

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

**التعويض عن الأضرار الناجمة  
عن الأخطار العلاجية  
(دراسة مقارنة)**

**رسالة دكتوراه في القانون الخاص**

إشراف: \_\_\_\_\_ راف:

أ. د. مامون عبد الكريم

إعداد الطالب:

خماوي الشريف

**لجنة المناقشة:**

رئيساً	جامعة تلمسان	أستاذ	أ. تشوار جيلالي
مشرفاً ومقرراً	جامعة تلمسان	أستاذ	أ. مامون عبد الكريم
مناقشاً	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ	أ. بوسنلة عباس
مناقشاً	جامعة أدرار	أستاذ محاضر "أ"	أ. خليل صالح

الموسم الجامعي

2013 - 2012

سورة الفاتحة

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

الْحَمْدُ لِلّٰهِ رَبِّ الْعَالَمِیْنَ \* الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ \* مَالِكِ یَوْمِ الدِّیْنِ \* اِیَّاكَ  
نَعْبُدُ وَاِیَّاكَ نَسْتَعِیْنُ \* اِهْدِنَا الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِیْمَ \* صِرَاطَ الَّذِیْنَ اَنْعَمْتَ  
عَلَيْهِمْ غَیْرِ الْمَغْضُوْبِ عَلَيْهِمْ وَلَا الضَّالِّیْنَ \*

« صدق الله العظيم »



بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

\* " الذي خلقتني فهو يهدين \* والذي هو يطعمني ويسقيني \* وإذا

مرضت فهو يشفين \* والذي يميتني ثم يحيين " \*

« صدق الله العظيم »

الآيات 78، 79، 80، 81 سورة الشعراء



## شكر وتقدير

**أتقدم بالشُّكر إلى كلِّ من ساعدني على إنجاز  
هذه الرسالة وأخص بالذكر أستاذنا، الأستاذ  
الدكتور مامون عبد الكريم الذي وقف سندا لي منذ  
بداية هذا العمل، حيث أنار بتوجيهاته  
ومعلوماته سطور وصفحات هذه الرسالة.  
كما أتوجه بالشُّكر إلى العميد أستاذنا؛  
الأستاذ الدكتور تشوار جيلالي.**

**وإلى أعضاء اللّجنة المؤقّرة لقبولها مناقشة  
هذا الموضوع.**

## الإهداء

**أهدي ثمرة جهدي إلى الوالدين الكريمين، أطال  
الله في عمرهما، وإلى جميع إخوتي، وإلى زوجتي  
وابنتي فاطمة الزهراء وكوثر.**

## LISTE DES ABREVIATIONS

### 1- باللغة الفرنسية

AL.:	Alinéa.
ART. :	Article
AJDA. :	Actualité Juridique de Droit administratif.
Bull. :	Bulletin des arrêts de la cour de cassation.
C. :	Code.
C/.	Contre.
CA. :	Cour d'appel .
CASS.:	Cassation.
CE. :	Conseil d'état.
CF.:	Conférer.
CIV.:	Civile.
CONCL.:	Conclusion.
C.S.P.F.:	Code de santé publique français.
D.:	Dalloz.
ED.:	Edition.
G.A.J.C.:	Grands arrêt de la jurisprudence civile.
GAZ.PAL. :	Gazette de palais.
G.D.D.M.:	Grandes décisions de droit médical.
J.C.P.:	Jurisclasseur périodique.
JO. :	Journal officiel.

JORfr. :.....Journal officiel de la république française.

NUM.:.....Numéro.

LGDJ. :..... Librairie générale de droit et de Jurisprudence.

OP.CIT. :..... Ouvrage Précédemment Citée.

O.P.U.:.....Office de publication universitaire.

P. :.....Page.

P.P. :.....De la Page.....à la page.

PEN.:.....Pénale.

R.A.S.J.P.:.....Revue algérienne des sciences juridiques et politiques.

REQ.:.....Requête.

SOMM. :.....Sommaire.

TA :.....Tribunal administratif.

T.G.I.:.....Tribunal de grande instance.

OBS. :.....Observation.

V.:.....Volume.

## 2- باللغة العربية

ج:.....الجزء  
ج.ر:.....جريدة رسمية  
د.م.ج:.....ديوان المطبوعات  
الجامعية

ط:	الطبعة.....
ص:	الصفحة.....
ق.إ.م.إ.:	قانون الاجراءات المدنية والادارية.
ق.م.ج.:	القانون المدني الجزائري
غ.م.:	الغرفة المدنية.
غ.ج.:	الغرفة الجزائية
م.:	المادة.....
ق.م.م.:	القانون المدني المصري
ق.م.ف.:	القانون المدني الفرنسي
م.ق.:	المجلة القضائية

# مقدمة

إن قواعد المسؤولية التي كرسها التقنين المدني الفرنسي، كانت انعكاسا للأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والاتجاه الفلسفي الذي كان سائدا في نهاية القرن التاسع عشر.



لذلك بقيت هذه القواعد راسخة لفترة من الزمن، ولا تثير أي صعوبات في تطبيقها وإعمالها، إلى أن بزغ فجر الثورة الصناعية، أين بدأت التحولات الاقتصادية والاجتماعية تتغير رويدا رويدا، وهو ما انعكس على هذه الفلسفة، وبالتالي اهتزاز عرش المسؤولية التقليدية القائمة على الخطأ، والتي باتت عاجزة عن ضمان تعويض فعال للأضرار الناجمة عن الحوادث التي أفرزتها هذه الثورة.

ويراد بالمسؤولية دفع التعويض للطرف المضرور في الحالات التي تتوفر فيها شروط هذه المسؤولية، فهي لا تهدف إلى ردع المسؤول بقدر ما تهدف إلى جبر وإصلاح الضرر الذي تسبب فيه. فقد ارتبطت المسؤولية في بادئ الأمر بالمسؤولية الجنائية، حيث كانت تبيح للشخص المضرور الانتقام لنفسه بنفسه نظرا لغياب السلطة العامة، وهو ما أدى إلى نزاعات بين العشائر والقبائل، حيث أصبح الانتقام جماعي لا يوقع على الجاني فحسب، بل يلحق الجماعة التي ينتمي إليها. وهذا الانتقام الجماعي كثيرا ما كان وراء السبب في قيام الحروب<sup>1</sup>.

وقد استعار القانون الفرنسي القديم أحكامه من القانون الروماني، حيث بقيت تتميز بالطابع الجنائي، حيث ميز بين نوعين من الجرائم؛ جرائم تقع على الأموال وجرائم تقع على الأشخاص، وقرر للمجني عليه حقا مدنيا متى وقع الضرر على أمواله، بينما يبقى الحق جنائيا إذا ما أصاب الضرر جسم الشخص أو شرفه.

والواقع أن الفقه لم يلبث أن هجر هذه الفكرة وذلك في أواسط القرن 19، واعتبرها فكرة لا تصلح كأساس للمسؤولية المدنية التي أصبحت تقوم على فكرة التعويض لا على العقوبة. ليأخذ بنظرية الترضية، وينطلق أنصار هذه النظرية من فكرة أن الهدف العام من التعويض هو ترضية المضرور لا معاقبته، وهو بهذا المعنى يتفق مع مفهومه في الوقت الحاضر، حيث يعتبر وسيلة لمحو الضرر ولتخفيف وطئته،

---

<sup>1</sup> - انظر، فاضلي إدريس، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 2010، ص.14.

وأن الأخذ بنظرية الترضية كأساس للتعويض عن الأضرار هو أنجع من غيره، وكل خطأ أحدث ضرراً للغير يلزم المسؤول عنه بالتعويض<sup>1</sup>.

وقد شهد المجتمع تطوراً جذرياً نتيجة اختراع الآلة وظهور الصناعات الضخمة وبناء الشركات والمصانع الكبرى التي تضم الكثير من العمال، وهو ما ترتب عنه ظهور الكثير من الأمراض والإصابات، حتى باتت قواعد المسؤولية في ثوبها التقليدي عاجزة عن مواكبة هذه التطورات. والواقع أن المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي والتي وضعت في أعقاب الثورة الفرنسية لمجتمع كانت تسوده الروح الفردية والرأسمالية، لم تعد تستجيب وتواكب كل المنازعات التي تثور في يومنا هذا الذي أضحى فيه للحياة الاجتماعية منحى مخالفاً تميز بالرقى والازدهار.

ومن المعلوم أن الحياة الحديثة غدت خطيرة ومعقدة بما يحيطها من تقدم وتطور في التكنولوجيا، فقد أصبحت مصدراً لهذه الأضرار وبشكل متزايد. ولا ريب في أن معظم هذه الأضرار هي أضراراً جسمانية، لذلك كانت هذه هي نقطة بداية في المسؤولية المدنية، وذلك نظراً لتزايد قضايا المسؤولية بسبب الحاجة الملحة لجبر هذه الأضرار، والتي عادة ما تلحق الطرف الضعيف في العلاقة كالعامل أو المستهلك أو المواطن أو المريض.

كما أنه في الكثير من الحالات قد يعوز على المضرورين إثبات الخطأ في جانب المسؤول بسبب طابعه التقني الراجع إلى الآلة أو إلى تشابك وتعدد الأخطاء، حيث كان ينتهي بهم المطاف إلى نسبته إلى القضاء والقدر.

وأمام هذا الوضع المحجف بالمضرورين والذين يعتبرون من الطبقات الضعيفة في المجتمع الأكثر حرماناً في الحياة، وفي المقابل نجد أن أصحاب هذه الآلات أو الأشياء بقدر ما يغنمون من استعمالها لا يمثلون إلا القلة من أفراد المجتمع، ضف إلى ذلك ظهور وانتشار التأمين، وجد الفقه في كل ذلك سبباً وحافزاً للبحث عن حلول من

---

- انظر، حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، ج2، الخطأ، دار وائل، الأردن، ط1، 2006،<sup>1</sup> ص.20.

خلالها يتم انصاف هؤلاء المضرورين في ظل تضخم قضايا المسؤولية وغياب النص القانوني<sup>1</sup>.

لذلك كان لا بد من أن تتماشى قواعد وأحكام المسؤولية المدنية مع هذه التطورات التي شهدتها البشرية، وأن تواكب التقنية الحديثة ومدى التطور الاقتصادي المستمر. وقد جاهد الفقه والقضاء من أجل هذا الهدف، وهو إسعاف المضرور، وكفالة حقه في التعويض<sup>2</sup>. ولا ينبغي أن يحسد على هذا التعويض بالنظر إلى علاقته، بل يجب حمايته ذلك أن من تقاليد القانون المدني حماية الطرف الضعيف.

ولما كان إصلاح نظام المسؤولية المدنية من الأمور المسلم بها فقها وقضاء بحكم انتشار التقنيات الجديدة للتعويض، وتحت ضغط الطلبات المتزايدة والمستجدة لضحايا الأضرار، ناهيك عن اتساع دائرة الأخطار، فإن الانشغال المطروح يكمن في ما إذا كان إصلاح منظومة المسؤولية ينبغي أن يتم حالة بحالة بإصدار قوانين أساسية للنشاطات التي لم تعد القواعد العامة في المسؤولية تتماشى معها.

كما أن التوجه العام للفقه لم ينصب فقط على التخفيف من الشروط المطلوب توافرها لحصول الضحية على التعويض، ولكنه يذهب إلى حد التحرر من قيود تقييم الضرر وتقدير التعويض، وهو ما يترجم هدف ضمان حماية كافية وعادلة لضحايا مخاطر التوسع اللامحدود للمسؤوليات الذي يتعارض والتطور التقني المرتبط بالتطور الاجتماعي، وبالآثار الاقتصادية المترتبة على أنظمة المسؤولية التي تقتضي رسم حدود للمسؤولية والتي بدونها لا يمكن أن يتحمل الأفراد ولا المؤسسات هذه الأعباء<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - انظر، فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص.30.

<sup>2</sup> أنظر، محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر، الإسكندرية، ص. 22.

<sup>3</sup> - انظر، سعيد مقدم، التأمين والمسؤولية المدنية، كليك للنشر، الجزائر، ط1، 2008، ص.8.

ومن هنا كان، في الواقع بحث الفقه على أساس آخر للمسؤولية فظهرت نظرية تحمل التبعة؛ التي تقضي بأن كل شخص يجب أن يتحمل تبعات نشاطه، وبعد ذلك نحو المسؤولية الموضوعية التي قوامها الضرر، ثم بحلول فكرة الضمان محل المسؤولية، ليصبح الهدف الأساسي للمسؤولية هو التعويض، وإن كان تعويضا جماعيا، وليس محاسبة فاعل الضرر.

هذا، ولا يخرج تطور المسؤولية الطبية عن هذا السياق، فقد شهدت مهنة الطب في العصر الحالي تطورا كبيرا وازداد تعقيدا وخطورة في ذات الوقت، مما أدى إلى ظهور أضرار كبيرة وجسيمة، فيما بقيت المسؤولية في هذا المجال قائمة على أساس الخطأ.

وإذا كان الجميع مقتنعين بأن التقدم الطبي الذي شهده هذا العصر، قد عاد بفوائد جمة على الصحة العامة والمجتمع، فإنه لا يمكن لأحد أن ينكر أو يتجاهل ما للتكنولوجيا الطبية الحديثة من مخاطر تهدد حياة وسلامة الأشخاص، وأن العمليات الجراحية الأكثر صعوبة هي الأكثر خطورة على المرضى، وأن الأجهزة التشخيصية والعلاجية الأكثر فعالية هي التي يصعب على الطبيب السيطرة على احتمالية تسببها بمضاعفات على صحة المرضى وحياتهم.

ونتيجة لزيادة المخاطر العلاجية، وللضغط المتزايد الذي تفرضه القوانين الحديثة على الأطباء، وللتغيير الجذري في تفكير وتصرفات المرضى وما أدى إلى زعزعة ثقتهم بالأطباء، حيث ازدادت نسبة الشكاوى القضائية ضد الأطباء، وأصبح الحديث عن الأخطاء الطبية في الصحافة والجلسات العامة جزءا من أمور الحياة العادية<sup>1</sup>.

لكن، هل من العدل أن تبقى الأمور على حالها، ويظل نظام المسؤولية جامدا؟ لأن المضرور المريض، إذا ما أراد الحصول على التعويض الجابر لضرره، عليه أن يثبت الخطأ وفقا للقواعد العامة في المسؤولية. بالنظر إلى ما يتميز به الطب من تعقد

---

<sup>1</sup> - انظر، سهيل يوسف الصويص، مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث، أزمة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2004، ص.217.

وظروف تحيط بهذا الخطأ، فضلا عن حالة المعاناة التي يكون بها المريض لحظة ارتكاب الخطأ. كل ذلك يبين مدى صعوبة إثبات الخطأ، بل واستحالة أحيانا، ومدى ما يمكن أن يؤدي إليه إعمال المسؤولية القائمة على الخطأ من مجافاة للعدالة.

فقد ظهرت في العصر الحديث أساليب وتقنيات جديدة في العلاج، كما ظهرت الأدوية والمنتجات الصحية، والتي بقدر ما تحمل بين طياتها من نفع للبشرية، بقر ما تحمل من مخاطر جمة، وهنا تكمن الصعوبة، فيمن يتحمل مخاطر هذا التطور وتبعات هذا التقدم العلمي، هل يتحملها المهنيون من أطباء ومنتجين، حتى ولو لم يصدر خطأ من جانبهم؟ أم يجب أن يتحملها المضرور؟ أم يجب أن تتحمله الجماعة في شكل تعويضات تدفعها الدولة لجبر هذه الأضرار؟

وعلى الرغم من أن الواقع العملي يثبت أن نظام المسؤولية المدنية سواء بتطبيق المسؤولية القائمة على أساس الخطأ الواجب الإثبات، أو الخطأ المفترض، لا يتضمن تعويض المضرورين من المرضى إلا في نطاق محدود، لا يشمل ضحايا المخاطر العلاجية، التي يصعب إثبات الخطأ فيها، أو قد يستحيل التوصل إلى المسؤول الحقيقي عنها.

وتكتسي دراسة هذا الموضوع أهمية بالغة لكونها تصب في واقع المجتمع، فقضية التعويض هي قضية العصر، فلا تكاد تخلوا دعوى قضائية منها. كما أن تفحص المجالات القضائية كذلك لا يخلوا من قضايا التعويض، لذلك انصبت جهود الفقه والقضاء على إيجاد كيفية ملائمة لهذا التعويض يتم من خلالها جبر هذه الأضرار، وذلك وفق أسس حديثة تتلاءم ونوع الضرر.

إن توغل المنتجات الصناعية بشكل رهيب، وظهور التقنيات العلاجية الجديدة وانتشار الأدوية، كل ذلك صار يشكل خطرا على حياة المريض والمستهلك بصفة عامة، وتزداد هذه الخطورة بظهور الهيمنة الاقتصادية وحرارة المنافسة بين المحترفين وهو ما أدى إلى إرهاب المضرور الضعيف. وأصبح هذا الأخير لا يأبه بالمخاطر التي تهدده من جراء اقتناء سلع ومعدات غير صالحة لا توفر له الأمان.

فكان لا بد من التدخل لحماية المضرورين جسمانياً، ذلك أن الضرر الجسماني يصعب إصلاحه، بخلاف الضرر الاقتصادي. والأضرار التي تسببها هذه السلع في حالة عيب بها تكون كبيرة وفادحة، خاصة في وقت ازدهرت فيه شبكات التوزيع، وما غمرها من دعاية وترويج للسلع والبضائع.

هذا، ولم يقف الأمر عند هذا الحد، حيث شملت الأضرار شتى الميادين والقطاعات، فقد ظهرت الأمراض الفتاكة وعلى رأسها ذلك المرض الذي أضحى يمثل عقبة في سبيل الحماية المدنية للأفراد، وذلك بسبب العدوى التي ينتقل بها عن طريق عمليات نقل الدم، خاصة وأن شركات التأمين ترفض التأمين عليه.

وفي الأخير يبقى المضرور جسمانياً وربما مادياً عاجزاً عن جبر الضرر الذي لحقه، وذلك إما إلى سبب في قصور أحكام وقواعد المسؤولية المدنية، التي تفترض وجود مسؤول يرجع عليه بالتعويض من جهة، أو أنها تقتضي منه إثبات الخطأ فضلاً عن الضرر والعلاقة السببية.

وإذا كانت وظيفة التعويض هي إصلاح الضرر، وذلك بإعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الاعتداء. فإن هذا الحال يصعب إذا ما كنا أمام أضرار طبية، الأمر الذي يؤدي بنا إلى ضرورة البحث عن معايير دقيقة، على ضوءها يستتير القاضي للوصول إلى تعويض كامل، بحيث يغطي كافة عناصر هذا الضرر.

وفي الواقع أن المضرور من المخاطر العلاجية تصادفه مشكلات وعقبات تقف دون الحصول على حقه في التعويض، قد ترجع هذه الصعوبات إما إلى طبيعة الضرر ذاته. إذ أن الأضرار الطبية متعددة ومتنوعة ومتغيرة، وليست ذات طبيعة واحدة، تمتاز بحيويتها، الأمر الذي يلزمنا أن نراعي هذه الطبيعة، وإما إلى قصور وعجز في أحكام المسؤولية المدنية ذاتها على إسباغ الحماية الفعالة لطائفة المضرورين من المخاطر

العلاجية<sup>1</sup>. ومن هنا يبدأ البحث بغية الأخذ بيد المضرور للوصول إلى التعويض الكامل، وذلك باتّباع أيسر الطرق وأبسط الإجراءات.

إن الهدف من هذه الدراسة، هو بحث الضمانات التي توفرها المسؤولية المدنية لهذه الشريحة من المضرورين، في ظل قصور المسؤولية التقليدية القائمة على أساس الخطأ، ودور الفقه والقضاء في توفير الحماية اللازمة لضحايا المخاطر العلاجية.

وسوف نعتمد من خلال هذه الدراسة على الأحكام والقرارات القضائية، بحكم أنه للقضاء الدور الرائد في مد يد العون للمرضى ضحايا الخطر العلاجي وإيجاد الحلول والضمانات لهم، وذلك إدراكاً منه لحقيقة الصعوبات التي يواجهها المريض، في ظل غياب النصوص التشريعية الخاصة.

وترجع أسباب اختيار دراسة التعويض عن الأخطار العلاجية في أنه موضوع حيوي يصب في واقع المجتمع، وباعتبار أنه يمس موضوع من موضوعات حقوق الإنسان، والتي عادة ما يطبعها النظام العام<sup>2</sup>. هذا الموضوع يتمثل في أسْمى حق يملكه الإنسان على الإطلاق، وهو حقه في سلامة جسمه وحياته ضد أي اعتداء، وهذا الحق إنما يستلزم حماية القانون له<sup>3</sup>. وهذه الحماية القانونية هي التي دفعتنا للبحث في مداها هذا من جهة، وللبحث ومعرفة أنجع السبل والحلول التي وصل إليها الفقه والقضاء الحديثين في هذا الشأن.

---

<sup>1</sup> أنظر، طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص.26.

<sup>2</sup> الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة أنظر، مروك نصر الدين، الإسلامية، (دراسة مقارنة)، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003، ص.14.

<sup>3</sup> لم يحدد القانون المقصود بجسم الإنسان، حيث يقصد به مجسد الشخص كامله. والقانون لا يميز بين مكونات الجسم سواء كانت طبيعية أو اصطناعية، وسواء كانت تؤمن وظيفة حيوية أم لا. وبناء على ذلك فجسم الإنسان غير قابل للتصرف فيه، وباعتباره ليس من الأشياء فلا يمكن أن يكون محلاً للملك، ومع ذلك فهناك أجزاء من هذا الجسم تشكل محلاً للتبرع. أنظر، أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارة، جامعة روبرت شومان، ستراسبورغ، 1995، ص.25.

كما أن الموضوع يعتبر غصن شائك من شجرة المسؤولية المدنية، هذه الأخيرة التي ازدادت تشعبا واتساعا في الآونة الأخيرة بسبب زيادة النشاط الإنساني والتطور الاقتصادي والصناعي الرهيبين، بالإضافة إلى اعتبارها أحد أهم موضوعات القانون المدني والتي تحمل بين طياتها الكثير والكثير من الأحكام.

وقد لفت انتباهنا ونحن بصدد إعداد رسالة الماجستير<sup>1</sup> حول التعويض عن الأضرار الجسمانية، مدى أهمية موضوع التعويض عن الحوادث العلاجية في ظل المسؤولية المدنية، خاصة وأن هذه الحوادث أو المخاطر، ملازمة للعمل الطبي، ولا علاقة لها بخطأ مقدم الرعاية الصحية، وهو ما آثرنا فضولنا حول البحث عن سبل تعويض ضحايا المخاطر العلاجية؟ بمعنى آخر أن هناك أضرارا تلحق بالمرضى لا يمكن نسبتها إلى مقدم الرعاية الصحية، أي لا ترجع إلى الخطأ الطبي، ولا ترجع كذلك إلى خطأ المريض، ما السبيل إلى التعويض عنها؟

وللإجابة على هذه الإشكالية يجب البحث في ماهية هذه الأخطار والأضرار الناجمة عنها؟ ومدى التطور الذي شهدته المسؤولية، منذ أن كانت في ثوبها التقليدي الذي يقوم على الخطأ إلى أن أصبحت تقوم على أسس جديدة؟

ثم البحث عن ما هي المشكلات التي يعاني منها المضرور من المخاطر العلاجية؟ وما هي أهم الحلول والآليات التي قدمها الفقه والقضاء والتشريع لذلك؟. ثم إبراز مدى كيفية التعويض عن هذه الأضرار، ومدى سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الأضرار الجسمانية، في ظل غياب أنظمة خاصة في الجزائر.

وعلى الرغم من وجود دراسات سابقة<sup>2</sup> في الموضوعات الماسة بجسم الإنسان، إلا أنها لا تمنع من تخصيص البحث للتعويض عن الأضرار الناجمة عن المخاطر

---

<sup>1</sup> - انظر، بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية بين الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية والأساس الحديث، مذكرة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007/2006.

<sup>2</sup> أنظر، قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005/2004؛ وبودالي محمد، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر، (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية



العلاجية، ذلك أن هذه الأضرار تتسم بطبيعة خاصة ومميزة، تمس أعلى ما يملكه الإنسان وهو جسمه، فضلا عن أن هذه الأضرار تصيب الشخص وهو في أضعف حال يكون عليه، وهو كونه مريض.

وقد اعتمدنا في دراستنا لهذا الموضوع منهجا مزدوجا بين التحليل والمقارنة؛ باعتبار أن الأول يصلح لتقرير الوقائع والحقائق الفقهية؛ النظرية والواقعية، والثاني قد فرضه الموضوع، باعتبار أن لا غنى لنا عن القانون والقضاء بل والفقه أيضا الفرنسيين، الذين كان لهم الفضل في الكشف عن هذه المخاطر والأضرار الناجمة عنها. وبناء على ذلك، فقد ارتأينا تصورا منهجيا لدراسة هذا الموضوع، وذلك من خلال بايين؛

الباب الأول: ماهية الأضرار العلاجية والأضرار الناجمة عنها

الباب الثاني: واقع تعويض الأضرار العلاجية.

---

الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2003/2002؛ وائل محمود أبو الفتوح، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، 2005؛ سهيل يوسف الصويص، مسؤولية الطبيب في حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث، دكتوراه، جامعة عمان، الأردن؛ محمد نصر الدين، أساس التعويض، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1983.

**الباب الأول**  
**ماهية الأعمال الطبية والأخطار العلاجية**  
**الناجمة عنها**

لا شك في أن الأعمال الطبية التي يمارسها الطبيب لا تخلو من مخاطر، ذلك أن محل هذه الأعمال هو جسم الإنسان، الذي لا يزال يخفي الكثير من الخصائص بسبب طبيعته، إذ من شأنها أن تؤدي إلى مضاعفات سلبية تؤثر على سلامته.

وأن خطأ الطبيب هو خطأ يرتكب بمناسبة ممارسة هذه الأعمال، وهو إما أن يكون واجب الإثبات، وإما أن يكون مفترضا متى كان الطبيب متبوعا، أو حارس لأشياء خطيرة كالأدوية والسوائل كما سنرى، التي تحتاج إلى عناية خاصة في حراستها، بشرط استخدامها في الأعمال الطبية كالتشخيص والعلاج.

وفي الحقيقة أن الاختلاف الجوهرى في هذه الصور، يكمن في تحديد من يتحمل عبء إثبات الخطأ الواقع من الطبيب، الطبيب أم المريض؟، وهو ما أثار بعض التساؤلات حول عمل الطبيب؟ من حيث أهمية التمييز بين العمل المادي والفني، وهل يقتضى هذا الأخير درجة معينة من الجسامة، حتى يمكن مساءلة الطبيب عنه؟، وعليه نبحت في البداية ماهية الأعمال الطبية من حيث تقسيماتها وصورها (الفصل الأول).

والواقع أن العمل الطبي نظرا لما يحيط به من عنصر الاحتمال، قد تتخلله مخاطر وتبعات لا يمكن للطبيب التنبؤ بها، هذه المخاطر من شأنها أن تشكل ضررا جسيما للمريض، كما أنه يتعذر نسبتها إلى خطأ الطبيب، الأمر الذي يدعونا إلى التساؤل حول مدى إمكانية تعويض المضرور عنها، خاصة وأن أحكام المسؤولية المدنية التقليدية لا تقضى بذلك.

غير أن القضاء والفقهاء قد بحثا في هذا المجال رغبة منهما في إسعاف المضرور، لذلك سوف نستتير ببعض القرارات والأحكام القضائية الفرنسية بالأخص، ذلك أن نظرية المخاطر من نتاج القضاء (الفصل الثاني).

## الفصل الأول

### ماهية الأعمال الطبية

يقصد بالعمل الطبي<sup>1</sup> ذلك النشاط الذي يتفق في كفاءته وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في فن الطب، ويتجه في ذاته إلى شفاء المريض، والأصل في العمل الطبي أن يكون علاجياً، أي يستهدف التخلص من مرض أو تخفيف حدته، أو يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة، أو الوقاية من الأمراض<sup>2</sup>.

وفن الطب من بين الفنون التي تشمل أصولاً علمية ثابتة ومسلم بها من طرف أهل العلم والاختصاص، ولا يتسامحون في من يجهلها أو يتخطاها فيمن ينتسب إليهم، وهذه الأصول تتطلب منهم الكثير من التفكير والحيلة في أداء هذه الأعمال.

فالطبيب إنسان غير معصوم من الخطأ قد يقع فيه بمناسبة أدائه لهذه الأعمال، حيث أن هذه الأعمال التي يقوم بها الطبيب عديدة، مما يستدعي منا البحث في تقسيماتها وصورها (المبحث الأول)، ثم نبحت في مدى الجسامة التي يتطلبها القانون في خطأ الطبيب حتى تقوم مسؤوليته، وذلك من خلال التطرق إلى النظريات التي قال بها الفقهاء، مستنيرين في كل وقت باجتهادات القضاء في هذا المجال (المبحث الثاني).

---

<sup>1</sup> - غلب على الفقه رأيين؛ رأي ينظر إليه من زاوية ضيقة، يقتصر على مرحلة العلاج فقط، ورأي ينظر إليه من نظرة واسعة حيث يشمل جميع مراحل من فحص وتشخيص وعلاج. انظر، حمليد صالح، المسؤولية الجزائية الطبية، دراسة مقارنة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2008، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، ص.283.

<sup>2</sup> - انظر، منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، في ضوء القضاء الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2008، ص.140.

## المبحث الأول تقسيمات الأعمال الطبية وصورها

ميز غالبية الفقه المعاصر<sup>1</sup> بين نوعين من الأعمال الطبية، أعمال طبية مادية وأعمال طبية فنية، ولقد كان السبب وراء هذا التقسيم محاولة التوفيق بين اتجاهين تقليديين متعارضين.

لم يكن الرومان يخصون الطبيب بوضع متميز، حيث كان مسؤولاً عن كل خطأ يقع منه، وهو ما ذهب إليه شراح القانون الفرنسي القديم الذي كان لا يسأل عندهم الطبيب إلا إذا كان سيء النية<sup>2</sup>.

في حين انقسم شراح القانون الفرنسي الحديث<sup>3</sup> إلى قسمين، قسم مؤيد لفكرة عدم مسؤولية الطبيب على أساس أن مسؤولية الطبيب لا تترتب إلا إذا كان الفعل الذي تترتب عليه المسؤولية ممكناً وقابلًا للجزم بثبوت وصف الخطأ فيه دون وجود أي شك، وهو ما لا يتوفر في الأعمال الطبية التي تكون مبنية على فكرة الاحتمال.

واستند بعض الفقه<sup>4</sup> إلى حجة أخرى مفادها أن إخضاع الطبيب للمساءلة يقلل من شأن شهادته العلمية ويضر بسمعته المهنية، ويحول دون تطورها، فالطبيب عندهم لا يسأل إلا أمام ضميره أو أمام الرأي العام.

---

<sup>1</sup> - ومن هؤلاء الفقيه ديمولوب، انظر سليمان مرقص، مسؤولية الطبيب ومسؤولية إدارة المستشفى، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 7، العدد 2، 1937، ص.155.

<sup>2</sup> - انظر، محسن عبد الحميد البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مطبوعات جامعة الكويت، 1993، ص.13.

<sup>3</sup> - انظر، محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص.13.

<sup>4</sup> - انظر، أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2009، ص.190؛ وانظر، محمود محمود مصطفى، مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 18، القسم الثاني، ص.279، عن محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص.14.

وذهب الاتجاه الآخر إلى أن الطبيب كأى شخص آخر معرض للمساءلة عن تعويض الضرر الذي يترتب على خطأه.

وفي سبيل التوفيق بين هذين الاتجاهين اقترح الفقيه ديمولوب ضرورة التفريق بين نوعين من الأعمال الطبية، الأولى أعمال مادية، وهي أعمال قد تصدر عن أي شخص عادي ولا شأن لصفة الطبيب فيها، أما الثانية فهي أعمال فنية لا يمكن استبعاد صفة الطبيب منها<sup>1</sup>.

ونظرا لأهمية الآثار المترتبة على هذين النوعين من الأعمال خاصة فيما يخص التعويض، فإنه يجدر بنا أن نوضح المقصود من كل منهما، وذلك من خلال تبيان تقسيمات الأعمال الطبية (المطلب الأول)، ثم بعد ذلك نخرج على صور الأعمال الطبية (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### تقسيمات الأعمال الطبية

تقسم الأعمال الطبية في الأصل إلى نوعين، أعمال مادية (الفرع الأول)، وأعمال فنية (الفرع الثاني)، فما مدى أهمية التفرقة بينها؟ هذا ما سنبحثه فيما يلي:

## الفرع الأول

### الأعمال المادية

وهي الأعمال التي لا تتصل بالأصول الفنية لمهنة الطب، ويمكن تقديرها دون الاعتداد بالصفة المهنية لمن يقوم بها. ومن صور العمل الطبي المادي أن يقوم الطبيب بإجراء العملية ويده مصابة بما يعيقها من الحركة، أو إجراءه عملية على الفخذ الأيسر بدلا من الأيمن، أو أن ينسى في جسم المريض آلة من الآلات الجراحية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ط1، ص.20.

<sup>2</sup> - انظر، قرار صادر عن مجلس قضاء تلمسان، بتاريخ 19-01-1992، بين ( ف.ج ) من جهة و(مستشفى تلمسان) من جهة أخرى، إذ أن المريضة وعلى إثر عملية ولادة قيصرية بتاريخ 1983/04/01 بقيت تعاني من

ومن قبيل الأعمال المادية أيضا قيام الطبيب بعملية جراحية وهو ثمل، أو تركه إناء ماء ساخن على مقربة من رجلي مريض فاقد الوعي من جراء التخدير فيحدث له حروقا<sup>1</sup>.

ويدخل في هذه الأعمال أيضا الأعمال المنافية للشعور الإنساني، كرفض علاج المريض وتقديم الإسعاف له، أو عدم إعلامه وتبصيره بمرضه، أو إفشائه للسِر المهني، أو عدم الحصول على رضا المريض.

ويتم تقدير هذه الأخطاء وفقا لقوانين أخلاقيات مهنة الطب، ويستقل القاضي بتقديرها دون الحاجة لانتداب خبير.

وقد عرفت بعض أحكام القضاء المصري<sup>2</sup> الخطأ العادي للطبيب بأنه الخطأ الذي يقع فيه الطبيب وهو يزاول مهنته، ودون أن يرتبط أو يتعلق بها.

ولم يختلف الفقه عن جوهر هذه التعريفات، فيعرفه البعض بأنه "الخطأ الذي لا صلة له بالأصول الفنية للمهنة، كالإهمال وعدم الاحتراز اللذين يمكن أن يصدرا عن أي شخص"<sup>3</sup>.

والواقع أن المشرع الفرنسي قد أجاز للطبيب القيام بأعمال الجراحة التي تمثل المساس بجسم الإنسان تحقيقا لمصلحة المريض، غير أنه قيد هذه الأعمال بضرورة

---

آلام بالمهليل. ولما قامت بفحص سونوغرافي اكتشفت جسما غريبا، فأجريت لها عملية جراحية بتاريخ 1986/30/20 حيث وجدت إبرة في مهبلها منذ عملية الولادة. حيث أدانت الغرفة الإدارية المستشفى وحكمت لها بتعويض عن الضرر الذي لحق بها. مقتبس عن ريس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2007، ص.172.

<sup>1</sup> - انظر، محمد عبد النباوي، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط2، 2005، ص.109.

<sup>2</sup> - انظر، استئناف مختلط بتاريخ 1910/02/03، مجلة المحاماة، السنة 24، ص.125؛ استئناف مختلط، بتاريخ 1912/12/29، مجلة المحاماة، السنة 15، ص.471 مقتبس عن محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص.20.

<sup>3</sup> - انظر، إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص.105.

سبق الحصول على رضا المريض، بحيث يكون الطبيب مسؤولاً إذا تجاهل هذا الإجراء<sup>1</sup>.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا المقام باستقلال الضرر الأدبي المتمثل فيما يتولد في نفس المريض من أثر سيء على مشاعره وأحاسيسه، بسبب تجاهل الطبيب لإرادته<sup>2</sup>.

كما قضت محكمة استئناف "روان" الفرنسية<sup>3</sup> بأن الجراح الذي يباشر تدخلا جراحيا لمريضه دون سبق الحصول على رضائه به، يكون معتديا على أحد أبرز حقوق المريض المرتبطة بشخصيته وهو حقه في قبول أو رفض هذا العمل الطبي، ويكون بذلك السلوك محدثا لضرر مستقل عن الأضرار التي يمكن أن تتولد عن التدخل الجراحي ذاته. وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارات حديثة لها<sup>4</sup>.

ونعتقد أن من أهم صور الخطأ المادي الذي يمكن أن يصدر من أي شخص الإهمال والرعوننة وعدم الاحتراز، ونرى أنه من الصواب التعرض لبعض الأمثلة لها.

أما الأول فيقصد به عدم اتخاذ الفاعل إجراءات احتياطية أو الحذر من عدم حدوث الفعل الإجرامي<sup>5</sup>. وعليه يجب على الطبيب اتخاذ كافة الفحوصات قبل إجراء العملية، كإجراء التحاليل الطبية، ومقابلة طبيب التخدير حتى تعرف حالة المريض الصحية بدقة.

---

<sup>1</sup> - انظر، خالد جمال احمد حسن، إرادة المريض في العمل الطبي بين الإطلاق والتقييد، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الخامس، العدد2، 2008، ص.149.

<sup>2</sup> - Cass. Civ. 14/02/1973-Gaz.Pal. 1973-I-P.341.

<sup>3</sup> - Cour d'appel de rouen , 10/12/1958.D.1959.Soom, P.60.

<sup>4</sup> - Cass.1er civ.28 oct.1997, R.C.A., 1998,n01, jan.1998, p.16.

<sup>5</sup> - انظر، منير رياض حنان المسؤولية الجنائية للأطباء والصيداللة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989، ص.29.



ويبدأ الطبيب عادة بفحص المريض ظاهرياً، من خلال ملاحظة بعض العلامات التي قد تظهر على جسم المريض، وذلك ليتحقق من ظواهر معينة قد تساعد على تشخيص المرض، ومن ثمة مباشرة طريقة من طرق العلاج.

ويعد عدم قيام الطبيب بإجراء الفحوص الأولية ، قبل البدء في العلاج أو الجراحة إهمالاً يرتب مسؤوليته. وقد استقر القضاء الفرنسي على أن إجراء الفحوص الطبية التمهيدية، يعد أمراً ضرورياً قبل الإقدام على إجراء الجراحة أو تنفيذ العلاج، وبالتالي فإن الإهمال الواقع من الطبيب في إجراء مثل هذه الفحوص يشكل خطأ في جانبه تقوم به مسؤوليته<sup>1</sup>.

وقد قضت محكمة بريطانية في حكم شهير لها في قضية Newton V. Newton's New Model Laundry, The Times, 3 Novembre 1959. بمسؤولية طبيب أخطأ في

التشخيص نتيجة إهماله، عندما لم يكتشف أن هناك كسوراً في جسم المريض، على الرغم من علمه بسقوط المريض من على ارتفاع سبعة أمتار، فأى طبيب من نفس التخصص كان سيقوم بتصوير المريض (إجراء الأشعة) على أساس أنه معرض للكسر<sup>2</sup>.

ونعني بالرعاية سوء التصرف وعدم تقدير الوضع كما هو متبع في الأحوال العادية لرعاية المريض، ويمكن تعريف الرعاية بأنها فعل خطر يستهان به<sup>3</sup>.

أما عدم الاحتراز فيقصد به عدم الحذر وتدبر العواقب أو الطيش أو عدم التبصر كما ينبغي من الشخص العادي لتدبر العواقب، الذي كان يعلم بوقوعها ولم يفعل شيئاً لتفاديها أو احتياط منها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - C.F. Cass civ. 2 fev.1960. D.1960.j.501.

<sup>2</sup> - CF. Margaret Brazier- Medicine, patients and the law, P.127

مشار إليه في طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان، 2004، ص.253.

<sup>3</sup> - انظر، إيمان محمد الجابري، المرجع السابق، ص.109.

<sup>4</sup> - انظر، إيمان محمد الجابري، المرجع السابق، ص.111.

## الفرع الثاني الأعمال الفنية

وهي الأعمال التي تتعلق مباشرة بمهنة الطب، حيث تكون لصيقة بصفة الطبيب ولا يتصور صدورها من غيره، كأعمال التشخيص والعلاج كأن يقوم طبيب غير متخصص في الجراحة بإجراء عملية جراحية لمريضه، وهذه الأعمال على درجة من الخطورة والغموض تجعل من الصعب على القاضي تقرير ثبوت الخطأ فيها دون الاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص.

والحقيقة أن المحاكم تتوسع كثيرا في تحديد معنى الخطأ الفني، إذ تلقي في الكثير من الأحيان بعبء إثباته على الطبيب نفسه، كالأخطاء في الأشعة، وتفرض عليه مواكبة التطور العلمي، حيث لا يعذر الطبيب الذي يبقى متمسكا بعلوم أصبحت بفعل التطور العلمي نظريات غير صحيحة ومهجورة، خاصة وأن العلم في هذا الوقت قد وضع بين يدي الأطباء أجهزة جد دقيقة ومتطورة لو أحسنوا استعمالها لتجنبوا الكثير من الأخطاء<sup>1</sup>.

ومن صور الخطأ المهني التي توجب مسؤولية الطبيب تأخر هذا الأخير عن المجيء للمريض لأن ذلك من شأنه أن يفوت فرصة الشفاء أو الحياة، فلوقت قيمة عظيمة في العمل الطبي، ولا يمكن للطبيب دحض المسؤولية إلا إذا أثبت أنه كان وقتئذ يعالج حالة مرضية أكثر خطورة، أو حالت دون حضوره القوة القاهرة<sup>2</sup>.

ويجب على الطبيب أن يحتاط كثيرا قبل إجراء العملية، وذلك بإجراء جميع التحاليل والفحوصات الإشعاعية، لأن المرضى يختلفون كل حسب طبيعة جسمه، فإذا لازمه أي شك فعليه استشارة طبيب أخصائي، ويلزم الطبيب في هذه الحالة أن يعيد

---

<sup>1</sup> - من بين الأجهزة المتطورة حاليا جهاز تفتيت الحصى وجهاز الأشعة، والسونار والدوبلار، وجهاز تقدير الجهد القلبي، فعلى طبيب التخدير أن يجري قبل العملية اختبارا حول إمكانية تحمل التخدير، وأن يجري اختبارا لمدى تجلط دم المريض.

<sup>2</sup> - انظر، إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص.24.

إجراء التحاليل بناء على رأي الطبيب الأخصائي. فإن لم يقتنع فعليه باستشارة أخصائي آخر، بعد أن يكون قد قام بواجب الإعلام الذي يفرضه عليه القانون<sup>1</sup>.

وقد أقر القضاء الفرنسي مثل هذه المسؤوليات في حكم<sup>2</sup> لمحكمة "إيفرو" حين عرض عليها، أن سيدة تشكو من آلام في بطنها، فذهبت إلى الطبيب، وبعد الفحص رأى أن عندها ورمًا في الرحم، فأراد استئصال هذا الورم، وقام بإجراء تدخل طبي جراحي، فظهر أنها لم تكن ذات ورم وأنها حامل بجنين في نهاية أيام الحمل، فأجرى لها عملية قيصرية، وأخرج الجنين حيا، ولكنها توفيت بعد ساعات من العملية. وبعد رفع الدعوى على الطبيب قرر الخبراء أن الحمل من الحالات الدقيقة ويحصل فيه الخطأ في الأدوار الأولى، ولكن في هذه القضية كان الحمل في أدواره الأخيرة، ولا مجال للخطأ في التشخيص. ولكن الذي تبين هو أن السيدة قد أوقعت الطبيب في الخطأ حينما أعطته معلومات غير صحيحة بزعمها أنها غير متزوجة، الأمر الذي جعل الطبيب أنه يتوهم أن لديها ورمًا ليفيا في الرحم. غير أن المحكمة قد أدانت الطبيب من منطلق أنه فتح بطن المريضة وتحقق من وجود الجنين، ورغم ذلك استمر في إجراء العملية القيصرية وأخرج الجنين من الرحم، فتحققت مسؤوليته، لأنه كان يجب عليه أن يخطب الجرح ولا يعرض المريضة لمثل هذا الخطر.

والحقيقة أن الدافع الرئيسي الذي حدا بالفقه إلى التمييز بين الأعمال المادية والأعمال الفنية للطبيب، يتمثل في الرغبة في إبعاد القضاء عن الخوض في مسائل فنية وقضايا تقنية، يعتقد الفقهاء أنها أمور عملية تجري مناقشتها بين الأطباء أنفسهم، ضف إلى ذلك ضرورة توفير نوع من الطمأنينة داخل روح الأطباء حتى يتمكنوا من أداء عملهم بكل روح وتفان.

<sup>1</sup> - وفي كل الأحوال إذا أراد الطبيب الجراح أن يخالف أو يوافق رأي الطبيب المختص، فهذا يعني أن يكون هو المسؤول عن هذا الرأي وليس الطبيب المختص.

<sup>2</sup> - انظر، حكم في 16 نوفمبر 1922، مقتبس عن إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص. 26.

بينما يرى جانب آخر من الفقه<sup>1</sup> أن الخصائص الفنية غير المؤكدة في علم الطب والتي تعتمد على التخمين، لا يجب أن يشغل بها القضاء نفسه، لأنها ليست من اختصاصه بخلاف الأعمال المادية التي يبسط عليها القضاء سلطانه، وبالتالي يسأل كل طبيب عنها.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة الإسكندرية الوطنية الكلية<sup>2</sup> بمسؤولية الطبيب عن خطئه في العلاج إذا كان الخطأ ظاهراً لا يحتمل نقاشاً فنياً تختلف فيه الآراء. فإن وجدت مسائل علمية يتجادل فيها الأطباء ويختلفون عليها، ورأى إتباع نظرية قال بها العلماء ولو لم يستقر الرأي عليها فاتبعها فلا لوم عليه. وعلى القضاء أن يتفادى النظر في المناقشات الفنية عند تقدير مسؤولية الأطباء، إذ مهمته ليست المفاضلة بين طرق العلاج المختلف عليها، بل قاصرة على التثبت من خطأ المعالج.

وعلى الرغم من ذلك فقد ذهب بعض الفقه<sup>3</sup> إلى أن الطبيب يسأل عن خطئه الفني إذا كان خطأً جسيماً أو فاحشاً أو خطأً لا يغتفر، فيوجد في الأعمال الفنية مبادئ وحقائق معترف بها وتعتبر مخالفتها خطأً جسيماً يترتب عليه مسؤولية الطبيب.

وجدير بالإشارة إليه أن التفرقة بين الخطأ الفني والخطأ العادي لا تثور إلا في حالة الخطأ غير العمدي، أما إذا كان الخطأ عمدياً فيفرض في كل الأحوال إلى مسؤولية الطبيب بصرف النظر عن نوع الخطأ.

والواقع أن نسبة الخطأ العمدي للطبيب تكاد تكون نادرة، خاصة تلك الأعمال التي تصدر منه ولا يكون الغرض منها علاج المريض، كالقتل الرحيم مثلاً، إذ يعطي الطبيب للمريض مادة قاتلة ليريقه من معاناة المرض، اعتقاداً منه أنه غير قابل للشفاء، أو كأن يبتر الطبيب لشخص عضواً كي يعفيه من أداء الخدمة الوطنية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص.17.

<sup>2</sup> - حكم بتاريخ 1943/12/30 مقتبس عن محمد عبد النبوي، المرجع السابق، ص.110.

<sup>3</sup> - انظر، أحمد عبدالرزاق السنهوري، ج1، المرجع السابق، ص 822، وما بعدها.

<sup>4</sup> - انظر، محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص.19.

## المطلب الثاني

### صور الأعمال الطبية

من خلال التقسيم السابق للأعمال الطبية، يتوجب علينا استعراض بعض صور الأخطاء الطبية الشائعة، امتناع الطبيب عن معالجة المريض (الفرع الأول)، الخطأ في التشخيص (الفرع الثاني)، أخطاء العلاج (الفرع الثالث)، الخطأ في العمليات الجراحية (الفرع الرابع).

### الفرع الأول

#### امتناع الطبيب عن معالجة المريض

لا يسأل الطبيب إلا إذا ارتكب خطأ في حق المريض وهذا الخطأ إما أن يتصل بالواجبات الإنسانية أو أن يكون خطأ تقنياً. فيعتبر الأول واجبا أساسيا مرتبطا بالعمل الطبي، وينبع من الضمير الإنساني، ولعل أهم واجب على الطبيب هو ضرورة عدم رفض علاج المريض في ظروف صعبة<sup>1</sup>.

وتعتبر دعوة المريض للطبيب من المراحل الأولى التي تسبق نشوء العقد الطبي، وتعتبر حرية اختيار الطبيب من بين المبادئ الأساسية التي تقوم عليها مهنة الطب. وعلى هذا الأساس فإن علاقة الطبيب بالمريض هي علاقة عقدية تقوم على أساس التراضي بينهما، وقبل هذا التراضي لا تربطهما أي علاقة.

ويعتبر الامتناع عن التعاقد الوجه السلبي للعلاقة بين الطبيب والمريض، والسؤال الذي يثور هنا هل يلزم الطبيب بتلبية دعوة المريض للعلاج؟ وفي حالة الرفض هل تثبت مسؤولية الطبيب؟.

بمجرد أداء الطبيب للقسم تفرض عليه عدة التزامات إنسانية بحكم مهنته النبيلة، وتعد مخالفة الطبيب لهذه الواجبات الإنسانية خطأ يوجب مسؤوليته.

---

<sup>1</sup> - انظر، محمد عبد النبوي، المسؤولية المدنية للأطباء القطاع الخاص، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط2، 2005، ص.123.

وقد كان الرأي في الفقه<sup>1</sup> والقضاء في فرنسا أن الطبيب غير ملزم بدعوة المريض، وله كامل الحرية في القبول أو الرفض، باعتبار أنه غير ملزم بأي عقد يرتب عليه التزامات، فكما أن شرط رضا المريض بالمعالجة ضروري فكذاك قبول الطبيب العلاج.

وقد تراجع الفقه والقضاء في فرنسا عن هذا المبدأ وأقر مسؤولية الطبيب الممتنع إذا كان امتناعه مجرد إساءة للغير، على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق.

نصت المادة 42 من المرسوم التنفيذي المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب<sup>2</sup> للمريض حرية اختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته. وينبغي للطبيب أو جراح الأسنان أن يحترم حق المريض هذا، وأن يفرض احترامه، وتمثل حرية الاختيار هذه مبدأ أساسياً تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض والعلاقة بين جراح الأسنان والمريض. ويمكن الطبيب أو جراح الأسنان مع مراعاة أحكام المادة 9 أعلاه، أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج".

إذن يتضح من هذا النص أنه يجوز للطبيب الامتناع عن معالجة المريض لأسباب شخصية، غير أن المشرع لم يحدد هذه الأسباب الأمر الذي جعل من هذا النص عائقاً أمام تطور المهنة الطبية التي توجب على الطبيب الاستجابة لطلب المريض، وقد اعتمد الأطباء في كثير من المرات لتبرير مواقفهم ومن أجل تهربهم من المسؤولية على هذه الأسباب وعلى هذا النص.

<sup>1</sup> - انظر، القاضي عفيف شمس الدين، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ط2004، 1، ص.243.

<sup>2</sup> - انظر، مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 5 محرم 1413 الموافق 6 يوليو 1992، يتضمن أخلاقيات الطب.

ويعتبر من قبيل الأسباب الشخصية الاعتبارات الدينية، فمثلا قد تحرم على الديانة على الطبيب القيام بالإجهاض، فيجوز للطبيب بعد أن يضمن تعويضه بطبيب آخر رفض القيام بالعمل، هذا ما ذهبت إليه مدونة قانون السلوك الطبي المغربية<sup>1</sup>.

ويرد على رفض الطبيب للعلاج استثناءات نصت عليها المادة التاسعة من مدونة أخلاقيات الطب بقولها "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا، وأن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له."

وإقرار مسؤولية الطبيب الممتنع تستوجب توافر نية الإساءة للغير، وهذه النية تستخلص من ظروف الحال، كوجود المريض في مكان نائي ولم يكن هناك طبيب معين لمعالجته ولا وجود غيره، أو كوجود المريض في حالة خطر تستوجب التدخل السريع من طرف الطبيب<sup>2</sup>.

وعلى العموم يمكن حصر الحالات التي لا يجب للطبيب فيها الرفض وهي حالتين نصت عليهما المادتين 8 و 9 من نفس المرسوم التنفيذي.

### أولا: حالة الخطر

حيث أوجبت المادة 9 من المرسوم التنفيذي المتضمن أخلاقيات الطب على الطبيب أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا، وأن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له، ويعتبر هذا أهم استثناء يرد على مبدأ حرية الطبيب في التعاقد وهو الذي وصفه الفقه بأنه الواجب الإنساني<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، أحمد أدريوش، تطور اتجاه القضاء المغربي في موضوع المسؤولية الطبية، سلسلة المعرفة القانونية رقم 1، مطبعة الأمنية، الرباط، ط1، 1995، ص.29.

<sup>2</sup> - انظر، القاضي عفيف شمس الدين، المرجع السابق، ص.245.

<sup>3</sup> - انظر، احمد أدريوش، المرجع السابق، ص.28.

وعندما يقبل الطبيب دعوة المريض فيقع عليه التزام بالتنفيذ، وفي حال عدم التنفيذ لا يفلت من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي أو القوة القاهرة طبقاً للقواعد العامة، كأن يستحيل على الطبيب زيارة المريض بسبب المواصلات أو بسبب المرض.

ويبقى التزام الطبيب قائماً في الحالة التي يكون فيها المريض في خطر (م 9)، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بأن "كل من يمتنع بإرادته عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر طالما أنه كان بإمكانه أن يقدم تلك المساعدة شخصياً أو بطلب النجدة، ودون أن يعرض نفسه أو أي شخص آخر لخطر، يرتكب جنحة الامتناع عن تقديم العلاج أو العون"<sup>1</sup>.

فعمل الطبيب في هذه الحالة يتصف بالمشروعية، ولا يعرضه لأي عقاب على أساس حالة الضرورة، التي تعتبر مانع من موانع المسؤولية<sup>2</sup>.

غير أن الطبيب الذي يكون في ظرف قاهر يمنعه من التدخل فلا مسؤولية عليه<sup>3</sup>.

### ثانياً: حالة طلب السلطات المساعدة

وهو ما نصت عليه المادة 8 من المرسوم التنفيذي المتعلق بأخلاقيات الطب بقولها "يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان تقديم المساعدة لعمل السلطات المختصة من أجل حماية الصحة العمومية، وهما ملزمان على الخصوص بتقديم المعونة طبياً لتنظيم الإغاثة، ولا سيما في حالة الكوارث".

<sup>1</sup> - "...même si la situation était désespérée et que les soins eussent été inefficaces.", Cass. pén, 23 Mars 1953. Dalloz, 1953, p.371.

<sup>2</sup> - انظر، رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هوم، الجزائر، 2007، ص.124.

<sup>3</sup> - نصت المادة 127 من القانون المدني على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".



يتضح من هذا النص أنه يمكن أن تقوم مسؤولية الطبيب في حالة عدم الامتثال لطلب السلطات المختصة في إسعاف المرضى وإغاثتهم لا سيما في حالة وجود كوارث.

## الفرع الثاني الخطأ في التشخيص

يقصد بالتشخيص تحديد طبيعة المرض وصفاته وأسبابه، أي أن المريض حينما يأتي للطبيب يقوم هذا الأخير بمحاولة تحديد علة هذا المريض، ويحتاج الأمر من الطبيب على الأخص إذا كان يزور المريض لأول مرة ولو لم تكن لديه معرفة على هذه العلة أو الحالة المرضية التي يشكوها منها المريض، أن يبدأ بفحصه فحصاً متأنياً متحسناً لمواطن الداء، ويجب عليه استعمال جميع الوسائل التي وضعها العلم في يده للكشف عن المرض.

ويقول "كونبرويست" في هذا الصدد "إذا كانت مرحلة التشخيص هي أول مراحل الالتزام التي يضعها عقد العلاج الطبي على عاتق الطبيب، فعليه أن يؤديها بدقة وعناية. وأن يحاول قدر جهده أن يتجنب مواطن الزلل، وهو إن فعل ذلك فإنه يظل بمنأى عن المسؤولية<sup>1</sup>.

والواقع أن الخطأ في التشخيص في كثير من الأحيان قد يؤدي إلى الخطأ في العلاج كما سنرى لاحقاً، أو قد يؤدي إلى القيام بعملية جراحية، وبالتالي إلحاق الضرر بالمريض، حيث يكون الطبيب مسؤولاً عن تعويض هذه الأضرار.

وفي هذا المقام قد قضي بمسؤولية الطبيب الجراح عن رعونته وإهماله، حينما أجرى عملية جراحية للفخذ الأيمن بدلاً من الأيسر، بينما لو رجع إلى ملف المريض لوجد أن صورة الأشعة والبيانات المدونة الخاصة به تشير إلى موضع العملية

<sup>1</sup> - انظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.130.

الصحيح، ومن ثمة فقد كان استطاعته أن يتجنب الوقوع في هذا الخطأ لو تذرع بالحيلة والعناية<sup>1</sup>.

والغلط العلمي في التشخيص ناجم عن الشك المحيط ببعض الوقائع الطبية، وقد يكون ناجماً عن النقص في مجال العلوم الطبية، أو في الوسائل العلمية ذات التأثير الفعال والتي من شأنها أن تفضي إلى نتائج حتمية ومؤكدة.

وكقاعدة عامة فإن الخطأ في التشخيص قد يكون ناجماً إما عن إهمال في التشخيص أو عن غلط علمي في التشخيص.

### أولاً: الإهمال في التشخيص

الطبيب ملزم ببذل عناية صادقة في مواجهة المريض، إذ عليه أن يستمع إليه قبل أن يفحصه فحصاً دقيقاً مستعينا بجميع الوسائل العلمية التي سخرها العلم تحت تصرفه. ومن قبيل الإهمال في التشخيص الخطأ الذي يرتكبه الطبيب والناجم عن الجهل بالمبادئ الأولية المتفق عليها في ميدان الطب<sup>2</sup>.

كما أن الطبيب يعتبر مسؤولاً عن التسرع في تكوين رأيه، دون الاستعانة بأحدث وسائل الفحص التي وفرها له العلم، والتي تكون ضرورية للوصول إلى نتائج صحيحة، كالاستعانة بأجهزة التشخيص التي تعطي نتائج دقيقة كالأشعة والمختبر.

والطبيب ملزم باستعمال هذه الأشعة، وتطبيقاً لذلك قضي في فرنسا بمسؤولية الطبيب الذي أخطأ في التشخيص بسبب عدم قيامه باستعمال الأشعة والفحص الكهربائي، ذلك أن العمل جرى على استخدام هذين الفحصين في الحالة التي يعالجها الطبيب<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - انظر، حكم صادر عن محكمة السين بتاريخ 1949/01/25، مشار إليه في محمد خطاب وشفيق رزيق، مجموعة أحكام القضاء المصري والفرنسي في جريمتي القتل والإصابة الخطأ، ط1، 1958، ص.179.

<sup>2</sup> - انظر، طلال عجاج، المرجع السابق، ص.253.

<sup>3</sup> - انظر، طلال عجاج، المرجع السابق، ص.254.

كما قضي بأنه إذا قامت الأدلة على أن تشخيص الطبيب للمرض إنما جرى بطريقة سريعة عابرة، تنطوي على قدر كبير من عدم الاهتمام والاستخفاف، فإنه يكون مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي لحق بالمريض نتيجة هذا التشخيص العابر<sup>1</sup>.

غير أن الأمر يختلف إذا كان هناك قصور في الإمكانيات المتاحة لدى الطبيب، كعدم وجود المختبرات والأشعة، أو أن إمكانيات التصوير الشعاعي محدودة وقاصرة عن إعطاء المطلوب، فالخطأ في التشخيص قد يكون أمراً طبيعياً أحياناً، يقع الطبيب فيه مهما كانت مكانته وقدرته العلمية.

لذلك نرى أن على القاضي أن يكون على دراية واطلاع بمدى تقدم العلوم والفنون الطبية، وذلك أثناء تقديره للتعويض، وأن يأخذ في الحسبان ما إذا كان الطبيب قد استعان بهذه الوسائل ولم تسعفه الإمكانيات المحدودة، وهل كان في مقدوره التوصل إلى تشخيص سليم دون اللجوء إليها.

وعلى هذا الأساس قضت المحاكم الفرنسية بمسؤولية الطبيب العادي غير المختص الذي وقع في خطأ أثناء عملية التشخيص، عندما تبين لها أن السبب الذي أوقع الطبيب في الخطأ هو عدم اللجوء إلى التصوير الشعاعي، خاصة في حالة الكسر والخلع والتواء المفصل<sup>2</sup>.

على أن هذه الأشعة قد تتسبب في حدوث بعض المخاطر، ويجب على القضاء أن يقيم وزناً للمخاطر التي تتجم عن الأشعة، فإذا ثبت أن اللجوء إليها يفضي إلى حدوث أخطار، فلا حرج على الطبيب إذا هو لم يلجأ إليها.

كما أن الطبيب يعتبر مسؤولاً عن التسرع في تكوين رأيه، وإهماله في إحاطة ما يتوصل إليه بالضمانات عن مواطن الارتباك التي قد تؤدي إلى حدوث خطأ في

<sup>1</sup> - انظر، حكم محكمة ليون بتاريخ 1981/12/01 مشار إليه في طلال عجاج، المرجع السابق، ص.255.

<sup>2</sup> - انظر، أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009، ص.251.

التشخيص، واهم هذه الضمانات الاستعانة كما سبق الإشارة إليه بأحدث وسائل الفحص التي وفرها العلم في ذلك الوقت.

كما تقوم مسؤولية الطبيب إذا كان الخطأ في التشخيص سببه عدم استخدام الطرق والوسائل العلمية الحديثة، ولا يستطيع الطبيب دحض هذه المسؤولية إلا إذا كانت حالة المريض والظروف تمنع من استعمال بعض الوسائل الحديثة، كان يكون المريض في مكان بعيد نائي، أو كانت حالته استعجاليه لا تتحمل التأجيل<sup>1</sup>.

وتقوم مسؤولية الطبيب عن الخطأ في التشخيص إذا لم يقم باستشارة من هم أكثر منه تخصصاً، أو إذا أصر على عدم الاستعانة بطبيب آخر، وهو مدرك بان حالة المريض خارج على نطاق قدرته كطبيب معالج.

أما بالنسبة للظروف المشابهة والتي تتمثل في الحالات المشابهة للأعراض، والتي يصعب فيها التشخيص، فلا مسؤولية على الطبيب إذا هو أخطأ في التشخيص، وذلك راجع إلى وجود ظواهر مرضية تختفي فيها حقيقة المرض على أكثر الأطباء دراية وخبرة علمية<sup>2</sup>.

ويذهب القضاء في فرنسا إلى التشدد في مسؤولية الأطباء الخاصين، حيث يكون للطبيب المختص وضع خاص أكثر من غيره من الأطباء الممارسين العاديين، خاصة إذا كانت المعالجة تدخل ضمن حدود اختصاصه؛ وعند إثبات خطأ الطبيب في التشخيص تقوم مسؤوليته على أساس الخطأ في التشخيص، ويترتب على ذلك تعويض المضرور تعويضاً كاملاً<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - انظر، حسن الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص.260؛ وانظر، طلال عجاج، المرجع السابق، ص.257.

<sup>2</sup> - انظر، محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص.46؛ وانظر، طلال عجاج، المرجع السابق، ص.258.

<sup>3</sup> - انظر، أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص.253.

ويمكن القول أن القاعدة التي يتبعها القضاء في فرنسا كي تقوم مسؤولية الطبيب عن الخطأ في التشخيص يجب أن يثبت أنه قد قام بهذا التشخيص بصفة عابرة ومستعجلة، ومن ثمة يترتب على مسؤوليته الالتزام بتعويض الأضرار التي لحقت بهذا المريض.

### ثانياً: الغلط العلمي في التشخيص

تعتبر العلوم الطبية من بين أهم العلوم التي تشهد تطوراً يوماً بعد يوم، إذ لا تزال العديد من النظريات محل خلاف بين فقهاء وعلماء الطب؛ لذلك من غير اليسير الوصول إلى السبب الحقيقي للمرض ومعرفة طبيعته، إذ أن الأعراض الخاصة للمرض وشكوى المريض قد تخدع الطبيب أحياناً وتجعله في حيرة من أمره.

فالغلط العلمي في التشخيص ناجم عن الشك المحيط ببعض الوقائع الطبية، وعليه إذا رجح الطبيب رأياً على آخر وأخطأ في التشخيص نتيجة تشابه الأعراض المرضية، فلا تترتب مسؤوليته متى كان الخطأ الذي وقع فيه أمراً ممكناً لتشابه الأعراض، ويحتمل وقوعه من الطبيب اليقظ إذا أحيط بنفس الظروف التي أحاطت بالطبيب الذي شخص المرض. ويعتبر هذا الخطأ غلطاً علمياً لا يرجع للطبيب وإنما قد يقع فيه كل طبيب أثناء ممارسته لمهنته.

ولا شك في أن الأصول العلمية الثابتة تستدعي من الطبيب بذل أقصى جهد من أجل القيام بعمليات ذهنية تعينه على القيام بالالتزام الواقع عليه، حيث يتوجب على الطبيب متابعة كل جديد في مجال العلوم الطبية، لكي يساير التطورات الحديثة على صعيد الفنون المختلفة في الفحص والتشخيص والعلاج.

وعلى ذلك فالطبيب الذي يركز على أساليب تقليدية لا تراعي التطورات الحديثة في المجال الطبي يكون عرضة للمسؤولية إذا ما لحق بالمريض ضرر<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.141.

وقد قضت محكمة استئناف "مونبلييه" في هذا المقام أنه لما كان عقد الطبيب ينطوي على التزام ببذل عناية خاصة بحسب ضميره المهني، ومن ثم فإن عليه ألا يعتمد في عمله على ما جرى عليه العمل بين الأطباء وفقاً لعادة شائعة، أو فكرة فنية معينة، بل يجب أن يكون ملماً بأحدث المعلومات العلمية الصحيحة، والتطورات الحديثة في العلاج، حتى يبتعد عن نطاق المسؤولية<sup>1</sup>.

والواقع أن تقدير خطأ الطبيب في التشخيص ينظر إليه لجهة تخصص ومستوى هذا الطبيب، فخطأ الطبيب الأخصائي يعتبر أدق من خطأ الطبيب العام، كما لا يسأل الأخصائي عن الخطأ عن عدم الكشف عن المرض الذي لا يدخل في دائرة اختصاصه، وإن كان الأمر لا يعفيه كما سلف من اللجوء إلى استشارة من هو المختص.

وكقاعدة عامة انه لا يلزم الطبيب باستشارة آخر، إلا أن هناك حالات توجب فيها هذه الاستشارة، بحيث تقوم مسؤولية الطبيب إذا امتنع عن ذلك، ما لم تكن هناك حالة ضرورة قصوى ومستعجلة حالت دون ذلك.

فالتبيب يسأل عن الخطأ في التشخيص عندما يكون هذا الخطأ دالاً على جهله الواضح بالفن الطبي، ولتحديد مسؤولية الطبيب في التشخيص فإنه يجب معرفة الوسائل والأدوات التي استخدمها في تشخيص المرض، وهل تعتبر من قبيل الطرق العلمية المتعارف عليها طبيًا، لأن مسؤولية الطبيب لا تقوم إلا في حالة الجهل الواضح ومخالفة الأصول العلمية الثابتة.

ويرى البعض<sup>2</sup> أن الطبيب غير ملزم بإتباع آراء غالبية أساتذة الطب، بل أن له أن يطبق علاجاً شخصياً خاصاً به، بشرط أن يكون مبنياً على أسس علمية صحيحة، لأن الحالات المرضية لا تتطابق تمام المطابقة.

<sup>1</sup> - انظر، حكم بتاريخ 14/12/1954، دالوز 1955، ص.745، مشار إليه في منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.141.

<sup>2</sup> - انظر، طلال عجاج، المرجع السابق، ص.262.

ونتيجة لذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية<sup>1</sup> بأنه فيما عدا الإهمال والرعونة الذين يمكن نسبتهما لأي شخص، فإن الطبيب لا يمكن مساءلته عن الأضرار التي تحدث للمريض نتيجة العلاج الذي رآه مناسباً، إلا إذا ثبت أن تلك الأضرار قد نتجت عن جهله السابق بالقواعد العلمية والأصول الطبية المتفق عليها.

### الفرع الثالث

#### أخطاء العلاج

بعد تشخيص المرض كمرحلة أولية يقوم الطبيب بتقديم العلاج المناسب للمريض حيث يعتمد اختيار العلاج المناسب على دقة التشخيص المرضي السابق له، وللطبيب مطلق الحرية في اختيار طريقة العلاج التي يراها ملائمة لمريضه، مع مراعاة الطرق العلاجية المتعارف عليها.

فالطبيب غير مسؤول عن شفاء المريض، ولكنه مسؤول عما يبذله من عناية كافية في علاجه، ويكون ذلك عن طريق وصف المرض واختيار الدواء المناسب له، وعليه ألا يصف الدواء بطريقة مجردة دون الأخذ بعين الاعتبار حالة المريض وبنية وسنه<sup>2</sup>.

وفي هذا الاتجاه قضت محكمة "سان كانتان"<sup>3</sup> بأن الطبيب يعتبر مخطئاً إذا أمر بعلاج لم يراع فيه بنية المريض وسنه وقوة مقاومته ودرجة احتمالته للمواد السامة التي تقدم إليه.

ويجب على الطبيب عدم القيام باستخدام طرق علاجية غير حذرة وغير مثبتة وموثقة علمياً باستثناء بعض الحالات النادرة والمستعصية وذلك بشرط الحصول على

<sup>1</sup> - انظر، نقض فرنسي بتاريخ 13/07/1949 مشار إليه في منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.144.

<sup>2</sup> - انظر، سي يوسف زاهية حورية، الخطاء الطبي في المسؤولية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، 2008، جامعة تيزي وزو، ص.77؛ وانظر، دلال بزيد، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 3، ص.66.

<sup>3</sup> - انظر، حكم بتاريخ 16/04/1891، مشار إليه في طلال عجاج، المرجع السابق، ص.266.

موافقة المريض الكتابية المسبقة، كما يجب على الطبيب شرح جميع التفاصيل المتعلقة بالآثار الجانبية للعلاج أو باحتمالية عدم التوصل لشفاء المريض بصورة كاملة، وخصوصاً في الحالات المستعصية<sup>1</sup>.

ويجب على الطبيب التخلي عن الطرق الخطرة في العلاج إذا كانت العلوم الطبية تقدم طرقاً أقل خطورة، فعلى الطبيب أن يوازن بين مخاطر العلاج وأخطار المرض، حيث يكون الطبيب مسؤولاً إذا أهمل استعمال العلاج "ومن الضروري وجود تناسب بين المخاطر الناجمة عن العلاج، وخطورة الحالة التي يعالجها الطبيب، فإذا كانت الحالة ميؤساً منها، فإن فرص الاختيار بين وسائل العلاج تكون كبيرة أمام الطبيب، بحيث يمكنه اللجوء إلى أي طريقة يرى أنها ستؤدي إلى شفاء المريض"<sup>2</sup>.

أما إذا كانت صحة المريض غير مهددة بالخطر، فإن فرص الطبيب تتضاءل تماماً لأنه لا يوجد أي مبرر لاستخدام طرق خطيرة تهدد حياة المريض. وفي هذا الاتجاه قضت محكمة باريس بمسؤولية الطبيب الذي استعمل في علاج المريض علاجاً نادراً وخطراً<sup>3</sup>.

ومن واجب الطبيب تفادي اختيار علاج باهض التكلفة، إن كان هناك علاج بديل أقل منه تكلفة، أو كانت حالة المريض ليست في حاجة مطلقة له، كما يتحمل الطبيب مسؤولية قيامه بعدم التقيد بالإرشادات والاحتياطات التي وردت في النشرة المرفقة بالعلاج من قبل الشركة صانعة الدواء، ويتحمل مسؤولية حدوث أي خطأ ورد في تحرير الوصفة وعتار الدواء وعدد الجرعات أوفي طريقة الاستعمال.

---

<sup>1</sup> - انظر ، سهيل يوسف الصويص ، مسؤولية الطبيب في حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث ، دكتوراه، جامعة عمان، الأردن، ص117.

<sup>2</sup> - انظر، طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 269.

<sup>3</sup> - انظر، حكم بتاريخ ديسمبر 1957مشار إليه في طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص.270.



كما يسأل الطبيب عن المخاطر التي تتعرض لها حياة المريض نتيجة وصف العلاج، وفي هذا المقام قد قضت محكمة النقض المصرية<sup>1</sup> بأنه إذا قام الطبيب بمزج الدواء بمحلول الطرطير بدلاً من الماء المقطر الذي كان يتعين مزجه، فإنه (أي طبيب) يكون قد أخطأ سواء كان قد وقع في هذا الخطأ لوحده أو اشترك معه الممرض فيه، وبالتالي وجب مساءلته في الحالتين لأن الخطأ المشترك لا يعفي مسؤولية أي من المشاركين فيه. ولأن مسؤولية الطبيب عن وصف الدواء الذي يتناوله المريض، أو في ما يطلب منه في مقام بذل العناية في شفاؤه، وبالتالي فإن تقاعسه عن تحريه أو التحرز منه والاحتياط له، يعد إهمالاً يخالف كل قواعد المهنة وتعاليمها؛ وعليه أن يتحمل وزره، كما أن التعجيل بالموت مرادف لأحداثه من حيث المسؤولية .

ولا يسأل الطبيب عن الآلام التي قد تصاحب العلاج أو العملية الجراحية، طالما أنه قد راعى مقتضيات الفن الطبي في ذلك، وإن كان يتوجب عليه بذل جهده لتخفيف تلك الآلام وجعل المريض يتحملها، وإذا تعلق الأمر بدواء خطير، فيتمكن له وصفه للمريض، بشرط أن تكون حالة المريض تقتضيه<sup>2</sup>.

وصفوة القول أن الطبيب إذا اتبع في العلاج الأعراف والأساليب الطبية المستقرة والمتعارف عليها في فن الطب، لا يمكن أن ينسب إليه خطأ، وفي المقابل يكون مسؤولاً إذا سلك طريقة قديمة نبذتها الأعراف الطبية.

وتعتبر وصفة العلاج التي يحررها الطبيب هي بداية ومحرك العلاج، وعادة ما تكون هي الحد الفاصل بين مرحلتي التشخيص والعلاج، وتعتبر الدليل المادي لرأي الطبيب، ولذلك يجب على الطبيب أن يوليها عناية خاصة ويجب أن يتضمنها مقدار وكيفية الدواء ومدة العلاج.

وقد قضي في فرنسا بمسؤولية طبيب وصيدلي ومساعد عن وفاة مريض كان الطبيب قد حرر له وصفة بدواء سام، وكتب عليها الحرف الأول من كلمة

<sup>1</sup> - انظر، قرار جنائي بتاريخ 1970/04/20 مشار إليه في طلال عجاج ، المرجع السابق، ص.274.

<sup>2</sup> - انظر، محمد عبد النباوي، المرجع السابق، ص. 147.

"Gouttes" (نقاط) حيث حرر (g25) الشيء الذي جعل مساعد الصيدلي لأن يركب الدواء على أساس 25 غرام، فقضت المحكمة بأن الطبيب ارتكب خطأ بعدم توضيح الوصفة الطبية بما فيه الكفاية<sup>1</sup>.

إذن تبين لنا مما سبق أن الطبيب لا يسأل إذا قام بالعلاج وفقاً للأصول العلمية المتعارف عليها بين الأطباء إذا لم يتبين وجود خطأ من جانبه نتيجة إهمال في عمله.

#### الفرع الرابع

#### الخطأ في العمليات الجراحية

تعتبر الجراحة من أهم فروع العلوم الطبية، ومن أكثرها وأفضلها نجاعة، إذ غالباً ما تكون هي العلاج الوحيد للمرض، وفي المقابل أيضاً غالباً ما تنطوي على مخاطر عديدة، الأمر الذي يفرض على الأطباء بذل عناية خاصة و فائقة.

والواقع أنه يقع على الطبيب عدة التزامات قبل إجراء هذه العملية، إذا ينبغي عليه الجزم بأنها الحل الوحيد لإنقاذ حياة المريض، كما يتعين على الطبيب إجراء الفحوصات المطلوبة للتأكد من أن حالة المريض الصحية تقتضيها لتخليصه من الألم أو لإنقاذ حياته من الموت أو من الخطر الذي يهددها، وتجري كذلك فحوصات سابقة على العملية، ليس على المنطقة التي تجرى عليها العملية فحسب، بل على جسم المريض كلية، وينبغي على الطبيب أن يستعين بمن هم أكثر منه تخصصاً في المجالات الطبية الأخرى عند عدم اليقين<sup>2</sup>.

ولكن، إذا كانت حالة المريض مستعجلة ولا تسمح بإجراء كافة الفحوصات، فلا مسؤولية عليه إن لم يفعل ذلك.

<sup>1</sup> انظر، حكم محكمة أنجيه (Angers)، بتاريخ 12/04/1946 مشار إليه في محمد عبد النبوي، المرجع السابق، ص. 150.

<sup>2</sup> - [http: www.droitmedical.org](http://www.droitmedical.org)

ويتعين على الطبيب أن يأخذ رضا المريض ويبصره بالعملية وبما يحيط بها من أخطار، ولا تجرى هذه العملية دون رضاه إلا في حالة الضرورة، لمن تعذر أخذ رضاه بسبب خطورة حالته، وفي هذه الحالة يجب أخذ رأى نويه<sup>1</sup>.

لقد أخذت جل التشريعات الحديثة بهذا الالتزام ومنها المشرع الجزائري في القواعد الخاصة، وتجلى ذلك في قانون حماية الصحة وترقيتها<sup>2</sup> حيث ورد في المادة 164 منه "يقدم العلاج بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك".

وجدير بالإشارة إليه أن الأساس القانوني للعمل الطبي بشكل عام إنما هو أمر مختلف فيه؛ فثمة من يرى أن رضا المريض هو الأساس القانوني لهذا العمل<sup>3</sup>، وثمة من يرى بأنه الترخيص القانوني للعمل الجراحي.

ورضا المريض يعني أنه أساس الإباحة في الأعمال الطبية، وذلك لن الإنسان سيد جسمه، وهناك من يرى العكس، فالقانون الانجليزي والألماني يعدان الرضا بمثابة شرط الإعفاء من المسؤولية ما لم يخالف النظام العام والآداب العامة<sup>4</sup>.

فذهب القانون الفرنسي إلى أن المريض لا ينفى مسؤولية الطبيب عن الخطأ الذي ارتكبه، فإذا رضي المضرور بأن تجرى له العملية الجراحية فلا يؤثر ذلك على التزام الطبيب، لأن هذا الرضا لا يدخل في تحديد العناية التي يجب على الطبيب بذلها، لأنها

---

<sup>1</sup> - انظر ، مامون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2009، ص.123.

<sup>2</sup> - انظر، قانون رقم 85-05 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405هـ الموافق 16 فبراير سنة 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

<sup>3</sup> - انظر، دغيش أحمد، بولنوار عبد الرزاق، إلتزام الطبيب باعلام المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المرجع السابق، ص.134.

<sup>4</sup> - انظر، ابراهيم علي الحلبوسي، المرجع السابق، ص.146.

تحدد بصورة موضوعية وفق المعطيات الطبية، مع الأخذ بعين الاعتبار زمان ومكان إجراء العملية والمستوى العلمي الذي بلغه مستوى الطب في ذلك المكان<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للأشخاص الذين ينوبون عن المريض في حالة ما إذا كان المريض قاصراً أو كان مغمى عليه أو فاقد الوعي، فيقتضي المنطق السليم أن يعتمد من له حق الولاية إلى اتخاذ القرار الذي يحقق مصلحة المريض، ولا يتصور أن يجيء مثل هذا القرار من جانب الولي ضد مصلحة المريض، بحيث يكون نذيراً له بخطر الموت أو الهلاك.

فقد جاء في قضية تتلخص وقائعها في أن والداً يهودياً بفرنسا نقل إبناً له إلى إحدى المستشفيات في يوم من أيام السبت على إثر ولادته، وبعد فحصه من قبل الطبيب تبين له أنه في حاجة ماسة إلى عملية نقل دم، ولم تكن ثمة مشكلة في وجود الدم اللازم، لكن المشكلة تمثلت في مفاجأة الطبيب بوالد الطفل يرفض عملية نقل الدم بسبب انتمائه لإحدى الطوائف اليهودية التي تحرم نقل الدم .

وقد حاول الطبيب أن يقنعه بضرورة عملية نقل الدم للمحافظة على صحة الطفل وحياته دون جدوى، وقد سعى الطبيب في سبيل كسر ناد والد الطفل إلى الاتصال بالشرطة التي لم تستطع أن تتخذ قرار في هذا الخصوص، فأحالته إلى النائب العام الذي كان رده مخيباً لأمل الطبيب، حيث قال "ليس للنيابة العامة سلطة ما في منع عمل طبي أو الأمر باتخاذ، وأن المسألة لا تعدو كونها مسألة متعلقة بواجبات أدبية محضة"<sup>2</sup>.

وإذا بالطبيب لم يستسلم لهذا الموقف الذي وضعت الظروف فيه، وهو يواجه صدوداً من والد الطفل، وليس من حيلة قانونية تعينه على الخروج من هذا المأزق، فعمد إلى الاتصال بأحد الفقهاء الفرنسيين الذين اشتهروا بالقانون الطبي؛ وهو الفقيه

<sup>1</sup> - انظر، إبراهيم علي حمادي الحلوسي، المرجع السابق، ص.147.

<sup>2</sup> - حيث ينشر في الغرب وجود مجموعة دينية مسيحية تعرف باسم "Temoins de Jehova" ترى أن الدم مكان الروح، وأنه لا يجوز نقله أبداً من شخص لآخر.

"KORNPROBST" الذي نصحه بأن يعتمد إلى إجراء عملية نقل الدم للطفل لدفع الخطر الذي يهدد حياته أو صحته، رغماً عن إرادة والده، وأن يخبره بأنه لن يقدم على عملية نقل الدم هذه على خلاف الحقيقة، أما في الحالة التي لا يكون فيها ثمة خطر يهدد الإنسان ذاته بالموت أو يهدده في صحته بالهلاك، فعلى الطبيب أن يحترم إرادة المريض أو إرادة ذويه.

وقد اقترح عليه KORNPROBST أن يأخذ من ولي المريض على سبيل الاحتياط عند رفضه للعلاج رغم تبصيره بمخاطر هذا الرفض إقراراً كتابياً، ويمكنه أن يحتاط أيضاً لمشكلة رفض المريض التوقيع على مثل هذا الإقرار المثبت لرفضه العلاج من خلال قراءة صيغة هذا الإقرار في حضرة شاهدين أمام المريض، مع إثبات رفض المريض للتوقيع ثم يوقع الشاهدان على ذلك<sup>1</sup>.

والجدير بالذكر أنه على الطبيب أن يقوم بإجراء العملية بنفسه، لأن طبيعة العقد بين الطبيب والمريض تحتم ذلك، إذ يبنى على اعتبار شخصي، كما لا يجوز للطبيب أن يعهد إلى أحد مساعديه أو تلامذته بتنفيذ الجزء المهم من العملية، إلا إذا كان تحت إشرافه المباشر.

وفي هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر<sup>2</sup> بمسؤولية الطبيب الذي أدى عملية قيصرية لامرأة حامل، لكنه ترك إنجاز المرحلة الأخيرة لأحد تلامذته، وهي القيام بخياطة جدار البطن، وربط الشرايين الدموية، وتعقيم موطن الجراحة، إلا أن هذه المرحلة لم تتم بنجاح، حيث استمر النزيف من رحم المرأة وتورم جسمها وتوفيت، حيث قضت المحكمة بمسؤولية الطبيب لعدم إكماله العملية بنفسه، على الأقل الإشراف على عمل التلميذ بشكل مباشر.

<sup>1</sup> - انظر، خالد جمال أحمد حسن، إدارة المريض في العمل الطبي بين الإطلاق والتقييد، مجلة الحقوق كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الخامس، العدد الثاني، 2008، ص.197.

<sup>2</sup> - أنظر، قرار المحكمة الإدارية العليا، 1959/05/27 مشار إليه في طلال عجاج، المرجع السابق، ص.283.

إذا كان يشترط في مسؤولية الطبيب، أن يكون الخطأ الصادر منه جسيماً، فهذا ما يطرح سؤال مفاده، ما المقصود به، وما هي أهم النظريات التي فصلت فيه؟ وهو ما سأتطرق له في المبحث الموالي.

## المبحث الثاني

### نظريات تدرج جسامه خطأ الطبيب

إن الهدف الرئيسي من التفرقة بين الخطاء العادية والأخطاء الفنية، هو تقرير عدم مسؤولية الأطباء عن الأخطاء، ما لم تكن جسيمة، ومن هنا ظهرت نظرية الخطأ الفني الجسيم (المطلب الأول). وبعد ذلك لجأ القضاء الى فكرة الخطأ الواضح الثابت (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### نظرية الخطأ الفني الجسيم

طبقاً لرأي فريق من الفقه والقضاء<sup>1</sup> لا يكون الطبيب مسؤولاً عن الخطأ الفني إلا إذا كان جسيماً، وقد لقي هذا الرأي قبولاً حسناً من جانب أهل الطب، بل ودفاعاً عنه، غير أن الراجح عند الفقه والقضاء الحديثين هو الرفض، والواقع أن هذه النظرية طبقت لفترة من الزمن، وما زالت تتحاز إليها هيئات طبية كثيرة<sup>2</sup>. وعليه، سنعرض بالتفصيل لتطور القضاء حيال هذه النظرية، لنقف على معناها الحقيقي (الفرع الأول)، ثم نحاول تقييمها (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> - انظر، محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص.30.

<sup>2</sup> - انظر، راييس محمد، المرجع السابق، ص.178 وما بعدها.

## الفرع الأول مفهوم نظرية الخطأ الفني الجسيم

لنظرية الخطأ الطبي مفهوم فقهي، وآخر قضائي.

### أولاً: في الفقه

الخطأ الجسيم هو خطأ غير عمدي لا تتوفر فيه نية الإضرار بالغير، ونظراً لجسامة هذا الخطأ فقد دفع فقهاء الرومان إلى تشبيهه بالخطأ العمدي والتدليسي من نواحي معينة، رغم أن هذا الوصف لا يؤثر على كونه غير عمدي. فالخطأ الجسيم هو الذي لا يصدر إلا من أقل الناس تبصراً، ولا يكفي لقياس جسامته أن يتحقق ضرراً هاماً. فقد يؤدي خطأ تافه إلى كارثة كبيرة، كما قد يؤدي خطأ كبير إلى ضرر بسيط. وعليه، فجسامة الخطأ تقاس بعنصر أدبي في سلوك الشخص، فالشخص الذي يدرك أن سلوكه سيؤدي إلى وقوع الضرر، فسلوكه يمثل خطأ جسيماً<sup>1</sup>.

وغني عن البيان أن جسامة الخطأ تزداد وتنقص كلما توقع الشخص زيادة أو نقصان احتمال وقوع الضرر، وهو ما يستلزم القول بأن خطأ الطبيب الجسيم هو ذلك السلوك الذي يراه طبيب عادي يقظ من آخر في ظروف عادية أنه محتمل أن يرتب ضرراً، ومع ذلك يقوم به.

### ثانياً: في القضاء

صدر أول قرار لمحكمة النقض الفرنسية، تبنت من خلاله فكرة الخطأ الفني الجسيم، بتاريخ 18/06/1835<sup>2</sup>، أقرت من خلاله أن الطبيب يسأل عن الإهمال الذي وقع منه، وهو ما أدى إلى قطع يد المريض، إذ يعتبر ذلك الأمر بمثابة خطأ جسيم وقع من الطبيب، وخاصة أنه ترك المريض بإرادته، وهو يعاني من آلام المرض. وقد بين

<sup>1</sup> - انظر، محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص.30.

<sup>2</sup> - Cass. Req, 18/06/1835, thoutet noroy. Francois Violla, Les grandes décisions du droit médical, Alpha édition, France, 2010, p.310.

تقرير الخبراء<sup>1</sup> أن المبدأ العام القائل بحظر التدخل القضائي في مجال المناقشات الطبية المحضة، يعني نأي المحاكم بنفسها عن مثل هذه الأمور، فلا تتدخل في تقرير مدى ملائمة العلاج من عدمه، وما إذا كانت سبل أخرى أفضل أم لا، وما إذا كانت العملية الجراحية ضرورية أم لا. إذ تعتبر هذه الأمور بعيدة عن اختصاصات المحكمة، لأنها مسائل علمية تتم مناقشتها بين الأطباء. لكن الوضع على النقيض من ذلك، عندما يتعلق الأمر بإهمال صدر من الطبيب ولا علاقة له بالطب، أو لجهله أموراً كان من الضروري إدراكها، فإذا كان الخطأ العلمي البسيط، أو عدم نجاح العلاج غير كافيان لتحريك دعوى مسؤولية الطبيب، إلا أن الأمر عكس ذلك، عندما يتعلق الأمر بغش الطبيب أو سوء نيته، أو إهمال غير مغتفر أو ما إلى ذلك<sup>2</sup>.

ومنذ صدور هذا القرار الذي يعتبر الأساس لنظرية الخطأ الجسيم، دعا الفقه إلى ضرورة التمييز بين عمل الطبيب العادي وعمله الفني، وهو أمر من شأنه أن يؤدي إلى نتائج مختلفة، حيث يطلب من القاضي التمييز بين نوعي الخطأ، أو يلاحظ سلوك الشخص الخاطئ من حيث هو عمل عادي أو فني، فيخضع للأحكام العامة في المسؤولية إذا كان عادياً، في حين لا يسأل عن الخطأ الفني الطبي إلا إذا كان جسيماً<sup>3</sup>.

كما انتهج مجلس الدولة الفرنسي نفس النهج الذي انتهجه القضاء العادي، فاشتراط لقيام مسؤولية المستشفى عن أخطاء الأطباء، ضرورة توافر خطأ جسيم إذا ارتبط الأمر بضرر وقع نتيجة عمل طبي، ويكتفي بخطأ يسير إذا ارتبط الأمر بأعمال يسيرة. وقد تبنى هذا الموقف نتيجة للصفة الاحتمالية الملازمة للعمل الطبي.

والواقع أن بعض أحكام القضاء الفرنسي، التي فسرها الفقه بأنها تشترط توافر نسبة خطأ جسيم إلى الطبيب في إطار عمله الفني، كي تتعدّد مسؤوليته المدنية، فهي لم تستخدم تعبير الخطأ الجسيم، وإنما كانت تشترط أن ينسب إليه إغفال لواجبه.

<sup>1</sup> - أعد هذا التقرير النائب العام "دوبان" انظر، محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص.31.

<sup>2</sup> - انظر، قرار مشار إليه في محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص.31.

<sup>3</sup> - انظر، اسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص.214.



ونشير هنا الى تطور موقف القضاء من نظرية الخطأ الفني الجسيم في كل من فرنسا، ومصر، والجزائر.

### أ: تطور موقف القضاء الفرنسي

يتبين من خلال مراجعة أحكام القضاء الفرنسي، أنه لم يستقر على الأحكام السابقة من حيث التفرقة بين الخطأ العادي والخطأ الفني الجسيم، فقد وردت أحكام أخرى متداخلة في نفس الفترة مع الأحكام السابقة، ورافضة لأي تفرقة من حيث الدرجة بين هذين النوعين من الخطأ الطبي<sup>1</sup>.

ومن أوضح القرارات التي صدرت عن محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد؛ القرار الصادر في 1862/07/21<sup>2</sup> الذي قضى بأن المادتين 1382 و 1383 من القانون المدني الفرنسي، قد قررتا قاعدة عامة تمثلت في إسناد الخطأ إلى الشخص المسؤول لإلزامه بتعويض الضرر الذي ينشأ عن فعله أو إهماله أو عدم تبصره، وأن هذه القاعدة تسري على جميع الأشخاص مهما كانت مراكزهم، دون استثناء ما عدا في الحالات العامة التي نص عليها القانون، ولا يوجد استثناء خاص بالأطباء.

كما أن الحكمة تتطلب من القاضي عدم الغوص في تفحص النظريات والأساليب الطبية، بل يكتفي بالقواعد العامة التي يملئها حسن التبصر وسلامة الذوق، والتي يجب مراعاتها في كل مهنة، والتي يخضع لها الأطباء كغيرهم من الناس<sup>3</sup>.

وقد قضت في نفس الاتجاه محكمة النقض الفرنسية، بتاريخ 1919/07/21<sup>4</sup> قراراً قدمت فيه التبرير القانوني لهذه التسوية بين نوعي خطأ الطبيب، وتوالت بعد ذلك الأحكام والقرارات مرادة لنفس العبارات.

<sup>1</sup> - انظر، محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص.33.

<sup>2</sup> - انظر، قرار بتاريخ 1862/07/21، مشار إليه في طلال عجاج، المرجع السابق، ص.207.

<sup>3</sup> - انظر، طلال عجاج، المرجع السابق، ص.207.

<sup>4</sup> - انظر، قرار بتاريخ 1919/07/21، مشار إليه في محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص.33.

ولم يتغير موقف القضاء الفرنسي بشأن جسامه الخطأ الفني، حتى عندما تغيرت النظرة حول الطبيعة العقديّة، حيث قررت محكمة النقض في قرارها الصادر (Arret Mercier) 20 ماي 1936<sup>1</sup>، أن الطبيب في عقد العلاج مع أنه لا يلتزم بشفاء المريض، وهو ما لم يقل به أحد، إلا أنه ملزم ببذل عناية صادقة ويقظة ومنتفة مع الأصول العلميّة الثابتة، اتجاه المريض، وإن أي إخلال حتى وإن كان غير متعمد بهذا الالتزام التعاقدّي يرتب المسؤولية التعاقدية<sup>2</sup>.

ومنذ صدور هذا القرار تواترت أحكام وقرارات القضاء الفرنسي على هجر أي عودة إلى فكرة الخطأ الجسيم، ومن ثمة يمكن القول أن هذا الاتجاه، يسري على جميع الأعمال الطبيّة الفنيّة، المتعلقة بالتشخيص أو العلاج.

ومن بين التطبيقات القضائيّة في مجال التشخيص الطبي، ما صدر عن محكمة "جرينول" سنة 1946، حيث أعلنت أن الطبيب مسؤول عن كل خطأ صدر منه، أثناء تادية مهنته، وعن أي ضرر نتج عن إهماله وعدم احتياظه في تشخيص ووصف الدواء، وإجراء العمليات، ولا يشترط في ذلك وقوع خطأ جسيم، حيث لا يوجد في القانون ما يعفي الطبيب من مسؤوليته عن الخطأ اليسير، إذا كان بينا، ولا يمكن أن يقع من طبيب معتاد من أوسط رجال هذا الفن، في مثل ظروف المدعى عليه<sup>3</sup>.

كما نرى أن بعض الأحكام تأخذ بعنصر الاحتمال الذي يدخل في تشخيص المرض، وتقضي بعدم مسؤولية الطبيب عن الغلط الذي لا تعتبره خطأ، بخلاف ما إذا كان هذا الغلط غير مغتفر، كبروز أعراض المرض وعلاماته.

وبالنسبة للأعمال الفنيّة المرتبطة بالعلاج، فقد حكمت محكمة النقض الفرنسيّة بأنه لا يشترط أن يكون خطأ الجراح جسيماً حتى يكون مسؤولاً، ولكنه يكون مسؤولاً، إذا

<sup>1</sup> - Cass. civ. 20 mai 1936, D 1936. 1.

<sup>2</sup> - CF, H.Capitant, A.Well et F. Terré, Les grandes arrêts de la jurisprudence civile, 7ème édition, Dalloz, p.350.

<sup>3</sup> - انظر، إبراهيم علي حمادي الطبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبيّة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2007، ص.44.

نسي أثناء تنفيذ التزاماته آلة أو قطعة قطن داخل جسم المريض، كما أن التزام الطبيب ببذل عناية يتطلب الحذر العادي، فهو مسؤول عن أخطائه حتى ولو كانت يسيرة<sup>1</sup>.

وفي مجال تراجع القضاء الفرنسي عن فكرة الخطأ الجسيم، قضت محكمة الدائرة المدنية الأولى، بتاريخ 1963/10/30<sup>2</sup> في قضية تتلخص وقائعها في أن طبيباً قد أخطأ في علاج مريض، حيث بدلا من أن يحقن للمريض الدواء في الشريان، قام بحقنه خارجاً، وأثناء تقدير المحكمة للخطأ، طلبت من الخبير تحديد ما إذا كانت الواقعة تمثل خطأ لا يغتفر أم لا، وأنها حادثة لا يمكن تجنبها في بعض الظروف. وأخيراً قررت محكمة النقض مسؤولية الطبيب بمجرد الخطأ، ودون اشتراط أن يكون غير مغتفر أو على درجة معينة من الجسامة.

وعليه، يمكن القول أن القضاء الفرنسي وعلى رأسه محكمة النقض الفرنسية، قد استقر على قيام مسؤولية الطبيب عن عمله الفني، دون أن يشترط جسامة في الخطأ، وإنما يشترط في الخطأ أن يكون محققاً ومتميزاً.

### ب: تطور موقف القضاء المصري

لقد تأثر القضاء المصري بالقضاء الفرنسي، حيث عمد إلى التفرقة بين خطأ الطبيب العادي وخطأه الفني، مقررًا بذلك أن الطبيب غير مسؤول عما يرتكبه من أخطاء في التشخيص، وخاصة إذا كانت الأعراض متشابهة، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة مصر الابتدائية<sup>3</sup> بأن الطبيب لا يسأل عن خطئه في تشخيص المرض، أو عدم مهارته في إجراء عملية جراحية، ولا يكون مسؤولاً إلا إذا كان الخطأ جسيماً، فتكون مسؤوليته عنها مدنية وجزائية، متى ثبت عدم اتخاذ الإجراءات التي توجبها المهنة.

<sup>1</sup> - Cass.civ,18/12/1956,D,1956,237.

<sup>2</sup> - Cass.civ,30/10/1962,D,1963,Jurispr.57.

<sup>3</sup> - انظر، محكمة مصر الابتدائية، بتاريخ 1927/05/02، مشار إليه في محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص37.

وقد أعلنت محكمة الاستئناف المختلط<sup>1</sup>، بعدم جواز للقاضي التدخل في تقدير النظريات والطرق العلمية، بل يقتصر على الكشف عما هو إهمال محقق وواضح صدر من الطبيب، أو عدم اتخاذ الاحتياطات التي يملئها الحذر العادي، أو الكشف عن الجهل بالقواعد المعروفة التي يجمع عليها الأطباء.

هذا وقد توصلت بعض أحكام القضاء المصري إلى فساد اشتراط درجة معينة من الجسامة في الخطأ الفني، زيادة على ما يشترط في الخطأ العادي، ولذلك جعلتهما متساويين، وقضت بأن الطبيب مسؤول عن أخطائه حتى ولو لم تكن جسيمة.

والملاحظ أن الأحكام المصرية القديمة التي اشترطت الخطأ الجسيم، كانت قد أثبتت واقعيًا وجود أخطاء بهذه الصفة، وفي هذا الشأن قضت محكمة مصر سنة 1927<sup>2</sup> بأن الطبيب يسأل عن خطئه الجسيم واليسير.

وقد كان للقضاء في مصر فضل السبق في هذه المسألة، حيث قررت محكمة استئناف مصر أن<sup>3</sup> "مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود خطأ، مهما كان نوعه سواء كان خطأ فنياً أو غير فني جسيماً أو يسيراً؛ ولهذا فإنه يصح الحكم على الطبيب الذي يرتكب خطأ يسيراً لو أن هذا الخطأ له مسحة طبية ظاهرة، حيث ولا يتمتع الأطباء بأي استثناء يجب على القاضي أن يتثبت من وجود الخطأ وأن يكون هذا الخطأ ثابتاً ثبوتاً كافياً لديه، وعليه أن يستعين برأي الخبراء للتحقق من وجود الخطأ".

<sup>1</sup> - انظر، استئناف مختلط، بتاريخ 1910/02/03، مجلة التشريع والقضاء المختلطة، س22، ص120، مشار إليه في محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص37. وقد قضت محكمة الجيزة بتاريخ 1935، بأن مسؤولية الطبيب لها وجهان، أحدهما يتعلق بصناعته وهو ما يعبر عنه بخطأ المهنة، والثاني لا يتعلق بذلك ولا شأن له بالفن ذاته، فخطأ المهنة لا يسلم به إلا في حالة الخطأ الفاضح وما إليها. والوجه الثاني لا يخضع لسلطان التقدير الفني الطبي والجدل العلمي، لأنه خطأ مادي يقع فيه الطبيب مخالفاً بذلك القواعد المقررة طبياً، فهو مسؤول عنه، وهذا النوع من الخطأ يقع تحت المسؤولية العامة، شأن الطبيب فيه شأن أي شخص آخر. حكم بتاريخ، 1935/01/26، مجلة المحاماة، س15، القسم الثاني رقم 216، ص471.

<sup>2</sup> - انظر، حكم مشار إليه في طلال عجاج، المرجع السابق، ص210.

<sup>3</sup> - انظر، قرار بتاريخ 1936/01/02، عن ابراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص43.

ويسير القضاء المصري الحديث في نفس الاتجاه، من حيث عدم اشتراط درجة معينة من الجسامة في الخطأ الفني، فقد ساندت محكمة النقض المصرية قضاة الموضوع فيما ذهبوا إليه من استنتاج خطأ الطبيب من أمره بنقل مريضة من المستشفى الجامعي إلى مستشفى آخر، وهي على وشك الوفاة وذلك قبل إحالتها على القسم المختص، مما عجل بالوفاة، وفي هذا الإطار قررت محكمة النقض أنه لما كان واجب الطبيب في بذل العناية مناطه ما يقوم به طبيب يقظ متوسط العلم والدراية في نفس الظروف المحيطة به، أثناء مزاولته لعمله مع مراعاة التقاليد والأصول العلمية الثابتة، بغض النظر عن الأمور المختلف فيها في المهنة والتي هي محل اجتهاد، فإن انحراف الطبيب عن إتباع هذا الواجب يعتبر خطأ موجب للمسؤولية عن الضرر الذي يلحق بالمريض، ويفوت على المريض فرصة العلاج<sup>1</sup>.

وخلاصة القول أن لم يعد الفقه ولا القضاء يشترطون في خطأ الطبيب أن يكون جسيماً، فيكفي توافر الخطأ اليسير لكي تتعدد مسؤولية الطبيب المدنية.

### ج: في الجزائر

لا يزال بعض الفقه<sup>2</sup> يسعى إلى إعفاء الطبيب من المسؤولية عن الخطأ المهني اليسير، نظراً لصعوبة مهنته، وذلك لتشعب العلوم الطبية، وزخم المعلومات التي تحتاجها مهنة الطب، وذلك استناداً على ما تقضي به المادة 172 من القانون المدني الجزائري التي تنص على "في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته، أو أن يتوخى الحيطة 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".

ويبقى هذا الرأي على الرغم من ضعف تأسيسه القانوني، يقوم على الميل العاطفي لجهة الأطباء، وهو رأي لا يستقطب التأييد استناداً لقانون حماية الصحة

<sup>1</sup> - انظر، محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص.39.

<sup>2</sup> - انظر، رايس محمد، المرجع السابق، ص.182.

وترقيتها، الذي يحاسب الطبيب عن كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه أثناء أداء مهنته، أو بمناسبة القيام بها، إذا لحق ذلك أي ضرر بسلامة وصحة الأشخاص أو يحدث له عجز ما.

ومن التطبيقات القضائية في الجزائر، ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1977/10/29<sup>1</sup>، بمسؤولية الطبيب عن الخطأ المرتكب من طرفه، حيث اشترطت على غير عاداتها توافر الخطأ الجسيم، إذ أنها قالت بمسؤولية الطبيب تحت ضمان المستشفى الجامعي، بسبب كسر في اليد اليسرى تعرض له المريض، وترك دون عناية أو علاج، وبعد مرور أربعة أشهر، ظهرت علامات تعفن في المكان المصاب، انتهت ببتير اليد. حيث قررت المحكمة العليا بأن هذا الإهمال يكون خطأ جسيماً يؤسس مسؤولية الطبيب.

وقد قضت في ذات الاتجاه الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قسنطينة بمسؤولية المستشفى بسبب عمل علاجي، في قرارها الصادر بتاريخ 1975/09/15، وذلك بسبب سوء قلع ضرسه من طرف أحد الممرضين، كما قررت مسؤولية المستشفى في قرارها المؤرخ في 1988/02/03، لسبب سوء وضع الجبس على رجل المريض، مما أدى إلى تعفنها، وبعد ذلك تم قطعها نهائياً بسبب هذا التعفن<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> - C.F, Cour suprême, 29/10/1977. « Attendu qu'il est constant que le jeune étudiant B.A. a été admis au C.H.U. de mustapha bacha le 29 juillet 1972 pour fracture du poignet gauche et du bassin ; que si le matin même de l'accident, il a fait l'objet de quelques soins élémentaires à la salle ou il est admis à 9h30, aucune autre prescription médicale n'a été prise à son sujet. Que l'intéressé a été seul durant de longues heures, sans surveillance particulière et constante. Qu'il résulta de l'instruction et notamment du rapport d'expertise...que la fracture du poignet gauche qu'il présentait a été simplement mise sous attelle avec un petit pansement et qu'il n'a pas été désinfecté ni opéré sur le champ comme il aurait du l'être. Que quatre jours plus tard, une gangrène est apparu au niveau du foyer de facture et qu'elle a gagné jusqu'au coude , mondant ainsi une amputation indispensable. Que cette négligence a, dans les circonstances de l'affaire, constitué une faute lourde de nature à engager envers la victime la responsabilité du service de l'hôpital ».

<sup>2</sup> - انظر، قرارات مشار إليها في طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي، دراسة مقارنة، دار هومه، الجزائر، 2008، ص.31.

كما قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1977/01/22<sup>1</sup>، بمسؤولية مستشفى الأخصرية بناء على خطأ الطبيب التابع لهذا المستشفى، معللة قرارها بأن محكمة تيزي وزو قد أدانت الطبيب، لارتكابه خلال سنتي 1964 و 1965 أفعالا تتصف بقلّة الحذر، وعدم الانتباه، والإهمال، وهو ما يمثل خطأ يوجب المسؤولية<sup>2</sup>.

وتأسيسا على ما سبق، فإنه إذا ما تعين الخطأ، فإن أي قدر منه يكفي لتوافر المسؤولية، وليس يلزم لوجوب المسؤولية أن يكون الخطأ جسيما، أو الجهل فاضحا، أو ما إلى ذلك مما كان يشترط في هذا الصدد، ومن ثمة فإن أي قدر من الخطأ ولو كان يسيرا من جانب الطبيب فيما يلتزم به من عناية وتبصر، إنما يوجب المسؤولية، بشرط أن يسبب ضررا للمريض، ذلك أن المريض يعتبر الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، فهو إن لم يكن يجهل كل شيء عن الممارسات والأعمال الطبية، فإنه يجهل على الأقل الأعمال الفنية.

ولعل هذا الاتجاه في التشريع الذي يكرس حماية ورعاية المريض، والتشدد في مسؤولية الطبيب، يفسره التطور العلمي في مهنة الطب من جهة، وتوفر وسائل العلاج والمعدات والإمكانيات المساعدة من جهة أخرى.

فنحن نؤيد ما ذهب إليه البعض من أن العبرة ليست بجسامة الخطأ أو يسره طبقا للقانون الجزائي، وإنما العبرة بثبوت هذا الخطأ، وذلك نظرا لما يلي<sup>3</sup>:

أولا: أن نصوص القانون المدني والقوانين المتعلقة بالصحة وترقيتها، لم تميز بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير، وبالتالي تفتقر التفرقة بينهما لعدم وجود السند القانوني.

<sup>1</sup> - انظر، قرار مشار إليه في راييس محمد، المرجع السابق، ص.184.

<sup>2</sup> - C.F, Cour suprême, 22/01/1977. « Attendu que le jugement du tribunal de tizi ouzou qui avait statué sur son jugement du 19/12/1967 a confirmé la condamnation du docteur P... pour avoir dans le courant des années 1964-1965, par maladresse et imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, involontairement occasionné des blessures au nommé S.R...en conséquence retenant la seule responsabilité de l'hôpital de l'akhdaria, le condamné à payer à S.M. pris en qualité de tuteur légal de son fils S.R la somme de 40.000DA en réparation du préjudice causé ».

<sup>3</sup> - انظر، راييس محمد، المرجع السابق، ص.186.

ثانياً: مهنة الطب من المهن الحرة كغيرها، كالمحاماة والمحاسبة والهندسة، فلماذا نخصها بأحكام دون الأخرى، على الرغم من الطابع الفني الذي يميز كل هذه المهن.

ثالثاً: إن فكرة الخطأ الجسيم غير دقيقة ما دام الخطأ الجسيم يقاس بسلوك شخص آخر، مجرد تحييط به نفس الظروف، ويجب أن يكون صالحاً ويقظاً، وما دام الأمر كذلك فلماذا نقبل بتخفيف الخطأ، ولا نقبل المسؤولية إلا على أساس الخطأ الجسيم الذي لا يغتفر.

هذا عن موقف التشريع والقضاء الجزائري<sup>1</sup>، وفيما يلي نتطرق إلى موقف الفقه الإسلامي:

#### د: في الفقه الإسلامي

أيد الفقهاء المسلمون<sup>2</sup> عدم مساءلة الطبيب عن الخطأ غير الفاحش، غير أنه باستقراء المصطلحات التي يستخدمها هؤلاء، نجد أنهم قد جاروا الاتجاه السائد في الفقه الحديث، حيث يقصد بالخطأ الفاحش ذلك الخطأ الذي لا يمكن أن يقع فيه طبيب آخر، حيث يتجاوز به الحدود المتداولة والمعروفة بين أهل الصنعة الطبية. أما إذا كان ما قام

---

<sup>1</sup> - بالنسبة للقضاء السوري، لم يأخذ بفكرة تدرج الخطأ الطبي، حيث قضت محكمة النقض السورية بأن "مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود خطأ مهما كان نوعه سواء كان خطأ فنياً أو غير فني، جسيماً كان أم هيناً"، انظر، قرار بتاريخ 1975/03/03، قضية رقم 600، رقم 156، مشار إليه في بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص.127. أما موقف القضاء اللبناني، فقد نبذ مبدأ التفرقة بين أخطاء الطبيب، حيث قضت محكمة استئناف بيروت بأن "لا محل في مجال الخطأ الطبي للتفريق بين خطأ جسيم وخطأ يسير لترتيب التبعية على الطبيب إذ لا يستوفي القانون لهذا التفريق، فيكفي أن يثبت على الطبيب خطأ لم يكن لياتيه طبيب من أوسط زملائه في مهنته أو فرعه ولم يكن له أن يقصر به عن مراعاة الأصول المستقرة في فنه حتى تتحقق تبعته وإن كان خطأه بوصفه أو أثره محدوداً"، انظر، قرار رقم 910، بتاريخ 1967/05/18، مشار إليه في طلال عجاج، المرجع السابق، ص.213.

<sup>2</sup> - انظر، محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص.41.



به الطبيب من خطأ هو ما يقوم به طبيب مثله من أهل الخبرة والعلم بالطب، فلا ضمان عليه، رغم أن فعله هذا يندرج ضمن الخطأ اليسير<sup>1</sup>.

أما الإمام مالك فقد قال بأن المسؤولية تنتفي عن الطبيب لتوفر شرطين، أولهما إذن الحاكم بالعمل، وثانيهما إذن المريض؛ فإذن الحاكم يجيز للطبيب مزاولة العمل الطبي، وإذن المريض يبيح للطبيب أن يفعل بالمريض ما يرى فيه صلاحه، وإذا حصل الطبيب على هذين الأمرين فلا مسؤولية عليه، إلا إذا خالف أصول الفن الطبي أو أخطأ في عمله<sup>2</sup>.

والواقع أن فقهاء الشريعة الإسلامية، قد وضعوا شروطا محددة تضمن عدم ترتب مسؤولية الطبيب عن أخطائه أمام المريض أو ذويه، منها؛

- 1- أن يكون الفاعل طبيبا.
- 2- أن يكون الفعل بحسن نية وبقصد العلاج.
- 3- أن يكون الفعل موافقا للأصول الطبية.
- 4- توافر إذن المريض أو من يقوم مقامه كالولي.

فهذه الشروط، إذا توافرت انتفت معها مسؤولية الطبيب، وإذا تخلف أحدها، ترتبت مسؤولية الطبيب عن أخطائه، وهو ما ذهب إليه ابن القيم في قوله "أما الطبيب الحاذق فلا ضمان عليه اتفاقا، إذا أذن له المريض بعلاجه، وأعطى الصنعة حقها، ولم

---

<sup>1</sup> - ومن أمثلة ذلك ما ورد في حاشية الدسوقي أنه " إذا ختن الخائن صبيا، وسقى الطبيب مريضا دواء أو قطع له شيئا فمات من ذلك، فلا ضمان على واحد منهم لا في ماله ولا على عاقلته لأنه مما فيه تغيير (أي احتمال مما لا يمكن الاحتراز منه) فكأن صاحبه هو الذي عرضه إلى ما أصابه، وهذا إذا كان الخائن أو الطبيب من أهل المعرفة ولم يخطئ في عمله". انظر، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، ط2، المطبعة العامرة، القاهرة، 1309هـ، ص.26.

<sup>2</sup> - انظر، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، للحطاب، مطبعة السعادة، القاهرة، ط1، 1329هـ، ج6، ص.312. وقد رأى الإمام الشافعي أن السبب في رفع المسؤولية عن الطبيب هو الإذن الذي حصل عليه الطبيب من المريض، ولكن بشرط أن تكون نية هذا الطبيب منصرفة إلى صلاح المفعول وليس بقصد الإضرار به. وفي اجتماع هذين الشرطين يكون العمل مباحا للطبيب، وتتفي المسؤولية عنه، بشرط أن يكون فعل الطبيب موافقا لما يقول به أهل العلم بصناعة الطب، وقد قال بهذا الرأي أيضا الإمام أحمد بن حنبل. انظر، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لأبي العباس الرملي، ج8، مطبعة البابي الحلبي، ط1، 1938، ص.2.

تجن يده، إذا تولد من فعله، المأذون من جهة الشارع، ومن جهة من يطببه تلف النفس أو العضو أو ذهاب صفة<sup>1</sup>.

ومما لا ريب فيه أن إدخال المصطلحات والمفاهيم الفقهية الشرعية ضمن المصطلحات القانونية المعاصرة، يبين أنه لا فرق في الموقف بينها، وما استقر عليه الفقه والقضاء الحديث، فعندما تنتفي مسؤولية الطبيب مقارنة بما يفعله طبيب آخر، في مستواه وفي نفس ظروفه، ولا يمكن وصف فعله بالخطأ ولو كان يسيراً، ما دام تم وفق المنهج المعتاد؛ أي أنه موافق للقواعد الفنية وأصول المهنة، وحسب ما توصل إليه أصحاب المهنة أنفسهم، وما قد يقع على المريض من ضرر لا يبرر بانحراف سلوك الطبيب، وإنما على الصفة الاحتمالية للعلاج الطبي، وعليه فالخطأ لا يكمن إلا في تجاوز الطبيب للأصول العلمية المتعارف عليها، دون أن تضافي عليها صفة الجسامة<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني

### تقدير نظرية الخطأ الفني الجسيم

إن نظرية الخطأ الفني الجسيم وإن كانت تعتمد إلى تقسيم أعمال الطبيب إلى فنية ومادية، إلا أنها منذ نشأتها قد راعت أحوال الطبيب على حساب المريض، لذلك فالحجج التي يعتمد عليها أنصار هذه النظرية، فإن كثرت وتتنوعت فلا تخرج عن هذا الاتجاه. وبناء عليه سنتطرق إلى هذه الحجج بنوع من التفصيل.

### أولاً: حجج أنصار نظرية الخطأ الفني الجسيم

يمكن حصر أنصار هذه النظرية، في ثلاثة محاور، أولها تقسيم العمل الطبي إلى مادي وفني، وثانيها الاعتماد على طبيعة العمل الطبي، وثالثها الاعتماد على خصائصها.

<sup>1</sup> - انظر، زاد الميعاد في هدى خير العباد، للإمام العلامة ابن القيم الجوزية، ج3، ص145. وقد أعطى مثلاً لذلك بقوله " كما إذا ختن الصبي في وقت وسن قابل للختان، وأعطى الصنعة حقها، فتلف العضو أو الصبي، لم يضمن، وكذلك إذا بط من عاقل ما ينبغي بطنه في وقته على الوجه الذي ينبغي فتلف لم يضمن".

<sup>2</sup> - انظر، محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص41.

## أ: بالنسبة لتقسيمات الأعمال الطبية

يرى أنصار هذه النظرية أن انقسام الأعمال الطبية إلى أعمال مادية لا ترتبط بأصول الطب الفنية، وأعمال فنية ترتبط به، يجعل من وضع مقياس واحد يمكن من خلاله تقرير خطأ الطبيب من عدمه؛ أمر غير موضوعي، حيث لا يجوز قياس العمل الفني بمقياس العمل المادي، ولذلك لكي يكون القاضي موضوعي في تقديره في مجال العمل الفني الطبي، أن يضع في الحسبان درجة خطورة الخطأ أو جسامته، وبذلك يتضح الخطأ الفني من الخطأ العادي، فالخطأ في نظر القاضي هو حياد الطبيب عن السلوك الذي يسلكه زملاء المهنة، ولا يتأكد القاضي من خطأ الطبيب إلا إذا نسب إليه خطورة معينة<sup>1</sup>.

## ب: بالنسبة لطبيعة الأعمال الفنية

يرى أنصار هذا الاتجاه، أن طبيعة الأعمال الفنية، تعتمد على التخمين والحدس والظن، وهذا ما يحتاج إلى قدر كاف من الحرية والمبادرة لدى الطبيب، فإذا تمت مساءلة الطبيب عن كل أخطائه أثناء مزاوله المهنة، ولو كانت يسيرة، لأدى ذلك إلى إحباط وتقييد حريته، وإعاقة حركته، ومنع روح المبادرة لديه، كما يضعف لديه الثقة والاطمئنان في العمل، وهو ما ينعكس سلباً على أدائه<sup>2</sup>.

فطبيعة العمل الطبي القائمة على التخمين، تقتضي من الطبيب ألا يعمل تحت ضغط المسؤولية عليه، التي قد يقع فيها لأبسط وأيسر الأخطاء، وهو يسعى بكل جهد في علاج المريض. فيجب إذن أن تتسع حرية العمل للأطباء لكي يسهل عليهم مواكبة النظريات الحديثة والانتفاع بها.

كما يرى أنصار هذا الاتجاه، أن التطورات العلمية المعاصرة، لم تقلل من عنصر الاحتمال في الطب، رغم تطورها الهائل، واعتمادها على استخدام الفنون الحديثة،

<sup>1</sup> - انظر، محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص. 41 و 42.

<sup>2</sup> - انظر، محمد حسن منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص. 22.

والاستعانة بالأجهزة الدقيقة، إلا أن عنصر التخمين والحدس ما زال يغلب على العمل الطبي، ذلك أن طبيعة جسم الإنسان الغامضة تظل دائما مؤثرة في توجيهه واختيار الطبيب<sup>1</sup>.

### ج: بالنسبة لخصائص الأعمال الطبية

من الخصائص التي تميز العمل الطبي، أن به نسبة كبيرة من المخاطر، مقارنة مع الأعمال الفنية الأخرى، لأن محلها هو جسم الإنسان، وهذه الأعمال في تطور وتغير مستمرين، إذ يمكن القول أن هناك طريقة معينة كانت متبعة في التشخيص والعلاج، ثم اكتشفت طريقة أخرى أفضل منها وجب اتباعها؛ وهذا ما من شأنه حسب أنصار هذا الاتجاه، أن تصبح بعض الطرق خاطئة ومهجورة، دون أن تكون باستطاعة الطبيب أن يمنع الخطأ الذي ارتكبه.

كما أن الخوف من فشل العلاج غالبا ما يطبع الطبيب، لأن عنصر الاحتمال يلعب دورا مهما في العمل الطبي، فقد يقوم الطبيب ببذل ما في وسعه، ومع ذلك تطرأ صعوبة غير متوقعة تعرقل نتيجة ما كان سيؤدي إليه هذا العمل، فمعظم أخطاء الطبيب ناجمة عن المهنة، ذلك أن كثيرا من المسائل الفنية ما زالت محل خلاف بين الأطباء أنفسهم، فما يراه البعض صوابا، قد يراه الآخر خطأ.

### ثانيا: تقدير هذه الحجج

إذا كانت التفرقة بين الخطأ العادي والخطأ الفني سهلة وممكنة في حالات، كما لو قام الجراح بعملية جراحية، وهو في حالة سكر، أو أجراها ويده مصابة بالعجز عن الحركة، إلا أن التفرقة بينهما تصعب في حالات أخرى، لدرجة يصعب معها القول بما إذا كان الخطأ عاديا أم فنيا، فمثلا عدم نقل مريض إلى المستشفى في الوقت المناسب، اعتبرته إحدى المحاكم خطأ عاديا، في حين أن عملية النقل تحتاج إلى تقدير حالة

<sup>1</sup> - انظر، محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص.43. إن عنصر التخمين يضيف، يعتمد على طبيعة التفاعل الإنساني، الذي يلعب دورا في توجيهه والاختيار، وبالتالي مع مراعاة كل قواعد الحذر، قد يفشل العمل الطبي، وخاصة عند توظيف بعض التقنيات الصعبة والمعقدة، والتي تكون ضرورية رغم تطورها، بالإضافة إلى أن هناك من الأمور التي لا يمكن إدراجه ومنهجته في الكومبيوتر لتعلقها بالمسائل الإنسانية كالتفكير وغيره.

المريض الطبية، وما قد يتعرض له لو بقي خارج المستشفى. كذلك نسيان قطعة قماش أو آلة جراحية في جسم المريض أثناء العملية، يتبادر إلى الذهن أنه خطأ عادي، لكن في بعض العمليات التي تحتاج إلى نوع من السرعة، قد تجعل منه خطأ فنياً<sup>1</sup>.

ومن المستقر عليه في حالة تنفيذ الالتزام، أنه قد يحدث خطأ في التنفيذ وقد لا يحدث، فإذا وقع فإن البحث في درجة خطورته لا قيمة له، فالمسؤولية تترتب متى وجد الخطأ. والمقصود هنا الخطأ الموجب للتعويض، لأن الهدف الأساسي للمسؤولية هو التعويض، وهذا الأخير يقدر على أساس الضرر لا على أساس جسامته الخطأ. ضف إلى أن التفرقة بين الأخطاء لا أساس لها في القانون، بل ترجع في أصلها إلى الرغبة في تحاشي تدخل القضاء في المسائل العلمية الخلافية، حتى يكون قضائهم مبنيًا على مبادئ ثابتة ومستقرة<sup>2</sup>.

وأن محاسبة المرء عن خطئه اليسير، ليس معناه الحكم عليه بمجرد الشك، دون اليقين، بل لا بد من ثبوت الخطأ بصفة قاطعة، وذلك بمخالفة مبدأ من المبادئ الطبية الثابتة، فالطبيب يظل بمنأى من المسؤولية متى راعى هذه المبادئ، فلا حاجة للقاضي بالدخول في مناقشة النظريات العلمية<sup>3</sup>.

ويرى الفقيه السنهوري بشأن هذه التفرقة، أنه إذا كان الطبيب وغيره من الفنيين في حاجة إلى الطمأنينة والثقة، فإن المريض وغيره من العملاء، في حاجة إلى الحماية من الأخطاء الفنية. والواجب اعتبار الرجل الفني مسؤولاً عن خطئه المهني مسؤوليته عن خطئه العادي، فيسأل حتى عن الخطأ اليسير.

ويستطرد، فيقول: " والذي أدخل اللبس في شأن الخطأ المهني، أن المعيار الذي يقاس به هذا الخطأ، هو معيار أيضا فني. فهو معيار شخص من أوساط رجال الفن. مثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطئ، فيما استقرت عليه أصول فنه. والأصول

<sup>1</sup> - انظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.259.

<sup>2</sup> - [http: www.légifrance.com](http://www.légifrance.com)

<sup>3</sup> - انظر، محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص.46، وانظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.260.

المستقرة للفن هي ما لم تعد محلاً للمناقشة بين رجال هذا الفن، بل إن جمهورهم يسلمون بها، ولا يقبلون فيها جدلاً. ومن ثم يبدو الخروج على هذه الأصول المستقرة خطأ لا يغتفر، ويكاد يلامس الخطأ الجسيم، فاختلط به. ولكن يجب التنبيه إلى أن أي خروج عن هذه الأصول المستقرة، جسيماً كان هذا أو يسيراً، يعد خطأ مهنياً يستوجب المسؤولية<sup>1</sup>.

والواقع أن إعفاء الطبيب من المسؤولية عن أخطائه بحجة أنها يسيرة، أمر غير مقبول وغير منطقي، فمسؤولية الطبيب يجب أن تتناسب مع قدر السلطة الممنوحة له على جسم المريض، ذلك أن المريض يعتبر الطرف الضعيف في العلاقة، فهو غير ملم بالدقائق الفنية للمهنة.

### المطلب الثاني نظرية الخطأ الواضح الثابت

إزاء الانتقادات الموجهة لنظرية الخطأ الجسيم، فقد لجأ الفقه إلى فكرة الخطأ الواضح الثابت، والتي مؤداها أن العبرة ليست بصفة الخطأ جسيماً أو يسيراً، ولكن بثبوته على وجه القطع واليقين، وعلى ذلك فلا تقوم مسؤولية الطبيب، عندما لا يكون هناك تأكيد تام من وجود خطئه.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن " أي درجة من درجات الخطأ تكفي لقيام مسؤولية الطبيب. المهم أن يثبت ذلك بشكل يقيني وقاطع، ولا حاجة مطلقاً لإثبات الخطأ الجسيم"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2 ( نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ) ، دار إحياء التراث العربي، لبنان ، بدون سنة ، ص.1149،1148..

<sup>2</sup> - Cass. civ. 30 oct 1962, Dalloz, 1963.Jurispr.57, note esmein, Gaz.pal.1963, 1,p.95 note trunc.

وخلاصة القول أن القضاء الفرنسي، وعلى رأسه محكمة النقض، قد استقر على عدم اشتراط درجة معينة في خطأ الطبيب، لانعقاد مسؤوليته، وكل ما يشترط هو أن يكون خطأ الطبيب محققا وثابتا<sup>1</sup>.

وقد أخذ القضاء المصري أيضا بهذا الاتجاه، وذلك في دعوى كان الخطأ فيها منسوبا إلى طبيب متخصص في العلاج الكهربائي، حيث عرضت المحكمة لما كانت عليه الحال في الفقه والقضاء في فرنسا، وقالت في حكمها: " إن ما قرره القضاء الفرنسي، من حيث وجوب الخطأ الجسيم للمسؤولية عن الأعمال الفنية، والاكتفاء بالخطأ العادي للمسؤولية عن الأعمال المادية، هو أمر مرفوض، لأنه لا يوجد ما يؤيد هذه التفرقة في القانون، ثم إن المادتين 1382، 1383 صريحتان في وجوب المسؤولية عن الخطأ والتقصير، ولم تستثن من ذلك الأطباء. وأن الفقهاء الذين يرفضون وجود خطأ جسيم إنما يتبعون بعض أحكام المحاكم، ومع أن هذه المحاكم فرضت وجود خطأ جسيم، فإنها، من جهة أخرى، لم تستطع أن تنتقض النظرية القائلة بأن الأطباء خاضعون لحكم القواعد العامة التي تقضي بأن كل شخص، مهما كان علمه، أو وظيفته، مسؤول عن خطئه وإهماله". وبعد ذلك قالت المحكمة " ولهذا، فإنه يصح الحكم على الطبيب الذي يرتكب خطأ يسيرا، ولو أن هذا الخطأ له مسحة طبية ظاهرة، ولا يتمتع الطبيب بأي استثناء. و فقط يجب على القاضي أن يتثبت من وجود هذا الخطأ، وأن يكون هذا الخطأ ثابتا ثبوتا كافيا لديه. وعليه أن يستعين برأي الخبراء للتحقق من وجود الخطأ. وله ألا يأخذ برأي الخبراء، ويأخذ حذره من الخبير الذي يقدم تقريراً لصالح زميله، لأنه ربما يكون قد تأثر بعامل الزمالة. وبالجملة، فإن مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة، متى تحقق وجود الخطأ، مهما كان نوعه، سواء أكان خطأ فنياً أو غير فني، جسيماً أو يسيراً"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، محسن عبد الحميد اللب، المرجع السابق، ص.36.

<sup>2</sup> - انظر، محكمة استئناف مصر الأهلية، بتاريخ 1936/01/02، مشار إليه في منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.267. وقد قضت محكمة اسكندرية الوطنية بأن " يسأل الطبيب عن خطئه في العلاج، إن كان الخطأ ظاهراً، لا يتحمل نقاشاً فنياً، تختلف فيه الآراء، فإن وجدت مسائل علمية يتجادل فيها الأطباء، ويختلفون عليها. ورأى الطبيب

فالمعيار العام في قياس الخطأ وتحديده هو معيار موضوعي، يبنى على السلوك المألوف من الشخص العادي، إذ يقاس سلوك مرتكب الفعل الضار بهذا السلوك، مع مراعاة الظروف الخارجية التي أحاطت به، فإذا انحرف عن سلوك الرجل العادي، فإن هذا يعد خطأ<sup>1</sup>.

أما مقياس الخطأ المهني كما رأينا، يقاس بالسلوك الفني المألوف من شخص وسط من نفس المهنة والمستوى، أي ما يتمتع به من علم وكفاية وانتباه على ضوء الظروف الخارجية التي أحاطت به.

والحقيقة، أن الفقه والقضاء قد هجروا نظرية الخطأ الفني الجسيم، لأن هذه النظرية من شأنها التفرقة بين أخطاء الطبيب، كما أنها تميل إلى حماية الطبيب على حساب المريض، ضف إلى ذلك أنها تخالف القواعد العامة التي تقضي بمساءلة أي شخص عن كل فعل ألحق الضرر بالغير، طبقاً للمادة 124 من القانون المدني الجزائري، حيث أن هذه المادة لم تستثني الأطباء. ولذلك نرى بأن الطبيب كغيره من المهن الفنية، يجب أن يسأل متى صدر خطأ ثابت وواضح منه.

ولما كان العمل الطبي بكافة صورته، لا يخلوا من أخطار قد تصاحبه، هذه الأخطار من شأنها أن تسبب أضراراً جسيمة للمرضى، المنتفعين من الخدمات العلاجية، فما هي هذه الأخطار وهل تعزى للخطأ الطبي؟ أم أنها مستقلة عنه؟ وعلى أي أساس يمكن أن تقوم مسؤولية مقدم الرعاية الصحية عن هذه الأخطار؟ هذا ما سأتناوله في هذا الفصل.

---

إتباع نظرية قال بها العلماء، ولو لم يستقر الرأي عليها، فاتبعها، فلا لوم عليه. وعلى القضاء أن يتفادى النظر في المناقشات الفنية، عند تقدير مسؤولية الأطباء، إذ مهمته ليست المفاضلة بين طرق العلاج المختلف عليها، بل قاصرة على التثبت من خطأ الطبيب المعالج.

<sup>1</sup> - انظر، طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2008، ص.21.



## الفصل الثاني

### الأخطار العلاجية وأساس التعويض عنها

كثيرا ما يترتب على مزاوله المهنة الطبية أخطاء وأخطار تطرح عادة على بساط النقاش باعتبارها أساس المسؤولية المدنية للأطباء، وهذه الأخطار ليست وليدة اليوم وإنما وجدت منذ أن وجدت مهنة الطب لارتباطها بمباشرة العمل الطبي، سواء تعلق الأمر بعلاج المرضى أو بإجراء الفحوصات والاختبارات اللازمة لهم، وهو ما يستلزم التطرق إلى مفهومها (المبحث الأول).

هذا وقد شهدت المسؤولية الطبية تطورا كبيرا في الآونة الأخيرة نتيجة لكثرة المشكلات التي تطرحها، وللازدیاد الوعي لدى المضرورين بضرورة أخذ حقوقهم.

فإذا كانت العدالة تقتضي تعويض المضرور عما أصابه من أضرار جراء الأخطار العلاجية الطبية، فقد واجه المضرور صعوبات في دعواه نتيجة صعوبة إثبات الخطأ الطبي، فالتمسك بقواعد المسؤولية التقليدية التي تفترض وجوب إثبات الخطأ يعني في غالب الأحوال عدم حصوله على التعويض، وذلك بالنظر إلى تعقد الفن الطبي والظروف التي تحيط بالخطأ الطبي، ناهيك عن حالة المعاناة التي يكون بها المريض وقت ارتكاب الخطأ، فعلى أي أساس يمكن التعويض عنها (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### مفهوم الأخطار العلاجية

نتطرق في ها المبحث إلى تعريف الأخطار العلاجية (المطلب الأول) ونبين الفرق بينها وبين نجاعة العلاج(المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### تعريف الأخطار العلاجية

تكتسي معرفة الأخطار العلاجية<sup>1</sup> أهمية كبيرة، حيث يمكن على أساسها معرفة التمييز بين تعويض هذه الأخطار وبين المسؤولية الطبية التقليدية التي تستوجب إثبات الخطأ. وقد عرفها كل من الفقه (الفرع الأول) والقضاء (الفرع الثاني) والتشريع (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### التعريف الفقهي

تعددت التعريفات الفقهية وهذا راجع إلى الناحية التي ينظر إليها منها الفقيه، فمن الناحية الشكلية نجد عدة تسميات، فتارة يتكلم الفقه عن المخاطر الطبية *Les risques de la médecine* وتارة عن الحوادث الطبية *Accident médicale* وتارة أخرى عن الاحتمالات المرافقة للعمل الطبي، وقد اصطلح عليها أيضا بالتداعيات الطبية الضارة<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> - الخطر العلاجي يستغرق الخطأ الطبي ويقصد به جميع التداعيات التي يمكن أن تنجر عن الحادث الطبي، وهو يشمل جميع الأضرار التي تلحق بالمريض حتى تلك التي لا تنجم عن الخطأ الطبي.

<sup>2</sup> - أنظر، محمد حسن قاسم، نظرة في تطور المسؤولية الطبية، " أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005. "، ص.29.

ونفضل عبارة أخطار أو مخاطر (Risque) لأن هذا المصطلح أكثر ملائمة من حيث توفير الحماية للمريض، إذ يتضمن بالضرورة أعمال التشخيص والرعاية التي لا تخلوا من عنصر الاحتمال، ضف إلى ذلك أن الفقه الحديث يذهب إلى ضرورة قيام مسؤولية الطبيب على أساس المخاطر.

فالخطر العلاجي حسب المجلة الفرنسية للتأمين<sup>1</sup> هو خطر قابل للقياس عادة من الناحية الإحصائية، لكنه غير متوقع على الصعيد الفردي، ناجم عن عمل طبي أو شبه طبي كفيل بإلحاق ضرر مستقل عن كل حالة مرضية شخصية، وبعبارة أخرى أنها حادث عارض غير مرغوب فيه، نسبة حدوثه قد تكون واردة، ولكنه يطرأ بصورة غير متوقعة كلياً.

وقد عرفها الفقه<sup>2</sup> في الندوة التي نظمتها الجمعية الفرنسية للقانون الصحي في مجلس الشيوخ الفرنسي بأنها "نسبة ضئيلة من المخاطر، يتضمنها بالضرورة العلاج الطبي أو الصيدلاني، الذي يتم بطريقة مشروعة، ووفقاً للأصول العلمية المتعارف عليها، والتي يترتب على حدوثها عدم اكتمال الشفاء أو حدوث مضاعفات أو آثار غير مرغوبة".

وعرفها جانب آخر بأنها "ضرر ناجم عن عمل تحقق بمناسبة إجراء تشخيصي أو علاجي، لا يمكن لمباشر العمل تجنبه بالنظر لحالة المعارف الطبية الراهنة، أو بالنظر للملف المرضي الشخصي، تعزى إلى التقنية ذاتها، دون مخالفة للقواعد الفنية للمهنة الطبية"<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - L'aléa est défini comme lié au danger généralement mesurable sur le plan statistique, mais non individuellement prévisible, d'un acte médical ou paramédical, susceptible de causer un dommage indépendant de tout état pathologique individuel ou proprement dit événement indésirable dont le pourcentage de survenue peut être connue, Mais qui survienne d'une manière totalement imprévisible. CF, la revue de l'assurance française, n 6965, avril 1994.

<sup>2</sup> - انظر، ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص.13.

<sup>3</sup> - Dommage causé par un acte réalisé l'ors d'une procédure diagnostique ou thérapeutique qui ne peut être évite par le praticien en l'état des connaissances actuelle de la médecine et

هذا وقد ازدادت المخاطر العلاجية في الوقت الحاضر بسبب اللجوء إلى وسائل حديثة في العلاج، واستخدام تقنيات متطورة في الفحص والتشخيص، وهو ما جعل إثبات خطأ الطبيب من الأمر العسير.

## الفرع الثاني

### التعريف القضائي

وقد عرف مجلس الدولة الفرنسي المخاطر العلاجية من خلال حكمين شهيرين، صدر الأول في عام 1993 (حكم Bianchi)<sup>1</sup> وذلك بصدد فحص مجهري لشرابين الدماغ، ترتب عليه شلل كلي لدماغ المريض<sup>2</sup>. وصدر الثاني في 1997 (حكم Hopital Joseph)<sup>3</sup>، على إثر وفاة طفل خضع للتخدير الكلي وعرفت على أنها "نسبة الخطر الطبي التي تصاحب العمل الطبي اللازم للعلاج أو للتشخيص والتي يكون وجودها معروفاً، غير أن تحققها يعتبر أمراً استثنائياً، ولا صلة لها بحالة المريض الأولى، ولا يمكن اعتبارها تطوراً متوقعاً لها". فالخطر العلاجي يشمل جميع التداعيات الطبية الضارة التي ليست في حقيقتها سوى ظاهرة قد تكون متوقعة لكن لا يمكن السيطرة عليها، تقع جراء الأعمال الطبية.

---

en fonction du dossier médicale personnel, dus a la technique elle-même sans que les règles de l'art médical n'aient été enfreintes.

<sup>1</sup> - C.E, ass,09/04/1993, n 69336, bianchi. Francois Violla, Les grandes décisions du droit médical, Alpha édition, France, 2010, p.591.

<sup>2</sup> - ترجع وقائع هذه القضية إلى السيد bianchi الذي أدخل المستشفى في أكتوبر 1978، حيث كان يعاني من اضطرابات، وقد خضع في المستشفى لفحوصات عادية، لكنه جراحاً أصيب بشلل دماغي، الأمر الذي دفعه إلى رفع دعوى ضد المستشفى مطالباً إياها بالتعويض، لكن المستشفى رفضت دعواه لعدم إثبات وجود الخطأ الطبي. عرض الأمر بعد ذلك على مجلس الدولة الفرنسي في 23/09/1988، لكنه لم يستطع مساءلة المستشفى على أساس الخطأ، الأمر الذي حدا بمفوض الدولة إلى دعوة الجمعية العامة للمجلس، حيث قرر المجلس إلزام المستشفى بتعويض المضرور على أساس قواعد المسؤولية دون خطأ. أنظر، ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 15.

<sup>3</sup> - انظر، حكم Hopital Joseph d'arles، مجلس الدولة الفرنسي، دالوز 1998، مقتبس من ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 15، 16.

ويشترط في الخطر العلاجي أن تكون هناك علاقة سببية بين العمل الطبي والضرر الذي لحق بالمصاب، والمثال الذي يضرب عادة في هذا المقام الإصابة بفيروس الإيدز على إثر نقل دم ملوث، "فإذا كانت الإصابة ترجع إلى عملية نقل الدم نفسها وحدثت أثنائها كان مباشر هذه العملية مسؤولاً، أما إذا كانت هذه الإصابة تعود إلى وجود فيروس في الدم كان بنك الدم مسؤولاً عن تعويض الأضرار"<sup>1</sup>.

ولا يعفى مباشر العمل الطبي من المسؤولية إلا بالقوة القاهرة أو بالسبب الأجنبي، كما إذا كانت مباشرة التدخل الطبي مجرد واقعة ساهمت في إثارة التداعيات، لكن العمل لم يكن السبب المباشر لوقوع الضرر. فلا تقوم مسؤوليته إذا كانت مفاعيل الخطر أو آثاره الضارة تعود إلى حالة المريض الجسمانية، أي أن بنية المريض هي السبب في تفاقم الضرر، كما لو كانت لديه حساسية لا يمكن التنبؤ بها مما أدى إلى تفاقم حالته المرضية.

هذا وقد صدر حكم آخر<sup>2</sup> يسمى حكم " Epoux v " تتلخص وقائعه في أن السيدة "v" أجريت لها عملية ولادة قيصرية تحت التخدير النصفى، وبدءاً من هذه العملية وخلال عملية الولادة ومختلف مراحل التدخلات الطبية، تعرضت لسلسلة من الأخطاء المتلاحقة ورعونة وإهمال في علاجها، مما عرضها لأخطار لا ما كانت لتتعرض لها.

وعلى إثرها قامت برفع دعوى ضد المستشفى أمام المحكمة الإدارية في روان، وتفاجئت برفض الدعوى على أساس عدم وجود خطأ جسيم، فكان الطعن على هذا الحكم أمام مجلس الدولة.

والواقع أن الصعوبة تمثلت في أن هذه الأخطاء المتتابعة التي شابت علاج المريضة، لم يكن أيها منها يرقى إلى درجة الخطأ الجسيم، ما لم تكن مجتمعة، وعليه كان من الواجب على مفوض الحكومة في بحثه عن قيام هذه المسؤولية أمام مجلس

1- انظر، ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.17.

2 - انظر، حكم مشار إليه في محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص.103.

الدولة البحث عن معيار يبسط من خلاله قواعد المسؤولية الطبية بما يعزز الحماية المقررة للمرضى.

فمن المعايير التي تبناها في استظهار الخطأ الجسيم أن يكون الأسلوب العلاجي منطويًا على مخاطر جدية في نفس الوقت الذي يمكنه فيه اللجوء إلى وسيلة أخرى لا تحمل هذه المخاطر<sup>1</sup>. وقد لجأ من جهة إلى تقليص نطاق مفهوم الخطأ الجسيم وتجزئة مشتملاته، بحيث لا يشمل ما يتصل بالعناصر الذهنية في العملية العلاجية والتي لا تتضمن احتكاكًا بجسم المريض، لتنتقل هذه العناصر إلى نطاق الخطأ البسيط، وذلك من أجل التوصل إلى مرحلة تقرير أسلوب العلاج كعمل ذهني من نطاق الخطأ الجسيم.

والواقع أن الأخطار العلاجية، تختلف عن عدم نجاح العلاج، من حيث الآثار ومن حيث الطبيعة، والدراسة تقتضي منا أن نوضح ذلك في المطلب التالي:

## المطلب الثاني

### تمييز المخاطر العلاجية عن عدم نجاح العلاج

تعتبر المخاطر العلاجية ظواهر قد تكون متوقعة لكن لا يمكن السيطرة عليها، أو توقي حدوثها، تقع للشخص الخاضع للتشخيص والعلاج، وهي تختلف وتتميز عن الاحتمال الذي يحيط بمباشرة كل عمل طبي، بيد أن عدم فاعلية العلاج تعني أن النتيجة المنتظرة منه لم تتحقق.

فقد بات من المسلم به أن هناك مخاطر تحدث نتيجة التدخل الطبي، تشكل خطراً بالغاً على صحة المرضى، هذه الأخطار وإن كانت معروفة منذ القدم إلا أن جسامتها تتزايد مع التطور الذي تشهده التقنية العلاجية الحديثة، وقد تزايدت هذه المضاعفات السلبية للطب الحديث، حتى بزغت للوجود مصطلحات جديدة ضمن المسؤولية الطبية).

<sup>1</sup> - انظر، محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.105.

وقد جاء في التقرير السنوي الذي أعده المجلس الاقتصادي والاجتماعي الفرنسي؛ أن هناك دائماً نسبة خطر يتضمنها بالضرورة العمل الطبي المشروع والموافق للمبادئ العلمية السائدة، حيث يسبب تحققه آثاراً غير مرغوب فيها<sup>1</sup>.

والحقيقة أن المريض قد لا ينتظر أن يؤتى العلاج ثماره في كل الأحوال، لكن من حقه أن ينتظر على الأقل عدم زيادة علة إلى علة. ويقصد بعدم فاعلية العلاج ما يلحق المريض من أضرار تعتبر نتائج طبيعية مباشرة ومتوقعة للعمل الطبي، كتلك الآثار الجانبية التي تقع بمناسبة العمل الطبي، متى كان ذلك ناجماً عن خطأ من طرف الطبيب المعالج، أو كان ناجماً عن الاحتمال المحيط بذلك العمل. ومن ثمة فإن عدم فاعلية العلاج يجد مصدره في أمرين أولهما الخطأ الطبي الناجم عن الطبيب، وثانيهما الاحتمال الذي يسود هذا العمل.

ومهما يكن مصدر عدم فاعلية العلاج فإنها تقع في نطاق المبدأ العام، وهو الالتزام ببذل عناية، بينما تشكل المخاطر العلاجية استثناء من ذلك، حيث تقع في مجال الالتزام بتحقيق نتيجة، وهو ما يؤدي بنا إلى ضرورة التفرقة بينهما من حيث الطبيعة (الفرع الأول)، ومن حيث مضمون الإلتزام الطبي (الفرع الثاني)، ومن حيث أساس المسؤولية (الفرع الثالث).

---

<sup>1</sup> - Il ya toujours une part de risques que comporte inévitablement un traitement médical et thérapeutique légitimement et correctement mené et dont la réalisation entraîne des effets indésirables. المرجع السابق، ص.36. أنظر، أمال بكوش،

## الفرع الأول

### من حيث الطبيعة

تختلف المخاطر العلاجية عن عدم فاعلية العلاج في نقطتين هما، علاقة الضرر بالحالة الصحية السابقة للمريض، وعلاقته بالعمل الطبي ذاته.

### أولاً: علاقة الضرر بالحالة الصحية السابقة

لكي نكون أمام خطر علاجي ، يجب أن تكون الأضرار الحادثة لا صلة لها بحالة المريض الأولى، بحيث لا يمكن اعتبار الضرر الناجم عنها بأية حال نتيجة طبيعية لهذه الحالة، أي بسبب عدم فاعلية العلاج، بل هي مشكلة صحية مفاجئة ومستجدة، ويستدل على هذا النوع من الآثار الضارة بالنظر إلى جسامتها، التي لا يمكن أن تقدر في غياب الحالة السابقة للمريض، وعدم تناسبها مع العلاج المقدم، كالإصابة بعجز أو اضطرابات عصبية أو حدوث الوفاة نتيجة فحص أو تدخل جراحي بسيط<sup>1</sup>، أو حدوث الوفاة بسبب تخدير كلي للمريض، أو العدوى على إثر نقل دم ملوث، وعلى العموم أي إصابة تحدث للمريض أثناء التدخل الطبي ولا تكون لها علاقة بالحالة السابقة للمريض.

غير أنه ينبغي في هذا المقام أن نفرق بين الحوادث الطبية والمخاطر العلاجية، فبالنسبة للأولى فقد تنجم عن خطأ طبي متوقع، غير أن المخاطر العلاجية لا يمكن أن يكون مصدرها الخطأ الطبي، وإنما تعتبر أخطار تصاحب العمل الطبي، وهي غير متوقعة الحدوث.

---

<sup>1</sup> - انظر، قرار محكمة النقض الفرنسية المشار إليه في ، ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.24. وتتعلق الدعوى ب Jean Pierre ، الذي خضع لعملية جراحية في ذراعه الأيسر بهدف تحرير الحزمة الدموية -العصبية، وأثناء العملية قطع الشريان الموجود تحت الترقوة مما أدى إلى حدوث نزيف شديد للمريض انتهى بتوقف قلبه ثم إلى موته.



أما إذا كانت مباشرة التدخل الطبي تعد مجرد عامل ساهم في إثارة الخطر العلاجي، بأن كانت مفاعيل الخطر وآثاره تعود إلى الاستعداد المرضي للمريض، ويشمل كل ما يصاحب الحالة الصحية للمريض، أو مجرد استعدادات نفسية.

إذن الأضرار الناجمة عن الخطر العلاجي، هي تلك الأضرار التي تحدث للمريض أثناء التدخل الطبي، أو على إثره دون أن تكون لها صلة بالحالة السابقة للمريض، وفي هذا الصدد قضت محكمة باريس الكلية بحكمين بتاريخ 1997/05/05 و 1997/10/20 مفادهما أنه إذا كان الالتزام الواقع على الطبيب بموجب العقد هو التزام ببذل عناية لا يحول دون التزامه بتحقيق نتيجة بإصلاح الضرر الذي لحق بمريض بمناسبة التدخل الطبي، دون أن تكون له صلة بالحالة الصحية للمريض.

وقد أقرت محكمة استئناف باريس<sup>2</sup> هذا التوجه، بموجب قرارها الصادر في 1999/11/15 في قضية تتلخص وقائعها في مريض أصيب بالعمى على إثر خضوعه لتدخل جراحي سبب له خلافاً في الأوعية الدموية، حيث قررت بأن طبيعة العقد المبرم بين الطبيب وعميله لا يحمله بحسب الأصل سوى التزام ببذل عناية، وأن هذا الالتزام الواجب التطبيق في حالة الإخفاق في إجراءات العلاج، والذي يتضح بالنظر بصفة خاصة لحالة المرض والاحتمال الملازم لكل علاج، لا يستبعد وجود التزام تبعية مضمونه سلامة المريض.

وانتهت المحكمة إلى أن الجراح مسؤول بمقتضى التزامه بضمان السلامة، وعليه يلتزم بتعويض المريض، ولا يعفى من المسؤولية غياب الخطأ في حقه، متى كان الضرر الذي لحق المريض منفصلاً عن حالته الصحية السابقة للتدخل الطبي.

كما يجب ألا تكون للمخاطر العلاجية صلة بالتدخل الطبي أو بالأعمال اللازمة للعلاج، كما إذا أصيب المريض بعدوى مميتة أثناء عملية نقل دم، أو حدوث أذى بسبب الحالة السيئة للأجهزة أو المنتجات الطبية المستعملة بواسطة الطبيب خلال مباشرته

<sup>1</sup> - T.G.I. de paris, 05/05/1997 et 20/10/1997, dalloz.1998.P.12.

<sup>2</sup> - انظر، قرار بتاريخ 1999/11/15، مشار إليه أمال بكوش، المرجع السابق، ص.42.

للعلاج، أو إصابة عضو غير العضو المراد جراحته، فلا علاقة في كل هذه الحالات لفشل العلاج بالأضرار التي حدثت.

وعلى هذا الأساس يميز بعض الفقه<sup>1</sup> بين المخاطر العلاجية والحوادث الطبية؛ هذه الأخيرة قد تحدث نتيجة لخطأ طبي، ولا صعوبة في البحث عن مسؤوليته، كما قد يحدث في منأى عن أي خطأ؛ بل نتيجة للاحتمال الذي يحيط بمباشرة الفن الطبي.

### ثانياً: علاقة الضرر بالعمل الطبي

من خصائص المخاطر العلاجية أنها تحدث مستقلة تماماً عن العمل الطبي، وإن كانت نتيجة مباشرة لتطبيقه، غير أنها لا ترتبط مباشرة بأثر ما يتلقاه المريض من علاج في الأحوال الاعتيادية؛ أي أن الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية لا تعتبر نتيجة طبيعية للعمل الطبي<sup>2</sup>.

فإصابة مريض بعدوى فيروسية أثناء تدخل جراحي أو إصابة المريض بحروق أثناء فحص عادي، وإن كان نتيجة للعمل الطبي، فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن ينسب إلى جوهره، وإنما يعتبر مستقلاً عنه على الأقل من الناحية الفنية.

ونتيجة لذلك قضت محكمة مرسيليا في حكمها<sup>3</sup> الصادر بتاريخ 03/03/1959، بأن الجراح يكون مسؤولاً عما أصاب مريضته من حروق شديدة، على إثر التدخل الذي أخضعت له بغرض استئصال زوائد على مستوى العانة، برغم عدم ثبوت أي إهمال في جانبه، متى كان الضرر غير ذي صلة بالمرض الذي كانت تعالج منه المريضة.

<sup>1</sup> - انظر، ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.25.

<sup>2</sup> - أنظر، أمال بكوش، المرجع السابق، ص.44.

<sup>3</sup> -CF, C.Marseille , 03/03/1959, Dalloz, 1959,J.C.P1959-11118 .Note savatier.

## الفرع الثاني

### من حيث مضمون الالتزام الطبي

تختلف المخاطر العلاجية عن عدم نجاح العلاج من حيث طبيعة الالتزام ومضمونه، إذ أن الأصل عد نجاح العلاج يقع في نطاق الالتزام ببذل العناية، بينما المخاطر العلاجية تقع في دائرة الالتزام بتحقيق النتيجة، وهو ما سأطرق له في النقاط التالية:

### أولاً: عدم نجاح العلاج يقع في نطاق الالتزام ببذل عناية

إن الطبيب في عقد العلاج الطبي لا يتعهد بشفاء المريض، بل لا يلتزم الطبيب ببذل العناية اللازمة للوصول به للشفاء، لأن هذا الشفاء يتوقف على اعتبارات وعوامل كثيرة لا تخضع دائماً لسلطان الطبيب، كالوراثة، واستعداد المريض من الناحية الجسمانية، ودرجة استهدافه، وحالة العلوم والفنون الطبية<sup>1</sup>.

وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف بمصر<sup>2</sup> حيث قررت أن الأصل أن الطبيب لا يلتزم بأن يضمن لمريضه السلامة والشفاء، وإنما يلتزم بأن يعنى به العناية الكافية وان يصف له من وسائل العلاج ما يرجى به شفاؤه.

ففي الالتزام ببذل عناية لا تقوم مسؤولية الطبيب إلا إذا أقام الدائن دليلاً على تقصير أو إهمال في بذل العناية الواجبة، فيجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية<sup>3</sup>، وقد نص المشرع الجزائري في مدونة أخلاقيات الطب<sup>4</sup> بأن يلتزم الطبيب وجراح الأسنان بمجرد الموافقة على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم

<sup>1</sup> CF, Hanifa Ben chaabane, Le contrat médical met à la charge de médecin une obligation de moyens ou de résultat, Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, Num 04, Volume 33, p.768.

<sup>2</sup> - انظر، مجلة المحاماة، السنة 19، العدد 7، ص.970 مقتبس من منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.125.

<sup>3</sup> - انظر، المادة 107 من ق.م.ج

<sup>4</sup> - انظر، المادة 45 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائرية.

بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة والاستعانة عند الضرورة بالمزلاء المختصين والمؤهلين.

يستند الفقه<sup>1</sup> في تحديد العناية اللازمة إلى معيار الاحتمال، فإذا كانت الغاية من الالتزام غير محققة الوقوع أو احتمالية يكون الالتزام دائماً ببذل العناية الممكنة، فإذا كان الطب يركز على معطيات علمية، ولكن لا يمكن اعتباره علماً دقيقاً، مما يستلزم عدم التزام الطبيب بأي نتيجة مهما كانت، فهو لا يلتزم بتحسين حاله أو تسكين آلامه، فحدوث كل هذه الآثار لا يعني ان الطبيب قد أحل بالتزاماته.

هذا وقد قررت محكمة النقض الفرنسية بأن الطبيب في عقد العلاج الطبي، مع كونه لا يلتزم بشفاء المريض، إلا انه يلتزم ببذل العناية الصادقة اليقظة، ومتفقة مع الأصول العلمية الثابتة<sup>2</sup>.

وفي هذا الإطار قررت المحكمة العليا في غرفتها الإدارية، وحيث أن الفريق (ك) أجاب بعريضة مؤرخة في 1990/01/01 مذكرين أن وفاة مورثهم (ك.م) في اليوم التالي لدخول مستشفى سطيف للأمراض العقلية كان بسبب إهمال لعدم إنارة الغرفة التي كان بها المريض، وما دام عمال المستشفى لم يقوموا بالعناية اللازمة للمريض فيكونوا قد ارتكبوا خطأ كبير يتحمل المستشفى تبعته<sup>3</sup>.

وصفوة القول أن عدم نجاح العلاج وتحقيق النتيجة المرجوة منه لا يرتب مسؤولية الطبيب، ما لم يتمكن المريض من إقامة الدليل على وجود فعل أو امتناع خاطئ أو تقصير من جانبه في تقديم العناية اللازمة، فلا تقوم مسؤوليته إلا على أساس الخطأ.

<sup>1</sup> - انظر، أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء القانون الأردني والجزائري، دار الثقافة، الأردن، ط1، 2008، ص.42.

<sup>2</sup> - Cass. civ. 20 mai 1936, D 1936. 1.

<sup>3</sup> - انظر، المجلة القضائية، العدد 2، 1996، ملف رقم 75670، بتاريخ 1991/01/13، ص.127.

مع العلم أن هناك اتجاه قضائي يسانده جانب من الفقه<sup>1</sup> يرى إمكانية فرض التزام بتحقيق نتيجة على عاتق الطبيب في بعض الحالات، والتي يكون فيها تحقيق نتيجة مؤكداً إلى حد كبير، كالتحاليل الطبية والحقن تحت الجلد وجراحات التجميل.

### ثانياً: المخاطر العلاجية تقع في نطاق الالتزام بتحقيق نتيجة

إذا كان الأصل في التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، فإن التزامه بسلامة المريض التزام بتحقيق نتيجة، ذلك أن المريض إن لم يكن له الحق في الشفاء كما سبق، غير أن له الحق في أن لا يؤدي التدخل الطبي إلى زيادة علة إلى علة<sup>2</sup>.

فهناك عدة حالات يمكن للطبيب أن يضمن فيها تحقيق نتيجة وفقاً للمعطيات الطبية العلمية، والسبب في ذلك ما تنطوي عليه بعض العمال الطبية من درجة اليقين في النتيجة، حيث أن درجة اليقين تتغلب على درجة الاحتمال، الأمر الذي يبرر الخروج عن فكرة العناية.

وعلى ذلك يرى الفقه<sup>3</sup> أن الالتزام الناشئ عن هذه الأعمال يتمثل في ضمان سلامة المريض؛ أي الالتزام بعدم تعريض المريض لأي أذى خارج نطاق المرض الذي يشكوا منه، ويرى القضاء<sup>4</sup> والفقه<sup>5</sup> الحديث بأن يتعهد الطبيب فضلاً عن بذل عناية يقظة في علاج المريض، وفقاً للأصول العلمية بالالتزام محدد بسلامته من الأضرار المستقلة عن المرض الذي يشكوا منه.

<sup>1</sup> - انظر، ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.26.

<sup>2</sup> - انظر، أمال بكوش، المرجع السابق، ص.55، وانظر، ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.55.

<sup>3</sup> - انظر، أحمد السعيد الزقرد، تعويض ضحايا مرض الأيدز والتهاب الكبد الوبائي، ط1، 1994، ص.28؛ وانظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.199.

<sup>4</sup> - Cass. Civ. 27/05/1998, D.1999.J.P.P21.Note.S.Porchy.

<sup>5</sup> - CF, Geneviève.Viney, L'indemnisation des accidents médicaux, L.G.D.J.1998, P.181.

ويسلم الفقه<sup>1</sup> والقضاء على أن التزام الطبيب يعتبر التزاماً محددًا في مجالات معينة على سبيل الاستثناء، ومن أهمها المخاطر العلاجية بأنواعها الثلاثة ( الحوادث الطبية، والأمراض المكتسبة إثر تلقي علاج، والالتهابات الناجمة عن عدوى مكتسبة أثناء تلقي العلاج في مؤسسة للرعاية الصحية).<sup>2</sup>

كذلك يمكن إعمال الالتزام بتحقيق نتيجة في مجال الأعمال الطبية المتعلقة بالمنتجات الطبية<sup>3</sup> والمسؤولية عن عمليات نقل الدم ومشتقاته، وعن التفقيح وعمليات تركيب الأسنان، وعمليات التجميل.

### الفرع الثالث

#### من حيث أساس المسؤولية

لا تقوم مسؤولية الطبيب عن عدم نجاح العلاج ما لم يثبت تقصير أو إهمال من جانبه<sup>4</sup>، في حين تتعدد مسؤوليته دون خطأ في مجال المخاطر العلاجية، ذلك أن الأمر متعلق بممارسة الفن الطبي الذي يحيط به الاحتمال ولم يصل إلى الحقيقة المطلقة، وليس نتيجة مساس بالتزام بالعلاج، وإنما لما يشكله من مساس بالأمن الصحي للمريض، مما يقيم على عاتقه التزاماً بضمان السلامة.

ويترتب على ذلك بأن المضرور غير مطالب بإثبات أن الضرر الحاصل له سببه إخلال الطبيب بالتزامه بضمان السلامة، وإنما يعتبر مجرد حصول الضرر يفترض المساس بالسلامة.

---

<sup>1</sup> - انظر، أسامة أحمد بدر، ضمان مخاطر المنتجات الطبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص. 276 وما بعدها.

<sup>2</sup> - انظر، أمال بكوش، المرجع السابق، ص. 34 و35.

<sup>3</sup> - انظر، أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص. 275.

<sup>4</sup> - انظر، محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص. 55.

غير أن الطبيب يمكنه دحض هذه المسؤولية وذلك بإثبات أن سبب الضرر يرجع إلى المضرور نفسه، أو أن الضرر الحاصل لا يعزى للعمل الطبي، أو بإثبات أنه لم يحدث مساس بسلامته<sup>1</sup>.

## المبحث الثاني

### شروط التعويض عن المخاطر العلاجية

ربما يبدو صواباً ما قرره البعض من أن المخاطر الطبية التي يستحق التعويض عن الأضرار التي تسببها، ينبغي أن تضبط في إطار بعض الشروط<sup>2</sup>.

ومن بين هذه الشروط ما يتعلق بمصدر هذه الأضرار، إذ يجب أن تنشأ هذه الأضرار على إثر تدخل طبي (المطلب الأول)، كما يجب أيضاً أن تكون مخاطر العمل الطبي معروفة، لكن تحققها يكون استثنائي إلى حد كبير (المطلب الثاني)، ويجب أن يمثل الضرر اعتداءً على حق للشخص أو مصلحة معترف له بها قانوناً (المطلب الثالث)، كما يجب أيضاً أن يمثل الضرر جسامة غير عادية، بمعنى وجود عدم تناسب بين الحالة المرضية التي يعالج منها المريض، وبين المخاطر العلاجية المترتبة على العمل الطبي (المطلب الرابع).

### المطلب الأول

#### ارتباط الضرر بالتدخل الطبي

لا يمكن مساءلة الطبيب إلا عن الأضرار الناجمة أو المرتبطة بالعمل الطبي، إذ لا يمكن مساءلته عن أضرار غريبة عن هذا العمل، حيث تنتفي الرابطة السببية بين

<sup>1</sup> - انظر، أمال بكوش، المرجع السابق، ص.57.

<sup>2</sup> -CF, R.Saury, Le point de vue du médecin sur l'indemnisation des accidents médicaux, Actes du colloque du 24 avril 1997, L.G.D.J , P.91-92. Qui disait : « En résumé la notion juridique d'aléa médical doit répondre à un ensemble de quatre conditions médico...

الخطأ والضرر، وبالتالي تعذر نسبة الضرر إلى العمل الطبي الذي خضع له الشخص<sup>1</sup>.

وجدير بالإشارة إليه أنه اختلف في إثبات هذه الرابطة، فبالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي ومحكمة النقض المصرية، الذين يأخذان بنظرية السبب الملائم أو الحاسم، فإنه يكفي أن يكون العمل الطبي الواقعة الحاسمة في وقوع الخطر العلاجي، ولا يلزم أن يكون السبب الوحيد في ذلك<sup>2</sup>.

وقد أوضح ذلك مفوض الدولة Dael في تقريره أمام مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1995/05/26 بقوله "إذا كانت عملية نقل الدم في حد ذاتها هي التي أدت إلى حدوث التلوث بفيروس الإيدز كان المستشفى مسؤولاً، أما إذا كان السبب يعود إلى تلوث الدم بفيروس المرض، انتفت مسؤولية المستشفى، وانعقدت مسؤولية بنك الدم<sup>3</sup>.

أما بالنسبة لمحكمة النقض الفرنسية، والتي تعتق نظرية تعادل الأسباب<sup>4</sup>، فإن الأمر يبدو أكثر صعوبة، إذا تدخل أكثر من عامل واحد في إحداث الضرر، غير أن

---

1 - يذكر أن امرأة أصيبت أثناء عملها في عيادة جراحية بوخزة إبرة مستعملة، وبعد ثمان شهور من الحادث أظهرت التحاليل إصابتها بمرض نقص المناعة المكتسبة (الأيدز)، ولا شك أن هذا الحادث يعتبر من قبيل إصابات العمل، وليس من قبيل المخاطر الطبية.

2 - قال بهذه النظرية الفقيه الألماني "فون كريس" حيث ميز بين الأسباب العارضة والأسباب المنتجة، واعتبر السبب المنتج وحده السبب في إحداث الضرر، والسبب المنتج هو السبب المألوف الذي يحدث الضرر عادة، أما السبب العارض فهو السبب غير المألوف الذي لا يحدث عادة هذا الضرر، ولكنه أحدثه. أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.1265.

3 - انظر، ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.33.

4 - قال بهذه النظرية الفقيه "فون بيري" مؤداها أن كل سبب له دخل في إحداث الضرر، فجميع الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر متكافئة، ويكون للسبب دخل في إحداث الضرر إذا كان لولاه لما وقع الضرر. فقد قضي بأنه وإن كان احتمال عدم الحيطة في تعقيم الإبرة أو الجلد التعقيم المكافئ الذي يرتب خطأ الطبيب، وكذلك خطؤه في تشخيص التهاب الذراع في وقت مبكر، مما يكون قد فوت على المتوفي الوقت الملائم للعلاج، وأن تأثير العمل الجراحي الذي أجراه طبيب آخر غير الطبيب الذي أعطى الحقنة، والذي استدعي عقب ظهور التسمم الدموي، فهو وإن كان غير مسبب للوفاة مباشرة، إلا أن عمل الجراح في مكان ملتهب غير محدد ومجتمع فيه الصديد، مما



محكمة النقض لا تتشدد في إثبات قيام رابطة السببية بين العمل الطبي والضرر، وهنا تقتصر السببية على مجرد اختيار عامل من بين عدة عوامل ساهمت في إحداث الضرر، ومطالبة المتسبب المباشر بالتعويض.

وقد قضت محكمة النقض<sup>1</sup> بعد أن قررت محكمة باريس مسؤولية ثلاثة أشخاص عن الأضرار بتقرير مسؤولية شخص واحد.

لكن السؤال الذي يطرح في هذا المقام هو هل يشترط في العمل الطبي أن يكون ضرورياً للتشخيص أو العلاج، حتى يحكم بالتعويض عن تداعياته؟، وقد ثار هذا التساؤل بصدد الإنهاء المبستر للحمل (الإجهاض الاختياري)، وجراحات التجميل.

من الأهمية بمكان ضرورة وجود عمل طبي تقتضيه حالة المريض، على أن يكون هذا العمل فعالاً بحيث يرجى منه تحقيق مصلحة المريض، وهي شفائه من مرضه، على أن إرادة المريض ينبغي أن يصدر عنها قبول واضح، بعد تبصيره الواضح من قبل الطبيب بالمخاطر التي يحتمل أن يتعرض لها بسبب العمل الطبي<sup>2</sup>.

والواقع يجب أن نفرق بين أمرين، إذا كانت هناك ضرورة تستدعي التدخل الطبي كالخوف على حياة الأم في حالة الإنهاء المبستر للحمل، أو في حالة التشوهات الخلقية أو الناتجة عن حادث ما، فلا شك في أن هذه الحالات من قبيل المخاطر العلاجية التي تستدعي التعويض عنها.

أما حيث لا تكون ضرورة تستدعي التدخل الطبي، كحدوث حمل غير مرغوب فيه، أو إجراء جراحية تجميلية تشبها بأحد الفنانين أو النجوم، أو رغبة في الظهور أكثر

---

يعجل الوفاة يعقد المسؤولية لهذا الطبيب الذي أجرى العمل الجراحي. إستئناف مصري، بتاريخ 1941/01/23، عن منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.533.

<sup>1</sup> - انظر، قرار بتاريخ 1995/04/12، عن ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.34.

<sup>2</sup> - انظر، سهير منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، 1990، ص.125.

جمالاً، فيرى بعض الفقه خضوع تداعيات هذه الأعمال لنفس المبدأ من حيث تعويضها، على أساس مبدأ المساواة<sup>1</sup>.

ويرى جانب آخر أنه لا مبرر لوجود أي سبب لتعويض مثل هذا النوع من التداعيات نظراً لعدم وجود أي ضرورة تستدعي التدخل الطبي<sup>2</sup>.

والطبيب مسؤول عن جميع المخاطر التي يتعرض لها المريض أثناء التدخل الطبي أو اللاحقة له، طالما كانت هذه الأعمال ضرورية وإن كان هناك تباين في أساس المسؤولية.

ففي قضية تتلخص وقائعها في أن شخص طالب بالتعويض عن إصابته بعدوى مرضية أثناء وجوده بغرفة العمليات لإجراء جراحة، لكن الدعوى رفضت في الاستئناف، على أساس أن الوسائل المستخدمة في تعقيم الغرفة وتطهير الآلات تتفق مع المعايير والضوابط المعمول بها، وأثناء نظر الطعن المرفوع ضد هذا الحكم، أكدت محكمة النقض الفرنسية بأنه "تفترض مسؤولية المنشأة الطبية عن إصابة المريض بالعدوى أثناء تواجده في غرفة العمليات لإجراء عملية جراحية ما لم تقم الدليل على انعدام أي خطأ في جانبها<sup>3</sup>.

وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية التعويض في حالات شبيهة، فقد قررت إلغاء حكم الموضوع الذي قرر انعقاد مسؤولية مباشر العمل الطبي، في قضية فقد فيها أحد

---

<sup>1</sup> - انظر، منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ط1، 2000، ص.12.

<sup>2</sup> - انظر، ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.36.

<sup>3</sup> - انظر، نقض مدني فرنسي، بتاريخ 1996/05/21، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1996، ص.913، عن ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.37. وفي واقعة أخرى مشابهة لها، حيث أصيب المريض بعدوى الجراثيم العنقودية، على إثر خضوعه لعملية في الركبة، رفضت محكمة الموضوع تعويضه بحجة عدم وجود خطأ في جانب الطبيب، لكن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا المنتظر، وقررت "أن عقد العلاج الذي يربط المريض بالطبيب أو المنشأة الطبية، يضع على عاتق الطرف الأخير التزاماً بالسلامة بنتيجة، مفاده ضمان عدم الإصابة بالعدوى، ولا يمكنه أن يتحلل من هذا الالتزام إلا بإثبات السبب الأجنبي".

Cass.1<sup>re</sup> civ. 29/06/1999, n<sup>o</sup> 97-14254, n<sup>o</sup> 97-15818, n<sup>o</sup> 97-21903, Staphylocoques dorés.

المرضى عينه، على اعتبار أن الحادث الذي تعرض له وقع بمناسبة عمل طبي شائع، ونشأت عنه أضرار ذات خطورة استثنائية، يكشف ضمناً عن وجود خطأ في العلاج، حيث قررت محكمة النقض<sup>1</sup> عدم إمكانية الاستناد إلى فكرة الخطأ المضرر أو الضمني، والتي تستخلص من جسامه الأضرار وخطورتها الاستثنائية، بل يجب البحث عما إذا كانت الأضرار التي لحقت بعين المريض ترجع على خطأ ثابت في جانب الطبيب.

أما فيما يخص الأضرار والأخطار الناجمة عن التركيبات الصناعية، حيث شهدت السنوات الأخيرة تقدماً علمياً كبيراً في مجال المنتجات الطبية، ومع استخدامات المنتجات الطبية المهندسة وراثياً، وظهور التداوي عن طريق الليزر<sup>2</sup>، تتزايد فرص الشفاء من الأمراض، وفي نفس الوقت تتنامى احتمالات حدوث الأضرار.

إن اشتراط كون المخاطر العلاجية نتيجة طبيعية للعمل الطبي، يبرر استبعاد الأضرار التي تعود إلى عيب في المنتج المستخدم، أو تلك التي تعود إلى حساسية مفرطة لدى المريض، أو استعداده المرضي الذي لا يمكن التنبؤ به.

فالمخاطر الطبية- التي هي مصدر الضرر- لا تستلزم بالضرورة وجود قصور أو خلل في المنتج الطبي الذي يستعمله الطبيب، ومن ثمة فلا ينال من استحقاق

---

<sup>1</sup> - انظر، نقض مدني فرنسي، بتاريخ 1998/05/27، عن ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.37.

<sup>2</sup> - انظر، أحمد الناعي، رشاد فؤاد السيد، أشعة الليزر واستخداماتها في الطب، سلسلة الفكر العربي للتوير العلمي، رقم 3، دار الفكر العربي، ط1، 2000، ص.109.

من المؤكد أن أشعة الليزر لا تخلوا من المخاطر، فشحاع الليزر تنتج عنه طاقة هائلة من كثافة ضوئية عالية، وقد بدأ الاهتمام بمخاطر الليزر وعوامل الأمان عند استخدامه منذ عام 1965 عندما أصبح حقيقة، خصوصاً في مجال الطب. وفي عام 1972 تكونت في الولايات المتحدة الأمريكية لجنتان بهدف وضع معايير أمان عند استخدام أشعة الليزر، وقد مثلت اللجنتين مجموعتان من علماء الصناعة وأساتذة الجامعة والخبراء العاملين في مجال الليزر، وانتهوا إلى وجوب صنع منظومات الليزر حسب مواصفات خاصة ومعايير أمان وضعت تحت الرقم الكودي z136I عام 1973 تحت إشراف معهد المعايير الوطني الأمريكي.ansi

ساهم الليزر في علاج العديد من الأمراض؛ ومن ذلك علاج الأوعية الدموية، حيث يمكن بواسطة الليزر التخلص من متاعب وعيوب هذه الأوعية، فعلى سبيل المثال أمكن بواسطة علاج دوالي السيقان، وتورم الأوعية الليمفية، والندبات الحمراء.

التعويض وجود هذا القصور أو الخلل أو العيب، بصرف النظر عن مخاطر التطور العلمي<sup>1</sup>.

أما فيما يتعلق بالأضرار التي تعود إلى حساسية المريض أو استعداده المرضي، فلا شك بأن مسؤولية الطبيب عنها مستبعدة إذا توفرت شروط القوة القاهرة، بمعنى إثبات أن هذا الأمر لم يكن متوقعا، ولم يكن باستطاعته تجنبه، "فحتى لو تمثلت الحادثة في أن الضرر قد نتج عن خطر استثنائي إلى حد كبير، فإنه لا يؤخذ في الاعتبار، ولا يرتب مسؤولية الطبيب أو المنشأة الطبية، إذا كانت مفاعيل الخطر أو آثاره الضارة تعود إلى الاستعداد المرضي للشخص الخاضع للعلاج، أو حساسيته المفرطة".

لكن لا يمكن إعمال هذا إلا بشروط منها، أن تكون حالة المريض هي السبب الحاسم في حدوث الضرر، كأن تكون لدى المريض حساسية للمنتجات أو المواد المستخدمة في التخدير، وكان لا يمكن التنبؤ بها أو اكتشافها، فإنها تكون بمثابة القوة القاهرة<sup>2</sup>.

وقد قضت محكمة "ليل" في قضية فتاة صغيرة أصيبت بكسر في عظم الفخذ على إثر حادث سيارة، رأى الأطباء ضرورة إجراء عملية جراحية لها، لكنها توفيت أثناء العملية. وقرر الخبراء أن المريضة قد أعطيت المخدر بالقدر الواجب بلا زيادة أو نقصان، وأن الخطر مستبعد منه إلا في حالات استثنائية. حيث كانت حالة المجني عليها واحدة منها، بسبب إصابتها بتضخم في الغدة التيموسية، غير معتادة في الفتيات قبل البلوغ، ولا يمكن التنبؤ به، حيث لم يكن لدى المجني عليها أية مظاهر دالة عليه.

قضت المحكمة بما جاء في التقرير، بأن وفاة المريضة ترجع في الواقع إلى حادثة من حوادث العلاجات غير المتوقعة، مما لا يسأل عنه الأطباء وقد تصرفوا في حدود حقهم في اختيار العلاج الذي بدا لهم واجب الإلتباع، وأن الطبيب بريء<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص.278.

<sup>2</sup> - انظر، ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.40.

<sup>3</sup> - انظر، محكمة ليل، سنة 1930، عن منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.514.

وقد عرضت على محكمة مصر الكلية دعوى تؤكد المعنى السابق، حيث كان طبيب مدرسة قد أجرى كشفا على أحد الطلبة، للنظر في إعفائه من الألعاب الرياضية، مقررا أن قلبه سليم، ولا داعي لإعفائه. وذات يوم بينما كان الطالب يقوم بالتمارين الرياضية، سقط مغشيا عليه وتوفي، وقرر الطبيب الشرعي بعد تشريح الجثة، أن الطالب كان لديه استعداد للوفاة المفاجئية، من الحالة الليمفاوية التي اصطحبت بنقب بيضاوي في القلب، وأنه من الممكن أن تكون الوفاة قد حدثت عن هذه الحالة المرضية فقط، دون أن يكون للألعاب الرياضية دخل في حدوثها، فقضت المحكمة أمام هذا التقرير بإعفاء الطبيب من المسؤولية<sup>1</sup>.

أما بخصوص المخاطر العلاجية الناجمة عن عمليات نقل الدم، فلا شك أنه تعتبر من قبيل المنتجات الصحية<sup>2</sup>، لا المنتجات التجارية، إلا أن عملية توريد الدم تشبه إلى حد كبير عمليات التصنيع، منها إلى مجرد تقديم الخدمة، ذلك أنه بعد الحصول على الدم من المتبرعين يخضع لسلسلة من عمليات الفحص والتعقيم والمعالجة.

هذا وقد قررت محكمة استئناف باريس أن مركز الدم يعتبر مسؤولا في عقد<sup>3</sup> نقل الدم عن تقديم دم خال من أي عيوب وهو التزام بتحقيق نتيجة، بحيث يستوي أن يكون بصدد نقل دم طبيعي أو أحد مشتقات الدم أو مكونات المعالجة الصناعية على أن لا يثبت مركز الدم السبب الأجنبي.

<sup>1</sup> - انظر، محكمة مصر الكلية، بتاريخ 1935/02/04، ص 66، ص 189. عن منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 516.

<sup>2</sup> - انظر، سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، رسالة دكتوراه، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 130 وما بعدها؛ وانظر، حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة عين شمس، ط 1، 1975، ص 129.

<sup>3</sup> - يلزم الطبيب وبنك الدم بتحقيق نتيجة، بحيث لا تقوم مسؤوليتهما على أساس المسؤولية العقدية اتجاه الطبيب المعالج بسبب وجود رابطة عقدية بين الطبيب المعالج وبين الطبيب المتخصص أو بنك الدم، وفي نفس الوقت تقوم مسؤولية الطبيب المتخصص وبنك الدم اتجاه المريض على أساس المسؤولية العقدية النابعة من الاشتراط لمصلحة الغير.

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه، حيث قررت مسؤولية طبيب عيادة عن تحليل وفحص الدم قبل نقله، لكونه يقوم باختيار الجهة التي يحصل منها على الدم والمختبر الذي جرى فيه تحليل الدم وفحصه<sup>1</sup>.

وجدير بالإشارة إليه أن المشرع الجزائري قد حرص على إنشاء وكالة وطنية متخصصة لحقن الدم، حيث بين طرق تنظيمها وعملها، سماها الوكالة الوطنية للدم، المنظمة بالمرسوم التنفيذي رقم 95-105<sup>2</sup>.

## المطلب الثاني

### المساس بمصلحة مشروعة

المصلحة المشروعة شرط منطقي وواضح بالنسبة للمضروب جسمانيا، ذلك أن أي اعتداء على جسم الإنسان من شأنه أن يمثل اعتداء على مصلحة مشروعة له تتمثل في حقه في سلامة جسمه ضد أي اعتداء، إذ أي تعدي يعتبر اعتداء على حق من حقوقه، كالحق في الحياة والسلامة البدنية، كإتلاف عضو أو إحداث جروح أو إصابة الجسم أو العقل بأذى من شأنه أنه ينقص قدرة الشخص على الكسب ويكبد نفقات في العلاج.

ومن قبيل الأضرار التي تعطي لصاحبها حقا مشروعا في طلب التعويض، الأضرار المعنوية الناجمة عن الآلام الجسمانية والنفسية للضحية. كذلك الأضرار التي تصيب شخصا بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصا آخر، يكون للمضروب حق قبل المصاب، وهو ما يطلق عليه بالضرر المرتد، كالقتل يعتبر ضررا أصاب الميت في حياته وترتب عليه إصابة أبنائه بضرر يتمثل في الإنفاق عليهم وإعالتهم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، قرار مشار إليه في أحمد حسن الحباري، المرجع السابق، ص.50.

<sup>2</sup> - انظر، مرسوم تنفيذي رقم 95-105 المؤرخ في 09 أبريل 1995، ج.ر عدد 21، سنة 1995، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم.

<sup>3</sup> - انظر، حسن حنتوش الحسنواوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، (دراسة مقارنة)، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 1999، ص. 119.

أما إذا كان الشخص يطالب بالتعويض عن أمور تنتافي مع أخلاقيات وآداب المجتمع، أو لا يمكن اعتبارها من قبيل الحقوق، بل تعد من قبيل الرخص، التي لا تكسب الشخص حقا، فلا تعد من قبيل المخاطر العلاجية.

وقد ثارت هذه المسألة بصدد الفحوصات التي تجرى للمضخة أو الجنين في رحم السيدة الحامل، وما يشوبها من احتمالات وعدم يقين الأمر، الذي يمنع الوالدين من اللجوء إلى الإنهاء المبستر للحمل، وينتهي بولادة طفل معاق أو مصاب بمرض لا يرجى شفاؤه<sup>1</sup>، فننتساءل عن مدى مسؤولية معمل التحاليل الطبية، ومدى أحقية الوالدين أو الطفل في الحصول على التعويض.

فقد أثرت المسألة الأولى بصدد الإجهاض الاختياري، في حالة عدم نجاح العملية وانتهائها بولادة الطفل، حيث يعتقد الوالدان أن ذلك يشكل ضررا يستوجب التعويض، لأن فشل عملية الإجهاض قد حرهما من حق يقره القانون فضلا عن زيادة الأعباء عليهما.

غير أن القضاء رفض هذا التوجه، مقررًا عدم أحقية الوالدين في التعويض، ففي واقعة تتعلق بولادة طفل، على إثر فشل عملية إجهاض اختياري، رفعت السيدة دعوى قضائية مطالبة بالتعويض، وقد استجابت محكمة أول درجة لذلك، وقضت بمنحها تعويضا قدره 200 ألف فرنك فرنسي، لكن محكمة الاستئناف ألغت هذا الحكم، ورفضت التعويض<sup>2</sup>، وقد أقرت محكمة النقض ذلك، حيث أعلنت أن ولادة الطفل الذي حملت به الأم، لا يشكل بالنسبة لها ضررا يمكن التعويض عنه، حتى لو حدثت واقعة الولادة بعد فشل عملية الإجهاض<sup>3</sup>، وهو نفس المبدأ الذي اعتنقه مجلس الدولة

<sup>1</sup> - انظر، ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.46.

<sup>2</sup> - انظر، استئناف، بتاريخ 1989/07/06 عن ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.47.

<sup>3</sup> - انظر، نقض مدني فرنسي (الدائرة الأولى)، 1991/06/25 عن ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.47.

الفرنسي، بتأكيده على أن ميلاد الطفل لا يشكل بحد ذاته واقعة ضارة، تعطي للأم الحق في المطالبة بالتعويض<sup>1</sup>.

وقد أيد الفقه<sup>2</sup> توجه القضاء على أساس أن المشرع لم يعترف للسيدة بالحق في الإنهاء المبستر للحمل، حتى يمكنها أن تشتكي بالمساس به، ويبرر ذلك بأن القانون لم يقرر مثل هذا الحق في الإجهاض، بل اعترف فقط بإمكانية اللجوء إليه في حالات ضيقة ووفقا لشروط محددة.

ونشير إلى أنه إذا كان الإجهاض وفقا للحالات التي حددها القانون، ولجأت الأم إليه، ولم تكلل العملية بالنجاح، وتسبب الطبيب بفعله أو تقصيره في حرمانها من ذلك، فإن مسؤوليته تتعدى عن الأضرار المترتبة على ذلك. فإذا ترتب على استمرار الحمل نزولا عند نصيحة الطبيب، ولادة طفل معاق أو مشوه، أو به مرض لا يرجى برؤه، فقد اعترف القضاء الفرنسي للوالدين بالحق في التعويض عن الضرر الأدبي والمادي الذي أصابهما من جراء تفويت الفرصة في اللجوء إلى الإنهاء المبستر للحمل.

وتطبيقا لذلك قررت محكمة "مونبليه"<sup>3</sup> في قضية تتلخص وقائعها في أن سيدة تبلغ من العمر 42 سنة، وأم لثلاثة أطفال، تبين أنها حامل، فقررت إجراء فحوصات على الجنين لأن القانون يعترف لها بالحق في الإنهاء المبستر للحمل، إذا وجدت به عيوب أو أمراض، غير أن المستشفى الخاص الذي أجرى التحاليل أكد أنها عادية، وبعد عدة شهور، وضعت السيدة طفلا منغوليا. رفع الزوجان على إثرها دعوى للمطالبة بالتعويض، وقضت المحكمة بمسؤولية المستشفى، لأنه لم يتضمن تقريره أي تحفظات حول نسبة الشك في نتائج الفحوصات، وقضت للوالدين بتعويض قدره 45 ألف درهم، إيراد شهري مقداره 7500 فرنك فرنسي يدفع لهما إلى غاية وفاة الطفل.

<sup>1</sup> - انظر، قرار مجلس الدولة الفرنسي، 1997/02/14، مجلة القانون العام، 1997، ص.139. عن ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.47.

<sup>2</sup> - انظر، ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.48.

<sup>3</sup> - انظر، حكم بتاريخ 1989/12/15 رقم 21556، عن ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.50.



هذا وقد اختلف الفقه حول الحماية المقررة لجسم الإنسان، هل هي مقررة لمادة الجسم، أم أنها بمقدرة أعضاء هذا الجسم على أداء وظائفها؟. فذهب البعض من الفقه<sup>1</sup> إلى القول بأن العبرة بمقدرة أعضاء الجسم على أداء وظائفها الطبيعية، فالمساس بهذه المقدرة يعد اعتداء على سلامة الجسم<sup>2</sup>. وذهب رأي آخر إلى القول بأن حماية الجسم تتحدد بمدى انتمائها إلى مادة الجسم، فالجسم وحدة واحدة متكاملة ومتناسقة، ويخضع كل عضو فيه لجهاز المخ الذي يمارس وظيفة تحقيق التوازن بينها.

### المطلب الثالث

#### أن يمثل وقوع الضرر حادثة استثنائية

من بين شروط التعويض عن المخاطر العلاجية، أن يكون وقوع الحادثة أمرا استثنائيا، بمعنى أن يكون نادر الحدوث، وهو ما يعني أن يكون الخطر المصاحب للتدخل الطبي معروفا، وفي نفس الوقت يجب أن تكون فرصة تحققه استثنائية وغير شائعة الحدوث، وذلك بالمقارنة مع الحالة العادية الطبيعية لمريض في نفس الظروف.

فإذا كانت المخاطر المترتبة على العمل الطبي شائعة الحدوث، فيجب على الطبيب أن يحذر منها أو على الأحرى بتبصيره بها، وما قد يحفها من مخاطر متوقعة، وما يلزمها من علاج، وما يكتنف هذا العلاج من مخاطر عادية غير استثنائية، احتراماً لإرادة مريضه وتقديراً لأبسط حقوقه في العلم بما يتصل بجسمه من خطر يتهدهده في نفسه أو صحته، والحصول على رضاه<sup>3</sup>، وإلا كان مخالفاً بالتزامه.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يتعين على كل جراح فيما عدا حالة القوة القاهرة أن يحصل على رضاء المريض قبل مباشرة العملية الجراحية، التي

<sup>1</sup> - انظر، مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص.26.

<sup>2</sup> - ولكن الأمر يختلف إذا وقع هذا الاعتداء على هذه الأعضاء بعد نزعها من التبرع وقبل زرعها للمستفيد، لأن الأعضاء في هذه المرحلة لا تنتمي لجسم الإنسان، ولأنها لا تؤدي وظيفة حيوية في ذلك الوقت.

<sup>3</sup> - انظر، خالد جمال أحمد حسن، إرادة المريض في العمل الطبي بين الإطلاق والتقييد، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الخامس، العدد الثاني، 2008، ص.150.

قرر وفق قناعته العلمية وتحت مسؤوليته ضرورة إجرائها للمريض، أن يخطره بالفائدة المرجوة من إجراء تلك الجراحة وما يكتنفها من مخاطر، وأن أي تقصير في أداء هذا الالتزام يمثل انتهاكا جسيما بحقوق المريض يستوجب مسؤوليته<sup>1</sup>.

أما إذا كان احتمال تحقق تلك المخاطر نادر الحدوث، فلا يلزم الطبيب بتبنيه المريض منها، حتى لا يؤثر عليه نفسيا، مما يؤثر ذلك على نتائج العلاج.

وتختلف الأخطار العلاجية عن الأخطار غير المتوقعة أو غير المعروفة، أي الأخطار التي لم يسبق حدوثها في حالات مشابهة؛ فهذا النوع من الأخطار لا يمكن توقعه ولا دفعه، وبالتالي يعتبر من قبيل القوة القاهرة التي تحول دون انعقاد مسؤولية القائم بالأعمال الطبية.

"فالتداعيات الطبية الضارة، تقع في منطقة وسطى ما بين الأخطار الشائعة في الحقل الطبي، وما بين الأخطار غير المعروفة أو غير المتوقعة، ومن هنا وصفت بأنها استثنائية الحدوث، ومن الواضح أنه من الصعب رسم حد فاصل، بصورة قاطعة، ما بين هذه الأفكار الثلاثة، كما أن إضفاء وصف معين على أي خطر هو أمر نسبي إلى حد بعيد"<sup>2</sup>.

ويتم معرفة الأخطار العلاجية بطريقتين، إما أن نعتبر الأضرار التي حدثت لأول مرة أثناء عمل طبي مشابه، من قبيل المخاطر العلاجية، مما يعني التضحية بالأشخاص الذين يقعون ضحايا لتلك المخاطر لأول مرة، لأنها كانت تعتبر من قبيل الأخطار غير

---

<sup>1</sup> - Comme tout chirurgien d'un service hospitalier est tenu, Sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération dont il apprécie, en pleine indépendance, sous sa responsabilité, l'utilité la nature et les risques, envoiant cette obligation imposée par le respect de la personne humaine, il commet une atteinte grave aux droits du malade, un manquement à ses devoirs proprement médicaux, constitutif d'une faute personnelle se détachant de l'exercice des fonctions que l'administration des hospices à qualité pour régler.

C.F, Cass. Requête : 28/01/1942.D.Jurisprudence, P.63. Cass. Civ.23/05/1973, J.C.P, 1975.

<sup>2</sup> - انظر، ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.(54-55).

المعروفة وغير المتوقعة، فهي إذن من قبيل القوة القاهرة، التي تحول دون انعقاد مسؤولية مباشر العمل الطبي.

وإما ألا نأخذ في الحسبان سوى المخاطر التي تحدث عنها علماء الطب، ووردت في المجالات الطبية، وهو أمر لا يخلوا أيضا من النقد، حيث يزداد نطاق القوة القاهرة، وتتضاعف بالتالي حالات الإعفاء من المسؤولية<sup>1</sup>.

وفي الحقيقة أن معيار الفصل بين الأخطار الشائعة والأخطار الاستثنائية، هو معيار كمي، يعتمد بالدرجة الأولى على الإحصاءات المعروفة والمنشورة، ويتم تحديد مدى استثنائيتها على أساس نسبة مئوية صغيرة جدا.

غير أن هذا المعيار لا يخلوا من النقد، ذلك أنه من العوامل التي تحدد قرار المريض، وتؤثر في اختياره بقبول المخاطر أو رفضها، ليس كم المخاطر فقط، بل نوعية تلك المخاطر أيضا، ومدى ما يمكن أن تسببه من أضرار للشخص.

وقد كانت محكمة النقض الفرنسية تعتق المعيار الكمي في التفرقة بين المخاطر الشائعة والمخاطر الاستثنائية، ولم تكن تلزم مباشر العمل الطبي سوى بتبصير المريض بالأخطار الشائعة وتحذيره منها، وذلك نظرا لأنه من الصعب حصر جميع الأخطار التي تحيط بالعمل الطبي<sup>2</sup>.

لكنها في أحكامها الحديثة أخذت بالمعيار النوعي، الذي يعتمد على درجة جسامته الخطر، ولو كان استثنائيا، ففي دعوى تتصل وقائعها بجراحة أجريت لسيدة، بهدف علاج تقوس شديد في الفقرات القطنية، على إثر حادث، وقد قرر الطبيب الجراح وضع طوق ضاغط، وفي عصر يوم الجراحة، وبعد إجرائها، شعرت المريضة بمتاعب في النظر، مما تسبب رغم التدخل الطبي السريع في فقد الإبصار نهائيا، بفعل التجمد الذي أحدثه "السيانور"، وعلى إثر ذلك شرعت السيدة في رفع دعوى تعويض ضد الجراح،

<sup>1</sup> - انظر، طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة، دار هومه، الجزائر، 2008، ص.31.

<sup>2</sup> - انظر، ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.58.

لكن محكمة الموضوع رفضت الدعوى لعدم وجود خطأ في جانب الطبيب. كما أن تلك الأخطار لم تكن ضمن الأخطار الشائعة والمعروفة، لكن محكمة النقض ألغت هذا الحكم، وقررت بأنها "فيما عدا حالات الضرورة والاستحالة، ورفض المريض لتحذيرات الطبيب، فإنه يقع على عاتق الطبيب التزام بأن يعطيه المعلومات الآمنة، والواضحة، والملائمة حول الأخطار الجسيمة المترتبة على الفحص أو العلاج، ولا يعفى من هذا الالتزام لمجرد أن هذه الأخطار لا تقع إلا بصفة استثنائية"<sup>1</sup>.

وكثيراً ما يلجأ المرضى إلى عذر في حالة تحقق الخطر مفاده انه لو أحيط علماً بهذا الخطر ما كان ليوافق على العلاج المقترح.

وهذا ما يؤكد التزام الطبيب بإعلام المريض بجميع المخاطر التي يمكن أن تتحقق جراء تنفيذ العلاج.

هذا، ويرتبط الإعلام بمخاطر العلاج بحق المريض في سلامة جسمه وبحقه في تقرير مصيره.

وعلى هذا الأساس لا يمكن أن يعرض المريض الى أي خطر بدون موافقته المسبقة، وإعلامه بهذه المخاطر يمكنه من فهم وضعيته الصحية مما يساعده على اتخاذ القرار المناسب.

ويجب إعلام المريض بجميع المخاطر مهما كانت درجتها، وهو ما سار عليه الاتجاه الحديث للقضاء الفرنسي<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة الى أنه يجب التفرقة بين حجم المعلومات عن المريض بسبب الأثر السلبي الذي قد تحدثه عملية الاعلام على نفسيته، وحجب المعلومات الذي يخشى منه عدم موافقة المريض على العلاج. فإذا كانحجبها في الحالة الأولى يعتبر مبرراً

---

<sup>1</sup> - انظر، نقض مدني فرنسي، ( الدائرة الأولى)، 1998/10/07، عن ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.59.

<sup>2</sup> - Cass.1<sup>er</sup> civ, 07/10/1998, Gaz. pal.1998.2.

ومقبولاً على الأقل من الناحية الأخلاقية، غير أنه ل يعتبر كذلك في الحالة الثانية، ذلك أنه من حق المريض أن يخطأ في تقدير الأمور<sup>1</sup>.

والواقع أن فكرة الخطر الجسيم تحتاج إلى نوع من التحديد والتوضيح، ذلك أن الأخطار المحيطة بالعمل الطبي تعتبر جسيمة، متى كانت تؤدي إلى نتائج قاتلة، أو تسبب عاهة مستديمة، أو تشوهات جسيمة، نظراً لأثارها النفسية والاجتماعية البالغة<sup>2</sup>.

### المطلب الرابع

#### أن يكون الضرر جسيماً واستثنائياً

"الضرر le préjudice هو المساس بحق أو بمصلحة مشروعة للإنسان، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حريته أو شرفه أو اعتباره أو غير ذلك"<sup>3</sup>.

والضرر هو الشرط الثاني اللازم لقيام المسؤولية، فلا يمكن مساءلة الطبيب، ما لم يترتب على خطئه ضرراً للمريض، فإذا أصاب الضرر المريض في حياته أو سلامة جسمه، كان هذا الضرر مادياً، وإذا أصابه في شعوره أو عاطفته، أو كرامته أو شرفه، كان هذا الضرر أدبياً، وأي من هذين الضررين يترتب مسؤولية الطبيب، متى ارتبطا بالخطأ، وقامت بينهما العلاقة السببية<sup>4</sup>.

فالضرر الجسماني هو في البداية وقبل كل شيء كل إصابة تلحق الجسم كالجروح الخطيرة والتي قد تؤدي إلى الوفاة، وهذه الإصابات تستوجب تعويض الضحية. و الأصح أن نقول تعويض وليس إصلاح بالنسبة للأضرار الجسمانية لأنه

<sup>1</sup> - انظر، مامون عبدالكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية الجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص.132.

<sup>2</sup> - انظر، أحمد ادريوش، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، سلسلة الرسائل والأطروحات الجامعية، دون دار نشر، 1989، ص.122.

<sup>3</sup> - انظر، طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص. 63.

<sup>4</sup> - انظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.483.

من الصعب إصلاح الضرر الجسماني إذ من غير الممكن أن نحیی الميت أو نصلح للمضرور رجل أو يد بترت<sup>1</sup>.

والضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات و في نفس الوقت تعتبر مسألة موضوعية لا رقابة للمحكمة عليها إلا في ما يخص شروط الضرر.

وتتزايد أهمية الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في القانون المعاصر. و هذا هو الإتجاه الذي أخذت به الشريعة الإسلامية منذ قرون، حيث يلتزم المسؤول بالتعويض دون حاجة إلى إثبات الخطأ، رغبة في الحرص على جبر الضرر إعمالاً بحديث الرسول صلى الله عليه و سلم " لا ضرر و لا ضرار"<sup>2</sup>، فيكفي للضمان أن يؤدي الفعل إلى إلحاق ضرر بالغير<sup>3</sup>.

يشترط في الضرر القابل للتعويض أن يكون محققاً و مباشراً و أن يمس بمصلحة مشروعة للمضرور.

### أولاً: أن يكون الضرر محققاً

ويكون الضرر محققاً إذا كان ثابتاً على وجه اليقين ، كأن يكون المضرور قد مات أو أصابه جرح في جسمه، وهذا لايعني أن الضرر يجب أن يكون حالاً بالضرورة، بل يمكن أن يكون الضرر مستقبلاً مادام محقق الوقوع، كأن يصاب

---

<sup>1</sup> - Le dommage corporel est d'abord et avant tout l'atteinte portée à l'intégrité physique de la personne :les blessures plus ou moins graves et à plus forte raison la mort .Ces dommages appellent ,bien entendu ,l'indemnisation de la victime .Mieux vaut dire indemnisation que réparation ,car on ne ressuscite pas les morts ;et il est malaisé c'est le moins qu'on puisse dire .de rendre à l'amputé son bras ou sa jambe. Cf. François TERRE, philippe SIMLER,Yves LEQUETTE, Droit civil (les obligations),6eme édition Dalloz ,Paris 1996, p. 559 .

<sup>2</sup> - رواه الإمام مالك في الموطأ، في باب القضاء في المرفق. تحقيق محمود بن الجميل، دار الإمام مالك، البلدة الجزائرية، ص. 435.

<sup>3</sup> - انظر. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام ( مصادر الالتزام ) ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2006 ، ص. 768.

الشخص في جسمه إصابة تعطله عن العمل في الحال، ويكون من المؤكد أن الإصابة ستؤثر على قدراته في المستقبل<sup>1</sup>، أو كأن يصاب طفل بعجز يحول بينه وبين القدرة على ممارسة مهنته مستقبلاً<sup>2</sup>.

ومبدأ تعويض الضرر المستقبل أمر اتفق عليه الفقه<sup>3</sup> والقضاء، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه " يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادي الإخلال بمصلحة مالية للمضرور وأن يكون الضرر محققاً بأن يكون قد وقع بالفعل أو أن يكون وقوعه في المستقبل حتمياً، والعبرة في تحقق الضرر المادي للشخص الذي يدعيه نتيجة وفاة شخص آخر هي ثبوت أن المتوفى كان يعوله فعلاً وقت وفاته على نحو مستمر ودائم، وأن فرصة الاستمرار على ذلك ما كانت محققة وعندئذ يقدر القاضي ما ضاع على المضرور من فرصة لفقد عائلته ويقضي له بالتعويض على هذا الأساس"<sup>4</sup>.

وقد قضت أيضاً بأن " الحكم المطعون فيه لم يدخل عنصر الضرر المستقبل في تقدير التعويض عن الحادث ولم يناقشه في أسبابه، وإذ يجوز للمضرور أن يطالب بالتعويض عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بالقصور"<sup>5</sup>.

فالعامل الذي يصاب من جراء حادث يمكنه المطالبة لا بالتعويض عن الضرر الذي أصابه في الحال، بل و على التعويض عن الضرر الذي سيقع حتماً من جراء عجزه عن العمل في المستقبل، أي عن الخسارة المالية التي تلحقه من جراء هذا العجز.

<sup>1</sup> - انظر، عبد العزيز اللصاصمة ، المرجع السابق ، ص. 69.

<sup>2</sup> - أنظر، فتحي فكري، مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص. 328.

<sup>3</sup> - انظر، شريف الطباخ، التعويض في ضوء القضاء والفقه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص. 207.

<sup>4</sup> - انظر، طعن رقم 258 لسنة 50 ق جلسة 1984/04/29، السنة 30، ص. 1130. مقتبس من شريف الطباخ، المرجع السابق، ص. 207.

<sup>5</sup> - انظر، طعن رقم 485 لسنة 40 ق، جلسة 1988/2/8، س 28، ص. 395. مقتبس من شريف الطباخ، المرجع السابق، ص. 208.

كما يحق للطالب الذي تخلف عن الامتحان بسبب الإصابة أن يطلب التعويض عن الضرر الذي سيقع له من جراء هذا التخلف<sup>1</sup>.

ومثل الضرر الذي وقع فعلاً هو أن يموت المضرور أو يصاب بتلف في جسمه أو في مصلحة مالية له، ومثل الضرر الذي سيقع حتماً و هو ضرر مستقبلي أن يصاب عامل و يعجز عن العمل فيعوض عن الضرر الذي سيقع حتماً من جراء عجزه عن العمل مستقبلاً.

فإذا كان هذا الضرر يمكن تقديره فوراً قدره القاضي و حكم به كاملاً، أما إذا كان لا يمكن تقديره، فقد يرجع إلى أن الضرر يتوقف تقديره على أمر لا يزال مجهولاً. كما إذا أصيب العامل في ساقه و توقف التعويض على ما إذا كانت الساق ستبتر أم ستبقى، فللقاضي في هذه الحالة أن يقدر التعويض على كلا الفرضين و يحكم بما قدر.

وقد ترجع صعوبة تقدير التعويض في الحال إلى أن العامل سيبقى عاجزاً عن العمل عاجزاً كلياً أو جزئياً طوال حياته، و لا يعلم في أي وقت يموت، فيجوز للقاضي بعد أن يقدر الضرر وفقاً لما تبينه من الظروف وأن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب في خلال مدة معينة في إعادة النظر في التقدير. و قد أشار المشرع الجزائري إلى ذلك في المادة 182 من القانون المدني.

والضرر المستقبل قد لا يكون متوقفاً وقت الحكم بالتعويض، فلا يراعيه القاضي، ثم تكتشف الظروف بعد ذلك عما تفاقم منه، كأن يكف بصر العامل الذي أصيب في عينه، أو أن تؤدي الإصابة إلى وفاته، و هنا يجوز للمضرور أو لورثته رفع دعوى جديدة مستقلة عن الدعوى الأصلية يطالبون فيها بالتعويض مما استجد من ضرر ولم يدخل في حساب التعويض.

أما إذا كان القاضي قد قدر قيمة التعويض ثم بعد ذلك تناقص الضرر تناقصاً لم يكن متوقفاً و لم يدخل في الحساب، كأن يقضى للعامل بتعويض عن إصابة أدت إلى

---

<sup>1</sup>- C f, François Terre, Philippe Simler et Yves lequette , op. cit, pp.711-712.



كف بصره ثم تبين بعد ذلك أن العامل قد استرد بصره. في هذه الحالة لا يجوز إعادة النظر في تقدير التعويض لأنه قد حاز حجية الشيء المقضي فيه<sup>1</sup>. أما الضرر الاحتمالي فهو غير محقق الوقوع ولا يستوجب التعويض<sup>2</sup> إلا إذا وقع فعلا.

### ثانيا: أن يكون الضرر مباشراً

ويقصد بهذا الشرط وجود صلة بين نشاط مقدم الرعاية الصحية والضرر، وأن هذا الأخير هو نتيجة مباشرة لذلك النشاط. والضرر قد ينتج عن سبب وحيد، وهنا لا يثار أي إشكال حول مصدر الضرر. وقد تتعدد أسباب الضرر ويكون خطأ المسؤول أحد هذه الأسباب، مما يؤدي إلى انقطاع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر. أو قد يرتكب شخص فعلا يؤدي إلى تسلسل عدة أضرار، كأن يصاب شخص بحادث فتنتج عنه جروح خفيفة، ينقل على إثرها الشخص إلى المستشفى على متن سيارة إسعاف، وفي الطريق وقع حادث لسيارة الإسعاف، مما أدى إلى تفاقم الضرر أو إلى وفاة الضحية.

وفي هذا المثال تصعب التفرقة بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر، حيث يرى بعض الفقه أن المسألة مسألة وقائع، يفصل فيها قاضي الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه، ويرى البعض الآخر أن المعيار في التفرقة هو درجة احتمال وقوع الضرر<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج01 ( نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ) ، دار إحياء التراث العربي، لبنان ، بدون سنة ، ص .861.

<sup>2</sup> - انظر، فتحي عبد الرحيم، شرح النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول (مصادر الالتزام )، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط3، 2001، ص.472؛ وانظر، محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.770.

<sup>3</sup> - انظر، عبد العزيز اللصاصمة، المرجع السابق، ص.80؛ و عمرو عيسى الفقي، الموسوعة القانونية في المسؤولية المدنية (دعوى التعويض)، شركة ناس للطباعة، دون بلد، ط1، 2002، ص 68؛ وفي نفس المعنى أنظر، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج 2 (الالتزامات )، مجلد 2 ( الفعل الضار والمسؤولية المدنية )، منشورات مكتبة صادر، بيروت، لبنان، ط5، 1998 ص. 564-565.

ومعنى ما تقدم ذكره، أنه إذا تسلسلت الأضرار فلا يسأل المدين بالتعويض إلا عن الضرر المباشر الذي يعد نتيجة طبيعية لفعله الضار.

فقد تضارب موقف الفقه والقضاء الفرنسي حول هذه المسألة، فيرى بعض الفقهاء الفرنسيون أمثال "بلانيول" و"اسمان" و"د يموج" أنه يجب التعويض في المسؤولية التقصيرية عن الضررين المباشر وغير المباشر، ويعززون موقفهم بأن المادة 1151 من القانون المدني جاءت خاصة بالمسؤولية العقدية لورودها في باب العقود، كما أن القضاء الفرنسي قد أيد هذا الاتجاه في بعض أحكامه ورأت محكمة النقض أنها مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع<sup>1</sup> أما الوضع في الجزائر ومصر فلا يعوض إلا عن الضرر المباشر<sup>2</sup>.

والواقع أن العمل الطبي في ذاته أمر تحيط به الاحتمالات والمخاطر، "كما أن الجسم الإنساني له أسراره، وألغازه التي ما يزال معظمها خفياً، من عوامل مادية؛ كالحساسية للمنتجات والأدوية المستخدمة في العلاج، والاستعداد المرضي لبعض المؤثرات الخارجية، ومن عوامل نفسية، تتأثر بنوع المرض، ودرجة خطورته، ومصير من أصيبوا به سابقاً من المعارف والأقران"<sup>3</sup>. لذلك يشترط في الضرر أن يكون جسيماً حتى تتحقق مسؤولية الطبيب.

وقد كان مجلس الدولة الفرنسي<sup>4</sup> يشترط وجود خطأ جسيم حتى تتحقق مسؤولية الطبيب، لكنه عدل عن ذلك، فأصبح يكتفي بالخطأ البسيط. وقد تبعه القضاء المصري

<sup>1</sup> -CF, Planiol et Paul Esmein , Traité pratique de droit civil, Marcel

مقتبس عن علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 5، 2003، ص. 172؛ وفي نفس المعنى أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، بند 415، ص. 760.

<sup>2</sup> - انظر، حبار أمال، المسؤولية المدنية، موسوعة الفكر القانوني، العدد 2، ص. 54؛ وقد نصت المادة 182 من القانون المدني على ذلك " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض مالق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ".

<sup>3</sup> - انظر، ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 64.

<sup>4</sup> -- Cass. Req, 18/06/1835, thouret noroy. Francois Violla, op.cit, p.310.

في ذلك، حيث قررت محكمة النقض المصرية في قرار لها بأن "التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة، هي شفاء المريض، وإنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة، يقظة، تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب. فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي، لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، كما يسأل عن خطئه العادي أياً كانت درجة جسامته"<sup>1</sup>.

### المبحث الثالث

#### عناصر الضرر الطبي

الأضرار الطبية عديدة ومتنوعة حيث يمكن تقسيمها بحسب النتيجة التي آل إليها المضرور بسبب فعل مقدم الرعاية الصحية، أي بحسب ما إذا أدى هذا الفعل إلى الإصابة أو الوفاة إلى إصابة المريض أو وفاته، فعناصر الضرر المستحقة للتعويض في حالة الإصابة (المطلب الأول) تختلف عن عناصر الضرر في حالة ما إذا أدى الاعتداء إلى الوفاة (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول

##### الأضرار الطبية في حالة الإصابة

إن أي خطأ طبي من شأنه أن يمس بقدرات الإنسان. ومهما كانت درجة هذا المساس يتولد عنه ضرراً، وهذا الضرر لا يختلف من شخص إلى آخر. بيد أن هناك أضراراً يتفاوت فيها الناس تتمثل في مدى استفادة الشخص المضرور من القدرات والميزات التي يخولها له جسمه، وهي تختلف من شخص إلى آخر وتتسم بالطابع

---

<sup>1</sup> - انظر، نقض مدني مصري، 1971/12/21، طعن رقم 464، س36ق، عن ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.65.

الشخصي، وينبغي مراعاة فيها ظروف الضرور الاقتصادية والاجتماعية. فالضرر الذي يصيب عالماً في الذرة أو عالماً في الكيمياء النووية ليس كالضرر الذي يصيب إنساناً جاهلاً. ومهما يكن الضرر فإنه يرتب نوعين من الأضرار، أضرار مادية تقبل التقويم المالي وتتمثل فيما لحق الضرور من خسارة وما فاتته من كسب إبان الفترة التي أصيب فيها، وأضرار معنوية ليس من السهل تقويمها، وتتمثل في الآلام الجسمانية والنفسية التي يتكبدها الضرور أثناء الضرر<sup>1</sup>.

والواقع أنه لا يمكن مسائلة الطبيب أو الجراح، ما لم يرتب خطأ للمريض، فإذا أصاب الضرر المريض في حياته أو سلامة جسمه، كان هذا الضرر مادياً (الفرع الأول)، وإذا أصابه في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه، كان هذا الضرر أدبياً (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### الضرر المادي

الضرر المادي le préjudice matériel هو الذي يمس حقاً أو مصلحة مالية، فيتمثل في إلحاق خسارة أو تفويت كسب مالي. ففي بداية الأمر كان مجلس الدولة الفرنسي يتشدد في أن يكون الضرر قد أصاب حقاً قانونياً، وليس مجرد مصلحة. "ولذا كان المجلس لا يعرض عن وفاة قريب، إلا الأشخاص الذين لهم الحق قانوناً في مطالبته بالنفقة أثناء حياته. وعلى هذا الأساس فإنه يحكم بالتعويض عن فقد قريب لمن يعول ولو لم يكن ملزماً قانوناً بنفقتهم"<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - انظر، بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص. 16 وما بعدها.

<sup>2</sup> - انظر، محمود عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة، ص. 501.500.

فالتعدي على الحياة من أبلغ الضرر، وإتلاف عضو أو إحداث جرح أو إتلاف عضو أو إحداث جرح، أو إصابة الجسم أو العقل بأي أذى من شأنه أن يخل بقدره الشخص على الكسب، أو يكبد نفقات في العلاج<sup>1</sup>.

يشمل الجانب المالي للضرر في حالة الإصابة كل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب، ويضاف إلى ذلك الضرر المرتد الذي يصيب ذوي المتوفى في حالة الإصابة التي تعجز المضرور عن القيام بأي عمل.

### أولاً : الخسارة التي تلحق المصاب :

يمكن حصر الخسائر التي تلحق المصاب في تكاليف العلاج اللازمة للمضرور والإنقاص من قدراته على العمل أو خسارته الأجر أثناء العجز والنفقات الإضافية التي تترتب على الإصابة كضرورة الاستعانة بأجهزة إضافية كدراجة أو سيارة في حالة ما إذا أدت الإصابة إلى شلل، أو الاستعانة بشخص بقصد الإعانة على التحرك، وهذه العناصر ينبغي أن تكون تحت بصر القاضي عند تقديره للتعويض لأن هذه العناصر ضرورية في الحكم، ويخضع القاضي فيها لرقابة محكمة النقض، أي أنها مسألة قانونية<sup>2</sup>.

### ثانياً : الكسب الفائت بالنسبة للمصاب:

يتمثل الكسب الفائت بالنسبة للمصاب في كل الآثار السلبية للإصابة على نشاط المضرور الحال والمستقبل في مجال عمله، وتشمل فرص الاستغلال المالية التي كان يتمتع بها المضرور قبل الاعتداء، أو بتفويت الفرصة على المضرور. وإذا كانت الفرصة أمراً محتملاً، فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه، ويشترط فيها أن

<sup>1</sup> - انظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.484.

<sup>2</sup> - انظر، محمد حسين منصور ( النظرية العامة للالتزام )، المرجع السابق، ص. 79.

تكون قائمة وأن يكون الأمل في الفائدة منها مبرراً وموجوداً، ومثالها حرمان الطالب الذي تعرض لحادث جسماني من تقويت الامتحان<sup>1</sup>.

وجدير بالذكر أن المحاكم الفرنسية كانت في بادئ الأمر ترفض الحكم بالتعويض لفوات الفرصة، على أساس عدم تحقق الضرر، ولكنها أصبحت تحكم به على أساس أن فوات الفرصة فيه مساس بانتهازها ومحاولة الفوز والنجاح بها، فقد قضي بالتعويض لمرشح حرم من دخول الامتحان للحصول على وظيفة بسبب الطبيب الذي عالجه<sup>2</sup>.

ومن أمثلة تقويت الفرصة هو الحكم للخطيبة بالتعويض عن وفاة خطيبها إذ أن القتل فوت عليها فرصة الزواج، وتقدير القاضي للتعويض يكون على أساس الفرصة وليس على أساس نتيجتها<sup>3</sup>. وقد قضى المجلس الأعلى في حكم له<sup>4</sup> بالتعويض لأم عن الأضرار التي لحقت بجنينها وذلك نتيجة حادث أودى بحياة أبيه.

والتعدي على حياة المضرور من أبلغ الأضرار، وإتلاف عضو أو إحداث جرح أو إصابة الجسم أو العقل بأي أذى من شأنه الإخلال بقدره الشخص على الكسب أو بتكبيده نفقات علاج. ونشير إلى أن هناك أضراراً قد تتجم عن أخطاء طبية، يمكن تسميتها بالأضرار الجسمانية الطبية، وهي إما أضرار أصلية أو تبعية.

### أ: الضرر الأصلي

وهو عين الإصابة الجسمانية بغض النظر عما تكبده المضرور من خسارة أو إذاء لشعوره أو إثارة أحاسيسه، كأن يصاب في جسمه،" فهذا وحده حرمان له ميزة

<sup>1</sup> - انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، فقرة. 576، ص. 862.

<sup>2</sup> - أنظر، محكمة بوردو 16 كانون الثاني، 1950، دالوز، 1950، ص. 122 مقتبس عن حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص. 124.

<sup>3</sup> - انظر، محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج 2 ( مصادر الالتزام، الواقعة القانونية )، دار الهدى، الجزائر، ط2، 2004، ص. 80.

<sup>4</sup> - انظر، المجلس الأعلى، غ ج، بتاريخ 10/10/1984، ملف رقم 35511، المجلة القضائية، 1989، العدد الأول، ص. 53.

السلامة الجسدية أو إنقاص لها، بصرف النظر عما إذا كان الحرمان أو الإنقاص قد ترتب عليه ضرراً في دخله أو مساس بمشاعره وأحاسيسه"<sup>1</sup>.

### ب: الضرر التابع

قد يقتصر الضرر التابع على المصاب ذاته، وقد يمتد إلى غيره من أقاربه وذويه، وهو في الحالة الأولى وخلافاً للضرر المادي التابع يكون مرتبطاً بالإصابة الجسدية، فهو لا يقوم إلا بقيام الإصابة الجسدية، أما إذا كان الضرر الأدبي التابع مرتداً فيكون مستقلاً عن الضرر الأدبي كحالة الوفاة<sup>2</sup>.

وإذا كان الأصل في الضرر التابع سواء كان مادياً أو معنوياً يختلف من شخص إلى آخر، ويراعى فيه المركز الاجتماعي للمضرور، ومصادر قوته. لذلك ينبغي على القاضي أن يقدر التعويض على أساس ذاتي (شخصي)، بحيث يختلف من شخص إلى آخر، تبعاً لما تتركه الإصابة الجسدية من أثر مالي على المضرور وبحسب ما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني

#### الضرر الأدبي

ليس من السهل دائماً التمييز بين الضرر المادي والمعنوي، وإذا كان الضرر المادي *le préjudice matériel* هو الذي يمس بمصلحة مالية فإن الضرر المعنوي هو الذي يمس مصلحة غير مالية، ويمكن إرجاع هذا الأمر إلى أربع حالات:

<sup>1</sup> - انظر، قمرأوي عز الدين، مفهوم التعويض الناتج عن المسؤولية الطبية في الجزائر، موسوعة الفكر القانوني، ص. 53.

<sup>2</sup> - انظر، بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص. 19 وما بعدها.

<sup>3</sup> - انظر، قمرأوي عز الدين، المرجع السابق، ص. 54.

1- ضرر أدبي يصيب الجسم كالجروح وما تسببه من آلام وما تخلفه من تشوهات في الأعضاء.

2- ضرر أدبي يصيب الشرف والإعتبار والعرض، كالقذف والسب والشتم وهتك العرض.....

3- ضرر أدبي يصيب الشعور والحنان، كقتل الوالد أو ابن أو زوج.....

4- ضرر أدبي يصيب الشخص بمجرد الأعتداء على حق ثابت له<sup>1</sup>.

فالضرر الأدبي *le préjudice moral* هو " الضرر الذي يقع على المشاعر الإنسانية ويسبب ألماً داخلياً لا يشعر به إلا المضرور، وقد يسبب مرضاً نفسياً"<sup>2</sup>.

إنّ يتمثل الضرر الأدبي الناجم عن الإصابة الجسمانية، في كل ما يعانیه المضرور من آلام ومعاناة أثناء الإصابة وفترة العلاج، وما ينتج عنها من تشوهات أو عجز في الأعضاء والجسم بوجه عام، ويمكن تصنيف هذه الأنواع إلى مايلي:

#### أولاً: مضمون الضرر الأدبي

يشمل الضرر الأدبي كل ما يمر به المصاب من جراء الجروح أو التشوهات التي تصيب الجسم، وتضم المعاناة النفسية التي تختلج في صدر المصاب، وتمس بتوازنه وتكامله الجسماني، وما ينجر عنها من مضايقات وحزن وأسى؛ " أي أن الآلام المذكورة تنتج عن التشوهات أو العجز الذي يصيب الإنسان *préjudice*

<sup>1</sup> - أنظر، سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني (قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986، ص. 452.

<sup>2</sup> - أنظر، خالد عبد الله الشعيب، التعويض عن الضرر المعنوي (دراسة فقهية مقارنة بالقانون)، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، العدد 24، ج2، ص. 364.



thétique أو المضايقات الناجمة عن حرمانه من إشباع حاجاته الطبيعية والمألوفة في الحياة"<sup>1</sup>.

ومن قبيل الأضرار النفسية، فقدان الشخص لأحد حواسه كعينه أو أنفه. ومن أهم التطبيقات لذلك ما قد ينجم عن الحادث من إصابة المضرور بعجز جنسي، حيث يلحق هذا الضرر ذوي المضرور، ناهيك عن تفويت الفرصة في الإنجاب<sup>2</sup>.

فقد يصيب الضرر شرف الإنسان، أو عرضه، أو اعتباره، مثل إفشاء الأسرار، وما يترتب عن ذلك من تشويه لسمعته، كأن يذاعى عن شخص بأنه مريض مرض خطير، وقد قضت محكمة مصر الكلية بأن الأمراض من العورات التي يجب سترها، حتى لو كانت صحيحة، فإذا عنتها في محافل عامة يسيء إلى المريض، إذا ذكر اسمه، وبالأخص بالنسبة للفتيات، لأنه يضع العراقيل في طريق حياتهن، ويعكر صفو آمالهن، وهذا خطأ يستوجب التعويض<sup>3</sup>.

كما أن هناك أضرارا أدبية أخرى تتجلى في فقدان مباحج الحياة، والتي تؤدي إلى حرمان المضرور من ممارسة مباحج الحياة، الاجتماعية أو الرياضية. ومثال ذلك حرمان المضرور من ممارسة رياضة معينة أو هواية أو فن. ويدخل في ذلك الآلام التي تصيب العاطفة والشعور والحنان لذوي المضرور من جراء إصابته، إذ تتوفر مصلحتهم في طلب التعويض عن هذه الأضرار<sup>4</sup>.

و كان التعويض عن الضرر الأدبي يثير جدلا كبيرا، بسبب الاعتقاد بأنه لا يؤدي إلى نقص الذمة المالية من جهة، ومن جهة أخرى أن معظم الأضرار المعنوية تنشأ نتيجة لأضرار مادية، حيث يرى بعض الفقه<sup>5</sup> أنه من السهل تقدير الضرر الأدبي

<sup>1</sup> - انظر، محمد حسين منصور، (النظرية العامة للإلزام)، المرجع السابق، ص.778.

<sup>2</sup> - انظر، سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.452.

<sup>3</sup> - انظر، نقض بتاريخ 14/03/1949، مشار إليه في منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.496.

<sup>4</sup> - انظر، لحسين بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج1، دار هومه، الجزائر، دون سنة، ص.103.

<sup>5</sup> - انظر، عبد العزيز سليم، قضايا التعويضات، بدون دار نشر، ط 8، 2002، ص.52.

ومحو آثاره، كالتشوه الناجم عن الحادث، وعلى الخصوص إذا أصاب الحادث المظهر الجمالي للمضروب.

لكن بعد ذلك ذهب جمهور الفقهاء<sup>1</sup> إلى القول بجواز التعويض عن الضرر الأدبي حيث يرون أن القول بأن طبيعة هذا الضرر لا تقبل التعويض، وأن تقدير التعويض مستعص، إذ لا يقصد بتعويض الضرر محوه، وإزالته من الوجود، وإلا فالضرر الأدبي لا يمحي ولا يزول بتعويض مادي.

وبناء على هذا يمكن التعويض عن الضرر المعنوي، فمن أصيب في جسمه، جاز أن يعرض عن جميع الآلام الجسمانية والنفسية، وأن مجرد الحكم على المسؤول بتعويض ضئيل ونشر هذا الحكم لكفيل برد اعتبار المضروب، ونصوص القانون الفرنسي في عمومها تسمح بالتعويض عن الضرر الأدبي بقدر ما تسمح بتعويض الضرر المادي.

ولقد استقرت المجالس القضائية على مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي ابتداء من قرار 05 جوان 1933 الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، حيث أصبحت المجالس القضائية لا تفرق بين تعويض الضررين<sup>2</sup>.

وكذلك الشأن في القضاء الجزائري استقر على تعويض مختلف أنواع الضرر إذ أنه لا يزال يستتير باجتهادات المحاكم الفرنسية.

ونص المادة 3/4 من ق إ ج لا زالت تطبقه الغرفة الجزائرية في العديد من قضاياها ، ومن ذلك حكم محكمة الجنايات لولاية الجزائر بتاريخ 26 سبتمبر 1979 الذي قضى في دعوى الاعتداء على شرف فتاة بمبلغ 60 ألف دينار كتعويض عن الضرر المادي و15 ألف دينار كتعويض عن الضرر المعنوي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - C f, François Terre, Philippe Simler et Yves lequette , op. cit, p.559.

<sup>2</sup> - انظر، حكيمة بعطوش، تعويض الضرر المعنوي، نشرة القضاة، 1995، العدد 47، ص. 81.

<sup>3</sup> - انظر، محكمة الجزائر، غ.ج، بتاريخ 29 سبتمبر 1979، قضية رقم 169 / 1399، غير منشور، مقتبس عن حكيمة بعطوش، المرجع السابق، ص.82.

ومن المقرر قانوناً أن الضرر الأدبي يكفي وحده للحكم بالتعويض<sup>1</sup>. وتطبيقاً لذلك قضى للأمر التي فقدت ابنتها نتيجة حادث مرور بتعويض عن الضرر الذي أصابها بسبب فقد ابنتها، ولا محل لدفع مسؤولية المتهم عن التعويض بأن القتيلة كانت صغيرة السن لا تعول والدتها، وأن موتها لم يسبب لوالدتها إلا ضرراً أدبياً محضاً، لأن قتل الأبناء فضلاً عما يتركه في نفوس أهلهم من اللوعة والحسرة، وما يسبب لهم من الأشجان والآلام المبرحة التي تضر بهم أضراراً بالغة، لا يصح أن ينظر فيه إلى الوجهة المادية فقط لأنها قد تكون أقل الوجهات اعتباراً في هذه الظروف.

غير أنه يثار تساؤل بصدد التعويض عن هذه الأضرار في حالة الإصابة، يتجلى في معرفة الأساس الذي يستند القاضي في تقديره للتعويض عن هذه العناصر؟، هل يستند إلى معيار شخصي ينظر من خلاله إلى المضرور من حيث ظروفه الاجتماعية ومركزه المالي، وثقافته العلمية، أم يعتمد على معيار موضوعي مادي يتصل بمقدار الضرر الحادث بالذات؟.

للإجابة على هذا السؤال، يرى الأستاذ السنهوري أن الظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور هي التي تدخل في الاعتبار لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور بالذات، فيقدر على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي<sup>2</sup>.

ويرى البعض<sup>3</sup> أنه لا غنى للقاضي على الأخذ بالمعيارين معاً، حيث أن هناك أضراراً تنتم بالموضوعية وتشمل كل ما ينتقص من سلامة الجسم، وهي لا تختلف من شخص إلى آخر. وتقدير التعويض عنها يتعين بالنظر إلى الضرر ذاته، أما بقية عناصر الضرر الأخرى فيطبق من أجلها المعيار الشخصي، وبالتالي يتعين النظر إلى الظروف الشخصية والاجتماعية والثقافية للمضرور.

<sup>1</sup> - انظر، نقض مصري 1904/10/13، مقتبس عن عبد العزيز سليم، المرجع السابق، ص.54.

<sup>2</sup> - انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، فقرة. 648، ص.798؛ وانظر، شريف الطباخ المحامي، التعويض في حوادث السيارات في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص. 148.

<sup>3</sup> انظر، طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص. 86-87.

وإذا كان للقاضي في الجزائر سلطة تقديرية مطلقة إلا أننا نرى أن إطلاق هذه السلطة من شأنه أن يؤثر على حقوق المضرور في التعويض، وذلك نظراً إلى اختلاف رؤية كل قاض واختلاف انتمائته، حيث بات من الضروري التدخل لضبط هذه السلطة وتنظيمها. وقد صدر قرار عن المجلس الأعلى مؤداه أنه "إذا كان مؤدى المواد 130، 131، و182 من القانون المدني، أن التعويض يخضع في تقديره لسلطة القاضي، فإن عدم الإشارة من طرف قضاة الموضوع إلى مراعاتهم الظروف الملائمة للضحية وقيامهم بتحديد الخسارة، يجعل قرارهم غير سليم ويعرض للنقض"<sup>1</sup>.

من خلال هذا القرار نستنتج أن المحكمة العليافي الجزائر قد تركت تقدير التعويض لقضاة الموضوع، بشرط مراعاة الظروف الملائمة، وما لحق الدائن من خسارة كما سنرى لاحقاً، ففي هذا القرار لم يراعى فيه الظروف الملائمة للضحية ومدى الخسارة اللاحقة، وهو ما جعل القرار معيباً ومعرضاً للنقض.

### ثانياً : موقف التشريع

ونتناول في هذا المقام موقف التشريعين الفرنسي، ثم الجزائري

#### أ: موقف التشريع الفرنسي:

لقد فرق القانون الفرنسي بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية متأثراً بالقانون الروماني من حيث التعويض عن الضرر المعنوي، حيث كان الأصل أن الإخلال بالتزام تعاقدي لا يخول للدائن المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي. وهذا ما أثر على فكرة التعويض وجعلها غامضة وغير واضحة إلى فترة لاحقة نتيجة للتفسير الذي قال به الفقيهان "دوما" و "بوتيه"<sup>2</sup>، حيث ظلا يرفضان التعويض عن الضرر المعنوي في المجال التعاقدية. كما أن القانون المصري ساير القانون الفرنسي في التعويض عن الضرر المعنوي.

<sup>1</sup> أنظر، المجلس الأعلى، غم، بتاريخ 1985/05/08، ملف رقم 39694، المجلة القضائية، 1989، العدد3، ص. 34.

<sup>2</sup> انظر، بشأن هذه المسألة حكيمة بعبوش، المرجع السابق، ص. 82-88.

## ب: موقف التشريع الجزائري:

لم يكن المشرع ينص صراحة على التعويض عن الضرر المعنوي، فكانت المادة 124 ق.م.ج تنص على أن "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ، ويسبب ضررا للغير ، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"

فالمادة جاءت عامة لم تميز بين الضرر المادي والمعنوي، وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري قد أجاز التعويض عن الضرر المعنوي بذكره كلمة " ضرر " دون تمييز، وفي التعديل الأخير لسنة 2005 جاء بمادة جديدة هي المادة 182 مكرر التي نصت على أنه "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة". فهذا النص رغم حداثة إلا أنه لم يكن وافيا وشاملا. فنحن نقرأ المادة وكأننا نسلم بأن هناك مادة سابقة تتحدث عن التعويض عن الضرر المعنوي، في حين لا توجد هذه المادة هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن المادة جاءت ناقصة، اللهم إلا إذا وردت هذه الحالات على سبيل المثال لا الحصر، وهو الأرجح بنظرنا.

ومن التطبيقات القضائية في ذلك ما جاء في قرار المجلس الأعلى<sup>1</sup>، حيث جاء في حيثياته: " متى كان مقررا أن الضرر ماديا أو معنويا ومن ثمة فإن حكم محكمة الجنايات الذي قضى في دعوى الضحية في حقه وحق أولاده القصر في التعويض عن وفاة إبنه، يعد قضاء منتهكا للقانون. ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أن قضاة محكمة الجنايات أسسوا قضائهم على كون الضحية كانت نفقة الطرف المدني الذي لم يلحقه لهذا السبب أي ضرر، فإنهم بقضائهم كما فعلوا لم يحيطوا بالدعوى من جميع جوانبها واقتصروا بذلك على الضرر من جانبه المادي فقط دون اعتبار لجانبه المعنوي، مما جعل قضائهم ناقصا. ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال الحكم المطعون فيه".

ففي هذا القرار فقد أسس قضاة الموضوع قضائهم على الضرر المعنوي دون اعتبار للضرر المعنوي، وبالتالي اعتبر قرارهم ناقصا ومعيبا ومحلا للنقض. ويعتبر

<sup>1</sup> - انظر، المجلس الأعلى، غ.ج، قرار بتاريخ 1986/07/08، ملف رقم 42308، المجلة القضائية 1990، العدد الأول، ص.254.

هذا القرار بمثابة تكريس للتعويض عن الضرر المعنوي من جهة، وللتعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن الوفاة بدليل أن محل التعويض في هذا القرار هو وفاة الابن.

وقد توسع القضاء في الحكم بالتعويض عن الأضرار الأدبية لصالح الفنانين وزوجاتهم الذين يهتمون بأناقتهم وجمالهم، وبالأخص لعارضات الأزياء واللاتي يعد جمالهن أساس حياتهن ومصدر رزقهن وثروتهن وشهرتهن. وقد قضت محكمة الجناح لمدينة الرغاية في الدعوى المدنية للطبيب الذي تعرض لحادث مرور أصيب على إثره بجروح متنوعة تسببت له في أضرار مست جماله وسمعته بتعويضات سخية<sup>1</sup>.

وإذا كان المساس بجسم الإنسان الذي لا يؤدي إلى الوفاة يولد أضراراً تستوجب التعويض، فما هو الحكم إذا أدى هذا المساس إلى الوفاة؟، وهل تعد الوفاة ذاتها عنصراً مستقلاً عن بقية الأضرار الأخرى؟ وإذا كانت كذلك فما طبيعة هذا الضرر؟، هذه الأسئلة سوف نحاول الإجابة عنها في المطلب الثاني.

## المطلب الثاني

### الضرر في حالة الوفاة

قديؤدي الضرر الطبي الى وفاة المريض أو التعجيل بها، وهو ما يستوجب تعويضه عنها ، وينتقل هذا التعويض إلى ورثته، وهو ما يطلق عليه بالتعويض الموروث، لذلك سنتناول في هذا المطلب على التوالي: ضرر الموت ( الفرع الأول)، عناصر الضرر في حالة الوفاة (الفرع الثاني)، طبيعة ضرر الموت ( الفرع الثالث).

<sup>1</sup> - انظر، حكيمة بعطوش، المرجع السابق، ص. 95.

## الفرع الأول

### ضرر الموت

اختلف الفقه والقضاء حول اعتبار الموت ضررا مستقلا بين مؤيد ومعارض، وكل فريق تؤيده حجج، وللوقوف على مدى صحة موقف كل فريق نعرض لأهم حججهم فيما يلي:

#### أولا : الاتجاه الرافض لفكرة الموت كضرر مستقل

ذهب كثير من الشراح من بينهم جوسران و بيرسون<sup>1</sup> إلى القول بأن الموت الذي ينشأ نتيجة الاعتداء على المضرور لا يعد ضررا مستقلا، ومن ثمة لا يستحق المضرور ولا ورثته التعويض عنه، على أساس أن كل نفس ذائقة الموت عاجلا أم آجلا، وأن الحياة لا تقبل التقويم النقدي، بالإضافة إلى ذلك أن الميت لا يشعر بالألم ولا يحس شيئا، وأن شخصيته تنتهي بوفاته، وتزول معها صلاحيته لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات.

ومن أهم النتائج المترتبة على عدم اعتبار الموت ضررا مستقلا، أنه إذا أدت الإصابة إلى وفاة المضرور، فلا يستحق عنها تعويضا، لأنه يكون في تلك اللحظة قد فارق الحياة ولم تعد له ذمة مالية، وأن ورثته لا يستحقون بهذه الصفة تعويضا عن الوفاة. غير أنهم يمكن أن ينالوا تعويضا عما لحقهم من ضرر شخصي تحقق لهم تبعا للوفاة، أي يستحقونه بصفتهم الشخصية وليس بصفتهم ورثة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - راجع بشأن هذه المسألة سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، القسم الأول، مجلد 2، (الفعل الضار)، مطبعة السلام، القاهرة، 1988، ص. 172.

<sup>2</sup> - انظر، ناصر جميل محمد الشمايلة، الضرر الأدبي وانتقال الحق في التعويض عنه، دار الاسراء عمان، ط1، 2005، ص. 214..

## ثانيا: الاتجاه المؤيد لفكرة الموت كضرر مستقل

يذهب مؤيدوا هذا الاتجاه وعلى رأسهم الأستاذ السنهوري<sup>1</sup> إلى القول أنه يتعين الاعتراف للمضرور بنشوء الحق في التعويض عن وفاته، وبأن هذا الحق يولد في ذمة المضرور قبل وفاته، ولو أدى الاعتداء إلى الوفاة الفورية، "وذلك تأسيسا على أن الموت مادام نتيجة للفعل الضار فلا بد أن يكون السبب تقدم المسبب، ويكون نشوء الحق في التعويض سابقا بالتالي على حصول الوفاة"<sup>2</sup>.

ويؤسس هذا الفريق ما ذهب إليه على عدة حجج، منها ما يتضمن ردا على الفريق الأول ومنها ما يؤيد بها رأيه، وتتلخص فيما يلي:

1- أنه إذا كان الموت هو المصير المحتوم لكل إنسان حي، وإن كان لا يستحق عنه تعويضا إن وقع قدرا، فهذا لا يمنع من التعويض عنه إن وقع بفعل فاعل لأن الاعتداء يكون هو الذي عجل بموته وحرمه من الحياة.

2- إن الحياة هي أعلى ما يملكه الإنسان باعتبارها مصدر قوته وعقله ونشاطه المالي وغير المالي، وأن الحرمان منها يعني الحرمان من كل متعة ومن كل ثروة.

3- إن القول بأن من يحرم من حياته لا يحس ولا يفقد شيئا قول غير صحيح، إذ أن نزع الروح الآدمية عن الجسد يصاحبه آلاما حسية ومعنوية. وأن القول بأن الحق في التعويض ينقضي بوفاة المضرور إذا لم يبد المضرور رغبته في المطالبة بالتعويض قبل الوفاة قول غير مستساغ، إذ لا توجد فرصة ليبيديه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 1167-1168.

<sup>2</sup> - انظر، طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص. 103.

<sup>3</sup> - انظر، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 172.



لقد أيد هذا الاتجاه القضاء الفرنسي وكذا الجزائري حيث قد صدر في هذا الشأن قرار عن المجلس الأعلى بتاريخ 10 أكتوبر 1984،<sup>1</sup> جاء في حيثياته "...ومتى ثبت في الدعوى دون أن يحظى من طرف القضاء بالاعتراف في استحقاق التعويض عن الحادث الذي أودى بحياة الوالد، فإن المجلس القضائي حين رفضه الطلب قضائه بصرف الأم بما تراه مناسباً يكون قد أنكر حقاً مكتسباً أقره القانون ومن ثمة أخطأ في التطبيق مما يستوجب النقض".

فهذا القرار قد أوجب تعويض الجنين عن وفاة والده، مما يستنتج منه أن القضاء الجزائري قد أخذ بالتعويض عن الوفاة، حيث أنه إذا كان المسلم به أن الاعتداء الذي يقتصر على مجرد المساس بجسم الإنسان دون أن يؤدي إلى الوفاة يشكل ضرراً يستوجب التعويض، فمن باب أولى إذا أدى هذا الفعل إلى الوفاة، لذلك أرى أن التعويض عن ضرر الموت ضرورة فرضت نفسها لاسيما في هذا العصر الذي كثرت وتعددت فيه الأضرار وبالتالي الوفاة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى بالنظر إلى الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن الوفاة.

فالعدالة إذن تقتضي إعادة التوازن في ذمة المضرور الذي قتل إثر الاعتداء المميت، إذ أن إثبات الحق في تعويض ضرر الموت من شأنه أن يعيد التوازن في ذمة المضرور في لحظة كان من حقه أن يظل هذا التوازن قائماً فيجب، فيجب أن يسأل من قطع هذا التوازن بإعادته إلى ما كان عليه ما أمكن.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> - انظر، المجلس الأعلى، غ.ج، بتاريخ 10 أكتوبر 1984، ملف رقم 35511 المجلة القضائية، 1989، العدد 01، ص. 53.

<sup>2</sup> - Mazeud. H.et L et Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civil d'ellectuelle et contractuelle, Tomes 1-6, paris, 1963, p.337.

### ثالثا : ضرر الموت في الفقه الإسلامي

من القواعد الأصولية والمسلم بها في الفقه الإسلامي قاعدة أنه لا يهدر دم في الإسلام، وأن من أهم الحقوق وأولها حماية في الإسلام هو الحق في الحياة. وفي هذا قال تعالى {ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق}<sup>1</sup>

ويقسم الفقهاء الاعتداء على النفس إلى ثلاثة أقسام<sup>2</sup>:

- 1- جنائية على النفس مطلقا، و يدخل فيها القتل بمختلف أنواعه.
- 2- جنائية على ما دون النفس، ويدخل فيها الضرب والجرح.
- 3- جنائية على ما هو نفس من وجه دون وجه، وهي الإجهاض.

وقد جعلت الشريعة القصاص عقوبة للقتل والجرح العمد، فيقتل المجرم كما قتل ويجرح كما جرح، وجعلت الدية عقوبة أصلية للقتل الخطأ مصداقا لقوله تعالى {وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا}<sup>3</sup>.

وقد أوجب الإسلام دفع الدية تعويضا للميت واحتراما للنفس، والحكمة منها الزجر والردع وحماية الأنفس. والدية وإن كانت عقوبة غير أنها تشبه التعويض من حيث أن مآلها إلى ذمة المجني عليه، ولذلك فإنها طبقا للرأي الراجح جزاء يجمع بين العقوبة والتعويض معا.

فقد ساوت الشريعة الإسلامية بين الأفراد في الدية، فجعلت دية الصغير كدية الكبير ودية الضعيف كدية القوي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - سورة الإسراء، الآية 33، برواية ورش.

<sup>2</sup> - انظر، طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص. 110.

<sup>3</sup> - سورة النساء، الآية. 92.

<sup>4</sup> - CF, Ghouti benmelha , la Diya, peine pénale ou réparation due à la victime .r.a.s.j.e.p, 1996, n. 4, p.35 .

بعد التطرق إلى عناصر الضرر الجسماني، نتطرق الآن إلى عناصر الضرر الجسماني في حالة الوفاة، باعتبار أن هذه العناصر ضرورية ليني القاضي عليها حكمه، بيد أنها من مسائل القانون التي يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا.

## الفرع الثاني

### عناصر الضرر في حالة الوفاة

إذا أدى الضرر إلى وفاة المريض، فإن الوفاة تعد العنصر الأول الذي يتعين أن تكون له أولوية في التعويض، وينتقل هذا التعويض إلى الورثة، لذا يطلق عليه التعويض الموروث، ويرتبط بوفاة المضرور إصابة ذويه بأضرار محددة تسمى بالضرر المرتد أو الضرر غير المباشر.

#### أولاً: الضرر الذي يصيب المتوفى (الضرر الموروث)

قد يؤدي الحادث إلى وفاة المضرور مباشرة أو إصابته إصابة تؤدي إلى وفاته بعد مدة زمنية معينة، وعليه يمكن أن يترتب في هذه الحالة ثلاثة أنواع من الأضرار: أضرار الإصابة التي تسبق الوفاة، الأضرار الناتجة عن فقد الحياة بالإضافة إلى مصاريف الجنازة.

#### أ: أضرار الإصابة التي تسبق الوفاة.

إذا كان الضرر الأدبي هو موت الشخص، وجب التمييز بين الضرر الذي أصاب الميت نفسه - وهذا الضرر لا ينتقل إلى الورثة<sup>11</sup> - وبين الضرر الذي أصاب أقارب الميت وذويه، في عواطفهم وشعورهم الشخصي من جراء موته

إذا تسبب الحادث في إصابة المضرور جاز له المطالبة بالتعويض عن الضرر قبيل الوفاة عن كل ما لحق به من أضرار مادية أو أدبية. كما يجوز له التنازل صراحة

<sup>11</sup> - هذا الضرر لا ينتقل إلى الورثة ما لم يحدد ذلك بمقتضى الاتفاق، أو طالب به الدائن أمام القضاء. انظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.497.

أو ضمنا عن حقه في التعويض ، ولا محل لافتراض التنازل عن وفاة المضرور قبل رفع الدعوى<sup>1</sup> .

وعليه يجوز للمضرور المطالبة بالتعويض عن تفويت الفرصة وعن الكسب الفائت، وينتقل التعويض إلى الورثة حتى لو حكم به بعد الوفاة، وللورثة المطالبة به بعد الوفاة.

وإذا نجمت الوفاة عن فعل ضار، فإن هذا الفعل لا بد أن يسبق الموت ولو بلحظة واحدة. ويكون المضرور في هذه اللحظة أهلا لكسب حقه في التعويض عن الضرر الذي لحقه، وحسبما يتطور هذا الضرر ويتفاقم ومتى ثبت له هذا الحق قبل وفاته، فإن ورثته يتلقونه عنه في تركته، ويحق لهم مطالبة المسؤول بجبر الضرر المادي الذي سببه لمورثهم، لا من الجروح التي أحدثها فحسب، وإنما أيضا عن الموت التي أدت إليه هذه الجروح باعتباره من مضاعفاتها<sup>2</sup>.

إن الوفاة الفورية في الحادث لا بد وأن تسبقها ولو بلحظة أضرارا يستحق عنها المضرور تعويضا. وينتقل هذا الحق إلى ورثته فيما يتعلق بالضرر المادي، أما التعويض عن الضرر الأدبي فلا ينتقل إلى الورثة لأن المورث مات في الحال ولم تتح له الفرصة في الإتفاق مع المسؤول ولم يطالب به أمام القضاء، هذا بالنسبة للقانون المصري حيث يشترط هذا الخير في المادة 222 مدني مصري لانتقال الحق في التعويض عن الضرر المعنوي إلى الورثة أو الغير؛ أن يكون هناك اتفاق بين المسؤول وهذا الغير، أو أن يطالب به المتوفى أمام القضاء قبيل الوفاة.

### ب: الأضرار الناجمة عن فقد الحياة.

يعتبر فقدان الحياة يعتبر أقصى الأضرار التي تصيب الشخص وتستوجب التعويض، ومتى ثبت للمضرور هذا الحق وقت وفاته انتقل بعد ذلك إلى ورثته. وتتمثل

<sup>1</sup> - انظر، محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.784.

<sup>2</sup> - انظر، نقض مصري، 1981/04/29، س32، ص. 1328، مقتبس من محمد حسين منصور (النظرية العامة للالتزام)، المرجع السابق، ص.785.

هذه الأضرار في تفويت فرصة تحقيق الكسب المالي الذي كان من المنتظر تحقيقه قبل وقوع الاعتداء. ويشمل كافة فرص الاستثمار المالي التي كانت متاحة للمضرور، وتشمل المرتب، الأرباح، الفوائد المالية أيا كان نوعها<sup>1</sup>.

كما يتم التعويض عن الأضرار الأدبية والمتمثلة في الآلام البدنية التي يشعر بها المصاب وتصاحب خروج الروح من الجسد بسبب شدة الإصابة، وعن الآلام المعنوية التي يشعر بها المضرور وهو يرى نفسه مشرفا على الموت وما أشده من ضرر؟! وهذا بعدما كان يأمل ويشعر بالسعادة والهناء إذا به وقد تبددت تلك الآمال وتبعثرت، ولا شك أن الحزن والأسى التي يعيشها المضرور في تلك اللحظة تشكل أضرارا محققة ومؤكدة.

وقد اختلفت التشريعات<sup>2</sup> حول الأشخاص المستحقون للتعويض الموروث، فبالنسبة للقانون المدني المصري والقوانين العربية التي حذت حذوه، لا ينتقل الحق في التعويض إلى الخلف إلا إذا اتفقت الضحية مع المسؤول أو رفع دعوى قضائية قبل الوفاة، متأثرة بالقضاء الفرنسي سابقا، أما الآن فأصبح القضاء الفرنسي يسوي بين الضرر المادي والأدبي، فالحق في تعويض الضرر الذي أصاب المورث في جسمه وأعضائه وما تولد عنه من آلام جسمية ونفسية ينتقل إلى الورثة دون أي اتفاق ولو سكت المورث عن المطالبة به، وربما كان سبب هذا السكوت عجزه عن التحرك.

هذا ولم يشترط القانون الجزائري في انتقال التعويض إلى الورثة أي شرط، وذلك لعدم وجود نص قانوني ينص على ذلك<sup>3</sup>. وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في

---

<sup>1</sup> - انظر، محمد حسين منصور، المضرور والمستفيد من التأمين الإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص. 161.

<sup>2</sup> - انظر، المحكمة العليا، غم، بتاريخ 2001/05/22، ملف رقم 10511، المجلة القضائية، 2003، العدد 2، ص. 111.

<sup>3</sup> - انظر، حكيمة بعطوش، المرجع السابق، ص. 106.

قرارها الصادر في 2001/05/22 بأن " الحق في التعويض الناشئ قبل وفاة الضحية ينتقل إلى الورثة"<sup>1</sup>.

ويعبر البعض عن مضمون الضرر الناجم عن فقد الحياة بأنه لا يعدوا أن يكون ضررا جسمانيا بالغا أقصى درجات الجسامة لأنه يتضمن الحرمان من القدرات البدنية والذهنية، ومن ثمة فإن هذا الضرر يتكون من جانبين ينبغي مراعاتهما أثناء تقدير التعويض، أحدهما موضوعي ثابت يتمثل في الحرمان من تلك القدرات والثاني شخصي متحرك يتمثل في الحرمان من ثمار تلك القدرات. فبينما يوجد الأول من الناحية الموضوعية بغض النظر عن التقدير الشخصي للمضروب، بحيث لا يتبدل موضوعه أو نطاقه من شخص إلى آخر. يتوقف الثاني في وجوده ومداه على الظروف الشخصية الخاصة بكل مضروب على حدى، كطبيعة عمله ومدى كسبه منه قبل الإصابة<sup>2</sup>.

### ج: مصاريف الجنازة.

تندرج ضمن الأضرار التي تلحق المجني عليه مصاريف الدفن والجنازة ومراسيم التعزية وإعداد الوجبات. ويمكن المطالبة بتلك المصروفات باسم التركة بحيث تدخل كدين ضمن عناصرها السلبية، ولا يمكن الاحتجاج بأنها حتمية الإنفاق ومن ثمة لا يجوز طلب التعويض عنها حيث يذهب غالبية الفقه<sup>3</sup> إلى أن الأمر يتعلق بالتعويض عن دفع تلك المصروفات قبل الأوان.

ثانيا: الضرر الذي يصيب ذوي المتوفى (الضرر المرتد) *dommage par ricochet*

قد يقتصر أثر الفعل الضار على المتضرر المباشر فلا يتعداه إلى غيره، وقد تمتد آثاره لتصيب أشخاصا آخرين تربطهم بذلك المتضرر رابطة معينة تجعلهم

<sup>1</sup> - انظر، المحكمة العليا، غم، بتاريخ 2001/05/22، ملف رقم 10511، المجلة القضائية، 2003، العدد2، ص.111.

<sup>2</sup> - انظر، محمد حسين منصور، ( النظرية العامة للالتزام)، المرجع السابق، ص. 788.

<sup>3</sup> - انظر، محمد حسين منصور، ( النظرية العامة للالتزام )، المرجع السابق، ص. 789.

يتأثرون ماديا أو معنويا بالأضرار التي أصابته. فالفعل الضار في هذه الحالة يرتب نتيجتين مترابطتين مع بعضهما الأولى تتمثل في الضرر الذي أصاب الضحية المباشرة بينما الثانية فنتمثل في أضرار ارتدت على الغير. وعليه نسمي بصفة عامة ضررا مرتدا كل أذى لحق الضحية نتيجة ضرر جسماني أصاب الضحية مباشرة، والمثال الحي لذلك الضرر اللاحق بالزوج أو الأبناء القصر عند وفاة الزوج أو الأب نتيجة حادث.<sup>1</sup>

فإذا أصيبت امرأة متزوجة بحادث نتجت عنه أضرارا أصابتها وأضرارا أخرى ارتدت على زوجها فإن لكلا الزوجين أن يطالب المسؤول بالتعويض.

وعليه فإن الضرر المرتد هو ضرر يقع على غير من يقع عليه الفعل الضار مباشرة، فمن يطلق عيارا ناريا على أحد فيصيبه إصابة تورث عنده عجزا يؤثر على عمله، فلا شك أن هذا العجز وما تبعه من خسارة مادية ونفقات علاج وكل ما يشعر به المصاب من آلام وأوجاع قابل للتعويض.<sup>2</sup>

والضرر المرتد شأنه شأن الضرر بصورة عامة قد يكون ماديا وقد يكون أدبيا وونتأوله فيما يلي:

#### أ: الضرر المادي المرتد

يرتبط الضرر المرتد بالوفاة الفورية<sup>3</sup>، والفقهاء بعدما وضع حلو لا أراد أن يحقق تعويض الضرر المرتد في وجود رابطة أبوية أو ارتباط، أي علاقة زوجية وقد

<sup>1</sup> On appelle généralement dommage par ricochet l'ensemble des préjudices subis par un tiers victime du fait du dommage corporel initial dont est directement atteinte la victime immédiate. l'exemple type est celui des préjudices subis par le conjoint et les enfants mineurs lorsque leur époux et père est tué dans un accident.

C f. Yvonne LAMBERT FAIVRE. Droit du dommage corporel- systèmes d'indemnisation- 4<sup>eme</sup> édition , Dalloz, 2000, n 173 ,p.275.

<sup>2</sup> انظر، عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، لأردن، 1998، ص. 48

<sup>3</sup> Cass. Civ. 22/12/1942, cité par Yvonne Lambert-Faivre, droit des assurances, 10<sup>eme</sup> édition, Dalloz ,Paris ,1998, n829 p.608.

رفضت محكمة النقض الفرنسية التعويض عن الضرر المرتد للخطيبة وذلك في قرارها الصادر في 19/10/1943<sup>1</sup>.

يفترض في الضرر المرتد حدوث ضرر يصيب الضحية المباشرة ليرتد عنه على من يرتبط معها بعلاقة معينة تجعل ذلك الإرتداد أمراً ممكناً. والضرر الذي يصيب الضحية لا يعدوا أن يكون مادياً أو جسمانياً. ومن أهم صورته، التعويض عن فقد العائل حيث استقرت محكمة النقض المصرية<sup>2</sup> على أن الضرر المالي المرتد الواجب جبره هو ما يسببه الحادث لذوي المتوفى في فقد العائل الذي كان يعولهم فعلاً. فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه " إذا كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدهم المذكورين بالغبن وأولاده متزوجون، ولم يثبت على وجه اليقين قيام مورث كل منهم بالاتفاق عليه وهو مناط استحقاقه التعويض عن الضرر المادي فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يستوجب نقضه"<sup>3</sup>.

وتصل محكمة النقض إلى تلك النتيجة من خلال التسلسل في تطبيق المبادئ العامة، فهي تستعمل الحكم ببيان معيار تعويض الضرر المرتد، فإن أصاب الضرر شخص بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصاً آخر فلا بد أن يتوفر لهذا الأخير حق أو مصلحة مالية مشروعة يعتبر الإخلال بها ضرراً أصابه<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> S'agissant du préjudice d'affection accompagnant la mort ou les blessures subies par un être humain ,la jurisprudence ,après avoir adopté en termes assez généraux une solution libérale ,voulut ,d'une part ,subordonner la réparation du préjudice d'affection l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance et ,d'autre part, ne l'admettre qu'en cas de décès de la victime immédiate ou ,à tout le moins ,que si les proches souffrent d'un dommage de gravité exceptionnel ,mais ces restrictions ont été abandonnées ;Yvonne Lambert-Faivre,Droit des assurances , Op. Cit.P.608.

<sup>2</sup> انظر، نقض مصري 1983/3/23، طعن 1598، س 52، ق، مقتبس من محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.790.

<sup>3</sup> انظر، نقض 1980/01/23، س 31، ج 1، ص 255، مقتبس عن محمد حسين منصور، النظرية العامة، المرجع السابق، ص. 791.

<sup>4</sup> -CF ,Yvonne Lambert-Faivre op. cit. .n° 1889.p285. les préjudice économiques de la victime par ricochets s'analysent, comme pour la victime directe, en pertes subies de frais et dépenses divorces , et en gains manques de pertes de ressources.



والعبرة في الضرر المرتد هي ثبوت أن المتوفى كان يعول صاحب المصلحة فعلا وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة<sup>1</sup>. وأن العبرة بالإعالة الفعلية بغض النظر عن صلة القرابة أو الحق في النفقة، فالعبرة بما هو كائن فعلا، لا بما ينبغي أن يكون.

وعلى ذلك يمكن الحكم بالتعويض لمن أثبت أن المتوفى كان يعوله وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة. وإذا كانت العبرة بالإعالة الفعلية فهل يعني ذلك إمكان الحكم بالتعويض لأي شخص كان يعوله المجني عليه حتى ولو كان مجرد صديق له؟

إن تطبيق المعيار على إطلاقه تقتضي الإجابة بنعم إلا أنه يصعب قبول تلك النتيجة لأن الإعالة في مثل هذه الحالات وأن كانت ثابتة إلا أن فرصة الاستمرار على ذلك ليست محققة، فالعلاقات بين الأشخاص تتغير وتتقلب في كل وقت لذا نجد القضاء يقتصر على الإعالة بين الأقارب الذين يقوم بينهم التزام مدني أو طبيعي بالنفقة حيث تثبت الإعالة الواقعية ويتحقق الاستمرار. فحينئذ يجوز للزوجة طلب التعويض عن الضرر المادي بسبب فقد زوجها ولها الحق في أن تطالب بذلك بصفقتها ولية على أولادها<sup>2</sup>.

ولا يجوز الحكم بالتعويض إذا اقتضى هذا الأصل بإثبات العكس، كما لو ثبت أن الزوجة كانت صاحبة دخل وفير تتولى منه الإنفاق على نفسها وبيتها بما في ذلك زوجها العاجز عن الكسب عديم الدخل. وبالنسبة للزوج فالأصل لا يجوز له المطالبة بالتعويض المادي بسبب وفاة زوجته لأنه هو المكلف شرعا بالإنفاق عليها. أما إذا أثبت أن الزوجة هي التي كانت تعول زوجها وتساهم في المصروفات العائلية جاز للزوج المطالبة بالتعويض عن الضرر المرتد عن فقدان زوجته.

<sup>1</sup> - انظر، محكمة النقض المصرية، 1983/03/23، قرار رقم 1595، مقتبس من عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص. 49.

<sup>2</sup> - أنظر، عزيز كاظم، المرجع السابق، ص. 32.

يرد على معيار الإعالة قيد هو شرط مشروعية المصلحة التي يشكل الفعل الضار مساسا بها، فإذا كان المجني عليه يعول خليلته بقصد استدامة العلاقة بينهما، لم يكن لها الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي نتيجة وفاته<sup>1</sup>.

### ب: الضرر الأدبي المرتد

الضرر الأدبي من المسائل التي لم يتوقف الجدل حولها حتى الآن. فاختلقت الآراء حول التعويض عنه رغم أن له جذورا تمتد إلى أزمان بعيدة، فلو نظرنا إلى الأضرار التي تناولتها الشرائع القديمة لوجدنا أنها أضرار أدبية، وأن التعويض عنها لا يعدو أن يكون عقابا للمسؤول أكثر من كونه تعويضا للمضرور، ولا غرابة في هذا لأن التفكير آنذاك لم يصل إلى حد الفصل بين العقوبة والتعويض<sup>2</sup>.

ويجيز القانون الروماني التعويض عن الضرر الأدبي<sup>3</sup>، ويعطي للقاضي سلطة تقدير التعويض ترضية للمضرور وعقوبة للمسؤول في آن واحد، وعلى الرغم من أن القوانين الحديثة في غالبيتها تأخذ بالتعويض عن الضرر الأدبي<sup>4</sup>.

وقد اعترف القضاء الجزائري بالتعويض عن الضرر الأدبي المرتد وذلك في القرار الصادر عن المحكمة العليا حيث جاء فيه " يحق لذوي الحقوق المطالبة بالتعويض مقابل الضرر المعنوي الذي لحقهم وخاصة أنهم اطلعوا على الوثائق

---

<sup>1</sup> - انظر، محمد حسين منصور، ( النظرية العامة للالتزام )، المرجع السابق، ص. 793؛ وفي نفس المعنى أنظر، عزيز كاظم، المرجع السابق، ص. 32.

<sup>2</sup> - انظر، عبد الله مبروك النجار، ضمان الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة جامعة الأزهر، ج2، العدد24، بدون سنة طبع، ص. 100.

<sup>3</sup> - انظر، عزيز كاظم جبر، نفس المرجع سابق، ص. 48.

<sup>4</sup> - انظر، المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

والمستندات التي أثبتت الوفاة، ومحضر الدرك المرفق بالملف الذي يبين أن الضحية توفت إثر حادث المرور<sup>1</sup>.

وهناك من يعارض بالأخذ به وذلك على أساس حجتين، حجة نظرية تتمثل في أن الهدف من المسؤولية المدنية هو جبر الضرر عن طريق التعويض عنه، فكيف يمكن لمحدث الضرر الأدبي جبره، وهو ضرر ليس للمال أي أثر فيه، إذ كيف يستطيع المال أن يعوض الابن أو الأم أو الزوج وكيف للمال أن يعوض من شوه في وجهه وهو غير قادر على إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه؟

وبما أن ذلك غير ممكن مهما بلغ مقدار التعويض، فإنه لا يمكن الحديث عن التعويض في حالة الضرر الأدبي، كما أنه من الأفضل للمضروب ألا تصبح أحاسيسه ومشاعره محلا للمتاجرة بها. أما الحجة العملية فمفادها عدم قدرة القاضي على تقدير التعويض عن الضرر الأدبي، حتى لو سلمنا أن المال قادر على جبره. لكن رغم ذلك فلم تقف هذه الحجج في مواجهة التعويض عن الضرر الأدبي رغم الاختلاف حول أساس التعويض عنه.

يمكن القول أن الضرر الأدبي يشترك مع الأضرار الجسمانية في صعوبة جبرها وعدم القدرة على إرجاع حالة المصاب إلى ما كانت عليه قبل الإصابة، ومع ذلك فلم يمنع ذلك القضاء في كل من فرنسا ومصر والجزائر من التعويض عنها، فمن يصاب بآلام نتيجة فقد عزيز عليه (ضرر مرتد)، كمن يفقد عضو في جسمه، لا يمكن أن يعاد إلى حالته السابقة، مهما بلغ مقدار التعويض المحكوم به. وعلى الرغم من ذلك فلن يؤدي إلى استبعاد التعويض عن الضرر المعنوي، وإنما يبحث القضاء دائما عن التعويض عنه ترضية للمضروب، وتقاديا لبعض نتائج الفعل الضار، فبالنسبة للأضرار الجسدية يبحث في نتائجها المادية المعنوية. وفي الأضرار الأدبية يتكلم عن المعاناة

---

<sup>1</sup> أنظر، المحكمة العليا، غ.م، بتاريخ 1993/01/06، ملف رقم 95004، نشرة القضاة، 1997، العدد 50، ص.60.

والآلام والحرمان من مباحج الحياة وعن ضرر الصبا والضرر الجسماني، وما يمكن أن تسببه من انعكاسات على الذمة المالية للمصاب<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث

#### طبيعة ضرر الموت

المقصود بطبيعة ضرر الموت هو معرفة ما إذا كان هذا الضرر يمثل ضرراً مادياً أو أدبياً، وما هي أهمية تحديد طبيعة هذا الضرر، والسبب في ذلك هو وجود غموض وعدم إمكانية التمييز بين الضرر المادي والأدبي. فالضرر الأدبي أمر يتعلق بداخل النفس وباطنها، فهو غير ظاهر وباطني ولملموس من جهة، ومن جهة أخرى فإنه ليس من السهل فصل الأضرار المادية عن الأضرار المعنوية، في بعض الأحيان، إذ من غير الممكن أن نتصور استناداً إلى طبيعة النفس البشرية مثلاً أن الجرح والضرب وما يؤديان إليه لا يؤثران في نفسية المضرور.

ويذهب بعض الفقه إلى أنه من الخطأ تصور أن الضرر المادي يقتصر فقط على الأشياء المادية، أي يقتصر على الضرر الذي يصيب عضو ملموس جسماني، فهو كل ما يمكن أن يترجم إلى خسارة مالية. أما الضرر الأدبي فهو الذي يصيب حق غير مالي ومن ثمة فلا يمكن أن يترجم إلى خسارة مالية<sup>2</sup>.

ونتيجة لما تقدم فإن حرمان الإنسان من الحياة لا يمثل أي ضرر لأنه لم يترتب عليه خسارة مالية ظاهرة أو ألم جسماني أو معنوي.

في حين يذهب رأي آخر<sup>3</sup> إلى أن حرمان الإنسان من حياته ينطوي على ضرر أدبي محقق يتمثل في ضياع الآمال التي كان يأمل المضرور بتحقيقها، فضلاً عن الآلام التي تصاحب خروج الروح.

<sup>1</sup> - انظر، عزيز كاظم، المرجع السابق، ص. 50-51.

<sup>2</sup> - انظر، عزيز كاظم، المرجع السابق، ص. 52.

<sup>3</sup> - انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، فقرة 572، ص. 1197.

ويذهب رأي ثالث<sup>1</sup>، إلى القول بأن الحرمان من الحياة نتيجة فعل ضار غير مشروع ينطوي على ضرر مادي، فهذا الرأي لم يعتمد على طبيعة الحق المعتدي عليه، بل على الآثار المترتبة عليه، فالاعتداء على حق الإنسان في الحياة يترتب عليه فقد قدرته على العمل، ذلك أن الإصابة قد فوتت فرصة استثمار حياته والتمتع بالقدرات والإمكانات التي تخولها له. والحقيقة أن هذا الرأي الأخير هو الأجدر بالإلتباع نظراً لما يترتب عن الموت من آثار وخيمة قد سبق ذكرها.

ومن المفيد أن نستعرض رأي الشريعة الإسلامية الغراء في هذا الشأن، فقد جعلت الشريعة الإسلامية القصاص عقوبة للقتل العمد والجرح العمد. ومعناه أن يعاقب المجرم أو المعتدي بمثل تصرفاته، فيقتل كما قتل أو يجرح كما جرح.

ولا يوجد أي نظام قانوني على وجه الأرض أخذ بهذا الحكم، وهذه العقوبة الإلهية هي أفضل وسيلة ردع للمعتدي، لأنه عندما يعلم أن جزاء قتله غيره هو قتله، فسيكون ذلك خير رادع له وجازر<sup>2</sup>. وجعلت الشريعة الإسلامية الدية عقوبة أصلية للقتل والجرح شبه العمد والخطأ، وقد فرقت بين عقوبة القتل العمد وعقوبة القتل شبه العمد فجعلت للأولى القصاص والثانية الدية المغلظة، وفرقت بين عقوبة العمد والخطأ، ففي العمد القصاص، وفي الخطأ الدية المخففة<sup>3</sup>.

وهكذا فإن الشريعة الإسلامية قد كلفت حق الإنسان في الحياة، وحصنته بجميع الضمانات لحماية جسمه ضد أي اعتداء.

بعد أن رأينا ماهية الأعمال الطبية وصورها، وبحثنا المخاطر العلاجية الناجمة عنها، يحق لنا أن نتساءل عن الأساس القانوني للتعويض عن هذه المخاطر؟

وإذا كانت المسؤولية المدنية في أصلها تقوم على الخطأ الواجب الإثبات أو الخطأ المفترض في بعض الحالات، فإن المسؤولية في حالة المخاطر العلاجية تقوم على

<sup>1</sup> - انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، فقرة 572، ص. 1197.

<sup>2</sup> - انظر، طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص. 137.

<sup>3</sup> - انظر، طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص. 139.

أساس الضرر دون أن يتطلب اشتراط الخطأ. ولذلك سوف نتناول في نوع من التفصيل أسس المسؤولية المدنية بصفة عامة ومدى التطور الذي شهدته في هذا المجال.

## الفصل الثالث

### الأساس القانوني للتعويض

المقصود بأساس المسؤولية المدنية -أساس الالتزام بالتعويض- السبب الذي من أجله يضع القانون على عاتق المتسبب في الضرر تعويض المضرور. وإذا كانت المسؤولية هي الالتزام بتعويض الضرر الذي لحق بالغير، فإن البحث في أساسها معناه تحديد الأسباب التي دعت القانون لتكريس هذا الالتزام. وليست المسؤولية في الحقيقة سوى توزيع للأضرار التي تقع من الجماعة على بعض الأفراد، نتيجة لاتساع حاجاتهم ولتشابك مصالحهم، وتزداد هذه الأضرار على مر الزمن، بزيادة النشاط الاقتصادي والصناعي وكثافة السكان<sup>1</sup>.

وإذا كان الحل المثالي يكمن في تشريع وقائي يمنع أو على الأقل ينقص من وقوع هذه الأضرار، فإن هذا الحل لن يكون إلا نسبياً، كما أنه يصعب منع وقوع جميع الأضرار، لا سيما الطبية منها نظراً لعنصر الاحتمال الذي يسودها، ومن ثمة فهل يبقى الضرر على كاهل الضحية، أم يتحملة من أحدثه أم تتحملة الجماعة ممثلة في الدولة؟.

يمكن القول أن كل من سبب ضرراً للغير يتحمل نتيجته إذا نشأ عن انحراف في السلوك أو إهمال أو عدم احتياط أو رعونة، فهذه هي النظرية التقليدية التي تؤسس المسؤولية على فكرة الخطأ، فلا تقوم المسؤولية إلا إذا توفر الخطأ (المبحث الأول).

ونتيجة للتطور الهائل في وسائل الإنتاج، وظهور الآلات الميكانيكية الحديثة وانتشار التقنية في المجال الطبي، حيث حدثت طفرات علمية كبيرة في عالم التقنية الحديثة، ونظراً لكثرة المخاطر والأخطاء والتي أضحت تمثل أكبر سببا في معدلات الوفاة.

---

<sup>1</sup> - انظر، عز الدين الديناصورى، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء الفنية للنشر، الإسكندرية، ط7، 2000، ص. 55.

وعليه فمن مباشر نشاطا يتحمل نتيجة مخاطره، ويعوض الغير الذي لحقه ضررا من جراء هذا النشاط، ولو كان سلوكه غير مشوب بخطأ، وهذه هي نظرية تحمل التبعة (المبحث الثاني)، وتستند هذه النظرية على فكرة العدول على أن من مباشر نشاطا يتحمل نتائجه إيجابية كانت أم سلبية ؟ .

والمسؤولية المدنية كانت في بدايتها تقوم على الخطأ، وكان هذا المبدأ في حينه يمثل تقدما وأصبح التعويض بموجبه يشمل الأضرار المتولدة عن سائر الأخطاء، وكان هذا المبدأ مبنيا على الأخلاق. غير أنه أمسى اليوم يجسد أخلاق الماضي ولا يساير أمال الحاضر، ويركز على سلوك المسؤول ويتجاهل مصلحة المضرور<sup>1</sup>.

وإذا كانت المسؤولية المدنية قد سايرت الشرائع حتى قيام النهضة الصناعية، وما ترتب عليها من أضرار جسمية ومادية، ما أدى إلى صعوبة نسبة الحادث إلى خطأ معين، وبالتالي عجزت هذه النظرية التقليدية عن إقامة التوازن المعقول بين ضحايا الآلة الذين يتحملون أخطارها وبين ملاكها الذين يجنون ثمارها، وهذا ما أدى ببعض الفقهاء للبحث عن أسس جديدة للمسؤولية المدنية ومن بين هؤلاء الفقهاء الفقيه "ستارك" الذي جاء بنظرية الضمان، فما مضمون هذه النظرية؟ وما مدى الضمانات التي قدمتها للمضرور ؟ (المبحث الثالث).

كما أن المسؤولية اليوم أخذت بعدا اجتماعيا وذلك بتدخل الكيان الاجتماعي وأصبحت الدولة هي التي تعوض المضرور وهو ما يطلق عليه بنظرية اجتماعية المسؤولية (المبحث الرابع).

---

<sup>1</sup> - انظر، السيد شعيب أحمد سليمان، المسؤولية المبينة على تحمل التبعية، مجلة القانون المقارن، 1983، العدد 15، ص.365.



## المبحث الأول

### المسؤولية الخطئية

يعتبر الخطأ شرط أساسي وجوهري في المسؤولية المدنية، بل هو الأساس الذي تقوم عليه، ويستوي أن يكون هذا الخطأ واجب الإثبات كما هو في المسؤولية الناشئة عن العمل الشخصي، أو كان الخطأ فيها مفترض كما هو بالنسبة للمسؤولية الناشئة عن فعل الغير أو الأشياء<sup>1</sup>.

ويبقى الخطأ في جميع هذه الحالات هو أساس المسؤولية المدنية وبالتالي التعويض، إلا أنه يختلف من حيث إثباته، حيث نجد في المسؤولية الناشئة عن الأشياء أو فعل الغير اقتضت اعتبارات العدالة وصعوبة إثبات الخطأ مراعاة مصلحة المضرور، وإعفائه من عبء الإثبات فأنشئت لمصلحته قرينة بسيطة بمقتضاها يفترض خطأ المسؤول. فما مفهوم الخطأ (المطلب الأول)، وما هي عناصره (المطلب الثاني)، وما هي حالات مساءلة الطبيب عن الخطأ العمدي؟.

### المطلب الأول

#### المقصود بالخطأ

إذا كان ركن الخطأ عند أنصار المسؤولية الخطئية هو أهم أركان المسؤولية المدنية ألا أنه مع ذلك لم يتفقوا على تحديد المقصود به تحديدا جامعا ومانعا<sup>2</sup>، حيث أن الكلمة تأثرت تعريفاتها بالنزاعات الدينية والفلسفية والاقتصادية والخلقية ويرى الأستاذ

---

<sup>1</sup> - انظر، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2003، ص. 142.

<sup>2</sup> - انظر، محمد فتح النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص. 110؛ و محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 27؛ وانظر، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 142.

السنهوري أن الخطأ هو انحراف الشخص المدرك لأفعاله عن السلوك الواجب باليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير<sup>1</sup>.

وقد أستقر الفقه والقضاء في فرنسا على أن الخطأ هو عبارة عن إخلال بالتزام قانوني ببذل عناية، وعليه يجب على الشخص أن يراعي في سلوكه اليقظة والتبصر<sup>2</sup>.

وطبقا لهذا التعريف يكون الخطأ الطبي هو كل تقصير في سلوك الطبيب، لا يقع من طبيب يقظ، وجد في نفس الظروف الخارجية، التي أحاطت بالطبيب المسؤول<sup>3</sup>.

وفكرة الخطأ كما نعرفها اليوم تعود جذورها إلى فقهاء الكنيسة في القرون الوسطى حيث أخلطوا بين الخطأ والخطيئة، ثم جاء الفقيه "دوما" و "بوتيه" وتأثرا بهذه الفكرة وبما فهماه من الفقه الروماني، فأقاما المسؤولية المدنية على أساس الخطأ<sup>4</sup>.

والمشرع الجزائري في المادة 124 من القانون المدني لم يعرف الخطأ، وإنما ترك التعريف للفقه، حيث اكتفى بتبيان أن كل فعل يسببه الشخص للغير بخطئه يستوجب التعويض.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو متى يعتبر الخطأ موجب للمسؤولية؟ أو بعبارة أخرى، متى يعتبر الخطأ تعديا على التزام قانوني؟ أو ما هو المعيار الذي يقاس عليه فعل الشخص؟

وقد وجد معياران بصدد الإجابة على هذه التساؤلات، معيار شخصي ذاتي، يقتضي مراعاة اعتبارات معينة، منها سن الشخص، حالته الاجتماعية وجنسه الخ..، بمعنى أننا ننظر إلى تقدير الشخص للعمل الذي ارتكبه، ومعيار موضوعي يقتضي ألا

<sup>1</sup> - انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، فقرة. 527، ص. 778.

<sup>2</sup> - انظر، أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص. 12 وما بعدها؛ وانظر، فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 436.

<sup>3</sup> - انظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص. 237.

<sup>4</sup> - انظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 143.

نضع في الاعتبار تلك الظروف السابقة، وإنما ننظر إلى سلوك هذا الشخص ونقارنه بسلوك الأشخاص الذين يتعامل معهم ويعايشهم.

غير أنه بالنسبة للأضرار الناجمة عن المخاطر الطبية، لما كانت تمس بأغلى وأثمن وأرقى ما يملكه الإنسان، فإن المعيار الأمثل هو أن تقوم المسؤولية المدنية على أساس الضرر، بغض النظر عن المعيار الشخصي أو الموضوعي للخطأ وبالأخص إذا كانت أضراراً يصعب فيها إثبات مسؤولية المعتدي، كالأضرار الناجمة عن الأخطاء التقنية الطبية، أو تلك الناجمة عن المنتجات الطبية، أو الأضرار الصناعية وغيرها.

وإذا كان تعريف الخطأ الموجب للمسؤولية يثير صعوبات جمى من حيث التطبيق، إزاء عدم إيجاد تعريف جامع ومانع له، ومما يزيد الأمر صعوبة فيها وتعقيدا هو أن المشرع لم يبين ما إذا كان الخطأ الموجب للمسؤولية من مسائل الواقع التي يستقل القاضي فيها بسلطة تقديرية أم من مسائل القانون التي يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا، فبالرجوع إلى أحكام القضاء ففي مصر لم يستقر القضاء على ذلك، فتارة يعتبره من وسائل الواقع، وتارة أخرى يعتبره من مسائل القانون<sup>1</sup>.

فعلى حين قضت محكمة النقض المصرية بأن وصف الفعل بأنه خطأ موجب للمسؤولية أو نفي هذا الوصف عنه، هو من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض<sup>2</sup>، في حين ذهبت في قرار آخر لها إلى أن "تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه من مسائل الواقع التي لا يخضع فيها قاضي محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغا"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص. 246.

<sup>2</sup> - انظر، نقض مدني مصري، جلسة 1984/01/15، مجموعة أحكام المكتب الفني، السنة 35، ص. 143، مقتبس عن طه عبد المولى طه، نفس المرجع السابق، ص. 246.

<sup>3</sup> - انظر، نقض مدني مصري، جلسة 1991/05/27، لطن رقم 791، لسنة 57، غير منشور، مقتبس عن طه عبد المولى طه، نفس المرجع السابق، ص. 246.

وتدق المشكلة في العصر الحديث بسبب تداخل الأنشطة الصناعية والاقتصادية التي تتجم عنها أضراراً جسمانية جد خطيرة، وذلك عندما يتدخل أكثر من شخص في الفعل الضار، وعندئذ يحق لنا أن نتساءل عن المسؤول المباشر عن هذا الفعل الضار؟، كنقل الدم من شخص حامل للمكروب مثلاً، قد ينسب الخطأ إلى الطبيب الذي أجرى العملية أو إلى خطأ بنك الدم أو إلى إدارة المستشفى.

وتثور هذه المشكلة بالأخص في فرنسا في حالة نقل الدم المصاب أو لحامل فيروس السيدا إلى شخص أثناء إجراء عملية له، حيث نجد أمامنا الكثير من الأشخاص الذين تسببوا في نقل هذا الفيروس. فما هو سبيل المضرور في هذه الحالة يا ترى؟

يمكن القول أن الفقه والقضاء تشدداً في مسؤولية الطبيب عن المواد والأدوات التي يستعملها، وذلك بجعل التزامه، التزاماً بتحقيق نتيجة كما سنرى لاحقاً<sup>1</sup>.

وطبقاً لما تقدم يكون الخطأ الطبي تقصير في مسلك الطبيب، لا يقع من طبيب يقظ، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب لمسؤول<sup>2</sup>.

## المطلب الثاني

### أركان الخطأ

كي يتجلى ويتضح الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، وتكتمل النظرة من حيث الأضرار الطبية التي تسببها هذه الأخطاء، وجب التعرف على أركان هذا الخطأ وعناصره.

يكاد ينعقد إجماع الفقه على أن للخطأ ركنان، ركن مادي وهو التعدي وركن معنوي وهو الإدراك.

<sup>1</sup> - انظر، محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء التطورات المعاصرة لأحكام المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 53.

<sup>2</sup> - انظر، منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2008، ص. 237.

يقصد بالتعدي مجاوزة الحدود التي يجب على الشخص التزامها، ويقاس الانحراف في السلوك وفقاً للرأي الراجح للفقهاء والقضاء بمعياري موضوعي، أي بسلوك الشخص العادي. ويقع عبء إثبات التعدي على المضرور، لأن المسؤولية ترتبت عن عمل شخصي، وهي تقوم على خطأ واجب الإثبات<sup>1</sup>.

وإذا كان الخطأ واجب الإثبات من طرف المضرور، فإن هناك حالات كثيرة يتعذر فيها على المضرور إثبات خطأ المسؤول، وبالتالي يحرم من التعويض الجابر للضرر على الرغم من أنه أصيب بأضرار خطيرة قد مست بجسمه، وقد تؤدي إلى حرمانه من أعلى ما يملك وهو حياته.

وقد استقر الفقه<sup>2</sup> على عدم اشتراط درجة معينة من الجسامة في الانحراف، سواء كان عمدياً أو غير عمدي، جسيماً أو يسيراً، فكل انحراف كان لوجود التعدي، وهو ما يتماشى مع نص المادة 124 ق م ج.

ويثور التساؤل عن مدى الحدود التي يلزمها مقدم الرعاية الصحية في سلوكه، حتى لا يستوجب الانحراف عنها مسؤوليته؟ ومما زاد الأمر صعوبة أن للتعدي عدة صور وأشكال، فيقع عمداً أحياناً ويقع بغير عمد أحياناً أخرى، خاصة في الوقت الحالي حيث انتشرت الأجهزة وكثرت الأخطاء بسببها.

فإذا كان التعدي عمداً فمقتضى ذلك أن يكون الشخص قد أراد حدوث العمل المادي الذي أوقع أضراراً بالغير، وتوقع الإضرار أو إعاقة المضرور وإلحاق الأذى به أو توقع وفاته. ويكون العمد في هذه الحالة هو نية الإضرار، وهو ما يسمى بالجريمة المدنية<sup>3</sup>. أما إذا لم يكن الانحراف عمدياً، فمعناه انتفاء نية المسؤول

---

1 - انظر، إلياس أبو عبيد، المسؤولية، ج1، 1993، ص.121؛ وانظر، فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص.439.

<sup>2</sup> - انظر، فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص.439.

<sup>3</sup> - انظر، محمد فتح النشار، المرجع السابق، ص.14؛ وانظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، فقرة. 528، ص.779.

بالإضرار بالغير، ولكن وقع منه إهمال وعدم تبصر أو عدم اتخاذ الحيطة اللازمة أثناء القيام بهذا الفعل.

وقد يطرح سؤال حول المعيار والضابط الذي يقاس به الانحراف أو التعدي، فيتصور أن يرد المعيار إلى إحدى الوجهتين، وجهة ذاتية أو وجهة موضوعية. فبالنسبة للمعيار الشخصي يتعين أن ننظر إلى الشخص المسؤول عن الضرر لا إلى الضرر ذاته، فنبحث هل ما وقع منه يعتبر بالنسبة إليه انحرافاً في السلوك؟؛ أي سلوكه هو؟ فإذا كان سلوكه على درجة كبيرة من اليقظة وحسن التدبير فإنه يسأل على أقل انحراف في سلوكه، وإذا كان دون المستوى فإنه لا يسأل إلا إذا كان الانحراف في سلوكه انحرافاً كبيراً وبارزاً<sup>1</sup>.

فإذا كان هذا المعيار عادلاً بالنسبة إلى من وقع منه الضرر، لكنه غير عادل بالنسبة للمضرور وخاصة إذا كنا بصدد أضرار طبية يتضح فيها بجلاء ضعف مركز المريض، فحينئذ نقول أن هذا المعيار مجحف في حقه، كما أنه يعطي حلولاً متعددة لحالات متشابهة. ومن أجل ذلك رجح المعيار الموضوعي المجرد الذي ينظر إلى الفعل لا إلى الفاعل، ويقارن هذا الفعل بفعل شخص من أوساط الناس، بعد تجريده من الظروف الشخصية، فهو الشخص الوسط في سلوكه، ليس بالشديد اليقظة حتى لا يشق على أوساط الناس، ولا هو معتاد الإهمال حتى لا تتعرض مصالح الناس للضرر. فإذا وقع الاعتداء من طرف طبيب تخدير فإننا نبحث في طائفة أطباء التخدير عن الطبيب العادي ونقارن سلوك المسؤول بسلوكه، فإذا كان مسلك المعتدي يماثل مسلك الطبيب العادي من حيث درجة اليقظة والحرص والانتباه فإنه لا يعتبر معتدياً ولا تتحقق مسؤوليته<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص. 128؛ وانظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، فقرة. 528، ص. 780.

<sup>2</sup> - انظر، محمد فتح النشار، المرجع السابق، ص. 116.

والواقع أن هذا المعيار على الرغم من أن الفقهاء قد أطلقوا عليه المعيار الموضوعي المجرد إلا أنه لا يمكن الأخذ به على إطلاقه حيث أنه يعتبر معياراً موضوعياً بالنسبة للمعتدي المسؤول وليس بالنسبة للضحية المضرور، وحيث أن المعيار الموضوعي يجب أن يكون معياراً موضوعياً بالنسبة للطرفين، مراعاة لمصلحتهما الاثنتين، ولذلك فهذا المعيار لا يصلح كأساس للتعويض عن الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية.

وأما الركن المعنوي فيعني أن يكون الفاعل الذي سبب الضرر مدركاً لعمله، فلا يكفي لقيام المسؤولية مجرد وقوع انحراف في السلوك ممن يراد نسبة الخطأ إليه، بل لا بد من أن يكون هذا الشخص مدركاً لأفعاله، فالقاعدة العامة هي أن لا مسؤولية دون تمييز<sup>1</sup>.

وسن التمييز في القانون الجزائري هو ثلاثة عشر (13) سنة طبقاً للمادة 42 من القانون المدني. فمن بلغ سن الثالثة عشر يكون مسؤولاً مسؤولية كاملة عن الأضرار التي يسببها للغير، ما لم يكن محجوراً عليه لجنون أو عته أو سفه. وعليه يعفى فاقد التمييز من المسؤولية عن الأضرار التي يسببها للغير.

وفي ما يلي نتطرق لبعض حالات مساءلة الطبيب عن الخطأ العمدي<sup>2</sup>:

---

<sup>1</sup> - انظر، حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص.129؛ وانظر، خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1 (مصادر الالتزام)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص. 245؛ وانظر، فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 441؛ وانظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 38.

<sup>2</sup> - الخطأ العمدي هو الإخلال بواجب قانوني مقترن بقصد الإضرار بالغير، فلا بد فيه من فعل أو امتناع يعد خطأً، أي إخلالاً بواجب قانوني، ولا بد أن يكون ذلك الخطأ مصحوباً بقصد الإضرار بالغير، أي باتجاه الإرادة إلى إحداث الضرر، ولا يكفي اتجاهها إلى ارتكاب الفعل في ذاته، إذا لم تتجه على إحداث نتائج الضارة. أنظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.239.

## المطلب الثالث

### بعض صور مساءلة الطبيب عن الخطأ العمدي

في هذه الحالة سنشير إلى ثلاث حالات هي مسؤولية الطبيب في حالة قتل الرحيم، ومسؤوليته في حالة التجارب الطبية بغير قصد العلاج، ومسؤوليته عن إسقاط الحوامل.

#### أولاً: مسؤولية الطبيب عن قتل الرحمة:

قد يكون المريض في حالة ميؤوسة منها في الشفاء، بذلك قد يلجأ الطبيب بدافع الرحمة والشفقة على هذا المريض، بأن يقوم بفعل يؤدي إلى وفاته، كأن يعطيه جرعة زائدة من الدواء أو من سم، فهل تترتب مسؤولية هذا الطبيب؟ حتى في وجود رضا المجني عليه؟.

لقد ثار جدل كبير بين رجال الدين وفقهاء علم الاجتماع والطب<sup>1</sup> حول إباحة أو عدم إباحة قتل المرضى غير القابلين للشفاء، ورأى أكثرهم<sup>2</sup> عدم الجواز، على أساس أن في ذلك تحريضا على الجريمة، أو على الأقل على التحكم في حياة البشر.

بيد أن هناك طائفة من رجال الدين والاجتماع، وعلى الأخص رجال الطب، معارضة لذلك الرأي، حيث قال أحدهم "إنا لا نتردد في الحكم بالموت على جواد يتعذب، ويكون في حالة غير قابلة للشفاء. ونحن عندما نقتل هذا الجواد، فإنما نقتله بدافع الشفقة. ولا يصح أن نكون أقل شفقة على الإنسان، منا على الحيوان"<sup>3</sup>.

حيث ينفي هؤلاء المسؤولية عن القاتل استنادا إلى القاعدة الرومانية التي تقر عدم قبول الادعاء بحصول الضرر من شخص رضي بحصوله. ويرون أنه إذا كان الفعل لم يصدر عن نية ضارة، وكان الفاعل قد ارتكبه من أجل إنقاذ حياة المجني عليه

<sup>1</sup> - انظر، بودالي محمد، المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي، المجلة القضائية، العدد 1، 2004، ص.23 وما بعدها.

<sup>2</sup> - انظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.243.

<sup>3</sup> - انظر، محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.230.



من آلامه النفسية والاجتماعية. فإنه لا يكون مرتكبا لجريمة. على الرغم من كونه الأداة المنفذة، ولكن نية الإيذاء غير متوفرة لديه، وقد لبي رغبة المجني عليه، والإنسان هو مالك حياته، ومن حقه إذا شاء قضي عليها.

ولكن غالبية الفقه ترى ضرورة العقاب على القتل الرحيم، حيث يرون أن أركان الجريمة متوفرة برمتها، فالطبيب الذي يجد أن المريض ميئوس من شفائه ومآله إلى الموت، ولو بعد عذاب طويل أو قصير، فيعطيه جرعة قوية من مادة سامة، أو يقتله بأية طريقة أخرى تخليصا له من العذاب، ولو كان ذلك بناء على طلب المريض ذاته، يعتبر قاتلا عمدا، خاصة وأن القانون يمنع الاعتداء على الحياة البشرية؛ إذ لا يصح المساس بها، حتى في أشد حالات البؤس الأدبية والجسمية<sup>1</sup>.

### ثانيا: مسؤولية الطبيب في حالة التجارب الطبية غير العلاجية

المقصود بالتجارب غير العلاجية تلك الأعمال الفنية التي يباشرها الطبيب على جسم المريض، بغرض اكتساب معارف جديدة بخصوص الوقاية من الأمراض أو المعالجة الوقائية<sup>2</sup>. فالهدف من التجارب غير العلاجية ليس العلاج، وإنما كسب معارف جديدة بخصوص التشخيص والعلاج.

فمهنة الطب من المهن التي تتطور يوما بعد يوم بسبب الأبحاث التي يجريها الأطباء، وبالنظر لما تتطوي عليه هذه التجارب من أخطار، فقد جرت العادة على إجراءها على الحيوانات، غير أن نجاح العلاج لا يمكن التأكد منه إلا إذا جربت على الإنسان، وهي تجربة خطيرة يمكن أن تتجح أو لا تتجح، فهل يجازف الطبيب؟.

لا شك في أن تجريم التجارب الطبية من شأنه أن يعرض العلم للركود والجمود، لذلك لا يمكن القول بمسؤولية الطبيب في كل الحالات عن الأضرار التي تحدث للمريض بمجرد أنه جرب فيه علاجاً جديداً، حتى ولو انطوى هذا العلاج على أخطار، وفي المقابل لا يمكن ترك هذا الأمر على إطلاقه، بل يجب أن تتوفر شروط لإعفاء الطبيب من المسؤولية عن الأخطار العلاجية.

<sup>1</sup> - انظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص244.

<sup>2</sup> - انظر، مامون عبد الكريم المرجع السابق، ص.694 وما بعدها.

وقد انقسم الفقه بخصوص مشروعية التجارب غير العلاجية إلى قسمين: قسم مؤيد لها يعترف بمشروعيتها، وقسم معارض لها، وفيما يلي نتعرض لهما.

### 1- الاتجاه الفقهي المؤيد للتجارب العلمية

يرى هذا الاتجاه أنه لا بأس في التجارب العلمية التي يكون هدفها الأساسي تحقيق تقدم البشرية، على أساس أن رضا المجني عليه يحول دون قيام المسؤولية، شريطة أن يكون هذا الرضا واضحاً ومستتيراً. وقد نصت صراحة بعض التشريعات الأمريكية على جواز التجارب على المحكوم عليهم بالإعدام، عتقدين واضعوه أن هذا النص كفيل بتكفير المحكوم عليهم لأخطائهم.

وقد صدرت في الولايات المتحدة الأمريكية لائحة بتاريخ 1984/01/26، تتضمن التقنين الفدرالي لتنظيم التجارب وحماية الأشخاص الخاضعين لها. وقد نصت هذه اللائحة على مجموعة من القواعد ينبغي مراعاتها أثناء التجربة نذكر منها؛

- العمل على التقليل من مخاطر التجارب العلمية.

- مراعاة التناسب بين مخاطر التجربة والنتيجة المبتغى الوصول إليها.

- الحصول على الموافقة المستتيرة للشخص الخاضع للتجربة.

- حماية الحياة الخاصة للأشخاص الخاضعين للتجربة<sup>2</sup>.

ويمكن حصر هذه الأسباب في علم ومستوى القائم بالتجربة، وقصد الشفاء، كغرض أساسي من التجربة.

ولقد ذهب التشريع الفرنسي إلى جواز التجارب الطبية، لكن بهدف إنقاذ المريض أو تخفيف آلامه، وليس لمجرد الفضول العلمي، حيث أصبح اليوم وجود قواعد وأنظمة واضحة لتطبيق استخدام الأطباء للأبحاث والتجارب الطبية أهمها<sup>3</sup>:

---

<sup>1</sup> - يتزعم هذا الاتجاه الفقه الأنجلوساكسوني، وجانب من الفقه الايطالي والفرنسي، أكثر تفصيل راجع، مامون عبد الكريم المرجع السابق، ص.706 وما بعدها.

<sup>2</sup> - انظر، مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.708.

<sup>3</sup> - انظر، سهيل يوسف الصويص، مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث، أزمنة للنشر، عمان، الأردن، ط1، 2004، ص.154.

- يجب أن يكون هدف أي دراسة طبية مصلحة المريض والمجتمع والصحة العامة.

- يجب الحصول المسبق على رضا المريض الكتابي، وتزويده بجميع المعلومات عن طبيعة وأهداف البحث، ومخاطره.

- إجازة القانون.

فلا يعفى من المسؤولية الطبيب المتبرع أو المأجور، سواء بقبول الشخص محل التجربة أو رفضه، لأن سلامة الجسم من النظام العام، لا يجوز المساس بها، إلا لضرورة فائدتها، وبقدر يتناسب مع تلك الفائدة، وهذا ما قال به كل من سافاتييه، وفوازينيه، وقليلة هي الدعاوى التي تعرض على القضاء استنادا لهذا الخطأ.

والقضايا التي عرضت على القضاء الفرنسي المتعلقة بمسؤولية الطبيب عن المساس بجسم الإنسان بسبب إجراء التجارب العلمية عليه، فمثلا صدر عن محكمة "ليون" في 15/12/1959<sup>1</sup>، حكما جاء فيه "إن الطبيب يعتبر مخطئا إذا باشر غرضا غير شفاء المريض، فالالتزامات الطبيب نحو العلم لا تسوغ له المساس بجسم الإنسان".

وبناء على ما تقدم فإنه يسأل مدنيا وجنائيا الطبيب الذي يجري تجاربه العلاجية على رجل صحيح، أو على رجل مريض بغير رضاه حر مستنير منه، أو برضائه رضاه صحيح لكن ليس بقصد شفاؤه من مرضه، بل لمجرد إرواء فضول علمي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، حكم بتاريخ 15/12/1959، مشار إليه في بسام محتسب الله، ياسين دركزلي، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، دار الايمان، دمشق، سوريا، دون سنة، ص.230.

<sup>2</sup> - وقد طبق القضاء الفرنسي هذه المبادئ في عدة احكام أهمها حكم محكمة "ليون" في القضية المعروفة بقضية "شارل بويون" وهو طفل في العاشرة من عمره كان قد أصيب بالقراع، ودخل إلى مستشفى ليون الخيري للعلاج، حيث قام على علاجه طالب طب يدعى "جينو" تحت إشراف الكنتور "جايتون". وكانت المناقشة في ذلك العهد حامية الوطيس بين رجال الطب، حول ما إذا كانت قروح الزهري في الدرجة الثانية، يمكن أن يترتب عليها عدوى بالمرض أم لا. ولتحقيق هذا الغرض فقد كلف الكنتور "جايتون" تلميذه "جينو" بأن يحقن المريض بلقاح هذا المرض. وكان من حسن حظ الغلام أن اللقاح لم يؤده. ونشرت مجلة Gaz Hebdomadaire في عددها الصادر في 15/04/1859 مقالا حول هذه التجربة، والنتائج التي تترتب عليها، ونقلت هذا البحث عنها صحفا اخرى، وتنبهت

كما أجاز جانب من الفقه الايطالي والفرنسي<sup>1</sup> هذا النوع من التجارب، مستندين في مشروعيتها إلى ما يلي:

- دور التجارب العلمية في تحقيق من المكاسب للبشرية، من خلال معالجة الكثير من الأمراض المستعصية.

استنادهم على أن رضا الشخص الخاضع للتجربة أمر كاف لتطبيقها.

## 2- الاتجاه الفقهي الراض للتجارب العلمية

ويستند هذا الاتجاه الفقهي<sup>2</sup> إلى الهدف من التجربة، ويرون أنه لا مشروعية في التجارب لغير قصد العلاج، لأن قصد العلاج شرط أساسي لإباحة المساس بالجسم، كما أن رضا المجني عليه لا يعتبر سببا لإباحة ذلك أيضا. ولا يجوز التذرع بالتجارب التي تجرى في مجال عمليات نقل الأعضاء للقول بمشروعية هذا النوع من التجارب لأن هذا قياس مع الفارق<sup>3</sup>.

وقد استند هذا الاتجاه إلى مبررات منها؛

- عدم جواز المساس بجسم الانسان، إلا لضرورة ملحة ومشروعة لفائدة الانسان ذاته.

---

النيابة إلى خطر التجارب الطبية التي تجرى من هذا القبيل، فقد تم الطبيين للمحاكمة على أساس أنهما ارتكبا جريمة الجرح العمد. فقد بين ذلك النائب العام من خلال مداخلته فقال " إن هذه التجارب إذا كانت تستحق منا أكبر عناية، فإن حق التجربة لا يمكن أن يكون بغير شروط. واول هذه الشروط علم ومقام القائم بالتجربة. وثانيهما قصد الشفاء، كغرض وحيد ورئيسي وأساسي من التجربة، كأن يجرب علاجاً جديداً من مرض ميؤوس منه".

<sup>1</sup> - انظر، مندر الفضل، التجربة الطبية على الجسم البشري، مجلة العلوم القانونية، مجلد 8، العدد 1، 1989، ص.94. وانظر، Vignocchi, G, "Le corps humain et les actes", Juridiques en droit italian", travaux de l'association Henri Capitaïn, D.1975, p.250. ص.709.

<sup>2</sup> - يتزعم هذا الاتجاه الفقه الألماني وجانب من الفقه الفرنسي. أكثر تفصيلاً انظر، مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.711 وما بعدها.

<sup>3</sup> - لقد قاس مؤيدوا التجارب العلمية بغير قصد العلاج، التجارب على التجارب التي تباشر في مجال نقل الأعضاء، والعلة في فارق القياس هو أن هذه الأخيرة تباشر لمصلحة مريض بعينه، أما التجارب العلمية تنتفي فيها هذه الميزة، فهي مقررة لمصلحة البشرية جمعاء، وهو ما يبرر عدم مشروعيتها. انظر، مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.182.

- انتفاء شرط الضرورة في الكثير من التجارب، من شأنه أن يعرض سلامة الأشخاص للخطر.

- تجاوز الطبيب الذي يباشر العمل الطبي الهدف من العمل الطبي وهو ضرورة العلاج أو التخفيف من آلامه.

### ثالثاً: مسؤولية الطبيب عن إسقاط الحوامل

قد يحدث وأن يقوم الطبيب بإجهاض حامل، فإذا توفيت أثناء هذا الفعل، فماذا يترتب على ذلك؟. هل يمكن اعتبار الفعل قتلًا عمدياً، أم قتلًا خطأ؟.

ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى اعتبار الفعل قتل عمد إذا حدثت الوفاة نتيجة استعمال الوسائل، وليس نتيجة الحالة الصحية للحامل.

### المطلب الرابع

#### طبيعة الإلتزام الطبي

الأصل في التزام الطبيب ببذل عناية، بأن يقدم ويبذل كل ما في وسعه الى تحقيق النتيجة المرجوة من العلاج الطبي (الفرع الأول). غير أن التزام الطبيب قد يكون محددًا بدقة في بعض الحالات، وعندها يكون ملزماً بتحقيق نتيجة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### التزام الطبيب ببذل عناية

يكاد يجمع الفقه<sup>1</sup> والقضاء<sup>2</sup> على أن الأصل في التزام الطبيب هو بذل عناية، سواء وجد عقد مع المريض أو لم يوجد. فالطبيب لا يلتزم بشفاء المريض، إنما عليه أن يبذل في سبيل ذلك أقصى الحرص والعناية، لأن الشفاء أمر إحتمالي غير مؤكد. فإذا أخل الطبيب بالتزامه بالعناية اللازمة فإنه يكون قد ارتكب خطأً يستوجب مسؤوليته القانونية، فهذا الإلتزام يقع على كل من يقدم الرعاية الصحية من طبيب أو

<sup>1</sup> - علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط1، 2006، ص.20.

<sup>2</sup> - Cass. civ. 20 mai 1936, D 1936. 1.

قابلات<sup>1</sup>. والعلة في تكيف التزام الطبيب بأنه التزام ببذل عناية هي أن العمل الطبي يتضمن نسبة كبيرة من الاحتمال<sup>2</sup>.

فيدخل في تحديد التزام الطبيب مستواه المهني فالطبيب العام لا يتحمل نفس التزامات الطبيب الخاص، إذ يتوجب على هذا الأخير توفير قدرًا من الحرص والعناية المتفقة مع مستواه العلمي. ولا بد أن تتخذ العناية الواجبة على الطبيب مفهوما تبعًا لانتشار الأجهزة الطبية والوسائل العلاجية الحديثة. ويقضي التزام الطبيب ببذل العناية أن يقوم بها في المراحل التالية:

### 1- مرحلة الفحص

على الطبيب أن يفحص المريض بداية فحصًا دقيقًا، بالكيفية التي تمكنه من تشخيص المرض، وتعتبر مرحلة التشخيص هي أول مراحل الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب، لذلك ينبغي عليه أن يؤديها بدقة وعناية، محاولًا قدر الإمكان تجنب مواطن الزلل، مستعملًا في ذلك جميع الوسائل التي سخرها العلم لذلك<sup>3</sup>.  
وينبغي على الجراح قبل إجراء العملية أن يدرس ملف المريض دراسة دقيقة تمكنه من معرفة موضع العملية.

### 2- مرحلة العلاج

ينبغي على الطبيب اتباع الدقة في وصف العلاج وتحضير الوصفة الطبية، حيث يوضح كيفية استعمال الدواء ومقاديره، ولا تقوم مسؤولية الطبيب في هذا المقام إلا إذا ثبت إهمال من جانبه في اختيار الدواء أو أنه أخطأ في وصفه.  
فيتعين على الطبيب أن يراعي الدقة في مباشرة علاج المريض، كأن يقوم بتطهير الحقنة، وموضع الحقن من الجسم. كما تستلزم العناية أن يقوم بمتابعة المريض، على أن لا يهجره قبل تمام العلاج، فإذا رفض الطبيب زيارة المريض خلال فترة العلاج على الرغم من استدعائه لزيارته، فإنه يكون مخطئًا ومسؤولًا عما يترتب عن ذلك من

<sup>1</sup> - Cass. civ. 30/10/1995 , D 1995.

<sup>2</sup> - أنظر، عدنان ابراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج1، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص.134.

<sup>3</sup> - ، عدنان ابراهيم سرحان، المرجع السابق، 135.

أضرار للمريض، ويكون بذلك قد فوت فرصة العلاج للمريض<sup>1</sup>، ما لم يضمن مواصلة العلاج عند طبيب آخر<sup>2</sup>، أو أن المريض لم يتبع تعليماته متعمداً، أو أنه استعان بتعليمات طبيب آخر دون علمه.

كما يلتزم الطبيب بتقديم النصائح للمريض، فيتعين عليه أن يحدد للمريض النظام الذي يتبعه في العلاج من حيث الطعام والشراب، وإذا رأى أن حالة المريض لا تسمح بمعالجته في المنزل، نصحه بالعلاج في المستشفى<sup>3</sup>.

ونظراً لتطور العلوم لطبية، وانعدام عنصر الاحتمال في بعضها، تطور كذلك التزام الطبيب تبعاً لذلك، فصار ملزماً بتحقيق نتيجة، وهذا ما سنتطرق له في الفرع التالي.

## الفرع الثاني

### الالتزام بتحقيق نتيجة

إذا كان الأصل في التزام الطبيب هو بذل العناية في شفاء المريض، فإن ثمة حالات أخرى يكون فيها الطبيب ملزم بتحقيق نتيجة، لأنه وفقاً للمعطيات العلمية لم يعد أدنى شك في احتمال تحققها. لأن عنصر اليقين في هذه الحالة قد تغلب على عنصر الاحتمال، وعلى ذلك يتمثل الالتزام الناشئ عن هذه الأعمال بالالتزام بالسلامة "Obligation de securite".

ويذهب أغلب الفقه<sup>4</sup> إلى أن الطبيب ملزم بتحقيق نتيجة في الأحوال التالية:

- 1- استعمال الأجهزة والأدوات الطبية
- 2- عمليات نقل الدم والسوائل الأخرى
- 3- التحاليل الطبية والتحصين
- 4- عمليات التركيب الصناعية.

1 - انظر، المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب، وانظر، المادة 50 التي تنص على أنه " يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض".

2 - انظر، مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.188.

3 - انظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.138.

4 - انظر، سهيل يوسف الصويص، المرجع السابق، ص.200.

وسوف نتناول هذه الحالات تباعا في ما يلي:

## 1- الالتزام الطبي في حالة استعمال الأجهزة والأدوات الطبية.

يستعمل مقدم الرعاية الصحية في عمله مجموعة من الأجهزة، قد ينشأ عن استعمالها أضرارا للمريض، كأجهزة الحقن والأشعة، وآلات فحص الأسنان، وأجهزة القياس والتحليل الطبية، وأجهزة التخدير وأدوات الجراحة...حيث أصبحت هذه الأجهزة محل استعمال دائم ملازم لأداء الطبيب المهني لواجبه، بحيث أصبحت جزء لا يتجزأ من فن الطب، وهو ما يجعل الطبيب يخشى جسامته مسؤوليته بسببها، ويخشى المريض في ذات الوقت جسامته الضرر الذي يمكن أن ينتج عن المخاطر التي تنبثق عن هذه الأجهزة<sup>1</sup>.

فالأضرار التي يمكن أن تنشأ نتيجة وجود عيب، أو عطل بالأجهزة والأدوات الطبية، إذ يقع على الطبيب التزام مقتضاه استخدام آلات سليمة، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة، فلا يعفى الطبيب من المسؤولية حتى لو كان العيب الموجود بالآلة يرجع إلى الصنع. ويمكن للطبيب أن يدفع المسؤولية عنه -طبقا للقواعد العامة- وذلك بإقامة الدليل على أن الأضرار التي وقعت ترجع إلى سبب أجنبي<sup>2</sup>.

ويرى كثير من الفقه<sup>3</sup> أن تمديد نطاق الالتزام بالسلامة إلى حالة الأضرار التي تترتب على تنفيذ العمل الطبي، يتفق مع القواعد العامة في المسؤولية العقدية عن الأشياء التي يستخدمها المدين في تنفيذ التزامه، فالمدين في الالتزام التعاقدية يسأل عن الأشياء التي يستخدمها في تنفيذه، سواء كان التزامه محددًا ، أو كان التزاما عاما باليقظة.

والواقع أن الاعتبارات العملية والانسانية التي تقوم على توفير الحماية للمريض، وتجنبيه الدخول في صعوبات إقامة الدليل على خطأ الطبيب، وبصفة خاصة بالنظر إلى

<sup>1</sup> - انظر، أسامة أحمد بدر، ضمان مخاطر المنتجات الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005، ص.122.

<sup>2</sup> - انظر، محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، مسؤولية الأطباء والمستشفيات والمرضى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص. 147.

<sup>3</sup> - انظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.207.



الخصائص الفنية التي تتميز بها الأجهزة، تجعل من الطبيب ملزم بتحقيق نتيجة في استعماله لهذه الأجهزة.

## 2- عمليات نقل الدم والسوائل الأخرى

يعتبر الالتزام الناشئ عن عمليات نقل الدم والسوائل والتحاليل الطبية التزاما بتحقيق نتيجة، لأنه محدد، وأن الضرر الذي يلحق بالمريض جراء هذه العمليات يستوجب التعويض، وأن المريض غير ملزم بإثبات خطأ الطبيب.

فعملية نقل الدم تثير العديد من المشاكل وتسبب الكثير من الأمراض عندما يكون الدم ملوثا، كالتهاب الكبد الوبائي والسل والأيدز، وهنا يتوجب على الطبيب عند نقل هذا الدم، بأن ينقل دما إلى المريض من فصيلته، خاليا من المرض.

فالتبيب يتعهد بالالتزام محله تقديم دم غير ملوث، وتقوم مسؤوليته العقدية عن الضرر الذي يحدثه الدم الملوث للمريض، ما لم يقدّم الدليل على أن عدم تنفيذ هذا الالتزام يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه<sup>1</sup>.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية<sup>2</sup> بأن مسؤولية الطبيب عن نقل الدم مسؤولية عقدية أساسها الاخلال بالالتزام رئيسي هو الالتزام بتحقيق نتيجة، موضوعه نقل دم سليم، خال من كل عيب أو مرض.

وأنه يقع على الطبيب التزام بتحقيق نتيجة عند قيامه إعطاء المريض أي سائل طبي آخر مثل الجلوكوز أو الأمصال الأخرى، حيث يقع على عاتقه التأكد من صلاحية هذه السوائل ومدى استعداد الجسم لقبولها<sup>3</sup>.

والواقع أن الوضع العام ألا يقوم الطبيب نفسه بتحليل الدم، بذلك إلى متخصصين، سواء كانوا في مستشفيات عامة أو خاصة أو في مراكز متخصصة (بنوك الدم)، ففي

<sup>1</sup> - انظر، أيمن أبو العيال، المسؤولية التصيرية عن نقل العامل المسبب لمرض نقص المناعة المكتسبة "دراسة في النظام الأنجلو أمريكي"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 21، العدد الأول، 2005، ص.16.

<sup>2</sup> - Cass.1er civ, 29 juin 1999, n; 97-14254, n:97-15818, n:97-21903, staphylocoques dorés.

<sup>3</sup> - انظر، طلال عجاج، المرجع السابق، ص.161.

هذه الحالة يرجع المريض على الطبيب المتخصص على أساس الاشتراط لمصلحة الغير. ويطالبه بالتعويض نتيجة إخلاله بالتزام ضمان السلامة. وغني عن البيان بأن هذا الالتزام هو التزام محدد وقائم بذاته، فالطبيب ملزم بالقيام بعمل محدد، مفاده ألا ينقل دم إلى المريض من شأنه أن يسبب ضررا إضافيا له<sup>1</sup>.

### 3- التحاليل الطبية والتحصين

يلتزم الطبيب بتحقيق نتيجة في عمليات التحصين، وذلك بنق مصل خال من أي عدوى، وأن يعطي المصل بطريقة صحيحة، وأن يكون فعالا من حيث اتفاهه مع الأصول العلمية الحديثة، حتى يؤدي النتيجة المرجوة منه<sup>2</sup>. وتعتبر عمليات التحاليل الطبية من العمليات العادية التي تقع على محل محدد تحديدا دقيقا، ولا تحتمل صعوبة خاصة بالنسبة للطبيب، ولا تتطوي على قدر من الاحتمال والمخاطر، لذلك يلتم الطبيب فيها بتحقيق نتيجة. وجدير بالذكر أن هناك تحاليل تتسم بالدقة تخرج عما تجريه المختبرات يوميا ويصعب الكشف فيها عن الحقيقة بالطرق العلمية، ويمكن أن يختلف التفسير بشأنها، فيكون التزام الطبيب فيها ببذل العناية<sup>3</sup>.

### 4- عمليات التركيب الصناعية

تزايدت الحاجة إلى تركيب الأعضاء الصناعية، بسبب رغبة الإنسان في إزالة بعض العيوب، والتي تؤدي بعض وظائف الأعضاء الطبيعية - وإن لم تكن بنفس حيويتها- كالأسنان والأطراف الصناعية. يمكن أن تثار المسؤولية الطبية في تركيب الأعضاء الصناعية من ناحيتين:

<sup>1</sup> - انظر، نزيه محمد الصادق المهدي، عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص.100 وما بعدها.

<sup>2</sup> - انظر، راييس محمد، المرجع السابق، ص.248.

<sup>3</sup> - انظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.218؛ وانظر، طلال عجاج، المرجع السابق، ص.154.

الأولى: تتعلق بحالة العضو الصناعي واتفاقه مع حالة المريض، ومدى تعويضه عن النقص الموجود فيه، ويكون التزام الطبيب فيه ببذل عناية، من خلالها يبذل جهوده في اختيار عضو ملاءم مع حالة المريض.

الثانية: وتتعلق بالجانب الفني المتعلق بسلامة العضو المركب وجودته ودقة صناعته، وفيها يلتزم الطبيب بتحقيق نتيجة، وبناء عليه تنعقد مسؤولية الطبيب إذا كان الجهاز رديء الصنع، أو لا يتفق مع قياسات المريض وسبب له ضرراً<sup>1</sup>.

وأكثر ما يثار أمام القضاء في هذا الخصوص، هو ما يتعلق بتركيب الأسنان الصناعية، حيث ذهب القضاء في بادئ الأمر إلى اعتبار طبيب الأسنان في حكم البائع للأسنان الصناعية، ولم يلبث وأن تراجع عن هذا الموقف بعد الانتقادات الموجهة إليه من طرف الفقه<sup>2</sup>، واتجه إلى أن تقديم الطبيب للأسنان لا ينفي عن هذا الاتفاق وصف العقد، الذي ينشئ على كاهل الطبيب الالتزامين المشار إليهما سابقاً.

## المبحث الثاني

### المسؤولية غير الخطئية

اقتترنت المسؤولية بالقاعدة الأخلاقية، فقيام المسؤولية يفترض اعتداء على النظام الأخلاقي المتمثل في الإخلال بواجب الفرد. لذلك فإن الفرد لا يلتزم بالتعويض إلا بناء على عمل غير مشروع صدر منه.

ومن المسلم به في نظر الفقه التقليدي هو أن المسؤولية المدنية لا تقوم إلا على خطأ، وهذا ما انتهى إليه القانون الفرنسي القديم الذي يعتبر المصدر الأساسي والأصلي للقانون الجزائري. وقد انعكس هذا الربط بين القاعدة الأخلاقية والمسؤولية المدنية على ركن الخطأ ذاته كأساس لقيام الالتزام بالتعويض، فمحدث الضرر لا يلتزم بالتعويض إلا بإثبات انحراف سلوكه انحرافاً يمثل اعتداء على الأخلاق، "فالخطأ دائماً

<sup>1</sup> - انظر، أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص. 232؛ وانظر، طلال عجاج، المرجع السابق، ص. 167.

<sup>2</sup> - انظر، أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص. 233.

فعل ملوم من الناحية الأخلاقية. فإذا كان الضرر ناتجا عن عمد فإنه لا يثير أي صعوبة في التعرف على الأساس الأخلاقي لإلزام مرتكبه بالتعويض، إذ نية الإضرار هي ذاتها ذنب أخلاقي"<sup>1</sup>.

وقد نتج عن هذه النظرة الأخلاقية لركن الخطأ أن المسؤولية كانت تؤخذ من وجهة نظر المسؤول وحده.

ولكن تطورا صناعيا رهيبا في المجال الطبي قد أربب هذه النظرية وأظهر قصورها، فقد تزايدت الأضرار وعلى الخصوص الأضرار الجسمانية والتي يعجز فيها المضرور عن إثبات خطأ الطبيب. وكان من شأن ذلك حرمان الكثير من المضرورين من التعويض، لذلك فقد بدأت النظرة تتحول شيئا فشيئا من المسؤول إلى المضرور، وذلك بتسهيل قيام حق هذا الأخير في التعويض بدليل أن هدف المسؤولية المدنية هو جبر الضرر قبل أن يكون جزاء للخطأ.

وفي سبيل ذلك اتجهت جهود الفقهاء ومعهم القضاء إلى التحول شيئا فشيئا عن الفكرة التقليدية التي تعتبر بالخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، وضرورة البحث عن أساس جديد يتماشى والتطورات الاقتصادية والصناعية، ويضمن للمضرورين جسيما أبسط الطرق للحصول على حقهم في التعويض. وهذا ما أدى إلى انسلاخ فكرة الخطأ عن التعويض بسبب الحاجة الملحة إلى هذا الأخير. ولعل أهم المجالات التي فرضت هذا التحول تطور التأمين حيث حل المؤمن محل المسؤول في التعويض، مما أدى بالبعض إلى القول بأن التأمين فيه تشجيع على الخطأ<sup>2</sup>.

وإلى جانب التأمين جاءت سبل أخرى تتمثل في الضمان الاجتماعي والصناديق الخاصة، وبالإضافة إلى ذلك تفشي مرض السيدا والمجازفات في العلاج وفكرة ضمان المنتجات المعيبة، وظهور مسؤوليات جزافية خاصة في مجال الصحة والبيئة. ولا يمكن أن ننسى حادثة الدم الموبوء بفيروس السيدا التي شهدتها فرنسا في منتصف

<sup>1</sup> - انظر، محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص. 238.

<sup>2</sup> - انظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص. 51.

الثمانينات، و كارثة المنتج الصيدلاني فيوكس في الولايات المتحدة سنة 2000. وأن الوقوف على حجم تلك الكوارث لم يكن قليلا مما يؤكد أن التطور التكنولوجي والعلمي لا يحمل للإنسان الرفاهية والنماء فقط، بل أن البحوث والدراسات أكدت على أنها تحمل في طياتها مخاطر<sup>1</sup>.

الأمر الذي جعل الفقه والقضاء يبحثان عن أسس جديدة للالتزام بالتعويض، ومن بين هذه الأسس الضرر كأساس للمسؤولية المدنية أي نظرية تحمل التبعية (المطلب الأول)، ثم ظهرت بعد ذلك نظرية الضمان (المطلب الثاني)، وبعدها نبين ذاتية الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية (المطلب الثالث).

## المطلب الأول

### نظرية تحمل التبعية

نبحث في هذا المجال مضمون هذه النظرية وأهميتها (الفرع الأول)، ونتطرق إلى أسسها (الفرع الثاني)، وموقف القانون والقضاء منها (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### ماهية نظرية تحمل التبعية

بدايةً سنتطرق الى مضمون نظرية تحمل التبعية أولاً، ثم إلى أهميتها ثانياً.

### 1 - مفهوم نظرية تحمل التبعية:

يرى أنصار هذه النظرية أنه من المقرر أن المسؤولية أصبحت بعيدة عن فكرة العقاب في الوقت الراهن، إذ لم تعد الغاية منها إنزال العقوبة بالفاعل، بل إصلاح ما نجم عن فعله من ضرر للغير، عن طريق التعويض، فلا يبقى أي معنى لاشتراط الخطأ

---

<sup>1</sup> - انظر، شهيدة قادة، فكرة مخاطر التطور، (رهانات الموازنة بين مصالح المهنيين وحقوق المستهلكين)، دراسات قانونية، جامعة تلمسان، 2005، العدد 02، ص. 51.

لقيام المسؤولية. فالمسؤولية لا تعدو أن تكون رد فعل اجتماعي وقانوني لما صدر عن المسؤول من ضرر، فعليه أن يتحمل نتائج ذلك<sup>1</sup>.

فنظرية تحمل التبعة تقيم المسؤولية التقصيرية على عنصر الضرر، ولا تعدد بالخطأ كركن من أركان المسؤولية ولا سيما في محيط النشاط الضار وبموجبها تقوم مسؤولية الجاني بمجرد قيام الضرر، ودون حاجة إلى البحث عن خطأه<sup>2</sup>.

وهذه النظرية من صميم الشريعة الإسلامية ومجالها الغرم بالغرم، بمعنى ضرورة أن تتماشى المسؤولية المدنية مع المنفعة الاقتصادية التي يجنيها الفرد من نشاطه، وبعبارة أخرى أن من يستفيد من نشاط معين، عليه أن يتحمل ما يحدثه هذا النشاط لغيره من أضرار من غير البحث عما إذا كان هناك خطأ من جانب صاحب النشاط أم لا. فهذه القاعدة كما هي معروفة عند فقهاء القانون، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية هم السباقون لها<sup>3</sup>.

هذا، وقد حاول الفقه في بادئ الأمر تأسيس المسؤولية المدنية عن طريق الاحتياط على بعض نصوص القانون المدني الفرنسي<sup>4</sup>، فشبه الآلات بالبناء، حيث أنه إذا أثبت العامل عيب في الآلة، وعلى الرغم من ذلك فلم تدم هذه النظرة طويلاً بسبب صعوبة إثبات العيب في الآلة، ثم لجأ الفقه إلى طريقة أخرى، فجعل رب العمل مسؤولاً مسؤولية عقدية عن سلامة العامل ولكن لم يؤيد القضاء هذا الاتجاه. ولما رأى الفقه أنه لا مناص من مواجهة هذه الصعوبات إلا عن طريق مباشر ما أدى بهم إلى القول بأنه ليس من الضروري أن يكون الخطأ أساساً للمسؤولية التقصيرية ويجوز أن تقوم المسؤولية على أساس الضرر.

<sup>1</sup> - انظر، حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص.7.

<sup>2</sup> - يطلق عليها النظرية المادية أو الموضوعية أو نظرية المخاطر المستحدثة، انظر، حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص.7.

<sup>3</sup> - انظر، محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص. 217.

<sup>4</sup> - انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، فقرة.520، ص. 767.

وتميزت النظرية في مهدها بمحاربة فكرة الخطأ، بحيث لاحظ مؤيدوها أن فكرة الخطأ الواجب الإثبات أصبحت قاصرة عن إنصاف ضحايا الحوادث الطبية وحوادث العمل والنقل، وأن مطالبة هؤلاء بالدليل أو بالإثبات فيه إرهاق لهم وضياعا لحقوقهم، لاسيما أن أغلب الحوادث جسمانية وتبقى أسبابها عسيرة يصعب اكتشافها إلا بخبير. وأن التمسك بإثبات الخطأ معناه تغليب مصلحة القوي على مصلحة الضعيف المضرور، وهذا ما يتنافى مع العدالة والديمقراطية. فإذا ما أصيب شخص جراء خطأ طبي فمن الذي يتحمل نتيجته أهو المصاب المريض الذي لاحول له ولا قوة ولا ذنب له وكان موقفه سلبي أم الطبيب المسؤول الذي كان موقفه إيجابيا ؟

ومن خلاله يرى أنصار هذه النظرية أنه يجب أن ننظر في هذا العصر المادي إلى العلاقات القانونية باعتبارها علاقات بين ذمتين ماليتين، وبالتالي وجب إعادة التوازن بينهما في حالة ما إذا استفادت إحدهما على حساب الأخرى. وأن القانون يفترض الخطأ في مسؤولية الإنسان عن فعل غيره أو عن فعل الشيء أو الحيوان كما رأينا، فمن باب أولى يجب أن يفترض خطأه الشخصي لاسيما وأن التأمين قد انتشر بصفة كبيرة في هذا العصر<sup>1</sup>.

## 2- أهمية نظرية تحمل التبعية:

شهدت النظرية أهمية بالغة باعتبارها تتفق مع الحاضر، ومع المنطق والعدالة، كما أنها مستمدة من الشريعة الإسلامية، فمنذ انفصال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية أصبح التعويض لا دخل للعقوبة فيه، وتبعاً لذلك لم يعد للخطأ مكان كأساس

---

<sup>1</sup> - وقد نادى بهذه النظرية كل من سالي SALEILLES في رسالته سنة 1897 عن "حوادث العمل والمسؤولية المدنية"، وجوسران JOSSERAND في رسالته سنة 1897 عن "المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية". انظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.152 وما بعدها .

للمسؤولية المدنية، ويجب أن يكون أساس هذه المسؤولية الضرر الذي يستوجب التعويض لا الخطأ الذي يستوجب العقوبة<sup>1</sup>.

وتتفق النظرية الموضوعية مع التطور الاقتصادي، وذلك منذ انفجار الثورة الصناعية وانتشار الآلة، وأصبحت المخترعات الحديثة مورد رزق كبير ومصدر خطر جسيم. فما دام الشخص ينتفع بشيء فمن العدل أن يتحمل مخاطره. وإذا كانت المسؤولية الشخصية تصلح في نظام اقتصادي يقوم على الزراعة، فهي لا تصلح في نظام اقتصادي يقوم على الصناعة، والواجب في نظر أنصار هذه النظرية هجر المسؤولية الشخصية إلى المسؤولية الموضوعية، ونعتقد أنه على الرغم من أن هذا الرأي له وجاهته، إلا أنه لا يمكن استبعاد فكرة الخطأ عن المسؤولية.

ولتعويض المضرورين من المخاطر العلاجية ظهر نظام جديد يحقق لهم العدل والأمان بعيداً عن فكرة الخطأ التي ترهق كاهلهم، كان السبب الرئيسي في البحث عن أساس جديد للمسؤولية بعيداً عن الخطأ وذلك من أجل تيسير الإثبات بغرض صيانة حقوق المضرورين جسمانياً.

وبما أن حوادث المرور وإصابات العمل وخطر السلع المعيبة وتفشي الأمراض الفتاكة وظهور الإرهاب وهي التي تسبب الإصابات الجسمانية، أنصب تفكير الفقهاء على إظهار عيوب النظرية التقليدية، حيث لاحظوا أن الإجراءات الخاصة بتعويض ضحايا الأضرار الجسمانية جد معقدة وغامضة لذلك نادوا بهجر هذه النظرية واعتماد الضرر كأساس للمسؤولية عن الكثير من المسؤوليات عن الأضرار الجسمانية<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> - انظر، السيد شعيب أحمد سليمان، المرجع السابق، ص. 368؛ وانظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 768.

<sup>2</sup> - انظر، أمجد عبد الفتاح أحمد حسان، المرجع السابق، ص. 165.



## الفرع الثاني

### أسس نظرية تحمل التبعية

ينادي الفقه في فرنسا المؤيد لهذه النظرية بهجر المسؤولية القائمة على الخطأ ولو كان مفترضا، إلى المسؤولية القائمة على تحمل التبعية، وقد بنوا هذه النظرية على أسس نذكر منها.

1- الغنم بالغرم: ويقصد به أن كل من يستفيد من نشاط ما ويجني ثماره يجب أن يتحمل مغارمه عندما يسبب ضررا للغير.

2- العدالة: حيث يقول الفقيه جو سران أن المسؤولية بسبب الأشياء الجامدة إنما ترجع إلى العدالة، والعدالة تقتضي جبر الضرر والمساواة بين مراكز المواطنين، إذ ليس من العدل أن ينتفع الإنسان من نشاط ولا يتحمل أضراره.

3- الخطر المستحدث: أي أن كل من يستخدم الآلات والمصانع التي تستحدث خطرا متزايدا للغير يلزم بتعويض الضرر الذي يصيب الغير<sup>1</sup>.

ولما نادى هذا الفقه بهدم المسؤولية الشخصية التي تقوم على أركان ثلاثة الخطأ والضرر والعلاقة النسبية بينهما، أقاموا النظرية الموضوعية على أركان ثلاثة أيضا هي الخطر والضرر والعلاقة السببية بينهما<sup>2</sup>. الأمر الذي يدفعنا إلى البحث عن الفرق بين النظرية الشخصية والموضوعية.

تختلف النظرية الشخصية عن الموضوعية في أن الأولى تقوم على الخطأ ولو كان مفترضا والمسؤول فيها هو الحارس لا المنتفع. أما المسؤولية الموضوعية فتقوم على الضرر والمسؤول فيها هو المنتفع لا الحارس. ويترتب على ذلك أن المدين في المسؤولية الشخصية يستطيع دفع المسؤولية إذا عجز الدائن عن إثبات الخطأ. وإذا كان الخطأ مفترضا فرضا يقبل إثبات العكس دفعها بإثبات السبب الأجنبي، فالمدين يستطيع

<sup>1</sup> - انظر، السيد شعيب أحمد سليمان، المرجع السابق، ص. 368.

<sup>2</sup> - انظر، جوسران، النقل، ص. 866، مقتبس عن السيد شعيب أحمد سليمان، المرجع السابق، ص. 394.

دائماً أن يدفع المسؤولية الشخصية عن نفسه، أما المسؤول في المسؤولية الموضوعية فلا يستطيع دفع هذه المسؤولية حتى لو نفي الخطأ أو أثبت السبب الأجنبي<sup>1</sup>.

ومن خلال الدراسة، نخلص إلى أن نظام المسؤولية قد وصل إلى نظام شبه مسدود بسبب الفوضى الذي سادته أكثر من قرن من الزمن، وبقيت النصوص على حالها.

ويحكم نظام المسؤولية في فرنسا تياران أساسيان، المسؤولية الموضوعية والمسؤولية الاجتماعية، بمعنى أن المسؤولية تطورت دون أن يكون أساسها الخطأ وتحملت الجماعة التعويض وتجسد ذلك فيما يلعبه التأمين والضمان الاجتماعي من دور في تعويض الضحايا<sup>2</sup>.

ويتم تطبيق نظام المسؤولية الموضوعية تحديداً ضمن المسؤولية عن الأشياء، كمسؤولية مقدم الرعاية الصحية عن الأجهزة والأدوات الطبية، وتجسد ذلك في نص المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي، حيث كان هذا النص يستجيب في بدايته لحالات خاصة كحوادث المرور وحوادث العمل وفيما بعد عممها القضاء. وبالمقابل تم التضييق من نطاق المسؤولية عن العمل الشخصي. ورغم ذلك يرى الفقه المنتقد لهذا التطور بأن المسؤولية الموضوعية رغم تعميمها ومحاولة الفصل بين عمل الإنسان وفعل الشيء تترك مكاناً بارزاً للخطأ تحت غطاء آليات متنوعة، وما يبرر بقاء الخطأ فيها اشتراط الفعل الإيجابي للشيء أضف إلى ذلك فكرة الحراسة<sup>3</sup>.

وتفريعاً عما سبق، سنتناول موقف القانون والقضاء من نظرية تحمل التبعة، وما مدى الأخذ بها لاسيما في كل من القضاء الفرنسي، والجزائري.

---

<sup>1</sup> - انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 769.

<sup>2</sup> - انظر، محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص. 245.

<sup>3</sup> - انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 1078 وما بعدها.

## الفرع الثالث

### موقف القانون والقضاء من نظرية تحمل التبعية

أدى استخدام الآلات وتطور الصناعة إلى كثرة المخاطر الطبية، والتي ذهب ضحيتها الكثير من المضرورين، وظهرت الأمراض الفتاكة والمعدية، هذا ما دفع القضاء الفرنسي إلى تطبيق نظرية تحمل التبعية، حيث كان القضاء الفرنسي رائدا في هذا المجال، ففي سنة 1927 قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الخطأ الوارد في المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي السابقة الذكر لا يجوز دحضها إلا بإثبات السبب الأجنبي. وفي سنة 1929 طبقت المحكمة نفسها أحكام المسؤولية عن الأشياء، أي أنها أنشأت قاعدة جديدة ألقت بها على عاتق حارس الشيء التزاما بسلامة الغير، مستقلا عن فكرة المسؤولية الخطيئة. غير أن القضاء على الرغم من تطبيقه لهذه النظرية إلا أنه قد رفضها ولم يعترف بها<sup>1</sup>.

وقد استجاب التشريع الفرنسي لهذه النظرية وذلك في قانون 1898 وهو أول قانون في فرنسا يخرج صراحة على مبدأ المسؤولية الخطيئة، وقانون 1914 المتعلق بالتزام البلديات بتعويض الأضرار الناشئة عن التجمهر والمظاهرات، وقانون 1921 الخاص بالتعويض عن الإصابات التي تحدث في المصانع، وقانون 1924 الخاص بالطيران وتعويض الأضرار، والقانون الخاص بإصابات العمل والأمراض الحرفية والمهنية، وأخيرا القانون الخاص بحوادث الطرق ويسمى قانون "بدنتير" في 1985/07/05 حيث جعل مسؤولية مرتكب الحادث مفترضة وبدون خطأ، كما ألزم شركات التأمين بتعويض الضحية مباشرة تحت طائلة المسؤولية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص.31.

<sup>2</sup> - انظر، السيد شعيب أحمد سليمان، المرجع السابق، ص. 385 وما بعدها؛ وانظر، عبد العزيز الصاصمة، المرجع السابق، ص. 80 وما بعدها؛ وانظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 770.

وفي الجزائر صدر القانون رقم 83-11<sup>1</sup> المتعلق بالتأمينات الاجتماعية المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-19 حيث يقوم هذا النظام على فكرة تحمل التبعة أو الضمان دون اشتراط الخطأ. ولم يعف المسؤول من المسؤولية إلا جزئياً، وذلك بإثبات الخطأ غير المبرر من قبل العامل فيخفض حينئذ التعويض<sup>2</sup>.

و في حوادث المرور فقد ذهبت المحكمة العليا إلى أن نظام التعويض في حوادث المرور يقوم على أساس نظرية المخاطر؛ وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1990/02/27 جاء في حيثياته " إن التعويضات المحددة بالجدول المرفقة بالأمر 74-15 هي من النظام العام وأن عدم مراعاتها يترتب عليه البطلان والنقض "، وقد أكدت ذلك المادة 8 من نفس الأمر والتي ألغت عنصر الخطأ لقيام المسؤولية المدنية، وفي قرار آخر لها عن الغرفة الجنائية الثانية مؤرخ في 1990/07/09 نص على "إنه إلى غاية 1980 وهو تاريخ صدور المراسيم التطبيقية للأمر 74-15 كانت تطبق أمام الجهات القضائية في دعاوى حوادث المرور نظرية الخطأ التي تشترط من الضحية إثبات الخطأ المرتكب من قبل السائق وكون هذا الخطأ هو الذي كان سببا في الضرر الذي لحقها، ثم أخذ المشرع بنظرية الخطر التي تشمل التعويض التلقائي دون مراعاة مسؤولية أي طرف في الحادث حسب القواعد المحددة للأمر 74-15 وقانون 88-31<sup>3</sup>.

ولكن القضاء الفرنسي لم يسلم لهذه النظرية بل يشترط دائما لقيام المسؤولية توافر الخطأ، ولكنه سار شوطا كبيرا في جعله مفروضا في أحوال كثيرة، واستعان في ذلك

---

<sup>1</sup> انظر، قانون رقم 83-11 مؤرخ في 21 رمضان 1403 الموافق 2 يوليو 1983 يتعلق بالتأمينات الاجتماعية المعدل والمتمم بالأمر 96-19 المؤرخ في 06/07/1996.

<sup>2</sup> انظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 160.

<sup>3</sup> انظر، المحكمة العليا، غ.ج، مؤرخ في 09/07/1990، ملف رقم 66.203، المجلة القضائية، 1999، العدد الأول، ص.45.

بالالتزام بضمان السلامة في بعض العقود، كعقد النقل وهو بذلك قد وصل إلى كثير من النتائج التي نادى بها أنصار النظرية الموضوعية وذلك عن طريق الخطأ المفترض<sup>1</sup>.

ولقد انتقدت نظرية تحمل التبعية في مرحلتها الأولى القائمة على الغرم بالغنم بأن ليس كل نشاط يعود على صاحبه بالغنم، إذ أن هناك نشاطات لا تعود على صاحبها بشيء بل على العكس تعود عليه بخسارة فادحة، لذلك تحولوا إلى فكرة الخطر المستحدث، كما يؤخذ على هذه النظرية أنها تثبط النشاط والحركة والتطور الاقتصادي والصناعي خشية من المسؤولية.

## المطلب الثاني

### نظرية الضمان

ذهب فقه المسؤولية الموضوعية الذي ينادي بتأسيس المسؤولية على مجرد وقوع الضرر، إلى أن القضاء والتشريع مازالا مخلصين لفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية. وفي سبيل إعطاء قبول لهذه النظرية اعتبر البعض أن الخطأ والتبعية معا أساسا للمسؤولية المدنية، كما يذهب إليه الفقيه "جوسران"<sup>2</sup> أو باعتبار التبعية أساسا احتياطيا للخطأ كما ذهب إليه الفقيه سافاتيه.

ومع إعراض الفقه عن هذه الحلول إزاء عدم وجود معيار دقيق بين متى تقوم المسؤولية على الخطأ ومتى تقوم على التبعية، فقد حاول الفقيه "ستارك"<sup>3</sup> إقامة المسؤولية على فكرة الضمان، بدلا من الخطأ والتبعية، ويرى أن المسؤولية المدنية تحقق وظيفتين أساسيتين هما الضمان والعقوبة الخاصة، وفيما يتعلق بالأولى فإن المسؤولية عن الأضرار المادية والجسمانية تفسر بفكرة الضمان، ذلك أن فكرة الخطأ قد ظهر

<sup>1</sup> - انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 771.

<sup>2</sup> - انظر، جوسران، المسؤولية عن الأشياء غير الحية، مقتبس عن محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص. 151.

<sup>3</sup> - CF, Boris STARK, Essai d'une théorie générale de la responsabilité : de garantie et de peine privée, p38.

مقتبس عن طه عبد المولى طه، مرجع سابق، ص. 12.

قصورها بتعدد الحوادث التي يتعذر فيها معرفة المسؤول وبالتالي الخطأ والتي غالبا ما تسبب أضرارا جسمانية فادحة، فظهرت نظرية تحمل التبعة، ولكن فشلت في تفسير أساس المسؤولية المدنية. وقد جاء الفقيه ستارك بمحاولة تسعى إلى إقامة المسؤولية على فكرة الضمان مع الاعتراف بدوره في المسؤولية ولكن بمعنى جديد يعبر عن الوظيفة الرادعة وهي العقوبة الخاصة. فما مضمون نظرية الضمان (الفرع الأول)؟ وما مدى نجاعتها (الفرع الثاني)؟

## الفرع الأول

### تعريف نظرية الضمان

يذهب الفقيه ستارك<sup>1</sup> إلى أن المسؤولية المدنية تحقق وظيفتين الضمان *garantie* والعقوبة الخاصة، فالمسؤولية عن الأضرار المادية والجسمانية تفسر بفكرة الضمان لأن فكرة الخطأ قد ظهر قصورها بتعدد الحوادث التي يتعذر فيها معرفة الخطأ أو إثباته. فلم يعد الخطأ معيارا للقاضي أو للمشرع في تفسير المسؤولية المدنية ولكنه أصبح تفسيرا لاحقا له وأن أساس المسؤولية المدنية ليس مغلقا على فكرتي التبعة والخطأ فهما فكرتان تتميزان بأنهما شخصيتان تبحثان عن سبب وتبرير الالتزام بتعويض الضرر من وجهة نظر المسؤول، وتتجاهلان حقوق المضرور.

فإذا ما وقع ضرر مادي أو جسماني على الغير فإنه يمثل إخلالا بحقه في السلامة *droit à la sécurité* الذي يضمنه ويقره القانون لكل فرد، وعليه يلتزم المسؤول عن الضرر بالتعويض بغض النظر عن خطئه وذلك عدا حالة القوة القاهرة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - Cf. Boris STARK, op, cit, pp.40-41.

مقتبس عن، محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة نشر، ص.393.

<sup>2</sup> - انظر، علي علي سليمان المرجع السابق، ص. 160؛ وانظر؛ محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق ص. 153.

والفرق بين نظرية الضمان وتحمل التبعة أن الأولى تبرر الالتزام بتعويض المضرور بفكرة الإخلال بحقوقه، في حين أن الثانية تنظر إلى التعويض إلى أنه المقابل الضروري للفائدة المستخلصة من النشاط. كما أن نظرية تحمل التبعة تنظر إلى المسألة من وجهة نظر المسؤول أما نظرية الضمان فتتظر إليها من وجهة نظر المضرور.

وبالنسبة للأضرار الاقتصادية والأدبية (غير الجسمانية) فإنه لا غنى عن فكرة تدخل الخطأ، وأن وجود الخطأ يؤدي إلى إكمال الوظيفة الثانية للمسؤولية المدنية وهي العقوبة الخاصة، ذلك أن "التعويض وحده لا يكفي لمنع الأخطاء بسبب ما قد يفيدته المسؤول من الفعل الضار أو بسبب ثروته أو بسبب اتفاقات عدم المسؤولية"<sup>1</sup>.

إن الخطأ الذي يوجب توقيع عقوبة خاصة بهدف منع الأضرار والأخطاء هو الخطأ الثابت المتميز أو المعلوم في السلوك، ويكفي فيه أن يثبت القاضي أن مسلك المسؤول غير عادي أو أنه ارتكب إهمالا أو عدم حيطة أو خداع، فالعقوبة الخاصة ما هي إلا تكملة للتعويض، وهذه العقوبة الخاصة لها حد أدنى تبدأ منه وحد أقصى تنتهي عنده.

أما الحد الأدنى للعقوبة الخاصة فهو التعويض الموضوعي الذي لا يشمل إلا الخسارة الواقعة أو القيمة التجارية للشيء ولا يشمل الضرر غير المتوقع في المسؤولية العقدية كما لا يشمل الضرر الأدبي. في حين أن الحد الأقصى للعقوبة الخاصة في نظر ستارك<sup>2</sup> هو التعويض الكامل *réparation intégrale* المقدر تقديرا ذاتيا ويشمل الكسب الفائت والضرر الأدبي والضرر غير المتوقع عند التعاقد، ولا يجب أن تتجاوز هذه العقوبة الخاصة مقدار الضرر بحيث تشكل إثراء للمضرور.

فالمسؤولية الموضوعية أصبحت تطبق على الأضرار الناجمة عن الأنشطة ذات الطابع الخطر، لا سيما بعد ازدياد أضرار المنتجات الطبية والصناعية، وأصبحت

<sup>1</sup> - انظر، محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص. 156.

<sup>2</sup> - انظر، محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص. 159.

مصادرها متعددة يجهلها المتضرر في كثير من الأحيان، يحدوها في ذلك هاجس التعويض على المتضرر، من دون إلزامه بإثبات الخطأ، لأن ذلك فيه نوع من الصعوبة على المضرور.

ويتساءل الفقيه ستارك عن أي المصلحتين أولى بالرعاية، حرية النشاط الإنساني وهي أن للإنسان الحق في ممارسة أي نشاط غير ممنوع قانوناً، ولو أدى هذا النشاط إلى الإضرار بالغير، باعتبار أن كل نشاط غير ممنوع مباح، أم الحق في السلامة وهو حق كل إنسان في سلامة جسمه والمحافظة على حياته، والاستمتاع بجميع أمواله سواء كانت مادية أو أدبية<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### تقييم نظرية الضمان

قد أزلت نظرية الضمان عن فكرة العقوبة الخاصة صفات الانتقام والتشبع بأفكار القانون الجنائي لتنسب إلى القانون المدني وترتبط بنظرية التعويض. وتدور هذه الفكرة حول تأكيد أهمية الوظيفة الرادعة في القانون الخاص، ولايجاد وسيلة لإعمال الردع مع جبر الضرر من خلال التعويض. كما أوضحت هذه النظرية ولفتت الانتباه إلى أفكار النظرية التقليدية التي لم تعد تطابق الواقع القائم للتشريع والقضاء، وقد نجحت النظرية في حسم مشكلة كيفية الجمع بين الردع وجبر الضرر في المسؤولية المدنية<sup>2</sup>.

إن فكرة الضمان التي يقول بها ستارك ليست جديدة في نطاق المسؤولية المدنية فهي ترديد لأفكار نظريات التبعة التي تدعوا إلى قيام المسؤولية على الضرر وحده دون اشتراط الخطأ ثابتاً كان أو مفترضاً. وهذه النظريات لم يكتب لها البقاء، فقد تحول عنها أغلب الفقه، كما تردد القضاء عن الأخذ بها دون سند تشريعي، وقد بقيت النظرية الشخصية للمسؤولية القائمة على الخطأ هي الأصل في نظر التشريع والقضاء وكذلك

<sup>1</sup> - انظر، عبد الحميد عثمان محمد، المسؤولية المدنية عن مضار المادة المشعة (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1993، ص. 174.

<sup>2</sup> - انظر، محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص. 164.



الفقه، فنظرية الضمان لم تخرج عن الإطار النظري، فليس صحيحا أن الفرد يسأل عن أي أضرار أحدثها ولو لم يكن مخطئا<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث

#### خصوصية الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية

نتعرض إلى بيان خصوصية أركان المسؤولية الطبية في مجال المخاطر العلاجية، مع بيان الفرق بينها وبين القواعد التقليدية في المسؤولية، حيث أن المسؤولية الموضوعية تخلو من ركن الخطأ، وتقوم على ركنين أساسيين هما الضرر والعلاقة السببية.

وتتضح ذاتية هذه الأضرار في أنها أضرار موضوعية وغير خطئية ( الفرع الأول)، وأنها أضرار محققة ( الفرع الثاني)، وأخيرا انه أضرار متوقعة ( الفرع الثالث).

### الفرع الأول

#### أنها أضرار موضوعية وغير خطئية

تختلف الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية عن الأضرار التي تثيرها المسؤولية التقليدية للقائم بالرعاية الصحية، حيث أن هذه الأخيرة تستند إلى خطأ في العلاج أو التشخيص، أما الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية فهي تتجاوز فكرة الخطأ، فهي تتصل أساسا بالمخاطر المحيطة بالعمل الطبي.

فهذه المخاطر الموضوعية باتت اليوم تهدد جسم الإنسان، لا سيما بعد التطور الذي شهدته التكنولوجيا في المجال الصحي، وما رافقها من مخاطر ناجمة عن الأبحاث

<sup>1</sup> - انظر، محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص. 164.

الصناعية، وما صاحبها من تقنيات جديدة في مجال العلاج بالجينات والتي تتضمن رغم أهميتها<sup>1</sup> العديد من المخاطر التي تتجم عنها أضراراً خطيرة<sup>2</sup>.

والواقع أن مفهوم المخاطر التكنولوجية، قد اقترن منذ بداية ظهوره بالأخطار الصناعية، غير أن هذا لا يعني أن الخطرين متلازمين ومتطابقين، حيث أن الأخطار التكنولوجية تتميز بأوصاف تجعل منها مجرد طائفة خاصة من الأخطار الصناعية.

فموضوع الخطر التكنولوجي إما أن يكون آلية صناعية جديدة للعمل، وإما منتجات أو خدمات تطرح للتداول، بينما يتعلق الخطر الصناعي التقليدي بوسائل أو منتجات أو خدمات معروفة سبق تداولها وتجربتها مسبقاً. ويترتب على ذلك أن هذه الأخطار التكنولوجية في الغالب الأعم تكون مجهولة، وغير محدودة، فهي تتجاوز الدولة التي نشأت فيها، بسبب الاستهلاك الكبير للسلع والخدمات، التي لا يمكن الاستغناء عنها<sup>3</sup>.

هذه الأخطار تتميز بأنها أخطار جسيمة من شأنها أن تسبب أضراراً جسيمة للمستهلك، وهو ما دعا مجلس الدولة الفرنسي إلى اشتراط الصفة غير العادية للضرر، كشرط ضروري لانعقاد المسؤولية على أساس المخاطر.

---

<sup>1</sup> - انظر، آمال بكوش، المرجع السابق، ص.81. حيث يقوم العلاج الجيني على أساس فكرة استبدال الجين المعطوب بآخر سليم، أو إمداد خلايا المريض بعدد كاف من الجينات السليمة التي تعمل على سد أو تعويض النقص في عمل الجينات المعطوبة؛ هذه الأعطاب تعزى إلى أسباب وراثية انتقلت إلى المريض عبر الخلايا الجنسية لوالديه الحاملة للجين المعطوب، أو عن أمراض غير وراثية حصلت بعد الولادة نتيجة طفرات، وتقوم هذه التقنية على أساس أن الإصابة بمرض معين مرتبطة بوجود جين بعينه، ومن الممكن التدخل العلاجي في عدة مراحل بعد التشخيص المبكر، حيث يمكن على سبيل المثال اكتشاف أن سيدة ما سوف تصاب بسرطان الثدي، وبالتالي يمكن التحكم في العوامل التي تلعب دوراً كبيراً في حدوث الإصابة، كالتدخين وحبوب منع الحمل، أو منع الجنات التي تسبب حدوثه بالتدخل السريع بالأدوية المثبطة لعمل الجينات المنتجة للورم، أو عن طريق إجراء تبديل جيني.

<sup>2</sup> - انظر، آمال بكوش، المرجع السابق، ص.82.

<sup>3</sup> - انظر، شهيدة قادة، المرجع السابق، ص.98.

وقد اشترط قضاء مجلس الدولة الفرنسي جسامه الضرر كآلية للحد من مسؤولية بعض المرافق العامة ذات النشاط الخطر، كالمرافق الطبية، ونشاط البوليس، ومرافق تحصيل الضرائب، وغيرها.

وقد اعتمد الفقه<sup>1</sup> على ضرورة إبراز أهمية الطابع الاستثنائي لهذه المسؤولية (المسؤولية على أساس المخاطر)، فهي ما دامت مسؤولية استثنائية بحسب الأصل، فإنها تتطلب لانعقادها أيضاً شروطاً استثنائية. وذهب في اشتراطه جسامه الخطأ إلى حد القول بعدم قيام المسؤولية الموضوعية أصلاً دون قيامه وعدم إقرار هذه المسؤولية إلا بتوافره، مؤكداً أن الضرر الذي يتوجب عنه التعويض في حالة المسؤولية على أساس المخاطر لا يكفي أن يكون بسيطاً أو عادياً، كما هو الشأن في المسؤولية المبنية على أساس الخطأ، بل يجب أن يكون على درجة معينة من الجسامه، فالمسؤولية بدون خطأ ترتبط بوجوب تعويض الضرر غير العادي وحده.

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى اشتراط الجسامه في الأضرار الناجمة عن الحوادث الطبية، منذ قرار Gomez الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بليون بتاريخ 1990/12/21، حيث كان بداية لإقرار حقوق المرضى في التعويض عن المخاطر العلاجية<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> - انظر، سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، دار الفكر العربي، 1986، ص.213؛ مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري، قضاء التعويض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص.725.

<sup>2</sup> - وكانت المحكمة قد قضت بناءً على الطلب المقدم من السيد والسيدة (Robert)، باستئناف حكم المحكمة الإدارية بليون والتي كانت قد قضت برفض دعواهم ضد المستشفى المدني بليون المتضمنة مطالبة هذا الأخير بتعويض الضرر الذي لحق ابنهم (Serge) على إثر خضوعه لتدخل جراحي بالمستشفى المذكورة أعلاه. وتتمثل وقائع الدعوى في أن الشاب (Serge) وهو مراهق يبلغ من العمر 15 سنة كان يعاني من الحدب (Une Cyphose) الذي شكل بنظر الأطباء مظهراً متطوراً لمرض الرعاش (La maladie de Scheurmannn) مما استدعى إخضاعه على وجه السرعة لتدخل جراحي تقويمي باعتماد تقنية جديدة يطلق عليها (Luqué) بتاريخ 25 اغسطس 1983، أصيب على إثره باضطرابات عصبية بالغلة (troubles neurologiques) أدت إلى شلل أعضائه السفلية.

ويثور التساؤل حول المعيار الذي تتحدد على ضوءه الصفة الاستثنائية للضرر الطبي، وقد أخذ الاتجاه السائد في الفقه<sup>1</sup> بالمعيار الكمي. فالخطر الجسيم هو الخطر ذو الطبيعة الاستثنائية غير المألوفة. غير أنه في مجال المخاطر العلاجية يجب النظر إلى عدة معايير. فيجب أولاً مقارنة الضرر الراهن للمريض بنظيره في الحالات المماثلة السابقة، ويجب ثانياً أن ننظر إلى الضرر ذاته، لأنه قد يشكل الضرر سابقة دون مقارنته مع الحالات المشابهة السابقة، فتلف عضو أو حاسة من الحواس ليست على درجة من الجسامة ذاتها بالنسبة لمريض يعاني مسبقاً من فقدان الإبصار بالعين الأخرى. ويجب أيضاً أن ننظر إلى العمل الطبي المقصود ودرجة خطورته، فإذا ما نجم عن تطبيق تقنية معقدة أضراراً جسيمة، فإن هذه الأضرار عادة ما تقبل في إطار المألوف، بينما ينبئ حدوث اضطرابات عصبية خطيرة أو شلل دائم على إثر الخضوع لفحص روتيني بسيط عن جسامة استثنائية للضرر<sup>2</sup>.

والحقيقة أن فكرة الضرر الجسيم اصطدمت بواقع التعويض في نطاق القانون الخاص، الذي يقضي بحظر أي تحديد للتعويض عن الأضرار الجسمانية، وبطلان أي شرط من شأنه التخفيف من المسؤولية واستبعادها؛ حيث أن الحق في التعويض ينشأ عن المساس بحق الفرد في السلامة، وعليه لا يمكن قصر التعويض في مجال المخاطر العلاجية على الأضرار التي بلغت درجة معينة من الجسامة، لأن ذلك لا يجد أساساً له في القانون الخاص. وهو ما جعل القضاء المدني الفرنسي، يستبعد شرط الجسامة الاستثنائية للضرر كأساس لقيام المسؤولية عن المخاطر العلاجية، في ظل أحكام المسؤولية الخطئية<sup>3</sup>.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا السياق، بقرارها الصادر بتاريخ 28 ماي 1998، بعدم الاستناد إلى جسامة الضرر لاستخلاص خطأ القائم بالعمل الطبي الذي يقوم كأساس لتحميله التبعات الضارة للتدخل الذي أجراه، وذلك في قضية تقدم

<sup>1</sup> - انظر، آمال بكوش، المرجع السابق، ص.93.

<sup>2</sup> - انظر، ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.53.

<sup>3</sup> - انظر، آمال بكوش، المرجع السابق، ص.95.

فيها أحد المرضى ضد طبيب قد باشر علاجه بقصد تخفيف التورم الناجم عن تجمع دموي درني خلقي في جبينه، باستخدام مركب (Trombavar) الذي تسبب تسله إلى عين المريض في التهاب حاد انتهى بفقدانه الإبصار بالعين اليمنى كلية.

وقد رفضت محكمة أول درجة التعويض على أساس أن تقنية العلاج التي استخدمها الطبيب تعد من العلاجات الشائعة التي لا ينطبق عليها وصف الطريقة الجديدة في العلاج، كما أن العلاج قد تم وفقاً للمعطيات العلمية السائدة، دون ثبوت أي خطأ من جانب الطبيب. واعتبرت محكمة الاستئناف أن حدوث ضرر بالغ الخطورة وغير عادي على إثر الخضوع لعمل طبي مألوف، كاف لاستنباط وجود خطأ مضمراً، وبالتالي تقوم مسؤولية الطبيب عن هذه الأضرار.

قام الطبيب بالطعن في هذا القرار أمام محكمة النقض، حيث أبدت رفضها المطلق لفكرة الخطأ المضمراً، مقررّة أنه لا يكفي بأي حال لإثارة مسؤولية الطبيب عن فقدان المريض لعينه، الاعتداد بما نشأ عن الإجراء الذي باشره من أضرار، ومن ثمة فلا يصح القول أن الأضرار مهما بلغت من الجسامة، فإنها تنبئ بذاتها عن وقوع خطأ مضمراً ما دامت قد نجمت عن عمل طبي مألوف<sup>1</sup>.

وقد حسم المشرع الفرنسي هذا الجدل بموجب المادة L.1142-2 من قانون الصحة العامة، على ضرورة أن تتصف الأضرار بقدر من الجسامة الاستثنائية حتى يمكن التعويض عنها بعنوان التضامن الوطني<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، قرار بتاريخ 1997/05/25، مشار إليه في أمال بكوش، المرجع السابق، ص.96.

<sup>2</sup> - Article L1142-2 du code de la santé publique, modifié par Loi n 2002-303 du 04 mars 2002- art. JORF, 5 mars 2002. qui disposait que : « Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au 1<sup>er</sup> al ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient du titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant

وصفوة القول أن المخاطر العلاجية تخرج عن نطاق الخطأ، حيث تعتبر أضراراً أجنبية عن كيفية أداء الطبيب لمضمون التزامه ببذل العناية، وبعيدة عن كل إخفاق أو قصور يمكن يعتري عمله، قد تعزى إلى فعل المنتجات الخطرة ودون أن يعتريها عيب، كحالة العدوى التي تصيب المريض أثناء تواجده بالمشفى، حيث يثبت توافق العناية الطبية التي حظي بها المريض، ومع ذلك تنتقل العدوى بسبب المستلزمات الطبية.

## الفرع الثاني

### أنها أضرار محققة

لا يكاد يخلو العمل الطبي من عنصر الاحتمال، الذي يعني توافر نسبة من المخاطر تتمثل في احتمال حصول الضرر، في أي مرحلة من مراحل التشخيص والعلاج، فما من منتج أو تقنية علاجية إلا وتندرج باحتمال وقوع ضرر للمريض، ويتحقق الضرر رغم العناية الطبية المتفقة مع الأصول العلمية الثابتة.

وما دامت الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية تخرج عن دائرة الخطأ، فإن عنصر الاحتمال يجد فيها البيئة اللازمة لانتشاره، فهي تعتبر حوادث طارئة تخرج عن إرادة الإنسان، بحيث لا يمكن توقعها أو دفعها ببذل جهد معقول، وهو ما يجعل من عنصر الاحتمال مناط التفرقة بين الأضرار التي تنشأ في نطاق الخطأ وتلك التي تنشأ في منأى منه<sup>1</sup>.

وجدير بالإشارة إليه أن عنصر الاحتمال يتزايد ويتناقص، وهذا ما يبرر عد تطابق الضرر الواقع فعلاً مع المتوقع، لذلك تباين الأضرار من حالة إلى أخرى، ومع أن الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية نادرة الحدوث لدرجة لا يمكن معها التنبؤ بتحققها في حالة بعينها، بالرغم من كونها معروفة على الصعيد النظري، فإنها قد

---

notamment compte du taux d'incapacité permanente ou de la durée de l'incapacité temporaire de travail ».

<sup>1</sup> - انظر، آمال بكوش، المرجع السابق، ص.106.

تكتسي صفة التحقق وقت المطالبة بالتعويض، إذ لا تعويض عن الاحتمال، بل عن الأضرار الفعلية التي حدثت<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث

#### أنها أضرار متوقعة

تتميز الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية بأنها أضرار معروفة سلفاً من الناحية النظرية، ومتوقعة من الناحية الإحصائية، ومع ذلك يستحيل الجزم بتحققها في حالة معينة، وهو ما يجعل من الصعب تصنيفها ضمن أي نوع من الأنواع التقليدية للضرر الطبي، فلا هي بالأضرار الشائعة والمتوقعة التي تقوم مسؤولية مقدم الرعاية الصحية فيها على أساس الخطأ، ولا هي بالأضرار غير المعروفة سلفاً والتي يستحيل توقع حدوثها بالنسبة للمعطيات العلمية السائدة في المجال، وبالتالي لا تستثار بخصوصها المسؤولية الطبية<sup>2</sup>.

كما أن هذه المخاطر وما تسببه من أضرار تعد خارجة عن نطاق العقد، لأنها تتجاوز التزام الطبيب ببذل العناية اللازمة. ومن جهة أخرى ليس هناك أي تقصير يمكن نسبته إلى الطبيب خارج نطاق العقد؛ أي على أساس المسؤولية التقصيرية، لذلك يبقى الحل الأخير لتعويض هذه الأضرار هو أن تقوم المسؤولية على أساس الضرر (المسؤولية الموضوعية).

ولتمييز الأخطار التي تعتبر من قبيل التبعات الطبية، يجب التمييز بينما إذا كانت هذه الأخطار معروفة، وذلك تمييزاً لها عن الأضرار المجهولة، وهذا ما يقودنا إلى اعتبار الحالات التي تحدث لأول مرة أثناء عمل طبي مشابه، هي أضرار مجهولة لا

<sup>1</sup> - وهو ما يؤكد على ضرورة الفصل بين هذه الأضرار، وبين الاحتمال الذي يحيط بالعمل الطبي، وذلك نظراً لاختلاف مجال كل منهما، ذلك أن الاحتمال يتصل باستحالة الحصول على تشخيص مؤكد، أما الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية، فتتصل بأضرار مستحدثة.

<sup>2</sup> - انظر، ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.123.

تؤخذ بالحسبان عند قيام مسؤولية القائم بالعمل الطبي، مما يعني التضحية بحقوق المرضى الذين يقعون ضحايا لتلك المخاطر لأول مرة<sup>1</sup>.

والواقع أن الطبيب ملزم بتقديم جميع المعلومات للمريض حول المخاطر المحتملة التي قد تتجم عن العمل الطبي المراد إجراؤه، حيث لا يعفى الطبيب من التزامه بالإعلام لمجرد كون الضرر المحتمل حصوله استثنائياً نادر الوقوع، ما دامت نسبة تحققه واردة، وما دام يشكل درجة جسيمة من الخطورة على صحة المريض، يضاف إلى ذلك أنه من الناحية القانونية لا يعتد برضى المريض إذا لم يكن مسبقاً بإعلام حقيقي<sup>2</sup>.

وفي هذا السياق ركز القضاء الفرنسي في الكثير من المناسبات بهذا الوصف، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية على أنه ينبغي على الطبيب أن يحيط المريض بالمعلومات اللازمة قبل إجراء العملية، خاصة منها ما يتعلق بمخاطرها، وما قد ينجم عنها من آثار أو نتائج عرضية، حتى يكون رضائه حراً سليماً<sup>3</sup>. كما قررت إحدى المحاكم الفرنسية قيام مسؤولية الطبيب الذي لم يعطي صورة واضحة للمريض على مخاطر العملية الجراحية<sup>4</sup>.

كما قررت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1997/10/14 بأن " يلتزم الطبيب بأن يقدم لمريضه معلومات أمينة، واضحة وملائمة، حول مخاطر الفحوص أو العلاج المقترحة، ويقع على عاتقه عبء وفائه بالتزامه، ويمكنه ذلك بجميع وسائل الإثبات، ومع ذلك فإنه إذا ظهر لمحكمة الاستئناف من وقائع الدعوى والملفات المرفقة أن المريض قد التقى مرات عديدة بطبيبه، وأنه اتخذ قراره بقبول الخضوع لذلك الإجراء بعد تفكير متأن، واستخلصت بسلطتها التقديرية من مجمل هذه القرائن وفقاً لنص المادة

<sup>1</sup> - انظر، آمال بكوش، المرجع السابق، ص.109.

<sup>2</sup> - انظر، مامون عبدالكريم، المرجع السابق، ص.150.

<sup>3</sup> - Cass. civ.05/05/1974. Bull. Civ.1974- 1-p.63.

<sup>4</sup> - Douai 10/07/1946. D.1946, p.351.



1353 من التقنيين المدني، أن الطبيب قد أفضى للمريض بالخطر الجسيم المرتبط بتلك العملية، فإنه لا معقب على حكمها<sup>1</sup>.

### المبحث الثالث

#### الاتجاه نحو اجتماعية المسؤولية المدنية

تحولت المسؤولية اليوم إلى مسؤولية جماعية فأصبحت الجماعة مكونة في الدولة أو أحد الجماعات تتحمل جزء من التعويض. فالقد تطورت المسؤولية دون أن يكون أساسها الخطأ أو دون وجود مسؤول مباشر يرجع عليه بالتعويض، (المطلب الأول)، وظهرت أنظمة جماعية جديدة للتعويض فما مضمونها (المطلب الثاني)، ثم ما مدى مسؤولية الطبيب مهنيًا؟ (المطلب الثالث).

#### المطلب الأول

##### تطور المسؤولية المدنية والطبية

لقد اصطدم فقه المسؤولية الموضوعية بالواقع التشريعي والقضائي ذي التوجه التقليدي، غير أنه لم يحد من مساره، حيث تحول التعويض من اعتباره أثرا للمسؤولية المدنية الفردية إلى التزام يقوم على اعتبارات التضامن الاجتماعي، فأصبح التعويض التزاما قانونيا محددًا يحصل عليه المضرور بصرف النظر عن تسبب في إحداث الضرر، الأمر الذي سنتناوله في الفروع التالية: تطور أحكام المسؤولية المدنية (الفرع الأول)، ثم الأنظمة الجماعية للتعويض (الفرع الثاني)، فالمسؤولية المهنية الطبيب (الفرع الثالث).

<sup>1</sup> - انظر، نقض مدني بتاريخ 1997/10/14، مشار إليه في آمال بكوش، المرجع السابق، ص.115.

## الفرع الأول

### تطور أحكام المسؤولية المدنية

عند صياغة القانون المدني الفرنسي كان الأساس الوحيد للالتزام بالتعويض هو خطأ المسؤول، والمضروب في سبيل ذلك لا يجد أمامه إلا الفرد المسؤول الذي حددته قواعد المسؤولية المدنية. فإذا لم يجد مسؤولاً كان هذا قدره ويتحمل بالتالي وحده الأضرار، فالمجتمع لا علاقة له بهذه الأضرار وهذا ما يعبر عنه بالمسؤولية الفردية *responsabilité individuelle*. وكانت هذه المسؤولية تتفق مع ظروف الحياة في بداية القرن التاسع عشر، أما في عصر الآلة والمشروعات الصناعية الضخمة، فإن هذه المسؤولية تعجز عن توفير الحماية للمضروب. وهذا الاتجاه الذي فرضه تقدم المدنية تلقفه الفقه الموضوعي وعلى رأسه الفقيه سافاتييه<sup>1</sup> الذي أكد أن العصر الحديث يتجه نحو اجتماعية المسؤولية *socialisation de la responsabilité*. وهذه الاجتماعية التي تتجه إليها المسؤولية المدنية اليوم تبدو أكثر وضوحاً وتأكيداً إذا كان موضوع الضرر هو حياة الإنسان أو جسمه أو كيانه، فقد تغيرت أفكار المسؤولية المدنية تغيراً من وجهتين أولهما زيادة قيمة الإنسان في الدائنية بالمسؤولية أي إنسانية المسؤولية *humanisation de la responsabilité* والوجهة الثانية هي إلغاء الفردية من المديونية بالمسؤولية بمعنى عدم تعليق حق المضروب في التعويض على وجود مسؤول<sup>2</sup>.

فالإنسان يجب أن يحصل على التعويض عن أي ضرر يلحق بجسمه وذلك دون اشتراط الخطأ من محدث الضرر، ومن أهم الأمثلة القضائية لهذا الاتجاه هو أن القضاء الفرنسي قد أنشأ التزاماً بسلامة الإنسان *obligation de sécurité*، وذلك بجعله التزاماً بتحقيق نتيجة بحيث تثبت مسؤولية المدين بمجرد وقوع الضرر للإنسان ولو لم

<sup>1</sup> - انظر، سافاتييه، تحولات القانون، فقرة 274، مقتبس عن محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص. 171.

<sup>2</sup> - انظر، عبد الحميد عثمان محمد، مرجع سابق، ص. 175 وما بعدها؛ وانظر، محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص. 172.

يخطأ. وهذا الالتزام بدأ بعقد نقل الأشخاص ثم أمتد إلى بقية العقود الأخرى ومنها العقد الطبي. ويرى أنصار المسؤولية الجماعية أن المسؤولية يوماً بعد يوم تكتسب بعداً إنسانياً بإعلاء حق المضرور في التعويض وتأكيد حمايته في جسمه وكيانه دون السماح للأفكار التقليدية بحرمانه منه<sup>1</sup>.

فالمسؤولية المدنية تحولت اليوم إلى مسؤولية جماعية تلتزم فيها الدولة بتعويض الأضرار دون التقيد بأحكام المسؤولية الفردية التي شهد العصر اتجاهها نحو الانهيار، وتحققت هذه المسؤولية بالوسائل المباشرة وغير المباشرة. فالوسائل المباشرة تتمثل في ازدهار التأمين على الأضرار والتأمين على الحياة فهذا النظام يخلق علاقة مباشرة بين المضرور وذمة جماعية تلتزم بالتعويض<sup>2</sup>.

وتشمل أيضاً نظام التأمينات الاجتماعية *sécurité sociale* الذي يسمح للمضرورين من إصابات العمل والأخطار العلاجية بالحصول على تعويض من الكيان الاجتماعي دون التقيد بأحكام المسؤولية الفردية التي تستلزم على المضرور إثبات خطأ المسؤول.

أما الوسائل غير المباشرة التي أدت إلى ظهور اجتماعية المسؤولية فتتمثل فيما وصل إليه المجتمع من تطور اقتصادي وصناعي ومن انتعاش الأشخاص الاعتبارية التي تكاد تستوعب معظم النشاط في الدولة، وفي ظهور نظام التأمين من المسؤولية وما استتبعه من قيام دعوى مباشرة للمضرور اتجاه المؤمن<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - انظر، محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص. 172.

<sup>2</sup> - انظر، محمد حسان قاسم، مرجع سابق، ص. 253 وما بعدها.

<sup>3</sup> - انظر، محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص. 177.

## الفرع الثاني

### الأنظمة الجماعية للتعويض

ترتب على اجتماعية المسؤولية أن المسؤولية الفردية لم تعد تستقل وحدها بتقرير الالتزام بتعويض الأضرار، بل عرفت إلى جانبها أنظمة جماعية تلتزم بالتعويض، وذلك عن طريق الدولة أو الأشخاص الاعتبارية والتأمين الإجباري أو الاختياري والتأمينات الاجتماعية، فبعد أن كانت المسؤولية الفردية هي المصدر الوحيد للالتزام بالتعويض أصبحت هناك أربع مصادر هي المسؤولية الفردية والمسؤولية على أساس التبعية والتأمين والتأمينات الاجتماعية والضمان الاجتماعي.

فالمسؤولية الجماعية تعني التزام أنظمة جماعية بالتعويض عن الضرر وفقا لقواعد المسؤولية المدنية أو بنص القانون أو بالاتفاق. أما المسؤولية الفردية فهي التزام المسؤول بالتعويض، فهذا الالتزام الجماعي لا يستند إلى فكرة الخطأ بل إلى أسس أخرى كالتبعية أو الحراسة أو التضامن الاجتماعي أو نص القانون أو الاتفاق<sup>1</sup>.

وتثير نظرية المسؤولية الجماعية والمسؤولية الفردية مشكلة الجمع بينهما<sup>2</sup>، فقد يترتب على الضرر التزاما بالتعويض من جانب محدث الضرر وفي ذات الوقت من الهيئة الاجتماعية كما هو الشأن في التأمين. غير أن التواجد المشترك للمسؤولية الجماعية والفردية هو الذي دعا الفقه إلى القول بأنه إذا كانت اجتماعية المسؤولية تؤدي إلى أن كل ضرر يجب أن يجد له مسؤولا، فإن المدين في هذه الحالة هو الكيان الاجتماعي، وهذا المبدأ قد يشجع في ارتكاب الأخطاء وبالتالي تزايد الأضرار نتيجة فقدان الشعور بالمسؤولية.

<sup>1</sup> - انظر، محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص. 181.

<sup>2</sup> منع المشرع الجزائري الجمع بين التعويضين وذلك تطبيقا لأحكام المادة 10 من الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30 جانفي 1974 المتضمن لإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار. انظر، المحكمة العليا، غ.ج، قرار بتاريخ 1994/06/08، ملف رقم 112694، نشرة القضاة، 1997، العدد 50، ص. 70.

وهذه النظرة هي التي نبهت الفقه الذي ينادي باجتماعية المسؤولية إلى الهدف المزدوج للمسؤولية وبالأخص إلى الوظيفة الثانية للمسؤولية المدنية وهي ضرورة وجود العقوبة الخاصة. ومعنى ذلك أنه يجب أن يتحمل محدث الضرر بعض التعويض كعقوبة خاصة رادعة بهدف القضاء على الخطأ<sup>1</sup>.

هذا هو ما انتهى إليه فقه النظرية الموضوعية في أوج انتشارها، ولكن ما لبث الفقه أن تحول عنها شيئاً فشيئاً، ووجد غنى في نظرية الخطأ المفترض، وكان السبب في توقف الفقه عن المضي في النظرية الموضوعية هو عزوف كل من القضاء والتشريع عنها.

### الفرع الثالث

#### مسؤولية الطبيب مسؤولية مهنية

عادة ما تكيف المحاكم المسؤولية الطبية على أنها مسؤولية عقدية<sup>2</sup>، وبالتالي تطبق عليها أحكام هذه المسؤولية، غير أن التطور الذي لحق المسؤولية الطبية جعلها تختلف عن قواعد المسؤولية المدنية، ذلك أن المسؤولية الطبية لا تنشأ فقط بسبب الإخلال بالتزام عقدي، أو في حالة الإخلال بأحد الواجبات العامة، بل قد تنشأ عن الإخلال بالواجبات المهنية.

فنجد أن نص المادة 13 من مدونة أخلاقيات الطب<sup>3</sup> تنص على أن الطبيب أو جراح الأسنان مسؤول عن كل عمل مهني يقوم به.

وعلى الرغم من أن معظم الفقهاء يرون أن مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية، تقوم على أساس الخطأ العقدي إلا أننا نرى بأنها تتعدى ذلك، لأن الخطأ الذي يرتكبه

<sup>1</sup> أكثر تفصيلاً، أنظر، محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص. 183 وما بعدها.

<sup>2</sup> - انظر في التفصيل، رابح محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هوم، الجزائر، 2007، ص. 402.

<sup>3</sup> - انظر، مرسوم تنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

الطبيب بمناسبة ممارسة مهنته يعد خطأ مهنياً، لأن قواعد مدونة أخلاقيات الطب تعد مصدراً جوهرياً للواجبات المهنية<sup>1</sup>، ومخالفة هذه القواعد تؤدي إلى قيام مسؤولية مهنية بغض النظر عن وجود العقد من عدمه.

يكاد يتفق الفقه<sup>2</sup> على أن معظم التزامات المهني لا تجد مصدرها في العقد، بل من أعراف المهنة وأخلاقياتها، والقول بخلاف ذلك لا يبرر وجود نوعين من المسؤولية (عقدية وتقديرية). كما أن الخطأ المهني يختلف عن الخطأ العادي من حيث معياره، ذلك أن الخطأ العادي يقاس بسلوك الرجل العادي في نفس الظروف<sup>3</sup>. فهذه القاعدة لا يمكن تطبيقها على الخطأ المهني لأن ينتظر من الطبيب ما لا ينتظر من الشخص العادي من الحيطة والتبصر، والمنطق يقتضي منا أن نقيس سلوك الطبيب بسلوك طبيب مهني آخر من نفس الدرجة والتخصص.

ومما لا شك فيه أن المسؤولية المدنية لا يمكن أن تخرج عن التقسيم الثنائي السابق الذكر، على هذا الأساس غالباً ما يصنف الفقه<sup>4</sup> والقضاء<sup>5</sup> المسؤولية المهنية بأنها عقدية، مبررين ذلك بأن العقد هو مصدر الالتزامات المهنية.

---

<sup>1</sup> - قواعد أخلاقيات الطب ليست مبادئ ذات إلزام أدبي فحسب، بل هي قواعد قانونية ملزمة أمره، انظر، راييس محمد، المرجع السابق، ص. 406.

<sup>2</sup> - انظر، راييس محمد، المرجع السابق، ص. 407.

<sup>3</sup> - انظر، المادة 172 مدني جزائري التي تقابل المادة 1137 مدني فرنسي. التي تنص على أن " في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة 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."

<sup>4</sup> - Cass. civ. 20 mai 1936, D 1936. 1.

<sup>5</sup> - CF, H.Capitant, A.Well et F. Terré, G.A.J.C, 7ème édition, Dalloz, p.350.

## المطلب الثاني

### طبيعة المسؤولية المدنية الطبية

على الرغم من وجود خصائص للقانون الطبي، كادت تجعل منه قانونا خاصا، إلا أنه ما زال في الكثير من أحكامه خاضع للقواعد العامة، كما هو الحال بالنسبة للمسؤولية، فقد بقي التشريع المدني الفرنسي يقيمها على أساس الأخطاء الطبية طبقا للمادة 1382 وما بعدها.1 التي تقابل المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

والخطأ قد يكون تقصيريا كما قد يكون عقديا، ففي الحالة الأولى تكون المسؤولية تقصيرية، أما في الحالة الثانية فتكون عقدية. فقد استقر القضاء الفرنسي على أن المسؤولية الطبية في فرنسا في الأصل مسؤولية عقدية،<sup>2</sup> ولا تكون مسؤولية تقصيرية إلا استثناء<sup>3</sup>، بخلاف القضاء في مصر الذي يعتبرها كأصل عام مسؤولية تقصيرية، وعقدية في بعض الحالات، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية بأن الطبيب مسؤول عن تعويض الضرر المترتب عن خطئه في المعالجة ومسؤوليته هذه تقصيرية بعيدة عن المسؤولية العقدية<sup>4</sup>. ولقد ثار جدل في فرنسا حول اعتبار مسؤولية الطبيب عقدية أم تقصيرية؟

فقد ذهب شراح القانون في فرنسا إلى تكييفها باعتبارها مسؤولية عقدية مصدرها الإخلال بالتزام تعاقدى ناشئ بين الطبيب والمريض، وهناك جانب من الفقه يؤيد قيام المسؤولية الطبية على أساس تقصيري<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2، المجلد الثاني، ط5، مصر، ص. 380.

<sup>2</sup> - CF, H.Capitant, A.Well et F. Terré, G.A.J.C, 7ème édition, Dalloz, p.350.

<sup>3</sup> - انظر، راييس محمد، المرجع السابق، ص.346.

<sup>4</sup> - انظر، قرار محكمة النقض المصرية، 27-6-1936 مشار إليه في طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص.50.

<sup>5</sup> - ومن هؤلاء ديمولوب، وغويار، أنظر، طلال عجاج، المرجع السابق، ص. 53.

فقد ظهر في بداية القرن التاسع في فرنسا مدافعون عن الأطباء بطريقة مغالى فيها، حيث ينفون مسؤولية الطبيب على أساس أن التطور العلمي لا يكون إلا باطمئنان الأطباء، وهذا ما يقتضي عدم مساءلتهم، وبالتالي إخراجهم من دائرة المسؤولية المدنية بسبب أخطائهم المهنية<sup>1</sup>.

وفي الواقع أن القضاء الفرنسي لم يأبه لهذا القول، فحين عرض على محكمة النقض موضوع المسؤولية الطبية سنة 1833، اعتبرت المحكمة أن المادتين 1382 و 1383 هما أساس المسؤولية الطبية، وبالتالي المسؤولية التقصيرية.

حيث قضت المحكمة بأن الطبيب يسأل عن أخطائه شأنه شأن أي شخص يرتكب ضررا يحدث به ضررا للغير، وأن هذه المسؤولية تجد أساسها في قواعد المسؤولية التقصيرية وفقا للمواد 1382 و 1383، فهذه القواعد واجبة التطبيق على كل ضرر يترتب على الرعونة أو الإهمال وعدم التبصر، سواء في نطاق أنشطة الأفراد العاديين أو نطاق أنشطة المهن والوظائف المختلفة<sup>2</sup>.

## الفرع الأول

### المسؤولية التقصيرية

لقد شهد القرن التاسع عشر تطورا كبيرا في المجال الصناعي والاقتصادي، ترتب عليه تطورا عميقا في نظرية المسؤولية التقصيرية، فقد كثرت الآلات وتطورت وسائل النقل، مما ترتب عليه كثرة الأضرار التي يصعب نسبتها إلى شخص معين، ورغبة في إسعاف المضورر نادى الفقهاء بضرورة تطوير قواعد المسؤولية المدنية، بشكل

---

<sup>1</sup> - وقد تأثرت الأكاديمية الفرنسية بهذا الاتجاه، حيث أصدرت تقريرا عام 1829 ذكرت فيه بأن الطبيب يتلقى وكالة من مريضه على وجه الإطلاق، وأنه وحده الكفيل بتحقيق مصالح المريض على أحسن وجه، على اعتبار أن الطبيب كالقاضي لا يسأل عن أخطائه التي يرتكبها بحسن نية، وأن الضمان الوحيد يكمن في ضمير الطبيب وأخلاقه، ولا يمكن أن يسأل إلا في حالة إثبات الغش أو التدليس. أنظر، مننصر سهير، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، مصر، 1990، ص.15.

<sup>2</sup> - C.F. Cass.req, 18 juin 1835, Thouret Noroy. Francois Violla, Les grandes décisions du droit médical, Alpha édition, France, 2010, p.310.



يتماشى ومصلحة المضرورين في التعويض، وهو ما دفع الفقه ومن وراءه التشريع والقضاء للبحث عن أساس لمسؤولية الطبيب. حيث سنتناول الاتجاه الفرنسي القديم حول تأسيس المسؤولية الطبية على النظرية التقصيرية (أولاً)، ثم نعالج حجج أنصار النظرية التقصيرية (ثانياً)، ثم نتناول نقد الاستناد للنظرية التقصيرية كأساس للمسؤولية الطبية (ثالثاً).

## أولاً: الاتجاه الفرنسي القديم حول تأسيس المسؤولية الطبية على النظرية التقصيرية

لقد بدأت المحاكم منذ بداية عام 1835 تتعرض لمسؤولية الأطباء وتقرر إرساء مبدأ هذه المسؤولية، حيث تم تأسيسها على أساس المسؤولية التقصيرية، ذلك أن كل شخص يسبب ضرراً للغير يلتزم بتعويضه وفقاً للمادتين السابقتين 1382 و 1383 من القانون المدني الفرنسي. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن مسؤولية الطبيب عن فقد أحد مرضاه ذراعه نتيجة لإهمال الطبيب في العناية والرعاية لمرريضه وتركه بدون زيارة، يعتبر خطأ يقع تحت طائلة المادتين 1382 و 1383 ق. م. ف، وهو خطأ يخضع في تقديره لقاضي الموضوع. بعدها تتابعت قرارات محكمة النقض الفرنسية مؤكدة على الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الأطباء، فقضت بأن المادتين 1382 و 1383 تنطبقان على أي خطأ لأي شخص سبب ضرراً للغير مهما كانت صفته أو مهنته، وأنه لا يوجد أي استثناء لمصلحة الأطباء<sup>1</sup>.

فإذا أصيب المريض بضرر ما أثناء العلاج أو بسبب خطأ في التشخيص، فعليه أن يثبت خطأ الطبيب، فقد استخدمت محكمة النقض الفرنسية تعبير الإهمال وعدم الالتزام بأصول التصرف الحسن وعدم الاحتياط في إسنادها لمسؤولية الطبيب المعالج<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دار الثقافة، الأردن، ط1، 2009، ص.80.

<sup>2</sup> - انظر، مامون عبدالكريم، المرجع السابق، ص.120.

فقد كانت هذه الأحكام تستند إلى أن التزامات الطبيب لا تنشأ إلا من اتفاق الطبيب مع المريض، فهي من جهة مجهولة لأحد طرفي ذلك الاتفاق وهو المريض، ومن جهة أخرى لا تخضع لإرادة أي من الطرفين، فلا سبيل لتقييدها لأنها من النظام العام، تفرضها قواعد المهنة وحدها، فهي أقرب إلى الالتزامات القانونية منها إلى الالتزامات التعاقدية، لهذا كان يترتب على الإخلال بها مسؤولية تقصيرية. ولقد ذهبت أغلب أحكام القضاء الفرنسي في هذا الاتجاه قبل سنة 1936، لكن حصر مسؤولية الطبيب في نطاق المسؤولية التقصيرية قد أثار بعض الصعوبات على المريض في سبيل إثبات خطأ الطبيب<sup>1</sup>.

أما فيما يخص القضاء الجزائري، فكان يخضع قبل الاستقلال للقانون الفرنسي ولاجتهادات القضاء الفرنسي، إلا ما تنافى مع السيادة الوطنية، وذلك بمقتضى القانون 157/62<sup>2</sup>

لكن أنصار هذا الاتجاه قد دافعوا عن جهة نظرهم بعدة حجج نتعرض لها في ما يلي:

### ثانيا: حجج أنصار النظرية التقصيرية

لقد استند أنصار المسؤولية التقصيرية للطبيب إلى عدة حجج هي:

#### أ: ضرورة قيام الدليل على قيام تقصير من جانب الطبيب:

يستند هذا الاتجاه إلى أن الأصل أن الطبيب غير ملزم اتجاه مريضه بالشفاء والسلامة، وإنما ملزم ببذل عناية، وذلك بأن يصف له العلاج، فلا يكفي في نظر هذا الاتجاه أن ينكس المريض، أو يزداد مرضه، وإنما يجب أن يقوم الدليل على التقصير من جانب الطبيب، وأن هذا التقصير في وصف العلاج هو سبب تفاقم المرض. فيترتب على اعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية، أن يكتفي المريض فقط بإثبات أن سبب

<sup>1</sup> - منتصر سهير، المرجع السابق، ص.15.

<sup>2</sup> - انظر، قانون رقم 62-157 الصادر بتاريخ 31-12-1962.

سوء حالته يرجع إلى خطأ في وصف العلاج، وهو ليس ملزم بإثبات وقوع خطأ معين من الطبيب خارج هذا الإطار<sup>1</sup>.

### ب: المسائل المتعلقة بالضمير وبالعلوم الطبية تخرج عن دائرة العقد

مسؤولية الطبيب ذات طبيعة فنية بحثة، فسواء ارتبط الطبيب بعقد أم لا، فهو ملزم بمراعاة واجب الضمير والأصول العلمية في علم الطب، فجوهر عمل الطبيب يقوم على احترام قواعد وأصول متعلقة بمهنته كطبيب، وأغلبية أخطائه هي أخطاء فنية تمثل إخلالاً بالأصول والقواعد المهنية، وهي مسائل تخرج عن الالتزام العقدي<sup>2</sup>.

### ج: الضرر الذي ينشأ عن الجريمة يوجب المسؤولية التقصيرية:

خطأ الطبيب قد يؤدي إلى وفاة المريض أو المساس بسلامته الجسدية، وفي كلتا الحالتين نكون أمام جريمة جنائية، وهو ما يقتضي تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية في شأن التعويض المدني، وبالتالي تكون مسؤولية الطبيب في هذه الحالة مسؤولية تقصيرية. حتى وإن سلمنا بوجود عقد بين الطبيب والمريض فإن الجانب الجنائي مستقل عن الالتزام التعاقدية<sup>3</sup>.

وقد رد الفقيه "مازو" على هذه الحجة بأنه لا يتصور التفرقة بين المدين الذي تكون مخالفته جريمة جنائية وبين المدين الذي لا تكون مخالفته أي جريمة، بحيث يخضع الأول لنظام مسؤولية يختلف عما يخضع له الثاني<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص. 58.

<sup>2</sup> - انظر، أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص. 82، وأنظر، أحمد حسن الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة، الأردن، ط1، 2008، ص. 21.

<sup>3</sup> - انظر، منير رياض حنا المرجع السابق، ص. 5؛ وأنظر، أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص. 82؛ وأنظر، أحمد حسن الحياوي، المرجع السابق، ص. 21.

<sup>4</sup> - انظر، أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص. 82.

## د: المسائل المتعلقة بالنظام العام توجب المسؤولية التقصيرية

قواعد المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام وهي أكثر حماية للمريض المتضرر من المسؤولية العقدية خاصة حين يرتكب الطبيب غشا أو تدليسا عمديا، فالمسؤولية التقصيرية تسمح للمضروور بالحصول على تعويضه كاملا في مثل هذه الحالات دون أن يتعرض لمخاطر أية قيود أو تحديدات تعاقدية، خاصة وأن العلاج من المسائل التي تتعلق بالمساس بحياة الأشخاص وسلامة أجسامهم ومصصلحة المجتمع، وأن تلك الاعتبارات والأسس تجعل المساس بحياة الأشخاص وسلامة أجسامهم مساسا بمصلحة المجتمع، وأن تلك الاعتبارات والأسس تجعل المساس بها مساسا بالنظام العام الذي يوجب خضوع المخالف له إلى قواعد المسؤولية التقصيرية وليس للمسؤولية العقدية، فطبيعة العمل العلاجي مستمدة من القواعد القانونية التي تحتم على الطبيب التزاما هو القيام بالعلاج ومراعاة الحيطة والحذر في أدائه وأن الإخلال بذلك يستوجب المسؤولية التقصيرية<sup>1</sup>.

## ثالثا: نقد الاستناد للنظرية التقصيرية كأساس للمسؤولية الطبية

لم تسلم النظرية التقصيرية من سهام النقد، فقد وجهت إليها بعض الانتقادات نذكر منها:

### أ: عدم ملاءمة تطبيق أحكام المسؤولية الشئئية على المسؤولية الطبية

إن تطبيق أحكام المسؤولية الشئئية على المسؤولية الطبية محدودة، لا يمكن أن تشمل مختلف الحوادث، لأنه ليس من الضرورة أن يتلازم وجود الآلة مع توفر قيام القرينة، كما أنه من شأن تطبيق هذه الأحكام مسائلة الطبيب حتى ولو لم يرتكب أي خطأ<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - Cf, Henri et Léon MAZEAUD, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, Librairie du recueil, Sirey, Paris, 1969, p. 89.

<sup>2</sup> - انظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص. 61. حيث أضاف أنه في حكم أصدرته محكمة التمييز الفرنسية قضت بأن قرينة المسؤولية التي تفرضها الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي، حيال من كان الشيء الذي أضر بالآخرين تحت حراسته، لا يمكن نفيها إلا بإثبات حالة مفاجئة، أو ظرف قاهر، أو سبب أجنبي لا يد له فيه. وانه لا يكتف بإثبات المدعى عليه أنه لم يرتكب خطأ، أو أن السبب الذي نشأ عنه الفعل الضار ظل مجهولا.

## ب: قصور النظرية التقصيرية عن تحقيق غرضها

انتقد الفقه النظرية التقصيرية من حيث أنها لم تحقق غرضها، والذي يهدف إلى تيسير حصول المريض على حقه في التعويض، ويتضح ذلك في مسألتين أساسيتان هما عبء الإثبات والتقادم. فبالنسبة لعبء الإثبات فيرى البعض أن مسؤولية الطبيب ليست مسؤولية عقدية، بل هي مسؤولية خطئية، أساسها خطأ أو تقصير الطبيب الذي يقع عبء إثباته على المريض المضرور، على أن هناك بعض الأخطاء التقنية التي لا يمكن للمريض إثباتها وهذا ما يجعل من إثباتها عسيراً عليه، وهذا ما جعل القضاء يلجأ إلى نظرية الخطأ المفترض كما سبق بيانه<sup>1</sup>.

أما بالنسبة لمسألة التقادم فقد انتقدت النظرية من حيث أنها تؤدي إلى تطبيق مبدأ وحدة تقادم الدعاوى المدنية، والدعاوى الجنائية، والتي تسقط بمقتضاها دعاوى المسؤولية التقصيرية في الوقت الذي يكون فيه الخطأ المدني مكوناً لجريمة، بخلاف دعاوى المسؤولية العقدية التي تحقق للمريض مدة تقادم طويلة.

فقد تبنى القضاء الفرنسي هذه النظرية حتى سنة 1936 لأنه كان يرى أن على الطبيب أن يبذل العناية اللازمة طبقاً للأصول العلمية في مهنة الطب دون الالتزام بتحقيق نتيجة الشفاء، وهذا ما يقودنا إلى النتيجة السابقة الذكر، أن المسؤوليتين تلتقيان في بذل العناية، الأمر الذي لا يدع سبباً للبحث عن التكييف<sup>2</sup>.

---

كما لوحظ أن تطبيق أحكام هذه المسؤولية من شأنه أن تتم مساءلة الطبيب، حتى ولو لم يمكن نسبة خطأ إليه، هذا بالإضافة إلى أن الفقرة السابقة لا تفترض وجود القرينة إلا لصالح الغير دون الشخص الذي ارتضى تدخل الآلة في علاجه.

<sup>1</sup> - على أن الفارق بين التكييفين يكاد يكون معدوماً، لأن التزام الطبيب لا يعدو أن يكون ببذل عناية، فيقع في كل الأحوال -سواء كان بينه وبين الطبيب عقد أم لا- عليه إثبات مدى هذه العناية. أنظر، عز الدين الديناصورى و عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص.855.

<sup>2</sup> - أنظر، إبراهيم علي حمادي الطلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2007، ص.119.

## الفرع الثاني

### تحول القضاء والفقهاء نحو النظرية العقدية في المسؤولية الطبية

لقد انصب تفكير الفقهاء في فرنسا على ضرورة وجوب تأسيس مسؤولية الطبيب على النظرية العقدية، وحتى في الحالات التي يكون فيها اختيار الطبيب حاصلًا من الغير، كمستشفى أو رب العمل، على أساس الاشتراط لمصلحة المريض. واتفق الفقهاء على أنه يجب على المحاكم أن تعود إلى هذا التكييف عندما تعرض عليها المسألة في صورة تكون فيها للفرقة بين المسؤوليتين التعاقدية والتقصيرية أهمية علمية<sup>1</sup>.

وقد عرضت على محكمة النقض الفرنسية دعوى تتلخص وقائعها في أن زوجة الأستاذ "ميكير" قد أصيبت في وجهها بالتهاب مخاطبي نتيجة علاجها بأشعة "أكس"، وقد رفعت دعوى المسؤولية على الطبيب بسبب ارتباط حالتها بالعلاج الذي تلقته، وكان أمام القضاء قبولها والحكم فيها، إما على أساس المسؤولية التقصيرية، وإما على أساس المسؤولية العقدية، وهذا الأخير هو الذي استندت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها<sup>2</sup> الصادر بتاريخ 20-05-1936، حيث قضت بأنه "يتشكل بين الطبيب والمريض عقد حقيقي يرتب على الطبيب إن لم يكن الالتزام بشفاء المريض - فعلى الأقل أن يسدي له سبل العناية، لا كيفما اتفق ومن أي نوع كان بل العناية الوجدانية اليقظة - فيما عدا حالات الظروف الاستثنائية المطابقة لما توصل إليه العلم من حقائق ثابتة"<sup>3</sup>.

ويمكن القول أنه كلما توفرت شروط معينة كانت مسؤولية الطبيب عقدية، وإذا تخلف أحد هذه الشروط صارت تقصيرية.

<sup>1</sup> - انظر، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص.55.

<sup>2</sup> - H.Capitant, A.Well et F. Terré, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 7ème édition, Dalloz, p.350.

<sup>3</sup> - انظر، جوزيف داود، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، مقتبس من طلال عجاج، المرجع السابق، ص.67.

وقد كانت محكمة النقض المصرية تميل إلى إضفاء الطبيعة غير العقدية على عقد العلاج، وذلك إلى غاية 1969 أين تبنت الطبيعة العقدية لهذا العقد، وقررت أن مسؤولية الطبيب الذي أختاره المريض أو نائبه هي مسؤولية عقدية، وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي يبرم بينه وبين المريض بالشفاء أو نجاح العملية التي يجريها له، على أساس أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة<sup>1</sup>.

### أولاً: شروط اعتبار مسؤولية الطبيب عقدية

لكي نكون أمام مسؤولية عقدية للطبيب وجب توافر شروط هي: يجب أن يكون هناك عقد بين الطبيب والمريض، وأن يكون هذا العقد صحيحاً، وأن يكون خطأ الطبيب نتيجة عدم تنفيذ التزام ناشئ عن هذا العقد، وأن يكون المدعي صاحب حق في الاستناد إليه، وأن يلحق المتعاقد ضرراً.

### أ: وجود عقد بين الطبيب والمريض

في أغلب الأحوال يباشر الطبيب علاج المريض بناء على عقد، فبمجرد فتح الطبيب لعيادته فإنه يكون في إيجاب موجه للجمهور، وأي مريض يقبل بهذا الإيجاب ينعقد العقد بينهما. غير أن هناك حالات يصعب فيها معرفة وجود عقد أم لا على سبيل المثال حالة تدخل الطبيب لعلاج المريض دون دعوة كأن يصاب شخص في حادث مرور، فيستدعي بعض المارة الطبيب لإسعافه، أو أن مرتكب الحادث هو الذي يأخذه للطبيب، ففي هذه الحالة يصعب القول بوجود عقد بين الطبيب والمريض، لذلك يعتبر عمل الطبيب هنا من قبيل الفضالة<sup>2</sup>.

وفي الواقع أن مسؤولية الطبيب في هذا الفرض مسؤولية تقصيرية لانتفاء وجود عقد بينهما.

<sup>1</sup> - انظر، نقض مدني مصري رقم 111، السنة 35، بتاريخ 26 جوان 1969، خالد جمال أحمد حسن، إرادة المريض في العمل الطبي بين الإطلاق والتقييد، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الخامس، العدد الثاني، جوان 2008، ص.159.

<sup>2</sup> - انظر، طلال عجاج، المرجع السابق، ص.69.

## ب: وجود عقد بين الطبيب والمريض

يجب أن يقوم العقد صحيحا بين الطبيب والمريض، فلا تقوم المسؤولية العقدية إلا بوجود عقد صحيح، تتوافر فيه جميع الأركان، وألا يكون مشوبا بأي عيب من عيوب الإرادة، فالعقد الباطل لا يرتب آثار والتزامات في ذمة الغير، لذا فالمسؤولية عنه تكون تقصيرية.

ويعتبر العقد باطلا إذا كان يخالف النظام العام والآداب العامة، أو العقد الذي لم يؤخذ فيه رضا المريض بالعلاج أو أن محله غير مشروع<sup>1</sup>.

## ج: أن يكون الخطأ الطبي نتيجة عدم تنفيذ التزام ناتج عن العقد

تكون مسؤولية الطبيب تقصيرية إذا كان الخطأ غير ناجم عن الالتزام العقدي، كما هو الحال عند إعطاء شهادة مجاملة لإدخال شخص لمستشفى المجانيين، أو إعطائه شهادة تفيد بأنه مصاب بمرض عقلي خلافا للحقيقة<sup>2</sup>.

## د: أن يكون المدعي صاحب حق في الاستناد إلى العقد

والأمر في هذا المقام لا يخرج عن نطاق الفرضين التاليين:  
**الفرض الأول:** إذا كان الطبيب أو من ينوب عنه هو الذي اختار الطبيب فيقيم دعواه على أساس المسؤولية العقدية، أما إذا أدى خطأ الطبيب إلى وفاة المريض فالوضع لا يخرج عن أمرين:

## أ: رفع دعوى التعويض من قبل الورثة

يعتبر الورثة من الخلف العام لمتوفي، وعليه تطبق أحكام المسؤولية العقدية بشأن دعواهم ما دامت تستند إلى خطأ ناجم عن عدم تنفيذ التزام عقدي، فأثار العقد تنصرف إلى الخلف العام.

<sup>1</sup> - انظر، عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص.187.

<sup>2</sup> - انظر، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص.381.



## ب: رفع دعوى التعويض من غير الورثة

يرى أغلب الفقهاء<sup>1</sup> أنه إذا رفعت الدعوى من غير ورثة المتوفي، كأن يكونوا أقارب له، فيحق لهم الرجوع على الطبيب الذي تسبب خطأه في وفاة المريض، لكن الدعوى ترفع على أساس المسؤولية التقصيرية.

**الفرض الثاني:** إذا كان العقد الذي أبرم مع الطبيب كان من غير الورثة ولا ممن يمثله قانونا كأن يبرم من طرف رب العمل لعماله، حينها يجب التفريق بين ثلاث حالات:

**الحالة الأولى:** إذا اشترط الشخص الذي تعاقد مع الطبيب حقا مباشرا ضمن بنود العقد، ففي هذه الحالة وجب تطبيق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير<sup>2</sup>.

**الحالة الثانية:** إذا قام الشخص بالتعاقد مع الطبيب من أجل مصلحة شخصية له دون أن يقصد مصلحة المريض، ففي هذه الحالة لا يمكن تطبيق الاشتراط لمصلحة الغير، ولا الفضالة، ومن ثمة لا يمكن للمريض إلا استعمال دعوى المسؤولية التقصيرية في حالة تحقق شروطها.

**الحالة الثالثة:** إذا قام الشخص بالتعاقد مع الطبيب باسم المريض ولمصلحته، فتطبق أحكام الفضالة، إذا أجاز المريض هذا التصرف<sup>3</sup>.

### ثانيا: حالات تكون فيها مسؤولية الطبيب تقصيرية

لقد حصر بعض الفقهاء<sup>4</sup> المسؤولية التقصيرية للطبيب في حالات ضيقة، وهي على نوعين:

<sup>1</sup> - انظر، طلال عجاج، المرجع السابق، ص.72.

<sup>2</sup> - انظر، المادة 116 مدني جزائري التي تنص على "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية. ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم ينفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد. ويجوز كذلك للمشتري أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك."

<sup>3</sup> - انظر، طلال عجاج، المرجع السابق، ص.75.

<sup>4</sup> - انظر، بسام محتسب الله، ياسين دركزلي، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، دار الإيمان، دمشق، بيروت، دون سنة نشر، ص.110.

أ: في الحالة التي يكون تدخل الطبيب فيها لا يستند إلى عقد بينهما، كحالة قيام الطبيب بإسعاف مريض لا يستطيع التعبير عن إرادته، ومن غير الممكن الحصول على إرادة وليه في ذلك الوقت.

ب: حين يكون المطالب بالتعويض شخص آخر غير المريض المتعاقد مع الطبيب، والمثال البارز لذلك هو حالة قيام ورثة المتوفي برفع دعوى ضد الطبيب المعالج لمورثهم لا بصفتهم ورثة وإنما بصفتهم الشخصية، وذلك لمطالبته بالتعويض عن الضرر الذي لحقهم جراء موت مورثهم، فترفع الدعوى على أساس المسؤولية التقصيرية.

إن فقد الحياة يعتبر أقصى الأضرار التي تصيب الشخص وتستوجب التعويض، ومتى ثبت للمضرور هذا الحق وقت وفاته انتقل بعد ذلك إلى ورثته. وتتمثل هذه الأضرار في تفويت فرصة تحقيق الكسب المالي الذي كان من المنتظر تحقيقه قبل وقوع الاعتداء. ويشمل كافة فرص الاستثمار المالي التي كانت متاحة للمضرور، وتشمل المرتب، الأرباح، الفوائد المالية أيا كان نوعها<sup>1</sup>.

ويعوض كذلك عن الأضرار الأدبية والمتمثلة في الآلام البدنية التي يشعر بها المصاب وتصاب خروج الروح من الجسد بسبب شدة الإصابة، وعن الآلام المعنوية التي يشعر بها المضرور وهو يرى نفسه مشرفا على الموت. وهذا بعدما كان يأمل ويشعر بالسعادة والهناء إذا به وقد تبددت تلك الآمال وتبعثرت، ولا شك أن الحزن والأسى التي يعيشها المضرور في تلك اللحظة تشكل أضرارا محققة ومؤكدة<sup>2</sup>.

فقد صدر قرار عن المجلس الأعلى بتاريخ 06 سبتمبر 1976 في قضية حادث مرور أودى بحياة بنت تبلغ من العمر 06 سنوات وموت أبيها بعد قليل من وفاتها، أن الأم الأرملة باعتبارها الطرف المدني لم يصبها أي ضرر مادي لكون الضحية حديثة

<sup>1</sup> - انظر، محمد حسين منصور، المضرور والمستفيد من التأمين الإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص. 161.

<sup>2</sup> - انظر، مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، بدون سنة، ص. 180.

السن والضرر الذي لحقها هو ضرر معنوي بحث، ذلك لأن الضرر المعنوي في نظر المجلس الأعلى هو الشعور بالألم. وهذا الأخير لا يقدر بمال، وإنما يعوض من طرف القضاة بما بدا لهم جيرا للخواطر وبشرط ألا يكون سببا للإثراء الفادح، وعليه اعتبر القرار مبلغ 5000 دج الذي قضى به قضاة الموضوع كتقدير للضرر المعنوي الذي لحق بوالدة الضحية تقديرا مقبولا<sup>1</sup>.

بالإضافة إلى القرارات السابقة التي من خلالها جسد القضاء الجزائي التعويض عن الضرر المعنوي، هاهو الآن وفي قرار آخر يؤكد على ذلك، حيث اعتبر أن تقدير التعويض عنها يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع؛ وذلك بما يروونه جيرا لخاطر المضرور وبشرط ألا يكون وسيلة للإثراء عليه.

وقد اختلفت التشريعات حول الأشخاص المستحقون للتعويض الموروث، فبالنسبة للقانون المدني المصري والقوانين العربية التي حذت حذوه، لا ينتقل الحق في التعويض إلى الخلف إلا إذا اتفقت الضحية مع المسؤول أو رفع دعوى قضائية قبل الوفاة، متأثرة بالقضاء الفرنسي سابقا، أما الآن فأصبح القضاء الفرنسي يسوي بين الضرر المادي والأدبي، فالحق في تعويض الضرر الذي أصاب المورث في جسمه وأعضائه وما تولد عنه من آلام جسمية ونفسية ينتقل إلى الورثة دون أي اتفاق ولو سكت المورث عن المطالبة به، وربما كان سبب هذا السكوت عجزه عن التحرك<sup>2</sup>.

هذا ولم يشترط القانون الجزائي في انتقال التعويض إلى الورثة أي شرط، وذلك لعدم وجود نص قانوني ينص على ذلك<sup>3</sup>. وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في

---

<sup>1</sup> -انظر، المجلس الأعلى، غ.م، بتاريخ 06 ديسمبر 1976، ملف رقم 10511، غير منشور، مقتبس عن حكيمة بعطوش، المرجع السابق، ص.105.

<sup>2</sup> -انظر، مقدم سعيد، المرجع السابق، ص.181.

<sup>3</sup> - انظر، حكيمة بعطوش، المرجع السابق، ص.106.

قرارها الصادر في 2001/05/22 بأن " الحق في التعويض الناشئ قبل وفاة الضحية ينتقل إلى الورثة"<sup>1</sup>.

ويعبر البعض عن مضمون الضرر الناجم عن فقد الحياة بأنه لا يعدوا أن يكون ضررا جسمانيا بالغاً أقصى درجات الجسامة لأنه يتضمن الحرمان من القدرات البدنية والذهنية، ومن ثمة فإن هذا الضرر يتكون من جانبين ينبغي مراعاتهما أثناء تقدير التعويض، أحدهما موضوعي ثابت يتمثل في الحرمان من تلك القدرات والثاني شخصي متحرك يتمثل في الحرمان من ثمار تلك القدرات. فبينما يوجد الأول من الناحية الموضوعية بغض النظر عن التقدير الشخصي للمضروب، بحيث لا يتبدل موضوعه أو نطاقه من شخص إلى آخر. يتوقف الثاني في وجوده ومداه على الظروف الشخصية الخاصة بكل مضروب على حدى، كطبيعة عمله ومدى كسبه منه قبل الإصابة<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> - انظر، المحكمة العليا، غ.م، بتاريخ 2001/05/22، ملف رقم 10511، المجلة القضائية، 2003، العدد 2، ص.111.

<sup>2</sup> - انظر، محمد حسين منصور، ( النظرية العامة للالتزام)، المرجع السابق، ص. 788.

## خلاصة الباب الأول

إن الأعمال الطبية تعترئها مخاطر وتبعات طبية جسيمة، قد تسبب أضراراً جسيمة للمرضى، فهي إما أعمال عادية أو أعمال فنية، هذه الأخيرة هي التي تثار الجدل حول مدى مسؤولية الطبيب عنها، فظهرت نظريات الخطأ الفني الجسيم، ونظرية الخطأ الفني الثابت.

وقد ثبت من الدراسة أن الأخطار العلاجية الناجمة عن تبعات العمل الطبي، لا علاقة لها بالمسؤولية الخطئية للطبيب، وإنما تدرس في منأى عنها، ذلك أن هذه الأخطار تنجم هي أخطار نادرة وغير متوقعة الحدوث تطبيقياً، حيث يصعب التنبؤ بها في كل حالة من حالات التشخيص والعلاج. ويشترط في التعويض عن المخاطر العلاجية أن يكون الضرر مرتبطاً بالتدخل الطبي، وان يمس بمصلحة مشروعة للمريض، وأن يمثل حادثة استثنائية، وان يكون هذا الضرر جسيماً واستثنائياً.

ولكي يتسنى للمضرور طلب التعويض يجب أن يكون الضرر الذي أصابه ضرراً مباشراً ومحققاً، ويختلف الضرر الذي يصيب الإنسان في جسمه بحسب أثره، إذا ما تفاقم أو أدى إلى الوفاة أو التعجيل بها.

وأن أهم الأضرار التي يعوض عنها المضرور في حالة ما إذا أدى الضرر إلى مجرد الإصابة هي الأضرار المادية وتشمل كل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب وفرص، والأضرار المعنوية والتي أقرت أغلب التشريعات التعويض عنها وتشمل جميع الآلام النفسية والجسدية التي تصيب المضرور. أما إذا أدت الإصابة إلى الوفاة فإنها ترتب حقوقاً للمضرور في التعويض عن الضرر المادي الأدبي المترتب عليها، كما تلحق هذه الأضرار ذوي المتوفى، فحينئذ يحق لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر المرتد.

وعناصر الضرر الطبي في حالة الوفاة تمثل أضرار تسبق الوفاة وأضرار أخرى ناجمة عن الوفاة تتمثل في المعاناة والخوف التي يتكبدها المضرور قبيل فترة الوفاة أو أثنائها ناهيك عن مصاريف الجنازة.

فقد تطرقنا إلى الأساس القانوني للالتزام بالتعويض، بدايةً بالخطأ كأساس للمسؤولية المدنية وبيان أهم النقائص والانتقادات والعراقيل التي تقف نداً للنظرية الخطيئة وعدم كفايتها للمضرور، ثم إلى نظرية تحمل التبعية والتي هي من صميم الشريعة الإسلامية والتي تؤسس المسؤولية على أساس الضرر، وإلى نظرية الضمان التي تتنادي بالحماية القانونية لحق الإنسان في الحياة والسلامة. وحيث أن المشرع الجزائري قد أخذ كمبدأ عام بالنظرية الشخصية التي تأخذ من الخطأ أساساً لها، وأن كل من يدعي ضرراً أن يثبت الخطأ والعلاقة السببية بينهما، ولم يأخذ بنظرية تحمل التبعية إلا في حالات خاصة.

وفي الحقيقة أن المضرور جسمانياً هو الطرف الضعيف في العلاقة، وخاصة في هذا العصر الذي تسوده المخترعات الحديثة والآلات الفتاكة، وظهور الأمراض الخطيرة فإنه لا غنى للمشرع بالأخذ ولو بنصوص خاصة بالنظرية الموضوعية، خاصة وأن الخطأ يصعب إثباته فيما يتعلق ببعض الأنشطة كما رأينا.

وهو ما جعل الفقه ينادي بضرورة الأخذ باجتماعية المسؤولية المدنية، فقد تطورت المسؤولية الطبية، من مسؤولية تقصيرية على مسؤولية عقدية، إلى ظهور أنظمة جماعية للتعويض، مؤداها مشاركة الجماعة متمثلة في الدولة في التعويض.

ومؤدي هذا أنه إذا كان محل الضرر جسم الإنسان فلا بد من تعويضه حتى ولو عن طريق أنظمة جماعية تخصص لهذا الغرض، بل هو ما أدى بالبعض إلى القول بأنه ينبغي على الدولة تعويض المضرور جسمانياً من الخزينة العامة إذا كان المسؤول معسراً<sup>1</sup>. وذلك على أساس أن الدولة قد فرطت في الحماية وبالتالي أوجبها التعويض

<sup>1</sup> أنظر، محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص.224.

أو بناء على مقتضيات التضامن الاجتماعي، أما عن كيفية تعويض المضرور جسمانياً، وأهم المشكلات التي تعترضه وأهم الحلول والضمانات التي قدمها المشرع والفقهاء لهذه الفئة فستكون محل دراسة في الباب الثاني.

## **الباب الثاني**

# **واقع تعويض الأخطار العلاجية**



إذا كان الجميع مقتنعين بأن التقدم الطبي الذي شهده هذا العصر، قد عاد بفوائد جمة على الصحة العامة والمجتمع، فإنه لا يمكن لأحد أن ينكر أو يتجاهل ما للتكنولوجيا الطبية الحديثة من مخاطر تهدد حياة وسلامة الأشخاص، وأن العمليات الجراحية الأكثر صعوبة هي الأكثر خطورة على المرضى، وأن الأجهزة التشخيصية والعلاجية الأكثر فعالية هي التي يصعب على الطبيب السيطرة على احتمالية تسببها بمضاعفات على صحة المرضى وحياتهم.

ونتيجة لزيادة المخاطر العلاجية، وللضغط المتزايد الذي تفرضه القوانين الحديثة على الأطباء، وللتغيير الجذري في تفكير وتصرفات المرضى وما أدى إلى زعزعة ثقتهم بالأطباء، حيث ازدادت نسبة الشكاوى القضائية ضد الأطباء، وأصبح الحديث عن الأخطاء الطبية في الصحافة والجلسات العامة جزءاً من أمور الحياة العادية<sup>1</sup>.

وإزاء الصعوبات التي تواجه المضرورين في الحصول على حقهم في التعويض، ينادي الكثير من الفقه بضرورة إيجاد نظام قانوني مستقل عن القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية، يكون كفيلاً لتعويض ضحايا المخاطر العلاجية والتي تتجاوز الخطأ، والمقتربة أساساً بالاحتمالات الطبية.

ولكن بالرغم من هذا، فإن الواقع يثبت أن المضرور تكتنفه صعوبات وعقبات قد تؤدي إلى حرمانه من هذا التعويض (الفصل الأول). هذه المشكلات التي ينبغي مواجهتها بكل الحلول من أجل بسط وتبسيط الإجراءات على المضرور للحصول على حقه في التعويض. حيث كان لها الفضل في تطور المسؤولية المدنية، حيث أصبحت هذه الأخيرة تقوم على أساس اعتبارات التضامن الاجتماعي، كما كان لها الفضل في ظهور مسؤوليات قانونية كما سنرى.

وقد كان للفقه والقضاء دوراً بارزاً في معالجة هذه المشكلات، وإيجاد الحلول القانونية والضمانات الفعالة لصيانة هذا الحق. ولم تكن هذه الضمانات على درجة

---

- انظر، سهيل يوسف الصويص، مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث، أزمنة للنشر<sup>1</sup> والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2004، ص.217.

واحدة من الفعالية، ولكي تتضح الأمور وجب عرض هذه المشكلات ومناقشتها، وإبراز الحلول القضائية والتشريعية لها .

وتقدير التعويض قد تكتنفه صعوبات وظروف وعوامل تؤثر فيه، لا سيما فيما يخص الأضرار الناجمة عن المخاطر الطبية، التي قد تتفاقم أو تتحسن تبعاً للظروف التي قد تلحق بالمسؤول أو المضرور. لذلك كان لا بد من تبسيط هذه الوسائل المرتبطة بتقدير التعويض، وسوف نعلم فيها بالدرجة الأولى على قرارات وأحكام القضاء باعتبار أن دراسة هذه الوسائل تطبيقية (الفصل الثاني).

## الفصل الأول

قصور قواعد المسؤولية التقليدية على تغطية أضرار المخاطر الطبية

لقد ظلت النظم والتشريعات القانونية لحقبة طويلة من الزمن تقيم المسؤولية على أركان ثلاثة، هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية. وقد كان ذلك أمرا مقبولا لبساطة الحياة وندرة الحوادث، على الرغم من صعوبة إثبات الخطأ في مواجهة المسؤول.

غير أن هذا الوضع لم يعد مقبولا في ظل ظهور الآلة والتطور العلمي في مجال الوسائل الطبية، وما ينجم عنها من مخاطر جمة قد تؤدي بحياة المضرورين، "حيث بات المضرور عاجزا عن إثبات الضرر الذي لحقه، وأنى له هذا أمام هذا التقدم التقني الرهيب، وأمام تعقد التكنولوجيا وعدم الإلمام بها، إضافة إلى جسامة الأضرار المترتبة عنها، التي باتت تتخذ شكل كوارث جماعية، بحيث أضحى المضرور طرفا ضعيفا يتساوى مع الطرف المدعى في عقود الإذعان"<sup>1</sup>.

والواقع يثبت أن المضرور تكتفه صعوبات وعقبات قد تؤدي إلى حرمانه من التعويض الجابر للضرر الذي لحقه. هذه المشكلات التي ينبغي مواجهتها بكل الحلول من أجل بسط وتبسيط الإجراءات على المضرور للحصول على حقه في التعويض. هذه الحلول كان لها الفضل في تطور المسؤولية المدنية، حيث أصبحت هذه الأخيرة تقوم على أساس اعتبارات التضامن الاجتماعي، كما كان لها الفضل في ظهور مسؤوليات قانونية كما سنرى.

وقد كان للفقهاء والقضاء دورا بارزا في معالجة هذه المشكلات، وإيجاد الحلول القانونية والضمانات الفعالة لصيانة هذا الحق. ولم تكن هذه الضمانات على درجة واحدة من الفعالية، ولكي تتضح الأمور وجب عرض هذه المشكلات ومناقشتها، وإبراز الحلول القضائية والتشريعية لها (المبحث الأول). ثم لم يلبث القضاء متمثلا في مجلس الدولة الفرنسي في إيجاد دعائم قضائية للمسؤولية الطبية، من خلالها كرس التعويض عن المخاطر الاستثنائية (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

---

- انظر، آمال بكوش، المرجع السابق، ص.153.<sup>1</sup>

## مشكلات المسؤولية والحلول القضائية والتشريعية

يجب أن يكون التعويض جابرا للضرر وأن يكون عادلا وسريعا من أجل تحقيق هذه الغاية، وأن يكون القاضي بصيرا بجميع الظروف الملازمة لوقوع الحادث والتي من شأنها أن تؤثر في تقدير التعويض. إلا أن الواقع لا يعكس هذه الصورة، إلا أن المضرور جراء المخاطر العلاجية الطبية قد تواجهه صعوبات وعقبات، تؤدي في كثير من الأحيان إلى هدر هذا الحق، وذلك إما راجع إلى صعوبة في القانون ذاته أو في إجراءاته.

أو قد يكون التعويض الذي يحكم به قضاة الموضوع وفقا لسلطتهم التقديرية غير كاف وجابر للضرر، أو أن الوصول إلى التعويض قد تتعثر إجراءاته وتطول مما يدفع بالمتضرر إلى السماح في حقه والتنازل عنه.

ولقد واجه الفقه والقضاء والتشريعات المختلفة هذه الصعوبات والعقبات بالحلول والضمانات المناسبة والتي من شأنها أن تعزز وتكرس وتضمن هذا الحق لا سيما في زمن كثرت فيه وانتشرت الأضرار الطبية، ولأن الهدف من هذه الدراسة هو ضمان استقاء المضرور جسمانيا لحقه الكامل في التعويض وحماية هذا الحق ومحاولة إعادة المضرور قدر الإمكان إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الاعتداء، وتحقيقا لهذه الغاية استقر الفقهاء على إلقاء الضوء على أهم هذه الصعوبات<sup>1</sup> التي تعترض سبيل المضرور وتحول دون الحصول على حقه في التعويض (المطلب الأول)، وهو ما يتطلب الوقوف على ماهية حلول القضائية والتشريعية ومدى الضمانات القانونية لتعزيز هذه الحماية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### الصعوبات المرتبطة بالتعويض

---

<sup>1</sup> انظر، طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص.218.

يعتبر المريض الطرف الضعيف في العقد الطبي، فهدفه الوحيد هو سلامة حياته، وشفائه وعدم زيادة علة إلى علة، وتعتبر حياة وسلامة جسمه من أعز وأثمن ما يملكه، لذلك نجده شديد الحرص عليهما، ومن ثمة اعتبرهما الشارع من النظام العام، ويعتبر هذا الحق أول الحقوق، وهو يضمها جميعا، وهو حق أساسي وقد كرسته اتفاقية حقوق الإنسان والحريات الأساسية لسنة 04 نوفمبر 1950<sup>1</sup>. وبالتالي وجب ألا يضيع حق هذا الإنسان في التعويض إذا ما لحق هذا الجسم أي اعتداء، والواقع أن هناك صعوبات تواجه هذا المضرور وتقف ندا أمام الحصول على حقه في التعويض، وللوقوف عليها ارتأينا أن نقسمها إلى صعوبات تتعلق بإسناد المسؤولية (الفرع الأول)، وصعوبات تتعلق بالتعويض في حد ذاته (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### الصعوبات المتعلقة بإسناد المسؤولية المدنية

إن أهم الصعوبات المتعلقة بإسناد المسؤولية المدنية، والتي من شأنها أن تؤدي إلى حرمان المضرور من حقه في التعويض هي صعوبة تعذر معرفة محدث الضرر، وكذا تعذر إثبات الخطأ في جانب المسؤول، وذلك في الحالات التي تقوم فيها المسؤولية الخطئية، أو حتى في الحالات التي يكون فيها الخطأ مفترضا. ففي هاتين الصورتين قد يعجز قانون المسؤولية المدنية عن حماية المضرور، ويضيع بالتالي حقه في التعويض، ولكي يتحقق الغرض نتناول صعوبة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير معلوم (أولا)، ثم إلى صعوبة إثبات الخطأ الموجب للمسؤولية (ثانيا).

### أولا: تعدد الأخطاء وصعوبة الإسناد

---

<sup>1</sup> - Le droit à l'intégrité physique est le premier des droits de la personnalité, il conditionne tous les autres. Le droit à la vie est un droit fondamental affirmé notamment par la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi (art.2/1), et par la déclaration universelle des droits de l'homme ( art.3) ».

C F. Yvonne Lambert- Faivre, op cit, p.32 .

قد تتعدد الروابط بين الفعل الضار وبين الظروف المتزامنة في إحدائه<sup>1</sup>، فقد تساهم في الفعل الضار عدة ظروف، فتثار الصعوبة عندما تتسبب تلك الظروف جميعها في إحداث الضرر، فنكون حينئذ بصدد ضرر طارئ أو ما يطلق عليه بالضرر العرضي، والذي يرجع بصفة أساسية إلى أوجه الضعف في الطبيعة البشرية. فقد أصبحت هذه الأضرار في الوقت الراهن، بسبب التطور العلمي الرهيب في مجال العلاج، تحتل الصدارة من حيث حجمها وجسامتها، فبالإضافة إلى كون الأخطاء المسببة لهذه الأضرار مجهولة، بسبب تشعب أسباب الحوادث وغموضها، مما أدى إلى عدم معرفة المتسبب في الخطأ، كما قد يصاب أحد المرضى بعدوى بفيروس الأيدز، فتثور المشكلة حول معرفة المسؤول، هل هو الطبيب أم بنك الدم أم...<sup>2</sup>

فيظل المشكل قائما وهو أنه يوجد مضرور، ولا يجد أمامه من يمكن الرجوع عليه بالتعويض؛ وتتعهد فرصة رجوع المضرور على من هو مسؤول عنه كالمتبوع أو متولي الرقابة أو حارس الأشياء، كما تتعهد فرصته في الرجوع على المؤمن لديه؛ لأن شرط الرجوع على هؤلاء جميعا هو ثبوت مسؤولية التابع أو الخاضع للرقابة أو قائد السيارة المؤمن عليها؛ ومن هنا لا يمكن الرجوع على هؤلاء بالتعويض بسبب استحالة إثبات مسؤولياتهم عن الحادث<sup>3</sup>.

وهنا يثور المشكل والذي مفاده على من يرجع المضرور في طلبه عن التعويض عما لحقه من أضرار، وما نتج عن ذلك من أضرار مادية ومعنوية؟، وإذا كانت قواعد المسؤولية تحول دون تحقيق ذلك، فهل من العدل أن يضيع حق هذا المضرور؟، ثم ما هو أساس التفرقة بين مضرور أمكن معرفة محدث ضرره، حيث يحصل على كامل تعويضه، وبين مضرور آخر تعذر معرفة مرتكب ضرره؟ .

---

<sup>1</sup> - انظر، آمال بكوشن المرجع السابق، ص.154.

<sup>2</sup> - انظر، أيمن أبو العيال، المرجع السابق، ص.30.

<sup>3</sup> - انظر، طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص.222.

فاستعانة الطبيب بمجموعة من الأطباء المساعدين له، هو الذي يصعب من تحديد دائرة الخطأ نتيجة العمل الجماعي، والقضاء لا يلجأ إلى مسؤولية الفريق الطبي إلا إذا كان مرتكب الخطأ مجهولاً، ومع ذلك فإن القول بمسؤولية الفريق الطبي الذي يتشكل من عدة أطباء، الذي قد لا يعرف أين يبدأ وأين ينتهي دور كل واحد من أعضائه، وبالتالي لا يعرف على وجه الدقة من ارتكب الخطأ على وجه التحديد<sup>1</sup>.

فإذا وقع خطأ من الطبيب واشترك في إحداث الضرر مع هذا الخطأ فعل الغير، على أن يكون لهذا الخطأ دور في إحداث الضرر، فإذا لم يكن فعل الغير خطأ، فلا يكون له أثر في مسؤولية الطبيب. ويجب التمييز بين الغير الذي لا يكون الطبيب مسؤولاً عنه، وبين ممن هم تحت مسؤوليته ورقابته. ولهذا فإن خطأ مساعد الطبيب أثناء التدخل الجراحي لا يعد خطأ صادراً من الغير بالنسبة للجراح المسؤول عن العلاج، وكذلك رئيس الفريق بالنسبة للفريق الطبي. وليس من الضروري أن يكون الغير معروفاً، فقد يقوم الدليل على أن الحادث كان من بين أسبابه خطأ صدر من شخص ثالث، وقد هرب دون أن يعرف، ويبقى مع ذلك خطأ هذا الغير مؤثراً في مسؤولية الطبيب<sup>2</sup>.

يتبين مما سبق أنه إذا استغرق خطأ خطأ الغير، كان الطبيب مسؤولاً، أما إذا استغرق خطأ الغير خطأ الطبيب، فتنتفي مسؤولية الطبيب. وعلى ذلك فإذا فرض أن المضرور في حادث، كان لديه استعداد للمرض الذي أصابه بسبب هذا الحادث، فيكفي أن يكون الحادث هو السبب الذي حرك هذا الاستعداد، حتى تقوم علاقة السببية بين الحادث والمرض، فيلتزم المتسبب في الحادث بتعويض الضرر<sup>3</sup>.

أما في الحالة التي لا يستغرق فيها أحد الخطأين الآخر، فببقيا قائمين ومن ثمة يعتبر كل منهما سبباً في إحداث الضرر، وهذه هي حالة تعدد المسؤولين، فقد اشترك

---

<sup>1</sup> - انظر، رايس محمد، المرجع السابق، ص.194.

<sup>2</sup> - انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.1254.

<sup>3</sup> - انظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.528.

مع الطبيب شخص آخر في إحداث الضرر، وعليه أصبح المسؤول عن الضرر أكثر من شخص<sup>1</sup>.

ويرى جانب كبير من الفقه<sup>2</sup> أن أهم مانع يحول بين المضرور وبين حقه في التعويض من خلال الحماية التي تقرها قواعد المسؤولية المدنية هو عقبة إثبات علاقة السببية بين الضرر الذي يطالب بتعويضه وبين خطأ الغير الذي يدعيه. وفضلا عن هذا المانع فإن الأحكام يجب أن تجزم على اليقين لا على الظن والتخمين. ومن ثمة، فيتعين على القاضي أن يتيقن من أن الشخص المطالب بالتعويض هو الذي ارتكب العمل غير المشروع، ومن أجل ذلك عادة ما يتشدد القضاء في الدول المختلفة في دعاوى التعويض عن الأضرار الجسمانية.

وبناء على هذا نادى الفقه<sup>3</sup> بضرورة الأخذ بفكرة الخطأ الاحتمالي، بحيث يستتج خطأ الطبيب من مجرد وقوع الضرر، وذلك خلافا للقاعدة العامة، التي تقضي بإثبات الخطأ من طرف المدعي، فأساس الفكرة هو أن الضرر لم يكن ليقع لولا وقوع الخطأ.

وفكرة الخطأ الاحتمالي على الرغم من وجود لها سند في القانون، فقد طبقها القضاء، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على عدم كفاية القواعد التقليدية، لتوفير الحماية الكافية للمرضى في ظل التطورات العلمية المعاصرة. وإن أهمية هذه الفكرة تكمن في الآثار المترتبة عليها، فيما يتعلق بعبء الإثبات، عند عدم إمكانية التوصل إلى تحديد الخطأ الذي يمكن نسبته إلى الطبيب أو المستشفى، ويصبح مستحيلا على الطبيب إثباته.

---

- انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.1254.<sup>1</sup>

- انظر، محمد شكري سرور، مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة من الأشخاص، دار الفكر العربي، 1983، ص.17.<sup>2</sup>

- انظر، على عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2006، ص.123.<sup>3</sup>



أما في القضاء الفرنسي فهناك الكثير من الأحكام<sup>1</sup> التي استندت إلى هذا المانع؛ فالمشكلة التي تثور في فرنسا بالتحديد هي كيفية تعويض المضرور جسمانيا بسبب شخص مجهول من بين مجموعة معلومة من الأشخاص<sup>2</sup>.

ولقد انقسم الفقه بين مؤيد ومعارض لحق هذا المضرور في التعويض، غير أن الراجح فقها وقضاء هو ضرورة تعويض هذا المضرور، على أن الاتجاه الرافض لتعويضه في حرصه على احترام حرفية النصوص القانونية وما استقرت عليه قواعد المسؤولية المدنية التقليدية، إنما ينتهي إلى نتيجة غير عادلة تتجاهل حق المضرور، حيث لا يكف لتبرير هذا الاتجاه القول بضرورة إعفاء جميع الأشخاص من المسؤولية بحجة أن من بينهم أبرياء. وأن القول بهذا من شأنه أن يسهل نفي مسؤولية الفاعل؛ وذلك بتحسينه خلف جماعة موجودة على مسرح الحادث، مما يستحيل معه على المضرور أن يحدد بدقة من سبب له الضرر<sup>3</sup>.

لذلك كان لا بد من ظهور هذا الاتجاه من الفقه والقضاء بغرض التغلب على هذه العقبات التي تعيق سبيل المضرور في الحصول على حقه في التعويض؛ حيث يتأسس هذا الاتجاه على فكرة مؤداها الاعتراف لهذه المجموعة من الأشخاص بقدر من الشخصية الاعتبارية؛ بحيث لا تتقرر في جميع الأحوال وإلا لأهدرت الحرية الفردية،

---

أنظر، محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص.18.

والصورة الشائعة التي تحدث فيها هذه المشكلة هي إصابة بعض الأشخاص بسبب الأعمرة النارية التي يطلقها الصيادون أثناء رحلاتهم، ويثور التساؤل في هذه الحالة عن مدى إمكانية تعويض المضرور جسمانيا، ومن المسؤول من هذه الجماعة؟.

- يرى الاتجاه الرافض لتعويض المضرور في هذه الحالة أن اعتبارات الضمير وقواعد العدالة لا تقبل إدانة 3 جميع أفراد الجماعة لمجرد وجود خطأ في جانب واحد منهم مما يستلزم إدانة أبرياء، ولعل أهم ما يبررون به موقفهم هو مانع السببية الذي رأينا بالإضافة إلى فكرة الحراسة؛ وحيث يرون أنه باستخدام مجموعة من الأشخاص لشيء من الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة؛ وإذا كان المضرور سوف يعفى من إثبات الخطأ إلا أن ثبوت حقه في التعويض يتوقف على إثبات حراسة هذا الشيء لكل أفراد الجماعة. ويرون أن هذا التصور تحول دونه طبيعة الحراسة في حد ذاتها، فالحراسة إن جاز أن تتبادل إلا أنها لا يتصور أن تتعدد؛ لذلك يتساءلون في خصوص حوادث الصيد عن كيفية الكلام عن حراسة جماعية لمجموع البنادق المستعملة. راجع في التفصيل محمد شكري سرور، نفس المرجع السابق، ص.23 وما بعدها.

وإنما فقط بالنسبة للجماعات مقصودة التكوين، والتي تهدف إلى تحقيق غاية مشتركة مثل الجماعات التي تمارس هواية الصيد الجماعي<sup>1</sup>.

وقد عالج المشرع الجزائري هذه المشكلة؛ أي مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه أكثر من شخص في المادة 126 من ق م ج والتي نصت على أنه "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في الالتزام بالتعويض وتكون المسؤولية بينهم بالتساوي ما لم يعين القاضي نصيب كل منهم في المسؤولية".

من خلال النص يتضح أنه إذا تعدد المسؤولون عن ضرر، كانوا متضامنين في التزامهم، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض. فتعدد المسؤولين يجعل كل منهم مدعى عليه، ويجعلهم جميعا متضامنين في المسؤولية. وما داموا كذلك فإن المدعي له الحرية في أن يقيم دعواه على أحدهم فقط دون البقية ويطالبه بكل التعويض، أو أن يطالبهم جميعا بالتعويض.

وجدير بالإشارة إليه أن التضامن يرتب آثاره من حيث وحدة المحل وتعدد الروابط ومبدأ انقسام الدين؛ بحيث إذا وفى أحد المدينين بالتعويض فإن لهذا المدين أن يرجع على بقية المدينين كل بقدر حصته في الدين<sup>2</sup>. ويشترط في التضامن مايلي:

أ- أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ، فلا يكون الورثة متضامنين إلا باعتبار أن التركة هي المسؤولية، لأن أحدا منهم لم يرتكب خطأ؛ بل المورث هو الذي ارتكب الخطأ.

ب- أن يكون الخطأ الذي ارتكبه كل منهم سببا في الحادث.

ج- أن يكون الضرر الذي أحدثه كل منهم بخطئه هو ذات الضرر الذي أحدثه الآخرون؛ بمعنى أن يكون الضرر الذي وقع ضررا واحدا<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> - انظر، طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص.226.

<sup>2</sup> - انظر، عماد الشريبي، القانون التجاري الجديد لسنة 1999، السبع بنات، المجلة الكبرى، مصر، 2002، ص.313.

إن الحل الأمثل لهذه المشكلة هو ما اتجه إليه المشرع الجزائري بضرورة تدخل الدولة لتعويض المضرورين في حالة عدم الوصول إلى الفاعل، على أن ترجع الدولة عليه في حالة معرفته، أما إذا كان الفاعل من بين مجموعة محددة ومعروفة من الأشخاص فإن حماية المضرور تتجسد بافتراض الخطأ في هذه المجموعة<sup>2</sup>.

حيث عالج المشرع الجزائري هذه المشكلة بمقتضى المادة 140 مكرر 1 المعدلة من القانون المدني والتي تنص على أنه " إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني ولم تكن للمتضرر يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر ".

والواقع نرى أن هذا النص يثير صعوبات إجرائية، ذلك أن المشرع بذكره لعبارة " تتكفل الدولة بالتعويض " قد عقد المسألة. وذلك لأن هذه العبارة عامة وواسعة، مما يدفعنا إلى التساؤل عن الشخص الذي يرفع المضرور ضده الدعوى القضائية. مع العلم أنه لا يوجد اجتهاد قضائي بخصوص هذه المسألة.

كذلك يمكن أن نتساءل حول طبيعة الأضرار التي يشملها النص. في الحقيقة أن النص جاء بعد النصوص التي تتحدث عن الأضرار التي يسببها المنتج، مما يؤدي بنا إلى القول بأنها تدخل في مسؤولية المنتج، أي أنها تندرج ضمن مسؤولية المنتج عن السلع المعيبة.

وانطلاقاً من هذا وذلك فإن المنطق يقتضي أن تشمل المسؤولية الواردة في المادة 140 مكرر 1 من ق م ج جميع الأضرار الجسمانية بغض النظر عن مصدرها، وبما فيها الأضرار الناجمة عن المخاطر الطبية العلاجية، بشرط فقط أن ينعدم المسؤول عن هذا الضرر ولم تكن للمتضرر يد فيه.

---

- نظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، فقرة 620، ص. 925 وما بعدها<sup>1</sup>.

- صدر في فرنسا قانون يعالج هذه المشكلة وهو القانون الصادر في 11 يوليو 1966 الذي حمل صندوق ضمان<sup>2</sup> السيارات عبء تعويض حوادث الصيد التي تسبب فيها مجهولون أو غير مستأمنين أو معسرون، انظر، طه عبد المولى طه، مرجع سابق، ص. 223 وما بعدها.

لذلك ذهب بعض الفقهاء في العصر الحديث إلى ضرورة تدخل الدولة لتعويض المضرور جسمانيا، وذلك في حالة انعدام المسؤول عن الضرر الجسماني؛ بل وحتى في حالة ما إذا كان المسؤول معسرا<sup>1</sup>.

### ثانيا: صعوبة إثبات الخطأ الموجب للمسؤولية

لا يزال الطب يوما بعد يوم يفاجئنا بالجديد، حتى كاد ينحدر عن مسعاه الحقيقي، المتمثل في الوقاية والعلاج، ليسعى لتحقيق رغبات الإنسان التي تتجاوز حاجاته العلاجية، كما هو الشأن بخصوص الإنجاب الصناعي، وعمليات تغيير الجنس، وجراحات التجميل وغيرها، وهو ما أدى في نفس الوقت إلى وجود مخاطر كبيرة<sup>2</sup>.

### 1- مخاطر الإثبات

فالعلاقة بين الطبيب والمريض علاقة غير متكافئة، أحد طرفيها يعاني من علة، ويضع ثقته في الطبيب لكي يعينه على تجاوز المرض، الأمر الذي يخلق استحالة معنوية تمنع المريض من طلب دليل يمكنه من الاستعانة به لإثبات خطأ الطبيب، ويضاعف من صعوبة الإثبات صمت الطبيب ومعاونيه، ولا يمكن كسر هذا الصمت بالخبرة القضائية، ذلك لأن الخبير هو في النهاية زميل للطبيب المخطئ<sup>3</sup>.

قد يجد المضرور من الخطر الطبي العلاجي صعوبة في إسناد المسؤولية قبل القائم بالأعمال الطبية، وذلك إما لأن الخطأ المقرر لقيام المسؤولية واجب الإثبات، وإما لأن المسؤول بإمكانه دفع مسؤوليته بتوافر السبب الأجنبي.

---

<sup>1</sup> أنظر، علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.122 وما بعدها.

<sup>2</sup> - انظر، بودالي محمد، المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الاداري والقضاء العادي، المجلة القضائية، العدد 1، 2004، ص.11 وما بعدها.

<sup>3</sup> - انظر، علي عصام غصن، المرجع السابق، ص.116.

ففي حالة المسؤولية التي تقوم على خطأ شخصي واجب الإثبات، المقررة بنص المادة 124 ق م ج، يتعين على المضرور إثبات الخطأ فضلا عن الضرر والعلاقة السببية، فإن عجز انتفت مسؤولية المدعى عليه وضاع حقه في التعويض. لذلك ذهب بعض الفقه في العصر الحالي إلى طرح فكرة الخطأ واستبدالها بفكرة تحمل التبعة<sup>1</sup>.

حتى وإن سلمنا بإثبات الخطأ، فإنه يمكن للمسؤول التوصل من المسؤولية وذلك بإثبات السبب الأجنبي الذي يقطع رابطة السببية. ففي هذه الحالة قد يضيع حق المضرور على الرغم من إصابته بضرر محقق، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 127 من القانون المدني<sup>2</sup>.

وأمام عجز أحكام المسؤولية المدنية التقليدية التي تستند في قيامها على الخطأ الواجب الإثبات، عن حماية المضرورين جسديا، وذلك بضياح حقهم في التعويض، تارة بسبب عدم إثبات الخطأ، وتارة بسبب تمكن المسؤول بإثبات السبب الأجنبي - وليس الغرض هو تشديد مسؤولية المسؤول بل تعويض المضرور. فكان لا بد من هجر المسؤولية الخطئية والاتجاه بها شيئا فشيئا إلى المسؤولية الموضوعية التي تقوم على الضرر كأساس للمسؤولية المدنية<sup>3</sup>.

فإذا كان عبء الإثبات في المجال الطبي يمثل عقبة اتجاه المضرور، فإنه يضاف إلى ذلك عقبات أخرى ناجمة عن خصوصية المخاطر الطبية التي تتجاوز مفهوم الخطأ، مما يجعل اشتراط إثباته في أحوال عديدة أمرا غير ممكن<sup>4</sup>.

---

- حيث أن مشكلة الخطأ الموجب للمسؤولية تثار في العصر الحالي بسبب تعقد وتداخل الأنشطة الصناعية<sup>1</sup> والاقتصادية التي غالبا ما تخلف وراءها أضرارا جسمانية جمى، ولا سيما بالنسبة للأضرار التي تأخذ بعدا اجتماعيا كالأضرار البيئية الناتجة عن الاستعمال التكنولوجي. انظر، طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص.245.

- تنص هذه المادة على أنه " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة<sup>2</sup> قاهرة أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاقي يخالف ذلك ".  
- انظر، طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص.250.<sup>3</sup>

- انظر، بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، دار الايمان، دمشق - بيروت، بدون سنة، ص.119.<sup>4</sup>

وفضلاً عن هذه العقبات التي تجد مصدرها في الاعتبارات الإنسانية التي تحيط بالعمل الطبي، فإن العقبة الحقيقية في وجه المضرور، تتمثل في كون الواقعة محل الإثبات وهي خطأ الطبيب، متمثلاً في الإخلال بالالتزام تعاقدية أو غير تعاقدية، هي واقعة سلبية بدون مظاهر خارجية، يمكن أن تفصح عنها، وبذلك يتحدد مضمون الإثبات بمضمون ونطاق التزام الطبيب، ويختلف بين ما إذا كان مضمون هذا الالتزام بذل عناية أم تحقيق نتيجة<sup>1</sup>.

والواقع أن الصعوبة تكمن في إثبات الخطأ الطبي نفسه، الذي هو واقعة سلبية، حيث حسم القضاء ذلك منذ قرار "Mercier"<sup>2</sup>، الذي حسم من خلاله طبيعة العلاقة القائمة بين الطبيب والمريض، بأنها علاقة عقدية. وقد ذكرت المحكمة أن الطبيب يلتزم بمقتضى العقد، بتقديم العناية الواجبة واليقظة، المطابقة للأصول العلمية المستقرة، ولا يلتزم بشفاء المريض.

وبناء عليه ينبغي على المريض بما أنه الدائن بالعناية واليقظة المطلوبة، إثبات عدم حصولها، وذلك بإقامة الدليل على إهمال الطبيب أو انحرافه عن أصول الفن الطبي المستقرة. ونرى بأنه لا يمكن إنكار الصعوبة في هذا الإثبات، خاصة وأن إثبات التخلف يكون من خلال إثبات واقعة سلبية، لذلك غالباً ما يلجأ القاضي إلى الخبرة الطبية ليستتير بها. كما أن درجة الإثبات تقل فيما يخص الالتزام بتحقيق نتيجة، فإثبات الخطأ الطبي فيها يكون بإثبات عدم تحقق النتيجة.

---

- انظر، السيد محمد السيد عمران، أحكام الالتزام وقواعد الإثبات في المواد التجارية والمدنية، دون دار نشر،<sup>1</sup> 2000، ص.11.

- عرضت على محكمة النقض الفرنسية دعوى تتلخص وقائعها في أن زوجة الأستاذ "ميركير" قد أصيبت في وجهها بالتهاب مخاطي نتيجة علاجها بأشعة "أكس"، وقد رفعت دعوى المسؤولية على الطبيب بسبب ارتباط حالتها بالعلاج الذي تلقته، وكان أمام القضاء قبولها والحكم فيها، إما على أساس المسؤولية التقصيرية، وإما على أساس المسؤولية العقدية، وهذا الأخير هو الذي استندت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 20-05-1936، حيث قضت بأنه " يتشكل بين الطبيب والمريض عقد حقيقي يرتب على الطبيب إن لم يكن الالتزام بشفاء المريض - فعلى الأقل أن يسدي له سبل العناية، لا كيفما اتفق ومن أي نوع كان بل العناية الوجدانية اليقظة - فيما عدا حالات الظروف الاستثنائية المطابقة لما توصل إليه العلم من حقائق ثابتة". انظر، الباب الأول من هذه الرسالة.

وهو ما دفع بعض الفقه<sup>1</sup> للتساؤل حول إمكانية نقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر (الطبيب) الذي تتوافر لديه عناصر الإثبات الايجابية، فقد أدرك القضاء هذه الصعوبات التي يواجهها المريض في النهوض بعبء الإثبات، فقد أجرت محكمة النقض تحولاً مهماً في مجال هام هو مجال التزام الطبيب بإعلام المريض، فهو في الواقع دليل حرص على من القضاء على رعاية حقوق المرضى. فكيف حدث هذا التطور؟ وهو ما سنتناوله في ما يلي:

## 2- عبء إثبات الالتزام بالإعلام

لقد استقرت محكمة النقض الفرنسية<sup>2</sup> على جعل عبء إثبات الخطأ الطبي على المريض، وذلك طبقاً للقواعد العامة في الإثبات التي تقضي بمطالبة المدعي بإثبات ما يدعيه، أي أنه في حالة النزاع يلتزم المريض بإثبات واقعة سلبية مفادها عدم صدور رضا متبصر من جانبه.

والواقع أن هذا الاتجاه للقضاء الفرنسي، قد لاقى انتقادات لاذعة من طرف الفقه<sup>3</sup> على أساس أن فيه إجحاف على المريض، بحكم قلة خبرته وضعف مركزه القانوني في العقد الطبي، ومما يزيد صعوبة مهمته تهب الجهات الطبية المعنية من مساعدته لعدة أسباب منها؛

- أثناء بحثه عن الأدلة قد لا يواجه المريض تعاوناً من طرف الطبيب ومعاونيه بسبب العلاقة التي تربطهم بزميلهم، ضف إلى ذلك تذرعهم بالسر المهني.

- صعوبة الاستعانة بالخبراء الذين هم ملزمون أيضاً بالسر المهني. ومع ذلك يبقى دورهم في كشف الحقيقة ضروري وفعال بالنسبة للقاضي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، علي عصام غصن، المرجع السابق، ص.119. وانظر، آمال بكوش، المرجع السابق، ص.161.

<sup>2</sup> - Cass. Ire civ; 29 mai 1951; Cass. Ire civ, 7 février 1990,n0 ; Cass.civ, 08 oct97-10267.

<sup>3</sup> - CF, Savatier, R., Traité de responsabilité civile, T.2,2<sup>ème</sup> éd, 1951, p.388; Mazeaud et Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, T1, 1965, sec.194.

<sup>4</sup> - انظر، مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.283،284.

وفي سنة 1997 عدلت محكمة النقض الفرنسية عن فكرة إسناد عبء الإثبات إلى المريض، حيث أُلقت بهذا الالتزام على عاتق الطبيب، وذلك بموجب قرارها الشهير الصادر في 1997/02/25<sup>1</sup>، جاء فيه بأنه يقع على عاتق الطبيب التزام بإعلام المريض، كما يقع على عاتقه أيضا، إثبات تنفيذه لهذا الالتزام. وقد استندت المحكمة على المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي<sup>2</sup>. وقد تلتها عدة قرارات للمحكمة تتعلق بالالتزام بالإعلام<sup>3</sup>.

تتلخص وقائع هذه القضية، في أن شخصا يدعى Hedruel كان يعاني من آلام في المعدة، فقدر الطبيب ضرورة إجراء عملية جراحية تستدعي استخدام المنظار، وأجريت العملية غير أن الآلام لم تنته، وبعد الكشف تبين أنه مصاب بثقب في الأمعاء، وهو خطر حدد الخبراء احتمال حدوثه في مثل هذه العمليات بنسبة 3% . رفع المريض الدعوى على أساس أن الطبيب لم يبصره بالمخاطر المحتملة، مطالباً أياه بالتعويض، رفضت محكمة الاستئناف الدعوى استناداً إلى أن عبء إثبات عدم الإعلام

---

<sup>1</sup> - Cass.1<sup>re</sup> civ, 25 février 1997, n<sup>o</sup> 94-19685, Hedruel c/ Cousin.

<sup>2</sup> - " Vu l'article 1315 du code civil; Attendu que celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation; Attendu qu'à l'occasion d'une coloscopie avec ablation d'un polype réalisée par le docteur x..., M.Y...a subi une perforation intestinale; qu'au soutien de son action contre ce médecin, M.Y...a fait valoir qu'il ne l'avait pas informé du risque de perforation au cours d'une telle intervention; que la cour d'appel a écarté ce moyen et débouté M.Y...de son action au motif qu'il lui appartenait de rapporter la preuve de ce que le praticien ne l'avait pas averti de ce risque, ce qu'il ne faisait pas dès lors qu'il ne produisait aux débats aucun élément accréditant sa thèse; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation, la cour d'appel a violé le texte sus-visé".

<sup>3</sup> - cass.1<sup>re</sup> civ; 7 octobre 1998, n<sup>o</sup> 97-10267 ( JCP G 1998, n<sup>o</sup> 45, p.1848; D.11 mars 1999, n<sup>o</sup> 10, p.45, note S.Porchy;Vu l'article 1147 du code civ; Attendu qu'hormis les cas d'urgence , d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés et qu'il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement.... " Cass.1<sup>re</sup> civ; 7 décembre 2004, n<sup>o</sup> 02-10957." Attendu, cependant, que la violation d'une obligation d'information ne peut être sanctionnée qu'au titre de la perte de chance subie par le patient d'échapper par une décision peut être plus judicieuse , au risque qui s'est finalement réalisé et que le dommage correspond .....



يقع على عاتق المريض، ولم يقدم دليلاً على ما يدعيه. طعن المريض في القرار أمام محكمة النقض، فنقضت القرار قاضية بمبدأ عام مفاده "أنه من يقع على عاتقه موجب الإعلام يقع على عاتقه أيضاً إثبات حصوله"

فبمقتضى هذا القرار، تكون محكمة النقض الفرنسية قد أعادت نوع من التوازن الذي كان مفقوداً<sup>1</sup>، وأضفت مزيداً من الحماية للطرف الضعيف. فهي تكون بذلك قد أعفت المريض من عبء إثبات واقعة سلبية، وجعلت على عاتق الطبيب؛ إذا ما أراد دفع المسؤولية، عبء إثبات واقعة إيجابية، أي بإثباته القيام بإعلام المريض على الوجه المطلوب قانوناً وعليه؛ يكفي المريض أن يثبت أمام القضاء الاخلال بسلامته الجسدية.

ولقد انقسم الفقه بشأن تحول القضاء هذا إلى جانب مؤيد<sup>2</sup> وآخر معارض<sup>3</sup> لهذا التحول، أما الأول فقد اعتبر بأن الاتجاه الجديد يؤكد على مبدئين أساسيين هما؛

- حماية حق المريض في تقرير مصيره باعتباره من أهم حقوق الشخص.

- ارتباط هذا الحق بالالتزام بالإعلام الذي يجب أن يكون واضحاً ومستتيراً.

أما الاتجاه الثاني، فقد استند إلى الآثار المباشرة لهذا التحول القضائي، الذي من شأنه أن يصعب مهمة الإعلام بالنسبة للأطباء، وذلك من خلال خوفهم من المتابعة القضائية وهو ما يجعلهم يقومون بتزويد المريض بكثير من المعلومات المكتوبة، وهو ما ينعكس سلباً على المريض، على الأقل من الناحية النفسية<sup>4</sup>.

وقد استند القضاء الحديث في فرنسا إلى مبادئ موضوعية لتعويض ضحايا الحوادث الطبية الذين عجزوا عن إثبات خطأ الطبيب منها؛

---

<sup>1</sup> - وهو ما كرسته المادة 1315 من التقنين المدني الفرنسي.

<sup>2</sup> - CF, Chabas, F., L'obligation médicale d'information en danger, la semaine juridique, édition générale, n° 15, du 11-15- mars 2000, p.460.

<sup>3</sup> - CF, Lachaud, Y, La responsabilité, médicale pour défaut d'information ; de l'évolution de la jurisprudence à une nécessaire réforme législative, Gaz.Pal, 16-17 juin 1999, p.5.

<sup>4</sup> - أكثر تفصيلاً انظر، مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص. 292 و 293.

- الاستناد إلى واجب الاعلام ، بحيث يثبت خطأ الطبيب بمجرد عجزه عن إثبات تنفيذه لواجب الاعلام.

- الاستناد إلى فكرة المسؤولية دون خطأ *Responsabilité sans faute*، والإعلان عن التزام الطبيب بسلامة النتيجة *Une obligation de sécurité de résultat*.

- الاستناد كذلك إلى نظرية الخطأ المفترض، التي مفادها قيام مسؤولية الطبيب بمجرد قيام الضرر، وإذا أراد التخلص من المسؤولية عليه إثبات العكس<sup>1</sup>.

وبناء على ما سبق يتضح أن التطورات التي مر بها القضاء الفرنسي في مجال نقل عبء الإثبات كان الهدف منها الوصول إلى حل مناسب لتعويض المخاطر العلاجية، بحيث يراعي طرفي العقد الطبي.

بعد التعرض إلى الصعوبات والعقبات المتعلقة بإسناد المسؤولية المدنية، يبقى أن نتناول الصعوبات التي يواجهها المضرور إزاء الحصول على حقه في التعويض، وهو ما سنتناوله في الفرع الموالي.

## الفرع الثاني

### الصعوبات المتعلقة بالتعويض

قد تعترض المضرور في سبيل الحصول على حقه في التعويض عدة عقبات وصعوبات، يمكن حصرها في مشكلة تأخر الحصول على التعويض، ومشكلة عدم تناسبه مع الضرر، وسنتناولهما في النقطتين التاليتين:

### أولاً: مشكلة تأخر الحصول على التعويض

القاعدة العامة في دعوى التعويض أنها دعوى مدنية تختص بها المحاكم المدنية على اختلاف درجاتها، بيد أن أغلب دعاوى التعويض الناجمة عن العمل غير المشروع

---

- انظر، مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.296.<sup>1</sup>

هي دعاوى مدنية تبعية. ففي الحالة الأولى والمتعلقة بالدعوى المدنية -غير التبعية - لا يجد المضرور أي صعوبة - طبعاً نتحفظ على تنفيذ الحكم باعتبار أن التنفيذ قد يتأخر لعدة أسباب، قد يكون من بينها إفسار المدين، فما عليه إلا أن يرفع دعواه أمام الجهات المختصة؛ لتحكم له هذه الأخيرة بالتعويض متى قدرت قيام المسؤولية المدنية من إثبات للخطأ فضلاً عن الضرر والعلاقة السببية<sup>1</sup>.

أما في الحالة الثانية وهي الحالة التي يرتب الفعل فيها جريمة جنائية، وتكون دعاوى التعويض تبعية، وفي هذه الحالة يجب على المحكمة المدنية أن توقف السير في الدعوى المرفوعة أمامها إلى غاية الفصل في الدعوى الجنائية. بمعنى أن الجزائي يوقف المدني، والقاعدة من النظام العام<sup>2</sup>، حيث نصت المادة 2/4 من قانون الإجراءات الجزائية على أن "غير أنه يتعين أن ترجى المحكمة المدنية الحكم في تلك الدعوى المرفوعة أمامها لحين الفصل نهائياً في الدعوى العمومية إذا كانت قد حركت"<sup>3</sup>.

وقد ثبت في الواقع أن دعاوى التعويض عن الأضرار الجسمانية كثيراً ما يتأخر الفصل فيها، إذ أن أغلب دعاوى التعويض عن الأضرار الجسمانية تترتب عن فعل جنائي، وحينها يتوقف الفصل في الدعوى المدنية إلى غاية الفصل في الدعوى الجنائية بحكم نهائي. وأن هذا التوقف قد يطول لمدة كبيرة تجعل من حق المضرور في

---

إذا كان الخطأ الذي يستند إليه المضرور في دعواه خطأ مفترضا كما هو الحال في مسؤولية المتبوع عن أعمال<sup>1</sup> تابعه أو مسؤولية متولي الرقابة، وحارس البناء والأشياء، فما على المضرور إلا أن يثبت الضرر فحسب؛ ويقع عبء إثبات نفي الخطأ والعلاقة السببية على المسؤول.

- ترجع هذه القاعدة إلى علة مقتضاها أن القضاء الجنائي أوسع سلطة وأسرع إجراءات في التحري عن الوقائع،<sup>2</sup> وتبعاً لذلك فإن القاضي الجنائي يكون ملماً بالنزاع وأكثر دراية بالموضوع، ولذلك فإن الحكم الجنائي الصادر في موضوع الدعوى العمومية تكون له حجية أمام القاضي المدني الذي ينظر دعوى التعويض المؤسسة على نفس الفعل. انظر، عبد الله اوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (التحري والتحقيق)، دار هومه، الجزائر، 2004، ص.143.

- انظر، أمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون<sup>3</sup> الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

التعويض معلقا لمدة غير معلومة، ويبقى أن هناك ضررا جسمانيا في حاجة إلى جبر ولم يجد سبيلا<sup>1</sup>.

وما يبرر هذا التأخر أنه إذا صدر حكما غيابيا أدان المتهم، فمن حقه المعارضة في هذا الحكم خلال 10 أيام من إبلاغه به، وهذا الإبلاغ لا يتم في غالب الأحيان إلا بعد القبض على الجاني ، فإذا سلمنا بإدانة المتهم فله الحق في الاستئناف خلال 10 أيام من صدور الحكم، فإذا صدر حكم في الاستئناف وأدان المتهم وكان غيابيا، فله الحق في المعارضة بنفس الإجراءات، فإذا صدر حكم بالإدانة في المعارضة فمن حق المطعون عليه أن ينقض الحكم ، وهذا الطعن يستغرق زمنا طويلا قد يصل إلى سنوات<sup>2</sup>. فإذا جمعنا هذه المدد وجدناها طويلة ، مما يجعل الكثير من المضرورين ييئسون في الحصول على حكم بالتعويض<sup>3</sup> .

والحقيقة أن السبب الرئيسي في هذه المشكلة يعود إلى صعوبة إثبات الخطأ بالنسبة للدعوى المدنية غير التبعية، وأن المسؤول عادة ما ينازع المضرور في أن خطئه قد ساهم في الفعل، أو كان السبب الرئيسي فيه. وأن الحل الأمثل لهذه الصعوبة هو تفعيل دور القاضي في القضاء بالنفقة المؤقتة التي يلتزم المسؤول بدفعها على أن تخصص من التعويض النهائي، ويتعين أن يكون الحكم بهذه النفقة مشمولا بالنفاذ المعجل.

### ثانيا: مشكلة عدم تناسب التعويض مع الضرر

إذا فرضنا أننا اجتزنا الصعوبات والعقبات السابقة، ففضي للمضرور بتعويض نهائي، فهل هذا التعويض حقق الغاية المنشودة وهي جبر الضرر، أم أن أغلب

---

<sup>1</sup> - انظر، طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص.256.

<sup>2</sup> - انظر، المادة 411 ( في المعارضة ) والمادة 418 وما بعدها ( في الاستئناف ) ق إ ج ، حيث تنص م 1/418<sup>2</sup> على أنه " يرفع الاستئناف في مهلة عشرة أيام اعتبارا من يوم النطق بالحكم الحضورى..."، وتنص م 411 على أنه " يبلغ الحكم الصادر غيابيا إلى الطرف المتخلف عن الحضور وبنوه في التبليغ على أن المعارضة جائزة القبول في مهلة عشرة أيام اعتبارا من تاريخ تبليغ الحكم إذا كان التبليغ لشخص المتهم... ".

<sup>3</sup> - فإذا كانت دعوى التعويض تستغرق هذه المدة ، فما بالك في تنفيذ الحكم.

التعويضات المحكوم بها غير كافية لجبره على الرغم من تمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في القضاء بها؟.

فالقاضي سواء في الجزائر أو في مصر أو في فرنسا يتمتع بسلطة تقديرية<sup>1</sup>، ومما لا شك فيه أن الأضرار الناجمة عن المخاطر الطبية ليست ذات طبيعة واحدة أو نوع واحد كما سبق الإشارة إليه<sup>2</sup>. وبناء عليه يتعين أن يكون كل عنصر من عناصر الضرر الجسماني تحت بصر القاضي وأن ينال حقه من التعويض، وحتى تتمكن المحكمة العليا من أعمال رقابتها عليه، فالقضاة نادرا ما يشيرون إلى عناصر الضرر المستوجبة للتعويض في أحكامهم، "وفي فرنسا تذهب بعض المحاكم إلى تبرير ذلك الأسلوب في تقدير التعويض إلى القول بأن وحدة شخص الإنسان وتداخل أوجه نشاطه المختلفة يجعل من الأوفق القضاء بمبلغ إجمالي يغطي كل الآثار والنتائج التي تولدت عن الفعل الضار"<sup>3</sup>، كما أنه قد يسبب في تعويض ضرر واحد أكثر من مرة.

ويؤخذ على هذا الاتجاه، أنه إذا كان من الصحيح أن ثمة أضرارا مترابطة يصعب الفصل بينها، فإن ثمة أضرارا أخرى كثيرة لا يسري عليها ذلك، مثل الآلام من ناحية والكسب الفائت من ناحية أخرى، والحرمان من مباحج الحياة من جهة أخرى، وعليه ينبغي على القضاة أن يراعوا عناصر هذا الضرر، باعتبار أن الحق المعتدى عليه هو أسمى الحقوق التي يحرص الإنسان عليها.

وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا بتاريخ 2000/03/28 بما يلي "حيث أنه إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من

---

- انظر، المواد 130، 131 و 132 من القانون المدني، و أنظر، المحكمة العليا، غ م، في 1985/05/08، ملف رقم<sup>1</sup> 39694، المجلة القضائية 1989، العدد الثالث، ص.34؛ وأنظر، المحكمة العليا، غ م، في 1989/02/08، ملف رقم 58.012، المجلة القضائية، 1992، العدد الثاني، ص.14.

- انظر، الباب الأول من هذه الرسالة.<sup>2</sup>

- انظر، محمد عبد الغفور العمالي، التعويض عن الأضرار الجسدية والأضرار المجاورة لها، دار الثقافة، عمان،<sup>3</sup> 2012، ص.95.

تحديد عناصره بعد مناقشة المسؤولية عن الفعل والضرر والعلاقة السببية وأما تقديره فإنه يبقى سلطة تقديرية لقضاة الموضوع لا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك...<sup>1</sup>.

وعليه يمكن القول بأن تمتع قضاة الموضوع بسلطة تقديرية واسعة النطاق في تقدير التعويض عن الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية، قد ساهم في تحلل القاضي من الالتزام بتبيان عناصر هذا الضرر، ومناقشة كل عنصر على حدى ومدى أحقيته في التعويض، وهو ما أدى بطبيعة الحال إلى استفحال مشكلة عدم تناسب التعويض مع الضرر. ذلك التعويض الذي يرجع المضرور قدر الإمكان إلى الحالة التي كان عليها قبل الاعتداء. هذه السلطة التقديرية هي التي جعلت التعويض يختلف عن نفس الضرر من قاضي إلى قاضي آخر، بل وعن نفس القاضي.

ويعتبر ضرر الموت من أبلغ الأضرار التي تلحق الشخص، لذلك كان حرصه على حقه في الحياة ورد أي اعتداء من شأنه المساس بها يمثل أعلى درجات الحرص. وبالنظر إلى أن هذا الحق يحمل بين طياته جميع الحقوق الأخرى، ومن ثمة، لا يتصور أيضا أن هناك حقا من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان أسمى من حق الإنسان في الحياة؛ وبالتالي فإنه من الطبيعي أن يكون التعويض عنه كافيا وجابرا ومناسبا.

ولكن، بالرغم من عظمة هذا الحق إلا أن الدراسة التطبيقية أثبتت أن ضرر الموت، فضلا عن اختلاف التقدير بشأنه، لا يكون التعويض عنه كافيا. فقد ثبت أن ضرر الموت يتم التعويض عنه أحيانا بمبلغ أقل من قيمة حرمان الحيوان من الحياة، أو تلف سيارة المدعي، وأن التعويض عن الضرر الذي لم يؤد إلى الوفاة يكون في كثير من الأحيان أكبر من التعويض عن ضرر الموت<sup>2</sup>.

من خلال هذه القرارات القضائية، تبين أن هناك الكثير من الأضرار الجسمانية التي تبلغ درجة كبيرة من الجسامة ولا تجد سبيلا للتعويض الجابر لها، كما أن هناك

---

- انظر، المحكمة العليا، غم، بتاريخ 2000/03/28، ملف رقم 231419، المجلة القضائية لسنة 2003، عدد 1 خاص، ص.27.

<sup>2</sup> - انظر، الأحكام المشار إليها في طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص.277.

إصابات مادية لا تتعلق بجسم الإنسان ولكن تجد تعويضا أكثر من التعويض عن الضرر الجسمي، ويبقى للقاضي دوره الرائد في مجال التقدير، نظرا لما يتمتع به من سلطة في هذا الخصوص.

إن القول بأن الخطأ أساس المسؤولية المدنية، وأن مباشر العمل الطبي لا يسأل عن الأضرار التي حدثت دون خطئه، من شأنه أن يبقي العديد من الأضرار دون تعويض، وذلك إما لتعذر إثبات الخطأ أو لصعوبة إسناده إلى شخص معلوم، أو لانتفاء علاقة السببية؛ ذلك أن بقاء هذه الأضرار دون تعويض قد يؤدي إلى استياء الضحايا وانتشار الإحساس بعدم وجود العدالة<sup>1</sup>.

وفي الحقيقة لتدعيم الثقة بين الأفراد والأطباء الذين يلجؤون إليهم، لا بد من ضرورة تعويض الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية. وإذا كان ليس هناك خلاف على أنه لا تعويض بلا ضرر، فإن الصياغة الفقهية التي استعملها بعض الفقهاء<sup>2</sup> قد جعلت الوجه الثاني من المسألة محل جدل كبير، وبدلا من أن يقال لا ضرر بلا تعويض، باتت القاعدة الأساسية عند واضعي التقنين المدني الفرنسي، أنه لا ضرر بلا تعويض شريطة نشؤه عن خطأ. وهو ما أخرج من دائرة المسؤولية الأضرار العارضة (المخاطر العلاجية) التي لا تجد في الخطأ مصدرا لها، بل تجد مصدرها في المخاطر الملازمة للنشاط الإنساني، ومن بينها المخاطر الطبية. غير أن المحاولات المتعاقبة لتغطية الأضرار المعاصرة الناجمة عن المخاطر، أبت إلا أن تهجر الأساس التقليدي لاصطدامها بالضرورات الاجتماعية والواقع العلمي، وذلك لجبر ضرر المضرور وتعويضه دون النظر إلى خطأ المسؤول.

هذا الواقع انعكس على الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية، والتي أبت المحاكم الفرنسية لردح من الزمن التعويض عنها، لعدم ثبوت خطأ من جانب مقدم

---

<sup>1</sup> - انظر، أمال بكوش، المرجع السابق، ص.164.

<sup>2</sup> - انظر، محمد نصر الدين، أساس التعويض، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1983، ص.116.

وانظر، أمال بكوش، المرجع السابق، ص.166.

الرعاية الصحية. ومن أهم الأحكام القضائية التي أثارت حفيظة الفقه في فرنسا<sup>1</sup> قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1997/02/25 ، حيث رفضت المحكمة من خلاله تعويض المريض الذي أصيب بأضرار بالغة الخطورة، على إثر تدخل جراحي استهدف علاج انسداد "الناصور"، عن طريق اعتماد تقنية تمرير "بالون" مطاطي خلال المجرى المراد توسعته، غير أن البالون المطاطي انفصل بصورة غير متوقعة عن الأنبوب المثبت به، مما أدى إلى انسداد الشريان السباتي، متسببا في إعاقة وصول الدم إلى المخ، وانتهى بشلل نصفي.

وكانت محكمة استئناف ليون قد قررت بناء على تقارير الخبراء عدم وجود أي خطأ في جانب الطبيب الجراح، وخلو الأدوات المستعملة من أي عيب، معتبرة أن الحادث لا يعدو أن يكون من قبيل المخاطر الملازمة للأعمال الطبية، والتي لا تستلزم قيام مسؤولية الأطباء.

وقد أيدت محكمة النقض هذا القرار<sup>2</sup>، مؤكدة أن سلوك الجراح كان وفقا للأصول العلمية الثابتة، حيث أنه لم تكن هناك أية رعونة أو خرق لأصول المهنة في جانب الجراح، وأن أدائه قد اتسم باليقظة والحذر والمطابقة للأصول العلمية والمهنية.

ومن بين أهم الأسباب التي تدعوا إلى التخلي عن نظام المسؤولية الخطئية، في مجال الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية ما يلي:

### 1- عدم القدرة على تحمل الأضرار

إن العدالة تقتضي منا تعويض ضحايا الأضرار الطارئة أو العرضية، كونها أضرارا مجهولة النسب، نظرا لتعذر إسنادها إلى خطأ معين، أو تعذر معرفة أسبابها في ضوء التقنية الحديثة في مجال العلاج، كما أن التفرقة التي أقامها واضعو التقنين المدني الفرنسي، بين الأضرار التي تعزى لأخطاء بشرية، وبين الأضرار التي تعزى للحظ أو محض المصادفة، حيث أن هذه الأخيرة يتحملها الضحية، أصبحت هذه التفرقة

<sup>1</sup> - انظر، آمال بكوش، المرجع السابق، ص.167.

<sup>2</sup> - Cass, Civ,25/02/1997,J.C.P.1997, ed.G.No.11.



تجافي العدالة وتتنافى مع المنطق في العصر الحالي، والذي تضاعفت فيه هذه الأضرار، لذلك ذهب الكثير من الفقهاء<sup>1</sup> إلى ضرورة تعويض هؤلاء على أساس اعتبارات التضامن الاجتماعي<sup>2</sup>.

## 2- الرغبة في ضمان تعويض المضرور

أمام قصور فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، في توفير الحماية الكافية للمضرورين، جراء الأضرار الطارئة، خصوصاً الأضرار الطبية التي تتجاوز في نطاقها الخطأ، فقد نادى اتجاه فقهي<sup>3</sup> بإعادة النظر في هذه الفكرة نظراً لعدم كفايتها لتعويض المضرورين، فهناك العديد من الحالات التي يموت فيها من الصعب على المريض إثبات الخطأ الطبي، ولذلك لا يفلح في الحصول على التعويض الجابر للضرر. وبالتالي يكون من مصلحة المضرور قيام المسؤولية على أساس الضرر.

كما أن المريض ليس في استطاعته اكتشاف الخطأ، خاصة إذا كان فنياً، فليس من السهل على المريض أن يعلم خفايا التكنولوجيا واستعمالاتها المتعددة. كما أن الاعتداد بالخطأ لا يسمح بتعويض المضرور، إلا بعد وقت طويل وصعوبات إجرائية ونفقات باهضة، وهو ما يمكن التحرر منه من خلال كفالة التعويض بناء على نظام التأمين الخاص<sup>4</sup>.

بعد التعرف على أهم المعوقات والعقبات التي تعترض المضرور في سبيل الحصول على حقه في التعويض، بقي الآن أن نتعرف على مدى الجهود الفقهية التي بذلت من أجل مواجهة مشكلات تعويض الأضرار الجسمانية، وما مدى الحلول والضمانات التشريعية والقضائية التي أسفرت عن ذلك؟

1 - انظر، محمد نصر الدين، ضمان تعويض المضرورين بين قواعد المسؤولية الفردية واعتبارات التضامن الاجتماعي، دار النهضة العربية، ط1، 2001، ص.23. أنظر، محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص.164.

وانظر، شهيدة قادة، المرجع السابق، ص.383.

2 - وانظر، شهيدة قادة، المرجع السابق، ص.383.

3 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.80.

4 - انظر، محمد نصر الدين، أساس التعويض، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1983، ص.115.

## المطلب الثاني

### الحلول القضائية والتشريعية لمشكلات التعويض والمسؤولية

بعدما عرفنا أهم المشكلات التي يواجهها المضرور في سبيل الحصول على حقه في التعويض، يبقى أن أهم مشكل من هذه المشكلات يتجلى في مشكلة صعوبة إثبات الخطأ في حق المسؤول من ناحية، ومن ناحية أخرى سهولة دفع المسؤولية من طرفه. لذلك فإن جهود الفقه<sup>1</sup> والقضاء<sup>2</sup> أنصبت على التفكير في إعادة النظر في الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، والاتجاه بها شيئاً فشيئاً نحو المسؤولية الموضوعية<sup>3</sup>، بالإضافة إلى تكريس نوع من الضمانات التشريعية لبعض الفئات من المضرورين جسمانياً، تمثلت في إصدار ترسانة من النصوص القانونية، تمثلت أساساً في النصوص التي من خلالها تم تعويض بعض الفئات، وفي مقدمتها ضحايا الحوادث الطبية. وقد شملت هذه الحلول إعادة النظر في أساس المسؤولية المدنية (الفرع الأول)، والتشدد في مجال إثبات إعلام المريض (الفرع الثاني)، والاتجاه نحو التشدد في دفع المسؤولية (الفرع الثالث)، وانتشار التأمين والأنظمة الجماعية للتعويض (الفرع الرابع).

### الفرع الأول

#### إعادة النظر في أساس المسؤولية المدنية

يذهب الفقه التقليدي للمسؤولية المدنية، إلى أن الخطأ هو الأساس القانوني لقيام المسؤولية المدنية، ومن ثمة فمن يدعي أن ضرراً أصابه عليه أن يثبت انحراف المسؤول في سلوكه، ويرجع سبب تثبت هذا الفقه بهذه الأفكار إلى تأثير الفقه الكنسي

<sup>1</sup> - انظر، محمد نصر الدين، أساس التعويض، المرجع السابق، ص.7.

<sup>2</sup> - Cass. 1re civ., 23 mai 2000, n0 98-19869 et 98-20440. Bull.civ.1, n0 153, p.100. "Sur le deuxième moyen: Vu l'article 1147 du code civ.....Attendu, cependant, que la réalisation de la ligamentoplastie n'impliquait pas le sectionnement de l'artère poplitée, de sorte que la cour d'appel ne pouvait exclure la faute du chirurgien, sans constater que cette artère présentait chez Mme X...une anomalie rendant son atteinte inévitable; que l'arrêt est dès lors dépourvu de base légale; par ces motifs...Cass et annule".

<sup>3</sup> - Cass. 1re civ., 15/11/2005, n0 04-18180. JCP. G2006, 2, 10045.

الذي كان مسيطراً آنذاك على فقه المسؤولية المدنية، وجعل مناطها الخطأ، فكان ينظر إليها من وجهة نظر المسؤول فقط<sup>1</sup>.

ومع التقدم الصناعي الرهيب الذي شهدته البشرية في هذه العصور، وما نجم عنه من كثرة وتعدد الأخطار التي يتعرض لها الإنسان في سلامة جسمه وحياته، وهو ما أدى إلى صعوبة إثبات الخطأ في جانب المسؤول؛ حينها بدأ الفقه يفكر في إقامة المسؤولية على أساس الضرر حماية ومراعاة لمصلحة المضرور. وقد ساعد في هذا التحول الجديد التطور التكنولوجي في مجال الأجهزة المستخدمة في المجال الطبي، وشيوع استعمال الآلة. وكان لظهور التأمين من المسؤولية دوره الرائد في هذا المجال، حيث اطمئن المؤمن على عواقب فعله الخاطئ. كل ذلك أدى إلى ضرورة إعادة النظر في أساس المسؤولية، وقد حمل لواء هذه الدعوة كل من الفقه والقضاء في فرنسا<sup>2</sup>.

ففي مجال الأضرار الجسمانية - على سبيل المثال - اعتبرت المحاكم الفرنسية<sup>3</sup> أن رب العمل مسؤول عن الأضرار التي تنشأ أثناء العمل وبسببه، وأن الجهات التي تباشر أنشطة خطيرة بطبيعتها مسؤولة عن عمالها، وهذا ما أخذت به أيضاً محكمة النقض المصرية، حيث قضت بأنه «تقرير الوزارة الطاعنة مكافأة أو معاشاً استثنائياً للمطعون ضدها لفقد زوجها إثر حادث وهو يؤدي واجبه لا يمنعها من مطالبة الوزارة قضائياً بالتعويض المناسب باعتبارها مسؤولة طبقاً لقواعد القانون المدني عما لحقها من أضرار متى كانت المكافئة والمعاش اللذان قررتها لا يكفيان لجبر جميع هذه الأضرار، على أن يراعي القاضي عند تقريره التعويض خصم ما تقرر صرفه من مكافئة أو معاش من جملة التعويض المستحق عن جميع الأضرار، إذ أن الغاية من التزام الوزارة هو جبر الضرر جبراً متكافئاً معه وغير زائد عليه»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص.44.

<sup>2</sup> - انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، فقرة 109، ص.769.

<sup>3</sup> - قرار محكمة النقض المصرية، طعن رقم 285 لسنة 30 ق، جلسة 1965/03/25، مقتبس عن عبد العزيز سليم، قضايا التعويضات، المرجع السابق، ص.319.

<sup>4</sup> - انظر، عبد العزيز سليم، قضايا التعويضات، المرجع السابق، ص.319.

وقد ذكرنا أن الطبيب ليس ملزم فحسب ببذل عناية، بل هناك حالات يلزم فيها بتحقيق نتيجة كنقل الدم وبعض العمليات. فقد قضت محكمة باريس الكلية بأن «على عاتق الطبيب يقع التزاما بضمان السلامة، التزام بنتيجة، يوجب عليه جبر الضرر الذي يتعرض له المريض بمناسبة تدخل جراحي لازم للعلاج، ففي كل مرة يثبت فيها أن هذا الضرر، وإن تعذر تحديد سببه الحقيقي، في ارتباط مباشر بالعمل الطبي، وفي استقلال تام عن حالة المريض السابقة»<sup>1</sup>.

هذا وتعد المسؤولية التقصيرية تعد من القواعد الآمرة، والتي لا يجوز مخالفتها، ومن ثمة لا يجوز الإعفاء منها مهما كانت درجة الخطأ المرتكب<sup>2</sup>.

فقد تم التوسع في مضمون الخطأ بالاستعانة بوسيلة متقدمة في صالح المضرور، تمثلت في التدخل في العلاقة التعاقدية، وتم إنشاء الالتزام بالسلامة في بعض العقود، ثم بدأ يعمم ليشمل بقية العقود الأخرى. ثم تطور الوضع رويدا رويدا إلى أن أصبح التزام عام بالسلامة، ليشمل حتى المسؤولية التقصيرية، وذلك بهدف حماية المضرور في جسمه وماله وحياته<sup>3</sup>.

وتقدم القضاء الفرنسي خطوة إلى الأمام فأقام المسؤولية المدنية على خطأ لم يتوفر فيه عنصر الإدراك، واكتفى بتوافر عنصر التعدي، بناء عليه أصبح الرأي مستقرا على مسؤولية عديم التمييز. وقد اشترط المشرع الجزائري في المسؤولية التمييز. وذلك استنادا إلى المادة 125 من التقنين المدني التي نصت على أنه " لا يسأل

---

<sup>1</sup> Cf. T.G.I de Paris, 5 Mai 1997 et 12janv.1998, J.C.P,I, 1998, P.139 .

مقتبس عن طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص.301.

- انظر، دنوني هجيرة، المحاضرات السابقة، غير مطبوعة.<sup>2</sup>

- انظر، كحلولة محمد، محاضرات ملقاة على طلبة الماجستير ( قانون خاص) في مادة قانون حماية المستهلك،<sup>3</sup> كلية الحقوق، جامعة تلمسان، دفعة 2006/2005. غير منشورة،

المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزاً " ، بعدما كان يستثني منه بعض الحالات قبل التعديل<sup>1</sup>.

والواقع أن لهذا التعديل علاقة مع المادة 140 مكرر 1 من نفس القانون والتي سبق لي الإشارة إليها، والتي فحواها أنه إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني تتدخل الدولة للتعويض، على الرغم من أنها خصت الأضرار الجسمانية فقط دون الأضرار الأخرى، ومن ثم فإن الدولة إذا حلت محل المسؤول المميز فمن باب أولى أن تحل محل المسؤول غير المميز.

وفي هذا الإطار يمكن لأي مطلع على هذا التعديل أن يتساءل عن الشخص الذي يرجع عليه الضرور في دعواه عن الضرر الذي أصابه، في حالة ما إذا لم يكن هناك مسؤول عن هذا الصبي أو تعذر الحصول على تعويض منه، ويبقى أن هناك ضرراً ولم يجد مسؤولاً عنه؟.

يمكن القول أن المسؤولية في ظل هذه الأفكار أضحت تقوم على الضرر بصرف النظر عن الخطأ الشخصي، ولذلك فقد أصاب من أطلق اصطلاح المسؤولية الموضوعية عليها، وهي في ظل هذا الاصطلاح الجديد تقابل المسؤولية الشخصية التي تعتد بسلوك الفاعل الشخصي.

كما أن القضاء الفرنسي<sup>2</sup> قد أرسى قواعد راسخة لحماية الأشخاص المصابين بمرض فقد المناعة المكتسبة، حيث أن هذا المرض يثير الكثير من المشكلات القانونية،

---

- كانت المادة تنص على مسؤولية عديم التمييز في حالات متعددة، وذلك بقولها في فقرتها الثانية الملغاة " غير<sup>1</sup> أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا ذلك مركز الخصوم".

- فقد قضت محكمة استئناف باريس بأن التزام كل من المستشفى ، وبنك نقل الدم هو التزام بتحقيق غاية هي نقل<sup>2</sup> دم نظيف للمريض لا يسبب له أمراضاً أخرى، فيكفي لكي تتحقق مسؤولية المستشفى أو بنك الدم، بحسب الأحوال، أن توجد علاقة سببية بين الدم المنقول والإصابة بالفيروس؛ إذ أن تحقق هذه العلاقة كاف لإثبات المسؤولية وتعفى من إثبات الخطأ في حقها، أي أن المسؤولية لا تقوم على الخطأ الواجب الإثبات، وإنما على الخطأ المفترض. أنظر، محكمة استئناف باريس في 1991/11/28، مقتبس عن طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص.303.

وذلك في الحالات التي يكون السبب فيه هو نقل الدم. فالقضاء الفرنسي من أجل إصباغ حماية كافية للمضروبين فقد وضع لصالحهم قرينة قانونية، مؤداها أن المريض عندما يتلقى دما ثم تظهر في دمه بعد التحاليل الأجسام المضادة لفيروس الأيدز خلال الفترة العادية لظهورها، فإن ذلك دليل على أن الدم الذي تلقاه هو الذي نقل إليه العدوى .

فمنذ اكتشاف فيروس نقص المناعة المكتسبة "السيدا" سنة 1983 توفى بسببه ما يزيد عن 16 مليون شخص في العالم، واليوم يوجد حوالي 50 مليون مصاب، و يسجل كل يوم نحو 16 ألف إصابة أي إصابة واحدة كل 5 ثوان، من بينها 8500 تمس الأطفال فقط. كما تحصي المنطقة العربية نحو 540 ألف حالة. وعلميا فقد تم إحصاء 39, 4 مليون إصابة، من بينهم 9,4 مليون تم تسجيلهم سنة 2005<sup>1</sup>.

وعلى المستوى الوطني، ففي تقرير صادر عن وزارة الصحة هناك 704 حالة و 1908 أشخاص حاملين للفيروس، وقد تصدرت ولاية تمنراست والعاصمة ووهران وقسنطينة وتيزي وزو هذه النسبة<sup>2</sup>.

ونظراً لخطورة هذا المرض من ناحية، وصعوبة تحديد المسؤول عنه من جهة أخرى، فقد بات من الضروري أن تتدخل الدولة لتعويض هؤلاء الضحايا من أجل جبر أضرارهم، وتدخلها ليس على أساس المسؤولية، بل على أساس اعتبارات اجتماعية.

ونظراً لانتشار هذا الداء في فرنسا فقد أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 91-1406 المؤرخ في 31/12/1991<sup>3</sup>. من خلاله أنشأ صندوقاً لتعويض المضروبين من هذا المرض، معبرا من خلاله عن روح التضامن والتكافل الاجتماعي التي يجب أن تسود داخل المجتمع. وهذا الصندوق عبارة عن هيئة ذات شخصية اعتبارية تموله الدولة وشركات التأمين، ولا يعوض إلا فئة ضحايا عمليات نقل الدم الملوثة، وهي الفئة التي أصيبت بفيروس الأيدز. ولا يستفيد من هذا الصندوق المصاب بالفيروس عن

<sup>1</sup> - [http/ www.tabib.com](http://www.tabib.com)

<sup>2</sup> - انظر، تقرير صادر عن وزارة الصحة، الجزائر، 2006.

<sup>3</sup> CF, particulièrement l'article 47-1 de cette loi. Sur les fonds d'indemnisation : Décret n : 92.183 du 26 fevrier 1992.

طريق الاتصال الجنسي أو غير ذلك، ويشترط أن تكون عملية نقل الدم الملوثة التي سببت العدوى تمت في فرنسا، وإلا فلا تعويض من الصندوق<sup>1</sup>.

ومن بين الحلول القضائية التي قدمها القضاء الفرنسي على الخصوص، إزاء الصعوبات التي يطرحها إثبات الخطأ؛ إثبات إعلام المريض، وهو ما سأتناوله فيما يلي:

## الفرع الثاني

### مجال إثبات إعلام المريض

رأينا أنه من الصعب على المريض إثبات الواقعة السلبية، التي لا مظهر خارجي لها يمكن أن يفصح عنها، وهو ما أدى ببعض الفقه إلى التساؤل حول إمكانية نقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر الذي تتوافر لديه عناصر الإثبات الايجابية<sup>2</sup>.

وإذا كان الفقه<sup>3</sup> يجمع بالاجابية بالنفي على هذا التساؤل فإن القضاء قد قام بتحول كبير، في سبيل إسعاف هؤلاء المضرورين، الذين مثل أمامهم إثبات الخطأ عقبة في الحصول على التعويض، وهو ما سنتطرق له في النقاط التالية:

## أولاً: نقل عبء الإثبات في المجال الطبي

### 1- في فرنسا

---

<sup>1</sup> أنظر، محمد محمد أبو زيد، بعض المشكلات القانونية الناتجة عن فقد المناعة، ص.122؛ و أحمد السعيد الزقرد،  
تعويض ضحايا مرض الأيدز، ص.105. مقتبس عن طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص.420.  
- أنظر، وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة 12،  
يناير 1942، ص.381.  
- أنظر، محمد حسن قاسم، نظرة في تطور المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.260.<sup>3</sup>

لقد سبق وأن أشرنا<sup>1</sup> إلى أنه بعد استقرار دام ما يزيد عن نصف قرن، غيرت محكمة النقض الفرنسية رأيها بخصوص إلزامها للمريض بإثبات خطأ الطبيب، حيث أصدرت القرار السابق الإشارة إليه<sup>2</sup>، ألقت من خلاله بعبء الإثبات على عاتق الطبيب المدعى عليه؛ حيث قررت أن من يقع على عاتقه قانونا أو اتفاقا، التزاما خاصا بالإعلام، يجب عليه أن يقيم الدليل على قيامه بتنفيذ هذا الالتزام.

فقد انتهج مجلس الدولة الفرنسي أيضا هذا الاتجاه، وذلك في قرارات له بتاريخ 2000/01/05<sup>3</sup>، مؤكدا ذات المبدأ، ومحققا للمساواة بين المرضى. فقد أعفى هذا التحول المريض المضروب من عبء إثبات واقعة سلبية، ويلقيه في ذات الوقت على عاتق المدعى عليه، فإذا ما أراد التملص من المسؤولية، فما عليه إلا إثبات الواقعة الايجابية، أي بقيامه بواجب الإعلام.

أما بالنسبة لمبرر هذا التحول، فلا يمكن أن نجد سندا له إلا على أساس اعتبارات العدالة الاجتماعية، بحيث يلقي بعبء إثبات الواقعة على الأقدر على تحمل هذا العبء، والذي تتوفر لديه العناصر الايجابية لإثباتها<sup>4</sup>.

وقد استندت المحكمة إلى نص المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي<sup>5</sup>، التي توجب على من يطالب بتنفيذ التزام معين إثبات وجوده، وعلى من يدعي تحرره من هذا الالتزام أن يثبت انقضاؤه بكافة طرق الإثبات.

من خلال النص يتضح أن المشرع الفرنسي قد ألزم طرفي العقد الطبي بإثبات ما يدعيه كل منهما، إلا أن محكمة النقض الفرنسية كانت تطبق فقط الشرط الأول منه قبل صدور قرارها بتاريخ 1997/02/25، حيث كانت تلقي بعبء الإثبات على الدائن

---

<sup>1</sup> من هذه الرسالة. 167 - راجع الصفحة

<sup>2</sup> - Cass.1<sup>re</sup> civ, 25 février 1997, n<sup>o</sup> 94-19685, Hedreul c/ Cousin.

<sup>3</sup> - C.E., 05/01/2000 ( 2 espèces) R.F.D.A.2000, n<sup>o</sup> 3, p.641, Concl. D. Chauveaux, et P.654 note P.Bou; J.C.P.2000-2-10271, note moreau. C.E, 27 oct 2000- 208640; D, I.R., p.288., note. Arrêt concernant responsabilité sans faute de l'hospital.

<sup>4</sup> - انظر، محمد حسن قاسم، نظرة في تطور المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.262.

<sup>5</sup> - CF, Art.1315 du code civil francais.



بالإعلام وهو المريض. وبعد صدوره تم نقل عبء الإثبات على الدائن بالإعلام (الطبيب). فما على الطبيب إذا أراد تجنب إدانته من قبل القضاء أن يثبت تنفيذه للالتزام.

## 2- في الجزائر

لقد أكد المشرع من خلال مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية<sup>1</sup> على ضرورة إعلام المريض والتأكد من مدى حصول موافقة المريض على العمل الجراحي. بل أن المشرع تطلب الموافقة الصريحة والكتابية في بعض العمليات الجراحية الخطيرة، كنزع وزرع الأعضاء<sup>2</sup>.

فقد نص المشرع في المادة 323 قانون مدني جزائري على إثبات الالتزام بالإعلام " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

ويتضح من هذا النص أنه في العلاقة الطبية يعتبر المريض هو الدائن بالإعلام، والطبيب هو المدين به، والمريض غير ملزم بإثبات التزام الطبيب بالإعلام، لأن مصدر ذلك الالتزام القانون، ومن ثمة يكفيه إثبات قيام العلاقة الطبية عند متابعة الطبيب على إخلاله بواجب الاعلام، وفي المقابل يلتزم الطبيب بإثبات تخلصه من واجب الاعلام تجاه المريض، وهو ما يتفق مع التفسير الحديث لمحكمة النقض المصرية<sup>3</sup>.

## ثانيا: الخطأ الاحتمالي Faute virtuelle

حاول القضاء تخفيف الصعوبات التي يواجهها المريض في سبيل إقامة الدليل على خطأ الطبيب، من خلال ما أطلق عليه الفقه بالخطأ الاحتمالي أو الخطأ المتضمن

<sup>1</sup> - انظر، المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب.

<sup>2</sup> - انظر، المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

<sup>3</sup> - انظر، مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.306 وما بعدها.

في الضرر، أي استنتاج خطأ الطبيب من مجرد وقوع الضرر<sup>1</sup> خلافا للقواعد العامة التي تتطلب من المدعي إقامة الدليل على خطأ المدعى عليه.

ويعود السبب في الأخذ بهذه الفكرة، إلى ما كشفت عنه الممارسات الطبية الحديثة، من حالات عديدة يصاب فيها المريض بأضرار بالغة، لا سيما في حالة التدخل الجراحي، وذلك دون إمكانية إثبات الخطأ من جانب الطبيب، وبالتالي بقاء سبب الضرر مجهولاً، وتعجز الخبرة عن كشف الحقيقة<sup>2</sup>.

ولمواجهة هذه الصعوبات أخذ القضاء الفرنسي بفكرة الخطأ الاحتمالي، التي تعني أن الضرر ما كان ليحدث لولا وقوع الخطأ، أي أ القضاء لجأ إلى استخلاص الخطأ من مجرد وقوع الضرر، دون إثبات الإهمال من جانب الطبيب في بذل العناية الواجبة عليه.

ومتى كان التزام الطبيب بذل العناية واجب أن يكون خطؤه ثابتاً ومؤكداً. ولا يتسنى ذلك إلا بإثبات خطأ الطبيب والعلاقة السببية بينه وبين الضرر، ولا يكف الادعاء بقيام السببية بين مجرد العمل الطبي ووقوع الضرر كي يفترض الخطأ<sup>3</sup>.

والواقع أن فكرة الخطأ المضمّر<sup>4</sup>، وإن كانت لا تجد لها سنداً في القانون، فإن لجوء القضاء إليها يكشف عن شعوره بعدم كفاية القواعد القانونية التقليدية، لتوفير

---

- انظر، علي عصام غصن، المرجع السابق، ص.123. وأنظر، محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال<sup>1</sup> الطبي، المرجع السابق، ص.95.

- انظر، محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام، منشأة المعارف،<sup>2</sup> الإسكندرية، 2003، ص.98 وما بعدها.

- انظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.270.<sup>3</sup>

- أيد بعض الفقه الفرنسي فكرة الخطأ المحتمل باعتبارها من قبيل القرائن، طبقاً لنص المادة 1353 من التقنين المدني الفرنسي، ورأى في ذلك استعمالاً لسلطة القاضي في استخلاص القرائن القضائية. وقد انتقد البعض الفكرة لقيامها على تفسير بمفهوم المخالفة، وتجاوزها معيار الخطأ الطبي، حيث يكتفي عند الأخذ بها بمجرد افتراض أنه لا بد وأن يكون هناك خطأ وغن بقي مجهولاً. انظر، محمد حسن قاسم، نظرة في تطور المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.264.

الحماية للمرضى ، في ظل التطورات العلمية المعاصرة، التي حققت طفرات هائلة في مجال الوسائل العلاجية<sup>1</sup>.

وتبدوا أهمية الحقيقية لفكرة الخطأ المفترض، في الآثار المترتبة عنها فيما يتعلق بالإثبات؛ إذ من خلالها يتم نقل عبء الإثبات إلى الطبيب المدعى عليه، وهو عبء نظرا لوقوعه على واقعة سلبية، ليس بالأمر السهل النهوض به، ولذلك رأى بعض الفقهاء<sup>2</sup> أن فكرة الخطأ الاحتمالي تنتهي عمليا إلى اختفاء المسؤولية القائمة على أساس الخطأ، وتكريس نوع من المسؤولية دون خطأ.

وقد أخذ القضاء الإداري الفرنسي بفكرة الخطأ الاحتمالي، وتوسع في استخدامها<sup>3</sup>، واعتبر مجلس الدولة في قراره الصادر في 1997/10/21 أن هناك خطأ طبيا محتملا في جانب المستشفى العام، عن الإصابة الناشئة عن عيوب في الأدوات والمجهزة المستعملة فيه، والأضرار المنسوبة إلى عدم احتراز القائمين بالعمل الطبي داخل المستشفى، وكذلك حالات الإصابة بالعدوى داخله.

وعلى الرغم من هذا التوجه لمجلس الدولة ومحكمة النقض الفرنسيين، إلا أن هذه الأخيرة قد أدانت في قرار حديث لها، اللجوء إلى مثل هذه الأفكار، ودعت إلى وجوب وجود خطأ ثابت من جانب الطبيب أو المستشفى، وفق ما تقضي به القواعد العامة في المسؤولية، وانتهت إلى أن فكرة الغلط الاحتمالي فكرة مغلوطة<sup>4</sup>.

### ثالثا: التوسع في مجال الالتزامات بتحقيق نتيجة

لتمكين المضرور من الحصول على التعويض، لجأ القضاء إلى التوسع في فرض الالتزامات والواجبات على على مقدم الرعاية الصحية، بحيث إذا ما أحل بهذه

- انظر، فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 1، 2006، ص.141.

- انظر، محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.47، وانظر، محمد حسن قاسم، نظرة في تطور المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.265.

- انظر، أسامة احمد بدر، المرجع السابق، ص.125.

<sup>4</sup>- Cass, Civ, 7/5/1998, D.1999, J.C.P, P.21 , Note Porchy.

الواجبات التي أُلقيت على عاتقه اعتبر مخطئاً، ملقياً على عاتقه اتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة للحد من المخاطر التي يمكن أن تصيب المريض، وألزمه بالتبصر ليس في الاسباب العادية للحوادث فحسب، بل أيضاً في أسبابها المحتملة<sup>1</sup>.

لقد سبق وبيننا أن محكمة النقض الفرنسية قد انتهت في قرارها الشهير (Mercier)، بأن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، وليس بتحقيق نتيجة، وذلك لن الطبيب غير ملزم بشفاء المريض، وإن كانت هذه العناية من نوع خاص، لارتباط العمل الطبي بعنصر الاحتمال، بحيث يبقى عامل النجاح والفشل قائماً<sup>2</sup>.

لكن إذا كانت النظرة على المسؤولية الطبية من خلال فكرة العلاج، تجعل من غير المتصور أن يكون التزام الطبيب في هذا المجال إلا التزاماً ببذل عناية، لكنها أدت في ذات الوقت إلى طرح تساؤل حول إمكانية تضمن العلاقة الطبية للالتزامات أخرى يمكن أن توصف بأنها التزامات بتحقيق نتيجة.

إن تتبع حركة الفقه والقضاء<sup>3</sup> يكشف عن أن إضفاء وصف الالتزام ببذل عناية، على التزام الطبيب بالعلاج، قد صاحبه اتجاه واضح نحو تحليل الأعمال الطبية إلى عناصرها الأولية والنظر إلى كل منها على حدى، في ضوء النتيجة الجزئية المحددة والمرجوة من وراءه. وقد أدى هذا الاتجاه إلى حصر مجال الالتزام ببذل عناية في نطاق العلاج بمعناه التقليدي، أما ما يجاوز ذلك من الأعمال الطبية التي لا تتضمن عنصر الاحتمال فإنها تفرض مساءلة الطبيب عنها لمجرد عدم تحقق النتيجة، ودون حاجة لإثبات إخلال الطبيب بالتزامه.

---

- انظر، أمجد محمد منصور، المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الجمادات، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، 2002، ص.40.<sup>1</sup>

- انظر، بسلم محتسب بالله، ياسين دركزلي، المرجع السابق، ص.200.<sup>2</sup>

- انظر، مصطفى محمد الجمال، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية، في الفقه والقضاء، بحث ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص.112. وانظر، محمد حسن قاسم، نظرة في تطور المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.267. وانظر، علي عصام غصن، المرجع السابق، ص.128.<sup>3</sup>

والواقع أن القضاء الفرنسي قد تشدد في مسؤولية الأطباء عن الأضرار الناجمة عن الأعمال العلاجية، كما لو نشأ الضرر عن التحاليل المخبرية، أو غيرها من الفحوصات التي لا تتعلق بممارسة الفن الطبي. أو إذا كان الضرر ناتجا عن الجرائم التي تصيب رواد المستشفيات. ونلاحظ أن هناك الكثير من الأعمال الطبية، سواء المتعلقة الواجبات الإنسانية للطبيب أو الأعمال الفنية، يلتزم الطبيب من خلالها بتحقيق النتيجة.

فبالنسبة للواجبات الإنسانية للطبيب كالسر الطبي وإعلام المريض، فقد رأينا أن محكمة النقض انتهت إلى اعتبار التزام الطبيب فيها هو التزام بتحقيق نتيجة، وأنه يقع على الطبيب عبء إثبات تنفيذه لهذا الإعلام.

كذلك فيما يتعلق بالأعمال الطبية الفنية، والتي تكون بحكم طبيعة الأداء الذي سيقوم به خالية من عنصر الاحتمال، يكون التزام الطبيب فيها التزام بتحقيق نتيجة، ومن بين هذه الأعمال، عمليات الحقن المختلفة والتطعيمات، والتحاليل المخبرية، واستخدام الأجهزة والأدوات الطبية، والتركيبات الصناعية<sup>1</sup>، وعمليات التجميل<sup>2</sup>. وتتجلى "الأهمية الأساسية للقول بأن التزام الطبيب في مثل هذه الحالات، هو التزام بتحقيق نتيجة، تظهر بلا شك في مجال إثبات الخطأ المدعى به. إذ في هذه الحالة يختلف الإثبات من حيث مضمونه وعبئه اختلافا جوهريا عن حالة القول بكونه التزاما بتحقيق نتيجة"<sup>3</sup>.

فمن حيث المضمون، يعني عدم تحقق النتيجة افتراض الخطأ، فإذا لم يكن المدعي طالبا بإثبات خطأ الطبيب، فإنه يبقى مطالباً بإثبات وجود التزام الطبيب ومضمونه وعدم تحقق النتيجة. فالقول بأن الطبيب مطالب بتحقيق نتيجة من شأنه أن يعفي

---

<sup>1</sup> - انظر، أسامة احمد بدر، المرجع السابق، ص.198.

<sup>2</sup> - انظر، منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2000، ص.35؛ وانظر، شيعاوي وفاء، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، 2، 2008، ص.237.

<sup>3</sup> - انظر، محمد حسن قاسم، نظرة في تطور المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.268.

المضرور من عبء صعوبة إثبات الخطأ، الواقع عليه أصلاً، وبقيامه بإثبات عدم تحقق النتيجة المرجوة، يؤدي إلى افتراض خطأ الطبيب.

وفي هذا الصدد نلاحظ أن الفرق بين التوسع في مجال الالتزام بتحقيق نتيجة، وفكرة الخطأ الاحتمالي، أنه في الخطأ الاحتمالي الافتراض قابل لإثبات العكس<sup>1</sup>، فيستطيع الطبيب نفي وقوع الخطأ من جانبه، وذلك بإثبات أنه بذل العناية المطلوبة منه. أما في حالة الالتزام بتحقيق نتيجة، فافتراض الخطأ غير قابل لإثبات العكس، فلا يكفي الطبيب التخلص من المسؤولية، إثبات أنه قام بالعناية اللازمة، وإنما عليه إثبات أن الضرر الذي لحق المريض يرجع إلى سبب أجنبي، أو خطأ المريض نفسه، أو خطأ الغير<sup>2</sup>.

ولم يكفي الفقه والقضاء بهذه الحلول، بل أصبح يتجه إلى التشدد في دفع المسؤولية، وذلك حماية للمضرور، وهذا ما سنتناوله بنوع من التفصيل في هذا الفرع.

### الفرع الثالث

#### الاتجاه نحو التشدد في دفع المسؤولية

من بين الحلول التي قدمها الفقه من أجل الحلول للمشكلات التي تعترض سبيل المريض للحصول على حقه في التعويض، التشدد في دفع المسؤولية المدنية.

مع تطور وانتشار الآلة والنقل الجماعي والذي أصبح يتميز بالسرعة والقدرة الكبيرة، وأصبحت هذه الوسائل تشكل خطراً كبيراً ومحدقاً على حياة الأفراد، مما

---

- وهذه القرينة هي قرينة قاطعة، مع العلم أن القرائن القاطعة لا يملك تقريرها إلا المشرع، لذا يصبح من الجائز<sup>1</sup> القول بأن وصف التزام الطبيب بأنه التزام بتحقيق نتيجة، يعني القول بتعلق المر بهذه الحالة، وعند عدم تحقق هذه النتيجة، بقرينة شبه قانونية، فهي قرينة وإن لم يقررها المشرع إلا أنها تتضمن ذات الأثر الذي يضيفه المشرع على نوع القرائن التي يملك وحده تقريرها، أي القرائن القانونية القاطعة. انظر، محمد حسن قاسم، نظرة في تطور المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.269.

- انظر، محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص.61. وانظر،<sup>2</sup> محسن البيه، المرجع السابق، ص.239.

يستوجب التعويض عن هذه الأضرار التي تسببها هذه القطارات والسفن وغيرها من وسائل النقل، لذلك استوجب التأمين وتكرس مبدأ الالتزام بالسلامة في عقود النقل والتشدد في دفع المسؤولية المدنية<sup>1</sup>.

ولقد كرس المشرع حماية خاصة للمضروب جسمانيا من خلال عدة نصوص قانونية، ومن صورها أنه منع الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية أو الإعفاء منها في حالة ما إذا تعلق الضرر بجسم الإنسان. وتطبيقا لذلك فقد جرى القضاء الفرنسي على عدم الاعتداد بالشرط الذي بمقتضاه يعفى الطبيب من المسؤولية في حالة ما إذا أصاب مريضه ضررا ما، حتى ولو كان إدراج هذا الشرط بناء على طلب المريض نفسه. ويرى بعض الفقه أن الطبيب لا يسأل في هذا الفرض إلا إذا توافرت حالة الضرورة، كما إذا كانت عملية جراحية دفعت الحاجة إلى إنقاذ مريض من الموت إليها، وعليه فإن عدم التزام ومسؤولية الطبيب في هذه الحالة إما أن يرجع إلى حالة الضرورة أو إلى عدم الخطأ<sup>2</sup>.

## الفرع الرابع

### انتشار التأمين والأنظمة الجماعية للتعويض

يعتبر نظام التأمين من المسؤولية من بين أوجه الحماية القانونية التي كرستها التشريعات المختلفة، من أجل حماية المضروبين بصفة عامة والمضروبين من

---

<sup>1</sup> Avec le machinisme, les transports collectifs ont pris une tout autre dimension. Ayant une vitesse et une capacité de transport autrement plus grandes,...transport sont aussi devenus plus dangereux. L'indemnisation des préjudices.. les victimes d'accidents ferroviaires aériens ou maritimes...

Cf .Philippe LE TOURNEAU et Loic CADIET, Droit de la responsabilité, Dalloz,Paris, 1996, p.3784.

<sup>2</sup> - C f. CF, Lachaud, Y,op .cit, p.565.

المخاطر العلاجية. وبمقتضاه أمكن للفرد أن يؤمن على أخطائه أيا كانت طبيعة هذه الأخطاء، بشرط ألا تكون أخطاء عمدية<sup>1</sup>.

ويحقق هذا النظام للمضروب ميزة الرجوع بالتعويض مباشرة على المؤمن، حيث يركز على أساس توزيع المخاطر بين أفراد المجتمع، حيث يلتزم المؤمن بدفع مبلغ التعويض مقابل دفع الأقساط من طرف المؤمن له. ولقد اتسع نطاق التأمين نتيجة للتطور الذي شهدته المسؤولية المدنية<sup>2</sup>، وذلك لظهور النظريات التي تنادي بتأسيس المسؤولية على فكرة المخاطر، وظهور المسؤولية اللاخطئية، حيث تطور الأمر في صالح المضروب فلم تعد المسؤولية تقام على الخطأ الواجب الإثبات وحده.

وبناء على هذا التطور أضحت هناك علاقة وطيدة بين التأمين والمسؤولية، تتمثل هذه العلاقة في سباق بينهما، إذ أنه كلما اتسعت دائرة المسؤولية اتسع نطاق التأمين، أين يمكن للمؤمن له أن يتحصن خلف المؤمن ليدراً عنه خطر الالتزام بالتعويض. ومن جهة أخرى كلما اتسع نطاق التأمين فإن القضاء يجد في هذا خير مبرر للاتساع في المسؤولية<sup>3</sup>.

ومما زاد التأمين انتشارا تعقد الحياة الحديثة وزيادة مخاطرها، واتجاه التشريع إلى الانتقال بالمسؤولية المدنية من أساسها التقليدي إلى أساس حديث تقوم فيه على فكرة تحمل التبعة<sup>4</sup>.

وإذا كان التأمين من المسؤولية يتوقف على إرادة ذوي الشأن؛ بمعنى أنه اختياريًا، إلا أنه في ظروف خاصة يعتبر إجباريًا بنص القانون، وذلك بسبب كثرة وانتشار الأضرار في هذه الظروف<sup>1</sup>.

---

- انظر، سعيد السيد قنديل، آليات تعويض الأضرار البيئية ( دراسة في ضوء الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية )، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص.105 وما بعدها. وعز الدين الديناصورى، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص.650.

- انظر، طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص.329.

- انظر، سعيد مقدم، التأمين والمسؤولية المدنية، كليك للنشر، الجزائر، ط1، 2008، ص.33.

- انظر، عبد المنعم البدر اوي، فن التأمين، ص.35. مقتبس عن طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص.330.



فضلا عن نظام التأمين سواء كان إجباريا أو اختياريا، فإن من أوجه حماية المضرور من المخاطر الطبية العلاجية نظام التأمينات الاجتماعية، ذلك أنه بمقتضاه ينتقل الالتزام بالتعويض عن الإصابات التي تحدث أثناء العمل وبسببه من صاحب العمل إلى هيئة عامة تلتزم به، وتكون هي المسؤولة أمام المضرور بالتعويض<sup>2</sup>.

يتخذ هذا النظام صبغة إجبارية لكل من رب العمل والعامل، يطلق عليه في فرنسا إصلاح الضمان الاجتماعي. والتأمين الاجتماعي نظام كرسته الدول من أجل حماية الطبقة العاملة من الأضرار التي قد تلحقها أثناء العمل وتكون السبب في تعطيلهم عنه، وذلك بتقديم الوسائل الوقائية والعلاجية، العينية والنقدية، بالقدر الذي يمكن إعادة المضرور فيه إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الحادث. "وتقوم هذه الحقوق التي للعامل في مواجهة الهيئة على أساس فكرة التأمين وليس على أساس فكرة المسؤولية أو الخطأ، لذلك فهي لا تتحد بقدر الضرر بل هي عبارة عن تعويض جزافي لا يستهدف التعويض أو الجبر الكامل للأضرار التي لحقت العامل"<sup>3</sup>.

ظهر هذا النظام في نهاية القرن 19 استجابة لما نادى به الفقه من ضرورة تأسيس التعويض على فكرة تحمل التبعة بدلا من الخطأ، حيث كانت إصابات العمل تشكل السبب الرئيسي في قصور أحكام المسؤولية المدنية التقليدية كما رأينا، فالضرورات الاجتماعية للعمل أضفت على كل ما من شأنه أن يحول بذل العامل لقواه العضلية والذهنية صفة الخطر الاجتماعي.

وفي الجزائر صدر القانون رقم 83-11 الصادر في 02/08/1983 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-19 الصادر في 06/07/1996،

---

- انظر، محمد حسين منصور، المسؤولية عن حوادث السيارات والتأمين الإجباري عنها، دار الجامعة الجديدة<sup>1</sup> للنشر، الإسكندرية، بدون سنة طبع، ص. 220.

- انظر، مصطفى محمد الجمال، أصول التأمين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 1999، ص. 11.

- انظر، رمضان جمال كامل، موسوعة التأمينات الاجتماعية، ط2، الأصيل للنشر والتوزيع، طنطا، 2001،<sup>3</sup> ص. 328.

حيث يقوم هذا النظام على فكرة تحمل التبعة أو الضمان دون اشتراط الخطأ<sup>1</sup>. حدد المشرع من خلاله تعويضا جزافيا هو الآخر ملزما للقاضي أثناء الحكم بالتعويض، ويتضمن أداءات عينية وأخرى نقدية، تتمثل الأولى في دفع مصاريف العلاج وإعادة التأهيل الوظيفي<sup>2</sup>، وتتمثل الثانية في شكل تعويضات يومية تحسب على أساس أجر العامل في حالة العجز المؤقت، أو في شكل إيراد مرتب مدى الحياة في حالة العجز الدائم، وذلك تبعا لنسبة العجز التي يحددها طبيب الضمان الاجتماعي في الخبرة الطبية<sup>3</sup>.

وإذا كان نظام التأمينات الاجتماعية لا يقوم على أساس المسؤولية الخطئية كمبدأ عام<sup>4</sup>، إلا أن هناك حالات استثنائية تقوم فيها المسؤولية المدنية لرب العمل على أساس المسؤولية الخطئية، ومع ذلك يستحق العامل تعويضا جزافيا. وتتعلق هذه الحالة بالخصوص في حالة ارتكاب رب العمل لخطأ غير معذور أو خطأ متعمد، حسبما نصت عليه المادة 47 من القانون 83-15 المؤرخ في 02/07/1983 المتعلق بالمنازعات في الضمان الاجتماعي.

وهكذا يمكن القول أن المشرع الجزائري وعلى غرار باقي التشريعات الأخرى قد كرس حماية فعالة فيما يخص المضرورين من حوادث العمل، تجلت مظاهر هذه الحماية في النصوص القانونية التي أصدرها في هذا الشأن من جهة وفي مدى الضمانات التي قدمتها هذه النصوص للعامل من جهة أخرى، حيث تحولت حقيقة المسؤولية المدنية من فكرة المسؤولية الفردية إلى المسؤولية الجماعية، ويعتبر هذا النظام من أهم صور هذا التحول.

---

- انظر، قانون رقم 83-11 مؤرخ في 21 رمضان 1403 الموافق 2 يوليو 1983 يتعلق بالتأمينات الاجتماعية<sup>1</sup> المعدل والمتمم بالأمر 96-19 المؤرخ في 06/07/1996.

- انظر، المواد من 29 إلى 31 من القانون 83-11.

- انظر، المواد من 36 إلى 41 من نفس القانون السابق الذكر.

- انظر، مصطفى صخري، أحكام حوادث العمل والأمراض المهنية في القطاعين الخاص والعام، مكتبة دار الثقافة<sup>4</sup> للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص.68.

كما ساهمت الطفرة التي حظي بها نظام التأمين من المسؤولية في اتساع المسؤولية الموضوعية، ، في التأكيد على أهمية دور التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، فالنتائج التي أسفرت عن الأخذ بنظرية تحمل التبعة، والمتمثلة في سهولة حصول المصاب على التعويض، تجد مبرراتها في نشوؤ نظام التأمين من المسؤولية وانتشاره بشكل بلغ درجة الإكبار، وهو أمر جعل من حرية الاتفاقات أمرا مقيدا في هذا المجال<sup>1</sup>.

وقد تزامن ذلك مع اتساع مسؤولية الفرد، حيث بات الفرد مسؤولا عن أمور خارجة عن سيطرته، تتعداها إلى أفعال التابعين والجمادات، وهو ما أدى إلى التوجه نحو التأمين، باعتباره الحل الأمثل للوقاية من انعقاد المسؤولية.

وقد ظهر التأمين من المسؤولية الطبية الذي لاقى ازدهارا نتيجة لتفاقم الأخطار، فكلما ازدادت الأخطار زادت وانتشرت التأمينات، حيث يجسد نظام التأمين من المسؤولية طموح المشرعين والفقهاء نحو التحرر من قيود القواعد والمفاهيم التقليدية للقانون، بيد أنه يعكس حتمية التطور نحو تفعيل ضمان حق المضرور في التعويض، بغض النظر عن وجود المسؤول.

وسوف سنعرض على سبيل المثال لبعض الأنظمة الحديثة للتأمين في مجال المخاطر العلاجية، نظام التأمين في القانون الفرنسي والبلجيكي.

### أولا: التأمين في القانون الفرنسي

لقد أصدر المشرع الفرنسي سنة 2002<sup>2</sup> قانونا، ألزم من خلاله الأطباء والمؤسسات الصحية بالتأمين الإكباري من المسؤولية المدنية والإدارية، حيث أوجد

---

<sup>1</sup> ، باكتتاب عقود التأمين الإكباري، Contrat Forcé - يلتزم المهنيون وفقا وفقا لنظام الإكبار أو العقد المفروض<sup>1</sup> ، تجنبيا لسيطرة المسؤول، وضمانا لحق المضرور في اقتضاء تعويض جابر لضرره، وإن كان الإكبار قد أتى على كل ما قيل عن طغيان مبدأ سلطان الإرادة وانحرافه في التطبيق، إذ لم يعد الناس أحرارا في أن يتعاقدوا أو لا يتعاقدوا، ولعل هذا من نتائج المظهر البراق لمبدأ الحرية العقدية، الذي كشف الواقع زيفه، إذ ما إن بزغ فجر القرن العشرين، حتى بدأ عرشه يهتز بفعل ظهور المذاهب الاجتماعية. انظر، آمال بكوش، المرجع السابق، ص.331.

<sup>2</sup> - Loi de la santé publique n :2002-303 du 4 mars 2002 art.98, J.O du 5 mars 2002

حلولاً للعديد من المشكلات القانونية التي تواجه المرضى، حيث أنه وإن كان أكد على مبدأ المسؤولية الخطئية للمهنيين والمرافق الصحية، غير أنه وضع على عاتق هذه الأخيرة التزاماً بإصلاح الأضرار الناجمة عن الأمراض، ما لم تثبت السبب الأجنبي، كما ألزم المهنيين بالتأمين الإجباري من المسؤولية، حيث حدد هذا القانون تاريخ 2004/01/01 كتاريخ لبدء المتابعات القضائية للأطباء المخلين بالالتزام باكتتاب عقود التأمين، وقد دخلت حيز التنفيذ بموجب القانون رقم 1577-2002 الصادر بتاريخ 2002/12/30<sup>1</sup>، والمتعلق بالتأمين من المسؤولية المدنية الطبية، والذي مثل ما كان يسعى عليه رجال القانون والطب في فرنسا<sup>2</sup>.

وقد أتاح قانون 30 ديسمبر 2002 اقتسام التعويض المالي للأضرار الناجمة عن العدوى المكتسبة داخل مؤسسات الرعاية الصحية، حيث وضع على عاتق مؤسسات الرعاية الصحية التزام بالتأمين الإجباري للأضرار البسيطة أو الصغيرة ( Les petites préjudices)، وتتكلف الدولة ممثلة في المكتب الوطني لتعويضات الحوادث الطبية والعدوى، بتعويض الأضرار الجسيمة التي تسبب وفاة المريض، أو تسبب له عجزاً دائماً تزيد نسبته عن 25%.

وواقع أن بعض نصوص هذا القانون تهدف إلى تشديد الحماية للمرضى جسامياً من المخاطر العلاجية، وفي نفس الوقت تشدد من مسؤولية المرافق الطبية، فيما يتعلق بالوقاية من الأمراض المكتسبة عن طريق العدوى في المستشفيات، بهدف الوقاية من مخاطرها، وقد كفل القانون للمكتب الوطني لتعويضات حق الرجوع على المهني المسؤول عن العدوى<sup>3</sup> في حال ثبوت إخلاله بالتزامه في الوقاية.

قد ألقى قانون جودة النظام الصحي الفرنسي لسنة 2002، على عاتق نظام التضامن الوطني عبء تعويض الأضرار الخارجة عن نطاق ضمان المؤمن، والتي

<sup>1</sup> - La loi n : 2002-1577 datée du 30/12/2002, Relative à l'assurance responsabilité civile médicale publiée au J O.Fr du 31/12/2002.

<sup>2</sup> - انظر، آمال بكوش، المرجع السابق، ص.340.

<sup>3</sup> -CF, Art. L.1142-21 du code de la santé publique inséré par la loi n :2002-303 du 4mars 2002art.98 journal officiel du 5mars2002.

تنشأ في ظروف استثنائية، وذلك بغية تغطية مؤسسات ومهنيي الصحة الذين أقدموا في حالات الضرورة أو الاستعجال على القيام بنشاطات خطرة وغير مألوفة، بشرط ألا يغطيها عقد التأمين المبرم<sup>1</sup>.

والواقع أن المشرع الفرنسي قد عمد من خلال هذه القوانين إلى تحديد نطاق التأمين من المسؤولية المدنية، لتتلاءم مع خصوصيات المخاطر الطبية، لا سيما بالنسبة للأضرار غير المباشرة<sup>2</sup> أو المتسلسلة، حيث وسع في مفهوم الكارثة، وهي الأضرار الناجمة عن المطالبة القضائية بشأن كافة الأضرار التي تلحق المضرور، والتي تعزى إلى التقنية.

### ثانيا: نظام التأمين من الحوادث الطبية في القانون البلجيكي

أصدر المشرع البلجيكي قانون 2007/05/15 متعلق بضمان مخاطر الرعاية الصحية، تبنى من خلاله نظاما تعويضا لضحايا المخاطر الطبية العلاجية، يشكل فيه التأمين الإجباري حجر الزاوية، حيث وزع عبء التعويض بين صندوق تعويض حوادث العناية الصحية، وصندوق الضمان المشترك، ومكتب التسعير، ومؤسسات التأمين<sup>3</sup>.

وقد نص هذا القانون على ضرورة التأمين في مجال الرعاية الصحية، وتطبيقا لذلك أكد مجلس الدولة البلجيكي بأن هذا التأمين الإلزامي الذي كرسه القانون لا يمكن

---

<sup>1</sup> - انظر، فواز صالح، المرجع السابق، ص.145.

<sup>2</sup> - نعني الأضرار غير المباشرة، تلك الأضرار التي يتأخر ظهورها لفترة طويلة بعد الحادث.

<sup>3</sup> - انظر، أمال بكوش، المرجع السابق، ص.350.

أن يكيف على أنه تأمين من المسؤولية الطبية، بل هو تأمين على الأشخاص ذو طابع تعويضي، أو كما يطلق عليه؛ تأمين مباشر من الأضرار<sup>1</sup>.

ويرى أغلب الفقه البلجيكي<sup>2</sup> أن هذا النظام من قبيل تأمينات الأشخاص، لأنه يشمل تعويض الأضرار الناجمة عن الأخطاء المقصودة، وهو ما يتناقض مع قاعدة من قواعد النظام العام، كرستها المادة 8 من قانون 1992/06/25 المتعلق بالتأمين البري، والتي تحظر تأمين الأضرار المتعمدة.

وصفوة القول نرى بأن المشرع الفرنسي قد بلغ درجة كبيرة من التطور، حيث وفر ضمانات كبيرة للمضرورين من المخاطر الطبية، وهو ما تجسد في القوانين التي أحدثت أنظمة التعويض من خلال الصناديق الخاصة، والتي تتكاف الدولة على أساس التضامن الوطني في تعويضها، إلى جانب التعويضات التي تتكاف بها مؤسسات الرعاية الصحية.

## المبحث الثاني

### الدعائم القضائية للمسؤولية عن المخاطر العلاجية

لقد ظل مبدأ المسؤولية على أساس الخطأ مهيمنا على قضاء مجلس الدولة الفرنسي، إلى غاية صدور حكم محكمة الاستئناف الإدارية لليون"، أين سلم بالمسؤولية دون خطأ لصالح المنتفعين بالمرافق الطبية. وذلك بخصوص المخاطر الطبية الاستثنائية المتولدة عن استخدام تقنيات علاجية جديدة (المطلب الأول)، وتلاه في وقت لاحق تبني مجلس الدولة تبني تعويض المخاطر الاستثنائية المعلومة للأعمال

---

- أحيط بهذا القانون غموض، نتيجة عدم تحديده لتكييف قانوني دقيق لهذا التأمين، وهو ما أثار جدلا واسعا حول<sup>1</sup> حقيقة هذا النظام، والتساؤل حول ما إذا كان تأميننا من المسؤولية المدنية لمقدمي الرعاية الصحية، أم تأميننا على المرضى، وقد انتهى هذا الجدل بحسمه من طرف مجلس الدولة. انظر، قرار رقم 3012/001 مشار إليه في آمال بكوش، المرجع السابق، ص.351.

<sup>2</sup> - CF. J.L.Fagnar, *Éléments du débats sur réforme de la responsabilité médicale en Belgique, accident thérapeutique et protection du consommateur, ver une responsabilité sans faute au Québec*, Townsville, Bruxelles, 2006, pp.39.40.

الطبية (المطلب الثاني)، ولم يقف مجلس الدولة عند هذا الحد، بل استحدثت تطبيقات في مجال العدوى الناجمة عن نقل الدم الملوث (المطلب الثالث)، وبعد ذلك عن الأضرار الناجمة عن استعمال المنتجات والأجهزة المعيبة (المطلب الرابع)، والتطعيم الإجباري (المطلب الخامس).

## المطلب الأول

### المخاطر الاستثنائية غير المعروفة للتقنيات العلاجية

لقد ظل القضاء الإداري حتى بداية 1990 متمسكا بالمسؤولية الخطئية للمرافق الطبية العامة، إلى أن صدر حكم محكمة استئناف "ليون" في 1990/12/21 والمسمى بحكم "Gomez"<sup>1</sup>، مكرسة شمولية هذا النظام لصالح المنفعين من المرافق الطبية العامة، جراء ما يصيبهم من أضرار ناتجة عن تقنيات جديدة غير معروفة.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن ولدا يدعى Serge يبلغ من العمر 15 عاما، أدخل إلى المستشفى لإجراء عملية جراحية في العمود الفقري، وذلك باستعمال تقنيات علاجية جديدة، وعلى إثرها ظهرت مضاعفات جسيمة، انتهت بإصابة الأطراف السفلى للطفل بالشلل.

وقد رفضت المحكمة الإدارية في ليون التعويض عن الضرر اللاحق بالطفل، على أساس أن تقرير الخبراء لم يبين وجود أي خطأ جسيم في جانب الطبيب الجراح أو مساعديه. استأنفت عائلة الطفل حكم محكمة ليون، فأصدرت محكمة الاستئناف قرارها مستجيبة لطلب العائلة بالتعويض، وقضت بمسؤولية المستشفى عن الضرر الحاصل وحق المتضرر في التعويض<sup>2</sup>.

وجاء في حكمها " أن استعمال طريقة علاجية جديدة يمكن أن يسبب خطرا للمرضى الذين يخضعون لها، خاصة وأن نتائجها غير معلومة بعد، وأن استخدام هذه

<sup>1</sup> - C.A.A. Lyon, 21 décembre 1990, J.C.P.,1991-2-21698, note J.Moreau; Rec.C.E.p.498.

<sup>2</sup> - انظر، عصام علي غصن، المرجع السابق، ص.133.

الطريقة تم دون وجود ضرورة تفرضها حالة المريض، مما يؤدي إلى قيام مسؤولية المستشفى عن المضاعفات التي أصابت المريض والتي تعتبر نتيجة حتمية ومباشرة لطريقة Luque حتى في حالة غياب الخطأ.

وبهذا الحكم يكون القضاء الإداري الفرنسي قد أقر لأول مرة المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة، اتجاه المرضى المنتفعين بخدماتها، مع حصر مجال هذه المسؤولية في حالة استخدام تقنيات جديدة، غير معروفة النتائج.

وقد أثار هذا الحكم احتجاجا في الأوساط الطبية<sup>1</sup> والقانونية، كما أثار الكثير من التساؤلات<sup>2</sup> حول قيمته، والتوجه الجديد الذي جاء به، نظرا لأنه قرر لأول مرة منح التعويض للمرضى المنتفعين بخدمات المرافق الطبية.

وقد حدد القضاء ضوابط لإعمال هذا النوع من المسؤولية:

#### 1- يجب أن يكون العلاج جديدا<sup>3</sup> لا تكون آثاره معروفة بشكل تام

إزاء سكوت المحكمة عن توضيح المعايير التي تحدد ماهية العلاج الجديد، فقد اقترح بعض الفقه<sup>4</sup> معيارين لذلك، المعيار الأول وقتي، مفاده أن مرور ما يقارب

---

- انظر، حمدي علي عمر، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،<sup>1</sup> القاهرة، 1995، ص.283.

- فقد تساءل البعض حول استطاعة القاضي منذ صدور هذا الحكم أن يستخدم فكرة الخطر، كأساس لمنح<sup>2</sup> التعويض للمرضى المنتفعين بخدمات المرفق، كما استخدم فكرة قرينة الخطأ لصالح المضرور؟ أو هل يمكن أن ينبئ هذا بالانتقال لنظام المسؤولية دون خطأ في هذا المجال؟ ويتساءل البعض الآخر، هل ستطبق المحاكم الإدارية الأخرى دون تأخر ما جاء في هذا الحكم.

- قرر مجلس الدولة الفرنسي مسؤولية المرفق الطبي ليس على أساس استخدام تقنيات جديدة، وإنما على أساس<sup>3</sup> السابق الإشارة إليها، Bianchi استعمال تقنيات تقليدية (تصوير الأشعة معروف النتائج مسبقا)، وذلك في قضية ، أدخل إلى مركز طبي ، حيث كان يعاني من نوبات أعصاب، في Bianchi والتي تتلخص وقائعها بأن السيد القسم الأيمن من وجهه، وبعد إجراء عملية الأشعة، لم يتبين وجود شيء، وتحت التخدير تم تصوير شرايين العمود الفقري له، أصيب على إثرها بالشلل، نتيجة استخدام الأدوات دون وجود أي خطأ طبي ملحوظ.

<sup>4</sup> -CF, J.C. Bast, L'aléa médical, évolution du concept en droit public, colloque sur l'indemnisation de l'alea thérapeutique, Sous direction de D. Truche , Coll droit sanitaire et sociale, Sirey, Paris , 1995, P.20.



السنتين على تنفيذ علاج ما يجرده من صفة الجدة، ما لم يتم تنفيذه بصفة نادرة. أما المعيار الثاني فهم مستمد من تعميم الآثار السلبية للعلاج داخل المنشأة الطبية، فمتى أضحت هذه الخيرة معروفة داخل الهيئة، فقدت التقنية صفة العلاج الجديد، ويبدوا في نظرنا أن هذا المعيار الأخير أقرب للمنطق، ذلك أنه قد تستعمل بعض التقنيات الجديدة في مؤسسات طبية دون الأخرى.

## 2- عدم وجود ضرورات حيوية تملئها حالة المريض

معنى ذلك انه متى كان تدخل المنشأة الطبية، يمثل الدافع الوحيد لإنقاذ حياة المريض المهددة، فإن مسؤوليتها لا تتعد، لأن التقنية الجديدة التي استخدمتها، لإسعاف المضرور تعتبر من قبيل الحالات الاستعجالية في هذه الحالة.

## 3- يجب أن يكون الضرر استثنائيا وغير عادي الجسامه

يتفق هذا الشرط مع القواعد العامة للمسؤولية دون خطأ، التي تتطلب مجموعة من الشروط أهمها؛ أن يكون الضرر مباشرا ومؤكدا، وأن يكون جسيما بدرجة استثنائية، غير عادية. فقد استقر الفقه على أن فكرة الضرر الخاص وغير العادي الجسامه، تعد شرطا أساسيا في الضرر الموجب لقيام مسؤولية الإدارة دون خطأ<sup>1</sup>. وإذا كان القضاء قد نوه إلى هذا الشرط، فما ذلك إلا رسم لمجال التعويض، وتأكيد على رفضه تعويض المخاطر العلاجية البسيطة.

وإذا كان هذا قضاء لم يشكل ابتكارا حقيقيا في مجال تعويض المخاطر العلاجية، نظرا لاندراجه تحت طائفة التجارب الطبية المنظمة بموجب القانون، فإن مجلس الدولة

---

<sup>1</sup> - انظر، حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص.295.

قد سلم في المقابل بمسؤولية المرافق العامة لأول بموجب قضاء Bianchi، الذي شكل خطوة حاسمة في طريق تعويض المخاطر العلاجية<sup>1</sup>.

وقد نتج عن الأخذ بهذا القضاء، أن العمل الطبي اللازم للتشخيص أو العلاج، قد ينفذ بشكل صحيح دون خطأ، ولكن يترتب عليه أضرار بالنسبة للمريض، فيكون لهذا المريض حقا في التعويض على أساس الاحتمال والخطر الطبي. "غير أن ذلك لا يعني أن المسؤولية الطبية بدون خطأ أي القائمة على أساس المخاطر الطبية تؤدي إلى التعويض بطريقة آلية"<sup>2</sup>.

فلا بد لقيام هذه المسؤولية من فعل ضار، ناتج عن العمل الجراحي، كما يجب توافر العلاقة السببية بين العمل الطبي وهذه الأضرار. ويلاحظ أن المسؤولية دون خطأ للمستشفى العام، لا تؤدي إلا لتعويض الأضرار الاستثنائية ذات الطابع الجسيم، على أن يؤخذ في الاعتبار الحالة المرضية السابقة للمريض عند تقدير التعويض.

هذا وقد نص المشرع الجزائري في المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب<sup>3</sup> على أنه لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة، تحت رقابة صارمة أو عند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض.

## المطلب الثاني

### مخاطر العدوى الناشئة عن نقل الدم

---

<sup>1</sup> - انظر، آمال بكوش، المرجع السابق، ص.178.

<sup>2</sup> - انظر، محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص.122.

<sup>3</sup> - انظر، مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 5 محرم 1413هـ الموافق 06 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

يعتبر الالتزام الناشئ عن عمليات نقل الدم والسوائل الأخرى، التزاماً بتحقيق نتيجة، فالدولة تتكفل بحماية الصحة العامة، عن طريق الرقابة على مؤسسات القانون العام أو الخاص في مجال نقل الدم<sup>1</sup>.

فنقل دم الإنسان مقرر لأهداف علاجية وجراحية، ويجب أن يوضع دم الإنسان ومشتقاته وتحضيره وحفظه واستخدامه تحت رقابة مستمرة من طرف الدولة. غير أنه على الرغم من هذه المراقبة، قد يترتب على نقله أضرار جسيمة للأشخاص المنقول إليهم، حيث برزت الآن على الساحة أضرار خطيرة للمرضى نتيجة نقل الدم، عندما يكون الدم المنقول ملوثاً بمرض معد.

وقد تساءل الفقه<sup>2</sup> حول طبيعة المخاطر التي تتضمنها عملية نقل الدم، وما يترتب عليها من أضرار للأشخاص المنقول إليهم الدم، ومدى إمكانية التعويض عن هذه الأضرار؟. أيضاً يثار التساؤل حول الأضرار التي يمكن التعويض عنها؟

وللإجابة على هذه الأسئلة، نتطرق إلى تطور نظام المسؤولية الإدارية عن نقل الدم، ذلك أن هذه المسؤولية في بادئ الأمر كانت تقوم على أساس الخطأ، لأن التزام الطبيب، قبل ظهور الآلات الحديثة، والتي صارت مألوفة لدينا الآن، كان التزاماً ببذل عناية<sup>3</sup>، ثم بعد ذلك أصبحت هذه المسؤولية تقوم على أساس الضرر، وأصبح الطبيب أو مؤسسات الرعاية الصحية أو بنوك الدم ملزمين بتحقيق نتيجة.

وإذا كان من الصعب والنادر على ضحايا العدوى بفيروس السيدا أن ينجحوا في إقامة الدليل على خطأ المرفق، فإن غالبية هؤلاء الضحايا يوجدون في مركز مماثل لضحايا يكونون معوضين بطريقة مختلفة. وقد كان ذلك هو الدافع الأساسي الذي جعل

---

<sup>1</sup> - انظر، حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص.295.

<sup>2</sup> - انظر، نزار كريمة، مدى التزام الدولة بتعويض ضحايا مرض السيدا، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، العدد الثالث، 2007، ص.221.

<sup>3</sup> - انظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.210.

القضاء الفرنسي يبحث عن حلول أكثر جدية وملائمة<sup>1</sup>، وكان ذلك من خلال اعتماده للمسؤولية اللاخطئية في مجال عمليات نقل الدم.

وتطبيقا لذلك فقد قررت المحكمة الإدارية بـ Marseille في حكم لها بتاريخ 1991/06/11<sup>2</sup> بالمسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة، عن خطر العدوى بفيروس الأيدز من جراء نقل الدم الملوث، في قضية تتلخص وقائعها في ما يلي:

إن سيداً اسمه Nothelfer كان قد أدخل قسم الطوارئ بالمركز الطبي العام Fon pré de Toulon، وأجرى له عمليات جراحية، احتاج فيها إلى نقل كمية من الدم ومشتقاته، ثم انتقل بعد ذلك إلى مستشفى Sain marguerite بمارسيليا، حيث نقلت إليه كمية أخرى من الدم ومشتقاته، وبعد خروجه أجرى فحصاً طبياً سابقاً للزواج، كانت نتيجته أنه حامل لفيروس السيدا. وبناء على ذلك قام المضرور برفع دعوى أمام المحكمة الإدارية بمرسيليا، مطالبا بالحكم على الإدارة العامة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه جراء نقل الدم الملوث إليه أثناء إقامته بالمستشفى، والحكم على المركز الطبي بالتعويض عن الضرر الذي أصابه أيضا بسبب نقل الدم إليه أثناء إقامته به.

ورأت المحكمة أن تقارير الخبراء تشير إلى أن العدوى التي أصابت المضرور قد حدثت أثناء الفترة التي تلقى فيها العلاج في المركز الطبي والمستشفى العام، وأنها ناتجة من نقل الدم الذي تلقاه فيهما. وذهبت المحكمة إلى أن استحالة تحديد ما إذا كانت إحدى أو عدة نقلات دم ملوثة هي سبب العدوى دون الأخرى، لا يمكن أن يؤدي إلى دحض قيام رابطة السببية بين نقل الدم وإصابة المضرور بالفيروس.

---

- اكتسب هذا الموضوع أهمية كبيرة وأصبح حديث الساعة في فرنسا، وعرف فيها بمأساة أو فضيحة الدم<sup>1</sup> الملوث، التي تمثلت في طرح كميات كبيرة من الدم الملوث بفيروس السيدا في الثمانينيات من القرن الماضي، وتقاوست السلطات في فرنسا عن اتخاذ ما يلزم من إجراءات وقائية ضد مخاطر هذا الفيروس رغم علمها بها، مما نتج عنه إصابة من نقل إليهم دم ملوث به ووفاة العديد منهم. فهذه المأساة هي التي أعطت للموضوع كل الأهمية التي حظي بها على كل المستويات السياسية والشعبية والإعلامية.

<sup>2</sup> - T.A de Marseille, 11 juin 1991, c/s Nothelfer, L.P.A., 1991, no.124, p.4, J.C.P.,1992, éd. G, IV,2019.

وقد انتهت المحكمة إلى أن مخاطر الإصابة بعدوى الإيدز عن طريق نقل الدم ومشتقاته، هي مخاطر معروفة وواضحة، وبذلك تكون المرافق الطبية القائمة على نقل الدم للمرضى قد جعلتهم عرضة لخطر العدوى الذي يتجاوز التبعات الناتجة عن حدود الأنشطة التي تمارسها، وأن هذه المخاطر من شأنها أن تقرر مسؤولية هذه المرافق بصرف النظر عن ارتكابها لأي خطأ.

استأنفت كل من الإدارة العامة والمركز الطبي القضية أمام محكمة استئناف "ليون"، وقد قررت هذه الأخيرة أنه باستثناء حالة استخدام التقنية العلاجية الجديدة ذات العواقب غير المعلومة مسبقاً، فإن مسؤولية المرفق الطبي العام تجاه المنتفعين بخدماته لا تثار إلا في حالة الخطأ.

وقد اعتبرت المحكمة أن كلا المؤسستين قد أجزلتا في إعطاء العلاج للمريض التي كانت حالته تستوجب نقل الدم بلا تأخير، كذلك رأت أن حال المعرفة العلمية المتاحة وقت إجراء نقل الدم، لم تسمح بالكشف عما إذا كانت كميات الدم ملوثة من عدمه، مما جعلها تقضي بإلغاء الحكم المستأنف<sup>1</sup>.

والواقع أن القواعد العادية للمسؤولية الإدارية، يكون عديم الجدوى لمنح التعويض للمضروب في هذه القضية، حيث أنه لم يكن من الممكن إقرار وجود أي خطأ في إدارة أو نشاط المرفق، ومن ثمة فإن إقرار المسؤولية دون خطأ للمرفق على أساس خطر العدوى سيكون هو الحل الأمثل الذي يسمح للمضروب بالحصول على التعويض. "ذلك أن القاضي الإداري يسعى -في هذا المجال كما في المجالات الأخرى- إلى تحقيق العدالة التي تضار من رفض التعويض لضحايا الإصابة بعدوى فيروس الأيدز بسبب نقل الدم الملوث"<sup>2</sup>.

فالمسؤولية عن حوادث نقل الدم إلى المنتفعين بمرفته، يمكن أن تقوم في مواجهة الدولة، باعتبارها سلطة ضبط إداري، ووصاية على مراكز نقل الدم، أو في مواجهة

<sup>1</sup> - C.A de Lyon, 9juil 1992, R.F.D.A, 6/11/1992.

<sup>2</sup> - انظر، حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص.271. وانظر، أمال بكوش، المرجع السابق، ص.180.

المستشفى الذي أجري فيه التدخل الطبي المستدعي نقل الدم، أو مركز الدم الوارد منه الدم الملوث. أما عن مسؤولية المستشفى العام في أدائه لخدماته الطبية، فتقوم على أساس الخطأ البسيط، إذا تعلق الأمر بأعمال طبية، أو بمسائل تنظيم وتسيير المرفق الطبي، ومسؤولية على أساس المخاطر بنطاق أحوال وشروط قضائي Bianchi و Gomez<sup>1</sup>.

هذا وتوسع القضاء الإداري في فرنسا، في تقرير التعويض عن الأضرار التي تلحق بالأفراد دون اشتراط الخطأ، على أساس أنها أخطار اجتماعية، يقع على عاتق الدولة تحملها والتعويض عنها، وتطبيقا لذلك فقد قرر المشرع الفرنسي منح التعويض لجميع الأفراد المصابين بفيروس الأيدز بسبب نقل الدم، فما على المضرور سوى إثبات أن العدوى بالفيروس من نقل أو حقن مشتقات الدم<sup>2</sup>.

وبعد ذلك يتقدم المضرور بطلبه لصندوق التعويض مرفقا بالملف الطبي المطلوب، وبناء عليه يتم تقدير الضرر وتأكيد عملية النقل أو الحقن للدم الملوث، حيث يقوم بفحص الطلب خلال 3 أشهر من تاريخ تقديم الطلب، للتأكد ما إذا كانت شروط التعويض مجتمعة أم لا، أي التأكد مما إذا كانت العدوى منسوبة لنقل الدم ومشتقاته. ويمكن للصندوق أن يرفض التعويض إذا أقام الدليل على عكس ذلك، ويقع على الصندوق عبء إثبات عدم قيام رابطة السببية<sup>3</sup>.

ولنا أن نتساءل في هذا المقام عن موقف المشرع الجزائري من التعويض عن هذا المرض؟ ففي الجزائر لا يوجد نظام خاص لتعويض ضحايا مرض السيدا، لذلك فنرى أنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة في المسؤولية المدنية.

---

<sup>1</sup> - انظر، محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساسا لمسؤولية المرفق الطبي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة، ص.186.

<sup>2</sup> - انظر، حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص.274.

<sup>3</sup> - انظر، محمد يوسف ياسين، المرجع السابق، ص.354.

حيث يمكن أن تسأل الدولة عن تعويض الأضرار الناجمة عن نقل الدم، وذلك إما على أساس الخطأ، أو على أساس حراسة الأشياء، فقد أرست المادتين 124 و124 مكرر من القانون المدني القاعدة العامة في المسؤولية المدنية التي تقوم على التعويض.

واشترط الخطأ لقيام مسؤولية الدولة والتزامها بتعويض ضحايا مرض السيدا، يضيق إلى حد كبير مجال هذه المسؤولية ليقصرها على حالات نقل دم ملوث بفيروس السيدا تم في إحدى مستشفياتها أو مراكز نقل الدم التابعة لها، أو الخاضعة لإشرافها، بحيث تتحقق معها علاقة التبعية التي تقيم مسؤولية المتبوع (الدولة) تبعا لقيام مسؤولية التابع الذي أهمل في عمليات نقل الدم<sup>1</sup>.

فإذا تمكن المضرور من أن إصابته بالفيروس جاءت على إثر عملية نقل دم ملوث في إحدى المستشفيات أو غيرها من مراكز نقل الدم التابعة للدولة، يكون قد ثبت خطأ المستشفى وتقوم مسؤولية الدولة باعتبارها متبوعا<sup>2</sup>.

نص المشرع الجزائري على هذه المسؤولية في المادتين 136 و137 من القانون المدني وتتحقق هذه المسؤولية متى وجدت علاقة تبعية وصدر خطأ من التابع.

وتقوم علاقة التبعية في كثير من الحالات على عقد الخدمة، ولا يقتضي أن يكون التابع مأجورا، وتقوم هذه الرابطة ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كانت عليه سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه؛ بمعنى أنه يعمل لحسابه، وهذا حسب المادة 136/2 من القانون المدني. حيث أنه من المقرر قانونا أن المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته، أو بسببها، ومن ثمة فإن القضاء بما يخلف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - انظر، نزار كريمة، المرجع السابق، ص.222.

<sup>2</sup> - انظر، المادة 136 من ق.م.ج التي تنص على أن " يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله<sup>2</sup> الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها. وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع."

<sup>3</sup> - انظر، المجلس الأعلى غ.م، 1988/05/11، رقم 53.306 المجلة القضائية، 1991، العدد الثاني، ص. 14.<sup>3</sup> وفي قرار آخر للمجلس الأعلى بتاريخ 1985/01/12، جاء في حيثياته " متى كان من المقرر قانونا، أن المتبوع

أما من حيث تكييف مسؤولية المتبوع، فهناك من رأى أنها تقوم على أساس خطأ مفترض في جانب المتبوع، وأخذ بهذا الرأي الكثير من القضاء الفرنسي، ولكنه أصبح منتقداً، ويكاد يكون مهجوراً، وهناك من أقامها على أساس فكرة تحمل التبعة وآخرون يقولون على أساس الضمان، والبعض الآخر يرى أنها تقوم على أساس النيابة<sup>1</sup>.

وإذا قامت مسؤولية الدولة، فإن التعويض الذي تتحمله يشمل جميع الأضرار التي لحقت المصاب، جراء الفيروس، وتشمل الأضرار المادية والمعنوية والجسمانية، وهذه الأضرار ستكون محل دراسة في المبحث الموالي.

ويمكن أن تقوم مسؤولية الدولة اتجاه ضحايا مرض السيدا على أساس المسؤولية عن الضرر الناجم عن الأشياء التي تتطلب حراسة خاصة، طبقاً للمادة 138<sup>2</sup> من القانون المدني. والدم الملوث بفيروس السيدا يعد من الأشياء الخطرة، ومن ثمة تحتاج حراستها لعناية خاصة، فتطبق عليها أحكام المسؤولية دون خطأ.

وينبغي أن نفرق بين الحارس الفعلي والحارس القانوني، ذلك أن المسؤولية لا تقع دائماً على عاتق الحارس القانوني، بل تقع على الحارس الفعلي، الذي يملك السيطرة على الشيء وتطبيقاً لذلك قرر المجلس الأعلى أن " المسؤولية لا تقع دائماً على عاتق

---

مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع أثناء تأدية الوظيفة وبسببها ومن ثم، فإن استعمال الضحية أو ذوي الحقوق طريق القضاء العادي لمطالبة العون المتسبب في الضرر بالتعويض المدني، لا يحول دون القيام برفع دعوى المرفق أمام القضاء العادي. ولما كان الثابت أن المجلس القضائي الفاصل في القضايا الإدارية رفض الطلب الرامي إلى حلول الدولة محل عون الحماية المدنية الذي ارتكب خطأ بسبب عدم التبصر وبدافع المصلحة محدثاً بذلك ضرراً تمثل في وفاة شخص، يكون قد أخطأ عندما قضي برفض الطلب، مما يستوجب إلغاء القرار المطعون فيه". انظر، قرار رقم 36212، المجلة القضائية، 1989، العدد4، ص.231.

- انظر، عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع السابق، ص. 1041 وما بعدها.<sup>1</sup>

- انظر، المادة 138 ق.م.ج التي تنص على أن " كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير،<sup>2</sup> والرقابة، يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء. ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة، أو القوة القاهرة."



الحارس القانوني أي مالك الشيء - بل تنتقل إلى من له سلطة التسيير والتوجيه والرقابة يدخل في هذا المعنى مستأجر الآلة التي يستعملها لصالحه"<sup>1</sup>.

ومسؤولية حارس الشيء مسؤولية مفترضة لا يعفى منها إلا إذا أثبت السبب الأجنبي تطبيقاً لنص المادة 138 من التقنين المدني التي تنص على أن " كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير، والرقابة، يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء. ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة، أو القوة القاهرة". وهذا ما كرسه المجلس الأعلى من خلال قراره الصادر في 1982/03/17 حيث جاء فيه " حارس الشيء مسؤول مسؤولية مفترضة ولا يعفى منها إلا إذا أثبت أن الضرر كان بسبب الضحية أو الغير أو حصل نتيجة لحاجة طارئة أو قوة القاهرة حتى ولو حكم ببراءته جزائياً عملاً بالمادة 138 مدني"<sup>2</sup>.

### المطلب الثالث

#### المسؤولية عن الأضرار الناشئة عن المنتجات والأجهزة الطبية

اتفق الفقه<sup>3</sup> والقضاء على اعتبار الالتزام الناشئ عن استعمال الأجهزة والمنتجات الطبية، من طبيعة الالتزام بتحقيق نتيجة، ونتيجة لذلك بدأ بالتوسع في تقرير المسؤولية الناجمة عن استعمالها، وذلك نظراً للتقدم العلمي وغزو الآلة لهذا الميدان.

غير أن المريض قد يصاب إصابات قد تكون بليغة، تظل أسبابها أحياناً غير معروفة، وهي أخطار وحوادث تقع خارج نطاق التزام الطبيب ببذل العناية المطلوبة منه في أداء عمله.

- انظر، المجلس الأعلى، غ.ج، 1981/07/01، ملف رقم 21313، نشرة القضاة، 1982، عدد خاص،<sup>1</sup> ص.121.

- انظر، المجلس الأعلى، غ.ج، 1982/03/17، ملف رقم 24192، نشرة القضاة، 1982، عدد خاص،<sup>2</sup> ص.140.

- انظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.201.<sup>3</sup>

وقد عمد القضاء الإداري في بادئ الأمر إلى إقرار المسؤولية دون خطأ وذلك منذ حكمه الصادر بتاريخ 2003/7/9<sup>1</sup> في قضية تتلخص وقائعها في أن سيدا لقي حتفه في المستشفى نتيجة تعرضه لسكتة قلبية بسبب نقص في الأكسجين، راجع إلى في جهاز التنفس، وهو ما افترضت معه محكمة الاستئناف وجود خطأ في تسيير المركز الطبي، غير أن مجلس الدولة قد رفض إعمال قرينة الخطأ في هذا الشأن مقرراً المسؤولية دون خطأ للمركز الطبي، حيث جاء فيه "يعتبر المرفق العام الطبي مسؤولاً عن الآثار الضارة التي تحيق بالمنفعين بخدماته، من جراء عيوب المنتجات والأجهزة الصحية التي يستخدمها، حتى مع عدم وجود خطأ من جانبه".

كما أكد مجلس الدولة الفرنسي مسؤولية هذه المرافق في قراره الصادر بتاريخ 2004/07/15<sup>2</sup>، والمتعلق بعدم صلاحية الشريحة المعدنية المستخدمة في ساق المريض ما أدى إلى بترها، مستندا في ذلك إلى أن المرفق العام بوصفه موردا لهذا المنتج يقع على عاتقه خلوها من العيب.

وعليه يمكن القول أن القضاء الإداري قد كرس حق المنفعين في أن تكون الأجهزة والمنتجات الصحية سليمة، مما يفرض التزاما بنتيجة على عاتق المرفق العام، مضمونه ضمان سلامة المواد المستخدمة من قبل المهنيين.

وجدير بالإشارة إليه أنه يدخل ضمن المنتجات المعيبة، والتي يمكن أن ينشأ عنها الضرر للمرضى، أدوات الحقن، وأجهزة القياس والتحليل الطبي، وأجهزة الأشعة، والنظائر المشعة، وآلات فحص وعلاج الأسنان، وتنظيفها، وخلعها، وأجهزة التخدير، وأدوات الجراحة.. وغير ذلك. كما أن القانون الفرنسي قد ألزم المنتج كذلك بضمان سلامة هذه المنتجات، وقرر مسؤوليته في مواجهة المستهلك، حيث كرس ضمانات للمضرورين من السلع المعيبة، وقد تبعه المشرع في ذلك.

---

<sup>1</sup> - C.E, 9 juillet 2003, A.J.D.A, 2003, p.1946.

<sup>2</sup> - C.E, 1507/2004, A.J.D.A, 2005, p.274.

لقد خطا المشرع الفرنسي خطوات جبارة في مجال حماية المستهلك، وذلك بإصداره للقانون رقم 98-389 المؤرخ في 19 ماي 1998 وقد أضاف به فصلا جديدا للقانون المدني الفرنسي، تحت عنوان " المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة ". وتضمن هذا القانون أحكاما تمثل انقلابا على المسؤولية المدنية في صورتها التقليدية<sup>1</sup>.

ولا شك أن المشرع الفرنسي قد تبنى المسؤولية بدون خطأ، وهو ما تجلى في المادة 1/1386 من القانون المدني لمقابلة لنص المادة 140 مكرر المعدلة من القانون المدني الجزائري، حيث اعتبرت المنتج مسؤولا عن الضرر الذي ينجم عن عيب في السلعة، ولو لم تربطه علاقة تعاقدية مع المضرور. وهذه المسؤولية مقررة بقوة القانون، فهي لا تستند إلى القواعد التقليدية في المسؤولية الخطئية، بل تتجاوزها لتصل إلى فكرة المسؤولية المطلقة<sup>2</sup>.

وقد وحد هذا القانون نظام المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة وألغى كل تفرقة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية في هذا المجال. وبناء على ذلك فإنه يجوز للمضرور طبقا للنص السالف الذكر أن يرجع على المسؤول - المنتج - طبقا لأي أساس قانوني يراه هو يحقق مصلحته. وإذا كان القانون قد استبعد فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية وأقامها على الضرر، فإنه كذلك قد توسع في مفهوم المنتج والمنتجات، وذلك بغرض توفير أكثر من مسؤول يرجع عليه المتضرر بالتعويض، وفي هذا ضمان كافي له.

وقد عمم القضاء الفرنسي هذا الالتزام على جميع أنواع العقود، فقد اعتبرت المادة ذاتها أن كل اتفاق غامض أو متناقض يفسر ضد البائع، غير أن هذا غير كاف لأنه ينطبق على حالة المعلومات التي قدمت بشكل سيئ ومتناقض، ولا يسري على حالة الغياب الكلي للمعلومات، لهذا لجأ القضاء الفرنسي إلى نصوص أخرى لفرض

- انظر، بودالي محمد، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة<sup>1</sup> جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2203/2002، ص.438.

<sup>2</sup>- L'article 1386/1du code civil français édicte que " Le Producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu il soit ou non lié par un contrat avec la victime".

جزاء على مخالفة هذا الالتزام أهمها؛

اعتبار عدم تزويد المستهلك بالمعلومات نوعاً من التفرير، فقد أصبح مسموحاً في القانون الفرنسي أن يتم التذليل بالسكوت عن ملاحظة، إذا كان ذلك عمدياً وأثر في رضا المتعاقد<sup>1</sup>.

ومن أوجه الحماية القانونية للمستهلك القيود المفروضة على حرية النشاط التجاري والصناعي لمصلحة حماية المستهلك، و القيد الخاص بإقامة الصيدليات، والمسؤولية عن الأضرار التي يتعرض لها المستهلكون في المحلات المفتوحة للجمهور، والقيود على حرية التعاقد وغيره<sup>2</sup>.

وقد نصت المادة 2/1386 من القانون المدني الفرنسي على أنه " تطبق النصوص الواردة في هذا الفصل على حالات تعويض الضرر الذي ينتج عن المساس بالشخص أو بأي مال آخر خاص به باستثناء المنتج الضار نفسه"<sup>3</sup>.

ويتضح من خلال هذا النص أن الأضرار المستوجبة للتعويض هي جميع الأضرار التي تلحق بالضروريين كيفما كانت نتيجتها، سواء أدت إلى مجرد الإصابة أو أدت إلى الوفاة، ولم يضع المشرع حداً أقصى للتعويض، كما أنه لم يقصره على حد معين من الأضرار، ومن ثم فإن كافة عناصر الضرر مستوجبة للتعويض.

وما يمكن استخلاصه مما تقدم أن المشرع الفرنسي قد وفر الضمان الخاص بتعويض هذه الفئة من الضروريين، حيث كرس الالتزام العام بالسلامة، وفرض مسؤولية المنتج، وأنشأ التزامات جديدة تمثلت في الالتزام بالإعلام والسلامة والحماية.

<sup>1</sup> - انظر، كحلولة محمد، المرجع السابق، ص.22.

<sup>2</sup> - فقد فرض على الحرفيين الالتزام بالإعلام، وهو التزام يسبق إبرام العقد، فرضت بموجبه صراحة بعض القوانين على البائع أو مقدم الخدمة تزويد المستهلك بالمعلومات الجوهرية عن السلعة أو الخدمة. ففي إطار عقد البيع، نصت المادة 1602 من القانون المدني الفرنسي أنه: "يلتزم البائع بأن يحدد بوضوح كل ما يلتزم به".

<sup>3</sup> L'article 1386/2 du code civil français édicte que " Les Dispositions du présent titre s'appliquent à la réparation du dommage qui résulte d' une atteinte à la personne ou à un bien autre que le produit défectueux lui. même".

فقانون الاستهلاك قد فرض نفسه، ذلك أنه من تقاليد القانون المدني حماية الطرف الضعيف ضد القوي والجاهل ضد العارف والمبتدأ ضد المحترف، وهو ما أدى إلى تطور هذا القانون.

أما المشرع الجزائري فقد طبق أحكام الضمان على الأضرار الناتجة عن السلع المعيبة والخطرة، حيث نصت المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 على أن المحترف يضمن سلامة المنتج الذي يقدمه من أي عيب أو أي خطر ينطوي عليه<sup>1</sup>.

وقد كرس من خلال قانون حماية المستهلك رقم 98-02 مبدأ السلامة في المادة 2 منه والتي نصت على " أن كل منتج سواء كان شيئاً مادياً أو خدمة مهما كانت طبيعته، يجب أن يتوفر على ضمانات ضد كل المخاطر التي من شأنها أن تمس صحة المستهلك و/أو أمنه، أو تضر بمصالحه المادية"<sup>2</sup>.

وقد كرس المشرع الجزائري هذا الالتزام في القانون المدني وذلك في المادة 140 مكرر المعدلة، حيث نصت على أنه "يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية"، متبنياً من خلالها للمسؤولية اللاخطئية، كما فعل المشرع الفرنسي، وقد توسع في مفهوم المنتج ليشمل أغلب القطاعات، فهو كل مال منقول سواء تعلق بالميدان الزراعي أو الصناعي أو تربية الحيوانات أو تعلق بالمواد الغذائية وغيرها... وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 140 مكرر سالف الذكر<sup>3</sup>.

ولكن الإشكال المطروح هو أن المضرور في رجوعه على المنتج سواء كان على أساس المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية فإنه يقتضي منه إثبات الدليل على

---

<sup>1</sup> - انظر، مرسوم تنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15/07/1990 يتعلق بضمان المنتوجات والخدمات.

<sup>2</sup> - انظر، قانون رقم 89/02 الصادر بتاريخ 07 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج ر عدد 06. معدل ومتمم.

<sup>3</sup> - انظر، المادة 2/140 مكرر التي نصت على " يعتبر منتجاً كل مال منقول ولو كان متصلاً بعقار، لا سيما<sup>3</sup> المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية ".  
الكهربائية "

الخطأ في جانب المنتج. ناهيك عن الصعوبة التي يثيرها هذا الإثبات، لا سيما إثبات الخطأ في الآلة وما يثيره من تعقيدات فنية، والتي لا يمكن للشخص العادي أن يكتشفها. كما أنه قد يقع ضرر رغم عدم وجود عيب في السلعة كما هو الحال بالنسبة للأشياء الخطرة بطبيعتها، كالأدوية والأجهزة الإلكترونية. فإنه في هذه الحالة على الرغم من وجود التزام عام بالسلامة إلا أن هذا الالتزام يبقى مجرد التزاما ببذل عناية، ويبقى على المضرور إثبات عدم الإعلام أو العيب في السلعة<sup>1</sup>.

يمكن القول أن حماية المستهلك ضد أخطار السلع المعيبة، لا يتأتى إلا باعتراف تقنين خاص بمسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته، حيث يكفي فيها بوقوع الضرر، على أساس أنها مسؤولية موضوعية تقوم على أساس فكرة تحمل التبعة.

## المطلب الرابع

### المسؤولية في حالة التطعيم الإجباري

يعتبر التطعيم عملا من الأعمال الطبية، يعد خصيصا للوقاية من انتشار الأمراض الوبائية، فتقوم الدولة ممثلة في المستشفيات العامة بتحصين الأطفال للوقاية من الأمراض المعدية<sup>2</sup>. وقد يترتب على هذا التطعيم أحيانا تبعات وأضرار جسيمة، فهل تقوم مسؤولية الدولة في هذه الحالة عن تبعات هذا العمل؟

وقد استقر القضاء الفرنسي على مساءلة الدولة عن مخاطر التطعيم الإجباري على أساس الخطأ، ولما كان الخطأ نظرا للصعوبات التي يثيرها، خاصة وأن التطعيم

---

1 - انظر، علي بولحية بن بو خميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، بدون سنة، ص.93؛ وانظر، بودالي محمد، المرجع السابق، ص.461.

2 - التطعيم نوعان، اختياري متروك لمبادرة الأفراد، وإجباري تفرضه السلطات العامة، ويعتبر التزاما قانونيا لأنه مفروض من قبل المشرع لصالح الجماعة العامة للوقاية من بعض الأمراض المعدية، ولذلك فهو معاقب عليه في حالة عدم الالتزام به. انظر، حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص.227.

إجباري لا يملك فيه المضرور الاختيار، ونتيجة لعدم توفر الحماية الكافية للمضرورين، فقد أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 1964/07/01 المعدل بالقانون الصادر في 1975/05/26.

ومن خلاله حسم مسألة التعويض عن الأضرار التي تصيب المضرورين من جراء التطعيم الإجباري، دون ارتكاب أي خطأ من جانب القائم بالتطعيم، حيث أقر مسؤولية الدولة دون خطأ من جانبها عن الأضرار المترتبة عن التطعيم الإجباري. وبذلك يكون المشرع هو الذي أنشأ نظام المسؤولية دون خطأ وليس القضاء، في مجال التطعيم الإجباري.

وقد تطلب المشرع في القانون المذكور أعلاه، لقيام مسؤولية الدولة عن تبعات التطعيم الإجباري توافر شرطين؛ أولهما أن تكون الأضرار ناجمة عن التطعيم الإجباري، وأن يكون التطعيم قد مارسه مركز معتمد للتطعيم.

وقد نظم المشرع الجزائري التطعيم الإجباري من خلال قانون حماية الصحة وترقيتها، تحت عنوان "الوقاية من الأمراض المعدية ومكافحتها"، حيث نصت المادة 52 منه على ما يلي<sup>1</sup>؛ "يتعين على الولاية ومسؤولي الهيئات العمومية والمصالح الصحية ورؤساء المجالس الشعبية أن يطبقوا في الوقت المناسب، التدابير الملائمة للوقاية من ظهور الوباء والقضاء على أسباب الأمراض من أصلها".

كما نصت المادة 53 منه على؛ "يتلقى الأشخاص المصابون بأمراض معدية والذين يشكلون مصدر العدوى علاجاً استشفائياً أو حراً. ويخضع الأشخاص المتصلون بالمرضى لمراقبة طبية وصحية، كما يمكن أن يتلقوا علاجاً وقائياً". وقد نصت المادة 55 منه على أنه " يخضع السكان للتطعيم الإجباري المجاني قصد الوقاية من الأمراض العفنة المعدية. تحدد عن طريق التنظيم، قائمة الأمراض العفنة المعدية التي تستوجب التطعيم الإجباري".

---

- انظر، قانون رقم 85-05 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405هـ الموافق 16 فبراير سنة 1985، يتعلق<sup>1</sup> بحماية الصحة وترقيتها.

يتضح من هذه النصوص أن المشرع الجزائري قد جعل من التطعيم إجباري، ولم يتطلب فيه رضا المريض، لأنه يدخل ضمن الإجراءات الضرورية المعممة على كافة السكان في حالة الأمراض المعدية، وذلك خوفا من انتشارها وتفشيها.

وقد نص قانون الصحة وترقيتها على الاحتياطات اللازم اتخاذها في الحدود الوطنية، سواء البرية منها، البحرية أو الجوية، والتي تستهدف الرقابة الصحية لكل داخل للتراب الوطني، بغية تجنب دخول أو انتقال الأوبئة المعدية إلى الوطن<sup>1</sup>.

ولأجل ممارسة هذا العمل بصفة دقيقة، فقد ألزم المشرع الجزائري ضرورة إنشاء دفتر صحي للمتابعة، وهو ما تجسد في ما نصت عليه المادة 8 من نفس القانون "ينشأ دفتر صحي قصد متابعة الحالة الصحية للسكان متابعة أحسن وتسجيل أدق للتطعيم والعلاج المقدمين. تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

وإذا كانت عملية التلقيح الإلزامي تعد نشاطا طبيا، فإن منازعات التعويض الناتجة عنها لها طابع خاص نظرا للطابع الإلزامي للتلقيح، ففي هذه الحالة تسأل الدولة عن عملية التلقيح الإلزامي وليس المرفق الطبي العام، وذلك على أساس الالتزام القانوني المفروض<sup>2</sup>.

---

- انظر، مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.256. فقد أورد أن القانون الانجليزي لم يدرج مرض السيدا<sup>1</sup> ضمن الأمراض المعدية التي يجب على الطبيب الاعلان عنها فور اكتشافها تجنباً للانعكاسات السلبية التي قد تنجم عن ذلك. حيث قدر المشرع الانجليزي أنه من شأن ذلك أن يعرض المصابين بهذا الداء لمعاملات غير مقبولة، كالمنع من استعمال وسائل النقل العمومية، في حين أن ذلك لا يشكل أي خطر على حياة الناس بحكم أنه مرض لا ينتقل إلا بطرق محددة.

- انظر، مراد بدران، أساس المسؤولية عن الأضرار المترتبة على عمليات التلقيح الإلزامي المجلة النقدية<sup>2</sup> للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2008، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، ص.83. حيث يرى أنه يمكن أن تقوم مسؤولية المرفق العام عن التطعيمات الإلزامية، وذلك على أساس الخطأ الجسيم، أو على أساس الخطأ البسيط.



فلا يمكن القول أن الضرر قبل مخاطر التلقيح مسبقاً لأنه ملزم قانوناً بالقيام به، وذلك طالما أن الضرر الذي تعرض له الشخص مرتبط بسلطة الاجبار المقررة بنص القانون<sup>1</sup>.

ويشترط لكي تسأل الدولة عن التعويض عن الأضرار الناجمة عن التلقيح الإجباري وذلك على أساس المسؤولية بدون خطأ؛ أن يكون الضرر الخاص منسوباً مباشرة لعملية التلقيح الإجباري وأن يكون التلقيح الإجباري قد تم وفقاً للشروط المحددة قانوناً<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة الى أن المشرع الفرنسي قد اشترط لقيام مسؤولية الدولة دون خطأ ضرورة إجراء هذه التلقيحات في مراكز معتمدة من قبل الدولة. وإذا كان الفقهاء الفرنسيون قد ذهبوا الى قيام مسؤولية الدولة سواء تم التطعيم في مرفق طبي عام أو خاص أو في البيت<sup>3</sup>.

أما في الجزائر فقد تركت المادة الرابعة من المرسوم 88/69 المعدل والمتمم الخيار للمعني لإجراء التلقيح الإجباري في مرفق طبي أو في أي مكان آخر، الأمر الذي يترتب عنه مسؤولية الدولة وذلك بغض النظر عن الجهة التي أشرفت على التلقيح.

أما بالنسبة للتلقيحات الاختيارية فلا يسأل المرفق الطبي عن الأضرار الطبية الناتجة عنها، إلا إذا تمت في ذلك المرفق وعلى أساس الخطأ المرفقي<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> - انظر، مرسوم رقم 69-88 المؤرخ في 17/06/1969 المتضمن بعض أنواع التلقيح الإجباري معدل ومتمم بالمرسوم رقم 85-282 مؤرخ في 12/11/1985.

<sup>2</sup> - انظر، مراد بدران، المرجع السابق، ص 85.

<sup>3</sup> - CF, Jean MONTADOR, La responsabilité des services publics hospitaliers, ed, Berger levault, paris, 1973, P. 119.

<sup>4</sup> - أنظر، مراد بدران، المرجع السابق، ص.89.

## المطلب الخامس

### محاولات القضاء العادي

لقد حاول القضاء العادي في فرنسا<sup>1</sup> اللحاق بما قرره القضاء الإداري، وكان ذلك من خلال فرض الالتزام بضمان السلامة، الذي وجد فيه أداة يمكن من خلالها التوصل إلى إقرار حق المريض في الحصول على تعويض عن النتائج الضارة غير المتوقعة للعمل الطبي الذي يخضع له<sup>2</sup>.

وفي هذا الاتجاه، قضت محكمة باريس الكلية في حكمن لها بتاريخ 1997/05/05، و1997/10/20<sup>3</sup> قضت فيهما بأنه "إذا كانت طبيعة العقد الذي يبرم بين الجراح وعميله يضع على عاتق المهني، من حيث المبدأ مجرد التزام ببذل عناية، فإنه رغم ذلك، يلتزم بمقتضى بتحقيق نتيجة، بإصلاح الضرر الذي لحق بالمريض بمناسبة عمل جراحي ضروري لعلاج، متى كان الضرر الذي لم يمكن معرفة سببه الحقيقي، مرتبطاً مباشرة بالتدخل الذي خضع له المريض، ولم يكن له علاقة بحالة المريض السابقة"<sup>4</sup>.

وقد أقرت ذلك محكمة النقض الفرنسية من خلال قرار لها بتاريخ 1997/01/07 في قضية تتلخص وقائعها في أن مريضاً كان يعاني من آلام في الذراع الأيسر، استدعى إجراء عملية جراحية لإصلاح بعض الشرايين الواصلة بين الذراع والصدر،

<sup>1</sup> - Cf. Tribunal de grande instance de Paris, 5 Mai 1997 et 12janv.1998, J.C.P,I, 1998, P.139 .

- انظر، محمد حسن قاسم، نظرة في تطور المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.273.<sup>2</sup>

- انظر، محمد حسن قاسم، نظرة في تطور المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.273.<sup>3</sup>

- وتؤيد محكمة استئناف باريس هذا التوجه، في حكم لها بتاريخ 1999/01/15، مقررة أن الالتزام ببذل العناية<sup>4</sup> الذي يلتزم به الطبيب، من حيث المبدأ لا يستبعد وجود التزام تبعي مضمونه سلامة المريض. يلزمه بتعويض الضرر الذي أصاب المريض بمناسبة عمل جراحي ضروري لعلاج، حتى في حالة غياب الخطأ، وذلك متى كان الضرر الذي أصاب المريض لا علاقة له بحالته السابقة على التدخل الجراحي، أو بالتطور المتوقع لهذه الحالة. انظر، محمد حسن قاسم، نظرة في تطور المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.274.

وأثناء الجراحة قطع شريان ملاصق للشريان المراد إصلاحه، ترتب عليه وفاة المريض. حيث قضت المحكمة بمسؤولية الجراح، واعتبرت أن الضرر الذي لحق بالمريض وقع نتيجة فعل الجراح على نحو يؤدي إلى تحقق مسؤوليته بقطع النظر عن ثبوت خطأ في جانبه من عدمه.

وخلاصة القول، أن المسؤولية دون خطأ تتحقق إذا توافرت الشروط الآتية: - تلق الأمر بعمل طبي، وليس بعمل مما يتصل بتنظيم وسير المرفق العام، - وأن يكون هذا العمل لازماً وضرورياً لتشخيص حالة المريض وعلاجه، - كما يجب أن يتضمن هذا العمل لمخاطر طبية معلومة في ذاتها، وإن كان تحققها بالفعل يبقى أمراً استثنائياً، - عدم وجود دلائل تشير إلى كون المريض معرضاً لهذه المخاطر، - إصابة المريض بأضرار غاية في الخطورة أو الجسامة، لا علاقة لها بحالة المريض الأصلية أو بتطورها.

ولما كان التعويض عن المخاطر العلاجية يثير صعوبات جمة لا سيما فيما يخص التعويض، ونظراً للصعوبات والعقبات التي تعترض سبيل المريض في الحصول عليه، فقد قطعت بعض الدول أشواطاً كبيرة من أجل إسعاف هذه الشريحة من المرضى، من بينها فرنسا والسويد، اللتين أصدرتا تشريعات من شأنها كفالة التعويض لهن.

وقد حاول الفقه في غياب الحلول التشريعية لبعض الدول، كما هو في الجزائر، البحث عن آليات من شأنها أن تسعف مرضى المخاطر العلاجية، وقد وجد في التأمين والأنظمة الجماعية للتعويض حلاً لذلك. هذه الأنظمة الخاصة وآليات تغطية المخاطر العلاجية، ستكون محل بحث في هذا الفصل الموالي.

## الفصل الثاني

### الأنظمة الخاصة بالتعويض عن الأضرار العلاجية وآليات التعويض

لا يمكن أن ننكر أهمية التعويض عن الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية، ذلك أنه من الجوهرى والمهم إعادة الشخص إلى وضع يشعر فيه بالرضا ولو لم يكن رضاء تاما عن الحالة التي آل إليها بعد الإصابة، لذلك أصدرت أغلب الدول ترسانة من التشريعات المختلفة بغرض جبر هذا الضرر، وأصبحت في الأخير وظيفة التعويض هي جبر الضرر.

نظرا لما طرأ على المجتمع من تغيرات اجتماعية، اقتضت الوقوف بجانب الطرف الضعيف في دعاوى المسؤولية، فقد اتجهت بعض التشريعات إلى إصدار قوانين خاصة، من خلالها يتم تعويض ضحايا المخاطر العلاجية. حيث أنشأت صناديق خاصة لتعويض هؤلاء المضرورين، إذ ليس من العدالة أو المنطق أن يبقى المضرور دون تعويض، على الرغم من الأضرار الجسيمة التي لحقت به. ولعل أهم نموذج لذلك القانون الفرنسي والقانون السويدي (المبحث الأول).

هذه الأنظمة الحديثة هي التي شجعت الكثير من الفقه للبحث عن إمكانية إيجاد نظم قانونية من شأنها أن تضمن حماية للمضرور من المخاطر العلاجية من جهة، وتحصن الطبيب من المسؤولية من جهة أخرى (المبحث الثاني).

والتعويض المدني هو الجزاء المقرر للمسؤولية المدنية، ولكي يؤدي هذا الجزاء وظيفته وجب أن يكون كاملا لكي يرضي المضرور على الأقل، وأن يقربه إلى الوضع الذي كان عليه قبل الإصابة. وهو ما يقودنا إلى التساؤل حول كيفية التعويض؟ (المبحث الثالث).

## المبحث الأول

### الأنظمة الخاصة بالتعويض عن الأخطار العلاجية

من بين أهم الأهداف الأساسية التي جعلت بعض التشريعات تصدر أنظمة خاصة في مجال المخاطر العلاجية، الرغبة في تلبية طلبات المضرورين من الحوادث الطبية المطابقة للقانون، الذين لم يكن يحق لهم الحصول على التعويض عن طريق المسؤولية الطبية، نظرا لانعدام الخطأ.

ونظرا لكثرة وجسامة الأضرار التي يتعرض لها المنتفعون من المرافق العلاجية، التي تقدم خدمات طبية، سواء كانت وقائية أو تشخيصية، أو علاجية، فقد ارتأت بعض التشريعات سن قوانين من شأنها إسعاف هذا النوع من المضرورين، وسنتطرق إلى تعويض هذه الأخطار العلاجية في كل من القانون الفرنسي (المطلب الأول)، والقانون السويدي (المطلب الثاني) اللذين حققا دورا رياديا في مجال التعويض عن الحوادث الطبية.

## المطلب الأول

### تعويض الأخطار العلاجية في القانون الفرنسي

الواقع أن إصلاح نظام التعويض في الحوادث الطبية، لم يكن بالأمر الجديد في فرنسا، فقد بدأ المناداة به منذ مؤتمر الأخلاق الطبية المنعقد في باريس عام 1966<sup>1</sup>، وإلى غاية 2002 حيث توجت هذه الاقتراحات بصدور قانون حقوق المرضى وجودة النظام الصحي، بتاريخ 2002/03/04<sup>2</sup>.

حيث مثل هذا القانون مرحلة هامة في تاريخ المسؤولية الطبية في فرنسا، وقد صدر هذا القانون متضمنا لأربعة أبواب، الأول يتعلق بالتضامن اتجاه الأشخاص

---

<sup>1</sup> - انظر، محمد حسن قاسم، نظرة في تطور المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.278.

<sup>2</sup> - CF , La loi n : 2002-303 du 4 mars 2002, Relative aux droits des malades et à la qualité des système de santé, JOF du 5mars 2002.

المعاقين Solidarité envers les personnes handicapées، والثاني خاص بالديمقراطية الصحية La démocratie sanitaire، والثالث يتعلق بجودة النظام الصحي Qualité du système de santé، أما الرابع فهو الذي يعيننا في بحثنا هذا، يتعلق بتعويض نتائج المخاطر الصحية Réparation des conséquences des risques sanitaires

ومن بين الأسباب التي عجلت بصدور هذا القانون قرار بيروش ( Arrêt Perruche)<sup>1</sup>، الذي تلخص وقائعه في حصول الطفل Nicolas Perruche ووالديه على تعويض بسبب ازدياد هذا الأخير وهو مصاب بمرض Syndrome de Gregg سببه داء الحميراء الذي كانت مصابة به الأم وهي حامل. وقد استندت السيدة Perruche في دعواها على خطأ الطبيب ومخبر التحاليل الذين عجزا عن اكتشاف الداء في الوقت المناسب لتمكينها من إجهاض الجنين<sup>2</sup>.

ولم تكن هذه هي المرة الأولى التي أنشأ فيها المشرع الفرنسي صندوقا خاصا لتعويض المضرورين، بل أنشأ صندوق لتعويض ضحايا مرض الإيدز، ونظرا لأهمية الأحكام الواردة في هذه القوانين، لأنها كانت تتويج لمسيرة من كفاح الفقه والقضاء، وفي إطار الدراسة المقارنة، يقتضي أن نبحث في الفرعين التاليين بيان الأحكام المتعلقة بتعويض المضرورين من المخاطر العلاجية.

## الفرع الأول

---

<sup>1</sup> - Cass.ass.Plén., 17 novembre 2000, n0 99-13701. J.C.P. G 2000, 2, 10438 "Vu les articles 1165 et 1382 du code civil; Attendu qu'un arrêt rendu le 17/12/1993 par la cour d'appel de paris a jugé, de ...Casse et annule, en son entier, l'arrêt rendu le 5 février 1999, entre les partie, par la cour d'appel de paris, autrement composée que lors de l'audience du 17 décembre 1993".

<sup>2</sup> - انظر، مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.299.

## تعويض ضحايا مرض الإيدز

نظرا للتطور الكبير الذي شهدته المسؤولية الطبية، لا سيما في مجال التعويض عن الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية، نادى الكثير من الفقهاء إلى ضرورة تدخل الدولة لتعويض بعض ضحايا الأضرار الجسيمة، وكان ذلك أساسا لحركة تغيير آليات نظم تعويض الأضرار الناشئة عن المخاطر التي تهدد السلامة الجسدية للإنسان. وقد توجت هذه التطورات بظهور صناديق خاصة لتعويض بعض المضرورين، ومن بين أهم الأضرار التي شكلت عقبة أمام التعويض عنها، هي الأضرار الناجمة عن تفشي فيروس الإيدز عن طريق نقل الدم الملوث<sup>1</sup>.

فقد أدى انتشار مرض السيدا إلى تدخل الكثير من الدول لتعويض ضحاياها، حيث تدخلت دولة الدانمارك في عام 1987، وقررت منح كل شخص كان ضحية فيروس السيدا، نتيجة عمليات نقل الدم في المستشفيات الدانماركية، تعويضا قدره 250000 كورون، بما فيهم الأطفال<sup>2</sup>.

وفي بلجيكا كان نظام الصحة قبل سنة 1992 يأخذ على عاتقه المرضى المصابين بالسيدا، وفي أكتوبر 1992، قدم اقتراح إنشاء صندوق لتعويض ضحايا مرض السيدا نتيجة عمليات نقل الدم الملوث بالفيروس، على أن يحل الصندوق محل المضرور في دعواه الاحتمالية اتجاه المسؤول<sup>3</sup>.

وقد أصدر المشرع القانون رقم 1406 لسنة 1991 الصادر بتاريخ 1991/12/31، حيث نص في المادة 47 منه على إنشاء صندوق لتعويض ضحايا الأضرار الناشئة عن الإصابة بفيروس السيدا، الذين أصيبوا عن طريق نقل الدم

---

<sup>1</sup> - انظر، أيمن أبو العيال، المرجع السابق، ص.22.

<sup>2</sup> - انظر، وائل محمود أبو الفتوح، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، 2005، ص.287.

<sup>3</sup> - انظر، نزار كريمة، المرجع السابق، ص.219.

الملوث أو الحقن بمواد مشتقة من مركباته<sup>1</sup>، التي تقع داخل حدود الدولة الفرنسية عن طريق صندوق الضمان المخصص لذلك.

ويقوم هذا الصندوق بتعويض كافة عناصر الضرر المادية والمعنوية، المترتبة على الإصابة بالفيروس، وفقا لتقدير موضوعي وشخصي في نفس الوقت، حيث يتم الاستعانة بجداول ذات معطيات ومحددات قياسية، مع مراعاة المعطيات الشخصية لكل مضرور<sup>2</sup>، بحيث يتوقف مبلغ التعويض الذي يدفعه الصندوق على عمر الضحية، ويزداد هذا المبلغ كلما قل عمر المضرور، ويقل كلما زاد عمره.

كما أن الصندوق لا يقوم بدفع المبلغ جملة واحدة، وإنما يقوم بدفع ثلاثة أرباع مبلغ التعويض، عند ثبوت انتقال العدوى، حيث يكون حاملا للفيروس، أما الربع المتبقي فلا يتم دفعه إلا عن المرض الفعلي، حيث يراعى في هذا التعويض المبالغ الأخرى التي تدفع للضحية، كمبلغ التأمين، أو التعويض الذي يدفع له من قبل المسؤول.

## الفرع الثاني

### تعويض المخاطر العلاجية عن طريق قانون حقوق المرضى الفرنسي لعام 2002

لقد أحدث القانون رقم 303-2002 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي، نظاما خاصا بتعويض الأضرار الطبية الطارئة، والتي شغلت بال الكثير من الفقه والقضاء في فرنسا، حيث قرر أقصى درجات الحماية في الحصول على تعويض عما أصابهم من ضرر، سواء كان الضرر بسبب الخطأ أم بسبب المخاطر الملازمة لطرق العلاج والتشخيص.

---

- يقوم الصندوق المذكور بتعويض ضحايا مرض السيدا بسبب نقل الدم الملوث أو أحد مشتقاته، دون غير ذلك<sup>1</sup> من الأسباب الأخرى كالاتصال الجنسي، أو حقن المخدرات.

- انظر، آمال بكوش، المرجع السابق، ص.292.<sup>2</sup>



وكان هدف المشرع من وراء هذا القانون، كفالة السرعة وتبسيط الإجراءات لحصول ضحايا النظام الصحي على حقوقهم، أضيف إلى ذلك توحيد نظام المسؤولية وحلولها في قطاعي الطب العام والخاص<sup>1</sup>.

### أولاً: تأكيد الخطأ أساساً للمسؤولية الطبية

لقد أضاف قانون 303-2002 مواد جديدة إلى قانون الصحة العامة في فرنسا، ومن هذه المواد المادة L.1142-1 والتي تنص على أنه لا يسأل محترفو الصحة، وهم الأطباء والصيادلة والمرضى، وكذلك كل مؤسسة يتم فيها إنجاز الأعمال الفردية المتعلقة بالوقاية أو بالتشخيص أو بالعلاج، عن النتائج الضارة لتلك الأعمال إلا في حالة الخطأ، وذلك باستثناء الحالة التي تقوم فيها مسؤوليتهم على عيب في مادة أو منتج صحي. وتلزم المؤسسات والأقسام والهيئات المنصوص في الفقرة الأولى بتعويض الأضرار الناجمة عن إلتانات المشافي، باستثناء إذا أثبتت أنها ناجمة عن سبب أجنبي لا يد لها فيه<sup>2</sup>.

وأضاف القانون رقم 806/2004 الصادر بتاريخ 09/08/2004 المتعلق بسياسة الصحة العامة في فرنسا والمعدل للنظام القانوني للبحوث الطبية الحيوية، فقرة ثانية إلى هذه المادة، وتنص هذه الفقرة على أنه؛ عندما لا تقوم مسؤولية مهني أو قسم أو إحدى الهيئات المشار إليها في الفقرة الأولى، أو صانع منتجات صحية، فإن أي حادث طبي

---

- كان من نتاج التطور القضائي للمسؤولية الطبية، ظهور عدم مساواة بين مرضى القطاع العام ومرضى القطاع الخاص، فمن يتلقى العلاج في إطار المرفق الطبي العام، يستفيد من التعويض، أما إذا كان يتلقى العلاج خارج هذا النطاق، أي في نطاق القطاع الخاص، فلا مجال له للمطالبة بالتعويض. انظر، محمد حسن قاسم، نظرة في تطور المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.278.

<sup>2</sup> - CF, Art : L.1142-1 « Hors le cas ou leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, services ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute. Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère. ».

أو إصابة أو التهاب يعطي الحق للمضروب، أو لورثته بعد وفاته، في التعويض باسم التضامن الوطني، عندما تكون هذه الأمراض ناجمة مباشرة عن أعمال متعلقة بالوقاية أو التشخيص أو العلاج، وتكون قد أدت بالنسبة للمريض إلى نتائج استثنائية بالنظر إلى حالته الصحية وكذلك التطور المتوقع لها، وأن تبرز هذه النتائج طابعا جسيما يحدده مرسوم يصدر بذلك، ويقدر طابع الجسامة بالنظر إلى فقدان القدرة الوظيفية، ونتائجها على الحياة الخاصة والمهنية. هذه النتائج التي تقدر بعد الأخذ بالحسبان بصورة خاصة نسبة العجز الدائم أو مدة العجز المؤقت عن العمل. ويعطي الحق في التعويض باسم التضامن الوطني نسبة عجز دائم هي أكثر من النسبة المحددة في جدول خاص يصدر بمرسوم، هذه النسبة التي يجب أن تكون على الأكثر مساوية لـ 25% ومحددة بموجب ذلك المرسوم<sup>1</sup>.

من خلال هذا النص يتضح أن المشرع الفرنسي، ولأول مرة في المجال الطبي، قد كرس الخطأ أساسا للمسؤولية الطبية. حيث جاء بأن مهني الصحة، وكذلك كل مؤسسة خدمة أو هيئة، يتم في نطاقها أعمال فردية للوقاية، أو التشخيص أو العلاج، لا تقوم مسؤوليتها إلا في حالة الخطأ<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> - CF , Art : L1142-2 « Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, services ou organisme mentionné au l ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évocation prévisible de celui -ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'incapacité permanente ou de la durée de l'incapacité temporaire de travail. Ouvre droit à réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale un taux d'incapacité permanents supérieur à un pourcentage d'un barème spécifique fixé par décret ; ce pourcentage, au permanente supérieur à un pourcentage d'un barème spécifique fixé par décret, ce pourcentage, au permanente supérieur à un pourcentage d'un barème spécifique fixé par décret, au plus égal à 25%, est déterminé par ledit décret. ».

<sup>2</sup> - انظر، فواز صالح، المرجع السابق، ص.139.

ولم يحدد النص السابق الخطأ المقصود، ويترتب على ذلك أن الحلول السابقة التي توصل إليها الاجتهاد القضائي، قبل دخول القانون الجديد حيز التنفيذ، تبقى مطبقة، ويترتب على ذلك، أنه لا يشترط في الخطأ الذي يرتكبه الطبيب أن يكون جسيماً.

وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة L1142-1 من خلال نصها على أن مسؤولية المؤسسات والمراكز الصحية عن العدوى التي تنتقل إلى المريض أثناء تواجده بالمستشفى لا ترتفع عنها، إلا بإثبات السبب الأجنبي، مما يعني أن الخطأ في هذه الحالة أصبح مفترضا افتراضا لا يقبل إثبات العكس<sup>1</sup>.

### ثانياً: استحداث نظام التعويض عن المخاطر العلاجية

نظراً لدعوات المضرورين من الحوادث الطبية المطابقة للقانون، والذين لم يسعفهم الحق في الحصول على التعويض عن طريق المسؤولية الطبية، وذلك لانعدام الخطأ، فقد قرر المشرع الفرنسي استحداث نظام للتعويض، يستند إلى التضامن الوطني، وفقاً لما طالبت به جمعيات الحوادث الطبية منذ سنين عدة.

إن تأكيد المشرع الفرنسي على مبدأ الخطأ كأساس للمسؤولية الطبية، لم يمنعه من تضمين القانون الجديد ما يخرج عن هذا المبدأ، حيث استحدث القانون السابق، نظاماً جديداً لتعويض المخاطر العلاجية، فهو يتميز بأنه نظام مستقل عن أي بحث في المسؤولية وفق مفهومها التقليدي، كما أنه نظام تعويض جماعي<sup>2</sup>.

فالتعويض المقصود يتم من خلال صناديق وطنية، تتحمل الدولة تبعاته، فهو لا يؤسس على أساس الخطأ، بل على أساس التضامن القومي.

وقد استتنت المادة من نطاق مسؤولية الطبيب القائمة على الخطأ، مقررته بأنه إذا لم تتحقق مسؤولية القائم بالعمل الطبي، يمكن تعويض الحادث الطبي، والأضرار التي يتحدث نتيجة تعاطي العلاج المقرر، أو تلك الناتجة عن الإصابة بالعدوى.

1 - انظر، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.282.

2 - CF, l'adresse: [www.sos-net.eu.org](http://www.sos-net.eu.org)

وفي ما يلي سنتناول، نطاق التعويض عن المخاطر العلاجية، ثم إلى شروطه، وآليات التعويض عنه.

### أ: نطاق تعويض المخاطر العلاجية

من خلال نص المادة السابقة L1142-1 يتبين، ان نطاق تعويض المخاطر العلاجية يتحدد بثلاث طوائف، هي<sup>1</sup>:

1- الحوادث الطبية: ويقصد بها الحادثة غير المتوقعة، المسببة لضرر طارئ، والناشئة عن الأعمال الطبية، والتي لم يثبت أن تحققها يرجع للخطأ.

2- الأضرار التي يتحدث نتيجة تعاطي الأدوية المقررة: وتشمل جميع الأدوية بمفهومها التقليدي أو غيرها من وسائل الرعاية والعلاج.

3- العدوى التي تصيب المضرور أثناء تواجده بالمستشفى: بشرط ألا يكون مصاب قبل دخوله لها.

هذه المخاطر الثلاثة هي التي يتم التعويض عنها على أساس التضامن القومي، حيث تتسع الأعمال المذكورة لتشمل كافة صور العمل الطبي، بشرط أن تكون ناتجة مباشرة عن أعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج.

هذا وقد اشترط القانون في المخاطر التي يشملها التعويض، أن ترتب أضراراً لها مواصفات معينة.

### ب: شروط التعويض

يستفيد من التعويض باسم التضامن الاجتماعي ضحايا الحوادث الطبية والإصابات الخارجية أو إلتانات المشافي<sup>1</sup>، عندما لا تتوافر أركان المسؤولية بالنسبة للقائم بالعمل الطبي.

- انظر، فواز صالح، المرجع السابق، ص.146؛ وانظر، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.285.<sup>1</sup>

وحتى تعطي هذه المخاطر الحق في التعويض يجب توافر الشروط التالية:

1- يجب أن تكون الأضرار التي لحقت بالمريض أضراراً غير عادية، وذلك بالنظر إلى حالته الصحية وتطورها المتوقع، ويهدف هذا الشرط إلى التمييز بين ما ينتج من إخفاق العلاج وتطور الحالة المرضية للمريض، وبين ما ينجم عن الحادث الطبي.

2- يجب أن تكون هذه الأضرار على قدر من الجسامة من حيث آثارها على المريض، بالنسبة للأضرار التي لا يتوافر فيها هذا الشرط، لا يمكن للمضروب المطالبة بالتعويض عنها. وقد حدد القانون نسبة العجز الدائم الذي يسمح بالتعويض بـ 25%.

### ج: إجراءات الحصول على التعويض

لقد بينا سابقاً أن قانون حقوق المرضى وجودة النظام الصحي الفرنسي، جاء ليقرر تغطية جميع الأضرار الناشئة عن المخاطر العلاجية، حيث حرص على بيان الكيفية التي يمكن من خلالها الحصول على التعويض، فوضع لذلك طريقاً للتسوية الودية، حيث فرقت المادة L.1142 بين تعويض الأضرار على أساس الخطأ المهني في حالة ثبوته، وبين تعويضها على أساس التضامن الوطني في حالة انعدامه.

### 1: التعويض في حالة ثبوت الخطأ المهني

---

<sup>1</sup> لأن الفقه لم يتفق *L'aléa thérapeutique* - تجنب المشرع هنا استخدام مصطلح الضرر أو الاحتمال العلاجي حول تعريف له كما سبق وأن أشرنا إليه.

<sup>2</sup> - انتقد الفقه الفرنسي بشدة هذا الشرط، ذلك أنه يرى فيه نوعاً من التمييز بين ضحايا الحوادث الطبية، كما أن هذه النسبة 25 في المائة هي نسبة يرون أنها عالية، ومن شأنها أن تؤدي إلى حرمان الكثير من المضروبين، -من الذين لم يصل العجز لديهم هذه النسبة- من نظام التعويض باسم التضامن الوطني.

من أجل تسريع حل النزاع ودفع التعويض للمضرورين<sup>1</sup>، وضع القانون إجراءات لحل النزاعات وديا، تقوم بها لجان إقليمية، تسمى اللجنة الإقليمية للمصالحة والتعويض، فقد نظمت ذلك المادة L.1142 إجراءات التعويض في حالة ثبوت الخطأ المهني، عن طريق التسوية الودية.

تتشكل هذه اللجنة<sup>2</sup> من قاض رئيسا، وممثلين عن المرضى، وممثلين آخرين عن أصحاب المهن الصحية والمسؤولين عن المستشفيات والجهات التي تقدم خدمات صحية، وممثل عن المكتب الوطني للتعويض عن العدوى، وممثل عن شركات التأمين، ويمكن لكل مضرور لحقه ضرر ناجم عن عمل وقائي أو تشخيصي أو علاجي، أو لورثته في حال وفاته طبقا للمادة L.1142-7<sup>3</sup>، رفع النزاع إلى اللجنة، ويجب أن يكون الطلب مرفقا بالأدلة، وبخاصة تقرير طبي يبين فيه بدقة، الأضرار التي لحقت به.

وينعقد اختصاص اللجان الجهوية للتسوية بالنظر في طلبات التوفيق، في المنازعات المتعلقة بالأضرار التي لم تبلغ درجة معينة من الجسامه، وذلك بالنسبة لكافة الحالات التي تتعلق بعدم كفاية الرعاية الطبية.

---

- انظر، فواز صالح، المرجع السابق، ص.150. وفي الحقيقة أن قبل صدور قانون حقوق المرضى لعام 2002،<sup>1</sup> كان ضحايا الحوادث الطبية يشكون من طول دعاوى المسؤولية وإجراءات المطالبة بالتعويض، وتعقيداتها، والنفقات الباهضة التي تتطلبها، وتحت ضغط مطالب جمعيات ضحايا الحوادث الطبية، أصدر المشرع الفرنسي هذا القانون، من أجل إسعاف المضرورين من المخاطر العلاجية.

<sup>2</sup> - CF, l'article L.1142-6 dispose que « Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et aux infection nosocomiales, sont présidées par un magistrat de l'ordre administratif ou un magistrat de l'ordre judiciaire, en activité ou honoraire, elle comprennent notamment des représentants des personnes malades et des usagers du système de santé, des professionnels de santé et de responsables d'établissements et des services de santé, ainsi que des membres représentant l'office institué à l'article L.1142-22 et les entreprises d'assurances. »

<sup>3</sup> - CF, l'article L.1142-7 dispose que « La commission régionale peut être saisie par toute personne s'estime victime d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostique ou de soins, ou les cas échéant, par son représentant légale, elle peut également être saisie par les ayants droit d'une personne décédée à la suite d'un acte de prévention, de diagnostique ou de soins. »

حيث تفتتح إجراءات المصالحة أمام اللجنة الإقليمية التي يقع في دائرة اختصاصها مقر نشاط المهني أو المتسبب في الضرر، وذلك عن طريق خطاب مسجل مع إشعار بالوصول، يتضمن بيانات الطالب وخصمه، وطلبات الصلح، مرفقا بالوثائق الثبوتية. وتقوم اللجنة بعدها بإخطار المهنيين المعنيين، وتحدد لهم جلسة للسماع والمصالحة، وتسجل نتيجة الجلسة بوثيقة توقع من طرف الطرفين، تسلم منها نسخة لمقدم الطلب.

وقد أوكل القانون إلى اللجنة المذكورة التوصل إلى تسوية ودية، فيما بين المضرورين وشركات التأمين الملزمة بأداء قيمة التعويض، في حالة ثبوت مقدم الرعاية الصحية، حيث تقوم بإبداء الرأي في حول ما إذا كان الضرر يرجع إلى الخطأ المهني أم إلى المخاطر الملازمة للعلاج والتشخيص<sup>1</sup>.

فإذا قررت اللجنة أن الضرر يرجع إلى الخطأ المهني، تكون شركة التأمين ملزمة بدفع التعويض للمضرور أو ذوي حقوقه، في حدود السقف الأعلى الذي تنص عليه عقود التأمين، وذلك خلال أربعة أشهر من إخطارها برأي اللجنة<sup>2</sup>.

ويمكن لشركة التأمين رفض التكيف في الأحوال التي ترى فيها أن الضرر يعزى للمخاطر العلاجية، أو لا يعزى لمقدم الرعاية، إقامة دعوى حلول للمطالبة بقيمة ما دفعته ضد المكتب الوطني للتعويض، أو ضد الغير المسؤول الحقيقي عن الضرر.

## 2: التعويض في حالة المخاطر الطبية

<sup>1</sup> - انظر، آمال بكوش، المرجع السابق، ص.299.

<sup>2</sup> - CF, l'article L.1142-14 dispose que « Lorsque la commission régionale de conciliation et d'indemnisation, des affections iatrogènes et aux infection nosocomiales, estime qu'un dommage relevant du premier aliéna de l'article L.1142-8 engage la responsabilité d'un professionnel de santé, d'un établissement de santé, d'un service de santé ou d'un organisme mentionné à l'article L.1142-1, ou d'un producteur d'un produit de santé mentionné à l'article L.1142-1, l'assureur qui garantit la responsabilité civile de personne considérée comme la responsable par la commission adresse à la victime ou à ces ayant droit, dans un délai de quatre mois suivant la réception de l'avis, une offre d'indemnisation visant à la réparation intégrale des préjudices subie dans la limite des plafonds des garantie des contrat d'assurance.

في الحالة التي يلحق فيها المريض ضررا لا يعزى للخطأ المهني، وإنما يعزى إلى المخاطر التي قد تصاحب التشخيص والعلاج، ورغبة من المشرع الفرنسي في تعويض هؤلاء من المضرورين، فقد استحدث بموجب القانون 303-2002، آلية لضمان تعويضهم، خاصة أنه لا يمكن نسبة الخطأ إلى مسؤول محدد.

ولتمكين المريض المضرور من الحصول على التعويض المناسب، وكذا حماية ممارسي المهنة الطبية، ألزم قانون 2002/03/04 الأطباء وجميع المؤسسات الصحية بالتأمين الاجباري من المسؤولية المدنية والإدارية، وقد عاقب على عدم الالتزام بذلك بغرامة 45000 أورو<sup>1</sup>.

وقد دخلت هذه القاعدة حيز التنفيذ بموجب القانون رقم 1577-2002 الصادر بتاريخ 2002 والمتعلق بالتأمين من المسؤولية المدنية الطبية، وبناء عليه يستفيد المريض في فرنسا من نظام مزدوج للتعويض عن الأخطاء الطبية، التعويض عن طريق المسؤولية المدنية في حالة ثبوت خطأ الطبيب، والتعويض عن الحوادث التي لا يمكن نسبتها إلى خطأ الطبيب على أساس التضامن الوطني<sup>2</sup>.

ويعد هذا النظام خير نموذج وأنجع حل لتعويض المضرورين من أعمال العلاج والتشخيص، الذين يعوزهم نسبة الخطأ إلى مسؤول معين، وبالتالي نرى أن هذا القانون يمثل تقدما ملحوظا في مجال المسؤولية الطبية، وذلك بتكريسه تشريعا للتعويض عن المخاطر العلاجية، والتي يتحمل عبئها الجماعة إعمالا لمبدأ التضامن القومي.

والواقع أن المكتب الوطني (ONIAM)، وبمجرد أن تقدر اللجنة الإقليمية للتوفيق أن الضرر الذي لحق بالمضرور قابل للتعويض وفقا لأحكام هذا القانون، يلتزم في خلال أربعة أشهر من تاريخ إخطاره برأي اللجنة، أن يقدم عرضا بالتعويض الكامل للمضرور أو خلفه. ويتخذ هذا العرض شكل عرض مؤقت إلى أن يتسلم المكتب إخطارا بمقدار الضرر النهائي الذي استقر عليه وضع المضرور، حيث يلتزم

<sup>1</sup>- CF, L'art .1142-2 du C.S.P.Fr.

<sup>2</sup>- انظر، مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.303.



بمجرد تلقيه ذلك الإخطار، بتقديم عرض نهائي خلال مدة لا تتجاوز الشهرين للمضرور، ويلتزم بدفع قيمة التعويض خلال شهر من تاريخ استلامه رد هذا الأخير بالموافقة على العرض المقدم له<sup>1</sup>.

وبعد تلقي الطلب المقدم من طرف المضرور أو ورثته في حالة وفاته، تقوم اللجنة بالتحقق من شرط جسامه الضرر، بالاستعانة بخبير، فإما أن تنتهي اللجنة إلى وجود خطأ، مما يستوجب مسؤولية القائم بالعمل الطبي. وعلى اللجنة في هذه الحالة إخطار المضرور بذلك، مع إعلامه بإمكانية اللجوء إلى التسوية الودية، أي دعوة المؤمن الضامن للمسؤول عن الضرر. وإما أن ترى اللجنة أن الضرر ينتمي إلى نطاق الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية، المنصوص على تعويضها بعنوان التضامن الوطني، فعلى اللجنة رفع المر إلى الهيئة المكلفة بذلك، وهي المكتب الوطني لتعويض الحوادث الطبية.

## المطلب الثاني

### تعويض الأخطار العلاجية في القانون السويدي

في إطار السعي لتحقيق حماية أفضل للمضرورين ضحايا الأنشطة الطبية العلاجية، فقد تبنت دولة السويد نظاما متميزا لتعويضهم، حيث أبرم الاتفاق الوطني

---

<sup>1</sup> - Le paiement doit intervenir dans un délai d'un mois à compter de la réception par l'office de l'acceptation de son offre par la victime, que cette offre ait un caractère provisionnel ou définitif. Arti.L.1142-14 Dispose dans son 4em aliéna: "L'offre a un caractère provisionnel si l'assureur n'a pas été informé de la consolidation de l'état de la victime, l'offre définitive doit être faite dans un délai de deux mois à compté de la date à laquelle l'a assureur a été informé de cette consolidation..".

سنة 1975 بين اتحاد أربع شركات للتأمين وإدارة المستشفيات العامة، التنظيمات النيابية للأطباء، الدولة أو البلديات لأجل إعطاء العلاجات في المدارس والمراكز الطبية، حيث توج هذا الاتفاق باستفادة المرضى بالتعويض التلقائي عن الخطر العلاجي المرتبط بالأنشطة العلاجية، حيث وضع هذا الاتفاق عدة مبادئ للتعويض منها:

- ضرورة إثبات رابطة سببية بين العمل الطبي والأضرار الجسيمة الناتجة عنه

- يشمل التعويض العجز المؤقت لمدة تتجاوز 4 أيام والتعويض عن الآلام الجسمانية، العجز الدائم، العلاجات والنفقات وتكاليف الجراحة.

وقرر الاتفاق أن التعويض عن مختلف الأضرار يكون جزافيا، وصدر الاتفاق الثاني في سنة 1978 لأجل التعويض عن الخطر العلاجي المرتبط باستخدامات الأدوية، وتكاد تكون قواعد التعويض المقررة مشابهة للقواعد المنصوص عليها في الاتفاق الأول<sup>1</sup>. وعليه نبحت هذا التدخل التشريعي (الفرع الأول)، ثم نبحت مقتضيات هذا النظام (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### التدخل التشريعي السويدي لتعويض المخاطر العلاجية

تدخل المشرع السويدي لتكريس نظام لتعويض المضرورين ضحايا المخاطر العلاجية، وذلك بمقتضى القانون رقم 799 لسنة 1996 المتعلق بتعويض المرضى، والذي يعتبر مستقلا عن منظومة الضمان الاجتماعي القائم على فكرة التأمينات

---

<sup>1</sup> - انظر، ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.89.

الاجتماعية، فهو يقع في مرتبة وسطى بين نظامي المسؤولية الفردية والمسؤولية الجماعية<sup>1</sup>.

والواقع أن هذا النظام وإن كان قائماً على فكرة التأمين، فإنه يتجه نحو إعمال المسؤولية دون خطأ في المجال الطبي، وهو ما جعله يوصف بأنه تأمين لا خطئي، وهو أيضاً ما يميزه عن التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء.

وتتجلى أهمية التفرقة بينهما في أن غاية نظام التأمين المباشر هو ضمان حق المرضى في حصولهم على تعويض عادل، عما لحقهم من أضرار، بينما التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء - وإن كان إلزامياً- فهو لا يهدف إلى هذه الغاية، ذلك أنه يهدف إلى ضمان المؤمن للآثار المالية التي يطالب بها المهني نتيجة لتحقق مسؤوليته، التي لا تقوم وفقاً للقواعد العامة، إلا في حالة وجود خطأ من جانبه، فهو تأمين من الدين فرضته الضرورات إزاء احتمالات المخاطر التي باتت تلازم العمل الطبي<sup>2</sup>.

ويقوم نظام التأمين المباشر للمرضى في السويد على ثلاث مرتكزات أساسية نتناولها في الفرع الموالي:

## الفرع الثاني

### مقتضيات النظام السويدي

لقد كرس المشرع السويدي حماية للمضرورين من المخاطر العلاجية، من خلال إصداره للقانون رقم 799 بتاريخ 1996، المتعلق بحقوق المرضى، حيث أقر ضمان للمضرور مفاده اقتضاء تعويض مناسب عن كافة الأضرار التي تصيبه في المجال الطبي، بغض النظر عن توافر خطأ القائم بالعمل الطبي.

---

<sup>1</sup> - انظر، آمال بكوش، المرجع السابق، ص.305.

<sup>2</sup> - انظر، عبد الرشيد مامون، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص.64؛ وانظر، محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد 6، عقود التأمين من الناحية القانونية، دار الثقافة، عمان، 2008، ص.17.

وقد حدد المشرع السويدي مجال تطبيق هذا القانون من خلال المادة 6 منه، حيث نص على أن أحكام هذا القانون تغطي تعويض الأضرار الجسدية التي تحيق بالمريض شريطة وجود احتمال قوي لكونها ناتجة عن خضوعه لإجراء طبي<sup>1</sup>.

ونرى أن المشرع هنا قد خفف شروط قيام المسؤولية لصالح المضرور، حيث لم يتطلب توافر الخطأ لقيام مسؤولية القائم بالعمل الطبي، بل تطلب وجود ضرر لحق بالمريض، بل ذهب إلى أكثر من ذلك بنصه [على كفالة الحق في التعويض متى كانت قرائن الأمور ودلالاتها ترجح أن التعويض ناجم عن عمل طبي ضار.

ويشمل هذا النظام مجموعة من الأضرار الناتجة عن تلقي الرعاية الطبية<sup>2</sup> هي:

-1 كافة الاختبارات والفحوص الطبية، وأعمال الرعاية الصحية، والإجراءات العلاجية، وكل الإجراءات المماثلة بشرط أن يكون من الممكن تجنب الضرر إما بتطبيق الإجراء الذي سبب الضرر بطريقة تختلف عن الطريقة المطبقة، وإما باللجوء للإجراءات الأخرى المتاحة والتي من شأنها أن تحقق أقل خطورة على المضرور.

---

<sup>1</sup> -CF. L'article 6 la loi du 799 -1996, dispose: " L'indemnisation du préjudice subi par les patinons couvre les dommages corporels subi par les patinons à condition qu'il existe une forte probabilité que le dommage ait été causé par:

1- Un examen médical, des soins, un traitement ou toute autre mesure analogue, à condition que le dommage ait peut évité soit en réalisant de façon différente le procédé choisi, soit par le choix d'un autre procédé accessible et pour le quel un jugement médical effectué après coup aurait conclue qu'il satisfait aux besoins d'une manière risquée pour la santé,

2- Un vice dans l'dans l'instrument technique ou matériel médical utilisé pour l'examen, les soins, le traitement ou toute autre mesure analogue ou dans l'utilisation incorrecte de cet instrument médical,

3- un diagnostique incorrect,

4- La transmission de garmes qui provoquent une infection suite à un examen, des soins, un traitement ou toute autre mesure analogue,

5- Un accident survenu dans le cadre d'un examen, de soins d'un traitement ou de toute autre mesure analogue ou lors du transport du malade.....,

6- La prescription ou la délivrance de médicament contraire aux ordonnance ou instructions.....".

- انظر، آمال بكوش، المرجع السابق، ص.308 وما بعدها.<sup>2</sup>

- 2- الأضرار الناتجة عن عيوب في الأجهزة التقنية أو المواد الطبية المستخدمة في إجراء الفحوص الطبية أو في العلاج أو أي إجراءات موازية، والأضرار التي تعود إلى الاستعمال غير السليم لهذه الأجهزة.
- 3- الأضرار الناشئة عن التشخيص غير الدقيق أو الخاطئ، حيث يتم التعويض عنها حتى لو تدخلت في هذه المرحلة منتجات طبية.
- 4- نقل الجراثيم التي تتسبب في انتقال العدوى في إطار فحص طبي أو رعاية أو علاج أو أي إجراء آخر.
- 5- الأضرار الناجمة عن الحوادث الطارئة، في إطار إجراءات الفحص الطبي، أو العلاج، أو الرعاية، وذلك أثناء نقل المريض أو في حالة الحرائق، وجميع الأضرار الأخرى التي قد تطرأ أثناء المعدات الطبية، أو في أماكن العلاج.
- 6- الأضرار الناتجة عن وصف أو تقديم أدوية تخالف الوصفات أو التوجيهات الطبية.

يتضح من خلال هذا السرد للأضرار التي يحق للمريض التعويض عنها، أن المشرع السويدي قد توسع في نطاق التعويض، ليشمل جميع الأضرار التي تحدث أثناء تلقي الرعاية الصحية، وذلك دون تفرقة بين القطاع العام والخاص، والمسؤولية الخطئية وغير الخطئية.

بعد دراسة هذه الأنظمة، نبحت الآليات القانونية التي اقترحها الفقه لأجل تغطية الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية، في ظل قصور قواعد المسؤولية، وغياب النصوص الخاصة، خاصة وأن المشرع الجزائري لم يذهب بعيدا في هذا المجال.

## المبحث الثاني

### آليات تغطية المخاطر العلاجية

نتيجة لزيادة المخاطر العلاجية، والتي نجم عنها الكثير من المشكلات، لكون الخطر لا ينبئ بنفسه قبل قدومه، ولأن التعويض المادي في قضية من القضايا قد لا يمكن للطبيب تغطيته في بعض الأحيان، ورغبة من الفقه في تحقيق المعادلة التي من شأنها التوفيق بين مصلحة المريض في التعويض، ورغبة الطبيب في توقي قيام مسؤوليته، فكر في إيجاد نظم وآليات تكفل الحماية للطرفين، فتضمن تعويض المضرور من جهة، وتحصن الطبيب ضد أخطائه من جهة أخرى.

ومما زاد الأمر تعقيدا ظهور الاكتشافات العلمية والتقدم التكنولوجي في مجال العلوم الطبية، وازدياد آمال المرضى بالشفاء معها، ونظرا لتأثير وسائل الإعلام على المرضى للمطالبة بحقوقهم تارة، ومهاجمة الأطباء تارة أخرى، ما أدى إلى إثقال كاهل الأطباء بازدياد عدد الدعاوى المعروضة أمام القضاء، وهو ما أدى إلى ظهور العديد من النظم القانونية، ومنها؛ الأنظمة الجماعية في التعويض (المطلب الأول)، والتأمين في المجال الطبي (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### الأنظمة الجماعية في التعويض

نظرا للصعوبات التي يتلقاها المرضى في سبيل الحصول على التعويض الجابر للضرر، فقد نادى الكثير من الفقهاء<sup>1</sup> إلى ضرورة توفير حماية فعالة لهؤلاء المرضى،

---

<sup>1</sup> - CF, Savatier. René, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, 1<sup>er</sup> série, 3 ed, 1964, p.333.

نتيجة للمخاطر المستحدثة المصاحبة للعمل الطبي، وقد استجاب القضاء لهذا النداء من خلال تكريسه لقرارات متميزة تعبر عن اجتماعية المسؤولية والتعويض.

والمسؤولية الجماعية لا تعدو أن تكون التزاما بالتعويض يقوم استقلالاً عن فكرة الخطأ، ولكنها تستند كما رأينا إلى مفاهيم أخرى كفكرة تحمل التبعة، أو الحراسة أو الضمان أو التضامن الاجتماعي، وتجلت هذه الأنظمة في عدة صور أهمها تأمين الأضرار والمسؤولية، التأمينات الاجتماعية، والصناديق القومية للضمان<sup>1</sup>.

فلم تعد المسؤولية التقليدية القائمة على الخطأ كافية لحماية المضرورين، فظهرت أسس عديدة للالتزام بالتعويض، وكان ذلك بمثابة ترجمة تشريعية للإحساس العام بالعدالة الذي يتجه إلى ضرورة تعويض ضحايا المخاطر العلاجية، وتحويله إلى واقع قانوني مناوئ لروح القواعد التقليدية للمسؤولية الفردية المتلائمة مع المعطيات المعاصرة لمرحلة إرساء المسؤولية في القانون المدني الفرنسي سنة 1804<sup>2</sup>.

ولغرض تحقيق أفضل حماية للمضرورين من المخاطر العلاجية، خاصة وأن هذه الأضرار من قبيل الأضرار الجسمانية، التي تقتضي حماية خاصة، فقد نادى الفقه<sup>3</sup> بضرورة وجود التزام جماعي بالتعويض لا يقوم على الخطأ، وإنما على أساس التضامن الاجتماعي، من خلال التزام الكيان الاجتماعي بتعويض الأضرار التي تصيب أفرادها، والتي من شأنها الإخلال باستقراره، وذلك من خلال الأنظمة الجماعية للتعويض.

والواقع أن هذا التوجه هو السائد في الوقت الراهن نحو حماية المضرور الضعيف، والأخذ بيده لتمكينه من جبر ضرره والحصول على التعويض بأيسر الطرق، وذلك نتيجة لزيادة المخاطر وتعاضم الأضرار التي باتت تهدد الأفراد في عصر الآلة.

---

<sup>1</sup> - انظر، آمال بكوش، المرجع السابق، ص.312.

<sup>2</sup> - CF, Hubert. F, Socialisation des risques et responsabilité individuelle, thèse, Paris, 1947, p.10.

<sup>3</sup> - انظر، طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص.22.

وهو ما استدعى التوسع في الأخذ بالمسؤولية الموضوعية في شتى الصور، سواء من خلال تكريس تشريعات خاصة، أو من خلال الدور الرائد للقضاء<sup>1</sup>.

ولقد بات تدخل الدولة للتعويض أمر لا غنى عنه، باعتبارها المدين الأكبر والأقدر على تعويض المضرورين، حيث أنه في كل مرة لا يجد فيها المضرور مدينا موسرا غير قادر على السداد، أو عند عدم وجود الخطأ، أو عدم إمكانية نسبته لشخص معين، تجد الدولة حينها ملزمة بالتدخل باعتبارها المدين النهائي بالتعويض<sup>2</sup>.

وقد أصل الفقيه (R.Savatier) لفكرة الأنظمة الجماعية للتعويض، وذلك بمناسبة رصده للنتائج التي أسفر عنها الاتجاه نحو المسؤولية الموضوعية، حيث ظهرت المسؤولية القائمة على أساس تحمل التبعة، وبرزت فكرة التأمين، مشيرا إلى قيام الأنظمة الجماعية للتعويض والتزامها إلى جانب المسؤول، وأن ذلك إيذان ببدا عصر اجتماعية المسؤولية والتبعات الفردية، بعد أن عجزت المسؤولية الفردية عن توفير الحماية للمضرور في عصر الآلة والمشروعات الصناعية الكبيرة<sup>3</sup>.

وفي الحقيقة اعتبر الفقيه R.Savatier أن ظهور الذمة الجماعية التي تمثل التزام المجتمع بالتعويض، ما هي إلا دليل على إفلاس الأفكار التقليدية، التي تقوم على إسناد المسؤولية لشخص واحد. ولتحقيق اجتماعية المسؤولية وجب توافر نوعين من الوسائل والآليات، آليات مباشرة وآليات غير مباشرة.

### أولاً: الآليات غير المباشرة

<sup>1</sup> - CF, Hubert. F, op. Cit, p.11.

<sup>2</sup> - انظر، محمد نصر الدين منصور، ضمان تعويض المضرورين بين قواعد المسؤولية الفردية واعتبارات التضامن الاجتماعي، ص.175. نقلا عن أمال بكوش، المرجع السابق، ص.315. من غير العدل أن يلقي على عاتق المتسبب في الضرر بعبء غير متناسب مع جسامته التقصير المنسوب إليه، فذلك وإن كان أفضل من ترك هذا العبء يقع على عاتق المضرور الذي يخلو مسلكه من أي عيب، إلا أنه من شأنه أن يولد إحساسا مثيرا للزعيمه وقاتلا لروح المبادرة الفردية، لاستحالة تلافى كل المخاطر، ولهذا بات من الضروري أن تنهض هذه الجماعة بهذا العبء عن طريق توزيعه على عدد كبير من الذمم المالية.

<sup>3</sup> - CF, Savatier, René, personnalité et dépersonnalité de la responsabilité, Longes laborde de la coste, Paris, 1963, p.32.



تتمثل في نظام التأمين من المسؤولية الطبية، حيث يمكن للمضرور الحصول على التعويض الجابر للضرر الذي لحقه، وذلك بالرجوع مباشرة على المؤمن.

### ثانياً: آليات مباشرة

وتشمل هذه الوسائل صناديق التعويض، كصناديق تعويض مرضى الإيدز والحوادث الطبية، من خلالها يتم تعويض المضرورين، في الحالات التي يتعذر فيها تعويضهم عن طريق المسؤولية الفردية.

والواقع أن أنصار اجتماعية المسؤولية<sup>1</sup> لم يروا مانعاً من بقاء المسؤولية الفردية، من خلال تقنية تمنحها استقلالية في أداء الوظيفة الرادعة للأخطاء المسببة للأضرار وهو ما من شأنه تحقيق التعايش بين النظامين المتكاملين، نظام المسؤولية الفردية واجتماعية التعويض. غير أنهم تساءلوا عن مآل المسؤولية المدنية في ظل هذا التحول من الفردية إلى الاجتماعية، وما إذا كان ازدياد أعباء الاجتماعية العامة للأخطار من شأنه أن يؤدي إلى إضعاف النظم الجديدة، نتيجة العقوبات الناجمة عن نظم غير ثابتة تتداخل فيها العلاقات بين المضرورين والمؤمنين والمسؤولين.

ومن المؤكد أن الحل المثالي لهذه العقوبات يكمن في جعل الفرد مسؤولاً عن الأضرار التي ألحقها بالغير، متى نشأت عن خطأ منه، حيث لا يمكن استبعاد الخطأ، إذ من غير العدالة أن يتحمل المجتمع تبعه الضرر الناتج عن خطأ الشخص، خاصة إذا كان جسيماً، والقول بذلك من شأنه زعزعة نظام المسؤولية برمنه. لذلك فإن نظام المسؤولية الفردية يبقى راسخاً، غير أنه يجب تعويض المضرورين الذين لا يمكن لهم نسبة الخطأ إلى شخص معين، أو الذين لحقتهم أضرار جراء التبعات الطبية<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني

#### التأمينات الإلزامية

<sup>1</sup> - انظر، آمال بكوش، المرجع السابق، ص.318.

<sup>2</sup> - CF, Savatier, René, op. Cit, p.36.

لقد أصبح للتأمين من المسؤولية الطبية دور بارز وأهمية قصوى في العصر الحديث، بعد أن أصبحت ممارسات الأطباء تحفها الأخطار من كل جهة، بسبب تطور مهنة الطب وشيوع الآلة وانتشار استعمال الأجهزة الطبية الحديثة، نتيجة تقدم العلوم والتكنولوجيا.

كل هذا التطور هذا التطور العلمي والتكنولوجي، وكل هذه العوامل ضاعفت من الدعاوى المطروحة أمام القضاء، مما دفع الرعب في نفوس مقدمي الرعاية الصحية، وفي ظل هذه المعضلة، كان لا بد من التفكير في آلية فعالة من شأنها أن تبعث الطمأنينة لدى المرضى والأطباء على السواء، وهو ما جعل الناس يلتمسون في التأمين حلاً يقيهم شر هذه الأخطار<sup>1</sup>. الأمر الذي يدفعنا إلى البحث حول مفهوم التأمين (الفرع الأول)، ومدى فاعليته في المجال الطبي (الفرع الثاني)، ثم نتناول شروطه (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### مفهوم التأمين

---

- انظر، فاطمة الزهراء منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1،<sup>1</sup> 2012، ص.353.

يعرف عقد التأمين بأنه "عقد بموجبه يؤمن المؤمن له، من الأضرار التي تلحقه من جراء رجوع الغير عليه"<sup>1</sup>، أو هو عقد يضمن بموجبه المؤمن الأضرار التي تعود على المؤمن له، من دعاوى الغير عليه بالمسؤولية<sup>2</sup>.

وقد عرفت المادة 56 من قانون التأمينات الصادر بالأمر رقم 07-95 التأمين من المسؤولية بأنه يضمن بموجبه المؤمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له بسبب الأضرار اللاحقة بالغير<sup>3</sup>.

يقوم التأمين على إعفاء المؤمن له من العبء المالي الذي الناتج عن تحقق الخطر، وتوزيع المخاطر على عدد كبير من الأضرار، فهو يهدف إذن إلى تغطية الزيادة التي قد تصيب العنصر السلبي للذمة المالية للمؤمن له<sup>4</sup>.

وقد نادى الفقه منذ 1930 بضرورة تأمين المرضى على أنفسهم، عن مخاطر العمليات الجراحية، على اعتبار أنه سيجعل المرضى آمنين ضد المخاطر التي قد تحيق بهم من جهة، ويجعل الأطباء كذلك آمنين من ناحية دعاوى المسؤولية المهددين بها.

وقد ظهر التأمين من المخاطر العلاجية لأول مرة على يد الفقيه Brisard الذي أسس لفكرة تأمين المريض المقدم على عمل جراحي علاجي أو تجميلي، ضد الخطر الناجم عن ضعف مقاومة جسمه لظروف غير معروفة<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> - انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الجزء السابع، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص.1241.

<sup>2</sup> - C'est ainsi que les médecins du secteur privé, contractent une assurance en responsabilité civile, en prévision des dommages qu'ils sont susceptibles de créer et don't ils ont l'obligation de réparer. CF, M.M.Hannouz, A.R.Hakem, Précis de droit médical a l'usage des praticiens de la médecine et du droit, o.p.u, Alger, 2000, p.19.

<sup>3</sup> - انظر، أمر رقم 07-95 مؤرخ في 1995/01/25، ج.ر رقم 13، س.1995. المتضمن قانون التأمينات.

<sup>4</sup> - وفي هذا النوع من التأمين من الأضرار يكون الضرر الذي يصيب الذمة المالية للمؤمن له غير مباشر، بمعنى أنه يجب أن يكون هناك أولا ضررا يصيب شخصا من الغير، سواء في جسده أو في ماله، وهذا الضرر هو الذي يتحمل المؤمن له، بطريقة غير مباشرة نتائجها المالية حين يلزم بتعويض هذا للغير.

<sup>5</sup> - انظر، آمال بكوش، المرجع السابق، ص.326.

وقد ظهرت فكرة التأمين التكميلي Assurance complémentaire، التي تقوم على تعويض المضرور من الحوادث غير المتوقعة، التي قد تلحق بالمضرور أثناء التدخل الجراحي، دون تحريك لمسؤولية الطبيب الجراح، وبذلك يكتسب صفة التأمين التكميلي لتغطية الأضرار التي تخرج عن نطاق التزامات الطبيب ببذل العناية اللازمة، بالنسبة للأضرار الطارئة وغير المتوقعة، والتي لا يمكن نسبتها إلى شخص معين<sup>1</sup>.

وانطلاقاً من هذه الأفكار فقد ذهب بعض الفقه<sup>2</sup> إلى ضرورة الاستغناء عن النظام التقليدي في المسؤولية الطبية والتخلي عن نظامها المبني على أساس الخطأ، وإقامة أساس آخر للتعويض، يتمون من التأمين الطبي التعويضي الذي يغطي كل النتائج غير العادية للعلاج والتدخل الجراحي، ويقوم على الأقساط التي يدفعها الأطباء.

وتبدو أهمية التأمين جلية في مدى الازدهار الذي شهدته المسؤولية المدنية، حيث اتسع نطاقها بظهوره، معززا لوظيفتها التعويضية، وهو ما من شأنه تحصين الفرد من المسؤولية، أي ينأى به عن المساءلة عن الأضرار التي تلحق بالغير مهما كانت درجة خطئه.

وقد ظهر التأمين الإلزامي من المسؤولية الطبية، الذي قرر المشرعون أحكامه بفرض العديد من النصوص الآمرة، مشكلا دورا بارزا في حماية المسؤول مقدم الرعاية الصحية، وضمانا مهما للمضرور، مشكلا لدعامة قوية لنظام المسؤولية المهدهد بالانهيار بسبب الإفلاس شبه المطلق لنظام المسؤولية، خاصة في مجال الأضرار الجسيمة، حيث يكون مقدار التعويض غير متكافئ مع ذمم الأفراد<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - انظر، سعيد مقدم، التأمين والمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.28 وما بعدها.

<sup>2</sup> - انظر، عبد الرشيد مامون، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص.53.

<sup>3</sup> - انظر، فاطمة الزهراء منار، المرجع السابق، ص.360.

وقد أخذ المشرع الجزائري بالزامية التأمين، على غرار التشريعات الأخرى، وتجسد ذلك في القانون رقم 95-07 المؤرخ في 25/01/1995<sup>1</sup>.

كما ساهم التأمين في اتساع دائرة المسؤولية الموضوعية، حيث عزز فكرة تحمل التبعة كأساس لتعويض المضرورين، وقد تزامن ذلك مع اتساع مسؤولية الفرد لتتجاوز النطاق الشخصي، حيث بات مسؤولاً عن أمور تتجاوز سيطرته، لتتعداها إلى أفعال التابعين والأشياء.

فالتأمين ضد مخاطر المهنة يتطلب ثلاثة شروط<sup>2</sup>:

1- حصول المريض على حقوقه الكاملة والتعويض المادي عن الضرر الذي لحق به من جراء عمل طبي أو إهمال أثبت القضاء بأن مسؤوليته تقع على الطبيب.

2- توفير الحماية الكاملة للطبيب، من خلال تحمل شركة التأمين دفع التعويض الذي تسبب فيه.

3- ضمان استمرار شركة التأمين في التعاطي مع الأطباء بالالتزام تام بتطبيق جميع بنود عقد التأمين المبرم بينهما.

وصفوة القول أن التأمين في نطاق المسؤولية الطبية سواء كان اختيارياً أو إجبارياً، فقد وفر حماية للمضرور، من خلال التعويض الذي يوفره عن الأخطار العلاجية غير المحتملة، والتي لا يمكن نسبتها إلى خطأ الطبيب، كما وفر حماية أيضاً للطبيب إزاء الدعاوى المهدد بها، بمناسبة أخطائه التشخيصية أو العلاجية. لينتهي بنا القول إلى أن نظام التأمين قد وجد فيه الفقه والقضاء طموحهما حول البحث عن الآليات التي من شأنها تجسيد الحماية للمضرورين من المخاطر العلاجية.

---

- هذا القانون قد ألغى قانون رقم 80-07 المؤرخ في 09/08/1980، انظر، أمر رقم 95-07 مؤرخ في 1<sup>1</sup> 25/01/1995، ج.ر رقم 13، س.1995.

- انظر، سهيل يوسف الصويص، المرجع السابق، ص.218.<sup>2</sup>

## الفرع الثاني

### مدى فاعلية التأمين في المجال الطبي

يتمثل محل عقد التأمين من المسؤولية الطبية في ضمان المؤمن للآثار المالية الناجمة عن دعوى المسؤولية المدنية ضد المؤمن له<sup>1</sup>، فهو يغطي إذن المسؤولية المدنية للطبيب نتيجة الضرر الذي وقع على المريض بسبب أخطاء في التشخيص أو العلاج، وبصفة أعم عن كل العمال الطبية الصادرة منه.

ويشمل التأمين من مسؤولية الطبيب المدنية، الحوادث الناجمة التي تسببها المنقولات المستخدمة في علاج المريض، وما يصدر من أعمال طبية من مساعدي الطبيب<sup>2</sup>، ما دام الطبيب قد استعان به أثناء القيام بالعمل الطبي.

هذا وقد لقي التأمين كآلية لتغطية المخاطر العلاجية عدة انتقادات، حيث رفضه البعض، على أساس أن هذا النظام يؤدي إلى عدم العدالة، ذلك أن الطبيب الممتاز والناجح في عمله، يجد نفسه مساهما في تعويض الخطأ الذي يقع من غيره المهمل، كما أن هذا النظام قد يؤدي إلى الاتكال وعدم الرعاية والإهمال<sup>3</sup>.

كما أن فكرة التأمين في المجال الطبي قد أثارت صعوبات، في مجال كيفية تحديد الضرر الذي يغطيه التأمين، حيث اقترح بعض الفقهاء وجب التفرقة بين الضرر المألوف وغير المألوف، والضرر العادي وغير العادي، وأن التأمين يقتصر فقط على

---

- لقد فرق الفقيه السنهوري بين التأمين من المسؤولية والتأمين من الإصابات، فهما يتشابهان في كون كل منهما<sup>1</sup> يضمن الإصابات الجسدية، إلا أن الإصابات التي يضمنها التأمين من المسؤولية تقع على الغير بفعل المؤمن له، بينما الإصابات التي يضمنها التأمين من الإصابات تقع على المؤمن له بفعل الغير. انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.1642. وانظر، آمال بكوش، المرجع السابق، ص.334.

- وقد استبعد الفقه من الضمان عدة أمور منها، الآثار الناجمة عن أي تصرف طبي محظور من جانب المشرع،<sup>2</sup> والأضرار الناجمة عن الانفجار والحريق، والأضرار الناجمة عن الحوادث الكهربائية، أو جريان الماء، والأضرار التي تقع على الأشياء والحيوانات عندما يكون المؤمن له مستأجرا أو منتفعا بها.

- انظر، حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر،<sup>3</sup> دون سنة نشر، ص.223؛ وانظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج7، مجلد2، المرجع السابق، ص.1643.

الضرر غير المألوف وغير العادي. وهو ما انتقده الفقيه سافاتيه معتبرا القول بأن الضرر الطبي في أغلب صورته يكون ضررا عاديا، يمكن للمريض تحمله، قول غير مقبول، لأن ذلك أمرا احتماليا، مما أدى إلى اعتبار التأمين ساري على كل الأضرار والمخاطر الطبية دون تمييز<sup>1</sup>.

ولقد أثارت فكرة التأمين في المجال الطبي صعوبات أخرى، من بينها كيفية تحديد مبلغ التعويض، خاصة إذا كان شاملا لكل الأضرار والمخاطر، حيث ذهب الفقيه تانك إلى أن جميع الأضرار يمكن تعويضها نقدا وأن تقديرها يكون مماثلا لتقدير التعويض في حوادث السيارات.

هذا وقد ظهرت صعوبات أخرى فيما يتعلق بكيفية تحديد القسط الواجب دفعه مقابل الالتزام بالتأمين، حيث اعتبر الفقيه سافاتيه أن الزيادة في قيمة القسط الخاص بالتأمين هي بمثابة القيد على هذا النوع من التأمين والخاص بالتأمين من جميع المخاطر الطبية.

غير أن هذه الصعوبة قد رد عليها، على أن هذا النوع سيكون قاصرا على بعض المخاطر في حدود المعقول، خاصة في مجال العلاج الجراحي. وذهب بعض الشراح<sup>2</sup> إلى أنه عند تحديد القسط المقابل للالتزام بالتأمين، ينبغي الأخذ في الاعتبار عمر الطبيب، وخبرته السابقة، ومدى تخصصه، والنسبة المئوية لوقوع المخاطر الطبية ومدى جسامتها، حتى يتسنى تحديد أقساط عادلة بين الأطباء.

### الفرع الثالث

#### علاقة التأمين بالمسؤولية المدنية

- انظر، عبد الرشيد مامون، المرجع السابق، ص.64.<sup>1</sup>

- انظر، عبد الرشيد مامون، المرجع السابق، ص.67.<sup>2</sup>

نتطرق في ما يلي إلى علاقة التأمين بالمسؤولية المدنية، وذلك من حيث التأثير المتبادل بين التأمين والمسؤولية، ومن حيث إمكانية حلول التأمين محل المسؤولية، ثم من حيث تغطية التأمين للمسؤولية.

## 1- التأثير المتبادل بين التأمين والمسؤولية

يختلف التأمين عن المسؤولية من حيث منظومة التعويض، حيث أن التأمين يسمح بتمكين كل من المسؤول والمضرور من الاستفادة منه، إلا أنه من الناحية الواقعية فالتأمين يؤثر على أساس المسؤولية المدنية، إذ يرمي إلى تعديل توزيع الأخطار خلافا لما هو معمول به في التقنيات المدنية التقليدية. كما كان لتطور التأمين الأثر الواضح في توسيع المسؤولية المدنية وتطورها الحديث، حيث يصلح كحافز لتوسيع المسؤولية المدنية وبالتالي المساهمة في توسع دائم لحق المريض في التعويض<sup>1</sup>.

لذلك يذهب الكثير من الفقه<sup>2</sup> إلى أن التأمين من المسؤولية من شأنه أن يحدث تغييرا عميقا في مبادئ المسؤولية المدنية، حيث أن المسؤولية القائمة على الخطأ لم تعد بوسعها الاستجابة لمقتضيات الأمان التي ينشدها المجتمع المعاصر في مواجهة الأضرار المتصاعدة.

هذا، وأن أولوية فكرة الخطأ على فكرة الخطر في تقلص مستمر في نظر القضاء، الأمر الذي ساعد كثيرا على انتشار فكرة المسؤولية على أساس الخطر، وهو ما يرجح الأخذ بنظرية الخطر، وهجر نظرية الخطأ، وتطبيق المادة 1384 بدلا من المادة 1382<sup>3</sup>. فللتأمين تأثير على المسؤولية المدنية، من خلال إدخاله تقنيات جديدة منها؛ إضفاء طابع الاجتماعية على المسؤولية المدنية "Socialisation de la resp.civ".

<sup>1</sup> - انظر، سعيد مقدم، التأمين والمسؤولية المدنية، كليك للنشر، الجزائر، ط2008، ص.141.

<sup>2</sup> - CF, Savatier.R, comment repenser la conception française actuelle de la resp.civ. R.D.

أشار إليه، سعيد مقدم، المرجع السابق، ص.141. .1996 OP.P.32.

<sup>3</sup> - CF, Art.1384 et 1382 du code civil français.



وبناء على ما سبق يمكن القول أنه يمكن للتأمين أن يدخل تغييرا على مبادئ المسؤولية المدنية، إذ البحث عن الخطأ من الناحية العملية يفقد أهميته بمجرد العمل بالتأمين في مجال المسؤولية الشخصية.

## 2- مدى إمكانية حلول التأمين محل المسؤولية

إن أمنية أي مجتمع ألا يشتكي أو يتضرر أحد من أي عمل يقوم به الغير، أو على الأقل يتم تعويضه في حال لحقته أضرار تعويضا كاملا وفوريا. وانطلاقا من هذا الهدف استحدثت منظومة التأمين، والتي بسطت مشكلة المسؤولية المدنية.

فقد عرف التأمين تطورا كبيرا في مجال المسؤولية خصوصا في مجال الأخطار الشخصية، حيث جعل عبء الاعتداء على الهيئات الاجتماعية، وهو ما يعرف بالتوزيع الاجتماعي للمخاطر<sup>1</sup> la socialisation des risques.

والواقع أن التأمين لا يغطي جميع الأضرار، وذلك لأن الأفراد لا يلجؤون في الغالب إليه بصفة منتظمة، وهو ما يؤدي بنا إلى القول بأنه على الرغم من إيجابيات التأمين إلا أنه لم يعالج مشكلة المسؤولية بصورة كاملة.

إذا كان المشرع الفرنسي والمشرع السويدي قد كرسا حماية خاصة للمضرورين من المخاطر العلاجية، وذلك من خلال أنظمة خاصة تكفل التعويض لهم، تجلت في وجود صناديق خاصة تضمنها الدولة على أساس التضامن الوطني، غير أن المشرع الجزائري لم يصل بعد إلى تكريس هذا النوع من الحماية، ولذلك فعلى المضرورين من المخاطر العلاجية أن يتبعوا القواعد العامة للمسؤولية في سبيل الحصول على حقهم في التعويض.

ونظرا إلى أن مبدأ التعويض الكامل عن الضرر هو من المبادئ الأساسية في المسؤولية المدنية، خاصة عندما يتعلق الأمر بالتعويض عن الضرر الجسدي، فقد

---

<sup>1</sup> - انظر، سعيد مقدم، المرجع السابق، ص.144.

استطرد الفقه الحديث في البحث عن مختلف عناصر وأنواع هذا الضرر، وعلى كيفية تقدير القاضي لهذه الأضرار، ومدى سلطته في ذلك؟

وقد أدى تنوع الأضرار التي تلحق بالمرضى إلى الاختلاف بشأن طبيعتها، وهو ما أدى إلى الاختلاف بشأن وجوب تعويضها من عدمه<sup>1</sup>، وفي مرحلة لاحقة تعزز ذلك الخلاف بسبب عدم الاتفاق على كيفية تقدير التعويض عن تلك الأضرار. وهذا ما سنتناوله في المبحث الموالي.

### المبحث الثالث

#### تقدير التعويض عن المخاطر العلاجية

لقد تطورت فكرة التعويض من مرحلة ترضية المضرور إلى مرحلة إعادته إلى أشبه بما كان عليه قبل وقوع الاعتداء، على الرغم من أن هذا التصور يصعب فيما يخص الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية، لأنها أضراراً تلحق بأعلى ما يملكه الإنسان وهو جسمه. ولا يمكن أن ننكر أهمية التعويض عن هذه الأضرار، ذلك أنه من الجوهري والمهم إعادة الشخص إلى وضع يشعر فيه بالرضا ولو لم يكن رضاء تاماً عن الحالة التي آل إليها بعد الإصابة، لذلك أصدرت أغلب الدول ترسانة من التشريعات المختلفة بغرض جبر هذا الضرر، وأصبحت في الأخير وظيفة التعويض

---

- انظر، محمد عبد الغافور العمادي، التعويض عن الأضرار الجسدية والأضرار المجاورة لها، دار الثقافة،<sup>1</sup> عمان، الأردن، ط1، 2012، ص.21.

هي جبر الضرر. كما أضفت فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، وهو ما تجسد في القانون المدني الفرنسي في المادتين 1382 و1383 حيث كان المدعي مطالب بإثبات خطأ المدعى عليه للحصول على التعويض<sup>1</sup>.

والتعويض المدني هو الجزاء المقرر للمسؤولية المدنية، ولكي يؤدي هذا الجزاء وظيفته وجب أن يكون كاملاً لكي يرضي المضرور على الأقل، وأن يقربه إلى الوضع الذي كان عليه قبل الإصابة.

يمكن القول بأنه قد أصبح من المسلم به الآن وجوب تعويض كافة عناصر الضرر، وأن يكون هذا التعويض كاملاً وسريعاً. فالمضرور لا يهتم في النهاية إلا حصوله على التعويض الجابر للضرر، ذلك أن طرق التعويض مختلفة ومتنوعة، ومن خلالها سوف نكشف عن الطريقة الأمثل للمضرور، ثم نبين مدى تقدير التعويض عن هذه الأضرار، ومدى سلطة قاضي الموضوع في تقدير الضرر والتعويض عنه.

وتقدير التعويض قد تكتنفه صعوبات وظروف وعوامل تؤثر فيه، لا سيما فيما يخص الأضرار التي قد تتفاقم أو تتحسن تبعاً للظروف التي قد تلحق بالمسؤول أو المضرور. لذلك كان لا بد من تبسيط هذه الوسائل المرتبطة بتقدير التعويض، وسوف نعتمد فيها بالدرجة الأولى على قرارات وأحكام القضاء باعتبار أن دراسة هذه الوسائل تطبيقية.

ويقدر التعويض تبعاً للظروف التي يراها القاضي، وبحسب ما إذا كانت مناسبة للمضرور، وهو ما يدفعنا إلى البحث عن المقصود بالتعويض (المطلب الأول). ثم إلى مدى السلطة التقديرية للمحكمة في تقديره (المطلب الثاني). وأخيراً سنتعرض إلى وقت نشؤ الحق في التعويض (المطلب الثالث).

## المطلب الأول

### المقصود بالتعويض

---

<sup>1</sup> - انظر، أمال بكوش، المرجع السابق، ص.68.

تقتضي القاعدة العامة أن يغطي التعويض جميع الأضرار التي لحقت بالمضرور، فإذا ما قدر القاضي التعويض، فإنه يحرص على منحه التعويض الكامل، وفي الحالات التي يتدخل فيها المشرع، ويضع نظاما خاصا بتقدير التعويض - كالتعويضات الخاصة التي أشرنا إليها سابقا، فيما يتعلق بتعويض المخاطر العلاجية وتعويضات مرضى الإيدز في القانون الفرنسي، وكما هو الشأن تعويضات حوادث المرور في الجزائر - على القاضي أن يلتزم بما حدده المشرع ولا يمكن تعديله بالزيادة أو النقصان، كما ليس للمضرور طلب استبعاد النظام الخاص بالتعويض، حتى وإن كان التعويض الذي قرره المشرع لا يغطي الضرر الذي لحقه<sup>1</sup>.

ويتميز مبدأ التعويض الكامل بخاصيتين أساسيتين:

الأولى: أنه يغطي جميع الأضرار سواء المادية أو المعنوية.

الثانية: أنه يقتضي عدم تحمل المضرور أي نسبة من الضرر، إلا إذا ثبت للقاضي مساهمته في إحداث الضرر.

فالتعويض الكامل المقرر من جانب القاضي، يكون على عكس نظام التعويض الجزافي المقرر من طرف المشرع، حيث أن هذا الأخير يقرر إبقاء جزء من الضرر على عاتق المضرور<sup>2</sup>. والسبب في ذلك أن تدخل المشرع أصبح ضروريا ولا سيما بالنظر للمخاطر المستفحلة، وهذا التدخل يقتصر على واجب المساعدة والتضامن الاجتماعي، ومن ثمة يستبعد مبدأ التعويض الكامل. غير أن المشرع الفرنسي قد أخذ بمبدأ التعويض الكامل في بعض المخاطر العلاجية، كما هو الشأن في التعويض في مجال التطعيمات الإجبارية، حيث أقر مبدأ المسؤولية دون خطأ للدولة عن مخاطر التطعيم الإجباري، ولم يحدد مبلغا معيناً للتعويض يلتزم به القاضي، وإنما منحه سلطة تقديرية وفقا للقواعد العامة للمسؤولية.

---

<sup>1</sup> - انظر، ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.387.

<sup>2</sup> - انظر، محمد عبد الغفور العماوي، التعويض عن الأضرار الجسدية والأضرار المجاورة لها، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2012، ص.33.

وقد أقر المشرع الفرنسي من خلال القانون الصادر في 1991/12/31، مبدأ التعويض الكامل لصالح الضحايا المصابين بفيروس الإيدز بسبب نقل الدم الملوث<sup>1</sup>.

وهذا التوجه إن دل على شيء، فإنما يدل على إدراك المشرع الفرنسي لجسامة الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية، لذلك أقر لها حماية أفضل من تلك المقررة للمصابين بحوادث العمل والأمراض المهنية، وقرر إزائها مبدأ التعويض الكامل.

وقد وضع المشروع الجزائري القاعدة العامة في طريقة التعويض عن الضرر بصفة عامة في المادة 132 من القانون المدني و التي جاء نصها "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزاما لمدين بأن يقدر تأمينا، ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع".

يفهم من هذا النص أن المشرع قد جعل الأصل في التعويض هو التعويض النقدي، ويلاحظ أن التعويض بصفة عامة La réparation وبمعناه الواسع يعني إما أن يكون تعويضا عينيا وهذا هو التنفيذ العيني Exécution en nature أو تعويض بمقابل Réparation par équivalent. وهذا الأخير إما أن يكون نقديا أو غير نقدي، وفي جميع الأحوال يجب أن يغطي التعويض جميع الأضرار التي لحقت بالمضرور<sup>2</sup>.

ونظرا لأن التعويض العيني ، أي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل الإصابة، يعد من الأمور الصعبة في مجال المسؤولية الطبية، فإن الغالب هو أن يكون التعويض

---

<sup>1</sup> - Décret n : 92.183 du 26 février 1992.

<sup>2</sup> - انظر، مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، بدون سنة، ص.177.

بمقابل، وبصفة خاصة في صورة نقدية، لأن كل ضرر حتى الضرر الأدبي يمكن تقويمه بالنقد<sup>1</sup>.

وإذا كان الأصل في التعويض النقدي أن يكون دفعة واحدة يدفع إلى المضرور أو إلى ورثته، غير أنه يمكن للقاضي في بعض الأحيان أن يخرج عن هذا الأصل ويخضع لبعض الظروف ويحدد طريقة التعويض على وجه آخر؛ وذلك بأن يكون التعويض النقدي مبلغاً مقسطاً بحيث يتحدد عدد هذه الأقساط وقيمتها، أو على شكل إيراد مرتب مدى الحياة. والفرق بين الصورتين السابقتين هو أن كل منهما يقع دورياً في صورة دفعات محددة، إلا أن التعويض المقسط محدد العدد والثاني غير محدد العدد لأنه مرتبط بحياة الشخص فلا يمكن معرفة تاريخ موته، إلى جانب التأمين الذي قد تقرر المحكمة في هذه الحالة لضمان استمرار دفع المدين للإيراد<sup>2</sup>.

وللقاضي الخيار في أن يلجأ إلى الأصل في طريقة التعويض أو أن يخرج عنها بحسب ما إذا كانت مناسبة للمضرور، فقد يصاب المضرور في جسمه مما يؤدي إلى إصابته بعجز يمنع من العمل مدة معينة من الزمن، فيحكم له القاضي بتعويض على أقساط حتى يبرأ ويعود إلى العمل. فإذا كان هذا العجز دائماً فإنه يحكم له بتعويض مرتب مدى الحياة، حيث يتمتع القاضي في هذا الشأن بسلطة تقديرية واسعة. فلو رجعنا إلى رغبة المضرور لوجدناه يفضل الحصول على مبلغ التعويض دفعة واحدة وذلك بغرض استثماره. غير أن ذلك ليس في مصلحة المدين الذي يفضل أن يكون المبلغ على أقساط أو على شكل إيراد مرتب مدى الحياة، مما يسهل عليه الدفع من جهة، وربما يتوفى المضرور عاجلاً ويربح المدة المتبقية<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - انظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص. 613.

<sup>2</sup> - انظر، منذر الفضل، المرجع السابق، ص. 430؛ وطه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص. 146.

<sup>3</sup> - انظر، عبد العزيز اللصاصمة، مرجع سابق، ص. 194.

غير أنه ثار خلاف فقهي حول إمكانية استقطاع جزء من المبلغ الإجمالي لمصلحة المسؤول، حيث ذهب البعض<sup>1</sup> إلى أن هناك أحكاماً قضائية تجيز مثل هذا الاقتطاع فضلاً عن أن العدالة تقتضي ذلك، وما يبرر ذلك أن المتضرر الذي حصل على التعويض دفعة واحدة، إذا مات بعد مدة قصيرة من حادث جديد فإن المسؤول يتعرض إلى خسارة كبيرة، على عكس الحال إذا كان التعويض إيراداً مرتباً مدى الحياة، فإنه سيتوقف حتماً على موت المضرور ولذلك يقولون من العدل أخذ الاحتمال بعين الاعتبار، وتعويض المسؤول عن مثل هذا الخطر وذلك بإعطائه الحق في اقتطاع جزء من مبلغ التعويض<sup>2</sup>.

غير أن هذه الحجة ليست قاطعة لأن الخطر ليس ببعيد عن المتضرر ذاته إذ من المحتمل أن تمتد حياته إلى أكثر مما قدر لها؛ وبهذا يكون المتضرر الذي قبض التعويض دفعة واحدة قد حصل على مبلغ أقل من مجموع الإيراد. أما إذا أدت الإصابة إلى عجز دائم فإن أفضل طريقة للحكم له بالتعويض هي أن يكون إيراداً مرتباً مدى الحياة، لأن الضرر الناشئ عن هذا العجز لا يظهر بهيئته الكاملة مباشرة بل يستمر إلى غاية وفاة المضرور، وكذلك الحال إذا فقد المضرور عائلته الوحيد الذي يكفله، لا سيما إذا كان قاصراً فينبغي أن يحكم له بإيراد مرتب مدى الحياة.

ونظراً لأن الإيراد المرتب قد يستمر مدة طويلة مما قد يطرأ معها ارتفاعاً في الأسعار وانخفاضاً في قيمة النقود مما يؤدي إلى تدهور حالة المضرور وعدم كفاية هذا المبلغ لسد حاجاته، ومن هذا المنطلق ثار تساؤل في الفقه والقضاء الفرنسيين حول ما إذا كان بإمكان المحاكم أن تجعل الإيراد مناسباً مع ارتفاع مستوى المعيشة<sup>3</sup>.

---

، بحث منشور في الكازيت دي باليه، سنة 1944، ج2، ص33، مقتبس عن عبد العزيز dereux - انظر، ديرييه<sup>1</sup> اللصاصمة، مرجع سابق، ص.194.

- انظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج2، الواقعة القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.54؛ عبد العزيز اللصاصمة، مرجع سابق، ص.194.

- انظر، عبد العزيز اللصاصمة، المرجع السابق، ص.196.<sup>3</sup>

ولقد واجهت فكرة ربط الإيراد بمستوى المعيشة حجج عديدة منها: أن التعويض يجب أن يقدر في يوم صدور الحكم دون أخذ في الاعتبار الظروف الاقتصادية المستقبلية. وقد رد على هذه الحجة بأنها غير مقنعة، فالقضاء قد أوجب تقدير التعويض بحسب قيمة الضرر في يوم وقوعه، فإنه إنما فعل ذلك ليجعل التعويض كاملاً على اعتبار أنه يجب أن يكون معادلاً ومناسباً للضرر في اليوم الذي يحق للمضرور فيه قبض المبلغ.

والحجة الثانية ضد ربط الإيراد بارتفاع تكاليف المعيشة فهي تقوم على مبدأ عدم تعويض الضرر غير المباشر، لأنه لا يوجد في نظر هؤلاء علاقة سببية بين خطأ المسؤول وبين الضرر الذي يلحق بالمصاب بسبب ارتفاع تكاليف المعيشة، ولهذا لا يمكن تحميل المسؤول تبعاً للتقلبات الاقتصادية والنقدية الخارجة عن إرادته<sup>1</sup>.

إن تقدير التعويض عن الضرر الجسماني يخضع لمعايير وضوابط لا بد من مراعاتها، فإذا كنا قد عرفنا طرق التعويض عن الضرر الجسماني، فما هي معايير وضوابط تقديره وهل للقاضي سلطة تقديرية أم يملك سلطة مطلقة في هذا المجال.

## المطلب الثاني

### تقدير التعويض

للوصول إلى تقدير حقيقي للتعويض عن الضرر الذي أصب المضرور، وجب البحث في المعايير التي تتلزم المحكمة في اتباعها أثناء هذا التقدير. والبحث عن الظروف التي يجب على القاضي مراعاتها أثناء تقدير هذا التعويض (الفرع الأول).

وتقدير التعويض يتوقف تماماً على عناصر الضرر، ولكي يؤدي التعويض غايته وهي إصلاح الضرر وجب أن يغطي هذا التعويض كافة هذه العناصر. لذلك على المحكمة أن تبين هذه العناصر في الحكم (الفرع الثاني). وهو ما يدفعنا إلى التساؤل حول مدى رقابة المحكمة العليا على هذا التقدير (الفرع الثالث).

<sup>1</sup> انظر، في التفصيل سعدون العامري، ص. 159، مقتبس عن عبد العزيز اللصاصمة، المرجع السابق، ص. 197.



## الفرع الأول

### سلطة المحكمة في تقدير التعويض

يخضع تقدير الضرر الطبي لسلطة قاضي الموضوع، فله أن يقرر أن ما حدث للمريض من جراء التدخل الطبي هو من قبيل الضرر أم لا، الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1989/02/08 حيث جاء فيه: "من المقرر أن تحديد المسؤولية المدنية عن ضررها وتقدير جسامة ذلك الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاء الموضوع ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير جدير..."<sup>1</sup>.

فلا يعد من الضرر الموجب لمسؤولية الطبيب أن يخيب في علاج مريضه، سواء كان عدم الشفاء تاماً أو جزئياً، لأن الطبيب في عقد العلاج لا يتعهد بضمان شفاء المريض بل يلتزم ببذل العناية الواجبة<sup>2</sup>.

وباستقراء المواد 131، 182 و 182 مكرر<sup>3</sup> يتبين أن تقدير التعويض عن الأضرار الطبية أمر تركه المشرع للقاضي، وذلك بتحديدته بكل حرية بشرط مراعاة الظروف الملابسة والخسارة اللاحقة. وما يؤكد ذلك أن المحكمة العليا قد قضت في

---

- انظر، المجلس الأعلى، غ.م، في 1989/02/08، ملف رقم 58.012، المجلة القضائية 1992، العدد الثاني،<sup>1</sup> ص.14؛ وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الإطار على أنه " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تقدير قيمة التعويض، هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، إلا أن مناط ذلك أن يكون هذا التقدير قائماً على أساس سائغ....". نقض مدني مصري بتاريخ 1990/06/07، طعن رقم 1026 لسنة 58ق، مقتبس عن شريف الطباخ، المرجع السابق، ص.227.

- انظر، عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومه، الجزائر، 2007، ص.209.<sup>2</sup>

- نصت المادة 131 "يعين القاضي التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير". ونصت المادة 182 على أن " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. "نصت المادة 182 مكرر على أنه " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة "

قرارها الصادر في 1985/05/08 بأنه "إذا كان مؤدى نص المواد 130-131-182 من القانون المدني، أن التعويض يخضع في تقديره لسلطة القاضي، فإن عدم الإشارة من طرف قضاة الموضوع إلى مراعاتهم الظروف الملازمة للصحة وقيامهم بتحديد الخسارة، يجعل قرارهم غير سليم ويعرض للنقض"<sup>1</sup>.

ويتضح من خلال هذا القرار أنه يجب على القاضي أن يراعي في تقدير التعويض الظروف الملازمة، وهي الظروف التي تلابس المريض، فيقدر الضرر على أساس شخصي لا موضوعي، حيث تراعى فيه حالة المريض الصحية والجسمية وظروفه العائلية وحالته المالية.

ومتى تبين للقاضي الطريقة المناسبة لإصلاح كافة الأضرار اللاحقة بالمتضرر، سعى لتقدير التعويض عنها وله في سبيل الوصول إلى هذا الهدف سلطة مطلقة. فهو غير ملزم بنصاب معين أو بمبلغ ثابت لجبر هاته الأضرار، وإنما له كامل الصلاحية، فبالنظر إلى طبيعة الأضرار حيث أنه لا يمكن وضع قواعد ثابتة تحكمها، إذ يختلف التعويض بالنسبة لكل حالة، ولظروفها، ولمدى الإصابة والتعطيل عن العمل، ولتعدد العاهة المؤقتة أو الدائمة، أو للانتقاص من قدرة الإنسان على الحركة والتفكير والأداء والفهم والتمتع بمتع الحياة العادية"<sup>2</sup>.

إلا أن هذه السلطة أو الصلاحية تحكمها ضوابط معينة، لأنها لا تعتبر حالة نفسية يحكم من خلالها القاضي حسب أهوائه وميولاته. فتقدير التعويض هو مسألة موضوعية وقانونية، تستوجب على القاضي عند الاضطلاع بها استبعاد كل إجحاف أو مغالاة فيلتزم فقط بالضرر الفعلي ويقدر التعويض بقدره"<sup>3</sup>.

- انظر، المجلس الأعلى، غ.م، في 1985/05/08، ملف رقم 39694، المجلة القضائية 1989، العدد الثالث،<sup>1</sup> ص.34.

- انظر، مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 2، (المسؤولية المدنية)، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004،<sup>2</sup> ص.681.

- انظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.611.<sup>3</sup>

وفي سبيل تحقيق ذلك مكن المشرع القاضي بموجب المادة 125<sup>1</sup> وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من اللجوء إلى ذوي الخبرة والاختصاص إذا استعصت عليه أي مسألة يكون من شأن الكشف عليها إما إعطاء الوصف الحقيقي أو التكييف القانوني للوقائع بما فيها تحديد جسامته الضرر، ما لم يكن الأمر يتعلق بما يدخل في سلطته. ذلك أن الخصوم ملزمين بتقديم الوقائع، في حين يلتزم القاضي بتطبيق القانون على الوقائع المعروضة أمامه، ولا يجوز له أن يفوض فيها أحدا غيره. وله اعتماد ما وصل إليه الخبير. فإذا كان القاضي غير ملزم قانوناً باتباع التقرير الفني للخبير إلا أنه يكون ملتزم به فنياً، لأن اللجوء إلى الخبير قد تم بسبب عدم اختصاص القاضي بالشؤون الطبية<sup>2</sup>.

ومتى تكونت لدى القاضي عناصر تقدير التعويض، فهو غير ملزم باللجوء إلى الخبرة، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1993/03/31، حيث قضت بأنه "حيث أن المادة 182 من القانون المدني تنص على أنه إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره. حيث أن الضرر المشار إليه في القرار لم يوجد أي نص مقدر لتعويضه، وبالتالي فإن تقديره يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي، وعليه فإن مراقبته غير خاضعة لسلطة المحكمة العليا، وإن تعيين خبير من أجل تقدير الضرر غير ملزم للقاضي إذا كانت عناصر التعويض كافية في الملف تسمح للقاضي بتقدير الضرر الناتج، ولهذا فإن القرار المطعون فيه جاء على أساس قانوني، ومسبب مما يستوجب رفض هذا الوجه ورفض الطعن"<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - انظر، قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر رقم 21، بتاريخ 2008/04/23.

<sup>2</sup> - انظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.599.

<sup>3</sup> - انظر، المحكمة العليا، غ.م، بتاريخ 1993/03/31، ملف رقم 97860، غير منشور، مقتبس عن عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقاً لأحكام القانون المدني، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط1، 2001، ص.69.

فلا يمكن للقاضي استبعاد الخبرة متى تعلق الأمر بمسائل فنية صرفة إلا بخبرة مضادة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في حيثيات قرارها الصادر بتاريخ 83/05/11 "حيث أن قضاة الموضوع وإن كانوا غير ملزمين برأي الخبراء وغير مراقبين من طرف المجلس الأعلى في تقدير التعويض إلا أنهم ملزمون بتسبيب حكمهم تسبيبا لا يتناقض مع الوثائق الفنية الصرفة، ذلك أن تقدير نسبة العجز المقدرة من طرف الأطباء هي عملية فنية تخرج عن اختصاص عمل القضاة، ولا يمكن تنفيذها أو الإقلال من نسبة العجز المقدرة إلا بواسطة طبيب آخر..."<sup>1</sup>.

يتضح من خلال هذا القرار أن تقدير أعمال الخبير أمر تستقل به محكمة الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليها. حيث تقتصر مهمة الخبير على تحقيق الوقائع في الدعوى وإبداء الرأي في المسائل الفنية، وللمحكمة أن تأخذ بتقرير الخبير كله أو بعضه.

كما وضع المشرع مجموعة من العناصر والمعايير أوجب على القاضي الاعتماد عليها للوصول إلى تقدير التعويض بما يتناسب والضرر. فلا يجوز له أن يستبعد عنصرا منها أو يضيف لها عناصر جديدة، وهو يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا؛ وتتمثل هاته العناصر في وجوب مراعاة مايلي:

- الضرر المباشر المحقق؛
- ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب؛
- تغير عناصر الضرر في جسم المضرور؛
- الظروف الملازمة ومدى توفر حسن النية.

---

- انظر، المجلس الأعلى، غ المدنية، 1983/05/11، ملف رقم 28312، الاجتهاد القضائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987، ص. 53.

وسنكتفي هنا بالتطرق إلى العنصرين الأخيرين، باعتبار أنه سبق وأن تناولنا العنصرين الأولين في الفصل الأول من الباب الثاني، وذلك بمناسبة الأضرار المستحقة للتعويض<sup>1</sup>.

### أولاً : تغير عناصر الضرر في جسم المضرور

لا يستقر الضرر بطبيعته على نفس المستوى، حيث يمكن أن يتفاقم ويشد إلى غاية صدور الحكم كما يمكن أن يخف ويتحسن، وخاصة وأن التعويض يتحدد وفقاً لمقدار الضرر وقت صدور الحكم، ويغلب أن تتدخل ظروف فتؤدي إلى تفاقم الإصابة الجسمانية أو أن تؤدي إلى تحسنها.

### أ : زيادة جسامه الإصابة الجسمانية Aggravation du préjudice

ونشير هنا إلى أنه يجب التمييز بين الضرر وقت الإصابة وبين الضرر الجديد، وتغير القيمة المالية للضرر، وهذه الأخيرة تعتبر نتيجة كلاسيكية للتضخم أو التغير في سعر السوق.

فإذا كان التعويض في شكل دفعة واحدة، فإن مراجعته تصطدم بمبدأ حجية الشيء المقضي فيه. أما إذا كان التعويض عبارة عن إيراد مرتب فإن دليل الربح التعويضي يسمح بتعويض الضرر تبعاً لتطور قيمته المالية<sup>2</sup>. وقد تزداد الإصابة وتتفاقم بسبب خطأ المسؤول وعلى العكس من ذلك فقد تتفاقم بسبب لا يد للمسؤول فيه.

### 1- خطأ المسؤول

<sup>1</sup> - انظر، الفصل الأول من هذه الرسالة، ص. 17 وما بعدها.

<sup>2</sup> Pour bien situer le problème, il convient de distinguer l'aggravation de préjudice assimilée a un préjudice nouveau et la variation de la valeur monétaire du préjudice.

La variation de la valeur monétaire du préjudice est une conséquence classique des fortes inflations, en cas d'indemnisation en capital, il appartenait à la victime de le placer judicieusement et l'autorité de la chose jugée s'oppose a une révision vu que l'indexation des rentes indemnitaires permet d'adapter la réparation du dommage a l'évolution de son expression monétaire...C f. Yvonne LAMBERT-FAIVRE, op. cit, p. 140.

قد يتفاقم الضرر بسبب خطأ المسؤول، وذلك إما بزيادة نسبة عجز المضرور أو موته أو تعرضه لأضرار مرتبطة بإصابته.

ففي حالة زيادة نسبة عجز المضرور، يتعين على القاضي حين الفصل في النزاع وتقدير التعويض أن ينظر إلى زيادة العجز الذي أصاب المضرور نتيجة خطأ المسؤول؛ بحيث يحق للمدعي أن يطالب بهذه الزيادة دون حاجة إلى رفع دعوى جديدة<sup>1</sup>. ويتحدد التعويض بناء على العجز في الفترة التالية لزيادته، وعلى ذلك فإن زيادة نسبة العجز وقت صدور الحكم القضائي لا يجيز احتساب التعويض بناء على ما وصلت إليه هذه الزيادة في العجز وقت الإصابة، بل يجب احتساب التعويض عن كل فترة زمنية تقدر مدى العجز الذي لحق المضرور.

وفي الحالة التي تؤدي إلى موت المضرور في الفترة اللاحقة لرفع الدعوى القضائية بالتعويض، فإن الحق في التعويض ينتقل إلى الورثة باعتبارهم خلفاء عاماء، وانتقال حق التعويض عن الضرر الذي لحق بالمورث إلى ورثته في وقت لم يكن قد صدر بعد الحكم بتعويض المورث، إنما يرجع إلى أن حق المضرور في التعويض ينشأ من وقت صدور الفعل الضار، ويدخل في ذمته منذ هذا الوقت، بحيث ينتقل إلى ورثته بعد موته<sup>2</sup>. وعليه فإن الحكم يبقى كاشفاً للحق لا منشأً له.

هذا، وتتضح أهمية الحكم من حيث تحديد مدى الضرر الموجب للتعويض، إذ يجب الاعتداد بعناصره وقت صدور الحكم القضائي. وإذا مات المضرور قبل صدور الحكم فإنه يجب الاعتداد بعناصر الضرر كلها مع الاعتداد بالوفاة في حد ذاتها. ويدخل في هذا الآلام الجسمانية التي تكبدها المورث قبل موته، والضرر الأدبي الناجم عن

<sup>1</sup> - انظر، أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مدى التعويض عن تغيير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص. 142.

<sup>2</sup> - انظر، أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص. 144.

الحادث كالألام النفسية عن الضرر الجمالي، والتعويض عن نفقات العلاج والتمتع بمباهج الحياة<sup>1</sup>.

## 2- تفاقم الضرر بسبب لا يرجع إلى المسؤول

نتيجة لأسباب لا ترجع إلى خطأ المسؤول، قد يتفاقم الضرر ويستفحل ، كالحالة الصحية للمضرور وخطأه.

أما بالنسبة للحالة الصحية للمضرور، والتي يطلق عليها "حالة المضرور السابقة على الحادث" أو "الاستعداد الشخصي للمتضرر"<sup>2</sup>. فالمريض بالقلب قد تؤدي حادثة بسيطة بإصابته بنوبة قلبية، وكذلك المريض بالسكري فإن أصيب بجرح قد يؤدي إلى بتر العضو المصاب. ولكي يكون التعويض عن الضرر الجسدي عادلا يجب على القاضي أن يدرس الحالة الصحية للمتضرر قبل وقوع الحادث وبعده حسب المعيار الذاتي، وليس وفقا للتقديرات الموضوعية، ويمكن الوقوف على عوامل متعددة تساعد القاضي في ذلك كالعمر والعضو المصاب ونوع الإصابة<sup>3</sup>، الخ...

في حين، إذا تفاقم الضرر نتيجة خطأ المضرور، كما لو أهمل العلاج أو أمتنع عنه، فلا يسأل المدعى عليه في هذه الحالة عن تعويض ما نتج من تفاقم. ومن قبيل ذلك رفض المضرور إجراء عملية جراحية. كما أنه يمكن أن يصيب المضرور حادثا من الغير ويؤدي إلى تفاقم الضرر، وبناء على ذلك يعفى المسؤول من دفع التعويض عن الأضرار الجسمانية الناجمة عن إقدام المضرور على الانتحار. ولكن يجب أن يراعى السبب الدافع إلى الانتحار، حيث يختلف الحكم في حالة ما إذا كان الحادث هو

---

<sup>1</sup> - انظر، زكي زكي حسين زيدان، حق المجني عليه في التعويض عن ضرر النفس في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005، ص. 151.

<sup>2</sup> - انظر، منذر الفضل، المرجع السابق، ص. 436.

<sup>3</sup> - انظر، محمد علي البار، المسؤولية الطبية وأخلاقيات الطبيب، دار المنارة، جدة، ط، 1995، ص. 104.

السبب في الانتحار كما يحدث بالنسبة للضرر الجمالي أو الإصابة بعاهة جنسية، أو أن المضرور رغب في الانتحار دون سبب مباشر جراء الضرر الذي لحقه<sup>1</sup>.

وتفريعاً عما سبق، إذا أثبت المدعى عليه (المسؤول) أن الضرر الذي يدعيه المضرور كان هو السبب في حدوثه، كما لو تناول المريض جرعات من الدواء أكثر من الكمية التي حددها الطبيب في الوصفة. إذ أن المضرور هو الذي ألحق الضرر بنفسه. ولقد نص القانون المدني الجزائري في المادة 127 منه على أنه "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاقي يخالف ذلك".

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1988/05/25 بأنه " من المقرر قانوناً أنه إذا أثبت شخص أن القرار قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كقوة قاهرة كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بالإساءة في تطبيق القانون غير وجيه"<sup>2</sup>.

### ب : تحسن حالة الإصابة

على القاضي أن يراعي أثناء تقديره للتعويض حالة تحسن الإصابة. فإذا تحسنت الإصابة وخف الضرر فيجب أن يلائم التعويض جسامته هذا الضرر مع مراعاة هذا التحسن. ومع ذلك فإن الإصابة قد تتحسن لسببين إما بتدخل المسؤول، وإما بتدخل المضرور.

أما بالنسبة لفعل المضرور المؤدي إلى تحسن الإصابة، فالصعوبة تثار من حيث تحديد الأثر المترتب على فعل المضرور المؤدي إلى تحسن الإصابة. فالمضرور قد يتحمل نفقات مادية من أجل أن تتحسن حالته كشرائه للأدوية أو إجراءه لعملية

1 - انظر، أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص. 156.

2 - انظر، المجلس الأعلى، غ.م ، 1988/05/25، ملف رقم 53.010 ، المجلة القضائية 1992، العدد الثاني، ص.11.



جراحية، وعلى القاضي أن يراعي في تقديره للتعويض عن الضرر هذه النفقات باعتبارها خسارة لحقت المضرور. وتتحدد قيمة التعويض هنا بالنفقة اللازمة لإعادة المضرور إلى حالته الأصلية. وتطبيقاً لذلك إذا أصيب المضرور بكسر في أنفه نتيجة خطأ المسؤول، فإن هذا الأخير لا يلزم إلا بتعويض النفقات اللازمة لإعادة أنف المضرور إلى حالتها الأولى، ومن ثم لا يمتد التزامه إلى المصروفات الزائدة على ذلك، ومن ذلك إجراء عملية جراحية من أجل تجميل أنفه<sup>1</sup>.

ولا يجوز الاعتداد بالأعمال الزائدة التي تصدر من المضرور بقصد تخفيف ألمه في تقدير التعويض، وذلك لأنه من غير الجائز أن يتحمل المسؤول قيمة ما صرفه المضرور في هذه الأعمال، حيث تنتفي العلاقة السببية المباشرة بين خطأ المسؤول وهذه النفقات من جهة. ومن جهة أخرى، أن هذه المصروفات ليس من شأنها إزالة أو إنقاص الألم النفسي المستحق عنه التعويض، وتطبيقاً لذلك فإنه في حالة موت الزوجة نتيجة خطأ مسؤول، فإن الأرملة يتعرض لضرر مادي بسبب افتقاد الأولاد رعاية أمهم، مما يلزم دفع نفقات رعايتهم، إلى جانب الضرر المعنوي الذي يتمثل في الألم النفسي عن فقدان زوجته التي جمعتها بها حياة مشتركة، كرسد حياتها له ولأولاده. ومن هنا فإن إقدام الزوج الأرملة على الزواج من امرأة أخرى - حتى وإن كانت شقيقة الزوجة المتوفاة - ليس من شأنه التأثير على الألم النفسي الذي عاناه نتيجة موت زوجته، الأمر الذي يستحق عنه تعويضاً كاملاً، وبالنسبة للضرر المادي فيستحق الزوج تعويضاً عنه في المدة السابقة عن زواجه الجديد<sup>2</sup>.

فإذا زال الضرر أو تحسنت إصابة المضرور، فإن ذلك لا يؤثر على حق المضرور في التعويض عن الفترة السابقة لتحسنه. وتطبيقاً لذلك فإنه في حالة العجز الكلي المؤقت، يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار سوء الحالة النفسية للمضرور، وما تعرض له من مساس بسلامة جسمه وتأثير ذلك على حياته الطبيعية حتى لو زال العجز تماماً

<sup>1</sup> - انظر، عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص. 187 وما بعدها.

<sup>2</sup> - انظر، أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص. 166.

في المستقبل. "وبالمثل في الفترة السابقة على التدخل الجراحي، فإن الضرور يستحق تعويضا عن معاناته النفسية، وآلامه الجسدية، وتأثر حقوقه المتعلقة بالتمتع بمباهج الحياة، فضلا عن نفقات العلاج التي دفعها، إلى جانب نفقات الاستعانة بشخص يساعده في القيام بحركاته العادية التي تأثرت نتيجة الإصابة )<sup>1</sup>.

أما فيما يخص فعل المسؤول المؤدي إلى تحسن الإصابة، فينبغي في هذا الخصوص أن نميز بين الفترة اللاحقة لتدخل المسؤول وبين الفترة السابقة لتدخله. فبالنسبة للفترة اللاحقة لتدخل المسؤول بفعله في تحسين حالة الإصابة الجسدية للضرور، فإن قيمة ما يصرفه المسؤول وينفقه من أجل علاج المتضرر يعتبر بمثابة تعويض عيني أداه للمتضرر، فبقدر نجاح العملية الجراحية في إزالة التشوه الجمالي أو العجز الجسماني يتحدد مدى التعويض المستحق. فإذا رجع إلى حالته الأصلية انتفى حقه في التعويض، ومع ذلك فتثير هذه الحالة صعوبات بالنسبة للأضرار الجسمانية كما سبق أن رأينا. وفي جميع الأحوال فإن الضرور يستحق تعويضا يغطي ما أصابه من ضرر ناتج عن معاناته الجسمية والنفسية بمناسبة إجراء هذه العمليات الجراحية. أما بالنسبة للفترة السابقة على تدخل المسؤول فإن التعويض يكون مستحقا كاملا للضرور مع مراعاة جميع الأضرار المادية والمعنوية من معاناة نفسية وضياع للأجر ونفقات للعلاج، الخ<sup>2</sup>.

وفي حالة ما إذا خف الضرر هل يجوز للمسؤول طلب تخفيف التعويض باستعادة جزء منه في حالة دفعه دفعة واحدة أو الإعفاء من الأقساط في حالة الحكم به على شكل مرتب دوري؟ ، فرغم الخلاف الذي دار في فرنسا<sup>3</sup> حول هذه المسألة، إلا أنه لا

---

<sup>1</sup> - انظر، بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص.87 وما بعدها.

<sup>2</sup> - انظر، أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.169 وما بعدها.

<sup>3</sup> في حالة تقادم الضرر فإنه بإمكان المتضرر اللجوء إلى المحكمة مرة أخرى ليطالبها بالتعويض عن ذلك ، ولا يتعارض ذلك مع حجية الشيء المقضي فيه، لأن تلك الزيادة في الضرر لم تأخذها المحكمة بعين الاعتبار عند الحكم بالتعويض. أما إذا خف الضرر فقد ذهب بعض الفقه في فرنسا إلى القول بأنه يجوز للمتضرر طلب تخفيض التعويض لأن العدالة تقتضي ذلك. في حين ذهب البعض الآخر إلى عدم جواز ذلك لأنه يتعارض مع حجية الشيء المقضي فيه. انظر، عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص.188.

يسعني إلا أن أقر ذلك فيما يخص الأضرار الجسمانية إذ يرى العلامة السنهوري<sup>1</sup> أنه " إذا خف الضرر قبل صدور الحكم فإن المسؤول يستفيد من ذلك حتى لو كان التحسن لا يرجع إلى تطور الإصابة في ذاته بل إلى سبب أجنبي، كما إذا كان المضرور في حادث أصيب في حادث آخر فمات، فإن المسؤول عن الحادث الأول يستفيد من موت المضرور إذ هو غير مسؤول عنه، وقد وضع الموت حدا للضرر الذي ترتب على الحادث الأول، فاستفاد هو من ذلك ".

### ثانياً: الظروف الملازمة التي تؤثر في تقدير التعويض

يتعين على القاضي عند تقدير التعويض أن يراعي الظروف الملازمة، للمضرور وليس للمسؤول. فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور تدخل في الاعتبار، لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور بالذات، فيقدر على أساس ذاتي لا شخصي. ومن هذه الظروف الحالة الصحية للمضرور وخطأه ووضع المادي، حيث أنه يجب الاعتداد بالحالة الصحية للمتضرر قبل وقوع الاعتداء<sup>2</sup>، فإذا كان المضرور مصاب في إحدى عينيه، وأصيب في العين الأخرى، فإن ضرره أقدر من الضرر الذي يصيب شخصاً سليماً. والرسام الذي يصاب في أصابعه التي يرسم بها ويعتمد عليها في قوته، يكون ضرره أشد من غير الرسام.

ويتوجب عند تقدير التعويض مراعاة حالة المضرور العائلية والمالية، فمن يعول زوجة وأطفال يكون ضرره أشد من الضرر الذي يصيب الأعزب. ولا يمكن للقاضي أن يغفل الوضع المالي للمتضرر أثناء تقدير التعويض باعتباره ظرفاً خاصاً بالنسبة إليه رغم تباين المواقف الفقهية والتشريعية حيال ذلك. ففي حالة تقدير التعويض عن الضرر المادي، فإن المحاكم عادة ما تنظر إلى الوضع المالي والاجتماعي للمتضرر، حتى وإن لم تفصح عن ذلك في حكمها. وما يبرهن ذلك أن القوة الكسبية للمتضررين

- انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، فقرة 693. ص. 975.<sup>1</sup>

- انظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص. 616.<sup>2</sup>

ليست واحدة، فمن كان كسبه أكبر كان الضرر الذي يحيق به أشد<sup>1</sup>. فالضرر المادي والمعنوي الذي يصيب الأستاذ الجامعي أكبر من الضرر المعنوي الذي يصيب أمياً جاهلاً. والضرر الذي يلحق بطبيب جراح ليس كالضرر الذي يلحق بعامل بسيط، فالوضع المالي والمركز الاجتماعي يختلفان<sup>2</sup>.

يتضح من خلال المادة 131 ق. م. ج أن المشرع الجزائري بذكره لعبارة "الظروف الملازمة" دون تفصيل، إنما كانت نيته تذهب إلى الاعتراف بالمركز المالي والاجتماعي للمتضرر، وهو نفس الموقف الذي أخذ به المشرع المصري في المادة 170 ق. م. م.

وفي الحالة التي يكون فيها الضرر راجعاً إلى خطأ المتضرر، فتوجب العدالة الوقوف عليه، كظرف خاص بتقليل مبلغ التعويض أو نفي المسؤولية عن الفاعل، حيث اعتبر المشرع الجزائري هاته الحالة من حالات السبب الأجنبي، وذلك طبقاً للمادة 127 ق. م. ج<sup>3</sup>. وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا بأنه " من المقرر قانوناً إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كقوة قاهرة كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر... " <sup>4</sup>.

وقد يشترك خطأ المتضرر مع خطأ المسؤول، وهذا ما يطلق عليه باستغراق أحد الخطأين للآخر. وفي هذه الحالة يجب التمييز بين أي الخطأين استغرق الآخر، فإذا

---

- حيث يرى الأستاذ عبد الرزاق أحمد السهوري أنه ليس المقصود أن المضرور إذا كان غنياً كان أقل حاجة<sup>1</sup> إلى التعويض من الفقير، فالضرر واحد، أصاب غنياً أو فقيراً، وأما الذي يدخل في الاعتبار هو اختلاف الكسب الذي يفوت المضرور من جراء الإصابة التي لحقت به. انظر، عبد الرزاق أحمد السهوري، مرجع سابق، فقرة 648، ص. 972.

- انظر، محمد عبد الغفور العماوي، المرجع السابق، ص. 250 وما بعدها<sup>2</sup>.

- تنص م 127 ق م ج على أنه " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو<sup>3</sup> قوة قاهرة أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاقي يخالف ذلك "

- انظر، المجلس الأعلى، غ م، بتاريخ 1988/05/25، ملف رقم 53.010، المجلة القضائية 1992، العدد<sup>4</sup> الثاني، ص. 11.

استغرق خطأ الفاعل خطأ المضرور ثبتت مسؤوليته الكاملة. أما إذا كان العكس انتفت مسؤولية المدعى عليه لانتفاء رابطة السببية<sup>1</sup>.

أما فيما يخص الظروف الملازمة للمسؤول، فقد اختلف الفقه حول الاعتداد بها على رأيين؛ رأي يذهب إلى عدم الاعتداد بها، ومن هذا الرأي الفقيه السنهوري، حيث يرى أن الظروف الشخصية التي تحيط بالمسؤول لا تدخل في الحساب عند تقدير التعويض، ويترتب على ذلك أنه إذا كان المسؤول غنيا لم يكن هذا سببا في أن يدفع تعويضا أقل، وسواء كان المسؤول يعول نفسه أو يعول أسرة كبيرة، فالعبرة بتحديد مدى الضرر بالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور لا المسؤول<sup>2</sup>. في حين يذهب الرأي الثاني<sup>3</sup> إلى وجوب الاعتداد بظروف المسؤول، لأن نص المادة 131 السالفة الذكر جاء عاما ولم يشر إلى المضرور ولا إلى المسؤول هذا من جهة. ومن جهة ثانية، أن مصطلح الظروف الملازمة ينطوي على جسامه الخطأ الذي لا بد أن يراعى أثناء تقدير التعويض دون أن يكون هو الاعتبار الوحيد، فقد يترتب ضرر جسيم على خطأ يسير كما أنه يمكن أن يحدث العكس.

وتعتبر جسامه خطأ المسؤول من بين العوامل التي يعتد بها أثناء تقدير التعويض، حيث أنه من الناحية الواقعية يتأثر القاضي حتما ببعض العوامل والظروف حين يقرر

---

<sup>1</sup> - قد يستغرق الخطأ الآخر في الحالتين: الحالة الأولى: هي حالة الخطأ العمد، فيكون فيها مرتكبه مسؤولا عن الفعل الضار حتى ولو بدا خطأ المتضرر واضحا، ويسأل عن كامل التعويض، كمن يلقي بنفسه عمدا أمام سيارة فندهسه فترديه قتيلا. الحالة الثانية تتمثل في رضى المتضرر بما وقع له من ضرر، حيث إذا رضى بالإصابة دون أن يتعمدها، كمن قبل أن تمر عليه سيارة لإظهار قوة جسده، أو يمسك الكهرباء، فإن خطأه لا يمكن أن يستغرق خطأ المدعى عليه غير أنه لا يعفي رضى المتضرر المسؤول إذا تعلق الأذى بحياة الإنسان أو سلامة جسمه لأنهما من النظام العام وتقوم المسؤولية القانونية على مرتكب الفعل الضار، ويوضح الأستاذ السنهوري أنه أحيانا يبلغ خطأ المتضرر حدا كبيرا، فيرضى بالضرر ويجعل منه مستغرقا خطأ الفاعل فتنتفي المسؤولية لانعدام رابطة السببية. كما قد يكون الخطأ من الطرفين ( المضرور والفاعل )، فيعفى القاضي نسبة الخطأ لكل واحد منهما وإلا فإنه يوزعه بينهما بالتساوي، مما يؤثر على مبلغ التعويض المحكوم به.

<sup>2</sup> - انظر، عبد الرواق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.973.

<sup>3</sup> - انظر، سليمان مرقص، الفعل الضار، المرجع السابق، ص.122؛ وانظر، منذر الفضل، المرجع السابق، ص.435.

العقوبة كجزاء للمسؤولية الجنائية ويحكم بالتعويض المدني. فالقاضي لا يستطيع أن يهمل جسامة الخطأ، لا سيما إذا كان التعويض ناجماً عن جريمة جنائية. فالقاضي الجنائي عادة ما يذهب إلى إقامة التوازن بين العقوبة والتعويض المدني، وبالتالي سيتأثر لا محالة بجسامة الفعل الضار زيادة أو نقصاناً. " ففي قضية نشرتها جريدة الثورة المصرية يوم 1990/01/21 ارتكب فيها طالب دكتوراه مع آخر جريمة ( العاهة البدنية المستديمة) بحق طالبة رفضت الزواج منه لأنه كان يحبها بمادة ماء (التيزاب) فقررت محكمة جنايات الكرامة العقوبة حسب المادة 412 عقوبات بإيقاع العقاب لمدة 15 سنة على المجرمين مع تعويض قدره ( 50 ) ألف دينار للمتضررة"<sup>1</sup>.

والقانون يقتضي من القاضي ألا ينظر إلى جسامة الخطأ عند تقديره للتعويض، بل ينظر إلى جسامة الضرر، لأنه مهما كان الخطأ جسيماً فإن التعويض يجب ألا يزيد عن الضرر المباشر. فالتعويض المدني أمر موضوعي لا يراعى فيه إلا الضرر، في حين العقوبة الجنائية شيء ذاتي يراعى فيه جسامة الخطأ. وإذا كان هذا هو الأصل غير أن القضاء يميل إلى الاعتداد بجسامة الخطأ<sup>2</sup> وهذا شيء طبيعي يستولي على القاضي، فما دام التعويض موكولاً إليه فإنه يتأثر بجسامة الخطأ<sup>3</sup>.

ولقد استقر الفقه<sup>4</sup> والقضاء في فرنسا على الاعتداد بجسامة الخطأ رغم الفصل بين التعويض المدني والعقوبة الجنائية. وهو ما يستشف من المادة 126 من القانون المدني التي تنص على أنه "إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض".

---

<sup>1</sup> - انظر، منذر الفضل، المرجع السابق، ص.433.

<sup>2</sup> - انظر، استئناف مختلط في 1902/05/01، م14، ص.278، مقتبس عن عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.974.

<sup>3</sup> - انظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.660.

<sup>4</sup> - انظر، محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق ص. 461 وما بعدها.

يستشف من هذه المادة أنه تعدد المسؤولون عن العمل غير المشروع، بأن ينسب إلى كل منهم خطأ يساهم في إحداث ذات الضرر، فيمكن للقاضي استناداً لهذه المادة أن يوزع المسؤولية بالتساوي، كما له أن يحدد نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض.

ومن البديهي أن أساس التقسيم في هذه الحالة هو مدى جسامه الخطأ، وهو ما يتناسب والعدالة. فمتى استطاع القاضي أن يحدد مدى جسامه الخطأ لكل من الفاعلين، فلا يعقل أن يوزع المسؤولية بالتساوي فيما بينهم، في الوقت الذي يكون خطأ أحدهم جسيماً بينما خطأ الآخر يسيراً<sup>1</sup>.

غير أنه إذا ساهم المضرور بخطئه في إحداث الضرر، فإن ذلك يوجب تخفيف المسؤولية برفع جزء من التعويض عن كاهل المسؤول كما سبق وأن أشرنا إليه، وقد يعفى تماماً من التعويض، وذلك حسب مدى جسامه الخطأ المنسوب للمضرور، فالمادة 177 من القانون المدني صريحة في هذا الإطار حيث نصت عل أنه "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه"، هكذا تكون جسامه الخطأ الصادر من المسؤول محل اعتبار في تحديد نصيبه في التعويض، وتوزيع المسؤولية بينه وبين المضرور، وما يؤكد ذلك أيضاً أن المشرع يعتد بخطأ المتضرر هو ذكره لعبارة "ولم تكن للمتضرر يد فيه" في المادة 140 مكرر 1 من القانون المدني المعدلة.

ومما سبق يتبين أنه متى تحققت المسؤولية قدر التعويض بقدر جسامه الضرر لا بقدر جسامه الخطأ هذا كأصل، ولا يجوز الخروج عن هذا الأصل أي بالاعتداد بالظروف الملازمة للمسؤول بما فيها جسامه الخطأ إلا إذا ورد نص قانوني يسمح للقاضي بذلك، ويلزم القاضي بتطبيقه.

هذا، وقد ذهبت المحكمة العليا في عدة قرارات لها إلى الاعتداد بالظروف الملازمة للمضرور دون المسؤول؛ حيث جاء في قرار صادر لها بتاريخ 93/01/06

---

- انظر، محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص. 461 وما يليها.<sup>1</sup>

ما يلي: "... وأنه ينبغي على قاضي الموضوع أن يستجيب لطلبات المطعون ضدهم للتعويض عن الأضرار اللاحقة بهم جراء فقدان قريبتهم، فإنه ملزم مع ذلك بذكر العناصر الموضوعية التي تمكنه من تحديد التعويض وهي على وجه الخصوص سن الضحية ونشاطه المهني، ودخله الدوري أو أجره..."<sup>1</sup>.

كما جاء أيضا في قرار آخر لها صادر بتاريخ 1999/07/14 "... كان يجب على قضاة الموضوع في حالة إثبات المسؤولية على عاتق سائق القطار وبالنظر إلى القانون رقم 35-90 أن يذكروا العناصر الموضوعية التي تساعد على تحديد مختلف التعويضات بدقة وتفصيلها مثل سن الضحية ومهنتها ودخلها ونوع الضرر..."<sup>2</sup>.

يتضح من خلال هذين القرارين، وإن كانت المحكمة تعتد بالظروف الملازمة للمضروب إلا أنها تقاس بمعيار موضوعي وليس ذاتي ويستفاد ذلك مما جاء في القرارات من أن القاضي ملزم بذكر "العناصر الموضوعية" ويستبعد العناصر الشخصية، وهذا في الواقع يخل بقاعدة وجوب التناسب بين التعويض والضرر الفعلي اللاحق بالمضروب، لأن الظروف الشخصية تختلف من شخص إلى آخر فلا يمكن إذن قياس الضرر بنظرة موضوعية، مما يؤدي إلى حصول شخصين على نفس التعويض استنادا لهذه العناصر الموضوعية، رغم أن الضرر اللاحق بكل منهما يختلف في جسامته. وما يؤيد هذا الرأي هو أن المشرع عندما ألزم القاضي بوجوب الاعتداد بالظروف الملازمة لم يحدد له وجوب تقديرها طبقا لعناصر موضوعية، إلا إذا كانت المحكمة تقصد - بذكرها الظروف الموضوعية في منطوق القرار - مراعاة الظروف الشخصية بصفة غير مباشرة. ومتى اكتفى القاضي بالاعتداد بالظروف الموضوعية وتجاهل الظروف الشخصية، فقد معيار الظروف الملازمة معناه والهدف الذي قرر لأجله.

- انظر، المحكمة العليا، غم، بتاريخ 93/01/06، ملف رقم 87411، نشرة القضاة، العدد 50، ص. 55.<sup>1</sup>

- انظر، المحكمة العليا، غم، بتاريخ 1999/07/14، ملف رقم 183066، غير منشور، مقتبس عن مختار رحمانى، المسؤولية المدنية عن نقل الأشخاص بالسكة الحديدية على ضوء الفقه والقضاء، المجلة القضائية، 2001، العدد الأول، ص. 101.<sup>2</sup>



والواقع أن هناك ظروف أخرى من شأنها أن تؤثر في تقدير التعويض وهي: حالة المسؤول المالية و حالة التأمين من المسؤولية، فبالنسبة للحالة المالية للمسؤول فتقتضي مراعاة ظروفه الشخصية كأن يكون غنياً أو فقيراً<sup>1</sup>. ويرى البعض أنه لا يجب مراعاة هذه الظروف بحجة أن التعويض ليس وسيلة للإثراء على حساب المسؤول<sup>2</sup>. أما بالنسبة إلى حالة التأمين من المسؤولية، فإن التأمين يؤكد وجود المسؤولية وزيادة ضمان المضرور في الحصول على التعويض<sup>3</sup>.

ومن العوامل الأخرى التي يمكن إضافتها وأخذها بعين الاعتبار في تقدير التعويض مسألة التأخر في حسم الدعوى إذ أن أغلب الدعاوى الرامية إلى التعويض تطول إجراءاتها، ومن ثمة الفصل النهائي فيها<sup>4</sup>.

وتقتضي قواعد العدالة زيادة مبلغ التعويض عن الضرر المادي والمعنوي المرتد للمستحقين له عن وفاة الابن الوحيد، لأن فقدان الابن الوحيد في العائلة ليس كفقدان الابن العاشر في عائلة أخرى. وتعتبر نسبة التحصيل العلمي للمضرور ظرف يمكن أن يعتد به، فحامل شهادة دكتوراه في الطب أو في الكيمياء أو في القانون لا يكون تعويضه كحامل الشهادة الابتدائية إذا تعرض لضرر<sup>5</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن التعويض عن الأضرار الجسمانية يثير صعوبات عويصة. ففيما يتعلق بالأضرار المادية التي تصيب الأشياء فالقاضي ملزم بتحديد التعويض على أساس ما يقابل ثمن هذه الأشياء، وإعادتها على الحالة التي كانت عليها. أما فيما يتعلق بالأضرار الجسمانية فيقول الفقيه " Boris STARK " في هذا الصدد أنه من الطبيعي أن هناك أضراراً يصعب تقديرها بسبب طبيعتها، فما هو يا ترى تقدير قيمة اليد التي فقدت

---

<sup>1</sup> - انظر، سليمان مرقس، الفعل الضار، مرجع سابق، ص. 122.

<sup>2</sup> - انظر حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص. 542 وما بعدها.

<sup>3</sup> C f, HEMARD, Théorie et pratique des assurances terrestres, p.32

مقتبس عن حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص. 576.

<sup>4</sup> - انظر، منذر الفضل، المرجع السابق، ص. 445.

<sup>5</sup> - انظر، ناصر جميل محمد الشمايلة، الضرر الأدبي وانتقال الحق في التعويض عنه، دار الاسراء، عمان، ط1،

2005، ص. 131 وما بعدها.

- أو العين - ضرر الألم - الضرر الجمالي، ما هو ثمن الشرف والاعتبار والاعتداء على الحياة الخاصة<sup>1</sup>.

وغني عن البيان أن هذه الأضرار تستعصي بطبيعتها على التحديد الدقيق للتعويض، لأنه لا يمكن لأي مبلغ مهما كان أن يعوض الإنسان عن جسمه أو فقد حياته. غير أنه يمكن أن نصل إلى مبلغ تعويض تقريبي يرضي المضرور ويعوضه قدر الإمكان جزءا من الضرر الذي أصابه. وبما أن هذه الأضرار تختلف من شخص إلى آخر، فإن منح المحكمة سلطة تقديرية فيما يتعلق بهذه الأضرار يعتبر الحل الأمثل للوصول إلى ترضية المضرور، وهو الحكم بتعويض عادل. فالقاضي قد يقدر الضرر الأدبي لشخص بمبلغ ويقدر نفس الضرر لشخص آخر بمبلغ يختلف عن المبلغ الأول<sup>2</sup>.

وتفريعا عما سبق، يتضح أن هذه الصعوبات في تقدير التعويض هي التي أعطت أو فرضت على المشرع أن يمنح للقاضي السلطة التقديرية في تحديد التعويض.

والقاعدة في تقدير التعويض أنه يقاس بالضرر المباشر الذي أحدثه الفعل سواء كان ضررا ماديا أو أدبيا، متوقعا أو غير متوقع، غير أنه لا يشمل الضرر غير المباشر فلو أن شخصا أصيب بحادث تسبب له في عجز أوقفه عن العمل وبالتالي تكبد نفقات علاج. فالقاضي حين تقديره للتعويض عليه أن ينظر إلى الخسارة المالية التي لحقت به والمتمثلة في نفقات العلاج والعمليات الجراحية، كما ينظر إلى ما فاتته من كسب من عدم قيامه بنشاط معين ويدخل في ذلك الضرر المستقبلي. وبعد تحديد هذه العناصر يقضي بالتعويض بصورة إجمالية<sup>3</sup>.

## الفرع الثاني

### تبيان عناصر الضرر في الحكم

<sup>1</sup> C.f. Boris STARK, essai d' une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de paine privée, p.50.

مقتبس عن عبد العزيز اللصاصمة، المرجع السابق، ص.202.

<sup>2</sup> - انظر، عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص.173.

<sup>3</sup> - انظر، فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق، ص.512.

فيتوجب على القاضي أن يحدد عناصر هذا الضرر الذي يدخل في حساب التعويض وأن يناقش كل عنصر على حدى. بيد أن هذه العناصر من المسائل القانونية التي تهيمن عليها المحكمة العليا، فإذا كان الحكم قد قضى بالتعويض بصورة إجمالية دون أن يبين عناصر الضرر، فإنه يكون معرضاً للنقض لقصور أسبابه<sup>1</sup>.

كما أنه على القاضي أن يبين عناصر الضرر الذي على أساسه يحكم بالتعويض. ورغم أهمية هذه المسألة إلا أنها محل خلاف بين القضاء المدني المصري والقضاء الجنائي، فبينما يرى القضاء المدني المصري<sup>2</sup> ضرورة تبيان عناصر الضرر واعتبارها من مسائل القانون التي يخضع القاضي فيها لرقابة محكمة النقض، يرى القضاء الجنائي أن قاضي الموضوع غير ملزم بتبيان هذه العناصر ويرى أن التعويض متروك لتقدير قاضي الموضوع دون معقب عليه، حيث قضت محكمة النقض المصرية بأنه من المقرر أنه يكفي في بيان وجه الضرر المستوجب للتعويض أن يثبت الحكم إدانة المحكوم عليه عن الفعل الذي حكم بالتعويض من أجله<sup>3</sup>.

وفي نفس السياق، فإن الأولى بالإلتباع هو القضاء المدني لأن تبيان عناصر الضرر المستوجب للتعويض تدفع بالقاضي إلى تقصي كل عنصر على حدى ليصل إلى مدى أحقية طالب التعويض فيه، وفي ذلك ضمان لكل مضرور في أن يعوض عن كل ضرر لحق به. وأن بيان هذه العناصر من مسائل القانون وليست من مسائل الواقع، وطالما هي كذلك يتعين استظهارها في الحكم. وفي هذا قضت المحكمة العليا في الجزائر بأنه " من المبادئ العامة في القانون أن التعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل وعلى القضاة أن يبينوا في أحكامهم الوسائل المعتمدة لتقرير

---

- انظر المحكمة العليا، غ.م، بتاريخ 1994/05/24، ملف رقم 109568، المجلة القضائية، 1997، العدد 01،<sup>1</sup> ص.123.

- انظر، طعن مدني رقم 299 لسنة 28ق، جلسة 1963/04/11، س14، ص.520. والطن رقم 375 لسنة<sup>2</sup> 32 جلسة 1967/02/16، س18، ص.373. مقتبس عن طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص. 157.

- انظر، طعن جنائي رقم 47، السنة 24، مجموعة أحكام النقض الجنائي، مقتبس عن طه عبد المولى طه،<sup>3</sup> المرجع السابق، ص. 153.

تلك التعويضات، ومن ثمة فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقاً للقانون؛ ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع منحوا تعويضات هامة دون تحديد العناصر التي اعتمدوا عليها في تقديرهم للتعويض يكونوا بذلك قد خرّقوا القواعد المقررة قانوناً<sup>1</sup>.

هذا، ويمكن للقاضي الحكم بالتعويض جملة واحدة دون تحديد كل من التعويض المادي والمعنوي على حدى ودون تحديد نصيب كل من المحكوم لهم متعددين حيث يقسم بينهم بالتساوي ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك. أما إذا كان التعويض المقضي به يشمل التعويض الموروث وجب تحديده نظراً لتوزيعه وفقاً للأنصبة الشرعية في الميراث وهي عندنا تتعلق بالنظام العام، ولا يجوز مخالفتها، كما يجب على المحكمة أن تتقيد بطلبات المدعي<sup>2</sup>

### الفرع الثالث

#### رقابة المحكمة العليا على تقدير التعويض

سبق لنا أن بينا في الفرع الأول من هذا المطلب أن لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تقدير التعويض دون معقب عليه من المحكمة العليا<sup>3</sup>. إلا أنه وإن كان هذا التقدير يدخل في سلطة قاضي الموضوع، فهذا لا يعني أن محكمة الموضوع لا تخضع مطلقاً لرقابة المحكمة العليا، إذ يجب على القاضي أن يبين في حكمه عناصر وشروط الضرر الذي يقضي من أجله بالتعويض، وذلك حتى يتسنى للمحكمة العليا من جهة

---

- انظر، المحكمة العليا، غ م، بتاريخ 24/05/1994، ملف رقم 109568، المجلة القضائية 1997، العدد 1 الأول، ص.123. وقد صدر قرار آخر عن المحكمة العليا جاء في حيثياته " حيث أنه إذا كان القضاء غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره بعد مناقشة المسؤولية عن الفعل والضرر والعلاقة السببية وأما تقديره فإنه يبقى سلطة تقديرية لقضاة الموضوع لا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك...". انظر، المحكمة العليا، غ م، بتاريخ 28/03/2000، ملف رقم 231419، المجلة القضائية 2003، عدد خاص، ص.27.

- انظر، بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص.99.<sup>2</sup>

- انظر هذه الرسالة، ص.270 وما بعدها.<sup>3</sup>

مراقبة صحة تطبيق القواعد المتعلقة بالتعويض<sup>1</sup>، ومن جهة أخرى رقابة مدى أخذ القاضي لعناصر تقدير التعويض السابق شرحها بعين الاعتبار.

### أولاً: رقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر وشروطه

إذا كان الضرر هو مناط تقدير التعويض، فلا بد أن يتناسب هذا التعويض مع الضرر ويقدر بقدره، ولا يتأتى ذلك إلا بعد تحديد العناصر والشروط الواجب توفرها في الضرر حتى يكون مستحقاً للتعويض. وإذا كان التثبت من وقوع الضرر ومداه مسألة واقعية يستقل بها قضاة الموضوع، فإن وجوب تعيين هذا الضرر في الحكم وذكر العناصر المكونة له قانوناً والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض، يعتبر من المسائل القانونية التي تهيمن عليها المحكمة العليا، لأن هذا التعيين هو من قبيل التكيف القانوني للواقع<sup>2</sup>.

وإذ تعد شروط الضرر الواجب توفرها لاستحقاق التعويض مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا، وهي الشروط التي سبق لنا شرحها في المبحث الأول من الفصل الأول<sup>3</sup> ومنها كون الضرر ماساً بحق أو مصلحة مشروعة، وبأنه ضرر محقق حال أو مستقبل أو بأنه احتمالي، ووصفه بأنه ضرر مادي أو ضرر معنوي.

إلا أن الملاحظ في الواقع العملي يعكس ما نقوله إذ أن القضاة لا يحددون عناصر الضرر ولا شروطه في أحكامهم كما لا يبينون نوع الضرر إذا ما كان مادياً أو معنوياً، مباشراً أو غير مباشر، محققاً أو احتمالياً، متوقفاً أو غير متوقع. والأمثلة في هذا الصدد كثيرة منها خاصة ما جاء في حيثيات حكم صادر عن محكمة البلدية بتاريخ 2000/05/20، "حيث أن إخلال المدعي عليها بالتزام تعاقدية قد ألحق ضرراً

<sup>1</sup> - انظر، مقدم السعيد، المرجع السابق، ص. 253.

<sup>2</sup> - انظر، سليمان مرقص، المرجع السابق، ص. 184.

<sup>3</sup> - انظر، هذه المذكرة، ص. 12 وما بعدها.

بالمدعية، مما يتعين القول بأن طلبها الرامي إلى الحصول على التعويض مؤسس قانوناً...<sup>1</sup>.

فيتضح من خلال هذا الحكم الذي جاء خالياً من تحديد الضرر الذي لحق المدعى عليها، في عناصره أو شروطه، مما يجعله حكماً معيباً قابلاً للنقض.

وفي هذا الصدد نقضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1986/07/08 حكماً صادراً عن محكمة الجنايات قضى بعدم أحقية والد الضحية في التعويض عن وفاة ابنه لأن هذا الأخير كان تحت نفقة والده بدعوى عدم تضرره، دون أن تبين نوع الضرر، إذ جاء في حيثيات هذا القرار "حيث أنه تبين من مطالعة الحكم المطعون فيه أن القضاة أسسوا قضاءهم لا بطلان دعوى والد الضحية على كون هذه الأخيرة كانت تحت نفقتها وأنه لم يلحقه أي ضرر، وحيث أن الضرر يكون إما مادي أو معنوي، وحيث أن القضاة راعوا في الدعوى الحالية سوى الجانب المادي فقط، وعليه فإنهم لم يحيطوا بالدعوى من جميع جوانبها، وجاء بذلك قضاءهم ناقصاً...<sup>2</sup>".

---

- انظر، محكمة البلدية، غ م، 2000/05/20، ملف رقم 2000/209، غير منشور، مقتبس عن حكيمة بعطوش،<sup>1</sup> المرجع السابق، ص.85.

- انظر، المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، بتاريخ 1986/07/08، ملف رقم 42308، المجلة القضائية 1990،<sup>2</sup> العدد الأول، ص.254. وقضت المحكمة ذاتها في قرارها الصادر في 07 جوان سنة 1983، فقد جاء في أحد حيثياته "... حيث أنهم أغفلوا الإشارة إلى العجز الحقيقي الذي أصاب الضحية مكتفين بذكرهم أن الضحية أحضرت عدة شهادات طبية بدون أي إيضاح للأضرار التي أصابت الضحية بالذات ووصفه تلك الأضرار وذكر هل هي دائمة أو مؤقتة"، انظر، المحكمة العليا، غ ج ، ملف رقم 25878 مجلة الاجتهاد القضائي، ص. 72، كذلك ما جاء في قرار صادر بتاريخ 1998/7/28، ملف رقم 198831 "... كما يجب تحديد كل ضرر وتقدير تعويضه وهو ما لم يفعله الحكم المطعون فيه مما يجب معه نقضه"، انظر، المحكمة العليا، غ ج ، المجلة القضائية 2003، عدد خاص ، ص.593.

وجاء أيضاً في قرار للمحكمة العليا "... وحيث يتبين من القرار المطعون فيه أنه لم يحدد نوعية التعويض المقضي به هل هو عن الضرر المادي أم عن الضرر المعنوي ومعلوم أنه لا يجوز دمجها معاً... الأمر الذي يشكل

و في نفس الإطار قضت المحكمة ذاتها بتاريخ 2002/07/25 بما يلي "حيث أن قضاة الاستئناف اكتفوا بحساب الغرامة المحكوم بها من طرف القاضي الاستعجال فقط، في حين أنه وبناء على المادة 471 من قانون الإجراءات المدنية، يلتزم قضاة الموضوع بتحديد الضرر وتقديره قصد مراجعة وتصفية الغرامة"<sup>1</sup>.

### ثانيا: رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض

تخضع محكمة الموضوع لرقابة المحكمة العليا في تقديرها لعناصر تقدير التعويض، حيث ليس لمحكمة الموضوع أن تختار ما تريد اختياره أو إغفاله من بين هذه العناصر، وهذا هو المبدأ. غير أن هناك بعض قرارات المحكمة العليا التي تسير عكس هذا المبدأ، لأنها تخلط بين تقدير القاضي للتعويض بمبلغ ثابت أو نصاب معين أو قيمة ثابتة وبين عناصر تقدير التعويض.

فيكون لقاضي الموضوع كامل السلطة التقديرية في مسائل الواقع كتكييف جسامة الضرر من يسره، دون رقابة عليه من المحكمة العليا. ولكن كيفية تحديد هذه الجسامة أو اليسر، بمعنى كيفية تطبيق القانون على الواقع هو الذي يكون محل رقابة المحكمة العليا، وتتصب هذه الرقابة على مدى احترام القاضي للعناصر والمعايير التي وضعها المشرع أمام القاضي للوصول إلى تقدير التعويض بما يتناسب والضرر. فإذا كان

---

قصورا في التسبب ينجر عنه النقص... " أنظر، المحكمة العليا، غ ج 2000/03/28، ملف رقم 231419، المجلة القضائية، 2003، عدد خاص، ص.627.

أنظر، المحكمة العليا، غ ج، 2002/07/25، ملف رقم 215762، المجلة القضائية 2002، العدد الأول، ص. 1<sup>1</sup> يجوز للجهات القضائية بناء على طلب الخصوم أن تصدر (279). وللإشارة فإن المادة 471 من ق إ م تنص على أحكاما بتهديدات مالية في حدود اختصاصاتها وعليها بعد ذلك مراجعتها وتصفية قيمتها ويجوز لقاضي الأمور المستعجلة بناء على طلب الخصوم أن يصدر أحكاما بتهديدات مالية وهذه التهديدات يجب مراجعتها وتصفيته بمعرفة الجهة القضائية المختصة، ولا يجوز أن يتعدى مقدار التهديد المالي مقدار التعويض عن الضرر الفعلي الذي (نشأ).

القاضي بصدد تطبيق معيار الخسارة اللاحقة والكسب الفائت فعليه أن يبين الواقعة الموضحة في الدعوى المثبتة، التي تصدق عليها وصف الخسارة أو الكسب<sup>1</sup>.

وفيما يتعلق بمعيار الظروف الملازمة، ومن وجوب اعتداد القاضي بالظروف الشخصية للمتضرر في حالته الشخصية والعائلية والمالية، فعلى القاضي أن يبين الواقعة التي تفيد إصابة الشخص بضرر في ذمته المالية، دخله، عدد الأشخاص الذين يعيّلهم، وهذه كلها تخضع لرقابة المحكمة العليا لأنها من قبيل التكييف القانوني للوقائع. فقد جاء في قرار صادر بتاريخ 2001/02/14 عن المحكمة العليا ما يلي "حيث أنه من قضاء المحكمة العليا المستقر أن تقدير التعويض عن التسريح التعسفي يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في هذا الشأن، ويكفيه أن يعاين كما هو الشأن في دعوى الحال الطابع التعسفي للتسريح ويقدر التعويض حسب الضرر الذي لحق العامل، وأن الحكم المطعون فيه يبين بأن المبلغ الممنوح للمطعون ضده كان على أساس الضرر المادي والمعنوي الذي لحقه جراء التسريح التعسفي، وهذا كاف لإعطائه الأساس القانوني"<sup>2</sup>.

ويتجلى لنا أن هذا القرار لم يشترط أن يضمن القاضي في قراره العناصر التي استعملها للوصول إلى تقدير التعويض بما يتناسب والضرر، بل اكتفى بوجوب معاينة الطابع التعسفي للتسريح، والضرر المادي والمعنوي الناتج عنه. ومع ذلك فإن المحكمة العليا في قرارات أخرى لها أخذت بالمبدأ المذكور آنفاً، وتوجب ذكر العناصر التي اعتمدها القاضي في الوصول إلى تقدير التعويض فقد قضت في قرارها الصادر بتاريخ 2002/07/25 بما يلي "إن قضاة المجلس منحوا للمطعون ضده تعويضاً بسبب الضرر اللاحق به نتيجة منعه من مواصلة الأشغال واعتمدوا في ذلك على عناصر تقرير

---

- أنظر، عبد السلام ذيب، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، 2009، ص. 315 وما<sup>1</sup> يليها.

- انظر، المحكمة العليا، غ ج ، بتاريخ 2001/02/14، ملف رقم 214574، المجلة قضائية 2002، العدد الأول،<sup>2</sup> ص. 195.



الخبرة وعلى محضر المعاينة المحرر بتاريخ 1996/11/17 وأن هذا التقدير يدخل ضمن سلطتهم لا رقابة عليهم في ذلك من طرف المحكمة العليا<sup>1</sup>.

وقضت أيضا في قرار آخر لها صادر بتاريخ 1994/05/24 "حيث من المبادئ العامة أن التعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل ولا تكون مصدر إثراء أو تفكير لأحد الأطراف، وتكريسا لهذه القاعدة فإنه مستوجب على القضاة أن يبينوا في أحكامهم الوسائل المقدمة أمامهم والمعتمدة من طرفهم لتقدير التعويض، وبالعودة إلى القضية نجد أن القرار المنتقض منح تعويضات هامة 47 مليون، بغير تحديد العناصر (فواتير ومستندات أخرى) التي بها قدر التعويض. وحيث أنه تأسيسا على ما تقدم يكون الوجه مؤسسا ويترتب عنه النقض"<sup>2</sup>.

كما اشترطت في عدة قرارات صادرة عنها وجوب تحديد الظروف الملازمة وإنطتها بتلك التي تلابس المضرور فقط. مما يمكن معه القول بأن المحكمة العليا تأخذ بالرأي القائل بوجود الاعتداد بالظروف التي تلابس المضرور دون المسؤول، فنقضت في هذا الشأن عدة قرارات لم تبين ظروف المضرور. كقرارها الصادر في 1993/01/06 "... وأنه ينبغي على قاضي الموضوع أن يستجيب لطلبات المطعون ضده للتعويض عن الأضرار اللاحقة به جراء فقدان قريبهم، فإنه ملزم مع ذلك بذكر العناصر الموضوعية التي تمكنه من تحديد التعويض وهي على وجه الخصوص سن الضحية ونشاطه المهني، ودخله الدوري أو أجره، في حين أن قضاة المجلس لم يذكروا أي معلومة في هذا الشأن، بحيث أن المحكمة العليا أضحت عاجزة عن ممارسة رقابتها على قضائهم"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، المحكمة العليا، غ ج ، بتاريخ 2002/07/25، ملف رقم 215762، المجلة قضائية 2002، العدد الأول، ص. 279.

<sup>2</sup> - انظر، المحكمة العليا، غ ج ، بتاريخ 1994/05/24، ملف رقم 109568، المجلة القضائية 1997، العدد الأول، ص. 123.

<sup>3</sup> - انظر، المحكمة العليا، غ م، بتاريخ 1993/01/06، ملف رقم 87411، نشرة القضاة، العدد 50، ص. 55.

أما بخصوص الضرر المعنوي فقد ذهبت المحكمة العليا إلى أن تقدير التعويض عنه لا يرتبط بالمعايير والعناصر التي أوجبها المشرع والمستعملة في ذلك لارتباط هذا النوع من الضرر بالجانب العاطفي الذي يصعب تحديده بعناصر موضوعية وإنما هو شخصي. وهذا واضح في قرارها الصادر في 1981/12/10 بقولها "حيث أنه إذا كان يتعين على قضاة الموضوع أن يعللوا قرارهم من حيث منح التعويض وهذا بذكر مختلف العناصر التي اعتمدوا عليها في ذلك فإن الوضع يختلف إذا كان الأمر يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي. حيث بالفعل أن التعويض عن مثل هذا الضرر يركز على العنصر العاطفي الذي لا يحتاج بحكم طبيعته إلى تعليل خاص مما يجعل القرار لا يحتاج من هذه الناحية إلى تعليل خاص علما بأن رقابة المجلس الأعلى في هذا المجال تهدف أساسا إلى التأكد من عدم تشويه الطابع المعنوي للضرر المعروض عنه"<sup>1</sup>.

وكذلك ما جاء في قرارها الصادر بتاريخ 1992/02/18 "حيث أنه بخصوص التعويضات المعنوية فإن منحها يدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع وهي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا"<sup>2</sup>.

### المطلب الثالث

#### وقت تقدير التعويض

تعتبر قيمة الضرر هي العامل الأساسي في تحديد قيمة التعويض، فقد يتغير الضرر من تاريخ تحققه بالزيادة أو النقصان، وقد لا يتغير الضرر ذاته، بل تتغير قيمته بتغير الأسعار، فالى أي وقت يستند في ذلك التقدير؟ وبعبارة أخرى ما هو الوقت الذي ينشأ فيه حق المضرور في التعويض، أهو وقت وقوع الضرر أم وقت صدور الحكم؟

---

1 - انظر، المحكمة العليا، غ م، بتاريخ 1981/12/10، ملف رقم 24500، مجلة الاجتهاد القضائي، ص.87.

2 - انظر، المحكمة العليا، غ.ج، بتاريخ 1992/02/18، ملف رقم 78410 نشرة القضاة، العدد 48، ص.145،  
وجاء أيضا في قرار صادر بتاريخ 2000/03/28، ملف رقم 231419 "حيث أنه إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر لمعنوي باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره..."، انظر المجلة القضائية 2003، عدد خاص، ص.593.

فمن زاوية الفقه، ظهر رأيان في هذا الصدد رأي يقول بنشوء الحق في التعويض من تاريخ صدور الحكم ومن أنصاره الفقهاء "مازو"<sup>1</sup>، حيث يرون أن الحكم بالتعويض منشأ للحق وليس كاشفاً له، لأن الحق في التعويض يظل حقا غير محدد المقدار، إلى غاية صدور الحكم الذي يحدد مقداره، ولذلك وجب الاعتداد بعناصر الضرر وقت صدور الحكم<sup>2</sup>.

وخلافاً للرأي السابق، يذهب أغلب الشراح<sup>3</sup> إلى أنه يجب الاعتداد بوقت وقوع الضرر كتاريخ لنشوء الحق في التعويض، إذ يعتبر الوقت الذي تكتمل فيه أركان المسؤولية، وأنه قبل وقوع الضرر لا يتصور نشوء الحق، والحكم ليس إلا كاشفاً للحق لا منشأ له، أي أنه ينشأ منذ اللحظة التي يتحقق فيها الخطأ في المسؤولية الخطئية، ومنذ وقوع الضرر بالنسبة للمسؤولية الموضوعية. «والواقع أن رسالة القاضي في الحكم الذي ينطق به، تتأدى في تقرير أو عدم تقرير الحق موضوع الصراع بين الخصمين، أحدهما يدعيه والآخر ينكره عليه.»<sup>4</sup>

إن الأحكام التي تعتبر مقررة للحقوق *jugements déclaratifs* تقول عنها محكمة النقض الفرنسية أنها: «ceux que se bornent à reconnaître des droits préexistants»<sup>5</sup> وذلك تمييزاً لها عن الأحكام المنشئة للحقوق *jugements constitutifs : attributifs* التي تخلق حقا أو تعدله.

أما من زاوية القضاء فلم تستقر أحكام القضاء الفرنسي على حكم واحد، فذهب بعضها إلى أن حق المضرور في التعويض ينشأ من يوم صدور الحكم. وفي ما تقوله محكمة النقض في هذا الشأن: «la créance indemnitaire, de la victime d'un

<sup>1</sup> - CF, Mazeud,(H.et L), OP.Cite, p.354.

<sup>2</sup> - انظر مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، بدون سنة، ص.209.

<sup>3</sup> - انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.961؛ وأنظر، حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص.520.

<sup>4</sup> - انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.961.

<sup>5</sup> Cass, 10/07/1918 ; D, 1923-1-15.

délict ou d'un quasi délict n'existe qu'à dater du jugement ou de l'arrêt qui la consacre»<sup>1</sup>.

ولكن ذهب محكمة النقض الفرنسية في الكثير من قراراتها إلى أن حكم التعويض إنما يعتبر مقرراً وكاشفاً للحق الذي كان موجوداً منذ وقوع الضرر.<sup>2</sup>

وللوقت الذي ينشأ فيه الحق في التعويض أهمية عملية تتمثل خاصة في إذا كان الحكم منشأً للحق فإنه:

- 1- ليس للمضروور قبل الحكم اتخاذ أي إجراءات تحفظية .
- 2- لا يصح للمضروور التصرف في هذا الحق إلا بعد صدور الحكم المنشأ لهذا الحق.
- 3- العبرة بحساب التعويض وتقديره من يوم صدور الحكم.
- 4- يسري التقادم من يوم صدور الحكم.

ونلاحظ أن شروط تحقق الضرر أمر لا بد منه في كلتا الحالتين، ومهما يكن فيجب التمييز بين حق المتضرر في التعويض وتقدير التعويض، فالأول ينشأ منذ وقوع الضرر، أما الثاني فإنه يقدر بقيمة الضرر وقت الحكم.

وهناك رأي وسط قالت به الأستاذة " ريبيرت " وأخذ به الأستاذ " لالو " <sup>3</sup> مؤداه أن يجب التمييز بين الالتزام بإصلاح الضرر وبين الالتزام بدفع التعويض. فالأول ينشأ وقت وقوع الضرر، ولهذا فإن الحق في التعويض ينشأ في ذلك الوقت، وهو حق ينتقل

---

<sup>1</sup> - Cass, 05/11/1936, D.P.585.

<sup>2</sup> - Cass, 02/12/1947.D.1947.p.577. La décision du juge ne fait que liquider la créance de la victime, mais que cette créance est née le jour de l'acte délictueux .

<sup>3</sup>- CF, LALOU, La responsabilité civile , P.542.

مقتبس عن منير قرمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص. 83.

إلى الورثة، ويتحول هذا الالتزام بإصلاح الضرر إلى التزام بدفع التعويض وقت الحكم، ولذلك يجب الاعتداد بذلك الوقت في تقدير مبلغ التعويض، وتبعاً لذلك يجب مراعاة التطورات التي تكون قد حدثت منذ وقوع الضرر<sup>1</sup>.

وتدق الصعوبة في حالة ما إذا كان الضرر الجسماني متغيراً، حيث أن أغلبية الأضرار الجسمانية متغيرة نظراً لطبيعة الجسم الفيزيولوجية. فمثلاً الشخص الذي صدمته سيارة وأصيب بكسر في ساقه أو ذراعه، عندما طالب بالتعويض كان الكسر قد تطور فأصبح أشد خطورة مما كان عليه، وأثناء صدور الحكم كانت خطورته قد اشتدت وانقلب إلى عاهة مستديمة، ولا شك أن القاضي يدخل في اعتباره تطور هذه الإصابة أثناء الحكم؛ فيقدر الضرر على اعتبار أنه انقلب إلى عاهة مستديمة<sup>2</sup>.

فالعبرة في تقدير التعويض بيوم صدور الحكم اشتد الضرر أم خف، أما من زاوية تغير سعر النقد أو أسعار السوق، فالعبرة بالسعر يوم صدور الحكم. ولكن بالنظر إلى النقود التي تنهت بصفة مستمرة، فإن مقتضيات العدالة إزاء تلك التطورات الاقتصادية تقتضي الاعتداد بزيادة الأسعار اللاحقة لصدور الحكم في تقدير التعويض عن الأضرار الجسمانية المستمرة، بحيث يزداد التعويض بمقدار الزيادة في الأسعار اللازمة لجبر الضرر، كإجراء علاج أو جراحة أخرى أو شراء أدوية في المستقبل.

وعلى ذلك فقد تقتضي حالة المريض، لإصلاح الضرر، إجراء علاج أو جراحة أخرى، أو شراء أدوية بالمستقبل، وتلك الأمور تختلف نفقاتها من وقت لآخر، فالقاضي يقدر التعويض على ضوء التكاليف وقت النطق بالحكم<sup>3</sup>.

ولكن بالنظر إلى دعوى التعويض والتي غالباً ما تطول إجراءاتها، وبالتالي صدور حكم نهائي فيها<sup>1</sup>، ونظراً أيضاً إلى أن الأضرار الجسمانية في حاجة ملحة

---

- هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر 15 يوليو سنة 1943، دالوز، 1944، ص.3،<sup>1</sup>

المرجع السابق، ص. 83. مقتبس عن منير قزمان،

- انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، فقرة 649، ص. 975.<sup>2</sup>

- انظر، منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.618.<sup>3</sup>

وماسة إلى جبرها، فهل على القاضي أن يحكم للمضور بنفقة أو تعويض مؤقت إلى غاية الفصل الكامل في دعوى التعويض؟.

للإجابة على هذا السؤال، يمكن القول بأنه يجوز للقاضي أثناء نظر دعوى المسؤولية أن يقدر أن المضور في حاجة قصوى إلى نفقة مؤقتة يحكم له بها، يدفعها المسؤول من حساب التعويض الذي سيقضى له به في النهاية، ويشترط في هذه الحالة ما يلي:

1- أن يكون مبدأ المسؤولية قد تقرر ولم يبق إلا تقدير التعويض؛ أي أن أركان المسؤولية اكتملت

2- أن يكون المبلغ الذي يقدره القاضي للنفقة المؤقتة أقل من مبلغ التعويض النهائي

3- أن يكون المضور في حاجة ملحة إلى هذه النفقة

4- أن تكون عناصر تقدير التعويض لا تزال لإعدادها في حاجة إلى مدة طويلة<sup>2</sup>

أما عن إعادة النظر في تقدير التعويض، فقد يصدر القاضي قراره بالحكم في تعويض المضور جسمانيا، إلا أن هذه الإصابة قد تتفاقم وتؤدي إلى الوفاة، فما هو الحكم في هذه الحالة؟.

للإجابة على هذا السؤال، يمكن القول أن إعادة النظر في الحكم يتعارض مع مبدأ حجية الشيء المقضي فيه، وأن قواعد العدالة توجب إعادة النظر في تقدير التعويض حتى ولو أدت الإصابة إلى وفاة المصاب، حيث يحق للورثة طلب التعويض عن الوفاة

---

- انظر، أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات ( مصادر الالتزام )، ط1، عمان، الأردن، 2003،<sup>1</sup> ص.254.

- انظر، علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري ( المسؤولية عن فعل<sup>2</sup> الغير - المسؤولية عن فعل الأشياء - التعويض )، ط3، الجزائر، 1994، ص.260؛ وانظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، فقرة 650، ص.976.

كما يمكن للمصاب شخصيا المطالبة بإعادة تقدير التعويض في حالة عدم الوفاة، وعلى القاضي أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطلب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في تقدير التعويض.

وفي هذا قررت المحكمة العليا أنه " من المقرر قانونا أن الحكم الذي لم يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطلب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في تقدير التعويض لا يحق له الرجوع أمام القضاء من جديد لإعادة التقدير، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي على الطاعن بدفعه للمطعون ضده تعويضا عن الضرر الذي لحقه دون أن يحتفظوا في قضائهم السابق الصادر في سنة 1979 بالحق في تقدير التعويض من جديد، يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه <sup>1</sup>.

وجدير بالذكر أن القاضي يعتمد في إصدار حكمه على الخبرة الطبية، لأنه يصعب على القاضي في بعض الأحيان الإلمام بعناصر الضرر وبالتالي يستعين بالمختص حيث يستشير باستشارته على الرغم من أن رأي الخبير غير ملزم.

وبناء على ذلك فإن القاضي قد يقرر تأجيل النظر في إصدار الحكم بالتعويض حتى يستقر الوضع الصحي للضحية أو يحكم بالنفقة المؤقتة. وقد استقر القضاء الفرنسي على أنه " إذا استطاع المضرور إقامة الدليل على أن الضرر الذي لحق به يختلف تماما عن الضرر الذي سبق التعويض عنه فحينئذ لا يوجد ما يحول دون قبول دعواه <sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> - انظر المجلس الأعلى، غ م، مؤرخ في 17/06/1987، ملف رقم 5090، المجلة القضائية 1990، العدد 1 الرابع، ص.11.

<sup>2</sup> - انظر، تعليقات على الأحكام الفرنسية للأستاذ جورج دوري، مجلة إدارة قضايا الحكومة، 1975، العدد الثالث، ص.621، مقتبس عن منذر الفضل، المرجع السابق، ص.447.

يمكن القول بأنه أصبح من المسلم به وجوب تعويض كافة عناصر الضرر الجسماني، وأن يكون هذا التعويض كاملاً وذلك بأن يغطي كافة عناصر الضرر الجسدي، وعلى القاضي أن يراعي جميع الظروف المالية المحيطة بالمضروب والتي يمكن أن تؤثر في تقدير التعويض وأن يكون هذا التعويض سريعاً، لكي يحقق هدفه.

## المطلب الرابع

### ضرورة الأخذ بنظام خاص للمسؤولية

يبدو أنه لا غنى للمشرعين عن الأخذ بأنظمة خاصة لتعويض الحوادث الطبية؛ وذلك إما على أساس التأمينات الاجتماعية، أو إنشاء صناديق خاصة، حماية لأرواح المرضى وسلامتهم الجسدية، مع الأخذ بعين الاعتبار أن اعتناق هذه الأنظمة لن يكون بديلاً عن الأحكام التي تنظم المسؤولية الطبية، بل سيوجد إلى جانبه، دون مزاحمة أو تداخل<sup>1</sup>. وسيكون معيار تطبيق كل منهما هو التفرقة بين الحادث الطبي، وعدم نجاح العلاج، فهذا النظام سيقنصر مجاله على الخطر العلاجي، وهو الضرر الجسيم الذي يحدث أثناء ممارسة العمل الطبي، ولا صلة له بحالة المريض السابقة، فلا يعتبر من مضاعفاتها، أو نتيجة لاستعداده المرضي.

أما في حالة فشل العلاج الذي يدخل في نطاق بذل العناية اللازمة، فإن مسؤولية الطبيب لا تتعدد إلا إذا كان عدم نجاح العلاج راجع إلى خطأ الطبيب أو تقصيره، فمن الضروري التفرقة بين التزام الطبيب بالعلاج، والالتزامات الناجمة عن عقد العلاج، ومن ثمة هجر الفكرة التقليدية التي اعتبرت التزامات الطبيب ذات طبيعة واحدة، حتى بالنسبة للأضرار التي لا صلة لها بالعلاج.

إن تعويض المخاطر العلاجية وفقاً لأنظمة خاصة لا غنى عنه، نظراً للمخاطر التي تحيط بالأعمال الطبية، سواء من ناحية القائم بالرعاية الصحية، أو من ناحية المرضى الذين يتلقون هذه الرعاية، فليس من العدل إذن ترك هذه الأضرار دون

- انظر، ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.155؛ وانظر، أمال بكوش، المرجع السابق، ص.359.<sup>1</sup>



تعويض، فالتطور العلمي الذي يشهده فن الطب، يصاحبه ازدياد في نسبة المخاطر، وذلك بسبب اللجوء إلى استخدام تقنيات طبية حديثة، لم تختبر بعد؛ لكن لا يمكن الاستغناء عنها.

فليس من العدل ترك المضرورين من هذه المخاطر دون تعويض، والذين كانوا لسوء حظهم أوائل من يخضع للتقنيات الحديثة، بحجة عدم وجود خطأ أو تقصير من جانب الطبيب الذي باشر العمل الطبي<sup>1</sup>. ولكن هل هذا يعتبر سبب كاف ليتحمل الطبيب تعويض الأضرار الناجمة عن هذه المخاطر؟

والواقع أن موقف كل من طرفي العقد متشابه، فالطبيب يمارس المهنة ويعلم مخاطرها، والمريض يقبل العلاج وهو على بينة من احتمالاته، فيمكن القول أنه قد قبل مخاطره، دون الجزم بقبول المخاطر الاستثنائية جداً، على الرغم من أن القضاء الحديث يلزم الطبيب بإعلام المريض بكل المخاطر التي تحيط بالعمل الطبي، حتى الاستثنائية منها؛ وعلى ذلك يسأل الطبيب إذا قصر في هذا الالتزام.

أما إذا نفذ الطبيب التزاماته التعاقدية فمن الصعب مساءلته دون صدور أي خطأ أو تقصير من جانبه، ومن هنا كانت دعوة الفقه<sup>2</sup> إلى ضرورة تدخل تشريعي يقيم التوازن بين المصالح المتعارضة للطبيب والمريض، وينقل التعويض من مجال المسؤولية إلى مجال التضامن الاجتماعي.

ولكي يتأتى ذلك؛ لا بد من فرض نظام التأمين الإجباري من المسؤولية عن المخاطر العلاجية، وإنشاء صندوق وطني لتعويض هذه الفئة كما فعل المشرع

---

<sup>1</sup> - انظر، ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.158.

<sup>2</sup> - إن فكرة وضع نظام خاص لتعويض الأضرار الناشئة عن الحوادث الطبية، قد طرحت للمرة الأولى سنة 1966، من قبل الأستاذ "أندريه تانك" أمام المؤتمر الدولي لأداب مهنة الطب، وطرحت في سنة 1974 من طرف الأستاذ "جان بينو" في رسالته للدكتوراه حول الخطأ والغلط في مجال المسؤولية الطبية. انظر، ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.159.

الفرنسي، حيث يلجأ الأشخاص إلى إبرام تأمين ضد الحوادث الطبية، ويتحمل عبء الأقساط، مقابل الاستفادة من الضمان الذي يتيح التأمين.

لكن؛ الأخذ بنظام التأمين الشخصي من الحوادث الطبية يثير الكثير من الصعوبات، فبدون وجود عقد التأمين، فإن الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية لن يتم تعويضها بأي صورة؛ وبالتالي يجب التأكد قبل إجراء العمل الطبي من وجود عقد تأمين للمريض، فهل يجب الانتظار حتى يصبح الشخص مريضاً حتى يعقد تأميناً على اعتبار عدم وجود فائدة له قبل ذلك؟ هذا الحل قد يبدو مستحيلاً في الحالات الاستعجالية، إذ لا يمكن الانتظار حتى يبرم الشخص التأمين. إذن لم يبقى إلا حلاً واحداً مفاده أن نفرض على كل شخص إبرام عقد تأمين حتى ولو لم يكن مريضاً، وهو حل مستبعد وشبه مستحيل، لذلك نرى أن الحل الأمثل هو أن تتدخل الدولة بصناديق وطنية خاصة للتعويض.

حيث يتولى عدد كبير من أفراد المجتمع المساهمة في تعويض الأضرار الناشئة عن المخاطر التي يؤمن الصندوق تعويضها، كما أنه لا يلزم الضحايا المحتملين للخطر بإبرام تأمين من الأضرار، وهو أمر شبه مستحيل كما سلف.

وإزاء غياب أي نص تشريعي، من خلاله يمكن تعويض المضرورين من المخاطر العلاجية، فقد ذهب بعض الفقه<sup>1</sup> إلى اقتراح حلول على أسس أكثر موضوعية؛ مثل إقامة المسؤولية على أساس المادة 1/1384 من التقنين المدني الفرنسي، أو إقامتها على أساس الالتزام بسلامة المريض، الذي محله تحقيق نتيجة.

---

- انظر، ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.165.<sup>1</sup>

## خلاصة الباب الثاني

وما يمكن إن نستخلصه من هذا الباب أنه قد تواجه المضرور من المخاطر العلاجية مشكلات وعقبات تحول دون قيام مسؤولية مقدم الرعاية الصحية، وبالتالي الحصول على التعويض الجابر للضرر؛ ذلك أن المسؤولية التقليدية إذا ما طبقت على هذا النوع من الأضرار فإنها لا تسعف هؤلاء المضرورين.

هذه المشكلات تتمثل أساسا في مشكلات متعلقة بإسناد المسؤولية، فالمسؤولية التقليدية تقوم على أساس الخطأ، فما ذنب المريض باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة، في التعويض عن الأضرار التي لا يمكن نسبتها إلى خطأ معين، أو أن مقدم الرعاية الصحية لم يثبت خطأ في جانبه، وحتى وإن سلمنا بوجود الخطأ، فلا يمكن أن نتجاهل مخاطر إثبات هذا الخطأ، لا سيما في المهن التي تعتمد على أمور فنية كمهنة الطب. أضف إلى ذلك أن هناك أخطاء قد تنسب إلى عدة مسؤولين، ويتعذر مع ذلك معرفة المتسبب الرئيسي في الضرر، وبالتالي الحصول على التعويض.

كما أن المضرور من المخاطر العلاجية قد صادفته مشكلات متعلقة بالتعويض، منها مشكلة عدم تناسب التعويض مع الضرر الذي لحقه، ومشكلة تاخر الحصول على التعويض. هذه المشكلات هي التي أسالت لعاب الفقه والقضاء وذلك من أجل إيجاد الحلول والضمانات القانونية لها؛ فقد نادى الفقهاء بضرورة إعادة النظر في أساس المسؤولية المدنية، والتشدد في دفع المسؤولية، وانتشار التأمين، وظهر الالتزام بالإعلام، والتوسع في الالتزام بتحقيق نتيجة.

وقد اتضح مدى التقدم والتطور الذي تحقق في مجال التعويض عن المخاطر العلاجية، وكيف لعب القضاء والفقه دورا رائدا في هذا التطور؛ حيث أن المسؤولية المدنية أضحت في كثير من أحكامها تقوم على اعتبارات التضامن الاجتماعي. وقد تجسد ذلك في إيجاد ضمانات للمضرورين من تبعات العمل الطبي، وذلك في الكثير من الحالات التي يتعذر فيها معرفة المسؤول أو يسقط حقهم في الضمان، وما تلعبه صناديق الضمان الخاصة التي كرستها أغلب التشريعات؛ لا سيما صناديق تعويض

ضحايا الإرهاب وصناديق تعويض حوادث السير وصناديق تعويض مرضى السيدا،  
واخيرا صناديق تعويض المخاطر العلاجية.

وقد تجسد ذلك في الأنظمة الخاصة التي كرسها بعض التشريعات، وخاصة منها  
القانون الفرنسي، الذي استحدث نظاما خاصا لتعويض المضرورين من المخاطر  
العلاجية، على غرار الصندوق الذي أنشأه لتعويض ضحايا مرض الإيدز، وقد نبه الفقه  
على ضرورة تكريس نظام التأمين من المسؤولية كآلية ناجعة لتغطية هذه المخاطر.

وحيث كان التعويض عن هذه الأضرار يثير صعوبات بالنسبة للمسؤولية المدنية  
التقليدية، التي تقوم على الخطأ، لذلك ينبغي على المشرع أن يتدخل بنص صريح،  
بمقتضاه تقوم المسؤولية عن المخاطر العلاجية على أساس تحمل التبعة، بأن يكون  
أساسها الضرر فقط، ذلك أن السلامة الجسدية من النظام العام، وأنها أولى بالحماية  
من أي شيء آخر.

وحيث ثبت قصور وعجز أحكام المسؤولية المدنية في صورتها التقليدية على  
مسايرة ومواجهة التطور الذي لحق أساليب الحياة الحديثة؛ حين تدخلت الآلة في معظم  
النشاطات؛ وبات من الضروري البحث عن حلول وميكانيزمات من خلالها يتم توفير  
الحماية والضمانات الكافية. ولا سبيل في ذلك إلا باعتماد المسؤولية الموضوعية التي  
لا تقوم على الضرر، ومبدأ التضامن الاجتماعي الذي يلقي تبعة أخطار هذا التطور  
على كاهل المجتمع .

وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري لم يستحدث نظاما تعويضيا لفائدة هؤلاء  
المضرورين، كبعض التشريعات الغربية، إلا أنه ومع ذلك فقد ثبت من تطبيق قواعد  
المسؤولية التقليدية، أن تقدير التعويض عن الأضرار تعتريه صعوبات جمة، لا سيما  
في حالة تفاقم الضرر أو تحسنه لأحد الأسباب، وذلك بالنظر للتغيرات التي قد تحدث  
لعناصره من وقت وقوع الضرر إلى غاية النطق بالحكم. كما أن هناك ظروف  
وعوامل تؤثر في مبلغ التعويض، يجب على القاضي مراعاتها أثناء تقدير التعويض؛

وهي كما نص عليها المشرع وشرحها الفقه والقضاء؛ ظروف وعوامل تتعلق بالمسؤول و أخرى تتعلق بالمضرور.

ومما تقدم تبين أن القاضي ملزم بتبيان وتفحص ومناقشة عناصر الضرر كل على حدى، وذلك من أجل بلوغ التعويض الكامل والجابر. بيد أن عناصر الضرر الجسماني وشروطه من المسائل القانونية التي يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا.

وقد اختلف الفقه حول وقت نشوء الحق في التعويض، وذهب غالبية الفقه إلى أنه الوقت الذي يقع فيه الضرر وتكتمل فيه أركان المسؤولية المدنية، ونظرا لتأخر الفصل في دعوى التعويض، والتي عادة ما تستغرق زمنا طويلا. ونظرا لحاجة المضرور الملحة للتعويض من أجل جبر ضرره، فإنه يجوز للقاضي بناء على ذلك أن يحكم بنفقة مؤقتة، حيث تلعب هذه النفقة دورا بارزا في القضاء أو الحد من مشكلة تأخر الحسم في دعوى التعويض.

**خاتمة**

من خلال بحثنا لموضوع التعويض عن الأضرار العلاجية، فإننا قد توصلنا إلى أن هذه الأضرار مرتبطة بالعمل الطبي، وتنشأ نتيجة للتدخل الطبي، في غياب أي خطأ من جانب الطبيب في التشخيص والعلاج، ولا صلة له بحالة المريض السابقة. وقد زاد من هذه المخاطر ما حدث من تطور في التقنية في مجال العلوم الطبية. فالتكنولوجيا بقدر ما يسرت سبل التداوي والشفاء بقدر ما حملت بين طياتها أخطار استثنائية وجسيمة، وليس من العدل أن يتحمل المريض باعتباره الطرف الضعيف، نتائج هذا التقدم العلمي، بل يجب البحث عن معادلة تكفل التوازن بين الطرفين.

فقد سار الاجتهاد على أن مقدم الرعاية الصحية ملزم بمجرد بذل العناية كأصل عام، مما يجعله في منأى من المسؤولية خارج نطاق هذا الالتزام، فلم يعد هذا التكيف يتلاءم مع التطورات الحاصلة في المجال الطبي، ولا سيما في مجال المنتجات الطبية كالأدوية والأجهزة الطبية.

وقد كان للقضاء دورا رائدا في هذا المجال؛ وذلك من خلال ابتكار الالتزام بالسلامة، الذي يضع على المنتج في مواجهة المستهلك، التزاما بضمان سلامة المنتج، وافترض علمه بعيوب السلعة، وقد كرس التشريعات بعد ذلك هذا الالتزام في نصوصها الخاصة.

ولقد ثبت قصور وعجز أحكام المسؤولية المدنية عن إسباغ الحماية الكافية لفئة المضرورين من المخاطر العلاجية. ذلك أن النظام الذي يؤسس المسؤولية المدنية على الخطأ، إذا تعلق الأمر بالأضرار الطبية، لم يعد يصلح في زمن كثرت فيه هذه الأضرار والحوادث، وتداخلت وتعقدت فيه الأنشطة الاقتصادية، وسيطرت فيه الآلة بسبب التطور التكنولوجي.

ولأجل إسعاف هؤلاء المضرورين وتوفير الحماية القانونية الكافية لهم، فقد رأينا أن المسؤولية التقليدية القائمة على أساس الخطأ لم تعد تستجيب لتطلعاتهم، فنرى أنه لا غنى لنا عن الاتجاه بها إلى المسؤولية الموضوعية، باعتبارها تقوم على أساس الضرر، ومن شأنها الحد من ارتكاب الأخطاء، من جهة؛ وضمان حصول المضرورين

على حقهم في التعويض، من جهة أخرى. وهي بذلك تعد أكبر ضمانة لحقوق المضرورين، حيث يعفون من إثبات الخطأ الذي يمثل أكبر عقبة تواجههم في زمن صعب فيه الإثبات. ولذلك فمن المستحسن أن يتدخل المشرع لتقرير هذا الضمان بنص خاص، وذلك بجعل المسؤولية في حالة الخطر العلاجي تقوم على أساس الضرر؛ وذلك مهما كانت طبيعة هذه الأضرار.

وقد ثبت أيضا من الدراسة أن المضرور تواجهه مشكلات تحول دون الحصول على حقه في التعويض، قد تتعلق هذه المشكلات إما بإسناد المسؤولية أو بالتعويض في حد ذاته، ومن أهمها مشكلة معرفة المسؤول عن الحادث، ونسبة الحادث إليه، لا سيما في هذا العصر الذي انتشرت فيه التكنولوجيا وسادته المنافسة بين المحترفين، مما صعب فيه نسبة الخطأ إلى الفاعل. فكلما تتطور التكنولوجيا وتزداد الحياة تعقدا كلما اتسعت دائرة المسؤولية، لذلك كان لا بد من التدخل لإيجاد حلول لا يهدر حق المضرور في التعويض.

لذلك فقد بدأت المسؤولية تتطور رويدا رويدا، وذلك بفضل لواء التغيير الذي حمله الفقه ومن وراءه القضاء -الفرنسي بالخصوص- والذين كان لهما الدور الرائد في إيجاد الحلول القضائية الفقهية والتشريعية لهذه المشكلات. إذ من نتائج هذا التطور، تحول المسؤولية من فكرتها الفردية إلى مسؤولية اجتماعية، تقوم على اعتبارات التضامن الاجتماعي، بحيث تلقي بتبعة أخطار ممارسة النشاط الاقتصادي وبعض الحوادث التي يتعذر فيها معرفة المسؤول على كاهل المجتمع ككل. وهذا ما تجسد في تبني فكرة الصناديق الخاصة، لا سيما الصناديق التي استحدثها المشرع الفرنسي في مجال تعويض مرضى السيدا وتعويض ضحايا المخاطر العلاجية، فضلا عن فرض نظام التأمين الإجباري، وانتشار أنظمة التأمينات الاجتماعية.

إذن على الرغم من أن التشريع مازال مخلصا لفكرة المسؤولية الخطئية، إلا أن تطور نظام التعويض الذي يؤسس المسؤولية المدنية على أساس الضرر وحده، وعلى الخصوص في مجال الأضرار الجسمانية؛ حيث اختفت المسؤولية الخطئية وحلت



محلها أفكاراً جديدة هي المسؤولية بقوة القانون والمسؤولية على أساس اعتبارات التضامن الاجتماعي. ولكن لا يمكن الاستغناء عن فكرة الخطأ مطلقاً، لأنه لا يمكن لأي أحد أن ينسب الفعل لشخص لم يتسبب فيه، وإلا كان هذا ظلماً في حقه.

وفي هذا السياق خطا المشرع الجزائي خطوات وأشواط كبيرة في مجال توفير الحماية لهذه الفئة من المضرورين، فقد سائر التشريع والقضاء في فرنسا فيما ذهب إليه، من ضرورة إصدار نصوص خاصة تجسد مبدأ التكافل الاجتماعي. وتجلي ذلك في نظام التأمينات الاجتماعية ونظام التأمين الإجباري.

وإذا كانت هذه الأضرار تقع على جسم الإنسان، وأن أعلى ما يملكه الإنسان هو جسمه، كان لا بد من إيجاد حماية و ضمانات كافية لحماية هذا الجسم ضد أي اعتداء. وفي حالة وقوع الاعتداء وجب تعويض جميع الأضرار التي تلحق بهذا الجسم؛ ذلك أن الأضرار الناجمة عن الاعتداء على حق الإنسان في سلامة جسمه متعددة ومتنوعة، وليست ذات طبيعة واحدة، فمنها ما يؤدي إلى مجرد الإصابة الجسمانية، ومنها ما يؤدي إلى الوفاة. وأن هذه الأضرار منها ما يتسم بصبغة موضوعية؛ وتمثل هذه الأضرار الأثر المباشر للاعتداء؛ حيث ينبغي أن يتساوى جميع الناس فيها، فلا فرق بين عالم وجاهل وبين غني وفقير فيها...ومن ثمة وجب أن يراعى في تقدير التعويض فيها المعيار الموضوعي الذي لا تراعى فيه الظروف الخاصة بالمتضرر.

أما الأضرار الأخرى والتي تتسم بالصبغة الشخصية أو الذاتية، فهي ترتبط بمدى قدرة الشخص المضرور على استغلال قدراته ومواهبه. فهي إذن تمس الجانب الاقتصادي للمتضرر، ويدخل في ذلك تفويت الفرصة وإلحاق الخسارة وما إلى ذلك، وهي بالتالي تعد أثراً غير مباشر للاعتداء. فيجب أن يراعى في هذه الأضرار الجانب الذاتي للمضرور كحالته الاجتماعية والصحية ودرجة ثقافته العلمية الخ..

وبناء على ذلك يجب أن يراعى في تقدير التعويض هذه الظروف، كما يجب الاعتراف للإنسان الذي لحقه ضرر وأدى إلى وفاته، أو التعجيل بها بحقه في التعويض الذي ينبغي أن يتناسب مع فقدان هذا الحق، لأنه لا يتصور أن هناك حقاً أعظم وأعلى

وأرقى من الحق في الحياة. وأن الاعتداء الذي يلحق بالشخص في جسمه وحياته، إنما يرتب له حقا في التعويض عن الضرر المادي والأدبي، فلذلك يجب التعويض عن جميع عناصر الضرر الجسماني التي تلحق المصاب.

و تقدير التعويض عن الأضرار مسألة تركها المشرع سواء في الجزائر أو في مصر وفرنسا لقاضي الموضوع، حيث يملك هذا الأخير سلطة تقديرية كاملة في تقدير التعويض عن هذا الضرر. وينبغي ألا تتوقف هذه السلطة على أهواء ورغبات القاضي، بل يجب مراعاة القواعد القانونية في هذا الشأن، وأن يراعي فيها عناصر وشروط الضرر، لأنها من مسائل القانون التي يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا، ويجب أن يناقش كل عنصر من عناصر الضرر الجسماني على حدى، لكي يصل إلى التعويض الجابر لهذا الضرر، سواء كان الضرر ماديا أو أدبيا. وأن يراعي في تقدير التعويض جميع الظروف الملابسة التي من شأنها أن تؤثر على مبلغ التعويض، كما نص عليها القانون وشرحها الفقه وطبقها القضاء. وبناء على ما تقدم نستخلص النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: ضرورة أن يواكب كل من التشريع والقضاء في الجزائر نظيريهما في الأنظمة الغربية، والاعتداء خاصة بالمشرع الفرنسي في مجال هذه الأضرار، وذلك من خلال إصدار نظم خاصة، تتمثل في صناديق التعويض، التي من خلالها يتم تعويض المضرورين من الأخطار العلاجية.

ثانياً: تبنى معيار واحد للتعويض عن المخاطر العلاجية دون ما تفرقة بين المضرورين، سواء كانوا يتلقون الرعاية الصحية في المستشفيات العامة أو الخاصة.

ثالثاً: وضع القواعد الموضوعية التي تيسر على المضرور إثبات المسؤولية؛ ذلك أن تيسير الإثبات يشكل رادعا للقائم بالعمل الطبي الذي يثير هذه المخاطر، وحافزا له على توقي الحيطة والحذر.

رابعاً: ضمان التعويض الكامل والسريع لهذه الشريحة من المضرورين، وذلك من خلال التأمين الإجباري، أو عن طريق تأمين الضرار، أو عن طريق الصناديق الخاصة، لأن هذه الأضرار تلحق الإنسان في وقت يكون فيه ضعيف؛ أي أنها لا تلحق إلا المرضى.

خامساً: تبني نظام المسؤولية الموضوعية في مجال الأدوية والمنتجات الطبية، قوامها فكرة الخطر، لأن عيب الدواء أو الجهاز من العيوب الفنية التي لا يمكن للشخص اكتشافه، فالأدوية تتضمن مخاطر جسيمة.

سادساً: كما يجب على القاضي أن يراعي في تقديره للتعويض جميع عناصر الضرر المستحقة للتعويض، وأن يناقش كل عنصر على حدى، مراعيًا في ذلك مدى الظروف الملازمة وتوفر عنصر حسن النية، وأن يبتعد عن كل ما من شأنه أن يجعل أهوائه تسيطر عليه، وتفعيل دور رقابة المحكمة العليا عليه.

سابعاً: زيادة على ذلك ينبغي توعية المضرورين جسمانياً بحقهم في التعويض، وذلك بعدم التنازل عليه وتسهيل الحصول عليه، وذلك بعقد أيام دراسية سواء على مستوى المرافق القضائية أو الجامعية، وتكوين القضاة المتخصصين ذوو الكفاءات. ومن ثم الإسراع في الفصل في دعوى التعويض وتسهيل إجراءاتها، وضرورة الحكم بالنفقة المؤقتة متى توافرت شروطها.

## قائمة المراجع

### أولاً: باللغة العربية

#### أ/ المراجع العامة

- 01- أبو العباس الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج8، مطبعة البابي الحلبي، ط1، 1938
- 02- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، ج3
- 03- إلياس أبو عبيد، المسؤولية، ج1، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، 1993.
- 04- الإمام مالك بن أنس، الموطأ، باب القضاء في المرفق، تحقيق محمود بن الجميل، دار الإمام مالك، البلدة الجزائر، بدون سنة.
- 05- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج2 (الواقعة القانونية)، ديوان المطبوعات الجامعية، 1995.
- 06- السيد محمد السيد عمران، أحكام الالتزام وقواعد الإثبات في المواد التجارية والمدنية، دون دار نشر، 2000.
- 07- الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مطبعة السعادة، القاهرة، ط1، 1329هـ، ج6
- 08 - أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني (الأركان، الجمع بينها والتعويض)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- 09- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، ط1، بدون دار نشر، عمان الأردن، 2003.
- 10- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، ط2، المطبعة العامرة، القاهرة، 1309هـ
- 11- حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط2، دار المعارف، 1979.
- 12- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.

- 13- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج2 ( مصادر الالتزام ، الواقعة القانونية ) ، دار الهدى ، الجزائر ، ط2 ، 2004.
- 14- محمد خطاب وشفيق رزيق، مجموعة أحكام القضاء المصري والفرنسي في جريمتي القتل والإصابة الخطأ ، ط1، 1958.
- 15- محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة طبع.
- 16 - محمود عاطف البنا، الوسيط في القضاء الاداري، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة
- 17- مصطفى العوجي، القانون المدني، ج2، ( المسؤولية المدنية )، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004
- 18- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج01 (نظرية الالتزام، مصادر الالتزام ) ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، بدون سنة.
- 19- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج02 (نظرية الالتزام، مصادر الالتزام ) ، دار إحياء التراث العربي، لبنان ، بدون سنة.
- 20- عبد العزيز اللصاصمة، المسؤولية المدنية التقصيرية ( أساسها و شروطها )، بدون دار نشر، 2002.
- 21- عبد السلام ذيب، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، 2009.
- 22- عمرو عيسى الفقي ، الموسوعة القانونية في المسؤولية المدنية (دعوى التعويض)، شركة ناس للطباعة ، بدون بلد ، ط1، 2002.
- 23- علي حسن الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ط1، 2006.
- 24- علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري )، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط 5 ، 2003.

- 25- علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري (المسؤولية عن فعل الغير - المسؤولية عن فعل الأشياء - التعويض )، ط3، الجزائر، 1994
- 26- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- 27- عمر بن سعيد، الإجتهد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001.
- 28- عز الدين الديناصوري ، عبد الحميد الشواربي ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ط7، الفنية للنشر ، الإسكندرية ، 2000.
- 29- عبد الله اوهايبيبة، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ( التحري والتحقيق)، دار هومه، الجزائر، 2004.
- 30- لحسين بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج1، دار هومه، الجزائر، دون سنة
- 31- فتحي عبد الرحيم، شرح النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول (مصادر الالتزام)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط3، 2001.
- 32- سليمان مر قس ، الوافي في شرح القانون المدني، ج 2 (الالتزامات ) ، مجلد 2 ( الفعل الضار والمسؤولية المدنية ) ، منشورات مكتبة صادر ، بيروت ، لبنان ، ط5، 1998.
- 33- سليمان مر قس، الوافي في شرح القانون المدني، القسم الأول، مجلد 2، (الفعل الضار )، مطبعة السلام، القاهرة، 1988.
- 34- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني(قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986
- 35- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1 (مصادر الالتزام )، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 2005.
- ب/ المراجع الخاصة

- 36 - إبراهيم سيد أحمد، الوسيط في قضايا التعويضات، دار الكتب القانونية، مصر، 2002.
- 37 - أحمد أدريوش، تطور اتجاه القضاء المغربي في موضوع المسؤولية الطبية، سلسلة المعرفة القانونية رقم 1، مطبعة الأمنية، الرباط، ط1، 1995
- 38- أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999.
- 39 - أحمد محمد لطفي، الأيدز وآثاره الشرعية والقانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.
- 40 - أحمد السعيد الزقرد، تعويض ضحايا مرض الأيدز والتهاب الكبد الوبائي، ط1، 1994
- 41- أحمد حسن الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء القانون الأردني والجزائري، دار الثقافة، الأردن، ط1، 2008.
- 42- أمجد محمد منصور، المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الجمادات، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، 2002
- 43 - محمد حسين منصور، المسؤولية عن حوادث السيارات والتأمين الإجباري عنها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بدون سنة.
- 44- محمد حسين منصور، المضرور والمستفيد من التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة من حوادث المرور، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
- 45 - أحمد الناغي، رشاد فؤاد السيد، أشعة الليزر واستخداماتها في الطب، سلسلة الفكر العربي للتطوير العلمي، رقم 3، دار الفكر العربي، ط1، 2000.
- 46- آمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
- 47- أسامة أحمد بدر، ضمان مخاطر المنتجات الطبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر

- 48- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مدى التعويض عن تغيير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية المدنية العقديّة و التقصيرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- 49- أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2009.
- 50- إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2007.
- 51- إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
- 52- بسام محتسب الله، ياسين دركزلي، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، دار الإيمان، دمشق، سوريا، دون سنة.
- 53- حمدي علي عمر، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- 54- حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، دون سنة نشر.
- 55- حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة عين شمس، ط1، 1975.
- 56- حسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، (دراسة مقارنة)، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 1999.
- 57- طه عبد المولى طه، التعويض عن الأضرار الجسدية في ضوء الفقه وقضاء النقض الحديث، دار الكتب القانونية، مصر، 2002.
- 58- طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة، دار هومه، الجزائر، 2008.
- 59- طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان، 2004.



- 60- يوسف دلاندة، نظام التعويض عن الأضرار الجسمانية والمادية الناتجة عن حوادث المرور، دار هومة، الجزائر، بدون سنة نشر.
- 61 - زكي زكي حسين زيدان، حق المجني عليه في التعويض عن ضرر النفس في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005
- 62- مامون عبد الكريم، رضا المريض مامون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2009
- 63- محمد إبراهيم دسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ،مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر ، الإسكندرية، بدون سنة.
- 64- محمد حسن منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 65- محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساسا لمسؤولية المرفق الطبي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة.
- 66- محمد فتح النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.
- 67- محمد شكري سرور، مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة من الأشخاص، دار الفكر العربي، بدون بلد نشر، 1983.
- 68- محمد عبد النباوي، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط2، 2005.
- 69- محمد نصر الدين، أساس التعويض، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1983.
- 70- محمد نصر الدين منصور، ضمان تعويض المضرورين بين قواعد المسؤولية الفردية واعتبارات التضامن الاجتماعي، دار النهضة العربية، ط1، 2001.
- 71- محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساسا لمسؤولية المرفق الطبي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.

- 72- محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
- 73- محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء التطورات المعاصرة لأحكام المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
- 74- محمد حسن قاسم، نظرة في تطور المسؤولية الطبية، " أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005
- 75- محمد عبد الغافور العماوي، التعويض عن الأضرار الجسدية والأضرار المجاورة لها، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2012.
- 76- محسن عبد الحميد البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مطبوعات جامعة الكويت، 1993.
- 77 - محمد علي البار، المسؤولية الطبية وأخلاقيات الطبيب، دار المنارة، جدة، ط1، 1995.
- 78 - مصطفى محمد الجمال، أصول التأمين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 1999.
- 79 - محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد 6، عقود التأمين من الناحية القانونية، دار الثقافة، عمان، 2008.
- 80 - منتصر سهير، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، مصر، 1990.
- 81- منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ط1، 2000.
- 82- منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، في ضوء القضاء الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2008.

- 83- منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
- 84- مصطفى صخري، أحكام حوادث العمل والأمراض المهنية في القطاعين الخاص والعام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1998.
- 85- نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط1، 2003
- 86 - مصطفى محمد الجمال، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية، في الفقه والقضاء، بحث ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- 87 - ناصر جميل محمد الشمايلة، الضرر الأدبي وانتقال الحق في التعويض عنه، دار الاسراء عمان، ط1، 2005
- 88 - نزيه محمد الصادق المهدي، عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995
- 89 - عبد الرشيد مامون، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986
- 90 - عبد الرشيد مامون، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986
- 91- عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- 92- عبد الرشيد مامون، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
- 93- علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2006.
- 94- عمرو عيسى الفقي، الموسوعة القانونية في المسؤولية المدنية (دعوى التعويض)، شركة ناس للطباعة، دون بلد، ط1، 2002.
- 95- عبد العزيز سليم، قضايا التعويضات، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، ط 8، 2002

- 96- عزيز كاظم جبر ، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، 1998.
- 97 - عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومه، الجزائر، 2007
- 98- فاطمة الزهراء منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2012.
- 99- فاضلي إدريس، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 2010
- 100 - فتحي فكري، مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995
- 101- رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2007.
- 102- رمضان جمال كامل، موسوعة التأمينات الاجتماعية، ط2، الأصيل للنشر والتوزيع، طنطا، 2001.
- 103- سهير منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، 1990.
- 104- سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
- 105- سهيل يوسف الصويص، مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث، أزمنة للنشر، عمان، الأردن، ط1، 2004.
- 106- سعيد السيد قنديل، آليات تعويض الأضرار البيئية ( دراسة في ضوء الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية )، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
- 107 - سعيد مقدم، التأمين والمسؤولية المدنية، كليك للنشر، الجزائر، ط1، 2008
- 108 - سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، بدون سنة.

- 109- شريف الطباخ المحامي، التعويض في حوادث السيارات في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2003.
- 110- ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007
- 111 - علي بولحية بن بو خميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، بدون سنة
- 112 - عماد الشربيني، القانون التجاري الجديد لسنة 1999، السبع بنات، المجلة الكبرى، مصر، 2002
- 113 - عز الدين قمرأوي، مفهوم التعويض الناتج عن المسؤولية الطبية في الجزائر، موسوعة الفكر القانوني، 2003
- 114 - رمضان جمال كامل، موسوعة التأمينات الاجتماعية، ط2، الأصيل للنشر والتوزيع، طنطا، 2001

### ج: الرسائل

#### 1/ رسائل الدكتوراه

- 115- أحمد ادريوش، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، سلسلة الرسائل والأطروحات الجامعية، دون دار نشر، 1989.
- 116- محمد بودالي ، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر ( دراسة مقارنة )، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2002./2003.
- 117- عبد الحميد عثمان محمد، المسؤولية المدنية عن مضار المادة المشعة (دراسة مقارنة)، شهادة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1993.
- 118- سهيل يوسف الصويص، مسؤولية الطبيب في حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث، دكتوراه، جامعة ، عمان، الأردن.
- 119- قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004/2005.

120- محمد نصر الدين، أساس التعويض، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1983

121- وائل محمود أبو الفتوح، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، 2005.

## 2/ مذكرات الماجستير

122- مريم خليفي، مسؤولية الناقل البري للأشخاص، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2003./2004.

123- نبيل صالح العرباوي، التأمين في النقل البري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2003./2004.

## د/ الدوريات والمحاضرات

### 1/ الدوريات

124 -أمال حبار، المسؤولية المدنية، موسوعة الفكر القانوني، العدد2، 2003.  
- بودالي محمد، المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي، المجلة القضائية، العدد1، 2004.

125 -بودالي محمد، المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الاداري والقضاء العادي، المجلة القضائية، العدد 1، 2004

126-مراد بدران، أساس المسؤولية عن الأضرار المترتبة على عمليات التلقيح الإجباري المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2008، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو

127- دلال بزيد، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد 3،

128- دغيش أحمد، بولنوار عبد الرزاق، التزام الطبيب بإعلام المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، عدد خاص، 2008.

- 129- وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة 12، يناير 1942.
- 130- حمليل صالح، المسؤولية الجزائية الطبية، دراسة مقارنة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2008، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو
- 131- حكيمة بعتوش ، تعويض الضرر المعنوي ، نشرة القضاة ، العدد 47 ، 1995.
- 132- خالد جمال أحمد حسن، إدارة المريض في العمل الطبي بين الإطلاق والتقييد، مجلة الحقوق كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الخامس، العدد الثاني، 2008.
- 133- محمد بوسلطان، التلوث البحري بالبتترول، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2003، العدد 1.
- 134- محمد الشريف كتو، حماية المستهلك من الممارسات المنافسة للمنافسة، مجلة إدارة، العدد 23، المجلد 12 ، العدد 1 . 2002.
- 135- محمود محمود مصطفى، مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 18.
- 136- منذر الفضل، التجربة الطبية على الجسم البشري، مجلة العلوم القانونية، مجلد 8، العدد 1، 1989
- 137- مراد بن طباق ، تعويض الأضرار الجسمانية لضحايا حوادث المرور ، المجلة القضائية، 1991، العدد 4.
- 138- مختار رحمانى، المسؤولية المدنية عن نقل الأشخاص بالسكك الحديدية على ضوء الفقه والقضاء، المجلة القضائية، 2001، العدد الأول.
- 139- فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 1، 2006.
- 140- رياض العمدة، تهديد البيئة، مجلة الجيش، العدد 515، جوان 2006.
- 141- خالد جمال احمد حسن، إرادة المريض في العمل الطبي بين الإطلاق والتقييد، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الخامس، العدد 2، 2008.

- 142- خالد عبد الله الشعيب، التعويض عن الضرر المعنوي (دراسة فقهية مقارنة بالقانون)، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ج2، بدون سنة طبع ، العدد.24
- 143- عبد الله مبروك النجار، ضمان الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة جامعة الأزهر، ج2، العدد 24، بدون سنة طبع.
- 144- سليمان مرقص، مسؤولية الطبيب ومسؤولية إدارة المستشفى، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 7، العدد 2.
- 145- سي يوسف زهية، حورية، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، 2008، جامعة تيزي وزو.
- 146- شعيب أحمد سليمان السيد، المسؤولية المبينة على تحمل التبعية ، مجلة القانون المقارن ، العدد 15، 1983.
- 147- شهيدة قادة، فكرة مخاطر التطور (رهانات الموازنة بين مصالح المهنيين وحقوق المستهلكين)، دراسات قانونية، جامعة تلمسان، 2005، العدد 02.
- 148- شيعاوي وفاء، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، 2008.
- 149- يوسف فتيحة، الأحكام الخاصة للإعفاء من المسؤولية عن حوادث السيارات، مجلة صادرة عن جامعة تلمسان، 2005، العدد 2.

## 2/ المحاضرات

- 150- محمد كحلولة، محاضرات ملقاة على طلبة الماجستير في مادة قانون حماية المستهلك، غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، دفعة 2005/2006.

## هـ/ النصوص القانونية

### 1/ قوانين

- 151- أمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.



152- قانون رقم 62-157 الصادر بتاريخ 31-12-1962، يتعلق بسريان القانون الفرنسي على الجزائر إلا ما تعارض مع السيادة الوطنية والنظام العام.

153- قانون رقم 83-11 مؤرخ في 21 رمضان 1403 الموافق 2 يوليو 1983 يتعلق بالتأمينات الاجتماعية المعدل والمتمم بالأمر 96-19 المؤرخ في 06/07/1996.

154- قانون رقم 85-05 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405هـ الموافق 16 فبراير سنة 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها

155- قانون رقم 89/02 الصادر بتاريخ 07 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج ر عدد 06. معدل ومتمم

156- أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25/01/1995، ج.ر رقم 13، س 1995. المتضمن قانون التأمينات

157- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ج ر رقم 21، بتاريخ 23/04/2008.

#### 2/ مراسيم

158- مرسوم رقم 69-88 المؤرخ في 17/06/1969 المتضمن بعض أنواع التلقيح الاجباري معدل ومتمم بالمرسوم رقم 85-282 مؤرخ في 12/11/1985.

159- مرسوم تنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15/07/1990 يتعلق بضمان المنتوجات والخدمات.

160- مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 5 محرم 1413هـ الموافق 06 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

161- مرسوم تنفيذي رقم 95-105 المؤرخ في 09 أبريل 1995، ج.ر عدد 21، سنة 1995، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم.

#### و/ المواقع الالكترونية

162- <http://www.sos-net.eu.org>

163- <http://www.tabib.com>

164- <http://www.droitmedical.org>

165- <http://www.légifrance.com>

Ouvrages généraux المراجع العامة أ/

- 166- Hannouz m.m., Hakem a.r., Précis de droit médical a l'usage des praticiens de la médecine et du droit, opu, alger, 2000.
- 167- Mazeud henri et Leon, Traite théorique et pratique de la responsabilité civile, Librairie du recueil, Sirey, Paris, 1969.
- 168- Prieur Michel, Droit de l'environnement, 4eme édition, Dalloz, Paris, 2001.
- 169- Mazeud. H.et L et Tunc, Traité theorique et pratique de la responsabilité civil d'ellectuelle et contractuelle, Tomes 1-6, paris, 1963
- 170- Savatier, R., Traité de responsabilité civil, T.2,2ème éd, 1951,
- 171- Savatier, René, personnalité et dépersonnalisé de la responsabilité, Longes laborde de la coste, Paris, 1963
- 172- Terre françois. Simler philippe, et lequette yves, Droit civil (les obligations),6eme édition Dalloz , Paris, 1996.

Ouvrages Spéciaux المراجع الخاصة ب/

- 173- Chabas, F., L'obligation médicale d'information en danger, la semaine juridique, édition générale, n0 15, du 11-15- mars 2000,.
- 174- J.L.Fagnar, Eléments du débats sur réforme de la responsabilité médicale en Belgique, accident thérapapeutique et protection du consommateur, ver une responsabilité sans faute au Québec, Townsville, Bruxelles, 2006
- 175- J.C. Bast, L'aléa médical, évolution du concept en droit public, colloque sur l'indemnisation de l'alea thérapeutique, Sous direction de D. Truche , Coll droit sanitaire et sociale, Sirey, Paris , 1995
- 176- Jean MONTADOR, La responsabilité des services publics hospitaliers, ed, Berger levault, paris, 1973
- 177- H.Capitant, A.Well et F. Terré, Les grandes arrêts de la jurisprudence civil, 7ème édition, Dalloz.
- 178- Hubert. F, Socialisation des risques et responsabilité individuelle, thèse, Paris, 1947

179- Lachaud, Y, La responsabilité, médicale pour défaut d'information ; de l'évolution de la jurisprudence à une nécessaire réforme législative, Gaz.Pal,16-17 juin 1999

180-Savatier. René, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, 1er série, 3 ed, 1964

181-Savatier, René, personnalité et dépersonnalisé de la responsabilité, Longes Laborde de la Coste, Paris, 1963.

182-Yvonne LAMBERT-FAIVRE, Droit du dommage corporel, Système d'indemnisation, 4 éme édition,Dalloz, 2000.

183- Yvonne LAMBERT-FAIVRE, Droit des assurances,10 eme édition, Dalloz, Paris, 1998

#### ج/ الدوريات

184- Hanifa Ben chaabane, Le contrat médical met à la charge de médecin une obligation de moyens ou de résultat, Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, Num 04,Volume 33.

185-Ghaouti BEN MELHA, La diya peine penale ou réparation due à la victime, Revue Algerienne des Sciences Juridique Economique et Poulitique, N:4,1996.

186- Mohamed KAHLOULA, Les dommages causés par la pollution atmosphérique d'origine industrielle, de la prévention à la réparation, Revue des Sciences Juridiques et Administratives, université de tlemcen, Faculte de droit , n:1,2003.

#### د/ نصوص قانونية

187-Code civil française, ed. Dalloz 95-96.

188-Loi n 2002-303 du 04 mars relative aux droit des malades et la qualité du système de santé, dite " Loi Kouchner".( JO du 05/03/2002).

189-La loi n : 2002-1577 datée du 30/12/2002, Relative à l'assurance responsabilité civile médicale publiée au J O.Fr du 31/12/2002.

# الفهرس

الصفحة	العنوان
01	مقدمة عامة
12	الباب الأول: ماهية الأعمال الطبية والأخطار العلاجية الناجمة عنها
14	الفصل الأول: ماهية الأعمال الطبية
15	المبحث الأول: تقسيمات الأعمال الطبية وصورها
16	المطلب الأول: تقسيمات الأعمال الطبية
18	الفرع الأول: الأعمال المادية
20	الفرع الثاني: الأعمال الفنية
23	المطلب الثاني: صور الأعمال الطبية
23	الفرع الأول: امتناع الطبيب عن معالجة المريض
27	الفرع الثاني: الخطأ في التشخيص
28	أولاً: الإهمال في التشخيص
28	ثانياً: الغلط العلمي في التشخيص
33	الفرع الثالث: أخطاء العلاج
36	الفرع الرابع: الخطأ في العمليات الجراحية
40	المبحث الثاني: نظريات تدرج جسامه خطأ الطبيب
40	المطلب الأول: نظرية الخطأ الفني الجسيم
41	الفرع الأول: مفهوم نظرية الخطأ الفني الجسيم
41	أولاً: في الفقه
41	ثانياً: في القضاء
52	الفرع الثاني: تقدير نظرية الخطأ الفني الجسيم
52	أولاً: حجج أنصار نظرية الخطأ الفني الجسيم
54	ثانياً: تقدير هذه الحجج
56	المطلب الثاني: نظرية الخطأ الواضح الثابت

59	الفصل الثاني: الأخطار العلاجية وأساس التعويض عنها
60	المبحث الأول: مفهوم الأخطار العلاجية
60	المطلب الأول: تعريف الأخطار العلاجية
60	الفرع الأول: التعريف الفقهي
62	الفرع الثاني: التعريف القضائي
64	المطلب الثاني: تمييز المخاطر العلاجية عن عدم نجاح العلاج
66	الفرع الأول: من حيث الطبيعة
66	أولا: علاقة الضرر بالحالة الصحية السابقة
68	ثانيا: علاقة الضرر بالعمل الطبي
69	الفرع الثاني: من حيث مضمون الالتزام الطبي
69	أولا: عدم نجاح العلاج يقع في نطاق الالتزام ببذل عناية
71	ثانيا: المخاطر العلاجية تقع في نطاق الالتزام بتحقيق نتيجة
72	الفرع الثالث: من حيث أساس المسؤولية
73	المبحث الثاني: شروط التعويض عن المخاطر العلاجية
73	المطلب الأول: ارتباط الضرر بالتدخل الطبي
80	المطلب الثاني: المساس بمصلحة مشروعة
83	المطلب الثالث: أن يمثل وقوع الضرر حادثة استثنائية
87	المطلب الرابع: أن يكون الضرر جسيما واستثنائيا
88	أولا: أن يكون الضرر محققا
91	ثانيا: أن يكون الضرر مباشرا
93	المبحث الثاني: عناصر الضرر الطبي
93	المطلب الأول: الأضرار الطبية في حالة الإصابة
94	الفرع الأول: الضرر المادي
95	أولا: الخسارة التي تلحق المصاب
96	ثانيا: الكسب الفائت بالنسبة للمصاب

97	الفرع الثاني: الضرر الأدبي
98	أولاً: مضمون الضرر الأدبي
102	ثانياً: موقف التشريع
104	المطلب الثاني: الضرر في حالة الوفاة
105	الفرع الأول: ضرر الموت
105	أولاً: الاتجاه الرافض لفكرة الموت كضرر مستقل
106	ثانياً: الاتجاه المؤيد لفكرة الموت كضرر مستقل
108	ثالثاً: ضرر الموت في الفقه الإسلامي
109	الفرع الثاني: عناصر الضرر في حالة الوفاة
109	أولاً: الضرر الموروث
112	ثانياً: الضرر المرتد
119	الفرع الثالث: طبيعة ضرر الموت
121	الفصل الثالث: الأساس القانوني للتعويض
123	المبحث الأول: المسؤولية الخطئية
124	المطلب الأول: المقصود بالخطأ
127	المطلب الثاني: أركان الخطأ
130	المطلب الثالث: بعض صور مساءلة الطبيب عن الخطأ العمدي
130	أولاً: مسؤولية الطبيب عن قتل الرحمة
131	ثانياً: مسؤولية الطبيب في حالة التجارب الطبية بغير قصد العلاج
135	ثالثاً: مسؤولية الطبيب عن إسقاط الحوامل
135	المطلب الرابع: طبيعة الالتزام الطبي
136	الفرع الأول: التزام الطبيب ببذل عناية
137	الفرع الثاني: الالتزام بتحقيق نتيجة
141	المبحث الثاني: المسؤولية غير الخطئية
143	المطلب الأول: نظرية تحمل التبعية

143	الفرع الأول: ماهية نظرية تحمل التبعة
146	الفرع الثاني: أسس نظرية تحمل التبعة
148	الفرع الثالث: موقف القانون والقضاء من نظرية تحمل التبعة
150	المطلب الثاني: نظرية الضمان
151	الفرع الأول: مضمون نظرية الضمان
153	الفرع الثاني: تقييم نظرية الضمان
154	المطلب الثالث: خصوصية الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية
155	الفرع الأول: أنها أضرار موضوعية وغير خطئية
160	الفرع الثاني: أنها أضرار محققة
161	الفرع الثالث: أنها أضرار متوقعة
163	المبحث الثالث: الاتجاه نحو اجتماعية المسؤولية المدنية
163	المطلب الأول: تطور المسؤولية المدنية والطبية
164	الفرع الأول: تطور أحكام المسؤولية المدنية
166	الفرع الثاني: الأنظمة الجماعية للتعويض
167	الفرع الثالث: مسؤولية الطبيب مسؤولية مهنية
169	المطلب الثاني: طبيعة المسؤولية الطبية
171	الفرع الأول: المسؤولية التقصيرية
171	أولاً: الاتجاه الفرنسي القديم
173	ثانياً: حجج أنصار النظرية التقصيرية
175	ثالثاً: نقد الاستناد للنظرية التقصيرية كأساس للمسؤولية الطبية
176	الفرع الثاني: تحول القضاء والفقهاء نحو النظرية العقدية
177	أولاً: شروط اعتبار مسؤولية الطبيب عقدية
180	ثانياً: حالات تكون فيها مسؤولية الطبيب تقصيرية
183	خلاصة الباب الأول
186	الباب الثاني: واقع تعويض الأخطار العلاجية

188	الفصل الأول: قصور قواعد المسؤولية التقليدية على تغطية أضرار المخاطر الطبية
189	المبحث الأول: مشكلات المسؤولية والحلول القضائية والتشريعية
190	المطلب الأول: الصعوبات المرتبطة بالتعويض
191	الفرع الأول: الصعوبات المتعلقة بإسناد المسؤولية المدنية
191	أولاً: تعدد الأخطاء وصعوبة الإسناد
197	ثانياً: صعوبة إثبات الخطأ الموجب للمسؤولية
198	1- مخاطر الإثبات
201	2- عبء إثبات الالتزام بالإعلام
206	الفرع الثاني: الصعوبات المتعلقة بالتعويض
206	أولاً: مشكلة تأخر الحصول على التعويض
207	ثانياً: مشكلة عدم تناسب التعويض مع الضرر
213	المطلب الثاني: الحلول القضائية والتشريعية لمشكلات التعويض
214	الفرع الأول: إعادة النظر في أساس المسؤولية المدنية
218	الفرع الثاني: مجال إثبات إعلام المريض
219	أولاً: نقل عبء الإثبات في المجال الطبي
219	1- في فرنسا
220	2- في الجزائر
221	ثانياً: الخطأ الاحتمالي
223	ثالثاً: التوسع في الالتزامات في بتحقيق نتيجة
226	الفرع الثالث: الاتجاه نحو التشدد في دفع المسؤولية
228	الفرع الرابع: انتشار التأمين والأنظمة الجماعية للتعويض
231	أولاً: التأمين في القانون الفرنسي
233	ثانياً: نظام التأمين من الحوادث الطبية في القانون البلجيكي
234	المبحث الثاني: الدعائم القضائية للمسؤولية عن المخاطر العلاجية



235	المطلب الأول: المخاطر الاستثنائية غير المعروفة للتقنيات العلاجية
237	المطلب الثاني: مخاطر العدوى الناتجة عن الدم
245	المطلب الثالث: المسؤولية عن الأضرار لناشئة عن المنتجات والأجهزة الطبية
250	المطلب الرابع: المسؤولية في حالة التطعيم الاجباري
254	المطلب الخامس: محاولات القضاء العادي
256	الفصل الثاني: الأنظمة الخاصة للتعويض عن الأضرار العلاجية وآليات التعويض
257	المبحث الأول: الأنظمة الخاصة للتعويض عن الأضرار العلاجية
257	المطلب الأول: تعويض الأضرار العلاجية في القانون الفرنسي
259	الفرع الأول: تعويض ضحايا مرض الأيدز
260	الفرع الثاني: التعويض عن طريق قانون حقوق المرضى الفرنسي لعام 2002
260	أولاً: تأكيد الخطأ أساساً للمسؤولية الطبية
263	ثانياً: استحداث نظام التعويض عن المخاطر العلاجية
264	أ/ نطاق تعويض المخاطر العلاجية
265	ب/ شروط التعويض
265	ج/ إجراءات الحصول على التعويض
269	المطلب الثاني: تعويض الأضرار العلاجية في القانون السويدي
269	الفرع الأول: التدخل التشريعي السويدي لتعويض المخاطر العلاجية
271	الفرع الثاني: مقتضيات النظام السويدي
274	المبحث الثاني: آليات تغطية المخاطر العلاجية
274	المطلب الأول: الأنظمة الجماعية في التعويض
276	أولاً: الآليات غير المباشرة
277	ثانياً: الآليات المباشرة

278	المطلب الثاني: التأمينات الالزامية
279	الفرع الأول: مفهوم التأمين
282	الفرع الثاني: مدى فاعلية التأمين في المجال الطبي
284	الفرع الثالث: علاقة التأمين بالمسؤولية المدنية
283	1/ التأثير المتبادل بين التأمين والمسؤولية
284	2/ مدى إمكانية حلول التأمين محل المسؤولية
287	المبحث الثالث: تقدير التعويض عن المخاطر العلاجية
288	المطلب الأول: المقصود بالتعويض
293	المطلب الثاني: تقدير التعويض
293	الفرع الأول: سلطة المحكمة في تقدير التعويض
297	أولاً: تغير عناصر الضرر في جسم المضرور
293	ثانياً: الظروف الملازمة التي تؤثر في تقدير التعويض
311	الفرع الثاني: تبيان عناصر الضرر في الحكم
313	الفرع الثالث: رقابة المحكمة العليا على تقدير التعويض
314	أولاً: رقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر وشروطه
316	ثانياً: رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض
319	المطلب الثالث: وقت تقدير التعويض
318	المطلب الرابع: ضرورة الأخذ بنظام خاص للمسؤولية
328	خلاصة الباب الثاني
331	خاتمة عامة
337	قائمة المراجع
354	الفهرس

## المختصات

### 1- باللغة العربية

إن البحث في التعويض عن الأضرار الناجمة عن المخاطر الطبية، تستلزم منا معرفة هذه الأضرار، حيث أن هذه الأضرار ليست على درجة واحدة، إذ تتغير تبعاً لجسامة الخطأ الصادر من مقدم الرعاية الصحية. ونظراً للتطور الكبير الذي شهدته مهنة الطب، وما صاحبها من مخاطر على حياة المرضى، كظهور أساليب وتقنيات جديدة في العلاج، وانتشار استعمال الأدوية والمنتجات الصحية، وظهور عمليات التجميل والتجارب الطبية. وهو ما أدى بالفقه والقضاء إلى ضرورة البحث عن أسس جديدة لقيام مسؤولية مقدم الرعاية الصحية، ومن ثمة البحث عن أهم الضمانات التشريعية والقضائية لكفالة حق المريض المضرور في التعويض باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة الطبية.

ولأجل تكريس هذه الضمانات، وجب اتباع معايير خاصة من حيث طرق التعويض ومعايير تقديره، وتحديد سلطة القاضي في التقدير ومدى رقابته في ذلك.

الكلمات المفتاحية: التعويض - الخطأ الطبي - الخطر العلاجي - المنتجات الصحية - التأمين - المسؤولية الموضوعية - نقل الدم، الالتزام بالإعلام - الالتزام بنتيجة - سلطة القاضي.

### 2- باللغة الفرنسية:

L'étude de la réparation des dommages résultants des risques médicaux exige d'abord la définition de ses préjudices, car ils ne sont pas du même degré, il changent selon la gravité de la faute commise par le médecin. Vu le développement considérable de la médecine y compris ce que menace la vie des patients, à titre illustratif on cite la découverte des modalités et des techniques nouvelles pour le traitement, l'utilisation considérable des médicaments et des produits pharmaceutiques, les opérations esthétiques et les expériences médicales. Partant de là on évoque la question de la recherche par la doctrine et la jurisprudence sur la nécessité de nouveaux fondements de la responsabilité des médecins, d'où l'étude des garanties législatives et judiciaires les plus importantes pour protéger le droit du patient lésé à l'indemnisation comme étant la partie vulnérable dans la relation légale médicale.

Et dans le but de consacrer ces garanties, il a fallu adopter des normes spéciales vu les modalités de l'indemnisation et les critères d'évaluation ainsi que le pouvoir d'appréciation du juge et son contrôle.

Mots clés: L'indemnisation, la faute médicale, le risque thérapeutique, produits pharmaceutiques, l'assurance, la responsabilité objective, transfusion sanguin, l'obligation d'informer, obligation de résultat, autorité au juge.

### 3- باللغة الانجليزية

Studying indemnification of damages resulted from medical risks requires clarifying the definition of damage since they are of different degrees and change according to the seriousness of medical practitioner. Seeing the important developments in medical field and its impact on patients safety, as well as the emergence of new treatment technique and manners thus, the large use of medicines and leather products the esthetic operation and medical experiences, that why the doctrine and the jurisprudence focus on the necessity to find another basis for medical practitioners responsibility and then, they look for the most important legal and judicial insurances in order to protect patients rights to indemnification as vulnerable party.

In order to consecrate these insurances special rules must be set to defining indemnification manners and assessment and judge power and control.

Keywords: Indemnification, medical malpractice, treatment risk, health products insurance, objective responsibility, blood transfusion, obligation to information, result obligation, judge authority.