



جامعة مولود معمري، تيزي وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



جبر الضرر في المجال الطبي

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

فرع: القانون الخاص

إشراف الأستاذ:

د. بوخرس بلعيد

من إعداد الطالب:

- شعبان أرزقي

لجنة المناقشة:

- د. لعماري عصاد، أستاذ محاضر (أ)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....رئيسا.
- د. بوخرس بلعيد، أستاذ محاضر (ب)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....مشرفا ومقررا.
- أ. عباشي كريمة، أستاذة مساعدة (أ)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....ممتحنة.

تاريخ المناقشة: 2020-10-15

السنة الجامعية: 2020 / 2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ :

{وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ

الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا}.

الإسراء : الآية 7

«الطب كالشرع وضع لجلب مصالح السلامة والعافية ولدرء

مفاسد المعاطب والأسقام».

الإمام عز الدين بن عبد السلام السلمي

كلمة شكر

بعد الحمد لله أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ المشرف
الدكتور "بوخرس بلعيد" لرعايته الفائقة وتوجيهاته العلمية القيّمة،
فكان لنا بذلك عوناً وسنداً كبيرين لإنجاز هذا العمل المتواضع.

كهرزقي شعبان

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى أمي وأبي، أطال الله في
عمرهما.

إلى كل أفراد عائلتي.

إلى ياسمين وزينة.

إلى كلا لأصدقاء والزملاء.

كهرزقي شعبان

قائمة أهم المختصرات:

ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية؛

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري؛

ق.إ.ج: قانون الإجراءات الجزائية؛

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

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري؛

م.أ.ط: مدونة أخلاقيات الطب؛

ج: الجزء؛

ط: طبعة؛

ص، ص.: من الصفحة إلى صفحة؛

د.د.ن: دون دار النشر.

مقدمة

تعتبر مهنة الطب مهنة إنسانية وأخلاقية وعلمية تمتد جذورها إلى أعماق التاريخ فلم تكن وليدة العصر الحالي، بل كان للشعوب والحضارات القديمة نصيب في ذلك.

ففي بادئ الأمر كانت كل المصائب والنكبات كالرعد، البرق والزلازل وعلى وجه الخصوص المرض تنسب إلى الشيطان، بمعنى أنّ سبب المرض في رأي الإنسان القديم هو الشيطان الذي يحتل أجسادهم، وبالتالي فمن أجل العلاج يلجؤون إلى تخويف الشيطان بإستعمال الصخب والضجيج والرقص والسحر.

غير أنّ طب الإنسان الأوّل لم يكن كله سحرًا وتعاويد، بل عرف شيئًا من الأدوية والعقاقير لمعالجة بعض الأمراض، كما عرف بعض المبادئ البسيطة في الجراحة التي استعملت نتيجة نشوب خلافات ومعارك بين الأفراد والقبائل.

بعد تطور البشرية عرفت العلوم الطبية نوعا من التقدم، فمثلا كان المصريون معروفين بطريقتهم العجيبة والناجحة في حفظ جثثهم عن طريق تحنيطها، وكانوا على دراية كافية بفن الجراحة، فهم أوّل من مارسوا الختان، وعرفوا بعد ذلك نوع من التخصص في الطب إذ أنهم عرفوا أطباء العيون والأسنان والأمراض الباطنية¹.

أما بالنسبة للعراقيين فلقد عرفوا دراسة القانون التي تعتبر مظهرًا من مظاهر الحضارة في هذا البلد، فقد صدر منهم العديد من القرارات والأحكام القضائية التي تنظم مهنة الطب فأول بوادر تنظيم مهنة الطب كانت من طرف العراقيين عن طريق قانون حمورابي الذي نضم بعض المهن الطبية كالجراحة ويظهر ذلك من المواد 215 إلى غاية 240 منه².

عرفت الشريعة الإسلامية الطب وأوجبت تعلّمه ووضعت شروط لمن يزاول المهنة الطبية ويظهر ذلك من قوله صلى الله عليه وسلّم: «يا أيّها النّاس تداووا فإنّ الله لم ينزل من داء إلا أنزل له دواء»، كما بينت السنة النبوية أن لكل داء دواء، حيث يقول (ص): «ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء».

¹ - أنظر: رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 36.

² - نقلا عن: المرجع نفسه، ص 39.

ساهم التطور والابتكارات الهائلة التي عرفتها العلوم الطبية المتعلقة سواءً بطريقة اكتشاف الأمراض أو تشخيصها أو معالجتها والابتكارات التقنية والتكنولوجية الحديثة في زيادة فرص الشفاء للمرض عن طريق سهولة العلاج.

نظرًا لوجود تطور سريع في المجال الطبي كثرت التدخلات الطبية على جسم المريض سواءً من أجل العلاج عن طريق الأدوية والجراحة أو من أجل التحسين عن طريق العمليات التجميلية، ونظرًا لخطورة هذه التدخلات الطبية زادت نسبة الأخطاء التي ترتكب في المجال الطبي، وبالرغم من تحديد التشريعات للقواعد الواجب احترامها عند ممارسة مهنة الطب إلا أنّ ذلك لم يكن كفيلاً بالحد من تزايد هذه الأخطاء والمخاطر التي تؤدي إلى حدوث أضرار طبية، بغض النظر عن أضرار المرض ذاته. والأخطاء مهما كانت نوعها سواءً كانت نتيجة الإهمال أو تقصير الطبيب كتجاوزه لبعض الفحوصات أو بسبب جهله بالمهنة أو كانت نتيجة نشاط المستشفى أو العيادة عن طريق الإخلال بقواعد الحماية أو الرعاية فالضرر الذي ينتج عنه يستوجب الحماية القانونية وتدخل القانون من أجل جبره.

وعليه، أدى ارتفاع نسبة الأخطاء إلى ارتفاع نسبة الأضرار الطبية، وهي مشكلة تعاني منها كل المجتمعات مع وجود فوارق بين الدول في الحماية القانونية والتنظيمية فهناك من تعاني نقصاً في هذا المجال وهناك من تمتلك أنظمة صحية متطورة.

لم نجد في الجزائر أي دراسة إحصائية تبين نسبة الأضرار الناتجة عن الأخطاء الطبية ولكن بالاطلاع إلى عدد المقالات المكتوبة نلاحظ تزايد الأضرار الطبية وتنوعها فمنها ما يصيب جسد المريض ومنها ما يصيب شعوره واعتباره.

تنتج عن الأخطاء المرتكبة من طرف الطبيب أضرار للمريض قد تؤدي إلى وفاته أو إصابته بعجز جسماني، كما يمكن أن تمتد هذه الأضرار إلى المساس بشعوره واعتباره كما قد ينتج عن هذه الأضرار للمريض تفويت فرصة الشفاء والبقاء على قيد الحياة.

ونظرًا لكثرة هذه الأضرار أصبح من الضروري على كل شخص تضرر من خطأ الطبيب أو نشاط المستشفى أو العيادة الخاصة للجوء إلى القضاء من أجل إقامة مسؤولية الأطباء والمستشفى اللذان كانا سببا في الضرر الحاصل له.

لم ينظم المشرع الجزائري قواعد المسؤولية المدنية الطبية في القوانين المنظمة لمهنة الطب سواءً في القانون رقم 85-05¹ الملغى أو القانون الجديد رقم 18-11 المتعلق بالصحة²، أو في مدونة أخلاقيات الطب³، بل إقتصر على تحديد إلتزامات الأطباء، ودور المستشفيات العمومية، وبالتالي يستوجب الرجوع إلى القواعد العامة من أجل تطبيقها في المجال الطبي.

هذا ما سيدفعنا إلى طرح الإشكالية التالية: كيف يتم جبر الضرر في نطاق المسؤولية المدنية الطبية؟

للإجابة عن هذه الإشكالية يستوجب البحث عن أحكام الضرر الموجب للتعويض في نطاق المسؤولية المدنية الطبية (الفصل الأول) وكيفية تقدير التعويض عن الضرر الطبي (الفصل الثاني).

¹ - قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، يتعلق بالصحة، ج.ر.ج.ج عدد 8، صادر بتاريخ 17 فبراير 1985، (ملغى).

² - قانون رقم 18-11 مؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة، ج.ر.ج.ج عدد 40، صادر بتاريخ 29 يوليو 2018، معدّل ومتمّم.

³ - مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ 6 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر.ج.ج عدد 52، صادر بتاريخ 08 يوليو 1992.

الفصل الأول

أحكام الضرر الموجب للتعويض في نطاق المسؤولية المدنية الطبية

إنّ من بين ما يميز المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجزائية هو مدى اشتراط توفر أحد أركان المسؤولية المتمثلة في الضرر الذي لا يشترط في قيام المسؤولية الجزائية إذ يعاقب على مجرد الشروع في ارتكاب الأفعال المجرمة، حتى ولو لم تحدث ضرراً للغير على عكس المسؤولية المدنية التي يعتبر فيها ركن الضرر شرط من شروط قيامها، فلا مسؤولية مدنية دون ركن الضرر، وذلك لاشتراط توفر عنصر المصلحة من أجل قبول الدعوى حسب ما نصت عليه المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

وعلى ضوء ما سبق، وباعتبار أنّ مجال دراستنا هو جبر الضرر في المجال الطبي فيستوجب البحث عن مفهومه (مبحث أول) وبيان شروط قيامه والعوامل المؤثرة فيه (مبحث ثاني).

المبحث الأول

مفهوم الضرر الطبي

تقوم المسؤولية المدنية عقدية كانت أو تقصيرية على وجوب تعويض المضرور عن الأضرار اللاحقة به وهو ركن لقيام مسؤولية الطبيب، بحيث أنه لا يسأل بمجرد وقوع الخطأ ولا يكون هناك محل لتعويض المريض المضرور ما لم يثبت أن هذا الخطأ قد ألحق به ضرراً ما، لهذا وجب القيام بالبحث عن المقصود بالضرر (المطلب الأول)، وباعتبار أن الضرر يتفرع إلى عدة صور وأنواع، وأنّ المسؤولية الطبية تعتبر محل نظر ودراسة،

¹- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج. عدد 21، صادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

استحدثت صورة جديدة للضرر في المجال الطبي من أجل إتاحة فرصة التعويض للمريض¹(المطلب الثاني).

المطلب الأول

المقصود بالضرر الطبي

يعتبر الضرر ركناً لازماً لتحقيق المسؤولية المدنية، ونظراً لعدم وجود قواعد خاصة تتضمن الضرر الطبي فإنه لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة من أجل دراسته فالبحث عن المقصود بالضرر في المجال الطبي يستوجب تقديم تعريف له (فرع أول) وتحديد أنواعه (فرع ثاني).

الفرع الأول

تعريف الضرر الطبي

تقتضي القاعدة العامة أنه بانتفاء الخطأ تنتفي المسؤولية، وعلى هذا الأساس يعتبر الضرر ركناً أساسياً من أركان قيام المسؤولية². لهذا وجب القيام بتعريفه من الناحية اللغوية (أولاً) و من الناحية التشريعية والفقهية (ثانياً).

أولاً: التعريف اللغوي.

تحتوي كلمة الضرر في اللغة معان عديدة تختلف باختلاف السياق والجملة التي استخدمت فيها، فقد ذكر ابن منظور أن: «الضَّرُّ والضَّرُّ لغتان ضد النفع والضَّرُّ المصدر والضَّرُّ الاسم، وقيل هما لغتان كالشَّهْد والشُّهْد، فإذا جمعت بين الضَّرِّ والنفع فتحت الضاد وإذا أفردت الضَّرُّ ضمنت الضاد إذا لم تجعله مصدرًا، كقولك ضررت ضراً، هكذا تستعمله العرب»³.

¹ - فريحة كمال، المسؤولية المدنية الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 265.

² - بوعزة هاجر، حق التعويض عن الخطأ الطبي، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون طبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017، ص 47.

³ - نقلاً عن: بركات عماد الدين، التعويض عن الضرر الطبي والتأمين من مسؤولية الأطباء المدنية، دار الفكر الإسكندرية، 2017، ص 21.

إنّ الضرر في اللّغة هو ضد النفع وسوء الحال وشدته والضيق والأذية، وهذا ما يعني في اللغة ما يستوجب التعويض عنه¹.

ثانياً: التعريف التشريعي والفقهى للضرر

لم يرد تعريف للضرر في القانون المدني بل إكتفى بالإشارة إليه ضمن المواد 124 إلى 140 منه، إلا أنّ الفقه تصدى لذلك بإعطاء تعاريف مختلفة الصياغة للضرر غير أنّها تنصب في معنى واحد، وفي غياب نصوص خاصة يستمد الضرر في المسؤولية الطبية مفهومه من القواعد العامة.

يعرّف الضرر بوجه عام بأنه مساس بحق من حقوق الإنسان أو بمصلحة مشروعة له، وهذه الحقوق لا تقتصر على أضرار الجسد المادية فقط، وإنما تشكل كل حق يخول صاحبه سلطة أو مزايا أو منافع يتمتع بها في حدود القانون²، وفي حالة ما إذا وقع مساس بأحد هذه الحقوق ينتج عنه ضرر.

يعتبر الضرر في المجال الطبي ذلك الأذى الذي يمس المريض وينتج عنه نقصاً إما في حالته أو في معنوياته أو عواطفه بسبب خطأ ارتكب من طرف الطبيب³، كما عرف كذلك بأنه ذلك الضرر الناتج من عوامل مختلفة والذي يتجسد في عدة صور، فقد يكون ضرر مادي أو معنوي محض بسبب خطأ ارتكب من طرف الطبيب والذي يأخذ عدة صور كإفشاء السر المهني أو خطأ في تحرير الوصفة الطبيّة، كما يمكن أن يمس هذا الضرر جسم الإنسان والذي يفضي إلى الوفاة⁴.

¹ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 21.

² - بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 102.

³ - منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004، ص 55.

⁴ - Le préjudice en matière de responsabilité médicale résulte d'éléments de nature extrêmement variée. Il va du dommage économique ou purement moral résultant de la délivrance fautive d'un certificat par le médecin ou de la violation d'un secret professionnel ou dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité corporelle, infirmité ou décès. Jean PENNEAU, La responsabilité du médecin, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2004, P. 28.

الفرع الثاني

أنواع الضرر الطبي

يتحقق الضرر الطبي عند إصابة المريض بضرر، ولا يمكن مساءلة الطبيب ما لم يترتب عنه خطأ يسبب ضرر للغير، فالمريض يمكن أن يصيبه ضررا جسديا يمس بحياته ويفضي إلى الوفاة، أو قد يمس بسلامة جسمه الذي يؤدي إلى العجز ويمكن أن يصيبه في ذمته المالية بحيث أنّ المريض ينفق أموالاً من أجل العلاج، مما يؤدي إلى الإنقاص من ذمته المالية أو يفقد المريض المصاب بالعجز دخله بصفة نهائية أو مؤقتة، وهذا يعتبر ضررا ماديا (أولاً)، كما قد يمس هذا الضرر شعور المريض بحيث يمس كيانه المعنوي، فالإلى جانب شعوره بالآلام الجسدية يمكن أن يشعر بالآلام النفسية كالحزن ويعتبر في هذه الحالة ضرراً معنوياً أو أدبياً (ثانياً).

أولاً: الضرر المادي.

يعرّف الضرر المادي بأنه ذلك الضرر الذي يمس الشخص في جسمه أو في ماله أو مصلحة مشروعة له أو حقا من حقوقه سواء كان حقا ماليا أو غير ماليا¹. عرّف الدكتور محمد شريم والمحامي قيس الصغير الضرر المادي بأنه: «ذلك الضرر الذي ينقسم إلى ضرر جسدي تتمثل بالأذى التي يصيب جسم الإنسان كإزهاق روح أو إحداث عامة دائمة أو مؤقتة وإلى ضرر مالي يصيب مصالح المتضرر ذات قيمة مادية أو اقتصادية كإصابة الجسم بعاهة تعطل قدرته على الكسب أو في نفقات العلاج»². من خلال هذا التعريف نستنتج أن الضرر الطبي قد يصيب جسم المريض، كما يمكن أن يمس ذمته المالية.

¹ - علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 162

² - نقلا عن: عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 13.

1- الضرر الجسدي:

يقصد بالضرر الجسدي الأذى الذي يصيب الشخص في جسمه والذي قد يؤدي إلى إزهاق روحه (أ) أو يمس السلامة الجسدية للمضروب ولا يزهدق روحه، وإنما يمس بدنه بالأذى ليسبب له عجزاً جسمانياً (ب).

أ- الضرر الجسدي المفضي إلى الوفاة:

يسمى كذلك بالضرر الجسدي المميت، إذ هو عدوان على حق الإنسان في الحياة بسبب عمل غير مشروع ارتكبه الغير على جسد الإنسان، مما يؤدي إلى تعطيل جميع وظائفه، فقد حضي حق الإنسان في الحياة بالحماية الدينية، فجميع الشرائع السماوية منعت الإعتداء على الروح بإزهاقها لأنها من خلق الله، وكذا الحماية الأخلاقية والتشريعية، بحيث أن معظم التشريعات المقارنة نصت على هذا الحق وكذلك المواثيق العالمية، كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948¹.

يقصد بهذا الضرر في مجال المسؤولية الطبية الضرر الذي يفضي إلى وفاة المريض ويعتبر أشد أنواع الضرر وذلك لإصابة الروح²، ووفاة المريض قد يترتب إما من خطأ الطبيب في التشخيص، والذي يعتبر من الأخطاء الشائعة التي يرتكبها الأطباء، إذ يفترض على الطبيب وهو يقوم بتشخيص المريض أن يكون محيطاً بالأصول الطبية، ففي حالة ما إذا وقع منه خطأ فإن ذلك يعرضه حتماً للمسؤولية³.

قضت محكمة روان Rouen الفرنسية بمناسبة قضية تتخلص وقائعها في أنه توصل طبيب بمناسبة قيامه بفحص مريضه إلى وجود ورم ليفي يجب استئصاله، وفي أثناء التدخل الجراحي لاحظ أنّ المرأة حامل ولا وجود لورم في الرحم وأن نتائج التحاليل كانت نتيجة خطأ في التشخيص فقام بإخراج الجنين لكن حدثت مضاعفات للمرأة أدت إلى وفاتها، فقضت المحكمة في قرارها بتاريخ 21 أبريل 1923 بمسؤولية الطبيب لأنه لم يقدّم باستشارة الطبيب

¹- أنظر: عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 13.

²- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 28.

³- عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 14.

الذي كانت تعالج عنده ولم يستعمل الأشعة لإزالة الشك الذي قام في ذهنه قبل أن يجري لها العملية¹.

وقد تكون الوفاة نتيجة خطأ الطبيب أثناء وصفه للعلاج وذلك إما بإهمال منه أو سبب عدم إتباعه للأصول الطبية المتعارف عليها في العلاج، والخطأ في هذه الحالة يكون في صورة ما إذا قام الطبيب باختيار الدواء دون مراعاة ما إذا كان جسم المريض يتحملة، كحالة قيام الطبيب بإعطاء جرعة لا يتحملها جسم المريض وذلك بسبب حساسية له وخاصة في حالة ما إذا كان الطبيب أخصائياً².

ويمكن أن يرجع خطأ الطبيب إلى عدم ذكر كيفية استعمال الأدوية والمقدار المطلوب أخذها أثناء تحديد الوصفة الطبية، فأى خطأ في وصف عدد الجرعات الواجب على المريض تناولها قد يؤدي إلى وفاته، ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن ما عرض على محكمة أنجرس إثر قيام الطبيب بتحديد وصفة طبية لمريضه فيها دواء سام بمقدار 25 قطرة غير أنه لم يكتب كلمة قطرة بشكل واضح، بحيث أنه كتب فقط الحرف الأول منها، فإختلط الأمر على الصيدلي مع كلمة غرام فركّب الدواء على أساس وضع 25 غرام بدلاً من 25 نقطة ونتج عن ذلك وفاة المريض³.

يمكن أن يكون كذلك وفاة المريض ناتج عن خطأ الطبيب في العلاج الجراحي فيفرض في هذه الحالة على الأطباء الجراحين بذل عناية دقيقة ويقظة سواءً في مرحلة الإعداد للعمليات الجراحية أو أثناءها أو بعدها⁴، إلا أنّ عدم بذل العناية اللازمة وفقاً للأصول العلمية المستقرة في العلوم الطبية أو في حالة إهمال الطبيب الجراح أو عدم يقظته قد يؤدي إلى وفاة المريض.

وفي هذا الصدد عرضت قضية على المحكمة ليون في 03 جانفي 1930 أين قام طبيب بإجراء عملية جراحية لسيدة كانت تعاني من مرض في حلقها، وفي أثناء العملية

¹ - نقلا عن: بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي مرجع سابق، ص 105.

² - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 15.

³ - عباشي كريمة، المرجع نفسه، ص 16

⁴ - المرجع نفسه.

الجراحية قام بخطأ منه يقطع الشريان السباتي الذي أدى بإصابتها بنزيف إنتهى بوفاتها، وقد أخذت المحكمة على الطبيب أنه لجأ إلى عملية جراحية خطيرة لا لزوم لها في منطقة خطيرة بحيث أن أي حركة خاطئة فيها تؤدي إلى موت المصاب وأن المرأة كانت مصابة بتهيج عصبي شديد، مما كان يقتضي عدم إجراء العملية وتأجيلها ولكنه جازف بإجرائها رغم كل ذلك دون وجود ضرورة عاجلة لذلك¹.

ساهم إستعمال الطبيب للأدوات والأجهزة الطبية في التدخل العلاجي والجراحي في الكشف على الأمراض وعلاج العديد من المرضى، ولكن الاستعانة بهذه الأجهزة والأدوات الطبية المستحدثة قد يؤدي إلى إصابة المريض بأضرار، وهذا ما أكدت عليه محكمة السين الفرنسية التي قضت بمسؤولية الطبيب عن وفاة المريض الخاضع لعملية جراحية إثر تسرب الغاز من جهاز التخدير و إشتعاله بسبب شرارة تطايرت من الجهاز².

يمكن أن يكون وفاة المريض إثر خطأ يرتكب من جراح التجميل أثناء إجراء العملية الجراحية، وهذا ما حصل في القضية المعروضة على القضاء الفرنسي في 27 ماي 1970 إذ قام جراح بإجراء عملية تجميل على فتاة راقصة ونتيجة لمختلف الأخطاء المرتكبة من طرف الطبيب أفضت إلى وفاة الفتاة³.

يمكن كذلك أن يرجع إزهاق الروح إلى خطأ من طرف المستشفى كإنتقال العدوى إلى المريض أثناء إقامته في المستشفى، مما يفضي إلى وفاته وهذا ما حدث لإبن السيد سافيلي "Savelli" سنة 1960 الذي إنتقل إليه مرض الجذري نتيجة وضعه جانب أحد المرضى الذي توفي نتيجة إصابته بهذا المرض، فوفاة الطفل كانت نتيجة خطأ في تسيير المرفق العام الطبي⁴.

1- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 29.

2- بركات عماد الدين، المرجع نفسه، ص 31.

3- عباشي كريمة، مرجع ساق، ص 17.

4- المرجع نفسه.

ب- الضرر الجسدي المفضي إلى العجز:

يشمل الضرر الجسدي المفضي إلى العجز الإصابة التي ينشأ عنها عطل كلي أو جزئي في أحد أعضاء جسد الإنسان الداخلية أو الخارجية¹، والذي يسمى كذلك بالضرر الجسدي غير المميت²، كإتلاف عضو من أعضاء الجسم، الإنقاص منه أو إحداث جرح أو التسبب بالعجز الدائم أو التعطيل عن العمل، بعبارة أخرى هو الضرر الذي يفضي إلى حدوث عاهة مستديمة لدى المريض نتيجة خطأ ارتكب من طرف الطبيب، مثل فقدان البصر نتيجة خطأ طبي أدى إلى إتلاف العين³.

كثيرا ما يترتب عن خطأ الطبيب في التشخيص المساس بسلامة المريض الجسدية، وهو ما حدث في قضية عرضت على محكمة "التمييز الأردنية" تتلخص وقائعها في أن طفلة أصيبت بكسر في إحدى عظام الرقبة وبسبب الخطأ في التشخيص لم يتم علاجه في أوانه وهذا ما أدى إلى الخطأ في العلاج، مما نتج عنه إصابة الطفلة بعاهة، بالتالي ألزمت المحكمة الطبيب بالتعويض عن الضرر الذي أصاب هذه الطفلة⁴.

وقد يؤدي سوء العلاج في الكثير من الحالات إلى فقدان المريض لعضو من أعضائه، فينتج عنه إصابته بعاهة مستديمة، ومن أمثلة ذلك ما عُرض على القضاء الجزائري إثر كسر قدم المريض مما استلزم وضع الجبس على قدمه، ولكن سوء وضع الجبس أدى إلى تعفنها مما أدى إلى بترها فأصيب نتيجة ذلك بعاهة دائمة مستديمة⁵.

كذلك، قد يصاب المريض بعجز جسماني نتيجة خطأ المستشفى كأن يصاب بالشلل نتيجة أعمال التمريض، وهو ما تحقق فعلا في قضية "السيدة دريج"، فنتيجة عن عملية

¹- أيت ساحل صبرينة، الضرر الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2013، ص 29.

²- نقلا عن: عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 17.

³- منصور عمر المعابطة، مرجع سابق، ص 59.

⁴- أيت ساحل صبرينة، مرجع سابق، ص 29.

⁵- قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قسنطينة بتاريخ 1988/02/03 الذي قضى بمسؤولية المستشفى بسبب بتر رجل المريض الناتج عن سوء العلاج، نقلا عن: عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 18.

الحقن داخل العضل أصيبت بشلل في أطرافها السفلية، فقضى مجلس الدولة الفرنسي بأنّ الشلل الذي أصيبت به المريضة يرجع إلى خطأ في تنظيم وتسيير المرفق العام الطبي¹.

2- الضرر المالي:

يتمثل الضرر المالي في المجال الطبي في الخسارة التي تصيب الذمة المالية للشخص المضروب والذي يؤدي إلى إنقاص العناصر الموجبة فيها، وقد عبر عن ذلك الفقيهان: مازو وتانك Mazeaud et Tunc بقولهما: «هو كل ما يؤدي إلى إنقاص الذمة المالية للمضروب»²، ويشمل هذا الضرر ما لحق المريض من خسارة مالية، كمصاريف العلاج والأدوية والإقامة في المستشفى³، كما لو أصيب المريض بتعفن في ساقه نتيجة التدخل الجراحي، فينفق مبالغ مالية من أجل إجراء عملية جراحية. بالإضافة إلى ما فات المضروب من كسب نتيجة تعطله من العمل بسبب العلاج أو إصلاح الخطأ الطبي، بمعنى أن الضرر يؤدي إلى إضعاف قدرته على الكسب كلياً أو جزئياً، ويرجع هذا إلى الإصابة البدنية كالأنداب والتشوهات والحروق⁴.

وعلى هذا الأساس، فإنّ الضرر المالي يشمل على عنصرين يتمثل الأول في المصاريف والنفقات التي خسرها المتضرر نتيجة العلاج الذي تلقاه والعملية الجراحية التي أخضع لها، وكذلك شراء الأدوية والإقامة في العيادة.

أما العنصر الثاني فهو إنقطاع دخله الشهري نتيجة تعطله عن العمل بسبب خطأ الجراح، بحيث أن الضرر الجسدي يؤدي إلى حرمان الشخص من فرص العمل، فمثلاً في حالة ما إذا تضررت مضيئة جوية أو منشطة أو مذيعة من جراء عملية تجميلية وباعتبار أنها تعتمد على شكلها وجمالها في عملها، ففي هذه الحالة فإنّ تقديم التعويض يكون أكثر حساسية مقارنة بأحوال أخرى لا تلقي أهمية كثيرة للمظهر الخارجي⁵.

¹ - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 18.

² - نقلا عن: هروال الهوارية، الخطأ الطبي في ضل المسؤولية الجزائرية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019، ص 54.

³ - بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مرجع سابق، ص 107.

⁴ - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 19.

⁵ - بركات عماد الدين مرجع سابق، ص ص 26-27.

قد يجتمع الضرر المالي والجسدي معاً، كما في حالة ما إذا ارتكب الطبيب خطأً ويسبب بأثره عاهة مستديمة للمريض، ففي هذه الحالة المريض يشكو ضرراً جسدياً ومالياً نظراً لما يتطلبه من علاج ونفقات شراء الأدوية وتعطله عن العمل¹. كذلك كما لو لحق الضرر المالي ذوي المريض في حالة وفاته نتيجة خطأ طبي، و إعتبار أن هذا الأخير عائل لهم فيحق لأولاده المطالبة بالتعويض كونهم حرموا من نفقة والدهم².

ثانياً: الضرر المعنوي.

لا يقتصر التعويض عن الأضرار التي تصيب الشخص في جسده أو ماله فقط وإنما يتعدى ذلك إلى الأضرار التي تصيب الشخص في سمعته وإعتباره وشرفه ومركزه الاجتماعي هو ما يسمى بالضرر المعنوي، لذلك يتوجب تحديد معنى الضرر الطبي المعنوي الموجب للتعويض وصوّره، وتبيان رأي الفقه وموقف القانون الجزائري منه.

1- التعريف بالضرر المعنوي:

يُقصد بالضرر المعنوي³ في المجال الطبي الأذى الذي يمسّ المريض في شعوره وأحاسيسه نتيجة خطأ الطبيب المعالج أو الجراح أو سوء العلاج الذي تلقاه في المستشفى، ويبدو ذلك من خلال الآلام الجسمانية والنفسية التي يشعر بها المريض، وما ينتج عن ذلك من تشوهات أو عجز في وظائف الجسم.

¹ - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 20.

² - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 484.

³ - كانت عبارة الضرر الأدبي، في الفقه الإسلامي، مستحدثة إلى حد ما ولم تكن معروفة بالصورة التي هي عليها في وقتنا الحاضر، وإن كانت أصول فكرتها وجدت متأثرة فيما كتبه في باب الجنایات وباب الغصب. إلا أنه يمكن القول أن الفقهاء المسلمين قد استعملوا مصطلحات أخرى يستدل منها على معنى الضرر الأدبي كمصطلح (الأذى)، فقد استخدم هذا المصطلح في بيان الحكمة من تشريع حد القذف وبيان تجريم الشريعة للأذى بالكلام. أنظر للمزيد من التفصيل: غرکان ميثاق طالب، التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية، رسالة نيل شهادة ماجستير في القانون، كلية القانون، جامعة بابل، 2006، ص 57.

وعليه، فإنّ الضرر المعنوي هو ضرر يرد على حقوق ثابتة للإنسان كحقوق الشخصية ويقع على حق لا يقوم بالمال، ولكن هذا لا يعني عدم إستحقاق الشخص التعويض عن الإعتداء عليها، فالتعويض هنا وظيفة جبر الضرر¹.
وبالنسبة لتقدير هذا الضرر يختلف من شخص إلى آخر، والأمر راجع إلى النتائج التي تحدثها الإصابة أو مدى عجز المريض مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة به أي سنه جنسه أي ذكر أو أنثى وكذا ظروفه الاجتماعية والصحية².

2- صور الضرر المعنوي:

أسلفنا الذكر أنّ الضرر الطبي المعنوي هو الأذى الذي يمّس المريض ويُسبب له معاناة جسدية كالجروح أو آلام نفسية (أ)، وقد يفضي التدخل الطبي إلى إصابة المريض بتشوّه جمالي (ب)، كما قد يشعر المريض بآلام معنوية نتيجة حرمانه من متع الحياة (ج) أو يصاب بضرر في حالة إفشاء الطبيب مرضه للغير (د).

أ- الضرر المتعلق بالآلام الجسمانية والنفسية:

يؤدي التدخل الطبي على جسم المريض إلى إحداث آلام جسمانية بسبب العجز الدائم أو المؤقت اللاحق به نتيجة خطأ الطبيب، وهذا ما حكمت عليه محكمة التمييز الأردنية بتاريخ 12-05-1995 إثر إصابة مريض بعاهة بسبب كسر في إحدى عظام الرقبة ونتيجة لعدم علاجها في الوقت المناسب، صاحبها إثر هذه العاهة آلام جسدية نتيجة سوء العلاج التي تلقاه في المستشفى، كما قد تكون هذه الآلام ناتجة عن إستعمال الطبيب بصفة خاطئة لأدوات وأجهزة طبية عند التدخل الطبي³.

¹- عبوب زهيرة، طبيعة التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسينية بن بوعلي، الشلف، العدد الثالث، ديسمبر 2006، ص ص 164 - 165.

²- هروال الهوارية، مرجع سابق، ص 56.

³- عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 21.

وهذا ما قضت به محكمة إستئناف موندليه الفرنسية بتاريخ 10 مارس 1948 بمسؤولية الطبيب عن الإلتهابات التي لحقت المريض نتيجة تعرض جلده لكمية زائدة من الأشعة بسبب خلل في منظم جهاز الأشعة¹.

وبسبب صعوبة تحديد مدى الألم الجسدي لدى المصاب وكون عناصره ذاتية تختلف من شخص لآخر بحسب السن والجنس ودرجة ومحل الإصابة في الجسم، ففي هذه الحالة فإن القاضي يلجأ إلى الاستعانة برأي خبير من أجل وصف الألم الجسدي إنطلاقاً من تأثير عقاقير مخدرة أو منومة في الحد من الأوجاع أو إزالتها لمدة معينة².

تترك الإصابة الجسمانية عاهة أو عطل دائم أو عجز أو آلام نفسية لدى المريض وشعور بالنقص والحاجة إلى الآخرين، وأكثر من ذلك فإن الإصابة الجسمانية تمس مشاعر المريض وعاطفته ومكانته العائلية والمهنية والاجتماعية كالتشويه الذي تتركه الإصابة في موضع بارز في الجسم، مما ينعكس سلباً على نفسيته الصحية ويحدث لديها الألم والشعور بالإنقاص³.

وهذا ما قضت به محكمة باريس بتاريخ 01 مارس 1949 في قضية تتلخص وقائعها في أن الطبيب وضع الجبس على قدم المريض، فأخذ هذا الأخير يصرخ من شدة الألم طول الأيام التالية بشكل غير عادي، والطبيب لم يعر أي إهتمام لهذه الآلام، مما أدى بعد عدة أيام إلى شل حركة أعصاب القدم والأوعية الدموية التي تغذيها، وهذا ما أدى إلى حدوث غنغرينا (تعفن)، مما أدى إلى بتر القدم بسبب إستحالة معالجتها، ونتجت عن هذه الإصابة أثر نفسي بالغ نتيجة حرمان الشخص من أداء حاجياته بنفسه وإستعانتته بالغير هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذه الإصابة تمنعه من أداء وظيفته، مما يحرمه من الدخل ومثل هذه الآلام زادت بشعوره بالأسى⁴.

¹- طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004، ص 156.

²- عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 22.

³- علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات الزين الحقوقية، (د.د.ن)، لبنان، 2010، ص 187-188.

⁴- عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 23.

ب- الضرر الجمالي:

يقصد بالضرر الجمالي التشوهات و الندبات التي تصيب جسم الإنسان بسبب تدخل الطبيب أو الجراح. وتبدو أهمية الضرر الجمالي أكثر في مجال جراحة التجميل، وفي هذا المجال يجب التمييز بين صورتين من الضرر الجمالي، فمن جهة يصيب حسن الملامح والخلقة ومن جهة أخرى ينعكس على مهنة المصاب، كما هو الحال بالنسبة للفنانين أو المهنة التي تشترط مظهرًا لائقًا¹.

يرتكز الضرر المعنوي في مجال جراحة التجميل على الضرر الجمالي بغض النظر عن الآلام الجسمانية أو الضرر التأملي، وقد يجتمع الضررين الجسماني والجمالي في آن واحد وهو ما توصلت إليه محكمة باريس في 23-10-1913 بحيث تتلخص وقائع هذه القضية في توجه فتاة إلى طبيب التجميل من أجل إزالة الشعر الكثيف الموجود في منطقة الذقن، فقام الطبيب بتعريض الفتاة لأشعة "روتجن Rotindjène" بهدف إزالة ذلك الشعر غير أنه أصيبت على إثره بحروق ظاهرة على وجهها. فهنا فإلى جانب إصابتها بضرر جسماني المتمثل في الحروق أصيبت في الوقت ذاته بضرر جمالي بحيث أن وجهها قد شوّه نتيجة هذه الحروق، ومن شأن هذا الضرر الجمالي تقليل فرص هذه الفتاة إما في الحياة المهنية أو فرص الزواج.

وباعتبار أنّ الضرر الجمالي صورة من صور الضرر المعنوي الذي يستوجب التعويض، فإنّ تقديره يتم وفق عدة معايير كالسن والوظيفة والوضع العائلي، كما يختلف أيضا بحسب جنس الشخص المصاب، فالتشوّه الحاصل على وجه امرأة يكون أشدّ أثرًا من التشوّه الحاصل على وجه رجل، كما يختلف أيضًا بحسب ما إذا كان المصاب متزوجا أو أعزبا، ففي حالة ما إذا كان أعزب سيؤثر في فرص زواجه. كما يدخل أيضا في تقدير مستوى الجمال السابق للشخص المصاب².

¹ - بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مرجع سابق، ص 111.

² - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 23-24.

ج- الضرر المتعلق بحرمان الإنسان من متع الحياة:

هو ذلك الخطأ الذي يرتكب سواءً من طرف الطبيب أثناء تقديمه العلاج للمريض أو من طرف نشاط المستشفى عند تقديم الخدمات الطبية والذي يؤدي إلى حرمان الشخص المصاب من التمتع بالحياة العادية التي يتمتع بها شخص سليم الجسم كإصابة المريض بشلل في ساقه، ومن شأن هذه الإصابة أن تمنعه من ممارسة الرياضة التي اعتاد عليها مما يجعله لا يحيا حياة عادية¹.

د- الضرر الناتج عن المساس بشرف وإعتبار المريض:

إنّ المساس بإعتبار المريض يظهر عند قيام الطبيب بإفشاء سر المهنة فيصاب المريض بضرر يمس سمعته أو حياته الخاصة أو كيانه الاجتماعي². ويعرف إفشاء السر الطبي بأنه كل واقعة أو أمر يعلم به الطبيب سواءً عن طريق ما أفشى به المريض أو الغير أو علم به نتيجة الفحص أو التشخيص أثناء أو بمناسبة ممارسته لمهنته أو بسببها، وكان للمريض مصلحة في كتمانها³، غير أن الطبيب قام بالكشف عنه وإطلاع الغير عليه⁴، وباعتبار أن الالتزام بالسر المهني من الإلزامات القانونية والواجبات الأخلاقية التي يلتزم بها الطبيب، فالمشرع الجزائري نص عليها في نصوص

¹ - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 24.

² - المرجع نفسه.

³ - عبد الفتاح بيومي عجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 107.

⁴ - رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005،

عديدة سواءً في قانون الصحة¹، أو في مدونة أخلاقيات الطب² وعلى ذلك يجب على الطبيب أن يحفظ السر ولا ينشره حتى ولو أن المريض لم يعرف طبيعة مرضه وإلا تعرض لعقوبة جزائية³. وليس هناك وسيلة محدودة من شأنها أن تحقق الإفشاء إذ يكفي الإعلان عن السر بأية طريقة كانت سواءً تم الإفشاء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة شفويا أو كتابيا أو عن طريق إعطاء الغير شهادة تثبت ما يعاني منه الشخص من مرض كالنشر في الصحف والمجالات العلمية والرسائل الخاصة.

وفي حالة ما إذا قام الطبيب بإفشاء السر الطبي وسبب ضررا للمريض ولذويه يحق له اللجوء إلى القضاء والمطالبة بالتعويض⁴، وهو ما حدث في قضية الرئيس الفرنسي السابق ميتيرون Metterrant، المعروفة بقضية "le grand secret"⁵، إثر قيام الطبيب المعالج له بإفشاء المرض الذي كان يعاني منه.

¹ - تنص المادة 24 من القانون رقم 18-11 سالف الذكر على أنه: «لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة وسر المعلومات الطبية المتعلقة به بإستثناء الحالات المنصوص عليها صراحة في القانون، ويشمل السر الطبي جميع المعلومات التي علم بها مهنيو الصحة يمكن أن يرفع السر الطبي من طرف الجهة القضائية المختصة، كما يمكن رفعه بالنسبة للقصر أو عديمي الأهلية بطلب من الزوج والأب أو الأم أو الممثل الشرعي». كما تنص المادة 417 منه «عدم التقيد بالتزامات السر الطبي والمهني يعرض صاحبه للعقوبات المنصوص عليها في أحكام المادة 301 من قانون العقوبات».

² - أنظر: المواد 36 إلى 41 من مرسوم تنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، سالف الذكر.
³ - كما تنص المادة 301 من الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 جوان سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج. عدد 46، صادر بتاريخ 11 جوان 1966 معدل ومتمم على: «يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج الأطباء والجراحون والصيدال والقبالات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشائها ويصرح بذلك...».

⁴ - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 25.

⁵ - تتلخص وقائع هذه القضية في قيام الطبيب المعالج للرئيس ميتيرون المسمى "GULBER" بتأليف كتاب تحت عنوان "Le grand secret" الذي يحتوي على كل المعلومات الخاصة بالمرض الذي كان يعاني منه الرئيس وهو السرطان، كما قام أيضا بذكر كل تفاصيل العلاج الذي قدمه له، بالإضافة إلى ذلك ذكر في كتابه أن الرئيس قبل وفاته وخلال السنوات الأخيرة لعهدته الرئاسية طلب منه تحرير شهادة طبية مزورة يدون فيها أن الرئيس لم يكن قادرا على ممارسة مهامه وعلى إثر هذا النشر رفع أفراد عائلته دعوة قضائية ضد الطبيب بحيث أنه تمت إدانته بأربع أشهر حبس =

3- موقف الفقه من الضرر المعنوي:

أثارت مسألة التعويض عن الضرر المعنوي نقاشاً حاداً بين الفقهاء حول إمكانية التعويض عنه على أساس أنه يصعب تقدير الضرر الذي يمس الشخص في شرفه أو إعتباره أو عواطفه بالمال، وهذا ما جعل الفقه ينقسم إلى معارض ومؤيد لفكرة التعويض عن الضرر المعنوي.

أ- النظرية الراضية لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي:

عارض جانب من الفقه فكرة التعويض عن الضرر المعنوي (الأدبي) بشكل مطلق بحجة أنه يصعب تقديره نقدًا¹، كما أنّ التعويض عنه لا يحو آثار تلك الأضرار بمعنى أنه لا يحو الأحران والآلام والأوجاع ولا يرجع الجمال الضائع بل تبقى في الشعور والإحساس طول حياة الإنسان².

كما يرى أيضا هذا الجانب من الفقه أنّ هذا الضرر غير مادي ومن ثم يستحيل تعويضه ماديا لأنه لا ينقص شيئا من الذمة المالية للمضرور لذلك يقولون بأن الضرر المادي هو الضرر المالي والضرر المعنوي هو الضرر الغير مالي³. نلاحظ أنّ الحجج التي قدمها هذا الجانب من الفقه تركز على الطابع غير مالي للضرر المعنوي ويرفضون فكرة التعويض كونه يصعب إزالته ومحوه.

ب- النظرية المؤيدة لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي:

يرى الأنصار هذا الاتجاه أن الضرر المعنوي كالضرر المادي لا يثير أية صعوبة فكلاهما قابل للتعويض متى توفرت شروطه، وعلى هذا الأساس يجب أن يعوض عن الضرر المعنوي تعويض عقديا، لذلك ينبغي أن يعطي لعبارة تعويض مفهومها ضيقا، فحسب

= مع وقف التنفيذ بالإضافة إلى إلزامه بدفع تعويض قدره 100.000 فرنك فرنسي لزوجته الرئيس و80.000 فرنك فرنسي لأولاده الثلاث بالإضافة إلى عقوبة تأديبية تتمثل في شطبه في جدول الأطباء.

¹- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 36.

²- سي يوسف زاهية حورية، إشكالية التعويض عن الضرر المعنوي، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 2، 2018، ص 10.

³- عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 26.

الأستاذ دلما "Delma" فإنّ المعنى الحقيقي لعبارة تعويض تتمثل في تقديم البديل، وطالما أن النقود هي أحسن بديل فالتعويض يكون نقدياً¹.

يرى أنصار هذه النظرية أنّه ما يجعل المريض يتحمل آلامه ويسمى عنها، هو التعويض نقدًا بتوظيف هذا المال بما يعود عليه بالنفع، كما أنه يعتبر وسيلة لمحو الضرر أو لتقليل وطأته إذا لم يكن محوه ممكناً، فالتعويض يكون في الغالب مبلغ من المال يحكم به للمضرور على ما أحدث له من ضرر، وهذا الحكم يسري على الضرر المعنوي كما يسرى على الضرر المادي لأنّ المسألة لا تتعلق بمحو الضرر نهائياً بقدر ما يتعلق بترضية ومواساة المضرور² للتخفيف من شدّة آلامه³.

لم يغفل الفقه الإسلامي فكرة الضرر المعنوي الذي يتمثل في إصابة عواطف ومشاعر الإنسان بالآلام والحزن، فحرض على جبر الضرر مهما كان نوعه وأي كان مصدره مستنديين على القواعد الكلية منها: "لا ضرر ولا ضرار". الذي يعد مبدأ لمنع العمل غير المشروع ووجوب تعويضه وكذلك هناك قاعدة "الضرر يزال شرعاً" والضرر النفسي المتولد عن الحرج يتمثل في الشعور بالحسرة عن فوأة الجمال أو ما يسببه في قبح عند المتضرر والذي يولد عنه الشعور بالحزن مما يستلزم تعويضه⁴.

4- موقف المشرع الجزائري من التعويض عن الضرر المعنوي:

جاء القانون المدني الجزائري سنة 1975 خالياً من أي نص يقر صراحة مبدأ جواز التعويض عن الضرر المعنوي، وهذا قبل تعديل القانون المدني سنة 2005 ولكن بعد تعديله تظن المشرع لهذه المسألة وقام بسد النقص الذي كان موجوداً، وبين موقفه بصفة صريحة

¹- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 37.

²- يرى هذا الاتجاه أيضاً أنّه رغم صعوبة تقدير الضرر المعنوي لكونه لا يتجسد في صورة مادية، إلا أنه أشد من الضرر المادي ولذلك يجب التعويض عنه مثلاً العاهة التي تتسبب للشخص نتيجة حادثة مرور، فهذا ضرر مادي بكونه يقعه عن العمل، لكن الألم النفسي والحسرة التي يدركه في نفس الضحية أشد رغم أنّ التعويض عنه في الغالب لا يرضي النفس، أنظر: سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 12.

³- بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مرجع سابق، ص 113.

⁴- عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 28.

بخصوص التعويض عن الضرر المعنوي، وهذا بالرغم من وجود تطبيقات قضائية وقوانين متفرقة قبل التعديل تسمح بالتعويض عن الضرر المعنوي¹.

أ- قبل تعديل القانون المدني سنة 2005:

لم يتطرق القانون المدني الجزائري الصادر سنة 1975 إلى مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي رغم أنّ نص المادة 124 منه المقابلة للمادة 1240 قانون مدني فرنسي جاءت مطلقة، ولم تميز بين الضرر المادي والضرر المعنوي، كذلك حين تطرق إلى طريقة تقدير التعويض في المادة 182 من القانون المدني الجزائري لم يذكر فيها التعويض عن الضرر المعنوي، نفس الشيء نستشفه من خلال المادة 131 التي تحيلنا إلى المادة السالفة الذكر².

لم يرفض المشرع الجزائري مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي لأنه لو فعل ذلك لوقع في تناقض لأنه نصّ عليه في قوانين متفرقة³، وهذا ما يظهر من خلال عدّة مواد منها المادة 05 من قانون الأسرة التي تنص: «... إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض»

كما تنص المادة 4/03 قانون الإجراءات الجزائية⁴ على أنّه: «... تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو اجتماعية أو أدبية ما دامت ناجمة عن الواقع موضوع الدعوى الجزائية».

ضف إلى ذلك المادة 08 من القانون رقم 78-12 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل الملغى بقانون 90-11 التي نصت على ما يلي: «... كما يضمن التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت العامل»⁵.

¹- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 38.

²- بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مرجع سابق، ص 114.

³- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 39.

⁴- أمر رقم 66-155 مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن القانون الإجراءات الجزائية، ج.ر.ج.ج عدد 48، صادر بتاريخ 10 جوان 1966، معدّل ومتمّم.

⁵- قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر.ج.ج عدد 17، صادر بتاريخ 25 أبريل 1990، معدّل ومتمّم.

وعلى ذلك فإن المشروع وقع في سهو أو قصور لما سكت عن النص صراحة على مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، ونص عليه في نصوص قانونية متفرقة بصورة واضحة، كما أنّ القضاء الجزائري استقر على التعويض عن الضرر المعنوي رغم عدم وجود نص صريح في القانون المدني الجزائري¹.

ب- بعد تعديل القانون المدني:

ساير المشرع الجزائري معظم التشريعات الغربية والعربية، منها المشرع المصري والفرنسي على العمل بمبدأ جواز التعويض عن الأضرار المعنوية، إذ قام بسد الفراغ الموجود في القانون المدني بإستحداثه نص المادة 182 مكرر التي تنص: «يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة».

المطلب الثاني

تفويت الفرصة صورة جديدة للضرر في مجال المسؤولية الطبية

يقصد بفوات الفرصة في المجال الطبي تلك الأضرار التي تصيب المريض من جراء خطأ الطبيب والذي ينجم عنه حرمان المريض من فرصة كان محتملا الفوز بها، فمثل هذه الفرصة وإذا كان تحقيقها أمراً محتملاً، إلا أنه أصبح تحقيقها أمراً مستحيلًا بسبب الخطأ، وعليه فإنّ التعويض عن فوات الفرصة أصبح أمراً وجوبياً².

نصّ المشرع الجزائري على تفويت الفرصة (فرصة الكسب) في المادة 182 من القانون المدني الجزائري³، لكن يبقى هذا النص غير كافي لتطبيقه في المجال الطبي، وفي سبيل مواجهة عدم اليقين الذي يطغى على رابطة السببية بين خطأ الطبيب والضرر النهائي، وجد القضاء الفرنسي حلاً لتسهيل مهمة إثباتها من خلال نظرية تفويت الفرصة

¹ - صدر حكم عن حكمة الجنايات لولاية الجزائر بتاريخ 26-09-1979 والذي قضى في دعوى الاعتداء على شرف فتاة بمبلغ 60 ألف دج كتعويض عن الضرر المادي و159 ألف دج كتعويض عن الأضرار المعنوية بما في ذلك ما لحقها من اعتداءات مادية، نقلا عن: بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 39.

² - راييس محمد، مرجع سابق، ص 278.

³ - راجع المادة 182 من أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج. عدد 78 صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدّل و متّم.

بمعنى تغيير محل السببية من الخطأ الطبي والضرر النهائي إلى الخطأ الطبي وفوات الفرصة، أي فرصة الشفاء أو بقاء المريض على قيد الحياة¹.
طبق القضاء المدني الفرنسي نظرية فوات الفرصة على جميع الأخطاء الطبية الفنية إيجابية كانت أو سلبية (فرع أول)، كما طبقها على الأخطاء المتصلة بأخلاقيات مهنة الطب (فرع ثاني).

الفرع الأول

تفويت الفرصة الناتج عن الأخطاء الطبية الفنية

أكد القضاء الفرنسي على مبدأ مفاده أنّ كلّ خطأ طبي فني إذا لم يكن السبب في إحداث الضرر، فهو على الأقل سببا في تفويت فرصة شفاء أو بقاء المريض على قيد الحياة، وقد طبقت نظرية تفويت الفرصة على جميع الأخطاء الطبية المرتكبة من طرف الطبيب، وعلى هذا الأساس نميز بين الأخطاء الطبية الإيجابية (أولا) والأخطاء الطبية السلبية (ثانيا)².

أولا: تفويت الفرصة بمناسبة الأخطاء الطبية الإيجابية.

قد يقوم الطبيب بتفويت فرصة المريض في الشفاء إما أثناء مرحلة التشخيص أو في مرحلة الرعاية الطبية في مجال التوليد.
قبل القيام بعرض أهم تفاصيل الأخطاء الطبية الفنية التي اتخذ فيها القضاء نظرية فوات الفرصة كأساس لإثارة مسؤولية الطبيب لابد أولا الإشارة إلى أن هذه المسؤولية لا تطبق عندما يتعلق الأمر بالخطأ الطبي المرتكب في مجال التجارب الطبية بما فيها التجارب العلمية المجردة من الأغراض العلاجية، كون أن الشخص الخاضع لها لم تكن له فرصة أصلا يحتمل أن تضيع عنه.

ويطبق الأمر نفسه بالنسبة للتجارب الطبية العلاجية وبالرغم أنّ فوات الفرصة فيها أمرا ممكنا، ما دام أنّ الأمل في الشفاء هو الدافع الوحيد للمريض في قبولها، إلا أنّه ونظراً

¹ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 44.

² - صاحب ليدية، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 13.

لعدم إمكانية السيطرة على آثار تلك التجارب بشكل مطلق، فإنه يصعب على القاضي تقدير السببية الاحتمالية التي ساهم من خلالها خطأ الطبي في إحداث الحالة الصحية التي آل إليها المريض¹.

1- فوات الفرصة الناتج عن خطأ في التشخيص:

قد يقوم الطبيب بتقوية فرصة الشفاء على المريض بسبب إرتكابه خطأ في مرحلة التشخيص ولكن من المسلم به أن مسؤولية الطبيب لا تثور في هذه المرحلة إلا في حالة ما إذا كان خطؤه ينطوي على جهل ومخالفة للأصول العلمية الثابتة التي يجب على كل طبيب الإلمام بها²، أو إهمال في الفحص الطبي وهو ما يطلق عليه الإهمال في التشخيص وذلك من خلال التسرع من جانب الطبيب وعدم الاستماع للمريض ليتحصل منه على المعلومات التي تمكنه من الوصول إلى تشخيص صحيح³.

تعتبر محكمة "قرونوبل" Grenoble أول من طبقت نظرية فوات الفرصة في المجال الطبي بمناسبة خطأ الطبيب في تشخيص المرض، وذلك في حكمها الصادر في 24 أكتوبر 1961، بحيث تتلخص وقائع هذه القضية بإصابة شخص بجرح على مستوى رسغ اليد، فأمر الطبيب المعالج بأخذ صورة الأشعة ليد المصاب، ولم يتبين منها أي شيء غير طبيعي، وقد استرد المصاب نشاطه العادي، لكن وبعد مرور سبعة سنوات شعر المصاب بالآلام شديدة ناشئة عن حدوث تورم ضخم على مستوى إصابته القديمة، لذلك قام المصاب بمقاضاة الطبيب، وقامت المحكمة بإنتداب خبير والذي نص في تقريره أنه باستطاعة الطبيب المعالج ملاحظة وجود كسر برسغ اليد لو أنه قام بمراجعة صور الأشعة السابق إجرائها بعين مدققة. وانتهى الخبير في تقريره إلى انعدام رابطة السببية بين الخطأ الطبي والضرر النهائي مؤكداً أن ما آلت إليه حالة المريض يعد نتيجة احتمالية للخطأ في التشخيص ونقص العناية اللازمة، بل ومن الجائز حدوث إصابة جديدة بالرسغ ساعدت على عدم إنتتام الإصابة الأولى.

¹- صاحب ليدية، مرجع سابق، ص 14.

²- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 45.

³- بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مرجع سابق، ص 124.

نتيجة لذلك قضت فيه المحكمة بالتعويض الجزئي للمريض، إذ قررت أن عدم تطبيق العلاج المستهدف من التدخل الطبي نتيجة للخطأ في التشخيص، أدى إلى حرمان المريض بصفة مؤكدة من فرصة حقيقة للشفاء¹.

أيدت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في تاريخ 14 ديسمبر 1965 ولأول مرة القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 07 جويلية 1964 والذي قضى بالتعويض للمريض على أساس فوات الفرصة في الشفاء.

تتلخص وقائع هذه القضية في إصابة طفل يبلغ من العمر 8 سنوات إثر سقوطه، فأصيبت يده اليمنى، والطبيب قام بتشخيصها على أنها كسر بالجزء السفلي من عظام الفخذ الأيمن، وعالجه الطبيب وفق هذا التشخيص، ولم يفلح الطبيب المعالج في شفاء الطفل الذي ظل يعاني من آلام مبرحة أثناء تحريك الكوع، الأمر الذي أدى إلى استئزاج إعادة الكشف عليه بواسطة مجموعة من الأطباء بطلب من والد المريض، والذين شخصوا المرض على أنه ليس كسراً بالجزء السفلي من عظم الفخذ إنما مجرد خلع بمفصل الكوع في اليد اليمنى للطفل.

أقام أولياء الطفل دعواهم بالتعويض على الطبيب المعالج، فقامت المحكمة بالاستعانة بإثنين من الأطباء الخبراء اللذان أودعا تقرير خبرتهما، فإنتهت المحكمة أنه ليس هناك علاقة سببية مؤكدة بين الخطأ الطبي والضرر الذي لحق بالطفل، لكن محكمة الاستئناف قامت بإلغاء هذا الحكم وقضت بالتعويض بحجة مفادها ثبوت قرائن خطيرة بما فيها الكفاية محددة ومقبولة على قدر من البنية والترابط تكفي للقول أن الإصابة الجديدة التي لحقت بالطفل، إنما كانت نتيجة مباشرة للخطأ في التشخيص الذي ارتكبه الطبيب وقدرت مبلغ التعويض عن تفويت فرصة في الشفاء بمبلغ 65000 فرنك فرنسي².

¹- نقلا عن : بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص ص 45-46.

²- بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مرجع سابق، ص 126.

2- فوات الفرصة الناتجة عن الخطأ في الرعاية الطبية في مجال التوليد:

رغم أن الولادة فعل طبيعي وتلقائي، إلا أنها تمدنا بحالات متعددة أدت إلى نتائج جسيمة وأضرار بالغة تتعلق إما بصحة الأم أو بصحة الجنين¹، وعلى هذا الأساس يقع على عاتق الطبيب الأخصائي في مجال التوليد مجموعة من الإلتزامات، منها المتابعة الطبية المستمرة للحالة الصحية للمرأة الحامل والجنين أثناء مرحلة الحمل كإجراء الفحوصات والاختبارات من أجل متابعة الحالة الصحية للحامل والجنين، ولاسيما تجنب نزيف دموي أثناء وضع الحمل بالنسبة للمرأة التي تعاني من اضطرابات دموية.

ومن الإلتزامات الواقعة أيضا على عاتق الطبيب أثناء مرحلة التوليد، أخذ كل الاحتياطات والإمكانات اللازمة لهذه المرحلة، كمراقبة نبضات القلب للمرأة الحامل والاستعانة بالمساعدين والقابلة، وكذا عدم الشروع في جذب المولود، ويستمر الإلتزام بالمراقبة حتى في المرحلة اللاحقة لعملية الوضع².

عرضت إحدى القضايا على محكمة النقض الفرنسية أين أصيبت امرأة بنزيف دموي حاد لم تتوصل الممرضة إلى إيقافه بشكل نهائي بعد عملية وضع الجنين الذي كان طفلها الثامن، ورغم ذلك قامت الممرضة بإخراجها من المستشفى وأمرتها بالعودة إلى منزلها بعد ثلاثة أيام فقط عن الوضع، وفجأة تدهورت حالتها الصحية بسبب النزيف الذي لم يتوقف ثم توفيت.

فقضت محكمة النقض الفرنسية أنه رغم عدم ثبوت علاقة السببية بين خطأ الطبيب والوفاة، إلا أنه تم تفويت فرصة الشفاء على الضحية، فقضت بمسؤولية الطبيب الأخصائي في الولادة بحيث أنه أخطأ في إتمام مهام الإشراف والتوجيه بترك الممرضة تعاني من النزيف الحاد وما رافقه وتمخض عنه الأنيميا وفقر الدم، مما أودى بحياتها، وعلى هذا الأساس يسأل الطبيب على حرمان المريضة من هذه الفرصة ويلزم بالتعويض³.

¹- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 46.

²- صاحب ليدية، مرجع سابق، ص 16.

³- بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مرجع سابق، ص 127.

وعرضت قضية أخرى على محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 4 أبريل 1958 إثر وفاة سيدة في إحدى المستشفيات الخاصة بعد أن وضعت جنينها، فقام زوجها برفع دعوى قضائية بتاريخ 08 أكتوبر 1958 ضد الطبيب المعالج والمستشفى الذي توفيت فيه زوجته مطالبا بالتعويض بحجة أنه بالرغم أن الأم كانت تعاني من حالة نزيف في الرحم تلت الولادة إلا أنه هناك عدم كفاية وتأخير العناية الطبية، مما نتج عنه وفاة الأم¹. فقضت برفض دعوى التعويض بسبب أنه لم يثبت لديها بشكل قاطع أن الوفاة كانت نتيجة لهذه الأخطاء المرتكبة من طرف طبيب التوليد.

رفع إستئناف ضد هذا الحكم أمام محكمة إستئناف باريس، فقضت في حكمها الصادر بتاريخ 10 مارس 1966 بأن الأخطاء المتعددة التي ارتكبتها طبيب التوليد حرمت المريضة المتوفاة من العناية الطبية واليقظة الدقيقة الصحيحة التي يعرضها عقد العلاج المبرم بين الطبيب والمدعى عليه، كما أكدت المحكمة بأن المدعي لم يقدم دليل يثبت وجود علاقة سببية بطريقة حاسمة وقاطعة، ومع ذلك رأت المحكمة أن تقصير الطبيب في الوفاء بالتزاماته بالعناية المفروضة عليه، قد أضع على المتوفاة فرصة الشفاء والبقاء على قيد الحياة فقضت بتعويض قدره ثلاثين ألف (30.000 فرنك) يلتزم الطبيب المدعى عليه بدفعه للمدعي الذي هو زوج المريضة المتوفاة².

ثانيا: تفويت الفرصة بمناسبة الأخطاء الطبية السلبية.

قد يفوت الطبيب الجراح فرصة الشفاء على المريض في حالة ما إذا إمتنع من الاستعانة أثناء العمل الجراحي بطبيب أخصائي في التخدير، أو في حالة عدم إجرائه للفحص التمهيدي.

1- تفويت الفرصة الناتج عن عدم الاستعانة بطبيب أخصائي في التخدير:

يعتبر التخدير من أهم الإنجازات العلمية المستحدثة في ميدان العلوم الطبية وتعددت المكتشفات في فن التخدير ووسائل تحسينه، وكان له دور أساسي وفعال في إجراء العمليات

¹- عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 56.

²- المرجع نفسه.

الجراحية¹، فجرت العادة لدى أغلب الأطباء الجراحين على إجراء العمليات الجراحية تحت تأثير تخدير جزئي أو كلي من دون الاستعانة بطبيب أخصائي في طب التخدير والإنعاش لذا أدان القضاء ذلك، لأنه من الضروري أن يستعين الطبيب الجراح بطبيب أخصائي في التخدير لأنه مع تطور المعطيات الطبية الحديثة أصبح طب التخدير على درجة كبيرة من الخطورة والأهمية، وتمسك الطبيب الجراح بأن تصرفه كان متفقاً مع العادات الطبية لا يعفيه من المسؤولية، ففضى القضاء بالتعويض في إحدى القضايا عن تفويت فرصة البقاء على قيد الحياة، بحيث تتلخص وقائع هذه القضية في قيام الطبيب بتخدير مريضه تخديراً كاملاً بالصدمة الكهربائية غير أنه نتج عن ذلك التوقف الفوري لقلب المريض ووفاته، ويتمثل خطأ الطبيب في هذه الحالة في عدم استعانتة بطبيب التخدير، كما تقتضيه الأصول الطبية لمهنة الطب².

عرضت قضية أخرى على محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 جانفي 1970 تتمثل وقائعها في قيام طبيب جراح بإجراء عملية تجميل، حيث قام بتخدير المريضة تخديراً جزئياً دون الاستعانة بطبيب تخدير، وفي أثناء إجراء العملية وقبل إنتهائها إنتاب المريضة بعض التشنجات المقترنة يتوقف القلب عن عمله مما أدى إلى وفاتها.

فقضت محكمة إستئناف باريس Paris من الوجة المدنية بتاريخ 23 أبريل 1968 والتي أسست حكمها على فكرة فوات الفرصة، حيث من المؤكد أنّ عدم الاستعانة بطبيب إختصاصي في التخدير والإنعاش ينطوي في ذاته على إضافة فرصة بقاء المريض على قيد الحياة، وهذا التأسيس كاف لوحده للحكم على الطبيب الجراح بتعويض الضرر الناجم عن ذلك رغم عدم ثبوت إمكانية تفادي الوفاة.

رُفِع طعن بالنقض في صدد هذه القضية، حيث رفضت محكمة النقض الفرنسية هذا الطعن وأيدت قرار محكمة إستئناف باريس، حيث ظهرت في عبارات لا تدع محلاً للشك رغبتها في تأييد فكرة فوات الفرصة حيث قضت أنّه: «يمكن إثارة الضرر بمجرد تضييع فرصة كانت موجودة، فالجراح بعدم ضمان التدخل السريع لطبيب التخدير، حرم المريضة

¹ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص ص 46-47.

² - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 57.

من فرصة البقاء على قيد الحياة المتوفاة إثر هذا الإهمال ويلزم بالتعويض عن هذا الضرر إتجاه والدة المريض»¹.

وفي قضية أخرى أدان القضاء الفرنسي طبيب جراح قام بإجراء عملية جراحية لأحد مرضاه ولكن قام بالاستعانة بطبيب غير أخصائي في التخدير، وهذا ما يتضح من خلال القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 21 نوفمبر 1978، والذي أيدت فيه الحكم الصادر عن محكمة إستئناف باريس في 15 مارس 1977، أين قضت فيه بمسؤولية الطبيب الجراح الذي أجرى عملية جراحية لمريضه وقام بالاستعانة بطبيب غير أخصائي في مجال التخدير وما لبث وأن باشر هذا الأخير مهمته حتى إنتاب المريضة ضيق في التنفس رافقه اضطرابات في القلب، فغابت عن الوعي ونقلت إلى المستشفى، ثم توفيت بعد عدة أيام، فرفعت دعوى على الطبيب الجراح، فأكد الخبراء في تقريرهم خطأ الطبيب الجراح، مما إستوجب الحكم عليه من قبل محكمة إستئناف باريس الذي جاء في حيثيات حكمها: «... نتيجة للتقصير في واجب اليقظة والعناية المنسوبة إلى الطبيب الجراح وعدم الاستعانة بطبيب إختصاصي في طب التخدير أدى إلى حرمان المريضة من فرصة البقاء على قيد الحياة»².

2- تفويت الفرصة الناتجة عن عدم إجراء الفحص الطبي التمهيدي:

يلتزم كل من الطبيب أو الجراح قبل أي تدخل طبي علاجي بإخضاع المريض لبعض الفحوصات التمهيدية الضرورية للتأكد من الحالة الصحية للمريض، فالقاعدة العامة المستقر عليها أن الطبيب يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تصيب المريض نتيجة عدم قيامه بإجراء الفحوصات الطبية التمهيدية، فيلتزم الجراح قبل إجراء العملية الجراحية بإخضاع المريض للفحص الشامل التي تستدعيه حالة المريض وتقتضيه طبيعة الجراحة المقبلة. وبالنسبة للفحص لا يقتصر فقط على الموضع أو العضو الذي سيكون محلاً للعملية وإنما يشمل الحالة العامة للمريض وما يمكن أن يترتب من نتائج سلبية على التدخل الجراحي³.

¹- نقلا عن: بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مرجع سابق، ص 129.

²- عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 58.

³- بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مرجع سابق، ص 130.

أجرى الجراح عملية استئصال زائدة ودية لمريض بدون القيام بفحوصات مسبقة وبعد العملية ظهرت على المريض أعراض إنسداد الأمعاء، فتم نقله إلى مستشفى خاص أين توفي بسبب تسمم في الدم. عرض النزاع أمام محكمة إستئناف أكس "Aix" التي قضت بمسؤولية الجراح المدنية والزامه بتعويض أرملة المتوفي لما أصابها من ضرر مرتد، فقضت أنه يجب على الجراح القيام بالفحوصات الأولية قبل إجراء العملية والتي تعود الأطباء الأخصائيون القيام بها، ورغم أنه لا يوجد دليل ثابت أن الوفاة كانت نتيجة هذا الخطأ، إلا أنه ومما لا شك فيه أن هذا الخطأ حرم المريض من فرصته للبقاء على قيد الحياة، وهذا وحده يكفي للحكم بالتعويض¹.

قام الطبيب الجراح بنقض حكم محكمة إستئناف "أكس Aix" أمام محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18 مارس 1969، فرفضته وقضت بأنه: «ومع أنه لم يقدم الدليل على أن وفاة المريض كانت نتيجة هذا الخطأ الثابت من جانب الطبيب إلا أنه على الأقل قد حرم المريض من فرصة البقاء على قيد الحياة، وهذا وحده كاف للحكم على الطبيب بالتعويض»².

الفرع الثاني

تفويت الفرصة الناتجة عن الأخطاء المتصلة بالأخلاقيات الطبية

يعتبر الإعلام من أبرز الإلتزامات المرتبطة بالواجب الأخلاقي والإنساني للطبيب³ من جهة ويعتبر إلتزاما بتحقيق نتيجة من جهة أخرى، فعند ما يراجع المريض طبيبه من أجل فحصه وتشخيص مرضه قد يتطلب ذلك خضوعه لفحوصات عديدة من أجل تشخيص علته التي يعاني منها، هذا يفرض على الطبيب إلتزام بضرورة إعلام مريضه وتبصيره حول حالته الصحية، ونوع العلاج المقترح قبل التدخل الطبي العلاجي أو العلاجي الجراحي⁴.

¹ - نقلا عن: صاحب ليدية، مرجع سابق، ص 19.

² - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 59.

³ - المرجع نفسه، ص 60.

⁴ - بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مرجع سابق، ص 131.

إنّ القرار الطبي الذي سيتخذه المريض بشأن التدخل الطبي متعلق بالمعلومات التي سيقدمها الطبيب المعالج، وقد يحدث وأن يقوم الطبيب بالإخلال بالتزامه بإعلام مريضه حول المخاطر الطبية التي يمكن أن تقع، مع غياب أي خطأ في أثناء التدخل الطبي العلاجي أو الجراحي ويقبل المريض هذا التدخل، لكن قد تحدث أنه لو قام الطبيب بإعلام المريض بتلك المعلومات المتعلقة بصحته لرفض ذلك التدخل الطبي فيؤدي في هذه الحالة تقصير الطبيب بأداء التزامه بالإعلام إلى تفويت فرصة رفض هذا التدخل الطبي الضار (أولاً)، وكثيراً ما يؤدي نقص الإلتزام بالإعلام في مجال التوليد إلى تفويت فرصة تجنب ضرر الولادة المعاقة (ثانياً).

أولاً: تفويت فرصة رفض التدخل الطبي بسبب نقص الإعلام.

تنص المادة 43 من م.أ.ط على ما يلي: «يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي».

تنص كذلك المادة 3/343 من قانون الصحة السالف الذكر على: لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض.

ويجب على الطبيب احترام إرادة المريض، بعد إعلامه بالنتائج التي تنجرّ عن خياراته...» .

يتضح من خلال هاتين المادتين أن الطبيب ملزم بأن يُعلم مريضه بجميع مراحل التدخل الطبي حتى يتسنى للمريض بالتفكير والشعور الصحيح إتجاه العمل الطبي، واتخاذ قراره على بنية من أمره بين قبول أو رفض العلاج المقترح¹، فقد يحدث وأن يخل الطبيب بالتزامه بإعلام المريض بمخاطر العلاج، فيؤدي ذلك إلى التأكيد وتحريم المريض من فرصة الإختيار بين رفض التدخل الطبي أو قبوله².

¹ - فنيف غنيمية، إلتزام الطبيب بالحصول على الرضى الحر والمتبصر للمريض، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم والسياسة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص 10.

² - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 62.

وبالنتيجة يلتزم الطبيب بإعلام مريضه بكل المعلومات المتعلقة بحالته الصحية طبيعة مرضه وكذا طبيعة العلاج المقترح وكذا إيجابيات وسلبيات هذا التدخل الطبي بالإضافة إلى ذلك فعلى الطبيب أن يعلم مريضه حول القيمة النقدية الناتجة عن هذا التدخل الطبي¹.

تجدر الإشارة إلى أنّ النقص في الإعلام ليس له رابطة سببية مع الضرر النهائي اللاحق بالمريض، مما يعني إخلال الطبيب بالتزامه بإعلام المريض بإحتمالية وقوع خطر أثناء التدخل الطبي ليس له أي دخل مع الضرر اللاحق به جراء تحقق ذلك الخطر لذا يصعب القول بوجود تعويض كامل عنه²، وهذا ما أكدته محكمة باريس في مجال جراحة التجميل، في عدم قيام الطبيب الجراح التجميلي بإعلام زبونه عن المخاطر التي قد تترتب من جراء العملية والتي تسبب للمريض ضرر مباشر وأكد الذي تجسد في صورة تفويت فرصة رفض التدخل وبالتالي تجنب الضرر الذي وقع³.

يرى الأستاذ "ميشال بنو Michel PENNEAU أنه من أجل ضمان استخلاص علاقة السببية بين نقص الإعلام والضرر اللاحق بالمريض، لابد من البحث عن الموقف العقلاني والمنطقي الذي يتصور أن يتخذه المريض لو تم تزويده بكل المعلومات الضرورية بشأن التدخل الطبي وذلك بالإستناد إلى المعيار المجرّد للمريض العادي والذي لا يختلف عن معيار الرجل العادي، لذا لابد من التمييز بين حالتين:

- الحالة الأولى: إذا كان التدخل الطبي ضروري لضمان صحة المريض ولا مجال للاستغناء عنه، وأن إعلامه بكل المخاطر لن يمنح له حرية الاختيار بين قبول أو رفض

¹ - Franz WERRO, La responsabilité médicale institut du droit de la santé, Université de Neuchâtel, 1996, P. 24.

² - وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية التي قامت بتأسيس مسؤولية جزئية، فبعدما كان يعتبر نقص الإعلام السبب في كامل الضرر الذي أصاب المريض، فبموجب قرار "تيسي Tyssier" سنة 1942 تغير الأمر وأصبح بموجب قرار 07 فيفري 1990 في جزء من الضرر النهائي، وهذا ما أكدته القرار إذ نص على «أنّ الطبيب بقصيره في إعلام المريض بالآثار المحتملة للعلاج المقترح منه، قد حرّم فقط المعنى بالأمر من فرصة إتخاذ قرار أكثر حكمة لتجنب الخطر الذي تحقق فعلا في النهاية وشكل تفويت فرصة ضرراً مغايراً للأضرار الجسدية»، نقلا عن: عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 62.

³ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 49.

التدخل الطبي، فهناك لا مجال للحديث عن تفويت فرصة ناتجة عن نقص في الإعلام وهذا ما تأكد من خلال قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 11 سبتمبر 1998. فإذا لم يتم الإعلام بمخاطر عملية جراحية قام بها مريض ونتج عنها إيجابيات على حالته الصحية تفوق الآثار المترتبة عن تحقق أحد مخاطرها، ففي هذه الحالة ليس للمريض المطالبة بتعويض الضرر اللاحق به، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 7 أكتوبر 1998 عندما قررت غياب الضرر أثناء التدخل الجراحي ما دام المريض يعاني من آلام أقل بالمقارنة مع تلك المترتبة في حالة قيامه برفض القيام بعملية جراحية.

- **الحالة الثانية:** إذا كان التدخل الطبي غير ضروري لصحة المريض، فعدم قيام الطبيب بإعلامه بمخاطر التدخل الطبي يشكل السبب في كامل الضرر اللاحق به، لأنه لو تم إعلامه عن الأضرار التي ستلحق به بصفة كاملة سيختار المريض ألا يُعرض نفسه لمخاطر العمل الطبي.

تطبق هذه الحالة على العمليات التي تُجرى في مجال الجراحة التجميلية كونها ليست ضرورية بل كمالية، فللمريض خيارات أخرى للتجميل كالتجمل عوَض اللجوء إلى الجراحة، فلو تم إعلام المريض بمخاطر العملية لرفض الخضوع لإجرائها خاصة إذا كانت لديه خيارات أخرى للعلاج بدلا من جراحة التجميل.

تؤدي الأضرار التي تصيب المريض بشكل مباشر وأكيد من جراء خضوعه لعملية جراحية، والتي يكون سببها تقصير من طرف الجراح في إعلام زبونه بمخاطر هذه العملية، إلى تفويت فرصة رفض التدخل الطبي¹، وبالتالي تجنب الضرر الذي يقع على القاضي في سبيل استخلاص علاقة السببية بين نقص الإعلام والضرر النهائي إثبات أن المريض لو تم إعلامه بصفة كاملة عن مخاطر التدخل الطبي لرفضها، وبالتالي تجنب الضرر، ونلاحظ صعوبة في إثبات ذلك، لأن المريض من أجل الحصول على تعويض من الضرر الذي

¹ - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص ص 63 - 64.

أصابه قد يلجأ إلى إنكار قيام الطبيب بإعلامه بكافة المخاطر وبالتالي يصعب على القاضي إكتشاف الكذب من جانب المريض¹.

ثانياً: تفويت فرصة تجنب الولادة المعاقة بسبب الإخلال بالالتزام بالإعلام.

أخذ القضاء الفرنسي بفكرة التعويض عن تفويت فرصة تجنب الولادة المعاقة بمناسبة قضية "نيكولا بيروش Nicolas Perruche".

تتلخص وقائع قضية "بيروش Perruche" في أنّ السيدة بيروش انتقل إليها مرض الحصبة الألمانية (la rubéole) والتي يحتمل كونها حامل، فلجأت إلى الطبيب الذي أكد لها الوضع (الحمل)، وطلب منها إجراء تحاليل مخبرية للبحث عن مضادات المرض "Anticorps rubéoleux" ونظراً لوجود تناقض في نتيجة التحليلين الذين أجرتهما رغم إجراء تحليل المراقبة Analyse du contrôle من طرف المخبر أين ظهرت فيه نتيجة إيجابية ووجود نسبة 6% من مضادات المرض، وهذا ما دل على أنّ السيدة "بيروش" محصنة ضد هذا المرض، فليس هناك احتمال تحقق خطر إعاقة الجنين وبالتالي لا داعي للقيام بإسقاطه. أنجبت السيدة "بيروش" بعد مرور 08 أشهر ولد مصاب بإعاقة جسمية نتجت من مرضها المسبق بالحصبة الألمانية أثناء الحمل، قام زوجها برفع دعوى ضد الطبيب المعالج والمخبر أين طلب بتعويض الضرر اللاحق بهم وتعويض ولادة الطفل المعوق.

قضت محكمة الدرجة الأولى في 1992 بمسؤولية الطبيب والمختبر عن الأخطاء المرتكبة، فقام الطبيب بإستئناف الحكم على أساس أنّ المختبر هو المسؤول وحده عن النتائج السلبية التي توصل إليها، وفي سنة 1993 قضت محكمة إستئناف باريس بتأييد الحكم الصادر من المحكمة الفرعية الأولى مبدئياً، وتعديله برفض تعويض الولد بحجة عدم وجود رابطة سببية بينه وبين الأخطاء المرتكبة.

قام الزوج "بيروش" بالطعن ضد قرار محكمة استئناف باريس بحجة أنّ هذه الأخيرة إستبعدت رابطة السببية بين الضرر اللاحق بطفله وبين الأخطاء المرتكبة، وفي 17 نوفمبر 2000 قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها بالتعويض عن الضرر الناشئ عن إعاقة حيث أنّ الأخطاء التي وقعت من جانب الطبيب ومخبر التحاليل في تنفيذ العقود المبرمة

¹ - بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مرجع سابق، ص 133.

بينهما وبين السيدة الحامل قد حرمت هذه الأخيرة من ممارسة اختبارها في إسقاط الحمل من أجل تجنب ولادة طفل معاق¹.

من خلال هذا القرار الصادر عن القضاء الفرنسي إتجه إلى تعويض الولادة باعتبارها ضرراً محققاً اتجاه المولود وقابل أن يكون ضرراً احتمالياً عن الضرر الذي أصاب الأم نتيجة إخلال التزام الطبيب بالإعلام في حرمانها من ممارسة حقها في وضع حد للجنين بإسقاطه بطريقة علاجية².

عرضت قضية أخرى في هذا الشأن أمام القضاء الإداري، أين تتلخص وقائعها في أن السيدة "كاراز Quarez" البالغة من العمر 42 سنة كانت حامل، وكانت على يقين بأن الحمل في مثل عمرها قد يرتب نتائج سلبية على صحة جنينها، فذهبت إلى المركز الاستشفائي الجهوي لمدينة "نيس Nice الفرنسية" لغرض إجراء تحليل طبي للسائل الرحمي وعند إجراء هذا المركز للتحليل طلعت النتيجة سلبية، أي لم تظهر أية إشارة تدل على وجود عيب وراثي، وبعد أربعة أشهر من إجراء التحليل أنجبت السيدة "كاراز" الطفل "Mathieu" معوقاً فقد كان منغولياً مصاباً بمرض "Trisomie"، ممّا دفع بوالديه إلى رفع دعوى أمام القضاء الإداري الفرنسي للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بهما بسبب الخلّ في الإعلام وتعويض الولادة المعاقة للطفل.

فأكّد مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 14 فيفري 1997 بوجود خطأ المستشفى الذي كان سبباً لولادة الطفل معوقاً، وهو ما رتب ضرراً لا بد من تعويض الأولياء عنه، في حين رفضت تعويض الطفل لكون إصابة الطفل بالإعاقة لم ينجم من الخطأ الطبي³.

تتشابه قضية "بيروش" المعروضة على القضاء العادي وقضية "كاراز" المعروضة على القضاء الإداري في الوقائع وثبوت الخطأ الطبي في نقص الإعلام، حيث فصلا كل

¹ - تقول السيدة "Rubellin Devichi" في مقالها بشأن قطع الحمل إرادياً: "أن مدى مشروعية قطع الحمل إرادياً لا يشكل مسألة حقوق: حق الطفل في الحياة أو حق المرأة في الإجهاض، وإنما المسألة هي مسألة حرية، يعود للمرأة وحدها أن تطلب الإجهاض من عدمه، نقلاً عن: عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 65.

² - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 50.

³ - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 64.

من القضاء العادي والإداري على تعويض نوع معين من الضرر المعنوي للأولياء الذي يكون مرتبطاً بالخطأ الطبي في الإعلام الذي يتمثل في حرمان الأم في ممارسة حقها في إسقاط الجنين من أجل تجنب ضرر الإعاقة، فلو قام الطبيب بإعلامها إعلاماً كافياً بالخطر لقامت مسبقاً بقطع الحمل إرادياً من أجل تجنب الأضرار اللاحقة به.

لكن إختلف كلا القضاء ينفي مسألة تعويض الولد المعاق، فبالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي استبعد فكرة التعويض عن الولادة المعاقة المرفوعة من قبل الولد المعاق، وأكد أنّ الإعاقة التي يجد الطفل نفسه مجبراً على تحملها طول حياته سببها الوحيد هو المرض في حد ذاته وأنّ الإعاقة لم تكن سبباً لإخلال الطبيب بإعلامه بالإعلام.

أمّا بالنسبة للقضاء العادي الفرنسي، فقد قرر عكس ذلك حيث إعتبر عدم إعلام الأهل عن المخاطر التي قد يعاني منها الطفل كافية لطلب التعويض عن إعاقته، كما قرر أيضاً إستقلالية دعوى الطفل ودعوى الأولياء للمطالبة بالتعويض.

إنّ الهدف من تشديد القضاء المتزايد والمستمر في التعويض عن تقويت الفرصة في المسؤولية الطبية هو الرغبة في تحقيق سلامة المرضى وحمايتهم.

لكن هناك من يرى أنّ هذا التوجه القضائي ليس بحل منطقي لأنه يستغل الشك الذي يطغى على علاقة السببية للتلاعب بها حتى يخرج بأيّ حال كان دون الإكتراث لنتائجه ويعتبر سبباً أيضاً يدفع بالأطباء في كل حالة يوجد فيها شك بسيط حول الحالة الصحية للجنين إلى دفع الأم إلى الإجهاض من أجل التهرب من دعوى التعويض التي قد يرفعها الطفل المولود بإعاقة¹.

¹ - بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مرجع سابق، ص 137.

المبحث الثاني

شروط الضرر المستحق للتعويض والعوامل المؤثرة فيه

لا يكفي إصابة المريض بضرر كلي ليتمكن من مطالبة الطبيب المتسبب بالضرر بالتعويض بل لابد أن تتوافر في الضرر مجموعة من الشروط (المطلب الأول)، كما أصبح من الضروري عند تقدير التعويض مراعاة الظروف المؤثرة في التعويض عن الضرر الطبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

شروط الضرر الطبي المستحق للتعويض

لا يتوقف الضرر الطبي المستحق للتعويض كما سبق الإشارة إليه على حدوث ضرر للمريض فقط، بل علاوة على ذلك يشترط توفر مجموعة من الشروط لتقبل دعوى التعويض، فيجب أن يكون الضرر مباشراً (الفرع الأول)، كما يجب أن يكون شخصياً لمن يطالب بالتعويض (الفرع الثاني)، وأن يكون الضرر محقق الوقوع (الفرع الثالث) وأخيراً يجب أن يكون الضرر ماساً بحق ثابت أو مصلحة مشروعة للمضرور (الفرع الرابع).

الفرع الأول

أن يكون الضرر مباشراً

يَعْرِفُ الضرر المباشر على أنه: «كل ما كان نتيجة للخطأ الذي أحدثه المسؤول ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية الخطأ المسؤول إذا لم يكن باستطاعة المضرور أن يتوقاه ببذل عناية وجهد معقول»¹.

يقول الأستاذ السنهوري في هذا الشأن بأن الضرر الذي يعرض عنه في المسؤولية العقدية هو الضرر المباشر، أما الضرر غير المباشر لا يعرض عنه أصلاً في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية، فلا يعرض إذن في المسؤوليتين إلا عن الضرر

¹ - نقلا عن: منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزام دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، ج1،

مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص 385.

المباشر¹. وهذا ما أكدّه الأستاذ "سليمان مرقص" بقوله: «أن المعيار الذي أتت به المادة 181 ق.م.ج ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ينطبق على المسؤولية التعاقدية و التصيرية والنتيجة الطبيعية، كما يسميها الفقهاء والشرح بالضرر المباشر»².

يعرّف الضرر المباشر في المجال الطبي على أنّه ذلك الضرر الذي يكون ناتجا مباشرة عن خطأ الطبيب المعالج أثناء تدخله أو خطأ المستشفى أثناء تقديم الخدمة الطبية، ممّا يعني أنّه لا يكون هناك محل لمسائلة الطبيب، إلاّ عن نتائج تدخله التي أدت إلى تفاقم حالة المريض³. ومثال ذلك سقوط إحدى آلات الطبيب الجراح على رئة المريض أثناء التدخل الجراحي، أو قيام الطبيب بتخدير مريض وتركه، مما يؤدي إلى سقوط رجله في حافظة ماء ساخن مما ينجم عنه إحراقها أو كحالة نسيان الطبيب لقطن وأداة من أدوات الجراحة في بطن المريض⁴.

حدّا المشرع الجزائري حُدو المشرع الفرنسي والمصري فيما يتعلق بمبدأ التعويض عن الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر⁵ في إطار المسؤولية العقدية في المادة 182 ق.م.ج التي نصت على: «إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مصادر الإلتزام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص 560.

² - نقلاً عن: بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 52.

³ - فريحة كمال، مرجع سابق، ص 288.

⁴ - نقلاً عن: بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مرجع سابق، ص 119.

⁵ - ذهب الفقيه الفرنسي بوتيه (Pothier) في القرن الثامن عشر بإعطاء مثال للترقة بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر بمناسبة واقعة تتلخص أحداثها في قيام شخص ببيع بقرة مصابة بمرض لمزارع، فقامت هذه البقرة بنقل العدوى إلى باقي الأبقار، فماتت جميعها، فنتج عن ذلك عجز المشتري عن زراعة أرضه وكذا عجزه عن تسديد ديونه، الأمر الذي إنتهى بإفلاسه، فقام الدائن بالحجز على أرضه وباعها بثمن بخس وعلى إثر هذه الحادثة ثار نزاع بينه وبين زوجته، مما أدى بها إلى تركه، فموت الأبقار يعتبر ضرر مباشر أما عجز المشتري عن زراعة أرضه وتسديد ديونه وإفلاسه وترك زوجته له هي أضرار متتابعة غير مباشرة يمكنه توقيها، نقلا عن: عباسي كريمة، مرجع سابق، ص 38.

نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن لأن يتوقاه ببذل جهد معقول، غير أنه إذا كان الإلتزام مصدره العقد فلا يلزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلاّ بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة في وقت التعاقد».

والمقصود بأن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام هو أن يكون من جهة متصلاً اتصالاً واضحاً بالفعل الضار، ومن جهة أخرى أن يأتي كنتيجة ضرورية للفعل¹. أما الضرر غير المباشر فهو ذلك الضرر الذي لا يكون نتيجة طبيعية للخطأ الطبي بمعنى أن الفعل الأصلي يبقى عاملاً لازماً لحصول ذلك الضرر، وإنما لا يكون العامل الكافي لإحداثه، إذ تدخل أسباب أخرى التي توفر للضرر فرصة حدوثه. قد يكون الضرر المباشر الموجب للتعويض ضرراً متوقعاً أو ضرراً غير متوقعاً، ويكون الضرر متوقعاً إذا كان من الممكن التنبؤ بحدوثه، أما الضرر غير المتوقع هو ذلك الضرر الذي يصعب تنبؤه أي من غير الممكن توقع حدوثه².

لا يسأل المدين في المسؤولية العقدية إلاّ عن الضرر المباشر والمتوقع وقت إبرام العقد باستثناء حالتي الغش والخطأ الجسيم في حين يشمل التعويض في المسؤولية التقصيرية الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع وهذا ما تضمنته نص المادة 182 ق.م.ج. يكمن السبب في حصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع وحده دون الضرر غير المتوقع مع أن كلاهما يعتبر ضرراً مباشراً ناتجاً عن إخلال المدين بالإلتزامه إلى أن المتعاقدين لم يتعاقداً إلاّ على أساس ما يتوقعوا به من العقد، بمعنى أن المدين لم يكن ليتعاقد لو كان يعلم أن الضرر الذي سوف يسأل عنه سيكون كثيراً جداً. أما الضرر غير المتوقع فلا تعويض عنه لأنه خارج عن دائرة التعاقد³.

إنّ إقرار مبدأ التعويض عن الضرر المباشر المتوقع فقط في مجال المسؤولية الطبية يعتبر إجحافاً في حق المريض، فعلى سبيل المثال نجد أن مسؤولية جراح التجميل هي مسؤولية عقدية، مما يعني أن المريض المضرور إثر التدخل الطبي يحق له فقط طلب

¹- فريحة كمال، مرجع سابق، ص 288.

²- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 53.

³- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 175.

التعويض عن الأضرار المتوقعة دون تلك التي لم يتوقعها الطرفان عند التعاقد، لكون التعويض في المسؤولية الطبية العقدية يصبو فقط على الأضرار المتوقعة، ولكن باعتبار أنّ جراح التجميل يعلم في معظم الحالات بكل المخاطر سواءً المتوقعة وغير المتوقعة الناجمة عن العملية الجراحية التجميلية، فمن المنطقي أن يُسأل عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع الذي أحدثه بخطئه وهنا يعتبر حماية للطرف الضعيف في العلاقة الطبية، وإن كان هذا يعتبر خروجاً عن القواعد العامة التي تقضي بالتعويض عن الضرر المباشر المتوقع فقط في نطاق المسؤولية العقدية¹.

الفرع الثاني

أن يكون الضرر شخصياً

لا يكفي أن يكون الضرر الموجب للتعويض مباشراً بل لا بد أن يكون أيضاً شخصياً بمعنى أن يصيب شخصاً معيناً بذاته، فلا مجال لطلب التعويض إلا إذا قدم من المريض أي المضرور نفسه (أولاً) أو يقدم طلب التعويض من من له علاقة أو صفة قانونية كالنائب عن المريض غير المؤهل قانوناً كالمريض القاصر وهو ما يسمى بالضرر المرتد (ثانياً).

أولاً: الضرر الشخصي.

يقصد بالضرر الشخصي أن يصيب الشخص المطالب بالتعويض (المدعي) عن الفعل الضار بمعنى أن تتوفر في المضرورة المصلحة الشخصية حتى تكون دعواه مقبولة². مما يعني أن طلب التعويض لا يقبل إلا إذا قدم من طرف المريض المضرور نفسه دون غيره.

ثانياً: الضرر المرتد.

إذا تحقق الضرر فإنه قد يصيب المتضرر شخصياً فقط أو قد يمتد ليشمل أشخاص آخرين ويتعدى إليهم وهو ما يسمى بـ «الضرر المرتد» أو المنعكس وهو ضرر شخصي بالتبعية³، والذي يعرّف بأنه ذلك الضرر الذي تترتب عنه أضرار أخرى تصيب الغير

¹ - بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مرجع سابق، ص 121.

² - فريحة كمال، مرجع سابق، ص 283.

³ - منذر الفضل، مرجع سابق، ص 395.

كالورثة في حالة وفاة المريض¹. أو الضرر الذي يصيب الزوجة والأولاد نتيجة العاهة المستديمة الناتجة عن خطأ الطبيب والذي تسبب إما بوفاة أو عجز المريض، فيحق بالتالي لورثة المتوفي أو العاجز مطالبة الطبيب بالتعويض عما سبب في حدوثه، والضرر المرتد يتخذ إحدى الصورتين إما ضرر مادي مرتد أو ضرر معنوي مرتد.

1- الضرر المادي المرتد:

يتمثل الضرر المادي المرتد في حالة ما إذا تسبب العمل غير المشروع في وفاة الأب الذي يعول أولاده، ففي هذا المثال فإن العبرة بالإعالة الفعلية ولا يلزم أن تكون الإعالة بناء على إلتزام يفرضه القانون، فيكفي لتحقيق الضرر مجرد المساس بمصلحة مشروعة. لا يقتصر حق التعويض في إطار الضرر المادي المرتد على الأقارب إلى درجة معينة إنما يحق لغير القريب أن يطلب تعويض الضرر المادي متى توافرت شروطه.

ينقل حق التعويض عن الضرر المادي المرتد إلى الورثة، فعلى سبيل المثال إذا توفيت الضحية المعيلة لأشخاص آخرين دون أن يطلب حق التعويض، فإن هذا الحق ينتقل إلى ورثتها من بعدها، فيجتمع لديهم هذا الحق مع ما لحق بهم من ضرر مرتد بسبب معيّلهم إلا في حالة تنازل المعيل عن حقه في التعويض حال حياته²، فيبقى لهم الحق في تعويض الضرر المرتد الذي لحق بهم فقط، وما يقضي به المعيل من تعويض لا يعتبر تركة فلا يقسم بين الورثة³.

¹ - لا يجب الخلط بين الضرر المرتد وبين الضرر المورث، فهذا الأخير هو الضرر الذي يصيب السلف، ثم ينتقل إلى الخلف عن طريق الميراث، فالتعويض عن الضرر المادي ينتقل إلى الورثة على عكس الضرر المعنوي الذي لا ينتقل إلا بوجود إتفاق بين المورث و المسؤول بشأن التعويض، أو أن المورث قد قام قبل وفاته برفع دعوى من أجل إلزام المسؤول بتعويضه عن الضرر المعنوي، أما في حالة وفاة المورث دون وجود إتفاق أو عدم وجود دعوى قضائية، فيعتبر هذا السكوت بمثابة تنازل عن الحق في التعويض، أنظر: بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 55.

² - بركات عماد الدين، المرجع نفسه، ص ص 56-57.

³ - وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 14-04-1982، حيث جاء فيه «إنّ تعويض ذوي الحقوق لا يعتبر إرثاً لأن الإرث هو ما خلفه المورث من أموال كان قد جمعها حال حياته، أما التعويض عن الأضرار فهو يعطي لكل من تضرر من الحادث ولو كان غير وارث»، نقلا عن: فريحة كمال، مرجع سابق، ص 284.

2- الضرر المعنوي المرتد:

قد يمتد الضرر المعنوي الذي يصيب الشخص المضرور إلى من تربطهم بالضحية علاقة غير مادية كصلة القرابة أو المودة فيؤدّد لديهم آلام نفسية منبعثة من الطبيعة البشرية بسبب ما حل بالشخص القريب لهم إثر إصابة خلفت أثراً بالغاً أو عاهة مستديمة أو تشويهاً جسياً أو أدت إلى وفاته.

يتخذ الضرر المرتد المعنوي صورة الحزن والأسى التي يصاب بها الشخص بسبب فقدان أو وفاة أو عجز شخص عزيز لديه نتيجة عمل غير مشروع، فالإبن مثلاً يتألم ويحزن لموت والده في حادثة أو نتيجة لإجراء عملية جراحية خاطئة، فيمكن للزوج أن يطلب تعويضاً عن الضرر الذي أصاب زوجته من جراء العقم الذي أصابها من العملية الجراحية بسبب خطأ الطبيب، كما يمكن أيضاً للأب أن يطلب تعويضاً عن الضرر الذي ألحق بابنه نتيجة الشلل اللاحق به بسبب سوء التطعيم الذي لحق به في المستشفى.

إنّ تحديد الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة بالتعويض ليس بالمسألة السهلة لهذا إتجهت بعض التشريعات كالقانون المصري والفرنسي إلى حصر الأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض في حين سكت المشرع الجزائري عن هذه المسألة¹.

الفرع الثالث

أن يكون الضرر محققاً

إنّ المقصود من هذا الشرط هو أن لا يكون الضرر إفتراضياً "Eventuel" أو احتمالياً، وإنّما يجب أن يكون قد وقع فعلاً "réalisé" أو أن يكون وقوعه مؤكداً ولو تحقق في المستقبل وهذا ما أكده القضاء في أحكامه، فالقضاء المصري مثلاً عرف الضرر المحقق بقوله «إنّ الضرر يكون محققاً إذا كان واقعاً فعلاً أو سيقع حكماً».

أما محكمة التمييز العراقية فقد سلكت مسلك القضاء المصري، إذ ورد في قرارها «الضرر المطالب يجب أن يكون محققاً ولا يكفي أن يكون محتمل الوقوع»².

¹ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص ص 57 - 58.

² - نقلاً عن: فريحة كمال، مرجع سابق، ص 284.

يعتبر الضرر محققاً كذلك إذا كان تحقيقه في المستقبل أكيد، إذ يقصد به ذلك الضرر الذي قام سببه وإن تراخت آثاره كلها أو بعضها في المستقبل كالضرر اللاحق بالشخص نتيجة خطأ الجراح أو خطأ من طرف المستشفى بسبب سوء تقديم الخدمة له غير أنّ نتائجه لم تظهر إلا بعد فترة¹، أو كأن يصاب شخص بعطل دائم يمنعه من العمل، فعطله الدائم يمثل الضرر الحال، وباعتبار أن هذا العطل سيؤدي حتماً إلى حرمان المصاب من دخل كان يجنيه، هذا يعد من الأضرار المستقبلية².

في سبيل عدم الخلط بين المصطلحات سنتعرض للتمييز بين الضرر الحال والضرر المستقبل والتمييز بين الضرر الاحتمالي والضرر المستقبلي.

يتمثل **الضرر الحال** في ذلك الضرر الذي ثبت حدوثه بصفة فعلية إثر وقوع الفعل الضار وأصبح محققاً³، أي تتحقق نتائج الفعل، كحدوث وفاة المريض نتيجة إيقاف أجهزة الإنعاش الإصطناعي دون الإعلان عن وفاته، ففي هذه الحالة فإن الضرر يعتبر قد وقع فعلاً وحالاً وبالتالي يلزم التعويض عنه⁴.

أما **الضرر المستقبل**، فهو ذلك الضرر الذي تتحقق أسبابه في الحال وتتراخي آثاره كلها أو بعضها إلى المستقبل فهو لم يتحقق بعد وإنما سيتحقق في المستقبل، كإصابة شخص بعاهة مستديمة تمنعه من الكسب مستقبلاً، أو كأن يتسبب الصيدلي بعاهة مستديمة نتيجة إعطاء دواء فاسد للمريض، مما يسبب له عجزاً عن الكسب مستقبلاً، مثل المرهم الذي يوضع في العين ويسبب تلفه يسبب له إصابة في العين، فالإصابة ذاتها هي محققة، غير أن الخسارة المالية والتعب النفسي الذي يُصيب هذا الشخص من جراء العجز عن الكسب يعتبران من الضرر المستقبلي المؤكد الوقوع⁵.

¹- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 60.

²- فريجة كمال، مرجع سابق، ص 285.

³- بوخريصة محمد أمين، المسؤولية المدنية للصيدلي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017، ص 16.

⁴- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 60.

⁵- بوخريصة محمد أمين، مرجع سابق، ص 16.

يظهر الضرر المستقبلي بصورة واضحة في مجال جراحة التجميل لأن نجاح العملية بشكل كامل وفعال، أو فشلها مرهون بمرور مدة زمنية على إجرائها¹.
 قد يحدث أن يكون الضرر المستقبلي محقق الوقوع ولكن يستحيل تقدير مدى جسامته أو مقداره في الوقت الحاضر، وفي هذه الحالة يتعين على القاضي، إصدار حكم بإدانة الفاعل وتقرير مسؤوليته وإرجاء الفصل في تحديد مقدار التعويض إلى فترة لاحقة لوقوع الضرر².

يمكن للقاضي تقدير التعويض عن الضرر الذي يحدث مستقبلاً كأثار للضرر الأصلي وهذا وفقاً للمادة 131 من ق.م.ج³، التي تسمح للمضرور المطالبة خلال مدة معينة بالنظر من جديد في تقدير التعويض في حالة ما إذا تعذر على القاضي تقديره بصفة قطعية ونهائية، بمعنى أن القاضي يقدر الضرر المستقبلي بالاستناد إلى العناصر المتوفرة عنده أثناء الدعوى وإذا كان لا يستطيع تقديره فور وقوع سببه فإنه يجوز أن يحكم بتعويض مؤقت مع حفظ حق المضرور في المطالبة باستكمال التعويض⁴.

أما في حالة ما إذا كان الضرر المستقبلي غير متوقع وقت الحكم بالتعويض ولم يقم القاضي بحسابه عند تقدير التعويض، ثم تكشف مستجدات عن تفاقم الضرر الأصلي بعد ذلك، ففي هذه الحالة يجوز للمضرور أو ورثته المطالبة في دعوى جديدة بالتعويض عما إستجد من الضرر، ولا يحول ذلك قوة الشيء المقضى به لكون الحكم السابق لم يدرج هذا الضرر الجديد. وسيتوجب في هذه الحالة التمييز بين ثلاث حالات:

¹ - بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مرجع سابق، ص 117.

² - هذا ما قرره محكمة كولمار "COLMAR" الفرنسية بتاريخ 09 نوفمبر 1951 في قضية تتلخص وقائعها في إصابة صبي بالغ من العمر 13 سنة بضرر في المرحلة السادسة وقد تبين من تقرير الطبيب الخبير بأن العجز الدائم الذي أصيب به الصبي يمكن أن يتفاقم مع مرور الوقت، فقررت المحكمة بتأجيل الفصل في تقدير التعويض النهائي إلى غاية بلوغ الصبي سن 16، نقلاً عن: عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 35.

³ - تنص المادة 131 من ق.م.ج على: «يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف والملابسة، 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 التقدير».

⁴ - بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مرجع سابق، ص 118.

- الحالة الأولى: هي التي تتفاقم فيها الإصابة الجسدية الأصلية بعد الحكم بالتعويض وكان تفاقمها أمراً مقدراً، فطلب التعويض في هذه الحالة يكون حسب الحد الذي استقر عليه.

- الحالة الثانية: هي التي تتفاقم فيها الإصابة الأصلية بعد الحكم بالتعويض عنها، ولم يكن تفاقمها أمراً مقدراً، ففي هذه الحالة يمكن للمضرور المطالبة بالتعويض عن الضرر الحاصل بعد تفاقم الإصابة.

- الحالة الثالثة: هي التي لا تتفاقم الإصابة الأصلية بعد الحكم بالتعويض عنها وإنما إقتضت مصاريف إضافية، ففي هذه الحالة لا يتسنى للمضرور المطالبة بالمصاريف التي أنفقتها بعد الحكم بالتعويض على أساس أن الحكم الأصلي قد حدد التعويض نهائياً¹.

أما بالنسبة للتمييز بين الضرر المستقبلي والضرر الاحتمالي، فكما أسلفنا الذكر فالضرر المستقبلي يكون محقق الوقوع مستقبلاً، أما الضرر المحتمل فهو غير محقق الوقوع بمعنى يحتمل وقوعه مستقبلاً، وهو ضرر لا يعوض عنه إلا إذا زال عنه عنصر الإحتمال².

وهذا ما أخذ به القانون الجزائري، إذ قضت غرفة القانون الخاص بالمحكمة العليا في الملف رقم 24599 بتاريخ 1982/06/23 بأن التعويض يخص الأضرار الحالة والمؤكدة بمعنى أنه لا يعوض على الضرر المحتمل، لأنه لو قضى بالعكس لفتح المجال لكل شخص، ونخص بالذكر المريض الذي يرى إحتماية إصابته بضرر مستقبلي، المطالبة بالتعويض وهذا من شأنه أن يؤثر سلبا على عمل الطبيب³.

¹ - بن علي ناريمان، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص 57.

² - فإذا تعرض طفل لحادث تسبب في وفاته، فإذا كان هذا الطفل لم يصل إلى درجة متقدمة من الدراسة، فإنه لا يمكن لوالديه الإدعاء بضرر مادي، راجع إلى حرمانها مستقبلاً من نفقة يعولان عليها في شيخوختها، وذلك على أساس أنه لا يمكن التأكد مسبقاً بأن الطفل سينهي دراسته أو أن والديه سيبقيان على قيد الحياة في الوقت الذي يكونان بحاجة إلى مساعدة إبنهما، ولكن الأمر يختلف في حالة ما إذا كان الإبن أنهى دراسته الجامعية، الأمر الذي يؤكد بأنه مؤهل لمركز مرموق في المهنة ويتيح له أن يقدم الفوز لوالديه عند كبرهما، فلا يوصف الضرر المادي اللاحق بالوالدين في هذه الحالة بالضرر المحتمل، فوفاة إبنهما قد أضعاف عليهما فرصة الاستفادة من مساعدة الإبن، فتستوجب ضياع هذه الفرصة التعويض عنها. عباسي كريمة، مرجع سابق، ص 37.

³ - نقلا عن: عباسي كريمة، المرجع نفسه، ص 37.

الفرع الرابع

أن يكون يمسّ الضرر حقاً ثابتاً أو مصلحة مشروعة

لا يكتفي وقوع الضرر حتى يتسنى للمريض المطالبة بالتعويض عنه، بل يشترط أن يمس هذا الضرر، إما حق ثابتاً (أولاً) أو مصلحة مشروعة له (ثانياً).

أولاً: الإخلال بحق ثابت.

يجب أن يكون الضرر المطالب بالتعويض عنه قد مس حقا ماليا للمضرور غير مخالف للنظام العام والآداب العامة. والحق يعني حق الشخص في عدم المساس بسلامة جسمه وحياته من الأذى، وخطأ الطبيب الذي يصيب جسم المريض يعتبر قد مس حق من حقوقه الأساسية في الحياة¹. فالضرر يتخذ عدة صور مثل التعدي على الحياة، إصابة الإنسان بجروح، أو إصابة في جسده تؤدي إلى عجز كلي أو جزئي بحيث تغنيه عن الكسب مستقبلا علاوة على ما يتكبده من نفقات للعلاج، كل ذلك يعتبر حق شخصي في السلامة².

يحق للمضرور المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به كلما انصب الضرر على حق يحميه القانون كنفقة الزوج على زوجها و الذي يعتبر حق مكرس قانونا وشرعا وهذا ما أكدت عليه المادة 74 من ق.أ.ج التي نصت على حق الزوجة في المطالبة بالتعويض على الأضرار اللاحقة بها ولأولادها القصر طبقاً للمادة 75 من نفس القانون، ما دام نفقة الأب واجبة على الأبناء في حالة وفاة زوجها إثر خطأ الطبيب³.

ثانياً: الإخلال بمصلحة مشروعة.

يعتبر الأمر هنا بمثابة شرط تقليدي للضرر بمعنى حتى يتسنى المطالبة بالتعويض عن الضرر يجب أن تكون هناك مصلحة مشروعة جديرة بالحماية القانونية ولا تخالف النظام العام والآداب العامة السائدة في المجتمع.

¹ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 63.

² - المرجع نفسه.

³ - أيت ساحل صبرينة، مرجع سابق، ص 25.

أما المصلحة غير المشروعة، فلا يعتد بها ولا يترتب على الإخلال بها أية مسؤولية فمثلا الخلية لا يجوز لها المطالبة بالتعويض على فقدان خليلها، وهنا على أساس عدم مشروعية العلاقة التي كانت تربطهما بخليلها.

ينطبق الأمر نفسه على المرأة التي تطلب من الطبيب إجهاضها في غير حالات الإجهاض العلاجي، فلا يحق لها مطالبة الطبيب بالتعويض إذا فشلت عملية الإجهاض لأنها مخالفة لنظام العام والآداب العامة¹.

لم يحدد المشرع الجزائري شروط خاصة للضرر في المجال الطبي، وإنما إذا توفرت الشروط المنصوص عليها في القواعد العامة يحق للمريض المطالبة بالتعويض وعبء الإثبات يقع على المضرور إستنادا على القاعدة البينة على من إدعى، وذلك طبقا للمادة 323 ق.م.ج، وفي الحالات التي يكون فيها الطبيب أو الجراح ملزما ببذل عناية يتعين على المضرور إثبات ما أصابه من ضرر، لأنّ غياب الضرر ينفي المسؤولية المدنية على الطبيب، أما في الحالات التي يكون فيها الطبيب أو الجراح ملتزما بتحقيق نتيجة فإنّ الضرر يكمن في غياب النتيجة المرجوة، فمن أجل إثارة مسؤولية الطبيب يكفي أن يثبت المريض عدم تحقق النتيجة التي التزم بها الطبيب².

المطلب الثاني

العوامل المؤثرة في التعويض عن الضرر الطبي

لقد كرست معظم التشريعات والفقهاء والقضاء عوامل يجب على القاضي مراعاتها أثناء تقدير التعويض، حيث أن هناك عوامل خاصة بالمتضرر (الفرع الأول)، ووجوب الأخذ بالضرر المباشر كأساس للتعويض عن الضرر الطبي (الفرع الثاني)، كما كرست أيضا عوامل أخرى تتمثل في تغير مقدار الضرر وأيضا في تغير القيمة الشرائية للنقود (الفرع الثالث).

¹ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 64.

² - بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مرجع سابق، ص 121.

الفرع الأول

الظروف الخاصة بالمتضرر

تكمن هذه الظروف في ما يعرف بالظروف الملايئة التي تعتبر من الظروف التي تؤخذ بعين الاعتبار في تقدير التعويض كحالة المضرور الصحية (أولاً) والمركز المالي والاجتماعي للمضرور (ثانياً).

يعتد المشرع الجزائري بهذه الظروف من خلال نص المادة 131 ق.م.ج التي تنص: «يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملايئة...»¹.

أولاً: الحالة الصحية للمضرور.

يطلق على هذه الحالة حالة المضرور السابقة على الحادث، بمعنى أنه لكي يكون التعويض عادلاً على القاضي أن يدرس الحالة الصحية للمتضرر قبل وقوع الحادث وبعده حسب المعيار الذاتي وليس وفقاً للتقديرات الموضوعية.

فحالة المتضرر الصحية قبل وبعد الضرر يؤدي دوراً هاماً في تقاوم الضرر خاصة في الأضرار الجسدية، فموت الشخص السليم المعافى يلاحق بعائلته ضرراً أكبر على غرار الشخص المصاب بعاهة أو مرض أقعده عن العمل بصفة كلية².

ثانياً: المركز المالي والاجتماعي للمضرور.

ينبغي على القاضي عن تقديره لقيمة التعويض أن يأخذ بعين الاعتبار المركز الاجتماعي للمضرور، جنسه، مهنته أو الظروف العائلية له، فمدى تأثير الضرر على المضرور يختلف من شخص لآخر.

كذلك يدخل في عين الاعتبار حالة المضرور المالية واختلاف الكسب الذي يفوت عليه من جراء الإصابة التي لحقت به بمعنى أن الشخص الذي يكون كسبه وفير وكبير يصيبه

¹ - عرف الأستاذ عبد الرزاق السنهوري الظروف الملايئة على أنها: «تلايس المضرور، لا الظروف التي تلايس المسؤول، فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور وقد أفاده بسبب التعويض كل هذا يدخل في حساب القاضي عند تقديره التعويض»، نقلاً عن: عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 821.

² - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 67.

ضرراً أشد، أما الشخص الذي يكون كسبه قليل فيصيبه ضرر أقل، إلا أن ذلك لا يعني الإعتداد بثروة المضرور فكونه غنياً أو فقيراً لا يُغير شيئاً في تقدير التعويض لأن الضرر واحد، إنما ما يدخل في عين الاعتبار هو مدى الكسب الذي يفوت على المضرور من جراء الإصابة.

كما تكون محلاً للإعتبار أثناء تقدير التعويض الحالة الاجتماعية للمضرور ومهنته كالرسام الذي يصاب في أصابعه التي تعتبر مصدر مهنته يكون ضرره أشد من غير الرسام التي لا تكون أصابعه جوهر مهنته.

وباعتبار أن المركز الاجتماعي للأشخاص متفاوتة من فرد إلى آخر، فقيمة التعويض تختلف من متضرر إلى آخر، فكلما كان مركز المضرور في مكان رفيع أو في مستوى عال فإن الضرر الذي سوف يتعرض له يكون كبيراً إذ ما قورن بمقدار الضرر لشخص عادي¹. لا يؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض بالظروف الشخصية للمسؤول بمعنى إذا كان المسؤول غنياً لا يعني أنه سيدفع تعويضاً أكثر، والعكس أي إذا كان فقيراً سيدفع تعويضاً أقل، فهو يدفع التعويض بمقدار ما أحدثه من ضرر، إذن فالعبرة في تحديد مدى الضرر يكون بالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور لا بالمسؤول².

نجد أن المحكمة العليا أخذت بالظروف الملازمة بالمضرور دون المسؤول، حيث جاء في قرار صادر لها بتاريخ 06-01-1993 ما يلي: «... وأنه ينبغي على قاضي الموضوع أن يستجيب لطلبات المطعون ضدهم للتعويض عن الأضرار اللاحقة بهم جراء فقدانهم لقريبهم، فإنه ملزم مع ذلك بذكر العناصر التي تمكنه من تحديد التعويض وهي على وجه الخصوص سن الضحية ونشاطه المهني ودخله الدوري أو أجره»³.

¹ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 68.

² - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 149.

³ - قرار المحكمة العليا، الغرقة المدنية، ملف رقم 87411، صادر بتاريخ 06-01-1993، نقلاً عن: بركات عماد

الدين، مرجع سابق، ص 69.

الفرع الثاني

معيار الضرر المباشر كأساس للتعويض

تناول المشرع الجزائري هذا المعيار في نص المادة 131 ق.م.ج التي يستخلص من خلالها أن مقياس التعويض هو الضرر المباشر، فمهما كانت صور التعويض سواءً كان عينياً أو بمقابل أو نقدياً، مقسطاً أو إيراداً مرتباً، فالتعويض يقدر على أساس الضرر المباشر¹.

للضرر المباشر عنصران هما ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب ولا يدخل عند تقدير التعويض أن يكون الضرر متوقعا أو غير متوقع، ففي المسؤولية التقصيرية التعويض يشمل كلا من الضرر المتوقع وغير متوقع، أما في المسؤولية العقدية فيشمل التعويض الضرر المتوقع باستثناء حالي الغش والخطأ الجسيم².

يتحصل المريض الذي يصاب بعجز جسماني بسبب خطأ الطبيب عن تعويض ما أصابه من ضرر بحيث أنه يعوض على ما لحقه من خسارة من تكاليف العلاج اللازمة، وفرص الاستغلال المالية التي كان يتمتع بها قبل إصابته بالضرر، وأيضا الآلام الجسمية والمعنوية التي تحدث له من جراء الإصابة.

فالأصل أنه لا ينظر إلى جسامه الخطأ الذي صدر من المسؤول عند تقدير التعويض بمعنى أنه مهما كان الخطأ يسيراً فإن التعويض يجب أن يكون على كل الضرر المباشر الذي أحدثه هذا الخطأ والعكس، أي مهما كان الخطأ جسيماً فإن التعويض يجب أن لا يزيد عن هذا الضرر المباشر³.

أما في المسؤولية العقدية فإن معظم التشريعات أخذت بعين الاعتبار جسامه الخطأ وألحقت الخطأ الجسيم بالغش، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 182 فقرة 2 من ق.م.ج بمعنى أن الطبيب الذي يرتكب غشا أو خطأ جسيماً يلزم بتعويض المريض عن

¹- أنظر: المادة 131 من ق.م.ج.

²- بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مرجع سابق، ص 120.

³- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 70.

الضرر الذي لم يتوقعه عند إبرام العقد بالإستناد إلى معيار الرجل العادي فتكون المسؤولية هنا مشددة¹.

الفرع الثالث

وقت تقدير التعويض

يجب التمييز بين تقدير التعويض عن نشوء الحق في التعويض، ذلك أن الحق في التعويض ينشأ وقت وقوع الفعل الضار، لأن مصدره هو العمل غير المشروع، أما الوقت الذي يقدر فيه التعويض هو يوم صدور الحكم، وبالنسبة لوقت التعويض فالرأي الراجح الذي استقر عليه كل من الفقه والقضاء هو وقت صدور الحكم القاضي به، سواءً إشتد هذا الضرر أم خف في هذا الوقت عن حالته الأصلية يوم وقوع الفعل الضار².

فتقدير التعويض يثير صعوبات خاصة فيما يتعلق في الوقت الذي يتم فيه هذا التقدير، إذ قد يكون الضرر الذي يصيب المريض متغيراً وبالتالي يتعسر تعيين مداه وقت النطق بالحكم مما يؤدي إلى إعادة النظر في تقديره من جديد (أولاً) وقد تطرأ تغيرات في الأسعار بسبب تغيير القيمة الشرائية للنقود وقت وقوع الفعل الضار إلى غاية صدور الحكم النهائي بالتعويض (ثانياً).

أولاً: الضرر المتغير وإعادة النظر في تقديره.

يقصد بالضرر الطبي المتغير ذلك الضرر الذي يتغير بعد وقوعه إما بالزيادة أو النقصان، فقد يحدث وأن يتفاقم، لذا ينبغي على القاضي عند تقدير التعويض مراعاة ما وصلت إليه حالة المضرور من التحسن أو الإساءة وقت الفصل في الدعوى.

فمثال عن الزيادة في الضرر إصابة المريض بحساسية من جراء خطأ الطبيب لعدم إعطائه الدواء الموصوف، ولكن لما طلب بالتعويض تطور المرض وأصبح أشد خطورة على ما كان عليه في وقت صدور الحكم، بحيث أصبح المرض مزمنًا فلا شك في هذه الحالة أن

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 823.

² - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 71.

القاضي سيأخذ بعين الاعتبار تطور المرض من يوم وقوعه إلى غاية يوم الفصل في النزاع فالحكم الذي يصدره يكون على أساس انقلاب الحساسية إلى مرض مزمن¹.
 يطبق الأمر نفسه في حالة انخفاض خطورة المرض عما كان عليه في أول أمره، فالقاضي يحكم بالتعويض مع مراعاة الحالة التي كان عليه الضرر وما طرأ عليه من تحسن. في حالة ما إذا أغفل القاضي هذه التغيرات المحتملة للضرر ولم يفصل فيها لا إيجاباً ولا سلباً، فبإمكان المضرور أن يتقدم إلى نفس المحكمة والمطالبة بإعادة النظر في مقداره. في حالة ما إذا كان التغيير في الضرر ناتج عن خطأ المسؤول (الطبيب) فعليه بتعويض المصاب عما لحقه من ضرر قديم وجديد، أما إذا كانت هذه التغيرات التي أحدثت الضرر لا علاقة لها بخطأ المسؤول ولا بتقصيره، فإن المضرور لا يستحق أي تعويض عن تفاقم الضرر لأن مسؤولية كل إنسان محددة بمقدار ما يحدثه من ضرر جراء خطئه وليس مقدار ما لحق الطرف الآخر والذي لا صلة له بخطأ المسؤول.

ما يجب الإشارة إليه أنه على عكس الحالة الأولى، ففي حالة تناقص الضرر بعد أن يكون القاضي قد قدر قيمة التعويض لا يجوز إعادة النظر في قيمة التعويض إعمالاً بمبدأ حجية الشيء المقضي به، وهذا إعمالاً بنص المادة 131 ق.م.ج.²

ثانياً: أثر تغير قيمة النقد على مقدار التعويض.

إنّ تغير قيمة النقود بين فترة وقوع الفعل الضار وصدور الحكم بالتعويض يثير مشكلة تمديد مقدار التعويض على إثر تغيير قيمة النقود.

نظراً للتغير المستمر لقيمة النقود يقتضي عدم التقيد بمبدأ الاسمية للنقود، أي قيمتها العددية، بمعنى أنه يجب الإعتداد بزيادة الأسعار اللاحقة على صدور الحكم النهائي في تقدير التعويض عن الضرر الجسدي المستمر، بحيث يزداد مقدار التعويض بإرتفاع أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر، فإذا كانت حالة المريض تستلزم شراء أدوية إضافية

¹- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 825

²- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص ص 72-73.

أو الخضوع لطرق علاجية مكلفة، فالقاضي يقدر التعويض على ضوء تكاليف ساعة النطق بالحكم¹.

قضت محكمة النقض الفرنسية بأن للمضرور الحق في التعويض الكامل والجابر ويجب لذلك تقدير التعويض وفقا لقيمة الضرر في يوم النطق بالحكم، كما يجب عند إجراء هذا التقدير مراعاة زيادة الأسعار التي حدثت قبل الحكم، لكن ما يجب ملاحظته أنه في حالة قيام المريض بإصلاح ما لحقه من ضرر في جسمه أو في ماله وبعدها تغيرت الأسعار، فالقاضي لا يأخذ بعين الاعتبار عند تقديره للتعويض لهذه التغيرات بل يقضي بالتعويض بمقدار يساوي قيمة الضرر وقت قيامه بإصلاحه لا بوقت صدور الحكم².

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1103.

² - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 74.

الفصل الثاني

تقدير التعويض عن الضرر الطبي

إنّ قيام المسؤولية الطبية مرتبط بمدى توفر أركانها المتمثلة في الخطأ، الضرر وعلاقة السببية، فلا تقوم إلا إذا توافرت أركانها الثلاث، والتدخل الطبي (العلاجي أو الجراحي) على جسم المريض قد يؤدي إلى إصابته بأضرار (مادية أو معنوية) ناتجة عن خطأ ارتكب من طرف الطبيب.

من حق المريض المضرور المطالبة بالتعويض عمّا أصابه من أضرار جراء هذا الخطأ فالتعويض إذاً هو جزاء المسؤولية، إذ هو المقابل النقدي الذي يدفعه الطبيب تعويضاً عن الأضرار التي ألحقها بمريضه.

إنّ الوسيلة التي يستعملها المضرور في المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به هي دعوى التعويض التي تتمثل في تلك الدعوى القضائية التي يقوم المريض برفعها ضد المسؤول عن ما أصابه من ضرر، ومن أجل وصول المحكمة إلى تقدير التعويض المناسب للمضرور وجب إتباع مجموعة من القواعد (المبحث الأول) وباعتبار أن تقدير التعويض لا يخضع فقط إلى ما تمّ الاتفاق عليه بين الطرفين، فبالتالي وجب دراسة دور التقدير القضائي للتعويض في المجال الطبي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

قواعد تقدير التعويض عن الضرر الطبي

باعتبار أنّ الجزاء المهني المترتب عن قيام المسؤولية المدنية للطبيب هو التعويض ومن خلال إستقراء نصوص القانون المتعلقة بالصحة وكذا مدونة أخلاقيات الطب نلاحظ أنها لم تعالج بالتحديد قواعد ومعالم التعويض عن الضرر الطبي، وعليه فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة من أجل تحديد الأسس التي يقوم عليها تقدير التعويض (المطلب الأول) وكذا من أجل تبيان الصور المختلفة للتعويض عن الضرر الطبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

طرق تقدير التعويض عن الضرر الطبي

بالرجوع إلى القواعد العامة، فتقدير التعويض عن الضرر، قد يتكفل به المشرع بالنص عليه صراحة، وهو ما يسمى بالتقدير القانوني (الفرع الأول)، كما قد يترك هذا التقدير لإتفاق الطرفين وهو التقدير الإتفاقي (الفرع الثاني) وأخيرًا قد يقوم المشرع بمنح القاضي سلطة تقديره، وهذا هو التقدير القضائي للتعويض (الفرع الثالث).

الفرع الأول

التقدير القانوني

تنص المادة 182 ق.م.ج على: «إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخر في الوفاء به». يفهم من خلال هذه المادة أن مصدر تقدير التعويض قد يكون بموجب نص قانوني في حالة ما إذا لم يحدد الطرفان مقدار التعويض سلفاً.

لا مجال لتطبيق نص هذه المادة في إطار المسؤولية الطبية لكون إلتزام الطبيب ليس مبلغاً من النقود بل هو عبارة عن إتفاق بينه وبين المريض على أن يقوم بعلاجه مقابل أجر معلوم، كما أن تأخر الطبيب في علاج المريض قد يؤدي إلى إصابته بأضرار تمس بسلامته الجسدية، ومهما كان مبلغ التعويض الذي يمنحه للمريض بسبب التأخير لن يغطي حجم الأضرار اللاحقة به¹.

نجد أن المشرع الجزائري في غير المجال الطبي قد حدد مقدار التعويض في بعض القوانين الخاصة، فنجد مثلاً قانون رقم 83-13² المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية حدد التعويضات التي تمنح للمضروب من قبل هيئات الضمان الاجتماعي بسبب المرض والعجز الكلي المؤقت.

¹ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 78.

² - قانون رقم 83-13 مؤرخ في 20 جويلية 1983، يتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، ج.ر.ج. عدد 28، صادر بتاريخ 05/ جويلية 1983.

أمام غياب نص قانوني صريح سواءً في قانون الصحة أو في مدونة أخلاقيات الطب، فمقدار التعويض الذي سيمنح للمضرور نتيجة الأضرار التي لحقته سواءً عن العجز الجسماني أو الجمالي أو التآلمي يكون بتطبيق نص المادتين 131 و182 من ق.م.ج في مجال المسؤولية الطبية¹.

الفرع الثاني

التقدير الإتفاقي

يطبق هذا النوع من التعويض في نطاق المسؤولية العقدية، إذ يجوز لأطراف العقد أن يحددوا مسبقاً بموجب الإتفاق ما يجب أدائه من تعويض في حالة ما إذا قام أحد الأطراف بالإخلال بالإلتزام²، وهذا ما نصت عليه المادة 183 ق.م.ج: «يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176³ إلى 181».

يعرف كذلك التقدير الإتفاقي بالشرط الجزائي⁴، ويطبق على المسائل الاقتصادية، ويبقى عديم الأثر بالنسبة للأضرار الجسدية إذ لا يمكن أن تكون سلامة الإنسان الجسمية محل إتفاق مالي لإستحالة إعادة الحالة الصحية الأصلية⁵. كما أنّ تقديره يقع جزافاً على أساس أن الطرفان إتفقا عليه قبل وقوع الضرر، أيضاً الشرط الجزائي يكون غير مستحق في حالة ما إذا أثبت الطبيب أنّ المريض لم يلحقه أي ضرر عملاً بالمادة 1/184 ق.م.ج التي تنص: «لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أنّ الدائن لم يلحقه أي ضرر».

¹ - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 145.

² - مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 191.

³ - تنص المادة 176 من ق.م.ج على ما يلي: «إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه، ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين عن تنفيذ إلتزامه».

⁴ - يقصد بالشرط الجزائي ذلك الاتفاق الموجود بين المتعاقدين مسبقاً حول تحديد مقدار التعويض الواجب أدائه إذا أخل المدين مسبقاً بإلتزامه سواءً بعدم تنفيذه أو بالتأخر في تنفيذه، ولإعتبار هذا الاتفاق جزائياً يشترط أن يتم قبل الإخلال بالإلتزام، أما لو تم بعد ذلك يعتبر إتفاقاً على تعويض مستحق بالفعل. أنظر: عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 143.

⁵ - المرجع نفسه، ص 143.

في حالة قيام الطبيب بتنفيذ جزئي من التزامه فله أن يطالب القاضي بتخفيض مبلغ التعويض ليكون معادلاً للالتزام الذي لم يتم بتنفيذه أو لكونه تعسفي وذلك تطبيقاً للمادة 2/184 ق.م.ج، أما في حالة ما إذا كان الضرر يتجاوز بكثير مقدار التعويض المتفق عليه، فإن المريض لا يستطيع مطالبة الطبيب بزيادة مبلغ التعويض إلا في حالة واحدة وهي إذا أثبت أن الطبيب قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً¹. فإن استطاع إثبات ذلك، ففي هذه الحالة يتعين على القاضي زيادة مقدار التعويض ليكون متناسباً مع الضرر².

لابدّ من الإشارة إلى الاتفاقات المعدلة للمسؤولية في هذا النوع من التعويض الذي يخضع تقديره لإرادة المتعاقدين، حيث يجوز لطرفي العقد الاتفاق سواءً على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية الطبية العقدية شرط أن يكون الضرر الذي أصاب المريض ضرراً مالياً وليس جسماً، ذلك على أساس أن حياة المريض وسلامة جسمه لا يمكن أن تكون محلاً للاتفاقات ولا يكون الضرر الناتج عن خطأ الطبيب جسيماً أو ناجماً عن غش.

أما في مجال المسؤولية التقصيرية، فيبطل فيها كل اتفاق يقضي بالإعفاء أو التخفيف كون أحكامها تتعلق بالنظام العام، ولكن ما يجب الإشارة إليه أنه يمكن أن يتفق على تعديل أحكامها بالتشديد أو التخفيف، وذلك بعد تحقيق الضرر وهو ما يسمى بالصلح³. يجب الإشارة إلى أنه لا مجال للحديث عن الشرط الجزائي في مجال المسؤولية الطبية، لأن المريض لو رآه شك بأن الطبيب لن يجري له العملية الجراحية في اليوم المتفق عليه لقام بالاتفاق مع طبيب آخر، لأنّ من شأن هذا التأخير أن يؤدي إلى فقد المريض أثمن ما يملك ألا وهي الصحة والحياة⁴.

¹ - تنص المادة 185 ق.م.ج: «إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الإتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً».

² - تيرر محكمة النقص المصرية ذلك بقولها: «الغش يبطل التصرفات هي قاعدة قانونية سلمية، وتقوم على اعتبارات خلفية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والإحتيال وعدم الإنحراف عن جادة حسن النية الواجب توافرها المعاهدات والتصرفات عموماً صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات». بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 80.

³ - المرجع نفسه، ص ص 80 - 81.

⁴ - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 144.

الفرع الثالث

التقدير القضائي

خلافًا للتعويض القانوني والتعويض الاتفاقي فإنّ القاضي هو الذي يتولى مهمة تقديره وذلك في حالة ما إذا لم يكن التعويض محدد قانونًا أو إتفاقًا بين طرفي العقد¹، ويعتبر مظهرًا من مظاهر إعطاء القاضي دورًا إيجابيًا في حسم الدعوى المدنية، بمعنى أنّ القاضي لديه سلطة تقديرية للحكم بما يراه مناسبًا خاصة في دعوى التعويض، مراعيًا في ذلك الظروف الملائمة²، وهذا ما نصت عليه المادة 131 ق.م.ج.

إستنادًا لهذه المادة فإنّ القاضي يعتمد عند تقديره للتعويض على نص المادتين 182 و182 مكرر، إذ تقتضي المادة 182 ق.م.ج على أنه إذا لم يكن التعويض مقدراً مسبقاً في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب.

فيقدر القاضي في أوّل حالة سواءً بنفسه أو بمساعدة خبير جسامة الضرر الذي لحق المريض جراء خطأ الطبيب وبعدها يقوم بتقدير مدى تعويضه، والذي يشمل جميع المصاريف التي أنفقها المريض مثل مصاريف العلاج، مصاريف شراء الدواء، بما في ذلك أجره المستشفى وكذا أجره الطبيب، كما يشمل ما فات المريض من كسب³.

يعتمد القاضي في تقدير التعويض عن الضرر المادي على عناصر معيّنة، ومضمون تقرير الخبرة الذي يتضمن نسبة العجز التي حددها الخبير المكلف بتحديد مختلف الأضرار وتقييم نسبة العجز، لكنه لا يتقيد بها حين تقدير الضرر المعنوي، للقاضي السلطة التقديرية

¹ - مقدم سعيد، مرجع سابق، ص 193.

² - الظروف الملائمة هي تلك الظروف الشخصية للمجني عليه والتي يتوجب على القاضي مراعاتها عند تقديره للتعويض، ونعني بالظروف الشخصية ما يتعلّق بحالته الصحية البدنية والعقلية. نقلاً عن: رباحة زوليخة، مستاري عادل، معايير تقدير التعويض عن الضرر المعنوي وأشكاله، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 17، جوان 2018، ص 173.

³ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 81.

في تقديره جزافيا دون ذكر عناصر التقدير لإرتباط هذا النوع بالجانب العاطفي⁽¹⁾ الذي يصعب تحديده بموضوعية مهما كان حرص القاضي، وهذا ما جاء في قرارات المحكمة العليا، منها القرار الصادر بتاريخ 28 مارس 2000: الذي أكد على مبدأ مفاده أن: "عناصر التعويض عن الضرر المادي مختلفة عن عناصر التعويض على الضرر المعنوي، وعدم الفصل بين النوعين من التعويض لا يمكن المحكمة العليا من مراقبة تطبيق القانون" كما جاء فيه أنه: "إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني، فإنّ التعويض عن الضرر المادي لا بدّ من تحديد عناصره"⁽²⁾.

كما جاء في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 17 ديسمبر 2009 الذي يقضي بأن: " لا يستوجب التعويض عن الضرر المعنوي ذكر عناصر التقدير"⁽³⁾.

¹ - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، صادر بتاريخ 10/12/1990، المجلة القضائية، العدد الأول، 1990. جاء فيه: " إذا كان يتعين على قضاة الموضوع أن يعللوا قرارهم من حيث التعويض وهذا بذكر مختلف العناصر التي اعتمدوا عليها في ذلك، فإنّ الوضع يختلف إذا كان الأمر يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي، حيث بالفعل، أنّ التعويض عن مثل هذا الضرر يرتكز على العنصر العاطفي الذي لا يحتاج وبحكم طبيعته إلى تعليل خاص، مما يجعل لا يحتاج من هذه الناحية إلى تعليل خاص، علما أنّ رقابة المجلس الأعلى في هذا المجال تهدف أساسا إلى التأكد من عدم تشويه الطابع المعنوي للضرر المعوّض عنه".

² - قرار المحكمة العليا، الإجتهد القضائي للغرفة الجنائية، ملف رقم 231419، صادر بتاريخ 28 مارس 2000، (قضية: (ب.أ) و(ب.ض) ضد (ع.ع) ومن معه، حول موضوع: عناصر تقدير التعويض عن الضرر المادي مختلفة عن عناصر التعويض عن الضرر المعنوي، وعدم الفصل بين النوعين من التعويض لا يمكن للمحكمة العليا من مراقبة تطبيق القانون)، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد خاص، 2003.

³ - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 505072، صادر بتاريخ 17 ديسمبر 2009، (قضية: (ب.ي) ضد (ب.م) حول موضوع: تقدير التعويض عن الضرر المعنوي جزافيا، ولا يستوجب التعويض عن الضرر المعنوي ذكر عناصر التقدير)، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الأول، 2010. (ص.ص. 135-137).

المطلب الثاني

صور التعويض عن الضرر الطبي

تنص المادة 132 ق.م.ج على أنه: «يُعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسماً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً».

ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع».

يستخلص من خلال هذه المادة أن الهدف من التعويض هو السعي إلى إزالة الضرر كلما كان ذلك ممكناً، فالتعويض عن الضرر الطبي قد يقدم من المسؤول عن الضرر (فرع أول) وهو ما يسمى بالتعويض المباشر، غير أنه في المجال الطبي باعتبار أن الضرر يقع على جسم الإنسان، فالتعويض المباشر في غالبية الأحوال غير ممكن لذى لا يوجد سبيل أمام القاضي سوى باللجوء إلى طريقة أخرى للتعويض وهي التعويض المقدم من غير المسؤول (فرع ثاني) وهو ما يسمى بالتعويض غير المباشر.

الفرع الأول

التعويض المقدم من المسؤول عن الضرر

إستناداً إلى المادة 132 من ق.م.ج السالفة الذكر فإن التعويض قد يكون إما بإعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر وهو ما يسمى بالتعويض العيني (أولاً)، غير أنه في المجال الطبي باعتبار أن الضرر يقع على جسم الإنسان، فالتعويض العيني في غالبية الأحوال غير ممكن لذى لا يوجد سبيل أمام القاضي سوى باللجوء إلى طريقة التعويض بمقابل (ثانياً).

أولاً: التعويض العيني

يُقصد بالتعويض العيني إعادة الحال على ما كانت عليه قبل وقوع الضرر¹، والمشرع الجزائري إتجه نحو تطبيق التعويض العيني كأصل للتعويض عن الضرر ويظهر ذلك من خلال نص المادة 164 ق.م.ج التي تنص على أنه: «يجبر المدين بعد إذاره طبقاً للمادتين 180 و181 على تنفيذ إلتزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً».

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه يعتبر التعويض العيني، قبل الحكم بالتنفيذ العيني، أفضل طرق التعويض لأنه يهدف إلى إصلاح الضرر إصلاحاً كلياً بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه طبقاً لنص المادة 2/132 من ق.م.ج، والقاضي ملزم بالحكم بالتعويض العيني إذا كان ممكناً وطلبه المضرور (المريض) أو تقدم به المسؤول (الطبيب)².

باعتبار أن الهدف من التعويض العيني هو إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر هذا ما يجعل هذا التعويض معادلاً للضرر بحيث لا يزيد عنه ولا ينقص، ذلك من أجل أن يكون الوضع بعد دفع التعويض متعادلاً مع الوضع السابق قبل حصول الضرر³. يمكن إيجاد هذا النوع من التعويض في حالة العمليات الجراحية، فمثلاً في حالة ما إذا ولدت امرأة بالعملية القيصرية، وقام طبيب التوليد بترك بعض الأدوات في جسمها وسببت لها أضراراً، ففي مثل هذه الحالة، فإنّ القاضي يحكم بإصلاح التلف وإزالة الأدوات التي تركها في جسمها بإجراء عملية جراحية جديدة⁴.

¹ - وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة أطروحة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2008، ص 126.

² - فريد عيسوس، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2003، ص 163.

³ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 84.

⁴ - عمارة مخاطارية، الضرر الطبي الموجب للتعويض وآثاره القانونية، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانه، غيليزان، العدد الثامن، جوان 2017، ص 408.

كذلك بالنسبة للطبيب الذي يخطئ في إجراء عملية جراحية أو في تضميد جرح ويترتب عن ذلك تشويهاً لجسم المريض، فيمكن للقاضي الحكم بإصلاح ذلك التشويه بإزالته سواءً عن طريق علاجه أو إجراء عملية ثانية مماثلة¹.

إنّ الأصل في المسؤولية العقدية هو التنفيذ العيني والإستثناء هو التعويض، كأن تتفق المريضة مع الجراح على موعد محدد لإجراء لها عملية جراحية من أجل إستئصال ورم ليفي إلا أنّ الجراح تقاعس عن إجرائها في اليوم المتفق عليه، ففي هذه الحالة يمكن للمريضة اللجوء إلى القضاء لمطالبته بإجراء العملية الجراحية المتفق عليها، فإذا رأى القاضي أن تنفيذ العملية ممكناً سيصدر حينئذ حكماً بالتنفيذ العيني وليس بالتعويض العيني، وإذا رأى القاضي أن التنفيذ العيني مستحيل فيلزمه بتعويض المريضة عن الأضرار اللاحقة بها نتيجة عدم إجراء العملية الجراحية².

لابد من الإشارة هنا أن بعض من الفقهاء لم يميزوا بين التنفيذ العيني والتعويض العيني ووصفهما بأنهما مصطلحين مترادفين في المعنى ومن بين هؤلاء عبد الرزاق السنهوري الذي إتجه في البداية إلى القول بعدم وجود فارق بين التنفيذ العيني والتعويض العيني لكونهما وفاء بالإلتزام عينا، إلا أنه تراجع عن هذه الفكرة في الجزء الثاني من الوسيط فوضح الفرق بينهما بحيث قال: «أنّ التنفيذ العيني يكون قبل وقوع الإخلال بالإلتزام فنكون بذلك أمام حالة التنفيذ العيني عن طريق عدم الإخلال به، أمّا التعويض العيني فيكون بعد وقوع الإخلال بالإلتزام»³.

إنّ حرية القاضي في تقدير التعويض غير مطلقة بل يقيدتها بعض الشروط المتعلقة بالمجال الطبي وهي:

¹ - قضت في هذا الشأن محكمة التمييز الأردنية بإلزام الطبيب المعالج الذي ألحق تشويهاً بوجه المريض بتكاليف عملية جراحية لإعادة الحال إلى ما كان عليه، وعند صعوبة أو إستحالة التعويض العيني يصار إلى التعويض بمقابل نقدي قرار محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق، الملف رقم 224، 55 بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 84 - 85.

² - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 135.

³ - ناصر رانية، التقدير القضائي للتعويض، مجلة أبحاث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد بن بلة، وهران 1، العدد الثالث، ديسمبر 2016، ص 131.

- لا يمكن اللجوء في بعض حالات الضرر الجسماني والأدبي إلى التعويض العيني نظراً للناحية الإنسانية فيها، كالإعتداء على الشرف والسّمية والعواطف، أو إحداث ضرب أو جروح.

- يشترط أن يكون التنفيذ العيني ممكناً، أما إذا صار مستحيلاً، يحكم بالتعويض بمقابل¹ كحالة وقوع مانع يحول دون تأدية الطبيب لعمله، فإذا مرض فجأة سيحول دون قيامه بتنفيذ إلتزامه بعلاج المريض.

- إذا شكل التعويض العيني إرهاقاً للمدين، فلا محل لإجباره على تنفيذه وبالتالي يحكم بالتعويض بمقابل².

نلاحظ أن تطبيق التعويض العيني في مجال المسؤولية الطبية أمراً عسيراً وصعباً وفي بعض الأحيان مستحيل استحالة مطلقة، كأن يرتكب الطبيب الجراح خطأ أثناء إجراء العملية فيستأصل رحم المرأة عوض الورم الليفي فينتج عنه الإصابة بالعم، ففي هذه الحالة يستحيل إعادة الحالة الصحية للمريضة قبل ارتكاب الجراح لخطئه.

كذلك لا يمكن تصور التعويض العيني للطبيب الذي أجرى عملية جراحية لإمراة مريضة بالسرطان، فبدلاً من استئصال الثدي المصاب قام بإستئصال الثدي السليم، ففي هذه الحالة التعويض العيني مستحيل، فلا يستطيع الجراح إعادة الحالة عما كانت عليه قبل استئصال الثدي السليم³.

يستخلص مما تقدم أن التعويض يكون في الأصل تعويضاً عينياً بإعادة الحال، عما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار، كان يأمر القاضي مثلاً بعلاج المريض على نفقة الطبيب، هذا إذا كان التنفيذ العيني ممكناً، ولكن إذا كان مستحيلاً وخاصة إذا تعلق الأمر

¹- زيوي عكرية، المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي، مذكرة تخرج للنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود

ومسؤولية كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص ص 57-58.

²- بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 184.

³- عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 136.

بأضرار جسدية أو بوفاة فإن الحكم بمثل هذا التعويض يكون عسيرًا، والغالب في هذه الحالة هو الحكم بالتعويض بمقابل لأن كل الأضرار تكون قابلة للتقويم بالنقود¹.

ثانياً: التعويض بمقابل في المجال الطبي.

أشرنا فيما سبق أن الأصل في التعويض هو أن يكون عيني وذلك بإعادة الحال، كما كانت عليه قبل وقوع الضرر.

أما إذا أصبح التنفيذ العيني متعذراً وذلك إما لإستحالته إستحالة تامة، أو لم يصبح فيها مستحيل إستحالة تامة ولكن لا يمكن إجبار المدين عليه، فإنّ القاضي لا يكون ملزماً بالحكم بالتنفيذ العيني، لذلك وجب عليه اللجوء لتعويض من نوع آخر الذي هو التعويض بمقابل².

نصّ المشرع الجزائري على التعويض بمقابل في نص المادة 176 ق.م.ج³ الذي يتخذ إحدى صورتين، فقد يكون تعويضاً نقدياً (أولاً)، كما قد يكون تعويضاً غير نقدي (ثانياً).

1- التعويض النقدي.

يقصد بالتعويض النقدي المبلغ المالي الذي يحكم به القاضي للمضروب من أجل جبر الضرر الذي لحق به⁴، بمعنى أنه في حالة ما إذا تعذر على المحكمة إصدار حكم بالتعويض العيني، تلجأ إلى جبر الضرر الحاصل جراء الفعل الضار، بالحكم بالتعويض النقدي الذي يتخذ شكل مبلغ من النقود يمنح للمضروب.

وبخصوص طريقة دفعه فإنّ المشرع الجزائري حدده في ثلاثة أنواع وهي إما أن يكون دفعة واحدة أو مقسطاً أو إيراداً مرتباً، بحيث تنص المادة 132 ق.م.ج على: «يعين

¹ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص ص 86-87.

² - لعربي كريمة، التعويض في المسؤولية المدنية، منكرة تخرج لنيل شهادة ماستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ألكلي محند أولحاج البويرة، 2013، ص 24.

³ - تنص المادة 176 ق.م.ج على أنه: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

⁴ - وائل تيسير محمد عساف، مرجع سابق، ص 128.

القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ويقدر التعويض بالنقد...»¹.

أ- التعويض في صورة دفعة واحدة:

يفضّل المضرور في بعض الأحيان الحصول على التعويض دفعة واحدة على أساس أنه يمنح له حرية التصرف في المبلغ المتحصل عليه دفعة واحدة، غير أن المدين الذي هو محدث الضرر يفضل أن يدفع مبلغ التعويض للمضرور على شكل أقساط أو إيراد مرتب لمدى الحياة حتى يكون دفعه سهلاً أو من أجل ربح المدة المتبقية في حالة موت المضرور².

ثار خلاف، فقهي حول إمكانية إسقاط جزء من المبلغ الإجمالي لمصلحة محدث الضرر (المدين)، قال في هذا الشأن الفقيه جان بدور أن هناك أحكام قضائية مستقرة تجيز مثل هذا الاقتطاع إلى جانب وجود قواعد قانونية تقتضيه وتبرره، ذلك لأن المسؤول يتعرض إلى خسارة كبيرة إذا حصل المضرور على مبلغ التعويض دفعة واحدة ومات بعد مدة قصيرة من حادث جديد، وبخلاف ذلك إذا كان التعويض يدفع على شكل إيراد مرتب، إذ يتوقف هذا الإيراد بمجرد موت المضرور، وذلك فمن العدالة أخذ هذا الاحتمال يعين الاعتبار وتعويض المسؤول عن مثل هذا الخطر بإعطائه الحق في استقطاع جزء من مبلغ التعويض³.

وتطبيق هذا الرأي في المجال الطبي، إثر بتر ذراع المريض المتعفنة لسوء وضع الجبس على ذراعه المكسورة من طرف الطبيب المعالج، فحكم على الطبيب بأن يدفع للمضرور مبلغ التعويض دفعة واحدة عن كل الأضرار المادية والمعنوية، وتوفي المريض خلال مدة وجيزة نتيجة سبب آخر غير بتر ذراعه ألا وهو حادث مرور، فحسب رأي الفقيه "جان بدور" فإن الطبيب المخطئ تعرض لخسارة كبيرة بخلاف لو حكم على الطبيب بأن يدفع مبلغ التعويض على شكل أقساط أو إيراد مرتب لمدى الحياة، لكان الطبيب في هذه

¹- يلاحظ من خلال صياغة نص هذه المادة أنها ذكرت حالة التعويض المقسط، ثم إيراداً مرتباً، ثم على التعويض النقدي الذي يقدر دفعة واحدة، بينما كان يجب على المشرع نكر العكس، فينص أولاً على التقدير النقدي، ثم ينكر باقي الصور، ولهذا من الأفضل تعديل صياغة هذه المادة. أنظر: بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 89.

²- المرجع نفسه، ص 88.

³- عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 138.

الحالة تخلص نهائياً من دفع مبلغ التعويض المحدد للمضروب مدى الحياة أو الأقساط المتبقية بسبب وفاته، لذلك لا بد من تعويض الطبيب المخطأ عن مثل هذا الخطر وذلك بالحكم بإستقطاع جزء من مبلغ التعويض بمعنى أنه سيسترجع جزء من مبلغ التعويض الذي قدمه للمريض المتوفي¹.

إنّقد الفقيه "ديريه Dereux" هذه الحجة على أساس أنه مهما كان مبلغ التعويض الممنوح للشخص المضروب لتعويضه عن الضرر المعنوي، فإن ذلك لا يعيد له الطمأنينة والبهجة²، كما أنه من المحتمل أن يبقى المضروب على قيد الحياة أكثر مما قدر له بحسب جداول الوفاة، فحصول المضروب على التعويض دفعة واحدة يكون بذلك قد حصل على مبلغ أقل من مجموع الإيراد الذي كان سيحصل عليه خلال مدة حياته.

يعتبر رأي الفقيه "ديريه Dereux" رأياً صائباً فالمرضى المصاب بعاهة مستديمة بسبب بتر ذراعه نتيجة خطأ الطبيب المعالج والذي يمكن أن يعيش لمدة طويلة، مما يجعل المبلغ الإجمالي للتعويض المقدم له لا يكفي لتعويضه على جميع الأضرار اللاحقة به، حتى ولو توفي المريض خلال فترة قصيرة من الحكم لصالحه بمبلغ تعويض إجمالي فمن غير العدل والمنطق إستقطاع جزءاً من مبلغ التعويض لصالح الطبيب المسؤول (المخطئ)، خاصة وأن هذا المريض له أسرة يعيلها، فسيستفيد ورثته من المبلغ المتبقي³.

رفض القضاء الفرنسي الأخذ بمبدأ الاقتطاع من المبلغ الإجمالي فتتجه المحاكم الفرنسية إلى تقسيم مبلغ التعويض إلى قسمين، الأول يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي (الآلام والمعانات والضرر الجمالي) يدفع دفعة واحدة، وقسم ثاني يتعلق بالضرر المادي للمضروب (المريض) وذلك عن ضعف قدرته عن العمل في المستقبل يدفع على شكل أقساط⁴.

1- عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 138.

2- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 88.

3- عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 138.

4- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص ص 88-89.

لا توجد أحكام قضائية تأخذ بهذا الاقتطاع في القضاء الجزائري لكن ما دام القضاء يتقيد بظروف الضرور لا المسؤول فهذا من شأنه أن يؤدي إلى رفض مثل هذا الاقتطاع¹.

ب - التعويض في صورة أقساط:

يحكم القاضي بتعويض مقسط في حالة إصابة الضرور بعجز ناتج عن خطأ الطبيب أو المستشفى ومن شأن هذا الضرر إيقافه عن العمل مدة معينة من الزمن حتى يشفى من إصابته².

كما لو كسرت ساق المريض نتيجة سقوطه فوق طاولة العمليات وهو تحت تأثير تخدير فتستوجب هذه الإصابة مكوثه في المستشفى لتلقي العلاج لفترة زمنية معينة مما يمنعه عن العمل والكسب خلال هذه المدة وهذا سيعرقل دفع تكاليف العلاج ومتطلبات المعيشة بسبب عدم قدرته عن العمل، فبالرجوع إلى نص المادة 132 السالفة الذكر فإن القاضي في مثل هذه الحالة فإنه يقوم بتعيين طريقة التعويض حسب الظروف وحتى دون أن يتوقف على طلب الضرور، فيصح في هذه الحالة أن يكون التعويض مقسطا الذي يدفع على شكل أقساط تحدد مدتها ويعين عددها، كأن تُدفع أسبوعيا وشهريا ويتمثل مجموع الدفعات التعويض المحكوم عليه على المسؤول ويتم إستيفاء التعويض بدفع آخر قسط³.

نستنتج من خلال نص المادة 132 في فقرتها الثانية أنه يجوز للقاضي في حالتي التعويض المقسط والإيراد المرتب أن يطلب من المدعي عليه بتقديم تأمين والذي يجد مجاله في المسؤولية التقصيرية دون العقدية.

يعتبر مبلغ التأمين مبلغ كماله، كما لو قام المسؤول (الطبيب أو المستشفى) بالتأمين على المسؤولية لدى شركة التأمين فتقوم بدورها بدفع التعويض إلى الضرور في صورة أقساط في حالتي التعويض المقسط أو التعويض في شكل إيراد مرتب، وهذا ما ورد في نص

¹ - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 138.

² - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 138.

³ - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 139.

المادة 02 من أمر رقم 95-07¹ على أن «إن التأمين في مفهوم المادة 619 من القانون المدني، عقد يلزمه المؤمن بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له أو الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو أي أداء مالي آخر في حالة الخطر المبين في العقد وذلك مقابل قسط أو أي دفعات مالية أخرى...».

ج- التعويض في صورة إيراد مرتب:

يحكم القاضي على المسؤول بالتعويض للمضرور على شكل إيراداً مرتب عندما يتعلق الأمر بحالات العجز الكلي أو الجزئي التي تصيب المريض في جسمه والتي تنتج عنه عجزاً عند أداء عمله²، كما لو قام الطبيب باستئصال كلية المريض أو بتر ساقه السليمة بدلا من العضو المريض³، فيصيبه إثر هذا الخطأ عجزاً جسمانيا دائماً يقعده عن العمل و ينتج عنه نقصاً في ذمته المالية، فيحكم القاضي لصالح المضرور بإيراد مركب لمدى الحياة⁴ ولا ينقطع إلى بموته⁵.

لا يمكن ربط مرتبات الإيراد مدى الحياة بإرتفاع المعيشة لأنه لا يعقل أن يبقى المسؤول عن الضرر تحت رحمة الظروف الاقتصادية التي لا علاقة لها هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن القانون قد ألزم القاضي لحظة تقديره للتعويض بأن يأخذ بعين الاعتبار

¹ - أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995، يتعلق بالتأمينات، ج.ج.ج عدد 13، صادر بتاريخ 08 مارس 1995، معدّل ومنتّم.

² - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 90.

³ - يعتبر هذا الخطأ جسيم، ويقصد به عدم بذل العناية بشؤون المريض وهي أخطاء لا تصدر من كافة الأطباء بل بتصور وقوعها فقط من الطبيب المستهتر، ومتى ارتكب الطبيب هذه الأخطاء تقوم مسؤوليته، وبالنسبة لجسامة الخطأ تزداد وتنقص كلما زاد توقع الطبيب لإحتمالية وقوع الضرر من عدمه، وقياساً على ذلك يمكن القول أنه يمكن وصف الخطأ الذي يصدر من الطبيب جسيماً، في حالة ما إذا رأى طبيب آخر يقض ذات مستوى وفي نفس الظروف الخارجية أنه من المحتمل أن يحدث أضراراً ومع ذلك يُجازف ويقوم بها، فدرجة جسامة خطأ الطبيب تقدر بدرجة احتمال حدوث الأضرار للمريض والعكس صحيح إذا كلما قل احتمال وقوع الضرر كلما خفت درجة وقوع الخطأ وخفت، عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 141.

⁴ - يختلف التعويض المقسط عن الإيراد المرتب لمدى الحياة في أن الأول محدد العدد و الثاني غير معرف عدده لأنه يرتبط بحياة الشخص فلا يعرف تاريخ الموت، ويشتركان في أن كل منهما يقع دورياً في صورة دفعات محددة. بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 89.

⁵ - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 141.

الضرر المستقبلي والمتمثل فيما فات المضرور من كسب، وهذا لا يعني قيام القاضي بمراجعة الإيراد كلما ظهرت إقتصادية جديدة لأن هذا يعتبر إجحافاً في حق المسؤول في تحميل ظروف خارجية عنه¹.

باعتبار أنّ الدين قد يبقى مدة طويلة (طوال حياة المضرور) فقد خول المشرع الجزائري للقاضي أن يطلب من المدعى عليه أن يقدم تأميناً وهذا ما نستشفه من الفقرة الأولى في المادة 132 السالفة الذكر.

يدفع التأمين في صورة مبلغ نقدي إلى شركة التأمين من قبل المسؤول لتقوم بدورها بتحويله إلى المضرور في صورة دفعات دورية أو في صورة الإيراد المرتب لمدى الحياة ويكون هذا بمثابة تأمين للدائن².

2- التعويض غير النقدي.

هو أن تأمر المحكمة بأداء معين على سبيل التعويض وهذا النوع من التعويض لا يعتبر تعويض عيني ولا تعويض نقدي ولكنه قد يكون أنسب ما تقتضيه الظروف³، فقد يكون من مصلحة المضرور أن يطالب بتعويض غير نقدي.

لم يذكر المشرع الجزائري التعويض غير النقدي في المادة 176 ق.م.ج وإنما إقتصرت على ذكر أنه عند إستحالة التنفيذ العيني، يحكم القاضي على المدين بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه، دون تحديد نوع هذا التعويض هل هو نقدي أو غير نقدي، ولكن بالرجوع إلى الفقرة الثانية من نص المادة 132 ق.م.ج يفهم من مضمونها أن التعويض يقدر نقدًا ولكنه يجوز للقاضي وفقاً للظروف، وبناءً على طلب المضرور أن يأمر بالتعويض العيني، وأن يحكم بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع على سبيل التعويض، مما يعني إمكانية اللجوء للتعويض غير النقدي من أجل جبر الضرر الذي لحق بالمريض⁴.

¹- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 90.

²- عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 141.

³- جلال بلقاسم، المسؤولية المدنية للصيدلي بإعتباره بائعاً للدواء، مذكرة لنيل شهادة ماستر في العلوم القانونية تخص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015، ص 124.

⁴- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 92.

يجد هذا النوع من التعويض تطبيقه فيما يخص الأضرار المعنوية (الأدبية) التي تصيب المضرور في شعوره أو كرامته أو سمعته، وفي غير هذه الحالات أي عندما يتعلق الأمر بآلام أو بخسارة لحقته أو كسب فاتته، فإنه يمكن للقاضي أن يستعين بخبير من أجل تقويم هذه الأضرار بالنقود¹.

يظهر تطبيق هذه الحالة في المجال الطبي في حالة ما إذا قام الطبيب بفحص مريضه فقام بالكذب على عائلتها بإخبارهم أنها حامل، فرفعت شكوى على هذا الطبيب بسبب الكذب، فصدر حكم بإدانته، فتقضي المحكمة بنشر هذا الحكم في الصحف ويعتبر هذا النشر تعويض غير نقدي عن الضرر المعنوي اللاحق بالمريضة².

الفرع الثاني

التعويض المقدم من غير المسؤول

أشرنا فيما سبق إلى أن التطور الهائل الحاصل في المجال الطبي قد أدى إلى تفاقم الأخطاء الطبية التي تحمل المرضى عناء نتائجها لزمّن طويل، وبالتالي كان لابد من إيجاد نظام إلزامي لجبر الضرر والحصول على التعويض وهو التأمين لدى أحد شركات التأمين (أولاً) غير أنّ إصابة المريض بضرر أثناء تلقيه العلاج قد لا يرجع إلى خطأ الطبيب، مما يطرح إشكالية تعويضه، مما أدى بالقانون الفرنسي إلى استحداث نظام جديد للتعويض من هذه الأضرار وهو ما يعرف بالتعويض بإسم التضامن الوطني (ثانياً).

أولاً: تغطية عقد التأمين للمسؤولية المدنية للطبيب المسؤول عن الضرر.

إنّ تزايد فرص وقوع الأطباء في الخطأ و إلزامهم بالتعويض عنها، أدى إلى ظهور فكرة توزيع هذه المخاطر على بعضهم البعض عن طريق التأمين من المسؤولية ليمكنوا من مواصلة نشاطهم في المجتمع دون الخشية من الانهيار الاقتصادي من دعاوي المسؤولية³

¹ - جلال بلقاسم، مرجع سابق، ص 124.

² - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 142.

³ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 131.

وبناءً على ذلك وجب تقديم تعريف للتأمين من المسؤولية المدنية وبيان مدى إلزاميته وأيضاً وجب دراسة المخاطر التي يغطيها وأهميته.

1- تعريف التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب:

يعرّف التأمين من المسؤولية بأنه عقد يضمن بموجبه المؤمن الأضرار التي تعود على المؤمن له نتيجة دعاوي الغير عليه بالمسؤولية المدنية، وعلى إثر هذا العقد يضمن المؤمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له المدنية بسبب الأضرار اللاحقة بالغير¹.

أو بعبارة أخرى هو ذلك العقد الذي بموجبه يؤمن المؤمن له من الأضرار التي تلحق به نتيجة رجوع الغير عليه وذلك بسبب الأضرار التي يلحقها بدوره بالغير والتي يعتبر مسؤولاً عنها قانوناً.

بناءً على ذلك فالتأمين من المسؤولية المدنية الطبية هو عقد بموجبه يؤمن المؤمن (شركة التأمين) الطبيب باعتباره مؤمناً له عن الأضرار التي تلحق به من جراء رجوع المريض (أو ذويه، أو ورثته أو المستحقين من الخلف أو المتضررين من الغير) عليه بالمسؤولية الطبية أثناء ممارسته لمهنته لإرتكابه مجموعة من الأخطاء توجب المسؤولية². تجدر الإشارة إلى أنّ عقد التأمين الذي يبرمه الطبيب هو عقد مهني، فهو يغطي الأخطار التي تنتج عن الأخطاء المرتكبة من طرف الطبيب أثناء ممارسته لمهنته، فالخطر إذن مرتبط بممارسة المهنة، وهو بذلك يختلف عن التأمين الذي يبرمه المهني باعتباره شخصاً عادياً.

لا يقصد بالتأمين من المسؤولية³، تأمين الغير من الإصابة التي تقع عليه من المؤمن له وإلاّ أصبح تأمين على الأشخاص، وإنما يقصد به تأمين المؤمن له بنفسه من ضرر يقع على ماله من جراء رجوع الغير عليه بالمسؤولية¹.

¹ - بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي في ظل أحكام المسؤولية المدنية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019، ص 340.

² - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 132.

³ - لا يختلف التأمين من المسؤولية على أنواع التأمين الأخرى في طريقة توزيع العبئ المالي، الذي يقع على الذمم المالية للمؤمن لهم، إذ يتولى المؤمن بالطرق الفنية خلق نوع من التعاون غير المباشر بين مجموع المؤمن لهم على تحمل الخسارة

كما عرف المشرع الجزائري عقد التأمين في نص المادة 619 ق.م.ج على أنه: «عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيراد أو أي عرض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن به للمؤمن».

2- التأكيد على إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب

زاد التطور التكنولوجي الهائل الذي مس العلوم والمهن الطبية وما صاحبه من اكتشافات للأجهزة الطبية والأدوات التي تستعمل في التدخلات الطبية من الأخطاء المرتكبة من طرف الأطباء وأصبحوا عرضة للمساءلة القانونية عما يسببوه من أضرار نتيجة أخطائهم الشخصية والجماعية، وعلى هذا الأساس أصبح للتأمين أهمية على المسؤولية الطبية، سواءً بالنسبة للمريض أو الطبيب أو المستشفى للتأمين من المخاطر التي يمكن أن يتعرضوا لها أثناء ممارستهم لمهنتهم وهو الأمر الذي جعل الكثير من الدول تتجه نحو فرض إجبارية التأمين من المسؤولية الطبية.

ألزمت التشريعات في الكثير من الدول الأطباء على التأمين عن مسؤوليتهم المدنية الناجمة عن أخطائهم المهنية المرتبطة بممارسة العمل الطبي، وتكمن الغاية من ذلك في ضمان تعويض مالي للمريض المضرور عما قد يصدر من أخطاء أثناء الممارسة الطبية، فتكريس نظام التأمين الإجباري من المسؤولية هو من أجل تغطية نتائج المخاطر التي قد تتجم عن استعمال الآلات والأجهزة أثناء التدخل الجراحي².

ألزم المشرع الجزائري المؤسسات الصحية المدنية وكل ممارسي المهن الطبية الذين يمارسون بصفة حرة بإككتاب تأمين من أجل تغطية مسؤوليتهم المدنية والمهنية تجاه مرضاهم وكذا الغير ويظهر ذلك في المادة 167 من الأمر رقم 95-07 المتعلق

التي تصيب بعضهم، عند تحقق مسؤوليتهم، فيتوزع عبئ الضرر الذي يلحق الفرد على المجموع، بحيث ينحصر هذا العبء بمقدار قسط التأمين الذي دفعه كل مؤمن له، بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 132-133.

¹- المرجع نفسه، ص 133.

²- بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي في ظل أحكام المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 341-

بالتأمينات¹، التي تنص على أنه: «يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي وشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير، ويتعرض كل مخالف لهذا الإلتزام إلى غرامة مالية من 5000 دج إلى 100.000 دج، بغض النظر عن وجوبه إكتتاب التأمين»².

أكدت المادة 296 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة على هذا الإلتزام بنصها «يتعين على الهياكل والمؤسسات العمومية والخاصة للصحة وكذا كل مهنيي الصحة الذين يمارسون بصفة حرة إكتتاب تأمين يغطي مسؤوليتهم المدنية والمهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير».

رغم عدم ورود عبارة التأمين من الأخطاء الطبية لاسيما الجراحية منها في المادتين أعلاه إلا أنه في اعتقادي أرى أن إستعمال المشرع الجزائري عبارة "تغطية مسؤوليتهم المدنية والمهنية"، سواء في الأمر رقم 95-07 أو القانون رقم 18-11 يعني أن الجراح الممارس لحسابه الخاص باعتباره عضواً كغيره من الأطباء في السلك الطبي أو مهني الصحة ملزم بإكتتاب تأمين عن كل الأفعال التي توجب مسؤوليته المدنية والمهنية بما في ذلك الأخطاء أثناء التدخل الجراحي³.

أكد كذلك المشرع الجزائري على إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية الطبية لممارسي القطاع الخاص في المرسوم التنفيذي رقم 07-321 مؤرخ في 22 أكتوبر 2007 سالف الذكر في مادته السادسة (06) التي تنص: «يتعين على المؤسسة الاستشفائية الخاصة إكتتاب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية للمؤسسة ومستخدميها ومرضاهم».

تجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من أن نظام التأمين من المسؤولية له ميزة أساسية وهي أنه يجعل شركة التأمين تتكفل بدفع مبلغ التعويض للمريض المضرور بدلا من الجراح

¹- أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 جانفي 1955 يتضمن قانون التأمينات ج.ر.ج. عدد 13، صادر بتاريخ 08 مارس 1995 معدل ومتمم.

²- راجع المادة 184 من أمر رقم 95-07 يتضمن قانون التأمينات، سالف الذكر.

³- نقلا عن: بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي في ظل أحكام المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 343.

المسؤول وهو الأمر الذي يبعث الطمأنينة في نفس المضرور، إلا أن هذا النظام لم يسلم من النقد، فيرى البعض أن هذا النظام ينمي لدى المستفيد المؤمن له لا مبالاة وعدم الإكتراث مما ينتج عنه تقاعس الطبيب في أداء واجباته تجاه المريض نظراً لما يقدمه له هذا التأمين من تحصيل من المساءلة¹.

3- نطاق التأمين من المسؤولية المدنية الطبية:

إنّ النشاط الطبي كأبي نشاط مهني آخر قد يتضمن مخاطر وأضرار يمكن أن يغطيها التأمين وصور أخرى لا يمكن أن تقبل شركات التأمين تغطيتها بشكل مطلق.

أ- المخاطر الطبية التي يغطيها التأمين من المسؤولية:

تعتبر المسؤولية المدنية الناتجة عن خطأ الطبيب محل عقد التأمين، وهي الخطر المؤمن منه، لأن الهدف من التأمين من المسؤولية في المجال الطبي هو ضمان الذمة المالية للطبيب أو الجراح أو الفنيين العاملين في المجال الطبي أو المستشفيات والعيادات الخاصة من مطالبة المريض المتضرر من جراء الخطأ أثناء التدخل الطبي، حيث أن شركة التأمين ستتكفل بدفع التعويضات التي ستترتب على ذمة الجراح حال ثبوت مسؤوليته المدنية عن خطته².

ب- الأضرار الطبية التي يغطيها عقد التأمين من المسؤولية:

يغطي عقد التأمين من المسؤولية الأضرار الناشئة عن نشاط الطبيب سواءً المادية منها أو المعنوية، فعقد التأمين الذي يبرمه الطبيب يغطي الأضرار التي تنتج عن ممارسة الطبيب لمهنته دون أن يمتد إلى تغطية الأضرار الناجمة عن نشاطه باعتباره شخصاً عادياً ويقتصر أيضاً التأمين على المسؤولية المدنية دون الجنائية التي تعتبر مسؤولية شخصية.

- التأمين يشمل مسؤولية الطبيب المدنية سواءً أكانت عقدية أم تقصيرية:

إنّ الأصل في المسؤولية المدنية للطبيب أنها مسؤولية عقدية، كما يمكن أيضاً أن تكون تقصيرية ومما لا شك فيه أن التأمين يغطي شقي المسؤولية المدنية.

¹- بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي في ظل أحكام المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 344.

²- بوخرس بلعيد، المرجع نفسه، ص 345.

تجدر الإشارة أنه لا يثور أي إشكال في حالة ما إذا حدد عقد التأمين صراحة تغطيته لشقي المسؤولية المدنية، إنما يثور المشكل في حالة ما إذا تضمن العقد على ضمان المسؤولية المدنية دون تحديد نطاق تلك المسؤولية إذ كانت عقدية أو تقصيرية أو كلاهما. إن في حالة ما إذا لم يحدد عقد التأمين شق المسؤولية التي يتكفل بتأمينها فإنه في هذه الحالة يجب أن يغطي مسؤوليته سواءً أكانت عقدية أو تقصيرية، ولا تقتصر فقط على إحداها دون الأخرى¹.

4 - التأمين يغطي المسؤولية الناجمة عن استعمال الآلات والأجهزة أثناء التدخل الجراحي:
تقوم هذه المسؤولية كأصل على أساس المسؤولية العقدية وذلك في حالة ما إذا كانت العلاقة بين الجراح والمريض علاقة عقدية ويترتب على ذلك قيام المسؤولية على الخطأ الواجب الإثبات وليس على الخطأ المفترض، وفي هذه الحالة يجب على المريض إثبات خطأ الجراح، بأن يبين أنه قد استعمل جهازاً لا يجوز استعماله أثناء إجراء التدخل الجراحي. بينما تكون مسؤولية الجراح عن استعمال الآلات والأجهزة الطبية أثناء التدخل الجراحي تقصيرية في حالة إنعدام عقد بين المريض والطبيب وفي هذه الحالة تكيف هذه المسؤولية على أساس مسؤولية عن حراسة الأشياء غير الحية وفقاً لما جاء في نص المادة 138 ق.م.ج².

فعقد التأمين يغطي الأضرار الجسدية التي تقع بفعل الأدوات المهنية لأنها تفترض أن تكون في عيادة الطبيب أو في المستشفى المؤمن له والتأمين يغطي أضرار هذه الأدوات والآلات في حالة الاصطدام بها، أو انفجارها أثناء استعمالها من قبل الطبيب المعالج، ومن قبل تابعيه³.

4 - أهمية نظام التأمين من المسؤولية بالنسبة للطبيب:

يعتبر التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب إلزامي نظراً للقواعد والنتائج المرجوة منه لكلا طرفي العقد، سواءً بالنسبة للطبيب أو المريض.

¹ - بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي في ظل أحكام المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 345 - 346.

² - بوخرس بلعيد، المرجع نفسه، ص 347.

³ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 181.

أ- أهمية نظام التأمين من المسؤولية بالنسبة للطبيب:

يؤدي نظام التأمين الإلزامي إلى خلق وعي تأميني لدى مجموع الأطباء والجراحين مما يساعد على رفع مستواهم المهني، ويخلق لديهم الحافز إلى رفع مستوى الأداء وبذل المزيد من الجهد.

كما يعتبر التأمين من المسؤولية أحد أهم الوسائل لتحقيق تطور المسؤولية الطبية. بحيث أنه يتم نقل أثر مسؤولية الطبيب على عاتق مجموعة الأطباء والجراحين، بإعتبارهم زملاء مهنة واحدة، وتطبيقاً لمبدأ توزيع المخاطر بدلاً من قيام الطبيب بتحمل المسؤولية لوحده.

يولد نظام التأمين من المسؤولية نوعاً من الطمأنينة والاستقرار لدى الطبيب، فالأخطار تتردد مع التقدم العلمي والتكنولوجي مما يولد الخوف والتردد في النفس، والتأمين يزيل هذا الخوف والتردد ويضع الطبيب في موضع مطمئن مما يمنح له القدرة على الابتكار.

يشجع نظام التأمين من المسؤولية الأطباء والجراحين سواءً في المؤسسات الإستشفائية العمومية أو الخاصة إلى استخدام الأجهزة والآلات الحديثة أثناء التدخل الطبي لاسيما الجراحي لأنهم يشعرون بالأمان وهم يستعملونهم وذلك لأنه في حالة حدوث خطأ أثناء استعمال هذه الأجهزة وسبب ضرراً للمريض فإن هناك شركة التأمين ستدفع مبلغ التعويض للمتضرر¹.

ب- أهمية نظام التأمين من المسؤولية بالنسبة للمريض المتضرر.

إنّ نظام التأمين من المسؤولية يحقق الحماية والأمان والطمأنينة للمريض في الحصول على حقه في العلاج الأمثل والأفضل، باستخدام الآلات والأجهزة الإلكترونية دون خوف من الطبيب، بالإضافة إلى ذلك يضمن له حقه في الحصول على تعويض في حالة تضرره من خطأ الطبيب من طرف شركة التأمين التي تتكفل بدفع مبلغ التعويض بدلاً من الانتظار الطويل أمام الجهات القضائية في حالة إفسار الطبيب.

¹ - بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي في ظل أحكام المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 348-

يمنح نظام التأمين الإلزامي من المسؤولية للمريض المضروب إمكانية الرجوع مباشرة على المؤمن بالدعوى المباشرة، دون الرجوع إلى المؤمن له، وفي حالة ما إذا كان مبلغ التعويض (التأمين) لا يتناسب مع الضرر، يحق للمضروب الرجوع على المؤمن له لمطالبته بالباقي.

تجدر الإشارة أنه في حالة ما إذا حصل المضروب على تعويض من شركة التأمين فإنه لا يحق له أن يعود على الجراح المسؤول للمطالبة بتعويض آخر إلا في حالة عدم حصوله على تعويض كامل من شركة التأمين.

ثالثاً: التعويض بإسم التضامن الوطني في القانون الفرنسي

ألزم التطور التقني في المجال الطبي، وزيادة الإكتشافات العلمية، وظهور أمراض جديدة سريعة الانتشار وعديمة الجدوى من العلاج، كل من الفقه والقضاء والتشريع في مختلف دول العالم على ضرورة مسايرة هذه التطورات الحاصلة من أجل حماية المرضى من جهة وصيانة مهنة الطب والقائمين عليها من جهة أخرى¹، فالأضرار التي تصيب المرضى قد لا ترجع إلى الخطأ المهني وإنما إلى المخاطر التي تصاحب أعمال الوقاية والتشخيص وعلاج الأمراض كحالة إصابة المريض بالعدوى داخل العيادات أو المستشفيات "les infections nosocomiales" التي تعتبر تلك الإلتهابات التي يصاب بها المريض نتيجة وجوده في المستشفى، وهي تلك الأمراض التي تسببها الجراثيم والميكروبات بعد قبول المريض البقاء في مؤسسة صحية للعلاج².

هذا ما قرره المشرع الفرنسي حين استحدث بموجب القانون 2002/303 المتعلق بحقوق المرضى، وسيلة لضمان الأضرار عن طريق التضامن الوطني والذي صدر من أجل تلبية طلبات المضروبين من الحوادث الطبية المطابقة للقانون الذين لم يكن يحق لهم الحصول على تعويض عن طريق المسؤولية الطبية وذلك لإنعدام ركن الخطأ³.

¹ - بن صغير مراد، المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، العدد الثالث، 2007، ص 41-42.

² - فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة في القانون المدني والفرنسي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، المجلد 22، العدد الأول، 2006، ص 144.

³ - نقلا عن: فواز صالح، المرجع نفسه، ص 146.

كرس المشرع الفرنسي هذا النظام في المادة 1- L1142 التي تنص على أنه: «عندما لا يمكن إثبات مسؤولية الطبيب أو المؤسسة والأقسام والهيئات الطبية أو منتج الدواء فإن الحوادث الطبية تعطي الحق للمضرور في الحصول على تعويض بإسم التضامن الوطني عندما تكون هذه الحوادث مرتبطة مباشرة بأعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج، وترتب عليها بالنسبة للمضرور نتائج غير عادية وتمثل درجة من الخطورة»¹.

أدى التطور الحاصل من ميدان الطب والعلوم المساعدة له إلى تطوّر نظام المسؤولية، وبهذا فالمسؤولية الطبية قد خضعت وفقا للقانون الفرنسي ولمدة طويلة لقواعد المسؤولية المدنية حتى صدور قرار Mercier في 20 ماي 1936².

أكد هذا القرار على أن قواعد المسؤولية الطبية لا يمكنها أن تبقى خاضعة لقواعد المسؤولية الشخصية، حتى سنة 1979 أين صدر قانون من خلال المرسوم المؤرخ في 28 جوان 1979، وبقي العمل به إلى غاية صدور القانون رقم 303-2002 المتعلق بحقوق المرضى.

جاء هذا التدخل التشريعي من أجل إتاحة الفرصة للمضرور وضمان الحصول على تعويضاً قانونياً محدداً بغض النظر عن تسبب في الضرر، وهذا يعتبر صورة جديدة من صور الربط بين التعويض والضرر، فكلما تحقق الضرر كلما قام الحق في التعويض للمضرور على الرغم من عزو الضرر إلى شخص معين أو تعذر ذلك أو استحالة³.

¹ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 93.

² - تلخص وقائع القضية التي صدر بمقتضاه هذا القرار أن السيدة مرسى كانت تشكو من حساسية في الأنف، إثر ذلك قامت بمراجعة أحد الأطباء المختصين بالأشعة، حيث قام بعلاجها بأشعة "أكس" سنة 1925، حيث أدى هذا العلاج إلى تلف الأنسجة المخاطية في وجه السيدة، إثر هذا الحادث قام زوجها بعد مرور 03 سنوات برفع دعوى نيابة عنها سنة 1929 مطالباً بالتعويض عن الضرر الذي أصاب زوجته.

إضطرت محكمة النقض الفرنسية إلى تكييف المسؤولية الطبية بمعنى هل هي مسؤولية تقصيرية وبالتالي تتقدم دعوة التعويض فيها في مدة 03 سنوات، أم أنها تعتبر مسؤولية عقدية وبالتالي تخضع لمدة التقادم المدني المقدرة بـ 30 سنة، وأفضت المحكمة إلى قبول دعوى التعويض في قضية مرسى معتبراً أنّ هذه المسؤولية ذات طبيعة عقدية أي تخضع لنظام التقادم المدني. نقلا عن: فريحة كمال مرجع سابق، ص 10.

³ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص ص 94-95.

تعتبر صناديق الضمان¹، الآلية القانونية التي تتكفل بدفع التعويضات المناسبة من جراء مجموعة الأضرار الكبرى كالكوارث الطبيعية والحروب والإرهاب والأمراض ذات الانتشار الواسع والحوادث الطبية.

ومن أجل ذلك أنشئ المكتب الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية المرتبطة بوزارة الصحة، ويتكفل هذا المكتب بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن تلك الحوادث والأضرار بإسم التضامن الوطني².

1- شروط الحصول على التعويض بإسم التضامن الوطني:

يستفيد من التعويض بإسم التضامن الوطني ضحايا الحوادث الطبية أو العلل الصحية عندما لا تتوفر أركان المسؤولية بالنسبة لممتنهي العمل الصحي، أو مؤسسة صحية أو صانع لمنتج صحي، فلكي يستفيد المضرور من التعويض عن هذه الحوادث يجب أن تتوفر فيها مجموعة من الشروط نص عليها القانون³.

أ- شرط إنتفاء الخطأ:

لكي يستفيد الشخص المضرور (المريض) من التعويض بإسم التضامن الوطني لا بد أن لا يقوم الخطأ في جانب الطبيب أو الهيئة أو المؤسسة المستخدمة⁴.

ب- شرط السببية:

يجب أن تكون الأضرار المدعى بها ناجمة مباشرة عن عمل وقائي أو عن عمل تشخيص أو علاجي بمعنى يشترط توافر رابطة السببية بين الضرر والنشاط الطبي⁵.

¹ - أنشأ المشرع الجزائري صناديق متعددة في مجالات مختلفة بغرض الحصول على تعويضات فعالة، فمثلا في مجال حوادث المرور أنشأ صندوق تعويض حوادث المرور بموجب الأمر 107-69 المؤرخ في 31-12-1969، كما أنشأ أيضا صندوق لضحايا الإرهاب وذلك بموجب المادة 145 من المرسوم التشريعي رقم 01-93 المؤرخ في 19-01-1993 المتضمن قانون المالية، كما أنشئ الصندوق الوطني للبيئة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-147 المؤرخ في 13 ماي 1998.

² - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 95.

³ - فريحة كمال، مرجع سابق، ص 357.

⁴ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 95.

⁵ - فواز صالح، مرجع سابق، ص 149.

وتجدر الإشارة إلى أنّ إشتراط المشرع الفرنسي أن يكون الضرر اللاحق بالمريض ناتجا عن أعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج دليل على أنه لا يأخذ بالأضرار اللاحقة بالمريض الناتجة عن أعمال لا تهدف إلى علاجه، كما هو الحال بالنسبة لجراحة التجميل¹. وهذا ما نصت عليه المادة 1-3622 من قانون 04 مارس 2002 التي إستبعت جراحة التجميل من بين الأعمال الطبية التي يتكفل المكتب الوطني للتعويض السالف الذكر بتغطية مصاريف علاجها بحيث أنها تنص: «الجراحة موضوع الترخيص لا تدخل في مجال تأمين الأمراض المعطاة من طرف الحماية الاجتماعية بمعنى المادة 1-213 من قانون الضمان الإجتماعي»².

يعتبر سبب عدم إخضاع جراحة التجميل لنظام التغطية الإجتماعية هو كثرة الأشخاص الذين يلجؤون إلى إجراء عمليات جراحية تجميلية على إختلاف أنواعها وبالتالي لا تستفيد عن طريق التعويض بإسم التضامن الوطني، فقد تعجز عن تغطية العدد الغير محدود من الأشخاص الخاضعين لهذه العملية³.

ج- شرط الجسامة:

يشترط من أجل الحصول على التعويض بإسم التضامن الوطني أن يكون الضرر الناتج عن الحوادث الطبية يتجاوز حدًا معنيا من الجسامة، يتم تحديده بموجب مرسوم، ويتم تقدير هذا الضرر بالنظر إلى نسبة العجز الدائم الذي أحدثه الضرر أو بالنظر إلى مدة التعطيل المؤقت عن العمل⁴، أما بالنسبة للأضرار التي لا يتوافر فيها هذا الشرط لا تعطي

¹- تباينت الآراء في هذا الشأن، فهناك من يرى أن الأضرار والحوادث الطبية التي تلحق المصاب في مجال جراحة التجميل، لا بد أن تخضع لنفس المبدأ من حيث تعويضها تحقيقا لمبدأ المساواة، فكل شخص أي كان دافعه يخضع للعمل الطبي يجب أن يستفيد من نفس الشروط، في حين هناك جانب آخر من الفقه لا يرى أي سبب يبرر منح تعويضات في مثل هذه الحالة، والتي لا يمكن إعتبارها نتيجة للتدخل الطبي بهدف التشخيص أو العلاج بل هي لا تعدو في حقيقتها نتيجة وإن كانت مأساوية لإختيار كمال، أنظر: بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي في ظل أحكام المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 353.

²- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 96.

³- المرجع نفسه.

⁴- فواز صالح، مرجع سابق، ص 149.

المجال للمضرور من أجل الحصول على تعويض مادامت أن أركان المسؤولية الطبية غير متوفرة.

نصت الفقرة الثانية من المادة 1-1142 على أنه: «ويقدر طابع الجسامة بالنظر إلى فقدان القدرة الوظيفية، ونتائجها على الحياة الخاصة والمهنية، هذه النتائج التي تقدر بعد الأخذ بالحسبان بصورة خاصة نسبة العجز الدائم بالكيان الجسدي والنفسي أو مدة التوقف المؤقت عن النشاط المهني أو مدة العجز الوظيفي المؤقت»¹.

إشترط المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 1-1142 L من قانون 04 مارس 2002 أنه حتى يستفيد المريض بالتعويض يجب أن تكون نسبة العجز تتجاوز 25%². ثم أتى فيها بعد المرسوم رقم 2003-314³، المؤرخ في 04 أبريل 2003 والذي نصّ في مادته الأولى على تخفيض هذه النسبة لتصبح 24%⁴، بموجب المرسوم رقم 2003-462 المؤرخ في 21 ماي 2003⁵.

ينتقد الفقه بشدة هذه النسبة على أساس أنّ فيها نوع من التمييز بين ضحايا الحوادث الطبية إضافة على ذلك فنسبة 25% هي عالية جدًا، مما يؤدي إلى حرمان عدد كبير من ضحايا الحوادث الطبية من الاستفادة من نظام التعويض بإسم التضامن الوطني⁶.

د- النتائج غير العادية للأضرار:

يجب أن يكون الضرر اللاحق بالمريض غير عادي تماشياً مع حالة المريض الصحية الأولية بمعنى أن الضرر الناتج يكون إستثنائي غير متوقع، ويهدف هذا الشرط إلى

¹- فريحة كمال، مرجع سابق، ص 359.

²- المرجع نفسه.

³- Décret n° 2003-314 du 4 Avril 2003 relatif au caractère de gravité des accidents médicaux des affections iatrogènes et des infections nosocomiales prévu à l'article L 1142-1 du code de la santé publique. J.O.R.F. n° 81 du 5 avril 2003.

⁴ -Art 01, du décret n° 2003- 314 stipule : « **Le pourcentage mentionné aux deuxième alinéa du II de l'article L1142-1 du code de la santé publique est fixé à 24%.**»

⁵- Décret n 2003-462 du 21 mai 2003 relatif aux dispositions réglementaires des parties I.II.III du code de la santé publique. J.O.R.F. n°122 du 27 mai 2003.

⁶- فواز صالح، مرجع سابق، ص 149.

التمييز بين ما ينتج من إخفاق العلاج وتطور الحالة المرضية للمريض وبين ما ينجم عن الحادث الطبي.

كما يجب أن يتعلق الضرر، محل التعويض بحادث طبي، أو علاجية المنشأ أو إنتان المشفى خارج نطاق الخطأ¹.

2- إجراءات الحصول على التعويض بإسم التضامن الوطني:

إنّ توفر الشروط التي تسمح بحصول المريض على التعويض غير كافية لوحدها ما لم يتم التقيد بمجموعة من الإجراءات.

أ- إخطار اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض CRCI:²

نصت الفقرة الأولى من المادة 2-1142L المضافة بالمادة 98 من القانون رقم 2002-303 المؤرخ في 04 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى وجودة نظام الصحة على أنه «يمكن إخطار اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض من طرف الشخص المضرور من عمل وقائي أو تشخيصي أو علاجي، وعند الاقتضاء من طرف ممثله الشرعي، أو من طرف ذوي حقوقه في حال وفاته»³، والجديد بالذكر أنّ اللجوء إلى هذه اللجنة أمر إختياري يعود إلى إرادة المتضرر⁴.

يجب أن يكون الطلب مرفقا بالأدلة و لاسيما تقرير طبي يبيّن بدقة الأضرار التي لحقت بالمضرور، كما يلتزم الشخص (المخطر) بإعلام اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض بكل الإجراءات القضائية المتعلقة بنفس النزاع التي أخطرت بها، كما يلتزم أيضا

¹- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 97.

²- «Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation»

تتكفل هذه اللجنة الجهوية بمهمة تسهيل المصالحة الودية للنزاعات المتعلقة بالحوادث الطبية، وكل النزاعات الطارئة بين المرضى والأطباء أو المؤسسات الصحية وتتشكل من ممثلين لكل من المرضى والأطباء أو المرافق الصحية وشركات التأمين والصندوق الوطني لتعويض الحوادث الطبية ويرأس هذه اللجنة قاضي إداري أو مدني، وهذا ما نصت عليه المادة 6-1142 من قانون الصحة الفرنسي، صاحب ليدية، مرجع سابق، ص 63.

³- فريجة كمال، مرجع سابق، ص 361.

⁴- أيت ساحل صبرينة، مرجع سابق، ص 61.

في حالة ما إذا كانت الدعوى على مستوى المحاكم بإعلام القاضي عن إخطاره اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض.

تقوم اللجنة في البداية بدراسة الطلب المقدم إليها وإذا رأت صلاحية النضر فيها تقرر إجراء الخبرة الطبية من أجل التأكد من تحقق مقدار الجسامة الذي اشترطه القانون في الضرر وبعد ذلك تصدر قرارها بشأن التسوية الودّية¹.

ب- الرأي الصادر من اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض:

قبل أن تصدر اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض رأيها يمكن أن تجري خبرة قضائية للتأكد من مدى توفر صفة الخطورة التي حددها القانون في الأضرار المقدمة، بعدها تبدي رأيها بشأن نظام التعويض الواجب تطبيقه وهذا ما تضمنته المادة 8 - L1142 من قانون الصحة العامة الفرنسي².

يجب أن تقوم هذه اللجنة بإصدار رأيها في خلال مدة ستة (06) أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الطلب إلى اللجنة وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 8 - L1142 من قانون الصحة العامة ويجب أن يبلغ إلى الأطراف المعنية³.

إذ توصلت اللجنة أنّ الضرر يستوجب مسؤولية أحد أصحاب المهن الصحية أو مؤسسة صحية أو مسؤولية منتج للمواد الطبية يجب أن يبلغ رأى هذه اللجنة إلى مؤمن المسؤول عن الضرر، الذي يجب أن يتقدم بعرض خلال مدة أربعة أشهر يهدف إلى تعويض المضرور عن الضرر الذي لحقه في حدود عقد التأمين المبرم مع المسؤول⁴.

في هذه الحالة فإن دفع مبلغ التعويض يجب أن يتم خلال مدة شهر بدءاً من تاريخ وصول القبول إلى المؤمن، وفي حالة عدم الدفع خلال هذه المدة يترتب عنه قيام المسؤول بدفع فوائد عنها ضعف المعدل القانوني لها⁵.

ورأي اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض لا يتعدى الثلاثة فرض التالية:

¹- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 98.

²- فريجة كمال، مرجع سابق، ص 362.

³- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 99.

⁴- المرجع نفسه.

⁵- فريجة كمال، مرجع سابق، ص 363.

- إما أن ترفض الطلب المقدم إليها وفي هذه الحالة منح القانون حق طعن في القرار الصادر عن هذه اللجنة، ويرفع دعوى أمام القضاء المختص.
 - إما أن تقرر اللجنة أنّ شركة التأمين المكتتب لديها من طرف الطبيب المسؤول، هي المسؤولة عن تعويض الضرر الذي أصاب المريض.
 - إما أن تقرر هذه اللجنة تعويض المضرور بإسم التضامن الوطني.
- يمكن للمضرور أن يرفض العرض الذي يقدم به المؤمن، ومن ثم عليه أن يرفع الدعوى أمام القاضي المختص من أجل تقدير مبلغ التعويض الناجم عن الأضرار التي لحقت به، في حالة ما إذا تبينت للقاضي بشكل واضح أنّ العرض الذي تقدم به المؤمن غير كافي يمكن له أن يحكم كجزاء على المؤمن بدفع مبلغ على الأكثر يساوي 15% من قيمة التعويض الذي حكم به.

سهل المشرع الفرنسي إمكانية رجوع المضرور إلى القضاء للمطالبة بالتعويض ويظهر ذلك من خلال أنّ اللجوء إلى التعويض بإسم التضامن الوطني هو إجراء إختياري لذلك فإن مواعيد الطعن القضائي تبقى معلقة إلى آخر إجراء يتخذه¹.

في حالة ما إذا سكت المؤمن أو رفض تقديم عرض أو كان المسؤول غير مؤمن عليه، فإن المكتب الوطني للتعويض يأخذ على عاتقه دفع تعويض للمضرور ويحتفظ بحقه في الرجوع على الشخص المسؤول أو على مؤمنه.

وعندما تقرّر اللجنة أنّ الأضرار القابلة للتعويض بإسم التضامن الوطني، فيجب تبليغ الرأي الصادر عنها إلى المكتب الوطني للتعويض التي يجب عليه أن يدفع التعويض طبقاً لنفس الإجراءات المطبقة على المؤمن².

ج- الطعن أمام اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض:

يحق للمضرور رفض الرأي الصادر عن اللجنة الجهوية وعليه ففي مثل هذه الحالة يرفع دعوى المطالبة بالتعويض أمام القضاء المختص، ففي المقابل لا يتسنى للمؤمن المسؤول عن الضرر أو المكتب الوطني للتعويض أن يعترض عن ذلك القرار إلا بعد

¹- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 100.

²- فريحة كمال، مرجع سابق، ص 363.

التعويض للمضرور¹، وبعد ذلك يكون الإعتراض بموجب دعوى الحلول Action subrogatoire وإذا كان المؤمن يعتقد أنّ مسؤولية المؤمن عليه غير متحققة فإنّه يحق له في هذه الحالة أن يحل محل هذا الأخير، فيرفع دعوى قضائية على الغير المسؤول أو على المكتب الوطني حسب الحالة من أجل المطالبة بالتعويض الذي دفعه للمضرور².

لم ينص المشرع الجزائري على إنشاء صندوق خاص لتعويض ضحايا الحوادث الطبية والعلل العلاجية، ولكنه بالرجوع إلى المادة 140 مكرر 1 من ق.م.ج³، أشار إلى تكفل الدولة بتعويض المضرور عن الضرر الجسماني اللاحق به وذلك في حالة عدم وجود المسؤول، ولم يكن المضرور مسؤولاً عن الضرر الذي لحقه، يعاب على هذه المادة أنها لم تبين ما إذا كانت الأضرار التي تلحق بضحايا الأخطاء الطبية التي ينعدم فيها المسؤول تدخل في نطاق هذا التعويض أم لا.

فعلى خلاف ذلك تم إنشاء الصندوق الخاص بالتعويضات المقررة لضحايا الحوادث الجسمانية والذي يكون مصدر الحادث ناتج عن المركبات⁴.

لم ينص المشرع الجزائري على إنشاء صندوق خاص لتعويض ضحايا الأخطاء الطبية المرتبطة بالوقاية والتشخيص والعلاج في حالة إنتفاء خطأ الطبيب أو المشفى، ويستحسن لو أن المشرع إستحدث صندوق خاص لتعويض مثل هذه الحوادث الطبية على غرار نظيره المشرع الفرنسي، أو كما فعل عندما أنشأ صندوق تعويض حوادث المرور⁵. فبقاء المضرور دون تعويض الأضرار اللاحقة به دون وجود خطأ الطبيب يعتبر غير عادل ومنصف.

¹ - فواز صالح، مرجع سابق، ص 363.

² - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 100.

³ - تنص المادة 140 مكرر 1 من ق.م.ج على: «إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني و لم تكن للمتضرر يد فيه تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر»

⁴ - فريحة كمال، مرجع سابق، ص 364.

⁵ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 101.

المبحث الثاني

التقدير القضائي للتعويض في المجال الطبي

تقتضي القاعدة العامة المعروفة في القانون أنّ القاضي لا يمكن أن يحكم إلاّ بما طلب منه، ما عدا في بعض الحالات الاستثنائية القائمة على أساس نظرية المخاطر، غير أنه فيما يتعلق بتقدير التعويض عن الضرر، فهو من المسائل التي تدخل في الصلاحيات التي يمنح له القانون الاستقلالية في تقديرها (المطلب الأول) وباعتبار أن القانون حدد مجموع العناصر المكونة للضرر يأتي التقدير سهلاً وميسوراً على القاضي، غير أنه في مجال المسؤولية الطبية يعتبر هذا التقدير مستعسراً على القاضي نظراً لوجود مجموعة من الصعوبات أثناء التقدير (المطلب الثاني).

المطلب الأول

دور القاضي في تقدير التعويض

منح القانون للقاضي دوراً إيجابياً في تقدير التعويض عن الضرر ما دام أنّ عناصر المسؤولية المدنية متوفرة في الفعل، فيتدخل القاضي بفحص هذه العناصر المتمثلة في الخطأ، الضرر وعلاقة السببية (الفرع الأول)، وباعتبار أن القاضي يتعسر عليه تقدير الأخطاء الطبية الفنية، فإنه يلجأ إلى الاستعانة بالخبرة الطبية والفنية اللازم من أجل تقدير التعويض (الفرع الثاني). وبما أنّ العناصر المكونة للضرر والتي تدخل في حساب التعويض تعتبر من المسائل التي تتصل بالقانون، فإنّ المحكمة العليا تمارس رقابة قضائية على السلطة الممنوحة للقاضي في مجال تقدير التعويض (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تقدير القاضي لعناصر المسؤولية الطبية

باعتبار أن تقدير التعويض عن الضرر يخضع لإرادة قاضي الموضوع وجب معرفة مدى حرية القاضي في تقدير وفحص عناصر المسؤولية المدنية للطبيب المتمثلة في الخطأ (أولاً) الضرر (ثانياً) وعلاقة السببية (ثالثاً).

أولاً: تقدير قيام ركن الخطأ

يعتبر الخطأ الطبي المرتكب من طرف الطبيب المعالج أو أحد الأشخاص المساعدين له الركيزة الأساسية لتحقيق المسؤولية الطبية¹، ويعرف الخطأ الطبي على أنه قيام الطبيب بالإخلال بالعقد أو الالتزام المفروض قانوناً عليه أو هو عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة المفروضة عليه من قبل مهنته².

تطبيقاً للقواعد العامة، فإنه متى كان التزام الطبيب ببذل عناية، وقام المريض بتقديم دليل يثبت إهمال وتهاون الطبيب في بذل هذه العناية أو أنه قد خالف القواعد الفنية المستقرة، فلا يحق في هذه الحالة لقاضي الموضوع أن يثبت ما يجب على المريض إثباته، بل يقوم فقط بالتحقيق من حدوث الوقائع التي أنسبها المضرور للطبيب³.

وباعتبار أن المريض هو الذي يتقدم في غالبية الأحوال بالبرهنة على قيام مجموعة من القرائن الدالة على خطأ الطبيب، فيجب لاعتماد القاضي على مثل هذه القرائن أن تكون واضحة للدلالة على الأمر الذي يراد إثباته الذي هو خطأ الطبيب وكذا الضرر الحاصل وعلاقة سببية⁴.

فبالنسبة للخطأ العادي الذي يأخذ صورة التقصير في بذل العناية اللازمة للمريض والإخلال بواجب الحيطة والحذر المفروض على كل شخص، فإن القاضي يستطيع أن

¹ - وائل تيسير محمد عساف، مرجع سابق، ص 58.

² - زيوي عكرية، المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص 32.

³ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 103.

⁴ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 604.

يستخلص بنفسه هذا الخطأ¹، كعدم الحصول على رضى المريض أو عدم قيام الطبيب بتعقيم الأدوات التي يستعملها في العملية الجراحية أو قام بنسيان بعض هذه الأدوات في جسمه، وهذا ما يطلق عليه الفقه بالأخطاء الطبية العادية².

أما بالنسبة للخطأ الفني أو المهني، فإن تقدير القاضي يجب أن يحاط بضامنتين أساسيتين، فمن جهة يقع على عاتق القاضي عند تقدير هذا النوع من الخطأ أن يتحلى بالحكمة والحذر، فلا يعترف بوجود هذا الخطأ إلا إذ ثبت له ثبوتاً قاطعاً أنّ الطبيب قد خالف عن جهل أو تهاون الأصول الفنية التي لا تدع مجالاً للشك أو النقاش.

ومن جهة أخرى في حالة ما إذا إتصل الخطأ بالمسائل الفنية والعلمية التي لا تزال يدور حولها النقاش والجدل، فليس للقاضي في هذه الحالة أن يقحم نفسه في تضارب الآراء بين الفقهاء حول هذه المسألة، بل عليه أن يتوجه إلى إنداب الخبراء المتخصصين من أجل استيضاح الأمر³.

تجدر الإشارة إلى أنّ القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في النظر في إثبات ركن الخطأ وتقدير الوقائع، بالتالي فسلطة قاضي الموضوع للتحقق من ثبوت الفعل أو الترك من قبل الطبيب أو مساعديه أو إدارة المشفى، يقرها من خلال وسائل الإثبات المثيرة في الدعوى وهي تعتبر سلطة للقاضي وحده لا رقابة للمحكمة العليا عليه، أما فيما يتعلق بإعطاء

¹ - ففي إحدى القضايا أجرت فيها الجراحة بنجاح وبعد 6 أشهر أصيب المريض بالأم حادة و إرتفاع غير مفهوم في درجة الحرارة ولم يجد معه كافة الأدوية وعند قيام الطبيب بفتح الجرح عثر على الشاش المتعفن المستخدم لتبليبه بالماء، ورغم استخراجها إلا أنّ المريض مات بعد عدة أيام متأثراً بالتقيحات والإلتهابات والآثار السيئة لذلك الخطأ، دفع الجراح بمسؤولية الممرضة ولكن المحكمة رفضت هذا الدفع، حيث قررت أن من واجب الطبيب أن يتأكد من نقاء الجرح قبل وأن يتأكد من عدد قطع الشاش المستعملة، ولا يكفي مجرد سؤال الممرضة عما إذا كانت قد راجعت العدد، لا شك أنّ مثل هذا السؤال يلقى بجانب من المسؤولية على الممرضة إلى أنّ ذلك لا يعفي الجراح من المسؤولية. نقلا عن: منير رياض حنا، مرجع سابق، ص 607.

² - منير رياض حنا، المرجع نفسه، ص 604.

³ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 104.

الوصف لهذه الوقائع المطروحة أمامه إذا ما كانت تشكل خطأ أم لا، فهي من المسائل القانونية التي يدخل في نطاق مراقبة المحكمة العليا على قاضي الموضوع¹.

وفي هذا الشأن قضت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في 29-10-1977 بأنّ تكليف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أولاً، يعد من المسائل التي يخضع لها قضاء الغرفة الإدارية لرقابة مجلس الدولة².

وعليه، إستقر القضاء الجزائري سواءً العادي أو الإداري على أنّ تحديد وصف الخطأ يعد من المسائل القانونية التي يخضع لرقابة المحكمة العليا أو مجلس الدولة.

ويبقى المعيار المعتمد في تقدير الخطأ الطبي هو معيار الشخص العادي الذي يمارس نفس المهنة، والذي يجوز له الخروج بسلوكه عن الأصول العلمية بمعنى أن يبذل عناية المهني المعتاد في العلاج، والاعتماد على سلوك طبيب نموذجي الذي يعتبر من أوسط الأطباء خبرة ومعرفة³.

ثانياً: تقدير قيام ركن الضرر

إنّ تقدير التعويض يعتبر من صلاحيات قاضي الموضوع الذي يتمتع بشأنه سلطة تقديرية واسعة والذي يتحدد بالنظر إلى الضرر الحاصل، ومن أجل التأكد من وقوع الضرر فالقاضي ينظر إلى الآثار التي يمكن أن يخلفها خطأ الطبيب⁴.

باعتبار أنّ الضرر واقعة مادية يمكن معاينتها بكل طرق الإثبات لذا يقع على المدعي عبء إثبات الضرر طبقاً للقاعدة البينة على من إدعى وهذا ما نصت عليه المادة 323 ق.م.ج «على الدائن إثبات الإلتزام وعلى المدين إثبات التخلّص منه» بمعنى أن عبء إثبات الضرر يقع على المضرور (المريض) إذا كان على قيد الحياة أو ممثلة القانوني إذا كان قاصراً أو كان به عارضا من عوارض الأهلية، أو ورثته في حالة وفاته.

¹ - سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية

المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 131.

² - نقلا عن: عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 113.

³ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 105.

⁴ - المرجع نفسه.

ففي الحالات التي يكون فيها الطبيب ملزماً ببذل عناية وهي الأصل يتعين على المريض إثبات الضرر الذي أصابه لأن المسؤولية المدنية تنتفي بغياب الضرر. أما إذا كان الطبيب أو الجراح ملزماً بتحقيق نتيجة، فإن غياب هذه النتيجة في حد ذاتها ضرر، ففي هذه الحالة يكفي أن يثبت المريض عدم تحقق النتيجة لقيام مسؤولية الطبيب¹.

للقاضي السلطة المطلقة في تقدير التعويض، فهو غير ملزم بنصاب معين أو مبلغ ثابت لجبر هذا الضرر²، وإنما خول له القانون كامل الصلاحيات لذلك، وذلك على أساس أنه لا يمكن وضع قواعد ثابتة تحكم هذه الأضرار باعتبارها تختلف من شخص إلى آخر سواءً من حيث ظروفها، أو مدى الإصابة أو التعطيل عن العمل أو من حيث نوع العاهة.

كما يستقل قاضي الموضوع بتقدير أو نفي الوقائع المكونة للضرر سواء كان مادياً أو أدبياً، أما بالنسبة لتحديد الضرر وعناصره وموجباته وتكييف نوعه، فهي تخضع كلها لرقابة المحكمة العليا، لأنها تعتبر من مسائل القانون التي يخضع فيها القاضي للرقابة، كما يخضع أيضاً لرقابة المحكمة العليا في تكييف الضرر حول ما إذا كان ضرر حال أو محقق أو مستقبلي أو احتمالي وانتقال الحق في التعويض عن الضرر للورثة³.

ثالثاً: تقدير قيام ركن علاقة السببية.

تقوم المسؤولية المدنية بقيام ركن علاقة السببية التي تربط بين الضرر الذي وقع وبين الخطأ هذا في المسؤولية التي تقوم على أساس الخطأ الواجب للإثبات، أما في المسؤولية بدون خطأ فعلاقة السببية تقوم بين الضرر وبين الفعل المحدث له.

وعلى ذلك يقع على عاتق المريض المضروب عبء إثبات علاقة السببية بين خطأ الطبيب أو نشاط المستشفى والضرر اللاحق به.

يقول الفقيه سافاتييه: «إنّ على القاضي أن يستخلص علاقة السببية من قرائن ودلائل متفككة ويضيف أن السببية ليست بالشيء الذي يرى أو يلمس، وإنما يستنتجها الفكر مع

¹ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 105.

² - زيوي عكرية، مرجع سابق، ص 62.

³ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 106.

ظروف الواقع، ثم يضيف أن القاضي حرٌّ في عقيدته والمقصود هنا قاضي الموضوع إذ أنّ رقابة محكمة النقض تنحصر في أنّ أسباب الحكم تُظهر بوضوح علاقة سببية كافية بين الخطأ والضرر، ولقاضي الموضوع أن يُقدر ما إذا كان مجموع القرائن يكفي لإثبات علاقة السببية وهو في ذلك يلجأ للبحث عن العلاقة المنطقية التي يرى أنّها تربط المصادفات المتوالية طبقاً لعناصر الدعوى»¹.

يعتبر إشتراط توافر ركن علاقة السببية بين الخطأ والضرر ضرورة عقلية قبل أن يكون شرطاً قانونياً بمعنى أنه من غير المقبول عقلاً أن يسأل الإنسان عن ضرر لم يتسببه².

تؤكد المادة 127 ق.م.ج على أنّه إذا قام السبب الأجنبي بعدم علاقة السببية³، ومن هذا القبيل فخطأ الطبيب المتسبب في ضرر للمريض غير كافي لتقرير مسؤوليته، بل لا بد أن يكون حدوث هذا الضرر نتيجة طبيعية للخطأ، أي وجوب إثبات رابطة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الحاصل للمريض.

غير أن إثبات علاقة السببية في المجال الطبي ليس بالأمر السهل، هذا يرجع أساساً إلى الطبيعة الغامضة للجسد البشري وطريقة التدخل الجراحي التي يتم في كثير من الأحوال والمريض في غيبوبة تامة تحت تأثير التخدير في جماعة خاصة لوحده دون وجود أحد من ذويه، بل يقتصر الحضور إلا على أعضاء الفريق الطبي من أطباء وممرضين ومساعدين وكل هؤلاء ينتمون إلى وسط واحد، مما يجعلهم في كثير من الأحيان يحابون زميلهم الطبيب المخطئ ولا يفرطون بمصلحته، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة إثبات علاقة السببية حتى من طرف أهل الخبرة⁴.

¹ - نقلاً عن: بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 107.

² - بومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المرتبة عنها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 153.

³ - تنص المادة 127 ق.م.ج على أنّه: «إذا أثبت الشخص أنّ الضرر قد نشأ عن سبب لا يدل له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو إتفاق يخالف ذلك».

⁴ - فطناسي عبد الرحمان، الإثبات في مجال المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنغست، العدد 07، جانفي 2015، ص 129.

وبالنسبة لتقدير مدى توافر القوة القاهرة فهو من إختصاص محكمة الموضوع، غير أنّ للمحكمة العليا سلطة رقابة على هذا التقدير¹.

أما بالنسبة لإستخلاص علاقة السببية بين الخطأ الطبي أو نشاط المستشفى والضرر فتعتبر من مسائل الواقع يقدرها قاضي الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض أو مجلس الدولة عليها²، إلا أنّ ذلك مشروط بذكر الأسباب السائغة المؤدية إلى ما إنتهت عليه.

تجدر الإشارة بصدد علاقة السببية إلى تشدد القضاء في مواجهة الأطباء من خلال أخذه بفكرة الخطأ المقدر، أو ما يسمى بالخطأ المفترض، والتي تقوم على أساس استنتاج الخطأ الطبي من مجرد وقوع الضرر ذاته، ويعتبر ذلك خروجاً عن القواعد العامة في المسؤولية المدنية التي توجب إقامة الدليل على خطأ المدعي عليه.

تقوم هذه الفكرة على أساس أنّ الضرر ما كان ليحدث لولا وقوع خطأ من الطبيب، ويظهر ذلك من خلال حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية تتلخص وقائعها في قيام الطبيب بمعالجة أحد مرضاه بالأشعة ونتج عنها إصابة المريض بأضرار، رفع بعد ذلك دعوى على الطبيب مطالباً إياه بالتعويض في الوقت الذي كانت محكمة الموضوع ترفض قيام مسؤولية الطبيب في حالة إستخدام أجهزة الأشعة، ما لم يقدم المريض الدليل على خطأ الطبيب.

إلا أنّ محكمة النقض الفرنسية ورغم ما ثبت من تقرير الخبرة من أضرار الأشعة، ربما تعود إلى انزلاق أحد صمامات الجهاز الداخلية، مما أدى إلى تسرب أشعة زائدة أي رغم عدم إثبات وجود خطأ شخصي من طرف الطبيب، فقد قضت بأن محكمة الاستئناف بعد أن كشفت عن وجود خلل في جهاز الأشعة، كان من حقها أن تبحث عن سبب هذا الخلل وقد استظهرته في عدم إحكام مصامير أحد الصمامات، وأن تستخلص من وجود هذا

¹ - جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 25-05-1988 ملف رقم 10-530 بأن «من المقرر قانوناً أنه إذا أثبت الشخص أنّ الضرر قد نشأ عن سبب لا يبله فيه كقوة القاهرة كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر»، بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 108.

² - قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 31 ديسمبر 1974 بأن «استخلاص علاقة السببية بين الخطأ والضرر هو من مسائل الواقع التي يقدرها قاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض إلاّ بالفدر الذي يكون فيه استخلاص غير سائغ»، عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 115.

الخلل أنّ الحادث ما كان ليقع، إلا أنّ القائم على تشغيل الجهاز لم يحكم ربط الصمام وأنه لم يأخذ حذره في مراجعته أو أنه لم يحسن تسكير الصمام في كل هذه الظروف يوجد خطأ شخصي في جانب الطبيب المعالج¹.

الفرع الثاني

استعانة القاضي بالخبرة في تقدير التعويض

لا يستطيع القاضي أن يلم بجميع المعلومات وخاصة ما يتعلق منها بالمجال الطبي لذا يجب عليه الاستعانة بالخبير لدراسة الحالة محل النزاع من أجل تقدير التعويض (أولاً)، وباعتبار أن القاضي حر بالأخذ بتقرير الخبير، وجب معرفة مدى حجية تقدير الخبرة على الحكم الذي يصدره (ثانياً).

أولاً: دور الخبرة في تقدير التعويض.

خوّل المشرع الجزائري للقاضي اللجوء إلى أهل الخبرة في سبيل تبيان الأمور التقنية والفنية التي تخرج عن إختصاصه ونظرًا لأهمية هذه الخبرة، فقد خصص لها المشرع الجزائري بندًا خاصًا لها في مدونة أخلاقيات الطب تحت عنوان ممارسة الطب وجراحة الأسنان بمقتضى الخبرة وهذا من المواد 93 إلى 99 من نفس المدونة².

تعرف الخبرة الطبية على أنها عملية بحث وتحري أو إجراء تحقيقي وإستشارة فنية تقوم بها المحكمة قصد الحصول على معلومات ضرورية عن طريق أهل الاختصاص للبت في المسائل العلمية أو الفنية التي يتعذر للمحكمة الإلمام بها³.

و تجدر الإشارة إلى أنّ صفة الخبير لا تمنح للطبيب إلاّ بتوافر مجموعة من

الشروط

¹- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 109.

²- نور الهدى بوعشبة، المسؤولية عن الخطأ الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2014، ص 38.

³- يزيد نعيمة، دور الخبرة في إثبات الأخطاء الفنية أثناء التدخل الطبي العلاجي، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ألكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص 52.

المنصوص عليها في القانون¹، كما عرفت أيضا الخبرة الفنية من خلال المادة 95 من م.أ.ط على أنها «تعد الخبرة الطبية عملا يقدم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان الذي يعينه قاضي أو سلطة أو هيئة أخرى لمساعدته التقنية لتقدير حالة شخص ما الجسدية أو العقلية، ثم القيام عموما بتقييم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية».

فمن خلال هذه التعاريف يظهر أن دور الخبير²، ينحصر في تبيان وكشف بعض الحقائق الغامضة والمتعلقة بالجانب الفني للممارسة الطبية والتي تدخل ضمن إختصاص الخبير بمعنى أنه يقوم بالبحث عن الأسباب التي أدت إلى وقوع الفعل الضار، وما إذا كان من الممكن تجنبه وفقا للمعطيات العلمية السائدة لحظة إتيان الفعل.

يقوم بعدها القاضي انطلاقا لما توصل إليه الخبير إلى القيام بإسقاطه على الجانب القانوني، وما تستوجبه النصوص والقوانين لقيام مسؤولية الطبيب من عدمها³، كما يثبت أيضا مدى الإهمال الذي ارتكبه الطبيب وما كان ليرتكبه طبيب يقض في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب موضع المساءلة⁴، وعلى الخبير في ذلك أن يبحث عن حالة المريض، الظروف والعوامل التي أثرت فيه، وما إذا كانت راجعة إلى تطور المرض أو إلى أوجه العلاج المقترح من طرف الطبيب محل المساءلة ليبين بعد ذلك مدى الأضرار التي أصيب بها المريض من جراء عمل الطبيب.

وبناء على ذلك، فإنّ الهدف من اللجوء إلى الخبير في المجال الطبي هو قيامه بتحديد مدى جسامته وخطورة الضرر المحقق عن طريق تحديد ما إذ كان العجز الذي

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 95-310 مؤرخ في 10-10-1995، يحدد شروط تسجيل الخبراء وواجباتهم وحقوقهم ج.ر.ج.ج عدد 60، صادر بتاريخ 15 أكتوبر 1995.

² - نصت المادة 125 ق.إ.م.إ على «تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي».

³ - عبيد فتيحة، دور الخبرة في دعاوى المسؤولية المدنية الطبية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، المجلد 04، العدد الثاني، ديسمبر 2018، ص 193.

⁴ - جاء في قرار المحكمة العليا تحت رقم 977774 الصادر بتاريخ 07-07-1993 أنه: «من المقرر قانونا وقضاء أن يأمر القاضي بإجراء الخبرة وتعيين الخبير مع توضيح مهمته التي تكتسي طابعا فنيا مع مراعاة عدم التخلي عن صلاحيات القاضي لفائدة الخبير»، نقلا عن: سايكي وزنة، مرجع سابق، ص 151.

أصاب المضرور مؤقت أم دائم أو هو ضرر مادي أو معنوي، والمدة التي يتطلبها العلاج وغيرها من الأمور التي يتولى الخبير القيام بها، وهذا يساعد من التأكد من مدى وجود الخطأ أو مجموع الأخطاء التي أدت إلى حدوث الضرر ومدى مساهمة كل واحد منهم في ذلك¹.

كما تحتل الخبرة الطبية مكانة هامة ضمن الإجراءات القضائية في مجال المسؤولية الطبية، لأنها تشكل أحد ميادين المعرفة والفروع العلمية المشتركة بين الطبيب ورجل القانون وذلك أن كل طبيب أو جراح مرشح لأن يسخر أو يكلف قضائياً للعمل كخبير لمساعدة العدالة في حل بعض الأمور التقنية والفنية ذات الطابع العلمي والطبي، ولذلك يستعين به القاضي من أجل بيان مدى خروج الطبيب أو الجراح عن الأصول العلمية ومدى قيام مسؤوليته².

ثانياً: صحة تقرير الخبرة على القاضي المدني

لا تتوقف نتيجة الدعوى المرفوعة أمام القاضي والتي طلب بشأنها إجراء خبرة على إعداد الخبير لتقريره، ذلك أنه يبقى على القاضي عرض ما انتهى إليه الخبير على المعيار القانوني للخطأ المهني³.

يتمتع القاضي بالحرية التامة في الأخذ بتقرير الخبير، فقد يأخذ بتقريره كله أو جزء منه، كما يحق له أن يرفض طلب تعيين خبير دون أن يشكل ذلك مخالفة للقانون وهذا ما أكدته القضاء الفرنسي⁴. كما يحق له إلى جانب ذلك عدم الأخذ به، وهذا ما أكدته محكمة

¹ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 111.

² - بوخرس بلعيد، الخبرة القضائية في مجال المسؤولية المدنية الطبية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الأول، 2018، ص 139.

³ - سايكي وزنة، مرجع سابق، ص 155.

⁴ - قضت محكمة أول درجة بوجود عجز بنسبة 55% و إدعى المسؤول أنه يمكن تخفيض هذا العجز لو أجريت عملية جراحية، فقامت المحكمة بإنتداب خبير، فقضت بتخفيض التعويض، وعلى إثر هذا الحكم إستأنف المضرور الحكم، فقررت محكمة الاستئناف، رفض تخفيض التعويض ورفض تعيين الخبير، فطعن في هذا الحكم بحجة أن المحكمة تجاهلت رأي الخبير بأنه لو أجريت عملية جراحية لتحسنت حالة المريض، فقررت محكمة النقض بتاريخ 03-07-1969 أن: «تقرير الخبير هو أحد العناصر التي يستند إليها القاضي في تكوين عقيدته والتي تخضع لتقدير المحكمة، فالمحكمة لا تلزم

"دويه Douai" بتاريخ 16 ماي 1936¹، في هذه الحالة يقع على عاتق المحكمة الإلتزام بتسبيب الحكم الذي يعتبر إلتزام مستمد من ق.إ.م.إ. سيما المادة 11 منه التي تنص: «يجب أن تكون الأوامر والأحكام والقرارات مسببة» ولكن ما يجب الإشارة إليه أن القاضي يقع على عاتقه إلتزام عام بتسبيب حكمه وليس بإيراد الأسباب التي من شأنه تم إستبعاد رأي الخبير².

كما يمكن للقاضي في حالة تعدد الخبراء أن يأخذ برأي خبير دون الآخر، كما له أن يجزم بما لم يجزم به الخبير في تقريره، كما له الحق أيضا أن ينتدب خبيراً آخر ليُرجح الرأي الفني الواجب الأخذ به عندما يختلف الخبراء في الرأي.

الفرع الثالث

رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي في تقدير التعويض

يمارس القاضي عمله الذي إستتمده من ولاية القضاء من أجل إنزال حكم القانون على واقع النزاع المطروح³. فكما سبق الإشارة إليه فإن لقاضي الموضوع السلطة المطلقة في تقدير التعويض، إلا أن هذا لا يعني أن محكمة الموضوع لا تخضع مطلقاً لرقابة المحكمة

برأي الخبير ولها، بل من واجبها أن تستكمل أوجه الاقتناع على ضوء كافة الوثائق المعروضة للنقاش». نقلا عن: عباسي كريمة، مرجع سابق، ص 107.

¹ - تلخص وقائع هذه القضية أنه رفعت دعوى ضد طبيب التخدير على أساس أنه في استعمال التخدير الكلي من أجل إجراء عملية استسقاء على ركة المريض، فأصيب هذا الأخير بأضرار لم تكن لتحدث لو إستعان الطبيب بالتخدير الموضعي، علما أن طبيب التخدير عند إجراء التخدير الكلي أخذ برأي مدير المستشفى الذي يعمل فيه ولكن الخبراء أقروا بعكس ذلك، وإستشهد طبيب التخدير ببعض كبار الأطباء الذين صرحوا في الجلسة أن استعمال التخدير الكلي في العملية لم يكن غير مناسب، ومع ذلك قضت محكمة دويه الابتدائية بتاريخ 16 ماي 1936 بمسؤولية الطبيب، فقام الطبيب بإستئناف الحكم أين ألغته محكمة الإستئناف وقررت أنه إذا اختلفت وجهات النظر في الحالات التي يجوز فيها استعمال التخدير الكلي وأخذ الطبيب بإستشارة مدير المشفى الذي يعمل فيه، فإنه تبعد عنه المسؤولية بصرف النظر عما جاء في تقرير الخبراء، نقلا عن: عباسي كريمة، المرجع نفسه، ص 117.

² - فريحة كمال، مرجع سابق، ص 260.

³ - نصير صبار لفته، التعويض العيني، دراسة مقارنة مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2001، ص 126.

العليا، فمن جهة لديها حق الرقابة على مدى أخذ القاضي لعناصر تقدير التعويض (أولاً) ومن جهة أخرى تراقب مدى توافر عناصر الضرر وشروطه (ثانياً).

أولاً: رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض.

يحق للمحكمة العليا ممارسة الرقابة على ما فصل فيه قضاة الموضوع من الإعتداد بعناصر تقدير التعويض وليس لمحكمة الموضوع أن تختار ما تريد إختياره أو إغفاله بين هذه العناصر وهذا هو المبدأ.

إلا أنّ هناك بعض من قرارات المحكمة العليا تسير ضد هذا المبدأ وذلك في تقديرها، لأنها تخلط بين تقدير القاضي للتعويض بمبلغ ثابت أو نصاب معين أو قيمة ثابتة وبين عناصر تقدير التعويض.

فبالنسبة لتقدير التعويض بمبلغ ثابت أو نصاب معين أو قيمة ثابتة تعتبر مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع وفقاً لما توضح له من جسامة أو يسر الضرر، دون وجود رقابة عليه من المحكمة العليا، لكن فيما يخص كيفية تحديد هذه الجسامة أو اليسر بمعنى كيفية تطبيق القانون على الواقع هو الذي يكون محل رقابة المحكمة العليا، وتتص هذه الرقابة على مدى إحترام القاضي للعناصر والمعايير التي وضعها له المشرع للوصول إلى تقدير التعويض بما يتناسب والضرر¹.

فإذا قضى الحكم مثلاً بمبلغ معين على سبيل الحصول على التعويض دون أن يبين عناصر الضرر التي قضى من أجلها بهذا المبلغ، فإنه يكون قاصراً قصوراً يستوجب نقضه إذ يحتمل أن يكون قد أدخل في التقدير عنصراً غير قابل للتعويض عنه أو عنصراً لم يطلب المريض التعويض عنه².

¹ - حمليل صالح، سلطة القاضي في تقدير التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون والقضاء الجزائري، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد 21، يوليو 2014، ص 67.

² - حيث جاء في قرار المحكمة العليا رقم 109568 الصادر بتاريخ 21-05-1994 أنّ التعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل وعلى القضاة أن يبنوا في أحكامهم الوسائل المعتمدة في تقدير تلك التعويضات ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقاً للقانون، ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع منحوا تعويضات هامة دون تحديد العناصر التي إعتدوا عليها في تقدير التعويض يكونوا قد خالفوا القواعد المقررة قانونياً، نقلاً عن: بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 114.

إذا كان القاضي بصدد تطبيق معيار الخسارة اللاحقة والكسب الفائت فعليه أن يبين الواقعة الموضحة في الدعوى المثبتة التي تصدق عليها وصف الخسارة أو الكسب. أما فيما يتعلق بمعيار الظروف الملازمة والزامية إعتداد القاضي بالظروف الشخصية للشخص المتضرر في حالته الشخصية والعائلية والمالية، فعلى القاضي أن يبين الواقعة التي تفيد إصابة الشخص بضرر في ذمته المالية، دخله وعدد الأشخاص الذين يعيلهم. وهذه كلها تخضع للرقابة المحكمة العليا لأنها تنصب في مجال التكييف القانوني للواقع¹. جاء في قرار صادر بتاريخ 14 فيفري 2011² عن المحكمة العليا ما يلي: «حيث أنه من قضاء المحكمة العليا المستقر أنّ تقدير التعويض عن التسريح التعسفي يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولرقابة المحكمة العليا عليه في هذا الشأن، ويكفيه أن يعاين كما هو الشأن في دعوى الحال الطابع التعسفي للتسريح، ويقدر التعويض حسب الضرر الذي لحق العامل، وأن الحكم المطعون فيه يبين بأن المبلغ الممنوح للمطعون ضده كان على أساس الضرر المادي والمعنوي الذي لحقه جراء التسريح التعسفي وهذا كاف لإعطائه الأساس القانوني».

لم يشترط هذا القرار أن يضمن القاضي في حكمه العناصر التي إستعملها للوصول إلى تقدير التعويض بما يناسب مع الضرر الحاصل، بل إكتفى بوجود معاينة الطابع التعسفي للتسريح والضرر المادي والمعنوي الناتج عنه.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا أخذت بالمبدأ المذكور آنفا وتوجب ذكر العناصر التي إعتدها القاضي في الوصول إلى تقدير التعويض، فقد جاء في قرار صادر بتاريخ 25 جويلية 2002³ ما يلي: «إنّ قضاة المجلس منحوا للمطعون ضده تعويضا بسبب الضرر به نتيجة منعه من مواصلة الأشغال و إعتدوا في ذلك على عناصر تقرير الخبرة وعلى

¹- فريحة كمال، مرجع سابق، ص 331.

²- قرار المحكمة العليا ملف رقم 214574 صادر بتاريخ 14-02-2001، نقلا عن: حمليل صالح، مرجع سابق، ص 67.

³- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 215762 صادر بتاريخ 25-07-2002، نقلا عن: فريحة كمال، مرجع سابق، ص 332.

محضر معاينة المُحرّر بتاريخ 17 نوفمبر 1996، وأنّ هذا التقدير يدخل ضمن سلطتهم، لا رقابة عليهم في ذلك من طرف المحكمة العليا».

كما إشتراط في عدّة قرارات صادرة عنها على وجوب تحديد الظروف الملازمة وإنابتها بتلك التي تلابس المضرور فقط ممّا يمكن منه القول بأن المحكمة العليا تأخذ بالرأي القائل بوجوب الأخذ بالظروف التي تلابس المضرور دون المسؤول فنقضت في هذا الشأن عدة قرارات لم تبيّن ظروف المضرور.

حيث جاء في قرار لها صادر بتاريخ 14-07-1999¹ عن الغرفة المدنية «... كان يجب على قضاة الموضوع في حالة إثبات المسؤولية على عاتق سائق القطار وبالضرر إلى القانون 90-35 أن يذكر العناصر الموضوعية التي تساعد على تحديد مختلف التعويضات بدقة وتفصيل مثل سن الضحية ومهنتها ودخلها ونوع الضرر أو الأضرار اللاحقة بالمستحقين وأن يخصّصوا تعويضات معينة لكل واحد من هؤلاء المستحقين».

أما بخصوص الضرر المعنوي، فقد ذهبت المحكمة العليا إلى أنّ تقدير التعويض عنه لا يرتبط بالمعايير والعناصر التي أوجبها المشرع والمستعملة في ذلك لإرتباط هذا النوع من الضرر بالجانب العاطفي الذي يصعب تحديده بعناصر موضوعية وإنما هو شخصي.

حيث جاء في قرار صادر بتاريخ 10/12/1981² ما يلي: «حيث أنّه إذ كان يتعين على قضاة الموضوع أن يعللوا قرارهم من حيث منح التعويض، وهذا بذكر مختلف العناصر التي إعتدوا عليها في ذلك فإنّ الوضع يختلف إذا كان الأمر يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي، حيث بالفعل أنّ التعويض عن مثل هذا الضرر يرتكز على العنصر العاطفي الذي لا يحتاج بحكم طبيعته إلى تعليل خاص، مما يجعل القرار لا يحتاج من هذه الناحية إلى تعليل خاص علما بأنّ رقابة المجلس الأعلى في هذا المجال تهدف أساس إلى التأكد من عدم تشويه الطابع المعنوي للضرر المعوض عنه».

¹- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 183066 صادر بتاريخ 14-08-1999، نقلا عن: حمليل صالح، مرجع سابق، ص 68.

²- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 24500 صادر بتاريخ 10-12-1981، نقلا عن: حمليل صالح، المرجع نفسه ص 68.

وكذلك ما جاء في قرار صادر من المحكمة العليا بتاريخ 18/02/1992¹، حيث «أنه بخصوص التعويضات المعنوية فإن منحها يدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع وهي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا».

ثانيا: رقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر وشروطه.

باعتبار أن الضرر هو مناط تقدير التعويض، فلا بد أن يكون هذا التعويض متناسبا مع الضرر ولا يتبين مدى هذا التناسب إلا بعد تحديد العناصر والشروط الواجب توافرها في الضرر حتى يكون مستحقا للتعويض.

إذا كان التثبت من وقوع الضرر ومداه مسألة واقعية يستقل بها قضاة الموضوع فإن تعيين هذا الضرر في الحكم وذكر العناصر المكونة له قانونا والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض يعتبر من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة المحكمة العليا لأن هذا التعيين يعتبر من قبل التكييف القانوني للوقائع².

يتوجب على المحكمة التي تنتظر في النزاع أن تبيّن عناصر الضرر التي قضت بالتعويض بناءً عليه، وأن تناقش كل عنصر على حدة وأن تبين أحقية طالب التعويض فيه أو عدم أحقيته³.

غير أنه من الملاحظ في الواقع العملي أنّ القضاة لا يحددون عناصر الضرر ولا شروطه في أحكامهم، كما أنهم لا يبيّنون نوع الضرر إذا ما كان ماديا أو معنويا مباشرا أو غير مباشر، محققا أو احتماليا، متوقعا أو غير متوقع، ومن أمثلة على ذلك ما جاء في حيثيات حكم صادر عن محكمة البلدية بتاريخ 20 ماي 2000⁴ تحت رقم 209-2000

¹- قرار المحكمة العليا ملف رقم 78410 صادر بتاريخ 18-02-1992 وجاء أيضا في قرار صادر بتاريخ 28/03/2000 ملف رقم 231419 «حيث أنه إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني، فإنّ التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره». نقلا عن: فريجة كمال، مرجع سابق، ص 334.

²- حمليل صالح، مرجع سابق، ص 66.

³- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 116.

⁴- محكمة البلدية، الغرفة المدنية، ملف رقم 209/2000، صادر بتاريخ 20-05-2000، نقلا عن: فريجة كمال، مرجع سابق، ص 330.

«حيث أن إخلال المدعي عليها بالتزام تعاقدي قد ألحق ضرراً بالمدعية، مما يتعين القول بأن طلبها الرامي إلى الحصول على التعويض مؤسس قانوناً...».

والحكم جاء خالياً من تحديد الضرر الذي لحق المدعى عليها في عناصره أو شروطه مما يجعله حكماً معيباً قابلاً للنقض، وجاء في هذا الشأن في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 25 جويلية 2002¹ ما يلي: «حيث أن قضاة الإستئناف اكتفوا بحساب الغرامة المحسوب بها من طرف القاضي الاستعجالي فقط، في حين أنه وبناءً على المادة 471 من ق.إ.م يلتزم قضاة الموضوع بتحديد الضرر وتقديره، قصد مراجعة وتصفية الغرامة»².

المطلب الثاني

الصعوبات المثارة في تقدير تعويض الضرر الطبي

إذا كان توفر كل عناصر التعويض يسهل عملية تقدير التعويض على القاضي، فإنه يأتي في بعض الحالات ورغم توفر هذه العناصر صعباً وشاقاً عليه خاصة إذا تعلق الأمر بالمسؤولية الطبية، على أساس أن الضرر يقع على جسم الإنسان، إضافة إلى أن المريض قد يقع في حادث ناجم من خطأ طبي وبالتالي قد يواجه صعوبات وعقبات يؤدي في غالبية الأحيان إلى هدر حقه، وهذه الصعوبات يمكن أن ترجع إما لتعدد المسؤولين في المجال الطبي أو راجع لتعدد مسؤوليات الطبيب (الفرع الأول) أو يمكن أن ترجع إلى وجود صعوبات قانونية المتمثلة في صعوبة الإثبات وأخرى متعلقة بالخبرة الطبية (الفرع الثاني).

¹- قرار المحكمة العليا ملف رقم 215762 صادر بتاريخ 2002/07/25 نقلاً عن: حميل صالح، مرجع سابق، ص 66.

²- كما جاء أيضاً في حكم لمحكمة النقض المصرية على: «أنّ تعيين العناصر المكونة للضرر والتي يجب أن تتدخل في عناصر التعويض من مسائل القانون التي تخضع لرقابتها بما يجب على المحكمة أن تبين في مدونات حكمها عناصر الضرر الذي قضيت من أجله بهذا التعويض» حكم محكمة النقض المصرية رقم 2384 لسنة 54 جلسة 04-04-1990، نقلاً عن: بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 117.

الفرع الأول

تعدد المسؤولين وتنوع المسؤوليات في المجال الطبي

إن قيام المريض باللجوء إلى المستشفى أو إلى الطبيب من أجل العلاج قد يؤدي نتيجة ارتكاب خطأ من طرف أحدهم إلى إصابته بأضرار وبالتالي تثار مشكلة معرفة مصدر الخطأ من أجل طلب التعويض عن هذه الأضرار، بمعنى أن الخطأ قد يكون مصدره الطبيب نتيجة إخلاله بالتزاماته الفنية أو قد يكون مصدره المستشفى نتيجة تقصيره في تقديم الخدمات الطبية، وهذا ما يبرز مشكلة صعوبة تقديم التعويض نتيجة تعدد المسؤولين في المجال الطبي (أولاً).

كما قد تثار صعوبة في تحديد نوع المسؤولية التي يمكن أن تكون شخصية إذا تعلق الأمر بفعل نتج عن خطأ الطبيب في عيادته الخاصة، كما قد يسأل عن عمل الغير، إلى جانب ذلك هناك مسؤولية الفريق الطبي في غرفة العمليات وأيضاً مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء العاملين بها أو عن الأشياء أو الأجهزة الموجودة التي تستخدم في ممارسة العمل الطبي وهذا ما يعبر عنه بالصعوبات القانونية في تقدير التعويض (ثانياً).

أولاً: تعدد المسؤولين في المجال الطبي.

يعتبر الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام موظفاً، بمعنى أنه في مركز لائحي، أي يخضع للقوانين واللوائح الخاصة بالمرفق العام، فالراجح أن علاقة الطبيب بالمرفق العام الطبي هي علاقة تابع بالمتبوع¹، وبالتالي لا يمكن مساءلة طبيب المستشفى العام إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، وذلك لأن المريض لم يقم باختيار طبيبه، وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض في قرار صادر في 03-07-1969، أنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد إختار طبيبه لعلاج حتى يكون بينهما عقد.

¹ - عيساوي فاطمة، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الإدارية، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، 2013، ص 08.

باعتبار أن العلاقة بين المريض والمستشفى لا تقوم على أساس تعاقدية وإنما على أساس تنظيمي، فالمريض في هذه الحالة يعتبر أنه يتعامل مع شخص معنوي هذا ما يجعله في وضعية لا يحق فيها أن يختار الطبيب المعالج أو كيفية العلاج¹.

وبما أن الأطباء بالمستشفى العام يعتبرون موظفون عموميون وأن تبعيتهم الإدارية لا تتناقض واستقلاليتهم الفنية، فأى خطأ بمناسبة العلاج يثير المسؤولية الإدارية للمرفق العام حتى وإن كان بمناسبة تنفيذ أعمال طبية فنية على إعتبار الأطباء بمثابة أعضاء فيه، فجميع أعمالهم منسوبة لإدارة المستشفى العام إذ كان العمل الطبي لحسابها وتحت رقابتها وإشرافها فتكون المسؤولة تجاه جمهور المستفيدين².

ففي حالة ثبوت خطأ الطبيب الذي يعمل في مستشفى حكومي يجوز للمضرور أن يرفع دعوى التعويض على الوزارة أو الإدارة التي يتبعها المستشفى العام والطبيب، حيث يلتزم بالتضامن وأساس التضامن هنا وجود خطأ تقصيري في جانب الوزارة والذي يتمثل في سوء تنظيم أداء العمل الطبي في المستشفى العام، مما أدى إلى عدم بذل العناية الواجبة لرعاية المريض أثناء تواجده بالمستشفى، ويتحمل كل منهما بقدر من التعويض بنسبة مساهمة أو إشتراك كل منهما في الخطأ الذي يسبب ضرر للمريض.

تجدر الإشارة إلى أن الطبيب المخطئ يمكن أن يخضع للمسؤولية التأديبية أمام المجلس الوطني للأخلاقيات المهنية وأمام إدارة المستشفى³، إذ تقوم علاقة التبعية بين الطبيب والمستشفى كلما كان للمتبوع سلطة فعلية على التابع في الرقابة وفي التوجيه ولو كانت هذه الرقابة قاصرة على الرقابة الإدارية⁴.

¹ -بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 118.

² - آيت مولود ذهبية، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع القانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 134.

³ - راجع المواد 210 ل 221 من م.أ.ط.

⁴ - وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بتاريخ 22-06-1936 «إن وجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المشفى الذي يعالج فيه المريض كاف لتحميل المستشفى مسؤولية خطأ الطبيب»، نقض مصري بتاريخ 21-06-1936، نقلا عن: بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 120.

ثانياً: تنوع المسؤوليات في المجال الطبي.

سبق القول أنه قد تكون مسؤولية الطبيب عن أفعاله في عيادته الخاصة مسؤولية شخصية، وقد يسأل عن عمل الغير كما هناك أيضاً مسؤولية الفريق الطبي في غرفة العمليات وأيضاً الأشياء والأجهزة الموجودة التي تستخدم لممارسة العمل الطبي بها. تعرف العيادة الخاصة على أنها كل منشأة يملكها أو يستأجرها ويديرها طبيب أو طبيب أسنان كل حسب مهنته المرخص له في مزاولتها ومعدة لإستقبال المرضى ورعايتهم¹، ويختلف عقد الإستشفاء الذي يربط المريض بالعيادة الخاصة عن العقد الذي يتم بين المريض والطبيب الذي يقوم بعلاجه، فإذا كان العقد الأول موضعه تقديم الخدمات العادية للمريض أثناء علاجه وإقامته، فالثاني يكون محله الأعمال الطبية بكل ما تحمله من فن طبي، وهذه الأعمال يسأل عنها الطبيب بصفة شخصية ويلتزم الطبيب بإثبات الخطأ المرتكب والذي يترتب عن الإخلال بالإلتزام المتفق عليه في العقد الطبي².

أما بالنسبة للصعوبة التي يثيرها الفريق الطبي حول تحديد المسؤولية عن الضرر الذي يلحق المريض من جراء تدخل متعاقب أو متلازم من عدة أطباء لعلاجه، إذ يصطدم بعقبة إثبات علاقة سببية بين الضرر الذي يطالب بتعويضه والخطأ الذي يدعيه وباعتبار أن العمل ضمن الفريق الطبي يتشكل من عدة أطباء، فقد لا يعرف دور كل واحد منهم وأين ينتهي دورهم وبالتالي لا يعرف بالتدقيق من ارتكب الخطأ على وجه التحديد، حيث أنه يصعب إذا ما أدى أكثر من طبيب في التسبب في ذلك الضرر تحديد مدى تسبب كل واحد منهم في ذلك حتى تكون المسؤولية مشتركة فيما بينهم³.

في حالة ما إذا إلتزم عدة أطباء بالإلزامات مختلفة في علاج المريض كان كل طبيب مسؤولاً عن إلتزامه في حدود العلاج الذي ينصح به، فأخصائي القلب لا يسأل عن أخصائي أمراض الأوعية الدموية أو أخصائي الأمراض الباطنية، ذلك أنه لا محل للقول بوجود تضامن بينهم على إعتبار أن إلتزاماتهم إلتزامات إلتزامات مختلفة، ولكن في العكس من ذلك أي

¹ - راجع المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 88-204 مؤرخ في 18 أكتوبر 1988، يحدد شروط إنجاز العيادات الخاصة وفتحها وعملها، ج.ر عدد 42 الصادرة في 19 أكتوبر 1988.

² - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 120.

³ - المرجع نفسه، ص 121.

في حالة ما إذا إجتمع مجموعة من الأطباء لأداء إلتزام موحد وأخطئوا في التشخيص أو أهملوا في العلاج، ونجم عن ذلك ضرر للمريض، فالقاعدة أنه إذا تعددت الأخطاء الصادرة من الأشخاص يتولون علاج مريض واحد وأدى إجتمع هذه الأخطاء إلى إحداث إصابة معينة أدت إلى تضرر المريض أو وفاته. إعتبر جميع المعالجين مخطئين ومسؤولين عن هذه النتيجة متى أمكن إسناد حدوثها إلى هذه الأخطاء مجتمعة معا¹.

نصت المادة 1/73 من م.أ.ط، إذ لا يعد خرقاً للقانون طالما أنّ كل طبيب عضو في الفريق الطبي مسؤول عن الإهمال الحاصل من جانبه ليس فقط على أساس تخصصه فيما يعتبر داخل في مهمته وواجباته أثناء التدخل الطبي، طالما هناك منطقة مشتركة في العمل، إذ يقع عبء القيام بها على كل عضو مشارك، فالقضاء بالمسؤولية المشتركة لا تتناقض مع مبدأ الإستقلالية المهنية.

كما يكون التضامن في مجال المسؤولية التقصيرية مفروضاً بنص قانون بموجب المادة 126 ق.م.ج²، وبالتالي في حالة ما إذا إشتراك مجموعة من الأطباء لأداء إلتزام معين ثم أخطئوا في التشخيص أو العلاج وأسست مسؤوليتهم على أساس أنها تقصيرية كانوا متضامنين وإن لم تتوفّر لديهم نية الإضرار بالمريض بل حتى وإن وجد إتفاق بينهم في أن يقوم أحدهم بتحمل دين التعويض وحده، فيعد هذا الاتفاق باطل في مواجهة المضرور بإعتباره من الغير لا يحتاج في مواجهته بهذا الاتفاق³.

¹- أيت مولود ذهبية، مرجع سابق، ص 176.

²- تنص المادة 126 ق.م.ج على: «إذا تعدد المسؤولين عن فعل ضار، كانوا متضامنين في إلتزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم، بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الإلتزام بالتعويض».

³- هذا عكس التضامن في المجال العقدي إذ يشترط الاتفاق عليه مسبقاً، فإذا أراد المريض أن يحتاط لنفسه ويجعل كافة أعضاء الفريق الطبي متضامنين في المسؤولية لتعويضه عما قد يصيبه من ضرر، فعليه الاتفاق معهم على ذلك دون اشتراط شكل محدد له ويكون في عقد العلاج نفسه أو في عقد منفصل عنه ويشترط لقيام التضامن بين المسؤولين توافر ثلاثة شروط وهي:

(1) أن يكون كل منهم قد إرتكب خطأ.

(2) إشتراط وحدة الضرر.

(3) تحقق رابطة سببية مباشرة بين أخطاء المسؤولين والضرر برمته، أيت مولود ذهبية، مرجع سابق، ص 182-

الفرع الثاني

صعوبات قانونية في مجال التعويض

تأخذ الصعوبات القانونية في تقدير التعويض عن الضرر الطبي شكلان، فيمكن أن تكون صعوبات متعلقة بعبء الإثبات (أولاً)، كما يمكن أن تكون صعوبات متعلقة بالخبرة في المجال الطبي (ثانياً).

أولاً: الصعوبات المتعلقة بعبء الإثبات.

تتمثل الواقعة محل الإثبات في المجال الطبي في الخطأ المنسوب إلى الطبيب المدعى عليه أو الذي يقع على عاتق المريض إثباته بكل وسائل الإثبات¹. فإذا كان عبء الإثبات يمثل في حد ذاته مشقة على من يقع على عاتقه الإثبات فهو في المسؤولية الطبية يُشكل مشقة زائدة، فالبعض يصنف تحمل المريض عبء الإثبات بأنه ظلم له، والبعض الآخر لا يخفي شغفه على المريض من تحمله العبء ذلك هو حال المريض الذي يدعي خطأ الطبيب، ويضعف من صعوبة الإثبات أمام المريض ما قد يواجه من صمت من قبل الطبيب المخطئ أو من معاونيه وكذا غياب الشهود في هذه العلاقة التي قامت على أساس الثقة بالإضافة إلى ما يحصن هذه العلاقة بما يعرف بالسر المهني، فهذه كلها إشارات تدل على أنّ الواقعة التي أمام المريض أو ذويه في حالة وفاته هي واقعة سلبية².

أما في حالة ما إذا كان إلتزام الطبيب هو إلتزام بتحقيق نتيجة وهو ما يشكل إستثناء في العلاقة بين الطبيب والشخص المريض، ففي هذه الحالة لا يقع على المريض إلاّ إثبات وجود إلتزام الطبيب وعدم تحقق النتيجة المقصودة³.

¹ - سايكي وزنة، مرجع سابق، ص 64.

² - نعني بالواقعة السلبية العدم وهو شيء غير موجود أصلاً فإثبات الواقعة السلبية يعني إثبات عدم حدوث الواقعة، أما إثبات حدوثها يعني إثبات واقعة إيجابية، فمثلاً إذا أراد الطبيب أن يثبت أنه لم يقصر في علاج المريض بإمكانه ذلك بإقامة الدليل على أنه قام بكل ما يفرضه عليه واجب العلاج. أما إذا أراد المريض أن يثبت العكس، باعتباره سيقوم بإثبات واقعة سلبية ليس لها مظهر خارجي، المرجع نفسه، ص 65.

³ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 123.

إذا لم يتمكن المريض من إثبات ما يدعيه بسبب عدم إقتناع القاضي بالأدلة التي قدمها، فسيظل الشك قائماً لدى المحكمة ولا يكون أمام القاضي في هذه الحالة سوى أن يفسر الشك لمصلحة المدعى عليه الذي هو الطبيب وهذا ما يعتبر ضد مصلحة المدعي الذي هو المريض¹.

ثانياً: صعوبات تتعلق بالخبرة في المجال الطبي.

باعتبار أن المسائل الطبية تعتبر من المسائل الفنية التي يستصعب على القاضي الإلمام بها، فإنه يكون ملزماً إذ ما عرضت عليه مسألة تتعلق بالمجال الطبي باللجوء إلى أهل الخبرة لفهمها وتوضيحها، وهذا الفهم لن يأتي إلا بالإطلاع على التقارير النهائية المحررة من طرف الطبيب الخبير وما يلاحظ أن الحصول على تقرير موضوعي من الخبير تعترضه صعوبتان، صعوبة موضوعية وأخرى شخصية².

1- صعوبات موضوعية:

إن قيام الطبيب بتحديد خطأ الطبيب ليس بالأمر المؤكد في غالب الأحيان، فليس بمقدوره أن يقدر على نحو دقيق الموقف الذي وجد فيه الطبيب، والذي كان يمارس مهامه في ظل ظروف مختلفة، حيث يتوجب على الغير أن يقوم بالتعرف على هذه الظروف الواقعية، فالصعوبة هنا تتمثل في الإختلاف الكبير بين المعطيات المجردة والحقيقة الواقعية الملموسة، والخبير يتولى إجراء أبحاثه داخل مختبره بحيث أنه يتعسر عليه أن يقدر بدقة الموقف الذي وجد فيه الطبيب في الواقع لذا فلن يكون حكمه مطابقاً للواقع تبعاً للإختلاف القائم بين التنظير والتطبيق³، بمعنى هناك إختلاف بين المعطيات المجردة والحقيقية الواقعية.

¹ - يبرر بعض الفقهاء ذلك بالقول أن رفض إدعاء الخصم لفشله في تقديم الدليل كاملاً على إدعائه أفضل لسلامة العلاقات القانونية بين الناس من الحكم على الخصم إستناداً إلى أدلة غير مؤكدة وتقوم على ذات الفكرة المعروفة في القانون الجنائي التي تقتضي بتفسير الشك لمصلحة المدعى، بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 124.

² - المرجع نفسه، ص 124.

³ - سايكي وزنة، مرجع سابق، ص 156.

كما أنّ قيام الطبيب الشرعي بالبحث عن خطأ الطبيب والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر يعد أمرًا في غاية الصعوبة على أساس أن معظم خيوط القضية تكون بحوزة الطبيب المسؤول، فهو يمتلك كافة الملفات الطبية للمريض ويكون بإمكانه التلاعب بها كيفما شاء وذلك من أجل إزالة كل الشبهات حول أي خطأ قد يدينه والطبيب الشرعي لا يعلم حالة المريض قبل التدخل الجراحي ولا خطوات فحص المريض، ولا كيفية توصل الطبيب المعالج لتشخيص الحالة، حيث أن تلك المعلومات تكون لدى الطبيب المشكو في حقه. كما تتور أيضا الصعوبة في هذا المجال من خلال تعامل المريض في بعض الأحيان مع عدة جهات طبية، مما قد يضع الخبير في مأزق في تحديد الجهة المسؤولة عن الضرر الذي أصاب المريض¹.

ضف إلى تلك أنه غالبا ما تكون الأحداث معقدة لكون أن المريض قد يقوم بتحريك الشكوى بعد مرور مدة طويلة عن حدوث واقع القضية².

2- صعوبات شخصية:

تعاني الخبرة الطبية من نظرة الشك الموجهة إليها من طرف الأشخاص غير المختصين نظراً لإمكانية وجود تضامن بين أصحاب المهنة الواحدة على نحو يسمح بتغاضي الخبير عن أخطاء زميله الطبيب المسؤول أو إيجاد تبرير لها. وعلى إثر هذه التغطية يوجد الكثير من الخبراء الأطباء لا يقومون بهذه المهمة بشرف وموضوعية وفي هذه الحالة يتعين على القاضي في الحالات التي يشعر فيها أن الخبير يريد تغطية زميله وإبعاده عن المساءلة، إستبعاد هذه الخبرة ويتخذ الإجراءات المناسبة لذلك³.

¹- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 125.

²- سايكي وزنة، مرجع سابق، ص 157.

³- بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 125.

وهذه الصعوبة من شأنها أن تجعل الخبرة الطبية تعاني من احتمال إهتزاز الثقة في الخبراء بسبب التضامن والتسامح مع الزملاء الأطباء محل المساءلة لأن ذلك يعتبر قصورًا بشرف ونزاهة المهنة¹.

إلى جانب ذلك تثار صعوبة تأثر الخبير برأيه الشخص أو بمذهب معين في مجال تخصصه، الأمر الذي ينعكس سلبًا على خبرته².

وفي الأخير تجدر الإشارة أنه ما يزيد صعوبة في ذلك وجود مصلحة الطب الشرعي على مستوى وزارة الصحة وذلك لأن الشعور الذي يكون عند الطبيب بإنتمائه لمهنة الطب يكون أكثر من إعتباره من مساعدي القضاء لذلك نرى أنه من الأفضل إخراج مصلحة الطب الشرعي من وزارة الصحة وجعلها ضمن هيكل وزارة العدل، إذ أن من شأن هذا التغيير في الهيكل ضمان شعور الطبيب الخبير بإنتمائه أكثر لقطاع العدالة من جهة وأن يكون مستقلًا عن الجهات المتنازعة من جهة أخرى³.

¹ - يزيد نعيمة، مرجع سابق، ص 80.

² - سايكي وزنة، مرجع سابق، ص 219.

³ - بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 126.

خاتمة

تقوم المسؤولية المدنية بتوفر أركانها الثلاث المتمثلة في الخطأ الضرر وعلاقة السببية، وبالنسبة لركن الضرر يعتبر أهم أركان المسؤولية الطبية بحيث يعتبر أساس المساءلة فيها.

يتعين على الطرف المتضرر (المريض) من أجل إثارة مسؤولية الطبيب أو الطاقم الطبي أو المستشفى الذي تسبب له بضرر نتيجة تلقيه العلاج إثبات علاقة سببية مباشرة وأكيدة بين خطأ المسؤول والضرر اللاحق به.

نلاحظ أنّ القوانين المنظمة لمهنة الطب لم تعالج أركان المسؤولية الطبية وبالتالي أمام هذا الفراغ القانوني وجب الرجوع إلى القواعد العامة من أجل إثارة المسؤولية الطبية. تطبيقاً للقواعد العامة، فالضرر يمكن أن يتخذ أحد الصور، فيمكن أن يمس جسم المريض بعجز دائم أو مؤقت أو يمكن أن يؤدي إلى إزهاق روحه وهذا ما يسمى بالضرر المادي، كما يمكن أن يصاحب هذا الأذى ضرر مالي يتجسد في صورة النفقات المالية التي ينفقها المريض من أجل العلاج، أما الصورة الثانية، فهي الضرر المعنوي الذي يظهر في شكل الأسى والحزن الذي يشعر به المريض بسبب ما آلت إليه حالته الجسدية.

أمام عجز القواعد العامة التقليدية عن توفر الحماية للمريض إستحدث القضاء الفرنسي وسيلة جديدة من أجل حماية المريض وهي فوأة الفرصة.

يكون جبر الضرر اللاحق بالمريض نتيجة خطأ المسؤول على شكل تعويض، إما نقدي أو عيني أو غير نقدي يقدم للشخص المضرور.

وبالرجوع إلى القواعد المنظمة للصحة لا نجد أن المشرع الجزائري قد نظم هذه الآلية فيها وبالتالي وجب الرجوع إلى القواعد العامة من أجل تحديد أحكام التعويض ومقداره الذي يعتبر عسيراً في المسؤولية الطبية نظراً لكون أنّ الأضرار الواجبة التعويض تقع على جسم الإنسان، في حالة ما إذا تعذر للشخص المضرور من الحصول على التعويض نتيجة إنعدام المسؤول، فإنّ المشرع الفرنسي إستحدث سنة 2004 آلية تسمح للمضرور بجبر ضرره والحصول على التعويض وذلك عن طريق اللجوء إلى اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض (CRCI).

نلاحظ أنّ المشرع الجزائري لم يسلك مسلك المشرع الفرنسي إذ لم ينشئ هذه اللجنة بل إكتفى فقط بالنص في المادة 140 مكرر 1 ق.م.ج على تكفل الدولة بتعويض المضرور في حالة إنعدام المسؤول إستينادًا إلى وجود صندوق يتولى تعويض المضرور.

لكن نلاحظ أنّ القواعد الخاصة المتعلقة بمهنة الطب أغفلت عن تطبيق ذلك في مجال وقوع الضرر الطبي وإنعدام المسؤول، على غرار المجالات الأخرى أين أنشئ المشرع بعض الصناديق كصندوق التعويض على حوادث المرور.

نرى أنه على المشرع الجزائري أن يخرج أحكام المسؤولية الطبية من القواعد العامة وأن يضمها في القوانين المتعلقة بالصحة من أجل التكفل بأكثر موضوعية ودقة بتعويض الأضرار الناتجة عن الدخول الطبي على جسم المريض.

قائمة المراجع

1- باللغة العربية:

أولاً: الكتب:

1. بركات عماد الدين، التعويض عن الضرر الطبي والتأمين من مسؤولية الأطباء المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012.
2. بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ط2، دار هومه، الجزائر، 2015.
3. رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
4. رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005.
5. سامي الجربي، شروط المسؤولية المدنية في القانون التونسي والمقارن، مطبعة التسفير الفني، تونس 2011.
6. طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004.
7. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الإلتزام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
8. عبد الفاتح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
9. علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات الزين الحقوقية، (د.د.ن)، لبنان، 2010.
10. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
11. مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.

12. منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزام، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، مصادر الإلتزام، ج1، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996.
13. منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004.
14. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
15. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء الفرنسي والمصري، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ- أطروحات الدكتوراه:

1. بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي في ظل أحكام المسؤولية المدنية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019.
2. ثنيف غنيم، إلتزام الطبيب بالحصول على الرضا الحر و المتبصر للمريض، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص: القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.

ب- مذكرات الماجستير:

1. أيت مولود ذهبية، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011.
2. بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

3. بومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
4. سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
5. صاحب ليدية، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
6. عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
7. غركان ميثاق طالب، التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية القانون، جامعة بابل، 2006
8. فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012.
9. فريد عيسوس، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2003.
10. قيرع محمد، التعويض عن الضرر الجسماني للخطأ الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015.
11. نصير صبار لفته، التعويض العيني في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة النهريين، العراق، 2001.

12. وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.

ج- مذكرات الماستر:

1. أيت ساحل صبرينة، الضرر الطبي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.
2. بن علي ناريمان، المسؤولية المدنية، لطبيب التخدير، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013.
3. بوخريصة محمد أمين، المسؤولية المدنية للصيدي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، قسم القانون العام، تخصص قانون طبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017.
4. بوعيشة نور الهدى، المسؤولية عن الخطأ الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2014.
5. جلال بلقاسم، المسؤولية المدنية للصيدي بإعتباره بائعا للدواء، مذكرة لنيل شهادة ماستر في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015.
6. زيوي عكرية، المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013.
7. عيساوي فاطمة، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2013.

8. لعربي كريمة، التعويض في المسؤولية المدنية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ألكلي محند أولحاج البويرة، 2013.
9. هروال الهوارية، الخطأ الطبي في ضل المسؤولية الجزائية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019.
10. يزيد نعيمة، دور الخبرة في إثبات الأخطاء الفنية أثناء التدخل الطبي العلاجي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ألكلي محند أولحاج، البويرة، 2013.

ثالثا: المقالات.

1. بن صغير مراد، المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، العدد الثالث، 2007، (ص ص. 41-57).
2. بوخرس بلعيد، الخبرة القضائية في مجال المسؤولية المدنية الطبية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الأول، 2018، (ص ص. 127-147).
3. حمليل صالح، سلطة القاضي في تقدير التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون والقضاء الجزائري، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد 21، يوليو 2014، (ص ص. 60-70).
4. رواحنة زوليخة، مستاري عادل، معايير تقدير التعويض عن الضرر المعنوي وأشكاله، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 17، 2018. (ص ص 171-182).
5. سي يوسف زاهية حورية، إشكالية التعويض عن الضرر المعنوي، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الثاني، 2018، (ص ص. 7-17).

6. عبيد فتيحة، دور الخبرة في دعاوى المسؤولية المدنية الطبية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، المجلد 04، العدد الثاني، ديسمبر 2018، (ص ص. 181-196).
7. عمارة مخطارية، الضرر الطبي الموجب للتعويض وأثاره القانونية، مجلة القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، العدد الثامن، جوان 2017، (ص ص. 393-422).
8. عبوب زهيرة، طبيعة التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة الدراسات القانونية والمقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، العدد الثالث، ديسمبر 2016، (ص ص. 162-173).
9. فطناسي عبد الرحمان، الإثبات في مجال المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، العدد 07، جانفي 2015، (ص ص. 126-147).
10. فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، المجلد 22، العدد الأول، 2006. (ص ص. 121-155).
11. ناصر رانية، التقدير القضائي للتعويض، مجلة أبحاث، كلية الحقوق، جامعة أحمد بن بلة، وهران 1، العدد الثالث، ديسمبر 2016، (ص ص. 128-145).

رابعاً: نصوص تشريعية وتنظيمية

أ: نصوص تشريعية:

- أمر رقم 65-155، مؤرخ 8 جوان سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر.ج.ج عدد 48، صادر في 10 جوان 1966، معدل ومتمم.
1. أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج عدد 49، صادر في 11 جوان 1966، معدل ومتمم.
2. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1359 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

3. قانون رقم 83-13 مؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق لـ 2 جويلية 1983، يتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، ج.ر.ج.ج عدد 28، صادر بتاريخ 05 جويلية 1983.
4. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج عدد 24 صادر بتاريخ 12 جوان 1984، معدل ومتم.
5. قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج.ج عدد 8، صادر بتاريخ 17 فبراير سنة 1985 (ملغى).
6. قانون رقم 90-11 مؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق لـ 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر.ج.ج عدد 17، صادر بتاريخ 25 أبريل 1990 معدل ومتم.
7. أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 جانفي 1995 يتضمن قانون التأمينات، ج.ر.ج.ج، عدد 13 صادر بتاريخ 08 مارس 1995، معدل ومتم.
8. قانون رقم 08-09 المؤرخة في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج عدد 21، صادر بتاريخ 23 أبريل 2008.
9. قانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق لـ 02 يوليو سنة 2018 يتعلق بالصحة، ج.ر.ج.ج عدد 46، صادر بتاريخ 29 يوليو سنة 2018، معدل ومتم.

ب - نصوص تنظيمية:

1. مرسوم تنفيذي رقم 88-204 مؤرخ في 18 أكتوبر 1988، يحدد شروط إنجاز العيادات الخاصة وقيمتها ومحلها ج.ر.ج.ج عدد 42، صادر بتاريخ 19 أكتوبر 1988، معدل ومتم.
2. مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 06 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر.ج.ج عدد 52 المؤرخة في 8 يوليو 1992.

3. مرسوم تنفيذي رقم 95-310 مؤرخ في 10 أكتوبر 1995، يحدد شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفية، ج.ج.ج عدد 60، صادر بتاريخ 15 أكتوبر 1995.

2- باللغة الفرنسية:

1- Ouvrage :

- Jean PENNEAU, la responsabilité du médecin, 3^{eme} édition, Dalloz, Paris, 2004.

2- Article :

- WERRO Franz, La responsabilité médicale, institut de droit de la santé, université de Neuchâtel, 1996.

3- Textes juridiques :

1. Décret n° 2003-314 du 04 Avril 2003 relatif au caractère de gravité des accidents médicaux des affections iatrogènes et des infections nosocomiales prévu à l'article L1142-1 du code de la santé publique J.O.R.F n° 81 du 05 Avril 2003.
2. Décret n°2003-462 du 21 mai 2003 relatif aux dispositions réglementaires des parties I.II.III du code de la santé publique J.O.R.F n° 122 du 27 mai 2003.

فهرس الموضوعات

01	مقدمة
04	الفصل الأول: أحكام الضرر الموجب للتعويض في نطاق المسؤولية المدنية الطبية ...
04	المبحث الأول: مفهوم الضرر الطبي
05	المطلب الأول: المقصود بالضرر الطبي
05	الفرع الأول: تعريف الضرر الطبي
05	أولاً: التعريف اللغوي
06	ثانياً: التعريف التشريعي والفقهي للضرر
07	الفرع الثاني: أنواع الضرر الطبي
07	أولاً: الضرر المادي
08	1- الضرر الجسدي
08	أ- الضرر الجسدي المفضي إلى الوفاة
11	ب- الضرر الجسدي المفضي إلى العجز
12	2- الضرر المالي
13	ثانياً: الضرر المعنوي
13	1- التعريف بالضرر المعنوي
14	2- صور الضرر المعنوي
14	أ- الضرر المتعلق بالآلام الجسمية والنفسية
16	ب- الضرر الجمالي
17	ج- الضرر المتعلق بحرمان الإنسان بمتع الحياة
17	د- الضرر الناتج عن المساس بشرف و إعتبار المريض
19	3- موقف الفقه من الضرر المعنوي
19	أ- النظرية الراضية لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي
19	ب- النظرية المؤيدة لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي

- 4- موقف المشرع الجزائري من التعويض عن الضرر الطبي المعنوي 20
- أ- قبل تعديل القانون المدني سنة 2005 21
- ب- بعد تعديل القانون المدني 22
- المطلب الثاني: تفويت الفرصة صورة جديدة للضرر في مجال المسؤولية الطبية 22
- الفرع الأول: تفويت الفرصة الناتج عن الأخطاء الطبية الفنية 23
- أولاً: تفويت الفرصة بمناسبة الأخطاء الطبية الإيجابية 23
- 1- تفويت الفرصة الناتج عن خطأ في التشخيص 24
- 2- تفويت الفرصة الناتج عن الخطأ في الرعاية الطبية في مجال التوليد 26
- ثانياً: تفويت الفرصة بمناسبة الأخطاء الطبية السلبية 27
- 1- تفويت الفرصة الناتجة عن عدم الاستعانة بطبيب أخصائي في التخدير 28
- 2- تفويت الفرصة الناتجة عن عدم إجراء الفحص الطبي التمهيدي 29
- الفرع الثاني: تفويت الفرصة الناتج عن الأخطاء المتصلة بالأخلاقيات الطبية 30
- أولاً: تفويت فرصة رفض التدخل الطبي بسبب نقص الإعلام 31
- ثانياً: تفويت فرصة تجنب الولادة المعاقة بسبب الإخلال بالالتزام بالإعلام 34
- المبحث الثاني: شروط الضرر المستحق للتعويض والعوامل المؤثرة فيه 37
- المطلب الأول: شروط الضرر الطبي المستحق للتعويض 37
- الفرع الأول: أن يكون الضرر مباشراً 37
- الفرع الثاني: أن يكون الضرر شخصياً 40
- أولاً: الضرر الشخصي 40
- ثانياً: الضرر المرتد 40
- 1- الضرر المادي المرتد 41
- 2- الضرر المعنوي المرتد 42
- الفرع الثالث: أن يكون الضرر محققاً 42
- الفرع الرابع: أن يمس الضرر حقاً ثابتاً أو مصلحة مشروعة 46
- أولاً: الإخلال بحق ثابت 46

46.....	ثانيا: الإخلال بمصلحة مشروعة
47.....	المطلب الثاني: العوامل المؤثرة في التعويض عن الضرر الطبي
48.....	الفرع الأول: الظروف الخاصة بالمتضرر
48.....	أولا: الحالة الصحية للمضرور
48.....	ثانيا: المركز المالي أو الاجتماعي للمضرور
50.....	الفرع الثاني: معيار الضرر المباشر كأساس التعويض
51.....	الفرع الثالث: وقت تقدير التعويض
51.....	أولا: الضرر المتغير وإعادة النظر في تقديره
52.....	ثانيا: أثر تغير مقدار النقد على مقدار التعويض
54.....	الفصل الثاني: تقدير التعويض عن الضرر الطبي
54.....	المبحث الأول: قواعد تقدير التعويض عن الضرر الطبي
55.....	المطلب الأول: طرق تقدير التعويض عن الضرر الطبي
55.....	الفرع الأول: التقدير القانوني
56.....	الفرع الثاني: التقدير الإتفاقي
58.....	الفرع الثالث: التقدير القضائي
60.....	المطلب ثاني: صور التعويض عن الضرر الطبي
60.....	الفرع الأول: التعويض المقدم من المسؤول عن الضرر
61.....	أولا: التعويض العيني
64.....	ثانيا التعويض بمقابل في المجال الطبي
64.....	1- التعويض النقدي
65.....	أ- التعويض في صورة دفعة واحدة
67.....	ب- التعويض في صورة أقساط
68.....	ج- التعويض في صورة إيراد مرتب
69.....	2- التعويض غير النقدي
70.....	الفرع الثاني: التعويض المقدم من غير المسؤول

- أولاً: تغطية عقد التأمين للمسؤولية المدنية للطبيب المسؤول عن الضرر 70
- 1- تعريف التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب 71
- 2- التأكيد على إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب 72
- 3- نطاق التأمين من المسؤولية المدنية الطبية 74
- أ- المخاطر الطبية التي يغطيها التأمين من المسؤولية 74
- ب- الأضرار الطبية التي يغطيها عقد التأمين من المسؤولية 74
- 4- أهمية نظام التأمين من المسؤولية بالنسبة للطبيب 75
- أ- أهمية نظام التأمين من المسؤولية بالنسبة للطبيب 76
- ب- أهمية نظام التأمين من المسؤولية بالنسبة للمريض المتضرر 76
- ثالثاً: التعويض بإسم التضامن الوطني في القانون الفرنسي 77
- 1- شروط الحصول على التعويض بإسم التضامن الوطني 79
- أ- شرط إنتفاء الخطأ 79
- ب- شرط السببية 79
- ج- شرط الجسامة 80
- د- النتائج غير العادية للأضرار 81
- 2- إجراءات الحصول على التعويض بإسم التضامن الوطني 82
- أ- إخطار اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض CRCI 82
- ب- الرأي الصادر من اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض 83
- ج- الطعن أمام اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض 84
- المبحث الثاني: التقدير القضائي للتعويض في المجال الطبي 86
- المطلب الأول: دور القاضي في تقدير التعويض 86
- الفرع الأول: تقدير القاضي لعناصر المسؤولية الطبية 86
- أولاً: تقدير قيام ركن الخطأ 87
- ثانياً: تقدير قيام ركن الضرر 89
- ثالثاً: تقدير قيام ركن علاقة السببية 90

93	الفرع الثاني: إستعانة القاضي بالخبرة في تقدير التعويض
93	أولاً: الخبرة ودورها في تقدير الضرر الطبي
95	ثانياً: صحة تقرير الخبرة على القاضي المدني
96	الفرع الثالث: رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي في تقدير التعويض
97	أولاً: رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض
100	ثانياً: رقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر وشروطه
101	المطلب الثاني: الصعوبات المثارة في تقدير تعويض الضرر الطبي
102	الفرع الأول: تعدد المسؤولين وتنوع المسؤوليات في المجال الطبي
102	أولاً: تعدد المسؤولين في المجال الطبي
104	ثانياً: تنوع المسؤوليات في المجال الطبي
106	الفرع الثاني: صعوبات قانونية في مجال التعويض
106	أولاً: الصعوبات المتعلقة بعبء الإثبات
107	ثانياً صعوبات تتعلق بالخبرة في المجال الطبي
107	1- صعوبات موضوعية
108	2- صعوبات شخصية
110	خاتمة
112	قائمة المصادر والمراجع
120	الفهرس