



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أحمد دراية - أدرار

كلية الحقوق والعلوم السياسية



المسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد (دراسة مقارنة)

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم

تخصص: قانون خاص

تحت إشراف الأستاذ الدكتور

الشريف بحماوي

إعداد الطالبة:

عبيد فتيحة

لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة أدرار	أستاذ التعليم العالي	أ.د بن عومر محمد صالح
مشرفا ومقررا	جامعة أدرار	أستاذ التعليم العالي	أ.د-الشريف بحماوي
عضوا مناقشا	جامعة بشار	أستاذ التعليم العالي	أ.د-ماينو الجيلالي
عضوا مناقشا	جامعة تيارت	أستاذ التعليم العالي	أ.د- بوشي يوسف
عضوا مناقشا	جامعة أدرار	أستاذ محاضر "أ"	د- حاج سودي محمد
عضوا مناقشا	المركز الجامعي تندوف	أستاذ محاضر "أ"	د-حمودي محمد

السنة الجامعية: 2019-2020



إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى أعز الناس والدي الكريمين

،

إلى العائلة الكريمة

إلى زميلتي وأختي الأستاذة بلبالي أمينة

كلمة شكر و عرفان

لا يسعني في هذا المقام إلى أن أتقدم بكل عبارات الاحترام و التقدير إلى الأستاذ الدكتور المشرف بحماوي الشريف على صبره و سعة صدره له مني كل الاحترام و التقدير.

إلى كل ربان سفينة علم ركبتها من مرحلة الابتدائي إلى يومنا هذا وفي الأخير أشكر كل من مدى لي يد العون

قائمة المختصرات

1- بالعربية :

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

ق.ع.ج: القانون العقوبات الجزائري

م.أ.ط: مدونة أخلاقية الطبي

ط: الطبعة

ج: الجزء

ب.س.ن: بدون سنة نشر

ب.ب.ن: بدون بلد نشر

ج ر: الجريدة الرسمية

ص: صفحة

2- بالأجنبية

P	Page
Opcit	ouvrage précédemment cité
CH .C.A	Chambre cassation administrative
Ch. C .c	Chambre cassation Civile
Art	article

مُقْتَلٌ مُتْرٌ

لا يختلف اثنان حول إنسانية مهنة الطب، هذه المهنة التي عرفت كل الحضارات والعصور وشهدت على تطورها الإنسانية جمعاء، فمهنة الطب مهنة مارسها النبلاء قديما حيث لا يحتاج النبيل مالا، نظرا لقدسيتها وموقعها المرموق بين المهن، مما أكسبها طابع وأخلاقيات معينة لا يستطيع من يمارسها الخروج منها أو الحياد عنها، كونه يتناول بمهنته مادة الجسد الإنساني وما لهذين الأخيرين من مكانة لا يعلو فوقها شيء إلا خالقها الله عز وجل، الذي خلقها وقدسها وحرّم التعدي عليها بجعله منه من الكبائر.

غير أن مهنة الطب في بداياتها لم تعتمد ما نعرفه الآن من تكنولوجيا وتطور وآلات وعقاقير وأدوية، بل حتى أن الأطباء لم يكونوا الذين نعرفهم اليوم من حيث التكوين والدراسات التي يستفيدون منها، بل بدأت مهنة الطب بأطباء أو مطبيين، فقديمًا لم يكن يقتصر ممارسة الطب على ذوي الشهادات بالتخصص بل عرف عن ممارسين للطب أنهم اكتسبوا بالوراثة أو الخبرة، كما لم يكن قديمًا يمارس الطب بالتقنيات المعروفة حاليًا وبأدوات الكشف المتوفرة اليوم تماشيًا مع التطور العلمي التكنولوجي، بل كانت وسائل الفحص قليلة وبسيطة استعملوها الأطباء آنذاك فهم من اخترعها أو دعتهم الحاجة إلى ذلك، ومنهم من تناقلها عن أطباء آخرين نظرًا لأنها أثبتت نجاعتها وأما الأدوية والعقاقير فهي مهنة الطب ومنذ العصور القديمة اعتمد الإنسان عامة والطبيب خاصة على الطبيعة وما تزخر به من أعشاب ونباتات اعتمدها كأدوية بعد أن جربها وعلم مفعولها وآثارها على الجسم البشري.

هذا عن التطور الذي حصل لمهنة الطب عبر العصور كحضارة الإغريق و الرومان و اليهود وقدماء المصريين (الفراعنة) والحضارة الإسلامية... الخ، ونظرًا لأهمية هذه المهنة واتصالها بروح البشرية فقد عكفت كل الحضارات والشرائع على تنظيمها والاهتمام بها، الشيء الذي يعطي الإحساس لدارس موضوع مهنة الطب بتراوح هذه المهنة بين التضييق مرة والتوسيع مرة أخرى، تماشيًا مع التقاليد والأحكام والمجتمعات

ولأن الطبيب مهم في حياتنا ولا نستطيع الاستغناء عنه، ولأن عمل الطبيب ينصب على الجسم الإنساني، ونظرًا لما عرفه المجال الطبي من تطور في الوسائل والآلات والتقنيات عبر مختلف

العصور، الشيء الذي لا يجعل العمل الطبي في منأى عن الوقوع في أخطاء أقل ما يُقال عنها أنها أخطاء تصيب الإنسان بالضرر في جسمه أو تؤدي به إلى الوفاة ليصبح بذلك من بين المتضررين أو المتوفين، لذا أصبح لزاماً على المشرعين على امتداد الحضارات الإهتمام بمسألة المسؤولية الطبية وتحديدتها ومن ثم إيجاد طريقة لجر الضرر الواقع على المريض.

وهذا بالفعل ما حدث للمسؤولية الطبية عبر العصور، فعرفت المسؤولية الطبية شرائع حمورابي، حيث حملوا فيها الطبيب مسؤولية إهمال المريض، كما عرفها قدماء المصريين (الفراعنة الذين برعوا في فن التوليد والقبالة، كما أولوا بالغ الإهتمام لحماية الناس من الأطباء)¹.

كما عرفت المسؤولية الطبية قديماً اليهود حيث كان الطبيب عندهم يسأل عن قصده لشفاء المريض أو لا وفي حال مخالفته أصول مهنة الطب، وعرفها أيضاً الإغريق والرومان، كما عرفتها الشريعة الإسلامية من خلال شارعنا الحكيم وسنة نبينا عليه أفضل صلاة وأزكى تسليم، فكل الحضارات اهتمت بمسؤولية الطبيب نظراً لأهميتها كمهنة في المجتمعات من جهة ولحساسيتها لأن العمل فيها يمس الجسد الإنساني من جهة أخرى.

غير أن مسألة تحديد المسؤولية في المجال الطبي عامة صعب للغاية مقارنة بمجالات المسؤولية الأخرى للعمل الطبي نظراً لما هذا العمل من خصائص ومميزات تجعله يختص ببعض الجوانب التقنية عن باقي الميادين الأخرى، الشيء الذي جعل قواعد المسؤولية الطبية العامة تقف عاجزة أمام الإمام بكل الحالات التي تصل إلى القضاء حديثاً أو قديماً.

أضف إلى ذلك حالياً ما يعرفه المجال الطبي من تطورات هائلة تحصل كل ثانية، تجعل من مواكبة المسؤولية الطبية لها أمر مستحيل كما أصبح أيضاً من الصعب دخول الفقهاء في مسائل طبية تقنية معقدة والخوض فيها لتحديد قواعد المسؤولية المدنية الطبية، الشيء الذي خلق تلك الفجوة الكبيرة بين التطور العلمي الحاصل في المجال الطبي وقصور القوانين والتشريعات عن مواكبته، خاصة وأنه مع اتساع ميدان المجال الطبي وتطوره كثرت الأخطاء الطبية وكثر المتضررين وأصبح لزاماً على قواعد المسؤولية المدنية الطبية كفل الحماية المطلوبة للمرضى وكفل تعويضهم حال ما إذا تضرروا جبراً لهاته الأخطاء.

¹ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للنشر، طرابلس، لبنان، 2004، ص 23.

فحق سلامة الإنسان في جسمه يعنى بحمايتها القانون وللإنسان الحق باحتفاظه بجسمه متكاملًا وحق اللجوء للعلاج للتخلص من أي ألم أو مغص عن طريق الطبيب، دونما التعرض إلى ضرر ناجم عن خطأ الطبيب، فالأصل أن الجسد المريض يعالجه الطبيب لا ليصبح مريضاً بل ليصح. غير أنه وعلى الرغم من انه يفترض العلم في الطبيب والمعرفة بأصول مهنة الطب، قد يرتكب الطبيب أخطاءً أثناء مزاولته لمهنة الطب أو تقديمه للرعاية الصحية للمرضى، ليعرض بذلك حياة المريض للخطر وقد تفقد المريض حياته.

إذن فهنا أمر تحديد المسؤولية المدنية الطبية ليس بالأمر الهين فهي ترتبط بالمساس بحياة الإنسان، هذا عن المسؤولية الطبية المدنية عامة أما عن مسؤولية طبيب النساء والتوليد فشأنها شأن المسؤولية الطبية عرفت ما عرفته هذه الأخيرة من تطورات ومن صعوبة في تحديدها كما سنرى في هذا البحث.

فتخصص طب النساء والتوليد شأنه شأن الطب عامةً عرف تطورات على مدى العصور مواكبا بذلك التطورات الحاصلة ، فقد عرفت الحضارات ومنذ القدم مهنة التوليد والقبالة حيث كانت عمليات التوليد تقم بها نساء كبيرات في السن لهن خبرة كبيرة في مجال التوليد باستعمال أدوات جد بدائية وبسيطة الشيء الذي كان يؤدي إلى كثرة الوفيات على النقيض تماما ما تشهده اليوم لتطور في مجال تخصص طب النساء والتوليد، حيث أصبح للتخصص قسم وأطباء يقومون بتوليد النساء والإشراف على كل ما يخص تخصصهم مختصون تلقوا تكوين معين في الكليات الخاصة بالطب "أطباء التوليد" أو مدارس الشبه الطبي "القبالات".

هذا وتتم عملية التوليد بأحدث الوسائل وقد يساهم في العملية مجموعة من الأطباء في بعض الأحيان، كطبيب التخدير والإنعاش وطواقم من المساعدين والذين يراقبون الحمل والتوليد، وإنعاش حديثي الولادة، هاته العملية التي قد تتم في أحد المستشفيات العامة أو العيادات الخاصة، ورغم التطور الحاصل في هذا المجال الخاص من الطب والذي يختص بالنساء والتوليد وحديثي الولادة فإنه عمل محفوف بالمخاطر والتي قد تنتهي بوفاة الأم أو الجنين أو كليهما مما يجعل مسألة قيام المسؤولية المدنية الطبية أمراً لازماً ولا بد منه، حماية لحق النساء المقبلات على الولادة وحق الأطفال حديثي الولادة.

وقد عرفت بدورها مسألة تحديد المسؤولية المدنية الطبية لطبيب النساء والتوليد تطور عبر الزمن، فقد بدأت أولى بوادرها بقضية الجنين الذي بتر الطبيب ذراعه في حالة ولادة صعبة ذراعه ظنا منه انه ميت ليتضح فيما بعد انه حي يرزق وهو ما يعرف بقضية "Hilie" والتي تعود لسنة 1925، مما أدى بوالديه إلى رفع دعوى أمام محكمة "دفر" سنة 1927، واعتبرت هذه أولى القضايا التي فتحت مجال إمكانية مساءلة أطباء النساء والتوليد في حالة ارتكاب أخطاء².

لتصل اليوم مسؤولية طبيب النساء والتوليد إلى ما تعرف عليه شأنها شأن المسؤولية الطبية عامة، من الانضمام لاتجاهات المسؤولية الكلاسيكية تارة وإلى التوجهات الحديثة للمسؤولية المدنية تارة أخرى، وكلها تسعى إلى بعث التوازن بين مركز الطبيب (طبيب النساء والتوليد) ومركز النساء والأطفال حديثي الولادة واللاقي يتلقين العلاج على يد الطبيب أو يقمن بعملية الولادة طبيعية أو قيصرية كانت، ولكل ما سبق التطرق إليه من تطورات لمهنة الطب عامة وطبيب النساء والتوليد خاصة، تكون إشكالية البحث كما يلي:

كيف يمكن تحديد مسؤولية طبيب النساء والتوليد؟ وما وجه الخصوصية فيها ؟

وأنه من الأسباب التي دفعتني إلى اختيار هذا البحث هي أهميته في المجتمع، حيث أنه موضوع يتعلق بمسألة مهمة وهي النساء والتوليد وحديثي الولادة، وما يعرفه المجال من مشاكل وقضايا وما يعرفه قسم الولادة وعيادات التوليد من حوادث أصبحنا نعايشها يومياً يروح ضحيتها نساء في مقتبل العمر، مما دفعني إلى البحث في الموضوع للوقوف على مسألة كيفية تحديد المسؤولية في هذه الحالة.

خاصة وأن الأمر عرف منحنا خطيراً في الآونة الأخيرة وأصبحنا نشهد الكثير من الحوادث في أقسام التوليد والعيادات الخاصة كل يوم وعن وفيات وضحايا أكثر، لأخطاء أطباء النساء والتوليد.

أما السبب الشخصي فهو كوني امرأة، يهمني هذا المجال الطبي وهذا التخصص بالذات فحياتي كامرأة لم ولن تخلو من زيارة طبيب النساء والتوليد، عيادات أطباء النساء والتوليد، ونظراً لما تتعرض له النساء من أضرار جراء أخطاء هؤلاء الأطباء، فقد اخترت أنعالج هذا الموضوع في هذا البحث.

²-larbi khadidja ? Boudali mohamed

المسؤولية المدنية الناجمة عن عملية التوليد. 27.07.202001h57: http://hdl.Randle.net/123456789/465le

أما أهداف البحث فهي:

- التعريف بالمسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد.
- تحديد قواعد مسؤولية طبيب النساء والتوليد.
- تحديد طبيعة التزام طبيب النساء والتوليد وفيما يختص فيه عن باقي التخصصات.
- الدراسات السابقة:

فيما يخص الدراسات السابقة فقد وجدت عدة دراسات تناولت المسؤولية الحديثة للأطباء عامة أما مسؤولية طبيب النساء والتوليد فقد تناولها الدكتور " طه عثمان المغربي " في شقها الجنائي لا المدني تطرق فيها إلى عرض مسؤولية طبيب النساء و التوليد الجنائية وما يترتب عنها من عقوبات قانونية.

كما تناولها أيضا الدكتور جدوي سيد محمد أمين من الناحية الجنائية حيث جاء فيها بتحديد المسؤولية الجنائية لأطباء النساء والتوليد وكيفية معالجة المشرع لذلك أما عن المناهج فقد استعملت:

المنهج الوصفي:

حيث تعرضت إلى وصف المسؤولية الطبية عامة ونظامها القانوني والتزام الطبيب وأركان المسؤولية الطبية الكلاسيكية ثم إلى التوجه الحديث لها.

المنهج التحليلي:

حيث حللنا كيف أن المسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد ونظرا لمتطلبات العصر ونظرا لحتمية الوقوف بين الموازنة بين حماية المرضى وحماية حرية الأطباء للابتكار والإبداع، تدرجت من قواعدها الكلاسيكية الصارمة إلى مسؤولية بملامح جديدة لتتجه إلى مسؤولية موضوعية.

• المنهج المقارن:

سردنا من خلاله بعض مواقف باقي التشريعات لتبين بذلك مجالات التقارب والتشابه أو التباعد وذكر موقف المشرع الجزائري كلما وجدنا موقف، خاصة وأن موضوع المسؤولية المدنية الطبية موضوعا مهم بالنسبة لكل التشريعات والنظم القانونية.

• المنهج التاريخي

و الذي عاجلنا من خلاله أهم المحطات التاريخية التي عرفتها تطور مهنة الطب وتطور المسؤولية المدنية الطبية بالموازاة مع ذلك، كذلك تطور القوانين و التشريعات لمواكبة تطور مهنة الطب من جهة وتطور بل وظهور صور جديدة للخطأ الطبي من جهة أخرى .

• الإطار الزمني للبحث:

أما عن الإطار الزمني لهذا البحث فقد خص تطور مسؤولية طبيب النساء و التوليد بداية من العصور القديمة فالوسطى إلى العصر الحديث ويومنا هذا، وقد أدرجنا في هذا البحث تطور المسؤولية الطبية على مر هاته الحقبات الزمنية وكيف عالج الفقه والقضاء كيفية تحديد المسؤولية الطبية و التكفل بجزر ضرر المتضررين مما يصدر عن الأطباء من أخطاء وممارسات تؤدي إلى الضرر الجسدي أو النفسي أو تفضي إلى الوفاة.

• صعوبات البحث:

أما عن صعوبات البحث، فتعلق منها بالمراجع خاصة ما تعلق بالجزء الأخير من البحث إلا وهو تطبيقات المسؤولية الموضوعية في المجال الطبي، كذلك الاجتهادات والأحكام. وبناء على ما سبق، فقد ارتأيت معالجة إشكالية الباحثونق خطة.

تناولت في بابها الأول: إلى عرض النظام القانوني لمسؤولية طبيب النساء والتوليد المدنية، والذي عرضت في فصله الأول طبيعة المسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد، وفي فصله الثاني طبيعة التزام طبيب النساء والتوليد.

أما الباب الثاني: فقد تناولت فيه أركان المسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد والتوجه نحو مسؤولية موضوعية، تطرقت في فصله الأول إلى عرض أكان المسؤولية المدنية الطبية لطبيب النساء والتوليد من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وفي فصله الثاني إلى الاتجاه الموضوعي في المسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد.

وختمت بحثي بخاتمة جاء فيها أهم النتائج المتوصل إليها ومجموع الاقتراحات والتوصيات التي تم الخروج بها من البحث.

الباب الأول

طبيعة مسؤولية طبيب النساء والتوليد ومدى التزامه.

الباب الأول:

تمهيد:

أثارت المسؤولية المدنية للأطباء جدلا واسعا على اختلاف أنواعها، فسواء تعلق الأمر بالطبيب العام أو الخاص أو الجراح أو مقدمي الرعاية الصحية في الميدان الطبي، ذلك لأن العمل الطبي وعلى خلاف الأعمال الأخرى عمل حساس ينصب على الجسم الإنساني والروح الإنسانية.

فاتصال العمل الطبي بالجسم الإنساني مباشرة جعل القضاء يقف حائرا بين أمرين التوفيق بينهما صعب للغاية، إلا وهما حماية حقوق المرضى وما تتعرض له هاته الحقوق من مساس يتمثل في أضرار تلحق بهم جراء الأخطاء الصادرة عن الأطباء، الشيء الذي يفرض ضمان العناية الطبية اللازمة وهذا من خلال إقرار المسؤولية الطبية، هذا من جهة، من جهة ثانية يتوجب كذلك على القضاء أن يكفل الحرية اللازمة للأطباء في معالجة المرضى كذا حمايتهم من أجل ممارسة مهنتهم في جو يدعو إلى الإبداع.

فالطبيب الذي يشعر بالخوف والتهديد لا يمكنه أبدا الابتكار والتقدم بل يتهرب من القيام بالأعمال والتدخلات الجراحية خوفا من المساءلة، لذا فكان من الواجب تهيئة الجو اللازم من الثقة والطمأنينة للطبيب حتى يمارس عمله بإتقان.

وبين هذين الأمرين الذين يحدهما حماية المرضى من جهة وحرية الطبيب لممارسة عمله من جهة أخرى، نشأ وتطور على مر العصور ما يسمى بالنظام القانوني لمسؤولية الطبيب المدنية.

فالنظام القانوني لمسؤولية الطبيب المدنية يقوم على إرساء ضوابط لقيام مسؤولية الطبيب اتجاه المرضى الذين أصابهم الضرر نتيجة خطئه أي الطبيب دون المساس بحريته في ممارسة عمله كطبيب، وذلك من خلال معايير ثابتة تميز بين حق المريض وواجب الأطباء.

ولأن الحديث عن المسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد يقتضي التطرق إلى النظام القانوني الذي يحكمها هذا الأخير الذي لا يعدو أن يكون إسقاطات عن النظام القانوني للمسؤولية المدنية للطبيب بصفة عامة وقد خصصنا هذا الباب من هذه الدراسة لعرض هذا النظام متطرقين فيها إلى طبيعة المسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد في الفصل الأول وإلى طبيعة التزام طبيب النساء والتوليد في الفصل الثاني.

الفصل الأول

تحديد طبيعة المسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد

الفصل الأول:

تمهيد:

لم تكن أبدا المسؤولية المدنية الطبية بصفة عامة ذلك الأمر الذي ينشأ وليد الصدفة، إنما جاء نتيجة تراكمات تاريخية قضائية وحتميات تطلبت أن يكون على الشكل المعروف عليه حالياً.

فطبيعة المسؤولية المدنية الطبية شهدت اختلاف بين الشعوب والحضارات والأديان، كما تراوح الجزاء في المساءلة بين التشديد والتخفيف على امتداد العصور.

غير أن الثابت في طبيعة المسؤولية المدنية الطبية تراوحت بين مسؤولية الطبيب العقديّة والتقصيرية والجمع بينهما، لكونها صورة من صور المسؤولية المدنية عامة من الأساس.

للتفصيل في طبيعة المسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد، قد قسمنا دراسة هذا العنوان إلى مبحثين تناولنا التطور التاريخي للمسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد بين التقصيرية والعقدية في المبحث الثاني.

المبحث الأول: التطور التاريخي للمسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد.

وكما ذكرنا سابقاً فإنه لا يمكن استثناء مسؤولية طبيب النساء والتوليد من مسؤولية الطبيب بصفة عامة، سنعرض في هذا المبحث ما مرت به هذه المسؤولية من تطور عبر عصور التاريخ وعبر مختلف الحضارات الإنسانية، سواء عند المصريين أو عند البابليين واليهود والإغريق، كذلك العرب في ظل الجاهلية والإسلام.

المطلب الأول: المسؤولية الطبية في العصور القديمة.

قد تطرقنا في هذا الصدد إلى التعرض للمسؤولية الطبية وتطورها عند المصريين والبابليين وعند اليهود والإغريقين.

الفرع الأول: المسؤولية الطبية عند المصريين

إن ما وصلت إليه الدراسات والاكتشافات الحديثة يدل وبصفة جلية أن قدماء المصريين عرفوا تطوراً كبيراً في مجال الطب بصفة عامة، وإلى غاية يومنا هذا لم يستطع أحد مضاهاة المصريين في فن التحنيط ويعد المصريون القدماء (الفراعنة) أول من عرف وظائف لأعضاء وتفصيلات الجسم البشري وأقسامه ومسار الدورة الدموية وحركات القلب¹.

ويعد قدماء المصريين (الفراعنة) أول من استعمل طريقة العلاج بالغدد من خلال استعمال المنتجات الحيوانية في تركيب العلاج واعتمدت هذه الطريقة حتى نهاية القرن الثامن عشر (18)، وبرعوا أيضاً في التوليد والقبالة، ويعتبرون أول من استخدم كرسي التوليد².

هذا وكان قدماء المصريين (الفراعنة) على دراية كبيرة بفن الجراحة فهم أول من مارس الختان وأخذهم عنهم اليهود، ثم عرفوا بعد ذلك أنواعاً من التخصص في الطب حيث عرفوا أطباء العيون والأسنان والرأس وبعض الأمراض الباطنية³.

¹ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004، ص 22.

² - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، المرجع نفسه، ص 22.

³ - ريس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 36.

كما ظهرت أول مدرسة للطب سميت بمدرسة "صالحجر"، وقد كان طلبة هذه المدرسة من أرقى وأنبل الأسر كما كان عندهم إله سمي بإله الطب¹.

هذا وكان الأطباء المصريين القدامى يعملون وفق أسس وقواعد دونها كبار الأطباء دونت في كتاب السفر المقدس، الشيء الذي يحمي الناس والمرضى من الأطباء ويعرض عدم إتباع الطبيب ما جاء في السفر المقدس إلى تحمل المسؤولية والعقاب الذي قد يصل الإعدام في بعض الحالات².

ووفقاً لما جاء في كتاب السفر المقدس فإن الطبيب كان يسمح له بتغيير العلاج، وإذا لم يلاحظ التحسن في حالة المريض خلال مدة أربعة أيام وتوفي المريض جراء العلاج الجديد والمخالف لما جاء في كتاب السفر المقدس، فإن الطبيب يدفع حياته وذلك ثمناً لجرأته على التضحية بالمريض في سبيل أمل كاذب³.

الفرع الثاني: المسؤولية الطبية عند البابليين

عرف الإنسان في العراق المسؤولية الطبية ومهنة الطب منذ القدم حيث كان قانون حمورابي يطبق في بلاد ما بين النهرين في الألف الثانية قبل الميلاد ويقضي بقطع يد الطبيب الذي تسبب في موت مريضه، وهذا في حالة ما إذا كان هذا الرجل حراً، لذلك إذا تسبب في تعطيل عين المريض الذي يعالجه أما إذا تسبب الطبيب في موت عبد فكان يعرض عبداً يعبد⁴.

فقد نصت المادة 218 على أنه «إذا عالج الطبيب رجلاً حراً من جرح خطير بمشروط من البرونز وتسبب في موت الرجل، أو إذا فتح خراجاً في عينه، وتسبب في فقد عينه تقطع يده»⁵

ونصت المادة 219 على أنه «إذا ترتب على العلاج موت عبد مملوك لرجل فقير فإنه يجب على الطبيب أن يعرض مملوكاً بدله»⁶.

¹ - ريس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 36.

² - بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، دار الإيمان، دمشق، بيروت، 1984، ص 35.

³ - أسامة قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 14.

⁴ - فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 22، العدد الأول، 2006، ص 123.

⁵ - فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي)، المرجع نفسه، ص 123.

⁶ - فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي)، المرجع نفسه، ص 123.

ونصت المادة 220 على أنه «إذا فتح جراحاً في عين هذا المملوك، وتسبب بذلك في فقد عينه فإنه يلزم بدفع نصف ثمنه» وكان البابليون من علماء الطب يطبقون تقسيمات البروج الفلكية على جسم الإنسان وكان الطبيب إذا أخطأ في العلاج يطلب العفو والمعذرة من الإله¹.

ويلاحظ من هذا أن البابليون كانوا يتشددون في معاملة الطبيب من خلال ما سبق ذكره فيما نصت عليها شريعة حمورابي في جزئها الخاص بالأطباء في المواد 218-220، كذلك فإنها قد أعطت الإنسان وأكسبته قدسية خاصة عند علاجه بالمحافظة عليه من الأعمال الطبية التي قد تسبب ضرراً لمختلف أعضاء جسمه².

ونجم عن التشدد السابق ذكره ضعف مهنة الطب حتى كاد يقال أنه لم يعد هناك أطباء في بابل، غير أن هذه الصرامة والتشدد لم يمنع من شهرة الأطباء في بابل الذين تعدت شهرتهم حدود البلاد وكانوا مطلوبين من البلاطات الأجنبية وهذا لقاء أجور مرتفعة كانت تدفع لهم³.

الفرع الثالث: المسؤولية الطبية عند اليهود

كسائر الأمم والشعوب القديمة عرف اليهود مهنة الطب ولم يولوها للكهنه خلافاً لما كان عليه الحال عند المصريين القدامى، غير أن ممارسة مهنة الطب لم تبدأ إلا عن طريق الكهنه ثم انتهت عند الطبيب، فلم يسند سيدنا موسى للكهنه إلا واجب الإشراف على العلاج وخاصة في الحالة التي تكون فيها الأمراض معدية⁴.

هذا وترجع شهرة اليهود في المجال الطبي إلى الأنظمة التي وضعوها لمنع العدوى والحفاظ على الصحة، كذلك إلى ما كان مدون ومكتوب في كتاب التوراة من مسائل متعلقة بإختيار الطعام والعناية بالمرأة الحائض ومحاربة الشذوذ الجنسي بغض النظر عن معرفتهم الواسعة بفن التشريح والجراحة والتحذير، إضافة إلى أنهم أبعدهوا وأخرجوا الطب عن الأوهام والكهنه وجعلوا منه علماً قائماً بذاته ويعود إليهم الفضل كذلك في وضع ترخيص لمزاولة مهنة الطب⁵.

¹ - بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، المرجع السابق، ص 37.

² - طلال عجاج، المسؤولية المدنية الطبية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 24.

³ - رابس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء، في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 40-41.

⁴ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، (دراسة مقارنة)، المرجع نفسه، ص 25.

⁵ - بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، المرجع نفسه، ص 38.

هذا وبلغ فن الطب عند اليهود درجة من التقدم والتطور جد متقدمة وكان ينظر إلى رجال الطب نظرة وقار واحترام، ويعتبر اليهود أول من نظم مهنة الطب، ولم يكن يسمح للطبيب بممارسة مهنة الطب إلا بعد الحصول على إذن مجلس القضاء المحلي، كذلك فإن بيت الدين اليهودي يستعين بالأطباء في المسائل الجنائية.¹

ولم يكن الطبيب اليهودي يسأل عندما يخالف أصول المهنة أو لما يقصر من عمله شفاء المريض، كذلك عما يحدثه للمريض من أضرار بسبب نقص كفاءته خاصة إذا كان يعالج من غير أجر وكان في المقابل يسأل الطبيب غير اليهودي عن أخطائه التي يرتكبها في علاج المرضى اليهود وكانت تصل عقوبته أحيانا إلى حد الإعدام.²

كذلك لم يكن يسأل الطبيب اليهودي جنائيا عن خطئه، وما يترتب عن هذا الخطأ من أضرار يلحقها بالمريض وكان يكتفي بالتعويض المدني كون الطبيب لا يرمى من وراء عمله إلا شفاء المريض، غير أن الطبيب غير اليهودي فكان يسأل في حالة إخفاقه في علاج المريض اليهودي والتي تصل إلى حد الإعدام ولم يقرروا بالمقابل ذات العقوبة للطبيب اليهودي.³

الفرع الرابع: المسؤولية الطبية عند الإغريقين

معظم مكاسب ومعارف الإغريقين الطبية من الطب المصري القديم وكذلك من الطب البابلي وكان إله الطب عندهم هو " اسكلابيوس " والذي كان يعتبر زعيما وطيبيا، كما يعتبر صاحب الشعار المعروف والمتداول في الميدان الطبي والصيدلاني وهو شارة العصا والتي يلتف حولها الثعبان.⁴

وكان يتزافق عند الإغريقين العمل الطبي والسحر والخرافات حتى مجيء (ابقراط) الذي عزل الطب عن عالم السحر والخرافات، ويعد أبقراط أبو الطب وقد أخذ عنها لأطباء القدامى جل الطرق التي ابتكرها ونظرياته التي وصل لها والتي جاري العمل بها إلى يومنا هذا، كما أنه أول من جاء بأخلاقيات وآداب مهنة الطب.⁵

¹ - راييس محمد، المسؤولية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 41.

² - أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، المرجع السابق، ص 18-19.

³ - أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، المرجع نفسه، ص 18-19.

⁴ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية الطبية (دراسة مقارنة)، المرجع نفسه، ص 18-19.

⁵ - أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، المرجع السابق، ص 20.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن مهنة الطب عند الإغريق كانت مقصورة على الأحرار دون العبيد كما أنها لم تكن تتطلب آنذاك أي مؤهل علمي بل كان الطبيب يحتاج لممارسة مهنة الطب معلومات أولية ومعارف بسيطة في العلوم الطبية¹.

أما عن الجزاءات عن الأضرار التي يتسبب فيها الأطباء عند الإغريق فكان يحول دون جدواها مبدأ زمالة الأطباء المتوارث والذي كان يمنع الطبيب من إبداء رأيه الصريح والواضح في حال استدعائه للقيام بالخبرة الطبية².

وكان القانون الإغريقي شأنه شأن القانون المصري يسأل الطبيب عن خطئه ويوقع عليه عقوبة تصل حد الإعدام إذا كانت الوفاة نتيجة إهمال وتقصير، أما في مجال عدم إهماله وقيامه بالرعاية اللازمة والعناية المطلوبة فكان لا يسأل الطبيب³، غير أن الفارق الوحيد الذي كان بين القانون الإغريقي والمصري هو أنه في القانون الإغريقي كان يترك للطبيب حرية في العلاج الذي كان يقدمه للمرضى⁴.

كما كان الطبيب يسأل عند الإغريق حال وفاة المريض بسبب التقصير الذي لا يعود إلى نقص الكفاءة ومثاله علم الطبيب بأن المريض سيخالف تعليماته في حالة تركه دون رقابة الشيء الذي حصل مع صديق الإسكندر الأكبر " افسيتون " والذي أصيب بحمى نصحه على إثرها الأطباء بالصوم غير أنه خالف إرشاداتهم وتناول الطعام والشراب ومات، وهنا أمر الإسكندر الأكبر بإعدام الطبيب " لوكيس " كون أنه لم يراقب المريض مع علمه بإمكانية مخالفته لنصائحه⁵.

1 - أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، المرجع السابق، ص 19.

2 - بسام محتسب الله، المسؤولية الطبية المدنية والجنائية، المرجع السابق ص 39.

3 - حواز صالح، المسؤولية المدنية الطبية (دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي)، المرجع السابق ص 123.

4 - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة) المرجع السابق، ص 27.

5 - طلال عجاج المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة) المرجع نفسه ص 27.

الفرع الخامس: المسؤولية الطبية عند الرومان

اتبع الرومان القدامى طريقة أبي قيراط في العلاج وغابت الرقابة على الأطباء مما فتح المجال للجهلة والدجالين والسحرة، مهنة الطب لم تكن تتطلب شروط معينة لممارستها أو قيود تحدد نطاقها¹.

وكان الطب في تلك المرحلة يزاوله العبيد والعتقاء والأجانب لعدم اشتراط أي مؤهل أو جنسية كما سبق ذكره، أما في المرحلة التي تلتها فأصبح أحرار الرومان هم الذين يمارسون الطب وارتفع مستوى المهنة بذلك مما نتج عنه تحقيق المسؤولية على الطبيب حتى كادت تنعدم².

ويمكن القول مما سبق ذكره أن مسؤولية الطبيب في روما القديمة مرت بمرحلتين اتسمت الأولى بالقسوة والشدة ومرحلة ثانية تميزت بالتخفيف من مسؤولية الأطباء وستتناول ذلك في بندين:

أولاً: مرحلة التشديد في مساءلة الأطباء

أين كان الرومان الأحرار يترفعون عن ممارسة مهنة الطب وكانت منها مهنة الطب لا تتطلب أي قيد أو شرط لمزاومتها، وهنا اتجه الرومان إلى تطبيق نصوص القانون العام على مهنة الطبيب ووفقاً لقانون إكوليا (Aquila)³.

ووفقاً لهذا القانون فإن الطبيب كان يلتزم بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمريض، إذا كان هذا الضرر نتيجة للجهل بأصول المهنة والمتعارف عليها كان تقدير التعويض عن وفاة المريض يتم بتحديد أعلى ثمن وصل إليه الرقيق العام الماضي، والشهر الماضي إذا أدى تدخل الجراح إلى جرح المريض، وتجدد الإشارة هنا إلأن مساءلة الطبيب كانت تقوم على إلحاقه الضرر بالمرضى العبيد كون الرومان اعتبروهم آنذاك شيء من قبيل المال، أما إذا الحق الضرر بالأسياذ أو الأحرار فإنه لا يسأل⁴.

¹ - راييس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 42.

² - أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، المرجع السابق ص 21.

³ - أنظر راييس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 42.

⁴ - راييس محمد المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 43.

ولم تدم هذه الحالة إنما أدباجتهاد الفقهاء والمحاكم في شح وتطبيق نصوص إكويليا (Aquila) إلى شمول المساءلة الطبية الأضرار اللاحقة بالأحرار، وتعدت ذلك إلى مساءلة الطبييات والقابلات من النساء¹.

ثم جاء قانون " كورنيليا " والذي عالج المسؤولية الطبية من الناحية الجزائية وكان يوقع على الطبيب العقاب تبعا لمركزه الاجتماعي، فكان يعاقب الطبيب بالإعدام عن تقديمه دواءً بجمعه وفاة المريض وهذا في حال ما إذا كان هذا الطبيب من الطبقات الدنيا أو الوضعية، بينما كان ينفى إلى جزيرة إذا كان من طبقة مرموقة².

وعرفت ذات المرحلة قانون بومبيا (lexpompia) والذي كان يأمر وينص على قتل الطبيب الذي يشترك في قتل الأقارب، واعتباره مشاركا إذا علم بالجريمة ولم يبلغ³.

هذا وقد عرف الرومان السر المهني وعملوا على التزام الأطباء بالاحتفاظ به حتى في حال لحقهم ضرر نتج عن تكتهم⁴.

ثانياً: مرحلة التخفيف في مساءلة الأطباء

وامتازت بتخفيف المسؤولية على الأطباء ويعود ذلك إلى اهتمام الأحرار بمهنة الطب وامتثالها، ضف إلى ذلك التقدم والتطور في الحياة المدنية الرومانية فأصبح الأطباء لديهم حصانة طبية تامة وأصبح الطبيب يسأل فقط عن جهله بأصول مهنة الطب ولم يصبح يسأل عن الوفاة⁵.

المطلب الثاني: المسؤولية الطبية في العصور الوسطى وعند العرب.

تميزت العصور الوسطى في أوروبا بالإنحطاط ولم تكن تعرف يوماً أيا من الأنظمة الصحية فقد عمت الفوضى بعد الانقسامات والحروب التي عرفتها آنذاك خاصة بعد سقوطها من أيدي

¹ -رايس محمد المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 43.

² -طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 29.

³ -رايس محمد، المسؤولية المدنية للطبيب في ظل القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 44.

⁴ -رايس محمد، المسؤولية المدنية للطبيب في ظل القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 44.

⁵ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، المرجع نفسه، ص 28.

القبائل المتبربرة فانتشرت المجاعات والأوبئة، مما أثر على المجال الطبي الذي لم يعرف أي تطور بل تقهقر وتراجع واندثرت الكثير من الكتب الطبية لتحل محلها كتب الدجل و الشعوذة¹.

وعلى الرغم من قيام الإمبراطور شارلمان بإصلاحات كبيرة مست كل الميادين الإمبراطور غير انه أهمل الإهتمام بالطب وتعليمه إلا في نهاية حياته².

وسندرس من خلال التفعيل في هذه المرحلة المسؤولية الطبية عند القانون الكنيسي والقانون الصليبي في فرعين متواليين.

الفرع الأول: المسؤولية الطبية في القانون الكنيسي.

احتفظ النظام الكنيسي خلال هذه الفترة ببعض ما كان من حضارة الرومان واهتم القانون الكنيسي بالتماشي مع المستوى الفكري السائد آنذاك وواكب مظاهر الحياة الإجتماعية وما توفره من شروط لمزاولة مهنة الطب، ومن أهم ما عرف آنذاك هي مسؤولية الطبيب الذي تترتب الوفاة عن علاج مريضه وكان يترتب على ذلك تسليم الطبيب المعالج إلى عائلة المريض المتوفي لتقتله أو تستعبده³.

إذن فعلى الرغم مما عرفه العصر الوسيط من تأخر في أوروبا، غير أنه عرف وجود للمسؤولية الطبية حتى وإن كان تواجهها يتلاءم وذلك التأخر فكانت المسؤولية جزائية عند القوط الشرقيين⁴.

وعلى النقيض من ذلك فقد اتخذها القوط الفرنسيين مدنيين حيث كان الطبيب يجرم من الأجرة إذا لم يحقق عاجه شفاء ويسقط بذلك حقه في طب أتعابه⁵، وبذلك فإنه يعد العقد غير منفذ وليس للطبيب المطالبة بحقه وكذلك ورثته⁶.

¹ - حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، (دراسة مقارنة)، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 28.

² - طلال عجاج، المسؤولية المدنية الطبية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 30.

³ - عز الدين حروزي، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع نفسه، ص 28.

⁴ - أسامة عبد الله فايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، المرجع السابق، ص 25.

⁵ - عز الدين حروزي، المسؤولية المدنية للطب، المرجع نفسه، ص 29.

⁶ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، المرجع نفسه، ص 32.

وفُرق القانون الكنيسي بين الأخطاء الطبية التي كان يعاقب عليها، وميز بين الإهمال والجهل والتدليس كذلك بين الخطأ اليسير والخطأ الجسيم كما قرر لكل ضعف عقوبة خاصة به مستمدة من القانون الكنيسي أو القانون الوصفي أو كليهما معا¹.

الفرع الثاني: المسؤولية الطبية في العهد الصليبي

اتسم هذا العهد وفي القرنين الثاني والثالث عشر ميلادي بقساوة المحاكم الشديدة مع الأطباء، فقد كانت تقضي بأن الطبيب مسؤول عن جميع أخطائه وأوجه إهماله وكانت محاكم بين العقدين تعترف بين الجزاء المترتب عن قيام مسؤولية الطبيب حسب طبيعته الإجتماعية التي يكون منها المريض، فيترب على الطبيب دفع الثمن إلى السيد المالك إذا كان المريض من الرفيق أما في حالة ما إذا كان المريض حرا فإن العقاب يكون بقطع يد الطبيب إذا نتج عن علاجه أذى، أمات إذا أفضى إلى وفاته فإن الجزاء كان هو شق الطبيب².

ونظراً لهذه العقوبات القاسية أحجم الناس عن تعلم مهنة الطب وعزف الأطباء عن ممارستها إلا إذا أخلا المريض وذويه الطبيب من أية مسؤولية مسبقا عما يليق المريض من أضرار قد تنتج عن علاجه، حتى انه روى أن الملك (أموري الأول) أحد ملوك أورشليم قد أصيب بمرض خطير لكن الأطباء رفضوا معالجته وحتى عند لجوئه إلى الأطباء الأجانب فإنهم اشترطوا على الملك أن يسلمهم وعد بعدم معاقبتهم بأي عقاب حال ما لم يوفقوا في علاجه³.

الفرع الثالث: المسؤولية الطبية عند العرب

عرف الإنسان المرض منذ القدم وبدورهم العرب وقد تعاقبت الحضارات الإنسانية واحترف خلالها الناس مهنة الطب وكانوا يقومون بعلاج المرضى كذا تعلم هذا الفن وتلقينه للأجيال وامتزج العلاج بالسحر والدجل والتبخير والتعاويد⁴.

¹ - عز الدين حروزي، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 28-29.

² - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 33.

³ - أسامة عبد الله فايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، المرجع السابق، ص 33.

⁴ - راييس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 46.

وبدع العرب كغيرهم من الشعوب في المجال الطبي وسندرس ذلك من خلال التطبيق إلى الطب في جاهلية العرب وفي ظل الإسلام.

أولاً: الطب عند العرب في الجاهلية

اعتمد العرب في جاهليتهم أن مصدر المرض هو الأرواح الشريرة لذا فإن الجاهلي كان يتداوى عند الكاهن أو العراف، وكان يعالج باستخدام التمام والقلائد، وكان للكهان والعرافين شأن عظيم عند العرب الجاهلية أما على الأدوات ووسائل علاجهم فكانت السحر والرقص¹.

ومن أبرز أطباء العرب في الجاهلية الحارث بن كلدة الثقفي والذي لقن فن الطب ببلد فارس وأخذ منزلة كبيرة في قومه وعرف بقوله الشهير " المعدة بيت الداء، والحمية رأس الدواء وعودوا كل جسم على ما إعتاد هذا وقد أوصى النبي صلى الله عليه وسلم بالعلاج عنده².

أمّا عن ما كان الأطباء يستخدمونه في علاجهم فقد استعملوا العقاقير كما أنهم أصحاب علم ودراية بفن الجراحة الطبية، وكانوا يعتمدون على العقاقير والأشربة البسيطة وأكثرها العسل بأنواعه، كما أنهم اشتهروا بتمييزهم في تركيب العقاقير ولهم فضل في تسمية بعض العقاقير ما يزال جاري بها العمل ليومنا هذا كالكحول والنحاس والزرنيخ، واشتهروا أيضا في الصيدلة والطب البيطري كذا العلاج النفسي³.

ويعود الفضل للعرب في التقدم والتطور الذي عرفه ميدان ومجال الطب، الشيء الذي جعل أوروبا تأخذ عنهم مبادئ ومن أشهرهم ابن سينا وأبو بكر الرازي وابن زهر والحارث بن كلدة⁴.

ثانياً: الطب عند العرب في ظل الإسلام.

جعل الإسلام للإنسان وصحته مرتبة عظيمة وأعطى الروح البشرية منزلة كبيرة يهتم به وبصحته اهتماما كبيرا، بوضع أسس لحماية صحته من أن تطالها الأمراض والأسقام كذا بالعلاج

¹ - ريس محمد، المسؤولية المدنية للطبيب، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء القانون الجزائري المرجع السابق، ص 47.

² - محمود محمد عبد العزيز الزيني، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتحميلية والرتق العذري في الشريعة الإسلامية والقانون الوصفي، مكتبة الدلتا للطب عن الإسكندرية، مصر 1991، ص 18.

³ - أحمد حسين القرني، قصة الطب عند العرب، دار الكتب العامة، مصر، ص 6.

⁴ - ريس محمد، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 49.

منها حال إصابته بها، لأن صحة الإنسان المصدر الوحيد لسعادته واستقراره قبل الأشياء والمصادر الأخرى والتي تندرج كلها في المراتب المادية ولأن الإنسان السليم في صحته باستطاعته فعل كل شيء إن كان عمل أو مال أو جاه أو سلطان فالمجتمع السليم لا يكون إلا بسلامة الإنسان والذي يعتبر الفرد فيه، وعلى النقيض تماما فإن الفرد والإنسان الضعيف لن يعطينا إلا مجتمع ضعيف مكسور فصحة وقوة المجتمع من صحة وقوة الفرد، لذا جاء الإسلام باحث على الوقاية من الأمراض قبل الإصابة بها وعلاجها وتطبيها في حالة الإصابة بها، كما أمر بوجود عزل المرضى الذين أصيبوا بأمراض معدية¹ مكملًا بحديث نبينا الكريم عليه أفضل صلاة وأفضل تسليم حيث جاء في صحيح البخاري حدثنا عبد الله بن مسلمة عن مالك عن ابن شهاب عن عبد الله بن عامر بن ربيعة أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خرج إلى الشام، فلم جاء بسرعة بلغه أن الوباء وقع بالشام فأخبره عبد الرحمن بن عوف أن الرسول عليه الصلاة والسلام قال: "إذا سمعتم الطاعون بأرض فلا تقدموا عليه، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فراراً منه"².

هذا وقد كُرِّمت النفس البشرية في القرآن الكريم والسنة النبوية وبجلت وتم إعطاؤها منزلة رفيعة مقدسة وحرمة المساس بها، بل واعتبر الحفاظ عليها من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية في كتابه الحكيم³ «يَا أَيُّهَا الْإِنْسَانُ مَا غَرَّكَ بِرَبِّكَ الْكَرِيمِ، الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَكَ، فِي أَيِّ صُورَةٍ مَا شَاءَ رَكَّبَكَ»⁴ كما قال تعالى «وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا»⁵ ومن أحاديث الرسول عليه الصلاة والسلام، حدثنا عفان بن سليمان بن حيان حدثنا سعيد بن ميناء قال سمعت أبا هريرة يقول قال رسول الله عليه الصلاة والسلام «لا عدوة ولا طيرة ولا هامة ولا صفر، وفر من المجدوم كما تفر من الأسد»⁶ ويجب الإشارة إلى أن السنة النبوية بينت أن لكل داء دواء رجوعا إلى حديث الرسول عليه الصلاة والسلام كما جاء في حديثه عليه الصلاة والسلام، حدثنا محمد بن المثني حدثنا أبو أحمد

¹ - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، بشرح صحيح البخاري، دار الفكر للطباعة والنشر، الجزء 11، ص 332.

² - أخرجه البخاري في صحيحه.

³ - شمس الدين بن القيم الجوزية، الطب النبوي، دار إحياء الكتب العربي، القاهرة 1975، ص 116.

⁴ - سورة الإنفطار، الآية 5-6.

⁵ - سورة النساء، الآية 29.

⁶ - أخرجه البخاري في صحيحه.

الزيري حدثنا عمر بن سعيد بن أبي حسين قال حدثني عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة رضي عنه عن النبي صل الله عليه وسلم قال "ما أنزل الله من داء إلا أنزل له شفاء"¹.

هذا وقد أجاز الإسلام الإجهاد في علاج الأمراض فلا تتم مساءلة الطبيب حتى لو خالف زملاءه الرأي وهذا متى كانت أسس رأيه سليمة ومبنية على قاعدة سليمة²، كما جاء في حديثه عليه الصلاة والسلام "إن الله أنزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا بحلال ولا تداووا بحرام"³ إذن فقد أباحت الشريعة الإسلامية المداواة ونهت عن الدواء الخبيث⁴.

كما أجازت الشريعة الإسلامية أيضا معالجة الإنسان المريض وجراحته ونزع جزء من أجزاء جسمه وذلك من باب الضرورة، إذ أنه يجب المحافظة على النفس البشرية من الهلاك حتى ولو اقتضى ذلك إتلاف جزء أو عضو منها لكن يجب أن يكون الإتلاف أو النزع حسب ما تقتضي ضرورة العلاج وحالة المريض⁵.

كذلك فقد شددت الشريعة الإسلامية على ضرورة أن يكون المعالج أو الطبيب من العارفين بالطب وبأصوله كما في ذلك من حفظ للنفس والروح البشرية كما جاءت بالقول بعدم مسؤولية المزاول لعمل الطبيب عن علم ومعرفة عما يلحقه من أضرار كنتيجة لعلاجه بالرجوع إلى قوله عليه الصلاة والسلام «من تطيب ولم يكن بالطب معروفا فأصاب نفسا فما دونها فهو ضامن»

ومما سبق ذكره يتضح لنا أن الفقه الإسلامي فرق بين الطبيب أو الممارس العالم بالطب وغير العارف به، كما جاء الإسلام بواجبات الطبيب وتخصصه وسنفضل في ذلك فيما يلي:

¹ - أخرجه البخاري في صحيحه.

² - منذر الفضل، المسؤولية الطبية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان 2012، ص 23.

³ - أخرجه البخاري في صحيحه.

⁴ - حسن زكي الأبرشي، مسؤولية الأطباء والجراحين، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق فؤاد الأول، ب.س.ن، ص 286.

⁵ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 35.

1/ الطبيب الجاهل في الإسلام

إن الطبيب الجاهل هو الذي لا علم له بالطب ويوهم مريضه بأنه طبيب وخطأ الطبيب في هذه الحالة يوجب التعويض عما لحق المريض من ضرر، ويعتبر ضامنا لأي ضرر لأنه غر المريض وخذعه بمعرفته للطب، مما جعل المريض يثق فيه ويسلمه جسده لعلاج¹.

والطبيب الجاهل إذا عالج مريضا يعلم بجهله للطب ومعرفته به وأذن وسمح له بمعالجته لاضمان عليه فيما قد يلحق هذا المريض من ضرر، أي بمفهوم المخالفة يشترط الضمان وتحققه عدم علم المريض بجهل الطبيب أو أن يخفي جهله²

أي أن علم المريض كان يلعب دورا كبيرا في تصنيف خطأ الممارس الذي ألحق به الضرر كذلك في تحديد قيمة التعويض والملزم به إما الممارس المهنة الطب عن علم وذلك بتلقيه دراسة في هذا العلم أو الذي يمارسه انطلاقا من تجاربه أو الجاهل بأصوله من الأساس³.

أما حالات جهل الطبيب فهي ثلاثة⁴:

أ/ مدعي الطب

وهو الجاهل أصلا بأصول وعلم الطب والذي لا يملك أدنى معرفة بهذا المجال ولم سبق له ممارسة، لكنه رغم بمعرفته له وخذع المريض وأوهمه بذلك.

ب/ العارف معرفة بسيطة

هو الذي يملك علم قليل ومعرفة بسيطة غير أنها لا تمكنه ولا تؤهله لممارسة الطب أو علاج المرضى مثل المعالجين والأطباء الذين لقنوا هذا العلم في الكليات المخصصة لتعلم الطب، ومثاله الطلبة الذين لم يتسموا بعد دراستهم النظرية والعلمية في كليات الطب.

¹ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، المرجع نفسه، ص 36.

² - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، المرجع نفسه، ص 36.

³ - Abdelkader khadir , la responsabilité médicale A l'usage des praticiens de la médecine et du droit, DAR Houma, Algerie.2014,page 36.

⁴ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 36.

ج/ عدم التخصص في مجال العلاج

ومثالها أن يكون الطبيب مختصا في طب العظام أو الأسنان أو جراحة العظام، ويمارس أو يعالج مريض خارج نطاق تخصصه وفي مجال ليس ملما به ولا متمكنا ويطلق على الطبيب جاهل جزئيا.

وتعد ممارسة الطب مع الجهل بأصوله من أشنع وأقصى موجبات المسؤولية الطبية، وهذا نظرا لتعمد إلحاق الضرر بالمريض فهو بذلك أقدم على ما يلي:¹

1/ تعريض حياة المريض للخطر وهو الأمر المحرم شرعا ذلك لأن الشريعة الإسلامية لم تميز ممارسة الطب للعارف بأصوله وتممكنا فيه.²

2/ عدم حصول مدعى الطب على إذن ورضا المريض وحتى إن وجد العلم فلا يعتد به شرعا، ذلك أن وجوده أو عدمه لا يؤثر على رفع المسؤولية على الطبيب الجاهل.

هذا ورتب علماء الشريعة الإسلامية الدية أو التعويض على ما وقع من تلف أصاب المريض، ولم يثبت وجود اختلاف على أن المعالج إذا تعدى فتلف المريض اعتبر ضامنا وقد قال الخطابي أحد فقهاء الحنابلة لا أعلم خلافا في أن المعالج إذا تعدى فتلف المريض، كان ضامنا والمتعاطي علما لا يعرفه متعد فإذا تولد من فعله التلف ضمن الدية وسقط عنه العود.³

وكقاعدة عامة فإن الفقهاء اجتمعوا على أن سرية الجناية مضمونة بالاتفاق وسرية الواجب مهدرة بالاتفاق⁴، إذن فإن الطبيب الجاهل تقع عليه المسؤولية كاملة وعليه ضمان ما أتلف.

2/ الطبيب الحاذق في الإسلام

هو الطبيب الذي يعطي مهنته حقها بسبب إحاطته بالأصول الفنية لممارسة الطب وعدم خروجه على هذه الأصول حتى لا يتعرض للمسؤولية.⁵

¹ - وائل تيسير عساف، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسة العليا، 2008، ص 26.

² - وائل تيسير عساف، المسؤولية المدنية الطبية، (دراسة مقارنة)، المرجع نفسه، ص 26.

³ - الجوزية ابن القيم، زاد المعاد في هدى خير العباد، دار الفكر للطباعة والنشر، ج 4، ط 1، بيروت، 2003، ص 109.

⁴ - الجوزية ابن القيم، زاد المعاد في هدى خير العباد، المرجع نفسه، ص 109.

⁵ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 39.

ويقول الجوهري " كل حاذق طيب عند العرب "أما أبو عبيد فيقول "أصل الطب الحذق بالأشياء والمهارة بها فيقال الرجل، طب وطيب إذا كان كذلك، ويسمى حاذق لحذقه وفطنته¹ والطبيب الحاذق لا مسؤولية عليه إذا الحق بالمريض أضرارا بالإجماع متى توافرت الشروط الآتية²

* الطبيب يعلم جيداً مهنة وفن الطب وأن يكون قد تم تلقيه هذا العلم فلا تكفي الشهرة أو الخبرة.

* ممارسة المطب هذا الفن قصدا للعلاج وطبا للشفاء وعن حسن نية.

* أن يتم التطيب حسب الأصول المهنية المتعارف عليها عند أهل هذه الصنعة وهذا الفن، وأن يتم قياس حسامة الخطأ بالرجوع إلى هاته الفئة، فإذا ثبت مبالغة الطبيب أصول مهنة الطب وفنه وجبت مسؤوليته وقامت.

* أن يأذن له المريض بعلاجه أو من يقوم مقامه من أوليه أو ذويه

وعليه فإن المسؤولية لا تقع على الطبيب الحاذق حتى ولو وقع الضرر وأصاب المريض ما دام مأذونا بالعلاج ولم يخالف أصول مهنة الطب، أي أن الضرر بالتلف أو الموت قد وقع لسبب لا يمكن توقعه ولا يمكن تفاديه من الطبيب، لذا اتفق العلماء بالإجماع أن الموت إذا وقع نتيجة لفعل حتى مع أخذ المطبة اللازمة والعناية الواجبة فلا ترتب هنا أي مسؤولية على الطبيب³.

وعلى الرغم من إجماع الفقهاء على مسألة عدم ضمان الحاذق في الحالات السالفة الذكر، غير أنهم اختلفوا حول مسألة تعليل ذلك فمنهم من أرجع ذلك إلى حاجة المجتمع للطبيب وإذن المريض أو وليه مثل أبو حنيفة، ومنهم من قال أن مرد ذلك إلى أن الطبيب لم يأت على ذلك إلا بموافقة المريض المراد علاجه مثل الإمام الشافعي والإمام أحمد، أما الإمام مالك فقال أن العلة تكمن بالإضافة إلى إذن المريض في عدم مخالفة الطبيب فن المهنة وعدم الحياد عن أصولها⁴.

1 - الجوزية ابن القيم، زاد المعاد في هدى خير العباد، المرجع نفسه، ص 107.

2 - الجوزية ابن القيم، زاد المعاد في هدى خير العباد، المرجع نفسه، ص 107-111.

3 - عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوصفي، الطبعة 12، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص 520.

4 - عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوصفي، المرجع نفسه، ص 531.

إما إذا كان العلاج دون رضی المريض أو دون إذن وليه فهنا ظهرت عدة آراء، فمنها من قرر مسؤولية الطبيب عن الضرر كونه كان نتيجة عن فعل مسموح أو مرخص به ويترب عليه الضمان، ومنها من ذهب إلى عدم مسؤولية الطبيب في حالة الإذن من عدمه لأنهم اعتبروا الطبيب محسن وليس على المحسن من سبيل¹.

أما الرأي الثالث فذهب إلى تطبيق الآية الكريمة ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾²

فقد قضى بمسؤولية الطبيب ووضع لذلك شرطا وهي أن يكون لضمان في بيت مالا للمسلمين لكي لا يضيع دم امرئ خطأ.

إذن ففي حالة إقرار مسؤولية الطبيب فإنه يكون ضامنا والدية تكون في ماله أو بيت مال المسلمين أو على العاقلة، وقيل إن كان الطبيب ذميا ففي ماله، وإن كان مسلما فإن لم يكن بيت مال المسلمين أو تعذر تحميله، فهل تسقط الدية أو تجب في مال الجاني؟ فهنا وجهان أشهرهما سقوطها³.

3/ صفات الطبيب في الإسلام.

إن صفات الطبيب في الإسلام عديدة من بينها أن يكون ملم وعالم بكل أجزاء أو أعضاء الجسم ومكوناته، إضافة إلى وجوب معرفته وإحاطته بجميع الأمراض التي قد تصيب أو تفتك بهذه الأعضاء وبالجسيم البشري أي تشخيصها وعلاجها بإعطاء المريض المصاب الدواء الملائم لدائه وبجرعة ومقدار يتناسب مع دائه، ومن هنا كان لزوما على الطبيب اجتياز مكان يشرف عليه الكبار من الأطباء وذلك قبل مزاولته مهنة الطب وكان يسمى الكبير الذي يدير الإمتحان يسمى رئيس حرفة الطب أو شيخهم في تلك الأيام ما يقابله لقب نقيب الأطباء في أيامنا، وكان يوضع في كل

¹ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 41.

² - سورة النساء، الآية 92.

³ - الجوزية ابن القيم، زاد المعاد في هدى خير العباد، المرجع نفسه، ص 110.

مدينة حكيمًا يعرض عليه الأطباء الذين يرغبون بمزاولة مهنة الطب وهذا بأمر من ملوك اليونان، وكان يتعرض لإنهاء مزاولة مهنة الطب كل من رأى فيه الحكيم التقصير أو عدم الكفاءة¹.

أما المسلمون فقد اهتموا بمبدأ المسؤولية عن طريق تطبيق الحسبة وهي رقابة إدارية تقدم بها الدولة عن طريق موظفين خاصة على نشاط الأفراد وذلك في شتى نواحي الحياة والمجالات، الأخلاق والدين والإقتصاد وذلك تحقيقًا للعدل والفضيلة، وكان المحتسب ينظر في أصناف الصناعات من التجار وأعمال الصيدلي والطبيب والكحاليين والحجامين والفسادين ويمارس سلطته عليهم منعًا وانتقاءً للضرر قبل وقوعه، هذا وعرف التاريخ الإسلامي أن أسند الخليفة العباسي المقتدر بالله إلى الطبيب بن ثابت بن قرّة مهمة امتحان الأطباء قبل مزاولتهم مهنة الطب.²

ورتب العقد الإسلامي المعاصر واجبات على الطبيب نجملها فيما يلي:³

* التصرف اتجاه المريض بأمانة وإخلاص وبذل النصيح والمشورة له وإفادته إفادة كاملة بجميع ما يتعلق بمرضه.

* مصارحة المريض بنوع مرضه والعمل على مساعدته على تجاوز محنته وحزنه وإزالة همه بالسمة الصادقة وبالمدح والبشاشة وهذا مصداقًا لقول الرسول عليه أزكى صلاة وأزكى تسليم « لا تحقرن من المعروف شيئًا ولو أن تلقى أخاك بوجه طلق»⁴.

* المساواة بين المرضى ولا تفرق بين العدو والصديق والغريب والبعيد والفقير والبعيد.

* التزام السر المهني من خلال حفظ سر المريض حول حالته الصحية وذلك قولاً أو فعلاً أو الاستنتاج التي تم التوصل إليها.

* وصف الدواء اللازم والملائم لعلاج حالة المريض والتي لا تضره، كأن تسبب بأخذها مضاعفات كان تسقط الجنين، فالطبيب مطالب بإتباع أصول الفن في عمله وعلاج المرأة بما يتناسب مع حالتها المرضية¹، أو أي مضاعفات أخرى لأي مريض كان.

¹ - بشير محمد عساف، المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص 31.

² - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 42.

³ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، (دراسة مقارنة) المرجع نفسه، ص 43.

⁴ - صحيح مسلم، شرح النووي، دار الرسالة، ج 16، ص 152.

*مشورة غيره من الأطباء والحكماء خاصة في الحالات المستعصية والعسيرة مصداقا لقوله تعالى
« فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون »².

*يجب ألا ينهي الطبيب حياة المريض الميؤوس من شفائه أو كما يُقال له الآن (الموت الرحيم) لأن
هذا الفعل يعتبره الإسلام محرما شرعا لقوله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾³.

والطبيب في الإسلام عموما عليه مراعاة عدة أمور في علاج للمريض وهي سبب المرض وقوة
المريض ومزاج البدن كذلك مراعاة سن المريض وعاداته وبلد المريض وحالته الهواء والجو وقت المرض
إضافة إلى النظر في الدواء وقوة الدواء ودرجته ومقارنة بقوة المريض كذا المعالجة بالأسهل وإزالة العلة
بطريقة لا تحدث علة أصعب منها، كما يجب أن يكون ذو خبرة باعتلال القلوب والأرواح وأدويتها
وأن يتلطف بالمريض ويرفق به مثل الصبي ويستعمل في علاجه أنواع العلاجات الطبيعية والإلهية
والعلاج بالطب.

كما يجب على الطبيب في الإسلام أن يجعل علاجه وتدييره دائرا على... الصحة الموجودة
وإرجاع الصحة المفقودة وتقليل العلة قدر المستطاع واحتمال أدنى المفسدين لغزالة أعظمها وتقوية
أدنى المصلحتين لتحصيل أعظمها وهي الأصول الستة التي يرى فقهاء الإسلام إن ما لا يرجع إليها
فليس بطبيب⁴.

4/ وجوب تخصص الطبيب في الإسلام

اهتم الإسلام بمسألة التخصص في مهنة الطب فخص باسم الطبائعي الكحال وبمبضعه
ومراهمه الجراح، وبموساه وهو الخاتن، وبريشته وهو الفاصد، وبمحجبه ومشرطه وهو الحجام، وبخلعه
ووصله ورباطه وهو المجبر، وبقرنته وهو الحاقن، وخصص الاسم لكل طبيب يمتن ذلك النوع
ويستخدم تلك الأدوات المستخدمة لذلك التخصص⁵

¹ - فتحة مصطفى عطوي، الإجهاض بين الشرع والقانون والطب، ط1، المنشورات الحقوقية صادر، ب.ب.ن، 2001،
ص343.

² - سورة النحل، الآية 43.

³ - سورة الإسراء، الآية 33.

⁴ - الجوزية ابن القيم، زاد المعاد في هدى خير العباد، المرجع السابق، ص 113.

⁵ - الجوزية ابن القيم، زاد المعاد في هدى خير العباد، المرجع نفسه، ص 111.

فالكحالون أي أطباء العيون كانوا يمتحنون عن طريق كتاب حنين بن اسحق أبوزيد وهو طبيب مترجم خدم الخليفة بالطب وكان من أشهر كتبه " مهنة الطب والعشر مقالات في العين"، وكان معيار المحتسب في النجاح بامتحان الكحالون هو مدى العلم والمعرفة لتشريح العين والخبرة بأمراضها وعلاجها فمتى توافرت هذه الشروط منح الطبيب تصريحاً لمداواة العيون، ووجب عليه أن يحضر أدوات مهنته التي تمكنه من مزاوله هذا التخصص¹، هذا وعرف طب العيون أو الكحالة عند المسلمون تطوراً لا نظير له مقارنة مع اليونان فبلهم أو اللاتنيين بعدهم يعتبرون وكانت مؤلفاتهم في هذا الميدان المصدر والمرجع الأول وهذا خلال عدة قرون حتى أن المؤلفين اعتبروا أن الطب العيون طبا ويقرر المؤرخون أن علي بن عيسى الكحال (ت 400 هـ) كان أعظم طبيب عين في القرون الوسطى²

أما المجربون كانوا يفحصون المرضى على أساس الرجوع إلى الموسوعة الطبية التي وضعها الكتاب البنزطي بولس المنسوب إلأحينا، وكان المجرب لا يقوم بعملية التجبير إلا بعد أن يتعلم ويأخذ مبادئ هذا التخصص وتشكيلة العظام وشكله وصورته ليتمكن من رده إلى مكانه على نفس الهيئة في حالة ما إذا انكسر³.

مما سبق ذكره نخلص للقول أن المسؤولية الطبية في الإسلام عرفت تطوراً هائلاً وكانت السبابة في يحي حقوق المريض وواجبات الطبيب من باب الحفاظ على النفس البشرية وتقديسها، فحرصت على أن يداوي المريض أسقامه عند الطبيب الحاذق العالم لا الجاهل بأصول وفنون التطبيب، كما ضمنت الطبيب حال علاج المريض وإصابته بتلف أو الوفاة وفصلت في واجباته كإنسان الجاهل وكطبيب تجاه المريض الذي يقصده للعلاج ولم يغفل الشرع الإسلامي جانب الشخص وجانب منح المصادقة لمزاوله هذه المهنة، ووضع قواعد واستثناءات لقيام مسؤولية الطبيب آنذاك سواء الجنائية أو المدنية.

¹ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، المرجع نفسه، ص 44.

² - راغب السرحاني، المسلمون وتطور علم الطب، قصة الإسلام، 14.01.2009 islamstory.com

³ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 44.

المبحث الثاني: مسؤولية طبيب النساء والتوليد بين التقصيرية والعقدية

المسؤولية لغة من "سأل" وسأل تفيد الإستخبار والاستعلام يقال سأل عن كذا أي إستعلمه وجاء في المعجم الوسط " المسؤولية هي حال أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته، هذا ولا يختلف المعنى الإصطلاحي عن اللغوي لمفهوم المؤاخذة فقد عرفها فقهاء القانون اصطلاحاً أنها حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب مؤاخذته وبأنها الجزاء المترتب على مخالفة الشخص الواجب من الواجبات المكلف بها¹.

أما عند الكلام عن المسؤولية الطبية عامة عندما لا يتبع أبناء المهنة أصولها ويحيدون عن بذل العناية التي تستوجبها مهنتهم والتي يرجوها كل مريض منهم، هذا وكانت هاته المسؤولية محلاً وباباً لعدة تطبيقات قضائية وثار التساؤل والجدل حول تحديد طبيعتها أو تقصيرية أو عقدية².

ورغم التساؤلات والجدل الذي حصل في هذه المسألة فقها وقضاء غير أن الإتفاق حصل حول أن أصل وجوه الإلتزام الطبيب عموماً هو التزم ببذل عناية، هذا واستقر القضاء الفرنسي أن المسؤولية الطبية هي في الأصل عقدية واستثناء تقصيرية أما القضاء الفرنسي فقال باعتبارها تقصيرية كأصل عام وعقدية في حالات معينة³.

فالمسؤولية العقدية تختلف عن المسؤولية التقصيرية في الإثبات حيث أنه يقع على عاتق المضرور في التقصيرية بينما يعفى الدائن في المسؤولية العقدية ويكفي فقط تقديم العقد ليصبح الإثبات على عاتق المدين، إضافة إلى الإختلاف من حيث مدى التعويض والتقدم ومن حيث الإتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية ومن حيث التضامن⁴.

ولا يخرج طبيب النساء والتوليد من القواعد العامة فيثور نفس التساؤل حول طبيعة المسؤولية الطبية التقصيرية أو عقدية وسنفصل في ذلك من خلال مطلبين نتناول في الأول المسؤولية التقصيرية

¹ - أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، دار الفكر والقانون المنصورة، مصر، 2014، ص 11.

² - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية (الطبيب - الجراح - طبيب الأسنان - الصيدلي - التمريض العيادة والمستشفى - الأجهزة الطبية)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 197.

³ - رابح محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 346.

⁴ - أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع نفسه، ص 17.

والعقدية لطبيب النساء والتوليد ثم في مطلب ثاني نتناول الإتجاه الراجح بينهما من خلال ما اتجه إليه العقد والقضاء.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد

وقد اتجه الفقه الفرنسي القديم في تكييف طبيعة المسؤولية الطبية على أنها تقصيرية من خلال تقنية الأحكام المسؤولية التقصيرية وذلك في المواد من 1382 حتى 1386، ثم أدخل عليها بعض التعديلات في صدد معالجة لموضوع المسؤولية الطبية وكان الهدف من وراء ذلك هو التماشي مع التطورات الحاصلة في المجتمعات الأوربية في المجال الصناعي والإقتصادي غير أن هذه المحاولات كانت عرضة للانتقادات كما سنرى فيما يلي من تفصيلات نتطرق فيها إلى أسس النظرية التقصيرية ثم إلى اتجاه العقد قديماً لتأهيل المسؤولية الطبية على أساس تقصيري وسنتطرق أخيراً إلى النقد الذي وجه إلى هذه النظرية¹.

الفرع الأول: الطبيعة التقصيرية لطبيب النساء والتوليد

ميز الفقه بين المسؤولية التقصيرية والعقدية من حيث الطبيعة فالمسؤولية التقصيرية تقوم على أساس مخالفة الواجب القانوني، ويعد الفعل الضار مصدرها وتنظم أحكامها نصوص القانون واستدلوا على ذلك بما ذهب إليه المشرع الفرنسي من نصه على المسؤولية التقصيرية فيما يخص تلك التي تنشأ دون اتفاق و أن أهم ما يميز هذه المسؤولية هو الأساس الذي تقوم عليه ألا وهو الخطأ أحد عناصرها الأساسية، وسنفصل فيما يلي في أساس المسؤولية التقصيرية.

أولاً: أساس نظرية المسؤولية التقصيرية

إتجه المشرع الفرنسي لهذه النظرية ونصت المادة 1382 من التقنين المدني الفرنسي على أن " كل عمل أيا كان، يوقع ضرار بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه"، ونصت المادة 1383 من نفس التقنين على أن " كل شخص يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه، لا بفعله فحسب، بل أيضاً بإهماله، أو لعدم تبصره" ويتضح من خلال النصين أن التقنين الفرنسي قصد

¹ - منير رياض، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 36.

الأعمال العمدية في المادة 1882 والأعمال غير العمدية في المادة 1382 وبعدها انتقلوا من المسؤولية الشخصية إلى المسؤولية عن الأشخاص وبالتالي تأسس النظرية على فكرة الخطأ¹.

هذا ويرجع أصل تأسيس الخطأ كركن مهم للمسؤولية التقصيرية ظهر عند فقهاء النظرية التقليدية وذلك تأثراً بالقانون الروماني، ولما كان الخطأ هو مرجع وأساس المسؤولية التقصيرية فإن العقد التقليدي لمس في ذلك سمة وصفة مميزة ألا وهي مسؤولية الفاعل عن كل خطأ مهما كان الخطأ يسيراً وحتى في حالة عدم تمكن الرجل العادي من تفاديه وهذا وفقاً لمبدأ روماني هو أن العدل يقضي بأن يميل الشارع دوماً إلى جانب المضرور الذي لم يتسبب في الضرر ولم يكن باستطاعته تجنبه².

وقد عرفت المسؤولية في التقنين الفرنسي تطوراً كبيراً نلمسه من خلال المادة 1384، وبعد صياغة نظرية تحمل الصيغات المستحدثة أو النظرية الموضوعية والتي لم تصبح صالحة للتماشي مع المنطق والتطور الإقتصادي الحاصل، فكان لزاماً هجر المسؤولية القائمة على الخطأ والتي يستطيع فيها المدين دفع المسؤولية الشخصية على نفسه بنفي الخطأ في ذاته أو نفيه كسبب للضرر الذي وقع فيه، والإتجاه نحو المسؤولية المجردة عن أي خطأ والتي لا يستطيع فيها المدين دفع المسؤولية عن نفسه حتى بنفي الخطأ أو إثبات السبب الأجنبي ما دام الضرر وقع كنتيجة لنشاطه ولو بخطأ لم يصدر عنه فهو المسؤول³.

وانتقلت نظرية تحمل التبعة لاحقاً إلى نظرية الخطر المستحدث في مرحلتها الثانية، وبعدها وجهت إليها انتقادات انتقلت إلى مرحلة ثالثة ألا وهي التوفيق بين الخطأ والخطر بحيث تقوم المسؤولية في كل حالة يتوافر فيها الخطأ وتقوم عند انعدامه على أساس تحمل التبعة⁴.

وعن المسؤولية الطبية فيرى جانب أنها لم تخضع لهذه التطورات وطبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض لم تكن لتسمح لها بأن تتجه مثل هذا الإتجاه، فلا يمكننا الجزم بأن التطور الحاصل في ميدان الطب بما في ذلك من إرتقاء لفت العلاج قد جعل المرضى أقل عرضة للضرر عن ضي قبل إضافة إلى

¹ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 49.

² - أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية (دراسة مقارنة)، ط1، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص 54-55.

³ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، المرجع نفسه، ص 50-51.

⁴ - راييس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 368-369.

ذلك فإن الطبيب لا يمكن الحكم عليه إلا عن طريق الإستعانة بطبيب مثله، ولكل ما سبق ذكره فإن المسؤولية الطبية في هذا المجال قد أخذت موقفاً أقرب الى التوفيق بين المصالح المختلفة¹.

ثانياً: المسؤولية التقصيرية لطبيب النساء والتوليد

اتجه الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر إلأن المسؤولية المدنية للطبيب مسؤولية تقصيرية²، ففي بداية القرن التاسع عشر (19) ظهر تيار قوي في فرنسا يدافع عن الطبيب ونشاطه الطبي واستند هذا التيار في دفاعه عن الطبيب على مقولة أن الأطباء يجب أن يكونوا بمنأى عن القانون وذلك حماية لمصلحة التطور العلمي³.

فالطبيب المهتد بقيام مسؤوليته عن أعماله يصبح عاجز عن المبادرة وعن تطوير أساليب العلاج والبحث العلمي، الشيء الذي لا يخدم حتى مصلحة المرضى وأول المتحمسين للدفاع عن هذه الفكرة هو الأكاديمية الطبية الفرنسية حيث أعلنت هذه الأكاديمية في 29 سبتمبر 1829 في تقريرها عن المسؤولية الطبية أن الأطباء يتلقون عن مريضهم تفويضاً محدود وأن الطبيب في عمله شأنه شأن القاضي لا يمكن مساءلته عن الأخطاء التي يقترفها بحسن نيته فيما تنهض وتقوم مسؤوليته في حالة اقترافه للغش والتدليس وخيانة الأمانة وهي واجبات مهنته⁴.

هذا وقد قننت المحاكم الفرنسية النظرية التقصيرية في خصوص الدعاوى الطبية، أي انها طبقت نصوص المواد 1382 وما بعدها من نصوص على هذا النوع من الدعاوى، وكان موقفها هذا يستند، الى ان التزامات الطبيب لا تنشأ إلا من اتفاق الطبيب مع المريض فهي مجهولة لأحد طرفي الاتفاق ألا وهو المريض لذا لا يمكن إدخالها ضمن دائرة الاتفاق الصريح أو الضمني كذلك فإنها من النظام العام تفرضها قواعد المهنة ولا تخضع لإرادة أي من الطرفين لذا يكون لزاماً أن يترتب على الإخلال بها مسؤولية تقصيرية⁵.

¹ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في نص القانون المصري والفرنسي، المرجع السابق، ص 52-53.

² - رجب كريم عبد الاله، المسؤولية المدنية لجراح التحميل دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2009، ص 68.

³ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2، المجلد الثاني في العمل والمسؤولية المدنية، ط، مصر، 1988، ص 375 و376.

⁴ - أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية (دراسة مقارنة) المرجع السابق، ص 79.

⁵ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ظل القانون المصري والفرنسي، المرجع نفسه، ص 57.

كما اعتمد القضاء الفرنسي هذا المبدأ أي اعتماد المسؤولية التقصيرية في الدعاوي الطبية في حالة مخالفته لالتزامه ببذل العناية طابعا جنائيا وطبق هذا المبدأ في حكم صادر عن الغرفة الجنائية 1957/06/14 بمناسبة الممرضة والتي تسبب إهمالها الجسيم في موت الوليد، كذلك بمناسبة نسيان الجراح لأداة من أدوات الجراحة مما أفضى إلى وفاة المريض¹.

كما أن الإجتهد في مصر اعتبرها أيضا تقصيرية، حيث قضت محكمة النقض المصرية بمسؤولية الطبيب عن تعويض الضرر المترتب على خطأ في معالجة المرضى وبأن مسؤوليته هذه تقصيرية وليست عقدية في قرارها بتاريخ 1936/06/27².

وعلى الرغم من أن القضاء اليمني حديث عهد بقضايا المسؤولية الطبية، حيث أن مسؤولية الأطباء لم تتأثر عند بشكل ملحوظ إلا في العقدين الأخيرين الشيء الذي لم يساعده على الفصل بصورة مباشرة في طبيعة المسؤولية للطبيب، غير أنه وعلى الرغم مما سبق ذكره فإنه يبدو جليا اتجاه محاكم الموضوع في اليمن إلى اعتبار مسؤولية الأطباء تقصيرية تطبق عليها المادة 304 وما يليها من القانون المدني³.

فقضت محكمة شرق تعز في 20 نوفمبر 2007 بمسؤولية أحد أطباء المستشفيات الخاصة والذي نسب إليه خطأ طبي أفضى إلى وفاة المريض بعد خضوعه الى عملية جراحية، حيث أشارت المحكمة إلى تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية حيث جاء في هذا الحكم⁴، "ولما كان الطبيب المذكور أجرى الجراحة التي ترتب عليها وفاة المريض وبالرجوع إلى ما سبق بيانه من حيثيات وأسباب سألقة وعملا بأحكام الشريعة الإسلامية والمواد 304، 305، 312، 313، من القانون المدني يلزم الطبيب المذكور بتعويض مقداره"، إذا يتبين من الحكم أن محكمة شرق تعز قد حملت الطبيب

¹ - حكم صادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 1957/06/14 نقلا عن : محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية (الطبيب - الجراح-طبيب الأسنان- الصيدلي- التمريض العيادة والمستشفى - الأجهزة الطبية، المرجع السابق، ص 201.

² - قرار محكمة النقذ المصرية بتاريخ 1336/06/27 نقلا عن : طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 50.

³ - أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة) المرجع السابق، ص 26.

⁴ - أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة) المرجع نفسه، 27-28.

الذي قام بالجراحة المسؤولية عن وفاة المريض بتكليفه بتعويض مقدار الضرر، مما يستشف منه اعتبارها بمسؤولية طبيب النساء والتوليد مسؤولية تقصيرية.

وإقتضى التشريع السوري أثر القضاء المصري فاعتبر مسؤولية الطبيب عن ما يلحقه بالمرضى من أضرار مسؤولية تقصيرية وطبق المادة 164 من القانون المدني السوري والتي تنص على أن " كل خطأ مسبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"¹.

فقضت محكمة النقض السورية بتاريخ 1975.03.03 بأن مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة وذلك متى وجد الخطأ أي كان نوعه، كما كانت لها عدة أحكام أخرى أخذت فيها باتباع تكييف المسؤولية الطبية على أنها مسؤولية تقصيرية².

وفي هذا المجال أي طبيعة المسؤولية الطبية وبالنسبة للقضاء الجزائري وعلى الرغم من قلة الأحكام القضائية إلا أنه يمكن تصنيف مسؤولية المستشفيات العمومية ضمن المسؤولية التقصيرية وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ: 1991/01/13 بمسؤولية مستشفى نتيجة إهماله وعدم متابعة المريض ومراقبة حالته³.

ثالثاً: حجج أنصار الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية

إنتهج القضاء الفرنسي هذا الموقف من المسؤولية الطبية وتأسيسها على النظرية التقصيرية ولقد أيد الفقه هذا الموقف واستندوا في تأييدهم هذا إلى عدة حجج منها:

1/ أن الأعمال الأدبية والعلمية من بينها العمل الطبي تخرج من دائرة الأعمال التي يمكن أن تكون حلاً للتعاقد، فالعمل العقلي لا يمكن وضعه على قدم المساواة مع العمل اليدوي⁴.

¹ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، المرجع السابق ص 52.

² - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة) المرجع نفسه ص 53.

³ - قرار المحكمة العليا، 1991/01/13، ملف رقم 75670، قضية المركز الاستشفائي سطيف، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1992، ص 129، نقلاً عن: بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية دراسة تأصيلية مقارنة، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2015، ص 272.

⁴ - أنور يوسف حسني، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية الطبية، المرجع السابق، ص 19.

فطبيعة المسؤولية الطبية فنية بحتة، سواء وجب التعاقد أو لم يوجب فالطبيب ملزم بمراعاة واجب الضمير والأصول العلمية في علم الطب مما يستوجب البحث في قواعد وأخلاقيات المهنة وكلها أشياء خارجة عن نطاق ودائرة العقد.¹

فالقاضي لا يبحث عن النية المشتركة لأطراف الرابطة التعاقدية وهما المريض وطبيبه ليقيس مدى الإخلال بالالتزام وإنما يلجأ إلى أهل الخبرة لكي يسترشد بخبراتهم بنية الوصول إلى معرفة مدى التزام الطبيب بالأصول الفنية من عدمه، مما يدل على أن المسؤولية الطبية ذات طبيعة تقصيرية بحتة.²

2/ أن الأصل هو أن يلتزم الطبيب بضمان السلامة والشفاء للمريض وبذل العناية والجهد اللازمين لتحقيق ذلك ويوفر وسائل العلاج اللازمة لبلوغ ذلك، فالطبيب يعتبر محلاً بالتزامه بمجرد قيام الدليل على انتكاس المريض أو ازدياد مرضه وإصابته بضرر وإنما ترجع إلى تقصير الطبيب في بذل العناية المطلوبة والجهد اللازم، الشيء الذي لا يتأثر إلا إذا وجب للطبيب نوع من أنواع الخطأ أو التقصير.³

فاعتبار مسؤولية الطبيب عقدية تتطلب من المريض أو ذويه إثبات أن العلاج الذي باشره الطبيب هو المتسبب في ازدياد حالته سوءاً لقيام مسؤولية الطبي، بمعنى أنهم إذا استطاعوا ذلك كان على الطبيب دفع المسؤولية عنه إما بالقوة القاهرة أو بخطأ المريض ولهذا فإن المريض غير مطالب بإثبات وقوع خطأ معين من الجانب الطبي.⁴

3/ أن قواعد المسؤولية تعتبر من النظام العام، الشيء الذي يمثل ويشكل حماية أكثر للمريض الذي لحقه الضرر مقارنة مع المسؤولية العقدية وخاصة في الحالات التي يرتكب فيها الطبيب المعالج غشاً أو تدليساً عمدياً فالمسؤولية التقصيرية تمكن الدائن من الحصول على تعويض كامل دون أن يكبل ذلك أية مخاطر أو قيود أو تحديدات عقدية.⁵

¹ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ظل القانون المصري والفرنسي، المرجع السابق، ص 8.

² - أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 82.

³ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين...، المرجع السابق، 58.

⁴ - أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية (دراسة مقارنة)، المرجع نفسه، ص 83.

⁵ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين...، المرجع نفسه، ص 59.

ولأن أمر العلاج مرتبط بالمساس بحياة الأشخاص وسلامة أبدانهم ومصصلحة المجتمع فهي كلها اعتبارات تدخل في النظام العام، والمساس بها إنما هو مساس بالنظام العام الشيء الذي يوجب إخضاع مخالفتها لقواعد المسؤولية التقصيرية لا العقدية.

4/ أن الخطأ الطبي قد يفضي إلى وفاة المريض أو المساس بسلامته الجسدية الشيء الذي يعتبر جريمة في الحالتين مما يوجب تطبيق أحكام وقواعد المسؤولية التقصيرية في شأن التعويض المدني.¹

وتطبق قواعد المسؤولية التقصيرية حتى مع وجود عقد بين الطبيب والمريض إذ أن الجانب الجنائي مستقل عن الإخلال بالالتزام العقدي²، خاصة وأن هناك نظرية كانت سائدة حتى القرن التاسع عشر 19 مفادها أن كل جريمة جنائية نشأ عنها ضرر للغير توجب المسؤولية التقصيرية وهذا تغليباً للجانب الجنائي في الموضوع³، لكن يجدر بنا التنبيه إلى أن التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق هذه النظرية على مسؤولية الطبيب، ويمكننا القول أنه مما لا شك في أن تمتع الطبيب بحصانة جنائية منوط بالتزامه بأصول مهنة الطب، وبأن إخلاله بهذه الأصول يجعله مسؤولاً جنائياً ومع التسليم بأن كل جريمة تلحق ضرراً بالغير فإن تطبيقها على الأطباء يصبح أمراً طبيعياً.⁴

غير أن ما سبق ذكره من حجج جاء بها أنصار الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية تعرض إلى انتقادات كثيرة منها⁵ :

1/ أنه صحيح أن الإخلال بالأصول الفنية لمهنة الطب يفتح باباً للمسؤولية التقصيرية غير أنه في حالة وجود العقد لا بد أن يكون الإخلال بالأصول المهنية مكوناً للإخلال بالالتزام التعاقدية.

2/ كذلك تم تقديمهم بالقول بأن أطراف العقد عندما لا يحددون عدم التنفيذ بشكل دقيق مما يوجب المسؤولية، يجعل الأمر ينصرف إلى التنفيذ غير العمدي والعمدي كما يدخل أيضاً عدم التنفيذ المصحوب بالغش وأصبحت هذه القاعدة أصولية تفادياً لتوقف تنفيذ الالتزام على مشيئة المدين ومن هنا فإننا عند إسعاف المريض المتضرر لسنا بحاجة إلى اللجوء إلى المسؤولية التقصيرية.

¹ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 220.

² - أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 20.

³ - أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 82.

⁴ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين...، المرجع السابق، ص 59.

⁵ - أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية المدنية...، المرجع نفسه، ص 83.

3/ إضافة إلى هذا فإنه لا يمكن تصور التفرقة بين المدين الذي تكون مخالفته جريمة جنائية والذي لا تكون مخالفته جريمة، حيث يخضع الأول لنظام مسؤولية يختلف عما يخضع له الثاني.

4/ إذن قد تعرضنا إلى هذا الموقف من العقد والقضاء الذي تمسك بالطبيعة التقصيرية حينما من الدهر، مدعما إياها بالحجج التي أسلفنا ذكرها والتي لم تنج من الانتقادات.

الفرع الثاني: الطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية:

ما إن انقضى الثلث الأول من القرن الماضي حتى تنبه الفقه في فرنسا إلى أن إسناده المسائل الطبية للمسؤولية التقصيرية خطأ لا بد من تداركه، ومن هنا نادى الفقه في فرنسا بوجوب تأسيس مسؤولية الطبيب الذي يختاره المريض أو نائبه للعلاج، وحتى عندما يكون اختيار الطبيب للمريض من المستشفى أو رب العمل وتم الإجماع على قبول هذه النظرية مما جعل محكمة النقض الفرنسية تعدل عن قضائها السابق من خلال حكمها الشهير الصادر في 20 مايو 1936 والذي اعتبرت من خلاله المسؤولية الطبية تعاقدية وبقيت هكذا، ولدراسة ذلك سنتعرض إلى تفصيل ذلك من خلال التطرق إلى أسس النظرية التعاقدية ثم إلى اتجاه الفقه لتأصيل المسؤولية الطبية على أساس عقدي ثم إلى النقد الذي لفته هذه النظرية¹.

أولاً: أساس النظرية التعاقدية

يكون نطاق المسؤولية العقدية تلك العلاقات الناشئة عن عقد صحيح بين الطبيب المسؤول والمريض المضرور ولقيام تلك المسؤولية العقدية لا بد من نشوء عقد صحيح بينهما كما يجب أن ينتج الضرر عن الإخلال بالتزام تعاقدية وسنذكر فيما يلي شروط التأسيس لمسؤولية عقدية.

1 / وجود عقد:

فيجب أن يكون هناك عقد بين المسؤول والمضرور ويعتبر مباشرة الطبيب العلاج دون الرجوع إلى العقد وجها لانتقاء المسؤولية العقدية، وتقتضي أغلب الحالات ذلك حيث أن الطبيب بمجرد فتح عيادته الخاصة وتعليق لافتة تحمل اسمه وتخصصه يكون في حالة الإيجاب العام وأي مريض يتجه إلى العلاج عنده قد قبل التعاقد معه².

¹ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والعقد الفرنسي والمصري، (المرجع السابق)، 64.

² - بن الصغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية الحديثة (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 281.

2/ أن يكون هذا العقد صحيح:

لا تقوم المسؤولية العقدية الا اذا كان هذا العقد صحيحا أما اذا كان العقد باطلا أو تقرر ابطاله فلا يمكن أن تنشأ بين طرفي سوى مسؤولية تقصيرية¹.

كما أن العقد يبطل إذا لم يؤخذ رضا المريض بالعلاج أو ببطلان السبب إذا كان سبب غير مشروع أو مخالفا للآداب العامة أو الهدف منه ليس معالجة المريض، بل كان الهدف من ورائه اجراء تجربة طبية خطيرة لا تتطلبها حالة المريض الضحية.²

فرضا المتعاقدين ضروري في حالة قيام العقد الطبي وقد نصت المادة 59 ق.م.ج على أنه "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".³

فالطبيب لا بد أن تكون مباشرته للعلاج بإرادته وحريته وأن يكون رضاه سليما لا يشوبه أي عيب حتى عيوب الرضا وله حق رفض العلاج تجاه المريض لأسباب شخصية أو مهنية وإستثنى من ذلك الحالة التي يكون المريض في حالة خطر صحي يهدد حياته.⁴

أما رضا المريض فقد جاء تكريسه في كثير من التشريعات، كما جاء النص على ضرورة موافقة المريض على العلاج وعلى التدخلات الطبية في المواد 42، 44، 45 من مدونة أخلاقيات مهنة الطبي الجزائري.⁵

1 - منير رياض حنا، المسؤولية الحديثة للأطباء والجراحين (دراسة مقارنة)، المرجع نفسه، ص 68،

2 - أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية الحديثة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 95.

3 - قانون 10/05 الصادر في 20 يوليو 2005، المعدل والمتمم للأمر 75/ المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، ج ر، العدد 44، سنة 2005.

4 - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية الحديثة (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 282.

5 - المادة 42 «للمريض حرية إختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته وينبغي للطبيب أو جراح الأسنان أن يحترم حق المريض هدا، وأن يفرض إحترامه، وتمثل حرية الإختيار هذا مبدأ أساسياً تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض والعلاقة بين جراح الأسنان والمريض، ويمكن الطبيب أو جراح الأسنان مع مراعاة أحكام المادة 9 أعلاه»، من مرسوم تنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 05 محرم 1419 الموافق 06 يوليو 1992، المتضمن مدونة اخلاقية الطب، ج، ر، عدد 52.

وينظر إلى حرية المريض في اختيار طبيبه مبدأً أساسياً لقيام العلاقة بين الطبيب والمريض، فإنه لا بد من الموافقة الحرة والمتبصرة لكل مريض مقبل على علاج طبي خطير، أو موافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون،¹ إلا في الحالات القصوى أين يتعذر على الطبيب الوصول إلى الممثل القانوني وأمام استعجال الحالة وضرورة التدخل حسب ما تمليه أخلاقيات مهنة الطبيب عليه لا بد أن يقوم الطبيب بالتدخل حتى في غياب الممثل القانوني.²

كذلك فإن الأهلية لازمة وضرورية ليعقد العقد صحيحاً قبل أن يكون عقد طبي قد نصت المادة 40 ق.م.ج على أن "كل شخص بلغ من الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجز عليه يكون كاملاً لأهلية لمباشرة حقوقه المدنية"³.

ونصت المادة 78 ق.م.ج على أن "كل شخص أهل للتقاعد ما لم يطرأ على أهليته عارض ليجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون"⁴، ويجدر بنا الإشارة إلى أن المحل والسبب، لا بد أن يكون المحل مشروعاً وألا يكون مخالفاً للنظام وللآداب العامة حتى وإن رضي به المريض والمحل والعقد يظل باطلاً بطلاناً مطلقاً وهذا بغض النظر عن إرادة الأطراف وأهدافهم، نفس الشيء بالنسبة إلى السبب والذي لا بد أن يكون بدوره مشروع وعلى من يدعو غير ذلك إثبات العكس.⁵

-المادة 44«يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة حرة ومتبصرة أو موافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإذلاء بموافقته»، م أ ط.

-المادة 45«يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة، والاستعانة، عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين»، م أ ط.

¹ - بن صغير مراد، مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح بالعقاقير وأثره على الرابطة الأسرية، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، العدد الخامس عشر، مارس 2010، الجزائر، ص 23.

² - بن صغير مراد، مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية، المرجع نفسه ص 23

³ - قانون رقم 07.05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.

⁴ - قانون رقم 07.05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.

⁵ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ في ظل القواعد المسؤولة، المرجع نفسه، ص 285.

3/ نشوء الضرر عن الإخلال بالتزام عقدي :

مسؤولية الطبيب وفقا لنظرية المسؤولية التعاقدية وبالإضافة الى وجود العقد وصحته، لا بد فيها أن يكون إخلال الطبيب بالإلتزام منصوص إشتراطها عليه في العقد (التزام عقدي) وعبء الإثبات الذي يقع على الطبيب لا يغير أو ينقص من طبيعة المسؤولية ولا يفقدها صفة الطبيعة العقدية¹. ويتعين على القاضي تفسير إرادة المتعاقدين وذلك لتعيين مضمون العقد وتحديد الإلتزامات الناشئة عنه والتي تقوم المسؤولية العقدية عند الإخلال بها².

4/ أن يكون المجني عليه هو المريض:

فينبغي أن يكون المجني عليه أو المضرور هو المريض، حيث أنه وفي حالة ما إذا كان المضرور مساعد للطبيب مثلا وأصيب بجرح أثناء تدخل جراحين فهنا وفي مثل هذه الحالة لا يمكن القول بأن مسؤولية الطبيب عقدية بل تعد هذا تقصيرية³.

فلا بد أن يكون إخلال الطبيب بالإلتزام الذي جاء في العقد المبرم صراحة أو ضمنا بين الطبيب والمريض، قد سبب أو ألحق ضررا بالمريض (المضرور) بعد عدم بذله العناية اللازمة وفقا للأصول العلمية والقواعد المهنية في الطبي⁴.

5/ المدعي صاحب حق في الاسناد إلى العقد: ونفرق بين الحالتين

أ/ في حالة اختيار الطبيب من طرف المريض أو نائبه القانوني:

تقام دعوى على الطبيب استنادا إلى المسؤولية العقدية، غير أنه في حالة وفاة المريض نتيجة خطأ الطبي فهنا سنفصل في أمرين⁵.

¹ - محمد حسن القاسم، إثبات الخطأ الطبي في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 95.

² - منير رياض حنا، المسؤولية الحديثة للأطباء والجراحين، المرجع السابق ص 68 .

³ - أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية الحديثة (دراسة مقارنة) المرجع السابق، ص 95 .

⁴ - أنور حسين يوسف، ركن الخطأ في المسؤولية الحديثة للطبيب (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 28 .

⁵ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 287

* في حالة رفع دعوى لتعويض من طرف الورثة: هنا تستند الدعوى لأحكام وقواعد المسؤولية العقدية، لأن الورثة خلفاء المتوفى في كل حقوقه فأثر العقد ينصرف إلى الخلف العام والخاص وهذا أيضا ما جاء به المشرع الجزائري في المادتين 108. 109 من التقنين المدني¹.

* في حالة رفع دعوى التعويض من غير الورثة: كأن يرفعها أقاربه أو أحبائه عنه فيحق لهم الرجوع على الطبيب المتعاقد المحل بالتزامه العقدي بتعويض الأضرار المادية لفقد عائلهم أو المعنوية من حزن أو ألم على أساس المسؤولية التقصيرية².

ب/ في حالة اختيار الطبيب من طرف المريض أو نائبه القانوني:

ومثاله العقد الذي يبرمه زوج لزوجته، رب عمل لعماله أو شخص قريب للمريض وهنا علينا التفرقة بين الحالات التالية³.

*تعاقد الطبيب بأسمه مشترطاً حقاً مباشراً للمريض، تطبق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير⁴.

* إبرام العقد الطبي مع الطبيب أو الجراح باسم المريض ومصالحته، وهنا تطبق أحكام الفضالة.

* وتمثل في قيام شخص بالتعاقد مع الطبيب من أجل مصلحة شخصية له دون قصده ترتيب حقاً مباشراً للمريض من وراء العقد المبرم مع الطبيب وفي هذه الحالة له الحق في استعمال الدعوى العقدية أما المريض يعتبر من الغير وهنا لا يجوز له استعمال دعوى المسؤولية التقصيرية⁵.

وكل ما تم ذكره هو الشروط القانونية واللازمة لاعتبار مسؤولية الطبيب عقدية، وهي نفسها شروط اعتبار مسؤولية طبيب النساء والتوليد مسؤولية عقدية.

¹ - المادة 108 ق،م،ج "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام مالم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك صراحة للقواعد المتعلقة بالميراث"

-المادة 109 ق.م.ج " إذا أنشأ التزامات وحقوقاً، شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلق خاص، فإن هذه الإلتزامات وحقوقاً، شخصية تتصل بشيء احتفل بعد ذلك إلى خلق خاص، فإن هذه الإلتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بما وقت انتقال الشيء إليه »

² - عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية للأطباء، وفي ضوء الفقه والقضاء، ط7، دار الكتب، مصر، 2000، ص72.

³ - أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق ص 96.

⁴ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية المرجع السابق، ص 288.

⁵ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 73.

ثانيا: المسؤولية العقدية لطبيب النساء والتوليد

كان القضاء الفرنسي مستقرا في بادئ الأمر على اعتبار مسؤولية الطبيب فيمواجهة مرتعبة قائمة على أساس غير عقدي أي أنها مسؤولية تقصيرية، une responsabilité, délictuelle، تستند في وجودها إلى نص المادتين 1382 و 1383 من التقنين الفرنسية وظل هذا التصور قائما حتى أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكمها الشهير سنة 1936 والذي غير من نظرة القضاء تجاه علاقة المريض بطيبه¹.

وتتلخص وقائع الدعوى في أن السيدة "موسى" كانت تعاني حساسية في الانف وبعد مراجعتها الدكتور "نيكولا"، والذي قام بعلاجها بأشعة x مما سبب لها التهابا إشعاعيا أدى إلى تلف الأنسجة المخاطية في وجه السيدة المرتعبة سنة 1925، وبعد مرور ثلاث سنوات (03) قام زوجها في سنة 1929 برفع دعوى نيابة عنها يطالب فيها الطبيب بدفع مبلغ التعويض عما لحق زوجته من ضرر فأصدرت محكمة الاستئناف الفرنسية في 16/07/1931 حكما ردت فيه المحكمة على دفع الطبيب لسقوط الدعوى بالتقادم وانتهت إلى القضاء على الطبيب بالتعويض وجاء في أسباب الحكم أن " إن دفع بالتقادم طبقا لنص المادة 638 من أصول المحاكمات الجزائية، لا ينطبق على هذه الدعوى لأنها ليست سوى (مسؤولية مدنية) ناشئة عن عقد سبق إبرامه بين الطبيب المدعى عليه وبين مريضه يلتزم بموجبه ببذل عناية (دقيقة ومستمرة ومعينة)"².

هذا وكان العقد الفرسي مستقر على الأخذ بالطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية حتى قبل صدور الحكم المذكور سابقا وتوقعوا صدوره وعدول القضاء عن الاخذ بالطبيعة التقصيرية،³ بل إن من الفقه الفرنسي ما ذهب إلى أبعد من ذلك قائلا أن هناك عقد بين الطبيب وزميله، الطبيب عند معالجته للأخير مجانا واعتبروا هذا العقد معاوضة مع احتوائه على إبراء إختياري من الدين وفقا لمبدأ المعاملة بالمثل ويقولون في ذلك

Il disait que "comme une remise volontaire de dette fondée sur la réciprocité "

¹ - خالد جمال أحمد حسني، إرادة المريض في العمل الطبي بين الاطلاق والتغيير، مجلة الحقوق، كلية الحقوق جامعة البحرين، المجلد الخامس، العدد الثاني جمادى الأولى 1329 الموافق ل يوليو 2008، ص 158.

² - منير رياض حنا، المسؤولية الحديثة للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 72. 73.

³ - حروزي عز الدين، المسؤولية الحديثة للطبيب أخصائي الجراحي في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 33.

وهو نفسه ما كان الفقه السويسري مستقرا عليه حيث عبر الفقيه السويسري thelin عن الطابع العقدي والذي تشمل به العلاقة التي تربط المريض بالطبيب بقوله " إنه ليس ثمة مجال للجدال أو المنازعة حول اتفاق إرادي (وهو العقد) بين المريض والطبيب"¹.

أما القضاء المصري فقد ظل فترة قصيرة غير معترف بالطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب معتبرا إياها مسؤولية تقصيرية، بينما كان الفقه متمسكا بما اتبعه القضاء الفرنسي بأنها عقدية ومناديا بضرورة انتهاج القضاء نهجه، إلى أن صدر حكم عن محكمة النقض المصرية وبالتحديد في 27 يوليو 1969 هذا الحكم الذي اعترفت فيه المحكمة ولأول مرة بالطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب حيث جاء في الحكم "2". "وحيث أن مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاج هي مسؤولية عقدية وإن كان الطبيب لا يلتزم بمقتضى هذا العقد الذي بينه وبين مريضه لشفائه أو نجاح العملية حتى يجربها له لأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية لأن العناية المطلوبة منه تقتصر أن يبذل جهوداً صادقة يقظة في غير الظروف الإستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول"³.

إلا أن هناك من يرى أن الاجتهاد في مصر بقي على حاله باعتباره أن مسؤولية الطبيب تقصيرية، وقد أكد صحة القول بالحكم الصادر عن محكمة النقض المصرية عام 1970 أي بعد صدور الحكم المذكور آنفا والذي عادتلتقرر فيه الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الطبيب⁴.

أما في جمهورية مصر فإن محكمة النقض المصرية أقرت في عام 1969 الطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية المدنية، فقد جاء في هذا الحكم: "وحيث أن مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو وكيله هي وسيلة تعاقدية وإن كان الطبيب المعالج لا يلتزم بوجود العقد المبرم بينه وبين المريض بشفاء المريض شفاء الأخير أو نجاح التدخل الجراحي الذي يجريه الطبيب

¹ - خالد جمال أحمد حسني، إرادة المريض في العمل الطبي بين الإطلاق والتقييد، المرجع السابق، ص 158

² - خالد جمال أحمد حسني، إرادة الحرية في العمل الطبي بين الإطلاق والتقييد، المرجع نفسه، ص 159.

³ - أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية الحديثة للطبيب، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 34.

⁴ - طلال حجاج، المسؤولية الحديثة للطبيب (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 58.

للمريض لأن التزام الطبيب المعالج الحديث على الطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية على أساس أن اتفاق المريض مع طبيب معين إنما يضيف إلى العلاقة شيئاً لولاه لما اعتنى الطبيب بالمريض".¹

أما القضاء اللبناني أصدرت محكمة بناية بيروت حكماً أقره في مبدأ المسؤولية التعاقدية في قضية تتلخص وقائعها في أن مريضة مسنة فحصها الطبيب وبعد نزوله عن طاولة الفحص سقطت وأصيبت بكسر، فقامت برفع دعوى على الطبيب طالبة فيها بتعويض الضرر على أساس المسؤولية العقدية وذلك لإخلاله بواجبه المهني والمسؤولية الجنائية وذلك لإهماله معاينتها ومسؤوليته الإدارية لأنه لم يحرس طاولة الفحص التي سقطت عنها، لتصدر محكمة بيروت عن غرفتها المدنية حكماً بتاريخ 1973/04/11 قررت فيه التعويض وذلك على أساس "أن الضرر حصل للمدعية أثناء قيام الطبيب بواجباته المهنية التعاقدية أو في معرضها باعتبار أن العلاقة التي تربط بينهما هي علاقة تعاقدية"²

أما القضاء العراقي فقد أخذ بالمسؤولية العقدية في الخطأ الطبي وذلك من خلال قرار له صادر عن محكمة التمييز العراقي رقم 686/3م/2003 في 2003/12/06، والذي اتضح فيه أن القضاء العراقي أخذ بالمسؤولية العقدية.³

ولم يتضح جلياً موقف القضاء الأردني من طبيعة المسؤولية الطبية إلا بعد قرار لمحكمة بداية الزرقاء والتي أقرت فيه بالطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية، والذي تتلخص وقائعه في أن مريضاً كان يشكو ألماً في ظهره الشيء الذي جعل الطبيب يشخص حالته بأنها بروز دسك مركزي بين الفقرتين الرابعة والخامسة وقام الطبيب بعملية جراحية له بناء على ذلك وبعدها اتضح أن الحركة في الكاحل وأصابع القدم اليسرى معدومة وتبين أن العملية لم تجرى في مكان التشخيص الصحيح وأجريت في موقع سليم خال من الانزلاقات الغضروفية ولذا تم إجراء العملية الثانية في المكان الصحيح، غير أن

¹ -خالد جمال أحمد حسني ، إرادة المريض في العمل الطبي بين الاطلاق و التقييد، المرجع السابق، ص159-160.

² - لقمان فاروق حسن نانه كه له، المسؤولية القانونية في العمل الطبي (دراسة مقارنة بين القانون والشرعية)، ط1، منشورات زين الحقوقية، 2013، ص 153.

³ - لقمان فاروق حسن نانه كه له، المسؤولية القانونية في العمل الطبي (دراسة مقارنة بين القانون والشرعية)، المرجع نفسه، ص 154-155.

العملية الأولى أدت إلى عجز في القوى العامة للمريض وذلك بنسبة 25% ، لتقرر محكمة الزرقاء قائلة: " إن المطلوب من الطبيب وفقا لمسؤوليته العقدية مع المريض وذويه هو بذل العناية التي تستدعيها الحالة، والتي تبذل لمثلها وبمثلها الطبيب، وهذا يستدعي التزام بتقديم كافة ما يتوجب من أوجه العناية وفقا للقواعد المقررة طبيا وفقا للأصول الطبية"¹.

ويجدر بنا التطرق إلى موقف المشرع الجزائري قبل الإستقلال حيث حكمت المجتمع الجزائري أحكام وقواعد معينة وكانت مسؤولية الأطباء آنذاك تقوم على أساس الضمان و الذي يقوم بدوره على أساس تحمل التبعة، ليتحمل الطبيب بذلك المسؤولية حسب القواعد العامة بإعتباره صاحب صنعة، كذلك كانت تقام المسؤولية الطبية على أساس التعدي أي على أساس الخطأ وسواء قامت على أساس الضمان أو التعدي فإن قيامها مرده إلى الأصل العام وهو تضمين الصناع من جهة و الفعل الضار من جهة أخرى².

أما بعد الإستقلال فعرف موقف المشرع الجزائري جملة من التطورات بنوده التشريعية قبل صدور قانون حماية الصحة وترقيتها 7/85 وبعده حيث جاء الأمر رقم 65-66 المؤرخ في 04 جوان 1966³، لينظم مهنة الأطباء وجراحي الأسنان والقابلات وهو اول نص قانوني في هذا المجال ، النص الذي اخضع جميع الموظفين العموميين إلى القانون الأساسي للتوظيف العمومي وأعتبر مهنة الطب وظيفة من الوظائف العمومية ليأتي بعد ذلك القانون رقم 76-97 المؤرخ في 1976/10/23 والذي سمي بقانون الصحة العمومية وقد تطرق لشروط ممارسة مهنة الطب وجراحة الاسنان و الصيدلة، كما نص على إنشاء هيئة تمثيلية للأطباء و جراحي الأسنان و الصيدلة وسماها الإتحاد الطبي الجزائري، إضافة الى أنه نص على عقوبات جزائية وتأديبية لكل من يمارس مهنة الطب بصفة غير شرعية وقد بقي ساري المفعول الى غاية صدور قانون رقم 05/85، والذي عرض الحقوق والواجبات المتعلقة بحماية الصحة وترقيتها، كما أعطى اعتمامك كبير للرعاية الجسمية والمعنوية للإنسان ليليه صدور القانون رقم

¹ - طلال حجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 62-63.

² - قمرأوي عز الدين ، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي (دراسة مقارنة) ، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في

القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة وهران، 2012-2013، ص45

³ - الأمر رقم 65-66 المؤرخ في 1966/06/04، ج ر ، رقم 27 سنة 1966

90-17 المؤرخ في 17/09/1990 وبقي ساري المفعول لغاية صدور القانون رقم 11/18¹. المؤرخ في 02 يوليو 2018 والمتعلق بالصحة والذي جاء فيه مجموعة من الفصول منها واجبات الدولة في مجال الصحة كذلك حقوق وواجبات المرضى إضافة إلى معالجته مسألة الحماية من الأمراض و مكافحتها وحماية صحة الأم و الطفل قبل وأثناء بعد العمل، حماية صحة المراهقين والمسنين ونص هذا القانون على التزام الطبيب بالتبصير والإعلام في مادته رقم 343، هذا وقد جاء في نص المادة 353 بأن كل خطأ أو غلط طبي مثبت بعد خبرة يؤدي إلى قيام مسؤولية المؤسسة أو ممارسي الطب أو مهني الصحة وتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع و التنظيم المعمول به في الجزائر².

إذن هذا بخصوص تطور موقف المشرع الجزائري من المسؤولية الطبية عامة ، هذا وقد يظهر موقف المشرع الجزائري جليا حول طبيعة المسؤولية الطبية من خلال المادة 124 من التقنين المدني الجزائري³ والتي يتضح منها اعتبار المشرع الجزائري مسؤولية الطبيب ذات طبيعة تقصيرية تقوم بقيام أركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما وتوجب التعويض⁴

وهذه أهم المواقف القضائية التي أخذت بالطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية والتي تطبق على مسؤولية الطبيب بصفة عامة وعلى مسؤولية طبيب النساء والتوليد بصفة خاصة.

ثالثا: حجج أنصار الطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية.

جاء أنصار الطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية بحجج تمثلت أساسا في دحض وإنكار ما جاء به أنصار الطبيعة التقصيرية من حجج فقالوا بأنه:

1- القانون رقم 11/18 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق لـ 02 يونيو 2018، المتعلق بالصحة، ج ر رقم 46 ، الصادرة

بتاريخ 16 ذو القعدة عام 1439 ، الموافق لـ 29 يوليو سنة 2018

² -أنظر المادة 353 من القانون 11/18

³ - القانون 10/05 الصادر في 20 يوليو 2005 المعدل و المتمم للأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26

سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني ، ج ر ، العدد رقم 44 سنة 2005.

⁴ -المادة 124 "كل فعل أياً كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" من القانون المدني الجزائري.

1/ القول بعدم جواز أن تكون الأعمال الطبية محلاً للتعاقد ذلك أنه ومنذ زمن طويل كان أصحاب الحرف والمهن يبرمون عقوداً مع عملائهم لا يعلم فيها المتعاقدان بطبيعة التزامهم فيها وكانوا لا يولون يتخرجون في المطالبة بمقابلة عملهم.¹

2/ كذلك فإن جهل المريض بفحوى ما يتعاقد عليه مع الطبيب لا يمكن أن يكون سبباً حقيقياً لنفي العلاقة العقدية بينهما، فالطبيب قبل العلاج قد تعهد ببذل العناية اللازمة وفقاً للأصول العلمية والفنية لقواعد المهنة.²

3/ كذلك فإن القول بأن حياة الإنسان ليست محلاً للتعاقد فهذا يوجد خلط بين طبيعة العمل الطبي ومضمونه، فإن كان العمل الطبي يتعلق بحياة الإنسان فإن مضمون الالتزام ليس ضمان حياة المريض أو الوعد بحفظها.³

4/ أما بخصوص ما قال أصحاب وأنصار الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية فإن قواعد المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام بأنها الأصلح لحماية المضرور فإن الرد على هذه الحجة هو أن شروط تقييد المسؤولية العقدية لا تنطبق في حالة غش المدين وذلك حتى لا يتوقف تنفيذ الالتزام على محض مشيئته⁴

هذا وقد تعرضت هذه النظرية للنقد وواجهت الصعوبات في التطبيق وسنذكر جملة مما واجهها.

1/ جهل المريض بحقيقة الالتزامات الطبية:

واستند أصحاب هذا النقد في نقدهم إلى أن التزامات الطبيب لا تنشأ من الاتفاق بين المريض والطبيب كونها مجهولة تماماً عند الاتفاق من المريض، حيث أنه يجهل تماماً ما يجب أن يقوم به الطبيب أو ما يقدمه له من علاج ورعاية ولهذا لا يمكن افتراض هذه الالتزامات التي لم تدرج بطريقة صريحة أو ضمنية.⁵

¹ - أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية الحديثة للطبيب، المرجع السابق، ص 29.

² - أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية الحديثة للطبيب، المرجع نفسه، ص 29.

³ - أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية الحديثة للطبيب، المرجع نفسه، ص 29.

⁴ - أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية الحديثة للطبيب، المرجع نفسه، ص 29.

⁵ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 98.

2/ الالتزام الطبي منشأها لقواعد العامة وليس العقد:

فهي ليست خاضعة لإرادة الطرفين الطبيب والمريض وليس لكليهما إنشاؤها أو تقييدها كونها من النظام العام وقواعد المهنة وحدها التي تفرضها، فهي بهذا أقرب إلى القواعد المهنية منها إلى العقدية ولذا فالواجب عند الإخلال بها تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية لا العقدية.¹

3/ قصر النتائج التي تؤدي إليها النظرية:

أخذ على هذه النظرية أنها تؤدي إلى نتيجتين وحيدتين تتمثلان إما في منح المريض حق الاستفادة من التقادم الطويل أو نقل عبء الإثبات على عاتق الطبيب أي أن المريض المضروب يثبت عدم تنفيذ مدينه للإتفاق كلاً أو جزءاً ليقع على الطبيب بذلك إثبات أن الضرر المدعى به مرده إلى السبب الأجنبي²

ولقيت هذه الانتقادات أيضاً رداً من أنصار الطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية، حيث قال الدكتور وديع فرج "فأولاً من الخطأ القول بأن المريض يجهل ما يتفق عليه مع الطبيب، إذ هو يعلم أن الطبيب بقبوله علاجه قد تعهد بأن يبذل عناية معينة في ذلك، عناية تتناسب مع مركزه في مهنته، فيعالجه بدمه طبقاً لما يتوقعه المريض منه، من قدرة علمية، وكفاية مهنية، وخبرة في مهنته، أما كيفية الكشف والعلاج، فهذا يتركه المريض لقواعد العلم والفن الطبي، إذن فالطبيب وقت العقد يعلم بما يلتزم به المريض، والمريض يعلم بما يلتزم به الطبيب.³

كما قال الدكتور وديع فرج بهذا الصدد، بأن التزام الطبيب يحتمه النظام العام فلا يجوز الاتفاق على أن يسيء الطبيب علاج المريض مثلاً، ولا يمنع هذا من اعتبار تلك الالتزامات عقدية لأن مجرد خضوع الطبيب لها بالاتفاق يدخلها في دائرة العقد.⁴

مما جعل ما قيل في اعتبار أن المسؤولية الطبية عقدية من تأسيسها على هذه النظرية وإرجاعها لقواعد المسؤولية العقدية إلى الحجج التي ذهب إليها أنصار هذا الاتجاه والانتقاد الموجه إليهم، كذا ما

¹ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع نفسه، ص 98.

² - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع نفسه، ص 99-100.

³ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع نفسه، ص 102.

⁴ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع نفسه، ص 102.

تم به الرد على ما جاء به المعارضين من انتقادات، وهي نفسها الأحكام التي تسري على تخصص النساء والتوليد كونها قواعد عامة تشمل التخصصات.

المطلب الثاني: الإتجاه الراجح لطبيعة مسؤولية طبيب النساء والتوليد

بعد تعرضنا في المطلب السابق للطبيعة العقدية والتقصيرية للمسؤولية الطبية كل على حد وذلك بعرض حجج أنصار كل نظرية منهما وموقف الفقه وبعض التشريعات فهنا يبقى لنا أن نستبين الإتجاه الراجح والتطرق إلى الميل إلى الطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية وستعرض إلى العقد الطبي وخصائصه ثم إلى مدى خضوع المسؤولية الطبية إلى التقسيم الثنائي من عدمه، أخيراً إلى مدى الخيرة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية في المجال الطبي، وستعرض إلى كل هذا فيما يلي:

الفرع الأول: الميل إلى الطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية

توجه الأغلبية إلى أن طبيعة المسؤولية الطبية عقدية وهذا بين شراح القانون حيث أن هناك تعاقد بين الطبيب والمريض، حتى ولو اختلفوا في تكييف العقد الطبي ونوعه ولم يعد هناك أي جدل حول الطبيعة العقدية لعلاقة الطبيب بالمريض.¹

ولقد سبقت الإشارة إلى شروط اعتبار المسؤولية الطبية ذات طبيعة عقدية وستتطرق فيما يلي إلى تكييف العقد الطبي وخصائصه.

أولاً: خصائص العقد الطبي.

كغيره من العقود المدنية فإن العقد الطبي له ميزات مشتركة معها كان له صفات وخصائص ينفرد بها لوحده وتميزه عن باقي العقود ومن بين خصائصه ما يلي:²

1 / عقد إنساني:

وهي خاصية تميز العقد الطبي، فهو عقد تفترض فيه احترام حياة الإنسان وكرامته والمحافظة عليها وصيانتها وهذا الاحترام مكفول بدون تمييز من حيث الجنس أو السن أو العرق أو الدين.³

¹ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 67.

² - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية دراسة تأصيلية، المرجع السابق، ص 289.

³ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية دراسة تأصيلية، المرجع السابق، ص 289.

فقد نصت المادة 07 من مدونة أخلاقيات الطبي على أن " تتمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية وفي التحقيق من المعاناة، ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية دون تمييز"¹، فرسالة الطبيب موضوعها جهة معينة تتلائم وغايات نبيلة تجمع بين البعد الإنساني والمصلحة العامة².

2/ العقد الطبي عقد شخصي ومدني:

فالعقد الطبي نجد في ان المريض يختار الطبيب الذي يعالجه وذلك حسب مؤهلاته، فهو يضع ثقته في الطبيب الذي يتولى مهمة علاجه بكل حرية ما عدا في المستشفيات التابعة للقطاع العام أو في حالة الإستعجالات القصوى³.

وقد جاءت المادة 80 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب في فقرتها الثانية بأن " يجب أن تبقى ممارسة الطب أو جراحة الأسنان شخصية في العيادات المشتركة بين جماعة من الممارسين"⁴.

وهذا دليل على أن المريض فور توجهه لتلقي العلاج من أي طبيب إنما يكون ذلك بإرادته وبناء على حرية اختياره وهذا الاختيار يعود لمؤهلات الطبيب كالمسمة مثلا والكفاءة⁵.

كما يعد عقد مدني اعتبارا أن مهنة الطب مهنة حرة ليس لها علاقة بأي نشاط تجاري إضافة إلى أن العقد الطبي يتطلب ما يجب توافره في أي عقد مدني آخر.⁶

هذا وقد نصت المادة 20 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه " يجب ألا يمارس مهنة الطب والجراحة الاسنان ممارسة تجارية، وعليه يمنع كل طبيب أو جراح أسنان من القيام بجميع أساليب الاشهار المباشرة والغير المباشرة"⁷.

¹ - المرسوم رقم 92-276 المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب الجريدة الرسمية عدد 52 مؤرخ في 08 يوليو 1992، 1419.

² - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية دراسة تأصيلية، المرجع نفسه، ص 290.

³ - عيشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 18.

⁴ - المرسوم رقم 92-276 المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب الجريدة الرسمية عدد 52 مؤرخ في 08 يوليو 1992، 1419.

⁵ - عيشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 19.

⁶ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية دراسة تأصيلية، المرجع السابق، ص 290.

⁷ - المرسوم رقم 92-276 المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب الجريدة الرسمية عدد 52 مؤرخ في 08 يوليو 1992، 1419.

3 / عقد ممتد ومستمر:

وهي ميزة العقد الطبي حيث أنه يعتبر عقد ممتد أي متتابع في الزمن ومستمر، فلا يتحقق غالباً دفعة واحدة ولا يتم تنفيذه بطريقة فورية إنما عن طريق الالتزام بأداء مستمر فإجراء الفحص والتشخيص والمعالجة كلها قد تطول أو تقصر حسب الحالة، الشيء الذي يكسب الزمن صفة العنصر الجوهرية في هذا النوع من العقود أي الطبي¹.

فالطبيب يجب أن يبذل العناية اللازمة وذلك لتقديم الحل والعلاج اللازم والناجح الذي يوصل لشفاء المريض وذلك طيلة فترة العلاج².

4 / عقد ملزم للجانبين وقابل للفسخ:

فهو عقد يضع على المتعاقدين التزامات متقابلة مرتبطة ببعضها البعض، إذ يلتزم الطبيب بعلاج المريض وبذل العناية اللازمة ويلتزم المريض بإعطاء الطبيب معلومات شاملة عن حالته ومرضه كما يلتزم بدفع ثمن العلاج³.

كما أنه عقد يترتب على عدم الالتزام بتنفيذ ما جاء به الفسخ، شأنه شأن باقي العقود المدنية، ولأنه عقد ملزم للجانبين فإنه وفي حالة عدم وفاء أحد الجانبين بما التزم به الطبيب أو المريض فيحق عندها للطرف المتضرر المطالبة بفسخ العقد، غير أن الفسخ غير وارد في حالة تعريض حياة المريض للخطر سيما في حالة الاستعجال والضرورة فهنا لا مجال لترك المريض دون تقديم العلاج اللازم لتخطي خطورة حالته⁴.

¹ - رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 437.

² - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية دراسة تأصيلية، المرجع نفسه، ص 290.

³ - عيشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 21.

⁴ - عيشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة، الجزائر، 2011، المرجع نفسه، ص 22.

5/ معاوضة:

أي أنه تبادلي (synallagmatique) يرتب التزامات في ذمة الطرفين حسب طبيعة العقد فيقول الدكتور louis métenec "المريض يدفع مقابل العلاج المقدم له أجرا والطبيب يبذل وقته وجهده الفكري، ما يجعله يمتاز بخاصية الزامية لكل من المتعاقدين"¹.

ثانياً: التكييف القانوني للعقد الطبي:

اختلف الفقهاء عن تكييفه القانوني وفي طبيعة إذا ما كان عقد وكالة أو عقد إيجار أشخاص (أي عقد عمل)، أو عقد مقاوله أو نوع خاص من العقود المدنية².

1/ العقد الطبي عقد وكالة:

وهو ما رآه بعض الشراح حيث اعتبروا العقد الطبي عقد وكالة، حيث يلتزم الطبيب بتقديم العلاج للمريض منهم الفقيه بوتي pothier والذي يقول: "مما لا شك أن الخدمات التي يؤديها أصحاب المهن الحرة إنما تخضع في حقيقة الأمر لأحكام عقد الوكالة وليس لأحكام عقد إيجار الأشخاص ومن هذه الخدمات تلك التي يؤديها لنا الأطباء"³.

كما ذهب جانب من الفقيه السويسري إلى تكييف علاقة الطبيب بمريضه على أنها عقد وكالة طبقاً لما جاء في المادتين 162 و394 من قانون الالتزامات السويسري، واللذان تنصان على تطبيق قاعدة التوكيل على الأعمال الفينة وهذا لأن الوكيل لا يلتزم بتحقيق نتيجة⁴.

غير أن أصحاب تكييف العقد الطبي على أنه عقد وكالة لقوا انتقادات في عدة جوانب أهمها أن الطبيب لا يلتزم لموكله (المريض) للقيام بما وكل إليه أمام الغير كما لا يلتزم الغير في مواجهته، حيث أن الطبيب يقوم بتقديم خدمات شخصية فنية كإجراء الفحص والتشخيص باسمه وليس باسم

¹ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 297.

² - طلال عجاج، المسؤولية المدنية الطبية، المرجع السابق، ص 81.

³ - ريس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 416.

⁴ - أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 105.

غيره أو موكله كما هو الشأن في عقد الوكالة إذ أنه يتم بصفة محددة، كما أن عقد الوكالة عقد تبرمه ليس له مقابل إلا باتفاق الأطراف والغالب في العقود الطبية أنها عقود تعوض¹.

ضف إلى هذا فإن الوكيل في عقد الوكالة مجبر على تقديم الموكل بالمعلومات الضرورية مما توصل إليه في تنفيذ الوكالة وتقديم حساب عنها، أما الطبيب فليس مطالب إلا بإخبار المريض عن معلومات تتعلق بمرضه،² وهذا ما جاءت به المادة 43 من مدونة أخلاقيات مهنة الطبيب بنصها على أنه: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي"³.

عقد الوكالة يقتضي أن يكون قيام بأعمال مفوضة للوكيل لحساب الموكل، لكن الطبيب وأثناء قيامه بأعماله فإن المداخيل والأتعاب تكون لحسابه وليس لحساب غيره⁴.

2/ العقد الطبي عقد عمل:

اعتبر البعض أن عقد العلاج الطبي عقد عمل وهذا استنادا إلى الالتزامات الناجمة عنه والملاحظ أن مفهوم مهنة الطب بصفة عامة يتنافى وهذا الوصف حيث أنه فن يتعارض مع علاقة العمل، أما في عقد العلاج الطبي فإننا نجد أن الطبيب يقوم بعمل مقابل أتعاب يدفعها المستفيد من العلاج (المريض) أو المؤسسة التي يعمل فيها، كما أننا لا نجد في أصول مهنة الطب أو في السوابق القانونية أو اللوائح ما يحول دون خضوع الطبيب لإشراف وتوجيه رب العمل خاصة إذا كان طبيباً.⁵

وبالرجوع إلى المادة 02 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقة العمل في تعريفها للأجير⁶، وبمقارنة علاقة الطبيب بمريضه مع علاقة المستخدم بالعامل نجد أن الطبيب يلتزم بتقديم خدمات تحت إشراف

¹ - حافظ بن زلاط، العقد الطبي، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، 25 نوفمبر 2015،

www.droitentreprise.org نظر في: 25 جويلية 2017 ساعة 11-43.

² - عيشوش كريم، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 13.

³ - المرسوم 92-276 المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب، الجريدة الرسمية، عدد 52 مؤرخة في 08 يوليو 1992، ص 1419.

⁴ - حافظ بن زلاط، العقد الطبي، (المرجع نفسه).

⁵ - أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 108.

⁶ - المادة 02، القانون 90-11 مؤرخ في 21-04-1990 متعلق بعلاقات العمل " كل شخص يؤدي عملا يدويا أو

فكريا مقابل مرتب في إطار التنظيم ولحساب شخص آخر طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص يدعى المستخدم".

ورقابة رب العمل وهو مطالب ببذل الجهد والعمل اليدوي والفكري لقاء أجر وهذا في إطار منظم ولحساب شخص¹.

وتجدر الإشارة أيضاً إلى أن فقهاء الشريعة اعتبروا عقد العلاج الطبي عقد إيجار (عمل) ويقول الإمام ابن قدامة اقدس في هذا المقام أنه يجوز الاستئجار على الختان، والمداولة وقطع السلعة لا تعلم فيها خلافاً ولأنه فعل يحتاج إليه، مأذون فيه تسرعاً، فجاز الاستئجار عليه كسائر الأفعال المباحة².

غير أنه على الرغم من تشابه العقدين فإنه تجب الإشارة إلى أنه يمكن إعتبار العقد الطبي عقد عمل عندما يكون الطبيب خاضع لإشراف عميد وأن يكون الإشراف إدارياً فهذا مع الاحتفاظ بالاستقلال الفني مثل عمل الطبيب في مستشفى أو طبيباً خاصاً لشخص طبيعى أو معنوي³.

لكن الطبيب قد يباشر عمله دون إشراف ولا رقابة وهذا في حالة العيادة الخاصة أو المخدع الطبي، ما يتنافى مع تكييف عقد العلاج الطبي على أنه عقد عمل⁴.

3/ العقد الطبي عقد مقاوله:

ويعرف بأنه عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يضع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به للآخر ويقول بلانيول "إن الفرد إذ يعقد عقد الاستصناع فإنه يلتزم بالقيام بعمل لمصلحة آخر مقابل أجر يقدر حسب أهمية العمل⁵.

فالتبيب يلتزم بالقيام بعمل معين ألا وهو العلاج ويلتزم العميل بدفع مقابل تعب الطبيب أجراء، وممارسة الطبيب هنا مستقلة أي أنه قد يقبل العلاج أو يرفضه، كما أنه مستقل من حيث أن المريض لا يراقبه أو يوجهه ولا يتلقى أية أوامر أو تعليمات تنظيمية، وله حرية اختيار مساعديه ومعاونيه⁶.

1 - محمد فهد شقفة، المسؤولية المدنية المترتبة على عمل الطبيب، مجلة المحامون السورية، العدد 3 و4، سنة 1971، ص 77.

2 - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية الحديثة (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 296.

3 - محمد فهد شقفة، المسؤولية المدنية المترتبة على عمل الطبيب، المرجع نفسه، ص 77.

4 - عيشوش كريم، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 15.

5 - عبد السلام التونجي، المسؤولية الحديثة الطبية، المرجع السابق، ص 201.

6 - ريس محمد، المسؤولية الحديثة للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 419.

غير أن هذا الاتجاه تم انتقاده، فالتزام الطبيب إنما يبذل العناية والجهد اللازمين في العلاج وليس بتحقيق نتيجة، فيتعهد الطبيب بتطبيب المريض وعلاجه دون شفاؤه وعلى العكس تماماً فإن التزام المقاول هو التزام لتحقيق نتيجة معينة كبناء منزل أو إصلاح آلة أو حفر بئر.¹

كما أن هناك من يرى أن عقد المقاوله هو عقد اقتصادي وتجاري هدفه توزيع الأشياء والبضائع فهو بذلك ينصب على أعمال مختلفة كل الاختلاف عن الجهة الحرة والتي تعتبر فكرية من باب أولى مثل العقود الطبية.²

الفرع الثاني: الخبرة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية في المجال الطبي:

إذن وبعد التطرق إلى كل ما سبق ذكره فإنه وعندما يتضرر المريض نتيجة إخلال الطبيب بالتزام عقدي فإن المريض هنا يستعمل المسؤولية العقدية وهذا للوصول إلى حقه كون الطبيب قد التزم ببذل العناية والجهد اللازمين وفق ما يتطلب أصول مهنة الطب.

غير أن الإشكال المطروح هنا هو في حالة توافر مقومات المسؤولية التقصيرية واجتماع ما سبق ذكره من شروط فهل يلجأ المريض إلى المسؤولية التقصيرية أو لا، كذلك الإشكال المطروح هل طبيعة المسؤولية الطبية والتي قد تتطابق والتقييم الثنائي للمسؤوليتين أو تنفرد بطبيعتها الخاصة وكلها عناصر سوف نتناولها بالتتابع فيما سنتطرق إليه.

أولاً: جواز الخيرة بين المسؤولية التقصيرية والعقدية في المجال الطبي.

اختلفت المواقف والآراء بشأن الخيرة أو الجمع بين المسؤولية العقدية والتقصيرية فمنهم من رأى أن المتضرر بإمكانه الاختيار بين المسؤولية التقصيرية والعقدية وله التمسك بالتي تتفق ومصالحته.³

فيرى جانب من الفقه، جواز الخيرة بين المسؤوليتين على أساس أن توافر شروط كل منهما يسمح للدائن بالاختيار بينهما، وهذا ما يقتضيه العقل ومنطق القانون، لكن هذه الخيرة في بين المسؤوليتين لا تعطيه حق الجمع بينهما على وجه التعاقب، أي أن المضرور إذا اختار الدعوة على

¹ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية الحديثة (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 297.

² - أحمد شكري السباعي، مسؤولية الأطباء بالمغرب، مكتبة الأمانة الرباط، 1989، ص 141.

³ - على فلاحي، الالتزامات. (النظرية العامة للعقد)، مطبعة الكاهنة الجزائر، 1997، ص 30.

أساس المسؤولية التقصيرية فحسرها فلا يجوز له اللجوء إلى إقامة دعوى ثانية على أساس المسؤولية العقدية.¹

أما الرأي الثاني فيرى أن الخيرة بين المسؤوليتين لا يجوز فالمضروب ليس له الحق بالمطالبة على أساس المسؤولية التقصيرية لأن وجود وتوافر شروط دعوة المسؤولية العقدية يحول دون اللجوء إلى التقصيرية لأن الدائن (المضروب) لم يكن ليعرف المدين إلا عن طريق العقد الذي يربط بينهما ولهذا فإن كل علاقة تنشأ بينهما بسبب هذا العقد يجب أن يحكمها العقد وحده.²

إذن يمكن الجزم بعدم إمكانية الخيار بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية وهذا لأن الفروقات بينهما كثيرة ولكل منهما دائرته الخاصة له مما يجعل قيام العقد بين المريض والطبيب حاجبا لقيام المسؤولية التقصيرية.³

أما في فرنسا فقد أيدت صراحة حق الخيار بين المسؤوليتين العقدية أو التقصيرية والقول بأن لا مانع من إمكانية الخيار بينهما خاصة مع عدم وجود أي سبب مقنع يحول دون مطالبة المتضرر حقه عن طريق المسؤولية التقصيرية في حال ما إذا شكل الخطأ إخلالا بالتزام عقدي وبواجب قانوني في نفس الوقت.⁴

فالأطباء مطالبون ببذل العناية التي لا تقل عن عناية رب الأسرة الطبيب (le bon père de famille)، حتى ولو نصت العقود على عناية أقل من ذلك.⁵

وقد نصت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14/12/1926 في حكم لها بتأييد النظرية بخصوص المسؤولية الطبية في قضية تلخصت وقائعها في أن المريض وضع في مؤسسة صحية وبعد مدة من تمكنها من الهرب تم العثور عليها هائمة في الطريق متجمدة القدمين مما استدعى بتر أحد قدميها فنصت المحكمة بالتعويض عما لحقها من ضرر غير متوقع وذلك على أساس المسؤولية التقصيرية مع أن الطبيب هنا لم يرتكب أي غش أو خطأ جسيم وأن المستشفى كان يجمعه عقد بالمريض

¹ - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة مصر، 2004، ص 380.

² - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع نفسه، ص 380.

³ - ريس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ظل القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 398.

⁴ - Savitier, traite de la responsabilité civile en droit française, 2 ème édition, paris 1953, p 148.

⁵ - ريس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ظل القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 399.

والإخلال هنا إنما إخلال بالتزام تعاقدي علما أن المسؤولية العقدية لا يتم التعويض فيها إلا عن الضرر المتوقع فقط¹.

أما في الجزائر فقد تبنى القضاء الجزائري نظرية الخيرة بين المسؤوليتين وذلك قبل الاستقلال أما بعد الاستقلال فلا يوجد ما يوضح موقفه²، ويمكن القول أنه لا مانع من اختيار المسؤولية التقصيرية في مواجهة الطبيب حتى في حالة ما إذا كان إخلاله بالتزام تعاقدي هو الذي سبب الضرر للمريض لأن المسؤولية التقصيرية من النظام العام وأن التشريع أبطل كل اتفاق على الإعفاء أو التحقيق فيها، إذن فوجود عقد بين الطبيب والمريض للمسؤولية التقصيرية يقضي على طبيعتها كمتعاقدين.

كما أنه وللمتعاقدين الاتفاق صراحة على إخضاع العقد الذي يجمعها إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، بالأخص إذا كانت أحكام المسؤولية التقصيرية الأصلح لهما لذا فلا مانع من القول باتفاقهما ضمنا خاصة وأن المادة 60 ق.م.ج تقضي بالتعير الضمني عن الإرادة³.

اذن ومما سبق ذكره نخلص إلى القول أن في التشريع الجزائري لا يمانع من الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية وهذا في حال توافر شروط المسؤولية العقدية، حتى مع ميل القضاء الجزائري إلى تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية بإعمال أحكام المادة 124 ق.م.ج كأساس لمنح التعويض للمريض أو لذوي الحقوق، انطلاقا من أن كل القضايا المطروحة أمام قضاة المجلس تخص القطاع العام أين لا حرية للمريض في إختيار طبيبه ومن هذا المنطلق فإن الطبيب ملتزم ببذل العناية اللازمة والجهد الصادق بما لا يخالف أصول المهنة والظروف المحيطة الموجود فيها المريض فإنه تم اعتبار المسؤولية الطبية ذات طبيعة تقصيرية⁴.

¹ - راييس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ظل القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 399.

² - راييس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ظل القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 400.

³ - محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة مصر، 1995، ص 79.

⁴ - صويلح بوجمة، مسؤولية الطبيب المدني، المحكمة العليا، قسم الوثائق، المجلة القضائية، العدد الأول، دار القصة للنشر،

الجزائر 2001، ص 72.

ثانيا: إستحالة اخضاع المسؤولية الطبية لتقييم الشئائي للمسؤولية الحديثة:

إذا ذكرنا سابقا أنه وعادة ما يتم تكييف المسؤولية الطبية على أنها مسؤولية عقدية ويتم إعمال أحكام تلك المسؤولية عليها، غير انها ولكونها مسؤولية مهنية فإنها تتمرّد وتنفرد بخصوصيتها عن تلك القواعد التقليدية العامة للمسؤولية العقدية، فنجد أن المحاكم في تمكينها للتعامل مع الأطباء من التعويض عما لحقه من ضرر من عمل الطبيب تحمل الطبيب الإلتزامات المتفق عليها في العقد كما تضيف التزمات أخرى لم يتفقوا عليها الطبيب والمريض مثل الإلتزام بضمان السلامة الذي نعتبره التزماتا بتحقيق نتيجة معترف به في كثير من العقود المهنية¹.

وقد يتبادر إلى الذهن أن هذا قد يجد أساسه في المادة 107 من القانون الجزائري والتي تقضي بأنه لا يقتصر العقد على التزم المتقاعد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الإلتزام...².

غير أن هذا الإلتزام بضمان السلامة والذي لم تنصرف إليه إرادة الطبيب والمريض أثناء التعاقد انما يجد أساسه في الوضع الاجتماعي للمتعاقدين وليس في مستلزمات العقد³.

وينظر إلى إضافة هذا الإلتزام إلى العقد أنه تحميلة ما لا يحتمل إرغامه على احتواء على ما لا يجوي فالإلتزام نعمات السلامة إنما تم اللجوء إلى اختراعه لحماية المريض غير أنه أمر مبالغ فيه⁴.

كذلك فإن هناك وجه آخر لتمرّد المسؤولية الطبية عن التقييم الشئائي، حيث أنها لا تتقيد لقواعد العقد كونها الفقه والقضاء لا يعترفان بأي شرط يمكن أن يلغى أو يعفي أو يقيد من مسؤولية

¹ - راييس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ظل القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 399.

² - القانون المدني الجزائري، والتي تقابلها المادة 1115 من التقنين المدني الفرنسي:

" les concrétions obligent mon seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toute les suites que l'équité l'usage ou la loi donnent a l'obligation d'après sa nature "

³ - راييس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ظل القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 399.

⁴ - راييس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ظل القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 403.

الطبيب، حتى مع العلم أن العقد شريعة للمتعاقدين وقد يشتمل على شرط الاعفاء أو التحقيق من المسؤولية وأنه لا مبرر كرفض هذا الشرط غير أن القضاء أبطل هذا في عدة مجالات مهنية¹

ويقول الأستاذ جورج ريبير g.ribert في هذا الشأن "أن القوانين وضعت لكي تطبق على مجموعات من الأضرار يمكن تمييزهم عن طريق المهنة التي يباشرونها"².

وبالرجوع الى المادة 13 من مدونة أخلاقيات الطب الاقي تنص على أن كل طبيب أو جراح أسنان مسؤول عن كل عمل مهني يقوم به³، وبالنظر إلى المادة 353 من قانون الصحة وترقيتها رقم 11/85 و التي تقضي بمتابعة كل مؤسسة أو ممارس طب أو مهني صحة على كل خطأ أو غلط مثبت بخبرة يمس السلامة الجسدية أو الصحية للمريض ويسبب عجزاً دائماً ويعرض الحياة للخطر أو يتسبب في وفاة الشخص⁴

ومن كل ما سبق ذكره يتضح لنا أن المسؤولية الطبية لا يمكن اخضاعها للتقييم الثنائي للمسؤولية الحديثة، لأنها مسؤولية طبية مهنية كون قواعد أخلاقيات الطب، ليست مبادئ ذات التزام أدبي فقط إنما قواعد قانونية ملزمة منها ما يتصل بالنظام العام المدني الشيء الذي يؤدي إلى بطلان كل عقد يرتبط فيه أي متعامل مع مهني يكون مخالفا لتلك القواعد العامة.⁵

ثالثا : الطبيعة المهنية للمسؤولية الطبية:

اتجهت غالبية الفقه والقضاء إلى اعتبار العلاقة بين الطبيب والمريض عقد واتفاق ما بين الطرفين يتعهد فيه الطرف الأول بموجبه بتقديم العناية والعلاج للطرف الثاني بصورة نزهة وشريفة ولطيفة وحذرة⁶، وكيفت على أنها مسؤولية عقدية يعتبر فيها الخطأ عقدي.⁷

¹ - محمد عبد الظاهر حسين، مسؤولية المحامي اتجاه العميل، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص 280.

² - راييس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ظل القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 404.

³ - مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

⁴ - القانون 11/85، السابق ذكره.

⁵ - راييس محمد، المسؤولية الحديثة للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 406.

⁶ - سهيل يوسف الصويص، مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث، الطبقة الأولى، أزمنا للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص 110.

⁷ - راييس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ظل القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 406.

غير أن الطبيب وهو يمارس نشاطه مطالب ببذل العناية الفنية اللازمة والتي تقتضيها أصول مهنة الطب، ويعتبر الانحراف عن السلوك الفني المؤلف من رجل من اوسطهم علما وكفاية ويقظة خطأ مهنيا سواءً كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية.¹

والمسؤولية التي تترتب عن هذا الخطأ المهني هي مسؤولية مهنية تلعب قواعد أخلاقيات مهنة للطب فيها صور الأساس²، والتي تفرض تطبيق أصول الفن في مزاوله مهنة الطب أي أن يطبق الطبيب الأصول العلمية والفنية المتبعة والمقررة في حقل اختصاصه العلمي وعلى ضوء درجته العلمية، وأن يتوخى الحيطة والحذر في مراعاة أصول صناعة الطب وإلا أعتبر مسؤولاً.³

ويتفق على أن التزامات المهني لا يكون منشأها العقد إنما تجدد مصدرها الحقيقي في أعراف وأخلاقيات المهنة، فلو سلمنا بأن العقد هو مصدر الالتزام الطبي لكانت وعلى الدوام مسؤوليته عقدية الشيء الذي لم يؤكد له لا الفقه ولا القضاء.⁴

بل ونجد أنه في كثير من الحالات قد ذهبت المحاكم إلى إخفاء الصفة التعاقدية على المسؤولية الطبية حتى مع عدم وجود برهان وجود التعاقد بين المضرور والمهني، فذهبت محكمة استئناف فرنسا في أحد أحكامها لتقول " وإن الاخلال حتى غير مقصود بهذا، الالتزام التعاقدية يترتب عليه مسؤولية من نفس النوع تعاقدية أيضا، الشيء الذي يوضح لنا صعوبة إخضاع المسؤولية الطبية للتقييم الثنائي وأنها مسؤولية من نوع خاص"⁵.

وقد ذهبت محكمة استئناف باريس في 28. 11. 1991 إلى تقرير أن مركز الدم يعد مسؤولا في عقد نقل الدم عن تقديم أي دم خال من أي عيوب وهو التزام بتحقيق نتيجة⁶، واعتبرت أن المسؤولية عقدية في هذه الحالة مع عدم وجود أي عقد مباشر بين المضرور وبين مركز الدم⁷

¹ - لقمان فاروق حسن ناته كه لي، المسؤولية القانونية في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 174.

² - رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 407

³ - لقمان فاروق حسن ناته كه لي، المسؤولية القانونية في العمل الطبي، المرجع نفسه، ص 175

⁴ - رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 407

⁵ - لقمان فاروق حسن ناته كه لي، المسؤولية القانونية في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 151 .

⁶ - لقمان فاروق حسن ناته كه لي، المسؤولية في العمل الطبي، المرجع نفسه، ص 152 .

⁷ - عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات الحديثة والجناحية والتأديبية، المرجع السابق، ص 55

كذلك فإن الخطأ الفني يختلف عن الخطأ العادي، فهو ذلك الخطأ الذي يقع فيه الطبيب عند مخالفته القواعد الفنية التي تملئها عليه مهنته والتي يجب مراعاتها والإلمام بها، ويكون المعيار فيه مقارنة سلوك الطبيب مع سلوك طبيب آخر في نفس الظروف والمحيط،¹ الشيء الذي يختلف عن الخطأ العقدي .

فالطبيب المختص كالجراح مثلاً قد تلقى دراسة خاصة في مجال تخصصه وله تجهيزات ومعدات ووسائل خاصة يتوصل بها لشفاء المريض، وهو يتلقى أجراً مقابل قيامه بعمله هذا وممارسته لمهنته لذا لا يمكن قياس سلوكه بالرجل العادي، إنما يقاس بسلوك من نفس مستواه ودرجته وتخصصه ونفس الظروف المحيطة²، وهذا معيار الشخص المعتاد والمجرد من ظروفه الشخصية والمحاط بنفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول مع مراعاة التخصص³.

إذن فالإلتزامات المهنية ومنها إلتزامات الطبيب تجدد مصدرها الحقيقي في أعرف المهنة وعاداتها القديمة وتقنن بواسطة قواعد أخلاقيات المهنة، كما هو الحال بالنسبة لمدونة أخلاقيات الطب حتى وإن كان الفقه والقضاء يرى بأن المسؤولية المهنية هي مسؤولية عقدية وبأن العقد هو مصدر الإلتزام المهني⁴.

إذن فمخالفة الطبيب لقواعد أخلاقيات مهنة الطب يمثل إخلالاً وإنتهاكاً للقانون يعرضه للمساءلة وتحمل نتائج الضرر الذي تعرض له مريضه من خلال دفعه لتعويض مادي عن الضرر الناتج⁵، هذا إضافة إلى المسؤولية التأديبية أمام الجهة المختصة بالتأديب⁶.

إذن فالطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية على الرغم من إعتبرها عقدية لدى غالبية الفقه والقضاء، إلا أنها لا تنطبق عليها كلياً مقومات المسؤولية العقدية لأنها مسؤولية، مهنية خاصة يتعذر

1 - إبراهيم علي حموي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبي، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2007، ص 23 .

2 - عبد الظاهر حسين، صور ممارسة المهن الحرة وأثرها على مسؤولية المهني، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص 16.

3 - إبراهيم علي حموي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، المرجع نفسه، ص 35.

4 - ريس محمد، مسؤولية الأطباء، المرجع السابق ص 49.

5 - سهيل يوسفالصويص، مسؤولية الطبيب بين قوق المريض ومتطلبات القانون الحديث، المرجع السابق، ص 109.

6 - عبد الظاهر حسين، مسؤولية المحامي تجاه العميل، المرجع السابق ص 282.

فيها الخطأ بخصوصية الفنية عن الخطأ العقدي، كما نجد أساسها في مدونة وتقنيات أخلاق المهنة لا في العقد وكذلك هو الأمر بالنسبة للطبيعة القانونية لمسؤولية طبيب النساء والتوليد.

الفصل الثاني

طبيعة التزام طبيب النساء والتوليد

الفصل الثاني:

تحديد صفة أو طبيعة التزام الطبيب عامة مسألة بالغة الأهمية، لما لها من أثر في تحديد أركان المسؤولية الطبية كذلك فإنها تلعب دور كبير في مسألة الإثبات وما يتعين على المدعي المتضرر إثباته من عناصر تمكنه من التعويض بعد قيام أركان المسؤولية الطبية.

كذلك فإن تحديد طبيعة التزام طبيب النساء والتوليد عنصر بالغ الأهمية حيث تتحدد على ضوءه المسؤوليات في الإثبات كما يتاح للمرأة الحامل المتضررة أو من له مصلحة معرفة ما يجب إثباته لمساءلة الطبيب مدنياً.

ولدراسة طبيعة وصفة التزام طبيب النساء والتوليد فقد قسمت هذا الفصل إلى مبحثين تناولت في الأول التزام طبيب النساء والتوليد ببذل عناية، وفي المبحث الثاني حالات التزام طبيب النساء والتوليد بتحقيق نتيجة، وقد حاولت من خلال هذا التفرقة بين طبيعتي الالتزام والتعرض إلى مدى التزام طبيب النساء والتوليد.

المبحث الأول: التزام طبيب النساء والتوليد ببذل عناية وتحقيق نتيجة ومدى التزامه

للطبيب صورتين من الالتزام فإما أن يكون التزام ببذل عناية، هذا الالتزام الذي لا يوجب على الطبيب تحقيق نتيجة معينة إنما يلزمه ببذل جهد بغية الوصول إلى هدف معين، بغض النظر عن تحقق الهدف والنتيجة من عدمه، أو أن يكون إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة أين يفرض على الطبيب تحقيق نتيجة معينة هي محل الالتزام¹، لكن وقبل التطرق إلى هاتين الصورتين يلزمنا التطرق أولاً إلى ماهية تطور الجنين ومراحلها كذلك مراحل الولادة وهذا لأنه وعلى الرغم من اتساع وتعدد تخصصات طبيب النساء والتوليد فمجالات تخصصاته كثيرة نذكر منها أمراض الرحم والثدي، غير أن مسؤوليته المدنية تبدو أكثر وضوح فيما يتعلق بمجال التوليد عنه في التخصصات الأخرى له، الشيء الذي يلزم علينا التعرف على اطوار تطور الجنين وعلى عملية الولادة وسنفضل في كل ما سبق فيما يلي.

المطلب الأول: مراحل تكوين الجنين ومراحل الولادة

هما أهم مرحلتين واللتين تتخللهما عدة مراحل يمكن من خلال شرحها معرفة النقاط التي على طبيب النساء والتوليد التحلي فيها باليقظة والتبصر والحيطه وعدم إهمالها، وسنحاول التطرق إليهما بالتفصيل فيما يلي:

الفرع الأول: مراحل تكوين الجنين

وستحدث عن مراحل تطور الجنين في القرآن والسنة ومن منظور الطب.

أولاً: مراحل تطور الجنين في القرآن:

الشخصية القانونية للجنين هي اللبنة الأولى للشخصية القانونية على العموم، ومن هنا علينا البدء أولاً بتعريفها كي يتضح لنا الاختلاف بين الشخصية القانونية للجنين والشخصية القانونية بصفة عامة فالإختلاف موجود بالفعل حيث أن بعض صفات الجنين تختلف عن تلك التي يتميز بها الإنسان على وجه الأرض، فالأول غير ظاهر والثاني ظاهر².

¹ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 99.

² - مفتاح محمد اقريط، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 24.

فالجنى في اللغة هو المستور في ظلمات ثلاث كما جاء في كتابه الحكيم ﴿.....يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ ذَلِكُمْ اللَّهُ رَبُّكُمْ....﴾¹ ، والجنين هو الولد مادام في الرحم² ، ولم يأت ذكر الجنين مفرداً في القرآن الكريم إنما جاء جمعاً³ وذلك في قوله تعالى ﴿.....وَإِذْ أَنْتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ ..﴾⁴ ، وسنذكر مراحل تطور هذا الجنين من منظور القرآن والسنة.

1 / مرحلة النطفة: هيأول مراحل تطور الجنين وتطلق على ثلاثة أنواع⁵:

- أ/ النطفة المذكورة: وهي الحيوانات المنوية الموجودة في المني والتي تفرزها الخصية أي مني الذكر.
- ب/ النطفة المؤنثة: وهي البويضة التي يفرزها المبيض مرة في كل شهر، ويحدث هذا عند كل امرأة عادية لا تعاني من أي مرض تناسلي أو مشكلة أخرى أو عقم.
- ج/ النطفة الأمشاج:

وهي تلك المختلطة بين بويضة المرأة والحيوان المنوي، أي البويضة الملقحة وجاء ذكر النطفة في القرآن الحكيم في عدة مواضع منها قوله تعالى وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ، ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ⁶ ، وقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِنُبَيِّنَ لَكُمْ.....﴾⁷ ، وقوله

¹ - سورة الزمر، الآية 6.

² - طه عثمان أبو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في مجال التوليد، دكتوراه في الحقوق، جامعة المنصورة، دار الفكر والقانون، مصر، 2014، ص46.

³ - مفتاح محمد اقريط، الحماية المدنية والجنائية للجنين، المرجع السابق، ص 24.

⁴ - سورة النجم، الآية 32.

⁵ - ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2013، ص32.

⁶ - سورة المؤمنون، الآية 12.13.

⁷ - سورة الحج، الآية 5.

تعالى ﴿قَتَلَ الْإِنْسَانَ مَا أَكْفَرَهُ، مِنْ أَيِّ شَيْءٍ خَلَقَهُ، مِنْ نُطْفَةٍ خَلَقَهُ فَقَدَرَهُ، ثُمَّ السَّبِيلَ يَسْرَهُ، ثُمَّ أَمَاتَهُ فَأَقْبَرَهُ﴾¹، وقوله أيضاً ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ﴾².

أما لفظ النطفة الأمشاج فقد جاء ذكرها في قوله تعالى ﴿إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾³.

من هنا يمكننا القول بأن نطفة الأمشاج هي بداية خلق الإنسان وهي بذلك أول مرحلة من مراحل تكون الجنين داخل بطن الأم، حيث تنقسم البويضة الملقحة إلى عدة خلايا ونسبي هذه المرحلة بمرحلة الإنقسامات وتتحول منها البويضة الملقحة إلى كرة تشبه شكل التوت، ثم تواصل نموها حتى تصبح مثل الكرة المخوفة ما يطلق عليه الكرة الجرثومية وتدوم هذه المرحلة أسبوعاً⁴.

2/ مرحلة العلقه:

وهي المرحلة الثانية التي تمر بها النطفة أين تلتصق الكرة الجرثومية بجدار الرحم ابتداءً من اليوم السابع من التلقيح، وتنغرز بهذه المرحلة الخلايا في جدار الرحم بإستعمال معاليق تمدها لتتشابك ومعاليق أخرى موجودة على الخلايا الطلائية في غشاء الرحم،⁵ وقد وردت هذه المرحلة في قوله تعالى ﴿... ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً...﴾⁶.

ومعنى العلقه لغة الارتباط بالشيء والتشبه به أما فقهاً فعن ابن كثير أنه "إذا استقرت النطفة في رحم المرأة مكثت أربعين يوماً كذلك يضاف إليها ما يجتمع إليها، ثم ينقلب علقه حمراء بإذن الله فتمكث كذلك أربعين يوماً"، وتفسير معظم الفقهاء للعلقه على أنها نقطة دم جامدة⁷.

¹ - سورة عبس، الآية 17 حتى 21.

² - سورة غافر، الآية 6.

³ - سورة الإنسان، الآية 2.

⁴ - ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض...، المرجع السابق، ص33.

⁵ - ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض، المرجع نفسه، ص33.

⁶ - سورة المؤمنون، الآية 14.

⁷ - مفتاح محمد اقريط، الحماية المدنية والجنائية للجنين...، المرجع السابق، ص29.

أي أن النطفة إذا ما صارت علقة فمفاد ذلك أنها صارت دماً متعلقاً بالرحم، حيث أنه لا يمكن تعلق الماء بالرحم بل الدم هو الذي يتعلق¹.

3/ مرحلة المضغة:

هي ثالث مرحلة يقول تعالى في كتابه ﴿.. فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً..﴾² وهي قطعة من اللحم لا شكل لها ولا تخطيط³، والمضغة لغة مأخوذة من مضغ الطعام وهي قطعة من اللحم مقدار مقدار ما يرمي الإنسان في فمه جمعها مضغ وقلب الواحد منا مضغة من جسده⁴، ويؤكد القرآن الكريم ان المضغة قد تكون مخلقة أو غير مخلقة ويقصد بالأولى التي تكتمل حتى تصبح جنيناً والثانية يقصد بها التي لا تكمل نموها أو ما يعرف بالسقط⁵ لقوله عز وجل سورة الحج الآية 5 ﴿... مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ...﴾.

ويقول الفخر الرازي بأن سمي التحويل خلقاً لأن الله سبحانه وتعالى، يفني بعض الأعراض ويخلق أخرى، فسمى ما أتاه من أعراض جديدة خلقاً لها⁶.

4/ مرحلة العظام واللحم:

وقد جاء في قوله الكريم ﴿... فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا..﴾⁷ وقوله أيضاً ﴿وَأَنْظُرْ إِلَى الْعِظَامِ كَيْفَ نُنشِزُهَا ثُمَّ نَكْسُوهَا لَحْمًا﴾⁸، والعظم لغةً هو القصب الذي يليه اللحم وجمعها عظام وأعظم، وأعظم، أما اللحم فهو الجزء العضلي الرخو الذي يتوسط الجلد والعظم⁹، ويرى علماء التشريع أن

1 - مفتاح محمد اقريط، الحماية المدنية والجنائية للجنين، المرجع السابق، ص29.

2 - سورة المؤمنون، الآية 14.

3 - فتحة مصطفى عطوي، الاجهاض بين الشرع والقانون والطب، المنشورات الحقوقية، طبعة 1، ب.ب.ن، ص81.

4 - جدوي سيدي محمد امين، المسؤولية الجنائية لأطباء التوليد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015/2016، ص154.

5 - جدوي سيدي محمد امين، المسؤولية الجنائية لأطباء التوليد، المرجع نفسه، ص154.

6 - مفتاح محمد اقريط، الحماية المدنية والجنائية للجنين، المرجع نفسه، ص29.

7 - سورة المؤمنون، الآية 14.

8 - سورة البقرة، الآية 259.

9 - طه عثمان أبو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في مجال التوليد، المرجع السابق ص 55.

طور خلق العظام وكسوتها لحما مشترك من حيث التكوين وقد جاء في تفسير ابن كثير أن قوله تعالى "فكسونا العظام لحما.."، يعني ستر العظام وشدها وتقويتها كما ايده الدكتور محمد سلام مذكور قائلاً "وهذا لا ينافي التعبير القرآني لأن الفاء كما أنها موضوعة في لغة العرب لفائدة التعقيب فهي أيضاً موضوعة لبيان التفصيل ولم يكن هناك ترتيب ولا تفصيل في الدلالة"¹.

5/ مرحلة نفخ الروح:

قال تعالى ﴿...ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ...﴾² وقوله تعالى ﴿..الَّذِي أَحْسَنَ كُلَّ شَيْءٍ خَلَقَهُ وَبَدَأَ وَبَدَأَ خَلْقَ الْإِنْسَانِ مِنْ طِينٍ، ثُمَّ جَعَلَ نَسْلَهُ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ مَاءٍ مَهِينٍ، ثُمَّ سَوَّاهُ وَنَفَخَ فِيهِ مِنْ رُوحِهِ وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ قَلِيلًا مَّا تَشْكُرُونَ﴾³، وهي آيات تدل نفخ الروح والتي لا يقدر على نفخها وأخذها إلا الله سبحانه وتعالى، ويستدل على نفخ الروح في الجنين بتلك الحركات الإرادية هذا واتفق الفقهاء المحدثون بأن نفخ الروح لا يكون إلا بعد أربعة اشهر أو مائة وعشرون يوماً⁴.

كما نقل القرطبي عن ابن عباس "أنه تعالى نفخ الروح فيه بعد أن كان جماداً"⁵، كما تشكل في هذه المرحلة الرأس واليدين والرجلين وبعد كسوتها لحماً وتصبح خلقاً آخرًا ذا سمع وبصر وإدراك وحركة وإضطراب⁶.

إذن تعتبر الروح السبب الرئيسي الذي يعطي اهمية للنفس الأدمية لذا فقد أفردتها العلماء بأحكام خاصة، فلا يجوز إجهاضها ولا الإعتداء عليها وتعد مرحلة نفخ الروح المرحلة التي يتكون فيها الإحساس والإدراك وقد سما العلماء هذا الطور بطور التسوية ويبدأ من الشهر الرابع حتى الولادة⁷.

¹ -مفتاح محمد اقريط، الحماية المدنية والجنائية للجنين، المرجع السابق، ص 30.

² -سورة المؤمنون، الآية 14.

³ -سورة السجدة، الآية 7 و9.

⁴ - ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض...، المرجع السابق، ص 37 و38.

⁵ - مفتاح محمد اقريط، الحماية المدنية والجنائية للجنين...، المرجع نفسه، ص 30

⁶ -فتحية مصطفى عطوي، الاجهاض بين الشرع والقانون والطب، المرجع السابق، ص 71.

⁷ -جدوي سيدي محمد امين، المسؤولية الجنائية لأطباء التوليد، المرجع السابق، ص 156.

ثانياً: مراحل تطور الجنين في السنة النبوية

مما روي أن أهل البيت أو كبار الفقهاء من المسلمين فإن كلمة جنين وردت كثيراً في الأحاديث النبوية، فقد جاء في حديث للرسول عليه الصلاة والسلام "إذا مر بالنطفة اثنتان و أربعون ليلة بعث الله ملكاً فصورها"¹، وعن ابن أنس أنه قال أيضاً عليه الصلاة والسلام " وكل الله ملكاً بالرحم يقول: أي رب نطفة، أي رب علقة، أي رب مضغة، فإذا أراد الله أن يقضي خلقاً قال: يا رب أذكر أم أنثى؟ أشقي أم سعيد؟ فما الأجل، فما الرزق، فيكتب ذلك في بطن أمه"².

وفي رواية أخرى عن زيد بن وهب عن عبد الله بن مسعود عن الرسول عليه الصلاة والسلام قال "إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً ثم يكون في ذلك علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله ملكاً، فيؤمر بأربع كلمات ويقال له: أكتب عمله ورزقه وأجله، وشقي أم سعيد ثم ينفخ فيه الروح"³.

وقد اختلفت الروايات في السند الواحد فيما يتعلق بمراحل تطور الجنين في رحم أمه منذ بدايته كنطفة حتى الطور الذي تنفخ فيه الروح، هذه المدة التي حددت بمائة وعشرون يوماً وخمسة وأربعين يوماً في حديث آخر بينما نرى أن لأول هو القريب إلى المنطق كونه موثق بأكثر من آية مما قواه وجعل سنده واضح⁴، لقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُّخَلَّقَةٍ لِّنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقَرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلاً...﴾⁵.

إذن يمكن القول أن مراحل تطور الجنين في السنة قبل نفخ الروح بمرحلة النطفة ثم العلقة والمضغة ونفخ الروح وكلها مراحل تتم في أربعينات ثلاث أي مائة وعشرين يوماً⁶.

¹ - مفتاح محمد اقريط، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 28.

² - صحيح مسلم شرح النووي، المرجع السابق، ص 195.

³ - فتحة مصطفى عطوي، الإجهاض بين الشرع والقانون والطب، المرجع السابق، ص 76.

⁴ - فتحة مصطفى عطوي، الإجهاض بين الشرع والقانون والطب، المرجع نفسه، ص 76، 77.

⁵ - سورة الحج، الآية 5.

⁶ - فتحة مصطفى عطوي، الإجهاض بين الشرع والقانون والطب، المرجع نفسه، ص 77.

ثالثاً: مراحل تطور الجنين في الطب

كما تطرقنا إلى معالجة القرآن والسنة لتطور الجنين فقد عالج علماء الطب أيضاً وقسموا مراحل تطور الجنين إلى عدة أطوار.

وقد أكد الطب على أن تطور الجنين داخل رحم الأم يبدأ من البويضة الناضجة والتي هي عبارة عن إندماج بين الخلايا الجنسية المذكورة والمؤنثة، التي تكون مزودة بصفات ومورثات الأبوين ثم تبدأ في التكاثر والتمايز حتى تصبح جنيناً كاملاً¹.

إذن جاء الطب الحديث بعد عدة عقود ليؤكد حقيقةً ثابتة في كتاب الله الكريم، ويجزم بمرور الجنين بعدة أطوار ومراحل ليصبح خلقاً كاملاً وهذه المراحل تتلخص في الآتي.

1/ الإلقاح:

وسنعالج مفهومه في اللغة والطب

أ/ لغة: معناه " اللقاح في حديث ابن عباس معناه الإلقاح ويقال القح الفحل الناقة إلقاحاً ولقاحاً، فالإلقاح مصدر حقيقي، لاقح وقارح حين تحمل فإذا استبان حملها فهي خلقة " ².

ب/ في الطب: هو "نفاذ الحيوان المنوي إلى البيضة الناضجة وإندماج نواتيهما في خلية واحدة"³ هذا ويجب أن يتم الإلقاح في الوقت الذي تصل فيه البويضة الناضجة إلى بوق أنبوب الرحم حيث تعد مدة حياتها محددة، وتلقح من حيوان منوي واحد والذي وصل إلى البويضة من بين ملايين الحيوانات المنوية وتتحد النواتين ⁴.

2/ طور النطفة:

وهي الطور الأول في تخلق الجنين، ويبدأ هذا المصطلح عند علماء الأجنة من طور الحيوان المنوي والبويضة أي الإلقاح وينتهي بمرحلة الإنغراس ⁵.

¹ -فتحية مصطفى عطوي، الإجهاض بين الشرع والقانون والطب، المرجع السابق، ص 90.

² -الزيدي محمد مرتضى الحسين، تاج العروس من جواهر القاموس، دار التراث العربي، بيروت، 1970، ص 82.

³ -فتحية مصطفى عطوي، الإجهاض بين الشرع والقانون والطب، المرجع نفسه، ص 95.

⁴ -فتحية مصطفى عطوي، الإجهاض بين الشرع والقانون والطب، المرجع نفسه، ص 95.

⁵ - طه عثمان ابو بكر، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء... المرجع السابق، ص 52.

ويقول الدكتور نجيب محفوظ " ثم تستمر البويضة الملقحة في سيرها متجهة إلى الرحم وفي طريقها تنقسم ويستمر إنقسامها بنظام دقيق حتى تتطور من خلية واحدة قطرها حوالي 1,0 ميليمتر في هذه المرحلة من مراحل النمو ويطلق عليها حينئذ الجرثومة التوتية وتكون في هذه المرحلة البويضة الملقحة التي إنقسمت وأصبحت على شكل التوتة واصلت رحلتها إلى فراغ الرحم .. ليختفي الغشاء المحيط بالبويضة بعدها الأمر الذي يسمح للخلايا الخارجية بالإلتصاق بجدار الرحم فتفقد الجرثومة التوتية الحركة ويكون هذا في اليوم الثامن تقريباً، لبدأ بذلك الحمل¹.

وقسم علم الطب هذا الطور إلى ثلاث مراحل، مرحلة التلقيح (fécondatio) ومرحلة التوتة (morula) ومرحلة الجرثومية (blastula)².

3/ العلقة:

الطور الذي يأتي مباشرة بعد إندماج الحيوان المنوي مع البويضة وتشكل النطفة، بداية هذا الطور تكون باليوم السابع ونهايته تكون في الأسبوع الثالث، أين يتعلق الجنين في هذه المرحلة بالبطانة الداخلية للرحم حتى تتغذى عن طريق الخلايا المغذية التي تتباين بين خلايا مصورة synaytiotro phoblast وباطنة cytophoblast³.

وكتلة الخلايا (الباطنة) أو الداخلية هي التي يخلق الله منها الجنين ويتعلق الجنين بواسطة معلاق يربطه بالغشاء المشيمي، ما يعرف بمرحلة الدم الغليظ أو الملتحمة، وتظهر الكتلة البدنية في آخر مرحلة العلق بعد اليوم الواحد والعشرين لتتحول العلقة إلى مضغة⁴.

4/ طور المضغة:

تبدأ بظهور الكتلة البدنية من جهة الرأس ثم المؤخرة، ثم ظهور الأقواس البلعومية بتكونها تحت قمة الرأس وعددها خمسة أزواج ويشبه الجنين في هذا الطور كتلة لحمية لذا سمي الطور بالمضغة،⁵ يبدأ

¹ - مفتاح محمد أقرظ، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 27.

² - فتحة مصطفى عطوي، الإجهاض بين الشرع والقانون والطب، المرجع السابق، ص 98.

³ - فتحة مصطفى عطوي، الإجهاض بين الشرع والقانون والطب، المرجع نفسه، ص 98.

⁴ - ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري، المرجع السابق، ص 34.

⁵ - ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري، المرجع نفسه، ص 34.

هذا الطور من الأسبوع الثالث ويستمر حتى الأسبوع الثامن وتبدأ خلال هذا الطور عملية بروز أعضاء الجنين وإستكمالها¹.

5/ طور العظام:

وهي المرحلة التي يظهر فيها تشكيل الهيكل العظمي للجنين أين يظهر العمود الفقري وعظام الأطراف العلوية والسفلية وتتحول في هذا الطور الجمجمة من غشاء إلى عظم وتتكون الأضلاع²، أما عن توقيت هذا الطور فهو يستغرق الأسبوع الخامس والسادس والسابع³.

6/ طور نفخ الروح:

على الرغم من أن العلم خاصة علم الأجنة منه توصل إلى معرفة تطورات دقيقة في الجنين عن طريق تصوير الجنين داخل بطن أمه بواسطة عدسات دقيقة حتى الأسابيع الأولى للحمل، غير أنه لم يستطع تحديد فترة نفخ الروح بالضبط⁴.

فيقول الدكتور باسلامة: "إن الطب الحديث يرى أن حياة الإنسان تنتهي بنهاية حياة المخ، ومتى قصر المخ عن إرسال الإشارات الكهربائية ومواصلة تفاعلاته الكيميائية ونشاطه، أصبح الإنسان جسداً خلويًا خاليًا من الحياة، فإذا أردنا بذلك قياس بداية الحياة ولتسميتها بداية الحياة البشرية أو الروحية... داخل الرحم لنفرق بذلك بينها وبين الحياة السابقة لها والموجودة في الخلية الأولى للحيوان المنوي والبويضة، لوجدنا أن الطور الأخير من أطوار الجنين هو بداية الحياة الإنسانية داخل الرحم"⁵، وحددت في معظمها بأربعة أشهر أو مائة وعشرون يوماً⁶.

¹ -فتحية مصطفى عطوي، الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري، المرجع السابق، ص102.

² - ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري، المرجع السابق، ص 35.

³ - طه عثمان ابو بكر، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية، المرجع السابق، ص 45.

⁴ - ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري، المرجع نفسه، ص 41.

⁵ -فتحية مصطفى عطوي، الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي، المرجع السابق، ص 113.

⁶ -فتحية مصطفى عطوي، الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي، المرجع نفسه، ص 117.

غير أن الأقرب إلى الأصح من ناحية الطب، هو ما ذهب إليه الطب من خلال إتفاقه مع ما جاء في الشرع وأحكامه والتي تعطي الجنين حياة منذ إنعقاد النطفة، معتبرة أن الروح موجودة فيه "روح الغذاء القديم الموجود في أصلاب الرجال وأرحام النساء"¹.

بمعنى أن الحياة الإنسانية تبدأ منذ بداياته الأولى بعد التمام الحيوان المنوي بالبويضة، وما سبق ذكره كان لتبيان أطوار تطور الجنين عند أهل الطب.

الفرع الثاني: الولادة

هي لحظة قدوم إنسان جديد للأسرة لذلك فهي لحظة ينتظرها كثير من الناس بل البشرية كلها، حيث يشعر فيها الرجل بأبوته والمرأة بأمومتها وغالباً ما تكون لحظة سعيدة، وهي أنواع وولادة طبيعية وولادة قيصرية²، وسنعرف الولادة أولاً ثم نتطرق إلى نوعيها.

أولاً: مفهوم الولادة

ولدت الأنثى تلد ولاداً، وولادة أي وضعت حملها to give birth bear، هي والد ووالدة ويقال ولدت الجنين ويقال توالد الشيء من الشيء أي نشأ عنه، والمولد هو طبيب التوليد³ أما المولدة فهي قابلة⁴.

أما الولادة عند أهل الطب، فهي إخراج جنين واحد حي ومكتمل والمحييء بالقمة خلال قناة الولادة الطبيعية وهذا دون مساعدة وبدون مضاعفات للأم والجنين خلال فترة زمنية محددة⁵.

ثانياً: أنواع الولادة

الولادة نوعان طبيعية وقيصرية.

¹ - ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري، المرجع السابق، ص 40.

² - جدوي سيدي محمد امين، المسؤولية الجنائية لأطباء التوليد، المرجع السابق، ص

³ - طه عثمان ابو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في مجال التوليد، المرجع السابق، ص 31.

⁴ - القابلة هي المرأة التي تساعد الوالدة وتتلقي الولد عنها. أنظر: القواسمة أحلام، موسوعة الحمل والولادة، الطبعة 1، دار البدر، الجزائر، 2013، ص 246-247.

⁵ - طه عثمان ابو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية، المرجع نفسه، ص 31.

1/ الولادة الطبيعية:

وهي الولادة الأصل والتي تعرف انتشاراً وهي الإخراج التلقائي من خلال القناة (قناة الولادة الطبيعية) لجنين مكتمل يتراوح عمره بين 37 إلى 40 اسبوع من الحمل، ويكون حي بدون أي مضاعفات للجنين أو أمه وبدون استعمال أي أداة مساعدة عدا خزع المهبل (شق العجان)¹، وتكون هذه الولادة بعد عدة مراحل ألا وهي:

ا/ مرحلة إتساع عنق الرحم:

وتبدأ هذه المرحلة بالتمدد الكامل لعنق الرحم وتكون خلال ساعتين إلى سبعة عشر ساعة، تكون خلالها حالة الأم تحت المراقبة حيث تراقب كل الأعراض منها اشتداد آلام الوضع ونبضات الجنين وتمدد الرحم إضافة إلى الإفرازات المهبلية، مع ملاحظة الحالة العامة للأم من خلال قياس ضغط الدم وذلك كل 04 ساعات والنبض والنفس ودرجة الحرارة².

ب/ مرحلة ولادة الجنين:

وتبدأ بالتمدد الكامل وتنتهي بولادة الرأس وباقي الجسم وتكون خلال 1_2 ساعة، لتبدأ مباشرة عملية الولادة الطبيعية بعد دخول الأم غرفة الولادة³.

ج/ مرحلة ولادة المشيمة والأغشية المحيطة بالجنين:

وتبدأ بعلامات انفصال المشيمة وتنتهي حتى تمام ولادة المشيمة في ما يقارب نصف ساعة إلى ساعة بعد خروج الجنين⁴.

¹ - جدوي سيدي محمد امين، المسؤولية الجنائية...، المرجع السابق، ص 139.

² - طه عثمان أبو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في مجال التوليد، المرجع السابق، ص 44.

³ - طه عثمان أبو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في مجال التوليد، المرجع نفسه، ص 45.

⁴ - طه عثمان أبو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في مجال التوليد، المرجع نفسه، ص 45.

د/ مرحلة متابعة المريضة بعد الولادة:

وتبدأ هذه المرحلة بتمام ولادة المشيمة ويتم بعدها وضع الأم والجنين تحت الملاحظة وتولي العناية بهما، وتتم هذه العناية عادة في الساعتين الأولتين بعد الولادة، إضافة إلى الحفاظ على حرارة ودفء الطفل وتغذيته¹.

2/ الولادة القيصرية:

وهي ولادة غير طبيعية لا تكون إلا عن طريق الجراحة، حيث يقوم الجراح بشق بطن المرأة الحامل لإستخراج الجنين وهذا حال تعدد الولادة الطبيعية ويكون هذا الجراح متخصص في جراحة التوليد².

أيضاً فقد عرفت بأنها إستخراج الجنين عن طريق شق يحدثه الجراح في بطن المرأة الحامل على مستوى الجدارين، جدار البطن والرحم غير أن هذا التعريف لا يشمل إخراج الجنين من جوف الصفاق وهذا في حالات تمزق الرحم والحمل البطني³.

أ/ طريقة إجراء العملية القيصرية:

العملية القيصرية تجرى في غرفة العمليات تحت تأثير التخدير العام أو الموضعي وهذا يتحدد وفقاً لحالة والوضع الصحي للمرأة الحامل، خلال فترة ما بعد العملية القيصرية تبقى المرأة مستلقية لمدة لا تقل عن 24 ساعة، تمتنع خلالها المرأة عن تناول أي طعام أو شراب ولا تكون تغذيتها إلا عن طريق المصل المغذي لتبدأ بعدها بإتباع حمية غذائية محددة لا تتناول من خلالها إلا وجبات طعام خفيفة وعصائر، أما حركاتها فلا بد أن تكون كذلك محددة تفادياً لتعقيدات على مستوى الشق ويكشف الطبيب على المرأة في اليوم السابع ليتأكد من نجاح عملية قطب الشق⁴.

¹ - طه عثمان أبو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في مجال التوليد، المرجع السابق، ص 45.

² - جدوي سيدي محمد ياسين، المسؤولية الجنائية، المرجع السابق، ص 140.

³ - القواسمة أحلام، موسوعة الحمل والولادة، المرجع السابق، ص 247.

⁴ - جدوي سيدي محمد ياسين، المسؤولية الجنائية ...، المرجع نفسه، ص 141.

ب/ دواعي إجراء العملية القيصرية:

يستدعي الطبيب قيامه بعملية قيصرية للمرأة الحامل عدة أسباب ولتعذر قيامه بعملية التوليد الطبيعية ومن أهم الأسباب نذكر¹:

1_ أسباب تعيق الولادة الطبيعية عن طريق المهبل:

أ_ طول مدة المخاض مما يؤدي إلى تمزق جدار الرحم.

ب_ مشاكل في المشيمة.

ج_ وضعية الجنين أو حجمه وضيق الحوض.

د_ مشاكل الحبل السري.

2_ مضاعفات بسبب الحمل أو بسبب حالة الأم المرضية:

أ_ مقدمات الإرتجاج عند الأم.

ب_ تعدد الأجنة داخل الرحم.

ج_ مرض الأم بفيروس نقصاً وفقدان المناعة.

د_ إصابة الأم بأحد الأمراض الجنسية كالهريس مما يؤدي إلى انتقالها إلى الجنين في حال خروجه عن طريق المهبل .

هـ_ تمزق سابق لجدار الرحم.

3_ أسباب أخرى تستدعي القيام بالعملية القيصرية:

أ_ تعرض الأم لنزيف دموي حاد يهدد حياتها بسبب تمزق المشيمة أو أحد أطرافها.

ب_ تسمم الحمل وارتفاع ضغط دمها مما يهدد حياتها.

ج_ زيادة عمر الجنين عن أربعين أسبوع.

د_ إنقاذ الجنين من خطر يهدده بالموت.

¹ - جدوي سيدي محمد ياسين، المسؤولية الجنائية، المرجع السابق، ص 141.

هـ_ كسل الرحم وتوقف الطلق.

و_ تعدي الأم سن الخامسة والثلاثين والأم بكريه والطفل مرغوب فيه بعد معالجتها من عقم طويل.

ج/ أنواع العمليات القيصرية:

1_ القيصرية العلوية:

أين يجري الشق فيها طولانياً على القطعة العلوية.

2_ القيصرية السفلية:

ويجرى فيها الشق على القطعة السفلية والفرق بينهما أن النوع الثاني مفضل على النوع الأول، حيث أن القطعة السفلية ارق مما يجعل إجراء الشق فيها وغلقه أسهل من القطعة العلوية، كذلك فإن عملية القيصرية السفلية يعزل فيها جوف الرحم عن الصفاق مما يمنع إنتقال الخمج إلى الصفاق¹.

كما أن الندبة في القيصرية العلوية أكثر قابلية للتمزق في الحمل الموالي يحدث منهفي القيصرية السفلية بعدة مرات، فالتمزق في الحمل الموالي يحدث عند ثلث الحالات إما قبل بدء المخاض أو خلال الأسابيع الأخيرة ويقل ذلك في حالات القيصرية السفلية².

د/ الولادات الموالية للعملية القيصرية:

أفضت دراسات حديثة إلى أن الولادة المهبلية أو الطبيعية بعد عملية ولادة قيصرية هي أسلم من إعادة القيام بعملية قيصرية، غير أنه وقبل إتخاذ هذا القرار لابد من مراعاة الشروط التالية³.

يجب أن تتم الولادة قيصرية سفلية إذا سمحت الظروف وهذا في حال ما إذا كانت الولادة الأولى قيصرية علوية.

● إذا كانت القيصرية الأولى سفلية فعلينا مراعاة مايلي:

¹ -القواسمة أحلام، موسوعة الحمل والولادة، المرجع السابق، ص 249.

² -جدوي سيدي محمد أمين، المسؤولية الجنائية لأطباء التوليد، المرجع السابق، ص 142.

³ - جدوي سيدي محمد أمين، المسؤولية الجنائية لأطباء التوليد، المرجع نفسه، ص 143.

- عدم محاولة الولادة طبيعياً فقط في حال ما إذا لم تتجاوز عدد إجراء القيصرية سابقاً عملية واحدة، فلا يمكن الولادة مهلبياً بعد قيصرتين سابقتين إلا إذا كانت قيصرية سفلية.
 - لا يسمح بالولادة المهبلية في حالات تعدد الحمل والوضعيات المعيبة للجنين.
- يجب أن تتم عملية التوليد المهبلية في المستشفى وإبقاء المرأة تحت مراقبة شديدة، كما انه يجب أن تجهز غرفة العمليات إحتمالاً لأي طارئ أثناء المخاض.
- هـ/ مخاطر العملية القيصرية:

تعد العملية القيصرية عملية آمنة للجنين والأم، غير أنه وكغيرها من العمليات الجراحية قد تكون محفوفة بمجموعة من المخاطر والمضاعفات أهمها النزيف الشديد بعد الولادة وإلتهاب الجرح وخمجه وحدوث تجلطات وتخثرات في أوعية الأطراف السفلية¹.

المطلب الثاني : إلتزام طبيب النساء والتوليد ببذل عناية

تم إجماع الفقه والقضاء على كون إلتزام الطبيب أمام المريض هو إلتزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، وهذا بعد أن قررت محكمة النقض الفرنسية أن العقد الذي يتم بين الطبيب والمريض لا يوجب على الطبيب الإلتزام بشفاء المريض إنما على الأقل بذله جهوداً صادقة يقظة تتفق والظروف التي تحيط بالمريض وتتفق مع الأصول العلمية²، وهذا في حكمها الشهير الصادر بتاريخ 20/5/1936.³

أما محكمة النقض المصرية فقضت بان إلتزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة شفاء المريض إنما هو التزام ببذل العناية في سبيل حصول ذلك، وتقتضي منه هذه العناية بذل الجهود الصادق يقظ المتفق في غير الظروف الإستثنائية مع الاصول المستقرة في علم الطب⁴، ومن هنا فإن الطبيب يسأل عن كل تقصير في مسلكه الطبي والذي لا يمكن وقوعه من طبيب يقظ في مستواه المهني أحيط بنفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المعالج⁵.

¹ - جدوي سيدي محمد أمين، المسؤولية الجنائية لأطباء التوليد، المرجع السابق، ص 145.

² - طه عثمان ابو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الاخطاء الطبية في مجال التوليد، المرجع السابق، ص 296.

³ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية (الطبيب، الجراح،.....)، المرجع السابق، ص 209.

⁴ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية (الطبيب، الجراح،.....)، المرجع نفسه، ص 209.

⁵ - اسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 224.

وقد إنتهج القضاء العراقي نفس النهج واعتبر ان مسؤولية الطبيب هي التزام ببذل عناية، وتجلى ذلك بوضوح من خلال قرار محكمة التمييز الصادر بتاريخ 30\11\1968 والذي جاء فيه ان الطبيب إنما يلتزم بمعالجة المريض والعناية به ولا يلتزم البتة بشفاؤه، حتى في حالة زيادة المرض سواءً فإن ذلك لا يرتب مساءلته إلا إذا كان ذلك بسبب تقصير الطبيب¹، ومع إجماع الفقه والقضاء على أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية غير أنه وجب علينا معرفة مدى هذا الالتزام .

الفرع الأول: مدى التزام طبيب النساء والتوليد ببذل عناية

على الطبيب الالتزام بالإعتناء بالمريض العناية الكافية واللازمة وأن يصف له العلاج المرجو به شفاؤه من مرضه، ولا يكفي فشل العلاج أو إزياد حالة المريض سوءاً لكي يعتبر الطبيب مخلاً بالتزامه، بل يجب قيام الدليل على تقصير الطبيب في عنايته².

إذن على الطبيب العناية بمريضه والتحوط والتبصر في علاجه، فوصفه لدواء لا يناسب المريض دون إجراء الاختبارات اللازمة مما أفضى لوفاته توجب مسؤولية الطبيب، كذلك أن يكون العلاج مخالف لفن وصناعة الطب من غير تفريط أو تقصير ولا تجب مساءلة الطبيب حال ما قام بالعناية اللازمة³، ويتحدد مدى التزام الطبيب ببذل عناية بمجموعة من العناصر هي القواعد المهنية والمستوى المهني للطبيب وبمجموعة الظروف المحيطة به، وأقيم وزن لمسألة المستوى المهني في تحديد مدى التزام الطبيب لأنه يكون معروفاً للناس وظاهر لهم، الشيء الذي يوحي اليهم بثقة مشروعة أما الطبيب يبذل جهوداً صادقة وعناية لازمة تتفق ومستواه المهني، فتقاس واجبات الطبيب الناشئ بمسلك طبيب ناشئ مثله، وغير المختص بزميله غير المختص والإختصاصي بنظيره الإختصاصي، كذلك تقاص التزامات وواجبات أستاذ الطب بسلوك استاذ الطب من صنفه.

أولاً: المستوى المهني

كذلك يدخل في تحديد مدى التزام الطبيب مستواه المهني niveau professionnel فالطبيب العمومي لا يتحمل نفس الالتزامات التي يتحملها الطبيب المتخصص لذلك فإنه مطالب بقدر من

¹ - ابراهيم علي حماوي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 50.

² - طه عثمان ابو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في مجال التوليد، المرجع السابق، ص 296.

³ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء الجراحين، المرجع السابق، ص 40.

العناية يتفق مع مستواه وهذا ما قرره محكمة استئناف مصر حيث طالبت بإستعمال منتهى الشدة في تقدير أخطائهم ذلك لأن واجبهم هو الدقة في التشخيص والإعتناء وعدم الإهمال في المعالجة، كما قضت في حكم آخر لها بأن طبيب التوليد مسئولاً عن استعماله العنف في إخراج الجنين رغم كبر حجمه وضيق الحوض واستند في حكمه على أن الطبيب المتمرن مختص التوليد لا يجذب الراس بقوة حتى لا يفصله عن العنق، رغم أنه من المحتمل والجائز قيام طبيب غير مختص بذلك¹.

وقد جاء في حكم صدر عن محكمة النقض المصرية " أنه يسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول"².

إذن فالفن الطبي يفرق علمياً في النظرة إلى الطبيب العام والطبيب المختص حيث لا يتساوى الإثنان في العناية المطلوبة من كل منهما، لذا فإن المعيار السليم لقياس درجة العناية المطلوبة من الطبيب في القيام بالتزاماته هو معيار طبيب من مستواه المهني³.

وكان هذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية بقولها " يتعين لاعتبار الطبيب مخطئاً في بذل العناية لمريضه التأكد من أن مسلكه لم يكن ليسلكه طبيب حذر من مستواه وجد في نفس الظروف"⁴.

وهذا أيضاً ما يفهم من أقوال الفقهاء المسلمين، إذ يذكرون أن أعمال الطبيب أو الجراح يجب أن تسير وفق الرسم المعتاد ويقصد بذلك موافقتها للقواعد المتبعة من أهل الصنعة في مهنة الطب، فالطبيب إذن مطالب حسب تعبير الفقهاء أن يكون حاذقاً يعطي مهنته حقها من خلال بذله العناية المعتادة من أمثاله في التشخيص والعلاج⁵.

¹ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 211.

² - أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 294.

³ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 110.

⁴ - أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع نفسه، ص 293.

⁵ - محسن عبد الحميد البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مطبوعات

جامعة الكويت، 1993، ص 138.

ثانياً: القواعد المهنية

وهي تلك القواعد المفروضة على الطبيب من طرف مهنة الطب والتي جاءت بها الأصول العلمية المستقرة وما جرت عليه عادة الأطباء في نفس الظروف، وبهذا فإنه لا يفرض على الطبيب الإلتزام بضمان شفاء المريض كون ذلك يتوقف على عوامل واعتبارات كثيرة لا دخل لإرادة الطبيب فيها منها مناعة جسم المريض والعوامل الوراثية وحالته الصحية وسنه¹.

ثالثاً: الظروف الخارجية

وهي تلك الظروف التي يعالج فيها الطبيب، كأن يكون مثلاً في مستشفى مزود بآلات حديثة ووسائل علاج متطورة أو في منطقة معزولة نائية ولا توجد فيها آلات أو وسائل حديثة وتكون حالة المريض تتطلب تدخلاً جراحياً دون تنقله إلى عيادة أو مستشفى².

إذن فتلك الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب والتي تؤثر على تحديد مدى إلتزامه هي مكان العلاج والإمكانيات المتاحة للعلاج ما إذا كانت حديثة أم لا³.

كذلك فإنها تعني الزمان الذي يجري فيه العلاج، فبعد الطبيب عن المستشفى ومعونة زملائه الأطباء والمرضين تعتبر من بين الظروف المحيطة التي قد تؤثر على مدى إلتزام الطبيب ببذل عناية اللازمة تجاه المرضى، أيضاً فإن خطورة الحالة المرضية والسرعة التي تتطلبها بعض التدخلات الجراحية تعد من قبيل الظروف الخارجية، حتى ان إحدى المحاكم الفرنسية قررت بخصوص هذا الشأن ألا مسؤولية على الطبيب الذي ترك قطعة شاش في جسم المريض أثناء إجرائه عملية جراحية له، مبررةً ذلك أن العملية الجراحية استدعت السرعة وان الزمن كان عامل فائق الأهمية لدرجة أن تضييع أي لحظة من شأنه أن يؤدي إلى فقدان حياة المريض وذهبت لاعتبار أن نسيان قطعة شاش من قبيل ظروف العملية⁴.

¹ - إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2011 ص36.

² - أسعد عبيد الحميلي، المسؤولية الطبية المدنية...، المرجع السابق، ص 227.

³ - إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، المرجع السابق، ص 38.

⁴ - قرار محكمة Besanon الفرنسية، 26 أكتوبر سنة 1932.

كما اعتبرت محكمة "السين" المدنية ان الجراح الذي يترك فتيلة غاز أثناء قيامه بعملية جراحية في جسد المريض لا يعد مهماً او مخطئاً خاصة إذا ما كان نسيانها وفقدتها مرجعه إلى ظروف وأسباب خارجية لا دخل لإرادة وكفاءة الجراح فيها، وبالرغم من اتخاذ الجراح كافة احتياطاته ومن مساعدة اثنين له غير أنه لم يمنع الحادث خاصةً وأن الحادث غير متوقع¹

غير أن القضاء الفرنسي عدل فيما بعد عن موقفه باعتباره نسيان جسم غريب في جسد المريض لا يشكل خطأ، وهذا بغض النظر عما إذا كانت حالة استعجال أو المشاكل الاستثنائية أو الظروف المؤثرة التي تجرى فيها العملية، فقضت محكمة "إكس" بأن حادث نسيان قطعة شاش في جسم المريض يعتبر خطأ جسيم حتى في حالات الاستعجال وتم إجراؤها خارج العيادة الطبية باستعمال أدوات البحر وباستعمال علبه جراحة لا تحتوي على ملاقط مرقمة يصعب إحصاؤها بعد انتهاء العملية، وطبقاً للوقائع التي ذكرت في الدعوى فإن نسيان ملقط تطلب إجراء عملية أخرى مما أفضى إلى وفاة المريض².

رابعاً: الأصول العلمية الثابتة

حيث لا يعتبر منطقياً أن يستعمل الطبيب المعالج لوسائل بدائية مخالفة للتطور العلمي الحديث، والطبيب مطالب بمواكبة ما استقر عليه الطب الحديث من وسائل وله الاختيار والمفاضلة بينهما وفقاً مع ما يتماشى وحالة المريض³.

فالتبيب يعتبر مسؤولاً إذا ما تجاهل المبادئ الأولية في تشخيص حالة المريض principes pathologiques élémentaires، كذلك الطبيب الذي يلجأ إلى طرق العلاج التي تعتمد على محض الصدفة بدلا من الطرق المعروفة و المألوفة⁴.

ولا ينسب إلى الطبيب خطأ إذا ما خالف الأصول العلمية الثابتة المتفق عليها حتى في الظروف العادية في حالة كانت الظروف التي يقدم فيها الطبيب العلاج لا تسمح بذلك كان يستدعى الطبيب

¹ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 166.

² - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع نفسه، ص 166.

³ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، المرجع السابق، ص 212.

⁴ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، المرجع نفسه، ص 212.213.

لتقديم العلاج او فحص حالة ما في ظروف غير ملائمة لذلك مثلاً داخل قطار أو حافلة أو طائرة، أو للقيام بعمل جراحي في مكان تكون الإنارة فيه غير كافية¹.

وقد أدان القضاء الفرنسي الأطباء الذين يلجؤون إلى طرق علاجية مهجورة، فاللجوء إلى طريقة مهجورة تمثل خطورة بالنسبة للجنين وخطا من جانب الطبيب المولد².

كما ذهبت محكمة النقض المصرية إلى اعتبار أن الأصول الفنية المستقرة أحد عناصر معيار يبرر خطأ الطبيب، وتجلى ذلك في حكم لها في 22 مارس 1966 والذي قررت فيه "أن واجب الطبيب في بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علماً ودراية، في الظروف المحيطة به أثناء ممارسة عمله" ثم اردفت هذا المعيار العام بقولها "مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة وبصرف النظر عن المسائل التي تختلف فيها أهل هذه المهنة"³.

وصدر عن دائرة التمييز الكويتية في 4 جويلية 1980 حكماً جاء فيه أن "المناط في مسؤولية الطبيب عن خطئه المهني أن يثبت بصورة أكيدة واضحة أنه قد خالف في سلوكه عن جهل أو تهاون أصول الفن الطبي الثابتة وقواعده العلمية الأساسية التي لا مجال فيها للجدل او الخلاف"⁴، ففي هذه القضية إستخلصت المحكمة من التقارير الطبية ان عملية الختان التي أجريت خالف فيها الطبيب الاصول الفنية والقواعد المستقر عليها وذلك بإزالة كامل الجلد المغلف للذكر ولم يقتصر فقط على إزالة الجزء الزائد من جلد مقدمة القضيب المعروف طبياً بإسم perpusse مما أدى إلى تشويه القضيب الامر الذي يستدعي مساءلة الطبيب المدنية⁵.

ومن هنا فإن الطبيب مطالب بعدم تمسكه بطرق العلاج المعتمدة في الماضي، إنما عليه التماشي مع الحياة العصرية ومواكبة التطور العلمي الحديث فإن أغفل ذلك وجبت مسؤوليته، كما لا ينبغي

¹ -أنور حسين يوسف، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 297.

² C، civ ،juillet 1963،b.c.i.n378،13 mai 1959،107

³ -محسن عبد الحميد البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، المرجع السابق، 152.

⁴ -محسن عبد الحميد البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، المرجع نفسه، ص 15.

⁵ -محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية.....، المرجع السابق، ص 216.

إغفال أن للطبيب حرية كافية لإتباع علاج معين لم يتبعها طبيب آخر شريطة اعتراف العلم بها فالمصلحة تقتضي أن نمنح الأطباء حرية كافية لممارسة مهنته فالمرضى ليسوا أشياء جامدة تتشابه فيما بينها و الأطباء ليسوا بآلات¹ .

ولتقدير مسلك الطبيب إذا كان ما قام به مخالفاً للأصول العلمية الثابتة أو لا فإن قاضي الموضوع يستعين بأهل الخبرة من الأطباء والذين يجب عليهم أن يتجردوا من الآراء الشخصية، وأن يقدرُوا ذلك بالرجوع إلى أصول مهنة الطب وقواعدها ومن دون الالتزام بها إذا كانت مخالفة للتبصر والحيطة، ودون الخوض في النظريات العلمية و الأساليب المختلف حولها² .

خامساً: إلتزامات الطبيب لبذل العناية المطلوب

لكي يقوم الطبيب بالتزاماته على أكمل وجه ولكي لا يعد مخرلاً بالتزامه ببذل العناية المطلوب عليه القيام بمايلي:

1/ دقة التشخيص واختيار العلاج المناسب:

أ/ دقة التشخيص:

فالطبيب ملزم بالبحث عن حقيقة المرض الذي يعاني منه المريض والتحري عنه كالبحت عنه في المحيط العائلي والظروف المحيطة من عمل ومسكن، كذلك فعلى الطبيب البحث في مجموع الظروف الاجتماعية والنفسية للمريض وهذا قصد بلوغ التشخيص الصحيح فالتحري الكثيف والحالة العامة والتاريخ المرضي للمريض إضافة إلى الأعراض التي يشكو منها المريض هي السبيل الوحيد ولأنجح للتشخيص الدقيق للحالة المرضية التي يعاني منها المريض، والطبيب يستخدم في سبيل بلوغ هذا جميع الوسائل المتاحة والتي سخرها العلم له من سماعات طبية واشعة وتحاليل وفحوصات ميكرو سكوبية³.

¹ - إبراهيم علي حماوي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي، المرجع السابق، ص 53.

² - إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، المرجع السابق، ص 38.

³ - إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، المرجع نفسه، ص 39.

ب/ اختيار العلاج المناسب:

وهي المرحلة التي تلي التشخيص وهي اعطاء المريض العلاج أو الدواء وطريقة استعماله شريطة ألا يجيد هذا الوصف عن الطرق العلمية المألوفة والمستقرة، وعلى الطبيب هنا بذل العناية اللازمة والجهود اليقظة الصادقة في اختيار الدواء المناسب والمفاضلة بين طرق العلاج المختلفة والمتاحة بغية الوصول لشفاء المريض¹.

2/ التزام الطبيب في حالة التدخل الجراحي وتحرير الوصفة:

ا/ التزام الطبيب في حالة التدخل الجراحي:

وهنا في هذه الحالة فالطبيب ملزم بفحص شامل ومعمق قبل أي تدخل جراحي، كذلك عليه شرح طبيعة الجراحة للمريض بأسلوب سهل ومفهوم للمريض وشرح طرق العلاج ونسبة النجاح والمضاعفات المحتملة، كذا عليه شرح الخطورة المحتملة في حالة رفض العلاج².

ب/ تحرير الوصفة:

فالوصفة هي الوثيقة الوحيدة والورقة التي تبين العلاقة بين المريض وطيبه، وهي تلك التي تدون فيها أنواع العلاجات والأدوية الموصوفة للمريض وطريقة استعمالها وعلى الطبيب تحريرها بدقة مع مراعاة الاحتياطات الواجبة³.

إذن فالطبيب عليه مسؤوليات والتزامات تجاه نفسه ومهنته ومرضاه والمجتمع والقانون، كما أن لسلكه وممارساته حدود وعليه الالتزام بها وعدم تجاوزها فإذا كان الطبيب غير ملزم بشفاء المريض فإن ذلك لا يعفيه من التقصير وعدم الاجتهاد في محاولة شفائه أو تحسين وضعه على الأقل، كما لا يعني أن يتسبب في أذية المريض من جراء ما اختار من علاج ووسائل للتشخيص⁴.

أما المشرع الجزائري فالالتزام ببذل العناية الواجب على الطبيب هو بذل الجهود الصادقة المتفق عليها وفقاً للظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة وتجلى هذا من خلال قرار للمحكمة العليا بتاريخ

¹ - إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الاخطاء الطبية، المرجع السابق، ص40.

² - إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الاخطاء الطبية، المرجع نفسه، ص40.

³ - إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الاخطاء الطبية، المرجع نفسه، ص39.

⁴ - سهيل يوسف الصويص، مسؤولية الطبيب ..، المرجع السابق، ص312.

2008/01/23 والذي حكم بقيام المسؤولية المدنية في حق الطبيب الجراح الذي خالف أصول وقواعد وأخلاقيات الطب من خلال إخلاله بالتزامه ببذل العناية الصادقة والواجبة¹.

طبيب النساء والتوليد في مسألة الالتزام بالعناية بالمريض شأنه شأن باقي الأطباء، فالفقه والقضاء يوجبان على الطبيب ان يبذل العناية اليقظة وذلك في حدود أصول مهنة الطب والقواعد المستقرة و أن إخلاله بواجبه والتزامه تجاه مريضه يعد تقصيراً وإخلاقاً تترتب عليه المساءلة، فكل مقدمي الرعاية الصحية للمرضى وعلاجهم والعمل على شفائهم يقع عليهم واجب العناية فهو بذلك يقع على الطبيب العام والخاص والجراحين وطبيب الأسنان والقابلات، ويبرر الفقه موقفه بأن التزام الطبيب ببذل العناية هو كذلك لما في مسألة تشخيص المرض و وصف الدواء من مجازفة لا يسعنا بعدها جعل الطبيب ملتزماً بتحقيق نتيجة².

الفرع الثاني: التفرقة بين الإلتزام ببذل عناية وتحقيق نتيجة

وضع هذا التمييز أو الفرق الفقيه ديموج و أدرج في تصنيفه الفرق بين الإلتزامات ببذل عناية (موجبات وسائل) وبين الإلتزامات بتحقيق نتيجة (موجبات نتيجة)³، أين قسم العقود إلى نوعين من العقود تتضمن الأولى إلتزاماً بتحقيق نتيجة إذا كان المدين مطالباً بأداء معين او تحقق نتيجة معينة، مثالها المحامي الذي يطلب منه القيام بأحد الطعون قبل إنتهاء الأجل القانونية المحددة وفي حالة عدم قيامه بذلك يكون مسؤولاً عن هذا التقصير بإعتباره ملتزم بتحقيق نتيجة⁴، وعقود تتضمن إلتزاماً ببذل عناية (موجب وسيلة) مثالها الطبيب الذي لا يلتزم نحو مريضه بالشفاء وإنجاح العملية التي يجريها غير انه ملتزم ببذل الجهود اليقظة والصادقة والمخلصة تجاه المريض، بما لا يتعارض والأصول الطبية المتعارف عليها لأن الطبيب غير مطالب بالقيام بمعجزات⁵.

وقد إستقر الفقه على أنه وحيثما يكون الإلتزام إلتزاماً بتحقيق نتيجة، فإن الإثبات يقع على عاتق المدين والذي هو الطبيب المدعى عليه فالمرضى في هذه الحالة ليس مطالباً بإقامة الدليل على

¹ - عبد القادر خضير، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 26، 27.

² - علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 21.

³ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 100.

⁴ - إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الاخطاء الطبية، المرجع السابق، ص 33.

⁵ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع نفسه، ص 100.

خطا المدين (الطبيب) و إهماله إنما يكفيه تخلف النتيجة التي أراد الوصول إليها، حيث يعترض القانون في هذه الحالة صدور الخطأ من الطبيب بمجرد عدم بلوغ الغاية والنتيجة المتوخاة من عقد العلاج الطبي، ويكون على الطبيب في هذه الحالة إثبات عدم صحة الإفتراض و إرجاعه عم تحقق النتيجة إلى سبب أجنبي في حال أراد الإفلات من المسؤولية، والسبب الاجنبي هنا هو القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو الدائن نفسه¹.

اما في حالة الإلتزام ببذل عناية أو بذل وتقديم الوسيلة، فالطبيب هنا حال قيامه ببذل اقصى جهوده والمقاسة على جهود الشخص الممتاز، الحريص، المتبصر فإنه يكون قد قام بتنفيذ التزامه وإعطاء العناية اللازمة المطلوبة ولا يعد مسؤولاً في هذه الحالة إذا لم يكتب النجاح للعلاج أو العملية، فالإثبات في هذه الحالة بلقى على عاتق المدين (المريض) حيث يطلب منه إقامة الدليل على عدم قيام الطبيب ببذل الجهود اليقظة والعناية المطلوبة بكافة الوسائل وبجميع طرق الإثبات بما في ذلك القرائن القانونية التي توفر قدرأ كافياً من الترجيح و الاحتمال في ثبوت الخطأ من جانب المدعى عليه أو الدائن².

وقد جاء الفقيه ديموج بعدة معايير للترفة منها: معيار الإرادة و معيار الاحتمال و المساهمة و سنتعرض لها كلها فيما يلي بالتفصيل³.

أولاً: معيار الإرادة

هذا المعيار القائل بأنه في حالة انصراف إرادة المدين لتحقيق نتيجة معينة فإننا أمام إلتزام بتحقيق نتيجة، وإلا فإن إلتزام المدين يقتصر على بذل العناية المطلوبة منه، إذن بناءً على المعيار فإن الإرادة هي أول معيار للترفة بين الإلتزام ببذل عناية وتحقيق نتيجة⁴.

¹ -أسعد عبيد الحميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية....، المرجع السابق، ص 220.

² -إيمان محمد الجابري، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية...، المرجع السابق، ص 221.

³ -إيمان محمد الجابري، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية...، المرجع نفسه، ص 343.

⁴ -إيمان محمد الجابري، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية...، المرجع نفسه، ص 343.

ثانياً: معيار الاحتمال

ويكون هذا الإلتزام ببذل عناية وفقاً لهذا المعيار إذا كانت النية والغاية المرادة من العقد محتملة الوقوع اي غير محققة، أما في حالة ما إذا كانت هذه الغاية مؤكدة الوقوع فإننا أمام إلتزام بتحقيق نتيجة¹.

ثالثاً: معيار المساهمة

فمن خلال هذا المعيار يمكننا معرفة نوع الإلتزام عن طريق معرفة موقف الدائن في تحقيق نتيجة، فإذا كان موقف الدائن في تحقيق النتيجة سلبياً فإننا أمام إلتزام بتحقيق نتيجة، شأنه شأن الإلتزام من طرف الناقل البري أو الجوي والذي يلتزم بنقل المسافر أين يكون موقف المسافر سلبياً، أما إذا كان موقف الدائن وسلوكه إيجابياً في تحقيق النتيجة فإننا أمام إلتزام ببذل العناية مثاله المدرس الذي يقوم بتعليم الطلاب، اين يتوقف النجاح هنا على الطالب أيضاً ببذل الجهد اللازم لنيل ذلك².

¹- إيمان محمد الجابري، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية...، المرجع السابق، ص 343.

²- إيمان محمد الجابري، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية...، المرجع نفسه، ص 343.

المبحث الثاني: إلتزام طبيب النساء والتوليد بتحقيق نتيجة

وهي الصفة الثانية لالتزام الطبيب عامة وطبيب النساء والتوليد خاصة، فاذا كان الأصل هو التزام الطبيب ببذل العناية المطلوبة وفق ما تقتضيه اصول المهنة واخلاقياتها فإن الاستثناء هو التزامه بتحقيق نتيجة معينة، فاذا كانت طبيعة الالتزام الطبي ومضمونه يتحدد باقتضاء بذل عناية الطبيب في سبيل شفاء المريض الشيء الذي سمي الالتزام ببذل عناية فان هناك حالات يستطيع الطبيب فيها الاستعانة بالحدثة والتطور في مجال العلم والطب ليقدم لمريضه عناية طبية تختلف عن الأولى في ان نتائجها مضمونة غير قابلة للشك¹. الإلتزام في هذه الحالة التزاما بتحقيق نتيجة.

والمسؤولية في هذه الحالة مبنية على أساس الخطأ المفترض غير القابل للدحض أو النفي ولا يمكن للطبيب هنا نفي مسؤوليته ودفعها الا بإثبات القوة القاهرة او الحادث الفجائي وأمثلتها كثيرة ومتعددة كقلع الأسنان والعمليات الجراحية الروتينية والتحليل المخبرية وحفظ الدم والأعضاء وإعدادها للزراعة حيث يلتزم الطبيب بإخضاعها للاختبارات المعروفة والمستقر عليها².

ولكي يتحمل الطبيب هذا الإلتزام يجب أن يكون هناك اتفاق بين المريض والطبيب يلتزم من خلاله الطبيب بتحقيق نتيجة معينة للمريض ويكون مخطئا إذا لم تتحقق النتيجة مثالها: تعهد طبيب اخصائي نساء وتوليد إلى امرأة معينة بتوليدها بنفسه وعند عدم قيامه بذلك دون وجود سبب أجنبي فإن القضاء الفرنسي هنا ألزم الطبيب بتعويض المرأة عن الضرر الذي نجم عن قيام طبيب آخر مكان بعملية التوليد³.

ويمكن لنا تقسيم التزامات الطبيب بتحقيق نتيجة إلى مجموعتين سنعالجهما من خلال المطلبين الأول والثاني أولهما التزامات متصلة بالواجب الإنساني والأخلاقي للطبيب والثاني التزامات الطبيب المتصلة بالعمل الفني الطبي.

¹ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين ..، المرجع السابق، ص 199.

² - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب ...، المرجع السابق، ص 119.

³ - ناجية العطراق، طبيعة التزام الطبيب طبقا للقانون المدني الليبي والفرنسي، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السابع،

ديسمبر 2015، ص 200.

المطلب الأول: الالتزامات المتعلقة بواجبات الطبية وإنسانية وأخلاقيات مهنته.

ومن أبرز وأهم الالتزامات المرتبطة بالواجب الأخلاقي والإنساني للطبيب وتعد التزامات بتحقيق نتيجة هي: التزام الطبيب بإيضاح الأمر للمريض والحصول على رضاه وموافقته كذلك التزامه بعدم إفشاء سر المهنة كذلك الالتزام بمتابعة علاج المريض¹، وسنعالج هذا من خلال ما يلي:

الفرع الأول: الالتزام بإعلام المريض وتبصيره

هذا الالتزام الذي ظهر بتطور شرط الرضا على الأعمال الطبية من الناحية التاريخية عبر مراحل مختلفة انتهت باعتماد نظرية الرضاء المتبصر أو المستنير، والتي تقتضي إعلام المريض بحالته الصحية قبل الحصول على قراره بقبول أو رفض العلاج².

وقد أثارت نظرية الرضاء المتبصر مشاكل من الناحية النظرية والعملية، فمن الناحية النظرية يثور التساؤل حول مصدر التزام الطبيب بإعلام المريض فعلى الرغم من استقرار الرأي لدى الفقه والقضاء على ثبوت هذا الالتزام غير أن الجدل ثار حول مصدره العقد الطبي أو نصوص القانون، أما من الناحية العملية فثار الإشكال حول تحديد المعلومات الواجب إيصالها إلى المريض³.

هذا وقد نص القانون المدني الفرنسي لسنة 1994 صراحة على وجوب الحصول على رضا المريض قبل مباشرة أي عمل طبي على جسم المريض وهو ما يوجب بالضرورة إلزام الطبيب بالإعلام وهذا حتى يكون رضا المريض معبراً عن إرادته الحقيقية وأشارت المادة 4-1111-L من قانون الصحة الفرنسي المعدل بالقانون الصادر بتاريخ 4 أوت 2004 إلى ضرورة حصول الطبيب على الرضاء المستنير للمريض قبل كل تدخل طبي وذلك بتزويده بالمعلومات الضرورية⁴.

¹ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 120.

² - مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والمراجعة (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2009، ص 12.

³ - مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الاعمال الطبية، المرجع نفسه، ص 12-13.

⁴ - Art 16-3 du code civil, loi n ° 94-653 DU 29 JUILLET 19, relative au respect du corp Humain qui stipule « il ne peut être atteinte à l'intégrité du corp humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne le constamment de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors ou son état rend nécessaire une intervention thérapeutique il n'est pas à même de consentir ».

وأقر تقنين أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي وجوب إلتزام الطبيب بإعلام المريض، إعلاماً صادقاً وواضحاً للمريض وهو الإلتزام يجب أن يسبق الحصول على رضا المريض بشأن قبول أو رفض العلاج¹، كما جاء القانون الجزائري ايضاً بضرورة اعلام المريض بحالته وذلك من خلال المادة 23 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة².

كما يجب على الطبيب ضرورة تبصير المريض بطبيعة التدخل الجراحي ونوعه ومخاطر العلاج المقترح وأي كذب أو إخفاء للحقيقة عن المريض يعد من قبيل الخطأ الطبي المستوجب للمسؤولية، فالمريض لا يكون بمقدوره قبول أو رفض تحمل المخاطر التي تنتج عن التدخل الجراحي إلا بعد إعلامه وتبصيره عن التدخل الجراحي ويقع هذا الإلتزام على عاتق الطبيب والذي يستند على مبدأ حرمة جسم الانسان³.

ويستند هذا الإلتزام إلى احترام حرية المريض الشخصية، فالمريض له حرية الاختيار وله سلطة وحق على حبه، فلا يجوز للطبيب المساس بهذا الحق إلا بعد الحصول على رضا المريض المستنير ويرجع بعد ذلك القرار للمريض في المقارنة بين المزايا التي تعود عليه من التدخل الجراحي والمساس بجسمه وبين المخاطر التي تترتب على ذلك⁴.

إذن على الطبيب توخي الصدق والأمانة في المعلومات التي تعطى للمريض حول حالته الصحية وكل ما يتعلق باي تدخل طبي واعلام المريض بمزاياه ومخاطره⁵.

¹ - Art 35، code de Déontologie médicale Français. Décret n°= 95-1000، du 6septembre 1995، JORF n°= 209 du 08 Septembre 1995، « le médecin doit à la personne qu'il examine qu'il soigne ou qu'il conseille، une information loyale، claire et appropriée sur son état، les investigation et les soins qu'il lui propose، tout long، de la maladie، il tien compté de la personnalité du patient dans ses explication et veille à leur compréhension.

² -المادة 23 " يجب إعلام كل شخص بشأن حالته الصحية و العلاج الذي تطلبه والأخطار التي يتعرض لها ..."، القانون 18-11، المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق ل 02 يونيو 2018، المتعلق بالصحة، ج. ر. رقم 46، الصادرة بتاريخ 16 ذو القعدة عام 1439 الموافق ل 29 يوليو سنة 2018

³ - سميرة حسن محسن، رضا المريض في الأعمال الطبية وأثره في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2016، ص 28-29.

⁴ - سميرة حسن محسن، رضا المريض في الأعمال الطبية وأثره في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، المرجع نفسه، ص 29.

⁵ - أنور يوسف حسن، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية..، المرجع السابق، ص 132.

ومنه فرض المريض لا يكون صحيحاً إلا بعد حصوله على توضيحات دقيقة وواسعة حول حالته الصحية وطبيعة المرض الذي يعاني منه ومدى الخطورة التي قد تمس جسده حال القيام بالعلاج¹.

كما أكدت محكمة النقض الفرنسية في أكثر من حكم لها على ضرورة أن يكون الإعلام الصادر من الطبيب بسيطاً تقريبياً مفهوماً وصادقاً، وأشارت المحكمة في حكم لها إلى تخلي الطبيب عن استعمال المصطلح الطبي المعروف بـ "التهاب مخاطي أمامي Mu Cocéle Frontale" ولجوءه لاستعمال بدل ذلك مصطلحاً شائعاً وهو التهاب الجيب الأمامي (Sinusite Frontal) لتوصيل المعلومة إلى المريض لا يشكل خطأً من جانب الطبيب دام أن ذلك أتاح للمريض فهم وإدراك صيغة ما تعاني منه كما مكنها من بلورة الفكرة الصحيحة عن العلاج المقترح².

كما قضت المحكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن بأن الطبيب مسؤول عن الحادثة التي تقع نتيجة لقيامه بعلاج المريض بالصدمة الكهربائية دون الحصول على موافقته قبل تطبيق هذا العلاج، حتى أنه يؤدي وغالباً إلى بعض الحوادث وأضافته المحكمة إلى أن الطبيب ملتزم بالحصول على الموافقة الحرة والمستنيرة من المريض قبل الشروع في القيام بالعلاج عدا حالة الضرورة³.

وجاءت أيضاً محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بمواصفات الإعلام الصادر من الطبيب حيث جاء في حكم حديث لها إلزامها الطبيب بضرورة توفير المعلومات صادقة ومناسبة للمريض حول كل مخاطر التشخيص والعلاج (une information loyale claire et appropriée)⁴.

وأشار جانب من الفقه الفرنسي⁵ والمصري¹ إلى أنه على الطبيب مراعاة درجة التعليم التي وصل إليها مريضه، حيث أن إعلام طبيب لطبيب آخر بخصوص مرض معين يختلف عن إعلام شخص آخر لا يملك تكوين طبي.

¹ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 121.

² - مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية، المرجع السابق، ص 152.

³ - قرار محكمة النقض الفرنسية نوفمبر 1955، أنظر طلال عجاج المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 121.

⁴ - محكمة النقض الفرنسية 17 نوفمبر 1969، مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية، المرجع السابق، ص 149.

⁵ - savatier, Auby et Pequignet, « traité de droit médical » Memeteau, G. « la responsabilité civile civile médicale »

أنظر عبد الرشيد مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 153..

ومن التطبيقات القضائية في القضاء العربي المقارن ما جاء في أحد أحكام القضاء اللبناني والذي طالب فيه المريض بالتعويض لعدم تبصيره بالمعلومات الكافية من الطبيب عن العملية الجراحية المراد إجراؤها، فالطبيب قام بتضليله عن طريق تزويده بمعلومات ليست ذات أهمية بالنسبة لما يعانیه وما تتطلب حالته من علاج جراحي².

وقد سائر القضاء العراقي ما جاء في القضاء المقارن حول مصير المريض لحالته الصحية وما ستؤول إليه بعد إجراء العمل الجراحي والمخاطر الناجمة والنتائج المحتملة من خلال الحكم على إحدى الطبيبات بتحمل كامل المسؤولية عن الضرر الذي أصاب إحدى المريضات نتيجة خطأ الطبيبة لعدم تبصيرها المريضة وإعلامها بحقيقة العملية الجراحية وتوافر العلاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر المؤكد³.

وينطبق كل ما سبق ذكره على الطبيب المختص بأمراض النساء والتوليد، فهو كغيره من الأطباء مطالب بإعلام المريضة بحالتها الصحية سواء تعلق الأمر بتشخيصه لأحد الأمراض أو بضرورة إجراء عملية جراحية لها، مثلاً ضرورة استئصال الرحم أو بتر الثدي لإصابته بمرض خبيث أو بضرورة إجراء عملية قيصرية لها لضرورة إنقاذ حياتها أو حياة الجنين، إذن فالتزام أخصائي النساء والتوليد بضرورة إعلامه المريض وتبصيره بضرورة سلامة رضا المريضة.

الفرع الثاني: الحصول على رضا المريض

فالطبيب مطالب وحسب الأصل بعدم القيام بعلاج المريض أو المساس لجسمه دون الحصول على رضاه، حيث أنه لكل إنسان حق مقدس على جسمه لا يجوز المساس به دون رضاه، وقد سبق وأن أوضحنا سلفاً أنه ولكي يكون الرضا صحيحاً يجب التبصير والإعلام بطبيعة العلاج ونوعية مخاطر العلاج والنتائج المحتملة للعمل الطبي، إضافة لذلك لا بد أن يصدر هذا الرضا دون أن تصاب إرادة المريض بأي عيب من عيوب الرضا كالإكراه، الغلط، التقرير مع الغبن والاستغلال⁴.

¹ - عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج الطبي بين النظرية والتطبيق، عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق ص 153.

² - سميرة حسن محسن، رضا المريض في الأعمال الطبية وأثره في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، المرجع، السابق، ص 37.

³ - سميرة حسن محسن، رضا المريض في الأعمال الطبية وأثره في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، المرجع نفسه، ص 38.

⁴ - سميرة حسن محسن، رضا المريض في الأعمال الطبية وأثره في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، المرجع نفسه، ص 40.

ويبقى حق الطبيب في بعض الأحيان بأن يقوم بالإجراءات الطبية دون موافقة المريض في حالات الضرورة، مثل فقدان المريض للوعي أو في حالة ما إذا كان تأخير العلاج يؤدي إلى سوء حالته إضافة إلى بعض الأمراض النفسية¹، مثال ذلك ما قضت به محكمة باريس من أن الجراح وأثناء قيامه بعملية لاستئصال الزائدة الدودية لاحظ أن المريضة ملتبهة، وهنا قام باستئصالها دون أخذ موافقتها، وبالتالي قررت المحكمة بأن الطبيب لا يلتزم بأخذ رضا المريض مثل هذه الحالات².

كذلك تم إعفاء الطبيب من المسؤولية بعد إجرائه لعملية جراحية قام بها باستئصال كلية المريض بعدما وجدها ملتبهة وتالفة ومن غير موضعها وذلك أثناء قيامه بفتح بطن المريض للقيام بعملية استئصال الزائدة الدودية كما كان يبدو في بادئ الأمر، ولما أفاق المريض من العملية اتهم الطبيب بسرقة كليته³.

والرضا قد يكون صريحاً أو ضمناً غير أنه يجب أن يسبق التدخل الطبي ويكون الرضا الصادر عن المريض أو عمن يمثله صريحاً إذا كانت العبارات الصادرة لهذا الشأن تدل وبصفة غير قابلة للشك على قبوله للعلاج المقترح وهو أصدق صور التعبير عن إرادة المريض⁴.

أما في حالة ما إذا كان كتابياً فلا يشترط عادة بشكل معين فقد تكون الكتابة بخط اليد أو بأية وسيلة أخرى، على شرط إمكانية نسبة الكتابة إلى صاحبها، لكن القواعد المنظمة لهذه المسألة في بعض المؤسسات الصحية تشترط أن يتم الرضا الكتابي باستعمال عبارات محددة أو إجراءات خاصة كما هو الحال في مجال التجارب الطبية أو نزع الأعضاء⁵.

هذا وقد جرى العمل في بعض الدول على ضرورة توافر شرط الكتابة بالنسبة لموافقة المريض في حالة العمليات الجراحية والأعمال الطبية التي تنطوي على قدر من الخطورة، كما هو الشأن بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية التي اعتبرت إمضاء المريض على وثيقة الرضا بمثابة قرينة على

¹ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 128.

² - قرار محكمة باريس بتاريخ 1946/02/20، أنظر: محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 39.

³ - قرار محكمة باريس، بتاريخ 1951/05/25، أنظر: محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع نفسه، ص 40.

⁴ - عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 198-199.

⁵ - قرار محكمة باريس، بتاريخ 1951/05/25، أنظر: محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 40.

⁵ - عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع نفسه، ص 199.

موافقته الصريحة على التدخل الطبي ولأنه بصر بجميع المعلومات المتعلقة بالعملية الجراحية ومخاطرها¹. وفي إنجلترا تضع وزارة الصحة نموذجاً كتابياً لرضا المريض يعرف بـ "Consent Form" والذي لقي استحساناً من كل الأطراف المهنية في ميدان الصحة، أين يجب على المريض أو ممثله والذي يرغب في الفحص أو العلاج ملاً هذا النموذج وتوقيعه².

كما يكرس القضاء البريطاني التزام الطبيب بأخذ موافقة المريض المسبقة على الرغم من حالة الضرورة أو مصلحة المريض، حيث قضت المحاكم الإنجليزية بمسؤولية الطبيب عن عقم مريضة بعد انتزاع رحمها بعد أن اكتشف انه ممزق أثناء قيامه لها بعملية جراحية بسيطة³.

إذن مما سبق ذكره يتضح ضرورة التزام الطبيب بأخذ موافقة المريض بعد تبصيره للقيام بأي تدخل علاجي أو جراحي، ويستوي في هذا الشأن كل الأطباء العامون والمتخصصون كافة كما أخصائي النساء والتوليد.

الفرع الثالث: المحافظة على السر المهني

هو التزام يفرض على كل أعضاء السلك الطبي، ألا يصرحوا أو يفشو بما يعلمونه سواء أثناء أو بمناسبة ممارسة مهنتهم⁴ ويعتبر هذا الالتزام من الالتزامات المتصلة بواجبات الطبيب الأخلاقية والإنسانية، فالطبيب مطالب بعلاج المريض مع احترام السرية التامة⁵.

والتزام السر المهني مهمة جدا وعلى الطبيب الالتزام به حتى في حالة عدم وجود عقد بين المريض والطبيب، فالمبادئ القانونية العامة هي التي تحتم عليه ذلك، إفشاء السر يشكل جريمة أخلاقية قبل كونها جريمة مدنية أو جنائية⁶.

¹ - عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية..، المرجع السابق، ص 200.

² - عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية..، المرجع نفسه، ص 200.

³ - Margret Brazier, Medicine, patients and the law. Seconde penguin Book, 1992, p 74.

⁴ - عيشوش كريم، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 146.

⁵ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب...، المرجع السابق، ص 124.

⁶ - منير رياض حنا، المسؤولية الحديثة للأطباء والجراحين...، المرجع السابق، ص 365.

هذا وقد نصت المادة 24 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة على أنه "لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة وسر المعلومات الطبية المتعلقة به باستثناء الحالات المنصوص عليها صراحة في القانون"¹

وعالج المشرع الجزائري ذل من خلال المواد 37-39-40 من مدونة أخلاقية المهنة بحيث جاءت المادة 37 بما يلي: "كل ما يراه الطبيب أو جراح الإنسان فيسمعه أو يفهمه كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهمته"².

كما جاءت المادة 38 بأن "يحرص الطبيب أو جراح الإنسان على جعل الأعوان المهنيين الطبيين يحترمون متطلبات السر المهني"، كما قالت المادة 39 بأنه "يجب أن يحرص الطبيب أو جراح الإنسان عندما يستعمل هذه الملفات الطبية لإعداد نشرات علمية على عدم كشف هوية المريض"³.

إذن فعلى الطبيب وسائر العاملين في المجال الطبي بذل كل جهد ممكن للمحافظة على سرية جميع التقارير الطبية بما في ذلك التقارير التيخزنت في ذاكرة أجهزة الحاسوب، كما لا يجب إدخال المعلومات إلى سجل الحاسوب إلا من قبل الأشخاص المخولين بذلك وحدهم ويراعى في ذلك تحديد تاريخ وتوقيت أي إضافة كمعلومات جديدة كما يراعى أيضا تسجيل اسم من قام بالتعديل أو الإضافة⁴.

أما في حالة القصر فإن الطبيب وفي حالة ما إذا طلب منه تقديم العلاج سرا دون إخبار أولياؤهم، يجب عليه محاولة التعرف على سبب رغبة القاصر في عدم إخبار وليه وتشجيعه على إشراك الأهل، كما من حق الطبيب السماح للمريض ناقص الأهلية بالعلاج وعدم التصريح بأي معلومات دون موافقة القاصر إلا إذا كانت القوانين النافذة تقضي بغير ذلك ويحدد مدى أهلية المريض من قبل

¹ - القانون 18-11، المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق ل 02 يونيو 2018، المتعلق بالصحة، ج. ر. رقم 46، الصادرة بتاريخ 16 ذو القعدة عام

1439 الموافق ل 29 يوليو سنة 2018

² - مرسوم تنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 05 محرم 1419 الموافق 06 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقية الطب، ج، ر، عدد 52.

³ - مرسوم تنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 05 محرم 1419 الموافق 06 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقية الطب، ج، ر، عدد 52.

⁴ - إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية...، المرجع السابق، ص: 134.

الطبيب المعالج، وتجاوز استشارة بعض المتخصصين في علم النفس أو بعض المراهقين إذا لزم الأمر، هذا وتصبح المحاكم آخر ما يلجأ إليه الطبيب لتحديد الأهلية¹.

ويرى إتجاه آخر بأنه وفي حالة ما إذا كان المريض قاصراً، فإنه على الطبيب أن يفضي السر إلى والديه لأن أي سر يتعلق به يتعلق بوالديه في نفس الوقت ولا بد من تبصيرهما به لأنهما أقدر الناس على الانتظام في علاجه والحرص على مصلحته².

أما المشرع الجزائري فقد نصت الفقرة 4 للمادة 24 من القانون 18-11 على إمكانية رفع السر المهني بالنسبة للقصر أو عديمي الأهلية بطلب من الزوج أو الأب أو الممثل الشرعي³.

أما نطاق الالتزام بالسر الطبي في مواجهة الغير ويقصد هنا بالغير الأطباء الآخرين وذوي الحقوق، فإنه يتعين على الطبيب الامتناع عن أخبار طبيب آخر أو زميل له، ويمتنع أيضاً عن أخبار أي فرد من ذوي الحقوق المريض بالسر الذي اطلع عليه إلا إذا لجأ إليه طبيب معالج آخر فعليه إخباره وذلك لتمكينه من العلاج⁴.

هذا ويرى "بروو أردل" أن السر المهني لا يقصد به ما يعهد به إلى الطبيب بل يتعدى ذلك إلى كل ما يشاهده الطبيب أو يستنتجه بمناسبة ممارسته مهنته حتى إن كان المريض نفسه يجله⁵.

أما عن حالة الضرورة فقد اختلف الفقهاء حول حق الطبيب في إفشاء السر في حالة الضرورة، فذهب فريق إلى القول بان عموم النص المحرم لإفشاء سر المهنة ورد مطلقاً، بحيث لا يسمح بأي استثناء، في هذا الشأن وبالتالي فالطبيب مطالب بالالتزام السر المهني وعدم إفشائه، إذنفإذا كان الطبيب قد فحص خطيين اعترما الزواج احدهما مصاب بمرض معد أو وراثي، فوفقاً لهذا المبدأ عليه كتم الأمر عن الطرف الآخر حتى مع ما يترتب على ذلك من نتائج خطيرة بالنسبة لحياة الأسرة المستقبلية، أين قضت محكمة سانت أتين بتاريخ 1907/02/02 في حكم لها بإدانة طبيب

¹ - إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية..، المرجع السابق، ص 133.

² - منير رياض حنا، المسؤولية الحديثة للأطباء والجراحين..، المرجع السابق، ص 329.

³ - المادة 24 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

⁴ - عيشوشكرم، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 148-149.

⁵ - حسن الأبرشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المهنية، المرجع السابق، ص 329.

بجريمة الإفشاء وذلك لإخباره زوجة احد مرضاه بان زوجها مصاب بمرض معد وحذرهما من نتائج مواقعه¹.

بينما يرى فريق آخر من الفقهاء بإباحة الإفشاء بالسر في مثل هذه الحالات وبرروا ذلك بأن القانون يرمي إلى كتمان السر حين لا يوجد مبرر شرعي يبرر ذلك، أما في حالة وجوده فلا ضير أن يفصح الطبيب عن السر، وذهبت المحاكم الفرنسية إلى تطبيق هذا المبدأ من خلال حكمه لها قضى ببراءة طبيب رأى في الحمام العام شابا كان يعالجه من قرحة زهرية وبعد محاولات عديدة تمنع الشاب من الاستحمام فيه، لم يجد مجالا سوى اللجوء إلى مدير الحمام ومصارحته بمرض هذا الشاب وجاء في أسباب الحكم انه فعل ذلك ابتغاء المصلحة العامة².

هذا ويجوز للطبيب الكشف عن معلومات خاصة بحالة المريض كمندوب شركة التأمين شريطة موافقة المريض او ممثله القانوني على ذلك، على أن يقتصر الكشف على المعلومات المتعلقة بالبند التأميني فقط وعلى الطبيب القيام بتبصير المريض بما يترتب على كشفها قبل القيام بذلك³.

غير أنه لا بد إلى الإشارة إلى أن معظم التشريعات قد عرفت وأقرت الالتزام بالسر المهني حيث نص على ذلك المشرع الفرنسي في المادة 378 من قانون العقوبات ونقله المشرع المصري في المادة 310 من قانون العقوبات أيضا والتي نصت على أن "كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القابلات أو غيرهم مودعا إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي أو ثمن عليه فأفشاه من غير الأحوال التي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر أو بغرامة لا تتجاوز خمسين جنيها⁴.

ونصت المادة 258 عقوبات يعني "يعاقب من كان بحكم مهنته أو حرفته أو وضعه مستودع سر فأفشاه في غير الأحوال المصرح بها قانونا أو استعمله لمنفعته أو لمنفعة شخص آخر ما لم يأذن صاحب الشأن في السر بإفشائه أو استعماله⁵.

¹ - منير رياض حنا، المسؤولية الحديثة للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 375-376.

² - منير رياض حنا، المسؤولية الحديثة للأطباء والجراحين..، المرجع نفسه، ص 377.

³ - إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية..، المرجع السابق، ص 134.

⁴ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب..، المرجع السابق، ص 141.

⁵ - أنور يوسف حسن، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية..، المرجع السابق، ص 157.

وأما المشرع السوري فقد حذر بشأن إفشاء السر المهني في المادة 65 والتي جاءت بأنه لا يجوز على المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم لمن علم بمناسبة ممارسته لمهنته بواقعة أو معلومة أن يفشها. ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صيغته، إلا إذا أريد بذلك منع ارتكاب جنائية أو جنحة غير أنه قد يرخص لمن سبق ذكرهم إفشاء السر عن طريق الشهادة وفقا للمادة 66 من قانون البينات إذا طلب إليهم ذلك صاحب السر شريطة عدم إخلال ذلك بالقوانين الخاصة بهم¹.

وأما المشرع الأردني فقد جاء في المادة 37 من قانون البينات ذات التحذير الذي جاء به المشرع السوري، غير أنها ذهبت إلى القول انه حتى في حالة تمت الشهادة بالرغم من تحذيرها فإنها لا تعد باطلة إنما يرجع ذلك لتقدير المحكمة².

إذن مما سبق ذكره نخلص إلى أن السر المهني التزم بتحقيق نتيجة على الطبيب مراعاته، ويتساوى في ذلك كل الأطباء بما في ذلك طبيب النساء والتوليد.

المطلب الثاني: الالتزامات المتعلقة بالعمل الفني للطبيب

فالتقدم العلمي في مختلف مجالات الطب أدى إلى استخدام الأدوات والأجهزة الطبية في العلاج أو الجراحة والتي قد تسبب للمريض أضرار نتيجة الاستعانة بها، الشيء الذي يخضع الطبيب لتحمل المسؤولية عن هذا الضرر كما يتجه الفقه والقضاء الحديث إلى أن الطبيب يلتزم تجاه المريض بالالتزام محدد إلا وهو سلامته من الأضرار المستقلة عن المرض ومحل التزامه هنا هو تحقيق نتيجة³.

فالالتزام بالسلامة obligation de sécurité لا يعني الالتزام بشفاء المريض فقط بل بالا يعرضه لأي أذى من جراء استعماله لأدوات أو أجهزة أو إعطائها دوية وبالا ينقل إليه مرضا آخر نتيجة العدوى من جراء المكان أو ما ينقله إليه من دم أو خلافه⁴.

وستنطرق فيما يلي إلى التزامات طبيب النساء والتوليد بتحقيق نتيجة وحالاتها المتعددة.

¹ - بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية..، المرجع السابق، ص 423-424.

² - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب..، المرجع السابق، ص 143.

³ - هزيل جلول، المسؤولية الناجمة عن الأدوات والأجهزة الطبية الحديثة -18 le <http://platform.almanhal.com>

07-2018 à 19h :04.

⁴ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية..، المرجع السابق، ص 217.

الفرع الأول: التحاليل الطبية

إن التحاليل الطبية تعتبر من العمليات العادية التي تقع على محل محدد تحديدا دقيقا، ولا تحمل أي صعوبة كما لا تنطوي على أدنى قدر من الاحتمال والمخاطر كغيرها من الأعمال الطبية، ومن هنا اعتبر القضاء الطبيب فيها ملتزم بتحقيق نتيجة ألا وهي سلامة التحاليل ودقتها¹.

حيث قضت محكمة "تولوز" الفرنسية "بان التزام الطبيب بالنسبة لجميع التحاليل الطبية الأخرى (غير تحليل الدم) محله تحقيق نتيجة ويقع الإخلال به بمجرد ثبوت غلطة فيه، وتقوم مسؤوليته إلا في حالة أقام الدليل على رجوع إخلاله بالتزامه إلى سبب أجنبي².

غير أن هذا الالتزام بتحقيق نتيجة يستثنى منه التحاليل الدقيقة مثل التحاليل الخاصة بمرض السرطان ابن يعتبر فيها الطبيب ملتزم ببذل عناية حيث أن النتيجة احتمالية ولا يمكن الكشف عنها بسهولة، أما بخصوص عملية التحصين، فهنا يقع على عاتق الطبيب الذي يقوم بعملية التحصين التزام محدد إلا وهو سلامة المادة التي تقدم والتأكد من سلامة المصل وخلوه من الجراثيم وإعطائه بصورة صحيحة³.

إذن الطبيب يلتزم ببذل عناية فقد إذا تعلق الأمر بتحليل طبية معقدة وصعبة، هذا المعيار الذي اعيد النظر فيه وأصبح الطبيب المخبري يلتزم بتحقيق نتيجة حتى ولو كانت التحاليل المطلوب إجراؤها صعبة ومعقدة، وهو ما قضت به محكمة كولمار الفرنسية بتاريخ 25 أكتوبر 1989 على اعتبار عملية الكشف عن فيروس مرض فقدان المناعة المكتسبة "HIV" تقع على عاتق الطبيب، وانه ملتزم هنا بتحقيق نتيجة على الرغم من كون هذه العملية المتعلقة بكشف مثل هذا الفيروس معقدة وصعبة⁴.

إذن فكل الأطباء ملزمون بتحقيق نتيجة في هذا الشأن ألا وهي سلامة التحليل ودقته.

¹ - منير رياض حنا، المسؤولية الحديثة للأطباء والجراحين...، المرجع السابق، ص 218.

² - منير رياض حنا، المسؤولية الحديثة للأطباء والجراحين...، المرجع نفسه، ص 218.

³ - إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية...، المرجع السابق، ص 43.

⁴ - عيشوش كريم، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 101.

الفرع الثاني: استعمال الأدوات والأجهزة

وهي تلك الأدوات التي أدى التطور العلمي في مجال الطبي إلى ظهورها والاستعانة بها في العلاج والجراحة، مما قد يتسبب في أن يلحق بالمريض ضرر لاستعمالها والاستعانة بها. وقد اختلف في ذلك فريقين من الفقه، الأول نادى بإخضاع الطبيب لذات القواعد التي تخضع لها مسؤوليته عن أعماله الطبية التي يتعين على المريض إثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية، غير أن القضاء الحديث اتجه إلى وجوب التزام الطبيب تجاه المريض بالتزام محدد ألا وهو سلامته من الأضرار المستقلة عن المرض الذي لجأ إلى الطبيب من أجله¹، والضرر هنا مقصود به النتيجة التي تقع نتيجة وجود عيب أو عطل بالأجهزة والأدوات المذكورة، إذ يقع التزام على الطبيب مقتضاه استخدام الآلات السليمة التي لا تحدث أضراراً بالمريض².

والالتزام هنا إنما هو التزام بتحقيق نتيجة لا يعفى منه الطبيب حتى لو كان العيب الموجود بالآلة يرجع إلى صنعها ويصعب كشفه³.

ومن التطبيقات القضائية لهذا الالتزام، القضاء بمسؤولية الطبيب عن وفاة المريض أثناء الجراحة نتيجة انفجار حيث تسرب الغاز من جهاز التخدير واشتعاله بشرارة خرجت منه، إضافة إلى حكم بمسؤولية الطبيب عن الحروق التي تصيب المريض بسبب اللهب الخارج من المشط الكهربائي أثناء العملية، حتى مع عدم تقصير الطبيب في استخدامه كذا عن الالتهابات والوفاة التي تنتج من زيادة التعرض للأشعة بسبب خلل في الجهاز المنظم⁴.

أيضاً فالقانون الليبي قد ألزم الطبيب بتحقيق نتيجة عند استعماله للأجهزة والأدوات إلا أن المشرع الليبي لم يتطرق لتعريف الأجهزة، عكس المشرع الفرنسي الذي عرفها في قانون الصحة العامة الفرنسي في المادة "1-5211" بأنها كل الأجهزة والأدوات التي يستخدمها الطبيب للعلاج أي ما له علاقة بالتشخيص أو العلاج يعد أداة أو جهاز طبي⁵.

¹ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب..، المرجع السابق، ص 155.

² - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية..، المرجع السابق، ص 584.

³ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية..، المرجع السابق، ص 219.

⁴ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية..، المرجع نفسه، ص 585.

⁵ - ناجية العطار، طبيعة التزام الطبيب طبقاً للقانون المدني الليبي والفرنسي..، المرجع السابق، ص 203.

إذن مما سبق ذكره فطبيب النساء والتوليد مراعاة هذا الالتزام أثناء تأديته لعمله، نتيجة استخدامه لوسائل وأجهزة متعددة مثالها: قيامه بعملية التوسيع والكشط عن طريق المكاشط اليدوية أو قيامه بعملية تنظير البطن لتشخيص المرض.

الفرع الثالث: نقل الدم

معنى نقل على الطبيب إعطاء المريض دم من فصيلة دمه ذاتها ويجب أن يكون هذا الدم خاليا من الأمراض حتى لا يصاب المريض بأي ضرر، ولا تنتقل إليه العدوى بمرض معين من خلال الدم¹.

هذا وينقل الدم إما مباشرة من المتبرع وإما من أحد المراكز المتخصصة بذلك وهي ما يسمى (بنك الدم) أو مصرف الدم، وفيها يخزن ويحفظ الدم بطريقة عملية خاصة تضمن سلامته من التعفن والتلف².

فعملية نقل الدم تثير العديد من المشاكل والأمراض خاصة في الحالات التي يكون فيها الدم ملوثا، لان هناك أمراضا تنتقل من الشخص المتبرع إلى المريض المتلقي للدم مثل التهاب الكبد الوبائي والجدري والسل والايذز³.

ولا يتداخل هذا الالتزام بالسلامة مع الالتزام العام بالوسيلة أو بذل العناية بهدف شفاء المريض، بمعنى أن الطبيب لا يسأل عن مدى فعالية عملية نقل الدم وأثرها على شفاء المريض بل يكفيه بذل العناية اللازمة في هذا الصدد فقط⁴.

أما في حالة اخذ الدم من مصرف الدم وسبب ضرر للمريض فان الطبيب وما دام قد اخذ الدم من مصرف الدم بمقتضى عقد معه التزام كل من الطبيب ومصرف الدم هنا التزام بتحقيق نتيجة ويمكن للطبيب إقامة دعوى على المصرف الدم مستندا في ذلك إلى ما له من حق مباشر عليه، حيث أن العقد بينهما يحمل بين طياته اشتراطا لمصلحة الغير (المريض) وهو ما اتجهت إليه محكمة النقض

¹ - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي..، المرجع السابق، ص 54.

² - اسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية..، المرجع السابق، ص 228.

³ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص: 160.

⁴ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية..، المرجع السابق، ص 236.

الفرنسية في توجهها الحديث بعد أن اعتبر القضاء الفرنسي في بادئ الأمر أن التزام الطبيب في عملية نقل الدم إنما هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة¹.

إذن فقد اعتبر القضاء الفرنسي في هذا الصدد أن مراكز نقل الدم المرتبطة بالمستشفيات العامة مسؤولة حتى في حالة عدم وجود خطأ عن تلك الأضرار التي تسببها النوعية السيئة للمنتجات التي تقوم بتوريدها، فلا بد أن تورط للمتلقي منتجات خالية من العيوب ولا يمكن دفع المسؤولية عن مركز الدم إلا بإثبات السبب الأجنبي².

بل وشدد القضاء الفرنسي في ميدان نقل الدم حتى أنه اعتبر الطبيب ملزم بالضمان أو السلامة تجاه المريض (المتبرع له) وهو ما قضت به محكمة استئناف باريس بتاريخ 28 نوفمبر 1991، حيث جاء نصها بما يلي:

« considérant qu'en sa qualité de professionnel le CDTS doit livrer du sang exempt de vices, que sa responsabilité du sang non vicié ne peut être écartée que par la preuve d'une cause étrangère, telle que la force majeure, qui ne peut lui être imputée »³.

أما بخصوص مدى التزام طبيب النساء والتوليد بنقل الدم لمرضاه سواء تعلق الأمر بالحوامل أو النساء المرضي بعد تلقي العلاج أو قيامهن بعمليات جراحية، فقد صدر حكم مدني عن محكمة المنصورة الابتدائية بشأن قضية تتلخص وقائعها فيما يلي: انه بتاريخ 23-04-1984 في الساعة السابعة صباحا دخلت السيدة صبرة عبد الحميد زوجة المدعى إلى مستشفى المنصورة العام لوضع مولودها الأول، وذلك بقسم العلاج باجر، وفي حوالي الساعة 14:15 دخلت قسم الولادة حيث وضعت مولودها وبعد الولادة أصاب المريضة نزيف حاد وحمى، مما استدعى ضرورة نقل الدم إلى المريضة فقام الطبيب بإحضار الدم وعمل التوافق الذي انتهى منه إلأن فصيلة دم المريضة (B⁻) وأين قام بإحضار كيسين من الثلاجة ونقلها إلى المريضة التي ازدادت حالتها سوءا بمجرد نقل الدم إليها، ليحضر بعد ذلك احد الأطباء المختصين لنقل الدم بالمستشفى والذي اكتشف ان فصيلة الدم المعطاة للمريضة مخالفة لفصيلة دمها حيث فارقت روحها الحياة لإعطائها كيسي دم من فصيلة (A⁻)

¹ - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي..، المرجع السابق، ص 55.

² - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية..، المرجع السابق، ص 583.

³ - عيشوش كريم، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 98.

وهنا بادر المدعى إلى تبليغ النيابة العامة، وبعد أن تنازل المدعي زوج المريضة المتوفاة عن دعواه خشية تشريح جثة زوجته، ثم وتأيدا لدعواه قدم حافظة مستندات بجلسة 198/10/12 تمثلت في صورة ضوئية من تذكرة المريضة المتوفاة زوجة المدعى وتقرير الطبيب الذي يقر أن الوفاة كانت بسبب تعاطي المريضة دم غير دمها، وحيث أن الطبيب المدعى عليها بصفتها وجها دعوة ضمان فرعية بموجب صحيفة أودعت قلم كتاب المحكمة في 1984/05/19 طلبت في ختامها الحكم عليهما بما يحكم به على المدعين بصفتهم والمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة على سند القول، أعمالا لنص المادة 175 من القانون المدني المصري، وبعد قرار المحكمة بضم الدعوى الفرعية إلى الأصلية صدر حكم واحد فيهما، إلا وهو إلزام المدعى عليهما بالتضامن فيما بينهما وبدفع تعويض للمدعى تعويضا عما لحقه من ضرر، وجاء في الحكم انه كان يتعين نقل الدم يتوافق وفصيلة مورثة المدعى وان المدعى عليها اخطأ خطأ يرتب مسؤوليته لأنه هنا ملتزم بالتزام محدد محله تقديم دم مناسب وسليم، كما اخطأ أيضا في تحديد فصيلة الدم المذكورة على نحو دقيق، إذن فهو محل بالتزامه وتقوم مسؤوليته العقدية عن الضرر ألحقه بمورثة المدعى¹.

إذن مما سلف ذكره فان طبيب النساء والتوليد ملتزم بالتزام بتحقيق نتيجة محل نقل دم إلى المريض خال من العيوب والأمراض وغير ملوث.

الفرع الرابع: التركيبات الصناعية

فالعلاقات الجراحية تستلزم استخدام بعض التركيبات والأعضاء الصناعية ليزيل عيب الشكل والذي يعيننا في هذا المقام التزام الطبيب الذي يكون محله في هذا الصدد التزام بتحقيق نتيجة².
وتقوم عملية تركيب الأعضاء والتركيبات الصناعية على جانبيين أولهما يتعلق بمدى فاعلية العضو الصناعي وإتقانه مع حالة المريض وثانيهما يتمثل في مدى سلامة العضو وصناعته وجودته³.
ففي الأول يلتزم الطبيب ببذل عناية كونه عمل طبي كسائر الأعمال الطبية الأخرى، أما الثاني فيختلف عن سابقه، لأنه ذو طبيعة تقنية بحتة يلتزم بها الطبيب بتحقيق نتيجة وهي ضمان

¹ - انظر: محكمة منصور الابتدائية، دعوى رقم 7564 لسنة 1984

WWW.SHAIMAAATALLA.COM/VB/SHOWthread.php3r=2632 le08-07-2018 à 19h :00

² - ناجية العطار، طبيعة التزام الطبيب طبقا للقانون المدني الليبي والفرنسي...، المرجع السابق، ص 203.

³ - عيشوش كريم، العقد الطبي، المرجع السابق، ص: 100.

سلامة الجهاز أو العضو الاصطناعي ودقته ومناسبة لجسم المريض، فمتى ما كان العضو رديء أولاً ليلتفق مع مقياس الجسم أو يسبب ضرراً للمريض قامت مسؤولية الطبيب¹.

هذا وقضت إحدى المحاكم الفرنسية بان العقد المبرم بين الطبيب والعميل لتزويد طاقم الأسنان يفرض على الأول التزاماً بعناية محله بذل الجهود الأمانة واليقظة في وضع وصيانة الطاقم كما يفرض عليه كذلك التزام بتحقيق نتيجة محله تقديم الأسنان الصناعية بالشكل والأوصاف والحالة التي يمكن معها تادية وظيفة الأسنان الطبيعية، فحال إخلال الطبيب بهذا الالتزام ولو بغير قصد ثارت وقامت مسؤولية الطبيب العقدية وعليه الالتزام بالتعويض لصالح المريض المتضرر².

وحسم المشرع الليبي هذه المسألة في قانون المسؤولية الطبية قانون رقم 86/17 من خلال نصه في المادة 16 على أنه "لا يجوز تركيب الأعضاء الصناعية إلا بعد التأكد من ملاءمتها للمريض وعدم أضرارها به وتهيئة جسمه لقبولها ويكون التزام الطبيب بتركيب الأسنان الصناعية التزاماً بتحقيق نتيجة"³.

ولكل ما سلف ذكره فإن على طبيب النساء والتوليد الالتزام بضمان سلامة أي تركيب صناعي يستعمله بمناسبة أدائه لمهنته سواء للعلاج أو الجراحة، مثل استعمال تركيب لولب منع الحمل.

الفرع الخامس: الالتزام بضمان السلامة

إن الالتزام بالسلامة من الأصل هو التزام قانوني مصدره الواجب العام الملقى على الكافة بعدم الأضرار بالغير، محله بذل عناية ويعد الإخلال به سبباً مباشراً لترتيب مسؤولية تقصيرية من جانب المخل، هذا وقد جاء هذا الالتزام نتيجة التطور الذي عرفته المسؤولية المدنية حتى أصبح هذا الالتزام، التزاماً عقدياً إلى جانب كونه التزاماً قانونياً ثم بدأ بتطوير مضمونه حتى أصبح اليوم التزاماً محدد بنتيجة تتمثل في ضمان السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين⁴.

¹ - عيشوش كريم، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 100.

² - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 588.

³ - ناجية العطار، طبيعة التزام الطبيب طبقاً للقانون المدني الليبي والفرنسي، المرجع السابق، ص 186.

⁴ - أنور يوسف حسن، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب...، المرجع السابق، ص 217.

هذا وقد رفض القضاء الفرنسي في البدء فكرة الالتزام بضمان السلامة في مجال العقود معتبرا إياه التزام عام شأنه شأن كل الالتزامات والتي تتطلب توخي الحيطه والحذر في كل الأفعال ومن الجميع، مما لا يرتب على الإخلال به سوى مسؤولية تقصيرية ليعود بعد ذلك بالإقرار بهذا الالتزام أين أصدرت محكمة النقض حكما بهذه المناسبة في 21 نوفمبر 1911 قررت فيه بان تنفيذ عقد النقل يتضمن بالنسبة للناقل الالتزام بتوصيل المسافر سليما معافى إلى جهة الوصول¹.

فالطبيب عليه مراعاة السلامة فيما يستخدمه من أدوات طبية او تلقيحات ، ويعتبر هذا الالتزام في غاية الأهمية كونه يعنى بأمر خارج على المرض موضوع العلاج لأنه يشكل التزاما عاما بضمان عدم تعويض المريض إلأيا أخطار العدوى أو نسيان أدوات أو شاش في جسم المريض أو تعريضه لأية إصابة وهو فاقد للوعي².

وفي لبنان وفي قضية تتلخص وقائعها في أن سيدة مسنة ذهبت إلى طبيب، وبعد أن انتهى من فحصها حاولت النزول عن طاولة الفحص فسقطت وأصيبت بكسر أين قضت محكمة البداية بان الحادث مرتبط بالعمل الطبي ويخضع لأحكام المسؤولية العقدية³.

أما في الجزائر، فقد قضى مجلس قضاء قسنطينة بمسؤولية المستشفى على أساس سوء التسيير والإدارة بشأن سقوط مريض من على سرير متحرك أدى إلى موته⁴.

وبناءً على ما تقدم فان المريض حين تعاقد مع الطبيب أو المستشفى فانه يأمل أن الطبيب أوالمستشفى يبذلون العناية اللازمة، كما لا يقبل أن يخرج من عيادة الطبيب وهو حامل لإصابات أو أمراض لم يكن مصاب بها من قبل مجيئه إلى العيادة أو المستشفى، حيث انه يصاب بمرض آخر غير المرض الذي قصد العيادة أو المستشفى لعلاجه، ومن غير المقبول أيضا إصابة المريض بأضرار نتيجة لخلل في التنظيم الإداري أو عدم توافر المستلزمات السلامة العامة⁵.

¹ - انور يوسف حسن، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب..، المرجع السابق، ص 219.

² - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب..، المرجع السابق، ص 174.

³ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب..، المرجع نفسه، ص 176.

⁴ - بن صغير مراد، احكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية..، المرجع السابق، ص 379.

⁵ - اسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية..، المرجع السابق، ص 226.

الفرع السادس: التحصين (التطعيم)

وهو التزام يفرض على الطبيب بذل الجهود اليقظة بما يتماشى والأصول العلمية الحديثة لغاية الحصول على النتيجة المنتظرة، ألا وهي التحصين أو الحصانة ضد المرض المخشى منه، هذا وعادة ما يكون التحصين إجبارياً تقوم به الدولة وهو ما جاء في نص المادة 55 من القانون 85-05 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها قائلة "يخضع السكان للتطعيم الإلزامي المجاني" قصد الوقاية من الأمراض العفنة المعدية"، ومن هنا فان أي حادث ناتج عن عملية التحصين تكون الدولة هي المكلفة بضمان سلامة المواطنين¹.

ولا يعني ذلك أن الالتزام العام هنا الذي يقع على عاتق القائم بالتحصين يتغير إنما يبقى التزاماً يبذل عناية، حيث أن القائم بعملية التحصين ليس مسؤولاً عن فعالية المعدل المستخدم في عملية التحصين غير انه عليه بذل الجهود اليقظة سواء تعلق الأمر باختياره أو اتفاهه مع الأصول العلمية الحديثة وهذا بغية الحصول على النتيجة المرجوة، ألا وهي جعل الجسم محصناً ضد الوباء المراد توقيه الجسم والتحصن منها².

وقد قضت إحدى المحاكم الفرنسية في حكم جنائي لها بتاريخ 31 جانفي 1956 بإدانة الطبيب الذي يقوم بتحصين طفل بحقنه مرتين متتاليتين على الرغم من ظهور أعراض مميزة بعد الحقنة الأولى³.

كذلك فان طبيب النساء والتوليد يلتزم بما سبق ذكره سواء تعلق الأمر بالتحصينات التي تعطي للحامل الأم أو تلك التي تعطى للرضع الجدد، أو أي تطعيم آخر يتعلق باختصاصه.

الفرع السابع: تقديم الأدوية

من المعلوم أن الطبيب وحين فحصه للمريض يقوم بإعطائه الدواء اللازم وهنا في هاته الحالة يكون ملتزماً ببذل العناية اليقظة دون التزامه بشفاء المريض، غير انه وفي حالة ما إذا قام الطبيب بإعطاء المريض الدواء في عيادته فيقع على عاتقه هنا التزام آخر ألا وهو الالتزام بضمان السلامة في

¹ - عيشوش كريم، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 99.

² - منير رياض حنا، المسؤولية الحديثة للأطباء والجراحين...، المرجع السابق، ص 220.

³ - منير رياض حنا، المسؤولية الحديثة للأطباء والجراحين...، المرجع نفسه، ص 220.

عدم إعطاء المريض دواء فاسدا أو ضارا أو لا تحمل بين خصائصها توصل المريض لبلاغ الغاية المقصودة من العلاج¹.

مثالها عند أخصائي التوليد تلك الحقن التي تعطى مثلا لتحفيز الولادة كحقن اوكسيتوسين فولمين 30 مل عن طريق الوريد أو إعطاء مخفف الآلام مثل أوكسيد النيتروز والمواد الأفيونية²، وهنا يكون طبيب النساء والتوليد ملتزم بضمان السلامة عن إعطاء هذه الأدوية في عيادته.

¹ عيشوش كريم، العقد الطبي، المرجع السابق، ص: 102.

¹ طب التوليد، أنظر:

الباب الثاني

أركان المسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد والتوجه نحو
مسؤولية موضوعية

الباب الثاني:

تمهيد:

إن أركان المسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد لا تختلف عن أركان المسؤولية المدنية للطبيب بصفة عامة، والتي بدورها لا تعدو أن تكون تلك المتعلقة بأركان المسؤولية بوجه عام، ألا وهي الخطأ، الضرر وعلاقة السببية بينهما.

ولكل عنصر من هاته العناصر أو الأركان أهميته، بل لا يمكن قيام مسؤولية الطبيب إلا بتوافر كل الأركان، هذا وتدور المسؤولية المدنية حول الضرر الذي تسبب فيه الطبيب لأنها التزام بالتعويض هذا الأخير الذي يقدر بقدر الضرر، بل إن المسؤولية المدنية في شقها ووجهها التقصيري تقف على التزام قانوني ألا وهو عدم إلحاق الضرر بالغير.

وعرفت المسؤولية تطورات كثيرة وكبيرة مست واهتمت بعناصر وأركان قيام المسؤولية المدنية الطبية، فعرفت تطورا بشأن عنصري الضرر والخطأ خاصة، فقد بينت وأقيمت المسؤولية المدنية الطبية بادئ الأمر على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس ليتحول فيما بعد إلى الخطأ المفترض غير قابل لإثبات العكس. ثم إيقافها فيما بعد على عنصر الخطر دون الخطأ أي التعويض عن الضرر الذي يصيب المريض بسبب الخطر (مبدأ تحمل تبعه الهلاك)، ومن هذا تأسست المسؤولية المدنية الجديدة والتي لا تأخذ بعين الاعتبار لقيامها إلا عنصر واحد وهو الضرر الذي يرتبط بالفعل الضار بعلاقة سببية.

فتطور المجتمع في شتى المجالات وانتشار الوعي بين أفرادها وما نتج من ضرورات عن ذلك، قاد إلى الاتجاه نحو مسؤولية موضوعية تقوم على الضرر.

ولتبيان أركان المسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد علينا التطرق من هذا الباب إلى كل عناصر قيام المسؤولية المدنية ألا وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، ثم التطرق إلى الاتجاه الموضوعي في المجال الطبي، لذلك فقد قسمنا بابنا إلى فصلين نتناول في الفصل الأول عنصر الخطأ وقد اخترنا تناوله في فصل لوحده كونه العنصر المهم والفعال في أركان المسؤولية المدنية الطبية من جهة ولأن الخطأ الطبي معروف بتفرعاته وأقسامه الكثيرة والمتعددة، أما الفصل الثاني فقد قسمناه إلى

مبحثين نتناول في الأول الضرر كركن والعلاقة السببية أما في المبحث الثاني فسنتناول الاتجاه الحادي والرامي إلى الأخذ بالمسؤولية الموضوعية في المسؤولية المدنية الطبية.

الفصل الأول

رکن الخطأ والضرر و العلاقة السببية في مسؤولية طبيب
النساء والتوليد المدنية

الفصلاالأول:

تمهيد:

رأينا في الفصل الأول والثاني من الباب الأول النظام القانوني الذي يسير المسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد، وكيف أن خصوصية العمل الطبي جعلت من طبيعة مسؤولية الطبيب المدنية خاصة أيضا كذلك طبيعة التزامه.

غير أنه وللحديث عن الالتزام الطبي علينا التحدث عن متى يعد الطبيب مخالفا لهذا الالتزام وما هو الجزاء المترتب عن ذلك، الشيء الذي يدفعنا إلى التطرق إلى قيام مسؤولية الطبيب بسبب إحلاله بالتزامه ومتى تقوم هذه المسؤولية وما هي أركانها.

فلكي تقوم المسؤولية المدنية يجب أن يثبت المريض قيام أركانها من خطأ، وضرر وعلاقة سببية ولكل ركن منهم أهميته الخاصة، ولا يمكن إهمال ركن على حساب آخر في مسألة قيام مسؤولية الطبيب المدنية خاصة وانه كما سبق وان تطرقنا إليه فان العمل الطبي بالغ الحساسية والخصوصية، لذا يجب التعامل معه في حدود المحافظة على حق المريض المتضرر وضمان الحماية له، وعلى حق الطبيب المعالج وكفل الحرية له.

ولأن المسؤولية المدنية للطبيب قد تأخذ الصورة الكلاسيكية أي المسؤولية المدنية الخطئية، كما قد تأخذ الصورة الجديدة أو الاتجاه الحديث أي الموضوعية.

فقد عاجلنا أركان المسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد في فصل كامل، تطرقنا في مبحثه الأول إلى الخطأ كركن في مسؤولية طبيب النساء والتوليد، وفي مبحثه الثاني إلى نحو اتجاه موضوعي في المسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد.

المبحث الأول: الخطأ الطبي كركن في المسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد

تقول القاعدة العامة أنه على الإنسان تحمل المسؤولية عن أفعاله الشخصية، أي تحمل مسؤولية الأفعال الضارة التي تصدر منه وطبيب عامة وطبيب النساء والتوليد خاصة يعني كذلك بهذه القاعدة، إذ لا تقوم المسؤولية الطبيب دون أن يصدر عنه خطأ، ونسطره فيما يلي إلى مفهوم الخطأ الطبي ومعيار تقديره.

المطلب الأول: مفهوم الخطأ الطبي

إن الخطأ الطبي شرط ضروري حتى تقوم المسؤولية المدنية ويعد أساس قيامها، وعلى المضرور التمسك بالخطأ الذي وقع وإقامة الدليل عليه ويخضع الخطأ الطبي للقواعد العامة للخطأ وتلك التي توجب قيام المسؤولية المدنية، حيث أن نصوص مزاوله الطب لا تبين سوى واجبات والتزامات الأطباء دون التطرق إلى جزاء مخالفتها¹، لذلك سنتطرق إلى تعريف الخطأ الطبي.

الفرع الأول: الخطأ الطبي وفقا للقواعد العامة

كون الخطأ الطبي لا يخرج عن ذلك الخطأ الموجب للمسؤولية المدنية بصورة عامة، وسنتطرق إلى عدة نقاط ألا وهي تعرف الخطأ لغة واصطلاحا ثم كيف عرفه القضاء الفرنسي والجزائري ثم ملازمة الخطأ للمسؤولية الطبية وفكرة تدرج الخطأ وتطور فكرة الخطأ.

أولا: تعريف فكرة الخطأ

سنتطرق للمفهوم اللغوي والاصطلاحي.

1/ تعريف الخطأ لغة: والخطأ هنا ضد الصواب وضد العمد وضد الواجب، يقال الخطأ إذا سلك سبيلا مخالفا للمسلك الصحيح²، والخطأ والخطاء في اللغة هو ما لم يتعمد وفي محكم التنزيل قول الله تعالى بعد بسم الله الرحمن الرحيم "وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به"³.

¹ - محمد رايس، نحو مفهوم جديد للخطأ الطبي في التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، قسم الوثائق، الجزائر، 2008، ص 65، 86.

² - سميرة حسن محسن، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي للعاملين فيها (دراسة مقارنة)، دار الفكر والقانون، مصر، 2016، ص 149.

³ - ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، الجزء الأول، دار صادر، بيروت، ب، د، ت، ص 65.

2/التعريف الفقهي للخطأ الطبي: الخطأ الطبي يأخذ تعريفه من الخطأ بوجه عام، إذن يتوجب علينا قبل أن نعرف الخطأ الطبي تحليل فكرة الخطأ عامة كونها أساسا للمسؤولية المدنية ثم قياس الخطأ على الخطأ الطبي وعلى الرغم من صعوبة تحديد الخطأ ومفهومه عامة غير أن ذلك يحول دون الاعتراف بأهمية تحديده، لان تحديده يساعدنا في حل مشاكل المسؤولية المدنية الخطئية أو القائمة على أساس الخطأ¹.

هذا واختلف الفقهاء عقب تعريفهم للخطأ عامة والخطأ في المجال الطب خاصة، ولم يفرقوا بين تعريف الخطأ في المسؤولية العقدية عنه في التقصيرية فوجد تعاريف كثيرة ومتنوعة ولعل ابسطها ما جاء به الفقيه بلانيول "Planiol" حيث يقول: "الخطأ هو إخلال لإلتزام سابق"².

أما "ريبير" فعرفه بأنه: "الإخلال باللتزام سابق ينشا عن العقد أو القانون أو قواعد الأخلاق"، أما "سافانتي" "Savatie" فعرفه على انه "الإخلال بواجب كان بالإمكان معرفته ومراعاته"³. وعرفه الفقيه مازو "Mazeaud" انه "انحراف في السلوك على نحو لا يرتكبه الشخص اليقظ لو أنه وجد في ذات الظروف الخارجية التي وجد فيها مرتكب الفعل"⁴.

وعرفه الأستاذ أسامة قايد بأنه "كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه عن القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم أو المتعارف عليها نظريا وعلميا وقت تنفيذ العمل الطبي، أو بإخلاله بواجبات الحيطه والحذر واليقظة التي يفرضها القانون حتى يترتب على فعله نتائج جسيمة، في حين كان في قدرته وواجبا عليه أن يتخذ في تصرفه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالمريض"⁵.

¹ - Jean (PENNEAU, Faute civile et faute pénale en matière de la responsabilité médicale, presses universitaires de France, paris, 1978, p 46.

² - « la faute est un manquement à une obligation préexistante, Cité in patrice Jourdain, les principes de le responsabilité civile, 05^{eme} édition, Dallouz, paris, 2000, p 48.

³ - محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص 67.

⁴ - احمد حسن الجباري، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام لقانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2008، ص 104.

⁵ - أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، المرجع السابق، ص 224.

أما الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري فيرى أن الخطأ هو انحراف وتعد في السلوك من شخص في تصرفه تجاوز به الحدود الواجب عليه التزامها في سلوكه ويكون الخطأ قصدياً أو غير قصدي¹.

أما علماء الشريعة الإسلامية فيعرفونه بأنه "الخطأ الفاحش الذي لا تقره أصول الطبابة ولا يقره أهل العلم والفن من ذوي الاختصاص"².

ثانياً: موقف القضاء من الخطأ الطبي

يعتبر الطبيب مخطئاً وفقاً للقضاء حال تقصيره في العناية والتي عرفت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير لعام 1936 "للعناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المكتسبة...". ووفقاً لما سبق ذكره، فإن الخطأ يقاس بمبدأ بذل الطبيب للعناية الوجدانية اليقظة³.

فقد قضت محكمة السين "la seine" الفرنسية سنة 1907 أن خروج الطبيب على القواعد العامة للحديقة يدعو إلى قيام مسؤوليته المدنية أو في حالة إهماله للمريض وعدم توخي معايير السلامة والضمان الذي تقتضيه مصلحة المرضى⁴.

كما قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر عنها سنة 1830 "اعتبار مسؤولية الطبيب تقصيرية"، ويعتبر هذا أول حكم يقيم المسؤولية على أساس إهمال في العناية بالمريض مما أدى إلى بتر ذراعه، الشيء الذي أوقعه تحت المساءلة المدنية رجوعاً إلى نص المادة 1382 وما بعدها من القانون الفرنسي⁵.

¹ - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2000، ص 884.

² - زاهية حورية سي يوسف، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المنظم بكلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، أيام 9 و 10 أفريل 2008، ص 13.

³ - محمد هشام قاسم، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة، كلية الحقوق والشريعة، الكويت 1981، ص 87.

⁴ - زاهية حورية سي يوسف، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، المرجع نفسه، ص 16

⁵ - لقمان فاروق حسن نانه كه لي، المسؤولية القانونية في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 16.

هذا وقد كرس القضاء الفرنسي بادئ الأمر عدم التفرقة بين الخطأ والغلط، حيث ذهب إلى أنه حتى ولو كان فعل الطبيب لا يمثل خطأ بل مجرد غلط إلا أن رابط السببية بين فعله والضرر الذي أصاب المريض يوجب مساءلة الطبيب مدنيا¹.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

أخذ المشرع الجزائري بالمفهوم التقليدي للخطأ وذلك من خلال نصه في المادة 124 من القانون المدني على أنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، وإضافة المادة 125 على أنه "لا يسال المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه وعدم حيطة إلا إذا كان مميزا"²، إذن نلاحظ أن المشرع الجزائري انتهج نهج المشرع الفرنسي في نص مادته رقم 1382 من القانون المدني الفرنسي:

Art : « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à la réparer ».

وفي الأخير استقر القضاء والفقهاء على أن الطبيب يسال عن خطئه الطبي مهما كان نوعه ودرجته فيسال عن الخطأ الفني والخطأ العادي، كما يسال عن الخطأ اليسير والخطأ الجسيم، كما اتفق على ضرورة أن يكون خطأ الطبيب واضحا بصورة قاطعة بحيث يثبت انه مخالف لقواعد العلاج المقررة والمتفق عليها³.

وقد صدر قرار بتاريخ 20-02-2008، بخصوص قضية (ع-ع) ضد مركز التوليد بسعيدة والنيابة العامة، ملف رقم 1450573 بخصوص رفض غرفة الاتهام فتح تحقيق قضائي بخصوص وفاة شخص قصد التأكد من وجود أو انعدام الخطأ الطبي، غير أنه تبين فيما بعد من أوراق الملف أن الوقائع التي ذكرها المدعي وطلب بناءً عليها فتح تحقيق حول وفاة الزوجة، مجرمة بمقتضى أحكام

¹ - محمد فتاحي، الخطأ الطبي والمشكلات التي يثيرها في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثالث، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، مكتبة الرشد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 89.

² - القانون المدني الجزائري، رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، ج، ر، عدد 44، السنة 42، الصادرة في 26 جوان 2005.

³ - محمد عبد الله ملا أحمد، ممارسة العمل الطبي بين الإباحة والتجريم (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2012، ص 162.

المادة 288 من قانون العقوبات، لتقضي في الأخير المحكمة العليا الجنائية بقبول الطعن وإحالة الدعوى والأطراف على نفس المجلس بتشكيلة جديدة للفصل في القضية¹.

الفرع الثاني: ملازمة الخطأ للمسؤولية الطبية

لقد تم استخلاص وصياغة مبدأ عام إلا وهو الخطأ أساس للمسؤولية المدنية على يد الفقيه دومات Domat في القانون الفرنسي القديم، متأثراً بالقانون الكنسي والذي أعطى فكرة الخطأ أهمية كبيرة بل وذهب إلى اعتبار الخطأ شرط ضروري للمسؤولية المدنية حيث أن الشخص الذي لا يخطئاً يلتزم بأي تعويض للأضرار².

إذن لا يمكن تصور وجود المسؤولية المدنية دون خطأ، بمفهوم آخر أن الخطأ هو الأساس القانوني لها وعلى المتضرر لكي يتحصل على تعويض الضرر إثبات الخطأ الصادر من المسؤول عنه وعليه فان دعوى المسؤولية من قبل المضرور لا تقبل إلا إذا أقام الدليل على خطأ المسؤول، ومنه فانه لا يمكن إلزام أي شخص بالتعويض عن ضرر لا يسببه خطؤه لان مبدأ المسؤولية عند ثبوت الخطأ وعدم المسؤولية عند انتقائه وهذا هو المنطق السليم واحترام القيم القانونية للمجتمع³.

وباعتبار الخطأ أساس للمسؤولية المدنية له مبرراته وحججه المنطقية والأدبية، فالمنطق السليم يرمي إلى تأسيس المسؤولية المدنية على الخطأ هي أفضل وسيلة لتدارك الأضرار بحيث تجعل من أي شخص يتوخى أقصى درجات الحذر واليقظة لتفادي الخطأ وبالتالي التعويض ويرمي أيضا المنطق السليم إلى عدم تحمل المسؤولية إلا عن الأضرار التي تسبب فيها بخطئه⁴.

وتقضي القواعد الأدبية والأخلاقية أن يدفع تعويضا عن الضرر الذي تسبب فيه للغير بخطئه وهو أمر جوهرى تقتضيه العدالة، فالإزام شخص بتعويض ضرر تسبب في وقوعه دون خطأ، معناه إدانة شخص بريء أو غير مدين وهو أمر مجافي لقواعد الأخلاق.

¹ - عبد القادر خذير، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، دار هومة، الجزء الأول، الجزائر، 2014، ص 47-48-49.

² - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 65.

³ - سميرة حسن محسن، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي للعاملين فيها (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 101-102.

⁴ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع نفسه، ص 66.

وتوسع القضاء الفرنسي من تأسيس قواعد المسؤولية المدنية على أساس الخطأ والتوسع من فكرة الخطأ في حد ذاتها، ولعل خير دليل على جهود القضاء الفرنسي في هذا المجال، هي التقدير الذي قام به وادخله على نصوص المسؤولية المدنية ومن ذلك مبدأ الخطأ كأساسها¹.

فقد جعل القضاء الفرنسي مفهوم الخطأ مفترضا غير قابل لإثبات العكس ثم خطأ مفترضا قابلا لإثبات العكس، وأقام المسؤولية عن فعل الأشياء حتى دون حاجة لإثبات الخطأ، الشيء الذي أعطى وجها آخر للمسؤولية دفع إلى القول بأن المسؤولية المدنية أصبحت نوعين يقوم أحدهما على أساس الخطأ ويقوم الثاني على أساس تحمل التبعة².

أما فيما يتعلق بمسؤولية الطبيب نحو مريضه، فالقضاء الفرنسي اعتبر تلك المسؤولية تقصيرية بادئ الأمر قبل أن يعود بعد ذلك ويعتبرها عقدها في قرار مرسى Mercier، واستمر القضاء الفرنسي في اعتبارها عقديّة³.

وليس القضاء الفرنسي وحده الذي كانت له أحكام وقرارات في اعتماد الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، بل توجد له عدة تطبيقات في تشريعات أخرى بينها حكم نقض لمحكمة مصرية يتحمل الطبيب المسؤولية لثبوت الخطأ الطبي والتقصير من جانب المتهم والذي لا يمكن وقوعه من طبيب يقظ يوجد في نفس الظروف المحيطة، وبناءً عليه لا بد عليه تحمل التزاماته⁴.

الفرع الثالث: معيار تقديم الخطأ الطبي

إن الإجماع الفقهي في مسألة الالتزام الواقع على عاتق الطبيب، يقول بان التزام الطبيب إنما هو التزام ببذل عناية الشيء الذي تطرقنا إليه سابقا.

¹ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 67-68.

² - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع نفسه، ص 69.

³ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع نفسه، ص 69.

⁴ - طعن 42/1566 ق، جلسة بتاريخ 11/02/1973، انظر: عبد الوهاب عرفة، الوسيط في المسؤولية الجنائية والمدنية

للطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 87.

والالتزام فيا لواقع العملي على عاتق الطبيب كأصل عام هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة الشفاء، إذن فقواعد مهنة الطب وقوانينها لا تفرض على الطبيب التزاما بشفاء المريض ولكن تلزمه ببذل العناية في علاج المريض¹.

وقد اعتمدت عدة معايير بتقدير الخطأ الطبي هي:

أولاً: المعيار الموضوعي

وهو المعيار الذي يقاس به الخطأ بوجه عام في الالتزام ببذل عناية وقوامه السلوك المألوف للشخص العادي، ويمثل هذا الشخص جمهرة الناس أي لا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلى الذروة ولا هو محدود الفطنة قاصر المهمة فينزل إلى الحضيض وقد عرف هذا الشخص برب الأسرة العامل بحيث ينظر إلى السلوك المألوف لهذا الشخص العادي ونقيسه عليه سلوك الشخص المخطئ مع مراعاة الظروف المحيطة، فإذا حاد سلوكه عن سلوك الشخص العادي اعتبر مرتكباً للخطأ².

إذن فرجوعاً إلى هذا المعيار فإن المطلوب من الطبيب عند القيام بعمله مثل كل شخص عادي توخي الحيطة والتبصر في سلوكه وبذله العناية التي يبذلها الشخص العادي ويتم مقارنته بالطبيب الوسط من نفس التخصص³.

إذن فالمعيار العام لقياس الخطأ هو معيار موضوعي يؤسس على ما يفعله الشخص المعتاد من نفس فئة الطبيب المختص وتخصمه لا على ما اعتاد مرتكب الخطأ فعله⁴.

وقد ذهب محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها إلى اعتناق هذا المعيار بقولها أن "مسؤولية الطبيب لا تقوم في الأصل على انه يلتزم بتحقيق غاية في شفاء المريض، وإنما يلتزم ببذل العناية الصادقة في سبيل شفاؤه، ولما كان واجب الطبيب في بذل العناية مناطه ما يقدمه

¹ - عبد القادر بن تيشة، الخطأ الطبي للطبيب في المستشفى العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 31.

² - M.M. HANNOUZ، A.R.HAKEM، précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit، of files des publications universitaires، Alger، 2000، p 50.

³ - عبد القادر بن تيشة، الخطأ الطبي للطبيب في المستشفى العام، المرجع نفسه، ص 32.

⁴ - عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية للأطباء...، المرجع السابق، ص 201.

طبيب يقظ من أواسط زملائه علما ودراية في الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة"¹.

إذن فقياس وتقدير الخطأ من عدمه وفقا لهذا المعيار، هو قياس سلوك الطبيب المخطئ والذي يتسبب في أحداث الضرر بسلوك طبيب آخر من نفس المستوى والتخصص والخبرة، كما لا يجوز إغفال الظروف المحيطة بالطبيب وقت قيامه بالتدخل الطبي².

ومنه يمكننا القول أن معيار الخطأ الطبي مرتبط بعنصر الاحتمال قياسا على طبيب في نفس المستوى والتخصص والخبرة، فكلما كان الاحتمال بعيد الحدوث كلما انتفت مسؤولية الطبيب وانتفى وصف الخطأ عن فعله، ولذلك قضى بعدم مسؤولية طبيب الأشعة عن وفاة المريض نتيجة أخذه حقنة بصيغة أشعة بغية الكشف عما يعانیه من مرض، كون هذه الحقنة سبق استخدامها وثبتت فعاليتها واحتمال الوفاة بسببها جد نادر، بل تقدر نسبة حدوثه (01) حالة في كل 300.000 ومن هنا فان عدم إخطار المريض بهذا النوع من الإحتمالات لا يعد خطأ من الطبيب، لان الحقن ثم وفقا للقواعد الفنية كما أن إنقاذ المريض فنيا من هذا الخطر غير ممكن³.

ثانيا: المعيار الشخصي

وفيه ينظر إلى ذات الطبيب الذي قام بالخطأ وإلى إمكاناته الذاتية ودرجة حرصه، إذن يعتبر مقصرا الطبيب الحريص إذا قصر في العناية المطلوبة للمريض، كما لا يعتبر الطبيب المعتاد على اللامبالاة مسؤولا عن فعله حالما سبب للمريض ضررا⁴.

غير أنه يعاب على هذا المعيار صعوبة تطبيقه، لصعوبة تقصي ظروف وأحوال كل طبيب على حدى ومراقبة سلوكه وتصرفاته وبالتالي صعوبة مقارنتها مع سلوكه العادي لتقدير إمكانية وقوع الخطأ

¹ - قرار محكمة النقض المصرية، 1966/03/22، نظر: عبد القادر بن تيشة، الخطأ الخصي للطبيب في المستشفى العام، المرجع السابق، ص 34.

² - Jean (PENNEAU), Faute civile et faute pénale en matière de la responsabilité médicale, OP. CIT. P 16.

³ - سامي هارون الزراع، فكرة الخطأ المهني أساس المسؤولية المهنية لأرباب المهن الحرة "الطبيب"، مركز الدراسات العربية، مصر، 2017، ص 125-126.

⁴ - إبراهيم علي حمادي الجلوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار...، المرجع السابق، ص 36.

من عدمها، فهو أمر لا يصعب كشفه عمليا ولا من ناحية القضاء¹.

ثالثا: المعيار الراجح

الرأي الراجح فقها وقضاءً أن المعيار الواجب الأخذ به هو المعيار المختلط الذي قوامه السلوك المألوف من طبيب وسط، تقارن بسلوكه سلوك الطبيب المخطئ، ويكون من نفس فئته ومستواه، ويجب عدم تجريد الطبيب الذي اخذ كمعيار من الظروف المحيطة بالطبيب مرتكب الخطأ وهذا استنادا إلى القواعد العامة المقررة في هذا الصدد².

الفرع الرابع: إثبات الخطأ

وفقا للقواعد والمبادئ العامة في علم الإثبات، فإن عبء إثبات الخطأ الطبي يقع على عاتق المريض المتضرر باعتباره المدعي وعليه إقامة الدليل على ما يدعيه، وليس بالأمر الهين إقامة الدليل على ادعاء المريض نظرا لما يثقل كاهله من عقبات وصعوبات وستتطرق إلى مفهوم أو المقصود بعبء الإثبات ثم إلى الصعوبات التي تواجه المريض وهو يحاول إثبات قيام مسؤولية الطبيب.

أولا: المقصود بعبء الإثبات

الإثبات هو تأكيد وجود أمر معين أو حقيقة هذا الأمر، أما معناه القانوني فيعني الإثبات القضائي أي (إقامة الدليل أما القضاء بطريقة من الطرق والتي يحددها القانون على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع فيها³.

يلقي القضاء المدني والإداري عبء الإثبات على عاتق المريض الضحية، لذا بطلب منه أن يثبت بأن الضرر ناتج عن الطبيب المعالج سواء كان خطأ متعلق بالإنسانية الطبية L'humanisme médical أو من الأخطاء التي لها علاقة بالأصول الفنية⁴ Fautes de technique médicale.

1 - محمد رايس، نحو مفهوم جديد للخطأ الطبي في التشريع الجزائري..، المرجع السابق، ص 74.

2 - عبد الحميد الشورابي، المسؤولية المدنية للأطباء..، المرجع السابق، ص 202.

3 - عبد القادر بن تيشة، الخطأ الخصي للطبيب في المستشفى العام..، المرجع السابق، ص 36.

4 - علي عصام غصن، الخطأ الطبي..، المرجع السابق، ص 114.

ولقد جاء في قرار محكمة التمييز الفرنسية المشهور "Mercier" الصادر في 20 أبريل 1936 ان الطبيب ملزم في مواجهة المريض بتقديم العناية الحذرة والتي لا تخالف المعطيات العلمية المكتسبة وبالمقابل على المريض إثبات تقصير الطبيب وإهماله في تنفيذ التزامه"¹.

ويمكننا التطرق في هذا الفرع إلى نوعين من الإثبات حيث يختلف إثبات خطأ الطبيب في الالتزام ببذل عناية منه في الالتزام بتحقيق نتيجة.

1/ إثبات خطأ الطبيب في الالتزام ببذل عناية:

إذا كان محل الالتزام ببذل عناية أو بوسيلة داخل الطبيب بالتزامه فهنا التزام الطبيب هو بذل الجهد والمسعاعى المطلوبة للوصول إلى شفاء المريض لا تحقيق الغاية ألا وهي إبرأؤه من العلل، فان أغلبية الفقه ذهبت إلى انه يقع على كاهل المريض إثبات واقعة أو وقائع تمثل تقصير من المدين الذي هو الطبيب هنا عن بذل العناية المطلوب القيام بها، لان تكليف المدين بالبرهان على انه بذل ما ينبغي عليه من عناية يستوجب منه إثباتا دائما ومستمر الشيء الذي قد يستحيل في بعض المرات، مما استوجب تكليف الدائن (المريض) بعبء الإثبات تسليما بفرضية تنفيذ المدين لالتزامه على الوجه المطلوب وعلى أن يتحمل بعبء الإثبات اقدر المتنازعين على تقديمه"².

وتنطبق قواعد إثبات الخطأ العقدي على إثبات الخطأ التقصيري"³، فقد قررت المادة (1147) من التقنية المدني الفرنسي في مجال الخطأ الطبي، بان المدين المدعى عليه بالإخلال بالتزام عقدي يسأل عن الإخلال بتنفيذ التزامه إلا إذا اثبت أن هذا الإخلال يعود إلى سبب أجنبي، أي أن الدائن هنا (المريض) يكتفي بإثبات الالتزام ووقوع الضرر وهذا في حالة الالتزام العقدي بتحقيق نتيجة، أما في حالة الالتزام العقدي ببذل عناية فعلى الدائن إثبات خطأ المدين بالرغم من الطبيعة العقدية لالتزام المدين"⁴، ولا يجوز افتراض خطأ الطبيب لمجرد إصابة المريض بضرر بل عليه إثبات الخطأ ويستطيع الطبيب نفي بإثبات العكس وذلك بإقامة الدليل على انه بذل العناية اللازمة في تنفيذ التزامه"⁵.

¹ - علي عصام غصن، الخطأ الطبي..، المرجع السابق، ص 115.

² - اسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية..، المرجع السابق، ص 446-447.

³ - اسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية..، المرجع نفسه، ص 447.

⁴ - عبد القادر بن تيشة، الخطأ الخصي للطبيب في المستشفى العام..، المرجع السابق، ص 39-40.

⁵ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 552.

فلم تعد طبيعة المسؤولية تشكل عائقاً في مجال عبء إثبات الخطأ بل يتوقف ذلك على مضمون الالتزام، كما أن المادة (1135) مدني فرنسي، نصت علناً على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه، لا تطبق إلا في حالة ادعاء المريض عدم قيام الطبيب بالعلاج، بينما وعادة ما يدعى المريض إثبات خطأ الطبيب وأنه سبب له ضرراً ليطالبه بعدها بالتعويض¹.

وقد حرصت محكمة النقض المصرية في إقرارها للطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب لأول مرة في 25-06-1969، على تأكيد أن الطبيعة العقدية لهاته المسؤولية لا يؤثر ولا يغير ما ذهبت إليه سابقاً في أحكامها من اعتبار التزام الطبيب إنما هو التزام ببذل عناية وان عبء الإثبات للخطأ الطبي فيه يقع على عاتق المريض حيث قالت في حكمها: "مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاج هي مسؤولية عقدية والطبيب وان كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفاؤه أو نجاح العملية التي يجريها له، لان التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة، وإنما التزام ببذل عناية، فان المريض إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة فان عبء الإثبات ذلك يقع على عاتق المريض"².

ومما سبق ذكره يمكننا القول إن عبء إثبات خطأ الطبيب على عاتق المريض يتماشى مع القاعدة الراسخة في الإثبات والتي تقر انه على المدعى إثبات ما يدعيه وبالتالي فمن يدعى واقعه معينه يقع عليه عبء إثباتها، فالمريض إذا ادعى على الطبيب عدم بذل العناية المطلوبة في العمل الطبي، يقع عليه إثبات وقائع معينة تمثل أقداماً أو اقتناعاً وترجم وتعي بالضرورة قصوراً في بذل هذه العناية³.

2/ إثبات خطأ الطبيب في الالتزام بتحقيق نتيجة:

لأن هناك حالات قد إكتسبت معطيات علمية جديدة لا تكون محتملة ويكون الوصول فيها إلى نتائج مؤكدة، كون الوسائل أصبحت متوفرة عند الأطباء، ففي هذه الحالات أصبح التزام الطبيب هو التزام بتحقيق نتيجة ويكفي لقيام مسؤولية الطبيب إثبات المريض (المضروب) للالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب وإثبات حصول الضرر، مثل عمليات نقل الدم أو التركيبات الصناعية والأسنان

¹ - أنور يوسف حسن، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب..، المرجع السابق، ص 378.

² - أنور يوسف حسن، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب..، المرجع نفسه، ص 378-379.

³ - أنور يوسف حسن، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب..، المرجع نفسه، ص 379.

مضاف إلى هذا الالتزام العام الذي يقع على عاتق المستشفى ألا وهو سلامة المريض خلال فترة إقامته فيه¹.

إذن ففي مثل هذه الحالات يكفي لانعقاد مسؤولية الطبيب إثبات الضرر، ولا يمكن للطبيب نفي تلك المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، أي أن وقوع الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو خطأ المريض أو خطأ الغير بقطع رابط السببية بين فعله والضرر الذي أصاب المريض².

ثانيا: الصعوبات المتعلقة بالإثبات

إن الصعوبات التي يواجهها المريض في سبيل إثبات قيام المسؤولية الطبيب شاقة، فعلاقة الطبيب بالمريض علاقة غير متكافئة في الأصل حيث أن هناك طرف يعاني وآخر يقصده هذا الطرف الأخير أملا في تخليصه من ألمه وهي علاقة تقوم على الثقة من حيث المبدأ، هاته الثقة التي تعتبر في حد ذاتها عائقا وحاجزا يحول دون استعداد المريض لأخذ اي دليل سبق قد يعتمد عليه مستقبلا حال تضرره من تدخل الطبيب للعلاج أو الجراحة³.

ضف إلى هذا التعاون بين الطبيب ومعاونيه حول الوقائع والتكتم وإخفاء الأدلة، وقد يشكل الاستعانة بخبراء للتحقق من إثبات الخطأ الطبي أيضا خطوة غير مجدية نظرا لتغطية أخطاء زملائهم ومحاولة تبريرها، وقد نبه القضاء في هذا السياق إلى توخي الحذر تجاه تقرير الخبراء، وفي حكم قدم لمحكمة استئناف مصر الأهلية، وبعد أن تبين أن للقاضي الاستعانة بالخبرة للتحقق من خطأ الطبيب لم يأخذ حذره من الخبر الذي يقدم تقريراً لصالح زميل له، لأنه ربما قد تأثر بعامل الزمالة⁴.

إذن تتضاعف صعوبة إثبات الخطأ الطبي أثناء تقدير القاضي لهذا الخطأ والتحقق من ثبوته حيث يتوجب على القاضي استخلاص الخطأ الطبي والذي يكون هنا الحياد عن الأصول الفنية للمهنة ومخالفة قواعد العلم دون الوصول إلى الخوض في النظريات العلمية خاصة اذا كانت محل خلاف بين أهل العلم والخبرة⁵.

1 - عبد القادر بن تيشة، الخطأ الخصي للطبيب في المستشفى العام..، المرجع السابق، ص 43.

2 - عبد القادر بن تيشة، الخطأ الخصي للطبيب في المستشفى العام..، المرجع نفسه، ص 44.

3 - إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، المرجع السابق، ص 181.

4 - إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، المرجع نفسه، ص 181.

5 - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 556.

هذا وقد حاول القضاء الفرنسي تدليل العقبات أمام المدعي (المضروب) أي المريض وذلك في سبيل النهوض بحقه، عن طريق استنتاج الخطأ من القرائن بمجرد وقوع الضرر عكس ما تقضي به القواعد العامة في المسؤولية المدنية¹.

كذلك مسألة نقل عبء الإثبات في مجال التبصير إلى الدائن والذي هو الطبيب، الذي أصبح يقع عليه إثبات تبصيره للمريض بطبيعة العمل الطبي ومخاطره إذا ما ادعى المريض عدم قيام الطبيب بذلك، حيث قررت محكمة النقض بتاريخ 25 فيفري 1997 بقولها: "إن الطبيب يقع على عاتقه التزام خاص بإعلام مريضه ويقع على عاتقه عبء إثبات تنفيذه لهذا الالتزام"².

إذن مما سبق ذكره، نخلص إلأن لإثبات الخطأ الطبي أهمية بالغة لقيام المسؤولية الطبيب، وبأن قواعد الإثبات تتغير حسب مضمون الالتزام لا حسب طبيعة المسؤولية، ولأن عبء الإثبات الملقى على عاتق المريض ونظراً لصعوبة هذا فقد سعى القضاء خاصة الفرنسي إلى تدليل هذه العقوبات بتحقيقها تارة ونقلها تارة أخرى.

المطلب الثاني: طبيعة الخطأ الموجب للمسؤولية الطبية وصوره

تقوم مسؤولية الطبيب إذا ما صدر عنه خطأ أثناء التدخل الطبي وسبب ضرراً للمريض، غير أن طبيعة هذا الخطأ تتغير فقد تكون أمام خطأ جسيم أو يسير، مادي أو فني، فردي أو نتج عن الفريق الطبي، كذلك فقد نجد صور عديدة للخطأ الطبي فقد يكون بمناسبة تدخل الطبيب العلاجي أو تدخله الجراحي، وسنعالج ذلك في

الفرع الأول: تقسيمات الخطأ الطبي

وهنا سنفرق بين الأخطاء التي تصدر عن الطبيب من حيث جسامتها ومن حيث فنيته من تصدر عنه.

أولاً: خطأ الطبيب من حيث جسامته

وقد ذهب جانب من الفقه إلأن مسؤولية الطبيب لا تقوم إلا إذا كان خطأ الطبيب على درجة الجسامه أما اليسير فلا يوجب المسؤولية، حيث أن الخطأ اليسير لا يكون على قدر من الدرجة

¹ - عبد القادر بن تيشة، الخطأ الخصي للطبيب في المستشفى العام، المرجع السابق، ص 41.

² - أنور يوسف حسن، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 383.

الكافية لإقامة المسؤولية لذلك يعفى الطبيب فيه من مسؤوليته¹. غير ان هذه الفكرة سرعان ما اندثرت.

1/مسؤولية الطبيب عن خطئه الجسيم

إن الخطأ الجسيم هو خطأ غير عمدي يتخلف فيه قصد الأضرار من مرتكبه وبالرغم من ذلك فان درجة جسامته دفعت الرومان الى الذهاب بتشبيهه بالخطأ العمدي أو التدليسي، غير أن تشبيهه هذا لا يؤثر في طبيعته من حيث اعتباره خطأ غير عمدي².

وقد عرف الخطأ الجسيم بأنه الخطأ الذي لا يصدر من أقل الناس تبصيرا وعرف بأنه الخطأ الذي لا يتصور وقوعه إلا من مشتهر أو متهور، كذلك يمكن وصف الخطأ الجسيم بأنه الذي يبلغ درجة من الفحش يدل على أهمية مرتكبه، وانه غير كفاء للقيام بالواجب المفروض عليه³.

وعرفت محكمة النقض الفرنسية الخطأ الجسيم بصفة عامة بأنها إهمال خطير من طرف الدائن، يجعله يخل بالتزاماته التعاقدية الملقاة على عاتقه⁴.

ومن التطبيقات القضائية للخطأ الجسيم ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكم لها تبنت من خلاله الخطأ الفني الجسيم في قضية thoueret-Noray، وقررت فيه بان الطبيب يسأل عن الإهمال الذي وقع منه والذي أدى الى بتر ذراع المريض، واعتبرت الأمر خطأ جسيم صدر عن الطبيب حيث انه تخلى عن المريض وتركه يعاني⁵.

¹ - هنري وليام مازو، دروس في القانون المدني، ج2، ط6، ص 437-438، انظر: انور يوسف حسن، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب..، المرجع السابق، ص 313.

² - محمد السعيد رشدي، الخطأ غير المغتفر "سوء السلوك الفاحش والمقصود"، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 77.

³ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 156-157.

⁴ - La cour de cassation la définit comme «la négligence d'une extrême gravité dénotant l'inaptitude du débiteur à accomplir sa mission contractuel, Cité in patrice Jourdain), op. cit. p 65.

⁵ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع نفسه، ص 157-158.

كما قضت محكمة مصر الأهلية بان الطبيب لا يسأل عن خطئه في التشخيص مدنيا أوجزائيا، في حالة ثبوت اتخاذه الإجراءات التي يوجبها الفن الطبي¹.

أما بالنسبة للفقهاء الإسلاميين فقد ميز الفقهاء بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير للطبيب، حيث قرروا بان الطبيب أو الجراح لا يسأل إلا عن الخطأ الفاحش وهو الذي يمكن أن يقع فيه أي طبيب آخر، فان صدر عن الطبيب ما لا يفعله طبيب آخر ممن أراد الصلاح وكان عالما بهذا، فهو ضامن لهذا التجاوز في عمله، غير انه إذا كان فعل الطبيب ما يفعله طبيب مثله من هل العلم وصناعة الطب فلا ضمان عليه².

ثم سرعان ما فقدت فكرة الخطأ الجسيم أهميتها على إثر الحكم الشهير الصادر بتاريخ 20 ماي 1936، عندما قررت محكمة النقد الفرنسية أن إلزام الطبيب إنما يكون بذل الجهود الصادقة واليقظة والمتفقة مع أصول مهنة الطب، وان أي إخلال متعمد أو غير متعمد، جزاؤه المسؤولية العقدية إذن تحول القضاء الفرنسي لتتم مساءلة الطبيب حتى عن أخطائه ولو كانت يسيرة والذي قد تطرقنا إليه سابقا³.

2/ هجر القضاء للخطأ الجسيم لقيام مسؤولية الطبيب (الخطأ اليسير):

وهو النوع الذي لا يقترفه شخص عادي في حرصه وعنايته وهو الشخص الذي تعينه المادة 172 من التقنين المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 211 من القانون المدني المصري والمادة 1137 من التقنين المدني الفرنسي كمعيار عام ومجرد، إذا تعلق الأمر بمدى العناية المطلوبة من المدين بذها⁴.

ومن التطبيقات القضائية ما ذهبت إليه محكمة قرونوبل Grenoble الفرنسية سنة 1946 بقولها "إن الطبيب مسؤول عن الأخطاء التي تقع منه أثناء ممارسته مهنته وكذلك عن الضرر المتسبب عن إهماله وعدم احتياظه في تشخيص الداء ووصف الدواء، وإجراء العمليات ولا يلزم لقيام هذه المسؤولية أن يرتكب الطبيب خطأ جسيما، إذ لا يوجد في نصوص القانون ما يعفي الطبيب من

¹ - محكمة مصر منعقدة بهيئة استئنافية في 02 مايو 1927، أنظر: منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 258.

² - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 158.

³ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع نفسه ص 159.

⁴ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع نفسه، ص 160.

المسؤولية عن الخطأ اليسير متى كان هذا الخطأ واضحاً، ولا يقع من الطبيب المعتاد من أوسط رجال هذه المهنة، وفي مثل الظروف الخارجية للمدعى عليه¹.

أيضاً ما يؤكد تخلياً للقضاء الفرنسي عن اشتراط الخطأ الجسيم وحده لقيام مسؤولية الطبيب حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 30 أكتوبر 1963، والذي قررت فيه أن مسؤولية الطبيب تقوم بمجرد خطئه دون الحاجة إلى اشتراط بلوغ درجة الجسامة، وقد صدر هذا الحكم بصدد خطأ في نظراً لإصابة مريض بشلل جزئي نتيجة حقنه بطريقة خاطئة، وقد صدر في هذه المسألة حكم عن محكمة ليوج في 07 ديسمبر 1957 يقضي بمسؤولية الطبيب، غير أن طعن المدعى عليه والأمر بنذب خبير أفضى إلى صدور حكم عن محكمة استئناف ديموج يقضي عدم انعقاد المسؤولية الطبية إلا في حالة الأخطاء الجسيمة، غير أن محكمة النقض الفرنسية أصدرت هذا المفهوم في الحكم المذكور².

إذن يمكن القول أن الذي يهمن من وجهة القضاء ليس وصف الخطأ جسيماً كان أو يسيراً أو النظر إلأهمية هذا الالتزام، إنما إلى ثبوت الخطأ في الوقائع بمنافاتها مع الأصول العلمية المستقرة³

ثانياً: من حيث اتصاله بمهنة الطب:

فالطبيب عند قيامه بأي تدخل طبي، قد يقوم بخطأ عادي (مادي)، وهو غير مهني، أو يكون خطؤه مهني.

1/ الخطأ المادي أثناء التدخل الطبي

وهو الخطأ الذي يخرج عن ميدان ممارسة الشخص المنسوب إليه الخطأ، ويعد إخلالاً بالالتزام الذي يفرض على الناس باتخاذهم العناية اللازمة حين قيامهم بسلوك معين، إذن فالخطأ العادي هو الذي يصدر من أي شخص لا علاقة له بصفة الطبيب لذا تسمى أخطاء مادية⁴. ومن قبيل ذلك

¹ - محكمة غرونوبل، في 04 فبراير 1946، انظر رجب كريم عبد اللاد، المسؤولية المدنية لجراح التحميل، المرجع السابق، ص 108.

² - نقض فرنسي، 30 أكتوبر 1963، انظر: أنور يوسف حسن، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 335.

³ - أنور يوسف حسن، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب..، المرجع السابق، ص 335.

⁴ - اسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية..، المرجع السابق، ص 190.

عدم نقل المريض إلى المستشفى في الوقت المناسب يعتبره البعض خطأً مهنيًا باعتباره خطأً في التشخيص غير أن محكمة فرنسية قضت بأن عدم الأمر بنقل المريض إلى مستشفى هو خطأ عادي¹. وتطبق القواعد العامة على الخطأ العادي للطبيب وبما أن هذا النوع من الأخطاء لا علاقة له بمهنة الطب حتى في حالة ارتكابه أثناء مزاولة مهنة الطب، فقد سمي بالخطأ المادي أو الخطأ الواضح².

2/ الخطأ الفني

وهو الخطأ الذي يقع فيه الطبيب عندما يخالف القواعد الفنية والتي تفرضها عليه مهمته والتي يجب مراعاتها والتحلي بها³. فهو خروج الطبيب عن قواعد وأصول المهنة الطبية المعروفة نظريًا وعمليًا في المحيط الطبي، فالخطأ الفني هو إخلال رجل الفن كطبيب بقاعدة علمية وفنية محددة في الأصول العامة، كالخطأ في التشخيص أو عدم قيامه بأمر للمريض تحتم قواعد مهنة الطب ضرورة القيام به⁴، كذلك عدم وضع المريض في وضع صحيح خاصة في مجال كسور العظام يعتبر خطأ فنيًا⁵. ولا بد أن يستعين القاضي بالخبرة من خلال ندبه لخبير كلما تعلق الأمر بتقدير الأخطاء الفنية للقاضي الحق في الأخذ بنتائج تقرير الخبرة أولاً⁶.

هذا ويبقى التمييز بين نوعي الخطأ المادي والمهني أمر في غاية الصعوبة خاصة إذا أخذنا في الحسبان تأثير العلاج والجراحة واختلافه من حالة لأخرى، حسب اختلاف تقبل جسد المريض للعلاج والجراحة⁷.

1 - سامي هارون الزراع، فكرة الخطأ المهني..، المرجع السابق، ص: 107.

2 - إبراهيم علي حمادي الجلوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي..، المرجع السابق، ص 27.

3 - إبراهيم علي حمادي الجلوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي..، المرجع نفسه، ص 28.

4 - اسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية..، المرجع نفسه، ص 190.

5 - سامي هارون الزراع، فكرة الخطأ المهني..، المرجع نفسه، ص 107.

6 - محمد فتاحي، الخطأ الطبي والمشكلات التي يثيرها في طاق المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 97.

7 - سامي هارون الزراع، فكرة الخطأ المهني أساس المسؤولية المهنية لارباب المهن الحرة "الطبيب"، المرجع نفسه، ص 106.

ثالثاً: من حيث مرتكب الخطأ

قد يرتكب الطبيب خطأ فينسب إليه لفرده، ويكون المسؤول أمام المضرور، أو يصدر الخطأ عن طريق الأطباء وهنا الخطأ لا ينسب إلى طبيب معين وإنما للفريق، إذن هناك خطأ شخصي للطبيب وخطأ الفريق الطبي.

1/ الخطأ الشخصي للطبيب

تقضي القواعد العامة بمسؤولية الطبيب عن خطئه الشخصي والذي يرتكبه أثناء قيامه بعلاج المريض أو القيام بعملية جراحية له¹، كذلك طبقاً للقانون المدني فان الشخص متى ارتكب خطأ سواء اخل بالتزام قانوني² أو عقدي³، يعتبر ذلك خطأً شخصي يسال عنه بمفرده.

وقد استقر القضاء بعد قرار مارسي الشهير (Mercier) سنة 1936⁴، على أن المسؤولية الطبية الطبية بناءً على الفعل الشخصي تعتبر ذات طبيعة عقدية كلما وجد عقد (صريح أو ضمني) بين الطبيب والمريض، وكان الضرر ناتج عن إخلال بالتزام تعاقدية⁵.

ومنه فان المسؤولية العقدية للأطباء عن أفعالهم الشخصية هي الأصل والقاعدة العامة، ولا تكون أمام مسؤولية تقصيرية للطبيب إلا في حالة عدم وجود عقد، مثالها: تدخل الطبيب أثناء حوادث المريض والطرق⁶.

2/ خطأ الفريق الطبي

إستلزم التطور المتزايد للعلوم الطبية تطور فنون الطب وسيرها بسرعة شديدة نحو التقدم، سواء تعلق الأمر بوسائل وأجهزة العلاج أو الأشخاص القائمين بالعمل الطبي، كما أدى تطور وتعدد

¹ - إبراهيم علي حماوي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي...، المرجع السابق، ص 130.

² - المادة 124 من القانون المدني الجزائري: " كل فعل أياً كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

³ - المادة 106 من القانون المدني الجزائري: العقد شريعة للمتعاقد، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون.

⁴ - قرار مرسي، صادر عن محكمة النقض الفرنسية 20 مارس 1936، مشار إليها سابقاً.

⁵ - أنظر المادة 124 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

⁶ - محمد رايس، نحو مفهوم جديد للخطأ الطبي في التشريع الجزائري...، المرجع السابق، ص 117.

التقنيات إلى الحاجة لتخصصات فنية عميقة، مما نتج عنه وبصفة مباشرة تعدد الوظائف في العمل الطبي الجماعي أو عمل الفريق¹.

إذن ومما لا شك فيه أن استعانة الطبيب الرئيسي بمجموعة من أطباء مساعدين، يزيد من صعوبة تحديد طبيعة الخطأ وحدوثه كنتيجة مباشرة عن تعدد المشاركين في هذا التدخل الطبي².

وقد اختلف الفقه كثيرا في مسؤولية الطبيب الجراح (رئيس الفريق الطبي) عن أخطاء زملاءه الأطباء والمرضين، فمنهم من رأى أن الطبيب الجراح وطبيب التخدير أو الأشعة يكونان معا فريقا جراحيا يكون مسؤولا عنهما الطبيب الجراح في تنفيذ الالتزام التعاقدى تجاه المريض³، وهو ما ساندته محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بان "الجراح وقد عهد إليه بالشخص الذي ستجرى له العملية فانه يكون بمقتضى تلك الثقة وبناء على العقد المبرم بينهما ملتزما ببذل ما في وسعه من يقظة وحذر وطبقا لما تفرضها المعطيات الفنية، ومن ثم يكون مسؤولاً عن أخطاء الطبيب الذي لجأ إليه لإجراء التخدير والقيام بجزء لا يتجزأ من إلتزامه⁴

بينما يرى جانب فقهي آخر⁵، أن كل عضو من الفريق الجراحي يكون مرتبطا ارتباطا عقديا مع المريض (عقد ضمني)، ولذا فان الجراح يكون غير مسؤولا، إنما طبيب التخدير هو المسؤول مسؤولية عقدية تجاه المريض.

غير أن لحل الإشكال الذي يطرحه خطأ الفريق أثناء قيامهم بعمل طبي يسبب ضررا للمريض هو اللجوء إلى المسؤولية التضامنية⁶، للفريق أمام المريض.

¹ - أنور يوسف حسن، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب..، المرجع السابق، ص 350.

² - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 179.

³ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع نفسه، ص 179.

⁴ - نقض فرنسي، 18 أكتوبر 1960، كان بمناسبة إجراء عملية إستئصال رحم، وأثناء ذلك قام طبيب التخدير بحقن المريضة بمخدر في اليد اليمنى أين نتج عنه إصابة السيدة بشلل وعجز دائم طرفي بنسبة 10%، انظر أنور حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب..، المرجع نفسه، ص 351.

⁵ - N.JJCOB, le tourneau : la responsabilité civile, 2eme Ed, Dallouz, Paris, 1976, p 404.

⁶ - المادة 126 من القانون المدني الجزائري: "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض."

وتقوم الفكرة على عدم الفصل بين الاختصاصات بالنسبة للأعمال التي يباشرها أعضاء الفريق الطبي حيث يتوجب النظر إلى عمل الفريق من زاوية الهدف والمصلحة التي يعين فيها جهود الفريق، ولذا فقد لجأ القضاء الفرنسي إلى الأعمال فكرة المسؤولية المشتركة لأعضاء الفريق الطبي، أيا رجاء الخطأ الذي سبب الضرر للمريض إلى كل عضو، ونهوض المسؤولية التضامنية بالتالي.

أما موقف المشرع الجزائري في شأن مسؤولية الفريق الطبي، فقد جاءت به المادة 73 م، ا، ط، على أنه "عندما يتعاون عدد الزملاء على فحص مريض بعينه أو معالجته، فإن كان منهم يتحمل مسؤولياته الشخصية، أما المساعدون الذين يختارهم الطبيب أو جراح الأسنان فإنهم يعملون تحت مراقبتهم وتحت مسؤوليتهم"¹.

الفرع الثاني: صور الخطأ الطبي الموجب لمسؤولية طبيب النساء والتوليد

لقد سبق وان تطرقنا إلى التزامات الطبيب وذكرنا أنها قد كون متعلقة بأخلاقياته وإنسانيته المهنية أو قد تتعلق ببنية مهنته البحتة، وأي إخلال يتعلق بمهاته الالتزامات يسبب ضررا للمريض يتحمل الطبيب مسؤوليته، وقد فصلنا في طبيعة الخطأ الموجب لمسؤولية الطبيب عامة ولمسؤولية طبيب النساء والتوليد خاصة، غير أنه لا بد علينا التطرق إلى صور الخطأ الطبي أثناء التدخل الطبي، علاجي كان أو جراحي لذلك سنفصل في هذه النقطة فيما يلي:

أولاً: الخطأ في الفحص

الفحص الطبي هو بداية الجهد والعمل الطبي الذي يقوم به الطبيب ويتحدد الفحص الطبي²، أيضا فانه من الفحوص التمهيديّة إجراء الفحوص البيولوجية والإكلينيكية اللازمة للمريض قبل تنفيذ الطبيب للعلاج، وإهمال الطبيب بهذه الفحوص يعتبر خطأ يثير مسؤولية الطبيب³، كما أن

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 05 محرم عام 1413 الموافق ل 06 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات المهنة.

² - سميرة حسن محسن، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي للعاملين فيها (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 178.

³ - عبد القادر بن تيشة، الخطأ الطبي للطبيب في المستشفى العام...، المرجع السابق، ص 88.

هناك مرحلة ثابتة من الفحوص تتمثل في الفحوص التكميلية لتبيان حالته الصحية، ليأتي بعد هذا مرحلة تشخيص المرض لإجراء العلاج المناسب¹.

ثانياً: الخطأ في التشخيص

ويمكن تعريفه بأنه "قيام الطبيب بالفحوصات اللازمة للكشف والتعرف على الحالة الصحية للمريض من الناحية الفيسيولوجية والحيوية والنفسية لتحديد وسيلة العلاج الواجب إتباعها وصولاً لشفاء المريض"².

وتعتبر هذه المرحلة أدق المراحل ففيها الطبيب يحاول التعرف إلى ماهية المرض ودرجة خطورته وتاريخه وتطوره موازاة مع مؤثراته من ظروف للمريض أو سوابقه المرضية والعوامل الوراثية مثل تاريخ العائلة الوارثة مع المرض، لتتكون لديه فكرة في الأخير يستطيع من خلالها معرفة المرض الذي يعانيه المريض³.

لذا الطبيب مطالب ببذل العناية اليقظة والاستماع إلى شكوى المريض وأن يأخذ المعلومات الكافية منه، ومن أهله وعائلته ليبدأ الفحص بشكل دقيق لموطن الألم مستخدماً كل الوسائل المتاحة والتي يضعها العلم تحت تصرفه⁴.

وتقول القاعدة العامة انه لا يعتبر خطأ مجرد الغلط في التشخيص أي تفسير الأعراض المختلفة حتى لو كان الطبيب الحاذق يستطيع الوقوف على التشخيص الفوري والصحيح من خلال هذه الأعراض، إذن فمجرد الخطأ في التشخيص لا يثير مسؤولية الطبيب، إلا إذا كان الخطأ يتم على جهل ومخالفة للأصول العلمية المفروض على الطبيب الإمام بها⁵، إذن مما سبق نستنتج أن هناك حالات تثور بشأنها مسؤولية الطبيب وحالات لا تثور بشأنها هذه المسؤولية.

1 - عبد القادر بن تيشة، الخطأ الطبي للطبيب في المستشفى العام..، المرجع السابق، ص: 88-89.

2 - سامي هارون الزراع، فكرة الخطأ المهني أساس المسؤولية المهنية لأرباب المهن الحرة "الطبيب"، المرجع السابق، ص 177.

3 - عبد القادر بن تيشة، الخطأ الطبي للطبيب في المستشفى العام، المرجع نفسه، ص 89.

4 - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب..، المرجع السابق، ص 252.

5 - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية..، المرجع السابق، ص 48.

1/ الحالات التي تثار بشأنها مسؤولية الطبيب المدنية:

فيسأل الطبيب إذا شكل خطؤه جهلاً واضحاً بالمبادئ الأولية للطب والمتفق عليها والمتفقة مع أصول مهنة الطب¹، والغلط في التشخيص *erreur de diagnostic*.

لا يتشكل خطأ طبيًا إلا إذا نتج عن جهل جسيم بأوليات الطب *ignorance grâce des données médicales* أو عن إهمال الفحص الطبي *négligence dans l'examen clinique* مثال أن يتم الفحص بطريقة سطحية وسريعة أو غير كاملة².

ولم يشأ القضاء مساءلة الطبيب على مجرد الغلط والذي يعد من طبيعة الطبيب الإنسانية ويمكن أن يقع فيه أفضلاً لأطباء من حيث الكفاءة، غير أنه يلزم كل طبيب أهمل التشخيص بعدم لجوئه إلى الوسائل العلمية الحديثة بالمسؤولية، فيجب على الطبيب طلب كافة التحاليل الطبية حتى يتمكن من الوصول إلى التشخيص السليم لحالة المريض، وقضت في هذا الشأن محكمة التمييز الفرنسية بتحميلها الطبيب المسؤولية كونه لم يتم بإجراء فحص سريري دقيق لمريضه، وبأن هذا الإهمال تسبب في تأخر التدخل الجراحي ووفاة المريض³.

كذلك تثار مسؤولية الطبيب إذا استخدم في تشخيص للمرض أدوات ووسائل مهجورة، لذا أدانت المحاكم الطبيب بسبب استعماله طرقاً قديمة مهجورة في الكشف على سيدة حامل، خاصة وان من شأنها الأضرار بالجنين.

وطبقاً للمادة 69 من مدونة أخلاقيات الطب فانه يتحمل الطبيب المسؤولية في حالة عدم قيامه باستشارة زملائه الأكثر تخصص منه للتوصل لتشخيص الحالة التي يعالجها بقولها "يعتبر كذلك خطأ في التشخيص قيام الطبيب باستشارة لزملائه الأكثر تخصصاً منه لكنه لم يأخذ برأيهم، بحيث أصر على رأيه رغم تبنيه من آراء زملائه لطبيعة خطئه في التشخيص⁴.

¹ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية..، المرجع السابق، ص 51.

² - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية..، المرجع نفسه، ص 51-52.

³ - cass-civ، 09 juillet 1963.

انظر: علي عصام غصن، الخطأ الطبي..، المرجع السابق، ص 62.

⁴ - مرسوم تنفيذي رقم 92-27، المؤرخ في 05 محرم عام 1413 الموافق ل 06 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات المهنة.

2/ الحالات التي لا تثار بشأنها مسؤولية الطبيب المدنية:

إذا تعلق الأمر بعرض من الأعراض غير الواضح ولا يساعد على كشف حقيقة الحالة مثل حالات الالتهابات التي يصعب معها تبيان طبيعة الجرح أو مصدره¹.

كذلك إذا تعلق الأمر بحالات تحتمل وقوع الأخطاء بشأنها كصعوبة اكتشاف مرض السل في بداياته، حيث إن تمتع المصاب بصحة جيدة يمنع من الريب بشأن حالته أو الشك حول إصابته² ولذا فقد أقرت محكمة النقض الفرنسية أنه إذا كان خطأ في التشخيص يرجع إلى افتراض وترجيح رأي على آخر أو حالة بصدد البحث والتطوير فإن الطبيب لا يسأل، وكذلك تمكينه من المعلومات والحقائق التي تؤثر في التشخيص³.

ثالثاً: الخطأ في العلاج

وهي المرحلة التي تلي مرحلة التشخيص، أي تحديد العلاج المناسب لحالة المريض بمعنى الطرق أو الوسائل المتاحة والممكنة للوصول لشفاء المريض⁴، والخطأ في العلاج يتجلى في صورتين أما مرحلة وصف العلاج أو مرحلة مباشرته.

1/ الخطأ في وصف العلاج

القاعدة تقول أن الطبيب حر في وصف العلاج الذي يراه مناسباً للمريض ونظراً للتطور العلمي في المجال الطبي وما ينتج عنه من تطور لطرق العلاج فإن الخيار يبقى واسعاً أمام الطبيب في وصف ما يراه أكثر فاعلية في شفاء المريض⁵.

وقد استقر القضاء في فرنسا ومصر على تكريس حرية الطبيب في اختيار العلاج، من خلال ما قضت به محكمة AIX بأن الطبيب الجراح يملك كامل الحرية في اختيار طريقة العلاج التي تبدو له صحيحة وملائمة¹.

¹ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية..، المرجع السابق، ص 48.

² - عبد القادر بن تيشة، الخطأ الطبي للطبيب في المستشفى العام..، المرجع السابق، ص 91.

³ - قرار محكمة النقض، 09-05-1967، انظر: عبد القادر بن تيشة، الخطأ الطبي للطبيب في المستشفى العام، المرجع نفسه، ص 91.

⁴ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب..، المرجع السابق، ص 264.

⁵ - علي عصان غصن، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص 65.

غير أن الطبيب ملتزم بأن يراعي الحد اللازم من الحيطة في وصفه العلاج، حيث انه يتوجب عليه مراعاة بنية المريض وسنه وقوة مقاومته ودرجة احتمال له للمواد الكيميائية التي يحتويها الدواء، ومن هنا فإن الطبيب يسأل إذا لم يراع ذلك أو في حالة خطئه بشأن تركيب الدواء أو الجرعة الزائدة².

غير أن الطبيب يمكنه إعطاء جرعة زائدة لجعل الدواء أكثر فعالية شريطة إلا يخرج عن الحد المعقول المعترف به من قبل أهل مهنة الطب، ويتوجب على الطبيب عدم تعريض المريض للخطر والذي لا تقتضيه حالته الصحية وعليه موازنة بين مخاطر العلاج وبين مصلحة المريض وأخطاره حيث لا يهدد العلاج سلامته ولا يؤذيه، أما إذا كانت حالة المريض ميؤوساً منها فهنا على الطبيب تقرير أي طريقة لإنقاذه حتى وان كانت خطيرة³.

إذن مما سبق ستضح أنه على الطبيب مراعاة اليقظة والعناية وأصول مهنة الطب في اختيار العلاج، كما يجب عليه مراعاة الماضي الصحي والوراثي للمريض وخطورة العلاج ومزاياه.

2/ الخطأ في مباشرة العلاج

وتبدأ هذه المرحلة أي مرحلة تنفيذ العلاج أو مباشرته بتحرير الطبيب (الروشتة) أو الوصفة ويتوجب عليه الدقة في هذه المرحلة حيث ينبغي عليه الكتابة بخط واضح وان يذكر نوع الدواء ومقاديره ووقته وعلاقته بوقت تناول الطعام لأن أي خطأ بالوصفة ومن ثمة الدواء قد يعرض المريض للخطر⁴.

إذن فثبوت الخطأ وعدم تحري الدقة والوضوح في تحرير الوصفة الطبية بموجب مسؤوليته، ويمكن الإشارة هنا إلى قضية شهيرة أدين فيها كل من الطبيب والصيدلي وقضى بمسؤوليتهما، حيث أن طبيباً حرر وصفة لمريضه فيها دواء سام بمقدار 25 نقطة، غير أنه لم يكتب كلمة gouttes بوضوح، اختزل كلمة الدواء في أول حرف له G مما أوهم الصيدلي بأنه كلمة grammes مما جعله يركب الدواء على أساس وضع 25 غراماً بدلاً من 25 نقطة.

1 - قرار محكمة AIX ، 14 فبراير 1950، انظر: طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب...، المرجع السابق، ص 265.

2 - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، المرجع السابق، ص 54.

3 - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي...، المرجع السابق، ص 143-144.

4 - أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب...، المرجع السابق، ص 190.

ونتح عن ذلك وفاة المريض، وأدانت المحكمة الطبيب والصيدلي وقضت بمسؤوليتهما، عن وفاة المريض، كون الطبيب لم يتحرى الدقة أما الصيدلي فلم يعترض الوصفة لمخالفتها الأصول الطبية¹.

قد تكون هناك حالات مرضية أخرى خطيرة، الأمر الذي يتطلب إبقاء المريض تحت عناية الطبيب في المستشفى ورعايته وتكون في هذه الحالة مهمته أثقل، حيث أن أي إهمال أو إغفال في الرعاية أو الإشراف تجاه مريضه يرتب عليه مسؤوليته².

هذا وأقر المشرع الجزائري بمسؤولية الطبيب، إذ تبين انه باشر العلاج بإهمال ومبالاة وبما يخالف أصول مهنة الطب المتعارف عليها نظريا وعمليا في وسط الأطباء من خلال قرار للمحكمة العليا في 30 ماي 1995 عن غرفة الجرح والمخالفات، حيث أمر طبيب بحقن البنسيلين Pénicilline لمريض لا يتناسب وما يشكو منه المريض وكنتيجة لإهمال الطبيب هذا توفي المريض واعتبرت المحكمة العليا هذا قتل خطأ³.

رابعاً: الخطأ في التدخلات الجراحية

تعتبر الجراحة من أهم فروع مهنة الطب وأبرزها، غير أنها تنطوي على مخاطر كثيرة وذلك لان الجراحة تتطلب قدرا كبيرا من العناية والدقة أكثر من العلاجات الطبية الأخرى، والجراح لا يحق له إتخاذ قرار الجراحة إلا بعد تفكير جيد وعميق وألا يجري الجراحة إلا في حالة الضرورة واستدعاء حالة المريض ذلك ونظرا لطبيعة الجراحة، فإننا نلاحظ تشدد المحاكم مع الجراحين أكثر من الأطباء العاميين⁴.

فالعمليات الجراحية تتضمن شق البطون وفتح الرؤوس وقطع الشرايين، ويستلزم الأمر استخدام آلات وأدوات طبية لإجراء التدخل الجراحي، الأمر الذي يستدعي يقظة الجراح، يقظة

¹ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 477.

² - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب...، المرجع السابق، ص 271.

³ - قرار المحكمة العليا (غرفة الجرح والمخالفات)، 30 ماي 1995، ملف رقم 118720، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 1996، ص 179، انظر: كريم عيشوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 187.

⁴ - سامي هارون الزراع، فكرة الخطأ المهني أساس المسؤولية المهنية لأرباب المهن الحرة "الطبيب"، المرجع السابق، ص 191.

تفوق ما يتعرض له المريض من أخطار¹، وقبل التطرق إلى الخطأ الطبي في العمليات الجراحية علينا التطرق إلى التزامات الطبيب في العمليات الجراحية.

1/الالتزامات التي تقع على الطبيب الجراح:

أ/الالتزام بالتشخيص الصحيح:

كما ذكرنا سابقا فان التشخيص هو بداية علاقة الطبيب بالمريض في العمل الطبي، فإذا فشل التشخيص تصبح الأعمال التي تلي كلها خاطئة ومنها العمليات الجراحية، إذن فالجراحة يجب أن تكون بعد تشخيص مؤكد وصحيح.

ب/الالتزام بالحصول على رضا المريض:

فلا بد قبل الجراحة من الحصول على رضا المريض بعد إعلامه وتبصيره بحقيقة وضعه وطبيعة العلاج المطلوب وموافقته وقبوله العملية مع علمه المسبق بكل تفاصيلها وإمكاناتها ومضاعفاتها المحتملة. ولا مانع من حصول الطبيب على موافقة مكتوبة، إذا تطلبت الوضعية ذلك خاصة في حالات استئصال الأعضاء وهذا منعاً كما قد يطرأ مستقبلاً لتوضيح الأمور².

ج/الالتزام بالفحص الطبي المسبق قبلاً إجراء العملية:

فالطبيب ملزم بالقيام بالفحص الشامل الذي تستدعيه حالة المريض وطبيعة الجراحة، كما لا يقتصر الفحص على الموضوع محل العملية، إنما يجب فحص الحالة العامة للمريض والنظر إلى مدى ما يمكن أن ينتج عن العملية من نتائج إيجابية سلبية أو إيجابية³.

كما يلتزم الطبيب بالاطلاع على كافة المعلومات المتعلقة بالمريض وبجالاته الصحية وردود الفعل المتوقعة، كما يجب أن يكون الفحص بمنتهى الدقة والعناية، ويسأل الطبيب الجراح عن كل ضرر ترتب على إهمال الفحص السابق للعملية⁴.

¹ - عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية..، مسؤولية الطبيب في القانون المقارن، ب د ن ، ط2، مصر ، 1975، ص 398.

² - سامي هارون الزراع، فكرة الخطأ المهني أساس المسؤولية المهنية لأرباب المهن الحرة "الطبيب"، المرجع السابق، ص 191.

³ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية..، المرجع السابق، ص 75.

⁴ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب..، المرجع السابق، ص 279-280.

كما يجب عليه الأخذ بالتشخيص الأدق الذي أعطاه له زملاؤه لحالة المريض خاصة إذ كانت حالته تتطلب الاستعجال، كذلك على الطبيب إحضار طبيب تحذير مختص، والقيام بالفحوص اللازمة عن حالة المريض في حالة حلوله مكان زميل له¹.

وقررت محكمة النقض المصرية مسؤولية الجراح عن أي تقصير في مسلكه الطبي، عن التشخيص المبدي من خلال الكشف الظاهري أو التكميلي لا يقع من جراح يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالجراح المسؤول².

د/الالتزام بإجراء العملية من طرف الجراح أو تحت إشرافه

يوجب على الطبيب الجراح القيام بالعملية الجراحية للمريض بنفسه، فطبيعة العقد تختم عليه ذلك، لذا لا يجب عليه أن يعهد بإجراء العملية إلى جراح آخر ولو كان أعلى مرتبة منه إلا بأخذ موافقة المريض³.

وقضت في هذا الشأن المحكمة الإدارية العليا بمصر، بمسؤولية الطبيب الذي أجري عملية قيصرية لامرأة حامل غير أنه عهد بإنجاز المرحلة الأخيرة لأحد تلاميذه وهي خياطة جدار البطن وربط الشرايين الدموية، الشيء الذي لم يتم بنجاح واستمر النزيف مما أفضى إلى وفاة المرأة وقضت المحكمة بمسؤولية الطبيب لعدم إكماله العملية بنفسه⁴.

2/ خطأ الجراح أثناء الجراحة

تقوم مسؤولية الطبيب إذا خالف الأصول الفنية والقواعد العلمية المتعارف عليها، فقد قضت محكمة الاستئناف الكويتية بمسؤولية الطبيب الذي قام بعملية ختان مخالفا للأصول الفنية وذلك بإزالة كامل الجلد المغلف للعضو الذكري بصورة كاملة، مما ترتب عليه أضرار حيث برزت ندبة منكمشة بظهر العضو الذكري ضف لذلك عدم انتظام خلف الأخدود التاجي للإحليل⁵. كذلك فان نسيان الطبيب كمادة أو شيء آخر في جسم المريض يعتبر من قبيل أخطاء الجراحة، وقد فرق القضاء

¹ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية..، المرجع السابق، ص 76.

² - نقض مصري، 26 جوان 1969، انظر: محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية..، المرجع نفسه، ص 76.

³ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب..، المرجع السابق، ص 282.

⁴ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب..، المرجع نفسه، ص 282-283.

⁵ - محكمة الاستئناف الكويتية، 4 حزيران 1980، انظر: علي عصام غصن، الخطأ الطبي..، المرجع السابق، ص 73.

الفرنسي بين التدخلات الجراحية المستعجلة والعادية، وذهب إلى اعتبار نسيان كمادة أو قطعة قماش في جسم المريض إذا ما تعلق الأمر بتدخل جراحي مستعجل من قبيل الحوادث الجراحية، غير أنه تراجع فيما بعد عن هذه التفرقة واعتبر نسيان كمادة أو قطعة قماش داخل جسم المريض، خطأ طبي من حيث المبدأ¹.

وذهب القضاء الجزائري إلى اعتبار أن نسيان شيء غريب في جسم المريضة أثناء التدخل الجراحي (كمادة Comprese) داخل جسمها أدى إلى ضرر بليغ استوجب عملية جراحية ثانية لها، خطأ جسيم يترتب مسؤولية المؤسسة الاستشفائية، وتتلخص وقائع القضية حينما توجهت السيدة ن، ف، لمصلحة التوليد على مستوى سكيكدة لوضع مولودها بعملية قيصرية في 01 جوان 1991 لتغادر المستشفى بعد طمأننتها، غير أنه وبعد مدة بدأت تشكي ألام حادة مما تطلب نقلها للمستشفى بتاريخ 09 جويلية 1991، ليتضح بعد الفحص وجود شيء غريب في رحمها تطلب عملية ثانية كشفت أن الشيء المنسي هو قطعة قماش تم نسيانها برحم المريضة، وهنا كان أمر مقاضاة القطاع الصحي بسكيكدة أمام الغرفة الإدارية التي قضت بمسؤوليته والتزامه بالتعويض ثم طعن الأخير أمام الغرفة الإدارية للمحكمة العليا والتي أصدرت قرار يؤيد الحكم المطعون فيه².

كذلك من الأخطاء الطبية أثناء الجراحة، عدم الانتباه موضع المريض وضعية غير سليمة أو جرح عضو أثناء التدخل الجراحي بالرغم من وضوح العضو المصاب، ويسأل الطبيب أيضاً إذا لم ينزع الضمادة بعد إجراء العملية الجراحية ما يؤدي إلى التهاب الجرح أو إذا لم يعاين مريضه بعد العملية أو لم يعين شخصاً ليقوم بذلك³.

هذا ويعفى الطبيب الجراح من المسؤولية، عند وجود حالة الضرورة والتي تتوجب السرعة في إجراء العملية والتي قد يرافقها الإهمال في اتخاذ الاحتياطات اللازمة⁴.

¹ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 487-488.

² - قرار المحكمة العليا، غرفة إدارية، 10-10-1993، ملف رقم: 106721 فهرس 537، قضية (مدير القطاع الصحي بسكيكدة) ضد السيدة ن-ف، انظر: بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 488-489.

³ - عيشوش كريم، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 187.

⁴ - علي عصام غصن، الخطأ الطبي...، المرجع السابق، ص 74.

خامساً: الخطأ في التحذير

التحذير هو فقدان مؤقت للإحساس، إما في جزء معين (تحذير موضعي) أو فقدان الوعي الكامل خلال التحضير للعملية الجراحية، وذلك عن طريق الحقن بمخدر بجرعة مناسبة وكافية للتحذير المراد¹.

وبدأت مزاولة التحذير منذ سنة 1846 وانتشر استعماله لكي لا يشعر المريض بآلام الجراحة، ويمكن الطبيب من إجراء الجراحة دون حركة من المريض، هذا ويجب على ممارس هذه المهنة أن يكون على قدر كبير من المهارة ويلتزم بعناية مقبولة وفقاً لمستوى تدريبه².

وقد حمل القضاء المسؤولية للطبيب لتبنيجه لمريض على وجه السرعة دون اتخاذ الاحتياطات اللازمة، فمرضى القلب مثلاً يجب التحفظ في حالتهم قبل تحذيرهم ويجب مراقبة كمية المخدر والتأكد من خلو المعدة من الطعام³.

ومن أمثلة أخطاء التحذير التي قد تؤدي إلى الوفاة، نسيان رباط شاش في القصبة الهوائية أو إدخال مصدر الأكسجين في المريء بدلاً من القصبة الهوائية، كذا التأخير في إمداد المريض بالأكسجين من الموضع غير المعتاد إذا تعذر ذلك⁴.

كما قضت محكمة روان Rouen الفرنسية عن الغرفة الإدارية حكماً بتاريخ 10 أبريل 1992 قضى بمسؤولية الطبيب عن الخطأ الطبي وتلخصت الوقائع بان سيدة حامل توجهت بتاريخ 09 ماي 1979 الى مستشفى Belvédère بسان مارتييم، أين أجرت عملية قيصرية تحت تأثير تحذير فوق الجافية وفي أثناء القيام بالعملية تعرض المريض لسقوط مفاجئ في ضغط الدم نتج عنه توقف مؤقت للقلب، أسعفت المريضة بذات المشفى ثم نقلت إلى مستشفى روان Rouen لتبقى هناك تحت تاريخ 04 جويلية 1979، غير أنها بقت تعاني من اضطرابات عصبية يسببها لها نقص الأكسجين الدماغية والذي تسبب فيها توقف القلب، إذن وبعد تقارير الخبرة التي أفضت إلأن الحامل أجريت لها العملية القيصرية بسبب المشيمة المنزاحة بعد تشخيص الحالة بالأشعة الصوتية، وان العملية المحاطة بخاطر

1 - عبد القادر بن تيشة، الخطأ الطبي للطبيب في المستشفى العام...، المرجع نفسه، ص 103.

2 - سامي هارون الزراع، فكرة الخطأ المهني أساس المسؤولية المهنية لأرباب المهن الحرة "الطبيب"، المرجع السابق، ص 181.

3 - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، المرجع السابق، ص 77.

4 - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع نفسه، ص 82.

معروف للتنظيف يؤدي إلى الانخفاض في ضغط الدم المفاجئ وان التحذير فوق الجافية قد يسبب خطر الانخفاض في ضغط الدم، وبأن الطبيب المخذر بالمستشفى كان قد أعطى المريضة وقبل التدخل الجراحي جرعة دواء مفرطة بأعراض خافضة لضغط الدم، ليتم إعطاؤها فيما بعد التحذير من قبل الممارس قبل العملية وهو ما يجعل الأعراض تتداخل بين الدواء والمخذر، وهو ما سبب للمريضة الحامل عدة سقطات في ضغط دمها بعد معاناتها من نزيف للدم، وبعد ثلاثة سقطات في ضغط الدم، تعرضت لتوقف مؤقت في القلب وعلى الرغم من إسعافها وعودتها للحياة غير أنها بقت تعاني من اضطرابات عصبية، ليتم الحكم بخطأ الطبيب وبمسؤولية المستشفى¹.

وتطبيقاً لذلك في مجال التوليد فإنه يعد خطأ، الجراح الذي يقدم على إجراء عملية جراحية لطفل حديث الولادة تحت مخدر عام، دون أن يراعي درجة تحمله ولا تهيئته للجراحة أو الاستعانة بأخصائي مخدر ومنعش².

سادساً: الخطأ في الأشعة

كما سبق وذكرنا فان ميدان الطب عرف تطوراً هائلاً يرجع إلى التطور العلمي الحاصل، وقد أدى هذا إلى ظهور ما يسمى بالأشعة، وتعتبر الأشعة من أهم المخترعات التي استعملت في البداية كأداة للكشف عن الأمراض والكسور ثم ما لبثت أن أصبحت اليوم وسيلة من وسائل العلاج، مثل أشعة الراديووم لمقاومة أمراض السرطان والحد منها ما يعرف "بالطب النووي"³.

هذا وعلى الرغم من فوائد الأشعة التي قدمت خدمات قيمة للمجتمع والإنسانية إلا أنها تحمل المخاطر والسلبيات في استعمالها، مما يتطلب توخي الحيطه والحذر وقت استعمالها وان يستعملها الطبيب المختص والمؤهل لذلك فعلى الطبيب التأكد من سلامة الأجهزة المراد استعمالها واستخدام القدر المعقول من الأشعة المناسبة لدرجة احتمالها حسب سنه وجنسه⁴.

¹ - المحكمة الإدارية روان (Rouen) بتاريخ 10 أبريل 1992 (السيدة N. C) ضد مستشفى بوليفيدار بسان ماتيم، انظر: FRANCOIS VIALLA، les grandes décisions du droits médical، Alpha- L- G- D- J édition، Beyrouth، 2010، p 533.

² - طه عثمان أبو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في مجال التوليد...، المرجع السابق، ص 205.

³ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب...، المرجع السابق، ص 310.

⁴ - بسام محتسب بالله، المسؤولية المدنية والجزائية للطبيب...، المرجع السابق، ص 310-311.

أما القضاء الفرنسي فقد أخضع الأشعة ومنذ ظهورها إلى القواعد العامة التي تخضع لها المسؤولية المدنية للطبيبة، أين قضت لمسؤولية الطبيب الذي يعرض المريض للأشعة أكثر وأطول مما ينبغي مما يترتب أضرار للمريض،¹ فنظراً لأن استعمال الأشعة في التشخيص والعلاج أضحي اليوم منتشراً وخطيراً، فإن الأمر أصبح يستلزم الحيطة والحذر واليقظة وقد قضت محكمة مونبلييه الفرنسية بأن عدم اكتشاف الكسر في صورة الأشعة، ينم عن مسؤولية الطبيب إما لإهماله التحري والدقة في قراءة الصورة أو لافتقاده الخبرة الفنية الواجب توفرها في الأخصائي².

ويسأل كذلك طبيب الأشعة عن الإهمال أو عدم الحيطة والحذر، حيث قضت محكمة جرونوبل الفرنسية في قضية جاء في وقائعها، أن سيدة عاجها الطبيب بالأشعة عدة مرات بعد أن شكت خراجاً في ثديها. وعلى الرغم من أن الطبيب لم يخطئ في العلاج أو نوع الأشعة أو مقدارها، غير أنه وأثناء قيامه بالعلاج وضع وسادة تحت رأس المريضة لإراحتها مما عرض وجهها لأشعة وسبب لها حروقاً فيه³.

وكخلاصة للقول يمكننا القول، أن طبيب الأشعة يسأل عن الأضرار التي سببها للمريض إما بسبب الإهمال وعدم الحيطة، أو لخلل في الأجهزة أو لطول مدة العلاج والفحص بالأشعة كذلك بسبب عدم استعماله الطرق العلمية الحديثة⁴.

سابعاً: الخطأ في التوليد

تؤدي أخطاء لتوليد إلى مسؤولية الطبيب شأنها شأن باقي الأخطاء الطبية وتبدأ مسؤولية طبيب التوليد من ساعة حصول الحمل (إذا دعت المريضة لعلاجها)، فيساءل الطبيب عن أي علاج لا يناسب وضع المريضة الحامل، ويمنع عليه اللجوء إلأى علاج يضر بالجنين أو يؤدي إلى سقوطه، مثل إدخال المحبس الرحمي الذي يؤدي إلإلإجهاض وعلى القاضي هنا النظر فيما إذا كان تدخل

¹ - عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية، مسؤولية الطبيب...، المرجع السابق، ص 310-311.

² - قرار محكمة مونبلييه الفرنسية، 20 ماي 1934، انظر: محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 313.

³ - قرار محكمة جرينوبل، 02 فيفري 1928، انظر: عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية، مسؤولية الطبيب، المرجع السابق، ص 390-391.

⁴ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب...، المرجع السابق، ص 315.

الطبيب استدعته الضرورة العلاجية أو إعطائه العلاج كان لعدم حيظته وحذره مع علمه بخطورته على حمل المريضة¹.

ونادرا ما يرتكب طبيب أمراض النساء لخطا في العلاج الدوائي أو التشخيص غيران معظم أخطاؤه تكمن في العمليات الجراحية خاصة عملية كحت الرحم لتفريغ متحصلات الرحم الحامل في حالات الإجهاض، أين يتمثل الخطر هنا فيما قد ينجم عن مثل هذه العملية من نزيف أو ثقب للرحم أين يتعين على الجراح عدم القيام بمثل هذه العمليات مثلا ويده مصابة².

كذلك قد توجب قيام مسؤولية الطبيب عند خطئه وهو بصدد تدخل طبي عاجل، غير أن مساءلته في حالات تنتج عن جهله وتقصيره ومخالفته أصول مهنة الطب، مثل حالة تمزق الرحم أو ثقبه بواسطة حقن الولادة أو ثاقب الرأس كذلك في حالة انتزاع الأمعاء أو قطع أحد أعضاء الجنين بدون ضرورة أو كسر جمجمة الجنين، كذلك في حالة مخالفة أصول المهنة الطب في إجراء عملية قيصرية أو ولادة عادية³.

كما تقوم مسؤولية الطبيب على سقوط مانع الحمل داخل الرحم وتمزيقه لجدار الرحم أثناء محاولة تركيبه⁴.

ولعل أول قضايا أخطاء التوليد وأشهرها قضية الدكتور "هيل" حيث تتلخص وقائع القضية في الطبيب استدعى امرأة فوجد الجنين نازلا بذراعيه مما استدعي تغيير وضعه لإنجاح عملية الولادة، غير أن الطبيب قطع ذراعي الجنين، الشيء الذي اعتبرته المحكمة خطأ جسيما كون الطبيب تصرف بسرعة وعدم احتياط ولم يستعن بأحد مما جعلها تقدر بمسؤولية الطبيب عن بتره ذراعي الطفل الذي ولد حيا وعاش⁵.

1 - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب..، المرجع السابق، ص 316.

2 - سامي هارون الزراع، فكرة الخطأ المهني أساس المسؤولية المهنية لأرباب المهن الحرة "الطبيب"، المرجع السابق، ص 197.

3 - بسام محتسب بالله، المسؤولية المدنية والجزائية للطبيب..، المرجع السابق، ص 202-203.

4 - سامي هارون الزراع، فكرة الخطأ المهني أساس المسؤولية المهنية لأرباب المهن الحرة "الطبيب"، المرجع نفسه، ص 197-

198.

5 - قرار محكمة دمغرون، 18 سبتمبر 1830، انظر: طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 317، السين

22 ابريل 1931 .

وقد ذهبت محكمة "دوية" في حكم لها سنة 1897 إلى انتداب خبراء طلبت منهم تبيان رأيهم في القواعد المسلمة بها بين الأطباء لا في النظريات العلمية الجدلية، وقررت بان مسؤولية الأطباء عن الأخطاء الجسيمة المرتكبة أثناء مزاوله مهنة التوليد إنما تقوم على أساس القواعد العامة لحسن الحيلة والتصرف الذي يخضع له مهنة الطب¹.

وقد قضي حكم لمحكمة مصرية سنة 1927 عن دارة الجرح المستأنفة في قضية طبيب نسبت إليه تهمة بمخالفة إجراءاته لأصول مهنة الطب انتهت بوفاة الوالدة بتقدم الطبيب عن تهمة القتل الخطأ مستندة في ذلك إلى ارتكابه عدة أخطاء تسببت في نزيف الوالدة أدى لوفاتها²، وهي:

* عدم اتخاذ الحيلة والحذر بالرغم من فحص المتوفاة قبل الولادة بشهر ثم بعشرة أيام، وبالرغم من ملاحظته ضيق الحوض مما يوجب إعلام الحامل بعسر الولادة ليتمكنوا من اخذ احتياطاتهم أو نقلها أحد المؤسسات العلاجية، غير أن الطبيب انساق وراء المال وأهوائه وانتقل لمنزل الحامل بوسائل غير كافية.

* أثناء التوليد وحين إدراكه لعسر الولادة كان يتوجب عليه إرسال الوالدة الى المؤسسة العلاجية او طلب المساعدة من طبيب آخر، على الرغم من أن أهل المتوفاة طلبوا ذلك منه، لكنه أبى ولم يطلب المساعدة، إلا بعد ان أغمي عليها اثر نزيف دموي.

* إستمراره في جذب الجنين مدة من الزمن مع استعماله العنف في الجذب وضيق الحوض وكبر حجم رأس الجنين، علما عدم جواز أن تفوق مدة الجذب عن خمس دقائق وان يتم الجذب فنيا وبسرعة وفي اتجاه واحد، بحيث نجعل الرأس يدخل الحوض بأقصر الإجراءات ويتخذ غيرها في حالة موت الجنين وهي ثقب الرأس لتصغيره حتى يتسنى خروجه بسهولة، أما في حالة حياة الجنين فنلجأ هنا الى العملية القيصرية.

* طلب الطبيب من أهل المتوفاة، مساعدته في الجذب مع وجوب أن يكون الجذب فنيا، لذا كان الأولى به الاستعانة بأخصائي لمساعدته أو الأمر بإرسال الوالدة إلى مؤسسة علاجية أو مستشفى، وهو ما أشار به الطبيب الذي استدعى في الأخير لسوء حالة الوالدة.

1 - سامي هارون الزراع، فكرة الخطأ المهني أساس المسؤولية المهنية لأرباب المهن الحرة "الطبيب"، المرجع السابق، ص 198.

2 - سامي هارون الزراع، فكرة الخطأ المهني أساس المسؤولية المهنية لأرباب المهن الحرة "الطبيب"، المرجع نفسه، ص 199.

إذن تطرقنا إلى صور الخطأ الطبي الموجب بمسؤولية طبيب النساء والتوليد وعلى الطبيب إلا يسلكها وإلا اعتبر مسؤولاً وجبت مساءلته مدنياً وعليها لتعويض.

المبحث الثاني: الضرر والعلاقة السببية كركنين للمسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد

لا يمكن الاعتماد على الخطأ وحده كركن لقيام المسؤولية المدنية للطبيب، حيث أن قيام المسؤولية وترتيب التعويض لا يكون إلا في حالة وجود ضرر، فهو بذلك واجب الوجود ولا يختلف حول هذه القاعدة، كذلك لا بد من توافر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وإلا فلا يمكن القول بقيام المسؤولية المدنية الطبية.

فوجود الضرر هو الذي يميز المسؤولية المدنية عن الجنائية، كذلك لا بد أن يكون الضرر الناتج كان جراء خطأ الطبيب، أي أنه يجب وجود رابطة سببية بين الضرر الذي أصاب المضرور والخطأ الطبي. كذلك عنصر الضرر، فتقدير التعويض لا يكون إلا بالرجوع لحجم الضرر، بل لا تقوم مسؤولية الطبيب من الأساس إذا ما لم يكن هناك ضرر، فمن غير المعقول محاسبة الطبيب وقيام مسؤوليته دون ضرر، فحتى في الاتجاه الرامي إلى الاعتداد بالمسؤولية غير الخطئية فإنه لا بد من وجود ضرر سببه الخطأ الطبي، وسنتناول بالتفصيل في هذا الفصل هاته العناصر الثلاث أي الخطأ والضرر كركنين في المسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد ثم كيف أخذت المسؤولية تطورها نحو التوجه إلى مسؤولية لا تعدد بالخطأ كركن لها إنما تعدد بالضرر، وهذا لتمييز المسؤولية الخطئية عن المسؤولية غير الخطئية وكيف يخدم ذلك المريض المتضرر من الخطأ الطبي.

المطلب الأول: الضرر كركن لقيام مسؤولية طبيب النساء والتوليد

لا يكفي لقيام مسؤولية المدنية للطبيب سواء عقدية وتقصيرية إثبات الخطأ فقط، بل يتوجب توافر الضرر وإلا فلا مسؤولية على محدث الخطأ مهما كانت جسامته، فالضرر قوام التعويض ويتم تقدير التعويض بالرجوع إلى حجم الضرر، فيلتزم المدين بتعويض الضرر المباشر سواء كانت مسؤوليته تقصيرية أو عقدية¹.

وسنتطرق إلى مفهوم الضرر الطبي وشروطه وأنواعه في الفرع الأول، كما سنتطرق إلى إثبات الضرر في الفرع الثاني

¹ - سامي هارون الزراع، فكرة الخطأ المهني أساس المسؤولية المهنية لأرباب المهن الحرة "الطبيب"، المرجع السابق، ص 135.

الفرع الأول: ماهية الضرر الطبي

أولاً: التعريف بالضرر الطبي

الضرر عامة هو ذلك الأذى الذي يلحق الغير وقد يكون مادياً أو معنوياً¹، وهو مساس بحق من حقوق الإنسان والمصلحة المشروعة له، والحقوق لا تقتصر على أضرار الجسد المادية فقط، إنما هي كل حق يعطي صاحبه سلطة أو مزية يتمتع بها في حدود القانون، ومثلها أن لكل إنسان الحق في الحياة وسلامة جسده واستقراره النفسي وفي حالة وقوع الاعتداء على أي حق فإننا نكون بصدد ضرر وقع وهناك أضرار تصيب النفس أو تشنج عن تفويت الفرصة².

أما الضرر الطبي فهو إخلال الطبيب بحق المريض في حياته أو سلامة جسده وقد يشمل الضرر البدني والنفسي³، ولا يقصد بالضرر الطبي ذلك الضرر الناجم عن عدم شفاء المريض أو عدم نجاح العلاج أو العملية الجراحية، كون عدم الشفاء ليس ركناً للضرر حيث أن الطبيب ملزم بالعلاج لا شفاء المريض وفي حالة إخفاقه في الوصول له بخطأ منه لا يسأل إلا عما سببه للمريض من ضرر⁴. وقد يظهر الضرر على المريض في عدم قدرته على مواصلة مهنته أو بفقدته لحيته لفترة من الزمن، إذا ما قرر الطبيب في شهادة طبية ضرورة حصره لفترة زمنية محددة⁵.

ثانياً: شروط الضرر الطبي

لا بد من توافر عدة شروط في الضرر الطبي ليعتد به كركن لقيام مسؤولية طبيب النساء والتوليد المدنية، فمن شروطه أن يكون محققاً وان يكون ماساً بالمدعي نفسه وان يكون مباشراً.

¹ - حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية (الضرر)، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، عمان-الأردن، 2006، ص 204.

² - علي عصام غصن، الخطأ الطبي..، المرجع السابق، ص 178.

³ - سامي هارون الزراع، فكرة الخطأ المهني أساس المسؤولية المهنية لأرباب المهن الحرة "الطبيب"، المرجع نفسه، ص 135.

⁴ - علي عصام غصن، الخطأ الطبي..، المرجع نفسه، ص 168.

⁵ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب..، المرجع السابق، ص 370.

1/ أن يكون الضرر الطبي محققا

يشترط في الضرر أن يكون محققا أو قابل للتحقق مستقبلا كذلك تعتبر فوات أو تفويت الفرصة من قبيل الضرر.

أ/الضرر المحقق حالا:

يشترط في الضرر أن يكون محققا ولا يصلح الضرر المحتمل أو الجائز وقوعه، فمالك المنزل الذي رفع دعواه ليطالب شخصا بالتعويض لأنه سرق شقة أحد المستأجرين الشيء الذي من شأنه دفع باقي المستأجرين إلى الأحماس عن استئجار باقي شقق العقار، لاقى طلبه بالتعويض رفضا وجاء التبرير في الحكم بان الضرر يكون محققا أولا¹.

ومثال الضرر مثلا تجبير المريض بصورة خاطئة تتسبب فيما بعد في عرج المريض الذي تسبب فيه الالتئام الخاطئ للعظام أو نقل دم ملوث للمريض أو جراحة عينين المريض مما أدى إلى فقدانه بصره بصفة كلية، كذلك يعتبر من قبيل الأضرار المحققة توليد امرأة حامل بجذب الطفل بطريقة خاطئة أثناء الولادة مما أدى إلى إصابة الطفل بتشوه في ذراعه².

كما قضت محكمة باريس في هذا الصدد بمسؤولية طبيب التجميل الذي بتر ساق فتاة بسبب تشخيصه الخاطئ وأيدت محكمة استئناف باريس هذا الحكم، غير أنها اختلفت مع المحكمة الابتدائية في المبدأ الذي أسست عليه حكمها، فالأولى استندت حكمها على أن مجرد تدخل الطبيب لإجراء جراحة تجميل على عضو سليم يعد خطأ موجب للمسؤولية حتى في حالة عدم حدوث الضرر، بينما اشترطت محكمة الاستئناف إثبات الخطأ في جانب الجراح التجميل وثبوت نسبة الضرر إلى هذا الخطأ³.

¹ - محمد احمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 1997، ص58.

² - سامي هارون الزراع، فكرة الخطأ المهني أساس المسؤولية المهنية لأرباب المهن الحرة "الطبيب"، المرجع السابق، ص 136.

³ - سامي هارون الزراع، فكرة الخطأ المهني أساس المسؤولية المهنية لأرباب المهن الحرة "الطبيب"، المرجع نفسه، ص 136.

ومن التطبيقات القضائية لهذا الشرط في الجزائر، ما ذهبت إليه المحكمة العليا من خلال اشتراطها لتحقيق وقوع الضرر كشرط لقيام المسؤولية، وأن يكون محققاً غير احتمالياً ولا افتراضياً¹.

ب/الضرر قابل للتحقق مستقبلاً:

يصلح أن يكون الضرر المستقبلي أساساً للتعويض، فضرر شخص والتسبب له في عاهة مستديمة ينتج عنه أن هناك أضرار تنشأ في الحال أي عقب الحادث وأضرار تظهر مستقبلاً يطالب المضرور بالتعويض على أساسها².

فقد قضت إحدى المحاكم الفرنسية بأن المزارع الذي يحال بينه وبين تربة أرضه، لأن من باع له السماد اخل بالتزامه ببيعه السماد في الوقت المناسب له الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر المستقبل والمتمثل في نقص محصول أرضه وهذا دونما الحاجة إلى وقت النضوج والجني لأنه ضرر محقق مستقبلاً وقابل للتقدير³.

ومن أمثلة الضرر المحتمل، ارتكاب الطبيب خطأ في علاج إحدى عيني المريض فقد يؤدي هذا الخطأ إلى احتمال إصابة المريض بالعمى، فالضرر الموجب للتعويض هنا إصابة المريض بعمى في عينه التي أخطأ بها الطبيب إما احتمال إصابة المريض بعمى كلي، فهو ضرر محتمل قد يقع وقد لا يقع، لا يستحق تعويض إلا إذا وقع فعلاً⁴.

أما فيما يتعلق بتطور الضرر الطبي، فإن قاضي الموضوع بإمكانه تقدير ما يناسبه من ضرر عند الحكم لا عند وقوع الضرر ويمكن للمضرور في حالة تفاقم الضرر أن يطالب بدعوى جديدة ما لم يكن القاضي قد توقعه، وهناك من عارض هذا الرأي مبررين ذلك بأن العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة تعاقدية يحكمها العقد الطبي، وبأننا حال طبقنا أحكام المسؤولية العقدية فإن الطبيب لا يلزم بالتعويض عن الضرر المباشر المتوقع عدا حالة الغش والخطأ الجسيم، وإلا فإننا نكون أمام مسؤولية

¹ - قراري المحكمة العليا، 1985/11/27، ملف رقم 41783، وقرار 1989/02/28، ملف رقم 58012، انظر: بن

صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 234.

² - محمد احمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، المرجع السابق، ص 58.

³ - دائرة العرائض، 1946/02/11، انظر: حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية (الضرر)، المرجع السابق، ص

210.

⁴ - طه عثمان ابو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في مجال التوليد، المرجع السابق، ص 309.

طبية قواعدها جد صارمة على رقاب الأطباء، الشيء الذي يدفعهم للأحجام عن مزاوله العمل الطبي¹.

غير أن محكمة النقض المصرية ذهبت إلا أنه "إذادخل شخص مدعي بحق أمام محكمة الجنح وطلب بتعويض مؤقت عن الضرر الذي لحق به مع حفظ الحق له بالتعويض الكامل بقضية على حدة، ثم قضي له بالتعويض المؤقت فذلك لا يمنعه من المطالبة بتكملة التعويض إذا اتضح فيما بعد أضرار نتجت عن الفعل الذي يطلب التعويض بسببه"².

ج/تفويت الفرصة:

لا يعوض الضرر المحتمل بينما يعوض عن تفويت الفرصة لأن الفرصة كانت أمراً محتملاً، فان تفويتها أمر محقق ومن هنا وجب التعويض³.

هذا ولا تعتبر تفويت الفرصة على المضرور ضرراً محتملاً بل أمر محقق فقد ينجم على خطأ الفاعل حرمان المضرور من فرصة كان من المحتمل الظفر بها، إلا أن الخطأ جعل تحقيقها مستحيلاً⁴.

والتعويض عن فوات الفرصة يعني تعويض المضرور عن ضرر غير مؤكد وجوده، غير انه راجع إلى خطأ المدين، فيكفي في مجال المسؤولية الطبية للحكم على الطبيب بالتعويض إثبات أن الطبيب قد ضيع فرصة في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، ولا تهتم المحكمة بتأكيد ما إذا كان خطأ الطبيب هو السبب بل يكفيها وجود شك في علاقة سببية تحمل المسالة من حيز السببية اليقينية إلى السببية الاحتمالية⁵.

مثالها تفويت فرصة الحمل لسيدة اعدم الطبيب بويضاتها الملقحة عن طريق الخطأ قبل زرعها في رحم الزوجة مما حرّمها من فرصة الإنجاب، كذلك خطأ الطبيب في تشخيص حالة المريضة مما

¹ - سمير عبد السميع الاودن، مسؤولية الطبيب الجراح والطبيب التخدير ومساعدتهم، مدنيا وإداريا وجنائيا...، المكتبة القانونية، 2004، ص 130-131.

² - سامي هارون الزراع، فكرة الخطأ المهني أساس المسؤولية المهنية لأرباب المهن الحرة "الطبيب"، المرجع السابق، ص 138.

³ - طه عثمان ابو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في مجال التوليد، المرجع السابق، ص 310.

⁴ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين...، المرجع السابق، ص 488.

⁵ - طلال عجّاج، المسؤولية المدنية للطبيب...، المرجع السابق، ص 377-378.

أدبالي الخطأ في علاجها، مما افرز بتر عضو من أعضاء جسدها، الشيء الذي حرمها من الالتحاق بوظيفة مضيضة طيران جوي¹.

كما قضي بان امتناع الطبيب عن وصف العلاج المناسب على الرغم من تعليمات معهد معالجة السرطان الشيء الذي نتج عنه إجراء الجراحة التي أصبحت ضرورية بعد شهر، إذن فقد اعتبر هذا الامتناع تفويت لفرصة المريض في الشفاء أو التحسن والتزام الطبيب بالتعويض عن الضرر الناتج عن ذلك².

وكان قرار بيروش الشهير l'arrêt de Perruche " قد أثار ضجة إعلامية كبيرة، وهو قرار صدر بتاريخ 2000/11/17 عن محكمة النقض الفرنسية والتي قضت بتعويض الأبوين نتيجة الضرر المعنوي الذي أصابهما من ولادة طفل مشوه، وكان ذلك بسبب تأكيد الأطباء استمرار حمل المرأة رغم إصابتها بداء الحميراء Rubiole، فضلا عن تعويض الطفل Micalas، عن الضرر المتمثل في ولادته مشوها ومن هنا فقد فوتت عليه فرصة ولادته سليما³.

كما قد اخذ المشرع الجزائري بمبدأ التعويض عن تفويت الفرصة متى كانت الفرصة الحقيقية وجدية، حتى ولو لم يشر لها بشكل صريح، ذلك أن المحكمة العليا كانت قد قررت بتعويض المريض المصاب والذي ترك بدون متابعة أو رعاية، الشيء الذي كان ليحنيه الآثار الوخيمة التي إصابته⁴.

2/ أن يكون الضرر شخصا

ومعناه أن يصيب طالب التعويض شخصا، فليس لطالب التعويض المطالبة له عن ضرر أصاب غيره، إلا إذا كان خلفا للمصاب ولا ينبغي فهم عبارة "أصاب طالب التعويض شخصا" بان فعل الخطأ وقع على غيره والضرر تعدى إليها بما يجب أن يكون الضرر أصابه شخصا⁵.

¹ - سامي هارون الزراع، فكرة الخطأ المهني أساس المسؤولية المهنية لأرباب المهن الحرة "الطبيب"، المرجع السابق، ص 139.

² - انظر: طه عثمان أبو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في مجال التوليد، المرجع السابق، ص 312.

³ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع السابق، ص: 239-240.

⁴ - قرار المحكمة العليا، 1977/10/29، انظر: بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع السابق، ص: 241.

⁵ - محمد احمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، المرجع السابق، ص 59.

وخطأ الطبيب الذي يصيب جسم المريض قد يعتبر أنه مس حقا من حقوقه الأساسية وهي حقه في سلامة جسمه وحياته من الأذى، فإتلاف عضو أو إحداث جرح أو إصابة جسمه قد تسبب للمضرور عدم القدرة على الكسب أو يسبب له الزيادة في نفقات العلاج¹.

كما أن الضرر قد يمس بمصلحة مالية مثلها إصابة أحد العمال بإحدى الشركات نتيجة الخطأ الطبي بضرر، أقعده عن العمل وكسب قوته، الشيء الذي يستوجب دفع راتباً مقطوعاً من الشركة فتكون بهذا أمام إصابة الشركة في مصلحة مالية لها، مما جعلها مسؤولة اتجاه المصاب بدفع رواتب مقطوعة ومكافأة والإخلال هنا يعد ضرر².

وقد يكون موت المضرور أو إصابته بضرر بالغ في جسمه مصدراً لأضرار متعددة تلحق أشخاصاً آخرين غير من كان ضحية الفعل الضار وهو ما يعرف بالخطأ المرتد (préjudice Ricochet) أي أن الفعل الضار أصاب شخصاً من الأشخاص ووقع ضرر هذا الفعل على شخص آخر³. أي أن الضرر أصاب شخصاً بالتبعية ومثاله أن القتل أصاب المقتول في حياته، غير أن أولاده حرموا بسبب القتل من العائل الذي كان يعيلهم⁴.

والعبرة في تحقق الضرر هنا للمدعي نتيجة وفاة آخر، هو ثبوت أن المجني عليه كان يعوله وقت وفاته على نحو مستمر⁵.

3/ أن يكون الضرر مباشراً

أي أن يكون الضرر المترتب وبصورة مباشرة عن الخطأ، حيث انه ولولا حدوث الفعل الضار أو الخطأ لما حدث هذا الضرر، أي النتيجة الطبيعية للفعل الضار مثلها إصابة المريض بحروق كنتيجة لخطأ الطبيب في استعمال جهاز الكي، أو إهمال المريض في علاج هذا الحرق، مما نتج عليه تدهور

¹ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 232.

² - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية ..، المرجع نفسه، ص 233.

³ - حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية (الضرر) ..، المرجع السابق، ص 230.

⁴ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين ..، ص 484.

⁵ - عبد الوهاب عرفة، المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب والصيدلي، المرجع السابق، ص 87.

حالته، فلا يعد هذا مباشراً، وهنا يرجع تقدير مسالة ما إذا كان الضرر مباشراً أو غير مباشر من اختصاص قاضي الموضوع¹.

4/ أن يكون الضرر مس بمصلحة مشروعة

فيجب أن تكون المصلحة مشروعة وغير مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة، وتطبقاً لهذا قضت محكمة النقض الفرنسية، في حكم لها بتاريخ 1981/01/25 بعدم أحقية الوالدين في التعويض عن واقعة تتعلق بولادة طفل لهما بعد فشل عملية الإنهاء المبستر للحمل، حيث أن سيدة رفعت دعوى قضائية مفادها طلب التعويض عن فشل إنهاء الحمل المبستر هذا وقد حدثت الولادة بعد محاولة إجهاض فاشلة، استجابت محكمة أول درجة وقضت بالتعويض، وأقرت محكمة النقض ذلك، معلنة أن ولادة الطفل الذي حملت به آلام لا يشكل ضرراً يعرض عنه حتى بعد ميلاد الطفل، وبعد اللجوء إلى عملية إجهاض فاشلة، فالحق في الإجهاض ليس حقاً مشروعاً يبرر المطالبة بالتعويض².

ثالثاً: أنواع الضرر الطبي

الضرر الطبي نوعان، ضرر مادي يلحق المال أو الجسم أو معنوي وأدبي يلمس الشخص في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه وستتناول فيما يلي كل نوع على حدة.

1/ الضرر المادي: Dommage matériel

ويعرف بأنه الضرر الذي يصيب الإنسان في جسده أو ماله أو أخلاقه بمصلحة ذات قيمة مادية³، وهو إخلال بحق أو مصلحة مشروعة للمضروب ذات قيمة مالية⁴.

أما في المجال الطبي فالضرر المادي هو ذلك الضرر الذي يمس بجسم المريض أو يصيبه أو يضعف بنيته نتيجة خطأ طبي، مما ينجم عنه خسارة مالية والتي هي نفقات العلاج كذلك ضعف قدرته على الكسب بشكل جزئي أو كلي⁵.

1 - سامي هارون الزراع، فكرة الخطأ المهني أساس المسؤولية المهنية لأرباب المهن الحرة "الطبيب"، المرجع السابق، ص 140.

2 - طه عثمان أبو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في مجال التوليد، المرجع السابق، ص 219.

3 - سميرة حسين محسن، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي...، المرجع السابق، ص 218.

4 - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية...، المرجع السابق، ص 225.

5 - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية...، المرجع نفسه، ص 226.

كما ينقسم الضرر المادي إلى قسمين، ضرر جسدي يتمثل في المساس بالجسد الإنساني كإرهاق الروح او إحداث عاهة دائمة او مؤقتة، وضرر مالي يمس مصالح المتضرر المالية، والتي قد تسببها العاهة¹.

وتجدر الإشارة الى ان الطبيب ملتزم بتعويض كافة الأضرار التي حصلت بما يتناسب مع الضرر الحاصل غير ان مسالة تقدير التعويض ليست بالسهلة على القاضي، فليس سهلا تقدير التعويض مثلا في حالة وفاة امرأة طاعنة في السن مصابة بمرض السرطان جراء خطأ طبي².

2/ الضرر المعنوي (الأدبي) Dommage Moral

وهو كل ضرر لا يصيب الشخص في ماله أي في مصلحة غير مالية، فهو ضرر يصيب شرف الإنسان وعرضه او اعتباره مثالها إفشاء الأسرار كان يذاع عن شخص إصابته بمرض خطير، هذا وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بان الأمراض من العورات والتي يجب سرها حتى في حالة صحتها، فلا يجب إذاعتها في المحافل العامة او على المستمعين، مما قد يسيء إلى المريض، خاصة الفتيات حيث انه من شان ذلك إعاقة حياتهم وبعد هذا وجب التعويض عنه لا محال³.

ويختلف الألم النفسي عن الضرر عند الفتاة والشاب أو العجوز او الطفل، كونه يجب ان ننظر الى آثار الضرر الناجمة عن الإصابة او العجز من خلال الرجوع إلى مستوى ثقافة المضرور ومجال عمله وظروفه الاجتماعية والجسمانية⁴.

هذا واتفق الإجماع في فرنسا سنة 1943 عن التعويض على الضرر المادي والأدبي، بعد أن ثار حوله الجدل، فطبقا لنص المادة 1382 من التقنين المدني الفرنسي وجب التعويض عن الضرر الأدبي او المعنوي⁵.

كما قضت محكمة النقض المصرية بتعويض الأب والوالد عن وفاة ابنه، لما سبب له من لوعة وحرقة على فقد لابنه¹. كما قضت أيضا محكمة مصر الابتدائية بتاريخ 14 مارس 1949، بمسؤولية

1 - سميرة حسين محسن، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي...، المرجع السابق، ص 218.

2 - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب...، المرجع السابق، ص 373.

3 - نقض فرنسي 14/03/1949، انظر منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، ص 496.

4 - سميرة حسين محسن، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي...، المرجع نفسه، ص 224-225.

5 - سميرة حسين محسن، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي...، المرجع نفسه، ص 225-226.

الطبيب وإلزامه بالتعويض لأنه أفسسوا أذاعا لأمراض التي تعانيتها مريضته، مما وضع لها مشاكل وعراقيل في حياتها².

أما المشرع الجزائري فقد أجاز صراحة التعويض عن الضرر المعنوي وهذا في تعديله الجديد للقانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 سنة 2005، هذه الإجازة التي أنهت جدلا واسعا وطويلا بشأن مسألة التعويض عن الضرر الأدبي أو المعنوي، كذلك من خلال ما جاء في نصوص مواد القانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الأسرة³.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن أصحاب الحق بالتعويض ينحصر بالزوج والأقارب من الدرجة الثانية، أي الزوج الحي وأبوه وأمه وجدده وجدته لأبيه أو لأمه وأولاده وأولادهم وأخواتهم، غير أنه وفي حالة وجودهم جميعهم لا يحكم بالتعويض إلا لمن أصابه الم حقيقي بوفاة المريض⁴.

الفرع الثاني: إثبات الضرر الطبي

يقع عبء الإثبات في الأصل على المدعي وهو المضرور أو المصاب حسب الأحوال ويصح أن يكون إثبات الضرر بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البنية والقرائن⁵.

1 - قرار محكمة النقض المصرية، 1977/02/08، أنظر: طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 375.

2 - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب...، المرجع السابق، ص 375.

3 - المادة 124 من القانون المدني الجزائري: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

المادة 47 من القانون المدني الجزائري: " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وفق هذا الاعتداء والتعويض عما قد لحقه من ضرر".

المادة 48 من القانون المدني الجزائري: " لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه دون مبرر، ومن انتحل الغير اسمه أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما قد يكون لحقه من ضرر".

المادة 413 من القانون المدني الجزائري: "

المادة 315 من قانون الأسرة على انه: " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض".

4 - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب...، المرجع نفسه، ص 376.

5 - حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية (الضرر)، المرجع السابق، ص 319-320.

وإثبات الضرر في المسؤولية المدنية الطبية متعلق بالتزام الطبيب نحو مريضه، فيفترض الضرر في حالة عدم تحقق النتيجة حال التزام الطبيب بتحقيق نتيجة، وللطبيب إثبات السبب الأجنبي، أما في حالة التزام الطبيب ببذل عناية فلا ينسب الضرر للطبيب إذا ما ثبت قيامه ببذل عنايته الواجبة¹.

غير انه ولان الضرر الطبي ذو طبيعة خاصة، حيث انه يتعلق بالجسم البشري فان القضاء وبالإضافة لطرق الإثبات المعروفة يلجا الى طرق الإثبات المباشرة وهي المعاينة والخبرة، هاته الأخيرة التي تعد من أهم وسائل الإثبات في مجال المسؤولية الطبية².

ويجدر بنا الإشارة إلى أنّ تأكيد وقوع الضرر من عدمه أمر راجع إلى تقدير المحكمة دون خضوع الأخيرة في مسألة تقديرها إلى الرقابة من المحكمة العليا، إلا فيما يتعلق في مسألة وصف الوقائع من حيث أنّها ضرر أولا من ناحية توافر الشروط³.

كما ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنّ مسألة حصول الضرر أو عدمه من المسائل التي تقدّرهما محكمة الموضوع، فذهابها إلى انتفاء الضرر المزعوم ترتبه على تأخر الملتزم بعدم كفاية الدليل إنّما يعدّ من الأمور الواقعية التي لا رقابة فيها عليها من المحكمة العليا⁴.

وأخيرا يمكننا القول أنّه وبصدد إثبات الضرر الطبي فإنّه يجوز إثبات الضرر بكافة لوسائل وطرق الإثبات حتى وإن اعتبرت الخبرة من بين أهم وسائل الإثبات في هذا المجال، فإنّ ذلك لا يمنع من اعتماد المحكمة أساليب وطرق إثبات أخرى شريطة ألا تكون المسألة محلّ الإثبات من المسائل الفنية، والتي وجب الاعتماد فيها على تقارير محكمة الطب الشرعي⁵.

المطلب الثاني: علاقة السببية كركن لقيام مسؤولية طبيب النساء والتوليد

فبدورها علاقة السببية ركن من بين الأركان الواجب إثباتها لقيام المسؤولية المدنية الطبية عامّة، ولقيام مسؤولية طبيب النساء والتوليد على وجه الخصوص، فلا يمكن أبدا قيام مسؤولية الطبيب مجرد

1 - سامي هارون الزراع، فكرة الخطأ المهني أساس المسؤولية المهنية لأرباب المهن الحرة "الطبيب"، المرجع السابق، ص 144.

2 - سامي هارون الزراع، فكرة الخطأ المهني أساس المسؤولية المهنية لأرباب المهن الحرة "الطبيب"، المرجع نفسه، ص 146.

3. راييس محمّد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 298.

4. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء 01، الضرر، المرجع السابق، ص: 320-321.

5. سامي هارون الزراع، فكرة الخطأ المهني، المرجع السابق، ص 148.

إثبات الخطأ الطبي، وضرر المريض إنما يجب أن يوجد الرابطة أو العلاقة بين هذا الخطأ والضرر والذي يسمّى بالعلاقة السببية، وسنتطرق إلى ذلك بالتفصيل فيما يلي:

من خلال التطرق إلى أهم ما قيل في علاقة السببية، وما جيء فيها من نظريات في الفرع الأول ثم إلى إثبات علاقة السببية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: أهم النظريات التي قيلت في علاقة السببية.

إنّ المقصود بعلاقة السببية أو الرابطة السببية أن يكون الضرر الذي أصيب به المدعي أو المريض أو طالب التعويض ناتج عن خطأ الطبيب المسؤول¹.

ولقد أكد القضاء الفرنسي في أحكام عديدة على وجوب توفر علاقة السببية، حيث جاء في أحكامه مسؤولية الفاعل والمتسبب في الحادث، سواء كان أساسها (1382 أو 1384 ق.م) تفترض ودوما قيام الرابطة السببية بين الفعل والضرر².

هذا وتعتبر مسألة تحديد علاقة السببية في المجال الطبي من أشق وأصعب الأمور نظرا لتعقيد الجسم الإنساني، وتغيّر خصائصه وحالاته من جهة، وعدم وضوح الأسباب للمضاعفات الظاهرة من جهة أخرى، فقد تكون أسباب ما وصل إليه المريض من نتائج راجعة إلى عوامل أخرى منفصلة تماما عن سلوك الطبيب غير أنّها تتشابه معه في إحداث النتيجة، الشيء الذي يصعب معه الجزم بأنّ سلوك الطبيب وحده هو السبب الوحيد في إحداث النتيجة³.

لذا سنتطرق إلى أهم ما جيء به، وقيل في علاقة السببية وهما أهم نظريتين؛ نظرية تكافؤ أو تعادل الأسباب ونظرية السبب المنتج أو الفعّال.

أولاً: نظرية تكافؤ الأسباب:

وقد جاء بها الفقيه (فون بيري) ومفادها أنّه يبحث من بين الأسباب عن السبب الذي لولاه لما وقع الضرر، فإن ساهمت عدّة أسباب وأحداث في إحداث الضرر فتعتبر جميعها أسباب متساوية

¹ محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، المرجع السابق، ص 59.

² حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج:03، رابطة السببية، دار وائل للنشر، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 2006، ص 06.

³ عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، المرجع السابق، ص 266.

أو متكافئة في إحدائه مما يحمل جميع مرتكبوها المسؤولية، كما لا يجوز تخفيف المسؤولية بحجة تعدد الأسباب إلا إذا كان خطأ المضرور أحد الأسباب¹.

ومثال تعدد الأسباب في إحداث الضرر؛ عبور الشخص من غير منطقة عبور المشاة، وصدمة بسيارة مسرعة، وتعطل سيارة الإسعاف، وتأخر الطبيب، ورفضه إجراء الجراحة، كلها أسباب أدت إلى إحداث عاهة مستديمة للمريض وإصابته بشلل، ولكن من غير المنطقي المساواة بين كل الأخطاء لأن ذلك وفي الغالب يؤدي إلى نتائج غير عادلة².

هذا وقد وجدت هذه النظرية تطبيقا لها في حكم صدر هن محكمة النقض المصرية أين قررت في 1941/01/23م بأن تعدد الأخطاء يوجب قيام المسؤولية في حق كل من ساهم فيها، أكان سببا مباشرا أو غير مباشر³.

كما قضت أيضا محكمة استئناف باريس بمسؤولية مركز الدم والطبيب المعالج، والمستشفى عن إصابة أحد المرضى بفيروس الإيدز، حيث ثبت أن عملية نقل الدم كانت السبب في إصابته بهذا المرض⁴.

وعلى الرغم من أن ظاهر النظرية يبدو مادي ولا أخلاقي غير أنه وبتعمنا في النظرية نجد أنها تستجيب للقيم الأخلاقية ولا تتعارض معها، كونها تجعل كل من ساهم في إلحاق أذى بالناس يتحمل مسؤوليته عن نتيجة الأذى الشيء الذي تأمر به قواعد الأخلاق⁵.

غير أن النظرية تعرضت للتقد وكان نقطة الضعف الأساسية فيها (السعة أو الميوعة l'axisme) والتي توصل إلى نتائج غير مقبولة، كونها تعتد بأبعد الأسباب وتعوض عن الضرر غير المباشر مما يجعل الأمر غير مقبول قانونا⁶.

¹ إبراهيم علي حموي الحلوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 78.

² سامي هارون الزراع، فكرة الخطأ المهني أساس المسؤولية المهنية لأرباب المهن الحرة، المرجع السابق، ص 154.

³ فاطمة الزهراء منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 1433هـ/ 2012م، ص 259.

⁴ حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء 03، رابطة السببية، المرجع السابق، ص 19.

⁵ حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء 03، المرجع نفسه، ص: 19.

⁶ جلال حسن الأتروشي، المسؤولية المدنية التاجمة عن عمليات الدم، دراسة مقارنة، دار حامد للنشر، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2008م، ص 170.

ونظرا لما لاقتته نظرية تكافؤ أو تعادل الأسباب من انتقادات أصبح لزاما البحث عن نظرية أخرى ألا وهي نظرية السبب المنتج أو الفعّال، والتي سنتطرق إليها فيما يلي:

ثانيا: نظرية السبب المنتج أو الفعّال

والتي تقول أنّه حتّى إن تعدّد الأسباب لا بدّ من وجود سبب والذي لولاه لما وقع الضّرر (Sime qua mon)، ويذهب أصحاب نظرية السبب المنتج أو الفعّال إلى القول بأنّه ما دام العامل أو الطّرف قد شارك في حدوث النّتيجة، وبأنّه لولاه ما وقعت النّتيجة، إذن فهو مسببا لها، وقال رواد النّظرية أيضا بأنّه وفي حالة تعدّد الأسباب فإنّه لا يجب نسب دورا أكبر إلى عامل أو طرف مقارنة مع باقي الطّروف والعوامل، إنّما علينا معاملة كلّ الطّروف على قدم المساواة¹.

غير أنّ هذا لم يمنع أنصار هذه النّظرية من البحث عن معايير تستبعد على أساسها بعض الحوادث ويستبقى على البعض الآخر، ويقول شاباني رسالته أنّها عبارة عن "الاحتمال الموضوعي لتحقق النّتيجة (La possibilité objective du resultat)، أنّه ولكي يكون الفعل أو الحادث سببا منتجا يجب أن يجعل من الضّرر محتمل الوقوع حتى لو انفرد وحده دون الأسباب الأخرى، كما يقول شابا أنّ هذا الاحتمال يقاس بمقياس عددي حسابي حتى يجب علينا معرفة ما إذا كان هذا السبب المنتج الفعّال كفيلا بإحداث النّتيجة في كلّ الأحوال أو أنّه كفيلا بإحداثها في بعض الحالات فقط دون الأخرى أو أنّ طبيعته لا تؤدّي لإحداث هذه النّتيجة، وتعتبر الحادث سببا منتجا في الحالة الأولى والثّانية، أمّا في الحالة الثالثة فلا يعدو أن يكون سببا عرضيا غير منتج².

إذن فقد فرّق الفقيه الألماني (يوهانس فون كرس) بين الأسباب الكافية الرّئيسية أو الأسباب العرضية (الثّانوية)، فيؤخذ بالأسباب الكافية الفعّالة دون الإعتداد بالأسباب العرضية، حيث أنّه يوجد بعض الأسباب لا يمكن اعتبارها سببا، والبعض الآخر يربطها بالضّرر علاقة سببية بالمعنى الدّقيق إن تكن بسببية مباشرة أو ملائمة³.

ولا يقوم ركن السببية إلّا على السبب المنتج أو الفعّال والذي تسبّب في إحداث الضّرر، لذا جاء في حكم النّقض المتعلّق بالطّعن رقم 51/1247/ مصرى بتاريخ 1982/06/24، أنّ السبب المنتج

¹ حسن علي الدّنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، المرجع السّابق، ص 20-21.

² حسن علي الدّنون، المبسوط في المسؤولية المدنية... (علاقة السببية)، المرجع نفسه، ص 20-21.

³ إبراهيم على حماوي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطّبية، المرجع السّابق، ص 69-70.

الفعال في وفاة ابن المطعون ضدها هو إشعاله النار في نفسه عمداً، أما إهمال تابعي الطاعن في حراسته فلم يكن سوى سببا عارضاً لا يعتبر بطبيعته قادر على إحداث هذا الضرر، ومن هنا فإن ركن السببية لا يمكن قيامه ولا تقوم المسؤولية في هذه الحالة لانعدام أحد أركانها ألا وهو ركن السببية¹.

وتقضي القواعد العامة بمسائلة أي شخص عند توفر أركان المسؤولية الثلاث ألا وهم الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، لذا فما دام الضرر اللاحق بالمريض نتج عن خطأ الطبيب فإن علاقة السببية قائمة بينهما، وتقوم مسؤولية الطبيب حينها "ألا وهي التعويض"².

ويقوم القاضي وفقاً لهذه النظرية (نظرية السبب الملائم) أي المنتج أو الفعال بدراسة الأسباب المؤدية إلى وقوع الضرر الذي أصاب المريض ليستبعد الأسباب العرضية والتي لم تشكل بالنسبة للضرر إلا دوراً أو عاملاً ثانوياً، فإذا ثبت أنّ المرض كان ليؤدي بالمريض إلى الوفاة سوء عولج أولاً، فإنه لا يمكن مساءلة الطبيب في هذه الحالة³.

وقد تراجع القضاء الفرنسي عن الأخذ بنظرية تكافؤ الأسباب ليتجه في الآونة الأخيرة إلى الأخذ بنظرية السبب المنتج، حيث ذهبت أحكام المحاكم الفرنسية بالنسبة لمسؤولية صاحب السيارة المسروقة في أول الأمر إلى مساءلة صاحب السيارة المسروقة إذا ثبت إهماله للمحافظة عليها وأحدث سارقها حادث بها، ثم انصرفت المحاكم بعد ذلك وبعد زيادة حوادث سرقة السيارات بشكل هائل إلى عدم مساءلة صاحب السيارة، معللة ذلك بأن خطأ صاحب السيارة بإهماله المحافظة عليها لم يكن هو السبب المباشر الفعال (Cause directe et effective) الذي أدى إلى وقوع الحادث⁴.

ونجد أنّ القضاء اللبناني قد أخذ أيضاً باعتماد نظرية السبب الملائم، وذلك من خلال تتبع المسار الاجتهادي للمحاكم اللبنانية في إثبات الصلة السببية بين الضرر الذي أصاب المريض والخطأ الطبي⁵.

1. عبد الوهاب عرفة، الوسيط في المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب والصيديلي، المرجع السابق، ص 89.

2. إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، المرجع نفسه، ص 70.

3. علي عصام غصن، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص 173-174.

4. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية... (علاقة السببية)، المرجع السابق، ص 23.

5. علي عصام غصن، الخطأ الطبي، المرجع نفسه، ص 175.

كما أنّ القضاء البريطاني أخذ بنظرية السبب المنتج، ففي قضية (kay v. Ayr's hire and arran Health board) والتي تلخّصت وقائعها في أنّ الطّفّل المدعو اندرو كاي (Andrew kay) نُقل للمستشفى وذلك لمعاناته من التهاب السّحايا أين تمّ إسعافه من قبل الطّبيب، والذي أعطاه جرعة زائدة من البنسيلين، أين شارف على الهلاك لولا إسعافه من الطّاقم الطّبي لتتقد حياته وليشفى من السّحايا، غير أنّه أصيب بالطّرش أين أقام والده الدّعوى على مديرية الصّحة والتي أقرّت إهمال الطّبيب.

غير أنّها أنكرت أنّ زيادة جرعة البنسيلين قد تسبّب في الطّرش، حيث اعتبرت الطّرش أحد آثار التهاب السّحايا حتى في معالجة المريض بشكل صحيح، وقرّرت محكمة الإستئناف عدم قيام المسؤولية، غير أنّ مجلس اللّوردات أبطل الحكم، وقالت بأنّه لا يمكن إعفاء الطّبيب من المساءلة فقط لأنّه لا يوجد حالات سابقة أو مشابهة تبين أنّ إعطاء الجرعة الزائدة من البنسيلين لا تسبب الطّرش، وهنا يتّضح أنّه اعتمد السبب المنتج أو الفعّال ألا وهو إعطاء جرعة زائدة من البنسيلين على الرّغم من وجود سبب آخر ألا وهو آثار التهاب السّحايا¹.

وفي يخصّ في مجال المسؤولية الطّبية فقد أخذ القضاء الفرنسي أيضا بنظرية السبب المنتج أين قضت محكمة التّقض الفرنسية بوجوب إعفاء المستشفى الخاص من أيّ مسؤولية نتيجة قطع الشّريان السّباتي (Corotide) وذلك بمناسبة إجراء عملية جراحية له في البلعوم، ذلك أنّ الوريد لم يكن في موقعه الطّبيعي وهو ليس كاف لإعفائهم من المسؤولية، ولم يخالف القضاء المصري نظيره الفرنسي واعتنق نظرية السبب المنتج أو الفعّال².

الفرع الثاني: إثبات علاقة السببية

يتّجه القضاء بصفة عامّة إلى إلغاء عبء الإثبات الملقى على عاتق المريض، والذي يتوجب عليه إثبات بأنّ خطأ الطّبيب هو سبب الضّرر، فنيسان قطعة من الشّاش أو ضمادة (Cam presse) لا يعني بأنّه سبب الضّرر النّاجم للمريض إذا لم يثبت المريض أنّ ذلك قد أدّى إلى التهاب الجرح أو زيادة الوضع سوءا³.

¹. طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطّبيب، المرجع السابق، ص 388-389.

². بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطّبي...، المرجع السابق، ص 249.

³. محمّد حسين منصور، المسؤولية الطّبية...، المرجع السابق، ص 184.

إذن فعلى المريض إثبات أنّ الضرر الذي لحق به كان بسبب خطأ الطبيب، أيّ مردّ الضرر إلى خطأ الطبيب دون أي عامل خارجي قد يحجب أو يستغرق الخطأ أو على المريض أن يثبت بأنّ خطأ الطبيب فوت عليه فرصة الشفاء أو تجنب ضرر كان بالإمكان تجنبه أو إثبات ذوي المريض أنّ الطبيب فوت على مريضهم فرصة البقاء حيا، ويجب لوجود علاقة السببية أن تكون أكيدة ومباشرة¹. غير أنّ القضاء قد يتساهل في مسألة إثبات علاقة السببية ليقوم قرينة لصالح المضرور، وهذا في حالة ما إذا كان الخطأ من شأنه أن يحدث مثل هذا الضرر عادة، وهو ما جاء في حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 11/28/1968م؛ والذي جاء فيه " أنه لئن كان مقتضى اعتبار إلتزام الطبيب ببذل عناية خاصة أنّ المريض إذ أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة، فإن عبئ إثبات ذلك يقع على المريض إلاّ أنه إذا أثبت هذا المريض واقعه ترجح إهمال الطبيب كما إذا أثبت أنّ الترقيع الذي أجراه له جراح التجميل في موضع الجرح، والذي نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية التجميل وفقا للأصول الطبية المستقرّة، فإنّ المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه فينتقل عبئ الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع والتي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال"².

ومن أمثلة ما سبق ذكره إجراء الطبيب عملية جراحية لمريض في ساقه مثلا، ثمّ اشتداد الألم عليه فيما بعد ليقوم بدعوة الطبيب لزيارته غير أنّ الطبيب يتباطأ عن القيام بواجبه، ليستدعي الأمر بعد ذلك بتر ساق المريض، فهنا قد ثبت الإهمال وثبت الضرر، ومن المحتمل والمرجح أنّه لولا تباطؤ الطبيب لتمكّن المريض من الاحتفاظ بساقه، فتقوم بهذا القرينة القضائية على السببية بين الخطأ والضرر لتقوم بذلك مسؤولية الطبيب وليلتزم بعد ذلك بالتعويض، إلاّ إذا أثبت أنّه حتّى لو أسرع في عيادته، لما تمكّن من إسعافه ليثبت بذلك أنّ البتر إنّما نتج عن سبب أجنبي لا يد له فيه³.

والصحيح أنّ إثبات علاقة السببية أنّها مفترضة لا يجب إلقاء عبئ إثباتها على المريض المضرور لأنّ المجال الطّبيّ يقوم فيه القاضي المدني بدور إيجابي مثل القاضي الجنائي وتقليدا له، ومن هنا فإنّ

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

². محمد منصور، المسؤولية الطبية...، المرجع السابق، ص 184.

³. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين...، المرجع السابق، ص 507-508.

إثبات علاقة السببية خاضعا له، خاصة وأنه في كثير من المرات المتعلقة بالمسؤولية المدنية، والإثبات فيها يصعب على المريض إثبات علاقة السببية نظرا لفنية العمل الطبي وجهل المريض لهذه المرض لهذه الأمور الفنية البحتة، أين يستعان بالخبراء بهذا المجال وهذا للوقوف على مدى اعتبار فعل الطبيب محدثا للضرر من عدمه¹.

كما قد يستدعي الأمر أيضا الاستعانة بالخبراء في حالة اجتماع عدة أخطاء في إحداث النتيجة التي حال إليها المريض، بسبب أخطاء الأطباء والعاملين في المستشفيات الحكومية (العامة) أو الخاصة و في الكثير من الحالات قد يعود الضرر لحالة أو طبيعة الجسم وخصوصيتها أين لا يتأتى للقاضي تبين علاقة السببية أو افتراضها إلا باستدعاء أهل الخبرة².

كذلك في حالة تزامن أو تعاقب الأسباب، مثلها تعاقب عدة أطباء عاملين في نفس المستشفى على علاج المريض أين يصعب معرفة أي من الأخطاء أحدث النتيجة لينسب إليه الضرر الذي لحق المريض وفي بعض المرات يموت المريض وتموت معه الأسباب المفضية إلى وفاته³.

ولأن القضاء تساهل بشأن علاقة السببية، وجعل إثباتها بإقامة قرينة لصالح المريض المضرور غير أنه وبالمقابل يجب على القاضي في دعاوي المسؤولية الطبية مراعاة استخلاص القرائن وتوخي الحيطة والحذر، ومعرفة حدود استنتاجه وتقديره، فعليه عدم الدخول في مسائل يرجع تقديرها للخبراء الفنيين، وهذا نظرا لتعلقها بأمور هيئية طبية بحتة، والتي يجب على القاضي فيها الاستعانة بخبير مشهود له بالتزاهة والكفاءة، وتحديد مهمته بشكل دقيق، وعلى الخبير بالمقابل الإجابة على الأسئلة حسب ما أسند إليه من مهام؛ حتى يمكن للقاضي فهم ما تعسر عليه أثناء قيامه بمهمته، مثلها استعانة القاضي بخبير في قراءة الصور الشعاعية⁴.

هذا، ويرى الفقيه (سافاتيه) أن على القاضي أن يستخلص علاقة السببية من قرائن ودلائل متفككة، ويضيف بأن السببية ليست بالشئ الذي يُرى أو يلمس، وإنما يستنتجها الفكر من ظروف الواقع، ثم يضيف أن القاضي حرّ في عقيدته والمقصود هنا قاضي الموضوع، إذ أن رقابة محكمة التقض

¹ بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي...، المرجع السابق، ص 256.

² المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي للعاملين بها...، المرجع السابق، ص 240.

³ المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي للعاملين بها...، المرجع نفسه، ص 241.

⁴ طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب...، المرجع السابق، ص 392-393.

تنحصر في التحقيق في أن أسباب الحكم تظهر بوضوح علاقة سببية كافية بين الخطأ والضرر، ولقاضي الموضوع أن يقدّر ما إذ كان مجموع القرائن يكفي لإثبات علاقة السببية وهو يلجأ للبحث عن العلاقة المنطقية التي يرى أنّها تربط المصادفات المتوالية طبقاً لعناصر الدعوى¹.

ويتضح لنا من موقف القضاء نحو إثبات علاقة السببية اتجاهه المتزايد نحو التشدد في أحكام المسؤولية الطبية، فبرى أنه وبعد أن كان يكلف المريض بإثبات علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر الذي لحقه، أصبح يقيم قرينة على تلك الرابطة أو العلاقة *presomption de causalité* لمصلحة المريض؛ إلا إذا أثبت الطبيب توافر السبب الأجنبي لترفع مسؤوليته بذلك².

¹ عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية، مسؤولية الطبيب، المرجع السابق، ص 305-307.

² محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، المرجع السابق، ص 185-186.

الفصل الثاني

نحو إتجاه موضوعي في المسؤولية المدنية لطبيب النساء
والتوليد

الفصل الثاني:

بعد تطرقنا إلى أركان المسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد في الفصل السابق وتفصيلنا في ذلك بعرض جميع أركان قيام هذه المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية وليتضح جلياً من خلال هذا العرض أنها مسؤولية خطئية يأخذ الخطأ الحيز الكبير من أركانها فحتى مع ضرورة وجود الضرر والعلاقة السببية يظل الخطأ الركن المهم لقيامها، الشيء الذي يعيق مسالة الإثبات والتعويض بالنسبة للمريض المضرور نظراً لخصوصية وتقنية الخطأ الطبي، الشيء الذي دفع بالفقه للإجتهد في هذه المسألة والسير نحو مسؤولية غير خطئية، مسؤولية لا تعتمد بالخطأ كركن لازم لقيام المسؤولية المدنية الطبية بصفة عامة و إنما إيجاد القرائن التي تثبت وجودها والتركيز على عنصر الضرر في المسؤولية المدنية .

فمسألة الاتجاه نحو مسؤولية موضوعية (غير خطئية) ليست وليدة الصدفة إنما أوجدتها الحاجة إلى هذه النوع من المسؤولية ، كأداة لتخفيف عبئ الإثبات الملقى على عاتق المريض المدعي من جهة ولخصوصية الخطأ الطبي من جهة أخرى و لتفادي ضياع الحق بين خطأ تقني بحت يصعب إثباته وطرف ضعيف في العلاقة جاهل بأصول مهنة الطب، ولم يقتصر هذا الإتجاه على المسؤولية الطبية فحسب ، بل إن تطبيقه في المسؤولية المدنية الطبية لم يكن إلا إسقاطا للتوجه إليه في المسؤولية المدنية بصفة عامة.

لذا فالجدير بنا التطرق أولاً في هذا الفصل للتوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية و التعرّيج على جميع النظريات القائلة بذلك ثم تطبيقات هذا التوجه في مجال المسؤولية المدنية الطبية عموماً حيث أنها لا تعدو كونها إسقاط للمسؤولية المدنية بصفة عامة لنلقي الضوء بعد ذلك على تجليات ذلك في مجال عمل أخصائي النساء و التوليد.

المبحث الأول: الأساس الفقهي للمسؤولية الموضوعية و موقف المشرع الجزائري منها.

تعد المسؤولية المدنية أهم نظم القانون المدني ذلك لأنها ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمسألة التعويض ويعتبر هذا الأخير سبب كل التطورات التي حصلت للمسؤولية المدنية عبر الأزمان ، هذا ولا يعدو تطور المسؤولية المدنية كونه آلية لمزامنة التطورات الحاصلة في جميع المجالات الأخرى للحياة الإنسانية بصفة عامة ، ففكرة الخطأ التي كانت سابقاً كافية للتعويض عن الضرر اللاحق بالمضور نظراً لأنها كانت تعالج قضايا تحدث في مجتمعات بسيطة بدائية تحترف مهن بسيطة وتستخدم أدوات وآلات بسيطة في عيشها لم تصبح كذلك بعد أن مس التطور التكنولوجي جميع ميادين حياة الإنسان حيث أدى هذا التطور إلى زيادة معدل الأضرار وتعقيدها وجسامتها، كذلك اتساع نطاق الضرر وعدم اقتصره على الفرد ليتعداه إلى الجماعة و نظراً لعدة أسباب أخرى تتعلق بارتفاع ورفي الوعي الإنساني الشيء الذي جعل ودفع قيمة الإنسان وسلامته الجسدية ، أصبح من الحتمي استحداث وظهور أفكار وآراء في الفقه تثبت قضية المضور وظهرت مجموعة من الفقهاء الذين نادوا بضرورة الوقوف مع المضور لتحقيق حقه بأسهل الطرق والاتجاه إلى مسؤولية غير خطئية من خلال عرضهم و تبنيهم لمجموعة من النظريات سنعرضها تبعاً في هذا المبحث.

المطلب الأول: أهم النظريات الموضوعية في المسؤولية المدنية

بعد الوقوف على العجز وعدم كفاية فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية خاصة مع التطور العصري حتى مع تمسك القضاء بهذا الأساس التقليدي، توحد موقف الفقه على ضرورة الإتجاه لفكرة أخرى تصلح أن تكون أساساً جديداً يتوافق والتطور الحاصل و ينصف المضور بشكل أساسي.

ويجدر بنا هنا الذكر أن الفقهاءنقسم في هذا الصدد بين إتجاهين، إتجاه يقول باستبعاد فكرة الخطأ كلياً من المسؤولية المدنية و الإتيان بفكرة المخاطر مكانها واتجاه يقول بضرورة الإبقاء على فكرة الخطأ والاعتداد بالتوازي معها بفكرة الضمان و التضامن الاجتماعي.

وسنعرض في الفرع الأول إلى نظرية تحمل التبعة ثم إلى نظرية الضمان في الفرع الثاني ونظرية اجتماعية المسؤولية في الفرع الثالث.

الفرع الأول: نظرية تحمل التبعة

لا يمكننا تصور قيام المسؤولية المدنية دون ضرر ولا علاقة سببية غير انه على النقيض تماماً يمكن تصورهما دون خطأ، و تقوم نظرية تحمل التبعة على هذا التصور فبناءً على هذه النظرية فإنه لا يشترط لقيام المسؤولية المدنية لأي شخص أن يأتي فعلاً خاطئاً وذلك بإنحرافه في مسلكه عن السلوك المألوف للرجل العادي وهذا ما نادى به أنصار الخطأ¹.

هذا ويكفي من منظور هذه النظرية أن يكون الفعل مصدر للضرر الحاصل للمضروب ولا يهم بناءً على هذه النظرية على أي يكون الفعل خاطئ ، ويلتزم مصدر الفعل بالتعويض عما سببه فعله من ضرر خاصة في الحالة التي يحقق فيها المتسبب في الضرر نفعاً أو ربحاً حتى وراء فعله الضار أو يخلق مخاطر في المجتمع لم تكن موجودة أصلاً قبل فعله الذي أتاه² ، وهذه الفكرة البسيطة هي التي انطلق منها فقهاء القانون الفرنسي مثل: "ساليه" ، "جوسران" ، "سفاتييه" ، "ديموج" وهي نفسها الفكرة التي أدت إلى تطور المسؤولية المدنية في العصر الحديث³.

وللوقوف على الفهم الصحيح لهذه النظرية فإنه يتعين علينا وجوباً التطرق إلى بداية ظهور هذه النظرية و الأسباب المحيطة التي ساعدتها على الظهور و الإنتشار، ثم التعرض إلى أهم الانتقادات الموجهة لها ، كل ما سبق ذكره سنعرضه بترتيب فما يلي .

أولاً : ظهور نظرية تحمل التبعة

أول من نادى بهذه النظرية هو الفقيه "لاييه" ، وقد جاء بالصورة المطلقة بها والتي أسس عليها المسؤولية المدنية وذلك منذ 1890 و القائلة بمحجر فكرة الخطأ و التحول فيها نحو مسؤولية لا تعتمد الخطأ كأساس لها ، ذلك لأن فكرة الخطأ فشلت ولم تكف، وذهب "لاييه" إلى ضرورة النظر إلى أنه و لموازنة المنافع و المضار أو (المخاطر) والتي ترتبط بما تقوم المنشأة على استغلاله من نشاط

¹ - عمر بن الزويبر ، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، سعيد حمدي ، جامعة الجزائر ، جوان 2017 ، ص 14.

² - عمر بن الزويبر ، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية ، المرجع نفسه ، ص 14.

³ - عمر بن الزويبر ، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية ، المرجع نفسه ، ص 14.

فإنه يتعين علينا الإقرار بسلامة وعدالة المبدأ القائل (...أن من يتلقى المنافع التي يجلبها استخدام الآلة يجب أن يتحمل تبعه ما ينشئ من ضرر.¹

هذا ويجدر التنبيه بهذا الخصوص أن العلامة لابييه Labbé كان أول من استخلص من الفقرة الأخيرة للمادة 1384 من التقنين المدني الفرنسي، أن مسؤولية حارس الشيء و المتبوع لا يعتبر الخطأ أساسها بل فقط مسؤولية الأب والأم و المرين و معلمي الحرفة ، كون المادة حولتهم و فقط و حدهم من نفي المسؤولية عنهم و ذلك بإثبات انعدام الخطأ من حياتهم.²

غير أنه وبالرغم مما جاء به العلامة لابييه labbé فإن الإنطلاقة الحقيقية و الفعلية لنظرية تحمل التبعة كانت في فرنسا حيث ارتبط ذكر النظرية بالفقيهين الفرنسيين "سالييه" و "جوسران"³

ثانياً: آراء الفقيهين سالييه و جوسران

أول من نادى بنظرية تعمل للتبعة كأساس للمسؤولية المدنية و إعتددها كبديل عن اعتماد فكرة الخطأ كان الفقيهين سالييه و جوسران و سنعرض رأي كل منهما على حدا.

1/ رأي الفقيه سالييه:

كان القائل الأول بهذه النظرية و المناادي بها أي نظرية تحمل التبعة و كان ذلك منذ سنة 1897 في رسالته عن حوادث العمل والتي إنتقد فيها الفقيه سالييه فكرة إعتداد الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية حيث اعتبرها فكرة كلاسيكية قديمة حيث كان إختلاط المسؤولية المدنية بالجنائية و فكرة التعويض بفكرة العقوبة⁴

وذهب سالييه إلى القول أنه وبعد انفصال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الإدارية فإن المسؤولية المدنية هنا لم تصبح مهمتها معاقبة الفاعل ولكن أصبح دورها التعويض عن فعله الضار و الذي نتج

¹ - سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني 2 في الإلتزامات ، المجلد الثاني ، الفعل الضار والمسؤولية ، ط 5 ، بيروت ، لبنان ، 1988 ص 225.

² - سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المرجع نفسه، ص 225.

³ - SALEILLES (Raymond) K les accident de travail et de la responsabilité civil ، libraire mouveraire mourelle de droit et jurisprudence, paris 1897 ,p 56-57.

⁴ - BETTER-Mieux (pierre) essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité en droit français ، thèse lille 1921 n°51،94-97

عن خطأ أو لم ينتج، وذلك لأن المسؤولية المدنية إنما هي ترجمة و رد فعل اجتماعي لما يقوم به و يصدر عن الشخص من فعل ضار بغض النظر عن كون الفعل مشروع أولاً¹ ، فالفقيه سالييه يؤكد هنا أن الأشكال هو تحمل تبعة المخاطر والتي تستوجب اعتماد طبيعة الفعل لا شخصيته أي اعتماد الطبيعة الموضوعية له ، فالفقيه سالييه يرى انه يوجد بعض الأفعال غير المألوفة من الناحية الموضوعية و يفترض فيمن يباشرها قبولها ، غير أنه و إن كان القانون يحرم الفعل المؤدي إلى الضرر مباشرة فإنه لا يستطيع تجريم و النهي عن كل فعل يحتمل الضرر في مباشرته و يضع على عاتق كل مبادر إلى فعل يبيحه واجب تحمل مخاطره بالمقابل² ، و من هنا فإن سالييه يرى انه لا يجب اشتراط أن يكون الضرر نتيجة لسلك منحرف من الفاعل أو المتسبب³

وأسس الفقيه سالييه نظريته لإعتماد التبعة كأساس للمسؤولية المدنية على نص المواد 1383/1382 من التقنين المدني ، حيث جاء الفقيه سالييه بأن قول المادة 1382 لم يشترط في فحواء الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية وبأن النص أقر بوجود التعويض كحق للمضرور عن كل فعل ضار لحق به ، كما ذهب سالييه إلى القول أن كلمة الخطأ في ذات النص لم ترد إلى عرضاً و أن المشرع لم يرد بها مصدر الإلتزام أو انطواء الفعل المرتب للمسؤولية على الخطأ، إنما أراد فقط تعيين الذي يتحمل عبئ التعويض أي إيجاد العلاقة السببية بين الفعل و فاعله الأصلي و علاقة السببية هنا تعني بالضرورة الخطأ الشخصي.⁴

هذا واعتمد سالييه على القضاء الفرنسي كذلك في التأسيس لنظريته فمن وجهة نظره أن القضاء الفرنسي تراجع عن الاعتداد بفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية حيث أصبح القضاء يكتفي بالأخذ بالعنصر المادي بوجود الخطأ دون المادي والنفسي، كذا أسس الفقيه سالييه نظريته

¹ - عمر بن الزويير ، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 16

² - saleilles (Raymonde), la responsabilité du fait des choses devant la cour supérieure du canada RTD ,GRIL1911,p55.58

³ - منصور أحمد، المسؤولية المدنية عن حراسة الأشياء، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1994، ص 170.

⁴ - عمر بن الزويير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع نفسه، ص 16

على بعض أحكام القانون الإداري الفرنسي والذي يقر في حوادث العمل الواقعة بالمصانع التابعة للدولة مسؤولية هذه الأخيرة أي الدولة دون إسناد الخطأ لها.¹

2/ رأي الفقيه جوسران

اختلف الفقيه "جوسران" في مسألة مناداته بفكرة أو نظرية عمل التبعة مع الفقيه سالييه، حيث رأى الفقيه "جوسران" أن لكل من الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية وتحمل التبعة إطاره ونطاقه الخاص فميز بين المسؤولية على أساس الخطأ و التي أقرتها المادة 1382 والتي تقوم على فكرة تعمل التبعة ، وهي تلك المادة التي تعالج المسؤولية عن الأشياء غير الحية.²

فالفقيه "جوسران" ذهب للتفسير بأن المادة 1382 أصبح تطبيقها قاصراً وعاجزاً على احتواء المسؤولية عن الأشياء غير الحية، خاصة مع ما عرفته المجتمعات من تقدم و تطور تزامن معه تكاثف الأضرار و أخذها لمنحى لم تعرفه من قبل كالأضرار التي تنجم عن إستخدام الأشياء غير الحية، فأصبحنا أمام نص قانوني عاجز عن التطبيق و التعويض للمتضررين بالنظر إلى وجود إثبات الخطأ متولي الحراسة، الشيء الذي يصعب العيى الملقى على كاهل المضرور ويسهل من هروب وتملص أصحاب الشركات و المشاريع من مسؤوليتهم بالمقابل.³

وخلص الفقيه "جوسران" إلى ان المادة 1384 من التقنين الفرنسي وحدها التي تحمل المسؤولية عن الأشياء غير الحية لمتولي حراستها، وهذا دون تكليف المتضرر بإثبات الخطأ بل اكتفت بوقوع الضرر فحسب ولم يخول إقامة الدليل على العكس إلا للأب والأم و المري وصاحب الحرفة فلا مجال إذن حسب رأي الفقيه "جوسران" (Jossrand) لإلزام المتضرر ما لم يأت به المشرع أي (الخطأ)، فالقانون الفرنسي إذن ومن خلال فحص المواد 1382،1383،1384 يظهر و يتضح أنه تبنى ضمناً

¹ - عمر بن الزويير ، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية ،المرجع السابق ،ص 18

² - عمر بن الزويير ، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية ،المرجع نفسه ،ص 19

³ - JOSSERAND(louis), La responsabilité du fait des choses inanimées, librairie nouvelle de droit et jurisprudences, paris1897.

نظرية تحمل التبعة ليؤسس عليها المسؤولية المدنية خاصة تلك الناتجة عن الأشياء غير الحية كون مسؤولية حارس الشيء لا تقوم إلا على ركنين الضرر و العلاقة السببية¹.

ثالثاً: محتوى نظرية تحمل التبعة

ترتكز هذه النظرية على ركيزتين الأولى تتعلق بالشخص الذي أتى الفعل و الثانية بالمضروب الذي تضرر من هذا الفعل، فأما الشخص فتلزمه النظرية بتحمل تبعه النشاط الذي حقق منه مصلحة أو جنى فائدة وأما المضروب فالمطلوب منه فقط إثبات علاقة السببية بين الفعل حتى ولو كان هذا الأخير غير خاطئ وبين الضرر الذي أصابه ، وعلى النقيض تماماً عن النظرية القديمة المعتمدة للخطأ كأساس فهي لم تطلب من المضروب أن يثبت انحرافاً في سلوك الشخص الفاعل.²

وقد أخذ النظرية صورتين مختلفتين عُرفت الأولى بنظرية المخاطر المستخدمة و القائلة بأن كل من استحدث خطراً أضر بالغير أو من شأنه الإضرار يلتزم بالتعويض، والثانية عُرفت بنظرية تحمل التبعة مقابل الربح و التي نادى بتحمل الشخص تبعه أي نشاط حقق ربحاً أو نفعاً والتي تقابلها إشارة العرب الفقهاء بنظرية الغرم بالغنم.³

هذا وقد توسع نطاق نظرية تحمل التبعة فبعدما كان يقتصر فقط على حوادث العمل والذي نادى بتطبيق النظرية فيه "سالييه" و "جوسران"، فقط تعدا ذلك فيما بعد إلى كل الأنشطة والميادين والأفعال الأخرى التي يقوم بها الأشخاص.⁴

وستتناول فيما يلي تفصيل ما سبق ذكره عن صورتين نظرية تحمل التبعة أي نظرية المخاطر المستحدثة ونظرية المخاطر مقابل الربح.

1/ نظرية المخاطر المستحدثة : La théorie des risques crée

لا تميز هذه النظرية بين الأنشطة فهي تقوم على مفهوم أي شخص أتى فعلاً وسبب أو أنشأ خطراً للمجتمع يجب عليه تحمل تبعه الخطر دون النظر إلى كونه أخطأ أو لم يخطئ، إذن فالمسؤولية

¹ - Ibid,p.50

² - PALMER(verno), trois princies de la responsabilité sans faute , Revint ,drt,cop,19 87,p825

³ - عمر بن الزوير ، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية ،المرجع السابق ،ص 20

⁴ - BETTER MIEUX ,thèse ,op .cit.p92

هنا تقوم اعتباراً للضرر فقط ولا يهم انحراف الفاعل عن السلوك المألوف أو أن يكون ذلك بفعله الشخصي أو الأشخاص أو الأشياء التي يستعملها¹.

يتضح مما سبق أنها نظرية تتماشى وأنشطة المصانع التي تستخدم فيها الإنسان الآلات الشيء الذي دفع الفقيه "سالييه" إلى التقرير بأن المشاريع الصناعية والمجال الصناعي هو المجال الطبيعي والمنطقي لتطبيق نظريته عن المخاطر المستحدثة.²

2/ نظرية الربح مقابل المخاطر:

جاءت الحاجة إلى هذه النظرية بعد إثبات أنه في حالة الأخذ بالصورة السابقة لنظرية تحمل التبعة أي نظرية المخاطر المستحدثة وهي الصورة المطلقة للنظرية فإن ذلك يحد من مبادرة الإنسان لحوفه المستمر من المسؤولية مما دفع الفقيه جوسران Jossrand إلى الاتجاه نحو رؤية تختلف و نسبية في شكلها، فقيد مسؤولية الشخص بطبيعة المخاطر حيث إشتراط أن تكون هذه الأخيرة أكبر من المخاطر العادية في حياة الإنسان و بأن يتحمل تبعة هاته المخاطر صاحب المشروع الذي يجني أرباحاً، أي بأن يكون تحمله لتبعة هذه المخاطر مقابل لما يعود عليه به هذا النشاط من فائدة وأرباح ولهذا فإن مخاطر المصنع أو أي شيء آخر يستغله الشخص يتحملها الذي يعود له الربح.³

هذا وتعتبر فكرة المخاطر مقابل الربح أكثر منطقية من فكرة الخطأ المستحدث ما دفع بالقضاء الفرنسي إلى تبني النظرية، حيث في مجلس الدولة قرر مسؤولية الدولة عن النتائج الضارة لوجود أو استعمال الأشياء التي تكون تحت تصرفها، و اخذ بها كذلك القضاء الفرنسي المدني في بعض من الأحكام التي أصدرها وطبقها أيضاً المشرع الفرنسي في القانون الخاص بإصابات العمال لعام 1898.⁴

¹Flouer (jaqurs),AU. BERT(jean_luc) et savaux (eric) droit civil ,les obligation, fait juridique, 7^{eme} ed, Armand colin,1997,n°70,p64.

² - سهريل سهيل دنون، المسؤولية المدنية عن فعل الآلات الميكانيكية والتأمين الإلزامي عليها "دراسة مقارنة"، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2005، ص131.

³ - SALEILLES (Raymond) K les accident de travail et de la responsabilité civilopcit, p 78-79.

⁴ - عمر بن الزويرير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص22.

رابعاً: الأسباب المؤدية لظهور نظرية تحمل التبعة

لعبت مجموعة من العوامل الدور في المساعدة على ظهور وانتشار نظرية تحمل التبعة سواءً لتأثيرها المباشر أو غير المباشر، ويمكن رد هذه العوامل إلى عوامل اقتصادية واجتماعية وفلسفية وقانونية.

1/ العوامل الاقتصادية:

إن التطور الإقتصادي الذي عرفه العالم نهاية القرن التاسع عشر اثر تأثيراً بليغاً على كل الميادين عامة ومس بدوره المسؤولية المدنية، فالتطور الإقتصادي جاء بفكرة إستخدام الآلات وإدخالها إلى عالم الصناعة مما أدى لزيادة المخاطر المرتبطة بانتشار الآلة الشيء الذي حتم تغيير علاقة رب العمل بالعامل ، لذلك أدى التطور الإقتصادي إلى تطور الآلات والوسائل في كل الميادين الشيء الذي جلب معه إتساع دائرة الحوادث والمخاطر ومنها المسؤولية¹.

هذا وتعتبر الثورة الصناعية وما جاءت به من تجمعات وتكتلات إقتصادية ضخمة الفاعل الأساسي و الرئيسي أيضاً في ظهور وتطور النظرية (نظرية تحمل التبعة)، فظهور هاته الأخيرة في شكل شركات ومشاريع... إلخ، صعب مسألة إيجاد المتسبب الرئيسي في الفعل لتحميله مسؤولية الضرر إضافة إلى استحالة إثبات الخطأ و بالتالي نكون أمام استحالة إسناد المسؤولية لشخص مما ينتج عنه استحالة التعويض عن الضرر².

غير أن ما سبق ذكره من تطور في العلاقات الاقتصادية لم يسهم في تطور علاقة العامل بصاحب العمل حيث بقيت خاضعة للقواعد التقليدية للمسؤولية المدنية والتي تعتمد فكرة الخطأ كأساس لها ، مما كان يصعب مهمة إثبات الخطأ من جانب العامل المتضرر فإثباته يستحيل أحيانا مما ينتهي بضياع حق العامل لأن القانون اشترط التعويض بإثبات الخطأ³.

¹ – Savatier(René), les métamorphoses économique et social du code civil d'aujourd'hui, 1^{er} série, 3iem éd 1964,p274

² – العشماوي أيمن إبراهيم عبد الخالق، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1998، ص133.

³ – جلال محمد إبراهيم، المسؤولية المدنية لعديمي التمييز، جامعة القاهرة، 1982، ص245.

مما حتم ودفع بالفقه والقضاء للتحرك والسعي وراء مساعدة المتضررين من هذه الحوادث التي أصبحت تسببها الآلات وكان قد ظهر نظام التأمين بالموازاة الشيء الذي ساعد و دفع إلى ظهور النظرية و تجلت ملامح ذلك من خلال أحكام المحاكم التي أصبحت تتساهل في مسألة الحكم بالتعويض لصالح المضرور بإرساء دعائم جديدة للمسؤولية في هذا النوع من القضايا¹.

2/ العوامل الفلسفية:

لقد أدى تراجع المذهب الفردي ومنه تراجع فكرة النظر إلى الفرد في حد ذاتها وهذا بسبب إنتشار الفكر الاشتراكي في العالم، وأضحت غاية و هدف القانون الإهتمام بمصلحة المجتمع بعدما كان يسعى لتحقيق غاية الفرد ولو تطلب الأمر التضحية بمصالح المجتمع، وأصبح القانون ينظر لمسألة التكفل بمصالح المجتمع من خلال التكفل بمصالح المجتمع من خلال التكفل بمصلحة الفرد فيه الشيء الذي يمس في جانب منه تعويض الأضرار التي تلحق الأفراد داخل المجتمع بفكرة جديدة لا تتطلب توفر الخطأ في فعل من أتى الخطأ الذي سبب الضرر، حيث أن فكرة الحق و العدل تقتضي تعويض الأضرار وعدم تركها دون تعويض ومنه فإن تعويض الضرر لا يرتبط بمن تسبب في إرتكاب الخطأ بل بكون مصلحة المجتمع تتطلب التعويض عنه²

ووجدت النظرية تطبيقاتها خاصة في المسؤولية الجنائية لاستغنائها عن فكرة الخطأ كأساس لها و تأثر العديد من العلماء خاصة علماء الإجتماع الفرنسي فأسس سانسيمون وأوجستكومت المدرسة الوضعية وكان لهذه الأفكار التأثير في المسؤولية المدنية³، ومنه أصبحت الدعوة واضحة إلى إرساء قواعد جديدة للمسؤولية المدنية تنحج إلى مسؤولية موضوعية تعتمد الضرر ولا تشترط الخطأ⁴.

3/ العوامل الاجتماعية

أدى التطور الاقتصادي الذي عرفه العالم إلى إفراز طبقتين، طبقة تحتكر رؤوس الأموال وطبقة أوضاعها المالية والاجتماعية ضعيفة و متردية وتضم طبقة العمال والذي يعتبرون الآلة مصدر رزق

¹ - لعشماوي أيمن إبراهيم عبد الخالق، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، المرجع السابق ص142

² - أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، المرجع نفسه، ص.142

³ - حسين على الذنون، الميسوط في شرح المسؤولية المدنية-2- الخطأ دار وائل للنشر، 2006،

⁴ - MAZEAUD (Hetl) et Tunc (A) ، traité théorique et pratique de la responsabilité ,T1,6iem ed paris, 1965,p432

هذا التفاوت بين الطبقات أدى لزيادة وعي العمال بحقوقهم الشيء الذي يوجب على الطبقة الأولى (طبقة أصحاب رؤوس الأموال) تحمل تبعه المخاطر التي تتسبب فيها آلاتهم و التي تضر بالعمال¹.

4/ العوامل القانونية

جاء فقه تحمل التبعة النزعة المادية في القانون من الفقه الألماني حيث تعدت هذه النزعة بالمظهر الخارجي للإدارة لا بالمظهر الباطني و تسعى لتكريس إعطاء القيمة و للحق الواجب²، فالحق والإلتزام علاقة بين ذمتين لا بين شخصيين و التنازع بين الحق والإلتزام إنما هو تنازع بين الذمم، هاته الفكرة التي دعم بها أنصار نظرية تحمل التبعة موقفهم في التأسيس لمسؤولية مدنية جديدة لا تعتمد على الخطأ كأساس لها بل الضرر حيث اعتبروا الفكرة القديمة التي تؤسس المسؤولية المدنية على فكرة الخطأ عديمة الجدوى ومبهمه³

خامساً: الانتقادات الموجهة لنظرية تحمل التبعة

أعيب على النظرية مجموعة من النقاط التي قامت عليها، فانتقدت نظرية تحمل المخاطر أو التبعة في صورتها الأولى (تحمل التبعة مقابل الربح) أو الغرم بالغنم حيث ذهب منتقدي هذه النظرية إلى أن ليس كل نشاط يعود على صاحبه بالربح أو بالغنم، مثالها تلك المؤسسات الصناعية التي تحقق من عمالها أو تلك التي لا يجني أصحابها شيئاً بل وهناك نشاطات تعود بالخسارة على أصحابها، مثالها من يركب دراجة فتصدمه سيارة يمكن أن يحمل غرم استعمالها لسائقها مقابل ما حققه من ربح وغنم أثناء استعمالها⁴.

كما انتقدت الصورة الثانية لنظرية تحمل التبعة ألا وهي نظرية المخاطر المستحدثة بأنها تلجم كل نشاط وتحد من كل مبادرة فردية خشية تحمل المسؤولية مما يؤدي إلى الجمود و عدم التطور و التقدم كما ذهب منتقدوا النظرية إلى أن ليس كل نشاط يحدث للضرر يوجب التعويض ، لأنه هناك

¹ - أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص125.

² - أيمن إبراهيم العشماوي ، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية ، المرجع نفسه، ص 125

³ - SAVATIE (René), comment repenser la conception française, précite, n°5.p4

⁴ - قوادري مختار ، تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني المقارن، مجلة دفاتر السياسة و القانون ، العدد10، جوان2015،

نشاطات تدخل في دائرة النشاطات المسموح بها قانوناً رغم الأضرار التي تسببها كونها لم تخرج عن نطاق عدم تجاوز حدود ممارسة الحق بحسب النية.¹

كما انتقدت النظرية بأنها تجاهلت الأساس الأخلاقي الذي أسست عليه المسؤولية المدنية و الذي يوجب إنحراف سلوك الشخص عن سلوك الواجب كي يتحمل التعويض، وجعلت العلاقة وحدها بين السبب و المسبب ما توجبه و كأنها قانوناً من قوانين الطبيعة متجاهلة بذلك العامل الأدبي²

كذلك فإنه من المنافي للأخلاق أن يسأل الشخص الذي تصرف دون إهمال وسلك مسلك اليقظ الحريص على الضرر بسبب فعله على الرغم من درجة اليقظة والتبصر والحرص، لأن ذلك ظلماً اجتماعياً له.³

كذلك فإن النظرية أنتقدت بأن الأساس الفني الذي بُنيت عليه لا أساس له من الصحة، حيث أن المادة 1382 من التقنين المدني الفرنسي لا توجب التعويض إلا على الذي تسبب فعله الخاطئ بإلحاق الضرر لا على مجرد التسبب في الضرر⁴، كما ان القانون الفرنسي جعل من التشريع مصدر أساسي للقانون لا قواعد العدالة التي تجعل فيها مصادر أخرى حالة إستحالة فض النزاع، الشيء الذي يتنافى مع ما نادى به رواد هذه النظرية ألا وهو تأسيسها على مقتضيات العدالة⁵.

ضف على كل ما سبق ذكره من إنتقادات أن النظرية ترهق الشخص الذي يمارس مشروعه في الحد المنطقي له و الطبيعي مما يؤدي لعزوفه عن النشاطات، لأن الشخص المبادر يخشى المسؤولية كون القانون يحمله المسؤولية حتى في حالات التي يمارس فيها نشاطه ضمن النطاق القانوني المسموح المهم أنه حقق ضرراً، وهنا نكون أمام تثبيط النشاط الإنساني والذي يعد أساس ومحرك كل عملية أنتاج، ووضع عقبات وصعوبات أمام طموحات الفرد ومبادراته وهنا ما دعى إليه الأستاذ Ripert إلى

¹ - قوادري مختار، تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني المقارن المرجع السابق، ص343

² - عمر بن الزوير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص29

³ - عمر بن الزوير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع نفسه، ص29

⁴ - سمير سهيل دنون، المسؤولية المدنية عن فعل الآلات الميكانيكية و التأمين الإلزامي عليها "دراسة مقارنة" المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2005، ص131.

⁵ - زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير مباحة، منشورات المكتبة العصرية، ط1، صيدا بيروت، د.س.ن، ص253

اقترح الخطأ غير مألوف أي أن قاعدة الخطأ المستحدث لا تأخذ بعين الاعتبار إلا في النشاطات والمشاريع التي تنطوي على المخاطر غير مألوفة أما حالة التزام الشخص الحد المؤلف فلا مسؤولية عليه¹.

سادساً: مدى تأثير نظرية تحمل التبعة على التشريعات الوضعية

تأثرت العديد من التشريعات بنظرية تحمل التبعة ونشير في عجالة إلى أهم التشريعات المتأثرة بهذه النظرية.

1/ فرنسا:

حيث صدر قانون بتاريخ 1898/04/09 متعلق بالأخطار المهنية Les risques professionnelles والذي حل محله فيما بعد قانون يشمل جميع الأضرار التي تنشأ عن أي نشاط مهني بتاريخ 1990/10/04 ، ثم قانون 1945/10/30 ثم صدر قانون بتاريخ 1940/07/08 يحمل مستغلي العربات الهوائية les téléphériques المسؤولية لتحميلهم التبعة ، كذلك فقد صدر قانون الطيران المدني عام 1924 الذي خلفه فيما بعد قانون الطيران المدني والتجاري بتاريخ 1967/03/30 تلاها فيما بعد قانون 1965/11/19 و المتعلق بمستقلي المنشآت الذرية وقانون رقم 577 المؤرخ في 1985/07/05 والمتعلق بالأضرار الناشئة عن أدوات النقل البري المتحركة بمحرك وملها تشريعات أسست المسؤولية المدنية على فكرة التبعة².

2/ ألمانيا:

حيث كان المشرع الألماني من الأوائل الذين أسسوا لنظرية تحمل التبعة من خلال قانون "بسمارك" سنة 1838 الذي ينظم المسؤولية الناجمة عن حوادث السكك الحديدية³ ، وإلى هذه عدة قوانين أخرى فقد أصدر أيضاً قانون عام 1909 وآخر سنة 1952 ومرسوم بتاريخ 1956/03/20 متعلق بالتعويض عن حوادث المرور و أقامها كلها على أساس تحمل التبعة ولم يقبل أي إعفاء فيها⁴.

¹ - عمرين زبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية ، المرجع السابق، ص30، 29.

² - قوادري مختار تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني، المرجع السابق، ص346.

³ - عمر بن الزويبر ، التوجه الموضوعية للمسؤولية المدنية، المرجع نفسه، ص31 .

⁴ - قوادري مختار تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني، المرجع نفسه، ص346.

3/ في مصر :

صدر القانون لسنة 1936 والذي خلفه فيما بعد القانون رقم 89 لسنة 1950 المتعلق بالتعويض عن حوادث العمل و القانون رقم 117 لعام 1950 المتعلق بالتعويض عن الأمراض المهنية¹

4/ في الجزائر :

صدر قانون التعويض عن حوادث العمل سنة 1972 والذي أسس أيضاً للمسؤولية على نظرية تحمل التبعة ولم يتساهل مع المسؤول إلا بإثبات خطأ العامل دون مبرر ليخفض التعويض على الا يتجاوز 30%²

الفرع الثاني: نظرية الضمان:

جاء بها الفقيه ستارك (STARK)، وفيما يعرض فيها بعض مؤلفاته وهي من النظريات الجادة التي جاء بها الفقه الفرنسي المدني وذلك سعياً منه لإيجاد بديل عن الخطأ تؤسس عليه المسؤولية المدنية، فقد نادى بها ستارك لجعل الضمان أساساً للمسؤولية كون دور المسؤولية التعويض وبالتالي يُنظر فقط إلى الضرر الذي أصاب المضرور هذا الأخير الذي لا ذنب له في هذا الضرر كون الذهاب إلى التقدير مسلك متسبب في الضرر فحسب الفقيه ستارك STARK فإن كل مساس بحق شخص يجب التعويض عنه³.

وستعرض في هذا الصدد إلى مضمون النظرية وأساسها و إلى دور الخطأ في النظرية ، ثم إلى أهم الانتقادات التي وجهت إليها.

أولاً: مضمون النظرية

أعاب وانتقد الفقيه ستارك في مستهل أطروحته النظرية التقليدية والتي تُؤسس المسؤولية المدنية على الخطأ حيث أنها تبحث وتتركز على "محدث" الضرر والخطأ الذي ارتكبه ومدى توافر علاقة السببية لتحديد المسؤولية⁴

واعتبر ستارك أن قصر المسؤولية المدنية على الخطأ من طرف المسؤولية التقليدية إنما فيه ظلم وتضييع لحقوق المضرورين في الوقت الذي يتطلب الأمر ضمان القانون والمجتمع السلامة الجسدية وسلامة

¹ - قودري مختار تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني، المرجع السابق، ص. 346 .

² - قودري مختار تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني، المرجع نفسه، ص. 346.

³ - STARK (Brois) , essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée en sa double fonction de garantie et de peine prise, thèse paris 1947

⁴ - قوادري مختار تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني، المرجع نفسه، ص. 246.

الأموال والأفراد وترتيب التعويض عن أي مساس بما سبق ذكره دون الإعتداد بكون السلوك الماس بهاته السلامة خاطئ أم لا¹.

هذا وانتقد الفقيه ستارك stark نظرية تحمل التبعة لعموميتها و لأنها واسعة شملت الأفعال الضارة الخاطئة وغير الخاطئة مبررة التعويض فقط بعنصر النفع أو الربح ، وذهب ستارك لإعتبار ذلك تحايلاً و كاجاً للمبادرة والنشاط نظراً لتوسيع نطاق المسؤولية²

فالفقيه ستارك تقوم نظريته على أساس جديد يهتم بحقوق المتضرر أو الضحية و التي تستدعي حماية قانونية تتمثل في إيقاع الجزاء على كل متسبب في الضرر و المتمثل في المساس بحرمة الجسد أو سلامة الذمة المالية ليضيف بعد ذلك أنه و كمقابل لهذا الحق بالضمان، فإنه يوجد حقوق للآخرين بالتصرف لحقوقهم حتى في حالة أحدثت نشاطاتهم ضرر للغير كون هذا الضرر مشروعاً ولا مسؤولية على أصحابه أو مسببه طالما تمت ممارسة هذا الحق في حدود ما يسمح به القانون.

ولكي يثبت مسؤوليتهم فإنه بتعين إثبات خطئهم ومن أمثلتهم حق المنافسة في التجارة أو حق النقد الأدبي أو النقد الفني أو حق اللجوء إلى القضاء أو حق الإضراب فهنا لا مجال للتعويض إذا أحدثت ضرراً للغير كونها أضرار مشروعة جاءت كنتيجة لممارسة حق مشروع.³

ومما سبق ذكره يتضح أن الفقيه ستارك إنطلق من المقابلة بين حقين متقابلين ألا وهو الحق بسلامة الجسد l'intégrité corporelle أو حقوق المالية والإستمتاع بها l'intégrité des biens وبعض الحقوق الاقتصادية أو المعنوية والتي سماها ستارك STARK

« Droit purement économiques ou purement moraux »

حيث يحق للإنسان أو الشخص الاستمتاع بكل ما سبق من جون تفكير من أي همة ويبين حق المتسبب في المساس بهذه الحقوق بالحاق الضرر بها في إطار ممارسة الحرية نشاطه وفق ما يتيح له القانون ويسمح له به⁴

ومما سبق ذكره يتضح جلياً أن نظرية الفقيه ستارك تقوم على المفصلة بين الفقيهين اللذين سبق ذكرهما ، فإذا مس حق المضرور وكان الإعتداء على حقه في الحياة أو في سلامته الجسدية أو

¹ - B.STARK,opcit,p38

² - Ibid,p,38

³ - قوادري مخطار، تراجع فكرة خطأ الطبي في المسؤولية المدنية، المرجع السابق،ص347

⁴ - B, stark ,essai d'une théorie,opcit,p38.39

أمواله ، أعتبر الضرر غير مشروعاً موجبا التعويض على المتسبب في الضرر، أما إذا لم يتمثل الضرر في المساس بحياة المضرور أو سلامته الجسدية أو أمواله أو لم ينتج الضرر عن عمل غير مشروع فلا مجال لتعويض هنا، كون الضرر خارج هاته الحالات جاء كنتيجة طبيعية لممارسة النشاط وممارسة الحق الشخصي والمشروع ، أما القتل والجرح والسرقة والإتلاف فإن الضرر فيها لا يستند على اي حق مما يؤدي لقيام المسؤولية وجزاء المتسبب بالضرر فيها¹.

ثانياً: أسس قيام فكرة ونظرية الضمان

لقد شرحنا في القسم الأول من هذا الفرع مضمون نظرية الضمان وانتهينا إلى أن الفقيه ستارك stark خلص إلى المفاضلة والمقابلة بين سلامة الأشخاص وحقوق الممارسين لنشاطهم في إطار ما يسمح به القانون وعلى ظل ما سبق ذكره فإن فكرة الضمان تقوم على أساسين هما حرية النشاط من طرف الممارسين والحق في السلامة الأشخاص وستتطرق إلى كلهما على حدا.

1/ حرية النشاط:

ينظر في هذا الصدد إلى ما إذا كان للشخص الحق في إحداث الضرر من عدمه وذلك لمعرفة تقييم وتقدير الحد الحقيقي لحرية الشخص في لأي نشاط، وذلك بدون الرجوع إلى ما إذا كان للشخص حق القيام بذلك العمل أولاً، لأنه ومن وجهة الفقيه ستارك stark أن المسؤولية المدنية تقوم على إشكالية التنازع بين الحقوق و من بين هذه الحقوق هناك التي تجيز الأضرار بالغير دون المعاقبة عليها من طرف القانون حتى لو سبب أضراراً للغير مثلها مثل الملاكمة العنيفة يختفي الحق في السلامة الجسدية هنا أمام حماية القانون لهذا الحق، و بالتالي فلا تعويض هنا².

2/ الحق في السلامة: Le Droit à la sécurité

وهو حق يقره القانون مقابل حرية النشاط يقتضي بأن الضمان يعني الحق في السلامة الجسدية وسلامة الحياة و سلامة الأموال، إذن فالضمان هنا يميز بين الضرر الجسدي مادي وضرر اقتصادي وضرر معنوي فأى شخص له حق الحماية القانونية لسلامته في حياته وجسده وماله وأن أي مساس بهذه الحقوق دون ترخيص من القانون يعتبر ضرراً غير مشروع يتطلب التعويضو يلتزم

¹-B.STARK ,essai d'une théorie, opcit,p38.

²- B STARK,OPCIT ,p49

المتسبب فيه بذلك دون العودة للنظر في مسلك المتسبب أو خطئه لأن وظيفة الخطأ حسب ستارك هي وظيفة تأديبية أو ما يسميه ستارك في النظرية بالعقوبة الخاصة فحسب نظريته فإن السلامة الجسدية و المادية تعد الحد الأدنى من السلامة و الإستقرار الواجب مراعاة ضمانه و أي مساس به يعد من قبيل الأنشطة و الأعمال غير مشروعة و التي لا تستند إلى أي حق¹.

أما الأضرار الإقتصادية و المعنوية التي تصيب الإنسان في سلامة شرفه فيعتبرها الفقيه ستارك stark غير مشروعة إذا نتجت عن عمل غير مشروع كونها صورة عن الآثار السلبية السيقة بالنشاط الإجتماعي²

ثالثاً: الانتقادات الموجهة لنظرية السلامة(الضمان).

شأنها شأن النظرية التي سبقتها فقد وجهت لنظرية الضمان عدة إنتقادات على الرغم من وجاهة نظر ستارك STARK في قوله بفكرة الضمان هاته الفكرة التي أقام المسؤولية المدنية عليها بديلاً عن الخطأ وهي الفكرة المستقرة في الشريعة الإسلامية، وهنا تتجلى مدى قيمة الشريعة الإسلامية والتي كانت السبابة إلى التكفل لحقوق المتضررين³

غير أنه وبالرغم مما سبق ذكره فقد أعيب على نظرية الضمان أن المناادي بها لم ينطلق من النصوص القانونية الفرنسية المنوطة بالمسؤولية المدنية، وإنما أقامها على فكرة فلسفية محضة، كذلك فإن نظرية الضمان ركزت على الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار ولم تهتم بتلك الناتجة عن الالتزامات التعاقدية⁴

ضف إلى ذلك فإن التمييز بين الأضرار المادية والمعنوية والحقوق المادية والمعنوية أدى إلى الدخول في متاهات لأنه يفترق لمعيار التفرقة المعتمد في التقسيم والتفرقة.⁵

- فالنظرية حسب آراء المنتقدين لم تأت بأي جديد كون الكثير من الفقهاء النظرية التقليدية أي القائمة على الخطأ قالوا بنفس ما جاءت به ألا وهو عدم المساس بحق الغير دون وجه حق، لذلك

¹ - عمر بن الزبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص42.

² - عمر بن الزبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع نفسه، ص 44.

³ - B ,stark ,opcit , 157.158

⁴ -عمر بن الزبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع نفسه، ص45.

⁵ -قوادري مختار، تراجع فكرة الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص147.

فهي لم تأت بفقهاء جديد و إنما جل ما جاءت به إطلاق تسمية الضمان بدل عن الخطأ كأساس للمسؤولية¹

الفرع الثالث: نظرية اجتماعية المسؤولية

تزعمها الفقيه الفرنسي SAVTIER حيث حاول فيها الجمع بين الخطأ و المخاطر، فذهب إلى أن المسؤولية المدنية تؤسس على الخطأ وفي حالة عدم قدرة المضرور على إثبات الخطأ مؤسسها على الضرر كذلك تؤسس على هذا الأخير في حالة عدم التمكن من تحديد المسؤول، ومن هنا اتجه الفقيه سافيتيه إلى المسؤولية الموضوعية²، ولن نتمكن فهم نظرية اجتماعية المسؤولية للفقيه سافيتيه إلا من خلال التطرق إلى مضمونها و أسسها التي تقوم عليها ثم إلى تقييمها.

أولاً: مضمونها

انطلق الفقيه سافيتيه SAVTIER من إنتقاد نظرية التبعة لأنه يرى أنه لا يمكن أن تقوم المسؤولية المدنية بمجرد إثبات الضرر و إنما يجب تقييم سلوك المتسبب في الضرر وإعطائه حكم ذو قيمة أخلاقية وفي حالة ثبوت مسؤولية المتسبب في الضرر بعد إثبات الضرر وتقييم سلوك المتسبب هنا ننظر إلى هذا الضرر على أنه من قبيل الإضطراب الإجتماعي والذي يجب أن تتم إزالته بوسيلة إجتماعية فالتعويض هنا وظيفة إجتماعية يجب أن يقوم بها المجتمع³.

فحسب الفقيه سافيتيه SAFTIER فإن تعويض الضرر الجسدي خاصة عبئ يقع على المجتمع أو الهيئة الإجتماعية والتي يجب عليها أن تكفل التعويض المناسب للمتضرر ، هذا وقد ظهرت بوادر الإتجاه الموضوعي للمسؤولية المدنية خاصة في أواخر القرن التاسع عشر من خلال توجهات بعض الفقهاء الفرنسيين كذلك من خلال بروز بعض النظم القانونية الحديثة و التي نادت إلى التعويض المتضرر على كل أوجه الضرر مركزة على الضرر الجسدي فتعددت بذلك مصادر الإلتزام بالتعويض

¹ - ناصر محمد عبد الله سلطان ، المسؤولية المدنية عن فعل الأشياء التي تتطلب عناية خاصة والآلات الميكانيكية في ضوء قانون المعاملات الحديثة لدولة الإمارات ومقارنة بالقانون المدني المصري ، ط1، منشورات حلب الحقوقية 2005، ص154

² - محمد بعجي، المسؤولية المدنية الشرقية عن حوادث السيارات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة يوسف بنخدة 2007/2008، ص85

³ - عادل جبيري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وإنعكاساته في توزيع لعيب المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي دار الفكر جامعة الإسكندرية، 2005، ص15

مما أدى من وجهة نظر سافتيه savtier إلى تلاشي فكرة الخطأ كوسيلة وحيدة في يد المضرور لحصوله على التعويض اللازم بل ظهرت العديد من التوجهات كالمسؤولية الموضوعية و التأمينات الاجتماعية و الضمان الاجتماعي¹

ثانياً: أسس نظرية إجتماعية المسؤولية

تقوم النظرية على أساسيين هما أنه لا بد من وجود مسؤول عن الضرر الذي حدث و الأساس الثاني هو أن تتكفل الهيئة الاجتماعية بتعويض ذلك الضرر و سنتطرق غلى كل من الأساسيين على حدا فما يلي:

1/ حتمية وجود المسؤول عن الضرر:

فقد قال الفقيه سافتيه أنه ووفقاً للقواعد العامة للمسؤولية في التقنين الفرنسي سنة 1804 أنه وليتمكن للمتضرر من الحصول على تعويض ما أصابه من ضرر فإنه لا بد من أن تقوم المسؤولية على المتسبب أي كان أساسها الخطأ المفترض أو واجب الإثبات، فالجتمتع لا يتدخل لتعويض المضرور في حال ما إذا لم يتمكن المضرور من إيجاده لأن التعويض يقتضى العلاقة بين المسؤول والضرر² إذن فمن الضروري وجود مسؤول عن تعويض الضرر و البحث عنه كون ترك المضرور دون تعويض يتسبب في الاختلال للتوازن القانوني وأن قواعد العدل تقتضي تحمل النظام الاجتماعي تعويض الضرر مع المسؤول أو بدلاً عنه ، ليأتي إقتراح سافتيه savtier بأن حدد مجموعة من المسؤولين عن التعويض ألا وهم المسؤولون الذين تحددهم المسؤولية الفردية ، شركات التأمين الأشخاص الاعتبارية و الدولة³

أ/المسؤولون بموجب القواعد العامة للمسؤولية الفردية:

لم يرتكز كثيراً الفقيه سافتيه savtier على هذا النوع من الأسس للتعويض حيث انه وبالإضافة للمصاعب والعوائق التي تصادف المتضرر في تأسيس المسؤولية الخطيئة بسبب صعوبة إثبات الخطأ

¹ - عمر بن الزوير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص49

² - عمر بن الزوير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع نفسه، ص51

³ - عمر بن الزوير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع نفسه، ص52

فإنه حتى في حالة إقامة المسؤولية قد لا يصطدم المتضرر باعتبار المتسبب وعدم قدرته على التعويض غير أنه وبالرغم من كل ماسبق ذكره تبقى الذمة الفردية تتصدر المرتبة الأولى في سلم الملزمين¹.

ب/ شركات التأمين:

أعطى الفقيه سافتيه savtier نظام التأمين أهمية خاصة فقد رأى أنه ضمان إضافي إلى جانب الذمة المالية، كما قلل من أهمية التأمين الاختياري لأنه يحمي الأشياء و لا أهمية له في الأضرار الجسدية بل عول على التأمين الإجباري، وركز على الشق الخاص بالتأمين على المسؤولية منه² فقد أولى المشرع الفرنسي بالشكر خاصة على استحداثه نظام التأمين الإجباري من حوادث السيارات عام 1951، واعتبر سافتي savtier أنه يعول كثيراً على هذا القانون في دعوته إلى اجتماعية المسؤولية لأنه بمثابة الذمة الجماعية إلى جانب التأمين والتأمينات الاجتماعية³.

ج/ الدولة:

والتي جعلها الفقيه سافتيه savtier الملزم الأخير ضمن سلم الملزمين بعد ألا يتمكن المتضرر من تحصيل تعويضه من المتسبب في الضرر وعدم تغطية التأمين لضرر، تتدخل الدولة كمدين إحتياطي لتكفل بتعويض المتضررين على أساس التضامن الوطني، وينحصر تعويضها الأضرار فقط ذات الطابع الخاص كأضرار الحرب أو الكوارث الطبيعية⁴.

2/ تحميل عبئ تعويض الضرر للهيئة الاجتماعية:

يرى الفقيه سافتيه savtier وكتكملة لما سبق التطرق إليه أنه لا بد للهيئة الاجتماعية أن تتحمل التعويض عن الضرر، والمقصود بالهيئة الاجتماعية كل ذمة جماعية مثل شركات التأمين ومؤسسات الضمان الاجتماعي، ويبرر هذا بأن كل متسبب عن الضرر يكون منتسب لأحد شركات التأمين هاته الأخيرة التي بدورها قد تؤمنها الدولة، ليصبح بهذا المسؤول عن الضرر بمثابة الذي يتوسط شركة التأمين والمضروب وبالتالي فإن دعاوى التعويض ترفع على شركات التأمين لا على

¹ -عمر بن الزوير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص52.

² -عمر بن الزوير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع نفسه، ص54.

³ -عمر بن الزوير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع نفسه، ص54.

⁴ -عمر بن الزوير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع نفسه، ص55.

المتسبب، ومنه فإن سافتيه يذهب إلى أن القاضي وبالنظر إلى كل هذا أصبح لا يتردد في إدانة المتسبب بضرر وبشدة وخلص الفقيه سافتيه إلى نتيجتين هامتين هما ، أن الدعوى المباشرة المقررة للمضروب إنما هي تأكيد بأن المؤمن هو المدين الحقيقي بالضرر لا المتسبب وبأن لجوء المسؤول إلى التأمين بكون لتغطية ضرر المضروب لا تغطية الضرر نفسه¹.

كما رأى الفقيه سافتيه بان توزيع المخاطر بهذا الشكل و التزام الهيئة الإجتماعية من شأنه ضمان سلامة الفرد بطريقة جيدة تجعل كل فرد يستفيد بالعدالة و الرضا والإنصاف حتى مع وجود بعض الصعوبات والعوائق في هذا النظام خاصة تلك المتعلقة بكثرة و ثقل العبء الملقى على كاهل المجتمع الشيء الذي قد يؤدي إلى إهتبار النظام التعويضي يوماً من الأيام، كذلك بعض الثغرات الموجودة في نظام التأمين نفسه كونه غير معمم لكل الفئات².

ثالثاً: تقييم نظرية إجتماعية المسؤولية:

تعد نظرية إجتماعية المسؤولية من أهم النظريات التي قيلت في النظريات الموضوعية مما أدى إلى رواجها وتقبلها من طرف المشرعين في النظم القانونية الحديثة ، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الفرنسي و المشرع الجزائري وأصبحت نظم التعويض الجماعية إلى جانب المسؤولية الفردية من يقدر مسألة الإلتزام بالتعويض ، وتستند النظم الجماعية إلى الضمان الإجتماعي كبديل عن التعويض عن الضرر التقليدي المؤمن سابقاً من المسؤولية المدنية خاصة الأضرار ذات الطابع الجسدي ، فاعتمدت هذه التشريعات على التأمين الإجباري والإجتماعي ضف إلى هذا صناديق التعويض عن الحوادث والأضرار³.

غير أن النظرية كمثيلاً لم تسلم من الإنتقاد فقد وجهت لها مجموعة من انتقادات أهمها أنها متناقضة ويكتسيها التنافر بين الأسس المقترحة للمسؤولية المدنية ، فمن جهة فإن النظرية تطرح فكرة الخطر المادي في تحميلها التعويض للذمة الجماعية وترتكز على اللوم و الخطأ من جهة أخرى عند تصنيفها للذمة الفردية كأحد الملتمزين بتعويض المضروب⁴.

¹ - محمد ناصر الرفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1978، ص586.

² - محمد ناصر الرفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، المرجع نفسه، ص56.

³ - عمر بن الزويبر، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص56.

⁴ - عمر بن الزويبر، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص57.

ومن بين ما أعيب عليها أيضاً أنها أقامت المسؤولية الجماعية من دون أن تستند لفكرة الخطأ الشيء الذي يؤدي إلى إهمال الأفراد و ارتكابهم الأخطاء وتعريض أموالهم للأضرار كونهم مطمئنين إلى ضمان حصولهم على تعويض لا يستحيل لا بإعسار المسؤول أو صعوبة الإثبات¹.

وإضافة إلى كل ما سبق ذكره فإن منتقدي النظرية أعابوا عليها أنها قد تلغي المسؤولية في الوفاء بالالتزام، فتعويض المضرور لا يقوم على أساس سلوك المتسبب أو خطئه إنما على فكرة التضامن الاجتماعي مثلما هو الحال في التأمينات الاجتماعية عن مخاطر العمل².

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من النظريات الموضوعية

يلاحظ على المشرع الجزائري أنه أخذ بفكرة الخطأ ليجعل بذلك الخطأ الواجب الإثبات أساساً للمسؤولية المدنية وذلك من خلال المادة 124 من القانون المتتم 05-10 سنة 2005 ، كما أنه اتجه إلى الخطأ المفترض ليخفف من عبء الإثبات على المضرور، غير انه وبصفة عامة فإن القارئ لأحكام المسؤولية المدنية سواءً من خلال قانون 58/75 سنة 1975 أو 05-10 سنة 2005 يؤكد ما ذكرناه سابقاً ، إلا أنه أخذ بالنظريات الموضوعية في نطاق ضيق فعلى الرغم من أن فكرة الخطأ عي أساس العام للمسؤولية المدنية التقصيرية في القانون المدني الجزائري ، إلا أن العوامل المحيطة والتطورات الاقتصادية والاجتماعية أدت إلى الإتجاه نحو المسؤولية الموضوعية خاصة بعد إثبات قصور المسؤولية الخطئية في ضمان تعويض عدل للمضرور.

لذا سنتناول على ضوء ما سبق موقف المشرع الجزائري من النظريات الموضوعية في فرعين نتناول في الأول تبني المشرع الجزائري لفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية و في الثاني الأسباب المساعدة على تبني المشرع الجزائري.

الفرع الأول: تبني المشرع الجزائري لفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية

أخذ المشرع الجزائري متسع من الوقت منذ الإستقلال وإلى غاية تقنينه للمسؤولية المدنية بموجب الأمر 58/75 سنة 1975³، أين كان أمام المشرع الجزائري عدة أفكار حديثة وقديمة لاعتناقها

¹ - عمر بن الزويبر، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع نفسه، ص58.

² - عمر بن الزويبر، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع نفسه، ص58.

³ - الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل26 سبتمبر 1975، ج ر رقم 78، سنة 1975، المتضمن

القانون المدني المعدل، القسم، ج ر، العدد 78 سنة 1975، ص990

ليأخذ المشرع الجزائري بالخطأ كأساس للمسؤولية المدنية وبإلزام المتسبب في الضرر بالتعويض وجاء إختيار المشرع الجزائري لنا سبق ذكره على مرحلتين أحدهما تسبق تعديل القانون المدني بموجب القانون 05-10 سنة 2005¹ والأخرى تليه.

وستتناول موقف المشرع الجزائري قبل وبعد التعديل ثم نمر لتقييم تبني المشرع لفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية.

أولاً: موقف المشرع الجزائري قبل وبعد تعديل 05-10 لسنة 2005

حيث تباين موقفه بين مرحلتين مرحلة تلت الأمر 58/75 لسنة 1975 ومرحلة جاءت بعد تعديل الأمر 58/75 بموجب القانون 05-10 سنة 2005 وستناولهما فيما يلي.

1/ موقف المشرع الجزائري بين المسؤولية المدنية قبل تعديل 05-10 لسنة 2005:

كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي المعمول بها في عهد الدولة العثمانية وقبل دخول المستعمر الفرنسي للجزائر أي حتى سنة 1830، لبيسط المستعمر سيطرته على كل الأراضي الجزائرية و لما أن الأحكام الإسلامية هي المعمول بها فإنه من المعلوم أيضاً قيام هذه الأخيرة على فكرة الضمان أي على الضرر في غالب الأمر و على التعدي في بعض الحالات².

ثم تأتي بعد ذلك مرحلة الإستعمار الفرنسي والتي طبقت أثنائها القوانين الفرنسية هاته الأخيرة التي تعتمد على الخطأ كأساس لمسؤولية المدنية، ليمدد تطبيق هذه القوانين بعد الإستقلال ولغاية صدور القانون المدني بموجب الأمر 58/75.

فقد أدرج المشرع الجزائري أحكام المسؤولية التقصيدية في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني بعنوان العمل "المستحق للتعويض" وجاءت تحته عدة عناوين تمثلت في الأعمال الشخصية في القسم الأول في المواد 124/ إلى 133، و المسؤولية عن فعل الغير في القسم الثاني في المواد 134 إلى 137، ثم المسؤولية الناشئة عن الأشياء في القسم الثالث في المواد 138 إلى 140 مدني³ وأعتبرت المسؤولية التقصيرية عن العمل الشخصي في هذه المرحلة الأساس العام للمسؤولية المدنية وهي نفسها القاعدة العامة التي أخذها القانون الفرنسي في المواد 1382 إلى 1383، أي الخطأ

¹ - قانون 10/05 الصادر في 20 يوليو 2005، المعدل والمتمم للأمر 75/ المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل26

سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، ج ر، العدد 44، سنة 2005

² - عمر بن الزبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 64

³ - الأمر رقم 58/75 سنة 1975 المشار إليه سابقاً.

الواجب الإثبات بالنسبة لمسؤولية الشخص عن فعله الشخصي¹ ، لتنص المادة 124 قبل تعديلهما على أن "كل عمل أياً من مرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حوثه التعويض".

وقد إعتقد البعض بأن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية الموضوعية في مسؤولية عن العمل الشخصي وذلك راجع إلى عدة أسباب أهمها عنوان الفصل الثالث " العمل المستحق للتعويض" هذا العنوان الذي لا يعني إشتراط الخطأ لقيام المسؤولية ، كذلك نص المادة 125 الذي أتى على ذكر الفعل الضار دون إشتراط عدم مشروعيته ومن خلال نص المادة 134 المتعلقة بمتولي الرقابة حيث يشترط أيضاً عدم مشروعية العمل² ، إذن كلها مؤشرات جعلت بعض المعتقدين يذهبون إلى ان المشرع الجزائري من خلال الأمر 58/75 أخذ بنظرية التبعة كأساس للمسؤولية عن العمل الشخصي.

غير أن إعتقد البعض بان المشرع الجزائري إتخذ المسؤولية الموضوعية كأساس للمسؤولية الشخصية إعتقد غير دقيق لم يأخذ به غالبية الفقه الجزائري و الذي ذهب إلى أن المادة 124 تقرر و صراحة على أن الخطأ هو أساس المسؤولية عن عمل الشخصي و هو النص الذي يقابله نص المادة 1382 من التقنين الفرنسي³

فالخطأ الواجب الإثبات هو أساس مسؤولية في المادة 140 والتي تقول بأن " من كان حائزاً بأي وجه كان لعقار أو جزء منه أو منقولات، حدث فيها حريق لا يكون مسؤولاً نحو الغير عن الأضرار التي سببها هذا الحريق إلا إذا ثبت أن الحريق ينسب إلى خطئه أو خطأ من هو مسؤول عنهم"⁴.

كما نص المشرع الجزائري في المادة 135 والتي ألغها المشرع بموجب تعديل 05-10 والخاصة بمسؤولية متولي الرقابة و التي أسسها لذلك على فكرة الخطأ المفترض و التي تنص على أن " يكون الأب وبعد وفاته الأم مسؤولان عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معهما كما أن المعلمين و المؤدبين ، وأرباب الحرف، مسؤولو عن الضرر الذي يسببه تلامذتهم و المتمرنون في الوقت

¹ - السعدي محمد صبري ن شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام والواقعة القانونية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار

الهدى للطباعة والنشر و التوزيع، عين مليلة، الجزائر، 1992، ص25

² - Saidi(Mustapha), la tendance objective du code civil, la responsabilité délictuelle et le contrat mémoire de magistère, université d'alger, 2005, p14

³ - سليمان علي علي، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص91

⁴ - المادة 140 ، القانون المدني الجزائري بموجب الأمر 58/75

الذي يكونون فيه تحت رقابتهم، غير أن مسؤولية الدولة تحل محل مسؤولية المعلمين و الحرفيين ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه و لو قام بهذا الواجب كما ينبغي من العناية"¹.

وأسس المشرع الجزائري أيضاً المسؤولية عن فعل الأشياء الحية و غير الحية على الخطأ المفترض غير قابل لإثبات العكس في المادة 138 الخاصة لحارس الشيء و 139 الخاصة لحارس الحيوان².

إذن فالمشرع الجزائري إعتنق فكرة الخطأ مما جعله مصلحة المسؤول على مصلحة المضرور وحذا بذلك حذا المشروع المصري والفرنسي³، غير أن بعض الفقه الذي كتب في المسؤولية المدنية في القانون الجزائري أقر بوجود وتطبيق النظرية الموضوعية في بعض الأمثلة كما هو المثال بالنسبة للمادة 125 في فقرتها الثانية والمتعلقة بمسؤولية عدم التمييز الاستثنائية⁴، وألغيت بموجب القانون 05-10.

وعلى الرغم من كل ما سبق ذكره فإن المشرع الجزائري وبعد التطور الإقتصادي الذي عرفته الجزائر بعد الإستقلال ومجاعة للمشرع الفرنسي والمصري، فإنه قد أخذ بنظرية التبعة من خلال بعض التشريعات الخاصة المستحدثة⁵ مثل الأمر 183/66 الصادر في 21 جوان 1966 المتعلق لحوادث العمل والأمراض المهنية، كذلك الأمر 15/74 المتعلق بضحايا حوادث المرور⁶.

¹ - المادة 135 ، القانون المدني الجزائري بموجب الأمر 58/75

² - المادة 138 من القانون المدني الجزائري بموجب الأمر 58/75

³ - LAHLOU KHIAR (GHENIMA), le droit de l'indemnisation entre responsabilité et réparation systématique, thèse doct, Alger 2006. p20.21.

⁴ - HAMDANE BORSALI ,réflexion sur la notion de faute en droit civile algérien, thèse de doctorat ,oran 1990 p112.

⁵ - بلحاج العربي، نظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج2+ الواقعة القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 57 .

⁶ - الأمر 166/83 المؤرخ في 21 جوان 1966، المتضمن قانون حوادث العمل، ج ر ، رقم 15 ، المؤرخة في 28 جوان 1966، ص 837.

2/ موقف المشرع الجزائري من المسؤولية المدنية بعد تعديل 05-10:

أتى التعديل الجديد أي القانون 05-10 سنة 2005 بمجموعة من التعديلات أدخلت على مواد المسؤولية و التي أصبحت حتمية يقتضيها واقع الحياة، هذا وجاءت التعديلات إما شكلية خصت المصطلحات المستعملة أو موضوعية¹.

فقد تم تعديل عنوان الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني بأن أصبح عنوانه "الفعل المستحق للتعويض" بعد أن كان العمل المستحق للتعويض، كما عدل عنوان القسم الأول ليصبح "المسؤولية عن الأفعال الشخصية بعد أن كان "المسؤولية عن الأعمال الشخصية"²

كما استبدل مصطلح "عمل" "بعمله" في المواد 124، 125، 126، 129، 136، 132، 133 ليصبح "فعل" و "بفعله"، واستبدال مصطلح "المرء" في المادة 124 ليصبح **الشخص** وتم استحداث المادة 124 مكرر و التي ضُمت بنص المادة 41 مدني الملغاة فجعل من حالات التعسف صورة من صور الخطأ التقصيري³.

وعدل نص الفقرة الأولى من المادة 125 ليصبح نصها "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيظته إلا إذا كان مميزاً"⁴، وقد كانت قبل التعديل " يكون فاقد الأهلية مسؤولاً عن أعماله الضارة متى صدرت منه وهو مميز"⁵، وألغيت الفقرة الثانية من المادة 125⁶.

المادة 125⁶.

وعدة تعديلات أخرى مست المواد 129، 134 وتعديل الشرط الأخير من المادة 136، واستحداث نصين هما المادة 140 و 140 مكرر⁷، وقد بدا من خلال ما قام له المشرع من تعديلات

¹ - عمر بن الزوير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 71

² - أنظر القانون المدني الجزائري، الأمر رقم 05-10.

³ - القانون المدني الجزائري، الأمر 05-10

⁴ - القانون المدني الجزائري، الأمر 05-10 سنة 2005

⁵ - القانون المدني الجزائري، الأمر 75-58 سنة 1975

⁶ - القانون المدني الجزائري، الأمر 05-10 سنة 2005

⁷ - القانون المدني الجزائري، الأمر 05-10 سنة 2005

أنه حرص على التأكيد على الطابع الشخصي للمسؤولية المدنية ليقطع السبل أمام القول بإتجاه للمسؤولية الموضوعية ، فتعديله للمادة 124

لتصبح كالاتي " كل فعل أياً كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً لحدوثه بالتعويض" ، وبهذا يكون قد سد المشرع الجزائري السبل أما التأويلات القائلة بانتهاجه لفكرة الموضوعية كأساس للمسؤولية المدنية، كما أكد أيضاً الطابع الشخصي للمسؤولية من خلال إلغاء الفقرة الثانية من المادة 125 والتي كانت تقضي لمسؤولية عدم التمييز الإستثنائية، الجوازية الإحتياطية و المخففة¹.

غير أنه وبالرغم من حرص المشرع على الطابع الشخصي للمسؤولية المدنية إلا أنه كرس أيضاً المسؤولية الموضوعية غير الخطئية بهذا التعديل أي 05-10 خاصة في المواد 134 الخاصة بمسؤولية متولي الرقابة و المواد 136 و 137 الخاصة بمسؤولية المتبوع عن أفعال تابعة، كذلك إستحداث مسؤوليات جديدة لم تكن موجودة من قبل مثل مسؤولية المنتج في المادة 140 ومسؤولية الدولة عن تعويض الأضرار الجسمانية المادة 140 مكرر².

ثانياً: تقييم فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية

يجب الموازنة بين حجج المعارضين لهذه الفكرة و المؤيدين حتى يتأتى لنا تقييم فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية وسنبداً باستعراض حجج المؤيدين للخطأ كأساس للمسؤولية المدنية ثم نمر للمعارضين.

1/ حجج المؤيدين لفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية:

بالرغم لما أثبتته الواقع من عجز لفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية غير أن الفكرة أحيطت بمجموعة من المدافعين، وقد جاء أنصار هذه الفكرة بمجموعة من الحجج التي تبرر وتدعم موقفهم نعرضها فيمايلي:

حيث رأوا أن تحمل الشخص مسؤوليته عن الأضرار التي يلحقها بغيره على أساس خطئي يجعل الأفراد يبذلون الحرص والعناية اللازمة في سلوكهم تفادياً لأي خطأ يلتزمون بالتعويض عنه، كما

¹ -عمر بن الزوير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية ، المرجع السابق، ص75

² -القانون المدني الجزائري ، الأمر 05-10

أن محاسبة المسؤولية في أي لحظة مما يسهم وبشكل مباشر في تعريض المجتمع إلى المزيد من الأضرار.¹ هذا ويعتبر الأنصار أن فكرة الخطأ هي قرينة العدالة، لأن عدالة المسؤولية المدنية تكمن في تأسيس الالتزام بالتعويض على فكرة الخطأ وأن أقامها على مجرد الضرر مجافي للعدالة.² ضف إلى كل ما سبق ذكره فإن أنصار مؤيدي يروون أن الخطأ ضرورة وحتمية للحياة الاجتماعية، وطبيعة الإنسان التي تقضي بتعامله مع بقية أفراد المجتمع وبإمكانية أن يلحق الضرر بهم توجب حتمية إيجاد قاعدة معيارية للسلوك الاجتماعي تسمح بالموازنة بين حرية الفرد وواجباته في الحياة الاجتماعية ألا وهي الخطأ، فمحاسبة الشخص على أفعاله الخاطئة والمنحرفة عن السلوك الاجتماعي كما يضمن أيضا حثه على اليقظة والحذر.³

2/ حجج المعارضين لفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية:

ما مر به العالم من تطورات مست كل الميادين الصناعية والتكنولوجية جعل من قصور فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية باديا وواضحا، ذلك نظرا لقصور المسؤولية الشخصية القائمة على أساس الخطأ على ضمان تعويض المضرورين في كل الحوادث، الشيء الذي أصبح يحتم وجود آراء تنتقدها وهذا حتى يتسنى إيجاد أسس جديدة تسعف المضرورين وستعرف فيما يلي على أهم حجج المعارضين لفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية:

أول حجة ذهب إليه المعارضين لفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية هي قصور هذا الأساس عن ضمان التعويض الملائم مع ما عرفه العالم من تطور نتيجة للثورة الصناعية مما أدى لانتشار الآلات وتزايد الحوادث والأضرار، هاته الأخيرة التي ظهرت بأوجه لم يكن لها وجود قبل أين عجزت للقواعد المسؤولية المدنية التي عثر على الخطأ على تعويض ضحايا هاته الأضرار الجديدة، مما يتنافى وقواعد العدالة لأن العامل أصبح قاصرا على إثبات خطأ رب العمل مما يعني هذا الأخير من المسؤولية.⁴

¹ - عمر بن الزبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 80.

² - عمر بن الزبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع نفسه، ص 79.

³ - عمر بن الزبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع نفسه، ص 80.

⁴ - سمير سهيل دنون، المسؤولية المدنية عن فعل الآلات الميكانيكية والتأمين الإلزامي عليها "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 120.

كذلك فإن من بين ما أفرزه التطور الصناعي هو تزايد الأضرار الطارئة والعرضية مثل حوادث العمل وحوادث المرور لأن السبب وراءها مجهولاً ولصعوبة إيجاد الخطأ مما يحول دون حصول العامل المتضرر على تعويض.¹

كما ذهب المعارضين إلى أن فكرة الخطأ تتعارض مع الوظيفة التعويضية للمسؤولية المدنية وذلك منذ انفصال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية أي انفصال العقوبة عن التعويض، لتصبح مهمة ودور المسؤولية المدنية تعويض الضرر دون معاقبة المتسبب فيه وتجردت بذلك من الوظيفة التهذيبية.²

ومما استند عليه معارضي فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية أن هذه الفكرة سادت خلال القرن السابع والثامن عشر بالتوازي مع انتشار المذهب الفردي والذي كان يقدر حرية الفرد آنذاك، لذا فإن فكرة الخطأ جاءت كوسيلة تحقق ما تقتضيه العدالة الفردية والتي تلزم الفرد المتسبب في الضرر بالتعويض إلا إذا ثبت الخطأ في جانب المتضرر.³

إذن ومما سبق ذكره من حجج مؤيدي ومعارضتي فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية أن فكرة الخطأ يسهل تقبلها من الناحية الأخلاقية كأساس للمسؤولية المدنية، حيث أنه لا يمكن تحميل أي شخص المسؤولية وإلزامه بالتعويض إلا إذا ارتكب خطأ عمداً أو بإهماله أو تقصيره، غير أن ذلك غير كاف ففكرة الخطأ عن ضمان التعويض الملائم للمضروية في الكثير من الحالات، الشيء الذي حتم بعض التوجيهات الجديدة فحتى في مجال المسؤولية عن العمل الشخصي والتي تعتبر أكثر تطبيقات المسؤولية المدنية القائمة عن فكرة الخطأ، فإن هذه الأخيرة أصبحت تتراجع خاصة مع إدخال التقدير الموضوعي على الخطأ أين أصبح سلوك المتسبب يقيم على أساس سلوك الشخص العادي كذلك في مسؤولية عديم التمييز والمختل أين استبعد عنصر الإسناد من تكوين الخطأ.⁴

¹ - العشماوي أيمن إبراهيم عبد الخالق، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 226.

² - محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، جامعة الإسكندرية مصر 1972، ص 14.

³ - سمير سهيل دانون، المسؤولية المدنية عن فعل الآلات الميكانيكية، المرجع نفسه، ص 121.

⁴ - محمد نصر الدين منصور، ضمان التعويض المضروبين بين قواعد المسؤولية الفردية واعتبارات التضامن الاجتماعي، ط 1، دار

النهضة العربية، 2001، ص 27.

إذن وأمام عدم محافظة فكرة الخطأ على المحافظة على طابعها الأخلاقي حيث أن الذي يتحمل التعويض وفقاً للتطور الذي عرفته المسؤولية ليس المتسبب في الضرر بخطئه، فقد يتحمل الشخص وفي تطبيقات كثيرة التعويض كون إرتكابه خطأً في جانبه.¹

أما عن القانون الفرنسي والقانون الجزائري فإن الأساس الصحيح للمسؤولية والتعويض حالياً هو الضرر وليس الخطأ، فعجز فكرة الخطأ كما ذكرنا سابقاً يعتبر من بين الأسباب المؤدية إلى الإستهانة عنها وظهور أنظمة تعويضة أخرى بدلاً عنها منافسة لفكرة الخطأ بل وبديلة لها كما نخص بالذكر تعويض ضحايا حوادث العمل والمرور والإرهاب وغيرها من الأنظمة التعويضية.²

الفرع الثاني: الأسباب المساعدة على الأخذ بالمسؤولية الموضوعية في القانون الجزائري:

على الرغم أنه ومما سبق التطرق إليه يتضح أن المشرع الجزائري تبني فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية التقصيرية، غير أنه ومن خلال النصوص الجزائرية المتعلقة بالمسؤولية يبدو لنا جلياً أنها جاءت عامة مرنة أحجم فيها المشرع عن تعريف الخطأ بصورة دقيقة، الشيء الذي يوسع من سلطة القضاء والفقهاء في الإتجاه نحو الموضوعية من خلال الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، أو إلى تبني فكرة الخطأ المفترض التي نجدتها في بعض تطبيقات المسؤولية المدنية التقصيرية، كذلك فإن ظهور نظم التعويض الجماعية في القانون الجزائري عزز من الإتجاه نحو المسؤولية الموضوعية تستند إلى الضرر لا الخطأ.

وسندرس كل ما تقدم من الأسباب فيما يلي:

أولاً: الإعتداد بالشريعة الإسلامية كمصدر إحتياطي أول في القانون المدني الجزائري.

ولأنها المصدر الإحتياطي الأول في القانون المدني الجزائري، فإن المشرع الجزائري والقضاء يعودا إليه لاستنباط بعض الأحكام، وهذا ويعبر عن المسؤولية المدنية في الشريعة الإسلامية بالضمان.³ ولضمان موجباته في الشريعة الإسلامية فليس كل الضرر موجب له، إلا إذا نجم الضرر عن تعدد بغير حق شرعي أما تلك الأضرار التي تنتج عن الأعمال المباحة فلا ضمان لها ومن هنا لا بد

¹ - عمر بن الزويبر، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 90.

² - عمر بن الزويبر، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، نفسه، ص 90.

³ - محمد خالد سليم أمين، المسؤولية التقصيرية عن فعل الخير في الفقه الإسلامي المقارن، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1964، ص 99.

معرفة الضمان وماهيته في الشريعة الإسلامية والمقاربة بين الضمان كفكرة في الشريعة الإسلامية والنظريات الموضوعية.¹

1/ الضمان في الشريعة الإسلامية:

لا ضمان في الشريعة الإسلامية على الأضرار التي صدرت عن تعد غير مشروع ونعني بالتعدي هنا كل فعل مادي يقوم به الإنسان ويعد شاذاً وخارجاً عن ما رسمه الحق من حدود شرعاً أو عرفاً أو عادة وقد يقع هذا التعدي على النفس أو الجسم والإهمال والتقصير والتفريط وعدم الإحتراز والإحتياط كلها يشكل تعدياً على الغير إذا رافقه ضرر ولا يأخذ بعين الاعتبار أهلية مسمى الضرر أو إدراكي.²

فالفقه الإسلامي لم يفرق بين المكلف البالغ ولا الصغير غير المميز كما لم يعتد بالظروف النفسية للمسيء، لأن الفقهاء ركزوا على فكرة الالتزام حيث يعتبرونها علاقة مالية لا شخصية فالمعيار في التعدي هنا موضوعي يعتد فيه بالظروف الخارجية الداخلية.³

هذا ويميز الفقه الإسلامي بين الفعل العمد وغير العمد، فمن منظورهم المباشر من ولو لم يعتد أو يتعمد والمتسبب غير ضامن حتى إذا تعدى أو تعمد، والتعمد هنا هو تعمد النتيجة لا تعمد الفعل الضار، أما المباشرة فهي تلك التي ترتب النتيجة على الفعل من دون واسطة أو الإعتداد بالفعل كعلة وسبب مؤدي للنتيجة الحتمية دون غيره من الأفعال الذي يشترط في الفعل أن يرتب الضرر مباشرة دون واسطة.⁴

2/ الضمان بين الشريعة الإسلامية والنظريات الموضوعية:

مما سبق ذكره في الفقرة السابقة فإن الشريعة الإسلامية اعتدت بالفعل الضار والمباشر والمتسبب في الضرر لأعمال الضمان ووجوبه، فالشريعة الإسلامية قررت ومنذ زمن بعيد تأسيس المسؤولية عن العمل غير المشروع على أساس الضرر دون الخطأ، ليسيق بذلك الفقه الحديث والتقنيات الحديثة.⁵

¹ - عمر بن الزبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 92.

² - عمر بن الزبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع نفسه، ص 92، 93.

³ - الشيخ علي الفقيه، الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1971، ص 68.

⁴ - عمر بن الزبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 93-94.

⁵ - محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، المرجع السابق، ص 75.

فقد أعتد الفقه الإسلامي بالخطأ المفترض ولم يطالب المتضرر من إثباته، وقد أسس الفقهاء المسلمين العديد من المذاهب والمدارس والاجتهادات الفقهية التي تقوم على المبادئ المنطقية السليمة التي تواكب كل زمن من مصالح مسترسلة واستحسان ورأي وإجماع وقياس، الشيء الذي أفرز فقه واسع لا يقتصر على المسؤولية المدنية فقط، بل فقه أسس لإتجاه موضوعي للمسؤولية المدنية قبل ظهور النظريات الموضوعية بزمن طويل.¹

لذا فقد أصاب المشرع الجزائري بجعله الشريعة الإسلامية المصدر الإحتياطي الأول للقانون المدني طبقا لما جاء في نص المادة الأولى منه والتي قالت: "يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفضها أو فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية".²

ثانيا: إعتناق المشرع لفكرة الخطأ المفترض

فقد وضع المشرع الجزائري الخطأ المفترض إلى جانب الخطأ الواجب الإثبات في بعض التطبيقات للمسؤولية المدنية لصعوبة إثبات الخطأ، غير أن فكرة الخطأ المفترض هي في حد ذاتها وهي لمسؤولية دون خطأ فافتراض الخطأ غير كافي لتيسير مسؤوليات المضرور في الإثبات وتخفيف عبئه إلا إذا دعمت برابطة سببية.

ونقسم هذا العنصر إلى عنوانين نتناول في الأول الخطأ المفترض كبديل عن الخطأ الواجب الإثبات ونتناول في العنصر الثاني عدم كفاية قرينة الخطأ دون علاقة سببية.

1/ الخطأ المفترض بدل الخطأ الواجب الإثبات:

جاءت القاعدة العامة للمسؤولية المدنية في القانون الفرنسي في المادتين 1382-1383. بأن اشترط المشرع الفرنسي الخطأ والضرر وعلاقة السببية لقيام المسؤولية المدنية، كما اشترط أن يتحمل المضرور إثبات كل أركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية³

إلى جانب هذا فإنه هناك بعض تطبيقات المسؤولية القائمة على الخطأ والتي أعفى فيها المشرع الفرنسي المضرور من إثبات الخطأ وافترض افتراضا بسيطا، مثلما هو الحال في مسؤولية الآباء

¹ -عمر بن الزبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع نفسه، ص 95-96.

² -القانون المدني الجزائري، الأمر 05 / 10.

³ -محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، المرجع السابق، ص 260.

عن أفعال أولادهم وتلاميذهم والتي جاءت في المادة 1384، تقنين فرنسي في فقرتها الرابعة، وفقرتها الخامسة والسادسة في مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعيه، وفي نص مادته 1386 التي أقيم بموجبها المسؤولية المدنية على أساس الخطأ المفترض لكل من مالك البناء والحيوان عما تسببوا فيه من ضرر لتبقى بذلك المسؤولية عن الأشياء غير الحية قائمة على الخطأ الواجب الإثبات عدا البناء.¹

لتتواصل جهود الفقه والقضاء الفرنسيين فيما بعد إلى أن أقاموا المسؤولية عن الأشياء غير الحية على الخطأ المفترض إفتراضاً غير قابل لإثبات العكس.²

وتتمثل نظرية الخطأ المفترض في نقل عبء الإثبات من المضرور إلى المسؤول ويصبح على المضرور إثبات الضرر الذي أصابه فقط والعلاقة السببية بين الضرر وفعل الشخص أو الشيء دون اللجوء لإثبات الخطأ على عكس القواعد العامة.³

وإعفاء المضرور هنا من إثبات الخطأ تخفيفاً لعبء الإثبات الملقى على كاهل المضرور ولصعوبة إثبات الخطأ مما يحول دون وصول المضرور إلى حقه، مع التأكيد على بقاء الخطأ كركن من أركان المسؤولية الإعفاء هنا للتخفيف ولتذليل الصعوبات أمام المتضرر.⁴

أما المشرع الجزائري فقد رأينا أنه أقام المسؤولية عن العمل الشخصي على الخطأ الواجب الإثبات طبقاً للمادة 124 ق م ج، وقرر في تطبيقات أخرى أقامها على أساس الخطأ المفترض وذلك في المواد 134-140 من نفس التقنين، أين أعفى المضرور من إثبات الخطأ وجعل من قرينة الخطأ بسيطة يمكن إثباتها تارة وقاطعة لا تقبل إثبات العكس إلا بإثبات السبب الأجنبي تارة أخرى.⁵

2/ عدم كفاية قرينه الخطأ المفترض دون علاقة سببية:

على الرغم من التركيز على ركن الخطأ في الجدل الواقع في المسؤولية المدنية، فالموضوعيون يرون بأن أركان المسؤولية هي الضرر والفعل الضار والعلاقة السببية بينهما واعتبروا أن فكرة الخطأ غير منصفة ولا عادلة، بينما ذهب الفقه الشخصي إلى تمسكه بالخطأ والانحياز للمضرور بإعفائه من إثبات الخطأ وذلك بافتراض الخطأ لكن الصعوبة التي تحول دون حصول المضرور على تعويض عادل

¹ - محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، المرجع نفسه، ص 250.

² - عمر بن الزويير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 99.

³ - عمر بن الزويير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع نفسه، ص 100.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الإلتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 991.

⁵ - أنظر، المواد 124، 134 إلى 140، قانون مدني جزائري الأمر 05. 10 سنة 2005.

لا تكمن فقط في إثبات الخطأ إنما أيضا في إثبات الرابطة السببية، بل و رد أنصار نظرية الخطأ كل مشكلات المسؤولية المدنية إلى الرابطة السببية وحدها لأن الشخص يكون مسؤولا بمجرد تسببه في حدوث الضرر.¹

فأي ضرر يحدث كنتيجة لعدة عوامل وأسباب يصعب معها تحديد السبب المؤدي لحدوث الضرر في حال أردنا إرجاع مشكلة المسؤولية إلى الرابطة السببية وحدها، حيث أن القانون المدني لا يأخذ إلا بالفعل الخاطيء أما رواد نظرية التبعية فقالوا بوجود ترتيب الأسباب المؤدية للحدوث حسب درجة الفاعلية، الشيء الذي يعتبر أكثر صعوبة من صعوبة إثبات الخطأ.² إذن مما سبق ذكره يتضح أن إقامة المسؤولية الموضوعية على الضرر دون الخطأ غير كاف للمضور، كونه لا يعنيه من إثبات الرابطة السببية التي لا تقل صعوبة عن الخطأ في إثباتها لذا وجب افتراض هذه الأخيرة أيضا بمجرد صدور الفعل الضار وإصابته للمضور بالضرر.³

ثالثا: تبني المشرع الجزائري المسؤولية الاجتماعية:

إن المشرع الجزائري وفي التعويض عن الأضرار الجسمانية لم يلجأ إلى القواعد العامة للمسؤولية بل اتجه إلى خلق مجموعة من السبل الكفيلة بضمان تعويض مناسب للمضور مع تخفيف عبئه بالإثبات، ومن بين هاته السبل والضمانات هو تعدد الذمم المالية الشيء الذي يمكن المضور من تحصيل تعويضه دون خشية دون اعتبار المدني، فسعى المشرع الجزائري إلى خلق نظام تأمينات وجعله إلزاميا كما أوجد نظم تعويضية خاصة (الصناديق الخاصة بتعويض الأضرار في بعض المجالات) وإضافة إلى كل هذا فقد قدر المشرع الجزائري مسؤولية الدولة عن كل ضرر يجهل المتسبب فيه.

وستتناول كل ما سبق فيما يلي من العناصر:

1/ إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية:

يعتبر التأمين من المسؤولية عقد يؤمن بموجبه المؤمن المؤمن له من كل ضرر يلحق به جراء تحميله المسؤولية من الغير.⁴ وقد أورده المشرع بصيغتين إلزامية في المادة 619 ق م ج، وإجباري إلزامي

¹ - عمر بن الزوير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 103.

² - عمر بن الزوير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع نفسه، ص 103.

³ - أحمد محمد عطية، نظرية التعدي كأساس للمسؤولية المدنية الحديثة، دراسة مقارنة في ضوء الفقه وأحكام القضاء، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، 104.

⁴ - سعيد مقدم، التأمين والمسؤولية المدنية، ط1، كليك للنشر، 2008، ص 47.

بعد إصداره لقانون التأمين 1974، والخاص بالتأمين على السيارات والذي جاء في نص مادته الأولى أنه يتعين إلزاما على كل مالك مركبة أن يأمن بموجب عقد تأمين يغطي الأضرار التي تسببها المركبة عند سيرها¹، ثم القانون 80-31 المعدل والمتمم للأمر 74-15² وبعدها قانون التأمين رقم 95-07 لسنة 1995³. أين أصبح التأمين على المسؤولية إلزاميا في العديد من النشاطات والميادين⁴. وكلها كما رأينا قوانين جاء بها المشرع الجزائري للنص على إلزامية التأمين من المسؤولية في سبيل ضمان تعويض المضرور والحصول على حقه من المسؤول المتسبب مما يجعله في منأى من خطر إعسار المسؤول كما يضمن مزاحمة الدائمين له في مبلغ التعويض ليأخذ بذلك حقه كاملا من شركة التأمين⁵.

فنظام التأمين يؤمن للفرد التأمين على مسؤوليته التي تنتج عن خطأ مهما كان شريطة أن لا يكون عمديا مما يكفل للمسؤول التخفيف من عبئه وحمايته من الإفلاس والإعسار⁶. ولأن نظام تأمين المسؤولية يقوم على فكرة توزيع المخاطر على عدد من الأفراد بحيث يلتزم المؤمن بضمان المسؤولية التي تقع على ذمة المؤمن له ويلتزم المؤمن له بدفع الأقساط، فإن للمضرور الحق في الرجوع على المؤمن بالدعوة المباشرة⁷.

2/النظم التعويضية الخاصة:

قد يضمن التأمين الإلزامي من المسؤولية للمضرور تحصيل التعويض وسهولته غير أن الأمر ليس كذلك عندما يتعلق الأمر بجهل المسؤول عن الضرر أو في حالة عدم تأمينه أو إعساره لذا كان

¹ - الأمر 74 - 15 المؤرخ في 30 يناير 1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض على الأضرار، المعدل والمتمم، ج ر، رقم 15، 1974 ص 230.

² - القانون رقم 80-34، المؤرخ في 09 أوت 1980، ج ر، عدد 08 لسنة 1980، المتعلق بالتأمينات (الملغى بموجب 07-05) ج ر، 29، 1988.

³ - الأمر 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995، المتضمن قانون التأمينات، ج ر، رقم 13 سنة 1995، ص 02، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج ر، رقم 15، 2006.

⁴ - المادة 163 وما يليها من الأمر 95 - 07.

⁵ - كيجل كمال، الإتجاه الموضوعي في المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات ودور التأمين، رسالة دكتوراه جامعة تلمسان 2007، 197.

⁶ - عمر بن الزوير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 106-107.

⁷ - عمر بن الزوير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع نفسه، ص 106-107.

من الواجب إستحداث أنظمة أخرى تضمن تعويض المضرور كتلك المتمثلة في صناديق التعويض الخاصة.

وستتطرق في هذه الجزئية إلى صناديق التعويض الخاصة ودور النظم التعويضية الخاصة في تلاشي فكرة الخطأ.

أ/ صناديق التعويض الخاصة:

فبعد أن انتبه المشرع الجزائري إلى عدم كفاية نظام المسؤولية التقليدية كوسيلة لتعويض المضرور وتحصيل حقه لجسامة الضرر أو لطبيعته الخاصة، حيث أصبح المضرور وفي كثير من الحوادث يبقى دون تعويض لصعوبة إثبات الخطأ، أو إثبات الرابطة السببية أو يتفاجئ المضرور بعد إثبات الخطأ والعلاقة السببية بإعسار المسؤول أصبح من اللازم على المشرع الجزائري أن يوجد آلية قانونية تحل محل القواعد التقليدية والمتمثلة في صناديق الضمان مثل صناديق تعويض ضحايا حوادث المرور، ضحايا الكوارث الطبيعية، ضحايا الإرهاب.¹

ليستحدث في ذلك المشرع الجزائري صندوق تعويض ضحايا حوادث المرور في المادة 70 المؤرخ في 31 ديسمبر 1969،² كما نظمه أيضا الأمر 74-15.³

كما قام المشرع الجزائري بإنشاء عدة صناديق هدفه تعويض الضحايا مثل المادة 33، سنة 1983-19 للمؤرخ في 18/02/1983 والمتضمن قانون المالية، لسنة 1984، والتي أقر بموجبها إنشاء صندوق ضحايا الكوارث الطبيعية ليصبح صندوق التعويض والأخطاء التكنولوجية الكبرى بموجب القانون، 89-26 المؤرخ في 31 ديسمبر 1989، والمتضمن قانون المالية لسنة 90.⁴

واستحداث صندوق التعويض عن ضحايا الإرهاب بموجب المادة 145/فقرة 05 من المرسوم التشريعي رقم 93/18 المؤرخ في 29 ديسمبر 1993 والمتضمن قانون الأعمال الإرهابية، يستمد

¹ - عمر بن الزوير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع نفسه، ص 112-113.

² - الأمر 69-107 المؤرخ في 31 ديسمبر 1969، المتضمن قانون المالية لسنة 1970، ج العدد 110، بتاريخ 31/12/1969، ص 1807.

³ - الأمر 74-15 المؤرخ في جانفي 1974، المتعلق بالزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار، ج ر، عدد 15 المؤرخ في 19 فيفري 1974، المعدل والمتمم 80 / 34 / 36/35 / 37/ بتاريخ 16/02/1980. وبالقانون 88 - 631 المؤرخ في 19 جوان 1988، ج ر، 29، 20 جويلية 1988.

⁴ - قانون 89-26، المؤرخ في 31 ديسمبر 1989 المتضمن قانون المالية لسنة 1990، ج ر، عدد 01، 1990.

"الصندوق" يتكفل بالمعاشات ورأس مال التعويض وكذا الأضرار الجسدية والمادية المترتبة على أعمال الإرهاب وفق الشروط المنصوص عليها في المواد 01/145 إلى 04/145 أعلاه...¹

كما تم وبعد أحداث منطقة القبائل إنشاء صندوق التعويض للضحايا وذوي الحقوق بموجب المرسوم الرئاسي 02-705 المؤرخ في 07-04-2002.² والذي يتكفل بتعويض الأضرار الجسدية دون المادية.

ب/ النظم التعريفية ودورها في تلاشي فكرة الخطأ:

يتحصل المتضرر على التعويض وفقا لنظم التعويض الخاصة بصفة آلية Systématique دون قيد أو شرط، لما أصبح المجتمع يعرفه من ذمة مالية جماعية تلتزم كلها بتعويض الضرور تضامنا مع المسؤول أو بدل عنه، لذا فإن الضحية له الحق في التعويض بمجرد اكتساب صفة الضحية وفقا لما حدده القانون التعويضي 83/15 المتعلق بضحايا حوادث المرور أو القانون 90/20 المتعلق بالتعويضات الناجمة عن العفو الشامل والمرسوم التنفيذي 99/47 المتعلق بضحايا الأعمال الإرهابية والمرسوم الرئاسي 02/125 المتعلق بضحايا الأحداث التي رافقت الحركة من أجل استكمال الهوية الوطنية.³

فالضحية هنا ولحصوله على التعويض عن الضرر وفقا للنظم التعويضية الخاصة غير مطالب بإثبات كافة عناصر المسؤولية كما هو الشأن بالنسبة لقواعد المسؤولية التقليدية، إنما يكفي حصول حادث مادي فقط كل تعويض بالنسبة لأحد صناديق التعويض كإصابة العامل أثناء العمل أو ذهابه إليه أو رجوعه منه، فهنا يثبت الحق للعامل في التعويض من صندوق الضمان الاجتماعي دون النظر إلى الخطأ أو التقصير.⁴

كما تعوض الضحية في حوادث المرور بمجرد إصابتها بضرر تسببت فيه حركة ذات محرك حيث نصت المادة 08 من الأمر 74/15 على أنه " كل حادث سير سبب أضرارا جسمانية، يترتب عليه

¹ - المادة 145/ق 05 ، المرسوم التشريعي رقم 93-18، المؤرخ في 15 رجب عام 1414. الموافق ل 29 ديسمبر 1993 المتضمن لقانون المالية للنشر 1999 ، ج ر ، رقم 88 ، نشر 1993 ، ص 56.

² - المرسوم الرئاسي 02-125 ، المؤرخ في 07/04/2002 ، ج ر ، رقم 25 ، سنة 2002 ، المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي 02.272، المؤرخ في 31/12/2002 ، ج ر ، رقم 89 ، سنة 2002.

³ - عمر بن الزوير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 116-117.

⁴ - علي فيلال، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط2، موقم للنشر، الجزائر، 2001، 363.

الحق في التعويض لكل ضحية أو ذوي حقوقها.¹، وتعويض ضحية العمل الإرهابي وفقا للمادة 02 من المرسوم التنفيذي 47/99 بمجرد تعرضها لعمل ارتكبه إرهابي أو جماعة إرهابية مؤدي إلى الوفاة أو أضرار جسدية أو مادية.²

إذن مما سبق ذكره يتضح جليا أنها أنظمة تعويضية، يركز تعويض المتضرر فيها على مجرد حدوث وقائع مادية تكون محل تعويض في الصناديق المخصصة لها، دون اشتراط إثبات الخطأ أو التأسيس عليه لثبوت المسؤولية والتعويض مما أدى إلى تراجع وتلاشي فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية في التشريع الجزائري.

3/ إقرار مسؤولية الدولة في التعويض عن الضرر الجسماني:

ويعتبر التعديل الذي جاء به القانون 05-10 من خلال المادة 140 مكرر 01 والتي تعزز مسؤولية الدولة بالتعويض عن الضرر الجسماني في حالة انعدام المسؤول عنه.³ والمقصود بالضرر الجسماني هنا الوفاة أو الإصابة الجسدية والتي قد تكون العجز الجزئي الدائم أو المؤقت، تنص المادة 140 مكرر 01 أيضا على تعويض الضرر المادي الذي هو انعكاس للضرر الجسدي مثل المصاريف والنفقات التي يتطلبها العلاج، كذا تكاليف الإقامة في المستشفيات أو مراكز التأهيل إضافة إلى تكاليف الأطراف الصناعية ومصاريف النقل.. الخ، ويعوض المضرور تعويضيا كاملا غير جزافيا مثلما هو في الصناديق الخاصة للتعويض.⁴

والشرط في التعويض الذي نصت عليه المادة 140 مكرر 01 جهل المتسبب، أما إذا علم المتسبب فلا يحق للمضرور الرجوع بالتعويض على أساس المادة 140 مكرر 01.⁵ كما لم تنص المادة على الضرر المعنوي أو الضرر المادي الذي يصيب الممتلكات أو الأطوال.⁶

¹ - الأمر 54-15، المؤرخ في 1974/08/30، المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات.

² - المرسوم التنفيذي 47/99، المؤرخ في 1999/02/13، المتعلق بمنح تعويضات لصالح الأشخاص ضحايا الأضرار الجسمية أو المادية التي لحقت بهم نتيجة أعمال الإرهاب أو حوادث وقعت في إطار مكافحة الإرهاب وكذا، لصالح ذوي الحقوق، ج ر، عدد 10، سنة 1999.

³ - المادة 140 مكرر 01، القانون 05-10 سنة 2005.

⁴ - LAHLOU.KHIAR (Ghenima), le droit de L'imnisation entre responsabilité et automaticité, éd ENAG, 2013,p172 .

⁵ - Ibid. P175.

⁶ - المادة 140 مكرر 01، القانون 05-10 سنة 2005.

وتعتبر فكرة تعويض الدولة الأضرار المجهولة المصدر فكرة قديمة رغم أنها أحد رواد المدرسة التقليدية الأولى 1748-1822، الذي دعا لضرورة تعويض الدولة للمضرورين من أي جريمة في حالة جهل الجاني أو إعماره¹، أما الفقه الإسلامي فقد عرف هذا النوع من التعويض منذ أكثر من 14 قرن، فقد روي عن الرسول عليه الصلاة والسلام: أنه دفع دية عبد الله بن سهل الأنصاري الذي قتل في خيبر من بيت مال المسلمين كمذلك تأدية الخليفة عمر بن الخطاب دية رجل مثل في زحام بعد أن استشار أمير المؤمنين سيدنا علي بن أبي طالب حيث قال له "لا ييطل دم في الإسلام"² إذن فقد عرفه هذا التعويض والذي تتحمله الدولة في حالة جهل المتسبب الإسلام أولاً ثم الفلاسفة كالفقه ليتجه له المشرع الجزائري في المادة 140 مكرر 01 من القانون 05-10 سنة 2005.

¹ - عمر بن الزوير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 121.

² - إبراهيم الدسوقي، المسؤولية المدنية بين التقبيد والإطلاق، دراسة تحليلية للأنظمة المعاصرة اللاتينية والإسلامية والأنجلو أمريكية مع طرح فكرة التعدي كأساس عام للمسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص 21.

المبحث الثاني: التحول من المسؤولية الخطئية إلى المسؤولية الموضوعية في المجال الطبي

أثبتت كذلك قواعد المسؤولية المدنية التقليدية فشلها في المجال الطبي، فتنطبقها في هذا الأخير لم يثبت نجاعته خاصة وأنه لم يمكن المريض من جبر ضرره وبلوغ حقه المنشود في إقامة الدليل على المسؤولية الطبية ومنه تعويضه عما أصابه من ضرر، بل إن قواعد المسؤولية المدنية التقليدية أضحت بمثابة العائق أمام المريض المتضرر في سبيل النهوض بعبء إثباته لحقه، خاصة وأنها مسؤولية تقتضي إثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية مما يصعب من مهمة المريض المضور ويجعلها مستحيلة أحيانا، كلها دوافع دعت إلى ضرورة التوحيد نحو مسؤولية موضوعية في المجال الطبي لا لسبب غير ذلك المتعلق بتدليل مهمة الإثبات أمام المريض وتعويضه أي الوصول إلى حقه.

هذا ويعتبر هذا التوجه من بين أهم الحلول التي لجأ إليها الفقه أولاً ثم القضاء كسبيل للقضاء على إشكاليات الإثبات في المسؤولية الطبية في ظل قواعد المسؤولية المدنية التقليدية، ومنه تعويض أصحاب الحق بأنجع وأسهل الطرق العملية، كذلك لإعادة بعث التوازن بين طرفي العلاقة التعاقدية في المجال الطبي أي المريض والطبيب، وقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين عاجلنا من خلال المطلب الأول دوافع الإتجاه إلى المسؤولية الموضوعية في المجال الطبي وتناولنا بوادر ظهور المسؤولية الموضوعية وركزتها القضائية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: دوافع الاتجاه إلى المسؤولية الموضوعية في المجال الطبي

سعى الفقه جاداً إلى إيجاد أساس جديد للمسؤولية المدنية الطبية وذلك قصد توفير أكبر قدر ممكن من الحماية للمضورين، خاصة أمام التطور والتزايد المستمر للأخطار، هذا التطور الذي مس بدوره مسؤولية الطبيب أين أصبحت ضرورة معالجة قواعد المسؤولية المدنية عموماً والطبيب خاصة على ضوء ما إستجد من تطورات وأخطار أفرزت نوع بل أنواع جديدة وحديثة من صور للأخطاء والأخطار، ومن هنا بدأت بوادر الاتجاه نحو المسؤولية الموضوعية تظهر وتتجلى في المجال الطبي خاصة بالنسبة للقضاء الفرنسي¹.

وستنطرق فيما يلي إلى أهم الدوافع والعوامل التي أسهمت في التوجه نحو المسؤولية الموضوعية في نطاق المسؤولية الطبية، فيما يلي من فروع:

¹ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي.....، المرجع السابق، ص، 333.

الفرع الأول: التطورات التقنية والدوافع الفقهية

أولاً: التطورات التقنية

فاستخدام الآلات والأجهزة البسيطة قديماً كان يعد محفوفاً بالمخاطر رغم منفعته مما جعل تأسيس المسؤولية المدنية الطبية على الخطأ الطبي المؤكد والمحقق أمر طبيعى ومنطقي جعل المريض يتحمل جزءاً من تلك المخاطر، الشيء الذي تجلّى فضله في تطور مهنة الطب وإبداعات الطبيب العلمية وما يشهده الآن في المجال الطبي يعد الدليل القاطع على إزدهار مهنة الطب وتطورها¹.

غير أن التطور الذي شهدته الأجهزة والآلات الطبية وإزدهار الصناعات الدوائية، أمر ساهم في تقليص حصر المخاطر الطبية مما حال دون تأسيس الأطباء حججهم على المخاطر غير المألوفة وغير المتوقعة وقلة الإمكانيات والأجهزة².

فتطور الآلات بهذا يعتبر دافع مهم للتوجه نحو مسؤولية موضوعية في مسؤولية الطبيب حيث أنه أثر على طبيعة المسؤولية الطبية في حد ذاتها ليدفع بالفقه إلى إعتناق هذا التوجه وهجر فكرة تأسيس المسؤولية المدنية على الخطأ³.

ثانياً: الدوافع الفقهية

إن إهتمام الفقه الدائم ودأبه على إحاطة المضرورين بالقدر الكافي من الحماية كونهم ضحايا الحوادث والتي لا تعد إلا الصورة المادية للخطر، الشيء الذي هز مكانه الخطر وجعل منه ضعيفاً لا يستطيع أن يضمن حق المضرور لنيله التعويض اللازم لجبر ضرره⁴.

هذا وقد إنحى الفقه إلى مطالبته بتغيير أسس المسؤولية التقليدية التي تركز على الخطأ وإستبداله بفكرة الخطر أو الضرر، ذلك أن فكرة الخطأ له لقد تماشى وتتناسب مع متطلبات حق

¹ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي.....، المرجع السابق، ص، 234.

² - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي.....، المرجع نفسه، ص، 235.

³ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي.....، المرجع نفسه، ص، 235.

⁴ - Patrice Jourdain, les principes de la responsabilité civile, op, cit. p ، 20.

المضروبين في مجتمع عرف تطورات حديثة في استخدام الآلة، هذا الأخير الذي كان سببا في انقلاب الفقه على قواعد المسؤولية التقليدية¹.

كذلك فقد لعب الفقه دور مهم في تكريس معالم المسؤولية الموضوعية في المجال الطبي على وجه الخصوص، كونه نادى بالأعمال قواعد المسؤولية غير الخطئية في كثير من المجالات الطبية مثل التحاليل الطبية والعدوى داخل المستشفيات les infections nosocomiales، ومسؤولية مراكز الدم².

كما قد تبنى الفقه الحديث بدوره فكرة المسؤولية الموضوعية في المجال الطبي، خاصة مع التردد الذي أبداه الفقه بادئ الأمر، فقد وازن الفقه قديما بين حرية الفرد التي تفرض ألا يكون مسؤولا إلا عن الضرر الذي نتج عن خطئه، وبين تلك التي تعطي للفرد حرية اختيار الوسائل الضامنة لسلامته الجسدية، الموازنة التي تفرز نتيجة أن الفرد يعرض عن ما أصاب سلامته الجسدية بفعل ضرر الغير مما يوحي أن الفقه أعطى الأولوية البالغة لسلامة الإنسان الجسدية، كونها ملازمة لحياة البشرية في مجتمع أضحى تطوراتها وازدهاره تشكل تهديدا لسلامة الإنسان لما ينجم عنها من مخاطر³.

الفرع الثاني: تطور التامين ودوره في إرساء قواعد المسؤولية الموضوعية في المجال الطبي

أسهمت فكرة التامين وبشكل كبير في إرساء قواعد المسؤولية الموضوعية للأطباء كونه ساعد القاضي في عدم التواني في الإعلان عن مسؤولية الطبيب والحكم بالتعويض لصالح المريض المضروب حتى في غياب الخطأ الثابت من جانبه، فهو يعلم وبشكل مسبق أن المؤمن من يستحمل عبء التعويض وليس الطبيب، الشيء الذي يتماشى وفكرة المسؤولية الموضوعية التي لا تركز على الخطأ⁴. وسنعالج فيما يلي تعريف التامين الطبي وتطوره وأهميته.

¹ - محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، الجزائر، 1998، ص، 115.

² - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي.....، المرجع السابق، ص، 337.

³ - Saralier René, vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels. France.

1931. P 358.

⁴ - Philippe le Tourneau, lois cadiet ,droit de responsabilité et des contrats, Editions Dallouz, Paris,2000 ,p 13.

أولاً: تعريف التأمين الطبي:

هو عقد يؤمن بواسطته المؤمن للمؤمن له من الأضرار التي تنجم عن رجوع الغير عليه بالمسؤولية، أي بمعنى ان المؤمن يأخذ على عاتقه تعويض المضرور¹، بمعنى ان التامين يرتكز على فكرة إعفاء المؤمن له من العبء المالي الذي نتج عن الخطر، فهو ينقل بذلك مسؤولية الشخص المخطئ إلى الغير من الناحية المالية، إذن فشركات التامين تعوض للشخص الذي تضرر وتمكنه من الحصول على حقه بذلك².

أما الأستاذ السنهوري فعرفه بأنه: "عقد بموجبه يؤمن المؤمن له، من الأضرار التي تلحقه من جراء رجوع الغير عليه"³.

كما يقصد بالتأمين في المجال الطبي، ذلك العقد الذي تتحمل بموجبه هيئة أو جهة (شركة) التامين الطبي للمسؤولية عن الأضرار التي تمس أي شخص نتيجة خطأ مهني نشأ عن ممارسة الطبيب لمهنته، مقابل أقساط يدفعها الطبيب للشركة المؤمنة⁴.

والتأمين من المسؤولية المدنية الطبية هو عقد تتكفل به شركة التامين بتأمين الطبيب عن المسؤولية التي تلحق به جراء رجوع المريض او ذويه أو ورثته أو المستحقين من خلفه عليه بالمسؤولية الطبية لارتكابه خطأ أوجب مسؤوليته⁵.

إذن فالتامين من المسؤولية الطبية هو تامين عن الأضرار خاضعا كأي تأمين آخر عن الأضرار لمبدأ التعويض مما يجعله يختلف عن التامين عن الأشخاص⁶.

¹- Pérévergé- Finon, faute et assurance dans la responsabilité médicale, Thèse, Paris, 1972, p 204.

²- عبد الرشيد مأمون، التامين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دار النهضة العربية، مصر، ب، س، ن، ص 54.

³- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الثاني، عقود الغرر، الطبعة 2، دار النهضة العربية، مصر، 1980، ص 1641.

⁴- سعد سالم عبد الكريم العسيلي، المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مصر، 2000، ص 344.

⁵- جوزيف داود، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية وتأمين الأطباء من المسؤولية عن أخطائهم، الطبعة 1، مطبعة الإنشاء، دمشق، 1987، ص 146.

⁶- عبد الرشيد مأمون، التامين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، المرجع نفسه، ص 55-56-57.

وبهذا فإننا نخلص الى أن التأمين من المسؤولية المدنية الطبية انما يراد به تأمين الطبيب من الضرر الذي يقع على حاله كنتيجة لمطابة المريض له بالتعويض كأثر مباشر لقيام مسؤوليته التي ترتبت عن خطئه أثناء مباشرة عمله، اي تأميننا على المال من الأضرار¹.

كذلك فان التأمين عن مسؤولية طبيب النساء والتوليد هو تأمين عن الأضرار المالية في جانب الطبيب لا جانب المريض، وانه كفكرة تساعد في الاتجاه نحو مسؤولية موضوعية لا خطئية، يتجه فيها القاضي الى الحكم بمسؤولية طبيب النساء والتوليد دون خطأ ثابت انما بناء على الضرر الحاصل للمريض دون تردد وذلك لان الطبيب المعالج مؤمن تتولى شركة التأمين عناء التعويض المالي عنه.

ثانيا: تطور فكرة التأمين عن المسؤولية المدنية الطبية

أدى التطور الذي عرفه العلم الطبي وانتشار التأمين والضمان إلى الدفع بالمرضى إلى مساءلة الأطباء عن الأضرار التي تحدث لهم وهم يباشرون العلاج لاعتقادهم أن سبب الضرر هو إهمالاً لأطباء، بل وبلغ إلى حد ظهور فكرة تأمين المريض لنفسه من مخاطر العمليات الجراحية تلك التي ظهرت سنة 1930 بعد اقتراح للأستاذ "كروزون" و"هينري ديزوال" وهذا ليؤمن المريض من الخطر الواقع عليه ويؤمن الطبيب من دعوى المسؤولية، لتتولى شركة التأمين مهمة تغطية المخاطر التي نجمت عن الأخطاء الطبية².

كما دعت أيضا الأستاذة Balamech Rodet الى أعمال وتطبيق نظرية التأمين من المسؤولية في المجال الطبي، كونه يقلل ويقزم من شأن المتابعات القضائية للأطباء والتي تعد بمثابة الحاجز أماماً لأطباء في طريقهم الى تطوير العلوم الطبية³.

ويعتبر الفقيه Brisard أول من ظهرت على يده فكره التأمين من مخاطر التبعات الطبية الضارة، كما ناقش أيضا فكرة تأمين المريض المقبل على القيام بعملية جراحية أو تجميلية ضد الخطر الذي قد يتجسد عن ضعف مقاومة جسمه لظرف لا يعلمه الطبيب او المريض (مجهول)⁴.

¹ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي.....، المرجع السابق، ص 350.

² - حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص: 220.

³ - آمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية "دراسة في القانون الجزائري والمقارن"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 325.

⁴ - آمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية "دراسة في القانون الجزائري والمقارن"، المرجع نفسه، ص 336.

وقد ذهب الأستاذ Tunc الى اقتراح نظام تامين سماه التامين من كل المخاطر الطبية وذلك باقتراحه وضع صيغة توفق بين حرية العمل الطبي وضمنان تعويض المضرورين، واعتباره الى انه ما من سبيل ليتحقق هذا التوفيق إلا بإعفاء الأطباء من مضايقة المتابعة القضائية، مما يدعو الى هجر والتخلي عن المسؤولية المبنية على الخطأ، وتبني أساس جديد متمثل في التامين الطبي التعويضي، هذا الأخير الذي يغطي النتائج غير المعتادة للعلاج والتدخل الجراحي من خلال الأقساط المدفوعة من قبل الأطباء¹.

أما الأستاذ "مورو" فقدم جملة من الاقتراحات وذلك بمناسبة انعقاد مؤتمر أخلاق مهنة الطب لسنة 1966، والتي تمثلت في وجوب الاستغناء عن النظام التقليدي الكلاسيكي في المسؤولية الطبية واستبداله بنظام التامين كضمن اجتماعي على عاتق الجماعي، مبررا اقتراحه بعدم جدوى النظام الحالي المطبق على المسؤولية الطبية².

ويقتضي أعمال نظام التامين كضمن اجتماعي على عاتق الجماعة المرور بمرحلتين تتمثل المرحلة الأولى في ضرورة الإسراع بتعويض المريض المتضرر على أساس الضرر، بينما وجوب رجوع شركة التامين على الطبيب للحصول على مبلغ المال المدفوع للمريض في مرحلة ثانية، وذلك بإثباتها ارتكاب الطبيب المسؤول خطأ جسيم، غير أنها لا يمكنها الرجوع إذا لم يثبت في جانب الطبيب أي خطأ³.

ثالثا: أهمية التامين عن المسؤولية الطبية

أسهم وبشكل كبير نظام التامين من المسؤولية الطبية في اتساع نطاق المسؤولية المدنية وذلك من خلال تجريدتها من المعنى الجزائي وتعزيز وظيفتها التعويضية في المقابل حتى تكون المرجع لضمنان حق المضرورين، الشيء الذي جعل الفرد يتحصن بالتامين من المسؤولية عن المساءلة التي تقوم في حقه جراء ما أصاب الغير من أضرار بسبب أفعاله وهذا مهما بلغت درجة جسامتها دون تعمده،

¹ - أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية "دراسة في القانون الجزائري والمقارن"، المرجع السابق، ص326-327.

² - عبد الرشيد مأمون، التامين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، المرجع السابق، ص53-54-55.

³ - عبد الرشيد مأمون، التامين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، المرجع نفسه، ص53-54-55.

بالموازاة مع تحمل نتيجة أخطائه البسيطة عندما يكون ضحية لها، الشيء الذي يحمل التناقض بين ثناياه ويجافي الأخلاق والمنطق¹.

غير أن هذا التناقض إنما يؤكد على اضمحلال المسؤولية الفردية وبداية مرحلة جديدة مبنية على فكرة مجتمعات التأمين من المسؤولية المدنية والتي يتكفل فيها بتغطية كل تفاصيل المسؤولية المدنية وتبعاتها².

أما دور وأهمية التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء فيظهر من خلال ما نتج عن نظرية تحمل التبعية من سهولة في تعويض المتضرر، وهذه الحرية الأخيرة التي لا يمكن التوصل إليها لولا نشوء نظام التأمين وانتشاره لدرجة أصبح إجباريا ومجبرا مقيداً لحرية الاتفاقات في المجال الطبي³.

كما يمكننا لمس تأثير التأمين على المسؤولية الطبية أيضا من خلال التراجع عن فكرة الخطأ الشخصي كأساس وكشرط لقيام المسؤولية المدنية، الشيء الذي أعزاه الكثير إلى دور التأمين وتأثيره على قواعد المسؤولية فنجد انه وفي إطار تكوين فكرة التأمين عن المسؤولية المدنية فقد نصت المادة 167 من القانون رقم 95-07 المعدل والمتمم بالقانون 06-04 والمتعلق بالتأمينات⁴ أن تحمل تبعة التعويض الأحادي يتحملها المؤمن، مما يجعل من خطأ الطبيب المسؤول ركن غير مشروط لقيام مسؤوليته كون هاته الأخيرة إنما أضحت أساسا للمسؤولية فقط، ولا يعد هناك من داع للبحث عن مصدر الضرر في حال وجوده حول ما إذا كان خطأ أو لا⁵.

ولعل التأمين في نطاق المسؤولية الطبية بوجهيه سواء الإلزامي أو الاختياري كفيل بتوفير الحماية اللازمة للطبيب والمريض إضافة إلى كونه شكل قاعدة وأساسا قويا في مجال التعويض عن

¹ - أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية "دراسة في القانون الجزائري والمقارن"، المرجع السابق، ص 328.

² - أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية "دراسة في القانون الجزائري والمقارن"، المرجع نفسه، ص 328.

³ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني 2 في الالتزامات، المجلد 02، الفعل الضار والمسؤولية، المرجع السابق، ص 228.

⁴ - الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1974، المتضمن قانون التأمينات، ج ر رقم 13 سنة 1995، ص 02، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج ر رقم 15 سنة 2006.

⁵ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 350.

* وللإشارة فإن القانون رقم 95-07 قد عدل وتمم بالقانون 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006.

الأضرار الجسيمة، هاته الأخيرة التي هددت بسبب عجز قواعد المسؤولية التقليدية عن احتوائها بسبب عدم التكافؤ بين مقدار التعويض والدخل الخاص¹.

هذا وتعد السويد الدولة الرائدة في الأخذ بالتأمين المباشر لضمان التعويض عن الضرر الناتج عن الحوادث الطبية، وتعتبر أول دولة أوروبية أخذت به، لتأخذ به فلندا في سنة 1987، والنرويج سنة 1988، والدنمارك سنة 1992، فالتأمين كما سبق وأشرنا إليه يلجأ إليها الأطباء لضمان الأضرار التي تنشأ عن مطالبتهم من الغير بالتعويض².

أما في دولة الإمارات، فقد أعلن الدكتور أمين بن حسني الأميري المتحدث الرسمي باسم وزارة الصحة، المدير التنفيذي لشؤون الممارسات الطبية والتراخيص بحظر أي مزاوله لمهنة الطب في الدولة دون تأمين ضد المسؤولية عن الأخطاء الطبية لدى إحدى شركات التأمين المرخص بها، حيث يلتزم صاحب المنشأة بالتأمين على مزاوله المهنة لديه ضد المخاطر الناجمة عن ممارسة مهنة الطب وبسببها ويتحمل نسبة 80% بينما يدفع المزاوول باقي قيمة القسط لشركة التأمين³.

ومما سبق ذكره يتضح لنا ان التأمين يعد من بين أهم الدوافع التي ساهمت وبشكل كبير في إرساء دعائم التوجه نحو مسؤولية موضوعية لا خطئية في المجال الطبي عامة، وفي مجال مسؤولية طبيب النساء والتوليد على وجه الخصوص.

الفرع الثالث: دور القضاء الفرنسي في التوجه نحو مسؤولية موضوعية

لعب القضاء الفرنسي دورا هاما في التوجه نحو مسؤولية موضوعية في المسؤولية المدنية عامة وفي المسؤولية المدنية الطبية بشكل خاص كما سبق وان فصلت فيما سبق وذلك من خلال تبني النظرية الموضوعية منذ حكم مجلس الدولة في قضية Games و Rénault Desroziers هذين الحكمين اللذان بموجبهما تم أعمال شروط نظرية المخاطر في مجال المسؤولية الإدارية⁴.

¹ - أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية "دراسة في القانون الجزائري والمقارن"، المرجع السابق، ص332-333.

² - لقمان فاروق حسن نانه كي لي، المسؤولية القانونية في العمل الطبي...، المرجع السابق، ص235.

³ - إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، المرجع السابق، ص216-219.

⁴ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص338.

هذا وقد لجأ القانون الفرنسي إلى مجموعة من الركائز والطرق لإقرار التعويض دون تأسيس المسؤولية المدنية على الخطأ وأهمها:

أولاً: قرائن الحال

هاته القرائن التي تم التوسع في السلطة المخولة للقضاء باستعمالها، حيث ترك المشرع السلطة التقديرية للمحاكم في استخلاص ثبوت الخطأ من عدمه في جانب المدعى عليه وذلك باستعمالها لهذه القرائن، بل وذهبت إلى التدليل على ذلك بأنه هناك حوادث تدل من محتواها على خطأ المتسبب فيها (أي انه ما كان ليوجد ضرر أو حادث لولا خطأ المتسبب المدعى عليه)، ومثالها في المجال الطبي الأضرار التي تلحق المريض نتيجة استخدام جهاز طبي كأجهزة الكشف بالأشعة أو انفجار جهاز أو غير ذلك، غير أن الشيء الذي يعاب على هذه النظرية هو أن تقدير هذه القرائن يرجع إلى قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه أو إلزامه بالأخذ بهاته القرائن في القضايا المعروضة عليه، مما يجعل من وسيلة القرائن وسيلة غير فعالة ويحتم إيجاد غيرها¹.

ثانياً: الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي

وهي كما سبق التطرق له التزام الطبيب بعدم تعريض المريض لأي أذى لاستعماله احد الأجهزة أو الوسائل أو وصفه دواء معين، كون الضرر اللاحق بالمريض جراء استعمال أجهزة معينة أو وضعه أدوية معينة مستقل عن العمل الطبي في جانبه الفني والتقني إضافة إلى تلاشي وعدم وجود عنصر الاحتمال في هذا النوع من التدخلات الطبية، لذا فانه يترتب على ذلك مسؤولية الطبيب دون خطأ بمجرد تأذي المريض في سلامة جسده وبدنه².

أما المشرع الجزائري فقد تطرق الى ذلك من خلال المادة 138 من القانون المدني الجزائري والتي عاجلت فيها المسؤولية عن فعل الأشياء والتي تقابلها المادة 1/1242 من التقنين المدني الفرنسي والتي جاء فيها ان مسؤولية حارس الشيء تقوم دون الحاجة الى إثبات خطئه، الشيء الذي أدى

¹ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 339-340

² - Naceur Fatih, le contrôle de la sécurité des produits, l'obligation de sécurité, presses universitaires de Bordeaux, pessac, France, 2003-2004.

لصدور القانون المتعلق بإصابات العمل في فرنسا¹.

إضافة لعنصر السلامة، كذلك فقد نصت المادة 04/21 من قانون الصحة على حق المريض في عدم تعرض سلامته الجسدية لأي مساس إلا في حالة الضرورة الطبية المنصوص عليها قانوناً². ويجدر الإشارة بنا إلأن هناك حالات اعتبر فيها القضاء الفرنسي مسؤولية الطبيب قائمة حتى من دون إثبات خطأ، داعماً بذلك الاتجاه الفقهي نحو مسؤولية موضوعية لا تعند بالخطأ التوجه الذي اعتبر القضاء الفرنسي مبدعاً وخلاقاً فيه كلما تسنت له الفرصة، لا لشيء إلا لحماية المرضى في ظل التطورات الاقتصادية والعلمية المشهودة³، وتمثل الحالات التي سبق ذكرها في:

1/ الضرر الناجم عن الاخماج les infections nosocomiales:

هي تلك الالتهابات الناجمة عن مكوث المريض في المستشفى لمدة معينة⁴، فحسب بلاغ وزير التضامن والصحة والحماية الاجتماعية الفرنسي بتاريخ 13/10/1988، فإن كل مريض أصيب بمرض نتيجة جراثيم أو ميكروبات تعرض لها أثناء فترة قبوله بإحدى المؤسسات الصحية للبقاء فيها أو تلقي العلاج، فإنه يعوز سواء ظهرت عليه أعراض المرض لهذه الميكروبات خلال فترة إقامته داخل المؤسسة الصحية أو بعد خروجه، ومن هنا فإن الطبيب وفقاً للاجتهاد القضائي الفرنسي ملتزم بسلامة المريض دونما حاجة لقيام المسؤولية في جانبه⁵.

¹ - المادة 138 من القانون المدني الجزائري: "كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال و التسيير، والرقابة يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء...."

- المادة 1/242 من القانون المدني الفرنسي:

Article 242/01 : « on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ».

² - قانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال عام 1439، الموافق ل 02 يوليو سنة 2018، المتعلق بالصحة، ج، ر، عدد 46، السنة الخامسة والخمسون، الصادرة بتاريخ الأحد 16 ذو القعدة عام 1439، الموافق ل 29 يوليو سنة 2018، ص 05.

³ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 340.

⁴ Sophie Hoquet, Berget Bruno py, la responsabilité du médecin, Édition heures de France, 2006, p 42.

⁵ - Cass, 1^{er} cham.civ, 29/06/1999, deux arrêts, n° 1268 et 1269, 1999.

هذا وقد ضمن المشرع الفرنسي من خلال المادة 1/1142 من قانون الصحة العامة والذي أكد على مسؤولية المؤسسات الطبية في مثل الأحوال التي سبق ذكرها دون الحاجة لإثبات خطأ، أما المادة 71 من تقنية الآداب الطبية الفرنسي فتوجب ضرورة تعقيم الطبيب الأدوات التي يستخدمها في عمله والتخلص من أية نفاية طبية ما يمنع تسبب هذه الالتهابات¹.

2/ الحوادث الطبي P'aléa thérapeutique:

وهنا أقرت المسؤولية غير الخطئية في كل حالة يكون الضرر الواقع فيها راجع إلى واقعه يمكن وصفها بالحوادث، حيث أن الضرر فيها غير متوقع ولا يقوم على مجرد الإخفاق في العلاج أي انه مستقل عن العمل الطبي بمفهومه الفني والذي يظل يوجب الطبيب ببذل العناية اللازمة².

غير أن الضرر يجب أن يكون راجع إلى عمل مادي لا تقتضيه أعمال العلاج، كأن ترجع مثلاً الرضوض إلى استخدام الطبيب جهازاً أوآلة، ومن هنا يتضح أن الضرر الموجب للتعويض هنا على أساس المسؤولية غير الخطئية يجب أن يكون منفصل عن العمل العلاجي أيأنه ليس مجرد إخفاق علاج أي (التزام الطبيب ببذل عناية)، الشيء الذي يجعلنا نسنفه كحوادث³.

3/ الضرر الناتج عن العمل الجراحي:

أين حكمت محكمة للدرجة الأولى في باريس حكماً بتاريخ 30 تشرين الأول 1997، تقضي فيه بتعويض ضرر نجم عن عمل جراحي لم يكن من الممكن معرفة سببه ومصدره، وما إذا كان مرتبطاً بالتدخل الطبي أولاً⁴.

كذلك فقد أيدت محكمة للاستئناف بباريس الأضرار الناتجة عن الأعمال الجراحية بقرار لها صدر بتاريخ 15 تشرين الثاني 1999، لتحكم بالتعويض لصالح المريض أصابه العمى أثناء عملية جراحية أجراها لخلل أصابأوعيته الدموية بالرغم من أن الخلل ليس له أي علاقة بالعملية الجراحية التي أجراها، كذلك فإن حالته (إصابته بالعمى) لم تكن تطوراً متوقفاً لحالة المريض، فالمحكمة بررت

¹ - Sylvie Welsh, op cit, p 258

² - محسن البنية، خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993، ص 235.

³ - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 343.

⁴ - علي عصام غصن، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص 137.

حكّمها بان الطبيب الجراح في هذه الحالة ملتزم بسلامة المريض مما يلزمه بالتعويض حتى دون أي خطأ في جانبه، حيث أن المريض لم يعاني من الضرر الذي أصابه قبل التدخل الجراحي ولم تكن أيضا حالته آنذاك علاقة بهذا الضرر¹.

كذلك فقد أصدرت محكمة التمييز الفرنسية قرارا في 07 جانفي 1997، تتلخص وقائع قضية في أن شخص كان يعاني ألماً في ذراعه الأيسر تطلب إجراء عملية جراحية له، غير أنه وأثناء العملية الجراحية قطع الجراح شريانا للمريض (يتعلق الأمر بالشريان كان ملتصقا بالشريان الذي أجريت من أجله العملية)، الأمر الذي أدى إلى وفاة المريض جراء النزيف الحاد الذي تعرض له، مما أدى إلى ذهاب محكمة التمييز الفرنسية إلى تعويض زوجة المتوفي قائلة بمسؤولية الجراح بدون ثبوت الخطأ في جانبه، واعتبرت الضرر اللاحق وقع بفعل الجراح، لتعتبر بذلك محكمة التمييز الفرنسية صراحة بأن الطبيب الجراح ملتزم بسلامة مريضه وليكون أمام الطبيب سبيل واحد لنفي مسؤوليته وهو إثبات القوة القاهرة أو خطأ المتضرر².

إذن كلها دوافع أسهمت في التوجه الموضوعي لمسؤولية الطبيب المدنية عامة ولطبيب النساء والتوليد بصفة خاصة، وبالتالي الإعتداد بمسؤولية غير خطئية ترتب مسؤولية الأطباء حتى من دون ثبوت خطأ في جانبه.

المطلب الثاني: بوادر ظهور المسؤولية الطبية الموضوعية وركزتها القضائية

عدم كفاية قواعد المسؤولية الخطئية التقليدية في حل مشاكل الضحايا وعدم بلوغهم هدفهم ألا وهو التعويض، أصبحت واقع ونتيجة ملازمة لتطبيق قواعد المسؤولية التقليدية في المجال الطبي مما حتم كما سبق ورأينا في العناصر السابقة للبحث، ضرورة التوجه نحو أسس مسؤولية جديدة تكفل وتضمن حماية حق المتضررين في المجال الطبي وجبر ضررهم.

هذا وقد أشرنا سابقاً إلى إتجاه القضاء الإداري أولاً إلى هذه القواعد الجديدة حيث أسهم وساعد بشكل كبير في إرساء قواعد المسؤولية الموضوعية، والتي رأينا فيما بعد أن إرساؤها لم يقتصر على المجال الإداري بل تعداه إلى المجال المدني، الشيء الذي أدى وبشكل مباشر إلى تبني المسؤولية

¹ -علي عصام غصن، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص138.

² -علي عصام غصن، الخطأ الطبي، المرجع نفسه، ص139.

الموضوعية في المجال الطبي في الكثير من المناسبات والمواضع، حتى وإن كان تبنيها في البدايات من القضاء المدني متذبذباً بين الأخذ تارة والإحجام تارة أخرى، فإن ذلك لم يمنع من تطبيقاتها المتعددة في القضاء المدني والمجال الطبي.

فقد أخذ القضاء الفرنسي لأول مرة بالمسؤولية غير الخطئية في مجال المخاطر الطبية الإستثنائية الناجمة عن إستخدام تقنيات علاجية جديدة ليتبين فيما بعد المسؤولية الموضوعية في عدة مجالات المخاطر.

وستعرض فيما يلي إلى أهم بوادر ظهور المسؤولية الموضوعية في المجال الطبي من خلال التطرق إلى أهم النقاط والمواضع التي تم إعمال قواعد هذا التوجه الجديد فيها:

الفرع الأول: المخاطر الناجمة عن التقنيات العلاجية

قصر القضاء الإداري تبني المسؤولية الموضوعية غير الخطئية في الإدارة على المساعدين المتطوعين والذين يستعان بهم فقط في حالات خاصة، كذلك إلى أولئك الذين يتضررون جراء مخاطر ناجمة عن استعمال الإدارة تقنيات وأساليب خطيرة¹.

وجاء في حكم لمحكمة الإستئناف الإدارية بليون في 21 ديسمبر 1990 (تم ذكره سابقاً)، حكم (Gomez) تكريس تبني المسؤولية غير الخطئية لكل المنتفعين من المرافق العامة، وهذا نتيجة لما يصيبهم من أضرار تنشأ عن إستخدام تقنيات علاجية جديدة، وجاء في الحكم ما يلي: "عندما يسبب علاج جديد ذو آثار غير معلومة بصفة كاملة مخاطر خاصة للمرضى الذين يخضعون له في الأحوال التي لا يشكل فيها اللجوء إليه ضرورة حيوية، فإن المضاعفات الإستثنائية والجسيمة الناتجة مباشرة عن هذا العلاج تؤدي إلى انعقاد مسؤولية المرفق العام الطبي حتى في غياب الخطأ"².

بل وذهب القضاء الفرنسي إلأكثر من ذلك، أيأنه وسع حدود انتهاجه للمسؤولية غير الخطئية ليسير بذلك على خط قضائي جديد تماماً عما سبق الذهاب إليه، على الرغم من عدم

¹ - امال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، المرجع السابق، ص 174.

² - C.A.Lyon، 21/12/1990, GOMEZ, Kouassi (B), la responsabilité du service public hospitalier à raison de dette médical, 1991, p 22-23.

تأييده من مجلس الدولة في بادئ الأمر، الشيء الذي يبدو جلياً من خلال فصل المحكمة الإدارية ب (Amiens) في الدعوى المتعلقة باستخدام طريقة المنظار الرحمي (Hystéroskopie)، والتي اعتبرتها المحكمة تقنية جديدة في طريقها للاكتمال¹، وحكم محكمة تولوز Toulouse الإدارية بمناسبة فصلها في دعوى تتعلق بتدخل جراحي كبدي-كلوي، والذي وصفته المحكمة بالتقنية الحديثة نادرة الاستعمال معبرة عن هذا بقولها: "تقنية حديثة وقليل ما يتم تكرارها"².

إذن ومما سبق التطرق إليه، فإنه يبدو واضحاً أن قضاء Gomez مرهون تطبيقه بمجموعة من الشروط الواضحة وهي:

أولاً: استخدام علاج جديد آثاره غير معروفة تماماً

فهي القضية المعروضة على المحكمة الإدارية للإستئناف ب Lyon، تم تطبيق الأسلوب المسمى Luqué على الشاب Gomez، والذي كان قد تم إستخدامه من قبل في الولايات المتحدة الأمريكية وتم إجراء سبعين عملية من ذات الطبيعة العلاجية وهذا قبل Gomez أين تم وصفه من طرف المحكمة بأنه طريقة علاجية جديدة مجهولة الآثار، غير أنها لم تضع المعايير التي تبرز العناصر المحددة لهوية العلاج الجديد³.

وقد اقترح الأستاذ Basté⁴، معيارين في هذا الصدد:

1/المعيار الزمني: أي أن تنفيذ العلاج يصبح بعد مرور عدة أعوام من قبيل التدخلات التي يصبح إجراؤها شيء طبيعي، غير أنه يمكن أن يبقى هذا العلاج جديد على الرغم من مرور أعوام على استعماله، وهذا في حالة ما إذا كان تنفيذه نادراً على مر أعوام عديدة¹.

¹ - C. C. A. Amiens, 18/11/1994. Boulongne et autres, Gaz Pal 1995, pam. Adam.

أشار إليه : احمد محمد صبحي أغريز، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية، دراسة مقارنة، مكتبة القانون الاقتصادي، د، س، ت، الرياض، ص 491.

² - T. A. Toulouse, 16/11/1995, cons Dimiz

أشار إليه : احمد محمد صبحي أغريز، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية، المرجع السابق، ص 491.

³ - احمد محمد صبحي اغريز، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية، المرجع السابق، ص 492.

⁴ - J.c. Baste. L'aléa médical, évolution du conception droit public, colloque sur l'indemnisation de l'aléa thérapeutique, sous direction de D. Truchet et coll droit sanitaire et sociale, sivey, Paris, 1995, p 20.

1/ معيار تعميم الآثار السلبية للعلاج داخل الهيئة الطبية:

أي أنه متى أصبحت الهيئة الطبية تعرف آثار العلاج وتعلمها، فإن التدخل العلاجي يفقد صفة العلاج الجديد، الأمر الذي يتطلب عدداً من المقالات المتخصصة والتي تكفي لمعرفة جميع الآثار السلبية للعلاج الجديد.²

لتدخل في توضيح ذلك محكمة Toulouse الإدارية الصادر في 16 نوفمبر 1995، المشار إليه سابقاً، واضعاً التدخل الجراحي بالتقنية الحديثة والتي قليلاً ما يتم تكرارها واضعاً القاضي بذلك معيار التكرار المتمم للمعيار الوقي إضافة إلى إعلانه بأن المضاعفات التي نتجت عن إجراء هذه العملية كانت مجهولة من قبل تماماً وغير معروفة خلال فترة إجراء العملية.³

غير أنه ورغم تحديد فكرة العلاج الجديد وإبرازها من طرف قضاة محكمة Toulouse، إلا أن البعض رأوا أن هذه المساهمة غير كافية لإجلاء الغموض على الحل الذي جاء به قضاء Gomez، الشيء الذي يبقي التساؤل مطروحاً حول متى يتوقف العلاج.⁴

ثانياً: عدم وجود أسباب متعلقة بضرورة الحفاظ على حياة المريض

أي أنه متى دعت الضرورة الملحة للحياة أو الفرصة الوحيدة والأخيرة لهذا العلاج بصورة مباشرة، فلا تنعقد بذلك مسؤولية المستشفى وفقاً لقضاء Gomez⁵، أي أن الشرط تم إدراجه ضمنحيز حالة الاستعجال.⁶

كما أنه وفي حالة ما إذا كان العلاج أو التدخل العلاجي الجديد يشكل الفرصة الوحيدة والمنقذة لحياة المريض، فإن عدم تبصير هذا الأخير أو الحصول على رضائه بشأن التدخل لا يشكل

¹ - J.c. Baste. L'aléa médical, évolution du conception droit public, op, cit, p 20.

² - J.c. Baste. L'aléa médical, évolution du conception droit public, op, cit, p 20.

³ - أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، المرجع السابق، ص 176.

⁴ - A. DE. Lajavtre, la responsabilité hospitalière relative aux « première » médicales (Juris prudence Gomez et loi Huriet), AJDA 1997, p 563.

⁵ - (c) Esper, l'évolution de juris prudence en matière de responsabilité de l'hôpital et de ses agents, 1981, p 283.

⁶ - D. chabanol, vue nouvelle sur la responsabilité hospitalière, note sous C. C. A, Lyon 21/12/1996, Gomez, GAZ, PAL 21 Juillet 1993, P3.

خطئا تعتقد وفقه المسؤولية المرفق الطبي، تطبيقا لمبدأ لجوء الطبيب إلى تقنية علاجية جديدة كونها الوحيدة المتاحة لإنقاذ حياة المريض¹.

ثالثاً: الضرر الاستثنائي المباشر

أثار مصطلح الضرر الاستثنائي جدلاً حول مفهومه، كونه يمكن أن يندرج تحت مدلولين، الأول يعتمد على عنصر الندرة والثاني يعود إلى عنصر عدم التوقع غير أن غالبية الفقه²، قد ذهبت إلى أن المدلول في الضرر الاستثنائي مرتبط ارتباطاً مباشراً بالقاضي الإداري وما له من سلطة تقديرية. وعلى الرغم من أن قضاء Gomez قد كرس مبدأ تعويض أضرار المنتفعين بالمرافق الطبية على أساس مسؤولية غير خطئية، إلا أن بعض الفقه قلل من هذه الأهمية باعتباره أن ما جاء به قضاء Gomez لا يعدو أن يكون تطبيقاً لقانون 20 ديسمبر 1988، والمتعلق بحماية الأشخاص المتطوعين للأبحاث الطبية³.

غير أن قضاء Gomez يتعارض مع مبادئ المسؤولية التي كرسها القانون رقم 113888 الصادر في 20 ديسمبر 1988، والذي ميز بين نوعين من الأبحاث الطبية، نوع يحقق منافع فردية مباشرة للمتطوع تطبق بشأنها مسؤولية الإدارة بدون خطأ، ونوع ثاني لا يطبق بشأنه إلا المسؤولية على أساس الخطأ المفترض، الشيء الذي يختلف عما جاء في قضاء Gomez حيث يستند الأخير إلى الحالة الثانية التي أقرها قانون 20 ديسمبر 1988، كون الطبيب يعمل على حداثة التقنية لتحقيق منفعة المرضى وطبقت بشأنها مسؤولية إدارية دون خطأ⁴.

ومن هنا فإنه يمكننا القول أن قضاء Gomez لم يكتف بما جاء به القانون 88-1138 في 20 ديسمبر 1988، إنما قد وسع من ضمانات الحماية المقررة للمتضررين من التقنية الجديدة بالنظر إلى تلك التي جاء بها القانون 20 ديسمبر 1988، ولأن نصوصه من النظام العام فقد أسهم ذلك

¹ - أحمد محمد صبحي أغريز، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية، المرجع السابق، ص 493.

² - J.c. Baste, op, cit, p 21.

³ - أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، المرجع السابق، ص 177.

⁴ - أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، المرجع نفسه، ص 177.

وبشكل مباشر إلى إعتقاد البعض أن ما جاء به قضاء Gomez لم يجد له مجال للتطبيق مقارنة مع نظام قانون 20 ديسمبر 1988¹.

هذا ويمكننا القول أنه وفي مجال تعويض المخاطر العلاجية قد لا يكون قضاء Gomez قد خطا خطوة كبيرة، كونه جاء تحت لواء تجارب طبية منظمة بموجب قانون، غير أن مجلس الدولة أقر مسؤولية المرافق الطبية بموجب قضاء Bianchi، والذي يشكل أكبر خطوة في مجال تعويض المخاطر العلاجية²، لتحذو بعده مجموعة من الدول حذوه حيث أقر مجلس شورى الدولة اللبناني نظرية المسؤولية على أساس المخاطر العلاجية مع حرصه على طابعها الإستثنائي³.

الفرع الثاني: مخاطر الأعمال الطبية والجراحية

حقق مجلس الدولة تقدماً هاماً لصالح منتفعي المرافق العامة، وذلك بإقراره مسؤولية المرافق الطبية حتى مع غياب الخطأ عن المخاطر الإستثنائية المعروفة للأعمال الطبية والجراحية كما سبق ورأينا من خلال قضاء بيونشي⁴ Bianchi.

غير أن هذا جاء على عدة مراحل أبدى من خلالها القضاء الفرنسي اهتمامه الواضح بالمنتفعين من المرافق الطبية، فقد تبني سابقاً القضاء الفرنسي فكرة التخلي عن الخطأ الجسيم لصالح الخطأ البسيط، وهو أول ما سلكه القضاء المدني أول الأمر بعدم إشتراطه درجة معينة من الجسامة في الخطأ، إنما جعل الخطأ اليسير كافياً لإدانة الطبيب⁵.

ومن التطبيقات التي جاءت كمثال على تبني القضاء المدني الفرنسي نوعاً من المسؤولية غير الخطئية في مجال الأعمال الجراحية، القضية المتعلقة بالمريض الذي قطعت شرايينه خلال عملية جراحية أجريت له، مما أدى إلى نزيف حاد إنتهى بوفاة المريض، فأقرت محكمة أول درجة مسؤولية الطبيب عن الوفاة غير أن محكمة الاستئناف عارضت حكمها مرجعة سبب الوفاة إلى تعقيدات

¹ - J. Moreau ,observation sur CCA de Lyon, Gomez, 1991, p 239.

² - أحمد محمد صبحي أغرير، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية، المرجع السابق، ص 514.

³ - عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، دار الكتب العلمية، 1971، بيروت-لبنان، ص 489.

⁴ - أحمد محمد صبحي أغرير، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية، المرجع نفسه، ص 716.

⁵ - بن زبطة عبد الهادي، قواعد المسؤولية في الأعمال الطبية الحديثة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن

يوسف بن خدة، الجزائر، 2014-2015، ص 256.

إستثنائية لم تكن متوقعة، لكن محكمة النقض قررت أن الضرر وقع بفعل الجراح بغض النظر عن إرتكابه خطأ أو لا¹. الحكم الذي يستشف منه موقف محكمة النقض الفرنسية والذي تجاوز الخطأ جملة وتفصيلاً، وإستند في تأسيس مسؤولية على الضرر وحده.

كما قام القضاء الفرنسي بعدها بإعمال فكرة قرينة الخطأ، حيث تقوم الفكرة على إستنتاج خطأ الطبيب من مجرد وقوع الضرر بالرغم من عدم إهمال الطبيب، على عكس ما جاءت به القواعد العامة والتي تطلب من المدعي إقامة الدليل على خطأ المدعى عليه².

ومن أهم تطبيقات مجلس النقض الفرنسي في هذا السياق، هي إقامة مسؤولية الطبيب بإفتراض وقوع الخطأ في إصابة عصب الفخذ أثناء عملية حقن بين العضلات، أيضاً مساءلة مستشفى خاص على تقصيره في عدم تطهير غرفة العمليات جراء إصابة مريض بعدوى مرضية³.

ثم جاء مجلس الدولة ليتجاوز كل ذلك وإعلانه عن تبني مسؤولية المرافق الطبية بدون خطأ عن المخاطر الإستثنائية المعروفة مسبقاً الناجمة عن الأعمال الطبية، ليضيف بذلك حالة جديدة إلى حالات مسؤولية المرافق الطبية دون خطأ، جاعلاً تطبيقها مرهوناً بمجموعة من الشروط الصارمة والحصرية⁴.

الفرع الثالث: مخاطر العدوى الناشئة عن الدم

دفع مشكل الدم الملوث في فرنسا إلى استحداث الكثير من التعديلات المهمة على المستويين التشريعي والقضائي، فقد تم إصدار قانون 31 ديسمبر 1991 الخاص بإنشاء صندوق تعويض ضحايا نقل الدم وتحليله بفرنسا، وذلك بهدف حماية ضحايا الدم الملوث لتعكس هذه التعديلات على مسؤولية المستشفيات العامة ومسؤولية المراكز العامة لنقل الدم⁵.

¹ - بن زعبد الهادي، قواعد المسؤولية في الأعمال الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص 257.

² - Philippe le Tourneau, Loiccadiet, Droit de la responsabilité Dallouz, Delta, Liban, 1997, p 138.

³ - Cass. Civ. 1 ere, ch, le 17 Juin 1980 et cass. Civ. Le 09/05/1996.

أشاراليه: بن ربطة عبد الهادي، قواعد المسؤولية في الأعمال الطبية الحديثة، المرجع نفسه، ص 258.

⁴ - أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، المرجع السابق، ص 178.

⁵ - أحمد محمد صبحي أغرير، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية، المرجع السابق، ص 519.

ونظرًا لمشكلة نقل دم ملوث بالإيدز في فرنسا، أصبحت الجهات القضائية تتعقب مسؤولية الإدارة أي المستشفيات العامة المسؤولة عن نقل العدوى كونها الجهة التي يخول لها القانون سلطة ضبط ورقابة مراكز الدم، وذهبت المحاكم الفرنسية في بادئ الأمر إلى إقرار مسؤولية المرافق العامة إتجاه ضحايا العدوى بفيروس الإيدز بسبب نقل الدم، مؤسسة المسؤولية على الخطأ¹.

غير أنه ونظرًا لما يكتنف هذا الأمر من صعوبات بالغة، تتمثل في إثبات خطأ المركز أو المخبر، فإن الوضع أصبح مأساوي وكثر المصابون بفيروس السيدا (الايدز)، وإرتفعت نسبة ضحايا نقل الدم بشكل عام².

ونظرًا لعدم تمكن المتضررين من إقامة الدليل على المرافق العامة، فقد سعت المحاكم الإدارية الفرنسية إلى خطوة مهمة وجريئة وهي اعتماد المسؤولية دون خطأ للإدارة³.

كما قررت محكمة (Marseille) الإدارية إنعقاد مسؤولية المرفق العام في حكم صادر لها بتاريخ 11 يونيو 1991، في قضية السيد (Nothelfer) والذي أدخل قسم الطوارئ بهدف إجراء تدخل جراحي نقلت له أثناءها كمية من الدم في مركزين، الأولى بمركز (Fon pré de Toulon) والثانية بمستشفى (Sain Marguerite) بمرسيليا، ليكتشف لاحقاً أنه مصاب بفيروس الإيدز. ليرفع دعواه مطالباً بالتعويض جراء نقل دم ملوث⁴، ولتؤكد تقارير الخبرة أن المتضرر أصيب بعدوى أثناء تلقيه العلاج وخلصت المحكمة إلى أن مخاطر الإصابة بعدوى الايدز عن طريق نقل الدم مخاطر معروفة وواضحة تقييم مسؤولية المرافق بغض النظر عن ارتكابها للخطأ من عدمه⁵.

كما أيدت محكمة استئناف (Lyon) بخصوص القضية السابقة باعتبارها أنه وباستثناء حالة أن استخدام التقنية العلاجية الجديدة غير معلومة العواقب، فإن حالة مسؤولية المرافق العامة لا تثار إلا على أساس الخطأ، واعتبرت محكمة الاستئناف أن كل من المؤسسات قد قامت بتقديم الرعاية

¹ - أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، المرجع السابق، ص 178.

² - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص 464.

³ - أحمد محمد صبحي أغريز، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية، المرجع نفسه، ص 520.

⁴ - أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، المرجع نفسه، ص 179.

⁵ - أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، المرجع نفسه، ص 180.

اللازمة للمريض، وقالت بعدم إمكانية معرفة تلوث الدم وقت إجراء النقل لقصور المعرفة العلمية المتاحة، الشيء الذي جعلها تقضي بإلغاء الحكم¹.

ونظراً لتعارض الحلول القضائية، فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 16/05/1955: "بأن مراكز حقن الدم ولوقت غياب أي خطأ عن النتائج الضارة الناجمة عن عيب أو نقص في جودة المواد الموردّة مطبقاً في ذلك نظام المسؤولية على أساس المخاطر"²، ومرسياً بذلك دعائم جديدة تحكم مسؤولية مراكز نقل الدم عامة عن حوادث نقل الدم الملوّث، كما قرر مجلس الدولة أنه ولأن الضرر ناتج عن عيب ذاتي في الدم ومنه فإن القواعد العامة المتعلقة بتسيير مراكز الدم هي التي تحكم المسؤولية المترتبة هنا، أي تقع على عاتق مركز نقل الدم أو على الشخص العام الذي يتبعه باعتباره المشرف³.

الفرع الرابع: المخاطر الناجمة عن الأجهزة المعيبة

وهي مسؤولية تدرج فيها القضاء الإداري الفرنسي، حيث أقر مسؤولية المرافق العامة عن أدوات وأجهزة معيبة على مراحل، بدأ من خلالها بإضفاء الخطأ المرفقي أولاً على سوء استخدام تسيير المرافق ثم بإعماله قرينة الخطأ في حالات الضرر الجسيم⁴.

فقد اعتمد مجلس الدولة الفرنسي المسؤولية بدون خطأ منذ حكمه الصادر في 09 يوليو 2003، المتعلق بالسيد (Marzak) والذي توفي نتيجة تعرضه لسكتة قلبية لنقص الأوكسجين بسبب عيب في جهاز التنفس الصناعي، الشيء الذي افترضت معه محكمة الاستئناف وجود خطأ في تسيير المركز الطبي غير أن مجلس الدولة رفض إعمال قرينة الخطأ بهذا الخصوص، وقدر المسؤولية بدون خطأ قائلاً: "يعتبر المرفق العام الطبي مسؤولاً عن الآثار الضارة التي تحيط بالمنتفعين بخدماته، من جراء عيوب المنتجات والأجهزة الصحية التي يستخدمها، حتى مع عدم وجود خطأ من جانبه"⁵.

¹ - أحمد محمد صبحي أغريز، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية، المرجع السابق، ص 523.

² - بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص 466.

³ - أحمد محمد صبحي أغريز، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية، المرجع نفسه، ص 533.

⁴ - (c) Esper, l'évolution de juris prudence en matière de responsabilité de l'hôpital et de ses agents, op, cit, p 565.

⁵ - احمد محمد صبحي اغريز، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية، المرجع نفسه، ص: 716.

أيضاً ما أكدته كذلك مجلس الدولة في حكمه الصادر بتاريخ 15 يوليو 2004، والمتعلق بالعيب الموجود في الشريحة المعدنية المستخدمة في ساق المريض الشيء الذي أدى إلى بتر ساقه، أين إعتبرت المرفق العام المسؤول على ضمان خلو المنتجات من العيوب¹.

إذن فإننا نستنتج أن القضاء الإداري كرس حق المتفاعين في ضمان سلامة وأمان المنتجات الصحية بغرض المرفق العام الإلتزام بضمان سلامة المواد المستخدمة من قبل المهني في مجال الصحة، غير أن الحق في ضمان سلامة المنتجات والأدوات الصحية والتي أخذ بها مجلس الدولة تتجرد من تصور المخاطر العلاجية التي تبناها قضاء (Bianchi)، فالحالة الصحية السابقة للمريض لا تعفي المستشفى من المسؤولية بينما إعتبر قضاء (Bianchi) حالة المريض الصحية شرطاً لقيام المسؤولية دون خطأ عن المخاطر العلاجية، ما يجعلنا نفهم أن المسؤولية الموضوعية عن العيب في المنتجات تخرج من دائرة المخاطر العلاجية، هذا ويمكننا بذلك تطبيق ذات القواعد على المسؤولية الطبية عامة وعلى مسؤولية طبيب النساء و التوليد على وجه الخصوص، الشيء الذي يجعل هذا الأخير ملتزماً أمام مرضاه بضمان السلامة وأمان المنتجات الصحية المستخدمة لعلاجهم.

¹ - C.E. 15/07/2004. 'le service public hospitaliers est responsable même en l'absence de faute de sa part, des conséquences pour les usages de la défaillances des produits et appareils de santé qui l'utilise ».

أشارتاليه: أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، المرجع السابق، ص: 183.

خداوند

خاتمة:

نختم بحثنا بقولنا أن المسؤولية المدنية الطبية، وكونها تتعلق بجسم الإنسان وبروحه، فانه من المهم جدا تحديدها غير أن خصوصية العمل الطبي نظرا لمهنة الطب من جهة، وطبيعة الخطأ الطبي من جهة أخرى تجعل من أمر تحديدها أمر صعب، الشيء الذي دفع فقهاء القانون الى الجدل والبحث ووضع القواعد والمعايير بتحديددها مجتمعين تارة ومختلفين تارة أخرى، فرأى جانب منهم أن المريض ومن مبدأ حرية التعامل مع الآخرين بإبرامه تصرفات قانونية أو إلغائها وفسخها، اتجهت إرادته لإبرام عقد طبي، فاعتبروا المسؤولية الطبية عقدية، واعتبرها الفوج الثاني مسؤولية تقصيرية لان المساس بحرمة جسم الإنسان تعتبر أمر يدخل ضمن الآداب العامة.

غير انه ونظرا لتطور الحياة ومتطلباتها وتطور الطب وأدواته ووسائله وكثرة القضايا والحوادث الطبية، لم يصبح الأمر قاصرا على تحديد نوع المسؤولية عقدية كانت أو تقصيرية، كون الأمر في مسؤولية الطبيب إن خرج عن إطار العقد يصبح الالتزام فيه تحقيق نتيجة أو بذل عناية هو الأمر المحدد للإثبات لقيام مسؤولية الطبية، هذا الأخير الذي يكون الملاذ الوحيد للمريض المتضرر أو ذويه لجبر الضرر الناشئ عن الخطأ الطبي.

فلقيام مسؤولية الطبيب وجب قيام أركانها هاته الأخيرة التي كانت خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، فان الخطأ الطبي يأخذ الحيز الكبير فيها، الشيء الذي دفع إلى الدعوة إلى التخلي عن الخطأ وهجره مرات عدة الفكرة التي نشأت على أساس حماية المريض المضور غير أنها تعارضت في الميدان مع حرية الطبيب لممارسة نشاطه، الشيء الذي أعاق تطبيق فكرة هجرة نظرية الخطأ كأساس لمسؤولية الطبيب، كذلك فان رفض الخطأ كأساس لقيام المسؤولية الطبية عامة ومسؤولية طبيب النساء والتوليد لها إيجابياتها على أساس حماية حقوق المرضى المتضررين.

وبين الدعوة إلى التخلي عن فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية وبين الإبقاء عليها، وجدنا من خلال بحثنا أن معظم التطبيقات القضائية إضافة إلى أحكام الشريعة الإسلامية في المجال الطبي أبقت على الخطأ والذي اعتبرناه العنصر المهم والذي ثار حوله الجدل عند الفقهاء، غير أنهم لم يتقيدوا بذلك بصورة تضر المريض المتضرر فوضعوا التوازن في علاقة الطبيب بمريضه أين يختار المريض طبيبه المعالج بحرية تامة وان يلتزم الطبيب بأعلام المريض وتبصيره وتلقي رضاه وقيام الطبيب بالتزامه المكلف به ألا وهو بذل العناية اللازمة وفق ما تقول به أخلاقيات وأصول مهنة الطب.

غير أننا رأينا في بحثنا انه وعلى الرغم من تحديد حدود قيام مسؤولية طبيب النساء والتوليد بهذا الشكل الذي يبدو وانه يوازن إلى حد بعيد بين مصلحة المريض المتضرر وحرية الطبيب في ممارسة نشاطه، فان مسألة إثبات المريض المتضرر لقيام مسؤولية الطبيب أمر قد يلامس المستحيل الكثير من المرات نظرا لعدة عوامل وعوائق، الشيء الذي دفع بالفقه والقضاء إلى تذليلها والتخفيف منها أمام الطرف الضعيف ألا وهو المريض المتضرر، إلا أن هذا لم يكن كافيا أمام تقنية العمل الطبي وغموض المجال الطبي واتساعه وتطور الوسائل والأجهزة والأدوات وبالتالي ظهور أنواع جديدة من الأضرار كنتيجة لتطور نوع الخطأ الطبي في حد ذاته، مما أصبح يدعو إلى ظهور بوادر اتجاه جديد ألا وهو الاتجاه الموضوعي والذي وجدت تطبيقاته مجالات واسعة في المجال الطبي، أين سهل الاتجاه أو التوجه إلى مثل هذا النوع مسألة الإثبات أمام المريض والتي تعتبر اللبنة الأساسية لمساءلة الطبيب والمروور إلى تعويض المريض لما لحقه من الأضرار.

وقد خالصنا من بحثنا إلى مجموعة من النتائج المهمة سوف نعرضها فيما يلي:

- إن المسؤولية المدنية الطبية عامة عرفت تطورا على مر العصور والأزمات، فمن عدم مسؤولية الطبيب المطلقة إلى مسؤولية عن الأعمال المادية ثم التقنية، فالخطأ الجسيم وصولا إلى المسؤولية عن أي خطأ طبي بغض النظر عن نوعه ودرجته.
- أمر تطور المسؤولية المدنية الطبية عامة ومسؤولية طبيب النساء والتوليد خاصة ليس وليد الصدفة، إنما هو أمر فرضته حقيقة تطور المجال الطبي وكثرة الحوادث الطبية وتنوعها.
- المجال الطبي يختص بمميزاته منها فنية الخطأ الطبي الشيء الذي جعل أمر تحديد المسؤولية المدنية الطبية وإقامتها شيء صعب أو مستحيل.
- على الرغم من محاولات الفقه والقضاء على مر الزمن السعي إلى بعث التوازن في العلاقة بين الطبيب والمريض بتشديدها تارة والتساهل فيها أو تحقيقها تارة، فإننا رأينا انه بتشديدها يتضرر الطبيب ونصبح أمام طبيب يخاف المساءلة وينسى الإبداع وتخفيفها يضيع حق المريض المتضرر.
- رأينا أن المسؤولية المدنية الطبية لم تعرف الجمود ولا الركود بل لا زالت تسير التطورات الحاصلة في المجال الطبي، وان الاجتهادات القضائية والفقهية ما زالت تلعب دور المحرك في مسألة تطور المسؤولية المدنية الطبية عامة ومسؤولية طبيب النساء والتوليد بشكل خاص.

- رأينا بأن آخر ما توقفت عنده المسؤولية المدنية الطبية هو التوجه نحو مسؤولية موضوعية في بعض المجالات الطبية وفي بعض الحالات، كما رأينا أن أعمال هذا النوع من التوجهات وفق إلى حد بعيد في حماية وضمان حق المريض المتضرر دون المساس بحرية ممارسة عمل الطبيب.
- إن المسؤولية المدنية الطبية أمر بالغ الأهمية، لذا فإن مسألة تحديده ومسألة الإثبات فيه ومسألة من قامت في حقه المسؤولية، من الأمور الواجب أخذها بعين المسؤولية والحزم والصرامة والضمير لان الأمر يمس روحا وجسدا، قد يمس حاسة البصر أو المشي أو نعمة الحياة، في مجال طب النساء والتوليد قد يكلف خطأ الطبيب حياة آلام الحامل المقبلة على الولادة أو المصابة بسرطان الثدي أو سرطان الرحم، قد يؤدي ب حياة أطفال خدج حديثي الولادة ويحرمهم من حق الحياة.
- من كل ما سبق خلصنا إلى أن القواعد التقليدية للمسؤولية الطبية والتي تقوم على فكرة الخطأ كأساس لها والضرر والعلاقة السببية لتتم مساءلة الطبيب أصبحت قاصرة وأصبح لزاما التوجه إلى المسؤولية الموضوعية.

وفيما يلي سنضع مجموعة من التوصيات:

- اعتماد المسؤولية الموضوعية في قواعد المسؤولية المدنية الطبية بصفة عامة وفي مسؤولية طبيب النساء والتوليد على وجه الخصوص.
- تأسيس منظومة صحية تعنى بمهنة الطب وميدان الصحة يؤخذ فيها بعين الاعتبار كل التطورات الحاصلة في المجال الطبي والفقهى والقانوني والقضائي، مما يسهل عملية وضع قوانين عملية تتماشى ومتطلبات التطورات الحاصلة.
- ولأننا رأينا أهمية التأمين في المسؤولية المدنية الطبية فإننا نرى بضرورة الحزم والصرامة في أمر إجبارية التأمين لجميع الأطباء.
- الاهتمام بقطاع الصحة عامة والمستشفيات العمومية والعيادات الخاصة على وجه الخصوص، من حيث توفير الوسائل المادية والبشرية اللازمة كذلك من حيث فرض رقابة مستمرة على طرق التسيير داخل هذه المؤسسات وعلى طريقة تقديم الرعاية الصحية من خلال تكليف خبراء في الميدان بذلك.
- قوانين تتماشى وما يحدث من تجاوزات في المجال الطبي.

• اشراك النخبة من اساتذة وباحثين في الميدان لإبداء اراءهم وتقديم بحوثهم والتي تساعد في تطوير الشق القانوني والفقهى في المجال الطبي، اي مسالة تحديد المسؤولية الطبية واقامتها وكيفية الموازنة بين الطبيب والمريض.

• الاهتمام بمسالة تكوين الأطباء من كلية الطب الموجودة عبر التراب الوطني ومحاوله تعريفهم بشكل معمق عن الجانب القانوني لعلاقتهم بالمريض وتنويههم لما لهم وعليهم بإدراجها كمقياس لطلبة كلية الطب،

فطالب اليوم طبيب الغد وعليه أن يكون واعيا بما له من حقوق وما عليه من واجبات.

تم بعون الله وفضله

قَائِمَةٌ الْمَصَائِرِ وَالْمِنْجَعِ

قائمة المصادر والمراجع:

قائمة المراجع:

اولاً: القرآن الكريم برواية ورش عن نافع

ثانياً: كتب السنة النبوية: صحيح مسلم، شرح النووي، دار الرسالة، ج16.

ثالثاً: المراجع بالعربية

أ- الكتب العامة

1. إبراهيم الدسوقي، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، دراسة تحليلية للأنظمة المعاصرة اللاتينية والإسلامية والأنجلو أمريكية مع طرح فكرة التعدي كأساسعام للمسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980.
2. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، بشرح صحيح البخاري، دار الفكر للطباعة والنشر، الجزء11.
3. ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، الجزء الاول، دار صادر، بيروت، ب، د، ت.
4. أحمد حسين القرني، قصة الطب عند العرب، دار الكتب العامة، مصر.
5. أحمد محمد عطية، نظرية التعدي كأساس للمسؤولية المدنية الحديثة، دراسة مقارنة في ضوء الفقه وأحكام القضاء، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، 104.
6. أحمد محمد عطية، نظرية التعدي كأساس للمسؤولية المدنية الحديثة، دراسة مقارنة في ضوء الفقه وأحكام القضاء، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، 104.
7. أحمد محمد عطية، نظرية التعدي كأساس للمسؤولية المدنية الحديثة، دراسة مقارنة في ضوء الفقه وأحكام القضاء، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، 104.
8. بلحاج العربي، نظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج2+ الواقعة القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
9. بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية دراسة تأصيلية مقارنة، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2015.
10. جلال محمد ابراهيم، المسؤولية المدنية لعديمي التمييز، جامعة القاهرة، 1982

11. الزبيدي محمد مرتضى الحسين، تاج العروس من جواهر القاموس، دار التراث العربي، بيروت، 1970.
12. زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير مباحة، منشورات المكتبة العصرية، ط1، صيدا بيروت، د.س.ن.
13. سامي هارون الزراع، فكرة الخطأ المهني اساس المسؤولية المهنية لأرباب المهن الحرة "الطبيب"، مركز الدراسات العربية، مصر، 2017.
14. السعدي محمد صبري الوافي في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام والواقعة القانونية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1992.
15. سعيد مقدم، التأمين والمسؤولية المدنية، ط1، كليك للنشر، 2008.
16. سليمان علي علي، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
17. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج 2 في الإلتزامات، المجلد الثاني، الفعل الضار والمسؤولية، ط 5، بيروت، لبنان، 1988.
18. سمير سهيل دنون، المسؤولية المدنية عن فعل الآلات الميكانيكية و التأمين الإلزامي عليها "دراسة مقارنة" المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2005.
19. سهير سهيل دنون، المسؤولية المدنية عن فعل الآلات الميكانيكية والتأمين الإلزامي عليها "دراسة مقارنة"، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2005.
20. شمس الدين بن القيم الجوزية، الطب النبوي، دار احياء الكتب العربي، القاهرة 1975.
21. الشيخ علي الفقيه، الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1971.
22. عادل جبيري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وإنعكاساته في توزيع لعبء المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي دار الفكر جامعة الإسكندرية، 2005.
23. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الثاني، عقود الغرر، الطبعة 2، دار النهضة العربية، مصر، 1980.

24. عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوصفي، الطبعة 12، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.
25. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، دار الكتب العلمية، 1971، بيروت-لبنان.
26. علي فلاحي، الالتزامات. النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 1997.
27. علي فيلاحي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط2، موقم للنشر، الجزائر، 2001.
28. محمد احمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والادبي والموروث، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية-مصر، 1997.
29. محمد السعيد رشدي، الخطأ غير المغتفر "سوء السلوك الفاحش والمقصود"، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2008.
30. محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة مصر 1995.
31. محمد نصر الدين منصور، ضمان التعويض المضرورين بين قوعد المسؤولية الفردية واعتبارات التضامن الإجتماعي، ط1، دار النهضة العربية، 2001.
32. محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986.
33. محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الاشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، الجزائر، 1998.
34. ناصر محمد عبد الله سلطان، المسؤولية المدنية عن فعل الأشياء التي تتطلب عناية خاصة والآلات الميكانيكية في ضوء قانون المعاملات الحديثة لدولة الإمارات ومقارنة بالقانون المدني المصري ط1، منشورات حلب الحقوقية 2005.
35. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة مصر، 2004.
36. وائل تيسير عساف، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسة العليا، 2008.

ب- الكتب المتخصصة

1. احمد حسن الجباري، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام لقانوني الاردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الاردن، 2008.
2. أحمد حسين منصور، المسؤولية الطبية (الطبيب - الجراح - طبيب الأسنان - الصيدلي - التمريض العيادة والمستشفى - الأجهزة الطبية)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
3. أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، دار الفكر والقانون المنصورة، مصر 2014.
4. أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية (دراسة مقارنة)، ط1، الاصدار الأول ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.
5. إبراهيم علي حماوي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبي، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2007.
6. إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2011.
7. بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، دار الإيمان، دمشق، بيروت، 1984
8. ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2013.
9. جلال حسن الأتروشي، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات الدّم، دراسة مقارنة، دار حامد للنشر، الطبعة الأولى، عمّان، الأردن، 2008م.
10. الجوزية ابن القيم، زاد المعاد في هدى خير العباد، دار الفكر للطباعة والنشر، ج4، ط1، بيروت، 2003.
11. جوزيف داود، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية وتأمين الاطباء من المسؤولية عن اخطائهم، الطبعة 1، مطبعة الانشاء، دمشق، 1987.
12. حرروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، (دراسة مقارنة)، دار هومة، الجزائر، 2008.

13. حسن البنية، خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993.
14. رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010.
15. رجب كريم عبد اللاه، المسؤولية المدنية لجراح التجميل دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2009.
16. سمير عبد السميع الاودن، مسؤولية الطبيب الجراح والطبيب التخدير ومساعدتهم، مدنيا واداريا وجنائيا..، المكتبة القانونية، 2004.
17. سميرة حسن محسن، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي للعاملين فيها(دراسة مقارنة)، دار الفكر والقانون، مصر، 2016.
18. سميرة حسن محسن، رضا المريض في الاعمال الطبية وأثره في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2016.
19. سهيل يوسف الصويص، مسؤولية الطبية بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث، الطبقة الأولى، أزمنة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.
20. طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004.
21. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدالة والمستشفيات الحديثة والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف الإسكندرية، ط، 2000.
22. عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية(مسؤولية الطبيب في القانون المقارن)، ب د ن، ط2، مصر، 1975.
23. عبد القادر خذير، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، دار هومة، الجزء الاول، الجزائر، 2014.
24. عبد الرشيد مأمون، التامين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دار النهضة العربية، مصر، 1986.
25. عبد الظاهر حسين، صور ممارسة المهن الحرة وأثرها على مسؤولية المهني، دار النهضة العربية، مصر، 1997.
26. عبد القادر بن تيشة، الخطأ الطبي للطبيب في المستشفى العام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011.

27. علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
28. فاطمة الزهراء منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 1433هـ/ 2012م.
29. فتحية مصطفى عطوي، الإجهاض بين الشرع والقانون والطب، ط1، المنشورات الحقوقية صادر، ب.ب.ن، 2001.
30. القواسمة أحلام، موسوعة الحمل والولادة، الطبعة 1، دار البدر، الجزائر، 2013.
31. لقمان فاروق حسن نانه كه له، المسؤولية القانونية في العمل الطبي (دراسة مقارنة بين القانون والشرعية)، ط1، منشورات زين الحقوقية، 2013.
32. عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الاعمال الطبية والمراجعة (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2009.
33. محمد ابراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، جامعة الاسكندرية مصر 1972.
34. محمد حسن القاسم، إثبات الخطأ الطبي في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006.
35. محمد عبد الله ملا احمد، ممارسة العمل الطبي بين الاباحة والتجريم (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2012.
36. محمود محمد عبد العزيز الزيني، مسؤولية الاطباء عن العمليات التعويضية والتجملية والرتق العذري في الشريعة الإسلامية والقانون الوصفي، مكتبة الدلتا للطب عن الإسكندرية، مصر 1991.
37. مفتاح محمد اقريط، الحماية المدنية والجناحية للجنتين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.
38. منذر الفضل، المسؤولية الطبية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان 2012.
39. منير رياض، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

رابعاً: الاطروحات :

1. بن زيطة عبد الهادي، قواعد المسؤولية في الاعمال الطبية الحديثة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، يوسف بن خدة، الجزائر، 2014-2015.
2. جدوي سيدي محمد امين، المسؤولية الجنائية لأطباء التوليد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015/2016.
3. حسن زكي الأبرشي، مسؤولية الاطباء والجراحين، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق فؤاد الاول، الاردن، ب.س.ن.
4. سعد سالم عبد الكريم العسيلي، المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مصر، 2000.
5. طه عثمان أبو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في مجال التوليد، دكتوراه في الحقوق، جامعة المنصورة، دار الفكر والقانون، مصر ، 2014.
6. العشماوي أيمن إبراهيم عبد الخالق ، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس ، 1998.
7. عمر بن الزويير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، سعيد حمدي جامعة الجزائر، جوان 2017.
8. قماروي عز الدين ، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي (دراسة مقارنة)، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة وهران 2012-2013،
9. كيجل كمال، الإتجاه الموضوعي في المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات ودور التأمين، رسالة دكتوراه جامعة تلمسان 2007 .
10. محمد بعجي، المسؤولية المدنية التقصيرية عن حوادث السيارات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة يوسف بحدّة 2007/2008،
11. محمد خالد سليم أمين، المسؤولية التقصيرية عن فعل الخير في الفقه الإسلامي المقارن، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1964،
12. محمد عبد الظاهر حسين، مسؤولية المحامي اتجاه العميل، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.

13. محمد ناصر الرفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1978.

14. منصور أحمد، المسؤولية المدنية عن حراسة الأشياء، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والفقہ الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1994

خامسا: المقالات العلمية

1. بن صغير مراد، مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح بالعقاقير وأثره على الرابطة الأسرية، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، العدد الخامس عشر، مارس 2010، الجزائر.

2. حمد فهد شقفة، المسؤولية المدنية المترتبة على عمل الطبيب، مجلة المحامون السورية، العدد 3 و4، سنة 1971.

3. خالد جمال أحمد حسني، إرادة المريض في العمل الطبي بين الاطلاق والتغيير، مجلة الحقوق، كلية الحقوق جامعة البحرين، المجلد الخامس، العدد الثاني جمادى الأولى 1329 الموافق ل يوليو 2008.

4. صويلح بوجمعة، مسؤولية الطبيب المدني، المحكمة العليا، قسم الوثائق، المجلة القضائية، العدد الأول، دار القصة للنشر، الجزائر 2001.

5. فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 22، العدد الأول، 2006.

6. قوادري مختار، تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني المقارن، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 10، جوان 2015.

7. محمد رايس، نحو مفهوم جديد للخطأ الطبي في التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، قسم الوثائق، الجزائر، 2008.

8. محمد فتاحي، الخطأ الطبي والمشكلات التي يثيرها في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والادارية، العدد الثالث، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

9. محسن عبد الحميد البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مطبوعات جامعة الكويت، 1993.

10. محمد هشام قاسم، المسؤولية الطبية من الواجهة المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة، كلية الحقوق والشريعة، الكويت 1981.

11. ناجية العطارق، طبيعة التزام الطبيب طبقاً للقانون المدني الليبي والفرنسي، مجلة العلوم القانونية والشريعة، العدد السابع، ديسمبر 2015.

سادساً: الملتقيات

40. زاهية حورية سي يوسف، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المنظم بكلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ايام 9 و 10 أبريل 2008.

سابعاً: النصوص القانونية

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، ج ر رقم 78، سنة 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، العدد 78 سنة 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 الصادر في 20 يوليو 2005، المعدل والمتمم للأمر 75/ المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، العدد 44، سنة 2005.

--الامر 166/83 المؤرخ في 21 جوان 1966، المتضمن قانون حوادث العمل، ج ر، رقم 15، المؤرخة في 28 جوان 1966.

- الامر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1974، المتضمن قانون التأمينات، ج ر رقم 13 سنة 1995، ص 02، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج ر رقم 15 سنة 2006.

- القانون رقم 18-11، المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق لـ 02 يونيو 2018، المتعلق بالصحة، ج ر رقم 46، الصادرة بتاريخ 16 ذو القعدة عام 1439 الموافق لـ 29 يوليو سنة 2018.

- المرسوم 92-276 المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب الجريدة الرسمية عدد 52 مؤرخ في 08 يوليو 1992، 1419.

- مرسوم تنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 05 محرم 1419 الموافق لـ 06 يوليو 1992، المتضمن مدونة اخلاقية الطب، ج، ر، عدد 52.

ثامناً: المواقع الالكترونية

18- <http://platform.almanhal.com> le 18 هزير جلول، المسؤولية الناجمة عن الادوات والاجهزة الطبية الحديثة

04: 19h - 07-2018

WWW.SHAIMAAATALLA.COM/VB/SHOWthread.php3r=2632 le08-07-2018 à 19h :00

www.droiteureprise.org

islamstory.com 2009.01.14.

-larbi khadidja ? Boudali mohamed

المسؤولية المدنية الناجمة عن عملية التوليد. :27.07.2020.01h57. <http://hdl.Randle.net/123456789/465le>

II - المراجع باللغة الاجنبية

Ouvrage

1. (c) Esper ,l'évolution de juris prudence en matière de responsabilité de l'hôpital et de ses agents ,1981.
2. patrice Jourdain ,les principes de le responsabilité civile ,05 eme édition , Dallouz ,paris ,2000.
3. A. DE. Lajavtre ,la responsabilité hospitalière relative aux « première » médicales (Juris prudence Gomez et loi Huriet) ,AJDA 1997.
4. Abdelkader khadir ,la responsabilité médicale A l'usage Des praticiens de la médecineet du droit ,DAR Houma ,Algerie20,14,page 36.
5. BETTER-Mieux (pierre) essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité en droit français ,thèse lille1921 n°519,4-97
6. C. C. A. Amiens ,18/11/1994. Boulongne et autres ,Gaz Pal 1995 ,pam. Adam.
7. C.A.Lyon ,21/12/1990 ,GOMEZ ,Kouassi (B),la responsabilité du service public hospitalier à raison de dette médical ,1991.
8. C.E. 15/07/2004. 'le service public hospitaliers est responsable même en l'absence de faute de sa part ,des conséquences pour les usages de la défaillances des produits et appareils de santé qui l'utilise ».
9. D. chabanol ,vue nouvelle sur la responsabilité hospitalière ,note sous C. C. A , Lyon 21/12/1996 ,Gomez ,GAZ ,PAL 21 Juillet 1993 ,P3.
10. Flouer (jaqurs),AU. BERT(jean_luc) et savaux (eric) droit civil ,les obligation , fait juridique ,7eme ed,Armand colin199,7,n°70,p64.
11. FRANCOIS VIALLA ,les grandes décisions du droits médical ,Alpha- L- G- D- J édition ,Beyrouth ,2010.

12. J. Moreau , observation sur CCA de Lyon, Gomez, 1991,
13. J.c. Baste. L'aléa médical ,évolution du conception droit public ,colloque sur l'indemnisation de l'aléa thérapeutique ,sous-direction de D. Truchet et coll droit sanitaire et sociale ,sivey ,Paris ,1995.
14. Jean (PENNEAU),Faute civile et faute pénale en matière de la responsabilité médicale ,presses universitaires de France ,paris ,1978 ,
15. JOSSERAND(louis),La responsabilité du fait des choses inanimées ,librairie nouvelle de droit et jurisprudences,paris1897.
16. LAHLOU.KHIAR (Ghenima) ,le droit de L'imnisation entre responsabilité et automaticité ,éd ENAG ,2013 ,p172 .
17. M.M. HANNOUZ ,A.R.HAKEM ,précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit ,of files des publications universitaires ,Alger , 2000.
18. Margret Brazier, Medecine ,patients and the law. Seconded penguin Book , 1992.
19. MAZEAUD (Hetl) et Tunc (A) ,traité théorique et pratique de la responsabilité ,T16:iem ed paris19:65:p432
20. N.JJCOB ,le tourneau : la responsabilité civile ,2eme Ed ,Dallouz ,Paris , 1976.
21. Naceur Fatiha ,le contrôle de la sécurité des produits ,l'obligation de sécurité , presses universitaires de Bordeaux ,pessac ,France ,2003-2004.
22. PALMER(verno) ,trois princies de la responsabilité sans faute ,Revint ,drt,cop198 ,7
23. Philippe le Tourneau ,lois cadiet ,droit de responsabilité et des contrats , Editions Dallouz ,Paris ,2000
24. Saidi(Mustapha),la tendance objective du code civil ,la responsabilité délictuelle et le contrat mémoire de magistère ,université d'alger200,5.
25. SALEILLES (Raymond) K les accident de travail et de la tesponsabilité ,civil , libraire mouveraire mourelle de droit et juriprudence ,paris 1897 .
26. Saralier René ,vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels. France. 1931.
27. SAVATIE (René), comment repenser la conception française, prècite ,n°5.

28. Savatier(René), les métamorphoses économique et social du code civil daujourd'hui 1.er serie 3.iem ed 1964
29. savatier ,Auby et Pequignet, « traité de droit médical », Memeteau ,G. « la responsabilité civile médicale »
30. Sophie Hoquet, Berget Bruno py ,la responsabilité du médecin ,Edition heures de France ,2006.

Codes :

- Code civile française, loi 29-04-1803 le 19/04/1803
- Code de déontologie médicale française, figurant dans le code de la santé publique sous les numéros R4127-1à 4127-112 édition février 2020.

These

31. STARK (Brois) ,essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine prise ,thèse paris 1947
32. Patrice Jourdain ,les principes de la responsabilité civile.
33. Pérévergé- Finon, faute et assurance dans la responsabilité médicale, Thèse , Paris ,1972, Philippe le Tourneau ,Loiccadiet ,Droit de la responsabilité Dallouz , Delta ,Liban,1997.
34. LAHLLOU KHIAR(GHENIMA),le droit de l'indemnisation entre responsabilité et réparation systématique, thèse doct, Alger2006, p20.21.
35. HAMDANE BORSALI, réflexion sur la notion de faute rn droit civile algérien ,thèse de doctorat ,oran1990.

فہمیں سے، املو ضرورت

فهرس الموضوعات

كلمة شكر

إهداء

مقدمة..... أ

الباب الأول:

انظام القانوني لسؤلية طيب النساء والتوليد المدنية.

الفصل الأول:

طبيعة السؤلية المدنية لطيب النساء و التوليد

- المبحث الأول: التطور التاريخي للمسؤلية المدنية لطيب النساء و التوليد.5
- المطلب الأول: المسؤلية الطبية في العصور القديمة.....5
- الفرع الأول: المسؤلية الطبية عند المصريين.....5
- الفرع الثاني: المسؤلية الطبية عند البابليين6
- الفرع الثالث: المسؤلية الطبية عند اليهود7
- الفرع الرابع: المسؤلية الطبية عند الإغريقين9
- الفرع الخامس: المسؤلية الطبية عند الرومان10
- المطلب الثاني: المسؤلية الطبية في العصور الوسطى وعند العرب.11
- الفرع الأول: المسؤلية الطبية في القانون الكنيسي.12
- الفرع الثاني: المسؤلية الطبية في العهد الصليبي.....13
- الفرع الثالث: المسؤلية الطبية عند العرب13
- المبحث الثاني: مسؤلية طيب النساء والتوليد بين التقصيرية والعقدية.....24

- المطلب الأول: الصيغة القانونية للمسؤولية الطبية لطبيب النساء والتوليد 25
- الفرع الأول: الطبيعة التفسيرية لطبيب النساء والتوليد 25
- الفرع الثاني: الطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية: 32
- المطلب الثاني: الاتجاه الراجح لطبيعة مسؤولية طبيب النساء والتوليد: 44
- الفرع الأول: الميل إلى الطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية 44
- الفرع الثاني: الخبرة بين المسؤولية العقدية والتفسيرية في المجال الطبي: 50

الفصل الثاني:

طبيعة التزام طبيب النساء والتوليد

- المبحث الأول: التزام طبيب النساء والتوليد ببذل عناية وتحقيق نتيجة ومدى التزامه 60
- المطلب الأول: مراحل تكوين الجنين ومراحل الولادة 60
- الفرع الأول: مراحل تكوين الجنين 60
- الفرع الثاني: الولادة 69
- المطلب الثاني: التزام طبيب النساء والتوليد ببذل عناية 74
- الفرع الأول: مدى التزام طبيب النساء والتوليد ببذل عناية 75
- الفرع الثاني: التفرقة بين الإلتزام ببذل عناية وتحقيق نتيجة 82
- المبحث الثاني: إلتزام طبيب النساء والتوليد بتحقيق نتيجة 85
- المطلب الأول: الإلتزامات المتعلقة بواجبات الطبية وإنسانية وأخلاقيات مهنته 86
- الفرع الأول: الإلتزام بإعلام المريض وتبصيره 86
- الفرع الثاني: الحصول على رضا المريض 89
- الفرع الثالث: المحافظة على السر المهني 89

95	المطلب الثاني: الالتزامات المتعلقة بالعمل الفني للطبيب
96	الفرع الأول: التحاليل الطبية
97	الفرع الثاني: استعمال الأدوات والأجهزة
98	الفرع الثالث: نقل الدم
100	الفرع الرابع: التركيبات الصناعية
101	الفرع الخامس: الالتزام بضمان السلامة
103	الفرع السادس: التحصين (التطعيم)
103	الفرع السابع: تقديم الأدوية

الباب الثاني:

أركان المسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد والتوجه نحو مسؤولية موضوعية

الفصل الأول:

ركن الخطأ وانصر في مسؤولية طبيب النساء والتوليد

110	المبحث الأول: الخطأ الطبي كركن في مسؤولية طبيب النساء والتوليد المدنية
110	المطلب الأول: مفهوم الخطأ الطبي
110	الفرع الأول: الخطأ الطبي وفقاً للقواعد العامة
114	الفرع الثاني: ملازمة الخطأ للمسؤولية الطبية
115	الفرع الثالث: معيار تقديم الخطأ الطبي
117	الفرع الرابع: إثبات الخطأ
122	المطلب الثاني: طبيعة الخطأ الموجب للمسؤولية الطبية وصوره
122	الفرع الأول: تقسيمات الخطأ الطبي

- 129..... الفرع الثاني: صور الخطأ الطبي الموجب لمسؤولية طبيب النساء والتوليد
- 144.... المبحث الثاني: الضرر والعلاقة السببية كركنين للمسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد
- 144..... المطلب الأول: الضرر والعلاقة السببية كركن لقيام مسؤولية طبيب النساء والتوليد
- 145..... الفرع الأول: ماهية الضرر الطبي وإثباته كركن من أركان المسؤولية المدنية الطبية
- 154..... الفرع الثاني: إثبات الضرر
- 154..... المطلب الثاني: علاقة السببية كركن لقيام مسؤولية طبيب النساء والتوليد
- 155..... الفرع الأول: أهم النظريات التي قيلت في علاقة السببية
- 159..... الفرع الثاني: إثبات علاقة السببية

الفصل الثاني:

نحو إتجاه موضوعي في المسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد

- 165..... المبحث الأول: الأساس الفقهي للمسؤولية الموضوعية و موقف المشرع الجزائري منها
- 166..... المطلب الأول: أهم النظريات الموضوعية في المسؤولية المدنية
- 166..... الفرع الأول: نظرية تحمل التبعة
- 177..... الفرع الثاني: نظرية الضمان
- 181..... الفرع الثالث: نظرية اجتماعية المسؤولية
- 185..... المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من النظريات الموضوعية
- 185..... الفرع الأول: تبني المشرع الجزائري لفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية
- 193..... الفرع الثاني: الأسباب المساعدة على الأخذ بالمسؤولية الموضوعية في القانون الجزائري
- 203..... المبحث الثاني: التحول من المسؤولية الخطئية إلى المسؤولية الموضوعية في المجال الطبي
- 203..... المطلب الأول: دوافع الاتجاه إلى المسؤولية الموضوعية في المجال الطبي
- 205..... الفرع الأول: التطورات التقنية والدوافع الفقهية

205	الفرع الثاني: تطور التأمين ودوره في إرساء قواعد المسؤولية الموضوعية في المجال الطبي
210	الفرع الثالث: دور القضاء الفرنسي في التوجه نحو مسؤولية موضوعية
214	المطلب الثاني: بوادر ظهور المسؤولية الطبية الموضوعية وركيزتها القضائية
215	الفرع الأول: المخاطر الناجمة عن التقنيات العلاجية
219	الفرع الثاني: مخاطر الأعمال الطبية والجراحية
220	الفرع الثالث: مخاطر العدوى الناشئة عن الدم
222	الفرع الرابع: المخاطر الناجمة عن الأجهزة المعيبة
225	الخاتمة
230	قائمة المصادر والمراجع
243	فهرس الموضوعات

الملخص :

عرفت المسؤولية المدنية الطبية عامة ومسؤولية طبيب النساء والتوليد على وجه الخصوص عدة تطورات على مر العصور و الأزمان والحضارات مواكبة بذلك التطورات العلمية والتقنية ، كما واكبت أيضاً الحاجة إلى ضرورة تحديدها نظراً لكثرة الأخطاء الطبية وبالتالي كثرة المتضررين، الشيء الذي حتم على الفقه والقضاء التحرك لحماية مصلحة المريض المتضرر مع مراعاة المحافظة على حق وحرية الطبيب في ممارسة مهنته، ولأن مسألة تحديد المسؤولية المدنية الطبية كانت دوماً تقتضي مراعاة التوازن في العلاقة بين الطبيب و المريض فقد لمسنا أن المسؤولية المدنية الطبية كان أساسها الخطأ الثابت تارةً والمفترض تارةً أخرى ثم التوجه نحو مسؤولية موضوعية وهذا كله لغاية وحيدة ألا هي حماية مصلحة المريض بالدرجة الأولى مع مراعاة وجوب توفير الجو المناسب للطبيب لممارسة مهنته بكل حرية.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية الطبية، الخطأ الطبي، الضرر الطبي، طبيب توليد، علاقة السببية، المسؤولية غير الخطئية، الإتجاه الموضوعي.

Abstract:

Civil medical liability in general and the responsibility of the gynecologist in particular have undergone several evolutions through eras and civilizations, at the pace of scientific and technical developments, as well as the need to define them according to the large number of medical errors and therefore the large number of people affected, which has made it imperative for jurisprudence and justice to act in order to protect the patient's interest concerned , given the preservation of the doctor's right and freedom to practice his or her profession, and because of the issue of determining medical civil liability has always required respect for the balance in the relationship between the doctor and the patient, we found that medical liability was sometimes based on the error and management at other times , then on the path of the objective responsibility and all this for the sole purpose of protecting the patient's interest, taking into account the need to create the appropriate atmosphere for the doctor to exercise his or her profession freely.

Keywords: Medical liability, medical error, medical injury, obstetrician, causal link, faultless liability, objective direction.