

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان
كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة ماجستير تخصص مسؤولية المهنيين

تحت عنوان:

تأثير مبدأ الحيطة في توزيع عبء إثبات الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية

تحت إشراف الأستاذ:
رايس محمد

من إعداد الطالب:
بن معروف فوضيل

لجنة المناقشة:

رئيسة
مقررا و مناقشا
مناقشا

أستاذة التعليم العالي
أستاذ محاضر
أستاذ محاضر

يوسف فتيحة
رايس محمد
بن مرزوق عبد القادر

السنة الجامعية: 2011-2012

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

"لو يعطى الناس بدعواهم لإدعى قوم

دماء قوم و أموالهم ولكن البينة

على المدعي و اليمين على من أنكر"

صدق رسول الله

تشكرات

أتقدم أولاً بالحمد و الثناء و الشكر لله عز وجل الذي وفقني لإنجاز هذا العمل و أكرمني بالصحة و العقل.

يقتضي مني واجب العرفان بالجميل، و قد فرغت من إنجاز هذا البحث، أن أعرب عن عظيم تقديري و امتناني لكل من أسدي إلي خدمة، أو مد لي يد العون بأية صورة و على أي وجه كان، و أخص بالذكر أستاذي المحترم

الدكتور: ريس محمد علي هذا العمل، الذي أشرفه بالرعاية على هذا البحث منذ البداية إلى أن استوي على عوده و ظهر في حلقته النهائية حيث كان لنصائحه أكبر أثر في تجاوز العقبات التي صادقتني أثناء البحث.

كما أتقدم بالشكر الخالص و الإحترام الكبير إلى أعضاء لجنة المناقشة المتمثلين في أستاذة التعليم العالي يوسف فتيحة كرئيسة للجنة و الدكتور بن مرزوق عبد القادر كمناقش.

و إلى كل موظفي كلية الحقوق و العلوم السياسية بتلمسان

إهداء

إلى من تولاني بالرعاية و العناية منذ الصغر، إلى من قضى الله ببرهما
و الإحسان إليهما، والدتي أطال الله في عمرها و منحها الصحة و العافية ،
والدي تغمده الله برحمته ، إلى إخواني الأعماء تقديرا لهم ، إلى من
وقفة إلى جانبي و ساعدتني على مر الأيام أختي الغالية، إلى زملائي و
زميلاتي في الجامعة و المدرسة العليا للقضاء.

إلى كل من يحب لي الخير.

إلى كل من يأمن أن الحقوق كل الحقوق لا يمكن ممارستها إلا في
إطار القانون، إلى جميع العاملين في ميدان تحقيق العدالة
لكل هؤلاء أهدي هذه الأطروحة.

الطالب: بن معروف فوخيل

قائمة المختصرات الأكثر ورودا

ج.ر.ع : جريدة رسمية العدد.

ص: صفحة .

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

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري .

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي .

م.ق: المجلة القضائية .

ق ع: قانون عقوبات

Ass.Plén: Assemblée Plénaire.

Bull: Bulletin.

C.A: Cour D'appel.

Cass.Civ: Cour de cassation chambre civile.

Cass.com : Cour de cassation chambre commerciale.

Cass.crim : Cour de cassation chambre criminelle.

Ch. Reu : Chambre réunies.

CJCE :Cour de justice des communautés européennes.

D : Dalloz.

Ed : edition.

Gaz. Pal: Gazette du Palais.

H. F : Heure de France.

Ibid: Ibidem.

L.P.A : Les petites affiches.

N° : Numéro.

Obs: Observation.

Op. Cit : Opéré citatis.

P : Page.

P.U.A.M : Presses universitaires d'Aix-Marseille.

P.U.F : Presses universitaires de France.

R.C.A : Revue Responsabilité civile et assurance.

R.D.C : Revue des contrats.

R.T.D.civ : Revue Trimestrielle du Droit civil.

S : Suivant.

T : Tome.

T.C : Tribunal des Conflits.

T.G.I : Tribunal des grandes instances

المقدمة

قد يتصور البعض للوهلة الأولى، أن هذا الموضوع قديم غير أن هذا التصور سرعان ما يتبدد مند بداية القراءة والتمعن في تفاصيل الموضوع، حيث أن الدراسة جاءت متأثرة إلى حد بعيد بالحدائثة بدون إهمال القواعد الثابتة التي قامت عليها المسؤولية الطبية.

الطبيب هو الشخص الذي لديه المهارة والخبرة في نظر المريض لتحقيق الشفاء، فقدرته الشفاء التي قد يراها المريض في يد الطبيب قد تكون في ذات الوقت مساوية أو معادلة لخسارة حياة المريض أو فقدان عضو من أعضائه بسبب خطأ يقع فيه الطبيب أثناء معالجته المريض، فلا تكون للطبيب فرصة من أجل تصحيح الخطأ الذي وقع فيه بعكس أصحاب المهن الأخرى. وسيكون من الصعب تعويض المريض أو ذويه ماديا وقد لا يكون للتعويض أي قيمة خصوصا إذا أدى الخطأ الطبي إلى فقدان حياة المريض.

إن الطب خلال عقوده الأخيرة شهد تطورا كبيرا وتقدما ملحوظا جعل البعض يقر بأن ما حدث من تطور وتقدم في هذا المجال خلال الخمسين عاما الأخيرة يجاوز في الأهمية ما تم خلال عشرين قرن من عمر الطب¹، و يزال الطب يأتي كل يوم بما هو جديد بل و مبهر في كافة فروع و تخصصاته، بحيث أصبح أهم ما يميز الطب الحديث هو فاعليته التي جعلته يتجاوز حدود مهمته الأصلية التي هي الوقاية والعلاج ليشمل أيضا تحقيق رغبات الإنسان في الكثير من المجالات كجراحات التجميل.

غير أن الفعالية المتزايدة للطب الحديث لم تكن لتخفي أثاره الضارة ومخاطره الملازمة لتطوره والتي هي سنة كل تطور علمي في مجالات الحياة الإنسانية المختلفة، فتطور العلوم الطبية وتقدمها أصبح من لوازمها لخطورة والتعقيد فلا يزال الجسد البشري الذي يتعامل معه الطب يمثل بالنسبة له كائنا مجهولا في الكثير من جوانبه، كما أن الممارسات الطبية الحديثة تتم بواسطة

¹ محمد السعيد رشدي: عقد العلاج الطبي، مكتبة سيد عبد الله و هبه، القاهرة، 1998، ص 8.

عقاقير ومواد كيميائية لا تخلوا من أخطار غير متوقعة أو مأمونة العواقب، وقد زاد من مخاطر الطب الحديث كذلك زيادة اعتماده على الآلات و المنتجات التي تتميز بتعقيدها ودقتها وحساسية السيطرة عليها.

إن الأخطار غير متوقعة نتيجة الممارسة الطبية الحديثة فرضت على الطبيب المزيد من الحيطة وذلك من خلال تجسيد مبدأ الحيطة في المجال الطبي وإن كان هذا المبدأ معروف أكثر في مجال حماية البيئة إلا أنه بدأ في الانتشار في المجالات الأخرى لمجال حماية المستهلك مثلاً.

يعرف مبدأ الحيطة¹ على أنه "في حالة غياب اليقين العلمي والتكنولوجي فلا يمكن التأخير في إتخاذ إجراءات فعالة و متناسبة من أجل دفع الخطر الذي سوف يحدث ضرراً كبيراً"، إن هذا المبدأ يختلف عن مبدأ الوقاية فهذا الأخير يرتبط بأخطار معروفة ومعلومة و يمكن التحكم فيها عن طريق صياغة قواعد يلتزم بها المهني من أجل تفادي حصول الخطر².

إن كل ما يبدهه الطبيب من حيطة وحذر إلا أنه يمكن أن يحدث أضراراً للمريض بسبب خطئه، وإذا كان من الطبيعي وجود الخطأ لقيام المسؤولية المدنية سواء كان الخطأ واجب الإثبات أو مفترض كل هذا في حالة المسؤولية الخطئية، فإن الصعوبة تكمن عند محاولة إثبات هذا الخطأ كي يتمكن الضحية من الاستفادة من التعويض، فالضحية كما يعلم الجميع هو في وضعية سيئة من حيث أنه مريض هذا من جهة ومن جهة أخرى هو يتعامل مع مهني يدرك أصول مهنته جيداً فعلى من يقع عبء إثبات الخطأ.

فالإشكال الذي يمكن طرحه: هل أن مبدأ الحيطة يفرضه على الطبيب إلزاماً بالسلامة بتحقيق نتيجة ساعد المريض في إثبات الخطأ الطبي؟

¹Pierre Bechemann, Véronique Mansuy : le principe de précaution, édition du juriste-classeur ,p28

² يوسف جيلالي :مبدأ الحيطة ومبدأ الوقاية في قانون حماية المستهلك ،مذكرة ماجستير ،جامعة وهران، سنة 2005 - 2006، ص68.

وللإجابة على هذا التساؤل فقد إتبعنا المنهجية التالية وذلك من خلال تقسيم هذا البحث إلى مبحث تمهيدي تطرقت فيه إلى الخطأ المدني وفصلين، ففي الفصل الأول تطرقت إلى الواقعة محل الإثبات في المسؤولية المدنية للطبيب والتي تعتبر في هذه الحالة أنها الخطأ الطبي حيث أوردت مفهوم الخطأ الطبي في المبحث الأول وبعد ذلك انتقلت إلى ذكر صور الخطأ الطبي في المبحث الثاني، أما في الفصل الثاني فقد تطرقت لعملية إثبات الخطأ الطبي وأثر مبدأ الحيطة على أساس المسؤولية الطبية وذلك في مبحثين، حيث تطرقت في المبحث الأول إلى إثبات الخطأ الطبي ذو الطبيعة الإنسانية و الخطأ الطبي ذو الطبيعة الفنية، أما في المبحث الثاني فقد تعرضت لشروط تطبيق مبدأ الحيطة وأثره على أساس المسؤولية المدنية للطبيب من حيث تقريره الموسع لمفهوم الخطأ وكذلك أثره في إقامة مسؤولية طبية بدون خطأ وقد إتبعنا في هذا البحث طريقة المنهج التحليلي.

من أسباب اختياري للموضوع: أي أردت أن أكون فكرة على مبدأ الحيطة فإذا أنا أجد أن مبدأ الحيطة يقلب الإثبات أي أن من يريد القيام بنشاط معين عليه أن يثبت أن هذا النشاط لا يسبب أضراراً.

بما أن تخصصي هو مسؤولية المهنيين فقررت أن أعمق البحث في مجال مسؤولية المهنيين وبالتحديد مسؤولية الطبيب ذلك لأن الطبيب يتعامل مع المريض وما لهذه الشريحة من معانات ومن أهم الصعوبات التي واجهتني في مجال البحث قلة المراجع في موضوع مبدأ الحيطة في المجال الطبي بشكل كبير، بالإضافة إلى نقص الأحكام المنشورة وخاصة الصادرة من القضاء الجزائري.

المبحث التمهيدي:

مفهوم الخطأ المدني

المبحث التمهيدي: مفهوم الخطأ المدني.

لم تعطي أغلب التشريعات تعريفا للخطأ¹، لذلك حاول الفقه والقضاء تعريفه وإعطاء عناصر الخطأ وأنواعه، لذلك سوف أقسم المبحث التمهيدي لثلاثة مطالب حيث سأتناول في المطلب الأول تعريف الخطأ المدني ثم أتطرق إلى عناصره و ذلك من خلال المطلب الثاني، أما آخر مطلب فأحدد فيه درجات الخطأ المدني.

¹ عرف القانون المدني المغربي الخطأ في المادة 83 الفقرة الثالثة علي أن "الخطأ هو عبارة عن إهمال ما يجب أو إتيان ما يجب الامتناع عنه دون قصد الإضرار".

المطلب الأول: تعريف الخطأ المدني.

لقد اختلف الفقه في إيجاد تعريف موحد للخطأ، لذلك سوف أحاول ذكر أهم تعريفات الخطأ التي جاء بها الفقهاء .

حيث عرفه ريبير Ripert بأنه "إخلال بالتزام سابق نشأ عن العقد أو عن القانون أو قواعد الأخلاق"¹.

أما الفقيه بلانيول Planiol فقد عرف الخطأ "بأنه إخلال بواجب سابق" وفي وجهة نظره أن الإلتزامات والواجبات التي تعتبر من قبيل الخطأ تنحصر في أربع حالات هي:

- الإمتناع عن استعمال القوة نحو الأشياء والأشخاص.
 - الإمتناع عن استعمال وسائل الغش والخديعة.
 - الإمتناع عن كل فعل يقتضي قدرة أو مهارة لا يملكها الشخص بصفة كافية .
 - الرقابة الكافية لما يجوز الشخص من أشياء خطيرة أو الأشخاص الذين هم تحت رقبته².
- أما الفقيه سافاتييه فقد عرف الخطأ بأنه "إخلال بواجب كان بالإمكان معرفته ومراعاته"³

ولقد إقترح الأستاذ إيمان ويلى ليفي Levy تعريفا للخطأ انطلاقاً من مشروعية الثقة التي يتوقعها الفرد في إطار تعامله مع الغير، فيرى أن الخطأ هو "إخلال بهذه الثقة المشروعة"، حيث يكون من حق الفرد في تعاملاتهم مع الغير أن يتوقع سلوكاً عادياً مجرداً من الغش⁴، أما الفقيه ديموج فقد عرف الخطأ بأنه "اعتداء على حق يدرك المعتدي فيه جانب الاعتداء"⁵، في حين

¹ علي فيلالي: الإلتزامات الفعل المستحق التعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، سنة 2007، ص 53.

² قادة شهيدة: المسؤولية المدنية للمنتج دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2007، ص 153.

³ عبد السلام التونجي: المسؤولية المدنية، مسؤولية الطبيب في القانون المقارن، الطبعة 2، سنة 1975، ص 256.

⁴ علي فيلالي: المرجع السابق، ص 55.

⁵ عبد اللطيف الحسني: المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، الطبعة 2، سنة 1987 ص 58.

عرف الفقيه جوس ران الخطأ بأنه "إنهاك لحرمة حق لا يستطيع من انتهك حرمة أن يعارضه بحق أقوى أو بحق مماثل"¹.

أما الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري فقد وجه انتقادات لهذه التعاريف بحيث اعتبر أن العبارات المستعملة في تعريف الخطأ، أي أن الاعتداء على الحق والإخلال بالواجب والحق الأقوى أو الحق المماثل كلها ألفاظ بحاجة إلى تعاريف².

ما يلاحظ على التعاريف أن الفقهاء اختلفوا في تعريفهم للخطأ ويرى الدكتور قيس أن سبب هذا الاختلاف يعود لسببين³:

السبب الأول: أن كل فقيه عرف الخطأ من وجهة نظره التي يراها، فأصحاب الاتجاه الموضوعي استخلصوا تعريف الخطأ من الفعل ذاته دون النظر إلى الفاعل سواء كان مميزاً أو غير مميز، أما أصحاب الاتجاه الشخصي فقد وضعوا في الحسبان حالة الشخص المسؤول كونه مميزاً أو غير مميز لذلك رأوا أنه يجب إضافة عنصر التمييز والإدراك بالإضافة لعنصر الإخلال بالالتزام سابق الذي ورد في تعريف بلانيول.

السبب الثاني: يرجع للكلمة نفسها حيث أن كلمة الخطأ هي وحدها يندرج تحتها أعداد لا حصر لها من الأعمال وأنماط السلوك الإنساني.

المطلب الثاني: عناصر الخطأ المدني.

يستخلص من التعاريف سابقة الذكر ومن خلال الرجوع للمادة 124 ق م⁴ والمادة 125 ق م¹ أن للخطأ عنصريين، يتمثل العنصر الأول في الإخلال بواجب ما وهذا هو العنصر المادي²،

¹ عبد اللطيف الحسني: المرجع السابق، ص 59 .
² عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط، ج 1، الطبعة الثالثة، منشورة الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، فقرة 526، ص 778.

³ طلال عجاج: المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، مؤسسة الحديث للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004، ص 183.
⁴ المادة 124 ق م "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

أما العنصر الثاني فهو إسناد هذا الإخلال أي العنصر المادي إلى المسؤول الذي يقتضي أن يكون مميزاً وهذا هو العنصر المعنوي³ للخطأ.

سوف أوضح العنصر المادي للخطأ في الفرع الأول و العنصر المعنوي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: العنصر المادي للخطأ: (التعدي)

يكون التعدي في حالة الإخلال بواجب أو بقاعدة قانونية، وفي حالة التعسف في استعمال الحق من جهة ثانية.

أولاً: الإخلال بواجب أو بقاعدة قانونية.

يتحقق التعدي كلما كان الفعل الذي يرتكبه المرء مخالفاً لقاعدة قانونية أو واجب قانوني، كالإخلال بالنصوص القانونية الآمرة والمتعلقة بسلوك الفرد منها واجبات الزوج نحو زوجته وأولاده أو الواجبات التي يرتبها قانون المرور على سائق السيارة اتجاه المارة. كما أن العقود بمختلف أنواعها مصادر للواجبات كالتزامات التي يتحملها البائع بمقتضى عقد البيع، أو المستأجر بمقتضى عقد الإيجار.

هناك واجبات يستند البعض منها على العرف أو قواعد اللعبة، ويستخلص البعض الآخر من المبادئ العامة للقانون والشريعة الإسلامية والعدالة، إن هذه الطائفة الأخيرة من الواجبات التي يترتب على مخالفتها خطأ مدني يصعب جردها مما أدى إلى صعوبة تعريف الخطأ⁴، ويستوي أن يكون التعدي عن طريق القيام بفعل إيجابي أو بفعل سلبي أي الامتناع.

¹ المادة 125 ق م "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزاً".

² كلا الاتجاهين الموضوعي والشخصي يشترطان وجود هذا العنصر.

³ الاتجاه الموضوعي لا يشترط هذا العنصر لأن هذا الاتجاه يتصور أن الخطأ المدني هو أي فعل يلحق ضرراً بالغير دون النظر إلى مرتكبه، في حين الاتجاه الشخصي يشترط العنصر المعنوي لأنه يضع في الحسبان حالة الشخص المسؤول.

⁴ علي فيلاي: المرجع السابق، ص 60.

لقد كان الامتناع في ظل المذهب الفردي لا يعد خطأ باعتبار أن القانون لا يحث أفراد المجتمع على التعاون والمساعدة فيما بينهم، إلا أنه مع بروز الأفكار الاجتماعية أصبح الامتناع خطأ يترتب عنه مسؤولية الممتنع، فأصبح القانون يفرض على الأفراد التزامات إيجابية مثل تقديم المساعدة إلى شخص في حالة خطر، وعلى سبيل المثال ما نصت عليه المادة 2/182 من قانون العقوبات الجزائري¹.

ثانياً: التعسف في استعمال الحق.

لقد نص المشرع الجزائري على التعسف في استعمال الحق في المادة 124 مكرر ق م² وأورد فيها ثلاثة صور للخطأ وما هي إلا على سبيل المثال وليس الحصر، وفي تعليق الأستاذ علي فيلاي على المادة 124 مكرر ق م "اعتبر أن المشرع قد كيف استعمال الحق في الحالات المذكورة في المادة 124 مكرر ق م على أنه تعسف أي خروج عما يسمح به القانون، وهذا ما يعني عدم المشروعية أي إخلال بواجب قانوني، وهذا ما يعتبر تعدياً أي العنصر المادي للخطأ". ولا بأس أن نتطرق للصور الثلاثة التي تعتبر خطأ موجب للتعويض.

1. إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

لا يكفي أن يقصد صاحب الحق الإضرار بالغير بل يجب فوق ذلك أن يكون استعماله لحقه على هذا النحو مما يعتبر انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص العادي، فقد يقصد شخص وهو يستعمل حقه أن يضر بغيره، ولكن لتحقيق مصلحة مشروعة لنفسه ترجح رجحانا كبيرا عن الضرر الذي يلحقه بالغير، فقصد الإضرار بالغير في هذه الحالة لا يعتبر تعسفاً.

لذلك يجب أن تكون نية الإضرار هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله وهي

¹ المادة 2/182 ق.ع "يعاقب... كل من امتنع عمداً عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطيرة...".

² المادة 124 مكرر: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

مسألة نفسية يتعذر إقامة الدليل مباشرة عليها لذلك يستخلصها القاضي من انعدام الفائدة الكلية لصاحب الحق من استعماله له¹.

2. إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

ليس من السلوك المألوف للشخص العادي أن يفعل ذلك، ومن يفعل ذلك فهو إما عابث مستهتر لا يبالي بما يصيب الناس مع ضرر بليغ لقاء منفعة ضئيلة، وإما منطو على نية خفية يضمّر الإضرار بالغير تحت ستار مصلحة غير جدية أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى لها. وفي الحالتين قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي².

3. إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

ليس من السلوك المألوف للشخص العادي أن يسعى تحت ستار أنه يستعمل حقا له إلى تحقيق مصالح غير مشروعة. وتكون المصلحة غير مشروعة إذا كانت تخالف القانون و تتعارض مع النظام العام لأن المشرع لا يمكن أن يوفر الحماية القانونية لمصالح غير مشروعة³.

ثالثا: التعدي المشروع.

يستطيع الشخص أن يزيل عن التعدي صفة عدم المشروعية فيقلبه إلى عمل مشروع لا يوجب مسؤوليته، إذا أثبت أنه وقت أن ارتكب هذا العمل كان في إحدى الحالات الثلاثة⁴.

1. الدفاع الشرعي.

لقد عرف الأستاذ رضا فرح الدفاع الشرعي بأنه "استعمال القوة اللازمة لصد خطر اعتداء غير مشروع"⁵، و أورد المشرع الجزائري هذه الحالة في المادة 128 ق م¹، فالدفاع الشرعي عن

¹ بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية سنة 1999، ص126.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ، الفقرة 561. ص 958-959.

³ بلحاج العربي: المرجع السابق، ص128.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، الفقرة 531، ص 891.

⁵ علي فيلاي: المرجع السابق، ص 88.

النفس أو المال يبيح التعدي ويجعله مشروعاً ولكن يجب في ذلك توافر الشروط التالية:

أ. خطر حال على نفس المدافع أو ماله أو على نفس أو مال الغير: يجب أن يجد الشخص نفسه مضطراً لدفع الاعتداء، فإذا زال الخطر لا يبقى مبرراً للدفاع والفعل المرتكب يصبح من قبيل الانتقام.²

ب. الدفاع ضروري: لا يمكن تفادي الخطر إلا باستعمال القوة ولا يجب أن يتعدى المقدار اللازم لرد الخطر من جهة أخرى.³

ت. خطر غير مشروع: أي أن الخطر الذي يهدد المرء تعدياً بحيث لا يستند إلى القانون فالمبدأ أنه لا يمكن مواجهة تطبيق القانون بالقوة.⁴

ث. التناسب: يجب أن يكون رد الفعل أي الدفاع متناسباً مع الاعتداء من حيث المقدار والوسيلة، فلا يمكن مثلاً استعمال سلاح ناري لرد اعتداء إستعملة فيه أسلحة غير نارية .

2. تنفيذ أوامر الرئيس.

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 129 ق م على حالة تنفيذ الموظف لأوامر رئيسه⁵،

وليصبح الإعتداء في هذه الحالة مشروعاً يجب أن تتوفر الشروط التالية:

أ. صفة الفاعل: لقد اشترطت المادة 129 ق م أن يكون الفاعل له صفة موظف أو عون عمومي وبمفهوم المخالفة لا مجال لتطبيق هذه المادة على الأشخاص لا يخضعون للتوظيف العمومي أي أولئك الذين تربطهم برب العمل علاقة يحكمها القانون الخاص.

ب. صلة الضرر بتنفيذ الأوامر: يجب أن يكون الفعل الضار ناتجاً مباشرة عن العمل الذي قام

¹ المادة 128 ق م: من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن ماله أو عن نفس الغير، أو عن ماله، كان غير مسؤول، على أن لا يجاوز في دفاعه الضرر الضروري، وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي.

² بن شيخ لحسن: مبادئ القانون الجزائري العام، درا هومة، طبعة 2002، ص 118.

³ بن شيخ لحسن: المرجع السابق، ص 119.

⁴ علي فيلاي: المرجع السابق، ص 89.

⁵ 129 ق م: لا يكون الموظفون والأعوان العموميون مسؤولين شخصياً عن أفعالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذاً لأوامر صدرت إليهم من الرئيس متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم.

به الموظف تنفيذا لأوامر صدرت إليه من الرئيس.

ت. إطاعة الأوامر واجبة: وذلك إذا ما صدرت من السلطة المختصة أما إذا صدرت الأوامر من شخص تكون طاعته غير واجبة فإن الفعل يعتبر تعديا.

إلا أن الإشكال الذي يثور: هل على المرؤوس إطاعة الأوامر الصادرة عن الرئيس حتى ولو كانت غير مشروعة؟

و للإجابة على هذا الإشكال رجعنا إلى تعليق الأستاذ الدكتور عمار بوضياف على المادة 129 ق م حيث قال: "إننا نسجل على هذه المادة الاقتضاب الشديد الذي يصعب معه تحديد موقف المشرع الجزائري بشأن الأوامر غير مشروعة، إلا أن عبارة "متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم" الواردة في المادة، وكأن المشرع وضعها لنستدل منها أن الموظف يلزم فقط بإطاعة الأوامر المشروعة لأن الأوامر غير المشروعة ليست ملزمة له وليس من واجبه تنفيذها¹.

3. حالة الضرورة.

لقد أشار المشرع الجزائري إلى حالة الضرورة في المادة 130 ق م²، حيث يتبين من المادة أن الفرد يكون في حالة ضرورة متى حملته الظروف المحيطة به إلى الإضرار بالغير حتى يتجنب ضررا أكبر محققا به أو بغيره، وتحقق حالة الضرورة عند توافر الشروط الثلاثة الآتية:

أ. وجود خطر محقق: أن يجد الشخص نفسه أمام خطر حال أو على وشك الوقوع يهدده في شخصه أو ماله أو يهدد الغير في شخصه أو ماله³، أما إذا كان الخطر مجرد احتمال قد يقع في المستقبل فقط بحيث يستطيع أن يحتاط لتفاديه فلا مجال لحالة الضرورة¹.

¹ عمار بوضياف: الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2007، ص 164.

² المادة 130 ق م: "من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محققا به أو بغيره لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسب".

³ أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائري العام، درا الهومة، الطبعة الرابعة، سنة 2006، ص 153.

ب. مصدر الخطر: يجب أن يكون أجنبيا عن إرادة كل من المضرور والفاعل فإذا كان الفعل ناتج عن إرادة المضرور ينتج عنه أن الفاعل في حالة دفاع شرعي، أما إذا كان من إرادة الفاعل فإنه لا يمكن الدفع بحالة الضرورة.

ت. مقدار الضرر: يجب أن يكون المراد تفاديه أكثر حسامة من الضرر الذي سببه الفاعل للغير. أما إذا كان الضرر الأخير مساوي أو يفوق الضرر المراد تجنبه فلا يمكن الدفع بحالة الضرورة ويسأل المتسبب فيه.

ويقول الأستاذ علي فيلاي خروجاً عن قواعد المسؤولية المدنية التي تلزم الفاعل بتعويض الضرر كلياً، ففي حالة الضرورة يتمتع القاضي بسلطة تقديرية بشأن الضرر الذي يتعين تعويضه من قبل الفاعل².

الفرع الثاني: العنصر المعنوي للخطأ

يتمثل العنصر المعنوي للخطأ في الإسناد³، حيث يجب إسناد العنصر المادي للخطأ إلى

الشخص الفاعل ويكون إما شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً.

أولاً: إسناد الخطأ للشخص الطبيعي.

لقد اشترط المشرع الجزائري في المادة 125 ق م⁴ التمييز حتى يمكن مساءلة مرتكب

الفعل وبمعنى آخر يجب توافر التمييز حتى يمكن إسناد التعدي للفاعل.

التمييز لغة "هو قوة نفسية تستنبط بها المعاني"⁵، أما التمييز اصطلاحاً فهو: صلاحية الفرد

¹ علي فيلاي: المرجع السابق، ص 92.

² علي فيلاي: المرجع السابق، ص 93.

³ علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998، ص 147.

⁴ المادة 125 ق م "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزاً".

⁵ المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، الطبعة الثلاثون، 1988.

لممارسة بعض حقوقه¹، وتحمل نتائج أفعاله كأن يسأل مدنيا أو جزائيا.

إن المسؤولية تنعدم مع انعدام التمييز، فالشخص المميز هو ذلك الشخص الذي تكون له قدرة فهم ماهية الأفعال التي يقدم عليها، وما يترتب عليها من نفع أو ضرر بالنسبة له أو غيره. وقد نص المشرع الجزائري في المادة 42 ق م على أسباب عدم التمييز وأرجعها لسببين وهما الأول هو صغر السن حيث حدد المشرع الجزائري سن التمييز بثلاث عشرة سنة²، ويعد بلوغ هذا السن قرينة على أن الشخص مميز، وتعتبر هذه القرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها³، والثاني المرض وهو إما الجنون أو العته ويعرف الجنون على أنه مرض يصيب العقل فيفقد فيه ويسلبه التمييز فلا يعتد بأقواله ولا أفعاله، أما العته فهو نقصان العقل واختلاله يجعل الشخص قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير، دون أن يصل إلى مرتبة الجنون⁴.

في حالة ما إذا سبب الشخص عديم التمييز ضررا للغير، فإن للمضرور أن يرفع دعوى التعويض على الشخص الذي يتولى رقابته وذلك بتطبيق أحكام المادة 134 ق م⁵.

أما إذا كان الشخص مميزا فإن الركن المعنوي للخطأ يمكن إسناده إليه، وهذا ما يمكن الضحية من مساءلته وذلك من خلال إثبات الخطأ الشخصي، إلا أن من مصلحة الضحية مطالبة متولي الرقابة الذي يسأل عن الفعل الضار للقاصر دون الخطأ، فيعفى في هذه الحالة الضحية من إثبات الخطأ هذا من جهة، ومن جهة ثانية يكون القاصر المميز في حالة عسر عكس متولي الرقابة الذي يكون في غالب الأحيان في حالة ملاءة.

¹ المادة 42 ق م "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون"

² المادة 42/2 ق م: "يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

³ علي فيلاي: المرجع السابق، ص 75.

⁴ توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1993، ص 228.

⁵ المادة 134 ق م "كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار.

- ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من عناية".

وبما أن المشرع استحدث في تعديله للقانون المدني الجزائري من خلال القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المادة 140 مكرر التي تمكن الضحية من الاستفادة من التعويض في حالة انعدام المسؤول¹.

ثانياً: إسناد الخطأ للشخص المعنوي

اقتضت الضرورة العملية أن يعترف القانون لغير الإنسان بالشخصية القانونية، فلم تعد هذه الشخصية قاصرة على الأشخاص الطبيعيين وحدهم بل أصبحت هناك شخصيات قانونية أخرى تقوم بنشاط قانوني، تصلح لاكتساب حقوق وتحمل الواجبات، تنشأ من اجتماع جماعة من الأشخاص الطبيعيين، أو من تخصيص مجموعة من الأموال لتحقيق غرض معين، ويكون لها كائن مستقل عن شخصية المكونين لها، وعن شخصية من قام بتخصيص الأموال لذلك يطلق عليها الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية لأن الشخص في هذه الحالة يقوم في الذهن فقط لا يدركه الحس.

قد نص المشرع الجزائري على هذه الأشخاص في القانون المدني وذلك في الفصل الثاني من الباب الثاني تحت عنوان الأشخاص الاعتبارية وبالتحديد في المادة 49 ق م²، ويمارس الشخص المعنوي نشاطه بواسطة أعضائه القائمين بالإدارة أو تابعيه، حيث يكون مسؤولاً باعتباره متبوعاً بالنسبة للأضرار التي يتسبب فيها تابعوه.

أما إذا ارتكب القائمون بالإدارة خطأ ما فإنه يصبح مسؤولاً مسؤولية شخصية عن هذا الخطأ، لأن القائم بالإدارة هو العقل المفكر للشخص المعنوي وعند القيام بالأعمال بإسمه فإنه

¹ المادة 140 مكرر "إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني ولم يكن للمتضرر يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر".

² المادة 49 ق م "الأشخاص هي:- الدولة، الولاية، البلدية- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري - الشركات المدنية والتجارية- الجمعيات والمؤسسات - الوقف- كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون بشخصية قانونية...".

يتجرد من شخصيته الطبيعية ويلبس الشخصية المعنوية¹.

المطلب الثالث: درجات الخطأ المدني

قد يرتكب الشخص الخطأ عن قصد أو عن غير قصد، وقد يكون محل التعدي ذا أهمية بالغة، وقد يكون أمراً بسيطاً، غير أنه مبدئياً، فإن لهذه الأخطاء نتيجة وحيدة بالنسبة للمسؤولية المدنية وهي جبر الضرر الذي لحق الضحية، وذلك من خلال الرجوع للمادة 125 ق م "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو إمتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطة إلا إذا كان مميزاً".

إن هذا النص لم يميز بين درجات الخطأ أي كانت صورته فهو منتج للمسؤولية بشرط أن يكون صاحب الخطأ مميزاً. إلا أن لهذا المبدأ بعض الاستثناءات، حيث يعتد المشرع في بعض الحالات بدرجة الخطأ دون غيرها، فالمادة 172 ق م "في الالتزام بعمل... فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود... ويبقى المدين مسؤولاً عن غشه أو خطئه الجسيم"².

كما أن المادة 178 ق م تبطل شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية التي تترتب على المدين بسبب غشه أو خطئه الجسيم³. قد يتأثر التعويض في مجال المسؤولية المدنية بدرجة الخطأ وهذا ما نصت عليه المادة 2/182 ق م "غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت

¹ مصطفى عبد الحميد عياد: المصادر اللارادية للالتزام في القانون المدني الليبي، منشورات قاريونس، بنغازي، ص

69

² المادة 172 ق م "في الإلتزامات بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك. وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولاً عن غشه أو خطئه الجسيم".

³ المادة 178 ق م "وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

التعاقد". كما أن المادة 185 ق م تجيز للدائن مطالبة المسؤول بأكثر من قيمة التعويض المتفق عليه إذا كان الضرر يفوق قيمة التعويض المحدد وهذا من خلال أن يثبت الدائن أن المدين ارتكب غشا أو خطأً جسيماً¹، وفي ضوء هذه الاعتبارات تم إعطاء للأخطاء المدنية درجات على النحو الآتي:

الفرع الأول: الخطأ العمدي والخطأ بالإهمال

أولاً: الخطأ العمدي.

هو الإخلال بواجب أو التزام قانوني بقصد الإضرار بالغير، فهو يحتوي على عنصرين هما العنصر الأول هو فعل أو امتناع عن فعل، والعنصر الثاني فهو قصد أو نية الإضرار، أي اتجاه إرادة الفاعل نحو إحداث النتيجة وهي الضرر².

وما دام الخطأ العمد قوامه قصد الإضرار بالغير، فإنه يتحتم على القاضي الغوص في نفسية الفاعل بحثاً عن مدى توافر هذا القصد أو انتقائه أي يكون تقريره تقريراً ذاتياً وشخصياً لا موضوعياً مجرداً.

ثانياً: خطأ الإهمال.

فهو إخلال بواجب قانوني سابق دون قصد الإضرار بالغير، فالشخص مدرك لما قام به غير أنه لم يقصد من خلال هذا الانحراف الوصول إلى نتيجة الإضرار بالغير³ وتكون نية الإضرار بالغير هي معيار التمييز بين الخطأ العمدي والخطأ بالإهمال.

¹ المادة 185 ق م "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأً جسيماً".

² عوايدي عمار: نظرية المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، سنة 2007، ص 118.

³ محمد صبري السعدي: النظرية العامة للالتزامات، القانون المدني الجزائري، القسم الأول، دار الكتاب الحديث، 2003، ص 44.

الفرع الثاني: الخطأ الجسيم والخطأ اليسير

ظهرت فكرة الخطأ الجسيم في أواخر عهد القانون الروماني، وتعني الخطأ الذي لا يقترفه الشخص قليل الذكاء والعناية، وكان الرومان يعطون الخطأ الجسيم حكم الغش لصعوبة إثبات الغش وللحيلولة دون أن يتظاهر الشخص المقترف للغش بمظهر الغباء تخلص من جزاء الغش¹. قال بوتيه: "أن الخطأ الجسيم هو عدم إعطاء شؤون الغير العناية التي يبذلها أقل الناس إدراكا وأكثرهم غباء في شؤونهم الخاصة"، أما الخطأ اليسير فهو عكس ذلك²، وما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد ألحق الغش والتدليس بالخطأ الجسيم ورتب عليهم نفس الآثار مثل ما نصت عليه المادتين 185 ق م و 372 ق م³.

الفرع الثالث: الخطأ الإيجابي و الخطأ السلبي.

إذا كان الخطأ يتمثل في الانحراف عن السلوك، فإنه يستوي أن يتمثل ذلك في إتيان الفعل أو الامتناع عن القيام بعمل و هذا الأخير يسمى بخطأ الامتناع أو الترك ففي هذه الحالة الأخيرة نكون أمام فرضين هما الامتناع الملابس و الامتناع الجرد.

أولاً: الإمتناع الملابس.

قد يقترن الامتناع بالفعل و يتخذ عادتا صورة الإهمال و يقع الامتناع في إطار الأعمال الإيجابية ويشكل فيها جزءا لا ينفصل عنه ففي هذه الحالة يتم تقييم سلوك الشخص في مجمله

¹ أسعد عبيد الجميلي: الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، درا الثقافة للتوزيع والنشر، 2009، ص 204.

² عبد الحميد الشواربي: مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات المدنية والجناحية والتأديبية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2007، ص 71.

³ المادة 185 ق م "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين ارتكب غشا أو خطأ جسيما".

المادة 372 ق م "إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع كان على البائع حسب الأحوال ووفقا لقانون الإجراءات المدنية أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله إذا أعلم البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم صادر من المشتري".

وليس فقط الامتناع المحدد¹ و من الأمثلة على ذلك عدم استخدام سائق السيارة الأضواء أو آلة التنبيه، أو قيام الشخص بعمل خطير دون اتخاذ ما يلزم لتجنب نتائجه الضارة. ففي هذه الحالات يكمن الخطأ في فعل إيجابي و يمثل الامتناع وجه النقص أو الانحراف فيه ولا يظهر كواقعة مستقلة

ثانياً: الامتناع المجرد.

في هذه الحالة يكون الامتناع المجرد عن أي نشاط إيجابي لعدم اقترانه بفعل سابق أو لاحق عليه ، مثل امتناع الشخص عن إنقاذ آخر من خطر يهدده دون أن يكون للممتنع أي دخل في إثارة الخطر.

¹ محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 544.

الفصل الأول:

المواقعة محل الإثبات في مجال مسؤولية

المدنية للطبيب

الفصل الأول: الواقعة محل الإثبات في مجال مسؤولية المدنية

للطبيب

الخطأ الطبي هو الواقعة محل الإثبات في مجال المسؤولية المدنية للطبيب، ومن أجل التفصيل فيه لما له من أهمية بالغة في هذا البحث فإنني قد خصصت له فصلاً كاملاً، حيث قمت في البحث الأول من الفصل بذكر التعاريف التي أعطيت له كل هذا في المطلب الأول، وبعد ذلك تطرقت في المطلب الثاني إلى معيار الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية المدنية وإلى فكرة تدرج الخطأ الطبي، أما المطلب الثالث فقد خصصته إلى تبيان نطاق الخطأ الطبي وذلك من خلال توضيح متى يكون الخطأ الطبي خطأً مدنياً ومتى يصبح خطأً جزائياً يقيم المسؤولية الجزائية للطبيب.

بما أن التطور العلمي السريع وبالأخص في المجال الطبي رسخ فكرة التخصص فأصبح العمل الطبي في كثير من الأحيان يباشر في شكل جماعي أي ضمن فريق طبي فإنني قمت بذكر رأي الفقه فيما يخص الخطأ الذي يرتكب في حالة الفريق الطبي.

أما المبحث الثاني من هذا الفصل فقد خصصته لصور الخطأ الطبي عبر مراحل العمل الطبي، وإن كان من الصعوبة حصر هذه الصور إلا أنني حاولت ذكر بعض الأمثلة لها ذلك من خلال المراحل الثلاثة للعمل الطبي فقد يكون الخطأ في مرحلة سابقة للعلاج كرفض الطبيب معالجة المريض أو في مرحلة الفحص والتشخيص أو في مرحلة اختيار العلاج أو تنفيذه أو في مرحلة الرقابة بعد العملية الجراحية.

المبحث الأول: مفهوم الخطأ الطبي.

من أجل تحديد مفهوم الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية المدنية فقد حاولت الذكر أهم تعاريف التي وردت بشأنه سواء على مستوى الفقه و القضاء و ذلك في المطلب الأول، و بعد ذلك فقد حددت المعيار الذي إستعمله القضاء من أجل إقامة مسؤولية الطبيب من عدمها، كما تطرقت إلي فكرة التدرج الخطأ الطبي و كل هذا في المطلب الثاني أما المطلب الثالث فقد حللت فيه نطاق الخطأ الطبي.

المطلب الأول: تعريف الخطأ الطبي.

إن الخطأ الطبي يأخذ تعريفه من الخطأ المهني بشكل عام، حيث يعرف الخطأ المهني بأنه "الخطأ الذي يتصل ويتعلق بالأصول الفنية للمهنة"¹، لذلك عرف البعض الخطأ الطبي بأنه "هو عدم قيام الطبيب بالإلتزامات الخاصة التي تفرضها عليه مهنته"²، وهناك من عرفه على أنه "كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية الفنية التي يقضي بها العلم، أو المعارف عليها نظريا وعلميا وقت تنفيذ العمل الطبي، أو إخلاله بواجبات الحيطة والحذر واليقظة التي يفرضها القانون متى ترتب على فعله نتائج جسيمة، في حين كان واجبا عليه أن يتخذ في تصرفه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالمريض"³.

كما عرف الخطأ بأنه "انحراف عن الأصول المستقرة في المهنة، أي أن سلوك الطبيب لم يكن مماثل لسلوك طبيب من نفس المستوى"⁴.

في حين عرفه الأستاذ عبد اللطيف الحسيني: "بأنه الخطأ الذي يرتكبه الطبيب أثناء مزاولته لمهنته إخلالا بموجب بدل العناية، ويتجلى في كل مرة لا يقوم فيها الطبيب بعمله بإنتباه وحذر ولا يراعي فيها الأصول العملية المستقرة، مع الأخذ بعين الاعتبار كل الظروف الاستثنائية في الزمان والمكان، وعدم الأخذ بالضرورة بنتيجة عمله دائما والتي قد تقترن أحيانا بالفشل نتيجة للمخاطر المحتملة التي تكتنف معظم الأعمال الطبية، وهو بالنتيجة كل خطأ يرتكبه أثناء مزاولته لفنه إذا كان السبب في الإضرار بمريضه"⁵.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط، ج1، فقرة 584، ص 822.

² حروزي عز الدين: المسؤولية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 177.

³ أسامة عبد الله قايد: المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 224.

⁴ محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، درا الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 178.

⁵ أشار لهذا التعريف، طلال عجاج: المرجع السابق، ص 182.

لقد إقترح الفقيه "ديمولب" التفرقة بين نوعين من الأخطاء يمكن أن يرتكبها الطبيب هي¹

- النوع الأول: هي عبارة عن أخطاء تصدر من أي شخص ولا تتصل بأصول مهنة الطب وتقدر دون الاعتداد بالصفة المهنية لمن قام بها، كأن يجري الطبيب عملية جراحية ويده عاجزة عن الحركة بسبب إصابتها.

- النوع الثاني: أخطاء فنية وهي تصدر عن الطبيب أثناء مزاولته لمهنته وتكون لصيقة بالطبيب، ولا يمكن صدورها عن غير الطبيب، مثل أعمال التشخيص، كأن يشخص المرض على أنه إلتواء في الكوع في حين أن حقيقة الإصابة هي كسر في هذا الكوع.

حيث رأى الفقيه "ديمولب" أن الطبيب يسأل فقط عن النوع الأول من الأخطاء، في حين أن النوع الثاني لا يسأل عن جزء من هذه الأخطاء، حيث سلم بوجود مبادئ أساسية في علم الطب وحقائق ثابتة تعتبر مخالفتها خطأ جسيما يساوي سوء النية، بحيث لا يجوز التسامح والغفران فيها، وينتج عنها القيام مسؤولية الطبيب.

لقد كان الهدف من هذه التفرقة توفير الطمأنينة للأطباء عن الأعمال الفنية التي يمارسونها، وأن تقتصر مسؤوليتهم على الأخطاء العادية التي يتساوون فيها مع باقي الناس².

أما محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير الصادر بتاريخ 20 ماي 1936 هو: "العناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المكتسبة..."³، فالطبيب يكون مخطئا إذا م يبذل العناية الوجدانية اليقظة من جهة، و بوجه عام إذا لم يقم بواجباته تجاه المريض، أو إذا كانت العناية التي بذلها مخالفة للحقائق العلمية المكتسبة نتيجة تهاونه أو لجهله هذه الحقائق

¹ طلال عجاج: المرجع السابق، ص190.

² محسن البنية: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، مكتب الجلاء الجديد، المنصورة، 1993، ص387.

³ رابيس محمد: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، 2007، ص151.

العلمية المكتسبة أو المستقرة من جهة أخرى، و في حكم آخر لها عرفته بأنه: "... إذا كانت العناية مخالفة للحقائق العلمية الحالية".

المطلب الثاني: معيار وتدرج الخطأ الطبي

من أجل إقامة المسؤولية المدنية للطبيب يجب أن يفصل القاضي في سلوك الطبيب من حيث اعتباره خطأ أم لا وذلك من خلال الاعتماد على معيار معين وهناك من الفقهاء من قسم الأخطاء إلى عادية وفنية، حيث أن النوع الأول لا يقيم المسؤولية بخلاف النوع الثاني إلا انه وفي الأخير تم العدول عن هذه التفرقة.

الفرع لأول: معيار الخطأ الطبي.

من المقرر أنه في نطاق العمل الفني يعتد في تقدير واجبات المهني، وسلوكه عند وقوع الضرر، بمعيار المهني العادي¹، وهو الشخص الوسط في ذات الفئة التي ينتمي إليها الشخص المهني المسؤول، بل إن المهنة الواحدة قد تتضمن مستويات متعددة، ولهذا يتعين على القاضي أن يراعي مستوى صاحب المهنة والظروف التي أحاطت بالمهني عند أدائه لعمله.

فبالنسبة للطبيب فإنه يتعين على القاضي النظر إلى أي طائفة من الأطباء ينتمي، لأن درجة التخصص يجب إتخاذها عنصراً من عناصر تحديد الخطأ الطبي²، فالطبيب الذي يزاول الطب بصفة عامة غير معقول أن يتساوى في المعيار مع الطبيب الحاصل على إحدى الشهادات في مرض ما من الأمراض، أي أن يكون قد درس التخصص بالإضافة لشهادة الدكتوراه في الطب.

بالتالي فالمعيار هنا معيار موضوعي، إن هذا المعيار لا يعتد بالظروف الداخلية للشخص كسنه وصحته، بل يراعي في ذلك الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب أثناء قيامه بعمله

¹ منير رياض حنا: المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2008، ص 287.

² منير رياض حنا: المرجع السابق، ص 288-289.

ومن أبرزها ظروف الاستعجال، فقد قضت محكمة باريس في 16 أبريل سنة 1993 "بأنه يعنى الجراح من المسؤولية عندما يترك في جوف المريض قطعة من القطن أو الشاش، أثناء إجراء عملية جراحية على درجة كبيرة من الخطورة، بحيث يجب إجراؤها بمنتهى السرعة، أو أن الظروف التي أجريت فيها العملية ما كانت تساعد على القيام بعمله على أكمل وجه.

فمتى كانت هذه الحالة، فإن نسيان قطعة القماش أو القطن يعتبر مجرد حادث جراحي، لا يسأل عنه الجراح¹، ومن بين الظروف الخارجية التي يتعين مراعاتها عند تقدير خطأ الطبيب تتمثل في خطورة حالة المريض، وكذلك ظرف الزمان والمكان، وعدم توافر المساعدة التمريضية.

كما أن الوسائل التي تكون تحت تصرف الطبيب وقت تنفيذ العمل تعتبر من قبل الظروف الخارجية، وعلى ذلك فلا يطالب الطبيب الذي يمارس مهنته في مستشفى موجود بإحدى المناطق النائية الذي لا يتوفر على وسائل حديثة بما يطلب من طبيب يعمل بمستشفى جامعي أو تخصصي²، كما يلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بالمعيار الموضوعي وذلك ما نصت عليه المادة 172 ق م³.

الفرع الثاني: تدرج الخطأ الطبي

بعدما قسم الفقيه "ديمولب" الأعمال التي يمارسها الطبيب إلى نوعين، أعمال مادية وأخرى فنية، حيث يترتب إرتكاب الخطأ عند مزاوله الطبيب للأعمال المادية قيام مسؤوليته، أما عند حدوث الخطأ في حالة مزاوله الأعمال الفنية فإن مسؤولية الطبيب لا تقوم إلا في حالات إستثنائية.

¹ أشار لهذا الحكم منير رياض حنا: المرجع السابق، ص 293.

² طلال عجاج: المرجع السابق، ص 223.

³ المادة 172 ق م "في الإلتزامات بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ الإلتزامه فإن المدين يكون قد وفى بالإلتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الإتفاق على خلاف ذلك".

إلا أن العديد من الفقهاء¹ إعتدوا على تقسيم الفقيه "ديمولب" إلا أنهم لم يأخذوا بالإستثناء الذي أورده "ديمولب" حيث قالوا بوجوب مساءلة الطبيب عن كل خطأ في أعماله المادية، أما فيما يتعلق بالعمل الفني الطبي فلا يسأل إلا عن الخطأ الجسيم²، حيث أن هذه التفرقة قد إندثرت في الفقه والقضاء بعد أن تبين أن التفرقة بين الخطأ العادي والخطأ الفني لا يوجد لها سند قانوني كما أنه يصعب التمييز بين ما يعد خطأ عاديا أو خطأ مهنيا لأن ذلك يتطلب تصنيف الأخطاء وحصرها وهذا الأمر ليس سهلا أو بسيطا، كما أن تطور فكرة المسؤولية والميل نحو توفير حماية أكبر للمريض هو ما دفع القضاء والفقه إلى العدول عن التفرقة بين الخطأ العادي والخطأ الفني.

ولمزيد من الإيضاح سوف نعالج فكرة العدول عن التفرقة بين الخطأ الفني والخطأ العادي أمام القضاء وأمام الفقه، كما سنتطرق لموقف المشرع والقضاء الجزائري.

أولا: عدول القضاء عن التفرقة بين الخطأ العادي والخطأ الفني.

لقد ميز القضاء الفرنسي في بداية الأمر بين الخطأ العادي والخطأ الفني للطبيب وأقامت مسؤولية الطبيب عن أخطائه الفنية الجسيمة، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الطبيب يكون مسؤولا عن أخطائه الجسيمة وذلك في تاريخ 18 يونيو 1835 "بأن الطبيب يسأل عن الإهمال الذي وقع منه وأدى إلى ضرورة بتر ذراع المريض، حيث أن ذلك الأمر يعد بمثابة خطأ جسيم وقع فيه الطبيب خصوصا أنه تخلى عن المريض بإرادته وتركه يعاني من آلام المرض³.

نظرا لصعوبة ودقة التفرقة بين الخطأ العادي والفني للطبيب وعدم وجود مبررات لهذه التفرقة، وفضلا عن تطور فكرة المسؤولية نحو توفير حماية أكبر للمرضور فإن القضاء الفرنسي عدل عن التفرقة بين الخطأ العادي والفني للطبيب.

¹ الفقهاء هم "بيدان، ديموج، لالو" ذكروا في مؤلف طلال عجاج، المرجع السابق، ص 190.

² منير رياض حنا: المرجع السابق، ص 252.

³ قرار محكمة النقض الفرنسية أشار إليه الدكتور محسن البنيه، المرجع السابق، ص 30-31.

حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر في 21 يوليو 1862 الذي قضى بأن المادتين (1382، 1383 مدني فرنسي) قد قررتا قاعدة عامة هي إسناد الخطأ إلى المسؤول لإمكان إلزامه بتعويض الضرر الذي نشأ عن فعله بل حتى مجرد إهماله أو عدم تبصره وأن القاعدة تسري على جميع الناس مهما كانت مراكزهم وصناعاتهم دون إستثناء إلا في الحالات التي ينص عليها القانون بصفة خاصة، وأنه لا يوجد استثناء من هذا القليل بالنسبة للأطباء، وأنه مما لا شك فيه أن الحكمة تتطلب من القاضي ألا يتوغل في فحص النظريات، والأسباب الطبية وأنه توجد قواعد عامة يملئها حسن التبصر وسلامة الذوق ويجب مراعاتها في كل مهنة وأن الأطباء فيما يتعلق بذلك يخضعون للقواعد العامة كغيرهم من الناس¹.

ثانياً: محمول الفقه عن التفرقة بين الخطأ العادي والخطأ الفني

يقول الدكتور السنهوري عن هذه التفرقة أن "التمييز بين الخطأ المهني في مزاوله المهنة، على الرغم من أنه دقيق في بعض الحالات إلا أن لا مبرر له، وإذا كان الطبيب أو غيره من الرجال الفنيين في حاجة إلى الطمأنينة والثقة، فإن المريض أو غيره من العملاء في حاجة إلى الحماية من الأخطاء الفنية، والواجب إعتبار الرجل الفني مسؤولاً عن خطئه المهني مسؤوليته عن خطئه العادي، فيسأل في هذا وذلك، حتى عن الخطأ اليسير"². كما يرى الفقيه "جان بينو" أن كل خطأ وليس فقط الخطأ غير المغتفر يرتب مسؤولية الطبيب³.

ثالثاً: موقف المشرع والقضاء في الجزائر فيما يخص درجة الخطأ

بالرجوع للمادة 239 من قانون الصحة وترقيتها رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 فإنه يقر مسؤولية الطبيب على كل خطأ يرتكبه خلال ممارسته لمهنته أو بمناسبة

¹ قرار محكمة النقض الفرنسية: 21 يوليو 1862 أشار إليه سليمان مرقس الوافي في شرح القانون المدني، مطبعة السلام إيريني للطباعة، الخلافاوي شبرا: المجلد الثاني، ط5، 1988

² منير رياض حنا: المرجع السابق، ص 260.

³ طلال عجاج: المرجع السابق، ص 201.

القيام بها ويلحق ضررا بسلامة وصحة أحد المرضى أو يحدث له عجزا مؤقتا أو مستديما¹. وبالرجوع لأحكام القضاء الجزائري نجد أن محكمة "نقاوس" التابعة لمجلس قضاء باتنة بتاريخ 13 مارس 1999 قضت بإدانة الطبيب الجراح الذي نسي قطعة قماش في بطن امرأة حين أجريت لها العملية الجراحية لاستئصال ورم بمستشفى نقاوس سنة 1999، وأدى ذلك إلى وفاتها، وعقابا له قضت عليه بـ 06 ستة أشهر حبس نافذة وستمئة ألف دينار جزائري (600.000 دج) كتعويض لذوي حقوق المتوفاة حين تبين أن وفاة المرأة ناتجة عن تأثرها بحالة التعفن بسبب الإهمال الذي ارتكبه الطبيب. وقد ثبت ذلك من خلال كل الوثائق والتقارير الطبية فتقررت مسؤولية الطبيب بغض النظر عن درجة الخطأ المرتكب².

كما قضت المحكمة العليا في قرار صدر بتاريخ 22 جانفي 1997³ بمسؤولية الطبيب (بـ ع) تحت ضمان مستشفى الأخرية لارتكابه أفعال تصنف بقله الحذر والإهمال وعدم الانتباه والتي نجم عنها جروح للمريض (س ر) القاصر، ومنحه مبلغ قدره أربعون ألف دينار جزائري (40.000 دج) تعويضا عن الأضرار اللاحقة به³. مما يستتج من موقف المشرع والقضاء الجزائري فإنهم لا يعدون بدرجة الخطأ بل العبرة بثبوت الخطأ لتقرير مسؤولية الطبيب.

المطلب الثالث: نطاق الخطأ الطبي

قد يشكل الخطأ الطبي خطأ جزائيا يقيم المسؤولية الجزائية لطبيب أو لا يتعدى ذلك ليكون خطأ مدنيا يوجب المسؤولية المدنية، كما أن الخطأ قد يرتكب من طرف طبيب منفرد أو يرتكب من عدة أطباء في حالة تدخل الفريق الطبي لمعالجة المريض مما يثير مشكلة من يتحمل المسؤولية وكيف يكن توزيعها بين الأطباء؟

¹ المادة 239: يتابع طبقا لأحكام المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي عن كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسة مهنته أو بمناسبة القيام بها و يلحق ضررا بسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته.
² عشوش كريم : العقد الطبي، رسالة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2006، ص 10
³ محمد رايس، المرجع السابق، ص 184.

كما أن مكان ارتكاب الخطأ له دور مهم في تحديد علاقة المريض بالطبيب و المؤسسة الطبية، فقد تكون المؤسسة مرفق عام خاضع للقانون العام أو تكون عيادة خاصة خاضعة للقانون الخاص.

ومن أجل توضيح هذه المسائل، فقد قسمت هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، ففي الفرع الأول التمييز بين الخطأ الطبي المدني و الجزائري، أما الفرع الثاني نتطرق فيه إلى الخطأ في حالة الفريق الطبي و في حالة التدخل الفردي، أما الفرع الثالث فأوضح فيه الخطأ في المستشفيات العامة والعيادات الخاصة .

الفرع الأول: التمييز بين الخطأ الطبي المدني والخطأ الطبي الجزائي

يعرف الخطأ الجزائي بصفة عامة على أنه إخلال بواجب قانوني تكلفه القوانين العقابية بنص خاص، حيث يخضع لمبدأ الشرعية¹، في حين أن الخطأ المدني هو إخلال بواجب قانوني ولو لم تكلفه تلك القوانين².

لذلك قد يتوافر الخطأ المدني دون أن يعتبر خطأ جزائياً، وتجد هذه التفرقة أثرها في حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني فإذا قضى بالإدانة كان الحكم حجة على وقوع الفعل الضار أما إذا قضى بالبراءة على أساس عدم توافر الخطأ الجزائي فإن ذلك لا ينفي إمكانية اعتبار الفعل خطأ مدني، وفي هذا السياق قضت محكمة النقض "لا يمتنع على المحكمة المدنية البحث فيما إذا كان الفعل مع تجرده من صفة الجريمة يعتبر إهمالاً، إذ يجوز أن يكون هناك خطأ مدني دون أن يكون هناك خطأ جزائي"³.

¹ المادة 46 من دستور 1996 "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم".

² شريف الطباخ: جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون سنة، ص 19 .

³ أشير لهذا القرار في مؤلف شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 19-20.

أما في المجال الطبي، فبالرجوع لمدونة أخلاقيات مهنة الطب¹، فإن المشرع لم ينص على حالات الخطأ الطبي سواء المدني أو الجزائي وإنما قام بذكر واجبات الطبيب، وبالرجوع لقانون حماية الصحة وترقيتها نجد أن المادة² 239 قد أحالته إلى تطبيق المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات عند كل تقصير أو خطأ مهني يرتكب خلال ممارسة المهنة أو بمناسبة القيام بها. وبناء على ذلك فإن الخطأ الطبي المستوجب للمساءلة الجزائية هو الخطأ الجزائي المنصوص عليه في قانون العقوبات وبالتحديد في المادتين 288 و 289 ق ع ج³.

لذلك سوف أحاول أن أتطرق للخطأ الجزائي الوارد في المادتين 288 و 289 ق ع ج.

لقد أورد المشرع صور الخطأ الجزائي الموجب للمسؤولية الجزائية في هاتين المادتين، وهاته الصور هي الرعونة، عدم الاحتياط، عدم الانتباه، الإهمال وعدم مراعاة الأنظمة.

قد قام الأستاذ أحسن بوسقيعة بتعريف الخطأ الجنائي على النحو التالي: "بأنه تقصير في مسلك الإنسان لا يقع من شخص عادي وجد في نفس الظروف الخارجية"، كما يرى أن الرجل العادي هو معيار متروك للقاضي الجزائي الذي عليه مقارنة تصرف الفاعل بتصرف الرجل العادي في نفس الوضع الذي وجد فيه⁴.

إلا أن الفقه ميز بين نوعين من الأخطاء الجزائية وهما: خطأ عدم الاحتياط والذي تكون صورته هي: الرعونة، الإهمال، عدم مراعاة الأنظمة. أما النوع الثاني هو خطأ المخالفة.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 يونيو 1992

² المادة 239 من القانون رقم 85-05 المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-13 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008، ج، ر، ع: 44 "يتابع طبقاً لأحكام المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات، أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته مهنته أو بمناسبة القيام بها، ويلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته، أو يحدث له عجزاً مستديماً أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته".

³ المادة 288 ق ع "كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم حيطة أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج" أما المادة 289 "إذا نتج عن الرعونة أو عدم الاحتياط إصابة بجروح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تتجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين على سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين"

⁴ أحسن بوسقيعة: المرجع السابق، سنة 2006، ص 128.

أولاً: التمييز بين خطأ عدم الإحتياط و خطأ المخالفة

قد تطرقت في هذا الفرع إلى التمييز بين خطأ عدم الإحتياط و خطأ المخالفة

1: خطأ عدم الإحتياط:

هو خطأ ذو طبيعة جنحية يستلزم وجود ضرر¹ ويأخذ الصور التالية:

الرعوننة: وهي قيام الفاعل موقف إيجابي في قيامه بما كان لا يجب عليه القيام به.

الإهمال: وهي اعتماد الفاعل موقفا سلبيا حين يترك التزاما مفروضا في مسلكه الشخصي وقد عبر عن هذه الصور المشرع في عدم الانتباه والإهمال.

عدم مراعاة الأنظمة: تؤخذ عبارة "الأنظمة" بمفهومها الواسع يشمل القوانين واللوائح التنظيمية وهذا الخطأ عبارة عن مخالفة التدابير التي تفرضها قوانين الأمن العام وأنظمة السير والأنظمة الصحية و كذا أنظمة المهن والحرف².

2: خطأ المخالفة:

يقوم بمجرد مخالفة القانون بصرف النظر عما كانت قد صدرت عن قصد أو بسبب عدم الإحتياط، ولا يستلزم هذا الخطأ وجود ضرر بحيث يعاقب عليه بمجرد وقوعه³. إلا أنه يستلزم وجود إرادة حرة و يجد هذا النوع من الأخطاء في المخالفات عامة و مخالفات المرور خاصة

حيث نذكر في هذا السياق أن قانون المرور يلزم كل السائقين أن يشغلوا أضواء السيارة ليلا وفي هذا السياق فان عدم إشعال أنوار السيارة يعد جريمة معاقب عليها ولو لم يكن السائق

¹ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، نفس الصفحة.

² حسني مصطفى: جريمة القتل و الإصابة الخطأ، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1988، ص15.

³ أحسن بوسقيعة: المرجع السابق، ص131.

على علم بأن الأضواء الخلفية قد انطفأت فجأة وتعدم مسؤولية مرتكبه في حالة القوة القاهرة أو الجنون أو في حالة الضرورة أو انعدام التمييز.

ثانياً: وحدة خطأ عدم الاحتياط الجزائي و الخطأ المدني

لقد انتهى القضاء الفرنسي في سنة 1912 إلى القول بوحدة خطأ عدم الاحتياط الجزائي وخطأ عدم الاحتياط المدني الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 124 من القانون المدني، ويترتب على ذلك أن من يثبت في حقه خطأ عدم الاحتياط الجزائي يلزم بالتعويض المدني للضحية وبالمقابل فإن براءة المتهم في الدعوى الجزائية لعدم ثبوت الخطأ يستلزم حتما عدم قبول الدعوى المدنية الرامية إلى التعويض عن الضرر الناجم عن الخطأ المؤسس على أساس المادة 124 ق م¹.

كل هذا القول يصح إذا كانت المسؤولية المدنية تقوم على أساس الخطأ الشخصي الواجب الإثبات أما إذا كانت المسؤولية المدنية تقوم على أساس الخطأ غير واجب الإثبات أي على الخطأ المفترض فإن القاضي المدني لا يكون مقيدا بالحكم الجزائي استنادا على إن المسؤولية الجزائية لا تقوم إلا على الخطأ الشخصي، ومن خلال كل هذا يتضح جليا إن مبدأ وحدة خطأ عدم الاحتياط الجزائي والخطأ المدني يشترط مايلي:

- أن تكون الدعوى المدنية والجزائية تقومان على ذات الخطأ
- أن يكون هذا الخطأ واجب الإثبات وليس مفترض، أما إذا كان مفترضا في نطاق المسؤولية المدنية كما هو الحال في المسؤولية عن فعل الغير أو الأشياء ، فلا يكون هناك تناقض بين الحكم بالبراءة في الدعوى الجزائية والحكم بالتعويض في الشق المدني ذلك لإمكانية تخلف الخطأ

¹ جباري رضا . الخطأ الجزائي والخطأ المدني ،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير ، جامعة الجزائر ،معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1999، ص 221

الشخصي في المجال الجزائي في حين انه مفترض في المجال المدني ولم يتمكن المدعى عليه من نفيه.

إلا أنه من الجائز للضحية أن ترفع دعوى التعويض على أساس المادة 138¹ ق م التي تعتبر الحارس مسؤولاً عن الأضرار التي يسببها الشيء محل الحراسة، حيث أن التطوير العلمي والطبي وضع تحت تصرف الطبيب آلات ومعدات طبية، يسأل الطبيب عن الأضرار التي تسببها هذه الآلات²، كما أن المادة 2/73 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب تعتبر الطبيب مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الأخطاء التي يرتكبها المساعدون الذين اختارهم³، لذلك فإن الضحية في الحالة التي يصيبها الضرر الناتج عن فعل المساعدین فإنها غير ملزمة بإثبات خطأ الطبيب حتى تقوم مسؤولية لأنه في هذه الحالة يكون متبوعاً وتطبق عليه أحكام المادة 134 ق م.

الفرع الثاني: الخطأ الطبي في حالة الفريق والخطأ في حالة التدخل

الفريقي

لقد أدى التطور العلمي السريع وبالأخص في المجال الطبي إلى ترسيخ فكرة التخصص، فأصبح الطب في كثير من المجالات وخاصة في المجال الجراحي يؤدي في شكل جماعي ضمن فريق طبي متخصص، إلا أنه وفي حالة وقوع خطأ فإن تحديد المسؤولية ضمن الفريق الطبي وبالأخص في حالة الفريق الطبي الجراحي أمر صعب.

¹ المادة 138 ق م "كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال و التسيير و الرقابة، يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء"

² أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، ص 386.

³ المادة 73 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب "عندما يتعاون عدد من الزملاء على فحص مريض يعينه أو معالجته فإن كلا منهم يتحمل مسؤولياته الشخصية، أما المساعدون الذين يختارهم الطبيب أو جراح الأسنان فإنهم يعملون تحت مراقبتهم وتحت مسؤولياتهم".

أولاً: الخطأ في حالة الفريق الطبي

نظراً لمصلحة المريض اعتبر أن الأصل في الفريق الطبي هو العمل الجماعي لتحقيق الهدف الوحيد وهو إنجاح العملية الجراحية التي يشرف عليها جميع الأعضاء تحت إمرة وتوجيه طبيب أخصائي الجراحة، هذا الهدف يتطلب من الفريق أن تسود فيه روح التضامن والوحدة دون تجزئة حتى وإن كانت المهام تتوزع بينهم فإن الهدف واحد¹.

إلا أن البعض يرى غير ذلك وهو في حالة وجود خطأ نتج عن عمل فريق طبي فإن المسؤولية تقوم في حق الطبيب الرئيسي ذو الشهرة الكبيرة أو الذي يؤدي العمل البارز أو الذي يكون له الإشراف وقيادة الفريق بناء على خطئه الشخصي، وإذا تعذر ذلك فالقول بمسؤولية الفريق بصفة تضامنية².

لقد ذهب الأستاذ حروزي عز الدين عند إعطاء رأيه في هذه المسألة إلى القول أنه "يجب أن ينظر إلى الفريق الطبي المشارك في الفعل الجراحي نظرة الوحدة والتضامن وذلك لأن الفريق الطبي الجراحي يهدف كله وبمختلف أعضائه وتخصصاتهم ومهامهم إلى إجراء العملية الجراحية المتفق عليها.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 73 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب على أنه "عندما يتعاون عدد من الزملاء على فحص مريض يعينه أو معالجته فإن كلا منهم يتحمل مسؤولياته الشخصية". يتضح من هذا النص أن المشرع أخذ بمبدأ استقلال المسؤوليات في وسط الفريق الطبي على أساس الاستقلال المهني والفني لكل طبيب من الفريق الطبي لاسيما ضمن الفريق الجراحي الذي يعد أهم صور الفريق الطبي، فوظيفة الطبيب الجراح تختلف عن وظيفة الطبيب المخدر كما تختلف وظيفة طبيب الإنعاش عن وظيفة باقي الأطباء. واعتبر المشرع

¹ حروزي عز الدين: المرجع السابق، ص 151.

² عبد الرشيد مأمون: عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، مصر، بدون ذكر سنة الطبعة، ص 288.

الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 73 من مدونة أخلاقيات الطب: أن الطبيب يسأل فقط عن أخطاء المساعدين الذين يختارهم ويعملون تحت رقبته¹.

ثانيا: الخطأ الطبي في حالة التدخل الفردي للطبيب

يعتبر الطبيب مخطئا إذا لم يبذل العناية الوجدانية اليقظة اتجاه مريضه، أو كانت العناية المبذولة من قبله لا تتفق مع الحقائق العلمية المكتسبة، وتبرز مسؤولية الطبيب الشخصية كلما كان فعله خروجاً عن القواعد التي تشكل انحرافاً في السلوك المعتاد للطبيب الذي وجد في نفس الظروف الخارجية.

بالرجوع لنصوص مدونة أخلاقيات الطب نجد أنها جعلت الطبيب في خدمة الفرد والصحة العمومية ويمارس مهنته ضمن احترام حياة الفرد وشخصه البشري². كما نصت المادة 07 من مدونة أخلاقيات الطب: "تمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية وفي التخفيف من المعاناة ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية دون تمييز من حيث الجنس والسن والعرق والدين والجنسية والوضع الاجتماعي والعقيدة السياسية أو أي سبب آخر في السلم أو الحرب".

الفرع الثالث: التفرقة بين الخطأ الطبي في المستشفيات العامة

والعيادات الخاصة.

تكمن أهمية التفرقة بين الخطأ الطبي الواقع في المستشفيات العامة و ذلك الخطأ الطبي الواقع في العيادات الخاصة في تطبيق القواعد الاختصاص القضائي و كنتيجة لذلك تختلف قواعد القانونية المطبقة من طرف القاضي الإداري و القاضي العادي.

¹ المادة 73 من مدونة أخلاقيات الطب: "عندما يتعاون عدد من الزملاء على فحص مريض بعينه أو معالجته، فإن كلا منهم يتحمل مسؤولياته الشخصية، أما المساعدون الذين يختارهم الطبيب أو جراح الأسنان فإنهم يعملون تحت مراقبتهم وتحت مسؤولياتهم"

² المادة 06 من مدونة أخلاقيات الطب: "يكون الطبيب وجراح الأسنان في خدمة الفرد والصحة العمومية. يمارسان مهامهما ضمن احترام الفرد وشخصه البشري".

أولاً: الخطأ الطبي في المستشفيات العامة .

من أجل تحديد القواعد المطبقة من طرف القضاء في حالات إرتكاب الخطأ الطبي في المستشفيات عامة، يجب معرفة الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالمستشفى من جهة و علاقة المريض بالطبيب من جهة أخرى، و في الأخير علاقة الطبيب بالمستشفى العام .

1: الطبيعة القانونية لعلاقة الطبيب بالمؤسسة الصحية العمومية.

إن الوقوف عند الطبيعة القانونية لعلاقة الطبيب بالمؤسسة الصحية العمومية، هي مسألة ذات درجة بالغة من الأهمية لأن هي الفيصل في تحديد طبيعة القواعد القانونية المطبقة عليها، أي هل تخضع لقواعد القانون العام أم لقواعد القانون الخاص.

إن كانت هذه المشكلة لا تطرح في الجزائر استناداً لنص المادة 800 ق.إ.م.¹ التي نصت على اختصاص المحاكم الإدارية بالنظر في منازعات المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية كما هو الشأن بالنسبة للمستشفيات العمومية.

ففي فرنسا فقد تدخلت محكمة التنازع لوضع حد للتنازع الذي وقع بين القضاء العادي والقضاء الإداري عند النظر في القضايا التي تتعلق بالمسؤولية المترتبة عن أعمال الأطباء.

لأن القضاء العادي الفرنسي تمسك بالاختصاص في النظر في الدعوى المتعلقة بالمسؤولية الطبية وذلك انطلاقاً من أن:

- الأطباء العاملين في المستشفيات العامة الفرنسية لا يخضعون للنظام العام لموظفي الدولة والإدارات المحلية².

¹ المادة 800 ق إ م إ "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها"

² عدنان إبراهيم سرحان: المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 203.

- الوضع الخاص للأطباء في علاقة العلاج مع مرضاهم لأن الطبيب يمارس عمله الفني بكل استقلال، إن لموقف القضاء العادي اعتبارين وهما:¹

الإعتبار الأول: شعور القاضي العادي بأنه حامي الشخص الإنساني.

الإعتبار الثاني: الإستقلال الفني الذي يتمتع به الطبيب عند مزاوله مهنته.

بالمقابل وفي نفس الوقت ذهب القضاء الإداري الفرنسي إلى التمسك هو أيضا بالاختصاص، حيث كان يرى نفسه أنه مختص في النظر في دعاوى المسؤولية التي ترفع إليه للتعويض عن الأضرار المنسوبة لأخطاء الأطباء العاملين في المستشفيات العامة، وذلك على أساس أن الطبيب يساهم مباشرة في تنفيذ خدمات الاستشفاء العامة وذلك بواسطة مرفق عام الذي يحكمه القانون الإداري، كنتيجة لهذا النزاع فإن محكمة النزاع الفرنسية أصدرت حكما بتاريخ 25 مارس 1957² من أجل فض النزاع بقولها: "إن الدعاوي التي يرفعها المريض أو ورثته ضد الطبيب أو الجراح العامل بالمستشفى العام، بسبب خطئه في أداء عمله الطبي لا يختص بنظرها القضاء العادي على أساس أم مثل هذه الأخطاء ترتبط في حال وقوعها بتنفيذ خدمة عام يقوم بأدائها الطبيب أو الممرض، ومن ثم يختص بنظرها القضاء الإداري، ما عدا إذا تعلق الأمر بخطأ شخصي منفصل عن نشاط المرفق".

ويبرر الحل الذي قدمته محكمة النزاع بمجتين:³

الأولى: أن الطبيب في علاقته مع المستشفى أو المريض في مركز قانوني وتنظيمي لائحي.

¹ بودالي محمد: المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي، المجلة القضائية، الجزائر، العدد الأول، 2004، ص 22.

² أشار لهذا الحكم عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 204

³ محمد البودالي، المرجع السابق، ص 22-23.

الثانية: إن الأطباء الذين يعملون في المستشفيات العامة يساهمون بشكل مباشر في تنفيذ خدمات عامة، إلا أنه تبقى هناك حالات استثنائية¹ يرجع فيها الاختصاص للقاضي العادي و المتمثلة فيما يلي:

- الأخطاء الطبية التي تشكل جرائم يختص في النظر فيها القاضي الجزائي حيث يقوم بتسليط العقوبة الجزائية.

- الخطأ الشخصي الذي يرتكبه الطبيب بنوعيه سواء كان منقطع الصلة بالخدمة، أو الخطأ الذي إرتكب أثناء الخدمة إلا أنه يوصف بالخطأ غير مغتفر « Faute inexécutable » حيث يكون أكثر جسامة ومن الأمثلة على الخطأ الشخصي المنفصل عن الخدمة إجراء الطبيب تجربة طبية على مريضه دون دواع علاجية، أو إجراء الطبيب لعملية جراحية دون موافقة مسبقة وواضحة للمريض ودون أن تكون هناك حالة إستعجالية².

- ما يسمح به قانون الصحة العامة الفرنسي والذي يتيح للأطباء بالمستشفيات العمومية ممارسة أنشطة طبية خاصة داخل هذه المؤسسات.

- نظام المستوصفات المفتوحة التي يدخل إليها المرضى بمقابل مالي.

- مساهمة المستوصفات الخاصة في تنفيذ خدمات الإستشفاء العامة و هذا ما يعرف بالإستشفاء في المنزل.

ففي هذه الحالات الإستثنائية السالفة الذكر يمكن للمريض أو ورثته المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن الطبيب أمام المحاكم العادية بموجب القواعد العامة للمسؤولية المدنية. و من خلال ما تم التطرق إليه يتضح أن القضاء الفرنسي أصبغ على علاقة الأطباء بالمستشفيات العامة علاقة لائحية تنظيمية.

¹ Jean Penneau, la responsabilité du médecin, 2ème ed, Dalloz, 1996, p 43

² عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 208.

أما في الجزائر والتي تتبنى مبدأ الإزدواجية القضائية¹ من أجل معرفة الطبيعة القانونية لعلاقة المستشفيات العامة بالطبيب، فإننا سوف نقف على موقف المشرع الجزائري، ثم موقف القضاء.

بالرجوع للمرسوم التنفيذي رقم 91-106 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية² فإننا نجد أن المادة 3³ منه قد نصت على أن مستخدمي الصحة وفقا لهذا المرسوم يخضعون في حقوقهم وواجباتهم إلى نصوص المرسوم 85-59 المؤرخ في 23-03-1985 المتضمن القانون النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية.

وبالرجوع لأحكام القضاء الجزائري، ففي قرار صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء وهران بتاريخ 16-02-1997 جاء في حيثياته "حيث أن الطبيب المخطئ تابع لمستشفى وهران وإرتكب هذا الخطأ في إطار وبمناسبة تأدية وظيفته، وعليه فإن المستشفى يعد مسؤولا عن الأضرار اللاحقة بالمرضى وعلى أساس المادة 136 ق م⁴.

وفي قرار آخر صدر عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء تلمسان بتاريخ 06-12-2003 حيث جاء فيه "...حيث أنه وبهذا فإن الخطأ المرتكب من شأنه أن يجعل المستشفى مسؤول ما دام أن الطبيب الجراح هو التابع للمستشفى لوجود علاقة التابع بالمتبوع"⁵.

إعتبر القضاء أن علاقة الطبيب بالمستشفيات العامة هي علاقة تبعية وفي تعليق الأستاذ محمد حسين منصور على هذه العلاقة يرى "...إلا أن الراجح هو أن الطبيب يعتبر تابعا للمستشفى

¹ أنظر المادتين: 152-153 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

² المرسوم التنفيذي رقم 91-106 المؤرخ في 27 أفريل 1991، ج ر ع 22

³ المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 91-106 "يخضع المستخدمون الذين تسري عليهم أحكام هذا القانون الأساسي للحقوق والواجبات المنصوص عليها في المرسوم رقم 85-59 المؤرخ في 23 مارس سنة 1985".

⁴ مأخوذ عن عيساني رقيقة: مذكرة ماجستير تحت عنوان "المسؤولية الطبية أمام القاضي الإداري"، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008، ص 25

⁵ مأخوذ عن رايس محمد: المسؤولية المدنية للأطباء، أطروحة دكتوراه دولة، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2004-2005، ص 479.

الذي يعمل به وأن علاقة التبعية القائمة بين الطبي والمستشفى، ولو كانت تبعية إدارية فإنها تكفي لأن يتحمل المستشفى المسؤولية".

كما أن لاشك أن إدارة المرفق الصحي العمومي تستطيع أن تصدر أوامر للأطباء الذين يعملون لحسابها قصد توجيه أعمالهم حتى ولو كان توجيهها عاما كتوزيع العمل بينهم وتحديد مواعيده. إن هذه الأوامر يجب على الطبيب أن يتبعها وإلا استطاعت إدارة المرفق الصحي العمومي أن توقع عليه الجزاءات التي تنص عليها اللوائح¹.

إن الهدف من تحميل إدارة المستشفى مسؤولية تغطية تبعية الأخطاء الصادرة عن تابعيه أثناء قيامهم بأعمال المرفق التيسير على المضرور حصوله على حقه في التعويض عن طريق اختصاص الإدارة مباشرة أمام القضاء الإداري².

2: الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالطبيب

هي علاقة شخص مكلف بأداء خدمة عامة تتحدد بمقتضى اللوائح المنظمة لنشاط المرفق الصحي العام الذي، فهي ليست علاقة تعاقدية بل هي من طبيعة إدارية أو لائحية³، حيث يتجه القضاء إلى تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية عند تحديد مسؤولية المستشفى العام عن الضرر الذي يصيب المرض، طالما أن المريض ليس هو من إختار الطبيب لعلاجه فهو لا يتعامل معه بصفته الشخصية ولكن بصفته مستخدما أو موظفا لدى هذا المستشفى.

ونتيجة لذلك يكون الخطأ الذي إرتكبه الطبيب خطأ تقصيري نتيجة لوجود علاقة تبعية بين المستشفى والطبيب⁴. بينما ذهب الفقهاء في فرنسا إلى إعتبار الخطأ الطبي الذي يرتكبه الطبيب هو عبارة عن خطأ مرفقي يخضع لأحكام القضاء الإداري.

¹ طاهري حسين: الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة (الجزائر، فرنسا)، دار الهومة، 2004، ص 37.

² بودالي محمد: المرجع السابق، ص 21.

³ محمد منصور: المرجع السابق، ص 113.

⁴ صحراوي فريد: رسالة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية، جامعة الجزائر كلية الحقوق، 2004-2005، ص 19-20.

3: الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بمرفق الصحة العام

يعرف المريض على أنه "ذلك الشخص الذي يعاني من علة صحية معينة جسدية كانت أو نفسية ويحتاج إلى مساعدة طبية"¹. إن المريض لا يتم قبوله على مستوى المستشفى العام إلا بعد أمر من الطبيب المعالج بعد موافقة الطبيب رئيس المصلحة، هذا ما نصت عليه المادة 151 من قانون الصحة وترقيتها² "يقبل المرضى في المستشفى بأمر من طبيبه المعالج بعد موافقة الطبيب رئيس المصلحة".

كما أن المادة 152 من القانون الصحة السالف الذكر تشير إلى الحالة التي لا يمكن للمستشفى أن يقدم العلاج الطبي الضروري حيث تنص على ما يلي "يتعين على المستشفى الذي لا يستطيع تقديم العلاج الطبي الضروري للمريض الذي يوجه إليه أن يستعمل جميع الوسائل لنقل هذا المريض في مستشفى آخر أو في وحدة متخصصة".

ومما سبق فإن المريض في هذا الموقف يترتب عليه حقوق لصالح المريض كالحق في السر المهني للطبيب، ونتيجة لهذه الوضعية القانونية للمريض إعتبر الفقه أن المريض لا يربطه عقد مع مرفق الصحة العام بل في وضعية تنظيمية يستفيد من خدمات المرفق الصحي فيمكن إستعمال المصطلح المعروف في القانون الإداري وهو مصطلح "المرتفق".

ثانياً: الخطأ الطبي في العيادات الخاصة.

إن لجوء المريض إلى العيادات الخاصة لا يكون إلا بناء على عقد ولو ضمني بينه وبين إدارة العيادة، فعقد الإستشفاء هو الذي يحكم العلاقة بينهما. وعليه فإن العقد الذي يربط إدارة العيادة الخاصة بالمريض يشمل في حقيقة الأمر الخدمات العادية، والفندقية، ولا يتعلق بالأعمال الطبية، الأمر الذي يجعله يختلف عن العقد الطبي الذي يتم بين المريض والطبيب الذي يقوم بعلاجه، فالأول موضوعه تقديم الخدمات العادية للمريض أثناء علاجه وإقامته، عكس العقد

¹ عيساني رقيقة: المرجع السابق، ص 31.

² عيساني رقيقة: المرجع السابق، ص 32.

الطبي أين يكون محله الأعمال الطبية بكل ما تحمله من فن طبي¹ يسأل عنها الطبيب بصفة شخصية ويلتزم المريض بإثبات الخطأ المرتكب عن عدم تنفيذ الإلتزامات المتفق عليها في العقد الطبي.

وقد تناول المشرع الجزائري في إطار مدونة أخلاقيات الطب الممارسة الخاصة لمهنة الطب تحت عنوان "قواعد خاصة ببعض طرق الممارسة"². كما تناول قانون الصحة في الجزائر دائما الممارسة الطبية في إطارها الخاص من المادة 208 إلى المادة 213³، تحت عنوان "ممارسة الأطباء"، أنظر أيضا: المادة 05 من المرسوم رقم 204/88 المؤرخ في 1988/10/18 المحدد لشروط إنجاز العيادات الخاصة وفتحها وجراحي الأسنان والصيدلة وعملهم في نطاق القطاع الخاص. مما يجعلنا نبحث في طبيعة العلاقة بين المريض والعيادة، هذا من جهة وبين المريض والطبيب المعالج من جهة أخرى، وكذلك البحث عن علاقة الطبيب بالعيادة الخاصة من جهة ثالثة.

1: العلاقة بين المريض والعيادة الخاصة

تقدم العيادات الخاصة لمرضاها خدمة الرعاية والعلاج، فهي أيضا تقدم لهم خدمات فندقية وبالتالي يقوم بين العيادة والمريض عقد مزدوج، عقد الفندقية و عقد الخدمات. وقد يترتب في حالات معينة أخطاء ترجع إلى سوء تنفيذ هذا العقد المزدوج، فإن العيادات الخاصة تعتبر مسؤولة عن الأخطاء المتعلقة بالتنظيم والسير السيئ ونوعية الخدمات المقدمة مدة إقامة المريض فيها. ومما تقدم سوف نتطرق إلى تنفيذ عقد الفندقية، ثم تنفيذ عقد الخدمات العادية.

¹ محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 88

² راجع المواد من 77 إلى 89 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 5 محرم 1413 الموافق لـ 6 يونيو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

³ تم تعديل المادتين 208 و 211 من هذا القانون بموجب القانون رقم 88-15 المؤرخ في 16 رمضان 1408 الموافق لـ 03 مايو 1988، يعدل ويتم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

أ: تنفيذ عقد الفندقية :

رغم أن القضاء الفرنسي كان يرفض أن يعامل مؤسسات الإستشفاء العامة والخاصة معاملة الفنادق، وبالتالي إخضاع مسؤوليتها لقواعد المسؤولية عن ودائع الفنادق، إلا أنه إنتهى إلى تحميل مؤسسات الرعاية والعلاج بالتزام فرعي أو تبعي وهذا بحراسة أمتعة المريض¹.

هذه المسؤولية تطبق على الأمتعة التي تم إيداعها فعلا بين يدي أحد الموظفين التابعين للمؤسسة الإستشفائية الخاصة أو العامة، ويستفيد منها المرضى الذين تم إدخالهم تلك المؤسسات دون الذين يقصدونها للإستشارة الخارجية، كما تسري قواعد المسؤولية هذه وإن لم يتم الإيداع حقيقي، إذا كان المريض قد أدخل إلى المؤسسة لحالة طارئة أو في حالة لا تسمح له بالتعبير عن إرادته على أنها تسري فقط على الأشياء المنقولة التي تكون من طبيعة تبرر حيازة المريض لها أثناء إقامته في المؤسسة الطبية، ويترتب على إيداع تلك الأشياء مسؤولية المؤسسة عن سرقتها وفقدانها وتلفها، وهذه القواعد التي يخضع لها عقد الفندقية بين المريض والعيادة الخاصة هي من النظام العام وتخضع للقواعد العامة.

لكن مع ذلك يجوز إعفاء المؤسسة الخاصة أو العامة من مسؤوليتها عندما يكون تلف الأمتعة راجعا لعب فيها، أو عندما يكون الإضرار بها قد إقتضته ضرورات تنفيذ عمل طبي أو علاجي، في حالة ما إذا أدخل المريض المؤسسة الطبية لحالة طارئة أو عندما يحتفظ المريض بتلك الأمتعة في غرفته².

أما فيما يتعلق بسلامة المريض أثناء إقامته في العيادة الخاصة، فما زال القضاء يفرض على تلك العيادات التزاما بوسيلة لا تقوم فيها مسؤوليتها إلا عند إثبات خطئها أو خطأ تابعيها³، فقد رفضت إحدى المحاكم الفرنسية طلب شخص دخل إحدى العيادات الخاصة لتلقي علاج ذهبت

¹ :Le Tourneau et Cadiet. droit de la responsabilité.Dalloz.1996 .p 630

² J Penneaux. Faut et erreur en matière de responsabilité médicale.LG-D-J Parie 1995 p 74

³ Ibideme

بالتعويض عن الجروح التي أصيب بها إثر سقوطه تحت حاجز مفرغ كان يحاول الجلوس عليه، فقد ذهبت المحكمة إلى أن ذلك الحاجز الذي وضع بشكل منتظم يوفر حماية كافية، وبأن المؤسسة لم ترتكب خطأ في عدم تسيبها للمضروب البالغ والمتمتع بكافة قواه العقلية بوجود خطر محتمل.

كما تجدر الإشارة إلى أن المريض قد يكون في حالة لا تسمح له بالسهر على حماية نفسه مما يلقي على عاتق المؤسسة الطبية الإلتزام بالسهر على سلامته بالنسبة لكافة الخدمات غير الطبية كما لو كان المريض عاجزا أو غير واع، خصوصا أثناء التخدير، هنا وفي مثل هذه الحالة تكون العيادة مسؤولة بموجب إلتزام بنتيجة المحافظة على سلامة مرضاهم وبالتعويض عن الأضرار التي يتعرضون إليها، ولا يعفيه من ذلك إلا إثبات السبب الأجنبي.

وهكذا قرر القضاء بمسؤولية مدير العيادة الخاصة على إثر إصابة سيدة مقبلة على الولادة بحروق بليغة على إثر الحريق الذي شب في عيادة التوليد، وقضى بأن مدير العيادة ملزم بضمان المبيت، وتغطية الخدمات والحفاظ على سلامة المرضى (الزبائن) ضد مختلف الأخطار المتوقعة.

ب: تنفيذ عقد الخدمات:

فيما يتعلق بالخدمات فإن العيادات تلتزم بتقديم الخدمات التي يحتاجها المريض أثناء إقامته فيها، وبصفة خاصة تنفيذ التعليمات المتعلقة بتلك الخدمات، كنظام الطعام والنظافة وتقديم العلاج بصفة منتظمة من أدوية وحقن وتحاليل، والقيام بتدفئة المريض إذا كانت حالته تستدعي ذلك. وبالإضافة إلى توفير الأجهزة اللازمة لإستقبال المرضى وعلاجهم ورعايتهم كتوفير أدوية الجراحة ومستلزماتها، ولا يكفي توفيرها للمريض فقط بل لابد من سلامتها وعدم إختلالها.

أخيرا تلتزم إدارة العيادة بتوفير العدد الكافي من العاملين والمرضات لحسن سير وأداء الخدمات الطبية المستلزمة في العيادة والذي يشترط فيهم وبصفة خاصة ونقصد بذلك

(المرضى والأطباء) حيازتهم للشهادات المطلوبة في التخصص وأن يكونوا على درجة كافية من العلم والكفاءة بالنسبة لما ينسب إليهم من أعمال¹.

من ثم تقوم مسؤولية العيادة إذا ما ثبت إخلال بالالتزامات السابقة أو إذا ما عرض المريض على ممرضة أو طبيب غير مؤهل أو غير متخصص في العمل المطلوب منه كالتقصير الذي يقع من أحدهم في تقديم الدواء أو إعطاء حقنة بطريقة غير ملائمة للمريض². بالتالي فإن العيادات الخاصة ملزمة في سبيل تنفيذها عقد الخدمات مع المريض بأن توفر مواد وأجهزة في حالة جيدة وملائمة لمقتضيات العلاج، وبأن تزود المريض بالمستحضرات الطبية وكافة المنتجات خالية من العيوب وهذا الإلتزام في الحقيقة هو إلتزام بنتيجة.

على أن العيادة تستطيع إعفاء نفسها من المسؤولية بإثبات عدم وقوعها في خطأ ونسبة الضرر إلى فعل الغير مثلاً، ونتيجة لذلك قررت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها بعدم مسؤولية العيادة الخاصة عن تزويد المريض بدم ملوث إذا كان مركز حفظ الدم قد زودها بالدم على أساس أنه صالح وخال من أي تلوث³.

2: العلاقة التعاقدية بين المريض والطبيب المعالج

تقتضي مبي دراسة العلاقة التعاقدية بين المريض والطبيب المعالج إلى ضرورة وجود عقد طبي، هذا الأخير الذي سنحاول تعريفه وبيان خصائصه وطبيعته القانونية.

أ: تعريف العقد الطبي:

تعرف المادة 54 ق م العقد بصفة عامة على أنه: "العقد إتفاق بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخريين، بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

¹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 88

² محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص 89

³ Paris. 11 mai 1995 Gaz PAL. 12 juillet 1995.

يعرف الأستاذ السنهوري العقد الطبي بأنه "إتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم"¹. كما يعرفه الأستاذ سافتي بأنه: "إتفاق بين الطبيب من جهة والمريض أو من يمثله من جهة أخرى بموجبه يقدم الطبيب للمريض، بناءً على طلبه، النصائح والعلاج الصحي".

إطلاقاً من هذه التعاريف نلاحظ أن فقهاء القانون إختلفوا في تحديد ماهية العقد المبرم بين الطبيب والمريض، لأن الإلتزامات الناتجة عن العقود إما أن تكون محددة مسبقاً من قبل الطرفين وإما أن يتدخل القانون لتحديدتها ووضع شروطها بحيث لا يمكن للأطراف الإتفاق على خلافها كما أهلاً يمكننا أن نقيس إحدى هذه التعاريف على العقد الطبي، لأننا بصدد عقد غير مسمى وعقد من نوع خاص الذي ينبغي تحديد خصوصياته وهذا ما سنتطرق إليه.

ب: خصائص العقد الطبي:

يمكن إستخلاص خصائصه بالرجوع إلى التعريف السابق ذكره من قبل والذي من خلاله يتضح بأنه يتميز بخصائص معينة نذكرها فيما يلي:

عقد شخصي: في العقد الطبي نجد أن المريض يختار الطبيب الذي يتولى مهمة علاجه بإختياره الحر لما يتمتع به من مؤهلات، ما عدا في حالات الإستعجال أو في مستشفيات القطاع العام. ولقد نصت الفقرة 2 من المادة 80 على ضرورة إحترام حق المريض في حرية إختياره للطبيب أو جراح الأسنان².

ونستخلص من ذلك أن المريض عندما يتوجه لتلقي علاج من طبيب لا يكون إلا بناءً على إختياره له ورغبته في ذلك، وأن هذا الإختيار ينصب على مؤهلات شخصية كسمعة الطبيب وكفاءته المهنية.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد الجزء السابع المجلد الأول العقود الواردة للعمل، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 18

² أنظر الفقرة 2 من المادة 80 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب.

عقد مدني: تعتبر مهنة الطب مهنة حرة ومادام الحال على ذلك فإن العقد الطبي لا يخرج عن نطاق العقود المدنية طالما أن الطبيب ليس تاجرا، كون التاجر هو كل من يباشر عملا تجاريا ويتخذ حرفة معتاد له¹. والطبيب يتمثل عمله في تقديم العلاج الصحي والإرشادات الطبية التي هي بعيدة كل البعد عن الأعمال التجارية بمفهومها الواسع. وأن الأتعاب التي يتحصل عليها الطبيب من جراء ممارسة مهنته لا يمكن إدراجها ضمن خانة التجارة وإعتبره بذلك تاجرا، وإنما ذلك يعتبر كحقه مقابل الجهد المبذول.

بالرجوع إلى المادة 20 من المرسوم التنفيذي 92-276 السالف الذكر الطب والتي تنص على أنه "يجب أن لا تمارس مهنة الطب وجراحة السنان ممارسة تجارية، وعليه يمنع كل طبيب أو جراح أسنان من القيام بجميع أساليب الإشهار المباشرة وغير المباشرة"². نستخلص من ذلك أن العقد الطبي هو عقد غير تجاري طالما أن القانون يمنع ممارسة مهنة الطب ممارسة تجارية لأنها تتعلق بمخلوق، وهو جسم الإنسان.

عقد ملزم لجانبين: إن العقد الطبي يتضمن إلتزامات متقابلة ومرتبطة إرتباطا وثيقا ببعضها البعض، وهذا ما أقره المشرع الجزائري في إحدى مواد القانون المدني³، حيث يلتزم الطبيب بعلاج المريض وبذل العناية اللازمة والمطلوبة مقابل ذلك يقع على عاتق المريض الإلتزام بإفادة وإعلام الطبيب بكافة المعلومات والحقائق المتعلقة بمرضه وأن يدفع له مقابل العلاج المقدم ثمن أتعابه⁴. ولهذا نقول بأن العقد الطبي عقد ملزم لجانبين .

عقد قابل للفسخ: تنص المادة 119 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى فيما يخص "العقود الملزمة للجانبين": في حالة ما إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد

¹ أنظر المادة 01 من القانون التجاري الجزائري.

² المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتعلق بمدونة أخلاقيات مهنة الطب.

³ المادة 55 من القانون المدني الجزائري

⁴ Hannouz et A. Hakem : précis de droit médical. office P.U.Alger 1992. p 35.

الآخر بعد إعداره للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك¹.

ما دام العقد الطبي هو عقد ملزم لجانبين، يحق لأحد أطرافه أن يطالب بفسخ العقد الذي يربط بينهما، سواء كان من الطبيب أو المريض، باعتبار أن العقد مبني على أساس الثقة التي وضعها المريض في شخص طبيبه، فإذا فقدت هذه الثقة، فبإمكان المريض هنا أن يفسخ العقد ويقابل ذلك أيضا بإمكان الطبيب فسخ العقد إذا ما أحل المريض بالتزامه اتجاه الطبيب المعالج بشرط أن لا يؤدي ذلك إلى الإضرار بحالة المريض خاصة في حالة الإستعجال أو الضرورة².

عقد معارضة: هو العقد الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما يقدمه أو يعطيه، ونتيجة لهذا فإن الطبيب مقابل تقديمه للنصائح والإرشادات اللازمة وكذا العلاج المناسب لحالة المريض، يلزم من خلاله المريض بدفع ثمن ما تلقاه من علاج.

عقد مستمر: بمجرد أن يقبل المريض بالعلاج الذي يقترحه له الطبيب، يلتزم هذا الأخير بمتابعته متابعة صحية لأن العقد قد لا ينتهي بمجرد إنتهاء الطبيب من فحص المريض، بل يتطلب مهلة ومدة طويلة لبلوغ الهدف المرجو منه وهو الشفاء (شفاء المريض).

ومن ذلك قد تقتضي حالة المريض إلى متابعة قد تطول، تتخللها مراحل عدة من إجراء فحوصات بالأشعة والقيام بالتحاليل وكذا إخضاع المريض للعلاج سواء كان ذلك بواسطة وصف الأدوية المناسبة أو بواسطة الجراحة، وبالتالي كل هذه الإلتزامات تجعل العقد الطبي مستمرا وطويل المدة.

في الأخير نستخلص مما ذكرناه سلفا وبالرجوع إلى تحديد الطبيعة القانونية للعقد الطبي نلاحظ أن الفقهاء قد اختلفوا في تحديد طبيعته القانونية، وذلك باختلاف آرائهم، غير أن العقد الطبي يبقى عقدا ينفرد بأحكام وخصائص تميزه عن باقي العقود الأخرى، بل أن هناك من

¹ المادة 119 من القانون المدني الجزائري

² : Hannouz et Hakem . précis du droit médical a l'usage des praticiens de la médecine du droit 2 éme édition .O.P.U° Alger 2000. p 37

الفقهاء من يعتبره عقد ذو طبيعة خاصة¹.

3: علاقة الطبيب بالمستشفيات الخاصة

إن السؤال الذي يثار بشأن علاقة الطبيب الذي يزاول مهنة في العيادات الخاصة هل يمكن إعتبره تابعا للعيادة الخاصة طبقا لأحكام المادة 136 ق م²، المعدلة بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005. إن المادة 136 ق م إشتراط ثلاثة شروط لقيام مسؤولية المتبوع عن أعماله تابعه وهي:

أ. وجود رابطة تبعية بين المتبوع والتابع:

لقد إستقر الفقه والقضاء على إعتبار التبعية تتجسد بين المتبوع والتابع في سلطة التوجيه والرقابة من جانب المتبوع والتي تقابلها حالة خضوع التابع لأوامر المتبوع³. إن المقصود بسلطة الرقابة والتوجيه أن يكون للمتبوع السلطة في إصدار الأوامر والتعليمات لتابعه لتوجيهه ومراقبته في عمل معين وطريقة أدائه لهذا العمل.

كما أن التبعية تكون إما لقاء أجر أو مجانا، كما أن علاقة القربا لا تنفي رابطة التبعية⁴. حيث يمكن أن يكون الزوج تابعا لزوجته أو يكون الأب تابعا لإبنه، فالسلطة العامة التي يتمتع بها الزوج تجاه زوجته أو تلك التي يكون للأب نحو إبنه لا تمنع قيام علاقة التبعية، وإعتبار كل من الزوج والأب تابعا على التوالي للزوجة والإبن طالما يتعلق الأمر بالقيام بالعمل الموكل إليهما. أما فيما يتعلق بعنصر الإختيار فإن علاقة التبعية تتحقق حتى ولو كان المتبوع ليس حرا في إختيار تابعه وهذا ما نصت عليه المادة 2/163 ق م.

¹ أنظر في ذلك: سمير منتصر: المرجع السابق، ص 70-71

² المادة 136 ق م "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأديته وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها.

وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكون المتبوع حرا في إختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".

³ علي فيلاي: المرجع السابق، ص 132

⁴ مصطفى العوجي: القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، سنة 2007، ص 454.

ب. فعل التابع الضار:

إن الصياغة القديمة للمادة 136 ق م كان يستعمل فيها عبارة "العمل غير مشروع" التي أثارت كثيرا من الخلافات الفقهية حيث كان البعض يشترط الخطأ من جانب التابع حتى تقوم مسؤولية المتبوع ومنهم من كان يكتفي بالفعل الضار للتابع.

إلا أن المشرع الجزائري قد حسم الخلاف وعدل المادة بوضع عبارة "العمل الضار" بدل "العمل غير المشروع" وبذلك تكون العبرة في النتيجة التي يربتها الفعل في حد ذاته، فإن لم يحدث التابع بفعل أي ضرر فإن مسؤولية المتبوع لن تقوم. وهذا ما تؤكدته المادة 137 ق م التي تنص على "حق المتبوع الرجوع على تابعه في حالة إرتكابه خطأ جسيما" ويستنتج من هذا النص أن المتبوع لا يمكنه الرجوع على تابعه لقيام مسؤوليته نتيجة إرتكاب تابعه لأخطاء بسيطة¹.

ج. وقوع الفعل الضار بسبب أو في حالة أو بمناسبة العمل:

بالرجوع للمادة 136 ق م السالفة الذكر فإن المتبوع لا يسأل عن السلوك العام للتابع بل عن ذلك السلوك الذي يأتيه في حالة تأديته للوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها. إن التابع عند قيامه بالفعل حال تأدية الوظيفة يكون في هذه الحالة يباشر الأعمال والنشاطات التي كلف بها في إطار وظيفته ويعتبر كذلك على وجه الخصوص عندما يقع في الزمان والمكان وبوسائل وفي إطار تنفيذ العمل المحدد من قبل المتبوع².

كما أن الفعل الضار يكون بسبب الوظيفة تعني أنه لولا التبعية لما قام بالفعل الضار ولما ألحق ضررا بالغير، حيث يكون العمل أمرا ضروريا ولازما لإحداث الفعل الضار من قبل التابع ولقد عرف الأستاذ محمد مخلوفي الفعل الضار الواقع بسبب الوظيفة بما يلي: "أن فعل التابع يعد واقعا بسبب الوظيفة إذا كان التابع لا يستطيع إتيانه لولا الوظيفة بحيث تكون الصلة بينه وبين

¹ علي فيلال: المرجع السابق، ص 152.

² علي فيلال: المرجع السابق، ص 154.

الوظيفة قائمة على إرتباط سببي ومباشر، فإن لم تكون الوظيفة هي مكنته من إرتكابه ما كان في إستطاعته إتيانه"¹. أما عبارة بمناسبة التي جاءت في المادة 136 ق م تعني وجوب قيام الصلة بين ممارسة الوظيفة والضرر الحاصل من جراء العمل الذي أتاه التابع².

إلا أن مشكلة علاقة التبعية وتطبيق مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه تثير جدلا كبيرا في حالة المهن الحرة لأن صاحب المهنة الحرة يؤدي مهنته بحرية وبدون رقابة أو توجيه من أحد. فالتصرف متروك لتقديره يعمل عمله وفنه في تحقيق الغاية التي كلف بها³.

بما أن الطبيب يعتبر من أصحاب المهن الحرة حيث يمارس عمله وفنه في معالجة المريض أو في تدخله الجراحي دون أن يكون خاضعا لأحد ودون أن تكون للمستشفى كهيئة معنوية أي صفة لإصدار التعليمات والأوامر للطبيب. إلا أنه هناك الأعمال غير الطبية التي يقوم بها الطبيب تحت إشراف العيادة ويعتبر الطبيب بالنسبة لهذه الأعمال غير الطبية تابعا وتكون للعيادة صفة المتبوع لكونها تتمتع بسلطة التوجيه والرقابة⁴. وبالرجوع لمدونة أخلاقيات مهنة الطب نجد أن المادة 10 تنص على ما يلي: "لا يجوز للطبيب وجراح الأسنان أن يتخلوا عن إستقلالهما المهني تحت أي شكل من الأشكال"⁵.

لقد علق الأستاذ علي فيلاي على هذه المادة وإعتبر أن الطبيب أو جراح الأسنان في مجال الأعمال الطبية المتعلقة بالمهنة لا يكونا في حالة تبعية مع المستشفيات. في حين أن هناك أعمال غير طبية عادية يمكن أن تتحقق عند القيام بها علاقة تبعية مع المستشفيات⁶.

¹ مخلوفي محمد: مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالقانونين المصري

والفرنسي، رسالة ماجستير، الجزائر، 1987، ص 139

² مصطفى العوجي: المرجع السابق، ص 481.

³ مصطفى العوجي: المرجع السابق، ص 458.

⁴ علي فيلاي: المرجع السابق، ص 155.

⁵ مدونة أخلاقيات ممارسة مهنة الطب: المرسوم التنفيذي 92/276 ج ر ع 52 سنة 1992.

⁶ علي فيلاي: المرجع السابق، ص 157

في حين يرى الأستاذ محمد مخلوفي "أنه إذا كان لا يشترط الممارسة الفعلية لسلطة التوجيه والرقابة لقيام علاقة التبعية، وقد تستحيل ممارستها نظرا لإنعدام كفاءة المتبوع فلماذا نمنع قيام رابطة التبعية بين المستشفى والطبيب؟ وذلك بالإعتماد على معيار العمل لحساب المتبوع¹. في حين أن القضاء إما أنه لا يميز بين الخطأ الطبي الفني وغير فني لتقرير وجود رابطة التبعية أو أنه ما لبث أن ترك هذا التمييز².

حيث قضت محكمة التمييز الأردنية بتاريخ 1991/5/12، ملف رقم 90/1246 بمسؤولية مالك المستشفى على الرغم من أن الضرر الذي لحق بالمريضة كان ناشئا عن خطأ في التشخيص وهو عمل وقع فيه الطبيب المعالج مما أدى إلى إصابة المريض بعاهة دائمة³. في حين أن القضاء المصري ترك فكرة التمييز بين الخطأ الفني وغير الفني حيث قرر مسؤولية إدارة المستشفى بوصفها متبوعا عن خطأ الطبيب بإعتباره تابعا ولو لم يكن مدير المستشفى طبيا حيث يكفي توفر رابطة تبعية أدبية بين إدارة المستشفى والطبيب. كما قضت محكمة النقض المصرية أن وجود علاقة تبعية أدبية كاف لتحميل المستشفى مسؤولية خطأ الطبيب⁴. إن القضاء عند إعتبار أن علاقة التبعية الأدبية كاف لتحميل المستشفى مسؤولية خطأ الطبيب هو يراعي بالدرجة الأولى مصلحة المضرور.

¹ محمد مخلوفي: المرجع السابق، ص 138.

² طلال عجاج: المرجع السابق، ص 339

³ أشار لهذا القرار طلال عجاج: المرجع السابق، ص 338

⁴ قرار محكمة النقض المصرية 1936/6/22 أشار إليه عبد المعين لطفي جمعة: موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الكاتب الأول، الجزء الثاني عالم الكتب، القاهرة، 1979، ص 42

المبحث الثاني: صور الخطأ الطبي عبر مراحل العمل الطبي

للخطأ الطبي صور متعددة فلا يمكن حصرها لذلك حاولت إعطاء بعض الأمثلة حسب التسلسل الزمني و العملي الذي تقتضيه طبيعة مهنة الطب، حيث خصصت المطلب الأول للأخطاء التي ترتكب في المرحلة السابقة للعلاج، أما المطلب الثاني فقد تعرضت فيه إلى الأخطاء الطبية المرتكبة أثناء تقديم العلاج، في حين خصصت المطلب الثالث للأخطاء المرتكبة في المرحلة اللاحقة للعلاج و ذلك عند قيام المريض بالعملية الجراحية .

المطلب الأول: الخطأ الطبي في المرحلة السابقة على العلاج.

قبل قيام الطبيب بعلاج المريض، فإنه يمكن أن يرتكب أخطاء تصنف ضمن الأخطاء الطبية، لذلك قمت بذكرها في هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى ثلاثة فروع ففي الفرع الأول تعرضت إلى رفض العلاج، أما الفرع الثاني فتعرضت فيه إلى إخلال الطبيب بالالتزام بإعلام المريض، أما الفرع الثالث فقد تطرقت فيه إلى الخطأ الطبي في مرحلة الفحص و التشخيص .

الفرع الأول: رفض العلاج.

يكون رفض العلاج إما بسبب رفض الطبيب تقديم العلاج للمريض أو بسبب أن المريض رفض الخضوع للعلاج.

أولاً: رفض الطبيب لعلاج المريض

يُعتبر العقد الطبي من العقود الرضائية فإنه يشترط موافقة الطبيب لعلاج المريض غير أنه خلافاً لهذا الأصل قد يجد الطبيب ملزماً بعلاج المريض لإعتبارات مختلفة¹. فإن لم يقدم الطبيب العلاج في بعض الحالات يعتبر مخطئاً.

1. التدخل الإختياري للطبيب:

من المسلم به أن الطبيب حر في مزاولة مهنته إلا أنه يجب عليه أن يستعملها في حدود ومعالماً واضحة، كون له واجب إنساني وأدبي تجاه المرضى والمجتمع برمته، هذا الواجب تفرضه على أصول مهنته، هذا ما نصت عليه مدونة أخلاقيات مهنة الطب². حيث أن مبدأ حرية

¹ مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية ، دراسة مقارنة ،دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2009، ص 186.

² المادة 6 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب: "يكون الطبيب وجراح الأسنان في خدمة الفرد و الصحة العمومية يمارسان مهامهما ضمن احترام حياة الفرد و شخصية البشري".
المادة 7 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب: "تتمثل رسالة الطبيب أو جراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية، وفي التخفيف من المعاناة ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية دون تمييز من حيث الجنس والعرق والدين والجنسية والوضع الاجتماعي والعقيدة السياسية أو أي سبب آخر في السلم أو الحرب".

التعاقد هو الأصل إلا أنه ترد عليه إستنادات حيث تنص المادة 42 من مدونة أخلاقية المهنة: "...ويمكن للطبيب وجراح الأسنان مع مراعاة أحكام المادة أعلاه أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج"

بالرجوع للمادة 9 من المدونة نجد أنه يجب على الطبيب إسعاف المريض الذي يواجه خطرا وشيكا¹، كما أن الطبيب يمكنه أن يتحرر من مهمته إذا ضمن مواصلة العلاج للمريض وهذا ما نصت عليه المادة 50 من نفس المدونة "...يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهنته بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض".

من خلال هذه النصوص القانونية يتضح أن الطبيب حر في أول مدة في ممارسة العلاج إلا في حالة الضرورة التي تفرض عليه التدخل السريع لإنقاذ حياة، كما أنه إذا بدأ العلاج ولم يرغب في مواصلته جاز له ذلك ولكن بشرط ضمان مواصلة العلاج عند الغير كتوجيه المريض إلى زميل آخر أو إلى طبيب أخصائي.

2. التدخل الإجباري للطبيب:

في بعض الحالات يكون الطبيب مجبرا على معالجة المريض بدون أن يكون مخيرا وفي هذه الحالات إن تخلف الطبيب عن تقديم العلاج فإن مسؤوليته تقوم و هذه الحالات كالاتي:

أ: حالة التعاقد الإجباري :

تتضح هذه الحالة عندما يتعاقد الطبيب مع إحدى المؤسسات أو الشركات بغية علاج العاملين بها. ففي هذه الحالة يكون الطبيب ملزما بعلاج هؤلاء العاملين على أساس الإشتراط لمصلحة الغير²، حيث يعتبر العاملين بمثابة الغير بالنسبة للعقد المبرم بين الطبيب والمؤسسة أو الشركة، لذلك يمكن للعمال مطالبة هذا بالعناية الطبية اللازمة كأثر للعقد.

¹ المادة 9 من مدونة أخلاقيات المهنة «... يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا وان يتأكد من تقديم العلاج الضروري».

² المادة 113 ق م : "لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا"

ب: حالة الإجمار اللاتحي :

الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام ليس له أن يرفض علاج أحد المرضى الذي يقصد المستشفى من أجل تلقي العلاج¹.

ج: حالة الإجمار المهني والقانوني:

رغم التسليم بحرية الطبيب في ممارسة مهنته إلا أنه يجب عليه ألا يستعملها إلا في حدود الغرض الاجتماعي الذي من أجله تم الاعتراف له بها وإلا كان متعسفا في إستعمال حقه². حيث لو كان الإنسان في خطر لا يحتمل تأجيل العلاج وكان الطبيب على علم بذلك ولكنه إمتنع عن إسعافه، كما أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى أكثر من ذلك حينما قررت أن مساعدة الطبيب للمريض مطلوبة حتى لو تبين أن حالة المريض ميؤوس منها وأنه لا فائدة من علاجه³. كما أن المريض الموجود بمكان ناء ولم يكن هناك سوى طبيب معين لإنقاذه أو علاجه في ساعة معينة من الزمان لا يوجد غيره فإن الطبيب ملزم بتقديم العلاج.

بالرجوع للمادة 9 والمادة 50 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب نجد أن المادة 9 تنص على أنه "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا، أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له". كما أن المادة 50 من نفس المدونة تسمح للطبيب أن يتحرر من مهمته بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض كأن يوجهه إلى طبيب آخر.

ثانيا: رفض المريض للعلاج

يحدث أن يشخص الطبيب المرض الذي يعاني منه المريض، ثم يعرض الطبيب على المريض الإجراء العلاجي الذي يراه مناسباً لحالته، لكن المريض يبدي رفضه لهذا العلاج. بما أن رضا المريض يعد ضروريا لأي تدخل طبي فإنه من الطبيعي أن يكون لرفضه أثر قانوني على تحديد المسؤولية الطبية، فإنه يترتب على ذلك أن يعفى الطبيب من المسؤولية طالما كان المريض متمتعا

¹ أنظر الفرع الأول من المطلب الثالث للمبحث الثاني من الفصل الأول من هذه المذكرة .

² محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 34.

³ مأمون عبد الكريم: المرجع السابق، ص 191 .

بالأهلية الكاملة، وكان الرضا الصادر عنه صحيحا غير مشوب بعيب¹.

إلا أن المشكل يثور حول مسؤولية الطبيب عندما يكون تدخله ضروريا وتستدعيه حالة المريض فهل يعفى الطبيب تماما من المسؤولية أم أنه لا بد أن يتحمل جزءا من المسؤولية. ففي هذه المسألة بالرجوع للقضاء الفرنسي نجد أن هناك قرار لمحكمة النقض الفرنسية يعالج هذه المسألة المتمثلة في رفض المريض للعلاج².

حيث تتمثل الوقائع في أن شخصا أصيب بشظية في عينه فأشار عليه الطبيب المعالج بأن يأخذ صورة بالأشعة للتأكد من خلو العين من بقايا الشظية وذلك قبل أن يقوم بخياطة الجرح ولكن المريض أصر على رفضه هذا الاقتراح فأضطر الطبيب للإذعان، ثم خاط الجرح ولكن الجرح لم يلتئم، وما كادت تنقضي ثلاثة أسابيع حتى شعر المريض بآلام حادة في عينه تبيء بأن الشظية ما زالت مستقرة بها، ونظرا لفوات الأوان على استخراجها فقد استلزم الأمر استئصال العين.

فقد أيدت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة الاستئناف بشأن ما رآته من عدم ثبوت رفض المريض الأشعة إذ قالت في أسباب حكمها: "مع التسليم جدلا بواقعة رفض المريض للأشعة، فإنه كان يتعين على الطبيب المعالج وقد إستقر رأيه على ضرورة إجراء هذا الفحص أن يستكتب المريض إقرارا برفضه وأن يتمتع بعد ذلك عن القيام بخياطة الجرح لإحتمال وجود شظايا بالعين". و بالرجوع للتشريع الجزائري فإن المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها في فقرتها الرابعة "وإذا رفض العلاج الطبي فيشترط تقديم كتابي لهذا الغرض، وعلى الطبيب أن يخبر المريض أو الشخص الذي حول إعطاء الموافقة بعواقب رفض العلاج...".

كما أن المادة 49 من مدونة أخلاقيات الطب التي تنص على ما يلي: "يشترط من المريض إذا رفض العلاج الطبي أن يقدم تصريحاً كتابياً في هذا الشأن". ومن خلال ما سلف

¹ منير رياض حنا: المرجع السابق، ص 332

² أشار لهذا القرار منير رياض حنا: المرجع السابق، ص 334.

ذكره في هذا الشأن فإن الطبيب من أجل أن يتخلص من مسؤوليته نتيجة رفض المريض للعلاج أن يقوم الطبيب بإخبار المريض عواقب رفض العلاج وأن يتحصل من المريض تصريح كتابي برفض العلاج.

الفرع الثاني: إخلال الطبيب بالإلتزام بإعلام المريض.

من أجل توضيح معنى إلتزام الطبيب بإعلام المريض سأتطرق إلى إبراز مختلف التعاريف التي

ذكرت في هذا الشأن على مستوى الفقه والقضاء والتشريع. وبعد ذكر هذه التعاريف سوف أتطرق لأطراف هذا الإلتزام وفي الأخير إلى نطاق الإلتزام بالإعلام.

أولاً: تعريف إلتزام الطبيب بإعلام المريض.

لقد تطرقت في تعريف الإلتزام بالإعلام المريض إلى رأي الفقه و القضاء و التشريع

1. من وجهة نظر الفقه:

لقد عرفه جانب من الفقه بأنه: "إعطاء الطبيب لمريضه فكرة معقولة وأمينة عن الموقف الصحي بما يسمح للمريض أن يتخذ قراره بالقبول أو الرفض ويكون على بينة من النتائج المحتملة للعلاج أو الجراحة"¹. و يرى البعض الآخر من الفقه أنه: "الإلتزام بالإعلام في جوهره بمثابة إلتزام بالحوار المتصل بين المريض والطبيب خلال مدة العقد الطبي بهدف الحصول على رضاء مستنير"².

وعرف أيضا بأنه: "مقدمة الرضاء ولازمته، فالأول هو الذي يجعل الثاني مستنيرا ومتبصرا بعواقب العلاج أو العمليات العلاجية"³. أما فقه آخر فقد عرفه بأنه: "إلتزام بإحاطة المريض

¹ حمدي عبد الرحمن: معصومية الجسد، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1987، ص 36-37.

² منصور مصطفى منصور، إبراهيم الصياد: حقوق المريض على الطبيب، الكويت، مجلة الحقوق، السنة الخامسة، العدد الأول والرابع سنة 1981.

³ مجدي حسن خليل: مدى فاعلية رضاء المريض في العقد الطبي، القاهرة، دار النهضة العربية، طبعة 2000، ص 51.

علما بطبيعة العلاج ومخاطر العملية العلاجية"¹. و جانب آخر من الفقه عرفه بأنه: "تحذير سابق بمخاطر العلاج وفوائده المنتظرة"².

2. من وجهة نظر القضاء :

لقد شدد القضاء على وجوب تنفيذ الالتزام بالإعلام ولقد أقر هذا الالتزام لأول مرة سنة 1946 في حكم لمحكمة «Douai» "دوي" في شأن ضرورة الموافقة المستنيرة، وتتلخص وقائع الحكم³ أن مريضا توجه سنة 1943 إلى أحد الأطباء لفحص ورم في أعلى ذراعه الأيسر وجد منذ عدة سنوات، وبعد قيام الطبيب بالفحص نصحه بإجراء عملية جراحية بسيطة، وقد أطمئن المريض إلى هذا التأكيد وقبل إجراء العملية التي تمت فعلا سنة 1943 .

إلا أن الطبيب أثناء الجراحة إكتشف وجود تعقيدات مرضية لم يكن قد تبينها أثناء الفحص المبدئي، لذلك قام بإجراء جراحة أخرى غير متفق عليها وبغير إخطار المريض، وبعد تمام العملية علم المريض بما حدث، كما علم بالنتائج الخطيرة التي ترتبت على الجراحة التي لم يخطر بها والمتثلة في شبه شلل في ذراعه الأيسر، وقد عاب المريض على طبيبه ما قام به ورفع عليه دعوى قضائية.

قد قضت المحكمة بأن على عاتق الطبيب التزاما بتبصير مريضه والحصول على رضاه قبل التدخل الجراحي وهذا الالتزام يستند إلى الحرية الشخصية، ويتعين على الطبيب أن يخطر المريض ويحذره بمخاطر العلاج المقترح فيما عدا حالة الضرورة وحالة الاستعجال القصوى، وقد حاول القضاء بعد ذلك تجسيد هذا الإلتزام والتأكيد عليه في الأحكام القضائية التي أصدرها بعد هذا الحكم.

¹ خالد حمدي عبد الرحمن:التجارب الطبية، الإلتزام بالتبصير، الضوابط القانونية، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة 2000، ص 50.

² محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 42.

³أطروش بولحبال زينب:رضا المريض في التصرفات الطبية،مذكرة ماجستير،كلية الحقوق،جامعة الجزائر،2000-2001. ص64 : Arrêt Douai 1946 n°2/2/3374

فقد عرفته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بأن: "الإعلام يجب أن يكون سهلا ومفهوما وصادقا وملائما وتقريبيا"¹. ثم عادت بعد ذلك وعرفته مرة أخرى في قرار آخر لها بأن: "الإعلام يجب أن يكون سهلا ومفهوما وصادقا وملائما" وهو ما ذهبت إليه هذه المحكمة في عدة قرارات أخرى أصدرتها فيما بعد، إلا أنها تخلت على الخاصية الرابعة والتي تشترط أن يكون الإعلام تقريبا *approximative*². لأن كلمة تقريبا تعني إعطاء الطبيب للمريض معلومات غير دقيقة وغير كاملة حول حالته الصحية وحول النتائج المتوقعة للتدخل الطبي³. ففكرة التقريب أصبحت مسألة غير مقبولة في هذا النطاق لأن المريض من حقه الحصول على معلومات كاملة وصادقة، لكن تصاغ له بلغة بسيطة وسهلة الاستيعاب.

أ. من جهة نظر المشرع الجزائري:

بالرجوع لمدونة أخلاقيات الطب نجد المشرع قد نص في المادة 43 ما يلي: "على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي" من خلال هذه المادة نجد أن المشرع إشتراط خاصيتين يجب أن تتوفر في الإعلام الذي يقدمه الطبيب للمريض وهما: الوضوح والصدق.

كما نجد المادة 47 من نفس المدونة "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يحرر وصفاته بكل وضوح وأن يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيدا، كما يتعين عليه أن يجتهد للحصول على أحسن تنفيذ للعلاج". كما أن المادة 48 من نفس المدونة تنص على أنه "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان المدعو لتقديم علاج لدى أسرة أو مجموعة أن يسعى جاهدا للحصول على احترام قواعد الرعاية الصحية والوقاية من الأمراض وأن يبصر المريض ومن حوله بمسؤولياتهم في هذا الصدد تجاه أنفسهم وجوارهم".

¹ سعيدان أسماء: الإلتزام بإعلام المريض بحث مقدم لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع "عقود ومسؤولية"، جامعة الجزائر، كلية الحقوق 2002-2003، ص 10.

² سعيدان أسماء: الإلتزام بإعلام المريض، المرجع السابق، ص 15.

³ مجدي حسن خليل: المرجع السابق، ص 53.

ومن خلال هذه المواد يمكن أن نحدد موقف المشرع الجزائري الذي أعطى صفتين لهذا الإلتزام وهي الوضوح والصدق عند كل عمل طبي، كما أنه ألزم الطبيب بإعلام المريض ومن حوله بطرق الوقاية من انتقال الأمراض.

ثانياً: الشروط المتعلقة بأطراف الإعلام

إن عملية الإعلام تستدعي أن يكون هناك طرفان وهما الملتزم بالإعلام ومتلقي الإعلام وبالرجوع للمادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب نجد أنها حددت هذين الطرفين بصريح العبارة¹.

1. الملتزم بالإعلام:

إن الملتزم بالإعلام هو الطبيب حيث يقع على عاتقه الإفضاء للمريض بمعلومات تشمل حالته الصحية الحقيقية ومدى لزوم التدخل العلاجي أو الجراحي من عدمه والآثار والنتائج المتوقعة لهذا التدخل². و أساس هذا الإلتزام هي الثقة التي يضعها المريض في الطبيب، فالمريض يسلم نفسه للطبيب مؤكدا ثقته به، وهذا الأخير في سبيل إفادة المريض بالمعلومات الضرورية واللازمة يلتزم بإتباع أسلوب بسيط وسهل في تناول المريض.

إن الأمر هنا لا يثير أي إشكال إلا أن التساؤل الذي يطرح عندما تعهد مهمة علاج مريض إلى عدة أطباء؟

كأن يتدخل طبيبان في نفس الوقت حول نفس المريض، حيث يكون تدخل أحد الأطباء يعتمد على تدخل طبيب آخر، كتدخل الطبيب المخدر مع الطبيب الجراح، فهل يلتزم كل واحد منهما بإعلام المريض في حدود تخصصه، أم أن الإعلام يكون مشتركا بينهما حول مخاطر تدخلهما دون النظر في كل تخصص بصفة منفردة؟

¹ المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي".

² سعيد سعد عبد السلام: الإلتزام بالإفصاح في العقود، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة 2000، ص 132-133.

في هذه الحالة ينبغي على طبيب التخدير أن يحبط المريض علما بطبيعة التخدير الذي سيتعرض له، هل هو تخدير عام أم تخدير موضعي أي في موضع معين من الجسم، أم أنه تخدير نصفي أي أسفل الجسم أم أعلاه. هذا فضلا على ذكر وبيان آثار التخدير ومخاطره المتوقعة ومدى تأثيره على صحته بشكل عام. كما ينبغي من جهة أخرى على الجراحين أن يقوموا بدورهم الإعلامي بخصوص الجراحة وما يرتبط بها من آثار حسنة أو سيئة وما إذا كانت هناك بدائل أخرى علاجية¹.

2. الدائن بالالتزام بالإعلام:

وهو الطرف الذي يتلقى الإعلام، وهو في هذه الحالة المريض الذي من حقه أن يحصل على المعلومات الطبية المتعلقة به من الطبيب المعالج له أو من أحد الأطباء الذين يشرفون على تقديم العلاج الضروري له.

فالمبدأ العام هو أن يكون الشخص متلقي الإعلام هو المريض، وهذا الأخير يجب أن يكون مدركا وواعيا بما يدلي له الطبيب من معلومات، أما إذا لم يكن بوسع المريض فهم واستيعاب ما يقوله الطبيب، فهنا يطرح التساؤل حول مع إذا كان بالإمكان إعلام أشخاص آخرين بدلا عنه، ففي هذه الحالة يكون هناك أشخاص تربطهم علاقة قرابة بالمريض يمكن للطبيب أن ينفذ معهم هذا الالتزام بإعلام هؤلاء الأقارب².

ثالثا: نطاق الالتزام بالإعلام:

لقد اجتمعت التشريعات والفقهاء والقضاء على ضرورة إعلام المريض بحالته الصحية، لكنهم اختلفوا في نطاق هذا الالتزام كي يعتبر الطبيب أنه قد وفى بالتزامه بالإعلام. لذلك تثور التساؤلات هل ينحصر التزام بالإعلام على المخاطر المتوقعة؟ وهل يمكن إخفاء بعض المعلومات على المريض مراعاة لحالته النفسية؟

¹ مأمون عبد الكريم: المرجع السابق، ص 163.

² سعيدان أسماء، المرجع السابق، ص 24.

وهل يمكن أن يتوسع نطاق الالتزام بالإعلام ليشمل الأخطار غير المتوقعة؟

1. اقتصار الالتزام بالإعلام على المخاطر المتوقعة:

لقد ذهب القضاء الفرنسي وذلك في كثير من أحكامه إلى أن الطبيب يلتزم بإعلام المريض بالمخاطر المتوقعة عادة *Les risqué prévisibles normalement* فقط دون الأخطار الاستثنائية أو غير المتوقعة لأن إعلام الطبيب بالأخطار السلبية للعمل العلاجي أو التدخل الجراحي يؤثر سلبا على نفسية المريض، وقد يؤدي إلى رفض العلاج أو الجراحة.

أما في الوقت الحالي فقد اختلف الفقه والقضاء في تحديد مدى المخاطر التي يلتزم الطبيب بإعلام المريض بها، حيث ذهب الفقه للقول بأن الطبيب يكفي أن يعطي مريضه فكرة معقولة عن حالته تسمح له باتخاذ القرار الصائب للإقدام على العلاج أو الجراحة دون أن يعلمه بالمخاطر الشاذة التي تترتب على ذلك وهذا لسببين¹:

السبب الأول: أن هناك أخطار يستحيل معرفتها لأن لكل جسم ردود فعل خاصة به اتجاه العلاج، كما أن هذا التكليف سوف يثقل كاهل الطبيب ويشل حركته مما سوف يؤثر على الممارسة الطبية.

السبب الثاني: هو متعلق بمصلحة المريض ذلك لأن إعلام المريض بمخاطر العلاج الاستثنائية سيؤدي إلى إثارة فزعه وقلقه وهاد سوف يؤدي به إلى رفض العلاج الذي يكون ضروريا لشفائه، فلا يمكن للطبيب الذي يشرف على سيدة توشك على وضع حملها أن يخبرها أن نسبة 1000/2 من السيدات الحوامل يمتن أثناء الولادة، إن هذه المبالغة في الإعلام قد تؤدي إلى عكس النتيجة المرجوة من هذا الإعلام وإلى الإضرار بالمريض أكثر من إفادته.

¹ سعيدان أسماء: المرجع السابق، ص 41.

2: إخفاء بعض المعلومات على المريض مراعاة لحالته النفسية:

إذا كان الإفصاح بالنتائج السلبية للمريض قد يؤثر على معنوياته فإن هذا السبب يدفع الطبيب إلى إخفاء بعض المعلومات أو سردها بطريقة عامة لأن قواعد الطب تؤكد ضرورة إقدام المريض على الجراحة وهو مرتاح نفسياً لأن عامل الخوف يجب أن يستبعد قدر الإمكان. نص المشرع على أنه يمكن إخفاء تشخيص مرض خطير على المريض لكن يمكن إخبار أقاربه. حيث نص المشرع الجزائري في المادة 1/51 من مدونة أخلاقيات الطب "يمكن إخفاء تشخيص مرض خطير عن المريض لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب أو جراح الأسنان بكل صدق وإخلاص، غير أن الأسرة يجب إخبارها إلا إذا كان المريض قد منع مسبقاً عملية الإفشاء هذه أو عين الأطراف التي يجب إبلاغها بالأمر". إن التطرق للحالة النفسية للمريض يقودنا إلى التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: المريض شديد القابلية للتأثر في هذه الحالة يكون المريض حساساً إلى درجة كبيرة، وبالتالي فإن إخباره بكل الحقيقة يمكن أن يثير في نفسه الرعب أو يصيبه بصدمة نفسية¹.

الحالة الثانية: المريض الميؤوس من شفائه لقد كان الفقه القديم يؤكد على أن واجب الطبيب بإعلام المريض الميؤوس من شفائه بقرب وفاته هو أمر طبيعي، لكن سرعان ما تخلى عن هذا التصور، حيث أكد على منع إفصاح بحقيقة المرض في هذه الحالة².

لقد ذهب أغلب الأطباء في فرنسا إلى ضرورة إخفاء حقيقة المرض عن المريض بحجة أن أغلب من يصابون بالأمراض الميؤوس من شفائها لا يتقبلون حقيقة قوت وفاتهم.

فرغم إلحاح المرضى على معرفة الحقيقة إلا أن هذا لا يؤدي بالضرورة إلى التزام الطبيب بقولها لهم، لأنهم في حقيقة الأمر يخشون من هذه الحقيقة، وهم أكثر من غيرهم يحتاجون لمن

¹ جبار محجوب علي: دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 1996.
² J. Penneau:op.cit .p 61.

يزرع في أنفسهم الطمأنينة والأمل¹.

3. حالات توسيع نطاق الالتزام بالإعلام:

يقصد في هذه الحالة أن يقوم الطبيب بالإدلاء لمريضه بكم كبير من المعلومات المفصلة والدقيقة حول المخاطر المترتبة عن العمل الطبي الذي سيقوم به، أي أن الإعلام يمتد حتى إلى الأخطار غير المتوقعة والاستثنائية. وهذا النوع من الإعلام يكون في حالات يكون فيها إحاطة المريض علما بكافة ظروفه الصحية أنفع له من مجرد إعلامه بشق منها دون الآخر.

لذلك ماذا يقصد بـ: خطر استثنائي غير متوقع؟

حسب القواعد العامة يمكن اعتبار الخطر غير متوقع إذا كان في لحظة حدوثه لم يكن هناك أي سبب خاص يؤدي بالطبيب إلى الاعتقاد أن هذا الحادث يمكن أن يقع، وهنا لا يقاس بالنظر إلى الشخص المسؤول إذا كان يمكن له أن يتوقع وقوع الخطر، بل بالنظر إلى الشخص العادي الذي يمر بنفس الظروف الخارجية من أجل معرفة ما إذا كان يمكن توقع الخطر من عدمه².

هذا التوسع يظهر بصورة جلية في الأعمال الطبية غير العلاجية على عكس الأعمال الطبية العلاجية التي لا يلتزم فيها الطبيب بإعلام مفصل ودقيق للمريض. يقصد بـ الأعمال الطبية غير العلاجية: تلك الأعمال التي يكون الهدف الرئيسي والمباشر والوحيد منها هو علاج المريض من مرض يعاني منه، وإنما تدخل فيها أغراض أخرى، مثل الحصول على مظهر جمالي في جراحة التجميل، وإجراء تجارب طبية غير علاجية، والإجهاض غير العلاجي.

فقد صدر قرار في 7 أكتوبر 1998 ألغى فكرة إعفاء الطبيب من التزامه بالإعلام عن الأخطار الإستثنائية، حيث أقر أن هذه الأخيرة يمكن الإعلام بها حتى لو كانت جسيمة.

¹ جابر محجوب علي: المرجع السابق، ص 215-216.

² سعيدان أسماء: المرجع السابق، ص 46.

ونظرا للطبيعة الخاصة لجراحة التجميل فقد تشدد القضاء بصدد المسؤولية الطبية في هذا المجال.

وقد عرف المستشار: Pierre Sargo المخاطر الجسيمة بأنها "تلك التي ينتج عنها نتائج مميتة، أو عجزا أو إنعكاسات نفسية، واجتماعية سلبية". والقضية التي تناولها القرار السالف الذكر تتعلق بجراح تجميل قام بعملية جراحية لامرأة تعاني من (Cyphose lombaire) لإرجاع (Un cadre dehartichid) مكانة، وهذه العملية أدت إلى فقد عينها اليسرة، فأكدت محكمة النقض الفرنسية على أن الطبيب في جراحة التجميل يجب أن يفضي للمريض بمعلومات صادقة، واضحة، وملائمة للأخطار الجسيمة، ولا يتحلل من هذا الالتزام باعتبار أن الأخطار الناتجة عن هذه العملية نادرة الحدوث¹.

أما في القضاء الجزائري فإن مجلس قضاء وهران بتاريخ 1996/03/26 قد أقام مسؤولية طبيب تخدير نتيجة استعماله لطريقة تخدير مضادة لآلام الولادة تسمى بـ Périurale التي تنطوي في حقيقة الأمر على مخاطر الإصابة بشلل جزئي مؤقت، وهذا ما حصل فعلا للمريضة التي أصيبت بشلل في أعضائها السفلية، وكان الأساس الذي بسبب عليه الحكم يتعلق بالإخلال بواجب التبصير والإعلام².

الفرع الثالث: الخطأ الطبي في مرحلة الفحص و التشخيص.

سوف أتطرق في هذا الفرع إلى عنصرين أولا الخطأ في مرحلة الفحص، أما ثانيا الخطأ في مرحلة التشخيص.

أولا: الخطأ في مرحلة الفحص.

نبحث في هذا العنوان "الخطأ في مرحلة الفحص" التعريف بالفحص الطبي و بعد ذلك

¹ سعيدان أسماء: المرجع السابق، ص 49.
² صحراوي فريد: المرجع السابق، ص 62

الخطأ أثناء هذه المرحلة.

1. تعريف الفحص الطبي :

الفحص الطبي هو بداية الجهد و العمل الطبي الذين يقوم بهما الطبيب إذ يتمثل في فحص الحالة الصحية للمريض فحصاً ظاهرياً تقديرياً (الحكم السريري)، و ذلك بملاحظة العلامات والظواهر أو الدلائل، كمظهر المريض و جسمه، و قد يستعين الطبيب في الفحص ببعض الآلات و الأجهزة و المعدات الطبية البسيطة مثل السماعطة الطبية، و جهاز قياس الضغط أو خافض اللسان، أو جهاز تخطيط القلب، كما قد يلجأ أحياناً إلى استخدام يده أو أذنه، أو عينه في إجراء عملية الفحص . والهدف من هذا الفحص، هو التحقيق من وجود علامات أو ظواهر أو دلالات معينة تسعفه في وضع التشخيص للداء و العلة التي يشكو منها المريض¹.

2. مراحل الفحص الطبي :

ينقسم الفحص الطبي إلى مرحلتين، يطلق على المرحلة الأولى بـ مرحلة الفحص التمهيدي، أما المرحلة الثانية فيطلق عليها مرحلة الفحص التكميلي .

أ. مرحلة الفحص الطبي التمهيدي :

هي المرحلة التي يستعمل فيها الطبيب يده أو أذنه أو بعض المعدات البسيطة كمقياس الحرارة أو الشوكة الرنانة أو خافض اللسان، تعتبر هذه ضرورية قبل أن يلجأ الطبيب إلى تنفيذ العلاج ، وإن إهمالها يعد خطأ من جانبه يثير مسؤوليته² .

ب :مرحلة الفحص الطبي التكميلي.

هذه المرحلة يقوم فيها الطبيب بإجراء فحوصات دقيقة و عميقة تستخدم فيها أجهزة

¹ أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، ص 242 .

² صحراوي فريد، المرجع السابق، ص 64 .

حديثه و متطورة لبيان حالة المريض و تحديد علته و من أمثلة هذه الفحوصات: التحاليل الطبية والتصوير الشعاعي، تخطيط الدماغ، و تخطيط القلب، المناظر الطبية .

الهدف من هذه المرحلة هو ترجمة الدلائل و الظواهر التي نتجت عن الفحص التمهيدي لكي يستقي منها النتائج المنطقية وذلك وفقا للعمليات العلمية لوضع التشخيص و تحديد نوعه و مركزه بين أنواع الأمراض المتنوعة و المختلفة .

إن القاعدة العامة و المستقرة أن عدم قيام الطبيب بإجراء الفحوص الطبية التمهيديّة أو التكميلية، يشكل إهمالا و بالتالي يفترض خطأ¹. كما أن المشرع الجزائري في المواد 14 و 16 من مدونة أخلاقيات الطبّ في الجزائر نص على إلزامية قيام الطبيب بالفحوص التمهيديّة أو التكميلية اللازمة لوضع التشخيص .

ثانيا: الخطأ الطبي في مرحلة تشخيص المرضى

سوف أحاول التطرق للتعريف التشخيص الطبي ثم إلى الإهمال في مرحلة التشخيص و بعد ذلك إلا فكرة الغلط في التشخيص التي لا يمكن إقامة مسؤولية الطبيب بسبب هذا الغلط .

1. تعريف التشخيص الطبي :

تكمن أهمية التشخيص في أن العلاج لا يوصف إلا بالتشخيص فلو تعرض على الطبيب حالة العقم مثلا يجب عليه أن يقوم بالتشخيص أي معرفة أسباب العقم من أجل وصف العلاج المناسب²، و بعبارة أخرى هو ذلك الجزء من الفن الطبي الذي يهدف إلى تحديد طبيعة المرض و وضعه في الإطار المحدد له، فما هو إلا عملية فكرية تقوم على تحديد الأعراض و ترتيبها ومقارنتها بغيرها من الأعراض من أجل إستنتاج نوع الداء الذي يشكو منه المريض.

¹ أسعد عبد الجميلي، المرجع السابق، ص 243 .

² محمد يوسف ياسين: المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، سنة 2003، ص 26.

حيث تكمن أهمية التشخيص في أن العلاج لا يوصف إلا به حيث يلزم الطبيب الذي تعرض عليه حالة العقم مثلاً أن يقوم بالتشخيص أي معرفة أسباب العقم من أجل وصف العلاج المناسب

إن الخطأ في تشخيص المرض يؤدي إلى الخطأ في علاج المرض أو القيام بإجراء العملية الجراحية وبالتالي إلى إصابة المريض بعلّة أو عاهلة يطول أمدها أو يقصر كما أنه يمكن أن يؤدي إلى إزهاق روح فالطبيب مسؤول عن هذا الخطأ .

2. الإهمال في التشخيص :

يلزم الطبيب بأن يبدي في عنايته و سلوكه نحو المريض جهوداً صادقة يقظة و الخطأ في التشخيص أو الإهمال فيه ينجم عن السلوك السيئ إتخذه الطبيب نحو مريضه، كالإهمال في الرجوع إلى كل الوسائل الخاصة التي تقضي بها الأصول العلمية للطب، أو الحصول على المعلومات الضرورية الكافية عن حالة المريض و التي تساعد في وضع التشخيص .

إن إثبات الخطأ في هذه المرحلة، يغني عن البحث عن خطئه في العلاج، فلو بتر الطبيب يد مريض على أساس أن حالته الصحية تستوجب ذلك ثم تبين بعد تأكيد الخبراء من الأطباء أن عملية التشخيص خاطئة، حيث أن حالة المريض الصحية لا تستوجب إجراء عملية البتر دون الخوض فيما إذا كانت عملية البتر صحيحة أم لا .

بذلك على الطبيب أن يعتن بعملية التشخيص بغية الوصول إلى التشخيص السليم الأقرب إلى الحقيقة و الصواب إلا بعد عن الخطأ و الإهمال، و ذلك من خلال استعمال الوسائل العلمية الحديثة التي اتفق على استخدامها في مثل هذه الأحوال .

كما أن الطبيب يعد مسؤولاً إذا كان الخطأ راجعاً لعدم إستشارته لزملاء له أكثر تخصصاً في المسائل الأولية اللازمة حتى يتبين له طبيعة الحالة المعروضة عليه. و كذلك إذا أصر على رأيه رغم تنبيه من خلال آراء زملاءه لطبيعة خطئه في التشخيص¹.

3. الغلط العلمي في التشخيص.

ينبغي أن نشير إلا أن العلوم الطبية لم تبلغ حداً لكمال بعد و لا يزال هناك العديد من النظريات الطبية محل خلاف بين العلماء فإذا رجح الطبيب رأياً على آخر و أخطأ في التشخيص نتيجة لتشابه الأعراض فإنه يبقى في مأمن من المسؤولية، لأن القضاء لا يمكنه أن يرجح رأياً علمياً على آخر أو طريقة في التشخيص دون أخرى، طالما كانت لتلك الآراء مؤيدوها².

ففي هذه المسألة قضت محكمة ليون الفرنسية بتاريخ 1981/12/01 بأن الغلط في التشخيص لا يعد بذاته خطأً مديناً موجباً للمسؤولية³، و قد كان الأستاذ الدكتور برورديل يقول لتلاميذه في دروس الطب "كثيراً ما وقعت في غلط، و لكن ليس لأحد أن يوجه إلينا أي لوم ما دمنا قد توخينا الدقة في كشفنا و فحصنا الأعراض و السوابق قبل إجراء التشخيص، فإذا ظهر فساد تشخيصنا مع إتخاذنا من الإحتياط لعدم الوقوع في الغلط فليس لأحد أن يحاسبنا و يجب ألا تنسى أن أكبر العلماء لم يسلموا من الغلط"⁴. لذلك الطبيب لا يكون مندهشاً عندما يجد غلطاً في التشخيص الذي قام به زميل له و بذلك نرى الخبراء من الأطباء يحاولون عند تقديم تقاريرهم دفع المسؤولية عن زملائهم الأطباء الذين وقعوا في غلط في تشخيص مرض المريض،

و يحاولون تلمس المبررات و خلق الحجج والأعذار لهم فيما وقعوا من غلط .

¹ محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 52.

² علي عصام غصن: الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الثانية، 2010، ص 24.

³ صحراوي فريد: المرجع السابق، ص 68 .

⁴ أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، ص 247 .

المطلب الثاني: الخطأ الطبي في مرحلة العلاج.

بعد مرحلة الفحص و التشخيص تأتي مرحلة تحديد العلاج المناسب لحالة المريض قصد الوصول إلى تحقيق الشفاء، و على الأقل الحدّ من الآلام و تخفيفها و على هذا الأساس قسمت هذا المطلب إلى ثلاثة فروع حيث أعالج في الفرع الأول التعريف بمرحلة العلاج، أما في الفرع الثاني الخطأ في إختيار العلاج في حين أتطرق في الفرع الثالث الخطأ في تنفيذ العلاج.

الفرع الأول: التعريف بالعلاج.

العلاج هو الوسيلة التي يختارها الطبيب و التي تؤدي إلى الشفاء من المرضي أو الحد من أخطاره أو التخفيض من ألامه الناتجة عنه سواءا بتسكينها أو بالقضاء عليها. وقد عرفه القضاء عن طريق ما جاء في حكم محكمة باريس بأنه كل إجراء آيا كان يؤدي إلى الشفاء من المرض أو التخفيف الحالة المريضة¹.

من خلال هذين التعريفين يتضح أن الهدف من العلاج هو تحقيق شفاء المريض أو تخفيف آلامه و الحدّ منها بالإضافة إلى منع تفاقمه خاصة بالنسبة للأمراض المستعصية مثل مرض السيدا أو السرطان، حيث لا يستطيع الطبيب في هذه الحالات من شفاء المريض و إنما يعمل على تخفيف آلام المريض كما أنه يسعى جاهدا من أجل الحد من تفاقمه.

الفرع الثاني: الخطأ في اختيار العلاج.

إن الطبيب حر في طريقة العلاج التي يراها مناسبة تتلاءم مع الحالة الصحية للمريض و هذا ما نصت عليه المادة 11 من مدونة أخلاقيات الطب "يكون الطبيب و جراح الأسنان حرين في تقديم الوصفة مع نجاعة العلاج و دون إهمال واجب المساعدة المعنوية". وعلى هذا

¹ نصر الدين مروك: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و المقارن و الشريعة الإسلامية أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه دولة في القانون الجنائي و العلوم الجنائية، الجزائر ، 1997، ص 295

الأساس قضت محكمة باريس بتاريخ 13/04/1964 بأن إختيار أسلوب العلاج متروك لفتنة الطبيب المعالج¹.

كما أن محكمة مصر الابتدائية قد قضت بتاريخ 03/10/1944 "إختار الطبيب لطريقة علاج دون الأخرى، لا يمكن أن يؤدي إلى مسؤولية على طريقة العلاج التي إتبعها ما دامت هذه الطريقة صحيحة علميا، و متبعة فعلا في علاج المرضى، و مسؤولية الطبيب عن خطأ في العلاج لا تقوم بصفة مطلقة على نوع العلاج الذي إختاره، إلا إذا أثبت أنه في إختياره العلاج أظهر جهلا بأصول العلم و الفن الطبي"².

حرية إختيار العلاج لا ينبغي أن تتجاوز الحدود التي تفرضها القواعد العامة للحذر واليقظة، فالعلاج الذي يقع عليه إختيار الطبيب أو الجراح يتعين أن يكون مقبولا في نطاق العلوم الطبية، فإذا ما أراد الطبيب إتباع طريقة جديدة في إجراء العملية أو إستخدام دواء جديد الصنع لا يزال إستعماله محلا للأخذ و الرد بين علماء و الأطباء فإنه يتعين عليه أن يخطر المريض بما قد ينطوي عليه إستعمال هذا الدواء من مضاعفات أو أعراض جانبية، و على هذا الأساس قضية محكمة مونيخ "أنه لا يكفي لإعفاء الطبيب من المسؤولية أن يكون عمله متفقا مع العرف الطبي أو مع رأي طبي لا يزال محلا للجدال و المناقشة إذ يعتبر الطبيب الذي يعالج المريض في هذه الحالة مخطئا خطأ واضحا يستوجب مسؤوليته إذا هو أهمل في إستعمال المسار في عملية توسيع بلعوم شخص أصيب بحريق فنتج عن هذا الإهمال ضيق بلعوم المريض أخذ يعاني منه طيلة حياته، إذ لا يمكن أن يعتبر هذا النوع من أنواع العلاج متفقا مع المعطيات و المعلومات الطبية في علم الطب"³.

¹ صحراوي فريد: المرجع السابق، ص 75.

² محمد سامي: الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دار النهضة العربية، 1993، ص 39.

³ أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، ص 237.

الفرع الثالث: الخطأ في تنفيذ العلاج

يمكن للطبيب عند تنفيذه للعلاج أما اختيار العلاج غير الجراحي، أو علاج جراحي لذلك سوف أقسم هذا الفرع إلى الخطأ في تنفيذ العلاج غير الجراحي والخطأ في تنفيذ العلاج الجراحي.

أولاً: الخطأ في تنفيذ العلاج غير الجراحي

إن للأخطاء الواقعة أثناء مباشرة الطبيب العلاج غير جراحي للمريض صوراً عديدة لا تكاد تقع تحت الحصر، لذلك أحاول التطرق لبعض الأمثلة عن هذه الأخطاء.

1. استعمال الأشعة :

تعد الأشعة من بين الاكتشافات العلمية الهامة التي تلعب دوراً هاماً في المجال الطبي قصد التعرف على الأمراض و علاجها، لكن نظراً لما تنطوي عليه من خطر، فإنه يجب استخدامها بمنتهى الحيطه و الحذر ، فإذا حصل للمريض قرحة نتيجة إهمال الطبيب في إتخاذ الإحتياطات اللازمة لتجنب هذا الخطر أو تجاوز المدة اللازمة لأخذ الصورة كان مسؤولاً¹.

2. أخطاء نقل الدم :

إنّ للشخص الذي ينقل الدمّ إليه كل الحق في أن يلتزم الطبيب بضمان سلامته من كل أذى قد يسببها له الدمّ سواء كان ذلك يسبب فساد الدمّ المعطى للمريض أو بسبب عدم موافقته لفصلية دم المريض². فإذا قرر الطّبيب احتياج المريض إلى نقل الدمّ و مدد كمّيّة الدمّ التي يحتاج إليها فإن مسؤوليته تقوم إذا أصيب المريض بأي ضرر نتيجة نقل الدمّ .

¹ محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 56 .

² محمد جلال حسن الأتروشي:المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدمّ، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2008، ص 133 .

إن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب هو التزام بتحقيق نتيجة ومحل هذا الالتزام هو تقديم دم مناسب و سليم من الأمراض لأن المريض لا يمكن أن يطالب من الطبيب بشفاؤه نتيجة نقل الدّم و لكنّه يقتضي منه فقط ألا يعرضه إلى مرض جديد يضاف إلى المريض الذي يعالجه . حيث قضت محكمة استئناف باريس في 28 نوفمبر 1991 في واقعة التي صدر بمناسبتها هذا الحكم في قيام أحد الأطباء بنقل الدّم إلى سيدة عقب ولادة قيصرية و قد أصيبت هذه السيّدة بعدوى فيروس الإيدز بسبب هذا الدّم الذي ثبت أنه ملوث بفيروس الإيدز حيث اعتبرت المحكمة أن الطبيب الجراح مسؤول على أساس أنه ملتزم في مواجهة المريض بالالتزام بنتيجة محله تقديم دم ذي مواصفات طبيّة سليمة¹ و غالبا ما يلجأ الطبيب المعالج إلى مركز متخصص يطلق عليه مركز نقل الدّم و بمقتضى عقد مع ذلك المركز الملزم بتقديم دم سليم خال من الجراثيم .

إنّ العلاقة بين مركز نقل الدّم و المريض المنقول إليه الدّم تقوم على أساس الاشتراط لمصلحة الغير²، و يعتبر المركز ملتزما بالالتزام بنتيجة في مواجهة الطبيب و المريض، و يعد المركز مخطئا إذا تخلفت نتيجة الالتزام. ففي هذه الحالة تكون هناك علاقتان، العلاقة الأولى بين المريض و الطبيب و العلاقة الثائيّة بين الطبيب و مركز نقل الدّم³.

ففي العلاقة الأولى: للمريض أن يقيم المسؤولية عن الدّم الملوّث على طبيبه المعالج، وذلك لأنّ الطبيب هو الملزم بأن ينقل للمريض دما يتفق مع فصيلته و حاليا من التلوّث .

أمّا العلاقة الثائيّة: فإن المريض لا يستطيع أن يرجع مباشرة على مركز نقل الدّم و ذلك لانتقاء العلاقة التعاقد بينهما، و لكن هذا لا يمنع أن يرجع المريض على مركز نقل الدّم طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية .

¹ محمد جلال حسن الأتروشي: المرجع السابق، ص 117 .

² المواد 116-117-118 ق م.

³ محمد جلال حسن الأتروشي: المرجع السابق، ص 142 .

كما أن محكمة النقض الفرنسية في ديسمبر 1954 أجازت للمريض الرجوع مباشرة على مركز نقل الدم الذي قدم إليه دما ملوثا بجرثومة مرض انتقل إليه بالدعوى العقديّة على أساس الاشتراط لمصلحة الغير¹. كما أكدت ذلك محكمة النقض الفرنسية بنفس الأساس أي الاشتراط لمصلحة الغير في تاريخ 1999/11/14 حيث قضت بأن العقد المبرم هو عقد توريد الدم².

ثانياً: الخطأ في تنفيذ العلاج الجرحي.

سوف أعالج ضمن هذا العنوان "الخطأ في تنفيذ العلاج الجراحي" إلى تعريف العمل الجراحي، ثم إلى الخطأ الطبي في مرحلة إعداد العملية الجراحية، و بعد ذلك إلى الخطأ الطبي في مرحلة تنفيذ العملية الجراحية .

1. تعريف العلاج الجراحي :

تعرف الجراحة لغة: فهي مأخوذة من الجرح، يقال جرحه جرحا إذا أثر فيه بالسلاح. كما تستعمل كلمة الجرح بمعنى الكسب، فيقال جرح الشيء و إجترحه أي كسبه ويقال فلان جرح أهله بمعنى كاسبهم³.

وكما قال الله تعالى في كتابه العزيز⁴ بعد بسم الله الرحمن الرحيم:

"و هو الذي يتوفاكم بالليل و يعلم ما جرحتم بالنهار". صدق الله العظيم

أي ما كسبتم بجوارحكم من خير أو شر⁵.

¹ محمد حسن منصور: المرجع السابق، ص 48 .

² محمد جلال حسن الأتروشي: المرجع السابق، ص143.

³ علي بن هادية، الجيلاني بن الحاج يحي: القاموس الجديد، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، الطبعة السابعة، 1991 ص249

⁴ الآية 60 من سورة الأنعام.

⁵ أبي بكر الجزائري: أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير دار راسم، مجلد 1، جدة، الطبعة الثانية، 198، ص615

يستعمل بمعنى العيب، فيقال جرحه بلسانه جرحاً أي عابَهُ و أنقصه، و منها جرح الشاهد أي إظهار ما يعيب و ينقص شهادته .

يعرف العمل الجراحي اصطلاحاً بأنه "إجراء حرامي بقصد إصلاح عاهة أو ريق تمزق أو عصب، أو يقصد إفراغ صديد أو سائل مرضي آخر، و لاستعمال عضو مريض أو شاذ". وانطلاقاً من هذا التعريف الإصطلاحي فإن العمل الجراحي يهدف إلى إصلاح عاهة وهي الآفة التي تصيب موضعاً من جسد الإنسان أو رتق تمزق بمعنى ضم ما تفرق من العضو المصاب بجروح.

2. الخطأ الطبي في مرحلة إعداد العملية الجراحية :

يتوجب على الطبيب الجراح قبل إجراء العملية الجراحية القيام بالفحص المبدئي الشامل وفقاً

للمعطيات العلمية الحديثة (تحاليل طبية، تصوير بالأشعة، قياس الضغط... الخ)، لا يقتصر الفحص على الموضع أو العضو الذي سيكون محلاً للعملية بل على العامة للمريض و مدى ما يمكن أن يترتب من نتائج على التدخل الجراحي¹.

3. الخطأ الطبي في مرحلة تنفيذ العملية الجراحية :

إن مرحلة تنفيذ العملية الجراحية تكتسي خطورة بالغة على المريض إن لم يراع في مباشرتها الأصول و القواعد الفنية المستقر عليها طبيًا، فعلى الطبيب الجراح أن يأخذ كل احتياطاته لاجتناب أكبر قدر من مخاطر أثناء العمل الجراحي، كأن يتأكد من خلو بطن المريض من الطعام لما لذلك من خطورة قد تؤدي إلى الوفاة .

¹ محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 37 .

انطلاقاً من الحالات العملية الواقعية، و التي أثرت بشأها مسؤولية الطبيب الجراح أثناء مباشرة الفعل الجراحي فإنها كانت في غالبها متعلقة بالمسائل التالية: إغفال بعض الأجسام الغريبة في داخل جسم الإنسان .

أ. إغفال بعض الأجسام الغريبة في داخل جسم الإنسان :

إنّ مسألة نسيان الطّبيب الجراح أثناء مباشرة الفعل الجراحي أو أدوات صغيرة بمناسبة استعمالها في أداء الفعل الجراحي داخل جسم المريض تبدو للوهلة الأولى أمراً موجبا لمسؤولية الطبيب و إهمالا أكيدا وخطأ ثابتا في الرّجل العادي، غير أنّ الأمر هو خلاف ذلك إذ لا يمكن تعميمه على كلّ الحالات الجراحية وهو ما أكّد القضاء الفرنسي¹ .

حيث اعتبر أن الأصل في ترك قطعة الشاش في جسم المريض أثناء عملية جراحية يعتبر خطأ من جانب الجراح الذي له من يساعده إلا أن هناك استثناء، حيث أن هناك بعض العمليات لها من الخطورة ما يوجب إجراءها بمنتهى السرعة إذ لكل دقيقة قيمتها فيكون مثل ذلك النسيان مجرد حادث مفاجئ لا يسأل عنه الطبيب² .

أما القضاء الجزائري فقد اعتبر نسيان أشياء في جسم المريض أثناء العمل الجراحي من الأخطاء الثابتة الموجبة للمسؤولية، حيث قضت محكمة باتنة في مارس 2001 بمسؤولية الطبيب الجراح وإدانته بـ 6 أشهر حبس مع وقف التنفيذ مع تحميله المسؤولية كما حكمت عليه بتعويض أهل الضحية بمبلغ 60 مليون سنتيم نتيجة إهماله الذي أذى إلى وفاتها، وتخلص وقائع القضية في أن طبيب جراح أجرى عملية جراحية في شهر أبريل سنة 1999 لأم في الخمسين من عمرها لإستئصال ورم من رحمها و بعد الإنتهاء من العملية بقيت المرأة تعاني من آلام حادة، وبعد عرضها على الأشعة، ثبت أن جسما غريبا موجودا في بطنها يتعلق الأمر بمنشفة أدى إلى إتلاف جزء كبير من الأمعاء الغليظة فقرر الطبيب المخطئ إجراء عملية

¹ حروزي عز الدين: المرجع السابق، ص 140 .

² حكم محكمة بيزانسون في 1932/07/11 أشار إليه حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص 141 .

جراحية ثانية للأمعاء الغليظة، غير أنه لم يستطع فعل شيء، كونه مختصاً في أمراض النساء و بعد أن نقلت المريضة إلى المستشفى الجامعي ، فارقت الحياة بعد أن صارت الموت لمدة 5 أيام¹ .

ب. أخطاء استعمال الآلات في تنفيذ العمل الجراحي :

إنّ التطور العلمي السريع الذي عرفته الصناعة و التكنولوجيا في ميدان الطبّ نتج عنه تسهيلات كثيرة في أداء و تقديم الأعمال العلاجيّة للمرضى بفضل استعمال الآلات الجديدة والمتطورة، إلا أنه بمقابل هذه القواعد و المزايا التي تنتج عن هذا التطور، فإن هذه الآلات تسبب أضراراً بالغة للمرضى، فما مدى مسؤولية الطبيب الأخصائي في الجراحة عن ذلك الاستعمال ؟

لقد ثار جدل كبير بشأن ذلك، فقد ذهب البعض إلى اعتبار المسؤولية عن هذه الوسائل تخضع الأحكام المسؤولية العامة حيث يقع على عاتق المريض المتضرر عبء إثبات الخطأ من جانب الطبيب، أمّا الاتجاه الثاني فقد رأى أنّ الطبيب ملزم بسلامة المريض من الأضرار الخارجيّة عن المرض و لا صلة لها به وهو التزام بتحقيق نتيجة و لا تنتفي مسؤولية الطبيب إلا بإثبات الحادث المفاجئ أو القوّة الظاهرة.

المطلب الثالث: الخطأ في مرحلة المتابعة و المراقبة البعدية للعملية

الجراحية

إن التزامات الطبيب الأخصائي الجراحة و التزاماته تجاه مريضه الذي يباشر عليه الجراحي لا تنتهي بمجرد انتهائه من الفعل الجراحي بل تستمر إلى ما بعد الفعل الجراحي بمتابعة المريض ومراقبة تطورات و مضاعفات ذلك التدخل الجراحي، و التأكد من إفاقة المريض من الغيبوبة وبعودة الوعي إليه فهذا الالتزام الأخير يقع على عاتق الطبيب أخصائي التخدير باعتبار

¹ صحراوي فريد: المرجع السابق، ص 87 .

أنه هو الذي تولى عملية التخدير من أجل توضيح فكرة الخطأ في مرحلة المتابعة و المراقبة البعدية للعملية الجراحية قسمت هذا المطلب إلى فرعين حيث تطرقت في الفرع الأول إلى حالة الغياب الكلي للمتابعة و المراقبة البعدية للفعل الجراحي، أما الفرع الثاني يتضمن فكرة تفويض مهام المراقبة والمتابعة البعدية للعملية الجراحية إلى أشخاص غير مؤهلين .

الفرع الأول: الغياب الكلي للمتابعة و المراقبة البعدية للفعل الجراحي

قد يوضع المريض بعد العملية الجراحية تحت الرقابة الطبية، أو يسمح له بمغادرة المستشفى أو العيادة دون أية تعليمات و زيارات ميدانية مما يترتب على ذلك مضاعفات خطيرة تؤدي إلى أضرار جسيمة قد تصل إلى حد الوفاة .

قد ذهب القضاء الفرنسي إلى أن غياب هذا النوع من الرقابة يؤكد على توافر الرابطة السببية من بين خطأ الطبيب الجراح بإهماله المتابعة البعدية و الضرر الناتج . ذلك من خلال وقائع قضية الطفل الذي أجريت عليه عملية جراحية على مستوى الحنجرة ليسلم إلى والدته بعد ساعتين من العملية و التي انتقلت به إلى المنزل بعد أن أعلنت كتابيا أنه في حالة إرتفاع درجة حرارة الولد أو ظهور بقع الدم أو شعوره بآلام أنها لا تقلق وهذا شيء طبيعي، و هذا ما التزمت به الأم عند ظهور هذه الأعراض على طفلها، إلا أن الطفل لقي حتفه فوق ذراعيها مساء ذلك اليوم، ليؤكد الخبراء أن الخطأ يتمثل في عدم وجود المراقبة البعدية للعملية الجراحية، و قضي بمسؤولية الطبيب الجراح¹ .

¹ حروزي عز الدين: المرجع السابق، ص 182 .

الفرع الثاني: تفويض مهام المراقبة و المتابعة البعدية للعملية الجراحية إلى أشخاص غير مؤهلين

لقد استقر القضاء الفرنسي على إبراز الرابطة السببية بين الإهمال في المتابعة و المراقبة البعدية للعملية الجراحية من طرف الطبيين أخصائي الجراحة و التخدير بتكليفهما لأشخاص من غير مؤهلين لذلك و بين ما ينتج من ضرر بسبب ذلك للمريض فقد قامت مسؤولية الطبيب الجراح و نظيره المخدر¹ عن وفاة الطفل المريض بعد العملية الجراحية التي أجريت على مستوى رجله نتيجة إصابته في حادث مرور، حيث وضع تحت التخدير العام و بعد العملية الجراحية تم نقله إلى غرفة المراقبة و عهد إلى ممرضة كانت لها مهام أخرى مع باقي المرضى بمراقبته، و قد كانت تزوره بين الفينة و الأخرى، و بعد ساعات من العملية الجراحية لاحظت أن التنفس لديه قد توقف لتخبر الطبيب أخصائي التخدير الذي سارع إلى نجدته دون جدوى نتيجة وفاته بعد توقف القلب و التنفس، لتقرر محكمة "فارساي" بوجود الرابطة السببية بين الوفاة و تفويض المتابعة والمراقبة لشخص غير مؤهل لذلك².

¹ حروزي عز الدين: المرجع السابق، ص 183 .

¹ أشار إلى حكم محكمة فارساي الصادر بتاريخ 11-12-1970 ، حروزي عز الدين و جاء فيه ما يلي :

"Ce default de surveillance de l'anesthésiste constitue a son encounter une faut pénale qui et en relation de cause a effet avec la mort de L'Enfant " .

الفصل الثاني:

إثبات الخطأ الطبي وتطبيق مبدأ
الحيطة في مجال المسؤولية الطبية

الفصل الثاني: إثبات الخطأ الطبي وتطبيق مبدأ الحيطة في مجال

المسؤولية الطبية

قد قمت بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين اثنين ففي المبحث الأول تعرضت فيه لإثبات الخطأ الطبي حيث قمت بتحديد المقصود بالمدعي في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فقد عالجته فيه كيفية إثبات الأخطاء الطبية ذات الطبيعة الإنسانية في حين خصصت المطلب الثالث لإثبات الأخطاء ذات الطبيعة الفنية.

أما المبحث الثاني فقد تطرقت فيه لمبدأ الحيطة وأساس المسؤولية الطبية في ظله، ولأن لتطبيق مبدأ الحيطة يجب توافر شروط معينة لذلك تعرضت لهذه الشروط في المطلب الأول من هذا المبحث، حيث يمكن حصر هذه الشروط في غياب اليقين العلمي فمع ظهور العلوم الجديدة المعقدة برز عدم اليقين حول نتائجها فأصبح من الضروري الأخذ بعين الاعتبار الريب حول حدوث الضرر نتيجة للأخطار، إلى أن الفقه قسم الأخطار إلى ثلاثة أنواع فهناك الأخطار المعروفة والتي تخضع لمبدأ الوقاية وبعدها هناك أخطار ثانوية وهي الأخطار التي من المفترض احتمال وقوعها من طرف الجماعة و أخيراً هناك أخطار غير متوقعة من اختصاص مبدأ الحيطة، كما أن أغلب النصوص التي تعرف مبدأ الحيطة تشترط تكييف الضرر بدرجة من معينة من الخطورة من أجل عدم اعتبار المبدأ معرقل لأي نشاط، في حين تطرقت في المطلب الثاني إلى توسيع المسؤولية الخطئية من طرف مبدأ الحيطة من خلال توسيعه لمفهوم الخطأ وكذا افتراضه للخطأ، أما في المطلب الثالث فقد تطرقت فيه للمسؤولية الموضوعية في المجال الطبي وذلك من خلال عدوى المستشفيات و المنتجات الطبية المعيبة وهذا لما يشكله هذين الموضوعين من أخطار غير متوقعة في كثير من الأحيان على صحة المريض.

المبحث الأول: إثبات الخطأ الطبي

معرفة الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات لها أهمية كبيرة خاصة من الناحية العملية، وبعبارة أخرى الوصول إلى تحديد الطرف الذي يلزم قبل الطرف الآخر بتقديم الدليل على صحة ما يدعيه، وفي ذلك أهمية بالغة أيضا لما في تعيين الخصم الذي يقع عليه هذا العبء من أثر في سير الدعوى ونتيجتها، لأنه يلقي على هذا الخصم عبء حيث ثقيلًا يكلفه أمرا إيجابيا تتوقف عليه الدعوى، بينما يكفي خصمه أن يتخذ موقفا سلبيا، لذلك قمت بتخصيص المطلب الأول من أجل تحديد المقصود بالمدعي، وبعد ذلك قمت بتوضيح كيفية إثبات الخطأ الطبي بعبءه سواء الخطأ الطبي الإنساني الذي لازال المريض هو المكلف بإثبات رضاه بالتدخل الطبي هذا من جهة، في حين خفف عليه القضاء الفرنسي مشقت الإثبات فيما يتعلق بالالتزام بالإعلام وألقى هذا العبء على الطبيب المدعى عليه وبعد ذلك سايره في هذا الاتجاه المشرع الفرنسي الذي ألزم كل مهني يكون على عاتقه التزام بالإعلام بأن يثبت بأنه نفذ التزامه، أما الخطأ الطبي الفني الذي يتعلق بالطب كتقنية وفن فإن دور القاضي مهم في إثباته بالرغم من استعانتة بالخبرة إلا أن المدعي تواجهه صعوبات في الإثبات، حيث أن الواقعة محل الإثبات سلبية هذا من ناحية وتحمله مخاطر الإثبات من ناحية أخرى.

المطلب الأول: تحديد المقصود بالمدعي

لاشك أن للخصوم وبالذات المدعي أهم دور في الإثبات إذ يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه ومع أن الإجماع منعقد على أن عبء الإثبات يتحمله المدعي إلا أن الأمر ليس بهذه السهولة إذ يصعب في كثير من الأحوال تمييز المدعي من المدعى عليه وبالتالي تعيين من يكلف بإقامة الدليل ومن ثم كان لزاماً تحديد المقصود بالمدعي فهل هو الذي يرفع الدعوى أم هو الذي يدلي بإدعاء أمام القاضي سواء كان مدعياً في الأصل أو انتقل من مركز المدعي إلى المدعى عليه لقيامه بإدعاء جديد في دفعه لمزاعم خصمه.

الواقع أن الفقه بذل جهداً جهيداً في سبيل إزالة مثل هذا اللبس والغموض الذي يكتنف التمييز بين طرفي الدعوى خاصة في قانون المرافعات¹.

إذ أن لا شك أن لفظ المدعي ينصرف في إصطلاح القانون الإجراءات إلى القائم بالدعوى أي الذي سجل الدعوى وسوف يعلن عن البدء في الخصومة بتكليف خصمه للحضور أمام القضاء، فقانون الإجراءات يعول كثيراً في التمييز بين المدعي و المدعى عليه على من يلجأ بدءاً إلى القضاء ليرفع دعوى إذ يعتبره هو المدعي في حين يعتبر الآخر مدعى عليه². هكذا فإن المدعي بحسبه هو من يرفع الدعوى و يكلف خصمه بالحضور أمام القضاء أو هو من يبدأ بإجراءات رفع الدعوى أو هو من ينادى عليه أولاً في جلسات القضاء المدني والإداري بخلاف القضاء الجزائي أين ينادى على المتهم أولاً، وتبعاً لذلك فهو من يدعي والتالي هو من يقع عليه إثبات ما يدعيه، بحيث يضطلع بدور إيجابي في الدعوى، بخلاف موقف خصمه المدعى عليه الذي يبقى سلبياً إلى حد ما.

إن المعيار المأخوذ به في قانون الإجراءات يبقى معياراً شكلياً غير حاسم، و يحتاج إلى

¹ يفضل المشرع الجزائري مصطلح قانون الإجراءات

² محمد فتح الله النشاز: أحكام و قواعد عبء الإثبات في الفقه الإسلامي وقانون الإثبات، دار الجامعة الجديدة للنشر،

سنة 2000، ص105

كثير من الضبط الموضوعي، إذ ليس من الضروري أن يقتصر وصف المدعي على من بادر برفع الدعوى فقط، ذلك أن المدعى عليه و إن كان دوره أو موقفه سلبيا، إلا أن ذلك سوف يفتح المجال أمامه هو بدوره لكي يرد عن ذلك، فإن هو سلم بإدعاء خصمه حكم له بذلك أما إن هو نازعه وحاول تفنيده ما أدلى عليه، من منطلق حقه في إبداء دفاعه ودفعاته، أصبح بدوره مدعي الدفع، وتحوّل خصمه من مدعي في الدعوى إلى مدعى عليه في الدفع، كأن يقدم المدعى عليه دليلا على أن ذمته قد برأت من الإلتزام الملقى على عاتقه و المدعى به، فقد جاء عن محكمة النقض المصرية في 1967/03/27 "من المقرر أن على صاحب الدفع إثبات دفعه" وفي قرار آخر بتاريخ 1989/12/12 "صاحب الدفع أو الدفاع هو المكلف بإثباته"¹.

بالتالي فإن وصف المدعي يمكن أن ينتقل بين طرفي الدعوى، و يقع على من ينطبق عليه هذا الوصف إثبات ما يدعيه، الأمر الذي يدعو إلى الحرص على التفرقة بين المدعي أصلا في الدعوى، والمدعي عرضا، فالعبرة إذا هي بمن إدعى شيئا في أي مرحلة من مراحل الدعوى لا بالمدعي الأصلي فيها²، و هكذا ينتقل عبء الإثبات بينهما تبعا لإنتقال وصف المدعي بينهما أيضا، إلى أن يعجز أحدهما عن إثبات ما يدعيه فيحكم في الدعوى لصالح خصمه، و عليه كانت القاعدة المستقر عليها أن من يتحمل عبء الإثبات هو المدعي في الإثبات هو المدعي في الدعوى و المدعى عليه في الدفع، فكلاهما مدعي في دعواه، و بعبارة أخرى يكون المدعي هو كل من يقوم بإدعاء أمام القضاء في أية مرحلة من مراحل الدعوى فيتعين عليه إثباته³.

لنا أن نتساءل عن القاعدة العامة التي تطبق على الإلتزامات وغيرها من الحقوق والمراكز و قد جرى التعبير عنها بأن البينة على من إدعى، أي أن عبء الإثبات يقع على المدعي، وهي قاعدة تبدو بديهية و مقبولة، لأن من يدعي أمرا و يريد الحكم به في مواجهة خصمه، عليه أن يثبت ما يدعيه، و قد عبر الرومان عن ذلك بأن كل مركز مكتسب يستحق الحماية، و أن

¹ سعيد احمد شعلة: قضاء النقض في الإثبات، منشأة المعارف الإسكندرية، 1998، ص50.

² محمد فتح الله النشاز: المرجع السابق ص 105

³ أحمد نشأت: رسالة الإثبات، الجزء الأول، الطبعة السابعة، دار الفكر العربي، 2008، ص70

على من يريد تغيير الظاهر أن يثبت ما يدعيه¹.

قد عبرت محكمة النقض المصرية عن ذات الفكرة بمقتضى قرارها بتاريخ 1981/06/04 "المدعي ملزم بإقامة الدليل على ما يدعيه، سواء كان مدعياً أصلاً في الدعوى أم مدعياً عرضاً وإذا كانت الطاعنة المدعى عليها في الدعوى، إلا أنها تعتبر في منزلة المدعي بالنسبة للدفاع المبدي منها"².

في نفس المعنى جاء أيضاً عن المحكمة العليا الليبية بتاريخ 1972 بأنه "وإن كانت القاعدة أن المدعي هو المكلف بالإثبات، إلا أن المدعى عليه إذا لم يقتصر دوره على الإنكار بل تعداه إلى دفع دعوى المدعي بأحد الدفع، فإنه يصير في هذه الحالة مدعياً هو أيضاً و عليه إقامة الدليل على ما يدعيه، لأن الذي يقع عليه عبء الإثبات من الخصوم لا يتوقف على كونه مدعي أو مدعى عليه في الدعوى بل طبيعة مزاعمه، فإن دفع الدعوى بدفع، فعليه إثباته، وكذلك إذا زعم مزاعم أخرى معينة فعليه إثباتها"³.

فليس المقصود بالمدعي كما سبق القول رافع الدعوى وكما يتبادر إلى الذهن و لا الدائن فقط هذا ما يستفاد من نص المادة 323 ق م⁴ حيث ينصرف مصطلح المدعي إلى كل خصم يدعى على خصمه أمراً ما، فالمدعى عليه في الدعوى إذا أبدى دفعا معيناً يصبح بدوره مدعياً به، ومن ثم يقع عليه عبء إثباته طبقاً لقاعدة أن "صاحب الدفع مدع"، و يبدو من هنا كيف يمكن أن ينتقل عبء الإثبات من خصم إلى خصم آخر، فتبدأ صعوبة تعيين من يقع عليه عبء الإثبات عملياً.

تجدر الإشارة أن الفقه الإسلامي و بغية ذلك، جاء في كتاب المعين الحكام " إعلم أن عمل القضاء يدور على معرفة المدعي من المدعى عليه، لأنه أصل المشكل... و المدعي من إذا

¹ سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة في الإثبات، دار المطبوعات الجامعية، 1997، ص73.

² سعيد أحمد شعلة: المرجع السابق، ص44.

³ سعد سالم عبد الكريم العسيلي: المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، ط1، منشورات جامعة دار قار بونس بن غازي، 1994، ص89.

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

ترك الدعوى يترك، يعني تنقطع الخصومة بتركه، و المدعى عليه من إذا ترك الدعوى لم يترك أو أن المدعي من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها، و المدعى عليه من إذا تركها يجبر عليها"¹.
كما جاء أيضا عن الدكتور عبد السلام ذهني " أن المكلف بالإثبات لا من يرفع الدعوى، وإنما هو من يود إثبات أمر خفي يريد به إزالة أمر جلي"²

لم تتوقف محاولت فقه القانون عن إيجاد معيار عام يمكن من خلاله تحديد المدعي الذي يقع عليه عبء الإثبات، و قد كان ثمرة إجتهدات فقهاء³ القانون في سبيل وضع معايير يهتدي بها القاضي و هو يميز بين المدعي و المدعى عليه، تقرير مبدأ عام مقتضاه أن البيئة على من ادعى خلاف الظاهر، ثم فسروا الظاهر ثلاث أنواع، ظاهرا أصلا و ظاهرا عرضا و ظاهرا فرضا فالأول ما كان ظاهرا بحسب الأصل، أي بحسب طبيعة الأشياء، و الثاني ما ظهر دليلا أقيم عليه خلافا للأصل، و الثالث ما افترض المشرع ظهوره، أي ما يعتبر ظاهرا بناء على قرينة قانونية.

وراح الفقه الفرنسي من جانبه في سبيل شرحه المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي يرى أن هذا النص استند إلى اعتبارات الملائمة أو الاستحسان، فالأوضاع المكتسبة تعتبر مطابقة للقانون، و بحكم أن الأفراد أحرار في مجابهة بعضهم البعض بالأدلة، فإن تكليف من يدعي خلاف هذه الأوضاع القائمة بعبء إثبات ما يدعيه، يعتبر عن حق أداة لحفظ النظام واستقرار المعاملات في المجتمع، و استرسل الفقه الفرنسي في تفسيره المادة 1315 المذكورة، أنها تطبيق لفكرة عامة مفادها إن عبء الإثبات يقع على عاتق من يتمسك بواقعة تخالف الوضع العادي و الغالب أو المؤلف للأمور، و يصبح المبدأ الذي من خلاله يمكن حل جملة ما يعرض من حالات واقعية أن من يقع على عاتقه عبء الإثبات هو من يدعي خلاف الظاهر⁴

¹مشار إليه من قبل عباس العبودي: شرح قانون إحكام الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان، 1999ص68.

²مشار إليه من قبل أحمد نشأت : المرجع السابق، ص70

³بيدان و بيزو.

⁴ محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص30

و يمكن تعريف المدعي بأنه من ادعى خلاف الظاهر أصلاً أو عرضاً أو فرضاً و عليه تكون القاعدة أن البينة على من ادعى خلاف الظاهر أصلاً أو عرضاً أو فرضاً. لعل مقتضى هذه القاعدة، أنه متى قام المدعي بإثبات ما يدعيه حكم له، و في حال العكس ترفض دعواه، لأنه حتى على فرض عجز المدعي عليه عن الإثبات فلا يفيد المدعي دوماً، متى كان هو المكلف بالإثبات أصلاً¹.

فلقد ثبت عن القضاء المصري بموجب قرار محكمة للنقض بتاريخ 1989/02/28 "من أصول الإثبات أن سكوت المدعي عليه عن النفي لا يصلح بذاته للحكم للمدعي بطلباته متى كان الخبر لا يثبت ما يدعيه، و كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر، إذ اعتد في قضائه كذلك على سكوت الشركة الطاعنة عن نفي مسؤوليتها المدعى بها دون أن يكون المدعون قد أثبتوا توافر عناصر هذه المسؤولية، فإنه يكون قد خالف القانون و شابه فساد في الاستدلال².

و كذا في قرار آخر لها بتاريخ 1994/11/23 من أنه "... كما خالف أصول الإثبات بإتخاذ من مجرد عدم منازعة الطاعن في واقعة التسجيل سنداً له في تفضيل عقد المطعون ضده الأول على عقد الطاعن، مع أن المقرر و على ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة أن سكوت المدعى عليه عن النفي لا يصلح بذاته دليلاً للحكم للمدعي بطلباته، متى كان الأخير لا يثبت ما يدعيه"³.

و قاعدة البينة على من ادعى خلاف الظاهر أو الثابت أصلاً أو عرضاً أو فرضاً، تطبق سواء كانت الواقعة المراد إثباتها، واقعة إيجابية أو سلبية، و هي إن كانت تتميز ظاهرياً بالإيجاز والوضوح و سلامة المنطق، إلا أنها لا تكفي بذاتها لتحديد المقصود منها دون الرجوع إلى التحليل الفقهي الذي إنتهى إلى صياغة هذه القاعدة، و لذلك يجب التعرض لتطبيقاتها.

¹ أحمد نشأت: المرجع السابق، ص70.

² سعيد أحمد شعلة: المرجع السابق، ص14.

³ سعيد أحمد شعلة: نفس المرجع، ص14.

الفرع الأول: الظاهر أصلا

هو ما يظهر للناس عامة بأنه يوافق الحقيقة و يتفق مع طبيعة الأشياء و يمثل العادي أو المألوف ، و يطلق عليه الظاهر لأنه يعتمد عليه في المعاملات، و الظاهر أصلا الذي يقع على من يدعي خلافه إثبات ما يدعيه، يختلف باختلاف المسائل المراد إثباتها¹.

وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية في 1981/02/07 " أنه من المقرر في قواعد الإثبات أن من يتمسك بالثابت أصلا لا يكلف بإثباته، بمعنى أن من يتمسك بالثابت أصلا لا يكلف بإثباته، و إنما يقع على عاتق من يدعي خلاف الأصل عبء إثبات ما يدعيه"².

و جاء عنها أيضا بتاريخ 1978/12/23 "المقرر في قواعد الإثبات أن من يتمسك بالثابت أصلا لا يكلف بإثباته، أما من يدعي خلاف الأصل فعليه هو عبء إثبات ما يدعيه"³،

فبالنسبة للالتزامات الأصل فيها براءة الذمة، ذلك أنه في الأصل الشخص لا يرتبط بأي التزام في مواجهة أي شخص آخر و على من يدعي خلاف ذلك، أن يقيم الدليل على ما يدعيه لأنه يدعي خلاف الأصل ، و هذا ما يستفاد من نص القانون أيضا و من ذلك المادة 323 من القانون المدني الجزائري "على الدائن إثبات الالتزام..."

و يستطيع المدعي إثبات وجود الإلتزام، إذ هو أثبت المصدر الذي نشأ عنه، سواء كان هذا المصدر تصرفا قانونيا كعقد أو واقعة مادية كعمل غير مشروع⁴، في حين لا يكلف الأخير الذي يدعي براءة الذمة إثبات ذلك ، ما دام متمسكا بالوضع العادي للأمر، أي متمسكا بالأصل، و لكن هذا طالما كان إنكاره لإدعاء خصمه إنكارا مجردا لا يتضمن أي ادعاء جديد يتعين عليه إثباته، فالدائن هنا يدعي خلاف الأصل فيقع عليه عبء الإثبات، و ذلك بإثبات

¹ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في القانون المدني الجديد في الإثبات، المجلد 2 منشورات حلي، بيروت 1998، ص 70.

² مشار إليه من قبل عباس عبودي: المرجع السابق، ص 69.

³ سعيد أحمد شعله: المرجع السابق، ص 44.

⁴ سمير السيد تناغو: المرجع السابق، ص 75.

مصدره سواء كان تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية¹.

و في هذا أيضاً قضت محكمة النقض المصرية في 16/05/1979 "إنه لما كان الأصل في نطاق الحقوق الشخصية براءة في الذمة و إنشغالها عارضاً، فإن عبء الإثبات يقع على عاتق من يخالف الثابت أصلاً مدعياً أو مدعى عليه "

و إستعراضاً لبعض الأمثلة التطبيقية و في مجالات مختلفة:

-الأصل في العقود الصحة:من يدعي بطلان العقد يقع عليه عبء إثبات ذلك ، لأنه يدعي خلاف الثابت أصلاً و هو صحة العقد، فالأهلية الأصل فيها إن الشخص كامل الأهلية ما دام بالغاً سن الرشد، ما لم تسلب أهليته أو يجد منها بحكم القانون ، و بالنسبة للإرادة الأصل فيها أن تكون سليمة خالية مما قد يشوبها من عيوب، و من يدعي خلاف ذلك، أي يدعي خلاف الثابت أصلاً فعليه أن يثبت ما يدعيه، و بالنسبة للسبب فكل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك، و يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقيم الدليل على ما يخالفه، و هكذا إذا ادعى شخصاً أن سبب العقد صورياً، فإنه لا شك أنه يدعي خلاف الثابت أصلاً، فوجب عليه أن يقيم الدليل على ذلك، فإن هو عجز رفضت دعواه، و إن هو تمكن من ذلك، أصبح الثابت عرضاً و على من يدعي خلافه إقامة الدليل، بأن يثبت أن للإلتزام سبباً آخر مشروعاً²

-الأصل في الإنسان حسن النية: هذا هو الثابت أصلاً و على من يدعي العكس إثباته

- الأصل في الشخص عدم الإعسار:على من يدعي خلاف هذا الثابت أصلاً أن يثبته

- الأصل في الحقوق العينية هو الوضع الظاهر:إي أن من يضع يده على الشيء يعتبر صاحب حق عليه، و من هنا ظهرت قاعدة أن الحيازة في المنقول سند الملكية، و على من يدعي خلافه أن يقيم دليلاً

¹: محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 43.

² إبراهيم نبيل سعد: الإثبات في المواد المدنية و التجارية دار النهضة العربية بيروت 1995، ص 68.

- الأصل هو ما يتفق مع المبادئ العامة: كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين أو مبدأ أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، فمن يتمسك بها يكون في حل من إثباتها، و على العكس من ذلك، فمن يتمسك باستثناءاتها، كتعديل للعقد بسبب الإذعان، فعليه إثبات شروط الاستثناءات الواردة على هذه المبادئ بما يسمح له بالتمسك بها على خلاف الأصل¹.

- الأصل في القانون هو الظاهر: إذ يعمل القانون على حماية الأوضاع الظاهرة عملاً على إستقرار المعاملات و هو يرتفع بهذه الحماية إلى درجة القواعد الموضوعية، و بهذا في مجال الإثبات من يتمسك بالظاهر كعقد ظاهر أو غير ذلك من المراكز و الأوضاع الظاهرة، فلا يطالب بإثبات ما يدعيه، بل يقع عبء الإثبات على من يتمسك بصورية هذا العقد².

- الأصل أن الإنسان غير مسؤول عن أمر حصل منه ضرراً للغير: و هو الأصل ما لم يرتكب هذا الأمر عمداً أو خطأ، و على من يريد إثبات حصول هذا الأمر عمداً أو خطأ من الغير، أي يريد إثبات المسؤولية التقصيرية، يقع عبء الإثبات عليه، لأن إثبات الضرر يقع على المضرور.

- الأصل ما كان عرفاً أو عادة: لم يقف مدى تطبيق القاعدة عند هذا الحد، بل أنه يلقي على عاتق من يدعي خلاف العرف و العادة، فهما من أهم المرجحات التي تقوي جانب أحد المتداعيين، إذ نجد المشرع الجزائري يعتمد كثيراً على العرف بإحالاته مسائل عدة ليحكمها العرف، حتى أن المشرع الجزائري في مدونة أخلاقيات الطب نجده يعرف أخلاقيات الطب بأنها "هي مجموع المبادئ و القواعد و الأعراف، التي يتعين على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أن يراعيها و أن يستلهمها في ممارسة مهنته"³، مما يؤكد أنه لا يهمل أعراف المهنة في سبيل تنظيمها وتحديد شروط ممارستها

¹سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق، ص79.

²سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق، ص80.

³المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 276/92 المتضمن أخلاقيات الطب

الفرع الثاني : الظاهر محرضا

فإذا كان عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعي خلاف الثابت أصلا على نحو ما تقدم تبيانه، فإن هذا العبء يقع أيضا على من يدعي خلاف الثابت عرضا أو فعلا على حد تعبير البعض¹، وهو ما يتحقق في حال ما إذا أقام الخصم الدليل على خلاف ما كان ثابتا أصلا²، فإذا كان الأصل هو براءة الذمة من أي إلتزام، و لكن إستطاع المدعي إثبات الإلتزام الملقى على عاتق المدعى عليه بإثبات الواقعة أو العقد المنشئ له، فنكون وقتها بصدد وضع ثب على خلاف الأصل و يسمى بالوضع الثابت فعلا أو عرضا، فإن هو أراد المدعى عليه إثبات العكس، وقع عليه عبء إثبات ما يدعيه، كأن يثبت أن الإلتزام قد انقضى لسبب من أسباب إنقضائه أو أنه قد وفى به وبتعبير آخر فإن الذي كان ظاهرا أصلا، أصبح لا يمثل الحقيقة وأصبح الظاهر أن المدعى عليه مدينا و هو الظاهر عرضا، و هكذا ينتقل عبء الإثبات من المدعى إلى المدعى عليه، بإثبات المدعى لدعواه و إثبات المدعى عليه لما يدعى دعوى المدعى³. بل أن البعض يعبر عن كل ما تقدم بأن الأصل ما قام عليه الدليل فعلا⁴، كالوصفة الطبية التي تثبت أن الطبيب هو من عالج المريض، و من يدعي خلاف ذلك يثبت أنها مزورة وعليه يقع عبء إثبات التزوير، و إذا كان الأصل في العقد هو الصحة، و لكن ثبت فعلا أنه قابلا للإبطال، فإنه يظل كذلك و لا تلحقه إجازة إلا إذا أثبت الإجازة مدعيها.

الفرع الثالث: الظاهر محرضا

تتمحور قاعدة البينة على المدعى، لتصبح البينة على من يدعي خلاف الثابت فرضا، والثابت فرضا كالثابت أصلا أو عرضا، لا حاجة إلى إقامة الدليل عليه، فلا يقع عبء إثباته على من يتمسك به، و إنما يقع على من يدعي خلافه.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص76.

² أحمد نشأت: المرجع السابق، ص56.

³ عباس العبودي: المرجع السابق، ص67.

⁴ سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق، ص82.

والقرينة القانونية ليست دليلاً من الأدلة التي يثبت بها المدعي دعواه، وإنما هي قاعدة يعني بها المشرع المدعي في ظروف معينة من عبء الإثبات كله أو بعضه¹، بأن يعتبره مدعياً بأمر ثابت فرضاً، و بالتالي يلقي على المدعي عليه عبء إثبات العكس باعتباره حينها مدعياً بخلاف الثابت فرضاً، و يلجأ إليها عادة في حالات يبدو فيها عبء إقامة الدليل عبئاً بالغاً حداً من الصعوبة، يجعل المدعي يعجز عن النهوض به².

و قد تكون القرينة القانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس، كما قد تكون بسيطة أو غير قاطعة فتقبل إثبات العكس، فإذا كانت قاطعة فإنها تكون بعد أن نقلت محل الإثبات إلى واقعة يسهل إثباتها، قد أعفت من تقرر لمصلحته من الدخول في معركة تبادل أدلة الإثبات مع خصمه، و يكون المستفيد من هذه القرينة قد أثبت حقه بمجرد إثبات الواقعة البديلة دون أن يضطر إلى القيام بأي مجهود آخر.

والتفسير القائل بأنها تعفي من تقرر لمصلحته من الإثبات نهائياً³ غير صحيح، لأن القرينة القانونية القاطعة تنقل محل الإثبات إلى واقعة بديلة يسهل إثباتها، ثم تمنع الخصم من إثبات عكس هذه القرينة، فهي بذلك تخفف عبء الإثبات إلى درجة كبيرة تكاد تقترب من الإعفاء و لكنها لا تصل إليه، لأنه يجب دائماً إثبات الواقعة البديلة⁴، و من أمثلة القرائن القانونية القاطعة ما قرره المشرع من مسؤولية حارس الحيوان و حارس البناء عن تدمره أو حارس الآلات و الأشياء التي تتطلب العناية⁵، فكلها مسؤولية أساسها الخطأ المفترض في الحراسة، و الخطأ هنا هو الواقعة الأصلية و التي لا يطلب من المضرور إثباتها، فهي تعتبر ثابتة إذا هو أثبت الواقعة البديلة، و هي كون المدعي عليه حارساً بالمعنى الذي قصده القانون، فإثبات

¹ محمد شتا أبو سعد: الإثبات في المواد المدنية و التجارية الشرعية، المجلد الثاني، الكتاب الرابع "الإثبات بالقرائن و حجية الأمر المقضي"، دار الفكر العربي-القاهرة، 1997، ص3.

² المادة 337 من القانون المدني الجزائري "القرينة القانونية تعني من تقرر لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"

³ توفيق حسن فرج: المرجع السابق، ص43

⁴ سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق، ص75.

⁵ المواد 139 و140 و138 من القانون المدني الجزائري.

الحراسة و هي الواقعة البديلة ، يؤدي إلى إثبات الخطأ و هو الواقعة الأصلية.

و قد يقال إن القرينة البسيطة تؤدي أيضا إلى نقل عبء الإثبات، و هو كذلك ليس بالقول السليم على إطلاقه، لأن القرينة القانونية البسيطة لا يترتب عنها سوى تخفيف عبء الإثبات، فهي لا تعفي من تقرر لمصلحته من عبء إثبات الواقعة البديلة، و لا تنقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر إلا إذا أقام من تقرر لمصلحته بإثبات الواقعة البديلة أولا، ليقع بعدها على خصمه عبء نفيها، لأنها لا تعفي من تقرر لمصلحته من الدخول في معركة تبادل الأدلة إذا ما أثبت الخصم الآخر عكس ما يستفاد منها¹، من الأمثلة على القرائن القانونية البسيطة نص المادة 98 من القانون المدني الجزائري، والذي يفيد صراحة أنه يفترض في كل إلتزام أن له سببا مشروعاً، و لو لم يذكر هذا السبب في العقد².

وهكذا يتبين جليا أن مؤدى المادة 323 من القانون المدني الجزائري و التي تقابلها المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي، تعد بمثابة قاعدة عامة في تحديد المكلف بعبء الإثبات و التي يستفاد منها بعد التحليل الفقهي و الاستطلاع القضائي أن البينة على من ادعى خلاف الثابت أصلا أو عرضا أو فرضا، و إذا ما حاولنا إسقاط تلك المفاهيم على حالة المسؤولية الطبية، فنأتي على نتيجة أن المريض المضروب بفعل الخطأ الطبي هو المدعي³، و من ثم يقع عليه عبء إثبات ذلك الخطأ من جانب الطبيب.

المطلب الثاني : إثبات الأخطاء المرتبطة بالإنسانية الطبية

الممارسة الطبية ليست مجرد علم أو تقنية بل تتضمن جانبا من المتطلبات الإنسانية لذلك حرص المشرع الجزائري في مدونة أخلاقيات مهنة الطب على إبراز الدور المنوط بالطبيب في الجانب الإنساني لممارسة المهنة حيث نصت المادة السابعة من المدونة على مايلي " تتمثل رسالة

¹سمير عبد السيد تناغو: نفس المرجع، ص84.

²المادة 98 من القانون المدني الجزائري "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يقم الدليل على غير ذلك..."

³محمد حسنين منصور: المرجع السابق، ص177

الطبيب و جراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية، والتخفيف من المعاناة، ضمن احترام حياة الفرد و كرامته الإنسانية دون تمييز من حيث الجنس والسن والعرق والدين والجنسية والوضع الاجتماعي والعقيدة السياسية أو أي سبب آخر في السلم أو الحرب".

إن هذا النوع من الأخطاء لا يتعلق بخطأ في ممارسة الفن الطبي إن غاية هذا النوع من الأخطاء احترام شخص المريض وإنسانيته، هذه الأخطاء تتمثل بصفة خاصة في مخالفة الطبيب لإلتزامه بالحصول على رضا المريض قبل مباشرة العمل الطبي على جسمه وما يرتبط بذلك من ضرورة إعلام المريض بمخاطر هذا التدخل الطبي. لذلك قسمت هذا المطلب إلى ثلاثة فروع وهي إثبات رضا المريض وثانيا إثبات رفض المريض لتدخل الطبي أما ثالثا الإلتزام بإعلام المريض.

الفروع الأولى: إثبات رضا المريض.

يلتزم الطبيب بسبب الواجبات الإنسانية الطبية بعدم المساس بالسلامة البدنية للمريض ، ولو كان الهدف علاجي إلا بعد موافقة المريض لأن مشروعية العمل الطبي تكون دائما مشروطة بالحصول المسبق على رضا المريض بهذا التدخل الطبي .

إذا كان الإلتزام بالحصول على رضا المريض لا يتضمن أي عنصر احتمال فلا شك بأنه التزم بتحقيق نتيجة¹ إلا أن القضاء الفرنسي مازال بشأن إلقاء عبء عدم الحصول على الرضاء بالعمل الطبي على عاتق المريض " يعد تشددا منه نحو المريض، لأنه يضع على عاتقه عبء إثبات واقعة سلبية"² وتزداد صعوبة النهوض بهذا العبء كذلك بالنظر إلى أن العقد الطبي بصفة عامة هو عقد شفهي إلا أن المشرع تدخل في بعض الحالات وفرض الحصول على الموافقة كتابية من المريض كشرط لإجراء بعض الأعمال الطبية . حيث نجد المشرع

¹ محمد حسن قاسم: المرجع السابق ، ص182

² محسن البيه: المرجع السابق ، ص 193

الفرنسي فقد اشترط الكتابة للتعبير عن الرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء وذلك بموجب القانون 94 - 954 الصادر في 29 جويلية 1994 والمتعلق بنقل الأعضاء البشرية أين نصت المادة 671 - 3 في فقرتها الثانية - على ضرورة الحصول على موافقة المتبرع لاستئصال العضو، وتكون هذه الموافقة معبرا عنها أمام رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتنازل و القاضي الذي يعينه رئيس المحكمة الابتدائية ، ويثبت هذا الرضا في شكل كتابي موقع عليه من طرف القاضي والمتنازل وتعطى صورة منه للمستشفى المشرف على هذه العملية، وفي حالة الاستعجال يحصل على الرضا المتنازل من طرف وكيل الجمهورية لنفس المحكمة وذلك باستعمال كافة الوسائل.

أما في حالة الوقف الإرادي للحمل من طرف المرأة الحامل فقد جعل موقفها على هذا العمل الطبي يخضع لإجراءات خاصة حيث أن المادة ل 2212 - 1 من قانون الصحة العمومية يجبر المرأة الحامل التي تريد أن يوقف الحمل بإرادتها أن تتقدم إلى الطبيب طلب توقيف الحمل الإرادي هذا الطلب يمكن أن يكون شفويا إلا أن الطبيب ملزم بعرضها على طبيب مختص في الطب النفسي الاجتماعي "PSYCHOSOCIALE" وبعد ذلك إذا بقيت المرأة الحامل مصممة على قرارها فعليها تقديم طلب كتابي للطبيب للقيام بهذه العملية وذلك خلال مدة يومين التالين لعرضها على الطبيب النفساني هذا الإجراء في حالة المرأة الحال المرأة البالغ، أما إذا كانت المرأة الحامل قاصر فإنه بالإضافة إلى هذه الإجراءات يتطلب الموافقة الكتابية لممثلها الشرعي.

أما المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها فقد اشترط في حالة نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية الكتابة وهذا ما نصت عليه المادة 162 "لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض العملية حياة المتبرع للخطر وبشرط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحدد هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى

مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة"، كما أن نفس المادة في فقرتها الثانية أجازت للمتبرع أن يتراجع عن موافقة السابقة 2 / 162 ... "ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقة السابقة".

إن الحالة التي يكون إثبات الرضاء من خلال الشكل الذي يحدده القانون فإن ذلك يصب في مصلحة المريض من ناحية إعفائه من مشقة البحث عن دليل على عدم رضائه بالتدخل الطبي.

الفرع الثاني: إثبات رفض المريض العلاج.

كما سبق وأن أشرنا إلا أنه يمكن أن يحاول الطبيب مساعدة المريض فيعرض عليه العلاج الطبي المناسب لحالته إلا أن المريض يرفض العلاج ، فان الطبيب لا يجب عليه أن يستسلم لرفض المريض العلاج إلا عندما يصرح على ذلك كتابيا بأنه يرفض تدخل الطبيب حيث نصت المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها في فقرتها الرابعة " إذا رفض العلاج الطبي فيشترط تقديم تصريح كتابي لهذا لغرض ، وعلى الطبيب أن يخبر المريض أو الشخص الذي حول إعطاءه الموافقة بعواقب رفض العلاج .. "

كما أن المادة 49 من مدونة أخلاقيات الطب التي نصت على مايلي : "يشترط من المريض إذا رفض العلاج الطبي أن يقدم تصريحاً كتابياً في هذا الشأن"، ومن خلال ما سلف ذكره في هذا الشأن فان الطبيب من أجل أن يتخلص من مسؤوليته نتيجة رفض المريض العلاج أن يقوم الطبيب بإخبار المريض عوقب رفض العلاج وأن يتحصل من المريض على تصريح كتابي يبين فيه أنه رفض العلاج

الفرع الثالث : الالتزام بالإعلام.

عن طريق الالتزام بالإعلام فإن التعاقد يخطر التعاقد معه عن مخاطر و مزايا أي إجراء أو تصرف، حيث يعمل على تنويره حتى يكون اختياره خال من أي شك لكن دوره يقتصر فقط على الإعلام و لا يمتد إلى مساعدة التعاقد معه في اختيار حل على آخر.

لقد مرت عملية إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام من عدمه عبر مراحل إلى أن استقر القضاء الفرنسي وبعده القانون إلى أن المكلف بإثبات تنفيذه هو الطبيب.

أولا : محبة إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام قبل صدور قرار محكمة النقض

الفرنسية سنة 1997.

عندما يدعي المريض بأن الطبيب لم يقم بإعلامه أو أنه قد أعلمه لكن بطريقة غير واضحة أو كان هناك إعلام ناقص من جانب الطبيب فإن محكمة النقض أصدرت قرار في 29 مايو 1951¹ يؤكد على أن عبء إثبات عدم تنفيذ الطبيب لإلتزامه بالإعلام يقع على عاتق المريض الذي يدعي ذلك.

يرى بعض الفقه² الذي انتقد ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في هذا القرار أن هوض الضحية بالإثبات مستحيل وذلك لأن الواقعة هي سلبية ، بالإضافة إلى العلاقة التي تجمع المريض بالطبيب هي علاقة سرية ينعدم فيها وجود الشهود ، وكذلك تنعدم فيها الكتابة.

إلا أن جانبا من الفقه والمؤيدين لما توجهت له محكمة النقض الفرنسية يرون أن المحكمة ذهبت للإعمال الصريح للمادة 1 / 1315 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على

¹ Annick dorsener .dolivert op, cit , p84

² Annick dorsener – dolivert op ,cit , p85

أن عبء الإثبات يقع على من يدعي عدم تنفيذ الالتزام وهو في هذا المجال المريض ومن تم يكون على هذا الأخير عبء إثبات إقامة الدليل على ما يدعيه¹.

فيما يرى جانب آخر تبرير مسلك محكمة النقض من خلال طبيعة التزام الطبيب في هذا المجال فيرون أن هذا الالتزام لا ينفصل عن ذلك الالتزام العام الذي يقع على عاتق الطبيب والذي محله هو تقديم العناية اليقظة والمطابق للمعطيات العلمية المستقرة ، لذلك فانه من قبيل الخطأ القانوني إلزام الجراح بإقامته الدليل على عدم وقوعه في الخطأ².

أما البعض من الفقه يرى في موقف محكمة النقض الفرنسية في إلقاء عبء إثبات عدم تنفيذ الالتزام بالإعلام من طرف الطبيب يرجع إلى الأصل وهو احترام إرادة المريض وشرعية تدخل الطبيب الناتج عن إعلام المريض وبذلك من يلزم بالأصل يلتزم بنفس الشيء فيما يتعلق بالإثبات³

ثانياً: بحسب، إثباته تنفيذ الالتزام بالإعلام بعد صدور قرار محكمة النقض

الفرنسية سنة 1997.

في تاريخ 25 فيفري 1997 أصدرت الغرفة المدنية الأولى التابعة لمحكمة النقض الفرنسية أن الطبيب يقع عليه التزام بالإعلام في مواجهة المريض وعليه أن يثبت أنه نفذ هذا الالتزام⁴ وهذا في مناسبة النظر في دعوى التي رفعها شخص يدعى hédruel حيث كان يعاني هذا الشخص من آلام في المعدة ، وقرر الطبيب المعالج أن إجراء عملية جراحية تستدعي استخدام المنظار وبالفعل أجريت هذه العملية ، إلا أن المريض ظل يعاني آلام شديدة بالمعدة وبإعادة الكشف عليه تبين إصابته بثقب في الأمعاء ، وهو خطر حدد تقرير الخبرة احتمال حدوثه في

¹ محمد حسن قاسم : المرجع السابق ، ص53

² محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص54

³ Annick dorsener – dolivet – op ، cit , p 85

⁴ François Vialla : Les grandes décisions du droit médical, édition,alpha 2010,p500

مثل هذا النوع من العمليات الجراحية بنسبة 3% ، رفع المريض دعوى على الطبيب مطالبا إياه بالتعويض عما لحقه من ضرر استنادا أنه لم يعلمه بالمخاطر المحتملة لهذه الجراحة .

لقد رفضت محكمة الاستئناف Rennes الدعوى استنادا إلى أن عبء إثبات عدم الإعلام يقع على عاتق المريض الذي لم يقدم دليلا على ما يدعيه، وكانت محكمة الاستئناف في ذلك مسائرة في هذه الحالة مع موقف محكمة النقض السائد في هذا الوقت غير أنه عند عرض الأمر على محكمة النقض ألغت حكم محكمة الاستئناف استنادا إلى نص المادة 1315 / 2 من القانون المدني وقررت مبدأ عاما بقولها أن من يقع على عاتقه قانونا أو اتفاقا التزاما خاصا بالإعلام يجب عليه أن يقيم الدليل على تنفيذ هذا الالتزام ، ثم طبقت هذا المبدأ على الأطباء مقرررة أنه لما كان الطبيب يقع على عاتقه التزام خاص بالإعلام تجاه مريضه فانه يكون عليه أن يثبت على أنه نفذ هذا الالتزام .

إن قرار محكمة النقض قد أجرى تحولا تاما عن قضائها السابق ، فبعد أن كان المريض بصفته مدعيا ، هو الذي يقع على عاتقه عبء إثبات عدم إعلام الطبيب له، أصبح على عاتق الطبيب المدعى عليه عبء إثبات قيامه بإعلام المريض.

وبهذا القرار تكون محكمة النقض الفرنسية قد أضافت مزيدا من الحماية على المريض المضرور ، وتكون بذلك قد أعفت المريض من عبء إثبات واقعة سلبية وجعلت على عاتق الطبيب إذا ما أراد التخلص من المسؤولية عبء إثبات واقعة إيجابية أي قيامه بإعلام المريض على الوجه المطلوب قانونا.

إن النهوض بعبء الإثبات انطلاقا من عناصر إيجابية أيسر بكثير من محاولة إقامة دليل على واقعة سلبية تفتقر إلى المظهر الخارجي .

إن الأساس القانوني لهذا التحول¹ هو الفقرة الثانية من المادة 1315 من القانون المدني والتي تقضي بأنه على من يدعي الوفاء بالتزامه أن يثبت ذلك ، أو يقدم الدليل على الواقعة التي أدت إلى انقضاء التزامه وذهب بعض الفقه في تبرير اتجاه محكمة النقض الفرنسية إلى التدخل الطبي لا يعتبر مشروعاً إلا بالرضا المتبصر للمريض وبذلك يكون إعلام المريض شرطاً لازماً لهذا التدخل وبرر جانب من الفقه ما ذهب إليه المحكمة هو أن الالتزام بالإعلام الذي يفرض على المهنيين ليس في حاجة لإثبات وجوده ، فإذا ما ادعى المريض أنه لم يتم إعلامه على نحو صحيح فإن ذلك يستتبع نقل إثبات إلى الطبيب ليثبت قيامه بتنفيذه .

ثالثاً: وسائل إثبات تنفيذ الطبيب للالتزام بالإعلام .

إذا كان ما توصل إليه القضاء في القرار الصادر بتاريخ 25-02-1997 والمتمثل في جعل عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام على عاتق الطبيب يشكل فائدة كبيرة بالنسبة للمريض فإن التساؤل الذي يطرح: ما هي الوسائل القانونية التي تمكن الطبيب من إثبات قيامه بتنفيذ التزامه والمتمثل في إعلام المريض؟

للإجابة عن هذا التساؤل وبالرجوع للحكم الصادر بتاريخ 25-02-1997 والذي ألقى على عاتق الطبيب والذي بصفته مدعى عليه إثبات تنفيذ التزامه ، فإن هذا الحكم لم يحدد الوسائل التي يمكن من خلالها للطبيب إثبات قيامه بتنفيذ التزامه بإعلام المريض².

كما أن محكمة النقض الفرنسية اعتبرت أن الطبيب قد قدم الإثبات بأنه نفذ التزامه بالإعلام المريض وذلك بتاريخ 14 أكتوبر 1997 وذلك من خلال القرائن وتعود حيثيات³ القضية بأن المريض كان يمارس مهنة مخبري بالمستشفى الذي أجريت له به العملية، وقد قام

¹ محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص76 .

² محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص87 .

³ Annick dorsener – dolivet , op cit p 86

بالتحدث مع طبيبه الخاص عدة مرات قبل أن يتخذ قرار إجراء العملية وذلك بعد وقت طويل من التفكير.

وفي قرار آخر لمحكمة النقض وذلك بتاريخ 18 نوفمبر 2003¹ حيث اعتمدت على شهادة الطبيب المخدر بأن الطبيب الجراح أمهل المريض عدة أيام لإجراء العملية وذلك من أجل أن يقرر المريض إجراء العملية، وكذلك من أجل أن يستشير طبيبه الخاص وحيث أكد الطبيب المخدر أن الطبيب الجراح قد أعلم المريض قبل العملية خطورة نزع الشريان أي خطورة هذا لتدخل ومما سبق يتبين أن القضاء الفرنسي اعتمد على جمع وسائل الإثبات ولم يشترط لكتابة لإثبات تنفيذ الالتزام بالأعلام وبالرجوع للمشرع الفرنسي فان المادة L 1111/2² من قانون الصحة العمومية المعدل بالقانون الصادر بتاريخ 04 مارس 2000 فقد سايرت الاتجاه الذي أخذه القضاء حيث اعتبر أن إثبات الطبيب لتنفيذه الالتزام بالإعلام يكون بكل الوسائل إلا استثناء في الحالة التي يكون فيها المريض يشكو من خلل سمعي فإن المعلومة تسلم إليه بموجب محرر كتابي مع الأخذ بعين الاعتبار درجة الخلل السمعي.

المطلب الثالث: كيفية إثبات الأخطاء ذات الطبيعة الفنية.

إن الأخطاء ذات الطبيعة الفنية هي الأخطاء المتصلة بالطب كفن أو تقنية، فيتم استخلاصها بالرجوع إلى الأصول الفنية المستقرة في علم الطب، و هذا ما يتم عادة من خلال الاستعانة بتقرير خبير معن من أهل المهنة، و يلاحظ أن أكثرية الأخطاء الطبية هي أخطاء ذات طبيعة فنية و ذلك لشمولها كافة مراحل النشاط الطبي و على ضوء ما تقدم سأتطرق في هذا

¹ Ibidem

² ART L 1111 -2 : "Cette preuve peut etre apportée par tout moyen.

la seule circonstance que la patient soit atteint d'une défaiillance auditive n'impose pas une information écrite car tout dépend de l'importance de cette défaiillance"

المطلب إلى دور القاضي في إثبات الخطأ الفني الطبي و هذا في الفرع الأول و بعد ذلك إلى الصعوبات المرتبطة بعبء الإثبات في الفرع الثاني.

الفرع الأول: دور القاضي في إثبات الخطأ الطبي الفني.

يقوم القاضي من التحقق من حدوث الوقائع التي يدعي بها المريض على الطبيب هذا من ناحية ثم يقوم بإخضاعها إلى معيار الخطأ الفني لمعرفة ما إذا كان يمكن استنباط خطأ الطبيب منها¹ حيث يقوم القاضي باستخلاص الخطأ الفني الطبي من خلال المقارنة بين سلوك الطبيب والمدعى عليه و السلوك الواجب الإتيان.

والقول بذلك يعني البحث عن المعيار الذي يمكن للقاضي من خلاله قياس سلوك الطبيب ومدى اعتباره مخطئاً هذا المعيار هو المعيار الموضوعي²، إن هذا القول يعني ضمناً أننا بصدد البحث عن سلوك يمثل من قبل الطبيب إخلال بالتزام بدل عناية ، لأنه في هذا المجال تبدو أهمية البحث عن معيار يقاس به ما أتاه من سلوك.

أما في حالة الالتزام بتحقيق نتيجة فإن المعيار يختلف لأنه في هذه الحالة الأخيرة إن عدم تحقق النتيجة يؤدي إلى افتراض الخطأ و قيام المسؤولية و لا يمكن التخلص منها إلا بإثبات أن عدم تحقق النتيجة مرجعه إلى سبب أجنبي لا يسأل هو عنه.

إن القاضي عند استعانه بالمعيار الموضوعي عند تقديره لخطأ الطبيب ، فإن هذا التقدير القانوني يقتضي في مجال الخطأ الفني للطبيب تحديد مدى مطابقة عمل الطبيب للأصول العلمية في مجال مهنته، فليس من شك في أن ذلك ينطوي على مسائل فنية لا يستطيع القاضي التصدي لها مباشرة ، لذلك فإنه عادة ما يلجأ القاضي إلى أهل الخبرة من الأطباء لإبداء الرأي الفني الذي

¹ أحمد شرف الدين: المرجع السابق ، ص 255.

² أنظر المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول من هذا البحث.

من خلاله يمكن مقارنة سلوك الطبيب موضوع المساءلة مع سلوك الطبيب الوسط من مستواه المهني¹.

أولاً: الاستعانة بأهل الخبرة

الخبرة هي تكليف شخص من قبل المحكمة للإدلاء برأيه الفني من خلال تقرير مقدم منه إلى المحكمة، وذلك عندما يكون موضوع النزاع متعلق بالمسائل الفنية التي لا يستطيع القاضي أن يفصل فيها دون اللجوء إلى أهل الخبرة².

إن الاستعانة بالخبير لا يعني ذلك أن يقوم الخبير بالفصل في النزاع يبقى ذلك من صميم عمل القاضي، فرأي الخبير هو رأي إستشاري و يستقل القاضي للتكييف القانوني لسلوك الطبيب إلا أن الحصول على تقرير موضوعي من الخبير تعترضه صعوبتان الأولى موضوعية والثانية شخصية³.

فمن الناحية الموضوعية ليس بمقدور الخبير أن يقدر على الوجه الدقيق الموقف الذي وجد فيه الطبيب محل المساءلة و الذي كان يمارس عمله في ظروف واقعية مختلفة لأن الخبير لكي يقدم تقريراً صحيحاً يجب أن يكون في مقدراته التعرف على هذه الظروف الواقعية. أما من الناحية الشخصية فإن الخبرة الطبية تعاني من نظرة الشك المتطور إليها من طرف الأشخاص غير متخصصين نظراً لإمكانية وجود تضامن بين أبناء المهنة الواحدة ، على نحو قد يسمح يتغاضى الخبير عن أخطار زميله الطبيب محل المساءلة أو إيجاد تبرير لها.

ثانياً : مدى تأثير الخبرة على حكم القاضي.

مما سبق يتبين أن الخبرة في مجال المسؤولية الطبية لها أهمية بالغة إذ من خلالها يصبح بين

¹ محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 216.

² علي عصام غصن: المرجع السابق، ص 161.

³ محمد حسن قاسم: المرجع السابق ، ص 218.

يدي القاضي تقرير فنيا يوضح سلوك الطبيب محل المساءلة، إلا أن للقاضي يمكنه إستبعاد رأي الخبير فهو غير ملزم برأيه¹ وهذا ما أشارة إليه المادة 144 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري. إذا كان هذا هو المبدأ فإنه في الغالب من الحالات يأخذ القاضي بعين الإعتبار التقرير الفني الذي يحرره الخبير كأن يشير القاضي صراحة في حيثيات حكمه إلى نسبة حدوث الخطر الذي أصاب المريض وفق ما ورد بتقرير الخبرة الطبية.

الفرع الثاني: الصعوبات المرتبطة بعبء الإثبات الخطأ الطبي.

إذا كان الأصل أن المريض هو المدعي في العلاقة التي تربط بينه و بين الطبيب فإنه في منظور القواعد العامة لإثبات هو الذي يقع عليه عبء إثبات الخطأ الطبي ، لذلك ذهب البعض في وصف الصعوبات التي يواجهها المريض للنهوض بهذا العبء و بأنها "ظلم له"²، و البعض الآخر لا يخفي إشفاقه على المريض عند تحميله هذا العبء³، إن هذه الصعوبات يمكن حصرها في صعوبة عبء إثبات واقعة سلبية و خطر تحمل تبعة الإثبات.

أولا : عبء إثبات واقعة سلبية.

إذا كان عبء الإثبات في ذاته يشكل مشقة لكل من يلقي على عاتقه ، فهو يزداد مشقتا في المجال الطبي و ذلك نظرا لخصوصية العلاقة بين الطبيب و المريض لأن هذه العلاقة غير متكافئة⁴، أحد أطرافها هو مهني " الطبيب " أما الطرف الثاني فهو المريض الذي يعاني من أمراض يضع كل ثقته في الطبيب و كل طموحاته هو تخلصه من هذه الأمراض و ذلك بمساعدة الطبيب ، إن هذه العلاقة تقوم على الثقة المتبادلة بين الطرفين ، لذلك يستحيل على المريض أن يطالب الطبيب بدليل كتابي يمكنه من الإستعانة به عند الحاجة لهذا الدليل ، كما أن صعوبة الإثبات تزداد بالنسبة للمريض عند صمت الطبيب المخطئ و مساعدته إلتزاما منهم

¹ المادة 144 ق إ م إ : " يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة .
القاضي غير ملزم برأي الخبير غير أنه ينبغي عليه تسبب إستبعاد نتائج الخبرة".

² عبد الرشيد مأمون: المرجع السابق ، ص 51.

³ محمد حسن قاسم : المرجع السابق ، ص 63.

⁴ على عصام غصن : المرجع السابق ، ص 116.

بالحفاظة على السر المهني من جهة و تضامنا بين زملاء المهنة الواحدة غالبا و بالرغم من الإستعانة بالخبرة إلا أن الخبير يمكن أن يتأثر بعامل الزمالة فيغطي أخطاء زملائه أو يبرر سلوكهم و هذا ما ذهبت إليه محكمة الإستئناف في مصر في تاريخ 1936/01/02 حيث قالت بشأن الخبرة¹: " وللقاضي ألا يأخذ برأي الخبير و بأخذ حدره من الخبير الذي يقدم تقريرا لصالح زميل له لأنه ربما يتأثر بعامل الزمالة...".

إن هذه الصعوبات التي تم ذكرها نجد مصدرها خارج إطار الخطأ الطبي المطلوب إثبات، إلا أن الصعوبة الرئيسية نجدها عند إثبات الخطأ الطبي نفسه الذي هو واقعة سلبية و يظهر ذلك عندما حسم القضاء الفرنسي طبيعة العلاقة القائمة بين المريض و الطبيب حيث إعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها سنة 1936²، المعروف بقرار Mercier أن علاقة الطبيب إتجاه مريضه هي علاقة تعاقدية فالمسؤولية هي مسؤولية عقدية وقد ذكرت أن الطبيب يلتزم بمقتضى العقد بتقديم العناية الواعية و اليقظة ، المطابقة للأصول العلمية المستقرة و لا يلتزم بشفاء المريض.

من هذا المنطلق يكون إثبات الإخلال بهذا الالتزام العقدى على عاتق الدائن و هو المريض و يكون مضمون هذا الإثبات عدم الحصول على قدر من العناية المطلوبة وفقا لهذا العقد³. هذا لما كان الالتزام الأصلي الواقع على عاتق الطبيب بعلاج المريض التزاما ببدل عناية. في المقابل إذا كان التزام الطبيب التزام بتحقيق نتيجة و هو ما يشكل استثناء في العلاقة بين الطبيب و المريض فيكتفي المريض بإثبات وجود التزام الطبيب و عدم تحقيق النتيجة المقصودة⁴ إن هذه الحالة أي إثبات الالتزام بتحقيق نتيجة على أدلة غير مؤكدة تؤدي إلى إعمال قاعدة الشك يفسر من طرف المتهم.

¹ أشار لهذا الحكم محمد قاسم : المرجع السابق ، ص 64.

² François Vialla : op.cit, p519

³ François Vialla : op.cit, p318.

⁴ علي عصام عسن: المرجع السابق ، ص 118.

إدراكا من القضاء للصعوبات التي يواجهها المريض في النهوض بهذا العبء و تحمل تبعه إخافته في ذلك ، و محاولة لمواجهة اختلال التوازن بين طرفي العلاقة، أي علاقة المريض والطبيب فإن محكمة النقض الفرنسية أجرت تحولا هاما في مجال التزام الطبيب بإثبات قيامه بإعلام المريض هذا مارأيناه في المطلب السابق كما أن المشرع الفرنسي قد أعفى المريض من إثبات الخطأ في مجال عدوى المستشفيات و المنتجات الطبية المعيبة مثل الدم و ذلك من أجل فرض على الطبيب التزام بالحیطة و الحذر وهذا ما سوف نتطرق إليه في المبحث الموالي.

ثانياً: مخاطر الإثبات.

في حال تعذر على المريض إثبات ما يدعيه و ذلك لعدم قدرته إلى توصل لعرض أدلة مقنعة للقاضي، يظل الشك قائما لدى المحكمة فإنه لن يكون أمام القاضي إلا أن يفسر الشك لمصلحة المدعى عليه أي الطبيب و بالتالي ضد مصلحة المدعي الذي هو المريض¹.
يبرر بعض الفقه² هذا الاتجاه أي رفض إدعاء الخصم لفشله في تقديم الدليل كاملا على إدعائه أفضل لسلامة العلاقات القانونية بين الناس ، من الحكم على الخصم استنادا لقاعدة الشك يفسر لصالح المتهم، الحكم بالبراءة لصالح القانون حيث يستفيد من ذلك الطبيب المدعى عليه لأن الشك الذي لم يقطعه اليقين يستفيد منه المدعى عليه أي الطبيب، و هذا ما تؤكدته محكمة النقض الفرنسية منه عام 1962 بقولها : أن بقاء حاله عدم اليقين و الشك ، رغم ما قدم من أدلة للإثبات يقتضي أن يفسر لصالح المدعى عليه.

¹ محمد حسن بلقاسم : المرجع السابق ، ص 69.
² جمال الدين زكي : المرجع السابق ، ص 155.

المبحث الثاني: شروط تطبيق مبدأ الحيطة و أساس

المسؤولية الطبية في ظل المبدأ

من أجل تطبيق مبدأ الحيطة يجب توافر شروط معينة يتم التطرق إليها من خلال التعريف بهذا المبدأ وهذا ما تعرضت إليه في المطلب الأول من هذا المبحث، ذلك لأن تطبيق المبدأ يتطلب غياب اليقين العلمي لحدوث الخطر معين، كما أن الضرر الذي يحدث يجب أن يكون مميزاً.

أما في المطلب الثاني فقد ركزت على مدى توسيع مبدأ الحيطة للمسؤولية الخطئية من خلال توسيع المبدأ لمفهوم الخطأ وكذلك لتوسيعه لعملية افتراض الخطأ.

أما المطلب الثالث من هذا المبحث فقد تطرقت للمسؤولية الطبية الموضوعية التي ظهرت بفضل مبدأ الحيطة من خلال تدخل القضاء والمشرع وفرض على الطبيب والمستشفيات التزام بالسلامة بتحقيق نتيجة مشددة في مجال عدوى المستشفيات وكذلك المنتجات الطبية المعيبة أي ما يقع على المنتج أو الطبيب.

المطلب الأول: شروط تطبيق مبدأ العيطة

ظهر مبدأ العيطة أول مرة في ألمانيا خلال السبعينات من خلال سياسة الحكومة الألمانية في مجال حماية البيئة من خطر التلوث، غير أن هذا المبدأ سرعان ما بدأ يظهر على مستوى الاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية للدول، ففي شهر جوان من سنة 1992 خلال قمة الأرض في ريو دي جانيرو "Rio de janeiro" تم إدراج المبدأ ضمن أحكام المنظمة لعلاقة الإنسان بالبيئة حيث نص على أنه¹ "لحماية البيئة تتخذ الدول على نطاق موسع تدابير احتياطية حسب قدرتها وفي حالة ظهور أخطار تؤدي إلى ضرر جسيم أو لا سبيل إلى عكس اتجاهه، لا يستخدم الإفقار إلى اليقين العلمي الكامل سببا لتأجيل اتخاذ تدابير تتسم بفعالية التكاليف لمنع تدهور البيئة".

أما في التشريع الفرنسي فقد نص لأول مرة على المبدأ في قانون Barnier وذلك سنة 1995، المادة 1_2000 من القانون رقم 95-101 فيفري 1995 حول حماية البيئة حيث نص هذا "القانون صراحة على أن غياب اليقين العلمي لا يجب أن يؤخر اتخاذ الإجراءات الفعالة أو المناسبة المسبقة لتفادي خطر يحدث ضرر كبير ينعكس على البيئة وذلك بتكلفة اقتصادية مقبولة".

قد قام مجلس الدولة الفرنسي سنة 1998 بتطبيق هذا المبدأ في مجال الصحة وقد عرفه على النحو التالي "هو الالتزام الواقع على صاحب القرار سواء العام أو الخاص بالإمتناع عن التصرف أو رفضه بسبب المخاطر الناتجة عن هذا التصرف ولا يكفي أن تؤخذ المخاطر المعروفة والممكنة بل لا بد أيضا إحضار الدليل العلمي الذي يؤكد غياب كل خطر ممكن"².

¹ LUCILE MONTESTRUCQ ET OLIVIER GUJE, les dossiers sante-environnement de observatoire de la sante, avril 2009 _n 3

² SETBON M, application du principe de précaution en évaluation/ gestion de risques sanitaires environnement revue épidémiologie et de santé publique 2005 , p26

يلاحظ على هذا التعريف أنه عمل على تغيير التعريف الذي ورد في قانون Barnier تغييرا جذريا حيث لم يعد يتكلم عن جسامه الأخطار وخصوصية التكاليف الاقتصادية¹ الناتجة عن التدابير من أجل منع وقوع الأضرار.

كما أن مبدأ الحيطة يجد تطبيقاته في المجال الطبي ففي مرحلة العلاج فإن الطبيب يتخذ قراراته إسنادا إلى عمليين يقوم بهما، الأول يتمثل في التشخيص المرض واختيار العلاج بينما الثاني فيتمثل في الأخذ بعين الاعتبار جميع المحاولات والتجارب العلمية من أجل تحسين الحالات المرضية التي يعاني منها المريض ولا بد من الأخذ بعين الاعتبار الخطر غير المؤكد. إن الاحتياط أثناء تقديم العلاج هو أمر أساسي ووارد في قانون أخلاقيات المهنة الفرنسي.

حيث نص عليه المشرع في العديد من المواد ضمينا من خلال فرضها على الطبيب الإلتزام بالإعلام، و الإلتزام بالسلامة، كما أن قانون "huriet" الذي يعمل على حماية الأشخاص الذين يوافقون على تنفيذ التجارب الطبية عليهم، حيث تم في هذا القانون تشديد الرقابة على الوسائل و المواد التي تستعمل لأجل تنفيذ هذه التجارب الطبية كما أن مجال الصحة العمومية يعتبر أفضل مجال لتطبيق هذا المبدأ .

إنّ تحليل مختلف عبارات المبدأ في النصوص السالفة الذكر يظهر شروطا دائمة، خاصة بتطبيقه لذلك، يبدأ سريانه عند اجتماع شروطه الثلاثة وهي غياب اليقين العلمي الذي يدفعنا بالضرورة إلى البحث في شرطه الثاني المتمثل في احتمال حدوث الضرر، و أخيرا مدى خطورة وجسامه هذا الأخير، فهذه الخطورة هي التي تبرر العمل الفوري، المتمثل في أخذ التدابير الاحتياطية، دون انتظار الحصول على اليقين بأن النشاط المزمع القيام به لن يخلف أضرارا على الصحة.

¹ G. DAVID, G. NICOLAS ET C. SUREAU : la médecine et le principe de précaution ,dont bulletin de l'académie de médecine, édition scientifique et médicales sas ,2001,p 732.

الفرع الأول: غياب اليقين العلمي

البشرية عاشت تقلبات هامة نوعا ما و مع ظهور العلوم الجديدة المعقدة كالفيزياء، الرياضيات وغيرها برز معها عدم اليقين حول نتائجها و الذي أصبح جزء لا يتجزأ منها، فأصبح من ضروري الأخذ بعين الاعتبار هذا الريب، حول احتمال حدوث ضرر جسيم أو لا سبيل إلى عكس اتجاهه، وعليه فإن مبدأ الحيطة يتعرف أن الإنسان لا يمكنه التحكم في كل المعطيات والاعتبارات العلمية لذا فهو يتعرف بعدم اليقين العلمي. فالمبدأ يهدف إلى أخذ الحيطة في مواجهة أخطار لا تزال مجهولة أو غير معروفة جيداً¹، و تدريجياً أصبح غياب اليقين العلمي، حقيقة معترف بها دولياً.

أولاً: علاقة القانون بالمعرفة العلمية

يمكن تمييز علاقة القانون بالعلم، خلال ثلاثة مراحل و هي على التوالي²:

1: كان عدم اليقين مرادفاً لسيطرة الإنسان على الطبيعة. تبدأ هذه الفترة من القرن الخامس عشر. فالطبيعة تعتبر كوسيلة في خدمة الإنسان وهو القادر على سيطرة كل شيء، لكن من جهة القانون كيف يتم تصور الأمر؟

نظرية الخطر تمّ تصورها آنذاك، على أنّها نتاج العهد الصناعي. فهي تنص على أنّ الإنسان قادر على تعويض الأضرار التي يتسبب فيها، و أن الكوارث التي تعرضت لها البشرية ما هي إلا حوادث عابرة و يمكن للعلم حلها .

2: جاء عهد الشكوك، الذي بلغ ذروته القصوى بالحدوث النووي لشرنوبيل 26 أبريل 1986 والذي بات بمثابة إنذار أخير، حيث تبين للإنسان أن إذا كان العلم يحل مشاكل، إلا أنه

¹ J M LAVIEILLE, convention de protection de l'environnement, secrétariats, conférences des parties, comités, direction scientifique, PULIM, p 462

² J M LAVIEILLE, le droit – en question- droit international de l'environnement, ellipses, bibliothèque interuniversitaire, CUJAS, 1998, p 101 .

ينشئ مشاكل أخرى. فالكوارث تؤدي إلى عصره هامة يوما بعد يوم و أيضا أضرار جسيمة لا رجعة فيها. و المشاكل و الأضرار تتعدّد بتطور العلم و التكنولوجيا .

3: تميزت هذه المرحلة بتفطين الإنسان لحدود معرفته. فأصبح من الضروري فصاعدا التفكير والعمل على المدى الطويل لمحاولة بالقدر الممكن تجنب الأخطار غير القابلة للإصلاح. فالحقوق التي منحت للإنسان على البيئة، يجب أن تتبع بواجبات تجاه هذا الأخيرة. لكن قد يكون رد فعل بعض السياسيين، الصناعيين، العلماء و الباحثين، أن هذا التفكير قد يعيق أو يعطل و يشلّ التجديد و الابتكار¹.

من عهد الحيطة هذا، تبين أن هناك عدّة نشاطات إنسانية لم تفصح عن كل محتوياتها وآثارها وذلك بسبب حدائتها و توسّعها، لا سيما فيما يخص الآثار التي قد تحدثها على صحة المريض بصفة خاصة وعلى الصحة الإنسانية بصفة عامة و رغم أن المعرفة العلمية هي في تطور مستمر إلا أن العديد من النتائج والآثار الناجمة عن تطبيقها، ليست معروفة بعد و لم تقاس بدقة. ورغم أن الكثير من التساؤلات القديمة، تمّ تسليط الضوء عليها اليوم غير أنه، لا يمكن الاعتماد على اليقين، عندنا في نفس ميدان البحث، مواقف متناقضة تمّ تأكيدها في نفس الوقت من طرف العلماء والباحثين. كما هو الشأن مثلا فيما يخص آثار تجارب الطبيب على الأشخاص سواء كانوا مرضي أو لا².

ثانيا: احتمال الاستغناء عن اليقين العلمي

تستعمل عبارة غياب اليقين العلمي في مختلف المصادر عن قصد، بما أن هذه الأخيرة

¹ Ibidem,

² L.LUCCHINI, "le Principe de Précaution en droit international de l'environnement hommes plus que lumières" AFDI, 199, p 724 .

مدرجة ضمن أغلب النصوص المتبناة. فهي مسجلة ضمن إعلان ريو¹، وفي الكثير من الاتفاقيات الموجودة، من بينها إتفاقية التنوع البيولوجي²، فالصيغة المستعملة هي إذا موحدة وتعني أنه يعمل بتطبيق مبدأ الحيطة في حالة احتمال وجود آثار ذات الدرجة المعينة من الخطورة و استمرار أي نوع من الريب العلمي حولها، ولما عدم اليقين العلمي أصبح حقيقة لا مفرّ منها، ظهر موقفان إزاء هذه الحالة³.

الرأي الأوّل يرى أنه من الأحسن تعميق و مواصلة الأبحاث العلمية و عدم التسرّع في وضع القوانين، حتى لا تعيق التطور الصّناعي والطبي بالخصوص، و بالعكس فإن الرأي الثاني، يفضّل ويؤيد اللّجوء إلى التنظيم الفوري، و ذلك لتفادي أيّ ضرر خطير و غير قابل للإصلاح في حالة غياب التدابير الملائمة. و هكذا في نظر هذه المدرسة، بتطبيق مبدأ الحيطة، يصبح غياب عدم اليقين العلمي المطلق لا يشكل عائقا لأيّ عمل، بهدف حماية البيئة و الصحة⁴. إذا كانت مختلف النصوص السالفة الذكر تصف عدم اليقين على أنه علمي و مطلق، لكنها تبقى غامضة حول غايته. إلا أن هناك بعض النصوص تحدّد أن غياب هذا اليقين⁵ يخصّ الأخطار التي قد يتعرّض إليها الإنسان. أمّا البعض الآخر و الأكثر دقّة، يعبر أحسن على حقيقة التردّد، مؤكدين أن هذا الأخير يخصّ علاقة السببية بين النشاط المزمع القيام به و آثاره على الصحة⁶. بما أن الشيء المشكوك فيه، هو أن هذه النشاطات تنجم عنها آثار ضارة و تصبح مصدرا لتدهور البيئة و صحة الإنسان.

¹ المبدأ الخامس عشر من إعلان ريو 1992 .

² الفقرة السابعة و التاسعة من الديباجة .

³ P. Martin- Bioud :le Principe de précaution en droit internationale de l'environnement- RGDIP - 1999; p 646 .

⁴ "الافتقار إلى يقين علمي قاطع"، تعد الصيغة الأكثر استعمالا، أنظر إتفاقية التنوع البيولوجي، المادة 3/3 . المبدأ 15 من إعلان ريو، إتفاقية برشلونا لسنة 1976 لحماية البحر الأبيض المتوسط من التلوث، الجريدة الرسمية لسنة 1982، العدد 5 (المادة 3/4) .

⁵ "دون انتظار الدليل العلمي على حدوث هذه الأضرار"، إتفاقية بامكو لسنة 1991 (المادة 4 ب) .

⁶ أنظر إتفاقية هلسنكي لسنة 1992 حول مجاري المياه العابرة للحدود: "البحث العلمي لم يفصح كليا عن العلاقة السببية بين هذه المواد (الخطيرة) من جهة و احتمال وجود أثر عابر للحدود من جهة أخرى" . المادة 5/2 أ. نفس الفكرة ضمن إتفاقية بحر البلطيق (المادة 3) إتفاقية حماية الوسط البحري الأطلسي (المادة 2) .

من التحاليل السابقة يستنتج أنّ الحيطة، لم تظهر مكتسبات علمية و على أساس هذه الأخيرة، و إنّما بالعكس ظهرت بهدف محاولة سدّ الفراغ لغياب الآمان العلمي و أنّ المبدأ في حدّ ذاته، هو دائما في تطوّر مستمر و محتواه سيتغيّر وفق التطوّرات العلمية المحقّقة لذلك، وجوده و قتي و مهدّد بالزوال، بمجرد ما ينوب عن عدم اليقين "اليقين المطلق". حينئذ علينا بالرجوع إلى المثال التقليدي و هو للوقاية .

التردد يعد بمثابة الخاصية الأساسية التي تميّز مبدأ الحيطة عن مبدأ الوقاية. فاليقين على وجود آثار ضارة لمشروع ما، يمكن أن يؤدي إلى تبني إجراءات و تدابير وقائية و الرامية إلى الحدّوحتى إلى تفادي الآثار الضارة لصحة الإنسان¹. في هذه الفرضية الخطر المعروف يمكن استدراكه، و الحيطة تصبح موجهة لإدارة الخطر المجهول أو المعروف نسبيا فيفرض فيه أخذ تدابير احتياطية، و ذلك حتى قبل التحقق الفعلي من وجود الخطر المعروض إليه. و بعض النصوص تذهب حتى إلى التأكيد أنّه، كلّما كانت المعطيات غير ثابتة، كلّما كان الحذر كبيرا² و من هنا يلاحظ أنّ هذا العنصر الأساسي و الخاص بمبدأ الحيطة، يمثّل أيضا أساس صعوبة إدراكه و خاصّة تطبيقه.

الفرع الثاني: احتمال حدوث الخطر

إذا كانت النظرة القديمة للخطر تستند لفكرة، ألا و هي أنّ الخطر يمثّل النتيجة الملازمة للتطوّر، و كان بالإمكان معرفة أسبابه، تقدير مدها، التحكم و إدارة الآثار الضارة أو محاولة استدراكها، فالنظرة التي ظهرت تدريجيا في العهد المعاصر، تستند لأسس مختلفة تماما عن النظرة

¹ M REMOND- GOUILLOU', responsabilité et environnemen, "l'incertitude et le droit," avril 1996, N°, p 105.

² اتفاقية نيويورك 1995 حول مخازن الأسماك، المادة 2/6 تذكر "نقص المعطيات المناسبة" و تذكر في حالة ما إذا كانت هذه المعطيات غير مؤكدة، أو غير مناسبة، الأهمية تعطى للحذر و الاحتياط .

السابقة. حيث أنّ حتمية حدوث الضرر أنكرت واستدراكه أعيد النظر فيه، كما ترك هامش كبير لعدم اليقين، و يحاول إدارته أو التحكم فيه بقدر الإمكان في بداية ظهوره.

إلاّ أنه مع ظهور أنواع جديدة من التكنولوجيا، شهد هذا العصر بروز جيل من الأخطار، إذ الأضرار الناجمة عن هذه الأخطار كثيرا ما تكون صعبة التقدير، وجدّ متأثرة بعد اليقين. فمثلا قبل حادثة تشرنوبيل سنة 1986، لا أحد من الخبراء كان بإمكانه إعطاء رأيه بدقّة حول حدوث مثل هذا الخطر، لسبب أنّ مثل هذا الاحتمال لم يكن من الممكن التحقّق منه من قبل.

كما أنّ مفهوم الخطر هذا، لم ينشئ لإدارة آثار الحادث و لا حتى لاستدراك تحقّقه وإثما لمحاولة السيطرة على أسباب حدوثه. فتكريس مبدأ الحيطة، القانون غير نظرتة تماما. وأصبح يعتبر حاليا، أنّ من الضروري الأخذ بعين الاعتبار ليس فقط الأخطار المتوقعة ولكن أيضا الأخطار غير المؤكّدة، هذا الإلزام بالحيطة يترجم بعدّة طرق من جهة، هو يلزم باتّخاذ تدابير احتياطية مكثّفة، أكثر مما يلزمه الاحتمال، أو باتّخاذ تدابير احتياطية في مواجهة الأخطار، غير المحتملة بناتا.

من هنا يمكن التساؤل عن أيّ من الأخطار يطبّق مبدأ الحيطة؟ هل يطبّق بمجرد الاشتباه في خطر، أم يطبّق فقط على الخطر المعروف؟ لذا تسلسل للأخطار وفقا لدرجة المعرفة. الفقه وضع تدرّجا بين ثلاثة أصناف من الخطر .

في قمة السلم هناك الأخطار المرفوضة، و التي تخضع لمبدأ الوقاية وبعدها هناك الأخطار الثانوية وهي أخطار مفترضة يجب احتمالها من طرف الجماعة و لا تقع تحذ نفوذ التدابير

الأمنية، لذا فهي لا تخضع لا لمبدأ الاتقاء و لا لمبدأ الحيطة. و أخيرا وحدها الأخطار الواقعة بين الأخطار المرفوضة و الأخطار الثانوية، هي من اختصاص مبدأ الحيطة إذا هناك¹ : الأخطار المؤكدة و الخاضعة لمبدأ الوقاية .

الأخطار الثانوية و التي لا داعي لإبعادها بتبني تدابير أمنية .

الأخطار غير المؤكدة و التي هي من اختصاص مبدأ الحيطة.

أولاً: إستبعاد الأخطار المؤكدة و الأخطار الثانوية.

إنّ الأخطار التي تثبت فيها، العلاقة السببية بين حادث ما، و بين الضرر الذي قد يلحقه هذا الأخير، عن طريق أدلة علمية قاطعة، لا تخضع لأيّ حال من الأحوال لمبدأ الحيطة. فهذا النوع من الأخطار، يمكن أن يوصف على أنّه مؤكّد ما دام الممكن تقدير حدوثه². إلا أنّ من ميزة الخطر أنّه مفاجئ و أنّ حدوثه دائما غير ثابت. لكن ما هو أكيد هي العلاقة السببية بين الحادث المحتمل وقوعه والضرر المتوقع. فالخطر يصبح مؤكّدا، ما دامت العلاقة السببية بين هذه الأنشطة الطبية و بين الظواهر الإيكولوجية وهذه الأخطار المعروفة، تقبل تطبيق الإجراءات الوقائية عليها و حينئذ، تصبح غير مقبولة و يعدّ من المفرط محاولة إدماجها ضمن الأخطار التابعة لمبدأ الحيطة³.

الأخطار موجودة في كل مكان، بعضها مقبول بينما البعض الآخر لا فمثلا القيام بعملية جراحية بتقنية جديدة أو بتقنية معروفة من قبل أو تناول أدوية جديدة بالرغم من إخضاعها للتجارب، أليست هذه أخطار؟ و استبعاد أي نشاط من شأنه أن يحمل في طياته خطرا ما على الصحة، قد يوقف أيّ إبداع و يشلّ التطور التكنولوجي. فمثل هذه الأخطار الموصوفة

¹ Nde SADELEER ; les principes du pollueur payeur universités francophones ;1999 p165

² IBidem.

³ N.de SADELLER, op.cit, p 167 .

بالثانوية، أي الأخطار المفترضة و المستندة على اعتبارات تخمينية دون أيّ سبب علمي لا بد من استبعادها من دائرة تطبيق مبدأ الحيطة. فالافتراض و التخمين و الحدس، لا يمكن أن يبرروا لوحدهم الأخذ بموقف الحيطة.

ثانياً: الأخذ بالأخطار مخير المؤكدة

إذا كانت الأخطار المؤكدة أو المحققة و الأخطار الثانويّة، تخرج من دائرة اختصاص مبدأ الحيطة، للأسباب المبينة أعلاه، فعلى مبدأ الحيطة تأطير الأخطار الواقعة ما بين هذين الأولين . تؤكد عدّة تعريفات هذه الإدارة في إبقاء تطبيق المبدأ في حدود المعقول. في هذا الصدد، تعلن اتفاقية باريس حول حماية شمال شرق المحيط الأطلسي لسنة 1992 عن "أسباب معقولة للقلق"، إذ أنّ مبدأ الحيطة، يمكن تطبيقه حالما توجد "أسباب جادة" دون انتظار الأدلة القاطعة¹. فعلى السلطات العمومية إثبات أنه من الممكن علمياً حدوث الضرر و هذا الشرط يمكن تحقّقه بمجرد ما تسمح معطيات علمية تجريبية بالمقابل لفرضيات بسيطة أو تخمينات بافتراض بصفة معقولة حدوث الضرر. في هذه الحالة يمكن للمبدأ أن يطبّق على كل الأخطار الطبية متى كانت علاقة السببية بين الفعل و آثاره لم تثبت بوضوح.

الفرع الثالث: تكيف الضرر

تفرض أغلبية النصوص لاتخاذ تدابير الحيطة، أن يتّصف الضرر بدرجة معنيّة من الخطورة. وهذا الشرط يعد هام إذ، يحدّد الدرّجة الأزمنة التي تسمح للمبدأ، بتأكيد محتواه و ليس فقط لإدراك المبدأ على أنه مبدأ معرقل أو مثل للتشّاط الطبي، و غياب التّشاط الذي يمكن أن تفرضه الحيطة، هو حينئذ مؤسس على وجود تهديد محتمل، و نوعاً ما خطير. عند توفّر هذا

¹ N. de SADELLEER, op.cit.p 170

الشرط يصبح المبدأ مقبولاً ودرجة الخطورة هذه تسمح بالأخذ بعين الاعتبار خطر وجود الضرر على مستوى مقبول.

لأن اتساع الضرر و مداه عادة ما يفهم أو يعطي له مفهوم عام، حيث أن الكثير من النصوص تذكر فقط الضرر الذي يقع على البيئة أو على الصحة الإنسانية. غير أن بعض المعاهدات كتلك الخاصة بمكافحة التلوث البحري، نصوصها أكثر دقة، و تذكر التعديّات الواقعة على مختلف موارد البحار بالمفهوم الواسع¹.

يرى معظم القانونيين أنه من الضروري تحديد درجة معينة للخطر، لتفادي امتداد و توسّع مبدأ الحيطة على عدد كبير من الحالات أكثر مما هو محدد. و حسب رأيهم يجب أن يتعلّق المبدأ بالأخطار التي تؤدي إلى أضرار هامة و جسيمة و من الملاحظ أن تعريفات العديد من الاتفاقيات تؤكد هذا التفسير الفقهي².

أما بالرجوع إلى نصوص أخرى، يلاحظ أن الضرر يشار إليه ضمن صيغ و عبارات، نوعاً ما أقلّ غموضاً مما هي عليه في الاتفاقيات المشار إليها أعلاه³. وإذا كان تطبيق مبدأ الحيطة محصوراً فقط، على صنف معيّن من الأضرار إلا أنه يجب التوسع، حول حدود هذه الأخيرة، لذا لا بد من تحليل الطابع الخطير و لا رجعي للأضرار أين حدوثه الفجائي لا بد من استدراكه مسبقاً تتسبب.

أولاً: الضرر الجسيم

تشرط بعض التعاريف وجود ضرر خطير أو جسيم. إلا أن المشكلة تكمن في أن هذا

¹ في هذا المعنى أنظر اتفاقية حماية البيئة البحرية في منطقة بحر البلطيق لسنة 1992 (المادة 3) اتفاقية حماية الوسط البحري لشمال البلطيق الأطلسي لسنة 1992 (المادة 2/2).

² فالاتفاقية المتعلقة بالمناخ و كذا إعلانات برقان تسمح أو تقبل اللجوء إلى المبدأ لاستدراك خطر حدوث أضرار خطيرة و لا رجعة فيها.

³ معاهدة التنوع البيولوجي يطبق المبدأ "حيثما يكون ثمة تهديد بحدوث انخفاض أو خسارة شديدة للتنوع البيولوجي" الفقرة التاسعة من الديباجة، اتفاقية حماية الوسط البحري الأطلسي تسمح به بمجرد ما للتلوث يقدّم أخطار على صحة الإنسان و يؤثر سلباً على الموارد البيولوجية و كذا النظم الإيكولوجية البحرية.

الشّروط ذو طابع شخصي ويعطيه البعض مفهوم مختلف حسب المكان الأشخاص المعنية¹.
 فمثلا إرتكاب الطبيب خطأ متمثل في نزع رحم امرأة فهذه المرأة محكوم عليها بعدم الإنجاب في المستقبل هذا الضرر الذي يعتبر جسيما في حق هذه المرأة و المتمثل في حرمانها من إنجاب قد لا يعتبر جسيما إذ ما وقع هذا الخطأ لإمرأة كانت التحاليل الطبية تؤكد على أنها لا تستطيع الإنجاب لإصابتها بعقم يستحيل علاجه، و في مثال آخر إعطاء الطبيب للمريض أدوية و بعد فترة يثبت أن هذه الأدوية تتسبب في إحداث تشوهات وإعاقات للأطفال المولودين من أشخاص تناولوا هذه الأدوية، هذا الضرر يعتبر جسيم في نظر بعض المرضى الذين تناولوا هذا الدواء و لا يزالوا يريدون الإنجاب أو قد أنجبوا أطفالا معوقين في حين قد لا يعتبر هذا الضرر في نظر بعض المرضى إذا كانوا لا يريدون الإنجاب مستقبلا لأي سبب من الأسباب كأن تكون المرأة في مرحلة سن اليأس جسيما.

كما أن صعوبة تقدير أهمية و درجة آثار أي خطر، قد تتضاعف إذا ما أمكن لهذا الأخير الإلتقاء بأخطار أخرى، إلا أنه يكفي أن يتكرر أو أنه يتلق بأبي حادث فجائي آخر، كي يتّخذ فجأة مدى غير منتظر²، لذا يأخذ مبدأ الحيطة بعين الاعتبار الأخطار ذات الأهمية الضعيفة، لأنها في حالة التتراكم والتجمّع مع بعضها البعض، قد تؤدي إلى تهديدات بالغة الخطورة .

ثانيا: الضرر بخير القابل للإصلاح

يمكن الاعتماد أنّ الخطر المؤدي إلى ضرر لا رجعة فيه، بالإمكان إدراكه بسهولة، مقارنة بالخطر المؤدي إلى ضرر خطير، في حالة ما إذا الضرر اللارجعي يعتبر من وجهة نظر علمية ذات طابع موضوعي .

¹ فريدة تكارلي: مبدأ الحيطة في القانون الدولي للبيئة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2005 ص102
² N. de SADELEER, op. cit, p 181

فأي حالة غير قابلة للإصلاح هي ميئوس منها في حالة ما إذا كان من غير الممكن الرجوع إلى نقطة الإنطلاق، أو إرجاع الحالة على ما كانت عليها قبل وقوع الضرر. هل هذا يعني أن كل الأضرار غير القابلة للإصلاح، تقع تحت طائلة مبدأ الحيطة؟ كل جرح جسماني ألا يكون بالنسبة للضحية ضرار لا رجعة فيه و لا يمكن لأي تعويض مالي أن يستدركه؟ إذا، في هذه الحالة يصبح كل ضرر غير قابل للإصلاح حينئذ يطبق المبدأ على عدة أخطار، و هذا على حساب اختصاصه و مجال تطبيقه هنا أيضا معيار رجعية الضرر لا يقدم دائما حلا مرضيا. لذا أغلب التعريفات توفّق بين معيار الخطورة و لا رجعية الضرر. و النصوص لا تقصّر بالتذكير به¹.

المطلب الثاني: توسيع نطاق المسؤولية الخطئية بناء على مبدأ الحيطة.

عند تأمل عبارة مبدأ الحيطة فإنه يظهر كأنه مقابل ومعارض للمسؤولية المدنية، وذلك لأن الأول يظهر ببداهة (apriori)، بمعنى قبل اتخاذ أي قرار، بينما المسؤولية المدنية بإضافة نظام التعويض، فإنه يأتي لاحقا (a posteriori)، أي بعد حدوث الضرر، وما يمكن قوله عن هذا وهو أن هذا التناقض هو أقل وضوحا مما يبدو عليه.

إن مبدأ الحيطة مناسب لتجديد وتوسيع مفهوم المسؤولية القائمة على أساس الخطأ، وفي الواقع، فإنه لا يمكن قيام المسؤولية الخطئية إلا اعتمادا على معرفة سابقة، أي أنه لا يمكن أن نكون مسؤولين عن شيء لا علم لنا به، لكن فكرة الحيطة جاءت وقلبت هذا المنطق الكلاسيكي للمسؤولية الخطئية التي أساسها معرفة الخطر، بقدر ما قد يوجد الخطأ حتى في حالة عدم اليقين.

¹ "خطر جسيم و لا سبيل إلى عكس اتجاهه"، هي العبارة الأكثر استعمالا يمكن ذكر على سبيل المثال : المبدأ 15 لإعلان ريو. هناك أيضا عبارات أخرى مثل "تهديدات بحدوث ضرر جسيم أو غير قابل للإصلاح" (المادة 2/3 من اتفاقية تغيير المناخ)، "تهديد بحدوث انخفاض أو خسارة شديدة للتنوع البيولوجي" (اتفاقية البيولوجي الفقرة التاسعة من الديباجة).

هذا التحول الذي طرأ على المسؤولية المدنية بناءً على مبدأ الحيطة لا يقصد به تراجع المسؤولية الموضوعية، بل بالعكس يبدو كلاً من المسؤولية بدون خطأ ومبدأ الحيطة تتبع نفس الهدف، ألا وهو تحسين حماية الأشخاص ضد الأخطار. إن إتساع المسؤولية الخطئية ناتج عن اعتبار مبدأ الحيطة العامل الحقيقي للخطأ، بمعنى تشديد الواجبات والالتزامات المفروضة على الطبيب ومرافق الصحة، وكذلك توسيع تقدير مفهوم الخطأ المثبت.

الفرع الأول: مبدأ الحيطة كعامل موسع لمفهوم الخطأ

يضمن مبدأ الحيطة عاملاً جديداً لمفهوم الخطأ، تحت معيار مضمون الالتزام بالحيطة والحذر، حيث يعتبر عدم احترام مضمون هذا الالتزام مؤسساً للخطأ، حيث قد جاء في عبارة السيدة Rémond Guillaud: "إذا كان الالتزام بتأمين الأخطار، مؤشر عن نظام أكيد يضع مكاناً للحيطة، أين يجد كل شخص نفسه مجبراً على مضاعفة الاحتياطات اللازمة في مواجهة المجهول، مما يؤدي إلى استحداث وتجديد مفهوم الخطأ¹ الذي قد يتخلل التزاماته هنا، فمضمون الالتزام بالحيطة والحذر، عندما لا يحترم هذا الالتزام والذي يؤدي إلى قيام خطأ، فلا بدّ من دراسته على ضوء مبدأ الحيطة.

حيث لا بدّ من اعتبار الشخص مخطئاً كل من لم يتخذ الاحتياطات الوقائية من الخطر المعروف حدوثه أو المتوقع حدوثه، وكذلك من لا يتخذ الاحتياطات الواجبة، حتى في حالة الشك، كأن يقدم على عملية أو يرفضها بسبب الأخطار المحتملة²، وكنتيجة لذلك فإن مبدأ الحيطة بعيد كل البعد عن الالتزام ببذل عناية الذي يفرض الحيطة في مواجهة الأخطار المعروفة³.

¹ M.Rémond Guillaud, Le risque de l'incertain : La responsabilité face aux avancées de la science, la vie des sciences, comptes rendus, Série générale, t 10 1993 N° 4, Chr, p 299.

² G. J, Martin, précaution et évolution du droit, D 1995, Chr, p 299

³ Réflexion sur le droit de la santé, rapport CE 1998, Doc.fr, 1998, p 256.

وفقاً لهذا المنظور لمبدأ الحيطة ينشأ الخطأ حتى في حالة عدم التأكيد أو الاحتمالية، حيث يظهر ضمناً في قرار مجلس الدولة في قضية الدم الملوث عندما إعتبر الحكومة الفرنسية مسؤولة عن الأضرار الناتجة عن العدوي أثناء القيام بعملية نقل الدم الملوث، لأن الخطأ يعود للإدارة التي تم إعلامها بتاريخ 22 نوفمبر 1984، بوجود خطر محتمل بالإصابة بالعدوى أثناء القيام بعملية نقل الدم، وكذا عند استعمال كل مشتقات الدم، دون انتظار التأكيد على صحة هذه المعلومة غير أن الإدارة تماطلت في إصدار مرسوم وزاري، مما أدى إلى قيام مسؤولية الدولة. وقد بين الاجتهاد القضائي في 1993 كذلك بأن مبدأ الحيطة هو مبدأ لا مفر منه عندما تكون لحالة العلم غير الأكيدة تأثيرات ضارة على الصحة العمومية، وعليه فإنه في مواجهة خطر وشيك ولكن غير معروف فإن عدم التصرف يعتبر خاطئاً¹.

وقد اتخذت وزارة العدل الفرنسية نفس الاتجاه، حيث اعتبرت في قرار تنظيمي لها صادر في 17 جويلية 1998 بأن أي خطأ في الحيطة وأي تأخير في الإجراءات التي تظهر عند معالجة قضية ما يعتبر خطأ عدم الاحتياط والإهمال. ما يلاحظ على هذا الاتجاه الذي تبنته كل من وزارة العدل ومجلس الدولة في فرنسا بأن العقوبة التي تترتب عن مبدأ الحيطة هي إدانة في عدم حسن التصرف والمتمثل في عدم الفعل، أي عدم الفعالية في تنفيذ الالتزام أو ما يساعد على تنفيذه.

هذا التطور في مفهوم الخطأ طوّر وجدّد مفهوم المسؤولية بالنسبة لأفراد الطاقم الطبي، حيث إذا أمكنهم دفع مسؤوليتهم المدنية بإتباعهم بأنهم قد اتخذوا كل الإجراءات الوقائية اللازمة، فإنهم قد يتابعون بصرامة فيما يخص استعمالهم الوسائل المطابقة والتي تعمل لصالح المريض.

¹ Le tourneau Philippe, Droit de la responsabilité et des contrats, éd, Dalloz ,Paris 2009, p 138.

الفرع الثاني: التقدير الموسع للخطأ

يعتبر قرار Mercier 1936¹ عامل شكلي لإقامة المسؤولية الخطئية حيث اعتبر كل من القضاء العادي والقضاء الإداري بأن الخطأ الطبي أصبح مشدد سواء أعلق الأمر بالخطأ التقني أو الخطأ في المراقبة². حيث أصبح الغلط البسيط في التشخيص، وإن لم يعتبر خاطئاً، فإن القضاء يعتبر بأنه عندما لا يطابق التشخيص المعطيات العلمية، خطأ يقيم المسؤولية، فالطبيب هنا يعتبر مرتكباً لخطأ من الأول يتمثل في عدم مطابقة تشخيصه للمعطيات العلمية، والثاني في أنه لم يتخذ الاحتياطات الواجبة عليه اتخذها.

قد تتعلق مراقبة المريض أولاً بتنفيذ تقنية خاصة للعلاج مهما كانت طبيعية، على أن يتم تنفيذ هذا العلاج بفعالية كما تتطلبه المقتضيات العلمية الحالية، كما قد تتعلق مراقبة المريض ثانياً بالزامية مواصلة العلاج، وعليه فإن تنفيذ العمل الطبي لا يتوقف عند التنفيذ التقني للعلاج. وإنما يتعدى إلى إلزامية مواصلته. فعلى الطبيب أن يتأكد من التنفيذ الصحيح للعلاج اللائق للعمل الطبي وكذا مراقبة تطور حالة المريض، وضع المريض على المراقبة إن اقتضت الضرورة ذلك، أو رفض توقيع السّماح بخروجه من المرفق الصّحي.

كما يطرح عيب المراقبة عند تعدد الأطباء في تنفيذ العمل الطبي، أي بعبارة أخرى، من تقوم مسؤوليته ضمن الفريق الطبي المنفذ للعمل الطبي؟ مراقبة استيقاظ المريض تعود إلى طبيب الإنعاش، ولكن قد يتبادر إلى الأذهان أنه هل من الممكن إدخال الطبيب الجراح في تنفيذ هذه المراقبة رغم انتهاء عمله؟.

¹ Violla François, les grandes Décisions du droit médicale, Dalloz, 2009, p 139.

² Dolivet -Dorsner Annick, la responsabilité du médecin, economica ; 2009, p 136.

لقد فصلت في ذلك محكمة النقض الفرنسية في قرارها سنة 1986 حيث اعتبرت كل طبيب شارك في تنفيذ العمل الطبي ملزم بمراقبة المريض حتى وإن كان عمله الطبي قد نفذ وبشكل صحيح حيث أضافت المحكمة بأن مسؤولية الفريق الطبي هنا هي مسؤولية تضامنية¹. إضافة إلى ما سبق فقد تبني القضاء العادي والإداري مفهوماً جديداً للمسؤولية حيث استبدلت أساسها الذي كان يتمثل في الخطأ الجسيم إلى الخطأ البسيط من أجل إقامة مسؤولية الطبيب. ولا بدّ من الإشارة أنه بعد صدور قانون 4 مارس 2002 في فرنسا فإن هذا القانون دعم رأي القضاء الآخذ باستبدال الخطأ الجسيم بالخطأ البسيط، غير أن هذا القانون أخذ بهذا الاعتبار فقط فيما يخصّ الخطأ في تشخيص الحالة الصحيّة للحنين الذي يؤدي إلى ولادته معاقاً².

الفرع الثالث: مبدأ العيطة يوسع من إقتراض الخطأ المثبت

تشخيص الطبيب لحالة المريض هي عملية تتم بين الطبيب والمريض دون تواجد شخص آخر معهما، وذلك لما تتمتع به علاقة الطبيب بمريضه بالسرية التامة، هذه السرية تجعل مهمة المريض في إثبات خطأ طبيه صعبة³. رغم هذه الصعوبة وكما اعتاد القضاء في أحكامه، فإنه في الحالة التي يكون فيه الطبيب ملزماً التزاماً ببذل عناية، فإنه عند إخلاله بهذا الالتزام يكون المريض مجبراً على إثبات ذلك، لكن هناك حالات تقوم فيها مسؤولية الطبيب دون حاجة المريض إلى إثبات خطأ المريض، أي أنه هنا يكون الخطأ مفترضاً، ويتعلق الأمر بـ: الأبحاث الطبية، وعدوى المستشفيات.

¹ F. Laroche - Gisserot, Médecine et droit, RTDciv 1998 , N° 33 p 14.

² Art 1^{er} de la loi N° 202 -203 du 4 Mars 2002 relative aux droits des malades

³ A Castelletta, Responsabilité médicale, Dalloz, Paris, 2002 p 111 et s.

أولاً: الاعتراف بافتراض الخطأ في الأبحاث الطبية

عرّف قانون الصحة الفرنسي الأبحاث الطبية كالتالي: "المحاولات أو التجارب التي يتم ممارستها على الإنسان بغرض تطوير المعارف العلمية والطبية"¹، وقد تم تحديد في قانون Huriet² جميع التصرفات المعاقب عليها جنائياً والتي قد تمسّ بسلامة جسم الإنسان، وكما جاء في هذا القانون نص صريح النصّ على أنه يمنع على الطبيب المشاركة في الأبحاث العلمية التي تمارس على الإنسان إلا إذا سمح القانون صراحة بذلك.

تجدر الإشارة إلى أنّ القانون الفرنسي يميّز بين نوعين من الأبحاث العلمية حيث نجد الأبحاث العلمية التي من المتوقع أن تحقق فائدة مباشرة للأشخاص الذين يخضعون لها وهي تدعى الأبحاث العلمية ذات النفع الفردي المباشر، وهناك أبحاث تمارس على أشخاص سواء أكانوا مرضى أم لا مع عدم التّأكد من فعاليتها تدعى الأبحاث العلمية دون النفع الفردي المباشر³، ففيما يخص الأبحاث العلمية التي من المتوقع أن تحقق فائدة مباشرة، فيقع عبء الإثبات في هذه الحالة على عاتق الواعد بالنتيجة أي الطبيب، حيث يقع على عاتقه إثبات بأن الضرر الناتج لا علاقة له مع خطئه الشخصي أو يمكن له دفع المسؤولية عن نفسه بإثباته فعل الغير أو خطأ الضحية⁴.

عليه نستنتج، أنه عندما نكون أمام الحالة السابقة الذكر، أننا أمام حالة افتراض الخطأ وهذا راجع إلى أن الطبيب بحاجة إلى أن يحتاط لأقصى الدرجات، وهذا ما يفسّر توسيع المسؤولية الخطئية للطبيب على أن يأخذ بعين الاعتبار افتراض عيب في تصرف الطبيب.

ثانياً: تأكيد افتراض الخطأ في مدى المستشفيات

عدوى المستشفيات في تزايد مستمر، فهي تمسّ كل سنة 6 إلى 7% من مرضى

¹ Art.L .1121 1-C santé public Français.

² La loi n° 88 -1138 du 20 Décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, dite loi Huriet.

³ A. Castelletta.op.cit, p 65.

⁴ Ibidem

المستشفيات.¹

أول تعريف لعدوى المستشفيات تم النص عليه في مرسوم وزاري لوزارة الصحة في 13 أكتوبر 1988 حيث عرّفه هذا المرسوم على أنه: كل مرض يصاب به المريض أثناء تواجده بالمستشفى بميكروبات أو بكتيريا، على أن تظهر أعراض الإصابة بهذه البكتيريا أثناء تواجد المريض بالمستشفى²

هذا المرسوم ألغى بمرسوم آخر صادر عن وزارة العمل والتضامن في 29 ديسمبر 2000، حيث جاء هذا المرسوم بإلزام المرفق الصحي بضرورة إثبات أنه يبذل ما في وسعه من أجل محاربة العدوى التي قد يصاب بها المريض داخل المستشفى، وقد جاء قانون 4 مارس 2002 الفرنسي المتعلق بالصحة العمومية لم يعط تعريفا لعدوى المستشفيات، وترك ذلك للقضاء، وتفسيره لذلك أن عدوى المستشفيات لها عدّة أسباب وأشكال يصعب إدراجها ضمن تعريف واحد.

أسباب عدوى المستشفيات قد تكون داخلية وقد تكون خارجية، وتكون داخلية عندما يطوّر المريض عدواه بسبب المرض الذي أصيب به على أن يتم توقيع تصرف طبي عليه، أو بسبب ضعف حالته الصحية، وتكون خارجية عندما يتعرض مريض إلى عدوى تنتقل إليه من مريض آخر بسبب عدم احترام المستشفى للمعايير اللازم اتخاذها عند وضع مريضين في نفس الغرفة، أو بسبب استعمال أدوات غير معقّمة، فالطبيب ملزم على احترام هذه المعايير، وعلى استعمال أدوات معقّمة سواء أكان ذلك سابقا للعمل الطبي أو أثناءه أو لاحقا له³.

¹ Y. Lachaud: responsabilité médicale, l'évolution de la jurisprudence de la cour de cassation en matière d'infections nosocomiales, Gaz. Pal 29-30 oct 1999, p 3

² Audrey Beun, Le principe de précaution en matière de responsabilité médicale, Mémoire de DEA droit privé général, Lille 2 université du droit et de la santé

Ecole doctorale n° 74, 2003, p69

³ Ibidem

تطوّر مفهوم عدوى المستشفيات راجع إلى ظهور بكتيريا جديدة خاصة بكتيريا Staphylocoque، وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية، في بداية الأمر أن التزام الطبيب هو بذل عناية فيما يخص المعايير اللازمة اتخاذها عند وضع مريضين في نفس الغرفة، أو عند استعمال الوسائل المخصصة لإجراء العمليات الجراحية، ومن هنا اعتبر خطأ الطبيب مفترضا فيما يخص هذا المجال مما أدى إلى افتراض المسؤولية في جانبه¹.

قد وسّع قانون 04 مارس 2002 من مفهوم المسؤولية الخطئية بإعطائه القاضي الحق في تجاوز افتراض خطأ الطبيب بالأخذ بعين الاعتبار اعتبارات أخرى وأسباب أخرى على أن تكون كافية من أجل إقامة مسؤولية الطبيب وقد فسّر القضاء هذا في قرار Mme^e Neveux على أن الأسباب الكافية يمكن أن تتمثل في مغادرة المريض للمستشفى مع تعرّضه لعدوى أخرى لا علاقة لها بالأسباب الأولى التي أدخلته المستشفى².

قد أضاف مجلس الدولة بأنه يدخل ضمن مجال عدوى المستشفيات قاعات الولادة، قاعات الجراحة، حيث اعتبر الخطأ مفترض في جانب الطبيب لا حاجة إلى إثباته، أما في غير الحالات السابقة الذكر فإنه لأجل إقامة مسؤولية الطبيب فلا بدّ على المريض من إثبات خطأ الطبيب³، وقد أقرّت محكمة النقض ذلك في قرار صادر لها في 16 جوان 1998 وأضافت أنه لا بدّ أن تكون قاعة الولادة مشابهة في مقاييس ومعايير النظافة والصحة المعمول بها لقاعة الجراحة.

يعود تفسير هذا التوسيع في مفهوم الخطأ إلى أن محكمة النقض أرادت إنقاذ ضحايا عدوى المستشفيات من ضرورة إثبات الخطأ، إلى أن الضحية يمكنه ببساطة إثبات أن حالته الصحية المتدهورة راجعة إلى عدوى أصيب بها أثناء تواجده في المستشفى، وعليه يجد الضحية

¹ Deni-chaubet I , Clinique : présomption de faute en matière d'infections nosocomiale, J.C.P 1999.

² Ibidem

³ C.AA, Paris, 18 Mai 1999.

نفسه أمام بساطة إثبات بأن حالته الصحية الحالية سببها عدوى تعرّض لها داخل قاعة الجراحة فبمجرد إثبات علاقة السببية بين الضرر والعدوى، يبقى أمام المرفق الصحي إثبات غياب خطأ في جانبه حتى يتفادى قيام مسؤوليته، لذلك أصبح على المستشفيات و الأطباء أخذ كل تدابير الحيطة من أجل تجنب وقوع العدوى داخل المستشفيات و العيادات الطبية.

إن المسؤولية الطبية هي في تطور كبير، وافترض الخطأ الذي نادت به محكمة النقض الفرنسية وضعت مكانا لافتراض المسؤولية، وكل هذا التطور الذي شهدته المسؤولية في أساسها راجع إلى تطور مفهوم عدوى المستشفيات¹.

المطلب الثالث: المسؤولية الطبية الموضوعية بناء على مبدأ الحيطة .

منذ القرن 19 فإن أساس المسؤولية كان يقوم على أساسين: من جهة الخطأ، ومن جهة أخرى المخاطر، ففي مجال المسؤولية على أساس المخاطر، المسؤولية تقوم بمجرد إثبات الضحية وجود علاقة السببية بين الضرر الذي تعرّض له والنشاط الذي يمارسه، ولا يهم إذا كان هذا الخطر متوقعا أو كان نتيجة لظروف استثنائية، ففي مثل هذه الحالات فإن السبب الأجنبي الذي لا يمكن توقّعه ولا دفعه بإمكانه إعفاء الطبيب من المسؤولية.

ففي مجال المسؤولية الموضوعية فإن هناك موضوعين هامين، وقد نصّ عليهما، قانون 04 مارس 2002، ويتعلق الأمر بموضوع عدوى المستشفيات، ومن جهة أخرى الأضرار التي قد يتسبب بها المنتج الطبي معيب².

الفرع الأول: المسؤولية الطبية الموضوعية المقترحة من قبل القضاء

في بداية الأمر لقد وضعت محكمة النقض الفرنسية على عاتق مرافق الصحة افتراض الخطأ في مجال عدوى المستشفيات التي قد يتعرّض لها المريض داخل قاعة الجراحة، وبعد ذلك عملت محكمة النقض الفرنسية على تقوية ومضاعفة حماية الضحية، في ثلاث قرارات صادرة

¹ Anick Dornner Dolivet, la responsabilité du médecin, economica, 2008, p 92

² Audrey Beun, op.cit p71

لها في 29 جوان 1999¹، ففي قرارها الأول قررت محكمة النقض أن المستشفى الخاص والطبيب ملزمون، في مواجهة المريض فيما يخصّ عدوى المستشفيات بالتزام السلامة بتحقيق نتيجة والذي لا يمكنهم التخلّص منه إلا بإثباتهم للسبب الأجنبي.

أولاً: تأكيد الإلتزام بالسلامة بتحقيق نتيجة .

بفضل القرارات الثلاث الصّادرة في 29 جوان 1999² من طرف محكمة النقض الفرنسية، حيث جاءت بمساعدة كبيرة لضحايا عدوى المستشفيات، لأنها وضعت على عاتق المرفق الصحي والأطباء الإلتزام بالسلامة بتحقيق نتيجة في حالة عدوى المستشفيات، حيث لا يمكنهم إعفاء أنفسهم من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، لأنه لا يكفي الأطباء إثبات أنهم لم يرتكبوا أي خطأ حتى يتمكنوا من إعفاء أنفسهم من المسؤولية، بل عليهم إثبات السبب الأجنبي، وبهذا تنتقل من نظام افتراض الخطأ إلى نظام المسؤولية الموضوعية أساسها التزم بالسلامة بتحقيق نتيجة.

فالإلتزام بالسلامة يضع على عاتق المهني، واجب ضمان سلامة جسم المريض، فعندما تصبح طبيعة هذا الإلتزام بتحقيق نتيجة، فإن هذا يفرض على الطبيب واجبا بعدم إحداث ضرر جديد بالمريض، ولكي يتمكن الطبيب من إعفاء نفسه من المسؤولية، عليه إثبات السبب الأجنبي وحتى يؤخذ هذا السبب بعين الاعتبار فلا بدّ من أن يكون خارجي، غير متوقّع وغير ممكن دفعه³، إن الإلتزام بالسلامة في مجال عدوى المستشفيات قد تم التأكيد عليه من طرف محكمة النقض وطبّق من طرف القضاء، ففي حكم آخر لمحكمة النقض الفرنسية⁴، أقرّت صراحة بأن الطّبيب ملزم بالتزام بالسلامة بتحقيق نتيجة في مجال عدوى المستشفيات بفعل عمل طبي نفّذ في مرفق صحيّ أو بمستوصف خاص بالطبيب، وقد فسّر المستشار Sargos هذه

¹ Ibidem

² Annick Dorsner-Dolivet ,op.cit p199

³ Le Tourneau ph, op cit, P, 1936.

⁴ Vialla F, Op-cit, Cass 1^{ère} civ, 13 Février 2001, N° 13-691.11

النتيجة على أن واجب المحافظة على سلامة المريض هو التزام أساسي وهو مبدأ أساسي لحيثهم المهنية، وإن كان هؤلاء المهنيين يمارسون أعمالهم ضمن مرافق صحية فإن هذا لا يعفيهم من التزاماتهم المهنية.

هذه المسؤولية الموضوعية التي جاء بها القضاء، كانت بفضل مبدأ الحيطة الذي يمثّل غرضه حماية الضحية من أي أخطار. وإن كانت أخطار غير متوقعة.

الفرع الثاني: المسؤولية الطبية الموضوعية محدّدة من طرف المشرع.

في حالة المسؤولية الموضوعية الضحية معفى من إثبات الخطأ و المسؤول لا يمكنه دفع المسؤولية عنه إلا بالسبب الأجنبي و المشرع الفرنسي في هذا المجال اعتبر أن المسؤولية القائمة في حالة عدوى المستشفيات و حالة المنتجات الطبية المعيبة¹ هي مسؤولية موضوعية.

أولاً: المسؤولية الموضوعية في حالة عدوى المستشفيات

لقد جاء المشرع الفرنسي في قانون الصحة وبالضبط المادة 2-1142 L بملاحظتين الأولى أن القانون ينصّ صراحة على قيام مسؤولية العيادات والمستشفيات في حالة عدوى المستشفيات، فالضحية معفى من إثبات خطأ هؤلاء بالمقابل لا يمكن للمسؤولين إعفاء أنفسهم من المسؤولية بإثبات غياب الخطأ في جانبهم، إلا أن السبب الأجنبي هو الكفيل بإعفائهم من المسؤولية².

أما الملاحظة الثانية، فإن القانون يحدّد نظام المسؤولية في مواجهة المرافق الصحية، بينما يسأل مهنيو الصحة طبقاً لأحكام المسؤولية الخطئية.

لكنّ قانون الصحة 4 مارس 2002 لم يكن غرضه ذلك أي في حالة عدوى

المستشفيات التمييز بين مسؤولية المرافق العامة والتي كانت مسؤولية موضوعية ومسؤولية

¹ المادة 9 من القانون رقم 09-03 المتعلقة بحماية المستهلك و قمع الغش "يجب أن تكون المنتجات الموضوعية للإستهلاك مضمونة تتوفر على الأمن بالنظر إلى الإستعمال المشروع المنتظر منها و أن لا تلحق ضرراً بصحة المستهلك و أمنه و مصالحه...".

² Audrey Beun, op.cit p77

الأطباء التي هي مسؤولية خطئية، إلا أن مواده كانت غير ذلك، وقد فسّر الفقه الفرنسي ذلك على أساس أن مفهوم عدوى المستشفيات ليس مفهوماً محدداً، غير أن المشرع الفرنسي تدارك ذلك بتعديله لهذا القانون في 29 ديسمبر 2002، وبذلك وحد مسؤولية كل من الأطباء والمرافق في مجال عدوى المستشفيات بأنها مسؤولية بدون خطأ¹.

و بذلك يجب على الأطباء اتخاذ تدابير الحيطة من أجل سلامة المرضى وهو التزام بتحقيق نتيجة

ثانياً: المسؤولية الطبية الموضوعية في حالة المنتجات الطبية المعيبة

لقد أدى التقدم العلمي إلى إمكانية الاستعاضة عما يفقده الإنسان من أعضائه الطبيعية بأعضاء صناعية، كما أن الطبيب يستعمل أدوات في مجاله الطبي جد متطورة إلا أنها لا تخلو من الخاطر كالمشرط الليزري: حيث يُستخدم الشعاع الليزري كمشرط في العمليات الجراحية حيث يمكن التحكم بعمق الفتحة المطلوبة في العضو بسهولة وذلك بالتحكم بطاقة الليزر.. ومن فوائد استخدام أشعة الليزر في الجراحة بدل المشرط الطبي انه بالإمكان تسليط الشعاع بدقة فائقة خصوصاً في المناطق التي يصعب التعامل معها بسهولة عند استخدام المشرط الطبي التقليدي.

فضلا عن المقصات و الملاقط الليزرية... والواقع أن التطبيقات الطبية في نطاق الليزر تُستخدم اليوم في علاج الكثير من الأمراض..... رغم ما يلازم هذا التطبيق من مخاطر طبية قد تقود إلى أضرار جسيمة في موضوع المسؤولية الطبية.

بالإضافة لهذه الأسباب المتطورة فإن العيادات تنقل الدم من شخص إلى آخر فهل يعامل هذا الدم علي أنه منتوج أم لا لقد أعفت محكمة النقض الفرنسية في بادئ الأمر العيادات من كل مسؤولية عندما يتم تموينها بدم ملووث، حيث جاء في قرارها في 12 أبريل 1995 بأن المسؤول هنا هو المستشفى المموّن لهذا الدم حيث اعتبرته منتج هذا المنتوج المعيب².

¹ Annick Dornner- Dolivet, op.cit p37.

² Audrey Beun, op.cit p81

غير أن قانون 19 ماي 1998 وبعده قانون 4 مارس 2002 أقحم كل من الممون والموزع للدّم الملوّث ضمن قائمة المسؤولين، لأن هذا القانون اعتبر المرضى عبارة عن مستهلكين لا علم لهم بمصدر ولا تركيبة المنتج، كما لا يعلمون من هو المنتج، وقد أضاف هذا القانون بأن التزام الطبيب فيما يخصّ المنتوجات الطبية هو التزام بالسلامة بتحقيق نتيجة¹.

قد دُعّم القضاء هذا الرأي في عدّة أحكام له حيث اعتبر أن الطبيب ملزم بالالتزام بالسلامة بتحقيق نتيجة فيما يخصّ الأدوية والمواد الطبية والوسائل المستعملة في تنفيذ العمل الطبي، وقد وسّع القضاء هذا الاجتهاد أيضا إلى جراحى الأسنان².

في الأخير، سواء أعلق الأمر بعدوى المستشفيات، أو المنتجات المعيبة، فالمسؤولية القائمة هي مسؤولية موضوعية، الغرض منها تحسين حماية الضحية من مخاطر العمل الطبي، حيث يكفي الضحية إثبات علاقة السببية بين الضرر الذي تعرّض له والنشاط الطبي، ولا يهم إن كان هذا الخطر ممكن توقّعه أو أنه كان نتيجة لظروف استثنائية، إلا أنه إذا كان بمقدور المنتج أن يدفع بمخاطر التطور العلمي كسبب من الأسباب المعفية من المسؤولية فإن الأمر في مجال المسؤولية الطبية عن المنتجات المعيبة يستحق التوضيح بخصوص هذا الدفع.

1: مخاطر التطور العلمي كسبب لدفع مسؤولية الطبيب عن المنتوجات الطبية المعيبة.

إن الثورة العلمية التي مكنت البحوث الطبية من وضع حد لكثير من الأمراض الفتاكة بالإنسان وفتحت أمامه آمالا مستقبلية واعدة لترقية صحته وسلامته، إلا أنها في بعض الأحيان سببت له المعانات والألم، كأحداث قضية "Contergan"³ حيث تسبب عرض أحد المنتجين لدواء في آثار جانبية لنساء الحاملات اللاتي تناولنه حيث أدى بتشوهات لدى الأجنة، ونقص في أعضاء الأطفال المولودين رغم أن هذه الأعراض لم تظهر عند التجارب التي سبقت عرض

¹ Audrey Beun, op.cit p89

² Cass 1^{ère}, Audrey Beun, op.cit p90

³ محمد بودالي: حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2006، ص474

المنتوج في السوق، وكحادثة الدم الموبوء بفيروس السيدا التي عرفتها فرنسا في منتصف الثمانينات¹.

هل يمكن تطبيب أو المستشفيات الدفع بفكرة مخاطر التطور للتخلص من المسؤولية؟ المقصود بفكرة مخاطر التطور العلمي هي تلك المخاطر التي لا يمكن اكتشافها إلا بعد طرح المنتجات للتداول، والتي لا يدرك العلم أثارها إلا في وقت لاحق والسبب هو أن حالة المعرفة العلمية والفنية المتاحة لحظة طرح المنتج للتداول لم تسمح له باكتشاف العيب². لقد أحدث هذا الدفع بين دول الإتحاد الأوروبي مناقشات حادة بين مؤيد له ومعارض لذلك

نصت المادة 15 من التوجيه الأوربي على مايلي "لكل دولة من الدول الأعضاء أن تقرر بالمخالفة للمادة السابعة الإبقاء أو النص في تشريعها على أن يكون المنتج مسؤولا حتى ولو أثبت أن حالة المعرفة العلمية أو الفنية في لحظة طرح المنتج للتداول، لم تكن لتسمح بالكشف عن وجود قصور"

فالمشرع الألماني ألزم المنتج بضمان مخاطر التطور في مجال صناعة الدواء، فقد نصت المادة 84 من القانون الصادر في 24 أوت 1976 بشأن المنتجات الصيدلانية، على المسؤولية الموضوعية للمنتجين عن الأضرار الناشئة عن مخاطر الدواء المحتملة التي لم يشر إليها البيان المتعلق بخصائص وأثار وكيفية استخدام الدواء، أو ثبت عدم صحة ما ورد بشأنها وكذلك غير محتملة التي لم تسمح حالة المعرفة العلمية بالإحاطة بها³

أما المشرع الفرنسي يرى أن مخاطر التطور العلمي لا تعد سببا مطلقا للإعفاء من المسؤولية حيث يتجلى ذلك في حالتين :

¹ شهيدة قادة: فكرة مخاطر التطور، دراسات قانونية مجلة سداسية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد 2 لسنة 2005،

² زاهية حورية سي يوسف: المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة، الجزائر، 2009، ص360

³ زاهية حورية سي يوسف: المرجع السابق، ص362

- لا يمكن للمنتج التمسك بمخاطر التطور كسبب معفي من المسؤولية متى كان الضرر ناشئاً بسبب عنصر من عناصر الجسم الإنساني، أو منتج منشق منه، و المقصود بعنصر من عناصر جسم الإنسان الأعضاء ، الأنسجة ، الخلايا، الدم، النخاع أما المقصود بمنتج منشق منه فهو العنصر الذي يخضع لعملية تحويل كما هو الحال بالنسبة للأمصال الحيوية والخلايا المعدلة وراثياً¹

- لا يعتد بهذا الدفع إذا لم يقد المنتج وبعد ظهور العيب في ظرف عشرة سنوات من إتخاذ الإجراءات المناسبة من أجل الوقاية من أثاره الضارة ، حيث وضع المشرع الفرنسي على عاتق المنتج إلتزام بالمتابعة والذي يعتبر مظهراً من مظاهر مبدأ الحيطة²

¹ زاوية حورية سي يوسف: المرجع السابق، ص363
² محمد البودالي: المرجع السابق، ص475

الخاتمة

خاتمة:

إن تطور فكرة المسؤولية المدنية والميل نحو توفير حماية أكبر للمريض دفع القضاء والفقهاء إلى العدول عن التفرقة بين الخطأ العادي للطبيب والخطأ الفني حيث أن كليهما أصبح موجب للمسؤولية ، و المعيار الذي يعتمد عليه القضاء من أجل تحديد ما إذا كنا الطبيب قد أخطأ أم لا هو المعيار الموضوعي، فالقاضي عليه النظر إلى أي طائفة من الأطباء ينتمي الطبيب بحيث هل هو متخصص أم لا، ولا يعتد القاضي بالظروف الداخلية للطبيب كسنه أو صحته بل يراعي في ذلك الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب أثناء قيامه بعمله ومن أبرزها ظروف الاستعجال.

كما أن القضاء إعتبر المستشفى مسؤولاً عن الأضرار التي يتسبب فيها الطبيب الذي يعمل في المستشفى، وفسر الفقه هذا الاتجاه الذي سلكه القضاء بأن علاقة التبعية الأدبية التي تربط الطبيب بالمستشفى كافية لإعتبار الطبيب تابع للمستشفى، ومنه قيام مسؤولية المستشفى عن خطأ الطبيب كل هذا من أجل حماية المضرور وتوفير له التعويض المناسب.

للخطأ الطبي صور لا يمكن حصرها، إلا انه يمكن ذكر بعض الأمثلة عليها حسب التسلسل الزمني والعلمي الذي تقتضيه مهنة الطب، فقد يكون الخطأ الطبي في مرحلة سابقة للعلاج وهو في حالة رفض الطبيب تقديم العلاج للمريض، كما أن الطبيب يعتبر مخطئاً عندما يرفض المريض العلاج الذي يعرضه عليه إذا لم يتم بإخبار المريض عواقب رفض العلاج بالإضافة إلى تحمله على تصريح كتابي من طرف المريض يبين رفضه للعلاج، كما أن الطبيب ملزم بإعلام المريض وذلك من خلال إعطاء المريض فكرة معقولة وصادقة عن حالته الصحية بما يسمح له أن يتخذ قراره بقبول أو رفض العلاج.

تعتبر مرحلة التشخيص مرحلة مهمة من مراحل العمل الطبي تهدف إلى تحديد طبيعة المرض ووضعه في الإطار المحدد له، حيث أن إثبات الخطأ في هذه المرحلة يغني عن إثبات الخطأ

في مرحلة العلاج، فلو بشر الطبيب يد مريض على أساس أن حالته الصحية تستوجب ذلك ثم تبين بعد تأكيد من الخبراء أن عملية التشخيص كانت خاطئة وذلك لأن حالة المريض لا تستوجب إجراء عملية البش فإن المريض ليس ملزماً بإثبات الخطأ في مرحلة العلاج لأن الطبيب قد أخطأ منذ البداية أي في مرحلة التشخيص، وفي كثير من الأحيان يشخص الطبيب المرض تشخيصاً صحيحاً إلا أنه يخطأ عند تقديم العلاج كأن يخطأ في مرحلة اختيار العلاج أو يخطأ في تنفيذ العلاج سواء العلاج الجراحي أو غير جراحي، كما يمكن للطبيب أن ينفذ العلاج تنفيذاً جيداً إلا أنه لا يقوم بالمتابعة والمراقبة بعد تدخله العلاجي مما يتسبب للمريض بضرر فيعتبر بذلك أيضاً مخطئاً.

إن الأخطاء الطبية وإن تعددت صورها إلا أنه يمكن حصرها في طائفتين هي الأخطاء ذات الطبيعة الإنسانية التي لا علاقة لها مع العمل الطبي كفن وتقنية مثل رضا المريض قبل أي تدخل طبي والالتزام بالإعلام، أما الطائفة الثانية من الأخطاء هي الأخطاء ذات الطبيعة الفنية والمتعلقة بالطب كفن وتقنية، إن إثبات الأخطاء ذات الطبيعة الإنسانية ومن بينها إثبات رضا المريض مازال على عاتق المريض ويمكن إثباته بكل الوسائل إلا في حالات خاصة عندما يفرض القانون الإثبات بالكتابة مثل حالة زرع الأعضاء البشرية، أما الالتزام بالإعلام فقد نقل القضاء الفرنسي عبء الإثبات وأصبح على عاتق الطبيب وذلك منذ قضية "Hédruel" وذلك سنة 1997 حيث قرر القضاء أنه كل من يقع على عاتقه قانوناً أو اتفاقاً التزام خاص بالإعلام يجب أن يقدم الدليل على تنفيذ هذا الالتزام.

أما إثبات الأخطاء ذات الطبيعة الفنية فإن القاضي عليه قياس سلوك الطبيب ومدى اعتباره مخطئاً وذلك بالاعتماد على المعيار الموضوعي هذا في حالة الإخلال بالالتزام ببذل عناية، أما في حالة الإخلال بالالتزام بتحقيق نتيجة فإن المعيار يختلف لأن عدم تحقق النتيجة يؤدي إلى افتراض الخطأ ولا يمكن التخلص من المسؤولية إلا بإثبات أن عدم تحقق النتيجة مرجعه السبب الأجنبي، القاضي

عند البحث عن المعيار الموضوعي من أجل تقديره للخطأ الطبي يستعين برأي أهل الخبرة من الأطباء، إلا أن هذا الرأي استشاري.

إثبات الخطأ الطبي يشكل مشقة لكل من يلقي على عاتقه عبء الإثبات نظراً لخصوصية العلاقة بين الطبيب والمريض لأنها تقوم على الثقة بين الطرفين فلا يمكن للمريض أن يطلب دليلاً كتابياً يمكنه من الاستعانة به عند الحاجة لهذا الدليل، وتزداد الصعوبة عند صمت الطبيب المخطئ ومساعدته تضامناً بين زملاء المهنة الواحدة، وللإثبات مخاطر تتمثل في حالة تعذر على المريض إثبات ما يدعيه وذلك لعدم قدرته على تقديم الدليل فإن الشك يفسر لصالح المدعى عليه أي الطبيب وبذلك يخسر المريض المضرور دعواه.

إلا أن مبدأ الحيطة قد ساعد المريض في عملية إثبات الخطأ الطبي وذلك من خلال التأثير في أساس المسؤولية الطبية حيث وسع من المسؤولية الخطئية من خلال توسيع مفهوم الخطأ و افتراضه للخطأ عند وقوع الضرر للمريض، حيث أصبح يعتبر مخطئاً كل من لم يتخذ الاحتياطات الواجبة في حالة الشك دون انتظار التأكد من صحة المعلومة كما أن مبدأ الحيطة ساهم في افتراض الخطأ في حالات التجارب الطبية وبالأخص في حالات التجارب الطبية التي من المتوقع أن تحقق فائدة مباشرة فيقع في هذه الحالة عبء الإثبات على الواعد بالنتيجة ويمكن له دفع المسؤولية عن نفسه في حالة وقوع الضرر بإثباته فعل الغير أو خطأ الضحية أو السبب الأجنبي .

أما في مجال المسؤولية الموضوعية نجد أن مبدأ الحيطة قد أقام المسؤولية الطبية الموضوعية في حالتين هما حالة عدوى المستشفيات عندما فرض القضاء الفرنسي على الطبيب والمستشفيات في مواجهة المريض التزام السلامة بتحقيق نتيجة وبذلك لا يمكنهم إعفاء أنفسهم من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، وبذلك لا يكفي الأطباء إثبات أنهم لم يرتكبوا أي خطأ يمكنهم من إعفاء أنفسهم من المسؤولية، أما المشرع الفرنسي اعتبر في تعديله لقانون الصحة في 29 ديسمبر 2002 أن المسؤولية في حالة عدوى المستشفيات هي مسؤولية موضوعية تقوم بمجرد وقوع الضرر.

أما الحالة الثانية للمسؤولية الموضوعية هي حالة المنتجات الطبية المعيبة، لقد أصبحت الممارسة الطبية تعتمد على المنتجات كالأجهزة والأعضاء الصناعية، إلا أن المشرع الفرنسي قد وضع إلى جانب السبب الأجنبي مخاطر التطور العلمي كسبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية، غير أنه وضع استثناءً أنه لا يمكن إعتبار مخاطر التطور سبب معفي من المسؤولية ذلك في حالة المنتجات المشتقة من جسم الإنسان كالخلايا أو الأمصال الحيوية التي و منه لا يمكن للطبيب أو المستشفى دفع المسؤولية بمخاطر التطور العلمي، كما لا يمكن الدفع بمخاطر التطور العلمي إذا لم يتم المنتج وبعد ظهور العيب في ظرف عشرة سنوات من إتخاذ الإجراءات المناسبة من أجل الوقاية من الآثار الضارة لهذا المنتج وهذا ما يعرف بالتزام المنتج بالمتابعة والذي يعتبر مظهراً من مظاهر مبدأ الحيطة .

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية:

1-المراجع العامة:

1. إبراهيم نبيل سعد: الإثبات في المواد المدنية و التجارية دار النهضة العربية بيروت، سنة 1995.
2. أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي العام، درا الهومة، الطبعة الرابعة، سنة 2006.
3. أحمد نشأت: رسالة الإثبات، الجزء الأول، الطبعة السابعة، دار الفكر العربي، سنة 2008.
4. بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1999.
5. بن شيخ لحسن: مبادئ القانون الجزائي العام، درا هومة، سنة 2002.
6. توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، سنة 1993.
7. حسني مصطفى: جريمة القتل و الإصابة الخطأ، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 1988.
8. سعيد احمد شعلة: قضاء النقض في الإثبات، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 1998.
9. سعيد سعد عبد السلام: الالتزام بالإفصاح في العقود، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة 2000.
10. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، مطبعة السلام إيريبي للطباعة، الخلافاوي شبرا: المجلد الثاني، ط5، سنة 1988.
11. سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة في الإثبات، دار المطبوعات الجامعية، سنة 1997.
12. عباس العبودي: شرح قانون إحكام الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان، سنة 1999 .
13. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط ، ج1، الطبعة الثالثة، منشورة الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 1998.
14. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد الجزء السابع المجلد الأول العقود الواردة للعمل، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 1998.
15. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في القانون المدني الجديد في الإثبات، المجلد2 منشورات حلبي، بيروك، سنة 1998.
16. عبد اللطيف الحسني: المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، الطبعة2، سنة 1987.

17. علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1998.
18. علي فيلاي: الإلتزامات الفعل المستحق التعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، سنة 2007.
19. عمار بوضياف: الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2007.
20. عوابدي عمار: نظرية المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، سنة 2007.
21. قادة شهيدة: المسؤولية المدنية للمنتج دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2007.
22. محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،
23. محمد صبري السعدي: النظرية العامة للالتزامات، القانون المدني الجزائري، القسم الأول، دار الكتاب الحديث، سنة 2003.
24. محمد فتح الله النشار: أحكام و قواعد عبء الإثبات في الفقه الإسلامي وقانون الإثبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2000.
25. مصطفى العوجي: القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، سنة 2007.
26. مصطفى عبد الحميد عياد: المصادر الإرادية للالتزام في القانون المدني الليبي، منشورات قاريونس، بنغازي
- 2- المراجع المتخصصة:**
27. أسامة عبد الله قايد: المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1990.
28. أسعد عبيد الجميلي: الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، درا الثقافة للتوزيع والنشر، سنة 2009.
29. جبار محبوب علي: دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 1996.
30. حروزي عز الدين: المسؤولية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دار هومة، الجزائر، سنة 2008.
31. حمدي عبد الرحمن: معصومية الجسد، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة، سنة 1987.

32. خالد حمدي عبد الرحمن: التجارب الطبية، الإلتزام بالتبصير، الضوابط القانونية، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة، سنة 2000.
33. رايس محمد: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، سنة 2007.
34. زاهية حورية سي يوسف: المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة، الجزائر، سنة 2009.
35. سعد سالم عبد الكريم العسيلي: المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، ط 1، منشورات جامعة دار قار يونس بن غازي، سنة 1994.
36. شريف الطباخ: جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون سنة.
37. طاهري حسين: الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة (الجزائر، فرنسا)، دار الهومة، سنة 2004.
38. طلال عجاج: المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، مؤسسة الحديث للكتاب، طرابلس، لبنان، سنة 2004.
39. عبد الحميد الشواربي: مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 2007.
40. عبد الرشيد مأمون: عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، مصر، بدون ذكر سنة الطبعة.
41. عبد السلام التونجي: المسؤولية المدنية، مسؤولية الطبيب في القانون المقارن، الطبعة 2، دار النهضة العربية، سنة 1975.
42. عبد اللطيف الحسني: المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، الطبعة 2، سنة 1987.
43. علي عصام غصن: الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الثانية، سنة 2009.
44. قادة شهيدة: المسؤولية المدنية للمنتج دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2007.
45. مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2009.

46. مجدي حسن خليل: مدى فاعلية رضاء المريض في العقد الطبي، القاهرة، دار النهضة العربية، طبعة، سنة 2000.
47. محسن البنيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، مكتب الجلاء الجديد، المنصورة، 1993.
48. محمد السعيد رشدي: عقد العلاج الطبي، مكتبة سيد عبد الله وهبه، القاهرة، سنة 1998.
49. محمد بودالي: حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، سنة 2006.
50. محمد جلال حسن الأتروشي: المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، سنة 2008.
51. محمد حسن قاسم: إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2006.
52. محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2001.
53. محمد سامي: الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دار النهضة العربية، سنة 1993.
54. محمد يوسف ياسين: المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، سنة 2003.
55. منير رياض حنا: المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2008.

3- الأطروحات الجامعية:

أ- رسائل الدكتوراة:

56. رايس محمد: المسؤولية المدنية للأطباء، أطروحة دكتوراه دولة، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، سنة 2004-2005.
57. نصر الدين مروك: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و المقارن و الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه دولة في القانون الجنائي و العلوم الجنائية، الجزائر، سنة 1997.
- ب- مذكرات الماجستير:
58. أحلوش بولحبال زينب: رضاء المريض في التصرفات الطبية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2000-2001.

59. جباري رضا : الخطأ الجزائي والخطأ المدني ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير ، جامعة الجزائر ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، سنة 1999.
60. سعيدان أسماء: الإلتزام بإعلام المريض بحث مقدم لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2002-2003.
61. صحراوي فريد: فرع العقود والمسؤولية، الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر كلية الحقوق، سنة 2004-2005.
62. عشوش كريم : العقد الطبي، رسالة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2006.
63. عيساني رفيقة: المسؤولية الطبية أمام القاضي الإداري، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2007-2008.
64. فريدة تكارلي: مبدأ الحيطة في القانون الدولي للبيئة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، سنة 2005.
65. مخلوفي محمد: مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالقانونين المصري والفرنسي، رسالة ماجستير، الجزائر، سنة 1987.
66. يوسف جيلالي: مبدأ الحيطة ومبدأ الوقاية في قانون حماية المستهلك، مذكرة ماجستير، جامعة وهران، سنة 2005-2006.

4- مقالات

67. بودالي محمد: المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي، المجلة القضائية، الجزائر، العدد الأول، سنة 2004.
68. شهيدة قادة : فكرة مخاطر التطور، دراسات قانونية مجلة سداسية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد 2، سنة 2005.
69. عدنان إبراهيم سرحان: المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2004.

70. منصور مصطفى منصور، إبراهيم الصياد: حقوق المريض على الطبيب، الكويت، مجلة الحقوق، السنة الخامسة، العدد الأول والرابع، سنة 1981.

5- المجالات:

71. مجلة الدراسات القانونية، مخر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد 2، سنة 2005.

72. المجلة القضائية العدد الأول، الجزائر 2004

6- النصوص القانونية:

73. القانون رقم 85-05 المعدل و المتمم بالقانون رقم 08-13 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008، و المتعلق بحماية الصحة العامة و ترقيتها ج ر ع 44.

74. المرسوم التنفيذي رقم 91-106 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين و المختصين في الصحة العمومية ج ر ع 22.

75. المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 6 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب ج ر ع 52.

76. مدونة القانون المدني المغربي.

7- مراجع غير قانونية:

77. أبي بكر الجزائري: أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير دار راسم، مجلد 1، جدة، الطبعة الثانية، 1998.

78. المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، الطبعة الثلاثون، 1988.

79. علي بن هادية، الجليلاني بن الحاج يحي: القاموس الجديد، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، الطبعة السابعة، سنة 1991.

1- Ouvrages Spéciaux :

- 80.A Castelletta, Responsabilité médicale, Dalloz, Paris, 2002 .
- 81.Anick Dornner Dolivet, la responsabilité du médecin, economica, 2008.
- 82.Deni-chaubet I , Clinique : présomption de faute en matière d'infections nosocomiale, J.C.P 1999.
- 83.Dolivet -Dorsner Annick, la responsabilité du médecin, economica ; 2009 .
- 84.François Vialla : Les grandes décisions du droit médical, édition,alpha 2010.
- 85.Hannouz et A. Hakem : précis de droit médical. office P.U.Alger 1992.
- 86.J M LAVIEILLE, le droit – en question– droit international de l'environnement, ellipses, bibliothèque interuniversitaire, CUJAS, 1998.
- 87.Jean Penneau, la responsabilité du médecin, 2ème ed, Dalloz, 1996.
- 88.Le tourneau Philippe, Droit de la responsabilité et des contrats, éd, Dalloz, Paris 2009.
- 89.Vialla François, les grandes Décisions du droit médicale, Dalloz, 2009.
- 90.Hannouz et Hakem : précis du droit médical a l'usage des praticiens de la médecine du droit 2 ème édition .O.P.U, Alger 2000.
- 91.Le Tourneau et Cadiet : droit de la responsabilité.Dalloz.1996.
- 92.J Penneaux. Faut et erreur en matière de responsabilité médicale.LG-D-J Parie1995.
- 93.P. Martin- Bioud :le Principe de précaution en droit internationale de l'environnement RGDIP – 1999.
- 94.Pierre Bechemann, Véronique Mansuy : le principe de précaution, édition du juris-classeur
- 95.G. DAVID,G .NICOLAS ET C.SUREAU : la médecine et le principe de précaution ,dont bulletin de l'académie de médecine, édition scientifique et médicales sas ,2001.

2-Mémoires et des Articles

96. Audrey Beun, Le principe de précaution en matière de responsabilité médicale, Mémoire de DEA droit privé général, Lille 2 université du droit et de la santé Ecole doctorale n° 74,2003 : www.ecodoctoral74.univ-lille2.fr
97. Deni-chaubet I, Clinique : présomption de faute en matière d'infections nosocomiales, J.C.P 1999 : www.droi.univ-paris5.fr
Ecole doctorale n° 74,2003.
98. F. Laroche – Gisserot, Médecine et droit, RTDciv 1998 , N° 33
99. G. J, Martin, précaution et évolution du droit, D 1995
100. J M LAVIEILLE, convention de protection de l'environnement, secrétariats, conférences des parties, comités, direction scientifique, PULIM
101. J M LAVIEILLE, convention de protection de l'environnement, secrétariats, conférences des parties, comités, direction scientifique, PULIM
102. L. LUCCHINI, "le Principe de Précaution en droit international de l'environnement ombres plus que lumières" AFDI, 1998.
103. LUCILE MONTESTRUCQ ET OLIVIER GUJE, les dossiers sante-environnement de observatoire de la sante, avril 2009.
104. M REMOND- GOUILLOU', responsabilité et environnemen, "l'incertitude et le droit," avril 1996.
105. M. Rémond Gouilloud, Le risque de l'incertain : La responsabilité face aux avancées de la science, la vie des sciences, comptes rendus, Série générale, t 10 1993 N° 4.
106. Nde SADELEER ; les principes du pollueur payeur universités francophones ;1999.
107. Paris. 11 mai 1995 Gaz PAL. 12 juillet 1995.
108. Réflexion sur le droit de la santé, rapport CE 1998, Doc.fr, 1998.
109. SETBON M, application du principe de précaution en évaluation/ gestion de risques sanitaires environnement revue épidémiologie et de santé publique 2005 .
110. Y. Lachaud: responsabilité médicale, l'évolution de la jurispruden de la cour de cassation en matière d'infections nosocomiales, Gaz. Pal 29-30 oct 1999.

الفهرس

الفهرس

01.....	المقدمة.
	المبحث التمهيدي: مفهوم الخطأ
	المدني.....05
07.....	المطلب الأول: تعريف الخطأ المدني.
08.....	المطلب الثاني: عناصر الخطأ المدني.
09.....	الفرع الأول: العنصر المادي للخطأ: (التعدي).
09.....	أولاً: الإخلال بواجب أو بقاعدة قانونية.
10.....	ثانياً: التعسف في استعمال الحق.
11.....	ثالثاً: التعدي المشروع.
14.....	الفرع الثاني: العنصر المعنوي للخطأ.
14.....	أولاً: إسناد الخطأ للشخص الطبيعي.
16.....	ثانياً: إسناد الخطأ للشخص المعنوي.
17.....	المطلب الثالث: درجات الخطأ المدني.
18.....	الفرع الأول: الخطأ العمدي والخطأ بالإهمال.
18.....	أولاً: الخطأ العمدي.
18.....	ثانياً: خطأ الإهمال.

- 18.....الفرع الثاني:الخطأ الجسيم والخطأ اليسير.
- 19.....الفرع الثالث:الخطأ الإيجابي و الخطأ السلبي.
- 19.....أولاً: الإمتناع الملابس.
- 20.....ثانياً:الامتناع المجرد.

الفصل الأول: الواقعة محل الإثبات في مجال مسؤولية

- 21.....المدنية للطبيب.
- 23.....المبحث الأول:مفهوم الخطأ الطبي.
- 24.....المطلب الأول: تعريف الخطأ الطبي.
- 26.....المطلب الثاني: معيار وتدرج الخطأ الطبي.
- 26.....الفرع لأول:معيار الخطأ الطبي.
- 27.....الفرع الثاني: تدرج الخطأ الطبي.
- 28.....أولاً: عدول القضاء عن التفرقة بين الخطأ العادي والخطأ الفني.
- 29.....ثانياً: عدول الفقه عن التفرقة بين الخطأ العادي والخطأ الفني.
- 29.....ثالثاً: موقف المشرع والقضاء في الجزائر فيما يخص درجة الخطأ.
- 30.....المطلب الثالث: نطاق الخطأ الطبي.
- 31.....الفرع الأول: التمييز بين الخطأ الطبي المدني والخطأ الطبي الجزائي.
- 32.....أولاً: التمييز بين خطأ عدم الإحتياط وخطأ المخالفة.
- 33.....ثانياً: وحدة خطأ عدم الاحتياط الجزائي و الخطأ المدني.
- 35.....الفرع الثاني:الخطأ الطبي في حالة الفريق والخطأ في حالة التدخل الفردي...
- 35.....أولاً: الخطأ في حالة الفريق الطبي.

36.....ثانيا: الخطأ الطبي في حالة التدخل الفردي للطبيب
الفرع الثالث: التفرقة بين الخطأ الطبي في المستشفيات العامة

37.....و العيادات الخاصة

37.....أولا: الخطأ الطبي في المستشفيات العامة

42.....ثانيا: الخطأ الطبي في العيادات الخاصة

المبحث الثاني: صور الخطأ الطبي عبر مراحل العمل

الطبي...54

55.....المطلب الأول: الخطأ الطبي في المرحلة السابقة على العلاج

55.....الفرع الأول: رفض العلاج

55.....أولا: رفض الطبيب علاج المريض

57.....ثانيا: رفض المريض للعلاج

58.....الفرع الثاني: إخلال الطبيب بالالتزام بإعلام المريض

59.....أولا: تعريف إلتزام الطبيب بإعلام المريض

61.....ثانيا: الشروط المتعلقة بأطراف الإعلام

63.....ثالثا: نطاق الإلتزام بالإعلام

67.....الفرع الثالث: الخطأ الطبي في مرحلة الفحص و التشخيص

67.....أولا: الخطأ في مرحلة الفحص

68.....ثانيا: الخطأ الطبي في مرحلة تشخيص المرضى

71.....المطلب الثاني: الخطأ الطبي في مرحلة العلاج

71.....الفرع الأول: التعريف بالعلاج

- 71.....الفرع الثاني: الخطأ في اختيار العلاج
- 73.....الفرع الثالث: الخطأ في تنفيذ العلاج
- 73.....أولاً: الخطأ في تنفيذ العلاج غير الجراحي
- 75.....ثانياً: الخطأ في تنفيذ العلاج الجرحي
- المطلب الثالث: الخطأ في مرحلة المتابعة و المراقبة
- 78.....البعدية للعملية الجراحي
- 78.....الفرع الأول: الغياب الكلي للمتابعة و المراقبة البعدية للفعل الجراحي
- الفرع الثاني: تفويض مهام المراقبة و المتابعة البعدية للعملية الجراحية إلى
- 79.....أشخاص غير مؤهلين
- الفصل الثاني: إثبات الخطأ الطبي وتطبيق مبدأ الحيطة في مجال
- 81.....المسؤولية الطبية
- 83.....المبحث الأول: إثبات الخطأ الطبي
- 84.....المطلب الأول: تحديد المقصود بالمدعي
- 89.....الفرع الأول: الظاهر أصلاً
- 92.....الفرع الثاني: الظاهر عرضاً
- 92.....الفرع الثالث: الظاهر فرضاً
- 94.....المطلب الثاني: إثبات الأخطاء المرتبطة بالإنسانية الطبية

- 95.....الفرع الأول: إثبات رضا المريض.....
- 97.....الفرع الثاني: إثبات رفض المريض العلاج.....
- 97.....الفرع الثالث : الالتزام بالإعلام.....
- أولا :عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام قبل صدور قرار محكمة النقض
- 98.....الفرنسية سنة 1997.....
- ثانيا:عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام بعد صدور قرار محكمة النقض
- 99.....الفرنسية سنة 1997.....
- 101.....ثالثا: وسائل إثبات تنفيذ الطبيب للالتزام بالإعلام.....
- 102.....المطلب الثالث: كيفية إثبات الأخطاء ذات الطبيعة الفنية.....
- 102.....الفرع الأول: دور القاضي في إثبات الخطأ الطبي الفني.....
- 103.....أولا: الاستعانة بأهل الخبرة.....
- 104.....ثانيا : مدى تأثير الخبرة على حكم القاضي.....
- 104.....الفرع الثاني: الصعوبات المرتبطة بعبء الإثبات الخطأ الطبي.....
- 105.....أولا : عبء إثبات واقعة سلبية.....
- 106.....ثانيا:مخاطر الإثبات.....

المبحث الثاني: شروط تطبيق مبدأ الحيطة و أساس

- 108.....المسؤولية الطبية في ظل المبدأ.....
- 109.....المطلب الأول: شروط تطبيق مبدأ الحيطة.....

- 111.....الفرع الأول: غياب اليقين العلمي.
- 111.....أولاً: علاقة القانون بالمعرفة العلمية.
- 112.....ثانياً: احتمال الاستغناء عن اليقين العلمي.
- 114.....الفرع الثاني: احتمال حدوث الخطر.
- 116.....أولاً: إستبعاد الأخطار المؤكدة و الأخطار الثانوية.
- 116.....ثانياً: الأخذ بالأخطار غير المؤكدة.
- 117.....الفرع الثالث: تكييف الضرر.
- 118.....أولاً: الضرر الجسيم.
- 119.....ثانياً: الضرر غير القابل للإصلاح.
- 120.....المطلب الثاني: توسيع نطاق المسؤولية الخطئية بناء على مبدأ الحيطة.
- 120.....الفرع الأول: مبدأ الحيطة عامل موسع لمفهوم الخطأ.
- 122.....الفرع الثاني: التقدير الموسع للخطأ.
- 123.....الفرع الثالث: مبدأ الحيطة يوسع من إفتراض الخطأ المثبت.
- 124.....أولاً: الاعتراف بافتراض الخطأ في الأبحاث الطبية.
- 125.....ثانياً: تأكيد افتراض الخطأ في عدوى المستشفيات.
- 127.....المطلب الثالث: المسؤولية الطبية الموضوعية بناء على مبدأ الحيطة.
- 127.....الفرع الأول: المسؤولية الطبية الموضوعية المقترحة من قبل القضاء.
- 128.....أولاً: تأكيد الإلتزام بالسلامة بتحقيق نتيجة.
- 129.....الفرع الثاني: المسؤولية الطبية الموضوعية محدّدة من طرف المشرع.

129	أولاً: المسؤولية الموضوعية في حالة عدوى المستشفيات.....
130	ثانياً: المسؤولية الطبية الموضوعية في حالة المنتجات الطبية المعيبة.....
134	خاتمة.....
139	المراجع.....
148	الفهرس.....

الملخص:

إن تأثير مبدأ الحيطة في توزيع عبء إثبات الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية يؤدي بنا إلى التفصيل في الواقعة محل الإثبات و التي تتمثل في الخطأ الطبي من خلال التعرض إلى تعريفه و معياره و صورته غير مراحل العمل الطبي و بعد ذلك نوضح شروط تطبيق مبدأ الحيطة و من أهم الشروط هو غياب اليقين العلمي على حدوث الأخطار مما نتج عنه توسيع في مفهوم الخطأ و كذلك افتراضه في الأبحاث الطبية إلى الوصول للمسؤولية الطبية الموضوعية في مجال عدوى المستشفيات و المنتجات الطبية المعيبة .

الكلمات المفتاحية:

الخطأ الطبي، الطبيب، المسؤولية الطبية، مبدأ الحيطة، المدعي ، المدعى عليه.

Résumé

L'impact du principe de précaution dans la répartition de la charge de l'erreur médicale prouvant dans le domaine de la responsabilité civile nous conduit dans les moindres détails de l'incident et le lieu de la preuve, qui est l'erreur médicale par l'exposition à son Ses critères et les phases Gbr copie de travail médical, puis de préciser les conditions d'application du principe de précaution et de les conditions les plus importantes est l'absence de certitude scientifique sur l'incidence des risques résultant de l'expansion de la notion d'erreur et a également assumé dans la recherche médicale pour atteindre la responsabilité médicale objective dans le domaine des infections nosocomiales et les produits défectueux médical.

Mots clé:

la faute médicale, medecin, la responsabilité médicale, principe de précaution, demandeur, defendeur.

Abstract:

The impact of the precautionary principle in the allocation of the burden of proving medical error in the field of civil liability leads to the smallest details of the incident and the place of proof, which is medical error by his exposure to the criteria and phases Gbr copy of medical work, and to specify the conditions of application of the precautionary principle and the most important conditions is the lack of scientific certainty about the impact of risks arising from expanding the notion of error and also assumed in medical research to achieve the objective medical liability in the field of nosocomial infections and defective medical.

Keywords:

medical malpractice, doctor, medical malpractice, the precautionary principle, plaintiff, defendant.