المجال لتعلقها بجسد الانسان، لكن المشرع الفرنسي تنبه لهذا الأمر عن طريق المادة 252-1 من قانون التأمينات فأنشأ مكتب مركزي Bureau Central de Traification بموجب القرار المؤرخ في 2003.06.30 يتم اللجوء إليه من طرف الممارسين الطبيين لتأمين نشاطهم، فيقوم المكتب

(1) خلود هشام خليل عبد الغني، مرجع سابق، ص 89 وما يليها.

(1) L. 1142-25 Ordonnance n°2010-177 du 23 février 2010-art. 7-NOR: المعدل بالقانون 303-2002 المعروف باسم قانون كوشنير SASX0930688R

Le manquement à l'obligation d'assurance prévue à l'article L. 1142-2 est puni de 45 000 Euros d'amende.

Les personnes physiques coupables de l'infraction mentionnée au présent article encourent également la peine complémentaire d'interdiction, selon les modalités prévues par l'article 131-27 du code pénal, d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de l'exercice de laquelle

l'infraction a été commise. Cette interdiction est portée à la connaissance du directeur général de l'agence régionale de santé qui en informe les organismes d'assurance maladie.

بالإزام شركة التأمين بالاكتتاب لصالح المؤمن له، فإن رفضت تعاقب بعقوبات قد تصل إلى حد سحب رخصة النشاط وهذا ما أكدته المادة 252-2⁽¹⁾ من قانون التأمينات الفرنسي.

أما في الجزائر فالوضع يختلف فقد نص المشرع على إلزامية التأمين بالنسبة للقطاع الخاص فقط دون القطاع العام، حيث يعد التأمين من المسؤولية الطبية شرط إلزامي لممارسة مهنة الطب، إذ لا يستطيع الطبيب أن يمارس مهنته إلا بعد إبرام عقد تأمين من المسؤولية المدنية مع إحدى شركات التأمين المرخص لها التي تتولى تغطية أخطائه الواقعة منه أثناء التدخل الطبي وهذا وفقاً لأحكام قانون التأمينات رقم 95-07 المؤرخ في 25.01.1995⁽²⁾ والمعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20.02.2006⁽³⁾ إذ نص في المادة 167 منه "على إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية بالنسبة للأطباء وأعضاء السلك الطبي والشبه طبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص، أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية اتجاه مرضاهم واتجاه الغير" وحسن ما فعل المشرع الجزائري في هذا الخصوص واعتبره من النظام العام.

ولكن الأحسن من ذلك أنه ألزم في قانون الصحة الجديد رقم 18-11 المتعلق بالصحة الهياكل والمؤسسات العمومية للصحة كذلك وكذا كل مهني الصحة الذين يمارسون

(1) L. 1142-25 Ordonnance n°2010-177 du 23 février 2010 - art. 7 - NOR: SASX0930688R المعدل بالقانون 303-2002 المعروف باسم قانون كوشنير

Le manquement à l'obligation d'assurance prévue à l'article L. 1142-2 est puni de 45 000 Euros d'amende.

Les personnes physiques coupables de l'infraction mentionnée au présent article encourent également la peine complémentaire d'interdiction, selon les modalités prévues par l'article 131-27 du code pénal, d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. Cette interdiction est portée à la connaissance du directeur général de l'agence régionale de santé qui en informe les organismes d'assurance maladie.

(2) المادة 167 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات المؤرخ في 25 يناير 1995، المتضمن قانون التأمينات الجريدة الرسمية الجزائرية، ع13 لسنة 1995.

(3) القانون 06-04 المؤرخ في 20.02.2006 المتضمن تعديل قانون التأمينات، الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 15 لسنة 2006.

بصفة حرة أن يكتبوا في إطار التأمين من المسؤولية المدنية والمهنية اتجاه مرضاهم واتجاه الغير إذ نص في المادة 296 من قانون الصحة الجديد المذكور أعلاه على أنه: "يتعين على الهياكل والمؤسسات العمومية والخاصة للصحة وكذا كل مهني الصحة الذين يمارسون بصفة حرة، اكتتاب تأمين يغطي مسؤوليتهم المدنية والمهنية اتجاه مرضاهم واتجاه الغير"⁽¹⁾ وبذلك يكون المشرع قد تدارك النقص الذي كان موجود في قانون الصحة 85-05 الملغى بالقانون 18-11 المتعلق بالصحة.

لكن مع هذه الإلزامية، لم يرتب المشرع في قانون الصحة الجديد الجزاء المادي على مخالفة هذا الإلزام، ولم يحطه بالسياج الكافي من القواعد القانونية التي تراعي خصوصية المجال الطبي⁽²⁾ مما يجعل قاعدة الالتزام بالتأمين من المسؤولية المدنية الطبية اتجاه المريض واتجاه الغير ناقصة من حيث آثار التخلف على القيام بعدم التأمين، أما في قانون التأمينات فقد جاء في المادة 184 من الأمر 95-07 المتضمن التأمينات على أنه "يعاقب على عدم الامتثال لإلزامية التأمين المشار إليها في المواد من 163 إلى 172 والمادة 174 بغرامة مالية تتراوح مبلغها بين 5000 دج و100000 دج يجب أن تدفع هذه الغرامة دون الإخلال باكتتاب التأمين المعني وتُحصل الغرامة كما هو الحال في مجال الضرائب المباشرة وتدفع لحساب الخزينة العمومية نلاحظ أن هذا الجزاء لا يتماشى مع جسامته الإخلال بالالتزام تأمين للمسؤولية الطبية.

الفرع الثاني: كيفية ونطاق التأمين من المسؤولية الطبية

التأمين من المسؤولية في مجال ممارسة مهنة الطب إما أن يكون فردياً بأن يبرم الطبيب عقد التأمين مع شركة التأمين، بحيث تلتزم بتغطية وضمأن أي حدث لعملائها من ضرر بسبب ممارسة المهنة في حدود مسؤوليتها، وفقاً لما تحصل عليه من معلومات وبيانات خاصة بعمل الطبيب والخطورة التي تنشأ عنه في مقابل الالتزام من جهة الطبيب بدفع أقساط

(1) قانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق لـ 2 يوليو سنة 2018 المتعلق بالصحة، ج. ر. ج. ع46.

(2) أكلي نعيمة، التأمين من المسؤولية المدنية الطبية كضمان لحماية المستهلك في ظل قانون التأمينات 06-04، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة الشلف، المجلد 07 العدد 06، 2018، ص384.

دورية للشركة⁽¹⁾ وبجانب هذا الشكل الفردي لإبرام عقد التأمين من المسؤولية الطبية يوجد شكل جماعي، ويتم ذلك في حالة اتحاد مجموعة من الأطباء يعملون في ظروف مماثلة، فيتفقون على إبرام عقد واحد يؤمن مسؤوليتهم مع شركة التأمين، وقد يبرم هذا العقد الجماعي من خلال الهيئة أو النقابة متى كان هناك وحدة الغرض، وهذا النوع من التأمين خاصة الجماعي يقلل من الشكليات والإجراءات المتطلبة لإبرام العقد كما أنه يوفر الجهد والوقت في مرحلة التفاوض لإبرام العقد ويؤدي إلى ارتفاع مبلغ التأمين الذي يحصل عليه كل مؤمن له⁽²⁾.

إن النشاط الطبي كأبي نشاط مهني آخر، قد يتضمن صورة يمكن أن يغطيها التأمين وأخرى لا يمكن أن تقبل شركات التأمين تغطيتها بشكل مطلق، أو تقبلها مقابل أقساط مرتفعة والتأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية نظراً لجسامتها تخضع من جانب شركات التأمين إلى تقدير دقيق جداً، تفادياً لتغطية بعض أشكال هذه المسؤولية تلافياً لنتائجها في المستقبل.

ومن هنا تبرز أهمية تحديد نطاق الأخطاء الطبية التي تشكل خطراً يؤمن عليها ولذلك سنقسم هذا الفرع إلى بندين، نتحدث في الأول: عن المخاطر التي يغطيها التأمين، وفي الثاني: عن الأخطاء المستبعدة التي لا يجوز التأمين منها.

البند الأول: المخاطر التي يغطيها التأمين

ينحصر التأمين في نطاق النشاط المهني الطبي الذي يمارسه الطبيب أو مساعده سواء تم هذا النشاط في المستشفى، أم العيادة أم المركز الصحي، حيث لا أثر للمكان الذي يزاول به النشاط الطبي المختص، إذ من المعتبر هو أن ينتج خطأ جراء الممارسة الطبية وخروج الطبيب عن نشاطه الطبي المحدد في عقد التأمين⁽³⁾ وسواء أوقع الخطأ أثناء ممارسة الطبيب لنشاطه في مرحلة التشخيص، أم مرحلة العلاج، أم خلال إجراء عملية جراحية أم خلال الاستشارة الطبية، أم الزيارة أم العلاج⁽⁴⁾.

(1) أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 536.

(2) عبد المجيد خطوي، مرجع سابق، ص 139.

(3) منال عوض حسن عبدالرحمن، مرجع سابق، ص 39.

(4) عبد الرشيد مأمون، التأمين من المسؤولية في المجال الطبي، مرجع سابق، ص 56.

كما يغطي التأمين المسؤولية الناجمة عن حوادث الآلات والأجهزة المستعملة والمستخدم في النشاط الطبي للطبيب أو المستشفى المؤمن له.

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر في 6 كانون أول 1994 على ذلك في دعوى ملخصها أن طبيباً أخصائياً أمراض الفم أجرى عملية ختان لطفل حديث الولادة ترتب عليها حدوث نزيف لهذا الطفل، فقام الطبيب بعمل بعض الإسعافات له، وواعد والديه بالرجوع إليه في اليوم الثاني، إلا أنه لم يعد إلا بعد مضي 36 ساعة وكان حالة الطفل قد تفاقمت، حيث أصيب بالتهاب موضعي مزمن⁽¹⁾.

وعند الرجوع إلى المؤمن بالضمان نازع فيه، وحين عرض الأمر على محكمة استئناف باريس قضت بتاريخ 12 فبراير 1992م بتقرير مسؤولية الطبيب المؤمن له واستبعاد ضمان المؤمن، على أساس أن النشاط الذي يغطيه عقد التأمين المبرم مع الطبيب المؤمن له، وهو نشاطه المأذون له قانوناً بممارسته⁽²⁾.

إلا أن الطبيب قام بالطعن لدى محكمة النقض، وقضت الأخيرة برفض الطعن وتأييد حكم محكمة الاستئناف، وقررت في حيثيات حكمها أن محكمة الاستئناف قد ذهبت إلى أن محل عقد التأمين المبرم بوساطة الطاعن (الطبيب المؤمن له) كان محدداً بتخصصه في طب أمراض الفم وأنه أي (الطاعن) لم يعلن للمؤمن عن ممارسته لنشاط آخر، إلا بعد تحقق الكارثة، ولما كان هذا الأخير لا يدخل في نطاق الضمان فإن الطعن غير مقبول.

وإن من بين أهداف التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية، هو أنه يغطي الآثار المالية المترتبة على تحقق المسؤولية المدنية للطبيب المؤمن له، ومطالبة المريض الذي أصابه الضرر بالتعويض، ونظراً لجسامة الأضرار الجسمانية الناتجة عن الأخطاء الطبية، فإن بعض الشركات، تسعى إلى تضمين الوثيقة التأمينية للأضرار التي تغطيها، وتستبعد بعض الأضرار التي لا يشملها التأمين.

(1) Cass.civ.lrc6.dé.1994.Bll.civ.1994.no.363.

مشار إليه في مؤلف: عبد الرشيد مأمون، التأمين من المسؤولية في المجال الطبي، مرجع سابق، ص56.

(2) عبد الرشيد مأمون، التأمين من المسؤولية في المجال الطبي، مرجع نفسه، ص57.

فالتأمين يشمل مسؤولية الطبيب المدنية سواء أكانت عقدية أم تقصيرية لأن الأصل في طبيعة المسؤولية الطبية أنها عقدية⁽¹⁾، إلا أنها ليست كذلك في جميع الحالات؛ فمن الممكن أن تكون مسؤولية تقصيرية في العديد من الفروض، إذ لا يمكن تصور وجود عقد، وتختلف رضاء المريض، وذلك في حالة أن يتدخل الطبيب من تلقاء نفسه، لإنقاذ جريح، أو أن يمتنع الطبيب بغير مبرر مشروع عن إنقاذ مريض، لذا يجب أن يغطي عقد التأمين من المسؤولية الطبية نوعي المسؤولية المدنية للطبيب، العقدية كانت أم التقصيرية بحيث لا تقتصر على إحداها دون الأخرى⁽²⁾.

وحتى في حالة ما إذا كان العقد، يتضمن النص على أنه يغطي مسؤولية الطبيب المدنية، دون توضيح مسؤولية عقدية أم تقصيرية، فإنه يجب أن يغطي التأمين مسؤولية الطبيب سواء أكانت عقدية أم تقصيرية، أي يلتزم المؤمن بذلك، حيث أن كليهما يندرج تحت مفهوم المسؤولية المدنية، لأنه يفسر نص المسؤولية المدنية، وإن اقتصر على المسؤولية التقصيرية فإن هذا يحد بقدر كبير من الضمان الذي يقدمه التأمين من المسؤولية وبخاصة في المجال الطبي، حيث في الغالب أن مسؤولية الطبيب هي مسؤولية عقدية⁽³⁾.
ويثور تساؤل حول إمكانية التأمين من المسؤولية الطبية بدون خطأ إلى جانب المسؤولية القائمة على الخطأ؟

وكان من مطالب الفقيه الفرنسي "Tunc" بالزامية خلق نظام جديد إلزامي يشمل التأمين من المسؤولية الطبية للمخاطر الطبية كافة، عن طريق التحول إلى نظام آخر وهو أن يبرم الطبيب تأميناً يغطي النتائج غير العادية التي تنشأ عن العلاج أو التدخل الجراحي⁽⁴⁾.

(1) عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج الطبي، مرجع سابق، ص13، طلال عجاج قاضي، مرجع سابق، ص67. محمد منصور، المسؤولية الطبية، ص145، الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، ص183.

(2) Lambert-Favre: droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation, 5e, Edition Dalloz, 2004, P270.

(3) فتحي عبدالرحيم عبدالله، المبادئ العامة لعقد التأمين، مشأة المعارف، مصر الطبعة 2، 2002، ص183.

(4) أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، التأمين من المسؤولية المدنية الناجمة عن الأخطاء الطبية، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2012، الأردن، ص168.

ويؤيد هذا الرأي جانب من الفقه الفرنسي⁽¹⁾ ما ذهب إليه الأستاذ Tunc بأن يغطي التأمين المسؤولية بدون أخطاء، فتغطية التأمين لكل المخاطر أفضل، لأنه يؤدي إلى تعويض المريض في جميع الحالات⁽²⁾.

ولا يعني الأخذ بمبدأ التأمين من المسؤولية بدون خطأ الاستغناء عن الخطأ كلية والبحث عن معيار آخر، لأن ذلك يخالف القواعد المستقرة في المسؤولية، ويرى العميد (سافاتييه) بأن نظرية المخاطر في القانون الفرنسي من الضروري الاعتراف بمكانتها، ولكنه يرى أن هذه النظرية لا تلعب إلا دوراً مكملاً لنظرية الخطأ، ولاشك أن الأخذ بالمسؤولية بدون خطأ وتغطيتها من قبل التأمين يؤدي إلى ارتفاع في الأقساط التي يلتزم الطبيب بها للشركة المؤمنة مما يؤدي إلى زيادة المصروفات على المريض بالنتيجة، كما أنه لا يعني التأمين من المسؤولية الطبية بدون خطأ تحويل التزام الطبيب، من كونه التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة فهذه المسؤولية استثناء على الأصل، أي أن التزام الطبيب بالتزام ببذل عناية كأصل عام⁽³⁾.

فقد أخذ المشرع الفرنسي بالتأمين الإجباري من المسؤولية في بعض المجالات الطبية استثناء على الأصل العام، بالمسؤولية بدون خطأ، والتي تقوم على فكرة الالتزام بنتيجة نقل الدم بموجب لائحة يونيو 1980م والتجارب الطبية بموجب القانون 20 ديسمبر 1988م، نظراً لعدم وجود علاقة فيما بين المريض المضروب وبنك الدم، فالمريض يتلقى الدم اللازم لعلاج بوساطة المستشفى أو الطبيب المعالج، فالعلاقة تكون بين بنك الدم والطبيب المعالج أو المستشفى الذي يتولى العلاج في إطار عقد التوريد الذي يكون بين المستشفى وبنك الدم⁽⁴⁾.

كما يمتد التأمين ليغطي الأخطاء التي تقع من تابعي الطبيب حيث يمكن أن يغطي الأخطاء التي تقع من التابع الذي يسمح له الطبيب المعالج بالتدخل في المعالجة وقد نصت المادة 121 فقرة الثانية من قانون التأمين الفرنسي على أن "يضمن المؤمن الخسائر والأضرار التي تقع بواسطة الأشخاص الذين يسأل عنهم المؤمن له".

(1) Lambert-Faivre: Op. Cit., P270.

(2) فتحي عبدالرحيم عبدالله، مرجع سابق، ص186.

(3) أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، مرجع سابق، ص176 وما يليها.

(4) Anne commbes: "responsabilité civile et assurance de transfusion sanguine", 1995, P21.

ويمتد نطاق عقد التأمين الذي يبرمه الطبيب إلى الأعمال التي تنتج أضراراً من ممارسة الطبيب لمهنته، دون أن يمتد إلى تغطية الأضرار الناتجة عن نشاط الطبيب باعتباره شخصاً عادياً وبهذا فإن هذا العقد يبتعد كلية عن باقي عقود التأمين التي من الممكن أن يبرمها الطبيب في مجالات أخرى كالتأمين عن الحياة أو التأمين عن الممتلكات، والتأمين من المسؤولية الطبية يغطي الأضرار التي تصيب الغير والواقعة من الطبيب شخصياً في ممارسة المهنة، كما أنه يمتد ليغطي تلك الأضرار التي تقع من تابعي الطبيب الذين يعملون لحسابه وكذلك يغطي التأمين نشاط الطبيب البديل الذي يحل محل الطبيب المؤمن له⁽¹⁾.

البند الثاني: الأخطاء المستبعدة التي لا يجوز التأمين منها

الأصل أن يشمل عقد التأمين الأضرار كافة، إلا أنه وفقاً للنصوص القانونية الآمرة بعدم شمول التأمين لبعض الأضرار، ويسمى هذا الاستبعاد بالاستبعاد القانوني، غير أن هناك أضراراً يتم الاتفاق عليها لاستبعادها، وخاصة وأن النشاط الطبي ذو طبيعة خاصة، قد يترتب عليه آثار في غاية الأهمية.

لذا سأتناول المخاطر المستبعدة والتي لا يجوز للتأمين تغطيتها وهي:

أولاً: استبعاد نتائج الخطأ العمدي من عقد تأمين مسؤولية الطبيب، حيث يضمن نتائج الأخطاء المهنية للطبيب سواء أكانت يسيرة أم جسيمة، ولكن لا يضمن عقد التأمين بأي حال من الأحوال الخطأ العمدي للطبيب⁽²⁾.

ثانياً: الغرامات والمصادرات، عقد التأمين من المسؤولية الطبية لا يغطي ما قد يحكم به على الطبيب من غرامات، أو مصادرة نتيجة فعله الخاص، كعقوبة جنائية منصوص عليها في قانون العقوبات، لأن هذه العقوبة تمتاز بالصفة الشخصية، لا يمكن لشركة التأمين أن تحل محل الطبيب.

ثالثاً: التأمين لا يغطي نتائج الأضرار التي تصيب تابعي المؤمن له الطبيب أفراد أسرته إلى الدرجة الثانية الناتجة عن خطأ الطبيب، والتي تصيب والدي الطبيب، أو أحد أقاربه

(1) محمد عبد الظاهر حسين، التأمين من المسؤولية المدنية والمهنية، دار النهضة العربية، مصر 1994، ص 26.

(2) أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، مرجع سابق، ص 191.

من الدرجة الثانية، عندما يقوم بمعالجتهم، حتى لا يحدث تواطؤ من قبل الطبيب بالاعتراف بقيام المسؤولية⁽¹⁾.

رابعاً: التأمين لا يغطي المسؤولية الناتجة عن جراحة التجميل نظراً للخطورة العالية لعمليات التجميل، فإن شركات التأمين لا تضمن نتائجها، وإن كان البعض منها يقبل التأمين منها ولكن مقابل زيادة في الأقساط، وسبب عزوف الكثير من شركات التأمين عن تغطية هذه العمليات، المبالغ الضخمة التي ستدفعها لتعويض المضرور⁽²⁾.

خامساً: لا يغطي التأمين المسؤولية الناتجة عن عمليات الإجهاض الاختياري، لأن هذا يخالف النظام العام، ويعاقب عليه في قانون العقوبات الجزائري، حيث نصت المادة 304 على ما يلي "كل من أجهض امرأة حاملاً أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأي وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 50000 إلى 100.000 ألف دينار" وجاء في الفقرة الثانية

"وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة وفي جميع الحالات يجوز الحكم علاوة على ذلك بالمنع من الإقامة".

البند الثالث: دور التأمين في تقليص الأساس التقليدي لمسؤولية الطبيب

لا يمكن إنكار دور التأمين من المسؤولية في إضعاف فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية حيث أصبح التأمين في الوقت الراهن عنصراً مشجعاً للقضاء في توسيع نطاق المسؤولية دون إثبات للخطأ عائقاً أمام ذلك، طالما أنا القاضي يعلم أن التعويض الذي يحكم به جبراً للضرر الذي لحق الغير ستتحمله الذمة المالية للمؤمن، فلما كانت مسؤولية الطبيب تقوم على فكرة الخطأ الواجب الإثبات، إلا أن نظام التأمين كام من بين الدوافع التي أدت إلى ظهور أفكار جديدة لم تكن مقبولة من قبل أو كان القضاء متردداً بشأنها، فظهر مبدأ السلامة كالترام بنتيجة يقع على عاتق الطبيب في بعض مجالات العمل الطبي كنقل الدم والتلقيحات واستعمال

(1) محمد عبد الظاهر، التأمين الإجباري، مرجع سابق، ص 98 وما يليها.

(2) محمد عبد الظاهر، التأمين الإجباري، مرجع نفسه، ص 99.

الاجهزة والادوات، وكذا قبول القضاء لتطبيق قواعد المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن الاشياء بعد أن تردد بشأنها⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الآليات المكتملة لنظام التأمين من المسؤولية المدنية الطبية

يعتبر التأمين من المسؤولية المدنية الطبية قفزة نوعية في المجال الطبي وبالتحديد في جانب الأخطاء الطبية والتأمين عليها، غير أنه لم يكن كافياً لجبر جميع الأضرار التي يخلفها النشاط الطبي.

سنعالج هذا المطلب من خلال والتطرق إلى الآليات المكتملة لنظام التأمين من المسؤولية المدنية الطبية بمعالجة التعويض بواسطة الدولة في إطار التضامن الوطني في (الفرع الأول) وصناديق الضمان لحاملي فيروس الإيدز في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعويض بواسطة الدولة في إطار التضامن الوطني

يستفيد من هذا التعويض باسم التضامن الوطني ضحايا الحوادث الطبية والإصابات الخارجية أو عدوى المستشفيات، عندما لا تتوافر أركان المسؤولية المدنية بالنسبة لمهني الصحة أو المؤسسات الصحية أو منتجي الأدوية عن الأخطاء التي يرتكبونها بمناسبة ممارسة أعمالهم، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 1/1142 من قانون الصحة العامة الفرنسي على أنه "عندما لا يمكن إثبات مسؤولية الطبيب أو المؤسسات أو الأقسام الطبية المنصوص عليها في الفقرة الأولى، فإن الحوادث الطبية تعطي للمريض المضرور في الحصول على التعويض باسم التضامن الوطني عندما تكون هذه الحوادث مرتبطة مباشرة بأعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج، وترتب عليها بالنسبة للمضرور نتائج غير عادلة وتمثل درجة من الخطورة⁽²⁾.

وتشمل الاضرار القابلة للتعويض عنها من خلال نظام التضامن الوطني كل عمل يتضمن الحوادث الطبية مع صعوبة إثبات أركان المسؤولية المدنية الطبية، ووفق شروط معينة منها:

أولاً: وجود ضرر ناشئ عن علاقة سببية مباشرة متعلقة بأعمال الوقاية والتشخيص والعلاج وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 31 مارس 2011 من أنه "لا يطبق نص المادة 1-1142 من قانون الصحة العامة الفرنسي باسم التضامن

(1) أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 543. أنظر كذلك آمال بكوش، مرجع سابق، ص 333.

(2) فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة القانون السوري والقانون الفرنسي، مرجع سابق، ص 148.

الوطني إلا للتعويض عن الأضرار الناجمة مباشرة عن أعمال الوقاية والتشخيص والعلاج، في حالة عدم توافر أركان مسؤولية ممتن العمل الصحي أو مؤسسة صحية أو صانعي منتجات دوائية، طالما أنه ترتب عليها بالنسبة للمريض نتائج غير عادية بشأن التطور المتوقع لحالته الصحية" فقد استخلصت المحكمة أن المريض أخذ في اعتباره أن الأوعية الدموية كانت عرضة لمضاعفات النزيف مما تسبب في أضرار لحقت به، وطالما أن هذه الأضرار لم ترتب نتائج غير عادية بالنسبة لحالته الصحية، وقد أيدت محكمة النقض ما توصلت إليه محكمة الاستئناف من أن تعويض الأضرار التي لحقت بالمريض لا يشمل التعويض باسم التضامن الوطني⁽¹⁾.

ثانياً: شرط الخطورة والجسامة حيث تعتمد اللجنة الإقليمية للمصالحة و التعويض على شرط الجسامة أو الخطورة الذي لحق بالمضروب حتى تصدر قرارها فيما يتعلق بالظروف المتعلقة بالضرر وأسبابه وطبيعته وكذا نظام التعويض الذي يتم تطبيقه وفقاً لنص المادة 12-1442 من قانون الصحة العامة الفرنسي⁽²⁾.

ثالثاً: الطابع الغير عادي للأضرار ويبدو هذا الشرط ضرورياً، فإذا كان الضرر ناشئاً عن الحالة الصحية للمريض، فلا تقوم مسؤولية الطبيب على أساس انتفاء شرط الخطأ، لأن الضرر ليس نتيجة حتمية لأعمال العلاج، ومن هذا المنطلق هذا الشرط يهدف إلى التمييز بين ما ينتج من إخفاق العلاج وتطور الحالة المرضية للمريض، وبين ما ينجم عن الحادث الطبي من أضرار⁽³⁾.

ونرى أن هذه الآلية كفيلة بإستدراك العوائق التي يتلقها المضروب نتيجة الخطأ الطبي وهو في طريقه لإستيفاء التعويض، بحيث يمكن للمشروع الجزائري تقنين مثل هذه القوانين في حالة وجود الإرادة السياسية لذلك.

(1) Cass 1^{er} 31 Mars 2011, Bll.civ.I.n 69 L article L.1142-1.

(2) فواز صالح، مرجع سابق، ص151.

(3) عبد ربة، محمد أحمد المعداوي، المسؤولية المدنية للطبيب عن أخطاء الفريق الطبي في ضوء التداعيات الطبية الضارة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مجلد 25، عدد 42، جامعة المنوفية، مصر، أكتوبر 2015. ص86.

الفرع الثاني: صناديق الضمان لضحايا حاملي فيروس الايدز

شكلت فكرة الضمان توجيهاً أساسياً لحركة تغيير فلسفة وآليات نظام تعويض الأضرار الناشئة عن مخاطر التي تهدد السلامة الجسدية للإنسان، لاسيما فيما يتعلق بتعويض ضحايا الإصابة بفيروس الإيدز عن طريق عمليات نقل الدم الملوثة المنظم بمقتضى القانون رقم 1406 لسنة 1991 الصادر في 31 ديسمبر سنة 1991، الذي نص بمقتضى البند الثالث من المادة 47 منه على إنشاء صندوق لتعويض ضحايا الاضرار الناتجة عن الإصابة بفيروس الإيدز الذين أصيبوا عن طريق نقل الدم الملوثة أو الحقن بمواد مشتقة من مركباته، والتي تقع داخل حدود الدولة الفرنسية عن طريق صندوق الضمان المخصص لذلك⁽¹⁾.

نخلص مما تقدم أن هناك الكثير من الفوائد التي يحققها التأمين الإلزامي من المسؤولية الطبية، خصوصاً بعدما تم النص عليه صراحة في القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة وألزم كافة الهيئات الصحية الخاصة منها والعامّة بالزامية التأمين من المسؤولية المدنية والمهنية وهي كالاتي:

أولاً: التأمين الإلزامي يؤدي إلى خلق وعي تأميني لدى الأطباء والكوادر الطبية، مما يساعد على رفع مستواهم المهني، ويخلق لديهم الحافز إلى رفع مستوى الأداء وبذل المزيد من الجهد، وتسخير الخدمة لمرضاهم ويحفزهم للعمل بدون خوف.

ثانياً: التأمين يضيف على الطبيب وعلى الكوادر الطبية والمستشفيات الطمأنينة والأمان⁽²⁾، اللذين يحتاجهما المؤمن له، كما يوفر التأمين الحماية ضد الأخطار الطبية التي توجههم أثناء ممارستهم لعملهم، حيث ان التأمين يولد لديهم الشعور بالطمأنينة والثقة بالنفس في أداء واجباتهم.

ثالثاً: التأمين الإلزامي يولد لدى الطبيب والكوادر الطبية كافة الدافع إلى الابتكار والإبداع واتقان العمل، ويقدم أفضل الخدمات للمرضى، ويشعر الطبيب بالصفاء الذهني

(1) آمال بكوش، مرجع سابق، ص 292.

(2) عبد القدوس الصديق، التأمين من المسؤولية وتطبيقاته الإجبارية المعاصرة، مكتبة الإمام البخاري للنشر والتوزيع، مصر، 2000 ص 269.

ويجعله يعمل وهو مطمئن، بأن أي خطأ غير مقصود فإن هناك جهة ستدفع عنه التعويض وينعكس ذلك ايجابيا على عمله⁽¹⁾.

رابعاً: التأمين يوفر الحماية اللازمة للطبيب والكوادر الطبية تجعله يقدم على العمل وهذه الحماية التي يوفرها التأمين تتمثل في حمايته من المسؤولية، على أساس أن ملاحظته عن أي خطأ يضعف روح الإقدام على العمل، ويدفعه إلى الأحجام في الكثير من الحالات عن عمله خوفاً من المسؤولية فالتأمين يبدي هذه المخاوف ويجعله يقدم على عمله بكل حرية⁽²⁾.

خامساً: يؤدي التأمين الإلزامي إلى استقطاب الكوادر الطبية العربية والعالمية وذوي الكفايات والخبرات للعمل في المؤسسات الطبية.

سادساً: التأمين الإلزامي من المسؤولية الطبية، يحقق الحماية والأمان والطمأنينة للمريض في الحصول على حقه في العلاج الأمثل والأفضل، باستخدام التقنيات والأجهزة الإلكترونية كافة.

سابعاً: حصول المريض المتضرر أو ذويه على تعويض عادل، يجبر ضررهم.

ثامناً: رفع الحرج عن المرضى من متابعة الأطباء، الذين في الغالب يقدمون أفضل ما لديهم من إمكانيات لعلاجهم، وبالتالي أصبحت مقاضاتهم مدعاة للحرج، وفي الأخذ بنظام التأمين الإلزامي رقد هذا الحرج.

تاسعاً: يستطيع المضرور المريض عن طريق التأمين الإلزامي الرجوع مباشرة على المؤمن بالدعوى المباشرة، دون الرجوع إلى المؤمن له، وإذا كان مبلغ التأمين لا يتناسب مع الضرر، أي كان قليلاً؛ يستطيع المضرور الرجوع على المؤمن له بالباقي.

عاشراً: والتأمين الإلزامي يحقق للمجتمع فائدة كبيرة، وهي أن شركات التأمين ستقوم بدور كبير في اتباع سياسات للحد من الحوادث والأخطاء الطبية من خلال برامج توعية، ولتثقيف المواطنين والأطباء، وإيجاد وسائل مدروسة دقيقة لمنع وقوع الأخطار أو التقليل منها.

(1) فتحي عبدالرحيم عبدالله، مرجع سابق، ص3.

(2) محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 143

خاتمة:

إن موضوع هذه الدراسة والمتمثلة في الخطأ الطبي في ضوء المسؤولية المدنية، الذي حاولت إتباع أسلوب التدرج بسبب أن الدراسة تركز على وقائع متتابعة ومتراطة تبدأ بالعقد المبرم بين المريض والطبيب مروراً بمراحل العلاج وصولاً إلى الضرر الحاصل نتيجة النشاط الطبي الواقع على جسد المريض وما يترتب من آثار قانونية.

ولخصوصية الدراسة التي كانت تستدعي تبيان العمل الطبي أساساً أدرجنا فصل تمهيدي يتمحور حول العمل الطبي، وحاولنا أن نبين مشروعية هذا العمل في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء مع إبراز شروط ممارسة العمل الطبي وأساس الإباحة معتمدين في نفس السياق على التمييز بين الأعمال الطبية المادية والأعمال الطبية الفنية، كما عرّجنا على تبيان بعض الأعمال التي تثار الجدل حول القصد العلاجي منها ومدى توافره.

وكان لزاماً التعرض للخطأ الطبي الموجب للمسؤولية المدنية باعتباره الركن الأساس في المسؤولية المدنية الطبية من حيث مفهومه، ومعياره، وتدرجه.

وإذا كان الطب والقانون علمان كلاهما يهدف إلى حماية الإنسان وحل مشاكله وتنظيم علاقاته، فإن هذا الانسجام أدى بظهورهما في قالب جديد يسمى (بالقانون الطبي) والذي يسعى فيه كل من الفقه والقضاء جاهدين لتفصيل أحكامه وتبيان نظرياته، كلما تطورت الأعمال الطبية وتكاثرت مخاطر الآلات والأدوات العلاجية.

وكان للقضاء والفقه دور بالغ الأهمية في البحث عن أساس ملائم للنشاط الطبي حيث استبعد العمل غير المشروع ووضعه في جانب العمل الجنائي، وظل العمل الطبي المشروع كأساس ساد بين الأطباء والاعتماد عليه في عدم مسؤولية الطبيب.

وإن تواتر الأساليب العلاجية وتقدم الفنون الطبية وحدثتها عموماً، لم يكن ليمر مرور الكرام على تطور المسؤولية الطبية كذلك انسجاماً مع تطور الطب، حين إنتقلت من مفهومها التقليدي القائم على الخطأ إلى مفهومها الحديث المستند على كفاية وجود الضرر في المجال الطبي دون البحث عن وقوع الخطأ.

ونظراً لأن طلب الحقوق لا تمارس إلا عن طريق رفع الدعاوى أما الجهات القضائية المختصة، فإن المشرع الجزائري حسم مسألة الاختصاص بنظر دعوى التعويض الناشئة عن الخطأ الطبي كاختصاص أصلي للمحاكم الإدارية، واختصاص استثنائي للمحاكم المدنية.

ولما كانت المسؤولية الطبية تدور غالباً حول الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو في عواطفه بسبب فقد عزيز له، كان تقدير التعويض في كثير من الأحيان من أدق الأعباء على عاتق القضاء، فهل من السهل مثلاً تقدير التعويض في حالة امرأة عجوز مصابة بالسرطان ماتت على إثر خطأ في العلاج، وهل من السهل حتى على الخبراء الإجابة على سؤال وجهته إليهم محكمة (السين) المدنية في قضية أقارب تلك المرأة تطالبهم فيه بتوضيح ما إذا كانت العملية التي أجريت لها قد تسببت في تعجيل وفاتها، وإلى أي حد؟

لهذا ليس من السهل تقدير قيمة الألام التي يعانيها المضرور أثناء العلاج وهي حتماً تدخل في عناصر الضرر الواجب تعويضه، وإذا كان بالإمكان تقدير قيمة تشوه فتاة في حادث قد يجعل زوجها متعزراً فعلى أي مبدأ استند مستشار محكمة استئناف ليون في تقديره للضرر الحاصل لمرأة عجوز ذهبت إلى الطبيب من أجل إعادة تحسين ثديها، فلم تقز سوى بالتحامات وانكماشات أضافها العطار إلى ما أفسد الدهر.

وهنا لا يمكن إلا أن نشتم ما جاء به المشرع الجزائري في القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة من حيث أنه وضح الرؤيا إلى حد ما بخصوص مدى إمكانية تقدير الخطأ الطبي الموجب لقيام المسؤولية المدنية، وهذه إشكالية البحث حين أناط وجود الخطأ الطبي أن يكون مثبتاً بخبرة طبية ليزيل بعض الغموض في هذا المجال.

وكذلك حين ألزم جميع الهياكل والمؤسسات العمومية وكذا من يمارس المهنة بصفة حرة من اكتتاب تأمين يغطي مسؤوليتهم المهنية اتجاه مرضاهم واتجاه الغير بعدما كان إلزامية التأمين فقط لممتهني الصحة الخواص.

أخير لا يمكن إلا أن نوجه تحية إكبار وإجلال وتقدير واحترام إلى الأطباء المحافظين على الأخلاقيات الانسانية زيادة على أخلاقيات المهنة، ولما يقدمونه من تضحيات في سبيل تأدية رسالتهم الإنسانية مستلهمين ضميرهم المهني في معالجة المريض.

النتائج:

1) يتبين أن العمل الطبي هو عمل إنساني يقوم به خيرة المجتمع من الأطباء وممتهني الصحة عموماً، ولهذا وجب إحاطته بقدر كبير من الضمانات لكلا أطراف العلاقة الطبية لبعث الطمأنينة لدى المرضى أثناء مساهمهم العلاجي وخلق نوع من الراحة لدى الأطباء خلال تأديتهم لمهامهم خصوصاً في جانب المسؤولية المترتبة على الخطأ الطبي.

(2) إن مجرد النص صراحة على مصطلح الخطأ الطبي في القانون 11-18 المتعلق بالصحة يعد خطوة إلى الأمام في الاعتراف بمسؤولية الأطباء عن الأضرار الحاصلة منهم جراء تادية عملهم الطبي، وبهذا يكون المشرع قد سد الهوة ولو قليلاً في فهم العلاقة التي تربط بين المريض والطبيب في حلة ثبوت الضرر، وأزال نوع من المشقة على القضاء في سعيه لاستخلاص الخطأ الطبي الموجب للتعويض.

(3) يستفاد مما تقدم أن الممارسة الأخلاقية لمهنة الطب تشكل عاملاً أساسياً لخلق جدار الثقة بين الطبيب والمريض، مما يستوجب على الطبيب أن يمارس مهنته في كنف المسؤولية وفي ستار أخلاقيات المهنة.

(4) وتبين لنا أن القضاء زلوج في أحكامه وقرراته بين المسؤولية المدنية بنوعيتها العقدية والتقصيرية ليستقر بعدها على معيار يحدد أساس المسؤولية على حسب طبيعة الالتزام في العلاقة بين الطبيب والمريض.

(5) إتضح جلياً أن خطأ الطبيب لا يمكن أن يخرج عن أحد الصنفين إما أن يكون خطأ عادياً وعليه يمكن للقاضي استخلاصه دون اللجوء إلى أهل الخبرة، أو يكون خطأ فنياً فيستعصي على القاضي استخلاصه، وله هنا الإستعانة بأهل الخبرة من الأطباء من أجل تبيانه.

(6) يستنتج من خلال أحكام القضاء الجزائري في إطار المسؤولية الطبية، قد وُفق إلى حد بعيد حين أخذ بالمعيار الموضوعي لتقدير خطأ الطبيب، لأنه الأنسب ومفاد ذلك أنه لا يقدر خطأ الطبيب طبقاً لمسلكه الشخصي، وإنما طبقاً لما يسلكه الطبيب العادي في نفس تخصصه وظروف ممارسته لعمله.

(7) توصلنا إلى أن المسؤولية القانونية في العمل الطبي وأخطاء الأطباء من المواضيع التي لازمت ممارسة العمل الطبي منذ أمد بعيد، وتطورت هذه المسؤولية بتطور الأعمال الطبية، فكلما زادت المخاطر في عصرنا هذا إلا ووجدت تطوراً تشريعياً في مجال سن القوانين رغم بطئها.

(8) وخلصنا أن عملية الإثبات لها من الصعوبة البالغة لاعتمادها على المسائل الفنية الدقيقة، وهذا لا يتأتى إلا بالاستعانة بالخبراء للغوص في أعماق جسم الإنسان لإزالة الشك باليقين لدى القاضي.

- (9) نستنتج أن مسألة الإثبات لم تعرف تطوراً في هذا المجال وبقي المريض يجد صعوبة مع المبدأ العام في الإثبات القائل "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" وهنا يكون المضرور أما صعوبة إثبات خطأ الطبيب.
- (10) نستنتج فكرة أن فوات الفرصة تجد بيئتها في المجال الطبي أكثر من غيره، وأن هذه الفرصة وفواتها سواء في الشفاء أو في الحياة هي ضرر في حد ذاته خصوصاً أن مسألة تضييع الفرصة قد تكون سبباً مباشراً في تضييع الحياة أو الشفاء بلا أثر.
- (11) تبين أن التعويض الطبي مسألة تقديره ليست بالمهمة السهلة، وهذا بالنظر إلى أن هذه المسألة غالباً ما تدور حول الأذى الذي يصيب جسد الإنسان أو عواطفه .
- (12) يستنتج كذلك أن الخطأ الطبي تتوافر فيه كل شروط الخطر الواجب توافرها في الخطأ كركن في عقد التأمين، مما يجعله قابل للتأمين.
- (13) نستخلص كذلك مما تقدم أن الأخذ بأحكام المسؤولية الطبية للطبيب يستلزم الاستعانة بنظام التأمين، الذي يعد وسيلة للحفاظ على جميع الأطراف المريض والطبيب في آن واحد مع الاعتماد على الآليات المكتملة لهذا النظام وذلك بتدخل الدولة عبر وسائل وأساليب جديدة لحماية المتضررين من النشاط الطبي وآثاره.
- (14) نخلص إلى أن التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء يقلل من اللجوء إلى غرف المحاكم ويضفي بيئة هادئة للطبيب من أجل ممارسة عمله وطمأنينة للمريض أثناء علاجه.
- (15) إن المتأمل في موضوع المسؤولية الطبية الناتجة عن الخطأ الطبي في التشريع الجزائري، لا يمكنه إلى أن يلاحظ شساعة الهوة بين التنظيم القانوني للمسؤولية الطبية في الدول المتقدمة وبين النظام القانوني الجزائري، ابتداءً من تكييف الخطأ الطبي على الصعيد التشريعي والقضائي وصولاً إلى تعويض المضرور تعويضاً يتناسب وجسامة الخطأ وحجم الضرر.
- (16) يلاحظ أن قانون الصحة الجديد ركز في أغلب تعديلاته على تعريف الصناعة الصيدلانية وما يتعلق بها نتيجة لما خلفه دواء " رحمة ري " من ضجة طبية وإعلامية، ولم يتعرض بالصريح لمسؤولية الأطباء عن أخطائهم الطبية وطريق معالجتها.
- (17) نستنتج أن الخطأ الطبي أصبح هاجساً يؤرق كل من المريض والطبيب في نفس الوقت، لكن كل هذا لا يمكن أن يثني كل من رجال القانون والطب في مواصلة خدمة رسالتهم

النبيلة في الحفاظ على جسد الإنسان انطلاقاً من قواعد متميزة لجسم الإنسان تراعي حرمة ومن ثم حمايته في مواجهة الغير.

المقترحات:

- 1) يتعين إدراج مقياس القانون الطبي لدراسة المسؤولية الطبية وأخلاقيات المهنة في تخصصات الطب والصيدلة وجراحة الأسنان وتطبيقها كمنهج دراسي.
- 2) على للمشرع الجزائري أن يتدارك الفراغ التشريعي في المجال الطبي وأن يحيط هذا المسؤولية الطبية بجملة من الضمانات لخصوصيتها من خلال تنظيم عقد العلاج الطبي والنص عليه صراحة في القانون المدني ولما لا في القانون الطبي في شقه المتعلق بالمسؤولية الطبية.
- 3) تضمين التشريع الطبي النص على مفهوم الخطأ الطبي ونزع اللبس بينه وبين الأخطاء المشابهة له ليسهل استخلاصه وتقديره.
- 4) ضرورة تفعيل عمل اللجان لمراقبة المضاعفات ودراسة حالة الوفيات بالمنشآت الصحية لاكتشافها ومواجهتها قبل تطور الأمور أمام جهات التحقيق الرسمية والقضائية.
- 5) على المشرع خلق آلية تسهل على المريض إثبات الخطأ الطبي، أو التبسيط في القرينة على قيامه من خلال الاعتماد استثناءً في المجال الطبي على تحقق الضرر دون اشتراط ثبوت الخطأ أي التحول من المسؤولية القائمة على الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، إلى المسؤولية دون خطأ.
- 6) تفعيل الدور الرقابي لوزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات على الممارسين لمهنة الطب والوقوف على المخالفات المتعلقة بالرعاية الصحية للمريض للحد من التزايد الفاحش للخطأ الطبي في جميع مراحلها، سواء في القطاع العام أو القطاع الخاص.
- 7) إنشاء سجل وطني لحصر المخالفات الطبية المبلغ عنها وتصنيفها بعد دراستها وتحليلها إحصائياً، ليتم على ضوء ذلك إعداد نشرات خاصة بالأخطاء الطبية الأكثر شيوعاً مصنفة حسب التخصص، وطرق تفاديها بما يضمن تثقيف الطبيب وأفراد المجتمع.
- 8) تكوين لجان طب شرعية تتكون من أطباء وفقهاء تكون مهمتهم إبداء الرأي الشرعي والعلمي والمهني والقانوني في كل مسألة طبية طارئة، وتحديد نوع الخطأ الطبي ومدى مسؤولية الطبيب، بغية إيجاد قانون يحدد الأخطاء الطبية ويكون فيصلاً في القضايا التي

تتشابك فيها المصطلحات والمفاهيم بين الخطأ الطبي والمضاعفات الطبية والحالات العائدة للقضاء والقدر من أجل مرافقة القضاء للفصل في القضايا .

(9) على القائمين إحاطة نظام التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب بعنصر الإجبارية بترتيب الجزاءات على مخالفته، الذي يشبه نوع التأمين المفروض على السيارات من أجل تفادي المخاطر والصعوبات الكثيرة التي أصبحت تحيط بمهنة الطب، بهدف التقليل من اللجوء للقضاء ضد أصحاب المآزر البيضاء.

(10) إحاطة إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب بجزاءات ردعية في حال ممارسة المهنة دون تأمين منها.

(11) على النقابات المهنية للصحة أن تلتفت لموضوع الخطأ الطبي وتجعل منه ورشة دراسية كبرى من خلال المشاورات والملتقيات وتبادل الخبرات حتى مع الدول الأجنبية ونقل هذه الخبرات للوطن والاستفادة منها للحد من هذه الظاهرة المتزايدة، وعدم البقاء والسعي فقط وراء الحقوق والمصالح الضيقة.

(12) زيادة الوعي القانوني لدى الأفراد، وإزالة فكرة وجود تعارض بين الإيمان بالقدر والمطالبة بالحقوق الشرعية.

(13) تشجيع الأفراد المتضررين أو ذويهم على ممارسة الحق القضائي والمطالبة بجبر الأضرار، لأن التنازل على هذا انعكس سلباً على الطبيب أثناء ممارسته لمهنته ويمنحوه نوع من اللامبالاة لعدم وجود العواقب.

(14) يمكن بلورة فكرة التضامن والتكافل الإجتماعي وفتح النقاش حول صناديق مخصصة للتعويض ذات طابع تشاركي على غرار عديد الدول الأوروبية كفرنسا والسويد والدنمارك والنرويج. وخلق الآليات التكميلية للحصول على التعويض في صورة مبلغ التأمين .

15) إنشاء صندوق تعويض ضحايا الأخطاء الطبية متعلق بالقضايا التي يشق على القاضي استخلاص الخطأ رغم وجود الضرر، على غرار صندوق تعويض ضحايا الإرهاب الذي أنشأ بمقتضى المادة 5/154 من المرسوم التشريعي رقم 93-18 المؤرخ في 29 ديسمبر 1993 يتعلق بقانون المالية لسنة 1994 حيث يتكفل بمعاشات ورأس مال التعويض وكذا الأضرار الجسدية والمادية على أعمال الإرهاب وفق الشروط المنصوص عليها.

16) السعي لإنشاء نظام قانوني لجسم الإنسان مستقل عما سواه، ومتصف بالواقعية ومستمد من مبدأ حرمة المساس باكيان الأدمي في جسده وكرامته، وأن نهجر بلا عودة تلك الحقبة الزمنية التي كنا نقم خلالها جسم الإنسان في بوتقة أنظمة وقواعد غامضة لا تمت لأخلاقيات المهنة بصلة.

17) إنّ المتأمل في نصوص التشريع الجزائري يبدو له واضحا تباطؤ الخطى التي يسير بها المشرع وعدم فاعليتها في مواجهة مستجدات الحقل الطبي وبالخصوص ما تعلق بالمسؤولية الطبية بالرغم من الجهود التي بذلها ولا زال في هذا المضمار، حيث سن القانون رقم 85-05 المؤرخ في 1985/02/26 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والقانون رقم 90-17 المؤرخ في 1990/07/31 المعدل والمتمم، ثم المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 1990/07/06 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، وأخيراً القانون 18-11 المتعلق بالصحة كل هذا ولا زال ملف المسؤولية الطبية الناشئة عن الخطأ الطبي لم تتضح وضوحاً جلياً، وفي رأينا أن هذا لا يتأتى إلا بإفراد قانون خاص يتعلق بالمسؤولية الطبية على غرار عديد التشريعات الغربية والعربية.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية

I النصوص القانونية

الديساتير

1 التشريع الأساسي

- 1) الدستور الجزائري لسنة 1963 (الجريدة الرسمية رقم 64 بتاريخ 10 سبتمبر سنة 1963 ص 888 وما بعدها).
- 2) الدستور الجزائري الاستفتاء عليه بتاريخ 28 نوفمبر 1996 الصادر في الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، والمعدل ب:
 - القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 الجريدة الرسمية رقم 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002 المتضمن تعديل الدستور.
 - والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008 المتضمن تعديل الدستور.
 - والقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016 المتضمن تعديل الدستور.

2 الإتفاقيات الدولية

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة 217 (ألف د 3 المؤرخ في 10 كانون الأول ديسمبر 1948).

3 النصوص التشريعية

أ القوانين العادية

- 1) الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966، الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم.
- 2) الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.
- 3) الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 10-01-1974 والمتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويضات على الأضرار المعدل والمتمم بقانون 88-31 المؤرخ في 19 يوليو 1988.

- (4) الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975، والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05/10 المؤرخ في: 20/06/2005 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد44، بتاريخ 26/06/2005 .
- (5) قانون 83-13 المؤرخ في 02-07-1983 المعدل والمتمم بالأمر 96-19 المؤرخ في 09-07-1996 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية.
- (6) قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الجزائري الجريدة الرسمية رقم 08 لسنة 22 مؤرخة في 17 فبراير 1985 المعدل بموجب القانونين 90-17 المؤرخ في 17 يوليو 1990 ج.ر. رقم 35 لسنة 1990 .
- (7) قانون رقم 88-07 مؤرخ في 07 جمادى الثانية عام 1408 الموافق 26 يناير سنة 1988، يتعلق بالوقاية الصحية وطب العمل.
- (8) القانون رقم 98-09 مؤرخ في ربيع الثاني عام 1914 الموافق 19 غشت سنة 1998، يعدل ويتمم القانون رقم-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الجزائري الجريدة الرسمية رقم 08 لسنة 22 مؤرخة في 17 فبراير 1985.
- (9) قانون رقم 03-10 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.
- (10) قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- (11) القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-09 مؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق 10 يونيو سنة 2018، ج ر رقم 35 المؤرخة في 13 جوان 2018.
- (12) قانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق لـ 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة.

4 النصوص التنظيمية

- (1) مرسوم تنفيذي رقم 91-107، مؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق لـ 27/04/1991 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالمستخدمين شبه الطبيين، ج. ر ج.، عدد 22، الصادرة بتاريخ 15/05/1991، معدل ومتمم.

- (2) المرسوم التنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 5 محرم 1413 الموافق لـ 6 يوليو سنة 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة رسمية رقم 52، الصادرة في 1992/07/08.
- 5 إجتهااد وقضاء المحكمة العليا ومجلس الدولة**
- (1) قرار المحكمة العليا الجزائرية، رقم 393828، بتاريخ 2008.01.23، الغرفة المدنية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 2، 2008.
- (2) قرار المحكمة العليا الجزائرية، ملف رقم 372290، بتاريخ 2006/11/15، المنشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول 2007.
- (3) قرار المحكمة العليا الجزائرية، رقم 387 المؤرخ في 1998/02/22، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد 3 1991.
- (4) قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية بتاريخ 11 ملف رقم، 1990/06/65920، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 2 سنة 1991.
- (5) قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، رقم 362397، الصادر بتاريخ 2003/03/11، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول، 2003.
- (6) قرار المحكمة العليا رقم 97774، الصادر بتاريخ 1993/07/07، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، 1994.
- (7) قرار المحكمة العليا، ملف رقم 50548، بتاريخ 1989 /06/26، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 3، 1990.
- (8) قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 575980، بتاريخ 2010/07/22، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 2، 2010.
- (9) قرار المجلس الدولة، الغرفة الجنائية، ملف 24500، بتاريخ 1981 /12/10، الاجتهااد القضائي، د م ج، 1990.

- 10) قرار المحكمة العليا، (إجتهاادات لجنة التعويض) ملف رقم 005912 قرار بتاريخ 2011/12/07، المجلة القضائية للمحكمة العليا، 2012.
- 11) قرار المحكمة العليا، لجنة التعويض، ملف رقم 005743، قرار بتاريخ 2011/07/13، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 1 2012.
- 12) قرار المحكمة العليا، ملف رقم 498587 بتاريخ 2009/01/21، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 1، 2010.
- 13) قرار المحكمة العليا، رقم 53010، بتاريخ 1988.05.25، الغرفة المدنية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 2، 1992.
- 14) قرار المحكمة العليا رقم قضية رقم 109568 بتاريخ 1994/05/24، الغرفة الجزائية، قضية (ل م) ضد (ب م ومن معه) والنيابة العامة، العدد الأول، مجلة المحكمة العليا الجزائرية، 1997.
- 15) قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 828422 رقم بتاريخ 2012 /07 /19، قضية (ح.ف) ضد (د.م)، مجلة المحكمة العليا الجزائرية، العدد 2، 2013.
- 16) قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية، رقم 0879889 بتاريخ 2013 /05/16، قضية الصندوق الجهوي للتعاون الفلاحي ضد ذوي حقوق (ر.ه)، المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية، العدد 2، 2013.

النصوص القانونية الأجنبية

- 1) مرسوم اتحادي رقم 04 لسنة 2016 المتعلق بالمسؤولية الطبية لدولة الامارات.
- 2) القانون المدني المصري. رقم 131 لسنة 1948.

المراجع

1 المؤلفات العامة

- 1) إبراهيم بن محمد الفائز، الإثبات بالقرائن في الفقه الاسلامي، مكتبة أسامة، الطبعة الثانية، الرياض 1403هـ/1983م.

- (2) أبو اليزيد على المتيت، جرائم الإهمال دار الجامعة للنشر، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1975.
- (3) أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- (4) أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، درا ابن عفان للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، السعودية، 1418هـ/1997م.
- (5) الفيومي أحمد بن محمد، المصباح المنير، مكتبة لبنان للنشر والتوزيع، بيروت، 1987.
- (6) أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط 2005.
- (7) أسامة عبدالله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة 1407هـ 1987م.
- (8) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ج2، الطبعة الرابعة، بن عكنون-الجزائر، 2007.
- (9) بلعليات إبراهيم، أركان الجريمة وطرق إثباتها، دار الخلدونية للنشر والتوزيع طبعة، الجزائر، 2012.
- (10) بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، طبعة 2006.
- (11) رأفت فودة، دروس في قضاء المسؤولية الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- (12) زبدة مسعود، الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، بدون عدد، الجزائر، 1989.
- (13) سعيد أحمد شعلة، قضاء النقص المدني في المسؤولية والتعويض، منشأة المعارف جلال جزبي وشركاؤه، الإسكندرية، 2003.
- (14) سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية (أركان المسؤولية الضرر والخطأ والسببية)، جامعة الدول العربية معهد الدراسات العربية، ج1، القاهرة، 1971.
- (15) سماتي الطيب، منازعات الضمان الاجتماعي في التشريع الجزائري، الجزء 01، دار البديع للنشر والخدمات، دار الكتب العلمية للطباعة والنشر، الجزائر، 2008.

- 16) سمير عبد السيد تناغوا، أحكام الالتزام والإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2009.
- 17) شهاب الدين أحمد بن غدريس القرافي، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ج12، 1994.
- 18) لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، ج 2، الجزائر 2005.
- 19) عبد الرحيم عبد الله، مقدمة العلوم القانونية، الكتاب الأول، في النظرية العامة للقانون، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1996/1995.
- 20) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- 21) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإثبات في الدعاوى الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، مصر، 2010.
- 22) عبد الله مبروك النجار، توازن المراكز القانونية بين الحق والالتزام، الطبعة الثانية، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، 2003.
- 23) عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، طبعة 1، مصر، 1998.
- 24) عبد عزيز كاظم، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة)، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 1، مصر، 1998.
- 25) عبد القادر أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود نحو نظرية عامة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى.
- 26) عز الدين الديناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، دار الكتب القانونية، الطبعة 1، مصر، 1997.
- 27) عز الدين الديناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، دار محمود للنشر والتوزيع، الطبعة 8، مصر، 2013.
- 28) علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982.

- (29) علي عبد الفتاح محمد، الوجيز في القضاء الإداري (مبدأ المشروعية-دعوى الإلغاء)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
- (30) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- (31) علي فيلاي، ملاحظات حول المسؤولية الطبية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 07، المركز الجامعي تامنغست، جانفي 2015، الجزائر.
- (32) فوزية عبد الستار، النظرية العامة للخطأ الغير عمدي، دار النهضة العربية، طبعة الأولى مصر، 1977.
- (33) مامون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، دار الفكر، المجلد الأول، بيروت.
- (34) محسن عبدالرحمن القدوس، مدى الالتزام بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التقدم العلمي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر، 1998.
- (35) محمد أبو زهرة، الجريمة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998.
- (36) محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، (دراسة مقارنة في أحكام المسؤولية التقصيرية في القانون)، الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 1990.
- (37) محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1995.
- (38) محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المناهج، دار المعرفة، طبعة 1، بيروت، 1997.
- (39) محمد عبد الظاهر حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية، دراسة تطبيقية على بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994م.
- (40) محمد عبد الظاهر حسين، التأمين من المسؤولية المدنية والمهنية، دار النهضة العربية، مصر، 1994.
- (41) محمد نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، دار المهدي المصرية، مصر، 1984.

42) محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، الطبعة 1، مصر، 1990.

43) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، دار النهضة العربية، مصر، 1989.

44) مراد شنيكات، الإثبات بالمعينة والخبرة في القانون المدني، دار الثقافة للنشر، عمان، 2008.

45) مسعود شيهوب، المبادئ العامة في المنازعات الإدارية، الجزء الأول، الهيئات والإجراءات، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 5، الجزائر، 2009.

46) منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1992.

47) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، الطبعة التاسعة، بيروت، 2013.

2 المؤلفات المتخصصة

1) إبراهيم احمد محمد الرواشدة، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، دار الكتب القانونية، مصر 2010.

2) إبراهيم الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان 2007.

3) أحمد حسن عباس الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2005.

4) أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب ومشكلة المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، دار السلاسل، بدون طبعة الكويت 1986.

5) أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي القضاء الكويتي والمصري الفرنسي، جامعة الكويت، 1986.

6) أحمد شعبان محمد طه، الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية والجنائية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، مصر 2015.

7) أحمد عيسى، مسؤولية المستشفيات الحكومية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان 2008.

- (8) أحمد محمود سعد، تغيير الجنس بين الحظر والاباحة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة 1993.
- (9) اسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2009، الأردن.
- (10) أشرف السيد جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- (11) القاضي مختار، أصول الالتزامات في القانون المدني، دار النهضة، الطبعة الثالثة، مصر، 1994
- (12) السيد عبد الوهاب عرفه، الوسيط في المسؤولية الجنائية المدنية للطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، بدون سنة الطبع، مصر، 2006.
- (13) آمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011.
- (14) أنور يوسف حسن، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، دار الفكر والقانون، الطبعة الأولى، مصر، 2014.
- (15) بحماوي الشريف، التعويض عن الأخطاء الطبية العلاجية، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، 2019.
- (16) بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، دار الإيمان، دمشق، 1984.
- (17) بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري (دراسة مقارنة) ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
- (18) بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجزائرية، بدون سنة طبع، الجزائر 2007.
- (19) جان شارل سورينيا تاريخ الطب من فن المداواة إلى علم التشخيص، ترجمة إبراهيم البجلاتي، إصدارات المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، بدون طبعة، الكويت، ماي 2002.
- (20) حبيب سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 2006.

- (21) حروزي عزالدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، 2009 .
- (22) حسن زكي الأبرشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، دار النشر للجامعات المصرية الطبعة الأولى، مصر، 2003.
- (23) حسنين منصور: المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2006.
- (24) عبد الحكيم فودة، التعويض المدني المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية في ضوء الفقه وأحكام محكمة النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1990.
- (25) خالد بن النوي، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2010.
- (26) خالد محمد شعبان، مسؤولية الطب الشرعي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الطبعة 1، مصر، 2008.
- (27) رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- (28) رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، دار النهضة المصرية، الطبعة الأولى، مصر، 2005.
- (29) زياد خالد يوسف المبرجي، المسؤولية الإدارية عن الأعمال الطبية، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2016.
- (30) سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في التشريعات العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، 1971.
- (31) سماتي الطبيب، حوادث العمل والأمراض المهنية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2013.
- (32) شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، بدون طبعة، مصر، 2011.
- (33) صاحب عبيد الفتلاوي، التشريعات الصحية دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 1997.
- (34) صفان محمد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، دار الثقافة، الطبعة الأولى، عمان، 2011.

- 35) طارق صالح يوسف عزام، أثر الطب الشرعي في إثبات الحقوق والجرائم، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
- 36) طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 37) طلال عجاج قاضي، المسؤولية المدنية للطبيب، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، طرابلس، لبنان، 2004.
- 38) عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف الإسكندرية، 1998.
- 39) عبد الرشيد مأمون، التأمين من المسؤولية في المجال الطبي، دار النهضة العربية، 1986.
- 40) عبد القادر خضير، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 41) عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.
- 42) عبد الله بن إبراهيم بن صالح الخضير، أحكام الأشعة واستخداماتها في الفقه الإسلامي، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الجزء الأول، السعودية، 2013.
- 43) عبد العزيز محمد الصغير، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2015.
- 44) على نجيدة، إلتزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 2000-2001.
- 45) علي حسن الدنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الخطأ)، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، جزء 2، مصر.
- 46) علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006.
- 47) غادة علي حامد العمروسي، اعتداء الطبيب على النفس وما دونها في ظل المفاضة الشرعية والاخلاقيات الطبية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، مصر، 2010.
- 48) لقمان فاروق حسن نانه، المسؤولية القانونية في العمل الطبي، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، الطبعة الأولى، لبنان، 2013.

- 49) مأمون عبد الكريم، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الاخلال به، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 50) محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر، 1998.
- 51) محمد إبراهيم سعد النادي، خطأ الطبيب وموقف الفقه الاسلامي منه، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، مصر، 2016.
- 52) محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، دار الفكر الجامعي، طبعة الأولى مصر، 2014.
- 53) محمد جلال حسن الأتروشي، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2008.
- 54) محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي (في ضوء التطورات المعاصرة لأحكام المسؤولية الطبية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016.
- 55) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.
- 56) محمد رياض دغمان، القانون الطبي، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، لبنان، 2017.
- 57) محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة في القضاء المصري والفرنسي، دار النهضة، مصر، 1993.
- 58) محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام، (الاتجاهات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي) منشأة المعارف، مصر، 2003.
- 59) محمد محمد القطب، المسؤولية المدنية الناشئة عن أضرار الدواء، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، الإسكندرية، 2044.
- 60) محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- 61) محمود زكي شمس، مسؤولية الأطباء التقصيرية في التشريعات العربية، مؤسسة عبور للطباعة والنشر، بدون طبعة، دمشق، 2013.
- 62) مندر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، الدار العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.

- 63 منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2014.
- 64 منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدلة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989.
- 65 منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2011.
- 66 منير رياض حنا، الخطأ الطبي والجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية واللاتينية والأمريكية، دار الفكر العربي الطبعة الأولى، مصر، 2008.
- 67 نصر الدين ماروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائرية، 2003.
- 68 فتحي عبدالرحيم عبدالله، المبادئ العامة لعقد التأمين، مشاة المعارف، مصر الطبعة 2، 2002.
- 69 هشام محمد مجاهد القاضي، الامتناع عن علاج المريض بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.
- 70 وائل محمود أبو الفتوح العريزي، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، دار المغربي للطباعة، مصر، 2006.
- 71 ناسوس نامق برخاس، قبول المخاطر الطبية وآثره في المسؤولية المدنية، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2013.
- 72 يوسف جمعة يوسف، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الاطباء في القانون الجنائي لدولة الامارات العربية المتحدة، منشورات الحلبي، بيروت، 2003.

3 المعاجم

- 1 ابن منظور، لسان العرب، دار الفكر، بدون سنة طبع، بيروت.
- 2 ابو عمر يوسف النمري، استذكار الجامع لمذاهب فقهاء الامصار، دار الكتب العلمية، تحقيق سالم محمد عطا، محمد علي معوض، سنة النشر 2000.
- 3 أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترميدي، سنن الترميدي، دار بن كثير، الرياض، 2007.
- 4 الإمام الحافظ أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، بيت الأفكار الدولية، الرياض، 1998.

4 المقالات والمدخلات والبحوث

أولاً المقالات

- 1) إبراهيم صالح الصرايرة، التنظيم القانوني للتعويض عن الضرر المرتد وفقاً للقانون المدني الأردني، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، جامعة السلطان قابوس، بدون عدد، جامعة السلطان قابوس، عمان، 2014.
- 2) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تقويت الفرصة، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الاول، السنة العاشرة، 1986.
- 3) إحسان العيدوني، إثبات الخطأ الطبي وإشكالاته، مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية، العدد الثاني، أكتوبر، 2017.
- 4) أدرويش أحمد، الخطأ الطبي والمسؤولية عرض الإشكالية والتقييم المقارن للقوانين الوطنية، تعريف الخطأ الطبي، المهنيون أو الممارسون، المستشفيات والمصحات والمختبرات، مجلة القضاء المدني، عدد 4، جامعة أكسال، المغرب، 2011.
- 5) أكلي نعيمة، التأمين من المسؤولية المدنية الطبية كضمان لحماية المستهلك في ظل قانون التأمينات 04-06، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة الشلف، المجلد 07 العدد 06، 2018.
- 6) البنا فكري حلمي، معصومية الجسد بي المسؤولية المدنية والخطأ الطبي، مجلة الاقتصاد والمحاسبة، عدد 616، دار المنظومة، افريل 2006.
- 7) الهادي خضراوي، عبدالقادر يخلف، عمليات التلقيح الإجباري ونظام المسؤولية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 10، جامعة الأغواط، الجزائر، جانفي 2017.
- 8) الحرمللي عوض عبدالله، الخطأ الطبي بين الشريعة والقانون، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، المجلد 20، عدد 20، سبتمبر 2017.
- 9) الشورة فيصل عايد خلف، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي في القانون المدني الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 44، عدد 4، ملحق 3، الجامعة الأردنية، 2017.
- 10) الفاعوري فتحي توفيق، الخطأ الطبي الجسيم في المسؤولية المدنية للطبيب، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 5، عدد 19، جامعة كركوك، نوفمبر 2016.

- (11) القاسم محمد هشام، القاسم محمد هشام، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، المجلد3، عدد1 جامعة الكويت، 1979.
- (12) القاسم محمد هشام، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، مجلد 5، عدد 2، جوان 1981.
- (13) العيفان مشاري خليفة، الخطأ الطبي الشخصي تصور نحو رسم ملامح الحدود الفاصلة بين المسؤولية الجزائية والمدنية، مجلة الحقوق، المجلد 39، العدد 1، جامعة الكويت، 2015.
- (14) أسعد عبيد عزيز الجميلي، طلال سالم نوار الجميلي، مسؤولية الطبيب المدنية عن تقويت الفرصة، مجلة كلية المأمون، العدد 31، العراق 2018.
- (15) باسل النوايسة، الخبرة الطبية ودورها في إثبات الأخطاء الطبية ذات الطابع الفني، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد السادس، العدد 3، جامعة مؤتة، الأردن، 2014.
- (16) بكر عباس علي، المسؤولية الطبية في الفقه الإسلامي، مجلة ديالى، العدد 57، جامعة ديالى، العراق، 2013.
- (17) بلجبل عتيقة، الخطأ المرفقي والشخصي كأساس في المسؤولية الإدارية الطبية، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 24، جامعة محمد خيضر بسكرة، مارس 2012.
- (18) بن صغير مراد، أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الممارسات الطبية، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 18، جامعة الشارقة، جوان 2017.
- (19) بن عبد المطلب فيصل، المسؤولية الجزائية عن الاتجار بالأعضاء البشرية، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، العدد 01، أبريل 2018، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر.
- (20) براسي محمد، تقدير الالتزام بالسلامة في عقد نقل الأشخاص البري، مجلة القانون، العدد 3، المركز الجامعي أحمد زبانه، غليزان، جوان 2012.
- (21) بنداري محمد إبراهيم، الخطأ في المسؤولية المدنية عن عدم المحافظة على السر الطبي، مجلة الامن والقانون، المجلد 13، العدد 1، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات، يناير 2005.
- (22) بنسرغين رشيدة، إشكالات الإثبات في المسؤولية الطبية، مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، العدد 5، كلية الشريعة بفاس، ديسمبر 2017.

- (23) بودالي محمد، المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد 2، جامعة محمد خيضر، بسكرة - الجزائر .
- (24) بوشري مريم، المسؤولية المدنية للطبيب، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الرابع، جوان، جامعة خنشلة، 2015.
- (25) بومدين فاطيمة الزهراء، مضمون التجارب العلمية والطبية والضوابط الأخلاقية والقانونية لإجرائها على الإنسان، مجلة الندوة للدراسات القانونية-الجزائر .
- (26) حاوش هدى، أساس المسؤولية الطبية القائمة على عمليات زرع الأعضاء البشرية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 11، جامعة المدية، 2013.
- (27) حسام ابتر، الخطأ الطبي في العمليات الجراحية بين القانون والطب، مقال منشور في مجلة الجيش اللبناني، العدد 361، تموز 2015 .
- (28) حسن علي الدنون، المسؤولية المدنية (نظرية تحمل التبعة)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد خاص 1984.
- (29) حسونة بدرية عبد المنعم، المسؤولية الطبية، مجلة العدل، المجلد 12، عدد 31، وزارة العدل السودانية، 2010.
- (30) حمود محمد عبدالله، المسؤولية الطبية للمرافق الصحية العامة، مجلة الحقوق، المجلد 30، العدد 1، جامعة الكويت، 2006.
- (31) ختير مسعود، الإطار القانوني للمسؤولية المدنية للطبيب، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 9، العدد 1، جامعة غرداية، الجزائر، 2016.
- (32) خضراوي الهادي/ يخلف عبد القادر، دور الهندسة الوراثية في التحكم بالأجنة البشرية في ميدان الفقه الإسلامي والقانون الطبي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 11، جامعة تمنراست، جانفي 2017.
- (33) خليفي عبدالرحمن، مسؤولية المؤسسات الاستشفائية في القانون الجزائري، مقال منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، العدد التجريبي، 2013.
- (34) خليل جودية، ضحايا الخطأ الطبي، بين التشدد التشريعي والتساهل القضائي، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 5، جامعة القاضي عياض، المغرب 2014.

- (35) درية عبد المنعم حسونة، المسؤولية الطبية، مجلة العدل، العدد 31، المجلد 12، وزارة العدل المغربية 2010.
- (36) رايح فغرور، الحق في سلامة الجسم بين القدسية والضرورة الطبية، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 15، العدد 2، تصدر عن جامعة الوادي، الجزائر، 2018.
- (37) راجي عبد العزيز/ قليل نبيل، المسؤولية الطبية والوسائل البديلة لحل نزاعاتها، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد 16، عدد 2، جامعة خنشلة، الجزائر.
- (38) ريس محمد، (المسؤولية المدنية للأطباء في عمليات جراحة التجميل)، مقال منشور بمجلة المحاماة، دورية تصدر عن منظمة المحامين سيدي بلعباس الجزائر السنة 3 عدد 4 نوفمبر 2005، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر .
- (39) ريس محمد، نحو مفهوم جديد للخطأ الطبي في التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 2008.
- (40) رشيد العراقي، طرق إثبات الالتزام، مجلة الملحق القضائي، وزارة العدل المغربية، العدد 30، اكتوبر 1995.
- (41) رنا إبراهيم العطور، جريمة تعريض الغير للخطر في قانون العقوبات الفرنسي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 8، عدد 2، الجامعة الأردنية، جوان 2011.
- (42) سلخ محد لمين، حجية تقارير الخبرة الطبية القضائية، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، العدد 3، المجلد 2، جامعة الوادي، الجزائر، 2018.
- (43) سليمان حاج عزام، الدعوى التأديبية الناشئة عن مخالفة قواعد أخلاقيات الطب، مجلة الفكر، العدد 8، جامعة محمد لخضر، بسكرة، الجزائر، 2012.
- (44) سليمان حاج عزام، جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر في المجال الطبي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمارست، عدد 7 جانفي، 2015.
- (45) سيد أشرف جابر، التعويض عن تفويت الفرصة في الشفاء أو الحياة، مجلة مصر المعاصرة، مجلد 100، عدد 496، تصدر عن الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، مصر، أكتوبر 2009.

- 46) سنة زاوي، الالتزام بكتمان السر الطبي: المفهوم، الحدود، الجزاء، مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة الجليلي اليابس سيدي بلعباس، المجلد 18، عدد 1، مارس 2019.
- 47) سنة زاوي، مكانة الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد التقليدية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 10، المجلد الأول، جامعة بلعباس، الجزائر، جوان 2018.
- 48) صالح إيمان محمد يوسف، الأخطاء الطبية من منظور شرعي، مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، المجلد 8، العدد 30، جامعة القاهرة، 2012.
- 49) صالح العمري، المسؤولية المدنية للأطباء عن التجارب الطبية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 15، جامعة بسكرة، الجزائر، سبتمبر 2017.
- 50) صويلح بوجمعة، المسؤولية الطبية المدنية، المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية، العدد 1، 2001.
- 51) ضمرة عبد الجليل زهير، الخطأ الطبي مفهومه ومعايير ومسؤولية مرتكبه، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مجلد 30، عدد 101، جامعة الكويت، 2015.
- 52) طيب إبراهيم ويس، ممارسة دعوى المسؤولية المدنية في إطار العلاقة مع المؤسسات الاستشفائية الخاصة، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، العدد 5، جامعة وهران، 2017.
- 53) عبد الجليل زهير عبدالجليل ضمرة، الخطأ الطبي مفهومه ومعايره ومسؤولية مرتكبه، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، المجلد 30، العدد 101، جامعة الكويت، 2015.
- 54) عبد الحليم منصور محمد علي، موت جدع المخ بين المستجدات الطبية والأحكام الفقهية، مجلة الحقوق، المجلد السادس، العدد 7، جامعة الأزهر، لدون سنة نشر.
- 55) عبد الحميد جفال، هناء طرشون، الخطأ الطبي أثناء التدخل الجراحي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 16، جامعة باجي مختار، عنابة-الجزائر، 2016.
- 56) عبد العزيز أحمد السلامة، التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة العدل، بدون دار نشر، العدد 48 شوال 1431.
- 57) عبد المجيد خطوي، التحولات القانونية لنظام التأمين الطبي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة غرداية، العدد العاشر، سبتمبر 2018.

- 58) عبد ربة، محمد أحمد المعداوي، المسؤولية المدنية للطبيب عن أخطاء الفريق الطبي في ضوء التداعيات الطبية الضارة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مجلد 25، عدد 42، جامعة المنوفية، مصر، أكتوبر 2015.
- 59) عبدالرحمن منال عوض حسن، تأمين مسؤولية المهن الطبية وأثره على الخدمة الطبية، مجلة الدراسات العليا، المجلد 4، عدد 14، جامعة النيلين، يناير 2016.
- 60) عبد الرزاق أحمد الشيبان، موافقة المريض في الخضوع للعلاج الطبي، مجلة القانون والمجتمع، العدد 1، المجلد الخامس، جامعة أحمد دراية أدرار، 2017.
- 61) عبدالقادر حوبة، إنضمام الحكومة الجزائرية المؤقتة لاتفاقيات جنيف لعام 1949 وآثاره على صعيد القانون الدولي، مجلة العلوم القانونية، عدد 1، المركز الجامعي الوادي، الجزائر، جوان 2010.
- 62) عكاكة فاطيمة الزهراء/ بوسعيد عطاء الله، دور التحاليل الطبية في تفادي حدوث الأخطاء الطبية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 2، تصدر عن جامعة عمار تلجي الأغواط، الجزائر، جوان 2015.
- 63) علي أبو مارية، عبء إثبات الخطأ الطبي في القواعد العامة والتوجهات الحديثة للفقهاء والقضاء، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد الرابع والثلاثون، تشرين الأول 2014.
- 64) علامي خالد، إشكالية التعويض في مسؤولية المرفق العام الطبي، مجلة القضاء الإداري، المجلد 4، العدد 8، جامعة مراکش، المغرب، 2015.
- 65) عمار نعيمة، الاتجاه نحو تأسيس المسؤولية المدنية على أساس مبدأ الحيطة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 9، تصدر عن جامعة جوان 2013.
- 66) عمارة مختارية، الضرر الطبي الموجب للتعويض وآثاره القانونية، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانه، غيليزان، العدد 08 جوان 2017.
- 67) عميري فريدة، المسؤولية بدون خطأ: توجه جديد نحو إقرار مسؤولية المرافق الطبية العامة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 1، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2018.
- 68) عيساوي فاطمة، المسؤولية المدنية لجراح التجميل في القانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، العدد 1، جامعة البويرة، فيفري 2017.

- (69) عيمور راضية، المسؤولية المدنية الطبية في ظل التوجهات الفقهية والقضائية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 4، جامعة عمار ثلجي-الأغواط، جوان 2016.
- (70) عيساني رفيقة، التضامن الوطني في التعويض عن الحوادث الطبية، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 4، العدد 1، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2013.
- (71) غضبان نبيلة، المعيار الموضوعي أم المعيار الشخصي لتقدير الخطأ الطبي الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 9 جانفي 2018، جامعة عباس لعرو-خنشلة، الجزائر.
- (72) فاطمة محمود عبد الحليم، سلوى عطية محمد، العلاقة بين العدالة التنظيمية وجودة الأداء المهني لفريق العمل الطبي، مجلة دراسات في الخدمة الاجتماعية والعلوم الإنسانية، العدد 34، جامعة حلوان، مصر، 2013.
- (73) فتاحي محمد، الخطأ الطبي والمشكلات التي يثيرها في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثالث، جامعة سيدي بلعباس-الجزائر، 2005.
- (74) فضيلة ميسوم، الطبيعة القانونية لتأمين المسؤولية المدنية، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 27، الجزء الأول، جوان 2017.
- (75) فطناسي عبدالرحمن، الإثبات في مجا المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست- الجزائر، العدد السابع، جانفي 2015.
- (76) فهد دخين العدوانى، العمل الطبي في القانون المقارن والأحكام القضائية، مجلة القانون والقضاء تصدر عن جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، العدد 32، الجزء الثالث.
- (77) فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25 العدد الثاني، 2009.
- (78) قسمية محمد، صور جريمة الإجهاض في التشريع الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 2 جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر جوان 2016.
- (79) قشيطات وائل حكيم، حدود المسؤولية الطبية الجزائرية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 45، العدد 1، الجامعة الأردنية، عمادة البحث العلمي 2018.
- (80) قطيشات وائل حكم جميل، حدود المسؤولية الطبية الجزائرية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد 45، عدد 1، الجامعة الأردنية، 2018.

- (81) قوادري مختار، تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المقارن، مجلة دفاتر السياسة والقانون، مجلة دولية تصدر عن جامعة ورقلة، العدد الثالث عشر، جوان 2015.
- (82) كركوري مباركة حنان، الخطأ الطبي في مجال العمل الجراحي، مجلة الفقه والقانون، العدد 63، يناير 2018.
- (83) لالوش سميرة، الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 3، المجلد 56، جامعة الجزائر 1 .
- (84) مازن مصباح، المسؤولية الجنائية عن خطأ الطبيب (دراسة مقارنة)، مجلة الجامعة للدراسات الإسلامية العدد 2، يونيو 2012.
- (85) متيم حسن الشافعي، الاتجاهات الحديثة في تعريف الخطأ الغير العمدي، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية تصدر عن كلية الحقوق جامعة الكوفة، العدد الأول، 2009.
- (86) محد فتحي شحنة إبراهيم دياب، المسؤولية الجنائية عن تعدد الأخطاء الطبية، المجلة العربية لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، المجلد 1، عدد 4، جامعة نايف لعلوم الأدلة الجنائية، السعودية، 2016.
- (87) محفوظ عبد القادر الحسيني إبراهيم، المسؤولية الجنائية للطبيب عن تعريض المرضى للخطر عمداً، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، مجلد 100، عدد 497، مصر، 2015.
- (88) محفوظ عبد القادر الحسيني، الخطأ كأساس للمسؤولية الإدارية المرفق العام الطبي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية المركز الجامعي تمارست عدد رقم 07، جانفي 2015.
- (89) محمد أبوبكر أبوعزة، الأخلاق المهنية في العمل الطبي، المجلة للبية للدراسات، العدد 6، دار الزاوية للكتاب، ليبيا، أبريل 2014،
- (90) محمد احمد الرواشدة، عفوية الاعتداء على الجنين بالإجهاض، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد 23 العدد الأول، 2007.
- (91) محمد الادريسي، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص، مجلة الملحق القضائي، العدد 43.
- (92) محمد عبد الغفور العماوي، مدى مساهمة المضرور في إحداث الضرر وأثره على تقدير التعويض، مجلة، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، العدد 2، 2013.

- 93) محمد عبدالله حمود، المسؤولية الطبية للمرافق الصحية العامة، مجلة الحقوق، العدد 1، جامعة الكويت، مارس 2006 .
- 94) محمد فالح مطلق بن صالح، أحكام بيع الأعيان النجسة ومدى الانتفاع بها وينقل الدم والترقيعات الجلدية، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد 18، العدد 5، جامعة مؤتة، 2003.
- 95) محمد محمد سلامة الشلش، أخطاء الأطباء بين الفقه والقانون، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد 9، جامعة القدس، فلسطين، شباط 2007.
- 96) محي الدين جمال، أثار المسؤولية الطبية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، ع7، المركز الجامعي تمنراست-الجزائر، جانفي 2015.
- 97) مختار قوادري، تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني المقارن، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد 13، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، جوان 2015.
- 98) مراد المدني، إثبات الخطأ الطبي امام القاضي المدني، مجلة القضاء المدني، العدد 14، جامعة محمد الأول وجدة-المغرب، 2016.
- 99) مغني دليلة، نظام تعويض الاضرار الجسمانية الناجمة عن حوادث المرور، مجلة الحقيقة، جامعة ادرار، الجزائر، العدد 26.
- 100) منذر الفضل، التجربة الطبية على الجسم البشري ومدى الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين العقابية والطبية، مجلة الكوفة، العدد 7، جامعة عمان، الأردن.
- 101) منصور بن عمر المعاينة، المسؤولية الطبية والخطأ الطبي، مجلة الأمن والحياة، مجلد 19، عدد 212، جامعة نايف للعلوم الأمنية، 2000.
- 102) مهدي عزمي مسعود أبو مغلي، التعويض عن الضرر الأدبي (دراسة مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون، العدد 39، رجب 1430 هـ يوليو 2009م.
- 103) مواقي بناني، الالتزام بضمان السلامة، المفهوم، المضمون، أساس المسؤولية، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 10، 2008.
- 104) ناجية العطارق، طبيعة التزام الطبيب طبقا للقانون المدني الليبي والفرنسي، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والشرعية، تصدر كلية القانون، جامعة الزاوية، ليبيا، العدد السابع، ديسمبر 2015.

- 105) ناصر رانيا، التقدير القضائي للتعويض، مجلة أبحاث، العدد الثالث، جامعة أحمد بن بلة وهران، عدد ديسمبر 2016.
- 106) هديلي أحمد، (استقلال القاضي في تقدير الأخطاء المرتبطة بالإنسانية الطبية)، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تصدر عن كلية الحقوق سيدي بلعباس، عدد 3، 2007.
- 107) هديلي أحمد، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساته على قواعد الإثبات، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 1، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008.
- 108) ياسر عبد الحميد الافتتاحات، الآثار القانونية الناجمة عن التشدد في نظام التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي (دور الحوادث الطبية في تسريع إجراءات التعويض على أساس التضامن الوطني نموذجاً)، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 7، مركز جيل البحث العلمي، أكتوبر 2016.

ثانياً البحوث والمنشورات

- 1) حسام الدين كامل الأهواني، مسؤولية الطبيب العقدية عن فعل الغير، بحث منشور في المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2، بيروت، لبنان، 2004.
- 2) دغيش احمد، بولنوار عبدالرزاق، التزام الطبيب بإعلام المريض، بحث في أعمال الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية أيام 24/23 جانفي 2008، جامعة مولود معمري تيزي وزو.
- 3) رابيس محمد، الخطأ الطبي كركن في المسؤولية المدنية، أعمال الملتقى الوطني المنشور حول المسؤولية الطبية أيام 24/23 جانفي 2008، جامعة تيزي وزو، الجزائر.
- 4) عبد الحميد نجاشي الزهيري، نظرية التبعية في المسؤولية الطبية، المؤتمر العربي الثاني للمسؤولية الطبية الحماية القانونية من الأخطاء الطبية" في الفترة من 02 إلى 03 نوفمبر 8308 أكاديمية شرطة دبي بالتعاون مع مجموعة "صبره للتدريب القانوني" دبي، الأستاذ المشارك للقانون المدني بكلية القانون جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا الإمارات نائب رئيس هيئة قضايا الدولة، مصر.
- 5) عبد الرحمن أحمد شوقي، مضمون الالتزام العقدي للمدين المحترف، بحث منشور بالمجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية (أعمال المؤتمر للمسؤولية المهنية)، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية بتاريخ 2000/04/03.

- (6) عبد الرشيد مأمون، الأخطاء التي تقع من الأطباء وحدود المسؤولية في الشريعة والقانون، بحث مقدم إلى مؤتمر الأخطاء الطبية بين الشريعة والقانون، جامعة جرش، الأردن، 1999.
- (7) عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، ضمان الأضرار المعنوية بالمال، الدورة الثانية والعشرون للمجمع الفقهي الإسلامي، المنعقد 2 و5 جمادى الآخر الموافق لـ 22-25 مارس 2015 الكويت.
- (8) عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق-جامعة بيروت الغربية عن المسؤولية المهنية، ومنتشر في المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين الجزء الأول: المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2000.
- (9) محمد أكرم، المسؤولية الجنائية للطبيب من خلال التجربة المغربية أعمال اليوم الدراسي المنظم من قبل المحكمة العليا الجزائرية يوم 12 أبريل 2010، تحت عنوان (المسؤولية الطبية على ضوء القانون والاجتهاد القضائي).
- (10) محمد الهواري، قتل المرحمة بين القوانين الوضعية والفقہ الإسلامي، ورقة بحثية مقدمة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث ستوكهولم، 1423هـ/2003م.
- (11) معن شحدة أديس، الأخطاء الطبية نحو حماية قانونية متوازنة لأطراف الأخطاء الطبية، سلسلة تقارير قانونية رقم 77، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان ديوان المظالم.
- (12) هديلي أحمد، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساتها على قواعد الإثبات، مداخلة منشورة في أعمال الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، 23 و24 جانفي 2008، جامعة مولود معمري، تيزي وزو-الجزائر.
- (13) يخلف عبد القادر، نحو مسؤولية موضوعية عن الاضرار الطبية، حوليات جامعة الجزائر، الجزء الثالث، العدد 31.
- (14) هني سعاد، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل، الجزائر، 2003/2006.
- قانون 04 مارس 2002 الفرنسي المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي.

الرسائل العلمية

أ أطروحات الدكتوراه

- (1) أحمد أحمد علي ناصف، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس كلية الحقوق، مصر، 1986.
- (2) إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1998.
- (3) جربوعة منيرة، الالتزامات الحديثة للطبيب في العمل الطبي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، موسم 2015/2016.
- (4) حسين زكي الإبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، مصر، 1998.
- (5) راحلي سعاد، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2014/2015 .
- (6) سعيدة ياسين، الخطأ المفترض في المسؤولية الجنائية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبدالله، المغرب، الموسم الجامعي 2016-2017.
- (7) صلاح حسن البرعي، أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن الأفعال الشخصية دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة المنصورة-مصر، 1986.
- (8) عمر بن الزويبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر، 2016/2017.
- (9) عيساني رفيقة، مسؤولية الأطباء في المرافق الاستشفائية العمومية، مذكرة دكتوراه في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015/2016.
- (10) قمرابي عز الدين، الانماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في مجال الطب، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام جامعة وهران الجزائر، 2012/2013.
- (11) قوادري مختار، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي، رسالة دكتوراه في الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، جامعة وهران، 2009/2010.
- (12) محمد سامي الشوا، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1986.

13) محمد سليمان فلاح الرشيدي، نظرية الالتزام بضمان السلامة في إطار تطور المسؤولية العقدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1998.

14) محمد عبد القادر العبيدي، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1992.

ب رسائل ماجستير

1) أيت مولو ذهبية، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة ماجستير (فرع قانون المسؤولية المهنية)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011.

2) بركات عماد الدين، التعويض عن الضرر الطبي والتأمين من مسؤولية الأطباء المدنية، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة أحمد دراية، أدرار-الجزائر، 2015/2014.

3) بومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، رسالة ماجستير، قانون مسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو-الجزائر، 2011.

4) بدور رضا، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية وتأمينها، رسالة ماجستير في العلوم القانونية عقود ومسؤولية، جامعة باتنة، الجزائر، 2014/2013.

5) بلخوان غزلان، نظام التعويض عن الحوادث الطبية، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس الجزائر، موسم 2008-2009.

6) بن النوى خالد، ضوابط مشروعية التجارب الطبية على جسم الإنسان وأضرارها على المسؤولية المدنية، شهادة ماجستير، قانون خاص، جامعة سطيف، الجزائر، موسم 2012/2013.

7) بهاء الدين مسعود سعيد خويرة، الآثار المترتبة على عقد التأمين من المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح نابلس، فلسطين، 2008.

8) بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، شهادة ماجستير في القانون (فرع قانون المسؤولية المهنية)، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، الموسم الجامعي 2011.

9) سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو-الجزائر، 2011/2010.

10) سنوسي صفية، الخطأ الطبي في التشريع والاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، الجزائر، موسم الجامعي 2013/2014.

- 11) صاحب لدية، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون (فرع قانون المسؤولية المهنية)، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
- 12) صالح بن محمد العتيبي، الأخطاء الطبية وتقدير التعويض عنها في النظام السعودي، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1435هـ-2014م.
- 13) عبد الله لفقيري، التعويض القانوني في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، رسالة ماجستير في القانون الخاص مقدمة لمعهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة- مصر، 2008-1429.
- 14) عبدالقادر أزوا، التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية، 2010.
- 15) عيساني رقيقة، المسؤولية المدنية للطبيب أمام القاضي الإداري، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان الجزائر، موسم 2007-2008.
- 16) فيصل عايد خلف الشوري، الخطأ الطبي في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2015.
- 17) كوسة حسين، النظام القانوني للمسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة سطيف، موسم 2015/2016.
- 18) مجد محمد سليمان عناب، الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، الموسم الجامعي 2012.
- 19) محمد بن يحيى بن حسن البديري، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والنظام السعودي، مذكرة ماجستير في الأنظمة، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، السعودية، 1430هـ.
- 20) مختاري عبد الجليل، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، موسم 2006-2007.
- 21) مصطفى أشرف الكوني، الخطأ الطبي مفهومه وآثاره في الشريعة، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح، فلسطين، 2009.

- (22) منصورى جواد، توجهات المسؤولية المدنية الطبية، رسالة ماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2016/2017.
- (23) هلا عبدالله السراج، مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية، مذكرة ماجستير في القانون الخا؁، جامعة الأزهر، غزة-فلسطين، 2013.
- (24) وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس-فلسطين، 2008.
- (25) سجي حسن علوي، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية في المستشفيات العامة، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2017-2018.
- (26) نور الدين قطيش محمد السكارنه، الطبيعة القانونية للضرر المرتد، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، حزيران 2012.

Les ouvrages françaises

- 1) Corinne Renault- brahinsky, l'essentiel du droit des obligations, 3^{ème} édition, Gualion, eja, Paris, 2006.
- 2) -François Vialla, LESGRANDES Décisions du droit Médical, édition Alpha, 2010,
- 3) -Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4^é ed. paris, 1949.
- 4) -Jourdain Patrice , "Les Principes De Responsabilité Civile", DALLOZ Serry 1992 .
- 5) Abdelkader khadir, la responsabilité médicale à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, houma editions, Alger 2014.
- 6) Jean penneau, La responsabilité du Médecin, 3^{ème} édition, Dalloz, 2004.
- 7) Yvonne L'Ambert, Faivre, Droit du Dommage corporel, Systèmes d'indemnisation, 4^{ème} édition Dalloz 2000.

8) Abdelhafid Osukine, L'ABCdaire de droit de la santé et de déontologie médicale, O.P.U. Régional d'oran 2006.

LES ARTICLES FRANCAISES

- 1) Henri, LEON, et Jean Mazeaud, Leçon de droit civil, TOM . III ,
Revue internationale de droit comparé Année 1961.
- 2) Rade, Christophe, La Responsabilite Medicale du Fait D'autrui,
Journal of Legal Studies,N°11, Université de Sfax-Faculté
d'Investigation, Tunisie2014.
- 3) Bouchta, Aloui, Erreur médicale: vers quelle responsabilité civile
du médecin, Publications de la Revue de droit - Collection
Connaissances juridiques et judiciaires, Édition 58, Maroc 2018.
- 4) Deguerge, Maryse, LA RESPONSABILITE SANS FAUTE EN
MATIEREMEDICALE EN DROIT ADMINISTRATIFE FRANÇAIS,
Journal of Legal Studies, Numéro 10, Sfax - Faculté des droits2003
- 5) Groutel, M. Hubert, LES AVANCEES DEL'OBLIGATION DE
SECURITE ET DE LA RESPONSABILITE SANS FAUTE EN
MATIERE MEDICAL, Journal of Legal Studies, Numéro 10, Sfax -
Faculté des droits2003.
- 6) Fatmi, Yamna, La Responsabilité Médicale Liée À La Délivrance
D'un Certificat Médical, Journal du droit pénal marocain et des sciences
de la science, Numéro 2,MAROC 2015.
- 7) Abd Alhakim, Ballouq, Les Fondements De La Responsabilite
Administrative Medicale: Services Public De Santé, Dispensaire, Centre
Hospitalier, Journal Forum juridique, Numéro 9, 2015.
- 8) Gilles Devers.Pratique de la responsabilité médical. Editions
ESKA. paris 2000.
- 9) Aloui Bouchta ; Erreue médicale: vers quelle responsabilité civle
du médecin ;Enseignant chercheur à la faculté des sciences juridiques.
Economques et sociales de Fès 2017 .

English Magazines

- 1) Dasari Harish , Krishnadutt Chavali, Duties and responsibilities of the medical practitioner, revisited, JOURNAL OF PUNJAB ACADEMY OF FORENSIC MEDICINE & TOXICOLOGY, Institute of Medical Sciences, India , December 2012.
- 2) Elrabai Smah Hadi, Comparative Study of Iran's and Iraq's Laws in Respect to Criminal Responsibility of Physicians, Journal of the College of Islamic University, N 44, University of Ferdosi, Iran, 2017. MN, USA.
- 3) Wilfred Bonney, Medical errors: Moral and ethical considerations, Journal of Hospital Administration, 2014, Vol. 3, No. 2, School of Business and Technology, Capella University, Minneapolis,
- 4) Yassa Heba Atia, Medical Error Disclosure can Rescue Malpractice Litigation, Arab Journal of Forensic Sciences & Forensic Medicine, Folder 1. N 7. Naif Arab Institute for Security Sciences - Arab Society for Forensic Sciences and Medicine Legitimate 2018
- 5) David B. Evans ,Riku Elovainio ,Gary Humphreys ,World health (report 2010) Health systems financing: the path to universal coverage.

Les lois française:

- 1) la loi française sur la santé publique, modifié et complété par la loi n ° 248/2007 du 02/07/2007 ; Dernière modification: 11/06/2018 ; Edition: 21/06/2018.
- 2) Cod pénal Français, modifie par la loi de 04 Mars 2002.
- 3) Le Cod civil français modifié.
- 4) Code de déontologie médical français , édition novembre 2012 introduites par le Décret N° 2012-694 du 7 mai 2012.
- 5) La loi du 04 Mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

Sites Internet:

- 1) <http://www.legifrance.gov.fr>
- 2) <https://www.ennaharonline.com>
- 3) www.mawdoo3.com
- 4) www.wikipedia.org

الصفحة	الموضوع	الرقم
1	مقدمة	01
9	فصل تمهيدي: ماهية العمل الطبي	02
11	المبحث الأول: مفهوم العمل الطبي	03
12	المطلب الأول: تعريف العمل الطبي	04
12	الفرع الأول: العمل الطبي لغتاً	05
12	الفرع الثاني: العمل الطبي اصطلاحاً	06
13	المطلب الثاني: تعريف العمل الطبي في التشريع القانوني.	07
16	المطلب الثالث: تعريف العمل الطبي في الفقه القانوني	08
16	الفرع الأول: الاتجاه المضيق لمفهوم العمل الطبي	09
17	الفرع الثاني: الاتجاه الموسع لمفهوم العمل الطبي	10
17	المطلب الرابع: تعريف العمل الطبي في الاجتهاد القضائي	11
18	الفرع الأول: العمل الطبي في القضاء الفرنسي	12
18	الفرع الثاني: العمل الطبي في القضاء المصري	13
19	الفرع الثالث: العمل الطبي في القضاء الجزائري	14
20	المطلب الخامس: أنواع الأعمال الطبية	15
21	المطلب السادس: الأعمال الطبية التي تار الجدل حولها بشأن قصد العلاج فيها	16
23	المبحث الثاني: أساس مشروعية العمل الطبي وشروطه	17
24	المطلب الأول: أساس مشروعية العمل الطبي في الشريعة الإسلامية	18
26	المطلب الثاني: أساس مشروعية العمل الطبي في الفقه القانوني	19
27	الفرع الأول: أساس الإباحة هو العرف والعادة	20
27	الفرع الثاني: أساس الإباحة هو رضا المريض	21
28	الفرع الثالث: أساس الإباحة هو انعدام القصد الجنائي	22
29	الفرع الرابع: أساس الإباحة هو إذن القانون	23

30	المطلب الثالث: أساس مشروعية العمل الطبي في الاتفاقيات الدولية	24
31	المطلب الرابع: أساس إباحة العمل الطبي في القانون الجزائري	25
32	المطلب الخامس: شروط ممارسة العمل الطبي	26
32	الفرع الأول: شرط الترخيص القانوني بمزاولة مهنة الطب	27
36	الفرع الثاني: شرط انصراف نية الطبيب للعلاج	28
37	الفرع الثالث: شرط رضا المريض	29
41	الفرع الرابع: شرط مراعاة الأصول والقواعد الطبية	30
43	المبحث الثالث: أنواع الأعمال الطبية.	31
43	المطلب الأول: الأعمال الطبية بحسب طبيعتها	32
43	الفرع الأول: الأعمال الطبية المادية	33
45	الفرع الثاني: الأعمال الطبية الفنية	34
46	المطلب الثاني: الأعمال الطبية بحسب الهدف منها	35
46	الفرع الأول: أعمال طبية علاجية	36
46	الفرع الثاني: أعمال طبية وقائية	37
47	المطلب الثالث: الأعمال الطبية بحسب القائم بالعمل الطبي	38
48	الفرع الأول: عمل الطبيب	39
48	الفرع الثاني: عمل المساعدين	40
52	الباب الأول: الطبيعة القانونية للخطأ الطبي	41
54	الفصل الأول: فكرة الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية الطبية	42
55	المبحث الأول: مفهوم الخطأ الطبي	43
56	المطلب الأول: تعريف الخطأ الطبي	44
57	الفرع الأول: الخطأ الطبي في الفقه الإسلامي	45
60	الفرع الثاني: الخطأ الطبي في القانون	46
63	الفرع الثالث: الخطأ الطبي في القضاء	47
64	المطلب الثاني: التطور التاريخي للخطأ الطبي	48

64	الفرع الأول: الخطأ الطبي في العصور القديمة	49
65	الفرع الثاني: الخطأ الطبي في الشريعة الإسلامية	50
67	الفرع الثالث: الخطأ الطبي في العصر الحديث	51
68	المطلب الثالث: الخصائص المميزة للخطأ الطبي	52
68	الفرع الأول: الركن المادي للخطأ الطبي	53
69	الفرع الثاني: الركن المعنوي	54
70	المطلب الرابع: أسباب الأخطاء الطبية	55
70	الفرع الأول: الإهمال	56
72	الفرع الثاني: الرعونة وعدم الاحتراز	57
73	الفرع الثالث: الانفراد بالتشخيص	58
74	الفرع الرابع: عدم مراعاة القوانين والقرارات واللوائح والأنظمة	59
76	المبحث الثاني: أقسام الخطأ الطبي	60
77	المطلب الأول: الخطأ المهني والخطأ العادي	61
77	الفرع الأول: الخطأ الطبي المهني	62
79	الفرع الثاني: الخطأ العادي	63
80	الفرع الثالث: الأخطاء المختلطة	64
81	المطلب الثاني: تطبيقات الخطأ الطبي	65
82	الفرع الأول: الأخطاء المتعلقة بالطبيب العام	66
83	البند الأول: الخطأ في التشخيص	67
85	البند الثاني: أخطاء متعلقة بمتابعة ووصف علاج المريض	68
86	الفرع الثاني: أخطاء متعلقة بالطبيب الجراح (أخطاء الجراحين)	69
87	البند الأول: خطأ الجراح في عدم القيام بالفحوص الأولية السابقة على الجراحة	70
88	البند الثاني: خطأ الجراح في تقدير الوقت المناسب للجراحة وعدم إكمال العملية بنفسه	71
88	البند الثالث: خطأ الجراح في عدم تبصرة المريض ومراقبته بعد العمل الجراحي	72

89	الفرع الثالث: خطأ طبيب التخدير	73
90	البند الأول: خطأ طبيب التخدير العادي	74
90	البند الثاني: خطأ طبيب التخدير المهني	75
91	الفرع الرابع: خطأ المساعدين ومقدمي العلاج	76
91	البند الأول: أخطاء التمريض	77
92	البند الثاني: أخطاء التوليد	78
93	البند الثالث: أخطاء المجبرين	79
94	البند الرابع: خطأ الغير	80
94	المطلب الثالث: صور الخطأ الطبي	81
94	الفرع الأول: الخطأ العمدي	82
95	البند الأول: قتل المرضى الميؤوس من شفائهم (Euthanasia)	83
99	البند الثاني: إسقاط الجنين (الإجهاض)	84
102	البند الثالث: التجربة الطبية بغير قصد العلاج	85
104	الفرع الثاني: الخطأ الغير عمد	86
105	المطلب الرابع: درجات الخطأ الطبي	87
106	الفرع الأول: الخطأ الجسيم والخطأ السير	88
106	البند الأول: الخطأ الجسيم	89
107	البند الثاني: الخطأ اليسير	90
108	الفرع الثاني: الخطأ المضمرة والخطأ الاحتمالي	91
108	البند الأول: الخطأ المضمرة (أو المقدر)	92
109	البند الثاني: الخطأ الاحتمالي	93
110	الفرع الثالث: الخطأ الايجابي والخطأ السلبي	94
110	البند الأول: الخطأ الإيجابي	95
111	البند الثاني: الخطأ السلبي	96
113	الفرع الرابع: الخطأ الغير معذور والخطأ التافه	97

113	البند الأول: الخطأ الغير معذور	98
114	البند الثاني: الخطأ الطفيف (التافه)	99
115	الفرع الخامس: التجارب الطبية	100
115	البند الأول: موقف المشرع الجزائري من التجارب الطبية	101
117	البند الثاني: الخطأ الطبي في مجال التجارب الطبية	102
119	المبحث الثالث: معيار تحديد الخطأ الطبي	103
119	المطلب الأول: المعيار الشخصي	104
120	المطلب الثاني: المعيار الموضوعي	105
121	الفرع الأول: تطبيق المعيار الموضوعي في تقدير خطأ الطبيب	106
122	الفرع الثاني: الظروف المعتبرة عند تقدير خطأ الطبيب	107
123	الفرع الثالث: مدى الاعتداد بالظروف الخارجية المحيطة بمسلك الطبيب وموقف القضاء	108
124	الفرع الرابع: مدى اعتبار التخصص العلمي من الظروف المغيرة في تقدير خطأ الطبيب	109
126	المطلب الثالث: المعيار المختلط	110
127	المطلب الرابع: موقف القضاء من معيار تقدير الخطأ الطبي.	111
127	الفرع الأول: اتفاق القضاء على الأخذ بالمعيار الموضوعي لتقدير خطأ الطبيب.	112
128	الفرع الثاني: مدى الاعتداد بالعوادات الطبية عند تقرير خطأ الطبيب.	113
129	الفرع الثالث: التفرقة بين العادات الطبية ومجرد ممارسة الرأي	114
130	المطلب الخامس: تمييز الخطأ الطبي عن الغلط العلمي في ضوء المعيار العالم للخطأ.	115
132	المبحث الرابع: النطاق العام للخطأ	116
132	المطلب الأول: الخطأ في نطاق الممارسة الفردية للعمل الطبي.	117
133	الفرع الأول: خطأ الطبيب في عيادته الخاصة.	118
134	الفرع الثاني: خطأ الطبيب في المستشفى الخاص.	119
135	الفرع الثالث: خطأ الطبيب في مستشفى عام.	120

137	المطلب الثاني: الخطأ وسط الفريق الطبي.	121
137	الفرع الأول: مسؤولية الطبيب الجراح وحده.	122
138	الفرع الثاني: المسؤولية المشتركة لأعضاء الفريق الطبي.	123
140	الفرع الثالث: استقلال الأخطاء وسط الفريق الطبي.	124
142	الفصل الثاني: الضرر والعلاقة السببية في المجال الطبي	125
143	المبحث الأول: مفهوم الضرر الطبي	126
144	المطلب الأول: تعريف الضرر الطبي	127
145	المطلب الثاني: أنواع الضرر الطبي	128
145	الفرع الأول: الضرر المادي	129
146	البند الأول: الضرر الحال والضرر المستقبلي	130
147	البند الثاني: الضرر المباشر والضرر الاحتمالي	131
148	البند الثالث: التمييز بين الضرر الاحتمالي وفوات الفرصة	132
149	البند الرابع: الضرر المتوقع والضرر الغير متوقع	133
149	الفرع الثاني: الضرر المعنوي	134
151	البند الأول: تحديد الضرر المعنوي	135
151	البند الثاني: الضرر المرتد عن الضرر المعنوي	136
154	البند الثالث: موقف المشرع الجزائري من التعويض المعنوي	137
158	المبحث الثاني: العلاقة السببية في المجال الطبي	138
158	المطلب الأول: تعريف العلاقة السببية	139
160	المطلب الثاني: العوامل التي تنفي العلاقة السببية	140
160	الفرع الأول: انتفاء السببية لوجود السبب الأجنبي	141
161	البند الأول: القوة القاهرة	142
162	البند الثاني: خطأ المضرور	143
163	البند الثالث: خطأ الغير	144
164	الفرع الثاني: انتفاء السببية لتعدد الأسباب	145

164	البند الأول: تعدد الأسباب مع أرجحية سبب من الأسباب	146
165	البند الثاني: نظرية تكافؤ أو تعادل الأسباب	147
166	البند الثالث: نظرية السبب المنتج	148
167	البند الرابع: الصعوبات التي تكتنف رابطة السببية في المجال الطبي	149
169	البند الخامس: موقف المشرع والقضاء الجزائري من علاقة السببية	150
171	المبحث الثالث: فوات الفرصة في المجال الطبي	151
173	المطلب الأول: تعريف فوات الفرصة في المجال الطبي	152
174	المطلب الثاني: صور فوات الفرصة في المجال الطبي	153
174	الفرع الأول: تفويت الفرصة في الإستمرار في الحياة	154
174	الفرع الثاني: تفويت فرصة الشفاء أو الشفاء بلا أثر	155
175	الفرع الثالث: فوات الفرصة في عدم الاستعانة بطبيب التخدير	156
175	الفرع الرابع: فوات الفرصة في إطار عملية التخدير	157
176	الفرع الخامس: فوات الفرصة في مجال التوليد	158
177	الفرع السادس: فوات الفرصة والغلط في التشخيص	159
177	الفرع السابع: فوات الفرصة وانعدام الرعاية الطبية	160
178	المطلب الثالث: التكيف القانوني لفكرة فوات الفرصة	161
179	المبحث الرابع: تقدير الاتجاه القضائي الخاص بفوات الفرصة	162
180	المطلب الأول: فوات الفرصة والتشكيك في العلاقة السببية	163
184	المطلب الثاني: تطبيقات قضائية عن فوات الفرصة في المجال الطبي	164
186	المطلب الثالث: تقدير التعويض القضائي لفكرة فوات الفرصة	165
187	الفرع الأول: رجوع الغير على المسؤول في إحداث الضرر	166
187	الفرع الثاني: رجوع الغير على الطبيب المسؤول عن فوات الفرصة	167
190	الباب الثاني: انعقاد المسؤولية المدنية للخطأ الطبي	168
192	الفصل الأول: المسؤولية الطبية المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها	169
194	المبحث الأول: أساس المسؤولية الطبية	170

195	المطلب الأول: التكييف القانوني للمسؤولية الطبية	171
196	الفرع الأول: تأسيس المسؤولية الطبية على أساس النظرية التقصيرية	172
199	الفرع الثاني: تأسيس المسؤولية الطبية على أساس النظرية العقدية	173
203	الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية	174
203	المطلب الثاني: المسؤولية الطبية القائمة على أساس الخطأ	175
205	الفرع الأول: العمل الغير مشروع	176
206	الفرع الثاني: الإخلال بالواجب الإنساني المفروض على الطبيب	177
206	الفرع الثالث: الخطأ الطبي التقني	178
207	المطلب الثالث: المسؤولية بحكم القانون	179
208	الفرع الأول: المسؤولية الناجمة عن جهاز أو منتج	180
210	الفرع الثاني: الأضرار الناجمة عن العدوى أو في محيط العلاج	181
210	الفرع الثالث: مسؤولية القائم بالبحوث الطبية الحيوية	182
214	المطلب الرابع: طبيعة الالتزام الطبي	183
215	الفرع الأول: التزام الطبيب ببذل عناية	184
217	الفرع الثاني: التزام الطبيب بتحقيق نتيجة	185
217	البند الأول: إعطاء الأدوية	186
218	البند الثاني: الأعمال المخبرية واستعمال الأشعة	187
218	البند الثالث: نقل الدم	188
218	البند الرابع: استعمال الأدوات والأجهزة الطبية	189
219	البند الخامس: استعمال الأدوات والأجهزة الطبية	190
219	الفرع الثالث: معيار التفرقة بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة	191
220	البند الأول: معيار الإرادة	192
221	البند الثاني: معيار الاحتمال	193
221	البند الثالث: معيار مساهمة الدائن	194
222	البند الرابع: معيار الأداء المحدد أو النتيجة	195

222	المبحث الثاني: تراجع فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية الطبية المدنية.	196
223	المطلب الأول: تأسيس الخطأ الطبي على أساس نظرية المخاطر	197
224	الفرع الأول: نظرية المخاطر وأثرها على تقدير الخطأ الطبي	198
227	الفرع الثاني: تقييم نظرية المخاطر في ضوء الفقه والقضاء	199
230	المطلب الثاني: تأسيس الخطأ الطبي على أساس نظرية الخطأ المفترض	200
232	المطلب الثالث: مفهوم الالتزام بالسلامة في المجال الطبي	201
234	الفرع الأول: تعريف الالتزام بالسلامة	202
235	الفرع الثاني: خصائص فكرة ضمان الالتزام بالسلامة في المجال الطبي	203
236	الفرع الثالث: أساس الالتزام بالسلامة في المجال الطبي	204
236	البند الأول: المسؤولية العقدية كأساس للالتزام بضمان السلامة	205
237	البند الثاني: المسؤولية التقصيرية كأساس للالتزام بالسلامة	206
237	المطلب الرابع: نظرية الضمان	207
239	المطلب الخامس: مبدأ الحيطة وأثره في المسؤولية الطبية	208
241	المبحث الثالث: دعوى المسؤولية المدنية الطبية	209
242	المطلب الأول: أطراف دعوى المسؤولية المدنية الطبية	210
243	الفرع الأول: المدعي في دعوى المسؤولية المدنية الطبية	211
244	الفرع الثاني: المدعي عليه في دعوى المسؤولية المدنية الطبية	213
245	الفرع الثالث: شركة التأمين	214
246	المطلب الثاني: الاختصاص القضائي للنظر في دعوى المسؤولية الطبية	215
247	الفرع الأول: الاختصاص الاصلي للقاضي الإداري	216
250	الفرع الثاني: الاختصاص الاستثنائي للقاضي العادي	217
251	الفرع الثالث: التقادم في دعوى المسؤولية الطبية	218
254	المبحث الرابع: إثبات الخطأ الطبي	219
255	المطلب الأول: عبء إثبات الخطأ الطبي يقع على المريض	220
256	الفرع الأول: إثبات السبب الأجنبي	221

257	الفرع الثاني: إثبات فعل الغير	223
257	الفرع الثالث: عبء إثبات الخطأ الطبي وفق طبيعة الالتزام	224
258	البند الأول: عبء إثبات الخطأ الطبي في إطار الالتزام ببذل عناية	225
260	البند الثاني: عبء إثبات الخطأ الطبي في إطار الالتزام بتحقيق نتيجة	226
261	الفرع الرابع: الأعمال القضائية لعبء إثبات الخطأ الطبي.	227
263	البند الأول: الأعمال الصريح بواسطة القاضي المدني	228
264	البند الثاني: الأعمال الضمني بواسطة القاضي الإداري	229
265	المطلب الثاني: نقل عبء الإثبات في مجال الإعلام الطبي	230
269	المطلب الثالث: الصعوبات المرتبطة بعبء الإثبات	231
270	الفرع الأول: الصعوبات في إثبات الخطأ والإهمال والتقصير	232
271	الفرع الثاني: الصعوبات في إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر	233
272	المطلب الرابع: وسائل إثبات الخطأ الطبي	234
272	الفرع الأول: وسائل إثبات الخطأ الطبي العادي	235
273	البند الأول: إثبات الخطأ العادي بالشهادة	236
273	البند الثاني: إثبات الخطأ العادي للطبيب بالقرائن	237
274	البند الثالث: إثبات الخطأ العادي للطبيب بالكتابة	238
275	البند الرابع: إثبات الخطأ العادي بالإقرار	239
276	الفرع الثاني: وسائل إثبات الخطأ الطبي الفني	240
277	البند الأول: الخبرة الطبية حجية تقارير الخبرة الطبية	241
277	البند الثاني: حجية الخبرة الطبية في إثبات الخطأ الطبي	242
281	الفصل الثاني: أثر المسؤولية المدنية في المجال الطبي	243
281	المبحث الأول: التعويض في المجال الطبي	244
282	المطلب الأول: التعويض في المسؤولية المدنية الطبية	245
284	الفرع الأول: تعريف التعويض	246
284	الفرع الثاني: أساس التعويض وعناصره	247

285	الفرع الثالث: تقدير التعويض	248
286	البند الأول: التقدير القانوني للتعويض عن الأضرار الطبية	249
286	أولاً: تحديد المشرع لمقدار التعويض بنصوص قانونية	250
288	ثانياً: تحديد المشرع لفوائد التأخير عن التنفيذ في الالتزام التنفيذي	251
289	البند الثاني: التقدير القضائي للتعويض ومتطلباته	252
291	البند الثالث: التقدير الاتفاقي	253
294	الفرع الرابع: الضرر المتغير ووقت تقدير التعويض	254
295	الفرع الخامس: التعويض التكميلي عن الأضرار المستحدثة بعد صدور حكم نهائي	255
296	المطلب الثاني: طريقة طلب التعويض عن الأضرار الطبية	256
296	الفرع الأول: التعويض أمام المحاكم المدنية	257
298	الفرع الثاني: التعويض في إطار التسوية الودية	258
301	المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض وموقفه من تقارير الخبراء	259
303	المطلب الأول: تقدير القاضي لتعويض ضرر الخطأ الطبي العادي	260
304	الفرع الأول: تحديد معنى الضرر المترتب عن الخطأ الطبي العادي (الإنساني)	261
305	الفرع الثاني: استقلال القاضي بتقدير تعويض ضرر الخطأ الطبي العادي (الإنساني)	262
306	المطلب الثاني: تقدير القاضي لتعويض ضرر الخطأ الطبي الفني (المهني)	263
308	الفرع الأول: ضرورة امتثال القاضي لمبدأ الحيطة والحذر عند تقديره تعويض ضرر الخطأ الطبي الفني	264
309	الفرع الثاني: ضرورة استعانة القاضي بأهل الخبرة عند تقدير ضرر الخطأ الطبي الفني	265
310	المطلب الثالث: كيفية تقدير الخبير لتعويض ضرر الخطأ الطبي الفني وموقف القاضي من ذلك.	266
311	الفرع الأول: المهام الملقاة على عاتق الخبراء في تقدير التعويض	267

313	الفرع الثاني: حرية القاضي في تقدير تقرير الخبير الطبي	268
315	المبحث الثالث: التأمين من المسؤولية الطبية	269
317	المطلب الأول: التعريف بنظام التأمين من المسؤولية الطبية	270
319	الفرع الأول: ظهور التأمين الإجباري من المسؤولية الطبية	271
323	الفرع الثاني: كيفية ونطاق التأمين من المسؤولية الطبية.	272
324	البند الأول: المخاطر التي يغطيها التأمين	273
328	البند الثاني: الأخطاء المستبعدة التي لا يجوز التأمين منها	274
329	البند الثالث: دور التأمين في تقليص الأساس التقليدي لمسؤولية الطبيب	275
330	المطلب الثاني: الآليات المكملة لنظام التأمين من المسؤولية المدنية الطبية	276
330	الفرع الأول: التعويض بواسطة الدولة في إطار التضامن الوطني	277
332	الفرع الثاني: صناديق الضمان لضحايا حاملي فيروس الايدز	278
334	خاتمة	279
341	قائمة المراجع	280
372	الفهرس	281