

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق



توجهات المسؤولية المدنية الطبية - دراسة مقارنة -

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي

إشراف:

أ.د.ة. دنوني هجيرة

إعداد الطالب:

منصوري جواد

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر "أ"	- د. بن عصمان جمال
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	- أ.د.ة. دنوني هجيرة
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر "أ"	- د. بن صغير مراد
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذة تعليم العالي	- أ.د.ة. يوسف فتيحة

2016/2017

شكر وتقدير

لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بخالص
العبارات الشكر والتقدير إلى الأستاذة المشرفة "
دنونى هجيرة" على إشرافها على هذا العمل المتواضع.
وأقدم بخالص الامتنان إلى الدكتور "مراد بن
صغير" والدكتور "جمال بن عصمان" اللذان قبلتا مناقشة
هذه المذكرة.

كما أتقدم بالشكر لأستاذة الماجستير فرح "قانون
طبي" على ما قدموه لنا من نصح وإرشاد طوال السنة
النظرية..

الإهداء

أهدي ثمرة عملي هذا إلى:

إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله وأطال عمرهما

إلى العائلة الكبيرة والصغيرة أخص بالذكر أخواتي وأبناء أختي

وفقهم الله

إلى كل الأصدقاء

إلى كل من كانوا سببا في نجاحي

وإلى روح الفقيد الأستاذ الدكتور "مامون عبد الكريم" رحمه الله

وأدخله فسيح جنانه.

قائمة لأهم المختصرات

ق.م أو ق.م.ج: القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم

ق.ع أو ق.ع.ج: قانون العقوبات الجزائري

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق.إ.ج أو ق.إ.ج.ج: قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم

ق.أ: قانون الأسرة

المدونة: مدونة أخلاقيات الطب

ق 05-85: القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم

م.ق: المجلة القضائية

د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية

ج.ر: الجريدة الرسمية

ج: جزء

ط: طبعة

ق.م.ف: قانون مدني فرنسي

ق.م.م: قانون مدني مصري

Liste des abréviations

A.J.D.A : Actualité Juridique du Droit Administrative.

Bull. Civ : Bulletin civil

C.A : Cour d'appel

C.A.A : Cour administrative d'appel

C.E, Ass :Conseil d'Etat, Assemblée

Cass, 1civ : Première chambre civile de la cour de cassation.

Cass : Cour de cassation.

CSP : Code de la santé publique français

JO :journal officiel

L.G.D.J : Libraire général de droit et de jurisprudence

Op.Cit : Ouvrage précédemment cité

P : Page

R.G.A.R : Revue Générale des Assurances et des Responsabilités

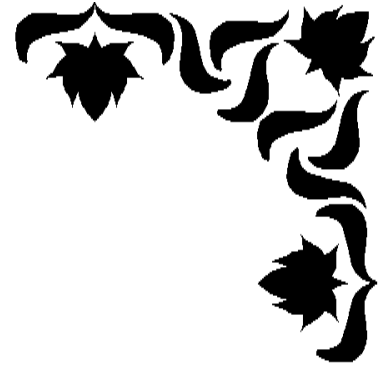
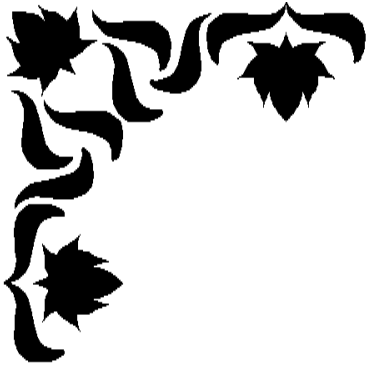
. R.G.D.M : Revue Générale de Droit Médicale.

Somm : Sommaires Commentaires.

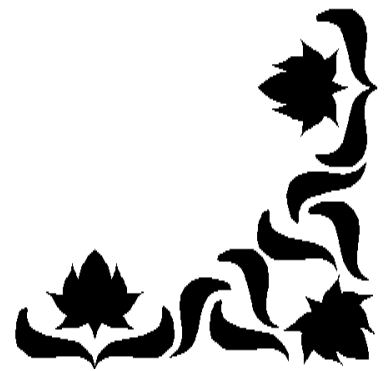
Gaz. Pal : Gazette du Palais.

N° : numéro

T.A : Tribunal Administratif



مقدمة



الأصل أن الإنسان حر في ما يقبل عليه من أفعال، إلا أن تلك الحرية مقيدة بأن تكون في نطاق مرسوم وفق القواعد الأخلاقية والدينية والقانونية، أو بما ألزم به نفسه عن طريق ما يعقده من اتفاقات وعقود مع الآخرين.

فإذا ما خرج وحاد عن الرسم المسطور الذي تخطه تلك القواعد الأخلاقية أو الدينية أو القانونية، أو عن الإطار الذي حدده لنفسه بتعاقده مع الغير فإنه يكون مسؤولاً عن ذلك. والمسئولية تختلف باختلاف الأساس الذي خالفه الإنسان، فقد تكون أخلاقية، وقد تكون دينية، كما قد تكون قانونية.

فالمسئولية على وجه العموم هي تلك الحالة التي يؤاخذ فيها الشخص عن عمل أتاه وهذا العمل يتضمن إخلالاً بقاعدة ما، فإذا كانت تلك القاعدة أخلاقية، فالمسئولية أدبية نتيجة الإخلال بذلك الواجب الأدبي أو الأخلاقي، ويكون جزاؤها أدبياً محضاً، سواء تمثل ذلك في تأنيب الضمير أو استهجان أفراد المجتمع.

وتكون المسئولية دينية عندما تكون المخالفة، مخالفة لقاعدة دينية شرعية، وجزاؤها العقاب من المولى عز وجل سواء في الحياة الدنيا أو الآخرة.

أما إذا تجاوز الإخلال القواعد الأخلاقية والدينية، وتعداه إلى الإخلال بقواعد القانون، فالمسئولية التي تترتب على هذا التصرف هي مسئولية قانونية. فهذه الأخيرة تعني أن ثمة إخلالاً بواجب قانوني يترتب عليه ضرر. والضرر الناتج عن الإخلال بالواجب القانوني قد يمس مصلحة المجتمع بكامله، أو يمس مصالح الفرد لوحده، أو يمس مصالحهما معاً.

فإذا تضمن الخروج عن الواجب القانوني المساس بمصالح المجتمع، فالمسئولية جزائية. أما إذا كان الضرر يمس مصلحة الفرد وحده، فالمسئولية مدنية.

ويعد موضوع المسؤولية المدنية من الموضوعات التي حظيت بقدر كبير من الدراسات والبحوث القانونية، حيث أولاهما الفكر القانوني اهتماما خاصا سواء من الناحية الفقهية والتشريعية والقضائية، وسبب اهتمام الفكر القانوني بها وإعطائها هذه العناية الفائقة هو اتصالها بالسلوك الإنساني باعتبارها نتاجا لهذا السلوك بين الأفراد سواء في المجتمعات الصغيرة أو الكبيرة. فهي مرآة تنعكس على سطحها حالات الحياة الاجتماعية والاقتصادية لمجتمع بعينه بحيث تصبح هذه المسؤولية تعبيراً عن الوضع الحضاري في زمن ما لمجتمع بذاته، وقد تفاعلت فكرة المسؤولية مع أي تطور جديد أو لتقدم لحق بالمجتمع البشري في مسيرته فأثرت فيه وتأثرت به سواء من الناحية الاجتماعية أو العلمية، ولوحظ ذلك جليا في القرن العشرين وقد أثر التقدم العلمي في حركة المجتمع الإنساني، فأصبح من المتعين على الفكر القانوني أن يساير هذا التقدم وأن يلحق بركب الحركة السريعة للمجتمع، لأن تخلفه عن اللحاق وعجزه عن متابعة التطور يترتب عليه فراغ كبير يستشعره الجميع، ويخشى من جراه وجوده استمراره أن تتوزع العلاقات الاجتماعية وتتشتت وتضيع في هذا الفراغ بغير انضباط مع غياب الفكر القانوني بأحكامه ونظرياته وقاعدته التي تحكم وتسيطر وتحرس مسيرة تقدم ونهضة المجتمع في أمان وطمأنينة وعدالة وفي حالة غياب الفكر القانوني عن ساحة التطور والتقدم يختل التوازن وتضيع المعايير وترتبك القيم والمفاهيم والتوازن هو لباب القانون.

وقد ترتبت نتيجة التطورات العلمية آثار بالغة في نواحي الحياة المختلفة ويصدق هذا القول على فترة التي عاصرتها الثورة الصناعية في العالم الغربي والثورات الصناعية المتعددة التي شهدتها النصف الثاني من القرن العشرين إذ حدثت طفرات علمية كبيرة في عالم التقنية الحديثة فكل شيء تغير أو هو ذاهب حتما إلى التغيير والتبديل، وبذلك أصبح للعلوم التجريبية القدر الأعلى في حياة البشر، كما أثر ذلك في ترتيب العلاقات الاجتماعية، وكان لزاما على العلوم الإنسانية أن تلحق بالتقدم العلمي، وأن تعدل باضطراد

أوضاعها وأفكارها بما يتيح للإنسان أن يوظف التقدم العلمي لفائدته على أوسع نطاق ممكن. ومن الملاحظ في هذا الإطار أن العلوم التجريبية، تسبق في كثير من الأحيان العلوم الإنسانية، مما يخلق قدرا من الصراع بين القيم والمبادئ التي يعيشها المجتمع فكل مجتمع قيمه وتراثه وتقاليده، ولكل مجتمع نظامه القانوني الذي يؤسس على تلك القيم والمفاهيم في صورة مجموعة من القواعد المستقرة الآمرة، وعدد ثابت من المبادئ العامة. وفي ظل هذا التفاوت والتباين بين التقدم العلمي وتطور الفكر القانوني يجد المجتمع نفسه بين قيم متعارضة ومبادئ متنافرة، يتعين على المجتمع أن يرجح قيمة على أخرى أو مبدأ على آخر، وينطبق مجمل ما سبق على تطور وتقدم العلوم الحديثة وتأثيرها على الإنسان، وعلى جسده أيضا باعتباره مركز التنظيم القانوني وغايته.

والمسئولية الطبية في الواقع ليست سوى صورة من صور المسئولية المدنية بوجه عام، فكل خطأ نجم عنه ضرر لحق بالغير يلزم مقترفه بتعويض هذا الضرر أيا كانت مهنته أو مركزه؛ وتترتب المسئولية الطبية نتيجة الخطأ الذي يقترفه الطبيب أو الجراح أو نتيجة إهماله وعدم احترازه، بل حتى نتيجة جهله من الوجهة العلمية.

وإذا كانت المسئولية الطبية صورة من صور المسئولية المدنية بوجه عام، فإنها مع ذلك تكتسب أهمية خاصة، وتتأتى هذه الأهمية من حيث كون الطبيب أو الجراح يمارس فنا من أنبل الفنون، ويحتاج لكي يقوم بفنه على أكمل وجه على قدر كبير من الحرية والثقة والاطمئنان، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن العمل الطبي يتعلق بحياة المريض أو سلامته الجسدية، وحياة الإنسان وسلامة جسده من أثنى القيم التي تحرص المجتمعات المتطورة على حمايتها، والتي تعتبر من الأمور المتعلقة بالنظام العام.

وهكذا واجهت مسئولية طبيب المدنية دائما مشكلة تحقيق التوازن بين اعتبارين مختلفين، الأول حماية المرضى مما قد يصدر عن الأطباء والجراحين من أخطاء قد تكون

لها آثار سيئة، وضمان توفير العناية اللازمة والتأكد على سلامتهم الجسدية كهدف أساسي للتدخل الطبي، أما الاعتبار الثاني فهو توفير الحماية المطلوبة لأطباء والجراحين لممارسة العمل الطبي من خلال تمكينهم من قدر أكبر من الحرية والإبداع في ممارسة عملهم.

ومن أجل فك رموز جدلية حقوق المرضى وحقوق الأطباء، استوجب على القضاء والفقهاء كسر جمود القواعد العامة للمسئولية المدنية لرد التوازن لطرفي العلاقة الطبية وذلك بتوفير قدر من الحماية للمرضى وخلق جو من الطمأنينة للطبيب أثناء ممارسته لمهنته النبيلة. وعلى إثر هذا القبيل استوجب طرح السؤال التالي:

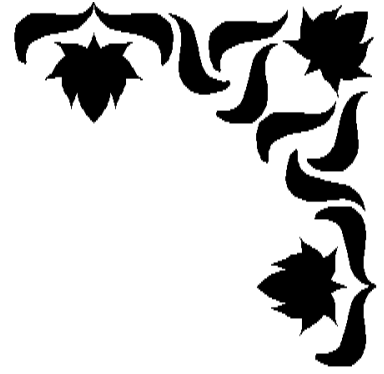
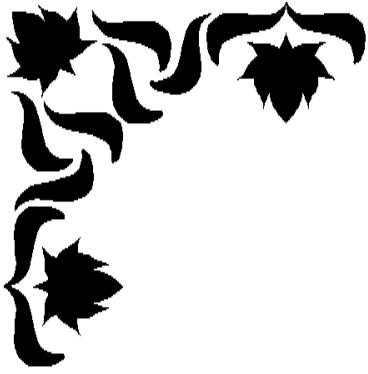
ما هو منحى توجه المسئولية المدنية الطبية؟ وهل فلاح الفقه والقضاء في تطويع القواعد العامة للمسئولية المدنية بغية تحقيق التوازن بين حقين، حق المرضى في الحماية، وحق الأطباء في الاطمئنان؟

وللإجابة على هذا التساؤل يتوجب علينا اعتماد منهجية قانونية تمثلت في إتباع المنهج التحليلي الذي يصلح لتقرير الوقائع والحقائق الفقهية النظرية والواقعية، والذي لا ينبغي أن تغيب فيه المقارنة، وستكون بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي والمصري باعتبار أن هذه القوانين يجمع بينها أصل مشترك وليست ببعيدة عن بعضها البعض.

ولكي يتحقق الهدف من الدراسة وجب تقسيم الموضوع إلى فصلين:

الفصل الأول: المسئولية الطبية وفق التوجه التقليدي للمسئولية المدنية.

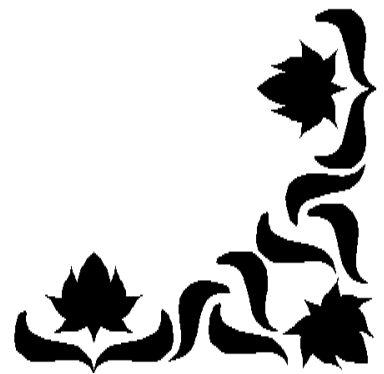
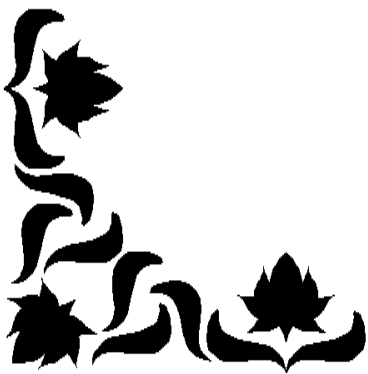
الفصل الثاني: استقلالية المسئولية الطبية عن التوجه التقليدي للمسئولية المدنية.



الفصل الأول

المسئولية الطبية وفق التوجه التقليدي

للمسئولية المدنية



تقوم المسؤولية المدنية عموماً حينما يخل الشخص بالتزام قانوني، سواء أوجده القانون أو الاتفاق. وهذا هو الجاري به العمل في المسؤولية الطبية، فمتى أخل الطبيب بواجبه القانوني في الالتزام بالحيطه و الحذر وسبب ضرراً للمريض، كان مسئولاً مسؤولية تقصيرية لانتفاء الرابطة التعاقدية، أما إذا أخل الطبيب ببوده أو التزاماته الناشئة عن عقد العلاج الذي يربطه بالمريض، وتسبب ذلك في حدوث ضرر للمريض، كان الطبيب مسئولاً مسؤولية عقدية¹.

ويعتبر تحديد الأساس القانوني للمسئولية المدنية عموماً مسألة حتمية لا بد من الفصل فيها، وخاصة بالنسبة للمسئولية الطبية وسيتضح لنا ذلك من خلال معالم التمييز والاختلاف التالية:

أولاً: من حيث درجة الخطأ، تقوم مسؤولية الشخص التقصيرية متى ارتكب خطأ سبب ضرراً للغير وفقاً للمادة 124 ق.م.ج²، ويبدو جلياً أن المشرع الجزائري شأنه شأن القضاء سواء في فرنسا أو مصر في بدايته، لا يشترطون درجة معينة من الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، إذ يكفي حتى الخطأ التافه لقيام المسؤولية التقصيرية³. غير أنه في نطاق المسؤولية العقدية، فالمبدأ أن المسؤولية لا تقوم إلا إذا أخل بما هو ملتزم به بوصفه الرجل الحريص وفقاً للمعيار الموضوعي⁴.

ولا شك أن التمييز بشأن طبيعة الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية الطبية يختلف من حالة لأخرى تبعاً لاختلاف نوعي المسؤولية، فتكون المسؤولية الطبية التقصيرية قاسية

¹ مراد بن صغير، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دار حامد للنشر و التوزيع، الأردن، 2015، ص 195-196.

² الأمر رقم 75-58 والمتضمن لقانون المدني المؤرخ في 20 رمضان 1394 الموافق ل 26 سبتمبر، المعدل و المتمم بقانون 10-05 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق ل 20/06/2005، ج.ر، عدد 44، لسنة 2005.

³ حسين عامر، عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط 2، دار المعارف، مصر، 1979، ص 147.

⁴ مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 198.

إلى حد ما، لأنها تتابعه حتى عن أتفه الأخطاء وأبسطها. أما لو أنها اعتبرت ذات طبيعة عقدية فيُجَنح إلى المعيار الموضوعي لوزن الخطأ أو الفعل الضار الحاصل من المسئول.

ويبدو لنا من وجهة نظرنا أن هذا المآخذ فيه خلط كبير، بل أن فكرة تدرج الخطأ فيها تعارض صريح مع القواعد العامة للمسئولية الطبية، الأمر الذي يدفعنا للقول بأن المسئولية الطبية لا تأخذ بتاتا بفكرة تدرج الخطأ، و عليه فكل خطأ مهما كان تافها يكفي لقيامها. ذلك أن العديد من التشريعات لا تحدد درجة معينة للخطأ.

ثانيا: فيما يتصل بشرط الأعدار، ففي المسئولية التقصيرية لا حاجة للأعدار كما نص على ذلك المشرع الجزائري صراحة في المادة 3/181 ق.م، لأنه لا يوجد ارتباط مسبق بين الطرفين لذلك فلا محل للأعدار أصلا -أي عدم وجود التزام التأخر في تنفيذه-، لأن مناط الالتزام فيها هو الالتزام بعدم إحداث ضرر للغير، أما في المسئولية العقدية فيشترط اعدار المدين وفقا لما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 179 ق.م، ولا إعفاء منها إلا في حالات نادرة و محددة وردت على سبيل الحصر و ليس على سبيل المثال ذكرتها المادة 181 من القانون المدني الجزائري¹.

ثالثا: من حيث الأهلية لابد من توافر أهلية الأداء لقيام الالتزام العقدي لأنه يرتكز على الإدارة. و بناءا على ذلك فعديم التمييز غير مسئول عقديا لأن كل تصرفاته باطلة²،

¹ المادة 181 من ق.م. ج " لا ضرورة لاعدار المدين في الحالات التالية: إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين. إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر. إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك. إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه."

² وفقا لنص المادتين 78 و 79 ق.م. ج المعدل و المتمم. والمادتين 82 و 83 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر، عدد15، لسنة 2005.

أما في الالتزام التقصيري فان المسؤولية تتعقد بمجرد التمييز، كما نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة 125 ق. م. ج.¹

رابعا: من حيث الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية فإن إرادة المتعاقدين هي المحرك الأساسي للعقد، و عليه فيمكن لهذه الإرادة أن توجد اتفاقا خاص للإعفاء من المسؤولية أو الأولى التخفيف منها² إلا ما استثني بنص خاص³. أما في المسؤولية التقصيرية فلا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها، لأنها من النظام العام⁴، وهذا طبقا لمقتضيات نص المادة 3/178 ق. م. ج التي جاء فيها " يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي".

إلا أنه يجب علينا التنويه لمسألة مهمة في هذا الصدد وهي عدم جواز الإعفاء من المسؤولية العقدية الطبية في حالة وقوع خطأ طبي، لأنه لا يمكن أن يكون الإنسان أو بالأحرى جسده محلا لتعاقد. وقد كرس هذا التوجه قانون المسؤولية الطبية الليبي في مادته 4/23 بقوله " لا يجوز الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية الطبية قبل وقوع الضرر ويقع باطلا كل اتفاق على ذلك"⁵.

¹ لأكثر توضيح أنظر المادة 125 من ق. م. ج.

² عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، مصر، 1974، ص 512.

³ تنص المادة 2/178 ق. م. ج على أنه " وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذه التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم.

⁴ قد استقر القضاء الفرنسي على اعتبار أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام. أما الفقه الفرنسي فلم يسلم بأغلبه على أن المسؤولية التقصيرية هي من النظام العام. وترى أقلية منهم عكس ذلك تماما و بالتالي يجوز الإعفاء أو التخفيف من أحكام المسؤولية التقصيرية.

⁵ أشار إلى ذلك مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 205.

خامسا: من حيث التعويض يكاد يجمع الفقه و القضاء و التشريع اليوم على أن التعويض في المسؤوليتين عقدية كانت أو تقصيرية، لا يشمل سوى الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر لكونه أثرا بعيدا للفعل الضار¹.

غير أن هناك اختلافا جوهريا بين نظامي المسؤولية المدنية في مدى التعويض عن هذه الأضرار المباشرة، إن المدين في المسؤولية العقدية لا يلزم إلا بتعويض الضرر المتوقع وقت التعاقد، مادام عدم التنفيذ الالتزام لم يؤسس على غش أو الخطأ الجسيم الصادرين من المدين وهذا ما نصت عليه المادة 2/182 من القانون المدني الجزائري. أما في الالتزام التقصيري فإن التعويض يشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع من خسارة تحل أو كسب يفوت. إذا كان للمتعاقدين أن يحددوا التعويض مسبقا بموجب بند أو شرط جزائي، فإن تقدير بدل الضرر يحصل في دعوى المسؤولية التقصيرية بعد وقوع هذا الضرر².

سادسا: من حيث التضامن، فإن التضامن مفترض في المسؤولية التقصيرية في حالة تعدد الفاعلين، فيعتبر كل منهم متسببا في هذا الضرر و بالتالي يجب عليه التعويض كاملا³. أما في الالتزام العقدي لا يكون التضامن إلا باتفاق صريح أو نص عليه القانون⁴.

سابعا: إن دعوى الالتزام التقصيري تتقضي بعد انقضاء خمسة عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار، وهذا في كل الحالات⁵. لكن إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المدة المشار إليها سابقا، فإن دعوى

¹ محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2010، ص 381.

² أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 76.

³ محمد رايس، المرجع السابق، ص 387.

⁴ تنص المادة 217 ق. م. ج. على أن " التضامن بين الدائنين لا يفترض، و إنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون. "

⁵ المادة 133 من ق. م. ج " تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمسة عشرة (15) سنة من يوم وقوع الفعل الضار. "

التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية طبقا لقاعدة الجنائي يوقف المدني¹. أما إذا سقطت الدعوى الجنائية بعد رفعها لمضي المدة فلا تأثير لذلك في سير الدعوى المدنية المرفوعة معها، لأنها تنقضي بمضي المدة المشار إليه في القانون المدني². و في حالة انقضاء مدة الدعوى العمومية قبل أن ترفع الدعوى المدنية فهنا لا يبقى للمدعي المدني إلا المطالبة بحقوقه أمام القسم المدني.

أما دعوى الالتزام العقدي فتتقدم بمرور 15 سنة كقاعدة عامة³، إلا في حالات استثنائية نص فيها القانون على مدد أقل⁴، و لا يجوز للمتعاقدين مهما كان الاتفاق على تعديل مدد التقدم في النصوص القانونية طبقا لنص المادة 322 ق. م. ج.

إن ما سبق عرضه، أوجب فرقا واضحا حول نظامي للمسئولية الطبية التقصيرية والعقدية، الأمر الذي دفعنا إلى الطرح السؤال التالي:

ما هو الأساس القانوني الذي تقوم عليه المسئولية المدنية الطبية؟ فهل هي ذات طبيعة تقصيرية أم تعاقدية؟

وعليه سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتطرق فيهما للمسئولية التقصيرية طبية (مبحث أول) وإلى المسئولية العقدية الطبية (مبحث ثاني).

¹ انظر المواد 7، 8، 9، من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم .

² محمد صبحي نجم، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 23.

³ انظر نص المادة 308 ق. م. ج.

⁴ انظر نص المادة 312 ق. م. ج.

المبحث الأول

المسئولية التقصيرية الطبية

خلصنا مما سبق إلى توضيح نتائج الاختلاف بين نوعي المسئولية التقصيرية والعقدية، وقد أثارت هذه النتائج العديد من التساؤلات حول طبيعة المسئولية الطبية، ما إذا كانت تقصيرية أم عقدية.

وستعرض في دراستنا هذه وخلافا لما جرى عليه عرف الباحثين والدارسين إلى الاتجاه القائل بالطبيعة التقصيرية للمسئولية الطبية، باعتبارها كانت الأولى والأصل (مطلب أول)، ومن ثم تبيان كيفية قيام المسئولية التقصيرية الطبية (مطلب ثاني).

المطلب الأول

النشأة التقصيرية للمسئولية الطبي

في مطلع القرن التاسع عشر ظهر تيار قوي في فرنسا يدافع عن عدم مسئولية الأطباء عن ممارساتهم الطبية، وقد أسس هذا التوجه دفاعه عن الأطباء على مقولة أن الأطباء ينبغي أن يكونوا بمنأى عن القانون و ذلك بغية حماية التطور العلمي¹.

وقد كان من ابرز المدافعين عن هذه الفكرة "الأكاديمية الطبية الفرنسية" حيث أعلنت هذه الأكاديمية في تقرير لها، في 29 سبتمبر من عام 1928 بخصوص المسئولية الطبية، أن الأطباء يتلقون عن مريضهم تفويضا غير محدود، و أن الفن الطبي لا يمكن أن يكون ناجعا و مثمرا للمرضى إلا بناء على هذا الأساس، وأن الطبيب كالقاضي لا يسأل عن الأخطاء التي يقترفها بحسن النية في مزاوله نشاطه العلمي. و أن مسئولية

¹ بلعيد بوخرس، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص138.

الطبيب لا تنهض إلا في اقترافه الغش و التدليس و خيانة الأمانة و هي وجبات متعلقة بمهنته أساساً¹.

رفض القضاء الفرنسي هذه النظرية ولم يعر لها أي اهتمام لتطرفها، حيث عُرِض على محكمة النقض الفرنسية عام 1835 موضوع مسؤولية الأطباء، فقررت المحكمة هذه المسؤولية و اعتبرت المادتين 1382 و 1383 تطبيقاً عاماً و شاملاً لها². وبذلك اعتبر القضاء أن مسؤولية الأطباء هي ذات طبيعة تقصيرية (فرع أول) ولقد أيد الفقه الفرنسي اتجاه محكمة النقض الفرنسية معللاً ذلك بمجموعة من الحجج (فرع ثاني)

الفرع الأول

استقرار القضاء الفرنسي على الطبيعة التقصيرية حتى سنة 1936

تتابعت قرارات محكمة النقض الفرنسية مؤكدة على الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الأطباء وأن هذه المسؤولية قوامها الإخلال بواجب قانوني والمتمثل في عدم الإضرار بالغير. حيث قضت بأن المادتين 1382 و 1383 تطبقان على أي خطأ لأي شخص سبب ضرراً للغير أياً كان مركزه أو مهنته و أنه لا يوجد أي استثناء لمصلحة الأطباء³. فإذا ما تعرض المريض لضرر ما أثناء العلاج أو بسبب خطأ في التشخيص فعليه أن يثبت خطأ الطبيب و العلاقة السببية بين الخطأ و وبين ما أصابه من ضرر. وقد استخدمت محكمة النقض الفرنسية تعبيرات الإهمال و عدم الالتزام بأصول التصرف و عدم الاحتياط، في إسناد المسؤولية إلى الطبيب المعالج. وفي سنة 1868 تأكد هذا الاتجاه في حكم لمحكمة

¹ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج 2، في الالتزامات، المجلد الثاني في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط 5، مصر، 1988، ص 375 و 376.

² Cass. Cham. req (chambre des requêtes), 18/06/1835, Sirey- 1835-1-401- Note- Dupin : « les fait matériels sont du nombre de ceux qui peuvent entraîner la responsabilité civile de la part des individus à qui, ils sont imputables et ils sont soumis d'après les dispositions des arts 1382 et 1383 c.civ à l'appréciation des juges.... »

أشار إلى هذا القرار: مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 212.

³ محمد علي عمران، المرجع السابق، ص 90 و 91.

"ديجون" حيث أضافت هذه المحكمة أن الأخطاء الطبية التي تخرج عن نطاق المسائل الطبية البحتة والتي مازالت موضعاً للخلاف والشك، و المترتبة أساساً على الرعونة و عدم الاحتياط، أو الجهل الفاضح هي مناط المسؤولية التقصيرية للطبيب¹.

ومنذ صدور هذه الأحكام دأب القضاء الفرنسي تأسيس مسؤولية الأطباء على كونها مسؤولية تقصيرية، واستخدم في تعليلها ذات التعبيرات الخاصة بالخطأ التقصيري إلى غاية سنة 1936.

ولكن حصر مسؤولية في نطاق المسؤولية التقصيرية، قد أثار بعض الصعوبات بالنسبة للمريض فيقع على عاتقه عبئ إثبات الخطأ الطبي، ويؤدي من ناحية أخرى إلى تقادم دعوى المسؤولية بعد انقضاء ثلاث سنوات من الوقت الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر و بالشخص الذي أحدثه، إضافة إلى أنه تتعذر مساءلة الطبيب عن الأضرار الحادثة نتيجة امتناعه عن التطبيب. وقد أفرزت هذه الاعتبارات لغطاً واسعاً وأثيرت نقاشات حول هذا الموضوع حتى سنة 1936². ولكن أنصار المسؤولية التقصيرية لم يقفوا مكتوفي الأيدي بل حاولوا الدفاع عن وجهة نظرهم بحجج عدة، أملى في ذلك ترجيح كفتهم.

الفرع الثاني

حجج أنصار المسؤولية التقصيرية

استند أنصار المسؤولية التقصيرية لمجموعة حجج لتعزيز موقفهم و إبعاد الطبيعة العقدية عنها وسنخرج بذكر أهمها فيما يلي:

¹ حكم محكمة ديجون ، 1868/05/14، دالوز، ص 186 - 196 أشار إلى هذا الحكم أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق،

ص 81

² أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 81.

أولاً: إن خطأ الطبيب أو الجراح قد يؤدي إلى وفاة المريض أو المساس بسلامته الجسدية، و في الحالتين نكون أمام جريمة جنائية، وهو ما يقتضي تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية في شأن التعويض المدني، و بالتالي يجعل مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية لا تعاقدية، وحتى إذا وجد عقد بين عقد بين الطبيب المعالج و مريضه فإن الجانب الجنائي هو جانب مستقل عن الإخلال بالالتزام العقدي¹.

ثانياً: إن انفراد الطبيب بمعرفة أصول الطب ضف إلى ذلك مستواه الثقافي العالي ، لا يسمح للمريض و خاصة إذا كان من العوام أن يقدر الأمور أو أن يناقشها بحكم عدم درايته بها، وعلى أساس هذا القبيل لا يمكن القول بأن علاقة المريض بالطبيب هي علاقة تعاقدية لتفاوت الحاصل بين الطرفين سواء في المركز الاجتماعي أو القانوني².

ثالثاً: في المجال الطبي العلاج ينطوي على أجساد الأشخاص، والمساس بأجساد البشر يعتبر من النظام العام ، ومن ثم وباعتبار المسؤولية التقصيرية من النظام العام، فقواعدها تكون أكثر حماية للمضروب من المسؤولية العقدية خاصة حين يرتكب الطبيب المعالج غشا أو تدليسا عمديا، فالمسؤولية التقصيرية تسمح للدائن المضروب بالحصول على تعويض كامل دون أن يتعرض لقيود و تحديدات المسؤولية التعاقدية³.

رابعاً: باعتبار أن التزام الطبيب كأصل عام هو التزام ببذل عناية، فإن الأمر يستتبع أن لا تكون المسؤولية الطبية إلا تقصيرية ، على أساس أن المريض هو المطالب بإثبات تخلف العناية المبذولة من طرف الطبيب⁴.

¹ مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 220.

² محمد رايس، المرجع السابق، ص 364.

³ أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 83.

⁴ مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 221.

المطلب الثاني

قيام المسئولية الطبية التقصيرية

سنجزئ هذا المطلب إلى فرعين نخصص الأول منه للحديث عن أركان المسئولية الطبية، أما الفرع الثاني فسوف نوليه لدراسة الحالات التطبيقية للمسئولية التقصيرية في المجال الطبي.

الفرع الأول

أركان المسئولية الطبية

الأصل أن الإنسان لا يسأل إلا عما يقترفه شخصيا من أفعال ضارة، فإذا كان بالإمكان مساءلته عن غير ذلك فإنما تكون مسؤوليته حينئذ مسؤولية خاصة وخروجا عن الأصل، لذلك جرت الشرائع الحديثة على وضع قاعدة عامة في المسئولية بمناسبة تنظيمها لمسئولية الشخص عن فعله الشخصي، وقد قرر المشرع الجزائري هذه القاعدة في نص المادة 124 من التقنين المدني التي نصت على أن " كل عمل يرتكبه المرء بخطئه و يسبب ضررا للغير يلتزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " و المسئولية الطبية بدورها لا تخرج عن إطار هذه القاعدة العامة، فهي لا تنهض إلا إذا توافر خطأ طبي، ضرر وعلاقة سببية.

البند الأول: الخطأ الطبي

الخطأ الطبي هو أحد أوجه الخطأ المهني غير أنه يتسم بصفات مميزة خاصة به تستلزم منا التدقيق في تفصيلاتها، ولرفع اللبس عنها سنقوم بتعريف الخطأ الطبي (فقرة أولى)، وتحديد معياره (فقرة ثانية)

الفقرة الأولى : تعريف الخطأ الطبي

إن تعريف الخطأ الطبي يتطلب توضيح معنى الخطأ المهني قبل كل شيء، ذلك أن الخطأ الطبي ما هو إلا أحد أوجه الخطأ المهني، وهذا الأخير لا يمكن أن يقوم مبدئياً إلا أثناء ممارسة مهنة معينة¹، وهو ينجم عن الإخلال بأصولها وقواعدها الموضوعية المتعارف عليها كما لو مورست المهنة بشكل غير مشروع².

أصبح من سهولة بمكان بيان وتوضيح مفهوم الخطأ الطبي باعتباره خطأ مهنيًا مرتبطًا بهنة الطب، لكن قبل ذلك يتوجب علينا البحث بشأن تعريف كل من الفقه والقانون. أولاً/ تعريف الفقه القانوني للخطأ الطبي

يكاد يجمع الفقه القانوني على تعريف مشترك للخطأ الطبي من حيث أنه " إخلال من الطبيب بواجبه في بذل العناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المستقرة"³. كما يعتبر خطأ طبيًا كل " تقصير في مسلك الطبيب، لا يقع من طبيب يقض وجد نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول"⁴.

إجمالاً لما سبق يمكن القول بأن الخطأ الطبي هو " الخطأ الذي يرتكبه الطبيب أثناء مزاولته مهنته إخلالاً بموجب بذل عناية، و يتجلى في كل مرة لا يقوم فيها الطبيب بعمله بانتباه و حذر، و لا يراعي فيها الأصول العلمية المستقرة مع الأخذ بعين الاعتبار كل الظروف الاستثنائية في الزمان و المكان ، وعدم الأخذ بالضرورة بنتيجة عمله دائماً و

¹ محمد علي عمران، المرجع السابق، ص 194.

² أشار إلى ذلك مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 57.

³ أشار إلى ذلك فريد عيسوس، الخطأ الطبي والمسئولية الطبية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2002 2003، ص 08.

⁴ وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي - دراسة تحليلية فقهية وقضائية في كل من مصر وفرنسا-، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 41.

التي قد تفرق أحيانا بالفشل نتيجة للمخاطر المحتملة التي تكتنف معظم الأعمال الطبية، و بالنتيجة كل خطأ يرتكبه الطبيب أثناء مزاولته لفنه إذا كان السبب في الإضرار بمريضه¹

ثانيا/ التعريف التشريعي للخطأ الطبي

إن فكرة الخطأ الطبي أثارت كثيرا من الجدل ما جعل المشرع الفرنسي يتغاضى عن تعريفه و وكلت المهمة للقضاء و الفقه، كذلك فعلا المشرع الجزائري و المصري فاجتبا تعريف الخطأ الطبي مقتدين في ذلك بالمشرع الفرنسي. إلا أنه يوجد هنالك تشريعات مقارنة عربية عرفت الخطأ الطبي؛ فعرفه المشرع السعودي من خلال المادة 27 من نظام مزاوله المهن الصحية حيث نصت " بأنه كل خطأ مهني صحي صدر من الممارس الصحي، و ترتب عليه ضرر للمريض يلتزم من ارتكبه بالتعويض. و يعد من قبيل الخطأ المهني الصحي ما يأتي:

- الخطأ في العلاج أو نقص المتابعة .
 - الجهل بأمور فنية يفترض في من كان في مثل تخصصه الإلمام بها....."².
- كما عرف المشرع الإماراتي الخطأ الطبي بدوره بأنه " الخطأ الذي يرجع إلى الجهل بأمور فنية يفترض في كل من يمارس ذات المهنة الطبية الإلمام بها، أو كان هذا الخطأ راجع إلى الإهمال أو عدم بذل العناية اللازمة"³.

الفقرة الثانية: معيار الخطأ الطبي

نظرا لطبيعة مهنة الطب الفنية والمعقدة، فإنه استعصى إيجاد معيار للخطأ الطبي تتفق عليه جميع الرؤى، ففي بادئ الأمر ظهرت نظريتين هما النظرية الشخصية و

¹ عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، ط1، الشركة العالمية للكتاب، لبنان، 1987، ص 179.

² نظام مزاوله المهن الصحية السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/59) بتاريخ: 4 ذو الحجة 1426

³ نصت عل ذلك المادة 27 من القانون الإتحاد الإماراتي رقم 10 الصادر سنة 2000 والمتعلق بالمسئولية الطبية و التأمين.

النظرية الموضوعية حاولتا تحديد معيار للخطأ الطبي، لكنهما لم يسلما من النقد ما جعل الفقه و القضاء يبحثان عن معيار آخر يمكن الأخذ به و يكون أكثر ملائمة و عقلانية فاستقرا على النظرية المختلطة.

أولاً : المعيار الشخصي

يقصد بالمعيار الشخصي أو الواقعي النظر إلى الطبيب المسند إليه الخطأ لا إلى الخطأ في حد ذاته، إذ يقاس مسلك الطبيب أثناء وقوع الخطأ على أساس سلوك الشخص المؤلف، فإن كان الخطأ نتج عن سلوك أقل حيطة من سلوكه المؤلف ومع ذلك قام بالفعل المولد للضرر فقد ثبت في حقه الإخلال بواجبات الحيطة والحذر.¹

وإعمالاً لهذا المعيار فإنه للوصول إلى الحقيقة يستلزم مراقبة شخصية الطبيب من حيث، حالته الصحية و العقلية و النفسية، و كذلك الظروف الصيقة بشخصيته كسنه و جنسه و درجة ذكائه.... إلى غير ذلك². و ممن اعتنقوا هذه النظرية نجد القضاء البلجيكي، فبحسب رأي هذا الأخير يجب النظر للخطأ الطبي من زاويتين، الزاوية الأولى مقدرة الطبيب على دفع الضرر أما الزاوية الثانية تتناسب ذلك مع مؤهلاته الطبية و الثقافية و الوسائل الموضوعية تحت تصرفه إذ لا يمكن أن نطالبه بأكثر مما يتحمل.³

إن المتأمل لما جاءت به النظرية الشخصية من أفكار يستتبط بأنها غير منطقية، بل يصعب الأخذ بها لتحديد معيار الخطأ الطبي، لأنه من غير المعقول أن نعفي عن طبيب ونلقي المسؤولية على طبيب آخر على الرغم من أنهما سلكا نفس المسلك و قاما بنفس التصرفات ووجدوا في نفس الظروف بحجة أن أحدهما اعتاد اليقظة و التبصر

¹ وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مجلة القانون و الاقتصاد، مصر، عدد 4 و 5، س 12-1942، ص 398.

منير رياض حنا المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالفة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1989، ص32.

² مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 101.

³ أشار إلى ذلك محمد رايس، المرجع السابق، ص 156.

وبالتالي يحاسب على أقل هفوة، في حين أن الطبيب الذي أُلّف الاستهتار يكافأ بعدم محاسبته لأنه اعتاد التقصير، إلا إذا بلغ سلوكه درجة معينة من الإهمال¹.

فلا يختلف عاقلان أن هذه النتيجة التي تترتب على الأخذ بالمعيار الشخصي نتيجة غير مقبولة، كما أن القول بالمعيار الشخصي يستلزم لا محالة البحث في ظروف و أحوال كل طبيب على حدة، مما يستلزم معه مراقبة و تتبع حياة أحوال كل واحد من الأطباء، وهذا أمر يتعذر بلوغه في الحياة العملية و يناقض الواقع.

ونظرا لهذه الانتقادات التي وجهت لهذا المعيار، ظهر معيار جديد في الأفق حاول أصحابه من خلاله درأ الانتقادات التي وجهت للمعيار الشخصي، فتمخض على إثر هذا المعيار الموضوعي للخطأ الطبي.

ثانيا: المعيار الموضوعي

يقصد بالمعيار الموضوعي المجرّد مقارنة سلوك الشخص المسئول ليس بما يجب عليه أن يسلكه هو ذاته، وإنما بما يجب أن يسلكه شخص مجرد يعتبر سلوكه نموذجا لما يتوقع إتباعه عادة من غالبية الناس وجمهرتهم. فلا هو خارق الذكاء شديد الفطنة فيرتفع إلى الذروة، ولا هو محدود الفطنة حامل الهمة فينزل إلى الحضيض².

¹ محمد رايس، المرجع السابق، ص 157.

² أشار إلى ذلك مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 104.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1968، ص 784 وما بعدها.

Jean penneau , la responsabilité du médecin, Dalloz, Paris, 1996, p 16.

جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج1، ط2، دار المعارف، مصر، 1958، ص 435.

فانحراف الطبيب عن هذا السلوك بأن أهمل العناية بالمريض، أو لم يلتزم الحيطة والحذر والانتباه، أو أبدى جهلاً واضحاً أو تهاوناً بالأصول الفنية الثابتة التي ليست محلاً للخلاف كان مخطئاً ومسئولاً.¹

وتطبيقاً لذلك فبالنسبة للعمل العادي للطبيب، فإنه يطلب منه في أدائه مثل كل شخص أن يصطنع الحيطة والتبصر في سلوكه وأن يبذل العناية التي يبذلها الشخص العادي.

أما بالنسبة للعمل الفني للطبيب فإن تقدير الخطأ المهني فيه يخضع للمعيار الواسع². فيقاس سلوك الطبيب المسئول سلوك طبيب وسط من نفس مستواه، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب محل المساءلة عند أدائه للعمل. لذلك يراعى عند تقدير خطأ الطبيب مستوى الفن أو التخصص الذي يمارسه، هل هو طبيب عام أم طبيب مختص؟ وفي أي فروع من فروع التخصص؟ وما يحيط بالعمل من عادات طبية مستقرة؟.

فالمعيار الموضوعي وفي تقديره للخطأ الطبي يأخذ إذن بالظروف الخارجية³، ويغفل الظروف الداخلية كالطبائع الشخصية و الحالة النفسية و الصحية و الاجتماعية لطبيب و السن و الجنس فلا ينظر إليها عند قياس سلوكه و مقارنته بما يسلكه الطبيب الصالح الحق. هذا ما دفع جانب من الفقه انتقد هذه التفرقة و منهم الفقيه سليمان مرقس الذي عقب قائلاً " إن هذه التفرقة لو كان منصوص عليها قانوناً، لكان ما تؤدي إليه من مثل هذه النتائج غير المقبولة، كفيلاً بحمل المحاكم على التحايل على النصوص تفادياً لهذه

¹ أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب من الناحية الجنائية والمدنية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2007، ص 15.

² أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب (مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة)، ذات سلاسل للطبع والنشر، الكويت، ص 48.

³ الظروف الخارجية هي كل ما لا يتصل بالشخص المتسبب في الضرر من صفات كما هو الشأن بالنسبة للظروف المكانية والزمانية التي وقع فيها الفعل الضار

النتائج. أما و أنها لا نص عليها من قريب أو من بعيد و ليست نتائج حتمية لأي مبدأ من المبادئ القانونية المسلمة، بلا إنها وليدة الاختيار الحر أو بعبارة أخرى إنها تفرقة تحكيمية فحسب، فإن نتائجها المذكورة كفيلة بالحكم عليها أو تتطلب على الأقل تحويلها أو تعديلها أو تكملتها بما يجنبها الوصول إلى هذه النتائج غير المقبولة.¹

لذلك فإن هناك عدة أسباب أو ظروف شخصية، التي لها صلة بالطبيب يراعيها المريض عند اختياره له، مثلا أن يكون الطبيب أخصائي كبير و مشهور، ومن هذا المنطلق يتعسر أحيانا استبعاد الظروف الداخلية في تحديد معيار الخطأ الطبي، بل أكثر من ذلك يجب أن يكون لها وزن في تعيين مدى التزام الطبيب اتجاه المريض.²

وأمام هذا الوضع و الصراع الدائر بين فقهاء المعيار الموضوعي و المعيار الشخصي، لجأ بعض من الفقه إلى اتخاذ معيار مختلط كأساس لقياس الخطأ الطبي، جامعين بذلك مزايا كل من المعيار الشخصي و المعيار الموضوعي.

ثالثا: المعيار المختلط

أمام الانتقادات التي شابت المعيارين السابقين، لجأ بعض من الفقه إلى اعتناق معيار مختلط لتحديد الخطأ الطبي، ويعتبر هذا الأخير ضابط توافقي بين كل من المعيار الموضوعي و المعيار الشخصي. و بناء على هذا المعيار، فإنه عند تقدير الخطأ الطبي يجب مطابقة سلوك الطبيب المسئول، مع سلوك طبيب مألوف من نفس فئته ومستواه، آخذين بعين الاعتبار الظروف الداخلية و الخارجية التي أحاطت بالطبيب محل المساءلة.³

¹ سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول الأحكام العامة (أركان المسؤولية)، ط 2، معهد البحوث و الدراسات العربية، مصر، 1971.

² قرار المحكمة العليا، 2003-06-24، ملف رقم 297062، قضية (ز.ف)، ضد (النيابة العامة)، م.ق، العدد رقم 2، 2003، ص 337، 338.

³ عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات، منشأة المعارف للنشر، مصر، 2000، ص 202.

وقد اعتمد هذا الرأي في تأسيسهم له على اعتبارات ثلاثة أولهما علمي، و ثانيهما نظري، وثالثهما قانوني.

الاعتبار العلمي: يتلخص في الصعوبة التي يصادفها الباحثون و القضاة قي التمييز بين الأخطاء الجسيمة و الأخطاء اليسيرة، زد على ذلك غياب معيار تشريعي خاص بالخطأ الطبي، و لتخفيف العبئ على هؤلاء فإن موالبي هذا الرأي يقترحون الأخذ بجسامة النتائج و الأضرار وعدم الاكتراث بجسامة الأخطاء.

الاعتبار النظري: سار الاعتبار النظري على نفس مسار الاعتبار العلمي من حيث أخذه بجسامة الأضرار و النتائج أيا كان الخطأ الطبي وذلك على أساس حماية المريض، نظرا لما يكتنف العمل الطبي من تطور حديث لعلومه إلى استخدام آلات متطورة و دقيقة.

الاعتبار القانوني: يتمثل هذا الاعتبار في ضرورة التزام الطبيب لقواعد الحيطة و الحذر، وتقيدته بالقواعد التي تفرضها عليه مهنته ، حتى لا يكون لهم امتياز خاص عن الأشخاص العاديين ينأى بهم عن المساءلة، لكي يكون الكل سواسية أمام قواعد العدالة والمساواة¹.

رغم الجهودات التي بذلوها أصحاب هذا المعيار إلا أنهم لم يسلموا هم كذلك من النقد مثلهم مثل المعياريين السالفين، فوجهت لهم جملة من الانتقادات سنذكرها تواليا؛ أولا أخذهم بجسامة النتائج والأضرار المترتبة عن الخطأ الطبي لا على جسامة الخطأ في حد ذاته، ثانيا عدم تمييزهم بين الأخطاء الطبية مادية كانت أو فنية، ثالثا إقرار مسؤولية الأطباء على أساس الإخلال بقواعد الحيطة و الحذر التي تفرضها القواعد العامة للقانون على الكافة، دون التقيد بقواعد المهنة فحسب².

¹ محمد ريس، المرجع السابق، ص166.

² محمد ريس، المرجع السابق، ص 166 - 167.

وفي الأخير و في مسألة تحديد معيار للخطأ الطبي جامع ، نحن نشاطر الأستاذ مراد بن صغير مراد.¹ بالاعتماد على معيار مختلط عملي واسع يقاس بسلوك طبيب صالح من وسط الأطباء كفاءة و خبرة و دقة من نفس فئته و فرع اختصاصه و مستواه المهني، وجد في نفس الظروف المحيطة بالطبيب المسئول والمؤثرة في سلوكه، بإذلا في سبيل معالجة الطبيب كل العناية اللازمة مراعيًا للأصول الطبية مراعيًا للأصول الطبية المستقرة، وكل تقصير منه لهذه الالتزامات يستدعي بضرورة خطأ طبيًا يسأل عنه.

الفقرة الثالثة: صور الخطأ الطبي

إن محاولة تحديد الأخطاء الطبية وحصرها أمر ليس بالهين وذلك لصعوبة الإلمام بكافة صور الأخطاء الطبية لكثرتها وتنوعها وتعددتها، بحكم أن مهنة الطب متجددة ومتطورة سواء من حيث النظريات العلمية أو الأساليب العلاجية أو الأجهزة والأدوات المستعملة.

غير أن فقهاء القانون وفي دأب منهم بغية تصنيف الأخطاء الطبية اهتدوا إلى إعطاء هذه الأخيرة صورتين؛ الصورة الأولى تتضمن الأخطاء الناجمة عن إخلال الطبيب بواجباته الإنسانية و الأخلاقية الطبية اتجاه المريض فهي ترتبط أكثر بالجانب الإنساني والأخلاقي في الممارسة الطبية، بعيدا عن الأصول العلمية الفنية والتعقيدات التقنية لمهنة الطب، أما الصورة الثانية فهي الأخطاء الطبية الفنية المرتبطة بالجانب العلمي الفني، فهي أخطاء طبية تقنية ناجمة عن الإخلال بالأصول المهنية².

¹ مراد بن صغير المرجع السابق، ص 111.

² مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 36.

أولا/ الأخطاء الناجمة عن الإخلال بالواجبات الأخلاقية

يعتبر الواجب الإنساني من صميم مهنة الطب، إذ يلتزم الطبيب قبل كل شيء باحترام شخص المريض وكرامته، ذلك أن مهنة الطب تعتبر من أسمى المهن التي تتعلق بالنفس البشرية وتحظى برعايتها، ولكون مهنة الطب مرتبطة بنفس البشرية فيجب وتبعا لذلك من إحاطته بجملة من الأعراف والتقاليد التي يلزم على الطبيب الإلمام بها ومراعاتها تحت وطأة كل حال.

ونتيجة لأهمية هذا الجانب الإنساني والأخلاقي في مهنة الطب فقد كرسته جل تشريعات مهنة الطب¹.

ولما كانت مهنة الطب محاطة بجملة من الالتزامات الإنسانية و الواجبات الأخلاقية، فإن الإخلال بها يوجب خطأ طبيا متعلقا بالواجبات الأدبية ذات الطابع القانوني، وقد حاولنا حصر هذه الأخطاء في طائفتين؛ الطائفة الأولى الأخطاء المرتبطة بشخص المريض والمتعلقة بعدم مراعاة كرامته وكيانه الإنساني، والطائفة الثانية خصصناها للأخطاء المتمثلة في الإخلال بالقواعد الأخلاقية المتعلقة بالمهنة.

أ/ عدم مراعاة شخص المريض وكرامته

تعتبر كرامة الإنسان ومراعاة أحاسيسه قاعدة راسخة في الوجود وعلى كل إنسان أن يقدر الطرف الآخر وأن لا يجرح مشاعره، فما بالك بالمريض، فعلى الطبيب أن يتعامل معه بكل احترام وأن يقدر أحاسيسه ومشاعره ويراعي ظروفه التي يمر بها، ومن

¹ المواد 6، 7، 8، 9، 46 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائرية.

المواد 1/1110 وما يليها من قانون الصحة العامة في فرنسا، والتي أضيفت بموجب قانون حقوق المرضى وترقية الصحة لعام 2002.

المواد 16، 20، 28 من لائحة آداب مهنة الطب في مصر، رقم 238، لسنة 2003.

هذا المنطلق فإن العبث بهذه القيم وعدم الاحتياط لها من شأنه أن يلحق وصف الخطأ الطبي.

ب/ الإخلال بالقواعد الأخلاقية لمهنة الطب

نظرا لاحتلال مهنة الطب مكانة راقية وسموها عن الكثير من المهن، فحري من القائمين عليها وعلى رأسهم الأطباء أن يراعوا هذه المنزلة وأن يرقوا بأدائهم للحفاظ على هذه المكانة، إذ أنهم أكثر الناس إطلاعا على عورات الناس وأسرارهم، بل ومعرفة الكثير من شؤونهم الصحية وحياتهم الاجتماعية، لذلك كان لزاما عليهم أن يحفظوا للمرضى حقوقهم بأن لا يفشوا أسرارهم المرضية وأن ينصحوا لهم وأن يلتزموا الصدق في وصفاتهم وشهادتهم وتقاريرهم الطبية، ذلك أن عدم مراعاة هذه القواعد الأخلاقية لمهنة الطب من شأنه أن يعرض الأطباء للمسئولية الجزائية فضلا عن المسئولية المدنية¹.

ثانيا/ الأخطاء الفنية الناجمة عن الإخلال بالأصول العلمية المهنية

لا ريب أن إخلال الطبيب بالأصول العلمية لمهنة الطب، وعدم انسياقه ومراعاته للقواعد المستقرة لها يشكل لب الأخطاء الطبية الموجبة للمسئولية المدنية. ذلك أن أكثر الأخطاء الطبية وقوعا وأشدّها وقعا في الأوساط الطبية والقانونية معا، تلك الأخطاء المرتبطة بالقواعد العلمية المستقرة لمهنة الطب وأصولها الفنية. ولعل من أبرز تلك الأخطاء وأكثرها وقوعا وانتشارا نجد: أخطاء التشخيص والفحص، أخطاء العلاج، أخطاء التحاليل والأشعة، أخطاء الجراحة باختلاف أنواعها لا سيما الجراحة التجميلية، أخطاء نقل وزرع الأعضاء، أخطاء نقل الدم، أخطاء التوليد والإجهاض وما يتعلق بالتلقيح الاصطناعي، أخطاء جراحة وتركيب الأسنان،.... الخ من الأخطاء الطبية المتعددة والتي يصعب تحديدها وحصرها لارتباطها بالتطور العلمي الذي يشهده مجال الطب سواء على

¹ مراد بن صغير، المرجع السابق، ص429.

مستوى النظريات العلمية والأساليب العلاجية أو على مستوى الأجهزة والآلات الطبية المستخدمة.

البند الثاني: الضرر الطبي

الضرر هو مساس بحق من حقوق الإنسان أو مصلحة مشروعة له، و الحقوق هذه لا تقتصر على أضرار الجسد المادية وحسب، وإنما تشكل كل حق يخول صاحبه سلطة أو مزايا أو منافع يتمتع بها في حدود القانون، فلكل إنسان الحق في الحياة، في سلامة جسده، في استقراره النفسي. فإن وقع الاعتداء على حق من هذه الحقوق نتج عنه بضرورة ضرر.

والضرر في المسؤولية الطبية كما في أي نوع آخر من أنواع المسؤولية المدنية هو شرط لازم لتحقيق المسؤولية المدنية لتترتب التعويض، إذ لا يكفي لقيام المسؤولية الطبيب إثبات الخطأ الطبي، بل من المفروض أن يكون الخطأ قد أدى إلى إلحاق ضرر بالمريض، لأن المسؤولية فيما تستهدفه إنما تقصد إصلاح هذا الضرر¹.

إذن، فالضرر في المسؤولية الطبية يخضع للقواعد العامة، لكن لا يكفي مجرد وقوع الضرر للتمسك بمسئولية الطبيب، لأن الالتزام بالعلاج يعد أساساً التزاماً ببذل عناية و ليس بتحقيق نتيجة ، ولهذا يجب أن يكون الضرر قد وقع بالاستقلال عن مسألة الشفاء².

ويقع الضرر تحت صورتين مادية أو معنوية، و يمكن أن يكون نتيجة لتفويت الفرصة، ويجب في كافة الأحوال أن يكون محققاً و يمس حقاً مكتسباً لطالبه³.

¹ عبد اللطيف الحسيني، المرجع السابق، ص 138.

² عبد اللطيف الحسيني، المرجع السابق، ص 140.

³ علي عصام غصن ، الخطأ الطبي، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ص 179.

وعليه سوف نتناول أنواع الضرر الطبي الضرر (فقرة أولى)، و إلى شروط تحققه في (فقرة ثانية)

الفقرة الأولى: أنواع الضرر الطبي

يتجلى الضرر الطبي في ثلاثة صور، ضرر مادي (أولاً)، و ضرر معنوي (ثانياً)، و يمكن أن يكون نتيجة تقويت فرصة (ثالثاً)

أولاً/ الضرر المادي

يأخذ الضرر المادي في المسؤولية الطبية وجهين؛ أولهما يتعلق بالمساس بجسم المريض وسلامته كإصابته أو إضعاف بنيته وقس على ذلك من الصور التي يتجلى فيها الضرر الجسدي، أما الوجه الثاني للضرر المادي فيتجلى في ما يصيب المريض في كيانه المالي فيطال حقا أو مصالح ذات صفة مالية أو اقتصادية متمثلة في نفقات العلاج، أو إضعاف قدرته على الكسب إضعافا كلياً أو جزئياً ذلك وسوى ذلك من الصور التي يتجلى فيها الضرر المالي¹.

ثانياً/ الضرر المعنوي

يقصد به تلك الأضرار التي تترتب على الإصابة، و التي يصعب تقديرها بالمال، وتتجلى في الآلام النفسية و المعاناة الجسدية، التي تتمادى بعد الحادث وخلال المعالجة و قد تستمر بعدها ما يخلق لدى المريض عقدا نفسية وشعورا بالنقص وبال الحاجة إلى الآخرين².

¹ عبد اللطيف الحسيني، المرجع السابق، ص 137 و 138.

مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 226.

² علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 187.

ولقد اختلفت التشريعات في مدى الأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي، فقد نص التقنين المدني الفرنسي على وجوب التعويض عن كل فعل سبب ضررا و هذا من خلال المادة 1382.

ومما تجدر إليه الإشارة فإن هذا النص جاء مطلقا و لم يحدد نوع الضرر القابل لتعويض، مما جعل الفقه الفرنسي ينقسم إلى فئتين، الفئة الأولى أسست أفكارها على عدم وجوب الضرر المعنوي لأنه غير مادي، و أنه حتى لو منحنا المضرور مبلغا نقديا كتعويض عن الألم والحزن فإن ذلك غير كافي لأن التعويضات المادية لا تجبر الخواطر¹. وذهب الفريق الثاني إلى التمييز بين ضرر معنوي يجوز تعويضه وضرر معنوي لا يجوز فيه ذلك، و اختلفوا في وضع معيار لهذا التمييز فمنهم من يقصر التعويض على الضرر المعنوي الذي يؤدي إلى ضرر مادي ولا يعوض إلا هذا الضرر المادي وحده، ومنهم من يحصر التعويض على الضرر المعنوي الذي يصيب الشرف والاعتبار لأنه عادة ما يجر إلى ضرر مادي، ولا يجيزه في الضرر المعنوي الذي يصيب العاطفة لأنه ضرر معنوي لا يؤدي إلى ضرر مادي².

ومع ذلك فإن الفقه الفرنسي الحديث يذهب إلى الأخذ بنص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي على إطلاقه و بالتالي إمكانية التعويض عن الضرر المعنوي، و يضاف إلى ذلك أن المشرع الفرنسي أجاز حالات خاصة للتعويض لمجرد الضرر المعنوي³. ويردون على النظرية الرافضة للتعويض عن الضرر المعنوي، بأن الغرض من التعويض عن الضرر المعنوي، لا يقصد به محوه و إزالته، و إنما أن يستحدث المضرور لنفسه بديلا عما أصابه من الضرر و لو كان غير ملائم فهو خير من لا شيء،

¹ فريجة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص 267 و 268.

² أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 1، ص 867.

³ سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 140.

ولا يصح التعذر بصعوبة تقدير التعويض المعنوي، بل أن القاضي قد يستعصى عليه في بعض الأحيان حتى تقدير التعويض المادي¹.

ونفس الخلاف عرفه القضاء الفرنسي إلا أن أغلبيته توجهت إلى التعويض عن الضرر المعنوي، و إن بقي الخلاف حول تعيين من يحق له المطالبة بالتعويض في هذه الحالة².

أما في مصر فقد استقر الفقه و القضاء على جواز التعويض عن الضرر المعنوي، لأن المشرع المصري حسم الجدل بنفسه فنصت المادة 222 من ق م م " يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا"³.

وبالتالي استند إليها القضاء المصري في أحكامه الخاصة بالتعويض عن هذا الضرر، و على إثر هذا قضت محكمة مصر الكلية بقرار كان مضمونه " إن الأمراض من العورات التي يجب سترها حتى ولو كانت صحيحة، فإذا عتبت في المحافل العامة و على جمهرة المستمعين، سيئ إلى بعض المرضى إذا ذكرت أسماؤهم، و على الأخص بالنسبة للفتيات لأنه يضع العراقيل في طريق حياتهن و يعرقل صفو ما لهن، وهذا خطأ يستوجب التعويض"⁴.

أما في الجزائر فلقد جاء القانون المدني الصادر سنة 1975 لأول وهلة خاليا من أي نص يؤكد صراحة مبدأ جواز التعويض عن الضرر المعنوي فالمادة 124 من ق م ج المقابلة لنص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي عامة و مطلقة لا تميز بين

¹ فريجة كمال، المرجع السابق، ص 269.

² حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص 345.

³ أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج 1، ص 867.

⁴ محكمة مصر الكلية في 1949/3/14 أشار إليه حسن النون ، المبسوط في المسؤولية، ج 1 (الضرر)، شركة التايمز للطباعة و النشر المساهمة، عراق ، ص 226 هامش رقم 2.

الضرر المادي و المعنوي. وإذا تطرقنا لنص المادة 131 و المتعلقة بالتعويض نجدها تنص على التالي " يقدر مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182".

وبالرجوع لنص المادة 182 من نفس التقنين " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو القانون فالقاضي هو الذي يقدره و يشمل ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب " و يظهر من هذا أن المشرع الجزائري لا يأخذ إلا بالتعويض عن الضرر المادي، ذلك أن عنصره ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب هما عنصران للضرر المادي¹.

فيوضح مما سبق أن نية المشرع الجزائري اتجهت إلى عدم التعويض عن الضرر المعنوي، وإلا بما يفسر سكوته عن النص على ذلك صراحة، لكن ما يؤخذ على المشرع الجزائري إغفاله النص على التعويض عن الضرر المعنوي في التقنين المدني رغم أنه الشريعة العامة، ونص عليه في قوانين خاصة نذكر منها على سبيل المثال، المادة الخامس من قانون الأسرة الجزائري " إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض"².

كما أنه ومن خلال المادة 3 من الفقرة الرابعة من تقنين الإجراءات الجزائية نص على التعويض عن الضرر المعنوي حيث جاء فيها " تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جثمانية أو أدبية مادامت ناجمة عن الوقائع موضوع النزاع"³. يستفاد من هذا النص أن الدعوى المدنية لا تقبل إلا إذا كانت مرتبطة

¹ سعيد مقدم، المرجع السابق، ص 163.

² قانون رقم 84-11 المتضمن لقانون الأسرة المعدل و المتمم.

³ أمر رقم 66-155، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و متمم.

بالدعوى العمومية سواء كان الضرر موضوع التعويض مادياً أو معنوياً، ومتى كان ذلك كان له الحق في التعويض عن الضرر المعنوي.

لذا كان لزاماً عليه التدارك، و هذا ما فعله اثر تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005، فأخذ بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي و ذلك من خلال المادة 182 مكرر التي تنص على ما يلي " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"¹

فأخذ التشريع الجزائري بموجب هذا التعديل بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، ووضع حد لكل تأويل و لا أحد ينازع اليوم مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي شأنه شأن التعويض المادي.

ثالثاً/ تفويت الفرصة في الشفاء أو الحياة:

قد يختلط مفهوم تفويت الفرصة أحيانا بالضرر المحتمل، و رب سائل يقول: هل يعد تفويت الفرصة في الشفاء أو الحياة ضرراً محققاً أو محتملاً؟

وللإجابة عن ذلك نقول ينبغي التفريق أو التمييز بين تفويت الفرصة وبين الضرر المحتمل، فالضرر المحتمل ضرر غير مؤكد قد يقع و قد لا يقع و لذلك لا يجوز التعويض عنه، و تفويت الفرصة ضرر محقق يصيب المريض و يجوز التعويض عنه، فهو ما دام قد ترتب على خطأ أو إهمال صدر من الطبيب فقد كان لهذا المريض أمل في نيلها، وإن كانت تلك الفرصة مجرد أمل فإن الطبيب بخطئه أو إهماله قد جعل هذا التحقق صعباً².

¹ عياشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري (تنزي ورو)، الجزائر، 2011، ص 31.

² إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني و الخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 71 و 72.

إن الفرصة التي يعتبر تفويتها ضررا محققا واجب التعويض ذات مفهوم مزدوج، فهي احتمالية من ناحية وواقعية وحقيقة من ناحية أخرى¹، ولا ينبغي التفريط في أحد شقي هذا المفهوم، فلئن كانت الصفة الاحتمالية تضيق من أفق أو نطاق الفرصة و تقلل من قيمتها، ولا تجعلها جديرة بالتعويض، فإن الصفة الواقعية تضيء عليها قدرا من التحقق و تجعل منها أمرا مرجحا. وفي هذا القدر من التحقق يتحدد الضرر الحقيقي الذي لحق بالمضروب، و الذي يتمثل أساسا في مدى أو قدر الفرصة التي كان يملكها في التحقق، فهذه الأخيرة لها قيمة موضوعية تقدر بقدر ما تتضمنه من إمكانية تحقيق الكسب أي بقدر ما يتحقق لها من نصيب على أرضية الواقع².

وثمة فرق بين الفرصة و هي أمر محتمل و بين تفويتها و هو أمر محقق، فإذا حرم المريض من فرصة الشفاء أو الحياة أي فوتت عليه فإن هذا التفويت يمس الحق في فرصة لمحاولة اكتساب الشفاء أو الحياة و هو لذلك ضرر محقق و أن اكتساب الشفاء أو الحياة محتملا قد يتحقق و قد لا يتحقق³، و قد سار القضاء المصري على هذا الفهم بتفويت الفرصة، و من ذلك ما ذهبت محكمة النقض المصرية إذ قضت بأن " ثبوت أن المجني عليه كان يعول المضروب وقت وفاته على نحو مستمر و دائم، و أن فرصة الاستمرار على ذلك مستقبلا كانت محققة، فحق للمضروب طلب التعويض عن ضياع فرصة إعالته"⁴.

وقد استقر الفقه و القضاء الفرنسيان على القول بأنه إذا صدر عن الطبيب خطأ فوت على المريض فرصة للشفاء أو البقاء على قيد الحياة، فإنه يلزم بالتعويض جزئيا

¹ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق الكويتية، س 10، عدد 3، 1983، ص 149.

² إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 149.

³ أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 862.

⁴ أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و عن أخطاء مساعديه، د د ن، د ت، ص 468.

عن الضرر النهائي الذي حل بالمريض¹، لذا يراعى في تقدير التعويض عن فوات الفرصة مدى احتمال الكسب الذي ضاع من المتضرر من جراء تفويت الفرصة عليه، و الأمر يتسع في مجال الاجتهاد مما يجعل التقدير يختلف فيه، و لذلك يجب على القاضي عدم المبالغة في تقدير الاحتمال في نجاح الفرصة².

ونخلص من هذا كله إلى أن الفقه و القضاء قد اتخذا موقفا واحدا من المسألة التعويض عن تفويت الفرصة باعتباره ضررا محققا أصاب المريض، وفوت عليه فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة.

الفقرة الثانية: شروط الضرر الطبي

إن الضرر الطبي الموجب لتعويض يجب أن يتوفر على شرطين مهمين بصرف النظر عن طبيعته وهما:

أولا/ المساس بحق أو بمصلحة مالية للمضرور

ذكرنا سابقا، بأنه يجب لوقوع الضرر أن يكون هناك إخلال بحق المضرور أو بمصلحة مالية له، فيجب لمساءلة المعتدي أن يمس اعتدائه حقا ثابتا يحميه القانون. ولا شك أن خطأ الطبيب الذي نتج عنه ضرر بجسم المريض هو تعدي على حق من الحقوق الأساسية للمريض في الحياة، كما أن إتلاف عضو أو إحداث جرح أو إصابة الجسم أو العقل بأي أذى من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب، أو يكبده نفقات العلاج³، و

¹ Cass, civ 1 ère ch, 6/12/2007, pourvoi n: 06-193 01 " le seul préjudice indemnifiable a la suite du non respect l' obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d' obtenir le consentement éclairé du patient, est le perte d'une chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalise " consulter l' arrêt sur le lien suivant

<http://www.legifrance.gouf.fr>

² عبد اللطيف الحسيني، المرجع السابق، ص 144.

³ مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 233.

طالب التعويض قد يكون المريض (أي المضرور نفسه)، وقد يكون أحد الورثة الذي يلزم المريض إعالتهم قانوناً مثل الآباء و الزوجة و الأولاد، وهنا لا تثور أي مشكلة و ذلك لأن من البديهي قيامه بالإنفاق عليهم، ولكن التساؤل يدور حول ما إذا كان المعالون أو طالبوا التعويض من غير الورثة، ولكن المريض قد اعتاد على الإنفاق عليهم مدة طويلة، إذ أن لهؤلاء الأشخاص مصلحة في بقاء هذا المريض على قيد الحياة. ولكن وفي هذه الحالة يجب التمييز بين حالة المصلحة المشروعة التي يحميها القانون؛ و هي الحالة التي أشرنا إليها آنفاً وهما الأشخاص الذين اعتاد المريض الإنفاق عليهم وليس عن طريق مجاملة أو مساعدة و إنما بصورة دائمة، وكان سيستمر في الإنفاق عليهم ما بقي على قيد الحياة، فمثل هؤلاء الأشخاص لهم الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابهم جراء وفاة المريض الذي كان يعيلهم. أما الحالة الثانية فهي مصلحة غير مشروعة؛ وهذه لا تحظى بحماية القانون، فإذا كان المريض قد اعتاد الإنفاق على خليلته ثم توفي فإن هذا الإنفاق غير مشروع وأن المصلحة من ثمت غير مشروعة ولذلك فليس لتلك الخلية الحق في المطالبة بالتعويض عما لحقها من ضرر جراء وفاة خليلتها¹.

ثانياً/ أن يكون الضرر محققاً

ومعنى ذلك أن يكون الضرر محقق الوقوع عاجلاً أو آجلاً، فالمهم أن يكون مؤكد الوجود، وأمر كهذا يتطلب التحقق من أن المريض قد لحقه ضرر، جراء فعل الطبيب الخاطئ، ولا يجوز التعويض عن ضرر محتمل قد يقع وقد لا يقع، وذلك لأن القاضي يقضي بالتعويض عما أصاب المريض من خسارة وما فاتته من كسب، و مادام الضرر محتملاً غير موجود في الحال و لا يوجد ما يؤكد وقوعه في المستقبل فهو قد يحدث وقد لا يحدث، فإن القاضي لا يستطيع تقديره، ويجب التتويه على أن الضرر المحتمل يختلف

¹ إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص 70-71.

تماما عن الضرر المستقبلي، فهذا الأخير ضرر مؤكد الوجود و إن تراخى حدوثه إلى المستقبل، فالطبيب الذي يحدث بخطئه ضررا للمريض يقعه عن العمل يُحكم عليه بتعويض مشتمل على عنصرين، العنصر الحال وهو ما أصابه من ضرر عاجل، والعنصر المستقبلي وهو عجزه عن العمل في المستقبل و كسب لقمة العيش، فإذا استطاع القاضي تقديره قدره في الحال، و إذا لم يستطع قدر التعويض عن الضرر الحال واحتفظ المريض بحقه في التعويض عن الضرر المستقبل خلال فترة معينة¹.

البند الثالث: العلاقة السببية

لا يكفي مجرد وقوع الضرر وثبوت خطأ الطبيب ، بل يلزم كذلك وجود علاقة مباشرة ما بين الخطأ و الضرر، و هي ذات استقلالية تامة عن الخطأ و الضرر لأنها تعتبر شرط أساسي من شروط المسؤولية المدنية لطبيب، و إذا ما أراد الطبيب أن ينفي العلاقة السببية عليه إثبات السبب الأجنبي و أن يرفع المسؤولية عنه بما ورد في نص المادة 127 من ق م ج " 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 بالتعويض عن هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك" . وعلى هذا سوف نتعرض فيما يأتي إلى قيام العلاقة السببية (فقرة أولى) ثم إلى انتفائها (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: قيام العلاقة السببية

إن تحديد العلاقة السببية في نطاق المسؤولية الطبية، يعتبر من أشق الأمور و أعسرها بالنظر إلى تعقيدات الجسم و تغير خصائصه، وعدم وضوح الأسباب التي تؤدي إلى المضاعفات الظاهرة، فقد تعود أسباب الضرر الحاصل إلى عوامل بعيدة أو غير ظاهرة، ترجع إلى تركيبية جسم المريض، وهو الأمر الذي يصعب معه معرفتها والوقوف

¹ إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص 69.

على حقيقته، لأنه قد يصادف أن لا تكون واقعة واحدة سببا للضرر الحاصل بل أن تتصافر عدة وقائع لإحداث هذا الضرر، كما أنه أحيانا قد يتأتى أن واقعة لا تنتج مفاعيلها في آن واحد، بل تحدث ضررا واحدا ثم يحدث هذا الضرر بدوره ضررا آخر، الذي يحدث هو الآخر ضررا ثالثا، وهكذا دواليك، دون أن تقف الأضرار المتتابعة عند حد إلا بعد مرور مدة من الزمن. فهل يجب اعتبار الأضرار ناتجة عن الواقعة الأولى، وهل أن مسببها يعتبر مسئولا عن جميعها¹؟.

فبرزت في الفقه المدني كما في الفقه الجنائي، نظريتان مختلفتان؛ الأولى عرفت بنظرية تعادل الأسباب و الثانية بنظرية السبب الملائم و سوف نتناول كل واحدة منها على حدا.

أولا/ نظرية تعادل الأسباب

قال بهذه النظرية الفقهاء الألمان وهي تنطلق من منطق شبيه بالمنطق الحسابي، و مؤداه بأنه طالما أن الفعل الأصلي الأول كان مصدر الأحداث التي تعاقبت حتى استقرت على النتيجة النهائية الضارة، و أنه لولا الفعل الأصلي لما حدثت الأفعال اللاحقة و أدت إلى النتيجة النهائية— فلا بد إذا من اعتبار هذا الفعل مصدرا لكل ما ترتب عليه من نتائج، و بالتالي يترتب على مسبب الفعل الأصلي أن يتحمل كافة النتائج الحاصلة، سواء كانت ضمن المجرى الطبيعي للأمر أم لا².

وبمفهوم آخر، تعد جميع الأسباب متعادلة من حيث قيام المسؤولية، فكل فعل ساهم في إحداث الضرر، فجميع الأسباب التي تداخلت في وقوع الضرر تعتبر متكافئة³، فتكون العلاقة السببية قائمة بين كل سبب و الضرر حصل عنه نتيجة . و يترتب على هذه

¹ علي عصام غصن، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص 170-171.

² علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 171.

³ نبيل سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، مصر، 1995، ص 413.

النظرية أن المسؤولية في التعويض عن الأضرار اللاحقة بالمريض، تشمل كل الأشخاص الذين ساهم خطأ كل واحد منهم في إلحاق الضرر بالمريض¹، كما أن هذه النظرية و إضافة إلى كل ما قلناه في أن كل عامل من العوامل يعتبر شرطاً لحدوث النتيجة دون تمييز بين عامل و آخر من حيث قوته و أثره، فإنها تحمل العمل الإنساني الضرر الحاصل حتى لو كان مصحوباً بقوة قاهرة².

ومن التطبيقات القضائية لهذه النظرية حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1995/4/12 حيث كانت المسؤولية في البداية تقع على عاتق ثلاثة أشخاص أمام محكمة باريس و لكنها تركزت في النهاية على شخص واحد أمام محكمة النقض و غالباً ما يكون الشخص الأكثر قدرة على تحمل التعويض³.

ونجد كذلك اجتهاد محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم 2004/330 بتاريخ 2004/04/19 فقد أخذت بنظرية تعادل الأسباب حيث جاء في نص القرار مايلي "بمعنى أنه يجب أن يكون هنالك رابطة سببية بين فعل الجاني و بين الأسباب و العوامل الأخرى التي يجهلها الفاعل و التي أدت إلى الوفاة بحيث يسأل عن النتيجة متى كان من المؤكد أنها ستحدث حتى و لو لم يقع الاعتداء"⁴

¹ عبد السلام التونسي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية و القانون السوري و المصري و الفرنسي، دار المعارف، لبنان، ص 306.

عبد الحميد ثروت، تعويض الحوادث الطبية- مدى مسؤولية التدايعات الضارة للعمل الطبي-، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص 133.

² أحمد الحيارى، المسؤولية المدنية لطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني و النظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2005، ص 136-137.

³ حكم محكمة النقض الفرنسية في 1995/04/12. أشار إليه فريحة كمال، المرجع السابق، ص 294.

⁴ محكمة التمييز الجنائية، قرار رقم 2004/330، بتاريخ 2004/04/19. أشار إليه فريحة كمال، المرجع السابق، ص 294.

أما في الجزائر فقد أخذ مجلس الدولة بفكرة تعادل الأسباب، حيث جاء في أحد قراراته الحديثة¹ و حيث أن الثابت من أوراق الملف و من الخبرة التي أجريت على الضحية تؤكد أن هنالك علاقة بين مصّل اللقاح و الضرر الذي أصاب القاصر لكون اللقاح غير سليم، وهذا يعود إلى أسباب متعددة و ليس بضرورة إلى خطأ الممرضة، و هذا ما يجعل مسؤولية المرفق العام قائمة لأنه لم يأخذ الحيطة اللازمة"

تعرضت هذه النظرية للنقد، على أساس أنه لا يكفي اعتبار أحد العوامل سببا في حدوث الضرر، بأن يثبت أنه لولا هذا العامل ما وقع الضرر، بل يجب أن يكون وجود هذا العامل كافيا وحده لإحداث الضرر²، فليس من العدل أن يتحمل الفاعل الأصلي نتائج لم يكن يقصدها و لم يكن بإمكانه تداركها أو توقعها، فقط لكون هذه الأخيرة متأتية من عوامل طارئة، هي نتاج فعله (خطئه) الأصلي³.

ثانيا/ نظرية سبب الملائم

حسب هذه النظرية لا يسأل الفاعل إلا على النتائج التي تترتب عادة عن الفعل الذي أقدم عليه، فإذا تداخلت عدة أسباب في إحداث الضرر، فإنه يجب التركيز على السبب المنتج الفعال، أي يجب التمييز بين الأسباب العارضة و الأسباب المنتجة، و بالتالي إقامة وزن لأسباب المنتجة و اعتبارها وحدها السبب في إحداث الضرر وإهمال

¹ قرار مجلس الدولة بتاريخ 2007/03/28، قضية (مدير القطاع الصحي بعين تادلس ضد م.م و من معه، ن.ق، العدد 63،

الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2008، ص 409. أشار إليه مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 248.

² عاطف النقيب، النظرية العامة للمسئولية الناشئة، عن فعل الأشياء، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1981، ص 201. و يعتبر النقيب أن هذه النظرية غير منطقية و غير عادلة، وهي مرهقة نفسيا في تحميلها وزر حادث لم يكن قد تصوره

كيانا أو نتيجة. كما انه لا يمكن ضبط هذه النظرية إذ أن معيارها يتيح التوسع فيها بالمدى الذي يبعدها عن كل حد معقول.

³ علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 172 - 173.

الأسباب العارضة، ومعنى هذا أنه لا يسأل الطبيب عن النتيجة إلا إذا كان فعله يصلح لأن يكون سببا كافيا لحصول النتيجة¹.

أما إذا كانت العوامل التي تدخلت في إحداث الضرر، مما لا يحصل عادة ضمن المجرى العادي للأمر، أو في الوضع الذي أوجده الفعل الأصلي، كأن تكون مفاجئة أو طارئة وحاصلة من مصدر مستقل و من شأنها بحد ذاتها أن تحدث الضرر الذي تحقق، فإن هذه العوامل تقطع الصلة السببية بين الفعل الأصلي و الضرر، فيسأل كل فاعل عن نتائج فعله التي وقعت دون سائر النتائج اللاحقة و المستقلة و القادرة بحد ذاتها على إحداثها².

ووفقا لهذه النظرية يقوم القاضي بدراسة الأسباب التي أدت إلى وقوع الضرر اللاحق بالمريض، بحيث يتم استبعاد الأسباب العرضية التي كان لها دور ثانوي في حدوث الضرر، فإذا ثبت أن المرض وفقا لسير العادي سيؤدي إلى الوفاة، سواء عولج المريض من قبل الطبيب أم لا، فإنه لا مجال لمساءلة الطبيب عن الوفاة³.

وقد اتجه الفقه و القضاء في فرنسا إلى الأخذ بالنظرية الأولى (نظرية تعادل الأسباب) و لكنهما عدلا عنها للأخذ بنظرية السبب الملائم، ولم يختلف القضاء في مصر عنه في فرنسا⁴، و لعل من أكثر القرارات الصريحة في هذا الشأن هو قرار محكمة النقض المصرية الصادر في 1981/2/12 و مما جاء فيه " لدى تحديد المسؤولية عند تعدد الأسباب المؤدية إلى الضرر تكون العبرة بالسبب الفعال دون العارض"⁵.

¹ أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 606.

² علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 173.

³ علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 174.

⁴ علي إبراهيم الحلبوسي، المرجع السابق، ص 80.

⁵ قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 1981/02/12. أشار إليه علي إبراهيم الحلبوسي، المرجع السابق، ص 80.

ونفس الشيء كذلك انطبق على الاجتهادات القضائية في لبنان، فاعتمدت نظرية السبب الملائم، لإثبات الصلة السببية بين الضرر الذي أصاب المريض و الخطأ الطبي. فقد قضت محكمة الاستئناف الجزائرية¹ في قرار صادر عنها " أنه إذا أقدم شخص على جرح شخص آخر في زنده و ظهر جرحا سطحيا يستوجب التعطيل عشرة أيام عن العمل، و حدث للجريح المصاب بعلة قلبية مزمنة نوبة قلبية حادة أدت إلى وفاته، فيجب ملاحقة المعتدي فقط بجرم الضرب العادي الذي ارتكبه، لأن الجراحة البسيطة، على افتراض أنها أدت إلى الوفاة، لم تكن هي السبب المباشر لأن التأثيرات النفسية اللاحقة لجرح المغدور كانت في حد ذاتها كافية و مستقلة لإحداث الوفاة نظرا لحالة القلب المرضية، و لا يكون الفاعل في هذه الحالة وفقا للفقرة الثانية من المادة 204 عقوبات لبناني إلا عرضة لعقوبة الفعل الذي ارتكبه".

وأما بخصوص القضاء الجزائري فقد اعتنق هذه النظرية عندما أقر بمسئولية الطبيب الذي أدى خطأه المباشر لوفاة الضحية، حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا " حيث أن الطبيب لم يأخذ بعين الاعتبار المرض الذي كانت تعاني منه الضحية من قبل، و أمر بتجريع دواء غير لائق في مثل هذه الحالة المرضية، مما يجعل إهماله خطأ منصوص و معاقب عليه بالمادة 288 من قانون العقوبات"². كما أن مجلس الدولة و في قرار حديث له عزز ما قرره مجلس قضاء "مستغانم" عندما أكد أن خطأ الطبيب المتمثل في ترك إبرة في بطن المريض، الأمر الذي أدى إلى ظهور آلام حادة بعد مرور ثمان و

¹ محكمة التمييز الجزائرية، 30 كانون الثاني 1975، الغرفة السادسة. أشار إليه علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 176.

² قرار المحكمة العليا بتاريخ 1995/05/30، ملف رقم 118720، قضية (ك. ح) ضد (ب. أ)، م.ق، العدد 02 1996، ص

عشرين سنة، لا ينفي و جود علاقة سببية بين الخطأ الطبي و الأضرار اللاحقة بالمريض¹.

إن المتقضي للقرارات أو الأحكام الصادرة عن القضاء الجزائري الإدارية منها أو العادية و بمختلف درجاتها يرى بأن هناك تضارب في الحلول فأحيانا يلجأ إلى تحكيم نظرية تعادل الأسباب² و أحيانا أخرى يأخذ بنظرية السبب الفعال³، و ذلك راجع أساسا إلى تغير الظروف بالنسبة لكل حالة أو قضية، وذلك يعتبر من محاسن المشرع الجزائري الذي أحجم عن إعطاء تعريف خاض للعلاقة السببية و ترك المجال و الفقهاء⁴.

الفقرة الثانية: تفويت الفرصة كوسيلة لتطويع العلاقة السببية

إن الرابطة السببية في إطار المسؤولية الطبية يرى فيه الفقه مفهوما تقليديا. لذلك أعيد وضعه اليوم من جديد في إطار السببية و في حالة إضاعة فرصة للشفاء أو للبقاء على قيد الحياة، حيث أعلن "بينو" أن ما هو جديد في نطاق المسؤولية الطبية هو ظهور نظرية تفويت الفرصة، ولا ضير من إلقاء نظرة على الرابطة السببية في نطاق هذا الوجه الجديد و الذي يبدو خاصا بها، منذ قرار محكمة التمييز الفرنسية سنة 1965 حيث أن المفهوم الجديد لإضاعة الفرصة بالشفاء أو الحياة يختلف كلياً عن مفهومها التقليدي حيث كانت الخسارة الفرصة تعني الضرر، أم اليوم فإن مفهوم إضاعة الفرصة للحياة أصبح متعلقاً بحد ذاته بالرابطة السببية⁵.

¹ قرار مجلس الدولة، 2000/01/31، الغرفة 4، قرار غير منشور. أشار إليه محمد رايس، المرجع السابق، ص 309.

² تنص المادة 1/182 مدني على الآتي " إذا لم يكن التعويض مقدرًا في العقد، أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاتته من كسب، بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به. و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول"

³ علي فيلاي، الالتزامات (العمل المستحق للتعويض)، المؤسسة الوطنية لفنون الطبع، الجزائر، 2000، ص 276، هامش 12.

⁴ محمد رايس، المرجع السابق، ص 310.

⁵ عبد اللطيف الحسيني، المرجع السابق، ص 148.

إن نظرية فوات الفرصة عرفت رواج و استعمال لها في القضاء الفرنسي، من خلال الاستعانة بها لمواجهة الشك و عدم اليقين الذي ينصب على الرابطة السببية بين الخطأ والضرر، فلجأ القضاء الفرنسي إلى هذه النظرية كحيلة قانونية لتيسير مهمته من أجل إيجاد علاقة سببية. و لقد عرفت هذه النظرية صدى كبير و ذلك قبل صدور قانون 2002/3/4 المتعلق.

وذلك نظرا لعجز النظرية التقليدية أحيانا في إقامة الرابطة السببية بين الخطأ و الضرر لتعويض المضرورين، فلجأ القضاء الفرنسي إلى نظرية فوات الفرصة، و الحقيقة أن هذه الفكرة تقف وراءها اعتبارات علمية تتمثل في منح المريض و الطرف الضعيف قدرا أكبر من الحماية بتخفيف عبئ الإثبات عنه خاصة في حالات التدخل الجراحي الذي يتعذر عليه فيها الإثبات، و لذلك فهي تعد إحدى وسائل إعادة التوازن المفقود في العلاقات بين الطبيب و المريض¹.

ويرى بعض الفقه أن هذه الفكرة تقوم على أساس الشك في وجود السببية، شك يحمل المسألة من نطاق السببية اليقينية إلى السببية الاحتمالية، و ذلك على أساس أنه يكفي للحكم على الطبيب بالتعويض أن يثبت أنه قد أضع على المريض فرصة بقائه على قيد الحياة أو فرصة سلامته الجسدية دون أن يتأكد القاضي من أن خطأ الطبيب هو السبب².

والقاضي عند تقديره للفرصة الضائعة يقيم العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر بالاستعانة بعنصر الاحتمال الذي يتم تقديره حسابيا استنادا على الخبرة القضائية، فإذا أثبتت هذه الأخيرة أن علاجا ما يؤدي إلى 80 بالمئة من نسبة الشفاء فإن ذلك يعتبر دليلا

¹ سهير المنتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، مصر، 1990، ص105.

² ROGER MISLAWSKI, Thèse, la causalité dans la responsabilité civile recherche sur ses rapport avec la causalité scientifique, université Cergy-Pontoise, année 2006,P266.

معقولا، والذي و إن لم يصل إلى حد اليقين، إلا أنها نسبة تصل إلى حد الترجيح المعقول، فيكون ذلك كافيا لتقرير أن الخطأ الطبي فوت فرصة الشفاء على المريض.¹

وتأكيدا لما سبق قررت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1974/09/13 على أن "نسبة 10 بالمئة تعتبر سبب طبيعى للوفاة و على الرغم من ضآلتها إلا أنها تثبت الشك في العلاقة السببية مما يتعين الحكم ببراءة الطبيب"². وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 1979/01/9 فجاء في نصه " إذا كان خطأ الطبيب قد ضيع على المريض فرصة الشفاء إلا أن ذلك لم يكن سببا مؤكدا في الوفاة"³.

الفقرة الثالثة: انتفاء العلاقة السببية

تنتفي العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر إذا كان هناك سبب أجنبي ترتب عليه حدوث ضرر، و أثبت الطبيب أن لا يد له في إحداث الضرر و إنما هو عائد أساسا إلى السبب الأجنبي، طبقا لما نصت عليه المادة 127 من ق م ج .

يتبين لنا من هذا التعريف ضرورة توافر عنصرين أساسيين في السبب الأجنبي لتحقيقه، و من ثم انتفاء العلاقة السببية و عدم مساءلة الطبيب و هما:

- أن يكون ذلك السبب أجنبيا عن الطبيب المدعى عليه لا يد له في وقوعه⁴.

¹ فريجة كمال، المرجع السابق، ص 296-297.

² ANNE BOYER , l'information dans le système de santé nature et conséquence sur la relation médicale , thèse présenté a l' école doctorale science de l'homme et de société, université de l' Immoge ,2008, P 135.

³<http://www.Legifrance.gouv.affichejurijudo?oldaction=rechjurijudo&idtext=jurITEXT0000705981fastre gi=9159132787fastpos=106>

⁴ مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 258.

- وقوع الفعل الضار أمر حتمي لا يمكن تلافيه و دفعه، فلو كان بالإمكان ذلك من طرف الطبيب لندحض السبب الأجنبي و نهضت مسؤولية الطبيب غير متأثرة به¹. و السبب الأجنبي الذي تنفي به العلاقة السببية قد يكون قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير.

أولاً/ القوة القاهرة:

ويشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه أو التحرز منه و يترتب عليه انتفاء الرابطة السببية بين الخطأ و الضرر ، وبالتالي انعدام المسؤولية و اضمحلال محل التعويض². و من أمثلة ذلك وفاة المريض بالقلب إثر رعد مفاجئ أو زلزال³، أو كما هو الشأن بالنسبة لأمراض الالتهاب الكلوي الذين يكثر في أوساطهم حالة الوفاة فجأة بدون أعراض تنذر بذلك حتى مع وجود الطبيب المباشر للعلاج⁴. وتقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعي تملكه محكمة الموضوع، مادامت قد أقامت أسبابها على أسباب سائغة⁵.

ثانياً/ خطأ المضرور:

تتنفي العلاقة السببية إذا كان المضرور (المريض) هو المتسبب الوحيد في إحداث الضرر، أما إن كان قد ساهم في مع خطأ الطبيب في إحداث الضرر فإن ذلك يؤدي إلى انتقاص التعويض المحكوم به على الطبيب بقدر نسبة خطأ المريض⁶.

¹ مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 258.

² قرار المحكمة العليا، غق، بتاريخ 1988/05/25، ملف رقم 53010، م.ق، العدد 02، 1992، ص 11 .

³ محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، مصر ، 2011، ص 194.

⁴ عبد الحميد المنشاوي، الطب الشرعي و دوره الفني في البحث عن الجريمة، دار الفكر الجامعي، مصر، 1998، ص 10.

⁵ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 194.

⁶ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 194.

وفي هذا الصدد نشير أن رضاء المريض بالضرر كأن يعلم بالضرر و يرضى بوقوعه، فهنا يضحى مساهما بهذا الرضاء في تحمل آثار الضرر الناتج، و تخفف بالتالي مسئولية الطبيب بمقدار هذه المساهمة¹

وكذلك رفض المريض إجراء الفحوصات الطبية الضرورية، لا ينفى على الطبيب المسئولية، بل يعد مسئولا عن الأضرار الناتجة عن هذا الرفض، غير أنه يمكنه دفع المسئولية متى أثبت المريض كتابة، فيتحمل بذلك المسئولية لوحده دون سواه، وهذا ما قررته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1986/06/17 حيث جاء فيه "من المقرر قانونا أنه يعفى من المسئولية حارس الشيء إذا أثبت أن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء حدث بسبب لم يكن توقعه مثل عمل الضحية، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إساءة في تطبيق القانون. و لما كان ثابت في قضية الحال أن الضحية هي التي تسببت في وقوع الحادث، فإن قضاة الموضوع الذين أسسوا قرارهم على المسئولية المفترضة على كل من له حق الحراسة على الأشياء، فإن بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القاعدة التي لها استثناءات و منها خطأ الضحية كما نصت عليه المادة 2/138 من القانون المدني".²

إلا أنه لا يعتد بالأمر على إطلاقه، ففي بعض الحالات إذا ما قام الطبيب الجراح على السبيل المثال بإجراء عملية لا تدعو الضرورة الصحية للمريض لها، فإن الطبيب يعتبر مخطئا حتى ولو اقتنع المريض مسبقا بإجراء هذه العملية، و بالتالي يعتبر الطبيب مسئولا في هذه الحالة³. إذ أن رضاء المريض بالضرر لا يمكن أن يحمل على أنه اتفاق لإعفاء الطبيب من المسئولية، وعلى فرضية التسليم بوجود هذا الاتفاق، فإنه باطل إذا كانت المسئولية التقصيرية ناجمة عنه عمل إجرامي، أو حتى أنها مسئولية عقدية متى

¹ رضا محمد جعفر، رضا المضرور بالضرر و أثره على الحق في التعويض، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1999، ص 280.

² قرار المحكمة العليا بتاريخ 1986/06/17، ملف رقم 48727، م.ق، العدد الثالث، 1991، ص 22.

³ مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 261.

كانت مترتبة عن غش المدين أ و خطئه الجسيم وهذا ما نصت عليه المادة 2/178 من ق.م.ج بقولها " وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أي مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه. و يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي"

وخطأ المريض و إن كان يمكن أن ينفي الرابطة السببية بين الخطأ الطبي و الضرر الواقع إلا أنه لا يمكن أن ينفي كذلك الرابطة الواقعة و نوع آخر من الضرر يعوض عنه القضاء ألا و هو فوات الفرصة في الحياة أو الشفاء أو في تحسن الحالة أو تفادي تفاقمها¹.

حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأن رفض المصاب نقل دم إليه لأسباب دينية أدى إلى وفاته. فإن كان من المقرر أن النجاة من الموت ليس مؤكد في هذه الحالة، إلا أن رفض المصاب نقل الدم إليه قد ساهم بضرورة في تقليل من فرصة بقائه حيا. ويلزم إنقاص التعويض بقدر تدخله في الخطأ².

ثالثا/ خطأ الغير:

يستطيع الطبيب المتصل من المسؤولية إذا أثبت أن الضرر الذي أصاب المريض يعود إلى خطأ الغير، لأنه إذا كان هذا الأخير هو السبب الوحيد في حدوث الضرر أعفي الطبيب تماما من المسؤولية، أما إذا أثبت أن خطأ الغير أسهم إلى جانب خطأ الطبيب في وقوع الضرر، يوزع التعويض بينهما مناصفة، إلا إذا أمكن تحديد درجة جسامة فيوزع

¹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 195.

² Crim , 30 Oct 1974, J. C. P 18/02/1975 n38 Mourgeon Lyon 6 Juin 1975, D 1976, 415

أشار إليه محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 296.

الخطأ حسب جسامته، و يستطيع المضرور (المريض) أن يطالب بالتعويض كل من ساهم في إحداث الضرر بالتضامن فيما بينهم، طبقاً لنص المادة 126 من ق م ج " إذا تعدد المسئولون عن الفعل الضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسئولية بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض".

ويقصد بالغير هنا كل شخص لا يكون المدعى عليه مسئولاً عنه، فاصطلاح الغير لا يتضمن الخاضعين لرقابة و لا التابعين، بمعنى الأشخاص غير المعنيين بأحكام المواد 136 و 137 من ق م ج ، فالغير هم مم كانوا أجانب عن المسئول، أي هو شخص ثالث عن المدعى عليه.

إذن، الغير ممن كان المدعى عليه (الطبيب) مسئولاً عنهم لا يعتبرون سبباً في انقطاع العلاقة السببية، لأننا هنا نكون بصدد مسؤولية الطبيب عن أفعال تابعيه، ولا يجوز له التحلل من المسؤولية اتجاه المضرور سواء أكان الغير من مساعديه (مرضى)، أو ممن اختارهم للعمل معه بطريقة مباشرة، ومن أمثلة ذلك أن يتحمل الطبيب خطأ طاقم التخدير و التمريض الذين اختارهم للعمل معه¹. وإذا ما اشترط عدم مسؤوليته لأنه عند عدم تنفيذه لالتزاماته أو التزامات الأشخاص معاونين له في تنفيذ التزاماتهم، يعد شرط عديم الأثر لأن أي اتفاق يتعارض مع سلامة جسم الإنسان يكون باطلاً².

¹ فريحة كمال، المرجع السابق، ص 306.

² بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية والجزائية بين النظرية و التطبيق، دار الإيمان، سوريا، 1984، ص 300.

الفرع الثاني

الحالات التطبيقية للمسئولية التقصيرية

تظهر تطبيقات المسئولية التقصيرية بصورة جلية في حالات غياب العقد الطبي بين الطبيب والمريض بصفة عامة، كيفما كانت طبيعة وصورة هذا الغياب، وهذا ما سنبينه على النحو التالي:

البند الأول: حالات انتفاء العقد

ينعقد رأي الغالبية من الفقه على أن المسئولية التقصيرية حدودها واضحة، كما هي المسئولية العقدية، ففي المسئولية التقصيرية يكون أطراف العقد أجنبيان عن بعضهما قبل وقوع الضرر، و معيار التفارقة بين المسئوليتين العقدية و التقصيرية في المسئولية المدنية هو وجود الرابطة العقدية أو انتفاؤها، فإذا انتفت العلاقة العقدية بين الدائن والمدين تترتب مباشرة المسئولية التقصيرية¹. وعليه سوف نتعرض في هذا البند حالات قيام المسئولية التقصيرية، التي ينتفي فيها وجود العقد الطبي.

الفقرة الأولى: حالة انعدام قدرة المريض عن التعبير عن إرادته

فإذا عجز الطبيب عن إثبات رضا المريض انتفى العقد بينهما و طبقت على أخطاء الطبيب أحكام المسئولية التقصيرية². كما لو أصيب المريض إثر حادث سير أو حريق أو زلزال، فكان من شأن تدخل الطبيب إصابة المريض بضرر، فطبيعة المسئولية المترتبة هنا لن تكون إلا تقصيرية³.

¹ أحمد حسن عباس الحيارى، المرجع السابق، ص 81.

² أحمد حسن عباس الحيارى، المرجع السابق، ص 81.

³ مراد بن صغير المرجع السابق، ص 265.

كما ينطوي تحت هذه الأحوال حالات الضرورة التي يضطر فيها الطبيب إلى التدخل لإجراء عملية جراحية على سبيل المثال، أو كان المريض تحت تأثير الغيبوبة أو التخدير الذي لا يمكنه معه التعبير عن إرادته¹.

هذا ونشير إلى أن بعض من الفقه وعلى رأسهم الدكتور محمد فخر شفقة²، قد اعتبر هذه التدخلات توجب اجتماع المسئولية العقدية و التقصيرية، على أساس أن الغريزة الإنسانية في حب البقاء تدفع المريض للرضا بهذا التدخل. غير أنه يرد على ذلك بأن رضا المريض لا يفترض، بل يتطلب إيجاب و قبول دون ضغط أو إكراه، فإذا أخطأ المريض في مثل هذه الحالات تكون مسئولية تقصيرية³.

الفقرة الثانية: حالة امتناع الطبيب عن تقديم العلاج أو المساعدة الطبية

الأصل أن الطبيب حر في قبوله علاج المريض من عدمه، إلا أن ظهور فكرة المصلحة العامة، دعت الفقهاء إلى إقرار مسئولية الطبيب الممتنع عن تلبية دعوى علاج مريض لا يتحمل معها التأجيل، إذا كان هدف الطبيب الإضرار إلى ذلك المريض، وسماه البعض التعسف في استعمال الحق. ويرى الإخوة مازو " أن الخطأ بالامتناع عن تلبية دعوة المريض تحكمها قواعد المسئولية التقصيرية و أن هذا الامتناع يشبه قواعد الخطأ الإيجابي كما هو الحال في المسئولية التعاقدية، فالطبيب الذي رفض زيارة مريض في منطقة نائية، مع أنه يعلم أن تدخله الفوري ضروري لإنقاذ حياة المريض يوقعه تحت طائل المسئولية التقصيرية⁴.

¹ مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1996/1997، ص 279.

² ويرى الدكتور (محمد فخر شفقة) " أنه لا مانع في مثل هذه الحالة من اجتماع المسئوليتين التعاقدية و التقصيرية بآن واحد خلافا لرأي الأستاذ السنهوري" و إجماع الفقهاء. محمد فخر شفقة، المسئولية المدنية التقصيرية، ددن، 1971، ص 137.

³ محمد زكي شمس، المسئولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية، ط1، مؤسسة غبور للطباعة، سوريا، 1999، ص 73.

⁴ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 199.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بمسئولية الطبيب التي لم تقدم المساعدة الطبية لمريض في حالة خطر، بقرار جاء فيه: " من المقرر قانونا أن كل شخص امتنع عمدا عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر، كان بإمكانه تقديمها إليه، بعمل مباشر منه، أو بطلب الإغاثة له و ذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير"¹.

الفقرة الثالثة : حالة الطبيب العامل في مرفق عام

نظرا للظروف التي يقدم فيها المرفق العام خدماته للمواطنين، فإنه لا يمكن القول أن المريض اختار طبيبا ما لعلاج، حتى ينعقد العقد، فالطبيب يمثل مركزا تنظيميا داخل المرفق الصحي.

ذهب الفقه الفرنسي للقول أنه لا توجد علاقة عقدية في المرفق الصحي بين الطبيب و المريض أو بين المريض و إدارة المستشفى، وأن المريض ينتفع بالخدمات التي يقدمها هذا المستشفى، و يعتبر المريض أحد المواطنين الذين لهم الحق في الانتفاع بخدمات هذه المرافق طبقا للقواعد و اللوائح و التنظيمات، ودونما الحاجة إلى العقد. ذلك أن العلاقة بين المريض و الطبيب في هذه المرافق ليست عقدية بل ذات طبيعة إدارية لائحية، لذلك لا يمكن إقامة مسؤولية المستشفى العام العقدية على الأخطاء الطبية داخل هذه المؤسسات².

ويجنح القضاء والفقه في البلاد العربية لتطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية على الأخطاء الطبية داخل المستشفيات و المراكز الصحية العمومية، على الرغم من عدم تبيان موقفه على نحو صريح من مشكلة طبيعة مسؤولية الإدارة الصحية تجاه المريض عما أصابه من ضرر مترتب على عمل أطبائها و جراحيها، إلا أن تطبيقه للقواعد الواردة في

¹ قرار محكمة العليا، 1995/12/26، ملف رقم 128892، بقضية (ح ث) ضد (ب ب)، م ق ، العدد الثاني، ص 182.

² أحمد حسن عباس الحيارى، المرجع السابق، ص 83.

المسئولية التقصيرية و بصفة خاصة قواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، لا يفسر إلا أنه طبق المسؤولية التقصيرية¹.

فقضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأنه " لا يمكن مساءلة طبيب المستشفى العام إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة أن المريض قد اختار الطبيب لعلاجهِ حتى ينعقد عقد بينهما. كما لا يمكن القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام و بين أطبائها، لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها هي علاقة تنظيمية و ليست تعاقدية، و بذلك لا يكون هناك محل لبحث مسؤولية طبيب المستشفى العام في دائرة المسؤولية التعاقدية"².

أما بالنسبة للقضاء الجزائري، فرغم قلة الأحكام القضائية بل و عدم إشارتها لطبيعة المسؤولية المدنية المترتبة عن الخطأ الطبي داخل المرافق العمومية الصحية، إلا أنه يمكن تصنيف المسؤولية المستشفيات العمومية ضمن المسؤولية التقصيرية. حيث قضت المحكمة العليا بمسؤولية المستشفى نتيجة إهماله و عدم متابعة المريض و مراقبة حالته³.

كما قضى مجلس الدولة في قرار حديث بمسؤولية المرفق الصحي العام

(المستشفى) عن خطأ ارتكبه طبيب الأشعة، أدى إلى بتر ساعد اليد اليمنى للضحية، حيث جاء فيه " إنه من مبدأ القانون أن الضرر الناجم عن الخطأ الطبي يلزم المرفق

¹ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 212.

² نقض مدني مصري، 1969/07/07، مجموعة أحكام النقض المدنية، السنة 20، رقم 169، مصر، ص 1094.

³ قرار محكمة العليا، غ إ، 1977/01/29، قضية (فريق ب) ضد المركز (الإستشفائي الجامعي مصطفى باشا). أشار إليه مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 272.

الاستشفائي بتعويض الضرر، و يحدد المبلغ المستحق له بناء على نسبة العجز الدائم اللاحق به¹.

إن ما يمكن استخلاصه في الأخير أن مسؤولية المستشفى التقصيرية عن خطأ الطبيب ، قد تتعد متى انتفى خطأ الطبيب و ثبت خطأ المستشفى وحده، أو متى استغرق خطأ لمستشفى خطأ الطبيب. كما تتعد مسؤوليتهما بحسب نسبة خطأ كل واحد منهما، وإن كان المريض قد رفع الدعوى ضد المستشفى، فقد يرجع المستشفى لاحقا على الطبيب بنصيبه في التعويض متى ثبت خطأه².

البند الثاني: حالات بطلان العقد

وتتجلى هذه الحالات متى كان عقد العلاج باطلا لسبب من الأسباب، كما لو تخلف أحد أركانه أو شرط من شروط صحة محله أو سببه. و من الأمثلة على ذلك، أن يقوم الطبيب بإجراء تدخل جراحي لمريض دون موافقته ورضائه، وذلك في الحالات التي يشترط فيها موافقة المريض، كنقل الأعضاء البشرية، زراعتها، القيام بعمليات التلقيح الاصطناعي، أو إجراء عملية جراحية خطيرة تتطلب موافقة كتابية صريحة من المريض³، ومن أمثلة ذلك أيضا إجراء تجارب طبية على الإنسان بهدف غير الشفاء و بقصد البحث العلمي، فهذا العمل يعتبر غير مشروع حتى و لو حصل الطبيب على رضا المريض، وتثور معه أحكام المسؤولية التقصيرية⁴

¹ قرار مجلس الدولة : 2006/11/29، ملف رقم 26678، قضية (س.م. بن ر و من معه) ضد (المركز الإستشفائي الجامعي ن.م. بن بيزي وزو)، م.ق. 63، العدد 63، 2008، ص 398.

² مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 273.

³ مراد بن صغير، التأصيل الفقهي (الشرعي) و القانوني للتلقيح الاصطناعي و أثره على الرابطة الأسرية، مجلة الحجة تصدر عن منظمة المحامين، العدد الأول، جويلية 2007، الجزائر، ص 85.

⁴ أحمد الحياوي، المرجع السابق، ص 82.

البند الثالث: إصابة غير المريض بضرر

هنالك حالات تقوم فيها مسؤولية الطبيب التقصيرية، نتيجة أخطاء ترتكب أثناء خضوع المريض للمراقبة أو العلاج تحت إشراف الطبيب أو المستشفى، ومن أمثلة ذلك الضرر التي يتعرض إليه غير المريض وذلك بإلحاق الأذى به من قبل مريض آخر مصاب بمرض عقلي داخل المستشفى، وكذلك الحال بالنسبة للعدوى التي تنتقل من أحد المرضى الذين يعالجهم الطبيب، فتصيب الغير بضرر، أو تحرير شهادة طبية غير مطابقة للحقيقة فتؤدي إلى إصابة الغير بضرر نتيجة إصدار مثل الشهادة، كتحرير شهادة مرضية غير مطابقة للحالة الصحية للعاملين¹.

البند الرابع: اقتران الخطأ المدني بالخطأ الجنائي

عند إثبات خطأ الطبيب و انعقاد النية بإضرار المريض كان الخطأ المرتكب خطأ جرمياً، و تكون مسؤوليته المدنية تقصيرية، ومرتبطة بدعوى جنائية، ولا تسقط إلا بسقوطها². وأقام القضاء الفرنسي في هذا الشأن مسؤولية الممرضة التي تسببت في إهمال جسيم أدى إلى وفاة طفل حديث الولادة، و كذلك التجأ القضاء الفرنسي إلى نفس المسؤولية أي التقصيرية على الطبيب الذي أجرى عملية جراحية لمريض مصاب باضطرابات دموية، أدت إلى نزيف حاد تسبب بوفاته³.

وقضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن " أن المشرع خص المسؤولية العقدية و المسؤولية تقصيرية بأحكام تستقل بها عن الأخرى، و جعل كلا المسؤوليتين في نطاق محدد. و عليه فلا يجوز إذا توافرت المسؤولية العقدية الأخذ بأحكام المسؤولية

¹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 198.

² أنظر إلى ما أشرنا إليه سابقاً حول وحدة و ازدواج المسؤوليتين التقصيرية و التعاقدية، ص 7، 8، 9، 10 و 11.

³ أحمد الحياوي، المرجع السابق، ص 85.

التقصيرية التي يرتبط بها المضرور فيها بعلاقة عقدية سابقة، لما يترتب على الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام المسؤولية العقدية من إهدار لبنود العقد. ما لم يثبت ضد أحد طرفي العقد أن الفعل الذي ارتكبه و أدى إلى الإضرار بطرف الآخر، يشكل جريمة جنائية أو يعد غشا أو خطأ جسيماً، مما تتحقق معه المسؤولية التقصيرية تأسيساً على أنه أخل بالتزام قانوني¹.

و في هذا القبول أيضاً صدر القضاء الجزائري حكماً لمحكمة "باتنة" أدين فيه على إثره طبيباً جراح نسي قطعة قماش في جوف امرأة، بعد إجراء عملية جراحية لها في شهر أبريل 1999 لاستئصال ورم، و حكم عليه بالحبس النافذ لمدة ستة أشهر، و تحميله المسؤولية الجزائية، و التعويض لذوي المرأة بمبلغ 60 مليون سنتيم نتيجة وفاتها بحالة تعفن ناتجة عن وجود منديل الأكل الذي نسيه الطبيب في بطنها².

الفرع الثالث

مسئولية الطبيب التقصيرية عن فعل الغير (العلاقة التبعية)

القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية أن يسأل السيد عن خطأ خادمه و المتبوع عن الخطأ تابعه أثناء الخدمة أو بسببها، بناء على ما للمتبوع من سلطة الإشراف و الرقابة و التوجيه على التابع، حيث يجعل هذا الأخير عينه و ذراعه في خدمة عقل سيده و إرادته³.

¹ قرار محكمة النقض المصرية، 1968/04/26، مجموعة أحكام النقض المدنية، السنة 19، ص 762. أشار إليه، مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 275 و 276.

² حكم محكمة باتنة، 2001/03/13، قضية ضد مستشفى نقاوس (باتنة)، جريدة الخبر اليومية، العدد رقم 3120، السنة العاشرة، بتاريخ 2001/03/19، ص 12.

³ سليمان مرقس، مجلة القانون و الإقتصاد، السنة 7، العدد 1، يناير 1937، مطبعة فتح الله الخوري، ص 174.

غالبا ما يقع من الطبيب الجراح الذي يعمل في تشكيلة طبية والمستشفى الخاص، أثناء تنفيذ التزاماتهم في أخطاء طبية، ونظرا لتزايد تعقد مسؤولياتهم، يجد المريض المتضرر نفسه أمام العديد من الأشخاص لتوجيه دعوى المسؤولية، و تيسيرا له في الحصول على تعويض عن الأضرار من أكثرهم ملاءة ماليا و بأقصر الطرق، أفرد المشرع الجزائري مسؤولية التابع عن أعمال تابعه استثناء على القواعد العامة للمسؤولية، وتعد الحالة الوحيدة التي يسأل فيها الشخص عن خطأ الغير بأصدق صورها، مقتنيا بذلك أثر المشرع المدني الفرنسي¹.

فنص القانون المدني الجزائري في مادته 136 على أنه " يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كانت له عليه السلطة الفعلية في رقبته و توجيهه".

و لانعقاد مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، تطبيقا للنصوص السابقة، يجب توافر ثلاثة شروط هي:

أولا/ وجود علاقة تبعية بين التابع المتسبب في الضرر و بين المتبوع المسئول عن تعويض هذا الضرر.

ثانيا/ ارتكاب التابع خطأ يسبب ضررا للغير.

ثالثا/ أن تكون هناك علاقة بين الخطأ والوظيفة التي يقوم بها التابع، بمعنى ارتكاب الخطأ أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها².

¹ أنظر المادة (1384) من ق. مدني فرنسي.

² عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج 1 ، ط3، العراق، 1977، د د ن، ص 260.

ومتى توافرت هذه الأخيرة تتعدد المسئولية عن فعل الغير بقوة القانون، و هي من النظام العام، ولا يجوز الاتفاق سلفاً على الإعفاء منها.

أما في المجال الطبي فيتدخل الفقه والقضاء معاً مطالبين بالتضييق من مسئولية فعل الغير، بسبب ثقل عبئ مسئولية الطبيب بحد ذاتها، إذ يجب عدم إرهاب الطبيب بخطأ مفترض، خاصة أن مساعديه أطباء متخصصون أو ممرضون على قدر من المعرفة الطبية و التأهيل العلمي، فيجب تحميل كل منهم نصيبه في المسئولية الشخصية¹. كما أن أصحاب المهن الحرة يجب أن يكون لهم استقلال تام أثناء تأدية أعمالهم الفنية، إذ تأتي هذه المهن أن يكون ممارستها تابعا لغيره، وهذا ما نلمسه في التشريعات الصحية و الأعراف الطبية فنراها ترفض هذه التبعية وتفرض على الفني استقلاليته التامة أثناء أدائه لعمله كالأطباء وغيرهم من الممارسين في نفس المجال².

فلا يجوز للطبي أو جراح الأسنان التخلي عن استقلالهم المهني تحت أي شكل من الأشكال، و عند التعاون في فحص مريض بعينه، أو معالجته، يتحمل كل منهم مسئوليته الشخصية³.

وقررت محكمة النقض المصرية، أنه لا يعفى الطبيب الجراح من مسئوليته الشخصية بأن يكون الطبيب المعالج قد أشار عليه بإجراء عملية جراحية، و غير سائغ منه الادعاء بأنه أجرى العملية بناء على رأي الطبيب المعالج، و أن ذلك لا يتفق مع

¹ أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 103.

² سليمان مرقس، المرجع السابق، ج 2، الالتزامات-الفعل الضار و المسئولية المدنية- ص 837.

³ أنظر المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم عام 1413 الموافق ل 6 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر، عدد 52، لسنة 1992.

استقلال طبيب الجراحة و حريته في مزاولة المهنة، فمن واجبه فحص المريض بنفسه قبل إجراء العملية الجراحية و تقدير أن حالة أدت إلى القيام بهذا العمل الجراحي¹.

إن قبول الطبيب الخضوع في مباشرة عمله إلى غيره من الأطباء كتابع لهم مثلاً، لا يعفي من قيام مسؤولية طبيب المتبوع عن أعمال الطبيب التابع الضارة، على أساس المسؤولية عن فعل الغير رغم مخالفتها لقواعد المهنة الطبية²، وذلك نظراً لطبيعة النشاط الطبي لأنه يتسم أحياناً بروح العمل الجماعي و خاصة العمل الجراحي ، فتقتضي حالة المريض القيام بأعمال فنية و متخصصة و قد تكون متممة للعمل الجراحي أو العلاج، كمراقبة المريض أو تجريعه العلاج، وإن مثل هذه النشاطات إذ أثرت في حصول ضرر للمريض تؤدي إلى قيام قواعد المسؤولية المدنية عن فعل الغير³.

كما أن طبيعة العمل الطبي داخل العيادة تستدعي الاستعانة بمرضة للقيام ببعض الأعمال البسيطة، كمناوله الطبيب بعض الأدوية أو تثبيت المريض على السرير أو إعداد بعض الحقن اللازمة، وغيرها من الأعمال البسيطة المنوطة به. و المساعدون الذين يقع عليهم اختيار الطبيب أو جراح الأسنان، يكون أدائهم لعملهم تحت مراقبة و مسؤولية الطبيب الشخصية⁴.

لكن قد تؤدي علاقة الطبيب بالمرضة في أداء مهمتها إلى الخلط بين مسؤولية الطبيب الشخصية و بين مسؤولية الطبيب عن فعل الغير. فإذا أصدر الطبيب أمراً خاطئاً

¹ نقض مصري 1936/6/22. أشار إليه محمود أحمد سعد، المرجع السابق، ص 111.

² علي الحيارى، المرجع السابق، ص 90.

³ أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 102.

⁴ المادة 73 من مدونة أخلاقيات المهنة.

للممرضة و نفذته دون علمها بخطأ الطبيب فتسبب بضرر للمريض، فإن هذا النوع يقيم المسئولية الطبيب الشخصية فقط¹.

ويختلف الأمر بين المسئوليتين الشخصية وعن فعل الغير، فإذا أصدر الطبيب أمراً صحيحاً للممرضة فقامت بتخدير المريض، بغير حضور الطبيب مما أدى إلى إلحاق الضرر بالمريض فيرى البعض من الفقه أن مثل هذا العمل يقيم مسئولية الطبيب الشخصية فقط، لأن التخدير عمل يتسم بالدقة و المتابعة الشخصية و لا يتم إلا بحضور الطبيب، و أن غيابه يشكل خطأ وقصور منه، و في حضوره يمكن تلافي وقوع هذا الضرر للمريض².

و كذلك من الحالات التبعية في المجال الطبي نجد حالة الطبيب المتبوع عرضياً، فإذا ترك المتبوع تابعه تحت تصرف شخص آخر، و احتفظ المتبوع بتوجيه التابع فلا جدال من استمرار العلاقة التبعية بينهما، أما إذا تنازل المتبوع عن سلطة التوجيه و الرقابة عن تابعه إلى شخص آخر ففي هذه الحالة يدعى هذا الشخص بالمتبوع العرضي، فيسأل هذا الأخير عن ما يرتكبه طيلة فترة استمرار هذه التبعية و وجوده تحت سلطته³.

ومما سبق نستخلص أنه لقيام التبعية يجب أن يتوافر عنصر الخضوع كشرط لازم لقيام التبعية، فحيث توافر مثل هذا الشرط يمكن القول بمسئولية المستشفى أو الطبيب الجراح أو طبيب التخدير..... الخ.

إن ما يمكن أن نحصله في هذا المبحث أن المسئولية التقصيرية كانت أول لبنة بنيت عليها قواعد المسئولية الطبية، و لا زالت تشغل إطار واسع في مجال المسئولية المدنية عموماً و المسئولية الطبية خصوصاً رغم تطور هذه الأخيرة و صعوبتها نتيجة

¹ علي الحيارى، المرجع السابق، ص 91.

² علي الحيارى، المرجع السابق، ص 92.

³ سليمان مرقس، المرجع السابق، الوافي في شرح القانون المدني، ج2، الالتزامات -الفعل الضار والمسئولية-، ص 864.

انصبابها على جسم الإنسان وتداخل المجالين العلمي و القانوني في البعض الأحيان مما يجعل الحد فيه من طرف القضاة أمر صعب و مستعص، ضف إلى ذلك التضيق على ركن الخطأ في إطار توجه فقهي وقضائي مسطر بدافع إعطاء حماية أكبر و أوسع للمريض في علاقته مع الطبيب. وهذا ما يتجلى من خلال التوجه رويدا رويدا إلى الطابع التعاقدى بخصوص العلاقات الطبية.

المبحث الثاني: المسئولية الطبية العقدية

تكلما في المبحث الأول عن الخطأ في نطاق المسئولية التقصيرية، و كانت هذه وجهة القضاء الفرنسي القديم حتى سنة 1936، ويقول الأستاذ "حسن علي الذنون" بأن وجهة نظر المحاكم الفرنسية بتكليفها المسئولية الطبية بأنها مسئولية تقصيرية " وجهة نظر خاطئة سرعان ما شعرت المحاكم الفرنسية بعدم صحتها وبعدها عن الصواب، فعادت إلى الرأي الصحيح السليم و قضت بأن مسئولية الأطباء مسئولية عقدية و ليست تقصيرية، فأصدرت محكمة النقض بناء على مطالعة المستشار (جوسران)، حكما شهيرا بتاريخ 1936/50/20 كان نقطة تحول القضاء في اتجاه القضاء الفرنسي"¹، وتتجلى وقائع هذه القضية، في أن سيدة، كانت تعاني من مرض الأنف فراجعت أحد الأطباء لعلاجها، وقد قام الطبيب بعلاجها مستخدما أشعة أكس، مما أدى إلى إصابتها بمرض في عضلات الوجه، وقد رفعت المريضة الدعوى على الطبيب المعالج تطالبه بالتعويض مستندة في دعواها إلى أن المرض الذي أصابها كان نتيجة استخدام الطبيب المعالج للأشعة بصورة مباشرة.

وكان هذا الحكم حاسما في نقل معالجة مسئولية الطبيب من دائرة المسئولية التقصيرية إلى دائرة المسئولية العقدية. و كان محور هذه القضية التي عرضت على

¹ أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 85.

محكمة النقض الفرنسية يتعلق بمدة التقادم¹، ذلك أن المدعي المريض كان قد رفع دعوى المسؤولية على الطبيب بعد ثلاثة سنوات من تاريخ نهاية العلاج. وجاء في هذا الحكم أن هناك بين الطبيب و مريضه عقدا صحيحا بالمعنى القانوني الدقيق لهذه الكلمة، لا يلزم الطبيب بشفاء المريض و إنما أن يبذل في سبيل شفائه العناية التي تفرضها عليه مهنة الطب وإلى هذا انصرفت إرادة كل من الطبيب و المريض. فإذا ما خرج الطبيب على أحكام هذا العقد و أخل به و قصر في عمله فيما كان ينبغي عليه بذل من العناية، فقد حقت عليه المسؤولية وفقا لأحكام هذا العقد لا عملا بأحكام المادة 1382 من القانون المدني².

وبالرجوع إلى التسلسل الزمني لهذه القضية، فيجب علينا التعرّيج على حكم محكمة الاستئناف ل (aix) في 1931/6/13، فنلمح فيه أن المحكمة رفضت تطبيق التقادم الثلاثي، باعتبار أن دعوى المضرور لا تجد أساسها في المسؤولية التقصيرية، بل تجد هذا الأساس في الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد المبرم بين الطرفين الطبيب المعالج و مريضه المتضرر و هو المدعي، وأن هذا العقد يلتزم فيه الطبيب المعالج بأن للمريض المدعي العناية الواجبة و اليقظة التي تتسجم و تتوافق مع المعطيات و الأصول العلمية الثابتة، وأن الإخلال و إن كان إخلالا غير عمدي لهذا الالتزام العقدي فإنه يولد مسؤولية ذات طبيعة تعاقدية، تستتفد مصدرها من النطاق العقدي الذي لا يخضع للتقادم الثلاثي³.

وقد طعن في هذا الحكم، حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما في

¹ . حكم محكمة أكس، 1930/6/5، دالوز، 1931، ص 3219-2-5. أشار إليه أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 85

² محكمة باريس 1923/6/4، دالوز 1924، ص 117-2. أشار إليه أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 86.

³ محكمة استئناف إكس 1931/06/16، دالوز 1932-2-5، وهو حكم مؤيد لحكم المحكمة الابتدائية الصادر في 1930/6/5 دالوز. 380.

الموضوع مؤكدة الطابع العقدي لمسئولية الطبيب المدنية¹. واستخدمت محكمة النقض الفرنسية ذات الصياغة التي تبنتها محكمة الاستئناف في حكمها السالف، وقد دأبت المحاكم الفرنسية على سلوك نفس السبيل بعد عام 1936².

وقد تعرض هذا السلوك الذي سلكته محكمة النقض الفرنسية بتكييفها مسؤولية الطبي بأنها مسؤولية عقدية، إلى النقد و التجريح من قبل بعض الفقهاء خاصة "أوبري" و"رو" الذين ذهبوا إلى الطبيعة التصيرية ودافعا عنها، و ذلك أن التزام الطبيب يترتب اعتبارات فنية مهنية تحكمه التزامات قانونية، في القوانين و اللوائح التنظيمية و التعليمات . ومن ناحية أخرى فإن العلاقة بين الطبيب و المريض المتضرر تتصرف إلى حقوق تتعلق بالكيان المادي للإنسان أي بحقوقه الشخصية وهذه الأخيرة لا يرد عليها المساومة أو التعاقد، فإذا اتفق الطرفان على عقد موضوعه حق من الحقوق السابقة فإن العقد يعتبر باطلا بطلانا مطلقا³.

بيدا أن هذا الرأي لم يستطع الوقوف على قدميه أمام الإجماع الكلي للفقهاء و القضاء الفرنسيان، ذلك أن الالتزامات المتمخضة عن الالتزام العقدي لا يشترط فيها أن تكون منتظمة في العقد ذاته بل يكفي أن تكون مفروضة بموجب نظام قانوني مهني، سواء بمقتضى القانون أو الأنظمة أو في تقاليد المهنة الطبية، أما بالنسبة لحقوق الشخصية (الكيان المادي للإنسان) فإن المشرع أجاز المساس بجسم الإنسان لاعتبارات صحية و علاجية⁴.

¹ نقض مدني فرنسي، 1936/05/20، دالوز 188-1936.

أشار إليه أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 87.

² أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 86.

³ أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 87.

⁴ حسن زاكي الابراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، 1981، ص 68 و ما بعدها.

أما في جمهورية مصر العربية فإن محكمة النقض المصرية أقرت في عام 1969 الطبيعة العقدية لمسئولية الطبيب، عكس ما كان شائع بكون القضاء المصري تحول إلى المسئولية العقدية للطبيب بمضمون قرار 1936/07/27.

إلا أن هناك من الفقه يرى بأن الاجتهاد في مصر بقي على حاله، باعتبار أن المسئولية ذات طبيعة تقصيرية و هذا الاتجاه في الحقيقة على قدر كبير من الصواب، وما عزز هذا التوجه صدور قرار لمحكمة النقض المصرية، قضت فيه بالطابع التقصيري لمسئولية الطبيب حكم لها و ذلك سنة 1970¹.

ولكن وعلى الرغم من ذلك ظهرت طائفة من الفقهاء المصريين، دافعوا على طبيعة العلاقة التعاقدية الطبية، مرجحين الكفة إليها مبررين ذلك بجملة من الأسباب:

إذا كان القانون يضع على عاتق الطبيب المعالج التزاما بأن يتحلى بالعناية و الحذر في علاقته بمريضه، كما يلتزم أي شخص بأن يتحلى بالعناية و الحذر في علاقته بالناس في مجتمعه الذين لا يرتبط معهم بأية رابطة عقدية، فإن تطابق هذا الالتزام العام مع التزام عقدي لا يؤدي إلى استبعاد المسئولية العقدية لحساب تطبيق المسئولية التقصيرية، بل تظل مسئولية عقدية². وقد يقتصر التزام المدين على مجرد إتباع قدر معين من الحيطة و الحذر في سلوكه مع الغير ولا عليه بعد هذا إن تحققت النتيجة التي يهدف إليها المتعاقد الآخر أو تخلفت كالتزام المحامي نحو موكله، أو التزام الطبيب نحو مريضه³. وهذا الالتزام راجع إلى الطابع الفني للمهنة، فلا يمكن إنكار الطابع التعاقدي هنا بمجرد أن طبيعة العمل تكتسي صفة فنية وعلمية.

¹ طلال عجاج، المسئولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004 ص57 وما بعدها.

² حسن زكي الأبراشي، المرجع السابق، ص64.

محمد علي عمران، المرجع السابق، 1980، ص 89.

³ أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 88.

لكن إن أمكننا التعقيب فنقول أن المسؤولية الطبية بعيدة كل البعد عن أن تكون حالات موحدة، وهذه الحالات عديدة و متنوعة، إذ هي تارة لا يجوز مناقشة طابعها التعاقدية، وتارة أخرى لا يمكن إنكار الطابع التقصيري حتى لو وصفناه بأنه إخلال أثناء تنفيذ العقد. وهذا ما حدا بأحكام النقض الفرنسية إلى القول بأنه "ليس من حاجة لقاضي الموضوع أن يبين على وجه الدقة طبيعة المسؤولية الطبية في كل ما يطرح عليه ما دامت لا جدوى عملية في هذا، وعلى الخصوص في الحالات التي تكون فيها المسؤولية عن عمل الغير، و المسؤولية الناشئة عن الأشياء، و التي تعفي المتضرر أن يقيم الدليل على خطأ الطبيب¹.

في الأخير نخلص أن الفقه و القضاء سواء في فرنسا أو في البلدان العربية، يشتركان على أن أفعال الطبيب تنظمها عادة المسؤولية العقدية، هذا هو الوضع الغالب، و لكنه ليس بالحال الدائم أو العام المطلق، ذلك أن اعتبار مسؤولية الطبيب هي مسؤولية عقدية لا تمثل كل الحالات القانونية التي يقوم الطبيب بأدائها، فالحالة العقدية ليست هي الحالة الوحيدة، فهناك حالات لا تنفصل عن نشاط الطبيب، فالطبيب يقوم يوميا بنشاطات عديدة أثناء قيامه بعلاج المريض، كما يتأثر نشاط الطبيب بعلاقته بالفريق الطبي الذي يعمل من خلاله و علاقته بمساعديه، إلى غير ذلك من الصور العديدة لنشاطات الطبيب، و التي تؤيد أن طبيعة المسؤولية تتأثر في تكييفها بتعدد تلك العلاقات².

وبناء على ما تقدم سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نخرج أولاً إلى شروط المسؤولية العقدية، وفي الثاني إلى تكييف عقد العلاج و تبيان خصائصه.

¹ أسعد عبيد الجميلي، ص 90.

² أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 246.

المطلب الأول

شروط مسؤولية الطبيب العقدية

بعد تردد طويل وشد وجذب من محكمة النقض الفرنسية حول الطابع التعاقدى للمسئولية الطبية ، أزال الشك باليقين ووضعت هذه المحكمة الأمر في مكانه الصحيح بموجب قرار الشهير المؤرخ في 20/05/1936، والسابق الإشارة إليه حيث قضت بأنه " يتشكل بين الطبيب و المريض عقد حقيقي يترتب على الطبيب إن لم يكن الالتزام بشفاء المريض فعلى الأقل أن يسدي له سبل العناية الوجدانية اليقظة فيما عدا حالات الظروف الاستثنائية المطابقة لما توصل إليه العلم من الحقائق الثابتة"¹. فإلى غاية وقتنا الحالي مازال هذا الإتجاه هو المأخوذ به في جل التشريعات ومنها التشريع الفرنسي الجديد الصادر بتاريخ 04/03/2002 المتعلق بحقوق المرضى و نوعية النظام الصحي والذي يقيم المسؤولية من حيث المبدأ على أساس الخطأ².

فيشترط لقيام المسؤولية العقدية للطبيب وجود عقد بين الطبيب والمريض، وأن يكون هذا العقد صحيحا، وأن يقوم أحد أطراف العقد بالإخلال بالالتزام ناشئ عن العقد. فإذا ما تحققت هذه الشروط قامت المسؤولية العقدية للطبيب³.

الفرع الأول

ضرورة وجود عقد

يجب أن يكون هناك عقد بين الطبيب و المريض، فإذا قام الطبيب بمباشرة علاج المريض دون أن يكون هناك عقد انتفت المسؤولية العقدية⁴، وفي غالب الحالات؛ فإن

¹ طلال عجاج، المرجع السابق، ص 67.

² L' article 1142-1 du loi n : 2002 -303 du 04 mars 2002 , relative aux droits du des malades et à la qualité du système de santé, J.O, n : 54 du 05/03/2002.

³ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 21.

⁴ عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، دار النهضة، مصر، 1986، ص 121.

الطبيب و المريض يرتبطان بموجب عقد، فالطبيب وبمجرد فتحه لعيادته و تعليقه اللافتة يكون في موقع من يعرض الإيجاب، وأي مريض يقبل بمثل هذا العرض للعلاج يبرم مع هذا الطبيب عقد بشكل طبيعي¹.

الفرع الثاني

أن يكون العقد صحيحا

نص المشرع الجزائري في القانون المدني على شروط تكوين العقد في القسم الثاني من الفصل الثاني، ذكرا على وجه الخصوص الرضا، المحل، و حيث أنه كذلك نص على ركن السبب تحت الفقرة المعنونة بركن المحل. خالطا بذلك شروط العقد مع أركانه²، ولكي يعتبر العقد صحيحا منتجا لآثاره، يجب أن يشتمل على أركانه التي حددها القانون من رضا، ومحل وسبب وفقا للقواعد العامة.

البند الأول: الرضا

إن الركيزة الأساسية في تكوين العقد هي تراضي المتعاقدين، وسلامة الرضا من العيوب، فلا بد أن يكون الرضا صحيحا و موجودا، و يتبادل فيه التعبير عن الإرادتين متطابقتي³.

الفقرة الأولى: رضا المريض

نظرا لما يتطلبه العمل الطبي من خصوصية تتعلق بحياة المريض الصحية و لما يؤدي ذلك من نتائج تُقيم معها مسؤولية الطبيب اتجاه المريض، فلا بد أن يكون الرضا سابقا على أي تدخل طبي⁴.

¹ عبد اللطيف الحسيني، المرجع السابق، ص 67.

² علي فيلالي، المرجع السابق، ص 66. المواد من 59 إلى غاية 105 من القانون المدني الجزائري.

³ أنظر المادة 59 من القانون المدني الجزائري.

⁴ هدى قشقوش، القتل بدافع الشفقة، دار النهضة العربية، مصر، 1996، ص 28.

ولقد أكدت التشريعات الطبية على حرية المريض في اختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو تركه، إذ اعتبرت حرية الاختيار هذه مبدأ أساسيا تقوم عليه العلاقة بين الطبيب و المريض، فيخضع كل عمل طبي يكون على درجة من الخطورة الجادة على جسم المريض لموافقة الأخير موافقة حرة و متبصرة في كل مرحلة من مراحل العلاج، وإذا تعذر أخذ هذه الموافقة لأسباب جسمانية أو قانونية، يتم الحصول عليها من الشخص الذي عينه المريض أو من ولي أمره إذا كان قاصرا أو فاقدًا للوعي¹. ويشترط على المريض إذا رفض العلاج تقديم تصريح مكتوب بذلك².

الفقرة الثانية: رضا الطبيب

منح المشرع الطبيب أيضا الحق برفض القيام بالعمل الطبي اتجاه المريض لأسباب شخصية أو مهنية، واستثنى حالات مواجهة المريض لخطر صحي وشيك يهدد حياته ففي هذه الحالة الطبيب مجبور عليه أن يتدخل لإسعاف المريض لحين تأمين حياته، وإلا تعرض للمساءلة المدنية و الجزائية، ما لم تكون هنالك قوة قاهرة تمنع الطبيب من التدخل³.

الفقرة الثالثة: أهلية الأطراف

يتعين لكي يكون العقد صحيحا أن تكون الإرادتين المتوافقتين قد صدرت من ذي أهلية خالية من العيوب⁴. فكل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب منه الأهلية أو حد منها بحكم القانون⁵، فكل شخص بلغ سن الرشد وكان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، فإنه

¹ أنظر المواد 42 و 43 من مدونة أخلاقيات طب.

² أنظر المادة 49 من مدونة أخلاقيات الطب.

³ وفقا لما نصت عليه المادتين 9 و 42 من مدونة أخلاقيات الطب

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 54.

⁵ أنظر المادة 78 من القانون المدني الجزائري.

يصبح كامل الأهلية وأهلا لمباشرة حقوقه المدنية¹. وتترتب أسباب الحجر على عوارض تنصب على الأهلية لأسباب مختلفة². والمشرع الجزائري لم يتناول جميع أحكام تصرفات ناقص الأهلية في القانون المدني، إذ ترك بعضا منها لأحكام قانون الأسرة³، كما أن هنالك ظروف جسمانية تمنع الشخص من مباشرة تصرفاته القانونية، رغم تمتعه بكامل قواه العقلية و سلامة التدبير لديه، ومثال ذلك تصرفات ذي العاهتين⁴. وهؤلاء ممن سبق ذكرهم ينوب عنهم وصي أو مقدم طبقا لأحكام المواد 44 و 73 من القانون المدني والمواد 44 و 52 من مدونة أخلاقيات المهنة.

أما بالنسبة للطبيب فيشترط أن تتوافر فيه جميع الشروط القانونية لممارسة مهنة الطب المنصوص عليها في المواد 197، 198، 199 من قانون 85-05، وإلا كان عمله باطلا طبقا لنص المادة 214 من نفس القانون، ويتعرض بالتالي عقده للبطلان طبفا لنص المادة 102 من القانون المدني، فنتوقف مزاولة مهنة الطبيب أو الصيدلي أو جراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة الجزائرية، بناءا على شروط خاصة منها أن يكون طالب الرخصة حائزا على شهادة الدكتوراه في الطب أو جراحة الأسنان أو الصيدلة، أو أية شهادة أجنبية معترف بمعادلتها داخل الجزائر وأن لا يكون طالب الرخصة مصابا بعاهة أو علة مرضية تتنافى مع القيام بممارسته للمهنة، وأن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف، و أن يكون جزائري الجنسية، ويستثنى الطبيب الأجنبي في حالة وجود معاهدة أو اتفاقية تسمح بمزاولته المهنة في الجزائر، ويشترط في طبيب

¹ أنظر المادة 40 من ق م ج.

² أنظر المادتين 42 و 43 من ق م ج .

³ أنظر المواد 81 وما بعدها من قانون الأسرة الجزائري

⁴ أنظر المادة 80 من ق م ج.

الاختصاص هو أيضا حيازته لشهادة حسب التخصص معترف بها، كما يشترط أداء القسم القانونية على جميع الأطباء قبل البدء بمزاولة المهنة حسب القانون¹.

الفقرة الرابعة: المحل

لكي يكون العقد صحيحا يجب أن يكون محله مشروعاً. والعقد الطبي مضمونه يقتضي المساس بجسم الإنسان، وعليه فإن محل هذا العقد يجب أن لا يكون مخالفاً لنظام العام و الآداب العامة و إلا كان باطلاً طبقاً للمادة 96 من القانون المدني الجزائري، حتى بتوافر رضا المريض².

لذلك يجب أن يكون المحل متوافقاً مع مقتضيات القانون، أو بمعنى آخر أن يكون المحل مبرراً، ويؤذن به القانون طبقاً للمادة 1/39 من قانون العقوبات³، كالعلاقات الجراحية و التطعيم و التحاليل.. الخ إذا استعملت هذه الأعمال في إطار النشاط الطبي بطبيعة الحال.

الفقرة الخامسة: السبب

نصت على ركنية السبب و مشروعيته المادة 97 من القانون المدني الجزائري حيث جاء بها " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً"

و يجب أن يمتد السبب طيلة فترة تنفيذ العقد: وعليه يعتبر السبب المذكور في العقد الطبي هو السبب المشروع، وعلى من يدعي غير ذلك عليه إثبات العكس⁴.

¹ أنظر المواد (197 و 198 و 199) من القانون رقم 05/85 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق ل 16 فبراير سنة 1985 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، ج.ر، عدد 08، لسنة 1985.

² مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 285.

³ القانون رقم 09-01 المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق ل 25 فبراير 2009، المعدل لقانون العقوبات، ج.ر رقم 15 لسنة 2009.

⁴ مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 285.

الفقرة السادسة: الشكائية

بقي لنا تحديد شكائية العقد الطبي، لقد أخذ المشرع الجزائري كأصل عام بمبدأ الرضائية واعتبر الإرادة أساس و قوام العقد، بحيث أن الرضا هو الذي يلزم المتعاقدين و ليس الشكل، ويعتبر العقد الطبي عقدا رضائيا ومبرر ذلك أن المشرع الجزائري لم يشترط على الطبيب أو المريض شكائية معينة لترسيم اتفاقهما وبالتالي عملية التعاقد¹.

لكن الإشكال الذي يطرح هو في الكيفية التي يمكن من خلالها إثبات العقد الطبي²، و في هذا القبيل فإن المشرع الجزائري قد عدد وسائل الإثبات التي تفتح لنا المجال واسعا من أجل إقامة الدليل على صحة وجود هذا التصرف القانوني غير المكتوب الذي ارتضاه كل من الطبيب والمريض.

وبالتالي فإنه يمكن إثبات العقد الطبي عن طريق القرائن كالاستعانة بحكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به واستعماله كحجة بما فصل فيه من حقوق بين الخصوم أنفسهم حول نفس المحل ونفس والسبب³، وذلك لأن القرينة القانونية تعني من تقررت لمصلحته عن استعمال أية طريقة أخرى من طرق الإثبات بحيث أنها تعتبر دليلا ما لم يتم نقضها الدليل العكسي⁴.

كما يمكن إثبات العقد الطبي كذلك إما عن طريق شهادة الشهود بسبب عدم اشتراط المشرع الجزائري الكتابة في هذا النوع من العقود⁵. كاعتراف الخصم أمام القاضي بأنه

¹ عامر نجيم، العقد الطبي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014/2013، ص 88.

² عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، منشورات بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 116.

³ المادة 338 من القانون المدني الجزائري.

⁴ المادة 337 من القانون المدني.

⁵ المادة 333 من القانون المدني.

أبرم عقدا طبيا مع مريضه من أجل علاجه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذا التصرف القانوني الذي اعترف الخصم بإبرامه¹، لأن المشرع الجزائري اعتبر الإقرار حجة قاطعة على المقر.

في حين قد يتم اللجوء إلى الوصفات الطبية التي يحررها الطبيب الخاص للمريض المتعاقد معه، الممهورة بختمه وتوقيعه²، من أجل إثبات العلاقة التعاقدية التي تربط بينه و بين مريضه، أو إثبات أحد الحقوق أو الالتزامات المترتبة عنها التي لها صلة حقيقية بالنزاع.

كما استثنى المشرع الجزائري من القاعدة العامة التي تقضي بأن العقد الطبي هو عقد رضائي حالتين اشترط فيهما توفر الشكلية قبل القيام بأي عمل طبي و يتعلق الأمر بعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية³، و حالات رفض المريض العلاج⁴.

الفرع الثالث

أن يكون خطأ الطبيب نتيجة لعدم تنفيذ التزام ناشئ عن العقد

إن المسؤولية الطبية لا تكون عقدية إلا إذا وجد بين المضرور (المريض) و المتسبب بالضرر (الطبيب) عقد صحيح، و بالتالي تكون مسؤولية الطبيب تقصيرية كلما انعدمت رابطة العقد بينه وبين المريض الذي لحقه الضرر، أو وجدت بينهما مثل هذه الرابطة، وكان الضرر نتيجة إخلال بالالتزام غير ناشئ عن العقد⁵.

¹ المادة 341 من القانون المدني.

² المادة 56 من مدونة أخلاقيات المهنة

³ المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

⁴ المادة 49 من مدونة أخلاقيات المهنة.

⁵ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 381.

و عليه فإن المسئولية الطبيب تكون تقصيرية إذا كان الخطأ المنسوب إليه لا يمت بصلة إلى الرابطة التعاقدية، كما هو الحال عند تحرير شهادة تفيد بأن شخصا معيناً مصاب بمرض عقلي، أو تحرير شهادة طبية بدافع المجاملة، بخلاف الواقع¹.

الفرع الرابع

أن يكون المدعي صاحب الحق

لكي تقوم مسئولية الطبيب العقدية يجب أن يستند المدعي بالحق إلى عقد صحيح، لأن العقد الباطل تترتب عليه أحكام المسئولية التقصيرية. لكن وفي هذا الصدد يقتضي بنا الأمر التمييز بين فرضين.

الفرض الأول: إذا كان المريض أو من ينوب عنه قانوناً، هما من قاما بتحريك الدعوى على الطبيب فإنه يستند على اقامتها على أساس أحكام المسئولية العقدية وهذا شيء بديهي.

و لكن إذا توفي المريض نتيجة خطأ الطبيب فإن الوضع في هذه الحالة لا يخلو من احد الوجهين:

الوجه الأول: لا شك هنا أن قواعد المسئولية العقدية هي الواجبة التطبيق، ذلك لأن الورثة خلفاء للمتوفى في جميع حقوقه، لذلك فإن دعواهم تجاه المريض الطبيب تكون عقدية ما دامت تستند إلى تقصير في تنفيذ الالتزام العقدي الذي أبرمه الدائن (الطبيب) مع

¹ حسن زاكي الأبراشي، المرجع السابق، ص 81.

طلال عجاج، المرجع السابق، ص 71.

مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 286.

مورثهم، و أثر العقد كما ينصرف إلى طرفيه ينصرف إلى الخلف العام و الخلف الخاص¹.

الوجه الثاني: قد ترفع دعوى التعويض من غير ورثة المريض المتوفى، كأن يكونوا أقارب له أو حتى أجنب عنه، فهؤلاء يحق لهم الرجوع على الطبيب لإخلاله بالتزامه الذي أدى إلى وفاة المريض الذي هو قريب لهم، و ذلك على أساس المسئولية التقصيرية لأن من رفع الدعوى يعتبر من الغير، وهذا هو رأي أغلب الفقهاء².

الفرض الثاني: إذا كان الذي أبرم العقد مع الطبيب ليس المريض و لا من يمثله قانونا أو اتفاقا، كالعقد الذي يبرمه الزوج لزوجته، أو شخص قريب للمريض، وضمن هذا الصدد يجب التفريق بين حالتين :

الاولى: أن يتعاقد الشخص مع الطبيب باسمه مشترطا حقا مباشرا للمريض، ففي هذه الحالة تطبق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير³.

الثانية: وتتمثل بقيام شخص بالتعاقد مع الطبيب باسم المريض ولمصلحته، فهنا تطبق أحكام الفضالة على مثل هذا التصرف، فإذا أجاز المريض ما قام به الفضولي تسري أحكام الفضالة، والعلاقة بين المريض والطبيب تكون تعاقدية، طبقا لنص المادة 150 من القانون المدني الجزائري.

¹ أنظر المواد 108 و 109 من القانون المدني الجزائري.

² عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 72.

مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 288.

طلال عجاج، المرجع السابق، ص 72.

³ المادة 116 من ق.م.ج.

الفرع الخامس

أن يكون المتضرر هو المريض

بمعنى أنه إذا كان المتضرر من الغير وتعرض للجرح من قبل الطبيب أثناء إجراء الأخير عملية جراحية، فإن المسؤولية هنا لا يمكن أن تكون إلا تقصيرية، إلا إذا كان هناك عقد خاص، وهو بالنتيجة غير عقد العلاج الذي يربط الطبيب مع المريض¹.

هذه هي جملة الشروط القانونية لقيام المسؤولية العقدية للطبيب، ترتباً عن الإخلال بالعقد الطبي، وعليه يقتضي من الحال وإلتزام الدراسة و الإحاطة بكل جوانب هذا المبحث التطرق إلى طبيعة العقد الطبي وخصائصه.

المطلب الثاني

طبيعة العقد الطبي

أغلبية الفقهاء يرون أن العقد الطبي، عقد من عقود المعاوضة، لأنه عقد مرتب لالتزامات متبادلة، ذلك أن كلا من الطرفين يقدم للآخر عوضاً عما يتلقاه منه، فالطبيب يبذل العناية و يقدم الخدمة الطبية اليقظة و الصريحة لشفاء المريض، في حين يقدم المريض لطبيبه الأتعاب المتفق عليها بمقتضى العقد أو التي يحكم بها القاضي في النزاع².

وعلى هذا ذهب رأي إلى اعتبار العقد الطبي عقد معاوضة، لكنه يبدو من الصعب تشبيه عقد العلاج الطبي بعقود المعاوضة، في حالة ما إذا كان الطبيب لا يحصل على مقابل من طرف المريض، ويحصل هذا في نطاق المستشفيات العامة أو بمفهوم آخر في نطاق الخدمات الطبية الاجتماعية المجانية العامة، فهل يظل ومع ذلك من عقود

¹ طلال عجاج، المرجع السابق، ص 74.

² أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 103.

المعاوضة؟ في مثل هذه الحالة يبقى المريض ملتزماً بالتزامات أخرى ناشئة عن العقد الطبي وهي التزامه بالخضوع لمقتضيات العلاج و الرضوخ للأوامر الطبية و تعليمات الطبيب وتوجيهاته وإرشاداته، ولكنه غير ملزم تجاه الطبيب بمقابل نقدي أو مالي. إذا العقد الطبي في هذه الحالة يبقى ملزماً للطرفين المتعاقدين الطبيب والمريض ولكن وصف المعاوضة فيه معدوم، ويصبح عقداً من عقود التبرع.

لكن مع تطور الخدمات الطبية الاجتماعية العامة المجانية، سواء أكانت على شكل خدمات تضطلع بها المؤسسات الصحية العامة أو المؤسسات الخيرية، لا تؤثر على الطبيعة العقدية للعلاقة بين الأطباء بمرضاهم، فتقديم العلاج مجاناً لا يتعارض مع الوصف الاتفاقي لعلاقة الاطباء مع مرضاهم، ويلاحظ في المقابل أنه إذا كانت المجانية لا تتعارض مع الطبيعة العقدية لعلاقة الطبيب بالمريض، فانعدام الرابطة العقدية لا ينفي بالضرورة وجود المقابل المالي؛ ففي بعض الأحيان يقوم الطبيب بعمله ويقدم العلاج للمرضى دون تعاقد، ومع هذا يحصل هذا الطبيب الذي أدى العلاج على الوجه الصحيح، على مقابل نقدي أو مالي لقيامه بتقديم العلاج الطبي للمرضى، وبعبارة أخرى أدق أن تدخل الطبيب في غير حالة تعاقد مع المرضى أو نويهم لا يحرمه من حقه في المطالبة بأتعابه¹.

لم ينته الخلاف، في تكييف عقد العلاج الطبي، عند موضوع المعاوضة، بل انقسم فقهاء القانون في البحث عن طبيعة العقد الطبي إلى طائفتين بشأن تصنيفه إلى ما هو مسمى وغير مسمى، فتذهب الأولى إلى إدراج عقد العلاج في أحد العقود التقليدية المعروفة على الصعيد القانون المدني، والثانية ترى أن العقد الطبي عقد من نوع خاص، ويحتاج إلى تنظيم خاص، ويخضع لقواعد خاصة.

¹ Henri Roland et Laurent Boyer, Boris Stark, droit civil, Dalloz, Paris 1985, p 25.

ولأجل توضيح هذين الاتجاهين نقسم هذا المطلب إلى فرعين نستعرض في أحدهما الاتجاه الأول (العقد الطبي عقد مسمى) و في الآخر الاتجاه الثاني (العقد الطبي عقد غير مسمى وذو طابع خاص).

الفرع الأول: العقد الطبي عقد مسمى

ذهب هذا الرأي إلى تكييف العقد الطبي، بأنه عقد مسمى، وانقسموا في هذا الاتجاه إلى ثلاثة طوائف، ذهبت الأولى إلى أنه عقد وكالة، ورأت الثانية أنه عقد عمل، وخلصت الثالثة، إلى أنه عقد مقاوله.

البند الأول: العقد الطبي عقد وكالة

يرى بعض الفقه، أن عقد التطبيب هو عقد وكالة يلتزم فيه الطبيب بأداء العلاج لصالح المريض و على رأسهم الفقه السويسري و فقا لنص المادتين 162 و 394 من قانون الالتزامات السويسري¹.

ويرجع صدى هذه النظرية إلى اعتبارات اجتماعية وتاريخية، حيث أن القانون الروماني يفرق بين المهن الحرة و الحرف اليدوية التي تمارس من طرف الرق عادة. وكان يعتبر العقد في الحالة الأولى عقد وكالة و في الحالة الثانية عقد إيجار، لأن ذوي المهن الحرة ومنهم الأطباء كانوا لا يؤجرون على خدماتهم، ولذلك حرم الطبيب من حق المطالبة بأتعابه لأن الوكالة عقد تبرع وجوبا في ظل هذا القانون². وقد تأثر الفقه الفرنسي القديم بفكرة الرومان هذه فاعتبر "بواتيه" العقد بين الطبيب و مريضه من قبيل عقد الوكالة، ولكنه حل معضلة طلب الأتعاب بحيلة قانونية فقال "ينبغي على المريض أن يقدم

¹ أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 222 هامش رقم 1.

² حسن زكي الأبراشي، المرجع السابق، ص 91.

سليمان حمية، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 9.

هبة إلى طبيبه ليرفع عن كاهله واجب الوفاء¹. بيذا انه يصعب الأخذ بهذا الرأي والذي كيف عقد العلاج على أنه عقد وكالة أو اعتناقه ومرد ذلك تعرضه لجملة من الانتقادات سنذكر أهمها تواليا:

أولا/ أن الوكالة في القانون الجزائري² وكذلك في القانون الفرنسي³ تقوم على نقطتين جوهريتين ؛ الأولى أن محل الوكالة تصرف قانوني⁴، أما الثانية أن الوكيل يتصرف باسم الأصيل و نيابة عنه، فيبرم التصرف باسمه و لصالحه. و هاتين الخاصيتين لا أثر لواحدة منهما في العقد الطبي الذي هو محل الالتزام. فالعلاج و التطبيب ليس عملا قانونيا بل عمل فني محض و لا علاقة له بتصرفات القانونية⁵. فضلا عن أن الوكالة مبناها فكرة النيابة، فكيف يتصور أن الطبيب أو الجراح يقوم بأداء عمل نيابة عن الأصيل. وبالتالي فإن فكرة النيابة في العمل الطبي غير متوافرة⁶.

ثانيا/ عقد الوكالة مجاني بطبيعته و لا يدخل عليه الأجر إلا استثناءا في حين أن عقد العلاج عقد مأجور بالأصل⁷.

¹ حسن زكي الابراشي، المرجع السابق، ص 91 و 92.

² المادة 571 من القانون المدني الجزائري.

³ المادة 1984 من القانون المدني الفرنسي.

⁴ محمد رايس، المرجع السابق، ص 417.

⁵ إن الطبيب في فرنسا قد أنيطت به مهام ذات طابع قانوني في المجال الطبي بمقتضى القانون رقم 68-5 المؤرخ في 3 يناير 1968.

⁶ محمد عادل عبد الرحمان، المسئولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه، العراق، 1985، ص 61. إذ يقول " يلاحظ أن القانون الصادر بتاريخ 1968/01/03 في فرنسا المعدل للقانون المدني جعل للطبيب دورا في بعض المسائل القانونية المتعلقة بمرضاه و حمايتهم بمناسبة تصرفات قانونية معينة ، كما جعل له دورا في المجلس العائلة لهذا الغرض....

وأن الطبيب في قيامه بها إنما يلعب دورا يبعده بعض الشيء عن العمل الطبي بالمعنى الضيق والدقيق، فهو يلعب دور معاوون القضاء

⁷ عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 103.

J.Panneau ,responsabilité du médecin, 2^{ème} édition, Dalloz, paris, 1996, p 8.

ثالثا/ الوكيل يتصرف و يتكلم باسم الموكل فهو متحدث بلسان غيره، فضلا عن أن التصرفات القانونية التي يبرمها الوكيل تحدث وترتيب الأثر الناجم عنها بذمة الموكل لا بذمة الوكيل¹.

رابعا/ النظرية السابقة مؤسسة على تفاوت المهن فتقسم الأعمال إلى يدوية و عقلية، فهذه التفرقة تجد جذورها في القانون الروماني، والقانون المعاصر لا يكثرث بوجود هذا التفاوت².

وهكذا نخلص إلى القول بأن العقد الطبي هو عقد وكالة قول واضح الفشل كما يقول الأستاذ "سافتيي" لأن الأصل في عقد الوكالة أنه من عقود التبرع³، وهو عكس عقد العلاج الطبي، حيث أن صفة المعاوضة فيه واضحة، هذا من جهة، وإن مهمة الوكيل كما أسلفنا تكمن في أداء أعمال وتصرفات قانونية لحساب الأصيل ترتب في ذمته التزامات وتكسبه حقوقا في مواجهة الغير، و العقد الطبي بعيد كل البعد عن المضمار، من جهة أخرى

البند الثاني: العقد الطبي عقد مقاوله

ذهب فقهاء آخرون إلى أن عقد الطبي هو عقد مقاوله في الغالب⁴، ويؤسس أنصاره رأيهم على أن الطبيب يتفق مع المريض على علاجه مقابل أجر معلوم و العلاج هنا هو عمل مادي، كما هو في عقد المقاوله. ويمارس الطبيب عمله على وجه الاستقلال، فله أن يقبل علاجه وله أن يرفض ذلك⁵.

¹ أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 107.

² محمد رايس، المرجع السابق، ص 418.

³ J. Savatier, Traité du droit médical, Dalloz, paris, 1956, p 313.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، ج 7، ص 18

⁵ المادة 42 من مدونة أخلاقيات الطب.

أي أن الطبيب يزاول مهنته كالمقاول من الناحيتين التنظيمية و الإدارية، يتلقى تعليمات وأوامر في مقابل الأجر الذي يدفعه هذا الأخير. وللطبيب الحرية في اختيار مساعديه بموجب إمرته و إدارته في أكثر الحالات، ويختار بحرية تامة مكان وزمان العمل¹.

لكن لم يسلم هذا الاتجاه من النقد، حيث وجهت له انتقادات أبرزها اختلاف طبيعة التزام الطبيب، حيث أن طبيعة العقد الطبي رغم تبريرات أنصار عقد المقاولة فقالوا بأن الالتزام الطبي (التزام ببذل عناية) لا يتوافق مع عقد المقاولة الذي مضمون الالتزام فيه تحقيق غاية ، وهذا الالتزام مظهر من المظاهر الجوهرية في تحديد مسؤولية الطبيب تجاه المريض².

كما أن الطبيب يلتزم بتقديم العلاج اللازم للمريض بنفسه نظرا للاعتبار الشخصي الذي ينطوي عليه العقد الطبي، وليس له الحق أن يعهد بهذا العمل إلى غيره من الأطباء. في حين أن المقاول يستطيع أن ينفذ العمل بواسطة مقاول آخر من الباطن³.

ومن ناحية أخرى إن الاعتبار الشخصي في جانب اختيار الطبيب يؤدي إلى انقضاء عقد العلاج الطبي بوفاء هذا الطبيب و في هذه الحالة لا يجوز إجبار الورثة الطبيب المتوفي على الوفاء بالالتزام الذي في ذمته، وإذا توفي المريض ينقضي التزام الطبيب المترتب على عاتقه و المتعلق بالعلاج أو التدخل الجراحي، ويلتزم ورثة المتوفي، في حدود التركة بالوفاء بأتعاب الطبيب المتفق عليها في عقد العلاج الطبي.

أما بالنسبة لعقد المقاولة فإن وفاة رب العمل لا تنهي العقد بل يلتزم المقاول بإتمام العمل وتحقيق الغاية المتفق عليها في مواجهة ورثة رب العمل، أما إذا توفي المقاول فإن

¹ أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 110.

² محمد عادل عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 48.

³ J. Savatier, la profession libérale, paris , Dalloz, 1947, p 214.

الورثة بإمكانهم إتمام العمل و تحقيق الغاية الملتمزم بها مورثهم لأن الاعتبار الشخصي لا يؤخذ بعين الاعتبار بالقدر الذي يؤخذ به في عقد العلاج¹.

كما أن هناك التزامات تقع على عاتق المقاول لا يمكن تصورهما لدى الطبيب. فالأول يقع على عاتقه إنهاء المشروع و الوصول به إلى غايته وتسليمه إلى رب العمل²، وإنجازه في وقت محدد حسب الاتفاق، وهذه الالتزامات جلي فيها الشق المادي³. في حين أن التزام الطبيب يتعلق أساسا حول سلامة جسم الإنسان وحياته. فالطبيب لا يقدم شيئا تم صنعه من قبيله، وإنما يبذل عناية للحفاظ على صحة المريض، وجهدا لاحترام القدسية البشرية، منصاعا لأصول المهنة و متقيدا بقواعد العلم⁴.

يتضح مما سبق ذكره أن العقد الطبي يختلف عن عقد المقاوله في نواحي شتى مما يستوجب إسقاط معنى المقاوله عن عقد العلاج.

ورغم ذلك، ومع قناعتنا بأن مهنة الطبيب لا تتفق، بل تتعارض مع عقد المقاوله إلا أنه ينبغي علينا ملاحظة بعض أوجه النشاط الخاصة ببعض فروع الطب بعقد المقاوله فلا يفصلهما عن بعضهما البعض إلا خيط رفيع، ومن ذلك حالات معينة و محددة بذاتها وهي الأعمال المخبرية (التحاليل الطبية) و التركيبات الصناعية الأخرى (كعمل طقم الأسنان و الأطراف الصناعية) و الأدوات والأجهزة الطبية الخ، ففي مثل هذه الحالات يسخر الطبيب الوسائل التقنية لتحقيق نتيجة معينة بالذات على شكل مقاوله، ومسئولية

¹ أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص

² سليمان أحمية، المرجع السابق، ص 117.

³ محمد رايس، المرجع السابق، ص 422.

⁴ محمد عادل عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 50.

الطبيب كالمقاول في هذه الحالات المحددة تتخذ مظهرها هاما هو أن الطبيب يضمن النتيجة التي تعهد بها¹.

البند الثالث: العقد الطبي عقد عمل

يرى هذا الاتجاه أن العلاقة التي تربط الطبيب بالمريض، علاقة عقدية يحكمها عقد عمل. يلتزم بمقتضى هذا العقد المريض بدفع أتعاب الطبيب، مقابل التزام الطبيب ببذل العناية اللازمة لعلاج المريض. فتتكون بذلك علاقة تبعية بين الطبيب و المريض فيكون هذا الأخير أو المؤسسة التي يعمل فيها رب عمل و يكون الطبيب عاملا لديه².

ويرى أصحاب هذا الطرح أن الطبيب يقوم بعمل مقابل أتعاب يدفعها المستفيد من العلاج وهو المريض أو المؤسسة التي يعمل فيها المريض، وليس في أصول مهنة الطب أو السوابق القانونية أو الأنظمة التي تحكمها ما يمنع من أن يخضعه الطبيب للإشراف أو الرقابة و التوجيه من قبل رب العمل³، خاصة إذا كان رب العمل طبيبا، وهو ما يحدث فعلا في كثير من نماذج تعاقد الطبيب مع الغير، ومن هذا القبيل كذلك نجد الطبيب الذي يعمل في مستشفى خاص واضعا نفسه تحت تصرف و إدارة وتوجيه المؤسسة أو الشركة التي تعاقد معها، كأطباء المصانع والشركات⁴.

غير أن هذا التكييف للعقد الطبي كان محل انتقاد من بعض فقهاء القانون، مرجعين ذلك للفوارق الموجودة بين عقد العلاج و عقد العمل و التي يمكن تمييزها من عدة نواحي؛ عقد العلاج الطبي يقوم على استقلالية الطبيب في مواجهة المريض على أساس

¹ أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 111.

محمد رايس، المرجع السابق، ص 423.

² J. Maen , Essai sur la responsabilité civile des médecin, Thèse Grenoble, France, 1934, p 114.

³ محمد علي عمران، المرجع السابق، ص 49 وما بعدها.

⁴ أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 108.

أن عمله عمل فني محض، ومن ثم فلا يمكن أن يكون الطبيب تابعا للمريض، بحيث يتلقى الأوامر والتعليمات منه. حيث أكدت المادة 10 من مدونة أخلاقيات الطب بعدم جواز تخلي الطبيب عن استقلاله المهني تحت أي شكل من الأشكال. كما أن عقد العلاج الطبي يقوم على الاعتبار الشخصي، إذ أن هناك اعتبارات تدفع المريض لتعاقد مع طبيب دون غيره لمعالجته، في حين أن عقد العمل يتفرد بسمة أساسية تتمثل في وجود رابط تبعية بين العامل ورب العمل، حيث يخضع العامل لإدارة وإشراف رب العمل¹.

وفي الأخير نقول أن عقد العلاج لا ينطوي تحت أي وصف من الأوصاف العقدية التي سبق ذكرها، وإن كان يدنوا من بعضها في بعض الأحيان. فإذا كان الوضع على هذا المنوال فهل يمكن اعتبار عقد العلاج الطبي من العقود غير المسماة التي لم تنظم قانونا؟ وهل هو عقد إذعان بالنسبة للمستشفيات العامة؟ وهل هو عقد مستمر يقاس بالزمن و يعتبر الزمن فيه عنصرا جوهريا فيه؟ وهل عقد العلاج عقد ملزم للجانبين؟ وهل تشترط فيه شكلية معينة؟ وما هو التكييف القانوني الخاص به في الفقه الحديث؟

الفرع الثاني

عقد العلاج الطبي عقد غير مسمى وذو طابع خاص

نتيجة عجز الفقهاء في تكييف عقد العلاج الطبي نظرا للطابع الخاص للعقد الطبي، وصعوبة ضمه إلى طائفة معينة من العقود، ظهر توجه خاص رائده الفقيه "سافتييه" رأى من منظوره أن عقد العلاج له ميزات خاصة يتفرد بها . ومن جملة ما ذكره من الخصائص نجد²:

¹ مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 296.

عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 108.

² أشار إلى ذلك أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 113 و 114.

أولاً/ أن عقد العلاج الطبي عقد قائم على الاعتبار الشخصي، لأن مهنة الطب باعتبارها مهنة حرة تعتمد على الثقة بين القائم بعمل العلاج الطبي و المريض، فالمريض يضع ثقته بطبيب معين يختاره لثقته في قدرته و أمانته و إخلاصه وحرصه وتفانيه في تقديمه العلاج الطبي.

ثانياً/ أن عقد العلاج الطبي من العقود الملزمة للجانبين و هو من عقود المعاوضة حيث إن الالتزامات الناشئة عنه متقابلة، فالالتزامات الطبيب المعالج تجد سببها في التزامات الطرف الآخر وهو المريض طالب العلاج، فالطبيب ملزم في المقابل بدفع الأجر النقدية و المالية، وفي بعض الحالات النادرة قد يقدم الطبيب المعالج العلاج بدون مقابل، وفي مثل هذه الحالات نكون أمام عقود التبرع.

ثالثاً/ أن عقد العلاج الطبي هو عقد مدني، لأن ممارسة العمل الطبي هو لا شك ممارسة لمهنة حرة، وهو ما يحول دون العمل الطبي و الصفة التجارية، ويستوي في ذلك أن يمارس العمل الطبي في منشأة فردية خاصة لحسابه الخاص أو في مستشفى عام أو خاص.

رابعاً/ أن عقد العلاج الطبي لا يرتب التزامات بتحقيق غاية، بل يرتب التزامات ببذل عناية، وتأسيساً على ذلك فإنه ينبغي على المريض المتضرر أو ورثته، في حالة وفاته، عند إقامة الدعوى على الطبيب المعالج الذي اقترف خطأ أثناء العلاج أن يقيم الدليل على خطأ الطبيب.

خامساً/ أن عقد العلاج من العقود غير الملزمة حيث إنه قابل للانقضاء في كل وقت سواء أكان الانقضاء من جانب المريض أم من جانب الطبيب، وهذا مظهر من مظاهر الثقة اللازمة في العلاج الطبي، فالمريض من حقه أن ينهي هذا العقد إذا فقد ثقته في الطبيب الذي يعالجه، ومن جانب آخر الطبيب المعالج يجوز له أن ينهي العلاقة

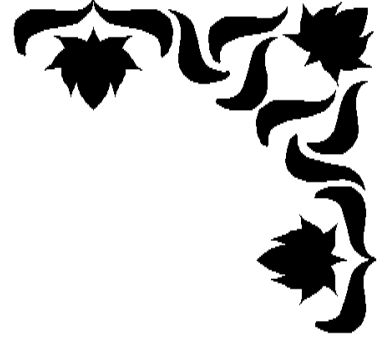
بالمريض الذي يشرف على علاجه، ولكن بشرط عدم الإضرار بهذا المريض و متقيدا كذلك بما تمليه عليه أصول ووجبات المهنة من قيود.

نخلص في الأخير، انه في حالة ما نظم عقد العلاج الطبي بنصوص واعتبارات خاصة، فإنه يحقق توازنا يحقق توازنا عادلا بين مصلحة الطبيب والمريض، ويسهل مهمة القاضي بتحديد قواعده و ضبط أحكامه. وهذا مبتغى وهدف نبيل إذا ما حقق عاد بالنفع على أفراد المجتمع حماية لحقوقهم ورعاية لمصالحهم.

وفي خاتمة للفصل الأول، نقف عند اعتبار مفاده أن القواعد العامة للمسئولية المدنية المبنية على فكرة الخطأ، مازالت قاصرة في احتواء المسئولية الطبية ، وذلك لكون هذه الأخيرة منوطة بمجال علمي تجريبي بحث قوامه جسم آدمي بالغ الدقة والتعقيد مازال العلم الحديث لم يكتشف الكثير من حقائق كيفية عمله، مما يدق الفصل والجزم في حالات عديدة إثبات تعدي الطبيب وإلحاق الخطأ الطبي له.

كما أن لجسد الإنسان قدسية أقرتها الشرائع السماوية والوضعية، وأي مساس يضيره ينتج عنه بالضرورة جزاء وعقوبة لمسببه، وأمام هذه المفارقة فإن قواعد العامة للمسئولية المدنية تعجز وفي مناسبات عديدة في إيجاد حل توافقي يضمن توازن كاف، بين حق المريض في ما لحقه من ضرر وبين المجال الطبي العلمي التجريبي المهني.

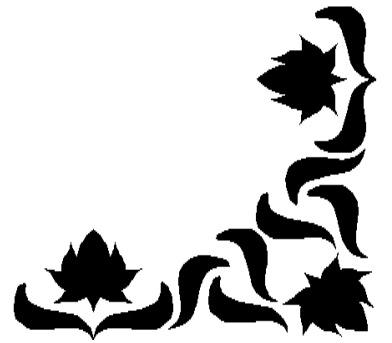
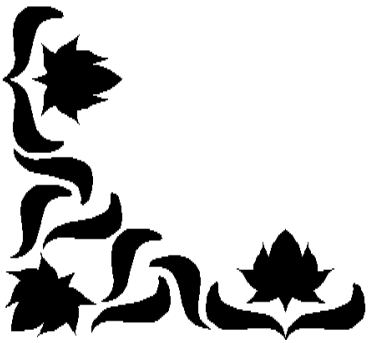
وأمام هذا الطرح ظهر توجه جديد أسس للمسئولية المدنية الطبية وفق رؤية جديدة، ساعيا لإيجاد توازن مضني يحد به الفراغ الذي يعترى القواعد العامة للمسئولية المدنية، وهذا ما سوف نعالجه في الفصل الثاني من هذه المذكرة.



الفصل الثاني

استقلالية المسؤولية الطبية عن التوجه

التقليدي للمسؤولية المدنية



علمنا مما تقدم أن المضرور قانوناً ، كي يحصل على تعويض وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية المدنية يفترض أن يكون هنالك إما خطأ ثابت أو مفترض، أو بمعنى آخر أن يثبت الخطأ ضد المتسبب بالضرر، وعلى هذا فلا يجد المضرور إلا الفرد المسئول الذي حددته قواعد المسؤولية المدنية، فإذا لم ينجح المضرور في سعيه إلى مبتغاه، ففشل المضرور في إثبات الخطأ أو نسبته إلى شخص محدد أو كان المسئول معسراً¹، كان هذا قدره، فيتحمل وحده الأضرار التي لحقت²،

غير أن هذا الوضع لم يعد مقبولاً في ظل التطور التكنولوجي الهائل الذي شمل شتى مناحي الحياة، وخاصة في المجال الطبي، حيث بات المضرور عاجزاً عن إثبات الضرر الذي لحقه، وأنى له هذا أمام هذا التقدم التقني الرهيب، وأمام تعقد التكنولوجيات وعدم الإلمام بها، إضافة إلى جسامه الأضرار المترتبة عنها، التي باتت تتخذ شكل كوارث جماعية، فأضحى المضرور طرفاً ضعيفاً يتساوى مع الطرف المذعن في عقود الإذعان³.

إلا أن المسؤولية الطبية لم تلعب دور المتفرج، أمام هذه التطورات والتحويلات التي انصبت على المجال الطبي، إذ أن الفقه والقضاء أقرأ وفي مناسبات عدة ، قيام مسؤولية الطبيب و لو في غياب تام للخطأ وذلك بمجرد حدوث الضرر.

وعليه ومما تقدم ارتأينا أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول: نحو مسؤولية موضوعية في المجال الطبي.

المبحث الثاني: التحول من فردية التعويض إلى الجماعية في المجال الطبي.

¹ محمد إبراهيم النسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، منشأة المعارف، مصر، 1980، ص 167.

² علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص 2 و ما بعدها

³ أمل بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، دار الجامعة الجديد، مصر، ص 153.

المبحث الأول

نحو مسؤولية موضوعية في مجال المسؤولية الطبية.

المسؤولية المدنية الطبية التي تتمحور أساساً على الخطأ، هي مسؤولية تركز على الخطأ الثابت، أي أن عبء الإثبات فيها ملقى على عاتق المتضرر باعتبار أنه هو المدعي وذلك إعمالاً لقاعدة الفقهية الأصولية الشهيرة "البينة على من ادعى"، إلا أن خصوم التوجه السالف اعترضوا جملة وتفصيلاً على هذا الوضع، منددين على وجود قصور حقيقي يكتنف القاعدة التي تقضي بأن الشخص لا يسأل إلا عن الأضرار التي تسبب فيها بخطئه، متحججين بأن القاعدة أفقها ضيقاً ولا تغطي عدداً هائلاً من الأضرار الطارئة التي تعزى في أغلبها لأخطاء مجهولة، مما يستتبع عنه وجود متضررين خارج نطاق التعويض.

فالأطباء يرتكبون ما لا يحصى من الأخطاء سواء في التشخيص أو العلاج، ويصعب جداً على المرضى أو على ذوي الاختصاص تبين هذه الأخطاء ما لم تكن نتائجها شديدة الوضوح، كما أنه يحدث وفي بعض الأحيان اختلاط هذه الأخطاء، بفعل المنتجات والتقنيات المستحدثة مما يجعل التيقن من الدور الجوهري أو الحقيقي لكل منها في إحداث الضرر أمر مستعصي يصعب الوصول إليه¹.

وللإحاطة بهذا المبحث ارتأينا أن نقسمه إلى مطلبين، فتطرقنا إلى التنظير الفقهي للمسؤولية الطبية الموضوعية (مطلب أول)، ثم إلى دوافع التحول من مسؤولية مدنية أساسها الخطأ إلى مسؤولية موضوعية (مطلب ثاني)، وأخيراً إلى تأثير المسؤولية الموضوعية الطبية على مكانة الخطأ (مطلب ثالث).

¹ آمال بكوش، المرجع السابق، ص 154.

المطلب الأول

التنظير الفقهي للمسؤولية الطبية الموضوعية

يعرف الهيكل الأساسي لقيام المسؤولية المدنية منذ زمن غير قريب جدلاً فقهيًا واسعاً، لا سيما ما يتعلق بشقه الأساسي والمتمثل في الخطأ، إذ يكاد يخلو اللغز الآن في كون أن الطبيعة الشخصية للمسؤولية المدنية¹، باتت محل النزاع بسبب التطور العلمي والصناعي الحاصل وتأثير فكرة العولمة على جميع الأصعدة والميادين، مما جعل المسؤولية المدنية في أزمة حقيقة²، فهجر الفقه والقضاء فكرة الخطأ التقليدية وتركوا المعيار الأخلاقي في نسبة الفعل إلى محدث الضرر³.

ونتيجة لهذا التحول تغير منظور الفقهاء لأساس المسؤولية المدنية للأطباء، فتحوّلت قناعتهم الفكرية والتي كانت تجعل مناط حصول المضرور على التعويض هو إثبات الانحراف في سلوك الشخص المسئول -القواعد التقليدية للمسئول الفنية المدنية-، إلى الأخذ بالنظرية الموضوعية كأساس للمسؤولية الطبية.

وفي ضوء هذا العرض المجمل سأنتقل إلى فكرة المسؤولية الموضوعية، وذلك

بعرض أهم نظرياتها الفقهية. ولأجل ذلك جزءنا هذا المطلب إلى فرعين، عرجنا في

الأول إلى دراسة نظرية تحمل تبعة المخاطر، أما في الفرع الثاني فتناولنا نظرية الضمان.

¹ الفرق بين النظرية الشخصية و الموضوعية هو أن الأولى تقوم على الخطأ ولو كان مفترضا و المسئول فيها هو الحارس لا المنتفع. أما المسؤولية الموضوعية فتقوم على الضرر والمسئول 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 المفترض فرضا يقبل إثبات العكس فيمكن دفعها بالسبب الأجنبي، فالمدين يستطيع دائما أن يدفع المسؤولية الشخصية عن نفسه، أما المسئول في المسؤولية الموضوعية فلا يستطيع دفع هذه المسؤولية حتى لو نفي الخطأ أو أثبت السبب الأجنبي.

² لأكثر إيضاح أنظر محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، 1993، ص 8-29، ص 50-77، ص 89-99.

³ سعاد هواري، مسؤولية المرافق الصحية العمومية على أساس المخاطر، مجلة الحجة، الاتحاد الوطني لمنظمة المحامين لناحية تلمسان، عدد03، جانفي 2016، الجزائر ص 58.

الفرع الأول: نظرية تحمل تبعه المخاطر

يرجع منطلق هذه النظرية إلى الانتقادات الموجهة للنظرية التقليدية، التي تقوم على أساس الخطأ وصعوبة تحديد تعريف لهذا الأخير وإيجاد له معيار جامع و مانع، فضلاً على أنه فكرة أخلاقية عديمة الجدوى، ذلك أن المبتغى من المسؤولية المدنية ليس عقاب المتعدي بل تحديد المسئول الذي يتحمل عبئ الضرر¹.

وعلى هذا فإنه يمكن القول بأن الغرض الرئيسي لهذه النظرية كان واضحاً وبسيطاً، يتمثل في التعويض التلقائي والمباشر للأضرار الناشئة عن الأشياء المستخدمة في الصناعة، قبل أن يمتد ليشمل كل الأشياء، طبقاً لتفسير الموضوعي لنص المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي².

فالأساس الذي تقوم عليه النظرية يستند إلى أن المتسبب في الضرر وهو يمارس نشاطاً اقتصادياً معيناً، عليه أن يعرض الغير الذي لحقه الضرر من هذا النشاط، إذ كما يغرم منه عليه أن يغرم عنه³، حيث أن هذا الضرر ما هو إلى نتيجة لانتشار نشاطه، وهذا ما جعل الفقه يعتنق هذه النظرية، لأن جبر الضرر بدعوى عدم إثبات الخطأ يفوت تحقيق العدالة التعويضية ويهدم المساواة بين مراكز المواطنين. كما أن هذه النظرية و إذا أمعنا التعمق في أسسها نلمح بأنها احتمالية متجاوبة مع مقتضيات المجتمع وظروفه الحالية، لا سيما في مجال المسؤولية المترتبة عن الآلات وغيرها من الأشياء⁴.

¹ Savatier René, Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité, Extrait du recueil Dalloz Sirey, 1967, n 5, p 04.

² أيمن إبراهيم عبد الخالق العثماوي، مفهوم العقد وتطوره، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص 132.

³ مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 323.

⁴ محمد نصر الرفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1978، ص 425.

لكن و لغلو أحكام هذه النظرية وتعميمها بصورة واسعة، أدت إلى كم معتبر من المسؤوليات، فأصبحت تشل وتثبط نشاط الاقتصادي، مخافة أن تطال حتى الشخص الذي يمارس نشاطه وتدخل في إحداث ضرر، فكان لزاما على أصحاب هذه النظرية أن يعدلوا ما أمكن تعديله ، وهذا ما تأتي بوضعهم لنظرية وفق قواعد جديدة، معتمدين في ذلك على ثلاثة أسس:

الأساس الأول: أدى التوجس من تطبيق هذه النظرية بصورتها الكاملة من طرف فقهاء هذه النظرية أن يترتب عليه إحجام الأفراد عن كل نشاط نافع خشية أن تطالهم المسؤولية، تأثيرا واضحا على مؤسسي نظرية تحمل التبعة الأمر الذي دفع ببعضهم إلى التضييق من مدى تطبيقها، تمهيدا لتأسيس نظرية على أسس سليمة، فظهرت على إثر هذا "نظرية المخاطر المقابلة للربح" والتي تقوم على وجوب تحمل الشخص تبعه الذي يصب في مصلحته¹ - الغرم بالغنم - ، إذ أن قواعد العدالة تأبى أن يجني صاحب الشيء ثمراته ويستأثر بفائدته بينما يتحمل غيره مخاطره و الأضرار الناجمة عنه².

الأساس الثاني: مقتضى هذه الأساس من النظرية تحمل التبعة، أن كل من استحدث خطأ سواء بنشاطه الشخصي أو باستخدامه أشياء معينة خطرا للغير، يلتزم بتعويض الضرر الذي يصيب الغير، فمن يستعمل لمصلحته آلات خطيرة يجب أن يتحمل نتيجة ذلك، دون الحاجة إلى وقوع خطأ من جانبه³.

¹ Pierre Bettermieux, Essai Historique et critique sur le fondement de la responsabilité en droit français, Thèse, Lille – France-, 1991 , p92.

² أشار إلى ذلك عادل محمد الطائي، المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص 175.

³ أشار إلى ذلك بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية بين الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية والأساس الحديث، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان ، الجزائر، 2007-2008، ص 43.

الأساس الثالث: مقتضى هذا الأساس العدالة حيث يقول الفقيه "جوسران" 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.

الفرع الثاني: نظرية الضمان

اصطدم فقه المسؤولية الموضوعية الذي ينادي بتأسيس المسؤولية على مجرد وقوع الضرر، إلى طائفة من الفقهاء اعتبروا أن الخطأ و التبعية معا أساسان للمسؤولية المدنية بمنظورها العام، أو باعتبار التبعية أساسا احتياطيا للخطأ، ومع شبه إعراض من الفقه عن هذه الحلول، وكذلك إزاء عدم وجود معيار دقيق و صريح يبين متى تقوم المسؤولية على الخطأ و متى تقوم على التبعية، حاول الفقيه "ستارك"¹ إقامة المسؤولية على فكرة الضمان بدلا من الخطأ و التبعية، فلم يستسيع نظرية الخطأ التقليدية على أساس أن قصر المسؤولية على عمل المخطئ يؤدي إلى وقوع كثير من الضحايا، وذلك لتعقيدات والصعوبات التي يجدونها في إثبات الخطأ خاصة إذا كانوا من أصحاب الدخل القليل، ووجه الانتقاد كذلك إلى نظرية تحمل التبعية التي تجعل مناط المسؤولية وعدمها مرتبط مع نشاط المتسبب في الضرر وما يجني من غنم فيه، فالأخذ بهذه النظرية فيه توسع في المسؤولية لأنه يشمل كل الأفعال الضارة مخطئة كانت أم غير مخطئة². ولا شك أن في ذلك قضاء على النشاط الإنساني أمام الأعباء الثقيلة لتعويض الأضرار التي تقع.

وعلى إثر ما تقدم سعى "ستارك" إلى إقامة المسؤولية على فكرة الضمان مع الاعتراف بدوره في المسؤولية ولكن بمعنى جديد.

¹ أشار إلى ذلك بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص 46.

² مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 327.

فيرى "ستارك"¹ أن المسؤولية المدنية يجب أن تحقق وظيفتين هما الضمان والعقوبة الخاصة، ، لأن فكرة الخطأ قد ظهر قصورها بتعدد الحوادث التي يتعذر فيها معرفة الخطأ أو إثباته. فلم يعد القضاء ومعه التشريع حسب رأي هذا التوجه مقيدان بفكرة الخطأ في تفسير المسؤولية المدنية، ذلك أن المسؤولية المدنية ليس متوقعة فقط على فكرتي التبعة والخطأ، و هاتين فكرتان شخصيتان تبحثان عن سبب وتبرير الالتزام بتعويض الضرر من وجهة نظر المسئول، وتهملان حق المضرور.

فالفارق بين نظرية الضمان ونظرية تحمل التبعة يتجلى في أن هذه الأخيرة تنظر إلى التعويض إلى أنه المقابل الضروري للفائدة المستخلصة من النشاط² - غرم بغنم -، أما نظرية الضمان فتري أن هذا الحل لا يمكن أن يكون موحدًا، أي غنما يختلف تباعًا لنوع الضرر الذي حدث³. الأمر الذي يقتضي حسب أنصار هذه النظرية التمييز بين نوعين من الأضرار.

أولاً/ الأضرار الجسمانية أو المادية: فإذا ما وقع ضرر مادي أو جسماني على الغير فإنه يمثل إخلالاً على بحقه في السلامة الذي يضمنه ويقره القانون لكل فرد، وعليه يلتزم المسئول عن الضرر بالتعويض بغض النظر عن خطئه، وذلك عدا القوة القاهرة⁴.

ثانياً/ الأضرار الاقتصادية و الأدبية (غير الجسمانية): ففي هذه الحالة فإنه لا غنى عن فكرة تدخل الخطأ، وأن وجود الخطأ يؤدي إلى إكمال الوظيفة الثانية للمسؤولية المدنية وهي العقوبة الخاصة. ذلك أن التعويض لا يكفي لوحده وأن الكفة قد تميل إلى

¹ طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص 12.

² بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص 112.

³ مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 330.

⁴ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 160.

مسبب الضرر نتيجة لغناه أو بسبب بند في العقد يتفقان من خلالها على عدم مسؤوليته في حالة نشوء ضرر ما¹.

إن الخطأ الموجب لعقوبة خاصة يهدف إلى منع الأضرار والأخطاء، وتطبق هذه العقوبة إذا ثبت الانحراف في سلوك الشخص المسئول هو الخطأ الثابت المتميز أو المعلوم، ويكفي فيه أن يثبت القاضي أن تصرف المسئول هو تصرف غير عادي أو أنه ارتكب إهمالاً أو عدم حيطة. فالعقوبة الخاصة بهذا المعنى ما هي إلى تكملة للتعويض وهذه العقوبة لها حد أدنى و حد أقصى.

أ/ الحد الأدنى للعقوبة الخاصة: الحد الأدنى للعقوبة الخاصة هو التعويض الموضوعي الذي لا يشمل إلا الخسارة الواقعة أو القيمة التجارية للشيء ولا يشمل الضرر غير المتوقع في المسؤولية العقدية كما لا يشمل الضرر الأدبي².

ب/ الحد الأقصى للعقوبة الخاصة: والحد الأقصى للعقوبة الخاصة في نظر ستارك³ هو التعويض الكامل المقدر تقديراً ذاتياً، ويشمل الكسب الفائت والضرر الأدبي والضرر غير المتوقع عند التعاقد، ولا يجب أن تتجاوز هذه العقوبة الخاصة مقدار الضرر وإلا اعتبر إثراء للمضرور.

قد أزلت نظرية الضمان صفة الانتقام والتشبع بأفكار القانون الجنائي، فأوجدوا أصحاب هذا التوجه بتطبيق العقوبة الخاصة فكرة لها وظيفة الردع من جانب، مع جبر الضرر من خلال التعويض من جانب آخر. كما لفتت هذه النظرية الانتباه إلى أن أفكار النظرية التقليدية التي لم تعد تساير وتواكب الواقع القائم للتشريع والقضاء.

¹ محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 156.

² شريف بحماوي، المرجع السابق، 113.

³ محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 159.

المطلب الثاني

دوافع التحول من المسؤولية المدنية التقليدية إلى المسؤولية الموضوعية في المجال

الطبي

إن المستقرى لنصوص المكرسة للمسؤولية المدنية لأي قانون مدني موجود، يستنتج أنه لا شيء تغير في المواد الأساسية المكرسة لنظرية المسؤولية المدنية عن الفعل الشخصي¹ ففي فرنسا مثلا المادة 1340 موجودة لحد الآن وبنفس الأركان، ولكن لو يتعمق الباحث قليلا سرعان ما تضيع كل أوهامه لأنه سيرى حالا اتساع التحولات التي لحقت المسؤولية تارة بنمو التأمين الذي غير تماما الرؤى الاقتصادية وأثر في نظام المسؤولية، وتارة أخرى بعمل المحاكم التي غضت الطرف عن الثغرات والغموض في القانون لتضيف شقوفا في نظام المسؤولية المدنية، ومن المسببات كذلك تدخل التشريعات المخصصة لبعض النشاطات الخاصة².

ولم تكن مسؤولية الطبيب بمنأى عن هذا التحول، إذ أنه تحت تأثير مجموعة من العوامل والتطورات الجديدة، أضحي لزوما على المشرع النظر من جديد وبرؤية واقعية منطقية إلى قواعد المسؤولية المدنية عموما والطبية خصوصا³. وتتمثل هذه العوامل؛ في التطور العلمي والتقني لا سيما في المجتمعات التي يعرف اقتصادها تطورا (فرع أول)، اتساع رقعة نظام التأمين نظرا لتطور الذي تعرفه الحياة الاجتماعية المعاصرة (فرع

¹ باستثناء القانون الأردني الذي يعتمد على نظرية الضمان المستقاة من الشريعة الإسلامية.

² جنيف فيني، المطول في شرح القانون المدني الفرنسي، ترجمة إبراهيم شمس الدين، ط1، المؤسسة الجامعية للنشر، لبنان، 2011، ص 36.

³ وهذا ما كرسه فعلا المشرع الفرنسي منذ أمد غير قريب بشأن حوادث العمل الصادر في 09 أبريل 1898. وكذا قانون حقوق المرضى ونوعية نضام الصحة لعام 2002. كما أن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية الموضوعية من خلال الأمر 74-15 المؤرخ في 30 يناير 1974 المتعلق بإجبارية التأمين على السيارات ونظام التعويض، المعدل والمتمم بالقانون رقم 31/88 المؤرخ في 19 جوان 1988 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار. ج.ر. رقم 29 لسنة 1988. وكذا المر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات. ج.ر. رقم 13 لسنة 1995، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج.ر. رقم 15 لسنة 2006.

ثاني) ، وكذا ضغط الفقه نتيجة تشعبه بأفكار جديدة أكثر ملائمة ونجاعة لفك معضلة المسؤولية وما تعرفه من تطورات، واستجابة القضاء له (فرع ثالث) .

الفرع الأول: التطور العلمي والتقني

إن استخدام أبسط الآلات والأجهزة الطبية رغم منافعها إلا أنها غالباً ما تشوبها مخاطر، وهذا على حساب الحماية المأمولة للمرضى الذين كانوا يتحملون جزءاً من تلك المخاطر التي تحيط بالتدخلات الطبية. ولا شك أن كل هذا كان بهدف النهوض بمهنة الطب وتطويرها، من خلال فسح المجال أمام الأطباء و إبداعاتهم العلمية وهو ما تحقق فعلاً، ولعل ما وصلت إليه الأبحاث العلمية الطبية من اكتشافهم لأمصال أمراض كانت مستعصية على العلاج أو الشفاء، قد أصبحت بفضل التطور العلمي والتقني من الأمراض العادية القابلة للعلاج أو الشفاء، لدليل قاطع على ازدهار و تحسن مردودية البحث العلمي و التقني في المجال الطبي¹.

ونتيجة لما سبق ذكره عرفت الأجهزة الطبية في عصرنا تطورا ملحوظا، وراجت الصناعات الدوائية، الأمر الذي ساهم في تقلص المخاطر الطبية إلى درجات أقل و في البعض الأحيان إلى انعدامها تماما، الأمر الذي جعل أبواب تصد أمام الأطباء التذرع بالمخاطر المألوفة أو غير المتوقعة، أو قلة الإمكانيات والتجهيزات . هذا ما أدى بالفقه هو الآخر إلى الانسياق في التيار التطور والتقدم محاولا إيجاد طبيعة للمسؤولية الطبية - مسؤولية بدون خطأ - تكون أكثر تلاؤما مع الواقع الاجتماعي.

¹ مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 334 و 335.

الفرع الثاني: ضغط الفقه

جدير بالذكر أن الفقه الحديث¹ هو الآخر قد لعب دوراً مهماً في محاولة منه لتأسيس قواعد المسؤولية الطبية وفق رؤية موضوعية، ففي ظل جمود التشريع و تردد القضاء وازن الفقه بين، تقديس حرية الفرد حيث لا يلتزم بتعويض الضرر إلا إذا كان ناشئاً عن خطئه، وحرية الفرد في اختيار وسائل تحقيق سلامته الجسدية، ومن تم وجوب تعويضه عما يصيب تلك السلامة من أضرار تقع عليه من الغير، فرأى الفقه مدى أهمية وألوية السلامة الجسدية للإنسان، باعتبارها من المعطيات الاجتماعية الفطرية للصيقة باستمرار حياة البشرية، لا سيما في ظل التهديد المستمر للمخاطر الناجمة عن التقدم الذي يعرفه المجتمع في جميع النواحي².

وأمام عجز المسؤولية الفردية الشخصية القائمة على أساس الخطأ، وعدم مسابرتها لنسق الحياة الاجتماعية و الاقتصادية، اتجه الفقه إلى رسم معالم مسؤولية اجتماعية جماعية قائمة على تكريس الالتزام بضمان سلامة الأفراد و المجتمع.

الفرع الثالث: تأثير التأمين على المسؤولية الطبية

ساهم التأمين بشدة في ميلاد مسؤولية موضوعية تهدف إلى التعويض المالي عن الضرر دون الاتجاه إلى معاقبة مرتكب الخطأ الشخصي و ردع المذنب المخطئ، فهذه المسؤولية الموضوعية الأساسي في هذه الحالة هو جبر الضرر و رفع عبئه عن المضرور، حيث نلاحظ اختفاء الدور العقابي للمسؤولية المدنية³، ففي التأمين من

¹ الفقيه "سالي" حيث عقب قائلاً في شأن المسؤولية المدنية المترتبة على أساس الخطأ " كلمة خطأ يجب أن تلقى من فوق الحافة". أنظر محمد سليمان فلاح، المرجع السابق، ص 192.

² Savatier René, Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels, D. H ? France, 1931, p355 ets.

عن مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 338.

³ سعيد مقدم، المرجع السابق، ص 184 و 185.

المسؤولية تختفي الصفة العقابية للمسؤولية المدنية وبالتالي يمكن نقل عبئها عن عاتق المسئول إلى عاتق المؤمنين فمن يعقد تأميناً فهو شخص ذو بصر يعمل على تجنب النتائج المالية الضارة التي تحدث من أفعاله، مقابل أفساط يدفعها، حتى ولو كانت هذه الأفعال ناتجة عن إهمال، ولا يخرج من نطاق التأمين سوى الأفعال العمدية وما تأمين المسؤولية إلا نوع من الضمان يوفره التأمين للمضروب، ولذلك نجد أن نظام التأمين من المسؤولية قد ساهم في تغيير مفاهيم المسؤولية المدنية الخطئية وحولها إلى نظام قانوني يوفر أكثر حماية للمضروب¹.

نستنتج مما تقدم ان هناك علاقة وطيدة بين تطور تأمين المسؤولية، وتقليص دور الخطأ في إعادة تنظيم المسؤولية المدنية. ذلك أن التأثير لا يقتصر على إضعاف دور الخطأ في المسؤولية المدنية بفعل الازدهار التأمين فقط، و إنما ساهم أيضا في إقصاء المسئول نفسه من خلال إلزامه بتستر وراء مؤمنه، فأصبح المؤمن هو المدين الحقيقي بالتعويض.

المطلب الثالث

تأثير المسؤولية الموضوعية الطبية على مكانة الخطأ

سبق وأن بينا فيما سبق كيف رسمت المسؤولية الموضوعية طريقتها و حددت معالمها في المجال الطبي، محاولة قدر الإمكان التضييق على الخطأ و تشديد الخناق عليه. غير أن التساؤل الذي يتبادر إلى الذهن هل فعلا استطاعت هذه النظرية إلغاء مكانة الخطأ كليا من قاموس المسؤولية المدنية؟ أم أن تأثيرها كان أقل باقتصاره على التشديد في طبيعة التزام الطبيب؟

¹ محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء، ط2، مكتبة الوفاء للنشر، مصر، 2009، ص70.

يجب على الطبيب أن يعنى بالمريض العناية اللازمة، وأن يبذل في ذلك جهود صادقة و يستعين بوسائل العلاج ما يرجى به شفاء المريض ولا يكفي أن يفشل العلاج أو تسوء حالة المريض لظروف خارجة عن إرادة الطبيب حتى يعتبر هذا الأخير مخالفاً بالتزامه و بالتالي تقوم مسؤوليته، بل لا أن يقوم الدليل على تقصير واضح منه في بذل عنايته. ولا يستقيم هذا إلا إذا وقع منه خطأ يمكن أن تترتب عليه مسؤوليته¹.

تحدد التزامات الطبيب أو الجراح وفق ما سلف ذكره إلى قواعد المهنة وقوانينها، ما لم ينص العقد إن وجد بزيادة الالتزامات أو الحد منها، في الحدود التي يجوز فيها الاتفاق على ذلك.

وبشكل عام فإن قواعد المهنة وقوانينها، لا تضع على كاهل الطبيب أو الجراح التزاماً بشفاء المريض، ولا حتى ضمان عدم استفحال المرض أو الحد منه²، بل تفرض عليه أن يبذل في علاج المرض قدراً معيناً من الجهد والعناية والمساعدة المتفكرة مع الضمير والأخلاق الحميدة فمتى بذل الطبيب ذلك الجهد وتلك العناية وهذه المساعدة، يعد أنه قد أوفى بالتزامه حتى ولم يشف المريض³. ذلك لأن العلم قد لا يدرك الآثار البعيدة والمستقبلية للعمل الطبي أو الجراحي.

وما يجب أن ننوه عليه كذلك أن مسألة تحديد التزامات الطبيب في وقتنا هذا تختلف كثيراً عما كانت عليه في ما مضى، وذلك نتيجة التطور الهائل في المجال الطبي سواء تعلق الأمر بالنظريات الطبية أو الأساليب العلاجية أو الأجهزة و الإمكانيات

¹ مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 354 و 355.

² إذا كان الطب قد وضع لجلب مصالح الأمة والعافية ولدرء مفسد المعاطب والأسقام، إلا أن الطبيب لا يلتزم بإبراء المريض وشفائه من هذه الأسقام وتلك المعاطب. راجع: أبو محمد عز الدين ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأناس، ط1، ج1، المكتبة الحينية المصرية، مصر، 1934، ص 04.

³ سليمان مرقس، المرجع السابق، الوافي في شرح القانون، التزامات، ج2، في الالتزامات، المجلد الثاني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ص 397.

المتطورة، هذا ما جعل تحديد الالتزام الطبي يختلف ويخضع لضوابط جديدة تماشياً مع التطورات والمستجدات العلمية الجديدة. هذا ما يدفعنا للبحث في مدى الالتزام الطبي فهل هو التزام ببذل عناية في جميع الأحوال باعتبار أنه غير ملزم بشفاء المريض وإنما بتقديم العلاج الفعال؟ وهل أن الطبيب هو كذلك ملزم بتحقيق نتيجة أم يخضع لتقييد ما؟

وعلى هذا سوف نقسم هذا الفرع إلى فرعين نتناول في الأول المبدأ العام للالتزام الطبي وفي الثاني الاستثناءات التي ترد على الأصل أو المبدأ العام لطبيعة الالتزام الطبي

الفرع الأول:

المبدأ العام لطبيعة الالتزام الطبي

هنالك شبه إجماع على أن التزام الطبيب في مواجهة المريض هو التزام ببذل عناية وجدانية وحريصة، لأن شفاء المريض هو أمر احتمالي غير مؤكد، فعلى الطبيب أن يبذل جهود صادقة متناسبة مع الأصول العلمية المقررة، وهي الأصول التي يعرفها أهل العلم ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها ممن ينسب إلى عملهم أو فنهم، وليس معنى هذا أن على الطبيب تطبيق العلم كما يطبقه غيره من الأطباء، فمن حقه أن يترك له قدر من الاستقلالية في التقدير فلا يكون مسئول إلا أثبت أنه في اختياره للعلاج قد أظهر جهلاً بأصول العلم أو الفن الطبي، وعلى ذلك يكون الطبيب مسئول إذا أجرى عملية جراحية وهو في حالة سكر أو أجراها مع كون يده اليمنى مصابة بعجز عن الحركة أو ترك طفل حديث الولادة بغير عناية أو ترك سهواً أداة من أدوات الجراحة في جسم المريض¹. فالطبيب يكون مخلاً لالتزامه إذا لم يبذل العناية الوجدانية اليقظة، أو إذا كانت العناية التي بذلها مخالفة للحقائق العلمية المستقرة والمكتسبة.

¹ بسام المحتسب بالله، المرجع السابق، ص 93.

وبالتالي فإن معيار الالتزام ببذل عناية قوامه عنصران كما يقول الدكتور "باتريس جوردان" هما:

-**الالتزام باليقظة ونباهة الضمير:** حيث أن هذا الالتزام يفرض عدة واجبات إنسانية طبية كالالتزام بالحصول على إذن المريض ورضاه، إعلامه، علاجه، ومتابعته والالتزام بكتمان سره...

-**الالتزام بالعلم:** حيث أن الطبيب مقيد بما وصل إليه العلم في المجال الطبي من تطورات مستجدة، وملزم بمتابعة هذا التطور وفق الحقائق العلمية المكتسبة.¹

وخلاصة القول أن الالتزام ببذل عناية من قبل الطبيب اتجاه المريض هو التزام ثابت مفروض على الطبيب في جميع الأحوال وفق العوامل التي اشرنا إليها، ولا يمكن الإنقاص أو الزيادة فيها مهما تطلب الحال، ما عدى بعض الحالات الاستثنائية التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة وهو ما سوف نتطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني:

الاستثناءات التي ترد على الأصل أو المبدأ العام لطبيعة الالتزام الطبي

تكلنا في الفرع الأول عن طبيعة التزام الطبيب، وانتهينا إلى أن الأصل، هو أن الطبيب أو الجراح لا يلتزم تجاه المريض إلا ببذل عناية طبيب أو جراح يقض من مستواه المهني، فالطبيب لا يقع على كاهله التزام بشفاء المريض لأن الشافي هو الله سبحانه و تعالى، فضلا عن أنه يتوقف على عوامل واعتبارات تخرج عن إرادة الطبيب لا سيطرة له عليها، كما أن في الإنسان قصور عن الإحاطة بأسرار الجسم البشري الذي هو من تكوين رباني. هذا هو الأصل والمبدأ العام الذي رسا عليه الفقه والقضاء.²

¹ أشار إلى ذلك مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 358.

² أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 224 و 225.

ولكن، رغم أن الأصل في طبيعة التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، نظراً لفكرة الاحتمال التي تسيطر على عمل وفن الطبيب، إلا أن الأمر لا يمنع من قيام التزامات محددة خارج نطاق عمله و مهمته، أي لا يكون في تنفيذها مجال لفكرة الاحتمال و التي مؤداها أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية. إذن هناك استثناءات تنصب على الأصل العام، في بعض الحالات، ويكون فيها التزام الطبيب نحو مريضه التزاماً بنتيجة معينة.

وعلى إثر هذا وسع القضاء الفرنسي في مفهوم الخطأ بما يمتلكه من سلطة في تحديد الالتزامات التي يشكل الإخلال بها خطأً موجباً للمسؤولية المدنية للطبيب، بأن قام مع الزمن بإنشاء واجبات قانونية جديدة لحماية المضرورين خاصة في مجال المساس بالسلامة الجسدية للأفراد وكفالة التعويض العادل لهم¹.

ويتضح بجلاء ابتعاد القضاء عن تلك النظرة التقليدية التي تقصّر التزامات الطبيب على مجرد بذل العناية اللازمة على الوجه السالف ذكره، وذلك من خلال الاتجاه نحو تحليل الأعمال الطبية إلى عناصرها الأولية، واستنباط ما إذا كانت كل واحدة منها على حده منطوية على الاعتبارات التي من أجلها تقرر قصرها على مجرد بذل العناية اللازمة في الضوء النتيجة المرتجاة من ورائها².

وقد أدى هذا المسلك التحليلي إلى حصر مجال الالتزام ببذل عناية في نطاق العلاج بمعناه الضيق، أما ما يجاوز العلاج بالمفهوم التقليدي من أعمال طبية تقل فيها نسبة الاحتمال حتى تكاد تصل درجة اليقين كالتحاليل الطبية والحقن تحت الجلد وغيرها فتتحقق بصدد المسؤولية بمجرد عدم تحقق النتيجة المرجوة منها، ودون الحاجة إلى

¹ حسام الأهواني، الأضرار الناتجة عن الإصابات الجسمانية، رسالة دكتوراه، باريس، سنة 1968، ص 11.

² آمال بكوش، المرجع السابق، ص 187.

إثبات التقصير أو إخلال منه بالتزاماته. ومن الحالات التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة نذكر:

أولاً/ التزام الطبيب بضمان سلامة المريض

بدأ هذا التطور للقضاء في فرنسا بالقول، بأن هناك التزاما يقع على عاتق الطبيب في بعض الحالات، هو التزام بضمان سلامة المريض. وقد قرر القضاة الفرنسيون أن المريض تحيط به أثناء إجراء التدخل الجراحي معين ظروف وملابسات خاصة، محصلتها أنه في وقت التخدير، وداخل قاعات العمليات يكون تحت سلطان وهيمنة الفريق الطبي، وبشكل عام، بعيدا عن نويه ومرافقيه، وفي هذه الحالة يكون قريبا من المخاطر، بعيدا عن الأمان والسلامة. والمخاطر التي تحف به كثيرة ومتنوعة منها، مخاطر العمل الطبي، ومخاطر الأمراض، وهذه المخاطر يفترض أن يكون الطبيب على بصيرة وعلم بها، وقد أخطر المريض بمضارها السيئة وعواقبها الوخيمة، أما المخاطر التي لا يعلم بها المريض، ولم يكن قد أخطر بها، فهي مخاطر قاعة العمليات. فهذه الأخطار و المخاطر التي تنشأ أثناء التدخل الجراحي في قاعات العمليات، والتي لا يعلم بها المريض، ولم يكن قد أخطر بها، فهي تخرج عن إطار المعيار العام، في إثبات الخطأ، حيث يتعين لتقاضي مسؤوليتها أن يقام الدليل على توافر السبب الأجنبي، لأن الطبيب في إطار هذا النوع من الأضرار والمخاطر يفرض على كاهله التزام بضمان سلامة مريضه¹.

وقد بذل رجال الفقه والقضاء الفرنسي جهدا كبيرا في تحديد الخدمات التي لا علاقة لها بالفن الطبي، بالمعنى الضيق، ليخلقوا منها متسعا للالتزام بضمان سلامة المرضى، ومن قبيل تلك الخدمات غير الطبية التي لا علاقة لها بالتدخل أو الجراحي مثل

¹ أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 225 و 226.

خدمات التغذية أو إعطاء الأمصال، بواسطة مساعدي الأطباء، في الأوردة أو غيرها من الخدمات الأخرى التي لا علاقة لها بالفن الطبي، والتي تؤدي في المستشفيات، ولا يستلزم عملها تخصصا طبيا وكفاءة عملية كبيرة، فإن التزام الطبيب أو المستشفى عن هذه الخدمات هو التزام بضمان سلامة المرضى.

وبناء على ما تقدم فإن المريض عندما يتعاقد مع الطبيب أو المستشفى، فإنه يعهد بنفسه للطبيب أو المستشفى ويأمل أن الطبيب سوف يبذل العناية الواجبة. ولا يقبل المريض في الوقت ذاته، أن يخرج من عيادة الطبيب أو من المستشفى وهو محمل بإصابات و أمراض، لم يكن مصابا بها قبل مجيئه إلى هذه العيادة أو المستشفى، وأنه لم يأت إلى هذه العيادة أو ذلك المستشفى من أجل هذه الإصابات أو تلك الأمراض، بل جاء لمعالجة مرض محدد ومعين، ولكنه أصيب بداء آخر، ففي هذه الحالة فإن التزام الطبيب، التزام بضمان سلامة المريض، كما أنه ليس من المعقول و المقبول أن يصاب المريض بأضرار نتيجة لخلل في التنظيم الإداري، أو لعدم توافر مستلزمات السلامة العامة البعيدة عن متطلبات العلاج الخاصة بالمرض¹.

ثانيا/ التحاليل الطبية

يلتزم الطبيب في هذا الصدد بالالتزام بتحقيق نتيجة معينة تتمثل في تحصيل نتائج دقيقة وبالتالي تثار مسؤوليته بمجرد ثبوت أن تلك النتائج كانت غير دقيقة، دون الحاجة للبحث في قدر العناية التي أولاها لها له، أو البحث في إهماله أو تقصيره، ويظل هذا الالتزام محصورا بمجال التحاليل المألوفة التي تتم اعتمادها آليات بسيطة، حيث يتضاءل عنصر الاحتمال بشأنها، بينما يقتصر التزامه بالنسبة للتحاليل المعقدة التي لم يوجد استقرار بشأن تفسيراتها على مجرد الالتزام ببذل العناية اللازمة في تحصيلها.

¹ محمد عادل عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 131.

ثالثا/ الأدوات والأجهزة الطبية

يتعهد الطبيب فضلا عن بذل العناية اللازمة وفق الأصول العلمية المستقرة بالتزام محدد نتيجة استخدامه تلك الأجهزة و الآلات مؤداه عدم إلحاق الضرر بالمريض. والأضرار المقصودة في هذا الشأن هي تلك التي تنشأ نتيجة وجود عيب أو عطل بالأجهزة والأدوات الطبية، إذ يقع التزام على الطبيب مقتضاه استخدام آلات سليمة التي لا تحدث أضرارا بالمريض¹.

فيعتبر الطبيب مسئولا عما يصيب المريض من حروق جراء تطاير اللهب من العداد الكهربائي أثناء التدخل الجراحي، بالرغم من عدم ثبوت أي تقصير منه في استخدامه² وعن الالتهابات التي قد تصيب المريض جراء تعرضه لجرعة زائدة من الأشعة بسبب خلل في الجهاز المنظم³، ولا ينفي عنه مسؤوليته أن تكون تلك الأضرار راجعة لوجود عيب في الصناعة.

رابعاً/ عمليات التجميل

تعددت الآراء حول طبيعة التزام الطبيب بشأن عمليات التجميل باعتبارها تخرج عن مفهوم التدخل الطبي بمعناه الضيق الذي يقتصر على الضرورات العلاجية، مما جعل البعض يحمل طبيب التجميل الالتزام بتحقيق نتيجة محددة في مواجهة الخاضع للتدخل الجراحي⁴. وهذا نظرا لطبيعة هذا النوع من الجراحة الذي لا يكون الغرض منه علاج المرض ما عن طريق التدخل الجراحي، وإنما إزالة تشويه أو عيب في الجسم. إلا أن

¹ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 87.

² Cass-civ, 28/06/1960, J.C.P.1960.11787.

³ Cass-civ, 30/10/1929, J.C.P.1929.12924.

أشارت لى هذين الحكمين آمال بكوش، المرجع السابق، ص 190.

⁴ محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، المرجع السابق، ص 120.

القضاء الفرنسي يعتبر أن التزامات الطبيب في هذا المجال مجرد التزامات ببذل عناية استنادا إلى أن الجراحة التجميلية لا تخلو من عنصر الاحتمال على غرار غيرها من الأعمال الطبية¹.

غير أن الرأي الراجح في الفقه والقضاء يعتبر أن التزام الطبيب الجراح لم يرق إلى مصاف الالتزام بتحقيق غاية أو نتيجة، وإنما أنزله منزلة وسطى بين الالتزامين بحيث يمكن وصفه بأنه التزام ببذل عناية مشدد².

خامسا/ التركيبات الصناعية

تعتبر مسألة تركيب الأعضاء الصناعية، من الاكتشافات والأساليب الحديثة لتعويض الإنسان عما يفقده من أعضائه الطبيعية، وما يصاب منها بشلل أو عجز أو ضعف. وقد اعتبر القضاء الفرنسي³ التزام الطبيب فيما يتعلق بمدى فعالية العضو الصناعي واتفقه مع حالة المريض وتعويضه عن النقص القائم لديه، التزام ببذل عناية نتيجة لما يخالط هذا العمل من احتمال لا يخرج عما هو سائد بالنسبة لبقية الأعمال الطبية. وفي المقابل اعترف بتحميله بالتزام بتحقيق نتيجة فيما يتعلق بتصميمها وشروط صيانتها، ومدى ملاءمتها لحاجة المريض وخلوها من العيوب، ذلك أن هذه الأمور تخرج عن الفن الطبي وينتفي عنصر الاحتمال بصدها⁴.

أما بالنسبة للأسنان الصناعية فقد قضت إحدى المحاكم الفرنسية: " بأن العقد المبرم بين الطبيب والعمل لتركيب طاقم أسنان يفرض على الأول التزاما بعناية، محله بذل

¹ أمال بكوش، المرجع السابق، ص 192.

² J.Ghestin, Les condition de la responsabilité, 2ém éd, L.G.D.J, 1998, p 451.

³ Cass- civ, 12/06/1990, D.1991. Somm.p.358.

أشارت إلى هذا القرار أمال بكوش، المرجع السابق، ص 191.

⁴ Cass-civ, 22/11/1994, D.1995-1, p.12.

أشارت إلى هذا الحكم أمال بكوش، المرجع السابق، ص 191.

الجهود الأمنية واليقظة في وضع وصيانة الطاقم، ويفرض عليه كذلك التزاما بتحقيق نتيجة، محله تقديم الأسنان الصناعية بالشكل والأوصاف والحالة التي يمكن معها أن تؤدي وظيفة الأسنان الطبيعية. فإذا أخل الطبيب ولو عن غير قصد بهذا الالتزام ثارت مسؤوليته العقدية ويلتزم بتعويض المريض إذا ما ترتب على التركيب المعيب للأسنان الصناعية التهابات حادة بالثة. وتبدو تلك المسؤولية أكثر وضوحا إذا ما تبين أن المريض يتمتع بقم طبيعى و أنه قام بتبنيه الطبيب عدة مرات إلى سوء حالة الأسنان¹

سادسا/ عمليات نقل الأعضاء

تحدد التزامات القائم على جراحة نقل الأعضاء بالالتزام بتحقيق نتيجة، حيث يلتزم في مواجهة المتبرع بالعضو بالتزام محدد بضمان سلامته من كل ضرر قد يحدث أثناء عملية الاستئصال²، وذلك استنادا إلى أن مشروعية هذه الجراحة منوطة بانتفاء ما يهدد حياة المتبرع أو يعرض سلامته للخطر، وعليه تثار مسؤولية الطبيب على أساس الخطأ المفترض، ويكون على هذا الأخير إذا ما أراد أن دفع المسؤولية عنه إثبات السبب الأجنبي الذي يرجع إليه الضرر³.

المبحث الثاني

التحول من فردية التعويض إلى الجماعية في المجال الطبي

كان التعويض يمارس وظيفته الإصلاحية من خلال الوظيفة العقابية، نظرا لارتباط المسؤولية المدنية قديما بالمسؤولية العقابية، ثم تطور الأمر لنتجه نحو انفصال تام بين

¹ Dijon, 24/01/1952.D.1952.171.

أشار إلى هذا القرار محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، نظرة حديثة إلى الخطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 224.

² محمد فارح، حكم الشرع الإسلامي في العلاج بغرسة الأعضاء أو ترقيقها، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر، العدد الثاني، السنة الثانية، جانفي 1971، ص 106.

³ محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور التأمين، 1993، ص 223.

المسؤولية الجنائية والمدنية، وذلك مع بداية تلاش ارتباط المسؤولية المدنية بالفكرة الأخلاقية، فأصبح التعويض يقتصر على الوظيفة الإصلاحية¹.

إن التطور الصناعي وتزايد الأخطار كما بينا سابقا أدى إلى تغيير موقع المسؤولية المدنية من المسؤولية الأخلاقية إلى المسؤولية الموضوعية، فالتطابق الموجود بين المسؤولية المدنية و المسؤولية الأخلاقية يقيد الالتزام بالتعويض بإثبات الخطأ، وهذا ما نلمسه من خلال المادة 124 من القانون المدني الجزائري والمادة 1382 . إلا أنه في بعض الأحيان يدق و يصعب إثبات الخطأ من طرف المضرور ما ينتج عن ذلك حرمانه من التعويض².

إلا أنه و مع مرور الوقت بدأ يتقلص مبدأ المسؤولية الشخصية من القانون المعاصر و شرع في تطبيق القواعد الجديدة التي كونت نواة القانون المعاصر، فلم يعد ينظر فقط إلى جهة المسئول عن الفعل ، ولكن حتى إلى جهة المضرور الذي لا يرغب إلا في الحصول على تعويض عن الضرر، فلا يهمله مباركة أو إدانة القاضي للتصرف الذي كان سببا في إلحاق الضرر به إذا كان الخطأ ثابتا أو لا.

ولهذا السبب كان لزاما التوسع في المسؤولية المدنية و إيجاد مسؤولية طبية لا خطئية في الأنظمة المعاصرة لتصبح مسؤولية بعيدة عن الخطأ. كذلك أن سياسة التدخل التي تنتهجها الكثير من الدول أدت إلى تركيز بعض النشاطات في يد الدولة، مما أدى إلى ظهور الخطأ المرفقي، وتوسع القضاء فيه، أدى إلى أن عبء التعويض المترتب عنه تتحمله الدولة، ولهذه الأسباب و غيرها فإن القانون المعاصر أصبح ينظر إلى جهة

¹ محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 232.

² محمد نصر الرفاعي، المرجع السابق، ص 335.

الضحية وليس إلى جهة المسئول، كما أنه عمل على إحلال فكرة التعويض محل فكرة المسؤولية¹.

وقد كان هذا التوسع ضروري إذ يشهد العصر الحديث ظهور ذمم أخرى تلتزم بالتعويض إلى جانب المسئول أو بدلا منه وهذا ما يسمى بالتوزيع الجماعي للتعويض، وهكذا فإن الاتجاه الحديث الآن يتجه نحو الانتقال بالمسؤولية عن التعويض الأضرار من الفردية إلى الجماعية، بحيث يجد المضرور ذمة جماعية تلتزم بالتعويض تجاهه إلى جانب المسئول.

وعلى هذا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول التأمين من المسؤولية الطبية و نتطرق في الثاني إلى آليات الضمان المكلمة لنظام التأمين من المسؤولية في المجال الطبي.

المطلب الأول

التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي

أفرزت التطورات المتعاقبة في المجال القانوني والاجتماعي عن نشأة نظام التأمين الاجتماعي من المسؤولية المدنية ، والذي يجمع الفقه على كونه مؤسسة من ترتبات العصر الحديث، وذلك نتيجة القفزة النوعية التي عرفها العالم مع بداية القرن العشرين، وما نتج عنه من حوادث المعزاة لتعقيد التقنيات الطبية من أضرار ذات خصوصية استثنائية، وما صاحبها من تغيرات في وظيفة المسؤولية المدنية² ، كل هذه العوامل ضاعفت من الدعاوي المرفوعة من المرضى ضد الأطباء مما أدى إلى بث

¹ الحاج أحمد بابا عمي، الجمع بين تعويض المسؤولية المدنية و تعويض التأمين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014، ص84.

² محسن عبد الحميد البنيه، المرجع السابق، ص 3.

الرعب في نفوس مقدمي الرعاية الصحية، وفي ظل هذه المعضلة التعويضية كان لا بد من إيجاد نظام قانوني يصلح كبديل لنظام المسؤولية القديم الذي أثبت عجزه عن كفالة حماية الطرفين ومن ثم وجب استبداله بنظام أكثر تطوراً، مما جعل الأنظار تتجه نحو البحث عن حلول أخرى توفر للأطباء قدراً من الاطمئنان و تضمن في الوقت ذاته تعويضا عادلا للضحايا، يقوم على أساس فكرة التأمين¹.

الفرع الأول

مفهوم التأمين من المسؤولية الطبية

أول ما ظهر من أنواع التأمين في المسؤولية كان التأمين من المسؤولية عن الحريق في صورته المختلفة، ثم أعقب ذلك التأمين من المسؤولية عن حوادث العمل، وجاء بعد ذلك التأمين من المسؤولية عن النشاط المهني، كتأمين من المسؤولية عن النشاط المهني لأصحاب الفنادق، وعن نشاط أصحاب معاهد التعلم، و عن نشاط المهندسين والأطباء².

عموما يعد التأمين من المسؤولية عقدا يؤمن بواسطته المؤمن للمؤمن له الأضرار الناجمة عن رجوع الغير عليه بالمسؤولية، أي أن المؤمن يأخذ على عاتقه تعويض المضرور أو هو عقد يضمن بموجبه المؤمن الأضرار التي تعود على المؤمن له، من دعاوى الغير عليه بالمسؤولية³.

وقد عرفه الأستاذ الدكتور السنهوري بأنه: " عقد بموجبه يؤمن المؤمن له، من الأضرار التي تلحقه من جراء رجوع الغير عليه"⁴، يقوم التأمين على إعفاء المؤمن له

¹ آمال بكوش، المرجع السابق، ص 323 و 324.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاول، الوكالة، الوديعة، الحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول والثاني، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1964. ص 1644 و 1645.

³ Péré- Vêrgé Finon, Faute et assurance dans la responsabilité médicale, Thèse, Paris, 1972, P 204.

⁴ السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المرجع السابق، ص 1641.

من العبء المالي الذي يسببه الخطر، وتوزيع المخاطر على عدد كبير من الأضرار، فالتأمين ينقل المسؤولية المالية للشخص المخطئ إلى الغير، كما أن شركات التأمين تدفع التعويض للشخص الذي وقع عليه الضرر، ومن ثم فهي تبعث في نفسه الطمأنينة بأنه سيحصل على حقه¹.

هذا ويختص التأمين من المسؤولية المدنية باعتباره نوعاً من أنواع التأمين عن الأضرار، بأنه عقد يلتزم بمقتضاه مؤمن بضمان المؤمن له تجاه دعاوى المسؤولية التي قد يباشرها الغير تجاهه، وهو في هذا يتميز عن التأمين من الأشياء، ضف إلى ذلك أن الهدف من التأمين عن الأشياء هو ضمان عنصراً إيجابياً من ذمة المؤمن له، بينما يضمن التأمين من المسؤولية عنصراً سلبياً من الذمة المالية وهو دين المسؤولية².

و فيما يخص التأمين من المسؤولية الطبية فعرف بأنه " عقد بموجبه يؤمن المؤمن (شركة التأمين) الطبيب باعتباره مؤمناً له من الأضرار التي تلحق به من جراء رجوع المريض أو (ذويه، أو ورثته المستحقين من الخلف، المتضررين من الغير) عليه بالمسؤولية أثناء ممارسته لمهنته لارتكابه ما يوجب المسؤولية"³.

وقد تمثلت أولى بوادر فكرة التأمين في المجال الطبي في نداءات الفقه بضرورة قيام المريض بالتأمين نفسه من مخاطر العمليات الجراحية. وقد كان أول من نادى بفكرة التأمين هما الفقيهين *Desoille. Henri* و *V. Cruzon* عام 1930، على اعتبار أن هذا النوع من التأمين سيجعل المريض آمناً من المخاطر التي قد تقع عليه، كذلك فإن الطبيب

¹ عبد الرشيد مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص 54.

² معمر بن طرية، نظام المسؤولية الموضوعية ودوره في تقوية النظام التعويضي لحوادث المنتجات المعيبة، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان. الجزائر، العدد الأول، سنة 2014، ص 229.

³ أشار إلى ذلك مراد بن صغير، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 349.

بدوره سيكون آمنا من دعاوى المسؤولية، التي قد ترفع عليه، لأن شركات التأمين ستغطي كل المخاطر الناجمة عن خطأ الطبيب¹.

كما نوهت الأستاذة *Balamch Rodet* إلى أن تطبيق فكرة التأمين من المسؤولية في المجال الطبي يبدو أمرا منطقيًا و مستحبا جدا، إذ من شأنه التقليل من المتابعات القضائية للأطباء التي تشكل عقبة حقيقية في وجه تطوير العلوم الطبية².

وقد ظهرت فكرة التأمين من مخاطر التبعات الطبية الضارة المعزات للحوادث الطارئة لأول مرة على يد الفقيه *brisard* الذي ناقش فكرة التأمين المريض المقدم على الخضوع لتدخل جراحي علاجي أو تجميلي، ضد الخطر الناجم عن ضعف مقاومة جسمه لظروف مجهولة³.

وفي مجال الجراحات التجميلية اقترح *Gosset* حلا جديدا، يتمحور في فكرة التأمين التكميلي، الذي يقوم على تعويض المضرور عن الحوادث غير المتوقعة المحتمل تحققها أثناء الخضوع لتدخل التصحيحي أو التجميلي، دون تحريك لمسؤولية الجراح، وسواء تم هذا الاكتتاب بواسطة الطبيب أم المريض فإنه يكتسب صفة التأمين التكميلي لتغطيته الأضرار التي تخرج عن نطاق التزامات الطبيب ببذل عناية اللازمة، بالنسبة للأضرار التي تقع قضاءا وقدرًا بحيث لا يمكن نسبتها إلى شخص عاقل⁴.

وقد اقترح الأستاذ *Tunc*، نظاما عاما للتأمين الملزم، سماه نظام التأمين من كل المخاطر الطبية، حاول من خلاله وضع صيغة توفيقية لما يمكن أن يقع في العمل بين حرية العمل الطبي من جهة وبين ضمان تعويض المضرورين من جهة أخرى، وقد

¹ أمال بكوش، المرجع السابق، ص326.

² V. Rodet, la responsabilité civile des médecins et la jurisprudence actuelle, thèse, Lyon, 1937, p 17 .

³ Le point de vue Brisard citée par Péré Vergé Finon, **op.cit**, p139.

⁴ Péré. Vergé Finon, op. cit, p 136.

اعتبر الفقيه أنه ما من سبيل إلى تحقيق ذلك إلا من خلال إعفاء الأطباء من مضايقات المتابعات القضائية و من ثم دعى إلى التخلي عن نظام المسؤولية المبنية على أساس الخطأ، وإقامة أساس آخر للتعويض يتكون من التأمين الطبي التعويضي الذي يغطي كل نتائج غير عادية للعلاج وكذلك التدخل الجراحي، يقوم على الأقساط التي يدفعها الأطباء¹.

وقد تقدم الأستاذ "مورو"² بعدة اقتراحات في مؤتمر أخلاق المهنة الطب المنعقد عام 1966، تمحورت أساساً حول ضرورة الاستغناء عن النظام التقليدي في المسؤولية الطبية، والاستعاضة عنه بنظام التأمين كضمان اجتماعي على عاتق الجماعة، منطلقاً من تقرير عدم صلاحية النظام الحالي المطبق في القانون الوضعي.

و يقتضي هذا الأمر في نظر الفقيه التفرقة بين مرحلتين من مراحل التعويض، تقوم المرحلة الأولى على ضرورة التعويض السريع للمضرور، دون إلزامه بإثبات الخطأ المسئول بداية لاقتضاء التعويض، وأما المرحلة الثانية فترجع شركة التأمين على الطبيب المسئول، بمبلغ التعويض الذي سبق لها دفعه للمريض، إذ لا تستطيع هذه الأخيرة الحصول على قدر من المال يعادل القدر المدفوع للمريض كتعويض، إلا أثبتت ارتكاب المسئول خطأ جسيماً، ويستبعد هذا الأمر إذا أثبت الطبيب أنه لم يقع منه هذا الخطأ بكل تأكيد.

وتأسيساً على هذه المعطيات المستجدة في مجال المسؤولية المدنية اقترح الفقه إعادة النظر إليها، واستبدالها بنظام مختلط فردي وجماعي.

¹ Tunc, Rapport présenté au 11 éme congrès international de morale médicale, R.G.D.M, 1966, P33.

² عبد الرشيد مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية، المرجع السابق، الهامش رقم 01، ص 53 وما بعدها.

الفرع الثاني

خصائص عقد التأمين

يتميز عقد التأمين بجملة من الخصائص يمكن حصرها فيما يلي:

أنه عبارة عن عقد إجباري، حيث تلزم التشريعات في كثير من الدول أصحاب المهن الطبية بالتأمين من المسؤولية يضمنون من خلاله التعويض للمرضى.

أنه يتضمن اشتراط لمصلحة الغير¹، وهو ما يفيد أن المنتفع من الاشتراط ليس طرفا في العقد، كما أن المشتراط في العقد يتعاقد بصفته الشخصية و ليس نائبا عن الغير. ونقصد بالغير في هذا العقد كل المرضى المتضررين من الخطأ المهني أو غيرهم²، بشرط أنهم لم يكونوا طرفا في العقد ولا خلفا لأي من طرفي العقد (المؤمن، المؤمن له)³.

أنه عقد تأمين مهني وتعويضي، ونقصد بذلك أنه بمثابة ذرع واقية يقي المهني من الأخطار و التي تنتج عن الأخطاء المهنية، وبالتالي فإن محل هذا العقد هي الأخطار المرتبطة بالمهنة الطبية، أما بخصوص أنه عقد تعويضي فنقصد به أن الهدف الأساسي من عقد التأمين هو تعويض المهني عن الخسارة التي تلحقه من جراء الحكم عليه بمبلغ التعويض لفائدة المضرور، وينتج عن هذا أن مبلغ التعويض لا يمكن أن يتجاوز مقدار الضرر الواقع مع إمكانية الاتفاق على تخفيضه، أي أن يكون غرض عقد التأمين تجنب

¹ المادة 116 من القانون المدني الجزائري.

² المادة 167 من الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات، ج ر عدد رقم 13 مؤرخة في 1995/03/08.

³ أحمد الحباري، المرجع السابق، ص 186.

الخسارة لا تحقيق الربح، بالإضافة إلى عدم إمكانية تحديد مبلغ التأمين من جانب المؤمن مسبقاً عند إبرام عقد التأمين¹

الفرع الثالث

أهمية التأمين من المسؤولية المدنية الطبية

تكمن أهمية التأمين من المسؤولية الطبية في المجال الطبي في الدور المزدوج الذي يناط به، فهو يشكل حماية للمسئول من جهة، وضماناً للمضروب من جهة أخرى فهو بذلك قد أوجد نوعاً من الضمان للطرف الضعيف من مظنة الإعسار أو عدم ملاءة المسئول، ذلك أن موضوع عقده ينظر إليه في المقام الأول على أنه يضمن الالتزام بالتعويض، الذي يقع على عاتق المسئول المؤمن له، ويضمن في ذات الوقت حق المضروب في الذي يشكل الدين محل عقد التأمين، فكل من هذا الحق وذلك الالتزام وجهين لعملة واحدة، ولا يعدو أحدهما أن يكون انعكاساً للآخر².

إن التأمين في نطاق المسؤولية الطبية سواء كان في إطار الإلزام أم الاختيار يوفر حماية للطرفين، ويكفل نوعاً من التعاضد بين الطبيب لا يضيره مساندة هيئة مليئة للمضروب منحه كامل ثقته، وبين مريض أبعد عنه مظنة اللجوء إلى القضاء، وبهذا يكون التأمين هو الوسيلة الوحيدة المتاحة للتقريب بين ما يسعى إليه الطبيب وما يأمل فيه المريض³.

¹ عبد الكريم مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 114 و115.

² محمد نصر الدين منصور، ضمان تعويض المضروبين بين قواعد المسؤولية واعتبارات التضامن الاجتماعي، الطبعة الأولى، دار النهضة لعربية، سنة 2001، ص 183.

³ آمال بكوش، المرجع السابق، ص 332.

ومن هنا تبرز أهمية التأمين من المسؤولية الطبية الذي لاقى ازدهارا و نتيجة لتفاقم الأخطار¹، إذ كلما اقترب الخطر اتسع نطاق التأمين، بالإضافة إلى أن نظام التأمين يعد بحق وسيلة لجبر الضرر بعد أن تبين قصور بقية الوسائل القانونية المتاحة عن إيجاد حلول كافية².

ويجسد نظام التأمين الإجباري من المسؤولية الطبية طموح المشرعين نحو التحرر من قيود القواعد و المفاهيم التقليدية للقانون، ذلك أنه يعكس حتمية التطور نحو تفعيل ضمان حق المضرور في التعويض بصرف النظر عن وجود المسئول، كما يجسد في الوقت ذاته دعامة راسخة تساند النظام الحالي، فكأنه نظم وجد ليعايش بين متقابلين.

وقد تنبته الأنظمة القانونية الحديثة إلى هذه الأهمية، مما حدا بالعديد منها إلى إعادة النظر في هذا النظام بكيفية تتناغم و الأصوات المتعالية للفقهاء التي تتادي بجعل التأمين من المسؤولية الطبية إجباريا.

الفرع الرابع

إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية لطبيب

ألزم قانون الصحة العامة الفرنسي وفي سبيل إعادة التوازن للعلاقة التعاقدية في المجال الطبي الأطباء وجميع المؤسسات الصحية، بالتأمين الإجباري من المسؤولية المدنية و الإدارية حيث تنص المادة 2-1142 L الفقرة الرابعة من قانون الصحة العامة الفرنسي³ على أن "تأمين المؤسسات والمصالح و الهيئات المذكورة في الفقرة الأولى

¹ محمد علي عمران، الوجيز في عقد التأمين، دار النهضة العربية، غير مشار لسنة النشر، ص 07.

² محمد نصر الرفاعي، المرجع السابق، ص 132.

³ Loi n° : 2002-303 du 04 mars 2002 relative aux aux droit des malades et à la qualité du système de santé, jo du 05 déc 2002.

يغطي أجراءها العاملين ضمن الحدود المهمة الممنوحة لهم، حتى ولو كان هؤلاء يتمتعون بالاستقلال في ممارسة فن الطب".

أما المشرع الإماراتي فقد نص في المادة 25 من قانون المسؤولية الطبية على أنه " يحظر مزاولة المهنة بالدولة دون تأمين ضد المسؤولية عن الأخطاء الطبية إحدى شركات التأمين المرخص لها في الدولة .

وتتحمل المنشأة الصحية التي تستقبل طبيبا زائرا مسؤولية التعويض عن خطئه الطبي في مواجهة المضرور، وذلك دون إخلال بحقها في الرجوع على مرتكب الخطأ"

كما نصت المادة 26 من نفس القانون على أن " يلزم صاحب المنشأة التأمين على مزاولي المهنة العاملين لديه عن مسؤولية الأخطاء الطبية و يتحمل نسبة 80 بالمائة كحد أدنى من قيمة قسط التأمين السنوي و يتحمل مزاول المهنة باقي قيمة هذا القسط.

كما يلتزم بالتأمين عليهم ضد المخاطر الناجمة عن ممارسة المهنة أو بسببها ويتحمل صاحب المنشأة كامل قسط التأمين على العاملين لديه في هذه الحالة"

أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد نصت المادة 167 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات على أنه " يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي و الشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية اتجاه مرضاهم و اتجاه الغير"¹. كما أكدت المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 07-321 على أنه "يتعين على المؤسسة الإستشفائية الخاصة اكتتاب تأمين المسؤولية المدنية للمؤسسة و مستخدميها و مرضاها"².

¹ الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات.

² المرسوم التنفيذي رقم 07-321 المؤرخ في 10 شوال 1428 الموافق ل 2007/10/22 يتضمن تنظيم المؤسسات الإستشفائية الخاصة وسيرها، ج.ر عدد 67 المؤرخة في 12 شوال 1428 الموافق 2007/10/24.

أما جزاء عدم التأمين فقد فرض قانون الصحة العامة الفرنسي عقوبة الغرامة والمنع من الممارسة الطبية، في حالة عدم الالتزام بالتأمين من المسؤولية وهذا ما نصت عليه المادة L1142-25 الفقرة (1) " يعاقب على الإخلال بالزامية التأمين المنصوص عليه في المادة L1142-2 بغرامة تقدر ب 45000 أورو.

كما يعاقب الأشخاص الطبيعيين على ارتكابهم الجريمة المذكورة في هذه المادة أيضا بعقوبة تكميلية بالمنع حسب الكيفيات المنصوص عليها في المادة 131-27 من قانون العقوبات"

أما جزاء عدم التأمين وفقا للمادة 184 فقرة (1) من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات فنصت على أنه " يعاقب على عدم الامتثال الإلزامية التأمين المنصوص عليه في المواد 163 إلى 172 و 174 أعلاه بغرامة مالية مبلغها من 5000 دج إلى 10000 دج" ومما تجدر إليه الإشارة بصدد هذه المادة أن هذا الجزاء جاء رمزي، وعليه فلا بد للمشرع الجزائري أن يضع جزاء أكثر صرامة بالنسبة للإخلال بالزامية التأمين.

المطلب الثاني

آليات الضمان المكمل لنظام التأمين من المسؤولية في المجال الطبي

نعالج في هذا المطلب آليتين للضمان هما الصندوق الضمان و التعويض عن طريق الدولة بوصفهما، وسيلة حماية إضافية إلى جانب نظام التأمين من المسؤولية، وسوف نتناول كلا من هاتين الآليتين في فرع مستقل.

الفرع الأول

تعويض المخاطر الطبية عن طريق صندوق الضمان الفرنسي

تتجلى أهمية هذا النظام في سد ما قد يعترى نظام التأمين من المسؤولية من ثغرات، بحيث يؤدي النظام دورا متكاملًا. ويرتكز هذا المنظور على أن نظام صندوق الضمان يجب أن يمثل المرحلة الثالثة و الأخيرة في تعويض المخاطر الطبية، حيث تأتي قبله مرحلتان أساسيتان، الأولى هي إصلاح قواعد المسؤولية الطبية باعتناق مسؤولية موضوعية نحد بها من صعوبة إثبات المسؤولية كما هو الحال في المسؤولية الشخصية، ثم تأتي المرحلة الثانية والتي تعتمد على إبرام التأمين من المسؤولية الطبية، و أخيرا يبرز نظام صندوق الضمان، كنظام تكميلي، يتقرر للمضروب الذي لا يحصل، على تعويض كامل للأضرار التي أصابته، والتي تعذر تغطيتها بواسطة عقد التأمين¹

ويمكن تحديد أهمية صندوق الضمان بالنسبة لتعويض المخاطر الطبية في الحالات التالية:

-حالة عدم إبرام الطبيب المسئول تأمينًا من مسئوليته وفي هذه الحالة يضمن الصندوق تعويض المضروب ضمانًا كاملاً، ويمكن للصندوق بعد ذلك الرجوع على الطبيب المسئول².

وجدير بالذكر أن تحقق هذه الحالة يتصور في حالة عدم وجود تنظيم للتأمين الإلزامي من المسؤولية الطبية، إلا أنه يمكن أن يقع فرض آخر، ألا وهو رفض شركات التأمين ضمان بعض صور النشاط الطبي تماما، فهذه الشركات عادة ما تجري فحصا

¹ أشرف جابر سيد مرسي، التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، مصر، 1999، ص 457 و458.

² أشرف جابر سيد مرسي، المرجع السابق، ص 458.

أولياً لطبيعة ونسبة المخاطر التي ينطوي عليها نشاط الطبيب طالب التأمين، وقد يكون من نتيجة هذا الفحص أن ترفض منح أي ضمان لهذا الطبيب¹.

- حالة احتجاج المؤمن بحالات استبعاد الضمان في مواجهة المضرور حيث يقوم الصندوق في هذه الحالة كذلك بتعويض المضرور.

وتتطبق هذه الحالة في حالة وجود اتفاقية مكنها استبعاد بعض صور النشاط الطبي من نطاق الضمان، ومثال ذلك في مجال التأمين من مسؤولية مراكز نقل الدم ما نصت عليه وثيقة التأمين الجماعية لمراكز نقل الدم² GATS، من أنها لا تغطي المخاطر الناجمة عن تحقق الأضرار التي تصيب متلقي الدم متى لم يثبت أي خطأ في جانب مركز نقل الدم³. وهو ما يعني أنها تستبعد من الضمان المسؤولية بدون خطأ.

- حالة احتجاج المؤمن بتحديد الضمان سواء كان هذا التحديد من حيث قيمة الضمان أو الأضرار المغطاة، أو في حالة دفع المؤمن يتقادم المسؤولية محل الضمان⁴.

الفرع الثاني

فلسفة تعويض المخاطر الطبية عن طريق صندوق الضمان الفرنسي

نظام صندوق التضامن يقوم على أساس تحمل الجماعة أعباء الأضرار التي تحصل للمرضى بمناسبة انتفاعهم من الخدمات الصحية التي تقدمها المؤسسات الصحية العامة والخاصة، وهذا ما يتبين لنا من خلال المصادر المالية للمكتب الوطني للتعويض

¹ François chapuisat, le juge l assureur de responsabilité civile et les fonds d'indemnisation, R.G.A.R, 1992, p 787.

² أيرمت هذه الوثيقة الجماعية في أول يناير 1990 ويطلق عليها GATS، وهي الحروف الأولى من اسم الوثيقة de la Transfusion agricole و بين مراكز نقل الدم (FFSA , GEMA, Mutualité) وهي ثمرة اتفاق جماعي بين مجموعات شركات التأمين (k.ID Groupement d'assurance Sanguine).

³ A. Compes, responsabilité civile et assurance des centres transfusion sanguine, Gaz.Pal, 1995, p86

⁴ Magali Parisot, les grandes décisions du droit médical, sous la direction de François VILLA, L.G.D.J, édition Alpha, Liban, 2010, p.594.

عن الأضرار الطبية الذي أنشأ بموجب قانون 4 مارس لسنة 2002 للتعويض على أساس التضامن الوطني¹، حيث أنه يمول بواسطة التقديمات والتبرعات المختلفة وفقا للشروط المحددة بموجب المادة 2-174.L، من قانون الصحة العامة الفرنسي.

كما أن نظام التضامن الوطني الفرنسي له أهمية كبيرة تتجلى في أنه يمثل نظاما جديدا للتسوية الودية يضمن تعويض المضرورين في إطار التضامن الوطني، ينعقد الاختصاص في منازعاته لجهاز حكومي يطلق عليه " الديوان الوطني لتعويض أضرار الحوادث الطبية " حيث لم يعد هناك من مجال للجوء إلى الطريق القضائي إلا في حالات نادرة، على المستوى العلمي، و إن كان القانون قد كرس الطابع الاختياري، حيث يحق للضحايا الاختيار بحرية بين الطريقتين الودية و القضائي².

الفرع الثالث

شروط استحقاق التعويض باسم التضامن الوطني

يستفيد من التعويض باسم التضامن الوطني ضحايا الحوادث الطبية أو العلل العلاجية، وانتانات المشافي عندما لا تتوافر أركان المسؤولية الطبية بالنسبة للممتهن العمل الصحي أو المؤسسة الصحية أو صانع لمنتج صحي، إذ يتعلق الأمر هنا بالتعويض عن ما يسمى " الاحتمال العلاجي"، ومع ذلك فإن المشرع الفرنسي تجنب استخدام هذا المصطلح لأن الفقه لم يتفق بعد على تعريف له، و بالمقابل فإن المشرع الفرنسي لم يبين

¹ المادة 98 من قانون 2003 الصادر في 03/4 /2002 والتي أضافت المادة 22-1142 L إلى قانون الصحة العامة الفرنسي وقد جاء فيها مايلي :

« L' office national d'indemnisation des accident médicaux, des affection iatrogènes et des infections nosocomiales est un établissement public a caractère administratif de l'état, placé sous la tutelle du ministre chargé de la santé. Il est chargé de l'indemnisation au titre de la solidarité nationale, dans le condition définies au II de l'article L.1142-1, à l'article L.1142-1-1, et à l'article L.1142-17, des dommages occasionnés par la survenue d'un accident médicale, d'une affection iatrogène ou d'une infection nosocomiale ainsi que de indemnisation qui lui incombent, le cas échéant, en application des articles L. 1142-15, L. 1142-18 et L. 1142-24-7 » Disponible au site : www.legifrance.gouv.fr.

² آمال بكوش، المرجع السابق، ص 294.

المقصود من الحوادث الطبية أو العلل العلاجية. ومن نتائج صدور قانون رقم 2002/1577 المؤرخ في 2002/12/30¹ الذي عدل المادة 1-1142 L1142-1 فقرة (2) من قانون الصحة العامة²؛ إدخال تعويض أضرار الناجمة عن الانتانات المستشفيات إضافة - إلى الأضرار التي تثار في غياب المسؤولية- باسم التضامن الوطني، عندما تستوفي شرط الحساب المنصوص عليه في المادة 1-1142 L1142-1 من قانون الصحة العامة³. وحتى يمكن التعويض عن هذه الحوادث الطبية فيجب أن تتوفر فيها الشروط التي نص عليها القانون سابق الذكره وهي:

أولاً/ انتفاء الخطأ الطبي لكي يستفيد المضرور من التعويض باسم التضامن الوطني؛ فلا بد أن لا يقوم الخطأ الطبي من الجانب الطبيب أو الهيئة أو المؤسسة الصحية.

¹Loi n° : 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale, jo. N° 304 du 31 déc 2002.

² نص هذه المادة باللغة الفرنسية

(Sans préjudices des dispositions du septième alinea de l'article L.1142-17, ouvrent droit à réparation au titre de la solidarité nationale 1° les dommages résultant d'infections nosocomiales dans les établissements, services ou organismes mentionnés alinea du 1 de l'article L.1442-1 correspondant à taux d'incapacité permanente supérieur à 25% déterminé par référence au barème mentionné au 2 du même article, ainsi que les décès provoqués ces infections nosocomiales, 2° les dommages résultant de l'intervention, en cas de circonstances exceptionnelles, d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme, en dehors du champ de son activité de prévention, de diagnostic ou de soins.)

³ نص هذه المادة باللغة الفرنسية

(1.- Hors le cas ou leur responsabilité encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professions de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute. Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère.

2.- Lors que la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au 1 ou d'un producteur de produits n'est pas engagé, un accident médicale, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayant droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables a 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 présente 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 permanent de la durée de l'incapacité temporaire de travail »

ثانيا/ أن يتعلق الضرر المراد تعويضه بحادث طبي أو علة علاجية منشأة أو إبتان حصل بالمشفى، خارج عن النطاق الطبي.

ثالثا/ شرط السببية بين الأضرار المدعى بها وأعمال الوقاية والتشخيص: يشترط طبقا لنص المادة 1-1142L، من قانون الصحة العامة الفرنسي أن تكون الأضرار المدعى بها ناجمة مباشرة عن عمل من أعمال التشخيص أو الوقاية أو العلاج، وأن تتوفر رابطة سببية بين الضرر والنشاط الطبي المذكور آنفا.

وتجدر الإشارة إلى أن اشتراط المشرع الفرنسي أن يكون الضرر اللاحق بالمريض ناتجا عن أعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج، دليل على أنه لا يأخذ بالأضرار اللاحقة بالمريض الناجمة عن أعمال لا علاجية كما هو الشأن بالنسبة للجراحات التجميلية التحسينية.

رابعا/ النتائج غير العادية للأضرار: يجب أن يكون الضرر اللاحق بالمريض غير عادي تماشيا مع حالة المريض الصحية الأولية بمعنى أن يكون الضرر استثنائيا- غير متوقع-، ويهدف هذا الشرط إلى التمييز بين ما ينتج من إخفاق في العلاج، وبين ما ينجم عن الحادث الطبي.

خامسا/ الجسامة: الحق في التعويض باسم التضامن الوطني، مقصور على الأضرار التي تساوي أو تجاوز حدا معيننا من الجسامة، أما الأضرار التي لا يتوفر فيها هذا الشرط فلا يمكن للمضروور أن يحصل على إثرها على أي تعويض، حيث نصت المادة 1-1142L فقرة (2) على أنه " ويقدر طابع الجسامة بالنظر إلى فقدان الوظيفة، ونتائجها على الحياة الخاصة والمهنية، هذه النتائج التي تقدر بعد الأخذ بالحسبان بصورة خاصة نسبة العجز

الدائم بالكيان الجسدي والنفسي أو مدة التوقف المؤقت عن النشاط المهني أو مدة العجز الوظيفي المؤقت"¹.

اشتراط المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 1-1142L، من قانون 2002/03/04 أن يتعدى نسبة العجز الذي يعاني منه المريض 25 بالمائة حتى يستفيد وحدها المرسوم الصادر في 2002/04/04 بنسبة 24 بالمائة.

الفرع الثالث

إجراءات التسوية عن طريق التضامن الوطني الفرنسي

وضع القانون رقم 2002-303 الصادر في 2002/03/04 إجراءات لتسوية الودية تقوم بها لجان تسمى اللجان الجهوية للمصالحة والتعويض (CRCI)، وهذه اللجان مكلفة أيضا بتسهيل حل النزاعات الأخرى بين أصحاب المهن الصحية وزبنائهم وكذلك المؤسسات الصحية ومنتجي المنتجات الصحية، طبقا لما جاء في المادة 5-1142L وما يليها من قانون الصحة العامة. ولا يستفيد من هذه الإجراءات، إلا أصحاب الحوادث الطبية والعلل العلاجية المنشأ وإنتانات المشافي الذين يتوافر في الضرر الذي أصابهم الشروط المطلوبة في القانون، وبالمقابل فإن اللجوء إلى هذه الإجراءات هو أمر اختياري بالنسبة للمضرور، فيمكن له أن يفضل رفع الدعوى أمام القضاء المختص (المدني أو الجزائي)، كما يمكن له أن يقوم بالإجراءين معا أي أن يطالب حل النزاع وديا وفي الآن ذاته يرفع الدعوى أمام القضاء المختص.

وعليه وبعد تحقق الشروط سابقة ذكر في المريض، فعلى هذا الأخير وقصد الحصول على التعويض أن يتبع إجراءات معينة للحصول على التعويض باسم التضامن الوطني.

¹ Article L.1142-1 al 2 du C.S.P.F dispose que « Caractère de gravité, fixée par décret, apprécié au regard de la perte de capacité fonctionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'incapacité permanente ou de la durée de l'incapacité temporaire de travail »

البند الأول: اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض (CRCI)

تتكون هذه اللجنة برئاسة قاضي إداري أو مدني ويكون في عضويتها ممثلون عن المرضى والزبائن، وممثلون عن أصحاب المهن الصحية والمسؤولين عن المؤسسات وكذلك ممثلون عن المكتب الوطني للتعويض والمؤمنين، طبقا لما جاء بنص المادة L1142-2 فقرة (1) وحدد المرسوم رقم 140/2003 الصادر بتاريخ 2003/02/19 كيفية تشكيل هذه اللجان وآلية عملها.

وتتعقد هذه اللجان الجهوية إما لحل النزاعات وديا أو المصالحة، وعندما تتعقد للمصالحة يمكن لها أن تفوض كلا أو جزءا من اختصاصها إلى وسيط مستقل أو أكثر طبقا بما جاء في المادة L1142-5 الفقرتان (2) و(3).

البند الثاني عرض النزاع على اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض (CRCI)

نصت المادة L1142-7 الفقرة (1) المضافة بالمادة 98 من القانون رقم 2002-303 المؤرخ في 2002/03/04 المتعلق بحقوق المرضى وجودة نظام الصحة على أنه " يمكن إخطار اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض من طرف الشخص المضرور من عمل وقائي أو تشخيصي أو علاجي عند الاقتضاء من طرف ممثله الشرعي، أو من طرف ذوي الحقوق في حالة وفاته" ويجب أن يكون الطلب مرفقا بالأدلة، ولا سيما التقرير الطبي يبين بدقة الأضرار التي لحقت بالمضرور طبقا بما جاء في المادة R795-49 من قانون الصحة العامة المضافة بالمرسوم رقم 140/2003.

كما يلتزم الشخص المضرور (المخطر) بإعلام اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض بكل الإجراءات القضائية المتعلقة بالنزاع، كما يلتزم أيضا إذا كانت الدعوى

على مستوى المحاكم بإعلام القاضي عن إخطاره اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض وهذا طبقاً للفقرة (1) من المادة 7-1142 L من ق ص ع ف.

وقبل أن تصدر اللجنة الجهوية رأيها يمكن أن تجري خبرة بالشروط المذكورة في المادة 12-1142 L وهذا طبقاً للمادة 9-1142 L فإذا أقرت اللجنة، بعد إجراء الخبرة أنه لا يتوافر في الضرر الجسامة، عليها أن تعلن عدم اختصاصها وتبليغ الأطراف بذلك، وإذا قررت اللجنة أن الشروط المطلوبة قانوناً متوافرة ولا سيما شرط الجسامة الوارد في الفقرة (2) من المادة 1-1142 L تصدر اللجنة رأياً حول ظروف الضرر وأسبابه ومدى الأضرار، وكذا نظام التعويض المطبق وهذا طبقاً لنص المادة 8-1142 L ويجب أن تصدر رأيها في أجل (6) أشهر من تاريخ إخطارها، كما يجب أن يبلغ الشخص المخطر الديوان المؤسس بالأشخاص المعنيين بالنزاع (المادة 22-1142 L). كما تقوم اللجنة باللجنة بإخطار السلطة المختصة بالمتابعات التأديبية لمعاينة الإخلالات (المادة -1142 L 8 الفقرة الرابعة).

وإذا قدرت اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض أن الضرر يدخل ضمن أحكام الفقرة (1) من المادة 8-1142 L تقيم مسؤولية ممتهن الصحة، المؤسسات، هيئات الصحة، منتج من المنتجات الصحية. ويجب أن يبلغ الرأي إلى المؤمن المسئول عن الضرر الذي يجب عليه أن يتقدم بعرض للمضور أو ذوي الحقوق في أجل (4) أشهر تبعاً لاستلام رأي اللجنة، وهذا في حدود سقف الضمان لعقود التأمين، وقبول العرض من المضور يعد صلحاً في مفهوم أحكام المادة 2044 من القانون المدني الفرنسي وهذا طبقاً للمادة 14-1142 L فقرة (7).

وفي هذه الحال يجب أن يتم دفع التعويض خلال مدة شهر من بدء من تاريخ وصول القبول إلى المؤمن، وإذا تأخر الدفع عن تلك المدة يترتب على المسئول دفع فوائد

عنها بضعف المعدل القانوني لها طبقا لنص المادة 4-1142 L فقرة (8) من ق.ص.ع.ف.

ويمكن للمضرور أن يرفض العرض الذي تقدم به المؤمن ومن ثم عليه أن يرفع دعوى أمام القاضي المختص من أجل تقدير مبلغ التعويض الناجم عن الأضرار التي لحقت به، وإذا تبين للقاضي بشكل واضح أن العرض الذي تقدم به المؤمن غير كاف، فيمكن له أن يحكم على المؤمن كجزء بدفع مبلغ يساوي 15 بالمائة من قيمة التعويض الذي دفع إليه على الأكثر.

وفي حالة سكوت المؤمن أو إذا رفض تقديم عرض، أو إذا كان المسئول غير مؤمن عليه، فإن المكتب الوطني للتعويض يأخذ على عاتقه دفع التعويض للمضرور، ويحتفظ بحقه في الرجوع على المسئول أو على مؤمنه طبقا بما جاء في نص المادة 1-1142 L من ق.ص.ع.ف، وعندما اللجنة بأن الأضرار قابلة للتعويض باسم التضامن الوطني، يجب تبليغ الرأي الصادر عنها إلى المكتب الوطني للتعويض وفقا للإجراءات نفسها المطبقة على المؤمن المشار إليها طبقا لنص المادة 7-1142 L من ق.ص.ع.ف.

هذا كله بالنسبة للمشرع الفرنسي، أما المشرع الجزائري فلم ينص على إنشاء صندوق خاص لتعويض ضحايا (الحوادث الطبية والعلل العلاجية المنشأة و إنتانات المشافي) الناجمة عن أعمال ترتبط بالوقاية والتشخيص والعلاج في حالة انتفاء خطأ الطبيب أو المستشفى، وإنما اكتفى بالمادة 140 مكرر (1) من ق.م.ج. بالإشارة إلى تكفل الدولة بتعويض المضرور عن الضرر الجسماني اللاحق به في حالة انعدام المسئول، ولم يكن للمضرور أي يد فيه.

فعلى خلاف الصندوق الخاص بالتعويضات، الذي يتكفل بتحمل كل أو جزء من التعويضات المقررة لأصحاب الحوادث الجسمانية أو ذوي الحقوق في حالة انعدام

المسئول، فحبذا لو أن المشرع الجزائري حذا المشرع الفرنسي بإنشاء صندوق لتضامن الوطني يتكفل بتعويض المضرور في حالة انعدام المسؤولية لانتفاء الخطأ، كما فعل بالنسبة لحوادث المرور¹.

المطلب الثاني

التعويض عن طريق الدولة

تبرز أهمية دور الدولة في تعويض المخاطر الطبية في تلك الحالات التي نكون بصدد ما يمكن أن نطلق عليه "كارثة طبية"، وعدم وجود آلية تضطلع بالتعويض، حيث تلتزم الدولة في مثل هذه الحالات أن تأخذ على عاتقها عبئ القيام بهذا الدور.²

ويقتضي منا البحث عن هذا الدور الذي تقوم به الدولة، تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نعرض في أولهما تطور مفهوم مسؤولية الدولة، ونتناول في الثاني خصائص تعويض المخاطر الطبية عن طريق الدولة.

الفرع الأول

تطور مفهوم مسؤولية الدولة

يمكن القول إن مفهوم مسؤولية الدولة في فرنسا عن تعويض الضرر العلاجي، قد مر بمرحلتين، أولهما هو الاتجاه نحو الفصل بين المسؤولية والتعويض أو التأكيد التدريجي للتعويض المستقل عن المسؤولية وثانيهما هو الاستقرار على التعويض بدون مسؤولية.

¹ فريحة كمال، المرجع السابق، ص 364.

البند الأول: الاتجاه نحو الفصل بين المسؤولية والتعويض

في بادئ الأمر، لم يكن من الممكن أن تلتزم الدولة بتعويض أي ضرر ناشئ عن نشاطها الخاضع لقواعد القانون العام، إلا إذا ثبتت مسئوليتها عن هذا الضرر، غير أن هذا الالتزام بين ثبوت مسؤولية الدولة وبين التزامها بالتعويض قد طرأ عليه تطور مزدوج وملموس.

فمن ناحية، لم يعد القضاء يستلزم توافر الخطأ الجسيم في المجال الطبي للقول بمسؤولية السلطة العامة عن تعويض المخاطر الطبية¹، وذلك على أساس أن مسؤولية الإدارة عن الحوادث الطبية التي تقع في المؤسسات العلاجية العامة هي مسؤولية عن تقديم الخدمات²، بحيث تقوم مسئوليتها على أساس الخطأ البسيط عندما يكون الضرر ناتجا عن سوء التنظيم أو سوء المرفق، أو عن سوء تقديم العناية والرعاية اللازمة للمرضى بصفة عامة³.

ومن ناحية ثانية، لم يقف التطور عند هذا الحد، بل تجاوزه إلى درجة التخلي عن استلزام توافر الخطأ الواجب الإثبات للقول بقيام المسؤولية بلا خطأ، والالتزام الدولة بالمسؤولية - كمسئول أخير - لتعويض الأضرار التي لا تجد ملتزما بالتعويض عنها كالكوارث الطبيعية⁴، والتي يمكن أن تكون الكوارث الطبية إحدى صورها.

ومما هو غني عن الذكر أن التزام الدولة بالتعويض في مثل هذه الحالات لا يقرره القضاء، وإنما يفرضه القانون.

¹ T.A. de Nantes 30 juill.1991, A.J.D.A. 1992, p. 179 ; C.E , 4 nov.1970, A.J.D.A. 1971 , p.178.

أشار إلى هذا الحكم، والقرار أشرف جابر سيد مرسي، المرجع السابق، ص 472.

² أشرف جابر سيد مرسي، المرجع السابق، 472.

³ حمدي علي عمر، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الزقازيق، مصر، 1995، ص 41.

⁴ محمد إبراهيم الدسوقي، المسؤولية المدنية بين الجماعية والفردية، مجلة المحاماة، ص 04، العدد الأول والثاني، يناير 1974، ص 90.

البند الثاني: ملامح جديدة للتعويض بلا مسؤولية مثبتة

وأول هذه الملامح الجديدة هو أساس هذا التعويض، والذي نجده في فكرة المساواة بين المواطنين، والتي ظهرت جليا في الكثير من الحالات والتي منح من خلالها المشرع الجزائري التعويض¹، أخذا بمبدأ التضامن الاجتماعي الذي اعتنقه في تعويض العديد من الأضرار، كتلك الناجمة عن حوادث الإرهاب، وتلك الناتجة عن انتقال عدوى مرض الإيدز الأمر الذي يغدو معه التضامن الاجتماعي طريقا مكملا لنظام التأمين من المسؤولية².

ومن الملامح الجديدة كذلك لهذا التعويض، ما يتعلق بآلية أدائه، حيث تلتزم الدولة به دون أن يكلف ضحايا الكوارث الطبية بإثبات قيام المسؤولية، وهو ما يعني أن هذا التعويض هو تعويض آلي مرتبط بتحقق الضرر، ويدور معه وجودا وعلما³.

ويترتب على ذلك، أنه لا محل لإعفاء الدولة من هذا الالتزام، ويرجع ذلك أن مخاطر المرتبطة بالمجال الطبي لا يمكن أن تصل إلى درجة صفر، وهو ما يستتبع امتناع القول بقيام القوة القاهرة كسبب لإعفاء الدولة من المسؤولية لتخلف أحد شروطه بصفة شبه دائمة، وهو شرط عدم التوقع، فالخطر الطبي دائما متوقع، وليس هناك خطر في المجال الطبي يمكن أن نطلق عليه خطر منعدم⁴.

¹ آمال بكوش، المرجع السابق، ص 206 و 207.

² J.M. Pontier, L'indemnisation des victimes contaminées par le virus du sida (loi de 31 déc 1991), Gaz.Pal, 1992, p. 35.

³ أشرف جابر سيد مرسي، المرجع السابق، ص 473.

⁴ سعاد هواري، المرجع السابق، الهامش الثالث، ص 59.

الفرع الثاني

خصائص التعويض عن طريق الدولة

يتميز تدخل الدولة في مجال تعويض المخاطر الطبية بأنه من ناحية تدخل مكمل من حيث المبدأ، ومن ناحية أخرى تدخل متنوع من حيث طرقه.

البند الأول: تدخل مكمل من حيث المبدأ

إن تأكيد الطابع التكميلي لتدخل الدولة لتعويض المخاطر الطبية المرتبط بالضرر العلاجي يعني أمرين هو الطابع الاحتياطي لهذا التدخل، والثاني هو الطابع الضروري له.

أولاً/ الطابع الاحتياطي لتدخل الدولة

ولا يقصد بالطابع الاحتياطي لتدخل الدولة، القول بأنه تدخل فرعي، وإنما يقصد به أنه تدخل تكميلي، حيث لا يبرز دور الدولة في تعويض المخاطر الطبية إلا في حالة عدم وجود أو عجز آليات التعويض الأخرى عن تعويض تلك المخاطر¹.

ثانياً/ الطابع الضروري لتدخل الدولة

فلا يعني القول بأن تدخل الدولة ذو الطابع التكميلي أنه ليس ضروري، بل بالعكس من ذلك تماماً، فهذا التدخل يبدو حتمياً لتلبية مقتضيات العدالة التي ينشدها ضحايا المخاطر الطبية.

فتأمين المسؤولية الطبية الذي يمثل آلية التعويض الأساسية، لا يشكل الحل الكافي في جميع الحالات، لا سيما عند وقوع الكوارث الطبية التي ينوء بتعويضها نظام التأمين، يضاف إلى ذلك حالة ما إذا امتنع المؤمنون عن ضمان مخاطر طبية معينة، كما أن هناك

¹ أشرف جابر سيد مرسي، المرجع السابق، ص474.

حالات معينة تبدو فيها الأضرار التي تترتب على استخدام عقار أو منتج دوائي معين غير منظورة حال إبرام عقد التأمين من المسؤولية التأمين، ومن ثم فإن مثل هذه الأضرار تكون خارجة عن نطاق الضمان، ولا يكون هناك من سبيل لتعويضها سوى أن تتدخل الدولة، فدور هذه الأخيرة، في مثل هذه الحالات، على الرغم من أنه مكمل، إلا أنه يبدو ضرورياً.

البند الثاني: تدخل متنوع في طرقه

إذا ما وضعنا في الاعتبار تقنيات القانون العام، فإننا نجد أن تدخل الدولة يأخذ إحدى صورتين، إما المساعدات، وإما التعويض.

فالدولة تتبع سياسة المساعدات، فتمنح تلك المساعدات إلى طائفة أو فئة من المجتمع ممن أصابتهم كوارث عامة كالزلازل والسيول والأوبئة وما إلى ذلك، دون أن تثور مسألة مسؤولية الدولة، حيث تركز هذه المساعدات على فكرة المنحة التي تجود بها الدولة على رعاياها، دون أن يكون لهؤلاء الحق في التمسك أو المطالبة بها¹.

وهذه السياسة - سياسة المساعدات - لا تعدو أن تكون مجرد مساهمة من الدولة تشكل مظهراً لاهتمامها بالضحايا الجديرين بالاهتمام، كما يعلن المشرع ذلك في العديد من الحالات.

أما في نطاق تعويض المخاطر الطبية، كما في حالة تعويض ضحايا الإيدز، فإن الدولة تتبع سياسة التعويض، وهي سياسة تقوم أساساً على فكرة أن تعويض ضحايا تلك

¹ أشرف سيد جابر مرسي، المرجع السابق، ص 475.

المخاطر حق لهم وليس منحة، كما أن فكرة المسؤولية تظل مرتبطة بها، وغالبا ما يكون التعويض كاملا بحيث يغطي كافة الأضرار التي تلحق بضحايا المخاطر الطبية¹.

ومن الناحية الفنية، فإن تدخل الدولة لتعويض المخاطر الطبية إما أن يكون بطريق استخدام ميزانية التكاليف المشتركة، أو بطريق تخصيص بند في الميزانية العامة²، وهذا الأسلوب الأخير تم استخدامه في واقعة هامة عرفت باسم قضية "هرمون النمو الملوث"، وهو المرض المعروف باسم **creutzfeldt-jakob**، وهو مرض خطير يصيب الأطفال بتليف الجهاز العصبي.

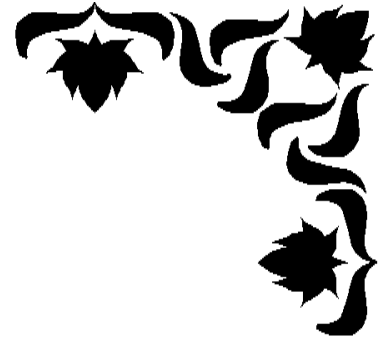
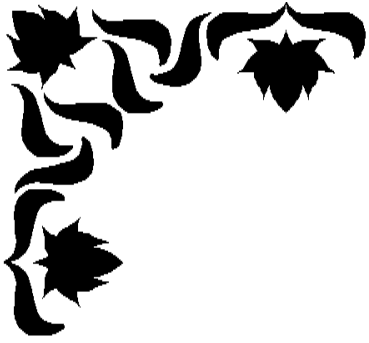
فقد قررت الدولة الفرنسية بخصوص هذه الواقعة أن تتحمل بالكامل تعويض ضحايا هذا المرض، الذين لم يتجاوز عددهم 500 شخص، وذلك على بند خاص من ميزانية كل من وزارتي الشؤون الاجتماعية والصحة³.

وجدير بالملاحظة أن هذا الحل لا يؤخذ به إلا حيث يكون عدد الضحايا محدودا، وهو ما يؤكد على خصوصية الدور الذي تقوم به الدولة لتعويض ضحايا المخاطر الطبية، والذي يتمثل في مواجهة الكوارث الطبية التي تقع بصورة مؤقتة، وتصيب فئة أو طائفة من المجتمع. وذلك بخلاف ما لو كان الخطر دائما ويتعلق بعدد مرتفع، أو غير محدود من الضحايا، فإنه يكون من المحتم اللجوء إلى آلية أخرى للتعويض، وذلك بالرجوع إلى نظام صندوق الضمان، والذي تفضله السلطة العامة الفرنسية في كثير من الحالات.

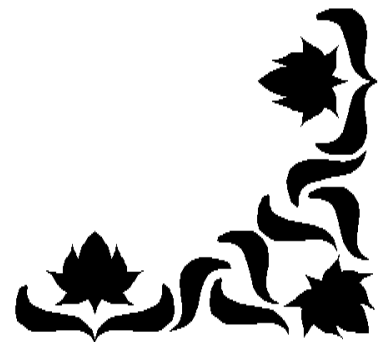
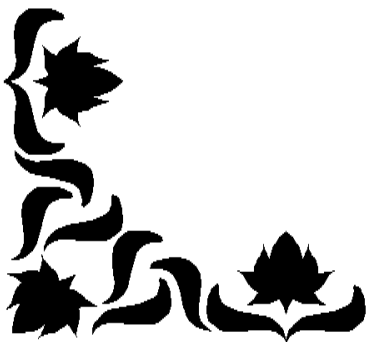
¹ محمد محمد عبد اللطيف، مشكلات المسؤولية الإدارية، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، كلية الحقوق. جامعة المنصورة. مصر، 2004، ص 75.

² أشرف سيد جابر مرسي، المرجع السابق، ص 475.

³ أشرف سيد جابر مرسي، المرجع السابق، ص 476.



الخاتمة



بعد أن فرغت بحمد الله وتوفيقه من دراسة الموضوع الذي عنوانته " توجهات المسؤولية المدنية"، وقد حاولت البحث في مختلف جوانبه والمشكلات التي يثيرها، ينبغي علينا الآن ذكر ما توصلنا إليه من نتائج واقتراحات.

إذا أمكن القول بأن المسؤولية المدنية هي مرآة المجتمع تعكس تفاعلاته ونزاعاته وتطوراتها، فيظهر على سطحها آثار تلك التغيرات التي تعتريه، لأمكننا القول أن المسؤولية المدنية بقواعدها التقليدية ذات الصبغة الشخصية المؤسسة على فكرة الخطأ أصبحت عاجزة عن مواكبة الحياة العصرية وأنماطه المعيشية والاجتماعية.

فثورة التطورات التي لا تكاد تهدأ، وتزايد الطابع الجماعي للنشاط الإنساني، وخطورة النتائج التي تترتب على هذا النشاط جعل تحديد شخص أمرا عسيرا، حتى وإن أمكن تحديده فيتعذر عليه في أحيان كثيرة جبر الأضرار التي تأتت من نشاطه، مما يرتب عنه قصور في الوظيفة التعويضية للمسؤولية.

والحق أن قواعد المسؤولية المدنية الراهنة هي أحوج ما تكون لمزيد من الاستجابة لتلك الصورة التي تمثل لب القانون المدني وهي استعادة التوازن المفقود بسبب الأضرار الناجمة عن نشاط الأفراد، وذلك عن طريق جبر وإصلاح الضرر الناتج عن الفعل الضار، بعيدا كل البعد عن فكرة الإثم الخلقي أو فكرة الردع أو الخلاص من الذنب، ودون حاجة إلى الغوص في البواعث والنوايا واصطناع المعيار تلو الآخر لضبطها، هذه الأفكار التي أسالت الكثير من الحبر وسطرت ما لا يعد ولا يحصى من كتب الشرح على متون فقه نظرية الخطأ، وما يدور في فلكها من نظريات شخصية، والاكتفاء لتحقيق المسؤولية بوقوع ضرر ناتج عن فعل مشروع كان أم غير مشروع مما يحقق نوعا من العدالة الاجتماعية التي لا تعنى بغير المبادئ العامة، مجردة من الظروف الخاصة بكل حالة على حدة

ولقد كان من الطبيعي أن يلقي هذا التطور بضلاله على المسؤولية المدنية في أحد أهم مجالاتها وهو المجال الطبي، حيث يعد هذا الأخير من أكثر صور النشاط الإنساني دقة وتعقيدا.

ويرجع ذلك إلى ما يحيط بالنشاط الطبي من صعوبات جمة، لانسبابه على بدن الإنسان وجهل العلم في بعض الأحيان لطبيعته الخلقية، فضلا عن المسؤوليات المتعددة التي تحيط بهذا النشاط، فالطبيب المعالج يسأل عن خطئه الشخصي وعن خطأ تابعيه وعن خطأ من يحل محله، وعن الحوادث الناتجة عن الأدوات التي يستخدمها، بل وقد يسأل مع غيره عن الحوادث التي تقع داخل الفريق الطبي.

ولكن وإن سلمنا بتعدد مشكلات المسؤولية المدنية في المجال الطبي لما يكتنفها من صعوبات فنية دقيقة، وما يستتبع ذلك من صعوبات قانونية شائكة تتمثل في صعوبة إثبات هذه المسؤولية، وكذلك صعوبة تكييف بعض صور السلوك التي تصدر عن الأطباء وبالتالي عدم تقرير المسؤولية واستبعادها، وإذا كنا نسلم كذلك بقداسة مهنة الطب وحريتها وتوسيع دائرة المجال في أعمالهم الطبية تقديرا لعملهم الإنساني. إلا أنه لا يجوز لنا في الوقت ذاته إغفال جانب المريض، فالمريض في نهاية المطاف هو الضحية ولا يجديه كثيرا الخوض في غمار المسؤولية الطبية ومشكلاتها، والذي يعنيه فقط هو أن يصل إليه حقه في التعويض عما لحقه من ضرر.

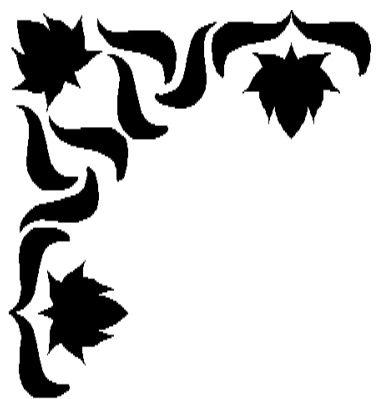
وبنظرة واقعية على المنازعات التي تثور بين المرضى، نرى عددا مذهلا من دعاوى المسؤولية التي تهدد الأطباء، وفي ذات الوقت لا يفلح المرضى في الحصول على التعويضات التي يرونها كافية لجبر أضرارهم.

وعلى ضوء هذه النتائج رأينا أنه من الواجب علينا أن نبين أهم المقترحات والتوصيات والمتمثلة فيما يلي:

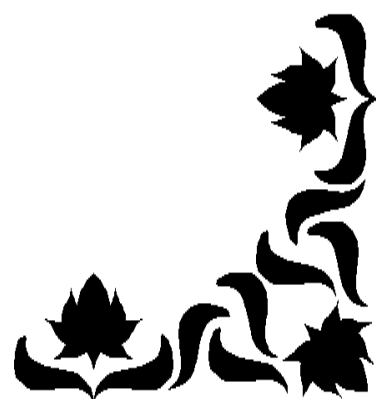
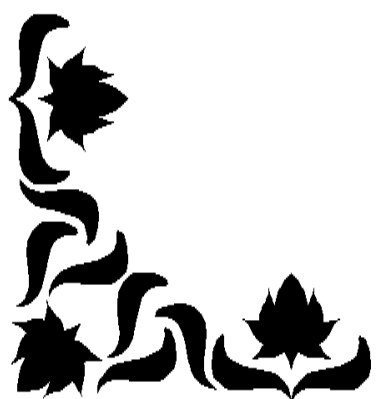
أولاً: وضع منظومة قانونية متكاملة خاصة بالمجال الصحي وبمهنة الطب، يراعى فيها ما حققه الطب من تطور وازدهار في مختلف مجالاته وتخصصاته من ناحية، كما يراعى فيها الأخذ بما وصل إليه الفقه القانوني والقضاء الحديث في مجال المسؤولية الطبية من ناحية أخرى، بشكل يسمح بسن نصوص قانونية متنوعة ومتكاملة تكفل تحقيق التوازن بين ضمان حماية المريض المضرور، وتوفير مجال من الحرية والإبداع للطبيب في القيام بمهنته.

ثانياً: تبني نظام تأمين إجباري حقيقي وحازم من المسؤولية الطبية، يسهل من خلاله حصول المريض أو ذويه على التعويض الذي يجبر ما أصابهم من ضرر ويساعد الطبيب على حل مشكلة دفعه التعويض.

ثالثاً: إنشاء صندوق تضامن خاص بضحايا الأخطاء الطبية غير المؤمن ضدها، شبيه بصندوق التضامن الوطني الفرنسي، تحت غطاء هيئة وطنية مستقلة تضم جميع القطاعات المعنية، وذلك قصد تمكين المتضررين من الحصول على حقهم في التعويض المناسب وتحقيق أكبر قدر من العدالة.



قائمة المراجع



❖ باللغة العربية

أولا/الكتب

أ/الكتب العامة

1. جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، ط2، دار المعارف، مصر، 1958.
2. جنيف فيني، المطول في شرح القانون المدني الفرنسي، ترجمة إبراهيم شمس الدين، ط1، المؤسسة الجامعية للنشر، لبنان، 2011.
3. رضا محمد جعفر، رضا المضرور بالضرر و أثره على الحق في التعويض، دار الجامعة الجديدة، مصر،
4. سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.
5. سليمان حمية، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
6. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج 2، في الالتزامات، المجلد الثاني في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط 5، مصر، 1988.
7. -----، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول الأحكام العامة (أركان المسؤولية)، ط 2، معهد البحوث و الدراسات العربية، مصر، 1971.
8. شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير على مختصر خليل، الجزء الرابع، مطبعة مصطفى محمد، مصر، 1373هـ.
9. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة، عن فعل الأشياء، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1981.
10. عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، منشورات بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

11. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1968.
12. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج 1 ، ط3، العراق، 1977.
13. عبد المنعم فرج صدة، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1982.
14. علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
15. -----، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.
16. علي فيلاي، الالتزامات - العمل المستحق للتعويض-، المؤسسة الوطنية لفنون الطبع، الجزائر، 2000.
17. محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، منشأة المعارف الاسكندرية، 1980.
18. محمد العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
19. محمد صبحي نجم، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
20. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء، ط2، مكتبة الوفاء للنشر، القاهرة. مصر، 2009.
21. نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة مصر ، 1995.

ب/ الكتب المتخصصة

1. أسعد عبيد الجميلي، المسؤولية الطبية المدنية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2009.
2. إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني و الخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية- دراسة قانونية مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان-بيروت-، 2007.

3. أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب - مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القضائي و الكويتي، ذات السلاسل للطبع و النشر، 1986.
4. أحمد الحيارى، المسؤولية المدنية لطبيب - في ضوء النظام القانوني الأردني و النظام القانوني الجزائري - ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2005.
5. أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و عن أخطاء مساعديه، د د ن، د ت.
6. آمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية- مصر -، 2011.
7. أشرف جابر سيد مرسي، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، مصر، 1999.
8. بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية والجزائية بين النظرية و التطبيق، دار الإيمان، سوريا، 1984.
9. حسين عامر، عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية، ط 2، دار المعارف، مصر، 1979.
10. حسن زاكي الابراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1981.
11. الحاج أحمد بابا عمي، الجمع بين تعويض المسؤولية المدنية و تعويض التأمين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014.
12. سهير المنتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، مصر-القاهرة-، 1990.
13. طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب - دراسة مقارنة-، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004.
14. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 1982.

15. عبد اللطيف الحسيني ، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، ط1، الشركة العالمية للكتاب، لبنان -بيروت-، 1987.
16. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات، منشأة المعارف للنشر، مصر ، 2000.
17. علي عصام غصن، الخطأ الطبي، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006.
18. عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية الطبيب في الشريعة الإسلامية و القانون السوري و المصري و الفرنسي، دار المعارف ،لبنان، 1975.
19. عبد الحميد ثروت، تعويض الحوادث الطبية- مدى مسؤولية التداعيات الضارة للعمل الطبي-، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2006.
20. عبد الحميد المنشاوي، الطب الشرعي و دوره الفني في البحث عن الجريمة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، 1998،
21. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، دار النهضة، مصر، 1986.
22. عادل محمد الطائي، المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.
23. محمد راييس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2010.
24. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، مصر - الإسكندرية- ، 2011.
25. محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة و تطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، مصر - القاهرة-، 1980.
26. -----، الوجيز في عقد التأمين، دار النهضة العربية، غير مشار لسنة النشر
27. محمد نصر الدين منصور، ضمان تعويض المضرورين بين قواعد المسؤولية واعتبارات التضامن الاجتماعي، الطبعة الأولى، دار النهضة لعربية، مصر، 2001.

28. منير رياض حنا المسؤولية الجنائية للأطباء و الصيادلة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989.
29. مراد بن صغير، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دار حامد للنشر و التوزيع، الأردن، 2015.
30. هدى قشقوش، القتل بدافع الشفقة، دار النهضة العربية، مصر، 1996.

ثانيا/ الرسائل والمذكرات

أ/ الرسائل:

1. حسام الأهواني، الأضرار الناتجة عن الإصابات الجسمانية، رسالة دكتوراه، باريس، سنة 1968
2. حمدي علي عمر، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الزقازيق، مصر، 1995.
3. محمد عادل عبد الرحمان، المسؤولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه، العراق، 1985.
4. نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1996/1997،

ب/ المذكرات

1. بلعيد بوخرس، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
2. بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية بين الأساس التقليدي ل
3. لمسؤولية المدنية والأساس الحديث، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان - الجزائر -، 2007-2008،
4. فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري - تيزي وزو - 2012،
5. عامر نجيم، العقد الطبي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2013/2014

6. عياشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة ماجستير - المسؤولية المهنية-، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011.

7. معمر بن طرية، مدى تأثير فكرة المخاطر على نظام القانوني للمسؤولية المدنية للمهنيين، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011-2012.

ج/ مقالات

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تقويت الفرصة، مجلة الحقوق الكويتية، س 10، عدد 3، 1983.

2. سليمان مرقس، مجلة القانون و الاقتصاد، السنة 7، العدد 1، يناير 1937، مطبعة فتح الله الخوري.

3. محمد فارح، حكم الشرع الإسلامي في العلاج بغرسة الأعضاء أو ترقيقها، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر، العدد الثاني، السنة الثانية، جانفي 1971،

4. محمد إبراهيم الدسوقي، المسؤولية المدنية بين الجماعية والفردية، مجلة المحاماة، س 04، العدد الأول والثاني، يناير 1974

5. محمد محمد عبد اللطيف، مشكلات المسؤولية الإدارية، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، كلية الحقوق. جامعة المنصورة. مصر، 2004،

6. معمر بن طرية، نظام المسؤولية الموضوعية ودوره في تقوية النظام التعويضي لحوادث المنتجات المعيبة، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان. الجزائر، العدد الأول، سنة 2014،

7. مراد بن صغير، التأصيل الفقهي (الشرعي) و القانوني للتلقيح الاصطناعي و أثره على الرابطة الأسرية، مجلة الحجة - تصدر عن منظمة المحامين -، العدد الأول، جويلية الجزائر، 2007.

8. وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مجلة القانون و الاقتصاد، مصر، عدد 4 و 5، س 12، 1942.

9. سعاد هواري، مسؤولية المرافق الصحية العمومية على أساس المخاطر، مجلة الحجة، الاتحاد الوطني لمنظمة المحامين لناحية تلمسان، عدد 03، جانفي 2016

ثالثا/ النصوص القانونية

أ/ القوانين الجزائرية

أ.1/ النصوص التشريعية والتنظيمية

أ.1.1/ النصوص التشريعية

1. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1394 الموافق ل 26 سبتمبر، المعدل و المتمم بقانون 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق ل 20/06/2005، ج.ر، عدد 44، لسنة 2005.

2. الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر، عدد 15، لسنة 2005

3. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم .

4. الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25/01/1995 المتعلق بالتأمينات، ج ر عدد رقم 13 مؤرخة في 08/03/1995

5. القانون رقم 09-01 المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق ل 25 فبراير 2009، المعدل لقانون العقوبات، ج.ر رقم 15 لسنة 2009.

6. القانون رقم 85/05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق ل 16 فبراير سنة 1985 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، ج.ر، عدد 08، لسنة 1985

أ.2.1/ النصوص التنظيمية

1. المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم عام 1413 الموافق ل 6 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر، عدد 52، لسنة 1992.

2. المرسوم التنفيذي رقم 07-321 المؤرخ في 10 شوال 1428 الموافق ل 22/10/2007 يتضمن تنظيم المؤسسات الإستشفائية الخاصة وسيرها، ج.ر عدد 67 المؤرخة في 12 شوال 1428 الموافق 24/10/2007.

ب/ القوانين العربية

1. نظام مزاولة المهن الصحية السعودية الصادر بتاريخ 3 ذي القعدة 1426 هـ. المنشور في مرجع: معن شحدة إدريس، الأخطاء الطبية نحو حماية قانونية متوازنة لأطراف الأخطاء الطبية، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان (ديوان المظالم)، سلسلة التقارير القانونية، رقم 77، فلسطين.
2. القانون الليبي رقم 1986/17 المتعلق بالمسئولية الطبية. المنشور في مرجع: معن شحدة إدريس، الأخطاء الطبية نحو حماية قانونية متوازنة لأطراف الأخطاء الطبية، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان (ديوان المظالم)، سلسلة التقارير القانونية، رقم 77، فلسطين.
3. قانون الإتحاد الإماراتي رقم 10 لسنة 2008. المنشور في مرجع: معن شحدة إدريس، الأخطاء الطبية نحو حماية قانونية متوازنة لأطراف الأخطاء الطبية، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان (ديوان المظالم)، سلسلة التقارير القانونية، رقم 77، فلسطين.

❖ مراجع باللغة الفرنسية

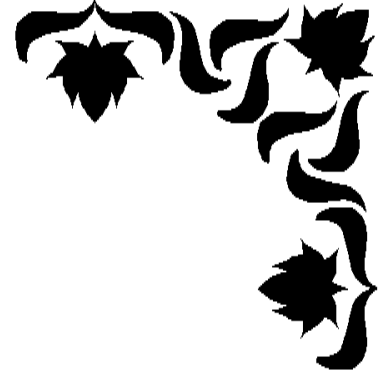
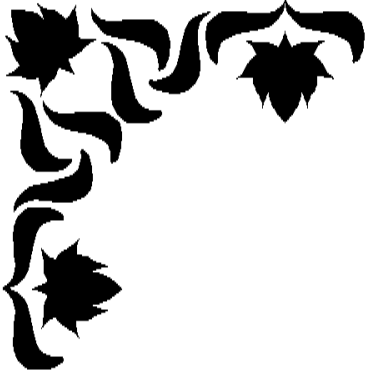
Ouvrages

1. Abdelkader Khadir : la responsabilité médicale a l'usage des praticiens de la médecine et du droit, édition houma, Alger, 2014.
2. Henri Roland et Laurent Boyer, Boris Stark : droit civil, paris 1985.
3. _ J.Panneau : responsabilité du médecin, 2^{ème} M.M.Hannouz et A.R.Hakem : Précis de droit médicale a l'usage des praticiens et de médecine et du droit O.P.U, Alger, 2000
4. -----: La réforme de la responsabilité Médicale(responsabilité ou assurance), RID.Com , 1990.
5. J. Savatier : Traité du droit médical, Dalloz, paris, 1956.
6. ----- : la profession libérale, Dalloz, paris , 1947.
7. Savatier René : Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité ?, Extrait du recueil Dalloz, 1967.
8. ----- : Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels, D. H ? France, 1931.
9. J.M. Pontier, L'indemnisation des victimes contaminées par le virus du sida (loi de 31 déc 1991), Gaz.Pal, 1992, p. 35.

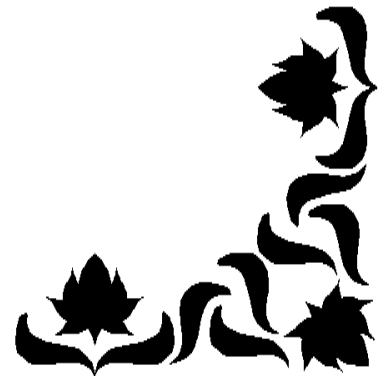
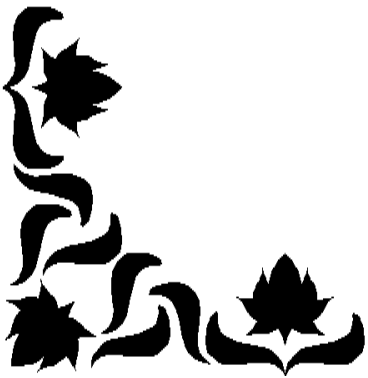
10. J.Ghestin : Les condition de la responsabilité, 2ém éd, L.G.D.J, 1998.
François chapuisat : le juge l' assureur de responsabilité civile et les .11
fonds d'indermnisation, R.G.AT, 1992.

Theses et Articles et Chroniques

1. ROGER MISLAWSKI, Thèse, la causalité dans la responsabilité civile recherche sur ses rapport avec la causalité scientifique, université Cergy-Pontoise, année 2006.
2. ANNE BOYER : l'information dans le système de santé nature et conséquence sur la relation médicale , thèse présenté a l' école doctorale science de l'homme et de société, université de l'immoge, 2008.
3. J. Maen : Essai sur la responsabilité civile des médecin, Thèse Grenoble, France, 1934.
4. Pierre Bettermieux : Essai Historique rt critique sur le fondement de la responsabilité en droit français, Thèse, Lille – France-, 1991
5. ¹ Péré- Végé Finon : Faute et assurance dans la responsabilité médicale, Thèse, Paris, 1972.
6. V. Rodet : la responsabilité civile des médecins et la jurisprudence actuelle, thèse, lyon, 1937.
7. Tunc, Rapport présenté au 11 éme congrès international de morale médicale, R.G.D.M, 1966, P33.



الفهرس



الموضوع	الصفحة
مقدمة.....	02.....
الفصل الأول: المسؤولية الطبية وفق التوجه التقليدي للمسئولية المدنية.....	07.....
المبحث الأول: المسؤولية التقصيرية الطبية.....	12.....
المطلب الأول: النشأة التقصيرية للمسئولية الطبية.....	12.....
الفرع الأول: استقرار القضاء الفرنسي على الطبيعة التقصيرية حتى سنة 1936.	13.....
الفرع الثاني: حجج أنصار المسؤولية التقصيرية.....	14.....
المطلب الثاني: قيام المسؤولية الطبية التقصيرية.....	16.....
الفرع الأول: أركان المسؤولية الطبية.....	16.....
البند الأول: الخطأ الطبي.....	16.....
الفقرة الأولى: تعريف الخطأ الطبي.....	17.....
أولا/ تعريف الفقه القانوني للخطأ.....	17.....
ثانيا/ التعرير التشريعي للخطأ الطبي.....	18.....
الفقرة الثانية: معيار الخطأ الطبي.....	18.....
أولا / المعيار الشخصي.....	19.....
ثانيا/ المعيار الموضوعي.....	20.....

22	ثالثا/ المعيار المختلط
24	الفقرة الثالثة: صور الخطأ الطبي.....
25	أولا/ الأخطاء الناجمة عن الإخلال بالواجبات الأخلاقية
25	أ/ عدم مراعاة شخص المريض وكرامته
26	ب/ الإخلال بالقواعد الأخلاقية لمهنة الطب
26	ثانيا/ الأخطاء الفنية الناجمة عن الإخلال بالأصول العلمية المهنية
27	البند الثاني: الضرر الطبي.....
28	الفقرة الأول: أنواع الضرر الطبي
28	أولا/ الضرر المادي
28	ثانيا/ الضرر المعنوي
32	ثالثا/ تفويت فرصة الشفاء أو الحياة.....
34	الفقرة الثانية: شروط الضرر الطبي
34	أولا/ المساس بحق أو بمصلحة مالية للمضروب
35	ثانيا/ أن يكون الضرر محققا
36	البند الثالث: العلاقة السببية.....
36	الفقرة الأولى: قيام العلاقة السببية.....
37	أولا/ نظرية تعادل الأسباب.....

- 39..... ثانيا/ نظرية سبب الملائم
- 42..... الفقرة الثانية: تفويت الفرصة كوسيلة لتطويع العلاقة السببية
- 44..... الفقرة الثانية: انتفاء العلاقة السببية
- 45..... أولا/ القوة القاهرة
- 45..... ثانيا/ خطأ المضرور
- 47..... ثالثا/ خطأ الغير
- 49..... الفرع الثاني: الحالات التطبيقية للمسؤولية التقصيرية
- 49..... البند الأول: حالات انتفاء العقد
- 49..... الفقرة الأولى: حالة انعدام قدرة المريض عن التعبير عن إرادته
- 50..... الفقرة الثانية: حالة امتناع الطبيب عن تقديم العلاج أو المساعدة الطبية
- 51..... الفقرة الثالثة : حالة الطبيب العامل في مرفق عام
- 53..... البند الثاني: حالات بطلان العقد
- 54..... البند الثالث: إصابة غير المريض بضرر
- 54..... البند الرابع: اقتران الخطأ المدني بالخطأ الجنائي
- 55..... الفرع الثالث: مسؤولية الطبيب التقصيرية عن فعل الغير (العلاقة التبعية)
- 60..... المبحث الثاني: المسؤولية الطبية العقدية
- 64..... المطلب الأول: شروط مسؤولية الطبيب عقدية

65.....	الفرع الأول: ضرورة وجود عقد
66.....	الفرع الثاني: أن يكون العقد صحيحا
66.....	البند الأول: الرضا
66.....	الفقرة الأولى: رضا المريض
67.....	الفقرة الثانية: رضا الطبيب
67.....	الفقرة الثالثة: أهلية الأطراف
69.....	الفقرة الرابعة: المحل
69.....	الفقرة الخامسة: السبب
69.....	الفرع الثالث: أن يكون خطأ الطبيب نتيجة لعدم تنفيذ التزام ناشئ عن العقد
71.....	الفرع الرابع: أن يكون المدعي صاحب الحق
72.....	الفرع الخامس: أن يكون المتضرر هو المريض
74.....	المطلب الثاني: طبيعة العقد الطبي
76.....	الفرع الأول: العقد الطبي عقد مسمى
76.....	الفقرة الأولى: العقد الطبي عقد وكالة
78.....	الفقرة الثانية: العقد الطبي عقد مقاوله
81.....	الفقرة الثالثة: العقد الطبي عقد عمل
82.....	الفرع الثاني: العقد الطبي عقد غير مسمى وذو طابع خاص

86. الفصل الثاني استقلالية المسؤولية الطبية عن التوجه التقليدي للمسؤولية المدنية.
87. المبحث الأول: نحو مسؤولية موضوعية طبية.....
88. المطلب الأول: التنظير الفقهي للمسؤولية الطبية الموضوعية.....
89. الفرع الأول: نظرية تحمل تبعة المخاطر.....
91. الفرع الثاني: نظرية الضمان.....
- المطلب الثاني: دوافع التحول من المسؤولية الخطئية إلى المسؤولية الموضوعية في
94. المجال الطبي.....
95. الفرع الأول: التطور العلمي والتقني.....
96. الفرع الثاني: ضغط الفقه.....
96. الفرع الثالث: تأثير التأمين على المسؤولية الطبية.....
97. المطلب الثالث: تأثير المسؤولية الموضوعية الطبية على مكانة الخطأ.....
99. الفرع الأول: المبدأ العام لطبيعة الالتزام الطب.....
100. البند الثاني: الاستثناءات التي ترد على الأصل أو المبدأ العام لطبيعة الالتزام الطبي.
102. أولا/ التزام الطبيب بضمان سلامة المريض.....
103. ثانيا/ التحاليل الطبية.....
104. ثالثا/ الأدوات والأجهزة الطبية.....
104. رابعا/ عمليات التجميل.....

105.....	خامسا/ التركيبات الصناعية
106.....	سادسا/ عمليات نقل الأعضاء
106.....	المبحث الثاني: التحول من فردية التعويض إلى الجماعية في المجال الطبي
108.....	المطلب الأول: التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي
109.....	الفرع الأول: مفهوم التأمين من المسؤولية الطبية
113.....	الفرع الثاني: خصائص عقد التأمين
114.....	الفرع الثالث: أهمية التأمين من المسؤولية
115.....	الفرع الرابع: إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية لطبيب
	المطلب الثاني: آليات الضمان المكمل لنظام التأمين من المسؤولية في المجال
117.....	الطبي
118.....	الفرع الأول: تعويض المخاطر الطبية عن طريق صندوق الضمان
119.....	الفرع الثاني: فلسفة تعويض المخاطر الطبية عن طريق صندوق الضمان
120.....	الفرع الثالث: شروط استحقاق التعويض باسم التضامن الوطني
123.....	الفرع الرابع: إجراءات التسوية عن طريق التضامن الوطني
127.....	المطلب الثاني: التعويض عن طريق الدولة
127.....	الفرع الأول: تطور مفهوم مسؤولية الدولة
128.....	البند الأول: الاتجاه نحو الفصل بين المسؤولية والتعويض

129.....	البند الثاني: ملامح جديدة للتعويض بلا مسئولية مثبتة
130.....	الفرع الثاني: خصائص التعويض عن طريق الدولة
130.....	البند الأول: تدخل مكمل من حيث المبدأ
131.....	البند الثاني: تدخل متنوع في طرقه
134.....	خاتمة
139.....	قائمة المراجع
149.....	الفهرس

الملخص:

تقوم المسؤولية المدنية عموماً حينما يخل الشخص بالتزامه القانوني، سواء أوجده القانون أو الاتفاق وهذا هو الجاري به العمل في المسؤولية الطبية، فمتى أخل الطبيب بواجبه القانوني في الالتزام بالحياة والحذر وسبب ضرراً للغير كان مسؤولاً مسؤولية تقصيرية لانتهاء الرابطة التعاقدية، أما إذا أخل الطبيب ببودده والتزاماته الناشئة عن عقد العلاج الذي يربطه بالمريض وسبب ذلك حدوث ضرر، كان الطبيب مسؤولاً مسؤولية عقدية.

غير أن هذا الوضع لم يعد مقبولاً في ظل التطور العلمي والتكنولوجي الذي مس جميع مناحي الحياة وخاصة المجال الطبي، حيث أصبح المضرور عاجزاً عن إثبات الضرر الذي لحقه من جراء هذا التقدم التقني الهائل. وأمام هذه التطورات والتحولات التي انصبت على المجال الطبي، حور الفقه والقضاء من توجهه سعياً منه لإعادة توازن العلاقة الطبية، فقررنا وفي مناسبات عدة قيام المسؤولية الطبية بمجرد حدوث ضرر على أساس المسؤولية الموضوعية.

الكلمات المفتاحية

الخطأ الطبي، الضرر الطبي، المسؤولية المدنية، المسؤولية الطبية، المسؤولية التقصيرية، المسؤولية العقدية، العقد

الطبي، المسؤولية الموضوعية.

résumé

La responsabilité civile est engagée en cas de violation par l'individu de l'une de ses obligations légales, que ce soit en vertu de la loi ou suite à un accord, le même principe est en vigueur en responsabilité médicale. Lorsque le médecin manque à son devoir d'obligation à la prévoyance et à la prudence et cause un dommage aux tiers, il serait déclaré responsable de négligence pour défaut de lien contractuel ; or, si le médecin manque à ses clauses et obligations découlant du contrat de soins qui le lie au malade et que ce manquement ait donné naissance à un dommage, la responsabilité engagée du médecin est, dans ce cas, contractuelle.

Cette situation n'est, de nos jours, plus admissible en raison du développement scientifique et technologique qui caractérise tous les domaines de la vie notamment le domaine médical, car la personne préjudiciée est incapable de prouver le préjudice qu'elle subit en raison du développement technique considérable. Devant l'évolution et la transformation que connaît le domaine médical, la jurisprudence et la justice ont fait en sorte de rétablir l'équilibre de la relation médicale et ce, en engageant la responsabilité médicale par le simple fait du préjudice subi dans le cadre de la responsabilité subjective.

Mots-clés : erreur médicale, dommage médical, responsabilité civile, responsabilité médicale, responsabilité par négligence, responsabilité contractuelle, contrat médical, responsabilité subjective.

summary

Civil liability is involved in case of violation by the individual of any of its legal obligations, whether under the law or following an agreement, the same principle is in force in medical liability. When the doctor fails in its obligation to have the foresight and prudence and causes injury to the patient, he would be declared responsible for negligence because of privity vice ; or if the health care provider fails to meet his covenants and obligations under the care of his contract with the patient and such dereliction has resulted in damage, the doctor in this case is contractually liable.

This situation is, nowadays, no longer admissible because of scientific and technological development that characterizes all domains of life including the medical field, because the injured person is unable to prove the damage he suffered from because of to the considerable technical development. Before the evolution and transformation that knows the medical field, jurisprudence and justice have made sure to restore balance to the medical relationship and that, by engaging the medical liability by the simple fact of the damage under subjective responsibility.

Keywords: medical malpractice, medical injuring liability, medical malpractice, negligence liability, contractual liability, medical contract, subjective responsibility.

ملخص :

تقوم المسؤولية المدنية عموماً حينما يخل الشخص بالتزامه القانوني، سواء أوجده القانون أو الاتفاق وهذا هو الجاري به العمل في المسؤولية الطبية، فمتى أخل الطبيب بواجبه القانوني في الالتزام بالحيلة والحذر وسبب ضرراً للغير كان مسئولاً مسؤولية تقصيرية لانتهاء الرابطة التعاقدية، أما إذا أخل الطبيب ببوده والتزاماته الناشئة عن عقد العلاج الذي يربطه بالمريض وسبب ذلك حدوث ضرر، كان الطبيب مسئولاً مسؤولية عقدية. غير أن هذا الوضع لم يعد مقبولاً في ظل التطور العلمي والتكنولوجي الذي مس جميع مناحي الحياة وخاصة المجال الطبي، حيث أصبح المضرور عاجزاً عن إثبات الضرر الذي لحقه من جراء هذا التقدم التقني الهائل. وأمام هذه التطورات والتحويلات التي انصبت على المجال الطبي، حور الفقه والقضاء من توجهه سعياً منه لإعادة توازن العلاقة الطبية، فقررنا وفي مناسبات عدة قيام المسؤولية الطبية بمجرد حدوث ضرر على أساس المسؤولية الموضوعية.

الكلمات المفتاحية: الخطأ الطبي، الضرر الطبي، المسؤولية المدنية، المسؤولية الطبية، المسؤولية التقصيرية، المسؤولية العقدية، العقد الطبي، المسؤولية الموضوعية.

Résumé :

La responsabilité civile est engagée en cas de violation par l'individu de l'une de ses obligations légales, que ce soit en vertu de la loi ou suite à un accord, le même principe est en vigueur en responsabilité médicale. Lorsque le médecin manque à son devoir d'obligation à la prévoyance et à la prudence et cause un dommage aux tiers, il serait déclaré responsable de négligence pour défaut de lien contractuel ; or, si le médecin manque à ses clauses et obligations découlant du contrat de soins qui le lie au malade et que ce manquement ait donné naissance à un dommage, la responsabilité engagée du médecin est, dans ce cas, contractuelle.

Cette situation n'est, de nos jours, plus admissible en raison du développement scientifique et technologique qui caractérise tous les domaines de la vie notamment le domaine médical, car la personne préjudiciée est incapable de prouver le préjudice qu'elle subit en raison du développement technique considérable. Devant l'évolution et la transformation que connaît le domaine médical, la jurisprudence et la justice ont fait en sorte de rétablir l'équilibre de la relation médicale et ce, en engageant la responsabilité médicale par le simple fait du préjudice subi dans le cadre de la responsabilité subjective.

Mots-clés : erreur médicale, dommage médical, responsabilité civile, responsabilité médicale, responsabilité par négligence, responsabilité contractuelle, contrat médical, responsabilité subjective.

Summary :

Civil liability is involved in case of violation by the individual of any of its legal obligations, whether under the law or following an agreement, the same principle is in force in medical liability. When the doctor fails in its obligation to have the foresight and prudence and causes injury to the patient, he would be declared responsible for negligence because of privity vice ; or if the health care provider fails to meet his covenants and obligations under the care of his contract with the patient and such dereliction has resulted in damage, the doctor in this case is contractually liable.

This situation is, nowadays, no longer admissible because of scientific and technological development that characterizes all domains of life including the medical field, because the injured person is unable to prove the damage he suffered from because of to the considerable technical development. Before the evolution and transformation that knows the medical field, jurisprudence and justice have made sure to restore balance to the medical relationship and that, by engaging the medical liability by the simple fact of the damage under subjective responsibility.

Keywords: medical malpractice, medical injuring liability, medical malpractice, negligence liability, contractual liability, medical contract, subjective responsibility.