

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس
كلية الحقوق و العلوم السياسية



نظام التعويض عن الأخطاء الطبية

أطروحة مقدمة لنيل شهاده الدكتوراه علوم في القانون الخاص

تحت إشراف:
أ.د بودالي محمد

من إعداد الطالب:
أزوا عبد القادر

لجنة المناقشة :

رئيساً	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	- معوان مصطفى
مشرفاً ومقرراً	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	- بودالي محمد
عضواً	جامعة أدرار	أستاذ محاضر "أ"	- فتاحي محمد
عضواً	المركز الجامعي البيضا	أستاذ محاضر "أ"	- بواب بن عامر

السنة الجامعية: 2014-2015

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

" قَالُوا سُبْحٰنَكَ لَا عِلْمَ لَنَا اِلاَّ مَا عَلَّمْتَنَا اِنَّكَ
اَنْتَ الْعَلِیْمُ الْحَكِیْمُ "

سورة البقرة، الآية 32

الشكر و التقدير

أتوجه بالشكر الجزيل
إلى الأستاذ الدكتور بودالي محمد على قبوله الإشراف
على البحث، والذي أنار بتوجيهاته هذا البحث

و الشكر موصول أيضاً إلى كل أعضاء لجنة المناقشة

كما أتوجه بالشكر و العرفان إلى كل من ساهم في هذا
البحث من قريب أو بعيد.

الإهداء

إلى . . .

عبير الشوق و الحنين أمي (رحمها الله).

إلى . . .

البدر المنير أبي (حفظه الله ورعاه).

إلى . . .

العلياء التي بها أسمو أسرتي.

إلى . . .

كل من تعلم العلم للعلم ، فعلم نفسه وتعلم من غيره.

قائمة المختصرات les abréviations

1. باللغة الفرنسية:

Art	Article.
Bull. Civ	Bulletin des arrêts de la cour de cassation (Chambre civile)
C. A	Cour d'appel
C.A.A	Cour d'appel administratif
Cass. Civ	Cour de cassation, chambre civile.
C.Ass	Code des assurances
C.E	Conseil d'état
C.Civ.F	Code civile français
Ch	Chronique
Ch	Chamber.
Com	Commentaires
CSP	Code de santé publique
D	Dalloz
Doct	Doctrine
Ed	Edition
Gaz. Pal	Gazette du Palais
J. C. P	Juris Classeur Periodique
JORF	Journal officiel de la République française
Jur	Jurisprudence
L	Législative
N	Numéro
Op. cit.	Ouvrage précité
P	Page.
R	Réglementaire.
R.G.A.T	Revue général des assurances terrestres.
R. T. D	Revue trimestrielle de droit civil.
S.Jur	Semaine juridique
T.A	Tribunal administratif

2. باللغة العربية

ق.ص.ع.ت	قانون الصحة العامة وترقيتها
م.أ.ط	مدونة أخلاقيات الطب
ق.ع.ج	قانون العقوبات الجزائري
ق.م.ج	قانون مدني جزائري
ق.م.ف	قانون مدني فرنسي
إ.م.إ	إجراءات مدنية و إدارية
إ.ج	إجراءات جزائية
ق.ت.ج	قانون التأمينات الجزائري
ق.ح.م	قانون الحالة المدنية
م.ف.أ.ط	المدونة الفرنسية لأخلاقيات الطب
ص	صفحة

مقدمة

إن الفكرة السائدة لدى الجمهور في الوقت الحاضر هو أن لكل خطر شخص يسأل عنه، و أن المسئول الأخير عن ضمان التعويض هو المجتمع أو الهيئة الجماعية.¹ ويجد هذا التطور سببه في عدم كفاية قواعد المسؤولية المدنية لحماية ضحايا الحوادث الضارة خاصة فيما يتعلق بالأضرار الجسمانية. إذا يجب على المضرور أن يقيم الدليل على وجود أركان المسؤولية المدنية وهو ما قد يكون عسيراً في بعض الأحيان. وحتى في حالات المسؤولية القائمة على الخطأ المفترض، فإنه يمكن للمسئول أن يتخلص من المسؤولية متى أثبت وجود سبب أجنبي أدى إلى قطع علاقة السببية بين الخطأ و الضرر.

ولما كان إصلاح نظام المسؤولية المدنية أمراً ضرورياً فقهاً وقضائياً، فهل يتم ذلك بإصدار قوانين أساسية للنشاطات التي لم تعد القواعد العامة تتماشى معها، أم يكفي الإبقاء قدر الامكان على النظام التقليدي للمسؤولية مع بعض التغيير في مفهومه.

ولما كانت المسؤولية عن الأخطاء الطبية ماهي إلا تطبيق من تطبيقات المسؤولية المدنية فكان من الطبيعي أن يشملها هذا الاشكال بغية الوصول إلى نظام تعويضي ملائم وعادل. وقد أثبتت تجارب المجتمعات و الأفراد أن آثار الأخطاء الطبية ليس من السهل نسيانها بالمقارنة مع غيرها من أخطاء أصحاب المهن الأخرى، وهو ما يجعلها تأخذ اهتماماً زائداً عن غيرها من الأخطاء المهنية.

ومن ناحية أخرى فإن ظاهرة الأخطاء الطبية ليست ظاهرة محلية، و إنما هي ظاهرة عالمية وموجودة حتى في المؤسسات الصحية التي تحتوي على التجهيزات الطبية العالية، و المهارات الصحية ذات كفاءة و تدريب عاليين، إلا أن الجهود المبذولة للتعامل مع هذه الظاهرة على المستويات الإدارية و التشريعية و القضائية متباينة من دولة إلى أخرى. فبعض الدول وصلت إلى خطوات متقدمة في التعامل مع قضايا الأخطاء الطبية، على المستويين التشريعي و القضائي، وأنشأت مؤسسات خاصة للتعامل معها ودراستها والخروج منها

¹ - محسن عبد الحميد البيه، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية و دور تأمين المسؤولية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993، ص 14-15. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الضرر، دار وائل للنشر، الاردن، الطبعة الأولى 2006، ص 491.

باستخلاصات ونتائج من أجل الحد من عددها، وكذا وضع قوانين مستقلة خاصة في مجال نظام التعويض.

و في المقابل فإن البعض الآخر من الدول على غرار الجزائر ورغم اعترافها بالعدد المتزايد لديها من الأخطاء الطبية، إلا أنها تكتفي بتنظيم المجال الطبي من خلال الهياكل و المؤسسات و الالتزامات العامة لممتهني الصحة العامة، بينما جانب المسؤولية ونظام التعويض تلقى به كاهل القاضي باعتباره ملزماً بالفصل في دعوى التعويض بما تتيحه القواعد العامة،¹ وبما له من سلطة تقديرية في هذا المجال.

ومن هذا المنطلق فإن أهمية دراسة نظام التعويض عن الأخطاء الطبية تتبع من كون هذا النظام ينبغي أن يوازن بين حقوق الأطباء وأصحاب المهن الصحية من جهة، وحقوق المرضى و المضررين من جهة أخرى، فلا يجب أن يؤدي إلى تقييد أيدي مقدمي الخدمات الصحية، بأن يكون سبباً في إحجامهم وترددهم عن تقديم خدماتهم وخبراتهم في خدمة المريض، وفي الوقت نفسه ينصف المريض أو المتضرر من هذا الخطأ، بأن يهدف إلى تعزيز ثقة المواطن بالمهن الطبية وبالنظام الصحي، وليس مجرد السعي إلى مُساءلة العاملين الصحيين وتجريمهم بغض النظر عن أسباب وظروف الخطأ الطبي.

وما يزيد من هذه الأهمية أن المظهر الإيجابي للطب الحديث لم يكن ليخفي آثاره الضارة، فتطور العلوم الطبية أصبح من لوازمه الخطورة و التعقيد، فلا يزال الجسم الإنساني كائناً مجهولاً في الكثير من جوانبه.

وبين تقدم علم الطب وزيادة مخاطر العلاج، يبقى تحميل الطبيب أو المريض النتيجة أمر غير عادل، فلا بد أن يتحرك الطبيب بحرية و هو يعالج المريض، دون خوف من قيام مسؤوليته، وفي الوقت نفسه قد يكون المريض ضحية خطأ لا يمكن للطبيب أن يعوضه.

¹ - المادة الأولى ق.م " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية،

فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف.

فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة."

ومن هنا فإن إشكالية نظام التعويض عن الأخطاء هي كيفية الموازنة بين حقوق المرضى في التعويض، وبين الوظيفة الإنسانية للطبيب، وتزيد حدة هذا الإشكال في الأنظمة التي لم ترقى قواعد المسؤولية لديها إلى درجة القواعد الخاصة؟.

ولما كان موضوع البحث يجد سنده في العديد من الدراسات التي عنيت بالأخطاء الطبية، فقد حاول الباحث التركيز قدر لإمكان على الاجتهاد القضائي الجزائري في هذا المجال، على اعتبار أن تقدير التعويض في القانون الجزائري هي وظيفة يستأثر بها القاضي وحده بما له من سلطة تقديرية في تطبيق القواعد العامة في التعويض.

وحرصاً على بلوغ الغاية من البحث فقد استعان الباحث بالمنهج بالمنهج التحليلي و كذا المقارن. فجاء المنهج التحليلي لشرح موضوعات البحث وما تثيره من إشكالات قانونية، و إيراد التطبيقات القضائية و التشريعية بشأنها، إضافةً إلى استخلاص النتائج المترتبة عنها. أما المنهج المقارن فينحصر نطاقه في المقارنة بين ما توصل إليه القانون و القضاء الفرنسيين، بما أقره المشرع الجزائري من أحكام ، و تقييم هذا الأخير بناءً على ذلك.

وقد تم تقسيم البحث إلى بابين يتضمن الباب الأول بحث أساس التعويض عن الأخطاء الطبية من منطلق ازدواج أساس المسؤولية الطبية، حيث يتضمن الفصل الأول التعويض على المسؤولية الشخصية باعتباره الأصل في نظام التعويض. أما الفصل الثاني فيتضمن الأساس الموضوعي لنظام التعويض و الذي أصبحت دائرته تتسع شيئاً فشيئاً. أما الباب الثاني فيتضمن أحكام التعويض عن الأخطاء الطبية من منطلق التوجهات الحديثة في نظام التعويض و التي تقوم على قاعدة ضمان التعويض من خلال التعديل في وصف المسؤول عنه ، وعدالة مقداره و و تيسير سبل اقتضائه بصورة فعلية.

الباب الأول:

أساس التعويض عن

الأخطاء الطبية

لقد اقترن نظام المسؤولية و التعويض منذ إرساء قواعده بالقاعدة الأخلاقية، إذ لا يمكن الحديث عن المسؤولية ما لم يكن هناك اعتداء على النظام الأخلاقي المتمثل في الإخلال بواجبات الفرد ضمن المجتمع، و بالتالي فلا يلتزم الفرد بالتعويض إلا بناء على عمل خاطئ صدر منه.

ومن هنا كان الأصل المسلم به في نظر الفقه أن المسؤولية لا تقوم إلا على الخطأ و لا يلتزم محدث الضرر بالتعويض إلا بإثبات انحرافه في السلوك انحرافاً يمثل اعتداء على قواعد الأخلاق. ولقد كان من نتائج هذه النظرة الأخلاقية أن المسؤولية تؤخذ من وجهة نظر المسؤول وحده، فلا يسأل إلا إذا ثبت الخطأ في جانبه.

غير أن هذه النظرة الضيقة سرعان ما ثبت قصورها عن حماية المضرورين، بفعل ما أنتجه العصر الحديث من تزايد الأضرار خاصة الجسمانية و التي يعجز المضرور عن إثبات الانحراف من جانب محدث الضرر في مواجهتها، وكان من شأن ذلك حرمان الكثير من المضرورين من التعويض، و بالتالي فقد المسؤولية المدنية وظيفتها الإصلاحية. لذلك بدأت النظرة إلى المسؤولية تتحول من المسؤول إلى المضرور، بتسهيل قيام حقه في التعويض باعتبار أن الهدف هو جبر الضرر قبل أن يكون عقاباً للمخطئ.

فعلى الرغم من أن فكرة المسؤولية الشخصية لا تزال تستحوذ على مكان مهم ضمن قانون المسؤولية المدنية بصفة عامة، و المسؤولية الطبية (الفصل الأول)، إلا أنه من الثابت في الوقت نفسه و بفضل الجهود الفقهية و القضائية، أن ضرورة حماية المضرور من مخاطر العمل الطبي تقتضى القبول بالتعويض خارج نطاق المفهوم الشخصي للمسؤولية (الفصل الثاني).

الفصل الأول: التعويض على أساس المسؤولية الشخصية

يستمد الخطأ الطبي تعريفه من المفهوم العام للخطأ، فهو يمثل كل إخلال بالتزام إنساني أو فني تقرره التشريعات و الأصول العلمية المستقرة في مهنة الطب مع مراعاة الظروف المحيطة و الإمكانيات المتاحة للطبيب.

و إذا كان الخطأ الطبي لا ينشأ إلى بناءً عن مخالفة الطبيب لالتزاماته الانسانية أو الفنية، فإن ذلك يقتضي تحديد مضمون هذه الالتزامات (المبحث الأول)، ثم صور مخالفتها (المبحث الثاني)، و أخيراً نطاق المسؤولية عن هذه المخالفة (المبحث الثالث).

المبحث الأول: مضمون الالتزامات الطبية

إن تحديد مضمون هذه الالتزامات يقتضي بالضرورة تحديد مصدرها (المطلب الأول)، ثم تحديد نطاقها (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مصدر الالتزامات الطبية

منذ سنة 1936 بالنسبة للقضاء الفرنسي¹، وإلى غاية 1946 بالنسبة للقضاء المغربي²، وإلى 1969 بالنسبة للقضاء المصري³، استقر الوضع على أن علاقة الطبيب بالمريض هي كأصل عام علاقة عقدية. ومع ذلك فقد أثير الإشكال حول تكييف هذه العلاقة

¹ - Arrêt « Mercier » il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade, [...] du moins de lui donner des soins [...] consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science «

J.Penneau. La responsabilité du médecin. D.1992.p07. F.Chabas. **Vers un changement de nature de l'obligation medical.** J.C.P.1973.p 2541. G. Lepointe.droit médical et droit social; paris. p 12.13

إن تسمية هذا الحكم نسبة إلى اسم الضحية، حيث أن السيدة Mercier كانت تشكو من حساسية زائدة في الأنف. وبعد استشارة طبيبها المعالج قرر هذا الأخير بما له من سلطة في اختيار العلاج معالجتها بالأشعة السينية (X). و قد كان ذلك في 1925. وقد ترتب عن هذا العلاج عدة مضاعفات حيث أصيبت في وجهها بالتهاب ترتب عنه تلف الأنسجة المخاطية. فقام زوجها نيابة عنها برفع دعوى قضائية يطالب فيها بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها. وكان ذلك في سنة 1929، أي بعد مرور ثلاث سنوات على العلاج. وفي هذا الوقت كانت مدة التقادم التقصيري الذي تخضع له الدعوى العمومية و الدعوى المدنية التابعة لها هو ثلاث سنوات حسبما كان ينص عليه الفصل 638 من قانون الإجراءات الجزائية. و استناد إليه دفع الطبيب بسقوط الدعوى بالتقادم. غير أن المحكمة ردت هذا الدفع بعلّة أن الفصل 638 من قانون الإجراءات الجزائية لا تطبق على هذه الدعوى، لأنها دعوى مدنية ناشئة عن عقد إبرام بين الطبيب و السيدة Mercier، يلتزم بموجبه الطبيب ببذل عناية..، و لا تتقادم الدعوى إلا بمرور ثلاثين سنة طبقاً للفصل 2262 من القانون المدني الفرنسي. وبهذا الحكم حددت محكمة النقض الفرنسية الاطار العام للعلاقة بين الطبيب والمريض، وكذا طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب باعتبارها مسؤولية عقدية.

² - قرر محكمة الاستئناف بالرباط 1949/01/29.

³ - محكمة النقض المصرية 1969/06/16.

ضمن طائفة العقود (الفرع الأول)، و مدى حرية الأطراف في تكوين هذه الرابطة (الفرع الثاني)، و أخيراً مدى .شمول الرابطة العقدية لكل صور التدخل الطبي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تكيف الرابطة الطبية العقدية

يتميز الفقه و القضاء في مجال النشاط الطبي بين تسميتين: الأولى هي العقد الطبي ويقصد به العقد الذي يجمع الطبيب بالمريض لأغراض العلاج. أما التسمية الثانية فهي عقد الاستشفاء وهو العقد الذي يلجأ المريض بمقتضاه إلى المستشفى أو العيادة الخاصة طالباً الإقامة فيها قصد العلاج. وضابط التمييز بين العقدين يستند إلى نوع العلاج المقدم في كل منهما، فإذا كان من الأعمال الطبية التي لا يقوم بها إلا الطبيب فيكون العقد عقد علاج، أما إذا كان محل الالتزام الرئيسي علاجات عادية أو استشفائية فإن العقد هو عقد استشفاء. ولقد كان لتطور العلوم الطبية أثر كبير على هذا التقسيم، فالكثير من الأعمال التي كان يعهد بها سابقاً للمرضين على أنها أعمال عادية، أصبحت اليوم من قبيل الأعمال الطبية التي تقوم على الاختصاص، كما هو الحال بالنسبة لمهنة التخدير.¹

و حسب الاتجاه السائد في الفقه و القضاء فإن عقد العلاج هو ذو طبيعة خاصة، أي أنه يخرج عن دائرة العقود المسماة.² فهو و إن كان يرد على عمل معين إلا أنه يختلف عن

¹ - أحمد أدريوش، العقد الطبي، مطبعة الأمانة، الرباط، الطبعة الأولى 2010، ص 10.

² - فقد ذهب الفقيه بوتيه إلى أن عقد العلاج هو عقد وكالة، و كان سنده في ذلك أن القانون الروماني يميز بين الحرف اليدوية التي لا يزولها إلا الرق عادة فتكون العلاقة ضمنها من قبيل الإيجار، و بين المهن الحرة و التي تباشر في شكل وكالة تبرعية، إذ لا يصح للرجل الحر أن يؤجر خدماته، وكل ما يتلقاه إنما عبارات الشكر و الامتنان فلا يسمى المقابل أجراً.

ولقد انتقد هذا التكيف لأسباب عدة من أهمها: أن الوكالة في القانون الروماني تشمل الأعمال المادية و القانونية، أما مفهومها في التشريعات الحديثة فلا ينصرف إلا للتصرفات القانونية، وهو ما يتنفي بطبيعة الحال و الالتزام الناشئ عن عقد العلاج. كما أن الوكالة في التشريعات الحديثة هي في أصلها تبرعية، على خلاف عقد العلاج حيث يلزم المريض بدفع أجر الطبيب متى باشر عمله الطبي، بل إن التشريعات الحديثة تمنح للطبيب كل الضمانات التي من شأنها تسهيل استيفاء أجره.

بأقي الاللزامل بعمل، فهو عمل فكري و نفساني و إنساني. ثم إنه اللزامل يقلزني من اللطبيب القيام بمهمة أو بمصلحة عامة ااجتماعية و إنسانية يجب أن تمارس بعيداً عن اللجارة.¹ و يضيف مؤيدو هذا الللجاه بأن ما يميز عقد اللعلاج أيضاً هو اللسلطة اللتي يخلوها على جسم الانسان و اللتي لا نجد مثيلاً لها في غيره من اللعقود. أما فيما يعلق بأساس اللعقد فهو يلفر على عنصرين لا يلفوران في باقي اللعقود المسماة، وهما ثقة المريض باللطبيب، ووعي هذا الأخير بمهمته و كيفية أدائها، و المدعم بالحرية و الللستقلال في العمل.

ومع ذلك فإن هناك من يرى وبلق² أن هذا الللكيف محل نظر، إذ أن غايةه الللستبعاد إخضاع الأطباء في نطاق علاقتهم بزبائنهم لنظام قانوني محدد، و باللالي يعكس مثالية اللل الوسط، و لا يليل إلى نظام قانوني محدد. و إذا كان الللكيف عقد اللعلاج بأنه ذو طبيعة خاصة يمكن إعماله في الللشريع الفرنسي باعباره أقام للمسؤولية اللطبية و بفضل الللجاه القضائي، نظاماً قانونياً خاص بها، فإن اللوضع يليل بالنسبة لللشريعات اللتي مازالل ترى في المسؤولية اللطبية مجالاً لللقواعد العامة، إذ أن اللعبار عقد اللعلاج ذو طبيعة خاصة يليلنا وبللا شك إلى فراغ ملحوظ.

ورأى جانب آخر أن علاقة اللطبيب بالمريض هي علاقة عمل، أو عقد ايلجار اللخدمة. وقد تعرض هذا الللجاه بدوره إلى اللنقد: فعقد العمل قوامه علاقة اللتبعية، اللل يللزم الأليلر بوضع كل إمكانياته الفنية و العلمية اللل تصرف رب العمل دون غيره، مع الللنصياح لأوامره، وفي الللود العمل المطلوب منه، وهذا أهم عنصر يلفنقه عقد اللعلاج.

¹ - تطبيقاً لهذا الللمفهوم الللص المادة 06 م.أ.ط « يكون اللطبيب وليلر الأسنان في اللخدمة اللفر و اللصحة اللعمومية.» و الللص المادة 07 من اللقانون نفسه» الللص رسالة اللطبيب وليلر الأسنان في اللدفاع عن صحة الانسان الللدية و اللقلبية و في الللخفيف من المعاناة، ضمن الللحرام حياة اللفر و كرامته الللنسانية دون الللميز بين اللجنس و اللسن و اللعرق و اللدين و اللجنسية و اللوضع الللجماعي و اللعقيدة الللأساسية أو أي سبب آخر في اللسلم أو الللرب.» كما الللص المادة 20 من اللقانون نفسه أيضاً» يجب أن الللمارس مهنة اللطب و لليلر الأسنان ممارسة تجارية، و عليه يلمتتع اللطبيب أو لليلر الأسنان من اللقيام بلميع أساليب الللشهار الللباشرة أو غير الللباشرة.»

² - أحمد أدريوش، اللعقد اللطبي، اللمرجع اللل سابق، ص 10.

الفرع الثاني: مدى حرية الاطراف في إنشاء الرابطة العقدية

تنص المادة 42 من المدونة الجزائرية لأخلاقيات مهنة الطب « للمريض حرية اختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته، و ينبغي للطبيب أو جراح الأسنان أن يحترم حق المريض هذا و أن يفرض احترامه، و تمثل حرية الاختيار هذه مبدأ أساسياً تقوم عليه العلاقة بين الطبيب و المريض و العلاقة بين جراح الأسنان و المريض. و يمكن للطبيب أو جراح الأسنان مع مراعاة أحكام المادة 09 أعلاه أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج.»
و مما لا شك فيه أن لكل أصل استثناء، فإذا كان الأصل أن للطبيب الحرية في اختيار مرضاه، و أن المريض حراً أيضاً في اختيار طبيبه المعالج، فإن هذه الحرية ليس مطلقة بل تخضع لبعض الاستثناءات.¹

ومن جهة أخرى فإن إرادة المتعاقدين لا تكفي وحدها لإنشاء الرابطة العقدية، بل يجب أيضاً أن يكون هذا الاتفاق في إطار الحدود المشروعة التي يرسمها القانون، أو ما يسميه البعض بالنظام العام الصحي.²

البند الأول: حرية المريض في اختيار الطبيب

يعتبر حق المريض في اختيار الطبيب أو المؤسسة الصحية من المبادئ في التشريع الصحي،³ و يقصد بذلك أن يكون المريض حراً في اختيار الطبيب الذي يعالجه من بين أطباء القطاع الخاص، أو المؤسسة الصحية في كل مرة يحتاج فيها إلى العلاج. و مع ذلك فإن حق المريض في اختيار الطبيب يفترض من الناحية العملية توفر عدد كبير من الأطباء، وبتوزيع متوازن جغرافياً يشمل كل إقليم البلاد، وذلك بالقدر الذي يسمح للمريض بالاختيار، و الأمر يتعلق هنا بالقطاع الخاص دون القطاع العام.

¹ - زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي « دراسة مقارنة »، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر و البرمجيات، 2011، ص 87.

² - أحمد أدريوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 66. 143 وما بعدها.

³ - Art L1110-8 C.S.P.F «Le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un principe fondamental de la législation sanitaire.»

وحتى بالنسبة للمرضى المقيمين في المناطق الحضرية التي تحتوي قدراً كبيراً من الأطباء، فإن حرية الاختيار قد تصطدم بالقدرة المالية للمرضى، من حيث مصاريف العلاج و الأدوية.¹

وفضلاً عن ذلك قد تحول الحالة الصحية للمريض بينه و بين اختيار الطبيب، فتحل إرادة من ينوب عنه لاختيار الطبيب، أو أن هذا الأخير يتدخل من تلقاء نفسه متى كان المريض في حالة خطر. و لا يمكن القول في الحالة الأخير أن التدخل الطبي يأخذ حكم الفضالة،² لأن مصدر التزام الطبيب هو نص القانون، حيث تنص المادة 09 من المدونة الجزائرية لأخلاقيات مهنة الطب « يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضاً يواجه خطراً و شيكاً، أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له.»

البند الثاني: حق الطبيب في الامتناع عن العلاج

يعتبر الامتناع عن التعاقد بوجه عام الوجه السلبي لمبدأ حرية التعاقد. وهو ما يحرص عليه المحترفون للمهن الحرة كالأطباء، حيث المعتقد السائد أن للطبيب الحرية في اختيار مكان ممارسة مهنته معتبرين أن هذه الحرية هي من ضمن الحريات التي يكفلها الدستور، و بالتالي لا يمكن المساس بها بأي حال من الأحوال، و أن من حقه أيضاً قبول تقديم العلاج أو رفضه، لأن القول بغير ذلك يجعل الطبيب في حالة عبودية تسلبه الراحة الفكرية و الجسمانية معاً.³

¹ - أحمد أدريوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 113 وما بعدها.

² - تنص المادة 150 ق.م.ج « الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك.» ويتبين من ذلك أن من يتولى الشأن العاجل لا يكون فضولياً متى كان ملزماً بالقيام به، فهو ليس فضولياً يتبرع بالعمل لمصلحة الغير بل هو مدين يقوم بالتزامه نحو الدائن. أكثر تفصيلاً أنظر: السنهوري، الوسيط الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2011، ص 1400 وما بعدها. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الواقعة القانونية، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007، ص 491 وما بعدها.

³ - أحمد أدريوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 90.

غير أنه ولما كانت مهمة الطبيب هي في الأصل خدمة الفرد و المصلحة العمومية،¹ و أن رسالة الطبيب هي الدفاع عن صحة الانسان البدنية و العقلية و التخفيف من معاناته،² فإن حقه في رفض تقديم العلاج يتقيد بالضرورة بما تقتضيها الحالة الصحية للمريض، أو المصلحة العمومية.

وفي هذا السياق تنص المادة 08 من المدونة الجزائرية لأخلاقيات مهنة الطب أنه « يتعين على الطبيب وجراح الأسنان تقديم المساعدة لعمل السلطات المختصة من أجل حماية الصحة العمومية، وهما ملزمان على الخصوص بتقديم المعونة طبياً لتنظيم الاغاثة و لا سيما في حالة الكوارث.» كما تنص المادة 09 من المدونة نفسها « يجب على الطبيب وجراح الأسنان أن يسعفا مريضاً يواجه خطراً وشيكاً أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري.»

و لم يقتصر المشرع على إلزام الطبيب بتقديم العلاج في الحالات السالفة الذكر، بل اعتبر الامتناع عن تقديم العلاج جريمة يعاقب عليها القانون، إذ تنص المادة 182 قانون عقوبات جزائري « يعاقب بالحبس كل من يستطيع بفعل مباشر منه وبغير خطورة عليه أو على الغير أن يمنع وقوع فعل موصوف بأنه جنائية أو وقوع جنحة ضد سلامة الانسان و امتنع عن القيام بذلك، و يعاقب بالعقوبات نفسها كل من امتنع عمداً عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الاغاثة له وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير.»

إن نص المادة 182 قانون عقوبات يمثل أقصى صور الاجبار على التعاقد، حيث أن الطبيب ومتى أخل بالتزامه بالتدخل و تقديم المساعدة كان للمضروب أن يطالبه بالتعويض في إطار الدعوى المدنية بالتبعية. مع الإشارة هنا إلى أن هذا النص لم يشترط تحقق الضرر بل اشترط فقط تحقق الامتناع عن تقديم المساعدة لاعتبار الطبيب مسؤولاً جنائياً.

¹ - المادة 06 م.أ.ط.

² - المادة 07 م.أ.ط..

ولقيام مسؤولية الطبيب عن عدم مساعدة شخص في حالة خطر يجب اكتمال عناصر الجريمة، و المتمثلة في وجود الخطر، و أن يستوجب هذا الخطر المساعدة، و أن يمتنع الشخص عن المساعدة.

وإذا كان نص المادة 182 قانون العقوبات الجزائري لم توضح معنى الخطر على غرار المادة 223-2 من قانون العقوبات الفرنسي، فقد حاول الفقه و القضاء بيان خصائص الخطر مؤكداً أن الشخص الذي يعلم بالخطر هو وحده الذي يقع عليه التزام بالمساعدة، و أن الدائن بالمساعدة هو الإنسان دون غيره، وهو ما يتضح من عبارة « شخص في حالة خطر» الواردة ضمن المادة 182 السالفة الذكر. كما يشترط أن يكون الإنسان على قيد الحياة، فللتزام بالمساعدة لا يكون مستحقاً بعد الوفاة، ومع ذلك فإن القضاء لم يتوان عن إلزام المتهم بتقديم الدليل على أنه كان يعلم الوفاة في الوقت الذي امتنع عن المساعدة. و يشمل الخطر كل تهديد للحياة أو السلامة الجسدية للشخص الدائن به، بشرط أن يكون حالاً بأن يتطلب تدخلاً عاجلاً وفي الوقت المناسب.

و بالمقابل فإن المدين بالمساعدة لا تتحقق مسؤوليته ما لم يكن عالماً بالخطر الذي يتهدد الضحية،¹ و ألا تشكل المساعدة خطراً على المدين بها أو على الغير، وهو ما قصده المشرع في المادة 182 السالفة الذكر بعبارة « بغير خطورة عليه أو على الغير»، فمن لا يعرف السباحة لا يجوز إدانته نتيجة امتناعه عن مساعدة شخص يغرق، و الحكم نفسه في

¹ - لقد وضعت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية مبدأ عاماً في هذا المجال مفاده وجوب أن يكون المتهم عالماً بالطابع الحال و الجسيم للخطر الذي يتهدد الشخص، و الذي لم يكن ليثير أدنى شك في ضرورة التدخل العاجل من أجل إبعاده. و تريعاً عن هذا المبدأ يتم التمييز بين الشخص الذي يكون حاضراً شخصياً أثناء الحادث حيث يتحقق علمه بشكل لا نزاع فيه « الشاهد المباشر»، و بين الشخص الذي لم يعاين الحادث بل علم به عن طريق الغير بحيث يمكن افتراض علمه بالخطر « الشاهد غير المباشر»، كما هو الحال في مركز العلاج أو طلب النجدة الصادر من سائق السيارة أو الطبيب الذي تم إعلامه من طرف الجار أو القريب بالحالة الصحية الخطيرة للمريض. بودالي محمد، جرائم تعريض الغير للخطر عن طريق الامتناع، مجلة المحكمة العليا، ع 2، 2006، ص 94 وما بعدها.

حالة المريض الذي يعترض على تقديم العلاج بطريقة عدوانية تعرض الطبيب للخطر، ما لم يثبت أن المتهم لم يقم بأي فعل، أو أنه لم يطلب المساعدة أو الإغاثة من الغير.¹ ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 26-12-1995²، بأن قيام المسؤولية الطبية عن عدم مساعدة شخص في حالة خطر يجب اكتمال عناصر الجريمة، بأن يتحقق الركن المادي و المعنوي، و أن يكون الفعل المرتكب عمدياً. وقد جاء ضمن حيثيات الحكم « حيث يتبين من وثائق الملف وخاصة من تقرير الخبرة أن الطاعنة تعمل كطبيبة برتبة أستاذة مساعدة بالمستشفى الجامعي بتلمسان في اختصاص أمراض العيون، و حتى و إن كانت تقوم بالمدادومة بمنزلها - كما يسمح لها بذلك القانون- إلا أنها أعطت التعليمات الهاتفية للطبيب مداوم بالمستشفى، الرامية إلى إدخال المريض إلى المصلحة ووضعها تحت المراقبة و بداية العلاج في شكل مضادات للجراثيم ومضادات للالتهاب.

حيث أن الخبرة تبين أيضاً الأسباب التي أدت إلى فقدان عين الضحية، وهي رفض أب الضحية إدخال ابنته للمستشفى وعدم توفير دواء « روفاميسين » الذي لم يقدم إلا بعد اسبوع و تعفن الإبرة المتسببة في الوغزة.

حيث يستخلص أن الطاعنة حتى وإن لم تنتقل إلى المستشفى، قدمت المساعدة الطبية المطلوبة منها وقت الوقائع، مع الإشارة إلى منعها من دخول المستشفى من طرف رئيس المصلحة بسبب خلاف مهني، مما أدى إلى عدم متابعة الحالة الطبية للضحية خلال الايام الموالية.

حيث أن العنصرين المادي و المعنوي لجنحة عدم تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر غير متوافرة.

حيث بإدانة المتهمه يكون القرار المطعون فيه قد خالف المادة 182 من قانون العقوبات، مما يجعل الوجه مؤسساً و ينبغي الاستجابة إليه. »

¹ - محمد بودالي، جرائم تعريض الغير للخطر، المرجع السابق، ص 101 وما بعدها.

² - قرار صادر عن غرفة الجنج و المخالفات القسم الرابع، منشور بالمجلة القضائية رقم 1996/2 ص 82 وما بعدها.

و إذا كان الخطأ الجنائي الناشئ عن امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة للمريض يصلح بأن يكون أساساً لدعوى طلب التعويض - الدعوى المدنية بالتبعية-، فإن ذلك مشروط بأن يثبت الضرر ما أصابه من ضرر، وصلة هذا الأخير بامتناع الطبيب. وذلك على خلاف المتابعة الجنائية حيث يشترط تحقق الامتناع فقط.¹

ومن حيث أساس المسؤولية المدنية الناتج عن فعل الامتناع، فيمكن تأسيسها على فكرة التعسف في استعمال الحق مادام من حق الطبيب أن يمتنع عن العلاج للأسباب التي يحددها القانون. حيث تنص المادة 124 مكرر قانون م.ج « يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الاضرار بالغير.

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

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة،»

فكما يرى جانب من الفقه²، أن فكرة التعسف في استعمال الحق هي الانسب لأن تكون أساساً لمسؤولية الطبيب الممتنع، فإذا كان الامتناع عن التعاقد حق للمحترف، فإن لهذا الحق غاية اجتماعية مرتبطة بالوظيفة الاجتماعية للمهنة، ومن ثم فإن الامتناع يعد مشروعاً متى كان في سياق هذه الغاية، إما إذا حاد عنها فإن ذلك يعتبر تعسفاً في استعمال الحق.

البند الثالث: شرط المشروعية في العلاقة الطبية

إن الدور الذي يسند له المجتمع للأطباء هو واجب الوقاية من الأمراض و تشخيصها و العلاج منها و المحافظة على الصحة و البحث العلمي في ميدان الطب، و هذا الدور و أن كان مبرر للمساس بجسم الانسان المضمونة حرمة بمقتضى قواعد القانون، فإن كل خروج عنه يمثل عملاً غير مشروع يبطل بمقتضاه العقد الطبي، و تتحرك به المسؤولية.

¹ - رابيس محمد، نطاق و أحكام المسؤولية المدنية للأطباء و إثباتها، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 36.

² - عمر عزيمان، م.س. ص 276-277. نقلاً عن: أحمد أدريوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 113 وما بعدها.

و لإن كان الطب الحديث ميزته الإيجابية والفعالية، و التي جعلته يتجاوز حدود مهمته الأصلية التي هي الوقاية و العلاج، ليشمل أيضاً تحقيق رغبات أخرى للإنسان، كمنع الحمل، تغيير الجنس،¹ الاستنساخ،² الإنجاب الصناعي³...، فإنه بالمقابل ألقى بالعبء على التشريعات من أجل ضمان أن يبقى المساس بجسم الانسان قاعدةً و ليس مجرد استثناء.

ورغم أن العلاقة الطبية تنشأ التزامات متبادلة بين طرفيها، بأن يلتزم المريض أداء الأجر أو الاتعاب، مقابل تعهد الطبيب بتقديم الخدمة الطبية المتفق عليها، فإن التزام هذا الأخير لازال يثير الكثير من المشاكل سواء من حيث تحديد مضمونه أو من حيث

¹ - يعبر عن هذه الحالة باسم Transexscualisme، وهي عبارة عن شعور هذيانى ينتاب بعض الأفراد ذوى التكوين الجسماني الطبيعي، فيجعلهم يحسون بانتمائهم إلى الجنس المقابل و يرغبون في تغيير جنسهم، غير مقتصرين على أن يلعب الرجل دور المرأة بل أن يكون كذلك من الناحية الجنسية، أو هي إحساس يعانیه الفرد نفسياً يجعله يشعر بالتناقض بين جنسه التشريحي، وبين مجموع الأدوار أو الوظائف الجنسية الخاصة بالجنس الآخر، سواء كان راعباً في أداء تلك الأدوار، أو كان يشعر بها كأحد عناصر سلوكه التلقائي، معبراً عن هذا الشعور بالرغبة في التحول إلى الجنس الآخر بواسطة العلاج الهرموني و الجراحي. أكثر تفصيلاً أنظر أنس محمد إبراهيم بشار، **تغيير الجنس و أثره في القانون المدني و الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة**، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، 2003، ص 09.

² - هو عبارة عن توليد كائن حي أو أكثر إما بنقل النواة من خلية جسدية، أو بويضة منزوعة النواة، و إما بتشطير بويضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة و الأعضاء، أو تحويل خلية جسدية غير تناسلية إلى خلية تناسلية. ومن الناحية الطبية هو استحداث كائن حي مشابه للكائن الذي أخذت منه الخلية الحية، فهو عبارة عن عملية لا جنسية لتكثير كائنات متطابقة وراثياً، فهو عملية تكاثر شئ موجود فعلاً. أنظر علاء علي حسين نصر، **عملية الاستنساخ البشري و الهندسة الوراثية من الناحية القانونية**، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2006، ص 15.16.

³ - اعتبره المشرع الفرنسي نوعاً من أنواع المساعدة الطبية، وذلك في القانون المتعلق باستخدام منتجات الجسد و المساعدة الطبية للإنجاب الصناعي، الصادر بتاريخ 30 يوليو 1994. و تنص المادة 152 فقرة أولى من هذا القانون على أن « المساعدة الطبية للإنجاب يراد بها الممارسة للطب التطبيقي و البيولوجي الذي يسمح بالحمل في بيئة مصطنعة، ونقل الأجنة و التلقيح الصناعي، وكل تقنية لها أثر معادل تسمح بالإنجاب خارج العملية الطبيعية.» أنظر حسن إبراهيم أحمد إبراهيم هيكل، **النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية**، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2006، ص 117.

مشروعية.¹ إضافة إلى شرط الأهلية القانونية للطبيب (أولاً)، يشترط أن يكون محل التزام هذا الأخير مشروعاً بأن لا يخالف النظام العام أو الآداب العامة² (ثانياً).

أولاً: الأهلية القانونية للطبيب

هي الصفة القانونية التي بمقتضاها يتمتع الطبيب باحتكار قانوني لمزاولة مهنة الطب، و التي حدد المشرع الشروط الواجبة لاكتسابها.

وفي هذا السياق تنص المادة 197 من القانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها « تتوقف ممارسة مهنة الطب و الصيدلي وجراحة الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناء على الشروط التالية:

- أن يكون طالب هذه الرخصة حائزاً حسب الحالة على إحدى الشهادات الجزائرية: دكتوراه في الطب أو جراحة الأسنان أو الصيدلية، أو شهادة أجنبية معترفاً بمعادلتها.

- أن لا يكون مصاباً بعاهة أو بعلة مرضية منافية لممارسة المهنة.

- أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف.

أن يكون جزائري الجنسية، و يمكن استثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات و الاتفاقات الدولية التي أبرمتها الجزائر و بناء على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة.»

ويمكن إجمال الشروط الواردة في المادة 197 في ثلاث شروط:

- شهادة علمية في الاختصاص: حيث تتوقف مهنة الطب أو الصيدلة أو جراحة الأسنان على أن يكون الممارس متحصل على شهادة دكتوراه بحسب مقتضيات كل اختصاص. ولم يشترط المشرع أن تكون الشهادة وطنية بل يمكن أن تكون أجنبية، و لكن بشرط أن يكون معترفاً بها في إطار المعاهدات و الاتفاقات التي تبرمها الجزائر مع الدول الأجنبية.

¹ - أحمد أدريوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 159.

² - المادة 96 ق.م . المواد 266، 273، 274، 304، ق.ع.

- الجنسية الجزائرية: فيشترط في الممارس أن يكون متمتعاً بالجنسية الجزائرية، بغض النظر عن كونها جنسية أصلية أو مكتسبة، ويمكن الاستغناء على هذا الشرط بمقتضى اتفاقية بين الجزائر ودول أخرى.

- الترخيص الوزاري: يمنح هذا الترخيص بعد التأكد من الشروط السالفة الذكر، مع ضرورة ألا يكون طالب الترخيص مصاباً بعاهة أو بعلة مرضية منافية للمهنة، و ألا يكون قد تعرض لعقوبة مخلفة بالشرف. وبموجب هذا الترخيص يعتبر الطبيب متمتعاً بالأهلية القانونية الخاصة بمجال الطب،¹ بحسب طبيعة تخصصه- الطبيب-.

ويعد من قبيل الممارسة غير الشرعية لمهنة الطب، كل ممارسة للعمل الطبي لا تتم حسب مقتضيات المادة 197 و المادة 198 من قانون الصحة العامة وترقيتها، ولو كان مشاركاً في إعداد تشخيص أو معالجة أمراض أو اصابات جراحية أو تتعلق بطب الأسنان، من خلال أعمال شخصية أو فحوص شفوية أو كتابية، أو عن طريق أي أسلوب آخر كيفما كان نوعه. وتعتبر هذه الممارسة غير شرعية و تمت بحضور طبيب أو جراح أسنان مختص، و يستوي في ذلك أن تكون هذه المشاركة بأجر أو بدونه.

كما يعد من قبيل الممارسة غير مشروعة كل ممارسة دون ترخيص من الوزير المكلف بالصحة، سواء تمت الممارسة في القطاع العام أو الخاص.

و ينصرف عدم المشروعية أيضاً إلى كل الاشخاص ولو كانوا حائزين على الشهادة المطلوبة، متى ثبتت مساعدتهم للأشخاص المذكورين سابقاً.²

¹ - لا يستقل شرط الأهلية القانونية في مجال الطب، عن الأهلية العامة المنصوص عليها في المادة 40 ق.م « كل من بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية و لم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. و سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة.» فشرط السن يعتبر بديهياً في مهنة الطب بحكم مدة التكوين للحصول على الشهادة في الاختصاص، أما شرط التمتع بالقوة العقلية وعدم الحجر و التمتع بالحقوق المدنية، فهو ضمن الشروط الواجبة التأكد منها عند منح الترخيص الوزاري حسب المادة 197 من ق.ص.ع.ت. عشوش كريم ، **العقد الطبي**، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 29 وما بعدها.

² - المادة 214 ق.ص.ع.ت.

ثانياً: مشروعية محل الالتزام الطبي

تقضي المادة 93 قانون مدني « إذا كان محل الالتزام مستحيلًا في ذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً.»

ينصرف مفهوم النظام العام إلى كافة القواعد التي يقصد بها حماية مصلحة عامة تتعلق بنظام المجتمع، فيجب على الأفراد مراعاتها، و لا يجوز لهم مخالفتها باتفاقات فيما بينهم. وأهم ما يميز فكرة النظام العام أنه فكرة متغيرة تضيق و تتسع بحسب ما يعتبره الناس مصلحة عامة، فلا توجد قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديداً مطلقاً يتمشى مع كل زمان ومكان، لأن النظام العام شيء نسبي. وكل ما نستطيعه هو أن نضع معياراً مرناً يكون معيار المصلحة العامة، و تطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي إلى نتائج غير التي نصل إليها في حضارة أخرى.¹

وفي المجال الصحي فإن نطاق النظام العام يتحدد بحق الانسان في الحياة و بحقه في تكامله الجسدي.و النظام العام الصحي بهذا المعنى يقتضي المحافظة على حياة الأفراد و سلامة أجسادهم، و لا يجوز المساس بهما و لو كان ذلك برضا الفرد نفسه.² ومن هنا تحرص القوانين المدنية³ و التشريعات الصحية⁴ على توفير كل الضمانات التي من شأنها الحفاظ على حق الانسان في تكامله الجسدي، فلا يجوز المساس بكرامته أو بجسمه. كما تعد باطلة كل الاتفاقات التي تهدف إلى إعطاء الجسم البشري أو عناصره أو منتجاته قيمة مالية.

أما القانون الجنائي فقد اهتم أيضاً بتجريم الافعال التي تمثل مساساً غير مشروع بسلامة الانسان و تكامله الجسدي، من قتل و ضرب و جرح و تسميم.

¹ - السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، المجلد الأول، المرجع السابق، ص434 وما بعدها.

² - أحمد أدريوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 145 وما بعدها.

³ - المواد من 16 وما يليها ق.م.ف.

⁴ - المواد 161 وما يليها ق.ص.ع.ت.

ومادام الأصل هو حرمة المساس بالجسم البشري، فإن الخروج عن الأصل يحتاج إلى اعتبارات تبرره، ومن هنا أخذ الفقه يبحث عن مضمون جديد للنظام العام الصحي حيث يجوز المساس بسلامة الجسد تحقيقاً للمصلحة الصحية العليا للمجتمع. وهي مصلحته في أن يتمتع أعضائه بسلامة الجسدية، و أن تتدخل الدولة بإلزام الأفراد باتخاذ التدابير العلاجية و الوقائية لهذه الغاية كالالتزام بالتلقيح ضد الأوبئة و الامراض و الالتزام بالعلاج و الحجر الصحي في بعض الحالات.

و يهدف هذا الاتجاه إلى إباحة أعمال جراحية معينة وخاصة منها جواز التبرع بالأعضاء من جسم الانسان أو جثته بغرض الزرع، وجواز التبرع بالدم البشري، وجواز العلاج بزرع الأعضاء البديلة سواء الاصطناعية أو المأخوذة من جسم الإنسان أو من جثته، وجواز نقل الدم و مشتقاته و جواز إجراء التجارب البيوطبية على الانسان.¹

وإذا كان المشرع هو من يضع الحدود القانونية التي تضمن الحفاظ على حق الشخص في تكامله الجسدي، وذلك من خلال تحديد ضوابط الأعمال الطبية، خاصة تلك التي لا تعد مشروعة في ذاتها مثل القتل بدافع الشفقة أو الرحمة، و الإجهاض، إلا أن ذلك لم يزل الشك حول مشروعيتها.

أ: القتل بدافع الشفقة

يعتبر القتل بدافع الشفقة أو الرحمة تسهيل موت المريض الذي لا يرجى شفاؤه من مرضه، وذلك بالقيام بعمل ايجابي ينهي حياته، كمضاعفة الجرعة مثلاً، أو بعمل سلبي بوقف العلاج عنه، وفي الحالين تكون النتيجة هي وفاة المريض.²

¹ - أحمد أدريوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 150.

² - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الاسلامية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 346 وما بعدها. عراب ثاني نجية، مدى مسائلة الاطباء جنائياً عن قتل الرحمة، مجلة العلوم القانونية و الادارية، جامعة جيلالي اليابس، العدد 3، 2005، ص 147 وما بعدها.

وقد أثار هذا النوع من القتل إشكالاً قانونياً و أخلاقياً من حيث الباعث وهو الشفقة، و اختلفت الآراء بين مؤيد و معارض. ولم ينحصر النقاش في الدول الغربية فقط، بل امتد للدول العربية أيضاً.¹

ولقد كان للتقدم المتسارع للعلوم الطبية أثره أيضاً في توسيع دائرة الخلاف حول فكرة القتل بدافع الشفقة، خاصة بعد ظهور وسائل الإنعاش الصناعي، فقد أثير الجدل حول مدى اعتبار قطع الانعاش الصناعي قتلاً، أو قتلاً بدافع الشفقة.²

أما في الشريعة الإسلامية فالأحكام القطعية الثابتة لا تميز القتل بدافع الشفقة عن غيره من صور الاعتداء على النفس. ومن الآيات قوله تعالى « و لا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق»³. وقوله أيضاً « و لا تيأسوا من روح الله أنه لا ييأس من روح الله إلا القوم الكافرون».⁴ و قد دلت هذه الآيات في مضمونها على أن القتل غير جائز في كل صورته، و أن الشفاء بيد الله وما الطبيب إلا وسيلة مهما بلغ من مراتب المهارة و العلم.

ب: الاجهاض

إن الحديث عن الاجهاض يقتضي التمييز بين جريمة القيام بفعل الاجهاض، و بين الاجهاض لضرورة علاجية.

¹ - لقد أخذت بعض التشريعات العربية بتخفيف العقوبة في هذه الحالة، كما هو الحال بالنسبة لقانون العقوبات والسوداني، و السوري و اللبناني. أما قانون العقوبات الجزائري فلم يشر بتاتاً إلى هذه الحالة. عراب ثاني نجية، المرجع نفسه، ص 149 وما بعدها.

وقد وقعت في تونس أول قضية من هذا القبيل في مستهل سنة 1973 حيث اقدمت فتاة تونسية تبلغ من العمر ثمان عشر سنة و تتابع تعليمها بالسنة النهائية من الثانوي على قتل شقيقها البالغ من العمر سنتين و المصاب بشلل عجز الأطباء عن علاجه، و ذلك بأن أغرقته بماجل مملوء ماء يوجد بمحل سكنهما. وقد أدانة محكمة الجنايات بتونس الفتاة بجريمة القتل العمد مع تمتيعها بظروف التخفيف، و حكمت بعقوبة السجن خمس سنوات. و قد أثارت هذه القضية ضجة في لدى الرأي العام التونسي، بينما اتجهت الغالبية إلى تأييد ما قضت به المحكمة. أحمد أدريوش، **العقد الطبي**، المرجع نفسه، ص 150.

² - أحمد أدريوش، **العقد الطبي**، المرجع نفسه، ص 169.

³ - سورة الانعام، الآية 101.

⁴ - سورة يوسف، الآية 87.

فالإجهاض في ذاته يعتبر عملاً إجرامياً ولم تم بموافقة المرأة الحامل أو المفترضة كذلك، و يستوي في ذلك القيام بالفعل أو الشروع فيه، و بغض النظر عن الطريقة أو الوسيلة المستعملة لارتكابه.¹

و تشمل المتابعة الجزائية كل الذين يرشدون إلى طرق إحداث الاجهاض أو يسهلونه أو يقومون به،² أو من يقوم بالتحريض عليه،³ بل و حتى المرأة الحامل أو المفترضة كذلك،

¹ - المادة 304 ق.ع- القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006. « كل من أجهض امرأة حاملاً أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أم لم توافق أو شرع في ذلك، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار.

و إذا أفضى الاجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة.

وفي جميع الأحوال، يجوز الحكم علاوة على ذلك بالمنع من الإقامة.»

² - المادة 306 من القانون نفسه « الأطباء أو القابلات أو جراحو الأسنان أو الصيادلة و كذلك طلبة الطب أو طب الأسنان و طلبة الصيدلة و مستخدمو الصيدليات ومحضرو العقاقير و صانعو الاربطة الطبية و تجار الأدوات الجراحية و الممرضون و الممرضات و المدلكون و المدلكات الذين يرشدون عن طرق إحداث الاجهاض أو يسهلونه أو يقومون به. تطبق عليهم العقوبات المنصوص عليها في المادتين 304 و 205 على حسب الأحوال.

و يجوز الحكم على الجناة بالحرمان من ممارسة المهنة المنصوص عليها في المادة 23، فضلاً عن جواز الحكم بالمنع من الإقامة.»

³ - المادة 310 ق.ع(القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006) « يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من حرض على الاجهاض و لو لم يؤدي تحريضه إلى نتيجة ما وذلك بأن:

- ألقى خطاباً في أماكن أو اجتماعات عمومية.

- أو باع أو طرح للبيع أو قدم ولو في غير علانية أو عرض أو ألصق أو وزع في الطريق العمومي أو في الأماكن العمومية أو وزع في المنازل كتباً أو كتابات أو مطبوعات أو إعلانات أو ملصقات أو رسومات أو صوراً رمزية أو سلم شيئاً من ذلك مغلقاً بشرائط موضوعاً في ظروف مغلقة أو مفتوحة إلى البريد أو إلى عامل توزيع أو نقل.

- أو قام بالدعاية في العيادات الطبية الحقيقية أو المزعومة.»

سواء أجهضت نفسها عمداً أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي ارشدت إلى استخدامها لهذا الغرض.¹

أما إذا كان الاجهاض لضرورة علاجية، فيمثل غرضاً مشروعاً يمكن التعاقد لأجله متى توفرت الشروط التي يقتضيها القانون:²

- أن يكون الهدف من الاجهاض إنقاذ حياة الأم من الخطر: وذلك متى ثبت أن استمرار الحمل يشكل خطراً على حياتها، وفي هذا السياق اشترط المشرع المصري موافقة طبيب آخر غير الطبيب المشرف على الإجهاض، و أن يتم تحرير محضر يبين الحاجة إلى إجراء الاجهاض على أربع نسخ توقع من طرف الطبيب و المريضة أو زوجها أو وليها، و تحتفظ الأسرة و الأطباء بنسخة منها.³

وتجب الإشارة هنا إلى أنه إذا كانت غاية المحافظة على صحة الأم تبرر مشروعية التعاقد مع الطبيب لإجراء الاجهاض العلاجي، فإنها تبرر أيضاً اللجوء إلى مختلف الوسائل الممكنة لمنع الحمل باستعمال الوسائل المستحدثة و المطابقة للمواصفات الصحية.⁴

- أن يتم الاجهاض بإشراف طبيب أو جراح: وذلك بأن يكون مرخصاً له قانوناً بمباشرة العمل الطبي حسب طبيعة اختصاصه، و يشترط أن يباشر التدخل العلاجي أو الجراحي لغرض الاجهاض في مكان مخصص لذلك وبعد إبلاغ السلطة الادارية.

الفرع الثالث: نطاق المفهوم العقدي للرابطة الطبية

¹ - المادة 309 ق.ع (القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006) « تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين و بغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار، المرأة التي أجهضت نفسها عمداً أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي ارشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض.

² - المادة 308 ق.ع « لا عقوبة على الاجهاض إذا استوجبه ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء و بعد إبلاغه السلطة الادارية.»

³ - تيرس مراد، الاجهاض كإجراء طبي في قانوني العقوبات الجزائري و المقارن بين الاباحة و المنع، مجلة العلوم القانونية و الادارية، جامعة جيلالي اليابس، العدد 3، 2005، ص 147 وما بعدها.

⁴ - أحمد أدريوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 174.

رغم الاستقرار الفقهي و القضائي على العلاقة الطبية هي ذات أصل تعاقدية، إلا أن خصوم فكرة العقد قد قدموا العديد من الحجج لتبرير أن هذه الفكرة تظل عاجزة عن احتواء العلاقة التي بين الطبيب و المريض.¹

و لقد استندوا إلى العديد من الحجج من أهمها:

- إن فكرة العقد بحد ذاتها تغير مفهومها بالنظر إلى الأزمة التي يمر بها مبدأ سلطان الإرادة، و الذي انحصر دوره بشكل واضح بسبب تدخل الدولة في الميدان الاقتصادي و الاجتماعي، و توسع دائرة القواعد الآمرة، فأضحى القانون هو المصدر الحقيقي للالتزام التعاقدية.²

- إذا كانت حرية المريض في اختيار الطبيب تعتبر عنصراً أساسياً لاعتبار العلاقة عقداً، فلا يمكن القول بوجود العقد متى تدخل الطبيب من غير دعوته من طرف المريض، كأن يكون هذا الأخير فاقداً للوعي، أو أن الطبيب تواجد في مكان الحادث بالصدفة فيكون تدخله تنفيذاً للالتزام قانوني، هو عدم الامتناع عن مساعدة شخص في حالة خطر.³

- كل جريمة جنائية نتج عنها ضرر للغير توجب تطبيق المسؤولية التقصيرية تغليباً للناحية الجنائية في الموضوع. وعلى هذا الأساس فإن وصف الخطأ الطبي بأنه جرم جنائي يستوجب إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية حتى ولو كان هناك عقد بين الطرفين.⁴

¹ - أحمد أدريوش، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، مطبعة الأمانة، الرباط، ص 113.

² -R.Savatier : **Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui**, 2° série Dalloz 1999.p.222. voir aussi les origines et le développement du droit des profession liberales .op.cit.p 65.

نقلًا عن :أحمد أدريوش، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب،المرجع نفسه، ص 113.

³ - حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية في التشريع المصري و القانون المقارن، ص 68. نقلًا عن :أحمد أدريوش، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، المرجع السابق، ص 116.

⁴ - المرجع نفسه، ص 120.

ورغم أهمية هذا التحليل فإنه يبقى مجرد وسيلة لإخفاء حقيقة الطب الحر الاقتصادية و الاجتماعية، كما أن يعكس تمسكاً بالبناء التقليدي للعقد بعيداً عما أصاب هذه الفكرة من تطور¹:

- فلا ينبغي النظر إلى العقد بأنه مجموعة من المبادئ الثابتة دون اعتبار للمتغيرات الاجتماعية و الاقتصادية، ذلك أن الأزمة إنما أصابت النظرية التقليدية و المثالية للعقد فقط، لعدم استيعابها للتطورات الجديدة في مجال قانون العقود، والتي من أهم معالمها انتشار صور الاجبار القانوني على التعاقد. وبالتالي فلا مناص من الاعتراف بالعقد أداة أساسية ومصدراً رئيسياً للحقوق و الالتزامات.

- كما لا ينبغي أيضاً الإخلاص للنظرية التقليدية في العقد القائمة على حرية الاختيار، ذلك أنه حتى في الحالات التي يكون فيها المريض قادراً على اختيار الطبيب المعالج فإن هذه الحرية تبقى رهينة لمجموعة من المعطيات الاجتماعية أو الشخصية كعدم القدرة على تحمل نفقات العلاج، أو معطيات موضوعية كقلة عدد الأطباء، وتوزيعهم الجغرافي غير المتوازن.

و إذا كان القانون يفرض على الطبيب علاج المريض حالة كونه في خطر، فإن الطبيب يظل ملتزماً بالعناية نفسها التي يلتزم بها إزاء المريض الذي تعاقد معه بحرية و اختيار.

- وفي حالة وصول الخطأ الطبي إلى درجة الجرم الجنائي، فإن تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية تقتضيه طبيعة ووظيفة القاضي الجنائي، و التي تنحصر في تحديد مدى إخلال الطبيب بنص من نصوص القانون الجنائي، كما تقتضيه مصلحة المضرور أيضاً لما توفره المسؤولية التقصيرية من ضمانات قد تعجز عن توفيرها المسؤولية العقدية (طول مدة التقادم، عدم جواز الإعفاء من المسؤولية، التضامن المفترض، التعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع، عدم إلزامية الإعدار).فصحيح أن القاضي الجنائي لا ينظر في دعوى التعويض إلا باعتبارها ناشئة عن الجريمة، أي أنها تمثل إخلالاً بنص من نصوص القانون

¹ - المرجع نفسه، ص112 وما يليها.

الجنائي، إلا أن ذلك لا يغير من طبيعة العلاقة بين الطبيب و المريض و التي تظل علاقة عقدية.

المطلب الثاني: نطاق الالتزامات الطبية

لقد كان للقضاء دور مهم في تحديد الالتزامات الناشئة عن العلاقة الطبية، حيث أن محكمة النقض الفرنسية سطرت مضمونها منذ 1936 « Arrêt Mercier » بقولها « حيث يتكون عقد صحيح بين الطبيب و زبونه ينشئ على عاتق الممارس تعهداً لا يلزمه بشفاء المريض، و إنما على الأقل تقديم علاجات صادقة يقظة و متفقة في غير الظروف الاستثنائية مع المعطيات المستقر عليها في العلم، و إن الاخلال و لو بغير عمد بهذا الالتزام التعاقدى يجازى بمسؤولية من نفس الطبيعة أي تعاقدية.....»¹

ولقد كان للقضاء العربي تطبيقات أيضاً بهذا الشأن، حيث قضت المحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 2008 /01/23² (قضية ع.ع.ق ضد ع.ب) وجاء في قرار المحكمة « حيث الثابت من الملف أن المطعون ضده اتفق مع الطاعن الذي هو طبيب جراح على نزع له حصة من إحدى كليتيه لكن الجراح نزع له الحصة وكلية الأمر الذي جعل المطعون ضده يطالب بالتعويض نتيجة خطأ الطبيب.

حيث من المقرر فقهاء وقضاء أن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كأصل عام هو بذل عناية مثل قضية الحال ما عدا الحالات الخاصة التي يقع فيها على الطبيب بتحقيق نتيجة.

¹ - J.Penneau. **La responsabilité du médecin**. Op.cit.p07. F.Chabas. **Vers un changement de nature de l'obligation medical**. Op.cit..p 2541. G. Lepointe.**droit médical et droit social**. Op.cit. p 12.13

أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني و النظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2005، ص 38. أحمد أدريوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 231-232.

² - المحكمة العليا قرار رقم 399828 بتاريخ 2008/01/23، مجلة المحكمة العليا، 2008، عدد 2، ص 175. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، الجزء الرابع، منشورات كليك، الطبعة الأولى 2013، ص 1531.

حيث يعني الالتزام ببذل عناية هو بذل الجهود الصادقة التي تتفق و الظروف القائمة و
الأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض و تحسين حالته الصحية.

حيث أن الإخلال بهذا الالتزام يشكل خطأ طبياً يثير مسؤولية الطبيب، و بالتالي الخطأ
الطبي من جهة ثانية هو تقصير في مسلك الطبيب.

حيث بهذا الصدد أن قضاة الموضوع ركنوا إلى الخبرة الأستاذ (ق) الذي توصل إلى أن نزع
الكلية مبالغ فيه و لم يكن هناك داع لذلك و أن الطبيب الجراح خالف أصول وقواعد و
أخلاقيات المهنة و أن المسؤولية قائمة في حقه.....»

وفي السياق ذاته قضت محكمة استئناف الرباط¹ بأنه « حيث أن العلاقات القائمة بين
الطبيب و المريض تشكل حسب أحدث المبادئ التي أقرها الاجتهاد القضائي عقداً، و أن
هذا الأخير و إن كان يشبه بعض العقود المنصوص عليها في مدونتنا، يظل عقداً من نوع
خاص و غير مسمى، وينشئ هذا العقد عائق الطبيب ما لم يكن هناك اتفاق مخالف،
التزاماً يقضي فقط بالتعهد باستخدام الوسائل الملائمة لتحقيق نتيجة معينة دون ضمان
الشفاء، و بأن يقدم للمريض علاجات صادقة يقظة و متفقة في غير الظروف الاستثنائية مع
المعطيات المستقر عليها في العلم، و يشكل الإخلال الخاطيء و الضار بهذا الالتزام سبباً
لمسؤوليته التعاقدية التي يتعين على المريض الذي يدعي سوء تنفيذ الطبيب لالتزامه أن يثبت
ذلك، كما يتعين عليه أن يثبت الفعل الضار الذي ينسبه إليه و كذا الضرر الذي لحق
به.....»

ولقد كان لمحكمة النقض المصرية كلمتها في هذا الشأن إذ قضت سنة 1966² « إن
مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجيه هي مسؤولية عقدية. و الطبيب و إن

¹ - محكمة استئناف الرباط قرار بتاريخ 29-01-1946، منشور ب G.T.M لسنة 1946 ص 76 ب R.A.C.A.R
المجلد 13 لسنوات 1945-1948 ص 416. نقلاً عن أحمد ادريوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 234.

² - نقض مدني 26 يونيو 1936. أحمد ادريوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 237.
لقد اتجهت محكمة النقض في السابق إلى مسؤولية الطبيب ذات طابع تقصيري، و أنها بعيدة كل البعد عن قواعد المسؤولية
العقدية، حيث قضت في 22 يونيو 1936 بأن الطبيب مسؤول عن تعويض الضرر المترتب عن خطئه في المعالجة
مسؤولية تقصيرية، وعلى القاضي استخلاص هذه المسؤولية من جميع عناصر الدعوى بغير رقابة عليه في ذلك، و أن

كان لا يلزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة و إنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في عالم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول...»

كما قضت في حكم آخر¹ بأنه « و لما كان التزام الطبيب -وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة- ليس التزاماً بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض، و إنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في عالم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول. كما يسأل عن خطئه العادي أياً كانت جسامته.»

فالالتزامات الناشئة عن عقد العلاج لا تتحدد فقط في الالتزام الرئيسي بتقديم العلاج، (الفرع الأول) إذ أن الالتزامات الناشئة عن العقد - حسب القواعد العامة- لا تتحدد فقط بما ورد فيه، بل تشمل أيضاً كل ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون و العرف و العدالة، بحسب طبيعة الالتزام (الفرع الثاني).

وجود علاقة تبعية بين الطبيب و إدارة المستشفى الذي عولج فيه المريض و لو كانت هذه العلاقة أدبية فإنها تكفي لتحميل المستشفى الخاص مسؤولية خطأ الطبيب. سليمان مرقص، تعليقات على الأحكام في المواد المدنية، مجلة القانون و الاقتصاد المصرية، العدد 1، السنة 7، مطبعة فتح الله إلياس خوري، 1937، صفحة 155. نقلاً عن أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني و النظام القانوني الجزائري، مرجع سابق، ص 26.

¹ - نقض مدني 21 نوفمبر 1971. أحمد ادريوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 237.

الفرع الأول: الالتزام بتقديم العلاج

سواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية فإن الطبيب لا يلتزم في غير الظروف الاستثنائية إلا بتقديم العناية الصادقة و الحريصة و المطابقة للمكتسبات العلمية الحالية.¹

وفي السياق ذاته تنص المادة 15 من المدونة الجزائرية لأخلاقيات مهنة الطب « من حق الطبيب أو جراح الاسنان ومن واجبه أن يعتني بمعلوماته الطبية و يحسنها.» كما تنص المادة 45 من المدونة نفسها « يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة، بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالاخلاص و التفاني و المطابقة لمعطيات العلم الحديثة، و الاستعانة عند الضرورة بالزملاء المتخصصين و المؤهلين.»

ومن هنا فإن التزام الطبيب بتقديم العلاج² يتحدد باحترام المعطيات العلمية المكتسبة (البند الأول)، و تقديم عناية صادقة و حريصة (البند ال

البند الأول: احترام المعطيات العلمية المكتسبة

لما كانت حياة المرضى و سلامتهم الجسدية من أثنى القيم التي يحرص المجتمع على حمايتها، وتحت ضغط الضرورات العملية و ما استجد في الحياة من أمور، سار القضاء شيئاً فشيئاً نحو تشديد التزام الطبيب، بحيث أصبح مسلك الأطباء تجاه العلم مطبوعاً ببعض الحذر و عدم الثقة، وهو ما دفع الأكاديمية الطبية في الاجتماع الذي عقد في 15 فبراير 1834 بفرنسا إلى المناداة باسترداد امتياز عدم المساءلة لصالح الأطباء أو على الأقل تخفيفها عندما يكون الحذر و عدم الثقة مرتبطين بعدم التأكد العلمي و بالصعاب الفنية.³

¹ - Arrêt « Mercier »

² - أن مفهوم العلاج يشمل جميع الأعمال التي يختص بها الطبيب دون غيره بحسب مجال تخصصه، سواء قدمها بمفرده أو إطار فريق طبي، كما يشمل أيضاً الأعمال العلاجية العادية أو الاستشفائية التي يأتيه مساعدو الطبيب تحت إشرافه و رقابته. أحمد ادريوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 238 وما بعدها.

³ - Guerrier et Rotureau, *La pratique de jurisprudence médicale*. 1980, p, 99.

نقلا عن : السيد محمد السيد عمران، التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 1993، ص 4.

ومن هنا فإن مساءلة الطبيب تقتضي مراعاة العجز البشري عن إدراك أبعاد الفن الطبي، و أن يقتصر نطاقها على المعطيات التي نطق بها العلم و استقرت عليها كلمته.¹ ولكن ومتى كانت الوقائع التي يتابع الطبيب بصدها تخرج عن دائرة المسائل التي لازالت ميداناً للجدل العلمي، و اقترن ذلك بإهمال أو عدم اكتراث و جهل بالأصول التي يجب الامام بها، فلا بد أن تأخذ المسؤولية مجراها و أن يتحرك القضاء بشأنها. و إذا كان حكم Mercier قد سطر و بدقة مضمون العلاقة الطبية بإقراره الصريح بأن الطبيب هو متعاقد بكل ما تعنيه الكلمة، فقد كشف جانب من الفقه أن صياغة هذا الحكم تتضمن كل الاحتمالات فهي، و إن كانت تحرم التجارب التي تقع على جسم الانسان، لا تستبعد كل المبادرات أو الإجراءات بل وحتى كل إقدام يعتقد الطبيب أو الجراح بفضل حاسته ومهارته بضرورة الالتجاء إليه خاصة في الحالات الميؤس منها.² ومع ذلك ألا يمكن القول بأن الطب لا يعرف أصولاً علمية ثابتة، فكم من نظرية كانت من المعطيات العلمية الواجبة الاتباع ولكن الفن الطبي تجاوزها، فكيف يمكن للطبيب مواكبة أو اتباع حقائق اليوم التي قد تصبح أخطاءً في الغد؟. الحقيقة أن هذا الاعتراض بقدر ماله من صحة في إثبات طبيعة مهنة الطب أو العلوم الطبية كغيره من الفنون الأخرى، بقدر ما يحتوي على كثير من المغالطات، فالمقصود هنا هو الأصول الثابتة خلال فترة معينة بأن تعارف عليها أهل المهنة لدرجة عدم التسامح مع من يجهلها أو يتخطاها.³

¹ - حسن زكي الابراشي، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية في التشريع المصري و القانون المقارن، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ص 142.

² - السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 06 - 09 .

أنظر في المعنى نفسه:

- Jean-René BINET. **Droit medical**. Montchrestien, Lextenso, éd 2010.P 126.Ph. LE TOURNEAU. **Droit de la responsabilité et des contrats**. Dalloz. éd 2012-2013. P 1212.

³ - حسن زكي الابراشي، المرجع السابق، ص 234. السيد محمد السيد عمران، المرجع نفسه، ص 12.

وإذا كان بحث مدى اتفاق عمل الطبيب مع الأصول العلمية المستقرة هو بالضرورة عملية تقديرية، فهل يعني ذلك أن الطبيب يجب أن يكون ملماً بما يعلمه غيره من الأطباء، و أن يكون إعماله لهذه المعرفة بالطريقة نفسها التي يطبقونها؟. لأن القول بذلك يعني إحام الطبيب على المبادرة وعدم إفادة مرضاه بكل كشف أو اختراع حديث؟.

إن الاجابة عن هذا الاشكال تقتضي القول بأن الطبيب ليس كآلة، و ليس المرضى كالمثليات يقوم بعضهم مقام الآخر، وهذا يعني أنه لا بد أن يتوفر للطبيب قدر من الاستقلال و التقدير بما يتناسب و مجال عمله، فالطبيب العام ليس بالضرورة كالطبيب المتخصص. فحكمة النقض الفرنسية إنما قصدت أن هناك حدًا أدنى من المعارف لو انحرف عنه الطبيب اعتبر ذلك إغفالاً أكيداً لواجبات مهنته، فالمسؤولية نسبية، فلا يغتفر أن يظل الطبيب متمسكاً بوسائل علاجية هجر زملائه، فإذا لم يكن ملزماً بتتبع أحدث التيارات العلمية ليكون وافقاً على آخر ما وصل إليه التقدم في الفن الطبي، فلا أقل من أن يكون ملماً بالوسائل الحديثة التي استقرت عليها الهيئة الطبية.¹

فمتى كانت الحلول العلمية المستحدثة المرسومة تستوعب الحالة المعروضة على الطبيب فلا ينبغي للطبيب الخروج عنها حتى لا يعرض المريض للخطر، إما إذا كانت الحالة مما يحار فيه العلم الحديث، فللطبيب في هذه الحالة المفاضلة بين النظريات المختلفة و أن يختار الوسيلة التي يراها أنسب للمريض.

وإذا لم يجد الطبيب أمامه أصولاً ثابتة أو تقاليد يسترشد بها، فعليه مسaire الحالة بحسب ما تقتضيه حالة المريض، و لا يعني ذلك قلب الأوضاع الثابتة أو المستقرة ، بل تحويلها بحيث تتفق و ما تتطلبه الحالة، فإن لم يجد الطبيب ما يقيس عليه فلا حرج أن يجرب

¹ - حسن زكي الابراشي، المرجع السابق، ص 236. السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 32. وإذا كانت هذه الموازنة ذات أهمية فإن تحقيقها ليس بالأمر الهين، لأنها تنطوي على نواحي فنية يصعب على القاضي تقديرها، فالأعمال المتعلقة بفن المهنة الطبية لا تحظى بإجماع أهل المهنة، فالطبيب قد يستند إلى نظرية في ممارسة عمله قد ينكرها البعض و يقرها البعض الآخر وهو ما يزيد من صعوبة تقدير الخطأ. إبراهيم علي حمادي الحليوسي، الخطأ المهني و الخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة. منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 200، ص 194.

علاجاً جديداً يعتقد أن فيه شفاء المريض، وهذا النوع من التجديد هو الذي يميز الطبيب الناهض عن غيره الخامل، بشرط أن تكون الغاية من التجديد هي مصلحة المريض.¹ ووجديراً بالذكر أن بعض أحكام القضاء الفرنسي التالي لحكم محكمة النقض الفرنسية لعام 1936، درجت على استعمال مسمى المعارف العلمية الحالية أو المعاصرة، بديلاً عن مسمى المعطيات العلمية المكتسبة.² أما قانون الصحة العامة الفرنسي وبعد تدعيمه بأحكام قانون 04 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية نظام الصحة، فقد أشار في المادة L 5-1110 منه إلى تسمية المعارف الطبية الثابتة بدلاً من المعطيات العلمية المكتسبة حسبما أقرتها محكمة النقض الفرنسية سابقاً.³

و بالتالي فإن الأمر لم يعد مرتبطاً بالتسلسل الزمني للمعارف فقط، بل إن هذا المسمى الحديث هو ترجمة ديناميكية أكثر أهمية في معرفة المعطيات العلمية. و إن كان هذا المسمى الجديد و كما يرى البعض يلقي على القاضي عبء الاهتمام عن قرب بتطور المعطيات العلمية.⁴

و إذا كان الطبيب ملزماً بأن يتفق نشاطه مع الأصول العلمية المكتسبة فإن ذلك يتقيد بالظروف التي يياشر فيها الطبيب عمله، فمتى كانت الظروف تفرض على الطبيب تدخلاً

¹ - حسن زكي الابراشي، المرجع السابق، ص 236. السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 33.
² - Cass 1er civ., 30 octobre 1967, n° 66-12246. Bull. Civ. 1, n° 317. Cass. Crim, 04 mai 1982. D. 1983, IR, p. 375, obs. J.Penneau. CE, 11 juillet 1991, n° 84335, le Gall.cass. 1^{er} civ, 06 juin 2000, n° 98-19295. Bull. civ. I, n° 176, p. 114; Gaz. Pal., n° 34, 03 février 2001, not F.Ghilain, Gaz. Pal., n° 274, 30 septembre 2000.

³ - Art L1110-5 S.P «Toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées. Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport aubénéfice escompté. «

⁴ - السيد محمد السيد عمران، المرجع نفسه، ص 34.
إن مفهوم المعطيات الحالية في العلم مرن جداً، ومن شأن اعتماده أن يؤدي إلى نتائج معاكسة للمفهوم المعطيات المستقرة في العلم، وأخطر من ذلك الزج بالقاضي في متاهات تتبع تطور المعطيات العلمية، ودفعه إلى التدخل في المناقشات و الخلافات العلمية مع أن ذلك ليس من اختصاصه. أحمد ادريوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 268.

علاجياً أو جراحياً على سبيل السرعة، تقتضيه ضرورة إنقاذ مصاب في حالة خطر، حيث يحرم الطبيب مما يقتضيه التطبيق السليم لقواعد العلم، كان له أن يخرج عن الأصول العلمية الثابتة و لكن بقدر ما تقتضيه الظروف.¹

فتحقق ظرف الاستعجال قد يدفع الطبيب إلى التغاضي عن بعض القواعد الأولية التي ما كان له أن يتجاوزها لولا هذا الظرف، كأن يستغني عن بعض التحليل أو الفحوصات إذا كانت الحالة تستدعي إجراء عملية جراحية مستعجلة.

كما يعد من قبيل الظروف الاستثنائية أن يتواجد الطبيب في أماكن لا تصلح لمباشرة العلاج كالجهاث النائبة و البعيدة، و التي لا يتصور أن تكون مزودة بالأجهزة و المعدات اللازمة لمواجهة الحالات الخطرة أو المستعجلة.² و يشترط في هذه الحالة أن يكون تواجد الطبيب في هذه المناطق اضطرارياً إذ أنه في الأحوال العادية يمتنع على الطبيب أن يمارس مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية.³

البند الثاني: بذل العناية الصادقة والحريصة

إن محل التزام الطبيب قد يكون محدد بدقة في العقد، أو بواسطة المشرع، حيث يكون للمريض الحق في الحصول على نتيجة معينة، و أحيانا أخرى يكون التزام الطبيب التزاماً عاماً ينحصر في بذل العناية و الاهتمام، وفي الحالة الأخيرة يكون التزام الطبيب التزاماً ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة.⁴

¹ - السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 34.

² - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، 165.

³ - المادة 14 م.أ.ط « يجب أن تتوفر الطبيب أو جراح الأسنان في المكان الذي يمارس فيه مهنته، تجهيزات ملائمة ووسائل تقنية كافية لأداء هذه المهمة، و لا ينبغي للطبيب أو جراح الأسنان بأي حال من الأحوال أن يمارس مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية.»

⁴ - P.Puche: **La distinction des obligation des moyens et des obligation de resultat** , thèse. Lausanne 1956 , P 9 et s.

عبد الرشيد مأمون، العقد الطبي بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ص58.

و إلتزام الطبيب ببذل عناية دون تحقيق نتيجة يجد سنده في طبيعة مهنة الطب من جهة، وفي تعقيدات الجسم الانساني من جهة أخرى. فقد ينجح الطبيب في تشخيص المرض الذي يعاني منه المريض، و لكن توجد عوامل أخرى يمكن أن تعترض نجاح هذا العلاج، وهي أمور لا يمكن للطبيب أن يتوقعها.

و إذا كان الطبيب لا يلتزم في مواجهة المريض من حيث الأصل إلا ببذل عناية، فإن هذه العناية تفرض عليه أن يفحص المريض فحصاً دقيقاً باستعمال الوسائل التي يضعها العلم تحت تصرفه، وبالكيفية التي تمكنه من تشخيص الداء تشخيصاً سليماً.

كما يدخل ضمن العناية الواجبة ما يلزم أن يسديه الطبيب للمريض من نصائح وتعليمات، بأن يحدد له ما يجب عليه أن يتخذه من احتياطات. كأن تكون حالة المريض تفرض علاجه بالمستشفى بدلاً من المنزل. ويتعين عليه أيضاً أن يراعي الدقة في وصف العلاج، وطريقة مباشرته و الجرعة التي يجب على المريض مراعاتها. وأن يضمن الرقابة الكافية للمريض متى كانت حالته العقلية أو الجسمية تقتضي ذلك.

ومع ذلك تجب الإشارة إلى أن تقدير مسلك الطبيب لا يجدي فيه فحص النظريات الفقهية و الخلافات الطبية القائمة بشأن المسؤولية، بقدر يكون للوقائع والاستعانة بأهل الخبرة دور في ذلك، إذ أن عمل الطبيب قد يكون متفقاً مع الأصول العلمية، و يبذل الطبيب كل ما في وسعه لشفاء المريض، ومع ذلك فإن مشيئة الله قد تأتي له الشفاء من علته.¹

ورغم أن الإلتزام الأصلي للطبيب هو بذل العناية إلا أن القضاء ضيق مضمون هذا الإلتزام و أنشأ مع الزمن واجبات قانونية جديدة من شأنها حماية المضرورين، سواء تعلق الأمر بالالتزامات الفنية أو الإنسانية،² خاصة في المجالات الآتية :

¹ - غادة فؤاد مجيد المختار، حقوق المريض، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011، ص 166.

² - آمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الضارة « دراسة في القانون الجزائري و المقارن » دار الجامعة الجديدة، 2011، ص 188.

- استعمال الأجهزة و الأدوات الطبية: بحيث تكون الأضرار منقطعة الصلة بالمريض و العمل الطبي بمعناه الدقيق، وما ينطوي عليه من طبيعة فنية، ولذا فإن الالتزام بصدها هو تحقيق نتيجة هي سلامة المريض.¹

- عمليات نقل الدم: إذا دعت الضرورة نقل الدم إلى المريض فإن الالتزام بضمان السلامة يقتضي أن يكون الدم سليماً و مناسباً لفصيلته، أما مدى فعالية عملية نقل الدم وأثرها على شفاء المريض، فتقتصر على بذل العناية الكافية.²

ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد: ما قضت به محكمة استئناف باريس بتاريخ 28 نوفمبر 1991، حيث اعتبرت التزام الطبيب في مجال نقل الدم هو التزام بالضمان و السلامة تجاه المريض.³

- التحاليل الطبية : إن التحاليل الطبية من العمليات العادية التي لا تنطوي على صعوبات أو مخاطر غيرها من الأعمال الطبية.⁴ غير أنه إذا تعلق الأمر بالتحاليل الدقيقة التي تخرج عما تجرّيه المعامل يومياً ويصعب فيها الكشف عن الحقيقة بالطرق العلمية القائمة، ويمكن أن يختلف في تفسيرها، فيقتصر الالتزام على بذل عناية.⁵

¹ - اقصاصي عبد القادر، الالتزام بضمان السلامة نحو نظرية عامة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2008، ص 62 وما بعدها. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 217. محمد حاتم صلاح الدين عامر، المسؤولية المدنية عن الأجهزة الطبية، دراسة مقارنة في كل من مصر و فرنسا، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1996، ص 259 و ما بعدها. عز الدين الدناصورى، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، الجزء الثاني، منشأة المعارف الأسكندرية، ص 2436. محمد عبد القادر العبودي، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، 1992، ص 105.

² - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 236.

³ - C.A.Paris-CIV 28 novembre 1991- J.C.P 1991-II- 21797 not Harichaux.

⁴ - محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص 238.

⁵ - عز الدين الدناصورى، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص 2437.

- التحصين Vaccination: ينبغي التمييز بين ضمان سلامة المصل بأن لا يكون سبباً في نقل العدوى للمريض حيث يكون الالتزام بتحقيق نتيجة، و بين فعالية المصل في تحقيق الشفاء حيث يبقى الالتزام هو بذل جهود يقظة تتفق مع الأصول العلمية الحديثة.¹

- التركيبات الصناعية: ويتحدد نطاق تحقيق النتيجة بصلاحية العضو الصناعي وجودته، أما مدى فعالية العضو الصناعي في مساعدة المريض، فيبقى الالتزام في مواجهتها قاصراً على بذل عناية.²

الفرع الثاني: الالتزامات المكتملة للالتزام بتقديم العلاج

تنص المادة 107 قانون مدني جزائري « يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بحسن نية.

و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون و العرف و العدالة، بحسب طبيعة الالتزام.»³

فعند تحديد نطاق العقد لا يقتصر القاضي على ما اتجهت إليه النية المشتركة للمتعاقدين، بل يسترشد أيضاً بمجموعة من العوامل من أهمها: طبيعة الالتزام، القانون في أحكامه التكميلية و المفسرة، العرف و يضاف إليه الشروط المألوفة، العدالة.⁴

البند الأول: الالتزامات التي يربتها القانون

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 235.

² - أحمد حسن الحيارى، المرجع السابق، ص 52.

³ - وهو المضمون نفسه للمادتين 1134 ، 1135 قانون مدني فرنسي. كما تعد هذه الصياغة مشتركة بين العديد من القوانين العربية، مثل القانون المدني المصري المادة 148. القانون المدني الليبي المادة 148. القانون المدني السوري المادة 149. القانون المدني الأردني المادة 202. القانون المدني الإماراتي المادة 246. ظهور الالتزامات و العقود المغربي الفصل 231. المجلة التونسية الفصل 243.

⁴ - السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 691 وما بعدها.

يقصد بها تلك الالتزامات التي ترتبها التنظيمات التشريعية المتعلقة بالمهنة، أو بعض أنواع الأعمال الطبية، أو تلك التي ترتبها القوانين الأخرى كالقانون المدني، أو الجنائي أو القانون الاجتماعي.¹

فالتشريعات الطبية تتضمن العديد من الالتزامات ذات الصلة بتقديم العلاج، مثل الالتزام بالإعلام،² الالتزام بأخذ موافقة المريض،³ الالتزام بالسرية المهنية،⁴ الالتزام بمراعاة الدقة عند تحرير الوصفة الطبية،⁵ الالتزام بعدم تعريض المريض للخطر.⁶ وغير ذلك من الالتزامات الضرورية ذات الصلة بالعلاج.

و إذا كانت هذه الالتزامات في مجملها واردة ضمن النصوص المتعلقة بأخلاقيات مهنة الطب فقد أثير الإشكال حول مدى اعتبارها قواعد ذات طابع قانوني، أم أنها مجرد قواعد أخلاقية وأعراف مهنية؟.

ذلك أن مفهوم هذه القواعد يوحي بأنها ليست قواعد تشريعية واجبة الاتباع أمام القضاء المدني أو الإداري أو حتى الجزائي، بل يقتصر دورها على المجال التأديبي فقط.⁷

حيث تنص المادة الأولى من المدونة الجزائرية لأخلاقيات الطب « أخلاقيات الطب هي مجموعة المبادئ و الأعراف، التي يتعين على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أن يراعيها، و أن يستلهمها في ممارسة مهنته.»

وتنص المادة الثانية من المدونة « تفرض أحكام هذه المدونة لأخلاقيات الطب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو طالب في الطب أو في جراحة الأسنان أو في الصيدلة

1 - أحمد أدريوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 214.

2 - المادة 43 م . أ . ط.

3 - المواد 44 . 52 م . أ . ط

4 - المادة 36 وما بعدها م . أ . ط. المادة 206 ق.ح.ص.ت.

5 - المواد 11 . 47 م . أ . ط.

6 - المادة 17 م . أ . ط.

7 - رابيس محمد، نطاق و أحكام المسؤولية المدنية للأطباء و إثباتها، مرجع سابق، ص 53.

مرخص له بممارسة المهنة وفق الشروط المنصوص عليها في التشريع و التنظيم المعمول بهما.»

كما تنص المادة الثالثة من المدونة نفسها « تخضع مخالفات القواعد و الأحكام الواردة في هذه المدونة لاختصاص الجهات التأديبية، التابعة لمجالس أخلاقيات الطب، دون المساس بالأحكام المنصوص عليها في المادة 221 من هذا المرسوم.»

وإذا كانت هذه النصوص تشير صراحة إلى أن قواعد المهنة هي مجرد أعراف مهنية، فقد جرى الفقه على اعتبارها غير ذات حجة أمام القضاء المدني أو الجنائي، فهذه القواعد وضعت ليسترشد بها أعضاء السلطة التأديبية في قضائهم المهني، و لا تعتبرها المحاكم المدنية تشريعاً واجب التطبيق و التنفيذ. كما أن مخالفة قواعد المدونة الأخلاقية يترتب عليه خطأ تأديبي و يوجب جزاءات تأديبية و ليس جزاءات مدنية كالتقرير ببطان العقد لانعدام الرضا، أو تعارض سببه أو محله مع النظام العام، أو تخلف الرسمية أو الشكلية التي يستوجبها نص قانوني، فليس في مخالفة مبادئ المدونة شيء من هذا.¹

و تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية² بأن عدم احترام الشكلية المتمثلة في قيام الطبيب بإبلاغ النقابة بمشروع العقد الذي يبرمه، كما تفرضه المادة 43 من المرسوم المؤرخ في 28 نوفمبر 1955، الخاص بالعقود الطبية لخدمة هيئات أو جمعيات تخضع للقانون الخاص، لا يترتب عليه بطلان العقد. لأن هذا الجزاء لا يقرره أي نص قانوني، و أن المادة الأولى من المرسوم السابق ذكره تقضي بأن مخالفة نصوصه توجب المسؤولية التأديبية التي توقعها نقابة الأطباء.

كما أقرت محكمة النقض الفرنسية³ مبدأ استقلال الدعوى المدنية عن الدعوى التأديبية، و أكدت أن قواعد أخلاقيات مهنة الطب التي يتمثل موضوعها في تحديد واجبات أعضاء

¹ - R et J. Savatier, Auby et Pequignot- Traité de droit médical- op-cit-p 17.

نقلاً عن : رايس محمد، نطاق و أحكام المسؤولية المدنية للأطباء و إثباتها، المرجع السابق، ص 57.

² - cass.civ 24 mai 1960- J.C.P. 1961-II-12044-obs. J.Savatier. cass.civ 05 nov.1991-R.T.D.Civ.-1992-p.383-obs.-J.Mestre.

نقلاً عن : رايس محمد، نطاق و أحكام المسؤولية المدنية للأطباء و إثباتها، المرجع نفسه، ص 57.

³ - cass.civ 18 avr 1960- J.C.P. 1961-II-12044-Not. J.Savatier.

المهنة، لا تتضمن سوى جزاءات تأديبية، و لا تؤدي إلى بطلان العقود التي تبرم بالمخالفة لنصوصها.

غير أنه و بالرجوع للمدونة الجزائرية لأخلاقيات الطب نجد المادة 1/210 تنص على أنه « يمكن للسلطة القضائية أن ترجع إلى المجلس الوطني و المجالس الجهوية كلما تعلق الأمر بعمل يتعلق بمسؤولية عضو من أعضاء السلك الطبي.»
كما تنص المادة 221 من المدونة نفسها « لا تشكل ممارسة العمل التأديبي عائفاً بالنسبة:
- للدعاوى القضائية المدنية أو الجنائية.

- للعمل التأديبي الذي تقوم به الهيئة أو المؤسسة التي ينتمي إليها المتهم.

و لا يمكن الجمع بين عقوبات من طبيعة واحدة و للخطأ ذاته.»
يفهم من هذا النص أن مخالفة الالتزام المهني يولد نوعين من المسؤولية: الأولى هي مسؤولية تأديبية يوقعها الفرع النظامي الجهوي المختص،¹ وكذا المؤسسة الصحية أو الهيئة التي يباشر فيها مهامه. أما الثانية فهي الدعوى القضائية التي يرفعها المضرور من عمل الطبيب سواء كانت دعوى مدنية أو جنائية.

وبناء على ذلك وكما يرى البعض فإن قواعد أخلاقيات الطب ما هي إلا شكل من أشكال قانون هذه الطائفة، تصدرها هيئة تتولى تنظيم هذه المهنة، أو تعد بمشاركتها، ثم تصدرها السلطة المركزية على الشكل اللاتحي. فتقوم بتحديد مضمون التزامات الأطباء وواجباتهم المهنية تجاه المتعاملين معهم من المرضى وتجاه زملائهم الأطباء. فقواعد المدونة الأخلاقية تعدد الالتزامات و ترسم حدود الممارسة. وهي إن تفعل ذلك فإنما تلتزم بمبادئ النظام العام،

نقلاً عن : رابيس محمد، نطاق و أحكام المسؤولية المدنية للأطباء و إثباتها، المرجع السابق، ص 57.

¹ - المادة 211 م.أ.ط « يمكن إحالة أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أمام الفرع النظامي الجهوي المختص، عند ارتكابه أخطاء خلال ممارسة مهامه. و يعين الفرع النظامي الجهوي المختص إذا كانت الشكوى منسوبة على عضو من أعضاء الفرع النظامي الجهوي و إذا كانت الشكوى منسوبة على عضو من أعضاء اللجنة التأديبية الوطنية في حالة الطعن. يبعد هذا العضو و لا يحضر جلسات لجنة التأديب.»

و بسن قواعد قانونية أمره، ينبغي على الأطباء الالتزام بها من تلقاء أنفسهم و إلا أجبروا على ذلك.¹

البند الثاني: الأعراف أو العادات الطبية

يقصد بالعادات المهنية الطبية الممارسات اليومية لمعطيات التطور العلمي التي يأتيها الأطباء عن إدراك. فالعادة الطبية تتولد من خلال ممارسة مناهج التشخيص أو طرق العلاج، و لن تظهر هذه العادات إلا بالتدرج، و إن كانت تتعدل باستمرار نتيجة ما يسجل عليها من ملاحظات، وما يتم بشأنها من بحوث، وما يكشف عنه العلم من أدوية وطرق فنية جديدة.

فالحجج إلى العادات المهنية له أهميته في تقدير خطأ الطبيب، لأن ذلك يمثل السلوك المألوف من رجل المهنة المتوسط، و بالتالي يكون من الطبيعي أن يستعين القاضي عند تقدير سلوك الطبيب بالعادات المهنية المتبعة في مجال عمله، إذ أن الطبيب الوسط لا يفعل أكثر من جعل سلوكه مطابقاً لهذه العادات.²

ورغم هذه الأهمية فإن اختلاف وجهات النظر بين الأطباء الممارسين، يثير الاشكال في حول ما إذا كنا أمام عادة طبية، أم مجرد ممارسات عملية لا مضمون لها؟ فالممارسة العملية هي التطبيق العملي للقواعد، وهي تختلف من طبيب إلى آخر ومن مذهب طبي إلى آخر، وهي تختلف عن العادة الطبية من حيث الاستقرار و الثبات. فالعادة كما يعتبرها الاستاذ تانك هي الممارسة أو التطبيق العملي الخاص بمهنة من المهن، أو على الأقل على إقليم من أقاليم الدولة، منذ زمن ليس بالقريب. أما الممارسة الفردية من جانب الطبيب فلا ترقى إلى مستوى العادة الطبية حتى و لو طبقت من قبل البعض، وذلك لافتقادها للاستقرار و الاستقرار، ولاختلافها من طبيب لآخر.³

1 - راييس محمد، نطاق و أحكام المسؤولية المدنية للأطباء و إثباتها، المرجع السابق، ص 59.

2 - السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 19 وما بعدها.

3 - السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 22 وما بعدها.

فقواعد الممارسة الطبية لا تصبح واجبة الاحترام إلا إذا تجاوزت مرحلة التجارب العلمية و دخلت ضمن الممارسات العملية الدائمة و المستمرة، و ذلك بأن تكون مدونة في مؤلفات علم الأمراض الموجودة تحت تصرف الأطباء منذ سنين عدة، و الحكم نفسه بالنسبة للطريقة الثابتة منذ زمن طويل و تطابق المعطيات العلمية المكتسبة.

فلا يعد الطبيب مرتكباً للخطأ متى رفض تطبيق طريقة مازالت قليلة الانتشار ولم تدخل في إطار الممارسات العملية المستمرة و الدائمة، ولم تعط النتيجة شبه المؤكدة التي تعطيها اليوم.

وهذا التحليل لا يتعارض مع حرية الطبيب في اختيار العلاج الذي يراه مناسباً، طالما أنه استخدم أسلوباً أقل خطورة، أو مخالفاً لطريقة لم يعد معمولاً بها، طالما أثبت أنه بذل العناية المطلوبة. و بالمقابل تقوم مسؤوليته متى ثبت أنه استعمل أسلوباً أصبح مهجوراً لخطورته، أو استخدم علاجاً قديماً قد ألغي لمضاره أو خطورته.¹

البند الثالث: قواعد العدالة

إن قواعد العدالة تقتضي التوفيق بين مصلحة الطبيب، و بين مصلحة المريض، فمن جهة ينبغي أن نضمن للطبيب حرته في مباشرة التشخيص أو العلاج أو ما يعرف في القانون الطبي بحرية العلاج. ومن جهة أخرى مراعاة مصلحة المريض و التي من أجلها يلتزم بأداء مقابل العمل الذي يقدمه الطبيب، و بتسليم جسمه و نفسه أيضاً، و بالإجمال مجموع المصالح التي يعول عليها من وراء العقد الذي يبرمه مع الطبيب (المحافظة على صحته و تكامله الجسدي وكذا أسراره الخاصة)، و التي يتعين على هذا الأخير مراعاتها و التقيد بها عند تنفيذ العقد الم

المبحث الثاني: تقسيمات الالتزامات الطبية

¹ - السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 26 وما بعدها.

تقسم الالتزامات الطبية إلى التزامات إنسانية (المطلب الأول)، و أخرى فنية أو تقنية (المطلب الثاني)

المطلب الأول: الواجبات الإنسانية الطبية

يقصد بها الأخطاء الناشئة عن مخالفة الطبيب لواجباته الطبية و الانسانية تجاه المريض، وتعد العلاقة بين الطبيب و المريض على درجة عالية من الحساسية بحكم طبيعة مهنة الطب، فيتوجب على الطبيب مراعاة مقتضيات علمه و فنه و التمسك بأخلاقيات مهنته، وعلى المريض توخي الصدق في عرض حالته و التعاون مع طبيبه وصولاً إلى الغاية المنشودة من مراجعته للطبيب و طلب مساعدته و هي شفاؤه من مرضه ما أمكن ذلك.¹ ويعد الطبيب مخلاً بالواجبات الانسانية متى أخل بواجب اعلام المريض بحالته الصحية قبل أي تدخل علاجي (الفرع الأول)، أو لم يراعي إرادته ومدى رضاه بالعلاج (الفرع الثاني)، أو لم يحترم حق المريض في كتم

الفرع الأول: الاخلال بواجب إعلام المريض

Défaut d'information du patient

إن تنفيذ الطبيب لالتزامه بإعلام المريض له أهمية بالغة من حيث تقدير مسؤولية الطبيب، فما مضمون هذا الالتزام (البند الأول). وماهي الآثار الناجمة عن الاخلال به (البند الثاني).

البند الأول : مضمون حق المريض في الاعلام

لكل شخص الحق في أن يحاط علماً بحالته الصحية، و يشمل هذا العلم مختلف الفحوصات و العلاجات و أعمال الوقاية المفترضة وفائدتها و احتمال إلحاحها و نتائجها و الأخطار العادية أو البالغة المتوقعة منها عادة، وكذا الحلول الأخرى الممكنة و النتائج المتوقعة في حالة رفض المريض للعلاج. وإذا تبين أن ثمة أخطاراً جديدة لاحقة لتنفيذ

¹ أنس محمد عبد الغفار، التزامات الطبيب تجاه المريض، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الاسلامي، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص 06.

الفحوصات أو العلاجات أو أعمال الوقاية، فيجب إعلام الشخص المعني بها إلا في حالة استحالة العثور عليه.¹

فباستثناء حالة الضرورة أو الاستحالة أو رفض المريض للاستعلام يلزم الطبيب بأن يمنح للمريض معلومات صادقة و واضحة و ملائمة، حول الأخطار الملازمة للفحوص، ولا يعفى من هذا الالتزام بمجرد كون هذه المخاطر لا تحصل إلا استثناء.²

ويجب أن يكون الاعلام بسيطاً ومفهوماً للمريض، بلغة يسهل عليه استيعابها دون استخدام المصطلحات الطبية التي يقتصر فهمها على أهل الطب، وعلى الطبيب أن يراعي ظروف المريض و أن يتفاعل معه عند إعلامه. وعلى الطبيب أن يراعي الصدق و الدقة في وصف المرض أو طرح البدائل العلاجية، إلا إذا اقتضت خطورة المرض أو العلاج إخفاء بعض الحقائق حفاظاً على صحة المريض و إبقاءه متفائلاً بحدوث الشفاء من سقمه.³

كما يجب التمييز في هذا الشأن بين العلم بالمخاطر الطبية، و بين قبول هذه المخاطر، ذلك أن كافة النشاطات الانسانية تتطوي على جانب من الخطورة يختلف من

¹ - Art L1111-2 C.S.P. F « Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver.»

المادة 43 م.أ.ط «يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي» ويشمل الإعلام زيادة على تكلفة العلاج وفائدته وكافة المخاطر المتوقعة من العلاج أو العمل الطبي عموماً. وكذا جميع المخاطر التي يمكن أن يؤدي إليها المرض الذي يعانيه المريض والتطور المحتمل له، و هي المخاطر المتوقعة عادة دون المخاطر الاستثنائية النادرة.»

²-Cass 1er civ.,7 février 1990, n°88-14797. Bull.civ I, n°39 ;D.1991,Somm. ,P.183,obs.J.Penneau ;RTD civ.1992 , P.109 ,obs.P.Jouddain. Cass. 1^{er} civ.,7 octobre 1998, n° 97-10267.Bull. civ.I, n°291 ; JCP G 1998, n° 45 , p.1848 ;D. 11mars 1999, n°10,p.45, not S.Porchy ;Gaz.Pal. , 17 juin 1999,n° 168,p.63, note F.J.Pansier et J.B.Bladier.

³- عبد الكريم مأمون، عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الاخلال به، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2006، ص 278، ص 140 وما بعدها.

نشاط إلى آخر. فمن يقبل إجراء عملية جراحية بسيطة يعلم باحتمال حدوث أضرار من جرائها، و بالتالي فإن مجرد العلم بحدوث الخطر لا يعني دائماً القبول بحدوثه، كما أنه لا أثر لهذا العلم على مسؤولية محدث الضرر.

وإذا كان العلم بالمخاطر العادية لا يؤثر على مسؤولية محدث الضرر، فإن ذلك مشروط بكونها مخاطر عادية، إذ لو كانت المخاطر استثنائية فإن علم المضرور بها يعد دليلاً على قبولها، ذلك أن المضرور يدرك مسبقاً ما ينطوي عليه العمل الطبي من مخاطر يحتمل معها نشوء ضرر قد يصيبه، وهو ما يحول بينه و بين الاحتماء بقواعد المسؤولية المدنية.¹

والقبول بالمخاطر هي فكرة موضوعية، ذلك أن القاضي يبحث وجودها من خلال تحليل موضوعي للظروف المحيطة بوقوع الضرر، خاصة إذا كان رضا المضرور غير ثابت كتابةً. و يستعين القاضي في ذلك بالظروف الواقعة دون البحث عن النية الحقيقية للأطراف، فالشخص عادة لا يقبل إلا المخاطر العادية.²

و يمكن القول أيضاً أنه إذا كانت المخاطر واضحة و ظاهرة كأن يقوم الطبيب بتحذير المريض من المخاطر التي تحيط بالعملية الجراحية فإن قبوله يكون عن علم و بصيرة. وبالرجوع إلى نص المادة 44 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب فإنه «يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة، أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته». فيستخلص أن قبول المخاطر يتطلب وجود خطر جدي، أي أن الأعمال المعتادة لا تكون من حيث الأصل مصدراً للمخاطر، فالقبول لا يكون إلا بالنسبة للمخاطر التي تكون على قدر من الأهمية بحيث تمثل خطورة حقيقية للمتضرر لكونها تمثل صفة استثنائية و ليست عادية.

¹ زكريا جلال متولى نقرش، قبول المخاطر، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1994، ص 72 وما بعدها.

² - ناسوس نامق براخاص، قبول المخاطر الطبية وأثره على المسؤولية المدنية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر، 2013، ص 33.

البند الثاني: آثار الإخلال بحق المريض في الاعلام

إن حق المريض في الاعلام يعد من بين مجالات المسؤولية الطبية التي شهدت تطور هام على المستوى التشريعي و القضائي من حيث طبيعة الضرر الناتج عن الإخلال بهذا الالتزام.

فقد اتجه القضاء في البداية إلى اعتبار الضرر الناتج عن الإخلال بواجب الإعلام شكلاً من أشكال تفويت الفرصة خاصة إذا ثبت أن قرر المريض كان ليتغير لولا نقص الاعلام أو انعدامه. فإذا كانت نتيجة نقص الاعلام أن تفاقمت الحالة الصحية للمريض، فإن الطبيب يكون قد فوت على المريض فرصة إمكانية رفض التدخل الطبي الضار.¹

غير أنه في سنة 2010 أقرت الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية مفهوماً جديداً للتعويض الناتج عن الإخلال بواجب الاعلام، بموجب حكمها الصادر بتاريخ 03 جوان 2010،² حيث اعتبرت الإخلال بواجب الاعلام بمثابة ضرر معنوي مستقل واجب التعويض عنه.

¹ - Cass.1er civ.,7 Déc. 2004, n°02-10957.

Attendu cependant, que la violation d'une obligation d'information ne peut être sanctionnée qu 'au titre de la perte de chance subie par le patient d'échapper par une décision peut-être plus judicieuse , au risque qui s'est finalement réalisé et que le dommage correspond alors à une fraction des différents chefs de préjudice subis qui est déterminée en mesurant la chance perdue et ne peut être égale aux atteintes corporelles résultant de l'acte médical ; qu'en se déterminant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé.»

² - Civ 1er juin 2010, n° 09-13 591, Bull, Civ I, n°128; D 2010 1484, obs Gallmeister.

« Vu les articles 16,16-3, alinéa 2 et 1382 du Code civil,

Attendu qu'il résulte des deux premiers de ces textes que toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et que son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir ; que le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laissé sans réparation ; »

و تتلخص وقائع القضية في أن المريض كان يعاني من ورم غدي في البروستاتا و قد لجأ للطبيب من أجل العلاج، وبعد إجراء العملية أصيب بعجز جنسي. فلجأ للمحكمة طالباً التعويض على أساس أن الطبيب الاخصائي لم يعلمه بمخاطر العجز الجنسي. رفض قضاة الموضوع الطلب، فلجأ إلى محكمة الاستئناف فرضت الطلب أيضاً على أساس أن الطبيب لم يخل بالتزامه، إضافة إلى أنه لا يوجد هناك فرصة ضائعة على المريض خاصة و أن العملية هي الحل الوحيد، و بالتالي فإن مقدار الاعلام لا يؤثر على قبوله أو رضاه بالتدخل الجراحي.

ونتيجة لذلك لجأ إلى محكمة النقض حيث أن الغرفة الأولى نقضت الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف لمخالفته القانون. وقضت بأنه لكل شخص الحق في الاعلام بحالته الصحية وكذا أشكال العلاج و المخاطر التي قد تتجم عنها، وأن يكون قد أبدى رضاه بذلك، ما لم تقتضي حالته الصحية التدخل العلاجي دون موافقته. ومتى نتج عن عدم احترام هذا الحق ضرراً أصاب المريض فعلى القاضي ألا يتركه من غير تعويض .

ولقد استندت محكمة النقض في حكمها هذا على المواد 16 و 3-16 فقرة 2 و كذا المادة 1382 قانون مدني فرنسي، واعتبرت نقص المعلومات ضرراً معنوياً محققاً مستقلاً بذاته، وواجب التعويض ولو لم يترتب عنه فوات فرصة على المريض.

وبهذا الحكم تكون محكمة النقض الفرنسية أقرت بأن الضرر في هذه الحالة هو ضرر معنوي لا يقتضي إثبات علاقة السببية، وفتحت بذلك مجالاً جديداً للاجتهاد القضائي.

وبحسب الفقه الفرنسي فإن هذا الاتجاه الجديد يعتبر توسيعاً مفرطاً لنطاق التعويض، فقد تتم العملية بشكل طبيعي دون أن تشمل مخاطر معتبرة ومع ذلك يرى المريض أن كرامته الانسانية قد انتهكت بسبب نقص الاعلام فيسعى لطلب التعويض.

وإذا كانت المسؤولية عن الاخلال بواجب الاعلام تركز على المسؤولية العقدية في صورة تفويت الفرصة، فإنه على خلاف ذلك ارتكزت الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية على المسؤولية التقصيرية و اعتبرت الضرر الناتج عن الاخلال بالإعلام ضرراً مستقلاً وعلى القاضي الحكم بتعويضه.

الفرع الثاني: عدم الحصول على موافقة المريض

Défaut de consentement du patient

إن رضا المريض بالعمل الطبي أو العلاجي يعد شرطاً لتكوين العقد الطبي وكذا تنفيذه، فيجب دائماً الحصول على موافقة المريض مسبقاً، في غير الحالة التي يفرض فيها وضعه تدخلاً علاجياً لا يمكن الموافقة عليه.¹ فالعقد الذي بين الجراح وزبونه ينطوي مبدئياً على التزام الطبيب بألا يجري مثل العملية الجراحية المحددة و المعتبرة مفيدة من قبله إلا بعد حصوله مسبقاً على موافقة المريض.²

وهذا المبدأ يعد أساسياً في كل أشكال العمل الطبي، و لا فرق في ذلك بين القطاع الخاص أو العام،³ فهو مرتبط بكرامة الشخص وضرورة احترام جسمه البشري.⁴ وإذا كان رضا المريض بالعلاج لا يثير اشكالاً من الناحية النظرية، إلا أنه ليس بالقدر نفسه من الناحية العملية، سواء تعلق الأمر بحالة الضرورة و الاستعجال (البند الأول)، أو تعلق بالأمر بالحالة العقلية للمريض كأن يكون قاصراً، أو أن يكون بالغاً ولكن خاضعاً لنظام الحماية أو الوصاية (البند الثاني)، وأخيراً فإن حق المريض لا يقتصر على حقه في الرضا بالعمل الطبي بل ينصرف أيضاً إلى حقه في رفض العلاج، وما يمكن أن يترتب على ذلك من آثار (البند الثالث).

البند الأول: حالة الاستعجال أو الضرورة

إن الطب الاستعجالي يفرض نوعاً من السرعة في اختيار و اتخاذ القرار بشأن التدخل العلاجي وهو ما يجعل تحقق الرضا أمراً عسيراً، ذلك أنه غالباً ما يكون المريض في حالة صحية لا تسمح له بالتعبير عن إرادته، وحتى الأقارب لا يتواجدون معه في كل الأحوال.⁵

¹ - المادة 16 ق. م. ف.

² - Cass.Civ.,29 mai 1951.D.1952, p.53,note R.Savatier; JCP G 1951,I,6421,note H.Desbois ; RTD civ. 1951,p.508, obs.Mazeau ;S.1953,I,p.41, note Nerson ; JCP G1951,II,6491,note R.Perrot .Sabine Gibert. **Guide de responsabilité médicale et hospitalière.**Berger-Levrault.Paris.2011.p 55.

³ - المادة 16 ق. م. ف.

⁴ - Y.I.Faivre. S.P.Simon. Droit du dommage corporel, op.cit.p 780.

⁵ - Ibid .p 780-781.

إضافة إلى ذلك يخشى الطبيب من المتابعة أو المساءلة الجنائية باعتباره مخلاً بالتزامه بمساعدة شخص في حالة خطر.¹

و لقيام حالة الضرورة لا بد من أن يمثل الخطر تهديداً لحياة المريض أو سلامة جسده، و أن يكون حالاً و جسيماً. أما بالنسبة للقائم بالعمل الطبي فيجب أن يكون التدخل لازماً لدفع الخطر بحيث لا يمتلك وسيلة أخرى لدفع الضرر.²

ولما كان شرط الرضا ضرورياً في كل صور العمل الطبي، فقد نصت المادة L1111-4 من قانون الصحة العامة الفرنسي أنه عندما لا يكون بوسع الشخص التعبير عن إرادته فلا يمكن القيام بأي عملية أو فحص ما خلا حالة الضرورة أو الاستحالة، دون استشارة الشخص الأمين أو الموثوق المشار إليه في المادة L1111-6، أو العائلة، وعند عدم وجودهما أحد الأقارب.³

وحسب المادة L1111-6 قانون الصحة العامة الفرنسي فإنه يمكن لأي شخص راشد أن يعين كتابةً شخصاً موثقاً، والداً أو قريباً أو الطبيب المعالج، يعهد إليه بإبداء رأيه في الحالة التي يكون فيها الشخص غير قادر على التعبير عن إرادته و تلقي المعلومات الضرورية لهذه الغاية. و يصاحب الشخص الموثوق المريض متى رغب هذا الأخير بذلك، كما يحضر المحادثات الطبية لأجل مساعدة المريض في اتخاذ القرار.

وإذا كان الاستشفاء في مؤسسة صحية فإنه ومتى عين المريض شخصاً موثقاً، يبقى هذا التعيين صالحاً لمدة الاستشفاء ما لم يتصرف المريض خلاف ذلك.⁴

¹ - المادة 182 ق.ع. ج.

وتقابلها المادة 223-6 ق.ع. ف.

ومن التطبيقات القضائية في هذا المجال:

Cass.crim,31 mai 1949. Bull. crim., n°202 ; D.1949, p. 347; Gaz. Pal. 1949, 2, p.143, JCP G 1949, II, not Magnol; S.1949,I, p.126. Cass.crim., 26 novembre 1969. Bull. Crim., n° 317. Cass.crim., 17 septembre 2003, n° 03-80524.Bull. crim. n° 165 ; Dr. pén. 2004, p.5, obs. M. véron; RSC 2004, p.86, obs.Y.Mayaud, RSC 2004, p. 645, obs. J.-P.Delmas Saint-Hilaire.

² - عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الاخلال به، مرجع سابق، ص 241.

³ - L 1111-4 C.S.P.F

⁴ - L 1111-6 C.S.P.F

البند الثاني: حالة القصر و الراشدون الخاضعين للوصاية

إذا كان القاصر أو الراشد الخاضع لنظام الوصاية محلاً لعمل طبي، فإن الطبيب يكون ملزماً باستشارة صاحب السلطة الأبوية أو الوصي و أخذ موافقته.¹ ومع ذلك فإن قانون الصحة العامة الفرنسي أعطى أهمية بالغة لإرادة القاصر أو الراشد تحت الوصاية، حيث نصت الفقرة الخامسة من المادة 2-1111 L على أن استشارة صاحب السلطة الأبوية أو الوصي لا تحول دون مشاركة القاصر أو الخاضع للوصاية في اتخاذ القرار بشأن حالته الصحية، وذلك بعد إعلامه بطريقة تتماشى ودرجة نضجه أو قدرته على التمييز.²

أما المادة 4-1111 L من القانون نفسه فقد ذهبت أبعد من ذلك حيث اعتبرت الموافقة على العمل الطبي من حق القاصر أو الراشد الخاضع للوصاية، متى كان قادراً على التعبير عن إرادته و المشاركة في اتخاذ القرار. و إذا رفض صاحب السلطة الأبوية أو الوصي العلاج دون مبرر، وكان من نتائج ذلك تعريض صحة القاصر أو الراشد الخاضع للوصاية للخطر، فإن الطبيب يلتزم بتقديم العلاجات الضرورية.³

¹ - المادة 52 من المدونة الجزائرية لأخلاقيات مهنة الطب « يتعين على الطبيب أو جراح الاسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو عاجز بالغ أن يسعى جاهداً لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي و يحصل على موافقتهم.....»
- المادة 2/154 ق. ح. ص.ت « يقدم الطبيب العلاج الطبي...لإنقاذ حياة أحد القصر أو الأشخاص العاجزين عن التمييز، أو الذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم، ويستحيل الحصول على رضا الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب.»

² - Art L1111-2 al 5. C .S.P.F « les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur. Ceux-ci reçoivent l'information prévue par le présent article, sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-5. Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle.» Gilles Devers. **Droit, responsabilité et pratique du soin** . éd Lamarre . 2^e éd . 2007. P 231.

³ - Art L1111-4 al 6. C .S.P.F « Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables.»

ورغم تأكيد القانون المدني الفرنسي على أن الهدف من السلطة الأبوية هو حفظ مصالح القاصر،¹ إلا أن المادة 5-1111 L من قانون الصحة العامة الفرنسي منحت للقاصر أن يعارض استشارة صاحب السلطة الأبوية بغية الاحتفاظ بالسرية حول حالته الصحية. وفي هذه الحالة يعفى الطبيب من الحصول على موافقة صاحب السلطة الأبوية بشرط أن يكون العلاج ضرورياً لإنقاذ حياة القاصر، و في الوقت نفسه على الطبيب أن يسعى جاهداً لإقناع القاصر بضرورة استشارة وليه، و إذا تمسك هذا الأخير بمعارضته يمكن للطبيب إجراء العمل الطبي أو العلاجي على أن يختار القاصر شخصاً راشداً يرافقه.²

ومع ذلك تجب الإشارة إلى أن اعتراض الوالدان ينبغي أن يأخذ بعين الاعتبار في غير حالات الضرورة أو الاستعجال أو عندما يكون التدخل الطبي لغرض غير علاجي، حيث يكون للاعتراض أثره القانوني بحيث يجعل تدخل الطبيب غير مشروع.³

البند الثالث: حق المريض في رفض أو وقف العلاج

إذا كان المريض قادراً على التعبير عن إرادته فمن حقه رفض العمل العلاجي أو الجراحي المقترح من طرف الطبيب، ومن واجب الطبيب احترام إرادة المريض بعد إعلامه بالنتائج المترتبة عن اختياره، وأن يمنحه وقتاً كافياً لاتخاذ قراره. ومتى كان من نتائج رفض العلاج تعريض حياة المريض للخطر فعلى الطبيب أن يبذل ما في وسعه لإقناعه بقبول العلاجات الضرورية.⁴

¹ - المادة 371 وما يليها من ق.م. ف.

² - Art L1111-5 C .S.P.F « Par dérogation à l'article 371-2 du code civil, le médecin peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé. Toutefois, le médecin doit dans un premier temps s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à cette consultation. Dans le cas où le mineur maintient son opposition, le médecin peut mettre en oeuvre le traitement ou l'intervention.

Dans ce cas, le mineur se fait accompagner d'une personne majeure de son choix.»

³ عبد الكريم مامون، المرجع السابق، ص 218.

⁴ _

غير أن هناك حالات يلتزم فيها الطبيب بمعالجة المريض رغم الاعتراض على العلاج إذا كان التدخل لمصلحة شخص ثالث كإرغام الحامل على عملية نقل الدم إليها حماية لمصلحة الجنين رغم رفضها المبني على أسباب دينية. كما يمكن للطبيب مباشرة العمل العلاجي أو الجراحي متى كان الرفض صادراً عن ولي القاصر لأسباب دينية أيضاً، إذ ليس من حق الولي في هذه الحالة الاعتراض على العلاج.¹

وبالرجوع إلى قانون الصحة العامة الفرنسي فإن حق المريض لا يقتصر على رفض العلاج، وإنما يشمل أيضاً حقه في أن يقرر وقفه، خاصة إذا كانت إصابته خطيرة وغير قابلة للشفاء. فبموجب القانون رقم 2005-370 الصادر بتاريخ 22 فيفري 2005، و المتعلق بحقوق المرضى في إنهاء الحياة،² فإنه إذا قرر المريض في مرحلة متقدمة أو نهائية من إصابة خطيرة و غير قابلة للشفاء مهما كان سببها أن يحد من أي علاج أو أن يوقفه يحترم الطبيب إرادته بعد إعلامه بنتائج خياره. ويقيد هذا الاختيار في ملفه الطبي.³

وللمريض متى كان راشداً أن يحرر مسبقاً توجيهاته بشأن الحد من العلاج أو إيقافه، و يأخذها الطبيب بعين الاعتبار بشرط أن تكون قد وضعت قبل ثلاث سنوات من فقد الشخص إرادته،⁴ أو أن يعين شخصاً موثقاً يحل محله في اتخاذ القرار بشأن الفحص أو العلاج.

¹ - عبد الكريم مامون، المرجع السابق، ص 218.

² - La loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

³ - Art L1111-10 C.S.P.F « Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix. La décision du malade est inscrite dans son dossier médical. »

⁴ - Article L1111-11 C.S.P.F « Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement. Elles sont révocables à tout moment.

A condition qu'elles aient été établies moins de trois ans avant l'état d'inconscience de la personne, le médecin en tient compte pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement la concernant.»

الفرع الثالث: امتناع الطبيب عن العلاج أو عدم متابعته دون مبرر

إن حرية الطبيب واستقلاله المهني في ممارسته مهنته مقيد بالغرض الاجتماعي المتمثل في مصلحة المجتمع و الحاجة الإنسانية. فإذا كانت التشريعات الطبية وتكريساً لمبدأ الحرية التعاقدية أقرت حق الطبيب في رفض علاج المريض لأسباب مهنية أو شخصية،¹ فإنها أقرت في الوقت نفسه أن الطبيب يسأل تأديبياً، وجنائياً متى امتنع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر.² فالطبيب ملزماً بضمان تقديم العلاج ومتابعته خاصة في حالة العلاج بالجراحة، فلا يتحرر من مهمته بمجرد انتهاء العملية بل يبقى ملزماً بمراقبة الحالة الصحية للمريض إلى غاية ما بعد الاستفاقة التامة للمريض.³ وله أن يختار طبيباً بديلاً عنه لإتمام العلاج، بشرط أن يكون هذا الأخير مختصاً بمجال العلاج المسند إليه.

الفرع الرابع: مخالفة الالتزام بالحفاظ على السر الطبي

يطلع الطبيب بحكم عمله على أسرار وخفايا الحياة الخاصة بالأفراد، و التي كثيراً ما تكون سبباً في وضع التشخيص الصحيح، ووصف الدواء الناجع، لذلك فمن حق المريض على طبيبه كتم أسرارهم بحكم التزامه بالسر الطبي.⁴ و الالتزام بالسر الطبي يجد أصله في العقد الطبي، إلا أن حمايته تجد سنداً أيضاً في النظام و المصلحة العامة، حيث يترتب على مخالفته قيام مسؤولية المخالف.⁵

¹ - المادة 42 م.أ.ط.

المادة 39 من م.ف.أ.ط.

² - المادة 182 ق.ع.ج.

³ - عشوش كريم، المرجع السابق، ص 144 وما بعدها.

⁴ - عشوش كريم، المرجع السابق، ص 146.

⁵ - لقد انقسم الفقه إلى مذهبين حول الأساس القانوني للالتزام بالسر المهني، أولهما غلب فكرة العقد بغض النظر عن طبيعة هذا العقد و شكله، سواء كان صريحاً أو ضمناً مكتوباً أم تم شفاهة. وثانيهما ارتأى أن الأساس القانوني للالتزام بالسر المهني يجد مبرراته في النصوص القانونية التي توجب على الطبيب عدم الإخلال بالتزاماته المهنية، ومنها الحفاظ على السر الطبي. رابح محمد، نطاق و أحكام المسؤولية المدنية للأطباء و إثباتها، المرجع السابق، ص 213 وما بعدها.

البند الأول: مضمون السر الطبي

لقد اختلف الفقه حول تحديد المقصود بالسر الطبي، فعرفه البعض بأنه كل ما يعرفه الطبيب أثناء أو بمناسبة ممارسته مهنته أو بسببها، وكان في إفشائه ضرراً للشخص أو عائلته، إما لطبيعة الوقائع أو الظروف التي أحاطت بالموضوع. و عرفه جانب آخر بأنه كل ما يصل إلى علم الطبيب من معلومات أيا كانت طبيعتها، تتعلق بحالة المريض أو علاجه، و الظروف المحيطة به، سواء حصل عليها من المريض نفسه، أو علم بها أثناء أو بمناسبة أو بسبب ممارسته مهنته.¹

أما المشرع الجزائري فلم يضع تعريفاً للسر الطبي، وإنما اعتبره جزء من شرف الانسان و شخصيته،² كما حدد نطاقه من حيث ما يجب على الطبيب كتمانها، حيث يشمل السر المهني كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان و يسمعه و يفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهنته.³ ويلتزم الطبيب بالحفاظ على هذا السر إذا ما وجهت إليه أسئلة متعلقة بالانضباط أو الطاعة، فلا يجيب عن هذه الأسئلة إلا في حدود ما يتفق وواجب احترام هذا السر.⁴

و يعتبر من قبيل الأسرار المهنية أيضاً كل ما يتعلق بالبطاقات السريرية و وثائق المرضى الموجودة بحوزته، حيث يلتزم الطبيب متى استعملها لإعداد نشرات علمية بعدم كشف هوية المرضى.⁵

¹ - نقادي عبد الحفيظ، أصول السر الطبي، مجلة العلوم القانونية و الادارية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، العدد 03، 2005، ص 74.

² - المادة 1/206 ق.ص.ع.ت (المعدل بالقانون 90-17).

³ - المادة 37 من م.أ.ط.

⁴ - المادة 100 م. أ.ط.

⁵ - المادة 39-40 أ.م.ط. المادة 2/206 فقرة 2 ق.ص.ع.ت.

الوثائق الطبية أو الملفات الطبية هي مجموعة الوثائق و الأوراق و التقارير و صور الرايو الخاصة بالمريض، و التي يؤثر عليها الطبيب و يدون فيها ملاحظاته و النتائج المتوصل إليها، و العلاج المقترح بشأن المريض، و بطريقة متابعة حالته، و التطورات الحاصلة عليها، و هذه الملفات الطبية يجب أن تحفظ من أجل الاستفادة منها مستقبلاً في معالجة المريض و

وتجب الإشارة هنا إلى أن التزام الطبيب بالحفاظ على أسرار مريضه لا ينقضي بوفاة هذا الأخير، وعلى ذلك لا يجوز للطبيب أن يكشف أسرار المريض بعد وفاته، ما لم يكن هذا الكشف أو الإفشاء لغرض إحقاق حقوق الغير.¹

ولقد سعى المشرع الجزائري إلى ضمان حق المريض في كتمان أسراره من خلال العقوبات الجزائية و التأديبية. فمن الناحية الجزائية يعاقب الأطباء و الجراحون و الصيادلة و القابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم و أفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم القانون ذلك، بعقوبة الحبس من شهر إلى ستة أشهر و بغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج.² أما العقوبات التأديبية هي العقوبات التي تضمنتها مدونة أخلاقيات الطب وهي لا تتعلق بمخالفة الالتزام بالسر فقط بل تشمل كل أحوال مخالفة الالتزامات التي تضمنتها المدونة، و المتمثلة في الانذار أو التوبيخ أو المنع من ممارسة المهنة أو غلق المؤسسة.³

البند الثاني: نطاق الالتزام بالسر الطبي

إن اعتبار الواقعة سراً طبياً يشترط أن تكون مرتبطةً بالمهنة الطبية، إذ يتعين أن تكون المعلومة التي وصلت إلى علم الطبيب مكتسبة بسبب مهنة الطب. كما يشترط أيضاً وجود مصلحة للمريض في الحفاظ على هذه المعلومة. و أن لا تكون هذه المعلومة مما يكتشف من الظاهر، كأن يقول الطبيب عن المريض أنه برجل واحدة أو أنه أخرص. وقد أثير الإشكال حول مدى اعتبار الواقعة المعروفة على سبيل الإشاعة سراً، ذلك أن إفشائها لا يضيف جديداً سوى نقلها من دائرة التشكيك إلى دائرة التأكيد؟.

تطبيبه، و لا يحق إفشاء ما فيها كأصل عام، إلا في حالة صدور أمر قضائي بالتفتيش. ريس محمد، نطاق و أحكام المسؤولية المدنية للأطباء و إثباتها، المرجع السابق، ص245.

¹ - المادة 41 أ.م. ط

² - المادة 301 ق.ع (القانون 06-23)

³ - المواد 211، 217 م.أ.ط.

و الحقيقة أن هذه الواقعة هي في منطقة وسطى بين الوقائع السرية البحتة و الوقائع المعروفة مسبقاً على وجه التأكيد، ومن هنا فإن إفشائها من طرف الطبيب هو تأكيد لها، فتتحقق بذلك مسؤوليته.¹

و إذا كان الطبيب ملزماً بالحفاظ على السر الطبي، فإن هناك حالات يتوجب عليه فيها الافضاء بهذا السر دون تحقق مسؤوليته الجزائية أو المدنية، و ذلك لاعتبارات يقرها القانون.

فقد تقتضى المصلحة العامة المساس بالمصلحة الخاصة للمريض، فيقرر المشرع وجوب الافضاء بالسر الطبي بمقتضى نص قانوني، يوفق به بين مصالح المريض من جهة و مصلحة المجتمع من جهة أخرى.

وقد أشار المشرع الجزائري إلى مجموعة من الحالات يمكن أو بالأحرى يجب على الطبيب عدم التقيد بالسر المهني، منها:

- إبلاغ الطبيب عن حالات الاجهاض التي وصلت إلى علمه بمناسبة ممارسة مهنته، إذ أن القانون يلزمه بالإدلاء بشهادته دون التقيد بالسر المهني.²

- الإبلاغ عن الأمراض المعدية و لو كان المريض هو من أفضى إلى الطبيب بذلك، وإذا امتنع الطبيب عن الابلاغ فإن ذلك يجعله تحت طائلة العقوبات الإدارية و الجزائية.¹

¹ - نقادي عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 80.

² المادة 02/301 ق.ع « ومع ذلك فلا يعاقب الأشخاص المبينون أعلاه، رغم عدم التزامهم بالابلاغ عن حالات الاجهاض التي تصل إلى علمهم بمناسبة ممارسة مهمتهم، بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا هم أبلغوا بها. فإذا دعوا للمثول أمام القضاء في قضية إجهاض يجب عليهم الادلاء بشهادتهم دون التقيد بالسر المهني.»

فلقد أعطى قانون الاجراءات الجزائية لقاضي التحقيق الحرية في تحديد الأشخاص الذين يرى فائدة في سماع شهادتهم سواء ورد ذكرهم في البلاغ عن الجريمة أو الشكوى منها أو يكون وصل إلى علمه بوسيلة ما أن لديهم معلومات عن الجريمة. كما أن من حق المتهم أو محاميه أو الطرف المدني أو محاميه تقديم طلب لقاضي التحقيق لسماع الشهود، وفي هذه الحالة إذا قرر قاضي التحقيق رفض الطلب وجب عليه إصدار أمر مسبب بالرفض في أجل عشرين يوماً. محمد حزيط، مذكرات في قانون الاجراءات الجزائية الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة السادسة 2011، ص 110

- أداء الشهادة أمام القضاء، وذلك في الأحوال التي يستعين فيها القاضي بالطبيب بحثاً عن الحقيقة إذا تعلق موضوع الشهادة بتخصصه أو بمعلومات يرى القاضي أنها ضرورية.²
- الإبلاغ عن سوء معاملة القصر و السجناء، حيث يلتزم الطبيب بالإبلاغ عن كل سوء معاملة يتعرض لها القصر أو السجناء، لاحظها عند ممارسة مهنته.³
- التصريح بالمواليد أو الوفيات، حيث يكون الطبيب أو القابلة، ملزمين بالتصريح إلى ضابط الحالة المدنية بما يتعلق بواقعة الميلاد، وفي الأحوال التي لا يقوم فيها أحد الوالدين بذلك،⁴ و ينصرف الحكم نفسه إلى التصريح بالوفيات.⁵ وعلى العكس من ذلك يعد الطبيب مخالفاً بالتزامه المهني إذا تعدى الإبلاغ عن واقعة الميلاد و تاريخها إلى الإبلاغ عن أب المولود متى طلبت منه الأم عدم ذكر اسمه. و الحال نفسه إذا أفشى

¹ - المادة 54 ق.ص.ع.ت. « يجب على أي طبيب أن يعلم فوراً المصالح الصحية المعنية بأي مرض معد شخصه، و إلا سلطت عليه عقوبات إدارية وجزائية.»

² - المادة 2/206 ق.ص.ع.ت. (القانون 90-17) « لا يلزم الطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي سواء كان مطلوباً من القضاء أو خبيراً لديه، بكتمان السر المهني أمام القاضي فيما يخض موضوع محدد يرتبط بمهنته.»

³ - المادة 3/206 ق.ص.ع.ت. (القانون 90-17) « يجب على الأطباء أن يبلغوا عن سوء معاملة الأطفال القصر و الأشخاص المحرومين من الحرية التي لاحظوها خلال ممارسة مهنتهم.»

المادة 12 م.أ.ط « لا يمكن الطبيب أو جراح الأسنان المدعو لفحص شخص سليلب الحرية أن يساعد أو يغض الطرف عن ضرر يلحق بسلامة جسم هذا الشخص أو عقله أو كرامته بصفة مباشرة ولو كان ذلك لمجرد حضوره، و إذا لاحظ أن هذا الشخص قد تعرض للتعذيب أو سوء المعاملة يتعين عليه إخبار السلطة القضائية...»

⁴ - المادة 62 من ق.ح.م « يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم و إلا فالأطباء و القابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة. و عندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشخص الذي ولدت الأم عنده.»

⁵ - المادة 78 من ق.ح.م « لا يمكن أن يتم الدفن دون ترخيص من ضابط الحالة المدنية مكتوب على ورقة عادية ودون نفقة. و لا يمكن أن يسلم الترخيص إلا بعد تقديم شهادة معدة من قبل الطبيب أو من قبل ضابط الشرطة القضائية الذي كلفه بالتحقيق في الوفاة»

المادة 81 / 2 من ق.ح.م « وفي حالة حدوث الوفاة في المستشفيات أو التشكيلات الصحية أو المستشفيات البحرية أو المدنية أو غيرها من المؤسسات العمومية يجب على المديرين المسيرين لهذه المستشفيات أو المؤسسات أن يعلموا بذلك في 24 ساعة ضابط الحالة المدنية أو الذي يقوم مقامه.»

الطبيب باسم الفتاة التي أنجبت ووضعت طفلاً من علاقة غير شرعية بعد أن باشر القضاء التحقيق عن وفاة المولود بعد ساعات من ميلاده.¹

المطلب الثاني: الأخطاء الطبية الفنية

Les fautes techniques

لقد كان للصفة المهنية أثرها في تصنيف الأخطاء الطبية، حيث ذهب الفقيه «ديمولمب» إلى أن تقدير الخطأ الطبي يتم بحسب صلته بالطبيب، فلا يعد الخطأ فنياً أو مهنياً إلا في الأحوال التي لا يتصور فيها صدوره من غير الطبيب، كالتشخيص و العلاج. أما الأخطاء التي يمكن تقديرها دون الاعتراف بالصفة المهنية لمن يقوم بها فتبقى في دائرة الأخطاء العادية.²

ولقد كان لهذه التفرقة أثرها في ظهور نظرية الخطأ الجسيم، ليستقر الوضع على أن العبرة بالخطأ لا بدرجة جسامته.³

ويعتبر الطبيب مرتكباً لخطأ فني متى كان فعله غير مطابق لما استقرت عليه العلوم الطبية، في مجال التشخيص (الفرع الأول)، أو العلاج (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الخطأ في مجال التشخيص

(la faute de diagnostic)

التشخيص هو التعرف على المرض من خلال الأعراض المصاحبة له، وهو يعد من أهم مراحل العمل الطبي إذ بناء عليه يتحدد نمط التدخل العلاجي أو الجراحي حسب طبيعة

¹ - راييس محمد، نطاق و أحكام المسؤولية المدنية للأطباء و إثباتها، المرجع السابق، ص 245.

² - محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993، ص 14.

³ - عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 156 وما بعدها.

المرض ومتطلبات علاجه.¹ لذا فإنه يجب على الطبيب أن يأخذ الوقت الكافي عند التشخيص مع ضرورة الاستعانة بالطرق و الإجراءات العلمية المستحدثة المتاحة.² و التشخيص بهذا المفهوم عملية فكرية بالدرجة الأولى، إذ لا يعتمد الطبيب سوى على الأعراض التي يشكو منها المريض وهي عادة ما تكون متشابهة أو غير محددة، ولا تظهر في الواقع كتعبير حرفي لما تتحدث عنه الكتب. كما أن المريض قد لا يستطيع التعبير عن موطن الداء الذي ألم به. يضاف إلى ذلك كله الظروف التي يتم فيها الفحص، من حيث إمكانية الاستعانة بالخبراء، أو بالأجهزة العلمية الملائمة والتي قد يؤدي نقصها إلى التأثير الفعال على نتائج التشخيص.³

ومن هذا المنطلق استقر القضاء على ضرورة التمييز بين الغلط في التشخيص و الناجم عن الشك المحيط ببعض الوقائع الطبية، رغم استعانة الطبيب وبدقة بكل ما أتاحه العلم من وسائل في هذا الشأن. و بين الخطأ في التشخيص و الناتج عن الإهمال وعدم اتخاذ الاحتياطات التي من شأنها أن تبعد الطبيب عن الزلل.⁴ فالغلط البسيط في التشخيص غير كاف لاعتبار الطبيب مسؤولاً، ما لم يرقى هذا الغلط إلى درجة الخطأ⁵، كما لو كانت الأعراض ظاهرةً بالمقارنة مع طبيب مثل الذي أجرى التشخيص.⁶

¹ - Jean-René Binet. **Droit médical**. Momtchrestien Lextenso. Ed 2010. Paris. p220.

² - المادة 33-4127 R من قانون الصحة العامة الفرنسي .

³ - عبد الرشيد مأمون، **عقد العلاج بين النظرية و التطبيق**، المرجع السابق، ص 204. السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 37.

⁴ - عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 205.

⁵ Civ 1^{er} 6 juin 2000. Pourvoi n^o 98-19295. bull. civ. I. n^o 176. P114.

⁶ - منير رياض حنا، **المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين**، المرجع السابق، ص 391.

أنظر في المعنى ذاته:

Hélène Béjui-Hugues. Isabelle Bessières-Roques; **Précis d'évaluation du dommage corporel**. éd l'Argus .paris.2013.p 187. Yvonne Lambert-Faivre. Stéphanie porchy-Simonm; droit du dommade corporel. Dalloz. 2009. p 751.

كما تؤكد هذا الاجتهاد القضائي بصدور قانون 04 مارس 2002 و الذي نص صراحة على أنه و باستثناء حالات محددة فإن الخطأ الواجب الإثبات يعد وحده أساساً لاعتبار الطبيب مسؤولاً عما لحق المريض من ضرر بغض النظر عن صفة الخطأ كونه فنياً أو متصلاً بالواجبات الطبية.¹ فمادام الطبيب ملزماً ببذل عناية فلا يعد مخطئاً إلا حين يهمل أو يتجاهل الوسائل العلمية الحديثة التي تمكنه من إجراء تشخيص جيد سواء عند إجراء الفحوصات الأولية أو عند مراقبة تطور الأعراض لدى المريض.²

الفرع الثاني: الخطأ في مجال العلاج

(la faute dans le cadre du traitement)

تبدأ مرحلة العلاج باختيار الطرق المناسبة المساعدة على تحسين الحالة الصحية للمريض، و تحدد التزامات الطبيب في هذه المرحلة بحسن اختيار العلاج (البند الأول)، تنفيذ العلاج ومباشرته (البند الثاني)، مراقبة الحالة الصحية للمريض (البند الثالث).

البند الأول: إختيار العلاج

العلاج هو تلك المرحلة التي تهدف إلى دراسة الوسائل الممكنة من أجل الوصول بالمريض إلى الشفاء. و يثور التساؤل هنا حول مدى حرية الطبيب في اختيار الطريق الذي يسلكه لكي يعالج المريض، خاصة و أن الطبيب غير ملزم بالوصول إلى نتيجة معينة، وأن كل ما يلزم به هو بذل عناية. وما يزيد من أهمية هذا التساؤل هو أن تنوع وسائل المعالجة نتيجة تطور العلوم الطبية يفتح الباب واسعاً أمام الطبيب لاختيار العلاج وفقاً لما يراه أكثر فاعلية في شفاء المريض و أكثر ملائمة لحالته.³

ومن الضروري أن نلاحظ أن حرية اختيار العلاج لا يجب أن تتجاوز الحدود المفروضة بواسطة القواعد العامة للحذر و اليقظة، فالعلاج الذي يختاره الطبيب يجب أن يكون مقبولاً في مجال علوم الطب في الحالة المعروضة عليه. وبذلك فإن الطبيب الذي يلجأ إلى علاج

¹ - المادة 1-1142 ل.ق.ص.ع.ف.

² - Jean-René Binet.op.cit.p 221.

³ - عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة النشر، ص 214 وما بعدها.

لم يعد مطابقاً للمعطيات العلمية، و يهمل ما أصبح عليه من القدم وحظر استعماله، يكون قد خرج عن الواجب الخاص بالرعاية و النصح الذي يلتزم به تجاه المريض. ولا يعني ذلك أن الطبيب ملزم باتباع الطريقة التي يتبعها غالبية الأطباء، طالما أن الطريقة التي انتهجها متفقة مع القواعد الطبية المعروفة. فقد تكون للطبيب طريقة خاصة و لكنها مستمدة من المستجدات في العلوم الطبية. وهذا لا يعني أن من حق الطبيب أن ينفرد بعلاج المريض، إذ أن حالة هذا الأخير قد تقتضي أن يستعين الطبيب بغيره من الأخصائيين، خاصة إذا استعصى عليه إيجاد حل لها. فلا يمكن القول هنا بأن الطبيب يمكن التخلي عن الاستعانة بالمتخصصين دون أن يكون في ذلك مساس بقواعد الحيطة و الحذر. وليس للطبيب أيضاً أن يلجأ إلى العلاجات الخطرة إلا إذا كانت حالة المريض تفرض ذلك، و ألا تقدم العلوم الطبية طرق أخرى أقل خطورة. و لا يعفى الطبيب من المسؤولية لمجرد أنه نبه المريض إلى مخاطرها. فمن الضروري وجود تناسب بين المخاطر الناجمة عن العلاج وخطورة الحالة محل العلاج، فإذا كانت صحة المريض غير مهددة بالخطر فإن فرص الطبيب في اختيار العلاج تضيق تماماً حيث لا يكون هناك داع للطرق الخطرة التي تهدد حياة المريض.¹

البند الثاني: تنفيذ العلاج ومباشرته

بعد أن يختار الطبيب الطريقة المناسبة لعلاج مريضه فإنه يبدأ بتنفيذها، و قد يكون هذا التنفيذ إما عن طريق الأدوية، أو عن طريق الجراحة. فإذا كان العلاج عن طريق الأدوية فعلى الطبيب أن يثبت التشخيص و العلاج كتابةً عن طريقة الوصفة الطبية،² وبطريقة تستجيب لما يشترطه القانون: فيشترط لصحة الوصفة

¹ - عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 222.

² - المادة ق.ص.ع.ت « لا يسلم أي دواء إلا بتقديم وصفة طبية ما عدا بعض المواد الصيدلانية التي تضبط قائمتها عن طريق التنظيم.»

الطبية أن يكون الطبيب مختصاً بمنحها.¹ وتجب الإشارة هنا إلى أن قانون حماية الصحة و ترقيتها رقم 85 - 05 اعتبر الطبيب وجراح الأسنان مخولين دون سواهما بمنح الوصفة الطبية،² أما القانون رقم 90 - 17 المعدل للقانون رقم 85 - 05 فقد أشار إلى أنه يرخص أيضاً للمساعدات الطبيات القابلات بوصف أدوية و طرق و أساليب حماية الأمومة دون الإخلال بالأحكام القانونية، على أن تتحدد قائمة الأدوية و الأساليب التي يمكنهن وصفها من طرف الوزير المكلف بالصحة.³

¹ - المادة 16 م.أ.ط « يخول الطبيب وجراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص و الوقاية و العلاج، و لا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم علاجاً أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز اختصاصاته أو إمكانياته إلا في الحالات الاستثنائية.»

المادة 205 ق.ص.ع.ت « يمنع أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو قف حقه في ممارسة مهنته أن يجري فحوصاً أو يحرر وصفات أو يحضر أدوية أو يطبق علاجاً أو يستعمل أية طريقة في العلاج تابعة للطب أو الصيدلة، بصفته طبيباً أو جراح أسنان أو صيدلياً، إلا في حالة الضرورة القصوى التي تتطلب تقديم علاج مستعجل قصد الإسعاف الأولي.»

المادة 47 من م.أ.ط « يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يحرر وصفاته بكل وضوح و أن يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهماً جيداً، كما يتعين عليه أن يجتهد للحصول على أحسن تنفيذ للعلاج.»

المادة 77 م.أ.ط « لا يسوغ للطبيب أو جراح الأسنان أن يثبت على الورق المخصص للوصفات و البطاقات الشخصية أو الدليل المهني إلا البيانات الآتية:

- 1- الاسم و اللقب و العنوان ورقم الهاتف وساعات الاستشارة الطبية،
 - 2- أسماء الزملاء المشتركين إذا كان الطبيب أو جراح الأسنان يمارس مهنته بصفة مشتركة،
 - 3- الشهادات و الوظائف و المؤهلات المعترف بها.»
- ² - المادة 204 « للطبيب و جراح الأسنان كل في مجال عمله، الحرية في وصف الأدوية المسجلة في المدونة الوطنية، مع مراعاة أحكام المادة 203 أعلاه.» - المادة 203 « يتعين على الأطباء و جراحي الأسنان أن يطبقوا التصاميم العلاجية و تقنيات التشخيص المحددة لبعض الأمراض التي تندرج في إطار برامج الصحة.» -
- ³ - المادة 222 «.....يرخص للمساعدات الطبيات القابلات بوصف أدوية و طرق و أساليب حماية الأمومة دون الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في الفقرات السابقة.
- تحدد قائمة الأدوية و الطرق و الأساليب التي يمكن القابلات وصفها من طرف الوزير المكلف بالصحة العمومية.»

كما يشترط لصحة الوصفة الطبية مراعاة الدقة و الوضوح عند كتابتها، باعتبار أن هذه الوصفة ليست موجهة في الأصل إلى الصيدلي- والذي قد يصعب عليه أيضاً فهمها و تنفيذها- بل هي موجهة أساساً إلى المريض أو محيطه العائلي.¹

والوصفة الطبية كغيرها من الوثائق الطبية لا يقتصر دورها على تحديد طريقة العلاج للمريض، بل تعتبر الوسيلة الوحيدة للحصول على بعض الأنواع من الأدوية و المستحضرات الطبية، كما تعد أساساً لمنح بعض الحقوق أو مساءلة الأشخاص مدنياً أو جنائياً، كتحديد نسبة العجز أو طبيعة الجريمة محل المتابعة القضائية. ونظراً لهذه الخصوصية فإن المسؤولية عنها لا تقتصر على المسؤولية المدنية أو التأديبية بل تشمل أيضاً المسؤولية الجزائية.²

¹ المادة 47 من م.أ.ط « يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يحرر وصفاته بكل وضوح و أن يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهماً جيداً، كما يتعين عليه أن يجتهد للحصول على أحسن تنفيذ للعلاج.»

المادة 77 م.أ.ط « لا يسوغ للطبيب أو جراح الأسنان أن يثبت على الورق المخصص للوصفات و البطاقات الشخصية أو الدليل المهني إلا البيانات الآتية:

- 1- الاسم و اللقب و العنوان ورقم الهاتف وساعات الاستشارة الطبية،
 - 2- اسماء الزملاء المشتركين إذا كان الطبيب أو جراح الأسنان يمارس مهنته بصفة مشتركة،
 - 3- الشهادات و الوظائف و المؤهلات المعترف بها.»
- ² - فضيلة ملهاق، مسؤولية الطبيب الجزائية عن الوصفة الطبية في التشريع الجزائري، نشرة القضاة، ع 58، ص 127 وما بعدها.

المادة 03 م.أ.ط « تخضع مخالفات القواعد و الأحكام الواردة في هذه المدونة لاختصاص الجهات التأديبية التابعة لمجالس أخلاقيات الطب دون المساس بالأحكام المنصوص عليها في المادة 221 من هذا المرسوم.» المادة 221 « لا تشكل ممارسة العمل التأديبي عائناً بالنسبة: - للدعاوى القضائية المدنية أو الجنائية، - للعمل التأديبي الذي تقوم به الهيئة أو المؤسسة التي قد ينتمي إليها المتهم. و لا يمكن الجمع بين عقوبات من طبيعة واحدة للخطأ ذاته.»

المادة 244 ق.ص.ع.ت « يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة مالية تتراوح بين 5000 و 50.000 دج، أو بإحدى هاتين العقوبتين الأشخاص المذكورين فيما يلي: (1) كل من يسهلون لغيرهم استعمال الماد المخدرة و العقاقير و النباتات المضرة بالصحة بمقابل مالي أو مجاناً، وذلك بتسخير محل لهذا الغرض أو بأي وسيلة أخرى. (2) كل من يحصلون على المواد أو النباتات السالفة الذكر أو يحاولون الحصول عليها بواسطة وصفات وهمية أو وصفات تواطئية. (3) كل الذين يسلمون المواد أو النباتات المذكورة بناء على تقديم وصفات إليهم مع علمهم بطابعها الوهمي أو التواطئ. تكون

أما في حالة العلاج بالجراحة فيجب التأكد من أن إجراءاتها ضرورية للمريض، و ذلك بعد تفكير و تبصر وروية. فإذا ثبت للطبيب جدية الجراحة فعليه أخذ موافقة المريض أو من ينوب عنه، بعد أن يبصره و يشرح له حقيقة وضعه و طبيعته و تفاصيل العملية و مضاعفاتها المحتملة.

و يجب على الطبيب الجراح مراعاة الاعتبار الشخصي الذي يقوم عليه عقد العلاج، خاصة في الأحوال التي يرى فيها الطبيب إعطاء الفرص لطلابه أو من تحت رقابته لإجراء العملية بدلاً عنه لاكتساب الخبرة، فيجب إخبار المريض و أخذ موافقته و إلا اعتبر ذلك اعتداءً على حقوق المريض.

ومتى باشر الطبيب العلاج وفقاً للأصول العلمية فلا يسأل عن الآثار السيئة الناتجة عنه ما لم يثبت وجود خطأ من جانبه. و لا يعد عدم شفاء المريض دليلاً على وجود الخطأ، فقد يكون الضرر ناتجاً عن خطأ المضرور أو نتيجة ظروف غير متوقعة. بينما يعد الطبيب مخطئاً إذا كان الضرر نتيجة خطأ في العلاج، أو في الأوامر التي أمر بها المريض، أو نتيجة سوء تحرير الوصفة الطبية.¹

البند الثالث: مراقبة الحالة الصحية للمريض

العقوبة السجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات إذا سهل استعمال المواد أو النباتات المذكورة لأحد القصر أو سلمت له هذه المواد أو النباتات في الظروف المنصوص عليها في الفقرة 3 أعلاه.»
المادة 246 ق.ص.ع.ت « يجوز للمحاكم في حالة الإدانة بسبب ارتكاب المخالفات المنصوص عليها في المواد 242 و 243 و 244 و 245 من هذا القانون أن تصدر ما يأتي: - إمكانية الحكم بالحرمان من الحقوق المدنية بين خمس سنوات و عشر سنوات، - إمكانية الحكم بالمنع من ممارسة المهنة التي ارتكبت الجنحة خلالها مدة خمس سنوات على الأكثر....»

المادة 16 من القانون رقم 04-18 المؤرخ في 25 ديسمبر 2005 المتعلق بالوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية و قمع الاستعمال و الاتجار غير المشروعين « يعاقب بالحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات و بغرامة من 500.000 إلى 1000.000 - قدم عن قصد و صفة طبية صورية أو على سبيل المحاباة تحتوي على مؤثرات عقلية. - سلم مؤثرات عقلية بدون و صفة أو كان على علم بالطابع الصوري أو المحاباة للوصفات الطبية. - حاول الحصول على المؤثرات العقلية قصد البيع أو تحصل عليها بواسطة و صفات طبية صورية بناء على ما عرض عليه.»

¹ - عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 225.

إن أهمية هذا الالتزام تظهر بصفة خاصة في حالة العلاج عن طريق الجراحة، أو إذا كانت الحالة الصحية للمريض تقتضي استعمال أدوية خطيرة، فعلى الطبيب متابعة الوضع الصحي للمريض للتأكد من آثار العلاج ومدى تأثيره على المريض.

و لقد أفرد المشرع الجزائري للرقابة الطبية بنداً خاصاً في مدونة أخلاقيات مهنة الطب، تحت عنوان « تدابير الرقابة خلال الاستشفاء ». حيث حدد فيه جملة من الالتزامات من بينها ضرورة إشعار الشخص الخاضع للرقابة بأنه يقوم بفحصه بصفته طبيباً مراقباً، كما يتعين عليه مراعاة الموضوعية التامة في استنتاجاته و الالتزام بالسر المهني، وعليه أن يمتنع عن إعطاء علاج للمريض غير العلاج الذي قرره الطبيب المعالج، وإذا اختلف مع هذا الأخير بشأن تشخيص المرض فيجب عليه إخطار رئيس الفرع الجهوي النظامي في حالة مواجهة صعوبات في ذلك ، ولا يجوز أن يكون الطبيب المراقب هو نفسه الطبيب المعالج، وعلى الطبيب المراقب عدم تقاضي أية أتعاب مباشرة من المريض.¹

كما تظهر أهمية هذا الالتزام في المؤسسات الصحية التي تتولى معالجة الأمراض العقلية، إذ تتحقق المسؤولية عندما لا تتخذ الاحتياطات الضرورية لمراقبة المرضى. و من الضروري أن تكون المراقبة مؤسسة على الفحص الطبي السابق، و ليس مجرد أقوال بسيطة يدلي بها الأفراد المحيطين بالمريض.²

¹ - المادة من 90 إلى 94 م.أ.ط.

² - عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، المرجع نفسه، ص 228 .

المبحث الثالث: نطاق المسؤولية عن مخالفة الالتزامات الطبية

من المقرر في المسؤولية المدنية أن الشخص يسأل إلى جانب مسؤوليته عن أعماله الشخصية، عن أعمال تابعيه على خلاف في التوجيه بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية.

ففي المسؤولية العقدية، يكون المدين مسؤولاً عن كل من يستعين بهم في تنفيذ التزامه العقدي كما لو قام بتنفيذ الالتزام بنفسه. وتقوم المسؤولية العقدية عن الغير حيث يوجد عقد صحيح بين المسؤول و المضرور، وحيث يكون الغير مكلفاً بتنفيذ هذا العقد. فيشترط أن يكون العقد قائماً بين المسؤول و المضرور، فإذا كان العقد بين المسؤول و الغير الذي أحدث الضرر فتكون المسؤولية تقصيرية لا عقدية. أما إذا تدخل الغير في تنفيذ العقد دون أن يعهد له المسؤول بذلك، فتكون مسؤولية هذا الأخير مسؤولية شخصية لا مسؤولية عن فعل الغير.¹ فالطبيب الذي يستعين في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد الطبي بمساعديه من ممرضين و فنيين و أطباء آخرين، أو يعهد إلى أحد المختبرات بإجراء التحليل اللازمة للمريض، أو يستحصل على الدم اللازم من أحد بنوك الدم، يسأل عن ذلك أمام المريض بمقتضى المسؤولية عن فعل الغير متى توفرت شروطها سالفه الذكر.

¹ - السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، المجلد الثاني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 746 وما يليها.

وتجب الإشارة إلى أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير لا تستند إلى نص مباشرة على غرار المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، و إنما تستخلص ضمناً من نص المادة 2/178 قانون مدني جزائري و التي تقابل المادة 02/217 قانون مدني مصري، « ... وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.» فمادام أنه يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الخطأ الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، فذلك لا يستقيم إلا إذا كان هو في الأصل مسؤولاً عن خطئهم.

أما المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، فلا يشترط أن يكون مصدرها العقد، و إنما يكفي لتحقيقها إثبات علاقة التبعية بين خطأ التابع ومن له عليه سلطة الرقابة و الإشراف، أيا كان مصدر التبعية، و كذا وجود صلة بين خطأ التابع و العمل الذي كلف بالقيام به.¹ وعلى ذلك يكون الطبيب مسؤولاً تقصيرياً عن أعمال مساعديه متى كانت له عليهم سلطة الرقابة و الإشراف، ولو كانت هذه السلطة مجرد سلطة إدارية لا تشمل الجانب الفني. و بالمثل يكون المستشفى مسؤولاً عن أخطاء طاقمه الطبي دون حاجة إلى إثبات خطأ من جانبه متى كانت له سلطة الرقابة و الإشراف، على الرغم من كون هذه الرقابة تقتصر على الجانب الإداري دون الفني. وهذه السلطة مصدرها عقد العمل في علاقة الطبيب بالمستشفى الخاص، ومصدرها اللوائح و القوانين في علاقة الطبيب بالمستشفيات العامة، بل وفي هذه الحالة الأخيرة تكون وزارة الصحة مسؤولية بدورها تبعاً لمسؤولية المستشفى التابع لها، باعتبار مالها من سلطة الرقابة و الإشراف الإداري على المستشفيات.²

ومن هذا المنطلق سنعرض في هذا الجزء من البحث إلى ضوابط تحديد المسؤولية عن فعل الغير الناتجة عن مخالفة الالتزامات الطبية، من خلال المسؤولية داخل الفريق الطبي (المطلب الأول)، مسؤولية المستشفيات العامة (المطلب الثاني).مسؤولية المؤسسات الصحية الخاصة (المطلب الثالث)، و مسؤولية مستشفيات الأمراض العقلية (المطلب الرابع).

المطلب الأول: المسؤولية داخل الفريق الطبي

¹ - المادة 136 ق.م « يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعاً منه حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها.

و تتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع.»
تقوم علاقة التبعية في كثير من الحالات على عقد الخدمة، و لكنها لا تقتضي حتماً وجود هذا العقد، بل هي لا تقتضي أن يكون التابع مأجوراً من المتبوع على نحو دائم، أو يكون مأجوراً على الإطلاق. فلا ضرورة إذن في علاقة التبعية أن يكون هناك أجر يعطيه المتبوع للتابع، بل لا ضرورة لأن يكون هناك عقد أصلاً. و ليس من الضروري أن تكون السلطة شرعية بل يكفي أن تكون فعلية. أما الرقابة و التوجيه فلا يكفي أن تكون مطلقة بل لا بد من أن تكون في عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع. السنهاوري، الوسيط، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، ص1146 وما يليها.

² - مصطفى الجمال، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه و القضاء، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، مرجع سابق، ص92.

الأصل أن الطبيب يلتزم بمقتضى العقد المبرم بينه وبين المريض بتنفيذ العلاج تنفيذاً شخصياً ، وعلى هذا الأساس يسأل كل طبيب عن قراراته و كذا أعماله الطبية. غير أن الطبيب لا يستطيع مباشرة عمله بمعزل عن غيره من الأطباء، فالعمل الطبي أو الجراحي وبسبب تزايد المعارف الطبية أضحى يستوجب تخصصاً أكثر عمقاً، فلم تعد القرارات الحاسمة بشأن الحالة الصحية للمريض تتخذ بشكل فردي بل نتيجة مداوات بين الاختصاصيين وجميع المتدخلين في العمل الطبي.¹

وفي السياق ذاته تنص المادة 45 من المدونة الجزائرية لأخلاقيات الطب على أنه « يلتزم الطبيب أو جراح الاسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة، والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المتخصصين و المؤهلين.» وبذلك أضحى استعانة الطبيب بفريق طبي متخصص التزاماً قانونياً، حيث يعتبر الطبيب مسؤولاً متى أخل بالتزامه بطلب المساعدة الضرورية.

وتعد علاقة الطبيب الجراح بطبيب التخدير من أكثر العلاقات إثارة لإشكالية اسناد الخطأ الطبي، و لقد اجتهد القضاء الفرنسي من أجل وضع قواعد توزيع المسؤولية في إطار هذه العلاقة، إنطلاقاً من مبدأ المسؤولية عن فعل الغير، ثم إقرار مبدأ ذاتية الخطأ استناداً إلى الاستقلال المهني، مع بقاء المسؤولية المشتركة في مواجهة المريض.

الفرع الأول: مسؤولية الطبيب الجراح عن أخطاء طبيب التخدير

¹ - أحمد محمود إبراهيم سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه، رسالة دكتوراة، عين شمس 1983، ص104. في المعنى نفسه أنظر: بودالي محمد، المسؤولية الجزائرية للجراح وطبيب التخدير و الانعاش، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، العدد 07، 2010، ص 09 وما بعدها.

لقد اتجه القضاء الفرنسي في البداية إلى اعتبار الجراح هو المسؤول المباشر عن الأضرار التي تلحق بالمريض جراء تنفيذ التدخل الجراحي بما في ذلك الأضرار الناتجة عن التخدير،¹ فمادام الطبيب الجراح هو من أختار طبيب التخدير لمساعدته في تنفيذ العلاج، فإن دعوى المسؤولية في كل الأحوال توجه ضده باعتباره مسؤولاً عن العملية الجراحية. وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية الحكم ذاته في حكمها الصادر سنة 1960،² والذي جاء فيه أن الجراح الذي اختاره من ستجرى له العملية الجراحية لثقتة فيه يكون ملزماً بإفادته من هذه العملية بعناية منتبهة و يقظة و مطابقة لمعطيات العلم، و بالتالي فإنه يسأل عن الأخطاء التي يرتكبها من لجأ إليهم الجراح سواء كانوا من الأطباء أو من غيرهم، للوفاء بجزء لا يتجزأ من التزامه.

وعلى هذا الأساس فالطابع العقدي للمسؤولية الطبية لا يقتصر على الأفعال الشخصية للطبيب فقط، بل يمتد ليشمل أيضاً مسؤوليته عن الأشخاص الذين يستعين بهم لتنفيذ العقد. فمن يكلف غيره بتنفيذ الإلتزام الذي تعهد به، يكون مسؤولاً عن عدم قيام الغير الذي استعان به بتنفيذ الإلتزام، طبقاً للمبادئ المعروفة في مجال المسؤولية العقدية.³ غير أنه ورغم إجماع الفقه و القضاء على الطابع العقدي للمسؤولية عن فعل الغير، إلا أن هذا لا ينفي قيامها في حالات استثنائية على الأساس التقصيري، إما لانقضاء الرابطة العقدية أو لاتجاه المريض لمقاضاة الطبيب أمام القضاء الجزائري.⁴

¹ -Trib.civ.Grenoble.16 mai 1956.

² - Cass.1^{er}Civ.18 octobre 1960, J.C.P. 1960, II, 11846, note SAVATIER (R.) ; Gaz.Pal. 1960,p. 289. «le chirurgien investi de la confiance de la person sur laquelle il va pratiquer une opération (...) doit répondre des fautes que peut commettre le médecin auquel ila recours pour l'anesthésie,et qu'il se substitue,en dehors du consentement du patient, pour l'accomplissement d'une partie inséparable de son obligation. .» P.Jourdain. Les principes de la responsabilité civile.7éd. Dalloz. 2007. p 113. Mazeau et Tunk. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**, 6^e éd. 1965.p 1050.

³ - Ph.le Tourneau : **Responsabilité civile profesionnelle**.Dalloz.2^e édition.2005. p 90.

⁴ -آيت مولود ذهبية، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، 78 وما بعدها.

والمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير وعلى خلاف المسؤولية العقدية تشترط علاقة التبعية و الإشراف، و بالتالي فهي تمس بالاستقلال الفني بين الأطباء من حيث ممارسة مهامهم، فكيف يمكن التوفيق بين فكرة العقد التي تجمع الجراح « المتبوع» و المريض « المضرور» و بين الأحكام الواردة في المادة 1384 قانون مدني فرنسي و التي تقابلها المادة 136 قانون مدني جزائري، ذلك أن كلا النصين يشترط وجود علاقة تبعية بين المتبوع وتابعه؟.

إن بحث هذا الاشكال يقتضي بحث مضمون مبدأ الاستقلال المهني للأطباء(البند الأول)، ثم عرض وجه نظر القضاء في هذا الاشكال(البند الثاني).

البند الأول: المضمون التشريعي لمبدأ الاستقلال المهني

تنص المادة 10 من مدونة أخلاقيات الطب « لا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يتخليا عن استقلالهما المهني تحت أي شكل من الاشكال».

و الاستقلال المهني للطبيب يعني أن يكون حراً في تشخيص المرض ووصف العلاج و تنفيذه، بشرط أن يراعي في ذلك الأصول الفنية الثابتة، وبغض النظر عما يطلبه المريض أو شخص آخر ولو كانت له سلطة رئاسية. وهو ما أكدته المادة 85 من مدونة أخلاقيات الطب « لا يعفى الطبيب أو جراح الأسنان الذي يمارس مهنته لدى إدارة أو مجموعة أو أية هيئة أخرى عمومية أو خاصة، بمقتضى عقد أو قانون أساسي، من واجباته المهنية، و لا سيما التزاماته المتعلقة بالسر المهني و استقلال قراراته».

وفي السياق ذاته تنص المادة 86 من القانون نفسه « لايجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقبل أجراً مبنياً على اعتبار مقاييس منتوجية أو مردود زمني، تكون عواقبه الحد من استقلاله المهني أو التخلي عنه».

ومن هذا المنطلق فإن مسؤولية الطبيب تتحقق ولو كانت قراراته متفقة مع تعليمات غيره من الأطباء، متى كانت هذه التعليمات مخالفةً للأصول الفنية الثابتة في مجال الطب،¹ ومن جهة أخرى فإن تنازل الطبيب عن استقلاله المهني لأي سبب كان يشكل مخالفة لقوانين مزاوله المهنة و بالتالي يكون عرضة للمتابعة التأديبية.²

فقد أكدت المدونة على الإستقلال المهني لكل طبيب عن الآخر، من حيث النشاط المهني ومن حيث المسؤولية، مع وجود التزام التعامل بين الأطباء بما يخدم مصالح المريض.

البند الثاني: وجهة نظر القضاء في المسألة

حاولت محكمة استئناف باريس في أحد الاحكام الصادرة عنها،³ وضع توضيح لهذا الاشكال بقولها « إن الاستقلال المهني المنصوص عليه في المادة 09 من قانون أخلاقيات مهنة الطب لا يمنع من أن يكون الطبيب مسؤولاً عن أفعال طبيب آخر حسب مفهوم المادة 1384 قانون مدني، متى تحققت الشروط التي تنشأ عنها علاقة التبعية بين الأشخاص.»

كما نجد أن الاجتهاد القضائي الحديث يعترف بوجود علاقة التبعية بين الطبيب المستخدم و المؤسسة الصحية دون أن يخل ذلك بالاستقلال المهني للطبيب المستخدم. كما أن الفقه توصل إلى أن هناك نوعين من علاقة التبعية، فهناك التابع دون شرط الاستقلال وهناك التابع المستقل، فقد لاحظ الاستاذ Sargos أن الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18 أكتوبر 1960 يعد القاعدة للفقه القائل بالمسؤولية عن فعل الغير دون وجود علاقة التبعية، فطبيعة العقد الطبي وكذا عامل الثقة الذي يجمع المريض بالطبيب يجعل

¹ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، مرجع سابق، ص 23، نقلاً عن أيت مولود ذهبية، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع: قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص 100.

² - أحمد حسن الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2005، ص 90. أيت مولود ذهبية، المرجع السابق، ص 101.

³ - CA, Paris, 1er Ch, 14févr.1958, Note R.Savatier ; Gaz.Pal., 1958, 1, 438.

من هذا الأخير مسؤولاً عن كل من استعان بهم لتنفيذ العقد دون اشتراط وجود علاقة
تبعية.¹

وتجب الاشارة إلى نقطة مهمة جداً هي أنه وفي كل الأحوال وسواء كانت المسؤولية الطبية
عن فعل الغير ذات طابع عقدي أو تقصيري فإنه بالنسبة للأطباء الذي يباشرون نشاطهم
في شكل فريق طبي فإنه يقع على كل منهم التزام إضافي هو الالتزام بمراقبة الأعضاء
التابعين له داخل الفريق، وهو ما أقرته محكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر بتاريخ
30 ماي 1986.²

الفرع الثاني : تلاشي علاقة التبعية بين الطبيب الجراح و طبيب التخدير

إن التطور الكبير الذي شهدته العلوم الطبية، خاصة علم التخدير، أثار الشك حول
فكرة تبعية طبيب التخدير للطبيب الجراح، فلم يعد التخدير مجرد مهمة ثانوية يقوم بها
الجراح أو أحد مساعديه من الممرضين أو غيرهم، و أصبح بالإمكان القول أن أعمال
التخدير مستقلة عن أعمال الجراحة رغم اتحادهما في الهدف.

وقد نظم المشرع الجزائري مهنة التخدير بموجب المرسوم التنفيذي 91-109³، والذي
أشار في المادة 21 منه إلى الطابع المستقل لهذه المهنة سواء من حيث التكوين أو من
حيث الشهادة المتحصل عليها، كما حددت المواد 18 و 19 المهام التي يختص بها
أخصائي التخدير و الانعاش. وهو ما يساعد على الاستنتاج أن المشرع الجزائري يعترف
باستقلالية هذا الاخصائي في أداء مهامه.

¹- P.Sargos, **le responsabilité civile en matière médical pluridisciplinaire**, Médecine & Droit, n 17, mars-avr.1996,p.16.

² - Cass.Civ.Ass.Plén., 30 mai 1986, Bull.civ.n 8 ;GP 1986.2° sem., 508 ;D.1987,P109, not Penneau.

³ المرسوم التنفيذي 91-109 مؤرخ في 27-04-1991 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالأعوان الطبيين في التخدير والانعاش، ج.ر عدد 22، بتاريخ 15-05-1991.

هذا التطور العلمي و القانوني أدى إلى التسليم بتعدد المسؤوليات، أو تلاشي علاقة التبعية بين الطبيب الجراح وطبيب التخدير، والاعتراف بأن علاقة المريض بالفريق الطبي تقوم على تعدد الروابط العقدية، بعد أن كانت تشمل الطبيب الجراح وحده.¹

و لقد سعى كل من الفقه و القضاء إلى البحث عن تأصيل قانوني للعلاقة بين المريض و طبيب التخدير، ذلك أن فرض العقد المباشر بينهما قد يستقيم من الناحية النظرية باعتبار أن حق المريض بالرضا بالعمل العلاجي يمتد إلى موافقته عن الفريق الطبي المتدخل فيه، إلا أن هذا الفرض النظري لا يستقيم في غالب الأحيان، والسبب المباشر في ذلك هو أن مهنة التخدير ليست علاجية و بالتالي يصعب عملياً إيجاد علاقة مباشرة بين المريض و طبيب التخدير دون تدخل الطبيب الجراح.

البند الأول: النظريات الفقهية

لقد حاول الفقه تبرير الرابطة العقدية بين طبيب التخدير و المريض بالاستعانة بنظريتي الاشتراط لمصلحة الغير، و الوكالة الضمنية.

فبمقتضى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير²، يكون الطبيب الجراح و بناءً على العقد المبرم بينه وبين المريض، قد حصل من هذا الأخير على قبول ضمني بأن يبرم مع أعضاء الفريق الطبي اشتراطاً لمصلحته- المريض- فيصبح بذلك دائماً لكل أعضاء هذا الفريق.³

ويعاب على هذه النظرية أن تفقد قيمتها في الأحوال التي يتم فيها التدخل الجراحي دون تحقق الإرادة كحالة الاستعجال أو الضرورة، حيث يصعب القول باتجاه إرادة الجراح وطبيب التخدير لإنشاء حق مباشر للمريض.

¹ - أيت مولود ذهبية، المرجع السابق، ص 111 وما بعدها.

² - أنظر نص المادة 116 قانون مدني جزائري « يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية.

و يترتب عن الاشتراط أن يكتسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، و يكون لهذا المدين أن يحتج ضد المتعهد بما يعارض مضمون العقد.....»

³ - عبد القادر العبودي، مرجع سابق، ص 251. نقلا عن - أيت مولود ذهبية، المرجع السابق، ص 171.

أما نظرية الوكالة الضمنية فيرى أنصاها أن الطبيب الجراح وعند إبرام العقد الطبي مع المريض يتعاقد باسمه ونيابة عن زملائه أعضاء الفريق الطبي الذين يلتزمون معه بإتمام العلاج.

فاجتماع الأطباء المتخصصين في فريق واحد لتحقيق غاية واحدة هي علاج المريض، هو توكيل ضمني لرئيس الفريق بأن يتعاقد باسمهم مع المريض الذي يقبل ضمناً تلقي الرعاية المتنوعة من أعضاء الفريق الذين يقع على عاتقهم التزام جماعي ببذل العناية اللازمة وفقاً لمعطيات الطب الحديثة، و الالتزام بضمان سلامة المريض.¹

ولم تسلم هذه النظرية من النقد أيضاً على أساس أن الوكالة تكون في التصرفات القانونية لا في الأعمال المادية،² كما أن الوكالة تقوم على فكرة تمثيل الوكيل لشخص الموكل، وهو ما ينتفي في علاقة الطبيب الجراح و أعضاء الفريق

البند الثاني: موقف القضاء

إن الإشكال المتعلق بالمسؤولية داخل الفريق الطبي عرف تفسيراً جديداً بمقتضى الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 27 ماي 1970 (حكم Pancrazi)، حيث أقر هذا الحكم وجود علاقة عقدية بين المريض و طبيب التخدير، و بالتالي فإن كل من الجراح و طبيب التخدير مشتركين من حيث المسؤولية.³

¹ -Michel HARICHAUX-RAMU ,op.cit.p05.

نقلا عن: أيت مولود ذهبية، المرجع السابق، ص118.

² - أنظر نص المادة 572 ق.م. ج « يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانون الذي يكون محل الوكالة، مالم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك».

فمن أهم ما يميز الوكالة عن غيرها من العقود خاصة عقد المقاوله، وعقد العمل، أن محلها الأصلي يكون دائماً تصرفاً قانونياً يقوم به الوكيل لمصلحة الموكل. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، المجلد الأول:

العقود الواردة على العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2011، ص 373.

³ - Cass 1^{er} civ.,27 mai 1970,JCP,éd.G.,1971, n 16833, note Savatier, R. ;D.1970, somm.186 ;1^{er} esp.

ومن أهم القرائن التي يستند عليها القضاء لتبرير وجود هذا العقد قيام طبيب التخدير بإجراء الفحوص الأولية قبل التدخل الجراحي، مما يجعله متمتعاً بثقة المريض التي تلزمه بالعناية المطابقة للفن الطبي.

كما أن الاجتهاد القضائي الحديث يستند إلى فكرة العقد الضمني بين المريض و طبيب التخدير على أساس أن المريض يفوض الطبيب الجراح لاختيار طبيب التخدير، خاصة أن طبيب التخدير أصبح ملزماً بالتعاقد مباشرة مع المريض.

فمحكمة النقض الفرنسية أكدت في العديد من أحكامها على الاستقلال المهني للأطباء خاصة في علاقة الطبيب الجراح بطبيب التخدير، في حكمها الصادر بتاريخ 28 أكتوبر 1998، إلى التأكيد على استقلال الطبيب الجراح عن طبيب التخدير، وإن كان هذا الحكم لم يؤكد الفصل التام بين المسؤوليات و إنما قرر الالتزام المتبادل بالمشورة بين أعضاء الفريق الجر

الفرع الثالث: المسؤولية المشتركة لأعضاء الفريق الطبي

إن من فوائد الأخذ بالمسؤولية المشتركة لأعضاء الفريق الطبي حث كل منهم على زيادة الاهتمام في دائرة اختصاصه، بالأعمال ذات الطابع المشترك بينهم، إذ يلتزم الجميع بالتزام جماعي غير قابل للانقسام طبقاً لمبدأ المراقبة و المشورة المتبادلة بينهم. وهو ما أكدته الفرنسية في جملة من أحكامه منها الحكمين الصادرين عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 04 نوفمبر 2003،¹ و 26 أكتوبر 2004.²

والقول بالمسؤولية المشتركة لا يتناقض و الاستقلال المهني، بل بالعكس يجسده على أرض الواقع، بأن يفرض على كل عضو مشارك مراقبة عمل زميله قبل تنفيذه. ففكرة الفريق الطبي لا تعد نوعاً من المسؤولية الجماعية، إذ لا بد من البحث ما إذا كان الجراح أو أخصائي التخدير قد قصر في التزاماتهما المشتركة، وفي المعنى نفسه لا يجوز مساءلة

¹ - Cass 1^{er} civ.,4 Nov.2003, pourvoi n 01-13.204, Juris-Data n 2003-020794 ; Bull.Civ.2003,I, n 224, P.177 : Droit et Pat.2005, n 134,P.123.

² - Cass 1^{er} civ.,26 Oct.2004, pourvoi: 02-16400.

الطبيب الجراح بصفته رئيساً للفريق الطبي عن أخطاء هي بالمعنى الدقيق ضمن اختصاص زميله، بل يجب دائماً إثبات خطئه الشخصي. وإذا كانت المسؤولية المشتركة لا تمس بالاستقلال المهني، فقد أثير الإشكال حول أساسها، فهل هو مبدأ التضامن؟ أم مبدأ التضامم؟.

البند الأول: المسؤولية المشتركة على أساس التضامن

حسب نص المادة 217 قانون مدني جزائري « التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض و إنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون». فالمبدأ العام في الالتزامات الإرادية أن كل مدين يسأل عن دينه الخاص به، و إذا تعدد المدينون سئل كل منهم بقدر نصيبه في الدين، فالتضامن لا يستتج أو يفترض بل لا بد أن يستفاد صراحة من عقد أو نص قانوني.

بينما نصت المادة 126 من القانون نفسه « إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض». فعلى عكس التضامن في الالتزام الارادي والذي يشترط الاتفاق المسبق، فإنه في الالتزام غير الارادي أو التقصيري فإن المدينين متضامنين في دفعه و لو لم تتوفر فيهم نية الإضرار، أو حتى لو وجد اتفاق يقتضي بعدم تضامنهم.¹

ومن هذا المنطلق فإن تطبيق فكرة التضامن في مجال المسؤولية للفريق الطبي يقتضي التمييز بين حالة كون المسؤولية ذات طابع عقدي أو ذات طابع تقصيري. ويشترط لأعمال فكرة التضامن أن يكون المدين قد ارتكب خطأ، وبالتالي فلا يمكن مساءلة ورثة الطبيب عن خطئه. كما يشترط وحدة الضرر، بحيث يكون الضرر موحداً غير قابل للانقسام و التجزئة، بحيث يصعب تحديد مساهمة خطأ كل مدين في المسؤولية المشتركة.

¹ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الالتزام التضامني للمسؤولين تقصيرياً في مواجهة المضرور، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، 1980، ص 48. السنهوري، الوسيط، ج 3، الأوصاف - الحوالة - الانقضاء، ص 260 وما بعدها.

ولا يقصد بذلك أن الخطأ غير قابل للانقسام، ذلك أنه من الطبيعي أن خطأ كل من المسؤولين يستقل عن خطأ الآخر.

ولا يقصد أيضاً أن الالتزام غير قابل للانقسام، إذ أن الالتزام بالتعويض يمكن انقسامه بين المسؤولين، بل المقصود أن يكون الضرر ذاته موحداً من غير الممكن تجزئته و تحديد نسبة مساهمة كل مسؤول في إحداثه. و أخير فإنه يشترط تحقق رابطة السببية بين أخطاء المسؤولين و الضرر برمته.¹

البند الثاني: المسؤولية المشتركة على أساس التضامم

إن أهم انتقاد وجه لفكرة التضامم كتبرير للمسؤولية المشتركة أنها تشترط وحدة مصدر التزام كل المدينين، وهو ما لا يتحقق في حالة الفريق الطبي نظراً لاختلاف العلاقة التي تربط المريض بكل عضو مشترك في العلاج، نظراً لاكتفائه في الغالب بالتعاقد مع رئيس الفريق الطبي. فلا مجال للقول بوجود عقود ضمنية، وبالتالي تثار مسؤولية أعضاء الفريق الطبي على سبيل التضامم لا التضامن عن الخطأ المشترك بينهم، لاختلاف مصدر التزامهم وسبب مسؤوليتهم.²

فالتضامم إضافة إلى كونه لا يشترط وحدة مصدر الالتزام، فهو لا يشترط وجود نص قانوني أو اتفاق يقضي به، إذ هو مرتبط بطبيعة الأشياء. فبمجرد تعدد أخطاء صادرة من أكثر من شخص، ومساهمتها بصورة مباشرة و ضرورية في إحداث الضرر، ولم يكن بالامكان تجزئة المسؤولية، فنكون أمام مدينين ملتزمين قبل الدائن بديون متماثلة نتيجة الصدفة البحثة أو نتيجة لظروف معينة لا دخل للمدين فيها.

¹ - آيت مولود ذهبية، المرجع السابق، ص 183 وما بعدها.

² - أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 269-270. نقلاً عن آيت مولود ذهبية، المرجع السابق، ص 186.

و التضام بهذا المفهوم يجد سنده في الضرر الناتج بغير حق عن أكثر من شخص، و يستحيل تحديد دور كل منهم في إحداثه. كما أن خطأ كل شخص يعتبر شرطاً أساسياً لوقوع الحادث، فكل شخص منهم يعتبر السبب لكل الضرر الواقع.¹

وقياساً على الأعضاء المشاركين في الفريق الطبي، فإن كل منهم يكون قد ساهم في إحداث الضرر الناجم عن خطئهم، فيكونون ملتزمين بالتضام للتعويض عن الضرر كاملاً، كل بحسب أخطائه المنسوبة إليه، ودون النظر إلى تقسيم المسؤولية بينهم.

المطلب الثاني: مسؤولية المستشفيات العامة عن أعمال موظفيها

تعتبر الصحة العامة من أهم صور تدخل الدولة في حياة المجتمع لحفظ سلامة الأفراد. هذا النشاط المجاني يعتبر في المقابل حقاً مكفولاً للمواطن. فكيف يمكن التوفيق بين التزام الدولة وحق الأفراد في أن تتم تلك المهمة دون أن تلحق بهم أضراراً.

و المسؤولية في الميدان الاستشفائي لا تخرج عن المبادئ و المفاهيم الأساسية للمسؤولية الادارية. فلا يكون المرفق الصحي العمومي مسؤولاً بذاته إلا إذا كان مؤسسة عامة متمتعة بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي و الإداري. فإذا لم تكن كذلك فإن الشخص المسؤول في هذه الحالة هو الشخص المعنوي المالك للمرفق الصحي حتى ولو كان هذا الأخير يدار بصورة مستقلة.²

ويتم تحديد هذا الوصف بالرجوع إلى القوانين و المراسيم المتعلقة بهذه المرافق. ففي الجزائر نجد هذا التحديد ضمن المرسوم التنفيذي المحدد لقواعد إنشاء المؤسسات الاستشفائية المتخصصة و تنظيمها وسيرها³. و كذا المرسوم التنفيذي المحدد لقواعد إنشاء

¹ - نبيل إبراهيم سعد، التضام ومبدأ افتراض التضامن، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص 14، و

41. السنهوري، الوسيط، ج 3، الأوصاف- الحوالة- الانقضاء، ص 285 وما يليها.

² - أحمد أدريوش، مسؤولية مرافق الصحة العمومية، مرجع سابق، ص 5.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 97- 465 مؤرخ في 2 ديسمبر 1997. المادة 02 « المؤسسة العمومية الاستشفائية

المتخصصة مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي.»

القطاعات الصحية و تنظيمها وسيرها،¹ ثم المرسوم التنفيذي المحدد لقواعد إنشاء المراكز الاستشفائية الجامعية و تنظيمها وسيرها.²

ولقد اختلفت الاتجاهات حول القواعد القانونية التي يطبقها القضاء لحسم المنازعات الإدارية، فهل تكون القواعد المدنية التي يقررها القانون الخاص؟ أم تكون قواعد أخرى تراعي الاعتبارات الخاصة بالإدارة؟.

فبينما رأَت محكمة النقض ضرورة تطبيق المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي على أفضية الإدارة، اتجه مجلس الدولة اتجاهاً عكسياً يرى فيه ضرورة استتباط قواعد بحسب مقتضيات الحياة الادارية.³

و إزاء هذا التعارض بين وجهتي القضاء، كان من الضروري أن تتدخل محكمة التنازع لتضع حداً تلزم فيه كل الجهتين، وذلك في حكمها المشهور Blanco الصادر في أول فبراير سنة 1873،⁴ و الذي أكدت فيه وجهة نظر مجلس الدولة بقولها «...إن مسؤولية الادارة عن الأضرار التي تلحق الأفراد بسبب تصرفات الذين تستخدمهم في المرفق العام، لا يمكن أن تحكمها المبادئ التي يقررها القانون المدني للعلاقات فيما بين الأفراد. وهذه المسؤولية ليست بالعامّة ولا بالمطلقة، بل لها قواعدها الخاصة التي تتنوع وفقاً لحاجات المرفق، وضرورة التوفيق بين حقوق الدولة والحقوق الخاصة.»

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 97-466 مؤرخ في 2 ديسمبر 1997. المادة 02 « القطاع الصحي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي. ويوضع تحت وصاية الوالي.»

² - المرسوم التنفيذي رقم 97-467 مؤرخ في 2 ديسمبر 1997. المادة 02 « المركز الجامعي الاستشفائي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي. ويتم إنشاؤها بموجب مرسوم تنفيذي بناء على اقتراح مشترك بين الوزير المكلف بالصحة و الوزير المكلف بالتعليم العالي و البحث العلمي.....»

³ - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني: قضاء التعويض وطرق الطعن في الاحكام» دراسة مقارنة» دار الفكر العربي، طبعة مزيدة ومنقحة، 2013، ص 127 وما بعدها.

⁴ - T. C. 8 févr.1973. Blanco; Rec.1^{er} supplt. 61, concl. David; D. 1973.3.17.concol.

David;S.1973.3.153, concol. David.

وعلى إثر هذا الحكم استقر الوضع في هذا الصدد، و التزمت به محكمة النقض الفرنسية ورددته في أحكامها ابتداء من سنة 1876.¹

ولقد جرى مجلس الدولة على التمييز بين الخطأ المصلي أو المرفقي الذي ينسب فيه الإهمال و التقصير إلى المرفق العام ذاته، وبين الخطأ الشخصي الذي ينسب إلى الموظف شخصياً و ينفذ الحكم في أمواله الخاصة. و القاعدة التي يسير عليها القضاء الفرنسي حالياً هي التوسع في صور الخطأ المرفقي وذلك حماية للأفراد و للموظفين كليهما (الفرع الأول). و كذا هجر فكرة الخطأ الجسيم عند بحث مسؤولية المرفق العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: انحصار دور الخطأ الشخصي مقابل الخطأ المرفقي

سنعرض في هذا الجزء للتطبيقات القضائية في كل من فرنسا، و الجزائر.

البند الأول: الوضع في فرنسا

إثر التكريس القضائي لمسؤولية الإدارة عن أخطاء موظفيها بمقتضى حكم Blanco الشهير، عادت محكمة التنازع الفرنسية بمقتضى حكمها الصادر بتاريخ 30 جويلية 1873² لتضع من جديد الحدود الفاصلة بين الأخطاء التي يمكن بموجبها مساءلة الإدارة و بين تلك التي يتحمل نتائجها الضارة العون بصفته الشخصية. حيث ارسى معياراً تبادلياً بين مسؤولية الإدارة و مسؤولية الموظف، فوجود المسؤولية الشخصية يبعد إمكانية وجود المسؤولية الإدارية.

فيكون الخطأ شخصياً متى كان منفصلاً عن المرفق، وكان بإمكان القاضي العادي تقديره دون البحث و تقويم عمل الإدارة، و بالمقابل يكون الخطأ مرفقياً متى كان فعل الموظف غير منفصل عن المرفق إلى حد يجعل تقديره يمر بالضرورة على معاينة و تقويم عمل الإدارة ما يجعل القاضي العادي يمس بمبدأ عدم الإخلال بعمل الإدارة.³

¹ - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع نفسه، ص 129.

² - T C 30 juill. 1873, Pelletier, Rec, ler suppl 117. Concl. David; D. 1874.3.5, concl. David.

³ - عزري الزين. عادل بن عبد الله. تسهيل شروط انعقاد المسؤولية وتعويض ضحايا النشاط العام الاستشفائي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق بجامعة جيلالي ليايس - سيدي بلعباس - الجزائر، العدد 03، 2005، ص 100-

ولقد ظل هذا المفهوم سائداً إلى غاية سنة 1911، حيث صدر حكم عن مجلس الدولة بتاريخ 03 فبراير 1911¹ « قضية أنغي Anguet » يخرق هذه القاعدة. حيث أن الخطأ الشخصي يمكن أن يصاحبه خطأ مرفقي رغم كونهما منفصلين، و هو ما يفتح الباب أمام إمكانية متابعة الإدارة و ضمان الحصول على التعويض. كما توصل القضاء إلى أن الخطأ الشخصي يفترض بالضرورة وجود خطأ مرفقي هو الاخلال بواجب الرقابة على أعمال الموظف.²

وبعد فترة وجيزة قرر مجلس الدولة أن الخطأ الشخصي لا يفترض وجود خطأ المرفق فقط بل يؤدي إلى قيام مسؤولية هذا الأخير بجانب مسؤولية الموظف. وذلك في قراره الصادر بتاريخ 26 جويلية 1918³ في قضية السيدة « لومونيي Lemonnier ». و ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن الخطأ الشخصي للموظف يمكن أن يقيم مسؤولية المرفق العام، متى كان المرفق قد سهل ارتكاب الخطأ أو ترتيب نتائجه الضارة، بأن كانت وسائل ارتكاب الخطأ وضعت بيد الفاعل من قبل المرفق، أو كانت الضحية عرضت لمرتكب الخطأ بسبب المرفق.⁴

وبهذا المفهوم يكون الخطأ المرفقي قد فقد تميزه عن الخطأ الشخصي. فمتى أعلن القاضي العادي المسؤولية الشخصية للعون وحكم عليه بالتعويض فإن ذلك لا يشكل عائقاً أمام الهيئات القضائية الادارية أن تبحث في الوقائع ذاتها لتقرير مسؤولية المرفق العام. كما تجب الاشارة إلى أن وقوع الخطأ الشخصي داخل المرفق أو بوسائله دفع القضاء الاداري إلى القول بأن خطأ المرفق مفترض ضمناً نتيجة العلاقة التي تربط المرفق بالموظف الذي ثبت خطأه.

¹ - CE . 3 févr. 1911, ANGUET, Rec. 146. (S. 1911.3.137, not Hauriou)

² - لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الادارية، الكتاب الأول: المسؤولية على أساس الخطأ، دار الخلدونية، الطبعة الأولى 2007، ص 144. عزري الزين. عادل بن عبد الله، المرجع السابق، ص 102.

³ - CE. 26 juill. 1918, Époux Lemonnier, Rec. 761, concl. Blum. (D. 1918. 3.9 concl. Blum; RD publ. 1919.41, concl. Blum, note jèZe; S. 1918-1919.3.41, concl Blum; note Hauriou)

⁴ - عزري الزين. عادل بن عبد الله، المرجع السابق، ص 103. لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الادارية، المرجع نفسه، ص 147.

وفي اجتهاد قضائي آخر لمجلس الدولة الفرنسي إلى أقر فيه أن المرفق قد يسأل عن الخطأ الشخصي للموظف و لو ارتكب خارج الاطار المكاني للمرفق العام، متى كان غير منقطع الصلة بالمرفق العام. وقد صدر القرار بتاريخ 18 نوفمبر 1949 في قضية الأنسة « ميمور Mimeur ». وقد حصر القضاء هذا التطور في وجود علاقة بين المرفق و الخطأ الشخصي بأن تكون وسائله و أدواته قد ساهمت في وقوع الضرر، دون أن يجعل من هذه الوسائل و الأدوات ظرفاً بحد ذاته لقيام المسؤولية متى توافر العمد في ارتكاب الخطأ من طرف الموظف، فوجود نية الاضرار ينفي العلاقة بين المرفق و الخطأ الشخصي.¹

و لما كانت النتيجة هي أن خطأ الموظف لا يستبعد مسؤولية المرفق العام، فإنه إذا صدر حكم عن القضاء العادي يلزم الموظف بجبر الضرر بناء على خطأه الشخصي، فإن هذا الأخير يمكنه الرجوع على المرفق العام ليتحمل نصيبه من التعويض الذي حكم به للمضروور. ويكون القاضي الاداري هو المختص بتوزيع عبء التعويض النهائي. و بالمفهوم نفسه يكون للمرفق العام حق الرجوع على الموظف المسؤول متى تمت المتابعة من قبل الضحية أمام القضاء الاداري.²

البند الثاني: الوضع في الجزائر

حسب نص المادة 22 من القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات و الادارات العمومية فإنه يجب على العمال أن يتجنبوا جميع الأفعال التي تنتافي و الحرمة المرتبطة بمهامهم ولو كان ذلك خارج الخدمة.³

أما المادة 20 من القانون نفسه فقد نصت على أنه إذا تعرض العامل لمتابعة قضائية من الغير بسبب ارتكابه خطأ في الخدمة، وجب على المؤسسة أو الادارة العمومية التي ينتمي

¹ - عزري الزين. عادل بن عبد الله، المرجع السابق، ص 104. لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الادارية، المرجع السابق، ص 149.

² - لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الادارية، المرجع نفسه، ص 162 وما بعدها

³ - المرسوم رقم 59/85 المؤرخ في 23 مارس 1985.

إليها أن تحميه من العقوبات المدنية التي تسلط عليه، ما لم ينسب إلى العامل نفسه خطأ شخصي يمكن أن يفصل عن ممارسته لمهامه.

كما تنص المادة 129 من القانون المدني على أنه لا يكون الموظفون والأعوان العموميون مسؤولين شخصياً عن أفعالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذاً لأوامر صدرت إليهم من رئيس، متى كانت إطاعة تلك الأوامر واجبة.

وباستقراء هذه النصوص يمكن القول أن المرفق يسأل أمام القضاء الإداري عن الأعمال التي قام بها العون بصورة لا تتنافى مع الحرمة المرتبطة بالوظيفة، بأن يتصرف بحسن نية. غير أن هذا الاستنباط ليس على إطلاقه، إذ أن الفقه يعتبر المرفق مسؤولاً متى كان الضرر ناتجاً عن سوء تنظيم أو سير المرفق، أو عدم سيره أصلاً.¹

وبالمقابل يسأل العون شخصياً أمام القضاء العادي متى كان فعله نتيجة هدف شخصي يمكن فصله عن المرفق، كالخطأ العمدي، و الخطأ الجسيم غير العمدي، أو الجرم الجنائي.

كما يستنتج أيضاً أنه متى حكم على العون بالتعويض من طرف القاضي العادي على أساس خطأ مرفقي أو خطأ شخصي مقترن بخطأ مرفقي و لم تتدخل الإدارة أثناء الدعوى، فإنه من حق العون الرجوع على الإدارة بكامل التعويض متى كان الخطأ مرفقياً، أو بالنسبة أو القيمة التي تتحملها متى اقترن خطأ الشخص بخطأ المرفق. وبالمقابل يكون للإدارة حق الرجوع على العون متى دفعت التعويض عوضاً عنه، وذلك متى كان خطأ الشخص غير قابل للفصل عن الخدمة، كأن يرتكب أثناءها أو بمناسبةها.² كما يحق للمستشفى بعد اكتسابه الاستقلالية رفع دعوى الرجوع على المستشفى الأم قصد استرجاع مبالغ التعويض المحكوم عليه بدفعها لضحية الخطأ الطبي.³

¹ - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 150 وما يليها.

² - لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 162 وما بعدها.

³ - مجلس الدولة، قرر رقم 4166، بتاريخ 2003/06/03 (قضية القطاع الصحي لبولوجين ضد ع.ل ومن معها)، مجلة مجلس الدولة، 2003، العدد 04، ص 99.

أولاً: تطبيقات قضائية حول الخطأ المرفقي

يعتبر سوء تسيير المرفق من أكثر صور مسؤولية المستشفيات العامة، وسنعرض لبعض تطبيقات القضاء الجزائري في هذا المجال:

- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 17/04/1982¹، حيث أقر المجلس بأن ظروف عدم تأهيل المباني العمومية رغم كونها غير مفروضة على إدارة المستشفى، إلا أن ذلك لا يعفيها من المسؤولية عن الأضرار التي سببها خطأ إداري. وقد صدر هذا القرار بمناسبة نظر المجلس في قضية وفاة الأنسة (ع.م) عون شبه طبي بسبب الاختناق في غرفة الاستحمام لمنزل تابع لمركز الاستشفاء لمدينة القل، حيث ألغى المجلس القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قسنطينة بتاريخ 17 أبريل 1978، و الذي ألزم كل من وزير الصحة و مدير القطاع الصحي بالتضامن بأن يدفعوا لذوي الحقوق مبلغ ستة عشر ألف دج كتعويض. كما قضى المجلس بإلزام القطاع الصحي لمدينة القل بأن يدفع لكل من أبوي الضحية سبعة آلاف دج لكل واحد منهما، و لأخ الضحية ألفين دج كتعويض مدني.
- قرار آخر لمجلس الدولة بتاريخ 03/06/2003 قضى فيه بأن استعمال الممرضين لقرارورات محلول لقاح لا تحمل أية إشارة، يعد خطأ مرفقياً يتمثل في سوء تسيير المرفق. وقد صدر هذا القرار بمناسبة قضية القطاع الصحي بعين ولمان ضد ورثة المرحوم ش.م.²

وتعود وقائع القضية إلى تاريخ 04/04/1995 حيث تعرض المرحوم ش.م لعضة كلب فوصف له الطبيب لقاحاً مضاداً لداء الكلب و أدخل المستشفى لغرض حقنه باللقاح. وبعد أن قام الممرض ب.ع بحقنه باللقاح تحت رقابة رئيس الممرضين ر.م توفي المريض

¹ - قرار رقم 19193 بتاريخ 17/04/1982، نشرة القضاء، 1982، عدد خاص، ص 281. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، منشورات كليك، الطبعة الأولى 2013، الجزء الأول، ص 45.

² - قرار غير منشور، الغرفة الثالثة، فهرس رقم 349. نقلاً عن لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الادارية، المرجع السابق، ص 167 وما بعدها.

مباشرة. وأثبتت التحقيقات أن سبب الوفاة هو أن القارورة المستعملة في اللقاح كان بها مادة سامة تدعى « سيلينيت » تستعمل لإنتاج المستحضرات المخبرية.

وقد قضى مجلس الدولة بتأييد الحكم الصادر عن الغرفة الادارية لمجلس قضاء سطيف بتاريخ 1999/12/06 و القاضي بإلزام القطاع الصحي لعين ولمان بأن يدفع تعويضاً قدره مائة ألف دينار جزائري لأرملة المتوفى و مبالغ مالية للباقي.

فرغم تمسك المستأنف -القطاع الصحي لعين ولمان- بأن الممرضين لم يرتكبا أي خطأ بما أنهما استفادا من قرار براءة من جنحة القتل الخطأ صادر عن محكمة عين ولمان، و أيده قرار مجلس قضاء سطيف، وأن معهد باستور بالجزائر هو الذي ارتكب خطأ بوضع مادة « سيلينيت » لها نفس لون الماء المقطر في قارورات وضعت في علبة مخصصة لمحاربة داء الكلب. إلا أن غياب المسؤولية الجزائية للمرضين لا يلازمه انعدام الخطأ التأديبي أو المرفقي.

كما أن مديرية الوقاية لوزارة الصحة بموجب ارسالية موجهة إلى DEPS بسطيف تظهر وجود خطأين: الأول هو تكديس اللقاح المضاد لداء الكلب ومحلوله بقارورات غير مسماة موجهة إلى مخبر تحليل الجراثيم في المكان نفسه. و الثاني هو استعمال مادة غير معروفة كمحلول عوض المادة المسلمة من معهد باستور بالجزائر. و قد أكدت هذه الارسالية فضلاً عن ذلك تسليط عقوبة على المسؤولين عن هذه الأخطاء.

ولما كانت مقتضيات حسن سير مرفق المستشفى تفرض التخلص من القارورات التي لا تحوي أية إشارة بخصوص طبيعتها و نوعيتها وكذا صلاحيتها، و تؤكد ما بداخلها حتى لا يقع الأعوان في خطأ، وإن إهمال الممرضين التأكد من المحلول الموجود بالقارورة ومن مدى صلاحيته يشكل خطأ مرفقياً.

- كما قضى مجلس الدولة بتاريخ 2003/06/03¹ قضية مدير القطاع الصحي لعين تموشنت ضد ورثة المرحوم م.م) بأن المؤسسات الإستشفائية ملزمة بواجب القيام برعاية وحماية المرضى الموجودين لديها للعلاج، و بالتالي فإن تعرض مريض موجود بالمستشفى لضرب قاتل أدى إلى وفاته يدل على إخلال المرفق بالتزاماته و يجعله مسؤولاً مدنياً عن الضرر المسبب لذوي حقوق الضحية وملزماً بتعويضهم.

- وفي قرار آخر لمجلس الدولة بتاريخ 2004/01/06 قضى فيه بوجود خطأ مرفقي نتيجة سوء تسيير المرفق. وذلك في قضية ب.ر ومن معها ضد مدير القطاع الصحي هوراي بومدين.²

حيث أن السيدة ز.ر وهي حامل، نقلت إلى مستشفى هوراي بومدين بسوق اهراس لوضع الحمل، ولكن الطبيب طلب منها الرجوع إلى منزلها بسبب عدم اكتمال الحمل.

وبتاريخ 1998/07/17 عادت إلى المستشفى نفسه فطلب منها الطبيب إجراء بعض التحاليل و الامتناع عن الأكل، و طلب من زوجها إحضار أكياس الدم من أجل إجراء عملية ولادة قيصرية. بقيت السيدة في المستشفى لمدة 24 ساعة دون أكل ثم أخرجت منه لكون الحمل غير مكتمل.

وبتاريخ 1998/07/30 أغمي عليها ونقلت إلى المستشفى، فأوصى الطبيب الأول القابلتين بعدم فحصها و لا إدخالها إلى المستشفى لأنها غادرت منذ أسبوع دون موافقته. وأمام هذا الرفض وبعد تدخل الشرطة أدخلت إلى مستشفى ابن رشد بعناية لإجراء عملية قيصرية كانت نتيجتها أن أنجبت بنتاً و لكنها توفيت بعد أيام من ولادتها لأنها عانت من نقص في جسمها.

¹ - مجلس الدولة، قرار رقم 06788، بتاريخ 2003/06/03، نشرة القضاة، 2008، العدد 63، ص 387. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 1528.

² - - قرار غير منشور، الغرفة الثالثة، فهرس رقم 67. نقلاً عن لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 169 وما بعدها.

وعلى إثر ذلك لجأ الزوجين للغرفة الادارية لمجلس قضاء قالمة مطالبين المستشفى بالتعويض عن الضرر اللاحق بهما جراء وفاة البنت. فرضت الدعوى لعدم التأسيس. تم استأنف الحكم أمام مجلس الدولة والذي قضى بقبول الطلب و الحكم وإلزام القطاع الصحي بأن يدفع لكل من الزوجين منفرداً تعويضاً قدره 150.000 دج عن الضرر المعنوي اللاحق بهما.

وقد أسس مجلس الدولة حكمه هذا على أن الطبيب و القابلتين بمستشفى هواري بومدين بسوق هراس قد تمت إدانتهم بجريمة القتل غير العمد، وكذا جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر إثر وفاة الرضيعة التي أنجبتها السيدة ب.ر. حيث تم الاحتفاظ بمسؤولية المستأنف عليهم بموجب القرار الصادر في 2000/06/18 عن الغرفة الجزائية لمجلس قضاء قالمة، الذي أيد الحكم الصادر عن الدرجة الأولى و الذي قضى بحبس المستأنف عليهم الثلاث ستة أشهر موقوفة التنفيذ وكذا دفع غرامة.

و بالنتيجة يتعين القول بأنه على قضاة الدرجة الأولى الاشهاد بأن ما تم الفصل فيه في الدعوى الجزائية يكتسي سلطة الشيء المقضي فيه.

وعلى ذلك فسلطة الشيء المقضي فيه تلزم مجلس الدولة من حيث معاينة قضاة الجزاء للوقائع المحفوظ بها، و التي كانت الأساس الذي بنوا عليه قرارهم. ومن ثمة فإن المستأنف عليهم الطبيب و القابلتين بمستشفى هواري بومدين ينبغي اعتبارهم أعواناً في مصلحة عمومية، و أن الخطأ المعترف به يقيم المسؤولية على الادارة التي ينتمون إليها.

فالضرر الذي لحق بالزوجين لا يمكن فصله عن المصلحة العمومية الاستشفائية، باعتباره ناتجاً عن سوء عمل هذا المرفق.

- و في قرار آخر لمجلس الدولة أعتبر فيه أن عدم وجود طبيب مختص في القطاع الصحي يعد خطأ مرفقياً، وذلك في قراره الصادر بتاريخ 2004/03/09 في قضية ه.م ضد مدير القطاع الصحي بمجانة ولاية برج بوعرييج¹.

¹ - قرار غير منشور، الغرفة الثالثة، فهرس رقم 200. نقلاً عن لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الادارية، المرجع السابق، ص 172 وما بعدها.

وتعود وقائع القضية إلى أن سيدة نقلت إلى العيادة المتعددة الخدمات ببلدية أولاد دحمان لأجل وضع حملها، غير أنها بقيت ليلة كاملة دون تلقي العلاج، ولما حان وقت الوضع استعصى على الفريق العامل بالعيادة توليدها، فقاموا بنقلها إلى العيادة الخاصة المسماة « عيادة أخروف » على بعد كلم شرق مدينة البرج، أين تبين أن الجنين توفي داخل رحمها. وحفاظاً على حياتها أجريت لها عملية قيصرية لاستئصال الجنين.

وعلى إثر ذلك رفعت السيدة دعوى أمام الغرفة الادارية لمجلس قضاء سطيف تطالب فيها بالتعويض عن مجموعة الأضرار التي أصابتها، وفي مقدمتها وفاة الجنين. غير أن الغرفة الادارية رفضت الطلب لعدم التأسيس.

فلجأت مرة أخرى إلى مجلس الدولة، والذي قضى بإلغاء القرار المستأنف، وإلزام القطاع الصحي بدفع تعويض قدره ثلاثمائة ألف دج عن الأضرار اللاحقة بالسيدة. حيث اعتبر أن عدم وجود طبيب مختص لأمراض النساء لدى القطاع الصحي جعل تحويل المستأنفة ضرورياً نظراً لعدم التكفل بها. كما تشير الادلة - الشهادة الطبية- إلى وفاة الجنين عند دخولها إلى العيادة الخاصة، و أن العملية القيصرية التي أجريت لها كانت لإنقاذ حياتها فقط. و بالتالي فإن مسؤولية القطاع الصحي ثابتة في قضية الحال.

ثانياً: تطبيقات قضائية حول الخطأ الشخصي

يعتبر الخطأ شخصياً متى تعمد العون إلحاق الضرر بالغير، أو ارتكب خطأ فادحاً بسبب رعونة دون قصد الإيذاء، أو شكل فعله جرمًا جنائياً معاقباً عليه، فيكون بذلك مسؤولاً وحده عن دفع التعويض.

ومع ذلك وحسب المادة 20 من المرسوم 59/85 السالفة الذكر تكون الادارة مسؤولة عن هذا الخطأ متى كان من غير الامكان فصله عن الوظيفة، سواء ارتكب أثناء أدائها أو بمناسبةها أو خارجها. ومن التطبيقات القضائية في هذا المجال ما قررتها الغرفة الادارية

للمجلس الأعلى بتاريخ 1977/01/22 في قضية صايغي ضد المستشفى المدنية للأخضرية.¹

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الطبيب المسمى «بانتاف» تولى علاج السيد « صايغي رشيد » بمستشفى الأخضرية، ثم واصل علاجه بمنزل هذا الأخير، مرتكباً إهمالاً في العلاج نتج عنه إصابة المريض بجروح غير عمدية. ولما عرضت القضية على محكمة الجرح بتيزي وزو قضت هذه الأخيرة بإدانة الطبيب على أساس الجرح الخطأ وحكمت عليه بالحبس شهراً موقوف التنفيذ حسب المادة 220 من قانون العقوبات -القديم-.

رفع أب الضحية دعوى أمام الغرفة الادارية لمجلس الجزائر طالباً التعويض عن الضرر الذي أصاب ابنه، فرفض الطلب لعدم التأسيس بموجب قرار صادر عن الغرفة الادارية بتاريخ 1972/04/12.

لجأ الأب للمجلس الاعلى مستأنفاً الحكم الصادر عن الغرفة الادارية، فقضى هذا الأخير بمسؤولية المستشفى، مع ثبوت الخطأ الشخصي للطبيب و الذي لا يمكن فصله عن المرفق.

وورد ضمن الاسباب التي استند إليها المجلس الأعلى أن الطبيب لم يكن ليتصل بالمريض أو يتسبب في إصابته بجروح غير عمدية لولا وجود المرفق، فلا يمكن النظر إلى الخطأ الشخصي للطبيب كأنه معدوم الصلة بالمصلحة أو المرفق.

الفرع الثاني: التخلي عن الخطأ الجسيم

تعرضت التفرقة بين الخطأ البسيط و الخطأ الجسيم في مجال المسؤولية الطبية لانتقادات عدة : منها صعوبة تحديد مفهوم الخطأ الجسيم، فضلاً عن عدم قبول خضوع مسؤولية الأطباء الخواص أو الأجراء للنظام ذاته، يضاف إلى ذلك الصعوبة التي يجدها

¹ - Bouchahda et Khelloufi, RAJA? P 86 à 88.

نقلًا عن لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الادارية، المرجع السابق، ص 181 وما يليها.

المضرور من جراء الأعمال الطبية التي تقدم في المستشفيات في إثبات وجود الخطأ الجسيم.¹

ولقد كان من نتائج هذه الانتقادات أن اتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى الاستغناء عن فكرة الخطأ الجسيم، في حين أن القضاء الجزائري لم يستقر بعد بشأنها.

البند الأول: الوضع في فرنسا

إلى غاية 1960 كان القضاء الفرنسي يشترط في بعض الحالات وجود خطأ فادح، أو خطأ ذو خطورة استثنائية. و يرتبط هذا التمييز بين نوعي الخطأ بطبيعة الأنشطة، فتلك التي تقوم في عمل عادي سهل الأداء ترتب المسؤولية الإدارية على خطأ بسيط، بينما تلك المعقدة و الصعبة أو ذات الخطورة لا ترتب المسؤولية إلا على أساس الخطأ الجسيم.² ومن هذا المنطلق فإن اشتراط الجسامة يرتبط بصعوبة ممارسة النشاطات، فيكون من الانصاف أن يستفيد الأشخاص العموميين من حد معين للسلوك الحر المعفي من المسؤولية.

ولقد صيغت عدة حجج لتبرير موجب الخطأ الجسيم لقيام مسؤولية المرفق الاستشفائي، فقيل بأن العمل الطبي يدخل ضمن فئة الالتزامات ببذل عناية و ليس بتحقيق نتيجة، وأن هذا العمل ينطوي على صعوبة واحتمالية كون ظروف تدخل الطبيب حساسة في غالب الأحيان. ثم إن اشتراط الخطأ الجسيم يقلل من تثبيط عزيمة الأطباء الذين يخشون مخاطر الاحتمالية للعمل الطبي وهو ما يؤثر سلباً على التطور الطبي نتيجة تقييد القدرات الابتكارية للأطباء.

و بالمقابل يرى معارضو فكرة الخطأ الجسيم أنه لا يستساغ اختلاف مقدار جسامة الخطأ بسبب تغير ظرف المكان، فإذا وقع الخطأ في مستشفى خاص فيكفي أن يكون الخطأ بسيطاً أما في حالة المستشفى العام فيشترط إثبات جسامة الخطأ.

¹ - بودالي محمد، المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري و القضاء العادي، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2004، ص 23 وما يليها.

² - أنظر في هذا المعنى، لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 79 وما يليها.

ولم يلبث القضاء الفرنسي أن أحدث تحولاً عن هذا المبدأ بمقتضى قرار جمعية مجلس الدولة بتاريخ 1992/04/10،¹ بمناسبة قضية الزوجين V حيث دخلت الزوجة مستشفى عام لإجراء عملية ولادة قيصرية تحت تأثير التخدير قبل انقضاء حملها بأيام، و خلال إجراء العملية حدثت عدة انهيارات مفاجئة للضغط الشرياني أعقبها توقف القلب، فإضافة إلى كون الولادة القيصرية بحد ذاتها تؤدي إلى انخفاض الضغط وهبوط تدفق الدم إلى القلب، فقد أعطيت المريضة جرعة مبالغاً فيها أثناء التخدير الموضعي في العمود الفقري. لمجموعة من الأخطاء المتعاقبة، بداية من تلقي جرعة زائدة للتخدير أدت إلى هبوط ضغط الدم و آلام حادة وتوقف في نبضات القلب. فرفعت مع زوجها دعوى مسؤولية ضد المستشفى أمام المحكمة الادارية، فقضت هذه الاخيرة بانعدام المسؤولية لغياب الخطأ الجسيم.

وبعد عرض القضية أمام مجلس الدولة كان لمحافظ الدولة M.Legal أثر بالغ في تغيير مسلك القضاء الفرنسي، حيث أشار في معرض تدخله إلى أنه يجب التخلي عن الخطأ الجسيم كما سبق التخلي عن الخطأ الفادح ذو الخطورة الاستثنائية. وأشار إلى الخطأ بذاته لاشك في وجوده في وقائع الدعوى، وأن فرصة الضحية في الحصول على التعويض تقتضي هجر فكرة الخطأ الجسيم.

وأضاف أن واقع المسؤولية الادارية الطبية يثبت تقلص نطاق الخطأ الطبي الذي يشترط فيه الخطأ الجسيم في مقابل اتساع نطاق فئة الأعمال المتعلقة بتنظيم المرفق العام. كما أن المبالغة في اشتراط الخطأ الجسيم تجعل منه قاعدة بدل كونه استثناءً، وهو ما يتنافى ومسار التطور الذي تعرفه المسؤولية الادارية بشكل عام و التي بدأت بالتخلي عن مبدأ عدم مسؤولية الادارة إلى المسؤولية عن الخطأ الفادح ذي الخطورة الاستثنائية إلى المسؤولية عن الخطأ الجسيم، وأخيراً المسؤولية عن الخطأ البسيط مع الأخذ بعين الاعتبار حالات المسؤولية عن الخطأ المفترض.

¹ - CE Ass. 10 avr. 1992, Époux V., Rec. 171 concl. Legal, (AJ 1992.355, concl. Legal; RFDA 1992.571, concl. Legl; D. 1993. SC. 146, obs. Bon et Terneyre; JCP 1992.II.21881, note Moreau; LPA 3 juill. 1992, note Haïm)

كما بين المحافظ أن شرط الجسامة لم يعد مستساغاً كموجب ضروري لانعقاد مسؤولية المرفق الاستشفائي من جهة، ومن جهة أخرى يتنافى و التطور العلمي حيث تعددت إمكانيات العلاج و التدخل الجراحي وهو ما يصعب معه التمييز بين ما يعد خطأ جسيم وما يعد غير ذلك.

وانتهى المفوض إلى أنه على مجلس الدولة تبسيط نظام المسؤولية الطبية ووسيلته في ذلك هي التحول من فكرة الخطأ الجسيم إلى فكرة الخطأ البسيط.

ولقد أيد مجلس الدولة ما انتهى إليه المفوض باعتبار الأخطاء التي تعرضت لها السيدة V تمثل خطأ طبياً يؤدي بطبيعته إلى انعقاد مسؤولية المستشفى، دون أن تكون الضحية ملزمة بإقامة الدليل على جسامة هذا الخطأ. وبذلك استقر الوضع لدى القضاء الفرنسي على عدم اشتراط الجسامة في الخطأ الطبي الواقع في المستشفيات.¹

البند الثاني: الوضع في الجزائر

باستقراء بعض أحكام القضاء الجزائري يتبين أن الوضع غير مستقر حول صفة الخطأ الذي تتحقق به المسؤولية المستشفى العام، فتارة يستعمل مصطلح الخطأ الجسيم، وتارة أخرى يستعمل مصطلح الخطأ الخطير الواضح ، وفي أحوال أخرى يستعمل مصطلح الخطأ البسيط، وكان الأجدر الاقتصار على مصطلح الخطأ تماشياً مع القول الراجح بعدم تعدد درجات الخطأ.²

-بتاريخ 29 أكتوبر 1977 أشارت الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى سابقاً، إلى أن الخطأ الجسيم بسبب الإهمال في عدم تنظيف الجرح و الاحجام عن إجراء عملية جراحية للمدعو « بن سالم عبد الرحيم» و الذي نتج عنه إصابة هذا الأخير بغنغرينة gangrène في المعصم المكسور، و تسببت في بتر اليد اليمنى، هو خطأ جسيم من طبيعته إقامة مسؤولية المصلحة الاستشفائية (المركز الاستشفائي الجزائري) في مواجهة الضحية.³

¹ - عزري الزين، عادل بن عبد الله، مرجع سابق، ص 109 وما يليها.

² - لحسين آث ملويا، المرجع السابق، ص 103.

³ - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 98.

- قرار مجلس الدولة بتاريخ 1999/04/19 في قضية القطاع الصحي بأردان، والذي جاء فيه «حيث عكس ما يزعم المستأنف فإنه يستخلص من القرار أن قضاة الدرجة الأولى قد سببوا بما فيه الكفاية قرارهم وأسسوا قضائهم على التقرير الطبي المحرر من طرف الطبيب «عاشور» المعين من طرف الغرفة الادارية و الذي حرر تقريره في 1995/04/04، وجاء فيه أنه بعد دراسة مختلف عناصر الملف الطبي تبين أن الضحية تعرضت فعلاً إلى عدة أخطاء طبية مؤكدة، وهذا من خلال عدة عمليات جراحية أجريت عليها بعد دخولها للمستشفى لوضع حمل عادي، و أن مدة طويلة مرت بين العملية الثانية و الثالثة، و أنها تعاني من عاهة دائمة و المتمثلة في العقم، وهو حرمانها من عطاء الأمومة وإلى الأبد، وهي في ريعان شبابها، و وفاة الصبي مباشرة بعد الولادة، و بالتالي بين الخبير الخطأ الطبي المرتكب، في تقريره، وأصاب قضاة المجلس في حكمهم بتقدير التعويض المناسب مع الأضرار اللاحقة بالضحية، مما يتعين الموافقة على القرار المستأنف».¹

- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2003/06/03²، في قضية مدير القطاع الصحي لبولوجين ضد ع.ل، وتعود وقائع القضية إلى تاريخ 1992/05/19، حيث أجرت الدكتورة س.ج عملية جراحية للسيدة ع.ل بغرض استئصال عرف «الفاريس» Varices من ساقها الأيسر، غير أن الطبيبة استأصلت بدلاً عنه عرق الليمورال، وهو ما أدى إلى إصابة الضحية بأضرار معتبرة. فرفعت دعوى تعويض أمام الغرفة الادارية لمجلس الجزائر، وحكم لها بالتعويض بتاريخ 1999/10/12.

استأنف القطاع الصحي لبولوجين استئنافاً أمام مجلس الدولة ضد الحكم الصادر بالتعويض، فقضى مجلس الدولة بتأكيد الحكم، وأشار في حيثيات قراره أنه و بالاستناد إلى الخبرة الطبية يتبين أن نتيجة العملية الجراحية و التي لا تسفر عادة عن أية خطورة هي نتيجة لخطأ تقني خلال العملية الجراحية، و التي تمثلت في ربط الشريان الفخذي السطحي و الذي يصب في الطرف الأسفل. حيث من الثابت أنه بالنسبة للجراح المكلف بإجراء

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 100.

² - قرار غير منشور، الغرفة الثالثة، فهرس 348. نقلا عن: لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 99.

العملية للسيدة ع.ل على الدوالي لربط الشريان الفخذي الذي يصب في الطرف الأسفل بدل الشرايين يشكل خطأً طبياً خطيراً و واضحاً من شأنه إقامة مسؤولية المستشفى.

-قرار مجلس الدولة بتاريخ 2003/12/02 في قضية المركز لاستشفائي الجامعي لسيدي محمد،¹ وتتمثل وقائعها في أن السيد ع.ك أجريت لها بتاريخ 1994/07/17 عملية جراحية لاستئصال الحُويصل الصفراوي، ولقد تم العملية بنجاح ولكن تبين انخفاض توزيع الدم على مستوى ذراعها الأيسر، ما أدى إلى تعفنه وبالتالي قرر الأطباء بتره بتاريخ 1994/07/25.

وعلى إثر ذلك لجئت الضحية للغرفة الادارية لمجلس قضاء الجزائر، و الذي عين لها خبيراً لتقدير العجز و الضرر، ليحكم لها بالتعويض بعد ذلك.

استأنف المستشفى الحكم أمام مجلس الدولة طالباً إلغائه، أو الحكم احتياطياً بتخفيض مقدار التعويض من 600.000 دج إلى 200.000 د.ج.

فكان رد مجلس الدولة هو تأييد القرار المستأنف لوجود خطأ صادر عن الطبيب الجراح وكذا طبيب التخدير، باعتبارهما لم يراقبا الحالة الصحية للمريضة بعد إجراء العملية، وعدم مراعاة إصابتها بداء السكري، وبالتالي فإن تدهور الحالة الصحية للمستأنف ضدها سببه الخطأ الطبي، وأن القطاع الصحي ملزم بدفع تعويضات للمستأنف عليها.

-قرار صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 2005/03/02، بمناسبة قضية ر.أ ضد المستشفى الجامعي بارني بحسين داي،² وتتلخص وقائع القضية ر.ر. والتي لا يتجاوز عمرها 15 سنة، دخلت المستشفى المذكور لإجراء عملية جراحية لمعالجة قصر النظر في عينها اليمنى، وقد أجريت لها العملية بتاريخ 1997/01/30، وكانت النتيجة أن فقدت البصر نهائياً مع تشوه على مستوى القرنية.

¹ - قرار غير منشور صادر عن الغرفة الثالثة، ملف رقم 011183. نقلاً عن : لحسين آث ملويا، المرجع السابق، ص 102.

² - قرار غير منشور صادر عن الغرفة الثالثة، ملف رقم 04/838. نقلاً عن : لحسين آث ملويا، المرجع السابق، ص 103.

لجأ والد الضحية إلى الغرفة الادارية بمجلس الجزائر بتاريخ 2004/02/13 طالباً التعويض ضد المستشفى.

وبعد أن عينت الغرفة الإدارية خبيراً لتقدير نسبة العجز و كذا الضرر الجمالي، أصدرت قراراً تؤكد فيه مسؤولية المستشفى على أساس الخطأ البسيط، كما أن كل عناصر هذه المسؤولية قد تحققت.

فالأحكام السالفة الذكر تبين أن القضاء الجزائري لم يتخذ موقفاً واضحاً من حيث مدى اشتراط جسامه الخطأ لإقرار مسؤولية المستشفى العام، وهو ما يؤدي إلى عدم توحيد اجتهاد القضاء في هذا المجال.

المطلب الثالث : المستشفيات الخاصة

إن تحديد نطاق مسؤولية المستشفيات الخاصة عن أعمال الفريق الطبي العامل لديها يقتضي بالضرورة تحديد العلاقات القانونية التي تربط إدارة المستشفى بهذا الفريق. ذلك أنه يجب التمييز بين نوعين من العلاقات: فقد ترتبط إدارة المستشفى الخاص بالأطباء بموجب عقود دائمة حيث يعتبرون ضمن الجهاز الفني للمستشفى، ومن ثم يخضعون لإشرافه وتوجيهه.¹

وبالمقابل هناك نوع من الأطباء لا يرتبطون بالمستشفى على سبيل الدوام و إنما يقومون بإجراء علاجات معينة بناءً على استئجار للمستشفى تدفع نظيره نسبة معينة لهذا الأخير نظير هذا الاستغلال، ففي هذه الحالة لا يكون الطبيب داخلياً ضمن الفريق الطبي العامل بالمستشفى.²

الفرع الأول: حالة الفريق الطبي المنتمي إلى الجهاز الفني للمستشفى

¹ - عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيدالة و المستشفيات، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2000، ص 105. أحمد محمود ابراهيم سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1983، ص 40.

² - أحمد محمود ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 40.

علاقة المؤسسة الصحية الخاصة بالفريق الطبي العامل لديها تتحدد بمقتضى عقود عمل، وقد أشار المشرع الفرنسي إلى أنه يشترط أن يكون العقد مكتوباً تحت طائلة المتابعة الجزائية (المادة 19-4113 قانون الصحة العامة الفرنسي، و المادة 41 من قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي أيضاً).

وهذا العقد لا يآثر بأي حال من الأحوال على الاستقلال المهني للطبيب في أداء مهامه داخل المؤسسة الصحية وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في أكثر من مناسبة.

و بالتالي يعد المستشفى الخاص هو المسؤول الوحيد في مواجهة المريض عن أخطاء الأطباء الممارسين لديه متى كانت هذه الممارسة في الحدود المرسومة من المستخدم. وقد تأكد هذا المفهوم في العديد من أحكام محكمة النقض الفرنسية كالحكم الصادر بتاريخ بتاريخ 08 جويلية 2000، و الذي أشار إلى أن عقد الاستشفاء أو العلاج تلتزم بمقتضاه المؤسسة الصحية الخاصة بأن تمنح للمريض الرعاية الصحية المناسبة و المطابقة للعلوم الطبية، وعلى هذا الاساس تسأل عن الأخطاء المنسوبة لطاقتها الطبي. وكذا الأحكام الصادر بتاريخ 09 أبريل 2002،¹ 13 نوفمبر 2002،² 09 نوفمبر 2004،³ حيث أشارت محكمة النقض إلى أنه و بالرجوع إلى المواد 1382 و 1384 من القانون المدني الفرنسي، إذا كان الطبيب مستخدماً وياشر مهامه في الحدود المرسومة له فإن ذلك يحول دون مسؤوليته في مواجهة المريض.

فالعلاقة بين المستشفى الخاص و الفريق الطبي التابع له تخضع للقواعد العامة في المسؤولية عن فعل الغير حسب المادة 1384 قانون مدني فرنسي، و التي تقابلها المادة 136 قانون مدني جزائري. ويلزم لقيام علاقة التبعية أن يتوافر لدى المتبوع عنصر السلطة الفعلية، والإشراف و الرقابة. وللكشف عن هذه العناصر لجأ الفقه لمعايير شتى من بينها وجود عقد، وأنه لا يشترط أن يكون المتبوع قد اختار تابعه، وكذلك لا يشترط أن يكون

¹ -Cass.1^{er} civ 09 avr 2002.

² - Cass.1^{er} civ 13 nov 2002.

³ - Cass.1^{er} civ 09nov 2004 ,2 arrêts.

هناك علاقة مباشرة بينهما إذ العبرة بالإشراف و الرقابة، فمتى وجد هذا العنصر قامت علاقة التبعية أيا كان مصدر تلك العلاقة.¹

الفرع الثاني: حالة عدم وجود رابطة التبعية بين الفريق الطبي و المستشفى الخاص

وعلى خلاف ذلك فإن الطبيب الذي يباشر مهامه لدى مؤسسة صحية خاصة و لكن لحسابه الخاص يبقى مسؤولاً عن أفعاله مسؤولية مباشرة، ذلك أن المؤسسة الصحية لا تسأل إلا عن أخطاء المستخدمين لحسابها.

فقد يحدث أن يستأجر الاخصائي المستشفى كمكان لإجراء التدخل الطبي، وذلك بموجب عقد إيجار لحسابه لقاء نسبة معينة يلتزم بها الجراح لصالح المستشفى، فيحضر هو ومرضاه الذين تعاقدوا معه في عيادته الخاصة.

فإذا نجم عن عمل الطبيب ضرر أصاب المريض، فإن الطبيب يكون مسؤولاً وحده عن هذه الأضرار دون إدارة المستشفى الذي أجريت فيه العملية، ذلك أن هذا الأخير لم يتعهد في مواجهة المريض بضمان عمل الطبيب الذي تعاقد مباشرة مع المريض، و لعدم خضوع الطبيب لرقابة المستشفى عند مباشرة تدخله الجراحي أو العلاجي. فيقتصر دور المستشفى على تقديم المعونة للأخصائي لاتمام العمل العلاجي، ذلك أنه يمارس نشاطه باسمه الشخصي لا باسم المستشفى. ولهذا يعتبر الطبيب مسؤولاً إذا سمح للمريض بالخروج المستعجل من المستشفى بعد إجراء العملية مباشرة، و لا سيما إذا كانت حالة المريض لا تسمح بذلك.²

وغير أنه تجب الإشارة إلى أن المستشفى يلتزم بتقديم العناية الطبية للمريض بعد إجراء العمل الجراحي، بواسطة الفريق الطبي التابع له، فإذا حدث الخطأ أثناء هذه المرحلة فقد جرى التساؤل هل يسأل المستشفى الخاص عن هذه الأضرار، وما هي طبيعة مسؤوليتها؟.

¹ - أحمد محمود ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 54.

² - أحمد محمود ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 71 وما بعدها.

فذهب الفقه الفرنسي¹ إلى أن مسؤولية المستشفى في هذه الحالة هي ذات طبيعة تعاقدية، وذلك لإخلاله بتنفيذ العقد المبرم بين الطبيب الاخصائي و المريض لأنه عند إبرام هذا العقد بينهما إنما يتضمن إبرام عقد آخر بين المريض و المستشفى، فالمريض يدخل في علاقة تعاقدية مع الطبيب الاخصائي موضوعه القيام بالعمل العلاجي الرئيسي، ويدخل أيضاً في علاقة تعاقدية مع المستشفى تلتزم بمقتضاه إتمام العلاج من حيث العناية المتممة للعلاج، والرقابة المستمرة إبان فترة إقامته من قبل الفريق الطبي الملحق بالمستشفى، والمنفذين لتعليمات الطبيب الاخصائي، وأنه لا يحول دون انعقاد هذا العقد بهذه الصورة بين المريض و المستشفى عدم تحديد قيمة أتعاب المستشفى، فهذه تكون قائمة مباشرة بواسطة المريض إلى الاخصائي.

ولكن يصعب القول بصحة ما ذهب إليه هذا الاتجاه، ذلك أن العلاقة التعاقدية قد نشأت بين الاخصائي باسمه الشخصي لا باسم المستشفى، فهذا الأخير يعد مجرد منفذ للعقد، ولا يمكن مساءلته أمام المريض إلا بمقتضى المسؤولية التقصيرية و ليست المسؤولية العقدية. وذهب القضاء الفرنسي إلى أن العناية التي تعطى بعد العملية الجراحية إذا كان الطبيب الجراح يلتزم بمراقبة المريض لحين إفاقة من التخدير، فإن هذه المراقبة لا تمتد إلى العناية التي تعطى بعد العملية لأن ذلك من اختصاص المستشفى الخاص، في حين يعتبر جراح التجميل مسؤولاً في حالة حدوث التهابات للمريض بعد العملية حيث أنه هو الذي قام بالعناية بالمريض باعتبار أن ذلك يعد امتداداً مباشراً للعملية، وكانت له سلطة كاملة في الاشراف و الرقابة. كما يجب على الطبيب أن يتأكد من تنفيذ العناية التي تمنح بعد العملية إذا اقتضت الضرورة أن يجري فحصاً بالأشعة خاصة في حالة عدم إنجاح العملية.²

وقد يتعاقد المستشفى الخاص مع الطبيب لإجراء العمليات الجراحية للمرضى المتعاقدين مباشرة مع المستشفى، وذلك لقاء نسبة معينة. فالمريض لم يتجه مباشرة إلى الطبيب و إنما

¹ - R et J. Savatier , auby et pequignot : traité de droit medical, librairie, Techniques, 1956.P.305.

نقلأ عن أحمد محمود ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص74.

² - أحمد محمود ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص75 وما يليها.

اتجه إلى المستشفى الذي تعهد بإحضار الطبيب، وإجراء العمل الجراحي اللازم، و تقديم العناية الواجبة و المتممة لهذا العمل. ففي هذا الفرض تنتهي مسؤولية الطبيب بإجراء العملية الجراحية، ومتى حصل الضرر أثناء التدخل الجراحي فإن الإخصائي يسأل وحده مسؤولية شخصية في مواجهة المريض ذلك أن المستشفى ليست له رقابة على الطبيب أثناء مباشرة عمله الفني.¹

كما يسأل الطبيب أيضاً عن الأضرار التي يسببها المهنيون شبه الطبيين الذين وضعتهم المؤسسة الصحية تحت تصرفه، وهو ما يسميه الفقه بالمتبوع العرضي. وفكرة المتبوع العرضي وجدت لتقابل عقود العمل بالنسبة للمساعدين الطبيين المستخدمين لدى المؤسسة الصحية، وكذا عقود الممارسة الحرة بالنسبة للأطباء، فالقضاء يعتبر الأشخاص شبه الطبيين المستخدمين لدى المؤسسة الصحية الخاصة، و الذين تربطهم بالطبيب الممارس لحسابه الخاص علاقة مساعدة مباشرة في حكم التابع العرضي، فيكون الطبيب مسؤولاً عقدياً عن أفعالهم.

وقد سعت محكمة استئناف Rennes لوضع تعريف للتابع العرضي في الحكم الصادر بتاريخ 11 جانفي 2006،² جاء فيه « إن الأشخاص الموضوعين تحت تصرف الجراح بمناسبة إجراء العملية الجراحية يعتبرون تابعين عرضيين، و بالتالي يباشرون مهامهم تحت مسؤولية الجراح و ليس المؤسسة الصحية.

المطلب الرابع: مستشفيات الأمراض العقلية

نظراً لما يحتاجه المرضى عقلياً من رعاية خاصة، فقد كان لذلك أثر في مفهوم الخطأ الموجب للمسؤولية. فالمسؤولية قد تثور بمناسبة الأضرار التي تحدث للمريض أو تلك التي يحدثها لنفسه (الفرع الأول)، كما تثور أيضاً بمناسبة الأضرار التي يحدثها المريض للغير (الفرع الثاني)

الفرع الأول: المسؤولية عن الأضرار التي تصيب المريض

¹ - المرجع نفسه، ص76.

² - CA Rennes, ch.7, 11 janv 2006, n Juris-Data; 2006-306810.

إن دور الطبيب بالنسبة للمريض عقلياً يبدأ من تشخيص حالته وما يترتب عن ذلك من حجزه أو ايداعه المستشفى أو المؤسسة الخاصة،¹ و يستمر ذلك الدور فيما يتعلق بالطرق العلاجية المنتقاة أو التعليمات التي يعطيها لإدارة المستشفى لرعاية المريض وضمان سلامته.²

ولكن القضاء يتشدد في تقدير التزام الطبيب، حيث يعتبر مسؤولاً عن المريض الذي يلقي بنفسه من الشباك، لأنه هو الذي يستطيع تقدير الاحتياطات اللازمة لتفادي ذلك. كما اعتبرت محكمة النقض الفرنسية الطبيب المعالج مسؤولاً عن انتحار مريض كان يعاني من انهيار عصبي، حاول الانتحار مرتين بالمستشفى الخاص الذي كان يعالج فيه، وفي يوم غادر المستشفى و انتحر بالخارج أمام أعين العاملين بالمستشفى. وقد أسست المحكمة حكمها هذا على أساس أن الطبيب لم يمنح للعاملين بالمستشفى التعليمات الكافية للعناية بالمريض، نظراً لحالته الحرجة، و بالتالي يكون الطبيب بواجب الحيطة والحذر.³

وبالنسبة للمستشفى فإن الالتزام الرئيسي هو سلامة المريض، خاصةً إذا كانت حالته الصحية تقتضي علاجه في وسط مغلق، حيث يصبح هذا الالتزام التزاماً بتحقيق نتيجة وليس مجرد بذل العناية، فلا يقع على المستشفى مجرد تنفيذ تعليمات الطبيب بل تلتزم باتخاذ كافة

¹ - المادة 103 ق.ص.ع.ت « يتكفل بالمصابين عقلياً أحد الهياكل التالية:

- المؤسسات الاستشفائية المتخصصة في الأمراض العقلية،

- مصالح الأمراض العقلية ومصالح استعجالات الامراض العقلية في المستشفيات العامة،

- وحدة الشبكة الصحية القاعدية.»

المادة 104 من القانون نفسه « تنشأ وحدات استشفائية أو مؤسسات خارج المستشفيات تخصص للوقاية و اكتشاف الأمراض و المعالجة أو التكفل بالأطفال و المراهقين من الجنسين البالغين من العمر 16 سنة الذين تمثل اضطراباتهم أو اختلالاتهم العقلية المرض الوحيد أو المرض الرئيسي.»

² - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 134.

³ - Civ.20 jan 1982.G.P.1982.127.

نقلا عن: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 134.

التدابير و الاجراءات الأمنية التي تضمن سلامة المريض وعدم إيذاء نفسه، كإحكام الشبائيك و المخارج التي يمكن أن يلقي نفسه منها، ومراقبته بصفة دائمة و منتظمة.¹ ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن:

قضت الغرفة الادارية للمحكمة العليا بتاريخ 1991/01/13 في قضية المركز الاستشفائي الجامعي بسطيف ضد فريق « ك » ومن معهم،² بتأييد القرار الصادر عن الغرفة الادارية لمجلس قضاء سطيف بتاريخ 1989/01/21 و القاضي بإلزام المستشفى بالتعويض بسبب انتحار المريض بالمستشفى نتيجة إهمال في حراسة المرضى.

وقد ذهبت المحكمة العليا إلى أنه لا يمكن استبعاد مسؤولية المستشفى مادام قد استقبل الضحية قصد معالجته، وأن التحقيقات تشير إلى أن الممرض لم يتفقد المريض ليلة الانتحار، ولم يعلم بذلك إلا بعد أن ذهب ليقدم له فطور الصباح فوجده متدلياً من سقف الغرفة.

وقد أثار هذا الحكم إشكالاً حول الأساس القانوني للمسؤولية، إذ أن المحكمة اعتمدت المادة 124 قانون مدني، وهو ما يتنافى و طبيعة المسؤولية الإدارية باعتبار الخطأ المرفقي، ومن جهة أخرى فإن نطاق المادة 124 سالفة الذكر هو المسؤولية عن العمل الشخصي، بينما سياق القضية هو المسؤولية عن فعل الغير.

ولقد حاول مجلس الدولة استدراك هذا الخلل في قراره الصادر بتاريخ 2002/07/15 في قضية ذوي حقوق المرحوم مولاي ضد مستشفى الأمراض العقلية بواد عيسى بتيزي وزو.³ حيث قضى بوجود خطأ مرفقي سببه إهمال أعوان الحراسة، وكان نتيجته وفاة المريض إثر اعتداء من مريض آخر. « حيث أن غياب الحراسة يشكل خطأ ارتكبه المستشفى الملزم بالسهر على ضمان صحة و سلامة المرضى، حيث أن ثمة علاقة مباشرة بين سير عمل المستشفى و الوفاة، ومنه مع الضرر كذلك. حيث أنه و بهذا فإن الخطأ المرتكب من شأنه

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 137.

² - المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني لسنة 1996، ص 127 وما بعدها.

³ - مجلة مجلس الدولة، العدد 2 لسنة 2002، ص 183 وما بعدها.

أن يجعل المستشفى مسؤولاً و أنه تبعاً لذلك فإن طلب التعويض المقدم من طرف المدعية المستأنف عليها هو طلب مؤسس.»

الفرع الثاني: المسؤولية عن الأضرار التي يسببها المريض للغير

مما لا شك فيه أن المستشفى يعد مسؤولاً عن الأضرار التي يلحقها المريض عقلياً بالغير، كما هو الحال بالنسبة لتلك التي يحدثها لنفسه أثناء إقامته بالمستشفى. غير أنه إذا وقعت الأضرار التي صدرت من المريض أثناء وجوده حراً طبقاً لبرنامج علاجه في الوسط المفتوح، فإنه يصعب القول بمسؤولية المستشفى تحت ستار إخلاله بالتزامه بضمان سلامة المريض. ولكن المسؤولية هنا تقع على عاتق الطبيب المعالج فهو الذي يقرر السماح للمريض بالخروج.¹

و لقد نظم المشرع الجزائري استشفاء أو علاج ذوي الأمراض العقلية وفقاً لحددة المرض العقلي، و أثره على شخص المريض أو على الغير. وحدد الجهات المختصة التي يمكنها المبادرة بعلاجه أو الموافقة على ذلك، مع السماح للمريض بالتعبير عن إرادته عندما يكون راشداً و متمتعاً بالقدر الكافي من الإدراك أو التمييز.²

من التطبيقات القضائية في هذا المجال: قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1988/07/16³، أيد بموجبه القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء وهران، و الذي أزم مستشفى بوندس بوهران بدفع تعويض مدني من أجل الضرر اللاحق بذوي الحقوق نتيجة وفاة السيد (م) نتيجة حادث وقع بالمستشفى يوم 1980 /01/17 إثر أعمال

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 138.

² - المواد من 105 إلى غاية 148 ق.ص.ع.ت.

أنظر: عبد الكريم مامون، حق المريض في الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، المرجع السابق، ص 226 وما بعدها.

³ - قرار رقم 52862 بتاريخ 1988/07/16، المجلة القضائية، 1991، العدد 1991، ص 120. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، المرجع نفسه، ص 311.

عنف خطيرة قام بها في حق الضحية أحد المصابين عقلياً الذي أدخل المستشفى ووضع في الغرفة نفسها مع الضحية.

وجاء ضمن حيثيات القرار « حيث أن إدارة المستشفى تقر بعلم عمال المستشفى و كذا الممرضين بأن المدعو (ه.م) مصاب بمرض نفسي، و أنه كان يتعين بالتالي حراسته حراسة خاصة باعتباره يشكل خطراً محققاً بالنسبة للنزلاء المستشفى.

و إن الأعوان الذين قرروا وضع هذا المريض في نفس غرفة الضحية (ب.م) خلقوا خطراً تتحمل الإدارة تبعاته.

و أنه يوجد بالفعل في هذه القضية خطأ مرفقي.

و بالتالي يتعين تأييد القرار المستأنف في جميع جوانبه، ذلك لأن مبلغ التعويض منصف.»

الفصل الثاني: التعويض على أساس المسؤولية الموضوعية

لقد تزامن عجز وعدم كفاية المسؤولية المدنية التقليدية عن حماية ضحايا الحوادث ظهور الفكر المنادي بإعلاء قيمة الفرد و إنسانيته، من خلال الاعتراف للضحية بحقه في الدائنية استقلالاً عن المسؤول و المسؤولية، أو ما يعرف بإنسانية المسؤولية، ونتيجة لهذه النزعة الانسانية في النطاق القانوني ظهرت نظريات تطالب بإعادة النظر في الاساس الذي تقوم عليه المسؤولية بما يتلائم و الواقع الحديث، ومن أهم هذه النظريات نظرية تحمل التبعة، ونظرية الضمان.¹

و لقد شكلت فكرة تحمل التبعة تحولاً كبيراً في فقه القانون المدني كله، حيث أن أنصارها هاجموا أفكاراً و قواعد قانونية كان الاعتقاد سائداً على قدسيتهما. باعتبارها لم تعد تتفق لا مع المنطق و لا مع التطور الاقتصادي. فلم يعد هناك معنى لاستبقاء الخطأ أساساً للمسؤولية ما دامت المسؤولية المدنية قد انفصلت عن المسؤولية الجنائية، وتحولت بذلك فكرة التعويض من المفهوم العقابي إلى المفهوم الإصلاحية. و من جهة أخرى فإن النظرية الشخصية قد أثبتت عدم جدواها في ظل مخاطر النظام الاقتصادي القائم على الصناعة. غير أنه ورغم أهمية ما توصلت إليه هذه النظريات إلا أن الفقه لم يلبث أن تحول عنها شيئاً فشيئاً ووجد ضالته في نظرية الخطأ المفترض. أما القضاء فلم يسلم بالمسؤولية الموضوعية، فرغم أنه توصل إلى الكثير من نتائجها العملية، إلا أنه لم يقبل بغير الخطأ أساساً للمسؤولية، و اقتصر على التوسع في أحوال الخطأ المفروض، كما استعان بالمسؤولية العقدية في بعض الحالات عن طريق استخلاص الالتزام بضمان السلامة.

و الحقيقة أن المجالات التي يستبعد فيها الخطأ كأساس للمسؤولية أصبحت أكثر أهمية من تلك التي مازال يمارس فيها دوره التقليدي، ولعل هذه النظرة العامة تبين إلى أي

¹ - وائل محمود أبو الفتوح العزيري، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم « دراسة مقارنة»، دار المغربي للطباعة، 2005، ص 467.

مدى قد تعدل قانون المسؤولية المدنية. ومن ناحية أخرى فإن الفقه يقدر أن هذه الظاهرة تعود إلى تراجع دور المسؤولية الفردية في مقابل الوسائل الجماعية للتعويض، وهو ما يمثل في الوقت نفسه صعوداً للفلسفة الاجتماعية التي تتعارض و الفلسفة الفردية التي أوجت في البداية بقواعد المسؤولية المدنية.¹

فالمسؤولية الموضوعية و إن لم تصبح بديلاً عن المسؤولية الشخصية، إلا أنها وجدت لنفسها مكاناً في العديد من نواحي النشاط وما يتولد عنها من تبعات، كما هو الحال في النشاط الطبي. فالخطأ الطبي الواجب الإثبات و إن احتفظ بمكانته في مجال التعويض، إلا أنه في الوقت نفسه خفت وطأته في العديد من نواحي المسؤولية الطبية، كما هو الحال في المسؤولية عن المنتجات الصحية (المبحث الأول)، المسؤولية عن العدوى الاستشفائية (المبحث الثاني)، المسؤولية عن التجارب الطبية (المبحث الثالث).

¹ - محسن عبد الحميد ابراهيم البيه، المرجع السابق، ص 64.

المبحث الأول: المسؤولية الناجمة عن المنتجات الصحية

إن العديد من الحوادث الطبية هي بالدرجة الأولى نتيجة للمنتجات المستعملة خلال النشاط الطبي.¹ ومن حيث المسؤولية فإن المنتجات الطبية تخضع للأحكام العامة المتعلقة بالمسؤولية عن المنتجات المعيبة (المطلب الأول).

وتشمل المسؤولية عن المنتجات الصحية: منتجات الجسم البشري (المطلب الثاني)، وكذا المنتجات الطبية المتمثلة في الأدوية والأجهزة الطبية (المطلب الثالث). وأخيراً المسؤولية عن النفايات العلاجية أو مخلفات النشاط الطبي (المطلب الرابع).

المطلب الأول: الإطار العام للمسؤولية عن المنتجات المعيبة

تنص المادة 140 مكرر قانون مدني جزائري على أنه « يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية.» و هو المفهوم نفسه الوارد ضمن المادة 1-1386 قانون مدني فرنسي.² و انطلاقاً من هذا النص سنعرض لتحديد وصف المنتج (الفرع الأول). ثم تحديد نطاق العيب في المنتج (الفرع الثاني)، ضوابط المسؤولية عن المنتجات المعيبة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تحديد المنتج المسئول

إن السلعة محل الانتاج وقبل وصولها إلى المستهلك تمر بمرحلتين، الأولى هي مرحلة الانتاج و تبدأ من الفترة التي تتحمل فيها المادة الأولى الداخلية في تركيب السلعة، وتنتهي بإخراج السلعة في صورتها النهائية وتجهيزها للتسويق، وما يميز هذه المرحلة أنها لا تتولاها منشأة واحدة إذ تقوم جملة من المنشآت بانتاج السلعة، فتتولى كل منشأة منها عملية واحدة من العمليات اللازمة لإنتاجها.

¹ - Y.L.FAIVRE. S.P.SIMON. **Droit du dommage corporel.** Op.Cit.p 808.

² - « Le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victim.»

أما المرحلة الثانية فهي مرحلة التوزيع، وتبدأ من الفترة التي يتلقى فيها الموزع أو التاجر هذه السلعة حتى تصل إلى يد المستهلك، وهي في الغالب أيضاً يتولها عدة أشخاص، بداية من التاجر المصدر، ثم التاجر المستورد، ثم تاجر الجملة، وأخير تاجر التجزئة الذي تصل من خلاله السلعة إلى المستهلك.¹

و لقد أثار هذا التعدد و التشعب إشكالية تحديد نطاق وصف المنتج من حيث الأشخاص، باعتباره المسؤول عن عيب المنتج أو السلعة، سواء تعلق الأمر بالعلاقة بين المنشآت الداخلة في مرحلة الإنتاج، أو في العلاقة بين هذه المنشآت و القائم بعمليات التوزيع.

و لقد انعكس هذا التشعب أيضاً على موقف التشريعات الدولية و الوطنية من تحديد وصف المنتج، فهل مصلحة المضرور تقتضي توسيع دائرة الأشخاص الذين يستطيع توجيه الدعوى إليهم، أم أن تحديد شخص واحد هو المنتج الحقيقي كافي لتحقيق هذه الغاية؟²

وفقاً لاتفاقية المجموعة الأوروبية فإن وصف المنتج ينصرف إلى كل صانع للسلعة في شكلها النهائي، وصانع المادة الأولية أو الأجزاء التي يتكون منها المنتج، وكل شخص قدم نفسه كصانع بأن يضع اسمه أو علامته التجارية، أو أي علامة أخرى مميزة له على السلعة. كما يعد المستورد للسلعة صانعاً إلا إذا أطلع المضرور في ميعاد معقول باسم الصانع أو باسم الشخص الذي باع له السلعة.

و لقد سعت الاتفاقية من خلال توسيع دائرة وصف المنتج إلى تحقيق مصلحة المضرور من جهة، ومن جهة أخرى الضغط على المستوردين للسلع من خارج المجموعة الأوروبية، كأحد الوسائل لتقليل الواردات الأجنبية المنافسة للمنتجات الأوروبية المشابهة.³

أما المشرع الفرنسي وباعتباره جزء من المنظومة الأوروبية¹ فقد حدد وصف المنتج من خلال المادتين 6-1386 و 7-1386 من القانون المدني الفرنسي. فيعتبر منتجاً كل متهن سواء

¹ - محمد عبد القادر على الحاج، مسؤولية المنتج و الموزع، مطبعة الأمانة، مصر 1982، ص 41 وما بعدها.

² - أنظر في عرض هذه الآراء: حسن عبد الباسط جمعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، ص 235. نقلاً عن: عبد القادر أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود « نحو نظرية عامة »، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2010، ص 461.

³ - محمد عبد القادر على الحاج، المرجع السابق، ص 52.

كان المصنع النهائي، أو منتج المادة الأولية، أو مصنع الجزء المكون للمنتج النهائي. كما يعتبر منتجاً كل شخص يتصرف بصفته كـ ممتن:

- الذي يقدم نفسه كمنتج بوضع اسمه على المنتج، أو علامته أو أي إشارة أخرى مميزة.
- الذي يستورد منتجاً إلى المجموعة الأوروبية بهدف بيعه أو تأجيره مع أو بدون وعد بالبيع أو توزيعه بأي شكل آخر.²

وإذا لم يتم معرفة المنتج يكون البائع أو المؤجر - باستثناء المؤجر الممول أو المؤجر الذي يعتبر كمول - أو أي مورد ممتن مسؤولاً عن العيب في إطار الشروط ذاتها التي يخضع لها المنتج، إلا إذا أبلغ المضرور باسم المورد أو المنتج خلال ثلاثة أشهر من التاريخ الذي يبلغ فيه طلب المضرور.

غير أنه يستبعد من طائفة المنتجين مقاولي البناء وبائعي العقارات للتشييد، والذين تقوم مسؤوليتهم طبقاً للمواد 1-1792 إلى 6-1792 و المادة 1-1646 من القانون المدني الفرنسي.³

و يتضح من هذه النصوص أن المشرع الفرنسي وحرصاً على حماية المضرور، ميز بين المنتج الأصلي، و المنتج الاحتياطي أو المماثل.⁴ فالمنتج الأصلي يشمل بالضرورة الأشخاص المتدخلين في عملية الانتاج وهو المصنع النهائي، منتج المادة الأولية، مصنع الأجزاء المكونة للمنتج، و المستورد، وكل من يضع اسمه أو علامته على المنتج، أو أي إشارة أخرى مميزة. أما المنتج الاحتياطي فهو كل من له علاقة مباشرة بالمستهلك بصفته بائعاً أو مؤجراً، أو مورداً، في الأحوال التي لم يتم فيها التعرف على المنتج الأصلي، و

¹ - لقد تبنى المشرع الفرنسي أحكام القانون 19 مايو 1998، و المستوحى من أحكام التوصية الأوروبية رقم 374 لسنة 1985 الصادرة عن اتحاد البرلمان الأوروبي بتاريخ 25 يولييه 1985، و الخاصة بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة، وكذا التوجيه الصادر بتاريخ 26 يوليو 1995، و المتعلق بالمسؤولية عن المنتجات المعيبة.

² - Art 1386-6.

³ - Art 1386-7.

⁴ - محمد محي الدين ابراهيم سليم، مخاطر التطور كسبب لإعفاء المنتج من المسؤولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007، ص 27 وما بعدها.

يستطيع هذا الأخير التخلص من المسؤولية متى أعلم المضرور باسم المنتج أو من تحصل منه على السلعة حتى يتمكن المضرور من متابعته و مقاضاته.

غير أن المشرع الفرنسي اعتبر المنتج الاحتياطي أو البديل مسؤولاً بالشروط ذاتها التي يسأل بها المنتج الأصلي، وهو ما دفع بعض الفقه إلى القول بأن مسؤولية المورد المهني في القانون الفرنسي أوسع من تلك الواردة ضمن نصوص التوجيه الأوروبي، ويرجع ذلك إلى رغبة المشرع الفرنسي في الإبقاء على ما استقر عليه القضاء الفرنسي بخصوص التسوية بين المنتج و الموزع من حيث المسؤولية عن عيوب المنتجات.¹

وعلى العكس من ذلك فإن المشرع الجزائري اكتفى بتقرير مسؤولية المنتج بمقتضى المادة 140 مكرر من القانون المدني، ودون أن يحدد نطاق تطبيقها رغم ما لهذا التحديد من أهمية في أعمال مضمونها.

الفرع الثاني: مضمون المنتج المعيب

إن تحديد وصف المنتج المعيب يقتضي عرض النصوص الواردة في هذا السياق، فحسب نص المادة 1386-3 قانون مدني فرنسي فإن المنتج هو كل مال منقول حتى ولو صار جزء من عقار، بما في ذلك منتجات الأرض و تربية الماشية و الصيد البحري، وكذلك الكهرباء. وهو المضمون نفسه الوارد ضمن المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري، حيث يعتبر منتوجاً كل مال منقول و لو كان متصلاً بعقار ولا سيما المنتج الزراعي و المنتج الصناعي و تربية الحيوانات و الصناعة الغذائية و الصيد البري و البحري و الطاقة الكهربائية.

ولقد جاء النص الفرنسي مطابقاً للتوجيه الفرنسي من حيث استبعاد العقارات من المسؤولية عن المنتجات المعيبة، إذا يقتصر وصف المنتج على المنقول ولو كان مندمجاً أو متصلاً بعقار، رغم أن مسألة المنقول المتصل بعقار تثير صعوبات من الناحية القانونية، فهي من

¹- Ch. LARROUMET.P.313.

نقلا عن: عبد القادر اقصاصي، المرجع السابق، ص 465.

جهة تصطمم بفكرة العقار بالتخصيص، ومن جهة أخرى فإن المنقولات كمواد البناء، و الاسلاك المعدنية مثلاً تفقد صفتها كمنقولات و تصبح عقاراً بطبيعتها.¹ كما أن التطبيق المباشر لنص المادة 1386-3 يؤدي إلى ازدواج النظام القانوني فيما يتعلق بالبناء، بحيث أن من يدمج منقولاً بعقار، يعتبر في الوقت نفسه مقاولاً ومنتجاً. لذلك استثنى المشرع الفرنسي مقاولي البناء من طائفة المنتجين، بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 1386-7 من القانون الفرنسي السالفة الذكر. حيث تخضع مسؤوليتهم للمواد 1792 وما بعدها من القانون الفرنسي أيضاً.

و لقد أثير التساؤل حول مدى اعتبار النفايات من قبيل المنتجات من حيث الأضرار الناتجة عنها، فذهب البعض إلى اعتبارها منتجاً بحكم كونها أشياء منقولة، بينما يرى البعض أن اعتبارها منتجات مقيد بكونها متروكة خارج المنشأة أو التداول. و يذهب رأي ثالث إلى اعتبارها منتجات متى استخدمها المنتج لأعمال تطوير الانتاج أو تركها لشخص آخر لهذا الغرض.²

ومن حيث تصنيف المنتجات فإنها تشمل المنتجات الصناعية و الزراعية و الحيوانية، والمواد الأولية، و منتجو المواد الكيميائية، و المشتقات الحيوية مثل مكونات الدم وغيرها.³ وفي كل الأحوال لا يسأل المنتج عن هذه المنتجات إلا إذا كانت معيبة.

و يقصد بالعيب أن المنتج لا يقدم السلامة المنتظرة منه شرعاً، ويراعي في تقدير هذه السلامة كافة الظروف و بشكل خاص تقديم المنتج، و الاستعمال الذي يمكن بصورة منطقية انتظاره وزمان وضعه في التداول، و لا يمكن اعتبار المنتج معيباً لمجرد أن منتجاً آخر أكثر إتقاناً قد وضع لاحقاً قيد التداول، فلا يعد المنتج قدم المنتج دليلاً على وجود عيب فيه.⁴

فيقع على عاتق المنتج التزام بتحذير المستهلك وتوعيته بمخاطر المنتج، ويجب أن يتم ذلك

¹ - عبد الباسط جمعي، ص 227-229. نقلاً عن: عبد القادر اقصاصي، المرجع السابق، ص 471.

² - محمد محي الدين ابراهيم سليم، المرجع السابق، ص 36.

³ - عبد الباسط جمعي، ص 236-237. نقلاً عن: عبد القادر اقصاصي، المرجع السابق، ص 462.

⁴ - المادة 1386-4 ق.م.ف.

بشكل واضح ومحدد من خلال البيانات الموضوعية على المنتج، وكذا تحذيرات الاستعمال وكل الأمور التي يمكن أن تؤثر في الخطر بالتبعية للتوقع المشروع للجمهور.

فعلى سبيل المثال يجب أن تحتوي نشرة الدواء على تحذير من استعماله في ظروف معينة كتحذير من يعانون من فرط الحساسية من استخدامه مثلاً.

و تجب الإشارة هنا إلى أن التعارض بين دوائين لا يمثل عيباً يوجب الضمان إلا إذا كان التعارض قائماً بين دوائين محددين لتكملة العلاج، بحيث يستتبع استعمال أحدهما ضرورة استعمال الآخر أي أنهما يمثلان حلقتين في نظام علاجي واحد، ففي هذه الحالة يجب على المنتج التنبيه إلى الظروف التي على ضوءها يمكن أن يحجم المريض على استخدام الدواء.

كما أن القضاء يتشدد في إلزام المنتج بإبراز كافة الآثار الجانبية التي يمكن على ضوءها أن يغير المستهلك رأيه و يمتنع عن استخدام الدواء، فيجب أن يكون التحذير على المنتج ذاته، أو في النشرة المرفقة.

كما يجب على المنتج أن يتوقع استخدام المنتج بطريقة سيئة، فيجب عليه ضبط عملية التعبئة خاصة بالنسبة للمنتجات الخطرة، بحيث لا يسهل فتحها على الأطفال أو الكبار العابثين. و الحكم نفسه بالنسبة للآلات شديدة الخطورة.

و إذا كان المنتج يسأل الاضرار الناشئة عن الاستعمال المتوقع فإنه لا يسأل عن الاستعمال المفرط للمنتج و الذي لا يمكن توقعه طبقاً للسير العادي للأمر، وترتيباً على ذلك فإن تناول المريض لكمية كبيرة من الأدوية المهدئة بقصد الانتحار فلا يعد المنتج مسؤولاً لأن الضرر هنا ناتج عن فعل المضرور.

وتقدير عيب المنتج يتم بمقارنة صفات المنتجات المماثلة و الجاهزة للاستعمال وقت التداول و ليس قبل ذلك، فلا يمكن اسناد العيب للمنتج القديم لمجرد أن منتجاً آخر حديث يفوقه اتقاناً.¹

¹ - محمد محي الدين ابراهيم سليم، المرجع السابق، ص 51 وما بعدها.

الفرع الثالث: طبيعة المسؤولية عن المنتجات المعيبة

سنعرض لتحديد طبيعة المسؤولية عن المنتجات المعيبة من خلال تحديد أساسها (البند الأول)، ثم الحديث عن أحكامها (البند الثاني).

البند الأول: أساس المسؤولية

إن المسؤولية عن المنتجات المعيبة هي مسؤولية ذات طابع مهني، وهو ما يفهم من نص المادتين 6-1386 و 7-1386 من القانون المدني الفرنسي. كما أن هذه المسؤولية مرتبطة بطرح المنتج للتداول، بأن يتخلى عنه المنتج إرادياً (المادة 5-1386 قانون مدني فرنسي). فلا تقوم المسؤولية إذا لم يثبت طرح المنتج للتداول، أو إذا ثبت أن عملية الإنتاج تمت لأغراض شخصية أو أهداف علمية بحتة كإجراء التجارب، وفي هذه الفروض تخضع المسؤولية للقواعد العامة، دون الأحكام الخاصة بمسؤولية المنتج¹.

فكل تخلي إرادي عن المنتج يفيد طرحه للتداول، وبالتالي تتقرر مسؤولية المنتج عن العيوب الواردة فيه، و بالمقابل فإن سرقة المنتج أو اختلاسه أو الاستيلاء عليه يحول دون اعتباره كذلك.

ولا يعفى المنتج من المسؤولية ولو كان قد راعى في تصنيعه قواعد الفن والمعايير التقنية، أو كان قد حصل على التصريحات الإدارية الضرورية اللازمة لطرح المنتج في التداول².

فالإذن أو التصريح الإداري في طرح المنتج للتداول يقتصر على علاقة المنتج وجهة الإدارة ولا يؤثر على قيام المسؤولية لا في القواعد العامة ولا في المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة. كذلك فإن تأكيد المشرع الفرنسي على أن احترام قواعد الفن المهني والمعايير التقنية لا يترتب عليه إعفاء المنتج من المسؤولية يكشف على أن هذه المسؤولية هي مسؤولية بقوة القانون مستقلة عن الخطأ³.

¹ - بودالي محمد مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة «دراسة مقارنة»، دار الفجر للنشر و التوزيع، 2005، ص3

² - المادة 10-1386 ق.م.ف.

³ - G. VINEY. op cit n12 p 294.

وإذا كانت المسؤولية لا تقوم على خطأ المنتج فإنه لا يكفي مجرد تدخل المُنتج في إحداه الضرار لقيام المسؤولية وإنما يتعين على المضرور إثبات وجود عيب يتمثل في عدم توافر الأمان المشروع الذي ينتظره الجمهور في السلعة وقت طرحها في السوق وكذا إثبات علاقة السببية بين العيب والضرر¹.

ومع ذلك فإن المشرع الفرنسي وضع قرينة لصالح المريض، تستنتج بمفهوم المخالفة لنص المادة 11-1386 التي تجيز للمنتج الإعفاء من المسؤولية بإثبات أن العيب لم يكن موجوداً وقت طرح المنتج للتداول، وهو ما يعنى وجود قرينة على وجود العيب قبل الطرح للتداول ما لم يثبت المدعى عليه - المنتج - العكس بأن العيب ظهر بعد طرح المُنتج للتداول.²

البند الثاني: أحكام المسؤولية

أولاً: عدم مراعاة طبيعة الصلة بين المنتج و المضرور:

إن أهم من يميز دعوى المسؤولية عن عيوب المنتجات المعيبة أنها لا تراعي طبيعة العلاقة التي تربط المنتج بالمضرور، إذ يستطيع أن يدعي بموجبها أي شخص أصيب بضرر بفعل المنتج المعيب سواء أكان متعاقداً مع المنتج المسؤول أو لم تكن هناك أي صلة تعاقدية تربط بينهما³. وسواء كان المضرور مهنيّاً أو غير ذلك.⁴

ومع ذلك فإن هذا التوحيد لأنظمة المسؤولية التعاقدية والتقصيرية بالنسبة للمسؤولية عن فعل المنتجات لا يستبعد أهمية تكييف هذه المسؤولية عند تحديد المحكمة المختصة ، سواء في القانون الداخلي أو القانون الدولي ، وكذلك تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية محل الدراسة ، لأن هذا القانون يختلف بحسب ما إذا كان المضرور متعاقداً أم لا⁵.

ثانياً: اتساع نطاق الضمان من حيث المسؤولية:

¹ - فتحي عبد الرحيم عبد الله ، المرجع السابق ، ص 191. نقلا عن :عبد القادر اقصاصي، المرجع السابق، ص484.

² - عبد القادر اقصاصي، المرجع السابق، ص484.

³ - بودالي محمد ، المرجع السابق ، ص 34.

⁴ - بودالي محمد ، المرجع السابق ، ص 35-36.

⁵ - LARROUMET (Ch). Art préc. N12 p 313.

من جملة الضمانات الممنوحة للمضروب أيضاً، هي أنه في حالة الضرر الذي يسببه منتج يحتويه آخر فإن منتج الجزء و المنتج النهائي مسؤولين بالتضامن في مواجهة المضرور. كما يسأل البائع أو المؤجر أو المورد بصفته منتجاً في الحالة التي لم يتم فيها تحديد المنتج الأصلي خلال ثلاثة أشهر من التاريخ الذي يبلغ فيه طلب المضرور.

وهذه ضمانات تسهل على المضرور اقتضاء التعويض دون أن يكون مكلفاً بالبحث عن الشخص المسؤول عن تعيب السلعة خصوصاً فيما يتعلق بالسلع المعقدة التركيب¹.

رابعاً: التقادم القصير للدعوى:

باستقراء نصوص القانون المدني الفرنسي و كذا التوجيه الأوروبي فإن حق المضرور في رفع ذوي التعويض إما أن يسقط بمضي 10 سنوات من تاريخ طرح المنتج للتداول، أو أن الدعوى تتقادم بمرور ثلاث سنوات من تاريخ علمه بالضرر والعيب وبهوية المنتج.

فحسب المادة 1386-16 من القانون المدني الفرنسي (المقابلة للمادة 11 من التوجيه الأوروبي) فإن حق المضرور في رفع الدعوى عن الضرر الناتج عن المنتج المعيب ، على أساس المادة 1386-1 وما بعدها يسقط بمرور عشر سنوات من تاريخ طرح المنتج للتداول. وتعد مدة عشر سنوات مدة سقوط، أي أنها لا تقبل الوقف أو الانقطاع ما لم يكن المضرور قد أقام دعواه خلالها².

والعلة في سقوط مسؤولية المنتج بمرور عشر سنوات من طرح المنتج للتداول هي من جهة مراعاة طبيعة المنتجات باعتبارها تهتك مع مرور الوقت، ومن جهة أخرى فإن تحديد النطاق الزمني للمسئولية يسهل على المنتج اكتتاب التأمين لتغطية مسؤوليته³.

ويستثنى من سقوط مسؤولية المنتج بمرور عشر سنوات من تاريخ طرح المنتج للتداول الحالة التي يثبت فيها المضرور خطأ المنتج، وهو ما أكدته المادة 1386-16 مدني فرنسي بقولها « فيما عدا خطأ المنتج ، تسقط مسؤولية المنتج عن الضرر الذي يحدثه منتجه

¹ - حسن عبد الباسط جميعي ، المرجع السابق ، ص 241 - 242.

² - D. GHESTIN. art . préc. J.C.P. 1998-1-148 n49.

³ - D. GHESTIN. op. cit. n9. p 148.

المعيب على أساس المادة 1386-1 ، بمرور عشر سنوات » كما نصت على ذلك صراحة المادة 1386-2/17 مدنى على أنه « يبقى المنتج مسئولاً عن نتائج خطئه وخطأ الأشخاص الذين يسأل عنهم » فخطأ المنتج لا يسمح له بأن يستفيد من ميزة المدة المحددة للمسؤولية¹.

وحسب المادة 1386-17 مدنى فرنسي (المقابلة للمادة 10 من التوجيه) فإن دعوى المسؤولية المقررة لمصلحة المضرور تتقادم أيضاً بمرور ثلاث سنوات ، من تاريخ علم المضرور بالضرر والعيب وبهوية المنتج .و هذه المدة وعلى خلاف المدة السابقة - 10سنوات- هي مدة تقادم و ليس السقوط، أي أنها تقبل الوقف والانقطاع².

وبالرغم من أن مدة الثلاث سنوات تبدو مدة قصيرة إلا أنها تعد مدة كافية بالنظر إلى أن مدة بدايتها تُحسب من تاريخ علم المضرور بعناصر الدعوى الأساسية ، وبالنظر إلى أنها تقبل الوقف والانقطاع . كما أن إطالة مدة التقادم يتعارض مع التوازن المراد تحقيقه بين مصلحة المنتج ومصلحة المضرور³.

ويلاحظ أن المشرع الفرنسي قد حرص على أن لا تبدأ مدة تقادم الدعوى إلا إذا اجتمعت في علم المضرور كافة عناصر المسؤولية (الضرر والعيب والمسؤول عنه).

وقد ذهب بعض الفقه إلى أن النص السابق (1386-17) لا يخلو من التعقيد ، بما سيؤدى إليه من صعوبات في التفسير ، من حيث وضعه تاريخاً واحداً لسريان التقادم لثلاث وقائع منفصلة من حيث الزمان - العلم بالضرر وبالعيب وبشخصية المنتج - من جهة أولى . ومن حيث إيراده لقرينة على علم المضرور من جهة ثانية⁴.

أما القانون المدني الجزائري فقد نص على أن القاعدة العامة في المسؤولية المدنية أنها

¹- G.VINEY. op. cit. n 10 p. 293.

²- LARROUMET (Ch). op. cit. n27 p316.

³- D. GHESTIN. op. cit. p 148.

⁴- بودالي محمد ، المرجع السابق ، ص 51.

تتقضي بمضي خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار¹.
خامساً: مخاطر التقدم كسبب للإعفاء من المسؤولية :

يقصد بمخاطر التقدم عدم المعرفة العلمية و التقنية التي تمكن المنتج من الوقوف على حالة المنتج وقت تداوله و بالتالي عدم القدرة على الإحاطة بمخاطره. وفي هذا الفرض يكون المنتج قد بذل ما في وسعه و في حدود المعطيات العلمية المتاحة، و مع ذلك ظهر بالمنتج عيب أدى إلى الاضرار بمستعمله.

وفي هذا السياق تنص المادة 1386-11 على أنه من ضمن الحالات التي يمكن أن يعفى فيها المنتج من المسؤولية هي حالة ما إذا أثبت أن وضع المعارف العلمية و التقنية في الوقت الذي وضع فيه المنتج قيد التداول لم يسمح باكتشاف وجود العيب.

و قد أثار هذا النص إشكالاً بخصوص تحديد المقصود بالمعرفة العلمية و التقنية وقت التداول، ومدى اعتبارها شكلاً من أشكال القوة القاهرة.

ولقد انتهت محكمة العدل للجماعات الأوروبية إلى أنه يجب على المنتج الاحاطة بما يتعلق بحالة المنتج من كافة النواحي العلمية و التصنيعية على مستوى العالم و لا يقف الأمر عند حد ما وصل إلى علم المنتج، ولكن يجب أن يقاس بمدى ما كان يجب أن يعرفه المنتج أي أن المعيار موضوعي. فلا يقبل من المنتج التذرع بأنه يعمل في مجال معين لا يمكنه من الإحاطة بالتطورات العلمية و التقنية الخاصة بالمنتج.²

فعلى المنتج بذل ما في وسعه للوصول إلى المعلومات التي تمكنه من الاحاطة بمخاطر المنتج على نحو ما يفعله منتج حريص في مثل ظروفه، ولا يطالب المنتج إلا بالإحاطة بالمعلومات التي من السهل عليه الوصول إليها من خلال الوسائل المتاحة، وهذا يقتضي أن تكون المعلومات منشورة مما يسهل الوصول إليها، و أن تتاح للمنتج وسيلة الاطلاع عليها.

¹ - المادة 133 ق.م.ج..

² - C. J. C. E. 29-05-1997. Aff. C. 300/95. Petites affiches 17-12-1997. Not ricatte

نقلاً عن: محمد محي الدين ابراهيم سليم، المرجع السابق، ص 81.

وعلى ذلك فلا يعفى المنتج من المسؤولية إذا كان من الممكن اكتشاف العيب بإجراء الأبحاث اللازمة، أو أن الصعوبات التي حالت دون اكتشافه كان من الممكن تجاوزها.¹ وإذا كان المشرع الفرنسي قد اعتبر مخاطر التقدم سبباً معيافاً للمنتج من المسؤولية فإن ذلك لا يشمل منتجات الجسم البشري أو المنتجات المنبثقة عنه إذ تنص المادة 1386-12 قانون مدني فرنسي» لا يستطيع المنتج أن يثير سبب الاعفاء المشار إليه في الشطر 04 من المادة 1386-11 عندما يكون الضرر سببه عنصر من الجسم البشري أو المنتجات

المطلب الثاني: منتجات الجسم البشري

يجب التمييز هنا بين الأحكام المتعلقة بالدم البشري (الفرع الأول)، والأحكام المتعلقة بباقي الأعضاء البشرية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الدم البشري ومشتقاته

لقد انتشرت في الآونة الأخيرة عمليات العلاج و التداوي بنقل الدم، و أصبح نقل الدم شائعاً في علاجات كثيرة في جميع أنحاء العالم، فأصبح يحتل مكانة كبرى كعامل لإنقاذ البشرية في العديد من الحالات كضحايا الحوادث و التصادم، العمليات الجراحية الكبيرة، حالات فقر الدم الشديد...². إلا أن هذه المكانة أصبحت في الوقت الحاضر أيضاً محل شك بسبب الأمراض الخطرة التي أصبحت تهدد الحياة البشرية، و التي تساهم عمليات نقل الدم في انتشارها وكذا الأخطار التي تحدث أثناء عمليات النقل، و التي جعلت الثقة تهتز بعض الشيء في تلك العمليات.³

¹ - محمد محي الدين ابراهيم سليم، المرجع السابق، ص 84.

² - محمد عبد المقصود حسن داود، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري و أثر التصرف فيه، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 1999، ص 51 وما بعدها.

³ - عادل عبد الحميد الفجال، أحكام التصرف في الدم البشري و آثاره في القانون المدني و الفقه الاسلامي « دراسة مقارنة»، منشآت المعارف، الاسكندرية، مصر، 2009، ص 72.

ومن هذا المنطلق سعت التشريعات إلى تحديد الجهات المكلفة بجمع و نقل الدم(البند الأول)، ثم المسؤولية عن أضرار نقل الدم(البند الثاني).

البند الأول: الجهات المكلفة بجمع و نقل الدم

لقد نظم المشرع الفرنسي عمليات نقل الدم بموجب القانون رقم 25-854 الصادر بتاريخ 21 يوليو 1952، وأشار في المادة الأولى من المرسوم رقم 54-65 الصادر بتاريخ 16 يناير 1954 على أن المنشآت التي يجب عليها إعداد الدم الآدمي و البلازما ومشتقات الدم هي مراكز نقل الدم.¹

أما المشرع الجزائري فقد أشار في المادة 158 من قانون الصحة العامة وترقيتها على أن عمليات التبرع بالدم لأغراض علاجية و تحضير مصل الدم « البلازما » و مشتقاته و المحافظة على ذلك، تتم في إطار وحدات صحية متخصصة.

كما حدد المشرع الجزائري الهيئات المكلفة بجمع الدم و التعامل فيه بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 09-258،² و المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 95-108.³ حيث أشار المشرع إلى نوعين من الهيئات: الوكالة الوطنية للدم، و الوكالات الجهوية للدم.

01: الوكالة الوطنية للدم: هي مؤسسة ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي. وتعد صاحبة المبادرة في مجال تطوير صناعة الدم في الجزائر. و تمارس مهامها عبر مجل التراب الوطني بصفتها المتعامل الحصري في مجال الدم، وذلك بالاستعانة بالمخابر و الوكالات الجهوية للدم على مستوى الولايات. فلا يجوز لأي من المؤسسات أو

¹ - وائل محمود أبو الفتوح العزيري، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم « دراسة مقارنة»، دار المغربي للطباعة، 2006، دون بلد النشر، ص 270.

² - مرسوم تنفيذي رقم 09-258 مؤرخ في 20 شعبان 1430، الموافق 11 غشت 2009 يتعلق بالوكالة الوطنية للدم . ج.ر. رقم 47. بتاريخ 25 شعبان 1430 الموافق 16 غشت 2009.

³ - مرسوم تنفيذي رقم 95-108 مؤرخ في 09 ذي القعدة 1415، الموافق 09 أبريل 1995 يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم. ج.ر.ر. العدد 21، بتاريخ 19 ذي القعدة 1415.

- الهيكل أو الجمعيات ممارسة النشاطات المتعلقة بجمع و تحضير و تأهيل و توزيع الدم و مواد الدم غير الثابتة. باستثناء هيكل حقن الدم التابعة لوزارة الدفاع الوطني.¹
- و من حيث المهام تتولى الوكالة ما يلي:²
- إعداد و اقتراح سياسة الدم ومتابعة تطبيقها،
 - التكفل بالاحتياجات الوطنية للخاصة بمواد الدم،
 - إعداد و اقتراح قواعد الممارسات الحسنة للحقن و المقاييس المتعلقة بمراقبة الدم ومشتقاته،
 - إعداد قائمة الكواشف و المستهلكات و التجهيزات الضرورية لنشاطات جمع و تحضير و تأهيل و تخزين و نقل مواد الدم غير الثابتة و كذا التقنيات المستعملة،
 - اقتراح تعريفات التنازل عن المواد الأولية التي تدخل في تركيبية مواد الدم غير الثابتة،
 - ترقية عملية التبرع بالدم و جمع و تحضير و تأهيل و توزيع مواد الدم غير الثابتة،
 - تحضير البلازما الخاص بالاستعمال الصناعي.
 - وضع نظام الجودة،
 - التصديق على التقنيات و الممارسة الحسنة و إجراءات تأكيد كل إشارة ضرورية لتأهيل مواد الدم غير الثابتة،
 - مراقبة مواد الدم غير الثابتة و إجراء الخبرة عليها،
 - تكوين و تسيير احتياط استراتيجي من الدم في إطار الوقاية من المخاطر الكبرى و تسيير الكوارث،

¹ - المواد 02 . 06 . 07 . 08 من المرسوم 258-09.

² - المادة 05 من المرسوم 258-09.

- ترقية نشاطات التجزئة و التكنولوجيا الحية في مجال الدم،
- ترقية و تطوير وصناعة الكواشف الموجهة للتأهيل البيولوجي الخاص بالدم ومشتقاته،
- تنسيق نشاطات الوكالات الجهوية للدم،
- مسك بطاقة وطنية وجهوية خاصة بالمتبرعين بالدم و المتبرعين بالنخاع العظمي بغرض تحديد مصدر وتعقب هذه المواد،
- التكوين و البحث في ميدان الدم بالاتصال مع الهياكل و الهيئات المعنية، لا سيما منها التخصصات وبرامج التكوين و تنسيق نشاط البحث،
- تقديم أداءات وخدمات ترتبط بمهامها،
- تمثيل الجزائر في المحافل الدولية في ميدان اختصاصها.

02: **الوكالات الجهوية للدم:**¹ تكلف هذه الوكالات بالنشاطات المرتبطة بحقن الدم على المستوى المحلي. و تستعين في ذلك بمراكز الدم الولائية وبنوك الدم، و التي تتحدد مهامها بمقتضى قرار من وزير الصحة. ويتم تزود هذه الوكالات بكل الوسائل البشرية و المادية و المالية الضرورية لإنجاز المهام المنوطة بها.

إن عملية جمع الدم ينبغي أن تكون محاطة بأقصى درجات الأمان و الثقة، وذلك منذ لحظة استقبال المتبرع،² و إلى غاية نهاية عملية سحب الدم. و على هذا تلتزم الجهات

¹ - المواد من 30 إلى 34 من المرسوم 09-258.

² - يمثل المتبرعون بالدم الشخصية الجهرية في جميع مادة الدم، بل هم المصدر الوحيد لتمويل مراكز نقل الدم. ولا تعني صفة المتبرع أن يتم منح الدم بالمجان، إذ أنه و بسبب التقدم الطبي وزيادة الاحتياجات لمنتجات الدم اقتضى الأمر منح المتبرع تعويضاً أو مكافأة إضافة إلى تغطية نفقات الانتقال إلى المستشفى، بل إن الأمر تطور إلى غاية منح المتبرع مرتباً باعتبار هذا العمل مهنته المعتادة.

وبهذا المفهوم فإن المتبرعين ليسوا على درجة واحدة، إذ أن التبرع قد يكون مجاناً، وقد ارتبط هذا المفهوم أول ما ظهر بالنطاق العائلي، باعتبار أن المريض ومتى احتاج إلى الدم فإن أول المبادرون لمساعدته هم من تجمعهم به صلة القرابة.

المكلفة بجمع الدم بمراعاة الأسس العامة الضرورية للموافقة على التبرع بالدم، إذ يمتنع عليها القيام بجمع الدم من القصر أو الراشدين المحرومين من قدرة التمييز أو لأغراض استغلالية.¹ كما يجب عليها مراعاة الموانع التي تحول دون إمكانية التبرع، سواء كانت هذه الموانع نهائية كأن يكون المتبرع مصاباً بمرض من الأمراض الخطيرة أو المزمنة، أو كانت موانع مؤقتة كحالة الحمل أو الإرضاع بالنسبة للنساء، أو غير ذلك من حالات المرض التي لم تشفى بعد. مع ضرورة مراعاة الحالة البدنية للمتبرع.²

كما تلتزم بضمان سلامة المتبرع من الأضرار التي قد تصيبه نتيجة سحب الدم، سواء كان ذلك ناتجاً سوء تجهيز المكان المخصص للتبرع، أو نتيجة عدم كفاءة القائم بعملية السحب. وفيما يتعلق بالدم فإن الجهات المكلفة بسحبه تلتزم بضمان سلامته ليس فقط من حيث تركيبته، بل أيضاً من حيث ظروف حفظه وتخزينه، حيث أشار المشرع الفرنسي في المادة 10/666 القانون 05-93 الصادر بتاريخ 05 يناير 1993، إلى أنه يجب أن تحفظ في مؤسسات نقل الدم أو المؤسسات الصحية المعتمدة لهذا الغرض و التي يكلف بها وزير الصحة المفوض بعد أخذ رأي الوكالة الفرنسية، وتبقى هذه المنتجات تحت رقابة الطبيب أو الصيدلي.³

البند الثاني: المسؤولية عن أضرار نقل الدم

ولا يعني ذلك حصر نطاق هذا النوع في التبرع في فئة الأقارب فقط، فقد يكون الدافع وراء التبرع أسباباً أخرى بعيداً عن رابطة القرابة، كفعل الخير، أو رغبة المتبرع في الاطمئنان على صحته. وقد يكون التبرع بالمصادفة أو عرضياً، ويظهر هذا النوع التبرع في الأحوال التي تعجز فيها الأسرة عن توفير الدم للمريض، إما لاختلاف فصلية الدم، أو لغياب من تتوافق فصيلتهم مع المريض. فيرسل هذا الأخير نداء يعرض فيه مكافأة لمن يتبرع له الدم لا ترقى هذا المكافأة إلى درجة الأجر. أما الصورة الثالثة للتبرع فهي صورة المتبرع المحترف، وهو من يتقاضى أجراً لقاء بيع الدم، و يكون المتبرع في الغالب من ذو الحاجة المادية أو الدخل المحدود. أنظر: وائل محمود أبو الفتوح العزيري، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم «دراسة مقارنة»، المرجع السابق، ص 247.

¹ - المادة 158 فقرة 03 ق.ح.ص.ت.

² - وائل محمود أبو الفتوح العزيري، المرجع السابق، 279.

³ - وائل محمود أبو الفتوح العزيري، المرجع السابق، ص 280. 284.

يعتبر المريض الطرف الأخير في عملية نقل الدم، رغم أن هذه العملية لم تتم في الأصل لصالحه. ونظراً لتعدد أطراف عملية نقل الدم و التداخل بين أعمال المكلفين بها، فقد أدى ذلك إلى تعدد الروابط القانونية، و الذي كان له أثره في تحديد المسؤول في مواجهة المريض عن الضرر اللاحق بفعل عملية نقل الدم.

ففي حالات عدة يصعب تحديد الخطأ من حيث مصدره، ومن ينسب إليه، هل هو الطبيب المعالج أو الجراح المقرر الأول لعملية نقل الدم؟، أم مركز نقل الدم أو المؤسسة العلاجية؟. أما من حيث رابطة السببية فقد يصعب على المريض أن يثبت أن الأضرار ناتجة عن عملية نقل الدم، وليس من مصدر آخر من العلاجات.

وأمام هذا الوضع كان لابد من تدعيم و تأكيد حماية الضحايا من خلال التوسيع في نطاق المسؤولين أمام المضرور بافتراض سلسلة من المسؤوليات في مقدمتها مسؤولية مراكز نقل الدم، تليها المؤسسات الصحية، ثم مسؤولية الطبيب أو الجراح، أخيراً مسؤولية الدولة.¹

أولاً: مسؤولية مراكز نقل الدم

إن مسؤولية مراكز نقل الدم تجد أساسها في أن هذه الأخيرة تحتكر إعداد و تجهيز الدم ومنتجاته دون غيرها من المؤسسات، فهي بمثابة المورد المباشر لهذه المادة. و تجب الإشارة أولاً إلى أن طبيعة مسؤولية مراكز نقل الدم تتحدد بحسب الطبيعة القانونية لهذه المؤسسات، فإذا كانت مؤسسات عمومية فإن مسؤوليتها يحكمها القانون الإداري و تخضع بذلك للقضاء الإداري، أما إذا كانت مؤسسات خاصة فإنها مسؤوليتها تخضع للقضاء العادي.

لقد اتجه القضاء العادي في البداية إلى تقرير مسؤولية مراكز نقل الدم بالاستعانة بنظام المسؤولية التقصيرية، وقد استند في ذلك إلى أن المريض يحصل على حاجته من الدم عن طريق المستشفيات عامة كانت أو خاصة، أو عن طريق الأطباء، دون أن تكون له صلة حقيقية بمراكز نقل الدم.

¹ - وائل محمود أبو الفتوح العزيري، المرجع السابق، ص 233. 463 وما بعدها.

وفي هذا السياق قضت محكمة استئناف باريس في 26 أبريل 1948 بأن مركز نقل الدم يعد مسؤولاً أمام المريض بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية، متى لم يتخذ الاحتياطات التي تتطلبها الأصول العلمية من أجل تفادي نقل الدم الملوث.¹

غير أن محكمة النقض و بموجب حكمها الصادر بتاريخ 17 ديسمبر 1954 اتجهت إلى إعمال الأساس التعاقدى دون التقصيري في العلاقة بين المريض ومركز نقل الدم، حيث أن المريض تجمعته بمركز نقل الدم علاقة تعاقدية غير مباشرة ناشئة عن الاشتراط لمصلحة الغير، فالعقد الذي بين المستشفى ومركز نقل الدم و الذي موضوعه توريد الدم لمصلحة المريض الذي يتلقى العلاج في المستشفى، يعد هذا العقد بمثابة اشتراط لمصلحة المريض رغم كونه أجنبياً عن العقد.

واعتماداً على هذا التحليل لم يعد المريض ملزماً بإثبات خطأ مركز نقل الدم - المتعهد-، لأن العقد المبرم بين هذا الأخير و المستشفى يجعله ملزماً بتزويد المستشفى - المشتري- بدم نظيف و سليم حتى يتمكن المستشفى من تنفيذ التزامه الطبي في مواجهة المريض-المستفيد- . و بالتالي فإن المركز يكون مسؤولاً مسؤولية مباشرة تجاه المريض عن الأضرار الناتجة عن عملية توريد الدم. ولا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي. ولقد لقي هذا التحليل قبولاً لدى العديد من الجهات القضائية الفرنسية.

و قد برر القضاء الفرنسي موقفه هذا بأن فكرة الاشتراط لمصلحة الغير هي حيلة قانونية تقتضيها مصلحة المريض المضرور، إذ أن إثبات الخطأ في مجال نقل الدم ليس من الأمور اليسيرة على المتخصصين أنفسهم وليس على المريض فقط. و بالمقابل فإن عبء الإثبات تخف وطئته على مركز نقل الدم لما لديه من خبرة و قدرات فنية وعلمية تمكنه من إثبات السبب الأجنبي متى أراد التخلص من المسؤولية.

¹- C.A.P. 26 Averill 1948.D.1984.p 272.

نقلًا عن : وائل محمود أبو الفتوح العزيري، المرجع السابق، ص 491.

وإذا كان القضاء الفرنسي قد استقر بشأن طبيعة مسؤولية مراكز نقل الدم باعتبارها مسؤولية عقدية، و التي تلتزم بموجبها هذه المراكز بإثبات تنفيذ التزامها، فقد أدى ذلك إلى التساؤل حول نطاق الالتزام الملقى عاتقها هو مجرد بذل عناية أم تحقيق نتيجة.

ففي البداية ظل القضاء متردداً بين الالتزام ببذل عناية و الالتزام بتحقيق نتيجة، إلى أن استقر الوضع على أن مراكز نقل الدم وبموجب عقد توريد الدم، تلتزم بتحقيق نتيجة مضمونها سلامة الدم من كل عيب أو جراثيم يمكن أن تسبب ضرراً لمتلقيه. فقد لاحظ القضاء الفرنسي أن هناك تفرقة غير مبررة بين المتبرع و المتلقى في مواجهة مراكز نقل الدم، فإذا كان قانون الصحة العامة يفرض على هذه المراكز التزام بضمان السلامة بتحقيق نتيجة في مواجهة المتبرع، فكان من الأولى أن يستفيد متلقي الدم - المريض - من هذه القرينة باعتباره الأكثر تعرضاً للحوادث الناتجة عن نقل الدم.¹

أما القضاء الإداري وقبل تخليه عن شرط الخطأ الجسيم، فقد اتجه إلى أن مراكز نقل الدم لا تسأل عن الأضرار الناتجة عن نقل الدم إلا إذا ثبت وجود خطأ على قدر كبير الجسامته كحالة الخطأ في فصائل الدم، حيث يتم نقل فصيلة دم مختلفة عن الفصيلة المطلوبة.

ونظراً لعدم استجابة فكرة الخطأ الجسيم لمصالح المرضى خاصة في مجال انتقال العدوى، فضل القضاء الإداري الانتقال إلى بحث المسؤولية على أساس سوء تنظيم المرفق، بغض النظر عن درجة الخطأ جسيماً كان أو بسيطاً. وهو ما يعني افتراض الخطأ و إقامة قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس من طرف مراكز نقل الدم.²

ثانياً: مسؤولية المؤسسات العلاجية

تعتبر المؤسسات الصحية مورداً للدم ومشتقاته لذا كان من الطبيعي إدخالها ضمن سلسلة المسؤوليات ضماناً لحقوق المضرورين من نقل الدم الملوث.

¹ - وائل محمود أبو الفتوح العزيري، المرجع السابق، ص 467-507.

² - وائل محمود أبو الفتوح العزيري، المرجع السابق، ص 509 وما بعدها.

وسواء كانت المؤسسة الصحية خاصة أو عامة فإنه في مجال نقل الدم فإن القضاء يتجه إلى أعمال الحلول المستخلصة في قضايا مراكز نقل الدم، حيث تلتزم هذه المؤسسات بتزويد المريض بمنتجات دم سليمة، وغير معيبة، وأن هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة وليس مجرد بذل عناية.

ومن التطبيقات القضائية في هذا المجال: قضى مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 28/03/2007¹ (قضية مدير القطاع الصحي بعين تدلس ضد م.م ومن معه) بأن التلقيح بمصل غير سليم هو خطأ مرفقي يسأل عنه المستشفى، وجاء ضمن حيثيات الحكم «...وحيث أن الثابت من أوراق الملف ومن الخبرة التي أجريت على الضحية تؤكد أن هناك علاقة بين مصل اللقاح و الضرر الذي أصاب القاصر لكون اللقاح غير سليم وهذا يعود إلى أسباب متعددة و ليس بالضرورة إلى خطأ الممرضة وهذا ما يجعل مسؤولية المرفق العام قائمة لأنه لم يأخذ الحيطة اللازمة.

ومن حيث العلاقة السببية بين اللقاح و ما أصاب الفتاة القاصر ثابتة مما يدفع مجلس الدولة إلى القول أن القرار سليم فيما قضى به.»

ثالثاً: مسؤولية الطبيب المعالج أو الجراح

إن العقد الطبي يتضمن التزاماً واضحاً هو علاج المريض أو على الأقل التخفيف من آلامه، بحسب ما تقضيه الأصول المستقرة في عالم الطب. و لقد اتخذ القضاء من المعطيات العلمية المكتسبة مرجعية في تحديد خطأ الطبيب و الذي يلتزم من حيث الأصل ببذل العناية دون تحقيق نتيجة، فالطبيب لا يمكن أن يضمن شفاء المريض بل يتعهد باستخدام الوسائل المتاحة و التي من شأنها تحقيق النتيجة المأمولة.

غير أن التزام الطبيب قد يصبح التزاماً بتحقيق نتيجة متى قضى القانون بذلك، كما هو الحال بالنسبة للأضرار التي تصيب المتبرع بالدم، أو تصيب متلقيه - المريض -.

رابعاً: مسؤولية الدولة

¹ - مجلس الدولة، قرار رقم 30176، بتاريخ 28/03/2007، نشرة القضاة، 2008، العدد 63، ص 409.

تتمتع الدولة بدور هام في مجال عمليات نقل الدم، فهي تتمتع بدور تنظيمي و رقابي، فضلاً عن امتلاكها سلطة الوصاية على مؤسسات نقل الدم بصفة عامة.¹ فعمليات نقل الدم لما لها من أضرار خطيرة على المجتمع، باعتباره من أهم أسباب انتقال بعض الأمراض التي يجد لها الطب علاجاً فعالاً كالايدز، و التهاب الكبد الوبائي، كان لزاماً على الدولة أن تتدخل لضبطها و تنظيمها من خلال هيئات عامة تنشأ خصيصاً لهذا الغرض.

فالمشرع الجزائري مثلاً² اعتبر الوكالة الوطنية للدم صاحبة المبادرة في مجال صناعة وتطوير الدم في الجزائر، كما تحتكر كل نشاطات جمع وتحضير و تأهيل وتوزيع مواد الدم غير الثابتة. وتعتبر هذه الوكالة ذات اختصاص وطني، حيث تباشر نشاطها بالاستعانة بالمخابر و الوكالات الجهوية للدم لتغطية احتياجات مؤسسات الصحة المتعلقة بالدم على مستوى الولايات.

كما يتضح دور الدولة في الرقابة الوصاية من خلال وضع الوكالة الوطنية للدم - باعتبارها مؤسسة عمومية ذات طابع إداري- تحت وصاية الوزير المكلف بالصحة. والأمر نفسه بالنسبة للوكالات الجهوية للدم.

ومن هنا فإن مسؤولية الدولة عن الهيئات العامة المكلفة بنقل الدم، من جهة تحكمها قواعد مسؤولية الدولة عن هيئاتها الإدارية. ومن جهة أخرى فإن الدولة أو الهيئة الاجتماعية و حسب التيار الحديث للمسئولية المدنية هي المسؤول الأخير عن التعويض.³

الفرع الثاني: الأنسجة و الأعضاء البشرية

لقد أوجد التعامل في الأعضاء البشرية أملاً مشرقاً لخير البشرية، رغم كونه من أكثر المواضيع التي شددت انتباه علماء المسلمين في مختلف تخصصاتهم ومجالاتهم، وثارت

¹ - وائل محمود أبو الفتوح العزيري، المرجع السابق، ص 509 وما بعدها.

² - أنظر المرسوم التنفيذي 09-258 السالف الذكر.

³ - حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 491. وفي المعنى ذاته أنظر المادة 140 مكرر 1 قانون مدني جزائري» إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني ولم تكن للمتضرر يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر».

بشأنه العديد من المناقشات في المحافل العلمية و الفقهية.¹ و فرض في الوقت نفسه ضرورة التعاون بين فقهاء القانون وعلماء الطب و الجراحة من أجل ضمان تحقيق هذه الغاية النبيلة، بأن يكون لهذا النوع من الأعمال الطبية إطارها القانوني السليم.² و لقد عالج المشرع الجزائري مسألة نقل الأعضاء البشرية ضمن القانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها المعدل و المتمم،³ حيث ميز بين نقل الأعضاء بين الأحياء، ونقلها من جثث الموتى.

البند الأول: نقل الأعضاء بين الأحياء

بالرجوع إلى نصوص القانون 05/85 المعدل و المتمم السلف الذكر، فقد أرسى المشرع الجزائري جملة من القواعد الواجبة الاتباع لاعتبار نقل الأعضاء بين الأحياء مشروعاً أو قانونياً:⁴

أولاً: بالنسبة للمتبرع أو الواهب: يشترط ما يلي:

- أن لا يكون المتبرع قاصراً، أو فاقد للمتميز أو قواه العقلية.
- ألا يكون الانتزاع أو الاستئصال مما يعرض حياة المتبرع للخطر، كأن يكون العضو مما

¹ - من خلال الفتاوى و البحوث الفقهية المعاصرة يتضح أن الفقهاء اتفقوا على جواز التعامل في بعض الأعضاء كالخصية و المبيض منعاً لاختلاط الأنساب، وعدم جواز أخذ مقابل مادي أو عيني، بينما اختلفوا في باقي المسائل الأخرى. و نميز بين ستة آراء ولكل منهم أدلته وحججه: أولاً: المنع المطلق لنقل الأعضاء وزرعها من الأحياء و الأموات. ثانياً: جواز نقل الأعضاء وزرعها من الأحياء و الأموات. ثالثاً: جواز نقل الجلد فقط من الأحياء و الأموات. رابعاً: جواز نقل الكلية فقط من الأحياء و الأموات. خامساً: جواز النقل من الميت المسلم دون الحي. أكثر تفصيلاً أنظر: سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء بين القانون والشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2004، ص 85 وما يليها. عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص 218 وما بعدها.

² - منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2002، ص 11.

³ - تجب الإشارة إلى أن المشرع وبموجب القانون 90-17 المؤرخ في 9 محرم 1411 الموافق 31 يوليو 1990 أحدث تعديلاً للقانون 05/85 المتعلق بالصحة العامة، حيث عدل بعض المواد المتعلقة بانتزاع الأنسجة و الأعضاء، كما استحدث المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية، كهيئة استشارية في مجال التعامل في الأنسجة والأعضاء وكذا التجارب الطبية.

⁴ - المواد من 161. 162. 163. 167.

لا يستطيع الانسان البقاء من دونه كالقلب مثلاً.

- أن تتم معاينته من قبل الطبيب المكلف بإجراء العملية للتأكد من عدم إصابته بالأمراض التي من شأنها أن تضر به أو بالمتلقي للعضو، و يلتزم الطبيب بإعلام المتبرع بالأخطار المحتملة لهذه العملية و يتأكد من فهمه لذلك.

- أن يوافق المتبرع خطياً وبملاء حريته وبحضور شاهدين، ويودع هذا الدليل لدى مدير المؤسسة و الطبيب ورئيس المصلحة. ويمكن للمتبرع الرجوع عن هذه الموافقة في أي وقت كان.

- **ثانياً: بالنسبة للمستفيد أو المتبرع له:** يشترط فيه كل الشروط الواجب توفرها في العمل الجراحي بشكل عام، كالاتزام بالإعلام، وضرورة الموافقة المكتوبة.

ثالثاً: بالنسبة لعملية التبرع ذاتها: يشترط أن تكون لأهداف علاجية، بألا تكون موضوع معاملة مالية.

رابعاً: بالنسبة للجهات المخولة قانوناً بإجراء العملية: لا يجوز أن تتم عمليات نقل وزرع الأعضاء إلا في المستشفيات التي يرخص لها وزير الصحة بذلك. و يعد هذا الشرط مشتركاً بين كل صور نقل وزرع الأعضاء.

كما يجب أن تتضمن المستشفيات المرخص لها بإجراء عمليات نقل الأعضاء لجنة طبية تنشأ خصيصاً لهذا الغرض، تتولى تحديد مدى ضرورة نزع أو زرع العضو، وتأمراً بإجراء العملية.

البند الثاني: نقل الأعضاء من جثث الموتى

إن حرمة الميت شرعاً لا تقل عن حرمة الحي، ولا خلاف في ذلك بين جثة المسلم وغيره، و الحرمة هنا للجثة بجميع أجزائها حرصاً على كرامة الإنسان. ورغم هذا المبدأ فقد أجاز فقهاء الإسلام الاستخدام العلاجي للجثة الآدمية في إطار القضايا الطبية و الجراحية

المستحدثة، ووفقاً للضوابط الشرعية و القانوني، على أساس المصلحة الراجحة، و إعمالاً لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات و أن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.¹ قد يبدو في الوهلة الأولى أن نقل الأعضاء من الموتى إلى الأحياء لا تثير إشكالات كتلك التي تثيرها عمليات نقل الأعضاء بين الأحياء، إذ لا مجال لإعمال النظرية العامة في حماية حياة الشخص وسلامة تكامله الجسدي، مادامت الوفاة قد حدثت فعلاً. غير أن الأمر ليس بهذه البساطة إذ أن أول إشكال يعترض هذه العملية هو تحديد المقصود بالوفاة خاصة في ظل التقنيات الحديثة التي تسمح بامتداد حياة الانسان اصطناعياً، يضاف إلى ذلك إشكالية مدى جواز المساس بالجثة أو التصرف فيها بأمر من المعني قبل وفاته، أو بأمر من أقاربه بعد الوفاة.²

أولاً: إثبات الوفاة « ميلاد الجثة »

تنص المادة 25 من القانون المدني الجزائري « تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حياً و تنتهي بوفاته.» و الوفاة المقصودة هنا إما أن تكون حقيقية، و إنما تكون حكمية كحالة المفقود المحكوم بوفاته.

وحسب المفهوم القديم فإن الوفاة تتحقق لحظة موت القلب و توقف الدورة الدموية و الجهاز التنفسي فلا يكفي موت الدماغ للقول بوقوع الوفاة خاصة بعد توفر أجهزة الانعاش والتي ساعدت على استمرار حياة الانسان العضوية لفترة محدودة. أما المعيار الحديث في تحديد واقعة الوفاة فيستند إلى موت الدماغ وعندها يصبح الانسان جثة قابلة للتصرف فيها.

أما من الناحية الشرعية وحسب توصيات مجمع الفقه الإسلامي، فإن الشخص يصبح ميتاً متى ثبتت فيه إحدى العلامتين: الأولى : إذا توقف قلبه و تنفسه توقفاً تاماً و حكم الأطباء

¹ - بلحاج العربي، الضوابط الشرعية للتداوي بأعضاء الميت، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت، العدد 426، ماي 2002، ص 26 وما يليها. مشار إليه بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي على ضوء القوانين الطبية المعاصرة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الاردن، الطبعة الأولى 2009، ص 17.

² - سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص 207.

بأن هذا التوقف لا رجعة فيه. الثانية: إذا تعطلت وظائف دماغه تعطلاً نهائياً وحكم الأطباء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه، و أخذ دماغه بالتحلل.¹

أما المشرع الجزائري فقد أشار في المادة 1/164 من قانون حماية الصحة وترقيتها² إلى أنه « لا يجوز انتزاع الأنسجة و الأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الاثبات الطبي و الشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون، وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية.» و نصت المادة 167-3 من القانون نفسه على أنه « يجب أن يثبت الوفاة طبيبان على الأقل عضوان في اللجنة و طبيب شرعي، وتدون خلاصتهم الإثباتية في سجل خاص في حالة الإقدام على انتزاع أنسجة أو أعضاء من أشخاص متوفين.»

و يفهم من النصوص السالفة الذكر أن إثبات واقعة الوفاة هو من اختصاص اللجنة الطبية المنشأة على مستوى المستشفى المرخص له بمباشرة عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، كما تختص أيضاً بالترخيص بعملية الانتزاع أو الزرع. كما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يبين المعيار الشرعي الواجب الإلتباع من قبل اللجنة للتحقق من الوفاة الشرعية، وهو ما يعني أن المسألة موكولة للأطباء حسب ما يرونه، ومن ثم تشخيص وفاة المريض.³

كما أن المرسوم الوزاري المؤرخ في 19-11-2002 و المحدد لشروط نقل الأعضاء من جثث الموتى إلى الأشخاص الأحياء لم يشر إلى تحديد اللحظة القانونية التي يسمح بعدها بالتدخل الجراحي لنقل الأعضاء من الجثة، كما لم يوضح الضمانات الشرعية لنقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء، وكذا المسؤولية الطبية في حالة الاستعجال من بعض الأطباء أو

¹ - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 119 وما بعدها.

² - تم تعديل هذه المادة بموجب القانون 17/90 المعدل و المتمم للقانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة العامة وترقيتها.

³ - مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، ص 345. بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي على ضوء القوانين الطبية المعاصرة، المرجع السابق، ص 61.

حالات التلاعب بأعضاء الميت. وهذا الوضع سيؤدي لا محالة إلى الكثير من التناقض وكذا تضارب الأحكام القضائية بسبب اختلاف المقاييس العلمية الطبية في ظل الفراغ التشريعي.¹ و يضاف إلى ذلك أن هذا الفراغ التشريعي يثير إشكالاً آخر متعلقاً بالإنعاش الصناعي، فلم يتضمن التشريع الجزائري ما يشير إلى الضمانات القانونية لإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي عن المريض. كما أن قانون العقوبات الجزائري لم يحتو على عقوبات خاصة بعدم المشروعية المرتكبة من طرف اللجنة الطبية القائمة على عمليات نقل الأعضاء من الموتى على الأحياء.

ثانياً: استئصال الأعضاء من الجثة

إن الطبيب الجراح وعلى الرغم من التحقق الأكيد من الوفاة، لا يستطيع من تلقاء نفسه التصرف في الجثة و استئصال الأعضاء منها تمهيداً لزرعها في جسد آخر إلا بعد إعطائه الإذن بذلك.²

وبالرجوع إلى قانون حماية الصحة وترقيتها فقد اشترط لصحة الاستئصال موافقة المتوفى أثناء حياته، أو موافقة أحد أعضاء الأسرة بحسب الترتيب الذي نص عليه هذا القانون، أو موافقة الوالي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة. ولا يجوز الخروج عن هذه القاعدة إلا إذا تعلق الأمر بانتزاع القرينة أو الكلية، وتعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين، أو كان تأخير أجل الاستئصال يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الاستئصال.³

¹ - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 61 وما يليها.

² - سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص 273.

³ - المادة 164 . وقد حدد هذه المادة الأقارب بحسب الترتيب الآتي: الأب، الأم، الزوج، الزوجة، الابن، البنت، الأخ، الأخت.

وفي كل الأحوال لا يجوز الاستئصال متى عبر الشخص كتابياً قبل وفاته عن عدم موافقته على ذلك، أو إذا كان هذا الانتزاع يعيق عملية التشريح الطبي الشرعي.¹

ويتضح مما سبق أن المشرع الجزائري لم يشترط الكتابة لإثبات موافقة المعني قبل وفاته على عملية الاستئصال، فقد تكون هذه الموافقة كتابية أو شفوية أو بأي إشارة تدل على القبول، كما يمكنه تحديد الأعضاء التي يريد التبرع بها، أو أن يشترط أن يكون الاقتطاع لأغراض علاجية أو علمية أو الاثنين معاً.

أما الرفض السابق عن الوفاة، فقد اشترط المشرع أن يثبت المعني كتابةً، دون أن يوضح شكل الكتابة هل هي الكتابة الرسمية أم تكفي الكتابة بخط اليد؟، كما لم يوضح المشرع الجهة التي يودع لديها الدليل الكتابي. ومتى تم إثبات الرفض فإنه لا يجوز لأي كان أن يحل محل المتوفى للموافقة على الاستئصال من الجثة.

غير أنه تجب الإشارة إلى أن الرفض الكتابي المقصود هنا يشمل الاستئصال لغرض الزرع فقط، دون الأغراض الأخرى، فقد أشار المشرع إلى أنه فيما يتعلق بالتشريح الذي يتم في إطار الطب الشرعي، لا تحول الرفض الكتابي دون إجرائه، لأن التشريح يتم لغرض الوصول إلى حقيقة ذات صلة بجريمة أو حادث يعتقد أنه هو السبب في الوفاة، كما أن التشريح لا يتم إلا بأمر من السلطة العامة.

المطلب الثاني: المنتجات الطبية

تتضمن هذه المنتجات المواد الصيدلانية «الأدوية»(الفرع الأول)، وكذا الأجهزة الطبية التقنية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأدوية و المواد الصيدلانية

يعد الدواء من السلع التي ترتبط بسلامة الانسان، ومواجهة أخطار الأمراض. وفضلاً عن ذلك فإن توفير الدواء يعد من مسائل الأمن القومي الذي تحرص كل الدول على تحقيقه لمواطنيها. ولهذا يعتبر الدواء و بحق سلعة تمس أمن الوطن و تتعلق بسلامة المواطن.¹

¹ المادة 165.

وسنعرض لهذا الموضوع من خلال تحديد وصف الدواء (البند الأول)، ثم الحديث عن أحكام المسؤولية في مجال الدواء (البند الثاني).

البند الأول: تحديد وصف الدواء

يقصد بالدواء كل مادة أو مركب يحضر سلفاً ويكون له خصائص العلاج أو الوقاية من الأمراض الإنسانية أو الحيوانية. كما يقصد به كل منتج يمكن أن يكون مساهماً في التشخيص الطبي أو إعادة أو تصحيح أو تعديل الخواص الفيزيولوجية و العضوية للجسم.² وبشكل عام يمكن القول بأن الدواء عبارة عن كل مادة تحدث تأثيراً بشكل علاجي أو وقائي للإنسان أو الحيوان.³

وحسب المواد 170 و 171 من القانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها فإن وصف الدواء يطلق على كل مادة أو تركيب يعرض لكونه يحتوي على خاصيات علاجية أو وقائية من الأمراض البشرية أو الحيوانية، وكل المواد التي يمكن تقديمها للإنسان أو الحيوان قصد القيام بالتشخيص الطبي أو استعادة وظائفها العضوية أو تصحيحها أو تعديها. كما يعتبر في حكم الدواء مواد النظافة و منتجات التجميل التي تشتمل على مواد سامة بمقادير و كثافة تفوق ما يحدده قرار الوزير المكلف بالصحة، وكذا المواد الغذائية الحيوية أو المخصصة للتغذية الحيوية أو المخصصة لتغذية الحيوان، التي تحتوي على مواد غير غذائية، تمنحها خاصيات مفيدة للصحة البشرية.

وما يلاحظ حول هذا التعريف أنه يتقارب و التعريف الوارد ضمن قانون الصحة العامة الفرنسي، حيث أشارت المادة 1/5111 إلى أن الدواء هو كل خليط من المواد يقدم باعتباره

¹ - شحاتة غريب شلقامي، خصوصية المسؤولية المدنية في مجال الدواء دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 200، ص

1.

² - محمد رؤوف حامد، ثورة الدواء المستقبل و التحديات، دار المعارف، القاهرة، 2001، ص 82 وما بعدها. نقلاً عن شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص 2.

³ - محمد محمد القطب، المسؤولية المدنية الناشئة عن أضرار الدواء، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014، ص

22.

وقاية أو علاج لأمراض الانسان أو الحيوان، وكل منتج يقدم بجرعات للإنسان أو الحيوان بغرض تحقيق تشخيص طبي أو تجديد قوته أو تغيير في وظائف جسده.

أما المادة 1/5131 من قانون الصحة العامة الفرنسي فقد أشارت إلى أنواع أخرى من المنتجات تعتبر في حكم الدواء وهي كل ما يحوي مواداً لها إمكانات علاجية، كل ما يحوي مواد سامة بكميات أو بجرعات محددة أو بتركيزات عالية طبقاً للمنصوص عليها، المنتجات الغذائية التي تحوى في مكوناتها مواداً أو جواهر كيميائية أو بيولوجية لا تكون بذاتها أغذية، ولكن من العناصر الأخرى المطابقة للمنتج سواء أعدت كأغذية علاجية خاصة، أو وجبات تجريبية، أما المنتجات المعدة لاستخدامها كمطهرات موضعية أو كبدايل للأسنان فلا تعد من الأدوية.

ورغم التحديد التشريعي تبقى فكرة الدواء صعبة التحديد، ذلك أن فكرة المرض في حد ذاتها تغير مفهومها بفعل التطور العملي، والحكم نفسه ينصرف إلى الدواء، إذ أن تناول الأدوية أصبح في بعض الأحوال لأغراض تغيير الوظائف الطبيعية للأعضاء فقط، كتناول حبوب منع الحمل أو منتجات النحافة. و بالتالي بات من الضروري الفصل بين الأدوية و فكرة المستحضرات الصيدلانية، و التي تتعلق بفكرة فضاضة وواسعة و تشمل منتجات عديدة أخرى.¹

البند الثاني: أحكام المسؤولية عن الأدوية

إن بحث المسؤولية عن الأدوية تقتضي تحديد الروابط بين الأطراف المتدخلة في إنتاجه وتوزيعه، وبين مستخدم الدواء. فهذا الأخير لا يلجأ إلى صانعي الدواء و منتجه مباشرة، بل يحصل على الدواء من خلال الصيدلي باعتباره هو من يحصل على الدواء من صانعه. ومن هنا فإن العلاقة تكون عقدية بين الصيدلي و المنتج، بينما لا توجد أي علاقة بين هذا الأخير وبين المستهلك أو مستخدم الدواء.

¹ - رضا عبد الحليم عبد المجيد، المسؤولية القانونية عن إنتاج و تداول الأدوية و المستحضرات الصيدلانية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2005، ص 24 وما بعدها.

فمادامت مؤسسات الأدوية لا تستطيع البيع إلى المستهلك مباشرة، فلا تسأل في موجهته إلا بمقتضى المسؤولية التقصيرية و ليست العقدية.¹

ولقد أثار هذا التحليل إشكالاً فيما يتعلق بإعمال فكرة ضمان العيب الخفي كالتزام من التزامات صانع الدواء أو الصيدلي، إذ أن ضمان العيب الخفي هو ضمان عقدي، و الحكم نفسه بالنسبة للالتزام بضمان السلامة. وهو ما دفع محكمة النقض الفرنسية إلى التأكيد بأنه ورغم عدم وجود علاقة مباشرة بين المستهلك وصانع الدواء إلا أنه يمكن اعتباره مشتري من الباطن، و بالتالي له الحق في رفع دعوى ضمان العيوب الخفية ضد البائع أو المنتج للدواء.²

كما أن المشرع الفرنسي وبموجب القانون الصادر في 19 مايو 1998 أزال التمييز بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية من حيث حق المضرورين في التعويض عن أضرار المنتجات المعيبة بما فيها الدواء، فالمشتري و غيره يستفيدون من قواعد المسؤولية الواردة ضمن هذا القانون.

ومن حيث تأسيس المسؤولية فإن القانون الفرنسي السالف الذكر استغنى عن فكرة الخطأ و أحل محلها فكرة الخطر الذي يمكن أن يتعرض له مستعمل المنتج المعيب، وفي الوقت نفسه لم يلغى هذا القانون حق المضرور في اختيار الطريق العادي للمسؤولية- القواعد العامة- لطلب التعويض عما أصابه من ضرر، بدلاً عن النظام الخاص بالمسؤولية عن المنتجات المعيبة.

والمسؤولية الموضوعية أو المسؤولية دون خطأ في مجال الدواء تجد تبريرها في الخصوصيات التي يتميز بها الدواء نفسه، فهو من جهة منتج عالي التقنية معقد التركيب، ومن جهة أخرى هو منتج ضروري لصحة الإنسان وخطير في آن واحد، فحتى مع اتخاذ قواعد صارمة في مجال الانتاج و التداول فإن صفة الخطورة في المنتج الدوائي تبقى قائمة،

¹ - C.A. Versailles, 25 juin 1992, Gaz.Pal. 1993, I, Somm , P.59.

نقلًا عن شحاته غريب شلقامي، المرجع السابق، ص 34.

² - Cass.civ 1^{er} 09 octobre 1979, D.1980,I , Obs. Larroumet.

بل يمكن أن يكون الدواء ساماً بدلاً من أن يكون علاجاً. وفيما يتعلق بمستخدم الدواء أو المستهلك إضافة إلى جهله بتقنيات صناعة الدواء، فإن وجوده في وضعية المرض أو الألم تجعل همه الوحيد هو تناول الدواء لإنهاء معاناته.

ومن حيث نطاق هذه المسؤولية من حيث الأشخاص، فرغم كون الصانع هو الفاعل الأول للخطر بالنسبة لمستخدم الدواء، إلا أن المشرع الفرنسي وسع قائمة الأشخاص المسؤولين عن عيب المنتج لتشمل منتج المادة الأولية، والصانع الجزئي، و الأشخاص المهنيين الذين يضعون أسمائهم أو أي علامة مميزة على المنتج. على أن تكون المسؤولية تضامنية في حالة المنتج المركب و الذي أثر على المنتج النهائي. و لكل من المسؤولين مباشرة دعوى الرجوع، حتى يسأل من كان الأصل أو المصدر للعيب الموجود في المنتج.

ومن التطبيقات القضائية، قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 21 يونيو 2005،¹ بمسئولية مصنع أدوية بيطرية عن سوء استخدامها، بسبب إخلاله بالالتزام بالضمان الذي يفرضه القانون، وذلك في معرض نظرها في الطعن المقدم ضد الحكم الصادر عن محكمة استئناف ليون، حيث قضت بنقض حكم الاستئناف لمخالفته للمادة 1382 قانون مدني فرنسي، وأشارت المحكمة إلى أن تدخل الغير في سوء استخدام هذه الأدوية لا يعفي الشركة المصنعة من المسؤولية، على خلاف ما قضت به محكمة استئناف ليون بأن الصيدلي الموزع هو المسئول عن ذلك.

ولم يكتفي القضاء بتقرير الالتزام بضمان السلامة، و اعتباره التزاماً بتحقيق نتيجة، بل تشدد أيضاً في تقدير العوامل التي تشكل سبباً أجنبياً يستند إليه الطبيب لإعفاءه من المسؤولية. فطبقاً للقواعد التقليدية في المسؤولية المدنية يعفى المدين من المسؤولية متى أثبت السبب الأجنبي في احدى صوره الثلاثة (القوة القاهرة، خطأ المضرور، فعل الغير)،² إلا أن مجال

¹- Cass.1^{er} civ. 21 juin 2005.D. Jur. 2006.n°8.p 565.not S. Lambert.

²- A.Dumery.note sous civ 1^{er}.17 janv 2008. D. n° 18-7335.2008.p1257.

المسؤولية عن المنتجات آثار موضوع مخاطر التقدم العلمي، ومدى اعتبارها سبباً لإعفاء المنتج من المسؤولية. وتعرّف هذه الأخطار بأنها: مجموعة الأخطار التي لا تكون معروفة وقت وضع المنتجات في التداول وفقاً للمعطيات العلمية، لكنها تكتشف فيما بعد بفضل التقدم العلمي. أو هي عدم المعرفة العلمية و التقنية التي تمكن المنتج من الوقوف على حالة المنتج وقت تداوله و بالتالي عدم القدرة على الاحاطة بمخاطره.¹

فإذا كانت المخاطر غير معروفة وقت وضع المنتج في التداول لكنها اكتشفت فيما بعد، فيلتزم المنتج و الطبيب بتحذير المستهلكين من تلك المخاطر بمجرد علمه ، و إلا عد مسؤولاً عن تلك الأضرار، أما في الحالات الأخرى فقد اختلف الفقه بين من يرى عدم التعويض عن الأخطار غير المعروفة وقت العقد لأنها تخرج عن توقع المدين وقت العقد، و بين من يرى ضرورة تعويضها لكنها في إطار نظام خاص يراعي المصالح المتعارضة للأطراف.² وعلى المستوى القضائي أقرت محكمة النقض الفرنسية بأن الالتزام بالإفشاء بالمعلومات عن الآثار الجانبية للدواء، و الحالات التي ينصح فيها بعدم تعاطيه، يقتصر على الآثار المعروفة وقت وضع الدواء في التداول، وكذلك تلك التي تصل إلى علم المنتج بعد هذا التاريخ. وقياساً على هذا الحكم فالأخطار التي لا تكتشف تكون سبباً للإعفاء من المسؤولية.

وإذا كان المشرع الفرنسي قد تشدد في تقرير مسؤولية المنتج أياً كانت القواعد و الأصول التي اتبعتها عند الانتاج، ودون تمييز بشأن علاقة بالمستخدم أو المستهلك، فإنه لم يشر إلى مسؤولية الدولة كما فعل في إطار المسؤولية في مجال نقل الدم.

أما المادة 140 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري فقد نصت على أنه « إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني و لم تكن للمتضرر يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن الضرر.» ومع ذلك فإن هذا النص ولد يتيماً إذ لم يحدد المشرع كيفية تطبيقه، خاصة وأن

¹ - محمد محيي الدين ابراهيم سليم، مخاطر التطور كسبب لإعفاء المنتج من المسؤولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007، ص 77.

² - ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 145.

التشريع الجزائري لم يتضمن ما يشير إلى إنشاء صناديق للضمان في المجال الطبي، على خلاف حوادث المرور، وحوادث العمل و الأمراض المهنية.

الفرع الثاني: الأجهزة الطبية التقنية

تشمل الأجهزة الطبية التقنية الأجهزة المستعملة في الفحوص و العلاجات الطبية و الأعمال الأخرى المرتبطة بالعلاج الطبي و أجهزة ترميم الأسنان و تقويم الأعضاء و المعينات البصرية و السمعية وكذا الأجهزة المساعدة على التحرك.¹ وهذا التعريف فإن المسؤولية عن الأجهزة الطبية تشمل الأجهزة المستعملة في الفحص و العلاج (البند الأول)، وتشمل أيضاً الأجهزة المساعدة على التحرك (البند الثاني).

البند الأول: الأجهزة المستعملة في الفحص و العلاج

إن عقد العلاج يلزم الطبيب إلى جانب بذل العناية وفقاً للأصول العلمية، بضمان سلامة المريض من الأضرار التي تنجم عن استخدام الأجهزة الطبية أثناء العلاج، وهذا الالتزام هو من طبيعة الالتزامات بتحقيق نتيجة.² و يجب التمييز هنا بين الأضرار التي تنشأ عن الأعمال الطبية وهي من طبيعة علمية بحثية، ولو استعان الطبيب في أدائها بأجهزة و أدوات، و التي لا يسأل عنها الطبيب إلا إذا ثبت تقصيره وعدم يقظته، وبين الأضرار التي تنشأ عن الأجهزة و لا صلة لها بالأعمال الطبية، وترجع في الغالب إلى عيب في الأجهزة المستخدمة في العلاج، فيكون التزام الطبيب في مواجهتها التزاماً بتحقيق نتيجة، حتى و لو كان العيب في الجهاز يرجع إلى صنعه، و يصعب الكشف عنه، ولا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.³

¹ - المادة 170 من القانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

² - رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين، المرجع السابق، ص 201.

³ - جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 386.385. نقلاً عن: عبد القادر اقصاوي، المرجع السابق، ص 89. رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين، المرجع نفسه، ص 203.

وعلى هذا الأساس يسأل الطبيب عن الالتهابات الناتجة عن التعرض للأشعة بسبب خلل في منظم جهاز الأشعة،¹ كما يسأل عن وفاة المريض الناتجة عن الانفجار الناجم عن تسرب الغاز من جهاز التخدير و اشتعاله بشرارة خرجت منه،² وعن الجروح التي تصيب المريض نتيجة السقوط المفاجئ من فوق منضدة الكشف.³

ولم يقتصر القضاء على إلزام الطبيب بضمان سلامة المريض بمناسبة الأجهزة المستخدمة في العلاج، بل اتجهت بعض المحاكم الفرنسية إلى مد نطاق هذا الالتزام ليشمل أيضاً الأضرار الناتجة أثناء استخدام الأجهزة تنفيذاً للعقد الطبي ذاته، متى كانت هذه الأضرار استثنائية و غير متوقعة، وتطبيقاً لذلك يعتبر الطبيب مسؤول عن خرق لسان المريض و تمزيق أغشية فمه بسبب عدم سيطرته على الجهاز المستعمل في العلاج، رغم كون الإصابة ترجع إلى أعمال العلاج.⁴

البند الثاني: الأعضاء الصناعية

لقد أدى التقدم التقني و العلمي إلى تزايد الالتجاء إلى الأعضاء الصناعية كوسيلة لتعويض الانسان عما يفقده من أعضائه الطبيعية، وترتبط عمليات تركيب الأعضاء الصناعية بالمسؤولية الطبية في حيث مدى فعالية العضو الصناعي في تحقيق الغاية من تركيبه، ومن حيث مدى سلامته من حيث الصناعة و الجودة. فيكون الطبيب ملتزماً ببذل العناية فقط إذا تعلق الأمر بمدى فاعلية العضو الصناعي في مساعدة المريض على تعويض النقص الذي يعانيه، فلا يسأل الطبيب إلا إذا ثبت تقصيره في اختيار العضو أو تهيئته بما يتلائم وحالة المريض. أما إذا تعلق الأمر بضمان سلامة العضو الصناعي ودقته فإن الطبيب يلتزم بتحقيق نتيجة، كأن يكون العضو رديئاً ونتج عن ذلك أضرار أصابت المريض.⁵

¹- C. A. de Montpellier 10-3-1948, D. 1948. Somm. P 23.

² - Sein 3 mars 1965, J.C.P. 1966-2-14582 note Savatier.

³ - Cass. Civ 16 nov. 1965 D, 1965 p 61.

⁴ - Meaux 16 déc. 1961 Gaz. Pal. 1962-2-44.

⁵ - رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين، المرجع السابق، ص 224.

ولقد اختلف الفقه و القضاء حول طبيعة عقد تركيب الأسنان الصناعية، فقد اتجهت المحاكم الفرنسية إلى اعتباره بيعاً بشرط التجربة، معلقاً على شرط واقف هو ارتضاء التركيبة الصناعية. وقد انتقد الفقه هذا الاتجاه على أساس أن التكييف الصحيح للعقد يكون بحسب الغرض الاقتصادي الذي يستهدف منه، ووفقاً للالتزامات التي يربتها في ذمة طرفيه، ولا يجوز تجزئة العقد و الاعتماد في تكييفه على بعض عناصره.

ولذلك اتجه القضاء إلى أن التزام الطبيب بتقديم الأسنان الصناعية لا يؤثر على التزامه الناشئ عن العقد الطبي، و الذي بمقتضاه يلتزم ببذل عناية فيما يتعلق بتهيئة الفم ووضع الاسنان الصناعية، و يلتزم بتحقيق نتيجة فيما يتعلق بجودة الأسنان، وملائمتها بالأ تحدث ضرراً للمريض، ومتى تحقق الضرر كان الطبيب مخرلاً بالتزامه و قامت مسؤوليته ما لم يثبت أن الضرر ناتج عن سبب أجنبي لا يد له فيه.¹

المطلب الثالث: النفايات العلاجية

مع التقدم في مستوى التقنيات الحديثة المستخدمة في المعالجات الطبية وتوسع خدمات العلاج في مجال الطب البشري و الحيواني، تزايدت كمية نفايات النشاطات العلاجية، ومخاطر التعامل معها، ازداد بذلك الاهتمام و القلق لدى ادارة المنشآت الصحية و البيئية وكافة المعنيين بهذا المجال.²

ومن هنا كان لزاماً بحث هذا الموضوع من خلال دراسة التنظيم القانوني لهذه النفايات (الفرع الأول) بغية تحديد المسؤول عنها، أو عن تعويض الأضرار الناتجة عنها(الفرع الثاني).

¹ - رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين، المرجع السابق، ص 225 . عبد القادر اقصاصي، المرجع السابق، ص 93.

² - فيلالي محمد الأمين، التسيير المستدام لنفايات النشاطات العلاجية، دراسة تطبيقية بالمركز الاستشفائي الجامعي ابن باديس، مذكرة ماجستير في علوم التسيير، جامعة منتوري، قسنطينة، 2006-2007، ص أ. بودالي محمد، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والادارية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، العدد 03، ص 38.

الفرع الأول: التنظيم القانوني

يجب التمييز أولاً بين النفايات العلاجية و بين المخلفات الطبية بشكل عام، ذلك أن هذه الأخيرة أوسع نطاقاً من الأولى، فهي تتضمن كل ما ينتج عن نشاط المؤسسات الصحية، سواء كانت منتجات غير مرتبطة بالعلاج مباشرة وغير خطرة كمخلفات المكاتب و بقايا و الطعام، وكل شي غير ملوث بمخلفات المرضى، أو كانت مخلفات خطرة والتي من ضمنها النفايات العلاجية باعتبارها ناتجة عن العناية بالمرضى وتقديم الرعاية الصحية. فالمؤسسات و المرافق الصحية ومن خلال العناية بالمرضى تنتج يوماً بعد يوم من النفايات العلاجية، التي تشكل تهديداً حقيقياً ليس للمرضى أو المنتمين للقطاع الصحي فقط، بل على المجتمع و البيئة معاً، بما تحويه هذه النفايات من عوامل العدوى و الأمراض، كالحقن، و الضمادات والبقايا الملوثة بالسوائل الناتجة عن المرضى، إضافة إلى مخلفات العمليات الجراحية كالأعضاء البشرية.¹

ولقد سعى المشرع الجزائري إلى تنظيم مجال النفايات العلاجية من خلال القانون 01-19 المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها و إزالتها،² وكذا مجموعة من المراسيم التنفيذية من أهمها: 03-378 المتعلق بكيفية تسيير نفايات أو النشاطات العلاجية.³ المرسوم التنفيذي رقم 04-410 المحدد للقواعد العامة لتهيئة و استغلال منشآت معالجة النفايات وشروط قبول النفايات على مستوى هذه المنشآت.⁴

¹ - عرابة، نور الدين مزهودة، التخلص الأمثل من المخلفات الطبية الخطرة، الملتقى الدولي الثاني حول الأداء المتميز للمنظمات و الحكومات، الطبعة الثانية: نمو المؤسسات و الاقتصاديات بين تحقيق الأداء المالي و تحديات الأداء البيئي، جامعة ورقلة يومي 22-23 نوفمبر 2011، ص 696.

² - القانون رقم 01-19 مؤرخ في 27 رمضان 1422 الموافق 12 ديسمبر 2001، يتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها و إزالتها.

³ - المرسوم التنفيذي 03-478 مؤرخ في 15 شوال 1424 الموافق 09 ديسمبر 2003 يحدد كفايات تسيير نفايات النشاطات العلاجية.

⁴ - المرسوم التنفيذي 04-410 مؤرخ في 02 ذي القعدة 1425 الموافق 14 ديسمبر 2004، يحدد القواعد العامة لتهيئة و استغلال منشآت معالجة النفايات وشروط قبول النفايات على مستوى هذه المنشآت.

فالنفايات كأصل عام هي كل البقايا الناتجة عن عمليات الانتاج أو التحويل أو الاستعمال، وبصفة أعم كل مادة أو منتج و كل منقول يقوم المالك أو الحائز بالتخلص منه أو يلزم بالتخلص منه و إزالته. أما النفايات العلاجية فهي كل النفايات الناتجة عن نشاطات الفحص و المتابعة و العلاج الوقائي أو العلاجي في مجال الطب البشري و البيطري.¹

وقد قسم المشرع الجزائري النفايات العلاجية إلى ثلاثة أصناف:²

- النفايات المتكونة من الأعضاء البشرية: الناتجة عن العمليات الجراحية و الولادة.

- النفايات المعدية: وهي التي تحتوي على جسيمات دقيقة أو على سميات قد تضر بالصحة.

- النفايات السامة: و تتكون من البقايا و المواد التي انتهت صلاحيتها كالمواد الصيدلية و الكيميائية و المخبرية، أو التي تحتوي على تركيبات عالية من المعادن الثقيلة، وكذا الأحماض و الزيوت المستعملة و المذيبات.

ويلاحظ من هذا التصنيف أن المشرع أهمل تصنيف نفايات النشاطات العلاجية غير المعدية، رغم كونها تمثل الجزء الأكبر من نفايات المنشآت الصحية، كما لم يتضمن هذا المرسوم إشارة إلى النفايات العلاجية الاشعاعية.³

كما يلاحظ أيضاً أن المشرع الجزائري يعتبر النفايات العلاجية نوع من أنواع الإنتاج، إذ يعتبر منتجاً للنفايات كل من تسبب بنشاطه في انتاجها، فينصرف وصف المنتج إلى المؤسسات العلاجية مهما تكن الأنظمة القانونية التي تطبق عليها.⁴

1 - المادة 03 من القانون 01-19 السالف الذكر.

2 - المادة 03 من المرسوم التنفيذي 03-478.

3 - فيلالي محمد الأمين، المرجع السابق، ص 58.

4 - المادة 02 من المرسوم التنفيذي 03-478.

الفرع الثاني: المسؤولية عن النفايات العلاجية

لقد ألزم المشرع المؤسسات الصحية بجملة من الالتزامات حيث تعتبر مسؤولية متى أخلت بها، ومن أهم هذه الالتزامات مايلي:

- ضرورة اتخاذ كل الاحتياطات التي من شأنها التقليل من النفايات العلاجية.¹
- ضرورة فرز النفايات و جمعها في أكياس بلاستيكية حسب طبيعة و نوع هذه النفايات،² مع ضرورة تنظيف و تطهير حاويات جمع ونقل هذه النفايات بعد كل استعمال.³
- تزويد المستخدمين المكلفين بالجمع المسبق للنفايات و نقلها ومعالجتها بوسائل الوقاية الفردية المقاومة للوخز و الجروح، وينبغي أن يتم إعلامهم بالمخاطر الناجمة عن تداول النفايات و تكوينهم على الطرق الملائمة لتداولها.⁴
- الالتزام بضمان العمليات الرامية إلى إعادة استعمال النفايات، أو ضمان إزالتها، حيث تتكفل المؤسسة الصحية بنفقات معالجة النفايات العلاجية التي تنتجها.

ورغم أن المشرع اعتبر المؤسسات الصحية هي المسؤولية المباشرة عن الوقاية من أضرار النفايات العلاجية، إلا أن ذلك لا يعفي الهيئات المحلية من التزاماتها في مجال الصحة العامة، إذ تنص المادة 52 من القانون 05/85 المتعلق بالصحة العامة المعدل و المتمم على أنه « يتعين على الولاية ومسؤولي الهيئات العمومية و المصالح الصحية ورؤساء المجالس الشعبية البلدية أن يطبقوا في الوقت المناسب التدابير الملائمة للوقاية من ظهور الوباء و القضاء على أسباب الأمراض من أصلها.» كما أن المادة 123 من قانون البلدية تجعل من هذه الأخيرة ملزمة بجمع النفايات الصلبة ونقلها ومعال

1 - المواد 06، 07، 08 من القانون 01-19.

2 - المواد 04، 06، 09، 11، 13، 15 من المرسوم التنفيذي 03-478.

3 - المواد 15، 16، 17 من المرسوم التنفيذي 03-478.

4 - المادة 29 من المرسوم التنفيذي 03-478.

المبحث الثاني: الحوادث الطبية وانتقال العدوى

المخاطر الطبية هي نسبة من المخاطر يتضمنها بالضرورة العلاج الطبي أو الصيدلاني، الذي يتم بطريقة مشروعة وفقاً للأصول العلمية المتعارف عليها، ويترتب عن حدوثها عدم اكتمال الشفاء أو حدوث مضاعفات أو آثار غير مرغوبة.¹

و يجب عدم الخلط بين التداعيات الضارة للعمل الطبي، و بين عدم فاعلية العلاج، أو الاحتمال الذي يحيط بأعمال التشخيص و العلاج، فهذا الأخير يتصل بصعوبة الحصول على تشخيص مؤكد أو ضمان الشفاء الكامل، وهو ما يجعل التزام الطبيب قاصراً على بذل العناية اللازمة، دون أن يضمن الشفاء، و بذلك يكون الخطأ هو أساس تحقق مسؤليته، أما التداعيات الطبية فلا يمكن اعتبارها نتيجة طبيعية للتدخل الطبي، وإنما يشترط أن تكون نتيجة مباشرة له، وأن ما نتج عنها من ضرر لا علاقة له بالحالة المرضية السابقة على مباشرة أعمال التشخيص أو العلاج، فإذا انتفت الصلة بين الخطر الطبي و الضرر الذي أصاب المريض كما لو كان لدى المريض حساسية للمنتجات المستخدمة في التخدير، فيكون ذلك بمثابة القوة القاهرة التي تستبعد المسؤولية، ويضاف إلى ما سبق أن يكون الضرر مستقلاً عن أي خطأ من جانب الطبيب.

فالمريض قد لا يكون محقاً في أن ينتظر في كل الأحوال أن يؤتي التدخل الطبي ثماره وأن يشفى من علته، أو على الأقل تحسن حالته، فقد لا يؤدي العلاج إلى كل ذلك، ولكن من حقه ألا يؤدي التدخل الطبي إلى إضافة علة جديدة إلى علته.²

¹ - ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 13.

² - ثروت عبد الحميد، المرجع نفسه، ص 22.

المطلب الأول: الاجتهاد القضائي الإداري

لقد كان للقضاء الإداري الفضل الكبير في تجسيد الاساس الموضوعي للمسئولية الطبية، ولم يتوصل القضاء الاداري لهذا التطور في مرحلة واحدة بل عبر مراحل: أولاً: التخلي عن فكرة الخطأ الجسيم: وذلك في الحكم الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 10 أبريل 1992 في قضية الزوجين V، حيث اتجه مجلس الدولة إلى أن الخطأ البسيط يعد لاعتبار المستشفى مسؤولاً عن سوء التسيير. بعدما كان يشترط سابقاً أن يكون الخطأ جسيماً. ثانياً: الاستعانة بالخطأ المفترض: حيث ذهب مجلس الدولة في حكمه الصادر بتاريخ 09 ديسمبر 1988. و الحكم الصادر بتاريخ 14 جوان 1991، إلى أن الاصابة بالعدوى الاستشفائية تفترض وجود خطأ في تنظيم أو سير عمل المرفق الصحي، سواء الخطأ ناتجاً عن عمل الاشخاص التابعين له، أو الآلات، أو المنتجات. ثالثاً: الاستغناء عن الخطأ الواجب الاثبات: وذلك في مجموعة من الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة:

- حكم Gomaz الصادر عن محكمة ليون الإدارية بتاريخ 21 ديسمبر 1990: ¹ وقد صدر هذا الحكم بمناسبة قضية شاب يبلغ من العمر 15 سنة دخل المستشفى بغرض إجراء عملية جراحية، فقام الاطباء باستعمال طريقة جديدة للعلاج ترتب عنها إصابة الشاب بالشلل النصفي. وقد قضت المحكمة بأن استخدام أساليب جديدة للعلاج إذا ترتبت عنها نتائج غير معروفة ألحقت أضراراً بالمرضى الذين يتعرضون لها، حيث أدت إلى حدوث مضاعفات حادة بشكل غير عادي و استثنائي وبطريقة مباشرة أثناء استخدام هذا

¹- C.A.A Lyon .21 décembre 1990. R.Pellet et A.Skzyerbak. **Leçons de droit social et droit de la santé** : 2^e édition 2008.p429.

« Considérant que l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle, crée lorsque ses conséquences ne sont pas entièrement connues, un risque spécial pour les malades qui en sont l'objet ; que lorsque le recours à une telle thérapeutique ne s'impose pas pour des raisons vitales, les complications exceptionnelles et anormalement graves, qui en sont la conséquence directe, engagent même en l'absence de faute la responsabilité du service public hospitalier ... »

العلاج، فيجب على المستشفيات العامة تحمل المسؤولية ولو لم يثبت التقصير من جانبها.

- حكم Bianchi الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 09 أبريل 1993: ¹ والذي جاء فيه « إذا كان العمل الطبي ضرورياً للتشخيص أو العلاج، و لكنه يشكل خطراً على المريض ولم توجد أسباب تشير إلى أن المريض عرضة لهذا الخطر، ورغم ذلك يكون المستشفى مسؤولاً إذا كان الضرر الذي لحق بالمريض نتيجة مباشرة للعمل الطبي. مع أن الحالة الصحية للمريض لم تكن تتبئ بإمكانية حدوث هذا الخطر.»

و يشترط لإعمال المسؤولية دون خطأ أن تكون طريقة العلاج جديدة و ترتبت عنها آثار علاجية غير معروفة. و ألا يكون استخدام هذا العلاج ضروري لأسباب حيوية. وأن يؤدي استخدامه إلى مضاعفات غير عادية و استثنائية.²

- قضية مستشفى Joseph Imbert d'Arles بموجب الحكم الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 3 نوفمبر 1997: ³ حيث اعتبر مجلس الدولة أن المنشأة الصحية مسئولة دون

¹ - CE , 9 avril 1993, n° 9336. « Lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du patient présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité.»

C.E 9 avril 1993, n R.Pellet et A .Skzryerbak.op.cit.p 429. Johanne SAISON , Le risque médical, éd L'Harmattan. 1999. P 75.

² - تطبيقات قضائية:

C.E 27 Oct.2000(2 arrêts). D. Jur. 2001.no 15. conclusion D.Chauvaux.

³ - C. E. 03 novembre 1997.1553686. D. n° 12.1998. Jurisprudence p147. ³ - Ch. Larroumet.

L'indemnisation de l'aléa thérapeutique. D. Ch. 1999.no 4.p 33

«lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du patient présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité..... »

خطأ عن المخاطر التي تصاحب عملاً طبيياً لازماً للتشخيص و العلاج، و التي يكون وجودها معروفاً، غير أن تحققها يعد أمراً استثنائياً و لا يمكن اعتبارها تطوراً متوقفاً للحالة الصحية للمريض، و يترتب عنها ضرر ذو خطورة استثنائية.

ومن تطبيقات القضاء الجزائري في هذا الشأن، قرار لمجلس الدولة بتاريخ 11/03/2003¹، بمناسبة النظر في الاستئناف المقدم من السيد (م.ح) ضد القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس بجاية بتاريخ 04/06/2000 و القاضي بالمصادقة على الخبرة المنجزة و بإلزام المستأنف عليه(مستشفى بجاية) تحت ضمان شركة التأمين الجزائرية بأن يدفع للمستأنف مبلغ 300.000 دج عن كتعويض عن العجز الدائم و مبلغ 100.000 دج عن العجز المؤقت، و مبلغ 30.000 دج عن التشويه الجمالي، و مبلغ 10.000 دج كتعويض عن الآلام، و مبلغ 50.000 دج عن مصاريف العلاج مجتمعة. وجاء في قرار مجلس الدولة « حيث على إثر سقوط أن المستأنف أصيب بكسر على مستوى عظم الفخذ و أجريت له عملية جراحية بمستشفى بجاية بتاريخ 31/10/1995. حيث يومين بعد العملية التي تطلبت وضع صفيحة ملولبة، و أن المستأنف تعرض لإصابة ميكروبية و أن الصفيحة الملولبة تسببت في إنتان مقاوم للعلاج الطبي الذي عولج به و تم نزع الصفيحة الشهر الموالي.

حيث أنه بعد نزع الصفيحة تبين أن عظم الفخذ قد أصيب بتعفن أدى ذلك إلى خضوع المستأنف لعمليات زرع عظام في عدة مراكز استشفائية. حيث يتضح جلياً أن هذه العمليات المتعددة التي أجريت على المستأنف ماهي سوى نتيجة للعملية الجراحية الأولى التي أجريت له بستشفى بجاية يوم 31/10/1995. و أن الصفيحة الملولبة المصابة بإنتان أدت إلى تعفن عظم الفخذ. و أن علاقة السببية بين العمل الجراحي الأول أي وضع الصفيحة و نتائج هذا العمل موضوع هذه الدعوى ثابتة.

¹ - مجلس الدولة، قرار رقم 7733، بتاريخ 11/03/2003، مجلة مجلس الدولة، 2004، العدد 5، ص 208. سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 1317.

حيث أن قواعد مهنة الطب تقتضي أن تتبع أية عملية جراحية بفحص دقيق للأدوات المستعملة أثناء العملية.

حيث أن المستأنف عليه (مستشفى بجاية) أخل بواجبه المتمثل في اتخاذ الاحتياطات اللازمة من أجل الحفاظ على السلامة البدنية للمريض الموجود تحت مسؤوليته. و أن عدم مراقبة الآلات المستعملة من طرف أعوانه يشكل خطأ للمرفق العام. و أنه بالنتيجة، و بما أن المستأنف عليه ساهم في وجود الضرر بسبب تقصيره في مراقبة آلات الجراحة المستعملة أثناء العملية الطبية فإنه ملزم بتعويض الضرر اللاحق بالمستأنف.

و أن للمستأنف بالتالي الحق في الحصول على تعويض عن الضرر.»
كما قرر المجلس إعادة النظر في قيمة التعويضات الممنوحة بموجب القرار المستأنف.

المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي العادي

إن أول ما تجب الإشارة إليه قبل بحث موقف القضاء العادي من الحوادث الطبية، أن إمكانية إيجاد الحلول المبتكرة تضيق نسبياً لدى القضاء العادي مقارنة بالقضاء الإداري الذي يملك حرية في إيجاد حلول تتفق مع الواقع. فالقضاء الإداري هو المصدر الأول للقاعدة القانونية الإدارية، في حين أن القضاء العادي تحكمه النصوص القانونية. و لقد استقر القضاء العادي منذ زمن بعيد أن علاقة الطبيب هي علاقة عقدية، و أن الطبيب لا يلتزم في مواجهة المريض إلا ببذل عناية. و بالمقابل فإن مسؤولية الطبيب أو المؤسسة الصحية تقتضي أن يثبت المريض أن الضرر الذي أصابه هو نتيجة لخطأ ثابت في حق الطبيب أو المؤسسة الصحية.

و رغم أن القضاء العادي لم يأخذ طويلاً بفكرة الخطأ الجسيم كما فعل القضاء الإداري، إلا أنه ظل وفياً للمسئولية الشخصية، وإن حاول تضيق نطاقها من خلال الاستعانة بضمان السلامة و اعتباره شكلاً من أشكال الالتزام بتحقيق نتيجة. حيث يكون بإمكان المضرور

الحصول على التعويض عن النتائج الضارة غير المتوقعة للعمل الطبي، وذلك دون الحاجة إلى بحث وجود الخطأ من عدمه.¹

فبموجب الالتزام بضمان السلامة يقتصر دور المضرور على إثبات مصدر الالتزام، وبالمقابل يلتزم المسئول بإثبات وفائه بالالتزام بضمان السلامة، أو الإشارة إلى السبب الأجنبي الذي منعه من التنفيذ.² وهو بذلك يفرض على المدين به أن يتوقع الحادث المستقبلي الذي يمكن أن يترتب عنه ضرر بالمتعاقد معه ويتقدير مدى احتمالية حدوثه. كما يلتزم باتخاذ كل الاحتياطات والإجراءات اللازمة لمنع وقوعه، أو التقليل من آثاره الضارة.³ ويشترط لإعمال الالتزام بضمان أن تتحقق الشروط الآتية:

01: أن يكون المدين مهنيًا - كما في حالة الطبيب-، ولعل المظهر الرئيسي لمهنة المدين هو الخبرة التي يكتسبها في أدائه لنشاطه تبرر التشدد في مسؤوليته متى أخل بأصول مهنته.⁴ . ويجد هذا الشرط أساسه في عدم تعادل المراكز القانونية بين المهني و الشخص الذي لجأ إليها اعتماداً على ما لديه من خبرة ودراية بأصول مهنته . ومن ثم كان طبيعياً أن يراعى المهني هذا الاعتبار فلا يقدم على ممارسة مهنة ما ، إلا إذا كان محيطاً بالأصول العلمية والخبرات الفنية التي تمكنه من ممارستها على أكمل وجه ، فإذا أخل بما افترض فيه من ثقة . كان عليه أن يتحمل آثار ذلك.

02: أن يعهد أحد المتعاقدين بنفسه إلى الآخر، كأن يكون خاضعاً له من الناحية الجسدية كخضوع المريض للطبيب ، يعهد إليه بسلامته بصورة كاملة ، أو من الناحية الحركية كما هو الحال في عقد التدريب على الرياضة أو تعليم قيادة السيارات ، إذ أن الشخص يكون خاضعاً في الحركات التي يؤديها لرقابة المدرب أو المعلم ، أو من الناحية الفنية كأن يسلم

¹ - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ الطبي، دار الجامعة الجديدة ، 2006. ص 123.

² - أقصاصي عبد القادر، الالتزام بضمان السلامة نحو نظرية عامة، مرجع سابق، ص 1.

³ - أقصاصي عبد القادر، المرجع السابق، ص 216.

⁴ - محمد على عمران ، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود . دراسة فقهية وقضائية في كل من مصر وفرنسا ، دار النهضة العربية ، 1980 ، ص 147 .

المسافر نفسه للناقل ، حتى وصوله إلى غايته سليماً معافى ، أو من الناحية الاقتصادية كخضوع المستهلك للمهني كما في عقود الإذعان التي من يحتكر سلعة أو خدمة معينة في مركز يتيح له إملاء شروطه ، دون أن يكون بمقدور الطرف الآخر مناقشة هذه الشروط أو التغيير فيها ¹.

02: وجود خطر يهدد السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين، إذ أن لسلامة جسد الإنسان قدسية ، فإذا سلم شخص جسده لآخر ، وائتمنه على أعلى ما يملك ، فإنه ينتظر منه ضماناً خاصاً ، يصطبغ بصبغة القدسية التي تتسم بها هذه الوديعة الحية ² .
ولقد لقي الالتزام بضمان السلامة تطبيقات عديدة لدى القضاء الفرنسي:

- حكم محكمة مرسيليا الجزائرية بتاريخ 1959/3/3³ و الذي قضت فيه بأن الجرح الذي أجرى عملية جراحية بغرض استئصال زوائد صغيرة في منطقة العانة يكون مسؤولاً عن الحروق الشديدة التي أصابت المريضة أثناء العمل الجراحي رغم عدم ثبوت إهمال من جانبه، مادام هذا الضرر لا صلة له بالحالة الصحية للمريض.

- الأحكام الصادرة عن محكمة باريس الكلية بتاريخ 1998/05/05 و 1998/10/20⁴، حيث قضت المحكمة بأنه رغم كون الطبيب الجراح ملتزم من حيث الأصل ببذل عناية، إلا أنه يسأل عن الأضرار التي تصيب المريض نتيجة تدخل جراحي ضروري، ولم يمكن معرفة سببها الحقيقي، ولم تكن لها صلة بحالته الصحية السابقة عن العمل الجراحي.

¹ - على سيد حسن ، الالتزام بالسلامة في عقد البيع ، دار النهضة العربية ، 1990، ص 67.

²- GOLDSCHMIDT: op. cit. p133.

نقلا عن: أقصاصي عبد القادر، المرجع السابق، ص229.

³- D. 1959, Somm. P.C.P.1959-11-11118, not Savatier.

مشار إليه: محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 123.

⁴- T.G.I paris, 5/5/1997 ; 10/10/1997, D.1998.

مشار إليه: محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص124.

- تبين أحكام القضاء الصادرة في موضوع عدوى الإيدز،¹ أو الإصابة بفيروس التهاب الكبد الوبائي (س)،² التزام مراكز نقل الدم بالتزام بتحقيق نتيجة هي سلامة الأشخاص محل عملية نقل الدم ، تشدداً واضحاً في تحديد المجال التعاقدية . وفي هذا الخصوص لا يعدّ العيب الداخلي ، حتى لو كان صعب الاكتشاف ، سبباً أجنبياً بالنسبة لمركز الدم .

- الحكم الصادر بتاريخ 21 مايو 1996 (Arrêt Bonichi)، و الحكم الصادر بتاريخ 16 يوليو 1998 (Arrêt Belledone)،³ حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية مبدأ الخطأ المفترض في حالة انتقال العدوى (الالتهابات التي يصاب بها المريض نتيجة وجوده في المستشفى، فيتعلق الأمر هنا بكل مرض سببته جراثيم و ميكروبات أصابت مريضاً بعد قبوله في مؤسسة صحية، إما للبقاء فيها أو تلقي العلاج، سواء ظهرت هذه الالتهابات أثناء الإقامة في المستشفى أو تم التعرف عليها بعد ذلك)، حيث يكون المستشفى مسئولاً عن تعويض الأضرار ما لم يثبت السبب الأجنبي،⁴ ولكن هذا المسعى لم يكن كافياً لحماية حقوق المرضى⁵.

- الأحكام الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 29 يوليو 1999،⁶ حيث قررت المحكمة أن القائم بالعمل الطبي يلتزم بضمان السلامة محله تحقيق نتيجة، بالنسبة للعدوى المرضية التي تصيب المريض داخل المستشفى، وهذا الالتزام يجد مصدره في

¹- Cass. Civ.1., 9 Juillet 1996, Bull. civ., I, no303, D. 1996, jur. 610, note Y. LAMBERT-FAIVRE. RTD civ., 1997, p.146, obs. P. JOURDAIN.

²- Cass. Civ.1, 27 mai 1997, inédit, (pourvoi no94-21.805), cité par F. DEFFERRARD, no8, p.365, note 21.

³- cass. 1^{er} civ 16 juin 1998. n° 1265p. S.Jur .1999.n°27.jurispudence p 1295.

⁴- Y.L Faivre:La reparation de l'accident médical. D.n° 7. 2001.p 571.

⁵- M.Bacache-Bibeili. Infections Nosocomiales. Article étudié le 13-01-2004. Article téléchargé sur: <http://www.droit.univ-paris5.fr>

⁶- cass.1^{er} civ.cass partielle 29 juin 1999(juris-data n° 002690). cass.1^{er} civ.cass partielle 29 juin 1999(juris-data n° 002691). cass.1^{er} civ.cass.R 29 juin 1999(juris-data n° 002694) la semaine juridique 14 juillet 1999.n° 28(Actualité) p 1330.

العقد المبرم بين المريض و المنشأة الطبية، ويسري الحكم نفسه على علاقة الطبيب بالمريض، ما لم يثبت الطبيب وجود سبب أجنبي. وهو ما أقرته محكمة النقض الفرنسية أيضاً في حكمها الصادر بتاريخ 18 أكتوبر 2005.¹

ويدخل ضمن انتقال العدوى نقل الدم الملوث، فقد يحتاج المريض في بعض الظروف إلى نقل الدم إليه، فيتعهد الطبيب بأن ينقل إليه دماً سليماً و مناسباً لفصيلته، فإذا أخل الطبيب بذلك قامت مسؤوليته عن الضرر الذي لحق بالمريض.²

ومنذ سنة 1964 تم تطبيق مسؤولية الدولة بقوة القانون عن الأضرار التي تنتج عن التطعيم الإجباري، وذلك بموجب القانون الفرنسي الصادر بتاريخ الأول من يوليو لسنة 1964، وإن كان قاصراً على التطعيم الإجباري الذي يتم داخل المراكز المعتمدة، ليتم بعد ذلك مد نطاق التعويض ليشمل كل أضرار التطعيم الإجباري في كل المراكز، الخاصة منها و العامة، و ذلك بمقتضى القانون الصادر بتاريخ 26 مايو 1975.³

¹- Cass. 1^{er} civ, 18 oct 2005.D. 2006.n° 10. p 705.note Ol. Smallwood. F. Violla.

² - عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص2436.

³ - أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 269.

المبحث الثالث: مسؤولية القائم بالبحوث الطبية الحيوية

تعتبر التجارب الطبية على الإنسان من أهم المجالات التي ساعدت على الحد من الكثير من الأمراض القاتلة، كما يرجع لها الفضل في اتساع آفاق العلوم الطبية و ذلك بتزويد البشرية بالحلول للمشاكل الصحية وزرع الأمل في نفوس الكثير من المرضى.¹ غير أن هذا الوجه المشرق لم يكن ليخفي الآثار الضارة الناتجة عن هذه التجارب، إذ يصعب من جهة وضع الحدود الفاصلة بين التجارب لأغراض علاجية، و بين التجارب الطبية العلمية، ومن جهة أخرى فقد جلبت هذه التجارب مخاطر جديدة لم تكن معروفة من قبل كالمخاطر الناجمة عن استخدام التكنولوجيا الحديثة في الطب.² وسنعرض خلال هذا الجزء للضوابط الموضوعية للتجارب الطبية(المطلب الأول)، ثم طبيعة الأضرار و المسؤولية الناجمة عنها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الضوابط الموضوعية للتجارب الطبية

إذا كانت الموافقة الحرة و المستنيرة تعتبر الضابط الأساسي لكل صور العمل الطبي بما في ذلك التجارب الطبية، فإنها ليست كافية وحدها لضمان سلامة الخاضع للتجربة خاصة إذا كانت هذه الأخيرة لأغراض غير علاجية، و لذلك أوجب القانون جملة من الضوابط يجب توفرها لتفادي حدوث الأضرار أو الوقاية منها.³

¹ - مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2009، ص 687.

² - خالد بن النوى، ضوابط مشروعية التجارب الطبية و أثرها على المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، دار الفكر و القانون، 2010، ص 7 وما بعدها.

³ - خالد بن النوى، المرجع السابق، ص 154.

ولقد عالج المشرع الفرنسي التجارب الطبية ضمن المواد من L1121-1 إلى L1121-17 من قانون الصحة العامة الفرنسي، واعتبر التجربة الطبية كل بحث أو اختبار يقع على الكائن البشري بهدف تطوير المعطيات البيولوجية أو الطبية، بما لا يخالف نص القانون.¹ أما المشرع الجزائري فقد أورد الأحكام الخاصة بالتجارب الطبية ضمن المادتين 168 مكرر 2 و 168 مكرر 3 من قانون حماية الصحة وترقيتها.² وكذا المادة 18 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

وباستقراء نصوص كل من التشريعين الفرنسي و الجزائري فإنه يشترط لاعتبار التجارب الطبية قانونية أو شرعية مايلي:

أولاً: أن تكون التجربة ذات جدوى أو فائدة

فيشترط أن ترتبط التجربة بغاية تبررها (أ) وأن تتناسب هذه الغاية و الأخطار التي يتعرض لها الخاضع للتجربة (ب)

أ: الغاية من إجراء التجربة الطبية

تختلف التجارب الطبية بحسب الغرض الذي أجريت لأجله، فقد تباشر لأغراض العلاج، بقصد الوصول إلى طرق علاجية أو أدوية جديدة للعلاج ، بحيث تكون الغاية منها تحقيق فائدة لجميع الحالات المرضية المشابهة و ليس فقط المريض محل التجربة.³ وقد تباشر التجربة لأغراض المعرفة العلمية فقط.⁴

فبالنسبة للتجارب العلاجية فالغرض الأساسي هو محاولة إيجاد علاج للمريض من خلال تجريب طرق جديدة في العلاج كالأدوية الجديدة، أو الأشعة أو غيرها من الوسائل الحديثة.

¹ - Art L1121-1. CSP « Les recherches organisées et pratiquées sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales sont autorisées dans les conditions prévues au présent livre et sont désignées ci-après par les termes « recherche biomédicale.»

² - بمقتضى القانون 90-17 المعدل و المتمم للقانون 85/05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

³ - أسامة عبد الله فايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2003، ص 318.

⁴ - حسن زكي الابراشي، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية، بدون تاريخ النشر، ص 286.

و يشبه هذا النوع من التجارب التدخلات العلاجية المحضة من حيث الغرض وهو علاج المريض. غير أن لهذا النوع من التجارب ميزة أخرى وهي إمكانية استفادة المرضى الآخرين من المعارف المكتسبة منها. فالطبيب ومن خلال سعيه إلى تجريب الأدوية الجديدة يسعى لتحقيق غاية نبيلة هي علاج المريض الخاضع للتجربة و تعميم الفائدة على الحالات المشابهة.

أما التجارب غير العلاجية و باعتبار أنها لا تتم بقصد العلاج مباشرة، وتقتصر على البحث بهدف تنمية المعرفة الطبية على وجه العموم، فقد انقسم الفقه بصددها إلى مؤيد ومعارض. وحسب الاتجاه المؤيد أنه ليس هناك ما يمنع هذه التجارب مادامت تقوم على عنصر أساسي هو الاتفاق بين القائم بالتجربة و الخاضع لها، كما أن اكتساب المعارف العلمية مصلحة مشروعة في حياة الأمم، وهي مصلحة يقرها القانون و ليست مخالفة للنظام العام.¹ و بالمقابل يستند معارضو التجارب العملية على أنها تتنافى و الغاية من إباحة المساس بالجسم البشري، فبدل علاج المريض وتخفيف آلامه تعرضه للخطر دون فائدة تعود عليه. و لا يجوز تأسيس مشروعية التجارب العلمية على رضا الشخص لأن رضا المجني عليه لا يعد سبباً لإباحة المساس بسلامة الانسان.

و بالرجوع إلى قانون الصحة العامة الفرنسي خاصة المادة 1-1121 فإن المشرع الفرنسي لم يميز بين التجارب لأغراض علاجية و التجارب العملية من حيث إمكانية اجرائها على الإنسان، غير أنه ونظراً لخطورة التجارب العلمية فقد وضع لها المشرع الفرنسي شروطاً إضافية.

وبالمقابل فإن المشرع الجزائري أجاز إجراء التجارب الطبية على الانسان دون تمييز بين كونها علاجيةً أو غير ذلك. حيث نصت المادة 2/168 على ضرورة احترام المبادئ الأخلاقية و العلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي، كما أشارت المادة 3/168 إلى أن التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية.

¹ - عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 706 وما بعدها.

ب: تناسب فوائد التجربة مع المخاطر المحتملة

يشترط أن تكون الأخطار المتوقعة بالنسبة للشخص الخاضع للتجربة مقبولة بالنظر إلى المنفعة المنتظرة منها، وهو ما يقتضي تحقيق التوازن بين نتائج التجربة و بين أعراض المرض وعواقبه، فيجب ألا يقدم الطبيب على إجراء التجربة إذا كانت نتائجها غير مؤكدة.¹ وينبغي التمييز هنا أيضاً بين كون التجربة علاجية، أو غير ذلك، ففي حالة التجارب لأغراض العلاج يلتزم القائم بها بكل ما يلتزم به الطبيب في الأحوال العادية للعلاج، وذلك بأن يختار أفضل الوسائل و الطرق العلاجية المناسبة، ما لم تكن حالة المريض تسمح بقدر من المخاطر كأن تكون التجربة هي الأمل الوحيد لإنقاذ حياة المريض. أما إذا تعلق الأمر بالتجارب غير العلاجية، والتي تستبعد المنفعة الفردية أو الشخصية، فلا يكفي أن يكون متوقعاً بل لابد أن يكون منعماً أياً كانت المنفعة التي سيجنيها المجتمع من وراء التجربة. وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي صراحة حيث يجب التأكد من خلو التجربة العلمية من أي أخطار جسيمة على صحة الخاضعين لها، و يجب إخضاعهم لفحوص طبية و إعلامهم بنتائجها من قبل أطباء من اختيارهم، وذلك قبل موافقتهم على الخضوع للتجربة العلمي

ثانياً: كفاءة القائم بالتجربة

فلا يجوز مباشرة التجارب الطبية إلا تحت إشراف أطباء ذوي كفاءات ومؤهلات علمية عالية، فلا يجوز أن يقوم بالتجربة طالب في كلية الطب، أو طبيب مبتدئ لا يحوز الكفاءة اللازمة لمباشرتها، وإلا كان مسؤولاً جنائياً ومدنياً عن المساس غير المشرع بجسم الانسان.²

¹ - خالد حمدي عبد الرحمن، إرادة المريض في العمل الطبي، بين الاطلاق و التقيد، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة البحرين، العدد الثاني، السنة العاشرة، 2008، ص 248. رمزي فريد محمد مبروك، الاستتساخ البشري بين الشريعة و القانون، المنصورة، مكتبة الجلاء الجديدة، 2001، ص 111. نقلاً عن خالد بن النوى، المرجع السابق، ص 154، هامش 02.

² - خالد جمال حسن، مرجع سابق، ص 248. نقلاً عن خالد بن النوى، المرجع السابق، ص 158 هامش 01.

كما لا يجوز مباشرة التجارب العلمية إلا في الأماكن التي تتوفر على الامكانيات المادية و الشروط الأمنية الضرورية لسلامة الأشخاص الخاضعين لها.

ثالثاً: الموافقة المستنيرة للخاضع للتجربة

يعد هذا الشرط ضرورياً لكل أشكال العمل الطبي، وتزداد أهميته في مجال التجارب الطبية وذلك لخطورتها خاصة متى أجريت لأغراض غير علاجية. كما يجب الحصول على موافقة الجهات الإدارية المختصة إذا تعلق الأمر بالتجارب التي تتم لأغراض غير علاجية.

رابعاً: إلزامية التأمين من المسؤ

المطلب الثاني: طبيعة المسؤولية عن التجارب الطبية

من حيث أساس المسؤولية، فقد ميز المشرع الفرنسي بين كون التجربة علاجية أو علمية، فإذا كانت التجارب الطبية لا تهدف إلى تحقيق غاية علاجية، فيلتزم القائم بها ولو بدون خطأ، بتعويض الشخص الذي قبل الخضوع لها، أو لورثته عن الأضرار التي لحقت به، ولا يجوز له أن يدفع هذا الالتزام سواءً بالاستناد إلى فعل الغير، أو إلى عدول الشخص الخاضع للتجربة عن رضائه.

ويفسر لجوء المشرع الفرنسي إلى الأخذ بنظام المسؤولية بدون خطأ إلى طابع التبرع الذي يميز مشاركة الشخص في هذا النوع من التجارب، حيث يضع نفسه تحت تصرف القائم بالتجربة دون أن تحقق له هذه التجربة أي منفعة علاجية مباشرة.

أما التجارب العلاجية، فالمسؤولية الناتجة عنها تستند إلى الخطأ المفترض، فيلتزم القائم بها بتعويض الخاضع للتجربة أو ذوى حقوقه في حالة وفاته، عن الأضرار الناتجة عنها، ما لم يثبت أن تلك الأضرار لا ترجع إلى خطئه أو خطأ أي من المتدخلين.¹

¹ - فواز صالح، المرجع السابق، ص 145. أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق ص 306 و ما يليها. مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، مرجع سابق، ص 693 وما بعدها.

وقرينة الخطأ هذه قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، كأن يثبت القائم بالتجربة أن الضرر المتحقق لا يرجع إلى خطئه الشخصي، أو أحد المتدخلين معه في تنفيذ التجربة. ومن التطبيقات القضائية في هذا المجال، قضت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض، بتاريخ 24 فبراير 2009،¹ بإدانة الطبيب القائم بالبحوث الطبية، طبقاً للمادة 8-223 من القانون الجنائي الفرنسي، ذلك أن الحالة الصحية للمريض لمن تكن تسمح بأن يعبر عن رضاه بحرية و وضوح، ليس بالكتابة فحسب بل بأي طريق آخر.

¹ - cass. Crim. 24 fév 2009.D 2009. n° 30.p 2087. note p- Jérôme Delage.

الباب الثاني : أحكام التعويض عن الأخطاء الطبية

لقد كان للتقدم التكنولوجي أثر بالغ في تعديل الصورة العادية أو المألوفة للتعويض، وذلك من خلال تعديل وصف المسؤول عنه، و يجد هذا التطور أساسه في عدم كفاية قواعد المسؤولية المدنية لحماية الأشخاص ضحايا الحوادث الضارة، خاصة الاضرار الجسدية إذ أنه وحتى إذا نجح المضرور في الإثبات فقد لا يجد شخصاً مالياً يحصل منه على التعويض فيكون معسراً أو لا يستطيع دفع التعويض، كل ذلك على فرض معرفة فاعل الضرر (الفصل الأول).

أما فيما يتعلق بتقدير التعويض فإن الطريق القضائي يعد الطريق المألوف لتقديره، غير أن المشرع الفرنسي لم يكتفي بهذا، بل وضع نظاماً خاصاً للتعويض يتفادى به مساوى الطريق القضائي، خاصة مشكلة التأخر في منح التعويض بسبب طول إجراءات التقاضي (الفصل الثاني).

الفصل الأول: ضمانات التعويض عن الأخطاء الطبية

إن المفهوم التقليدي لنظام التعويض يعني أن الأساس الوحيد للحصول على التعويض عما لحقه من ضرر في جسمه أو ماله هو أن تشير قواعد المسؤولية المدنية إلى شخص يتحمل هذا التعويض على أساس خطئه الثابت أو بدونه. و المضرور في سعيه للتعويض لا يجد أمامه إلا الفرد المسؤول الذي حددته قواعد المسؤولية المدنية، فإذا لم يجد المضرور مسؤولاً يتحمل التعويض أو فشل في إثبات الخطأ أو نسبته إلى شخص محدد، أو كان المسؤول معسراً فالمجتمع لا علاقة له بتعويض هذه الأضرار و التي يظل أمر تعويضها محصوراً في العلاقة بين المضرور و المسؤول، فالتعويض يتعلق بالفرد المسؤول وحده و لا يتعدى إلى الكيان الاجتماعي.

غير أنه و أمام ضخامة الأضرار بالقياس إلى الخطأ اتجهت الهيئة الاجتماعية بكافة الوسائل إلى تحقيق تعويض مناسب للأضرار التي تلحق بالأفراد دون التقييد بما تفرضه المسؤولية الفردية من ضرورة قيام الخطأ من ناحية، ودون التقييد بحصر الالتزام بالتعويض في ذمة المسؤول من ناحية أخرى.

هذه الاجتماعية التي تتجه إليها المسؤولية تبدو أكثر تأكيداً إذا تعلق الضرر بحياة الانسان أو تكامله الجسدي، فهذه المسؤولية يجب أن يكون أولاً و قبل كل شيء حماية جسم الانسان قبل ذمته، ودون أن نسمح للخطأ أو مضمون الالتزام أن يقف عقبة في سبيل التعويض.¹

فالذمة الفردية للمسؤول أصبحت في الوقت الحاضر أحد أبواب التعويض فقط، فإن لم تسعف المضرور في اقتضاء التعويض لجأ إلى الشخص المعنوي المتبوع (المبحث الأول) أو أنظمة التعويض الجماعية (المبحث الثاني).

¹¹ - محمد ابراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 218 وما يليها.

المبحث الأول: التعويض عن طريق الشخص المعنوي المتبوع

رغم أن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه¹ لم تنقرر و لم تخرج في البداية عن الفردية في الالتزام بالتعويض حيث المتبوع أو المخدوم كان عادة فرداً من الأفراد، فإن التطور الاجتماعي و الصناعي أدى إلى استخدام هذه المسؤولية في استظهار جماعية التعويض، حيث المتبوع اليوم عادة ما يكون الدولة ذاتها أو أحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة.² فقد أدى نظام مسؤولية المتبوع - الشخص المعنوي- عن تابعه³ إلى كفاية حق المضرور في التعويض من ذمة جماعية لا يخشى إفسارها أو عدم ملاءمتها، و تجنبه مخاطر عدم الحصول على التعويض بصفة فعلية.

ونظراً لما تحققه الشخصية المعنوية للمتبوع من مزايا، فقد ذهب بعض الفقه إلى القول بأن الاستعانة بفكرة الشخصية الاعتبارية أو المعنوية هي السبيل إلى ضمان حق المضرور في التعويض في كل حالة يكون الضرر ناتجاً عن خطأ شخص غير محدد ضمن مجموعة

1 - المادة 136 ق.م « يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعاً منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها.

و تتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع.»

2 - محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 278.

3 - يجب التمييز هنا بين المسؤولية المدنية و التي يقع أثرها على الذمة المالية للشخص المعنوي، و لا فرق في ذلك بين الشخص المعنوي العام و الشخص المعنوي الخاص. و بين المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي و التي يصعب التسليم بها إلا فيما يتعلق بالغرامة أو المصادرة أو الحل، إضافة إلى أن المشرع الجزائري و إن أقر المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي بموجب القانون 04-15 المعدل لقانون العقوبات، إلا أنه استثنى من هذه المسؤولية الدولة و الجماعات المحلية و الأشخاص المعنوية الخاصة للقانون العام بما في ذلك المستشفيات العامة، وهو ما نصت عليه المادة 51 مكرر من قانون العقوبات المعدل « باستثناء الدولة و الجماعات المحلية و الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك. إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوية لا تمنع مسائلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي كشريك في نفس الأفعال.»

محددة من الأشخاص، ذلك أن القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية تفرض على المضرور إثبات علاقة سببية، وهو ما يستحيل في غالب الأحيان.¹ و تجب الإشارة إلى أن أنصار فكرة الشخصية المعنوية لم يقصدوا إعمالها على الفريق الطبي بالذات، و لكن يرون إعمالها على كل جماعة من الأشخاص يكون بينهم ترابط يمكن معه القول بأن شخصية هذه المجموعة استغرقت شخصية الأشخاص المكونين لها، فتظهر كمجموعة واحدة يصعب تحديد أي من أعضائها قد سبب الضرر الذي أصاب الغير. و إذا كانت هذه الفكرة تستهدف كل أشكال الحوادث التي يسببها شخص غير محدد ضمن مجموعة محددة من الأشخاص، كما في الحوادث الناجمة عن الإطلاق الجماعي و المتزامن للنيران، وكذا الحوادث الناجمة عن رياضة الفرق أو الألعاب الجماعية، فإن ذلك يكون من باب أولى على الفريق الطبي، حيث يكون الترابط بين أعضائه أقوى و أوثق مما يوجد بين أعضاء الجماعات الأخرى.²

المطلب الأول: تأصيل نظرية الشخصية المعنوية للفريق الطبي

إذا كانت مسؤولية الطبيب عن أخطائه الشخصية مازالت تثير جدلاً قضائياً و فقهيّاً، فما بالنا بمسؤوليته عن أخطاء معاونيه، و التي نادراً ما تجد طريقها إلى الواقع العملي، إما لعدم إدراك المريض لحقيقتها، و إما لتستر أعضاء الفريق الطبي عن أخطاء بعضهم البعض من أجل تبديد حجة المريض.³

وإذا كان الطبيب مسؤولاً عقدياً في مواجهة المريض، عن فعل من استعان بهم في تنفيذ العقد، إلا أن هناك حالات يصعب فيها تحديد من ارتكب الخطأ،⁴ حيث نكون أمام فريق أو

¹ - محمد شكري سرور، مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة من الأشخاص، دار الفكر العربي، 1983، ص 05 وما يليها.

² - محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ص 99 وما يليها.

³ - عبد الله محمد علي الزبيدي، مسؤولية الطبيب المعالج العقدي عن أخطاء معاونيه في القطاع الخاص، مجلة الحقوق الكويتية، 2004، ص 263.

⁴ - G.Boyer CHammard etP.Monzein.La responsabilité médicale. Presses universitaires de france. 1974.p166.

مجموعة من الأطباء تجمعهم وحدة الهدف و المصلحة من خلال تدخل جراحي واحد، كما أن التمسك بالمسؤولية الفردية للطبيب الجراح قد يفضي إلى إعفاء بعض أعضاء الفريق الطبي من المسؤولية، و الأخطر من ذلك قد يعفى الفريق كله إذا لم تشر قواعد المسؤولية إلى مسؤول محدد.

الفرع الأول: محاولات تأكيد حق المضرور في التعويض

إن مشكلة الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة من الأشخاص يثير إشكالية في تعويض هذا الضرر، ذلك أن مصلحة المضرور وحقه في التعويض تقتضي اعتبار جميع أفراد المجموعة محل شبهة حقيقة، في أن يكون هو المتسبب في الضرر. فليس من العدل ألا يحصل المضرور على التعويض لمجرد عدم تحديد شخص المتسبب فيه، فيكون مصيره أسوأ من مصير المضرور الذي يتلقى إصابة واحدة من جراء سلوك شخص واحد.¹

و إذا كان هذا الحل يزكيه العدل و المنطق فإنه في المقابل يمثل مساساً بقرينة البراءة من جهة،² كما يمثل تجاهلاً لقواعد المسؤولية المدنية التي تستلزم وجود علاقة سببية بين الخطأ و الضرر الذي يتعين تعويضه، و الذي يتعين على المضرور إقامة الدليل عليه. فالقول بمسؤولية جميع أفراد المجموعة لمجرد وجود خطأ من جانب أحدهم نتيجته القول بمسؤولية أو إدانة برئاء محتملين، وهو ما يجعل حق المضرور في التعويض يصطدم بعقبة علاقة السببية بين الضرر و الخطأ الذي أنتجه.³

¹ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 06.

² - تعني قرينة البراءة افتراض براءة كل شخص مهما كان وزن الأدلة أو قوة الشكوك التي تحول حوله. و يترتب على ذلك وجوب معاملته كبريء، كما ينبغي أن يصنف كذلك مادام أن مسؤوليته لم تثبت بمقتضى حكم صحيح و نهائي صادر عن قضاء مختص. أنظر: محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، الفنية للطباعة و النشر، الإسكندرية، ص 39. مشار إليه: محمد بودالي، الحماية الجنائية و المدنية لقرينة البراءة، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2004، ص 30 وما يليها.

³ - ABEKANE (H): Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe détermine des personnes. Rve. trim. 1958 p. 517. N° 2. 06. ص، محمد شكري سرور، ص، نقلاً عن:

و الحقيقة أن هذه النتيجة و إن كانت تجد صحتها في احترام حرفية النصوص، و ما استقرت عليه القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية، إلا أن هذه النتيجة تتضمن تجاهلاً تاماً لمصالح المضرور وما تقتضيه وظائف المسؤولية المدنية. و نتيجة لذلك كان من الطبيعي أن يسعى الفقه و القضاء إلى التغلب على هذه العقبات تدعيماً لحق المضرور في التعويض.

و من هنا فإن ضمان حق المضرور في التعويض يكون بالبحث عن حل وسط بين حرمانه من التعويض في كل الأحوال و بين القول بوجوبه له في مواجهة جميع أفراد المجموعة في كل الأحوال.

و لقد حاول القضاء أن يؤكد حق المضرور في التعويض من خلال فكرة الخطأ المشترك في التخطيط أو التنظيم. فالتغلب على عقبة إثبات علاقة السببية تغاضي جانب من القضاء عن الاهتمام باللحظة التي وقع فيها الحادث، ومحاولة استخلاص خطأ سابق هو الخطأ في تنظيم النشاط نفسه أو في التخطيط له.¹ و لقد لاقت هذه الوسيلة العديد من الاعتراضات من أهمها أن الخطأ في التنظيم يفترض أن يكون التنظيم ذاته أمراً ضرورياً، فلا بد أن يثبت وجود خطأ في التنظيم قبل الحديث عن الخطأ في التنفيذ، وهو ما يجعل هذه الوسيلة لا تقدم حلاً للمشكلة بل تستند إلى مجموعة من الافتراضات: افتراض جميع أعضاء المجموعة منظمين للنشاط المشترك، و افتراض ضرورة وجود حد أدنى من التنظيم في كل نشاط جماعي يشكل إغفاله خطأً مشتركاً، و افتراض أن سوء التنظيم أو إغفاله هو سبب الضرر طالما كان هذا الأخير مما يمكن توقعه عادة.²

¹ - استناداً إلى هذه الوسيلة يقول سافتييه أنه عندما يطلق مجموعة من الصيادين بشكل متزامن و في اتجاه المضرور، فإن معنى ذلك أن هناك رحلة صيد قد خطط لها بشكل سيء، و نفذت بشكل سيء، بل يجعل من الضروري تضمين المنظم الفردي بنتائج الخطأ الصادر من الصياد غير المحدد من بين هؤلاء الرماة. و أمام صعوبة إعمال هذه الوسيلة في حالة الخطأ في التنظيم غير المنسوب إلى شخص محدد، افتراض أنصار هذه الوسيلة أن جميع أعضاء المجموعة منظمين لنشاطهم المشترك فيكون عندئذ الخطأ منسوباً إليهم جميعاً. أنظر: محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 45 وما يليها.

² - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 57.

و أمام عجز الفكرة السابقة عن تخطي عقبة السببية ظهرت فكرة أخرى ترى أن الاشتراك يعد خطأً في حد ذاته طالما كان النشاط الجماعي نشاطاً خطراً من شأنه الإضرار بالغير. ورغم أن هذه الفكرة قد لقيت تأييداً لدى القضاء في بعض أحكامه،¹ إلا أنها لم تسلم أيضاً من الانتقاد، ذلك أن احتمال حدوث ضرر للغير ولو كان النشاط غير مألوف لا يكفي وحده لاعتبار النشاط خطراً، ما لم يكن هذا الخطر أمراً مؤكداً و ليس مجرد احتمال، بأن يتم إغفال الاحتياطات الضرورية و الأساسية للتنظيم، وفي هذه الحالة يكون الخطأ ناتجاً عن الإهمال و عدم الاحتياط و ليس من مجرد المساهمة في النشاط الجماعي. كما لا يمكن القبول بهذه الوسيلة إلا إذا أثبت المضرور أن فعل الشخص غير المعين الذي سبب الضرر يتصل بالنشاط الجماعي الخطر بعلاقة سببية مباشرة، و أن يكون هذا النشاط في ذاته نشاطاً خاطئاً، وهو ما يجعل هذه الوسيلة عاجزة عن تقديم العون الذي يحتاجه المضرور.²

و قد حاول جانب آخر تأكيد حق المضرور في التعويض في نطاق المسؤولية عن فعل الأشياء،³ حيث يمكن مساءلة جميع أفراد المجموعة عن الضرر الناتج عن فعل الشيء الذي يستخدمونه جميعاً متى كان هذا الشيء خاضعاً لحراستهم المشتركة أو الجماعية،⁴

¹ - Aix 06-06-1950 D 1951-j- 173; j.c. p 1950-2-5736.

تتلخص وقائع الدعوى في أن أربعة أطفال كانوا يلعبون في الشارع لعبة تتضمن قذف أحد الأحجار فيما بينهم، أصيب أحد المارة دون أن يكون بالإمكان تحديد شخص من قذف بهذا الحجر من بين مجموعة الرفاق. فرغم استحالة إثبات خطأ شخصي ينسب إلى أحد شخص محدد، ذهبت المحكمة إلى أن ذلك لا يحول دون الرجوع بالتعويض على جميع الرفاق على أساس أن اللعبة التي مارسوها جميعاً تنطوي عن رعونة وعدم احتياط ينسب إليهم جميعاً.

² - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 62 وما يليها.

³ - المادة 138 ق.م.ج « كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال و التسيير و الرقابة يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء. »

و يعفى من هذه المسؤولية، الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة. « المادة 178 ق.م.ج « كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسؤولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، مالم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة. »

⁴ - لقد تأثر معيار الحراسة بالتطور الذي شهدته المسؤولية عن الأشياء الجامدة، منذ اكتشاف المادة 1384 مدني فرنسي. و يمكن إجمال معايير الحراسة فيما يلي: - معيار الحراسة القانونية: و بمقتضاه يكون الحارس مسؤولاً متى كانت

ومؤدى تطبيق هذا المفهوم كما في بعض الرياضات ككرة القدم مثلاً أن يكون بالإمكان مساءلة جميع المساهمين في اللعب عن الضرر الذي يمكن أن يحدث بفعل الكرة، دون الحاجة إلى تحديد شخص من صوبها من بينهم جميعاً. و لما كان هذا الحل لا يمكن تطبيقه في الفرض الذي تتعدد في الأشياء المستخدمة من جانب أفراد المجموعة، لجأ البعض إلى افتراض أن الأشياء المستعملة قد تدخلت كلها في إحداث الضرر، و القول بخضوع جميع الأشياء للحراسة الجماعية أو المشتركة لجميع مستعملها.¹

ومع ذلك، ورغم أهمية ما انتهى إليه أنصار فكرة الحراسة، إلا أن خصومها يرون أن هذا التصور تحول دونه طبيعة الحراسة ذاتها، و أساس جعلها سبباً للمسؤولية المفترضة. فالمسلم به في هذا النطاق أن الحراسة على الشيء الواحد إن جاز أن تتبادل إلا أنه لا يتصور أن تتعدد، فجوهر الحراسة وجود سيطرة فعلية ومستقلة على الشيء في رقابته أو استعماله أو العناية به، وهو ما لا يتصور معه أن تنسب لأكثر من شخص في آن واحد

له سلطة قانونية على الشيء، سواء كانت مستمدة من حق عيني أو من حق شخصي. و يجد أنصار هذا المعيار سندهم في فكرة المسؤولية عن الحيوان، حيث يبقى الحارس مسؤولاً ولو ضل الحيوان، إذ أن العبرة بالسلطة القانونية، ولا أهمية للسيطرة المادية. ورغم أن هذا المعيار قد ساد مدة من الزمن إلا أنه لم يسلم من النقد: فهذا المعيار غير دقيق على اعتبار أنه لا يراعي السيطرة الفعلية رغم مالها من تأثير على المسؤولية عن الشيء، كما أن النصوص القانونية في مجال المسؤولية عن فعل الحيوان لم تشترط أن يكون الحارس مالكاً.

- معيار الإدارة المادية للشيء: فيكون الحارس مسؤولاً متى كانت له الحراسة على الشيء وقت حدوث الضرر، فالحارس هو من يمارس الإدارة المادية على الشيء. و يؤدي تطبيق هذا المعيار إلى تضيق نطاق الحراسة، فيتجاهل بذلك العلاقات التي تكون بين الأفراد كعلاقة التابع بالمتبوع مثلاً.

- معيار الحراسة المعنوية: وحسب هذا المعيار يكون الحارس مسؤولاً متى اجتمعت فيه سلطة الاستعمال و التسيير و الرقابة، وهو المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري.

أنظر: فاضلي إدريس، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 98 وما يليها.

¹ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 67 وما يليها.

وعلى الشيء ذاته. وإذا كان من الصعب القول بفكرة الحراسة المشتركة أو الجماعية على الشيء الواحد، فإن هذه الصعوبة تشتد إذا تعلق الأمر بأشياء متعددة.¹

الفرع الثاني: إضفاء الشخصية المعنوية على الفريق الطبي

أمام إخفاق كل المحاولات التي قصد بها تأكيد حق المضرور في التعويض في إطار القواعد الموضوعية للمسؤولية المدنية، فقد رأى البعض أن البحث عن حل ملائم يكون بالاتجاه صوب فكرة الشخصية الاعتبارية للمجموعة التي نتج الضرر عن نشاطها، خاصة وأن المحاولات السابقة قد اعتمدت على وسائل تترجم في الحقيقة فكرة الشخصية الاعتبارية للمجموعة - الخطأ المشترك في التخطيط أو التنظيم، الحراسة الجماعية للأشياء المستعملة في النشاط-.²

و تجب الإشارة إلى أن مشكلة التعويض في الفرض محل الدراسة يخرج من نطاقها الحالة التي يكون فيها أحد الأشخاص مسؤولاً قانوناً عن السلوك الخاطئ لكل أفراد المجموعة، إذ أن حق المضرور في هذه الحالة يقتصر على إثبات تحقق رابطة التبعية - الإشراف و التوجيه-. كما تستبعد أيضاً حالة المسؤولية التضامنية حيث يكون كل فرد من أفراد المجموعة مخطئاً، إذ أن تعدد المسؤولين عن الفعل تجعلهم متضامنين في التزامهم

¹ - لقد تمسك القضاء الفرنسي بمبدأ عدم تعدد الحراسة بمناسبة الحوادث الناجمة عن الألعاب الجماعية وبصفة خاصة لعبة كرة القدم، فاللاعب لا تثبت له حراسة الشيء الذي يحوزه، مادامت قواعد اللعب تخضع حيازته له للتعرض من اللاعبين الآخرين، أو تجعل من الضروري عليه تصديره على الفور إلى لاعب آخر أو في اتجاه محدد. فهذه الرياضة لا تدع لأي لاعب سوى حيازة بالغة القصر بحيث يمكن القول بأن له عليها و بشكل طبيعي سلطة الاستعمال و الرقابة و الإدارة، وهي السلطة التي يزاحمه فيها اللاعبون الخصوم. كما رفض القضاء طلب التعويض لأحد المتفرجين ارتطمت به الكرة إثر ركلها من أحد اللاعبين تأسيساً على أن أي لاعب لا يستأثر بحيازة الكرة، و بالتالي يعفى جميع اللاعبين من المسؤولية بما فيهم اللاعب الذي ركل الكرة.

وقد حظي هذا التبرير بتأييد من بعض الشرح الذين يؤكدون ضرورة وجود رابطة فعلية و مستقلة بين الشخص و الشيء، حين يمكن القول بأنه حارس له وهي الرابطة التي تنتفي في خصوصية كرة القدم، التي تتميز بوجود نوع من الاتكال أو الاعتماد المتبادل بين اللاعبين بعضهم على بعض، بما لايسمح بوجود رابطة مستقلة لأي منهم في إدارة الكرة. فكل منهم يؤثر في هذه الإدارة حتى أو لئك الذين لا يحوزون الكرة مادياً فإنهم يتأثرون أيضاً على سير المباراة. أكثر تفصيلاً أنظر: محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 25 وما يليها.

² - محمد شكري سرور، ص 101.

بالتعويض و تكون المسؤولية بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض.¹ كما تستبعد أيضاً الحالة التي يمارس فيها أكثر من طبيب تقديم خدمات طبية تعاونية في مكان واحد، و التي تخضع حسب القانون الفرنسي إلى القواعد المنظمة للشركات المهنية، ولشركات مزاوله المهن الحرة ذات الشكل التجاري.²

ولما كان البحث عن طريق للتعويض في سياق القواعد العامة للمسؤولية تعترضه العديد من العقبات، إذ أن حق الضرر في التعويض يصطدم برابطة السببية، خاصة عند محاولة تحديد دور خطأ كل عضو من أعضاء المجموعة بالنسبة لما وقع من ضرر، فقد يستحيل مثلاً كشف نصيب كل من الجراح و طبيب التخدير في الخطأ الذي أفضى إلى وفاة المريض، و بالتالي فإن الاعتراف بخطأ الفريق الطبي يكون ضرورياً في هذا الفرض. فكل مجموعة تجتمع بطريقة مقصودة³ تكون مسؤولة بالتضامن عما يقع من ضرر بسبب فعل أي عضو من أعضائها متى حدث ذلك خلال ممارسة النشاط الذي اجتمعوا من أجله.⁴

المطلب الثاني: مدى انسجام النظرية مع ضوابط الشخص المعنوي

¹ - المادة 126 ق.م « إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض.»

² - عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول: المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 248.

³ - يجب التمييز هنا بين التجمعات المقصودة و التي تقتضي وجود مصلحة مشتركة تتجه المجموعة إلى تحقيقها بإرادتهم الجماعية، ليس فحسب لحظة تشكيلهم للمجموعة بل أيضاً لحظة وقوع الفعل الضار، حيث يكون التنفيذ ناشئاً عن تشاور أو تفاهم مسبق بين مكوناتها، و بين التجمعات العرضية و التي قد لا يتوفر لمكوناتها الشروط السابقة و لو كانوا يمارسون نشاطاً مماثلاً. ف نطاق الشخصية المعنوية محل الدراسة يشمل التجمعات مقصودة التكوين دون التجمعات العرضية، لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى تعميم فكرة مسؤولية المجموعة إلى أي تجمع للأشخاص، وهو ما لا يقبله العدل أو القانون. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 113 وما يليها.

⁴ - محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، المرجع السابق، ص 97.

إن بحث مدى انسجام نظرية الشخصية المعنوية للمجموعة مقصودة التكوين، يقتضي بحث الأساس الذي اعتمده أنصارها لإضفاء الشخصية المعنوية، ثم بحث مدى استيعاب هذه المجموعة لمقومات و خصائص الشخص المعنوي.

الفرع الأول: من حيث أساس الشخصية المعنوية

لقد استند أنصار الشخصية الاعتبارية للمجموعة مقصودة التكوين في تأصيل وجهة نظرهم هذه إلى النظريات التي ظهرت بشأن الشخصية الاعتبارية بوجه عام، خاصة تلك النظريات التي ترى أن الشخصية الاعتبارية ليست مجازاً قانونياً بل إنها حقيقة كائنة،¹ مع استبعاد النظريات التي ترى أن الشخص الاعتباري مجرد وهم يتوقف نشؤه القانوني على إرادة المشرع،² ومن باب أولى استبعاد تلك التي تتكر الشخصية الاعتبارية أصلاً.³

فيجب الاعتراف بالشخصية المعنوية كلما كانت هناك مصلحة جماعية على قدر من الثبات، تتجسد في حد أدنى من التنظيم، أو كلما كان هناك كائن جماعي توفرت له قيمة اجتماعية ناتجة عن قيمة الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه، ومن قدرته و أفضليته على الكائن الفردي في هذا التحقيق، مع إمكانية التعبير عن إرادة هذا الكيان الجماعي، و أن يتوافر لدى

¹ - ترى هذه النظريات أن الشخصية الاعتبارية تتحقق بمجرد اجتماع عدة أفراد لتحقيق غرض مشروع يؤدي إلى نشوء إرادة مشتركة و منفصلة عن إرادات الأفراد ومغايرة لها. وهذه الإرادة المشتركة و المنفصلة عن إرادات المكونين للشخص المعنوي هي الأمر الجوهري لوجود الشخص المعنوي. وهذه الإرادة نشأت قبل تدخل الدولة، و بذلك فإن تدخل المشرع لا يكون لخلق الشخصية المعنوية بل للاعتراف بها و تنظيم نشاطها. أكثر تفصيلاً أنظر: عبد المنعم البدرابي، المدخل للقانون الخاص، دار الكتاب العربي بمصر، الطبعة الأولى 1957، ص 197 وما يليها.

² - تنسب هذه النظرية إلى الفقيه الألماني سافيني الذي كان له الفضل الأكبر في صياغتها، ونقطة الابتداء في هذه النظرية أن الإنسان هو الذي يجوز أن يكون محلاً للحق و التكليف، أما الجماعات فليست بطبيعتها ذات إرادة منفصلة، و افتراض أن هذه الجماعات وحدة مستقلة صالحة لتلقي الحقوق و تحمل التكاليف لا يمكن أن يتحقق إلا إذا تدخل المشرع و جعل منها شخصاً قانونياً. عبد المنعم البدرابي، المرجع نفسه، ص 194 وما يليها.

³ - ترى هذه النظريات أن فكرة الشخصية المعنوية يمكن الاستغناء عنها بفكرة الملكية المشتركة، حيث يكون المال مملوكاً للجماعة كلها كأنها فرد واحد، أو الاستعانة بفكرة المال الذي لا مالك له و المخصص لغرض معين، فالأموال التي يقال عنها عادة أنها ملك للشخص المعنوي هي أموال أو ذمة مالية مخصصة لغرض معين، و ليس من الضروري أن تنسب هذه الذمة و تلك الأموال لشخص معين. عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص 199 وما يليها.

منشئيه نية ثباته ودوامه.¹ فعدم وجود نص قانوني خاص لا يمثل عقبة أمام منح هذه المجموعة شخصية اعتبارية، فالشخصية الاعتبارية توجد في الواقع متى تحققت مقوماتها، ولكنها لا توجد قانوناً إلا بإقرار المشرع لها، وهذا الإقرار لا يعني خلق الشخص المعنوي من العدم، بل هو إقرار بما توافر لهذا الكائن في الحياة الاجتماعية من وجود حقيقي.² وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا المعنى في حكم شهير لها قضت فيه بأن الشخصية المدنية ليست من خلق المشرع، وإنما تخص - من حيث المبدأ - كل جماعة مزودة بإمكانية التعبير الجماعي، من أجل الدفاع عن مصالح مشروعة، جديرة من ثم بالاعتراف القانوني بها وب حمايتها.³

الفرع الثاني: من حيث مقومات وخصائص الشخص المعنوي:

حتى تثبت لمجموعة من الأشخاص شخصية اعتبارية لا بد من وجود مصلحة جماعية مشروعة تهدف إلى تحقيقها، وتكون في ذلك أقدر من الشخص الفردي، مع إمكانية التعبير عن إرادة هذا الكيان الجماعي، وأن يتوفر لدى منشئيه نية ثباته ودوامه.⁴ ومتى تحققت هذه الشروط ينشأ شخص معنوي مستقل في وجوده عن الأشخاص المكونين له، هذه الاستقلالية تجعله أهلاً لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان، وتصبح له ذمة مالية مستقلة، ولا تختلط هذه الحقوق أو الالتزامات بحقوق و التزامات أعضائه ومنشئيه.⁵

و الواقع أن هذه الشروط يصعب بحثها بشكل مباشر في الفريق الطبي أو المجموعات مقصودة التكوين، ذلك أن هذه المجموعات من الأشخاص لا تجمع كل الشروط الواجب توافرت في الشخص الاعتباري الكامل - وذلك بإقرار من مؤيدي هذه النظرية -، إذ أن الذمة التي تتحمل التعويض في النهاية هي الذم الفردية أو الخاصة لأعضائها.

¹ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص

² - محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص 136.

³ - civ 28-01-1954 D 1954-217 et note LEVASSEUR - G-

⁴ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 105.

⁵ - محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص 125.

فإذا كان بالإمكان القول بأن علاج المريض يمثل مصلحة جماعية مشروعة يهدف الفريق الطبي إلى تحقيقها ، فإن باقي الشروط لا يتحقق إلا في الفرض النظري، فقد حاول البعض إيجاد مقارنة بين مقومات الشخص المعنوي وبين حالة الفريق الطبي مثلاً، بالقول أن التعبير عن إرادة الفريق يتولاه الطبيب الجراح بصفته رئيساً للفريق، وأن مجال المسؤولية التقصيرية لا يشترط التعبير عن الإرادة باعتبار أن التعويض يجد مصدره في واقعة مادية أو سلوك مادي خاطئ. و الأمر نفسه بالنسبة لقابلية الكائن الاجتماعي للدوام، إذ أن نشاط الفريق الطبي يسبقه بالضرورة إعداد و تنظيم و تحديد للأدوار بشكل محكم و دقيق. أما عن شرط الذمة المالية المستقلة فقد اعتبرها أنصار هذه النظرية من نتائج ثبوت الشخصية القانونية و ليست من عناصر تكوين الشخص المعنوي.¹

و رغم صعوبة انسجام هذه النظرية و مقومات الشخص الاعتباري الكامل، إلا أن مؤيدوها ذهبوا إلى القول بأن هذه الصعوبة لا تحول دون الاعتراف لمجموعات الأشخاص بقدر من الشخصية الاعتبارية - شخصية اعتبارية ناقصة-، فهذه المجموعات هي كيانات وسط بين العدم و الشخصية القانونية، وهذه الكيانات ورغم عدم تمتعها بحياة مستقلة عن تكوينها، إلا أنها ذات مدلول حقيقي مؤكد يمكن معه أن تسند إليها بعض مظاهر الحياة وبصفة خاصة تبعات الخطأ الذي يمكن أن يرتكبه عضو غير محدد من أعضائها. يضاف إلى ذلك أن الاعتراف بالشخصية الاعتبارية الناقصة يتسق أيضاً مع فكرة المسؤولية الجماعية، و التي تعد الأصل في المسؤولية المدنية قبل أن تتحول شيئاً فشيئاً نحو الفردية، خاصة في ظل تزايد الأخطار غير المحددة بفعل النشاط الجماعي، و الذي يستحيل معه أن يحدد المضرور شخص المخطئ من بين العديد ممن اشتركوا في النشاط الجماعي الضار.²

و الحقيقة أن هذه النظرية و رغم أهمية ما توصلت إليها إلا أنها وكما يقر مؤيدوها تظل مجرد محاولة نظرية أو فقهية للتغلب على العقبات التي تعترض المضرور في

¹ - محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، المرجع السابق، ص 101 وما يليها.

² - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 109 وما يليها.

التعويض، و أن أعمالها لا يكون إلا بتدخل المشرع لإقرارها، وهو ما لم يتحقق في واقع الحال، إذ المسؤولية التضامنية أو التضاممية تعد أكثر قبولاً من القول بالشخصية المعنوية الناقصة من جهة، ومن جهة أخرى فإن العنصر الجوهري في الشخصية المعنوية هو اعتراف المشرع بها¹ و لا يمكن الاقتصار فقط على وجود مصلحة جماعية مشروعة تهدف المجموعة إلى تحقيقها.

وعلى هذا الأساس فإن الاعتراف بالشخصية المعنوية للفريق الطبي يتوقف على اعتراف المشرع له بهذه الشخصية، وفي ظل عدم وجود هذا الاعتراف تبقى المسؤولية التضامنية أو التضاممية لأعضاء الفريق هي السبيل إلى تعويض المضرور عما لحقه من ضرر بعيداً عن كل افتراض أو خروج عن قواعد القانون.²

¹ - المادة 49 ق.م « الأشخاص الاعتبارية هي..... كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية.»

المادة 50 ق.م « يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقرها القانون.»

² - محسن إبراهيم البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، المرجع السابق، ص 105.

المبحث الثاني: الأنظمة الجماعية للتعويض

تتمثل هذه الأنظمة في نظام التأمين، وبصورة خاصة نظام التأمين من المسؤولية (المطلب الأول)، وكذا نظام صناديق الضمان (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التأمين الإجباري من المسؤولية

إن تطور التأمين قلب التوازن الداخلي للنظام التقليدي للمسؤولية المدنية، فاتحاً الطريق لجعل المبدأ هو الوقاية ثم معالجة الأضرار عن طريق التعويض، في حين كان دور المسؤولية التقليدية هو التعويض الذي عجزت عنه في الكثير من الأحيان بسبب التطور الحاصل في الحوادث ومدى تفضيل المضرورين للجوء إلى وسائل التأمين التي أثبتت نجاعتها.¹

فبمقتضى عقد التأمين يلتزم المؤمن بأن يؤدي إلى المؤمن له أو المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيرادا مرتب أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين في العقد، وذلك مقابل قسط أو أي دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن.²

ورغم ما تعرض له نظام التأمين من المسؤولية من معارضة في البداية،³ إلا أنه فرض نفسه على القضاء و التشريع. ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد بل أصبح هذا النوع من التأمين

¹ - الحاج أحمد بابا عمي، الجمع بين تعويض المسؤولية المدنية وتعويض التأمين، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2014، ص 28

² - المادة 619 من الأمر 75-85 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني- ج.ر. رقم 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975- المعدل و المتمم.

³ - لقد انتقد الفقيه سافتيه هذا النوع من التأمين، على أساس أنه يؤدي إلى تشبيه الخطر الطبي بخطر السيارة، لكن هذا التقريب غير صحيح، فدور الطبيب دور إيجابي، و هو تقديم العلاج الذي يعتقد الطبيب أنه يشفي المريض، في حين أن دور سائق السيارة الذي يرتكب حادثاً هو دور خطير لا يمكن تشبيهه بخطأ الطبيب الذي يفشل في العلاج، أضف إلى ذلك أن خطر الطريق يستند في الغالب إلى السائق لأن السيارة ليست معدة في ذاتها لإحداث الإصابات.

أما القول بأن التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب يمكن أن يؤدي إلى عدم العناية بالمريض، فلا يقوم الطبيب بواجباته في تقديم الرعاية، فهذا اعتراض غير صحيح لأن الغطاء المالي المقدم من شركة التأمين لا يمثل بالنسبة للطبيب الغطاء الكافي، فقد يسأل الطبيب جنائياً في الحالات الخطرة.

وسيلة لتحقيق أهداف ومقاصد اجتماعية تهم المجتمع بأسره، بحيث فرض المشرع هذا النوع من التأمين في بعض المجالات بمقتضى نصوص قانونية، الأمر الذي لم تعد معه الإرادة حرة في تكوين العقد.¹

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للتأمين من المسؤولية

التأمين من المسؤولية عقد بموجبه يلتزم المؤمن بتغطية الأضرار التي تلحق بالمؤمن له جراء رجوع الغير عليه بالمسؤولية، فهذا النوع من التأمين لا يغطي فحسب الأضرار التي تلحق المؤمن له جراء تحقق مسؤوليته نحو الغير، بل هو يغطي أيضاً الأضرار التي تلحقه من مطالبة الغير له بالمسؤولية و لو كانت هذه المطالبة خالية من الأساس.

ولقد اعتبر المشرع الجزائري هذا النوع من التأمين إلزامياً في المجال الطبي، حيث تخضع له المؤسسات الصحية و الاستشفائية سواء كانت تابعة للقطاع العمومي أو القطاع الخاص، بما في ذلك المؤسسات التي تقوم بنزع أو تغيير الدم البشري للأغراض الطبية. كما ينطبق هذا التأمين على أعضاء السلك الطبي و شبه الطبي و الصيادلة.²

ولا يمكن القول أيضاً أن نظام التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب يؤدي إلى أن يساهم الطبيب الممتاز في تعويض خطأ يقع من طبيب مهمل، فمن الممكن أن يقع الطبيب الحذر في الخطأ أيضاً، بل ويمكن أن تؤدي أخطاؤه إلى حدوث آثار على درجة كبيرة من سوء.

فالمناعب الناجمة عن التأمين من المسؤولية لا يجب أن تؤدي بنا إلى إلغائه، أو التقليل من أهميته، فيكفي أنه يؤدي إلى رفع المسؤولية الملقاة على عاتق الطبيب، و التي تزداد يوماً بعد يوم. عبد الرشيد مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 63.

¹ - موسى جميل النعيمات، النظرية العامة للتأمين من المسؤولية المدنية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2006، ص 74. محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 280. محمد عبد الظاهر حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص 18.

² - تنص المادة 167 من قانون التأمين الجزائري على أنه « يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي و شبه الطبي و الصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير. » إبراهيم أبو النجا، التأمين في القانون الجزائري، الجزء الأول: الأحكام العامة، طبقاً لقانون التأمين الجديد، المرجع السابق، ص 39. أنظر أيضاً معراج جديدي، محاضرات في قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 136. مبروك حسين، المدونة الجزائرية للتأمينات، دار هومة، الطبعة الثانية، 2007، ص 57، 58.

أما المشرع الفرنسي فقد حدد في البداية نطاق الزامية التأمين من المسؤولية في بعض النشاطات الطبية فقط كالتجارب الطبية، ومراكز نقل الدم.¹ ليتجه بعد ذلك إلى اعتبار التأمين من المسؤولية شرطاً إلزامياً لممارسة النشاط الطبي بشكل عام، وهو ما يستفاد من نص المادة 2-1142 L من قانون الصحة العامة الفرنسي. ويخضع لهذا الالتزام المهنيون العاملون في مجال الصحة و الممارسين لحسابهم الخاص، وكذلك المؤسسات الصحية، وجميع التنظيمات العاملة في مجال العلاج و التشخيص و الصحة، و كذلك التنظيمات المشار إليها في المادة 1-1142 L من قانون الصحة العامة الفرنسي.² وكذا للقائمين بالبحوث أو التجارب الطبية.³ ويترتب عن مخالفة هذا الالتزام غرامة قدرها 45000 يورو، إضافة إلى عقوبة تكميلية هي المنع من ممارسة النشاط المهني أو الاجتماعي. و بالنسبة للأشخاص المعنوية يتعرض المخالف لعقوبة دفع غرامة لا تتجاوز خمسة أضعاف العقوبة بالنسبة للأفراد الطبيعيين، إضافة الى الحظر من ممارسة النشاط المهني نهائياً، أو لمدة خمس سنوات أو أكثر.⁴

¹ - أشرف جابر، المرجع السابق، ص 370 . عبد القادر أزوا، المرجع السابق، ص 71.

² - Art L 1142-2 CSP «Les professionnels de santé exerçant à titre libéral, les établissements de santé, services de santé et organismes mentionnés à l'article L. 1142-1, et toute autre personne morale, autre que l'Etat, exerçant des activités de prévention, de diagnostic ou de soins ainsi que les producteurs, exploitants et fournisseurs de produits de santé, à l'état de produits finis, mentionnés à l'article L. 5311-1 à l'exclusion du 5°, sous réserve des dispositions de l'article L. 1222-9, et des 11°, 14° et 15°, utilisés à l'occasion de ces activités, **sont tenus de souscrire une assurance destinée à les garantir pour leur responsabilité civile ou administrative susceptible d'être engagée en raison de dommages subis par des tiers et résultant d'atteintes à la personne, survenant dans le cadre de l'ensemble de cette activité.** »

³ - Art L1121-10 CSP « ...La recherche biomédicale exige la souscription préalable, par son promoteur ,**d'une assurance garantissant sa responsabilité civile** telle qu'elle résulte du présent article et celle de tout intervenant, indépendamment de la nature des liens existant entre les intervenants et le promoteur. Les dispositions du présent article sont d'ordre public.»

⁴ - Art L1142-25 CSP « Le manquement à l'obligation d'assurance prévue à l'article L. 1142-2 est puni de 45 000 Euros d'amende.

Les personnes physiques coupables de l'infraction mentionnée au présent article encourent également la peine complémentaire d'interdiction, selon les modalités prévues par l'article 131-27 du code pénal, d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. Cette interdiction est portée

ومن أجل ضمان التغطية التأمينية ولتفادي رفض شركات التأمين تغطية المخاطر الطبية، استحدث المشرع الفرنسي المكتب الوطني للتسعير،¹ الذي يختص بتحديد مبلغ القسط، و مؤسسة التأمين الواجب عليها تغطية المسؤولية. وفي حالة إصرار شركة التأمين على رفض التغطية التأمينية، فإن ذلك يعرضها لعقوبات مختلفة تصل إلى حد نزع الاعتماد جزئياً أو كلياً، أو توجيه تحذير أو توبيخ ، أو التقليل من صلاحياتها في بعض العمليات التأمينية.²

البند الأول: المبادئ التي تحكم التأمين من المسؤولية

التأمين من المسؤولية هو قسم من تأمينات الأضرار،³ و بالتالي فهو يقوم على مبدأين رئيسيين هما المصلحة في التأمين، و الصفة التعويضية.⁴

à la connaissance du représentant de l'Etat dans la région qui en informe les organismes d'assurance maladie. »

Art L1142-26 CSP « Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal, de l'infraction définie à l'article L. 1142-25 encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal, la peine prévue par le 2° de l'article 131-39 du même code.L'interdiction prononcée à ce titre porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise. Cette interdiction est portée à la connaissance du représentant de l'Etat dans la région, qui en informe les organismes d'assurance maladie.»

¹ - أنشأ بموجب المرسوم رقم 168 لسنة 2003 الصادر بتاريخ 28 فبراير 2003 (المتعلق بإنشاء المكتب الوطني للتسعير، و تعديل قانون التأمين) المادة (R 250-1 من قانون التأمين)، الجريدة الرسمية الفرنسية رقم 52 الصادرة بتاريخ 02 مارس لسنة 2003، الصفحة 3733) .

² - أنظر المواد L252-1 ، L252-2 من قانون التأمين الفرنسي .

³ - يشمل تأمين الأضرار كل أنواع التأمين التي يكون القصد منها تعويض الشخص عن ضرر يصيب ذمته المالية إذا تحقق الخطر. فالغرض منه هو تعويض الخسارة التي تلحق المؤمن له بسبب الحادث، وهو يختلف بذلك عن تأمين الأشخاص. و لقد انتقد البعض هذا التقسيم الثنائي بدعوى أنه لا يمكن أن يحيط بكل أنواع التأمين. فتأمين المسؤولية لا يمكن إدخاله تحت أي من هذين النوعين. فقد ذهب الفقيه جوسران إلى أن تأمين المسؤولية ذو صفة مختلطة، فيصح أن يكون من قبيل تأمين الأشخاص كما يجوز أن يكون من قبيل تأمين الأشياء. ولكن الحقيقة أن تأمين المسؤولية يهدف إلى ضمان المؤمن له من رجوع الغير عليه، وهذه هي الصفة التي تميزه عن تأمين الأشياء. عبد المنعم البدرابي، العقود المسماة الايجار و التأمين " الأحكام العامة"، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، 1961، ص 179 وما يليها.

⁴ - السنهوري، الوسيط، الجزء 07، المجلد الثاني: عقود الغرر، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص 1522 وما يليها.

و يقصد بالمصلحة القيمة المالية للدين الذي يترتب في ذمة المؤمن له إذا تحققت مسؤوليته، فيشترط في المصلحة أن تكون ذات قيمة مالية، وذلك على خلاف التأمين على الأشخاص. كما يجب أيضاً أن تكون المصلحة مشروعة أي أن الخطر غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة.

أما الصفة التعويضية فتعني أن التأمين من المسؤولية يهدف إلى تعويض المؤمن له عن الضرر الذي يلحقه جراء تحقق الخطر المؤمن منه. و لكن يقتصر التعويض في حدود الضرر الذي يلحق المؤمن له دون أن يجاوز ذلك ودون أن يكون مصدراً لإثرائه. فلا يجوز أن يكون المؤمن له بفضل عقد التأمين في مركز أفضل بعد تحقق الخطر مما كان قبل ذلك. و لا يجوز أن يتقاضى من المؤمن إذا تحقق الخطر تعويضاً أكبر لا فحسب من مبلغ التأمين المذكور في الوثيقة بل أيضاً من قيمة الضرر الذي لحقه.¹

و الصفة التعويضية بدورها تقوم على اعتبارين اثنين: الأول هو الخشية من تعمد تحقيق الخطر من طرف المؤمن له. و الثاني هو الخشية من أن يتخذ المؤمن له من عقد التأمين وسيلة للمضاربة، فمتى علم المؤمن له بأنه لن يتقاضى تعويضاً أكبر من قيمة الضرر الذي لحق به فلا يقدم على التأمين بمبالغ كبيرة تكلفه أقساطاً عالية ومن ثم فلا يكون هناك مجال للمضاربة.²

فالخشية من المضاربة و الخشية من تعمد تحقيق الخطر يتضافران لتأكيد الصفة التعويضية و جعل هذه الصفة من النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالف مقتضاها. و يترتب عن الصفة التعويضية أن المؤمن له لا يستطيع تقاضي تعويض أعلى من قيمة الضرر، غير أنه يمكن أن يتقاضى أقل من ذلك. فلا يتحتم على المؤمن أن يدفع مبلغ

¹ - عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، 184.

المادة 263 ق.م.ج " لا يلتزم المؤمن في تعويض المؤمن له إلا عن الضرر الناتج عن وقوع الخطر منه، بشرط ألا يجاوز ذلك قيمة التأمين."

² - الحاج أحمد بابا عمي، مرجع سابق، ص 170 وما يليها.

التأمين كله تعويضاً للمؤمن له عن تحقق الخطر، فمبلغ التأمين يعتبر حد أقصى للتعويض الذي يدفع للمؤمن له، فلا يجوز أن يدفع أكثر منه و لو زادت قيمة الضرر عن ذلك. و يترتب عن ذلك أنه في حالة تعدد عقود التأمين في مواجهة خطر واحد فلا يجوز للمؤمن له أن يجمع بين مبالغ التأمين الواجبة بهذه العقود بل يقتصر على تقاضي ما يعوض الضرر الذي لحق به دون زيادة إما من أحد المؤمنين أو منهم جميعاً على أن يقتسموا فيما بينهم هذا التعويض. كما لا يجوز للمؤمن له الجمع بين مبلغ التأمين و التعويض الذي قد يكون مستحقاً له في ذمة الغير، ويحل المؤمن محل المؤمن له في الرجوع بهذا التعويض. و بالمقابل يجوز أن يشترط المؤمن أن يدفع تعويضاً أقل من قيمة الضرر متى تحقق الخطر المؤمن منه، و يكون الغرض من هذه الشروط تحفيز المؤمن له على عدم الإهمال و اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع تحقق المسؤولية أو لحصر أضرارها في أضيق نطاق ممكن إذا تحققت، و قد يهدف إلى استبعاد الأخطار الصغيرة من نطاق التأمين فلا يبقى إلا الأخطار الكبيرة أو المتوسطة.¹

البند الثاني: تمييز التأمين من المسؤولية عن أشكال التأمين المشابهة

إن التأمين من المسؤولية يمثل تعديلاً في وصف المسؤول عن دفع التعويض، إذ يتولى المؤمن تغطية القيمة المالية الناتجة عن تحقق مسؤولية المؤمن له، كما أن الغاية منه هي ضمان تعويض الأضرار التي تلحق المضرور نتيجة الاعتداء على حياته أو تكامله الجسدي. وهو بهذا المفهوم يقترب من تأمين الإصابات من جهة (أولاً)، و يقترب من جهة أخرى من التأمينات الاجتماعية (ثانياً).

أولاً: تأمينات الأشخاص

التأمين على الأشخاص هو التأمين الذي يكون فيه الخطر المؤمن منه أمراً يتعلق بشخص المؤمن له لا بماله، وذلك على خلاف التأمين من الأضرار حيث الخطر المؤمن منه يتعلق بمال المؤمن له لا بشخصه.

¹ - السنهوري، الوسيط، الجزء 07، المجلد الثاني: عقود الغرر، المرجع السابق، ص 1527 وما يليها.

و الخطر الذي يتعلق بشخص المؤمن له قد يكون هو الموت كما في التأمين على الحياة لحالة الموت، وقد يكون هو الحياة كما في التأمين على الحياة لحالة البقاء، وقد يكون هو الإصابة التي تسبب الوفاة أو العجز الدائم أو الموقت كما في التأمين من الإصابات، و قد يكون هو المرض كما في التأمين من المرض.

ومن أهم ما يميز تأمينات الأشخاص أنها ليست ذات طابع تعويضي، إذ لا يقصد منها التعويض عن ضرر معين بمقدار هذا الضرر، فقد لا يكون هناك ضرر أصلاً كما إذا كان الحادث المؤمن منه حدثاً سعيداً، وحتى إذا كان هناك ضرر فإن مبلغ التأمين لا يقاس بمقياس هذا الضرر.¹

يضاف إلى ذلك أن التأمين من المسؤولية هو تأمين من الأضرار و لو نشأت المسؤولية عن ضرر أصاب المال أو أصاب الجسم. و إذا كان تأمين الأشخاص في أغلب صورته يتضمن شخصين هما المؤمن و المؤمن له، فإن التأمين من المسؤولية يتضمن ثلاثة أشخاص هم المؤمن و المؤمن له - المسؤول - و المضرور. و المضرور ليس بمثابة المستفيد الذي تم الاشتراط لصالحه بل إن المسؤول يشترط لصالح نفسه فهو يؤمن نفسه لمصلحة نفسه.

وحتى في الفرض الذي يكون المضرور من الخطأ الطبي مؤمن له عن الأضرار التي تصيبه في شخصه، فإن التزام المؤمن بتعويض المضرور عما أصابه من ضرر إنما يرتبط بمدى تحقق الخطر المؤمن منه بعيداً عن بحث تحقق مسؤولية الطبيب أو المستشفى عن هذا الضرر. و يترتب عن ذلك أن حصول المضرور من الخطأ الطبي على التعويض من الطبيب أو المستشفى المسؤول لا يحول دون حصوله على المبالغ المستحقة نتيجة التأمين على شخصه. فبينما للمضرور في هذه الحالة حقان: الأول قبل المسؤول عن الضرر ومصدره الخطأ الذي ارتكبه، وحق قبل شركة التأمين ومصدره عقد التأمين. و لا يجوز الاعتراض على هذا التحليل القانوني بأن المضرور يكون بذلك جمع بين تعويضين عن

¹ - السنهوري، الوسيط، عقود الغرر، المرجع سابق، ص 1373 وما يليها.

ضرر واحد، ذلك أنه لم يتقاضى إلا تعويضاً واحداً من المسؤول عن الضرر الذي أصابه، أما مبلغ التأمين فليس مقابلاً للتعويض بل هو مقابل أقساط التأمين التي دفعها للشركة.¹

ثانياً: تأمينات الأشياء

إن إلزامية التأمين من المسؤولية في المجال الطبي تقتضي التمييز بين هذا النوع من التأمين، و التأمين عن الأجهزة أو الآلات المخصصة لمباشرة النشاط الطبي، فقد يحدث عملياً أن يدفع الطبيب أو المؤسسة الصحية خلال دعوى التعويض بوثيقة التأمين عن الأشياء لإثبات الالتزام القانوني بالتأمين.

فرغم كون التأمين على الأشياء يعد أيضاً من التأمين عن الأضرار، إلا أن نطاق التزام المؤمن بالضمان يتحدد بالأضرار التي تلحق بالشئ بحد ذاته، ولا يمتد إلى الأضرار التي تصيب الغير نتيجة استخدامه. فالخطر المؤمن منه هو هلاك الشئ المؤمن عليه هلاكاً كلياً أو جزئياً، و الذي يتحدد بمقتضاه مبلغ التعويض.²

ثالثاً: التأمينات الاجتماعية

بالرغم من أن فكرة الخطر تعد عنصراً مشتركاً بين نظام التأمين من المسؤولية أو التأمين بشكل عام، و نظام التأمينات الاجتماعية، إلا أن النظام الأخير يمثل ظاهرة جديدة

¹ - السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، مرجع سابق، 1115 وما يليها. معراج جديدي، محاضرات في قانون التأمين الجزائري، مرجع سابق، ص 106.

المادة 61 ق.ت.ج " لا يحق للمؤمن بأي حال القيام بدعوى رجوع ضد الغير المسؤولين عن الحادث. يمكن جمع التعويض الذي يتوجب على الغير المسؤول دفعه للمؤمن له أو لذوي حقوقه مع المبالغ المكتتبة في تأمين الأشخاص."

² - السنهوري، الوسيط، عقود الغرر، المرجع سابق، ص 1598 وما يليها. المادة 30 ق.ت. (الأمر 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995 و المتعلق بالتأمينات، المعدل و المتمم) " يعطي التأمين على الأملاك للمؤمن له في حالة وقوع حدث منصوص عليه في العقد، الحق في التعويض حسب شروط عقد التأمين و ينبغي ألا يتعدى التعويض مبلغ قيمة استبدال الملك المنقول المؤمن أو قيمة إعادة بناء الملك العقاري المؤمن عند وقوع الحادث.

يمكن أن ينص العقد على تحمل المؤمن له تخفيضاً من التعويض في شكل حق يقطع منه على أن يحدد ذلك مسبقاً."

على النظام القانوني للتأمينات بشكل عام. فهو ينتمي ببعض أحكامه لفكرة الضريبة على نحو يقرب هيئات الضمان الاجتماعي من مصلحة الضرائب، و ينتمي ببعض الآخر لفكرة الادخار على نحو يقرب هذه الهيئات من مؤسسات الادخار، و ينتمي ببعض الثالث لفكرة التأمين على نحو يقرب الهيئات المذكورة من شركة التأمين التجارية.¹

وإذا كان نظام التأمينات الاجتماعية يشترك و نظام التأمين في الهدف و الأداة، فإن ذلك لا ينفي وجود اختلافات بين النظامين.

أ: أوجه التشابه

لقد حاول الفقه التمييز بين النظامين انطلاقاً من فكرة الخطر الاجتماعي باعتبارها أحد الخصائص الأساسية التي يتميز بها التأمين الاجتماعي عن التأمين العادي.

و لكن و أمام صعوبة تحديد فكرة الخطر الاجتماعي فلم يستطع الفقه تحديد نظام التأمين الاجتماعي، فالخطر الاجتماعي في مفهومه العام هو الخطر الناتج عن الحياة في المجتمع،² ولكن هذا المفهوم من شأنه أن يدخل ضمن الاخطار ما لا يغطيه الضمان الاجتماعي كمخاطر الحروب أو المرور، ومن شأنه أيضاً أن يخرج من دائرة التأمين الاجتماعي أخطاراً تقع فيه بالفعل كحالة المرض و الشيخوخة باعتبارهما خطرين متعلقين بالإنسان بصفة ذاتية لا بالحياة في المجتمع.³

و أمام ذلك ذهب جانب آخر من الفقه إلى تحديد الخطر الاجتماعي يكون بتحديد آثاره ونتائجه، فيكون الخطر الاجتماعي كل خطر من شأنه أن يؤثر على المركز الاقتصادي للشخص إم بالانقاص من دخله أو بقطعه نهائياً. سواء تعلق الخطر بجسم الانسان كالمرض أو العجز أو الشيخوخة، أو كان متعلقاً بظروف خارجية كالظروف الاقتصادية

¹ - مصطفى محمد الجمال، الوسيط في التأمينات الاجتماعية، دار الكتاب الحديث، 1984، ص

² - محمد حسن قاسم، التأمين الاجتماعي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 1977، ص 09.

³ - برهام محمد عطا الله، أساسيات قانون التأمينات الاجتماعية، مطبعة التوني، الاسكندرية، 2000، 2001، ص 11.

المؤدية للبطالة، أو زيادة الاعباء دون الانقاص من الدخل كما هو الحال في نفقات العلاج الطبي و الاعباء المتزايدة.¹

غير أن هذا التعريف و إن كان يستوعب كل الأخطار التي يغطيها التأمين الاجتماعي، إلا أنه لا يكفي لايضاح فكرة الخطر في التأمين العادي و بين الخطر الذي يغطيه التأمين الاجتماعي.

و لذلك يمكن القول بأن فكرة الخطر واحدة في جوهرها في التأمين العادي و في التأمين الاجتماعي، و أن وصف الخطر في التأمين الاجتماعي بالخطر الاجتماعي إنما مرجعه إلى النشأة التاريخية لهذا النظام باعتباره نشأ كنظام لحماية الطبقة العاملة.

و حسب التقسيم المعروف في التأمين العادي يمكن اعتبار التأمينات الاجتماعية نظام لتأمين الاشخاص و ليس الأموال.²

أما من حيث الأداة، فيعتبر الاقتطاع والتوزيع أداة مشتركة بين التأمينات الاجتماعية و التأمين العادي، وهذا الاقتطاع يمثله القسط في التأمين و الاشتراك في التأمينات الاجتماعية.³

و القسط في التأمين يحسب على أساس درجة احتمال تحقق الخطر و قيمته، حيث هناك علاقة طردية بين درجة احتمال الخطر و قيمته من ناحية، و قيمة القسط الواجب أدائه من ناحية أخرى. وعلى خلاف ذلك فإن الاشتراك في التأمين الاجتماعي يتحدد على أساس الدخل، حيث يمثل نسبة معينة من الأجر أو الدخل بصفة عامة، فالدخل لا يعبر عن درجة احتمال الخطر.

أما التوزيع فيمتمثل في التأمين المبلغ الذي يحصل عليه المؤمن له عند تحقق الخطر، و يتمثل في التأمينات الاجتماعية الأداءات النقدية و العينية التي يحصل عليها المستفيد منه.

¹ - حسن عبد الرحمان قدوس، المبادئ القانونية للتأمين الاجتماعي، الجزء الأول، دار وهدان للطباعة و النشر، القاهرة، 1985، ص 64.

² - مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 121، 122.

³ - مصطفى محمد الجمال، المرجع نفسه، ص 122 وما يليها.

ب: أوجه الاختلاف

إذا كان كل من التأمين الاجتماعي و التأمين العادي تجمعهما الوظيفة التأمينية، فإنهما يختلفان من حيث الموقف من هذه الوظيفة.

فالوظيفة التأمينية في التأمين العادي وظيفة فردية تتعلق بسعي كل فرد من أفراد المجتمع على حدة لضمان مستقبله بوسائله الخاصة. أما التأمينات الاجتماعية فوظيفتها تتعلق بأهداف المجتمع و غاياته، و لذلك كان التأمين الاجتماعي أداة توجيهية في يد الدولة لتحقيق النفع العام و ليس مجرد أداة مرسلة في أيدي الأفراد لتحقيق منافعهم.¹

و إذا كان عقد التأمين هو الذي ينظم العلاقة بين المؤمن و المؤمن له، فإن قانون الضمان الاجتماعي هو الذي يتولى تنظيم العلاقة بين هيئات الضمان الاجتماعي و المخاطبين بأحكامه، و لا يقتصر دور هذا القانون على مجرد تقرير القواعد العامة وحراسة القيم في المجتمع بل يتطرق إلى بيان تفاصيل العلاقات التأمينية من حيث مضمونها و إنشائها أيضاً.²

¹ - مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 126.

يعتمد نظام التأمينات الاجتماعية في الجزائر على وحدة النظام، فهو يطبق على كل الأشخاص الذين يمارسون نشاطاً مهنيّاً. وهي تشمل كل من المرض، الولادة، العجز و الوفاة. وقد أوكلت مهمة تسيير نظام التأمينات الاجتماعية في الجزائر إلى هيئتين رئيسيتين: وهما الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للعمال الأجراء (CNAS) و الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للعمال غير الأجراء (CASNOS)، وهي هيئات موضوعة تحت وصاية وزير العدل. سماتي الطيب، التأمينات الاجتماعية في مجال الضمان الاجتماعي، دار الهدى، الجزائر، 2014، ص 15.

² - سماتي الطيب، المرجع نفسه، ص 37 وما يليها.

ولم يكتفي المشرع بتقنين خدمات و شروط الاستفادة من تغطية الضمان الاجتماعي، بل قنن أيضاً نظم و أساليب و كفاءات تسوية النزاعات التي يمكن أن تفرزها هذه التغطية الاجتماعية (القانون رقم 83-15 المؤرخ في 02 جويلية 1983 المتعلق بالنزاعات في مجال الضمان الاجتماعي، المعدل و المتمم بالقانون رقم 08-08 المؤرخ في 16 صفر 1429 الموافق 23 فبراير 2008 يتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي). أكثر تفصيلاً أنظر: أحمية سليمان، آليات تسوية منازعات العمل و الضمان الاجتماعي في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، 2010، ص 177 وما يليها. سماتي الطيب، المنازعات العامة في مجال الضمان الاجتماعي في ضوء القانون الجديد، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 09 وما يليها.

ولقد كان من نتائج هذا الاختلاف أن الاحكام التفصيلية للتأمين العادي أو التأمينات الاجتماعية تصاغ انبعاثاً من تصور هذه الوظيفة على نحو تؤدي إلى تحقيقها على الوجه الأكمل:

- من حيث علاقة اشتراك التأمين بجسامة الخطر: إن اشتراك التأمين الاجتماعي لا يرتبط بالضرورة بجسامة كل خطر مؤمن منه في قيمته و درجة احتمالته، و إنما يرتبط بالقدرة على المساهمة في عبء التأمين الاجتماعي ككل. وعلى ذلك فالاشتراك يؤخذ من الأجر أو الدخل عموماً كنسبة معينة منه.¹

- من حيث من يتحمل عبء التأمين: مادامت الوظيفة التي يقوم عليها التأمين الاجتماعي هو وظيفة اجتماعية عامة فإن عبء التأمين لا يجب أن يكون بالضرورة المستفيد من التأمين، ومن هنا فرض المشرع مشاركة أرباب العمل في تحمل عبء التأمين، بل مشاركة الدولة ذاتها في تحمله أيضاً.² فعدم قدرة المستفيد من التأمين الاجتماعي على تغطية نفقاته لا يحول دون قيامه بالتأمين و إنما يتولى النظام القانوني ذلك بإشراك أرباب العمل و الدولة في تحمل عبء التأمين.³

¹ - الأمر 95- 01 مؤرخ في 19 شعبان 1415 الموافق 21 يناير 1995 يحدد أساس اشتراكات و أداءات الضمان الاجتماعي . المادة الأولى " يتكون أساس اشتراكات الضمان الاجتماعي من مجموع عناصر المرتب أو الدخل المتناسب و نتائج العمل، باستثناء الاداءات ذات الطابع العائلي و التعويضات الممثلة للمصاريف و المنح و التعويضات ذات الطابع الخاص و التعويضات المرتبطة بالظروف الخاصة و العزلة.

تحدد عناصر الدخل المستثناة من أساس اشتراكات الضمان الاجتماعي بموجب مرسوم تنفيذي."

² - القانون رقم 83-14 المؤرخ في 21 رمضان 1403 الموافق 02 يوليو 1983 يتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي، معدل و متمم بالقانون رقم 04- 17 مؤرخ في 10 نوفمبر 2004.

المادة 17 من القانون أعلاه " يقع دفع اشتراكات الضمان الاجتماعي على ذمة صاحب العمل."

المادة 20 من القانون نفسه " يكون قسط صاحب العمل على نفقته دون سواه.

و يبطل قانوناً كل اتفاق يخالف هذا الحكم."

³ - مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 127.

- من حيث الجهاز المنظم لعملية التأمين: التأمين العادي تباشره مشروعات خاصة تتخذ من الوظيفة التأمينية سبيلاً لتحقيق الربح. أما تنظيم التأمينات الاجتماعية فتتولاها هيئة عامة أو ذات نفع عام ليس لها سوى تغطية المخاطر التي يتعرض لها المنتسبون إلى التأمين دون أن تتعداه إلى تحقيق الربح. و يترتب عن ذلك أن نفقة التأمين الاجتماعي تكون أقل من نفقة التأمين العادي.¹

- من حيث اجبارية التأمين: التأمين العادي هو في أصله تأمين اختياري إلا في الأحوال التي يعتبره فيها المشرع إجبارياً، أما التأمين الاجتماعي فطبيعة وظيفته تفرض أن يكون إجبارياً سواء بالنسبة للمؤمن له أو بالنسبة للمؤمن. ومن هنا فإن الاشتراك أو الانضمام إلى نظام التأمين الاجتماعي يتم بقوة القانون دون النظر إلى إرادة المشترك أو إلى إرادة الهيئة العامة القائمة بهذه التأمينات.²

- من حيث المستفيدين من التأمين: إن الخضوع إلى نظام التأمين الاجتماعي يقتضي بالضرورة توفر صفة العامل، و لا فرق في ذلك بين القطاع العام أو الخاص. و تحدد صفة العامل بتحقق عنصري التبعية لمن يؤدي العمل لحسابه، و عنصر المقابل أو الأجر الذي يؤدي العمل نظيراً له. و يضاف إلى ذلك أن المشرع يشترط لخضوع العمال للتأمين الاجتماعي توفر بعض الشروط الخاصة كبلوغ سن معينة، و انتظام علاقة العمل.³

¹ - لقد حدد المشرع الجزائري الإطار القانوني وكذا التنظيم الإداري و المالي لصناديق الضمان الاجتماعي من خلال المرسوم التنفيذي 07/92 المؤرخ في 04 جانفي 1992.

² - مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 127 . محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 272 المادة 18 من القانون أعلاه " يتعين على صاحب العمل أن يقطع عند دفع كل أجر أيا كان شكله أو طبيعته القسط المستحق على العامل.

و لا يجوز للعامل أن يعترض على هذا الاقتطاع." المادة 06 ق.ت.إ. " ينطوي وجوباً تحت التأمينات الاجتماعية الأشخاص الذين يشتغلون في التراب الوطني أيا كانت جنسيتهم سواء كانوا يعملون بأية صفة من الصفات و حيثما كان لصالح فرد أو جماعة من أصحاب العمل، ومهما كان مبلغ أو طبيعة أجرهم و شكل وطبيعة أو صلاحية عقد عملهم أو علاقتهم فيه."

³ - مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 168 وما يليها.

الفرع الثاني: نطاق الضمان في عقد التأمين من المسؤولية

على الرغم من أن أهمية نظام التأمين في مجال التعويض عن الأخطاء الطبية، إلا أنه لا يمكن الجزم بفاعلية هذا النظام في كل الأحوال، إذ أن التغطية التأمينية قد لا توجد أصلاً كما في أحوال مخالفة الالتزام بالتأمين، أو أنها غير كافية نتيجة الشروط المدرجة في عقد التأمين.

من هنا فإن التزام شركة التأمين بتغطية الأضرار الناتجة عن تحقق المسؤولية الطبية يتحدد بما تتضمنه وثيقة التأمين من حيث الأخطار المشمولة بالضمان (البند الأول)، وكذا مدة الضمان (البند الثاني)، و مقدار التعويض (البند الثالث).

البند الأول: نطاق الضمان من حيث الأخطار

إن ما يميز عقد التأمين من المسؤولية المدنية أنه عقد مهني، وهذا يعني أن الأخطار التي يشملها ترتبط بأخطاء المهني أثناء ممارسته مهنته، وهو بذلك يختلف عن التأمين الذي يبرمه المهني بصفته شخصاً عادياً، كأن يبرم التأمين لصالحه أو لصالح أسرته لضمان ما قد يلحقه من أضرار بعيداً عن مجال مهنته.¹

و يتحدد نطاق الضمان من حيث الأخطار بأوجه المسؤولية الناتجة عن النشاط الطبي، و التي تشمل المسؤولية عن الفعل الشخصي للطبيب، و المسؤولية عن فعل الغير خاصة في حالة المؤسسات الصحية، وكذا المسؤولية عن الأجهزة الطبية.

فمن حيث المسؤولية عن الفعل الشخصي لا يشمل عقد التأمين كأصل عام الأخطاء العمدية للطبيب. كما لا يشمل الضمان الآثار الجزائية المترتبة على قيام المسؤولية الجنائية للمؤمن له، ولو كانت ذات صفة مالية بحته، إذ أن النظام العام لا يسمح للجاني بأن يلقي آثار جريمته على عاتق شركة التأمين.²

¹ - محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص26.

² - Picard et Bosson.op.cit.p 36.

ومع ذلك تجب الإشارة إلى أن استبعاد المسؤولية الجنائية لا يشمل الآثار المدنية للخطأ الجنائي،¹ ولو كانت المحكمة التي قضت بالعقوبة الجنائية هي ذاتها التي قضت بالتعويض.²

أما من حيث المسؤولية عن فعل الغير فقد أشارت المادة 2-1142 L1142-2 فقرة 04 من قانون الصحة العامة الفرنسي إلى أن التأمين الذي تكتتبه المؤسسة الصحية يغطي أخطاء من تستخدمهم هذه المؤسسة، متى كانت هذه الأخطاء ضمن حدود المهام الموكلة إليهم. و تجب الإشارة إلى أنه إذا كان المؤمن ملزم بتغطية الأضرار التي تقع بواسطة المستخدمين، فإن المستفيد من عقد التأمين يبقى دائماً هو المؤسسة الصحية باعتبارها المؤمن له، فلا يتحول التابع إلى مؤمن له بمجرد أن المؤمن يغطي التعويضات المترتبة على خطأ هذا التابع.

كما تضمن شركة التأمين الأضرار الناشئة عن الأجهزة الطبية، ما لم تكن هذه الأضرار نتيجة خطأ في الاستعمال، كالإعداد السابق و اللاحق على العملية الجراحية، وكذلك الحوادث التي ترجع مباشرة إلى القصور الوظيفي كالقصور في عدد أو كفاءة القائمين بالعمل الطبي، أو القصور في تجهيز و إعداد أدوات و أجهزة العلاج،³ فهذه الأضرار تدخل ضمن المسؤولية عن الفعل الشخصي للطبيب، ولا يمكن اعتبارها أضراراً ناتجة عن الأشياء.⁴

البند الثاني: نطاق الضمان من حيث المدة

لقد ألغى المشرع الفرنسي شرط المطالبة القضائية في عقود تأمين المسؤولية غير المهنية، حيث يستفيد المؤمن له من الضمان إذا تحقق الفعل الضار في الفترة ما بين بداية

¹ - Mazeaud. Op cit. n 2654.

² - محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص100.

³ - Cass. Civ. I, 13 November 2008, 07-15.049; Dalloz 2008, 3010.

⁴ - عبد الظاهر حسين، المرجع نفسه، ص 98.

سريان الضمان، و نهاية العقد أو فسخه، بغض النظر عن تاريخ تحقق العناصر الأخرى للكارثة.

أما في حالة التأمين من المسؤولية المدنية المهنية فإن الضمان يخضع للحرية التعاقدية للأطراف، بين الفعل الضار، و مطالبة المضرور بالتعويض.¹

فإذا اختار المتعاقدين الفعل الضار شرطاً للضمان، فيشترط في هذه الحالة أن يكون تحقق الفعل الضار سابقاً عن تاريخ نهاية العقد أو فسخه، بغض النظر عن تحقق العناصر الأخرى للكارثة، أما إذا اختارا (المتعاقدين) مطالبة المضرور، فلا ضمان على المؤمن ما لم يكن الفعل الضار وكذا مطالبة المضرور، قد تحققا نهاية في العقد، أو خلال المدة اللاحقة لنهاية الضمان، والتي تم الإتفاق عليها في العقد. غير أن المؤمن لا يضمن النتائج المالية للكارثة في الفترة اللاحقة لنهاية الضمان، متى كان المؤمن عالماً بالفعل الضار في تاريخ تمديد الضمان.²

و إذا كان للمتعاقدين الحرية في تحديد مدة الضمان اللاحق، إلا أنه يجب ألا تقل هذه المدة عن خمس سنوات، و ألا تقل عن عشر سنوات بالنسبة لطائفة من المهن أو

¹ - **Art L124-5 al 1 c. ass** « La garantie est, selon le choix des parties, déclenchée soit par le fait dommageable, soit par la réclamation. Toutefois, lorsqu'elle couvre la responsabilité des personnes physiques en dehors de leur activité professionnelle, la garantie est déclenchée par le fait dommageable. ...»

² - **Art L 124-5 al 3.4 c.ass.**» ... La garantie déclenchée par le fait dommageable couvre l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres, dès lors que le fait dommageable survient entre la prise d'effet initiale de la garantie et sa date de résiliation ou d'expiration, quelle que soit la date des autres éléments constitutifs du sinistre.

La garantie déclenchée par la réclamation couvre l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres, dès lors que le fait dommageable est antérieur à la date de résiliation ou d'expiration de la garantie, et que la première réclamation est adressée à l'assuré ou à son assureur entre la prise d'effet initiale de la garantie et l'expiration d'un délai subséquent à sa date de résiliation ou d'expiration mentionné par le contrat, quelle que soit la date des autres éléments constitutifs des sinistres. Toutefois, la garantie ne couvre les sinistres dont le fait dommageable a été connu de l'assuré postérieurement à la date de résiliation ou d'expiration que si, au moment où l'assuré a eu connaissance de ce fait dommageable, cette garantie n'a pas été resouscrite ou l'a été sur la base du déclenchement par le fait dommageable. L'assureur ne couvre pas l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres s'il établit que l'assuré avait connaissance du fait dommageable à la date de la souscription de la garantie.

النشاطات التي حددتها المادة 1-124 R من قانون التأمين الفرنسي، و المضافة بالمرسوم الصادر بتاريخ 26 نوفمبر 2004، ومن أمثلتها الحمامة، و التوثيق، و وسيط التأمين، والخبرة القضائية.¹

أما في التأمين في المجال الطبي فقد نصت المادة 2-251 L من قانون التأمين الفرنسي (مضافة بالمادة الرابعة من قانون 30 ديسمبر 2002) على أنه " يعتبر خطراً بالنسبة للمخاطر المذكورة في المادة 2-1142 L من قانون الصحة العامة،) التي نصت على إلزامية التأمين بالنسبة للمهنيين العاملين في مجال الصحة) كل ضرر أو مجموعة الأضرار التي تلحق بالغير، وتنشأ عنها مسؤولية المؤمن له، و الناتجة عن فعل أو مجموعة أفعال لها نفس السبب التقني، مرتبطة بنشاط المؤمن له المضمون بالعقد، أدت إلى مطالبة أو العديد من المطالبات".²

وتسري هذه الأحكام الجديدة على عقود التأمين التي تم إبرامها أو تجديدها بعد تاريخ 31 ديسمبر 2002، (بعد نشر قانون 30 ديسمبر لسنة 2002). وهو ما قضت به المادة الخامسة من قانون 30 ديسمبر 2002.³

فبالنسبة للمهنيين العاملين في مجال الصحة، فإن المشرع الفرنسي قد اعتبر شرط المطالبة صحيحاً بعدما اعتبرته محكمة النقض لاغياً منذ 19 ديسمبر 1990،⁴ فيضمن المؤمن النتائج المالية المترتبة عن تحقق المسؤولية، من أول مطالبة مقدمة خلال مدة صلاحية

¹ - Y.Lambert-Faivre. Droit des assurances.op.cit.P500. **Art L124-5 al 5 c.ass** « ... Le délai subséquent des garanties déclenchées par la réclamation ne peut être inférieur à cinq ans. Le plafond de la garantie déclenchée pendant le délai subséquent ne peut être inférieur à celui de la garantie déclenchée pendant l'année précédant la date de larésiliation du contrat. Un délai plus long et un niveau plus élevé de garantie subséquente peuvent être fixés dans les conditions définies par décret.»

² - **Art L251-2 c.ass** « Constitue un sinistre, pour les risques mentionnés à l'article L. 1142-2 du code de la santé publique, tout dommage ou ensemble de dommages causés à des tiers, engageant la responsabilité de l'assuré, résultant d'un fait dommageable ou d'un ensemble de faits dommageables ayant la même cause technique, imputable aux activités de l'assuré garanties par le contrat, et ayant donné lieu à une ou plusieurs réclamations.»

³ - **Art 5, al 1^{er}** de la loi du 30 Dé 2002 « L'article L. 251-2 du code des assurances s'applique aux contrats conclus ou renouvelés à compter de la date de publication de la présente loi.»

⁴ - cass 1^{re} Civ., 19 décembre 1990, Bull. 1990, I, n° 303.

العقد، بغض النظر عن تاريخ تحقق العناصر الأخرى للخطر، على أن يكون الفعل المنشئ للمسؤولية في إطار نشاطات المؤمن له المضمونة في الوقت الذي تمت فيه هذه المطالبة.¹ و حسب ما ورد في الفقرة السابعة من المادة 2-251 L من قانون التأمين الفرنسي²، فإنه في حالة عقود التأمين المتعاقبة و التي تضمن المخاطر نفسها، فإن هذه الأخيرة يضمنها العقد الساري المفعول وقت أول مطالبة، دون تطبيق الأحكام الواردة في الفقرة الثالثة و الرابعة من المادة 4-121 L.

و خلاصة ما سبق فإن نطاق الضمان من حيث المدة في عقد التأمين من المسؤولية الطبية، و طبقاً لقانون 30 ديسمبر 2002، يتحدد كالاتي:³

1 عقود التأمين المبرمة بعد دخول هذا القانون حيز التنفيذ، فإن الضمان فيها يشمل جميع المطالبات (ودية، أو قضائية)، و التي تمت خلال مدة سريان العقد، أو خلال خمس سنوات بعد نهاية العقد، بغض النظر عن تاريخ تحقق الفعل الضار.

2 عقود التأمين المبرمة قبل دخول قانون 30 ديسمبر حيز التنفيذ، تشمل المطالبات التي تتم بعد هذا التاريخ، أو خلال خمس سنوات من نهاية العقد، بشرط أن يكون الفعل الضار قد تحقق خلال سريان هذا العقد.

البند الثالث: نطاق الضمان من حيث التعويض

تنص الفقرة الثالثة من المادة 2-251 L من قانون التأمين الفرنسي، على أن جميع عقود التأمين المبرمة تطبيقاً للمادة 2-1142 L من قانون الصحة العامة (إلزامية التأمين للعاملين في مجال الصحة)، تضمن المؤمن في مواجهة النتائج المالية المترتبة عن

¹- Y. Lambert-Faivre. **Droit des assurances**.op.cit. P 501. Y. Lambert-Faivre. **Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation**.op.cit. P 837.

²Art 251-2 al 7 C.Ass « Lorsqu'un même sinistre est susceptible de mettre en jeu la garantie apportée par plusieurs contrats successifs, il est couvert en priorité par le contrat en vigueur au moment de la première réclamation, sans qu'il soit fait application des dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article L. 121-4» .

³- J.François Carlot . **Periode d'application de la garantie en assurance de responsabilité et garantie des assureur successifs** (ensuite des lois du 30 décembre 2002 et du 1er août 2003 sur la Sécurité Financière) 23 janvier 2008. Sur le sit : www.JURISQUES.com

أول مطالبة للمضرور بالتعويض، بغض النظر عن تاريخ تحقق العناصر الأخرى للكارثة، متى كان الفعل الضار ضمن نشاطات المؤمن له المضمونة في تاريخ هذه المطالبة. كما تنص المادة 56 قانون التأمين الجزائري على أنه " يضمن المؤمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له المدنية بسبب الأضرار اللاحقة بالغير". وتتعلق هذه التبعات المالية بمصروفات دعوى المسؤولية المدنية، أي ما تنتجه الدعوى من تعويضات لصالح المريض، والتي تتحدد بما لحق المضرور من خسارة - ما تكبده من نفقات طبية لتدارك آثار التدخل الطبي، كإجراء عملية جراحية جديدة، أو إعادة تأهيل المريض في حالة العاهة المستديمة- أو ما فاته من كسب - مثل حرمان المضرور من استخدام ملكاته و قدراته على العمل بصورة طبيعية، بصفة مؤقتة أو دائمة. كما يدخل في نطاق الضمان ما يلحق بأموال المريض أثناء تواجده في مكان مزاوله الطبيب نشاطه المهني، وهو ما نصت عليه المادة الثانية فقرة رابعة من عقد تأمين المسؤولية للمهن الطبية لاتحاد شركات التأمين المسمى GAMM بقولها " يمتد الضمان في نطاق ما تحدده الشروط الخاصة، ليشمل الأضرار الناتجة عن اختفاء أو تلف أشياء خاصة بالغير أثناء تواجدهم بالأماكن التي يباشر المؤمن له مهنته فيها".¹

المطلب الثاني: صناديق الضمان

لقد كانت الفكرة السائدة وقت وضع التشريع المدني الفرنسي في مطلع القرن الماضي أنه إذا ما حلت بالإنسان كارثة أو أصابته مصيبة لم تكن بفعل إنسان أو نتيجة خطأ صادر عنه فإنه ليس أمام من حاقت به هذه الكارثة إلا أن يندب حظه العاثر، ولم يكن ليحظى من الآخرين بغير عبارات الرثاء و التوجع وكلمات التعزية و الإشفاق و المواساة، و إذا ما تدخلت الدولة أو إحدى المؤسسات الخيرية لمساعدة هذا المنكوب فإن عملها هذا لا يعدو أن يكون صدقة أو إحساناً لا يرقى إلى مرتبة الالتزام بأي حال من الأحوال. أما في الوقت الحاضر فقد أصبح الشعور السائد أن المصيبة أو الكارثة مهما كان مصدرها فإنها تحدث

¹ - أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص 224.

خلاً في مركز قانوني لفرد من أفراد المجتمع و أن العدالة تقضي بإصلاح هذا الخلل و إعادة التوازن المالي لهذا الشخص إلى ما كان عليه.

ولقد عمد المشرع في كثير من الدول إلى ترجمة هذا الشعور إلى واقع قانوني ملموس، فأخذ يبحث عن مسؤول يلقي عليه هذه المصيبة أو الكارثة و استعان في ذلك بطرق ووسائل شتى.¹

فالبرغم من تواجد قواعد المسؤولية المدنية، وكذا التأمينات بمختلف أنواعها، فقد أدركت التشريعات عدم كفايتها لتعويض المتضررين، إما لانعدام المسؤول عن الفعل الضار، أو لانعدام التغطية التأمينية، أو عدم شمولها للأضرار. فقررت بذلك إيجاد حلول استثنائية تتيح للمضرور الحصول على التعويض من صناديق خاصة تنشأ لهذا الغرض تقوم مقام المدين بالتعويض، حيث تعوض المضرور و تحل محله في ما يملكه من حقوق لمطالبة المسؤول بالتعويض عما لحقه من ضرر.²

وإذا كانت هذه الصناديق في أول نشأتها قاصرة على تعويض الأضرار الناجمة عن حوادث العمل، وحوادث الطرق و السيارات، إلا أنها تجاوزت هذا النطاق في الآونة الأخيرة حيث شملت - في بعض الأنظمة كالنظام الفرنسي - العديد من نواحي النشاط كما هو الحال في المجال الطبي.

ومن هنا يجب التمييز في مجال صناديق الضمان، بين الصناديق المخصصة أصلاً لضمان الحوادث أو المخاطر الطبية (الفرع الأول)، وبين صناديق الضمان الاجتماعي و التي ترتبط بفكرة الخطر الاجتماعي بعيداً عن قواعد المسؤولية بشكل عام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الصناديق الخاصة بالتعويض الحوادث الطبية

¹ - حسن علي الدنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الضرر، دار وائل للنشر، الأردن، الطبعة الأولى 2006، ص 492.

² - عويس حمدي أبو أنور السيد، التعويض عن طريق صناديق الضمان في التشريع المقارن، ط 1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001، ص 25.

يتعبر التشريع الفرنسي من بين أهم التشريعات التي خصت الحوادث الطبية بنظام تعويض خاص بها، و قد كانت البداية بإنشاء صندوق لضمان تعويض المصابين بفيروس الايدز عن طريق نقل الدم الملوث بمقتضى القانون الصادر في 31 ديسمبر 1990.¹ وقد حددت نصوص هذا القانون الاجراءات التي يتعين على المضرور القيام بها لكي يحصل على التعويض من الصندوق، و تتلخص في تقديم طلب إلى إدارة الصندوق بخطاب مسجل بعلم الوصول، على أن يلتزم الصندوق بالفصل في الطلب في مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من يوم تقديمه بالنسبة للطلبات المقدمة بعد أول سبتمبر 1992، أما الطلبات المقدمة قبل هذا التاريخ فإن مدة الرد هي أربعة أشهر.

كما نص القانون السالف الذكر على أن العرض الذي يتقدم به الصندوق يضع في اعتباره كل الأدعاءات الأخرى التي تدفع للمريض من هيئة الضمان الصحي مثلاً، وكل مبلغ يحكم به كتعويض واجب الدفع حالاً، أو مستقبلاً من المدين المسؤول في حالة حدوث العدوى. كما نظم المشرع الاجراءات القضائية التي يسلكها المضرور في حالة عدم الاتفاق مع الصندوق على حل مرض له.

في سنة 2002 استحدث المشرع الفرنسي آلية جديدة سماها الصندوق الوطني للتعويضات، أو التعويض باسم التضامن الوطني، والذي أشارت إليه المادة L1142-22 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

و يعتبر المكتب أو الصندوق الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية مؤسسة عامة ذات طابع إداري تابعة لوزارة الصحة، يتولى جزءاً من مهمة تسوية وتعويض الحوادث الطبية، وفي الوقت نفسه هو بمثابة صندوق للضمان، يتولى تعويض الحوادث الطبية إما بديلاً عن شركة التأمين، أو باسم التضامن الوطني.²

¹ - أكثر تفصيلاً أنظر: محمد عبد الظاهر حسين، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، دون دار النشر، 1995، ص 176. أحمد السعيد الزقرد، تعويض ضحايا مرض الايدز و التهاب الكبد الوبائي بسبب الدم الملوث، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص 107.

² - Y.Lambert-Favivre.op.cit. P 840.

فيتولى التعويض بدلاً من شركة التأمين في الحالات الآتية:

1. إذا كان الطبيب المسؤول غير مؤمن من مسؤوليته المدنية.
2. إذا كان مبلغ التعويض يتجاوز التغطية التأمينية التي يلتزم بها المؤمن.
3. إذا رفضت شركة التأمين العرض المقدم إليها من طرف اللجنة الإقليمية بشأن التسوية الودية.

و يتولى التعويض باسم التضامن الوطني، في الحالات التي لا تحقق فيها مسؤولية الطبيب، باعتبارها حالات قد لا يشملها التأمين،¹ خاصة الحالات الآتية:

1. تعويض الطفل عن ولادته معاقاً.
2. تعويض المخاطر الطبية الجسيمة.
3. تعويض ضحايا التحصين الإجباري.
4. تعويض حالات نقل فيروس فقدان المناعة المكتسبة.
5. تعويض ضحايا التهاب الكبد الوبائي.

الفرع الثاني: علاقة صندوق الضمان الاجتماعي بنظام التعويض

قبل بحث علاقة صناديق الضمان الاجتماعي بنظام التعويض عن الأخطاء الطبية، يجب الفصل بين مصطلحي الضمان الاجتماعي و التأمين الاجتماعي وخاصة بعدما أصبح علماء القانون يطلقون مصطلح الضمان الاجتماعي و يريدون به التأمين الاجتماعي. فمصطلح الضمان الاجتماعي يقصد به النظام الذي تضعه الدولة ليكفل الحد

¹- Y.Lambert-Faivre.op.cit.p 843. Art L1142-22 et s .CSP» L'office est également chargé de la réparation des dommages directement imputables à une vaccination obligatoire en application de l'article L. 3111-9, de l'indemnisation des victimes de préjudices résultant de la contamination par le virus d'immunodéficience humaine en application de l'article L. 3122-1, de l'indemnisation des victimes de préjudices résultant de la contamination par le virus de l'hépatite C causée par une transfusion de produits sanguins ou une injection de médicaments dérivés du sang en application de l'article L. 1221-14 et de la réparation des dommages imputables directement à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins réalisée en application de mesures prises conformément aux articles L. 3131-1 et L. 3134-1.

المناسب للمعيشة، بينما التأمين الاجتماعي يقصد به تأمين طبقة العاملين ضد المخاطر الاجتماعية مقابل دفع اشتراكات معينة.¹

فالضمان الاجتماعي بالمفهوم السالف الذكر إنما يعبر عن البعد الوقائي للحق في الصحة،² من خلال تحقيق الاستقرار و الطمأنينة بين أفراد المجتمع و حفظ كرامة الانسان من خلال توفير معاش في حالة العجز و تعويض ضحايا الخطر. كما يتضح هذا البعد من خلال دور صناديق الضمان الاجتماعي في تمويل النظام الصحي.³

و إذا كانت هيئات الضمان الاجتماعي ملزمة بتقديم أداءات معينة للمريض في حالات المرض أو العجز أو الوفاة، فإن ذلك ليس من منطلق الخطأ الطبي أو تحقق المسؤولية الطبية، أو من منطلق خطأ ينسب إلى هذه الهيئات، بل إن هذا الالتزام يجد مصدره دائماً في القوانين التي تحكم هذه الهيئات - قوانين الضمان الاجتماعي-.

و بالنتيجة فإن علاقة المضرور من الخطأ الطبي بهيئات الضمان الاجتماعي تحكمها ما تقتضي به النصوص القانونية في هذا المجال بعيداً على قواعد المسؤولية ونظام التعويض المرتبط بها، ومن هنا فإن اقتضاء التعويض من الطبيب المسؤول لا يحول دون اقتضاء اداءات الضمان الاجتماعي متى تحققت شروط اقتضاءها.

¹ - سماتي الطيب، التأمينات الاجتماعية في مجال الضمان الاجتماعي، مرجع سابق، ص 47.

² - يعتبر الحق في الصحة من أهم حقوق الإنسان المتعارف عليها عالمياً، فقد أقرته المواثيق الدولية و الجهوية، مثلما أكدت عليه منظمة الصحة العالمية، و نصت عليه الدساتير كما هو حال الدستور الجزائري (المادة 67 من دستور 1979 المادة 51 من دستور 1989. المادة 54 من دستور 1996). و هذا الحق مضمون عن طريق توفير خدمات صحية عامة و مجانية و بتوسع مجال الطب الوقائي، و التحسين الدائم لظروف العيش و العمل و كذلك عن طريق ترقية التربية البدنية و الرياضية و وسائل الترفيه. أكثر تفصيلاً أنظر: قسوم شهرزاد، الحق في الصحة في المواثيق الدولية و التشريع الجزائري، مذكرة ماستر تخصص حقوق وحرريات، كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة أدرار، السنة الجامعية 2013-2014، ص 08 وما يليها. أنظر في المعنى نفسه: أحمد أدريوش، مسؤولية مرافق الصحة العمومية، مرجع سابق، ص 109 وما يليها.

³ - يحدد مبلغ مشاركة صندوق الضمان الاجتماعي كل سنة بواسطة قانون المالية، حيث تغطي مساهمته هذه نفقات العلاج بالنسبة للمنتسبين المؤمنين، أما مساهمة الدولة فتغطي مصاريف الوقاية، التكوين، البحث الطبي و العلاج الموجه للمعوزين غير المؤمنين اجتماعياً. زيدان سناء الغوتي، إدارة و مالية المؤسسات الاستشفائية، مذكرة ماجستير فرع الإدارة و المالية ، مرجع سابق، ص82.

الفصل الثاني: تقدير التعويض عن الأخطاء الطبية

يمثل التقدير القضائي للتعويض الصورة الغالبة لتقدير التعويض عن الأخطاء الطبية، إلا أن المشرع الفرنسي و بموجب قانون 04 مارس لسنة 2002 استحدث نظاماً جديداً للتسوية الودية فيما يتعلق بالتعويض عن المخاطر العلاجية، سعى من خلاله إلى سرعة الفصل في النزاع بين المريض و الطبيب، و تسهيل الحصول على التعويض. فقبل صد ور هذا القانون كان ضحايا الحوادث الطبية يشكون من طول أمد دعاوى المسؤولية وإجراءات المطالبة بالتعويض وكذلك تعقيداتها والنفقات الباهظة التي تتطلبها.¹ و لما كانت إجراءات التسوية الودية لا تجد نظريها في التشريع الجزائري، فسنعرض لمتطلبات التعويض القضائي من خلال دعوى التعويض(المبحث الأول)، ثم إثبات عناصر المسؤولية،(المبحث الثاني)، وكذا سلطة القاضي في تقدير التعويض(المبحث الثالث)، لنعرض في الأخير إلى النظام الخاص بتقدير التعويض عن المخاطر العلاجية حسب القانون الفرنسي(المبحث الرابع).

¹ - تجدر الإشارة إلى هذا النظام الجديد سبقته مجموعة من المقترحات تنادي بإنشاء مرفق الطبي يتولى الإشراف على إجراءات الصلح بين المرضى و الأطباء، و يمكننا التمييز بين اقتراحات ثلاثة:
أ: مشروع السيد **Mac Alees**: تمثلت ملامح هذا المشروع في أن يأخذ هذا المرفق على عاتقه عرض وبيان كافة المعلومات التي يجب إحاطة الأطراف بها، خصوصاً المريض، ثم إتمام إجراءات الصلح بين الأطراف. كما يقوم المرفق الطبي بتحديد الخبراء، و يلتزم مؤمن الطبيب بتحمل نفقات الخبراء التي يؤديها هؤلاء.
ب: مشروع السيد **Masson**: تضمن هذا المقترح إنشاء لجان تعويض متخصصة في مجال المسؤولية الطبية، تتخذ مقرها في كل محكمة ابتدائية، و تتولى تقرير الأضرار الناجمة عن الخطأ الطبي، وتحديد التعويض المناسب، ثم ترفع تقريرها إلى المحكمة الابتدائية. كما يقوم المرفق بتحديد ثلاثة خبراء، هم طبيبين عام وآخر أخصائي، ورجل من رجال القانون، يتولون إعداد التقرير الفني من الناحيتين الطبية والقانونية، و تقديمه للمرفق الطبي بعد ذلك.
ت: مشروع السيد **Bernard Debre**: أكد هذا المشروع على أن المرفق الطبي ليس له دور قانوني ولا يتمتع بسلطة إلزام الأطراف بما يقترحه، فإذا لم يحقق الاتفاق بين الأطراف يرفق تقرير الخبير الذي يصدق عليه المرفق الطبي مع أوراق الدعوى التي ترفع إلى القضاء.
أشرف جابر، المرجع السابق، ص298 وما يليها.

المبحث الأول: دعوى التعويض

إن المضرور قد يبادر إلى المطالبة بالتعويض في مواجهة الطبيب أو المستشفى مباشرة (المطلب الأول)، أو قد يستعمل حقه في الدعوى المباشرة في مواجهة شركة التأمين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دعوى المسؤولية

إن دعوى المسؤولية الرامية إلى المطالبة بالتعويض تختلف بحسب الجهة القضائية التي تنظر في الدعوى، فقد تقتضي قواعد الاختصاص القضائي رفع دعوى التعويض أمام القضاء العادي (الفرع الأول)، أو قد تعتبر القضاء الإداري هو المختص بنظرها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دعوى المسؤولية أمام القاضي العادي

يختص القضاء العادي بنظر دعوى المسؤولية في حالة ممارسة الطب في نطاق القانون الخاص، أو في حالة الخطأ الشخصي للطبيب الممارس في القطاع العام و المنقطع الصلة بالمرفق الصحي.

ويعد القاضي المدني هو المختص كأصل عام بنظر دعوى المسؤولية، ما لم يكن خطأ الطبيب ذو وصف جزائي، حيث يكون من حق المضرور الخيار بين القضاء المدني أو الجزائي.

من حيث الاختصاص النوعي تعد المحكمة صاحبة الاختصاص العام في نظر الدعوى وفقاً للقانون العضوي 11-05 المتضمن التنظيم القضائي الجزائري،¹ و كذا قانون الاجراءات المدنية و الإدارية.²

¹ - القانون رقم 11-05 مؤرخ في 17 يوليو 2005، يتعلق بالتنظيم القضائي (ج.ر 51 لسنة 2005).

² - القانون 09-08 المؤرخ في 23 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (ج.ر 21 لسنة 2008)

و تتحدد هذه المحكمة إقليمياً بمكان تقديم العلاج،¹ استثناءً عن الأصل العام وهو موطن المدعى عليه.²

و لا تعد الدعوى مقبولة ما لم تتوفر لطرفيها الصفة و المصلحة و كذا الأهلية. و ترفع الدعوى بعريضة مكتوبة موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف.

غير أنه إذا اختار المدعى المدني الطريق الجزائي فإن الدعوى المدنية تكون تابعة للدعوى العمومية من حيث الإجراءات ومن حيث مصيرها، فهي من جهة تخضع لقانون الإجراءات الجزائية³ بدل الإجراءات المدنية و الإدارية، ومن جهة أخرى يكون القاضي الجزائي ملزماً بالفصل في الدعويين بحكم واحد. مع الإشارة إلى أن اختيار الطريق الجزائي لا يمنع المضرور من الرجوع عنه و سلوك الطريق المدني،⁴ على خلاف الحالة التي يختار فيها المضرور المطالبة بالتعويض أمام القاضي المدني، حيث يتوقف الحكم في الدعوى المدنية على نتيجة الحكم الجزائي متى كانت الدعوى العمومية قد تحركت،⁵ كما لا يسوغ للمضرور

¹ - المادة 40 إ.م.إ.

² - المواد 37. 38 إ.م.إ.

³ - الأمر 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 08 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم بالقانون رقم 06-22 المؤرخ في 29 ذي القعدة عام 138 6 الموافق 20 ديسمبر 2006.

⁴ - المادة 247 إ.ج « إن ترك المدعي المدني إدعاءه لا يحول دون مباشرة الدعوى المدنية أمام الجهة القضائية المختصة.»

⁵ - المادة 04 إ.ج « يجوز أيضاً مباشرة الدعوى المدنية منفصلة عن الدعوى العمومية.

غير أنه يتعين أن ترجئ المحكمة المدنية الحكم في تلك الدعوى المرفوعة أمامها لحين الفصل نهائياً في الدعوى العمومية إذا كانت قد تحركت.»

المادة 339 ق.م " لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي، إلا في الوقائع التي فصل فيها الحكم وكان فصله فيها ضرورياً." المجلس الأعلى، قرار رقم 28735، بتاريخ 1983/01/05، نشرة القضاة، 1985، عدد 1، ص 77.

ترتبط هذه القاعدة بما يسميه الفقه سيادة الدعوى العمومية على الدعوى المدنية، باعتبار أن الأولى تهدف إلى حماية المصلحة العامة للمجتمع، أما الثانية فتهدف إلى تحقيق المصالح الخاصة للأفراد، ومن ثم يجب أن تغلو مصلحة المجتمع على مصالح الأفراد، و ليس معنى ذلك أن قواعد القانون المدني منقطعة الصلة بالمصلحة العامة، و لكن المقصود أن قانون العقوبات وضع أساساً لحماية مصلحة الجماعة و إن صادف هذا حماية مصلحة الفرد الذي وقع عليه الاعتداء

الرجوع عن الطريق المدني و سلوك الطريق الجزائي، إلا إذا كانت المحكمة المدنية التي رفعت أمامها الدعوى غير مختصة بنظرها، أو كان تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة لاحقاً لرفع الدعوى أمام المحكمة المدنية وقبل صدور حكم في الموضوع.¹

و إذا كان المبدأ هو جواز الرجوع عن الطريق الجزائي وسلوك الطريق المدني، وعدم جواز الرجوع عن الطريق إلا استثناء، فإن هذا المبدأ ليس من النظام العام، فلا يجوز للمحكمة أو النيابة العامة إثارته من تلقاء نفسها، و إنما يتوجب على المدعى عليه إثارته قبل الدخول في الموضوع و أمام محكمة أول درجة و إلا سقط حقه في التمسك به.²

و يشترط لقبول الدعوى أمام القاضي الجزائي أن يكون الفعل المنسوب إلى الطبيب معاقباً عليه جنائياً، كما لا تقبل الدعوى إلا من المضرور من الخطأ الطبي شخصياً، سواء كان الضرر جسمانياً أو أدبياً مادام ناتجاً عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية، وتكون الدعوى مقبولة أياً كان الشخص المدني أو المعنوي المعتبر مسؤولاً مدنياً عن الضرر.³

المباشر، في حين أن القانون المدني يستهدف أساساً حماية مصالح الأفراد و إن أدت هذه الحماية في مجموعها إلى تحقيق المصلحة العامة.

ومن مظاهر سيادة الدعوى الجنائية على الدعوى المدنية: ارتباط تقادم دعوى التعويض بتقادم الدعوى الجنائية، قاعدة الجنائي يوقف المدني، و أخيراً حجية الحكم الجنائي أمام القاضي المدني. أكثر تفصيلاً أنظر: إدوارد غالي الدهبي، حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 1981، ص 23 وما يليها. محمد المنجي، دعوى التعويض، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى 1990، 31 وما يليها. محمد شتا أبو سعد، البراءة في الأحكام الجنائية و أثرها في رفض الدعوى المدنية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى 1992، ص 541 وما يليها. محمد المنجي، دعوى التعويض، منشأة المعارف، مصر، الطبعة الأولى، 1990، ص 293 وما يليها.

¹ - المادة 05 إ.ج « لا يسوغ للخصم الذي يباشر دعواه أمام المحكمة المدنية المختصة أن يرفعها أمام المحكمة الجزائية. إلا أنه يجوز ذلك إذا كانت النيابة العامة قد رفعت الدعوى العمومية قبل أن يصدر من المحكمة المدنية حكم في الموضوع.»

² - محمد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار هومة، الطبعة السادسة 2011، ص 44.

³ - المادة 2 إ.ج « يتعلق الحق في الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عن جناية أو جنحة أو مخالفة أو بكل من أصابهم شخصياً ضرر مباشر تسبب عن الجريمة.»

في المعنى نفسه أنظر: محمد علي سالم عياد الحلبي، الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الأول، دعوى الحق العام ودعوى الحق الشخصي ومرحلة الاستدلال، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الاردن، 1996، ص 203 وما يليها.

وتجب الإشارة هنا إلى أن المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية لا يشمل
المستشفيات العامة، على أساس أن الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام لا يمكن إثارة
مسئوليتها الجزائية.¹

و إذا حكم القاضي الجزائي ببراءة الطبيب مما نسب إليه، أو إعفاه من العقاب لعذر أو
مانع من موانع المسؤولية الجنائية، فإن هذا الحكم لا يحول دون الحكم بالتعويض عن
الضرر الذي لحق المدعي المدني، متى كان الضرر ناشئاً عن خطأ المتهم المستخلص من
الوقائع موضوع الاتهام،² فثبتت الخطأ المدني يترتب المسؤولية المدنية حتى ولو استفاد
المتهم من البراءة في الدعوى الجزائية.³

وفي هذه الحالة - الحكم بالبراءة- يقضي القاضي الجزائي بعدم اختصاصه بالفصل في
الدعوى المدنية، و يعود الاختصاص إلى القاضي المدني تطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية
عن الفعل الضار، على أنه يجوز للمحكمة الجزائية الفصل في الدعوى المدنية رغم الحكم

- المادة 3 إ.ج « يجوز مباشرة الدعوى المدنية مع الدعوى العامة في وقت واحد أمام الجهة القضائية نفسها.

وتكون مقبولة أياً كان الشخص المدني أو المعنوي المعتبر مسؤولاً مدنياً.

وكذلك الحال بالنسبة للدولة، و الولاية، و البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري في حالة ما إذا كانت
غاية دعوى المسؤولية ترمي إلى التعويض عن ضرر سببته مركبة.

تقبل دعوى المسؤولية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جثمانية أو أدبية مادامت ناجمة عن الوقائع موضوع
الدعوى الجزائية.»

¹ - المادة 51 ق.ع (ق. رقم 04-15) « باستثناء الدولة و الجماعات المحلية و الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون
العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جنائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما
ينص القانون على ذلك.

إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال.»

² - المادة 2/316 إ.ج « و يجوز للمدعي المدني في حالة البراءة كما في حالة الإعفاء أن يطلب تعويض الضرر الناشئ
عن خطأ المتهم الذي يستخلص من الوقائع موضوع الاتهام.»

³ - المحكمة العليا قرار رقم 297025 بتاريخ 20/07/2004. نقلاً عن نبيل صقر، قضاء المحكمة العليا في محكمة
الجنایات، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 311.

بالبراءة أو الإعفاء من العقاب متى كان الضرر الذي لحق المدعي المدني ناشئاً عن خطأ المتهم و المستخلص من الوقائع موضوع الاتهام.¹

الفرع الثاني: دعوى المسؤولية أمام القاضي الإداري

لقد كرس المشرع الجزائري المعيار العضوي لتحديد النزاع الإداري، حيث يؤول الاختصاص إلى المحاكم الادارية كلما كانت الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً في النزاع.

و يتحدد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية بالقواعد نفسها التي تحكم اختصاص المحاكم العادية، حيث يؤول الاختصاص إلى الجهة القضائية التي تم في دائرة اختصاصها تقديم العلاج. كما تخضع الدعوى أيضاً للشروط نفسها التي تحكم الدعوى المدنية و المتمثلة في الصفة و المصلحة و الأهلية، و الحكم نفسه بالنسبة لعريضة رفع الدعوى.

و لا يشترط لرفع دعوى التعويض التقيد بأجال معينة باستثناء ميعاد تقادم الحق الذي ترفع الدعوى لأجله، و الذي يخضع للأحكام الواردة ضمن القانون المدني،¹ وهو ما أقرته المحكمة

¹ - كذلك تكون المحكمة الجزائية مختصة بالفصل في الدعوى المدنية و لو صدر حكم ببراءة المتهم في الحالات التي يكون فيها التعويض المدني مقررأ بقوة القانون كحالة التعويض عن حوادث المرور المقرر بموجب قوانين التأمين. محمد حزيط، المرجع السابق، ص41.

وتجب الإشارة هنا إلى أن المحكمة العليا اتجهت في حكم لها إلى القول بأن القضاء بعدم الاختصاص في الدعوى المدنية بعد الحكم ببراءة المتهم يعد خطأً في تطبيق القانون، و أشارت المحكمة إلى محكمة الجنايات ملزمة قانوناً بالفصل في الدعوى المدنية سواء بالقبول أو الرفض، و يجوز لها في حالة البراءة الاستجابة إلى طلبات التعويض إذا تبين لها أن الضرر الحاصل ناتج عن خطأ المتهم، وجاء في سياق هذا الحكم « حيث ليس لمحكمة الجنايات أن تقرر عدم اختصاصها للفصل في طلبات التعويض المدني المقدمة من المدعي المدني حتى في حالة الحكم بالبراءة وهو ما تنص عليه المادة 2/316 ق.إ.ج بقولها « يجوز للمدعي المدني في حالة البراءة كما في حالة الإعفاء أن يطلب تعويض الضرر الناشئ عن خطأ المتهم الذي يخلص من الوقائع موضوع الاتهام. و يكون الفصل بقرار مسبب.»

إن محكمة الجنايات ملزمة قانوناً بالفصل في الدعوى المدنية بالقبول أو بالرفض و يكون حكمها مسبباً في كلتا الحالتين و يجوز لها في حالة البراءة الاستجابة إلى طلبات التعويض المدني إذا تراءى لها أن الضرر الحاصل ناتج عن خطأ المتهم، وهو ما ينجر عنه عدم تأسيس الوجه بما يؤدي إلى نقض الحكم المدني المطعون فيه»

قرار المحكمة العليا (محكمة الجنايات) رقم 196663 بتاريخ 2001/02/13. نقلاً عن : نبيل صقر، قضاء المحكمة العليا في محكمة الجنايات، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 551 وما يليها.

العليا بحكمها الصادر بتاريخ 13/01/1991² (قضية المركز الاستشفائي الجامعي بسطيف ضد فريق ك ومن معهم) بقولها "... حيث أن ما مشى عليه اجتهاد المحكمة العليا في مجال قضايا التعويض أن هذه القضايا غير مقيدة بأجل محدد مادامت الدعوى لم تتقدم هنا..."

وفي السياق ذاته قضى مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 31/01/2000³ (قضية مدير القطاع الصحي بمستغانم ضد ب.ف) بأنه "حيث أنه يستخلص من أوراق الملف، بأن العملية الجراحية قد تمت في سنة 1966 و أن الدعوى لم ترفع إلا خلال سنة 1995. حيث أنه حركت هذه الدعوى عندما اكتشفت الآلام بسبب وجود الإبرة التي نسيت في بطن المستأنف عليها بعد العملية الجراحية، و بالتالي فلا يمكن القول بأنه يوجد تقادم لأن الدعوى رفعت عند اكتشاف الآلام، و بالتالي يصبح الدفع غير جدي و ينبغي ألا يؤخذ بعين الاعتبار..."

كما لا يشترط وجود قرار إداري سابق باعتبار أن موضوع الدعوى هنا هو التعويض عن عمل مادي.

و إذا كان الأصل أن القضاء الإداري يختص بالنظر في دعاوى المسؤولية عن ممارسة الطب في مؤسسات الاستشفاء العامة، و أن هذه الدعاوى تخضع للقواعد و الإجراءات الخاصة بالمنازعات الإدارية، إلا أن القاضي الجزائري يبقى مختصاً بنظر الدعوى

¹ - المادة 133 ق.م (ق رقم 10/05) " تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمس عشرة (15) سنة من يوم وقوع الفعل الضار."

المادة 308 ق.م " يتقدم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة، فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية:" (المواد من 309 إلى 312 ق.م)

² - المحكمة العليا، قرار رقم 75670، بتاريخ 13/01/1991. المجلة القضائية، 1996، العدد 2، ص 127.

³ - قرار غير منشور، فهرس 20، بتاريخ 31/01/2000، لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، 2003، الجزء الأول، ص 237. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 964.

متى تعلق الأمر بالأخطاء الطبية التي تشكل جرائم، حيث يستفيد المضرور من السلطة الواسعة للقاضي الجزائي في سبيل الإدانة الجزائية للطبيب مقارنة بالقاضي الإداري.¹ غير أنه في هذه الحالة وعلى خلاف الدعوى المدنية بالتبعية ينحصر اختصاص القاضي الجزائي في الشق الجزائي فقط، إذ يقضي بعدم اختصاصه فيما يتعلق بطلب التعويض، لأن الفصل في هذا الأخير يبقى من اختصاص القاضي الإداري.

كما يستعيد القاضي المدني اختصاصه بنظر دعوى المسؤولية متى تعلق الأمر بخطأ شخصي للطبيب لا صلة له بالمرفق الصحي. ولكن إذا ارتكب خطأ الطبيب بمناسبة عمل المرفق، فعندئذ لا يكون مجرداً تماماً من الارتباط بالخدمة فتبقى مسؤولية المستشفى قائمة على الأقل في العلاقة مع المريض، وفي هذا الفرض تجتمع المسؤولية الشخصية للطبيب مع مسؤولية المستشفى بسبب بقاء العلاقة قائمة بين خطأ الطبيب و الخدمة التي يؤديها. و يحق للمضرور في هذه الحالة اختيار رفع دعواه أمام القضاء الإداري أو القضاء العادي، و إذا اختار القضاء العادي فإن التعويض تتحمله الذمة المالية الخاصة للطبيب، ما لم يكن قد أبرم عقد تأمين من مسؤوليته، أما إذا اختار القضاء الإداري فإن المستشفى العام يكون ملزماً بدفع التعويض بصفته ضامناً للطبيب الذي يعمل لديه، و بسبب ارتباط الخطأ الشخصي لهذا الأخير بالخدمة التي يقدمها المرفق الصحي.

و يترتب عن اجتماع الأخطاء و اجتماع المسؤولية، أن حصول المريض على التعويض يفتح باب الرجوع بين الطبيب و المستشفى العام بحسب الطرف الذي اختار المضرور مطالبته بالتعويض.²

الفرع الثالث: دور شركة التأمين في دعوى المسؤولية

¹ - عدنان إبراهيم سرحان، مرجع سابق، ص 206.

² - عدنان إبراهيم سرحان، المرجع نفسه، ص 207 وما يليها.

إذا قرر المضرور رفع دعوى التعويض في مواجهة المسؤول مباشرة، فإن شركة التأمين لها دور كبير في هذه الدعوى بحكم الشروط المدرجة في عقد التأمين. فـشركة التأمين و إن كانت من حيث الأصل تعتبر غيراً بالنسبة لدعوى المسؤولية المرفوعة من المضرور، ولكن لها دور فعال فيها باعتبارها ملزمة بالضمان متى تحققت مسؤولية المؤمن له. هذا الدور يتضح من خلال الشروط المدرجة في وثيقة التأمين، و التي بمقتضاها يتم الحد من حريات المؤمن له في مواجهة دعوى المسؤولية. فيمتنع على المؤمن له الاعتراف بالمسؤولية، أو التصالح منفرداً مع المضرور، كما يلتزم بتقديم المستندات المتعلقة بدعوى المسؤولية، علاوةً على ذلك يتولى المؤمن إدارة هذه الدعوى.

فاعتراف المؤمن له بالمسؤولية، أو تصالحه منفرداً مع المضرور، يؤدي إلى اعتباره ملزماً بدفع التعويض للمضرور، وهو ما يؤدي إلى التزام شركة التأمين بالضمان نتيجة تحقق الخطر المؤمن منه، ولذلك تعتمد هذه الإخيرة إلى منع المؤمن له من الاعتراف بالمسؤولية بموجب شرط مدرجة في العقد.¹

غير أنه ينبغي التمييز هنا بين الاقرار بالمسؤولية، و بين مجرد الاعتراف بالوقائع المادية، كأن يقر الطبيب بواقعة تعطل جهاز الإنعاش اللازم لمد المريض بالأكسجين، أو أن الأجهزة المستخدمة في الجراحة لم تكن معقمة على نحو كاف. وفي هذه الحالة لا يعد اعترافه إقراراً بالمسؤولية. كما لا يعد من قبيل الإقرار بالمسؤولية ما يصدر عن تابعي الطبيب المؤمن له من إقرار، و الأمر نفسه بالنسبة لما يقدمه المؤمن له للمضرور من نفقات علاج على إثر الحادث، لأن تصرف الطبيب في هذه الحالة تبرره الاعتبارات الانسانية، و لا يجوز للمؤمن أن يعتبره إقراراً بالمسؤولية.

¹ - السنهوري، الوسيط، عقود الغرر، المرجع السابق، ص 1756 وما يليها.

كما أن شركة التأمين تسعى إلى الإحاطة بظروف الدعوى، وتنظيم دفعها من خلال إلزام المؤمن له بأن يسلمها كل ما يتعلق بدعوى المسؤولية من وثائق ومستندات، وأوراق قضائية.¹

فشركة التأمين هي صاحب المصلحة في دفع مسؤولية المؤمن له، لذلك فإما أن يتم إدخالها في الخصام، أو تتدخل من تلقاء نفسها. و يختلف الأثر المترتب عن إدخال المؤمن في الدعوى بحسب ما إذا كانت هذه الدعوى منظورةً أمام القضاء المدني، أو القضاء الجنائي. ففي الحالة الأخيرة لا يجوز للمؤمن له إدخال المؤمن في الدعوى إلا في نطاق الشق المدني.

غير أنه إذا تعلق الأمر بدعوى التعويض على أساس الخطأ المرفقي للقطاع الصحي، فقد اتجه مجلس الدولة الجزائري في أحد قراراته (قضية ضحية ضد القطاع الصحي برأس الوادي) إلى أن دعوى التعويض لا تحتاج إلى إدخال شركة التأمين لأن العقد المبرم بين هذه الأخيرة و الإدارة المؤمنة عبارة عن عقد مدني يخضع للقانون الخاص، و بالتالي قضى بتأييد القرار المستأنف مبدئياً وتعديله بإخراج الشركة الوطنية للتأمين و إعادة التأمين من الخصام، و القضاء برفع مبلغ التعويض المحكوم به.²

المطلب الثاني: الدعوى المباشرة

من المنطلق القانوني المحض لا توجد علاقة بين المضرور و شركة التأمين، فلا يعد المضرور طرفاً في عقد التأمين، و لا شريكاً للمؤمن له في العمل الذي أوجب مسؤوليته. فالمضرور لا يعرف المؤمن إلا عن طريق مدينه المؤمن له فيستعمل حقه قبل المؤمن بموجب دعوى غير مباشرة و في حدود مبلغ التأمين.³

¹ - Y.Lambert-Faivre.Droit des assurances. Op.cit.p513

² - مجلس الدولة، قرار رقم 22092، بتاريخ 2006/03/22، مجلة مجلس الدولة، 2006، العدد 08، ص 209. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 1455.

³ - السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 1671.

لكن هذه الدعوى غير المباشرة قد لا تسعف المضرور كثيراً إذ يزاحمه فيها دائنو المؤمن له، فلا ينال إلا جزءاً يسيراً من التعويض، فكان من الواجب منح المضرور دعوى مباشرة قبل المؤمن يأمن بها مزاحمة الغير وهذا هو العدل ذاته، ذلك أن حق المؤمن له لم يثبت في ذمة المؤمن إلا نتيجةً لضررٍ أصاب المضرور دفعه للمطالبة بالتعويض. وليس معنى ذلك أن حق المضرور قبل شركة التأمين ينشأ عن الضرر الذي أصابه، بل لا بد من نص تشريعي يعطي المضرور حقاً مباشراً قبل المؤمن.

الفرع الأول: استعمال الدعوى المباشرة

الدعوى المباشرة يمكن مباشرتها من قبل المضرور، أو ذوي حقوقه في حالة وفاته، وكذا كل شخص يحل محل المضرور،¹ خاصة إذا كان المضرور قد أمن على نفسه من الإصابة ذاتها، فإذا رجع على مؤمنه الذي تعاقد معه، كان لهذا الأخير أن يحل محله في الرجوع على مؤمن المسؤول بالدعوى المباشرة، و قد يتحصل المضرور على معاش أو مكافأة نتيجةً لما لحقه من ضرر، فيكون للمستخدم الذي دفع المعاش أو المكافأة الرجوع بالدعوى المباشرة على مؤمن المسؤول بصفته مدعياً أصلياً و ليس مدعٍ حل محل المسؤول.²

و إذا كانت الدعوى المباشرة تمنح للمضرور حق المطالبة بالتعويض قبل شركة التأمين مباشرة، فإن هذا الحق مرتبط بوجود عقد التأمين باعتباره مصدر التزام شركة التأمين قبل المضرور، وكذا ضرورة تحقق مسؤولية المؤمن له، أي تحقق الخطر المؤمن منه في عقد التأمين. و ألا يكون حق المضرور في التعويض قد انقضى بالتقادم، إذ أن الدعوى المباشرة تجد سندها في هذا الحق.

¹- Y.Lambert-Faivre.Droit des assurances. Op.cit.p528.

أنظر في المعنى نفسه: علي عوياني، الدعوى المباشرة في ضمان المسؤولية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2007، ص 89 وما يليها.

² - السنهوري الوسيط، المرجع السابق، ص1679.

و لما كانت الصفة التعويضية لعقد تأمين المسؤولية تقتضي عدم إمكانية الجمع بين تعويض التأمين و تعويض المسؤولية، فإنه إذا استوفى المضرور حقه في التعويض من شركة التأمين برئة ذمة المسؤول المؤمن له في مواجهته. و إذا كان الوفاء جزئياً لعدم كفاية مبلغ التأمين فيرجع المضرور بالباقي على المؤمن له المسؤول.

أما إذا وفى المسؤول المؤمن له بالتعويض كاملاً إلى المضرور، سقط حق هذا الأخير في استعمال الدعوى المباشرة، ونشأ في المقابل حق للمسؤول المؤمن له في الرجوع على شركة التأمين بما وفاه للمضرور.

الفرع الثاني: آثار الدعوى المباشرة

يترتب عن الدعوى المباشرة أن مبلغ التأمين يصبح حقاً خالصاً للمضرور لا يزاومه فيه دائنو المؤمن له، و يترتب عن ذلك أن المؤمن لا يستطيع أن يواجه المضرور إلا بالدفع السابقة على وقوع الحادث.¹

و إذا ترتب عن تحقق الخطر المؤمن منه ضرر لأكثر من شخص، كما في حالة الأضرار الناتجة عن نقل دم ملوث لمجموعة من الأشخاص، فيجب التمييز بين حالة تزامن الدعاوى المباشرة، و بين حالة مبادرة البعض دون البعض الآخر.

فإذا تزامت الدعاوى المباشرة من المضرورين المتعددين فتكون لهم حقوق متساوية على مبلغ التأمين، وفي حالة عدم كفايته يقسم بينهم قسمة غرماء كل بحسب نسبة دينه إلى مبلغ التأمين.²

أما إذا بادر البعض بالمطالبة دون البعض الآخر، فيراعى في ذلك حسن نية المؤمن من عدمه، فإذا كان هذا الأخير لا يعلم بوجود مضرورين آخرين غير من طالبه بالتعويض، فأوفي بمبلغ التأمين، فإن ذمته تبرأ تجاه من لم يستوف حقه من المضرورين، ويكون له أن يدفع في مواجهتهم بنفاذ الضمان.³

¹ - إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 282.

² - Picard et Besson. Op.cit.n° 403.

³ - إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 292.

لكن ينبغي الإشارة إلى أنه في المجال الطبي قد لا يكون تأخر بعض المضرورين في المطالبة بالتعويض نتيجةً لتراخي أو إهمال، و إنما لأن النتائج الضارة التي قد تترتب على النشاط الطبي تختلف من شخص لآخر، وفي مثل هذه الحالة تبدو أهمية إيجاد نظام تعويضي مكمل لنظام التأمين من المسؤولية، حيث لا يستقيم أن يحرم المضرور من حقه في التعويض نتيجةً لنفاذ الضمان.¹

¹ - أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص 358

المبحث الثاني: إثبات عناصر المسؤولية

يخضع إثبات عناصر المسؤولية عن الخطأ الطبي للقواعد العامة في (المطلب الأول)، إذ أن حق المضرور في التعويض مرتبط بإثبات الخطأ الطبي (المطلب الثاني)، وكذا الضرر (المطلب الثالث)، وصلته بالخطأ (المطلب الرابع)

المطلب الأول: القواعد العامة في مجال الإثبات

يخضع إثبات عناصر المسؤولية عن الخطأ الطبي للقواعد نفسها التي تحكم دعاوى المسؤولية بشكل عام، وسنعرض في الجزء لمسائل ثلاث: عبء الإثبات (الفرع الأول)، دور القاضي في مجال الإثبات (الفرع الثاني)، دور الخبرة الطبية في مجال الإثبات (الفرع الثالث).

الفرع الأول: عبء الإثبات

الأصل أن الإثبات واجب على الخصوم، بيد أنه ليس واجباً على كل منهما في الوقت نفسه.¹ و تعد قاعدة البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر من المبادئ التي استوتحتها التشريعات من الفقه الإسلامي،² حيث يتحمل المدعي من حيث الأصل عبء الإثبات سواء كان دائماً يدعي ثبوت الدائنية، أو مديناً يدعي التخلص من المديونية.³

¹ - الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها. وعلى هذا الأساس فإن الإثبات بالمعنى القانوني يختلف عن الإثبات بوجه عام و الذي لا يشترط أن يكون أمام القضاء، و لا يكون بطرق محددة، بل هو طليق من هذه القيود. و يترتب عن ذلك أنه في الإثبات القضائي لا تتفق الحقيقة القضائية مع الحقيقة الواقعية، بل قد تكون بعيدة في بعض الأحيان عن الحق، وتصبح أقرب إلى أن تكون مصطلحاً فنياً منها حقيقة واقعية. السنهاوري، الوسيط، المجلد الثاني، الإثبات، الآثار، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011، ص 13 وما يليها.

² - عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال و أموالهم، و لكن البينة على المدعي". رواه البخاري ومسلم. و البيهقي بإسناد صحيح " البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر".

³ - المادة 323 ق.م " على الدائن إثبات الالتزام، و على المدين إثبات التخلص منه".

Art 1315 C.C.F " Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation."

فالمكلف بالإثبات إذا هو من يدعي خلاف الثابت أصلاً أو عرضاً، فالثابت أصلاً عدم التعهد، و أن التعهد لا يحصل إلا بأعمال و أوضاع معينة تغير من الحال الطبيعية الأصلية للإنسان.¹

و تجب الإشارة بداية إلى أن ما توصلت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير سنة 1936 بأن مسؤولية الطبيب هي ذات طابع عقدي، قد يفهم منه وجود قرينة الخطأ في جانب الطبيب. ذلك أن المادة 1147 قانون مدني تشير إلى أن المدين في الالتزام التعاقدى يلزم بالتعويض عن عدم تنفيذه لهذا الالتزام ما لم يثبت أن عدم التنفيذ ناتج عن سبب أجنبي، و أنه لا يوجد أي سوء نية من جانبه. وفي السياق ذاته نصت المادة 176 قانون مدني جزائري على أنه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين عن تنفيذ التزامه." غير أنه يفهم أيضاً من الحكم نفسه أن المحكمة تعتبر الطبيب غير ملزم إلا ببذل عناية تتفق و الأصول العلمية الثابتة، فإذا ادعى المريض أن الطبيب قد أهمل تنفيذ هذا الالتزام فعليه أن يقوم بإثبات ذلك.

و لا يمكن القول بأن هناك تناقض بين الفقرتين السابقتين، إذ يجب التفرقة بين نوعي الالتزام، أي الالتزام ببذل عناية، و الالتزام بتحقيق نتيجة.

فإذا كان الالتزام هو تحقيق نتيجة فعلى المدين به أن يثبت أن عدم التنفيذ مرده إلى السبب الأجنبي، لكي ينفي قرينة الخطأ التي نشأت في حقه بمجرد عدم التنفيذ، و بالمقابل يكفي الدائن أن يثبت عدم تحقق النتيجة. و على العكس من ذلك ومتى كان الالتزام مجرد بذل العناية - كحالة التزام الطبيب - فلا يكفي الدائن - المريض - أن يثبت عدم تحقق النتيجة، بل عليه أن يثبت أيضاً أن المدين لم يبذل العناية التي وعد بتقديمها.

و تأكيد لهذا التحليل قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 29 ماي 1951 بأن العقد المبرم بين الجراح و المريض يلزم الجراح بألا يجري العملية الجراحية التي

¹ - أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الجزء الأول، الطبعة السابعة، دون دار النشر، دون سنة النشر، ص 47.

أعتقد أنها في فائدة المريض، إلا بعد الحصول على موافقته المستتيرة مقدماً، فإذا قام الجراح بإجراء العملية الجراحية دون الحصول على موافقة المريض على إجرائها، فإنه يقع على عاتق على هذا الأخير عبء إثبات هذا الأمر، و أن المحكمة عندما تلزم الجراح بإثبات الحصول على موافقة المريض تكون قد خرجت عن القواعد المستقرة في القانون.¹

و يستفاد من هذا الحكم أن المريض يلزم بإثبات واقعة سلبية تماماً هي عدم قيام الطبيب بأخذ موافقته المستتيرة مسبقاً، وفي هذا السياق ذهب الفقيه بيسيرف في تعليقه على هذا الحكم إلى أن حالة الضرورة هي التي دفعت محكمة النقض إلى اتخاذ موقفها هذا، لأنها لا يمكن أن تضع عبء الإثبات على عاتق الطبيب، إذ أنه في حالة استحالة أدبية تمنعه من أن يقوم بإعداد دليل الإثبات مقدماً، كما أنه يخشى أيضاً أن يؤدي هذا الأمر إلى قتل روح المبادرة لدى الجراح، وهو بدونها لن يقدم على أية عملية، ولا يمكن الادعاء في مواجهة الجراح الذي قام بإجراء التدخل الجراحي طالما لم يرتكب أي خطأ أثناء العملية.

وإذا كان هذا الحكم تبرره طبيعة الالتزام الناشئ عن عقد العلاج، فإنه يحد في الوقت نفسه من فاعلية نظام التعويض. فإذا كان الإثبات القانوني بصفة عامة هو إقامة الدليل أمام القضاء على صحة واقعة معينة بطريق من الطرق التي يحددها القانون،² فإن الإثبات يتأثر بالضرورة بالوقائع المراد إثباتها. ففكرة الخطأ متشابكة الفروع مترامية الأطراف تحتل الشك وتستعصي على التحديد، وهو ما يجعل إثباته صعباً بالنسبة للمريض، ولا سيما إذا تعدد الأشخاص الذين يمكن أن ينسب إليهم الخطأ، إذ نادراً ما تثبت المسؤولية إما لعدم إدراك

¹- Cass. 1er civ., 29 mai 1951. Bull.civ.I, n°162 ;D.1952.Jur.p.53, note R.Savatier ; JCP 1951,II, n° 6421, note R.Perrot ;S.1953,I,Jur.p.41, note R.Nerson ;RTD civ.1951 , p .508.obs.H et L.Mazeaud.

« Vu les articles 1147 et 1315 du code civil :

Attendu que si le contrat qui se forme entre le chirurgien et son client comporte, en principe l'obligation pour le praticien de ne procéder à telle opération chirurgicale déterminée, par lui jugée utile, qu'après avoir, au préalable, obtenu l'assentiment du malade, il appartient toutefois à celui-ci ; lorsqu'il se soumet en pleine lucidité à l'intervention du chirurgien, de rapporter la preuve que ce dernier a manqué à cette obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se préparait et en sollicitant pas son consentement à cette opération» .

² - رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 128.

المريض لحقيقتها، و إما لتستر أعضاء الفريق الطبي عن أخطاء بعضهم البعض من أجل تبديد حجة المريض.¹

وما يزيد من صعوبة الإثبات أيضاً أن الأعمال المتعلقة بفن المهنة الطبية لا تحظى بإجماع أهل المهنة أنفسهم، فالطبيب قد يستند إلى نظرية في ممارسة عمله قد ينكرها البعض ويقرها البعض الآخر، وهو ما ينعكس على موقف القاضي من حالة اختلف فيها أصحاب المهنة الواحدة، ولم يكن لديه ما يؤهله لولوج مداخل العلوم الطبية أو الدخول في فحص النظريات العلمية و المفاضلة فيما بينها، بل يتمتع عليه التوغل في النظريات العلمية الطبية، وبالأخص النظريات التي هي محل خلاف بين أهل الخبرة من الأطباء.²

الفرع الثاني: دور القاضي في مجال الإثبات

إذا كان المبدأ العام هو أن عبء الإثبات على المدعي، فإن هذا الإثبات يتأثر أيضاً بالجهة القضائية التي تعرض عليه الدعوى، ذلك أن دور القاضي في مجال الإثبات يختلف نطاقه بين القضاء العادي و القضاء الإداري.

فإذا كانت دعوى التعويض عن الخطأ الطبي من اختصاص القضاء العادي، فيجب التمييز بين القاضي المدني و القاضي الجزائي من حيث وصف المدعي، ومن حيث دور القاضي في مجال الإثبات.

فمن حيث وصف المدعي فإنه في حالة دعوى التعويض أمام القاضي المدني يتحدد بالشخص رافع الدعوى، أما في الدعوى الجنائية فيصرف وصف المدعي إلى النيابة العامة وكذا المدعي المدني.

¹ - أحمد محمود إبراهيم سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه، رسالة دكتوراة، عين شمس 1983، ص104. عبد الله محمد علي الزبيدي، مسؤولية الطبيب المعالج العقدية عن أخطاء معاونيه في القطاع الخاص، مجلة الحقوق الكويتية، 2004، ص 263.

G.Boyer CHammad etP.Monzein.La responsabilité médicale. Presses universitaires de france. 1974.p166.

² - إبراهيم علي حمادي الحليوسي، المرجع السابق، ص 194.

أما من حيث دور القاضي في الإثبات، فإن الإثبات في أمام القاضي الجزائي يخضع لقاعدة الإثبات الحر أو المطلق،¹ فالقانون لم يرسم طرقاً محددة للإثبات يتقيد بها القاضي، على خلاف القاضي المدني الذي يتقيد بطرق محددة في الإثبات تضيق و تتسع تبعاً للظروف و الملابسات.²

فدور القاضي الجزائي ليس دوراً سلبياً مقصوراً على تقدير الأدلة التي يقدمها الخصوم و إنما يقوم بعمل إيجابي، فعليه أن يتحرى الحقيقة و ينقب عليها بكافة الطرق المشروعة. أما القاضي المدني فدوره سلبي، و إن كان له في بعض الحالات دور ايجابي، كإحالة الدعوى على التحقيق من تلقاء نفسه، أو الحكم بنذب خبير، أو توجيه اليمين المتممة، ولكن هذه الحالات الاستثنائية لا تؤثر على عموم القاعدة و لا تغير من الدور السلبي الذي يقوم به القاضي المدني.³

فالقواعد التي تحكم الإثبات في الدعوى الجزائية تختلف جذرياً عن تلك المعروفة في تنظيم الإثبات المدني، ذلك أن البحث عن الأدلة في المواد الجزائية يتم من طرف ضباط الشرطة القضائية أولاً في بداية مرحلة التحري و التنقيب و أثناء التلبس بالجريمة، كما تبحث عنها

¹ - المادة 212 إ.ج " يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ماعدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك، و للقاضي أن يصدر حكمه تبعاً لاقتناعه الخاص.

و لا يسوغ للقاضي أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات و التي حصلت المناقشة فيها حضورياً. "
² - Jean Patarin, Le particularisme de la théorie des preuves en droit penal, Quelques aspects de l'autonomie du droit penal, n° 27, P 46

نقلاً عن : إدوار غالي الذهبي، مرجع سابق، ص 20.

أنظر في المعنى نفسه: عبد الحميد الشواربي، **الإثبات الجنائي في ضوء القضاء و الفقه**، منشأة المعارف، مصر، ص 14 وما يليها.

³ - إدوار غالي الذهبي، المرجع نفسه، ص 20. السيد عبد الوهاب عرفة، **الإثبات في المواد المدنية**، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2009، ص 25. سيد حسن البغال، **المطول في شرح الصيغ القانونية للدعاوى و الأوراق القضائية**، المجلد الثالث، الإثبات، عالم الكتاب، مصر، 1991، ص 57 وما يليها. محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الهدى الجزائر، 2009، ص 14.

جهات قضائية خاصة تتمثل في قاضي التحقيق وغرفة الاتهام، وهي جهات لا نظير لها في المواد المدنية.¹

كما أن نظام الإثبات الجزائي تحكمه قواعد أخرى لا مثيل لها في نظام الإثبات المدني، حيث أن عبء الإثبات هو عاتق النيابة العامة كمثل ومدافع عن الحق العام تبعاً لاعتبارها مدعيّاً أصليّاً. و بناء على ذلك فإن المتهم أو دفاعه ليس مخاطباً قانوناً بإثبات براءته، لأن البراءة مفترضة، إذ يعتبر المتهم بريئاً حتى تثبت جهة قضائية نظامية مختصة إدانته، مع كافة الضمانات التي يقرها القانون. و إذا كانت الأدلة المقدمة من المدعي العام أو من المدعي المدني غير كافية لإقناع المحكمة بثبوت الجريمة و تأصيل التهمة، أو راودها شك في صحة الأدلة وجب عليها الحكم بتبرئة المتهم أخذاً بقاعدة الشك يفسر لصالح المتهم.²

أما في حالة دعوى التعويض أمام القاضي الإداري - حالة المستشفيات العامة- و بسبب عدم تعادل المراكز القانونية لأطراف الدعوى، فإن القاضي الإداري يقود الإجراءات إلى درجة أنه في معظم الأحيان ينقل عبء الإثبات من على عاتق الأفراد إلى عاتق الإدارة. و ليس معنى ذلك أن القاضي الإداري يتحمل عبء الإثبات، و إنما يبقى الخصم ملزماً بأن يفتق القاضي بصحة دعواه، فالمقصود هو أن للقاضي الإداري دور إيجابي في الإثبات على خلاف القاضي المدني.³

فالإجراءات الإدارية هي ذات صيغة تحقيقية، فالقاضي هو الذي يباشر النزاع، وعليه أن يسعى قصد إثبات الوقائع محل النزاع. ونظراً لكون إجراءات التحقيق إجبارية في المنازعة الإدارية فإن القاضي هو سيد التحقيق، و لكن بإمكانه الحكم دون تحقيق في بعض الحالات، وهو الذي يحدد بحرية المواعيد و الآجال الممنوحة للطرفين قصد تقديم مذكراتهم، وهو الذي

¹ - أغليس بوزيد، تلازم مبدأ الإثبات الحر بالافتناع الذاتي للقاضي الجزائي، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 33. 96 وما يليها.

² - أغليس بوزيد، المرجع السابق، ص 36 وما يليها.

³ - عبد الرؤوف هاشم بسيوني، قرينة الخطأ في مجال المسؤولية الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 23 وما يليها. عابدة الشامي، خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، المكتب الجامعي الحديث، 2008، ص 125 وما يليها.

يقفل التحقيق عندما يتبين له بأن القضية جاهزة للفصل فيها. و للقاضي الإداري أن يستخدم بكل حرية وسائل الفحص المنصوص عليها في القانون كالخبرة و الانتقال للمعاينة ومختلف التحقيقات و الاستجابات، كما باستطاعته استنباط ما يراه منتجاً في الدعوى من قرائن واقعية خاصة في ميدان المسؤولية.¹

وتعد مسؤولية الإدارة عن أعمالها الإدارية المادية من أهم مجالات أعمال قرينة الخطأ أمام القضاء الإداري، كما تعد مسؤولية المرافق الطبية العامة المجال الخصب لإعمال هذه القرينة و ذلك نظراً لصعوبة إثبات الخطأ على اعتبار أن مهنة الطب تعد من الأمور الفنية المعقدة. و لقد كان لمجلس الدولة الفرنسي أثره البارز في مجال الخطأ الطبي، خاصة بعد تأكيده على هجر فكرة الخطأ الجسيم، و الاكتفاء بالخطأ البسيط، بمقتضى حكمه الصادر بتاريخ 10 أبريل 1992. ليتجه بعد ذلك إلى الأخذ بفكرة الخطأ المفترض في مجال التطعيم الإجباري وقبل أن يتدخل المشرع بقانون 01 يوليو 1964 ليجعل هذه المسؤولية قائمة على أساس المخاطر. و بعد ذلك توسع مجلس الدولة الفرنسي في استخدام الخطأ المفترض أو قرينة الخطأ لتشمل الحوادث التي تقع بمناسبة أعمال العناية ذات الطابع العادي و البسيط. كما افترض القاضي الإداري خطأ المستشفى في الحالات التي تتعلق بالعدوى الاستشفائية، أو نقل الدم الملوث، حيث يقع على عاتق مركز نقل الدم أن يثبت أن منتجات الدم التي قدمها كانت خالية في العيوب.

الفرع الثالث: دور الخبرة الطبية في مجال الإثبات

تعتبر أعمال التشخيص و العلاج من أدق الأعمال الفنية التي يقوم بها الطبيب، و لئن كان لا يشترط لمسؤولية الطبيب أن يكون خطأه جسيماً، إلا أنه يتعين إثبات أنه بإهماله أو عدم تحرزه قد خالف ما تقضي به المعطيات العلمية و أصول الفن الطبي، عن طريق

¹ - لحسين بن شيخ أث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 94.

استخدام طرق أو وسائل هجرها العلم، أو عن طريق وصف دواء قد منع استخدامه لفساده أو لمضاره، فقصر بذلك في تنفيذ التزامه.¹

ولما كان تقدير ذلك ينطوي على نواح فنية ليس في استطاعة القاضي الإمام بها، فقد ظهرت مطالبات بإخراج القضايا الطبية من اختصاص القاضي ووضعها في أيدي قضاة من بين الأطباء أنفسهم فيكونوا أكثر شعوراً بدقائقها و أدق فهماً للعناصر التي يعتمد عليها للفصل فيها.

غير أن هذه المطالبات إضافة إلى هدمها للمبدأ الأساسي الذي يقضي باعتبار العدالة موجهة إلى الكافة فإنها تؤدي بالتضحية بالصالح العام في سبيل تحقيق مصالح فردية للطوائف. فحقيقة لا يفترض في القاضي أن يلم بالمسائل الفنية المرتبطة بمهنة الطب، ألا أن ذلك لا يمنعه من الاستعانة بأهل الخبرة لينيروا له ما غم عليه فهمه من أسرار القضية.²

أولاً مضمون الخبرة الطبية

يعتبر اللجوء للخبرة أمراً مشتركاً بين الجهات القضائية ورغم اختلاف إجراءاتها من جهة قضائية إلى أخرى³، و يقصد بها إجراء من إجراءات التحقيق، تستعين به المحكمة بقصد الحصول على المعلومات الضرورية عن طريق أهل الاختصاص في الأمور و المسائل الطبية، وذلك للبت في مسائل طبية تكون محل نزاع بين الخصوم و لا تستطيع المحكمة الإمام بها. فهي بالتحديد استشارة طبية علمية تقوم بها المحكمة للتوصل إلى حقيقة بعض الأوضاع التي يقتضي لمعرفتها الاستعانة بأرباب الاختصاص من الخبراء في المسائل

1 - السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، 47.

2 - السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، 47.

3 - المادة 143 إ.ج (معدلة بالقانون 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006) " لجهات التحقيق أو الحكم عندما يعرض لها مسألة ذات طابع فني أن تأمر بئدب خبير إما بناء على طلب النيابة العامة و إما من تلقاء نفسها أو من الخصوم....." المادة 125 إ.م.إ " تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي."

المادة 126 إ.م.إ " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة."

الطبية للبت فيها.¹ كما يمكن تعريفها بأنها إجراء للتحقيق يعهد به القاضي إلى شخص مختص ينعت بالخبير بمهمة محددة تتعلق بواقعة أو وقائع مادية يستلزم بحثها أو تقديرها أو على العموم إبداء رأى يتعلق بها علماً أو فناً، لا يتوفر في الشخص العادي، ليقدم له بياناً أو رأياً فنياً لا يستطيع القاضي الوصول إليه وحده.²

وتجب الإشارة إلى أن الخبرة تجد سندها في المسائل الفنية البحتة التي تقصر عنها المعارف العامة للقاضي، فقوام الخبرة هو بحث حقيقة العناصر الفنية المتنازع في وجودها، كإيضاح الظروف الفنية البحتة للحادثة. فالطبيعة الفنية للمسألة أو الواقعة هي التي تبرر مبدأ الخبرة، وتضع كذلك حدودها القانونية، فالخبير فني يستدعى بصفته هذه ليكون مساعداً للقضاء.

و إذا كانت مهمة الخبير تقتصر على المسائل الفنية البحتة، فإن ما سواها يعد خارجاً عن نطاق مهمته، فلا يجوز للخبير إبداء الرأى في مسألة قانونية أو إجراء التحقيق أو المعاينة، و لا يجوز له من باب أولى أن يتضمن تفويضاً بالسلطة القضائية.³ وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا الجزائرية في أحد قراراتها بأنه " من المقرر قانوناً أن دور الخبير ينحصر في المعلومات الفنية التي تساعد القاضي على الفهم الشامل لعناصر القضية، فلا يجوز أن ينتدب للقيام بعمل يعد من صميم مهام القاضي مثل إجراء تحقيق و

¹ - أوان عبد الله الفيضي، الخبرة الطبية في الدعوى المدنية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، الطبعة الأولى 2014، ص 27.

² - جمال الدين زكي، الخبرة في المواد المدنية و التجارية، دراسة انتقادية لأحكام قضاة الموضوع بندب الخبراء، القاهرة 1410 هـ - 1990 م، ص 12. السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 51. نبيل سعد، همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2001، ص 354. سيد أحمد محمود، النظام الإجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية و التجارية (وفقاً للقانونين المصري و الكويتي)، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 11.

³ - السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 54. بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، منشورات بغداددي، الجزائر، طبعة ثانية مزيدة، 2009، ص 131.

المادة 146 إ.ج " يجب أن تحدد دائماً في قرار ندب الخبراء مهمتهم التي لا يجوز أن تهدف إلا إلى فحص مسائل ذات طابع فني.."

سماع الشهود. فمهمة الخبير تقتصر على إبداء رأيه في المسائل الفنية التي يصعب على القاضي استقصائها بنفسه دون المسائل القانونية.¹

وقضت في حكم آخر بأنه من المقرر قانوناً و قضاء أن يأمر القاضي بإجراء الخبرة و تعيين الخبير مع توضيح مهمته التي تكتسي طابعاً فنياً بحثاً مع مراعاة عدم التخلي عن صلاحيات القاضي لفائدة الخبير. و الحكم الذي يتضمن أمر الخبير بإجراء تحقيق مع سماع الشهود ثم اعتماد نتائج التقرير للفصل في موضوع الدعوى يعد مخالفاً للقانون و مستوجباً للنقض و الإبطال.²

ومن هذا المنطلق حرصت التشريعات الاجرائية على تحديد النظام القانوني الذي يحكم الخبرة من خلال تحديد ضوابط نذب الخبير،³ و كذا المسائل المتعلقة بسير الخبرة،⁴ و إثبات نتائجها.⁵

ومن الناحية النظرية المحضة يجب على الخبير الطبيب أن يقوم بواجبه بأمانة وموضوعية و يضع تقريره مبيناً مكامن الخطأ الطبي دون أن يخضع لشعوره تجاه زميله الطبيب. و لكن من الناحية العملية فإن أعمال الخبرة الطبية في ميدان المسؤولية الطبية تصب دائماً في مصلحة الطبيب أكثر منه في مصلحة المريض، ذلك أن الخبراء في الطب غالباً ما يتعاطفون مع زملائهم و بالتالي يحاولون من خلال تقاريرهم تبرير أعمال زملائهم. و إذا كان القاضي لا يتقيد بتقرير الخبير فإنه لا مناص من اللجوء إلى خبير آخر، الأمر الذي يوقع المحكمة في حيرة تجاه التقارير المتناقضة.⁶

ثانياً: سلطة القاضي في الأخذ بالخبرة الطبية

¹ - قرار رقم 34.653 مؤرخ في 1985/11/20، المجلة القضائية العدد 04، لسنة 1992، ص 61.

² - قرار رقم 97774 مؤرخ في 1993/07/07، المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 1994، ص 108.

³ - المواد من 126 إلى 131 إ.م.إ. المواد 143 إلى 148 إ.ج.

⁴ - المواد من 132 إلى 142 إ.م.إ. المواد 149 إلى 152 إ.ج.

⁵ - 138 إ.م.إ. المادة 153 إ.ج.

⁶ - علي مصباح إبراهيم،، مسؤولية الطبيب الجزائرية، الموسوعة المتخصصة في المسؤولية المهنية، مرجع سابق، ص

ورغم أهمية إجراء الخبرة في كشف حقيقة الخطأ الطبي، إلا أنها تكتسي طابعاً توضيحياً بالنسبة للقاضي و لا تقيد في شيء وقت النظر في الموضوع، إذ يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائجها، كما يمكنه استبعادها، مع ضرورة تسيب هذا الاستبعاد.¹ كما أنه يحق للخصوم أن يبدو كل ما لديهم من ملاحظات و أوجه دفاع عن حقوقهم وقت النظر في الموضوع و إبداء ما لهم من تحفظ أثناء مناقشة الخبرة.²

فالخبير قد ينحرف عن الخطأ المرسوم له إما لمحاباته لزميله الطبيب لما بينهما من تضامن مهني، أو قد يكون تقريره ظاهر الفساد لمخالفته الصارخة للمعطيات العلمية و القواعد المنظمة للممارسة الطبية، أو قد يتعارض مع وقائع أخرى أكثر إقناعاً من الناحية القانونية. وفي مثل هذه الحالات لا يتردد القاضي في استخدام سلطته التقديرية الكاملة لتقدير عمل الخبير.³

ولكن هل من المنطق أن يلتمس القاضي تقرير الخبير نتيجة لعدم اختصاصه الفني، و يحتفظ لنفسه بحق عدم الأخذ بهذا الرأي؟.

إن الإجابة عن هذا الإشكال تقتضي التمييز بين حالتين:

- ¹ - المادة 144 إ.م.إ " يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة.
- القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسيب استبعاد نتائجه."
- ² - بريرة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 143.
- تجب الإشارة إلى المشرع الجزائري وبموجب تعديل قانون الإجراءات المدنية، فقد استحدث أحكاماً جديدة في مجال الخبرة تتمثل في:
- إلزام القاضي بتسيب استبعاده نتائج الخبرة تفادياً للتعسف الملاحظ أحياناً في هذا المجال.
- عدم جواز استئناف الحكم الأمر بالخبرة أو الطعن فيه بالنقض إلا مع الحكم الفاصل في موضوع النزاع. فوضع المشرع بذلك حداً للجدل الطويل المتعلق بتطبيق المادة 106 إجراءات مدنية بشأن التكييف القانوني للأحكام الفاصلة قبل الموضوع بين تحضيري و تمهيدي و مدى قابليتها للاستئناف.
- استبعاد الأخذ بالمناقشات المتعلقة بعناصر الخبرة كأسباب لاستئناف الحكم أو الطعن فيه بالنقض، إذا لم يكن قد أثبت مسبقاً أمام الجهة القضائية التي فصلت في نتائج الخبرة.
- ³ - السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 63.

الأولى: إذا ألم الخبير بجميع عناصر المهمة المسندة إليه و لم يخرج عن هذه المهمة التي انتدب لأجلها، ففي هذه الحالة يعد التقرير دليلاً لا مانع من قبولها، وفي هذا السياق قضى مجلس الدولة (الغرفة الأولى) في قرار له بتاريخ 19/04/1999 في قضية القطاع الصحي بأردار ومن معه ضد السيدة زعاف رقية بتأييد قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء أدرار المؤرخ في 31/01/1996 المعتمد على تقرير الخبير الطبي، حيث جاء ضمن القرار " حيث عكس ما يزعم المستأنف فإنه يستخلص من القرار (المطعون فيه) أن قضاة الدرجة الأولى قد سببوا قرارهم بما فيه الكفاية، و أسسوا قضائهم على التقرير الطبي المحرر من طرف الطبيب عاشور المعين من طرف الغرفة الإدارية بقرار صادر في 20 مارس 1994، و الذي حرر تقريره في 04/04/1995، وجاء فيه أنه بعد دراسة مختلف عناصر الملف الطبي تبين أن الضحية تعرضت فعلاً إلى عدة أخطاء طبية مؤكدة، وهذا من خلال عدمة عمليات جراحية أجريت عليها بعد دخولها للمستشفى لوضع حمل عادي، و أن مدة طويلة انقضت بين العملية الثانية و الثالثة، أي 19 يوماً لإعادة العملية الجراحية، و أنها تعاني حالياً من عاهة دائمة و المتمثلة في العقم، أي حرمانها من عطاء الأمومة و إلى الأبد وهي في ريعان شبابها، و وفاة الصبي مباشرة بعد الولادة، و بالتالي بين الطبيب الخطأ الطبي المرتكب و المدون في تقريره، و أن قضاة المجلس أصابوا في حكمهم. و أن تقدير التعويض جاء مناسباً مع الأضرار التي لحقت بالضحية، مما يعني الموافقة على القرار المستأنف.¹

الثانية: إذا رأى القاضي بأن العناصر التي بنيت عليها الخبرة ناقصة أو متناقضة، فله اتخاذ التدابير اللازمة في حدود سلطة في مجال الإثبات.²

و إذا كان المبدأ في هذا الحالة أن القاضي غير ملزم بتقرير الخبير فليس معنى ذلك أم يشق طريقه في بحث المسائل الطبية و العلمية بعيداً عن الخبراء من الأطباء و الأخصائيين، ذلك أن أمر الحسم في الدعوى يبقى معتمداً على رأى الخبراء، و للقاضي أن

¹ - قرار مجلس الدولة في 19/04/1999، قرار غير منشور. نقلاً عن لحسين بن الشيخ آث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 228.

² - المادة 154. 155 إ.ج.

يُعيد الخبرة مرة أو مرتين أو أكثر حتى يتمكن من تكوين قناعته في موضوع النزاع، خاصة إذا تعلق الأمر بالمسائل بالنواحي الفنية البحث كتقدير نسب العجز مثلاً. وفي هذا السياق قضى المجلس الأعلى سابقاً بأن نسبة العجز المقدرة من طرف الأطباء هي عملية فنية تخرج من اختصاص عمل القضاة و لا يمكن تنفيذها أو الإقلال من نسبة العجز القدرة إلى بواسطة طبيب آخر. وجاء ضمن حيثيات الحكم " حيث أن قضاة الموضوع و إن كانوا غير ملزمين برأي الخبراء و غير مراقبين من طرف المجلس الأعلى على تقدير التعويض إلا أنهم ملزمون بتسبب حكمهم تسبباً لا يتناقض مع الوثائق الفنية الصرفة، ذلك أن تقدير نسبة العجز المقدرة من طرف الأطباء هي عملية فنية تخرج من اختصاص عمل القضاة و لا يمكن تنفيذها أو الإقلال من نسبة العجز المقدرة إلا بواسطة طبيب آخر .."¹.

المطلب الثاني: إثبات الخطأ الطبي

إن إثبات الخطأ الطبي يعني إثبات ركن أساسي في المسؤولية الطبية، فإذا لم يتمكن المريض من إثباته فلا مسؤولية، وكذلك إذا استطاع الطبيب نفي ادعاء المريض بوجود خطأ من جانب هذا الأخير فإنه يتخلص من المسؤولية.²

الفرع الأول: موقف الفقه و القضاء

من المعلوم أن الطبيب ملتزم بالقيام بالالتزامات التي تلقبها عليه مهنته، وأنه يسأل عن كل تقصير لا يقع من الطبيب اليقظ متى وجد في نفس الظروف.³ غير أن بعض الفقه جرى على تقسيم الخطأ الذي يقع من الطبيب إلى نوعين يشمل الأول الخطأ العادي الذي

¹ - قرار رقم 28312، بتاريخ 1983/05/11، نشرة القضاة، 1986، عدد 3، ص 54. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري

في القضاء المدني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 241.

² - إبراهيم علي حمادي الحليوسي، المرجع السابق، ص 211.

³ - عز الدين الدناصوري. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 80.

يقع من الطبيب شأنه في ذلك شأن غيره من الناس، فيسأل عنه في جميع دراجاته وصوره، أما النوع الثاني الخطأ المهني الذي يقع من الطبيب عندما يخالف القواعد الفنية التي تلزمه بها القواعد الطبية، فلا يسأل إلا عن خطأه الجسيم.¹

ولقد تعرض هذا التقسيم للنقد لأنه يصعب تطبيقه عملياً، فمثلاً قد ترى بعض المحاكم أن عدم نقل المريض إلى المستشفى خطأ عادياً، مع أن الأمر بالنقل يحتاج بالضرورة إلى تقدير حالة المريض الطبية، مع مراعاة الظروف التي قد يتعرض لها في الطريق. كذلك فإن ترك آلات في جسم المريض قد يبدو أنه خطأ عادي، مع أن هناك بعض العمليات الجراحية تحتاج إلى السرعة في إجرائها مما يجعل من هذا الأمر خطأ فنياً. والأمر نفسه بالنسبة للطبيب الذي يجرى عملية جراحية خطيرة لإزالة تشوه جسماني، لا بقصد العلاج من داء يشكو منه المريض، فاعتبرته بعض المحاكم خطأ عادياً في حين أن الأمر يتعلق بمخالفة أصول وقواعد مهنة الطب.²

فأي خطأ قد يصدر من الطبيب يتضمن بالضرورة ناحية مهنية، وبالتالي لا يمكن فصله عن عمله الفني، و القول بأنه خطأ عادي يصدر من الأفراد العاديين.³ كما أنه ليس من المقبول وكما يدعى أنصار هذه الفكرة القول بأن هذا التمييز يؤدي إلى تفادي تدخل القضاء في المسائل الفنية، ذلك أن هذا المسألة ليست مقصورة على الأطباء وحدهم بل تشمل كل أصحاب المهن الأخرى الذين تتعلق أعمالهم بجوانب فنية من جهة. ومن جهة أخرى فإن القاضي لا يشغل نفسه بأمر علمية طبية، بل كل ما يهمله هو معرفة ما إذا كان طبيب آخر لو وضع في مكان الطبيب المعالج وفي الظروف الخارجية نفسها هل كان يختار الطريقة نفسها أو يلجأ إلى أخرى مغايرة. فالقاضي لا يحكم بمسؤولية الطبيب لمجرد الشك أو عدم

¹ - J. Panneau. Le faut civile et la faute pénal en matière de la responsabilité médical, Paris 1975, P.46 N° 70.

عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 148.

² - عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق ، ص 152 وما يليها.

³ - حسن زكي الأبراشي، ص 137. نقلا عن عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، المرجع نفسه، ص 154.

اليقين، بل لا بد من ثبوت الخطأ بصفة قاطعة، و بالتالي فإن الطبيب سيبقى بعيد عن المسؤولية كلما لم يثبت مخالفته للمبادئ الثابتة في مجال تخصصه.

وإذا كان الطبيب و غيره من الفنيين بحاجة إلى الطمأنينة و الثقة، فالمريض و غيره من العملاء يحتاجون أيضاً للحماية من الأخطاء الفنية. فالواجب اعتبار الرجل الفني مسؤولاً عن خطأه المهني مسؤوليته عن خطأه العادي، فيسأل في هذا وذاك حتى عن الخطأ اليسير.¹

وإذا كان من الواضح أن الدافع الرئيسي وراء فكرة الخطأ الجسيم، هو الرغبة في إبعاد القضاء عن البحث في المسائل الفنية التي تخرج من دائرة اختصاصه، بل هي محل جدل بين أصحاب المهنة أنفسهم، و أن العمل الطبي يتضمن خطراً لا بد منه،² فإن الحل الصائب لا يكمن في التمييز بين صور الخطأ من حيث الطبيعة و الجسامة، بل يقتصر على اشتراط أن يكون الخطأ ثابتاً في حق الطبيب على وجه التحقيق.³

وطبقاً لرأى البعض و بالرجوع إلى الأحكام القضائية التي اعتمدها أنصار فكرة الخطأ الجسيم، فإن المحاكم لم تكن تعفى الطبيب من المسؤولية بسبب جسامة خطأه و إنما لإنعدام وجود هذا الخطأ أصلاً، ولم تقبل مطلقاً بإعفاء الطبيب من المسؤولية لمجرد أن خطأه ليس على قدر من الجسامة. وعلى هذا الأساس عدلت محكمة النقض الفرنسية عن النظرية السابقة إذ أقرت أن أي درجة من درجات الخطأ تكفي لقيام مسؤولية الطبيب، بشرط أن يثبت ذلك بشكل يقيني وقاطع، ولا حاجة في مطلقاً لإثبات الخطأ الجسيم.⁴

ومع ذلك فإن محكمة النقض الفرنسية قد استعانت في بعض أحكامها بفكرة الخطأ الاحتمالي بدلاً من فكرة الخطأ الواضح، حيث أيدت قضاة الموضوع في استخلاصهم خطأ الطبيب

1 - السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2011، ص 932.

2 - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين، دار الفكر العربي، الاسكندرية، مصر، 2007، ص 254.

3 - منير رياض حنا، المرجع نفسه، ص 261.

السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 932.

4 - محسن عبد الحميد ابراهيم البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية في ظل القواعد القانونية التقليدية، 1993، ص 39. منير رياض حنا، المرجع نفسه، ص 261.

مما أصاب المريض من اضطرابات مستمرة على إثر وضع عضو زائد له. وقد توصل قضاة الموضوع من مجموع القرائن الجسيمة و المحددة، و المتطابقة إلى تأكيد أن ما أصاب المريض من شلل، إنما نشأ من عدم اتخاذ احتياطات كافية عند إجراء التدخل الجراحي.¹ كما تبنت المحاكم الفرنسية موقف محكمة النقض، واعتبرت الخطأ احتمالياً في حالة سقوط المريض من منضدة الفحص، لأن ذلك هو نتيجة لقصور في الرقابة، أو لأن المريض ترك وحده رغم كبر سنه وبدانته الظاهرة، ليستقر بمفرده على طاولة الفحص، أو لأن هذه الأخيرة انقلبت به لقصور في أداة التوجيه. كما يسأل مركز أو بنك الدم عن نقل الدم الملوث بفيروس الايدز، حتى ولو لم تكن الحالة العلمية و التقنية الراهنة لا تسمح باكتشاف هذا الفيروس.²

الفرع الثاني: الموقف التشريعي

بالرجوع إلى التشريع الفرنسي الحالي فقد حسم المسألة بمقتضى قانون 04 مارس لسنة 2002، و المتعلق بحقوق المرضى ونوعية نظام الصحة. حيث أكد المشرع الفرنسي أنه و رغم اتساع نطاق الالتزام بتحقيق نتيجة، يبقى الطبيب ملتزماً من حيث المبدأ ببذل عناية، فعدم نجاح العمل الطبي لا يقتصر على عنصر الاحتمال، وإنما يتأثر أيضاً بتعقيدات الجسم الإنساني.

وطبقاً للمادة L1142-1-I من قانون الصحة العامة الفرنسي³ لا تتحقق مسؤولية الطبيب ما لم ينسب إليه خطأ في التشخيص، أو العلاج، أو الرعاية الصحية، يكون مستخلصاً من

¹ - محسن عبد الحميد ابراهيم البيه، المرجع السابق، ص 242. منير رياض حنا، المرجع نفسه، ص 271.

² - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين، المرجع نفسه، ص 272.

³ - Art L1142-1.I.c.s.p « Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, 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.»

وقائع واضحة ثابتة ثبوتاً كافياً لا يقبل المناقشة. ويقاس الخطأ بمسلك رب الأسرة الحريص، مع مراعاة أعراف المهنة والمعطيات العلمية في مجال التخصص، إضافة إلى حالة المريض، ومدى توفر الامكانيات في مكان مباشرة العمل الطبي.¹

هذا المسلك الذي اتخذه كل من التشريع و القضاء الفرنسيين، في الإبقاء على الخطأ كأساس لمسئولية الطبيب لم يحظى بقبول الفقه الفرنسي، الذي يرى أن هذا المسلك لم يراعي المخاطر العلاجية التي أصبحت سمةً للتدخل الطبي في الوقت الراهن، وكأن الجهود التي بذلت من أجل تطوير قواعد المسؤولية المدنية للطبيب، بما يتلائم مع الآثار السلبية للتقدم العلمي ذهبت في مهب الريح، فلا فرق بين الوضع الراهن، و بين ما أقره حكم MERCIER منذ سنة 1936.

وهذا لا يعني أن الفقه يرفض اقتصار التزام الطبيب على بذل عناية، وإنما يجب مراعاة الالتزام بضمان السلامة، الذي وإن كان محله تحقيق نتيجة إلا أن ذلك لا يعني أن يضمن الطبيب عدم وقوع أي حادث مطلقاً، وإنما ضرورة وجود رابطة سببية بين الحادث و العمل الطبي، فإذا انتفت هذه الصلة يعفى الطبيب من المسؤولية، ليس لأن التزامه بضمان السلامة التزام ببذل عناية، وإنما لعدم تحقق علاقة سببية.²

الفرع الثالث: نقل عبء الإثبات في مجال الإعلام

نظراً لصعوبة إقامة الدليل من طرف المريض بسبب طبيعة الواقعة محل الإثبات - الإعلام- أو بسبب صعوبات إثبات الخطأ الطبي بشكل عام، عدلت محكمة النقض الفرنسية

D.Duval-Arnould. **Accident ou faute médicale?**.S.Jur.ed.gé.Doct.2007.n°25.p 15. J.penneau.

Droit medical. D. no 19. 2009. p 1303.

Cass. Civ. 1ère, 18-09-2008.n° 07-12-170.

¹ - ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 114.

² - ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 120.

عن حكمها السابق وأقرت في حكمها الصادر بتاريخ 25 فيفري 1997،¹ نقل عبء إثبات واجب الاعلام إلى الطبيب. ورغم أن محكمة النقض الفرنسية استندت في حكمها هذا على نص المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي، إلا أنها وعلى خلاف الحكم السابق استندت إلى الفقرة الثانية و التي تقضي بأنه على من يدعي الوفاء بالتزامه أن يثبت ذلك، أو يقدم الدليل على الواقعة التي أدت إلى انقضاء التزامه، بعدما استندت كانت في قضائها السابق لهذا الحكم على الفقرة الأولى من المادة ذاتها، و التي تقضي بأنه على من يطالب بتنفيذ الالتزام أن يثبته.

وبهذا الحكم تكون محكمة النقض الفرنسية قد أعفت المريض من عبء إثبات واقعة سلبية هي نقص أو انعدامه، وبالمقابل ألزمت الطبيب متى أراد التخلص من المسؤولية أن يثبت واقعة إيجابية هي قيامه بإعلام المريض على الوجه المطلوب قانوناً.²

ولقد كان لهذا التوجه أثره البالغ على العلاقة الطبية وما تستوجبه من ثقة بين طرفيها، ذلك أن مشكلة إثبات إعلام المريض ورضاه بالعمل الطبي قد لا تحسم حتى مع وجود الدليل الكتابي لأن ذلك يتوقف على مدى حسن نية الطبيب ومدى ثقة المريض به. وخارج هذا الإطار لن يكون الطبيب في مأمن من أن يدعى المريض أن رضائه لم يكن مبنياً على دراية حقيقية بحالته الصحية، خاصة وأن الدليل الكتابي هو في الغالب نموذج مطبوع، وأن الحالة الصحية للمريض قد تحول دون وجود هذا الدليل.

ودرءاً لهذا الاشكال قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 14 أكتوبر 1998 بأنه لا يشترط الدليل الكتابي لإثبات إعلام المريض و يمكن للطبيب الاستعانة في ذلك بكافة طرق الإثبات.¹

¹ - Cass.1^{er} civ 25 fév. 1997. Bull.civ.n° 75. « ... Attendu que celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation » .

أكثر تفصيلاً أنظر: محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار المطبوعات الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2006، ص 76.

² - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 76.

وعلى خطى محكمة النقض الفرنسية أقر مجلس الدولة الفرنسي أيضاً نقل عبء الإثبات في مجال الإعلام، مع الإشارة إلى أن المادة 1315 قانون مدني لا تطبق بشكل مباشر و إنما تعتبر المؤسسات الصحية هي من تتحمل عبئ إثبات إعلام المريض بكل المخاطر حتى الاستثنائية منها.²

ويصدر قانون 04 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية نظام الصحة، أقر المشرع الفرنسي ما استقرت عليه القضاء الفرنسي، حيث نصت المادة L1111-2 من قانون الصحة العامة الفرنسي بأنه في حالة المنازعة فإن المهني أو المؤسسة الصحية يقع على عاتقهما إثبات إعلام المريض، بكافة طرق الإثبات.³

المطلب الثالث: إثبات الضرر

حسب القواعد العامة فإن الضرر إما أن يكون ضرراً مادياً يصيب المضرور في جسمه أو ماله (الفرع الأول)، أو أن يكون ضرراً أدبياً يصيبه في شعوره أو عاطفته أو كرامته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الضرر المادي

هو الذي يضر بصيب المضرور في حق من حقوقه التي يحميها القانون سواء في جسمه أو في ماله، أو يصيبه في مصلحة مادية مشروعة.⁴ فالضرر المادي بهذا المفهوم إما

¹ - Cass.1^{er} civ. 14 octobre 1997.Gaz.Pal 1997« ... la preuve que l'information a été donnée au client peut être rapportée par tout moyen par le médecin mis en cause. »

² - C E 5janv.2000, AJDA.20 févr.2000,p. 137 , JCP 2000.II.10271,note Moreau ; P.Fourbeur : **le contenu et la preuve de l'information donnée aux patients de l'hôpital public** , Entrep.méd., n°198, 14 févr.2000 ,p.6 ;V.Haïm : **De l'information du patient**,D.1997, chron.,p.125. Y.I.Faivre. S.P.Simon. **Droit du dommage corporel**, 6° éd, D.2009.p 775.

³ -Art L1111-2 C.S.P.F «En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen.

⁴ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، الطبعة الثالثة، دون سنة النشر، ص 162. محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي و الأدبي و الموروث، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1995، ص 55. محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الاسلامي و القانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2002، ص 169.

أن يصيب المريض في جسده، أو في ذمته المالية (البند الأول)، وفي كلتا الحالتين يشترط أن يكون الضرر محققاً (البند الثاني).

البند الأول: الإخلال بمصلحة مالية مشروعة

لكل شخص الحق في سلامة حياته وسلامة جسده، فلا يجوز التعدي على حياته أو إتلاف عضو، أو إحداث جرح أو إصابة جسمه أو عقله، بأي أذى من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب أو ينتج عنه نفقات يتحملها المصاب كنفقات العلاج مثلاً.¹ وعلى ذلك فالتعدي على السلامة الجسدية للشخص إما أن تكون نتيجة الوفاة (أولاً)، أو عجز جسماني (ثانياً).

أولاً: فقدان الحياة

إن لكل إنسان حقاً في تكامل المدة الطبيعية لحياته على وجه الأرض، و ينعكس وجوده الحقيقي في غريزة حب البقاء أو الرغبة الطبيعية في الحياة، التي يتمتع بها الآدمي بالفطرة. وتظهر أولويتها الموضوعية المطلقة في حرص الشخص الطبيعي العادي على سلامة حياته حرصه على أعلى و أثمن شئ مادي يملكه في الوجود.² وهكذا فإن هذه القيمة أجدر بأن يحيطها الشارع بسياسج شامل من الحماية يقيها صور الاعتداء أو التهديد على تنوعها.³

ولقد كانت الشريعة الاسلامية سباقية لتقرير هذه الحماية ضمن القواعد الأصولية الكبرى، وجعلت من القصاص عقوبة للقتل، كما أوجبت دفع الدية تعويضاً للميت و احتراماً لنفسه. ولقد ورد النهي عن قتل النفس في العديد من الآيات و الأحاديث منها: قوله تعالى: { وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ }.⁴ وقوله تعالى: { وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا }.¹

¹ - محكمة الاستئناف الوطنية في 15 يونيو سنة 1914 الشرائع 1 رقم 412، ص 251. نقلاً عن السنهوري، الوسيط،

المجلد الثاني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 971

² - محمد ناجي ياقوت، التعويض عن فقد الحياة، دون دار النشر، 1980، ص 07.

³ - محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 08.

⁴ - سورة الأنعام الآية 151. سورة الاسراء الآية 33.

أما عن آيات القصاص فمنها: قوله تعالى { وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَبْصَارِ }².
وقاله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ }³. وقوله تعالى: { وَكَتَبْنَا
عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ
وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا }⁴.

كما أيد القضاء الجزائري ذلك في قرار عن المجلس الأعلى بتاريخ 10 أكتوبر 1984 جاء في
حيثياته "... ومتى ثبت في الدعوى دون أن يحظى من طرف القضاة بالاعتراف في
استحقاق التعويض عن الحادث الذي أودى بحياة الوالد، فإن المجلس القضائي حين رفضه
طلب الأم بصرف ما تراه مناسباً يكون قد أنكر حقاً مكتسباً أقره القانون ومن ثم أخطأ في
التطبيق مما يستوجب النقض"⁵.

ثانياً: العجز الجسماني

يسمى كذلك الضرر الجسدي غير المميت، و يتمثل في الإصابة اللاحقة بجسد
الإنسان و ما يترتب عنها من عجز جسماني، كإتلاف عضو من أعضاء الجسم أو
الانتقاص منه، أو التسبب بالعجز الدائم أو التعطيل عن العمل⁶.
فقد يترتب عن الخطأ الطبي إصابة المريض بعاهة، أو بعجز دائم أو مؤقت نتيجة
التشخيص أو العلاج أو الرعاية الصحية، فيكون من حقه طلب التعويض عما أصابه من
ضرر.

البند الثاني: تحقق الضرر

1 - سورة النساء الآية 94.

2 - سورة البقرة الآية 179.

3 - سورة البقرة الآية 178.

4 - سورة المائدة الآية 45.

5 - المجلس الأعلى، غ.ج، بتاريخ 10 أكتوبر 1984، ملف رقم 35511 المجلة القضائية 1989، العدد 01، ص 53.

6 - علي عصام غصن، الخطأ الطبي، الطبعة الثالثة، منشورات زين الحقوقية، لبنان 2010، ص 108. نقلاً عن :
عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية
الحقوق و العلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص 17.

يشترط أن يكون الضرر محقق بأن يكون قد وقع فعلاً أو سيقع حتماً. فيعتبر قد وقع فعلاً متى كان حالاً كأن يموت المضرور أو يصاب بتلف في ماله أو جسمه أو مصلحة مالية له. أما الضرر الذي قد يقع حتماً فهو الضرر المستقبل كحالة الضرر الناتج عن عجز العامل عن العمل في المستقبل. و التعويض عن الضرر المستقبلي إما أن يحكم به فوراً متى كان قابلاً للتعويض، و إما أن يتوقف تقديره على أمر لم يتحقق بعد، كما إذا أصيب العامل في ساقه و توقف تقدير الضرر على إمكانية بتر الساق من عدمه.

كما يمكن أن يتخذ التعويض شكل إيراد مدى الحياة في الحالة التي يرجع عدم إمكان التقدير إلى أن العامل سيبقى عاجزاً عن العمل عجزاً كلياً أو جزئياً طول حياته و لا يعلم أحد في أي وقت يموت. و للقاضي أيضاً أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في مقدار التعويض.

ولا تحول قوة الشيء المقضي دون المطالبة بالتعويض عن الضرر المستقبلي، متى لم يكن متوقفاً وقت الحكم بالتعويض- في غير حالات المسؤولية العقدية- كأن يفقد العامل بصره بعد إصابته في عينه، أو وفاته بعد إصابته، فيجوز للمضرور أو ورثته أن يطالبوا بما استجد من ضرر بموجب دعوى جديدة باعتبار أن الضرر الجديد لم يسبق أن حكم بالتعويض عنه. وإذا كان التعويض إيراد مدى الحياة فلا يؤثر في مقداره تغير قيمة النقد، ما لم يكن المبلغ المحكوم به قد روعي فيه أن يكون كافياً لنفقة المضرور، فيجوز عندئذ طلب إعادة النظر في تقدير الأيراد بما يتمشى وقيمة النقد.

وعلى العكس من ذلك لا يجوز إعادة النظر في التعويض لإنقاصه متى تبين من الظروف تناقص الضرر بشكل لم يكن متوقفاً، كأن يسترد العامل بصره بعدما حكم له بالتعويض عن إصابته بالعمى وحاز الحكم قوة الشيء المقضي. فالضرر المستقبلي ليس مجرد ضرر احتمالي بل هو محقق الوقوع لذا كان واجب التعويض عنه.

ويدخل ضمن الضرر المحقق ثبوت فوات الفرصة ، أي ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب من وراء تحقق الفرصة، بشرط أن يكون هذا الأمر قائماً على أسباب مقبولة من شأنها طبقاً للمجرى العادي للأمر ترجيح كسب فوته العمل الضار غير المشروع.¹

وتفويت الفرصة يختلف عن الضرر المحتمل، فالضرر المحتمل غير مؤكد فقد يقع وقد لا يقع، ولذلك لا يجوز التعويض عنه، أما تفويت الفرصة فهو ضرر محقق يصيب المريض مادام قد ترتب عن خطأ أو إهمال من الطبيب.²

وفي المجال الطبي فإن فوات الفرصة يعني التقليل من احتمال بقاء المريض على قيد الحياة، أو تجنب بعض الأضرار التي لحقت به، بحيث يكون على القاضي أن يقدر درجة احتمالية الشفاء أو البقاء على قيد الحياة في مقابل الخطأ الذي حصل، ومن ثم يقضي بالتعويض المناسب.

أولاً: فقدان توقع الحياة

حيث يرى جانب من الفقه أنه يجب النظر إلى فقد أو نقص توقع الحياة الذي يحدث بفعل فاعل على أنه ضرر جديد مستقل يستوجب الزام محدثه بالتعويض عنه. ليس عن الآلام البدنية أو النفسية التي يسببها جرح أو عجز، ولا عن العاهات المستديمة التي تتخلف عنها، ولا عن النفقات اللاحقة و الكسب الفائت بسببها مدى الحياة، و إنما عن ذات واقعة الحرمان من الحياة.³

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، منشأة المعارف الإسكندرية، 2004، ص374 ، الهامش رقم

2. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص170.

²- Cass 1^{er} civ, 14 nov 1965. JCP 1966, II, 14753. note R.Savatier. Orleans 27 fév, 1969,J.C.P, 1969,111.éd. G. 242. Cass. Civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, requête N°05-19020.

³ أنظر عرض هذا الاتجاه: محمد ناجي يقوت، المرجع السابق، ص 08.

ويرتبط هذا الضرر بالحق في تكامل الحياة. فمصلحة الفرد التي يحميها القانون تقتضي أن يظل جسمه مؤدياً كل وظائفه العضوية على النحو العادي الطبيعي الذي تحدده القوانين، و أن يحتفظ بتكامله، و أن يتحرر من الآلام البدنية.¹

وللحق في السلامة الجسدية جانبين، أحدهما موضوعي، و الآخر شخصي. فالجانب الموضوعي يتساوى فيه الناس جميعاً مهما اختلف ظروفهم، وذلك بأن يتمتع كل منهم بكامل قدرته البدنية و الذهنية العادية، وعلى وجه الخصوص القدرة على الاستمتاع بمباهج الحياة. أما الجانب الشخصي فيتمثل في حق الفرد في يستمتع قدراته بما يتماشى واحتياجاته الشخصية و امكانياته.²

أما الحق في تكامل الحياة فهو يعني ألا يحرم الانسان من وحدة من الوحدات الزمنية المكونة للمدة الطبيعية العادية المتوقعة لحياته، فمحل هذا الحق أن يحتفظ الفرد بالنصيب الطبيعي الذي يتوافر لديه من توقع الحياة، بحيث لا ينتقص من هذا النصيب بفعل فاعل. وهذا الحق لا يختلف عن سابقه من حيث الجوانب التي يشملها، فهو جانب موضوعي يتساوى فيه الناس جميعاً، وله جانب شخصي يتمثل في السعادة المؤلمة و الكسب المنتظر في مدة تعادل كامل المدة الطبيعية للحياة.³

ومن هنا نخلص إلى أن الضرر الناتج عن فقد توقع الحياة يتمثل في الحرمان من عدد من السنوات كان من الطبيعي أو من المتوقع عادة لأمثال المضرور أن يحيها لو لم يحدث المساس بالحق، ومن جهة أخرى يمثل الفرص المعقولة التي كان من المتوقع أن ينتهزها المضرور بالذات في أثناء السنوات المفقودة من حياته.⁴

فبقاء المضرور حياً بعد إصابته بعمل غير مشروع لا يمنع من أن يثبت طبيياً بأن الفعل الذي تعرض له أدى إلى المساس بتوقع حياته، ويوجب تعويضه عما أصابه من ضرر، وأقد

¹ - محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم ودمى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد، سبتمبر 1959، ص 537، ف 6. نقلاً عن محمد ناجي يقوت، المرجع السابق، ص 34.

² - محمد ناجي يقوت، المرجع السابق، ص 39.

³ - محمد ناجي يقوت، المرجع السابق، ص 40 وما بعدها.

⁴ - محمد ناجي يقوت، المرجع السابق، ص 43 وما بعدها.

أوردت محكمة النقض الفرنسية تطبيقاً لذلك في حكم الصادر 13 مارس سنة 1967¹، في قضية تتلخص وقائعها في أن المجني عليه الذي يبلغ من العمر 15 سنة أصيب في عموده الفقري إصابة بالغة، حيث رفضت المحكمة نقض الحكم الصادر للمجني عليه بالتعويض باعتبار أن الحادث تسبب في اختصار مدة حياته اختصاراً جوهرياً وحتماً، وليس مجرد ضرر احتمالي رغم أن المضرور لازال حياً، وجاء في الحكم "إن الحكم الذي استند إلى الأدلة الطبية التي تؤكد أن إصابة المضرور أدت حتماً إلى اختصار مدة حياته اختصاراً جوهرياً، وترتب عن ذلك أن المضرور قد تعرض بذلك لخطر إنهاء حياته قبل الأوان الطبيعي، يكون قد أثبت بما فيه الكفاية تحقق الضرر المطلوب التعويض عنه و المتمثل في خطر الانتقاص من المدة الطبيعية للحياة، وطبق القانون تطبيقاً سليماً عندما أخذ هذا الضرر المحقق في الاعتبار عند تقدير التعويض."

ثانياً: تعويض الطفل عن ميلاده معاقاً

يعد هذا النمط من الضرر من النتائج التي أفرزها التطور المتواصل للعلوم الطبية، بحيث يستند التعويض إلى واقعة ميلاد غير مرغوب فيها، باعتبارها لا تستجيب وتوقعات الوالدين بسبب حالة الإعاقة، طالما كان من الممكن تجنب أو من الواجب تجنب هذا الوضع.²

ويعد الحكم الشهير باسم Perruche الصادر بتاريخ 17 نوفمبر 2000،³ خطوة هامة في مجال التعويض عن الولادة مع الإعاقة، ذلك أن القضاء لم يستقر قبل هذا التاريخ حول مفهوم الضرر الناتج عن هذه الواقعة.

¹- Cass. Civ. 13 mars 1967, D. 1967.p 591.

نقلاً عن: محمد ناجي يقوت، المرجع السابق، ص 83 وما بعدها.

²- Yves Saint-Jours .Handicap congenital- Errur de diagnostic prenatal-Risque thérapeutique sous-jacent(à propos de l'arrêt« P...» du 17 novemdre 2000). D. Ch. Doc 2001. n°16.p 1263.

³-Cass.ass.plén, 17 nov 2000.- Yves Saint-Jours. Op.cit. p 1263. Laurent Aynés. Prejudice de l'enfant né handicapé: la plainte de job devant la cour de cassation. D.Ch. Doc. 2001.no6. p 492.

وقد أسست محكمة النقض حكمها هذا على أساس أن الأم حرمت بخطأ الطبيب من اللجوء إلى الإجهاض الإرادي للحمل، فالى جانب وجود رابطة السببية بين الإعاقة الخلقية للطفل و بين الأخطاء الطبية، يكون للطفل مصلحة قانونية في المطالبة بالتعويض بسبب عاهة لم تكن لتصيبه لو تمكنت أمه من المطالبة بالإجهاض قبل ميلاده.

وقد أثار هذا الحكم أثاراً كبيراً حول طبيعة التعويض، هل هو مرتبط بواقعة الميلاد، أم الإعاقة الخلقية؟ وقد حاول المشرع الفرنسي إنهاء هذه العاصفة بالقانون الصادر في 04 مارس لسنة 2002 (المتعلق بحقوق المرضى ونوعية نظام الصحة) من خلال وضع حدود للفروض التي تتحقق فيها المسؤولية الطبية عن ولادة الطفل معاقاً، والتي لم تكتشف أعراضها نتيجة لخطأ طبي، كما نص على استفادة الأشخاص المعاقين من التعويض باسم التضامن الوطني.

فبالنسبة لتعويض الطفل المولود معاقاً نصت المادة الأولى من هذا القانون - المادة L1145-5 من قانون الصحة العامة الفرنسي - على أن مجرد واقعة الميلاد في ذاتها لا ينتج عنها ضرر واجب التعويض قانوناً، فلا يكون الطبيب مسؤولاً عن التعويض إلا إذا كان خطؤه سبباً مباشراً في إحداث الإعاقة أو زيادتها، أو عدم السماح باتخاذ الوسائل اللازمة لتخفيفها.

أما بالنسبة بالوالدين فيتحدد نطاق طلب التعويض عن الضرر الأدبي فقط (الاعتداء على حقهما في اختيار الإجهاض الإرادي)، أما الأعباء المالية فيتم تعويضها باسم التضامن الوطني.¹

¹ - Art 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 (Art L. 1145-5 du C.A.S.F) « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.

La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer.

Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité

الفرع الثاني: الضرر الأدبي

هو الضرر الذي يصيب الشخص في مصلحة غير مالية، كأن يصيبه في سمعته أو اعتباره الاجتماعي.¹ وهو بذلك يتخذ أشكالاً متعددة، فقد يكون نتيجة لما يصيب الجسم من تلف أو تشوه، وقد يكون نتيجة للمساس بالسمعة أو الشعور أو حتى المعتقدات الدينية، وفي جميع الأحوال يجب أن يكون الضرر الأدبي محققاً و ليس احتمالياً.

وفي المجال الطبي فإن الضرر المعنوي يمثل المساس بشعور المريض و أحاسيسه نتيجة الآلام و المعانات الناتجة عن المساس بسلامته الجسدية، خاصة إذا كان هذا المساس ظاهراً كالتشوهات أو نقص في أعضاء الجسم.² كما يظهر هذا الضرر في حالة قيام الطبيب بإفشاء سر المريض، فيلحقه ضرر في سمعته أو كيانه الاجتماعي.

ويختلف الضرر الأدبي من شخص إلى آخر، فالشاب ليس كالمسن، و الفتاة غير الولد. ويقدر القاضي التعويض على ضوء الآثار التي تتركها الإصابة أو العجز على حالة المريض، منظوراً إلى ذلك من خلال عمله، أو مهنته، أو ظروفه الاجتماعية و الجسمانية إلى غير ذلك.³

وإذا كانت التشريعات الحديثة تسمح بالتعويض عن الضرر الأدبي بالقدر الذي تسمح فيه بالتعويض عن الضرر المادي، فإن الفقه الفرنسي القديم قد انقسم بشأنه إلى قسمين. فيرى الفريق الأول أن الضرر الأدبي بطبيعته غير قابل للتعويض عنه. وحتى لو قلنا بإمكانية ذلك فإن تقدير هذا التعويض لن يكون أمراً سهلاً. أما الفريق الثاني فيرى ضرورة التمييز بين أنواع الضرر الأدبي، فلا يكون هذا الأخير قابلاً للتعويض إلا إذا كان ناتجاً عن جريمة جنائية.

«nationale» ... L-Faivre. **Droit du dommage corporel: systèmes d'indemnisation** .op.cit p759 .

أنظر أيضاً: أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 218 وما بعدها.

¹ - حسن علي الدنون، **المبسوط في شرح القانون المدني- الضرر-**، دار وائل للنشر، عمان، الاردن، 2006، ص204.

² - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 169.

³ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 180.

و الحقيقة أن القول بأن الضرر الأدبي صعب التعويض عنه لأنه بطبيعته غير قابلاً للتعويض هو قول محل نظر، لأن التعويض لا يعني محو الضرر و إزالته من الوجود بقدر ما هو استحداث وسيلة لإرضاء المضرور عما أصابه من ضرر، فالخسارة لا تزول و لكن يمكن أن يقوم بجانبها كسب يعوض عنها.

ولم يشر القانون المدني الجزائري إلى مدى إمكانية المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي من طرف الورثة، وذلك على خلاف القانون المدني المصري الذي أشار في المادة 222 من القانون المصري منه إلى أن التعويض عن الضرر الأدبي لا ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء. ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج و الأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم جراء موت المصاب. فإذا كان الضرر الأدبي هو موت الشخص، فأن الضرر الذي أصاب الميت نفسه لا ينتقل إلى بالميراث، إذ لا يمكن أن يكون التعويض عن الموت قد حدد بمقتضى اتفاق سابق مع الميت، كما يستحيل أن يكون الميت طالب به أمام القضاء.

أما الضرر الذي يصيب أقارب الميت فالتعويض عنه يقتصر على الزوج الحي، و أقارب الميت من الدرجة الثانية، و إذا اجتمعوا كلهم كان التعويض لمن أصابه ألم حقيقي بموت المصاب.

فعلى خلاف الضرر المادي ليست العبرة بالتعويض لمن له حق النفقة ومن كان الميت يعوله فعلاً، بل العبرة بالأقارب المنتمين إلى الدرجة الثانية، مهما كان الميت قريباً إلى نفوس غيرهم.

وتجب الإشارة إلى أن نص المادة 222 مدني مصري لم تشر إلى إمكانية التعويض عن الضرر الأدبي في الأحوال التي لا تؤدي الإصابة إلى الوفاة، وترك ذلك لتقدير للقاضي رغم صعوبة المهمة.

المطلب الرابع: إثبات الصلة بين الخطأ الطبي و الضرر

إن الحديث عن الصلة بين الخطأ و الضرر يقتضي الحديث عن المفهوم التقليدي لهذه الصلة، ثم الحديث عن أثر فكرة تفويت الفرصة على إثبات هذه الصلة.

الفرع الأول: المفهوم العام لرابطة السببية

إن الصلة بين الخطأ و الضرر تعني وجود علاقة سببية بينهما، فالسببية بهذا المفهوم هي ركن مستقل عن الخطأ. ومع ذلك فإن هذه الاستقلالية لا تظهر إلا حيث يكون الخطأ مفترضاً، إذا لو كان واجب الإثبات فإن إثباته يكون في الغالب إثباتاً لعلاقة السببية. ففي الأحوال التي يعتبر فيها الخطأ مفترضاً كحالة حارس الحيوان مثلاً فإن المضرور لا يكلف بإثبات الخطأ، أما السببية فيمكن للحارس نفيها بإثبات السبب الأجنبي. لذلك فإن النضال بين المسؤول و المصاب من حيث الإثبات يدور حول السببية لا حول الخطأ. ولما كان الخطأ في إطار المسؤولية الطبية واجب الإثبات، فإن تحقق السببية مرتبط بثبوت الخطأ أولاً، وهو ما يجعل من إثبات هذه الصلة أمراً عسيراً خصوصاً في حالة مضاعفات المرض وعدم وضوح الأسباب التي أدت إليها. إضافة إلى أن الضرر قد ينشأ من أكثر من سبب.¹

وحسب القواعد العامة فإن رابطة السببية تنتفي متى كان الضرر يجد مصدره في سبب أجنبي، كالقوة القاهرة، أو خطأ المضرور، أو الغير. والقوة القاهرة هي كل حادث خارجي لا يمكن توقعه ولا دفعه، و يؤدي مباشرة إلى حصول الضرر،² فإذا ساهم مع الطبيب في إحداث الضرر عامل مما لا يمكن نسبته إليه، و لا إلى غيره، مما أدى إلى عدم نجاح العلاج، وكانت هذه الأمور مما لا يمكن توقعه أو

¹ - ريس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص294.

² - يجب أن تتوفر في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ثلاثة شروط:

- أن يكون الحادث غير ممكن التوقع (imprévisible) لا من جانب المدين فحسب، بل من جانب أشد الناس يقظة و بصراً بالأمور، فالمعيار هو أن يكون عدم الإمكان مطلقاً لا نسبياً.

- أن يكون الحادث مستحيل الدفع (irrésistible) فإذا أمكن دفع الحادث ولو لم يكن متوقعاً، لم يكن قوةً قاهرة أو حادثاً فجائياً.

- أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً (impossible) بسبب الحادث، استحالة مطلقة لا استحالة بالنسبة للمدين وحده، سواء كانت الاستحالة مادية أو معنوية. و استحالة التنفيذ هي التي تميز بين نظرية القوة القاهرة و نظرية الحوادث الطارئة، ذلك أن هذه الأخيرة تجعل الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً.

عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 384.

تفاديه، ولم يقع خطأ من جانب الطبيب، فإن هذا الأخير لا يعد مسؤولاً لانتفاء الصلة بين
الخطأ و الضرر.¹

و تقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعي تملكه محكمة
الموضوع، مادامت قد أقامت أسبابها على أسباب سائغة.²

غير أنه إذا كان المريض يحرم من التعويض في حالة القوة القاهرة، فإن ذلك لا يمنع الاتفاق
على أن يتحمل الطبيب تبعه الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، فضلاً على أن القواعد العامة
تجيز تأمين المخاطر الناشئة عن القوة القاهرة و الحادث المفاجئ. وهذه المسؤولية الموسعة
لن يضار منها الطبيب لأن التأمين سيغطيها، ولن يتأذى منها المؤمن لأنه يتقاضى مقابلاً
عن تغطيتها.

و تنتقي علاقة السببية أيضاً بخطأ المضرور، ويشترط في هذه الحالة أن يكون
المدعى عليه ارتكبا خطأً ثابتاً أو مفترضاً في الوقت نفسه الذي يقع الخطأ من المضرور، إذ
لو كان هذا الأخير وحده من ارتكب الخطأ فيعتبر قد ألحق الضرر بنفسه دون أن يعد ذلك
درب من دروب المسؤولية.³

كما يشترط في الفعل الصادر عن المضرور أن يشكل خطأً، بأن يشكل انحرافاً عن السلوك
المألوف للرجل المعتاد، كأن يخالف تعليمات الطبيب و تحذيراته بشأن أدوية معينة.⁴
فمجرد الفعل الذي يصدر من المضرور ولا يكون خطأً لا يصح أن يكون من شأنه أن يحو
أو يخفف من مسؤولية المدعى عليه، و إلا لتعذر على المضرور أن يرجع بتعويض كامل
عما أصابه من الضرر.⁵

1 - منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 512.

2 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 175.

3 - السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 1000.

4 - محكمة الإسكندرية الابتدائية، 8-7-1939، (الابراش ص 206)، نقض 28-11-1932 محاماة س 13، ص
815.

5 - السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 1000.

ويشترط أيضاً يكون خطأ المضرور له شأن في إحداث الضرر، فلو لم يكن له علاقة بالضرر لما كان للمدعى عليه أن يحتج به. ومتى اشترك خطأ المدعى عليه و خطأ المضرور في إحداث الضرر وجب أن نعرف إلى أي حد يؤثر خطأ المضرور في المسؤولية التي نشأت عن خطأ المدعى، فقد يكون أحدهما مستغرقاً للآخر، أو يكونا مشتركين في إحداث الضرر.

ويعتبر الخطأ مستغرقاً للآخر متى فاقه من حيث الجسامة، أو كان سبباً في حدوثه. ومن أمثلة الحالة الأولى أن يذكر المريض كذباً أنه لم يتعاطى أدوية أو اتباع علاج معين. ومن أمثلة الحالة الثانية أن يكون خطأ المريض في استعمال الدواء نتيجة لإشارة خاطئة من الطبيب .

و إذا كان خطأ المضرور قد يعفي الطبيب من المسؤولية كلياً أو جزئياً،¹ فإن هناك من يرى أنه في ظل التأمين من المسؤولية ينبغي أن يأخذ المؤمن على عاتقه تعويض المضرور و لو كان وقوع الضرر بفعله غير المتعمد،² ويرجع ذلك لأن التأمين يهدف إلى حماية محدثي الضرر، بيد أن قانون المسؤولية لم يعد له دور إلا في الإقلال من التعويضات التي تستحق للمضرور، فعندما يكون الشخص مؤمناً له، لا يسأل عن الأضرار التي يحدثها للغير، حتى ولو كان ذلك بخطأ جسيم، بينما يمكن التمسك ضد المضرور بخطئه من أجل تخفيض حقه في التعويض. وقد يكون في ذلك قلباً للأوضاع.³ كما أن تحديد نصيب المضرور من المسؤولية يستغرق وقتاً طويلاً، من أجل تحقيق ادعاءات المؤمن بوجود الخطأ في جانب المضرور للمماثلة في أداء التعويض أكبر مدة ممكنة، و لإنقاص مقدار التعويض قدر الإمكان.

¹ - Cass 1^{er} civ. 17 jan 2008. D. 2008.no 18. p 1256.note A.Dumery.

² - أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص 161.

³ - محسن عبد الحميد ابراهيم البيه، المرجع السابق، ص 63.

و إزاء هذا الوضع لم تتردد محكمة النقض الفرنسية في أن تقضي بعدم الاعتداد بخطأ المضرور ورفض الإعفاء الجزئي للمسؤول بسبب هذا الخطأ.¹ و إذا كان ما اهتدت إليه محكمة النقض الفرنسية - كما يقرر البعض² - يرتبط منطقياً بوجود التأمين الاجباري، فترى أنه مادام المشرع الفرنسي اعتبر التأمين من المسؤولية إجبارياً بالنسبة لجميع العاملين في مجال الصحة (قانون 04 مارس 2002) فلا مانع من تطبيق ما توصلت إليه محكمة النقض الفرنسية.

و كذلك تنتفي علاقة السببية أيضاً إذا وقع الخطأ بفعل الغير، و يعتبر غيراً كل شخص أجنبي عن العلاقة العقدية بين الطبيب و المريض، و يستثنى من ذلك الأشخاص الذين يسأل عنهم الطبيب قانوناً كمساعديه و أعضاء فريقه الطبي.

الفرع الثاني: قبول المخاطر الطبية وأثره على الحق في التعويض

إن دراسة فكرة قبول المخاطر باعتبارها فكرة قضائية أساساً لهو أمر يحتاج إلى توضيح و ضبط و تحديد معالمها. فالنشاطات الانسانية على اختلاف أنواعها تتطوي على جانب من الخطورة يختلف من نشاط إلى آخر. فمن يقبل إجراء عملية جراحية بسيطة يعلم باحتمال حدوث أضرار له من جرائها، إلا أن هذا العلم في حد ذاته لا يرتب آثاراً قانونية، إذ أن مجرد العلم بحدوث الخطر لا ينم بأي حال من الأحوال عن القبول بحدوث هذا الخطر، و لا أثر لهذا العلم على مسؤولية محدث الضرر.³ و إذا كان العلم بالمخاطر العادية لا يؤثر على مسؤولية محدث الضرر، فإن هذا العلم لا يكون مجرداً من كل أثر متى كانت تلك المخاطر استثنائية، إذ أن العلم بتلك المخاطر يعد دليلاً على قبولها.

و يشترط لتطبيق نظرية قبول المخاطر إضافة إلى الرضا الحر و المستنير للمريض، ألا يرتكب الطبيب خطأ مهنيًا، فقبول المريض بمخاطر العمل الجراحي لا يغطي أخطاء الطبيب

¹ - Cass.civ. 21 juill.1982,Gaz.Pal.1982.II, p 391, concl. Chabonnier.

² - G.Viney. *L'indemnisation des victimes de dommages causés par le fait d'une chose*.D. 1982, chron. P 201 et s .

³ - محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء، 1958، ص 176. نقلاً عن زكريا جلال متولي نقريش، مرجع سابق، ص 72.

المهنية، فالمريض يقبل أن يعالج و يقبل مخاطر هذا العلاج أو ذلك و لكن بشرط مراعاة الطبيب لقواعد مهنته، و أي خطأ من الطبيب و لو كان يسيراً يحمله المسؤولية. ومن حيث التكييف القانوني لقبول المخاطر فقد نشب خلاف بين في الفقه و القضاء بين القائلين بأنه اتفاق برفع المسؤولية أو تحديدها، و القائلين بأنه خطأ الضحية، و أخير القائلين بأنه يبرر الاستناد إلى نظرية تحمل التبعة.

ومحاولة لتقدير هذه الآراء يمكن القول: أنه يصعب القول بأن قبول المخاطر هو اتفاق برفع المسؤولية أو تحديدها لما بينهما من اختلافات جوهرية: فاتفاق رفع المسؤولية يشترط أن يكون صريحاً بينما قبول المخاطر يكون عادة ضمنياً، كما أن اتفاق رفع المسؤولية يشترط الأهلية الكاملة بينما يكفي في القابل بالمخاطر أن يكون مميزاً، اتفاق رفع المسؤولية يقع باطلاً متى تعلق بالأضرار التي تصيب الأشخاص، في حين يجوز القبول بالمخاطر الجسيمة في حالات معينة.

كما يصعب القول بأن قبول المخاطر هو خطأ من المضرور- رغم كون هذا الرأي هو الأكثر تأييد لدى معظم الفقه و القضاء- إذ كيف يمكن نسبة الخطأ إلى المريض الذي قبل العمل الجراحي أملاً منه في الشفاء من مرض عضال يعاني منه، فليس كل قبول للمخاطر مكوناً لخطأ من الضحية.¹

و يترتب عن القبول الصحيح للمخاطر الطبية، إذا كان قبول المريض سليماً متبصراً، غير مشوب بأي عيب من عيوب الإرادة، وكان مشروعاً، وقصد العلاج من التدخل الطبي، و لم يرتكب الطبيب خطأ مهني، فإن قبول المريض للمخاطر بتوافر تلك الشروط مجتمعة يعني الطبيب من المسؤولية إعفاء كاملاً.²

¹ - زكريا جلال متولي نقريش، مرجع سابق، ص 99 وما يليها.

² - زكريا جلال متولي نقريش، مرجع سابق، ص 282. رضا محمد جعفر، رضا المضرور بالضرر و أثره على الحق في التعويض، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص 462 وما يليها.

الفرع الثالث: افتراض رابطة السببية في ظل مبدأ فوات الفرصة

إن إثبات رابطة السببية يعد من الأمور العسيرة جداً، ويرجع ذلك إلى عدم وضوح أسباب المضاعفات الناتجة عن التطور المتوقع للمرض، أو الخطأ الطبي. وفي مواجهة ذلك قرر القضاء الفرنسي افتراض رابطة السببية بالاستعانة بنظرية فوات الفرصة. فقد ذهبت المحاكم الفرنسية إلى أن الطبيب متى فوت على المريض بخطأه الثابت فرصة العلاج أو الحياة، وجب عليه كي يتخلص من المسؤولية أن ينفي علاقة السببية.¹ أما القضاء الإداري فقد حاول التقريب بين جسامه الخطأ و جسامه الضرر الذي تعرض له المريض، رغم غياب علاقة سببية أكيدة بين الخطأ و الضرر، وذلك بالتركيز على الصفة الجسيمة للخطأ و الذي و إن لم يكن سبباً أكيداً في إحداث الضرر النهائي إلا أنه سبباً في فوات فرصة الشفاء رغم تلاشي علاقة السببية.²

وإذا كانت نظرية فوات الفرصة قد حظيت بتأييد واسع في مجال المسؤولية المدنية، إلا أنها لم تكن بالشكل نفسه في مجال المسؤولية الطبية الجزائية، وذلك لعدم ملاءمتها لمبادئ القانون الجزائي، باعتبارها نظرية يشوبها الاحتمال وعدم اليقين. فالأخذ بفوات الفرصة في المجال الجنائي يتعارض مع المبادئ المستقرة في هذا المجال و التي في مقدمتها مبدأ الشرعية الجنائية، ومبدأ تفسير الشك لصالح المتهم. فوظيفة التجريم العقاب هي من اختصاص المشرع، وبالتالي فإن دور القاضي الجزائي يقتصر على إبراز عناصر الجريمة بما يقتضيه النص و دون التوسع في التفسير أو

¹ -C.Cass 14 decemb 1965, J.C.P.1966.II.145753, not Savatier. C.Cass 18 mars 1969, J.C.P 1970.II.16422, not Rabut. C.Cass 27 Jui.1970. J.CP 1970.16422, not Rabut. C.Cass 27 mars 1973, D.1973. 525. Not Penneau.

نقلًا عن : أحمد أدريوش، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، المرجع السابق، ص 159. هامش 75.

² -Sabine BOUSSARD, **La perte de chance en matière de responsabilité hospitalière.....**,op.cit ,p 1026.

= نقلًا عن: صاحب ليديّة، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، 2011، ص 76، الهامش 02.

القياس.¹ فلو قلنا بإمكانية الاستعانة بفوات الفرصة لتقرير المسؤولية الجزائية للطبيب لأدى ذلك إلى القياس و المساواة بين الضرر المتمثل في فوات الفرصة و النتيجة الاجرامية التي يقتضيها النص لتحقق الجريمة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن عنصر الشك وعدم اليقين في فوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة و الذي سببه أن ركن السببية مجهول، يجعل القاضي يبتدع جريمة لم ينص عليها القانون هي جريمة الحرمان من فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة.²

كما أن التشريعات بما فيها التشريع الجزائري³ تجعل من قرينة البراءة ضمانا لحقوق الفرد من مخاطر سوء الاتهام و الافتناع المتعجل لقضاة الموضوع. فالبراءة مفترضة في كل شخص لم تثبت إدانته بموجب حكم قضائي نهائي، مهما كان وزن الأدلة أو قيمة الشكوك التي تحوم حوله.⁴

و افتراض البراءة يعني أن عبء إثبات ارتكاب الطبيب للجريمة يقع على عاتق جهة الاتهام بكل ما لها من وسائل، وبشرط ألا يكون الحكم مبنياً على الاحتمال، حيث لا يعلم على وجه اليقين وجود الصلة بين خطأ الطبيب و الضرر الذي أصاب المريض. فالأحكام الجزائية تبني على الجزم و اليقين و الشك يؤول لصالح المتهم.⁵

¹ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، دار هومة، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2007، ص 50. صاحب ليدية، المرجع السابق، ص 86.

² - محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء و تطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 107.

³ - المادة 45 من دستور 1996.

⁴ - محمد بودالي، الحماية الجنائية لقرينة البراءة، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2004، ص 31 وما بعدها.

⁵ - محمد سامي الشوا، المرجع نفسه، ص 119.

المبحث الثالث: سلطة القاضي في تقدير التعويض

سنعرض في هذا المبحث إلى نقاط ثلاث، الأولى مدى تأثير ازدواج أساس المسؤولية على مقدار التعويض (المطلب الأول)، أما الثانية فهي المعايير التشريعية التي يهتدي بها القاضي عند تقدير التعويض (المطلب الثاني)، و أخير مضمون الأضرار المستوجبة للتعويض (المطلب الثالث).

المطلب الأول: ازدواج أساس المسؤولية وأثره على تقدير التعويض

لقد انتهى فقهاء القانون الفرنسي القديم إلى أن التزام الفرد بالتعويض هو أمر يتفق وقواعد الأخلاق التي توجب عدم الإضرار بالغير، و بالتالي لم يعد التعويض وسيلة لإشباع عواطف المضرور أو تعبيراً عن حقه في الانتقام، وقد مهد ذلك إلى التمييز بين العقوبة و التعويض. ومادام المقصود هو إصلاح الضرر فإنه يكفي مجرد إزالة الضرر بمقابل معادل له تماماً، وكل زيادة عن ذلك تكون غريبة عن فكرة التعويض و المسؤولية المدنية و تجد أساسها في فكرة العقوبة أو الانتقام من محدث الضرر و يجب استبعادها من التعويض.¹

غير أن الفقه الفرنسي و أمام أفكار الفقيه الألماني ايهرنج الذي يدعو إلى التخفيف من النزعة الموضوعية أو المادية المتطرفة للقضاء الألماني في تقدير التعويض، وجد مبادرة مشجعة للمضي نحو التخفيف من إطلاق الاتجاه الموضوعي للتعويض.²

وقد جاءت أول محاولة في الفقه الفرنسي للكشف عن الاتجاه الشخصي في الجزاء المدني بصفة عامة على يد الفقيه ايجنى، و الذي تعد نظريته إشارة بداية تجدد الصراع بين الاتجاه الشخصي و الاتجاه الموضوعي في تقدير التعويض في العصر الحديث، وشدت نظر جانب من الفقه نتيجة التطورات السريعة و المتلاحقة لأحكام المسؤولية المدنية. فظهرت بذلك نظرية تنكر على الخطأ دور في اسناد المسؤولية المدنية و تفسر أساس هذه المسؤولية

¹ - محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 79. آمال بكوش، مرجع سابق، ص 67 وما يليها. طه عبد المولى طه، مرجع سابق، ص 41 وما يليها. إبراهيم صالح عطية الجبوري، العوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2013، ص 127 وما يليها.

² - محمد إبراهيم دسوقي، المرجع نفسه، ص 91.

بفكر الضمان مع الاحتفاظ للخطأ بدور جديد يتمثل في التأثير في مدى التعويض أو التشدد فيه بما يجاوز التعويض الناتج عن الضمان و ذلك على سبيل العقوبة الخاصة. كما ظهرت نظرية أخرى في الفقه الموضوعي للمسؤولية المدنية تفسر الوضع القائم إنطلاقاً من أنه مادامت الذمة الجماعية هي الملزمة بالتعويض، فإن جسامه الخطأ تعد سبباً لقيام المسؤولية الفردية فيتحمل محدث الضرر تعويض الضرر من ذمته الشخصية لا من الذمة الجماعية التي حددها القانون أو العقد.¹

و لقد كان للتطور الصناعي و الاقتصادي أثره البالغ في تدعيم هذا الاتجاه، حيث تزايد الشعور بالحاجة إلى تقرير التعويض في الفروض التي تعجز القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية عن حمايتها، وهو ما أدى بالنتيجة إلى ابتعاد المسؤولية المدنية عن اللوم الأخلاقي أو المسؤولية الأخلاقية.

و قد من نتج عن هذا التغيير أن المسؤولية القائمة على الخطأ لم تعد إلا شقاً من المسؤولية المدنية، و بالمقابل لم تعد هناك ضرورة للتعويض الكامل، إذ أن التعويض لم يعد جزءاً للاعتداء على قواعد الأخلاق لأن إثبات الخطأ لم يعد ضرورياً، و أن الالتزام بالمسؤولية لم يعد فردياً.²

و ليس معنى ذلك أن الوظيفة الإصلاحية للتعويض باعتبارها ترمي إلى كفالة التعويض للمضرور تؤدي إلى إلغاء ركن الخطأ تماماً من المسؤولية المدنية، إذ أن التشريع و القضاء لم يبلغا حتى الآن المبدأ الذي ينشده فقه المسؤولية الموضوعية من أن كل من سبب ضرراً للغير يجب عليه تعويضه و لو لم يكن مخطئاً، ولكن كفالة التعويض تعني أن الاتجاه الحديث للمسؤولية فيما يتعلق بحماية الإنسان يتجه إلى إرساء دعائم جديدة في التشريع و القضاء نحو تقرير التعويض لكل مضرور من فعل الغير و تأكيد حصول المضرور على هذا التعويض بصفة فعلية.³

¹ - محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 94.

² - محمد إبراهيم دسوقي، المرجع نفسه، ص 229.

³ - محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 235. آمال بكوش، المرجع السابق، ص 70.

و بالمقابل فإن ابتعاد التعويض الإصلاحي عن فكرة الخطأ، نتج عنه أيضاً أن يدفع المضرور ضريبة الحماية التي كفلها له التشريع و القضاء بالتوسع في تقرير التعويض، بأن جبر الضرر يكون بالتعويض العادل و ليس الكامل.¹

المطلب الثاني: المعايير التشريعية

لقد حدد المشرع للقاضي العناصر التي يجب أن يضعها في اعتباره عند تقدير التعويض، وهي عناصر من شأنها أن تؤدي إلى تعويض المضرور عما لحقه من ضرر. وفي هذا السياق تقضي المادة 131 قانون مدني جزائري بأنه " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التعويض." كما تنص المادة 182 من القانون نفسه " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، و يشمل التعويض مالحق الدائن من خسارة و ما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد." وتنص المادة 182 مكرر " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة."

وتنص المادة 132 " يعين القاضي طريقة التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً.

و يقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف و بناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليها، و أن يحكم على سبيل التعويض بأداء بعض الاعانات تتصل بالفعل غير المشروع."

¹ - محمد إبراهيم دسوقي، المرجع نفسه، ص 290.289.

يتبين من هذه النصوص أن المشرع لم يترك للقاضي أن يقدر التعويض حسب أهوائه وميوله الشخصية، بل وضع له معايير يسير على هداها، فأوجب أن يقدر التعويض بمدى ما أصاب المضرور من ضرر، بحيث لا يزيد عنه و لا يقل، و يجب أن يكون معياره في المسؤولية هو ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب.¹

غير أنه ورغم ما توصي به نصوص القانون وما استقر عليه الفقه التقليدي من أن التعويض يجب أن يكون كاملاً، فإن القضاء استناداً إلى سلطته التقديرية في تقدير التعويض يتجه إلى جبر الضرر بتعويض عادل فقط دون التقيد بفكرة التعويض الكامل، وذلك مراعاة منه للظروف الملابسة بما تتضمنه من الاعتداد بثروة الطرفين وعدم جسامه الخطأ وخاصة في تقدير الخطأ الأدبي.

فالواقع العملي يشير إلى أن القضاة يتعدون بثروة طرفي المسؤولية عند تقدير التعويض خاصة إذا تعلق الأمر بالضرر الأدبي حيث لا يتقيد القاضي بمعايير مادية، وحيث لا يتعلق الأمر بضرر مالي يقبل التقييم.²

أما عن جسامه الخطأ³ فالأصل أنه لا ينظر إلى جسامه خطأ المسؤول عند تقدير الضرر، فالتعويض يقاس بجسامه الضرر لا بقدر جسامه الخطأ. ومقتضى ذلك هو ضرورة الفصل بين التعويض المدني و العقوبة الجنائية، فالتعويض المدني أمر موضوعي لا يراعى فيه إلا الضرر، أما العقوبة الجنائية فهي أمر ذاتي تراعى فيه جسامه الخطأ.

¹ - علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 1989، ص 218.

² - محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 318 وما يليها.

³ - يتميز الخطأ الجسيم عن الخطأ العمد بعدم توافر نية الإضرار لدى الفاعل. و يتميز عن الخطأ غير المغتفر بعدم اشتراط العنصر الإرادي للفعل أو الترك غير المشروع. كما يتميز عن الخطأ اليسير بجسامه الانحراف عن مسلك الرجل المعتاد. و أن له خاصية هامة تميزه في ذلك هي توافر عنصر توقع حدوث الضرر نتيجة للفعل غير المشروع لدى الفاعل بالمعيار الموضوعي المجرد أو المعيار الذي الشخصي، و أنه يمكن الوصول إلى هذا التوقع لحدوث الضرر حسب مضمون الالتزام، و أنه إذا كان الخطأ الجسيم يتساوى في بعض الفروض في المعاملة مع الخطأ العمد أو الغش فليس ذلك لوحدة الطبيعة بينهما ولكنها مجرد مساواة في الآثار مع استقلال كل من الخطأين بخائضه المميزة. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 390.

ومع ذلك فإن القضاء يراعي عادة جسامه الخطأ عند تقدير التعويض، وهذا شعور طبيعي يستولي على القاضي، فمادام مقدار التعويض موكولاً إلى تقديره فهو يميل إلى الزيادة فيه إذا كان الخطأ جسيماً و إلى التخفيف منه إذا كان الخطأ يسيراً.¹

أما في نطاق المسؤولية العقدية فتكون جسامه الخطأ محل اعتبار، حيث ألحق المشرع الخطأ الجسيم بالغش، مع أن الغش يقوم على سوء النية و ليس الخطأ سوء نية مهما كان جسيماً. و ينبغي للقاضي على أن يراعي الظروف التي تلابس المضرور من ظروف شخصية كحالته الصحية أو العائلية أو المالية، و إذا كانت إصابة المضرور يترتب عليها انخفاض دخله، فيجب أن يؤخذ هذا الانخفاض عند تقدير التعويض لأن الفعل الضار هو الذي سبب له هذا الانخفاض، فهو يدخل في مالحقه من خسارة.²

المطلب الثالث: الأضرار التي يستحق عنها التعويض

تنقسم الأضرار إلى ضرر مباشر و ضرر غير مباشر، و ضرر متوقع و ضرر غير متوقع، وهناك الضرر المتغير.

فالضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، وذلك بأن تكون بينه و بين الفعل الضار علاقة سببية كافية.³

و يشمل الضرر المباشر عنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت المضرور، و الكسب الذي فاتته، و يراعي القاضي في ذلك الظروف التي تلابس المضرور لا الظروف التي تلابس المسؤول. فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور تدخل في الاعتبار، لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور بالذات، فيقدر على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي، كما يكون محلاً للاعتبار حالة المضرور الجسمية و الصحية.⁴

1 - السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 1101

2 - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 218.

3 - المادة 182 ق.م.

4 - السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، ص 1098.

و لا ينبغي أن يقتصر مفهوم مباشرة الضرر على وجوب إنصرافه إلى المضرور وحده بحيث لا يتعداه إلى غيره، فقد يمتد أثر الضرر إلى أشخاص آخرين غير المضرور وهذا ما يسمى بالضرر المرتد.

و المضرور بالارتداد يطالب بالتعويض عن ضرر شخصي، وهذا التعويض لا يخضع لقواعد الميراث، فما يقضى به لأحد المضرورين بالارتداد لا يكون على أساس نصيبه في التركة، فضلاً عن عدم مزاحمة باقي الورثة له بل يخلص له وحده، إضافة إلى أنه ليس بالضرورة الحكم للمضرورين بالارتداد بمبالغ متساوية بل يمكن أن تتفاوت بقدر ما يقع على كل مضرور من ضرر مرتد.¹

و يترتب عن ذلك أن المضرور بالارتداد قد يجمع بين التعويض المستحق للمضرور الأصلي، و التعويض المستحق له كمضرور بالارتداد، فقد يتوفى المضرور الأصلي بعد أن يثبت له الحق في التعويض عن كل من الضرر المادي و الأدبي، فيؤول هذا الحق إلى الوارث باعتباره عنصراً من عناصر التركة، وفي الوقت نفسه يستحق الوارث التعويض عن الضرر المرتد، ولا يعد ذلك جمعاً بين قواعد المسؤوليةين نظراً لاختلاف موضوع كل من الضررين.²

و إذا كان الضرر المرتد لا يختلف عن الضرر الأصلي في كونه ضرر شخصي و مباشر، إلا أنه قد يختلف عنه من حيث أساسها، ففي المسؤولية الطبية مثلاً قد يكون الضرر الأصلي مبنياً على رابطة عقدية هي عقد العلاج أو الاستشفاء، في حين يستند الضرر المرتد إلى المسؤولية التقصيرية. و يترتب عن ذلك دعوى التعويض عن الضرر المرتد لا ترتبط بالضرورة بدعوى التعويض عن الضرر الأصلي، خاصة و أنه يجوز للمضرور ارتداداً أن يرفع دعواه حتى ولو لم يقم المضرور الأصلي برفع الدعوى الخاصة به.

¹ - محمد محي الدين إبراهيم سليم، نطاق الضرر المرتد، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008، ص 25.

² - محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع نفسه، ص 19.

و لا يكفي أن يدعي الشخص بأنه أضرر نتيجة لما حاق بالمضرور بالأصلي، فما يشترط في الضرر الأصلي يشترط أيضاً في الضرر الأصلي، فيجب على المضرور أن يثبت بالارتداد أن يثبت أن ما أصاب المضرور الأصلي قد انعكس عليه بتقويت مصلحة مادية أو أدبية مؤكدة في الحال أو في المستقبل، إذ لا يقبل الادعاء المرتكز على ضرر محتمل.¹

وإذا تعلق الأمر بالمسؤولية العقدية فإن السؤل لا يسأل إلا عن الضرر المتوقع مالم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً، على خلاف المسؤولية التقصيرية حيث يسأل عن الضرر المتوقع وغير المتوقع.

و لقد اختلفت آراء الفقه في تفسير التزام المدين بتعويض الضرر المتوقع و حسب في حالة الخطأ اليسير في نطاق المسؤولية العقدية. فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن حسن نية المدين أو عدم جسامته خطئه تستوجب معاملته بهذه المعاملة المتميزة، و أن تحديد مسؤولية المدين العقدية بتعويض الضرر المتوقع في حالة الخطأ اليسير ترجع إلى الرغبة في عدم الانتقال على المدين حسن النية و إلى توزيع الخسائر بين الدائن و المدين. بينما ذهب جانب آخر إلى أن هذه القاعدة ترتبط بطبيعة المسؤولية العقدية التي تقوم على التوقع، فكل من المتعاقدين لا يتعاقد إلا على أساس ما يتوقعه من مزايا من وراء العقد. و يذهب جانب ثالث إلى تفسير هذه القاعدة بالارادة التعاقدية للطرفين، فالمدين لم يلتزم إلا لأنه أراد وفي حدود ما أراد، و الإرادة إنما تقاس بالتوقع.

بينما يرى جانب آخر أن التزم المدين بتعويض الضرر المتوقع وحده في حالة الخطأ اليسير في نطاق المسؤولية العقدية لا يستند إلى الارادة الضمنية أو المفترضة بل إلى فكرة عدالة التعويض، فالدائن يرتبط بمدينه سعياً وراء التنفيذ و ليس سعياً وراء التعويض، و كذلك المدين فهو لم يتعهد بالالتزام إلا لما توسسه في نفسه من القدرة على تنفيذ ما تعهد به و الرغبة في التنفيذ لتحقيق المصلحة التي يرمي إليها هو الآخر من وراء التعاقد، و لتجنب الحكم عليه بالتعويض.

¹ - محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 38 وما يليها.

و لذلك فالتعويض الكامل في المسؤولية العقدية التي لا تتطوي على غش أو خطأ جسيم يكون تعويضاً غير عادل لا يتفق مع تجرد أساس هذه المسؤولية من اللوم أو الذنب الأخلاقي، وهو ما حدا بالمشرع إلى الاتجاه إلى عدالة التعويض عن طريق استبعاد الضرر غير المتوقع عن عاتق المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً.¹

أما الضرر المتغير فإما أن يكون التغير قد حدث بعد الحكم بالتعويض فيكون للمضرور الحق في طلب تعويض تكميلي يناسب مقدار الزيادة في الضرر، دون أن يكون للمسؤول أن يحتج عليه بقوة الأمر المقضي، إذ أنه يطلب تعويضاً عن ضرر لم يكن قد تحقق عند الحكم، ولكن إذا كان التغير في سعر العملة فإن القضاء يرفض إعادة النظر في قيمة التعويض.²

أما إذا تغير الضرر قبل صدور الحكم، فيرى جانب من الفقه أنه يجب التمييز بين التغير الداخلي للضرر، و تغيره خارجياً. فإذا كان التغير داخلياً و ناشئاً عن خطأ المسؤول فيجب أن يؤخذ في الاعتبار يوم صدور الحكم، فيزداد التعويض أو ينخفض بحسب تفاقم الضرر أو تحسنه عند صدور الحكم، أما إذا كان التغير قد ترتب دون خطأ المسؤول فإنه لا يأخذ به عند صدور الحكم.

أما التغير الخارجي وهو ما يحدث في الأثمان أو الأسعار، و بالتالي فإن انخفاض القدرة الشرائية للعملة لا تأثير له في تقدير التعويض.³

و إذا كان الضرر في شكل تفويت الفرصة فإن تقدير التعويض لا يكون على أساس تحقق نتيجة الفرصة، و إنما على أساس ضياع الفرصة، فالقدر المحقق هو فوات الفرصة

¹ - محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 310 وما يليها.

² - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 231.

³ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 232.

المبحث الرابع: التقدير الخاص للتعويض

حرصاً من المشرع الفرنسي على ضمان التعويض لضحايا المخاطر الصحية،¹ فقد استحدث نظاماً جديداً للتعويض يختلف عن القواعد المعروفة في نطاق القواعد العامة من حيث شروط التعويض (الفرع الأول)، ومن حيث إجراءاته (الفرع الثاني).

المطلب الأول: من حيث شروط التعويض

حسب الفقرة الثانية من المادة 1-1142 L من قانون الصحة العامة الفرنسي فإنه في حالة الحوادث الطبية، أو الأمراض الناجمة عن المنتجات، أو العدوى الاستشفائية، ولا التي تثار بمناسبة مسؤولية المهني أو المؤسسة أو المصلحة، و التي تعزى مباشرة إلى أعمال الوقاية و التشخيص و العلاج، و نتجت عنها آثار استثنائية بالنظر إلى الحالة الصحية و التطور المتوقع، و شكلت قدراً من الجسامة يحدده القانون، فإن التعويض يتم باسم التضامن الوطني.

و استندا إلى هذا النص فإن التعويض عن المخاطر الصحية باسم التضامن الوطني يشترط تحقق الشروط الآتية:²

أولاً: أن تكون الأضرار نتيجة مباشرة لعمل وقائي أو تشخيصي أو علاجي

يجب أن يكون الضرر الذي يعانيه المريض نتيجة طبيعة للتدخل الطبي، و توافر رابطة السببية تختلف بحسب المعيار الذي تتبعه الجهة القضائية، فالبنسبة لمجلس الدولة الفرنسي، و محكمة النقض الفرنسية تسود نظرية السبب الملائم، فيكفي أن يكون العمل الطبي الواقعة الحاسمة في وقوع التدعيات الطبية، ومع ذلك لا يشترط ان تكون السبب الوحيد في ذلك، بل يكفي أن يكون التدخل الطبي حاسماً في وقوع الضرر.

¹ - إن المشرع الفرنسي آثر استخدام كلمة المخاطر الصحية، للدلالة على كل ما يكتنف العمل الطبي من مخاطر، و التي تضم الحوادث الطبية، الأمراض الناتجة عن الأدوية، و العدوى المكتسبة داخل مؤسسات الرعاية الصحية. أما بكوش، المرجع السابق، ص 24.

²- Audrey Beum. **Le principe de précaution en matière de responsabilité médicale.** Mémoire de DEA droit privé général. Université Lille 2 du droit et de la santé.2003.P89. Document téléchargé sur: <http://ecodoctorale74.univ-lille2.fr>

اما بالنسبة لمحكمة النقض الفرنسية، فإنها تعتقد نظرية تعادل الأسباب، وهو ما يجعل الأمر أكثر صعوبة إذا تدخل أكثر من عامل في إحداث الضرر الذي حاق بالمريض.... ولكن ماهي حدود التدخل الطبي، فهل يقتصر على التدخل الطبي بمعناه الدقيق؟ أم يتضمن أيضاً الأضرار الناشئة عن الخدمات المصاحبة أو الملاحقة للتدخل الطبي؟ فطالما كانت هذه الأعمال ضرورة حتى يؤتي العمل الطبي ثماره، فلا شك في قيام مسؤولية الطبيب أو المنشأة الطبية، و إن كان هناك تباين في أساس المسؤولية. لكن هل يشترط في كل الأحوال أن يكون العمل الطبي ضرورياً للتشخيص والعلاج حتى يحكم بالتعويض؟ أم أن التعويض يشمل أيضاً حالات التدخل الطبي دون حاجة ملحة؟ فإذا تعلق الأمر بتدخل طبي تستعديه الضرورة، كالانتهاء المبسر للحمل (الإجهاض الاختياري) خوفاً على حياة الأم، فلا شك في اعتبار تداعيات هذا التدخل من قبيل الأضرار التي يجب تعويضها.

أما في الأحوال التي لا يكون فيها التدخل الطبي ضرورياً، كإجراء جراحة تجميلية تشبهاً بأحد النجوم، او رغبةً في الظهور أكثر جاذبية (التدخل الرفاهي)، فإن البعض يرى أنها تأخذ حكم التدخل الطبي الضروري، فكل شخص أيا كان دافعه يخضع للعمل الطبي يجب تعويضه.

وفي المقابل يرى جانب آخر من الفقه أن الضرر هي هذه الحالات لا يعد نتيجةً لتدخل طبي بغرض التشخيص أو العلاج، و إنما نتيجة لاختيار ترفي.

أما إذا تعلق الأمر بالتداعيات الضارة الناتجة عن استخدام منتجات ضرورية للتشخيص و العلاج، فينبغي التمييز بين الأضرار التي ترجع للعمل الطبي و بين الأضرار البعيدة عن ذلك، فإذا كانت هذه الأضرار لا تعود لعيب في المنتج -كالحساسية المفروضة لدى المريض أو استعداده المرضي الذي لا يمكن التنبؤ به او تجنب مضاعفاته- فتعد مستبعدةً باعتبارها قوةً قاهرة (الضرر غير متوقع، و ليس في الوسع تجنبه، أو تدارك آثاره).

وإذا كانت التداعيات الطبية الضارة نتيجةً للأجهزة المستخدمة في العمل الطبي فإن الطبيب يسأل عنها، كأن يكون الضرر نتيجةً لسوء اختيار هذه الأجهزة، وهو ما أيدته محكمة النقض

الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 1994، حيث قررت أن جراح الاسنان يلتزم بتحقيق نتيجة متى تعلق الأمر بتصميم الجهاز الذي يقدمه للمريض، أو بشروط استخدامه، ودون الحاجة لإثبات وجود أي عيب في الجهاز.¹

ثانياً: أن تمثل حادثة استثنائية بالنظر للحالة الصحية للمريض

يهدف هذا الشرط للتمييز بين ما ينتج عن إخفاق العلاج، و بين ما ينتج عن الحادث الطبي، بأن يكون الضرر استثنائياً وفقاً للتطور الطبيعي لحالة المريض، أما إذا كانت المخاطر شائعة الحدوث، ولم يقر الطبيب بتحذير المريض منها، و تبصيره بها، و الحصول على رضاه، كان مخالفاً بالتزام بإعلام المريض.

غير أن هذا الشرط يثير اللبس بين ما يعتبر من قبيل التداعيات الضارة، و بين الأخطار غير المتوقعة أو غير المعروفة، و التي لم يسبق حدوثها في حالات مشابهة، فمن الصعب وضع حد فاصل بينها.؟

ودرءاً لهذا الاشكال يمكن الاستعانة بوسيلتين: فإنما أن نستبعد الأضرار التي حدثت لأول مرة باعتبارها أضراراً غير متوقعة أو غير معروفة، وهذا أمر شاذ، أو أن نقتصر على المخاطر التي تحدثت عنها الكتابات الطبية، أو وردت في المجالات الطبية، و يترتب عن ذلك اتساع نطاق القوة القاهرة و بالتالي الاعفاء من المسؤولية.

أما معيار الاخطار الشائعة، و الاخطار الاستثنائية فهو معيار كمي يستند إلى احصائيات للمخاطر التي تعد معرفة، و يتم تحديد استثنائيتها على أساس نسبة مئوية صغيرة جداً، كما يمكن أن يكون المعيار هو مدى شيوع العمل الطبي المقصود و نسبة اللجوء إليه.

¹ تتلخص وقائع هذه القضية في أن جراح الأسنان وصف لطفل في الثامنة من العمر تركيب مؤقت لجهاز سحب خلف الرقبة، من صنع أمريكي، و كان الجهاز على شكل نصف دائري من المعدن، متصل بنظام شد خلف الرأس عن طريق أربطة مطاطة. و بعد شهور من العلاج شرع الطفل في نزع الجهاز دون فك الأربطة المطاطة، فارتد الجهاز في وجهه بشدة، و انغرست الأطراف المقوسة في عينه، فقد الإبصار.

فقضت محكمة الموضوع بأن الطبيب و مؤمنه متضامين في تعويض الضرر، وهو ما أيدته محكمة النقض الفرنسية باعتبار أن الطبيب لم يقدم التحذيرات اللازمة حول خطورة الجهاز.

غير أن هذا المعيار لم يسلم من النقد ذلك أن قرار المريض بخصوص قبول المخاطر لا يحدد بالكم، بل بنوعية المخاطر ومدى الأضرار التي يمكن حدوثها، إضافة إلى أنه في ظل هذا المعيار يصعب وضع حد فاصل بين الخطر الشائع، و الخطر الاستثنائي.

وعلى المستوى القضائي فإن محكمة النقض الفرنسية اتجهت في البداية إلى اعتناق المعيار الكمي، و لكنها عدلت عنه في أحكامها الحديثة.

ففي البداية لم تكن المحكمة تلزم مباشر العمل الطبي سوى بتبصير المريض بالمخاطر الشائعة و تحذيره منها، حتى يكون رضاه مستتيراً، فمن الصعب وضع قائمة حصرية بكل المخاطر التي تحيط بالعمل الطبي، إضافة إلى محدودية المعرفة الانسانية.

وبعد ذلك عدلت محكمة النقض الفرنسية عن هذا المعيار، و اتجهت نحو الأخذ بمعيار نوعي يراعي درجة جسامه الخطر ولو كان استثنائياً.

ومع ذلك يثار الشك حول طريقة تقدير جسامه الخطر، هل يعتد بالأضرار المحتملة للعمل الطبي؟ أم أن التقدير يتم وفقاً للفوائد المنتظرة من العلاج، و حالة المريض، ومدى امكانية اللجوء إلى بدائل علاجية أخرى.

ومن جهتنا نأيد الرأي القائل بالتوفيق بين اعتماد معيار موضوعي، دون إغفال الحالة الصحية للمريض، فليزم الطبيب بإعلام المريض بمخاطر العلاج و يترك له حرية اتخاذ القرار بشأن التدخل الطبي، مع مراعاة مدى جدوى هذا التدخل مقارنة بالحالة الصحية للمريض.

ثالثاً: جسامه الضرر:

أن تجاوز هذه الأضرار حداً معيناً من الجسامه بالنظر إلى فقدان القدرات الوظيفية و نتائجها على الحياة الخاصة و المهنية، التي تقدر بالنظر إلى نسبة العجز الدائم أو مدة التعطيل

المؤقت عن العمل. ونسبة العجز الدائم المطلوبة من أجل الاستفادة من هذا التعويض لا يمكن أن تكون أعلى من 25% تحدد بجدول خاص يتم تحديده بمرسوم.¹

الفرع الثاني: من حيث الإجراءات

لقد أنشأ المشرع الفرنسي هيئات خاصة تتولى التسوية الودية للمنازعات، كما نص في الوقت نفسه على الإجراءات التي تتم من خلالها التسوية الودية.

البند الأول: الهيئات المكلفة بالتسوية الودية

طبقاً للأحكام الجديدة الواردة في قانون الصحة العامة الفرنسي، فإنه تشترك في تحقيق التسوية الودية للمنازعات الناشئة عن الحوادث الطبية، الهيئات الآتية:

1. اللجان الإقليمية للمصالحة و التعويض.

2. اللجنة الوطنية للحوادث الطبية.

3. المكتب الوطني لتعويض الحوادث الطبية.

أولاً: اللجان الإقليمية للمصالحة و التعويض

تعتبر هذه اللجان من أهم التحديثات التي جاء بها قانون 04 مارس لسنة 2002،² حيث نص هذا القانون على أن يتم إنشاء لجنة إقليمية للمصالحة و التعويض في كل إقليم تتولى مهمة تسهيل التسوية الودية للمنازعات المتعلقة بالحوادث الطبية أو انتقال العدوى إضافةً إلى المنازعات الأخرى التي تحدث بين المستخدمين و المهنيين العاملين في مجال الصحة، و المؤسسات الصحية، و مقدمي الخدمات الصحية، و التنظيمات، وكذا منتجي وموردي المواد الصحية المذكورة في المادة L1142-1 et L1142-2، و المادة L1142-2 من قانون الصحة العامة.

¹ - انتقد الفقه هذا الشرط على أن نسبة 25% عالية جداً، وهو ما يؤدي إلى حرمان عدد كبير من ضحايا الحوادث الطبية من الاستفادة من نظام التعويض باسم التضامن الوطني. أنظر فواز صالح، المرجع السابق، ص 149.

² - Ph. Le Tourneau. Droit de la responsabilité et des contrats .op.cit. P 1713

ومع ذلك يجوز و بقرار من وزير الصحة و وزير التضامن الاجتماعي إنشاء لجنة أقاليم للمصالحة وتعويض الحوادث الطبية، و حالات انتقال العدوى، تضم إقليمين أو أكثر.¹ و طبقاً للمادة 6-1142 L من قانون الصحة العامة الفرنسي، فإن اللجنة يتأسسها قاضي إداري أو مدني، و تتكون من ممثلين عن المرضى و المنتفعين من نظام الصحة و ممثلين عن المهنيين العاملين في مجال الصحة، و ممثلين عن المكتب الوطني للتعويض، إضافةً إلى شركات التأمين.²

تتولى اللجنة مهامها طبقاً للقواعد المحددة بالمرسوم رقم 886 لسنة 2002، الصادر بتاريخ 03 ماي 2002، و المتعلق باللجان الإقليمية للمصالحة و التعويض³ والمعدل بالمرسوم رقم 140 لسنة 2003، الصادر بتاريخ 19 فيفري 2003 ، المعدل للقانون الصحة العامة.⁴

¹- Art L1142-5 C.S.P» Dans chaque région, une ou plusieurs commissions de conciliation et d'indemnisation sont chargées de faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales, ainsi que des autres litiges entre usagers et professionnels de santé, établissements de santé, services de santé ou organismes ou producteurs de produits de santé mentionnés aux articles L. 1142-1 et L. 1142-2.

Toutefois, un arrêté du ministre chargé de la santé et du ministre chargé de la sécurité sociale peut instituer une commission interrégionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales compétente pour deux ou plusieurs régions. «

² -Art L 1142-6 C.S.P « Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales sont présidées par un magistrat de l'ordre administratif ou un magistrat de l'ordre judiciaire, en activité ou honoraire. Elles comprennent notamment des représentants des personnes malades et des usagers du système de santé, des professionnels de santé et des responsables d'établissements et services de santé, ainsi que des membres représentant l'office institué à l'article L. 1142-22 et les entreprises d'assurance.

³ - ج.ر.ف. الصادرة بتاريخ 07 ماي 2002، ص 9028.

⁴ - ج.ر.ف. الصادرة بتاريخ 21 فيفري 2003، ص 3191.

حيث تسعى هذه اللجنة لتحقيق هدفين، الأول منهما هو التسوية الودية للحوادث الطبية، و الثاني هو المصالحة و التوفيق بين الضحايا و شركة التأمين المؤمن لديها من طرف المهني المسؤول (العاملين في مجال الصحة).¹

ثانياً: اللجنة الوطنية للحوادث الطبية

يترأسها قاضي إداري أو مدني، وهي مسؤولة عن الخبرة في مجال الحوادث الطبية، من حيث شروط التسجيل و الشطب من قائمة الخبراء، و تتولى إبلاغ السلطات القضائية، واللجان الإقليمية للمصالحة و التعويض عن الحوادث الطبية و انتقال العدوى بالقائمة الوطنية للخبراء في مجال الحوادث الطبية.² (القائمة الوطنية للخبراء في مجال الصحة يتم نشرها في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية)

كما تقوم بتقييم شروط الخبرة التي أجرتها اللجان الإقليمية، وتقديم توصيات بشأن ذلك، كما تسعى إلى توحيد نظام تعويض المخاطر العلاجية، كما تقوم اللجنة بإعداد تقرير سنوي استناداً إلى المعلومات التي حصلت عليها من اللجان الإقليمية، و المكتب الوطني لتعويض الحوادث الطبية.³

المنازعات الناشئة عن القرارات الصادرة عن اللجنة يتم الفصل فيها من قبل القضاء الإداري في المنطقة الكائن بها مقر اللجنة.

¹- Ph.Le Tourneau. Droit de la responsabilité et des contrats .op.cit. P 1713.

²- Y. Lambert-Faivre. Droit du dommage corporel .op.cit. p 730. Remi Pellet, Arnaud Skzryerbak.op.cit.P 434.

Art 1142-10 CSP « Une Commission nationale des accidents médicaux, placée auprès des ministres chargés de la justice et de la santé, composée de professionnels de santé, de représentants d'usagers et de personnes qualifiées et dont le président est désigné par le ministre de la justice et le ministre chargé de la santé, prononce l'inscription des experts sur une liste nationale des experts en accidents médicaux après avoir procédé à une évaluation de leurs connaissances. Elle est chargée d'assurer la formation de ces experts en matière de responsabilité médicale, dans des conditions définies par décret.

³- J.Penneau.Op.cit.p 87

ثالثاً: المكتب الوطني لتعويض الحوادث الطبية

تم إنشائه بموجب المرسوم رقم 638 لسنة 2002¹ والمرسوم رقم 656 لسنة 2002،² وقد أدخل المشرع الفرنسي تعديلات في تشكيل هذا المكتب بموجب المادة الرابعة من المرسوم رقم 775 لسنة 2004، الصادر بتاريخ 29 جويلية 2004.³

الفرع الثاني: إجراءات المصالحة و التسوية الودية

تجدر الإشارة هنا إلى أن لجوء المضرور لهذه الإجراءات ليس الزامياً، فقد يختار المضرور المطالبة بالتعويض عن طريق المحكمة مباشرة.⁴ ونظراً لاختلاف الإجراءات المتبعة في المصالحة، عن إجراءات التسوية الودية، رأيت أن أتطرق لكل واحدة على حدا.

أولاً: إجراءات المصالحة

إن المصالحة حسب قانون 04 مارس لسنة 2002 تختلف عن المفهوم العام للصلح أو المصالحة، لذا سنعرض لكل منهما في جزء مستقل.

أ: تحديات عامة بشأن المصالحة

الصلح أو المصالحة عبارة عن عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه.⁵ ويتضح من خلال هذا التعريف أن الصلح يحقق مزايا لكل من المؤمن والطبيب المؤمن له و المضرور.

فبالنسبة للمؤمن إما أن يؤدي الصلح إلى نزول المضرور عن مطالبة المؤمن له، و إما أن يؤدي إلى التوصل إلى تعويض أقل مما قد يقضي به القضاء.¹ أما الطبيب المؤمن له

¹ - الجريدة الرسمية الفرنسية رقم 101 الصادرة بتاريخ 30 أبريل 2002، ص 7792، نص رقم 09.

² - الجريدة الرسمية الفرنسية رقم 102 الصادرة بتاريخ 02 ماي 2002، ص 7938، نص رقم 30.

³ - الجريدة الرسمية الفرنسية رقم 177 الصادرة بتاريخ 01 أغسطس 2004، ص 13728، نص رقم 09.

⁴ M.Bacache-Gibeili. Les Accidents Médicaux. (13-01-2004). Sur le sit : <http://www.droit.univ-paris5.fr>

-

⁵ - المادة 2044 مدني فرنسي، وتقابلها المادة 549 مدني مصري، و المادة 459 مدني جزائري.

فالصالح يحفظ سمعته المهنية، وذلك بخلاف العلانية التي يتسم بها القضاء. وبالنسبة للمضرور فالتسوية الودية تجنبه مخاطر الدعوى القضائية، كصعوبة إثبات خطأ الطبيب، و احتمال تحمله للنفقات و المصاريف القضائية، كما يضمن حصوله على التعويض سريعاً.² وفي غالب الأحيان يتضمن عقد التأمين بنداً يقيد حرية المؤمن له في التصالح مع المضرور، حيث يحظر على المؤمن له التصالح منفرداً مع المضرور، و في الوقت نفسه يستأثر المؤمن بإجراء الصلح مع المضرور.

فالصالح لا يعد إقراراً بالمسؤولية فقط، و إنما يتضمن التزاماً بالتعويض، لذا يشترط المؤمن أن لا يتم إلا بموافقته، فقد يتواطأ المؤمن له مع المضرور، أو أن يتم الصلح تحت تهديد المضرور للمؤمن له باتخاذ إجراءات جنائية ضده ليحمله على الإقرار أو الصلح، وقد يتصالح المؤمن له مع المضرور مطمئناً إلى أن التأمين قد غطى مسؤوليته.³

و إذا تم تصالح المؤمن له مع المضرور دون إدخال المؤمن، فلا يعد هذا التصرف نافذاً في مواجهة المؤمن، وهذا ما قضت به المادة 2\124 من قانون التأمين الفرنسي، بشرط أن يتم النص على هذا الشرط صراحةً في عقد التأمين، ولا يكفي في ذلك مجرد احتفاظ المؤمن بحقه في إدارة دعوى المسؤولية المقامة ضد المؤمن له.⁴

و تحسباً من المؤمن للحالة التي تكون فيها مسؤولية المؤمن له ثابتة، فإنه يشترط استأثاره بالحق في إجراء الصلح مع المضرور، فيسعى إلى الصلح مع المضرور أملاً في التوصل إلى تعويض أقل مما لو تم الصلح بين المؤمن له و المضرور، و يتجنب في الوقت نفسه احتمال صدور حكم بالتعويض يجاوز مبلغ الصلح الذي يبرمه مع المضرور.⁵

¹ - أشرف جابر، التأمين من المسؤولية للطباء، المرجع السابق، ص 297. محمد عبد الظاهر حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المهنية، المرجع السابق، ص 175.

²- J.Pierre chauchard. La transaction dans l'indemnisation du préjudice corporel. R.T.D.C.1989.p 2.

³ - السنهوري، الوسيط، ج 7، المجلد 2، المرجع السابق، ص 1657.

⁴ - Picard et Besson.op.cit.p 547.

⁵ - Picard et Besson.op.cit.p 548

و إذا أبرم المؤمن صلحاً نيابةً على المؤمن، ترتب عنه زيادة عند قدر الضمان الذي التزم به هذا الأخير، وكان التأمين محددًا - يقتصر فيه ضمان المؤمن على مبلغ معين - ، فالرأي الراجح فقهاً يرى تطبيق أحكام الوكالة في هذه الحالة، فلا يلتزم المؤمن له بالقدر الذي يتجاوز به المؤمن حدود الوكالة التي تنحصر في حدود ضمانه الناشئ عن عقد التأمين، مالم يجزه أو يقره.¹

ب: المصالحة حسب قانون 04 مارس 2002

قبل صدور قانون 04 مارس لسنة 2002، كانت المصالحة تتم طبقاً للمرسوم الصادر بتاريخ 24 أبريل لسنة 1996، و الذي نص على أن يتم إنشاء لجان للمصالحة داخل كل مؤسسة صحية، تتولى عملية التوفيق و المصالحة. وبعد صدور القانون أعلاه، تتم المصالحة عن طريق اللجان الإقليمية للمصالحة و التعويض، وهو نظام مختلف عن سابقه، ذلك أن المصالحة تتولاها هيئة من خارج المؤسسة الصحية.²

وطبقاً للفقرة الرابعة من المادة 5-1142 L من قانون الصحة العامة الفرنسي، يجوز للجنة وفي حدود السلطات المخولة لها في مجال المصالحة، أن تفوض كلياً أو جزئياً وسيطاً أو عدة وسطاء مستقلين، يتمتعون بالإمتهادات و يخضعون لنفس التزامات أعضاء اللجنة.³

¹ - أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص 307.

² - Y.Lambert-Faivre. Droit du dommage corporel .op.cit.p 727.

³ - Art L1142-5 al 4 CSP» ... Dans le cadre de sa mission de conciliation, la commission peut déléguer tout ou partie de ses compétences à un ou plusieurs médiateurs indépendants qui, dans la limite des compétences dévolues, disposent des mêmes prérogatives et sont soumis aux mêmes obligations que les membres de la commission.»

ثانياً: إجراءات التسوية الودية

تقوم اللجنة الإقليمية في البداية بدراسة الطلب المقدم إليها، و إذا رأت صلاحية النظر فيه فإنها تقرر إجراء الخبرة الطبية للتأكد من تحقق مقدار الجسامة الذي اشترطه القانون في الضرر، وبعد ذلك تصدر قرارها بشأن التسوية الودية.¹

01: فحص اللجنة الإقليمية للطلب المقدم إليها

طبقاً لنص المادة L1142-7 من قانون الصحة العامة، يمكن لأي شخص أصيب بضرر نتيجة لأعمال الوقاية و التشخيص أو العلاج، أو ذوى حقوقه في حالة وفاته، أو ممثله القانوني، أن يتقدموا بطلب إلى اللجنة من أجل المصالحة و التعويض.² وبعد تقديم الطلب تتولى اللجنة دراسته من حيث مدى توافق الضرر مع الشروط المنصوص عليها في القانون، حيث اشترط أن يتوفر في الضرر الذي أصاب المريض قدرًا من الجسامة حتى تتمكن اللجنة من الاستمرار في إجراءات التسوية الودية. وقد نصت المادة L 1142-1. II من قانون الصحة العامة الفرنسي،³ على أنه يفترض أن يترتب عن الحادث الطبي نتائج غير طبيعية مقارنةً بالحالة الطبيعية للمريض، ويقدر طابع الجسامة بالنظر إلى فقدان القدرات الوظيفية و نتائجها على الحياة الخاصة و المهنية التي تقدر بالنظر إلى نسبة العجز الدائم أو مدة التعطيل المؤقت عن العمل، على أن نسبة العجز المطلوبة لا يمكن أن تكون أعلى من 25% تحدد بجدول خاص.

¹- Y.Lambert-Faivre. Droit du dommage corporel .op.cit.p 728

²- Art L1142-7.C.S.P « La commission régionale peut être saisie par toute personne s'estimant victime d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins, ou, le cas échéant, par son représentant légal. Elle peut également être saisie par les ayants droit d'une personne décédée à la suite d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins.

³- Art L1142.1.II CSP . Y.Lambert-Faivre. Droit du dommage corporel .op.cit. 729.

وسعيًا من اللجنة للتأكد من تحقق شرط الجسامة في الضرر المطالب بالتعويض عنه، تأمر بإجراء الخبرة الطبية.¹

02: إجراء الخبرة الطبية (L'expertise médical)

تنص المادة L1142-12 من قانون الصحة العامة الفرنسي، على أن تقوم اللجنة الإقليمية باختيار خبير من القائمة الوطنية المعدة بواسطة اللجنة الوطنية للحوادث الطبية، و تضمّن في الوقت نفسه أن يمارس الخبير نشاطه في ظروف تضمّن استقلاله.² وتصدر اللجنة قراها بناءً على تقرير الخبرة الطبية.

03: قرار اللجنة الإقليمية بشأن التسوية الودية

إذا تأكدت اللجنة الإقليمية عن طريق الخبرة الطبية أن الأضرار المقدمة تتوفر فيها صفة الخطورة التي حددها القانون، تبدي رأيها بشأن ظروف و أسباب و طبيعة هذه الأضرار، إضافةً إلى نظام التعويض الواجب تطبيقه. وهو ما نصت عليه المادة L1142-8 من قانون الصحة العامة الفرنسي.³ ويجب على اللجنة الإقليمية أن تبلغ رأيها لكل من مقدم الطلب وكذا الأشخاص المعنيين بالمنازعة، و المكتب الوطني لتعويض الحوادث الطبية، في غضون ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب إليها، وذلك حسب ما تقضي به المادة الفقرة الثانية من المادة L1142-8 من قانون الصحة العامة الفرنسي.⁴

¹ - Art 1142-9 CSP « Avant d'émettre l'avis prévu à l'article L. 1142-8, la commission régionale diligente une expertise dans les conditions prévues à l'article L. 1142-12... »

² - L 1142-12 CSP « La commission régionale désigne aux fins d'expertise un collègue d'experts choisis sur la liste nationale des experts en accidents médicaux, en s'assurant que ces experts remplissent toutes les conditions propres à garantir leur indépendance vis-à-vis des parties en présence. »

³ - Art L1142-8 CSP « Lorsque les dommages subis présentent le caractère de gravité prévu au II de l'article L. 1142-1, la commission émet un avis sur les circonstances, les causes, la nature et l'étendue des dommages, ainsi que sur le régime d'indemnisation applicable. »

⁴ - Art L1142-8 al. 2.CSP « ... L'avis de la commission régionale est émis dans un délai de six mois à compter de sa saisine. Il est transmis à la personne qui l'a saisie, à toutes les personnes intéressées par le litige et à l'office institué à l'article L. 1142-22. »

و رأى اللجنة الإقليمية بطبيعة الحال لا يتعدى ثلاثة فروض¹ بيانها فيما يلي:

1. أن ترفض الطلب المقدم إليها: وفي هذه الحالة منح القانون المضرور حق الطعن في القرار الصادر عن اللجنة الإقليمية، بأن يرفع دعوى للمطالبة بالتعويض أمام القضاء المختص.

2. أن تقرر اللجنة أن شركة التأمين المكتتب لديها من طرف الطبيب المسؤول، مسؤولة عن تعويض الضرر الذي أصاب المريض: إذا رأت اللجنة أن الضرر يستوجب مسؤولية الطبيب، وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 1-1142 L من قانون الصحة العامة الفرنسي (وجود خطأ ينسب للطبيب)، فإنها تبلغ شركة التأمين ، التي تقوم بدورها بتقديم عرض خلال مدة أربعة أشهر يهدف إلى تعويض المضرور عن الضرر الذي لحق به في حدود عقد التأمين المبرم مع الطبيب المسؤول.

فإذا قبل المضرور العرض المقدم إليه من شركة التأمين، فتكون هذه الأخيرة ملزمة بدفع التعويض خلال شهر من تلقيها قبول المضرور، ولا يمكن لشركة التأمين الاعتراض على القرار الصادر عن اللجنة الإقليمية إلا بعد دفع التعويض للمضرور.

فإذا كانت شركة التأمين تعتقد أن مسؤولية الطبيب المؤمن له غير متحققة فلها أن ترفع دعوى الحلول، إما ضد الغير المسؤول، أو ضد المكتب الوطني إذا كان التعويض يتجاوز نطاق التغطية التأمينية،² طبقاً لما نصت عليه الفقرة الثامنة من المادة 14-1142 L من قانون الصحة العامة الفرنسي.³

أما إذا رفض المضرور العرض المقدم من شركة التأمين، فعليه أن يلجأ إلى القضاء من أجل تقدير مبلغ التعويض، فإذا رأى القاضي أن العرض المقدم من شركة التأمين غير كاف

¹ - Y.Lambert-Faivre. Droit du dommage corporel .op.cit.p 733.

² - J.Penneau.op.cit.P 94.

³ - Art L1142-14 al 8 CSP

لجبر الضرر الذي أصاب المريض، فقد منحه القانون سلطة الحكم على المؤمن بدفع مبلغ يعادل على الأكثر 15% من قيمة التعويض الذي يحكم به القاضي.¹

أما في الفرض الذي تمتنع فيه شركة التأمين عن تقديم العرض، أو أن الطبيب لم يقيم بالتأمين من مسؤوليته المدنية وفقاً لما تفرضه المادة 1-1142 L من قانون الصحة العامة الفرنسي² فإن المكتب الوطني للتعويض يأخذ على عاتقه دفع التعويض للمضرور، و يحتفظ بحقه في الرجوع على الطبيب المسؤول في حالة عدم التأمين، أو الرجوع على شركة التأمين في حالة عدم تقديمها للعرض. طبقاً لنص المادة 1-1142 L من قانون الصحة العامة.

3. أن تقرر اللجنة الإقليمية تعويض المضرور باسم التضامن الوطني: إذا رأت اللجنة أن الأضرار التي لحقت بالمريض قابلة للتعويض باسم التضامن الوطني، فتقوم بإبلاغ المكتب الوطني للتعويض، حتى يتولى دفع التعويض.³

وفي هذه الحالة يكون المكتب الوطني هو الوحيد المختص بتسوية التعويض مع المريض أو ذوي حقوقه.⁴

¹- J.Penneau.op.cit.P 93. Mireille Bacache-Gibeili. Les accidents médicaux. (13-01-2004).

Sur le sit : <http://www.droit.univ-paris5.fr>.

² - في حالة عدم قيام الطبيب بإبرام عقد التأمين من المسؤولية المدنية فإنه يخضع لعقوبات جزائية طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة 2-1142 L من قانون الصحة العامة الفرنسي، وذلك بخلاف الوضع في القانون الجزائري، فرغم نص المشرع الجزائري على إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب إلا أنه لم يرصد عقوبات جزائية في حالة مخالفة الطبيب لهذا الالتزام، وتنص المادة 2-1142 L من قانون الصحة العامة الفرنسي:

«En cas de manquement à l'obligation d'assurance prévue au présent article, l'instance disciplinaire compétente peut prononcer des sanctions disciplinaires. »

و أشارت المادة 25-1142 L من قانون الصحة العامة الفرنسي بأن العقوبة هي غرامة قدرها 45000 يورو

« Le manquement à l'obligation d'assurance prévue à l'article L. 1142-2 est puni de 45 000 EUR d'amende. »

³ - Y.Lambert-Faivre. Droit du dommage corporel .op.cit.p 733. C.AA.Ve. 12 janv.2006.D.Jur. 2006.n° 31.p 2140. note D.Thouvenin.

⁴- Tri. A. Ve.(réf .adm) 28 juill.2005.D.2005.no 34. p 2364.not D.Thouvenin. TGI Bobigny, 16 févr.2006. D.Jur. 2006.n° 31.p 2141. note D.Thouvenin

و يحق للمكتب الوطني الرجوع على شركة التأمين، إذا رفضت دون مبرر طلب الطبيب التأمين لديها، كما له في الوقت نفسه حق الرجوع على المؤسسة الصحية، أو الطبيب المسؤول الذي لم يؤمن من مسؤوليته.

لكن رغم المزايا التي يحققها هذا النظام الجديد للتسوية والودية و التعويض، إلا أن التطبيق العملي أفرز بعض الملاحظات بخصوصه،¹ يمكن إجمالها في الآتي:

1 افتقاد اللجنة الإقليمية للسلطة الفعلية: رغم أن هذه اللجنة تعتبر ركيزة أساسية في نظام التسوية الودية و التعويض، إلا أن القانون لم يمنحها شخصية معنوية مستقلة، واعتبر المكتب الوطني للتعويض مسئولاً عن تسييرها.

وقد ترتب عن ذلك أن اللجنة الإقليمية لا تستقل عن المكتب الوطني إلا نظرياً، فمن جهة يعد رأيها غير ملزم لهذا الأخير، وهو ما أكده مجلس الدولة في 14 أكتوبر 2007. ومن جهة أخرى يملك مطلق الصلاحية في الرقابة على آرائها، خصوصاً مدى تحقق شرط الجسامة في الضرر المقدم بشأنه طلب التسوية و التعويض.

2 غياب التنسيق بين أعمال اللجنة الإقليمية: ذلك أن اللجنة قد تستطيع إبداء رأيها في المدة المقررة لذلك، فقد أنقلها القانون بمجموعة من الوظائف (إجراء الخبرة الطبية، تقدير جسامة الضرر، نظام التسوية الودية و التعويض المقترح....)، وهو يشكل خلافاً في أدائها لوظائفها.

3 السلطة المحدودة للمكتب الوطني للتعويض من الناحية المالية: فهو بمثابة أمر بالصرف أو مكلف بالدفع.

¹- Y.Lambert-Faivre. Droit du dommage corporel .op.cit. 847.

الخاتمة

من خلال دراسة موضوع البحث، من مختلف أبعاده و إشكالاته، و التي تركز في مجملها حول كيفية الموازنة بين طرفي العلاقة الطبية ضمن نظام التعويض، فقد توصل الباحث إلى النتائج الآتية:

- إن المفهوم الإصلاحي لنظام التعويض و إن كان هدفه كفالة التعويض للمضرور، إلا أن ذلك لا يعني إلغاء ركن الخطأ تماماً من المسؤولية المدنية، ولكن كفالة التعويض تعني أن التطورات التشريعية و القضائية التي لحقت بركن الخطأ وخاصة فيما يتعلق بجسم الإنسان، وتدخل الكيان الاجتماعي في الالتزام بالتعويض، كان من شأنها إرساء دعائم جديدة تتجه إلى تأكيد حق المضرور في التعويض بصفة فعلية.
- إن المسؤولية الموضوعية و إن لم تصبح بديلاً للمسؤولية الشخصية ضمن نظام التعويض، إلا أنها وبفضل الجهود الفقيهية و القضائية أصبحت حقيقة واقعية.
- عدم وضوح الطبيعة القانونية للعقد الطبي في القانون الجزائري، ذلك أن اعتبار هذا العقد ذو طبيعة خاصة يحيلنا إلى فراغ تنظيمي نظراً لغياب القواعد الخاصة، على خلاف النظام الفرنسي الذي اكتسبتها فيه المسؤولية الطبية مكانة خاصة.
- عدم استقرار القضاء الجزائري حول فكرة الخطأ الجسيم في مجال مسؤولية مرافق الصحة العامة، رغم أن القضاء الفرنسي هجرها منذ أمد بعيد.
- إن المشرع الجزائري ورغم النص على التأمين الإجمالي من المسؤولية باعتباره من الضمانات الأساسية للتعويض، إلا إن الواقع العملي يثبت عدم تفعيل هذه الآلية رغم اجباريتها، وهو ما يجعل من نظام التعويض في القانون الجزائري خال من الضمانات الفعلية، خاصة في ظل عدم وجود آليات تعويضة مكتملة كما في القانون الفرنسي - صندوق التضامن الوطني-.

• إن اما يميز نظام التعويض عن المسؤولية الطبية في النظام الفرنسي هو خاصية المبادرة لدى القضاء الفرنسي، حيث استطاع هذا الأخير أن يحدد معالم نظام التعويض بما يتماشى و تطور مفهوم المسؤولية، و لعل من أهم الصور الحديثة لهذا التحديد هو

اعتبار الضرر الناتج عن الإخلال بحق المريض في الإعلام ضرراً معنوياً واجب التعويض عنه، بعدما كان يعد في السابق تطبيقاً من تطبيقات تفويت الفرصة.

• إن المفاهيم الحديثة لنظام التعويض في القانون الفرنسي تهدف إلى تحقيق غايتين أساسيتين: الأولى هي التمييز بين نظامين للتعويض، يركز الأول على فكرة المسؤولية القائمة على الخطأ و المضمونة بالتأمين من المسؤولية. أما الثاني فيركز على التعويض خارج نطاق الخطأ الطبي أو ما يسمى التعويض باسم التضامن الوطني..

أما الغاية الثانية فهي تنظيم إجراءات مستقلة عن المطالبة القضائية تركز على المصالحة و التسوية الودية، رغم كون هذه الإجراءات غير إلزامية.

• رغم أهمية نظام التسوية الودية الذي أتى به المشرع الفرنسي، إلا أنه يعاب عليه افتقاد اللجنة الإقليمية للسلطة الفعلية لأن القانون لم يمنحها شخصية معنوية مستقلة، واعتبر المكتب الوطني للتعويض مسئولاً عن تسييرها، كذلك غياب التنسيق بين أعمال اللجنة الإقليمية، ذلك أن اللجنة قد لا تستطيع إبداء رأيها في المدة المقررة لذلك، فقد أنقلها القانون بمجموعة من الوظائف (إجراء الخبرة الطبية، تقدير جسامه الضرر، نظام التسوية الودية و التعويض المقترح....)، وهو يشكل خلافاً في أدائها لوظائفها. أما المكتب الوطني فيعاب عليه سلطته المحدودة من الناحية المالية.

• إن التزام الذمة الجماعية أو النظام الجماعي بالتعويض لا يستند إلى فكرة الخطأ، ذلك أنه في كل الفروض لا ستمد التعويض إلى خطأ ينسب إلى الذمة الجماعية، بل إن التعويض يجد مصدره في القانون أو العقد. فشركة التأمين إذا تغطي خطر المسؤولية الطبية فإن ذلك يستند إلى عقد التأمين و ليس إلى انتقال المسؤولية إلى شركة التأمين.

• إن تقدير التعويض عن الأخطاء الطبية في النظام الجزائري هي مسألة عهد بها المشرع للقاضي وحده بما له من سلطة تقديرية، غير أن ذلك يطرح إشكالية مدى قدرة القاضي على أداء مهمته في ظل القواعد العامة والتي أجمع الفقه على قصورها، وضعف التكوين في بعض الأحيان، يضاف إلى ذلك الدور المحدود للقاضي في مجال الإثبات خاصة القاضي المدني، وغياب روح المبادرة لدى القاضي الإداري.

• إن خضوع مقدار التعويض للسلطة التقديرية للقاضي دون رقابة للمحكمة العليا على هذا التقدير، يجعل مقدار التعويض مسألة جزافية قد تتنافى واعتبارات التعويض الكامل في غالب الأحيان ، خاصة وأن الآثار الناجمة عن الخطأ الطبي ليست من طبيعة واحدة، وهو ما يعطي انطباعاً لدى المتقاضين ضحايا الأخطاء الطبية بقلة الاهتمام بما أصابهم، أو بعدم الإنصاف.

• إن حق المضرور في التعويض عن الخطأ الطبي و إن كان ينشأ من يوم تحقق الضرر، و أن الحكم القضائي ليس إلا كاشفاً أو مؤكداً لها الحق، إلا أن ارتباط تقدير هذا الحق بالقضاء وحده، يثير إشكالية طول أمد المنازعة القضائية، و إمكانية اختلاف الجهات القضائية بشأنها، و بالنتيجة التأخر في ثبوت التعويض.

وعلى ضوء هذه النتائج يقترح الباحث التوصيات الآتية:

• ضرورة تجميع شتات القانون الصحي، والتنسيق بين نصوصها بما يخدم مهمة الباحث أو الدارس لهذا القانون.

• ضرورة الفصل بين القواعد العامة للمسؤولية المدنية، وبين اعتبارات المسؤولية الطبية، من حيث التنظيم القانوني، بما يضمن حقوق طرفي العلاقة الطبية.

• ضرورة تفعيل نظام التأمين الإجباري من المسؤولية، ورصد عقوبات رادعة نتيجة مخالفته.

• ضرورة التفكير في وضع آليات مكملة للطريق القضائي، لما يتسم به هذا الأخير من بطء في إجراءات التقاضي، وجزافية في تقدير التعويض.

• ضرورة الإهتمام بتكوين القضاة، لما لهم من دور بارز في ضمن نظام التعويض.

و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1. المراجع العامة

- أشرف جابر سيد:
الاستبعاد الاتفاقي من الضمان في عقد التأمين. دار النهضة العربية. 2006.
- أحسن بوسقيعة:
الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2007.
- حسن علي الدنون:
المبسوط في شرح القانون المدني، دار وائل للنشر، الأردن، الطبعة الأولى، 2006.
- إدوارد غالي:
حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1981.
- محمد المنجي:
دعوى التعويض، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الأولى، 1990.
- محمد شتا أبو سعد:
البراءة في الأحكام الجنائية و أثرها على رفض الدعوى المدنية، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الأولى، 1992.
- علي عوباني:
الدعوى المباشرة في ضمان المسؤولية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2007.
- محمد حرزيط:
مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار هومة، الطبعة السادسة، 2011.

- **محمد على سالم عياد الحلبي:**
الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الأول، دعوى الحق العام ودعوى الحق الشخصي ومرحلة الاستدلال، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الاردن، 1996.
- **أحمد نشأت:**
رسالة الإثبات، الجزء الأول، الطبعة السادسة، دون دار النشر، دون بلد النشر.
- **نبيل صقر:**
قضاء المحكمة العليا في محكمة الجنايات، دار الهدى الجزائر، 2008.
- **رمضان أبو السعود:**
مبادئ الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة، 2007.
- **عبد الحميد الشواربي:**
الإثبات الجنائي في ضوء القضاء و الفقه، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون سنة النشر.
- **حسن البغال:**
المطول في شرح الصيغ القانونية للدعاوى و الأوراق القضائية، المجلد الثالث، الإثبات، عالم الكتاب، مصر 1991.
- **محمد صبري السعدي:**
الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الهدى، الجزائر، 2009.
- **علي علي سليمان:**
النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، دون سنة النشر.

- **فاضلي إدريس:**
المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- **حسين منصور:**
نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، دون سنة النشر.
- **لحسين بن شيخ آث ملويا:**
 - دروس في المسؤولية الإدارية، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2007.
 - مبادئ الإثبات في المنازعة الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2002.
- **جمال سايس:**
 - الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، منشورات كليك، الطبعة الأولى، 2013.
 - الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، منشورات كليك، الطبعة الأولى، 2013.
- **بلحاج العربي:**
النظرية العامة للالتزم في القانون المدني الجزائري. الجزء الثاني. الواقعة القانونية. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. 2007.
- **سليمان مرقص:**
الوافي في شرح القانون المدني. الطبعة الخامسة. 1988.
- **عبد الرزاق السنهوري:**
 - الوسيط في شرح القانون المدني، عقود الغرر، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
 - الوجيز في النظرية العامة للالتزام. منشآت المعارف. الاسكندرية. 2004.
 - الوسيط في شرح القانون المدني، الأوصاف- الحوالة- الانقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.

▪ الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.

▪ الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.

- عز الدين الدناصوري:

عبد الحميد الشواربي. المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء. منشأة المعارف. الاسكندرية.

- عبد المنعم البدرأوي:

العقود المسماة. الايجار و التأمين . الأحكام العامة. مطابع دار الكتاب العربي بمصر. 1961.

- معراج الجديدي:

▪ محاضرات في قانون التأمين الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. 2005.

▪ مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. 2007.

- مصطفى مرعي:

المسؤولية المدنية في القانون المصري، الطبعة الأولى، مطبعة نوري، 1936.

- نبيل إبراهيم سعد:

▪ النظرية العامة للالتزام . مصادر الالتزام. دار الجامعة الجديدة. 2004.

▪ التضامم ومبدأ افتراض التضامن، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000.

- نبيل سعد، همام محمد محمود زهران:
أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية. دار الجامعة الجديدة.
الاسكندرية 2001.

- نبيل مختار:

موسوعة التأمين. دار المطبوعات الجامعية. الاسكندرية. 2005.

2. المراجع المتخصصة

- إبراهيم على حمادي الحليوسي:

الخطأ المهني و الخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية. دراسة مقارنة.
منشورات الحلبي الحقوقية. الطبعة الأولى. 2007.

- إبراهيم صالح عطية الجبوري:

العوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار، منشورات الحلبي
الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2013.

- أحمد أدريوش:

- العقد الطبي، مطبعة الأمانة، الرباط، الطبعة الأولى 2010.
- مسؤولية مرافق الصحة العمومية، مطبعة الأمانة، الرباط.
- المسؤولية المدنية للأطباء في المغرب، مطبعة الأمانة، الرباط.

- أحمد السعيد الزقرد:

تعويض ضحايا مرض الايدز و التهاب الكبد الوبائي بسبب نقل دم ملوث.
دار الجامعة الجديدة. الاسكندرية. 2007.

- أحمد حسن عباس الحيارى:

المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانون الأردني، و النظام
القانوني الجزائري. دار الثقافة. الاردن. 2005.

_ أحمد محمود سعد:

مسئولية المستشفى الخاصة عن أخطاء الطبيب و مساعديه. دار النهضة العربية. الطبعة الثانية. 2007.

_ أحمية سليمان:

آليات تسوية منازعات العمل و الضمان الاجتماعي في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2010.

_ أسامة أبو الحسن مجاهد:

تعويض الطفل عن ميلاده معاقاً. دار النهضة العربية. 2006.

_ أسامة أحمد بدر:

ضمان مخاطر المنتجات الطبية. دراسة مقارنة. دار النهضة العربية. دون سنة الطبع.

_ أسامة عبد الله قايد:

المسؤولية الجنائية للأطباء. دراسة مقارنة. دار النهضة العربية. 1990.

- أغليس بوزيد:

تلازم مبدأ الإثبات الحر بالاقتناع الذاتي للقاضي الجزائري، دار الهدى الجزائر، 2010.

- السيد محمد السيد عمران:

التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية. مؤسسة الثقافة الجامعية. 1992.

- الحاج أحمد بابا عمي:

الجمع بين تعويض المسؤولية المدنية و تعويض التأمين، منشورات الحلبي الحقوقية.

- آمال بكوش:

نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الضارة، " دراسة في القانون الجزائري و المقارن"، دار الجامعة الجديدة، 2011.

- أوان عبد الله الفيضي:
الخبرة الطبية في الدعوى المدنية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014.
- أنس محمد عبد الغفار:
التزامات الطبيب تجاه المريض، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، مصر.
- بلحاج العربي:
معصومية الجثة في الفقه الإسلامي في ضوء القوانين الطبية المعاصرة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2009.
- برهام محمد عطا الله:
أساسيات قانون التأمينات الاجتماعية، مطبعة التوني، الاسكندرية، 2000،
2001.
- بودالي محمد:
مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة " دراسة مقارنة" دار الفجر للنشر و التوزيع، 2005.
- _ ثروث عبد الحميد:
تعويض الحوادث الطبية. دار الجامعة الجديدة. الاسكندرية. 2007.
- جمال الدين زكي:
الخبرة في المواد المدنية و التجارية، دراسة انتقادية لأحكام قضاة الموضوع بندب الخبراء، القاهرة، 1410-1990.
- حسن عبد الرحمان قدوس:
المبادئ القانونية للتأمين الاجتماعي، دار وهدان للطباعة و النشر، القاهرة،
1985.

— حسن زكي الابرشى:

مسئولية الأطباء و الجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون
المصري. دار النشر للجامعات المصرية القاهرة. 1949.

— حمدي على عمر:

المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة. دراسة مقارنة. دار النهضة
العربية. القاهرة. 1995.

— خالد بن النوي:

ضوابط مشروعية التجارب الطبية و أثرها على المسؤولية المدنية، دار
الفكر والقانون، 2010.

— رضا عبد الحميد عبد المجيد:

المسؤولية عن إنتاج و تداول الادوية و المستحضرات الصيدلانية. دار
النهضة العربية. القاهرة. الطبعة الأولى. 2005.

— رأفت محمد أحمد حماد:

أحكام العمليات الجراحية. دراسة مقارنة بين القانون المدني و الفقه
الاسلامي. دار النهضة العربية. القاهرة. دون سنة الطبع.

— راييس محمد:

المسؤولية المدنية للأطباء في القانون الجزائري. دار هومة. الجزائر.
2007.

نطاق و أحكام المسؤولية المدنية للأطباء و إثباتها، دار هومة، الجزائر،
2010.

— سهير منتصر:

المسؤولية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء.
دار النهضة العربية. 1995.

- سماتي الطيب:

▪ التأمينات الاجتماعية في مجال الضمان الاجتماعي، دار الهدى، الجزائر، 2014.

▪ المنازعات العامة في مجال الضمان الاجتماعي في ضوء القانون الجديد، دار الهدى، الجزائر، 2009.

_ شحاتة غريب شلقامي:

خصوصية المسؤولية المدنية في مجال الدواء. دراسة مقارنة. دار الجامعة الجديدة. الاسكندرية 2008.

_ عبد الرشيد مأمون:

▪ التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي. دار النهضة العربية. القاهرة.

▪ عقد العلاج بين النظرية و التطبيق. دار النهضة العربية. دون سنة النشر.

- عبد الرؤوف هاشم بسيوني:

قرينة الخطأ في المسؤولية الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007.

_ عبد الكريم مأمون:

▪ حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الاخلال به. دراسة مقارنة. دار النهضة العربية. القاهرة. 2006.

▪ رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية. دراسة مقارنة. دار المطبوعات الجامعية. الاسكندرية. 2009.

- عبد القادر أزوا:

التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب " دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2011.

- عبد القادر لقصاصي:

الالتزام بضمان السلامة في العقود " نحو نظرية عامة" دار الفكر الجامعي،
الاسكندرية، 2010.

_ عشوش كريم:

العقد الطبي. دار هومة. الجزائر. 2007.

- سيد أحمد محمود:

النظام الإجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية و التجارية، دار الكتب
القانونية، مصر، 2008.

- سميرة عايد ديات:

عمليات نقل و زرع الأعضاء بين القانون و الشرع، منشورات الحلبي
الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2004.

- رضا محمد جعفر:

رضا المضرور و أثره على الحق في التعويض، دار الجامعة الجديدة ،
مصر، 2005.

_ محسن عبد الحميد البيه:

▪ نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية في ظل
القواعد القانونية التقليدية. مكتبة الجلاء الجديدة. المنصورة. 1993.
▪ حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأمين المسؤولية. مكتبة الجلاء
الجديدة. المنصورة. 1993.

- محمد إبراهيم دسوقي:

▪ التأمين من المسؤولية. دون دار النشر. 1995.
▪ تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر، دار الفكر العربي، دون بلد
النشر، دون سنة النشر.

- محمد أحمد عابدين:
▪ التعويض بين الضرر المادي و الأدبي و الموروث، منشآت المعارف،
الاسكندرية، 1995.
- محمد محي الدين إبراهيم سليم:
نطاق الضرر المرتد، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008.
- محمد عبد الظاهر حسين:
التأمين الاجباري من المسؤولية المدنية المهنية. دار النهضة العربية.
القاهرة. 1994.
- محمد فتح الله النشار:
حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار الجامعة
الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2002.
- محمد حسن قاسم:
▪ إثبات الخطأ في المجال الطبي. دار الجامعة الجديدة. الاسكندرية.
2006.
- التأمين الاجتماعي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 1977.
- محمد حسين منصور:
المسؤولية الطبية. دار الفكر الجامعي. الاسكندرية. 2006.
- مصطفى محمد الجمال:
الوسيط في التأمينات الاجتماعية، دار الكتاب الحديث، 1984.
- محمد سامي الشوا:
مسئولية الأطباء و تطبيقاتها في قانون العقوبات. دار النهضة العربية.
القاهرة. 2002-2003.
- محمد عبد القادر علي الحاج:
مسؤولية المنتج، مطبعة الأمانة، مصر، 1982.

- محمد محى الدين ابراهيم سليم:
مخاطر التطور كسبب لإعفاء المنتج من المسؤولية، دار المطبوعات
الجامعية، الاسكندرية، 2007.
- محمد شكري سرور:
مشكلة الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة من
الأشخاص، دار الفكر العربي، 1983.
- محمد محمد القطب:
المسؤولية المدنية الناشئة عن أضرار الدواء، دار الجامعة الجديدة،
الاسكندرية، 2014.
- محمد ناجي يقوت:
التعويض عن فقد توقع الحياة. 1980.
- محمود جمال الدين زكي:
مشكلات المسؤولية المدنية. مطبعة جامعة القاهرة. 1995.
- منذر الفضل:
التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع،
الأردن، 2002.
- منير رياض حنا:
المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين في ضوء القضاء والفقہ الفرنسي
والمصري. دار الفكر الجامعي. الاسكندرية. الطبعة الأولى. 2008.
- عويس حمدي أبو أنور السيد:
التعويض عن طريق صناديق الضمان في التشريع المقارن، دار الفكر
الجامعي، 2001.

- ناسؤس نامق برخاص:

قبول المخاطر الطبية و أثره على المسؤولية المدنية، دار كتب القانونية،
دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر، 2013.

_ وائل محمود أبو الفتوح أحمد العزيري:

المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم. دراسة مقارنة. 2005.

_ وفاء حلمي أبو جميل:

الخطأ الطبي دراسة تحليلية وفقهية و قضائية في كل من مصر و فرنسا.
دار النهضة العربية. 1987.

3. الرسائل العلمية

_ أحمد محمود ابراهيم سعد:

مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه، رسالة دكتوراه،
كلية الحقوق، عين شمس، 1983.

- آيت مولود ذهبية:

المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير
في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ملولود معمري تيزي
وزو، 2011.

_ أسيد حسن الذنبيات:

الحماية القانونية للمؤمن له، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2009.

_ أنس محمد إبراهيم بشار:

تغيير الجنس و أثره في القانون المدني و الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة،
رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، 2003،

_ أيمن ابراهيم عبد الخالق العشماوي:

تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسئولية المدنية. رسالة دكتوراه. كلية الحقوق.
جامعة عين شمس. 1998.

— **حسن ابراهيم أحمد ابراهيم هيكل:**

النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة
الاسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2006.

— **حمد سلمان الزيود:**

المسئولية المدنية عن نقل الدم الملوث. دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي و
القانون الوضعي. رسالة دكتوراه. كلية الحقوق. جامعة عين شمس.
2007.

— **سعد واصف :**

التأمين من المسئولية دراسة في عقد النقل البري. رسالة دكتوراه. كلية
الحقوق. جامعة القاهرة. 1958.

— **صاحب لدية :**

فوات الفرصة في إطار المسئولية الطبية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في
القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 2011.

— **عباشي كريمة:**

الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية
الحقوق، جامعة مولود معمري، 2011.

— **عبد القدوس عبد الرزاق محمد الصديق:**

التأمين من المسئولية و تطبيقاته الاجبارية المعاصرة. رسالة دكتوراه. كلية
الحقوق. جامعة القاهرة. 1999.

— **عباس حسن الصراف:**

المسئولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية
الحقوق، جامعة القاهرة، مطابع دار الكتاب بمصر.

__ علاء الدين خميس العبيدو:

بحث في المسؤولية الطبية عن فعل الغير، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق،
جامعة المنوفية، دون سنة النشر.

__ علاء علي حسين نصر:

عملية الاستساخ البشري و الهندسة الوراثية من الناحية القانونية، رسالة
دكتوراه، جامعة القاهرة، 2006.

__ لقصاصي عبد القادر:

الإلتزام بضمان السلامة نحو نظرية عامة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في
الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2008.

__ محمد الزعبي:

عقد التأمين : دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، رسالة
دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1982.

__ محمود عبد القادر العبودي:

المسؤولية المدنية لطبيب التخدير. رسالة دكتوراه، كلية الحقوق. عين
شمس. 1992.

__ محمد فرج عزب اسماعيل:

مسئولية الطبيب في جراحة التجميل في الفقه الاسلامي و القانون
الوضعي. رسالة دكتوراه. جامعة الازهر. 1998.

__ مالك حمد محمود أبو نصير:

المسؤولية المدنية عن الخطأ المهني. دراسة موازنة. رسالة دكتوراه. كلية
الحقوق. جامعة عين شمس. 2008.

__ محمد عادل عبد الرحمن:

المسؤولية المدنية للأطباء. رسالة دكتوراه. كلية الحقوق. جامعة عين
شمس. 1985.

__ محمود الشيخ عمر دفع الله:

مسئولية المتبوع. دراسة مقارنة. رسالة دكتوراه. كلية الحقوق. جامعة القاهرة. دون سنة الطبع.

__ محمد حاتم صلاح الدين عامر:

المسؤولية المدنية عن الأجهزة الطبية. دراسة مقارنة. كلية الحقوق. جامعة عين شمس. 1996.

__ موسى جميل النعيمات:

الظرية العامة في التأمين من المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، دار الثقافة، الأردن، 2006.

__ مروان بن حسن محمد اسماعيل:

التأمين من المسؤولية على حوادث السيارات في المملكة العربية السعودية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الاسكندرية، 2006.

__ منى سعاد:

المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشر، الجزائر، 2003-2006.

4. الأبحاث العلمية

__ أبو زيد عبد الباقي مصطفى:

الصفة التعويضية في تأمين الأضرار، دراسة مقارنة في القانونين المصري و الفرنسي، مجلة المحاماة، العدد السابع و الثامن، السنة التاسعة و الخمسون، سبتمبر-أكتوبر 1979.

_ سليمان مرقص:

تعليقات على الأحكام في المواد المدنية (مسئولية الطبيب، و مسؤولية
المستشفى) مجلة القانون و الاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة السابعة، العدد
الأول، 1937.

_ عبد الله محمد على الزبيدي:

مسئولية الطبيب العقدية عن أخطاء معاونة في القطاع الخاص، مجلة
الحقوق الكويتية، 2004.

- عراب ثاني نجية:

مدى مساءلة الأطباء جنائياً عن قتل الرحمة، مجلة العلوم القانونية
الادارية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيد
بلعباس، العدد 03، 2005.

• عزري الزين عادل بن عبد الله:

تسهيل شروط انعقاد المسؤولية و تعويض ضحايا النشاط العام لاستشفائي،
مجلة العلوم القانونية الادارية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة
جيلالي اليابس، سيد بلعباس، العدد 03، 2005.

_ فواز صالح:

المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي و السوري،
مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 22، العدد
الأول، 2006.

_ محسن البيه:

التأمين من الأخطاء الناشئة عن خطأ المؤمن له في القوانين الفرنسي،
المصري، الكويتي، مجلة المحامي الكويتية، السنة العاشرة، الأعداد يناير،
فبراير، مارس 1987.

- محمد بودالي:

- الحماية الجنائية لقرينة البراءة، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2004.
- المسؤولية الجزائية للجراح و طبيب التخدير و الانعاش، مجلة العلوم القانونية الادارية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيد بلعباس، العدد 07، 2010.
- القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية الادارية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيد بلعباس، العدد 03، 2015.
- الحماية الجنائية لقرينة البراءة، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2004.
- المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري و القضاء العادي، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2004.
- جرائم تعريض الغير للخطر عن طريق الامتناع، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2006.

- نقادي عبد الحفيظ:

أصول السر الطبي، مجلة العلوم القانونية الادارية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيد بلعباس، العدد 03، 2005.

5. النصوص القانونية

- الأمر 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 08 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم بالقانون رقم 06-22 المؤرخ في 29 ذي القعدة عام 138 6 الموافق 20 ديسمبر 2006.

- الأمر 75/58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

- القانون 83/05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 هـ الموافق 16 فبراير 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل و المتمم.

- القانون رقم 83-14 المؤرخ في 21 رمضان 1403 الموافق 02 يوليو 1983 يتعلق بالالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي، معدل ومتمم بالقانون رقم 04-17 مؤرخ في 10 نوفمبر 2004.
- القانون 83/11 مؤرخ في 21 رمضان 1403 الموافق 2 يوليو 1983 يتعلق بالتأمينات الاجتماعية المعدل و المتمم.
- الأمر 95-01 مؤرخ في 19 شعبان 1415 الموافق 21 يناير 1995 يحدد أساس اشتراكات و أداءات الضمان الاجتماعي.
- القانون رقم 01-19 مؤرخ في 27 رمضان 1422 الموافق 12 ديسمبر 2001، يتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها و إزالتها.
- القانون رقم 04-18 المؤرخ في 25 ديسمبر 2005 المتعلق بالوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية وقمع الاستعمال و الاتجار غير المشروعين .
- القانون رقم 05-11 مؤرخ في 17 يوليو 2005، يتعلق بالتنظيم القضائي.
- القانون 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- القانون رقم 11-10 مؤرخ في 20 رجب 1432، الموافق 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية
- مرسوم تنفيذي رقم 09-258 مؤرخ في 20 شعبان 1430، الموافق 11 غشت 2009 يتعلق بالوكالة الوطنية للدم. ج.ر. رقم 47. بتاريخ 25 شعبان 1430 الموافق 16 غشت 2009.
- مرسوم تنفيذي رقم 95-108 مؤرخ في 09 ذي القعدة 1415، الموافق 09 أبريل 1995 يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم. ج.ر.ر. العدد 21، بتاريخ 19 ذي القعدة 1415.
- المرسوم التنفيذي 91-109 مؤرخ في 27-04-1991 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالأعوان الطبيين في التخدير والانعاش، ج.ر. عدد 22، بتاريخ 15-05-1991.

- المرسوم التنفيذي 03-478 مؤرخ في 15 شوال 1424 الموافق 09 ديسمبر 2003 يحدد كفايات تسيير نفايات النشاطات العلاجية.
- المرسوم التنفيذي 04-410 مؤرخ في 02 ذي القعدة 1425 الموافق 14 ديسمبر 2004، يحدد القواعد العامة لتهيئة و استغلال منشآت معالجة النفايات وشروط قبول النفايات على مستوى هذه المنشآت.

ثانياً: باللغة الفرنسية:

1) Ouvrages généraux

- **(F) Chabas :**
Laçons de droit civil. Tom II\ premier volume.Obligation Théorie générale. 8^e édition. Montchrestien.
- **(J)Chestin :**
La directive communautaire et son introduction en droit français. Colloque. Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux. Paris.1987.
- **Constant Elishberg(F) Couilbaut et (M) Latirasse :**
Les grands principes de l'assurance. L'argus.Paris.3^e édition.
- **Edmond noel (M) :**
L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle.Paris. 1957.
- **(Y.L)Faivre :**
 - Droit des assurances.Dalloz.12^e édition.2005.
 - Droit du dommage corporel: systèmes d'indemnisation . 6 édition 2009.
- **(J) Frossard :**
La distinction des obligation de moyen et des obligation de résultat.Paris1965.
- **(B)Gross :**
La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats. Paris.1964

- **(N) Jacob et (Ph) Le Tourneau :**
Assurance et responsabilité civil. Tome II: Les assurances.
Daloz. 1974.
- **(P) Jourdain :**
Les principes de la responsabilité civil. 7^e édition 2007.
- **(Ph) le Tourneau :**
 - la responsabilité civile. 3 édition. Daloz.
 - Responsabilité civile professionnelle. Daloz. 2^e édition. 2005.
 - Droit de la responsabilité et des contrats. 7^e Edition 2008. Daloz
 - Responsabilité des vendeurs et fabricants. Daloz. 2009
- **Mabrouk(H) :**
Code algérien des assurances. 1^{er} édition. édition Houma, Alger. 2006.
- **Mazeaud :**
Responsabilité civil, 6^e edition, 1973.
- **Mazeaud et Tunc :**
Traité théorique de la responsabilité délictuelle et contractuelle, 6^e edition, 1973.
- **(M) Picard et (A) Bosson :**
Les assurances terrestres en droit français, Tom 1^{er} ; le contrat d'assurance, 3^e édition, Paris, 1970.
- **(M) Picard :**
Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile.
L. Rodstein. Paris. 1947.
- **(A) Ponsord :**
L'action directe. Paris. 1969.
- **(G) Viney :**
Les obligation, la responsabilité: condition. L .G. D. J. paris. 1982.

2) These et Ouvrages spéciaux

- **(J) Ambialet :**
Responsabilité du fait d'autrui en droit médical. Paris. 1964.
- **(G) Boyer CHammard et (P) Monzein :**
La responsabilité médicale. Presses universitaires de France. 1974.
- **(M)Hannouz..(R)Hakem :**
précis de la droit medical. Office des publication universitaires. Alger. 2000.
- **(J)Lafon :**
La responsabilité civile du fait des malades mentaux. Paris. 1960.
- **(J) Lorenzi :**
Les responsabilités du pharmacien. Litec. paris. 2002.
- **(G)Lepointe :**
Droit medical et droit social. Edition Domat Montchretien. Paris.
- **(J) Nonnenmacher la Fesum :**
Responsabilité médicale en traumatologie de la main .2003.
- **((R) Pellet, (A) Skzryerbak :**
Leçons de droit social et de droit de la santé. 2^e édition. Sirey. 2008.
- **(J) Penneau :**
 - Faut et erreur en matière de responsabilité médicale. Paris. 1973.
 - La responsabilité du médecin. Dalloz. 1992.
 - La responsabilié du médcin. 3^e édition. 2004.
- **(J-M)Rouzioux :**
Les essais des nouveaux médicaments chez l'homme. Masson. paris. 1978.
- **(D)Thouvenin :**

La responsabilité médicale. Médecine-Sciences Flammarion. Paris.1995.

3) Etudes et articles

- **(L)Aynés :**
Prejudice de l'enfant né handicapé: la plainte de job devant la cour de cassation. D.Ch. Doct. 2001.n°6
- **Becqué :**
De la responsabilité du fait d'autrui en matiere contractuelle. Revue Trimestrille de droit civil.1914.
- **Boussouf-Hamana (N) :**
L'expertise en matière de responsabilité médicale. Revue sciences humaines. Université Mentouri, Constantine, Algérie, n°13.2000.
- **(F) Descorps Declère :**
La cohérence de la jurisprudence de la cour de cassation sur la perte de chance consecutive à une faute du médecin. D. Ch. 2005.n° 11.
- **(D) Duval-Arnould**
Accident ou faute médicale ?. S.Jur. Dect. n°25.2007.
- **(Y.L)Faivre:**
 - La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité. D.n°2. 1992.
 - La reparation de l'accident médical. D.n° 7. 2001.
- **(Ch) Larroumet :**
L'indemnisation de l'aléa thérapeutique. D. Ch.Doct. 1999.n° 4.
- **(A) Laude :**
 - Le Patient nouvel acteur de santé ?. D.n°17.2007.
 - La réforme de la loi sur les recherches biomédicales. D. 2009.n° 17.

- **(D)Martin:**
L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux comme politique publique. D.n°44. 2006.
- **(J)penneau:**
Droit medical. D. no 19. 2009.
- **(D) Philopoulos :**
La réparation des risques sanitaires au titre de la solidarité nationale mis à l'épreuve devant le juge. D.n°26.2007
- **(Th) Riehm :**
produits défectueux. D.n° 39.2007.
- **(C)Riot :**
l'exercice " subordonné" de l'art medical. D.Ch. 2006.n°2.
- **(Y)Saint-Jours :**
Handicap congénital- Erreur de diagnostic prénatal-Risque thérapeutique sous-jacent(à propos de l'arrêt" P..." du 17 novembre 2000). D. Ch.Doct. 2001. n°16.
- **Savatier :**
Sécurité humaine et responsabilité civile du médecin,D.1967.
- **(G)Viney :**
L'indemnisation des victimes de dommages causés par le fait d'une chose.D. 1982.

4) Notes de jurisprudence

- **Em.Savatier :**
D.jur 1999.n° 44. note sous, Cass. 1^{er} civ. 26 mai 1999.
- **(M)Bacache:**
D. 2008.n° 12,note sous,Cass.1^{er} civ.22 nov.2007.
- **Bigot :**
J.C.P.1991.II.21656 not sous,Cass.1^{er} civ.19 déc.1990 (sept arrêts).
- **(B)Cerveau :**
Gaz.Pal.n° 93.2008. note sous , cass.1^{er} civ, 30 oct 2007.

- **(F)Chabas :**
D,jur.2005.n° 4, note sous, Cass. 1^{er} civ.9 nov 2004
- **(D)Chauvaux :**
D. Jur. 2001.n° 15, conclusion sur C.E,27 Oct.2000(2 arrêts).
- **(J)Dominique :**
Ga. Pal. No 25.2008. Note sous, cass.1^{er} civ, 30 Oct 2007.
- **(A) Dumery :**
D .n°18. 2008. note sous , cass.1^{er} civ, 17 janvier 2008.
- **(Em)Savatier :**
D.n°44.199. note sous, Cass. 1^{er} civ,26 mai 1999.
- **(Y)Faivre :**
D. 1998, jur. Cass. Civ. I, 30 mars 1994, 2 arrêts, R.C. et Ass. 1994, comm. 228 et 233 - Cass. Civ. I, 16 décembre 1997.
- **(H)Groutel.**
 - R.C.A 1993. Cass.civ.28 Avr.1993.
 - D.1994. cass.civ.1er 19 janv1994.
- **(M)Harichaux :**
S.Jur.n° 48 1991. note sous, Tri. Gr. Inst. Parits, 1^{er} juill.1991.
- **Harichaux :**
J.C.P 1991-II-21797 note sous,C.A.Paris.Civ 28 novembre 1991.
- **(P) Jérôme Delage:**
D 2009. n° 30,note sous,cass. Crim. 24 fév 2009.
- **Jourdain :**
D.2001, . note sous, Ass.plén 13 juillet 2001,(troits arrêts)
- **(S) Lambert:**
D. Jur. 2006.n° 8,note sous, Cass.1^{er} civ. 21 juin 2005.
- **(L)Mayaux :**
S.Jur. n°1-2. 2009. note sous , cass.2^e civ, 2 oct. 2008.
- **(J-A)Robert et A.Regniault :**
Gaz.Pal. n° 329. note sous ,cass.1^{er} civ, 24 septembre 2009.

- **(P) sargos :**
S.Jur.n°8. note sous , cass.1^{er} civ,22 janv.2009.
- **(V) Savatier :**
J.C.P 1967,note sous, Rouen 4 juill 1966.
- **(J) sébastien Borghetti :**
D.n° 28.2009 ,note sous, T.A Toulouse 30 déc.2008
- **(Ol) Smallwood. F. Vialla:**
D. 2006.n° 10,note sous,Cass. 1^{er} civ, 18 oct 2005
- **G.Tandonnet (D.) :**
Gaz. Pal. mars-avril ,note sous,Cass. 1^è r e Civ., 13 mars 2001, 2002.
- **(Em)Terrier :**
D. 2005. n° 31, note sous,C.A paris, 1^{er} Ch .B. 4 mars 2005.
- **(D)Thouvenin:**
D.2005.n° 34, note sous,Tri. A. Ve.(réf .adm) 28 juill.2005.
D.Jur. 2006.n° 31, note sous,C.AA.Ve. 12 janv.2006.
D.Jur. 2006.n° 31, note sous,TGI Bobigny, 16 févr.2006.

5) Mémoires et des articles électronique

- **(A)Beum :**
Le principe de précaution en matière de responsabilité médicale. Mémoire de DEA droit privé général. Université Lille 2 du droit et de lasanté.2003.
Document téléchargé sur: <http://ecodoctorale74.univ-lille2.fr>
- **(M.B)Bibeili :**
Infections Nosocomiales.13-01-2004. Article téléchargé sur:
<http://www.droit.univ-paris5.fr>
- **(E)Bourgin :**
Responsabilité médicale et aléa thérapeutique. 24 avril 2009 .Article téléchargé sur:<http://www.net-iris.fr>

الفهرس

أ	البسمة
ب	الشكر و التقدير
ت	الإهداء
ث	المختصرات
1	مقدمة
06	الباب الأول: أساس التعويض عن الأخطاء الطبية
08	الفصل الاول : التعويض في نطاق المسؤولية الشخصية
03	المبحث الأول : مضمون الالتزامات الطبية
10	المطلب الأول: مصدر الالتزامات الطبية
11	الفرع الأول : تكييف الرابطة الطبية العقدية
13	الفرع الثاني: مدى حرية الأطراف في إنشاء الرابطة العقدية
13	البند الأول : حرية المريض في اختيار الطبيب
14	البند الثاني: حق الطبيب في الامتناع عن العلاج
19	البند الثالث: شرط المشروعية في العلاقة الطبية
20	أولاً: الأهلية القانونية للطبيب
22	ثانياً: مشروعية الالتزام الطبي
24	أ: القتل بدافع الشفقة
25	ب: الإجهاض
27	الفرع الثالث: نطاق المفهوم العقدي للرابطة الطبية
29	المطلب الثاني: نطاق الالتزامات الطبية
32	الفرع الأول: الالتزام بتقديم العلاج
33	البند الأول: احترام المعطيات العلمية المكتسبة
37	البند الثاني: بذل العناية الصادقة و الحريصة
40	الفرع الثاني: الالتزامات المكملة للالتزام بالعلاج

40	البند الأول: الالتزامات التي يترتبها القانون
43	البند الثاني: الأعراف أو العادات الطبية
45	البند الثالث: قواعد العادلة
46	المبحث الثاني: تقسيمات الالتزامات الطبية
46	المطلب الأول: الواجبات الطبية الإنسانية
47	الفرع الأول: الإخلال بواجب إعلام المريض
47	البند الأول: مضمون حق المريض في الإعلام
49	البند الثاني: آثار الإخلال بحق المريض في الإعلام
51	الفرع الثاني: عدم الحصول على موافقة المريض
52	البند الأول: حالة الاستعجال أو الضرورة
53	البند الثاني: حالة القصر و الراشدون الخاضعين للوصاية
55	البند الثالث: حق المريض في رفض أو وقف العلاج
57	الفرع الثالث: امتناع الطبيب عن العلاج أو عدم متابعته دون مبرر
57	الفرع الرابع: مخالفة الالتزام بالحفاظ على السر المهني
58	البند الأول: مضمون السر المهني
59	البند الثاني: نطاق الالتزام بالسر المهني
62	المطلب الثاني: الأخطاء الطبية الفنية
63	الفرع الأول: الخطأ في التشخيص
64	الفرع الثاني: الخطأ في مجال العلاج
64	البند الأول: اختيار العلاج
66	البند الثاني: تنفيذ العلاج ومباشرته
69	البند الثالث: مراقبة الحالة الصحية
70	المبحث الثالث: نطاق المسؤولية عن مخالفة الالتزامات الطبية
72	المطلب الأول: المسؤولية داخل الفريق الطبي

73	الفرع الأول: مسؤولية الطبيب الجراح عن أخطاء طبيب التخدير
74	البند الأول: المضمون التشريعي لمبدأ الاستقلال المهني
75	البند الثاني: وجهة نظر القضاء في المسألة
76	الفرع الثاني: تلاشي علاقة التبعية بين الطبيب الجراح وطبيب التخدير
77	البند الأول: النظريات الفقهية
79	البند الثاني: موقف القضاء
80	الفرع الثالث: المسؤولية المشتركة لأعضاء الفريق الطبي
80	البند الأول: المسؤولية المشتركة على أساس التضامن
81	البند الثاني: المسؤولية المشتركة على أساس التضامن
83	المطلب الثاني: مسؤولية المستشفيات العامة عن أعمال موظفيها
85	الفرع الأول: انحصار دور الخطأ الشخصي مقابل الخطأ المرفقي
85	البند الأول: الوضع في فرنسا
87	البند الثاني: الوضع في الجزائر
89	أولاً: تطبيقات حول الخطأ المرفقي
94	ثانياً: تطبيقات حول الخطأ الشخصي
95	الفرع الثاني: التخلي عن الخطأ الجسيم
95	البند الأول: الوضع في فرنسا
98	البند الثاني: الوضع في الجزائر
101	المطلب الثاني: المستشفيات الخاصة
101	الفرع الأول: حالة الفرق الطبي المنتمي إلى الجهاز الفني للمستشفى
102	الفرع الثاني: حالة عدم وجود رابطة التبعية بين الفريق الطبي و المستشفى
105	المطلب الرابع: مستشفيات الأمراض العقلية
105	الفرع الأول: المسؤولية عن الأضرار التي تصيب المريض
108	الفرع الثاني: المسؤولية عن الأضرار التي يسببها المريض للغير

110	الفصل الثاني: التعويض على أساس المسؤولية الموضوعية
113	المبحث الأول: المسؤولية الناجمة عن المنتجات الصحية
113	المطلب الأول: الإطار العام للمسؤولية عن المنتجات المعيبة
113	الفرع الأول: تحديد المنتج المسؤول
114	الفرع الثاني: مضمون المنتج المعيب
119	الفرع الثالث: طبيعة المسؤولية عن المنتجات المعيبة
119	البند الأول: أساس المسؤولية
120	البند الثاني: أحكام المسؤولية
125	المطلب الثاني: منتجات الجسم البشري
125	الفرع الأول: الدم ومشتقاته
125	البند الأول: الجهات المكلفة بجمع ونقل الدم
129	البند الثاني: المسؤولية عن أضرار نقل الدم
130	أولاً: مسؤولية مراكز نقل الدم
132	ثانياً: مسؤولية المؤسسات العلاجية
133	ثالثاً: مسؤولية الطبيب المعالج أو الجراح
133	رابعاً: مسؤولية الدولة
134	الفرع الثاني: الأنسجة و الأعضاء البشرية
135	البند الأول: نقل الأعضاء بين الأحياء
136	البند الثاني: نقل الأعضاء من جنث الموتى
137	أولاً: إثبات الوفاة " ميلاد الجنّة "
139	ثانياً: استئصال الأعضاء من الجنّة
140	المطلب الثاني: المنتجات الطبية
140	الفرع الأول: الأدوية و المواد الصيدلانية
140	البند الأول: تحديد وصف الدواء

142	البند الثاني: أحكام المسؤولية عن الأدوية
145	الفرع الثاني: الأجهزة الطبية و التقنية
146	البند الأول: الأجهزة المستعملة في الفحص و العلاج
147	البند الثاني: الأعضاء الصناعية
148	المطلب الثالث: النفايات العلاجية
148	الفرع الأول: التنظيم القانونية
150	الفرع الثاني: المسؤولية عن النفايات العلاجية
152	المبحث الثاني: الحوادث الطبية و انتقال العدوى
153	المطلب الأول: الاجتهاد القضائي العادي
156	المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي العادي
161	المبحث الثالث: مسؤولية القائم بالبحوث الطبية الحيوية
161	المطلب الأول: الضوابط الموضوعية للتجارب الطبية
166	المطلب الثاني: طبيعة المسؤولية عن التجارب الطبية
167	الباب الثاني: أحكام التعويض عن الأخطاء الطبية
169	الفصل الأول : ضمانات التعويض عن الأخطاء الطبية
171	المبحث الأول: التعويض عن طريق الشخص المعنوي المتبوع
172	المطلب الأول: تأصيل نظرية الشخصية المعنوية للفريق الطبي
173	الفرع الأول: محاولات تأكيد حق المضرور في التعويض
177	الفرع الثاني : إضفاء الشخصية المعنوية على الفريق الطبي
179	المطلب الثاني: مدى انسجام النظرية مع ضوابط الشخص المعنوي
179	الفرع الأول: من حيث أساس الشخصية المعنوية
180	الفرع الثاني: من حيث مقومات و خصائص الشخص المعنوي
183	المبحث الثاني: الأنظمة الجماعية للتعويض
183	المطلب الأول: التأمين الإجباري من المسؤولية

184	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للتأمين من المسؤولية
186	البند الأول: المبادئ التي تحكم التأمين من المسؤولية
188	البند الثاني: تمييز التأمين من المسؤولية عن أشكال التأمين المشابهة
189	أولاً: تأمينات الأشخاص
190	ثانياً: تأمينات الأشياء
191	ثالثاً: التأمينات الاجتماعية
196	الفرع الثاني: نطاق الضمان في عقد التأمين من المسؤولية
196	البند الأول: نطاق الضمان من حيث الأخطار
198	البند الثاني: نطاق الضمان من حيث المدة
201	البند الثالث: نطاق الضمان من حيث التعويض
201	المطلب الثاني: صناديق الضمان
203	الفرع الأول: الصناديق الخاصة بالتعويض عن الحوادث الطبية
205	الفرع الثاني: علاقة صندوق الضمان الاجتماعي بنظام التعويض
207	الفصل الثاني: تقدير التعويض عن الأخطاء الطبية
209	المبحث الأول: دعوى التعويض
209	المطلب الأول: دعوى المسؤولية
209	الفرع الأول: دعوى المسؤولية أمام القاضي العادي
213	الفرع الثاني: دعوى المسؤولية أمام القاضي الإداري
217	الفرع الثالث: دور شركة التأمين في دعوى المسؤولية
217	المطلب الثاني: الدعوى المباشرة
218	الفرع الأول: استعمال الدعوى المباشرة
219	الفرع الثاني: آثار الدعوى المباشرة
221	المبحث الثاني: إثبات عناصر المسؤولية
221	المطلب الأول: القواعد العامة في مجال الإثبات

221	الفرع الأول: عبء الإثبات
224	الفرع الثاني: دور القاضي في مجال الإثبات
228	الفرع الثالث: دور الخبرة الطبية في مجال الإثبات
228	أولاً: مضمون الخبرة الطبية
231	ثانياً: سلطة القاضي في الأخذ بالخبرة الطبية
234	المطلب الثاني: إثبات الخطأ الطبي
234	الفرع الأول: موقف الفقه و القضاء
237	الفرع الثاني: الموقف التشريعي
238	الفرع الثالث: نقل عبء الإثبات في مجال الإعلام
240	المطلب الثالث: إثبات الضرر
240	الفرع الأول: الضرر المادي
240	البند الأول: الإخلال بمصلحة مالية مشروعة
241	أولاً: فقدان الحياة
242	ثانياً: العجز الجسماني
242	البند الثاني: تحقق الضرر
244	أولاً: فقدان تحقق الضرر
246	ثانياً: تعويض الطفل عن ميلاده معاقاً
247	الفرع الثاني: الضرر الأدبي
249	المطلب الرابع: إثبات الصلة بين الخطأ الطبي و الضرر
249	الفرع الأول: المفهوم العام لرابطة السببية
253	الفرع الثاني: قبول المخاطر الطبية وأثره على الحق في التعويض
255	الفرع الثالث: افتراض رابطة السببية في ظل مبدأ فوات الفرصة
257	المبحث الثالث: سلطة القاضي في تقدير التعويض
257	المطلب الأول: ازدواج أساس المسؤولية و أثره على تقدير التعويض

259	المطلب الثاني: المعايير التشريعية في تقدير التعويض
261	المطلب الثالث: الأضرار التي يستحق عنها التعويض
266	المبحث الرابع: التقدير الخاص للتعويض
266	المطلب الأول: من حيث شروط التعويض
270	المطلب الثاني: من حيث الإجراءات
270	الفرع الأول: الهيئات المكلفة بالتسوية الودية
273	الفرع الثاني: إجراءات المصالحة و التسوية الودية
281	خاتمة
285	قائمة المراجع
312	الفهرس