

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أحمد دراية أدرار

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



الإثبات في نطاق المسؤولية المدنية الطبية

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق: تخصص " عقود ومسؤولية "

تاريخ المناقشة : 2015/06/15

تحت إشراف :

الدكتور: فتاحي محمد

إعداد الطالبة :

❖ عبيد فتيحة

لجنة المناقشة

رئيساً	جامعة أحمد دراية أدرار	أستاذ التعليم العالي	أ.د. كيجل كمال
مشرفاً ومقرراً	جامعة أحمد دراية أدرار	أستاذ محاضر أ	د. فتاحي محمد
مناقشاً	جامعة أحمد دراية أدرار	أستاذ محاضر أ	د. أقصاصي عبد القادر
مناقشاً	جامعة أحمد دراية أدرار	أستاذ محاضر أ	د. بحماوي الشريف

الموسم الجامعي: 2015/2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

﴿وَإِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ يَشْفِينِي﴾

سورة الشعراء الآية 80

صدق الله العظيم

شكر و عرفان

الحمد لله أولاً لما نفتح جفوفنا كل صباح لنرى معجزة خلقه وجمال كل شيء، صنعه
بإبداع و نرفع أيدينا إلى سمانه العالیه بصوت لا یسعه غیره و ندعوه بنفس تأمل فی
رضائه الدائم .

إلى إلهي ، خالقنا، مالك أمرنا و كاتب قدرنا الذي وثقنا وهو خير الموفق، ونعم المولي
ونعم النصير.

وأتوجه بالشكر بعد ذلك إلى من أمدني بنصائحه وتوجيهاته الصائبة الحكيمة التي أنارت
لي الطريق، وعرف كيف يرغبني في العمل بفضل معاملته الحسنة الأستاذ
المشرف الدكتور "فتاحي محمد" الذي تشرفت بالعمل تحت إشرافه.
وأقدم بشكري الخالص إلى جميع الأساتذة الذين أشرفوا على تدريسنا خلال السنة
النظرية.

كما أتوجه بالشكر إلى كل عمال المكتبة المركزية بجامعة احمد دراية بأداره على
التسهيلات و المساعدة المقدمة من طرفهم.

إلى السيد عمور منصور مدير مديرية التشغيل بولاية تيارت سابقاً، وبولاية سيدي بلعباس
حالياً، على ما قدمه لي من دعم ومساندة.

وختاماً أتوجه بالشكر إلى كل من ساهم من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا العمل .

الإهداء

إلى روح جدتي الغالية "عبيد الزاينة" رحمها الله وأسكنها فسيح جنانه.

إلى روح معلمي "بن الشيخ عمار" رحمه الله وأسكنه فسيح جنانه.

إلى الوالدين الكريمين، والعائلة الكريمة كل باسمه.

إلى كل زملاء العمل بمديرية التشغيل بولاية تيارت، وكل زملاء الدراسة بجامعة أحمد دراية

أدرار

إلى كل ربان سفينة علم ركبتها أساتذتي .

إلى زميلاتي ، طالبي خديجة، جلايلة فاطمة، محدي رحمة.

إلى كل الذين أحبوني في الله .

إلى كل من ذكره قلبي ونسأه قلبي

أهدي بأكورة هذا العمل المتواضع .

قائمة المختصرات:

1. باللغة العربية:

ب.ب.ن: بدون بلد نشر

ب.س.ن: بدون سنة نشر

ج.ر: الجريدة الرسمية

ص.ص: من الصفحة إلى الصفحة

ص: الصفحة

ق.إ.م.إ.ج: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

ق.ح.ص.ت: قانون حماية الصحة وترقيتها

ق.ع.ج: قانون عقوبات جزائري

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

ق.م.ع: القانون المدني العراقي

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي

م.أ.ط: مدونة أخلاقية الطب

م.ت: مرسوم تنفيذي

2. باللغة الفرنسية:

Art: article

bull: bulletin

c.c.f: code civil français

c.p.c.f: code procédure civil français

c.s.d.l.l: convention de sauvegarde des droit de l'homme et des

libertés

cass: cassation

ch: chambre

civ: civile

op, cit: ouvrage précédement cité

p p: de la page a la page

p: page

مقدمة:

"قيل في الأطباء قديماً "أن الشمس تنشر أشعتها على إنتصاراتهم و الأرض تدفن خطاياهم" مقولة إعتبرت الحالة المرضية التي لا ينجح الطبيب في علاجها ،خاصة تلك التي تنتهي بالوفاة من شأن القضاء والقدر وليس الطبيب المسؤول عنها،غير أن مهنة الطب رسالة هادفة للمحافظة على صحة الإنسان الجسدية والنفسية و للتخفيف من آلامه ورفع مستواه الصحي العام،لذا فمهنة الطب هي مهنة الشرف والإنسانية ،و هي مهنة إحترمها الجميع ومنذ قديم العصور فقديماً كان الطبيب هو الحكيم ،و كان عند فشله يعاقب إما بسجنه او يعدم وإذا نجح يتزوج ابنة الملك.

و لمهنة الطب أهمية كبرى لا محدودة ،إذ تعتبر مهنة إنسانية وأخلاقية تتطلب في من يباشرها التمكن العلمي و الفني ،و يتوجب على من يمارس النشاط الطبي أن يتفق مع القواعد المقررة في علم الطب إضافة إلى إحترامه الشخصية الإنسانية وأن يكون قدوة حسنة في سلوكه ومعاملته ويحافظ على ارواح الناس بالسعي إلى شفائهم. فالحق في سلامة الجسم هي مصلحة الفرد التي يحميها القانون، فللفرد الحق في أن تظل أعضاء جسمه و أجهزتها تؤدي وظائفها بشكل طبيعي، و الإحتفاظ بكل أعضاء جسمه غير منقوصة وأن يتحرر من آلامه البدنية والنفسية وهي حقوق مسلم بها في قواعد الأخلاق و الدين فالحياة الإنسانية مقدسة و جسم الإنسان هو جوهرة الحياة.

و إذا كانت المسؤولية المدنية في عمومها هي أن يكون الضرر ماساً بمصلحة الفرد وحده فمما لا شك فيه أن المسؤولية المدنية الطبية حتى ولو كانت صورة من صور المسؤولية المدنية بوجه عام،غير أن لها خصوصيتها ذلك أنها تتعلق بمهنيين يمارسون مهنة الطب¹.

فالبحث في موضوع مساءلة الطبيب و تحديد شروط مسؤولية ينبغي أن ينطلق من التوفيق بين مصلحة العمل الطبي ، ومصلحة صحة الإنسان والمجتمع دون وضع مهنة الطب تحت سيف الملاحقة والمسؤولية بشكل يؤدي لمنع تقدمها وتطورها ما يفرض الإضرار بمبدأ مسؤولية الطبيب عن أخطائه ووضع الأسس و الشروط الواضحة لهذه المسؤولية² .

¹ رايس محمد،المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ،دار هومة ،الجزائر ،2010،صص 16 18

² نادر شافي ، الطبيب بين الرسالة والمساءلة، مجلة الجيش ،العدد 235،كانون الثاني ،لبنان ،2005

هذا وتكتسي مسألة إثبات المسؤولية الطبية أهمية بالغة نظراً لأنها شرط يلزم تعويض الضرر الذي لحق بالمتضرر وإثباتها يعد من أصعب المسائل كونها متشابكة العناصر و من المسائل التي تتم عن صعوبة التقدير و إقامة الدليل على قيامها. و الإثبات في المسؤولية المدنية الطبية له خصوصيته ، فبعد أن كان جوهر العمل الطبي محصور في فكرة الإحتمال في شفاء المريض حيث يلتزم الطبيب فقط ببذل عناية طبية صادقة ، ولا يلتزم بتحقيق الشفاء ،أصبح الآن مع التقدم العلمي وجود حالات محصورة كون النتائج فيها متوقعة، لذلك أصبح الطبيب يسأل عن التزامه بتحقيق نتيجة¹، كما ساهم التقدم العلمي إلى إتساع دائرة المسؤولين عن العمل الطبي² هذا الإتساع الذي يؤثر على الإثبات من ناحية مسؤولية الشخص المحدث للضرر وفي مدى توافر رابطة السببية بين المسبب والضرر الطبي ،حيث يستلزم وجوده تحيد المسؤول بدقة. هذا وعرف الإثبات في مجال المسؤولية المدنية الطبية عدة تطورات فقهية و قضائية وجدت لتتماشى و التطور العلمي الحاصل من جهة ،ومع مصلحة المريض المتضرر من جهة ثانية وكله في سبيل مساعدة الطرف الضعيف أي (المريض) على إثبات حقه لجبر ضرره و التعويض عنه،ومع ذلك غير أنه يجب الإقرار بان مسالة الإثبات في المسؤولية الطبية عامة ،والمدنية الطبية خاصة ليس بالامر السهل هذا إذا سلمنا أنه ووفقاً للقواعد العامة فإن المريض هو الذي يكلف بالإثبات كاصل عام ،هذا الإثبات الذي يوجب عليه إثبات عناصر المسؤولية و أركان قيامها لمواجهة المدعى عليه،ومع الإقرار بان الخطأ يظل قوام المسؤولية الطبية وأحد اركانها رغم ما شهده من تراجع في بعض الحالات³ الشئ الذي يمثل أهم إشكال يواجه المريض ،كون معظم الأخطاء الطبية فنية بحتة تنفرد بخصوصيتها وتقنياتها التي لا يتقنها إلا أهل الإختصاص والذين هم الأطباء ذاتهم.

ويبقى الإثبات والتدليل على قيام المسؤولية المدنية للطبيب ،السبيل الوحيد الذي لا يتأتى بدونه بلوغ حق المتضرر،خاصة مع الإرتفاع المذهل لضحايا العمل الطبي فقد أكدت الأمانة العامة لضحايا الأخطاء الطبية في الجزائر أن عدد ضحايا الأخطاء الطبية يتعدى

¹ طلال عجاج،المسؤولية المدنية للطبيب،المؤسسة الحديثة للنشر ،طرابلس ،لبنان،2004، ص 8

² محمد حسين منصور ،المسؤولية الطبية،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية ،مصر2011.

³ ريس محمد،نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها،دار هومة ،الجزائر 2012،ص259.

1200 ضحية حسب الحالات المحصاة¹ و المقيدة¹ هذا العدد الذي لا بد من التقليل منه ،ولابد من مساءلة الأطباء المسؤولين الشيء الذي لا يتأتى من غير تدليل على ثبوته. وتعود أسباب إختياري للموضوع :في ما يشهده هذا الميدان من إرتفاع في الضحايا ،أخطاء طبية تؤدي لوفاة الضحايا أو إعاقتهم،أو فقدانهم أعضاء سليمة وهذا في كل مجالات العمل الطبي إن كان من العلاج البسيط إلى الجراحة، وفي المستشفيات العمومية أو العيادات الخاصة. كذلك ما يكتنف هذا النوع من المسؤولية من صعوبة في الإثبات وما يلاقيه المريض من عراقيل في سبيل ذلك.

وأهمية الموضوع:

تتجلى في أن موضوع البحث تتناول مادته أخطاء تقع على الروح الإنسانية والبدن وجسم الإنسان،كذلك كون الموضوع عرف تطورات فقهية وقضائية ،التي واكبت التطور العلمي والتكنولوجي الذي عرفه هذا المجال خاصة في الجانب المتعلق بالتحاليل و الأجهزة الطبية وتقنيات الجراحة الطبية وكيفية تعامل التشريعات بالمقابل معها.

وعن الهدف من الدراسة :

فهو معرفة مت نكون أمام القول بقيام المسؤولية المدنية للطبيب،وتبيان عناصرها و اركانها ثم معرفة القواعد العامة في إثباتها و الإستثناءات الواردة عليها،و طرق الإثبات من حيث نجاعتها و حجيتها القانونية و من حيث مدى قدرتها على التدليل على إخلال الطبيب بالتزامه تجاه المريض.

الإشكالية:

تدور إشكالية البحث حول المكلف بعبء الإثبات و طرق أو وسائل الإثبات ، إذن فكيف يمكن إثبات المسؤولية المدنية الطبية؟ وما هي الوسائل الكفيلة لذلك؟ والمنهج المتبع، لدراسة ذلك هو المنهج الوصفي التحليلي ،الذي يقوم على وصف الوقائع وتحليلها،وقد جئت في بحثي ببعض الإجتهدات القضائية لبعض المشرعين ،كالمشرع الفرنسي،إنما ليس على سبيل المقارنة.

¹ راضية بوبعجة،قانون الصحة الجديد نهاية معاناة ضحايا الاخطاء الطبية أو إستمرارها ،جريدة الحرية،الجزائر ،06 مارس 2015
el houria.com.2015 Com/index.php/société/item/35660.le 26.4.2015 a 10:16.

وقد قسمت لدراسة هذا الموضوع بحثي لفصلين، تتناولت في (الفصل الأول)، إثبات أركان المسؤولية المدنية الطبية، حيث سأتناول هذا الفصل من خلال مبحثين، اتطرق في الأول إلى إثبات الخطأ الطبي و في الثاني إلى إثبات الضرر وعلاقة السببية، و هذا بإعتبار المسؤولية الطبية خطأية كأصل عام مما يوجب التفصيل في هذا العنصر من جهة و من جهة ثانية تفادياً للحشو.

وتناولت في (الفصل الثاني)، وسائل إثبات المسؤولية المدنية الطبية، حيث تطرقت في المبحث الأول وسائل الإثبات في الأعمال المتعلقة بالإنسانية الطبية ، وفي المبحث الثاني تناولت وسائل الإثبات المتعلقة بالفن الطبي.

في المجال الطبي، لا يستطيع المريض الوصول الى حقه، عند المنازعة فيه إلا إذا تم اللجوء الى القضاء لحماية هذا الحق، وعندما يرفع النزاع الى القضاء لا يستطيع الأخذ بالادعاء أي ادعاء المريض بما له من حق لنفسه مالم يتحقق من ان هذا الادعاء موافق للحقيقية، حيث أن الاحتمال قائم بان ادعاء مخالفا لها، فوجود الحق يتوقف على وجود الواقعة التي يقيمها القانون سببا لترتيبه أي الحق⁽¹⁾ .

وعليه فإن القضاء، وحين رفع دعوى من طرف المريض والذي يدعي لحاق الضرر به، جراء عمل طبي، لا يستطيع إجابته وحماية هذا الحق الذي يدعيه، إلا إذا أثبت المدعي الواقعة المرتبة للحق محل الإدعاء قانوناً، ليتم التحقق منه ثم حمايته.

والمسؤولية المدنية الطبية، تضبطها القواعد العامة للمسؤولية المدنية بشكل عام، مع بعض الخصوصية التي تفرضها مهنة الطب وطبيعة العمل الطبي، غير أن ذلك لا يحول دون إشتراط أركان لقيامها، كذلك شروط لإنتقائها، إضافة إلى أن هناك قواعد عامة تحكم المكلف بإثباتها.

وفي إطار دراستنا لهذا الفصل سنتطرق لإثبات أركان قيام المسؤولية المدنية من خلال إثبات ركن الخطأ، وإثبات ركن الضرر وعلاقة السببية بينهما، و هذا بالتعرض إلى ماهية كل ركن على حدى أولاً ثم إلى إثباته، وقد أدرجت لهذا مبحثين سأتناول في الأول إثبات الخطأ وفي الثاني إثبات الضرر وعلاقة السببية بينهما.

1 رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية، للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، الجزائر 2012، ص249.

المبحث الأول: إثبات الخطأ الطبي

إن لإثبات الخطأ الطبي أهمية بالغة تتبع من توقف نتيجة الدعوى عليه، فإثبات الخطأ الطبي يعد من أهم أركان المسؤولية المدنية الطبية خصوصاً. فإذا كان من اللازم على المريض إثبات الخطأ الطبي ولم يستطع ذلك، فهنا لا تترتب أي مسؤولية على الطبيب، وإذا استطاع الطبيب نفي ادعاء المريض بوجود خطأ من جانبه فإنه بذلك يتخلص من المسؤولية.⁽¹⁾

وللتطرق الى هذا، فقد قسمت مبحثي هذا إلى مطلبين سوف أتطرق في الأول مفهوم الخطأ الطبي، ثم أتطرق في الثاني الى مسألة عبء إثبات الخطأ الطبي.

المطلب الأول: ماهية الخطأ الطبي الواجب إثباته

يعد الخطأ الطبي العنصر المهم والأساسي في المسؤولية الطبية هذا ولدراسة ماهية هذا العنصر والركن، لابد لنا من شرح مفهومه ومعايير تقديره ثم صورته وتقسيماته مما سنتناوله فيما يلي.

الفرع الأول: مفهوم الخطأ الطبي ومعايير تقديره

أولاً: مفهوم الخطأ:

للخطأ الطبي مفهومان، فقهي وتشريعي

1. الفقهي :

إن الخطأ الطبي يأخذ تعريفه من الخطأ المهني بشكل عام، حيث يعرف الخطأ المهني بأنه "الخطأ الذي يتصل ويتعلق بالأصول الفنية للمهنة"² وتعد التعريفات التي أوردها بعض الفقهاء للخطأ الطبي مستمدة من تعريف الخطأ المهني حيث عرفه البعض بأنه "عدم القيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي فرضتها عليه مهنته".⁽³⁾

أما الفقه الحديث فيعرف الخطأ العقدي والتحضيبي في نوعي المسؤولية، على أنه تقصير في مسلك الإنسان لا يقع من شخص يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي

1 إبراهيم على حماوي الحلوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في اطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 211.

2 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 185.

3 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة، المرجع نفسه، ص 185.

أحاطت بالمسؤول وبالتالي يرى البعض بأنه "تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول".⁽¹⁾

والخطأ المهني أو الفني يقع فيه الطبيب لدى مخالفة القواعد الفنية التي توحىها عليه مهنته التي يجب عليه الإلمام بها.⁽²⁾

والخطأ هو إحجام الطبيب عن القيام بالواجبات الخاصة التي يعرفها علم الطب، وقواعد المهنة وأصول الفن وذلك نظراً لأن الطبيب ولأنه يباشر مهنة الطب، فإن ذلك يستلزم منه دراية خاصة ويعتبر ملزماً بالإحاطة بأصول فنه وقواعد علمه التي تمكنه من مباشرتها، ومتى كان جاهلاً لذلك عد مخطئاً⁽³⁾.

كما عرف الخطأ الطبي بأنه وبوجه عام إخلال الطبيب بالالتزامات التي تقع على عاتقه تجاه المريض، سواء كان ذلك عن عمد أو عن إهمال⁽⁴⁾.

هذا وقد اعتبر الخطأ الطبي على أنه العنصر الأساسي في تحديد المسؤولية الطبية والذي يجب عزله عن العمل الإستشفائي، على سبيل المثال نزع كلية (مريضة) لا يعتبر خطأ طبي إلا إذا أثبتت الخبرة الطبية عكس ذلك⁽⁵⁾.

هذا فيما يخص بعض التعريفات الفقهية التي وردت مفهوم الخطأ الطبي. وسنتطرق فيما يلي الى بعض التعريفات التشريعية.

2. التشريعي:

لقد تم التطرق إلى مضمون الخطأ التشريعي عن طريق الإشارة إليه كركن، كما هو الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي والذي لم يعرف الخطأ الطبي والذي أتى على الإشارة إليه كركن عن وذلك في المادتين، 1182، 1183⁶ ق.م.ف، حيث أن المشرع الفرنسي أكد

1 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص185.

2 إبراهيم على حموي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية دراسة قانونية مقارنة ، المرجع السابق ص22.

3 رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هوم، الجزائر، 2010، ص149.

4 رجب كريم عبد اللاه، المسؤولية المدنية لجراح التجميل، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص98.

5 abdelkader khadir, la responsabilité médicale a l'usage des praticiens de la médecine et du Droit, édition Houma, alager 2014, page84.

⁶ Art 1182 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."

على جعل الخطأ أساساً للمسؤولية⁽¹⁾، وتم تكريس هذا من خلال قانون 04 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية نظام الصحة الفرنسي فقد أضافت المادة (98) من هذا القانون مواد جديدة الى قانون الصحة العامة، فالمادة 1-1142-L والتي ذكرت أن محترفو الصحة لا يسألون إلا في حالة قيام مسؤوليتهم على عيب في مادة أو منتج صحي، وكذلك المؤسسة أو المصلحة أو الهيئة التي تم فيها إنجاز الأعمال الفردية الخاصة بالوقاية أو التشخيص أو العلاج إلا في حالة الخطأ⁽²⁾.

ولم يعرف المشرع الجزائري الخطأ باعتباره ركن من أركان المسؤولية العقدية أو التقصيرية⁽³⁾، سواء تعلق الأمر بالتقنين المدني أو قانون حماية الصحة أو مدونة أخلاقية الطب، غير أن المشرع الجزائري أشار في المادة 124 ق.م.ج على أنه "كل فعل أيًا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررًا للغير يلزم من كان سببًا في حدوثه بالتعويض"⁽⁴⁾.

كما ذكرت أيضاً المادة 125 من نفس التقنين " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو إمتناعه أو بإهمال منه وعدم حيظته إلا إذا كان مميزاً"⁽⁵⁾.

يفهم من هذين النصين نرى أن المشرع الجزائري جعل من الخطأ أساساً تقوم عليه المسؤولية، غير أنه لم يحدده هذا فيما يخص التعريف التشريعي للخطأ الطبي على ضوء المشرعين الفرنسي والجزائري .

وبعد أن تطرقنا الى مفهوم الخطأ الطبي من ناحيتين الفقهية والتشريعية ، سنتطرق إلى عنصر مهم لتحديد ماهية الخطأ الطبي ألا وهو معيار تقدير الخطأ.

Art 1183 c.c.f "chaq'un est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence".

1 فريحه كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون المسؤولية المدنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص169.

2 Article L1142-1 c-d-p-f: "hors le casou leur réponsabilitie est encourue en raison dun défaut dun produit de santé. les profs de santé....ex" .

3 محمد فتاحي، الخطأ الطبي والمشكلات التي يثيرها في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارة الصادرة عن جامعة سيدي بلعباس، العدد الثالث، مكتبة الرشاد، الجزائر، 2007، ص88 .

4 المادة 124 ، الأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر عدد 78 ،مؤرخة في 20 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم.

5 القانون المدني الجزائري.

ثانياً: معايير تقدير الخطأ الطبي

إن الأصل في الإلتزام الذي يقع على عاتق الطبيب هو إلتزام ببذل عناية هذا مع وجود حالات إستثنائية يكون فيها الإلتزام هو تحقيق نتيجة، ولما كان الأصل هو الإلتزام ببذل العناية فإن مضمونه هو بذل الجهود الصادقة التي تتفق والظروف القائمة والأصول الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية وأي إخلال بهذا الإلتزام يعتبر خطأ⁽¹⁾.

كما أنه لا يمكن القطع بأن الطبيب ارتكب خطأ، إلا إذا إعتدنا معياراً ثابتاً يعرض عليه فعل الطبيب لتبين وجود الخطأ من عدمه، وهو أمر كبير الأهمية بل ويعد من المسائل الجوهرية في المسؤولية الطبية.⁽²⁾

وهناك إتجاهين لقياس إطار العناية اي النقطة والحذر والانتباه إما اتجاه شخصي ذاتي أو إتجاه موضوعي مجرد⁽³⁾، أي أن هناك طريقتان لتحديد مدى العناية التي يجب على الطبيب بذلها لأجل الوفاء بالتزامه إما بمقارنة ما وقع منه، بمسلكه العادي أو بمقارنة ما وقع منه بسلوك شخص مجرد⁽⁴⁾.

أي أنه يوجد معياران للخطأ الطبي معيار شخصي وموضوعي.

1. المعيار الشخصي:

ويقصد بالشخصي أو الواقعي، أي إلتزام الطبيب ببذل ما إعتاد على بذله من يقظة وتبصر، حيث إذا ثبت إمكانية تقاديه الفعل الضار المنسوب إليه اعتبر مخطئاً أما إذا لم يكن بإمكانه تقادي الفعل الضار المنسوب إليه اعتبر غير مخطئ⁽⁵⁾.

كما يقصد به أيضاً المعيار الذاتي والذي ينظر فيه الى ذات الطبيب الذي صدر عنه الخطأ والى إمكاناته الذاتية، وإلى درجة حرصه فيكون بذلك الطبيب الحريص مسؤولاً إذا قصر في العناية المطلوبة للمريض ولا يكون الطبيب الذي إعتاد اللامبالاة مسؤولاً إذا سبب

1 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 217.

2 إبراهيم علي حماوي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية المدنية الطبية، المرجع السابق، ص 24.

3 أحمد عبد الكريم الصرايرة، التامين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الاخطاء الطبية، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان الأردن، الطبعة الاولى 2012، ص 82

4 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع نفسه، 2004

5 رابح محمد المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 156.

ضرراً للمريض، وهو ما يجافي العدالة حيث يكون الفعل خطأً بالنسبة إلى طبيب دون أن يكون كذلك بالنسبة إلى طبيب آخر⁽¹⁾.

وقد رأى جانب من الفقه والقضاء وجوب الأخذ بالتقدير الواقعي، والذي يتضمن إتباع المعيار الشخصي لأنه لا يوجد أحد يلتزم بأن يبذل من العناية أكثر مما تتحمله طبيعته وثقافته وخبراته الشخصية⁽²⁾.

كذلك فإن من بين ما دفع ببعض الفقه والقضاء إلى الأخذ بهذا المعيار، الذي يأخذ في الحساب أن يكون للطبيب القدرة على دفع الضرر وأن يتناسب ذلك مع مؤهلاته الطبية والثقافية والوسائل الموضوعية تحت تصرفه إذ لا يمكن إلزامه بأكثر من طاقته⁽³⁾.

لكن هذا الإتجاه واجه النقد حيث يرى معارضوه بأنه من الصعب تطبيقه لأنه يحتاج لمراقبة سلوك الشخص وحركاته لمعرفة فيما إذا كان مخطئاً أو غير مخطئ مع مراعاة الظروف المحيطة به⁽⁴⁾.

كما عيب على أنصار هذا المعيار أن تطبيقه من شأنه أن يجعل من الخطأ فكرة شخصية فنفس الفعل قد يوجب مسؤولية شخص دون الآخر⁽⁵⁾.

فالطبيب الذي يرتكب نفس الفعل يكون مسؤولاً عن فعله كونه إعتاد اليقظة والتبصر، ولذا فإنه يحاسب على الأقل هفوة في حين أن الطبيب المعتاد على التقصير إذا ارتكب نفس الفعل، فإنه يكافئ بعدم المحاسبة والمساءلة كونه إعتاد التقصير إلا إذا بلغ سلوكه درجة معينة من الإهمال والتسيب⁽⁶⁾.

1 إبراهيم على حمادي الحلبوسي الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 36.

2 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 219.

3 رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 156.

4 أحمد عبد الكريم موسى الصرايره، التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية، دار وائل للنشر، عمان الأردن، 2012، ص 83.

5 حروزي عز الدين الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في الجزائر والمقارن، دراسة مقارنة، دار هومه هومه الجزائر 2005، ص 119.

6 رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 157.

2. المعيار الموضوعي:

وفيه يقاس الإنحراف على سلوك الشخص و تجريده من ظروفه الشخصية، والشخص المجرد هو الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس فلا هو بخارق الذكاء ولا هو محدود الفطنة⁽¹⁾.

أي إلزام الشخص بالمستوى الذي كان يبذله شخص مجرد يفترض فيه اليقظة والتبصر وما يتطلبه حزم التصرف وحاجات الناس، والمصالح المشتركة مع وجوب تجرد هذا الشخص من الظروف الذاتية والداخلية والاقتصار على الظروف الخارجية التي تحيط به⁽²⁾. أي إحاطة النموذج المفترض (الشخص المجرد) بنفس الظروف التي كانت تحيط بنظيره المسؤول، والمقصود بالظروف المحيطة به هي الظروف الخارجية وليست الداخلية بحسب ما ذهب إليه الفقيه "مازو" أن الظروف الداخلية هي تلك اللصيقة بشخص المسؤول والتي تتعلق بخصائصه الطبيعية والأدبية وكل ما عداها فهي ظروف خارجية⁽³⁾.

ومثال الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب موضع المسؤولية حالة المريض وما تتطلبه من إسعافات سريعة، بالنظر الى إمكاناته الخاصة والتي قد لا تتوفر لدى طبيب الريف عكسها لدى طبيب المدينة، كذلك إجراء عمليات الجراحة في مكان لا تتوفر به الأجهزة الطبية اللازمة مثلما هي عليه في مكان آخر⁽⁴⁾.

وقد أخذ بهذا المعيار الموضوعي، في كل من فرنسا ومصر بشأن تقدير خطأ الطبيب بوجه العام وبذل العناية للمريض فقد قررت محكمة النقض الفرنسية أنه يتعين لإعتبار الطبيب مخطئا في بذل العناية لمريضه، التأكد من أن مسلكه لم يكن ليسلكه طبيب حذر وجد في نفس الظروف⁽⁵⁾.

1 صفية سنوسي، الخطأ الطبي في التشريع والإجتهد القضائي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير فرع (قانون خاص)، جامعة قاصدي مرباح ورقلة الجزائر، 2006، ص 17.

2 رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 154.

3 حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 119.

4 إبراهيم علي حماوي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، المرجع السابق ص 36.

5 رجب كريم عبد اللاه، المسؤولية المدنية لجراح التجميل، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 99 100.

ويبدو أن المعيار الموضوعي ملائم في تحديد المسؤولية للطبيب لأنه ليس من المعقول أن يؤخذ سلوك الطبيب الشخصي كمعيار لتحديد السلوك الواجب إثباته في مباشرة الأعمال الطبية⁽¹⁾.

وبعد الذي أسلفناه فإن العمل الفني للطبيب يخضع لمعيار الخطأ المهني، المعيار الذي يقاس به سلوك المهني الذي إرتكب الفعل الضار هو سلوك الفني المألوف من شخص وسط من نفس المهنة والمستوى ويوجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بمرتكب الفعل⁽²⁾.

الفرع الثالث: تقسيمات الخطأ الطبي وصوره

يأخذ الخطأ الطبي عدة تقسيمات، بالنظر إلى نوعه أو إلى جسامته، كذلك إلى كونه صادر عن الطبيب أو عن الفريق الطبي، وتعد صورته عديدة ومتنوعة، إما أخطاء في الإهمال أو التشخيص أو في الجراحة

أولاً: تقسيمات الخطأ الطبي

تقتضي مسألة تقسيم الخطأ الطبي وتبيان أنواعه، أهمية كبيرة نظراً لماهية العمل الطبي ودقته وخطورته، الشيء الذي يتطلب الخروج عن القواعد العامة، حفاظاً على جوهر وخصوصية العمل الطبي، ومن هنا نجد الاختلاف حول تعيين درجة ونوع الخطأ الطبي الذي يوجب المسؤولية، وسنتناول فيما يلي تقسيمات الخطأ من حيث أنواعه، درجاته تم التفرقة بين الإطار الفريق الطبي العادي.

1. تقسيم الخطأ الطبي من حيث أنواعه:

ينقسم الخطأ الطبي من حيث أنواعه إلى خطأ عادي وخطأ فني، وسنتطرق إلى الخطأ الطبي العادي ثم إلى الخطأ الطبي الفني.

أ. الخطأ العادي:

وهو تلك الأعمال المادية التي لا يربطها بأصول الطب أي رابطة ويمكن للقاضي أن يقف عليها وتقديرها دون الأخذ بعين الإعتبار صفة من يقوم بها⁽³⁾.

مثالها: قيام الطبيب بإجراء عملية جراحية ويده مصابة مما يعيقها عن الحركة.

1 أحمد عبد الكريم موسي الصرايره، التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية، المرجع السابق، ص 83.

2 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 219.

3 رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 172.

كذلك فإننا نكون أمام خطأ طبي عادي، عندما يخل الطبيب بواجب الحرص والحيطه والذي يلتزم به كل فرد ويخضع الطبيب في هذا النوع من الخطأ للقواعد العامة فيسأل عن خطئه في جميع درجاته وصوره⁽¹⁾.

ب. الخطأ الفني:

وهو ما يخص تلك الأعمال اللصيقة بصفة الطبيب، والمتعلقة بمهنة الطب كما أنه لا يمكن لشخص جاهل بأصول مهنة الطب القيام بها كونها تتطلب علما ووسائل علمية دقيقة، هنا يكون الخطأ في الخروج عن أصول ومهنة الطب ومخالفة قواعد العلم مثالها الخطأ في التشخيص أو العلاج⁽²⁾، وفي هذه الحالة لا يسأل الطبيب إلا عن خطئه الجسيم⁽³⁾. هذا و يرى الفقه المصري، عدم ضرورة التفرقة بين الخطأ الطبي العادي والمهني، ذلك أن التفرقة دقيقة في بعض الحالات ولا مبرر لها لأن الطبيب شأنه شأن غيره، يحتاج الى الطمأنينة والثقة كذا المريض يحتاج للحماية، لذا فإنه من الواجب إعتبار الطبيب أو الفني مسؤول عن خطئه العادي⁽⁴⁾.

2. تقسيمات الخطأ من حيث درجة جسامته:

ينقسم الخطأ الطبي إلى نوعين الخطأ الطبي الجسيم، والخطأ الطبي اليسير.
أ. الخطأ الطبي الجسيم:

الخطأ الجسيم قانونا هو ذلك الخطأ غير العمدي، والذي لا تتوافر فيه نية الإضرار بالغير ولكن كون هذا الخطأ جسيما وكبيرا فإن ذلك دفع بفقهاء الرمان الى تشبيهه بالخطأ العمدي أو الخطأ التدليسي، وإن كان هذا التشبيه لا يوتر أبداً على كونه خطأ غير عمدي فالخطأ الجسيم لا يصدر إلا من أقل الناس تبصراً⁽⁵⁾.

كما عرفته محكمة النقض الفرنسية "بأنه إهمال خطير من طرف الدائن يجعله لا يقوم بالالتزامات العقدية الملقاة على عاتقه"⁽⁶⁾.

1 رجب كريم عبد اللاه، المسؤولية المدنية لجراح التجميل، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 103.

2 رابيس محمد المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 172-173.

3 رجب كريم عبد اللاه، المسؤولية المدنية لجراح التجميل، دراسة مقارنة، المرجع نفسه، ص 103.

4 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 202.

5 رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 179.

6 فريحه كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 189.

وحكمت محكمة trib.NIMES بفرنسا، أن قيام طبيب الأشعة بحقن مريض بدواء ليتمكن من الكشف عن أحد الأمراض مما أدى الى الوفاة نتيجة لهذا الحقن، وعدم إخطار المريض بهذا الإحتمال البعيد لا يعتبر خطأ من جانب المريض، مادام أن الحقن تم وفقا لقواعد المهنة، وإستخدام نفس الدواء سابقا وإعطائه نتائج مفيدة كلها أو مؤشرات على أن تسبب الدواء في الوفاة هو إحتمال نادر الحدوث، عكس ذلك فترك الطبيب وتخليه عن علاج مريض وتركه يعاني من الآلام، مما يؤدي في النهاية إلى قطع ذراع المريض مثلاً، يعد إهمالا وخطأ جسيماً⁽¹⁾.

هذا وقد تم الأخذ بفكرة الخطأ الجسيم، حيث رأى بعض الفقه أن مسؤولية الطبيب المطلقة عن جميع أخطاءه فكرة ليست منطقية وعقلية ولا تفيد الطبيب أو باقي الفنيين، ذلك أن مهنتهم تتطلب الطمأنينة والثقة، كذلك حتى تبقى لديهم روح المبادرة ولا تتزعزع الثقة بينهم وعملائهم⁽²⁾.

كما أن محكمة السين قضت بأن "مسؤولية الطبيب تقوم إذا ثبت الضرر الذي أصاب المريض نتيجة خطأ جسيم منه، أو إهماله إهمالا فاحشاً أو عدم إحترازه، أو جهله بالأصول والقواعد التي يتعين على كل طبيب الإلمام بها"⁽³⁾.

ثم سرعان ما أصبح تبني (فكرة الأخذ بالخطأ المهني الجسيم يتلاشى ويندثر إثر حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20ماي1936، حيث قررت محكمة النقض، أن الطبيب وبمقتضى عقد العلاج المبرم بينه وبين المريض ملزم ببذل عنايته للمريض، على أساس من الجهود الصادقة اليقظة المتفقة مع الأصول العلمية الثابتة، وأي إخلال بهذا الإلتزام متعمداً أو غير متعمد جزاؤه المسؤولية التعاقدية⁽⁴⁾.

هذا وقضت محكمة النقض الفرنسية أنه ليس من الضروري أن يكون خطأ الجراح جسيماً ليكون مسؤولاً، بل هو يسأل عن أخطائه ولو كانت يسيرة⁽⁵⁾.

1 نقلاً عن راييس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 180.

2 AMBIA LET(JANINE),résponsabilité du fait d'autrui en droit médicale , thèse droit, paris 1964,p88

3 فريد عيسوس الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر 2003، ص 261.

4 راييس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 180.

5 رجب كريم عبد اللاه، المسؤولية الطبية لجراح التجميل، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 105.

ب. الخطأ الطبي اليسير:

وعرفته نظرية تدرج الخطأ، والتي ترجع في الأصل إلى الفقهاء الفرنسيين على رأسهما الفقهاء دوما وبوتيه بأنه "الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص المعتاد من الناس"⁽¹⁾. والخطأ اليسير، هو ذلك الخطأ الذي لا يرتكب من طرف شخص حازم حريص وهو من خلق القانون الفرنسي القديم⁽²⁾.

ومن كل ما سبق ذكره فإن "كل خطأ مهما بلغ من درجة الخطورة أو من البساطة فإنه وبحكم طبيعته، يجب أن تحمل فيه المسؤولية للطبيب"⁽³⁾.

وقد تم إنتقاد فكرة الخطأ اليسير من قبل الفقيه جون بينو j- penneau وبين عدم صحتها، حيث أن المقرين لفكرة تدرج الخطأ تبعاً لنوع المسؤولية ليسو على حقيقة وان قولهم لا أساس له من الصحة لأن في قولهم خلط بين مضمون الإلتزام وتحديد طبيعة الخطأ⁽⁴⁾.

3. التفرقة بين خطأ الطبيب وخطأ الفريق الطبي:

سندرس هذا التقسيم كون النشاط الطبي الحديثة يستدعي إستعانة الطبيب بمساعدين في إختصاصات مختلفة، مما يعطي النشاط الطبي شكلاً جماعياً تجتمع فيه العلاقة بين الطبيب والمساعدين محاولين إتمام علاج المريض، وفي حالة وقوع خطأ طبي يثار الإشكال، وسنحاول عرض كل من الخطأ الطبي الفردي وأخطاء الفريق الطبي على حدا.

أ. الخطأ الطبي الفردي:

بعد قرار مرسي mercier الصادر عن محكمة النقض الفرنسية سنة 1936⁽⁵⁾،

1 حسام الدين أحمد، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان 2011، ص 47.

2 رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 87.

3 jean panneau, La responsabilité du médecin 2eme édition Dalloz, Paris, France 1996, p16.

4 رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 190.

5 cass,civ,1ere,ch,20 mai 1936 affirme" attendu qu'il se forme entre le médcin et son client client un véritable contrat comportant l'obligation pour le praticien l'engagement si nom .bien évidemment du guérir le malade .et que la violation meme .involontaira sanctionne par une responsabilité de meme nature contractuel" ,Http://www.droit univ-paris.fr .

إستقر القضاء على أن المسؤولية الطبية إذا كان مصدرها الفعل الشخصي للطبيب تكون ذات طبيعة عقدية كلما وجد عقد بين الطبيب والمريض صريح أو ضمني. وهنا يجب الأخذ بأحكام العقد باعتبارها واجبة التطبيق عند التنفيذ أو عند الإخلال بالتنفيذ⁽¹⁾

ومن هنا فالقاعدة العامة هي المسؤولية العقدية للأطباء عن أفعالهم الشخصية ولا تثور مسؤوليتهم الشخصية إلا إذا لم يكن هناك عقد⁽²⁾.

ب. خطأ الفريق الطبي:

إن إستعانة الفريق الطبي بمجموعة من الأطباء المساعدين كل في مجال تخصصه يصعب من تحديد دائرة الخطأ نتيجة هذا العمل الجماعي، الذي إرتداه العمل الطبي إذ يقوم على وحدة الهدف والمصلحة المشتركة⁽³⁾.

وقد يشكل الفريق الطبي من قبل الطبيب أو المريض، وقد يرتكب خطأ أثناء القيام بالعمل الطبي والمقصود هنا الخطأ الذي يصدر عن الفريق الطبي الذي شكله الطبيب أو المريض، فقد يعرف مرتكب الخطأ أو لا يعرف، وفي الحالتين فإن نوع المسؤولية يختلف فيما إذا كان الفريق الطبي مكون بناء على تعاقد بين الطبيب والفريق الطبي أو المريض والفريق الطبي .

ففي الحالة الأولى يكون الطبيب مسؤولاً إذا عرف أو جهل مرتكب الخطأ، وفي الحالة الثانية إذا عرف مرتكب الخطأ فإن مسؤوليته عقدية في مواجهة المريض وإذا لم يعرف فتكون أمام مسؤولية أعضاء الفريق الطبي مسؤولية فردية أو مسؤولية تضامنية⁽⁴⁾.
هنا ويسأل جراح التجميل عن الخطأ الصادر عن الفريق الطبي المساعد له حتى ولو لم يرتكب هو بنفسه أي خطأ شخصي، ذلك أن الجراح يعد رئيساً للفريق الطبي الذي يعمل تحت إمرته⁽⁵⁾.

1 المادة 106 من القانون المدني الجزائري

2 رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 192.

3 رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 199 .

4 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 357 358.

5 رجب كريم عبد اللاه، المسؤولية المدنية لجراح التجميل، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 175.

وبصفة عامة فإن القضاء لا يلجأ إلى مسؤولية الفريق إلا في حال عدم إمكان معرفة مرتكب الخطأ، حيث أن القول بمسؤولية الفريق الطبي والمشكل من عدة أطباء، لا يعرف أين يبدأ وينتهي دور كل واحد من أعضائه مما يؤدي لصعوبة معرفة مرتكب الخطأ بالتدقيق، لذا يصبح من الضروري التمسك بمسؤولية الفريق⁽¹⁾.

ثانياً: صور الخطأ الطبي

على الطبيب التقيد وبشكل دائم بالسلوك المستقيم، وعدم الخروج عن أصول مهنة الطب، للمحافظة على أرواح وأبدان الناس، ويتميز الخطأ الطبي بتنوع صورته لذلك سنتناول هاته الصور المختلفة للخطأ على التوالي فسننتظر إلى :

الامتناع عن العلاج ثم الخطأ في التشخيص وفي العلاج والخطأ في العلاج الجراحي.

1. الإمتناع عن العلاج :

تعتبر دعوة المريض هي أولى المراحل في العلاقة بين المريض والطبيب وتسبق هذه المرحلة تكوين عقد العلاج، والإشكال المطروح هنا هل الطبيب ملزم بتلبية هذه الدعوة أم لا^{(2)؟}.

ولقد اختلف الشراح وأحكام المحاكم، فيما إذا كان القتل أو الإصابة بالترك معاقباً عليه فقد رأى الفقهاء منهم فاز نبات، بروواردل مازو، ريبير والقضاء في فرنسا، أن الطبيب غير ملزم بتلبية الدعوة للعلاج، وله الحرية في قبول الدعوة للعلاج أو رفضها وتراجع الفقه والقضاء في فرنسا عن هذا المبدأ إذا كان سبب إمتناعه لمجرد الإساءة للغير تطبيقاً لنظرية التعسف في استعمال الحق⁽³⁾.

فبالرغم من أن هناك تسليم بحرية الطبيب في ممارسة مهنة الطب واستغلاله المهني⁽⁴⁾، غير أن هذه الحرية لا يجب أن تكون في حدود الغرض الإجتماعي والذي من

1 رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق، ص 194.

2 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 243.

3 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب "دراسة مقارنة" ، المرجع نفسه، ص 244.

4 المادة 10 مدونة أخلاقيات مهنة الطب "لا يجوز للطبيب و جراح الأسنان ان يتخليا عن إستقلالهما المهني تحت أي شكل من الأشكال " م.ت رقم 92-276، المؤرخ في 6 جويلية 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر عدد 52 مؤرخة في 06.07.1992.

أجله أعترف له بممارسة مهنة الطب، والتي وجدت أصلاً للدفاع وحماية صحة الإنسان البدنية والعقلية⁽¹⁾.

هذا وقد نصت المادة 09 من م. ت رقم 276.92 المتضمن مدونة أخلاقية مهنة الطب أنه "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضاً يواجه خطراً وشيكاً أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له"².

وقد نكون أمام خطأ في إطار المسؤولية التقصيرية، إستناداً إلى المادة 124 مكرر من ق. م. ج، في حالة إقتران إمتناع الطبيب عن العلاج بنية الإضرار بالمريض⁽³⁾.

2. الخطأ في التشخيص:

تبدأ جهود الطبيب في علاج المريض بتشخيص المرض، وتعتبر المرحلة الهامة والدقيقة في كل المراحل التي تليها، ففيها يحاول الطبيب معرفة المرض ودرجة خطورته⁽⁴⁾.

ومن المستقر عليه أن مجرد خطأ الطبيب في التشخيص لا يثير المسؤولية إذا كان خطوة منطوية على جهل ومخالفاً للأصول العلمية الثانية، والواجب مراعاتها والإلمام بها من طرف كل طبيب، وهذا شريطة أن يكون قد بذل الجهود الصادقة اليقظة والتي يبذلها أي طبيب في مستواه وفي نفس ظروفه الخارجية⁽⁵⁾.

فيتعين إذن عند تقرير خطأ الطبيب في التشخيص النظر في مستواه وتخصصه غير أنه لا جدال في أن الإخلال بالأصول العلمية الثابتة المعترف بها من الجميع يعتبر خطأ موجبا للمسؤولية⁽⁶⁾.

1 المادة 07 مدونة أخلاقيات مهنة الطب" تتمثل رسالة الطبيب في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية و العقلية، وفي التخفيف من المعاناة، ضمن إحترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية دون تمييز....." م. ت رقم 92-76.

² مدونة أخلاقيات الطب، م. ت رقم 92-276.

3 المادة 124 مكرر "يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير....."، قانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005.

4 عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر 2000، ص 219.

5 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 251.

6 عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، المرجع السابق، ص ص 77-78.

كالإهمال بالقيام بالفحص الطبي أو أن يقوم به بطريقة سطحية، أو ألا يستعمل الوسائل الطبية والمتفق على إستخدامها كالسماعة الطبية والفحص الميكرو سكوبي إلا إذا كانت حالة المريض لا تسمح بإستعمال الوسيلة، أو ظروف مريضه غير مناسبة (1).

3. الخطأ في العلاج :

قد يكون أيضا الخطأ في العلاج الذي إقترحه الطبيب للمريض، ولا شك أن المبدأ في المجال الطبي هو حرية الطبيب في وصف العلاج الذي يراه مناسباً لمريضه كون أن هاتاه الوصفة تدخل ضمن الأصول العلمية المسلمة (2).

فمن المستقر عليه، حرية الطبيب في وصف العلاج للمريض وإختياره الطريقة التي يتم بها العلاج مع التقيد بمصلحة المريض كما وأنه من الواجب عليه عند وصف العلاج مراعاة المخاطر التي من الممكن أن يتعرض لها المريض، وتقدير الأخطار الممكن حصولها وعليه فإن الطبيب يعتبر مخطأ إذا إستعمل علاجاً أو طريقة علاج ولم يراعي حالة المريض الصحية (3).

4. الخطأ في العلاج الجراحي:

ولهذه الصورة من الخطأ عدة صور تتفرع منها، لما لها هذه المرحلة من أهمية بالغة ففيها قد نكون أمام الخطأ في التخدير، أو الخطأ الفني أثناء مباشرة الفعل الجراحي، أو الخطأ في جراحة التجميل، أو الخطأ في مرحلة المتابعة والمراقبة البعدية.

أ. الخطأ في التخدير:

يعد التخدير أحد العلوم الهامة في المجال الطبي، وقد أستعمل منذ قديم الزمن، وله دور كبير في مجال العمليات الجراحية في كل أنواعها، ذلك أن المريض لا يستطيع تحمل الآلام المصاحبة للعملية الجراحية (4).

1 محمد حسين منصور، الخطأ الطبي في العلاج، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الاول، منشورات الحلبي، بيروت لبنان، 2004، ص 459.

2 محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 2006، ص 223.

3 أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 101.

4 عبد الكريم موسى الصرايرة، التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبيعية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، السابق، ص 112.

وتعتبر وسائل التخدير على جانب كبير من الخطورة، من حيث النتائج لذا فإن إستعمالها يقتضي من الطبيب عناية فائقة، ويعتبر الجراح أو الطبيب التخدير مسؤولاً إذا لم يتم بفحص المريض فحصاً دقيقاً لتبين ما إذا كانت صحته تتحمل وضعه تحت التخدير خاصة مرضى القلب⁽¹⁾.

وينبغي عليه القيام بفحص طبي شامل حسب ما تستدعي حالة المريض، وتقتضي طبيعة الجراحة وإستعمال البنج⁽²⁾، ويسأل الجراح عن عمل الطبيب المخدر إذا كان هو الذي إختاره، أما إذا كان عمله في مستشفى عام وفرض عليه طبيب التخدير فهنا الطبيب المخدر ليس تابعاً للجراح، وهو ملزم بأن يفحص المريض فحصاً جيداً ويعطيه المخدر بالقدر المناسب وفي الموضع الصحيح⁽³⁾.

ب. الخطأ في الفن الجراحي :

تتعدد صور الأخطاء أثناء مباشرة الطبيب الجراح لفعله الجراحي، فقد تكون في الإهمال في تثبيت المريض فوق طاولة الجراحة، أو نسيان شيء خارجي في جسم المريض أو من خلال الخطأ في إستعمال الآلات في مباشرة الفعل الجراحي⁽⁴⁾.

ويسأل الجراح عن تجاهل القواعد الرئيسية للمهنة، كأن يهمل في تنظيف الجرح وغسله، أو يترك فيه بقايا من القماش إذا كان من شأنها إذا تركت أن تؤدي إلى إصابة المريض بتسمم ينتهي بوفاته⁽⁵⁾.

ج. الخطأ في الرقابة :

إن علاقة الطبيب بالمريض لا تنتهي بمباشرة العلاج أو الجراحة فعلى الطبيب واجب مراقبة مريضه بعد ذلك للتأكد من آثار العلاج، وتظهر أهمية واجب المراقبة خاصة عقب إنتهاء العمليات الجراحية، ولا ينفي هذا أهمية المراقبة في غير الجراحة⁽⁶⁾.

1 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 304.

2 عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية ، المرجع السابق، ص 80.

3 ابراهيم على حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في اطار المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 150.

4 حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن ، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 138-140.

5 عبد الحميد الشراري، مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية ، المرجع نفسه، ص 225.

6 محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 228 .

هذا وقد قضت محكمة النقض الفرنسية، بمسؤولية الطبيب الجراح إلى جانب طبيب التخدير في قضية وفاة شابة بعد إجراء عملية إستئصال اللوزتين بعد إستعادة وعيها إثر توقف قلبها، وتوقف تنفسها والذي سبب لها آثار نهائية لا مجال لعودة الدماغ فيها، وأعتبر هنا الطبيب مخطئاً لكونه غادر المستشفى بعد طبيب التخدير والذي غادر المستشفى بدوره دون أن يضمن بقاء المريضة بين أيدي شخص مؤهل⁽¹⁾.

هذا وجاء في قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ 30 جوان 1990، حيث نصت على "ضرورة إحترام المعطيات المستقرة في علم الطب والممارسة الطبية تقتضي متابعة المريض بعد إخضاعه للعملية"²

5. الخطأ في الأشعة :

الأشعة لها دور كبير وهام في العمل الطبي، وتعتبر من الأجهزة الأساسية لتشخيص الأمراض ونظراً للتطور الكبير في هذا المجال ولإستعمالها في علاج الأمراض مثل السرطان، ونظراً لخطورتها وما تسببه من أضرار سواء للمريض أو الفني فإنه يكون من اللازم إستعمالها من قبل متخصص.⁽³⁾

حيث أنه وبالرغم من أن الأشعة قد أدت خدمات جليلة للإنسانية، إلا أنها وعلى الرغم من فعاليتها وفوائدها فإنها تحمل معها سلبيات ومخاطر توجب إستعمالها بحيطه وحذر، فيجب على مستعملها أن يكون متخصصا ودقيقا في إستخدامها ومحيطا بالنتائج والآثار المترتبة على سوء إستخدام تلك الأشعة.⁽⁴⁾

كما أنه من الواجب عدم اللجوء إليها إلا حين تكون حالة المريض تقتضي تعريضه لمثل هذا الخطر (الأشعة)، وأن يراقب تأثير الأشعة على جسم المريض بمنتهى اليقظة حيث أنه وفي حالة ظهور أي فرق أو عرض غير عادي يجب أن يوقف العلاج، ويسأل

1 عدنان ابراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنة، الجزء الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2004، ص 165.

2 قرار المحكمة العليا رقم 71548 ،الصادر بتاريخ 30/06/1990،المجلة القضائية،العدد الأول، 1992،ص ص 136 132

3 أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية ،دراسة مقارنة ، المرجع السابق، ص115

4 عبد الحميد الشرابي ،مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، المرجع السابق ، ص223

الطبيب عن كل إهمال أو عدم احتياط مهما كان نوعه ولا يسأل عن الأضرار التي يمكن أن يصاب المريض بها إذا لم يحصل خطأ من الطبيب⁽¹⁾

المطلب الثاني: عبء إثبات الخطأ الطبي

إن المريض المتضرر لا يمكنه الحصول على التعويض عما أصابه من أضرار ناتجة عن عمل طبي، إلا إذا أثبت تقصير أو إهمال الطبيب، ومن هنا ففكرة التعويض مرتبطة قانوناً بإثبات الواقعة التي ترتب المسؤولية الطبية ومن ثم التعويض عنها لصالح المتضرر . يبقى أن الأصل في المسؤولية الطبية لازالت ورغم ما عرفته من تحولات تقوم على أساس الخطأ الطبي، وعلى المريض المتضرر عبء إثبات ما يدعي وفقاً لمبدأ البيئة على ما إدعى.

غير أن الصعوبات التي تعترض سبيل المريض المتضرر للنهوض بعبء الإثبات، تعد كثيرة ومتنوعة، كما تعد عائقاً أمام حصوله على حقه في التعويض. لذلك حاول الفقه والقضاء الوصول إلى بعض الحلول، للتخفيف من ثقل هذا العبء على المريض تجاه الطبيب، وذلك إما بإعفائه من هذا العبء وذلك عن طريق نقله إلى الطبيب أو التخفيف منه.

وعلى هذا سنتعرض لعبء إثبات الخطأ الطبي، من خلال فرعين سنتناول في الفرع الأول عبء إثبات الخطأ الطبي حسب طبيعة الإلتزام، ثم في الفرع الثاني نقل عبء الإثبات والتخفيف منه.

الفرع الأول: إثبات الخطأ الطبي حسب طبيعة الإلتزام

إن الأصل أن عبء الإثبات يقع على المدعي، والخطأ الطبي هو تقصير في مسلك الطبيب، لا يقع من جانب طبيب يقظ وجد في نفسه الظروف الخارجية المحيطة بالمسؤول⁽²⁾.

وهو الشيء المتفق عليه فقهاً وقضائياً، حيث أن القضاء الفرنسي أخذ بهذا فبغض النظر عن طبيعة المسؤولية الطبية عقدية أو تقصيرية، فالإلتزام بالطبيب تجاه مريضه هو إلتزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، على الرغم من أنه ذو طابع تعاقدية، وقد أخذ

1 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب ، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 210

2 منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، مصر، 2007، ص 560.

القضاء الفرنسي بنظرية تقسيم الإلتزامات الأول ببذل عناية والثاني بتحقيق نتيجة منذ مطلع القرن الماضي⁽¹⁾، وكيفية إثبات الخطأ الطبي لا تتوقف على نوع المسؤولية وإنما على مضمون إلتزام الطبيب.

ولدراسة عبء إثبات الخطأ الطبي وفقاً لطبيعة الإلتزام، فقد قسمنا هذا الفرع إلى قسمين نتطرق في الأول لحالة الإلتزام ببذل عناية وفي الثاني إلى حالة الإلتزام بتحقيق نتيجة.

أولاً: في حالة الإلتزام ببذل عناية

سوف نتطرق في هذا العنصر إلى تبيان مضمون الإلتزام ببذل عناية، ثم إلى عبء الإثبات في هذه الحالة وعلى من يقع.

1. مضمون الإلتزام ببذل عناية :

الإلتزام ببذل عناية، هو إلتزام يتعهد بموجبه المدين ببذل جهده لتحقيق ما تعهد به، دون ضمان إيصال الدائن إلى نتيجة مؤكدة.

والطبيب لما يكون بصدد مباشرة العمل الطبي، فإنه مطالب وكأصل عام ببذل العناية اللازمة، أي بذل الجهود الصادقة من أجل تحقيق الشفاء، كذلك فإنه من الواجب عليه لنيل ذلك، أن يسلك مسلك طبيب يقظ وفي نفس مستواه، مع الأخذ في الإعتبار الظروف المحيطة به، فإذا ما لم يحد ولم يخرج الطبيب عن أصول مهنة الطب وبذل العناية والوسيلة اللازمة، ثم لم تتحقق النتيجة فلا يعتبر مخطئاً.

ذلك أن الشفاء يتوقف على عوامل واعتبارات لا تخضع دائماً للطبيب، بل يتوقف حالات عديدة منها مناعة الجسم وقوة إمعان المرض فيه والوراثة والسن، كما يتوقف على مدى التقدم العلمي وانتشاره⁽²⁾

1 إبراهيم أحمد الرواشدة، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص 288.

2 إبراهيم علي حماوي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 50.

2. عبء الإثبات في حالة الالتزام ببذل عناية:

إن التزام الطبيب غالباً ما يكون التزاماً ببذل عناية، يقع فيه عبء إثبات خطأ الطبيب على المريض، أي عدم بذله العناية المطلوبة منه وإقامة الدليل على إهماله وانحرافه على أصول المهنة والفن المستقرة⁽¹⁾

حيث أنه في هذا النوع من الالتزام لا يكفي إثبات عدم تحقق النتيجة النهائية المرجوة، وإنما على المريض أن يثبت فوق ذلك أن عدم تحققها إنما مرجعه عدم قيام الطبيب ببذل العناية المفروضة عليه مع إثباته للضرر الذي يدعيه والعلاقة السببية بينهما⁽²⁾، ما لم يدحض الطبيب ذلك بتدخل سبب أجنبي، وعليه تتعدم العلاقة السببية بين الخطأ والضرر⁽³⁾.

وجدير بالذكر أنه وإذا كان الطبيب أو الجراح لا يستطيعون الوعد بتحقيق نتيجة ما، فإننا نكون أمام إلتزام ببذل عناية أو وسيلة، أي إلتزام توخي الحيطة والحذر واليقظة، وهنا يكون عبء إثبات الخطأ الطبي على عاتق المريض بإثباته الانحراف وعدم إتباع مسلك الطبيب الحذر واليقظ⁽⁴⁾.

ومؤدى كل هذا أن عبء إثبات خطأ الطبيب لا ينظر هنا إلى طبيعة المسؤولية، وإنما في حالة الإلتزام بعناية، فعلى المريض الإثبات لما يدعيه، ليس فقط بإثبات إلتزامه وإنما بإقامة الحجة والبرهان على جوانب الإهمال أو التقصير ومخالفة الأصول الفنية والطبية المستقرة⁽⁵⁾.

والسائد فقهاً وقضاءً، هو أن إثبات الخطأ الطبي يقع على عاتق المريض، دون أي إعتبار لوجود أو عدم وجود عقد بينه وبين الطبيب، فالمهم أن الإلتزام ببذل عناية، وليس بتحقيق نتيجة وقضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الإتجاه أن الطبيب لا يلتزم سوى بتقديم العناية الحذرة والمطابقة للمعطيات العلمية المكتسبة⁽⁶⁾.

1 رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 284.

2 محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 48.

3 أحمد حسن عباس الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص 112.

4 PIERRE AZARD, l'évolution actuelle de la responsabilité médicale au Canada, revue internationale de droit comparé, volume 10, n1, janvier-mars 1958, p25.

5 محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 49.

6 فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 214.

فجراح التجميل مثلاً إذا كان قد أخل بالتزامه الرئيسي بإصلاح العيب أو التشوه، قصد تجميل شكل المريض أي إلتزامه المتمثل في القيام بالأعمال الطبية اللازمة لإصلاح هذا العيب، فهنا يتعين على المريض أن يثبت خطأ الجراح، بإقامة الدليل على إهماله أو تقصيره أثناء الجراحة، وأن ذلك يعد إنحرافاً عن أصول المهنة، لا يقع فيه جراح يقظ في مستواه إذا ما وجد في نفسه الظروف الخارجية التي أحاطت به (1).

هذا وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية، مبدأ هاما في حكمها الشهير الصادر في 1936/05/20، وهو أن مسؤولية الطبيب عقدية، وبدا للبعض أن هذا الحكم لا يلزم المريض بأي شيء في مجال إثبات مسؤولية الطبيب سوى إثباته حدوث الضرر. وأن اعتبار مسؤولية الطبيب عقدية يعني وجود قرينة على خطأ الطبيب، حيث أن المادة 1148 ق م ف تنص أن المدين بالتزام عقدي يسأل عن عدم تنفيذه إلتزامه، ما لم يثبت حيلولة سبب أجنبي دون ذلك (2).

غير أن محكمة النقض الفرنسية إنتقدت ذلك وأعلنت أن الطبيب غير ملتزم إتجاه المريض سوى بتقديم العناية الحذرة (3)، مما أدى لإستبعاد الفقه الفرنسي لنص المادة 1148 من التقنين الفرنسي (4).

ومؤدى كل هذا أنه في حالة إلتزام الطبيب ببذل العناية تجاه مريضه، فإن عبء الإثبات يقع على المريض بإثباته خطأ الطبيب وإهماله في تنفيذ إلتزامه.

ثانياً: في حالة الإلتزام بتحقيق نتيجة

وفي هاته الحالة والتي تعد الإستثناء عن الأصل الذي هو الإلتزام بتحقيق نتيجة سنقسم كذلك العنصر إلى قسمين نعرض في أوله حالات الإلتزام بتحقيق نتيجة، ثم التطرق في الثاني إلى المكلف بعبء الإثبات في هذه الحالة .

1 رجب كريم عبد اللاه، المسؤولية المدنية لجراح التجميل، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص205.

2 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب ، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص213.

3 سايكي وزنه، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مذكرة تخرج لنيل الشهادة الماجستير في القانون فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو الجزائر، 2011، ص59.

4 Article 1148 c.c.f "iL'n'ya Lieu a aucun dommage et interet lorsque,par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce a quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit".

1. حالات الإلتزام بتحقيق نتيجة :

والحالات التي يلتزم الطبيب بتحقيق نتيجة عديدة وتتعلق إما بتلك الإلتزامات المتصلة بالواجبات الإنسانية وأخلاقيات الطبيب أو المتصلة ببعض الأعمال الفنية للطبيب.

أ. الإلتزامات المتصلة بالإنسانية الطبية:

وتتجلى في إلتزام الطبيب بإيضاح الأمراض وشرحها، كذا الحصول على موافقته، وإلتزام عدم إفشاء السر المهني.

1. إلتزام الطبيب بإعلام المريض:

لكي يكون الرضى صحيحا ومعتبرًا نحو الطبيب، فإنه يقع على عاتق الأخير التزم إعلام مريضه وإحاطته علما بطبيعة المرض والعلاج ومخاطر العمليات الجراحية وإلا يكون الطبيب مسؤولا على النتائج الضارة التي تصيب المريض نتيجة العلاج⁽¹⁾ وإعلامه من قبل إجراء الجراحة بكافة المخاطر، ليس فقط تلك المتوقعة منها وإنما بجميعها حتى ولو كانت نادرة وتحدث بشكل إستثنائي.⁽²⁾

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية وقضت في حكم صادر لها بتاريخ 12 جوان 1990 إلى أنه يجب ويقع على جراح الأسنان إلتزام إعلام مريضه حول طبيعة "آلة تقويم الأسنان" prothese Dentaire"مخاطر، وهذا حتى في حالة أن الإستعمال العادي لهذه الآداة لا يشكل خطورة على فم المريض.⁽³⁾

كما أكدت محكمة النقض الفرنسية، أيضا في حكم صادر لها في 14 يناير 1992 على أن جراح التجميل يكون مخطئا إذ لم يقدم لمريضه معلومات كاملة وشاملة عن مخاطر الجراحة حيث أن الحكم كان يتعلق بجراح تجميل قام بإجراء عملية جراحية لسيدة ليأخذ رقعة جلدية من أحد الفخذين ويزرعها في موضع مجاور لتجميله مما أسفر عن حدوث تشوهات شديدة في الموضع المأخوذ من الجلد، وعند رفع المريضة الدعوى ضده، مستندة في ذلك إلى أنه لم يخبرها بالموضوع الذي سيأخذ منه الجلد والتشوهات التي يمكن أن تنتج عن ذلك.

1 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق، ص121.

2 رجب كريم عبد اللاه، المسؤولية المدنية لجراح التجميل، دراسة مقارنة ، المرجع السابق، ص 130.

3 Cour,cass 12 jan 1990 ,bul ,civ 1er chambre n162, PIERRE SARGOS.obligation de moyens et obligation de resultat du médecin. Revue medecine et droit, volume 1997, issue 24may.june1997, p023 .

وعليه قررت المحكمة إدانة الجراح.⁽¹⁾ غير أن إلتزام الطبيب بإعلام مريضه ليس مطلقاً، خاصة إذا تعلق الأمر بإجراء عملية جراحية خطيرة مما يجعل الإعلام ينشئ بعض العقبات المادية والمعنوية وقد فرق القضاء الفرنسي في سبيل تحديد نطاق الإلتزام الطبيب بإعلام المريض بين نوعين من المخاطر العادية المتوقعة وغير العادية وغير المتوقعة. فيقع الإلتزام على عاتق الطبيب في الأولى، ويعفى في الحالة الثانية، وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن الجراح لا يلتزم بإعلام المريض مسبقاً بمخاطر الشلل النهائي والتي قد تنشأ عن التخدير بالطريق المحجري للعصب الفكي.⁽²⁾

2. الحصول على موافقة المريض:

إن الطبيب وكقاعدة عامة ملزم لكي يقوم بالعلاج والعمليات الجراحية أن يحصل على رضا المريض، وفي حال تخلف هذا الرضا فإن الطبيب يكون مخطئاً حتى ولو لم يرتكب أي خطأ أثناء مزاولته للعلاج أو الجراحة.³

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى إقرار ذلك من خلال حكم بتاريخ 28 جانفي 1942. في قضية تيسي teyssier والذي تتلخص وقائع قضيته في إجراء عملية جراحية له، بعد حادث سير وقع له أدى إلى تشخيص حالته على أنه تعرض لعدة كسور من بينها كسر في كتفه، قرر الجراح لمعالجته إختيار نوع من الجراحة كان بها مضاعفات فيما بعد أدت إلى شلله الذراع، مع أنه كان في إمكانه إختيار نوع آخر من العمليات الجراحية. هذا وقد أجمع الفقه والقضاء على ضرورة قبول المريض للعلاج الذي يخضع له الأمر الذي يستلزم ضرورة تنوير المريض بحالته، وإنصب الخلاف على كمية المعلومات التي يلتزم الطبيب بإعلام الحريص بها. وواقع الحال أن هناك عدة عوامل تحددتها على رأسها طبيعة المخاطر التي يتعرض لها المريض إضافة إلى مدى توافر حالة الإستعجال والضرورة والحالة النفسية للمرض.⁴ وعلى هذا جاء حكم محكمة النقض الفرنسية مصرحاً أن الطبيب

1 رجب كريم عبد اللاه، المسؤولية المدنية لجراح التجميل، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 132.

2 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 123.

3 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع نفسه، ص 128.

4 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع نفسه، ص 128.

الجراح عليه أخذ موافقة المريض قبل إجراء أي عملية جراحية، هذا الإلتزام الذي يفرضه مبدأ إحترام الإنسانية والإنسان.⁽¹⁾

فالعمل الطبي الجراحي الذي يباشره الطبيب الجراح على جسم المريض فيه مساس مباشر بجسم هذا الأخير بأعمال أداة الجراحة عليه وأنه ما كان ليجد سببا لإباحتها والترخيص بإجرائه، إلا لتوفر مصلحة المريض فيه.⁽²⁾

كذلك يلتزم جراح التجميل بالحصول مقدما على رضا المريض بالخضوع للجراحة التي يرجع إجرائها له، وذلك في جميع الحالات ولأن جراحة التجميل تكون دائما غير عاجلة، فإنه ما من سبب يدعو لإعفائه من هذا الإلتزام.⁽³⁾

3. الإلتزام بالسر المهني:

إلتزام الطبيب بالمحافظة على سر المهنة واجب أخلاقي تمليه قواعد الشرق وعادات، وأعراف المهنة وتقتضيه المصلحة العامة وهذا النوع من الإلتزامات معروف منذ القدم.⁽⁴⁾ هذا ويشترط في كل طبيب أو جراح أسنان الإحتفاظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض والمجموعة.⁵

كما أنه لا يمكن القول أننا أمام سر طبي، إلا إذا كانت هناك صلة مباشرة بين العلم بالواقعة محل السر، وممارسة المهنة، فهنا وحتى يلتزم الطبيب بواجب السرية يجب أن يكون ممارسة النشاط الطبي، هو الذي خوله الإطلاع على تلك الأسرار.⁽⁶⁾ أي أن السر المهني يشمل كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان ويسمعه ويفهمه ويؤتمن عليه خلال أدائه لمهنته.⁽⁷⁾

1 ABDELKADER KHADIR.la responsabilité Médicale Al'usage des praticiens de la midicine et du droit ,op,cit,p60 .

2 حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة، المرجع السابق، ص 52.

3 رجب كريم عبد اللاه، المسؤولية المدنية لجراح التجميل، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص134.

4 رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية الحديثة للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص199.

5 المادة 36مدونة أخلاقيات الطب، م.ت رقم 92-276 " يشترط في كل طبيب او جراح أسنان ان يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض أو المجموعة،إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك".

6 رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية الحديثة للأطباء، وإثباتها، المرجع السابق، ص 204.

7 المادة 37، مدونة أخلاقيات الطب ، م.ت رقم 92-276 "يشمل السر المهني كل ما يراه الطبيب او جراح الأسنان و يسمعه ويفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال اداء مهمته".

والإلتزام بعد إفشاء سر المريض لا يقع على الأطباء وحدهم بل يمتد إلى مساعديهم، والبوح بالسر قد يكون شفهيًا أو خطيًا، وحتى تتحقق مسؤولية الطبيب يجب أن يكون إفشاء السر بصورة إرادية يقصد فيها الطبيب الإضرار بالمريض.⁽¹⁾

والطبيب يجب أن يحرص على جعل الأعوان الطبيين يحترمون متطلبات السر المهني، كما يجب على الطبيب أو جراح الأسنان الحرص على حماية البطاقات السريرية ووثائق المريض الموجودة بحوزته من أي فضول إضافة إلى أن الطبيب أو جراح الأسنان مطالب وعند استعماله هذه الملفات الطبية لإعداد نشرات علمية على عدم كشف هوية المريض.⁽²⁾

ب. الإلتزامات المتصلة بالفن الطبي:

تكون مرتبطة عادة بممارسة مهنة الطب كحرفة وكفن، وتتعلق بالتحاليل المخبرية وإستعمال الأدوات والأجهزة، نقل الدم والتركيبات الصناعية، كذا الإلتزام بضمان السلامة للمريض وسنعرض كل واحدة بالتفصيل

1. التحاليل المخبرية :

أدى التطور العلمي في مجال التحاليل المخبرية إلى أن أصبح عنصر الإحتمال معدوماً على وجه التقريب، ففي هذا المجال أي التحليل المخبري، فإن النتيجة تكون واضحة ومحددة تماماً، ما لم يحدث إهمال من الشخص الذي قام بالتحليل.⁽³⁾

وقد جرت العادة على اعتبار التحاليل الطبية من العمليات العادية على محل الإلتزام محدد تحديداً دقيقاً، غير أن الأمر يصعب في حالة ما إذا كانت التحاليل تستوجب دقة خاصة تتطوي على صعوبة الكشف عن حقيقة الداء فما ذهب إليه القضاء غالباً هو أن الطبيب مطالب بتحقيق نتيجة محددة بسلامة ودقة التحاليل.⁽⁴⁾

غير أن التحاليل الدقيقة والتي تخرج عما تجرّه المعامل يومياً منها، ويصعب فيها الكشف عن الحقيقة، بالطرق العلمية القائمة يقتصر فيها محل التزام الطبيب على بذل

1 طلال عجاج. المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة ، المرجع السابق، ص 136.

2 أنظر المواد 38، 39، 40 ، مدونة أخلاقيات الطب، م.ت 276-92.

3 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 153.

4 أحمد حسن الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، المرجع

السابق، ص 51.

العناية واليقظة⁽¹⁾، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية فحكمت أن محل التزام الطبيب في مثل هذه الحالات يكون التزاماً ببذل عناية مبنياً على حرص و يقظة. فحكمت بعدم مسؤولية الطبيب الذي أجرى تحليلاً على أنه ورم سرطاني خلافاً للحقيقة.⁽²⁾

2. استعمال الأدوات والأجهزة:

لقد أصبحت الآلات والأجهزة المختلفة لمساعدة للطبيب تلعب دوراً أساسياً ومحورياً في العلاج أو الجراحة، ولعل استعمال الآلة المتزايد بإطراد والإستعانة بها السبب في إحداث إصابات للمرضى وإلحاق الضرر بهم في كثير من الحالات.⁽³⁾

وهذا الإلتزام هو الإلتزام بتحقيق نتيجة، لا يعفى فيه الطبيب من المسؤولية، حتى لو كان العيب الموجود بالآلة يرجع إلى صنعها ويصعب كشفه.⁽⁴⁾ ذلك أن الطبيب في هذه الحالة يقع عليه الإلتزام بالأجهزة السليمة التي لا تحدث ضرراً بالمريض، وقد حكمت إحدى المحاكم الفرنسية بمسؤولية الطبيب عن وفاة المريض أثناء الجراحة نتيجة لتسرب الغاز من جهاز التخدير وإشتعاله بسبب شرارة تطايرت من الجهاز.⁽⁵⁾ كذلك القضاء بمسؤولية الطبيب عن الحروق التي تصيب المريض بسبب اللهب الخارج من المشط الكهربائي أثناء العملية، وعن الإلتهابات أو الوفاة الناتجة عن زيادة التعرض للأشعة بسبب خلل في الجهاز المنظم.⁽⁶⁾

3. نقل الدم:

إن نقل الدم إلتزام يقع على عاتق الطبيب وطبيب التحليل وبنك الدم إلتزاماً محدداً بتحقيق نتيجة ألا وهي نقل الدم النقي للمريض والذي يتفق مع فصيلته.⁽⁷⁾

1 أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب العمدي وغير العمدي وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية والتأديبية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2010، ص 109.

2 أحمد حسين الحباري. المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري ، المرجع السابق، ص 52.

3 رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 141.

4 محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية(الطبيب، الجراح، طبيب الأسنان، الصيدلانية، التمريض، العيادة والمستشفى، الأجهزة الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2001 ص 213.

5 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 155 156.

6 محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية ، المرجع نفسه، ص 213.

7 محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع نفسه، ص 231.

كما يلتزم أيضا الطبيب الجراح بهذا الإلتزام، ألا وهو نقل دمًا متفق في الفصيلة مع دم المريض وأن يكون دما سليماً خالياً من المرض وإلا إنتقلت إليه عدواه وأي نقل للدم، غير مناسب أو ملوث بجرثومة مرض فإنه يكون مسؤولاً عما يصيب المريض من جراء ذلك.⁽¹⁾

ولقد عبر القضاء المدني الفرنسي في هذا السياق عن رأيه دون حاجة للتمويه حيث قضت إحدى محاكم الإستئناف "أن الدم المفوت من مركز التحاقن يجب أن يكون خاليا من أي عيب ولو كان غير معلوم وغير قابل للضبط أو الكشف عنه" بذلك فإن الإلتزام هنا ليس بتحقيق نتيجة فحسب في مجال نقل الدم، بل هو أكثر من ذلك ويشكل إلتزام ضمان بمثابة ظرف مشدد في الإلتزام بتحقيق نتيجة⁽²⁾

4. التركيبات الصناعية:

أدى التقدم العلمي والتقني في مجال الطب إلى إمكانية تركيب أعضاء صناعية للإنسان، وهذا لتعويضه عما يفقده من أعضاء جسمه، وهذا بقصد إزالة عيب الشكل الذي يسفر عنه هذا الفقد أو التلف أو الضمور، وتؤدي له هذه الأعضاء بعض وظائف الأعضاء الطبيعية.⁽³⁾

هذا ويمكن إثارة المسؤولية الطبية في تركيب الأعضاء الصناعية من ناحيتين:

الأولى طبية، ويكون إلتزام الطبيب فيها بعناية، وهي تلك التي تتعلق بمدى فعالية العضو الصناعي واتفاقه مع حالة المريض وتعويضه عن النقص الموجود لديه وأما الثانية فتتعلق بالجانب الفني الذي ينحصر في سلامة العضو الصناعي وجودته ودقة صناعته وهنا يلتزم الطبيب التزاما بتحقيق نتيجة.⁽⁴⁾

هذا وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر لها بتاريخ 29.10.1985 بخصوص تركيب الأسنان، أن الطبيب المختص في جراحة الأسنان إنما ينطوي إلتزامه في حالة تركيب الأسنان على إلتزامين، الأول يتمثل في إلتزامه ببذل العناية في ممارسة عملية العلاج traitement ذو الطبيعة الطبية فهو هنا كالطبيب العادي، أما في حالة تركيب

1 رجب كريم عبداللاه، المسؤولية المدنية لجراح التجميل، دراسة مقارنة، المرجع السابق، 199 200.

2 طلال عجاج المسؤولية المدنية للطبيب ، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 164.

2 رجب كريم عبد اللاه، المسؤولية المدنية لجراح التجميل، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 197.

4 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع نفسه، ص 166.

للأسنان الصناعية فهو ملتزم بتحقيق نتيجة. كون الطبيب في هذه الحالة يعتبر قائم بدور توريد هذه الأسنان للمريض، وهنا يمكن ملاحظة الفرق بين الإلتزامين وبصورة جلية. (1)

5. ضمان السلامة:

إتجه القضاء نحو حماية أكثر للمرضى، وهذا بالتشديد في مسؤولية الأطباء وذلك عن طريق فرض نوع من الإلتزام بالسلامة. (2)

ومضمون هذا الإلتزام أن الطبيب ليس ملتزم فقط بشفاء المريض، ولكن بعدم تعريضه لأي أذى، من جراء ما يستعمله من أدوات أو أجهزة، أو ما يعطيه من أدوية، كما أنه ملتزم بألا يتسبب في نقل مرض آخر إليه بسبب العدوى، جراء عدم تعقيم الأدوات. (3)

كذلك فإن الإلتزام بضمان السلامة، يكون بخصوص الأشياء المستخدمة في الجراحة، والدم الذي ينقل إلى المريض، فالجراح مثلا لا يلتزم بنجاح الجراحة، غير أنه يلتزم على الأقل بضمان سلامة الأشياء المستخدمة في الجراحة من العيوب، كذلك من إنتقال عدوى إلى المريض أثناء الجراحة. (4)

هذا وحاول القضاء العادي الفرنسي، فرض نوع من الإلتزام بضمان سلامة المريض، لتمكين المريض المضرور، من الحصول على تعويض عن النتائج الضارة غير المتوقعة للعمل الطبي، الذي يخضع له، وقضت بهذا الشأن محكمة مرسيليا في 3 مارس 1959 من أن الجراح الذي إستأصل زوائد صغيرة في منطقة "العانة"، مسؤول عن الحروق الشديدة التي أصابتها رغم عدم ثبوت الخطأ في جانبه، حيث أن الضرر لا علاقة له بالمرض. (5)

فأي ضرر يصيب المريض ولا يرتبط مباشرة بأثر ما يتلقاه من علاج، فإن محل الإلتزام فيه، يكون إلتزاماً بتحقيق نتيجة، وهي سلامة المريض، وقضت في هذا الشأن

1 Cass ,civ ,1er ch ,29 octobre 1985, cité in, pierre sargos, obligation de moyen et obligation de résultat du medcin, revue médecine et droit, volume 1997, issue 24, may-jun 1997, p 02.

2 محمد حسين منصور المسؤولية الطبية ، المرجع السابق، ص112.

3 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب ، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص173.

4 رجب كريم عبداللاه، المسؤولية المدنية لجراح التجميل ، المرجع السابق، ص93.

4 محمد حسن قاسم ، اثبات الخطأ في المجال الطبي ، المرجع سابق ، ص124.

محكمة "روان الفرنسية" بأن سلطة الطبيب في التصرف بجسم المريض تتضمن بالمقابل أن يأخذ على عاتقه، عودة المريض سالمًا من كل ضرر⁽¹⁾

ويمكن القول بهذا الشأن، ان الإقرار بهذا النوع من الإلتزامات، إنما هو سعي لتوسيع نطاق الإلتزامات بتحقيق نتيجة، وحتى يتأتى للمريض الوصول لحقه.

2. عبء الإثبات في حالة الإلتزام بتحقيق نتيجة :

الأصل في القواعد العامة للإثبات أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي، غير أن الإستثناء يكون في إلتزام الطبيب بتحقيق النتيجة فهنا يتعين على المريض أن يثبت وجود إلتزام على عاتق الطبيب ثم عدم تحقيق النتيجة محل التعاقد، فبمجرد عدم تحققها يعني إخلالا بالإلتزام أو عدم تنفيذه⁽²⁾.

فتتقضى قيام مسؤولية الطبيب، إلا في حالة إثبات الطبيب تنفيذه للإلتزام، أو أن عدم تنفيذه للإلتزام يرجع إلى وجود سبب أجنبي، كالقوة القاهرة أو خطأ المدين، ذلك أن عدم إلتزامه بتحقيق نتيجة خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس، لا يمكن نفيه إلا بقطع الرابطة السببية بين الخطأ المفترض وبين الضرر فتتعدم العلاقة السببية⁽³⁾.

كذلك يستطيع الطبيب الإستفادة من الشك عند ثبوت أن الضرر ناجم عن الخطأ، هذا وقد أخذ القضاء اللبناني بذلك 1954/10/24، حيث قضى بأنه :

"لا يسأل الطبيب إذا أدت العملية الجراحية التي أجراها إلى شلل في أمعاء ومعدة المريضة، إذا كان ممكنا لهذه النتيجة أن تحصل بطرق النظر عن الأخطاء التي إرتكبها الطبيب، فتكون صلة السببية بين هذه الأخطاء ووفاة المريضة غير ثابتة، ويستفيد الضنين من هذا الشك⁽⁴⁾ أي المريض.

كما أن جراح التجميل في حالة إلتزامه بتحقيق نتيجة، كما هو الشأن بضمان سلامة الأشياء المستخدمة في الجراحة من العيوب، أو إلتزامه بضمان سلامة المريض من إنتقال عدوى إليه، ففي هذه الحالة المريض ليس عليه سوى غنثبات حدوث الضرر له كي تتعقد

5 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب ، دراسة مقارنة، المرجع نفسه، ص 166 .

2 إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 214.

3 فاطمة الزهرة منار، مسؤولية طبية التحذير المدنية، دراسة مقارنة، للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، عمان الاردن، 1433، 2012، ص ص 234 235.

4 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب ، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 236.237.

مسؤولية الجراح، فعدم حدوث النتيجة والتي إلتزم بها الجراح تعد دليلاً قاطعاً على عدم تنفيذ الجراح إلتزامه، ومن ثم تقوم مسؤوليته⁽¹⁾.

كذلك الأمر بالنسبة للعمليات الجراحية التجميلية والتي يعد الطبيب ملزم فيها بتحقيق نتيجة وعندما لا تتحقق النتيجة، المرجوة يكون قد وضع مريضه في ساحة الألم دون أي معنى، فيتحدد الإثبات على النحو السابق ذكره، وتجدر الإشارة إلى أن التشريعات كانت أكثر صرامة فيما يتعلق بمسؤولية الطبيب المختص في جراحة التجميل خلافاً لما هو عليه في باقي أنواع الجراحة⁽²⁾.

وجدير بالذكر أنه إذا كان إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة، فإن المحكمة هنا لا تستخدم سلطتها التقديرية كون الخطأ متمثل في عدم تحقق النتيجة، كما هو الحال بالنسبة لنقل الدم، فالمريض إذا أعطى دماً من غير فصيلته من طرف الطبيب، يكون هذا الأخير قد ارتكب فعلاً ضاراً يتمثل في عدم تحقق النتيجة بنقل دم من فصيلته لا من أخرى⁽³⁾.

إذن وفي حالة إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة، فإنه يكفي لإقامة مسؤولية الطبيب، إثبات الإلتزام الذي يقع على عاتقه، بالإضافة إلى حدوث الضرر، ويبقى أن يدفع الطبيب المسؤولية عنه وذلك بإثبات السبب الأجنبي والذي جعل تنفيذ الإلتزام على الوجه المرضي مستحيلاً، ولا يمكنه دفع المسؤولية بإثبات أن فعله لا يشكل خطأ، لأن المسؤولية قائمة على أساس خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس .

الفرع الثاني: الصعوبات المتعلقة بعبء الإثبات

إن أهم ما يميز المسؤولية الطبية الخطأ الطبي نظراً لطبيعته الفنية وتعقده العلمي، ولأن الظروف المحيطة بهذا الخطأ والخصائص المميزة لها، زيادة على حالة المعاناة التي يكون فيها المريض لحظة حدوثه، ومن هنا يتبين مدى صعوبة الإثبات الخطأ الطبي، إن لم نقل إستحالة وتكون النتيجة تحتمل المريض مخاطر الإثبات ألا وهي خسارة دعواه فضلاً عن تحمله المصاريف القضائية⁽⁴⁾.

1 رجب كريم عبد اللاه، المسؤولية المدنية لجراح التجميل، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 206-207.

2 حسام الدين الأحمد، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، المرجع السابق، ص 34.

3 طلال عجاج ، المسؤولية المدنية الطبية، دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 239.

4 أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاسه على قواعد الإثبات، الملتقى الوطني حول المسؤولية

الطبية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، 23 و24 جانفي 2008 ص 1.

فإذا كان عبء الإثبات يشكل ثقلاً على من يتحمله فهو من المؤكد يشكل مشقة زائدة إذا تعلق الأمر بالخطأ الطبي، وذلك نظراً لخصوصية العلاقة بين المريض والطبيب من ناحية ولظروف الممارسة الطبية من ناحية أخرى.⁽¹⁾

هذا ويلاقي المريض ومحاولة منه للوصول إلى حقة عن طريق الإثبات جملة من الصعوبات، ولدراستها سنتطرق إلى ذلك من خلال قسمين أتناول في الأول الصعوبات المتعلقة بالممارسة الطبية، وفي الثاني تلك المتعلقة بالفن الطبي.

أولاً: الصعوبات المتعلقة بالممارسة الطبية

وهي تلك الصعوبات التي ترسخها طبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض، كون تلك العلاقة تقتقد إلى التوازن حيث أن المريض يعاني من علة مرضية، يضع ثقته كلها في الطبيب لتخليصه من تلك الآلام، فهذه العلاقة قد تحول فيما بعد دون إستعداد المريض بشكل مسبق لأخذ احتياطاته لتحفيز دليل يشبه خطأ الطبيب عند الحاجة لإثباته.⁽²⁾

ويعتبر عبء الإثبات الملقى على كاهل المريض صعب، من حيث إشكالية وصول المريض إلى الوثائق الطبية أو الدلائل والملفات التي تثبت صحة إدعائه؛ وأمام سرية وتكتم الأطباء يتولد لدى المريض إحساس بأن الأطباء أو المؤسسات الإستشفائية تخفي شيئاً ما.⁽³⁾

ويبقى أن ضعف مركز المريض في العلاقة الطبية يزيد من صعوبة العبء الملقى عليه في الإثبات، كونه جاهل بخبايا الطب وفنه، زيادة على إستحالة وصوله إلى دليل في حال ما إذا أراد الطبيب المدعي عليه إخفاؤه أو تعديله لمصلحته.

ثانياً: الصعوبات المتعلقة بالفن الطبي

إن الواقعة محل الإثبات في مجال المسؤولية الطبية في الخطأ المنسوب إلى الطبيب المدعي عليه، وهنا يمكن إثبات الخطأ بكافة الوسائل، ورغم جواز إثباته بكل الوسائل غير

1 محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 63.

2 أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاسه على قواعد الإثبات، المرجع السابق، ص 3.

3Jean penneau ,La reforme de LA responsabilite medicale In ,revue international de droit compare ,volume42,n°2 ,avril-jun 1990, p 541 .

أن ذلك يشكل عبئاً دقيقاً على المريض، ذلك أن طبيعة الخطأ الطبي متميز بالتعقيد العلمي خاصة، الطبيعة الفنية منه مما يصعب على المريض إثبات هذا الخطأ.⁽¹⁾

كذلك هناك صعوبات تواجه المدعي في إثبات وجود خطأ أو إهمال أو تقصير في العناية الطبية، من ضمنها مسألة التأكد وبدقة مما جرى أثناء المعالجة أو الجراحة وضمن شهادة خبير تقييم الدليل على النقص أو الضعف في العناية المطلوبة.⁽²⁾

هذا وتعتبر مسألة إثبات خطأ الطبيب مسألة على قدر كبير من الصعوبة ذلك أن إقامة الدليل صعبة، فمسألة الشهود طريق مسدود كون الشهود قد يكونو عديمي الخبرة شأنهم شأن المدعي، مما لا يدع مجال للإستعانة بأهل الخبرة، هذا الخبير والذي يكون من الأطباء أنفسهم. غير أن المدعي والقضاء ليس بإمكانهم العثور على خبير مستعد لإتهام زميل له مما يصعب من مسألة الإثبات بالنسبة للمريض أو ذويه(المدعي).⁽³⁾

ضف إلى ذلك، إذا كان إلتزام الطبيب، وكأصل عام هو بذل العناية الواعية واليقظة والتي لا تحيد عن الأصول العلمية المستقرة، فهنا يكون على المريض إثبات الإخلال بهذا الإلتزام أين يكون محل الإثبات أمراً لا مظهر خارجي له ولا يمكن الفصح عنه، ويمكن القول إذن أن إثبات المريض في حالة إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة يكون أكثر يسيراً مقارنة بالتزامه ببذل عناية أين يكون موقف الطبيب كمدعى عليه أكثر قوة في مواجهة المريض(المدعي) الذي يكون مطالباً بإثبات واقعة سلبية.⁽⁴⁾

فالمريض وأمام الصعوبات التي يواجهها في سبيل النهوض بعبء الإثبات، تمكننا القول أنه وفي حالة التزام الطبيب بتحقيق نتيجة يكون الإثبات أكثر سهولة منه إذا ما تعلق الأمر بإلتزام الطبيب ببذل عناية.

1 سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، المرجع السابق، ص 65.

2 أسعد عبيد الجميلي، المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009 ص458.

3 أسعد عبيد الجميلي، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 459.

4 أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساته على قواعد الإثبات، المرجع السابق، ص 09.

الفرع الثالث: التخفيف من عبء الإثبات

كما سبق وذكرنا، فإنه وتبعاً للقاعدة الشرعية "البينة على من ادعى" والمقصود بالبينة أي الإثبات أي المكلف به قانوناً، فإن عجز عن ذلك رفضت دعواه دون تكليف المدعى عليه تقديم أي دليل وهذا في الوضع العادي.⁽¹⁾

ولا شك أن إقامة الدليل على خطأ الطبيب يعد أمراً صعب المنال في الكثير من الحالات، ويعد مستحيلاً في أحيان أخرى، كما لو كان فاقداً للوعي أثناء وقوع الفعل المكون للخطأ.⁽²⁾

ولما كانت غاية الفقد والقضاء هي الوصول إلى تعويض المضرور بأي طريق كان⁽³⁾، وإدراكاً للصعوبات التي يواجهها المريض في سبيل النهوض بهذا العبء، أوجدت بعض الحلول لنقل هذا العبء تارة وللتخفيف منه تارة أخرى سنتناولها على التوالي.

أولاً: نقل عبء الإثبات في مجال إلتزام الطبيب بالإعلام

بعد أن تجاذب هذه المسألة عدة آراء فقهية فجانب من الفقه رأى أن عبء إثبات الإلتزام بالتبصير ماهو إلا إلتزام بتقديم العناية المطلوبة والمطابقات للمعطيات، ومن ثم يقع على المريض إثبات عدم تبصيره بأن الطبيب لم يزوده بالمعلومات الصحيحة، ورأى إتجاه ثاني أن عبء إثبات التبصير يقع على الطبيب حيث أن إلقاءه على المريض غير منطقي لأنه مطالب بإثبات واقعة سببية، ألا وهي عدم إعلامه بمخاطر ونتائج العمل الطبي، لذلك فعلى الطبيب نفسه إثبات الوفاء بالإلتزام أو بأن سبباً أجنبياً حال دون ذلك، وبعد أن تبنت محكمة النقض الفرنسية مسألة إلقاء عبء إثبات عدم التبصير على المريض عادت وفي قرار آخر لها صدر في 1997/02/25 وألقت بموجبه عبء الإثبات على الطبيب وحده وكان فحوى القرار أنه بإمكان الطبيب البرهان على واقعه إيجابية ألا وهي تبصيره للمريض، بدلاً من أن يبرهن المريض واقعه سلبية صعبة.⁽⁴⁾

1 فرج محمد علي، عبء الإثبات ونقله، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، مصر، 2009 ص 19.

2 رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 284.

3 أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساته على قواعد الإثبات، المرجع نفسه، ص 10.

4 زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص

فالفضل لمحكمة النقض الفرنسية في مسألة نقل عبء الإثبات للطبيب فيما يخص الإلتزام بالإعلام، هذا الإجتهد الذي لم يسلم من النقد، حيث رأى البعض أن لهذا النقل إنعكاسات إيجابية على المريض تقابلها إنعكاسات سلبية على الطبيب⁽¹⁾ ويعود سبب هذا التحول القضائي نحو إلتزام الطبيب بعبء الإثبات إذا تعلق الأمر بالإلتزام بالإعلام إلى قضية شخص يدعى Hedruel، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن هذا الشخص والذي كان يعاني من وجع في المعدة، مما دفع الطبيب إلى ضرورة إجراء عملية بالمنظار، ولما تم إجراؤها له بقي المريض يعاني من آلام حادة وبعد الكشف عليه، عرف أنه مصاب في ثقب في الأمعاء، إذن وبعد إجراء خبرة فنية توصل الخبير إلى أن هناك احتمال حدوث هذا الثقب بسبب الجهاز في حدود 3% هذا مادفع بالمريض المطالبة بتعويضه بناءً على أن الطبيب لم يبصره بالمخاطر⁽²⁾

وبعد عرض النزاع على محكمة النقض بعد الطعن فيه ألغت الحكم الصادر عن محكمة الإستئناف، أقرت المحكمة مبدأ عاماً مفاده أن المكلف بالإلتزام تعاقدي أو قانوني بالإعلام هو من يقع عليه عبء إثبات هذا الإلتزام.⁽³⁾

وهكذا تكون محكمة النقض قد تحولت تماماً عن قضائها السابق الذي كان المكلف فيه بالإثبات هو المريض بصفته مدعياً، وأصبح هذا العبء ملقى على الطبيب بإلتزامه بإثبات قيامه بإعلام المريض، مطبقةً بذلك الفقرة الثانية من المادة 1315، ق.م. ف⁽⁴⁾ "القائلة أن الذي يدعي الوفاء بإلتزامه هو المكلف بإثبات ذلك الوفاء أو إثبات الواقعة التي أدت لإقتضائه.⁽⁵⁾

1 أحمد هديلي، نقل عبء الإثبات في الإلتزام بالإعلام، مجلة الحجة، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، العدد 1، نشر إبن خلدون، تلمسان، جويلية 2007، ص 100.

2 أحمد هديلي، نقل عبء الإثبات في الإلتزام بالإعلام، المرجع نفسه، ص 100.

3 GÉNARD MÉMETEAU, Devoir d'information, Renversement de la charge de la preuve, revue Medecine et Droit, volume 1997, issue 24, May-june, paris, 1997, p6.

4 ART 1315 c.c.f "ce lui qui se pretend libéré doit justifié le paiement ou le fait qui a produit lewntinction de son obligation"

5 رابيس أحمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 287.

كما أنه يمكن أن نرى في قرار محكمة النقض السابق ما يمكن إدراجه ضمن مجال حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ومنها الطبيب وهذا لإعادة بعث التوازن المعرفي بين من يعلم ومن لا يعلم⁽¹⁾

وهذا النقل لعبء الإثبات فيما يخص إلتزامه في الإعلام ليس فقط بأنه قام بتنفيذ الإلتزام، بل وبالشكل الجيد والصحيح.⁽²⁾

ونظرا لمركز المرضى المضرورين الضعيف في العلاقة الطبية وفي الخصومة القضائية، هي ما دفع القضاء إلى الإدراك بضرورة حمايتهم، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال إعفاء المريض من عبء إثبات الواقعة التي يدعيها، وهي واقعة سلبية إلتزام الطبيب بإثبات واقعة ايجابية وهي تنفيذه لإلتزامه بإعلام المريض.⁽³⁾

أما عن المشرع الجزائري، فإن المادة 323 ق.م.ج⁴ والتي تقضي بأنه على المدين إثبات حيادية إلتزامه وتخلصه منه، مما يجعل هذا النص أداة في يد القضاء الجزائري لإنتهاج نهج محكمة النقض الفرنسية وقلب عبء الإثبات على عاتق الطبيب في مجال الإعلام.⁽⁵⁾

ثانياً: فكرة الخطأ المفترض

وهي من بين محاولات القضاء، لتذليل صعوبات الإثبات والتي تعترض المدعي(المريض)، للوصول لإقامة الدليل على خطأ الطبيب، وذلك بإستنتاج هذا الخطأ من وقوع الضرر، ونسبي الخطأ في هذه الحالة الخطأ المقدر أو الإحتمالي La faute virtuelle⁽⁶⁾

ويعود الأخذ بهذه الفكرة للكثير من الحالات التي يصاب فيها المريض خاصة بعد التدخل الجراحي، دون تمكنه التوصل إلى الخطأ الذي ينسب إلى الطبيب ويبقى هنا سبب

1 أحمد هديلي، نقل عبء الإثبات في الإلتزام بالإعلام، المرجع، السابق، ص 101.

2 ABDELKADER KHADIR, la responsabilite Medecale Alusage des praticiens de la Medecine et droit, op,cit,p156 .

3 أحمد هديلي، نقل عبء الإثبات في الإلتزام بالإعلام، المرجع نفسه، ص 102 .

4 المادة 323 ق.م.ج "على الدائن إثبات الإلتزام و على المدين إثبات التخلص منه".

5 رابيس محمد، نطاق المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 287.

6 رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية الطبية وإثباتها، المرجع نفسه، ص 288.

الضرر مجهولاً، وتعجز الخبرة عن كشف الحقيقة أولاً تتخذ موقفاً حاسماً بشأن ذلك، مما يحول دون إثبات المريض الخطأ والذي تقوم مسؤولية الطبيب على أساسه.⁽¹⁾

ومؤدى فكرة الخطأ الإحتمالي هو أن الضرر ما كان ليحدث لولا وقوع خطأ من جانب الطبيب، فهنا القضاء وعلى الرغم من عدم ثبوت الخطأ يقينياً من جانب الطبيب غير أنه يستنتج هذا الخطأ من مجرد وقوع الضرر، والقاضي هنا يستنتج الخطأ فقط من وقوع الضرر في حال وجود إنعكاسات ضارة وغير معتادة.⁽²⁾

وقد إتجه القضاء الفرنسي في تطبيقه على الأخطاء الطبية على أساس حراسة الآلات الميكانيكية أو الأشياء والتي تتطلب حراستها عناية خاصة حيث يعتبر حارس الأشياء مسؤولاً عما تحدث من ضرر، ثم طبق القضاء الفرنسي هذه القاعدة على حالات خاصة كالعلاج بالأشعة أو التيارات الكهربائية أو الراديوم في حالة نسيان قطعة قماش في جسم المريض.⁽³⁾

وقد أخذت بهذه الفكرة محكمة النقض الفرنسية مؤكدة على فكرة الخطأ المضرر في حكم لها صادر بتاريخ 02 ماي 1996 يقضي بمسؤولية العيادة الخاصة عن العدوى التي لحقت بالمريض أثناء إجرائه لعملية جراحية، إلا إن تمكنت العيادة الإثبات عن عدم ثبوت الخطأ من جانبها.⁽⁴⁾

كما جاء إقرار ذلك أيضاً في قرار لمحكمة إتحاد سويسرا في 31/05/1960 جاء فيه أن الطبيب أخطأ في إجراء العملية مع إفتراض أنه لم يقم بأخذ الإحتياطات اللازمة.⁽⁵⁾ وفي القضاء الجزائري، ما يمكن إستخلاصه من قرارات المحكمة العليا أنه لا يتبنى فكرة الخطأ المقدر، ويتجلى ذلك في القرار الأخير الصادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا في 23/01/1998، حيث جاء فيه "حيث من المقرر فقها وقضاءً أن الإلتزام الذي

1 محمد حسن قاسم، اثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 95.

2 أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساتها على قواعد الإثبات، المرجع السابق، ص 13.

3 أحمد حسن عباس الحيارى، المرجع السابق، ص 114.

4 رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية الطبية وإثباتها، المرجع السابق، ص 288.

5 أحمد حسن عباس الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في النظام القانوني الأردني و الجزائري، المرجع السابق، ص 115.

يقع على عاتق الطبيب كأصل عام هو بذل عناية، مثل قضية الحال، ما عدا الحالات الخاصة التي يقع فيها على الطبيب التزام بتحقيق نتيجة.⁽¹⁾

ثم عادت محكمة النقض الفرنسية عن نهجها في قرار وبتاريخ 27 ماي 1998، حيث رفضت القضاء إعتماً على فكرة الخطأ الإحتمالي لإقامة مسؤولية الطبيب، وتتلخص وقائع القضية في أنه أثناء فحص حديث ولادة يعني "بيار" سنة 1961. تبين وجود تجمع دموي درني في جبهته من الجهة ومن الجهة اليمنى وبناءً على ذلك تم حقنه بمادة trombovar بقصد معالجته ووقف انتشاره غير أن ذلك أصاب العين اليمنى بالعمى التام، وبعد بلوغه سم الرشد رفع دعوى فقضت محكمة استئناف Rennes بالتعويض المستخلص من عدم مألوفية الضرر وجسامته وعندما طعن الطبيب أمام محكمة النقض نقضته هذه الأخيرة وقضت بأن "وجود الخطأ لا يمكن استخلاصه من مجرد عدم مألوفية الضرر وجسامته، إذا كان واجبا على محكمة الإستئناف أن تحت ما إذا كان الجرح اللاحق بالعين ناجم عن خطأ واضح في جانب الطبيب".⁽²⁾

وبذلك اشترطت محكمة النقض الفرنسية ومن جديد ضرورة إثبات الخطأ وفق ما تقتضيه القواعد العامة للمسؤولية بحيث أدانت فكرة الخطأ المفترض ووصفتها بالفكرة المغلوطة *erronee* واشترطت لإنعقاد مسؤولية الطبيب إثبات خطأ واضح *Faute caracterisee* وأن وجود الخطأ لا يمكن استخلاصه من عدم مألوفية الضرر وجسامته.⁽³⁾

ولم تكن فكرة الخطأ المحتمل الأداة الوحيدة للتخفيف من عبء الإثبات الملقى على عاتق المريض، بل هناك طرق وأدوات أخرى نستعرضها في العناصر المقبلة.

ثالثاً: المسؤولية غير الخطئية

وهي مسؤولية تستند إلى الضرر الذي لحق بالمضرور بغض النظر عن الخطأ ثابت كان او مفترض، وهنا تتضح أهمية هاته المسؤولية في المجال الطبي كون الأخذ بها يغني المريض المضرور عن عبء إثبات الخطأ الطبي، كما يعفى القاضي من اللجوء إلى قرينة الخطأ والبحث عن الوقائع والتي يستخلص منها الخطأ.⁽⁴⁾

1 راييس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية الطبية وإثباتها، المرجع نفسه، ص 288، 289.

2 فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 227، 228.

3 محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 102.

4 محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع نفسه، ص 118.

وقد تم إقرار هذا النوع من المسؤولية في القضاء الإداري الفرنسي ثم حذا حذوه القضاء العادي، وسنتطرق إلى ذلك على التوالي:

1. إقرار المسؤولية غير الخطئية في القضاء الإداري:

لجأ القضاء الإداري لهذه الوسيلة، في بادئ الأمر وذلك سعياً منه لبعث التوازن والمساواة بين المرضى والمضرورين من الأعمال الطبية الممارسة داخل المرافق الطبية الطبية العامة وبين مستخدمي داخلها.

وتجلى ذلك بوضوح في قضية GOMMEZ ، حيث إعتقت فيه محكمة الإستئناف الإدارية بليون Liyon فكرة المسؤولية الطبية دون خطأ من خلال حكمها الصادر بتاريخ 1990/12/21، هذه القضية التي تتلخص وقائعها في إدخال الطفل GOMEZ إحدى المستشفيات المتخصصة من أجل عملية تقويم العمود الفقري وتم إستخدام طريقة جديدة في علاجه وتبين بعد إجرائها إصابته بشلل تام في أطرافه السفلى، وبعد رفع عائلة الطفل دعوى أمام المحكمة الإدارية رفضت دعواهم، ثم إستأنفت العائلة الحكم فأصدرت محكمة الإستئناف الإدارية بليون حكمها والقاضي بالإستجابة لطلبات العائلة وحملت المستشفى مسؤولية الضرر اللاحق بـ GOMEZ وتعليلها أن إستخدام طريقة حديثة في العلاج يشكل خطر على المرضى دون ضرورة أو حاجة ملحة⁽¹⁾.

وهذا قد تبع هذا الحكم حكم BIANCHI الصادر بتاريخ 1993/04/09 ليؤكد المسؤولية بدون خطأ تجاه المستشفى العام⁽²⁾، حيث انه وبعد إدخال السيد BIANCHI مركز طبي بمرسيليا، بسبب معاناته من نوبات أعصاب خاصة في الجهة اليمنى لوجهه وبعد أن أجريت له عملية تصوير بالأشعة والسكانير التي لم يلاحظ بها شيء يذكر، مما دفع الأطباء إلى تصوير شرايين العمود الفقري بعد تحذير السيد BIANCHI مما أدى إلى إصابته بشلل نتيجة إستخدام بعض الأدوات وذلك رغم عدم وجود أي خطأ طبي أثناء القيام بالعملية⁽³⁾.

ويلاحظ في حكم السيد GOMEZ أن القضاء لم يكلف المدعين بإثبات الخطأ المرتكب من طرف المرفق الصحي العام وإستند في إقامة المسؤولية الطبية على وجود

1 رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص292.

2 محمد حسن قاسم إثبات الخطأ في المجال الطبي ، المرجع السابق، ص120.

3 سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، المرجع السابق، ص88.

الضرر الذي لحق المضرور، نتيجة إستعمال تقنية طبية حديثة، لم تكن الوسيلة المتاحة الوحيدة للعلاج، كما أن نتائجها غير مؤكدة ومضمونة من قبل⁽¹⁾.

كما أنه وفي الحكم الخاص بالسيد BIANCHI، قد تم إقرار مجلس الدولة الفرنسي لمسؤولية المستشفى، وقضى تعويض المضرور ليس لأمر يتعلق بتقنية علاجية جديدة، وإنما على أساس أن العمل الطبي اللازم للتشخيص ترتب عليه ضرر، وهنا يكون للمريض حقا في التعويض على أساس الإحتمال والخطر الطبي⁽²⁾.

ثم حاول مجلس الدولة الفرنسي في نطاق المسؤولية غير الخطئية للمستشفى العام مقارنة بما قرره بحكم BIANCHI، الصادر بتاريخ 1997/11/02 بهذا الحكم الأخير طبق مجلس الدولة ذات المبادئ التي قررها في حكم السابق وإنما بشأن المريض الذي توفى إثر تخديره تخديراً كلياً، كما يلاحظ أن حكم مجلس الدولة لم يصدر بشأن مريض كان يعاني علة معينة، وإنما شخص أدخل المستشفى لإجراء عملية ختان أي تدخل جراحي دونما حاجة له، وهنا أكد القضاء الفرنسي مسؤولية المستشفى غير الخطئية عن الأضرار التي تلحق المنتفعين بخدماته، ولم يعد المطلوب إقامة دليل على خطأ المستشفى من الضرر. وهنا لا يكون أمام المستشفى العام سوى إثبات القوة القاهرة أو خطأ المضرور نفسه لنفي المسؤولية عنه⁽³⁾.

2. إقرار المسؤولية غير الخطئية في القضاء العادي:

نهج القضاء العادي نهج القضاء الإداري بخصوص الإستناد إلى المسؤولية غير الخطئية، من خلال فكرة الإلتزام بسلامة المريض حتى يتأتى له جبر الضرر الذي لحق به جراء العمل الطبي وتعويضه عن ذلك دون البحث عن الخطأ في جانب من قام بهذا العمل والمستقل عن الطبيعة الفنية للعمل الطبي⁽⁴⁾

فهذا الإلتزام يوجب على الطبيب أن يراعي السلامة في الأدوات المستخدمة، كذلك الإلتزام عاماً بضمان عدم تعرض المريض إلى أية أخطار كالعوى من مرض آخر⁽⁵⁾، كما

1 رابيس محمد، نطاق واحكام المسؤولية المدنية الطبية وإثباتها، المرجع السابق، ص 292.

2 محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع نفسه، ص 122.

3 محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 123.

4 رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية الطبية وإثباتها، المرجع السابق، ص 293.

5 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 174.

يلتزم الطبيب لضمان سلامة المريض من كل ضرر آخر غير ذلك الناتج عن الطبيعة الإحتمالية للعلاج أو الجراحة والتزام العيادة أو المستشفى، الخاص أو العام بسلامة المريض في إقامته ومشربه ومأكله وشربه ونظافته⁽¹⁾.

وعلى ذلك قضت محكمة باريس بتاريخ 1997/10/20 بأن العقد والذي يربط الطبيب بالمريض يضع على عاتق الطبيب مجرد الإلتزام ببذل غاية كأصل عام، لكن ذلك لا يحول دون إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة بإصلاح ما لحق المريض من ضرر، وذلك متى لم تتأتى معرفة السبب الحقيقي لهذا الضرر، ولم يكن لذلك الضرر علاقة بحالة المريض السابقة⁽²⁾.

وقد سلك القضاء الفرنسي كذلك نفس المسلك فيما يتعلق بإنتان المشفى أو العدوى، فقد قضت محكمة النقض في قرار لها على أن المؤسسات الصحية يقع على عاتقها إلتزام الطبي بضمان السلامة ومحلّه تحقيق نتيجة فيما تعلق بإنتان المشفى ويمتد ذلك الإلتزام للأطباء وذلك في ثلاث قرارات صدرت بيوم واحد 1999/06/29⁽³⁾

وبذلك أصبح الإلتزام بضمان السلامة بخصوص إنتان المشفى (العدوى) مبدأً عاماً، لا يقتصر على العدوى التي تحدث داخل غرفة العمليات وإنما العدوى التي تنتقل للمريض خلال تواجده في المستشفى.

وقد سلك القضاء الفرنسي هذا الملك، في مجال زراعة الأسنان في حكم لها بتاريخ 1994/11/22، كذلك في مجال نقل الدم بأن وضع على عاتق مركز نقل الدم إلتزاماً بتحقيق السلامة بحيث أوجب على المراكز الخاصة بنقل الدم خالياً من أي عيب بتاريخ 2005/04/21، يقع على عاتق مؤسسات العلاج إلتزاماً بالسلامة محلّه تحقيق نتيجة، مع الأخذ بكل الإجراءات المفيدة من أجل اليقين من سلامة المنتجات الدموية الموردة والمحقونة⁽⁴⁾.

غير أن محكمة النقض الفرنسية عادت وعدلت عن موقفها رافضة إمكانية التعويض مخاطر العلاج بدون خطأ في العمل الجراحي وذلك في حكم لها بتاريخ 2000/11/08

1 رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية الطبية وإثباتها، المرجع نفسه، ص 293.

2 رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية الطبية وإثباتها، المرجع نفسه، ص 294.

3 فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 230.

4 فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 231 232.

والقاضي بعدم إدراج الإلتزام بالتعويض عن مخاطر العلاج ضمن الإلتزامات الناتجة عن العقد بين الطبيب والمريض⁽¹⁾،

وهنا يظهر جلياً التردد في مدى الأخذ وإعتماد المسؤولية بدون خطأ من طرف قضاء محكمة النقض الفرنسي، هذا التردد الذي تطلب تدخل المشروع وذلك لحل الإشكالات المطروحة.

وهنا تدخل المشرع وأصدر القانون رقم 2002-303 بتاريخ 04 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى ومستوى النظام الصحي المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 2002-1577 المؤرخ في 2002/12/30، والذي جاء داعماً للأساس الذي تضمنه قانون الصحة الفرنسي، إعتباراً للمعطيات الجديدة للصحة، وعلاقة المريض بالطبيب، منها تعويض الخطأ الطبي الذي تحدثه المؤسسات الصحية أو مختصي الصحة المعنيين بالعمل الطبي أو العلاجي.

وبذلك فقد تميز هذا القانون بطابعه الخاص والمستقل، حيث أن القاضي وبموجب هذا القانون يطبق قواعد المسؤولية للأحكام العامة كونها لم يشر إلى المواد 1382 و1147 ق م ف، بل بنا المسؤولية الطبية على أساس جديد هو الأساس الشرعي الخاص le fondement légal spécial كما يراه بعض الفقه⁽²⁾.

كما أضافت المادة 98 من قانون حقوق المرضى ونوعية الصحة سنة 2002 مواد جديدة إلى قانون الصحة العامة، فيها المادة 1142-1 والتي تنص على أنه "باستثناء الحالة التي تقدم فيها مسؤوليتهم على عيب في منتج صحي لا يسأل محترفو الصحة المشار إليهم في الجزء الرابع من هذا القانون، وكذا كل مؤسسة، مصلحة، أو هيئة يتم فيها إنجاز الأعمال الفردية، المتعلقة بالوقاية أو بالتشخيص أو بالعلاج عن النتائج الضارة لتلك الأعمال إلا في حالة الخطأ، المؤسسات والمصالح والهيئات المذكورة أعلاه مسؤولة عن الأضرار الناجمة عن إنتانات المشافي infections nosocomiales باستثناء ما إذا ثبت عن سبب أجنبي لا بد لها فيه"⁽³⁾.

1 راييس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 294.

2 راييس محمد، نطاق واحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق، ص 296.

3 فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب ، المرجع السابق، ص 240 241.

والملاحظ هنا أن المادة أنشئت من نطاق المسؤولية الطبية والقائمة على أساس الخطأ حالتين هما :عيب في منتج صحي وحالة الأضرار الناتجة عن إنتان المشافي.والذي تتدرج تحته الحالات التي سبق ذكرها وذلك لأنه كما سبق وأن قلنا أن الأصل في الإلتزام الطبي أنه إلتزام ببذل غاية، غير أن القضاء حاول التوسيع في مجال الإلتزامات بتحقيق نتيجة للتخفيف من عبء الإثبات الملقى على عاتق المريض.

و كنتيجة فإن قانون04مارس2002 أبقى على الخطأ كأساس للمسؤولية الطبية وحصر المسؤولية غير الخطئية في حالات المسؤولية الناجمة عن عيب في منتج صحي، وتلك الناجمة عن إنتان المشفى(العدوى)، كذلك مسؤولية القائم بالبحوث الطبية الحيوية⁽¹⁾. ويندرج كل ما سبق ذكره من آليات ضمن السبل التي يفرضها واقع الصعوبات التي تواجه المريض في إثبات الخطأ الطبي، لجبر الأضرار التي لحقته جراء هذا الخطأ، مما دفع القضاء لإبتكار السبل والمسالك لتذليل تلك الصعوبات التي يلاقيها المريض(المضروب) والتي قد تمنعه من نيل حقه على الرغم من أنه صاحب حق. كما يجدر بالذكر أنه وضمن الآليات السابق ذكره يدخل توسيع نطاق الملتمزم بتحقيق نتيجة.

المبحث الثاني:الضرر وعلاقة السببية

سبق وأن تطرقنا إلى عنصر الخطأ كركن من أركان المسؤولية المدنية الطبية، غير أنه لا يكفي الإرتكاز على الخطأ الطبي وحده لقيام مسؤولية المدنية، وإنما يجب أن يسبب هذا الخطأ ضرراً للمريض، كذلك أن تكون هناك رابطة سببية بين هذا الخطأ والضرر الذي أصيب به المريض وهذه هي الأركان وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية، كذلك فمسؤولية الطبيب المدنية تقتضي هاته الأركان لقيامها. وسنتطرق إلى عنصر الضرر في المطلب الأول من هذا المبحث وعلاقة السببية في المطلب الثاني .

1 فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع نفسه ، ص ص 245 246.

المطلب الأول: الضرر الطبي

يعني الضرر وفقاً للقواعد العامة، المساس بمصلحة المضرور، ويتحقق من خلال النيل أو المساس بوضع قائم أو الحرمان من ميزة، بحيث يصبح المضرور في وضع أسوأ لما كان عليه قبل وقوع الخطأ⁽¹⁾، كما يقصد به الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه⁽²⁾. كذلك هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بالمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عواطفه أو بماله أو حرّيته أو شرفه أو غير ذلك⁽³⁾

وهذا التعريف هو قياس مسؤولية الطبيب والتي تخضع للقواعد العامة والتي تحكم الضرر، فهي القاعدة نفسها التي تطبق في المسؤولية المدنية الطبية، ولذا فإن حصول الخطأ وحده لا يرتب مسؤولية الطبيب إذا لم ينشأ عند ضرر حال أو مستقبلي محقق الوقوع.⁽⁴⁾

وإن إنتقى الضرر فلا مسؤولية ولا تعويض وقد قضت محكمة النقض المدني المصرية بتاريخ 1960/01/7 "لما كان الضرر أركان من أركان المسؤولية وكان ثبوته شرطاً لازماً لقيام هذه المسؤولية والحكم بالتعويض نتيجة لذلك"⁽⁵⁾.

ولهذا يظهر من خلال عدم قدرة المريض على ممارسة عمله أو فقدان حرّيته لفترة وهذا بقرار من الطبيب الذي فحصه وبناءاً على شهادة طبية تبرز وتلزم المريض بضرورة الحجز مدة من الزمن.⁽⁶⁾

ونتناول عنصر الضرر بالتفصيل، من خلال التطرق إلى أنواعه ثم إلى شروطه وإثباته وفي الفرع الموالي سنعرض إلى الضرر بنوعيه المادي والأدبي.

1 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق، ص 369.

2 محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي الموروث، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 540.

3 إبراهيم سيد أحمد، الضرر المعنوي فقها وقضاء، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية مصر 2007، ص 11
12.

4 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب ، دراسة مقارنة، المرجع نفسه، ص 329.

5 محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث ، المرجع السابق، ص 55.

6 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق، ص 370.

الفرع الأول: أنواع الضرر

ياخذ الضرر وبشكل عام، شكلين إما مادي يمس المضرور في ماله أو جسده وإما معنوي يضر بالجانب النفسي والعاطفي والإحساسي وسنتطرق ل كليهما.

أولاً: الضرر المادي

"وهو الضرر الذي يصيب المضرور في جسمه أو في ماله وهو الأكثر الغالب"⁽¹⁾، هذا وينقسم الضرر المادي إلى ضرر جسدي يتمثل بالأذى الذي يصيب جسم الإنسان كإزهاق روح أو إحداث عاهة دائمة أو مؤقتة أو ضرر مالي يصيب مصالح المتضرر ذات قيمة مادية أو إقتصادية كتعطيل قدرة المضرور على الكسب أو نفقة العلاج⁽²⁾.

فالضرر المادي الذي يلحق بالمريض بسبب جراح التجميل قد يتمثل في إلحاق الأذى بسلامة جسمه وذلك بأن يؤدي هذا الخطأ إلى إصابة المريض بتشوهات تلحق في جسمه، إضافة إلى العيب الذي أراد إصلاحه من وراء عملية التجميل، أو إصابته بالعمى أو العجز أو إحداث بتر أحد الأطراف وغيرها من الإصابات الجسدية⁽³⁾.

وكمثال عن الضرر المادي الطبي، أيضاً الإصابة بأي مرض نتيجة نقل الدم فقد يتعرض المضرور بسبب إصابته إلى عجز كلي أو جزئي يؤثر على قدرته على العمل مما جعله عالة على عائلته⁽⁴⁾.

والشيء الذي يجب ملاحظته هو أن مجرد عدم شفاء المريض شفاء تام أو جزئي لا يكون في ذاته ضرر، فلا يسأل الطبيب إذا أخفق في الوصول إلى الشفاء التام إلا عما يسبب للمريض من خسائر مالية كمصاريف العلاج وأجر المستشفى وثمان الدواء⁽⁵⁾.

1 رجب كريم عبد اللاه، المسؤولية المدنية لجراح التجميل ، المرجع السابق، ص 149.

2 محمد زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية ، المدنية والجزائية، مؤسسة غبور للطباعة، الطبعة الأولى، دمشق، 1999، ص 225.

3 فاطمة الزهرة منار، مسؤولية الطبيب التخدير المدني، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 241.

4 جلال حسن الأتروشي، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، دار الحامد، الطبعة الأولى، عمان الأردن، 2008، ص 151.

5 سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير مدنيا وجنائيا وإداريا، منشأة المعارف، الإسكندرية، الإسكندرية، 2004، ص 122.

ثانياً: الضرر المعنوي

ويلحق ما يسمى الجانب الإجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية، فقد يكون مقترنا بأضرار مادية، فيلحق العاطفة أو الشعور بالآلام يحدثها في النفس⁽¹⁾، كما أنه ذلك الضرر الذي يصيب حقاً من الحقوق غير الحالية التي لا تعتبر عنصراً من عناصر الذمة المالية⁽²⁾.

وفي المجال الطبي يتمثل الضرر الأدبي ي مساس الطبيب أو المستشفى لجسم المريض بخطأ طبي يلحق به الأذى، ويبدو ذلك بالآلام الجسمانية والنفسية، والضرر الذي يصيب الفتاة غير الضرر الذي يصيب الشاب أو الشاب أو العجوز أو الطفل، وذلك من خلال مدى ثقافة أو مجال العمل أو الظروف الاجتماعية أو الجسمانية للمتضرر⁽³⁾.

كما يتمثل في المعاناة النفسية التي تصيب الورثة من جراء موت المصاب 'المريض'⁽⁴⁾. وما يلحق المريض من آلام داخلية هواجس وقلق واضطرابات نفسية، أو ما يلحق حياته الخاصة لكشف أي سر خاص به بمناسبة العلاج⁽⁵⁾، وهو جملة عبارة عن الألم الألم والحزن الذي يصيب الإنسان⁽⁶⁾.

ومن أمثلة الضرر الأدبي الذي يلحق المريض، من ألم وغم وأسى نتيجة لإصابته بتشويه أو حروق في جسمه أو بتلف أو بتر لأحد أعضاء الجسم⁽⁷⁾

والضرر الأدبي قابل للتعويض، وقد أقر القانون الروماني التعويض عنه في أحوال كثيرة، سواء كانت المسؤولية ذات أساس عقدي أو تقصيري، كذلك القضاء الفرنسي بقرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 يونيو 1833⁽⁸⁾.

1 فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 267.

2 حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية الجزء 1 الضرر، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، عمان الاردن، 2006، ص 279.

3 فاطمة الزهرة منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، المرجع السابق، ص 241.

4 منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 575.

5 حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب، أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 165.

6 إبراهيم علي حماوي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي، المرجع السابق، ص 67.

7 رجب كريم عبد اللاه، المسؤولية المدنية لجراح التجميل، المرجع السابق، ص 154.

8 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 375.

ويتعين ثبوت ضرر أدبي لحق بالزوجة أو الأقارب بشعور حقيقي بالألم النفسي المدعى به، ويتوقف ذلك على الظروف الدالة على متانة العلاقة الزوجية، كذلك سلامة صلة الرحم من جانب المدعى تجاه الموروث المضرور⁽¹⁾.

وقد أتى المشروع الجزائري على ذكر الضرر المعنوي من خلال المادة 182 مكرر ق.م.ج بقولها "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"².

الفرع الثاني: شروط الضرر

ولكي يؤدي الضرر الذي يلحق بالمريض إلى إلزام الطبيب بالتعويض عنه يجب أن يكون محققا وشخصيا ومباشرا، وأن يمس مصلحة مشروعة سنتطرق إلى كل عنصر على حدا.

أولاً: أن يكون محققاً

1. الضرر الحال والمستقبل:

لابد أن يكون الضرر محققا أي أن يكون قد وقع بالفعل، أو سيقع حتماً، ومثال الضرر الذي وقع فعلا هو أن يموت المضرور أو يصاب بتلف في جسمه أو في ماله أو في مصلحة له، أمّا الضرر الذي سيقع حتما فهو الضرر المستقبل، فيعوض بذلك عن الضرر الذي وقع علا من جراء عجزه في الحال، كذلك عن الضرر الذي سيقع حتما في المستقبل⁽³⁾.

ومعنى ذلك أن الضرر المستقبل لا⁽⁴⁾ يتعارض مع كونه ضررا محققا هو ضرر محقق محقق مضاف إلى المستقبل، يشمل التعويض شمول الضرر الواقع في الحال، هذا وقضت محكمة المصرية بأن "التعويض كما يكون عن ضرر حال إنه أيضا عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع".

وفي هذا العدد يجب التمييز بين الضرر المستقبل (futur) والضرر الاحتمالي (éventuel) والذي لا يوجب التعويض ومع أنهما يشتركان في كونهما لم يتحققا بعد في

1 منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 575.

2 القانون المدني الجزائري.

3 سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، المرجع السابق، ص 122.

4 حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية الجزء I الضرر، المرجع السابق، ص 206.

الوقت الحاضر غير أن الاختلاف بينهما، يمكن في كون الضرر الاحتمالي قد يتحقق مستقبلاً أو لا يتحقق، أي أن وقوعه أمر غير أكيد، وبذلك فهو يقوم على وهم وافترض لا أساس له...⁽¹⁾

فهذا الضرر المحتمل، ضرر لم يقع بعد وليس هناك ما يؤكد وقوعه مستقبلاً، والأصل أن هذا النوع من الضرر ليس محلاً للتعويض ويقول الأستاذ (سافاتي) في هذا الشأن، أن الدعوى المقامة لطلب التعويض عنه دعوى سابقة لأوانها⁽²⁾.

ومنه فإن المرأة الحامل التي تتلقى ضربة على بطنها يكون إجهاضها محتمل الوقوع وليس مؤكداً، لذا لا يجوز لها القانون المطالبة بالتعويض عن الإجهاض حيث أنه لم يقع، أما بعد أن يقع هنا يصبح الضرر حالاً ويعوض عنه⁽³⁾.

2. الفرصة الضائعة:

وهنا يجدر بنا التمييز بين الضرر المحتمل والذي لا يثبت التعويض للمطالب به، وبين تقويت الفرصة والتي تعد ضرراً محققاً يجب التعويض عنه في الحال، ذلك لأنه وإذا كانت الفرصة أمراً محتملاً غير أن تقويتها محقق، قد يؤدي إلى حرمان الشخص من فرصة جادة وحقيقية وممكنة⁽⁴⁾.

فتقويت الفرصة هو حرمان الشخص من فرصة كان يحتمل أن تعود عليه بالكسب ومثاله حرمان المريض من الحياة نتيجة خطأ الطبيب الجراح إثر عملية جراحية⁽⁵⁾. ويتجلى مبدأ تقويت الفرصة من عدة نواحي، منها الفرص التي كانت أمامه من كسب أو نجاح في حياته العامة أو سعادته كما في حالة ضياع فرصة الزواج لفتاة بسبب التشوهات التي أصابها، كذلك حالة تقويت الفرصة في الشفاء أو الحياة للمريض لو لم يرتكب الخطأ، حيث لا بد في هذه الحالة من إقامة الدليل على أن حالة المريض لم يكن ميئوساً منها أو كانت على طريق التحسن⁽⁶⁾.

1 رابح محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 274.

2 حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية الجزء I الضرر، المرجع نفسه، ص 207.

3 رابح محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 275.

4 رجب كريم عبد اللاه، المسؤولية المدنية لجراح التجميل، المرجع السابق، ص 152.

5 فاطمة الزهرة منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 248.

6 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 378.

وقد إلتمس القضاء في فكرة تقويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة الحل الأمثل، ذلك أنه وفي حالة تعذر إقامة الدليل، نقول أن هذا الخطأ الذي إرتكبه الطبيب قد أهدي للمريض فرصة حقيقية للشفاء أو البقاء على قيد الحياة⁽¹⁾.

وإنتهج القضاء العراقي هذا النهج بأخذه بتقويت الفرصة من خلال قرار أصدرته الهيئة العامة لمحكمة التمييز، مفاده أنه ليس للمدعي أن يطالب بالتعويض عن الإنتقاع من ابنية غير موجودة وإنما يستحق التعويض عن فرصة عائلية⁽²⁾.

كذلك وتطبيقاً لمبدأ تقويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة حكمة محكمة إستئناف باريس " بأن موت المريضة التي عندها حساسية عالية كان من الممكن أن ينتج من إستعمال أي نوع آخر من الدواء، ولكن لجوء طبيب التخدير عن طريق الألفاتيزين، وهي وسيلة من وسائل التخدير معروفة بالمخاطر في مثل هذه الحالات، فإن طبيب التخدير زاد بذلك من مخاطر احتمالات حدوث هذا الحادث، وبذلك فإن المريضة قد فاتت فرصتها في الحياة، وهذا الضرر هو علاقة مباشرة مع تسرع طبيب التخدير"⁽³⁾.

وكخلاصة لهذا كله يمكن القول أن الفقه والقضاء قد إتحدوا في موقفهما، تجاه مسألة التعويض عن الفرصة الفائتة وهذا كونه ضرراً محققاً لحق بالمريض المضرور وفوت عليه فرصة شفاؤه أو بقاءه على قيد الحياة⁽⁴⁾.

ثانياً: أن يكون شخصياً

ومعنى ذلك أن يكون الضرر أصاب المدعي بالذات، إما على شخصه أو ماله أو مصلحته، غير أنه لا يجب إغفال إمتداد الضرر إلى من له صلة بالمضرور. وعلى هذا سنتطرق إلى الحالة التي يكون الضرر قد أصاب الشخص بعينه وحالة الضرر المرتد.

1. الضرر ماساً بالمدعي نفسه:

وهو الأصل العام، حيث أن الضرر يصيب المدعي في شخصه أو في ماله أو في ما يحميه القانون له من مصلحة، حيث لا يسمح بالإعتداء عليها أو الإضرار بها وهنا يكون

1 أسعد عبيد الجميلي، الخطأ ي المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 413.

2 إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 72.

3 إبراهيم أحمد الرواشدة، المسؤولية المدنية للطبيب التخدير، المرجع السابق، ص 301.

4 إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 74.

لزما لقيام المسؤولية أن يكون المدعي في دعوى التعويض هو المضرور أصلا من الفعل الضار⁽¹⁾.

وقضت محكمة النقض الجنائية بأنه يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادي أن يكون هناك إخلال بمصلحة مالية للمضرور⁽²⁾.

وفي المجال الطبي، فإن الضرر الواجب التعويض عنه يجب أن يكون مس حقا أو مصلحة مالية للمضرور ويقصد هنا بكلمة "حق"، حق الشخص في سلامة جسمه أو حياته أو عقله من الأذى، وأي خطأ من الطبيب يصيب جسم المريض يكون بهذا قد مس حقا من حقوق المريض الأساسية في الحياة، وطالب التعويض عن هذا يكون المضرور نفسه⁽³⁾.

ولذا إنه يمكن القول، أنه ومن الواجب أن يكون الضرر قد أصاب الشخص المدعي ويثبت له بذلك حق التعويض في ذمته بسبب الفعل الضار، فإن لم يكن رافع الدعوى قد تضرر شخصا فلا تسمع دعواه⁽⁴⁾.

2. الضرر المرتد:

نسمي ضرراً مرتداً، الضرر الذي يلحق أشخاصا آخرين غير من كان ضحية الفعل الضار، والذي يكون مصدره موت المصاب أو إصابته بضرر بالغ في جسمه، فإذا أصاب فعل ضار شخصا، إنتقل ضرر هذا الفعل على شخص أو أشخاص آخرين، نسمي هذا الضرر الأخير "الضرر المرتد" (préjudice par ricochet)⁽⁵⁾.

إشترط أن يكون الضرر شخصياً، يتحقق بالنسبة للأضرار المرتدة على الضرر الأصلي، إذ يعتبر الضرر المرتد شخصياً لمن أرتد عليه⁽⁶⁾، فيجب ألا يفهم إشترط أن يكون يكون الضرر شخصياً، عدم تعدي هذا الضرر وقوعه على غير المضرور شخصياً⁽⁷⁾، ومثال الضرر المرتد الذي يصيب عائلة المتوفي، على إثر حادث يؤدي بحياته⁽⁸⁾.

1 حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية الجزء 1 الضرر ، المرجع السابق، ص 234.

2 سمير عبد السميع الأودن مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، المرجع السابق، ص 124.

3 إبراهيم علي حماوي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 70.

4 إبراهيم أحمد الرواشدة، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، المرجع السابق، ص 302.

5 حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية الجزء 1 الضرر ، المرجع السابق، ص 234.

6 إبراهيم أحمد الرواشدة، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير ،المرجع نفسه، ص 303.

7 محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، المرجع السابق، ص 59.

8 حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية الجزء 1 الضرر، المرجع نفسه، ص 234.

والضرر الذي يصيب ورثة المضرور بالإرتداد بسبب موت مورثهم لا يخرج عن كونه أدبيا أو ماديا، فالمعاناة والآلام النفسية التي تصيب الورثة جراء موت المصاب (المريض) ضررا محققا وليس إحتمالي، كذلك فإن الإخلال بحق النفقة المقدرة للورثة تجاه المضرور المورث يعد ضررا ماديا لحق، جراء موت مورثه⁽¹⁾.

فإذا توفي المريض بسبب خطأ الجراح مثلا، فذلك يلحق ضررا ماديا بزوجه وأولاده وغيرهم ممن تجب عليه نفقتهم قانونا كوالديه، لحرمانهم من الشخص الذي كان يعول عليهم⁽²⁾، كذلك فإن أقارب المريض مضرورون ضررا غير مباشر من إصابته، وللزوج والأولاد الحق في الحصول على تعويض نتيجة ما لحقهم من ضرر، فتعويض الزوجة عن الضرر الذي لحقه نتيجة إصابة زوجها بمرض معد، كما يعوض الأولاد عن إصابة الأم أو الأب بفيروس معد نتيجة نقل الدم الملوث إليه⁽³⁾.

هذا ولثبوت ضرر أدبي محقق للزوجة أو الأقارب حتى الدرجة الثانية، يجب أن يكون هناك شعور حقيقة بالألم وهذا يستنتج من الظروف المحيطة والتي تدل على متانة العلاقة الزوجية وصلة الرحم، فليس للزوجة التي تعيش بعيدة عن زوجها مدة طويلة أن تطالب بالتعويض حتى لم يشرع أحد بإتخاذ إجراءات الطلاق، أما عن الضرر المادي فإنه يقتضي الأحقية في النفقة لدى الوارث قبل المورث المضرور، ومنه فليس للإبن المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي اللاحق به لموت والدته بإعتباره المسؤول عن إعالتها⁽⁴⁾.

والأصل أن إنتقال الحق في التعويض عن الضرر إلى الورثة مقصور على الضرر المادي دون الأدبي إلا بمقتضى إتفاق أو إذا طالب به الدائن، غير أن القانون الفرنسي جعل هذا الحق ينتقل للورثة دونما أية شروط، وكان هذا من الأفضل كون المتوفي لم يتنازل عنه قبل وفاته⁽⁵⁾.

وقد نصت المادة 203 من القانون المدني العراقي على أنه "في حالة القتل وفي حالة الوفاة، يسبب الجرح، أو أي فعل ضار آخر يكون من أحدث الضرر مسئولا عن تعويض

1 منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص ص 573 577.

2 رجب كريم عبد اللاه، المسؤولية المدنية لجراح التجميل، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 149.

3 جلال حسن الأتروشي، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 152.

4 منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص ص 573 577.

5 فاطمة الزهرة منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 255 256.

لأشخاص من الذين كان يعيّلهم المصاب وحرّموا من الإعاقة بسبب القتل أو الوفاة⁽¹⁾، أما عن القضاء الفرنسي فقد قضت محكمة إستئناف باريس بأن "للزوج الحق في الحصول على التعويض من صندوق الإعانة عن الأضرار التي لحقت شخصياً من جراء إصابة زوجته بالإيدز نتيجة نقل دم ملوث إليها"⁽²⁾.

كما قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر في 1970/02/27 قررت فيه إستحقاق التعويض طبقاً للمادة 1382 ق.م.ف، في حالة الضرر المرتد نتيجة لوفاة المجني عليه، دون إشتراط وجود رابطة قانونية بين طالب التعويض التي يرفعها الأجنبي عن أسرة المتوفي عما أصابهم شخصاً من أضرار مادية أو أدبية⁽³⁾.

ثالثاً: أن يكون مباشراً ومتوقعاً

إن الضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية (normal) للخطأ الذي أحدثه، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في إستطاعت الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، وهو وحده الذي يحتفظ من الناحية القانونية بعلاقة السببية بينه وبين الخطأ⁽⁴⁾.

هذا والقاعدة التقليدية المستقر عليها فقها وقضاءً هي مساءلة الطبيب عن الضرر المباشر، بمعنى الضرر الذي لا يمكن توقيه ببذل جهد معقول من قبل المصاب⁽⁵⁾.

فالضرر المباشر، وحده الذي يعرض عنه، وعلة ذلك أن الضرر المباشر وحده الذي تقوم السببية بينه وبين الخطأ⁽⁶⁾، أما الضرر غير المباشر فلا يوجب التعويض سواء كانت المسؤولية تقصيرية أم عقدية⁽⁷⁾.

وقد أشارت المادة 182 ق.م.ج⁽⁸⁾، في فقرتها الأخيرة والتي تتعلق بالمسؤولية العقدية، إلى الضرر المتوقع، ذلك الضرر الممكن حصوله وتوقعه، وأما في المسؤولية التقصيرية

1 صدقي محمد أمين عيسى، التعويض عن الضرر المادي ومدى إنتقاله للورثة، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2014 ص 231.

2 جلال حسن الأتروشي، المسؤولية الناجمة عن عمليات نقل الدم، المرجع نفسه، ص 153.

3 إبراهيم أحمد الرواشدة، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، المرجع السابق، ص 303.

4 صدقي محمد أمين عيسى، التعويض عن الضرر المادي ومدى إنتقاله للورثة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 228.

5 فاطمة الزهرة منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 267.

6 رجب كريم عبد اللاه، المسؤولية المدنية لجراح التجميل، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 153.

7 حسام الدين الأحمد، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، المرجع السابق، ص 56.

8 المادة 182 ق.م.ج... "غير أنه إذا كان الإلتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادةً وقت التعاقد".

فتجب مساءلة مرتكب الفعل الضار للضرر المتوقع أو غير المتوقع، والتقدير يكون على أساس مافات من خسارة وما ضاع من كسب⁽¹⁾.

وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية، مسؤولية الطبيب عن فعله الخطأ في 1970/01/27 فأقرت أن الطبيب الجراح، مسؤول بسبب سقوط إحدى أدوات الجراحة في رئة طفل عن الأضرار المباشرة فقط، هذا وأعتبرت الضرر مؤكداً ومحققاً ومباشر⁽²⁾.

وكمثال فإن مسؤولية طبيب التخدير يكون التعويض فيها عن الضرر المتوقع إذا كانت عقدية، كون المريض طبيب التخدير إتجهت إرادتهما إلى تحديد مركز كل منهما مستقبلاً في حالة الإخلال بالتزامه، فلا يدخل في نطاق التعويض ما لم يتوقعه، وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية، إلى أن الطبيب ملزم بالتعويض، إذا نتج عن ممارسة نشاطه العلاجي ضرر مباشر للمريض، وذلك عند سقوط إحدى الأدوات التي يستعملها الطبيب في رئة المريض⁽³⁾.

ولما كان الضرر المباشر متفرع بدوره إلى متوقع وغير متوقع تبعاً للقواعد العامة، فإنه وفي المسؤولية المدنية الطبية، وحسب القاعدة العامة، في المسؤولية العقدية لا يلتزم المدين إلا بالتعويض عن الضرر المتوقع فقط، إلا في حالة الغش والخطأ الجسيم⁽⁴⁾، أما في المسؤولية التقصيرية يعرض عن أي ضرر مباشر متوقفاً كان أم غير متوقع⁽⁵⁾.

وعليه فلو أننا أخذنا على أنه العلاقة القائمة بين الطبيب والمريض تعاقدية، هنا لا يلتزم الطبيب إلا بالتعويض عن الضرر المباشر والمتوقع، إلا إذا كان الضرر الطبي ناجم عن غش أو خطأ جسيم عكس إذا كانت مسؤولية الطبيب تقصيرية⁽⁶⁾، وقت إبرام العقد، إلا إذا كان سبب الإخلال أو عدم التنفيذ هو الغش أو الخطأ الجسيم، ويشمل التعويض الضرر غير المتوقع في حالة مسؤولية طبيب التخدير التقصيرية كقيام طبيب التخدير بإجراء عملية التخدير دون موافقة المريض أو ذويه⁽⁷⁾.

1 رابح محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 284.

2 فاطمة الزهرة منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 246 247.

3 رابح محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 282.

4 فاطمة الزهرة منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، دراسة مقارنة، المرجع نفسه، ص 246.

5 إبراهيم أحمد الرواشدة، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، المرجع السابق، ص 304.

6 فاطمة الزهرة منار، مسؤولية التخدير المدنية، دراسة مقارنة، المرجع نفسه، ص 246.

7 إبراهيم أحمد الرواشدة، المسؤولية لطبيب التخدير، المرجع نفسه، ص 304 305.

كل ما سبق ذكره يعد نتيجة غير مقنعة، تتنافى مع المنطق السليم ولا تصلح في المسؤولية الطبية، نظراً لخصوصية العمل الطبي، لذا يجب مساءلة الطبيب عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة، سواء كانت العلاقة بين المريض وطبيبه عقدية أو لا تحكمها قواعد المسؤولية العقدية⁽¹⁾، فالضرر الطبي ووفقاً للقواعد العامة التي تحكم الضرر بإعتباره ركناً أساسياً في المسؤولية، يجب إستبعاد الضرر غير المباشر من نطاق التعويض عنه، ويبقى أن يعرض فيه عن الأضرار الطبية المباشرة، متوقعة كانت أم لا، وفي نوعي المسؤولية العقدية والتقصيرية⁽²⁾.

رابعاً: أن يمس بمصلحة مشروعة

إن فكرة الضرر في حد ذاتها، تستدعي وبإعتبار الضرر ركن من أركان المسؤولية المدنية، أن يكون مدعي الضرر في الدعوى، قد لحقه ضرر ي مركز وراءه فائدة، أو منفعة وهذا قبل حصول الفعل الضار⁽³⁾.

والضرر الناشئ عن الإخلال بمصلحة المضرور، يجب وقوعه على مصلحة مشروعة فقط، والتعويض هنا متوقف على شرط المصلحة المشروعة فقط، دون تلك غير المشروعة والتي لا يعتد بها ولا يحميها وبالتالي لا يعوض عنها⁽⁴⁾، كذلك فإن هذا الضرر يجب أن يقع على حق مكتسب أو مصلحة مشروعة لا ترتقي لمرتبة الحق. غير أنها غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة⁽⁵⁾.

فيشترط في الضرر الذي يصلح أن يطالب على أساس بالتعويض، أن يصيب حقاً مكتسباً للمضرور، والحق هنا هو تلك الفائدة التي يحميها القانون⁽⁶⁾.

فالضرر الذي يلحق العاشقة نتيجة موت خليلها والذي كان ينفق عليها، لا يعطيها الحق في المطالبة بالتعويض على أساس إنتقاء المصلحة المشروعة⁽⁷⁾، هذا وقد ذهب

1 راييس محمد مسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 285.

2 راييس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 286.

3 حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية الجزء 1 الضرر، المرجع السابق، ص 272.

4 إبراهيم سيد أحمد، الضرر المعنوي فقها وقضاء، المرجع السابق، ص 13.

5 صدقي محمد أمين عيسى، التعويض عن الضرر المادي ومدى إنتقاله للورثة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 230.

6 محمد أحمد عابدين، التعويض بين المادي والأدبي والمورث، المرجع السابق، ص 59.

7 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 371.

الإتجاه القضائي الفرنسي ي بادئ الأمر، إلى عدم إشتراط أن تكون المصلحة التي أصابها الضرر الناشئة عن علاقة يحميها القانون، وحمى بذلك حق الخلية ي التعويض، ثم عاد وإنقلب بتأثير الأستاذ الكبير جوسراف، لتحكم محكمة النقض الفرنسية في 27 تموز 1937 حكماً تبنت فيه حرمان الخلية من التعويض عن الضرر اللاحق بها نتيجة موت خليلها⁽¹⁾.

ثم ما لبث أن عاد ليتبين فكرة تعويض الخلية عن الضرر الذي لحقها جراء موت خليلها، مبرراً ذلك ما جاء في المادة 1382 ق.م.ف والتي تقضي بتعويض كل ضرر لحق بالإنسان ولا تشترط وجود علاقة قانونية بين المدعي والمتوفي علاقة قانونية، إذن فرض دعوى الخلية جراء موت خليلها يعد مخالفاً لحكم المادة المشار إليها⁽²⁾.

وأما عن الضرر الطبي، والذي يعد إخلال بحق المريض المضروب فيمكن القول، أن لكل شخص الحق في سلامة حياته وجسمه والتعدي على حياته يعتبر ضرر، بل أبلغ من ذلك، وأي إتلاف لعضو أو جرح أو إصابة للجسم أو العقل تعد من قبيل الأضرار الواقعة على حقه والذي يحميه القانون⁽³⁾.

الخطأ الطبي الذي ينال من جسد المريض يشكل مساساً بحق من حقوق المريض الأساسية⁽⁴⁾، وطالب التعويض هنا قد يكون المريض نفسه أو أحد الورثة الذين يلزم المريض المريض بإعتالهم قانوناً⁽⁵⁾، وقد أجمع الفقه والقضاء الفرنسي والعربي على أن الضرر لا يتحقق إلا إذا مس بحق أو بمصلحة مشروعة لطالب التعويض، وأما المشرع الجزائري إشتراط وللتعويض عن الضرر أن هناك مصلحة مشروعة لا تتعارض مع مفهوم النظام العام أو الآداب العامة وألا تتعارض مع منطوق نظرية التعسف في إستعمال الحق⁽⁶⁾

1 حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية الجزء 1 الضرر، المرجع السابق، ص 273 274.

2 حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية الجزء 1 الضرر، المرجع نفسه، ص 275.

3 محمد زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية المدنية والجزائية، المرجع السابق، ص 226.

4 حسام الدين الأحمد، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، المرجع السابق، ص 61.

5 إبراهيم علي حماوي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 70.

6 فاطمة الزهرة منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 245.

الفرع الثالث: إثبات الضرر الطبي

تطبيقاً لقاعدة البينة على من إدعى واليمين على من أنكر، وأنّ المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر، والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل، فإن عبء الإثبات يقع على الأصل على المدعي وهو المضرور⁽¹⁾.

على من يدعي الضرر يطالب بتعويض عنه إقامة الدليل على ذلك⁽²⁾، ولما كان الضرر واقعة مادية فلا بد أن يثبت المضرور أن ضرراً أصابه، وذلك بكافة طرق الإثبات⁽³⁾، بما فيها البينة والقرائن⁽⁴⁾.

فيقع على عاتق المريض-أو ورثته- عبء إثبات الضرر يدعى أنه أصيب به من جراح خطأ الطبيب الجراح(مثلاً)، وكان هذا الضرر مادياً أو أدبياً⁽⁵⁾. ويلاحظ أن مسألة إثبات الضرر، لا تكتنفها أية صعوبات ذلك أنها مسألة مادية يسهل كشفها⁽⁶⁾.

كما أنه لا يكفي إثبات وقوع الضرر، وإنما إثبات مدى الضرر الذي وقع وبيان عناصره، إلا في حالة إقتصار الدعوى على طلب تعويض مؤقت لتقرير مبدأ المسؤولية تمهيداً لطلب التعويض الكامل، عندها يكفي إثبات وقوع الضرر⁽⁷⁾.

كما أنه يجدر بنا التأكيد على أنّ إثبات حصول الضرر أو نفيه تقدرها محكمة الموضوع، دون خضوعها في ذلك إلى رقابة المحكمة العليا، غير أن وصف الوقائع على أنها ضرر من ناحية توافر الشروط مسألة تخضع لرقابة المحكمة العليا⁽⁸⁾.

وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض المصرية، أن إثبات حصول الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع فهمها في إنتفاء الضرر المزعوم ترتبه

1 حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية الجزء 1 الضرر، المرجع نفسه، ص 319.

2 سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم مدنيا وجنائيا وإداريا، المرجع السابق، ص 127.

3 إبراهيم سيد أحمد، الضرر المعنوي قها وقضاء، المرجع السابق، ص 12.

4 فاطمة الزهرة منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 240.

5 رجب كريم عبد اللاه، المسؤولية المدنية لجراح التجميل، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 209.

6 رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 297.

7 رجب كريم عبد اللاه، المسؤولية المدنية لجراح التجميل، دراسة مقارنة، المرجع نفسه، ص 209.

8 رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع نفسه، ص 298.

على تأخر الملتزم في الوفاء لعدم كفاية الدليل، ففهمها في ذلك متعلق بالواقع ولا تراقبها فيه محكمة النقض⁽¹⁾.

ولأن عنصر الضرر له دوراً ضرورياً في تحديد النطاق المادي للإلتزام بالتعويض عنه، ولأن التعويض إنما يكون مجبر الضرر الواقع، ولذا يجب عدم تجاوز هذا الإلتزام حدود الضرر الثابت، ومن فمسألة إثبات الضرر شرطاً لازماً لقيام المسؤولية الطبية كذلك وجوب إثبات جميع عناصره⁽²⁾.

وهذا فيما يختص بالضرر، أنواعه وشروطه ومسألة إثباته وسننتقل على العلاقة السببية ثالث ركن لقيام المسؤولية المدنية للطبيب.

المطلب الثاني: علاقة السببية

وبعد أن عرضنا سابقاً ركن الخطأ وركن الضرر، تعد علاقة السببية الركن الثالث لقيام المسؤولية الطبية، ولا بد من وجودها حتى تكتمل عناصر أو أركان قيام المسؤولية المدنية الطبية.

فقيام مسؤولية الطبيب، أو الجراح يجب أن تكون علاقة سببية بين الخطأ الطبي، والضرر الحاصل للمضرور⁽³⁾.

والمقصود بالرابطة السببية وهذا حتى تقوم المسؤولية، هو أن يكون الضرر الذي أصيب به طالب التعويض وليد لخطأ المسؤول⁽⁴⁾.

ولقد أكد القضاء الفرنسي على ضرورة توافر رابطة السببية في أحكام عديدة جاء فيها، أن مسؤولية الفاعل الذي تسبب في حادث من الحوادث سواء أكان أساسها المادة 1382 أو 1384 ق.م.ف.تفترض وعلى الدوام، قيام الرابطة السببية مباشرة بين الفعل والضرر⁽⁵⁾.

1 حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية الجزء 1 الضرر، المرجع السابق، ص 320 321.

2 رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 298.

3 Abdelkader khadir. La responsabilité médicale à l'usage des praticiens de la médecine et et du droit op,cit,p90

4 محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، المرجع السابق، ص 59.

5 حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية الجزء 3 رابطة السببية دار وائل للنشر، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 2006، ص 06.

وبدون السببية لا تقوم المسؤولية الطبية، ذلك أنه إذا كانت النتيجة أو الضرر قد تحققه نتيجة خطأ المضرور أو الغير، كان الطبيب غير مسؤول وغير ملزم بتعويض هذا الضرر⁽¹⁾.

والواقع أن تحديد علاقة السببية في المجال الطبي، يعد من الأمور الشاقة والعسيرة، ويعود هذا لتعدد الجسم الإنساني وتغير حالاته وخصائصه وعدم وضوح الاسباب للمضاعفات الظاهرة، فقد تعود أسباب النتيجة السيئة التي حدثت للمريض إلى عوامل أخرى متعددة مستقلة عن سلوك الطبيب، ولكنها تتضمن عليه وتتشابك معه في إحداث النتيجة، أين يتعذر الجزم بأن سلوك الطبيب هو السبب الوحيد في حدوث النتيجة⁽²⁾ لذا ولدراسة هذا الركن بالتفصيل، سنتطرق أولاً: إلى النظريات التي قيلت في علاقة السببية ي مواجهة الطبيب وأخيراً إلى إنتفاء علاقة السببية.

الفرع الأول: النظريات التي قيلت في علاقة السببية

قد يكون الضرر وقع نتيجة لعدة أسباب، وليس فقط لسبب وهو ما يؤثر على مسؤولية الطبيب وقيامها، مثله أن يدهس شخص بواسطة سيارة، وينتقل إلى المستشفى لتلقي العلاج، غير أنه توفي على إثر جراحة عاجلة، فهنا نحن أمام عدة أسباب أقنعت إلى الوفاة⁽³⁾. ولذا ظهرت عدة نظريات أهمها نظرية تعادل الأسباب ونظرية السبب الفعال سنتطرق إليها فيما يلي:

أولاً: نظرية تعادل الأسباب

وتنسب إلى الفقيه الألماني(بيري)، وتقول بأنه يجب البحث بين الأسباب عن السبب الرئيسي والذي لولاه لما وقع الضرر، غير أنه وإذا ساهم في وقوع الضرر عدة أطراف، تعتبر كلها متساوين ي حدوثه، ويتحمل هنا جميع مرتكبو الخطأ المسؤولية، دون أن تحقق أو ترفع إلاّ إذا كان خطأ المضرور، أحد تلك الأسباب التي أدت لوقوع الضرر⁽⁴⁾.

1 أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب العمدي وغير العمدي وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية والتأديبية، المرجع السابق، ص 177.

2 عبد الحميد الشواربي ، مسؤولية الأطباء والصيدالة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية ،المرجع السابق ، ص266.

3 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق، ص 385.

4 حسام الدين الأحمد، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، المرجع السابق، ص 65.

ويجوز للقاضي أن ينقض مقدار التعويض، أو ألا يحكم به، وهذا في حالة إشتراك المضرور في إحداث الضرر أو الزيادة فيه، فهنا المضرور لا يتقاضى تعويضاً كاملاً، بل يتحمل نصيبه في المسؤولية⁽¹⁾.

ووجدت هذه النظرية تطبيقاً لها، أمام محكمة النقض المصرية فقررت في 23.جانفي 1941 بأن تعدد الأخطاء يوجب قيام مسؤولية كل من أسهم فيه، سواء كان سبباً مباشراً أو غير مباشر أدى إلى وقوع النتيجة⁽²⁾.

وعلى الرغم من هذا المظهر المادي واللاأخلاقي (materialisme et ouormalisme) والذي يبدو على هذه النظرية للوهلة الأولى، غير أنه إذا أمعنا النظر، وجدنا إستجابتها لهذه القيم والقواعد الخلقية لا تعارض معها، كونها تجعل كل من ساهم في إلحاق أذى بالناس يشعر بمسؤوليته عن تحمل نتائج هذا الأذى، وهذا عينه ما تأمر به قواعد الأخلاق⁽³⁾.

هذا ويعد خطأ مشترك بين الجراح والمستشفى، يتحمل فيه كليهما المسؤولية، في حالة موت المريض بالسكتة القلبية أثناء العملية الجراحية، ذلك أن الأول لم يحم بفحص المريض من الناحية البيولوجية، حتى يتأتى له معرفة مدى قابليتها لتحمل العملية كذلك فإن المستشفى مسؤول، لأنه لم تتوفر به المادة المنبهة adrenaline والتي تستعمل في مثل هذه الحالات والتي يعتبر شيئاً لازماً تواجدتها بالأماكن الجراحية⁴.

وقد قضت بهذا الصدد أيضاً، محكمة إستئناف باريس بمسؤولية كل من مركز نقل الدم والطبيب المعالج والمستشفى عن إصابة أحد المرضى بفيروس الإيدز، إذ ثبت أن عملية نقل الدم هي السبب في الإصابة بهذا المرض⁵.

هذا وكانت هذه النظرية، عرضة لسهام النقد والتجريح، وكانت نقطة الضعف الأساسية فيها هي (السعة أو الميوعة Laxisme) التي تشوبها، والتي توصل إلى نتائج غير

1 محمود زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية (المدنية والجزائية)، المرجع السابق، ص 270.

2 فاطمة الزهرة منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 259.

3 حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء 3 رابطة السببية، المرجع السابق، ص 19.

4 محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 181.

5 حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية الجزء 3 رابطة سببية، المرجع نفسه، ص 19.

مقبولة، وهذا لأنها تعدت بأبعد الأسباب، وتعوض عن الضرر غير المباشر، الأمر الذي لا يقبل قانوناً¹.

وبعد ما لاقتة نظرية تكافؤ أو تعادل الأسباب من نقد، أصبح محتملاً التوسع والتخلي عنها والبحث عن نظرية أخرى، وكانت نظرية السبب المنتج أو الفعال والتي سندرسها في مايلي.

ثانياً: نظرية السبب المنتج أو الفعال

وتقتضي هذه النظرية، وجوب إجراء عملية فرز للأسباب التي تداخلت وإهمال الأسباب الفرضية منها، والوقوف فقط عند الأسباب المنتجة، هنا ويكون السبب منتجاً إذا كان يؤدي عادة إلى وقوع مثل هذا الضرر⁽²⁾.

ويعود تأسيس هذه النظرية إلى الفقيه (كارل بيركل) حيث ذهب إلى القول بأن سبب النتيجة هو العامل الأقوى فاعلية والأكثر إسهاماً في إحداثها، هذا وتعد الأسباب الأخرى مجرد ظروف ساعدت السبب الأقوى وتعد أسباباً عارضة⁽³⁾.

هذا ويذهب الرأي الراجح فقهاً وقضاءً، إلى أنه في حالة تعدد العوامل المتداخلة في إحداث الضرر والتي يتخلف إحداثها، ما وقع الضرر فيرى أنه لا يسوي بينهما فمنها ما يربطه بالضرر علاقة سببية بمعنى دقيق ألا وهو السبب المنتج ومنها ما لا يرتفع لمرتبة السبب⁽⁴⁾.

ومثاله إهمال صاحب السيارة المحافظة عليها فسرقت، وعدا بها السارق بسرعة فائقة فدهس أحد العابرين، هنا يجتمع سببان في إحداث الضرر ألا وهما: خطأ صاحب السيارة وخطأ السارق، غير أن السبب المألوف إحداثه للضرر هو خطأ السارق، أي أنه هو السبب المنتج أما خطأ صاحب السيارة فما هو إلا سبب عارض لا يجب الوقوف عنده⁽⁵⁾.

كذلك هو الأمر، إذا تعددت الأسباب واستغرق سبب خطأ الطبيب الأسباب الأخرى، ومثاله لو أخطأ الطبيب في إصدار توجيهات للمريض، وإقترن بخطأ المريض في إتباع تلك

1 جلال حسن الأتروشي، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 170.

2 محمد عبد القادر العبودي، المسؤولية لطبيب التخدير، رسالة دكتوراه (مجموعة رسائل الدكتوراه)، ب.س.ن، ب.ب.ن، ص 154.

3 فاطمة الزهرة منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 259.

4 محمد زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات المدنية والجزائية، المرجع السابق، ص 368 369.

5 حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية الجزء 3 رابطة السببية، المرجع السابق، ص 22.

التعليمات، ما أدى لإصابة المريض بضرر فيعتبر هنا، خطأ الطبيب مستغرقاً لخطأ المريض، وقد ذهب القضاء الفرنسي للأخذ بالسبب المستغرق لإقامة مسؤولية الطبيب في حكم له بتاريخ 5 مارس 1957، حيث قضى بإنعقاد مسؤولية الجراح لوحده فنتيجة إجراء عملية جراحية متعددة، نسي على إثرها قطعة قطن داخل الجرح أفضت للوفاة، دون إعتبار النسيان أمر ثانوي، لكنه كان ذا أثر فعال⁽¹⁾.

هذا وقد لاقت هذه النظرية القبول لدى جانب لدى جانب كبير من الفقه في مصر، كونها لا تقيم مسؤولية مرتكب الخطأ، إلا إذا كان من شأن فعله في الظروف التي حصل فيها، ووفقاً للمجرى العادي للأمر أن يحدث الضرر، هذا وقد كانت أيدت محكمة النقض المصرية نظرية السبب المنتج، حيث قضت في حكم لها بأنه يجب عند تحديد المسؤولية الوقوف عند السبب المنتج في إحداث الضرر دون السبب العارض⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري، فقد أخذت المحكمة العليا الجزائرية بنظرية السبب المنتج، في قرارها الصادر بتاريخ 17 نوفمبر 1996 وجاء فيه "لا يجب لإعتبار أحد العوامل سبباً في حدوث الضرر، أن يكون سبباً فعالاً فيما يترتب عليه، ولا يكفي لهذا الإعتباراً قد يكون مجرد تدخل في إحداث الضرر، وأنه يجب إثبات السبب الفعال في إحداث الضرر، لإستبعاد الخطأ الثابت ونوعه كسبب للضرر"⁽³⁾.

الفرع الثاني: انتفاء علاقة السببية

قضت محكمة النقض المصرية مبدأ مشهور، يقضي بأنه ومتى أثبت المضرور الخطأ والضرر، هذا وكان ذلك الخطأ يحدث عادة هذا الضرر فإن القرينة على توفر علاقة السببية تقدم لصالح المضرور، وللمسؤول نفي هذه القرينة بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه⁽⁴⁾.

1 أحمد حسن عباس الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والجزائري، المرجع السابق، ص 137 138.

2 محمد أحمد سويلم، مسؤولية الطبيب الجراح وأسباب الإعفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية مصر، 2009، ص ص 247 248.

3 أحمد حسن الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص 140.

4 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 399.

هذا وللطبيب نفي المسؤولية عنه، إذا أثبت نشوء الضرر، عن سبب لا يد له فيه، كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صادر من المضرور أو من الغير⁽¹⁾، فمن المستقر عليه أن السبب الأجنبي يصلح أساساً لدفع أياً كان من المسؤولية تقصيرية أو عقدية⁽²⁾.

وقد أجمع الفقه والقضاء على أن السبب الأجنبي، إنما هو الحادث الفجائي والقوة القاهرة وفعل المصاب، واختلفوا بشأن فعل الغير، وبعد هذا الخلاف توصلوا إلى اعتبار خطأ الغير سبباً أجنبياً، كذلك يمكن أن يضاف إليه أي واقعة أخرى تتوافر فيها شروط السبب الأجنبي⁽³⁾.

وقد نصت المادة 211 ق.م.ع على أنه " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر، كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو إتفاقا على غير ذلك"، ويتضح من هذا النص أن علاقة السببية يمكن إنتهاؤها ومن ثم نفي المسؤولية المدنية أيضا لانقطاع الرابطة السببية بين الخطأ والضرر، حيث أن مبادئ العدل لا يسأل وفقها المدين إلا عن الضرر المترتب على عمله مباشرة⁽⁴⁾.

هذا وجاء في قرار للمحكمة العليا أنه لا يجوز إفتراض خطأ الطبيب لمجرد إصابة المريض بالضرر ولكن يجب الإثبات، ويستطيع الطبيب أن ينفيه بإثبات العكس، (إثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ المضرور) بقولها "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كقوة قاهرة كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر".⁵

ومما سبق ذكره نستنتج أن انتفاء علاقة السببية إنما يكون بالحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، خطأ المريض، وخطأ الغير وسنتطرق لهذا في العناصر التالية.

1 رابيس محمد، المسؤولية المدنية لأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 313.

1 أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب العمدي وغير العمدي وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية والتأديبية، المرجع السابق، ص 178.

3 محمد عبد القادر العبودي، المسؤولية المدنية للطبيب التخدير، المرجع السابق، ص 158.

4 جلال حسن الأتروشي، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 171.

5 قرار المحكمة العليا رقم 53010 الصادر بتاريخ 25.05.1988، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1992، ص 11.

أولاً: الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة

قبل التعريف بالحادث المفاجئ والقوة القاهرة وبيان شروطها لا بد أن نقسم فقهاء القانون وشرّاحه في الإجابة على هذا التساؤل إلى فريقين، فمنهم من ذهب إلى التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، وفريق ذهب إلى الأخذ بوحدة وترادف المصطلحين أي القوة القاهرة والحادث الفجائي، غير أن القوة القاهرة والسبب الأجنبي تعبيران مترادفان في نظر القانون، كون أن رواد التفرقة، جاؤوا بحجج ليست إلا نظرية ولا تكتسها أية أهمية علمية وكون هذا التقسيم عبث في نظر محكم فقهاء القانون⁽¹⁾.

ومثال القوة القاهرة، وفاة المريض بالقلب إثر رعد مفاجئ أو زلزال، أو انقطاع التيار الكهربائي أثناء إجراء العملية الجراحية، أو نشوب حريق في غرفة العمليات أو إصابات الجراح بغيوبة أثناء قيامه بالعلاج الجراحي، مما يؤدي إلى إلحاق الضرر بأخيه⁽²⁾.

وهذا تجتمع في القوة القاهرة والحادث المفاجئ خاصيتان هما، عدم إمكانية الدفع واستحالة الدفع فإذا ما توافرتا، كان الحادث أجنبياً عن الشخص لا يد له فيه، فإن أمكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعه لم يمكن قوة القاهرة أو حادث فجائي والعكس صحيح، كذلك يتعين أن يكون من شأن الحادث جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، استحالة مطلقة، وقضت محكمة النقض المصرية أنه يشترط اعتبار الحادث قوة القاهرة، عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه وبتخلف هذين الشرطين تنتفي عن الحادث صفة القوة القاهرة⁽³⁾.

والاستحالة إن كانت نسبية قاصرة على الطبيب المعالج لا تعتبر قوة القاهرة ولا تعفي الطبيب من المسؤولية⁽⁴⁾.

يضاف إلى ما سبق ذكره، أن القوة القاهرة لا بد أن تكون خارج إرادة الإنسان⁽⁵⁾.

وقضت محكمة "سانت إتيين" ببراءة طبيب في حادث وفاة مريضة نتيجة تناولها جرعات من دواء سام على مدد متقاربة، لأن المريضة كانت على درجة من الحساسية، لا يمكن التنبؤ بها، هذا وقد جرب الطبيب معها الأدوية الأقل تأثير بغير فائدة، ولما كانت

1 حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية الجزء 3 رابطة السببية، المرجع السابق، ص 52 56.

2 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 401.

3 منير رياض حنا النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية والتعويض عنها، ريم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2011 بيروت لبنان، ص 579.

4 فاطمة الزهرة منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 264.

5 محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، المرجع السابق، ص 63.

مصابة بالتهاب في أعصاب الوجه فوصف لها 15 ملغ من أزوت الاكونيتين، مذابة في 30 جم من الماء على أن تأخذ ملعقتين بينهما نصف ساعة، بشرط عدم إحساسها بالتعب بعد الملعقة الأولى، وتوفيت المريضة لعدم مراعاتها هذه القاعدة، حيث قرر الخبراء أنه لا مسؤولية على الطبيب⁽¹⁾.

أما المشرع الجزائري فقد نصت المادة 127 ق.م.ج² على أن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي هو الزلزال أو الفيضان أو الحريق أو الحرب المباغته أو ما ينجم عنها من آثار تترتب على تلك الأحداث المادية والأزمات الاقتصادية ما دامت مستحيلة الدفع وغير متوقعة كندرة الأدوية⁽³⁾.

ومما سبق ذكره يتضح، أن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي هو السبب الوحيد في وقوع الضرر، انعدمت علاقة السببية ولا تتحقق المسؤولية⁴،

هذا وتقاس حالة الضرورة على حالة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وقد تكون في كثير من الأحيان حادث فجائي، تتعدم بوجوده إمكانية الاختيار أمام الطبيب لعدم توفر الوقت حتى يتأتى للطبيب التفكير بروية ثم الاختيار، لذا فتعد حالة الضرورة كذلك شرطا للإعفاء من المسؤولية⁵. وهذا ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 130 قانون مدني " من سبب ضررا للغير ليتقاضي ضررا أكبر، محققا به أو غيره لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه مناسبا⁶.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يكفي لنفي علاقة السببية، بين الضرر والخطأ الثابت وقوعه، وجود أسباب أخرى من شأنها أن تسبب هذا الضرر، لأنه يجب لاستبعاد ذلك الخطأ كسبب للضرر، توفر الأسباب الأخرى وأن يقام الدليل على أنها السبب المنتج في إحداث الضرر، فلا يجوز الاكتفاء بإيراد رأي علمي مجرد، والقول أن هناك عوامل أخرى تؤدي

1 منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعاوى التعويض عنها، المرجع السابق، ص 582.

2 المادة 127 ق.م.ج "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 الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، مالم يوجد نص قانوني أو إتفاق يخالف ذلك".

3 رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 316.

4 محمود زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية (المدنية الجزائرية)، المرجع السابق، ص 263.

5 رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 317 318.

6 القانون المدني الجزائري.

لحدوث الضرر، وذلك دون التأكيد من أنها بالفعل التي أدت للضرر، ولهذا يكون القول قاصراً بما جاء به من أسباب لنفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر⁽¹⁾.

ثانياً: خطأ المضرور

تنتفي علاقة السببية إذا كان الخطأ الذي أحدثه المريض السبب الوحيد في إحداث هذا الضرر، وهنا لا يسأل الطبيب عن هذا الضرر، زيادة على هذا وخطأ المريض يقطع علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر الحاصل كذلك قد يقطعها بين الخطأ الطبي والضرر الطبي الذي يتجسد في ضياع الفرصة في الشفاء والبقاء على قيد الحياة⁽²⁾.

أما إذا كان خطأ المريض ساهم مع خطأ الطبيب في وقوع الضرر، فإن ذلك يؤدي إلى تخفيض التعويض المعلوم به، وقد قضت محكمة النقض المصرية "بأن خطأ المضرور لا يرفع المسؤولية وإنما يخفّضها إلا بتبيين أن خطأ المضرور هو العامل الأول في إحداث الضرر الذي أصابه وبلوغه حداً من الجسامة يستغرق خطأ المسؤول⁽³⁾".

ويتضح لنا مما سبق أن خطأ المريض (المضرور) يطرح إشكالات في حال اجتماعه مع خطأ الطبيب، حيث يتجلى ذلك الاجتماع في عدة صور سندرسها على التوالي.

1. إستغراق أحد الخطأين الآخر:

وهنا نقول أن الخطأ يستغرق الخطأ الآخر، عندما يفوق خطأ الطبيب خطأ المريض من حيث الجسامة، فهنا لا يأخذ بالفعل المستغرق، أكان ذلك فعل المريض أو فعل الطبيب⁽⁴⁾، ويكون ذلك من خلال صورتين هما:

أ. أحد الخطأين يفوق الآخر من حيث الجسامة:

في هذه الحالة مهما كان أحد الخطأين يفوق الخطأ الآخر جسامة، فإنه لا يستغرق الخطأ الأشد ذلك الاخفق منه، إلا في حالة أن يكون أحد الخطأين عمدي أو رضا المضرور بما وقع عليه من ضرر⁽⁵⁾.

1 سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم مدنيا وجنائيا وإداريا، المرجع السابق، ص 169.

2 رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 320 321.

3 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 401 402.

4 فاطمة الزهرة منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 265.

5 محمود زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية (المدنية والجزائية)، المرجع السابق، ص 266.

1. أحد الخطأين عمدياً:

إذا كان هناك خطأ، أحدهما من المريض والآخر من الطبيب، وكان أحدهما عمدياً، الخطأ العمدي يستغرق ما عداه من الأخطاء ذلك أن الخطأ العمدي يكون من الجسامة فيفوق الآخر، وقد قضت محكمة النقض المصرية، بأنه إذا كان المجني عليه تعمد الأضرار بنفسه فانتهد فرصة خطأ الجاني، واتخذها وسيلة لتنفيذ ما تعمده من إيقاع الضرر بنفسه، فلا يقضى له بتعويض⁽¹⁾.

ومثال العمد، إذا أراد المريض الانتحار أو الهروب فذلك يعتبر سبباً لقطع علاقة السببية، وهنا تتعدم مسؤولية الطبيب عن الأضرار الناجمة للمريض، إذا كانت هذه الأضرار مصدرها المريض وكان الطبيب لا يتوقع هذا الخطأ ولا يتمكن من تفاديه⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية، بعدم مساءلة الطبيب أو المستشفى الخاص، إذا أقدم المريض على وضع حد لحياته عن طريق الشنق، حيث أنه لم يكن هناك ما يسمح بالتكهن بإقدام المريض على مثل هذا الفعل⁽³⁾.

2. رضا المضرور بالضرر:

والقاعدة هنا تقضي بأنه مجرد رضا المريض لا يرفع عن فعل الطبيب، فإجازة المريض إجراء جراحة جديدة وخطيرة تمثل خطأ من جانبه، غير أنها لا ترفع صفة الخطأ عن الطبيب وتبقى مسؤولية كاملة، غير أن الإشكال يطرح في رضا المريض ليس بالجراحة وإنما بالضرر، وهنا اختلف الفقه فاعتبر جانب منه رضا المريض بالضرر في حكم الخطأ العمدي من جانبه وبالتالي نفي المسؤولية عن الطبيب، واعتبر جانب آخر أن رضا المريض بالعدر يخفف المسؤولية عن الطبيب ولا ينفىها⁽⁴⁾.

1 منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، المرجع السابق، ص 587.

2 سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم مدنيا وجنائيا وإداريا، المرجع السابق، ص 156.

3 رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 321.

4 محمد أحمد سويلم، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإعفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 342.

غير أن رضا المريض بالنتائج المترتبة على التدخل الجراحي والتي قام الطبيب بتباينها له، فهنا وفي هذه الحالة لا يسأل الطبيب بشرط أن يكون العمل الطبي أو التدخل الجراح الذي قام به الطبيب يحتمل النجاح ويحتمل الفشل⁽¹⁾.

ويبدو واضحاً الفرق بين أن يريد المريض الضرر، وبين الرضا به، ففي الحالة الأولى يعقل استغراق خطأ المريض خطأ الطبيب، غير أن مجرد رضا المريض بالضرر لا يعقل استغراقه بخطاء الطبيب فالأصل أن مجرد رضا المريض يترك فعل الطبيب كما هو ولا يزل عنه صفة الخطأ⁽²⁾. لكن قد يكون رضا المريض بالضرر خطأ منه، فهنا يخفف هذا الخطأ من مسؤولية الطبيب، حالها حال الخطأ المشترك، فينظر ما إذا كان المريض مخطئاً برضاه للضرر، وهي أغلب الحالات مثالها رضی المريض بإجراء عملية تجميل خطيرة، رغم نصح الطبيب له بعدم إجرائها فهنا يخفف رضا المريض من مسؤولية الطبيب، غير أنه إذا رضی المريض بإجراء العملية مع علمه بخطرها وكان رضاؤه بناء على إشارة الطبيب لم يكن خطأ ولم يكن من شأنه التخفيف من مسؤولية الطبيب⁽³⁾.

ب. أحد الخطأين نتيجة للآخر:

في هذه الحالة لا يعتد إلا بالفعل الواقع أولاً، فإذا كان خطأ الطبيب بسبب خطأ المريض، انتفت المسؤولية الطبية، ومثالها حالة كذب المريض على الطبيب بشأن حالته الصحية وقيام الطبيب بوصف علاج له على ضوء ما قاله له⁽⁴⁾. أما إذا كان خطأ المريض نتيجة لخطأ الطبيب بحيث كانت بينهما علاقة سببية، أعتبر الطبيب وحده مسؤولاً عما يتحملة المريض من أضرار⁽⁵⁾، ومثال ذلك تناول المريض العلاج بطريقة خاطئة، بناء على توصية الطبيب بذلك مما ترتب عليه تفاقم حالته⁽⁶⁾.

1 فاطمة الزهرة منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 266.

2 منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، المرجع السابق، ص 589.

3 محمود زكي شمس، المسؤولية التصديرية للأطباء في التشريعات (المدنية والجزائية)، المرجع السابق، ص 269.

4 فاطمة الزهرة منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، دراسة مقارنة، المرجع نفسه، ص 266.

5 سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية طبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم مدنياً وجنائياً وإدارياً، المرجع السابق، ص 156.

6 محمد أحمد سويلم، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإعفاء منها في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دراسة مقارنة، مقارنة، المرجع السابق، ص 344.

فمسؤولية المدعى عليه لا تكون كاملة ولا يعتبر وحده الذي أحدث الضرر، إلا إذا كان خطأه كان هو الذي ترتب عليه خطأ المدعي (المضروب)، فإذا ركب شخص مع صديق له في سيارة، يقودها هذا الأخير بسرعة مفرطة، أدت إلى خطر دفع الراكب وتحت تأثير الفزع، إلى القيام بحركة خاطئة ملتصقا للنجاة فأضر بنفسه، كان خطأ المضروب هنا نتيجة المدعى عليه، فاستغرق خطأ الصديق خطأ الراكب، وتتحقق مسؤولية الصديق كاملة هنا، كذلك خطأ المريض في علاج نفسه بناء على إشارة خاطئة من الطبيب⁽¹⁾.

2. إستقلال كل من الخطأين عن الآخر:

وهي حالة عدم استغراق خطأ لآخر، حيث يبقى كل من الخطأين مستقلا عن الآخر، وأصبح للضرر سببان هما خطأ الطبيب وخطأ المريض أو ما يعرف بالخطأ المشترك، وهنا تكون المسؤولية متساوية ويتحمل الطبيب نصف الضرر، ويبقى على المريض تحمل النصف الآخر، ولا يرجع على المدعي عليه إلا بنصف الضرر، لو كان المدعي عليه طبيبان وليس واحدا، يكونا هما والمريض مسؤولان بالتساوي، فيرجع المضروب على أي منهما بثلتي الضرر، لأنه تحمل الثلث الباقي، كون المدعي عليهما متضامنان في الثلثين، أي أن المريض يتحمل نصيبه في التعويض عن الضرر في المسؤولية⁽²⁾.

وهو ما ذهب إليه محكمة النقض المصرية، كذلك محكمة النقض الفرنسية، بضرورة انقراض التعويض بالقدر الذي اشترك فيه المضروب مع المتسبب في الحادث، في إحداث هنا الضرر أي الوفاة، وقد أيدته جانب القضاء في الجزائر وبعض الفقه على أساس أخذ الظروف العامة والخاصة بالحادث في الاعتبار⁽³⁾.

ولأن خطأ المريض سببا محققا لمسؤولية الطبيب حيث ساهم بخطئه بقدر ما في وقوع الضرر، فيقر توزيع التعويض بينهما كل بقدر مساهمته في إحداث الضرر، إن أمكن تعيين مقدار جسامة كل خطأ من الخطأين وإلا وزعت المسؤولية بينهما بالتساوي، ويلزم الطبيب بنصف التعويض المقدر⁽⁴⁾، وقد طبق القضاء الفرنسي ذلك، في حالة رفض المصاب فيها

1 محمود زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية (المدنية والجزائية)، المرجع السابق، ص 270.

2 منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، المرجع السابق، ص 590.

3 رابح محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 323.

4 محمد أحمد سويلم، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإعفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 345.

بحادثة أن ينقل إليه دم، لأسباب دينية (مذهبية) وتوفي بعد عدة أيام، فإن كان من المقدر أن النجاة من الموت ليست مؤكدة في حالة نقل الدم، إلا أن رفض المصاب لنقل الدم قد ساهم بالضرورة في حرمانه من فرص الحياة، ويلزم إنقاص التعويض بنسبة حرمانه بخطئه⁽¹⁾.

3. شروط اعتبار خطأ المريض سبباً لنفي المسؤولية:

توافر عدة شروط، في فعل المضرور لاعتباره سبباً أجنبياً معفياً للمدعي عليه (الطبيب) من المسؤولية ألا وهي:

- ألا يكون خطأ المضرور مسندا إلى المدعى عليه، كأن يكون الطبيب هو الذي حرص المريض⁽²⁾، أو أن يتناول المريض علاجاً بطريقة غير صحيحة، بناءً على توصية غير صحيحة⁽³⁾.

- أن يكون فعل المضرور هو الذي سبب الضرر، وهي أن يكون الفعل الذي قام به المريض (المضرور) هو الذي سبب الضرر، وذلك بتوافر علاقة السببية بين الفعل والنتيجة فبعدم توافر هذه الرابطة، فإن فعل المضرور لا يعفي الطبيب من المسؤولية ولا يؤدي ذلك إلى إعفاء الطبيب من المسؤولية على الرغم من تكيف تصرف المريض على أنه خطأ⁽⁴⁾.

- أن يكون فعل المضرور غير ممكن التوقع وغير مستطاع دفعه، أي أن على المضرور لا مفر منه، ولا سبيل لرده، فإذا كان ممكن رده أو تحاشيه لما عاد سبباً أجنبياً وظل الطبيب مسؤولاً⁽⁵⁾.

وقضت محكمة النقض الفرنسية، أن انتحار مريض عن طريق شنق نفسه في مستشفى خاص، لا يدعو لتحميل المستشفى مسؤولية هذا الفعل، ذلك أنه لا يوجد ما يمكن من توقع بأن المريض سيضع حداً لحياته وبالتالي فإن المريض يتحمل مسؤولية هذا الفعل وحده عكس لو كان المستشفى مختصاً بالأمراض العقلية والنفسية⁽⁶⁾.

1 محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 173.

2 رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 324

3 محمد أحمد سويلم، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإعفاء منها في ضوء القانون المدني والفقهاء الإسلاميين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 346.

4 رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 325.

5 حسام الدين الأحمد، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، المرجع السابق، ص 68.

6 رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 325.

هذا بخصوص خطأ المريض ومتى يكون سببا لقطع علاقة السببية، ونفي المسؤولية عن الطبيب، وعمن صور المريض والذي يجتمع مع خطأ الطبيب أين يستغرق أحدهما الآخر خطأ، أو يكون أحدهما نتيجة للآخر أو في حالة استقلالها عن بعضها البعض.

ثالثاً : خطأ الغير

تنتفي علاقة السببية كذلك نتيجة فعل الغير، لو كان الضرر قد وقع بفعله وحده، أي السبب الوحيد لوقوع الضرر للمريض، خطأ الغير يقطع علاقة السببية متى استغرق خطأ الجاني، وكان كافي بذاته لإحداث النتيجة .
أما في حالة أن يكون الضرر، والذي لحق بالمريض بسبب خطأ الطبيب وخطأ الغير، دون استغراق احدهما للآخر في حصول الضرر، هنا يعتد بجميع العوامل والتي أسهمت في حصول الضرر⁽¹⁾.

وقد استقر قضاء النقض المصري، على أن خطأ الغير يقطع رابطة السببية متى استغرق خطأ الجاني وكان كافيا بذاته لإحداث النتيجة، وقضت بأن عل الغير لا يرفع المسؤولية عن الأعمال الشخصية إلا إذا اعتبر هذا الفعل خطأ في حد ذاته وأحدث وحده الضرر⁽²⁾.

هذا ولا يعد الضرر الذي يقع بفعل احد الأشخاص الذين يسأل المدين قانونا عنهم، سببا أجنبيا يعفى به الأخير من مسؤوليته، كونه صادر من المدين شخصيا، كما هو الشأن بالنسبة لتابعي الطبيب مثلاً .

ولهذا فإن أخطأ مساعد الطبيب، إبان التدخل الجراحي، لا يعد خطأ صادرا من الغير بالنسبة للجراح المسؤول عن العلاج، وكذلك رئيس الفريق بالنسبة للأطباء أعضاء هذا الفريق، فحتى مع تمتع أعضاء الفريق بإستقلالهم في دائرة تخصصهم، إلا أن رئيس الفريق الجراحي يعد مسؤولا عنهم، توفرت أم لم تتوفر علاقة التبعية، ولا يعتبر المساعدون والذين استعان بهم الجراح المتعاقد مع المريض، من قبل الغير بالنسبة للجراح كطبيب التخدير، وطبيب الأشعة وغيرهم⁽³⁾.

1 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة ، المرجع السابق، ص 404.

2 محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق، ص 173.

3 منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، المرجع السابق، ص 594.

كذلك لا يسأل الطبيب عن فعل الوالدين أو الأقارب، الذين يباشرون تنفيذ تعليماته في العلاج ويخطئون في ذلك طالما أن تعليماته لا شئابة فيها⁽¹⁾.
وقد جاء في أحد الأحكام الفرنسية، في قضية تتلخص وقائعها أنه نسب لطبيب الإهمال نتيجة وفاة مريضة على إثر تسمم (نفاس) عقب ولادتها، فأقام زوجها دعوى مطالبا إياه بتعويض، وذلك لعدم اتخاذه الحيطة الواجبة، والشيء الذي أدى لنقل العدوى إلى زوجته المتوفاة، وفي تقرير الخبراء ثبوت التسمم عن طريق العدوى. وقضت المحكمة ببراءة الطبيب على أساس أن نقل العدوى لم يجزم به أن يكون الطبيب سببه، ذلك أنه يحتمل أن يكون نتيجة الطبيب أو أقارب المتوفاة، ذلك بعد أن ثبت للمحكمة أن والدة المتوفاة كانت تتولى ترميضها⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري، فقد جاء بهذا النوع من الأسباب لنفي علاقة السببية في المادة 127 ق.م.ج التي جاء فيها "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب "أجنبي" لا بد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ الغير، كان ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو إتفاق يحالف ذلك"⁽³⁾
وينبغي الإشارة إلى أن النص، بين بعض أسباب الإعفاء من المسؤولية وعددها، غير أن هذا التعداد لم يأتي على سبيل الحصر، فقد يكون السبب الأجنبي عيبا لاصقا بالشئ، أو مرضاً خاصاً بالمضرور أو المريض⁽⁴⁾.

وبعد أن انتهينا من عرض السبب الأجنبي الثلاث، (القوة القاهرة خطأ المضرور وفعل الغير) جدير بنا معرفة، أن هذه الصور عرفت تطورا في كل من الفقه والقضاء، مذ قررت محكمة النقض الفرنسية عام 1951 في قضية الباخرة (لامور سيير)، يوم قررت أن القوة القاهرة تعد سببا للإعفاء الجزئي من المسؤولية، حتى وصول هذا التطور الفقهي والقضائي، إلى غايته السليمة وهي البحث في إمكانية سبب الخطأ إلى المدعى عليه، بحيث

1 سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم مدنيا وجنائيا وإداريا، المرجع السابق ، ص 161.

2 سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم مدنيا وجنائيا وإداريا، المرجع نفسه، ص 162.

3 القانون المدني الجزائري.

4 رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق، ص 330.

يؤاخذ عليه أم لا وفي ذلك ألتماس سبيلا سويا عادلا يوفق بين مصلحة المضرور ومصلحة المدعى عليه⁽¹⁾.

وينطبق نفس الشيء بالنسبة، لأسباب نفي رابطة السببية، بين خطأ الطبيب والضرر اللاحق بالمريض، حيث أن المسؤولية المدنية الطبية ما هي إلا صورة من صور المسؤولية المدنية العامة، على الرغم من خصوصية العمل الطبي وما يميزه عن بقية الأعمال.

الفرع الثالث: إثبات علاقة السببية

سبق القول وأن رابطة السببية ركن مهم في قيام المسؤولية المدنية عامة، والمسؤولية الطبية على الخصوص ولكن يجب أن نبحت عن المكلف بعبء الإثبات علاقة السببية ما سنتطرق إليه.

إذن وكقاعدة عامة في القانون المدني، فإن إثبات علاقة السببية يكون على المدعي(المدين)، ويكون ذلك بكل وسائل الإثبات²، بما في ذلك القرائن وهو ما نصت عليه المادة 1353 ق.م.ف⁽³⁾.

وبمقتضى أعمال القاعدة العامة التي تقضي بأن البيئة على من إدعى فإن عبء إثبات رابطة السببية يقع على المدعي(المضرور) إذ عليه إثبات توافر أركان المسؤولية التي يدعي قيامها ضد المدعي عليه⁽⁴⁾.

كذلك الأمر بالنسبة للمسؤولية الطبية، حيث أن عبء الإثبات لعلاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر اللاحق بالمريض، يقع على المريض⁽⁵⁾.

1 حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية الجزء 3 رابطة السببية، المرجع السابق، ص 208 210.

² P .vayre,D.planquelle ,H.fabre,le lien de causalté en maierie de réponsabilié médicale ,revue médecine et droit,volume 2005 paris-france, issue72 ,may-jun pp 83-84

3 Art 1353 c.c.f " Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à laprudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes,et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaquépour cause de fraude ou de dol".

4 حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية الجزء 3 رابطة السببية ، المرجع نفسه، ص 211 212.

5 Michel Bernard ,160 question en réspensabilité médicale, 2eme édition, el sever masson,paris France, 2010 , p20.

إذن فعلى المريض أن يثبت أن الضرر الذي لحق به كان بسبب خطأ الطبيب، ذلك أن الضرر يجب أن يكون عائداً إلى خطأ الطبيب، ودون وجود عامل خارجي يكفي لحجب واستغراق خطئه ويثبت أن خطأ الطبيب فوت عليه فرصة الشفاء أو تقادي ضرر كان بالإمكان تجنبه، أو بإثبات ذوي المريض، أن خطأ الطبيب قد فوت على مريضهم فرصة البقاء على قيد الحياة⁽¹⁾.

ولما كان الأصل، أن مدعي التعويض هو من يجب عليه إثبات أركان المسؤولية جميعاً بما فيها رابطة السببية، فإن على المريض ذلك، أي أن يثبت بأن خطأ الطبيب هو الذي أحدث الضرر، ويتأتى له ذلك بكافة طرق الإثبات بما في ذلك القرائن القضائية، والتي يشترط فيها أن تكون مبنية على أسباب سائغة تكفي محكمة النقض لإقناعها بأنه استنتاج سليم⁽²⁾، أو أن يثبت الضرور، على الأقل أن الضرر سببه الفعل الذي قام به الطبيب في حالة المسؤولية غير الخطئية وإن كانت صورة غير مألوفة عند الفقهاء⁽³⁾.

وينبغي الإشارة في هذا الصدد، إلى أن القرائن التي يثبت بها المريض علاقة السببية، يجب أن تكون قرائن قوية متكاملة، حتى يمكن قيام علاقة السببية، لأنها لا تقوم في حالة إشارة الخبراء إلى الصفة الاحتمالية، لتأثير الخطأ الذي ارتكبه الطبيب على حالة المريض وما أصابه من ضرر⁽⁴⁾.

هذا و يرى أحد الفقهاء بأن هذه الرابطة يسهل إثباتها عن طريق قرائن الحال، بل كثيرا ما تكون هذه القرائن واضحة بحيث يبدو أن الأمر، لا يحتاج إلى دليل توافر السببية⁽⁵⁾ السببية

1 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 391.

2 سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم مدنيا وجنائيا وإداريا، المرجع السابق، ص 164 .

3 رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 298.

4 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع نفسه، ص ص 392 393.

5 سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم مدنيا وجنائيا وإداريا، المرجع نفسه، ص 164.

وقررت محكمة النقض الفرنسية أنه ليس هناك تناقض بين عدم إعتبار خطأ الطبيب هو السبب في الوفاة ولكنه السبب في حرمان المريض من فرصة حقيقية في الشفاء أو الحياة⁽¹⁾.

وإستخلاص رابطة السببية بين الخطأ والضرر هي من الوقائع التي يقوم قاضي الموضوع بتقديرها، ولا رقابة عليه من المحكمة العليا، إلا فبما يخص مدى دقة استخلاصه أو مخالفته لوقائع الدعوى، كعدم وجود قرينة تدل بالفعل على هذه العلاقة الشيء الذي يدعو القاضي في دعاوى المسؤولية الطبية إلى التريث⁽²⁾.

ويتضح مما سبق ومن خلال موقف القضاء إزاء إثبات علاقة السببية، أنه تزايد في إتجاهه نحو التشديد في أحكام المسؤولية الطبية، فبعد أن كان عبء إثبات توافر علاقة السببية يقع على عاتق المريض، أصبح يقيم قرينة على توافر علاقة السببية لصالح المريض، وعلى الطبيب إثبات توافر السبب الأجنبي، لنفي مسؤوليته عن الخطأ الثابت في حقه⁽³⁾.

ويبدو وأن موقف القضاء مفهوم، خاصة أمام ما يحوط الخطأ الطبي من صعوبات في الإثبات، والظروف التي يجري فيها العمل الطبي، إضافة إلى الشك حول الحيادة التي يلتزمها الخبراء في تقرير أخطاء زملائهم⁽⁴⁾، فلجأ على إفتراض ركن الخطأ تارة، ورابطة السببية تارة أخرى، وذلك تحقيقاً لعبء الإثبات⁽⁵⁾.

وبهذا نكون قد فرغنا من رابطة سببية كركن، لقيام مسؤولية الطبيب المدنية، بعد أن تعرفنا لكل التفاصيل الخاصة بهذا الركن، فقد تعرفنا إلى أهم النظريات التي قيلت في علاقة السببية، ثم إلى أسباب نفيها وأخيراً إلى مسألة أثباتها.

1 محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 181.

2 رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 299.

3 محمد عبد القادر العبودي، المسؤولية المدنية للطبيب للتخدير، المرجع السابق، ص 168.

4 محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 181 182.

5 رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية للأطباء وإثباتها، المرجع نفسه، ص 301.

الفصل الثاني: وسائل إثبات عناصر المسؤولية المدنية الطبية

إن إثبات أركان المسؤولية المدنية الطبية، جائز وبكافة الطرق والوسائل أي بالكتابة وشهادة الشهود والقرائن القضائية والخبرة، فالمتضرر له الإثبات بالاعتماد على كل الوسائل¹ ويبقى على القاضي التأكد من أن ما تم إثباته من طرف المتضرر من خطأ وضرر ومن علاقة سببية، كلها عناصر ثابتة ثبوتاً قطعياً، لا مجال للشك والتخمين فيه ولذا فإن الإثبات يجب أن يتركز على وقائع دقيقة وثابتة.

ويختلف الإثبات في المادة الطبية عن الإثبات في المواد الأخرى، نظراً لخصوصية العمل الطبي، فيوجد لدينا الإثبات المتعلقة بالإنسانية الطبية والإثبات المتعلقة بالممارسة أو الفن الطبي فالإثبات في الإنسانية الطبية، يمكن الارتكاز فيه إلى كل وسائل الإثبات القانونية بما في ذلك القرائن وشهادة الشهود، ويكون للقاضي هنا دور إيجابي في الإثبات وفقاً لثقافته العامة أو بالرجوع إلى التزامات الطبيب المنصوص عليها في القانون ومحاولة قيامها الطبيب مع هذه الإلتزامات، كذلك في مسألة التقدير في عنصرى الضرر وعلاقة السببية كما سبق ورأينا في الفصل الأول.

وفي الإثبات الخاص بالفن الطبي، يكون القاضي ملزماً بالاعتماد على الخبرة، باعتبارها الوسيلة الوحيدة للفعل في المسائل الفنية المطروحة أمامه، يبقى له وبعد الخبرة كامل الحرية في الأخذ بتقرير الخبرة من عدمه².

لذلك فإنه علينا التطرق إلى وسائل إثبات عناصر المسؤولية الطبية، من خلال مبحثين نتناول في الأول وسائل الإثبات في الأعمال المتعلقة بالإنسانية الطبية وفي الثاني وسائل الإثبات المتعلقة بالفن الطبي.

1 علي عصام غصن، المسؤولية الجزائية للطبيب، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، 2012 ، ص 208.

2 علي عصام غصن، المرجع نفسه، ص 218 .

المبحث الأول: وسائل الإثبات في الأعمال ذات الصبغة الإنسانية الطبية

سبق وأن ذكرنا المسؤولية الطبية هي مسؤولية خطئية كأصل عام، وأن إثبات الخطأ فيها يأخذ القسم الأكبر وإن كان هذا الأصل ترد عليه استثناءات، إضافة إلى أهمية إثبات عنصري الضرر والعلاقة السببية لقيام المسؤولية المدنية الطبية. وحقيقة تكيف العمل الطبي على أنه متعلق بالإنسانية الطبية إنما تكمن في نوع الخطأ الطبي في حد ذاته، لأن كون هذا النوع من الأخطاء الطبية هو ذلك الخطأ الخارج عن الفن الطبي، ويقوم أساساً على مبدأ مخالفة الطبيب لواجبه باحترام الإنسانية في ممارسة لعمله. وكمبدأ عام فإن القاضي وحده الذي يمكنه تقدير هذا النوع من الأخطاء من غير حاجة إلى خبير.

كما يتم الإثبات هنا بكافة الوسائل، بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن والكتابة، إن تعلق الأمر بالحصول على رضا المريض أو واجب الإعلام أو إفشاء السر المهني كذلك الأمر بالنسبة للضرر الناجم عن هذه الأخطاء والرابط بينهما.

وسنحاول بحث هذا المبحث في مطلبين نتناول في الأول: الوسائل القانونية للإثبات وفي الثاني: التقييم العملي لمدى نجاحتها.

المطلب الأول: الوسائل القانونية للإثبات

لقد جاء في المشرع الجزائري بوسائل الإثبات القانونية، في المواد 323 وما يليها من ق.م.ج، ألا وهي الكتابة، والشهادة القرائن، الإقرار باليمين، غير أن موضوعنا هو الإثبات لذا فنتناول الكتابة والشهادة والقرائن، باعتبارها وسائل تقام لبحث الدليل وليس للإعفاء من الإثبات كاليمين والإقرار.

الفرع الأول: الكتابة

الكتابة هي الوسيلة التي يستعملها المتقاضي، بواسطة دليل كتابي لإثبات حقيقة اتفاق ما أو واقعة قانونية والتي هي مصدر حق المدعي¹

هذا وتعتبر الكتابة من أهم الوسائل للإثبات جميعاً، لما توفره للخصوم من ضمانات لا توفرها غيرها من الأدلة، ففي الشهادة مثلاً قد ينسب الشاهد تفاصيل الواقعة التي يشهد عليها

1 الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007، ص 31 .

أو يخالف ضميره مما يطمس على معالم الشهادة الحقيقية ويبتعد عنها، كذلك فإن مقارنتها كدليل، بالقرائن القضائية فإن هذه الأخيرة تقتصر إلى التأكيد الذي تتميز به الكتابة¹ والكتابة كشكلية تختلف، عن الكتابة كوسيلة للإثبات فالأولى، تخلفها لعدم التصرف أما الثانية فيبقى التصرف قائما والكتابة فيه وسيلة لإثبات لا غير² ونجد في الكتابة كدليل، الأوراق الرسمية والعرفية، فالرسمية تصدر عن شخص ذي صفة رسمية أي موظف، أما العرفية فتصدر عن شخص عادي وتنقسم الورقة العرفية أيضا إلى أوراق معدة للإثبات وأوراق غير معدة للإثبات.

أولاً: الورقة الرسمية

ولقد نصت المادة 324 ق.م.ج³ على أن "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه"⁴.

1. شروط الورقة الرسمية:

هناك ثلاث شروط لصحة الورقة الرسمية

الشرط الأول: صدور الورقة الرسمية من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة

أي أن يكون هذا الشخص من ينسب إليه المحرر، ولا يتطلب ذلك أن يكتبه بخط يده أي الموظف أو المكلف بخدمة عامة⁵، والموظف العام هو الشخص الذي يعهد إليه المشرع إجراء عمل من الأعمال المتعلقة بالمصلحة العامة ومعنى-المرفق العام- ممثل موظفي الحالة المدنية والقناصل، وكتاب الضبط والمحضرين القضائيين لدى المحاكم والموثقين⁶ ويستوي أن يكون الشخص موظفا بإحدى الإدارات الرئيسية للدولة أم بإحدى الهيئات المحلية، أو المؤسسات العامة، كموظفي المجالس البلدية(البلديات) وموظفي الجامعات، كما

1 نبيل صقر- مكارى نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر 2009، ص 76 .

2 ساكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، المرجع السابق، ص 95 .

3 القانون المدني الجزائري.

4 نبيل صقر-نزيهة مكارى، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، المرجع نفسه، ص 8.

5 محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2007، ص 150 .

6 الغوثي بن ملحمة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص 36.

يستوي أن يكون الموظف قائماً بعمل يمكن أن تقوم به الشركات أو الأفراد كموظفي مصلحة السكك الحديدية ومصلحة البريد¹

كما لا يشترط أن تصدر الورقة الرسمية عن موظفاً ، وإنما يكفي أن يكون مكلفاً بخدمة عامة فالخبير مثلاً يقوم بإعداد تقرير حول المهمة المسندة إليه مع أنه ليس موظفاً²

الشرط الثاني: اختصاص الموظف بإصدار الورقة الرسمية

أي أن يكون الموظف العام قد عمل في حدود سلطته واختصاصه ويقصد هنا بالسلطة، أن يكون الموظف أو المكلف بالخدمة العامة ذا ولاية في تحرير الورقة، أي يكون قائم بعمله قانوناً وقت تحرير الورقة، غير معزول أو منقول، كذلك أن يكون تحرير هذه الورقة من اختصاصي فلا يستطيع كاتب الجلسة في المحكمة تحرير عقد رسمي أو زواج³

الشرط الثالث: مراعاة الأشكال القانونية في تحرير الورقة

وقد بين القانون لكل نوع من الأوراق الرسمية، أوضاعاً وأشكالاً وقواعد يجب على الموظف العمومي المختص مراعاتها واحترامها، يعد إلزاماً عند تحرير الورقة الرسمية.⁴ فالقاضي في تحريره للحكم، والكاتب في تحرير محضر الجلسة والموثق في توثيقه للمحركات، كل هؤلاء يخضعون في تحريرهم لهذه المحركات لأوضاع وقواعد قانونية يجب مراعاتها حتى يكتسب المحرر الصفة الرسمية⁵

فإذا إنتقت هذه الشروط أو إحداهما، اعتبرت هذه الورقة عرفية طبقاً لنص المادة 326 مكرر ق.م.ج، إذا كانت موقعة من الأطراف⁶

2. حجية الورقة الرسمية:

إذا توافرت كل الشروط التي ذكرناها آنفاً، اكتسبت الورقة صفة الرسمية وأصبح لها حجتها في الإثبات، المحتج بالورقة الرسمية لا يلزم بإثبات صحتها، وعلى منكرها إثبات عدم

1 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى عين ، مليلة الجزائر، 2011، ص 52 .

2 سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، المرجع السابق، ص 96 .

3 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع نفسه، ص 52 .

4 الغوثي بن ملحمة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص 38 .

5 محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 161 .

6 المادة 326 مكرر/2 ق.م.ج "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم الكفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو إنعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف" .

صحتها ولا يتأتى ذلك إلا بالدفع بالتزوير، وهذا هو المستنتج من نص المادة 324 مكرر 5 ق.م.ج "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني".¹

غير أنه يجب التمييز بين بيانات قام بتحريها الموظف أو الضابط العمومي بنفسه، وبين تلك التي تمت من ذوي الشأن بحضوره وخارجة عن حدود مهمته، فالأولى تعد رسمية وصحيحة ولا يتم دحضها إلا بالدفع والتزوير، أما الثانية لا تكون لها الحجية التي تتمتع بها الورقة الرسمية، ويمكن إثبات عكسها بطرق الإثبات العادية، كما تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة² وفقا لما جاءت به المادة 324 مكرر ق.م.ج³.

إن فالأدلة الكتابية حجة في الإثبات، ولكنها ليست قطعية، حيث يجوز إثبات عكسها إما بالدفع بالتزوير أو بالطرق العادية، وهذا حسب نوع السند أو الورقة إن كان رسمي أو عادي⁴.

أما في المجال الطبي، فإن ما يدونه الأطباء من تشخيص فيما يخص الصفات الطبية وغيرها أو ما يشبه الجراح عند إجراء العملية من تشخيص للحالة ونوع العملية... الخ، كلها تعد دليلا مزدوجا، غير أن هذا يبقى رهن التدقيق من قبل الخبراء⁵، وسنصل هذا لاحقا.

ثانياً: الورقة العرفية

ويقصد بالمحركات العرفية تلك الصادرة عن الأفراد دون أن يتدخل في تحريرها موظفا رسميا أو شخص مكلف بخدمة عامة⁶.

1 القانون المدني الجزائري.

2 ميدي أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات نهي القانون المدني الجزائري، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2014، ص ص 45 46 .

3 المادة 324 مكرر 7 ق.م.ج " يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف حتى ولو لم يعبر فيها على سبيل الإشارة، شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء، ولا يمكن استعمال البيانات التي لها صلة بالإجراء سوى كبداية للثبوت".

4 زيد حنش عبد الله، وسائل الإثبات، مجلة البحوث القضائية مجلة فصيلة تعني بالبحوث والدراسات القضائية والقانونية، صادرة عن المحكمة العليا(المكتب الفني)، العدد 07 يونيو 2007، صنعاء اليمن، 2007، ص 114 .

5 علي عصام غصن، المسؤولية الجزائرية للطبيب، المرجع السابق، ص 226 .

6 نبيل صقر-مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص

وتنقسم المحررات أو الأوراق العرفية إلى ورقة معدة للإثبات، وورقة غير معدة للإثبات¹

1. الورقة العرفية المعدة للإثبات:

هي أوراق عرفية مهياًة للإثبات سلفاً، تكتب من طرف الأفراد يقصد أن تكون أداة إثبات فيما قد يثور عن منازعات حول مضمونها، ولذلك تكون موقعة ممن هي حجة عليه.² وتتص المادة 327 ق.م.ج على "يعتبر العقد عرفي صادراً ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورقته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يميناً بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق."³

أ. شروط الورقة العرفية المعدة للإثبات:

يشترط لصحة الورقة العرفية المعدة للإثبات، شرطان هما الكتابة والتوقيع وهذا حتى تكون الورقة دليلاً كاملاً وغنياً عن البيان⁴، فالكتابة في الورقة العرفية تدل على الفرض المقصود من تحرير الورقة وهذا شرط بديهي، ولا يشترط في الكتابة أي شرط، فكل عبارة تدل على المعنى المقصود تصلح بعد توقيعها لأن تكون دليلاً على من وقعها⁵.

وتتص المادة 323 مكرر ق.م.ج "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها"⁶.

أما التوقيع، فهو الشرط الأساسي والجوهرى لوجود المحرر العرفي، فبدونه لا يتحقق وجود المحرر العرفي، فالتوقيع هو الذي تقوم عليه صحة صدور المحرر فمنه يراد أن يكون حجة عليه.⁷

1 زيد حنش عبد الله، وسائل الإثبات، مجلة البحوث القضائية، المرجع السابق، ص 114

2 نبيل صقر-مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 96

3 القانون المدني الجزائري .

4 نبيل صقر-مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، المرجع نفسه، ص 98.

5 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 68 .

6 القانون المدني الجزائري.

7 محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 226 .

ويكون التوقيع عادة بالإمضاء، ويجوز أن يكون بالختم أو البصمة بالنسبة للأمين، كما يجب على صاحب الشأن أن يوقع بنفسه البيانات المكتوبة فيصح أن تكون بخط المدين أو بخط أي شخص آخر ولو كان الدائن¹.

ب. حجية الورقة العرفية المعدة للإثبات:

للورقة العرفية حجية إلى أن ينكرها موقعها، فالورقة العرفية ومن حيث صدورها ضمن وقعها، لها حجة على من صدرت منه وتكتسب طابع الرسمية، إذا اعترف بها أو سكت ولم ينكر صراحة صدورها منه ولا يجوز له بعد ذلك، العودة والإنكار إلا أن يطعن بالتزوير، أما إذا أنكر صاحب التوقيع صراحة توقيعه زالت حجيتها مؤقتاً، ووجب على المتم كبتها إثبات صدورها فمن ينسب إليه التوقيع، بأن يطلب من المحكمة الأم بتحقيق الخطوط²

وقد نصت المادة 327 ق.م.ج "يعتبر العقد العرفي صادراً فمن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق"³.

أما من حيث صحة ما ورد فيها، فالبيانات الواردة في الورقة العرفية حجة، إلى أن يثبت عكسها⁴، فإذا ادعى من تشهد عليه الورقة أو أحد غيره، أن البيانات قد لحقها تزوير، فيتعين في هذه الحالة سلك أو انتهاج طريق إلا عاد بالتزوير لإثبات ما يدعيه⁵.

أما إن لم يكن هناك إدعاء بوقوع تزوير مادي، فإن البيانات التي ترد في الورقة العرفية، يجوز نقضها بإثبات العكس بالطرق العادية دون حاجة إلى الإدعاء بالتزوير كذلك بالنسبة إلى تاريخ الورقة⁶.

1 سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، المرجع السابق، ص 99 .

2 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 72 73 .

3 القانون المدني الجزائري.

4 الغوثي بن ملحمة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص 48 .

5 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع نفسه، ص 78 .

6 سايكي وزنة، إثبات الخطأ أمام القاضي المدني، المرجع نفسه، ص 100 .

2. الورقة العرفية غير المعدة للإثبات:

وهي محررات لا تكون موقعة في الغالب، رغم ذلك فإن القانون منحها قوة في الإثبات، وقد حكم المشرع المصري أربعة أنواع هي الرسائل والبرقيات، ودفاتر التجار والدفاتر والأوراق المنزلية¹.

وتناول المشرع الجزائري، هذا النوع من الأوراق أيضا وهي الرسائل والبرقيات ودفاتر التجار والتأثير على سند براءة ذمة المدين من المواد 329 إلى 332 ق.م.ج. غير أنه وما يهمننا في دراسة هذه الأوراق، كوسيلة إثبات للمسؤولية الطبية، يجعلنا نقتصر في دراستنا على الرسائل والبرقيات.

أ. الرسائل:

نصت المادة 329 مكرر 01 ق.م.ج على أنه "تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات"².

وللرسائل أهميتها في الإثبات خصوصا فيما يتعلق بالمعاملات التجارية، فهي وإن كانت أوراقا لم تعد مقدما للإثبات إلا أنها تتضمن شرطي الكتابة والتوقيع وتستوفي بذلك شروط الورقة العرفية وتكون لها قيمة هذه الورقة في الإثبات³.

كما تكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفي من حيث الإثبات إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها⁴.

والرسالة المعترف بتحريرها أو التي تثبت حقيقتها قضائيا، لها حجية بكل ما هو وارد فيها، على من صدرت منه وللقاضي أن يتمسك بالمعلومات الواردة فيها، وتتم حجية الرسالة على الغير فيما يتعلق بأحكامها⁵، وهذا حسب المادة 328 ق.م.ج⁶.

1 محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 277 .

2 القانون المدني الجزائري.

3 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 94 .

4 محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع نفسه، ص 277 .

5 الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص 56 57.

6 المادة 328 ق.م.ج "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ ان يكون له تاريخ ثابت ويكون تاريخ

العقد ثابتاً"

ب. البرقيات:

لا تثبت قيمة الورقة أو المحرر العري للبرقية في الإثبات، إلا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من المرسل، أو مضى له صفة النيابة في إرسالها¹. وجاء في نص المادة 329 ق.م.ج فقرة 02 بأنه "وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك"².

إذن فالقانون افترض أن البرقية (مطابقة لأصلها) حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، فحجية البرقية في الإثبات رهينة بوجود الأصل الموقع عليه في مكتبة التصدير. وفي موضوعنا ألا وهو المسؤولية المدنية الطبية، فإننا نجد إسقاطات عديدة لكل ما سبق ذكره عن المحررات الرسمية والعرفية، فالأطباء يحررون وثائق تحمل صفة الرسمية باعتبارهم موظفين في مستشفيات عمومية، وقد تصدر عنهم وثائق تحمل توقيعهم دون تأشيرة المستشفى وتعد عرفية، منها ما يعتد به للإثبات، كالأوراق التي يوقعها المريض قبل إجراء العملية أو غير معد للإثبات، كالرسائل والبرقيات التي يتبادلها الأطباء أو المستشفيات... الخ، ووصفات الأدوية، كذلك ما يحتويه الملف الصحي للمريض حول حالته الصحية.

الفرع الثاني: شهادة الشهود

شهادة الشهود أو البينة، هي إخبار شخص من غير أطراف الخصومة أمام القضاء بواقعة حدثت من غيره ويترتب عليها حق لغيره³. وهي طريقة قانونية للإثبات، هذا وقد نظم المشرع الجزائري على الشهادة في المواد 333 إلى 337 ق.م.ج، ومن المادة 150 إلى 153 ق.م.ج⁴.

1 محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 281 .

2 القانون المدني الجزائري.

3 نبيل صقر-مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات، المرجع السابق، ص 120 .

4 قانون رقم 08-09 مؤرخ في صفر-عام 1924 الموافق ل 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أولاً: تعريف الشهادة

إن لتعريف الشهادة مفهومين، أما الأول فالبيئة وهي الدليل أيا كان نوعه سواء الكتابة أو الشهادة لذا يقال (البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر) وهذا معناها العام، أما الخاص فهو الشهادة كنوع وكوسيلة دون الوسائل الأخرى للتدليل والإثبات، فالشهادة كانت الدليل الغالب في الماضي، لذا بقيت تسمية البيئة إلى وقتنا الحاضر¹.
والمقصود بالشهادة، هو قيام شخص من غير أطراف الخصومة بعد حلف اليمين، بالإخبار أمام القضاء عن إدراكه بحاسة من حواسه لواقعة تصلح محلاً للإثبات صدرت من شخص آخر ويترتب عليها حق لشخص ثالث².

ثانياً: أنواع الشهادة

قد تكون للشهادة شفوية أو مكتوبة أو سماعية أو عن طريق التسامع.

1. الشهادة الشفهية:

فالأصل في الشهادة، أن يدلي بها صاحبها أمام القضاء شفاهة³، وهذا هو المستقر والمفهوم من نص المادة 62 ق.إ.م.إ.ج والتي تنص الفقرة الثانية منها على " كما يتضمن تكليف الخصوم بالحضور وباستحضار شهودهم في اليوم والساعة المحددين أو بأن يحضروا قلم الكتاب خلال ثمانية أيام، فيما عدا حالات الاستعجال بأسماء الشهود الذين يريدون سماعهم"⁴.

وقد نصت أيضا المادة 71 ق.إ.م.إ.ج أنه "يدلي الشاهد بشهادته دون الإستعانة بأية مذكرة وللقاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم أو أحدهم أن يوجه إلى الشاهد جميع الأسئلة اللازمة"⁵.

1 عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 687 .

2 نبيل صقر-مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات، المرجع نفسه، ص 120 .

3 يوسف دلاندة، الوجيز في شهادة الشهود، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 45.

4 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري .

5 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

كذلك تنص المادة 72 من نفس القانون "لا يجوز لأحد الخصوم أن يقاطع الشاهد أثناء تأديته لشهادته، ولا أن يوجه إليه الأسئلة مباشرة، وتتلى على كل شاهد أقواله ويقوم بالتوقيع عليها أو ينوه بأنه لا يعرف أو لا يمكنه التوقيع أو أنه يمتنع عن ذلك"¹.

فالشاهد إذن يقول في التحقيق الابتدائي أو النهائي ما وقع تحت سمعه وبصره مباشرة، كمن يشاهد واقعة من الوقائع فيقرر ما شاهده أو ما وقع من الغير أمامه².

2. الشهادة المكتوبة:

وهي التي تصل إلى القضاء في شكل مكتوب سواء بخط يد المصريح أو يد غيره، ومكتوبة في ورقة عرفية أو رسمية أو مدونة من قبل الضابط العمومي (الموثق)³.

3. الشهادة السماعية:

وهي شهادة غير مباشرة، يشهد فيها شخص بما سمع رواية عن الغير فلا تعتبر شهادة بالمعنى القانوني، فتثبت لها حجية الشهادة وإن كان للمحكمة الإشارة بها باعتبارها قرينة على صحة المدعى به⁴.

وقد أجازت المحكمة العليا الجزائرية في قرار لها ، أثبات الزواج بشهادة سماع بقولها، "من المقرر أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا، من الشهود أو غيرهم أن الطرفين كانا متزوجين"⁵.

4. الشهادة بالتسامع:

وهي تختلف عن الشهادة السماعية، في أنها ليست نقلا عن شخص معين سمع الأمر بنفسه إذ يقول الشاهد سمعت كذا أو أن الناس يقولون كذا وكذا عن هذا الأمر دون استطاعة إسناد ذلك لشخص أو أشخاص معينين⁶.

1 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

2 نبيل صقر-مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 121 .

3 يوسف دلاندة، الوجيز في شهادة الشهود، المرجع السابق، ص 46 .

4 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 131 .

5 يوسف دلاندة، الوجيز في شهادة الشهود، المرجع نفسه، ص 49 .

6 نبيل صقر-مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات، المرجع نفسه، ص 123 .

والشهادة بالتسامح، غير قابلة للتحري بمعنى أنه من الممكن عدم الوصول إلى مصدرها الأصلي وبذلك فلا يعول عليها كثيراً، خلافاً للشهادة السماعية التي يمكن التحري والوصول إلى مصدرها¹.

ثالثاً: قيمة الشهادة في الإثبات

لشهادة الشهود أهمية كبيرة، فيها يتم إثبات غموض حالة من حالات الأشخاص، وكذلك بها تثبت كافة الوقائع المادية، إذ يعود لها الفضل في صحة العقود خاصة الاحتفالية² المادة 324 مكرر 03 ق.م.ج³.

والشهادة حجة مقنعة وليست ملزمة، حيث تعد دليلاً مقنعاً للقاضي غير ملزم له، فقد يأخذ بها القاضي أو لا يأخذ، خاصة إذا لم يطمئن إليها ولا يطالب بإبداء أسباب عدم هذا الاطمئنان، كما أنه قد يأخذ بقول شاهد دون الأخرى⁴.

والشهادة وإن كانت جائزة بالنسبة للوقائع المادية، فهي لا تصلح لأن تكون دليل إثبات للتصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن 100.000 دينار وهذا ما نصت عليه المادة 333 ق.م.ج بقولها "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني يزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"⁵.

والشهادة حجة غير قطعية، تقبل النفي بشهادة أخرى أو عن طريق آخر من طرق الإثبات، كذلك فإنها دليل مقيد لا يجوز الإثبات به إلا في حالات معينة، فلا يعتد بها للإثبات فيما يوجب القانون إثباته بالكتابة⁶.

1 يوسف دلاندة، الوجيز في شهادة الشهود، المرجع السابق، ص 48 .

2 يوسف دلاندة، الوجيز في شهادة الشهود، المرجع نفسه، ص 21 .

3 المادة 324 مكرر 03 ق.م.ج "يتلقى الضابط العمومي، تحت طائلة البطلان، العقود الإحتفالية، بحضور شاهدين " قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 .

4 محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 298 .

5 القانون المدني الجزائري .

6 محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع نفسه، ص 298 .

هذا وقد أجاز المشرع الجزائري الإثبات بالشهادة، فيما كان يجب إثباته بالكتابة في حالة وجود مانع مادي أو أدبي¹.

والمانع المادي مثل وجود ظرف مادي أدى إلى عدم كتابة التصرف الذي حصل بين الشخصين أو أكثر لحدوث كارثة مفاجئة أثناء التصرف، أما الأدبي فمرده العلاقة الزوجية والمصاهرة والبنوة والأبوة وعلاقة العمل، ويتحقق أيضاً المانع الأدبي في أعراف بعض المهن مثل المحامي مع موكله والطبيب مع المريض الذي يعالج في عيادته².

الفرع الثالث: القرائن

قد لا تكون في بعض المرات وفي مسألة إثبات واقعة ما، أما إثبات قطعي يقيني يدل على هاته الواقعة وإنما يتم استنباط الدليل من واقعة أخرى، أي بمعنى استنتاج لمجهول لمعلوم وهو ما يعرف بالقرينة.

هذا وتعد القرائن طريقة إثبات غير مباشرة، كذلك يعتبر قوة القرينة في الإثبات محدودة بالمقارنة مع الكتابة³.

أولاً: تعريف القرينة

للقرينة تعريفان لغوي وقانوني:

1. لغةً: مأخوذة من المقارنة بمعنى المصاحبة والملازمة يقال فلان قرين فلان، أي مصاحب له، وقارن الشيء مقارنة وقرانا اقترن به وصاحبه، والقرين صاحب ومنه قوله تعالى: "قال قائل منهم إني كان لي قرين"⁴.

2. قانوناً: عرفها القانونيون على أنها "استنباط الشارع أو القاضي لأمر مجهول من أمر معلوم"⁵، أي أن القرينة هي ما يستنبطه المشرع أو القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول⁶.

1 المادة 333 مكرر 01 ق.م.ج "يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة، إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته".

2 يوسف دلاندة، الوجيز في شهادة الشهود، المرجع السابق، ص 81.

3 سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، المرجع السابق، ص 107.

4 نبيل صقر-مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 161.

5 نبيل صقر-مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، المرجع نفسه، ص 162.

6 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 164.

وقد عرفها المشرع الفرنسي بأنها(النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة) وذلك في المادة 1349 ق.م.ف.¹.

نخلص إلى أن القرائن أدلة غير مباشرة، إذ لا يقع الإثبات فيها على الواقعة مصدر الحق بل على الواقعة مصدر الحق على واقعة أخرى قد أثبتت إمكان أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها، وهذا ضرب من تحويل الإثبات من محل إلى محل آخر².

ثانياً: أنواعها

تتقسم القرائن إلى قرائن قانونية وأخرى قضائية.

1. القرينة القانونية:

وهي التي يستنبطها المشرع بطريقة عامة مجردة، فليست لها في الغالب قيمة الدليل الصحيح، وتعتبر مجرد إعفاء من تقديم الدليل ويكون هذا الإعفاء أحياناً نهائياً أو وقتاً حتى يثبت الطرف الآخر إقامة الدليل العكسي³.

ولقد نص المشرع الجزائري على القرينة القانونية في المادة 337 ق.م.ج على أنه "القرينة القانونية تغني من تقررت مصلحته عن أية طريقة أرى من طرق الإثبات على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

فمن يريد الاستفادة من حكم قرينة قانونية، ليس عليه إلا إقامة الدليل على توفر الواقعة التي اشترطها القانون لإنطباق حكم هذه القرينة وكما سبق وأن قلنا أن المادة 337 ق.م.ج بخصوص هذا المعنى قالت أن "القرينة القانونية تعني من تقررت لصالحه من الإثبات" أي تغنيه عن الإثبات المباشر، فلا يكون عليه إثبات توفر الواقعة التي تقوم عليها القرينة⁴.

والقرينة القانونية قد تكون قاطعة لا تقبل إثبات العكس، أو بسيطة يمكن لصاحب المصلحة إثبات عكسها أي يقتصر أثرها على مجرد نقل عبء الإثبات، هذا ويلجأ المشرع

1 Art 1349 C.C.F « Les Présompoms sont des consequences que la loi ou la magistrature d'un fait connu a un fait inconnu » .

2 عبد العزيز سليم، الإجراءات العملية في شرح قانون الإثبات المعلق عليه بأحكام النقض للتطبيقات العملية، النسر الذهبي للطباعة، الطبعة الثالثة، عابدين القاهرة ، 1998، ص 249 .

3 عدنان طه الدوري، أحكام الإلتزام والإثبات في القانون المدني الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة ،ليبيا، 1995، ص 274 .

4 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 170 .

إلى القرائن ليتحقق عدة أغراض، كمنع التحايل على القانون فيقرر أحكاما يعتبرها من النظام العام، وبذلك تمنع مخالفتها مثل التصرف الذي يصدر من شخص في مرض الموت¹.
وتنقسم القرائن القانونية إلى نوعين، قرائن قانونية بسيطة وقرائن قانونية قاطعة.

أ. القرينة القانونية البسيطة:

هي قرائن يجب نقضها بالدليل العكسي وهو ما تنص عليه المادة 98 ق.م.ج " أن كل إلتزام لم يذكر له سبب مشروع في العقد يفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يعم الدليل على غيره ذلك"².

أي أن الإفتراض القانوني للقرينة القانونية البسيطة يقبل العكس، فوفاء المستأجر بقسط من الأجرة دليل وفاء الأقساط السابقة، يبقى على المؤجر عبء إثبات عدم وفاء هذه الأقساط السابقة³(كمثال).

ب. القرينة القانونية القاطعة:

ويقصد بها تلك القرائن التي لا يجوز نقض دلالتها بإثبات العكس، ومنها القرينة المتعلقة بحجية الأمر المقضي فيه، وقرينة خطأ المتبوع في رقابة تابعة⁴.
ومثالها، رفع المضرور دعوى تعويض ضد الحارس، للضرر الواقع من الجيران أو تهمد البناء أو الآلات الميكانيكية أو الأشياء المتطلبة حراستها عناية خاصة، فالتقصير هنا مفترض قانوناً⁵.

ويجدر بنا أن نشير إلى أنه إذا كانت القرائن القانونية القاطعة لا تقبل إثبات العكس، فليس معنى ذلك أنها لا تدحض أبداً، فما هي إلا قواعد إثبات تقبل أن يثبت عكسها بالإقرار أو اليمين⁶.

1 نبيل صقر-مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 165 .

2 القانون المدني الجزائري.

3 عبد الوهاب عرفة، الإثبات في المواد المدنية(قواعد وأحكام عامة وأسبابه) المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، عابدين القاهرة 2009 ص 114

4 عبد العزيز سليم، الإجراءات العملية في شرح قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 252 .

5 عبد الوهاب عرفة، الإثبات في المواد المدنية، المرجع نفسه، ص 114 .

6 محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 347 .

2. القرينة القضائية:

تسمى أيضاً بالقرائن الفعلية فهي عديدة لا تحصر، وهي استنتاج القاضي حدوث واقعة معينة من واقعة أخرى تثبت لديه، متى اتفق هذا الاستنتاج مع المنطق، مثاله: اعتبار وجود بصمة أصبع المتهم أو آثار قدميه في مكان الجريمة قرينة على مساهمته في ارتكابها¹.

ولقد نص المشرع الجزائري على القرينة القضائية في المادة 340 ق.م.ج بقوله "يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة"²

إذن تعد القرائن القضائية، أمر متروك للقاضي يستتبطها من ظروف الدعوى وملابساتها، وأنواعها غير محصورة بنص يترك فيها الحرية للقاضي فيما يستنتجه منها³. وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في استنباط القرينة القضائية، دون رقابة من محكمة النقض⁴ (المحكمة العليا)، كذلك فإن القاضي حر في اختيار أية واقعة من الوقائع التي تثبت أمامه لكي يستتبط منها قرينة على صحة الواقعة المراد إثباتها، وحر في استنباط ما تحتمل الواقعة من دلالة وفي تكوين اقتناعه⁵.

أ. عناصر القرينة القضائية:

للقرينة القضائية عنصران مادي ومعنوي:

1. العنصر المادي:

ويتمثل في الواقعة الثابتة التي يختارها القاضي، وتسمى هذه الواقعة بالدلائل أو الأمارات⁶، وهي بذلك واقعة تحقق القاضي من ثبوتها.

1 نبيل صقر-مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية، المرجع السابق، ص 169 .

2 القانون المدني الجزائري.

3 عدنان طه الدوري، أحكام الإلتزام والإثبات في القانون المدني الليبي، المرجع السابق، ص 277 .

4 عبد الوهاب عرفة، الإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 112 .

5 محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 340 .

6 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 165 .

وللقاضي سلطة واسعة ، في اختيار أية واقعة من الوقائع التي تثبت أمامه، أيضا في مصدر الاستنباط فله أن يستنبطها من أوراق الدعوى أو من أقوال الشهود أو من تقرير الخبير، وله أيضا الاستناد إلى ما قضى به في دعوى أخرى¹.

2. العنصر المعنوي:

وهو عملية الاستنباط التي يقوم بها القاضي حتى يعمل هذه الواقعة الثابتة إلى الواقعة المراد إثباتها وهذا هو العنصر المعنوي².

أي أنه الاستنباط الذي يقوم به القاضي على أساس العنصر المادي، ومرجع فطنة القاضي وذكاءه³.

هذا وقد سوى المشرع الجزائري، بين القرينة القضائية والشهادة وفقا لنص المادة 340 ق.م.ج والتي تنص "....ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها القانون الإثبات بالبينة"⁴، وما يفهم منها أن القواعد المطبقة على الشهادة هي نفسها المطبقة على القرائن، فلا يجوز الإثبات بالقرائن في حالة المعاملات التي تزيد قيمتها على 100000 دينار جزائري ولا في إثبات عكس ما يثبتته كتابة أو يجاوزه.

ثالثاً: قوة وحجية القرائن في الإثبات

الإثبات بالقرائن القانونية وكما رأينا أن إرادة المشرع هي التي تبني القرينة القانونية على الراجح، ولما كانت القرينة مجرد احتمال قد يخطئ، كان من الجائز إثبات عكسها لاحتمال عدم مطابقتها للواقع⁵.

والمشرع الجزائري جاء في المادة 337 ق.م.ج أنه ".... على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"⁶، أي أن القرائن القانونية تعتبر بسيطة، يجوز نقضها بالدليل العكسي كأصل عام، ما لم يرد نص يقضي بغير ذلك وهذا استثناء.

1 محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 340 .

2 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 165

3 محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع نفسه، ص 340 .

4 القانون المدني الجزائري.

5 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع نفسه، ص 176 .

6 القانون المدني الجزائري.

هذا وقد تكون قاطعة في حالات أين لا يجوز إثبات عكسها، كما هو الحال بالنسبة لقوة الأمر المقضي فيه¹ وسنفضل في هذا لاحقاً.

أما القرائن القضائية فوفقاً لنص المادة 340 ق.م.ج، جاز بها الإثبات في الأحوال التي يجوز الإثبات بشهادة الشهود².

وتعتبر القرينة القضائية دليلاً في الإثبات يجوز للمحكمة الاستناد إليه وحده في الحكم، والقاضي يستطيع الاعتماد عليها دون غيرها ولا يجوز الاعتراض على الرأي المستخلص متى كان مقبولاً³.

ويجوز الإثبات بالقرائن القضائية، في الوقائع المادية والأعمال التجارية والتصرفات التي لا تتجاوز قيمتها مائة ألف (100000) دينار جزائري أو غير محددة القيمة⁴، هذا وتعد قرينة قاطعة ومطلقة إذا ما كانت الواقعة المراد إثباتها واقعة مادية، شأنها شأن الكتابة في ذلك⁵.

رابعاً: حجية الأمر المقضي فيه

تعد حجية الأمر المقضي به من القرائن القانونية القاطعة، وقد فصل فيها المشرع الجزائري في المادة 338 ق.م.ج بقوله "الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة"⁶.

ونتناول مفهوم حجية الأمر المقضي به بصفة عامة، ثم نرى حجية الحكم الجنائي بالنسبة للقاضي المدني، كوسيلة إثبات للمسؤولية المدنية الطبية.

1 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 179 .

2 المادة 340 ق.م.ج "يترك لتقدير القاضي إستنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الغنثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة".

3 نبيل صقر-مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية، المرجع السابق، ص 169 .

4 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع نفسه، ص 169 .

5 سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، المرجع السابق، ص 113 .

6 القانون المدني والجزائري.

1. المقصود بحجية الأمر المقضي فيه وشروط الحكم الجائز لقوة الأمر المقضي فيه:
أ. المقصود بحجية الشيء المقضي فيه:

يقصد بحجية الشيء المقضي به أو المحكوم فيه، أو حجية الأمر المقضي به أن يكون الحكم حجة بما فصل فيه من حقوق بحيث لا يجوز لأحد الخصوم أن يعود إلى المنازعة فيما قضي به إلا عن طريق الطعن وفي الميعاد المحدد قانوناً¹.
فتصبح الأحكام التي صدرت عن القضاء، حجة بها وضلت فيه، حيث أن ذلك الحكم الصادر يعد مطابقاً للحقيقة وعنواناً لها².

ب. شروط الحكم الجائز لقوة الأمر المقضي فيه:
وردت عدة شروط هي:

1. أن يكون الحكم قضائياً:

أي بمعنى صادراً عن جهة قضائية، سواء كان قضاءً عادياً أم إنشائياً كالمحكمة العسكرية³، كما لا يكفي أن يكون الحكم صادر من جهة قضائية بل يتعين كذلك أن يكون صادراً منها بموجب سلطتها القضائية لا بموجب سلطتها الولائية⁴.
2. أن يكون صادر عن جهة مختصة:

أي أن الحكم لا يجوز حجية الأمر المقضي به، إلا إذا كانت المحكمة التي قامت بإصدار هذا الحكم ذات اختصاص متعلق بالوظيفة وأن يكون لهذه المحكمة ولاية القضاء في موضوعه⁵، فإذا صدر خارج حدود ولاية المحكمة فإن قبوله أو تنفيذه ليس من شأن أيهما، أن يكون له قوة الأمر المقضي، بل ويعد الحكم كأنه لم يكن أمام المحكمة⁶.

1 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 187 .

2 محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 349 .

3 عبد العزيز سليم، الإجراءات العملية في شرح قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 286 .

4 نبيل صقر-مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 174 .

5 عبد العزيز سليم، الإجراءات العملية في شرح قانون الإثبات، المرجع نفسه، ص 287 .

6-نبيل صقر-مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية، للإثبات في المواد المدنية، المرجع نفسه، ص

3. أن يكون قطعياً وفاصلاً في النزاع:

أي أن يكون حاسم سواء كلياً أو جزئياً أمام الأحكام، فلا تجوز الحجية مثلاً للأحكام التحضيرية والتمهيدية والأحكام الوقتية¹ كالحكم بتعيين خبير لمعاينة محل النزاع، أو حالة الدعوى إلى التحقيق، هذا ويعتبر الحكم الصادر من قاضي الأمور المستعجلة أو في المسائل المستعجلة حكماً وقتياً لا يجوز حجية الأمر المقضي².

2. حجية الحكم الجنائي أمام المحاكم المدنية :

أ. الدعوى الجنائية والمدنية:

غالباً ما تقوم المسؤولية المدنية على جريمة جنائية، ما يترتب على نفس الفعل الواحد دعوتان، دعوى جنائية والأخرى مدنية فلما يصدر الحكم في الدعوى الجنائية نصبح أمام تساؤل عن مدى حجية هذا الحكم في الدعوى المدنية³.

جاءت المادة 339 ق.م.ج بأنه " لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله ضرورياً"⁴

ويلاحظ أن المبدأ الذي ورد في المادة، لا يستمد أساسه من قوة الأمر المقضي، كونه يقتضي إتحاد الخصوم ووحدة الموضوع والسبب، وإنما الأساس هنا هو الحجية المطلقة للحكم الجنائي في مواجهة كافة متهم المضرور والمسؤول في الدعوى المدنية، إضافة إلى أن النظام العام والذي لا تسمح فكرته، بتناقض الحكم المدني مع الجنائي ما يفقد الثقة بالعدالة⁵.

ب. تقيد القاضي المدني بالحكم الجنائي في إثبات المسؤولية المدنية الطبية:

لعل من أهم القرائن القانونية، والتي تسيطر على وسائل الإثبات في دعاوى المسؤولية الطبية، هي حجية الحكم الجنائي حيث أن دعاوى المسؤولية يغلب أن تقوم على جريمة جنائية فتخضع بذلك للإختصاص القضاء الجنائي واختصاص القضاء المدني، هنا وكما

1 عبد الوهاب عرفة، الإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 129 .

2 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 199 .

3 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع نفسه، ص 223 .

4 القانون المدني الجزائري.

5 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع نفسه، ص 224 .

سبق الذكر أن تقييد القاضي المدني بالحكم لا يكون إلا في الوقائع التي فصل فيها فصلاً ضرورياً¹.

هذا وقد وضعت عدة قيود، حتى يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي ألا وهي:

القيود الأول: أن يكون الحكم جنائياً

فيكفي أن يكون الحكم الجنائي صادراً من أية جهة قضائية، غير أنه يجب أن يكون صادراً في الموضوع وأن يكون الحكم نهائياً، كما يجب أن يكون الحكم الجنائي سابقاً في صدوره على الحكم المدني، كون أنه وفي حالة صدور الحكم المدني سابقاً فإن حقوق الطرفين تكون قد استقرت ولا يجوز المساس بالحكم المدني².

وعلى ذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية، بأنه يشترط للإحتجاج بالحكم الجنائي، أمام القاضي المدني، سابقاً في صدوره على الحكم المدني، الذي يراد تقييده وليس لاحقاً عليه³.

القيود الثاني: عدم تقييد القاضي المدني إلا بما فصل فيها الحكم الجنائي من وقائع كان الفصل فيها ضرورياً

ذلك أن القاضي المدني لا يتقيد بالتكييف القانوني الذي أعطاه القاضي الجزائي لوقائع الدعوى، فمثلاً إذا قتل شخص في حادث مرور وصدر الحكم الجزائي ببراءة المتهم لأن الوقائع ثبتت لا تكفي من الناحية الجزائية بأنه خطأ معاقب عليه، فالقاضي المدني الذي يفترض خطأ السائق⁴.

وهذا فيما يخص حجية الحكم الجنائي بالنسبة للقاضي المدني والقيود المفروضة عليه.

المطلب الثاني: مدى نجاعة الوسائل القانونية ودور القاضي في الإثبات

كما سبق ورأينا في المطلب الأول، أن الممارسة الطبية المتعلقة بإنسانية الطبيب، أو تلك الممارسة التي يكون فيها الطبيب ليس بصدد ممارسة أي عمل يتعلق بالغة الطب، إنما يتم إستخلاصها من القوانين المنظمة لهذه المهنة حيث أن مخالفة الطبيب لهذه القوانين يعد

1 منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 709 .

2 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 226 .

3 منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع نفسه، ص 713 .

4 نبيل صقر-مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص

خطأ ويكون للقاضي السلطة التقديرية في حصول أو عدم حصول الخطأ، كذلك في تقدير باقي العناصر المسؤولية المدنية الطبية، اعتماداً على وسائل الإثبات السابق ذكرها من كتابة وشهادة الشهود وقرائن.

يبقى أنه علينا، دراسة إلى أي مدى تعد هاته الوسائل، فعالة في إثبات المسؤولية المدنية الطبية وبالأخص في إثبات الخطأ الطبي، لما كانت المسؤولية المدنية الطبية خطئية كأصل عام.

ففي إطار المسؤولية الطبية، ليس سهلاً الاعتماد في مسألة الإثبات بها، على الوسائل القانونية نظراً لخصوصية العمل الطبي ومنذ اختلاف الخطأ الطبي عن باقي الأخطاء في المجالات الأخرى ونفس الشيء بالنسبة لضرر الطبي، والذي يمس جسم أو حالات الإنسان وروح أو حياة الإنسان.

هذا الأمر الذي يجعلنا أمام تفاوت في مدى ملائمة ومناسبة هاته الوسائل في مسألة الإثبات في إطار المسؤولية المدنية الطبية، فإذا قلنا أن الكتابة فعالة في الإثبات مقارنة مع شهادة الشهادة فيبقى أن القرائن يمكن أن تكون الوسيلة الوحيدة الممكن الارتكاز عليها. ويملك القاضي السلطة التقديرية، في الأخذ أو عدم الأخذ بأحد الوسائل القانونية السابقة ذكرها، أو كلها فقد يأخذ بوسيلة دون الأخرى.

ولدراسة هذا وضعت فرع لكل وسيلة إثبات، كما وضعت فرع مستقل لدراسة دور القاضي في الإثبات.

الفرع الأول: مدى نجاعة الكتابة كدليل

يظهر دور الكتابة في الإثبات، من خلال الملف الطبي وما يحويه من فحوصات وتقارير وفحوصات تختص بحالة المريض، غير أن التلاعب به واران كونه بين أيدي الأطباء، إلا إذا احتفظ المريض بنسخ عنده، غير أن للكتابة دور آخر يظهر من خلال الالتزام بالإعلام الذي يقع عبء إثباته على عاتق الطبيب، وسندرس دور الكتابة في إثبات الإخلال بهذا الالتزام، كذلك في عدم حصولها على رضا المريض كونهما صورتين واضحتين للإخلال بالالتزام طبي إنساني.

فللقاضي الأخذ بالكتابة كدليل لإثبات الخطأ الطبي، من خلال ما يحتويه الملف من تقارير وفحوصات وتحاليل وتواريخ للفحوص التي أجريت للمريض، والتي قد تبرز إهمال الطبيب¹ وتعتبر الكتابة الطريقة الفعالة في إثبات وفاء الطبيب لالتزامه بإعلام المريض والحصول على رضاه بل ويجب الذهاب بوجود حصول الطبيب على (الرضا المكتوب للمريض) إذا كان التدخل جراحياً.²

هذا وكما سبق ورأينا فإن، وبعد القرار الشهير hédruel للحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1997/02/25 والذي جاء فيه "لما كان الطبيب يقع على عاتقه التزام خاص بالتبصير في مواجهة مريضه، فإنه من المحتم عليه أن يثبت أنه نفذ هذا الإلتزام"³ غير أنه تجدر الإشارة إلى أن القرار السابق ذكره، الصادر عن محكمة النقض الفرنسية أي hédruel لم يبين طريقة إثبات الطبيب لالتزامه إنما لا يكون إلا كتابة، حيث أن المادة 1315 ق.م.ف أوجبت على من يطالب بتنفيذ التزام معين إثبات وجوده وأن من يدعي تخلصه منه، أن يثبت انقضاؤه بكافة طرق الإثبات أين لا يستدل أن الكتابة شرط لقيام الطبيب بالالتزام بإعلام المريض⁴

هذا ويرى الدكتور أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، أنه يجب إثبات أخذ موافقة المريض على العلاج قبل المباشرة بالعلاج بالدليل الكتابي، أي بتوقيع المريض على عقد أو نموذج معد مسبقاً بالمستشفى كحالات إجراء العملية الجراحية⁵ وعليه فإنه يتوجب على الطبيب حتى ينفي مسؤوليته إثبات تنفيذه لالتزامه كتابياً، وهو توقيع المريض على ذلك أو إفهامه أمام شهود أنه أوفى بهذا الإلتزام⁶

1 طلال عجاج، المسؤولية الحديثة للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 240.

2 زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، المرجع السابق، ص 235.

3 Cass. 1ere.ch.civ, le 25/02/1997, 94-22-022 publié au bulletin. www.légifrance.gouv.

4 أحمد هديلي، نقل عب، الإلتزام بالإعلام للطبيب، المرجع السابق، ص 101.

5 أحمد عبد الكريم الصرايرة، التامين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية، المرجع السابق، ص 128.

6 أحمد عبد الكريم الصرايرة، التامين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية، المرجع نفسه، ص 127.

وقد كرس مبدأ وجوب الأخذ بالموافقة الكتابية، كدليل على إعلام المريض ورضاه، من أكثر من مشروع، فقد نصت المادة 22 من قانون الصحة اليمني على أنه "يتم إجراء العمليات الجراحية للمريض بعد إعطائه المعلومات الضرورية عنها وأخذ موافقته كتابياً"¹

هذا وتدخل المشروع لاشتراط الكتابة في بعض الأعمال الطبية فنصت المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها أنه "لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر، وتشتط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه، وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة"²

واشتطت المادة 164 من نفس القانون الموافقة الكتابية في حالة انتزاع أعضاء وأنسجة الأشخاص المتوفين³

كما نصت المادة 49 من مدونة أخلاقيات الطب أنه "يشترط من المريض إذا رفض العلاج الطبي أن يقدم تصريحاً كتابياً في هذا الشأن"⁴

ما يفهم منه إلزام الطبيب بالحصول على تصريح كتابي من المريض الذي رفض العلاج الطبي.

وعلى الرغم من كل ما سبق ذكره من أن الكتابة، تعد الوسيلة الفعالة والناجعة خاصة إذا تعلق الأمر بالالتزام بالإعلام والحصول على الرضا، غير أن لهذه الوسيلة سلبياتها وإيجابيتها وسنتطرق لكل واحدة منها على حدة.

أولاً: سلبيات الكتابة

إن تكريس الكتابة كطريقة مثلى بالنسبة للطبيب لتنفيذه التزامه بالإعلام والاستعانة بها عند الحاجة كدليل لتأكيد قيامه بتنفيذ هذا الإلتزام، هو ما دفع المعترضين على هذا التحول

1 المادة 22، القانون اليمني للمهن الطبية والصيدلانية، قانون رقم 26 لسنة 2002 مشار إليه في الرابط

www.yemn.nic.info/bb/laws_ye/detail.php?id=11755

2 قانون 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر عدد 08، المؤرخة في 17 فبراير 1985، المعدل والمتمم.

3 المادة 164 ق.ح.ص.ت "لا يجوز إنتزاع الأنسجة و الأعضاء من الأشخاص المتوفين، إلا بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة ،حسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة".

4 مدونة أخلاقيات الطب، م.ت رقم 92-276.

القضائي إلى التعبير عن خشيتهم من هذه الشكلية غير المرغوبة في العلاقة الطبية، حسب اعتقادهم نظراً لأنها تتضمن إثارة الشك بين طرفي هذه العلاقة¹

وأن المريض سينظر إلى الورقة أو الوثيقة المكتوبة أنها محاولة من الطبيب وفرصته للتملص من مسؤوليته، خاصة وأن النموذج الذي يوقعه المريض معد سلفاً وسابقاً من الطبيب، دون مراعاة حالة المريض وخصوصياتها²

وبالتالي فإن هذه الصيغة قد تهدم العلاقة بين الطبيب والمريض التي يفترض أن تكون ثقة تامة، وتجعل من هذه العلاقة شكلية لا أكثر.

إضافة إلى ذلك فإن إعداد وتحضير الصيغ والنماذج المكتوبة لا يتأتى بسهولة، حيث أن النموذج يعد مسبقاً لأمر أو لحالة لا يمكن توقعها وما تحتوي من مخاطر ومصاعب، فالحالات تختلف من مريض لآخر³

هذا وقد يؤدي ذكر وتعداد مخاطر العلاج في النموذج المعد سابقاً إلى نفور المريض من العلاج وخوفه منه وبذلك الامتناع عنه ورفض الخضوع له.

كذلك فإن توقيع المريض على الاستمارة التي يقدمها الطبيب والمعدة سابقاً أو حتى وثيقة يدونها وقتها، لا يثبت إمام المريض بكل ما ينطوي عليه التدخل الطبي من مراحل ومخاطر ونتائج خاصة وأن صياغة ذلك يرد بصيغ عامة، إضافة إلى أن إقرار المريض يتوقف على مدى حسن نية الطبيب وضميره الحي من جهة، ومدى ثقافة المريض من جهة أخرى، هذا إن لم نقل أن عملية توقيع الإقرار وملئ الاستمارة يتم من طرف أحد الممرضات أي (شخص غير كفؤ)⁴

وقد تؤدي مثل هذه الحلول إلى نتائج معاكسة لما هو منتظر منه، حيث يؤدي إلى عدم إعلام المريض الكلي أي (إعلام ناقص) كونه لا يعتد بالحالة النفسية ومدى حساسية المريض، و كونه لا يستطيع فهم كل ما هو مدون في الوثيقة المكتوبة⁵

1 محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص90.

2 محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع نفسه، ص91.

3 علي جابر محجوب، دور الإدارة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، جامعة الكويت، 2000، ص409.

4 أحمد هديلي، نقل عبء الالتزام بالإعلام للطبيب، المرجع السابق، ص106.

5 سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، المرجع السابق، ص119.

كذلك فإن إفراغ الإقرار الكتابي في نموذج معد مسبقاً، لا يدل على الوضع الحقيقي للتعبير والإعلام المطلوب، فقد يوقع المريض من دون قراءة أو قراءة من دون فهم، أو حتى إن فهم يكون فهمه سطحي، لا يرقى لحد الوصول للهدف المراد من الإلتزام¹

هذا ولا توفر الكتابة، كما هو الحال بالنسبة للإقرار للطبيب أي حماية كافية، كون أنه ليس هناك مانع بالنسبة للمريض من منازعة الطبيب من مجال رضائه، فالمريض باستطاعته الإدعاء بأنه لم يكن متبصراً أو توقعه كان تحت ضغط نفسي معين²

هذا وإضافة إلى كل ما سبق ذكره، فإن الكتابة وسيلة يهدف الطبيب من ورائها إلى التخلص من المسؤولية، ذلك أن المريض وبمجرد توقيعه على الصيغة المكتوبة فإنه عبر بذلك عن قبوله للعلاج وكل ما يتضمنه من مخاطر وبالتالي يعفى بذلك الطبيب عن مسؤولية الضرر الناتج عن ذلك العلاج³

كذلك فإن هذه الصيغة تقيد الطبيب بما جاء فيها حتى لا يمكنه تجاوز ما هو مدون فيها ولا يمكنه تجاوزه فلا يلجأ إلى علاج آخر إذا ما استجبت أمور أخرى أثناء العملية الجراحية، فالطبيب هنا مخير إما في الاستمرار في العملية ومزامنة التطورات والمستجدات في العملية لذلك تقوم مسؤوليته على أساس عدم الحصول على رضا المريض خاصة في حالة نشوء ضرر عما قام به أو إنهاء العملية والانتظار حتى عودة المريض إلى وعيه للحصول على رضاه كتابه، الشيء الذي قد يغير بحالة المريض الصحية.⁴

هذا ويجعلنا أمر اعتماد الكتابة كوسيلة لإثبات الإخلال بالإلتزام بالإعلام، أمام ازدواج لنظام الإثبات في المسؤولية الطبية، فالخطأ في العلاج يؤدي لقيام مسؤولية الطبيب عندما نكون أمام الإلتزام ببذل العناية اللازمة أي بمجرد إثبات المدعي (المريض) لخطأ الطبيب وهذا كأصل عام، إما في الإلتزام بالإعلام، فإن المسؤولية هنا تكون مفترضة إلا إذا قدم الطبيب ما يثبت وفائه بالتزامه بالإعلام⁵

1 أحمد هديلي، نقل عبء الإلتزام بالإعلام للطبيب، المرجع السابق، ص106.

2 أحمد هديلي، نقل عبء الإلتزام بالإعلام للطبيب، المرجع نفسه، ص106.

3 علي جابر محجوب، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص120.

4 علي جابر محجوب، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، المرجع نفسه، ص111.

5 علي جابر محجوب، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، المرجع نفسه، ص112

إذن فإن السلبية في اعتماد الكتابة كوسيلة لحل النزاع القضائي بشأن تنفيذ الإلتزام بالإعلام الطبي، تتمثل حول ما يحوم حولها من شكوك في مصداقيتها، كذا في جهل المريض للمعطيات الطبية غالباً، إضافة إلى النظر إليها أنها محاولة من الطبيب لدرء المسؤولية عن نفسه وأمام محاولة الطبيب لإجبار المريض بتوقيعها مما يشكك هذا الأخير في قدرات الطبيب وكلها عوامل تؤدي لهز العلاقة الطبية على نحو يضر بهما معاً.¹

ورغم هذه السلبيات التي جاء بها الفقه إلا أنه جاء وفي المقابل لها إيجابيات ومزايا الكتابة

ثانياً: إيجابيات الكتابة

توفر الكتابة الطبية الموقعة من المريض، أسهل الطرق والوسائل بالنسبة للطبيب لإثبات تنفيذه لهذا الإلتزام فهي توفر له إمكانية تقادي المنازعة من قبل المريض بشأن إعلامه، كونها الطريقة الأكثر ملائمة من الناحية العملية بالنسبة للطبيب، لتحقيق هذا الإثبات²

كما أنه لا يمكن الجزم بأن الكتابة تؤدي إلى القضاء على العلاقة الإنسانية التي تربط بين الطبيب والمريض والقول بأنها شكلية ولا تدعم علاقة الثقة بين الطبيب والمريض، فهذا نقد غير صحيح، كون أن العلاقة الإنسانية تبقى قائمة لأن الطبيب لا يكمل ملاً الوثيقة إلا بعد مقابلته مع المريض، أين يتسنى له شرح العمل الطبي، كذلك شرح كل ما من شأنه أن ينتج عنه كخطر وهذا بالنظر لحالة المريض وظروفه، فالمعطيات التي تكتب لا يمكن أن تدرج كتابياً إلا بالمرور عبر المرحلة الشفهية، بالتالي فأين يكمن الإلغاء للعلاقة بين الطبيب والمريض؟، بقدر ما تكرر وتؤكد³.

فالإعلام و حتى يؤدي هدفه، وجب أن يتوافق وشخصية المريض والواجب تطويعه ليتماشى مع قدرة المريض على الفهم ومع المستوى الثقافي له فعلى الطبيب إذن أن يشرح لمريضه بلغة مفهومة وواضحة.

ويعد تكريس الكتابة كطريق للإثبات، داعماً للثقة التي تقوم عليها العلاقة بين الطبيب والمريض وليس انهياراً لها⁴. فالوثيقة المكتوبة التي يقدمها الطبيب للمريض بغية توقيعها

¹ أحمد هديلي، نقل عن الإلتزام بالإعلام للطبيب، المرجع السابق، ص 107

² محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 89

³ علي جابر محجوب، دور الإرادة في المجال الطبي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 410

⁴ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع نفسه، ص 91.

كدليل إثبات لنفي ودحض إدعاءات المريض، تثبت أيضاً وجود الحوار الشفهي بين الطبيب ومريضه، ما يعزز الثقة بينهما كونه لا يمكن الفصل بين ما كتب من معلومات والإلتزام بالإعلام الشفهي¹

إذن وعلى الرغم من كل ما قيل في الكتابة كوسيلة إثبات، غير أنها تبقى الوسيلة الوحيدة التي تمنح الطبيب إمكانية إثباته، لتقديم المعلومات للمريض دون ما يكون هناك سبيل لمعارضتها²

أخيراً يمكننا استخلاص أنه بالرغم من إيجابيات الكتابة، كوسيلة إثبات ورغم الرد من قبل المعارضين بتعداد سلبياتها، إلى أنه يمكن تكريس الكتابة عملياً كدليل لإثبات قيام الطبيب بما يمليه عليه التزامه بإعلام المريض، هو الوسيلة المثلى والأمنة التي يمكن الطبيب بمقتضاها مواجهة المريض إذا ادعى إخلاله بعدم تبصيره على النحو الصحيح، حتى وإن هز هذا الأمر العلاقة الطبية بعض الشيء فإن ذلك لن يؤثر على أهميتها العملية³

الفرع الثاني: مدى نجاعة الشهادة

مبدئياً يمكن اعتماد الشهادة كوسيلة إثبات قانونية في المسائل الطبية غير أنه وعملياً فإن القاضي يجد صعوبة في الاعتماد عليها

ومهما يكن الأمر فإن الإثبات في المسؤولية المدنية الطبية أصعب مما هو عليه في المسؤولية المدنية، كون الدائن يستطيع إثبات حقه في حالات كثيرة بالشهادة، أما في المسؤولية الطبية خاصة في الخطأ الفني لا يكون للشهود، أي اعتبار في تحديد خطأ الطبيب⁴

ولا يستساغ التعويل كثيراً على شهادة الشهود، بسبب جهلهم بالمسائل الطبية، وقد يستطيع المريض الاستعانة بالشهود لإثبات خطأ الطبيب فإنه يكون للمحكمة الاعتماد على شهادتهم، لكن إن كان الشهود من أقارب المريض، فيجب الأخذ بعين الاعتبار رابطة القرابة والتي لا تخلو من الغرض⁵

1 محمد جابر محبوب، دور الإرادة من المجال الطبي، المرجع السابق، ص 410.

2 welseh , (sylvie)responsabilité du médecin, Edition, Juris-classeur titec, paris, 2003, p70

3 أحمد هديلي، نقل عبء الالتزام بالإعلام للطبيب، المرجع السابق، ص 108.

4 إبراهيم علي حماوي الجلبوسي، الخطأ المهني، والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 212 .

5 طلال عجاج، المسؤولية المدنية الطبية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 240.

وحتى ومع القول أن للمحكمة مطلق الحرية في تقدير أقوال الشهود غير انه وفي المسائل الطبية، يجب اعتمادها بمنتهى الحرص وخصوصاً لما نكون أمام صلة قرابة مع المريض أو مرور وقت طويل على الحادث الطبي¹

كما أن إثبات خطأ الطبيب، بالاعتماد على الشهادة كوسيلة طريق مسدود في معظم الحالات بسبب عدم خبرة هؤلاء الشهود وجهلهم بالأمر الطبية²

وحتى وإن جاء في الحكم اللاحق على الحكم hebruel، وذلك بموجب قرار صادر بتاريخ 1997/10/14³، أنه يمكن للطبيب إثبات بتنفيذه للالتزام بالإعلام بكافة طرق الإثبات بما فيها ذلك شهادة الشهود والقرائن، فيلاحظ أنها تثير بعض الصعوبات في مجال الإثبات، فشهادة الشهود يمكن المنازعة فيها بسبب ضرورات المحافظة على السر المهني، أو بسبب ما يبيده أعضاء المهنة الطبية من تضامن فيما بينهم⁴

هذا وقد يعتمد القاضي رغم ذلك، ووفقاً لما خوله له القانون من سلطة تقديرية في استنباط الدليل على شهادة الشهود دون الوسائل الأخرى، كما هو الحال بالنسبة لقرار صادر عن المحكمة السين الفرنسية في 1997/07/20 أين قررت المحكمة استبعاد تقرير الخبرة والاكتفاء بشهادة الشهود⁵

هذه فيما يخص الشهادة كوسيلة إثبات في المسؤولية المدنية الطبية .

الفرع الثالث: مدى نجاعة القرائن

ذكرنا سابقاً أن القرينة تقوم على استنباط مجهول من المعلوم، هذا الاستنباط الذي يقوم على الاتصال الواقعة المراد إثباتها بالواقعة المثبتة ارتباطها منطقياً، وأما العملية الاستخلاص و الاستنباط فيقوم بها القاضي .

كذلك ذكرنا أن للقرينة نوعان: قرينة قانونية و قرينة يستنبطها القاضي عن ظروف ووقائع الدعوى، وهذا هو النوع الذي يهمننا في دراستنا، كون أنها وسيلة تمنح القاضي إمكانية

1 عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدالدة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، المرجع السابق، ص 216.

2 حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية الجزء 2 الخطأ، دار وائل للنشر، الأردن، 2006، ص 479.

3 Cass, Iere, ch, civil, le 14.10.1997, publié au bultin, www.légi.france.gouv.fr.

4 محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 89.

5 قرار محكمة السين الفرنسية الصادر بتاريخ 1997/07/20، مشار إليه في أحمد حسين الحياوي، المسؤولية المدنية

للأطباء في ضوء القانونين الأردني والنظام الجزائري، المرجع السابق ص 117.

الاعتماد عليها في إثبات الخطأ، كذلك الأمر بالنسبة لعلاقة السببية، أي أنها مهمة في إثبات المسؤولية المدنية الطبية

هذا ويرى الأستاذ سافاتي savatier ، بأن قواعد الإثبات المقررة بالنسبة للإثبات في الخطأ الطبي، لا تحول دون لجوء المحاكم إلى القرائن الواقعية *présomption de fait* وقد تم الأخذ بها في العديد من المرات من محكمة النقض الفرنسية¹

فقد رأينا أنه أمام ما يواجه المريض من صعوبات في سبيل البلوغ لحقه ، فقد حاول القضاء مرارا التخفيف من هذه الصعوبات عن طريق الخطأ الاحتمالي أو نقل عن الإثبات فيما يخص الإلتزام بالإعلام كذلك في التوسيع من حالات الإلتزام بتحقيق نتيجة² ولقد تطرقنا لهذا سابقاً، غير إن القضاء لم يقف عند هذا الحد، بل سعا قدماً من اجل مساعدة المريض في إثبات الخطأ الطبي وباقي عناصر المسؤولية الطبية وهذا عن طريق القرائن القضائية.

فلمحكمة أن تستعين بالقرائن القضائية لاستخلاص خطأ الطبيب، إذا ما تعلق الأمر بمسألة مسلم بها في العلوم الطبية، كاتخاذ بعض الاحتياطات لمنع تلوث الجرح في العمليات الجراحية، إذ يمكن للمحكمة هنا استخلاص قرينة من تلوث الجرح على إهمال الطبيب في اتخاذ الاحتياطات اللازمة³

كذلك فإن القضاء، كثيراً ما يتساهل في مسألة إثبات رابطة السببية بين الخطأ الطبي، والضرر وقيم قرينة لصالح المضرور، متى كان من شأن ذلك الخطأ أن يحدث عادة هذا الضرر، فالقرينة على توفر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور⁴

وقد بدا هذا في الأحكام الحديثة لمحكمة النقض المصرية، حيث تقيم قرينة قضائية *présomption judiciaire* على خطأ الطبيب لمصلحة المضرور في جراحة التجميل فقضت " ...بأنه وإذا أثبت هذا المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب كما إذا أثبت أن الترقيع الذي أجراه له جراح التجميل في موضع الجرح والذي نتج عنه تشوه ظاهر بجسمه

1 حسن علي الذنون، مبسوط في المسؤولية المدنية ، الجزء 2 الخطأ، المرجع السابق ،ص489.

2 رايس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق، ص 285 296.

3 حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 1948/06/20، أحمد حسن عباس الحيايري، المسؤولية المدنية للطبيب في

ضوء النظام القانوني الأردني والنظم القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص117.

4 محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص182.

لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية التجميل وفقاً للأصول الطبية المستقرة فإن المريض يكون بذلك أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه¹

كذلك إذا تعلق الأمر بإثبات المريض لإهمال الجراح أو تقصيره، وما ينطوي عليه هذا الإثبات من صعوبات، بل ويستحيل البرهنة على المسلك الخاطئ للجراح ومراعاة لهذه الصعوبات فإن المريض هنا يكتفي بجعل دعواه قريبة للتصديق عن طريق إثبات واقعة معينة ترجح إهمال الجراح لقيام قرينة القضائية على عدم تنفيذه التزامه²

وقد حكمت محكمة leon الابتدائية في فرنسا بتاريخ 1952/07/02 إن إثبات رضى المريض في منتهى الصعوبة والذي يستحيل أحياناً خاصة في الحالات الخطيرة،³ لذى قررت أنه يكون على القضاة وبالنظر إلى الصعوبات التي يواجهها المدعي في سبيل إثبات عدم الرضا التماس الدليل من خلال ظروف الدعوى

هذا ويجب أن تكون هذه القرائن والتي لا تعدو عن كونها قرائن واقع، ألا تؤسس على مجرد الاستنتاج والاستنباط بمفهوم المخالفة⁴

ومسألة الأخذ بالقرائن، ليست بالجديدة فالقضاء والفقهاء كانا يأخذان به سلفاً وقبل أن يتم نقل عن الإثبات للطبيب في مسألة الإلتزام بإعلام المريض والحصول على رضاه، فكانت المحاكم تعتبر أن المريض قد رضى بالعلاج بمجرد تسلم بطاقة مكتوبة عليها (غرفة العمليات يوم الجمعة 21 ديسمبر الساعة الثامنة والنصف) وقدمه فعلاً للمستشفى في ذلك التاريخ والساعة، كذلك بأن الرضا الضمني قد يستتب عند اصطحاب الأم لابنتها القاصر مع الطبيب المعالج إلى المستشفى، لوجوب إجراء تدخل جراحي عاجل لها، أو من شكوى الأم من تأخر إجراء العملية أو من سلوك المريض المتمثل في طلب تدخل المختص الذي قام بجراحته⁵

1 محمد حسين منصور، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 183.

2 رجب ريم عبد اللاه، المسؤولية المدنية لجراح التجميل، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 206 207.

3 سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، المرجع السابق، ص 125.

4 منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوروبية والأمريكية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 267.

5 علي جابر محجوب، دور الإرادة في المجال الطبي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 415.

كما هو الأمر إذا كان إدعاء المريض بخصوص إهمال الطبيب تعقيم الإبرة التي حقنه بها، فهنا حتى مع عدم استطاعة المدعي (المريض) إثبات واقعة عدم التعقيم بطريقة مباشرة، غير انه يمكن لهذه الواقعة (إهمال تعقيم الإبرة) أن تستنبط عن طريق القرائن القضائية طالما ثبت إلتهاب موضع الحقنة وظهور آثار التلوث عليه بعد عملية الحقن بقليل¹

كما يقر الفقه الفرنسي في إطار المسؤولية الطبية أن باستطاعة القاضي تأسيس حكمه، على مجرد قرائن ضعيفة وغير قوية، وهذا ما يسميه تطبيقاً لنظرية الخطأ المفترض، والتي تقضي أنه لو لم يحدث خطأ لما كان ضرر، ومن هنا فحكمه أو قراره غير مؤسس على القرينة بمعنى استنتاج الواقعة المجهولة من الواقعة المعلومة ولكن حكمه مؤسس على مبدأ الخطأ الاحتمالي أو المفترض، أي عدم إمكان وجود ضرر بدون ارتكاب خطأ²

هذا و نجد في الحكم الصادر بتاريخ 14 أكتوبر 1997 المشار إليه سابقاً، أن محكمة النقض الفرنسية أيدت ما ذهب إليه قضاة الاستئناف من استنباط، بأن المريضة قد وافقت على الفحص الطبي الذي أجري لها وأن رضاها كان مستتيراً، وذلك استناداً للظروف والتي تمثلت في أن المريضة كانت عاملة بمختبر المستشفى الذي أجريت به العملية، وتجاوزها مع الطبيبة بشأن العملية والقيام بها، إضافة إلى أن المريضة قد عبرت فعلاً عن ترددها وقلقها إزاء إجراء العملية وكلها وقائع تمثل في رأي محكمة النقض قرائن قوية، ويمكن للقاضي أن يؤسس عليها استنتاجه في إثبات الرضا المستتير للمريضة³

فأساس التدلليل في القرائن هو مبدأ الاحتمال الكافي أو مبدأ الترجيح ومن هنا فالدائن يمكنه فقط إثبات واقعة تدل على الإهمال، حتى وإن كانت دلالة غير قاطعة، فيكفي أن تكون دلالة كافية لترجيح هذا الإهمال فتقوم قرينة قضائية تدل على عدم تنفيذ هذا الإلتزام، وعلى الطبيب أن يثبت أنه بذل العناية اللازمة ولاملاص له من ذلك إلا بتبيان الظروف المحيطة بالواقعة التي قد تنفي وصف الإهمال⁴

1 سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، المرجع السابق، ص 79.

2 Jean panneau. la responsabilité du médecin ,op,cit, p80

3 علي جابر محجوب، دور الإرادة في المجال الطبي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 79.

4 منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 562.

غير أنه ينبغي وفي مسألة إقامة القرائن لصالح المضرور في مسألة إثبات العلاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر أن تكون قرائن قوية متكاملة لقيام علاقة سببية¹ كما يرى العلامة (سافاتييه) في كتابه (المسؤولية المدنية) أن على القاضي استخلاص العلاقة السببية من قرائن ودلائل متفقة، وهي ليست بالشئ الذي نراه او نلمسه إنما نستنتجه بفكرنا من الواقع، والقاضي حر في تكوين عقيدته ورقابة محكمة النقض ينحصر في التحقق من أسباب الحكم²

ولذلك فإنه كان لزاماً على القاضي، في دعاوى المسؤولية أن يكون حريصاً وحذراً في استخلاصه للقرائن، وأن يعرف الحدود التي يقف عندها استنتاجه وتقديره وهذا حتى لا يقحم نفسه في مسائل فنية وجب أن تبقى لأهل الاختصاص أي من أهل الخبرة.³

الفرع الرابع: دور القاضي في إثبات عناصر المسؤولية المدنية الطبية

إن الأصل العام أنه وفي الإثبات، فإن مبدأ حياد القاضي في الدعوى الذي يفرض عليه القيام بدور المحكم بين الخصوم، يجعل من موقفه سلبياً من الدعوى فيقتصر دوره على تقدير ما يقدمونه من أدلة غير أن هذا المبدأ لا يمنعه لاستجلاء الحقيقة، لذلك خول له القانون سلطة محددة في توجيه الدعوى واستكمال الأدلة ليتسم موقفه بالاجابية وجدير بالذكر أن هذه السلطات التي خولها القانون للقاضي والتي تجعل له دوراً إيجابياً في الإثبات يجب أن تكون في حدود ما تدعو الحاجة إليها⁴

ونفس الدور الايجابي، يلعبه القاضي في مسألة الإثبات في نطاق المسؤولية المدنية الطبية، فالقاضي يقوم بتقدير الأخطاء الطبية كذلك علاقة السببية وقيامها، وهذا بالارتكاز على ما يقدم المدعي (المريض) أو المدعي عليه (الطبيب) من أدلة وبراهين حسب قواعد الإثبات ونقلها، فالقاضي دور كبير في تقدير عنصري الضرر وعلاقة السببية.

1 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص392.

2 أحمد حسن عباس الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص139.

3 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب ، دراسة مقارنة ، المرجع نفسه، ص393.

4 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (الإثبات في المواد المدنية والتي ، المرجع السابق، ص14.

أولاً: دور القاضي في تقدير عنصر الخطأ

للقاضي سلطة واسعة في استنباط القرائن القضائية من ظروف ووقائع الدعوة لماله من سلطة التقدير، فهو لا يقوم بإثبات الخطأ الطبي، وإنما يتحقق من نسبة حدوث الوقائع التي أثبتتها المريض على الطبيب من ناحية، ومن ناحية أخرى، يعرض الوقائع على معيار الخطأ لمعرفة ما إذا كان يمكن استنباط خطأ الطبيب منها¹

كما يقوم القاضي باستخلاص الخطأ الفني الطبي من خلال سلوك الطبيب المدعى عليه والسلوك الغير مألوف²

ويتوقف تقدير القاضي للأخطاء انطلاقاً من ماهيتها، ففي الأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية فإن تقديره يكون على ضوء النصوص المختلفة ذات الصلة بهذا الجانب من الممارسة الإنسانية، سواء وردت في قانون أخلاقيات المهنة أو في القانون المدني أو الجنائي، دونما حاجة إلى الاستعانة بأهل الخبرة فتقدير هذا النوع من الأخطاء ينفرد به القاضي وحده³

ففي المسؤولية الطبية، لا يحق للقاضي القيام بإثبات ما يجب على المريض إثباته، بل يقوم القاضي بتحقق من حدوث الوقائع التي أثبتها المريض المضرور على الطبيب، و لقاضي الموضوع السلطة المطلقة في استنباط القرائن القضائية المعتمد عليها، فلا رقابة عليه فيما يحصله من شهادة الشهود أو من القرائن وله أن يأخذ بما يطمئن له تاركاً ما عداه ولو كان محتملاً متى أقام قضاؤه على أسباب سائغة⁴

كذلك يمكن القول أنه وعامة فبالنسبة للخطأ العادي والذي يمثل في التقصير في بذل العناية اللازمة للمريض والإخلال بواجب الحيطة والحذر المفروض على كل شخص فإن القاضي يستطيع استخلاص الخطأ بنفسه كعدم الحصول على رضا المريض مثلاً⁵

1 ثائر جمعة شهاب العاني، المسؤولية الجزائية للأطباء، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، 2013، ص176.

2 ثائر جمعة شهاب العاني، المسؤولية الجزائية للأطباء، منشورات الحلبي الحقوقية، المرجع نفسه، ص176.

3 محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص143.

4 محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص184.

5 منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحية، المرجع السابق، ص604.

فيمكن القاضي مثلاً تقدير الخطأ بنفسه، إذا تعلق الإثبات ببعض المسائل الطبية الظاهرة كما في أحوال عدم إعطاء المريض حقنة البنج أو عدم تعقيم الأدوات الطبية المستعملة في الجراحة، أو في حالة نسيان بعض هذه الأدوات الطبية المستعملة في الجراحة في جسم المريض بعد إجراء العملية¹

ولا يقتصر دور القاضي في تقدير الخطأ المتعلق بالإنسانية الطبية كذلك في بعض الممارسات أو الأخطاء الفنية البسيطة ويمكنه ذلك من خلال المقارنة بين سلوك المدعى عليه والسلوك الفني المؤلف للوقوف على مدى خروج الطبيب على السلوك المؤلف والواجب الإلتباع ، وفي هذه المقارنة قد يعتمد القاضي المعيار الشخصي وذلك من خلال الأخذ في الاعتبار المواهب الشخصية والوضع الذهني والخبرة المهنية، أو اعتماد المعيار الموضوعي والذي محوره التصور النظري لما كان مفترضاً من تصرف لدى الطبيب العادي ويقرر بعدها القاضي²

وإن كان من السهل على القاضي تبين الخطأ الطبي بنفسه فيما يتعلق بإعماله العادية، إلا أن ذلك يبدو عسيراً بالنسبة للأعمال الطبية والتي تنتمي إلى الفن الطبي لذلك فللقاضي الاستعانة بأهل الخبرة³

فالقاضي لا يستطيع وبسبب عدم توفر المعرفة الكافية لديه بالمسائل الطبية التصدي بنفسه لمناقسة هذه المسائل وأن يقدر بنفسه خطأ الطبيب في هذا المجال⁴ ومع أن القاضي يلجأ إلى الخبرة لجهله بالفن الطبي، إلا أنها في الحقيقة لا تعدو كونها وسيلة يستكمل بها القاضي اقتناعه فإنها بهذا تفيد أن للقاضي دور يقوم به في تجميع إثبات الخطأ المدعى به تجاه الطبيب من خلال لجوئه لخبراء المهنة⁵

1 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق ، ص238.

2 ثائر جمعة شهاب العاني، المسؤولية الجزائية لأطباء، المرجع السابق ، ص176 178.

3 محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق، ص186.

4 منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص605.

5 محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص216.

وينبغي الإشارة هنا إلى أن محكمة الموضوع تكون مستقلة في التقدير إذا ما كنا أمام التزام الطبيب ببذل عناية، أما في حالة التزامه بتحقيق نتيجة فالمحكمة لا تستخدم سلطتها التقديرية لأن الخطأ يكمن في عدم تحقيق النتيجة¹

ثانياً: دور القاضي في تقدير عنصر الضرر

فعنصر الضرر الطبي يخضع تقديره لسلطة محكمة الموضوع، فلها إذن أن تقرر أن ما حدث للمريض من جراء التدخل الطبي كان ضرراً أم لا².

فيمكن للقاضي أن يتثبت من وجوده أو نفيه معتمداً على الأدلة التي تساق في هذا المجال والضرر مسالة واقعة، لذا فللقاضي الموضوع حرية الاقتناع بوجوده أولاً ولا رقابة عليه من المحكمة العليا شريطة أن يبين القاضي في حكمه الضرر الذي أصاب المريض المضرور وإلا عد قضاؤه غير سليم³

فمثلاً لا يعد من قبيل الضرر الموجب لمساءلة الطبيب، أن عمله الطبي أو تدخله الجراحي لم يعطي نتائج كان بالإمكان أن يحصل عليها طبيب أقدم وأنبه منه أو أكثر تجربة، وهذا لاستحالة المطالبة من جميع الأطباء أن يكونوا على درجة واحدة من المهارة والبراعة⁴

وعن تحديد عناصر الضرر التي تدخل في حساب التعويض فهذه تعد مسألة قانون يخضع فيها القاضي للرقابة المحكمة العليا، وعلى القاضي تبيان الوسائل المعتمدة لتقدير التعويضات⁵

فالحقيقة أن القاضي حين يبين عناصر الضرر يضع في الحسبان ما إذا كان الضرر اللاحق بالمريض نجم جميعه عن عمل الطبيب، أم كان للمريض دخل فيه ليقضي بتعويض مناسب لكل حال⁶، وهذا بالنسبة لعنصر لضرر الطبي .

1 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 238 240.

2 منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 610.

3 راييس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 279.

4 منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع نفسه، ص 610.

5 راييس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع نفسه ، ص 279.

6 إبراهيم علي حماوي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 208.

ثالثاً: دور القاضي في تقدير عنصر علاقة السببية

يتمتع قاضي الموضوع بالسلطة التقديرية والتي تخوله استنباط القرائن القضائية التي يعتمد عليها في تكوين قناعته ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا، فله أن يأخذ ما يراه مناسباً للعدل وبما يطمئن إليه وما يريح ضميره، حتى لو كان ما يتركه محتملاً بشرط أن يعلل حكمه تعليلاً كافياً ويعطي تسبباً وافياً¹

فاستخلاص المحكمة يجب أن يكون من وقائع ثابتة منتجة تذكرها في الحكم وإلا كان حكمها باطلاً لقصور أسبابه²

وهذا ما يمكن قوله بشأن تقدير القاضي لعنصر علاقة السببية في المسؤولية المدنية الطبية، ولعل أهم ما يمكن قوله أن القاضي يسعى لاستخلاص عناصر المسؤولية الطبية، التي يتولى النظر فيها وفقاً لقواعد العامة والمبادئ المستقر عليها في الإجهاد القضائي، فيتحقق أولاً ثبوت الوقائع من حيث حصول الفعل أو تركه .

كذلك مدى قيام الطبيب بالمهمة الموكلة إليه من أفعال لما هو منسوب إليه في الدعوى التي رفعت ضده، وكلها مسائل تخضع لاقتناع قاضي الموضوع بناءً على قوة إثبات تلك العناصر والأدلة.³

1 رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء، وإثباتها، المرجع السابق ، ص 281.

2 محمد حسن منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 164.

3 رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء، وإثباتها، المرجع نفسه، ص 276.

المبحث الثاني: وسائل إثبات العمل الطبي الفني

إن القاضي يستطيع تقدير الأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية، كما يستطيع وبموجب ما خوله القانون له من سلطة تقديرية، من استنباط الدلائل والقرائن والتي يستطيع من خلالها تقدير عنصر الضرر أو علاقة السببية.

كذلك قد يستطيع معرفة أسباب إنتفاء علاقة السببية، وهذا من خلال الأدلة المقدمة إليه، وعلى العموم فإن القاضي وأمام دعوى المسؤولية الطبية قد تساعده خبراته ومعرفته للتدليل على بعض الجوانب العامة والتي تحقق العمل الطبي، غير أنه وفي المسائل الفنية والمتعلقة بأصول مهنة الطب، فإن القاضي يحتاج لمساعدة أصحاب الخبرة.

فتقدير الأخطاء العادية للطبيب سهلة الاستخلاص من القاضي كونها لا تتطلب أية مهارة أو تخصص فهي لا تعد وكونها أحيانا إنسانية بحتة، ولكن الأخطاء الفنية فتقديرها يتطلب من القاضي التحلي بالحيطة والحذر فلا يعترف إلا بما كان ثبوته قاطعا على أن مخالفة الطبيب كانت عن جهل وتهاون للأصول الفنية الثابتة والقواعد العملية الأساسية، والتي لا مجال للشك فيها والتي من المفترض أن يعرفها كل طبيب من مستواه، وعلى القاضي التوجه إلى المتخصصين من الخبراء من أهل الطب من أجل الاستيضاح، متى تعلق الأمر بمسائل علمية محل خلاف، ولا يزال يدور حولها النقاش والجدل وهذا تقاديا لإقحام نفسه في هذا النقاش العلمي¹.

فللقاضي الإستعانة بذوي الخبرة والفن حتى يسترشد بمعلوماتهم فيما يصعب عليه أثناء القيام بمهنته، كما هو الحال بالاستعانة بخبير أشعة لقراءة الصور الشعاعية بوضوح كما يتعين على القاضي تحديد مهمة الخبير الفني، بكل دقة ووضوح².

وقد أفرد المجتمع الجزائري بندا خاصا في مدونة أخلاقيات الطب تحت عنوان ممارسة الطب وجراحة الأسنان، بمقتضى الخبرة من المادة 95 إلى غاية المادة 99 م.أ.ط³.

1 منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص ص 604 605.

2 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 392 393.

3 مدونة اخلاقيات الطب، م.ت رقم 92-276.

كما اعتبرت المحكمة العليا "أن القاضي لا يمكنه القول أن الطبيب قد بذل العناية المطلوبة منه دون الرجوع إلى الخبرة عند فصله في نقطة فنية تتطلب تخصصاً مهنياً" وهذا في قرار لها صادر بتاريخ 2003/06/24 ما يفهم منه أن القاضي يجب أن يلجأ لأهل الخبرة والتخصص وهذا حتى يمكنه الفصل في سلوك الطبيب بأنه سلوك فني مألوف أولاً¹.

إستعانة القاضي بخبير يهدف كشف الغموض حول الطبيعة الفنية، التي تحوم حول بعض المسائل والتي لا يستطيع مواجهتها وفهمها استناداً إلى ثقافته ومعلوماته المحدودة في ذلك المجال، دفعت بالعديد للخلط بين المهمة الموكلة للخبير ومهمة القاضي حتى أن البعض توجهوا إلى القول بأن الخبير هو القاضي الأول في الدعوى إذا ما تعلق الأمر بحل المسائل الفنية، حيث أن الطبيب ليس كباقي المهنيين، ولأن القاضي دوره محدود بمراجعة النصوص القانونية وتطبيقها.

فحل المسائل المتعلقة بمسؤولية الطبيب لا يمكن أن تحل إلا من طرف شخص زاول الدراسة الكاملة للطب، مما ذهب بعضهم لاعتبار القضايا الطبية مسائل يجب إخراجها من ساحة القضاء وعرضها أمام مجالس متكونة من أهل المهنة، الشيء غير المعقول كون أنه في تطبيق هذا بالنسبة للأطباء يدفع لإنشاء محاكم خاصة لكل مهنة وفي هذا تضحية بالصالح العام².

لكن حتى وإن جاء هذا الخلط بين مهمة الخبير والتي تتوق عند معرفة الجوانب الفنية البحتة للطبيب، وبين دور القاضي والذي يأخذ تلك التقارير المعدة من طرف العارفين بنون المهمة ليقوم بإسقاطه في الجانب القانوني، فإن ذلك لا يضع القاضي في موضع أقل من شأنه، كما لا يقلل من دوره أو مهمته.

1 قرار المحكمة العليا رقم 29762 الصادر بتاريخ 2003/06/24 والذي جاء فيه "لا يمكن القول أن الطبيب بذل غايته المطلوبة منه دون الرجوع إلى خبرة محددة من طرف خبير مختص في نفس المجال واستشارة مجلس أخلاقيات الطبية الجهوية المنشأ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 92/276 المؤرخ في 06-07-1992 وأن القرار المطعون فيه فصل في نقطة فنية تتطلب تخصصاً مهنياً للفصل فيها مما جعل تعليقه غير مساغ منطقياً وقانونياً نتيجة القصور في الأسباب الأمر الذي يؤدي إلى النقض"، المجلة القضائية، العدد الثاني 2003، ص 337.

2 منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 594 595.

وسنأتي على دراسة عنصر الخبرة كوسيلة وحيدة ومهمة، لإثبات العمل الفني الطبي، لذا سندرج ماهية الخبرة بصفة عامة في (المطلب الأول) ثم دور الخبرة في إثبات المسؤولية المدنية الطبية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية الخبرة

سننتقل إلى ماهية الخبرة من خلال تعريفها وأنواعها ثم طبيعتها وخصائصها وأخيراً إلى كيفية ندب الخبير وتقرير الخبرة من خلال الفروع التالية.

الفرع الأول: تعريف الخبرة وأنواعها

أولاً: تعريف الخبرة

تعني الخبرة لغةً، العلم بالشيء والخبير هو العالم، ويقال خبرت الأمر أي علمته وخبرت بالأمر إذا عرفته على حقيقته¹، وتعني اصطلاحاً إحدى طرق الإثبات أو ما يسمى بالمعاينة الفنية، التي يعتمدها القاضي في تكوين رأيه وقناعته بناءً على ما يبيده أهل الخبرة² وهي طريقة إثبات مباشرة كالمعاينة، نظراً لاتصالها بالواقعة المراد إثباتها وتتم بواسطة أشخاص تتوفر لديهم الكفاءة في النواحي الفنية التي لا تتوفر لدى القضاة.³

وتعرف أيضاً بأنها "مسطرة تستهدف استعمال معارف أخصائي لتسليط الأضواء على مسألة يتوقف حلها على تقنية لا يتوفر عليها القاضي" وأنها "إجراء يتعلق بموضوع يتطلب إماماً بمعلومات فنية لإمكان استخلاص الدليل منه" أو أنها "الاستشارة الفنية التي يستعين بها القاضي أو المحقق في مجال الإثبات لمساعدته في تقرير المسائل الفنية التي يحتاج تقديرها إلى معرفة فنية أو دراية علمية لا تتوفر لدى القضاة بحكم العمل والثقافة".⁴

1 مراد محمد الشنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان الأردن، 2008، ص 98.

2 سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، المرجع السابق، ص 87.

3 محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 403.

4 عبد الناصر عصامي - عائشة العروسي، الخبرة كدليل في المادة الجنائية في القانون المغربي، مجلة المحاكم المغربية، مجلة صادرة عن هيئة المحامين بالدار البيضاء، العدد 62، الدار البيضاء المغرب، 1991، ص 62.

ويعرفها الأستاذ عبد الوهاب عرفة، بأنها نوع من المعاينة يحتاج إلى تخصص فني علمي يقصر عنه علم القاضي، ويتوقف عليه الفصل في النزاع.¹

فالخبرة يقصد بها الحصول على المعلومات الفنية في المسائل التي قد تعرض القاضي، ولا يستطيع العلم بها بل أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي في المسائل الفنية بعلمها، وإنما يجب عليها الرجوع بها إلى أهل الخبرة.²

والخبرة معرفة في كتابه الحكيم قال تعالى: " فستلوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون"³.

كما عرفها المشرع الجزائري في المادة 125 ق.إ.م.إ والتي تنص " تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي " وهنا قد عرفها المشرع من خلال هدفها والغاية منها.⁴

إن في المعرفة المتخصصة في أحد العلوم الفنية، ووسيلة علمية تقرر المحكمة اللجوء إليها في المسائل التي تحتاج إلى تفسير علمي لإظهار الحقيقة في القضية المتنازع فيها، فالخبير هو كل شخص له دراية خاصة بمسألة من المسائل، وقد يكون موضوع النزاع مسألة فنية من مسائل الطب أو الهندسة أو الزراعة أو المحاسبة أو غيرها من الفنون التي لا يدركها القاضي، فيلجأ إلى تكليف خبير لفحص الموضوع وإبداء رأيه فيه.⁵

وهذا عن تعريف الخبرة عامة، أما عن الخبرة الطبية فقد نص عليها المشرع الجزائري بموجب المادة 95 م.أ.ط "الخبرة الطبية عمل يقوم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان المعين من قبل القاضي أو سلطة قضائية، لمساعدته التقنية، لتقدير حالة الشخص الجسدية والعقلية وتقييم المسائل المترتبة على آثار جنائية أو مدنية"⁶

1 عبد الوهاب عرفة، الإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 149.

2 نبيل صقر-مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية لإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 229.

3سورة النحل، الآية 43.

4 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري . .

5 جمال كيلاني، الإثبات بالمعاينة والخبرة في الفقه والقانون، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، مجلة

تصدر عن جامعة النجاح الوطنية، قسم الفقه والتشريع، المجلد 16(1) نابلس فلسطين، 2006، ص 277.

6 مدونة أخلاقيات مهنة الطب ، م.ت رقم 92-276.

ففي الخبرة الطبية، يتم تعيين طبيب كخبير وهذا لمساعدة القاضي عندما يحتاج لإجابة عن تساؤل أو غموض في بعض الحالات لإصدار حكمه¹

فرجل القانون والذي يفصل في الدعوى، لزاماً عليه لبناء قراره على توافر أو عدم توافر ثبوت الخطأ فيها، زيادة على دقة العمل وما يتطلبه من ضرورة حماية الخاضع لها ، كلها معطيات تجعل من مهمة قاضي الموضوع، مهمة صعبة تجعله يستعين بالخبراء الفنيين.²

وتمثل خبرة الطب الشرعي في المجالات المدنية والجنائية جهة فنية معاونة، ويجمع الطبيب الشرعي بين صفتين، صفة كخبير فني وصفته كموظف عام، ويعد الطبيب الشرعي هو المختص فنيا في المسائل الطبية البحتة، حيث تلتزم المحكمة بالرجوع إليها في حكمها وذلك بما يقرره من حقائق علمية ثابتة كدليل إثبات مادي في المسائل الفنية المطروحة.³

وتشكل تقارير الطبيب الشرعي ضمان أساسي لحق الخصوم، كونها تتم وفق أصول فنية علمية، كذلك فإن تقرير الطبيب الشرعي خاضع ل ضمانات الخبرة أي الرد أو التثني عن المهنة، إضافة إلى أن قد المشرع أحاط الأطباء الشرعيين بوصفهم موظفين عموميين بنوع الرقابة من القضائية ورقابة من الخصوم أنفسهم.⁴

ثانياً: أنواع الخبرة

لقد تعرضنا سابقاً إلى الخبرة القضائية، وهي الخبرة التي تكون بناءً على طلب القاضي على وجه الاستعانة والاستيضاح، وبالإضافة إلى الخبرة القضائية، فإنه توجد الخبرة الاستشارية والخبرة الاتفاقية.

1 Dominique Giocanti , Chrisophe Bartoli, le médecin expert face au compromis d'arbitrage, revue médecine et droit, volume2008 , issue90, Mai jun 2008 p13

2 منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 590.

3 سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، المرجع السابق، ص 91.

4 سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، المرجع نفسه، ص 91.

1. الخبرة الاستشارية:

وهي خبرة تتم عن طريق المحكمة، ولا يشترط قيام صفة الخصم فيمن يلجأ إلى هذا النوع من الخبرة وصورتها اللجوء إلى أهل الفن والتخصص، بغية النصح والمشورة في أي موضوع أو مسألة من المسائل لغاية يعرفها صاحب النصح والمشورة، مثالها طلب التوضيح والتثبت من جودة سلعة معينة يريد شرائها، أو لجوء الخصم في دعوى مرفوعة أمام القضاء إلى أهل التخصص للحصول على معلومات تدعم رأيه وحجته في سبيل إعداد دليل دفاع أو ليفيد رأي الخبير المعني من طرف المحكمة.¹

2. الخبرة الاتفاقية:

خبرة تتم نتيجة اتفاق مسبق أو لاحق على قيام النزاع بين طرفين أو أكثر²، وتسمى أيضا الخبرة الودية أو الحبية، وهي تلك الخبرة التي يلجأ فيها أطراف النزاع إلى الخبير، للحصول على رأيه في مسألة يعد متخصص فيها، وموضوع الخلاف بينهم وهذا بعيداً عن القضاء، وإنما فالنقدير هنا للخصوم وحدهم وهنا لا ينفرد أحد الخصمين باختيار الخبراء، واتفاق الأطراف في هذه الخبرة هو القول الفعلي، ولا تلزم المحكمة بهذا النوع من الخبرة إلا بالقدر الذي يعطيه الاتفاق لها وكأصل عام فإن المحكمة لا تلزم بما جاء فيها إلا بالقدر الذي اتفق عليه الأطراف.³

ويكيف الخبير الإتفاقي على أنه وكيل عن الطرفين، وأما عن الأخطاء التي تقع منه في تنفيذ مهمته، فتقدر وفقا لقواعد التقنين المدني من عقد الوكالة.⁴

1 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، المرجع السابق، ص 100.

2 GODFRYD.MICHEL, les expertises médicales, presse universitaire de France, paris1991 p9.

3 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، المرجع نفسه، ص ص 104 105.

4 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، المرجع نفسه، ص ص 105 106.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخبرة وخصائصها

أولاً: الطبيعة القانونية للخبرة

لقد اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للخبرة، كذلك ما زاد في صعوبة الأمر، أن معظم التشريعات الحديثة جاءت خالية من هذا التحديد، وسنتطرق لأهم الآراء لتحديد الطبيعة القانونية للخبرة.

1. الخبرة شهادة فنية: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن الخبرة نوع من الشهادة الفنية، فالخبرة وذلك نظراً لتشابه الإجراءات والحجية إلى حد كبير حيث في كليهما يدلي الخبير والشاهد بمعلومة ويحلف يميناً، غير أن الخبرة نوع من الشهادة يحتاج فيها الشاهد أهلية معينة.¹

غير أن الرد على هذا الاتجاه جاء عن طريق إظهار أوجه الاختلاف بين الشهادة والخبرة الذي يبرز من خلال عدة نواحي وهي:

الخبرة وكما سبق تعريفها وسيلة لمساعدة القاضي من الوجهة الفنية في تقدير دليل قائم في الدعوى ودليل الإثبات فيها ينصرف إلى رأي الخبير المثبت في تقريره، أما الشهادة فهي إدلاء الشاهد بمعلومات معينة عن الغير أو عن الواقعة التي توصل إليها بإحدى حواسه، أي التعبير عن مضمون الإدراك الحسي للشاهد بالنسبة لتلك الواقعة، أي أنها وسيلة إثبات تهدف إلى جمع واستكمال الأدلة اللازمة في الدعوى.²

- يمكن استبدال الخبير على عكس الشاهد والذي لا يمكن استبداله لأنه مدرك الوقائع، وأكبر دليل على هذا الاختلاف أنه يمكن لمحكمة الدرجة الثانية استبدال الخبير المعين من قبل محكمة الدرجة الأولى، غير أنها لا يمكن أن تملك حرية استبدال الشاهد.³

1 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، المرجع السابق، ص 106.

2 عبد الناصر عصامي، عائشة العروسي، الخبرة كدليل في المادة الجنائية في القانون المغربي، المرجع السابق ص 62.

3 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، المرجع نفسه، ص ص 116-117.

- يشترط في الخبير صفات خاصة تختلف عن تلك التي ينبغي توافرها في الشاهد فيكفي الإدراك والتمييز وسلامة العقل في الشاهد، بينما على الخبير أن يكون متميزاً مزوداً بقوة الملاحظة ومملكة التدقيق حتى يتأتى له رؤية مالا يستطيع المشاهد العادي رؤيته.¹

2. الخبرة وسيلة لتقدير الدليل:

ومضمون هذا الرأي أن الخبرة ليست إلا وسيلة للإثبات، كونها لا تهدف لإثبات وجود أو نفي واقعة أو حالة بل هي وسيلة لتقدير عنصر الإثبات في الدعوى، كما أن وسائل الإثبات تخلق الدليل في حين أن هذا غير محقق في مجال الخبرة، والتي تتعلق بواقعة أو حالة يراها القاضي غامضة بالنسبة له.²

فالخبرة لا تقدم إلا بحال قيام إشكال أو غموض أمام القاضي بشأن دليل إثبات مقدم، ليلجأ القاضي بهذا إلى متخصصين أي خبراء لإزالة مثل هذا الإشكال أو الغموض، فالخبرة تستعمل كثيراً في حالات كثيرة مثل تقدير سلامة غيرها من الأدلة كالشهادة والاعتراف.³

3. الخبرة إجراء مساعد للقاضي:

ومفاد هذه النظرية أن الخبرة ما هي إلا إجراء لمساعدة القاضي للوصول لتقدير الحالة التي بين يديه، والتي تتطلب معرفة خاصة لا تتوفر لديه، كذلك فإنها تساعد القاضي على استكمال معلوماته وتزويده بكل ما يحتاجه من رسائل فنية، تساعد في تكوين قناعته بكل نزاهة وجدية.⁴

والقاضي هو من يحدد ويعين الخبراء الذين يساعده في العلم الذي تقتصر إليه ادراكاته، فهو يعلم مواطن النقص في معارفه فكانت الخبرة بهذا إجراء يستعين به القاضي، ليكمل من خلالها نقص معلوماته في فن أو تخصص النزاع المطروح عليه.⁵

1 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، المرجع السابق، ص 117.

2 علي عوض حسن، الخبرة في المواد المدنية والجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، 2007، ص 16.

3 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، المرجع نفسه، ص ص 106 107.

4 علي عوض حسن، الخبرة في المواد المدنية والجنائية، المرجع نفسه، ص 17.

5 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، المرجع نفسه، ص 107.

4. الخبرة وسيلة إثبات:

وهو الاتجاه الغالب والذي يرى أن الخبرة وسيلة إثبات خاصة تتطلب معرفة ودراية لا تتوفر في المحكمة، فهي تطلب عندما يستدعي إثبات الواقعة محل النزاع إجراء أبحاث أو تجارب علمية أو الانطلاق من علم أو فن تخصصي يخرج عن إدراكات المحكمة وعلمها.¹

حسب رأي الدكتور مراد محمود الشنيكات، أنها وكأصل عام وسيلة إثبات تنصب على المسألة التي تبحثها مباشرة، وقد تكون وسيلة إثبات مباشرة في حل النزاع وإنهائه أو غير مباشرة في هذا الخصوص، فإذا ما تعلق محل الخبرة بوقائع مادية تتعلق بتخصصات لا يعلمها سوى أهلها والذين يفيدون ثبوت المسألة أو نفيها ومثال ذلك إثبات مسؤولية الطبيب المدني عند خطأ مهني وقع فيه أو مسؤولية مقاول أو صيدلي أو غير ذلك من أرباب المهن.²

ثانياً: خصائص الخبرة الطبية

تتميز بعدة خصائص أهمها :

1. الصفة القضائية للخبرة الطبية: ومعناه أن القضاء هو الذي يقررها، وتلجأ إليها المحاكم لتقديم المعلومات من طرف الخبراء والرأي الفني لهم وذلك من باب الاستعانة للفصل في الموضوع.³

وهذا ونصت المادة 75 ق.إ.م.إ.ج أنه " يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم، أو من تلقاء نفسه أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون"، كما تنص المادة 126 ق.إ.م.إ. " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلف.⁴

1 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعينة والخبرة في القانون المدني، المرجع السابق، ص 107.

2 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعينة والخبرة في القانون المدني، المرجع نفسه، ص. 107

3 مفلح عواد القضاة، البيان في المواد والتجارية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2009، ص 316.

4 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

2. الصفة الفنية للخبرة الطبية:

إن الخبرة القضائية تقتصر على المسائل الفنية الخالصة وهذا ما أشارت إليه المادة 232ق.إ.م.إ.ف الجديد حيث تمنح للقاضي حرية اختيار أي شخص توضيح مسألة واقعية يحتاج إيضاحها تغني عن طريق المعاينة أو الاستشارة أو الخبرة.¹

فالخبرة هدفها إفادة القاضي وتبيان الأمر له بشأن مشاكل واقعية أو مادية تتطلب تحقيقات مهمة والحل فيها يتطلب لتخصص معين من أهل المهنة أو رجل الفن كما هو الحال في المجال الطبي.²

ولا يجوز للقاضي تعيين خبير لتوضيح المسائل القانونية لأن في هذا تنازلاً من القاضي عن اختصاصه للخبير وهو غير أهل للفصل في هذه المسائل، ذلك أن الخبير يعين في اختصاصه لتزويد القاضي بما لا يعلمه من أمور فنية يجهلها، لأنها ليست من تخصصه.³

3. الصفة الاختيارية للخبرة الطبية:

هي في الأساس جوازية بمعنى أن القاضي ليس ملزماً بالقضاء الخبرة ولا يسوغ لأي طرق إلزامه بذلك، فأمر اللجوء إلى الخبرة موكول إلى السلطة التقديرية للقاضي.⁴

فلمحكمة سلطة واسعة في تقدير مدى ضرورة الاستعانة بخبير، وتملك الحرية في نذب الخبير من تلقاء نفسها أو عدم ندبه متى رأت أسباب صائغة في ذلك ولا معقب عليها في هذا.⁵

1 Art 232 ,c.p.c.f, « le juge peut commettre tout personne de son a Choix pour de fait qui requiert les limiers dun technicien » .

2 مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المسؤولية المدنية للخبير الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 2004، ص 7

3 مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المسؤولية المدنية للخبير الجنائي، المرجع السابق، ص 7 8.

4 عبد الناصر عصامي- عائشة العروسي، الخبرة كدليل إثبات في المادة الجنائية في القانون المغربي، المرجع السابق، ص 62.

5 مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المسؤولية المدنية للخبير القضائي، المرجع السابق، ص 12.

4. الصفة التبعية للخبرة الطبية:

ومعنى هذا أن الخبرة تقرر تبعا للدعوى الأصلية وكإجراء إثبات يساعد على الفصل في الدعوى المقامة.

فالخبرة القضائية تتطلب أن يكون هناك نزاع قائم، حيث الخبرة وسيلة إثبات تساعد في حسم النزاع، ويرفض القضاء الفرنسي أن تكون مستقلة بذاتها عن أي نزاع قائم، فلا يمكن أن تكون الخبرة محلا لدعوى أصلية قبل أي نزاع، أي أنها من إجراءات الإثبات التي يلجأ إليها الخصوم أو القاضي بصدد دعوى قائمة بالفعل.¹

الفرع الثالث: كيفية ندب الخبير

للقاضي تعيين الخبير من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، فيجوز لكل جهة قضائية تتولى التحقيق أو تجلس للحكم، عند عرض المسائل ذات الطابع الفني أن تأمر بندب خبير ليقوم بالمهمة الموكلة، بعد أدائه اليمين والمشرع لم يلزم القاضي بضرورة ندب خبير فيما يتعلق بالموضوعات التي تتطلب الإلمام بعلم أو فن معين وترك له السلطة التقديرية²

فيعين الخبير من طرف القاضي والذي عادة يختار خبير مسجل في قائمة الخبراء المسجلين على مستوى محكمة الاستئناف ويختاره حسب مجال تخصصه والذي يطابق ويوافق المسألة المراد إزالة الغموض عنها من حيث جانبها الفني والموجودة في الملف المقدم في القضية³

أما حسب التقنين الفرنسي، فإن القاضي يقوم بمهمة تعيين أطباء أو جراحي أسنان أو صيادلة مختصين في مسائل الطب الشرعي للقيام بالخبرة وعند تعذر وجود طبيب شرعي

1 مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المسؤولية المدنية للخبير القضائي، المرجع السابق، ص 22.

2 عبد الوهاب عرفة، الإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 150.

3 نبيل صقر-مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص

فإن القاضي يعين خبير طبي من بين الأسماء الواردة في قائمة الخبراء والتي تعد سنويا من قبل المجلس الوطني للأدب الطبية¹.

وكما نصت المادة 207 قانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها على ما يلي " يجب على السلطة القضائية أن تعين أطباء أو جراحي أسنان أو صيادلة مختصين في الطب الشرعي بالأعمال الطبية الشرعية عير أنه استثناء وفي حالة عدم وجود الطبيب الشرعي يمكن للسلطة القضائية أن تسند المهمة الطبية الشرعية إلى كل طبيب أو جراح أسنان، أو صيدلي في حدود اختصاصه"².

وهذا وقد يحق لأحد أطراف الدعوى الطلب بتعيين خبير سواء مدعى أو مدعي عليه، مع ذكر الأسباب التي دفعته لطلب تعيين خبير وبيان المهمة التي يتعين على الخبير القيام بها ويمكن لهذا الطلب أن يقدم في أي مرحلة كانت عليها دعوى³.

وطبقا للقواعد العامة فإن قاضي الموضوع، من يملك قرار الاستجابة إلى طلب الخصم أو عدم الاستجابة إليه، وهذا حسب ظروف الدعوى وما طرح فيها من مستندات وهذا ما تم التأكيد عليه من المشرع الفرنسي والمصري⁴.

فلمحكمة رفض الطلب الذي التمسه الخصم في عدة حالات، خاصة إذا كان يهدف إلى كسب الوقت والمماطلة لإطالة أمد التقاضي، أو إذا وجدت في وقائع الدعوى والأوراق والمستندات عناصر تكفي لتكوين قناعة واعتقاد القاضي لإصدار حكم في الموضوع دون الرجوع للخبرة، أو إذا قدرت المحكمة أن الخبرة غير مفيدة أو غير مجدية، ولن تضيف شيئاً جديداً في الدعوى، كذلك إذا كان طلب الخبرة وموضوعها ليس وثيق الصلة بالنزاع⁵.

1 Jacqueline Rossant ,Les expert médicaux et les médecins qui évaluent le dommage corporel,rappor adopté l'ors de la session du conseil national de l'ordre des médcins du 21 octobre 2011, p3 ,www.conseil.national.médcin.fr

2 قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-05.

3 الغوثي بن ملحمة، قواعد الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص 491.

4 قرار محكمة النقض المصرية المؤرخ في 26.01.1976، سحر عبد الستار إمام يوسف، دور القاضي في الإثبات،

دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 491.

5 سحر عبد الستار إمام يوسف، دور القاضي في الإثبات، دراسة مقارنة، المرجع نفسه، ص 492.

والقاعدة العامة، أن ندب الخبير يعتبر أمراً جوازياً للمحكمة فهي غير ملزمة بإجابة طلب الخصوم بندب خبير فلها أن ترفضه، متى رأت أنها في غير حاجة للاستعانة برأي الخبير، أو تبينت حقيقة موضوع الخبرة من عناصر الدعوى وما بوشر فيها وهي هنا تفصل في أمر موضوعي لا رقابة عليها فيه من المحكمة العليا¹، ولا بد للمحكمة من تسبيب قرارها برفض تعيين الخبير وإلا كان حكمها معيباً.

وقد نظم المشرع الجزائري تحديد شروط تسجيل الخبراء وواجباتهم في المرسوم التنفيذي رقم 310-95².

فجاءت المادة 04 بشروط تسجيل الخبراء وما يجب توفره فهم من صفات وكفاءات و اشترطت أن يكونوا من حملة الشهادات الجامعية، وألا يكون الخبير قد تعرض لعقوبة نهائية بسبب ارتكابه وقائع مخلة بالآداب العامة والشرف، وألا يكون قد تعرض للإفلاس أو التسوية القضائية وألا يكون ضابط عمومي وقع خلعه أو عزله.

وجاءت المادة 06-07-08 بإجراءات التسجيل الخاصة بالخبراء، ونصت المواد من 9 إلى 18 على حقوق و واجبات الخبير، ويكون تعيين الخبير بعد أن يتم التحري عن ماضي المرشح وهذا للنظر في مدى توافر الشروط السابق ذكرها ثم يحدد الإقليم الذي يعمل فيه وذلك في إطار اختصاص مجلس قضائي معين المادة 06 مرسوم 310-95 " يقدم طلب التسجيل في قائمة الخبراء القضائيين الذي يختار مقر إقامته بدائرة اختصاصه."

ثم يقوم النائب العام بتحويله الملف بعد إتمام إجراءات التحقيق الإداري، إلى رئيس المجلس القضائي حتى يتم إعداد قائمة الخبراء القضائيين حسب الاختصاص في أجل شهرين وترسل إلى وزير العدل للموافقة عليها حسب المادقر 08 مرسوم تنفيذي 310-95

هذا فيما يخص ما أورده المشرع الجزائري بخصوص تنظيم شروط التسجيل بقائمة الخبراء القضائيين.

1 نبيل صقر-مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص229.

2 مرسوم تنفيذي رقم 310-95، المؤرخ في 12 شوال عام 1411، الموافق ل 27 أبريل 1991 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية، ج ر عدد 12، الصادرة في أول ذي القعدة 1411.

ويجب على الخبير غير المقيد في قائمة الخبراء، أداء اليمين أمام القاضي، في حال ندمه لأداء الخبرة وهذا وفقا لنص المادة 131 ق.إ.م.إ.ج.¹

وفي حالة تعيين القاضي أكثر من خبير، ذلك لأن القضية تتطلب ذلك، فهنا يشترط المشرع الجزائري قيام الخبراء بأعمال الخبرة سوية وبيان خبرتهم في تقرير واحد، أما في حالة اختلاف وانفرد كل منهم برأيه فعلى كل خبير تسبيب رأيه.²

فالقاضي إنما يستعين بالخبير، لكشف الغموض وليس لزيادة التناقضات خاصة إذا تضاربت واختلفت التقارير، هذا ويستحسن في قضايا المسؤولية المدنية الطبية، أن يعين أكثر من خبير وألا يعين خبير واحد، ويستحسن عدم قبول الخبير تعيينه بمفرده في مثل هذه القضايا، وذلك لأداء المهمة على أحسن وجه، هذا ويبقى دائماً للمحكمة حرية اختيار خبير واحد أو عدة خبراء لإنجاز التقرير.³

وما تجدر الإشارة إليه أنه وبعد ندم الخبير، فالأصل أن يقوم بالعمل المقدم له والمطلوب هنا أن يؤديه بنفسه، غير أن محكمة النقض المصرية أجازت استعانة الخبير بغيره من أهل الخبرة، فقضت أنه للخبير أن يسعى عند القيام بمهمته بما يرى ضرورة له من المعلومات الفنية التي يستسقيها من مصادرها، فالخبير الذي باشر مهمته كخبير زراعي لا دراية له بالمسائل الهندسية التي يتطلبها بحث الموضوع، متى كان الرأي الذي انتهى إليه في تقريره نتيجة أبحاثه الشخصية، وكان على الأساس الوارد في التقرير، محل مناقشة بين الخصوم ومحل تقدير موضوعي من المحكمة فلا يصح الطعن فيه أمام محكمة النقض⁴، كما أجازت استعانة طبيب بطبيب آخر من قسم الطب الشرعي بتشريح الجثة عوض رئيسه الذي ندمته المحكمة وقضت بأن هذا لا يؤثر في سلامة الحكم.⁵

1 المادة 131 ق.إ.م.إ.ج " يؤدي الخبير غير المقيد في قائمة الخبراء، اليمين أمام القاضي المعين".

2 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

3 Dominique Giocauh, le médecin expert face au compris d'arbitrage ... op.cit, p68

4 طعن محكمة النقض المصرية، رقم 12 جلسة 17.04.1941، مشار إليه في عبد العزيز سليم، شرح قانون الإثبات المعلق عليه بأحكام النقض، المرجع السابق، ص 449.

5 نبيل صقر -مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 232.

الفرع الرابع: تقرير الخبرة

تقرير الخبرة يعده الخبير عند انتهائه من أداء مهمته وسنتناول أولاً شكله ثم حجتيه.

أولاً: شكل تقرير الخبرة

إن الخبير ملزم بتقديم تقرير الخبرة في ختام مهمته، هذا التقرير الذي يضمنه ما قام به من أعمال وأبحاث وما توصل إليه من نتائج، ورأيه فيما استند إليه بإيجاز ودقة.

أما إذا كانوا أكثر من خبير، فيقدم كل منهم تقريراً مستقلاً برأيه ما لم يتفقوا على أن يقدموا تقريراً واحداً، وكل منهم يقدم تقريره حسب رأيه ويسجل أسبابه.¹

هذا وإذا رأى الخبير المعين ضمن مجموعة خبراء، أنه من بين الخبراء عناصر يمكنها التأثير على نزاهته واستقلاله، توجب عليه المحافظة على الحياد والموضوعية وأن يقدم تقريره منفرداً ويضع أسبابه حتى وإن كان هذا وللأسف غير موجود في ظل التآمر والصمت خاصة في دعاوى المسؤولية الطبية حيث يكون الطبيب هو المدعى عليه.²

وعلى الخبير أن يودع مع تقريره جميع الأوراق والمستندات التي سلمت إليه³، ويعتمد شكل التقرير على طبيعة المشاكل الخاضعة للخبير وبصفة عامة فإن بعض المبادئ العامة مقبولة فيما يتعلق بجميع أشكال الخبرة، هذا وقد جاء القانون الفرنسي ببعض الأحكام المتعلقة بشكل التقرير، وكيف يكون من الناحية القانونية، وعلى ضرورة أن يكون واضح يسهل فهمه من قبل شخص ليس مختص، وأن يتضمن فصلاً خاصاً للاستنتاجات وأن يكون مختصراً ومفهوماً بسهولة نسبية وأن تكون فصوله مرقمة.⁴

1 محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 416.

2 Bernard Gachot , critères de qualité pour une expertise civile réussie, revue médecine et droit, volume 172, issue 7, may jun, paris, 2011 p144

3 عبد الوهاب عرفة، الإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 158.

4 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، المرجع السابق، ص 213.

وفقا لما جاء في نص المادة(276) قانون المرافعات الفرنسي الجديد¹.

وعلى الرغم من عدم تدخل المشرع الجزائري لتحديد شكل معين للتقرير، غير أنه هناك شبه إجماع فقهي على ضرورة احتواء تقرير الخبير الخطي ببيانات تعد الحد الأدنى للبيانات، اللازمة توافرها في التقدير² وذلك لتحقيق الغاية وهي:

1 الديباجة:

وهي مقدمة تشتمل اسم الخبير أو الخبراء ومهنتهم، أسماء الخصوم ووكلائهم، وما سمعه الخبير من الخصوم، ويبين المسألة التي دعت إلى اللجوء إلى المحكمة ويبين فيها الخبير المهمة التي أوكلت له من طرف المحكمة، وعليه كذلك أن يبين الخطوات والأعمال التي أجراها لأداء المهمة، كما عليه أيضاً أن يعرض طلبات الخصوم وما قدموا من أوراق ومستندات وأقوال الشهود الذين سمعهم³.

1 c.p.c.f " L'expert doit prendre en considération les observations ou réclamations des parties, et, lorsqu'elles sont écrites, les joindre à son avis si les parties le demandent. Toutefois, lorsque l'expert a fixé aux parties un délai pour formuler leurs observations ou réclamations, il n'est pas tenu de prendre en compte celles qui auraient été faites après l'expiration de ce délai, à moins qu'il n'existe une cause grave et dûment justifiée, auquel cas il en fait rapport au juge. Lorsqu'elles sont écrites, les dernières observations ou réclamations des parties doivent rappeler sommairement le contenu de celles qu'elles ont présentées antérieurement. A défaut, elles sont réputées abandonnées par les parties. L'expert doit faire mention, dans son avis, de la suite qu'il aura donnée aux observations ou réclamations présentées " .

2 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعينة والخبرة في القانون المدني، المرجع السابق، ص 214.

3 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعينة والخبرة في القانون المدني، المرجع نفسه، ص 215.

2. أعمال الخبرة:

يعرض فيها الأعمال التي قام به وما استند إليه، وإن استعان ببعض الفنيين وكل ما اعتمده من وسائل لتنفيذ مهمته¹.

3. نتائج الخبرة ورأي الخبير:

على الخبير تقديم تقريره، مشتملاً على نتيجة أعماله ورأيه في النتائج المتوصل إليها، فإن تعدد الخبراء فلكل واحد منهم تقديم تقريراً، مستقلاً برأيه، وأن يقدم كل منهم أسبابه² ويجب أن تكون تعليقات وتسببات الخبير دقيقة ومنطقية غير متعارضة فيما بينها وبين النتيجة المتوصل إليها³.

4. توقيع التقدير:

والتوقيع يدل على أن الخبير أدى المهمة بنفسه، ويضفي الصفة الرسمية على التقدير، لذا فإن الخبير ملتزم بتوقيع التقرير ولا يبطل التقرير لانعدام التوقيع متى كان ثابت للمحكمة اشتراك الخبير الذي لم يوقع ووضع التقرير وقد نصت المادة 150 إثبات مصري، على ضرورة توقيع الخبير على التقرير بقولها "على الخبير أن يقدم تقريراً موقفاً منه بنتيجة أعماله ورأيه والأوجه التي استند إليها بإيجاز ودقة..."⁴.

فعلى الخبير أن يقدم تقريره موقفاً منه، لأنه يعطي التقرير الصفة الرسمية ويتجرد من غيره بالقيمة القانونية⁵.

1 عبد الوهاب عرفة، الإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 156.

2 عبد العزيز سليم، شرح قانون الإثبات المعلق عليه بأحكام النقض، المرجع السابق، ص 441.

3 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 215.

4 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في المواد المدنية، المرجع نفسه، ص 215.

5 سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية طبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، المرجع السابق، ص 109.

5. ملاحق التقرير:

لقد أكد المشرع الفرنسي أنه يجب إرفاق تقرير الخبرة بالوثائق والمستندات المعتمدة في إنجاز المهمة من طرف الخبير، وأن تكون هذه الوثائق مصنفة حسب الفئات ومرقمة لتسهيل عملية البحث¹.

وعموماً فإنه يجب أن يكون تقرير الخبير واضح وسهل فهمه من طرف القاضي، وأن يكون أسلوب بلاغته بسيط قريب لفهم القاضي وأن يحاول فيه الخبير تقادي أسلوب علمي متخصص أو ذو طابع فني لا يفهمه إلا أهل الاختصاص².

هذا عن التقرير المقدم كتابياً للمحكمة، كما يمكن للخبير بتقديم تقريره شفاهة، وللقاضي أن يطلب من الخبير أن يقدم شرحاً شفوياً³.

ثانياً: حجية تقرير الخبير

عند انتهاء الخبير من تقريره إلى المحكمة والتي تقدر مدى تلبية ما جاء فيه للغايات التي عينت الخبراء لتحقيقها وتتولى هنا تقدير ما جاء في التقدير⁴، ورأي الخبير غير ملزم للمحكمة وغير مقيد لها فهو ليس إلا عنصراً من عناصر الإثبات التي تخضع لتقدير المحكمة، وهي لا تقضي إلا على أساس ما تطمئن إليه وتقتنع به، بل ويجوز لها أن تقضي في المسائل الفنية بدون استعانة بخبير إذا رأت من المستندات المطروحة ما يكفي لتكوين عقيدتها⁵.

وقد نصت المادة 156 قانون إثبات مصري بأن "رأي الخبير لا يقيد المحكمة"، أي أن هذا الرأي لا يعدو أن يكون رأياً استشارياً لا يقيد المحكمة كون القاضي هو صاحب الرأي الأول والأخير في الدعوى، ومن هذا المنطلق قد يأخذ برأي الخبير كله، كما له أن يأخذ

1 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعينة والخبرة في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 215.

2 Bernard Gachot , critères de qualité pour une expertise civile réussie,op,cit, p148.

3 Dominique Giocanti ,Christophe Bartoli ,le médecin expert face au compromis d'arbitrage , op,cit .p77.

4 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعينة والخبرة في القانون المدني، المرجع نفسه، ص 226.

5 عبد الوهاب عرفة، الإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص ص 158 159.

ببعض ما جاء فيه ويترك الباقي، أو لا يأخذ به تماماً ويقضي بغيره، أي يعتمد في قضائه على الأدلة الأخرى المقدمة في الدعوى، وهذا بإعتباره الخبير الأعلى¹.

فقد نصت المادة 144 ق.إ.م.إ جزائري أنه "يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة"².

كما قضت المحكمة العليا "أن الخبرة بينت بما فيه الكفاية عدم وقوع أي اعتداء من قبل المطعون عليه وأن المرأب المتنازع عليه تم تشييده على القطعة الأرضية التي تعود للمطعون عليه وقد توصل للخبير إلى هذه النتيجة بعد أن رجع إلى أصل الملكية وإلى الخرائط المعدة لذلك والمعاينة التي قام بها، وحيث أن قضاة الموضوع عندما اعتمدوا على تلك الخبرة في تسبيب قرارهم فقد سببوا قضائهم بما فيه الكفاية مما يتعين التصريح برفض هذا الوجه"³.

وإذا تعددت التقارير المقدمة من خبراء متعددين للمحكمة أن تأخذ بإحداها أو ببعضها دون حاجة لإبداء أسباب هذه المفاضلة ولا تخضع في هذا الشأن لرقابة محكمة النقض لتعلقها بمسائل واقعية⁴.

غير أن السلطة التقديرية في هذا المجال ليست مطلقة فقد فرضت محكمة النقض الفرنسية على القاضي أنه وحين يرفض الأخذ بنتائج الخبرة أن يعلل هذا الرفض، وعليه لا يجوز للقاضي استبعاد نتائج الخبرة بسبب مجرد افتراضات يستند إليها⁵.

1 محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 421 422.

2 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

3 قرار المحكمة العليا، رقم 189290 بتاريخ 1999.05.05 نقلاً عن نبيل صقر - مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد

الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 240.

4 محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع نفسه، ص 422.

5 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، المرجع السابق، ص 232.

فلما كان ما يثبت بالفن لا ينقض إلا بالفن، كان لزاماً على المحكمة تبيان الأسباب التي جعلتها لا تأخذ بتقرير الخبرة أو بيان الأسانيد التي أسست عليها قضاؤها، فليس للقاضي أن يقيم نفسه خبيراً في مسائل التخصص الخارجة عن معارفه.¹

هذا ويعد التقرير الذي يحرره الخبير، ورقة رسمية يكون لها حجية في هذه الأوراق في الإثبات فلا يجوز إثبات عكس ما أثبته الخبير فيها باعتبار أنه قام بنفسه أو عاينه أو سمعه في حدود مأموريته إلا بطريق الطعن بالتزوير.²

كقاعدة وكأصل عام، إلا أن ما عبر عنه الخصوم من أقوال وملاحظات وأثبته الخبير في التقرير تخضع دائماً لسلطة المحكمة أي بقبولها أو عدم قبولها، أي أن ما توصل إليه الخبير ليس له القوة المطلقة فيجوز لمن يكون التقرير في مصلحته الاحتجاج به فيما يدعيه، ويحق للخصم الآخر إثبات ما اشتمل عليه التقرير من عيوب وأخطاء أو عدم تطابقه مع الواقع من خلال وسائل الإثبات ليحمل المحكمة على عدم الأخذ به.³

وما نخلص إليه أن الخبرة وسيلة إثبات تختلف عن غيرها من الوسائل يلجأ إليها القاضي لمساعدته على الحكم، متى قصر عن الإتيان بتفسير في مسائل فنية لا يفهمها إلا المختصين فيها، كما أن المحكمة لا تحصل على نتائجها إلا بالأمر بها، غير أنه ومع كل هذا إلا أن القاضي وبموجب السلطة التقديرية الممنوحة له قانوناً، له الاعتماد عليها، أي الخبرة أو على باقي وسائل الإثبات الأخرى.

المطلب الثاني: دور الخبرة في دعوى المسؤولية المدنية للطبيب

إن العمل الطبي ونظراً لامتياز به بطابعه الفني البحت فإن القاضي ليس لديه الإلمام به، نظر للصعوبة التي يواجهها القاضي للوصول إلى الحقائق التي تبين فيما إذا كان الطبيب أو مساعدوه ارتكبوا أخطاءً أم لا، ولقصور فهم القاضي في المسائل الفنية الطبية وحتى يصل إلى نتائج سليمة لا بد له من اللجوء إلى أهل الخبرة، ممن هم يعملون في مجال

1 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، المرجع السابق، ص 230.

2 محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 423.

3 زامل شبيب الركاض، دور الخبرة في الإثبات، جريدة الرياض، صادرة عن مؤسسة اليمامة الصحفية، العدد 16587

،الرياض السعودية، 22نوفمبر 2013، ص 12.

الطب، أي الأطباء، ذلك أنهم الأقدر على إعطاء الحقيقة ولأنهم العارفون الحقيقيون لما عمله أو أخطأ فيه الطبيب المدعى عليه، وهل كان قيامه بواجبه على أكمل وجه.¹

إذن فالاستعانة بذوي الخبرة في الفن الطبي لينيروا السبيل إستجلاءً للحقيقة، لذلك فإن المحكمة تكلف خبير من جدول الخبراء علماً بأن للمحكمة حرية اختيار الخبير من الجدول ولا مجال للطعن بهذا الاختيار.²

وكما سبق وذكرنا، فعمل الخبير ليس إلا إجراءً توضيحاً لواقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي وهولا يقيد المحكمة في شيء³ لذا ولتبيان دور الخبرة في إثبات دعوى المسؤولية المدنية الطبية، سنتعرض إلى مهمة الخبير الذي يعينه القاضي للقيام بهذه الخبرة، ثم إلى الصعوبات التي تعترض الخبرة الطبية في ميدان المسؤولية الطبية ثم إلى سلطة القاضي في تقدير الخبرة أو مدى تأثير الخبرة على الحكم الذي يصدره بشأن دعوى المسؤولية المدنية الطبية، وسنتعرض لكل هذا في الفروع التالية:

الفرع الأول: تنفيذ الخبرة

يتوجب علينا لدراسة هذا العنصر معرفة مهام الخبير ومباشرتها من طرفه.

أولاً: مهام الخبير

يجب أن تحدد المحكمة وبكل دقة المهمة الطبية للأطباء المشهود لهم بالنزاهة والكفاءة دون أن تحدد لهم الوسائل التي يجب الاعتماد عليها في مهمتهم⁴، فلقد جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 11-03-2003 أن "اختيار وتعيين الخبير من اختصاص القاضي

1 أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 129

2 ثائر جمعة شهاب العاني، المسؤولية الجزائية للأطباء، المرجع السابق، ص 182

3 آدم وهيب الندوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2001، ص 390 .

4 طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 393.

وفقاً لما يقتضيه العمل في الدعوى من توضيح، فهو غير ملزم بالأخذ بطلبات أحد الأطراف المتخاصمين دون الآخر".¹

إذن فالقاضي مطالب بتحديد مهمة الخبير حسب تفصيل القضية الموكل إليه البحث فيها وهذا ضمن إطار اختصاصه الفني ومؤهلاته.²

وأهمية تحديد مهمة الخبير بدقة، تعود لكون مهمة الخبير مهمة فنية بحتة يتوقف تحديدها بداهة على موضوع النزاع المعروف على القاضي ومداه، بصفة عامة مهمة تنصرف إلى بحث الأسباب المؤدية إلى حدوث الفعل الضار وإن كان بالإمكان تقاويه وفقاً للمعطيات المتاحة وقت حدوث الفعل.³

لذا فإنه من اللازم أن يتضمن منطوق الحكم بنذب خبير، بياناً دقيقاً لمأمورية الخبير لتبقى المأمورية في نطاق الخبرة، كون أي عبارات عامة أو صياغة غامضة في المأمورية يجعل من المهمة تفويضاً للسلطة القضائية مما ينتج عنه تأدية الخبير لوظيفة القاضي ويؤدي لبطان الحكم بنذب الخبير، لذا يجب على القاضي صياغة موضوع المهمة بشكل في منتهى التحديد والدقة أين تصبح مهمة الخبير واضحة ولا تخرج عن الهدف الذي سطرت له من القاضي، كذلك تقادياً لمناقشة الخصوم بقصد تأخير الفصل في الدعوى.⁴

فالخبير متخصص في تحليل الحقائق من الناحية الفنية، هذا ومع التطور الكبير فمهمة الخبير لا تقتصر على دراسة الوقائع السابقة والحالية بل أصبح يعتمد عليهم في التنبؤ بمستقبل الحالة.⁵

ويستعان بالخبير من قبل المحكمة، لتتوير العدالة في مجالات لا حصر لها وعلى غرار المجال الطبي، فيستعان بهم في ميدان البناء والمحاسبة ودراسة الخط... الخ، والخبير في

1 قرار المحكمة العليا رقم 362397، الصادر بتاريخ 11-03-2003، المجلة القضائية، العدد الأول، 2003، ص 289.

2 Bernard Gachot , critères de qualité pour une expertise civile réussie, revue op,cit, p144 .

3 محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 217.

4 سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، المرجع السابق، ص 92.

5 Bruno py, expert, un métier, une fonction, une adulation, revue médecine et droit, volume2013 issue120 , may- jun2013 ,p45.

المجال الطبي يستعان به لتقديم استنتاجات ونتائج مفيدة لحل القضية محل للدعوى
المسؤولية المدنية.¹

ومهمة الخبير تنحصر في المسائل الفنية فلا يجوز له إبداء رأيه في مسائل قانونية
وعدم تجاوز النقاط المحددة² فمهمة الخبير يجب ألا تخرج عن طابعها المادي التقني الفني
كذلك عن ميدان تخصص الخبير الموكلة له.³

وقد نصت المادة 98 م.أ.ط، عن أنه يمكن للخبير رفض الإجابة على الأسئلة الغريبة عن
تقنيات الطب الحقيقية بقولها " يتعين على الطبيب الخبير أو المراقب و على جراح الأسنان
الخبير أو المراقب أن يرفض الرد على أسئلة يراها غريبة عن تقنيات الطب الحقيقية."⁴ كذلك
هو ما جاءت به المادة 02/207 قانون حماية الصحة وترقيتها بقولها "...ويجب أن يتمتع
إذا اعتقد أن المسائل المطروحة عليه تتعدى اختصاصه أو أجنبية عن تقنيات الطب أو كان
الطبيب المعالج أو من أقارب المريض المعني."⁵

كما أجازت بعض التشريعات لجوء الخبير إلى متخصصين آخرين، إذا واجهته
صعوبة تقضي ذلك في المهمة، كما يمكن للخبير أثناء قيامه بالخبرة اللجوء إلى مترجمين
باختيارهم أحد المترجمين المعتمدين أو يرجع للقاضي وهذا طبقا لنص المادة
134ق.إ.م.إ.ج.⁶

فالخبير يستعان به في مجال المسؤولية الطبية، لتحقيق الواقع في الدعوى وإبداء الرأي
في المسائل الفنية التي يصعب إستنتاجها فهو يساعد القاضي في استنباط الخطأ في المجال
الطبي في المسائل التطبيقية ويستقل القاضي بالتكييف.⁷

1 Michel Bernard,160 question en responsabilité, médical , op, cit p 92.

2 سحر عبد الستار إمام يوسف، دور القاضي في الإثبات، المرجع السابق، ص 538.

3 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، المرجع السابق، ص 195.

4 ممدونة أخلاقيات مهنة الطب، م.ت رقم 92-276.

5 قانون 90-17 المعدل والمتمم لقانون 85-05 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها.

6 المادة 134 ق.إ.م.إ.ج " إذا تطلب الأمر أثناء القيام بالخبرة، اللجوء إلى ترجمة مكتوبة أو شفوية بواسطة مترجم، يختار

الخبير مترجما من بين المترجمين المعتمدين أو يرجع إلى القاضي ي ذلك"

7 محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 186.

وتجدر الإشارة هنا أن الخبير لا يجوز له رفض المهمة الموكلة إليه إلا بتقديمه لعذر شرعي،¹ وقد جاءت في هذا السياق المادة 97 م.أ.ط بأنه " لا يمكن لأحد أن يكون في ذات الوقت طبيباً خبيراً وطبيباً معالماً أو جراح أسنان خبيراً وجراح أسنان معالماً لنفس المريض ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقبل مهمة تعرض للخطر مصالح أحد زبائنه أو أصدقائه أو أقاربه أو مجموعة تطلب خدماته وكذلك الحال عندما تكون مصالحه هو نفسه معرضة للخطر "

ثانياً: مباشرة الخبير مهامه

وبعد تحديد مهمة الخبير من طرف القاضي وفقاً لموضوع النزاع ونطاقه لبحث أسباب ونتائج الفعل الضار، ولمعرفة مدى الإهمال الذي ارتكبه الطبيب ومقارنته مع سلوك طبيب قد يوجد في نفس الظروف الخارجية للطبيب المسؤول، كذلك لبحث ما إذا كان الضرر الذي لحق المريض نتيجة للمرض أو العلاج.²

يبدأ الخبير مباشرة مهمته بإنجاز تقرير الخبرة، وفي مجال المسؤولية الطبية ينبغي على الخبير أن يضع نفسه مكان الطبيب المسؤول ويرى في ما هو ممكن أن يفعله في هذا الموقف، ومن هنا فالخبير الطبي يجب عليه التصرف بحذر إزاء ذلك، وكثيراً ما يجد الخبير نفسه وفي هذا الموقف أمام التساؤل عما سيفعل هو لو وجد مكان المسؤول « qu’aurais-je fait a la place du médcin »³

وطبقاً لما نصت عليه المادة 96 م.أ.ط بقولها " يجب على الطبيب الخبير أو جراح الأسنان الخبير قبل الشروع في أية عملية خبرة أن يخطر الشخص المعني بمهمته"⁴. فإن الطبيب يلتزم عند البدء في تنفيذ مهمته، أن يخطر الخصوم بيوم وساعة البدء في إجراء الخبرة .

1 Bernard Gachot , critères de qualité pour une expertise civile réussie, op,cit p144

2 محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 217.

3 Malicier,marias,feuglet ,la responsabilité médicale données actuelles,2eme édition

ESKA,paris 1999 ,p327.

4 مدونة أخلاقيات الطب، م.ت رقم 92-276.

كذلك هذا ما جاءت به المادة 135ق.إ.م.إ بقولها " فيما عدا الحالات التي يستحيل فيها حضور الخصوم بسبب طبيعة الخبرة، يجب على الخبير إخطار الخصوم بيوم وساعة ومكان إجرائها عن طريق محضر قضائي".

بعد قيام الخبير بإخطار الخصوم واستدعائهم، يبدأ الخبير بإنجاز مهمته عن طريق إعادة بناء القضية من جديد، فيدرس وقائع العمل الطبي ويقوم بتقديره.

وحتى يمكن للخبير الطبي القيام بمهمته على أكمل وجه فقد خول له القانون أن يطلب من الخصوم تقديم المستندات التي يراها ضرورية لمساعدته على إتمام مهمته كالملفات والتقارير الطبية، أما إذا استقبل طلب الخبير بالرفض سواء من طرف المريض أو الطبيب، فإن للقاضي أن يأمر الخصوم تحت طائلة غرامية تهديدية بتقديم المستندات طبقاً للمادة 137ق.إ.م.إ.ج.¹

وبعد استدعاء الخصوم والقيام بالخبرة، استناداً إلى أقوال الخصوم وملف المريض الطبي وكل الوثائق التي يحتويها وسماع كل الأطراف التي لها علاقة بالقضية أطباء كانوا أو ممرضين أو أقارب للمريض يعد الخبير تقريره.

وعلى كل فإن الإجراءات التي يتبعها الخبير في إنجاز تقرير الخبرة وإن كانت مختلفة من قضية لأخرى ومن خبير لآخر غير أنه وفي المسؤولية الطبية تكون نفسها، أين يقوم الطبيب الشرعي بطلب الأوراق الطبية كاملة، كذلك تقرير طبي مطول من الطبيب المسؤول إضافة لتقارير الأطباء الذين تعاملوا مع المريض، ليشرح فيه حالة المريض عند الفحص الأول والخطوات التي اتبعتها لعلاجها وكافة الأشعة والفحوص في كل المراحل هذا ويجب على الطبيب الشرعي استعراض كل الأوراق المتاحة، ومن ثم توقيع الكشف الطبي الشرعي للمريض لشرح حالته، أو بتشريح الجثة إذا توفي المريض.²

1 المادة 137 ق.أ.م.أ.ج " فيجوز للخبير أن يطلب من الخصوم تقديم المستندات التي يراها ضرورية لإنجاز مهمته دون تأخير، يطلع خبير القاضي على أي إشكال يعترضه، ويمكن للقاضي أن يأمر الخصوم تحت طائلة غرامية تهديدية بتقديم المستندات"

2 هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، مطابع الولاة الحديثة، القاهرة، 2007، ص 174.

ويرفع الخبير تقريره بعد الانتهاء منه أو عن الإشكالات التي تعترضه، هذا ويمكن طلب تحديد المهلة ويبقى أنه وكمساعدة للخبير يتخذ القاضي الإجراءات اللازمة ويأمر عما يراه ضروري لإتمام المهمة على وجهها الصحيح وهذا ما جاءت به المادة 136 ق.إ.م.إ.¹

كما وتجدر الإشارة للإلتزام الخبير الموضوعية والحياد، كونه (أقسم على ذلك وقت أدائه اليمين)، وهذا ما أشارت إليه المادة 237 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد²، كما أشارت إليه المادة 06 من اتفاقية حماية حقوق الإنسان "ولو بصفة غير مباشرة، في أن لكل شخص الحق في أن تنظر قضيته بشكل منصف وعلني في فترة زمنية معقولة، أمام محكمة مستقلة وحيادية، منشأة بحكم القانون والتي تقرر الفصل في حقوقه والتزاماته المدنية أو في التهم الجنائية الموجهة إليه...."³

فالخبير الطبي يتمتع باستقلاليته في عمله الفني وبذلك لا يخضع إلا لضميره المهني.⁴

كما يتوجب على الخبير الطبي التزم السرية التامة تجاه المعلومات التي يتحصل عليها من مختلف المصادر أثناء قيامه بمهمته، وهذه السرية تكون حتى مع الأطباء الآخرين والذين لا يشرفون على رعاية المريض صاحب الملف (محل التحقيق).

فالخبير هو طبيب في المقام الأول، وأي تجاوز أو إخراج للمعلومات يعد مخالفة إلا إذا كانت المعلومة التي ذكرت (بدون ذكر اسم صاحبها والتعريف عنه)، ولا يجوز أيضاً للخبير

1 المادة 136 ق.إ.م.إ.ج " يرفع الخبير تقريراً عن جميع الإشكالات التي تعترض تنفيذ مهمته، كما يمكنه عند الضرورة طلب تمديد المهلة."

2 Art 237.c.p.c.f « le technicien commis doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité »

3 Art 06.c.s.d.l.l " toute personne a droit que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal et impartial établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien, fonde de toute accusation en matière pénale bien geecantre elle..... "

4 Bernard Gachot , critères de qualité pour une expertise civile réussie, op,cit ,p144.

تجاوز استخدام المعلومات، فلا يستخدم إلا ما كان مهماً لقضيته¹، وأيضاً هذا ما جاءت به المادة 244 ق.إ.ج.ف.²

أما المشرع الجزائري فقد نظم هذا من خلال المادة 99 م.أ.ط، بقولها " يجب على الطبيب الخبير أو جراح الأسنان الخبير أن يكتف كل ما يكون قد اطلع عليه خلال مهمته."³

ونصت المادة 18 من المرسوم التنفيذي 95/310 على أن " فإن فعلوا توبعوا بمقتضى المادة 302 ق.ع.ج.⁴

وبعد الانتهاء من مرحلة إعداد التقرير حول المسألة التي استوجبت لإزالة الغموض من الناحية الطبية الفنية البحتة من طرف الخبير، فإن هذا التقرير لا يفصل في دعوى المسؤولية التي رفعت أمام القضاء المدني، فتبقى للقاضي سلطة التقدير من الناحية القانونية، ولذا سوف نتطرق إلى مصير تقارير الخبرة أمام القضاء المدني من خلال دراسة مدى مصداقيتها ومساهمتها في تكوين حكم القاضي وبلورته.

الفرع الثاني: صعوبات إعداد الخبرة

مهمة الخبير الطبي المعين من طرف القاضي الكشف عن الحقائق العلمية وتبيان وتوضيح الغموض المتعلق بالأمور والوقائع الفنية البحتة والتي تدخل ضمن اختصاصه، هذا و يتم اللجوء إلى الخبير الطبي في دعاوى المسؤولية المدنية الطبية لمساعدة القاضي في استجلاء ما قصر فهمه عن بلوغه كقاضي، والخبير الطبي في هذا الصدد إنما يستعان به لكشف مدى إهمال الطبيب ورعايته أو في مدى وجود الخطأ من عدمه كذلك في مدى وجود ترابط بين خطأ الطبيب والضرر الحاصل كنتيجة.

1 Michel Bernard, 160 question en responsabilité, médical op, cit p92.

2 Article 224 c.p.p.f " il est interdit a l'expert de révéler les autres informations que celles apportant un éclairci simeut sur les questions".

3 مدونة أخلاقيات الطب، م. ت رقم 92-276.

4 المادة 302 ق.ع.ج " كل من يعمل بأية صفة كانت في مؤسسة و أدلى أو شرع في الإدلاء إلى أجنب أو إلى جزائريين يقيمون في بلاد اجنبية بأسرار المؤسسة التي يعمل فيها دون ان يكون مخولاً له ذلك يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 10000 دينار... " من الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

ثم يقوم القاضي انطلاقاً مما توصل إليه الخبير، إلى القيام بإسقاطاته لتلك النتيجة على الجانب القانوني، و ما تستوجبه النصوص والقوانين لقيام مسؤولية الطبيب من عدمها.

هذا وتعد مهمة الخبير، مهمة ليست بالسهلة فعلى الرغم من اختصاصه الفني ومؤهلاته الأكاديمية والمهنية في هذا المجال، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للطبيب عن كونه ممارس عادي لمهنة الطب، ومهمته كخبير طبي يعين لتقييم ممارسة طبيب آخر من مستواه، مسؤل عن إلحاق ضرر بالمريض قد تصل جسامته إلى حد وفاته.

ومن هنا فالخبير الطبي يواجه صعوبات كثيرة ومتعددة تتجلى في وجهين صعوبات موضوعية وصعوبات شخصية وسنتطرق لهذا بالتفصيل فيما يلي:

أولاً : الصعوبات الموضوعية

وتتجلى هاته الصعوبات في عدة جوانب

1. من حيث الاختلاف بين المعطيات المجردة والحقائق الواقعية الملموسة:

فمهمة الخبير مهمة خطيرة ودقيقة، مما يوجب عليه احترام أصول التحقيق العلمي المحايد والذي يهدف إلى الكشف عن أسباب الواقعة والصعوبة هنا تتجلى في الاختلاف بين المعلومات والمعطيات المجردة وبين الحقيقة الواقعية الملموسة، فعادة ما يقوم الخبير بمهمته في وسط نظري وبالتالي فلا تكون لديه المقدرة على تحديد موقف الطبيب الذي وجد فيه طبيب كان يمارس عمله في ظل ظروف مختلفة¹

فالمعلومات والخبرات التي يتمتع بها الخبير بحكم دراسته وعمله، تمتاز بالطابع النظري البحت وقد اكتسبها من خلال عمله في المراكز العلمية والمستشفيات، بالإضافة لإعداد أبحاثاً علمية، هذا الواقع النظري يصطدم بالواقع الفعلي الذي كان عليه الطبيب المدعى عليه وطبيعة الظروف التي عمل بها.²

1 نائر جمعة شهاب العاني، المسؤولية الجزائية للأطباء، المرجع السابق، ص 184.

2 أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 130 131.

إذن فتحديد خطأ الطبيب غير مؤكد في أغلب الأحيان، بما أن الخبير لا يقدر استحضار دقيق للموقف الذي كان عليه الطبيب والظروف المحيطة به نظراً للاختلاف الكبير بين الموقفين.¹

والخبير لكي يقدم تقريراً صحيحاً، يجب أن يكون في مقدرة معرفة هذه الظروف الواقعية، فالصعوبة إذن في الاختلاف بين ما هو مجرد واقعي.²

2. من حيث إثبات علاقة السببية:

فمن البديهي أن الخبير الطبي لا يعرف حالة المريض قبل تلقيه العلاج والمراحل التي مر فيها من أول فحص أو تشخيص، فالملف الطبي للمريض غالباً ما يكون بحوزة الطبيب المسؤول، وهذا الأمر في غاية الخطورة حيث أنه من جهة فالملف يحتوي على كل التقارير والتشخيصات المتعلقة بالمريض ومن جهة ثانية فإن هذا يعطي الطبيب المسؤول إمكانية التلاعب بالمعلومات الموجودة في الملف الطبي، وهذا لمحاولة إزالة أي شبهة تدينه³ ولمحاولة دفع المسؤولية عنه.

وهذا ما يحول دون إمام الخبير الطبي بكل ما من شأنه مساعدته للتوصل إلى وجود علاقة سببية بين خطأ الطبيب والضرر اللاحق بالمريض من عدمه.

3. من حيث تعدد المسؤولين عن الخطأ:

إن إمكانية الخبير تحديد الجهة المسؤولة عن الخطأ أمر في غاية الدقة والصعوبة، وهذا لأن المريض وأثناء فترة علاجه قد تعامل مع عدة أطباء و قد قال اللورد جينينغ في قضية "Hucksv.cole" إن تهمة الخطأ ضد شخص محترف مسألة خطيرة لها أساساً مختلف تماماً عن أساس التهمة بالإهمال ضد سائق سيارة، فالنتائج أو العواقب أكثر خطورة

1 محمد فتاحي، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص 96.

2 منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 591.

3 هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، المرجع السابق، ص 175.

فهي تؤثر في موقعه وسمعته المهنتين ومن هنا ينبغي على المدعي إثبات الخطأ أو الإهمال بشكل واضح وأكد.¹

ومن هنا فالخبير الطبي يواجه هنا أيضا صعوبة واضحة أمام إعداده لتقريره الطبي فتعدد المسؤولين عن إحداث الخطأ في المجال الطبي لا يتأتى معها بسهولة إلقاء المسؤولية المدنية الطبية على طرف دون الآخر أو تحديد مصدر الخطأ.

وزيادة على كل هذا فقد تتجلى الصعوبات الموضوعية في تحريك الشكوى بعد مدة طويلة من حدوث الوقائع المادية، مما يساعد في طمس الحقائق العلمية أو زوالها بعامل الزمن وصعوبة الكشف عنها من الخبير الطبي²

كذلك الأمر بالنسبة للممارسات الطبية والتي مازال لم يستقر عليها علم الطب ومازالت تثير جدل بين الأطباء، هذا لأنها تتطلب دقة في المعرفة من حيث أنها مختلف فيها ولم يستقر رأي بشأنها حتى يقاس عليه مدى مخالفة الطبيب³

وهذا كل ما يمكن ذكره من حيث الصعوبات الموضوعية والتي تواجه الخبير الطبي في مهمته التي تعد إعداد خبرة طبية بناءً على تعيين القاضي الذي يفصل في موضوع الدعوى المدنية الطبية.

ثانياً: الصعوبات الشخصية

وجود التضامن المهني بين زملاء المهنة الواحدة هو من بين أكبر وأهم الصعوبات الشخصية التي تعترض طريق الخبير الطبي في سبيل القيام بخبرة طبية موضوعية وحيادية.⁴

1 أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، المرجع السابق، ص 461.

2 Malicier, Marias peuglet, la responsabilité médicale, op,cit, p331 .

3 عبد الله بورحي، المسؤولية الطبية بين الإثبات والدفع، ندوة المسؤولية الطبية 27 يونيو 2008، منشور في جريدة الديوان (جريدة إلكترونية متعددة الوسائط) بتاريخ 23-04-2015،15:12-04-23 www. Addiwane .com/ index.

15 :12،vue le 23-04-2015،Php? Op=swit et sait= 2366

4 تائر جمعة شهاب العاني، المسؤولية الجزائرية للأطباء، المرجع السابق، ص 184.

فهذا التضامن الذي يمكن أن يترتب عليه نوع من التسامح مع زملائه الأطباء ما يسمى "Confraternelle indulgence"، مع الطبيب محل المساءلة هذا الذي يضعف الثقة بالنتيجة التي توصل إليها الخبير في نهاية تقريره¹.

إذن فبعد إقناع المريض للقاضي، وبعد أن يعين القاضي خبير نصبح أمام إشكال جديد كون الخبير هو من ذات الوسط الطبي له علاقة زمالة وعمل مع معظم الأطباء بل قد تتناقل بينهم مهمة الخبرة بالتناوب².

كما أنه وبحكم إمام الخبير وإطلاعه على ما يعانیه أبناء مهنته أو تخصصه من صعوبات ومشاق وضغوطات في مجال المهنة والتخصص، قد يدفع به إلى التغاضي عن زلاتهم وعثراتهم، وضم إلى هذا صعوبة تأثر الخبير برأيه الشخصي أو مذهب معين في مجال تخصصه الأمر الذي ينعكس على خبرته³.

كلها صعوبات تجعل قيمة الخبرة الطبية تعاني من احتمال اهتزاز الثقة بالخبراء بسبب هذا التضامن المهني حيث أنه يمثل تقصير من الخبير في شرف ونزاهة المهنة⁴.

ويجدر بالقاضي مراعاة هذا التضامن المهني المحتمل بين الخبير والطبيب المدعى عليه كونه يمثل عائقاً يواجهه المريض لنيل حقه في هذه الدعوى⁵.

وعلى أي حال فإن محاباة الخبير لزميله تعد من أدق صعوبات الخبرة الطبية كون الخبير الذي يكلف بإثبات وجود المخالفة الفنية من عدمه، هو من ذات الوسط الطبي ومن الطبيعي وجود علاقة عمل وزمالة بينه وبين باقي الأطباء، كما أن عدم احترام الخبير للقواعد الفنية التي تحكم مهنته وعمله ليس بالأمر الذي يستطيع رجل القانون تمييزه والكشف عنه سواء من طرف القاضي أو المريض⁶.

1 منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 592.

2 أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية في العلاقات الطبية وانعكاساته على قواعد الإثبات، المرجع السابق ص 9.

3 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، المرجع السابق، ص 256.

4 منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع نفسه، ص 591 592.

5 أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، المرجع السابق، ص 461.

6 محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 218 219.

وقد تم الرد على هذه الصعوبات بأن العيب ليس بالخبرة، وإنما هو عيب في القضاء، يجب أن يتعاون المشرع والقاضي على الحد منه، فالمشرع يحدد حالات إجراءات الخبرة والقاضي يحدد مهمة الخبير بكل دقة ووضوح، والقاضي الأعلى درجة يراقب ما يصدر عن المحاكم لمنع الإساءة في وسائل الإثبات لغير غاياتها، لذلك فيتوجب أنه حتى لو غاب عن ذهن قضاة المحاكم أمراً، ألا يغيب عن ذهن قضاة الدرجة الأعلى منهم والذين يقومون بتقويم وتصحيح القرارات والأحكام¹.

وتم ترد على صعوبة تقدير الخبير للواقع من منطلق نظري، أن الخبير لا يمكن أن يحمل صفة خبير إلا بعد أن يصبح مؤهلاً لإجراء هذا النوع من التقديرات، فاشتراط (صفة الخبرة) به دليل على تمكنه من القيام بهذه المساءلة فهو يمارس ما يعلمه فهو قادر إذن على تصور وتقدير المواقف بشكل مماثل للواقع².

وأما عن صعوبة التضامن المهني، فيرد عليها بأن الخبير ملتزم بواجب أسمى يوقع أثراً في النفس أكثر من واجبه نحو زملائه حيث يعتبر ملتزم تجاه العدالة³، بالرغم من الإقرار بصعوبة الحالة أمام أن خبير من الأطباء هو الذي سيقوم بتقدير مدى الخطأ الذي ارتكبه زميله الطبيب المعالج أو الجراح، إلا أننا لا نستطيع أن نسلم بالانحياز الكامل للأطباء كون الخبير يحلف اليمين قبل إبداء الخبرة ما يشجع على قول الحق، كما أن المحكمة تستطيع نذب أكثر من خبير طبيب، متى راودها شك أو لاحظت أن هناك تباين أو حالة مشوشة أو غير واضحة بدقة، كما تستطيع المحكمة استجواب الطبيب أو الأطباء الخبراء للوقوف على الحقيقة⁴.

وعن صعوبة تأثر الخبير برأيه ومذهبه، فيبقى أن نشير إلى أنه ومن شروط أداء الخبرة التجرد والحياد والموضوعية حيث يحلف يميناً مضمونها الصدق والأمانة في العمل⁵.

1 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعينة والخبرة في القانون المدني، المرجع السابق، ص 257.

2 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعينة والخبرة في القانون المدني، المرجع نفسه، ص 257.

3 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعينة والخبرة في القانون المدني، المرجع نفسه، ص 257.

4 علي عصام غصن، المسؤولية الجزائرية للطبيب، المرجع السابق، ص 221.

5 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعينة والخبرة في القانون المدني، المرجع نفسه، ص 258.

ولابد من الإشارة إلى أن دور الطبيب الشرعي في قضايا المسؤولية الطبية ليس انتصاراً لرأيه بكونه أكثر تفوقاً من الطبيب المسؤول ولكن دوره الذي عين من أجله هو تقديم رأي محايد وموضوعي لا يتسم بمحاباة الطبيب ولا بمجاملة الطبيب المدعى عليه، والذي يمثل زميل له في المهنة ولا بانتقام من الطبيب المسؤول حتى يبرز له تفوقه العملي عليه¹.

فالخبير الطبي ومن واجبه إنجاز خبرة طبية، تمتاز بالموضوعية والحياد وهي الواجبات التي يملئها عليه قانون المهنة وواجبه تجاه مهنته إضافة إلى ضرورة احترام نزاهته وشرفه وضميره المهني في إعداد تقاريره²، وهذا لتقادي الصعوبات السابق ذكرها أو على الأقل التقليل منها.

وأخيراً فإنه وبالرغم من منطقية هذه الصعوبات إلا أنها لا تشكل مانعاً دون الاستعانة بأهل الخبرة التي لا يقوم غيرها مقامها حيث تعتبر السبيل الوحيد للقضاة لخوض ما تعجز عنه معارفهم وإمكاناتهم³، وكما يقول الفقيه savitier، "الخبرة معهود بها من شخص عادي، وهو القاضي إلى طبيب خبير تفرض على هذا القاضي أن يظل متيقظاً"⁴، ومن هذا المنطلق سنتطرق إلى كيفية تعامل القاضي مع تقرير الخبير في الفرع الموالي.

الفرع الثالث: مدى الأخذ بالخبرة من القاضي

كما سبق وأن رأينا فإن للخبرة في مجال المسؤولية الطبية أهمية بالغة بحيث يتأتى للقاضي من خلالها تقدير سلوك الطبيب محل المساءلة من الناحية الفنية غير أن القاضي غير ملزم بالتقيد بما أثبتته الخبير ولا بالنتائج التي خلص إليها⁵.

1 هشام عبد الحميد فرح، الأخطاء الطبية، المرجع السابق، ص 788.

2 Florian Rossel, les contentieux des obligations de l'expert , revue Médecine et droit, volume 2015, issue 130, janvier-fevrier, paris, 2015, p9 .

3 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، المرجع السابق ، ص258.

4 تائر جمعة شهاب العاني، المسؤولية الجزائرية للأطباء، المرجع السابق، ص784.

5 محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص219.

فقد نصت المادة 144 ق.إ.م.إ.ج على أنه "يمكن للقاضي تأسيس حكمه على نتائج الخبرة، القاضي غير ملزم برأي الخبير"¹ فالقاضي وبعد أن يعطي الخبير رأيه، مطالب بالتوفيق بين الوقائع العلمية التي توصل إليها الخبير والوقائع القانونية هذا الانتقال الذي وصفه أحد شراح القانون بأنه "عبارة عن حقل خصب من الفخاخ الدقيقة التي يمكن أن ينزلق فيها أمر القضاة وبكل حسن نية"².

وعلى ذلك سنتطرق إلى كيفية واحتمالات تعامل القاضي مع تقرير الخبير، فسلطة القضاة التقديرية سلطة مطلقة، فلهم أن يصادقوا على تقارير الخبراء كلها أو جزء منها أو يلغوها كلياً أو جزئياً، إما لعيب فيها أو لانحيازها وعدم موضوعيتها، فالقاضي هنا إما يعتمد تقرير الخبير الطبي أو يستبعده أو يأخذ بجزء منه وي طرح الباقي وسنذكر هذا على التوالي.

أولاً: اعتماد تقرير الخبير

بعد مناقشة القاضي تقرير الخبير، إن وجد فيه غموض أو نقص حيث أنه يجوز للمحكمة استدعاء الخبير لمناقشة التقرير أمامها كما لها أن توجه إلى الخبير الأسئلة التي تراها مفيدة ومنتجة في الدعوى³، فللقاضي الأخذ برأي الخبير برمته وأسبابه خاصة إذا كان هذا التقرير محل مناقشة الخصوم واستوفى وتوفرت فيه الشروط الثانوية، فيصبح بهذا سبباً للحكم⁴.

فيكون للمحكمة ومتى اقتنعت بالتقرير بعد اكتماله شروطه القانونية الأخذ بما جاء فيه دون أن تلتزم بتسبيب أو تعليل قرارها بشكل مستقل حيث يكفي أن تحيل للرد على ما يوجه لها بهذا الشأن على التقرير، وأن المحكمة لما أخذت به وبأسبابه، إنما يدل على أنها لم تجد فيه مثلاً أو عيباً فيستحق الرد بأكثر مما رد عليه الخبير في تقريره⁵.

1 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

2 أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية، المرجع السابق، ص 129.

3 مفلح عواد القضاة، البيانات في المواد المدنية والتجارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 327.

4 عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2006، ص 339.

5 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالخبرة وبالمعاينة في القانون المدني، المرجع السابق، ص 233.

إن فالقاضي قد يأخذ بالحكم بأكمله ويؤسس عليه حكمه بناءً على ما جاء في تقرير الخبرة من نتائج واستنتاجات، يراعي فيها القاضي أن يكون هذا التقرير صحيحاً، وأن يكون مبنياً على أسباب صحيحة وكافية¹ وأن يكون الخبير التزم فيه بقواعد وأصول مهنة الخبير² فالقاضي هنا وعندما يكون بصدد تقدير تقرير الخبير، يبحث في مدى صحة هذا التقرير، ومدى بعده ومخالفته لما كان يرمي إليه حل موضوع المهمة التي عين من أجلها الخبير³

ويمكننا القول أن المحكمة أخذت بالنتائج والاستنتاجات التي خلص إليها الخبير، متى لم تلجأ لأسباب وأدلة إثبات أخرى توصلها إلى النتيجة المراد الوصول إليها، فالمحكمة لهل سلطة كاملة ومطلقة بان تعتد بتقرير الخبير ورأيه وحده دون باقي الأدلة متى اقتنعت بذلك⁴.

إن فالقاضي يمكنه اعتماد تقرير الخبير الطبي، والاستناد إليه في حكمه متى كان سلبياً ومتى كان مقتنعاً بما جاء فيه من نتائج واستنتاجات صحيحة، ومتى كانت مبنية على أسباب موضوعية في تقدير القاضي، فيكفي أن يرتاح لها ضمير القاضي وقناعته ولا يشك فيها أو في موضوعية وحياد الخبير.

ثانياً: إستبعاد التقرير

وهنا يكون للمحكمة أن تقضي بما يخالف ما جاء في تقرير الخبرة فهو أمر تستقل به محكمة الموضوع وفقاً لقناعتها⁵ فالقاضي هو الخبير الأول في الدعوى وبإمكانه رفض الأخذ بما جاء في تقرير الخبير بدون أن يكون في ذلك مخالفة للقانون⁶.

فلمحكمة أن ترفض الأخذ بتقارير الخبراء متى وجدت أنها لا تصلح لاعتماده سبباً للحكم، ولها أن تركز لتعيين خبراء آخرين لبيان خبرتهم⁷، فعلى الرغم من أن المحكمة تكون

1 Michel Bernard, 160 question en responsabilité, médical op, cit p294.

2 Florian Rossel, les contentieux des obligations de l'expert op, cit, p9.

3 Michel Bernard, 160 question en responsabilité, médical op, cit p294.

4 سحر عبد الستار إمام يوسف، دور القاضي في الإثبات، المرجع السابق، ص 547.

5 مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالخبرة وبالمعاينة في القانون المدني، المرجع السابق، ص 234.

6 منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين المرجع السابق، ص 596.

7 دانية ماجد عبد الحميد، سلطة القاضي المدني في تقدير الأدلة، مجلة الحقوق، جامعة المستنصرية، كلية الحقوق،

المجلد 4، العدد 13، العراق، 2011، ص 95.

ملزمة بتعيين خبير في المسائل العلمية والفنية ولا يحق لها أن تأخذ دور الخبير، غير أنه يحق لها إهمال وعدم التقيد بتقرير الخبير، أو أن ترجح تقريراً آخرًا لخبير آخر على تقريره، فالأخذ بتقرير الخبير هو من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع متى أقامت حكمها على أسباب صائغة¹.

هذا وقد قضت محكمة النقض الفرنسية، في دعوى قررت فيها محكمة أول درجة بوجود عجز يمثل 55% وادعى المسؤول أنه يمكن تخفيض نسبة العجز لو أجريت عملية جراحية، فقامت المحكمة بانتداب خبيراً لتبين ذلك، وحكمت المحكمة بناءً على ذلك بتخفيض التعويض المطلوب، واستأنف المضرور الحكم، فقدرت محكمة الاستئناف رفض تخفيض التعويض ورفض تعيين خبير، أين طعن المسؤول أمام محكمة النقض وقال أن المحكمة تجاهلت رأي الخبير لأنه لو أجريت عملية لتحسنت حالة المريض فقررت محكمة النقض " أن تقرير الخبير هو أحد العناصر التي يستند إليها القاضي في تكوين عقيدته والتي يخضع لتقدير المحكمة، فالمحكمة لا تلتزم برأي الخبير، ولها بل من واجبها أن تستكمل أوجه الاقتناع على ضوء كافة الوثائق المعروضة للمناقشة"².

إذن فالقاضي ومن منطلق أنه غير ملزم بالأخذ برأي الخبير الذي يقيد المحكمة، قد يخالف رأي الخبير إذا رأى أن تقرير الخبير ناقص أو غير واضح وله أن يلجأ إلى خبرة إضافية، ويجب مقابل هذا أن تكون هناك أسباب قوية وصائغة تبرر مخالفته لرأي الخبير وعدم الأخذ بنتيجة التقرير³.

وهذا ما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 144 ق.إ.م.إ بقولها ".....، غير أنه ينبغي عليه استبعاد نتائج الخبرة"⁴.

1 علي عصام غصن، المسؤولية الجزائرية للطبيب، المرجع السابق، ص 223.

2 cour.cass 1er ch.civil.25-11-1975 مشار إليه في، منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء

والجراحين، المرجع السابق، ص 596 .

3 تائر جمعة شهاب العاني، المسؤولية الجزائرية للأطباء، المرجع السابق، ص 184.

4 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

كما يجدر لفت الانتباه، إلى أنه لا يجوز للمحكمة أن تستند في دحض ما قال به الخبير الفني، إلى معلومات شخصية وإنما عليها إذا ما ساورها الشك فيما قرره الخبير في هذا الشأن، أن تتبين الأمر بالاستعانة بغيره من الخبرة¹.

ثالثاً: تجزئة التقرير:

فللقاضي حرية الأخذ ببعض ما تضمنه تقرير الخبير من الآراء وطرح الباقي منه، أي تجزئة تقرير الخبير والأخذ ببعض ما جاء فيه دون الباقي حيث لا تقضي إلا بما تطمئن إليه، وقضت في هذا الشأن محكمة التمييز الأردنية في حكم لها" أن أخذ محكمة الموضوع بجزء من تقرير الخبير واستبعاد القسم الآخر وعدم إجراء خبرة جديدة من المسائل الموضوعية التي تستقل في تقديرها دون رقابة عليا في محكمة التمييز ولا يشكل سبباً للنقض"². فكما قلنا فإنه وفي الأول الأخير يبقى القاضي هو الخبير الأول، وعليه فإنه يكون له بموجب هذا أن يطرح البعض من التقرير ويجزئه³.

كما يعتقد الدكتور علي عصام غصن، أن القاضي ملزم بتعيين خبراء في المسائل الفنية والعلمية وله الحق بمقابل ذلك أن يهمل تقاريرهم أو يجزئها أو ينتخب خبراء آخرين فهذا يقع ضمن سلطتهم التقديرية⁴.

ويمكن القول في الأخير، أنه وفي الواقع فإن القاضي الذي تعين عليه الاستعانة بالمعلومات الفنية للخبير لا ينجو من تأثير رأي هذا الخبير على حكمه، إلا إذا وجدت لديه أسباب للاعتقاد بخطأ وقع فيه أو سوء تقدير بدر منه، أو ثار لديه شك في حياده⁵.

1 منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 602.

2 محكمة التمييز الأردنية، رقم 33/1631، 21-10-1998 مشار إليه في، مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعينة والخبرة في القانون المدني، المرجع السابق، ص 236.

3 منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع نفسه، ص 596.

4 علي عصام غصن، المسؤولية الجزائية للطبيب، المرجع السابق، ص 184 186.

5 سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية طبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، المرجع السابق، ص 88.

أما بالنسبة للمسؤولية الطبية، فإنه وعلى الرغم من أن القاضي غير ملزم بالنتائج التي توصل إليها الخبراء، غير أن ذلك لا ينفي القول بأن الخبرة تمثل أساساً سليماً يمكن أن يعتد به¹.

ويمكننا القول في الأخير، أن القاضي إنما يستعين بتقرير الخبير بتبيان الغموض ولمساعدته على تحقيق العدالة في الموضوع محل الدعوى، والذي يجهل القاضي الجانب الفني الخاص به، فنستطيع تطبيق المقولة الشهيرة "قل لي الحقائق، وأنا سوف أقول لك القانون"، ولذا فمهمة تقرير الخبير تنتهي بتفصيل الأمور المتخصصة في منه، لتبدأ مهمة القاضي في الأخذ أو عدم الأخذ بها في حكمه².

1 Michel Bernard, 160 question en responsabilité médical , op , cit, p294 .

2 Michel Bernard, 160 question en responsabilité médical , op , cit, p294.

خاتمة:

لقد ذكرنا في بحثنا العناصر الواجب إثباتها لقيام المسؤولية المدنية الطبية، و ما هي القواعد العامة للإثبات وكيف كان القضاء يحاول التخفيف من هذا العبء بنقله و بالتوسيع من حالات الإلتزام بتحقيق نتيجة، وتوجهه على الأخذ بفكرة الخطأ المفترض أو المقدر وكيف كان يقيم قرائن قضائية لصالح المضرور في بعض الحالات وكلها مساع للتخفيف من عبء الإثبات الملقى على المريض.

ومع ذلك تبقى صعوبات شتى تواجه المريض، في سبيل النهوض بحقه و هذا لصعوبة إثبات إخلال الطبيب بإلتزامه، هذا الإخلال الذي من المستحيل أحياناً التدليل عليه أمام جهل المريض بالفن الطبي، و الظروف المحيطة بالعمل الطبي كذلك من ناحية وسائل الإثبات فأمام خصوصية العمل الطبي و أمام شيوع و كثرة الأخطاء الطبية ذات الطابع الفني البحت فإن الوسيلة الوحيدة المجدية هي الخبرة الطبية، وكما سبق بيانه أن الخبير الطبي الذي يعد زميل الطبيب المسؤول، مما يشكل عقبة أمام نزاهة تقرير الخبير فأمام ما يعرف بـ "ضم الصفوف" فالمريض حتى وبلجوء القاضي لتقرير الخبير الطبي لن يحصل على حقه.

وأمام خصوصية الأعمال الطبية و ضرورة إثبات قيام المسؤولية المدنية الطبية الواقعة على عاتق المريض، فإنه كثيراً ما تضيع فرصة المريض في إثبات حقه ما يقابله الحصول على تعويض لجبر الضرر اللاحق به وبالتالي فإنه من غير المنصف، أنه ومع خصوصية الضرر الطبي نظراً لمساسه بسلامة البدن وقد يمس بالروح الإنسانية ثم لا تتم مساءلة الطبيب المسؤول عنه لأن المريض لا يستطيع إقامة الدليل عليه، هذا الواقع الخطير الذي قد يساعد في إنتقال الأخطاء الطبية إلى جرائم طبية.

هذا ورغم أن المشرع الجزائري قد نظم قواعد ممارسة مهنة الطب، من خلال المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب، إلا أنه ومع ذلك فإن الجزائر تعاني فراغ قانوني رهيب فيما يتعلق بضحايا الأخطاء الطبية و معاقبة المتسببين فيها، فعدم معاقبة أو توقيف أي طبيب إرتكب خطأ طبي، يساهم في إنتشار الأخطاء الطبية في المستشفيات و العيادات الخاصة.

و أمام الوضع الذي يتمثل في عدم مقدرة المريض على إثبات قيام مسؤولية الطبيب المدنية , وإفلات الطبيب المسؤول من المساءلة القانونية كنتيجة لذلك , فإنه تقل ثقة الضحايا والمرضى المضرورين في العدالة الذين يعانون من صعوبة الإثبات ومن طول مدة صدور الحكم هذا وفي الغالب تحال معظم الملفات على المحكمة العليا.

ومن هنا فإن القواعد القانونية والتي يفترض وجودها لتكريس العدالة , تصبح بمثابة العائق أمام المريض و بمثابة الحصانة للطبيب المسؤول وعليه فلا بد من إيجاد حلول تتماشى مع عدم تقييد تطور مهنة الطب ومع حق المريض المتضرر في التعويض عما أصابه من ضرر جراء العمل الطبي , و الأخذ في الاعتبار أنه طرف ضعيف في هاته العلاقة و قد لا يستطيع جلب الأدلة اللازمة التي تدين وتلزم الطبيب.

ولقد خلصنا لمجموعة من النتائج هي:

1. أن المسؤولية المدنية الطبية ذات طبيعة قانونية خاصة نظراً لخصوصية العمل الطبي.
 2. مسألة الإثبات في المسؤولية المدنية الطبية لا تتوقف على نوع المسؤولية وإنما على طبيعة الإلتزام.
 3. الإثبات والذي يقع كأصل عام على عاتق المدعي, لم يمنع من محاولات الفقه والقضاء للتخفيف منه, نظراً للصعوبات التي يواجهها المريض في سبيل الوصول إلى حقه.
 4. يتم إثبات المسؤولية المدنية الطبية بكافة الوسائل بما في ذلك البينة والقرائن.
 5. تختلف نجاعة وسيلة الإثبات في المسؤولية المدنية الطبية حسب طبيعة الخطأ الطبي, فالمسائل المتعلقة بالجانب الفني الطبي لا يتأتى إثباتها إلا عن طريق الخبرة الطبية.
- هذا ونخرج بمجموعة من التوصيات هي:

1. إعادة النظر من طرف المشرع الجزائري بخصوص هذا النوع من المسؤولية المدنية , و العمل على صياغة قوانين تتماشى مع طبيعة العمل الطبي و مجموع الأضرار و الأخطار التي قد تمس المريض.
2. إعمال قاعدة "البينة على من إدعى" بشكل يتلاءم ومصصلحة المريض المدعي, وذلك بتكليفه بإثبات الإلتزام , وعلى الطبيب التدليل بأنه قام بالإلتزام بالشكل الصحيح.

3. إعادة النظر في الجانب المتعلق بالخبرة الطبية, حيث لابد أن يكون الخبير الطبي المعين لأداء مهمة الخبرة, تابع وظيفياً لجهة غير الجهة التي يتبعها الطبيب المسؤول, كأن تكون مثلاً وزارة العدل و هذا تفادياً للصعوبات الشخصية التي قد تعترض أداء الخبير لمهمته.

4. صياغة قوانين أكثر صرامة لمساءلة الأطباء المسؤولين عن الأخطاء الطبية, ومتابعتهم قضائياً.

قائمة المصادر والمراجع:
أولاً : باللغة العربية
I. الكتب

1. إبراهيم أحمد الرواشدة،المسؤولية المدنية لطبيب التخدير،دار الكتب القانونية
مصر 2010
2. إبراهيم سيد أحمد ،الضرر المعنوي فقهاً وقضاءاً،المكتب الجامعي الحديث
الإسكندرية ،مصر 2007
3. أحمد حسن عباس الحيارى،المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني
الأردني والنظام القانوني الجزائري،دار الثقافة للنشر والتوزيع،الجزائر 2005
4. آدم وهيب النداوي،دور الحاكم المدني في الإثبات ،دراسة مقارنة،دار الثقافة
للنشر و التوزيع ،عمان الأردن،2001،ص 390.
5. اسعد عبيد الجميلي، المسؤولية الطبية المدنية،دراسة مقارنة،دار الثقافة للنشر
والتوزيع،الطبعة الأولى،الأردن2009
6. أمير فرج يوسف،خطأ الطبيب العمدي وغير العمدي وأحكام المسؤولية المدنية
والجنائية والتأديبية،المكتب الجامعي الحديث،مصر 2010
7. ثائر جمعة العاني،المسؤولية الجزائية للأطباء ،منشورات الحلبي الحقوقية،الطبعة
الأولى،بيروت لبنان 2013
8. جلال حسن الأتروشي،المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم،دراسة
مقارنة،دار الحامد للنشر،الطبعة الأولى ،عمان، الأردن 2008
9. حروزي عز الدين،المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في الجزائر،دراسة
مقارنة،دار هومة ،الجزائر،2005
10. حسام الدين أحمد،المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ،منشورات الحلبي
الحقوقية،بيروت،لبنان، 2011 .
11. حسن علي الذنون،المبسوط في المسؤولية المدنية الجزء3 رابطة السببية،دار
وائل للنشر،الطبعة الأولى،عمان الأردن 2006
12. حسن علي الذنون،المبسوط في المسؤولية المدنية،الجزء 1الضرر،دار وائل
للنشر ، الطبعة الأولى ،عمان ، الأردن 2006

13. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء 2 الخطأ، دار وائل للنشر، عمان الأردن 2006
14. زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر 2011
15. سحر عبد الستار إمام يوسف، دور القاضي في الإثبات، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007.
16. سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح و طبيب التخدير مدنياً وجنائياً وإدارياً، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 2004
17. صدقي محمد أمين عيسى، التعويض عن الضرر المادي ومدى إنتقاله للورثة، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة 2014
18. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1999.
19. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدالة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000
20. عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر 2004
21. عبد العزيز سليم، الإجراءات العملية في شرح قانون الإثبات المعلق عليه بأحكام النقض التطبيقات العملية، دارالنسر الذهبي، الطبعة الثالثة، عابدين القاهرة
22. عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المجموعة المتخصصة في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، مصر 2007
23. عدنان طه الدوري، أحكام الإلتزام في المواد المدنية (قواعد و أحكام و اساسية)، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، عابدين القاهرة 2009
24. علي جابر محجوب، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، جامعة الكويت، 2000

25. علي عصام غصن، المسؤولية الجزائية للطبيب، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، 2012
26. علي عوض حسن، الخبرة في المواد المدنية والجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر 2007.
27. الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، الجزائر 2001
28. فاطمة الزهرة منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2012
29. فرج محمد علي، عبء الإثبات ونقله، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، مصر 2009
30. محمد أحمد سويلم، مسؤولية الطبيب الجراح وأسباب الإعفاء منها في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية مصر 2009
31. محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي و الأدبي المورث، منشأة المعارف، الإسكندرية 1995
32. محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2007
33. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2006
34. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية (الطبيب، الجراح، طبيب الأسنان، الصيدلية، التمريض والعيادة، و المستشفى، الأجهزة الطبية) ، دار الجامعة الجديدة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2001
35. محمد حسين منصور، الخطأ الطبي في العلاج، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، منشورات الحلبي بيروت لبنان، 2004
36. محمد زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية (المدنية والجزائية)، مؤسسة غبور للطباعة، الطبعة الأولى، دمشق 1999

37. محمد صبري السعدي, الواضح في شرح القانون المدني (الإثبات في المواد المدنية و التجارية, دار الهدى ,عين ميله الجزائر 2011
38. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي, المسؤولية المدنية للخبير القضائي, دار الجامعة الجديدة للنشر, الإسكندرية, مصر
39. مفلح عواد القضاة, البيئات في المواد المدنية و التجارية, دراسة مقارنة, دار الثقافة للنشر والتوزيع, عمان الأردن 2009.
40. منير رياض حنا, النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية والتعويض عنها, ريم للنشر و التوزيع, الطبعة الأولى, بيروت لبنان 2011
41. منير رياض حنا, المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقہ الفرنسي والمصري, دار الفكر الجامعي, الطبعة الأولى, مصر, 2007.
42. ميدي أحمد, الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري, دار هومة, الطبعة الثانية, الجزائر 2014
43. نبيل صقر-مكاري نزيهة, الوسيط في القواعد الإجرائية و الموضوعية للإثبات في المواد المدنية, دار الهدى, عين ميله الجزائر 2009
44. يوسف دلاندة, الوجيز في شهادة الشهود, دار هومة, الجزائر 2005

II. الرسائل و المذكرات

1. الرسائل:

1. محمد عبد القادر العبودي, المسؤولية لطبيب التحذير, رسالة دكتوراه (مجموعة رسائل الدكتوراه), ب.س.ن.ب.ب.ن
2. المذكرات:
1. سايكي وزنة, إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني, مذكرة لنيل شهادة الماجستير, فرع قانون المسؤولية المهنية, جامعة مولود معمري, تيزي وزو الجزائر 2011.
2. صفية سنوسي, الخطأ الطبي في التشريع و الإجتهد القضائي, مذكرة لنيل شهادة الماجستير, فرع قانون خاص, جامعة قاصدي مرباح, ورقلة 2006

3. فريحة كمال,المسؤولية المدنية للطبيب,مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص,فرع قانون المسؤولية المدنية,جامعة مولود معمري ,تيزي وزو الجزائر 2007.

4. فريد عيسوس,الخطأ الطبي و المسؤولية الطبية,دراسة مقارنة,مذكرة لنيل شهادة الماجستير,فرع عقود و مسؤولية,كلية الحقوق بن عكنون,الجزائر العاصمة 2003

III. النصوص القانونية

1.النصوص التشريعية:

1. الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني,جر رقم 78 و المؤرخ في 26 سبتمبر 1975,معدل ومتمم.

2. قانون رقم 08-09 المؤرخ في صفر عام 1924 الموافق ل 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3. قانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق ل 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها,ج ر عدد 08,المؤرخة في 17 فبراير سنة 1985 المعدل والمتمم.

4. الأمر 66-156 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966,المتضمن قانون العقوبات,ج ر عدد 49 ,مؤرخة في 11 يونيو سنة 1966 المعدل والمتمم.

2.النصوص التنظيمية:

1. مرسوم تنفيذي رقم 95-310 المؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق ل 27 أبريل 1991 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين و المتخصصين في الصحة العمومية,الجريدة الرسمية عدد 12 ,الصادرة في أول ذي القعدة عام 1411.

2. مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق ل 6 يوليو سنة 1992,يتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب,ج ر عدد 52 ,مؤرخة في 08 يوليو 1992 .

V. القرارات القضائية

1. قرار المحكمة العليا رقم 297062، الصادر بتاريخ 24 جوان 2003، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2003.
2. قرار المحكمة العليا رقم 362397، الصادر بتاريخ 11 مارس، المجلة القضائية، العدد الأول، 2003.
3. قرار المحكمة العليا رقم 53010، الصادر بتاريخ 25 ماي 1988، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1992.
4. قرار المحكمة العليا رقم 71548، الصادر بتاريخ 30 جوان 1999، المجلة القضائية، العدد الأول، 1992.

VI . المقالات

1. أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاسه على قواعد الإثبات، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، 23 و24 جانفي 2008.
1. أحمد هديلي، نقل عبء الإثبات في الإلتزام بالإعلام، مجلة الحجة، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، العدد 1، نشر ابن خلدون، تلمسان، جويلية 2007.
2. دانية ماجد عبد الحميد، سلطة القاضي المدني في تقدير الأدلة، مجلة الحقوق، جامعة المستنصرية، كلية الحقوق، المجلد 4، العدد 13، العراق، 2011.
3. زامل شبيب الركاض، دور الخبرة في الإثبات، جريدة الرياض، صادرة عن مؤسسة اليمامة الصحفية، العدد 16587، الرياض السعودية، 22 نوفمبر 2013.
4. زيد حنش عبد الله، وسائل الإثبات، مجلة البحوث القضائية، مجلة فصلية تعنى بالبحوث والدراسات القضائية والقانونية، صادرة عن المحكمة العليا (المكتب الفني)، العدد 07، صنعاء اليمن يونيو 2007.
5. عبد الناصر عصامي، عائشة العروسي، الخبرة كدليل في المادة الجنائية في القانون المغربي، مجلة المحاكم المغربية، مجلة تصدر عن هيئة المحامين بالدار البيضاء، العدد 62، الدار البيضاء_المغرب، 1991.

6. محمد فتاحي,الخطأ الطبي و المشكلات التي يثيرها في نطاق المسؤولية المدنية,مجلة العلوم القانونية و الإدارة الصادرة عن جامعة سيدي بلعباس,العدد 3,مكتبة الرشاد,الجزائر 2007.

7. نادر شافي , الطبيب بين الرسالة والمسائلة, مجلة الجيش ,العدد 235,كانون الثاني ,لبنان , 2005,

ثانيا : باللغة الفرنسية

I.OUVRAGES:

1. ABDELKADER KHADIR, la responsabilité médicale a l'usage des praticiens de la médecine et droit, dar houma,alger,2014.
2. GODFRYD MICHEL, l'expertise médicale, press universitaire de France, paris 1991.
3. JEAN PANNEAU, la responsabilité du médecin,2eme édition dalloz,paris France,1996
4. MALICIER,MARIAS,FEUGLET,la responsabilité médicale donnée actuelles,2eme édition ESKA,paris,1999.
5. MICHEL BERNARD, 160 question en responsabilité médicale, 2eme édition ,EL SEVER MASSON, paris 2010
6. WELSEH SYLVIE, la responsabilité du médcin,édition juris_classeur ,paris 2003.

II.THESE :

1. 1.AMBIALET(JANINE),responsabilité du fait d'autrui en droit médical ,thèse droit ,paris 1964.

2. III. LEGISLATION FRANCAISE:

3. code civile .
4. code procédure civile .
5. code pénal.
6. code de la santé publique.

IV.ARTICLES:

1. BRUNO.PY,expert: un métier, une fonction, une adulation, revue médecine et droit; volume 2013,issue120,May-Jun paris,2013
2. .FLORIAN ROSSEL,les contentieux des obligation de l'expert ,revue médecine et droit,volume 2015,issue 130,janvier-fevrier ,paris,2015

3. BERNARD GACHOT, critères de qualité pour une expertise civil réussite .revue médecine et droit, volume 2011, issue 108,may_jun ,paris,2011
4. DOMINIQUE GIOCATI, CHRISTOPHE BARTOLI, le médecin expert face au compromis d'arbitrage, revue médecine et droit, volume 2008, issue 90, mai Jun,paris, 2008.
5. GENARD MÉMETEAU, devoir d'information de la charge de la preuve, revue médecine et droit, volume 1997, issue24, may-jun,paris,1997
6. JACQLINE ROSSANT, les experts médicaux et les médecins qui évaluent le dommage corporel, rapport adopté lors de la session du conseil national de l'ordre des médecins.
7. P.VAYRE, D.PLANQUELLE, H.FABRE, le lien de causalité en matières de la responsabilité médicale, revue médecine et droit, volume 2005, issue 72, May-Jun,paris, 2005
8. PIERRE AZARD, l'évolution actuel de la responsabilité médicale au canada ,revue internationale de droit comparé, volume 10,n1;janvier-mars,paris 1958
9. PIERRE SARGOS, obligation de moyens et obligation de résultat du médecin, revue médecine et droit, volume1997, issue24, may –Jun , paris,1997

V. LES SITES ELECTRONIQUES:

1. www.légi.france.gouv.fr
2. www.légifrance.gouv.fr
3. www.yemn.nic.info/bb/laws_je/détail.php?id 11755.
4. www.conseil.national.médecin.fr
5. <http://www.droit.univ-paris.fr>
6. www.addiwane.com/index.php?swite et sart=2366
7. www.elhouria.com/index.php/société/item/35660

فهرس المحتويات

البسمة

الاهداء

الشكر

مقدمة

- 6..... الفصل الأول: إثبات عناصر المسؤولية المدنية الطبية.
- 7..... المبحث الأول: إثبات الخطأ الطبي.
- 7..... المطلب الأول: ماهية الخطأ الطبي الواجب إثباته.
- 7..... الفرع الأول: مفهوم الخطأ الطبي ومعايير تقديره.
- 7..... أولاً: مضمون الخطأ الطبي.
1. الفقهي..... 7.....
2. التشريعي..... 8.....
- الفرع الثالث: معايير تقدير الخطأ الطبي..... 10.....
1. المعيار الشخصي..... 10.....
2. المعيار الموضوعي..... 12.....
- ثالثاً: تقسيمات الخطأ الطبي وصوره..... 13.....
- أولاً: تقسيمات الخطأ الطبي..... 13.....
1. تقسيم الخطأ الطبي من حيث أنواعه..... 13.....
2. تقسيم الخطأ الطبي من حيث درجة جسامته..... 14.....
3. التفرقة بين خطأ الطبيب و خطأ الفريق الطبي..... 16.....
- ثانياً: صور الخطأ الطبي..... 18.....
1. الإمتناع عن العلاج..... 18.....
2. الخطأ في التشخيص..... 19.....
3. الخطأ في العلاج..... 20.....
4. الخطأ في العلاج الجراحي..... 20.....
5. الخطأ في الأشعة..... 22.....

- 23.....المطلب الثاني :عبء إثبات الخطأ الطبي.
- 23.....الفرع الأول:إثبات الخطأ حسب طبيعة الإلتزام.
- 24.....أولاً:في حالة الإلتزام ببذل عناية.....
- 24.....1.مضمون الإلتزام ببذل عناية
- 24.....2.عبء الإثبات في حالة الإلتزام ببذل عناية.....
- 26.....ثانياً:في حالة الإلتزام بتحقيق نتيجة.....
- 26.....1.حالات الإلتزام بتحقيق نتيجة.....
- 27.....أ.الإلتزامات المتصلة بالإنسانية الطبية.....
- 27.....1.إلتزام الطبيب بإعلام المريض.....
- 28.....2.الحصول على موافقة المريض.....
- 28.....3.الإلتزام بالسر المهني.....
- 30.....ب.الإلتزامات المتصلة بالفن الطبي.....
- 30.....1.التحاليل المخبرية.....
- 31.....2.إستعمال الأدوات والاجهزة.....
- 31.....3.نقل الدم.....
- 32.....4.التركيبات الصناعية.....
- 33.....5.ضمان السلامة.....
- 34.....2.عبء الإثبات في حالة الإلتزام بتحقيق نتيجة.....
- 35.....الفرع الثاني:الصعوبات المتعلقة بعبء الإثبات.....
- 36.....أولاً:الصعوبات المتعلقة بالممارسة الطبية.....
- 36.....ثانياً:الصعوبات المتعلقة بالفن الطبي.....
- 38.....الفرع الثالث :التخفيف من عبء الإثبات.....
- 38.....أولاً:نقل عبء الإثبات في مجال إلتزام الطبيب بالإعلام.....
- 40.....ثانياً:فكرة الخطأ المفترض.....
- 42.....ثالثاً:المسؤولية غير الخطئية.....
- 42.....1.إقرارالمسؤولية غير الخطئية في القضاء الإداري.....

44.....	2. إقرار المسؤولية غير الخطأية في القضاء العادي.
47.....	المبحث الثاني: الضرر وعلاقة السببية.
47.....	المطلب الأول: الضرر الطبي.
48.....	الفرع الأول: أنواع الضرر.
49.....	أولاً: الضرر المادي.
50.....	ثانياً: الضرر المعنوي.
51.....	الفرع الثاني: شروط الضرر.
51.....	أولاً: أن يكون محققاً.
51.....	1. الضرر الحال والمستقبل.
52.....	2. الفرصة الضائعة.
53.....	ثانياً: أن يكون شخصياً.
53.....	1. الضرر ماساً بالمدعي نفسه.
54.....	2. الضرر المرتد.
56.....	ثالثاً: أن يكون مباشراً ومتوقفاً.
58.....	رابعاً: أن يمس بمصلحة مشروعة.
60.....	الفرع الثالث: إثبات الضرر الطبي.
61.....	المطلب الثاني: علاقة السببية.
62.....	الفرع الأول: النظريات التي قبلت في علاقة السببية.
62.....	أولاً: نظرية تعادل الأسباب.
64.....	ثانياً: نظرية السبب المنتج أو الفعال.
65.....	الفرع الثاني: إنتفاء علاقة السببية.
67.....	أولاً: الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة.
69.....	ثانياً: خطأ المضرور.
69.....	1. إستغراق أحد الخطأين الآخر.
72.....	2. استقلال كل من الخطأين عن الآخر.
73.....	3. شروط إعتبار خطأ المريض سبباً لنفي المسؤولية.

74.....	ثالثاً:خطا الغير
76.....	الفرع الثالث:إثبات علاقة السببية
80.....	الفصل الثاني:وسائل إثبات أركان المسؤولية المدنية الطبية
81.....	المبحث الأول:وسائل الإثبات في الأعمال ذات الصبغة الإنسانية الطبية
81.....	المطلب الأول:الوسائل القانونية للإثبات
81.....	الفرع الأول:الكتابة
82.....	أولاً:الورقة الرسمية
82.....	1.شروط الورقة الرسمية
83.....	2.حجية الورقة الرسمية
84.....	ثانياً:الورقة العرفية
85.....	1.الورقة العرفية المعدة للإثبات
87.....	2.الورقة العرفية غير المعدة للإثبات
88.....	الفرع الثاني:شهادة الشهود
89.....	أولاً:تعريف الشهادة
89.....	ثانياً:أنواع الشهادة
89.....	1.الشهادة الشفهية
90.....	2.الشهادة المكتوبة
90.....	3.الشهادة السماعية
90.....	4.الشهادة بالتسامع
92.....	الفرع الثالث:القرائن
92.....	أولاً:تعريف القرينة
93.....	ثانياً:أنواعها
93.....	1.القرينة القانونية
95.....	2.القرينة القضائية
96.....	ثالثاً:قوة وحجية القرائن في الإثبات
97.....	رابعاً:حجية الأمر المقضي فيه

1.	المقصود بحجية الأمر المقضي فيه وشروط الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي فيه.	98
2.	حجية الحكم الجنائي أمام المحاكم المدنية.	99
100.	المطلب الثاني:مدى نجاعة الوسائل القانونية ودور القاضي في الإثبات.	100
101.	الفرع الأول:مدى نجاعة الكتابة كدليل.	101
103.	أولاً:سلبيات الكتابة.	103
106.	ثانياً:إيجابيات الكتابة.	106
107.	الفرع الثاني:مدى نجاعة الشهادة.	107
108.	الفرع الثالث:مدى نجاعة القرائن.	108
112.	الفرع الرابع:دور القاضي في إثبات عناصر المسؤولية المدنية الطبية.	112
113.	أولاً:دور القاضي في تقدير عنصر الخطأ.	113
115.	ثانياً:دور القاضي في تقدير عنصر الضرر.	115
116.	ثالثاً:دور القاضي في تقدير عنصر علاقة السببية.	116
117.	المبحث الثاني:وسائل إثبات العمل الطبي الفني.	117
119.	المطلب الأول:ماهية الخبرة.	119
119.	الفرع الأول:تعريف الخبرة و أنواعها.	119
119.	أولاً:تعريف الخبرة.	119
121.	ثانياً:أنواع الخبرة.	121
122.	1.الخبرة الإستشارية.	122
122.	2.الخبرة الإتفاقية.	122
123.	الفرع الثاني:الطبيعة القانونية للخبرة و خصائصها.	123
123.	أولاً:الطبيعة القانونية للخبرة.	123
123.	1.الخبرة شهادة فنية.	123
124.	2.الخبرة وسيلة لتقدير الدليل.	124
124.	3.الخبرة إجراء لمساعدة القاضي.	124
125.	4.الخبرة وسيلة لإثبات.	125

125.....	ثانياً:خصائص الخبرة الطبية.....
125.....	1.الصفة القضائية للخبرة الطبية.....
126.....	2.الصفة الفنية للخبرة الطبية.....
126.....	3.الصفة الإختيارية للخبرة الطبية.....
127.....	4.الصفة التبعية للخبرة الطبية.....
127.....	الفرع الثالث:كيفية ندب الخبير.....
131.....	الفرع الرابع:تقرير الخبرة.....
131.....	أولاً:شكل التقرير.....
132.....	1.الديباجة.....
133.....	2.أعمال الخبرة.....
133.....	3.نتائج الخبرة.....
133.....	4.توقيع التقرير.....
134.....	5.ملاحق التقرير.....
134.....	ثانياً:حجية تقرير الخبير.....
136.....	المطلب الثاني:دور الخبرة في دعوى المسؤولية المدنية الطبية.....
137.....	الفرع الأول: تنفيذ الخبرة.....
137.....	أولاً:مهام الخبير.....
140.....	ثانياً:مباشرة الخبير مهامه.....
143.....	الفرع الثاني:صعوبات إعداد الخبرة.....
144.....	أولاً:الصعوبات الموضوعية.....
	1.من حيث الإختلاف بين المعطيات المجردة و الحقائق الواقعية
144.....	الملموسة.....
145.....	2.من حيث إثبات علاقة السببية.....
145.....	3.من حيث تعدد المسؤولين عن الخطأ.....
146.....	ثانياً:الصعوبات الشخصية.....
149.....	الفرع الثالث:مدى الأخذ بالخبرة من القاضي.....

150.....	أولاً: إعتقاد التقرير
151.....	ثانياً: إستبعاد التقرير
153.....	ثالثاً: تجزئة التقرير
156.....	خاتمة
160.....	قائمة المصادر و المراجع
169.....	الفهرس

المخلص:

إن للإثبات دور مهم في المسؤولية المدنية الطبية، حيث لا يمكن للمريض المتضرر الحصول على تعويض لجبر ضرره بدون إثبات قيام مسؤولية الطبيب، وتقضي القواعد العامة بأن المريض هو المكلف بعبء الإثبات عادةً كونه المدعي، غير أنه و نظراً للصعوبات التي يواجهها في سبيل النهوض بحقه، فإن الفقه و القضاء قد حاولا إيجاد حلول للتخفيف من هذا العبء الملقى على عاتق المريض.

هذا وتختلف وسائل الإثبات، حسب الخطأ الطبي المراد إثباته حيث يمكن الإعتماد على الوسائل القانونية العادية في الأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية، حيث يستطيع القاضي إعتماد حجيتها في هذا، أما الأخطاء التي تتعلق بالجانب الفني لمهنة الطب فإن إثباتها لن يتأتى إلا بالإعتماد على خبرة الخبير، الذي يعد من أهل الإختصاص والعارف بخباياها، هذا ويلعب القاضي دور إيجابي في الإثبات فبموجب السلطة التقديرية المخولة له قانوناً، فإنه يستطيع تقدير الأدلة إضافة إلى دوره في إستنباط القرائن أو إقامتها إذا ما تعلق الأمر برابطة السببية بين الخطأ الطبي و الضرر.

Résumé:

La preuve est importante pour lancer la responsabilité civile médicale, or auqu'un malade peut avoir une indemnisation suite aux dommages provoqués par le médcin, car les dispositions générales vigeurent stipulent que le malade est chargé de prouvé, tant qu'il est demandeur.mai a cause des difficultés qu'ils affrente, la doctrine et la justice ont essayé de trouvé des moyens plus souples, pour lui facilité la tache.

Les moyens de preuve se diffèrent ,par apport aux faute médicale sujet de la responsabilité,or ont peut compté sur les moyens simples pour prouvé les fautes liées de l'humanisme médicale médicale ,car le juge peut les prendre en charge,sependant les fautes techniques médicales ne preuve être prouvé que par un expert en médecine ,qui est censé savoir les cachettes de médecine, et le juge joue un rôle positif dans l'approbation du diagnostique, car la loi lui confère le pouvoir appréciatif qui lui permet jugé les moyens de preuve et les extraire l'orsqu'il s'agit du lien de causalité entre la faute médicale et le dommage.