جامعة مولود معمري – تيزي وزو

كليّة الحقوق و العلوم السياسية

مدرسة الدكتوراه " القانون الأساسي و العلوم السياسية

المسؤولية المدنية للطبيب

مذكّرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

فرع "قانون المسؤولية المهنية"

إعداد الطالبة

فريحة كمال

إشراف الأستاذ

د/ بوبشير محند أمقران

لجنة المناقشة:

د/ معاشو فطة، أستاذة محاضرة " أ"، جامعة مولود معمري تيزي وزو..... رئيسة

د/ بوبشير محند أمقران، أستاذ ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ..... مقرراً

د/ صبايحي ربيعة، أستاذة محاضرة " أ"،جامعة مولود معمري تيزي وزو..... ممتحنة

تاريخ المناقشة: 30 /09/ 2012

بسم الله الرحمن الرحيم

... قال العماد الأصفهاني ...

" إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال في غده : لو غير هذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل و لو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر و هو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر".

شكر و تقدير

لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بخالص عبارات الشكر و التقدير لأستاذنا المشرف الدكتور "بوبشير محند أمقران" على إشرافه لي على هذا العمل رغم انشغالاته الكثيرة ، فجزاه الله عنّي خير جزاء.

كما أتقدم بخالص عبارات الشّكر للأستاذين الكريمين إقلولي محمد و تاجر محمد على ما قدّماه لي من دعم معنوي و نصائح ساعدتني في انجاز هذا البحث.

كما أتقدم بخالص عبارات الشّكر و الامتنان لأساتذة الماجستير، فرع "قانون المسؤولية المهنية" على ما قدّموه لنا من نصح و إرشاد طِوال السنة النظرية التي مرت علينا.

أطال الله في عمرهم و أدام لنا علمهم و جزآهم عنا أعظم و أوفر الجزاء.

✍فريحة كمال

إهداء

أهدي ثمرة هذا البحث إلى روح أبي رحمه الله، وإلى أمي رفيقة دربي أطال الله عمرها في طاعته،إذ هما اللذان غرسا في نفسي حب العلم و التعلّم، لهما عليّ فضل لا يماثله فضل أحد بعد فضل الله الذي خلقني.بسم الله الرحمن الرحيم

(وقل ربّ ارحمهما كما ربياني صغيرا)

إلى إخوتي و أخواتي.إلى أحبائي و كل أصدقائي.

إلى كل أستاذ ساهم في تكويني منذ الطّور الابتدائي إلى يومنا هذا.

قائمة أهم المختصرات:

باللغة العربية:

- ج. ر. ج .ج. د. ش: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
- ت. م. ج: التقنين المدني الجزائري.
- ت. ع. ج: التقنين العقوبات الجزائري.
- ت. إ. م إ: التقنين الإجراءات المدنية و الإدارية.
- م. أ. ط. ج: مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.
- ت. م. ف: التقنين المدني الفرنسي.
- د. م .ج: ديوان المطبوعات الجامعية.
- د: دكتور.
- د. ت. ن: دون تاريخ النشر.
- د. د. ن: دون دار النشر.
- د. ب. ن: دون بلد النشر.
- ص: صفحة.
- ص. ص: من الصفحة إلى الصفحة.
- ظ.إ.ع.م: ظهير الالتزامات و العقود المغربي.
- م.إ.ع.ت: مجلة الالتزامات و العقود التونسية.

باللغة الفرنسية:

- Alinéa : al.
- art : article.
- ass. plén : assemblée plénière.
- Bull. civ : bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles).

- Bull. crim :blletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle).

- C : Cour.

- C. assur : code des assurances :.

- C. civ : code civil.

- C. consom : code de la consommation.

- C. pén : code pénal.

- CPC : code de procédure civile

- C. pr. pén : code de procédure pénale.

- C. santé publ : code de la santé publique.

- CSS : Code de la sécurité sociale.

- C.A : cour d'appel.

- C. A.A : cour administrative d'appel.

- CASS : cour de cassation.

- C. E : conseil d'Etat.

- D : décret.

- D.L : décret-loi.

- D : recueil Dalloz.

- L: loi

- L.G. D. J : librairie générale de droit et de la jurisprudence.

- L.A.P : les petites affiches.

- N° : numéro.

- R.D.P : revue de droit public.

- R.I.D.C : revue internationale de droit comparé.

- R.R.J : revue de la recherche juridique.

- R.T.D.CIV: revue trimestrielle de droit civil

- R.D.S.S : revue de droit sanitaire et social.

- R.C.L.J : Revue critique de législation et de jurisprudence

- Op.cit. : ouvrage précédemment cité.

- p : page.

- pp : de la page à la page.

- R.F.D.A : revue française de droit administratif.

- R. C.D.S.P : revue critique de droit et science politique.

- RDC : revue des contrats

- Rev. crit. DIP : revue critique de droit international privé

-RDIP : revue de droit international privé.

مقدمة:

يشير التاريخ الإنساني عبر مراحله المختلفة و صفحاته المتعددة إلى أهمية المسؤولية الطبية و التحلي بالضوابط الأخلاقية لدى الطبيب المعالج لحماية المرضى، في إطار ضوابط قانونية و أسس تشريعية، وضعها المشرعون و الحكام لتقنين مهنة الطب. ففي الحضارة الفرعونية كانت عقوبة الطبيب إذا أخطأ قد تصل إلى حد الإعدام. و عند الآشوريين إذا أخطأ الطبيب أو لم ينجح في علاج مريض يلتمس لنفسه العذر من الإرادة العليا للآلهة. أما شريعة حمورابي فقد نصت المواد من 215-217 على أتعاب الأطباء في حال إنقاذ حياة أو عين المريض[1]، كما نصت أيضا المواد من 221- 223 على أتعاب الأطباء في حال جبر العظم المكسور و شفاء العصب الملتصق[2]، كما نظمت المواد 218-220 الجزاءات المترتبة عنها، فنصت المادة 218 على أنه « **لو شق جراح جرحاً عميقاً في جسم رجل حرّ بمشرط من البرونز مما سبب أو فتح قناة أو مجرى الدمع في عين رجل مما عطّل عين الرجل يقطعون يده**» كما جاء في المادة 219 على أنه « **لو شق جراح جرحاً عميقاً في جسم عبد قروي بمشرط من البرونز مما تسبب في موته، يعوض عبداً بعبد**» و أضاف في

---

[1]- نصت المادة 215 « **لو أجرى طبيب عملية من الدرجة الأولى على سيد بمشرط من البرونز و أنقذ حياته أو فتح قناة الدمع في عين رجل و أنقذ عينه، يأخذ عشر شيكلات من الفضة** » كما نصت المادة 216 على « **أما إن كان المريض من العامة فيأخذ خمسة شيكلات من الفضة** » **كما أضافت المادة** 217 « **و إن كان المريض عبدا، على مالك العبد أن يعطي الطبيب شيكلين من الفضة** ». نقلا عن د/ أسامة سراس، شريعة حمورابي و أصل التشريع في الشرق القديم، دار علاء الدين، الطبعة الثانية، دمشق، 1993.

[2]- نصت المادة 221 « **لو جبّر طبيب عظما مكسوراً لرجل أو شفى عصباً ملتصقاً على المريض أن يعطي الطبيب خمس شيكلات من الفضة**» كما نصت المادة 222 «**فإن كان المعالج من العامة يعطي الطبيب ثلاثة شيكلات من الفضة**» كما أضافت المادة 223 «**فإن كان عبداً فعلى مالك العبد أن يعطي الطبيب شيكلين من الفضة** » نقلا عن د/ أسامة سراس، المرجع السابق.

المادة 220 « **أما لو فتح مجرى الدمع بحربة من البرونز فأفقده بصره يدفع نصف ثمنه فضة** »[1]

أما الإغريق فكان الطبيب عندهم لا يسأل جزائياً إذا توفي المريض رغماً عنه، و لكنه كان يسأل جزائياً إذا كانت الوفاة بسبب تقصير الطبيب أو جهله، و على الرغم من ذلك فقد كان أفلاطون يشكو عدم الرقابة على الأطباء في عصره إذ يقول:« **إن الأطباء يأخذون أجرهم سواء شفوا المرضى أو قتلوهم**».

أما في أوروبا و خلال عهودها المظلمة و على الرغم مما فيها من تخلف و تأخر في تلك العهود فقد كان للنظام الكنسي مؤثرات تدل على أن الأوروبيين عرفوا المسؤولية الطبية، فقد كان عند القوط الشرقيين[2] إذا مات مريض بسبب عدم عناية الطبيب و جهله يسلم الطبيب إلى أسرة المريض و يترك لها الخيار بين قتله و اتخاذه رقاً، فيما كان لدى القوط الغربيين أن تعطى الأتعاب للطبيب مقابل الشفاء و خلافه لا يحق للطبيب مطالبة المريض أو ورثته بالأجرة.

و لما جاء الإسلام وضع ضوابط وقوانين لممارسة الطب و التي يشكل محورها حديث النبي عليه الصلاة السلام ﴿ **من تطبب ولم يعلم منه الطب قبل ذلك فهو ضامن**﴾. وبناء عليه فقد حدد الأطباء العرب القدامى وعلماء الشريعة الإسلامية شروطاً لانتفاء مسؤولية الطبيب في حالة وقوع الخطأ الطبي. وابن قيم الجوزية، في كتابه الطب النبوي، هو أحد الذين فصّلوا تلك الشروط. و لما ازداد عدد الأطباء الممارسين لصناعة الطب في البلاد العربية و الإسلامية، كان من الضروري إنشاء نظام يتولى

---

[1]– نلاحظ أن الأتعاب المدفوعة للطبيب و الجزاء تختلفان بحسب الطبقة الاجتماعية التي ينتمي إليها المريض، مما يؤدي إلى اختلاف العناية الواجبة على الطبيب.

[2]- القوط (باللاتينية: Gothi) قبائل جرمانية شرقية. أرجح الآراء أنهم قدموا من اسكندنافيا إلى وسط وجنوب شرق القارة الأوروبية، لكن يبقى الخلاف على أصولهم و البلاد التي قدموا منها قائماً إلى اليوم. كان للقوط تأثير قوي في تاريخ أوروبا السياسي والثقافي. يُقسَمون غالباً إلى قوط شرقيين و قوط غربيين. لمعلومات أكثر يمكن استعمال الرابط الإلكتروني الآتي:
http://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%84%D8%BA%D8%A9_%D9%84%D8%A7%D8%AA%D9%8A%D9%86%D9%8A%D8%A9

مراقبة سلامة هذه المهنة، وخاصة بعد انتشار المتعلم الماهر و الدجال الجاهل، و هذا النظام سمي حينئذ بنظام الحسبة[1].

أما حديثاً اتجه جانب من الفقه[2] إلى المطالبة بعدم مساءلة الأطباء و ذلك لطبيعة العمل الطبي و ما ينطوي عليه من أخطار و مضاعفات لا يستطيع معها الطبيب

---

[1]- من المواقف التي تشير بوضوح إلى تنظيم الممارسات الطبية وفق أسس و ضوابط رسمية حرصا على أصول المهنة و سلامة المرضى، ما روي عن الخليفة العباسي(المقتدر) إذ أمر بمنع جميع الأطباء من المعالجة، إلا بعد أن يخضعوا لامتحان من قبل رئيس الأطباء في عهده(سنان بن ثابت بن قرة) الذي يمنحهم إجازة بموجبها يسمح لهم بمزاولة المهنة و قد امتحن في بغداد وقتذاك (800) طبيب، حدث ذلك على اثر موت مريض بسبب خطأ في مداواته، و قد غرم الطبيب و منع من ممارسة عمله كطبيب.

[2]– موضوع المسؤولية الطبية منذ بداية القرن (19) كان موضوع جدل بين جانب من الفقه المطالب بعدم مساءلة الأطباء (المعارضون للمساءلة) و جانب من الفقه المطالب بمساءلة الأطباء (المؤيدون للمساءلة)، و كل اتجاه دل بدلوه و قدم حجج على ذلك نذكر منها:

–رأى المعارضون أنه من الناحية التاريخية، مبدأ المسؤولية الطبية لم يتم الاعتراف بها: فكان رد المؤيدون للمسؤولية الطبيب أن هذا قول مردود لأنه يتناقض مع المراجع التاريخية .

–رأى المعارضون أن صمت القانون يدل على وجود نية صريحة على استبعاد المادتين 1382 و 1383 من القانون المدني و أحكام قانون العقوبات، لتطبيقها على الأطباء، فرد عليهم المؤيدون للمسؤولية الطبيب أن هذه الحجة مردودة لأنها تتعارض و مبدأ مسؤولية كل شخص عن أفعاله أمام القضاء .

–رأى المعارضون أن حصول الطبيب على الشهادة العلمية هو اعتراف رسمي من قبل الدولة من تأهيله في علم الطب، و هذا ما يسمح له بألا يتابع عن أفعاله المرتبطة بنشاطه، و مساءلته ستقلل من شهادته العلمية و قيمتها، كما أن ذلك يضر بسمعة المهنة، و الطبيب في نظرهم لا يسأل إلا أمام ضميره: فرد عليهم المؤيدون للمسؤولية الطبيب إن كان هذا صحيحاً، لماذا لا يشمل هذا المبدأ الخرجين الآخرين الحاصلين على الشاهدات العلمية الأخرى كالموثق و المحامي و القاضي و كتاب الضبط ؟ إن الشهادة العلمية شرط مسبق و مطلق لممارسة الطب، و ليست امتياز أو حصانة une immunité

–رأى المعارضون أن المريض، حر في اختيار طبيبه و بالتالي يجب أن يتحمل عواقب خياراته السيئة: فرد عليهم المؤيدون للمسؤولية الطبيب أن هذه الحجة تخلط بين مسؤولية الطبيب و خطأ المريض في اختيار طبيبه .

–رأى المعارضون أن الطبيب يحتاج إلى وكالة غير محدودة: فرد عليهم المؤيدون للمسؤولية الطبيب أنه قول مردود لأن القانون نفسه يلزم الوكيل في إنجاز مهمته بأقصى قدر من العناية، و في حالة إخلاله بواجب العناية المقتضات تقوم مسؤوليته لأن الوكالة الممنوحة له ليست كاملة و مطلقة.

–رأى المعارضون أن خصوصية المادة الطبية la matière médicale و صعوبات الإثبات تستبعد فكرة المسؤولية: فرد عليهم المؤيدون للمسؤولية الطبيب أن هذه الحجة كذلك مردودة لأن القاضي غير ملزم بأن يكون ملماً بالمسائل التقنية المتعلقة بالفن الطب و الفنون المهنية الأخرى كالهندسة و العمارة، لذا يسمح القانون للقاضي بتعيين خبير للاستنارة برأيه للحصول على إجابات فنية واضحة و مفيدة للموضوع المساءلة..

تفاديها مهما أوتي من علم و خبرة. و أن مساءلة الطبيب سيقلل من شهادته العلمية و قيمتها، كما أن ذلك يضر بسمعة المهنة، فالطبيب في نظرهم لا يسأل إلا أمام ضميره، لكن الفقه و القضاء استقر على مساءلة الأطباء إذا توافرت شروط مسؤوليتهم المتمثلة في الخطأ، الضرر و العلاقة السببية.

إلا أنه حديثاً و بسبب التقدم الكبير الذي حدث في مجال الطب، سيما خلال العقود القليلة الماضية، خاصة فيما يتعلق بمجال جراحات زرع الأعضاء أو الجراحات التجميلية، بالإضافة إلى تطور وسائل التشخيص و العلاج كما في حالة الأمراض الخبيثة منها أو المستعصية، فقد تعددت صور المسؤولية الطبية و تشعبت إلى الحد الذي يتطلب إعادة مناقشة تطوير القوانين التي تضبط مسؤولية الطبيب في حالة وقوع الخطأ، و على نحو يفي بالحاجة إلى ممارسة مهنة الطب في جو يشجع الأطباء على أدائها وفق أحدث الطرق العلاجية، دون التفريط بحقوق المرضى عند وقوع الخطأ.

و تعتبر العلاقة بين الطبيب و المريض علاقة إنسانية قبل أن تكون علاقة قانونية لذا فالمسؤولية الأخلاقية للطبيب أسبق من مسؤوليته القانونية، و المريض الذي يسلم أمور جسمه لرعاية الطبيب و عنايته و يضع نفسه كلياً تحت تصرف هذا الأخير، هو طرف ضعيف في هذه العلاقة، كونه يجهل ما يتضمنه العمل الطبي.

– رأى المعارضون أن مبدأ المساءلة الطبية عرقلة و كبح لأي تقدم علمي في الطب: فرد عليهم المؤيدون للمسؤولية الطبيب أن هذا القول مردود لأن التاريخ يبين أن الحضارات التي وصلت إلى أعلى المستويات العلمية (مصر، اليونان)، نجد أن قواعدها المتعلقة بالمسؤولية الطبية هي الأكثر تفصيلاً . أنظر ما يلي:

- ***LAINGUI (André) et ILLES (Jean)***, *La responsabilité du médecin dans l'Ancien Droit, Ann. Fac. Rennes 1981, p.14.*

- ***HATIN (Paul),*** *Etude sur la responsabilité civile et pénale des médecins dans l'exercice de leur profession, Thèse Droit Paris, 1975, P 143.*

- ***HU (Edouard)***, *Etude historique et juridique sur la responsabilité du médecin, Thèse Droit, université de Paris 1980, p 226.*

- ***LAINGUI (André)***, *La responsabilité dans l'Ancien Droit, L.G.D.J. 1970. P 128.*

فإذا كانت التشريعات القديمة تجزي الطبيب في حالة الخطأ بقطع يده فإن التشريعات الحديثة تحاول إيجاد نقطة توازن بين حق المرضى في الحماية و حق الأطباء في الطمأنينة.

و موضوع المسؤولية الطبية لم يرد نص خاص في التشريع الجزائري يوضح التكييف القانوني لمسؤولية الأطباء، إذ أحجم المقنّن عن معالجة هذه المسألة لعدم سهولتها تاركا إياها للفقه و رجال القانون.

رغم هذا، فإن القضاء في الجزائر على وجه الخصوص، لم يعرف قضايا المسؤولية الطبية إلا منذ سنوات قليلة، و ذلك راجع إلى عدة أسباب تتداخل فيما بينها لتجعل المريض المضرور يعكف على مقاضاة الأطباء بهدف الحصول على تعويض عن الأضرار اللاحقة به، و من هذه العوامل نجد عامل الإحساس بالضعف لدى المريض في مواجهة الطبيب، و هذا راجع دون شك إلى العلاقة غير المتوازنة التي تربط المريض بالطبيب، إذ يعاني طرف علة مرضية، و طرف آخر يضع فيه الأول كامل ثقته بهدف تخلصه من ألامه.

و بالتالي فالمريض غالبا ما يجد نفسه غير قادر على مواجهة الأطباء، كما أن صعوبة إثبات الخطأ الطبي من شأنه أن يؤدي بالمريض إلى التفكير مليّاً قبل مباشرة أي إجراء قضائي، فمعرفته بصعوبة إثبات الخطأ الطبي بسبب جهله بخبايا الفن الطبي خاصة، من شأنه أن يؤدي إلى أن يخسر دعواه. لذا يفضل أغلبية المرضى عدم المغامرة. هذا من جهة، و من جهة أخرى فهناك من المرضى من لا يمكنه حتى معرفة أن الضرر اللاحق به كان جراء خطأ طبي، إذ نجد أنهم يرجعون ما قد يصيبهم إلى القضاء و القدر.

و لتحديد نقطة التوازن بين مصلحة كل من الطبيب و المريض ، جعلت القضاء في حيرة بين أمرين:

– حماية المرضى من أخطاء الطبيب بتوفير العناية الطبية اللازمة من خلال تأكيد مسؤولية الطبيب.

لكن ممارسة الطب تؤدي بصورة أو بأخرى إلى المساس بجسم الإنسان الذي يتمتع شرعاً و قانوناً بحرمة كأصل عام. و تتمثل الصعوبة هنا في البحث عن نقطة "التوازن" و ذلك بالتوفيق بين مصلحة كل من الطبيب و المريض دون التضحية بإحداهما في سبيل الأخرى. فنحافظ على حرمة جسد الإنسان و نشجع الطبيب في ذات الوقت على البحث و الأخذ بالتطورات العلمية دون أن يخشى سيف المسؤولية طالما التزم بالأصول الطبية المستقرة.

– العمل على توفير الحرية و الطمأنينة اللازمة للأطباء في معالجة مرضاهم، و جعلهم يمارسون مهنتهم في جو من الثقة و الارتياح، فالطبيب الذي يدرك و يشعر أنه في كل وقت معرض للمسألة، لا يستطيع أن يمارس مهنته و يبدع في عمله الطبي، فكلما فكر في ذلك يتهرب من القيام بالتدخل الطبي على جسم المريض خشية الوقوع في خطأ مما يرتب المسؤولية، فوضع القيود على الممارسة سيؤدي به إلى التخوف و الإحجام على الإقدام لعلاج المريض و استعمال الطرق اللازمة لتشخيص المرض و تقديم العلاج. الأمر الذي يعني أن مسؤولية الطبيب عن أخطائه يجب ألا تكون سيفا مسلطاً عليه حتى لا يتأثر أداؤه لمهامه سلبا، و يفقد بحكم الواقع عنصر المبادرة، و يخشى البحث عن الجديد في الطب خوفا من هاجس المسؤولية.

إذن يتعين الانتباه على وجود كفتان أو مصلحتان جديرتان بالحماية و أنه يتطلب الأمر الدقة و التمعن في تحقيق التوازن بينهما.

وجدلية حماية حقوق المرضى و حقوق الأطباء، دفعت القضاء إلى كسر جمود القواعد العامة للمسؤولية المدنية لرد التوازن لطرفي العلاقة الطبية و ذلك بتوفير قدر من الحماية للمرضى و خلق جو من الطمأنينة للطبيب أثناء ممارسته لمهمته النبيلة. هذا ما يدفعنا إلى طرح التساؤل الآتي: **ما مدى نجاح القضاء في تطويع القواعد العامة للمسؤولية بهدف تحقيق توازن بين حقين، حق المرضى في الحماية وحق الطبيب في الاطمئنان ؟**

و هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال التطرق لطبيعة مسؤولية و التزام الطبيب في (الفصل الأول) ثم قيام المسؤولية المدنية للطبيب (الفصل الثاني)

الفصل الأول:

طبيعة مسؤولية و التزام الطبيب

إنّ المسؤولية المدنية تقوم عموما حينما يُخل الفرد بما التزم به قِبل الغير قانوناً أو اتفاقاً، والجزاء فيها يكون بتعويض الضرر الناشئ عن هذا الإخلال، وهكذا فإن المسؤولية الطبية تُبحث عندما يتخلّف أصحاب هذه المهنة عن بذل العناية التي تتطلبها صنعتهم والتي ينتظرها ويتوقعها المرضى منهم. ولذا سنبحث في المبحث الأول طبيعة مسؤولية الطبيب المدنية وتحديدها وبعد ذلك نتناول في المبحث الثاني التزام طبيب اتجاه المريض، ما هو التزام الطبيب اتجاه المريض؟ هذا من جهة و من جهة أخرى ما استقر عليه القضاء والفقه الفرنسي والعربي حول طبيعة هذا الالتزام، هل هو التزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة؟

المبحث الأول:

طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب في القضاء والفقه الفرنسي والعربي

في الواقع لا خلاف في طبيعة مسؤولية الطبيب تجاه الغير فهي دون أدنى شك ذات طبيعة تقصيرية[1] أمّا المسؤولية الطبية تجاه مريضه، والناجمة عن العلاج، فقد كانت محل خلاف فقهي وقضائي. حيث اختلف الفقه والقضاء في طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب، لذا سنتعرض لطبيعة المسؤولية المدنية للطبيب في القضاء والفقه الفرنسي في(المطلب الأول) ثم لطبيعة المسؤولية المدنية للطبيب في القضاء والفقه العربي في(المطلب الثاني).

[1] – أنظر: د/ عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت الغربية عن المسؤولية المهنية ، ومنشور في المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين الجزء الأول: المسؤولية الطبية ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2000، ص 139.

المطلب الأول:

طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب في القضاء والفقه الفرنسي

انتقل القضاء الفرنسي من المسؤولية التقصيرية إلى المسؤولية العقدية للطبيب، وتبعه الفقه الفرنسي في تأييده في المسؤولية التقصيرية إلى المسؤولية العقدية، لذا نستعرض في هذا المطلب تبني القضاء الفرنسي للطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب في (الفرع الأول) ونتعرض لتأيّيد الفقه الفرنسي لطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب في (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تبني القضاء الفرنسي للطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب:

أول قرار وتطبيق للمسؤولية الطبية للقضاء الفرنسي كان قرار قوين guigne الذي تتمحور وقائع القضية في أن السيد guigne رفع دعوى ضد الدكتور Thouret– noroy بسبب بتر ذراعه الأيمن الذي كان نتيجة خطأ الطبيب الذي قطع الشريان العَضُديّ artère humérale، حيث قضت المحكمة المدنية Evreux بمسؤولية الطبيب تقصيرياً، و تم تأييد هذا الحكم من المحكمة الاستئنافية Rouen، وعلى إثر الطعن بالنقض في هذا القرار ارتكزت مرافعة محامي الطبيب MERIEUX على مبدأ اللاعقاب الطبيprincipe d'impunité médicale مصرحا بأن الطبيب:«**إذا سألتموه سيترك المريض (...) كما لا يوجد** أي **قانون يضع مبدأ مسؤولية الطبيب عن وصفاته وعملياته الجراحية(...) كما أن الطبيب في ممارسة وظيفته، لا يخضع فيما يخص وصافته وأوامره الطبية وعملياته الجراحية المتعلقة بفنه لأية مسؤولية**»[1]، كما ارتكزت مرافعة و مذكرات المحامي العام Dupin على ضرورة حماية صحة المجتمع بأكمله، مؤكداً أن بعض الأعمال الطبية تندرج أحيانا تحت طائلة سوء النية و الطابع الجرمي أو الإهمال غير المغتفر مؤكدا بأنه: « **لا يمكننا**

[1] - ***«Rendez-le responsable, il laissera le malade. (...) Aucune loi ne pose en principe la responsabilité du médecin pour ses prescriptions ou ses opérations. (...) Le médecin dans l'exercice de sa profession, n'est soumis pour les prescriptions, ordonnances, opérations de son art à aucune responsabilité. »*** *Mr; MERIEUX, plaidoirie sous Cass.req. 18 juin 1835*

التصريح في أي حال بعدم مسؤولية رجل الفن، دون تعريض باقي المجتمع للخطر»[1]، وأخذاً بتقرير المحامي العام أصدرت غرفة العرائض لمحكمة النقض الفرنسية قرار في 18 جوان 1835 الذي بقي المرجع في المسؤولية المدنية للطبيب لمدة قرن بأكمله، والذي أكد لأول مرة نهاية أو انهيار اللاعقاب المدني للأطباء و مؤكداً الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الأطباء[2].

وقد تواترت الأحكام والقرارات القضائية على تأكيد الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الأطباء[3]، والتي قوامها الإخلال بواجب قانوني عام، هو وجوب عدم الإضرار بالغير بغض النظر عن مركز ومهنة مسبب الضرر استنادا للمادتين 1332 و1383 م.فرنسي.

وتجدر الإشارة أن حصر المسؤولية الطبية في المجال التقصيري لمدّة قرن بأكمله بيّن مساوئ الطابع التقصيري والصعوبات التي يواجهها المريض، فاستقر القضاء الفرنسي بعد ذلك على الطابع العقدي للمسؤولية الطبية وهذا منذ صدور قرار النقض الشهير بتاريخ 20 ماي 1936[4] في قضية مرسيه *Mercier* ، حيث قررت بأنه:

---

[1] - ***« qu'on ne pourrait proclamer, en pareil cas, l'irresponsabilité de l'homme de l'art, sans mettre en péril le reste de la société ».*** *DUPIN Proc. Concl. Cass.req. 18 juin 1835*

[2] - ***MANAOUIL(Cécile)****, la responsabilité du médecin du travail, mémoire en vue de l'obtention du DEA en droit social, université du droit et de la santé – Lille III, année 1999 – 2000. P4. Voire aussi* ***PY (Bruno)****, recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale, thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit (doctorat nouveau régime, droit prive) , université de Nancy ii faculté de droit, de sciences économiques et de gestion , année 1993.p 20.*

[3]-*Cass. Civ. 21 juillet 1862 (arrêt hyacinthe boulanger) cité in :* ***MANAOUIL(Cécile)****, op.cit.p4*

[4]- تتلخص وقائع القضية التي صدر فيها هذا القرار في أن السيدة مرسي كانت تشكو من حساسية في الأنف، إثر ذلك قامت بمراجعة أحد الأطباء المختصين بالأشعة، حيث قامت بعلاجها بأشعة أكس، و كلن ذلك سنة 1925، حيث أدى هذا العلاج إلى تلف الأنسجة المخاطية في وجه السيدة، إثر ذلك قام زوجها برفع دعوى نيابة عنها عام 1929، أي بعد مرور أكثر من ثلاث سنوات على انتهاء العلاج مطالبا الطبيب بالتعويض عن الضرر الذي أصاب زوجته.

اضطرت محكمة النقض الفرنسية إلى تكييف المسؤولية الطبية، أي هل هي مسؤولية تقصيرية بالتالي تتقادم دعوى التعويض فيها في مدة ثلاث سنوات، أم أنها ذات طبيعة عقدية بالتالي تخضع لمدة التقادم المدني و المقدر بثلاثين سنة كما تقضي به قواعد المسؤولية العقدية، وكان من نتائج ذلك قبول دعوى التعويض في قضية مرسي بعد مرور ثلاث سنوات على حدوث الخطأ الطبي معتبرة أن المسؤولية الطبية من طبيعة عقدية أي تخضع لنظام التقادم المدني.

« ينشأ بين الطبيب وعميله عقد حقيقي، وإن كان العقد هذا يتضمن التزام الطبيب ليس بشفاء المريض، ولكن بتقديم العلاج المتقن اليقظ والحذر والمتفق مع المعطيات العلمية المكتسبة، وأن خرق هذا الالتزام ولو بطريقة غير عمدية، يترتب عنه قيام مسؤولية من نفس الطبيعة وهي المسؤولية العقدية»[1]

وتجدر الإشارة أن هذا القرار لم يحسم في طبيعة مسؤولية الطبيب باعتبارها تعاقدية فحسب وإنما قرر في نوعية التزامه كذلك باعتباره التزاماً ببذل عناية، فالقرار أكد أن العقد الطبي لا يُنشئ التزاماً بشفاء المريض، وإنما يوجب معالجته بانتباه ويقظة وصدق وضمير وفقا للمكتسبات العلمية المستقرة[2].

ويدور محور قضية مرسيه الشهيرة، حول الأهمية العملية لتحديد المدة التي تتقادم بها دعوى مسؤولية الطبيب المدنية الناشئة عن الإهمال في العلاج، إهمالا يقع تحت طائلة العقوبات، ذلك أن المريضة كانت قد رفعت دعواها بعد مضي أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ نهاية العلاج واستقرار الضرر: أهي مدة التقادم الجزائي(وهي ثلاث سنوات في مادة الجنح)، كما يؤدي إلى اعتبار المسؤولية المدنية تقصيرية تتقادم دعواها بتقادم الدعوى العمومية، أم هي مدة التقادم المدني (ثلاثون سنة) كما تقضي به قواعد المسؤولية العقدية والتي لا يختص بها القاضي الجزائي فلا يبقى للمضرور سوى رفع دعوى مدنية مستقلة عن الدعوى العمومية أمام القاضي المدني.

اضطرت محكمة " **أكس**" إلى التدقيق في تكييف طبيعة المسؤولية الطبية لما كان يجب أن ترتبه على هذا التكييف من نتيجة عملية هي قبول دعوى التعويض المرفوعة بعد انقضاء ثلاث سنوات التي دفع بها الطبيب أو رفضها. وبتاريخ 16

---

[1] - ***« Attendu qu'il se forme ; entre le médecin et son client , un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagement sinon bien évidement de guérir le malade ; ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué ; mais du moins de lui donner des soins non pas quelconques ; mais consciencieux, attentifs, et réserves faites de circonstances exceptionnelles, conforme aux données acquises de la science ; que la violation même involontaire de cette obligation contractuelle et sanctionnée par une responsabilité de même nature ; également contractuelle »***

[2] – د/ محمد عبد النباوي: المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، الطبعة الثالثة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، يناير 2000 ، ص143.

جويلية 1932 أصدرت قرارها بالحكم على الطبيب بالتعويض رافضة تطبيق التقادم الثلاثي، باعتبار أن دعوى المريض لا تجد أساسها في المجال التقصيري، بل في الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد المبرم بين المريض وطبيبه، والإخلال بهذا العقد وإن كان غير عمدي يولد مسؤولية من ذات الطبيعة وهي المسؤولية العقدية، أما الدعوى المدنية الناشئة عن ذلك تتخذ أساسها في مصدر متميّز عن الواقعة المكونة للجريمة(ضرب وجرح غير عمدي)، وتستنفذ مصدرها في النطاق العقدي الذي لا يخضع للتقادم الثلاثي. وهو ما أيدته محكمة النقض الفرنسية مؤكدة الطابع العقدي للمسؤولية المدنية للطبيب في الأصل، واستثناء تكون من الطابع التقصيري حتى وإن كانت عن فعل الغير. ولقد تواتر قضاء النقض الفرنسي على اعتبار طبيعة مسؤولية الطبيب ذات طبيعة تعاقدية[1].

---

[1] - ***Cass. 1ére Civ. 22 nov. 1994. N° de pourvoi 92-16423. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***

http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&iTexte=JU RITEXT000007033470&fastReqId=6245758&fastPos=4

- Cass. 1ére Civ. 6 juin. 2000. N° de pourvoi 98-19295. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :

http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idexte=JU_RITEXT000007042377&fastReqId=1867336893&fastPos=222

- Cass. Civ 1ére Ch. 22 nov. 2007. N° de pourvoi: 05-20974. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :

http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017931277&fastReqId=1979250553&fastPos=20

- Cass. Civ 1ére Ch. 17 mars 2011. N° de pourvoi: 10-11735. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :

http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023743360&fastReqId=574044737&fastPos=16

- Cass. Civ 1ére Ch. 1 juin 2011. N° de pourvoi: 10-15108. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :

http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024120258&fastReqId=574044737&fastPos=15

- Cass. Civ 1ére Ch. 26 jan 2012. N° de pourvoi: 10-26705. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :

نخلص إلى أن المسؤولية المدنية للطبيب تخضع في القانون الفرنسي حتى قبل عام 2002، للأحكام العامة للمسؤولية المدنية المنصوص عليها في القانون المدني، وسبقت الإشارة إلى أن محكمة النقض الفرنسية، ومنذ عام 1936، تعد مسؤولية الطبيب الناجمة عن العلاج ذات طابع عقدي ومن ثم أخضعتها لأحكام المادة 1147 من القانون المدني والتي تنص على أنه :« **يحكم على المدين إذا كان هناك محل لذلك، بدفع التعويض إما بسبب عدم تنفيذ الالتزام، أو بسبب التأخر في تنفيذه، و يستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه إذا أثبت أن عدم التنفيذ يعود إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، شريطة ألا يكون سيء النية**»[1]، و تواترت بعد ذلك أحكام محكمة النقض الفرنسية على اعتبار مسؤولية الطبيب عقدية.

وتكون مسؤولية الطبيب تقصيرية في حالات معينة كحالة مساءلة الطبيب عن خطئه جنائيا وحالة التدخل للعلاج بغير طلب من المريض وحالة بطلان العقد وفقاً للمادتين 1382 و 1383 من ت.م.الفرنسي.

أمّا بعد قانون 2002-303 الصادر في 4 مارس 2002 لم يفصل المشرع الفرنسي في طبيعة المسؤولية الطبية وإنما أتى بأحكام خاصة بها، وبالتالي أصبحت هذه الأخيرة تخضع للأحكام العامة وللأحكام الخاصة التي جاء بها.

أما مسألة تكييف العقد الطبي وجدت انقساما كبيرا في الرأي في فرنسا فيما يتعلق بالنظرية العقدية، فذهبت بعض الآراء إلى أنه عقد وكالة غير أنه وجد هذا التكيّيف معيب إذ أن الطبيب لا ينوب عن المريض في عمله ثم أنه لا يقوم بإجراء تصرفات قانونية باسمه كما هو الشأن في الوكالة. لهذا ذهب رأي آخر إلى اعتباره عقد إيجار

---

http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000025216731&fastReqId=574044737&fastPos=14

« Qu'il se forme entre le médecin et son patient un véritable contrat comportant pour le praticien obligation de donner des soins consciencieux, attentifs et, sous réserve de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science »

[1] - article 1147 du C.C.F : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. »

أشخاص لكن يعاب هذا الرأي أن ما يتميّز به عقد إيجار الأشخاص هو خضوع الأجير في عمله لمن استأجره وهو ما يتنافى وعلاقة المريض بالطبيب. كما ذهب البعض إلى اعتبار العقد من عقود المقاولة ولكن يعاب على هذا الرأي أن التزام المقاول هو التزام بنتيجة بينما التزام الطبيب هو التزام بوسيلة[1].

و نظرا لعدم فصل محكمة النقض الفرنسية في طبيعة عقد العلاج الطبي، فلقد اعتبره الفقه الفرنسي بأنه عقد قائم بذاته لا يمت بأي صلة لعقد إيجار الأشخاص ولا لعقد المقاولة ولا لعقد الوكالة[2]. أما عن طبيعة العقد الذي يربط الطبيب بالعيادة الخاصة فقد كيّفته محكمة النقض في عدّة قرارات لها بأنه عقد إيجار خدمة[3] وآخرها قرار Gan الصادر بتاريخ 5 مارس 1992 الذي يقضي بأن « **الاستقلال المهني الذي يتمتع به الطبيب في ممارسة فنه لا يتعارض مع حالة التبعية التي تنتج عن عقد إيجار الخدمة الذي يربطه بالغير** »[4]

---

[1] - ***Ambialet (Janine)***, *responsabilité du fait d'autrui en droit médical, thèse droit paris, 1964. P 256.*

[2] - ***KAMKAR(Caroline), les limites de la faute: essai sur la détermination de l'obligation de moyens en matière médicale, thèse pour le doctorat en droit, université jean moulin Lyon III faculté de droit (IFROSS), 2006. P 104.***

[3] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 19 nov. 1963. N° de pourvoi: 61-1010. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***

http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006963519&fastReqId=1070469213&fastPos=3

- Cass. Civ 1ére Ch. 31 mai 1965. N° de pourvoi: 64-40174 64-40175. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :

http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006968749&fastReqId=1206940586&fastPos=2

- Cass. Civ 1ére Ch. 27 oct. 1987. N° de pourvoi: 77-41477. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :

http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007001742&fastReqId=1206940586&fastPos=1

[4] - ***« L'indépendance professionnelle dont jouit le médecin dans l'exercice de son art n'est pas incompatible avec l'état de subordination qui résulte d'un contrat de louage de service le liant à un tiers »***

الفرع الثاني:

تأيّيد الفقه الفرنسي لطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب:

ظل الفقه الفرنسي إلى ما بعد انقضاء الثلث الأول من القرن الماضي. يعتبر مسؤولية الطبيب عما يقع منه من أخطاء في علاج المريض مسؤولية تقصيرية تتطلب من المريض إقامة الدليل على خطأ الطبيب، وتجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنسي لم يتضمن نصاً خاصاً بالمسؤولية المدنية للطبيب. ونتيجة لذلك ذهبت غالبية الفقه إلى أنه يجب أن تطبق الأحكام العامة للمسؤولية عن العمل الشخصي في مثل هذه الحال.[1] وهذه الأحكام منصوص عليها في المادة 1382 من القانون المدني التي تلزم كل من ارتكب خطأ سبب للغير ضررًا بإصلاح ذلك الخطأ و ذلك عن طريق التعويض[2]. وسار القضاء الفرنسي على هذا الدرب أيضًا ومدة تزيد على قرن من الزمن عَدّ خلالها مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي تلحق بالمريض نتيجة العلاج مسؤولية تقصيرية[3]. إلا أنه منذ قرار 20 ماي 1936 عدل الفقه عن الطبيعة التقصيرية لأن الطبيب إذا باشر علاج المريض في ظروف عادية فالغالب أن يكون ذلك بناء على اتفاق بينهما وكان يجب بناء على ذلك أن يعتبر التزام

---

[1] – أنظر: د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول: في الالتزامات ، في الفعل الضار و المسؤولية المدنية، الطبعة الخامسة 1992، ص 380 وما يليها.

[2] - *l'article 1382 du C.C.F dispose que* ***« tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrive, à le réparer»***

[3] – أنظر في ذلك: د/ مصطفى الجمال، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه و القضاء، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق – جامعة بيروت الغربية حول المسؤولية المهنية، ومنشور في المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين الجزء الأول : المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2000، ص 87 وما يليها. و انظر كذلك: د/ وديع فرج ، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية، مجلة القانون و الاقتصاد، السنة الثانية عشرة، العددان الرابع و الخامس، ص 381 وما بعدها، وكذلك د/ محمد عادل عبد الرحمان، المسؤولية المدنية للأطباء، القاهرة 1985. و كذلك د/ حسن الأبراشي، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية في التشريع المصري و القانون المقارن، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، بلا تاريخ، ص ، 25 وما يليها. أنظر أيضا: د/ بسام محتسب بالله ، المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية بين النظرية و التطبيق، الطبعة الأولى دار الإيمان، دمشق، 1984، ص 15 وما يليها.

الطبيب بالعلاج التزاما تعاقديا أيضا وأنه يترتب على الإخلال به مساءلة الطبيب طبقا لقواعد المسؤولية العقدية[1].

المطلب الثاني:

طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب في القضاء والفقه العربي

إذا كان القضاء الفرنسي ملتزما بالطبيعة العقدية منذ قرار 20 ماي 1936، فإن القضاء العربي انقسم إلى ثلاث طوائف إزاء طبيعة مسؤولية الطبيب فمنه من أساسها على الطابع العقدي كأصل و تقصيرية استثناءا في حالات محدّدة و منه من أسساها على الطابع التقصيري و منه من صمت و أحجم عن تحديد طبيعتها، هذا من جهة و من جهة أخرى فإن غالبية الفقه العربي يميل إلى الطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب مسايرا في ذلك قضاء النقض الفرنسي، لذا نستعرض في هذا المطلب لموقف القضاء العربي حيال طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب في (الفرع الأول). ثم نستعرض لميل الفقه العربي لطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب في(الفرع الثاني).

الفرع الأول: طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب في االقضاء العربي:

انقسم موقف القضاء العربي بشأن طبيعة المسؤولية الطبية إلى ثلاث طوائف، فمنه من اعتبرها مسؤولية عقدية (أولا) و منه من اعتبرها مسؤولية تقصيرية (ثانيا) ومنه من صمت ولم يحدد طبيعتها أصلا(ثالثا).

أولا– التزام بعض القضاء بالطبيعة العقدية أصلا و بالطبيعة التقصيرية استثناءا:

نورد في هذه النقطة للقضاء المصري وللقضاء المغربي والقضاء التونسي والقضاء الإماراتي كأمثلة لقضاء بعض الدول العربية التي تأخذ بالطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب عن الأضرار التي يلحقها بالمرضى كلما كان الطبيب قد تولى علاج المريض بناء على اختياره له، وطلبه بنفسه أو عن طريق نائبه. واستثناءا بالطبيعة

[1]– د/ حسن زكي الأبراشي،مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية، دار النشر للجامعات المصرية ،، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الملك فاروق الأول، مصر 1951، ص 123.

التقصيرية في حالات محددة. بذا سنستعرض في هذه النقطة لالتزام بعض القضاء العربي بالطبيعة العقدية أصلا في نقطة(1) وبالطبيعة التقصيرية استثناءا في نقطة(2).

1- الالتزام بالطبيعة العقدية أصلا:

أخذ بعض القضاء العربي بالنظرية العقدية كلما كيّفت العلاقة بين الطبيب والمريض بأنها تعاقدية. وبناءا على ذلك تكون مسؤولية الطبيب عقدية كلما كان الطبيب قد تولى علاج المريض بناء على اختياره له، وطلبه بنفسه أو عن طريق نائبه.

أ- تكييف العلاقة:

كيّف القضاء العلاقة بين الطبيب والمريض بأنها علاقة تعاقدية وقد صرح بذلك القضاء المغربي في قرار محكمة استئناف الرباط في 29 جانفي 1946، حيث جاء في إحدى حيثياته:« **حيث إن العلاقات القائمة بين الطبيب و المريض تشكل، حسب أحدث المبادئ التي أقرها الاجتهاد الفرنسي عقدا**...»[1]، كما اعتبر العقد الذي يربط الطبيب بالمريض عقدا من نوع خاص وغير مسمى، و هذا ما سنتعرض له تباعاً.

- تكييف العلاقة بأنها علاقة تعاقدية

لم يستقر القضاء العربي والمغربي خاصة، على اعتبار العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة تعاقدية، إلا منذ الأربعينيات، ولعل الحديث عن العقد الطبي، ينصرف مباشرة إلى الأطباء الذين يمارسون المهنة في إطار مؤسسة الطب الحر، حيث نكون أمام محترف(الطبيب) من جهة، و أمام زبون(المريض) من جهة أخرى، أما بالنسبة لعلاقة أطباء القطاع العام بمرضاهم فهي ليست علاقة تعاقدية، و إنما

[1]- قرار محكمة الاستئناف الرباط بتاريخ 1946.01.29، نقلا عن أحمد أدرويش، المرجع السابق، ص 44.

علاقة تنظيمية، و من المستقر عليه فقها و قضاءا تسمية العقد الرابط بين الطبيب و المريض بالعقد الطبي[1].

و لقد عرفه الأستاذ Savatier بأنه « **اتفاق بين الطبيب من جهة و المريض أو من يمثله من جهة أخرى، بموجبه يقدم الطبيب للمريض بناء على طلبه النصائح و العلاج الصحي**»[2]

كما عرفه الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري على أنه: « **اتفاق بين الطبيب و المريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم**»[3]

و عرفه أيضا الأستاذ مارتيني MARTINI على أنه:« **اتفاق يربط الطبيب و المريض، يلتزم بمقتضاه الأول بتقديم العلاج الأوفق لحالة المريض وفقا للمعطيات المستقر عليها علمياً، و يلتزم الثاني مقابل ذلك بدفع أتعاب الأول**»[4].

كما عرفه الدكتور أحمد أدريوش العقد الطبي بأنه:« **اتفاق بين الطبيب وزبونه يلتزم بموجبه الأول بأن يقدم للثاني خدماته الفنية مقابل أجرة يدفعها هذا الأخير و تتمثل الخدمات الفنية التي يلتزم الطبيب بتقديمها للزبون في الاعتناء بصحته من خلال الوقاية من الأمراض أو تشخيصها أو علاجها أو القيام بغيرها من الأعمال الطبية المشروعة وذلك وفق الضوابط المستقر عليها في علم الطب و القانون أيضا** »[5]. والراجح في التعريفات السابقة للعقد الطبي هو تعريف الدكتور أحمد أدريوش لأنه شامل لالتزامات الطرفين(خدمات فنية مقابل أجر) و بالتالي استبعاد العمل المجاني الذي يقوم به الطبيب من المجال التعاقدي، هذا من جهة و من جهة أخرى إيراده للأعمال الطبية المتعلقة بالوقاية أو التشخيص أو العلاج على سبيل

---

[1]- د/ أحمد أدريوش: العقد الطبي ـ تأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب وزبونه – منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الطبعة الأولى، المطبعة الأمنية ـ الرباط 2009، ص 7 و8

[2]- عشوش كريم، العقد الطبي، ص 9.

[3]- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 18.

[4] - ***MARTINI (P),*** *la responsabilité du chirurgien, thèse présenté à la faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille université Paul Cézanne – Aix-Marseille III, année, 1999. p 132.*

[5]- د/ أحمد أدريوش، المرجع السابق ص 9.

المثال و ذلك بذكره " القيام بغيرها من الأعمال الطبية "، كما يجب أن تكون هذه الأعمال الطبية الواردة على سبيل المثال أو غيرها من الأعمال الطبية المشروعة مطابقة للضوابط المستقر عليها في علم الطب و القانون أيضا.

و عليه فالعقد الطبي يعتبر من العقود التبادلية التي تقوم على الاعتبار الشخصي(شخص الطبيب) بناء على ما يتمتع به من سمعة تعكس مستوى إتقانه[1].

- تكييف العقد بأنه عقد من نوع خاص و غير مسمى

ينص قرار محكمة استئناف الرباط السالف الذكر في تكييفه للعقد الطبي على أنه:«**... و إن كان يشبه بعض العقود المنصوص عليها في مدوناتنا، يظل عقدا من نوع خاص و غير مسمى...**»[2] والملاحظ أن هناك اختلاف في الفقه و القضاء نفسه، حول تصنيف العقد الطبي بأنه عقد من نوع خاص من جهة و عقد مسمى أو غير مسمى من جهة أخرى.

حيث ذهب الاتجاه الغالب في الفقه إلى اعتبار العقد الطبي عقد من نوع خاص و غير مسمى حيث يقول الأستاذ ميميطو جيرار MEMETEAU Gérard أن:«**العقد الطبي ينتمي لفئة العقود غير المسماة** »[3]

و يذهب الاتجاه السائد في القضاء إلى اعتبار العقد الرابط بين الطبيب و المريض «**عقداً من نوع خاص**»، وهذا ما استقر عليه قرار محكمة الاستئناف بالرباط في 29 جانفي 1946، فهو لا يحتوي على جل العناصر المكونة لأي عقد من العقود المنظمة بمقتضى القانون المدني، و تتمثل خصوصية العقد الطبي في مضمونه و أساسه.

---

[1]- د/ أحمد أدريوش: المرجع السابق، ص 9

[2]– قرار محكمة الاستئناف الرباط بتاريخ 1946.01.29، نقلا عن أحمد أدرويش، المرجع السابق، ص 44.

[3] - « ***Le contrat médical appartiendrait à l'espèce des contrats innomés*** ». *MEMETEAU Gérard, Le droit médical, jurisprudence française, T.4, LITEC 1985, p.44.*

ففي ما يخص مضمون العقد الطبي فإنه و إن كان التزام الطبيب يرد على عمل معين إلا أنه يختلف عن باقي الالتزامات بعمل من حيث هو عمل طبي، علمي، فكري، نفساني، إنساني، و اجتماعي ينصب على جسم الإنسان (المريض).

أما فيما يتعلق بأساس العقد فهو عقد مبني على ثقة المريض في الطبيب المقترنة بحرية الاختيار من جهة و وعي الطبيب بمهمته و كيفية أدائها، و المدعم بالحرية و الاستقلالية في العمل من جهة أخرى.

و قد انتقد الدكتور أحمد أدريوش[1] هذا الاتجاه الفقهي و القضائي السائد في تكييف العقد الطبي بأنه عقد من نوع خاص، مستندا على ما يلي:

أولا: أن أنصار هذا التكييف الأخير إنما يستندون إلى نفس مسلمات الخطاب الإيديولوجي الذي يفرزه الأطباء المتمثل في أن خصوصية العقد الطبي إنما هي من خصوصية المهنة الطبية.

ثانيا: أن هذا التكييف يرمي إلى استبعاد إخضاع علاقة الأطباء بمرضاهم لإطار قانوني محدد، و بالتالي فهو يعكس "مثالية الحل الوسط" الذي ابتدعه الفقه و القضاء في الموضوع.

ثالثا: أن هذا التكييف يتعارض مع صراحة الفصل 724 من ظ.ل.ع[2] الذي ينص على أن العلاقة بين الطبيب والمريض هي من قبيل "**إجارة الصنعة**"، و بناء عليه فتكييف العقد الطبي على أنه "**عقد من نوع خاص**" يظل بدون سند قانوني.

رابعا: ففكرة " **العقد من نوع خاص**" ما هي إلا وسيلة لرفض تكييف العقد ضدا على القواعد العامة التي تقضي بأنه لا يحق للقاضي أن يرفض القيام بتكييف العقد.

---

[1]- د/ أحمد أدريوش: العقد الطبي، تأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب وزبونه ، الطبعة الأولى، مطبوعات سلسلة المعرفة القانونية، المطبعة الأمنية الرباط، 2009 أنظر ص 18 إلى 25.

[2]- **ينص الفصل 724 من ظهير الالتزامات و العقود المغربي على أن: « يعتبر القانون بمثابة إجارة الصنعة، العقد الذي يلتزم بمقتضاه الأشخاص الذين يباشرون المهن والفنون الحرة بتقديم خدماتهم لزبنائهم، وكذلك الشأن بالنسبة إلى الأساتذة وأرباب العلوم والفنون والحرف»**

و بالنسبة لتكييف العقد الطبي بأنه عقد غير مسمى: فرغم المحاولات الفقهية و القضائية في تكييف العقد الطبي باعتباره عقدا مسمى كتلك التي تكيّفه على أنه عقد وكالة أو عقد عمل إلا أنها لم تصمد أمام الانتقادات التي وجهت لها مما حدا بالقضاء إلى إدارة الظهر عن مثل ذلك التكييف والعمل على تكييف العقد الطبي بأنه عقد غير مسمى متفاديا الانتقادات الموجهة للتكييف الأول.

و حسب الأستاذ أحمد أدريوش فإنه لا يمكن اعتبار العقد الطبي عقد وكالة أو عقد شغل كما لا يمكن اعتباره عقدا من نوع خاص، وذلك نظرا لصراحة المشرع المغربي الذي نظم أهم العقود المؤطرة لممارسة المهن، و أضفى على كل عقد تكييفا محددا، و تكيّيف الفصل 724 من ظ.ل.ع هو التكييف الذي أخذ به الفقه الإسلامي الذي يعتبر المصدر المادي للفصل 724 من ظ.ل.ع[1]

و على الرغم من هذه الانتقادات الموجهة لهذا التكيّيف من قبل الأستاذ أحمد أدريوش لا يسعنا إلا أن نرجح فيما ذهب إليه قضاء النقض المغربي و الرأي الفقهي الغالب أن العقد الطبي أو عقد العلاج الطبي في القانون العربي هو عقد خاص وغير مسمى و من ثم تطبق عليه الأحكام العامة لنظرية العقد في القانون المدني[2].

---

[1]– د/ أحمد أدريوش: العقد الطبي، تأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب وزبونه ، المرجع السابق، ص 32.

[2]– يتردد عقد العلاج الطبي بين العقود التي ترد على الانتفاع و بين تلك التي ترد على العمل، و بعبارة أدق بين عقد الإجارة من ناحية و بين عقد العمل، و عقد المقاولة و عقد الوكالة من ناحية أخرى فأي هذه العقود هو؟ نستبعد أولا عقد الوكالة، لأنها تنصب على تصرف قانوني يقوم النائب باسم موكله و لحساب موكله، و واضح أن الطبيب لا يزيد عن مريضه و لا يباشر عمله باسم مريضه. كما أن العمل الذي يقوم به الطبيب عمل مادي و ليس عمل قانونيا. كما نستبعد عقد العمل لأنه إذا صح أن العقد الذي يبرم بين المريض و طبيبه يلزم الطبيب بالتزام هو بعمل، إلا أنه ينبغي أن يلاحظ أن هذا النوع من الالتزام غير مقصور على عقد العمل و نحن نستبعد عقد العمل بسبب بسيط هو أن من مستلزمات هذا العقد و طبيعته أن يكون العامل تحت (إدارة و توجيه) رب العمل أو صاحبه، و لا يمكن القول بأن الطبيب إذ يباشر عمله إنما يباشره تحت إشراف و توجيه مريضه. و نستبعد كذلك عقد الإجارة لأننا لم نعد نطلق على العقود التي تنصب على إلزام المتعاقد بأداء خدمة معينة للطرف الآخر اسم (عقد إجارة أشخاص) أو عقد إجارة خدمات contrat de louage de service

ب- قضاء النقض العربي:

نورد في هذه النقطة تطبيقات للقضاء المغربي وللقضاء المصري والقضاء التونسي والقضاء الإماراتي كأمثلة لقضاء بعض الدول العربية التي تأخذ بالطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب عن الأضرار التي يلحقها بالمرضى كلما واستثناءا بالطبيعة التقصيرية في حالات محددة.

- **القضاء المغربي:** أخذ القضاء المغربي بالأساس العقدي لمسؤولية الطبيب و هذا منذ القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 1946.01.29 الذي جاء فيه: «...**و يشكل الإخلال بهذا الالتزام سببا لمسؤوليته التعاقدية التي يتعين على المريض الذي يدعي سوء تنفيذ الطبيب لالتزامه، أن يثبت الفعل الضار الذي ينسبه إليه و كذا الضرر الذي لحق به...**»[1]

و تم تأكيد الطابع العقدي للمسؤولية المدنية للطبيب في القرار الصادر عن الغرفة المدنية للمجلس الأعلى المغربي بتاريخ 31 ماي 2001 حيث جاء في إحدى حيثياته: «... **وأن المسؤولية التعاقدية تلزم الطبيب ببذل عناية لا بتحقيق غاية، وأنه إلى جانب الخبرة هناك الملف الطبي الذي يجب أن يكون ممسوكاً بانتظام لتتبع حالة المريض والوقوف على المرحلة التي تثبت خطأ الطبيب في العلاج ولا يمكنه الاعتراض بدعوى الالتزام بالسر المهني، وأن عدم مراعاة الملف الطبي للأمر يكون في نطاق الخطأ الشخصي المرتكب عن بينة واختيار وأنه بذلك يكون**

[1]- الأمر يتعلق بقضية السيدة (Garnier) ضد الدكتور (Comte) حيث أصيبت تلك السيدة بقرحة إثناعشرية (ulcère duodénal)، و عندما ذهبت عند طبيبها و استشارته وصف لها العلاج بالأشعة مما ترتب عنه التهاب حاد فطالبته بالتعويض قضائيا أمام المحكمة الابتدائية و قضت هذه الأخيرة برفض الطلب لعدم استطاعتها إثبات مسؤولية الطبيب و طعنت فيه الطالبة بالاستئناف بالرباط ، و محكمة الاستئناف قبل إصدار حكمها في جوهر الدعوى أصدرت قرارا تمهيديا وضعت بمقتضاه قواعد ومبادئ كل من العقد الطبي و المسؤولية الطبية.

مسؤولاً وأن الطبيب يلتزم عند إثبات وجود عقد العلاج بتبصير وإخطار المريض بحالته الصحية...»[1].

وهذا ما أكد عليه قرار المجلس الأعلى المغربي بتاريخ 27 جويلية 2002، حيث جاء في صدره :«...**و ينشئ هذا العقد على عاتق الطبيب، ما لم يكن هناك اتفاق مخالف، التزاما يقضي فقط بالتعهد باستخدام الوسائل الملائمة لتحقيق نتيجه معينة دون ضمان الشفاء...»** [2]

- القضاء في مصر: قضت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في 26 جوان 1969 على أن: « **مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجه هي مسؤولية عقدية، و الطبيب و إن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه و بين مريضه بشفائه و بنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة و إنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق- في غير الظروف الاستثنائية – مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، و جراح التجميل و إن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى اعتبارا بأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه و إنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر»**[3].

---

[1]- قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى عدد 2149- بتاريخ 2001/5/31- ملف مدني عدد 2000/5/1/1081، منشور بمجلة الإشعاع، العدد الخامس والعشرون، يونيو 2000، ص 171. إلى 176.

[2]- قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى عدد 1958- بتاريخ 2002/7/24- ملف مدني عدد 2001/7/4/1133، منشور بمجلة الإشعاع، العدد السادس والعشرون، يونيو 2002، ص 114. إلى 119.

[3]- الطعن رقم 111 لسنة 35 ق جلسة 1969/6/26 س 20 ص 1075. يمكن الاطلاع على القرار على رابط قاعدة التشريعات و الاجتهادات المصرية http://www.arablegalportal.org/egyptverdicts/index.aspx ، كما أشار إليه. د/ إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب و الصيدلي فقهاً و قضاء، دار الكتب القانونية مصر- المحلة الكبرى 2007. ص 50 و 51. كما أشار إليه كذلك د/ جمعة ، عبد المعين، موسوعة القضاء في المسؤولية التقصيرية و العقدية، مرجع سابق، ص 20.

و اتساقا مع هذا الاتجاه، فلقد طبقت محكمة النقض المبدأ السابق في حالة الاشتراط لمصلحة الغير فقضت « **بأن مفاد نص المادة 2/104 من القانون المدني انه في حالة الاشتراط لمصلحة الغير، و إن كان المشترط لمصلحته ليس طرفا في هذا العقد، إلا أنه يحق له بموجبه مطالبة الملتزم فيه بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه وإذا كان ما أورده الحكم المطعون فيه بمدوناته ، من أن الشركة المطعون ضدها الأولى تعاقدت مع الطبيب المطعون ضده الثاني لعلاج عمالها و منهم الطاعن، تكييفه الصحيح أنه اشتراط لمصلحة الطاعن وبقية زملائه العمال، وكان ما ينسبه الطاعن من خطأ إلى ذلك الطبيب هو إخلال بالتزام تعاقدي، لا تسقط دعوى التعويض الناشئة عنه إلا بمضي خمس عشرة سنة، فان الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر، وأقام قضاءه على المسؤولية التقصيرية مما تسقط الدعوى فيه بالتقادم الثلاثي يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه** »[1].

– **القضاء التونسي:** كما اعترف القضاء التونسي بالطبيعة العقدية للمسؤولية المدنية للطبيب حيث قرار محكمة استئناف تونس بتاريخ 29 أفريل 1998[2] « **حيث لا جدال في ثبوت الأضرار الحاصلة للمستأنف ضده المدعي في الأصل من جراء عملية التصوير .**

و حيث أن التجاء المريض للطبيب يكون في إطار عقد يحصل بمجرد أن يعرض المريض نفسه للعلاج دونما حاجة إلي حصول ذلك الاتفاق في نطاق شكل معين و تختلف طبيعة التزام الطبيب تجاه المريض بحسب مضمون العقد المبرم بينهما فهو التزام ببذل العناية إذا ما تعلق الأمر بالعلاج في حد ذاته باعتبار عمل الطبيب يتضمن في هذا الخصوص دائما جانبا من الافتراض و من الحكمة أن لا يقع تحميله تبعة هذا الجانب و هو الالتزام بتحقيق نتيجة إذا ما تعلق الأمر بتشخيص المرض و مؤداه أن الطبيب لا يجب أن يعرض المريض لأي خطر متأتي مما

[1]- نقض مدني، الطعن رقم 1715 لسنة 49 ق، جلسة 1984/11/15.

[2]– قرار محكمة الاستئناف تونس رقم 48780 بتاريخ 29 أفريل 1998.

يستعمله من أدوات علاج وأجهزة و مما يسلمه له من أدوية و بان ينقل إليه مرضا أخر نتيجة ما ينقله له من دم أو غير ذلك.

و حيث ينتج عن طبيعة التزام الطبيب في الحالة الثانية و هو حالة الحال أن عدم توفر النتيجة يكفي لقيام مسؤوليته و لا يستطيع الطبيب أن يدفع عنه تلك المسؤولية إلا إذا اثبت أمراً طارئاً و أو قوة قاهرة أو خطأ المريض المتضرر نفسه.»[1]

- **القضاء في الإمارات العربية المتحدة:** كما ذهب القضاء في الإمارات العربية على إقرار الطبيعة العقدية للطبيب كلما كانت العلاقة التي تجمع بين الطبيب و المريض عقدية، و في هذا الصدد قضت محكمة تمييز دبي بأنه: « **من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن الطبيب و إن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه و بين مريضه، بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة، و إنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهودًا صادقة يقظة تتفق – في غير الظروف الاستثنائية – مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وُجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول، ...»**[2].

2- الالتزام بالطبيعة التقصيرية استثناءا:

مشرع الدول السابقة لم يورد نصوصاً خاصة بمسؤولية الطبيب المدنية بل أنه يتم بحثها ضمن القواعد العامة للمسؤولية، ويعتبر القضاء مسؤولية الطبيب تقصيرية في

---

[1]- تتلخص وقائع القضية بأن رجل أجري له الكشف الإشعاعي الذي نتج عنه حادث عصبي، و حيث أن الخبرة الطبية لم تتوصل إلى التثبت من الخطأ الفني ، حيث قضت محكمة الدرجة الأولى بإلزام العيادة بتعويض 24000 د ت عن الأضرار الجسمانية، 6000 د ت عن الضرر المعنوي، 200 د ت عن أتعاب المحامي ، و تم تأييد هذا الحكم من قبل الجهة الاستئنافية، و حيث قامت العيادة بطعن تعقيبيا في هذا القرار، قامت محكمة التعقيب بإحالة القضية من جديدة و بهيئة أخرى أمام الجهة الاستئنافية. ص 99

[2] – تمييز دبي، مدني 2007/09/30، عدد 18، رقم 149 ص 996.

حالات معينة كحالة طبيب المستشفى العام أو الخاص، أو حالة مساءلة الطبيب أمام القضاء الجزائي أو حالة انعدام العقد.

- **حالة طبيب المستشفى العام:** تطبيقاً لقرار صادر عن محكمة النقض المصرية يحمل الرقم 417 بتاريخ 1969/7/3 ينص على أنه:« **لا يمكن مساءلة الطبيب في المستشفى العام إلا على أساس المسؤولية التقصيرية لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاجه حتى ينعقد العقد بينهما**» يتضح من عبارات قرارات النقض العربية أن مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجه تكون مسؤولية عقدية، إلا أنه لا يمكن مساءلة طبيب المستشفى العام إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض اختار الطبيب لعلاجه. والقرار السابق يصلح فقط في حالة المستشفى العام لأن اختيار المريض للطبيب غير متوفر[1] .

و في قرار آخر قضت محكمة النقض المصرية على أنه:«...**لا يمكن مساءلة الطبيب إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاجه حتى ينعقد عقد بينهما، كما لا يمكن القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام و بين أطباءها، لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها هي علاقة تنظيمية و ليست تعاقدية، و بذلك لا يكون هناك محل لبحث مسؤولية الطاعن في دائرة المسؤولية التعاقدية، و لو أن الأمر لا يتغير في هذه الحالة لأن المدين بالتزام تعاقدي لا يسأل عن عمل الغير إلا إذا كان قد استخدمه في تنفيذ التزامه التعاقدي، مما يقتضي ألا يسأل الجراح عن خطأ صادر من أحد مساعديه من الأطباء يصيب المريض بضرر، إلا إذا كان قد اختار هو هذا المساعد لمعاونته في العملية أو**

[1]- قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1969/7/3، قاعدة التشريعات و الاجتهادات المصرية، 2009/1/15. يمكن الاطلاع على القرار على رابط قاعدة التشريعات و الاجتهادات المصرية:

http://www.arablegalportal.org/egyptverdicts/index.aspx

تركه يتدخل فيها مع استطاعته منعه من هذا التدخل و هو ما لا يتوافر في حالة الطاعن »[1]

– **حالة انعدام العقد:** و بالتالي فانه يمكن للمتضرر أن يؤسس دعواه في هذا الصدد على أساس الخطأ التقصيري طبقاً للفصل 78 من قانون الالتزامات و العقود المغربي، و قد ذهبت في هذا السياق المحكمة الابتدائية بالناضور في إحدى حيثياتها في ملف مدني رقم 94/1168 بتاريخ 1996/6/28 إلى ما يلي: «... **و حيث يتضح من وثائق المدعى عليه أنه لا يوجد ضمنها ما يفيد أنه طلب من المدعية إجراء تحليل تشريحي مخالفاً بذلك التزامه بمجرد بذل عناية مما يجعله تحت طائلة المسؤولية التقصيرية في تدهور الحالة المرضية للمدعية و الذي نتج عنه نمو ورم سرطاني اقتضى استئصاله إصابتها بالعقم.**

و حيث إن طلب المدعية بالتعويض طبقاً لمقتضيات الفصلين 77 و78 من ق.ل.ع كان مبنياً على أساس سليم، وقد ارتأت المحكمة بما لها من سلطة تقديرية تحديد التعويض في المبلغ الوارد بمنطوق الحكم أدناه »[2].

– **حالة اتصاف الخطأ الطبي بالطابع الجنائي:** كلما كان لخطأ الطبيب طابع جنائي تكون مسؤوليته تقصيرية، كحالة امتناع الطبيب عن العلاج أو تقديم المساعدة الطبية فقد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض السورية:« **أن مسؤولية الطبيب عن عمله غير المشروع تتقادم بمرور ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور**

---

[1]– نقض رقم 417 لسنة 34 ق جلسة 1971/7/3 جلسة، س 20 ص 1094. يمكن الاطلاع على القرار على رابط قاعدة التشريعات و الاجتهادات المصرية الآتي:

http://www.arablegalportal.org/egyptverdicts/index.aspx

كما أشار إليه د/ إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب و الصيدلي فقهاً و قضاء، دار الكتب القانونية مصر – المحلة الكبرى 2007. ص 53.

[2]– حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالناضور، ملف مدني رقم 94/1168 – بتاريخ 1996/6/28، منشور بمجلة الإشعاع، عدد 15 ص205 إلى 209.

بوقوع الضرر، وبالشخص المسؤول عنه طبقاً لما جاء في المادة 173 من القانون المدني»[1].

ثانيا– التزام بعض القضاء بالطبيعة التقصيرية فحسب:

نورد في هذه النقطة تطبيقات قضائية للقضاء العراقي ولقضاء سلطنة عمان ولقضاء دولة قطر كأمثلة لقضاء بعض الدول العربية التي تأخذ بالطبيعة التقصيرية للطبيب فحسب.

– **القضاء العراقي:** قضت محكمة التمييز العراقية في قراراها الصادر بتاريخ 26 جوان 1992 بأن:« **إن طبيب الأسنان لم يتعامل تعاملا إنسانيا مع أبن المدعي كما يقتضيه واجبه الطبي و أنه أوكل أمر قلع سن ابن المدعي إلى الممرضة بينما كان عليه أن يقوم بهذا الواجب، و أن اللجنة المذكورة قررت فرض عقوبة إدارية على الطبيب المدعى عليه و على الممرضة الشخص الثالث، و بناء على ما تقدم فإن خطأ المدعى عليه ثابت و أن هذا الخطأ الذي أنتج أضراراً لابن المدعي يستوجب مسؤولية المدعى عليه بدفع التعويض طبقا للمادتين 202 و 204 من القانون المدني»**[2]

---

[1] – نقض سوري، قرار رقم 697 تاريخ 1960/10/19، منشور في مجلة القانون لعام 1961، ص 148.
وتنص المادة /173/ من القانون المدني السوري على أنه: «1– تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن الضرر غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه. و تسقط هذه الدعوى في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع
2– على أنه إذا كانت الدعوى ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجزائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجزائية »
وتسقط الدعوى الجزائية في القانون السوري، وفقًا لأحكام المواد 437/437 من قانون أصول المحاكمات الجزائية، بمرور عشر سنوات إذا كان الجرم جناية، وثلاث سنوات إذا كان جنحة، وسنة واحدة إذا كان مخالفة.
وقد أورد المشرع المادة /173/ ضمن المواد التي تحكم المسؤولية التقصيرية.

[2] – أشار إليه د/ إبراهيم صالح عطية، المسؤولية المدنية للطبيب الناتجة عن خطئه العادي، دراسة مقارنة، مقال منشور في مجلة الحقوق لجامعة ديالي، العدد 26، ص 17.

- **قضاء سلطنة عمان:** قررت المحكمة العليا لسلطنة عمان في 26 جوان 2004[1] على أن: « **خطأ الطبيب سواء أكان من الأخطاء العادية التي يقع فيها صاحب أية مهنة أخرى كالسكر و الإهمال الذي لا يرتبط ارتباطا مباشراً بالقيام بالعمل الطبي و هو كل ما يتصل بالحرص المفروض على الناس كافة، أو كان من الأخطاء الفنية أي تتصل بمهنته مثل تشخيص المرض أو تحديد الدواء أو إجراء عملية جراحية، كل هذه الأخطاء عند تقدير التعويض عنها تخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية.**»[2]

-**القضاء القطري** قررت محكمة التمييز القطرية في 26 ديسمبر 2006 بأنه: «... **و إذ أثبت الحكم أن الخطأ الذي قارفه الطبيب نتج عنه إصابة المريضة بعجز دائم في كفاءة القلب تصل نسبته إلى 67% - مما لم يكن محلاً لنعي – و كانت رابطة السببية في المسئولية التقصيرية تقوم على الخطأ المنتج للضرر، وكان الخطأ**

---

[1]- قرار رقم 46 في الطعن رقم 2004/31 جلسة 2004/6/26. مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا (دائرة المحكمة الشرعية – الدائرة المدنية الأولى- الدائرة المدنية الثانية) 204 و ما يليها.

[2]- الوقائع: تتلخص الوقائع في أن الطاعنين أقاما الدعوى ابتداءً أملم محكمة صحار الابتدائية يدعيان فيها بأن الطاعنة الثانية سبق أن وضعت طفله بمستشفى... بتاريخ 2001/3/19 و عندما قام الطاعن الأول بزيارتهما في اليوم التالي فوجئ بوضعهما في بغرفة منعزلة بدعوى إصابته شخصيا بمرض الإيدز منذ 1999 و قد أشير إلى إصابته هذه بالبطاقة الصحية للمولدة لتنبيه الطبيب المعالج ثم أجريت الفحوصات اللازمة لاحقاً و انتهت جميعاً إلى سلامتهم جميعاً من الإصابة بهذا المرض و قد كان التصريح بالإصابة نتيجة خطأ طبي تسبب لهم في صعوبات عدة تمثلت في انتقال العائلة للسكن في مكان أخر استجابة لطلب الكفيل الذي كان مجاوراً لهم و نقل أطفالهم إلى مدارس أخرى بعد المضايقات التي تعرضوا لها من جراء شيوع الخبر الكاذب و كذلك انقطاع الطاعن الأول عن العمل لمدة من الزمان و تحمله نفقات الفحوصات و المراجعات الطبية و لذلك فهما يطالبان بتعويضهما بمبلغ (50) ألف ريال عماني و إلزام وزارة ...بأداء ذلك إليهما، و بتاريخ 2003/10/25 أصدرت المحكمة الابتدائية حكمها بإلزام...في شخص ممثلها القانوني بأن تدفع للطاعن الأول مبلغ ثلاثة ألاف ريال و للطاعنة الثانية مبلغ ألفي ريال تعويضاً لهما عن الضرر المعنوي و رفض الدعوى فيما زاد على ذلك و إلزام المطعون ضدها بالمصروفات. وباستئناف هذا الحكم بواسطة الطرفين لدى محكمة استئناف صحار قضت بتاريخ 2004/2/16 بقبول الاستئنافين شكلاً و في الموضوع برفض الإستئناف المقدم من الطاعنين و إلغاء الحكم المستأنف و القضاء مجدداً برفض الدعوى و تحميل المستأنفين (الطاعنين) مصاريف الدعوى لمرحلتي التقاضي، فلم يرض الطاعنان بهذا الحكم فطعنا فيه بالنقض بالطعن الماثل.

الذي أثبته الحكم في حق الطاعن الثاني مما تقدم بيانه كافياً لإحداث النتيجة الضارة بالصورة التي تمت بها مستغنياً بذاته عن مساهمة الأخطاء الأخرى التي نسبها الحكم إليه، فإن نسبة تلك الأخطاء إليه – وأياً كان وجه الرأي فيها يكون مجرد استطراد زائد عن حاجة الدعوى يقوم الحكم بدونه ويكون النعي عليه في خصوصها غير منتج و لا جدوى منه و من ثم غير مقبول »[1]

يرى الفقه[2] المؤيد لطابع التقصيري لمسؤولية الطبيب، بأنه تقوم المسؤولية التقصيرية للطبيب كلما وقع الإخلال بالتزام قانوني هو التزام الفرد بعدم الإضرار بالغير، فمصدرها العمل غير المشروع ومن بين المبررات المعتمد عليها من قبل القائلين بأن مسؤولية الطبيب تقوم على أساس تقصيري ما يلي:

– عدم احتواء العلاقة بين الطبيب والمريض: ذلك أن العقد الطبي عقد غير متكافئ بين طرفيه و في هذا الصدد يقول الفقيه الفرنسي "**لوسر بورت**": « **وضعية المريض الضعيف الذي أنهكه الألم وأثر على عقله و تفكيره وإرادته وحواسه تجعله كالدمية عمياء متألمة أو كطفل أمام طبيب سليم معافى القادر على تخفيف ألامه و تجفيف دموعه ويؤدي ذلك إلى عدم توفر المساواة حتى على الصعيد القانوني لأن المريض ليس حراً في التعبير عن إرادته بصورة صريحة**» و بالتالي فإنه لا يمكن الجزم بقيام عقد بين الطبيب و المريض المنهك[i].

وقد خلص الأستاذ بورت إلى أن التكييف القانوني السليم للعلاقة التي تربط بين الطبيب و المريض ينبغي قياسها على العلاقة بين القاصر (المريض) ووليه الشرعي (المريض).

– صحة و حياة الإنسان ليست محل للتعاقد و إنما تتعلق بالنظام العام.

---

[1]– قرار 2006/12/26، طعن رقم 96 لسنة 2006 دائرة المواد المدنية و التجارية، محكمة التمييز القطرية.

[2]-

– إخلال الطبيب بالالتزام بعلاج المريض هو إخلال بالتزام قانوني لأن القاضي عند مساءلته للطبيب لا يفسر النية المشتركة بين الطرفين و إنما يؤسسها على الالتزامات الطبية وقواعد المهنة وعلاقتها بالضمير وعلم الطب.

– وجود اللافتة على مدخل عيادة الطبيب، تمثل دعوة للتعاقد ويدل على ذلك شروط العلاج لا يتم الاتفاق عليها إلا بعد حديث الطرفين وتفاوضهم ومعرفة سابقة على إبرامهم العقد[1].

ثالثا– إحجام بعض القضاء العربي من تحديد طبيعة مسؤولية الطبيب

نورد في هذه النقطة للقضاء الأردني وللقضاء اللبناني والقضاء الجزائري كأمثلة لقضاء بعض الدول العربية التي صمتت أو أحجمت عن تحديد موقفها من طبيعة مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي يلحقها بالمرضى.

القضاء الأردني: المشرع الأردني أقام المسؤولية على أساس الضرر وليس الخطأ بحيث أنه لا يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية الإدراك، فأساس المسؤولية عنده موضوعي قوامه الضرر، وبالتالي فإن الفعل الذي يؤدي للضرر بذاته هو الذي يستوجب الضمان حيث نصت المادة 256 من القانون المدني الأردني على أنه« **كل إضرار بالغير يلزم فاعله و لو كان غير مميز بضمان الضرر**»، لذلك فالخطأ في القانون المدني الأردني يرادف التعدي في الفقه الإسلامي حيث أن الشريعة الإسلامية قالت " **لا ضرر و لا ضرار**" و الضرر يزال.

و لهذا فإن المواد التي تتعلق بالفعل الضار بالقانون المدني الأردني تقتصر على العنصر المادي فقط وهو التعدي ويسأل كل من أحدث الضرر ولو كان غير مميز أو مدرك عمله.

أما بخصوص الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية في الأردن، فإنه لم يتم تداولها وامتنعت محكمة التمييز الأردنية من الإفصاح عن نوع المسؤولية الطبية وقد أتيحت لها فرصة تاريخية لتناول طبيعة هذه المسؤولية، و ذلك في الطعن المقدم في

[1]- أرتيمية وجدان، الخطأ الطبي في القانون الأردني، المرجع السابق، ص 35

قرار محكمة استئناف حقوق عمان في القضية الاستئنافية والقاضية بإلغاء الحكم المستأنف الصادر عن محكمة بداية حقوق عمان.[1]

قضت محكمة التمييز الأردنية في قرارها الصادر بتاريخ 1991/5/12[2] على أن: **«البيانات المثبتة في أوراق الدعوى تثبت أن الخطأ في التشخيص أدى إلى الخطأ في العلاج، و أحدث عاهة دائمة لابنة المدعي، بسبب عدم إتباع الأساليب العلمية الطبية الصحيحة وحيث أن تقرير الخبرة جاء واضحاً ومعللاً فلا تملك محكمتنا التدخل في تلك القناعة، وبما أن مالك المستشفى مسؤولاً عن أخطاء العاملين لديه لعملهم تحت رقابته وتوجيهه عملاً بالمادة "288" من القانون المدني الأردني والتي تنص على (1- لا يسأل أحد عن فعل غيره، ومع ذلك فللمحكمة بناء على طلب المضرور إذا رأت مبرراً أن تلزم بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر، 2- من كانت له على من وقع منه الإضرار سلطة في رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حراً في اختياره إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها... فكان من واجب المميز "مالك المستشفى" والعاملين لديه ملاحظة وضع الطفلة الصحي وتصوير رقابتها لأنها كانت تعاني من الآلام، وإن عدم تصوير الرقبة أدى إلى خطأ في المعالجة و الذي أدى لإصابة الطفلة بعاهة دائمة »**[3].

---

[1]- استئناف أردني، القضية رقم 89/233/ بتاريخ 1990/11/29، القاضي بفسخ الحكم المستأنف عن محكمة بداية حقوق عمان في القضية الحقوقية رقم 81/16 بتاريخ 1986/2/19 م. يمكن الاطلاع على هذا القرار على الرابط الالكتروني الآتي لمحكمة التمييز الأردنية:

http://www.jc.jo/cassation_court_resolutions

كما أشار إليه أرتيمية وجدان، الخطأ الطبي في القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 64

[2]- تمييز أردني 1991/5/12 يمكن الاطلاع على هذا القرار على الرابط الالكتروني الآتي لمحكمة التمييز الأردنية: *http://www.jc.jo/cassation_court_resolutions*

كما أشار إليه الحياري، أحمد، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص 29، و للمزيد مجلة نقابة المحامين الأردنية، العدادان العاشر و الحادي عشر، سنة 1992، ص 709-712.

[3]- حيث تتلخص وقائع القضية المتعلقة بالدعوى: أن طفلة أصيبت في حادث، و تم إدخالها إلى مستشفى خاص المعشر في عمان و بعد معالجة الطفلة من قبل الطاقم الطبي برئاسة مالك المستشفى (الطبيب)، و مساعديه تبين وجود كسر في رقبة الطفلة نتيجة خطأ لعدم إتباع الأساليب العلمية الصحيحة من قبل طاقم

و الملاحظ على هذا الحكم أن محكمة التمييز الأردنية لم تفصح عن طبيعة مسؤولية الطبيب، ولم تحسم مشكلة تحديد طبيعة هذه المسؤولية من حيث كونها عقدية أم تقصيرية، حيث أنها لم تفعل أكثر من تطبيق نص القانون وإلزام المستشفى ومالكه بأداء التعويض للطفلة المضرورة. أما فيما يخص طبيعة مسؤولية المستشفى فهي مسؤولية تقصيرية لأن قرارها مؤسس على المادة 288 من (ق.م.أ) التي تتعلق بمسؤولية المتبوع "المستشفى" عن فعل تابعه "الأطباء" (المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير).

القضاء اللبناني: بالرغم من أن محكمة التمييز اللبنانية لم يصدر عنها أي مبدأ قانوني حول الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب، حيث أن كافة محاكمها لم تتعرض في أحكامها إلى التفرقة بين المسؤولية التقصيرية و العقدية[1].

و أما الفقه اللبناني فإنه يوافق القضاء حول أساس المسؤولية الطبية في الإطار العقدي الذي ينشأ فيه العقد بين الطبيب والمريض، حيث أن الطبيب يرتبط بالعقد مع مريضه الذي تعاقد معه وعليه أن يبذل العناية واليقظة الصادقة تجاه مريضه ضمن حدود المهنة والقواعد المستقرة في علم الطب وإذا أخل في واجباته ينتج عن ذلك مسؤولية عقدية[2].

المستشفى حيث لم يجر تصوير رقبتها بصورة شعاعيه في الوقت المناسب، فتسبب لها عاهة دائمة، فقام والدها برفع دعوى مدنية على المستشفى و الأطباء أمام محكمة بداية حقوق عمان يطالب بالتعويض، فقررت المحكمة بعد الاستعانة بالخبرة، الحكم على المستشفى و صاحبه بمبلغ أربعة آلاف دينار أردني كتعويض عن الضرر مضافاً إليه الفائدة القانونية( )، و ذلك بعد أن تم إسقاطها عن أحد الأطباء المعالجين من قبل المدعي أثناء سير الدعوى، وتم رد الإدعاء عن الآخر من قبل المحكمة ذاتها و انحصر الادعاء بالمستشفى و مالكه.

و لكن بعد استئناف الحكم أمام محكمة الاستئناف، أذنت الأخيرة بإجراء خبرة جديدة و قضت بإقامة المسؤولية على المستشفى و مالكه و ضاعفت المبلغ بناءاً على رأي الخبرة الجديدة. و طعن بهذا القرار أمام محكمة التمييز في 1990/11/26 من قبل وكلاء المدعى عليهم مطالبين بفسخ الحكم، إلا أن محكمة التمييز و بعد التدقيق و المداولة في وقائع الدعوى توصلت إلى القول ما جاء في القرار أعلاه.

[1]- الحسني عبد اللطيف، و النقيب، عاطف، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، مرجع سابق، ص 98.

[2]- الحسني، عبد اللطيف، و النقيب، عاطف، المرجع السابق، ص 100.

فعلى الطبيب أن يبذل للمريض جهودا صادقة ومتناسبة في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول العلمية المقررة وهي الأصول التي يعرفها أهل العلم ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها ممن ينتسب إلى علمهم أو فنهم، وليس معنى هذا أن على الطبيب أن يطبق العلم كما يطبقه غيره من الأطباء فمن حقه أن يترك على قدر من الاستقلال في التقدير فلا يكون مسؤولاً إلا إذا أثبت أنه في اختياره للعلاج قد أظهر جهلاً بأصول العلم أو الفن الطبي وعلى ذلك يكون الطبيب مسؤولاً إذا أجرى عملية جراحية وهو في حالة سكر أو أجراها مع كون يده اليمنى مصابة بعجز عن الحركة، أو مثلاً أغفل عن ربط الحبل السري و ترك الطفل بغير عناية، أو ترك سهواً أداة من أدوات الجراحة في جسم المريض، وكذلك يكون مسؤولاً إذا أغفل بعد إجراء عملية استخراج حصوة من المثانة عن العناية اللازمة و أدى ذلك للوفاة، فالطبيب يكون مخلاً بالتزامه إذا لم يبذل العناية الوجدانية اليقظة أو إذا العناية التي يبذلها مخالفة نتيجة جهله أو تهاونه للحقائق العلمية المستقرة أو المكتسبة[1]

- **القضاء الجزائري**: أما موقف القضاء الجزائري ومع قلة أحكامه التزم الصمت مثله مثل قضاء الدول السالفة الذكر بشأن تحديد طبيعة مسؤولية الطبيب، وتجدر الإشارة إلى أن القانون المدني الجزائري لم يتضمن نصًا خاصًا يكرس مسؤولية الطبيب. ويذهب الفقه إلى أنه إذا وجد اتفاق بين المريض والطبيب[2]، فإن الطبيب يكون مسؤولاً مسؤولية عقدية عن الأضرار التي يلحقها بخطئه للمريض والناجمة عن عقد العلاج. وتظهر العلاقة العقدية بين الطبيب والمريض حتى في إطار الخدمات الطبية المقدمة للمؤمن لهم اجتماعيا وذوي حقوقهم في إطار الاتفاقيات النموذجية بين هيئة الضمان الاجتماعي والطبيب العام الممارس الخاص[3] للاستفادة من نظام الدفع من قبل الغير في مجال الخدمات الطبية، حيث لا يرتبط الطبيب المتعاقد مع هيئة

---

[1]- المحتسب بالله، بسام، المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية، مرجع سابق، ص 93.

[2]- **د/ صويلح بوجمعة**، المسؤولية الطبية المدنية، المجلة القضائية ، العدد (1) لسنة 2001، ص 72.

[3]- مرسوم تنفيذي رقم 116/09 مؤرخ في 7 أبريل سنة 2009، يحدد الاتفاقيات النموذجية المبرمة بين هيئات الضمان الاجتماعي و الأطباء، ج.ر عدد 23 ، مؤرخة في 19 أفريل 2009.

الضمان الاجتماعي بالمريض المؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه[1] إلا بناء على اختيار المريض وموافقة الطبيب على تقديم الخدمات الطبية[2] المنصوص عليها في المادة 3 من المرسوم المذكور.

أمّا إذا انتفت العلاقة التعاقدية بين الطبيب والمريض، فإن مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي يلحقها بالمريض تكون مسؤولية تقصيرية وفقًا لأحكام المادة 124 من القانون المدني التي تنص على أنّ: « **كل فعل أياً كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض** ».[3]

و من النتائج المرتقبة الأكثر إيجابية للمريض في حالة أخذ هذا القضاء الصامت بالطبيعة العقدية[4]هي أن:

– الالتزام في المسؤولية التقصيرية هو التزام وحيد هو التزام ببذل عناية وهو ما يكرس حماية وطمأنينة للطبيب في ممارسة مهنتهم على حساب المرضى بتحملهم لعبء الإثبات عن كل أخطاءه الشخصية، أما الالتزام في المسؤولية العقدية هو التزام

---

[1]– المادة 2 تنص على أنه: « **تطبق هذه الاتفاقية على ما يلي: – أصحاب معاشات التقاعد المباشرة أو المنقولة و ذوي حقوقهم.**

– أصحاب منح التقاعد المباشرة أو المنقولة و ذوي حقوقهم.»

[2]– المادة 5 تنص على أن: « **يلتزم الطبيب المعالج بالتصرف كطبيب معالج بالنسبة للأشخاص المذكورين في المادة 2 أعلاه، الذين قاموا باختياره مسبقاً بهذه الصفة بعد موافقته. يسري اختيار المؤمن له اجتماعيا للطبيب المعالج على ذوي حقوقه.**

يتم التعبير عن اختيار الطبيب المعالج و الإمضاء عليه من قبل المؤمن له اجتماعيا و الطبيب المعالج معا بواسطة استمارة اختيار الطبيب المعالج، المرفقة بهذه الاتفاقية و التي يعيدها المؤمن له اجتماعيا لمركز الدفع لهيئة الضمان الاجتماعي التابع له»

[3] – وهذه المادة تقابلها المادة 163 من القانون المدني المصري.

[4]- أنه إذا كانت أحكام المسؤولية التقصيرية في صالح المضرور في حالات معينة:

– كحالة التعويض عن الضرر المباشر في المسؤولية العقدية لا يكون إلا عن الضرر المتوقع الحصول عادة وقت التعاقد طبقا للمادة 182م.ج. أما التعويض عن الضرر المباشر في المسؤولية التقصيرية يكون عن الضرر المتوقع وغير المتوقع.

– أو حالة التضامن في المسؤولية العقدية لا يفترض وجوده بين المدينين، بل لابد الاتفاق عليه صراحة، أما في المسؤولية التقصيرية فالتضامن بين المسؤولين عن الفعل الضار مقرر بنص القانون (المادة 126م.ج).

ببذل عناية وتحقيق نتيجة وبالتالي الالتزام ببذل عناية حماية للطبيب من جهة والالتزام بتحقيق نتيجة حماية للمرضى من جهة ثانية بتخفيف عبء الإثبات عليهم.

– إمكانية لجوء القضاء للالتزام بالسلامة طبقا للمادة 107 التي تقابلها المادة 1135 من ت م. الفرنسي باعتباره التزام تبعي بتحقيق نتيجة وهذا فيما يخص استعمال الأجهزة و الآلات الطبية، لأنه من الصعب تطبيق المسؤولية التقصيرية عن فعل الشيء لصعوبة الفصل بين فعل الآلات و فعل الطبيب، و بعض الأعمال كنقل الدم و التحاليل الطبية مثلا .

– صعوبة تطبيق المسؤولية التقصيرية عن فعل غيره من الأطباء لاصطدام العلاقة التبعية بالاستقلال المهني للطبيب.

الفرع الثاني: ميل الفقه العربي لطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب:

يميل الفقه الغالب العربي نحو تأسيس المسؤولية الطبية على النظرية العقدية فيرى الدكتور "السنهوري" أن مسؤولية الأطباء تكون في أكثر الأحوال مسؤولية عقدية لا مسؤولية تقصيرية لأنهم (أي الأطباء) يرتبطون بعقود مع عملائهم، في تقديم خدماتهم الفنية[1].

و يرى الدكتور"سليمان مرقس" أن مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية لأنها تنشأ عن إخلال الطبيب بالتزام العلاج الذي تعهد به بمجرد قبوله مباشرة العلاج و أنه لا يغير من طبيعة هذه المسؤولية أن يكون المريض مطالبا بإثبات خطأ الطبيب[2].

وفي موضع آخر يفرق الدكتور"مرقس" بين حالتين من حالات مسؤولية الطبيب، حيث يرى أن مسؤولية الطبيب تكون عقدية كلما تولى علاج المريض بناءا على طلب المريض أو أي شخص ينوب عنه. أما إذا كان الطبيب قد تطوع للعلاج من تلقاء نفسه أو كان مكلفا بالعلاج بحكم القوانين و اللوائح فان مسؤوليته تكون

[1]- د/ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط، المرجع السابق ، بند 548، ص 1144.
[2]- د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، بند 368، ص 479.

تقصيرية وكذلك إذا كان ضرر المريض ناشئا عن رفض الطبيب علاجه أو قبوله بالمستشفى[1].

وانتقد الفقه موقف قضاء النقض لبعض الدول العربية من مسؤولية الطبيب المدنية التي يقيمها على أساس المسؤولية التقصيرية مصرحاً بأنه:« **ما دام أن ثمَّة عقدًا بين الطبيب والمريض، أو من يقوم مقامه، فإن الطبيب بالعلاج يكون بمقتضى هذا العقد، ومن ثمَّ، تكون مسؤوليته عقدية،...**»[2]

وقد ساند غالبية الفقه المغربي اتجاه قضاء المجلس الأعلى بتشبثهم وتأكيدهم على أن المسؤولية الطبية مسؤولية عقدية[3].

و بالرجوع إلى الفصل 263 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي:« **يستحق التعويض، إما بسبب عدم الوفاء بالالتزام، وإما بسبب التأخر في الوفاء به و ذلك و لو لم يكن هناك أي سوء نية من جانب المدين**»[4] فانه يمكن للضحية المتضرر من جراء خطأ الطبيب المعالج له أن يرتكز على أساس الإخلال بالتزام تعاقدي للمطالبة بالتعويض، شرط أن يكون هناك اتفاق مسبق يكون الطبيب بمقتضاه ملزما بالمعالجة وعليه فالمسؤولية العقدية هنا تقوم كلما تم الإخلال بتنفيذ أحد الالتزامات الناشئة عن العقد على نحو يسبب ضررا للمتعاقد وبالتالي فقيام هذا النوع من المسؤولية متوقف على شرطين:

---

[1]- د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، بند 187، ص 377.

[2]– د/ محمد وحيد الدين سوار: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول – المصادر غير الإرادية، مطبعة رياض ، دمشق 1982، ص 107 و 108. و أنظر أيضًا: د/ عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية، وفي القانون السوري و المصري، حلب، 1967، ص 93 . و الأستاذ المحامي محمد زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية (المدنية و الجزائية)، مطبعة خالد بن الوليد، دمشق، 1999، ص 82.

[3]– د/ أحمد ادريوش: مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب،المرجع السابق، ص 97

[4]– ظهير الالتزامات و العقود المغربي.

– وجود عقد صحيح يربط بين المتضرر والمسؤولية عن الضرر أن يقع من أحد طرفي العقد إخلال بالتزام مترتب عن هذا العقد و أن سبب هذا الإخلال ضرراً للطرف الآخر [1].

[1]– د/ محمد عبد النباوي: المرجع السابق، ص 51،52 و 53

المطلب الثاني:

مشكلة مسؤولية الطبيب عن فعل غيره من الأطباء و الأشياء

إذا كانت مسؤولية الطبيب عن فعل غيره من المساعدين غير الأطباء لا تثير أي مشكلة[1] فإن الممارسة الطبية عن طريق الفريق الطبي، أثارت بعض المشاكل القانونية، سواء فيما يتعلق برضاء طبيب العضو في الفريق الطبي الذي لم يتعاقد معه المريض مباشرة، وهل يعد الطبيب الجراح نائبًا عن زملائه في التعاقد مع المريض، أو أنه المسؤول الأول والوحيد أمام المريض بشأن الجراحة والعلاج.

كما أثار هذا النوع من الممارسة الطبية، مشكلة قانونية أخرى تتعلق بتحديد المسؤولية المدنية، في حالة وقوع أخطاء طبية، حيث خطى الفقه و القضاء خطوات كبيرة بصدد رسم حدودها وتحديد ضوابطها. ذلك أن ممارسة العمل الطبي عن طريق فريق، لابد له من موجه يتولى قيادة أفراده من التخصصات المختلفة وينسق مهامهم، ممّا يؤدي إلى قيام نوع من التبعية بينه وبين كلّ منهم هذا من جهة، ومن جهة أخرى نصت كل التشريعات الصحية و مدونات أخلاقيات الطب على مبدأ الاستقلال المهني للطبيب، ومن هنا تبدو أهمية تأثير ذلك على مسؤولية الطبيب سواء كانت عقدية أو تقصيرية هذا من جهة و من جهة أخرى مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء التي يستخدمها أثناء

---

[1]– تجدر الإشارة إلى إحدى الحالات التي تتحقق فيها التبعية الفنية و التنظيمية في آن واحد و هذه حالة الطبيب المقيم والطبيب المتربص الذي يعمل في عيادة أو مستشفى، إذ يعمل تحت إشرافه و رقابته فيشرف الطبيب على الطبيب المقيم أو المتربص إشرافاً فنياً فيوجهه في أصول و دقائق مهنة الطب و يراقب كيفية تنفيذه للأعمال المطلوبة منه، فضلاً عن أوقات قدومه و انصرافه. أنظر في نفس المعنى:

BESTAWOROS (Alain)**, la responsabilité civile des résidents en médecine et de leurs commettants, revue collection de droit, Barreau de Québec, tome 64, P29 et 40.consulter le lien électronique suivant :* ***http://www.barreau-qc/pdf/publications/revue/2004.pdf

كما تنص المادة 9 من القانون الأساسي للمقيم في العلوم الطبية على أنه: « **يتعين على المقيمين، في إطار برامج تكوينهم، أن يشاركوا تحت إشراف سلك الأساتذة، و تحت مسؤولية رئيس المصلحة القيام حسب التوقيت الكامل بالأعمال الآتية:**

– العلاج و التشخيص و الوقاية.

– المداومة الإستعجالية و مداومة المصلحة»

أنظر المرسوم التنفيذي رقم 11– 236 مؤرخ في 3 يوليو سنة 2011، يتضمن القانون الأساسي للمقيم في العلوم الطبية.ج.ر عدد 38 مؤرخة في 6 يوليو 2011.

العلاج، لذا سنتعرض هنا لمشكلة مسؤولية الطبيب عن فعل غيره من الأطباء في (الفرع الأول) ولمشكلة مسؤولية الطبيب عن فعل الأشياء في (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

مشكلة مسؤولية الطبيب عن فعل غيره من الأطباء

إن تقدم الفن الطبي، و اللجوء إلى طرق ووسائل تقنية معقدة، في العمل الجراحي، و تنوع استخدامها، وزيادة المعارف الطبية، قد استوجب تخصصا أكثر تعمقا في العمل الجراحي، و بمعنى آخر، أن العمل الجراحي الذي يؤدى للمريض، قد أصبح يتطلب في أغلب الحالات عملاً جماعيا مشتركاً، من قِبل الأخصائيين، كل في مجال تخصصه، الأمر الذي يثير التساؤل حول المسؤولية الناجمة عن هذا التدخل، ذلك أن مكمن الصعوبة يبتدي في استعانة الجراح الرئيسي بأطباء مساعدين له كاستعانته بطبيب التخدير، كل في مجال تخصصه، مما يصعب معه تحديد دائرة الخطأ نتيجة هذا العمل ذي الصفة الجماعية، فهل يكون المسؤول، في هذه الحالة، هو الجراح الرئيسي، أم مساعده الطبيب المخدر، الذي ارتكب الخطأ؟ مع العلم أن مدونات و قوانين الصحة تنص على الاستقلال المهني للطبيب مما يثير مشكلة مسؤولية الطبيب العقدية أو التقصيرية عن فعل غيره من الأطباء، لذا سنتعرض هنا لمشكلة المسؤولية العقدية للطبيب عن فعل غيره من الأطباء داخل الفريق الطبي (أولا) ولمشكلة المسؤولية التقصيرية للطبيب عن فعل غيره من الأطباء داخل الفريق الطبي (ثانيا).

أولا: مشكلة

المسؤولية العقدية للطبيب عن فعل غيره من الأطباء داخل الفريق الطبي

تجدر الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي قد مر بأربعة مراحل، ففي أول الأمر اتجه إلى تقرير مسؤولية الجراح العقدية عن خطأ طبيب التخدير، ثم اتجه في مرحلة ثانية إلى القول باستقلال كل منهما بخطئه عن الأخر، وفي مرحلة ثالثة أخذ بفكرة " الخطأ المشترك" أو بعبارة "خطأ الفريق الطبي" وأخيراً في مرحلة رابعة عاد القضاء الفرنسي إلى تأكيد استقلال كل من الجراح و طبيب التخدير بمسؤوليته مع تقرير وجود التزام متبادل بينهما بالمشورة داخل الفريق الجراحي.

المرحلة الأولى : مسؤولية الجراح العقدية عن خطأ طبيب التخدير :

اتجه القضاء في هذه المرحلة إلى القول بقيام مسؤولية الطبيب الجراح عن خطأ طبيب التخدير ذلك على أساس أنه استعان بطبيب التخدير في إطار التزامه العقدي مع المريض، وأحله محله خارج إطار رضاء المدين في تنفيذ جزء من التزامات هذا الجراح الناجمة عن العقد الطبي، و أبرز هذه الفكرة قرار محكمة النقض الفرنسية في قضية الجراح **Welti** بتاريخ 18 أكتوبر 1960[1] حيث قررت أن « **الجراح وقد عهد إليه الشخص الذي ستجرى له العملية فإنه يكون بمقتضى تلك الثقة، وبناء على العقد المبرم بينهما ملتزما ببذل ما في وسعه من يقظة وحذر، طبقا لما تفرضه المعطيات الفنية، ومن ثم، فإنه يكون مسؤولاً عن أخطاء الطبيب الذي لجأ إليه خارج نطاق رضاء المريض لإجراء التخدير، والقيام بجزء لا يتجزأ من التزامه** »[2].

و كان هذا الحكم بمناسبة إجراء جراحة استئصال رحم hystérectomie، وأثناء ذالك قام طبيب التخدير بحقن المريضة بمادة مخدرة في وريد اليد اليمنى نتج عنها إصابة تلك السيدة بشلل مرفقي وعجز دائم جزئي بنسبة 10%[3].

---

[1] ***-Cass. Civ 1ére Ch. 18 oct.1960.N° de pourvoi: 58-1454.Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006955888&fastReqId=153583802&fastPos=67

.

[2] ***- « le chirurgien, investi de la confiance de la personne sur laquelle il va pratiquer une opération, est tenu, en vertu du contrat qui le lie à cette personne , de faire bénéficier celle-ci pour l'ensemble de l'intervention, de soins consciencieux, attentifs et conformes aux données de la science; il répond dés lors des fautes que peut commettre le médecin auquel il a recours pour l'anesthésie, et qu'il se substitue, en dehors de tout consentement du patient, pour l'accomplissement d'une part inséparable de son obligation »***

[3] - la doctrine de l'arrêt **WELTI** a été reprise par des arrêts postérieurs :
- Cass. Civ 1ére Ch. 18 juillet 1983. N° de pourvoi: 82-14323. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007012596&fastReqId=445224586&fastPos=771

Cass.1re Civ. 12 nov. 1968 n° 27. Cass.1re Civ.18 juillet 1983, bull. 1983, n°209. Ass.Plén, 30 mai 1986,bull, n°1986.

أساس هذا القرار هو المادة 1147 من (ت.م.ف) التي تنص على أن:« **يحكم بالتعويض على المدين الذي أخل بالتزامه سواء بسبب عدم التنفيذ أو التأخير فيه متى لم يثبت أن هذا الإخلال راجعا إلى سبب أجنبي لا يد له فيه** ».

يستفاد من هذا النص أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي إذا كان راجعاً إلى فعل الغير، فإن ذلك يعد من قبيل القوة القاهرة التي تعفيه من المسؤولية. و لكن إذا كان المدين نفسه هو الذي أَحل هذا الغير في إطار التزامه العقدي، فلا يمكن اعتبار ما يصدر من أفعال عن هذا الغير من قبيل القوة القاهرة، و بالتالي يسأل المدين عقدياً عن تلك الأفعال[1].

فهذه المادة 1147 تقرر أن مجرد عدم الوفاء بالالتزام في الميعاد يعتبر في ذاته خطأ تعاقدياً، ويفترض فيه أنه هو السبب فيما أصاب الدائن من ضرر، فتقوم مسؤولية المدين على أساس هذا الخطأ و على اعتبار أن الضرر الذي أصاب الدائن ناشئ من هذا الخطأ، فإذا استطاع المدين أن يثبت أن الضرر له سبب أخر غير عدم الوفاء أو عدم الوفاء ذاته يرجع إلى سبب أجنبي عنه[2]، فإنه يدفع بذالك المسؤولية عن نفسه[3].

يمكن القول بأن الخطأ العقدي في نظر المشرع الجزائري[4]، كما في نظر المشرع الفرنسي هو مجرد عدم وفاء المدين بالتزامه، بقطع النظر عن السبب الذي أدى إلى عدم الوفاء، و سواء أكان الالتزام الذي حصل الإخلال به التزاماً بغاية أم كان التزاماً بوسيلة[5].

---

[1]– د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني،الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، ط4، 1987، ص 543.

[2]– في هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بأن "**عدم التنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي أو التأخير في تنفيذه يعتبر في ذاته خطأ يرتب مسؤوليته التي لا يدرأها عنه إلا إذا أثبت هو أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ من الغير أو من المتعاقد الأخر**" نقض مدني في 5 مارس 1989، مجموعة أحكام النقض، س 40 ، ع 1، رقم 123، ص 701.

[3]- د/ أشرف جابر، المرجع السابق، ص 101و 102.

[4]– تنص المادة من التقنين المدني الجزائري على أنه " **إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه**" تقابلها المادة 215 ت م مصري، المادة 216 ق م بحريني، و المادة 386 من ق إ م م الإماراتي.

[5]– د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 544.

خلاصة القول أنه لا يغير من ماهية الخطأ العقدي أو يؤثر في تحققه أن يكون عدم الوفاء راجعا إلى فعل شخص آخر غير المدين، و من ذلك فعل الشخص الذي يحله المدين في تنفيذ التزاماته، أو معاونته دون أن يحل محله في تنفيذ عقده بناء على طلبه، ففي مثل هده الأحوال لا يعتبر فعل الغير أجنبياً عن المدين و لا تندفع به مسئولية الأخير[1].

وعلى ذلك فإنه يمكن القول أنه يشترط لقيام المسؤولية العقدية للطبيب عن فعل الغير توافر الشرطين الآتيين[2]:

الأول: أن يكون هناك عقد صحيح بين المدين (الطبيب) وبين الدائن (المضرور) فإذا لم يكن العقد صحيحا بأن كان باطلا، فإنه يترتب على بطلانه زواله بأثر رجعى و بالتالي لا يكون بصدد مسؤولية عقدية، و إنما بصدد مسؤولية تقصيرية إذا توافرت شروطها.

الثاني: أن يتولى غير المدين تنفيذ العقد سواء بناء على نص قانوني كحالة النائب القانوني أو بناء على الاتفاق(كحالة اتفاق الجراح مع طبيب التخدير).

و تطبيقاً لذلك فإن الجراح و قد استعان بطبيب التخدير في إطار التزامه العقدي مع المريض، وأحله محله خارج إطار رضاء المدين في تنفيذ جزء من هذا الالتزام، لابد وأن يتحمل نتيجة الأخطاء التي يمكن أن تقع منه. ولكن يلاحظ أن هذه المسؤولية مسؤولية عقدية عن فعل الغير ولا تعني وجود علاقة تبعية بينهما[3].

و قد أثار القضاء النزاع على أساس تعارضه مع مبدأ الاستقلال المهني للطبيب بإيحائه الظاهر بوجود علاقة تبعية بين الجراح و طبيب التخدير ذلك المبدأ الذي تأكد في أكثر من موضع من قانون "**آداب مهنة الطب**"، و من ذلك ما تنص عليه المادة (59) في فقرتها

---

[1] – د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 550.

[2] – يقرر نص المادة **178** ق.م جزائري بطريق غير مباشر مسؤولية العاقد عن فعل الغير، إذ ينص على أنه **(يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة.**

و كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.) تقابلها المادة **2/217** م مصري.

[3] - د/ سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح و طبيب التخدير و مساعديهم، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004، ص323.

الثانية على أنه: « **في حالة تعاون أكثر من طبيب في فحص أو علاج نفس المريض فإن كل منهم يتحمل مسؤوليته الشخصية**»[1] و هذا ما تم تأكيده بنص المادة R4127-69 على أن « **ممارسة الطب شخصية، و كل طبيب مسؤول عن قراراته و أفعاله**»[2]. و مثال ذلك، حالة الفريق الذي يتألف من الجراح و غيره من الممارسين ممن يستعين بهم.

و الحقيقة أنه لا وجه لهذا النزاع، فالمسؤولية العقدية عن فعل الغير، لا تمس مبدأ استقلال طبيب التخدير عن الجراح، فكل ما يعنيه هذا القضاء أن مقتضى الدقة التي أودعها المريض في الجراح تفرض على هذا الأخير تنفيذ التزامه بالعناية و الرعاية لصالح هذا المريض. كما أن محكمة النقض لم تتعرض في هذا القرار لمسألة تبعية طبيب التخدير للجراح، و إنما فقط للعلاقة العقدية بين هذا الأخير و بين المريض.

يُبرر هذا الحل الذي خلصت إليه محكمة النقض في هذا القرار أن الجراح الذي تعاقد مع المريض. تكون له الحرية في اختيار وسائل تنفيذ التزامه العقدي، فكما يستطيع اللجوء إلى تابع حقيقي، لضمان هذا التنفيذ، فإنه يستطيع كذلك أن يطلب مساعدة أشخاص آخرين غير تابعين له، أي لا يرتبطون به برابطة تبعية[3].

يترتب على هذا القضاء أنه متى كان التزام الجراح مجرد التزام ببذل عناية فإن المريض لن يكلف إلا بإثبات أن هذا الجراح لم يقدم العناية اليقظة المطلوبة منه، ولن يطلب من هذا المضرور أن يثبت خطأ هذا العضو أو ذاك وطبيب التخدير بصفة خاصة من أعضاء الفريق الطبي، و ذلك متى أراد التمسك بمسؤولية الطبيب الجراح أو المعالج عن فعل هذا العضو[4].

---

[1]– النص القديم لمدونة أخلاقيات الطب الفرنسية للسنة 1979.

[2] - Article R.4127-69 du C.S.P.F dispose que : ***« L'exercice de la médecine est personnel, chaque médecin est responsable de ses décisions et de ses actes ».***

[3]– د/ محسن بيه، المرجع السابق، ص 86.

[4]– د/ محسن بيه، المرجع السابق، ص 87. أنظر كذلك د/ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق ، ص 326. و أنظر كذلك د/ أشرف جابر ، المرجع السابق، ص 101 و 102.

و عدم التزام المريض إلا بإثبات تقصير الجراح دون طبيب التخدير متى كان التزام الأول التزاما يبذل عناية هو ما يتفق مع ما تقضي به المادة (172) من ت.م الجزائري[1]، حيث يكفي لإثبات خطأ المدين في حالة الالتزام بوسيلة أن يثبت الدائن أنه قصر في اتخاذ احتياط معين مما كان يجب عليه، وذلك ما لم يثبت المدين أنه قد اتخذ الاحتياط المنسوب إليه إهماله.

و لكن لا يخفى أن هذا القضاء كان من شأنه أن تترتب عليه بعض الآثار السلبية، فالجراح في سبيل تلافي انعقاد مسؤوليته عن خطأ طبيب التخدير يضطر إلى مضاعفة مراقبته على كافة الأعمال المتعلقة بالتخدير و التي يقوم بها هذا الأخير و هو ما يخشى معه أن يكون ذلك على حساب ما ينبغي عليه أن يبذله من حذر فيما يتعلق بالعمل الجراحي الذي يضطلع به أساساً[2].

المرحلة الثانية: استقلال كل من الجراح و طبيب التخدير بخطئه عن الأخر.

اتجه القضاء في هذه المرحلة إلى القول بقيام مسؤولية طبيب التخدير عن خطئه الشخصي، وذلك على أساس وجود عقد بينه وبين المريض[3]، وإن كان القضاء لم يتجاوز حد القول بأن هذا العقد هو مجرد عقد ضمنيtacite .

ففي دعوى تتخلص وقائعها في أن مريضاً يدعى PANCRAZI كان يعاني من القرحة العفجيّة ulcère duodénal أجريت له عملية جراحية نتج عنها إصابته بشلل في ذراعه الأيمن، و لما رفع دعواه على كل من الجراح وطبيب التخدير، قضت محكمة استئناف Aix-en-Provence في 7 مارس 1986 على أنه:« **لا وجه لقيام المسؤولية العقدية للجراح على أساس المادة 1147 من القانون المدني، و أن المسؤولية الوحيدة في**

---

[1]– تنص هذه المادة على أنه "**في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبدله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الإتفاق على غير ذلك**" تقابلها المادة 211 ق م مصري.

[2] – **DEPARDAY (Catherine);** op-cit, p 12.

– أنظر في نفس المعنى كذلك د/ **باكر الشيخ**، المسؤولية القانونية للطبيب، دراسة في الأحكام العامة لسياسات القوانين المقارنة و اتجاهات القضاء، دار حامد، عمان، 200، ص 143.

[3]- د/ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 326.

قضية الحال هي مسؤولية طبيب التخدير دون الجراح و ذلك على أساس وجود عقد بين الأول و بين المريض أبرم ضمناً tacitement بينهما».

طعن المريض في الحكم بالنقض مطالباً بتقرير مسؤولية الجراح مستنداً في ذلك أن نص المادة 1147 مدني سالفة الذكر على أساس قيام مسؤوليته العقدية عن أخطاء طبيب التخدير، وقد رفضت محكمة النقض هذا الطعن في حكمها الصادر 27 ماي 1970[1]، مؤكدة ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه حيث قررت:« **أن إقرار محكمة الاستئناف بمسؤولية طبيب التخدير وحده، فإنه يجب التسليم بوجود عقد بين طبيب التخدير والمريض، مما يمتنع معه القول بأن الجراح أحل طبيب التخدير محله دون رضاء المريض** »[2].

و في حكم أخر لمحكمة استئناف Aix–en–Provence في 26 نوفمبر 1969 قضت « **بأن الجراح الذي يستعين بطبيب التخدير والإنعاش، يكون بذلك، قد أبرأ نفسه من الالتزام بمتابعة المريض أثناء إفاقته، حيث يقع هذا الالتزام على عاتق طبيب التخدير و الإنعاش لأن لكل منهما اختصاص مستقل تماما عن اختصاص الأخر في ضوء تطور المعطيات الطبية** »[3].

و في ذات الاتجاه أكدت محكمة استئناف Montpellier في 5 مايو 1971 أن « **الأفعال التي تتم بواسطة طبيب التخدير لا تخضع لأي تأثير أو سلطة من جانب الجراح، حيث يجري تلك الأفعال بمقتضى تخصصه تحت مسؤوليته وحده، فيلتزم بتخدير المريض و**

---

[1]- Cass. Civ 1ére Ch. 27 Jan 1970. N° de pourvoi: 69-10177. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006982035&fastReqId=289072188&fastPos=109

[2]- « la cour d'appel en retenant la seule responsabilité du médecin-anesthésiste, a nécessairement admis qu'un contrat médical était intervenu entre celui-ci et Pancrazi, et qu'ainsi le Médecin-chirurgien ne s'était pas substitue le médecin-anesthésiste en dehors de tout consentement du malade ».

[3] - Cass. Civ 1ére Ch. 27 mai 1970. N° de pourvoi: 68-12606. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURI TEXT000006982227&fastReqId=2140698055&fastPos=110

إعداده حتى يجري العملية الجراحية، و يقع عليه- أي على طبيب التخدير- في هذه الأثناء الالتزام بمتابعة انتظام عمل القلب و التنفس لدى المريض »[1]

و يلاحظ أن هذا الاستقلال لا يمنع بالضرورة من انعقاد مسؤولية الجراح متى نسب إليه خطأ عن فعله الشخصي[2].

المرحلة الثالثة: مسؤولية الفريق الطبي

لم يدم استقرار القضاء على مبدأ استقلال المسؤولية بين الجراح و طبيب التخدير طويلا، حيث اتجه إلى القول بمسؤولية الفريق الطبي.

و يلاحظ أن استعمال تعبير **"الفريق الطبي"** لم يرد صراحة في كل أحكام القضاء المعبرة عن هذه المرحلة، حيث لجأ بعضها إلى القول " **بالاشتراك بين الجراح و طبيب التخدير**" و كذلك بوجود **"الأخطاء المشتركة بينهما"**، و لا يبدو في الواقع أن هناك فارق جوهري بين جوهر فكرة **" الفريق الطبي"** و بين تلك التعبيرات التي درج القضاء عليها، غير أن أحكاما أخرى استخدمت صراحة تعبير **" الفريق الطبي"** أو **" الفريق الجراحي"**. و يمكن القول إن القضاء في هذه المرحلة لم تعد لديه القناعة بالإبقاء على المسؤولية الفردية داخل الفريق الطبي، لما ينطوي عليه ذلك من صعوبات بالنسبة للمريض فقد يحدث ألا تقوم داخل هذا الفريق أية علاقة بين بعض أعضائه و بين المريض، فتبقى المسؤولية فردية و لو كانت تضامنية أو تضاممية، فإذا لم يصل المضرور. في هذه الحالة إلى تعيين المسؤول أو المسؤولين الحقيقيين من أعضاء الفريق، ضلوا غير مسؤولين. و هذا يعني إعفاء بعض أعضاء الفريق عندما يتعذر نسبة خطأ إليهم، بل إنه قد يعفى كل أعضاء الفريق إذا لم يمكن تحديد المسؤول من بينهم، رغم أن الفريق الطبي محدد[3].

---

[1] - ***Cou. d'app. Montpellier, 5 mai 1971***

[2] – د/ محسن البيه، المرجع السابق، ص 73.

[3] – محسن بيه، المرجع السابق، ص 93. أنظر كذلك د/ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 366، أنظر كذلك د/ أشرف جابر، المرجع السابق، 107.

فضلا عن ذلك، فإن الأخذ بالمسؤولية الفردية داخل الفريق الطبي و لو كانت المسؤولية تضامنية أو تضاممية قد يقتضي اللجوء إلى الحيلة، في بعض المجالات، من أجل الفصل التام بين اختصاصات أعضاء الفريق. و هذا ما قد يستعصى أحياناً من حيث الواقع[1].

و قد كانت تلك الاعتبارات كفيلة بأن يغير القضاء الفرنسي وجهته، و يقرر في وضوح «**أن هناك تعاون وثيق بين الجراح و طبيب التخدير، من شأنه أن يستبعد فكرة السيطرة التي تكون للأول على الثاني في قاعة العمليات، مما يتحتم معه القول، بوجود مسؤولية مشتركة بينهما**».

و قد قررت هذا المبدأ محكمة استئناف" تولوز" في 24 أبريل 1973[2] حين عرضت عليها واقعة وفاة سيدة أثناء إجراء جراحة لاستئصال إحدى كليتيها، و لما رفع ورثتها دعوى التعويض على كل من الجراح و طبيب التخدير، انتهت المحكمة إلى حكمها المتقدم.

و الحقيقة أن هذا الحكم على الرغم مما بدا فيه من تطور ملحوظ نحو اعتناق مبدأ "**مسئولية الفريق الطبي**" إلا أنه ضل حريصاً على تأكيد وجود رابطة تبعية، و لو ضمنية، من طبيب التخدير للجراح. و هو ما يعني تمسكه بفكرة **"رئيس الفريق"** و تركيز المسؤولية une concentration de la responsabilité في جانب الجراح، على أن المفهوم التقليدي لم يمكن على أية حال بذات الأهمية التي كان عليها في ظل القضاء 1960.

و في قرار لمحكمة النقض الفرنسية(الدائرة الجنائية). ألغت قرار محكمة استئناف Montpellier السابق فيما ذهب إليه من استقلال كل من الجراح و طبيب التخدير بمسؤوليته عن الآخر و في حيثيات حكمها الذي استخدمت فيه صراحة التعبير"الفريق الجراحي"– قررت محكمة النقض **أن «عدم إعداد جهاز الإنعاش قبل إجراء عملية جراحية طويلة ودقيقة لمريض منهك من إجراء العديد من العمليات الجراحية عليه يعد خطأ يقيم مسؤولية أعضاء الفريق الجراحي المكون من الجراح و طبيب التخدير و ذلك على الرغم من أن هذا الأخير يعد المسؤول الرئيسي عن هذا القصور»**[3].

---

[1]– محسن بيه، المرجع السابق، ص 93.

[2] - Cou.d'app.de Toulouse 24 avr 1973, Gaz. Pal, 1973, I, p 401.

[3] - **DEPARDAY (Catherine)**: op.cit. p8.

تم تأكيد هذا المبدأ في قرار[1] **Farçat** الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في غرفة المشورة بتاريخ 30 ماي 1986[2]و الذي جاء كما يلي« **إذا كانت المتابعة اللاحقة للعملية الجراحية تقع أساساً على عائق طبيب التخدير بمقتضى تخصصه. إلا أن الجراح لا يظل بمنأى عن كل مسؤولية، حيث يقع عليه التزام عام باليقظة و الانتباه** »[3]

و إذا كان القضاء يرى في اللجوء إلى فكرة "مسؤولية الفريق الطبي" هي الحل الأمثل الذي يجنب المريض عناء البحث عن مرتكب الخطأ داخل الفريق الطبي. إلا أن هذه الفكرة لا تبتعد كثيراً عن **" المسؤولية التضاممية "** حتى أن وجه التمييز بينهما ينحصر في مجرد اختلاف في الطبيعة.

ففي المسؤولية التضاممية، توجد عدة روابط قانونية، و مَحَال متعددة لالتزامات المسؤولين، و بعبارة أخرى، فإن الالتزام التضاممي يتحلل من ناحية أعضاء الفريق، إلى عدة ديون متميزة قد تكون من طبائع متباينة، أما من ناحية المضرور، فلا يوجد سوى التزام واحد، و في مسؤولية الفريق لا يوجد إلا التزام وحيد بالتعويض، يترتب على إضفاء الشخصية على هذا الفريق[4].

---

[1]– صدر قرار محكمة النقض المنعقدة في غرفة المشورة بتاريخ 30 ماي 1986 في القضية التي تعرف بقضية Farçat نسبتاً لاسم الطفل ضحية إهمال طبي وهذا على اثر طعن بالنقض في قرار محكمة استئناف فرساي و تتمثل هذه القضية في وفاة الطفل Alain Farçat في غرفة العمليات بمناسبة عملية جراحية لاستئصال اللوزتين amygdalectomie ، حيث أنه بعد انتهاء الطبيب الجراح من العملية غادر المستشفى و تبعه بعدها بقليل طبيب التخدير، و حيث أن هذا الأخير ترك الطفل تحت رعاية الممرضة و هذه الأخيرة تركت بدورها الطفل لوحده في الغرفة مما أدى إلى توقف قلبه وجهازه التنفسي حيث أدانت المحكمة بمسؤولية طبيب التخدير دون مسؤولية الجراح لأنه قَصّر في واجبه المتعلق بمتابعة المريض إلى غاية استفاقته وهذا يمثل حد اختصاصه و الذي تم تأيده من قبل محكمة استئناف فرساي.

[2] - ***Cass. Ass. Plé 30 mai 1986. N° de pourvoi: 85-91432. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007063375&fastReqId=1176674909&fastPos=764

[3] - *Cass. Civ.30 mai 1986. L'attendu de cassation énonce que* ***« si la surveillance postopératoire incombe au médecin anesthésiste pour ce qui concerne sa spécialité, le chirurgien n'en est pas moins tenu, à cet égard, d'une obligation générale de prudence et de diligence »***

[4]- د/ محسن البيه، المرجع السابق، ص 95 و 99. أنظر كذلك د/ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 365 و 366.

المرحلة الرابعة: العودة إلى تأكيد استقلال كل من الجراح و طبيب التخدير بمسؤوليته مع تقرير وجود التزام متبادل بينهما بالمشورة " التزام بالمشورة داخل الفريق الجراحي"

في هذه المرحلة عاد القضاء الفرنسي ليؤكد على استقلال مسؤولية الجراح عن مسؤولية طبيب التخدير وإن ظلت فكرة **"الفريق الجراحي équipe chirurgicale "** تلعب دورا مؤثراً، حيث أنه لم يأخذ بمبدأ **"الفصل التام"** بين المسؤوليات، وإنما قرر وجود **"التزام متبادل بالمشورة بين أعضاء الفريق الجرحى"**.

فقد ذهبت محكمة استئناف "باريس" في 16 سبتمبر 1994 إلى القول بوجود مسؤولية تضامنية بين كل من الجراح و طبيب التخدير و العيادة، و كان ذلك بسبب إصابة سيدة بعجز كلي إثر إجراء جراحة قيصرية لها. حيث قام طبيب التخدير مضطراً لتخديرها كلياً، على إثر انفصال المشيمة و ارتفاع الضغط بصورة مفاجئة لدى المريضة و في اليوم التالي وُجدت هذه السيدة في حالة إغماء و مصابة بالتهاب مخي ترتب عنه إصابتها بذلك العجز الكلي و قد أقامت المحكمة المسؤولية التضامنية على أساس أن:

–(الجراح) طبيب الولادة: ركن إلى حد بعيد إلى أن حالة المريضة شبه عادية، فلم يقدم التوجيهات اللازمة لمتابعة المريضة وهو ما يعد قصورا منه في بذل العناية اللاَحقة على العملية الجراحية.

– طبيب التخدير: اشترك مع الجراح في وقوع القصور منه في متابعة حالة المريضة، حيث لم يقدم المشورة إليه، أي إلى الجراح، بمقتضى تخصصه، فهو، أي طبيب التخدير ليس ملتزما فقط بتخدير المريضة، و إنما بمتابعة أثار التدخل الجرحى عليها.

– العيادة: قامت مسؤوليتها عن خطأ الممرضة التي تتابع بانتظام قياس ضغط الدم لدى المريضة، حيث كان يجب عليها بمقتضى واجبها الوظيفي أن تنبه الأطباء إلى ارتفاع الضغط لدى المريضة[1]، و أيّدت محكمة النقض الفرنسية قرار محكمة استئناف باريس و هذا في قرارها الصادر في 25 جوان 1996 [2].

---

[1]- د/ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 366، أنظر كذلك د/ أشرف جابر، المرجع السابق، 109 و 110.

[2] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 25 juin 1996. N° de pourvoi: 94-20461. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***

و في ذات الاتجاه، قضت محكمة النقض الفرنسية في 28 أكتوبر 1997[1] بأن هناك التزاماً على الجراح بإحاطة طبيب التخدير بالمعلومات اللازمة عن التخدير.

و كان ذلك بمناسبة الطعن في قرار محكمة استئناف Lyon الصادر في 3 ماي 1995، و المتعلق بدعوى ترجع وقائعها إلى عام 1987، حيث أجريت جراحة لمريض كان يعاني من عدم وضوح الرؤية في إحدى عينيه، بعد أن فقد الرؤية في عينه الأخرى منذ عام 1963، فقام طبيب التخدير بتخديره موضعياً، فنتج عن ذلك أن فقد المريض الرؤية تماما بسبب استخدام طبيب التخدير حقنة غير مناسبة لحالة المريض أحدثت ثقباً في مقلة العين globe oculaire.

قضت محكمة الاستئناف بمسؤولية كل من طبيب التخدير و الجراح مسؤولية تضامنية و ذلك على النحو التالي:

– **بالنسبة لطبيب التخدير:** قررت مسؤوليته للجوء إلى التخدير الموضعي الذي لا يناسب حالة المريض مما ترتب عليه حدوث ثقب في مقلة العين. أسفر عن تجمع دموي أفقد المريض بصره تماماً.

– **بالنسبة للجراح:** قررت مسؤوليته على أساس أنه يتابع حالة المريض منذ فترة طويلة، فكان ينبغي عليه أن يشير على طبيب التخدير باللجوء إلى التخدير الكلى بدلا من الموضعي، فهو، أي الجراح، لا يقتصر التزامه فحسب على الأفعال الجراحية، و إنما عليه التزام بتبصير طبيب التخدير بحالة المريض، بوصفه رئيسا للفريق الجراحي، و يقع عليه واجب التأكد من أن تخدير المريض قد تم على نحو يناسب حالته[2].

تأيد هذا الحكم من محكمة النقض حيث أكدت على أن: « **التزامات الجراح لا تقتصر على الأعمال الجراحية فحسب، بالنسبة للمريض الذي تابعه لعدة سنوات، و إنما يجب أن**

---

http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007309396&fastReqId=1738116144&fastPos=654

[1] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 28 oct. 1997. N° de pourvoi: 95-17274. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007036238&fastReqId=1654247694&fastPos=242

[2] - د/ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 366 و 367، أنظر كذلك د/ أشرف جابر، المرجع السابق، 109 و 110.

تمتد إلى تبصير طبيب التخدير بمخاطر التخدير الموضعي الذي لا يتناسب مع حالة المريض »[1]

و في نهاية هذا الاستعراض لمراحل التطور التي مر بها القضاء الفرنسي نستطيع أن نقرر بيقين أن هذا التطور أو التردد لا يُعبر إلا عن شعور عميق لدى هذا القضاء بدقة المشكلة وصعوبتها، تلك الصعوبة هي التي دفعت شركات التأمين بدورها، ومن وقت ليس قريب نسبياً إلى محاولة إيجاد صيغة مشتركة بينهما لمواجهة تلك المشكلة وذلك بتوزيع الضمان بحسب تخصص كل واحد منهم[2].

[1] - ***« les obligations du chirurgien ne pouvaient se limiter aux seuls gestes chirurgicaux des lors que, suivant depuis plusieurs années son patient, celui-ci se devait d'aviser le médecin anesthésiste des risques que comportait une anesthésie locale»***

[2]- د/ أشرف جابر، المرجع السابق، ص 109 و 110.

ثانيا: مشكلة المسؤولية

التقصيرية للطبيب عن فعل غيره من الأطباء داخل الفريق الطبي

إذا كانت مسؤولية الطبيب عن فعل غيره من المساعدين غير الأطباء داخل الفريق الطبي لا تثير أي مشكلة لعدم تمتعهم بالاستقلال المهني وبالتالي إمكان تطبيق مسؤولية المتبوع (الطبيب) عن فعل غيره من المساعدين(الطبيب المقيم ، الممرض) فإن ممارسة العمل الطبي عن طريق فريق، أدى إلى استظهار محور جديد للتبعية، لأن الفريق الطبي لابد له من موجه يتولى قيادة أفراده (الجراح) من التخصصات المختلفة وينسق مهامهم، ممّا يؤدي إلى قيام نوع من التبعية بينه وبين كلّ منهم، مع العلم أن كل التشريعات الصحية و مدونات أخلاقيات الطب تؤكد على مبدأ الاستقلال المهني للطبيب في أكثر من موقع، ومن هنا تبدو أهمية تأثير ذلك على المسؤولية، وبالتالي مشكلة المسؤولية التقصيرية عن فعل غيره من الأطباء.

1- استقلال

كل من الجراح و طبيب التخدير بخطئه التقصيري عن الآخر

إن الاستقلالية بين الأطباء وتوزيع الاختصاصات فيما بينهم، له أثره في المسؤولية القانونية، حيث يؤدي إلى نوع من ذاتية الأخطاء وتوزيع المسئوليات في وسط الفريق الطبي.

- <u>استقلال كل طبيب في تخصصه:</u>

يعد كل طبيب مستقلا عن زملائه في ممارسته لاختصاصه، ولا يجوز تلقيه لأوامر أو تعليمات من غيره، فأخصائي التخدير والإنعاشAnesthésiste réanimateur هو طبيب متخصص كالجراح، يلعب دورًا هامًا في الفريق الجراحي قبل وبعد الجراحة، من هنا تأتي أهمية توزيع الاختصاصات في وسط الفريق الجراحي، بسبب الوظائف الخاصة التي يؤديها كل عضو في الفريق.

فالاختصاصات تتوزع داخل الفريق الطبي، من حيث الفحص العام للمريض، و إعادة التخدير، والقيام بعملية التخدير، والتدخل الجراحي، حيث يدخل في اختصاص الجراح اختيار الوسيلة الفنية الملائمة لإجراء الجراحة.

ولا تنتهي مهمة الفريق الطبي بمجرد إجراء الجراحة، بل تبقى مهمة أخرى تتمثل في مراقبة المريض بعد إجراء الجراحة.

وقد نصت المادة العاشرة من (م.أ.ط.ج) على أنه « **لا يجوز للطبيب و جراح الأسنان أن يتخليا عن استقلالهما المهني تحت أي شكل من الأشكال** » كما نصت المادة L4127-5 من تقنين الصحة العامة الفرنسي[1] على أنه: « **لا يجوز للطبيب أن يتخلى عن استقلاله المهني تحت أي شكل من الأشكال** »[2].

وتضع هذه النصوص مبدأ عاماً لاستقلال الطبيب الذي هو حق للمريض بالحصول على العناية اللازمة من أجل شفائه و تخفيف آلامه[3]، و مبدأ الاستقلال المهني المنصوص عليه في التشريع الصحي يتعارض مع رابطة التبعية المنصوص عليها في التقنين المدني، لأن رابطة التبعية تتأسس على حق المتبوع في توجيه أوامر و تعليمات إلى التابعين، وإذا كان الطبيب لا يستطيع أن يتصرف في استقلاله المهني، فإنه لا يمكن أن يكون تابعاً لزميله، و لا لأي شخص آخر في مجال عمله الفني[4].

---

[1] - *Article R.4127-5 du C.S.P.F dispose que : « **Le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit.** »*

[2] – و قد ورد الاستقلال المهني في قانون الصحة العامة الفرنسي في أكثر من موقع:

L1114-1 al 1, L1114-16 al 3, L1142-2 al 4, L1313-9, L4112-1 al 3, L4113-9 al 7, L4121-2 al 2, L 6113-2 al 3, L6143-7 al 4, L6161-2 al 1, L6213-7 al 1, L6431-11al 3, L 4112-9 al 9, L4113-11 al 2,R4127-5 , R4127-26, R4127-68, R4127-87, R 4127-91al 1et 4, R 4127- 92 , R4127-93 , R 4127-95, R4127-97.

[3] – تنص المادة 14 من القانون رقم 288 المتعلق بالآداب الطبية اللبناني على أنه: « **لا يجوز للطبيب أن يتنازل عن حريته المهنية التي هي حق للمريض بالحصول على العناية اللازمة من أجل شفائه و تخفيف آلامه، و على الطبيب أن يرفض أثناء الممارسة، الخضوع لأي ضغط من شأنه التأثير في قراراته** » قصد المشرع اللبناني هنا بالحرية المهنية الاستقلال المهني للطبيب

[4]- ***VILAR (C) : L'évolution des responsabilités du chirurgien et de l'anesthésiste « Revue Trimestrielle de Droit Civil 1974 » N°17. P 748.***

وقد استقر القضاء الفرنسي، على أن تحديد المسؤوليات بين أعضاء الفريق الطبي، يتناسب والاستقلالية التي يتمتع بها كل طبيب في الفرق الطبية، من حيث تخصصه وعدم تلقيه أوامر من غيره، ممّا يجعله مسئولا مباشرًا في نطاق المسئولية التقصيرية عمّا يقوم به من عمل[1].

كما استقر على مبدأ الاستقلال الفني لطبيب التخدير، وأنه ليس مساعداً للجراح، بل زميلاً في الفريق الجراحي Coéquipier du chirurgien[2]

- التطبيق القضائي:

لقد أكدت محكمة استئناف باريس في أول يوليو 1971[3] مبدأ استقلال المسؤولية بين الجراح وطبيب التخدير و ذلك بمناسبة دعوى تتلخص في أن طفلا في الرابعة من عمره نقل إلى المستشفى نتيجة حادث سيارة تعرض له، فقام طبيب التخدير بتخديره تمهيداً لإجراء الجراحة، وبعد ما أجريت هذه الأخيرة، غادر الجراح قاعة العمليات تاركاً طبيب التخدير لمتابعة حالة الطفل، إلا أن طبيب التخدير بادر بمجرد ما بدت علامات الإفاقة على الطفل، بنقله إلى غرفته لتتولى الممرضة متابعته، إلا أن الطفل دخل في غيبوبة، و ظنت الممرضة أنه نائم، فانصرفت عنه وعادت أكثر من مرة وهو على هذا الحال، حتى تبين أن تنفس الطفل قد توقف، فأجرت له الإسعافات اللازمة، و تم استدعاء طبيب التخدير من محل تواجده بالمستشفى و الذي يبعد بضعة كيلومترات، فجاء بعد ما يزيد عن خمس دقائق، إلا أن الطفل كان قد فارق الحياة.

خلص تقرير الخبير أن مادة التخدير التي استخدمها طبيب التخدير لم تكن ملائمة لحالة الطفل، فضلاً عن توافر الإهمال الجسيم من جانبه في متابعة حالة الطفل، لأن الممرضة ليس لديها من الخبرة ما تستطيع به أن تواجه حالة طوارئ كهذه، كما قرر عدم توافر أي تقصير في جانب الجراح. و بالرغم من ذلك لما عرض الأمر

---

[1] - ***Cass Civ 22-7-1972 J.C.P. 1972.6.17266 note Savatier.***
[2] - ***Montpellier 5-5 1971 G.P 1992.1.p 53.***
[3] - Cou.d'app.de paris 1 juill1971.

على محكمة الجنح "**بفرساي**"، قضت بإدانة كل من الجراح و طبيب التخدير عن القتل الخطأ.

و في الاستئناف قررت محكمة استئناف "باريس" « **أنه فيما يتعلق بمسؤولية الجراح فإنه نظراً لما صارت إليه المعطيات الفنية في المجال الطبي من تعقد وتنوع، فإنه يلزم تبعا لذلك التسليم بتعدد المسؤولية، و إنه إذا كانت"السيطرة المنتجة للمسؤولية" تلازم الجراح، إلا أنه لا يمكن تطبيق هذه الفكرة في هذه الحالة لأن الجراح لا شأن له بالنواحي الفنية المتعلقة بإنعاش و إفاقة المريض الذي كان تحت ملاحظة طبيب التخدير الأمر الذي يتحتم معه القول بعدم وجود أي خطأ في جانب الجراح** ».

أما فيما يتعلق بمسؤولية طبيب التخدير فقد ذهبت المحكمة إلى القول بأنه: « **لم يقم بما يجب عليه من متابعة كاملة لحالة الطفل حتى يفيق نهائياً من تأثير المخدر، وهو التزام منوط به شخصياً لا يكون قد أوفى به إن عهد به إلى الممرضة** ».

ومن تطبيقات القضاء العربي في هذا نجد قرار الدائرة المدنية لمحكمة النقض المصرية، التي قضت بعدم تبعية الطبيب لغيره، فقد قررت بأنه « **و إن كان قيام رابطة التبعية لا يقتضي أن يكون للمتبوع على التابع سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه، وهذه السلطة لا تكون للطبيب الجراح في مستشفى عام على الطبيب الذي عينته إدارة المستشفى لإجراء التخدير، ومن ثم فإن هذا الأخير لا يعتبر تابعًا للأول في حكم المادة 174 مدني** »[1]. كما قررت محكمة التعقيب التونسية، بمسؤولية طبيب التخدير دون مسؤولية الجراح وذلك في قرارها المؤرخ في 25 مارس 1998: « **وحيث أن الأدلة و القرائن توفرت في قضية الحال بصورة جلية من ذلك موت الهالكة إبان إجراء العملية القيصرية عليها و نتيجة الاختبار الطبي الذي توصل إليه الحكيم الشرعي بعد أخذ عينات من أعضاء الهالكة فتأكد له أن**

[1] – نقض مدني 1969/7/3 مجموعة أحكام النقض س 20 رقم 169 ص 1094. يمكن الاطلاع على القرار على رابط قاعدة قاعدة التشريعات و الاجتهادات المصرية الآتي:

http://www.arablegalportal.org/egyptverdicts/index.aspx

الموت ناجم عن سببين لا ثالث لهما أن إدخال أنبوب التنفسي بقوة مما أضر بالرئتين أو إعطاء الهالكة كمية أوفر لتخديرها لم يتحملها جسدها...»

يلاحظ أن هذا الاستقلال لا يمنع بالضرورة من انعقاد مسؤولية الجراح متى نسب إليه خطأ عن فعله الشخصي [1]. ويتبيّن من أن الاستقلالية بين الأطباء وتوزيع الاختصاصات فيما بينهم له أثره في المسؤولية القانونية، حيث يؤدي إلى نوع من ذاتية الأخطاء وتوزيع المسؤوليات في وسط الفريق الطبي[2].

وقد نصت المادة 73 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائرية، على أنه:«**عندما يتعاون عدد من الزملاء على فحص مريض بعينه أو معالجته، فإن كلا منهم يتحمل مسئولياته الشخصية**»[3]. كما نصت المادة 18 من قانون الآداب الطبية اللبناني على أن:«**كل طبيب مسؤول عن أعماله المهنية**»[4].

كما قضت محكمة النقض الفرنسية، الدائرة الجنائية، بأنه: «**عند التقاء عدة أطباء في علاج مريض، يتحمل كل منهم بصورة منفردة مسئولية أخطائه**»[5]. و أنّ خطأ طبيب التخدير لا ينفي خطأ الطبيب الجراح[6].

---

[1] – د/ محسن البيه، المرجع السابق، ص 73.

[2] – أنظر في هذا المعنى: الدكتور محمد سامي الشوا. الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة في القضاء المصري و الفرنسي، دار النهضة العربية 1993م، ص 105.

[3] – راجع الدكتور مأمون عبد الكريم: رضاء المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 194.

[4] – قانون رقم 288 يتعلق بالآداب الطبية اللبناني، ج ر رقم 9 مؤرخة في 3 آذار 1994م.

[5] - ***Cass. Crim. 22 juin 1972. N° de pourvoi: 72-90251. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :*** ***http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007058927&fastReqId=1006519577&fastPos=522***

- Cass. Crim. 10 mai 1984. N° de pourvoi: 83-91174. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007065116&fastReqId=360009698&fastPos=768

[6] ***-Cass. crim10-5-1984 « l'existence d'une faute relevée à l'encontre du médecin anesthésiste pendant la période post-opératoire n'exclue pas nécessairement l'éventualité de celle du chirurgien auquel à été confié l'intervention »***

2-المسؤولية التقصيرية المشتركة لأعضاء الفريق الطبي.

يؤخذ بالفصل النسبي لاختصاصات أعضاء الفريق الطبي، لأن العمل الطبي يمكن تجزئته على أكثر من طبيب، ويكون لكل منهم تخصصه، ولكن يبقى الغاية الواحدة لهذا العمل – رغم تعدد أجزائه – هي شفاء المريض، وهذا يستلزم من كل عضو في الفريق أن تكون لديه روح تعاون حقيقية، نحو تحقيق هذه الغاية، و يتجلى ذلك في اهتمام كل عضو بعمل الآخر.

– المنطقة المشتركة بين أعضاء الفريق الطبي:

ينشأ عن فكرة الفريق الطبي وجوب التعاون بين أعضائه بهدف علاج المريض، وجود منطقة اختصاص مشتركة une zone de compétence commune داخل الفريق، حيث توجد أعمال مشتركة بينهم، يُباشرها هذا الطبيب أو ذاك، فهي تدخل في اختصاصهم جميعًا، كعملية نقل الدم وتغيير وضع المريض.

وعلى هذا، فإنه رغم عدم الأخذ بمبدأ المسئولية الجماعية لأعضاء الفريق الطبي، Une sorte de responsabilité des membres de l'équipe médical في قضاء الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية، و تأكيد استقلال كل عضو من أعضاء الفريق الطبي، فإنها أرادت أن تؤكد أيضًا أن هذا لا يمنع من وجود اختصاصات مشتركة، لا يستطيع أحدهم أن يتخلى عنها، وهو ما يؤيده الرأي الغالب من الشُراح.[1]

– الأخذ بفكرة المسؤولية عن الخطأ المشترك:

قضت محكمة النقض المصرية بأنه: « **يصح في القانون أن يقع الحادث بناءًا على خطأ شخصين مختلفين، و لا يسوغ في هذه الحالة القول بأن خطأ أحدهما**

[1] – راجع د/ محمد سامي الشوا: المرجع السابق ص 162 وما بعدها.

ينفي خطأ الآخر، إذ يصح أن يكون الخطأ مشتركاً بين شخصين مختلفين أو أكثر»[1].

كما قضت المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية، بأنه: « **يصح في القانون أن يكون الخطأ الذي أدى إلى وقوع حادث القتل الخطأ، مشتركا بين المتهم و المجني عليه، فلا ينفى خطأ أحدهما إلا إذا تبيّن من ظروف الحادث أن خطأ المضرور هو العامل الأول في إحداث الضرر الذي أصابه، و أنه بلغ من الجسامة درجة بحيث يستغرق خطأ المسئول، مع مراعاة تحديد نصيب كل منهما في الدية المستحقة، على ضوء نسبة الخطأ المشترك إن وُجد»**[2]، وقضت محكمة تمييز دبي بأن:« **تعدد الأخطاء الموجبة لوقوع الحادث يوجب مساءلة كل من أسهم فيها، أيًّا كان قدر الخطأ المنسوب إليه، يستوي في ذلك أن يكون سببًا مباشرًا أو غير مباشر في حصوله»**[3]

<u>– تطبيقات قضائية للخطأ المشترك لأعضاء الفريق الطبي:</u>

أيدت محكمة النقض الفرنسية إدانة طبيب التخدير و الطبيب الجراح لثبوت إهمالهما في توفير سلامة التخدير وحتى عملية استعادة الوعي.[4] ويتفق هذا الحكم مع ما هو مقرر من أن العناية الطبية عقب إجراء العملية تقع على عاتق الفريق الطبي، حتى يمكن تفادي ما قد يترتب على العملية من نتائج ومضاعفات من جهة، وخروج المريض من الغيبوبة واستعادة وعيه من جهة أخرى.

---

[1] – نقض 1948/1/12 مجموعة القواعد القانونية ج–7 رقم 500 ص 457، 1968/1/29 مجموعة أحكام النقض س 19 رقم 19 ص 107.

[2] – المحكمة الاتحادية العليا، نقض شرعي جزائي 2000/3/25 س 22 رقم 13 ص 85– 86.

[3] – تمييز دبي 2000/11/20م عدد 15 رقم 88 ص 394، 2007/10/22، عدد 18 رقم 68 ص 324، و قد أضافت المحكمة في الحكم الثاني أن الأصل أن خطأ المضرور لا يرفع مسؤولية المسؤول عنها، و إنما يخففها.

[4] - ***Cass. Crim.22 juin 1972. N° de pourvoi: 71-91606.Consultez l'arrêt sur le lien suivant :***
<u>http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007057498&fastReqId=624793386&fastPos=796</u>

كما قضت بمسئولية أعضاء الفريق الطبي المكوّن من الطبيب الجراح و طبيب التخدير، في القضية المعروفة بـ Albertine Sarrazin حيث توفيت الكاتبة الروائية الشابة مباشرة بعد استئصال كلية، على إثر توقف جهازها التنفسي وتوقف القلب عن العمل، وهو الحادث الذي نشأ في نفس لحظة تغيير وضع المريضة بعد إجراء العملية الجراحية، و قد نسبت إلى الفريق الطبي عدّة أخطاء، منها عدم تحديد فصيلة دم المريضة، وعدم القيام بعملية نقل الدم إليها أثناء الجراحة، وإهمال مراقبة المريضة لحظة تغيير وضعها.[1]

وفي هذا الحكم نقضت محكمة النقض، حكم محكمة الاستئناف ببراءة الطبيب الجراح، لعدم ثبوت خطأ مستقل من جانبه، حيث نسبت محكمة النقض لكل من عضوي الفريق الطبي، خطأ مشتركًا بالإهمال في ممارسة العملية الجراحية، فالجراح كان يجب عليه طبقًا لمقتضى الحيطة والحذر أن يتأكد بنفسه من أن كل التدابير الخاصة بحماية المريضة، قد سبق اتخاذها، ومن ثم فإن عدم وجود جهاز للإنعاش، قبل مباشرة عملية جراحية خطيرة وطويلة، على مريضة سبق وأن أصابها الضعف لخضوعها لعدّة عمليات جراحية، يشكل إهمالاً معيبًا، يسند لكل من عضوي الفريق معًا، حتى و لو كان أخصائي التخدير هو المسؤول من حيث الأصل لعدم فحصه المريضة إلا أثناء قيامه بالعمل المسند إليه، وهو التخدير، كما أهمل الجراح في عدم تحديد فصيلة دم المريضة، قبل إجراء العملية الجراحية، مع أن من واجبه إدارة و مراقبة الأعمال التحضيرية للعملية الجراحية، وعدم قيامه أثناء إجراء العملية، بنقل دم لكي يواجه آثار النزيف الحتمي، كما أنه لم يتخذ التدابير الضرورية لمقاومة خفض مقدار الدم، و هذه الواجبات بعيدة عن مهمة أخصائي التخدير، ويُسأل عنها الطبيب الجراح باعتباره المسؤول الأول عن العملية الجراحية.

---

[1]- *Cour d'appel Montpellier du 15 mai 1971*: ***« attendu qu'en retenant a la charge du prévenu la faute d'avoir fait preuve de légèreté dans la préparation d'une intervention longue et délicate sur une malade affaiblie qu'il n'examina qu'au moment de l'opération et d'avoir néglige de pratiquer sur elle une perfusion sanguine créant ainsi un risque lors de son changement de position auquel il procéda, néanmoins, alors qu'il était seul avec une infirmière dans le bloc opératoire »***

كما أيدت محكمة النقض ما نُسب إلى الطبيب الجراح، غيابه عن غرفة العمليات الجراحية، لحظة تغيير وضع جسم المريضة، و وفاتها بسبب الإهمال في تنفيذ هذا الوضع، وهو ما يشكل خطأ من جانب الطبيب الجراح وكان يجب أن تتم عملية نقل المريضة تحت إشرافه و مراقبته.

وقد انتهت محكمة النقض على تأييد حكم محكمة أول درجة، بمسؤولية الطبيب الجراح إلى جانب طبيب التخدير عن وفاة المريضة، لإهماله في مراعاة قواعد الحذر والسلامة، التي تُفرض عليه وعلى كل من يعملون تحت سلطته، فيما عدا الأفعال التي تحتاج إلى خبرة فنية معينة، وتخرج عن مجال اختصاصه، فلا يُسأل عنها[1].

كما نجد في القضاء العربي تطبيقا لذلك في قضاء المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية، الدائرة الجزائية حيث اعتبرت مسؤولية معالجة المريض قدراً مشتركاً بين كافة الأطباء المباشرين لعلاجه، مهما اختلفت مسمياتهم ومراتبهم، وأن عمل الأطباء تحت إشراف الاستشاري، لا يسلبهم حريتهم في القيام بما هو واجب عليهم، ونقضت قرار محكمة الاستئناف بإدانة الطبيب الاستشاري بمفرده، دون الأطباء المشاركون له في المعالجة.

فقد قضت بأنه متى كان بيّناً أن حالة المريض كانت تستدعي التدخل السريع من كافة الأطباء المشرفين على معالجته، وذلك بتحليل الدم ثم ينقل دم للمريض، متى تبيّن أن نسبة الوحدة من الصفراء قد تجاوزت 170 وحدة، باعتبار أن ذلك هو المعدل القياسي بالمستشفى، وأن هذا الأمر ليس مقصورًا على الاستشاري وحده،

---

[1] - ***Cass. Crim. 22 juin 1972. N° de pourvoi: 71-91606. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007057498&fastReqId=915913278&fastPos=106
Voir aussi : ***Cass. Crim. 22 juin 1972. N° de pourvoi: 72-90251. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007058927&fastReqId=539051389&fastPos=105

وإنما يستطيع أي من المطعون ضدهن القيام بذلك، طالما أن الأمر لا يحتمل أي تأخير، وقد دلت الدلائل العلمية التي أوردها الطبيب الشرعي المذكور على أن هذا التأخير هو الذي تسبب عنه التلف في خلايا المخ بشكل مباشر، و خلّف العجز الدائم بجسم المجني عليه، و أن ما قيل في الحكم بأن الأمر كله موكول للاستشاري وحده، و أن المطعون ضدهن تخضعن لأوامره، وطالما أنهن لم يتلقين إذنًا منه بنقل الدم، فلا يحق لهن القيام بذلك، فإن هذا القول غير صحيح ولا يمكن قبوله، لأن مسؤولية معالجة المريض قدر مشترك بين كافة الأطباء المباشرين له في معالجته، مهما اختلفت تسمياتهم وتفاوتت مراتبهم، حتى يكون في ذلك ما يضمن سلامة المريض من الداء الذي كان يعاني منه، وأن القول بخلاف ذلك سيؤدي بدون شك إلى ضياع مصلحة المريض و إلى حرمانه من العلاج المناسب الذي حتمته الظروف، وإلى تركه إلى الأخطار تهدده، و هو أمر لا يقول به أي قانون أو نظام، ولأن إشراف الاستشاري على قسم أمراض الأطفال لا يلغي يد الطبيبات الأخريات اللائي من واجبهن المهني والإنساني القيام بدورهن بدون توان أو تراخ في هذا الصدد، وأن تبادرن بنقل الدم لمريض، مادام قد تبيّن لهن بأن عملية العلاج الضوئي باءت بالفشل، لأنه "كما قلنا" أن عمل الطبيبات تحت إشراف الاستشاري لا يسلبهن حريتهن في القيام بما هو واجب عليهن، و خاصة في الأوقات الحرجة المنذرة بالخطر، والتي تتطلب التدخل السريع والحاسم بالمعالجة الصحيحة، هذا وإن مسؤولية الاستشاري إذا كانت ذات أهمية كبرى في مثل هذه الحالات، فإن مسئولية من كن تحت إشرافه من الطبيبات لا تقل عن تلك الأهمية، لأن كلا من الاستشاري والمطعون ضدهن يحمل صفة الطبيب المؤهل للمعالجة في قسم أمراض الأطفال، وإلا لما وقع الترخيص له بالمعالجة في هذا القسم الحساس. هذا وإن التنظيم الهيكلي في العلاقة بين الاستشاري والطبيبات لم يؤت به إلا لتوفير الجهود لمصلحة الطب في أداء رسالته على الوجه الأكمل داخل القسم، وحتى يستفيد من هذا التنظيم المريض نفسه، ويكون في مأمن من كل الأخطار المتوقعة، وذلك بما يدعم القدرة على المعالجة في أحسن الظروف بشكل مفيد، أضف إلى ذلك أنه ليس من المعقول

ولا المنطق السليمين أن يقع إقرار الطبيبات على معالجة المريض بصفتهن تلك، ومع ذلك لا ينالهن جزاء القانون في حالة ثبوت مخالفتهن لواجباتهن المهنية، بحجة أنهن يعملن تحت إشراف الاستشاري، وأن الأمر لو وقع إتباعه بهذه الطريقة، لوقع إفلات كثير من المخالفين من العقوبة المقررة قانونًا، ولأصبح الاستشاري هو المسئول وحده بذنبهم، فضلا عن المجازفة التي تحصل من جراء ذلك بمصالح المرضى فيما يخص علاجهم، وهو أمر تأباه القواعد الإنسانية التي ارتكزت على أساسها أصول الطب، ولا تقره القواعد القانونية التي جاءت لحماية تلك الأصول.

وحيث هكذا يتضح جليًا "أي المطعون ضدهن" قد خالفن واجباتهن الإنسانية والمهنية، بما أدى إلى تفاقم حالة الطفل المرضية، و إصابة بالأعراض الموصوفة على النحو السابق الإشارة إليه بالتقارير الطبية وبالخصوص تقرير الطبيب الشرعي السابق الإشارة إليه، وأن احتماءهن بعملهن تحت إشراف الاستشاري الذي وقعت إدانته في الأصل لا يقيهن من تحمل مسئولياتهن نتيجة أخطائهن الشخصية الصادرة عنهن، والتي يجب عليهن أن يُحاسبن عليها بشكل ذاتي وفقًا لمقتضيات المنطق و القانون.

وإذا كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا الاتجاه، و انتهى إلى براءتهن يكون قد جانب الصواب، بما يتعين معه النقض و إلغاء قضاءه في هذا الخصوص. لما كان ذلك وكان الطعن في القضية الماثلة للمرة الثانية فإنه لا يسع محكمة النقض إلا أن تتصدى بنفسها للبت في الموضوع وفقاً للفقرة الثالثة من المادة 25 من القانون رقم 17 لسنة 87 تقضي بإدانة المطعون ضدهن وفقًا لأحكام المادة 343 من قانون العقوبات رقم 3 لسنة 87 بضمنية المادة 13 من ذات القانون، لأنه قانون أصلح للمتهمات و هو واجب التطبيق بدلا من المادة 70 من قانون العقوبات القديم لسنة 1970، أبو ظبي، لأن القانون الجديد يعطي الخيار للمحكمة في تطبيق إحدى

العقوبتين البدنية أو المالية أو هما معًا، بينما القانون القديم المذكور يوجب تطبيق العقوبتين معاً[1].

أما مسؤولية الجراح عن أخطاء أعوان التخدير و الإنعاش: لقد نظم المشرع الجزائري مهنة التخدير و الإنعاش بموجب المرسوم التنفيذي رقم 11- 235[2] المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الأعوان الطبيين في التخدير و الإنعاش للصحة العمومية [3]، ووفقاً للمواد من 18 إلى 23 من هذا المرسوم أن التخدير و الإنعاش مناط بالأعوان الطبيين في التخدير و الإنعاش، و هؤلاء الأعوان ينتمون إلى سلك الشبه الطبي يتلقون تعليماً خاصا في المدارس شبه الطبية، و ليس لهم صفة أطباء و بالتالي لا يتمتعون بالاستقلال المهني الذي يتمتع به الأطباء طبقاً للمادة 10 من (م.أ.ط.ج)[4]، كما لا يتمتعون باستقلال مهني بناء على نص في قانونهم الأساسي، وفي هذا نصت المادة 20 منه على: « **يكلف الأعوان الطبيون في التخدير و الإنعاش بحضور ممارس طبي متخصص في التخدير و الإنعاش أو في غيابه، تحت سلطة المسؤول السلمي الطبي...** »، فطبقا لنص المادة السالفة يقوم هؤلاء الأعوان بأعمال التخدير و الإنعاش تحت إمرة المسؤول السلمي الطبي و بالتالي يمكن مسألة الطبيب الجراح على أساس مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه طبقاً للمادة 136 من ت.م الجزائري و نظرا لعدم توافر حكم أو قرار في القضاء الجزائري حول مسؤولية الطبيب الجراح عن أخطاء أعوان التخدير نسترشد بالقضاء التونسي كتطبيق: « **حيت ثبت من الاختبار الطبي أن ما أصاب المريضة من ضرر كان نتيجة سوء تقدير وتصرف لحالتها أثناء و بعد العملية وحيث أن عدم الالتجاء إلي**

---

[1] – المحكمة الاتحادية العليا، نقض جزائي 1991/2/27م، س 13 رقم 16 ص 82-85.

[2] – مرسوم تنفيذي رقم 11- 235 مؤرخ في 3 يوليو سنة 2011، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الأعوان الطبيين في التخدير و الإنعاش للصحة العمومية. ج.ر عدد 38 مؤرخة في 6 يوليو 2011.

[3] – المادة 42 منه نصت على أنه: « **تلغى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 91-109 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 و المذكور أعلاه**»

[4] – تنص المادة 10 من (م.أ.ط.ج) على أنه: « **لا يجوز للطبيب و جراح الأسنان أم يتخليا عن استقلالهما المهني تحت أي شكل من الأشكال**»

طبيب مختص في التبنيج و الاعتماد على فني سامي في الميدان يجعل هذا الأخير يعمل مباشرة تحت إمرة الطبيب الجراح»[1]

الفرع الثاني: مشكلة

المسؤولية العقدية للطبيب عن فعل الأشياء:

بعد أن ازداد لجوء الأطباء و الجراحين إلى الأجهزة العلمية في الآونة الأخيرة، و ذلك بعد التقدم الهائل في مجال صناعة هذه الأجهزة، فقد تَحدث خلال استعمال هذه الأجهزة أضرار بالغة بالمريض، و من ثم كان من الضروري أن نعالج مدى مسؤولية الطبيب عن استعمال هذه الأجهزة في العلاج، على الخصوص أن أسباب الضرر تكون في بعض الأحيان حتى بالنسبة للمتخصصين في مجال هذه الأجهزة. و القضاء الفرنسي مرّ بثلاث مراحل فيما يخص مسؤولية الطبيب عن الآلات و الأجهزة التي يستخدمها في تشخيص و علاج المرضى، نتطرق في المرحلة الأولى إلى (حالة تخبط قضاء النقض الفرنسي من خلال الجمع بين أحكام المسؤولية العقدية و التقصيرية)، و في المرحلة الثانية (استبعاد مسؤولية الطبيب عن فعل الأشياء نظراً لصعوبة الفصل في مجال العمل الطبي بين فعل الطبيب و فعل الآلات و الأجهزة المستخدمة في العلاج)، و في المرحلة الثالثة (اعتماد التزام بضمان السلامة كأساس لمسؤولية الطبيب عن الأضرار اللاحقة بالمريض جراء استعمال الآلات و الأجهزة).

المرحلة الأولى:

جمع قضاء النقض

الفرنسي بين أحكام المسؤولية العقدية والتقصيرية

ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها عام 1968[1] في دعوى تتلخص وقائعها في أنه تعاقد مريض مع طبيب لإجراء عمل جراحي وقد توفي هذا المريض نتيجة

[1] - قرار محكمة استئناف تونس رقم 269875 بتاريخ 29 أفريل 1998.

انفجار مفاجئ من " آلة البنج"، فقضت محكمة باريس[2] جنائيا ببراءة الطبيب المعالج وذلك لانتفاء المسؤولية لعدم وجود ثمة خطأ في جانبه يمكن أن ينسب إليه الوفاة، فقام الورثة بإثارة المادة 1384 فقرة (1) [3] للمطالبة بالتعويض المدني وذلك على أساس ثبوت الخطأ في جانب الطبيب باعتباره حارساً للشيء "آلة البنج" المتسبب في وفاة مورثهم، فقررت محكمة النقض أن هؤلاء الورثة من الغير بالنسبة للعقد المبرم بين الطبيب ومورثهم المتوفى، وذلك للإفلات من المسؤولية العقدية التي لا يطبق فيها قواعد المسؤولية الشيئية، وقررت المحكمة:«**أنه بالنسبة للضرر الحاصل، ونظراً لنظام المسؤولية العقدية والذي يمنع هؤلاء الورثة من الاستفادة من المادة 1384 فقرة (1) ذلك أنهم يحضرون كاستمرار للمتوفى علاوة على حقهم في إقامة الدعوى باسمهم الخاص، ومن ثم يكون لهم الحق في الاستفادة من الدعوى التي كان يحق للمريض إقامتها لو لم يكن قد مات**»، ثم بعد ذلك قررت محكمة النقض جواز تطبيق هذا النوع من المسؤولية الشيئية استنادا إلى: «**أن عقد العلاج قد تم إبرامه بين الطبيب والمريض المتوفى، أما الورثة فيعتبروا من الغير بالنسبة لهذه العلاقة العقدية**».

و لنا بمناقشة ما ذهبت إليه محكمة النقض من جواز إعمال المادة 1384 فقرة (1) و استفادة الورثة منها و ذلك لاعتبارهم من الغير بالنسبة للعلاقة العقدية بين الطبيب و المورث المتوفى[4]، و اتفاقاً مع ما ذهب إليه هذا الجانب من الفقه الفرنسي من نقد موجه إلى هذا القرار نرى أن محكمة النقض قد خانها التوفيق في تأصيلها القانوني و

---

[1] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 1 avr 1968. N° de pourvoi: 66-10357. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006976865&fastReqId=926302645&fastPos=572

[2] - Trib. Paris. Crim. 23mai 1966.

[3] - *Article 1384 al (1) C.C.F* ***: « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde »***

[4]- د/ محمد عبد النباوي: المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، الطبعة الثالثة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، يناير 2000 ، ص185.

ذلك لأنه وإنّ كان العقد قد أُبرم بين المورث المضرور والطبيب وأنه لا يمتد أثره إلى الورثة الذين قررت المحكمة أنهم من الغير [1].

وحيث أن موضوع الدعوى قد طرح نطاق المادة 1384 فقرة (1) في المسؤولية الشيئية عندما تكون العلاقة بين الطبيب و المريض علاقة تعاقدية فإنه لا مجال لإعمال المسؤولية الشيئية ووجب تطبيق المسؤولية العامة التي تستوجب إثبات الخطأ الشخصي في جانب الطبيب أما لو كانت العلاقة بين الطبيب و المريض ذات طبيعة غير تعاقدية extra-contractuelle تكون تلك المسؤولية قابلة للتطبيق إذ أن طبيعة المسؤولية عن الأشياء ذات صفة استثنائية فوجب إعمالها بقدرها حيث أنها تقوم على قرينة افتراض الخطأ افتراضاً غير قابل لإثبات العكس، و لذا فالمستفيد من تقرير هذا النوع من المسؤولية هو المضرور و ليس الغير، و حيث من الثابت أن هناك عقد بين المورث المتوفى و الطبيب فإنه لا مجال لإعمال هذا النص بحجة أن الورثة من الغير ولا يرتبطون بعلاقة تعاقدية مع الطبيب، فكان يجب على المحكمة– في نظرنا– أن تراعي طبيعة هذه المسؤولية ومجالها، وألا يمتد الاستفادة من قرينة افتراض الخطأ إلى الغير " الورثة" والذين كان يجب عليهم إثبات خطأ الطبيب الشخصي طبقاً لقواعد المسؤولية الشخصية[2].

هذا و قد ذهب الفقيه R. Savatier إلى القول بأنه لتبرير اتجاه محكمة النقض في هذا الصدد، و جب اعتبار مسؤولية الطبيب عن استعمال الآلات الحديثة هي مسؤولية تعاقدية حيث أنها ضمان تعاقدي لخطأ هذه الآلات أي التزام بنتيجة فحواه أن يلتزم الطبيب بألا يستعمل آلات ينجم عنها ضرر للمتعاقد معه و ذلك أسوة بالبائع و المؤجر بضمان للشيء المبيع أو العين المؤجرة.

---

[1]- د/ محسن عبد الحميد بيه، المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، مقال منشور بمجلة الإشعاع، العدد الخامس والعشرون، يونيو 2000، ص 175.

[2]- د/ محمد عبد النباوي، المرجع السابق، ص 187.

المرحلة الثانية:

استبعاد مسؤولية الطبيب عن فعل الأشياء

نظراً لصعوبة الفصل بين فعل الطبيب و فعل الآلات و الأجهزة:

ذهب الفقه إلى أن مسؤولية الطبيب عن فعل الشيء لا تختلف في شيء عن مسؤوليته عن الأعمال الطبية الأخرى التي يقوم بها، ومن ثم فهو ملتزم بتعويض الأضرار التي تنشأ نتيجة لتقصيره وعدم بذله للعناية الكافية[1].

و قد استند هذا الفقه على أن الضرر الذي يصيب المريض ليس من فعل الشيء الذي استعان به الطبيب، بل هو من فعل الطبيب نفسه، فلا يمكن القول بأن الضرر من فعل الشيء إلا إذا خرج الشيء عن إشراف الطبيب ولم يعد مجرد آلة يحركها الطبيب كيف يشاء.

و انتهي هذا الفقه إلى القول باستحالة الفصل في مجال العمل الطبي بين فعل الطبيب و فعل الشيء، فعمل الطبيب يستغرق عمل الأجهزة التي يستعملها، وانتهى كذلك هذا الفقه إلى ضرورة استبعاد المسؤولية الشيئية الناشئة عن فكرة الحراسة في مجال المسؤولية الطبية[2].

وفي هذا قد صدر قرار حديث نسبياً لمحكمة النقض في 25 ماي 1971[3] و طرحت هذه المسألة من جديد حيث تتلخص وقائع هذه الدعوى في أن طبيبا أعطى مريضا حقنة ***methiodal*** في العمود الفقري ونجم عن ذلك استرخاء في أعصاب المريض وغيبوبته ترتب عليها وفاته بعد بضعة أسابيع، أقامت أرملته دعوى ضد

---

[1]- د/ محسن عبد الحميد بيه، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 182.

[2]-

[3] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 25 mai 1971. N° de pourvoi: 70-10571. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006985522&fastReqId=273904786&fastPos=533

الطبيب استنادا للمادة 1384 فقرة (1) باعتباره حارساً لمحتويات الحقنة، رفضت محكمة النقض هذا الطعن وجاء في حيثيات قرارها: « **حيث أنه من الثابت أن استخدام الطبيب لحقنة *methiodal* لم يكن استخداما معيبا ولم ينجم أي خطأ من استعمال الطبيب للحقنة ذلك أن قيام الطبيب بإعطاء الحقنة إنما كان في نطاق اختصاصه وطبيعة عمله الطبي وذلك خلافا لما ذهبت إليه محكمة الاستئناف من أن هذا العمل إنما يمثل خطأ في جانب الطبيب، ولهذا وجب استبعاد تطبيق المادة 1384 فقرة (1) والتي تستند إليها محكمة الاستئناف في قرارها**»

وقد ذهب البعض إلى التعليق على هذا القرار بمقولة: إن هذا التسبيب لدى محكمة النقض والذي قررت فيه عدم توافر الخطأ في جانب الطبيب نتيجة استخدامه محتوى الحقنة ومن ثم استبعاد تطبيق المادة 1384 فقرة (1) لعدم توافر المسؤولية في جانب الطبيب ذلك أن ما قام به إنما يتعلق بالعمل الطبي المباح للأطباء القيام به، وذلك بخلاف العيب في الآلة، ذلك أن العمل الطبي المتفق وأصول فن المهنة يستبعد تطبيق المادة 1384 فقرة (1) وأساس هذا الاستبعاد ليس قاعدة عدم الجمع بين المسؤولية العقدية و التقصيرية، ولكن إباحة العمل الطبي للطبيب ومن ثم عدم توافر ركن الخطأ الموجب للمسؤولية و ذلك لوجود حصانة خاصة بالنشاط الطبي وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض.

وقد ذهب العميد Savatier في تبريره للحصانة الخاصة بالنشاط الطبي حيث يرى أن العمل الطبي يجب أن يكون محاطاً بسياج النظام العام ذلك أن قرينة الثقة التي يخولها المشرع للأطباء عند ممارسة عملهم الطبي تقيم حصانة خاصة بعدم مسؤوليتهم إلا عن الأخطاء الثابتة قانوناً[1].

[1]- د/ محمد عبد النباوي، المرجع السابق، ص 190.

المرحلة الثالثة:

اعتماد الالتزام بضمان السلامة كأساس للمسؤولية العقدية

للطبيب عن الأضرار اللاحقة بالمريض جراء استعمال الآلات و الأجهزة

إذا كان كل من الفقه و القضاء الفرنسيين قد ظل- في مجموعه- أميناً على حصر نطاق الفقرة الأولى من المادة (1384 م.ف) في المسؤولية التقصيرية الناجمة عن الفعل الضار، فإنه مع هذا لم يقف مكتوف اليد و هو يشاهد مضروراً بائسا قد تضيع عليه القواعد القانونية حقه إذا ما طبقت القواعد القانونية التقليدية تطبيقاً جامداً، فسعى جهده إلى تلمس السبل التي تكفل لهذا المضرور الحفاظ على حقه و سلك للوصول إلى هذه الغاية النبيلة طريق ما يسمى بالالتزام بضمان السلامة[1].

و لقد أتسع نطاق هذا الالتزام بعد أن كان في أول أمره قاصراً على عقد النقل، بحيث أصبح الآن يشمل كثيراً من العقود و على الأخص تلك العقود التي تبرم مع أصحاب المهن الفنية والتي يستخدم في تنفيذها بعض الأجهزة أو الآلات أو المعدات الأخرى ليجعل من التزام ضمان السلامة هذا التزاماً بنتيجة فتنهض مسؤولية المتعاقد بمجرد إصابة المتعاقد معه بضرر ولا سبيل له- من أجل التخلص من هذه المسؤولية- إلا إقامة الدليل على أن ما لحق المضرور من ضرر إنما كان نتيجة سبب أجنبي[2].

حيث ذهب القضاء في فرنسا إلى رفض تطبيق قرينة المسؤولية عن فعل الأشياء الجامدة على الأضرار اللاحقة بالمريض بواسطة الأدوات و الأجهزة التي يستعملها الطبيب، فطالما أن هناك عقد بين المريض و الطبيب فلا مجال لإعمال تلك المسؤولية حيث توجد العلاقة التعاقدية، و أن أساس هذا الاتجاه القضائي هو مجرد تطبيق لمبدأ عدم الجمع بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية، و استقلال كل منهما بأحكام خاصة خصها المشرع بها بقصد تحديد نطاق كل منهما، و من ثم تستبعد تطبيق المادة 1384 فقرة (1) عندما يكون الضرر الناتج عن الشيء راجعاً

[1]- د/ محسن عبد الحميد بيه، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 186.

[2]- د/ محمد عبد النباوي، المرجع السابق، ص 191.

إلى عدم تنفيذ العقد[1] و هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في عام 1972[2] بتقريرها: « **إن التزام المستشفى بتوريد المواد العلاجية هو التزام بنتيجة بحيث تكون تلك المواد لها الجودة طبقاً للموصفات الفنية، و خالية من العيوب و أن الطابع العقدي للعلاقات التي تربط المستشفى الخاص بالمريض تخرج بدورها من دائرتها اللجوء إلى المسؤولية عن فعل الأشياء**»

و الالتزام بضمان السلامة[3] الذي بنت محكمة النقض قضائها هذا أساسه المادة 1135 من ت.م.الفرنسي « **لا تقتصر العقود على إلزام بما ورد فيها فحسب، بل تتناول أيضاً ما هو من مستلزماتها وفقاً للعدالة و العرف و القانون، بحسب طبية الالتزام** »[4] التي تقابلها المادة 107 فقرة (2) من التقنين المدني الجزائري التي تنص على ما يلي « **يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية.**

ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون و العرف، و العدالة، بحسب طبيعة الالتزام...»[5]

و في قرار حديث لدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 4 فيفري 2003[6] على أن الطبيب:« **لا يتحمل التزام بتحقيق نتيجة إلا فيما يتعلق الأدوات**

---

[1]- د/ أحمد أدريوش، المرجع السابق، ص 177.

[2] - ***Cass. Crim. 25 juin 1972. Pourvoi N°: 71-90251. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :*** ***http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007058927&fastReqId=1977329476&fastPos=797***

[3] - ***Geneviève Viney****. La responsabilité dans la jurisprudence de la cour de cassation. P 6.*

[4] - *Article 1135 du C.C.F* ***« Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. »***

[5]- تقابلها المادة 246 من ت. م. الإماراتي، كما يقابلها الفصل 231 من ق.ا.ع المغربي الذي ينص على: « **كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية، و هو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون، أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته**»، يقابلها الفصل 243 من ق.ا.ع التونسي الذي ينص على:« **يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة و لا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته** »

[6] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 4 fév.2003. Pourvoi N°: 00-15572. Consulter l'arrêt sur le lien***

المستعملة لتنفيذ العمل الطبي المتعلق بالفحص والعلاج، تحت طائلة إثبات المريض أنها سبب الأضرار اللاحقة به »[1]

و في قرار آخر للدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 17 مارس 2011 قضت بأن:« **العقد المشكل بين المريض وطبيبه يضع على عاتق هذا الأخير التزام بالسلامة محله تحقيق نتيجة فيما يتعلق الأجهزة التي يستعملها في تنفيذ العمل الطبي المتعلق بالفحص أو العلاج»**[2]

و الالتزام بالسلامة هو التزام تبعي accessoire فالعقد لا يقتصر على تنفيذ ما ورد فيه فحسب وإنما يشمل أيضا ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون و العرف، و العدالة، بحسب طبيعة الالتزام.

---

suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007049346&fastReqId=1466564464&fastPos=2

[1] - ***« Il n'est tenu d'une obligation de sécurité de résultat qu'en ce qui concerne les matériels utilisés pour l'exécution d'un acte médical d'investigation ou de soins, sous réserve que le patient prouve qu'ils sont à l'origine de son dommage »***

[2] - ***« Alors que le contrat formé entre le patient et son médecin met à la charge de ce dernier une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les matériels qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médical d'investigation ou de soins »***

- Cass. Civ 1ére Ch. 17 mars 2011. N° de pourvoi: 10-11735. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :

http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023743360&fastReqId=574044737&fastPos=16

المبحث الثاني: التزامات الطبيب

لقد حسم القضاء الفرنسي الأمر بشأن طبيعة المسؤولية الطبية، و ذلك منذ صدور قرار مرسي mercier الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 20 ماي 1936، والذي اعتبر العلاقة بين الطبيب ومريضه علاقة عقدية، ما يعني أن مسؤولية الطبيب اتجاه مريضه مسؤولية عقدية، فبمجرد أن يتطابق الإيجاب والقَبول، تنشأ علاقة عقدية بينهما. أو بمجرد أن يقوم الطبيب بالاعتناء بمريض، تنشأ علاقة قانونية بينهما، وتنشأ عن هذه العلاقة العقدية والقانونية جملة من الالتزامات.

فالعلاقة بين المريض و الطبيب تنشئ التزامات على عاتق الطبيب لمصلحة المريض، وهذه الالتزامات هي في الحقيقة تشكل حقوقًا للمريض. لذا نستعرض هنا لأهم الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب تجاه مريضه أيًا كانت طبيعة العلاقة بينهما في(المطلب الأول)، وطبيعة التزام الطبيب في(المطلب الثاني).

المطلب الأول: التزام الطبيب الإنساني والفني

يعتبر التزام أو واجب الطبيب بمراعاة الإنسانية الطبية التزاماً عقديا يندرج في الإطار العقدي الذي يربط بالمريض، إلا أن الالتزام يبقى واجباً على الطبيب حتى في الحالات التي لا يتصور فيها وجود عقد يربط بين الطرفين، كما في حالات تلقي المريض العلاج في إطار مستشفى عام، كما يعتبر الالتزام الفني للطبيب التزاماً عقديا يعود إلى عقد العلاج، سواء كان ذلك إما في مرحلة التشخيص أو أثناء العلاج أو أثناء مرحلة المراقبة الطبية، لذا سنستعرض في النقطة الأولى للالتزام الإنساني (الفرع الأول) و في النقطة الثانية للالتزام الفني (الفرع الثاني)

الفرع الأول: الالتزام الإنساني

يتعين على الطبيب قبل إجراء أي تدخل طبي الحصول على رضا المريض، استيفاء لمرحلة أولية وضرورية، يعتبر الإخلال بها تقصير من جانبه يرتب المسؤولية الطبية، إذ يلتزم بإعلام مريضه بمقتضيات التدخل الطبي الذي سيقدم عليه(أولا)، كي يتمكن من اتخاذ القرار عن وعي وبصيرة بنتائج ذلك التدخل، وهو التزام كرسته النصوص القانونية المتعلقة بمزاولة مهنة الطب ألزمت به كل طبيب بالحصول على رضا المريض (ثانيا)، كل هذا لإعادة التوازن للعلاقة بينه وبين المريض الذي لا يعلم شيئا عن العمل الطبي،

كون هذه العلاقة تربط بين مريض يجهل أمور العمل الطبي و طبيب محترف أعلم بأمور ميدان الطب، كما يلتزم بحفظ أسرار مريضه(ثالثا).

أولا: التزام الطبيب بإعلام المريض

(حق المريض في الإعلام)

التزام الطبيب بإعلام المريض، هو التزام يقع على عاتقه أيا كان الإطار التنظيمي الذي يباشر من خلال مهنته، أي سواء كان يباشر المهنة من خلال الممارسة الحرة لها، و تكون العلاقة بينه و بين مريضه علاقة عقدية، أم في إطار مستشفى عام فتكون علاقته بالمريض علاقة تنظيمية أو لائحية.

1- مصدر التزام الطبيب بإعلام المريض:

العقد الطبي مصدر الالتزام بالإعلام: يجد التزام الطبيب بإعلام المريض أساسه في العقد، إذ يعتبر التزامًا عقديًا تفرضه طبيعة العلاقة العقدية التي تربط الطرفين، و التي تتميز باختلال التوازن بين كفتيها، كونها تربط بين مريض جاهل بالمسائل الفنية الطبية، و طبيب محترف، لذلك يلتزم الطبيب بإعلامه لإزالة هذا الإخلال و تدعيم الثقة التي يضعها فيه المريض، بأن يقدم له معلومات وافية تتعلق بحالته المرضية لتساعده على اتخاذ القرار المناسب في قبول أو رفض العمل الطبي[1] الذي سيقوم به على جسده، و ما يتضمنه من مزايا و مخاطر[2]، لأن المريض لا يمكنه الإحاطة بهذه المعلومات الطبية أو استيعاب مضمونها بمفرده كونه ليس بمحترف، و لذا يتعين على الطبيب المهني إعلامه بغض النظر على وجود نص قانوني يلزمه بذلك[3]. غير أن إرجاع مصدر الالتزام بالإعلام إلى العقد الطبي فقط قول مغال فيه لأن الالتزام بالإعلام يتجاوز حدود العقد و الطبيب ملزم بأدائه حتى خارج الإطار العقدي كونه التزام قانوني مهني فرضته قواعد قانونية مهنية[4].

---

1 – د/ زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 2.

2 – د/ جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2000، ص 65.

3 - ***LE TOURNEAU (Philippe),*** *Responsabilité civile professionnelle, 2ème édition, Dalloz, Paris; 2005; p. 90.*

4 – د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص 121.

القانون مصدر الالتزام بالإعلام: كما يجد أيضًا التزام الطبيب بإعلام المريض أساسه في القانون إذ يعتبر التزاماً قانونيًا مهنيًا فرضته النصوص المنظمة و المؤطرة لمهنة الطب، بضرورة إحاطة المريض علمًا بكل المعلومات المتعلقة بوضعه الصحي و كذا المعلومات الأساسية المتّصلة بنوعية التدخل الطبي و طبيعة العلاج المراد إخضاعه له[1]. و تأكيداً لما سبق اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 12 جانفي 2012 [2] أن التزام الطبيب بالإعلام أساسه القانون و العقد في آن واحد: «... **التزامه القانوني و العقدي بإعلام مريضه حول المخاطر و نتائج التدخل الجراحي ...**»[3].

إذ تناول المشرع الفرنسي هذا الالتزام في المادة R4127-35 فقرة (1) من تقنين الصحة العامة الفرنسي التي تنص على أنّه:« **يجب على الطبيب أن يقدّم للشخص الذي يفحصه أو يعالجه أو ينصحه معلومات صادقة و واضحة و ملائمة عن حالته الصحية، و كذلك عن الفحوصات و العلاجات التي يقترحها عليه و يجب أن يأخذ بالحسبان، خلال مدة المرض، شخصية المريض عندما يقدم له المعلومات و يحرص على أن المريض قد فهم تلك المعلومات و استوعبها** »[4]، و هو ما أكّد عليه أيضًا قانون 4 مارس 2002، حيث أضافت 11 منه المادة L1111-2[5] لقانون الصحة العامة الفرنسي

---

1 - ***« En vertu de l'article L. 1111-2 al (1) du code de la santé publique, toute personne a le droit d'être informée, préalablement à toute investigation, traitement ou action de prévention qui lui est proposée, sur les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent »***
Cass. Civ 1ére Ch. 8 avr 2010. Pourvoi N°: 08-21058. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022085989&fastReqId=1591394298&fastPos=2

2 - ***Cass. Civ 1ére Ch. 12 jan 2012. Pourvoi N°: 10-24447. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000025151730&fastReqId=645015102&fastPos=1

3 - ***« …Son obligation légale et contractuelle d'information de son patient sur les risques et les conséquences d'une intervention chirurgicale... »***

4 – *Art. L 4127-35 al 1 dispose que : «* ***Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension*** *».*

5 – *Art. 1111-2 al 1 «* ***Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de***

مؤكدة على: « **أن لكل شخص الحق في أن يحاط علمًا بوضعه الصحي. و المعلومات التي يجب أن تقدم للمريض هي تلك المتعلقة بمختلف الفحوصات و العلاجات و أعمال الوقاية المقترحة، و الفائدة منها، و مدى ضرورة هذه الأعمال الطبية، و النتائج المترتبة عليها، و المخاطر المتكررة الحدوث أو المخاطر الجسيمة المتوقعة عادة، و كذلك تشمل المعلومات الحلول الأخرى الممكنة، و النتائج التي يمكن أن تترتب في حال رفض المريض. و إذا ظهرت بعد الفحوصات و العلاجات و أعمال الوقاية أخطار جديدة فيجب إعلام المريض بها حالاً إذا كان ذلك ممكنًا**»[1]. و أضافت المادة L1111-4 فقرة(1) من ق.ص.ع.الفرنسي التزام الطبيب بالحصول على الرضا المتبصر للمريض[2].

أما فيما يتعلق بالقاصرين أو بالبالغين الخاضعين للوصاية فإنه يجب تقديم المعلومات المتعلقة بحالتهم الصحية، من حيث المبدأ ومع مراعاة المادة L.1111-5 من ت.ص.ع.الفرنسي إلى أصحاب السلطة الأبوية أو إلى الأوصياء. ويَحق لهؤلاء

---

prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver ».

1 – و فحوى هذا النص أكدته محكمة النقض:

Cass. Civ 1ére Ch. 20 janv. 2011. Pourvoi N°: 09-16931 : « le médecin est également tenu à un devoir d'information de son patient sur les investigations, traitements ou actions de prévention proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle et les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus; que cette information doit être loyale, claire et appropriée » Consultez l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023462616&fastReqId=1298355469&fastPos=5

2 – *Art. 1111-4.al 1 «* ***Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé.***
Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses Choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Il peut faire appel à un autre membre du corps médical. Dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable. Celle-ci est inscrite dans son dossier médical. Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10 »

القاصرين أو البالغين الخاضعين للوصاية أيضًا الحصول على هذه المعلومات و المشاركة في اتخاذ القرار المتعلق بهم بشكل يتناسب مع درجة نضجهم بالنسبة للقاصرين، ومع قدراتهم على الفهم بالنسبة للبالغين الخاضعين للوصاية. و في حال وقوع نزاع حول تقديم هذه المعلومات للمريض، يقع على عاتق الطبيب أو المؤسسة الصحية إثبات أن المعلومات أعطيت للمريض طبقًا للشروط المنصوص عليها في القانون. و يتعلّق الأمر هنا بواقعة مادية، ومن ثمَّ يمكن إثبات ذلك بوسائل الإثبات كلّها [1].

أما في إطار التطبب عن بعد تطرق المشرع الفرنسي لموافقة المريض المبصرة في المادة R 6316-2 فقرة (1)[2] **على أنه: « تنجز أعمال التطبيب عن بُعد بالموافقة الحرة و المبصرة للشخص، تطبيقاً خاصة لأحكام المادتين L1111-2 و L1111-4 »**[3]

أما المشرع المصري فقد تناول هذا الالتزام في لائحة آداب مزاولة مهنة الطب البشري لسنة 2003[4] حيث نصت المادة 28 على أنّه:« **لا يجوز للطبيب إجراء الفحص الطبي للمريض أو علاجه دون موافقة (مبنية على المعرفة) من المريض أو من ينوب عنه قانوناً إذا لم يكن المريض أهلاً لذلك...**» كما نصت **المادة 50** « **على الطبيب قبل إجراء عمليات نقل أعضاء وفقاً للتشريعات المنظمة لذلك أن يبصر المتبرع بالعواقب الطبية...**»، و في مجال البحث الطبي نصت المادة 55 على أن:« **يلتزم الباحث بتعريف المتطوعين تعريفاً كاملاً وبطريقة واضحة بأهداف البحث والطرق البحثية...**»، و أضافت المادة 56 على أن:« **يلتزم الطبيب الباحث بالحصول على موافقة كتابية**

---

1 د/ محمود حسن قاسم، نظرة في تطور المسؤولية الطبية، بحث منشور ضمن أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق – جامعة بيروت العربية بمناسبة مائتي عام إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004 ، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت 2005، ص 261 و ما يليها. و أنظر كذلك: د. سامي بديع منصور، القانون المدني الفرنسي و قانون الموجبات و العقود: تقارب أم تباعد، بحث منشور ضمن أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق – جامعة بيروت العربية بمناسبة مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت 2005، ص 181 و ما يليها.

[2]- *ajouté par l'article (1) du décret n° 2010-1229 du 19 octobre 2010 relatif à la télémédecine au code de la santé publique.*

[3]- *Art. R. 6316-2* ***« Les actes de télémédecine sont réalisés avec le consentement libre et éclairé de la personne, en application notamment des dispositions des articles L. 1111-2 et L. 1111-4 »***

[4] - لائحة آداب مهنة الطب الصادرة بقرار وزير الصحة و السكان رقم 238 لسنة 2003 بتاريخ 5 سبتمبر 2003م.

(مبنية على المعرفة) من المتطوع على إجراء البحث عليه ». من خلال عرض هذه المواد نجد أن المشرع المصري تناول هذا الالتزام مستعملا مصطلح "**تعريف المريض**" و " **تبصير المريض**" لدلالة على الإعلام.

أمّا المشرع الجزائري فقد أشار إلى هذا الالتزام في مدونة أخلاقيات الطب[1]، حيث فرضت المادة 44 من المدونة على أن:« **يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدّي على المريض لموافقة المريض موافقة حرّة و متبصرة، أو لموافقة الأشخاص المخولين منها و من القانون...**». قاصدّاً هنا بعبارة " **موافقة حرة و متبصرة** "، أن يقوم الطبيب بتبصير المريض مسبقاً قبل الحصول على الموافقة عن أي تدخل طبي، لكن أغفل المشرع تحديد محتوى هذا الالتزام. كما ألزمت المادة (47) من (م.أ.ط) الطبيب تحرير وصفاته بكل وضوح و أن يحرص على تمكين المريض أو المحيطين به من فهم وصفاته فهمًا جيّدًا كي لا يخطئ المريض عند تناوله للدواء في عدد الجرعات الواجب أخذها، أو في الأوقات الواجب تناوله فيها.

أمّا القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها[2] تناول أيضا ضرورة الإعلام في عدّة نصوص منها ما ورد في المادة (154) في فقرتها الأولى و الثالثة بنصها « **يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك**»، ثم أضافت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه : « **إذا رفض العلاج الطبي فيشترط تقديم تصريح كتابي لهذا الغرض، و على الطبيب أن يخبر المريض أو الشخص الذي خُوّل إعطاء الموافقة بعواقب رفض العلاج ...**»[3].

كما أكّد هذا الالتزام لاسيما في حالة التدخل الطبي المنطوي على درجة كبيرة من الخطورة و المجازفة، كما هو الحال في مجال نقل وزرع الأعضاء، إذ نصّ في المادتين

---

[1]- مرسوم تنفيذي رقم 276/92 مؤرخ في 06 يوليو 1991م، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج .ر عدد 52 مؤرخة في 08 يوليو 1992م.

[2]- قانون رقم 05/85 مؤرخ في 16 فبراير 1985م، يتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، ج ر عدد 08 مؤرخة في 17 فبراير 1985م المعدل و المتمم.

[3]- بالرجوع إلى النص الفرنسي للفقرة الثانية من المادة 154 من القانون 85-05، نفهم أن المشرع الجزائري قصد بمصطلح أن يخبر المريض هو إعلام المريض « ***le médecin est tenu d'informer le malade*** » *و هو نفس المصطلح الذي يستعمله المشرع الفرنسي.*

2/162 و 5/166 من نفس القانون السالف الذكر على ضرورة إعلام و الحصول على رضا كلّ من المتبرع والمستقبل[1].

أمّا القانون رقم 84-11 المتعلق بالأسرة [2] تناول أيضا التزام الطبيب بالإعلام بالنسبة للأشخاص المقبلين على الزواج في المادة 7 مكرر فقرة 2[3]، و أكد المشرع على هذا الالتزام في المادة 4 فقرة (2) من المرسوم التنفيذي رقم 06-154[4] التي تنص على أن: «... **يمكن أن يقترح الطبيب على المعني إجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الزوج و/أو الذرية، و ذلك بعد إعلامه بمخاطر العدوى منها**»، كما أكدّ عليه للمرة الثانية في المادة 5 من نفس المرسوم:« **يبلغ الطبيب الشخص الذي خضع للفحص بملاحظاته و نتائج الفحوصات...**» قصد المشرع بمصطلح يبلغ المريض إعلام المريض و ذلك بالرجوع إلى النص الفرنسي للمادة[5].

2- مضمون الإعلام:

ينصّب إعلام الطبيب للمريض حول طبيعة المرض الذي يعاني منه بعد تشخيصه و تحديده تحديدًا صحيحًا، ثم على طبيعة العلاج الذي تستلزمه هذه العلّة و البدائل العلاجية المتوفرة، الأمر الذي يظهر بأن الالتزام بالإعلام ينصب على كافة مراحل العلاج، كما أن المريض ينتظر من طبيبه أن يخبره بالنتائج التي تترتب على العمل الطبي و بالأخص المخاطر التي قد تنجر عنه[6]. فمن حق المريض طبقاً للمادة 2/ فقرة

---

1 - أنظر المادة 2/162 و المادة 5/166 (ق.ح.ص.ت).

2- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر عدد 24، مؤرخة في 12 جوان 1984، المعدل و المتمم.

3- المادة 7 مكرر فقرة (2) ق.أ.ج : « **يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية و من علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج....**»

4- **المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 مايو 2006، يحدد شروط و كيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة. ج.ر عدد 31، مؤرخة 14 مايو 2006.**

5- *Art (5) C.F.A dispose que : « **Le médecin informe la personne examinée de ses constatations ainsi que des résultats des examens effectués ...**»*

6- ***Cass. Civ1ére Ch. 28 avr 2011. Pourvoi N°: 10-15289 « Alors que le médecin n'est pas dispensé de donner à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques afférents aux investigations et soins proposés » Consulter l'arrêt sur le lien suivant:***

واحد من قانون الموافقة المستنيرة اللبناني: « **أن يحصل على المعلومات الكاملة حول و ضعه الصحي. و تشمل هذه المعلومات: الفحوصات، و العلاجات، و العمليات الطبية المقترحة كما تشمل منافعها و مضاعفاتها السلبية، و المخاطر المعهودة أو الكبرى التي تنطوي عليها، و الحلول الأخرى الممكنة، فضلا عن النتائج المتوقعة في حال عدم إجرائها. و يقتضي في حال طرأت لاحقا معطيات جديدة تستدعي اتخاذ قرارات جديدة، إعلام المريض بها أيضا، عند الإمكان**».

3- ملازمة و امتداد الالتزام بالإعلام لكل مراحل العمل الطبي:

هذا الالتزام بالإعلام يلازم العلاقة الطبية في مراحلها المختلفة من تشخيص و علاج، بل و يمتد كذلك إلى المرحلة اللاحقة للعلاج[1].

الالتزام بالإعلام في مرحلة التشخيص: فالملاحظ أن أساليب التشخيص و أدواته قد تطورت تطوراً كبير في الآونة الأخيرة، و أصبحت أكثر مساساً بسلامة الجسم[2]، و زادت في ذات الوقت المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها المريض نتيجة استخدام هذه الأساليب. لذلك يتعين على الطبيب إعلام المريض بطريقة التشخيص الذي ينوي إخضاعه لها للتحقق مما يعاني منه، ما دامت أنها تمثل مساس بسلامة جسمه. كما يجب على الطبيب كذلك أن يحيط المريض علماً بالمخاطر التي تتضمنها هذه الطريقة، ليتاح للمريض بذلك اتخاذ قراره بقبول الخضوع لهذه الطريقة أو رفضها[3].فالإعلام في هذه المرحلة له أهمية في تهيئة المريض نفسيًا لقبول إكمال المراحل المقبلة للعمل الطبي[4].

الالتزام بالإعلام في مرحلة العلاج: إذا ما توصل الطبيب إلى تحديد العلة التي يعاني منها المريض و انتقل إلى مرحلة العلاج فعليه أيضا التزام بإعلام المريض بكل ما يتعلق

---

http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023932459&fastReqId=1123406722&fastPos=3

[1]- د/ مجدي حسن الخليل، المرجع السابق، ص 52. د/ جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 67.

2 – د/ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 159.

[3]- ***DENDONCKER (D).*** *L'obligation médicale devant le juge administratif et le juge judiciaire, RRJ 2002. P1036.*

4 – د/ زينة غانم يونس العبيدي، مرجع سابق، ص 145.

بالعلاج الذي يقترحه، فعليه إعلام المريض بطبيعة هذا العلاج، أو العملية الجراحية التي تستوجبها حالة المريض إذ يتخذ العلاج أشكالاً و صورًا مختلفة، قد يكون عن طريق وصف أو تقديم أدوية، و في هذه الحالة يعتبر تدخلا علاجيًا كيميائيًا، كما قد يكون تدخلاً علاجيًا جراحيًا، و عليه إعلام المريض بالنتائج الإيجابية المنتظر تحققها، من العلاج أو العملية الجراحية، و على الطبيب أيضاً إعلام المريض بالمخاطر المحتملة للعلاج أو العملية[1].

و كذلك يعلم مريضه بتعدد طرق العلاج و يظهر له تفضيله لطريقة على أخرى، فإن اختيار المريض لغير الطريقة التي يفضلها الطبيب يجعل هذا الأخير يتوقف على العلاج، فإذا كان المريض حر في رفض العلاج و عدم إرغامه على طريقة من طرق العلاج، فإن الطبيب كذلك غير مجبر على إتباع طريقة علاج يرى أنها غير مجدّية[2].

اعترف المشرع الجزائري بمبدأ حرية الطبيب في وصف العلاج من خلال المادة (11) من (م.أ.ط)[3]، كذلك يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في إعلام مريضه حول الحلول أو البدائل العلاجية، لأن المشرع لم ينص على هذا الالتزام، على خلاف المشرع الفرنسي الذي ألزم الطبيب من خلال المادة L1111-2 من قانون 4 مارس 2004 على ضرورة إعلام المريض بالحلول أو البدائل العلاجية الممكنة[4]، و هذا تكريسا لقضاء بعض المحاكم الفرنسية بضرورة الإعلام عن الحلول أو البدائل العلاجية، و هو ما ذهبت إليه محكمة "نيس" Nice الابتدائية الفرنسية في حكمها الصادر في 16 جانفي 1954[5]، و

1- د/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 42.

- CASS.CIV. 23/05/1973.

2 – غنيمة قنيف، مرجع سابق، ص 66.

3 – المادة 11 من (م.أ.ط) تنص عما يلي: « **يكون الطبيب وجراح الأسنان حرين في تقديم الوصفة التي يريانها أكثر ملائمة للحالة و يجب أن تقتصر وصفتهما و أعمالهما على ما هو ضروري في نطاق ما ينسجم مع نجاعة العلاج و دون إهمال واجب المساعدة المعنوية** ».

4 – *Art L1111-2 al 1 dispose que : « …* ***ainsi que sur les autres solutions possibles …*** *»*.

5 – قضت المحكمة أن الطبيب الذي كان يعالج مريضًا من إصابة في عصب الوجه، و الذي كان مخيرًا بين عدة حلول علاجية ، كان يجب عليه تبصير المريض بوجود هذه الخيارات، و بمخاطر الطريقة التي اختارها، خاصة و أن أي حادث في تطبيق العلاج يعني بالنسبة للمريض المحروم من نور إحدى العينين إصابته بالعمى، وانتهت المحكمة إلى أن هذا الحادث إذا وقع فعلاً، فإن الطبيب الذي لم يرتكب أي خطأ في تطبيق طريقة العلاج، يكون مسؤولا عن الضرر الذي أصاب المريض، نظرًا لاختيار

تطبيقا لما جاء في المادة السالفة الذكر ذهبت محكمة النقض في قرارها الصادر في 1 جويلية 2010 بضرورة إعلام المريض عن كل: « **حل أو بديل علاجي ممكن**»[1].

كما أن التزام الطبيب بإعلام المريض يمتد أيضا إلى ما بعد إتمام العلاج أو العملية الجراحية. إذ يكون على الطبيب في هذه المرحلة أن يفضي للمريض بالمعلومات المتعلقة بمدى النجاح أو الفشل الذي تحقق من العلاج أو العملية الجراحية، و كذلك بالاحتياطات التي يجب على المريض مراعاتها لتجنب أي تعقيدات مستقبلية[2].

4- من حيث صفات المعلومات:

أكّد القضاء على ضرورة تنفيذ الطبيب لالتزامه بالإعلام، و حاول تجسيد هذا المبدأ و التأكيد عليه في عدّة أحكام قضائية، فقد ذكرت محكمة النقض الفرنسية أوصافه لأول مرة في قرارها الصادر بتاريخ 21 فيفري 1961[3] على أنه يجب أن يكون « **الإعلام بسيطاً و تقريبيًا و مفهومًا و صادقًا** »[4]، و يفهم منه أنه يجب أن تكون المعلومات التي يقدمها الطبيب لمريضه، واضحة معقولة و مبسطة بالنسبة للمريض و أمينة بالنسبة لمن

طريقة تضمن نسبة من المخاطر تصل إلى 24.6%، في حين كانت طريقة أخرى لا تزيد المخاطر فيها عن 3% دون أن يعلم المريض بتوفرها وتفضيله لها. أنظر د/ جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 76.

[1]- ***Cass. Civ1ére Ch.1 juillet 2010. Pourvoi N°:09-15404 «…alternative thérapeutique existante…la cour viole les articles 1147 du code civil et L1111-2 du code de la sante publique.» consulter l'arrêt sur le lien suivant:***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITE XT000022427844&fastReqId=248295651&fastPos=3

[2]- د/ جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 80. د/ مجدي حسن الخليل، المرجع السابق، ص 58و 59. و في الالتزام اللاحق على العلاج راجع القرار الآتي:
- Cass. Civ 1ére Ch. 9 mai 1983. N° de pourvoi: 82-12227. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007012338&fastReqId=1530660190&fastPos=460

[3] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 21 fév. 1961. Pourvoi N°: 60-11102. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006957291&fastReqId=1021396946&fastPos=1

4- « ***une information simple, approximative, intelligible et loyale*** »

يقدمها، و على أن تكون هذه المعلومات تقريبية[1]. غير أن محكمة النقض غيرت في أوصاف الالتزام بالإعلام و هذا منذ قرار 14 أكتوبر 1997[2] و ذلك بأن يكون «**الإعلام صادقاً و واضحاً و ملائماً**»[3]، و يفهم من هذا القرار و القرارات اللاحقة الصادرة عن هذه المحكمة تعتبر أن التقريب غير جائز في هذا المجال. كما يجب أيضاً طبقاً لقضاء محكمة النقض أن تكون المعلومات التي يدلي بها الطبيب لمريضه كاملة[4]

1 – د/ عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المؤتمر العلمي السنوي المنظم بكلية الحقوق بيروت، مداخلة ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 150.

2 - ***Cass. Civ 1ére Ch. 14 oct. 1997. Pourvoi N°: 95-19609. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007037802&fastReqId=57278516&fastPos=38
voir aussi les arrêts suivants :
- Cass. Civ 1ére Ch. 7 oct. 1998. Pourvoi N°: 97-10267. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007037802&fastReqId=57278516&fastPos=38
- Cass. Civ 1ére Ch. 14 jan 2010. N° de pourvoi: 08-21683. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021701827&fastReqId=70342908&fastPos=10
- Cass. Civ 1ére Ch. 20 jan 2011. Pourvoi N°: 09-16931. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023462616&fastReqId=1741371953&fastPos=1

3 - « ***une information loyale, claire et appropriée sur les risques des investigations ou soins qu'il lui propose »***

4 - ***Cass. Civ1ére Ch.14 juin 1992 : «Lorsque l'intervention prévue n'est pas imposée par un caractère d'urgence ou par un danger immédiat, le patient doit bénéficier d'une information totale ». Cité in : PISCOVSCHI (David).*** *Le chirurgien plasticien et la justice. Thèse présentée pour l'obtention de docteur en médecine. Faculté de médecine de Strasbourg. Année 2002.P 30 et 65.*
- « le chirurgien est soumis à une obligation d'information totale envers son patient et que s'agissant en l'espèce d'un chirurgien urologue intervenant dans le cadre de sa spécialité,… »
Cass. Civ 1ére Ch. 18 déc. 2002. Pourvoi N°: 01-03231. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007045509&fastReqId=1368642546&fastPos=2
Cour d'appel de Versailles, du 18 février 2000

و شاملة[1] و بالتالي فالالتزام بالإعلام الكامل أو الشامل للمريض مقصور على بعض التخصصات مثل زراعة الأعضاء، جراحة التجميل غير العلاجية.

و هذه المواصفات تضمنتها المادة R4127-35 فقرة (1) من ت.ص.ع. الفرنسي بنصها على أنّه:« **يجب على الطبيب أن يقدّم للشخص الذي يفحصه أو يعالجه أو ينصحه معلومات صادقة و واضحة و ملائمة عن حالته الصحية، وكذلك عن الفحوصات و العلاجات التي يقترحها عليه و يجب أن يأخذ بالحسبان، خلال مدة المرض، شخصية المريض عندما يقدم له المعلومات و يحرص على أن المريض قد فهم تلك المعلومات و استوعبها** »[2]، أما المادة R4127-34 من ذات التقنين تُوجب على الطبيب صياغة وصفاته العلاجية بكل الوضوح الضروري، و أن يراعي حسن فهمها من قبل المريض. أما المشرع المصري حدد مواصفات الإعلام في المادة 21 فقرة (1) بنصه أن: « ***على الطبيب أن يوفر لمريضه المعلومات المتعلقة بحالته المرضية بطريقة مبسطة و مفهومة***»[3] و يفهم منه أنه يجب أن تكون المعلومات التي يقدمها الطبيب لمريضه مبسطة و مفهومة بالنسبة للمريض.

أما المشرع اللبناني حدّد مواصفات الالتزام بالإعلام على طريقة القضاء و التشريع الفرنسيين حيث تنص المادة 2/ فقرة(1) من القانون المتعلق بحقوق المرضى و الموافقة المستنيرة[4]على أنه « **يحق لكل مريض يتولى أمر العناية به طبيب أو مؤسسة صحية،**

---

1 - ***«… Ne rapportait pas la preuve d'avoir donné à son patient une information complète, y compris sur les risques exceptionnels… »***
Cass. Civ 1ére Ch. 13 mars 2007. Pourvoi N° : 05-14291. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007511453&fastReqId=145585380&fastPos=1

2 – *Art. L 4127-35 al 1 dispose que : « **Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension** ».*

3- لائحة آداب مهنة الطب الصادرة بقرار وزير الصحة و السكان رقم 238 لسنة 2003 بتاريخ 5 سبتمبر 2003م.

4– قانون رقم 574 المتعلق بحقوق المرضى و الموافقة المستنيرة اللبناني، ج ر رقم 9 مؤرخة في 12 فبراير 2004 م.

بأن يحصل على المعلومات الكاملة حول وضعه الصحي، و تشمل هذه المعلومات: الفحوصات، والعلاجات، و العمليات الطبية المقترحة، كما تشمل منافعها و مضاعفاتها السلبية، و المخاطر المعهودة أو الكبرى التي تنطوي عليها، و الحلول الأخرى الممكنة، فضلا عن النتائج المتوقعة في حال عدم إجرائها، و يقتضي في حال طرأت لاحقا معطيات جديدة تستدعي اتخاذ قرارات جديدة، إعلام المريض بها عند الإمكان».

كما تضيف لنا الفقرة (2) من المادة السالفة بأنه:« **يقتضي أن تتصف هذه المعلومات بالصدق و الوضوح، و تكون مفهومة بالنسبة إلى المريض، و متكيفة مع شخصيته و حاجاته و طلباته**» و طبقاً لهذين النصين يجب أن يكون إعلام المريض كاملاً و ليس تقريبياً يشمل مختلف مراحل العمل الطبي و أن يكون صادقاً و واضحاً و مفهوماً و متكيفاً أي ملائماً مع شخصية و حاجات المريض و طلباته.

5- نطاق التزام الطبيب

بإعلام المريض من حيث مخاطر العمل الطبي:

الأصل: فيما يتعلق بنطاق التزام الطبيب بإعلام المريض من حيث مخاطر العمل الطبي سواء أكان فحصاً أم علاجاً بالأدوية أم جراحة- فقد ذهب الفقه[1] في هذا الصدد إلى قصر التزام الطبيب بإعلام مريضه على المخاطر المتوقع عادة les risques normalement prévisible بمعنى عدم التزامه بإعلام المريض بالمخاطر الاستثنائية النادرة الحدوث.

و رد الفقه قصر التزام الطبيب بالإعلام على هذا النوع من المخاطر بعنصر الاحتمال الذي يتضمنه كل عمل طبي، على نحو يؤدي معه التزام الطبيب بإعلام المريض بكل ما هو متوقع و غير متوقع من مخاطر تحيط بالعمل الطبي الذي ينوي إخضاع المريض له إلى عرقلة أدائه لمهنته[2]. هذا بالإضافة إلى أن تطلب مثل هذا الإعلام قد يكون ضاراً

[1]- د/ عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق ص 21. د/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 43. د/ علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 23، د/ محسن بيه، المرجع السابق، ص 183.

[2]- ***R et J Savatier ; Auby et péquignot.*** *Op.cit. p 228.*

بمصلحة المريض ذاته إذ أن إلزام الطبيب بإخباره بجميع المخاطر و لو كانت استثنائية قد يثير لديه الفزع و يدفعه لرفض العلاج أو قبوله دون أمل في شفاء.

و كان ذلك أيضا موقف القضاء الذي استقرت أحكامه على التفرقة بين المخاطر المتوقعة عادة، و هي التي يلتزم الطبيب بإعلام المريض بها، و المخاطر غير المتوقعة، التي لا يعتبر الطبيب مخلا بالتزامه إذا لم يخطر بها للمريض، فالسكوت عن مثل هذه المخاطر لا يعتبر خطأ من قبل الطبيب. و في هذا المعنى قضت محكمة النقض الفرنسية[1] بأن الشلل الذي أصاب المريضة أثناء إجراء عملية جراحية لتقويم عظام الفخذ لا يعتبر خطراً استثنائياً، و كان على الطبيب إعلام المريضة به قبل إجراء العملية.

و بالمقابل قضت محكمة النقض بأن إصابة المريض بشلل في عصب الوجه أثناء خضوعه لجراحة لعلاجه من الصمم، و هو خطر استثنائي غير متوقع، لا يلتزم الجراح بإعلام المريض به[2].

وفي ظل هذا القضاء ثار التساؤل عن المعيار الذي يمكن من خلاله التمييز بين الخطر المتوقع، و الخطر غير المتوقع، و قد اختلفت الأحكام القضائية في الإجابة على هذا التساؤل، فمنها من اعتبر أن ندرة تحقق الخطر لا يجعل منه خطراً غير متوقع، و بالتالي يكون على الطبيب إعلام المريض باحتمالات حدوثه و لو كانت نادرة [3].

أما اتجاه القضاء الذي ساد بعد ذلك اتجه إلى اعتناق معيار كمي يقوم على التفرقة بين المخاطر متكررة الحدوث و المخاطر الاستثنائية أو النادرة بحيث يقتصر التزام الطبيب على إعلام المريض بالمخاطر التي من النوع الأول، أما تلك التي من النوع الثاني فيمكنه السكوت عنها دون أن يعتبر مخطئاً[4].

---

[1] -***Cass. Civ 1ére Ch. 19 avr 1988. Pourvoi N° : 86-15607. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :*** ***http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007020197&fastReqId=1209660149&fastPos=495***.

[2] - ***DENDONCKER (D)***.*op. Cité*. P1036.

[3] – د/ مجدي حسن خليل، المرجع السابق، ص 63.

[4] – من أحكام القضاء التي رفضت إقرار مسؤولية الطبيب لعدم إعلامه المريض بخطر استثنائي أو نادر الحدوث.

- Cass.civ 3/3/1981

- ***Cass. Civ 1ére Ch. 20 mars 1984. Pourvoi N° : 82-16926. Consulter l'arrêt sur le lien***

الاستثناء: يلاحظ أن هذا النطاق المحدد لالتزام الطبيب بإعلام المريض ترد عليه بعض الاستثناءات يتوجب فيها على الطبيب أن يكون إعلامه لمريضه إعلاماً كاملاً يشمل المخاطر النادرة أو الاستثنائية[1].

يأتي في مقدمة هذه الحالات جراحة التجميل غير العلاجية، حيث يضع القضاء على عاتق الطبيب التزاما مشدداً بالإعلام لصالح عميله في مثل هذه الجراحات، بحيث يكون على الطبيب هنا إخبار عميله بكافة المخاطر الملازمة لمثل هذه العمليات أياً كان معدل حدوثها. و يكون الطبيب مخطئا في حالة عدم إعلامه على هذا النحو، و تنعقد مسؤوليته أيضاً في حالة جهله بالخطر الذي تحقق و لم يكن قد أفضى به لعمليه.

و من هذه الحالات أيضا ما تضمنته نصوص بعض القوانين الفرنسية من ضرورة الإعلام الكامل و التفصيلي في حالات نقل الأعضاء البشرية[2]، و الوقف الإرادي للحمل[3] و الأبحاث الطبية[4].

و يضيف بعض الفقه[5] إلى الحالات المتقدمة حالات أخرى يتعين فيها أن يكون الإعلام كاملا و تتمثل في تلك التي يتوقف فيها نجاح العلاج إلى حد كبير على المساهمة الإيجابية من قبل المريض، كحالة الأمراض التناسلية، و أيضا الحالات التي يلجأ فيها الطبيب إلى إتباع أساليب علاجية غير متداولة على نطاق واسع، و أخيرا حالات

---

suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007013512&fastReqId=1750161024&fastPos=296

[1] ***-Cass. Civ 1ére Ch. 13 mars 2007. Pourvoi N° : 05-14291. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007511453&fastReqId=145585380&fastPos=1
-Cass. Civ 1ére Ch. 18 déc. 2002. Pourvoi N°: 01-03231. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007045509&fastReqId=1368642546&fastPos=2

[2] *- Article L 1231-1 du C.S.P.F*
[3] *- Article L 5134-1 du C.S.P.F*
[4] *- articles L 1122-1 et L 1122-2 du C.S.P.F*
[5] *– د/ مجدي حسن خليل، المرجع السابق، ص 64 و 65.*

الأمراض غير قابلة للشفاء بشكل نهائي و لكن يمكن للمريض بها التعايش معها إذا التزم باحتياطات معينة، مثال مرض السكري.

-التحول القضائي

فيما يتعلق بنطاق إعلام المريض من حيث مخاطر العمل الطبي:

شهد القضاء الفرنسي تحولا هاماً في الآونة الأخيرة فيما يتعلق بمخاطر العمل الطبي التي يتعين على الطبيب إعلام المريض بها، و كان ذلك بمقتضى قرارين أصدرتهما محكمة النقض بتاريخ 7 أكتوبر 1998[1]، قضت فيهما بأنه « **فيما عدا حالة الاستعجال أو الاستحالة أو رفض المريض للإعلام، فإن الطبيب يكون ملزما بأن يقدم له معلومات أمينة واضحة و ملائمة عن المخاطر الجسيمة الملازمة للفحوصات و العلاج المقترح، و لا يعفى الطبيب من هذا الالتزام لمجرد كون هذه المخاطر لا تتحقق إلا بشكل استثنائي**»[2]

كون القرار الأول من هذين القرارين يتعلق بسيدة تعرضت على إثر سقوطها بتاريخ 3 أبريل 1985 لكسر في الفقرة الثانية من العمود الفقري، حيث خضعت لعملية جراحية بالعمود الفقري نتج عنها فقد أبصار العين اليسرى، و لم يكن الطبيب قد أحاط المريضة علما بهذا الخطر قبل إجراء العملية، رفضت محكمة الاستئناف Lyon[3] دعوى التعويض التي رفعتها المريضة استنادا إلى الخطر الذي تحقق نادر الحدوث و لم يكن على

1- ***Cass. Civ 1ére Ch. 7 oct. 1998. Pourvoi N°: 97-10267. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007038718&fastReqId=1260788571&fastPos=274
-Cass. Civ 1ére Ch. 7 oct. 1998. Pourvoi N°: 97-12185. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007038716&fastReqId=1297502809&fastPos=273

2 -***« Hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés et il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait qu'un tel risque grave ne se réalise qu'exceptionnellement »***

3- Cour d'appel de Lyon, du 26 septembre 1996.

الطبيب بالتالي التزاما بإخبارها به. غير أن محكمة النقض ألغت قرار الاستئناف و أصدرت قرارها المذكور.

فإذا كانت محكمة النقض الفرنسية قد حددت بقضائها الجديد نطاق التزام الطبيب بإعلام المريض بجميع المخاطر الجسيمة ولو كانت استثنائية. فذلك أيضا ما فعله مجلس الدولة الفرنسي بقراريه اللذان أصدرهما في 5 يناير 2000[1]، حيث قرر فيهما:« **أن تحقق المخاطر بصفة استثنائية لا يعفي الأطباء من التزامهم، و على ذلك تكون محكمة استئناف باريس الإدارية لم ترتكب خطأ بقضائها بأن خطر الإصابة بالشلل الذي تتضمنه العملية الجراحية المقترحة للمريضة، و لو كان استثنائي الحدوث، إلا أنه بالنظر لجسامته كان من المتعين على أطباء المساعدة العمومية الاستشفائية لباريس إعلام المريض به** »[2]

- التحول التشريعي فيما يخص

نطاق الالتزام بالإعلام من حيث مخاطر العمل الطبي:

غيّر تدخل المشرع الفرنسي من نطاق الالتزام بالإعلام من حيث مخاطر العمل الطبي و هذا بالقانون رقم 2002-303 المتعلق بحقوق المرضى و جودة النظام الصحي حيث أضافت المادة 11 منه المادة L1111-2 إلى ق.ص.ع. بنصها: « **أن لكل شخص الحق في أن يحاط علمًا بوضعه الصحي. والمعلومات التي يجب أن تقدم للمريض هي تلك المتعلقة بمختلف الفحوصات و العلاجات وأعمال الوقاية المقترحة، والفائدة منها،**

---

[1]- ***C.E. 5 janv. 2000. Contentieux N° 198530. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :*** ***http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008085759&fastReqId=203424832&fastPos=35***

- C.E. 5 jan 2000. Contentieux N°: 181899. Consulter l'arrêt sur le lien suivant : ***http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008079452&fastReqId=1796382490&fastPos=154***

[2] -« ***la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation ; qu'ainsi, et alors même que l'absence d'intervention aurait présenté des risques, la cour administrative d'appel de Paris n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le risque de paraplégie que comportait l'intervention proposée à M. G., quoiqu'exceptionnel, était connu, et qu'eu égard à sa gravité, les praticiens de l'assistance publique-hôpitaux de paris étaient tenus d'en informer l'intéressé*** »

ومدى ضرورة هذه الأعمال الطبية، والنتائج المترتبة عليها، والمخاطر المتكررة الحدوث أو المخاطر الجسيمة المتوقعة عادة...»، وأصبح يشمل نطاقه المخاطر المتكررة الحدوث les risques fréquents أو المخاطر الجسيمة المتوقعة عادة les risques graves normalement prévisibles [1]، يفهم أن التزام الطبيب بإعلام المريض لا يشمل المخاطر الاستثنائية النادرة الحدوث فيمكنه السكوت عنها دون أن يعتبر مخطئاً.

6- الإعفاء من الالتزام بالإعلام:

حالة الضرورة و الاستعجال: عندما تكون حياة المريض مهددة بخطر يعفى الطبيب من التزامه بإعلام المريض[2].

حق المريض في رفض معرفة وضعه الصحي: مثلما يحق للمريض معرفة المعلومات المتعلقة بوضعه الصحي، يحق له كذلك رفض معرفة هذه المعلومات. فإذا عبر المريض عن إرادته برفض معرفة نتائج تشخيص أو تخمين طبي خطير فيجب على الطبيب، من حيث المبدأ احترام إرادة المريض، باستثناء الحالة التي يكون فيها أشخاص آخرون معرضين لخطر إصابتهم بعدوى المرض، عندئذ يجوز للطبيب أن يخالف إرادة المريض. حيث تنص المادة L1111-2 فقرة (4) على أنه: « **يجب أن تحترم إرادة الشخص في أن يبقى جاهلا لتشخيص أو تنبؤ باستثناء إذا كان أشخاص آخرون معرضين لخطر العدوى**»

التحديد العلاجي للإعلام: لم يلغي ما يطلق عليه التحديد العلاجي للإعلام وهو ما يقصد به إعطاء الإمكانية للطبيب بعدم الإدلاء ببعض المعلومات للمريض، أو إخفائها عنه، إذا

1- ***Cass. Civ 1ére Ch. 8 avr 2010. Pourvoi N°: 08-21058. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022085989&fastReqId=1591394298&fastPos=2
« En vertu de l'article L. 1111-2 al (1) du code de la santé publique, toute personne a le droit d'être informée, préalablement à toute investigation, traitement ou action de prévention qui lui est proposée, sur les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent »

2 - ***Cass. Civ 1ére Ch. 6 déc. 2007. N° de pourvoi: 06-19301. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017582144&fastReqId=568863556&fastPos=2

ما قدر أن الإفضاء بها يضر بالمريض[1]، وهذه الإمكانية تتضمنها في الواقع المادة R4127-35 فقرة (2) من تقنين الصحة العامة الفرنسي التي تقضي بأنه « **لمصلحة المريض و لأسباب مشروعة، يقدرها الطبيب، وفقا لضميره، يمكن أن يترك المريض على جهله بالتشخيص أو بالعواقب الخطيرة للمريض**»

وطبقاً لهذا النص يجوز للطبيب أن يخفي عن المريض حقيقة حالته أو نتائجها المرتقبة، إذا ما قرر أن مصلحة المريض ذاته تقتضي ذلك، و في ضوء ما يمليه عليه ضميره، إلا أن المشرع الفرنسي أورد استثناء على سلطة الطبيب في هذا الصدد يتعلق بحالة ما إذا كان المرض الخطير الذي كشف عنه التشخيص يعرض الغير لخطر العدوى، ففي هذه الحالة يلتزم الطبيب بإحاطة المريض علما بمرضه حتى يتمكن من اتخاذ الاحتياطات اللازمة لوقاية الغير من العدوى[2].

و إذا كانت المادة R4127-35 فقرة (2) من ت.ص.ع. الفرنسي قد أجازت للطبيب إخفاء الحقيقة عن المريض بشأن التشخيص أو العواقب الخطيرة للمرض، على النحو السابق بيانه، فإن الفقرة الثالثة من المادة المذكورة و التي تناولت عواقب المرض القاتلة، ورد بها أن الإفصاح عن هذه العواقب لا يكون إلا بحذر، على أنه يجب إحاطة أقارب المريض علما بها، إلا استثناء، أو عندما يكون المريض قد منع مسبقاً هذا الإفصاح أو

---

[1] - ***« Mais attendu, d'abord, que l'article 42 du code de déontologie médicale issu du décret n° 79-506 du 28 juin 1979, applicable en la cause autorise le médecin à limiter l'information de son patient sur un diagnostic ou un pronostic grave ; que si une telle limitation doit être fondée sur des raisons légitimes et dans l'intérêt du patient, cet intérêt devant être apprécié en fonction de la nature de la pathologie, de son évolution prévisible et de la personnalité du malade »***

- Cass. Civ 1ére Ch. 23 mai 2000. Pourvoi N°: 98-18513. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :

http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007043926&fastReqId=2014118919&fastPos=1

- كما نص القانون رقم 574 المتعلق بحقوق المرضى و الموافقة المستنيرة اللبناني على تحديد العلاجي للإعلام في المادة 3/ فقرة (2) على أنه: « **إذا تبين أن معلومة من المعلومات تحمل طابعا قد يؤثر سلبا على تطور المرض أو على نجاح العلاج، يمكن أن يضطر الطبيب استثنائيا إلى تقنين المعلومات التي يعطيها، من أجل مصلحة المريض العلاجية** »

[2]- د/ زينة غانم يونس العبيدي، المرجع السابق، ص 23.

حدد الغير الذين يتم الإفصاح لهم. مؤدى ذلك أن عواقب المرض، القاتلة أو المميتة يجب الإفصاح عنها و لكن مع استعمال الحذر في ذلك[1].

و يقصد أنه لا توجد إمكانية في مثل هذه الحالات لاستعمال الطبيب سلطته الاستثنائية في إخفاء الحقيقة عن المريض. بالإضافة إلى التزام الطبيب بالإفصاح الحذر للمريض بالعواقب القاتلة لمرضه، فإنه يتعين عليه أيضا- وفق نص المادة R4127-35 فقرة 3 من (ت..ص.ع.ف) و في ذات الوقت إحاطة أقارب المريض علما بحالته، ما لم يكن للمريض قد منع ذلك مسبقاً، أو حدد الشخص الذي يجب الإفصاح له بحالته.

هذا و قد تناولت المادة 21 فقرة (2) من لائحة آداب المهنة[2] في مصر حدود التزام الطبيب بالإعلام و ذلك بقولها أنه « **يجوز للطبيب لأسباب إنسانية عدم إطلاع المريض على عواقب المرض الخطيرة، و في هذه الحالة عليه أن ينهي إلى أهل المريض *بطريقة إنسانية لائقة* خطورة المرض و عواقبه الخطيرة، إلا إذا أبدى المريض رغبته في عدم إطلاع أحد على حالته أو حدد أشخاصاً معينين لاطلاعهم عليها ولم تكن هناك خطورة على من حوله** »

و يلاحظ على نص هذه المادة أنه يتناول فقط العواقب الخطيرة للمرض، و قد أعطى هذا النص للطبيب سلطة إخفاء هذه العواقب عن المريض استنادا إلى أسباب إنسانية يقدرها هو، أي، أي الطبيب، و عند استعماله لهذه السلطة، يتعين على الطبيب أن يطلع أهل المريض على حالته، ما لم يكن المريض قد منع ذلك، أو حدد شخصاً معيناً للإفصاح له بحالته.

غير أن النص لم يتناول مسألة الإفصاح عن العواقب القاتلة أو المميتة، التي أفراد لها المشرع الفرنسي نص الفقرة الثالثة من المادة 35 من تقنين أخلاقيات المهنة في فرنسا.

نخلص إلى القول أن هذا الالتزام يقع زمنياً على عاتق الطبيب في كافة مراحل العلاقة الطبية، و من ناحية كيفية تنفيذه فعلى الطبيب أن يلتزم لغة يمكن للمريض فهمها، بحيث

---

[1] - ***DENDONCKER (D).*** Op. Cité. P1041

[2] - لائحة آداب مهنة الطب الصادرة بقرار وزير الصحة و السكان رقم 238 لسنة 2003 بتاريخ 5 سبتمبر 2003م.

تكون المعلومات المدلى بها بسيطة يمكن استيعابها، أمينة، و ملائمة لحالة المريض، و من حيث نطاقه فهذا الالتزام يقتصر على الإعلام بالمخاطر الجسيمة و لو كانت استثنائية الحدوث. و كما لاحظنا فإن هذا الالتزام ليس عاما أو مطلقاً بل هو نسبي، حيث يمكن في حالات يقدرها الطبيب، وفق لضميره أن يخفي عن المريض بعض المعلومات، أو يحجبها كاملة عنه، إذا اقتضت مصلحته ذلك.

ثانيا- التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض
(حق المريض في الموافقة على العلاج)

لا يكفي الإعلام وحده لمباشرة التدخل الطبي بل لابد من موافقة حرّة ومتبصرة من المريض، أي لابد من صدور رضا منه لكي يتمكن الطبيب من التدخل على جسمه، فالتدخل الطبي دون موافقة المريض يعتبر خطأ تترتب عنه المسؤولية الطبية.

1- مضمون التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض:

من أجل تحديد مضمون الرضا الصادر من المريض لابد من تعريفه، و بيان أوصافه.

- **المقصود برضا المريض المتبصر**: يقصد بالرضا تعبير المريض عن إرادته في قبول التدخل الطبي، أي هو الإذن الذي يعطي من قبل شخص عاقل و مدرك و قادر على الإفصاح عن رأيه في قبول أو رفض التدخل الطبي سواء كان علاجيًا أو جراحيًا، وهذا الرضا يخضع للقواعد العامة[1].

يرتبط الطبيب مع المريض عادة بمقتضى عقد طبي، و رضا المريض ركن لانعقاده. إذ يتعيّن على الطبيب متى ارتبط مع المريض بعقد التزم بالحصول على رضاه و يبقى الطبيب أيضا ملتزمًا بالحصول على رضا المريض حتى في حالة عدم وجود عقد بينهما، كونه شرط قانوني لممارسة مهنة الطب أوجبته النصوص المنظمة للصحة، فقد نص قانون الصحة العامة الفرنسي في المادة L.1111-4 منه على أن:« **كل شخص يتخذ القرارات المتعلقة بوضعه الصحي مع صاحب المهنة الصحية، بعد أن يأخذ بالحسبان المعلومات التي قدمت له عن حالته الصحية.**

1 - أنظر المادة 60 من (ق.م.ج).

و يجب على الطبيب احترام إرادة الشخص، بعد إعلامه بالنتائج المترتبة على اختياراته و قراراته. و إذا كانت إرادة الشخص برفض العلاج أو وقفه تضع حياته في خطر، فعلى الطبيب بذل كل ما لديه من جهد من أجل إقناعه بقبول العلاجات الضرورية.

لا يمكن إجراء أي عمل طبي أو علاج دون الموافقة الحرة و المبصرة للشخص، و يمكن سحب هذه الموافقة في أي وقت »، و هذا ما أكدته صراحة المادة R4127-36 على ضرورة توافر رضا المريض، و التي جاء فيها أنه:« **يجب الحصول على رضا الشخص الذي يفحص أو يعالج في جميع الأحوال».** و عندما يرفض المريض الذي تسمح له حالته بالتعبير عن رضاه، العلاجات أو الفحوصات Les investigations المقترحة يجب على الطبيب أن يحترم رفض المريض، و لكن بعد أن يعلمه بالنتائج التي يمكن أن تترتب على ذلك الرفض. أمّا إذا كان المريض فاقد الوعي فلا يمكن للطبيب أن يتدخل إلا بعد إبلاغ أقارب المريض و إعلامهم، إلا إذا استحال ذلك كما في حالة الضرورة الإسعافية[1].

أما في إطار الطب عن بُعد اشترط المشرع الفرنسي رضا المريض في المادة R 6316-2 فقرة (1)[2] على أنه:« **تنجز أعمال التطبيب عن بُعد بالموافقة الحرة و المبصرة للشخص، تطبيقاً خاصة لأحكام المادتين L1111-2 و L1111-4** »[3]

أما المشرع المصري فقد تناول هذا الالتزام في لائحة آداب مزاولة مهنة الطب البشري لسنة 2003[4] حيث نصت المادة 28 على أنه:« **لا يجوز للطبيب إجراء الفحص الطبي للمريض أو علاجه دون موافقة (مبنية على المعرفة) من المريض أو من ينوب عنه قانوناً إذا لم يكن المريض أهلاً لذلك، و يعتبر ذهاب المريض إلى الطبيب في مكان عمله موافقة ضمنية على ذلك، و في حالات التدخل الجراحي أو شبه الجراحي يلزم الحصول على موافقة (مبنية على المعرفة) من المريض أو من ينوب**

---

*1- **Jean-Marie Clément** , Droits des Malades et Bioéthique, op.cit., P 65 et s. **Sylvie Welsch**. Responsabilité du médecin, op.cit., N°170 et s , P.101 et s*

2- ajouté par l'article (1) du décret n° 2010-1229 du 19 octobre 2010 relatif à la télémédecine au code de la santé publique.

*3- Art. R. 6316-2 « **Les actes de télémédecine sont réalisés avec le consentement libre et éclairé de la personne, en application notamment des dispositions des articles L. 1111-2 et L. 1111-4** »*

4 - لائحة آداب مهنة الطب الصادرة بقرار وزير الصحة و السكان رقم 238 لسنة 2003 بتاريخ 5 سبتمبر 2003م.

عنه قانونا كتابة إلا في دواعي إنقاذ الحياة » كما نصت المادة 56 من نفس اللائحة على أن: « **يلتزم الطبيب الباحث بالحصول على موافقة كتابية (مبنية على المعرفة) من المتطوع على إجراء البحث عليه، و أن يتم الحصول على هذه الموافقة بطريقة رسمية و في حضور شهود إثبات وفي حالة ما إذا كان المتطوع قاصراً أو معاقاً أو ناقصاً للأهلية فإنه يلزم الحصول على الموافقة من الوصي الرسمي أو القيم ، ويشترط أن يكون البحث خاصاً بحالته المرضية**». نخلص أن المشرع المصري فرض على الطبيب التزام بالحصول على رضا المريض المبني على المعرفة consent built on knowledge قبل أي تدخل طبي، آخذاً بالموافقة الضمنية فيما يخص التدخلات الطبية غير الجراحية أو الشبه الجراحية، و اشترط الكتابة written consent في حالات التدخل الجراحي أو شبه الجراحي و في حالة إجراء التجارب و البحوث الطبية على الآدميين.

أما المشرع اللبناني، فقد نص في المادة 6/فقرة (1) من القانون المتعلق بحقوق المرضى و الموافقة المستنيرة لعام 2004 على أنه:« **لا يجوز القيام بأي عمل طبي، و لا تطبيق أي علاج، من دون موافقة الشخص المعني المسبقة، إلا في حالتي الطوارئ و الاستحالة**»[1]. أمّا المشرع الجزائري فقد نص على هذا الالتزام في المادة 154 من (ق.ح.ص.ت) على أن:« **يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك...**»، كما تنص (44) من (م.أ.ط) التي تقضي بأن:« **يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدّي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرّة متبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون...**» [2]. يُعتبر الرضا شرط لتنفيذ العقد الطبي و الأعمال الطبية سواء العلاجية أو الجراحية. لكن نلاحظ أن أحكام مدونة أخلاقيات الطب لا تشترط موافقة المريض، إلا بالنسبة للأعمال الطبية التي يكمن فيها خطر جدي على المريض، أما قانون حماية الصحة و ترقيتها تشترط موافقة المريض لكل علاج. و الحقيقة أن الموافقة أمر لابد منه في كل الحالات، مهما كان العمل أو العلاج ينطوي لا محالة على خطر حتى و لو كان بسيطاً جداً[3]

---

[1] - أنظر في ذلك، د/ سامي بديع منصور، القانون المدني الفرنسي و قانون الموجبات و العقود، تقارب أم تباعد، المرجع السابق، ص 186 و ما يليها.

2 – المواد 162 و 166 و 268/ 2 من (ق.ح.ص.ت).

[3] - د/ فيلالي علي، رضا المريض بالعمل الطبي، م.ج.ع.ق.إ.س، الجزء 36، رقم 3، جامعة الجزائر، 1998، ص 44.

2- أوصاف الرضا محل الالتزام:

يشترط التشريع أن يكون الرضا متبصرًا، و حرًّا، حيث نصت المادة L1111-4 فقرة (3) من ق.ص.ع. الفرنسي على أنه: « **لا يمكن إجراء أي عمل طبي أو علاج دون الموافقة الحرة و المبصرة للشخص، و يمكن سحب هذه الموافقة في أي وقت** »[1] و طبقا لنص (44) من (م.أ.ط) التي تنص على أن:« **يخضع كل عمل طبي، ... لموافقة المريض موافقة حرّة متبصرة...**» ، و أضاف الفقه وصفاً آخر للأوصاف السابقة و هو أن يكون مشروعا و أما القضاء أضاف وصف رابعاً و هو أن يكون صريحاً[2] لكي يكون الرضا الصادر من المريض صحيحاً، لابد من توافر الرضا على الأوصاف المذكورة و التي سنفصلها تباعاً:

- **أن يكون الرضا متبصرًا:** يقصد بذلك أن يكون المريض عالمًا بحالته الصحية وبنوع الأعمال الطبية أو الجراحية التي ستجرى له وما ينطوي عليها من نتائج ومخاطر فالتبصير الذي يجب إفادة المريض به هو ذلك العرض المستوفى الذي يعرض على المريض بطريقة سهلة ويسيرة دون الاكتفاء بالعبارات و المصطلحات الأكاديمية ذات المدلول العلمي التي لا يفهمها المريض باعتباره رجل عادي[3]. حيث نص المشرع اللبناني في المادة 6/ فقرة (2) على أنه: « **يجب أن تعطى هذه الموافقة بوضوح، أي أن تسبقها جميع المعلومات الضرورية المنصوص عليها في المادة الثانية من هذا القانون، كما يجب أن يقررها المريض بحرية و يتمكن من التراجع عنها ساعة يشاء. كذلك، يجب أن تجدد هذه الموافقة من أجل أي عمل طبي جديد لم يكن ملحوظا مسبقا، إلا في حالتي الطوارئ و الاستحالة**»

---

[1] - *voir l'article R1111-17 al (1) du C.S.P.F.*

[2] - ***« Attendu que, pour déclarer le prévenu coupable, l'arrêt retient qu'il a entrepris la recherche biomédicale sur (Jonas) alors que celui-ci, arrivé dans le service depuis une heure environ, était très affaibli et manifestement dans l'impossibilité de donner un consentement libre, éclairé et exprès, lequel n'a été recueilli ni par écrit ni d'une autre façon »***

- Cass. Crim. 24 fév. 2009. Pourvoi N° : 08-84436. Consulter l'arrêt sur le lien suivant : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020358473&fastReqId=133574995&fastPos=1

3 – د/ محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ....، مرجع سابق، ص 135.

- **أن يكون الرضا حرًا:** تتمثل حرية الرضا في اختيار المريض قبول التدخل الطبي أو رفضه بعد أن يكون على بصيرة و علم و دراية بما عزم الطبيب على عمله، فللمريض وحده حق الموافقة على التدخل الطبي أو العدول عنه[1]، فلا يستطيع الطبيب أن يفرض على مريضه علاجًا معينًا أو تدخلاً دون موافقته على ذلك.
- **أن يكون الرضا مشروعًا:** كما يشترط في موضوع الرضا ألا يخالف النظام العام و الآداب العامة، فتكون موافقة المريض على العمل الطبي هو علاجه و تخفيف آلامه، أمّا إذا كانت الموافقة تتعلق بعمل مخالف للقانون كأن يوافق المريض على تغيير جنسه، أو الموافقة على القتل بدافع الرحمة، فهي أعمال غير مشروعة[2].

3- نطاق

التزام الطبيب بالحصول على موافقة المريض:

يمارس الطبي أثناء تدخله على جسم المريض أعمال طبية يهدف من وراءها إلى إزالة العلة التي يشكو منها المريض أو على الأقل التخفيف من آلامه و معاناته، فيلتزم بالحصول على إذن المريض بها، وحصول الطبيب على الرضا يكون من المريض شخصيًا و إن تعذر ذلك فمن المخولين منه أو من الممثلين القانونيين الذين يمكن للطبيب الرجوع إليهم للحصول على هذه الموافقة الضرورية لإباحة هذه الأعمال الطبية التي يأتيها الطبيب ويمس بها جسم الإنسان.

لابد من البحث على الأشخاص محل وجوب الحصول على الموافقة منهم و الذي يعتبر الطبيب مخطئا إن لم يعلمهم بمحتوى التدخل الطبي، و كذلك الأعمال الطبية محل التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض.

أ. الأشخاص محل التزام الطبيب بالحصول على رضائهم:

المشرع الفرنسي: اشترط المشرع الفرنسي صراحة في المادة R4127-36 على ضرورة توافر **رضا المريض**، و التي جاء فيها أنه « **يجب الحصول على رضا الشخص الذي**

1 – تؤكد المادة 49 من 'م.أ.ط) و المادة 3/154 من (ف.ح.ص.ت) بأنه إذا رفض المريض العلاج الطبي يشترط منه تقديم تصريح كتابي بهذا الشأن.

2 – د/ محمد حسين منصور ، مرجع سابق، ص 67.

يفحص أو يعالج في جميع الأحوال»، أما إذا كان المريض في حالة لا تسمح له بالتعبير عن إرادته، فلا يمكن للطبيب القيام بأي فحص أو علاج، باستثناء حالتي الاستحالة و الضرورة الإسعافية (أي الاستعجال) دون استشارة **الشخص موضع الثقة** عند المريض وفقًا لنص المادة L.1111-6 من القانون ذاته [1].

و تضيف المادة L.1111-5 من ق.ص.ع. الفرنسي« **خلافاً لنص المادة 371-2 من القانون المدني، يمكن الطبيب أن يعفي نفسه من الحصول على موافقة صاحب أو أصحاب السلطة الأبوية حول القرارات الطبية التي يجب اتخاذها خلال المعالجة أو العملية من أجل حماية صحة شخص قاصر في حالة ما إذا كان هذا الأخير معارضا صراحة استشارة صاحب أو أصحاب السلطة الأبوية بهدف الحفاظ على سر حالته الصحية. غير أنه يجب على الطبيب في الأوقات الأولى السعي إلى الحصول على موافقة القاصر على هذه الاستشارة. و في حالة إصرار القاصر على معارضته، يمكن الطبيب تنفيذ المعالجة أو العملية، و في هذه الحالة يجب أن يُرافق القاصر بشخص راشد من اختياره»**

أحكام هذه المادة تعالج بشكل خاص وضع القاصرات اللواتي يرغبن في وقف حملهن إراديًا و من ثمّ إجراء عملية الإجهاض و كذلك وضع القصر الذين يعانون من أمراض خطيرة مثل الإيدز و لا يرغبون بإعلام أسرهم بذلك. و في الحالة التي يستفيد منها القاصر، الذي انقطعت علاقته مع أسرته ، بشكل شخصي من تغطية نفقات الأداءات العينية من التأمين الطبي أو الأمومة، ومن التغطية الإضافية طبقًا للقانون رقم 99/641

---

1 – تنص المادة L1111-6 « **يمكن لكل شخص راشد تعيين شخص جدير بالثقة (موضع ثقة) الذي يمكن أن يكون قريبا أو الطبيب المعالج و الذي سيستشار في حالة ما إذا لم يكن في حالة تسمح له بالتعبير عن إرادته و تلقي الإعلام اللازم لهذا الغرض. يتم هذا التعيين كتابيا. وهو قابل للتعديل في أي وقت. إذا أراد المريض فإن شخص الجدير بالثقة سيرافقه في خطواته و يساعده في لقاءاته الطبية من أجل مساعدته في قراراته.**

يُقترح على المريض عند كل استشفاء بمؤسسة صحية تعيين شخص جدير بالثقة (موضع ثقة) حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة السابقة. و هذا التعيين صالح لمدة الاستشفاء في المستشفى باستثناء ما إذا أراد المريض شيئا مغايرا.

و لا تطبق أحكام هذه المادة عندما يتم الأمر بتدبير وصاية. و مع ذلك فإن قاضي الوصايات يمكنه في هذه الفرضية سواء تأكيد مهمة شخص الجدير بالثقة المعين سابقا أو تعديل تعيين هذا الأخير»

الصادر بتاريخ 07/27/ 1999 المتعلّق بإحداث التغطية المرضية الشاملة، فيكفي الحصول على رضاه وحده.[1]

أما إذا تعلّق الأمر بمعالجة قاصر أو بالغ خاضع لتدابير الحماية القانونية نتيجة لنقص الأهلية أو انعدامها، فالمادة R4127-42 من هذا التقنين تلزم الطبيب ببذل قصار جهده من أجل إبلاغ أقارب المريض و إعلامهم أو تبليغ ممثله القانوني و الحصول على رضاهم.

و إذا كان بالإمكان أخذ رأي المريض في مثل هذه الحال فيجب على الطبيب أن يأخذه بالحسبان قدر الإمكان.

المشرع اللبناني: اشترط المشرع اللبناني صدور الرضا من المريض وفقا للمادة 6/فقرة (1) من القانون المتعلق بحقوق المرضى و الموافقة المستنيرة لعام، كما اشترط أيضاً في المادة الثامنة من هذا القانون على الطبيب بأن يقترح على المريض خلال مدة المعالجة، أن يعين خطياً شخصاً موضع ثقة لديه يمكن استشارته في حال ما إذا أصبح المريض في وضع لا يسمح له بالتعبير عن إرادته و بالحصول على المعلومات الضرورية اللازمة لاتخاذ القرارات المتعلقة بوضعه الصحي، و يجب على الطبيب في مثل هذه الحال إعطاء المعلومات للشخص موضع الثقة لدى المريض، و لاسيما إذا أدخل غرفة العناية الفائقة، و يستثنى من هذا الحكم القاصرون (و الراشدون الخاضعون للوصاية).

و يترتب على ذلك أنه لا يجوز إخضاع المريض، الذي يكون في وضع لا يسمح له بالتعبير عن إرادته، لأي عمل طبي و لا لأي علاج قبل استشارة الشخص موضع الثقة الذي حدده المريض، و ذلك باستثناء حالتي الطوارئ أو الاستحالة، طبقًا لما جاء في المادة التاسعة من هذا القانون.

أمّا إذا كان المريض غير أهل للتعبير عن إرادته بسبب سنه أو حالته العقلية، فيجب في مثل هذه الحال الحصول على موافقة نائبه القانوني. كما ينبغي مشاركة المريض في مثل هذه الحال في اتخاذ القرار و ذلك تبعًا لدرجة إدراكه و فهمه.

---

1 – أنظر في ذلك:

***Welsch(Sylvie)**, Responsabilité du médecin, op.cit., N°87 et s , P.53 et s.*

و لكن إذا رفض النائب القانوني الموافقة على علاج المريض الخاضع لتدابير الحماية القانونية بسبب صغر سنه أو حالته العقلية، و كان من شأن ذلك تعريض سلامة المريض الجسدية للخطر، فعلى الطبيب أن يرفع الأمر إلى النيابة العامة من أجل تأمين العناية الضرورية لهذا المريض.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري: لم تحدد النصوص القانونية المنظمة للصحة سنًا معينة حتى يكون المريض أهلاً لأن يصدر منه الرضا عن العمل الطبي، وفي هذه الحالة تطبق القواعد العامة المتعلقة بأهلية التصرف في القانون المدني[1]، و يتخذ الغير الذين يمكنهم الرضا عوض المريض صفة المخولين منه أو من القانون الذين يجب على الطبيب الرجوع إليهم للحصول على الموافقة قبل تنفيذ العمل الطبي و هو ما نصت عليه المادة 44 من (م.أ.ط) المذكورة أعلاه[2].

إذا تعلّق الأمر بمريض قاصر أو بالغ عاجز، فإن المشرع الجزائري أولى به عناية فائقة وذلك من خلال الحماية القانونية التي خولها له من خلال وضعه تحت مسؤولية ممثله، فيلزم الطبيب بإخطار ممثله القانوني و يحصل منه على الرضا قبل تنفيذ العمل الطبي[3]. إذ تنص المادة 52 من (م.أ.ط.ج) على ما يلي: « **يتعيّن على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ أن يسعى جاهدًا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي و يحصل على موافقتهم** ». وتضيف المادة 2/154 من (ق.ح.ص.ت) على ما يلي:«... **يقدم الطبيب العلاج الطبي تحت مسؤوليته الخاصة، إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لإنقاذ حياة أحد القصر ... ويتعذر الحصول على رضا الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب...**».

---

1 – سن الرشد المدني طبقا للمادة 40 من القانون المدني هو 19 سنة، وسن الرشد الجزائي هو 18 سنة طبقا للمادة 442 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري الصادر بموجب 66–155 مؤرخ في 18 سفر عام 1386 الموافق لـ جوان سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر عدد 48، السنة الثالثة، مؤرخة في 19 صفر 1386 الموافق لـ 10 جوان 1966، معدل ومتمم.

2 – أجاز المشرع الجزائري من خلال المادة 44 من (م.أ.ط) لأشخاص مخولين من المريض أن يصدر عنهم رضا في تنفيذ العمل الطبي نيابة عن المريض إلا أنه لم يحدد صفة هؤلاء المخولين من المريض ولا صلاحياتهم أو مهامهم.

3 – عبد الكريم بلعرابي، محمد سعداوي، الإعفاء من المسؤولية الطبية، الملتقى الوطني المنظم بكلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، أيام 09 و 10 أفريل 2008، ص 183.

ب. الأعمال الطبية محل الالتزام بالحصول على الرضا:

يقصد بالأعمال الطبية محل الالتزام بالحصول على الرضا هي:« **تلك الأعمال التي يقوم بها شخص متخصص من أجل شفاء الغير، طالما كانت هذه الأعمال تستند إلى الأصول و القواعد الطبية المقررة في عالم الطب**»[1]. إذ يتعيّن الحصول على الرضا في كل عمل طبي مهما كان، حيث نص المشرع الجزائري في المادة 154 من (ق.ح.ص.ت) على أن:« **يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك...**». و تزداد أهمية الموافقة في الأعمال الطبية ذات الطبيعة الخاصة كعمليات الإخصاب المساعد و تصحيح الجنس و عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية و التجارب الطبية[2]، حيث اشترطت المادة 6/ فقرة(3) من قانون الموافقة المستنيرة اللبناني الموافقة الخطية إذا استدعت حالة المريض الصحية إجراء عملية جراحية كبيرة، و إخضاع الموافقة لشروط إضافية في حالات معينة، كالإنجاب المساعد طبياً، و التبرع بالأعضاء و زرعها، و المشاركة في البحوث السريرية، و وقف الحمل طبياً و ذلك بنصها على أن:« **يكون التعبير عن هذه الموافقة خطيا للعمليات الجراحية الكبيرة، كذلك، يمكن إخضاعها لشروط إضافية في حالات معينة، كوضع الحد طبيا للحمل، و استئصال الأعضاء و زرعها، و المساعدة الطبية على الإنجاب، و المشاركة في الأبحاث السريرية**»

كما اشترط المشرع الجزائري ضرورة الحصول على الموافقة الخاصة الكتابية و الرضا المتبصر و الحرّ، في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية و التجارب الطبية اللذين

---

[1] – د/ شمس ، محمود زكي، الموسوعة العربية للاجتهادات القضائية الجزائية، ج25168/36، ط الأولى، دمشق 2005م.
أنظر كذلك د/ محمد الحسيني، المرجع السابق، ص 47.

[2] - ***« Attendu que, pour déclarer le prévenu coupable, l'arrêt retient qu'il a entrepris la recherche biomédicale sur (Jonas) alors que celui-ci, arrivé dans le service depuis une heure environ, était très affaibli et manifestement dans l'impossibilité de donner un consentement libre, éclairé et exprès, lequel n'a été recueilli ni par écrit ni d'une autre façon »***

- Cass. Crim. 24 fév. 2009. Pourvoi N° : 08-84436. Consulter l'arrêt sur le lien suivant : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020358473&fastReqId=133574995&fastPos=1

نظمهما تنظيمًا خاصًا [1]. و تعد هذه الشكلية خروجاً عن الأصل، و ذلك لخطورة مثل هذه العمليات و مساسها بالكيان الجسدي، و هذا ما اشترطه المشرع الفرنسي في المادة L1231-1 و L1122-1 من ق.ص.ع. الفرنسي.

ثالثا- التزام الطبيب بالسر الطبي

(حق المريض في احترام حياته الخاصة):

الحق في احترام الحياة الخاصة هو حقّ لكل شخص و هذا ما تؤكده الشرعية الدولية لحقوق الإنسان و كذلك اتفاقيات حقوق الإنسان الإقليمية[2]. و يمتاز هذا الحق، على الصعيد الوطني، في معظم الدول بقيمة دستورية[3] حيث تجيز المادة 47 من (ت.م.ج) بأن:« **لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف هذا الاعتداء و التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر**»[4]. في حين أن القانون الفرنسي يكرسّ صراحة الحق في احترام الحياة الخاصة، بشكل عام، وفقًا لما جاء في المادة 9 من القانون المدني الفرنسي[5].

و يكتسي هذا الحق في مجال العلاج أهمية خاصة، و يحتل في الدول التي أصدرت قانونًا خاصًا بحقوق المرضى مكانة بارزة، كما هو عليه الحال في القانون الفرنسي لعام 2002، و كذلك في القانون اللبناني لعام 2004، إذ نص المشرع الفرنسي هذا الالتزام و حدد مضمونه في المادة L.1110-4 من ق.ص.ع. الفرنسي [6] على أن:« **كل شخص تولى العناية به صاحب مهنة صحية أو مؤسسة أو شبكة صحية أو أي منظمة أخرى تشارك في الوقاية أو في العلاجات، له الحق في احترام حياته الخاصة وسرية المعلومات المتعلقة به.**

---

1 – راجع المواد 162 و 166 و 168 من قانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل و المتمم بموجب قانون 17-90

2 - للمزيد من المعلومات حول الحق في الحياة أنظر: د. محمد واصل، الحقوق الملازمة للشخصية – دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ، دار الجاحظ، دمشق 1995 ، ص 281 و ما يليها.

3 - و هو ما أكد عليه الدستور الجزائري في المادة 34 فقرة (1) و المادة 39 منه.

4 - تقابلها المادة 52 من القانون المدني السوري

5 - Article 9 al 1 du C.C.F dispose que : « **Chacun a droit au respect de sa vie privée** »

6 – أضيفت هذه المادة بموجب المادة 3 من القانون رقم 2002/303 الصادر بتاريخ 2002/03/04 و المتعلق بحقوق المريض و جودة نظام الصحة.

و باستثناء الحالات التي يجيز فيها القانون إفشاء هذا السرّ، فإن السرية تشمل كل المعلومات المتعلقة بالشخص و التي وصلت إلى علم صاحب المهنة الصحية، أو أي عضو من أعضاء المؤسسات أو المنظمات الصحية، و أي شخص تربطه علاقة بهذه المؤسسة نتيجة الأنشطة التي يمارسها. وتفرض السرية على كل أصحاب المهن الصحية المتدخلين في النظام الصحي.

ومع ذلك يمكن لشخصين أو أكثر لأصحاب المهن الصحية، دون معارضة الشخص المعني الذي يحاط علمًا بذلك تبادل المعلومات المتعلقة بالشخص نفسه الذين يتولون العناية به من أجل ضمان استمرارية العلاجات أو تحديد أفضل سبل العناية الصحية الممكنة به. و عندما يتولى فريق في مؤسسة صحية العناية بشخص فإن المعلومات المتعلقة بالمريض يفترض فيها أنها أعطيت لجميع أعضاء الفريق ومن ثمّ يعدّ الفريق الطبي مؤتمنًا على هذه المعلومات» [1]، كما نصت على هذا الالتزام و حددت مضمونه المادة R.4127-4 من ق.ص.ع. الفرنسي[2] على أنه:« **يلتزم الطبيب بالسر المهني المقرر لمصلحة المرضى وفقًا للشروط المنصوص عليها في القانون. و يشمل السرّ كل معلومة تصل إلى علم الطبيب حين ممارسة مهنته، و بمعنى آخر لا يشمل السرّ المهني فقط المعلومات التي أباح بها المريض له، و إنما يشمل أيضًا ما يراه و ما يسمعه بخصوص مريضه»**[3].

أما السر الطبي في إطار التطبب عن بُعد فقد نصت عليه المادة R 6316-2 الفقرة (2) على أنه: « **باستثناء معارضة الشخص المبصر بالنحو الواجب، يجوز للمهنيين**

---

1 – أنظر في ذلك:

WELSCH (Sylvie). Responsabilité du médecin, op.cit., N°272 et s, P.149 et s.

2- *Article R.4127-4 du C.S.P.F* « ***Le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi.***
Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris. »

3- *Article R.4127-4 du C.S.P.F* « ***Le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi.***
Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris. »

المساهمين في عمل من أعمال التطبيب عن البعد من تبادل المعلومات المتعلقة بهذا الشخص، و لا سيما عن طريق تكنولوجيا الإعلام و الاتصال»[1].

و بهدف ضمان سرية المعلومات الطبية المنصوص عليها أعلاه فإن حفظها على دعامة إلكترونية أو نقلها عن طريق إلكتروني بين أصحاب المهن الصحية يخضع للقواعد التي تصدر بمرسوم عن مجلس الدولة بناءًا على رأي علني و معلل للجنة الوطنية للمعلوماتية و الحريات.[2]

كما نص المشرع الجزائري في المادة 36 من م.أ.ط على أنه « **يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض و المجموعة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك»** كما أشارت المادة 206 فقرة (1) من القانون رقم 90-17 المعدل و المتمم لقانون حماية الصحة و ترقيتها[3]، إلى وجوب التزام الطبيب الحفاظ على السر الطبي، إذ نصت على أن« **يضمن احترام شرف المريض و حماية شخصيته بكتمان السر المهني الذي يلزم به كافة الأطباء و جراحو الأسنان و الصيادلة»**.

كما أكده القانون اللبناني لعام 2004 المتعلق بحقوق المرضى و الموافقة المستنيرة في المادة 12 حق كل مريض يتولى العناية به طبيب أو مؤسسة صحية في أن تحترم حياته الشخصية و سرية المعلومات المتعلقة بها. و كذلك الحال إذا كان يتولى أمر العناية بالمريض فريق للعناية الطبية، فإن هذا الفريق يعدّ بحكم القانون مؤتمنًا على المعلومات المتعلقة بالوضع الصحي للمريض، و من ثمّ يكون ملزمًا بالسرية المهنية[4] و من الطبيعي أن إطلاع المريض على المعلومات المتعلّقة بوضعه الصحي لا يشكل خرقًا لواجب السر المهني[5].

---

[1]- *R 6316-2 al 2 dispose que* « ***Les professionnels participant à un acte de télémédecine peuvent, sauf opposition de la personne dûment informée, échanger des informations relatives à cette personne, notamment par le biais des technologies de l'information et de la communication»***

2 - تعاقب الفقرة الخامسة من هذه المادة على الحصول أو محاولة الحصول على هذه المعلومات بما يخالف أحكام هذه المادة بالحبس مدة سنة وبغرامة مقدارها 15 ألف يورو.

[3] – القانون رقم 17/90 مؤرخ في 31 يوليو 1990، ج ر عدد 35 مؤرخة، في 15 غشت 1990.

4 – أنظر في ذلك : د. سامي بديع منصور، القانون المدني الفرنسي و قانون الموجبات و العقود: تقارب أم تباعد، المرجع السابق، ص 186 و ما يليها.

5 – تنص المادة 15 من القانون اللبناني لعام 2004 على أنه «يحق لكل مريض، أو لممثله القانوني إذا كان قاصرًا أو خاضعًا للوصاية، الإطلاع على المعلومات الموضوعية المتعلقة بصحته، التي يملكها أفراد المهن أو المؤسسات الصحية، كما هي مدونة

و إذا تطلب الأمر إعطاء بعض المعلومات للمؤسسات التي تكفل نفقات علاج المريض، و التابعة للقطاع العام أو الخاص، فإن تلك المعلومات يجب أن تقتصر على المعلومات الضرورية بمراقبة تكاليف نفقات علاج المريض، طبقًا لما جاء في المادة 13 من القانون نفسه.

نخلص إلى أن الالتزام بالمحافظة على السر الطبي يشمل كل ما يحصل عليه الطبيب من معلومات تخص مريضه، سواء أفضى بها المريض إليه باختياره، أو كان الطبيب قد استخلصها بنفسه[1]. و هو التزام مفروض على كل طبيب يربطه بالمريض عقد علاج بوصفه طبيباً معالجاً. و يمكن إذن أن يعرف الإفشاء بالسر بأنه كشف السر و إطلاع الغير عليه، مع تحديد الشخص صاحب المصلحة في كتمانه، و يعني ذلك أن جوهر الإفشاء هو الإفضاء بمعلومات كافية و محددة[2]، إلى غير الأشخاص الذين يحق لهم قانونيا الاطلاع عليه [3].

و يتم الإفشاء بالسر المهني بأية وسيلة، سواء كتابيا أو شفهيا[4]، أو سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، كالنشر في الصحف و المجلات، أو إعطاء شهادات طبية للغير.

في ملفه الطبي. و بناءًا على طلبه الموجه إلى مدير المؤسسة الطبية المعنية أو الطبيب المعني، يمكنه الحصول شخصيًا على هذه المعلومات أو بواسطة طبيب أو شخص ثالث يلتزم السرية. و يستطيع أي من هؤلاء أن يطلع على الملف في مكانه أو أن يطلب نسخة عن الوثائق على حساب المريض». و تحدد المادة 16 من هذا القانون لمعلومات التي يجب أن يتضمنها الملف الطبي، الذي تلزم لمؤسسة الصحية بفتحه لكل مريض يقبل فيها. وهذه المعلومات على نوعين:

1. الوثائق المتعلقة بإدخال المريض إلى المستشفى وتلك المتعلقة بإقامته فيه، وهي: بطاقة التعريف بالمريض، و الوثيقة التي تبين سبب إدخاله المستشفى، و نتائج الفحوصات السريرية و الكشوفات، و بطاقة البنج، و تقارير العمليات الجراحية أو الولادة، و الوصفات العلاجية، و تقرير حول تاريخ المريض الصحي، و تقارير المتابعة اليومية.
2. الوثائق التي يجب أن توضع في الملف الطبي بنهاية كل إقامة في المستشفى، وهي: تقرير الاستشفاء مع التشخيص لدى إخراج المريض من المستشفى، و الوصفات المعطاة له عند خروجه.

[1] – د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 180.

[2] – د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 181.

[3] – د/ عاطف النقيب، المرجع السابق، 186.

[4] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 12 janv 1999. Pourvoi N°: 96-20580. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :*** ***http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007040119&fastReqId=235070801&fastPos=46***

و يبقى أن نتساءل: هل الالتزام بالسر المهني هو التزام مطلق أم التزام محدود لا يشمل كل الحالات؟ إجابة على ذلك نقول إن القانون أباح للأطباء و جراحي الأسنان و الصيادلة إفشاء السر و ذلك في حالات معينة حيث نصت المادة 206 من القانون رقم 90-17 « **ما عدا الترخيص القانوني، يكون الالتزام بكتمان السر المهني عاما و مطلقا في حالة انعدام رخصة المريض...**»، **بمعنى** أجاز القانون إفشاء السر في حالات معينة و هي:

- **حالة أداء الشهادة أمام القضاء:** وفقاً لنص المادة 206 فقرة 4 فإنه لا يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي المدعو للإدلاء بالشهادة أمام القاضي، خارج الجلسة أو في جلسة سرية، أن يكتم السر المهني عنه فيما يخص موضوعا محدد يرتبط بمهمته.

- **حالة أداء خبرة طبية:** بإمكان الطبيب أن يتحلل من هذا الالتزام، إذا كلف من قبل المحكمة بالقيام بالكشف الطبي على شخص بصفته خبيرا، فهو طليق من موجبه لأنه ملزم بإيراد كل الوقائع و تضمينها في التقرير الذي سيرفعه سواء تلك التي اطلع عليها، أو التي استنتجها، أو تلك اعترف بها المريض نفسه[1].

- **حالة الإبلاغ عن جريمة:** حيث ألزم المشرع كل طبيب بالإدلاء لدى السلطات المختصة عن كل ما يصل إلى علمه من وقائع أو معلومات متعلقة بجرائم وقعت[2]، و ذلك أثناء ممارسة نشاطه الطبي، بل أكثر من ذلك، فقد ذهب المشرع إلى حد معاقبة الأطباء في حالة عدم الإدلاء بتلك باعتباره سكوتا عن جريمة، فالمادة 301 فقرة 2 من تقنين العقوبات مثلا تلزم الأطباء بالتبليغ عن جريمة الإجهاض التي تصل إلى علمهم[3].

---

[1]- عاطف النقيب، المرجع السابق، ص 187. المادة 206 فقرة من قانون الصحة و ترقيتها المضافة بالمادة 4 من القانون رقم 90-17 قانون رقم 90-17 مؤرخ في 31 يوليو 1990 يعدل و يتمم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985، المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، ج ر عدد 35، مؤرخة في 15 أوت 1990.

[2] - نص المشرع المصري في المادة (33) من لائحة آداب مزاولة مهنة الطب البشري لسنة 2004 على ما يلي: « **يجب على الطبيب إبلاغ الجهات المختصة عن الإصابات و الحوادث ذات الشبهة الجنائية مثل حالات الإصابة بأعيرة نارية أو جروح نافذة أو قطعية أو غيرها مع كتابة تقرير طبي مفصل عن الحالة وقت عرضها عليه ويمكن للطبيب دعوة زميل آخر للمشاركة في مناظرة الحالة وكتابة التقرير** »

[3]- أمر 156/66 مؤرخ في08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49 مؤرخة 11 يونيو 1966 م، المعدل و المتمم. تنص: «... **و مع ذلك فلا يعاقب الأشخاص المبينين أعلاه رغم عدم التزامهم بالإبلاغ عن حالات**

كما جاء في المادة 226-14 من ق.ع. الفرنسي « **فضلا عن ذلك، لا تطبق أحكام المادة 226-13 من قانون العقوبات على: - من يعلم السلطات القضائية أو الطبية أو الإدارية بالحرمان و سوء المعاملة، بما يشمل الاعتداءات الجنسية، التي وصلت إلى علمه، و التي تمارس على قاصر يبلغ الخامس عشرة من العمر أو على شخص ليس باستطاعته أن يحمي نفسه بسبب سنه أو سبب حالته الجسدية أو النفسية.**»[1]

- **حالة الإبلاغ عن مرض معد:** توجب المادة 54 من (ت.ص.ت) على كل الأطباء أن يخبروا المصالح أو السلطات الصحية بكل مرض معد و لو كان المريض هو الذي أفضى و أقر لهم بذلك، أو إذا تم تشخيص هذا المرض من طرفهم و معاينة وجوده، و في حالة عدم تبليغهم بذلك للجهات المختصة و المعنية و لو بحجة الحفاظ على السر المهني فإنهم يتعرضون للعقوبات، هناك حالة أخرى أضافها القضاء الفرنسي و هي حالة:

- **حالة موافقة المريض على إفشاء السر الطبي الذي يخص حالته الصحية:** إذ يعتبر السر الطبي ملكية للمريض، وله وحده الحق في إفشائه، و هذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 1972/02/11، و تبنى المشرع الجزائري هذه الحالة بموجب قانون رقم 90-17 السالف الذكر.

- **حالة تشخيص أو تخمين طبي خطير:** في حال تشخيص أو تخمين طبي خطير فلا يعدّ خرقاً للسر المهني إعطاء المعلومات الضرورية لأسرة المريض أو لأقاربه أو لشخص الجدير بالثقة المحدد في المادة L1111-6، و التي يكون من شأنها دفع هؤلاء إلى الوقوف بجانب المريض و دعمه مباشرة و رفع معنوياته، باستثناء ما إذا كان المريض قد رفض ذلك مسبقًا و في هذه الحال فإن الطبيب وحده هو المؤهل لإفشاء هذه المعلومات، أو عن طرق شخص آخر أو على مسؤولية الطبيب نفسه.

الإجهاض التي تصل إلى علمهم بمناسبة ممارسة مهنتهم، بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذ هم أبلغوا بها فإذا دعوا للمثول أمام القضاء في قضية إجهاض يجب عليهم الإدلاء بشهادتهم دون التقيد بالسر المهني»

[1] - تعاقب المادة 226-13 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد لعام 1994 وتعديلاته على إفشاء معلومة ذات طابع سرّي من قبل شخص مؤتمن عليها إما بسبب حالته أو مهنته، أو بسبب وظيفة أو مهنة مؤقتة بالحبس مدّة سنة و بغرامة مقدارها 15200 يورو.

و وفقًا لما جاء في المادة 14 من قانون الموافقة المستنيرة اللبناني لعام 2004 إذا توصل الطبيب إلى تشخيص أو تخمين طبي خطير يمكن أن يفضي إلى موت المريض، فيمكن للطبيب أن يعلم عائلة المريض بذلك، و لا يتعارض هذا الإفشاء مع واجب السرية المهنية.

- **حالة الدفاع عن ذكرى المريض المتوفى أو لإثبات حقوقهم:** أعطى قانون الموافقة المستنيرة اللبناني لعام 2004 الحق لورثة المريض، في حال وفاته، في الاطلاع على المعلومات التي يتضمنها ملفه الطبي، شريطة أن تقتصر تلك المعلومات على ما هو ضروري من أجل السماح لهم بمعرفة أسباب وفاة المريض، و الدفاع عن ذكراه أو إثبات حقوقهم. و لكن إذا كان المريض قد رفض إعطاء مثل هذه المعلومات لورثته في أثناء حياته فيمنع على هؤلاء الإطلاع على تلك المعلومات[1]. و بعبارة أخرى لا يشكل السر الطبي عائقًا أمام إعطاء المعلومات المتعلقة بشخص متوفى إلى ورثته في حدود أنها تعدّ ضرورية لهم لمعرفة أسباب الوفاة، و الدفاع عن سمعة المتوفى أو المطالبة بحقوقه، باستثناء ما إذا كان المتوفى قد عارض ذلك في أثناء حياته[2].

1 – أنظر نص المادة 17 من القانون اللبناني لعام 2004 المتعلق بحقوق المرضى و الموافقة المستنيرة.

2 – أنظر في ذلك:

WELSCH (Sylvie). *Responsabilité du médecin, op.cit., N°234 et s , P.157 et s.*

الفرع الثاني: الالتزام الفني

استقر كل من الفقه و القضاء على أن العمل الطبي هو ذلك النشاط الذي يأتيه طبيب متخصص مرخص له بمزاولة مهنة الطب على جسم المريض، من أجل شفاءه أو على الأقل التخفيف من آلامه، على أن يكون ذلك متفقا مع الأصول العلمية الحديثة و القواعد المتفق عليها نظريا و علميا بين أهل الطب، و أن يكون برضاء من يجرى العمل الطبي على جسده، و هذا النشاط يمر بجملة من المراحل لكل منها ضوابط و خصوصياتها فهو يبدأ بفحص المريض و تشخيص العلة التي يعاني منها (أولا) و بعد الانتهاء من التشخيص يقوم بوصف العلاج الذي يراه مناسبا بتقديم وصفة طبية للمريض، و في حالات معينة يكون العلاج جراحيا (ثانيا) ثم بعد ذلك تأتي مرحلة الرقابة العلاجية بعد تناول المريض للأدوية أو بعد تنفيذ العملية الجراحية (ثالثا).

أولا: الالتزام بالتشخيص:

يقصد بالتشخيص تحديد نوع المرض المصاب به المريض[1]، و هي مرحلة تالية لمرحلة الفحص الطبي، ففي هذه المرحلة يقوم الطبيب باستخلاص النتائج من الظواهر التي تبينت له من خلال الفحص الطبي أو من تفسيره للأعراض المختلفة التي ظهرت على المريض، و ذلك وفقاً للمعطيات العلمية، و ذلك لتحديد نوع المرض المصاب به المريض تمهيداً لوصف العلاج اللازم له[2] .

و عرفه جانب من الفقه بأنه « **مهمة يحاول فيها الطبيب معرفة المرض و درجة خطورته و تطوره، وجمع ما يحيط به من ظروف المريض، و حالته الصحية العامة، و سوابقه المرضية و التأثيرات الوراثية، و لا يجد الطبيب ما يعتمد عليه في تكوين رأيه سوى ما يلمسه من أعراض المرض التي تكون في أغلب الحالات متشابهة و**

---

[1] – د/ رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر 2005. ص، 30. أنظر كذلك في نفس المعنى فريد عيسوس، الخطأ الطبي و المسؤولية الطبية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر، 2003، ص 38.

[2] – د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 30.

غير محددة، كذلك ما يدلي به المريض إلى الطبيب من معلومات كثيراً ما تكون هذه المعلومات غير صادقة للظروف الصحية التي مر بها المريض...»[1]

و تعتبر مرحلة البداية في علاقة الطبيب بمريضه، و العمل الطبي يعتمد على صحة التشخيص و سلامته، فإذا فشل فقد تصبح الأعمال اللاحقة و خصوصاً العلاج الموصوف خاطئة أيضاً، و على الطبيب أن يبذل في التشخيص العناية اليقظة، إذ عليه أن يستمع إلى شكوى المريض و أن يأخذ منه ومن أهله كافة المعلومات التي يحتاج إليها، ثم يبدأ بفحص المريض بشكل دقيق لمواضع الألم و مواطنه مستعملاً جميع الوسائل التي يضعها العلم تحت تصرفه، بحيث يكون رأيه في التشخيص بعيداً عن الغلط قدر الإمكان[2].

و التشخيص يتطلب توافر شرطان في الطبيب، الأول هو المعرفة العلمية، و الثاني هو البحث لتحديد المرض.

الشرط الأول: المعرفة العلمية

يشترط في الطبيب أن يكون عالما بالمبادئ الأولية للطب المتفق عليها من قبل الجميع و التي تعد الحد الأدنى الذي يتفق مع أصول المهنة الطبية، و أن تكون عنايته وفقاً للأصول العلمية المتعارف عليها في الطب، و قد أوجبت المادة L.4127-33 من قانون الصحة العامة الفرنسي على أنه " **يجب على الطبيب دائما أن يجري تشخيصه بعناية أكثر دقة، و أن يكرس له الوقت اللازم، و الاستعانة قدر الإمكان بالطرق العلمية الملائمة،...**"[3]، إذن يجب أن يكون تشخيص الطبيب مطابقا للأصول العلمية الثابتة التي يجب على كل طبيب الإلمام بها، و أن يبذل الجهود الصادقة اليقظة التي يبذلها طبيب مثله في الظروف ذاتها.

---

[1]– فريد عيسوس، المرجع السابق، ص 38.

[2]– القاضي، طلال عجاج، المسؤولية المنية للطبيب " دراسة مقارنة"، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004، ص 252.

[3] - *Article R.4127-33 du C.S.P.F dispose que : « **Le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec le plus grand soin, en y consacrant le temps nécessaire, en s'aidant dans toute la mesure du possible des méthodes scientifiques les mieux adaptées et, s'il y a lieu, de concours appropriés ».***

الشرط الثاني: البحث

يتعين على الطبيب أن يقوم في مرحلة التشخيص بإجراء الأبحاث و الأعمال الواجب عليه القيام بها حتى يستطيع تحديد المرض، و هو في سبيل ذلك، يقوم بالملاحظة الشخصية، فيتعين عليه أن يقوم بمناظرة المريض، و أن يتعرف على ظروفه الشخصية من حيث حالته الصحية و سوابقه المرضية و التأثيرات الوراثية و النفسية و الأعراض التي تنتابه و العلاقات و الظواهر التي قد ظهرت عليه، و في هذا نصت المادة (15) من لائحة آداب مهنة الطب البشري المصرية على أنه « **لا يجوز للطبيب الجزم بتشخيص مرض أو التوصية بعلاج من خلال بيانات شفهية أو كتابية أو مرئية دون مناظرة المريض وفحصه شخصياً** »[1]. و أن يجري التحليلات الطبية و استعمال مختلف وسائل التشخيص، و هنا تُجبنا المادة (23) من لائحة آداب مهنة الطب البشري المصرية « **على الطبيب أن يراعى ما يلي: جـ - أن يقتصر على طلب التحاليل المعملية أو وسائل التشخيص الضرورية** »، و للطبيب أن يلجأ إلى استخدام الأجهزة العلمية الحديثة للتأكد من صحة التشخيص، إلا أنه يتعين عليه ألا يستخدم وسائل طبية مهجورة أو طرقا لم يعد معترفا بها علمياً أو طرقاً جديدة للتشخيص لم يكتمل اختبارها، و في هذا تنص المادة L 4127-14 من قانون الصحة العامة الفرنسي: « **لا يجوز للأطباء أن يشيعوا في الأوساط الطبية طريقة تشخيص أو علاج جديدة لم يكتمل اختبارها...**»[2] و هذا ما أكده نص المادة (9) من لائحة آداب مزاولة مهنة الطب البشري المصري[3] بأنه: « **لا يجوز للطبيب تطبيق طريقة جديدة للتشخيص أو العلاج إذا لم يكن قد اكتمل اختبارها بالأسلوب العلمي والأخلاقي السليم ونشرت في المجلات الطبية المعتمدة وثبتت صلاحيتها وتم الترخيص بها من الجهات الصحية المختصة. كما لا يجوز له أيضا أن ينسب لنفسه دون وجه حق أي كشف علمي أو يدعى انفراده به** ». و حماية للمرضى حتى لا

---

[1]- القرار رقم 238 لسنة 2003 المؤرخ في 5 سبتمبر 2003، المتعلق بإصدار لائحة آداب المهنة

[2] - *Article R.4127-14 du C.S.P.F dispose que* « ***Les médecins ne doivent pas divulguer dans les milieux médicaux un procédé nouveau de diagnostic ou de traitement insuffisamment éprouvé … »***

[3]- القرار رقم 238 لسنة 2003 المؤرخ في 5 سبتمبر 2003، المتعلق بإصدار لائحة آداب مهنة الطب البشري المصرية.

تزيد حالتهم سوءا سمحت مختلف التشريعات الطبية للطبيب استشارة الأخصائيين أو من هم أكثر خبرة منه في حال تعقد حالة المريض حتى يصل إلى تشخيص و علاج صحيحين، و في إطار الطب عن بُعد نص المشرع الفرنسي على **الاستشارة عن بعد** [1] كعمل من أعمال التطبب عن بُعد في المادة **R6316-1** في الفقرة (1) [2] على ما يلي:« **الاستشارة عن بعد، هدفها السماح لمهني طبي إعطاء استشارة عن بعد للمريض. يمكن مهني الصحي الحضور لدى المريض، و عند الاقتضاء مساعدة المهني الطبي أثناء إجراء الاستشارة الطبية عن بعد»**[3]

ثانيا: الالتزام بالعلاج:

القاعدة الذهبية في ممارسة الطب هي أن الطبيب حر في وصف العلاج الذي يراه مناسباً فلا يتعرض لأي مسؤولية إذا اختار طريقة دون أخرى أو إذا رأى أن الطريقة التي اختارها أكثر موافقة لطبيعة المرض[4] حيث نص المشرع الفرنسي على هذه القاعدة في المادة R4127-8 فقرة (1)[5] من تقنين الآداب الطبية الفرنسي على أنه: «**في الحدود المثبة بالقانون، الطبيب حرّ في تحرير وصفاته بالشكل الذي يعتقد أنها الأكثر ملائمة لحالة المريض**» و لقاعدة مبدأ الحرية العلاجية قيود ترد عليها: نص تقنين الآداب الطبية الفرنسي على قيدين يردان على مبدأ الحرية العلاجية للطبيب: القيد الأول منصوص عليه في المادة R4127-39 فقرة (1) من هذا التقنين، و التي

---

[1]- يستخدم الطب عن بُعد بصورة كبيرة في مجال الاستشارات الطبية و خاصة بالنسبة للمستشفيات الصغيرة والعيادات، حيث يتم عرض المريض عن بُعد للطبيب استشاري، و كذا إرسال صور الأشعة الخاصة بالمريض عبر شبكات الاتصال و عبر أجهزة مخصصة لذلك في إطار الطب عن بعد، و يتم تلقي نتائج هذه الأشعة و التشخيص الدقيق للحالة.

[2] - *ajouté par l'article (1) du décret n° 2010-1229 du 19 octobre 2010 relatif à la télémédecine au code de la santé publique.*

[3] - *Art. R. 6316-1 al (1) C.S.P.F**: «La téléconsultation, qui a pour objet de permettre à un professionnel médical de donner une consultation à distance à un patient. Un professionnel de santé peut être présent auprès du patient et, le cas échéant, assister le professionnel médical au cours de la téléconsultation »***

[4]– كاظم زاهي، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن أخطاء الأطباء العاملين فيها، كلية القانون، جامعة بابل، سنة 2008، ص 86.

[5] - Article R.4127-8 *al (1) du C.S.P.F dispose que : **« Dans les limites fixées par la loi, le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance »***

تنص على أنه: « **لا يجوز للأطباء اقتراح علاج وهمي أو غير ثابت بشكل كافٍ على المريض أو على وسطه الأسري، و وصفه بأنه ناجع أو دون مخاطر**»[1] ومن شأنه أن يجلب الطمأنينة و السكينة للمريض. و إذا خالف الطبيب هذا القيد يعرض نفسه للمساءلة القانونية بجميع أنواعها.

أمّا القيد الثاني، فقد نصت عليه الفقرة الثانية من المادة R4127-8 [2] من هذا التقنين والتي تنص على أنه « **يجب على الطبيب، دون أن يهمل واجبه الأخلاقي بالمساعدة، أن يتقيّد في وصفاته وفي أعماله بما هو ضروري لجودة و أمن و فعالية العلاج** »[3]. و يطلق على هذا القيد الواجب الاقتصادي للطبيب، الذي يفرض على الطبيب أن يكون **اقتصاديًا** في وصفاته و أعماله مع عدم الإخلال بجودة و فعالية العلاج الذي يقدمه لمريضه[4].

و الحرية العلاجية تتمثل في وصف العلاج الذي يراه مناسباً فلا يتعرض لأي مسؤولية إذا اختار طريقة دون أخرى أو إذا رأى أن الطريقة التي اختارها أكثر موافقة لطبيعة المرض[5] بشرط أن هذه الطريقة مبنية على أسس علمية صحيحة، و المقصود بالأسس العلمية الصحيحة في قضاء محكمة الاستئناف اللبنانية[6] هي كل « **ما يرتبط يرتبط عادة و مباشرة بالقواعد و التعليمات و الطرق و الأساليب التي يعتمدها**

---

[1] - *Article R.4127-39 al (1) du C.S.P.F dispose que* « ***Les médecins ne peuvent proposer aux malades ou à leur entourage comme salutaire ou sans danger un remède ou un procédé illusoire ou insuffisamment éprouvé*** »

[2] - *Article R.4127-8 al (2) du C.S.P.F dispose que* « ***Il doit, sans négliger son devoir d'assistance morale, limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité des soins*** »

[3]– تنص المادة 23 من لائحة آداب مزاولة الطب البشري المصرية على ما يلي« على الطبيب أن يراعى ما يلي:

ب – أن يلتزم بالأدوية الضرورية مع مراعاة أن تكون الأولوية للدواء الوطني والأقل سعراً بشرط الفاعلية والأمان.

جـ – أن يقتصر على طلب التحاليل المعملية أو وسائل التشخيص الضرورية»

[4] – أنظر في ذلك : Contrat médical , DPBB, op.cit, N° 93 et s, p 710 – 711.

[5]– كاظم راهي، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن أخطاء الأطباء العاملين فيها، كلية القانون، جامعة بابل، سنة 2008، ص 86.

[6]– قرار محكمة الاستئناف الجزائية المختلطة اللبنانية مؤرخ في 1944/4/22، أشار إليه: د/ علي مصباح إبراهيم، مسؤولية مسؤولية الطبيب الجزائية، بحث منشور في المؤتمر السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، المسؤولية الطبية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، 2004، ص 547.

غالبية الأطباء في العمل الطبي المعين على وجه التحديد، ذلك أن لكل عمل طبي ذا المقتضيات المتعارف عليها، و أن فشل العلاج لا يعتبر قرينة على مسؤولية الطبيب أو إدارة المستشفى العامل فيها إذا كان قد قاما بجميع الالتزامات التي تفرضها عليهما الأصول و التعليمات الطبية و أنهما قد سلك القواعد العامة و العادية من دقة و احتياط و دراية و عناية».

العلاج هو المرحلة التالية مباشرة للتشخيص، فالتشخيص مرحلة أولية، و العلاج مرحلة تالية لها مباشرة و فيها يصف الطبيب و يحدد طريقة العلاج الملائمة لنوعية المريض و طبيعته[1] هذا من جهة، و من جهة أخرى التشخيص و العلاج مرحلتان متصلتان، فالطبيب بعد تشخيص المرض و وصفه العلاج يتعين عليه تتبع حالة المريض و ما يطرأ عليها من تحسن أو سوء، يقتضي الاستمرار في العلاج أو تغييره أو إيقافه، و هذا يرجع إلى التشخيص المتتابع لحالة المريض[2].

كما يلتزم الطبيب بالاستعانة بغيره من الأطباء في علاج مريضه عند اللزوم، حيث نصت المادة 22 من لائحة آداب المهنة المصرية «**على الطبيب أن يلتزم بحدود مهاراته المهنية و أن يستعين بخبرة من هم أكفأ منه من الأطباء في مناظرة و علاج مريضه عند اللزوم**»[3]، و في إطار الطب عن بُعد نص المشرع الفرنسي على **المساعد الطبية عن بعد**[4] كعمل من أعمال التطبب عن بُعد في المادة **R6316-1** في الفقرة (4) [5] على ما يلي: « **المساعد الطبية عن بعد، هدفها السماح لمهني**

---

[1]- د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، 33.

[2]- د/ أحمد أدرويش، المرجع السابق، 92. د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، 33.

[3]- تقابلها المادة 33 من مدونة أخلاقيات الطب الانجليزي بنصها:

« It shall be imperative upon the physician to comply with the limits of his professional skills and to seek the experience of those physicians who are more efficient than him in examining and treating his patient when necessary»

[4]- الأكثر تطورا في الطب عن بُعد يتمثل في المساعد الطبية التي يقدمها طبيب لطبيب آخر خاصة في العمل الجراحي، فهو القيام بعملية جراحية في القلب اعتمادا على نظام يستند لتكنولوجيا الشبكات، حيث كان المريض في إيطاليا بينما الطبيب يجلس على بعد 6000 كيلومتر على حاسبه الآلي في الولايات المتحدة الأمريكية.

[5] - *ajouté par l'article (1) du décret n° 2010-1229 du 19 octobre 2010 relatif à la télémédecine au code de la santé publique.*

طبي بمساعدة مهني طبي آخر عن بعد أثناء انجاز العمل الطبي»[1]، و نص كذلك في إطار الطب عن بُعد عن **الخبرة عن بعد** [2] كعمل من أعمال التطبب عن بُعد في المادة**R6316-1** في الفقرة (2) [3] على ما يلي: « **الخبرة عن بعد، هدفها السماح لمهني طبي طلب المشورة عن بعد من مهني طبي أو أكثر بسبب تكوينهم و لمهاراتهم الخاصة، بناء على المعلومات الطبية المتعلقة بالتكفل بالمريض** »[4]

كما يتعين على الطبيب بذل العناية الواجبة في اختيار العلاج الملائم لحالة المريض بغية التوصل إلى شفائه أو تخفيف آلامه و هذا ما أكّدته المادة *R4127-32*، من قانون الصحة العامة الفرنسي، إذ جاء فيها « **أنه من اللحظة التي قبل فيها الطبيب علاج المريض، فإن الطبيب يلتزم بأن يؤمن للمريض شخصيًا العلاج الرشيد و المناسب لوضعه المطابق للمعطيات العلمية المكتسبة، و يمكن له عند الحاجة أن يستعين بأشخاص آخرين»**[5]. كما يتعين على الطبيب تقديم علاج مطابق للمعطيات للمعطيات العلمية المكتسبة و ألا يرتبط هذا العلاج بحسب الإمكانيات المالية للمريض، و طبقاً لهذا قررت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 2000 بأن: « **الاعتبارات المرتبطة بالإمكانيات المالية للمريض، لا ترخص**

---

[1] - *Article R.6313-1 al (4) du C.S.P.F dispose que* : « ***La téléassistance médicale, qui a pour objet de permettre à un professionnel médical d'assister à distance un autre professionnel de santé au cours de la réalisation d'un acte*** »

[2]- الحالة الشائعة للخبرة الطبية عن بُعد هي حالة قيام طبيب جراح يجري جراحة لأول مرة، مثل جراحة قلب مفتوح لأول مرة، و يريد أن يضمن ألاّ يخطئ. إذ يمكن في هذه الحالة أن يجري اجتماعا مع الطبيب الآخر عن بعد عبر اتصال مصور بالفيديو (فيديو كونفرنس)، و يرسل له كل المعلومات وصور الأشعة الخاصة بالمريض، فيتابع الطبيب الآخر العملية الجراحية عن بعد ويعطي نصائحه.

[3] - *ajouté par l'article (1) du décret n° 2010-1229 du 19 octobre 2010 relatif à la télémédecine au code de la santé publique.*

[4] - *Article R.6313-1 al (4) du C.S.P.F dispose que* : « ***La téléexpertise, qui a pour objet de permettre à un professionnel médical de solliciter à distance l'avis d'un ou de plusieurs professionnels médicaux en raison de leurs formations ou de leurs compétences particulières, sur la base des informations médicales liées à la prise en charge d'un patient»***

[5]- *Article R.4127-32 du C.S.P.F dispose que* ***« Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents »***

للجراح الأسنان كغيره من مهني الصحة، الإعفاء من تقديم علاجات غير مطابقة للمعطيات العلمية المكتسبة» [1]

يلتزم الطبيب بمراعاة الحد اللازم من الحيطة في وصفه العلاج، إذ عليه ألا يصف بطريقة مجردة دون الأخذ في الاعتبار حالة المريض، بل ينبغي عليه مراعاة بنية المريض و سنه و قوة مقاومته و درجة احتماله للمواد الكيماوية التي يحتويها الدواء[2].

كما يجب على الطبيب التخلي عن الطرق الخطرة و غير الملائمة في العلاج إذا كانت العلوم الطبية تقدم طرقاً أقل خطورة، فعلى الطبيب أن يوازن بين مخاطر العلاج و أخطار المرض، و أن يتجه إلى استعمال العلاج العادي للمرض[3] الذي لا يشكل خطراً غير متناسب مع الفائدة المتوقعة منه، و هذا ما أكدّ عليه المشرع الفرنسي في *L1110-5* من قانون الصحة العامة الفرنسي على:« **أن لكل شخص، مع الأخذ بالحسبان حالته الصحية وضرورة التدخلات الجراحية التي تتطلبها، الحق في الحصول على العلاجات الأكثر ملائمة، و الاستفادة من المعالجات التي ثبتت فعاليتها و التي تضمن أفضل سلامة صحية بالنظر إلى المعارف الطبية المكتشفة. ويجب ألا تسبب له أعمال الوقاية و الفحوصات و العلاجات بالنظر إلى المعارف الطبية الحالية، أخطارًا غير متناسبة مع الفائدة المرجوة منها**»[4]، إذن يلزم أن يكون هناك تناسب بين المخاطر الناجمة عن العلاج، و خطورة الحالة التي يعالجها

---

[1] - *Cass. Civ 1ére Ch. 19 déc. 2000. Pourvoi N°: 99-12403* « ***Des considérations liées aux possibilités financiers du patient ne peuvent donc autoriser le chirurgien dentiste, comme tout autre professionnel de santé, à dispenser des soins non conformes aux données acquises de la science*** » *Consultez l'arrêt sur le lien suivant* **:** ***http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007041895&fastReqId=1201339756&fastPos=1***

[2]– د/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 45.، أنظر كذلك: د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، 33.

[3]– د/ عبد الرمان الطحان، حيوية المسؤولية عن الخطأ الطبي، بحث مقدم إلى كلية الشريعة، المؤتمر العلمي الأول جامعة جرش، 1999 ص 18.

[4] -*Art L 1110-5 du C.S.P.F dispose que* « ***Toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées. Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté***»

الطبيب، فإذا كانت الحالة ميؤساً منها، فإن فرص الاختيار بين وسائل العلاج تكون كبيرة أمام الطبيب، بحيث يمكنه اللجوء إلى طريقة يرى أنها ستؤدي إلى شفاء المريض، ذلك أن خطورة العلاج هنا تقل كثيراً عن الخطورة التي يعاني المريض منها، أما إذا كانت صحة المريض غير مهددة بالخطر، فإن فرص الطبيب تضيق تماما لأنه لا يوجد ما يسوغ استخدام الطرق الخطرة التي تهدد حياة المريض[1]، و في هذا الاتجاه قضت محكمة باريس في حكمها بتاريخ 25 ديسمبر 1957 على أن:« **يلتزم الطبيب في علاج مريضه العناية اليقظة التي تتوافق مع المعطيات العلمية المكتسبة، و التي تفرض عليه ألا يطبق على مريضه علاجاً نادراً و خطراً**»[2].

كما قررت محكمة Douai في حكمها بتاريخ 16 مارس 1936[3] « **على أنه لا يمكن توجيه اللوم للطبيب، بسبب استعماله طريقة جريئة للعلاج اختلفت حولها الآراء مادامت حالة المريض تبرر ذلك، فإذا فرضت حالة المريض إلى استخدام علاج نادر، فإنه يجب على الطبيب أن يجري فحصاً دقيقاً للمريض قبل الشروع في العلاج، و أن يعلمه بمخاطره و بعكس ذلك يعتبر مسؤولا عن الضرر الحاصل** ». و هذا ما ذهب إليه مشرع دولة الإمارات العربية المتحدة، في القانون الاتحادي رقم (10) لسنة 2008 الذي منح الحرية للطبيب في اختيار طريقة العلاج الذي يراه مناسبا و ملائما لمعالجة مريضه و إن كان أسلوب العلاج مخالفا للأسلوب الشائع بين الأطباء كأن يكون جديدا و غير مألوف الاستعمال ما دام الطبيب لا يخالف في ذلك قواعد الأصول الطبية العامة و يهدف من وراء ذلك معالجة مريضه[4]، إذ تنص المادة 14 فقرة (ب) بأنه:

---

[1]– د/ عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق ص 222و 223.، أنظر كذلك د/ السيد محمد السيد عمران، التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1992، ص 45.

[2]-*GOEDERT Mélanie ; mémoire; L'image du procès dans les yeux du médecin, faculté de droit, sciences économiques et gestion, université Nancy 2, P 72.*

أشار إليه كذلك: د/ عبد الرحمان الطحان، المرجع السابق، ص 19.

[3] -*KAMKAR Caroline, thèse ; les limites de la faute essai sur la détermination de l'obligation de moyens en matière médicale, université moulin layon III, faculté de droit (IFROSS). 2006. P 205.*

أشار إليه كذلك: د/ عبد الرحمان الطحان، المرجع السابق، ص 19

[4]– تجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز للطبيب أن يقوم بتجربة طريقة جديدة في العلاج بهدف الوصول إلى نتائج علمية بحتة، و إنما إذا لجأ الطبيب إلى طريقة جديدة في العلاج بهدف شفاء المريض أو التخفيف من آلامه، فإن

«لا تقوم مسؤولية الطبيب إذ اتبع أسلوبا طبيا معينا في العلاج مخالفا لغيره في ذات الاختصاص مادام أسلوب العلاج الذي اتبعه متفقا مع الأصول الطبية المتعارف عليها»[1].

نخلص إلى أنه يجب على الطبيب عند اختياره للعلاج، أن يوازن بين أخطاره و أخطار المرض، و ينبغي تطبيق القاعدة التي تقول أنه كلما كان في العلاج المقصود خطر على حياة المريض فيتحتم على الطبيب استبعاده. و على العكس الذي أسلفناه فإنه يجب على الطبيب أن لا يتردد في اللجوء إلى طريقة علاج ما، إذا كانت حالة المريض تتطلب اللجوء إليها على الرغم من خطورتها، إذ تصبح هذه الطريقة مسموحاً بها، و لا يكون الطبيب مسؤولا عن الآثار الضارة نتيجة لاستعمالها، طالما تم تبصير المريض بمخاطرها.

كما يجب على الطبيب في حالة العلاج الدوائي وصف دواء وارد في المدونة الوطنية للمواد الصيدلانية، كما يجب أن تتضمن الوصفة البيانات الواجبة، و الكتابة الصحيحة للوصفة، و أن تكون الوصفة مقروءة وواضحة و ذكر اسم المريض، الدواء أو الجرعة أو طريق الاستعمال أو جدول تكرار الجرعات، و حيث أن بعض الدول قبل صرف الدواء يمر بنظام التنبيه أو التحذير الالكتروني للخطأ الوارد في الوصفة، و يمتد هذا النظام من خلال شبكة تتصل بالطبيب و الصيدلي و الجهة الإدارية المسؤولة بهيئة أو وزارة الصحة، و من ثم فإن احتمالات الخطأ تكون طفيفة [2].

مثل هذه الطريقة تعتبر مشروعة على الرغم أن الطرق الجديدة في العلاج يوجد بها جزء تجريبي، إلا أن هدفها الأساسي هو الشفاء أو تخفيف آلام المريض، و ليس الوصول إلى نتائج علمية بحتة و لهذا فهي تعد مشروعة.

[1]– القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008، المتعلق بالمسؤولية الطبية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

[2]- – نظام التنبيه الالكتروني للخطأ التفاعلي الدوائي:

ظهر حديثا تقنية إدخال الوصفات الدوائية الكترونيا للأطباء في المستشفيات و تأثيرها للحد من الوفيات و الأضرار الناتجة من الأخطاء الطبية، هذه التقنية و المعروفة Computerized Physician Order Entry و تعرف اختصارا ب C.P.O.E هي عبارة عن نظام أو برنامج ألي كامل يتيح للأطباء إرسال وصفاتهم الدوائية و التحليلية و الأشعة إلى الأقسام ذات الصلة كالصيدلية و المختبر الأشعة، كما أن هذه التقنية تتميز بعدة مواصفات تسمح للأطباء بالتعرف على التفاعلات الدوائية و المحاذير العلاجية عند إدخالهم الأدوية لمرضاهم في المستشفيات مما يؤدي إلى انخفاض في الممارسات الطبية الخاطئة و الوفيات الناتجة من التفاعلات الدوائية الضارة، و يعمل هذا البرنامج على تقليل مخاطر الخطأ في وصف الدواء

ثالثا: الالتزام بالرقابة:

لا يقف التزام الطبيب عند مجرد وصف العلاج أو إجراء العملية الجراحية، إذ يمتد التزامه بالعناية بالمريض عقب ذلك، لما يترتب على ذلك من أهمية في تحقيق الغاية المرجوة من ذلك، و خاصة بعد إجراء العمليات الجراحية، لما يكون للفترة اللاحقة على إجراء العملية من أهمية في نجاحها أو فشلها[1].

المشرع الجزائري خص الرقابة ببند (ج) في مدونة أخلاقيات الطب، و ذلك تحت عنوان ممارسة الطب أو جراحة الأسنان بمقتضى الرقابة[2]، و هذه الأخيرة هي التي يجريها الأطباء للمؤمن لهم اجتماعيا[3]، أما الرقابة الطبية بعد العلاج أو الجراحة لم ينص عليها المشرع الجزائري لا في قانون الصحة العامة و ترقيتها و لا مدونة

أو تفاعلاته الضارة داخل جسم الإنسان، و هو برنامج متصل بكل من الطبيب المعالج و الصيدلي و جهة التأمين الطبي و هيئة أو وزارة الصحة.

و تشغيل النظام يتناول الدورة الدوائية في المستشفى أو عيادة الطبيب الحر في ظل وجود أنظمة الإدخال الآلي، فالدورة الدوائية في المستشفى تبدأ بالطبيب عند كتابته للوصفة الدوائية، و من ثم يقوم طاقم التمريض أو السكرتارية بإرسال الوصفات الدوائية إلى الصيدلية عن طريق أجهزة الفاكس أو المسح الضوئي أو التحميل عبر شبكة الإنترنت، حيث يقوم الصيدلي بإدخال الوصفات الطبية إلى أنظمة آلية متخصصة تمكنه من إجراء عملية مراجعه و تدقيق الوصفة الدوائية قبل أن يتم صرفها للمريض، و في حال وجود أنظمة الإدخال الآلي C.P.O.E يقوم النظام المطبق بإرسال الوصفات الدوائية- بعد عملية الإدخال بواسطة- إلى صيدلية المستشفى بعد أن تُمحص و يتم التأكد من سلامة الوصفة الدوائية من التفاعلات غير المرغوب فيها أو أي مسبب محتمل للمضاعفات العلاجية.(تم فحص 1100 وصفة طبية من عينات عشوائية مأخوذة من أنظمة مستشفى أمريكي موجود بها أنظمة C.P.O.E في خلال الفترة يناير 2006 إلى مايو من نفس العام، و رصد 142 مسبب للأخطاء الطبية في ظل استخدام نظام الكتابة العادية مقارنة ب 35 مسبب في ظل وجود أنظمة الإدخال الدوائي C.P.O.E و برر الخطأ في نظام الكتابة العادية إلى وجود صلة بالمعلومات الخاطئة ذات العلاقة بالتركيز الدوائي و الشكل الدوائي و طرق تعاطي الأدوية و تكرارها و الجرعات المقررة، أما بالنسبة لأنظمة الإدخال الدوائي و طرق تعاطي الأدوية و تكررها و الجرعات المقررة، أما بالنسبة لأنظمة الإدخال الدوائي فإن معظم مسببات الأخطاء الطبية كانت متصلة بعدم قدرة أنظمة الإدخال الآلي عن إيقاف الحساسيات الدوائية لعدم تفعيل هذه الخاصية عند إجراء الدراسة، أنظر إبراهيم محمد عبد الرحمن عباس، رسالة ماجستير بجامعة هيوستن قسم الصيدلة الولايات المتحدة، ط 2، مشار إليها تفصيلا على:
(http://www.yemen-nic.info/contents/studies/detail.p

[1]- د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 37.

[2]- المواد من 90 إلى 94 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 مؤرخ في 6 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر عدد 52 مؤرخة في 8 يوليو 1992.

[3]- المرسوم التنفيذي رقم 05-171 المؤرخ في 7 ماي 2005 الذي يحدد شروط سير المراقبة الطبية للمؤمن لهم اجتماعيا، ج ر عدد 33 مؤرخة في 8 ماي 2005.

أخلاقيات الطب، و نفس الأمر بالنسبة للمشرع المصري بالنسبة للائحة آداب مهنة الطب البشري المصرية[1]، و الرقابة الطبية قد تكون بعد العلاج غير الجراحي كما يمكن أن تكون بعد العلاج الجراحي.

الرقابة الطبية بعد العلاج غير الجراحي: لا يتوقف العمل الطبي عند مجرد علاج المريض و تقديم الوصفة الطبية الملائمة، إنما تقتضي الممارسة الطبية ضرورة مراقبة ما ستسفر عنه تلك الوصفة و مدى نجاعتها، و ذلك بالتحقق من النتائج المتوصل إليها، خاصة إذا كانت الأدوية المقدمة أكثر خطورة و خارجة عن المألوف مما يقتضي مراقبة واعية و مستمرة من طرف الطبيب المعالج. و يلتزم بمتابعة حالة المريض، بعد إجراء العمل الطبي اللازم، في صورة عدم السماح له بمغادرة المكان الذي تلقى فيه العلاج، إلا بعد التأكد من استقرار حالته، و نجاح التدخل، و التأكد من عدم حدوث أية مضاعفات أو آثار جانبية، أو انتكاسات لحالته الصحية، بعد خروجه و هذا ضماناً لاستمرارية العناية المبذولة للمريض[2]. و في إطار الطب عن بُعد نص المشرع الفرنسي على **المراقبة الطبية عن بعد** [3] كعمل من أعمال التطبب عن بُعد في المادة**R6316-1** في الفقرة (3) [4] على ما يلي: « **المراقبة الطبية عن بعد، هدفها السماح لمهني طبي تأويل البيانات الضرورية عن بعد للمراقبة الطبية اللازمة للمريض، و عند الاقتضاء، في اتخاذ القرارات المتعلقة بالتكفل بالمريض. و يمكن**

---

[1]– القرار رقم 238 لسنة 2003 المؤرخ في 5 سبتمبر 2003، المتعلق بإصدار لائحة آداب مهنة الطب البشري المصرية.

[2]– د/ أحمد أدرويش، المرجع السابق، ص 138.

[3]- المراقبة الطبية عن بعد تسمح للطبيب بمراقبة المريض الزبون عن طريق الوسيطة الكترونية و هذا العمل يرتبط خاصة بحالات الأمراض المزمنة حيث يمكن الطبيب المختص أن يتابع بشكل دوري حالة المريض بمرض مزمن، فمثلاً بالنسبة لمريض داء السكري و هو من أكثر الأمراض المزمنة انتشارًا يستطيع المريض أن يبعث بتقرير دوري عن حالته ومستوى ارتفاع السكر أو انخفاضه من محل إقامته بحيث يتلقى التعليمات اللازمة من الطبيب بشكل دوري أيضًا.

العلماء و الأطباء في كل مكان يعملون على تطوير تقنيات لممارسة الطب عن بعد، لأنها بالفعل قد تنقذ حياة الملايين. فهناك شركة سويسرية مثلاً ابتكرت قميص مزود بالإكترود ليجري رسم قلب للمريض بشكل مستمر و يرسل النتائج لاسلكياً للطبيب. كما أن هناك أجهزة أخرى تعطى لمرضى داء السكري لقياس نسبة السكر في الدم وترسلها أيضاً دورياً للطبيب المعالج.

[4] - *ajouté par l'article (1) du décret n° 2010-1229 du 19 octobre 2010 relatif à la télémédecine au code de la santé publique.*

إجراء التسجيل و إرسال البيانات آلياً، أو القيام به من قبل المريض نفسه أو من قبل فني صحي آخر»[1]

الرقابة الطبية بعد العلاج الجراحي: لا يقف التزام الطبيب عند مجرد إجراء العملية الجراحية، بل يمتد إلى العناية بالمريض عقب ذلك حتى يتفادى ما يمكن أن يترتب على العملية من نتائج و مضاعفات من جهة، و يستطيع الخروج من الغيبوبة و يستعيد نفسه من جديد من جهة أخرى، لكن لا يصل ذلك بطبيعة الحال إلى حد شفاء المريض و نجاح العملية بل الاستمرار في الرعاية و بذل العناية[2].

أيدت محكمة النقض الفرنسية، في أحد أحكامها قضاة الاستئناف، بالتأكيد على أن الطبيب المخدر يلتزم بمتابعة حالة المريض، حتى إفاقته من العملية، و بخاصة عندما يخشى احتمال وقع خطر، يصعب على غير المتخصص تداركه[3]. كما قضت نفس المحكمة، بدائرتها الجنائية على ما يلي:« **يقع على طبيب التخدير التزام برعاية المريض، حتى صحوته الكاملة من الجراحة، و عودته التامة، إلى كامل وعيه»**[4]

و قد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر عنها بتاريخ 27 ماي 1999 «**أن طبيب أمراض النساء مرتبط بضمان المراقبة بعد العملية الجراحية التي خضعت لها المريضة خاصة للتحقق من تطور النزيف الذي تطلب إخضاعها لهذه العملية** »[5]. و بالتالي فإن مرحلة الإشراف و الرقابة، بعد العملية الجراحية، تستمر إلى غاية استعادة المريض كامل وعيه و كامل وظائف جسمه.

---

[1] - *Article R.6313-1 al (3) du C.S.P.F dispose que* : « ***La télésurveillance médicale, qui a pour objet de permettre à un professionnel médical d'interpréter à distance les données nécessaires au suivi médical d'un patient et, le cas échéant, de prendre des décisions relatives à la prise en charge de ce patient. L'enregistrement et la transmission des données peuvent être automatisés ou réalisés par le patient lui-même ou par un professionnel de santé »***

[2]– د/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 106، أنظر كذلك عز الدين حروزي، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي جراحة في القانون الجزائري و القانون المقارن، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-200، ص115.

[3]– د/ أحمد أدريوش، المرجع السابق، ص 139.

[4]– د/ أحمد أدريوش، المرجع السابق، 140.

[5] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 27 mai 1999. Pourvoi N°: 96-19161. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :***

http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007041252&fastReqId=2083396239&fastPos=268

المطلب الثاني: طبيعة التزام الطبيب

قد يكون المدين ملتزما باستيفاء واقعة محددة، فيكون الالتزام حينئذ، التزاما محددًا بدقة، و لا يكون قد وفى به إلا إذا تحققت النتيجة المطلوبة، وقد يكون ملتزمًا فقط بأن يقدم عنايته، وأن يبذل في سبيل ذلك حرصه من أجل الوصول إلى تلك النتيجة– وقد جرت غالبية الفقه على تسمية النوع الأول بالالتزام بنتيجة، و على تسمية النوع الثاني بالالتزام العام بالعناية والحرص، و أن معيار التمييز بينهما هو درجة احتمال تحقق النتيجة التي يبتغيها الدائن[1].

و يكاد يجمع الفقه و القضاء على أن الأصل العام هو أن يكون التزام الطبيب التزاما عامًا ببذل عناية و استثناء من ذلك يكون في بعض الحالات فقط التزاما بتحقيق نتيجة أي التزامًا محددًا. فالطبيب لا يلتزم بشفاء المريض، و إنما عليه فقط أن يبذل في سبيل ذلك عنايته و حرصه، لأن هذه النتيجة و هي شفاء المريض، أمر احتمالي غير مؤكد، فما على الطبيب سوى أن يبذل جهده وعنايته. أما الشفاء فهو من عند الله. و ترتيبًا على ذلك يرى البعض أن التزام الطبيب يكون ببذل عناية، أيًا كان المعيار الذي يلجأ إليه لتحديد طبيعة الالتزام من حيث عنايته، وإذا كان هذا هو الأصل العام، فثمة أحوال يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة معينة كما سبق و قلنا. و على ذلك فسوف نتعرض لكل من هذين النوعين من الالتزام. الالتزام ببذل عناية كأصل (الفرع الأول)، و الالتزام بتحقيق نتيجة كاستثناء(الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الالتزام ببذل عناية (الأصل).

يشتمل العمل الطبي على عوامل واعتبارات لا تخضع دائما لسلطان إرادة الطبيب، إذ أنه من المقرر قضاء أنه لا يعد من الضرر الموجب لمسؤولية الطبيب أن يخيب في علاج مريضه. سواء كان عدم الشفاء تامًا أو جزئيًا. لأن الطبيب في عقد العلاج لا

---

[1]- يكمن هذا المعيار في الغرر أو الاحتمال المندمج في تحقيق النتيجة المأمولة. فهذه النتيجة لا تتعلّق حصريًا بالطبيب، وإنما تتعلّق أيضًا بأسباب خارجية لا يمكن التحكّم و السيطرة عليها، مثل: خطورة المرض و قابلية العدوى عند المريض *La réceptivité du malade* ، أنظر د/ أحمد أدريوش، المرجع السابق، ص 88.

-Voir également: NASRI Antoine DIAB, La Faute Médicale en droit libanais, article publié dans la revue Al-Ad l, bureau de Beyrouth 2000, année 34, P-145, 146.

يتعهد بإيصال المريض إلى الشفاء بل إن كل ما يلتزم به الطبيب هو أن يبذل في سبيل مريضه العناية الواجبة للوصول إلى الشفاء. لأن هذا الشفاء يتوقف على عوامل و اعتبارات كثيرة لا تخضع دائمًا لسلطان الطبيب، كالوراثة، و استعداد المريض من الناحية الجسمانية، ودرجة استهدافه، و حالة العلوم و الفنون الطبية التي قد تقصر في علاج المرض. و عدم تحسن المريض أو تدهور حالته الصحية وموته لا يعني دائمًا إخلال الطبيب بواجب بذل العناية و العلة في تكييف التزام الطبيب بأنه التزام ببذل عناية، هي أن العمل الطبي يتضمن نسبة كبيرة من الاحتمال و الحدس و التخمين، فاقتصار محل التزام الطبيب على بذل العناية يقوم على فكرة الاحتمال، التي تهيمن على نتيجة مهمته التي تتدخل فيها عوامل عديدة لا تخضع لسيطرته، فالطبيب يعالج و الله يشفي[1].

و يترتب على ذلك، عدم التزام الطبيب بأية نتيجة مهما كانت في علاج المريض. فهو لا يلتزم بمنع المرض من التطور إلى ما هو أسوء، لأنه لا يلتزم بألا تسوء حالة المريض، و لا بألا تتخلف لديه عاهة بالغة مهما بلغت من الشدة. و أخيرًا فهو لا يلتزم بألا يموت المريض، فحدوث كل هذه المصائب للمريض، بل وأشد منها، إن أمكن بصورها، لا يعني في ذاته أن الطبيب قد أخل بالتزاماته. وإذا عرفنا الآن أن طبيعة و مضمون الالتزام تتحدد نحو مريضه بعناية مشروطة بأن تكون صادقة، يقظة، تتفق و الأصول العلمية الثابتة، فالأجدر بنا تتبع ذلك من خلال أحكام القضاء وآراء الفقه و التكريس التشريعي له في التشريعات الصحية في كل من فرنسا و الدول العربية، على أن نخصص لكل منهما عنصر مستقلاً، على نحو ما سيأتي.

أولا: التزام الطبيب

ببذل عناية طبقًا للقضاء والتشريع الفرنسي

أتطرق في هذا الفرع إلى الالتزام ببذل عناية كأصل للالتزام الطبيب في قضاء محكمة النقض الفرنسية (أ)، و عن مدى تكريس المشرع الفرنسي لهذا الالتزام في التشريع الصحي " قانون الصحة و في مدونة أخلاقيات الطب " (ب).

[1]- د/ فائق الجوهري، المرجع السابق، ص 131.

أ- التزام الطبيب

ببذل العناية طبقا للقضاء الفرنسي

حددت محكمة النقض الفرنسية طبيعة و مضمون الالتزام الواقع على عاتق الطبيب تجاه المريض، فقررت في حكمها الصادر في 20 ماي سنة 1936 بأنه: « **ينشأ بين الطبيب و زبونه عقد حقيقي، و إن كان هذا العقد يتضمن التزام الطبيب ليس بشفاء المريض، و لكن بتقديم العلاج المتقن اليقظ و الحذر و المتفق مع المعطيات العلمية المكتسبة، و أن خرق هذا الالتزام التعاقدي و لو بطريقة غير عمدية، يترتب عنه قيام مسؤولية من نفس الطبيعة و هي المسؤولية العقدية»**[1].

كما قررت أيضا محكمة النقض الفرنسية في قرار آخر الصادر بتاريخ 27 جوان 1978[2] « **أن العقد الذي يتم بين الطبيب و المريض يوجب على الأول إن لم يكن بطبيعة الحال الالتزام بشفاء المريض فعلى الأقل بأن يبذل عناية لا من أي نوع كان، بل جهودا صادقة يقظة متفقة مع الظروف التي يوجد بها المريض و مع الأصول العلمية الثابتة** ».

واستمرار لمحاولات محكمة النقض الفرنسية لتحديد نطاق أكثر انضباطاً للعناية الواجبة على الطبيب، فقد قررت المحكمة بعد 34 سنة من قرار مرسيه، و هذا في قرارها الصادر في 26 أكتوبر 1970 على«...**أن يكون التزام الطبيب موضوع البحث مطابقًا للمعطيات العلمية المعاصرة أو الحالية**»[3] « ***conformes aux***

---

[1] - *Cass. Civ. 20 mai 1936. Cité in : HOCQUET-BERG (Sophie). Obligation de moyens ou obligation de résultat ? À propos de la responsabilité civile du médecin. Thèse doctorale : Université Paris 2. Année 1997. P18.*

[2] - *Cass. Civ 27 juin 1978. HOCQUET-BERG (Sophie). Ouvrage précité. P23.*

[3] - *Cass. Civ., 20 mai 1936, Mercier, G.A.J.C., 11me éd. n° 161-162 ; depuis Cass. 1ère Civ. 26 octobre 1970, la jurisprudence fait référence aux données* ***« actuelles de la science »****.cité in, mémoire, OBOEUF(Odile), le devenir de la responsabilité médicale du fait d'autrui après la loi du 4 mars 2002. Op.cit. p 35.*
*« **données actuelles de la science** » Cass. 1 ère .Civ. 6 juin 2000, RDSS 2000, p. 730, obs. L. Dubouis ; CA Paris 16 janvier 2003, n°2003-202868 ou* ***« données acquises de la science »*** *CA Amiens 11 oct. 2003, Méd. et droit 2003, p. 49, obs. A. Marcos. Thèse; L'information dans le système de santé nature et conséquences sur la relation médicale. P 447.*

« ***données actuelles de la science*** » . و تارة تستعمل في قراراتها " **المعطيات العلمية المكتسبة**"، و تارة أخرى تستعمل عبارة « **أن يكون التزام الطبيب موافقاً للمعطيات العلمية المكتسبة و الحالية**»[1] « **conforme aux données acquises et actuelles de la science** » . و قد أدانت محكمة النقض هذه الإضافة الأخيرة حيث جاء في قرار 6 جوان 2000 على أن « **المعطيات المكتسبة و الحالية مفهوم مغلوط** » هذا من جهة[2]. و استعملت محكمة النقض مرة واحدة فقط عبارة «**عناية مطابقة للمعطيات الطب و العلم**» [3]

و تأكيداً على أصل التزام الطبيب أصدرت محكمة "باريس" بتاريخ 20 أكتوبر 1997 حكماً يقضي بما يلي «...**العقد الطبي المبرم بين الجراح و زبونه لا يضع**

- Cass.civ. 4 janv. 1974, Bull.civ. n°4. Cité in thèse ; Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale, p 170

[1] *- Cass. 1ére Civ. 14 jan 1992. N° de pourvoi 89-12598 Vous pouvez consulter l'arrêt sur le lien suivant :*
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JU RITEXT000007139838&fastReqId=1558937838&fastPos=6
- Cass. 1éreCiv. 23 juin 1992. N° de pourvoi 91-11740 Vous pouvez consulter l'arrêt sur lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JU RITEXT000007162487&fastReqId=2023514685&fastPos=5
Cass. 1ére Civ. 22 nov. 1994. N° de pourvoi 92-16423. Vous pouvez consulter l'arrêt sur le site :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&iTexte=JU RITEXT000007033470&fastReqId=6245758&fastPos=4

[2] ***- Cass. 1ére Civ. 6 juin. 2000. N° de pourvoi 98-19295. Vous pouvez consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idexte=JU RITEXT000007042377&fastReqId=1867336893&fastPos=222
- CA de bordeaux 7 fév. 2008. Vous pouvez consulter l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018183973&fastReqId=1785596274&fastPos=2
« Mais attendu, d'abord, que l'obligation pesant sur un médecin est de donner à son patient des soins conformes aux données acquises de la science à la date de ces soins; que la troisième branche du moyen, qui se réfère à la notion, erronée, de données actuelles est dès lors inopérante »

[3] *- Cass. Civ 1ére Ch. 25 fév. 1997. N° de pourvoi : 95-11205.* ***« que les soins avaient été consciencieux, attentifs et conformes aux données de la médecine et de la science »*** *Consultez l'arrêt sue le lien suivant :*
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007037408&fastReqId=510711313&fastPos=2

على عاتق هذا الممارس (الجراح) كأصل عام إلا التزاماً ببذل عناية...»[1]. و في قرار حديث لمحكمة النقض بتاريخ 14 أكتوبر2010 جاء كالآتي «**...حَق كل شخص من تلقي العلاجات الأكثر ملائمة لسنه و حالته، الموافقة للمعطيات العلمية المكتسبة و التي لا تعرضه لأخطار غير متناسبة مقارنة بالفائدة المرجوة، فإن هذا الطبيب قد قصر في التزامه العقدي ببذل عناية،..»**[2]، و جاء كذلك في نفس القرار على أن: «... **وصف كاتلجين ب 0.10غ يكون ممكناً دائماً للأطفال، و خاصيتها غير مناسبة للرُضَع، خاصة الذين صحتهم سريعة التأثر، هذا غير مطابق للمعطيات العلمية الحالية و خاصة وصف لدواء الذي يمكن أن يصبح خطيرا في حالة الجرعة الزائدة...»**[3] .

نلاحظ مما سبق أنه في هذا القرار استعملت محكمة النقض عبارة "**المعطيات العلمية المكتسبة**" و "**المعطيات العلمية الحالية أو المعاصرة**"، و بالتالي تراجعها عن قضاء قرار الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 6 جوان 2000، و الواضح من هذه الصيغة الجديدة، أنها تتضمن مفهوم متحركًا للعلم الذي يجب أن يلم به الطبيب. و ما دام الأمر كذالك، فإن العناية الواجبة على الطبيب تجاه المريض، لا بد و أن تتخذ هي الأخرى مفهومًا متحركًا[4]، طبقًا لهذا التحديد، و الذي يعطي اتساعًا أكبر لمفهوم العناية، تبعًا لانتشار الأجهزة الطبية و الوسائل العلاجية الحديثة، بل أن

---

[1] - *Trib. Gr. Inst. Paris, 1ere Ch, 20. Oct.1997 : « **...contrat qui se forme entre le chirurgien et son client ne met en principe à la charge du praticien qu'une obligation de moyens**,… »*

[2] - *Cass. 1ére Civ. 14 oct. 2010. N° de pourvoi 09-68471. « **…droit de toute personne de recevoir les soins les plus appropriés à son âge et à son état, conformes aux données acquises de la science et ne lui faisant pas courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté, que ce médecin avait manqué à son obligation contractuelle de moyens**…»*

[3] - *Dans le même arrêt précité « **…La Catalgine à 0, 10 g peut toujours être prescrite pour les bébés, son caractère inopportun pour les nourrissons, dont la santé est particulièrement vulnérable, n'est pas conforme aux données actuelles de la science et surtout, ayant prescrit un médicament qui pouvait se révéler dangereux en cas de surdosage,… »***

[4] - ***TORELLI (Maurice)**. L'obligation du médecin de respecter les données acquises et actuelles de la science. R.C.L.J. 2001. p 129.*

البعض قد تسرب إليه الشك في طبيعية التزام الطبيب، وهل سيبقى كما هو التزامًا ببذل عناية دائمًا، أم علينا أن نعيد النظر في التزاماته في ضوء ما أصبح يتمتع به الأطباء من وسائل دقيقة ومتطورة. و بالتالي يتغير و يتسع مفهوم العناية الواجبة على الطبيب طبقًا للمعطيات العلمية المكتسبة و الحالية أو المعاصرة[1].

و تأكيداً على طبيعة التزام الطبيب قررت محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 6 جانفي 2011 بأن: «... **طبيعة العقد الذي ينشأ بين الطبيب و مريضه يضع على عاتق الطبيب كأصل التزام ببذل عناية»** [2]

ب- التكريس التشريعي

للالتزام ببذل عناية في التشريع الصحي الفرنسي

كرس المشرع الفرنسي الالتزام ببذل العناية في قانون الصحة العامة حيث نص عليه في المواد R 4322-53 و R4127-233 من قانون الصحة العامة[3] و المادة

---

[1] - ***TORELLI (Maurice).*** *Op. cit. p132.*

[2] - ***«… la nature du contrat qui se forme entre le médecin et son patient met en principe à la charge du praticien une obligation de moyen »***

- Cass. Civ 1ére Ch. 6 jan 2011. N° de pourvoi: 09-66994. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :

http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023390771&fastReqId=574044737&fastPos=17

[3] - ***Article R4322-53 « Le pédicure-podologue qui a accepté de donner des soins à un patient s'oblige :***

1- à lui prodiguer des soins éclairés et conformes aux données acquises de la science soit personnellement, soit, lorsque sa conscience le lui commande, en faisant appel à un autre pédicure-podologue ou à un autre professionnel de santé »

Article R4127-233 Le chirurgien-dentiste qui a accepté de donner des soins à un patient s'oblige :

1- à lui assurer des soins éclairés et conformes aux données acquises de la science, soit personnellement, soit lorsque sa conscience le lui commande en faisant appel à un autre chirurgien-dentiste ou à un médecin.

R.4127-32[1] مدونة أخلاقيات الطب الفرنسية على:« **التزام الطبيب أن يقدم علاجات مطابقة للمعطيات العلمية المكتسبة** ». أمّا المادة R4321-80 من قانون الصحة العامة فقد نصت على « **علاجات يقظة مؤسسة على المعطيات العلمية الحالية أو المعاصرة**»[2]. نلاحظ أن المشرع الفرنسي أشار إلى الالتزام ببذل عناية بصفة ضمنية كما نلاحظ أن المشرع الفرنسي مثله مثل القضاء يستعمل المصطلحين **المعطيات العلمية** "**المكتسبة**" أو"**الحالية**". فإقرار التزام الطبيب ببذل عناية كأصل حماية له وللمهنة من الهجر، أما إضافة المعطيات العلمية الحالية إلى المعطيات العلمية المكتسبة من قبل القضاء أو المشرع هو توسيع من مفهوم العناية الواجبة على الطبيب وهذه تعد حماية نوعية للمريض ومنه إلزام الطبيب بتحيين معارفه وهذا خدمة للإنسانية و لمهنته النبيلة[3].

ثانيا: التزام الطبيب ببذل عناية طبقًا للقضاء والتشريع الصحي العربي

أتطرق في هذه النقطة إلى الالتزام ببذل عناية كأصل للالتزام الطبيب في القضاء العربي(أ) و عن مدى تكريس المشرع العربي لهذا الالتزام في التشريع الصحي العربي(ب).

أ: التزام الطبيب ببذل عناية طبقًا للقضاء العربي

نتعرض في هذه النقطة للقضاء العربي فيما يخص مدى اعتبار التزام الطبيب ببذل عناية أصلاً، و أبدء أولا: ب

---

1 ***-Article 32 (article R.4127-32 du code de la santé publique) « Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents ».***

2 ***- Article R4321-80 « Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le masseur-kinésithérapeute s'engage personnellement à assurer au patient des soins consciencieux, attentifs et fondés sur les données actuelles de la science»***

3 ***- TORELLI (Maurice).*** *Op. cit. p137.*

القضاء الليبي: قضت محكمة مصراتة على أنه « **من المقرر قضاءا، أن الطبيب و إن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه، بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة، و إنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهودًا صادقة يقظة تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب** »[1]

القضاء اللبناني: اتخذ الاجتهاد اللبناني موقفاً صريحاً من هذه المسألة فأعتبر:« **أن الطبيب يلتزم تجاه مريضه ببذل العناية الطبية التي تشترطها أصول مهنته و مقتضيات فنه، فلا يلتزم بتأمين الشفاء له كاملا و حتماً فيما يجريه من فحص أو عملية، إنما يأخذ على عاتقه حالة مريضه في الظرف الذي وجد فيه و مراعياً في عمله القواعد الطبية الحديثة المستقرة في اختصاصه** »[2].

القضاء التونسي: اعترف القضاء التونسي بأن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية حيث قررت محكمة استئناف تونس بأنه: «...**تختلف طبيعة التزام الطبيب تجاه المريض بحسب مضمون العقد المبرم بينهما فهو التزام ببذل العناية إذا ما تعلق الأمر بالعلاج في حد ذاته باعتبار عمل الطبيب يتضمن في هذا الخصوص دائما جانبا من الافتراض...** »[3]

القضاء المغربي: ذهبت في هذا السياق المحكمة الابتدائية بالناضور في إحدى حيثياتها في الملف المدني رقم 94/1168 بتاريخ 1996/6/28 إلى ما يلي :«...**و حيث يتضح من وثائق المدعى عليه أنه لا يوجد ضمنها ما يفيد أنه طلب من المدعية إجراء تحليل تشريحي مخالفاً بذلك التزامه بمجرد بذل عناية...** »[4]. و هذا

---

[1]- مصراته 1985/8/25 ، اجتهادات المحكمة العليا الليبية، 1986.

[2]– قرار محكمة استئناف بيروت الثالثة بتاريخ 1971/03/10، النشرة القضائية، سنة 1971، ص 977، ومجلة العدل، سنة 1993، ص 416 و ما يليها مع تعليق المحامي أبو عيد.

[3]– قرار محكمة استئناف تونس رقم 48780 بتاريخ 29 أفريل 1998.

[4]– حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالناضور، ملف مدني رقم 94/1168 – بتاريخ 1996/6/28، منشور بمجلة الإشعاع، عدد 15 ص205 إلى 209.

الالتزام تم تأكيده لاحقا حيث جاء في قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى بتاريخ 2001/5/31 في إحدى حيثياته «... **و أن المسؤولية التعاقدية تلزم الطبيب ببذل عناية لا بتحقيق غاية...**»[1].

القضاء في الإمارات العربية المتحدة: و في هذا الصدد قضت محكمة تمييز دبي بأنه: « **من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن الطبيب و إن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه، بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة، و إنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهودًا صادقة يقظة تتفق – في غير الظروف الاستثنائية – مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وُجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول، ...**»[2].

و أكدت هذا الالتزام أيضا المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية في قرارها الصادر في 3 فبراير 2009: « **تقوم مسؤولية الطبيب على تقصيره في بذل العناية المعتادة في سبيل شفاء المريض وفقا لتقاليد المهنة و أصولها العلمية – و أن استخلاص الخطأ الموجب للتعويض يخضع لتقدير محكمة الموضوع** »[3].

القضاء القطري: قررت محكمة التميز القطرية على: « **أن التزام الطبيب في علاج مرضاه ليس التزاما بتحقيق غاية وإنما هو التزام ببذل عناية، ومع ذلك فهو يسأل**

---

[1]– قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى عدد 2149 – بتاريخ 2001/5/31 – ملف مدني عدد 2000/5/1/1081، منشور بمجلة الإشعاع، العدد الخامس والعشرون، يونيو 2000، ص 171. إلى 176.

[2] – تمييز دبي، مدني 2007/09/30. شبكة المحامين العرب موسوعة الأحكام القضائية العربية موسوعة الأحكام الإماراتية. أحكام تمييز دبي:

http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=UAEJudgmentTypes&ParentID =330

[3]– قرار المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية الصادر في جلسة الأربعاء 3 فبراير 2009 . شبكة المحامين العرب موسوعة الأحكام القضائية العربية موسوعة الأحكام الإماراتية. أحكام تمييز اتحادية:

http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=UAEJudgmentTypes&ParentID=820

عن خطئه الفني مهما كان يسيراً إذا لحق المريض بسببه ضرراً، ذلك أنه يتعين إقامة التوازن بين حاجة الأطباء إلى الطمأنينة والثقة والحرية في مزاولة أعمالهم وبين حاجة المريض إلى الحماية من أخطائهم وحقه في التعويض عن الأضرار التي تسببها، وهو ما يستوجب ثبوت مسئولية الطبيب عن خطئه المهني بصفة أكيدة واضحة ومخالفته في سلوكه عن جهل أو تهاون أصول الفن الطبي الثابتة وقواعده الأساسية التي لا مجال فيها للجدل أو الخلاف،...»[1].

القضاء العماني: قضت المحكمة العليا بسلطنة عمان في قرارها الصادر في 2004/6/16 على: «...**أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية أي بذل الجهد الطبي الصادق لعلاج المريض مع مراعاة الأصول الفنية لمهنة الطب و ليس التزاما بتحقيق غاية و هي شفاء المريض... »**[2].

القضاء الأردني: قضت محكمة التمييز الأردنية حول قضية تتعلق بطفل أجريت له عملية جراحية في مستشفى خاص بالقول: «... **و الثابت بالبينة الفنية أن نتائج المداخلة الجراحية و معالجة الطفل ليست مضمونة النتائج نظراً لطبيعة حالته المرضية غير المستقرة، و ما يصاحبها من تطور التشوهات و حدوث المضاعفات، و حيث أن البينة تشير إلى أن المدعى عليه قد بذل عناية عادية في معالجة الطفل... الذي خرج معافى من المستشفى، و إن المضاعفات التي حصلت معه بعد ذلك كانت نتيجة لحالته المرضية، فإنه لا يعد مسؤولا عن ضمان تلك المضاعفات و تبعاً لذلك تغدو دعواها حقيقة بالرد سيما و أن البينة الفنية قطعت بعدم وجود أخطاء طبية »**[3].

---

[1]– قرار محكمة التمييز القطرية، جلسة 05–12–2006، الطعن رقم 56 لسنة 2006 (دائرة المواد المدنية والتجارية). شبكة المحامين العرب موسوعة الأحكام القضائية العربية موسوعة الأحكام القطرية. محكمة التمييز: ***http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=QAJudgByCourtes&FIID=344***

[2]– قرار 45 في الطعن رقم 2003/95م، جلسة الأربعاء 2004/6/16م. مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا الدائرة التجارية – و الدائرة الضريبية) لسنة 2004. ***http://pal-lp.org/s248.html***

[3]– قرار تمييز أردني، رقم 2005/4226 بتاريخ 2006/08/16، أنظر موقع محكمة التمييز الأردنية ***http://www.jc.jo/cassation_court_resolutions***

القضاء المصري: تعتبر محكمة النقض المصرية أن ، **و لما كان واجب الطبيب بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علماً و دراية في الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة و الأصول العلمية الثابتة و بصرف النظر عن المسائل التي اختلف فيها أهل هذه المهنة لينفتح باب الاجتهاد فيها، فإن انحراف الطبيب عن أداء هذا الواجب يعد خطأ يستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق بالمريض »**[1]، و هذا ما تم تأكيده في قرار آخر بنصه على أنه: « **التزام الطبيب- و على ما جرى به قضاء محكمة النقض- ليس التزاماً بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض، و إنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن هذه العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، كما يسأل عن خطئه العادي أيّاً كانت درجة جسامته** »[2]

القضاء الكويتي: قضت محكمة التمييز الكويتية على أنه: « **و إن كانت المسؤولية الطبية لا تختلف عن المسؤولية العادية من حيث درجة الخطأ المتطلبة في كليهما إلا أنها تختلف عنها بسبب طبيعة التزامات الطبيب و مداها، و هذه الالتزامات تتحدد بحالة**

---

[1]- الطعن رقم 381 لسنة 31 ق جلسة 1966/3/22 س 17 ص 636. مشار إليه من طرف د/ إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب و الصيدلي فقهاً وقضاءاً، دار الكتب القانونية مصر- المحلة الكبرى 2007. ص 50. أنظر شبكة المحامين العرب موسوعة الأحكام القضائية العربية جمهورية مصر العربية محكمة النقض:
http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=EGPortal&Type=1&PFIID=282

[2]- طعن مدني رقم 464 لسنة 36 ق جلسة 1971/12/21 س 22 ص 1062. طعن مدني رقم 111 لسنة 35 ق جلسة 1969/6/26 س 20 1075. مشار إليه من طرف د/ إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب و الصيدلي فقهاً وقضاء، دار الكتب القانونية مصر- المحلة الكبرى 2007. ص 53. أنظر الموقع الالكتروني السابق.

العلم و القواعد المعترف بها في الفن الطبي المتطور دائما- و الذي مازال مع ذلك محاطا بالغموض و مثيرا للجدل- و هي التزامات ببذل عناية و أن على القاضي تقدير الخطأ المسند للطبيب بمعياره القانوني الواجب دون ما حاجة إلى الخوض في النظريات العلمية المتباينة أو الأساليب المختلف عليها و ذلك على أساس أن العناية المطلوبة منه تقتضي بذل الجهود الصادقة اليقظة لمريضه و التي تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة »[1].

نخلص إلى أن التزام الطبيب سواء في القضاء الفرنسي أو في القضاء العربي هو التزام ببذل العناية العادية obligation de moyen ordinaire في غالب الأحوال، و التزام ببذل عناية مشددة obligation de moyen renforcée في جراحة التجميل[2]

ب- التكريس التشريعي
للالتزام ببذل عناية في التشريع الصحي العربي

التشريع الليبي: كرس المشرع الليبي الالتزام ببذل العناية في قانون المسؤولية الطبية[1] حيث نصت المادة (3) منه على أنه:« **يجب على كافة العاملين الذين**

---

[1]- قرار محكمة التميز المؤرخ في 1980/6/4، مجلة إدارة الفتوى و التشريع، العدد 8، ص 143. كذلك أورده د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية دار الفكر العربي ، الإسكندرية، 2006.، ص 215. أنظر موقع شبكة المحامين العرب موسوعة الأحكام القضائية العربية موسوعة الأحكام الكويتية. محكمة التمييز:
http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=KWJudgments&ParentID=23

[2]- لا يمنع من تقسيم الالتزامات ببذل عناية إلى التزامات ببذل عناية مشددة obligations de moyens renforcées و أخرى ببذل العناية العادية obligations de moyens ordinaires و أخرى ببذل عناية مخففة obligations de moyens allégées و كذلك الحال بالنسبة للالتزامات بتحقيق نتيجة، حيث يمكن تقسيمها إلى التزامات بتحقيق نتيجة مشددة obligations de résultat aggravées و أخرى بالتزامات بتحقيق نتيجة عادية obligations de résultat ordinaires و أخرى بتحقيق نتيجة مخففة obligations de résultat atténuées راجع في هذا ما يلي:

- ***HOCQUET-BERG (Sophie)****. Obligation de moyens ou obligation de résultat ? À propos de la responsabilité civile du médecin. Thèse doctorale: Université Paris 2. Année 1997. P 323 et 324.*

- ***G. Viney et P. Jourdain****, traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité, 2eme éd. L.G.D.J. 1998. P 451et 452.*

لعملهم صلة بالمريض ما يلي: ج- مراعاة أصول المهنة »، كما نصت المادة (5): " **يجب على الطبيب ما يلي:**

أ- توخي الدقة والالتزام بالأصول العلمية الثابتة، المعترف بها من قبل أمانة الصحة سواء في الكشف أو العلاج أو الجراحة.

ب- بذل الجهد و العناية لتخفيف آلام المريض الميئوس من شفائه أو حياته ».

كما جعل التزام الطبيب التزاما ببذل عناية أصلا و استثناءا يكون بنص قانوني[2]، و هذا ما نصت عليه المادة (7): « **يكون التزام الطبيب في أداء عمله <u>التزاماً ببذل عناية</u> إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك ».** كما تعرضت المادة (8) للالتزام ببذل عناية في الأعمال الطبية التي ترتبط بالتحليل و التشخيص و العلاج بالأشعة أو بالموجات الحرارية و ذلك بنصها:« **يجب على المحلل و المشخص والمعالج بالأشعة أو الطاقات الحرارية أو الموجات الكهربائية أو ما في حكمها مراعاة الدقة وبذل العناية واتخاذ أسباب الوقاية في أداء العمل، وذلك كله طبقاً للأصول العلمية**».

<u>التشريع اللبناني</u>: اعتمد قانون الآداب الطبية اللبناني[3] أحدث ما توصل إليه الاجتهادان الفقهي و القضائي حول هذا الموضوع، فنص في المادة (28) منه على أنه « **لا يلتزم الطبيب بموجب نتيجة معالجة المريض بل بموجب تأمين أفضل معالجة مناسبة له».** و اشترط في المادة (8) فقرة (2) منه بأن تكون إرشادات الطبيب و علاجه لمريضه « **حسب أفضل الأنظمة الطبية المعمول بها »**، كما فرض في المادة(27) فقرة(2) منه بأن تتم هذه المعالجة « **بكل دقة و ضمير حي**

---

[1]- قانون رقم (17) لسنة 1986 م بشأن المسئولية الطبية الليبي الصادر في 24 نوفمبر 1986.

[2]- تنص المادة (16) فقرة (2) من قانون رقم (17) لسنة 1986 م بشأن المسئولية الطبية الليبي الصادر في 24 نوفمبر 1986. "**ويكون التزام الطبيب بتركيب الأسنان الصناعية التزاما بتحقيق نتيجة** "

[3]- قانون رقم 288 يتعلق بالآداب الطبية اللبناني، ج ر رقم 9 مؤرخة في 3 آذار 1994م.

ووفقاً لأحدث المعطيات العلمية التي ينبغي أن يتابع تطورها ». و تأكيدا للأصل في الالتزام الطبي جاءت المادة الأولى من قانون رقم 574 المتعلق بحقوق المرضى و الموافقة المستنيرة اللبناني بنصها على أن: « **للمريض الحق في إطار نظام صحي و حماية اجتماعية، بتلقي العناية الطبية الرشيدة و المناسبة لوضعه الصحي، و المتماشية مع معطيات العلم الحالية، تأخذ هذه الحماية شكل الوقاية، أو العلاج، أو العلاج الملطف، أو التأهيل، أو التثقيف** »[1].

<u>التشريع الإماراتي:</u> اعتمد قانون المسؤولية الطبية الإماراتي[2] ما توصل له الفقه و القضاء، حيث نصت المادة(3) من النص الجديد « **يجب على كل من يزاول المهنة في الدولة تأدية واجبات عمله بما تقتضيه المهنة من الدقة والأمانة و وفقا للأصول العلمية والفنية المتعارف عليها، وبما يحقق العناية اللازمة للمريض...**» كما نصت المادة (4) على « **الأصل أن التزام كل من يمارس مهنة طبية هو التزام ببذل عناية تتفق مع الأصول العلمية المتعارف عليها و التي يبذلها من هو مساو له في مستواه المهني إذا وجد في ذات الظروف و لا يكون مسؤولا عن النتيجة التي يصل إليها المريض إذا تبين أنه يبذل العناية اللازمة لمريضه**»[3]. و تم إعادة تأكيد ما جاء سابقاً و هذا في المادة (3) من اللائحة التنفيذية[4] على أنه: « **يجب على كل من يزاول المهنة إتباع القواعد الموضحة أدناه بما يتفق مع طبيعة عمله و دون الإخلال بالواجبات المنصوص عليها في القانون: أ- تأدية واجبات العمل المنوط به بدقة و أمانة. ب - أن لا يخرج في أدائه لعمله عن أصول المهنة**

---

[1]- قانون رقم 574 المتعلق بحقوق المرضى و الموافقة المستنيرة اللبناني ج ر رقم 9 مؤرخة في 12 فبراير 2004 م.

[2]- القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008، المتعلق بالمسؤولية الطبية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

[3]- القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008، المتعلق بالمسؤولية الطبية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

[4]- اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008، المتعلق بالمسؤولية الطبية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

بصفة عامة و الأسس العلمية والعملية للتخصص الذي يمارسه بصفة خاصة.
ت- أن يبذل العناية اللازمة بكل يقظة وتبصر »[1].

التشريع القطري: و تكريسا لهذا نصت المادة (18) على أنه « **لا يكون الطبيب مسئولاً عن النتيجة التي يصل إليها المريض إذا تبين أنه بذل العناية اللازمة ولجأ إلى جميع الوسائل التي يستطيعها من كان في مثل ظروفه لتشخيص المرض والعلاج و يكون مسؤولا إذا ارتكب خطأ ترتب عليه الإضرار بالمريض، و بخاصة في الأحوال الآتية: أ- إذا كان الخطأ نتيجة جهله بأمور فنية يفترض في كل طبيب الإلمام بها سواء من حيث تشخيص المرض أو وصف العلاج المناسب.**

ب- إذا كان سبب الإضرار بالمريض هو الإهمال أو عدم بذل العناية اللازمة.

ج- إذا كان سبب الإضرار بالمريض هو إجراء الطبيب عليه تجارب و أبحاث علمية غير معتمدة فنيا »، كما نصت المادة (20)**« على الطبيب مراعاة الدقة والأمانة في جميع تصرفاته...»[2]**

التشريع العماني: كرس المشرع العماني الالتزام ببذل عناية في قانون مزاولة الطب البشري و طب الأسنان[3] حيث نص في المادة 18 على أن « **لا يكون الطبيب المعالج مسؤولا عن نتيجة العلاج بشرط أن يكون قد بذل العناية اللازمة و استعمل جميع الوسائل المهيأة له لتشخيص حالة المريض و إعطائه العلاج الصحيح** » و تأكيدا على هذا الالتزام نص في المادة 19 على أن « **يتحمل الطبيب مسؤولية عمله و الأضرار الناتجة عنه في الحالات الآتية: ب- إذا وقع منه إهمال أو تقصير أو لم يبذل العناية اللازمة».**

---

[1]- القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008، المتعلق بالمسؤولية الطبية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

[2]- قانون رقم 2/ 1983، يتعلق بمزاولة مهنتي الطب البشري و طب و جراحة الأسنان القطري.

[3]- مرسوم سلطاني رقم 22-96 يتعلق بإصدار قانون مزاولة مهنة الطب البشري و طب الأسنان المعدل و المتمم.

التشريع الأردني: تكريسا لقضاء محكمة التمييز الأردنية نص المشرع الأردني في المادة (1) من الدستور الطبي الأردني على ما يلي:« **أن مهنة الطب هي مهنة إنسانية و أخلاقية، و تقوم المسؤولية الطبية بين الطبيب و المريض على بذل العناية و عدم الإهمال، و ليس الشفاء»**[1]

التشريع الكويتي: كرس المشرع الكويتي الالتزام ببذل عناية بالمادة (13) حيث تنص على ما يلي: " **لا يكون الطبيب مسؤولاً عن الحالة التي يصل إليها المريض إذا تبين أنه بذل العناية اللازمة و لجأ إلى جميع الوسائل التي يستطيعها من كان في مثل ظروفه لتشخيص المرض و العلاج**" [2].

التشريع البحريني: انتهج المشرع البحريني نهج التشريعات العربية الأخرى في تكريس الالتزام ببذل عناية في المادة (27) من مرسوم بقانون المتعلق بمزاولة مهنة الطب البشري و طب الأسنان، حيث نصت على أنه « **لا يكون الطبيب مسؤولاً عن الحالة التي وصل إليها المريض، إذا تبين أنه بذل العناية اللازمة، و لجأ إلى جميع الوسائل التي كان يستطيعها من كان في مثل ظروفه ...**

ب- إذا لحق ضرر بمريض نتيجة لإهمال الطبيب أو تقصيره في العناية به »[3].

التشريع السعودي: كرس المشرع السعودي الالتزام ببذل عناية في المادة (26) التي تنص على أن « **التزام الممارس الصحي الخاضع لأحكام هذا النظام هو التزام ببذل عناية يقظة تتفق مع الأصول العلمية المتعارف عليها** »[4]

التشريع الجزائري و المصري: لم ينص المشرع الجزائري أو المصري بصريح النص على الالتزام ببذل عناية في التشريع الصحي، لكن بالرجوع إلى التقنين المدني نجد

---

[1]- الدستور الطبي الأردني.

[2]- قانون رقم 1981/125 يتعلق بإصدار مدونة الطب البشري الكويتي.

[3]- مرسوم بقانون رقم (7) لسنة 1989 بشأن مزاولة مهنة الطب البشري و طب الأسنان البحريني.
http://www.moh.gov.bh/arabic/PDF/Lgislations/Legislations-1989-7.pdf

[4]- النظام الجديد لمزاولة المهن الصحية السعودي رقم (م/59) في 1429/11/4ه. و للإطلاع على هذا النظام يمكنكم استعمال الرابط الآتي:
http://www.arblaws.com/board/attachment.php?s=4ed60cf0d4da08b788279728fe01c101&attachmentid=275&d=1134025147

المادة 172 فقرة (1)[1] التي تقابلها المادة 211 من ت.م.مصري تؤكد لنا التزام الطبيب على النحو التالي « **في الالتزام بعمل – فحص، تشخيص،...طبي- إذا كان المطلوب من المدين– الطبيب- أن يحافظ على الشيء– صحة المريض أو حياته- ...فان المدين– الطبيب– يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي– الطبيب العام الوسط أو الطبيب الأخصائي الوسط- و لو لم يتحقق الغرض المقصود»**[2]. إذن: **المشرع المصري:** و تكريساً لقضاء النقض و ما جاء في المادة السالفة الذكر جاءت المادة (20) مكرسة لذاك بنصها «**على الطبيب أن يبذل كل ما في وسعه لعلاج مرضاه وأن يعمل على تخفيف آلامهم...»**[3] أما **المشرع الجزائري**: كرسه ضمنياً في المادة (45) من م.أ.ط على أنه:« **يلتزم الطبيب بضمان علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة...**» [4]، وبالتالي لا يعد الطبيب مخطئًا إذا نجم ضرر عن عمل الطبيب وكان عمله متصفاً بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة.

إذن كل ما على الطبيب هو أن يعنى بالمريض العناية الكافية و أن يصف له من وسائل العلاج ما يرجى به شفاؤه من مرضه، فليس يكفي لكي يعد الطبيب مخلا بالتزامه أن يخيب العلاج أو تسوء حالة المريض بل يجب أن يقوم الدليل على

---

[1]– – أمر 58/75 مؤرخ 26 سبتمبر 1975، يتضمن قانون المدني، ج ر عدد 78 مؤرخة 30 سبتمبر 1975 م، المعدل و المتمم.

[2]– تقابلها المادة 214 من التقنين المدني البحريني، المادة 212 من التقنين المدني السوري، المادة 383 من قانون المعاملات لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 5 لسنة 1985.

[3]- لائحة آداب مهنة الطب الصادرة بقرار وزير الصحة و السكان رقم 238 لسنة 2003 بتاريخ 5 سبتمبر 2003م.

[4]- المرسوم التنفيذي رقم 276/92 ، مؤرخ في 6 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر عدد 52 مؤرخة في 8 يوليو 1992.

تقصير الطبيب في عنايته و لا يتأتى هذا إلا إذا وقع منه خطأ يمكن أن تترتب عليه المسؤولية[1].

نخلص مما تقدم إلى أن هناك إجماع قضائي وتشريعي فرنسي وعربي من المملكة المغربية إلى الإمارات العربية المتحدة على أن الطبيب لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه و بين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب هو التزام بذل عناية أصلا، و بتحقيق نتيجة استثناء، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب[2]، مع المعطيات العلمية المكتسبة والحالية[3]، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول.

إلا أن التزام الطبيب ببذل عناية صادقة و يقظة تتفق مع الظروف القائمة و الأصول العلمية تتحكم فيها عدة عوامل منها:

أولا: أن تكون العناية و الجهود التي يبذلها الطبيب متفقة مع التشريعات النافذة و الأصول المستقرة في علم الطب أو المعطيات العلمية المكتسبة و الحالية: التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة و إنما هو التزام بذل عناية و تتحدد العناية بمدى

---

[1]- أحمد أدريوش، المرجع السابق، ص 111.

[2]- مصطلح الأصول المستقرة في علم الطب تقابله عدة مصطلحات استعملها القضاء و الفقه و التشريع العربي مثل: الأصول العلمية و الفنية المتعارف عليها، أصول المهنة بصفة عامة و الأسس العلمية و العملية، الأصول العلمية المتعارف عليها، الأصول المطابقة لمعطيات العلم الحديثة، الأصول المتماشية مع معطيات العلم الحالية، الأصول المتماشية مع أحدث المعطيات العلمية، الأصول العلمية الثابتة، الأصول المستقرة في علم الطب، الأصول الفنية لمهنة الطب، الأصول المستقرة في علم الطب، أصول مهنته و مقتضيات فنه. إلا أن مصطلح العناية المطابقة للأصول المستقرة في علم الطب هو المصطلح الشائع و المحبذ لدى غالبية القضاء و الفقه و التشريع العربي.

[3]- مصطلح العناية المطابقة للمعطيات العلمية المكتسبة أو الحالية أو المعطيات العلمية المكتسبة و الحالية هي مطلحات التي يستعملها القضاء الفرنسي بمختلف دراجاته. إلا أن مصطلح العناية المطابقة للمعطيات العلمية المكتسبة هو المصطلح الأكثر شيوع لدى غالبية القضاء و الفقه الفرنسي.

التزام الطبيب بالتشريع الصحي النافذ و بالقواعد المهنية أي تلك التي تفرضها عليه مهنته و ما جرت عليه عادة الأطباء في نفس الظروف.

فالعناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب، فإذا كان الطبيب حر في اختيار طريقة العلاج، إلا أنه لا يعقل أن يستعمل وسائل أو أساليب بدائية نبذها العلم و هجرها الطب[1]. و أخيرا يدخل في تحديد مدى التزام الطبيب أن تكون الجهود المبذولة متفقة مع الأصول العلمية الثابتة. و تتمثل هذه الأخيرة في كل ما توصل إليه العلم و استقر عليه في مجال الطب من أساليب الفحص و التشخيص و العلاج...الخ، حيث فرضت التشريعات الصحية على الأطباء بالتكوين الإلزامي[2] و المستمر من أجل تحيّين معلوماتهم حتى تكون مطابقة للمعطيات العلمية الحالية أو المعاصرة و المستقر عليها.

فقد أدان القضاء في أكثر من مناسبة الأطباء الذين يلجئون إلى طرق مهجورة méthodes thérapeutiques abandonnées فالالتجاء إلى طريقة أصبحت مهجورة و تمثل خطورة بالنسبة للمريض يشكل خطأ من جانب الطبيب[3].

ثانيا: أن تكون العناية متوافقة و التخصص المهني للطبيب، فالالتزامات التي يتحملها الطبيب العام ليست هي نفسها التي يتحملها الطبيب الاختصاصي فهذا الأخير يفترض فيه بذل جهد كبير من العناية، ولذلك فالقضاء عادة ما يتشدد بصرامة في تقدير الخطأ المنسوب إليه. و العناية الواجبة على طبيب التجميل أكبر شدة من كل التخصصات الأخرى. فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول.

---

[1]- يوسف محمد طردة، المسؤولية الجنائية المترتبة على عمل الطبيب في الفقه الإسلامي. رسالة ماجستير جامعة الخليل، فلسطين 2011. ص 54.

[2] - *L4133-1 al 1 et (2). L4143-1. L4153-1. L6155-1.*

[3] - *Cass. 1ère Civ. 9 juillet 1963 cité in .HOCQUET-BERG (Sophie). Obligation de moyens ou obligation de résultat ? À propos de la responsabilité civile du médecin. Op.cit. P 48.*

ثالثا: أن تكون العناية متوافقة و الظروف الخارجية التي يمارس فيها الطبيب عمله، ذلك أن تقدير مدى العناية المبذولة من جانب الطبيب متوقفة على حجم الإمكانات المتاحة له كأن يكون ذلك في مستشفى مزود بأحدث الآلات و المخترعات أو في جهة نائية منعزلة لا وجود فيها لشيء من هذه الإمكانيات والأدوات والأجهزة المتوفرة لديه. أو أن تكون حالة المريض في درجة من الخطورة تقتضي إجراء جراحة له فورا في مكان وجوده و دون نقله إلى مستشفى أو عيادة، كما يتوقف تقدير عناية الطبيب كذلك على عوامل و اعتبارات تخرج عن إرادته، كمناعة الجسم و حالته و حدود التقدم الطبي، فالطبيب لا يلتزم بمنع المرض من التطور إلى حالة أسوأ أو لا تتخلف عند المريض عاهة أو لا يموت، إذ كل هذا يخرج عن سلطانه[1].

[1]- د/ فائق الجوهري، المرجع السابق، ص 65.

الفرع الثاني: التزام الطبيب بتحقيق نتيجة(الاستثناء)

إذا كانت القاعدة هي التزام الطبيب ببذل عناية، إلا أن هناك حالات استثنائية يقع فيها التزام الطبيب التزاما محدّداً هو التزام بتحقيق نتيجة تتمثل في سلامة المريض.

و الالتزام بالسلامة لا يعني الالتزام بشفاء المريض، بل بألا يعرضه لأي أذى من جراء ما يستعمله من أدوات أو أجهزة أو ما يعطيه من أدوية، و بألا ينقل إليه مرضاً آخر نتيجة العدوى من جراء المكان أو ما ينقله من دم أو خلافه، و هذا يدفعنا إلى الحديث عن التزامات الطبيب بصدد التركيبات الصناعية، و التزامات أطباء.

نعتقد في وجود التزامات أخرى على عاتق الطبيب، و رغم اتصالها ببعض الأعمال الفنية، إلا أن عنصر الاحتمال يضعف فيها كثيرا، حتى يكاد أن يتلاشى أحيانا. و من أمثلة ذلك: الأعمال المخبرية، وعمليات نقل الدم، و جراحة التجميل، و استعمال الأدوات و الأجهزة الطبية، و عدد محدود من العمليات الجراحية التي أصبحت الآن، من قبيل العمليات العادية التي لا تحتمل صعوبة خاصة لاستبعاد عنصر الاحتمال، كعمليات الختان.

أولا- الأعمال المخبرية واستعمال الأشعة:

بالنسبة للطبيب المخبري يميّز الاجتهاد الفرنسي بين حالتين: الحالة الأولى تتعلّق بالاختبارات الحساسة و الصعبة، فهنا يبقى التزام الطبيب المخبري التزامًا بوسيلة[1]. و الحالة الثانية يعدّ الطبيب فيها ملتزمًا بتحقيق نتيجة، و هذه تتعلّق بالتحاليل المعتادة كأن يجري للمريض بعض الفحوص المخبرية بمناسبة التشخيص أو العلاج، كتحليل الدم، و تحديد الزمر الدموية و نسبة محتوياته، فإذا كانت نتائج هذه الفحوص غير صحيحة، فيفترض حينئذ إخلال الطبيب، لأن التزامه، في مثل هذه الأعمال، يكون التزاما محددا بنتيجة، باعتباره منتميا إلى نوع من الأعمال الطبية

[1] - ***Cass. Civ 1ére Ch 4 jan 1974. Pourvoi N°: 71-11918. Consultez l'arrêt sur le lien suivant : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006989698&fastReqId=43849632&fastPos=795***

التي تؤدي إلى نتائج أكيدة الاحتمال فيها بحيث يثبت إخلال الطبيب بالتزامه لمجرد عدم تحقق النتيجة الصحيحة[1]. و هذا حكم منطقي جدا في نظر البعض[2]، خاصة أن عنصر الاحتمال في هذه التحاليل معدوما على وجه التقريب[3]، و حيث يمكن الحصول على نتيجة دقيقة[4].

و اتساقا مع الصفة المحددة لهذا الالتزام، قضت المحاكم الفرنسية بمسؤولية الطبيب الذي لم يقم بالتحاليل الأولية لمريض قبل أن يصف له العلاج، خاصة إذا كان من النادر اللجوء إلى هذا العلاج، بالنظر إلى ما ينطوي عليه من مخاطر، و ما يتطلبه استعماله من ضرورة التأكد من حالة المريض و قدرته على تحمل آثاره[3].

من جانب آخر، فإن استعمال الأشعة في تشخيص و علاج الأمراض أصبح يؤدي دورا مهما و خطيرا في المجال الطبي. و من ثم فإن هذا الاستعمال يلقي على الطبيب التزاما محدداً بحماية مما قد ينجم عنها من أضرار. فإذا ما أجرى الطبيب للمريض علاجا و فحص بالأشعة، التزم بمراعاة الحرص التام في استعمالها، و دراسة و قراءة نتائجها.

و لذلك قضت إحدى المحاكم بأن عدم اكتشاف الكسر في الصورة التي أخذت بالأشعة، لا يمكن أن يحمل إلا على أحد أمرين كلاهما موجب لمسؤولية الطبيب: فإما أن أهمل في تحري وجه الدقة في قراءة الصورة، وإما أنه يفتقد إلى الخبرة الفنية اللازم توافرها في الأخصائي[5] .

---

[1] - *C. Appel. Toulouse, 14 décembre 1959,* ***cité in KAMKAR(Caroline)****, les limites de la faute: essai sur la détermination de l'obligation de moyens en matière médicale, thèse pour le doctorat en droit, université jean moulin Lyon III faculté de droit (IFROSS), année 2006*

- Cass. Civ1ére Ch. 7 déc. 1992. Pourvoi N°: 90-15463.Consultez l'arrêt sue le liens suivant :

http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007033470&fastReqId=862136041&fastPos=339

[2]- د/ محمد هشام قاسم، المسؤولية الطبية، ص 85.

[3]- د/ طلال عجاج، المرجع السابق، 153.

[4]- د/ محمد حسين منصور ، مرجع سابق، ص 65.

[5]- د/ مجدي حسن الخليل، المرجع السابق، ص 52.

و هكذا وبالنظر إلى التقدم الفني الكبير الذي أحدثته العلم الحديث في هذا المجال عن طريق تطوير و تحسين أجهزة الأشعة و ضمان كفاءتها و تزويدها بالإمكانيات اللازمة لمنع المضار عن جسم الإنسان[1]، فإن الاتجاه الغالب في القضاء الفرنسي، هو افتراض خطأ الطبيب بمجرد حدوث الضرر نتيجة استعمال الأشعة[2].

و باختصار، فإن هذا النوع من الأعمال الفنية المتصل بالفحوص المخبرية واستعمال الأشعة، يكاد يتلاشى في نطاقه عنصر الاحتمال، و لذلك يكون الطبيب المتخصص فيه ملتزما بتحقيق نتيجة في مواجهة المريض.

ثانيا – نقل الدم:

يعد نقل الدم من العمليات المألوفة في الطب منذ وقت طويل، وتؤدي دورا مهما في إنقاذ حياة العديد من الأشخاص، و تقتضي هذه العملية وجود شخص ينقل منه الدم، و هو متبرع، و شخص آخر ينقل إليه الدم، متى كان محتاجا إليه، و تكون مسبوقة بالضرورة، بتحليل الدم، سواء للمُعطي أو للمنقول إليه، من أجل معرفة فصائل الدم، و التوافق بينها و خلوها من الأمراض[3]. و يتولى تنفيذ هذه الإجراءات أطباء متخصصون، خاصة بعد أن أصبحت تُحاط عمليات نقل الدم بضوابط و قيود مشددة، من أجل ضمان سلامة الأشخاص، على إثر اكتشاف ذلك المرض الخطير و الفتاك، المعروف باسم فقدان المناعة الإيدز"[4].

و لا شك أن هذا التطور يلقي عبئا مضاعفاً على الأطباء في هذا المجال لكفالة حماية فعالية المتبرعين بدمائهم، و المنقولة إليهم هذه الدماء على حد سواء.

---

[1]- د/ أحمد أدرويش، المرجع السابق، ص 213.

[2]- طلال عجاج، المرجع السابق، ص 156

[3] - *Montpellier.29mai 1943. Cass. Civ. 3 avr 1939.* ***cité in KAMKAR(Caroline)****, les limites de la faute: essai sur la détermination de l'obligation de moyens en matière médicale, op.cit. p 213.*

[4]- د/ طلال عجاج المرجع السابق، ص 163.

و بالنظر إلى هذه التطورات، فإن الغالب ألا يقوم الطبيب المعالج نفسه بتحليل الدم[1]، بل يلجأ إلى هؤلاء الأطباء المتخصصين، في المستشفيات الخاصة أو العامة، أو في معامل التحاليل أو مراكز نقل الدم، و حينئذ، و طبقاً لقضاء مستقر لمحكمة النقض الفرنسية، فإن المريض يستطيع الرجوع على الطبيب المتخصص في تحليل الدم استناداً إلى قيام اشتراط لمصلحته في العقد الذي أبرمه الطبيب المعالج مع المركز أو المعمل الذي يعمل به الطبيب المتخصص في التحليل، و في هذه الحالة يطالب المريض هذا الطبيب المتخصص بالتعويض نتيجة إخلاله بالتزامه بضمان سلامة الدم، و دقة التحليل الناشئ عن ذلك العقد لمصلحته[2]. و من باب أولى فإن المريض يستطيع ذلك، لو كان هو الذي لجأ مباشرة إلى الطبيب المتخصص في عمليات نقل و تحليل الدم.

و بسبب التقدم العلمي الكبير في مسائل تحليل و نقل الدم، يذهب القضاء الفرنسي، بحق إلى أن التزام الطبيب المتخصص هنا، يكون التزاما بنتيجة، إذ عليه أن يضمن عدم ترتيب أية آثار ضارة على عملية نقل الدم بالنسبة للمتبرعين بدمائهم[3]. ففي مواجهة هؤلاء، نجد أن القضاء الفرنسي يفرض على مراكز نقل الدم التزاماً بنتيجة. و يتأكد ذلك، عندما توجه الدعوة للمتبرعين، و يعلنوا أن نقل الدم لن يسبب لهم أية أضرار صحية[4].

فالتزام الطبيب بالنسبة لمن ينقل إليه الدم يظل التزاما محددا بنتيجة[5]، و ذلك بالنظر إلى التقدم الكبير الذي حدث في هذا المجال كما ذكرنا[6] و لا نقصد بهذا مطلقا أن على الطبيب ضمان النتيجة لنقل الدم للمريض، و هي شفاء هذا الأخير[1]، و إنما يضمن فقط ألا تحدث له أضرار بسبب هذا النقل.

---

[1]- طلال عجاج، المرجع السابق، ص 162.

[2] - *Rennes, 15 mai 1933. Paris 17 juil 1936.* ***cité in KAMKAR(Caroline)****, op.cit. p148.*

[3] - *Toulouse 11 déc. 1959 ; 26 janv. 1960* ***cité in KAMKAR(Caroline)****, op.cit. p142,*

[4] - *Paris 21 mai 1959, paris 26janv1960. Paris 19 mars 1974. Rennes 14 avr 1977.*

[5]- أما في مواجهة الشخص المنقول إليه الدم، فذهبت غالبية أحكام القضاء الفرنسي في النصف الأول من القرن الماضي إلى أن الالتزام أي يقع على الطبيب، يظل التزاما بوسيلة.

[6] - *Cass. Civ 17 déc. 1954.* ***cité in KAMKAR(Caroline)****, op.cit. p145.*

و تطبيقا لذلك، حكم بمسؤولية مركز نقل الدم في فرنسا، لتعويض الأضرار التي لحقت بمريض بسبب نقل دم معيب إليه، حيث كان الشخص المنقول منه حاملاً لأحد الأمراض المعدية[2]. كما أنه يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق بالمتبرع بالدم بسبب عملية النقل، إذ على الطبيب أن يتأكد من عدم تأثير ذلك تأثيرا ضاراً على صحة المتبرع بدمائه[3]. و يُلاحظ أن القضاء الفرنسي لم يلزم المريض– المنقول إليه الدم– بإثبات خطأ المركز القومي الفرنسي لنقل الدم، لأن هذا المركز محمل بالتزام بتحقيق نتيجة، موضوعه، ضمان سلامة المريض[4].

كما تقرر أن الطبيب يكون مسؤولاً عن الخطأ في تحليل الدم و معرفة نوع الفصيلة و لو قامت به الممرضة لأنه كان ينبغي على الطبيب أن يتأكد من مدى تخصص و كفاءة الممرضة[1].

و في هذا الصدد، فإنه متى قامت القرينة على خطأ الطبيب في عمليات نقل الدم، فإن هذا الطبيب لا يستطيع نفي هذه القرينة بمجرد ادعائه أنه قد استند إلى عادة جرت على عدم القيام بفحص دم المنقول منه الدم، إلا على فترات متباعدة[2]. فمثل هذه العادة المهنية لا تكفي لإعفاء الطبيب من المسؤولية، إذ يكون للمحكمة حرية تقديرها، و لها أن ترفض اعتمادها إذا رأت عدم اتفاقها مع قواعد الحيطة اللازمة[3].

ثالثا– جراحة التجميل:

تعرف جراحة التجميل " بأنها ذلك النوع من الجراحة الذي لا يقصد به شفاء المريض من علة في جسمه، وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر"[4].

---

[1] - *Toulouse 11 janv. 1960.cité in :* ***HALLIEZ (Doriane),*** *La responsabilité personnelle civile et pénale du chirurgien esthétique. thèse doctorale. Université. Lille 2. 2001. P52.*

[2] - *Paris 26 avr 1948. Cité in :* ***HALLIEZ (Doriane),*** *La responsabilité personnelle civile et pénale du chirurgien esthétique. Université. Lille 2. 2001. P 52et 53.*

[3] - *Paris 26 avr 1948. Précité.*

[4]- نقض مدني مصري 26/2/ 1969 ، م.م.ف، س 20، رقم 1966، ص 1070. كما أورده د/ عبد الوهاب حومد، المسؤولية الطبية الجزائية، مجلة الحقوق و الشريعة، السنة الخامسة العدد الثاني، يونيو 1981، ص 123.

و في البداية فإن من المهم التمييز بين نوعين من جراحة التجميل يختلف حكم كل منهما:

النوع الأول: جراحة التجميل بمعناها الحقيقي[1]، حسب التعريف السابق، و لا تتجه أصلاً إلى غرض شفائي، إذ لا تتم من أجل إعادة الصحة العضوية للمريض، وإما من أجل إصلاح بعض التشويهات الطبيعية، كأنف طويل أو قصير أو إزالة غضون أو ندبة بالوجه، تقوية النهدين...الخ، فالهدف منها مجرد تقديم جراحة تجميلية للشخص[2]، لأن ما يقوم بجسم الشخص من تشوهات لا تهدد صحته العضوية. فهي جراحة طبقاً لعبارة البعض، هدفها إصلاح ما أفسده الدهر من جمال يحاول التشبث بالبقاء ضد إرادة الزمان و حكم الطبيعة[3]، و ليس لها غرض علاجي[4].

أما النوع الثاني: فهي ذات غرض علاجي، حيث تتجه إلى علاج عجز حقيقي، مورث أو مكتسب، على إثر بعض الحوادث أو الحروب، مثل إعادة شفة إلى مكانها بعد أن انتزعت في حادث، أو إزالة آثار بعض الحروق و الكسور[5]. و في هذا النوع قد يصل التشويه إلى درجة العلة المرضية، بحيث تصبح معه حياة من يشكو منه عبئا ثقيلاً قد يدفعه إلى التخلص منها.

و لعل من أوضح مبررات هذا النوع من الجراحة، الأشخاص الذين شوهوا في الحروب، واضطرت الدول إلى عزلهم في أماكن خاصة، بعيداً عن أعين الجمهور، حتى لا تؤذي الناس بمنظرهم المريع، فيبث فيهم ذلك، روح السخط على الأنظمة و

---

[1] - ***HALLIEZ (Doriane)***, *La responsabilité personnelle civile et pénale du chirurgien esthétique. Thèse doctorale. Université. Lille 2. 2001.p 99.*

[2]- د/ وديع فرج المقال السابق، ص 436.

[3]- د/ وديع فرج المقال السابق، ص 436.

[4] - ***HALLIEZ (Doriane)***,*op.cit. p85.*

[5]- طلال عجاج، المرجع السابق، ص 44.

الجبن في الدفاع عن الأوطان، و لذلك فإن هذا النوع من الجراحة يكون في نفس مستوى الجراحة العادية، و يحكم بذات قواعدها[1].

و الواقع أن جراحة التجميل، بمعناها الحقيقي الأول قد مرت بتطورات مهمة، حيث لا تقابل في بادئ الأمر قبولا حسنا، لا من الفقه و لا من القضاء، بل إن هذا الأخير كان قد أدانها بشدة، إذ كان ينظر إليها نظرة شك و ريبة، و سخط أيضاً، لأنها لا تجد لها مبرراً مقبولاً في ضرورة علاجية، و لا تهدف إلى شفاء مريض. فلا يوجد إذن ما يبرر ما تجلبه من مخاطر و لو كانت طفيفة [1].

و أخذاً بهذا الاتجاه، قضت محكمة باريس الابتدائية سنة 1929[2]. بأن مجرد إقدام الجراح على عملية لا يقصد منها إلا تجميل من أجريت له، يكون خطأ في ذاته يتحمل بسببه الجراح كل الأضرار التي تنشأ عن العملية حتى إذا كانت تلك العملية قد أجريت طبقاً لقواعد العلم و الفن الصحيحين[2]. و يتسق هذا القضاء مع موقف جانب من الفقه كان يرى أن جراح التجميل لا يجب أن يقوم بالعملية الجراحية، إلا إذا كان متأكداً من فاعليتها في إزالة التشويه الذي يدعي علاجه[4].

غير أن محكمة استئناف باريس، نظرا لما أثاره هذا الحكم من احتجاج في الأوساط الطبية عدلته فيما يتعلق بالمبدأ، و لو أنها أيدته لأسباب أخرى فيما يتعلق بالتعويض و قضت بأنه لا يجوز خلق افتراض خطأ لم ينص عليه المشرع، و لذلك يجب أن يخضع هذا النوع من الجراحة للقواعد العامة، بشرط أن ينبه الجراح من يريد إجراء عملية تجميل إلى جميع المخاطر التي يتعرض لها في ذلك، و يحصل منه على قبول صريح[3]. ثم أضافت، أن من اللازم أن يوجد تناسب بين النتيجة المرجوة من

---

[1]- د/ محمد السيد عمران ، التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية ، مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية 1992م ص 45..

[2]- أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 132.

[3]- د/ محمد لبيب شنب، خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية، مكتبة الجزاء الحديثة المنصورة 1990م، ص 88.

الجراحة، و المخاطر المترتبة على التدخل الجراحي، و يقدر هذا التناسب في كل حالة على إنفراد، طبقا لظروف كل قضية[1].

و فوق ذلك، فقد أعلن الأطباء التجميليون انزعاجهم من نظرة القضاء القاسية إليهم، و تعللوا في ذلك، بأن الجراحة الجمالية كثيرا ما أنقذت أشخاصاً عديدين من عقد نفسية صعبة، و أعادت إلى نفوسهم البهجة و الأمل بل و هيأت فرص عمل كانت الإدارات ترفضها عليهم، بسبب عاهة و قُبحِ فيهم. و يؤكدون، في هذا الصدد أن بعض من يطلبون الجراحة التجميلية، يهددونهم بالانتحار إذا لم يخلصوهم من عيبهم الخلقي، فضلاً عن أن أحدا لم يدع الجراحة التجميلية ممنوعة قانوناً بذاتها[2].

و الواقع، أن جراحة التجميل شهدت تطورا واتساعا كبيراً عقب الحرب العالمية الثانية، بسبب وجود عدد كبير من مشوهي الحرب فضلا عن الزيادة الهائلة في حوادث الطرق و الصناعات، و ما تجلبه للمصابين من عاهات و تشوهات مؤذية. و قد أثر كل ذلك على الفقه و القضاء، فسلم بمشروعية جراحة التجميل و بخضوعها للمبادئ العامة في المسؤولية المدنية، التي تخضع لها العمليات الجراحية بوجه عام[3].

و رغم ذلك فان التطور لم يذهب إلى حد المساواة التامة بين جراحة التجميل، و أنواع الجراحات الأخرى، بل إن القضاء و الفقه مازالا يظهران بعض التشدد في هذا المجال. و العلة التي تكمن وراء هذا الموقف تتمثل في أن جراحة التجميل لا تمارس في الأصل، بغرض علاجي، و من ثم تتناسب الأضرار و المخاطر المحتملة المترتبة عليها، مع الهدف الكمالي و التحسيني المرجو منها. بالإضافة إلى ذلك، فإنها تجري في ظروف متأنية، فليس هناك ما يبرر العجلة أو ضعف الإمكانيات، كما يكون المريض في حالة تامة من اليقظة و التبصر مما يستدعي شروطاً خاصة في رضائه و تبينه لجوانب العملية المرجوة [1].

---

[1]-د/ فائق الجوهر، المسئولية الطبية في قانون العقوبات، دار الجوهري للطبع والنشر 1371هـ/1951م. ص 212.

[2] - ***HALLIEZ (Doriane)***,*op.cit. p55*

[3]- د/ أحمد أدريوش، المرجع السابق، ص 256.

و بناءا على ذلك، فإن القضاء الفرنسي قد استقر على ضرورة أن يقوم جراح التجميل بإعلام المريض بكل شيء، بأن يشرح له كل ما قد يترتب على الجراحة التجميلية من مخاطر، و لو كانت إلا بصفة استثنائية، و لو كانت غير مهمة، أو ثانوية، و نادرة الحدوث[2]. كما يجب أن يقبل المريض هذه الجراحة بحرية ووضوح كاملين، وأن تتم حسب المفاهيم العلمية المعاصرة[1].

و تطبيقا لذلك، فقد قضت محكمة استئناف باريس في حكمها السابق الصادر في 12 مارس سنة 1931 ، " **أنه إذا لم يكن الغرض من العملية الجراحية شفاء المريض من علة بل مجرد إصلاح تشويه في جسمه، وجب على الجراح استعمال منتهى الحيطة و اليقظة في الفحص قبل إجراء العملية و تقدير المخاطر التي يتعرض لها من ستعمل له العملية و إعطاؤه صورة صحيحة كاملة عن تلك المخاطر، و إلا كان مسئولا**"[2].

و يمتد هذا الالتزام في الزمان، فلا يكفي فقط الحصول على رضاء المريض بالجراحة التجميلية، بل يمتد إلى ما بعد ذلك في كافة مراحل العلاج، و لا ينتهي بانتهاء العملية الجراحية[3].

و هكذا، فإن التشدد الذي أظهره القضاء، في مجال جراحة التجميل، قد انتقل إلى مجال آخر، وهو ضرورة إعلام المريض، و الحصول على موافقته الحرة[3].

و أكثر من ذلك، فقد اقترح الأستاذ كرسبي Crespi في مؤتمر الأيام الإيطالية–الفرنسية، المنعقد في باريس عام 1972، قاعدة تتلخص في أنه « في كل مرة تكون

---

[1] - ***HALLIEZ (Doriane)***,*op.cit. p59*

[2]- د/ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 175.

- DURRIEU-DIEBOLT.La responsabilité en chirurgie esthétique.
http://sos-net.eu.org/medical /chirgurg.htm#10

حياة الشخص، أو صحته أو سلامة جسمه في خطر، فإنه لا يجوز للطبيب التجميلي إجراء أية تقويات أو تعديلات، ولو طلب المريض إجراءها»[1].

و فيما يتعلق بطبيعة التزام جراح التجميل، في مواجهة المريض، فقد تأثرت أيضا بالتطورات السابقة، فقد ذهب البعض[2]، إلى أنه مادام الغرض من هذه العمليات هو مجرد الظهور بمظهر حسن، ولا تفرضها ضرورة علاجية، فيجب أن تتمثل في أعمال فنية محددة، تكاد تتلاشى معها احتمالات الفشل، وإلا فيجب أن يمتنع الطبيب عن القيام بها.

و لذلك، يقع على جراح التجميل التزام بتحقيق نتيجة، مما يوفر للمريض قرينة على خطأ الطبيب، بحيث يسأل هذا الأخير عند فشل العملية، ما لم ينف علاقة السببية بين فعله و الضرر الحادث، أي فشل العملية.

و بعبارة أخرى، حيث يختفي عنصر الاحتمال في هذا المجال، فإن التزام جراح التجميل يصبح التزاما بنتيجة[3]. و رغم ذلك، فإن الاتجاه الغالب فقها و قضاء، و هو اعتبار التزام جرح التجميل مجرد التزام ببذل عناية[2]، و يبررون ذلك، بأن جراحة التجميل تتضمن أيضا عنصر الاحتمال، لأن رد فعل جسم الإنسان، على اثر العملية الجراحية التجميلية يعد– كما في أنواع الجراحات العادية– من الأمور التي لا يمكن توقعها. و مع ذلك، فإن القضاء يظهر تشدداً في قياس مدى تنفيذ جراح التجميل لهذا الالتزام. و يتجلى هذا التشدد في تقديره لخطأ الجراح، واشتراط أن يكون على درجة كبيرة من التخصص، و ألا يقدم على العملية إلا إذا كان متأكداً من نجاحها[4].

---

[1] - ***Ana ZELCEVIC-DUHAMEL. Atteintes involontaires à l'intégrité corporelle. http://www.droit.univ-paris5.fr/cddm/modules.php?name=Encyclopedia&op=content&tid=488***

[2]- ا د/ منذر الفضل. لمسئولية الطبية في الجراحة التجميلية : دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 1992م، ص 53.

[3]- د/ أحمد أدرويش، المرجع السابق، ص 244.

[4]- د/ د.منذر الفضل، المرجع السابق، ص 54.

بيد أن بمراجعة بعض أحكام القضاء الفرنسي في هذا الصدد، نجدها تستعمل صيغا تقرب بها كثير التزام جراح التجميل من الالتزام بنتيجة. فقد قضت محكمة استئناف باريس[4]، « **بأن النتيجة هي التي تبرر التدخل الجراحي بهدف التجميل، فحيث إن تلك الجراحة لا تستلزمها صحة المريض، فإن على الطبيب أن يمتنع عن التدخل إذا ما قامت هناك مخاطر حادة للفشل، لم يتم تحذير المريض منها. فينبغي على الطبيب عدم القيام بالعملية إلا إذا كان واثقا من نجاحها، نظرا لأن الأمر ليس على درجة من الحيوية التي تتعلق بها حياة المريض و صحته. و أدانت المحكمة الطبيب رغم ثبوت قيامه بالجهود اليقظة، لأنه لم يقدم ما يبرر فشل العملية، عكس ما هو متوقع و ما يحدث عادة في هذا النوع من العمليات** »[1].

و مع أن هذا القضاء يقرب التزام الطبيب من الالتزام بتحقيق نتيجة، إلا أنه يؤكد رغم ذلك، أن التزام جراح التجميل مازال التزاما ببذل عناية[2]. فكل ما هنالك، أن على جراح التجميل أن يمتنع عن التدخل لإجراء الجراحة، إذا لم يكن واثقاً من تخصصه ودقته من جهة، وأن يوجد قدر من التناسب بين الغاية المرجوة و المخاطر المحتملة من وراء الجراحة من جهة أخرى[3].

وفي هدا الصدد قضت محكمة تمييز دبي بأنه " **من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن الطبيب و إن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه، بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة، و إنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهودًا صادقة يقظة تتفق – في غير الظروف الاستثنائية – مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وُجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول، و إنه ولئن كان جراح التجميل كغيره من الأطباء لا**

---

[1]- نقلا عن د/ منذر الفضل، المرجع السابق، ص 86.

[2]- د/ أحمد أدريوش المرجع السابق، ص 205.

[3] -***DURRIEU(Diebolt)***.*La responsabilité en chirurgie esthétique. Vous pouvez consulter l'article sur le Lien électronique :*
http://sos-net.eu.org/medical /chirgurg.htm#10

يضمن نجاح العملية التي يُجريها، إلا أن العناية المطلوبة منه تكون أكبر من أحوال الجراحة الأخرى، باعتبار أن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء مريض من علة في جسده، و إنما إصلاح عيوب به لا تعرض حياته للخطر"[1].

صدر من محكمة النقض المصرية في 26 يونيو سنة 1969[3]. و قد بدأت محكمة النقض المصرية بتقرير **أن التزام الطبيب بوجه عام هو التزام ببذل عناية، وأوضحت قدر هذه العناية و معيار خطأ الطبيب على أساس أن التزامه ببذل عناية على نحو ما بينا من قبل، ثم أضافت" و جراح التجميل و إن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها، إلا أن الغاية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى اعتبارا بأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه، وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر"**

و للوهلة الأولى، يمكن استخلاص أن المحكمة تقدر أن التزام جراح التجميل، و إن كان لا يختلف في الطبيعة عن التزام الجراح العادي، إلا أن مقدار العناية المطلوبة يكون أكبر بالنسبة للأول، فما هو إذاً سوى اختلاف في درجة العناية فقط و هذا إن دل على شيء فإنما يدل على رغبة مستترة للتيسر على المريض في إثبات خطأ جراح التجميل، و هذا هو نفس مسلك القضاء الفرنسي الذي أشرنا إليه من قبل.

و لم يقف الأمر عند هذا الحد بل تابعت التعبير عن تلك الرغبة، بطريقة أكثر وضوحا، و ذلك بإقامة قرينة بسيطة لمصلحة المريض، على نحو ما رأينا بالنسبة للقضاء الفرنسي، فذكرت " **أن المريض إذا نكر على الطبيب بذل العناية الواجبة، فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض، إلا أنه إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب كما إذا أثبت أن الترقيع الذي أجراه له جراح التجميل في موضوع الجرح و الذي نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية التجميل وفقا للأصول الطبية المستقرة، فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه فينتقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى**

[1] - تمييز دبي، مدني 2007/09/30، عدد 18، رقم 149 ص 996.

الطبيب و يتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع و التي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال"[1]

و لا يخفى على فطين، أنه متى كانت العناية المطلوبة من جراح التجميل هي العناية الفائقة غير العادية، فيكون من اليسير على المريض أن يقدم من الوقائع ما يُرجح به إهمال الطبيب، و حينئذ تقوم القرينة القضائية لمصلحة المريض و ننقل عبء الإثبات إلى الطبيب، و يبدو أن محكمة النقض المصرية لم ترغب أن تعلنها صراحة بأن التزام جراح التجميل إنما هو التزام بتحقيق نتيجة، حتى لا تشير اعتراض وسخط أطباء التجميل، وإن كانت قد وفرت كل الوسائل التي تجعل منه كذلك، وإلا فماذا يتبقى لاعتباره التزاما بنتيجة؟

هل هو قيام المريض بإثبات واقعة " ترجح إهمال الطبيب" إن المحكمة لم تطلب من المريض أن يثبت إهمال الطبيب، وإنما اقتصرت على ما يرجح ذلك[2]. و هذا الطلب اليسير في ضوء العناية غير العادية و الفائقة المطلوبة من جراح التجميل، لا يشكل أي عبء حقيق للمريض، بحيث يمكن استخلاص أن عبء الإثبات إنما يقع في الحقيقة، على جراح التجميل. و من هذا المنطلق كانت معالجتنا لهذه الحالة ضمن حالات التزام الطبيب بتحقيق نتيجة، في مجال بعض الأعمال الفنية[3].

رابعا– استعمال الأدوات و الأجهزة الطبية:

يعتبر طب الأسنان من المجالات الطبية التي أثارت كذلك خلافا في الفقه و القضاء، حول طبيعة التزام طبيب الأسنان، و بصفة خاصة أخصائي أمراض الفم « Stomatologiste » و جراح الأسنان « Chirurgien– dentiste » فيما يتعلق بتركيب الأسنان الصناعية prothèses أو ما يطلق عليه dentier . فهل [1] فهل يكون التزام الطبيب في هذا المجال، ببذل عناية، أو بتحقيق « Dentier »

---

[1]-د/ عبدالله سالم الغامدي. مسئولية الطبيب المهنية : ، دار الأندلس الخضراء جدة 1997م .ص 17.

[2] - ***DURRIEU(Diebolt)****.La responsabilité en chirurgie esthétique. Vous pouvez consulter l'article sur le Lien électronique :*
http://sos-net.eu.org/medical /chirgurg.htm#10

[3]- د/ أحمد أدرويش، المرجع الابق، ص 185.

نتيجة؟ الواقع أن الإجابة على ذلك نستقيها مباشرة من القضاء الفرنسي، وإن كان قد مرّ في هذا الشأن بثلاث مراحل متباينة، نعرض فيها فيما يلي:

المرحلة الأولى: ذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسي، خلال هذه المرحلة، إلى إعلان أن جراح الأسنان، بوجه عام يلتزم بتحقيق نتيجة[1]، بحيث يفترض خطؤه بمجرد وقوع ضرر لمريض بينما اعتدلت أحكام أخرى، و قصرت هذا الالتزام على حالة تركيب أسنان صناعية للمريض[2]، و ذلك اعتداداً بالخصوصية الفنية لعمل جراح الأسنان الذي يقدم أسنانا صناعية أو طاقم أسنان للمريض. و لعل أوضح تعبير عن هذه المرحلة هو حكم محكمة " ديجون " الصادر في 24 من يناير سنة 1902[3]. حيث قضت بأن" العقد المبرم بين طبيب الأسنان و العميل لتركيب طاقم أسنان يفرض على الأول التزاماً بعناية محله بذل الجهود الأمينة و اليقظة في وضع و صيانة الأسنان الصناعية. و يفرض عليه كذلك التزاماً بتحقيق نتيجة، محله تقديم الأسنان الصناعية بالشكل و الأوصاف و الحالة التي يمكن معها أن تؤدي وظيفة الأسنان الطبيعية. فإذا أخل الطبيب من غير قصد، بهذا الالتزام ثارت مسؤوليته العقدية و يلتزم بتعويض المريض إذا ما ترتب على التركيب المعيب لأسنان الصناعية التهابات حادة باللثة و تبدو المسؤولية أكثر وضوحا إذا ما تبين أن المريض يتمتع بفم طبيعي و أنه قام بتنبيه الطبيب عدة مرات إلى سوء حالة الأسنان"

و هكذا، فإن معنى أن يكون التزام طبيب الأسنان هنا بتحقيق نتيجة، هو أن يلتزم تقديم طاقم أسنان للمريض يوفر له الإشباع المطلوب، بأن تؤدي الأسنان الصناعية وظيفة الأسنان الطبيعية دون آلام أو أضرار جانبية[4].

و قد برر القضاء هذا التكييف استناداً إلى اعتبار طبيب الأسنان، في هذا الصدد في حكم بائع الأسنان الصناعية، و بالتالي فهو يلتزم بضمان العيوب الخفية. فالمريض

---

[1]- د/ أحمد أدرويش، المرجع السابق، ص 168.
[2]- د/ عبدالله سالم الغامدي. مسئولية الطبيب المهنية، المرجع السابق، ص 56.
[3]- د./علي حسين نجيدة ، التزامات الطبيب في العمل الطبي : د.علي حسين نجيدة ، دار النهضة العربية القاهرة 1997م، ص 101.
[4]- د/ أحمد أدرويش، المرجع السابق، ص 215.

لا يلتزم بإثبات خطئه، لأنه بصدد التزام طبي ببذل عناية، بل بصدد بيع بشرط التجربة، و ملق على شرط واقف هو قبول الأسنان بعد تجربتها و مناسبتها و يؤدي تخلف هذا الشرط إلى اعتبار العقد كأن لم يكن[1].

و قد انتقد الفقه هذا القضاء لما يتضمنه من خطأ في التحليل، و مجافاة لواقع العمل الطبي الذي يقوم به طبيب الأسنان[2]. و لذلك فقد عدلت محكمة النقض الفرنسية عن الموقف السابق، و قررت أن التزام جراح الأسنان، أو طبيب أمراض الفم، هو التزام بنتيجة، و يكون كذلك مهما كان الخطر الذي ينشأ من طبيعة الأدوات المستعملة[3]. فطبيب الأسنان بالرغم من أنه يقدم طاقم أسنان للمريض، فإنه لا يكون ملتزما إلا ببذل عناية، و بالتالي يجب على المريض أن يبرهن على خطأ هذا الطبيب لو أراد مطالبته بالتعويض[1].

المرحلة الثانية: بعد المرحلة الأولى التي ظهر فيها جليا مدى تردد القضاء الفرنسي في شأن تكييف التزام طبيب الأسنان المتخصص في تركيب الأسنان الصناعية، بدأت مرحلة ثانية، ظن معها البعض أن القضاء قد أخذ يستقر على اعتبار هذا الالتزام إنما هو التزام بنتيجة. و كان مبعث الظن هو ما شهده مجال طب الأسنان من تقديم علمي و فني رفيع، فيما يتعلق بالأعضاء الصناعية التعويضية.

و بناء على هذا بدأ يظهر، تميز، معقول، في مجال عمليات تركيب الأسنان الصناعية، بين ناحيتين مختلفتين[2]:

الأولى: هي مدى فعالية العضو الصناعي – أي الأسنان الصناعية أو طاقم الأسنان– واتفاقها مع حالة المريض، و تعويضه عن النقص القائم لديه، و هذه الحالة تعد من قبيل العمل الطبي المعتاد، الذي يكون فيه الطبيب ملتزما ببذل عناية، و لا يعتبر مخطئا إلا إذا أثبت المريض في جانبه إهمالا أو عدم احتياط، فعلى الطبيب أن يبذل العناية التي يبذلها طبيب أسنان وسط من نفس فئته، لاختيار

[1]-د/ عبدالله سالم الغامدي. مسئولية الطبيب المهنية، المرجع السابق، ص 71، هامش رقم 3.
[2]- د/ أحمد أدريوش، المرجع السابق، ص 140.

العضو الصناعي المناسب للمريض، وأن يعمل على تهيئته بالطريقة التي تتلائم مع حالة المريض و تعويضه عن الضعف الذي يعانيه. و كل ذلك يقوم على عنصر احتمالي ظاهر، مما يدفع إلى القول بأن التزام طبيب الأسنان بشأنه يكون مجرد التزام ببذل عناية.

الثانية: فهي ناحية ذات طبيعة فنية، و تتمثل في ضمان سلامة الأسنان الصناعية و ملاءمتها لفم المريض، و هذا الالتزام محدد بنتيجة، و حينئذ يفترض خطأ الطبيب في كل مرة يصيب الأسنان الصناعية خلل أو تسبب للمريض في آلام و إصابات معينة، أو بعبارة أخرى، متى كان طاقم الأسنان رديء الصنع أو لا يؤدي الوظائف المرجوة منه.

و قد بدأت محكمة النقض الفرنسية التعبير عن هذا الاتجاه على استحياء منها، فأصدرت حكماً ترك الشك قائما حول طبيعة هذا الالتزام، وإن كان التفسير الراجح له يؤيد اعتبار التزام طبيب الأسنان في هذا الصدد التزاما بنتيجة. فقد قررت محكمة النقض الفرنسية[1]، بأن المريض يكون محقا في امتناعه عن دفع أتعاب أخصائي الأسنان، و مطالبته بتخفيضها، حيث إن القواعد المطبقة في هذا الشأن تقضي بالتزام الطبيب، الأخصائي في هذا المجال، بتركيب " الطاقم" الملائم لفم المريض، هذا ما لم يثبت قيام عوامل خارجة عن إرادته و غير متوقعة منعته من الوفاء بالتزامه[1].

و قد تبين لقاضي الموضوع، باعتراف الطبيب نفسه بأن الطاقم لم يكن مناسبا، و أستخلص القاضي أن العناية المبذولة لم تتفق مع الأصول المهنية المتعارف عليها، لذا قرر بحق أن المريض عقب المعاناة التي لاقاها كان محقا في شكه في مدى نجاح و فاعلية " الطاقم" و بالتالي التجائه لطبيب آخر للحصول بسرعة على الأسنان الصناعية الضرورية الملائمة لفمه.

[1] - *cité in : **HALLIEZ (Doriane)** La responsabilité personnelle civile et pénale du chirurgien esthétique. Université. Lille 2. 2001. P 203..*

ثم أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما آخر أعلنت فيه رأيها بوضوح بأن هذا الجانب من عمل طبيب الأسنان، يكون التزامه بصدده التزاماً بتحقيق نتيجة[1].

و في هذا المعنى قررت: « **إنه نظرا للالتزام القائم على عاتق الطبيب بأن يركب للمريض الأسنان الصناعية المناسبة له، فإنه لا يمكنه توجيه اللوم لقاضي الموضوع الذي حكم بفسخ العقد بسبب خطأ الطبيب المتمثل في عدم الوفاء بالتزامه بتحقيق النتيجة المرجوة حتى و لو كان المريض قد رفض العودة إليه لإجراء محاولة رابعة، و رفض كذلك أن يتحمل طاقم الأسنان لمدة كافية كي يتعود عليها**»[2].

و من الواضح أن الأحكام السابقة تلقي على عاتق طبيب الأسنان التزاماً بتحقيق نتيجة هي نجاح تركيب الأسنان الصناعية أو طاقم الأسنان في تأدية وظيفتها، ما لم يقم سبب أجنبي يحول دون ذلك[3].

المرحلة الثالثة: في هذه المرحلة عادت أحكام محكمة النقض الفرنسية مرة أخرى لتثير الشك و التردد حول طبيعة التزام طبيب الأسنان، فيما يتعلق بتركيب الأسنان الصناعية، و يمثل هذه المرحلة بصفة أساسية، حكما صادرا من محكمة النقض الفرنسية في عامي 1977 و 1979.

في الحكم الأول[1]، تتلخص الوقائع التي صدر بمناسبتها هذا الحكم في قيام طبيب متخصص في أمراض القسم بتركيب أسنان لمريض، و لكن هذا الطاقم لم يستقر في مكانه، فرفع المريض دعوى المسؤولية ضد هذا الطبيب، و قد أجابيته في طلبه كل من محكمة الدرجة الأولى و محكمة الاستئناف فطعن الطبيب بالنقض في هذا الحكم، و من بين الأسباب التي استند إليها، أن محكمة الموضوع لم تحدد خطأه[1]. و لرفض هذا الطعن، اكتفت محكمة النقض بإظهار أن قضاة الموضوع قد تحققوا

---

[1]- د/ أحمد أدرويش، المرجع السابق، ص 133.

[2] - ***DURRIEU(Diebolt)***. Médicaments et produits dangereux pour la santé. http://sos-net.eu.org/index.htm

[3]- د/ أحمد أدرويش، المرجع السابق، ص 163. هامش رقم 5.

من خطأ الطبيب الأمر الذي يكفي اعتباره مسؤولاً، حيث ثبت لديهم من خلال تقرير الخبير أن ما قدمه الطبيب من جهاز لأسنان المريض قد اعتمد على سن مريضه، مما سبب له أضرارا، و أظهرت الأشعة تقدم حالة المريض عما كانت عليه، و وجد نزيف غير عادي[1]. فهذا الحكم لم يتضمن إذن، أي تأكيد للمبدأ، واكتفى بالرد على وسيلة الطعن، بتنفيذها.

و في تعليقة على هذا الحكم يوضح شاباس[2]. ما سبق أن أكدته محكمة ديجون سنة 1903[3]، من حيث وجوب التمييز في عمل طبيب الأسنان الذي يقوم بتركيب أسنان صناعية للمريض، بين ما يجب أن يقدمه من عناية للمريض، وتتأسس مسؤوليته بصدده على الخطأ واجب الإثبات طبقا للقواعد العامة، أي أنه يجب على المريض إثبات عدم حذر الطبيب أو عدم انتباهه أو رعونته، كما قررت ذلك محكمة النقض من قبل. و من تقديم طاقم أسنان يصلح للمريض و يناسبه، حيث يتعلق الالتزام في هذه الحالة الأخيرة بالصانع لهذا الطاقم[2]. و يجب على الطبيب في مثل هذه الحالة، أن يلتزم بتسليم المريض طاقم أسنان يحقق له الإشباع المطلوب و هكذا، فإن الالتزام بنتيجة لا يقوم هنا إلا إذا كان لعمل طبيب الأسنان صفة ميكانيكية.

و مع ذلك، فإن محكمة النقض الفرنسية قد فضلت في حكمها السابق إظهار مسئولية تتأسس على خطأ واجب الإثبات، فالضرر لا يرجع إلى عيب أو عدم تناسب طاقم الأسنان، ولكن بالأولى إلى عناية سابقة متصلة بالتركيب، فرجحت بذلك أن يكون الالتزام ببذل عناية.

وفي الحكم الثاني[3] كان موقف محكمة النقض الفرنسية أكثر وضوحًا من سابقه، ذلك أن طعن طبيب الأسنان الذي ركب جسرًا غير مناسب لأسنان المريض في حكم الاستئناف الذي أدانه، قد استند فضلاً عن كون محكمة الاستئناف كانت مدفوعة

---

[1]- د/ أحمد أدرويش، المرجع السابق، 113

[2] - ***HALLIEZ (Doriane)***. *La responsabilité personnelle civile et pénale du chirurgien esthétique. Université. Ouvrage précité. P148.*

[3]- د/ موفق علي عبيد ، القاهرة ، المسئولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني ، د.م.ن،و د.ت.ن. ص 66.

ببواعث افتراضية مشكوك فيها إلى أن المحكمة قد أثقلت على عاتقه بالتزام بنتيجة[1].

و من أجل أن تبرر محكمة النقض رفضها لهذا الطعن، اهتمت بمناقشة هذا المأخذ، فبعد أن استعرضت الأخطاء الواضحة أعلنت أنه « **دون أن نضع على عاتق جراح الأسنان التزامًا بنتيجة** »، فإن من الممكن أن نستخلص غلط الطبيب في تصور حالة المريض، و أن تنفيذه لتركيب الجسر كان معيبًا.

و بذلك يتمثل خطأ هذا الطبيب في " **الإخلال بالالتزام بتقديم عناية يقظة ومنتبهة، و مطابقة للمعطيات المكتسبة من الفن**" [1].

و هكذا، فقد أعلنت المحكمة مرة ثانية أن جراح الأسنان، أو الطبيب المتخصص في أمراض الفم، عندما يقوم بتركيب أسنان صناعية، أو طاقم أسنان فإنه يخضع للقواعد العامة في المسئولية الطبية، أي أن التزامه يكون مجرد التزام ببذل عناية[2].

و إذا كان البعض[3]، حيث يقدر عدم وجود ما يستوجب أن نخص تركيب الأسنان الصناعية بأحكام خاصة، فهذا العمل من الطبيب لا يلزم بالضرورة أن يكون ناجحًا دائمًا. و لا يرى أي اختلاف بين تركيب الأسنان الصناعية وأية عملية جراحية أخرى.

ففي الحالتين، يكون على الطبيب أن يقوم بتشخيص المرض، و أن يبذل العناية المناسبة، طبقًا للقواعد الفنية. و مهما كانت العناية فائقة و كبيرة، فمن الممكن أن تفشل في تحقيق النتيجة المرجوة، لأسباب أخرى لا علاقة لها بخطأ الطبيب، و إنما ترجع إلى اعتبارات خاصة بالمريض و مدى استعداده العضوي لتقبل الطريقة الفنية

---

[1] - *DURRIEU-DIEBOLT. Médicaments et produits dangereux pour la santé. http://sos-net.eu.org/index.htm*

[2]- د/ أحمد أدريوش، المرجع السابق، ص 169.

[3]- د/ د.عاطف النقيب ،المسئولية المدنية عن الأخطاء المهنية : ، الشركة العالمية للكتاب بيروت 1987م، ص 55.

المستعملة، و تناسبها مع حالته الصحية العامة. و يضيف صاحب هذا الرأي، أن الاعتراف بوجود التزام بنتيجة، على عاتق طبيب الأسنان، في مجال تركيب الأسنان

الصناعية، سوف يكون مصدراً للخلط، و من الأولى إخضاع كل هذه الحالات للقواعد العامة في المسئولية الطبية و لا خوف في ذلك، من التضحية بمصلحة المرضى، لأن القضاء قد أظهر تشددا في مواجهة الأطباء، بحيث يقبل بسهولة قيام الخطأ في جانبهم[1].

و على العكس من ذلك، يرى البعض الآخر[2]، بحق، أن هذا الحل سوف يعود بنا مرة ثانية إلى حالة التردد و الغموض التي كانت سائدة في ظل حكم النقض الصادر في 17 فبراير 1971.

و لا شك أن هذا وضع يؤسف له، خاصة في ظل الحالة الفنية المتطورة المعاصرة، فجراح الأسنان يجب أن يلتزم بتقدم طاقم أسنان المريض، و يوفر له الراحة المطلوبة. و إذا كان من المؤكد أن عمليات وضع طاقم أسنان، لا تنشئ بذاتها إلا التزاماً ببذل عناية، فإنه عندما يركب الطبيب طاقم الأسنان، فيجب أن يحقق هذا الطاقم النتيجة المرغوب فيها كما ذكرنا من قبل[3].

و إذا ما وجدت حالات خاصة في هذا المجال لا يكون من شأن تركيب الأسنان الصناعية أن يحقق للمريض النتيجة المرغوبة فيها فإن على الطبيب أن يخبره مسبقًا بذلك، و حينئذ يصبح التزام الطبيب مجرد التزام ببذل عناية. فيما عدا هذه الحالة الاستثنائية، يكون التزام جراح الأسنان بتركيب الأسنان الصناعية التزامًا بنتيجة[4]،

---

[1]- موفق علي عبيد ، القاهرة ، المرجع السابق، ص 42.

[2]- د/ عبدالله سالم الغامدي. مسئولية الطبيب المهنية، ص 92، هامش رقم 1.

[3]-د/ عبدالله سالم الغامدي، المرجع السابق، ص 99.

[4] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 9 nov. 1999. N° de pourvoi: 98-10010. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007042137&fastReqId=1980793450&fastPos=7

بسبب تخلف عنصر الاحتمال على أثر استخدام التقنيات الحديثة في هذا المجال [1] .كما قضت محكمة استئناف تونس على أنه:« **يجب على الطبيب ألا يعرض المريض لأي خطر متأتي مما يستعمله من أدوات علاج و أجهزة و مما يسلمه له من أدوية و بأن لا ينقل إليه مرضا أخر نتيجة ما ينقله له من دم أو غير ذلك.**

و حيث ينتج عن طبيعة التزام الطبيب في الحالة الثانية و هو حالة الحال أن عدم توفر النتيجة يكفي لقيام مسؤوليته و لا يستطيع الطبيب أن يدفع عنه تلك المسؤولية إلا إذا اثبت أمراً طارئاً و أو قوة قاهرة أو خطأ المريض المتضرر نفسه.» [2] ، و هذا ما أكده المشرع الليبي في نص المادة (16) من قانون المسؤولية الطبية « **لا يجوز تركيب الأعضاء الصناعية في الجسم إلا بعد التأكد من ملائمتها للمريض وعدم إضرارها به و تهيئة جسمه لقبولها.**

ويكون التزام الطبيب بتركيب الأسنان الصناعية التزاما بتحقيق نتيجة»[3].

---

[1] - *cité in :* ***HALLIEZ (Doriane),*** *La responsabilité personnelle civile et pénale du chirurgien esthétique. Ouvrage précité. p209.*

[2]– قرار محكمة الاستئناف تونس رقم 48780 بتاريخ 29 أفريل 1998.

[3]– قانون رقم (17) لسنة 1986 م بشأن المسئولية الطبية الليبي الصادر في 24 نوفمبر 1986.

الفصل الثاني:

قيام المسؤولية المدنية الطبيب

ترتكز المسؤولية المدنية بشكل عام عقدية أو تقصيرية على ثلاث أركان أساسية و هي الخطأ و الضرر و علاقة سببية بينهما، و مسؤولية الطبيب و التي هي موضوع دراستنا لها ذات الأركان السابقة، الخطأ الطبي الصادر عن الطبيب و الضرر الذي يسببه الأخير للمريض و علاقة السببية ما بين الخطأ و الضرر الحاصل للمريض. فالمسؤولية، في قاعدتها العامة، لها أركان إذا توافرت ترتبت على المسؤولية آثارها، لذا سنستعرض في (المبحث الأول) أركان المسؤولية المدنية للطبيب و في (المبحث الثاني) لآثار المسؤولية المدنية للطبيب.

المبحث الأول:

أركان المسؤولية المدنية للطبيب

تنص المادة 124 من ت.م.ج « **كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض**»[1]، كما تنص المادة 23 من قانون رقم (17) لسنة 1986 المتعلق بالمسئولية الطبية الليبي على أنه: « **تترتب المسئولية الطبية على كل خطأ مهني ناشئ عن ممارسة نشاط طبي سبب ضرراً للغير**»[2] ، يتبين من هذين النصين أن المسؤولية المدنية للطبيب، لها أركان ثلاثة الخطأ الضرر وعلاقة سببية ما بين الخطأ و الضرر و سنتناول هذه الأركان تباعاً و بالتفصيل ونبدأ أولا بالركيزة الأساسية للمسؤولية المدنية للطبيب وهي الخطأ الطبي أي الخطأ الصادر عن الطبيب في(المطلب الأول)، وبعد ذلك الضرر الذي يسببه الطبيب والعلاقة السببية بينهما في(المطلب الثاني).

---

[1]- تقابلها المادة 163 ق. م. مصري، المادة 158 ق.م. بحريني. المادة 227 ق. م. كويتي. المادة 164 ق.م. سوري. المادة 138 ق. م. م. سوداني. المادة 304 ق. م. يمني.

[2]- قانون رقم (17) لسنة 1986 م بشأن المسئولية الطبية الليبي الصادر في 24 نوفمبر 1986.

المطلب الأول: الخطأ الطبي(خطأ الطبيب)

يعتبر الخطأ الطبي الركيزة الأساسية لتحقق المسؤولية الطبية و لابد من وقوعه من الطبيب المعالج للمريض أو أحد الأشخاص المساعدين له، و سنتناول في هذا المطلب تعريف الخطأ بشكل عام، و بعد ذلك تعريف الخطأ الطبي من الناحية القانونية الذي هو موضوع دراستنا.

إن دراسة المسؤولية المدنية للطبيب تفرض علينا دراسة الخطأ المنشأ لهذه المسؤولية، وإذا كان الخطأ المرتب لمسؤولية الطبيب يبقى مجرد صورة من صور الخطأ بوجه عام ، إلا أنه يبقى أهم ما يميز هذه المسؤولية، وعليه سنعمل إلى تحديد مفهوم هذا الخطأ وصوره ودرجاته.

الفرع الأول: مفهوم الخطأ الطبي

لم تتضمن التشريعات المختلفة تعريفاً للخطأ[1] حيث تركت هذه المسألة للفقه، و حسناً فعلت، حتى نتفادى حصر المسؤولية في نطاق معين و في حدود عبارات معينة لضمان حماية أكثر للمضرور جراء أخطاء الغير. و بذلك الخصوص اختلف الفقهاء حول وضع تعريف محدد لفكرة للخطأ[2] باعتبارها أحد أركان المسؤولية العقدية أو التقصيرية[3]، و هذا ما حذا بالفقه إلى محاولة تعريفه، حيث لم يستقر على تعريف معين للخطأ، فقد تعددت مفاهيمه و تنوعت[4]، و من أشهر التعريفات التي وردت تعريف الأستاذ **(بلانيول)** بأن الخطأ هو:« **إخلال بالتزام سابق** »[5]، و يتمثل ذلك الالتزام السابق

---

[1]– عرفه المشرع المغربي في ظهير الالتزامات و العقود في الفصل (78) فقرة (3) التي تنص على أن « **و الخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، و ذلك عن غير قصد لإحداث الضرر**». كما عرفه المشرع التونسي في مجلة الالتزامات و العقود في الفصل (83) فقرة (2) على أن « **و الخطأ هو ترك ما وجب فعله أو فعل ما وجب تركه بغير قصد الضرر**»

[2]– ذهب الفقيه الفرنسي (ريبير) إلى أنه لا يوجد أي تعريف مقبول للخطأ، و لا يمكن البحث عن تعريف شامل، إلا أن ذلك يجب أن لا يثنينا عن هذه المهمة.

[3]– د/ محمد فاتحي، الخطأ الطبي و المشكلات التي يثيرها في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية الصادرة عن جامعة سيدي بلعباس، العدد الثالث، مكتبة الرشاد، الجزائر، 2007، ص 88.

[4]– د/ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 643.

[5]– د/ عبد القادر العرعاري، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار، الطبعة الأولى، دار الأمان– الرباط سنة 1988، ص 28 و 29.

بالالتزام القانوني العام الذي يقع على عاتق الكافة بعدم الإضرار بالغير[1]، آخذ **(مازو)** على تعريف بلانيول أنه لم يحدد مضمون الالتزام الذي تمت مخالفته، و الخطأ حسب الفقيه **(مازو)**: « **هو الانحراف في السلوك على نحو لا يرتكبه الشخص اليقظ لو أنه وجد في ذات الظروف الخارجية التي وجد فيها مرتكب الفعل** »[2]. فإذا انحرف عن السلوك الواجب اعتبر مخطئاً و استوجبت مسؤوليته[3].

كما أنه لم يتضمن المعيار الذي يتم على أساسه تحديد ما يعتبر إخلالاً من عدمه كما لم يتضمن عنصر التمييز الذي يجب أن يتوافر في الخطأ.

و الراجح فقهاً في تعريف الخطأ و الذي يدخل في معناه تعريف(بلانيول) هو أنه: «**الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي**»[4]، و يلاحظ على ذلك التعريف أنه لم يتضمن عنصر التمييز الذي يجب أن يتوافر في الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية، لذلك تنبه البعض إلى ذلك القصور و عرّف الخطأ بأنه: «**الإخلال بالتزام قانوني سابق يصدر عن تمييز و إدراك**»[5]، إلا أن ذلك الفريق من الشُرَّاح لم يدخلوا في تعريف الخطأ معيار الانحراف و هو معيار الشخص العادي.

---

[1]– أنظر في ذلك د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الأصلية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 1998، ص 879 و ما بعدها. و قد ذهب (سافتيه) إلى أن الخطأ هو إخلال بواجب سابق كان بالإمكان معرفته و مراعاته.

Savatier, *traite de la responsabilité civile en droit français*, 2éme édition, p4.

[2]– د/ عبد القادر العرعاري، المرجع السابق، ص 31.

[3]– د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية) العمل غير المشروع – شبه العقود – و القانون)، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، دار الهدى عين مليلة، الجزائر 2004. ص 28.

[4]– د/ سمير تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 2005، ص 226 . د/ محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة، سنة 1978، ص 476.

[5]– د/ سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، سنة 1961، ص 360. د/ عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر و أحكام الالتزام، ص 223. د/ حسن علي الذنون، د/ محمد سعيد الرحو: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي و المقارن، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر 2002، ص 271.

بناء عليه نتفق مع غيرنا في تعريف الخطأ بأنه: «**الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي يصدر عن تمييز و إدراك**»[1]، و يتضح من هذا التعريف أن للخطأ عنصرين، هما العنصر المادي: المتمثل بالانحراف أو التعدي، و العنصر المعنوي: المتمثل بالإدراك و التمييز.

أما قضائياً، فقد عرفت محكمة النقض المصرية الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية بأنه « **الانحراف عن السلوك العادي المألوف و ما يقتضيه من يقظة و تبصر**»[2].

هذا عن مفهوم الخطأ بوجه عام، أما عن الخطأ الطبي، فهذا ما سنتناوله فيما يلي مع بيان تدرج الخطأ الطبي و معياره و إثباته.

أولا: الخطأ الطبي

قضت المحكمة العليا لسلطنة عمان في قرار الصادر عنها بتاريخ 2002/2/4 على أن: « **المناط في مسؤولية الطبيب عن خطئه أن يثبت بصورة أكيدة واضحة أنه قد خالف في سلوكه عن جهل أو تهاون أصول الفن الطبي الثابتة و قواعده العلمية الأساسية و أن تكون ثمة رابطة سببية بين هذا الخطأ و الضرر الذي يحدث للمريض** »[3]. فالخطأ الطبي الركن الركين في المسؤولية المدنية للطبيب ولا تقوم قائمة لها إلا بقيامه، لذا سنحاول في هذه النقطة الوصول إلى تعريف الخطأ الطبي من الناحية الفقهية و التشريعية (1) إضافة إلى دراسة مشكلة التمييز بين الخطأ الطبي و الغلط (2) و كذا معيار الخطأ الطبي (3)

1- تعريف الخطأ الطبي ومعياره و مشكلة تميزه عن الغلط

نحاول في هذه النقطة التعرض إلى التعريف الفقهي و التشريعي للخطأ الطبي (أ)، و التعرض كذلك مشكلة تمييز الخطأ الطبي عن الغلط الطبي (ب) والتعرض كذلك لمعيار الخطأ الطبي (ج)

---

[1]- عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي : المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، القاهرة الحديثة للطباعة، سنة 1988، ص 61.

[2]- نقض مدني مصري، الطعن رقم 40 سنة 43 ق، جلسة 1978/10/30. أشار إليه د/ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 28.

[3]- الطعن رقم 2001/219 مدني جلسة 2002/2/4. أنظر شبكة المحامين العرب موسوعة الأحكام القضائية العربية جمهورية مصر العربية محكمة النقض:

http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=EGPortal&Type=1&PFIID=282

أ- التعريف الفقهي و التشريعي للخطأ الطبي:

نتطرق في هذه النقطة إلى التعريف الفقهي للخطأ الطبي(1) و ثم نتطرق إلى التعريف التشريعي للخطأ الطبي (2).

1- التعريف الفقهي للخطأ الطبي

الخطأ الطبي ما هو إلا صورة من صور الخطأ بوجه عام، إلا أن الفقه أدرج بعض التعريفات لهذا الخطأ، فعرفه الدكتور "منذر الفضل" بأنه.« **إخلال من الطبيب بواجبه في بذل العناية الوجدانية اليقظة، الموافقة للحقائق العلمية المستقرة** »[1]

و هناك من عرفه بأنه: « **عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي فرضتها عليه مهنته**»[2].

ومنهم من عرفه بأنه « **هو الإخلال بالعقد الطبي أو الالتزام المفروض قانونا على الطبيب أو القائم بالعمل الطبي** »[3].

وهناك أيضا من عرف الخطأ الطبي بأنه « **الخروج عن الأصول والقواعد الطبية، والإخلال بواجبات الحيطة والحذر**»[4]، في حين عرفه البعض الآخر بأنه: « **إخلال الطبيب بالالتزامات التي تفرضها عليه مهنته وكذلك إخلاله بالالتزامات القانونية وذلك عند قيامه بعمل أو امتناعه عن عمل ما مع إدراكه لهذا الإخلال**»[5]

إلا أن الرأي الراجح في تعريف الخطأ الطبي هو ما ذهب إليه الدكتور "محمد عبد النباوي" حيث عرفه بأنه:« **إخلال بالتزام سابق يقع من شخص بصفته طبيبا خلال ممارسته للأعمال الطبية، أو بمناسبة ممارستها، لا يرتكبه طبيب يقض متبصر يوجد في نفس الظروف الخارجية** »[6]

---

[1]- فريد عيسوس ، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة بن عكنون. 2003/2002 ص08 ص 105.

[2]- د/ الأبراشي حسن، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية، مرجع سابق، ص 118.

[3]- طلال عجاج ، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص 185-186.

[4]- د/ نادية الرامي: " المسؤولية الطبية في المغرب"، رسالة المحاماة، العدد 20، يوليو 2003 ، ص 19.

[5]- د/ نادية الرامي: " المرجع السابق، ص19. د/ صبري محمود الراعي ود/ رضا السيد عبد العاطي: المرجع السابق، ص 211

[6]- د/ محمد عبد النباوي: المرجع السابق، ص 105.

و كذلك ما ذهب إليه الدكتور "عبد اللطيف الحسيني" حيث عرفه بأنه: « **الخطأ الذي يرتكبه الطبيب أثناء مزاولته مهنته إخلالا بموجب بذل العناية، و يتجلى في كل مرة لا يقوم فيها الطبيب بعمله بانتباه و حذر، و لا يراعي فيها الأصول العلمية المستقرة، مع الأخذ بعين الاعتبار كل الظروف الاستثنائية في الزمان و المكان، و عدم الأخذ بالضرورة بنتيجة عمله دائما و التي قد تقترن أحيانا بالفشل نتيجة للمخاطر المحتملة التي تكتنف معظم الأعمال الطبية** »[1]، و هو بالنتيجة كل خطأ يرتكبه الطبيب أثناء مزاولته فنه إذا كان السبب في الإضرار بمريضه، و ذلك لأنه تعريف جامع و مانع و شامل لمفهوم الخطأ الطبي.

2- التعريف التشريعي للخطأ الطبي:

لم يعرف المشرع الفرنسي الخطأ الطبي سواء في التقنين المدني أو في قانون الصحة العامة أو في مدونة أخلاقيات الطب لكن أشار إلى ركن الخطأ في المادة 1182 و 1183 من ت.م.ف ، حيث جعل القضاء الخطأ كأساس للمسؤولية الطبية، و تم تأكيد هذا الأساس بقانون 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى و نوعية نظام الصحة الفرنسي حيث أضافت المادة (98) منه مواد جديدة إلى قانون الصحة العامة، و من هذه المواد المادةL1142-1 الفقرة الأولى[2] التي تنص على أنه « **باستثناء الحالة التي تقوم فيها مسؤوليتهم على عيب في مادة أو منتج صحي، لا يسأل محترفو الصحة، و كذلك كل مؤسسة، مصلحة، أو هيئة يتم فيها إنجاز الأعمال الفردية المتعلقة بالوقاية و بالتشخيص أو بالعلاج، عن النتائج الضارة لتلك الأعمال إلا في حالة الخطأ** »[3]

---

[1]- د/ عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، ط 1، 1987، 73. أشار إليه طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص 186.

[2] - *Art L1142-1 al 1 du C.S.P.F dispose que* « ***Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute.*** »

[3] - *Cour d'appel de Nîmes audience publique du 6 novembre 2007 :*« ***En vertu des dispositions de l'article 1142-1 du Code de la santé publique, il résulte que la mise en cause de la responsabilité du praticien pour un acte de diagnostic ou un acte de soin nécessite une faute commise par lui, un préjudice causé au patient et un lien de causalité entre la faute et le préjudice. Dès lors, la patiente ne peut engager la responsabilité***

إن المادة المشار إليها أعلاه جعلت الخطأ أساس مسؤولية الطبيب كضمان له هذا من جهة، و من جهة أخرى لم تحدد المقصود من الخطأ. و من ثم يمكن القول أن الحلول السابقة التي توصل إليها الاجتهاد القضائي قبل دخول القانون الجديد حيز التنفيذ تبقى مطبقة. و يترتب على ذلك أنه لا يشترط في الخطأ الذي يرتكبه الطبيب أن يكون على درجة معينة من الجسامة.

أما القانون رقم 2000-647 تاريخ 2000/7/10 أكّد مبدأ استقلال الخطأ الجزائي عن الخطأ المدني، و ذلك في إطار الخطأ غير العمدي. فقد أضاف هذا القانون المادة 4-1 إلى قانون الإجراءات الجزائية، و تنص هذه المادة على: « **أن غياب الخطأ الجزائي غير العمدي بمفهوم المادة 121-3 من قانون العقوبات لا يشكل مانعًا من رفع الدعوى أمام المحاكم المدنية بقصد الحصول على التعويض على أساس المادة 1383 من القانون المدني إذا ثبت وجود الخطأ المدني المنصوص عليه في هذه المادة، أو تطبيقًا لنص المادة L 452-1 من قانون الضمان الاجتماعي إذا ثبات وجود الخطأ غير المغتفر المنصوص عليه في هذه المادة** »[1] فالقاضي المدني مُنح مجال أوسع حسب هذا النص الجديد لإقرار مسؤولية ممتهني الصحة على أساس الخطأ المدني (المادة

---

médicale du praticien, étant donné que le préjudice qu'elle subit ne résulte pas d'une faute de ce dernier » *vous pouvez consulter l'arrêt sur le lien suivant :*
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017701333&fastReqId=385641010&fastPos=20

- Cass. Civ 1ére Ch. 3 juin 2010. Pourvoi N°: 09-66752 ***: « hors le cas où sa responsabilité est encourue en raison d'un défaut de produit de santé, le médecin n'est tenu de répondre des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute ; qu'il appartient au demandeur à l'action en responsabilité de prouver que le médecin n'a pas apporté des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science à la date des soins »*** *. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :*
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022313390&fastReqId=441007947&fastPos=1

[1] - *Article 4-1 C.P.P.F dispose que :* ***« l'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'article 121-3 du code pénal ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1383 du code civil si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie ou en application de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale si l'existence de la faute inexplicable prévue par cet article est établie ».***

1383 من ت.م.ف) حتى و لو برء ممتهن الصحة من قبل الجهة الجزائية[1]. و بالتالي يعد هذا النص الجديد ضمانة أخرى لحماية حق المرضى في حصولهم على تعويض لجبر الضرر اللاحق بهم[2].

أما المشرع الجزائري على غرار المشرع المصري لم يُعرفا الخطأ باعتباره أحد أركان المسؤولية العقدية أو التقصيرية[3]، سواء في التقنين المدني أو قانون حماية الصحة و ترقياتها أو في مدونة أخلاقيات الطب، لكنه أشار إلى ركن الخطأ في المادة 124[4] من ت.م.ج على أنه « **كل فعل أياً كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض**»[5]، كما أضافت المادة 125 [6] منه التي تنص على أنه « **لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه و عدم حيطته إلا إذا كان مميزاً** »، نلاحظ من هذين النصين أن المشرع الجزائري جعل من الخطأ الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية لكن لم يحدده مما يفتح المجال لفقهاء القانون لتعريفه من جهة، و من جهة أخرى منح السلطة التقديرية للقاضي في بناء أحكامه[7]. كما أن الإضافة أكملت "**الخطأ**" في القانون الجزائري بتوافره على عنصري التعدي و الإدراك أما قانون الصحة و ترقيتها ورد به مصطلح "**الخطأ**" مرة واحدة في المادة 239 منه التي تنص على أنه « **يتابع،...أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو**

---

[1] - ***MARZEC (Emilie),*** *les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 dans le domaine de la responsabilité médicale, mémoire en vue de l'obtention du DEA de droit prive, Lille 2, université du droit et de la sante école doctotorale n° 74, année universitaire 2002-2003.P31*

[2] - - ***ROMAINE(Brunati)****, santé mentale et responsabilité pénale, mémoire présenté à la faculté de droit, université Panthéon- Assas, 2010.p 76.*

[3] – محمد فاتحي، الخطأ الطبي و المشكلات التي يثيرها في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية الصادرة عن جامعة سيدي بلعباس، العدد الثالث، مكتبة الرشاد، الجزائر، 2007، ص 88.

[4] – عدلت بالمادة 35 من القانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل و المتمم للأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 44، مؤرخة في 26 جوان 2005.

[5] – تقابلها المادة 163 ق. م. مصري، المادة 158 ق.م. بحريني. المادة 227 ق. م. كويتي. المادة 164 ق.م. سوري. المادة 138 ق. م. م. سوداني. المادة 304 ق. م. يمني

[6] – عدلت بالمادة 37 من القانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل و المتمم للأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 44، مؤرخة في 26 جوان 2005.

[7] – حسناً فعل، حتى نتفادى حصر المسؤولية في نطاق معين و في حدود عبارات معينة لضمان حماية أكثر للمضرور جراء أخطاء الغير.

مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه...»[1] هذا من جهة، و من جهة أخرى لقد بادرت بعض التشريعات العربية إلى تعريف الخطأ الطبي و هذا رغبة منها في حماية المضرورين باعتبارهم الحلقة الضعيفة في العقد الطبي، و حماية للأطباء و ذلك بإعلامهم بحدود مهنتهم، و في حالة تجاوزها تقوم مسؤوليتهم.و من هذه التعاريف:

- تعريف المشرع السعودي:

عرفه المشرع السعودي في المادة (27) من النظام الجديد لمزاولة المهن الصحية[2] بأنه: « **كل خطأ مهني صحي صدر من الممارس الصحي، ترتب عليه ضرر للمريض يلتزم بالتعويض و تحدد الهيئة الصحية الشرعية (المنصوص عليها في هذا النظام مقدار هذا التعويض) و يعد من قبيل الخطأ المهني الصحي ما يأتي:**

1- الخطأ في العلاج، أو نقص المتابعة.

2- الجهل بأمور فنية يفترض فيمن كان في مثل تخصصه الإلمام بها.

3- إجراء العمليات الجراحية التجريبية وغير المسبوقة على الإنسان بالمخالفة للقواعد المنظمة ذلك.

4- إجراء التجارب أو البحوث العلمية غير المعتمدة على المريض.

5- إعطاء دواء للمريض على سبيل الاختبار.

6- استعمال آلات أو أجهزة طبية دون أن يكون على علم كاف بطريقة استعمالها أو دون أن يتخذ الاحتياطات الكفيلة بمنع حدوث ضرر من جراء هذا الاستعمال.

7- التقصير في الرقابة والإشراف.

8- عدم استشارة من تستدعي حالة المريض الاستعانة به ».

- تعريف المشرع الإماراتي:

عرفه المشرع الإماراتي في المادة (13) بأنه « **لا يكون الطبيب مسؤولا عن الحالة التي يصل إليها المريض إذا تبين أنه بذل العناية اللازمة، و لجأ إلى جميع الوسائل التي**

---

[1]- قانون رقم 05/85 مؤرخ في 16 فبراير 1985م، يتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، ج ر عدد 08 مؤرخة في 17 فبراير 1985م.المعدل و المتمم.

[2]- النظام الجديد لمزاولة المهن الصحية السعودي.

يستطيعها من كان في مثل ظروفه لتشخيص المرض و العلاج و مع ذلك يكون مسؤولا في الحالتين الآتيتين:

1- إذا ارتكب خطأ نتيجة الجهل بأمور فنية يفترض في كل طبيب الإلمام بها سواء من حيث تشخيص المرض، أو وصف العلاج المناسب و ترتب على هذا الخطأ الإضرار بالمريض.

2- إذا أجرى تجارب أو أبحاثا علمية غير معتمدة فنيا على مرضاه و ترتب على ذلك الإضرار بهم ».

كما نصت المادة (14) على أن « **الخطأ الطبي هو الخطأ الذي يرجع إلى الجهل بأمور فنية يفترض في كل من يمارس المهنة الإلمام بها أو الذي يرجع إلى الإهمال أو عدم بذل العناية اللازمة** »[1].

- تعريف المشرع الليبي:

عرفه المشرع الليبي في المادة (23) من ق. م.ط.ل على أنه « **تترتب المسئولية الطبية على كل خطأ مهني ناشئ عن ممارسة نشاط طبي سبب ضرراً للغير.**

و يعتبر خطأ مهنيا كل إخلال بالتزام تفرضه التشريعات النافذة أو الأصول العلمية المستقرة للمهنة، كل ذلك مع مراعاة الظروف المحيطة و الإمكانيات المتاحة »[2].

تعقيب على النصوص السابقة: نلاحظ أن المشرع السعودي لم يوفق في تعريفه للخطأ الطبي لأن الخطأ المهني الصحي قد يكون خطأ طبي و قد يكون خطأ علاجي، حالات الخطأ الطبي أوردها على سبيل المثال هي أوسع مما أوردته المادة المذكورة أعلاه، ضف إلى ذلك أن المشرع تخبط كذلك في إيراده لحالات الخطأ حيث لم يراعي مراحل العمل الطبي كذكره للحالة السابعة قبل الحالة الثامنة، هذا من جهة ومن جهة أخرى لم يتناول الخطأ في التشخيص رغم أن التشخيص هو أول واجبات الطبيب الفنية. و حبذا كذلك لو أورد أولا حالات الخطأ الطبي العادي و ثانيا حالات الخطأ الطبي في التدخل الطبي ذا الطبيعة الخاصة (التجارب الطبية). أما فيما يخص الحالة الثانية في المادة السابقة فإن

---

[1]- قانون إتحادي رقم 10 لسنة 2008 المتعلق بالمسؤولية الطبية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

[2]- قانون رقم (17) لسنة 1986 م بشأن المسئولية الطبية الليبي الصادر في 24 نوفمبر 1986.

مجرد الجهل بأمور فنية التي يفترض فيمن كان في مثل تخصصه الإلمام بها لا يشكل خطأ طبي، ما لم يترتب عن هذا الجهل خطأ طبي سبب ضرر طبي، و هذا عكس المشرع الإماراتي الذي وُفق في الفقرة (1) من المادة (13) على أنه يعد خطأ طبي إذا كان نتيجة جهل بأمور فنية[1]، أما المشرع الإماراتي نسي الأمر أو الالتزام الطبي الإنساني، و قصر الخطأ الطبي في الجهل بأمور فنية التي يفترض في كل من يمارس المهنة الإلمام بها. أما المشرع الليبي قد نجح و وُفق إلى حدّ بعيد في تعريفه و يمكن اعتباره تعريف تشريعي نموذجي للخطأ الطبي.

و منه يمكننا القول أن الخطأ الطبي هو: « **كل إخلال بالتزام إنساني أو فني تفرضه التشريعات النافذة أو الأصول العلمية المستقرة للمهنة، كل ذلك مع مراعاة الظروف المحيطة و الإمكانيات المتاحة للطبيب**». هذا في ما يخص تعريف الخطأ الطبي، لكن هناك مشكلة أخرى يستوجب علينا التطرق إليها و هي مشكلة التمييز بين الخطأ الطبي و الغلط و هذا ما سنتعرض له في النقطة التالية.

ب- مشكلة التمييز بين الخطأ الطبي و الغلط:

إنّ التمييز بين الخطأ والغلط[2] بقدر ما هو ضروري بقدر ما هو دقيق، إذ ليس بمقدور أو بوسع أي من القاضي أو المريض أن يحدد ذلك، و إنما يقرر ذلك الخبراء أو الأطباء أنفسهم، و هذه الصعوبة هي التي تفسر رفض محكمة النقض الفرنسية في بعض الأحيان التمييز بينهما، و اعتبارها أن مسلك الطبيب و إن كان لا يمثل خطأ و إنما مجرد غلط إلا أن قيام السببية بين الأخير و بين الضرر الذي أصاب المريض كافياً لتحقق

---

[1]- تقابلها المادة (27) فقرة (أ) التي تنص على أنه « ...يكون مسؤولا في الأحوال التالية:
أ- إذا ارتكب خطأ أدى إلى الإضرار بالمريض نتيجة الجهل بأمور فنية أو عملية يفترض في كل طبيب الإلمام بها»

[2]- الخطأ سلوك لا يصدر عن شخص فطن حذر و واع بالتزاماته، في حين أن الغلط لا يعدو أن يكون مجرد لحظة سهو، و في هذا المعنى ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن «**الطبيب يسأل عن كل تقصير لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول**» نقض مدني 1971/12/21، أشار إليه د/ عدلي خليل، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، دار النهضة العربية، ط1، 1989، ص 150. يمكن الاطلاع على القرار على رابط قاعدة التشريعات و الاجتهادات المصرية الآتي:
http://www.arablegalportal.org/egyptverdicts/index.aspx

مسؤوليته. و بعبارة أخرى اعتبارها أن الغلط في التشخيص أو العلاج أو الوقاية[1]، مرتباً للمسؤولية شأنه شأن الخطأ[2].

ففي دعوى تتلخص وقائعها في قيام جراح بإجراء جراحة لاستئصال ورم في أذن أحد المرضى، نتج عن هذه الجراحة أن أصيب هذا المريض بشلل نصفي في الوجه نتيجة إصابة الجراح أحد أعصاب الوجه التي تتشابه إلى حد المماثلة مع أعصاب الأذن.

ذهبت المحكمة بناءً على ذلك إلى « **أن مسلك الجراح في الاستعانة بالوسائل الفنية التي لجأ إليها لا يمكن أن يوصف بالخطأ و إنما مجرد الغلط، غير أن هذا الأخير لا يمنع من قيام مسؤوليته** »[3].

و ذلك هو ما يؤيده البعض من أن كل غلط يجب أن يعتبر خطأ تقوم به مسؤولية الطبيب، و ذلك لأنه عند الموازنة بين مصلحة الطبيب و بين مصلحة المريض فلابد أن تقدم مصلحة هذا الأخير[4]. فالقاضي يضع في اعتباره أولاً الأضرار التي لحقت بالمريض و لو كانت نتيجة مجرد غلط من جانب الطبيب[5]. و يرجع ذلك إلى أن مفهوم الخطأ ذاته مفهوم مرن لا ينفك عن الظروف المحيطة به يتغير بتغيرها، لذلك فان تقديره يتفاوت من قاض لآخر[6].

و يترتب على القول بعدم ثبات مفهوم الخطأ، أن الحكم على مسلك الطبيب، و كونه يندرج تحت وصف "الخطأ" الموجب للمسؤولية، أو على العكس يقتصر عند حد "الغلط

---

[1] - - ***LATIL (François). Place de l'erreur médicale dans le système de soins. P 73. http://www.ameli.fr/fileadmin/user_upload/documents/L_erreur_medicale_dans_le_systeme_de_soins.pdf***

[2] – انظر بهذا الخصوص، د/ أحمد ادريوش، الرسالة سابقة، ص 115.

[3] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 5 nov. 19885. Pourvoi N°: 84-1524. Consultez l'arrêt sur le lien suivant : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007065600&fastReqId=2070735675&fastPos=62***

[4] - ***TUNC(André),*** *La responsabilité civile du médecin, in 2ème Congrès International de Morale Médicale, O.N.M. 1966, vol.1, p 168.*

[5] - ***PENNEAU (Jean)****. La réforme de la responsabilité médicale : responsabilité ou assurance. R.I.D.C. n° 2, avr- juil. 1990, p 532.*

[6] - ***VERNON (Palmer)*** *: Trois principes de la responsabilité sans faute. . R.I.D.C. Vol 39 N° 4. Oct. déc. 1987. p 833.*
http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1987_num_39_4_2783

العلمي" المغتفر، لا يمكن الفصل فيها إلا بالرجوع إلى كل ظرف مستعينين في ذلك بالسوابق القضائية المشابهة، مع بقاء سلطة البت النهائي لتقدير قاضي الموضوع[1]. و يزيد من دقة هذه المشكلة اختلاط و تشابه الكثير من الأعراض المرضية، إذ انتهاج الطبيب مسلكاً دون آخر في الحالة المعروضة عليه حين تكون مثل هذه الحالة مثاراً للخلاف العلمي بين الأطباء، غير أنه في مثل هذه الأحوال لا يكون الطبيب قد أخطأ إذا لم يصادفه التوفيق في تشخيص المرض[2].

و لكن لا يعني ذلك أن كل غلط في التشخيص، بالغاً ما مبلغ، يغتفر للطبيب أو الجراح[3]، و إنما ذلك مشروط بأن يتصرف كما يتصرف الطبيب العالم بأصول مهنته، و أن يلجأ إلى كل الوسائل الممكنة التي تساعده في التشخيص[4]، و قد جرى قضاء محكمة النقض الفرنسية على استبعاد مسؤولية الطبيب أو الجراح على أساس انتفاء الخطأ في جانبه في كل حالة يتبين منها أنه استعان بكل المعطيات و الوسائل العلمية المتاحة حال قيامه بعمله.

و من ذلك ما ذهبت إليه تلك المحكمة من عدم نسبة أي خطأ أو حتى مجرد غلط إلى الجراح ما دام أن التطور المفاجئ في حالة المريض لم يكن على النحو المعتاد في مثل هذه الحالات، و لم يقع من الجراح أي إهمال في تقصي الأصول و الإمكانيات الطبية.

و تتلخص وقائع تلك الدعوى في قيام جراح بإجراء عملية ولادة طبيعية لسيدة من جنسية تونسية كانت حاملاً بتؤم، و تمت ولادة الطفل الأول بدون صعوبات، غير أن تطوراً مفاجئاً في حالة تلك السيدة قد حدث في اللحظات الأخيرة لوضع طفلها الثاني، و قد فرض هذا التطور على الطبيب أن يتخذ قراراً سريعا بإجراء جراحة قيصرية لها، غير أن

---

[1] - ***PENNEAU(Jean)***. *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, L.G.D.J, P.U.F., 1973, p 401.*

[2] – د/ وديع فرج: المرجع السابق، ص 424.

نص قانون المسؤولية الطبية رقم 10 لسنة 2008 لدولة الإمارات العربية في المادة 14 فقرة (2):«**لا تقوم المسؤولية الطبية في الحالات الآتية: ب– إذا اتبع الطبيب أسلوبا طبياً معينا في العلاج مخالفاً لغيره في ذات الاختصاص مادام أسلوب العلاج الذي اتبعه متفقا مع الأصول الطبية المتعارف عليها**»

[3] – د/ عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 213.

[4] – د/ عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 212، أنظر في نفس المعنى: د/ حسن زكي الأبراشي، المرجع السابق، ص 261.

الوفاة عاجلتها في تلك اللحظات. رفع ورثة تلك السيدة دعوى تعويض على الجراح، غير أن هذه الدعوى قوبلت بالرفض من محكمة الموضوع، و تأيد هذا الحكم إستئنافيا[1] و على إثر الطعن بالنقض أصدرت محكمة النقض قرارها الصادر في 24 نوفمبر 1987، و قد أكدت المحكمة على أن:«**الغلط في التشخيص لا يشكل خطأ تنهض به مسؤولية الطبيب ما دام أنه لا يكشف عن إهمال أو رعونة من جانب هذا الأخير** »

و قد أقامت المحكمة هذا القرار على أساس أن الصعوبات المصاحبة لمرحلة التشخيص و التي تتعلق باختيار العلاج الأمثل أو التدخل الجراحي الأفضل لا تسمح باعتبار الغلط الجسيم erreur grossière خطأ تقوم به مسؤولية الطبيب[2]، و على العكس من ذلك قضت محكمة النقض، في قرارها الصادر 16 يوليو 1991 بمسؤولية الطبيب الذي لم يأخذ بالوسائل العلمية المتاحة، و اعتبرت ذلك من قبيل الخطأ في التشخيص.

و كان ذلك بمناسبة دعوى ترجع وقائعها إلى شهر ماي 1978 حين قامت سيدة حامل بعرض نفسها على أحد الأطباء لإجراء بعض الفحوص اللازمة و متابعة حالتها أثناء الحمل، غير أن هذا الطبيب أغفل إجراء أحد الفحوص l'examen sérologique de rubéole على الرغم من أن هذا الفحص – بالتحديد– إجباري، و ذلك لأنه يسمح بتحديد ما إذا كان استمرار الحمل من شأنه تعريض الجنين لبعض المخاطر أم لا، و بالتالي يتيح للطبيب في هذه الحالة اتخاذ القرار المناسب بإنهاء هذا الحمل. تبين بعد ذلك أن هذه السيدة تعاني من بعض الحساسية التي نتج عنها حين وضعت طفلها أن جاء هذا الطفل مصابا بالعديد من الأمراض و التشوهات الخلقية، الأمر الذي دع المحكمة إلى أن تقضي بحكمها المتقدم[3].

---

[1] - ***Cour d'appel de Versailles du 21 février 1985.***

[2] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 24 nov. 1987. Pourvoi N°: 85-13993. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007077174&fastReqId=4972990&fastPos=8

[3] -***Cass. Civ 1ére Ch. 16 juillet 1991. Pourvoi N°: 90-14645. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007026872&fastReqId=1858511158&fastPos=346

يمكن القول أن قضاء النقض في مصر[1]، أو في فرنسا[2]، لا يعتبر الغلط في التشخيص خطأ تقوم به مسؤولية الممارس العام، في حين أنه يتشدد مع الأخصائي، فيعتبر ذات الفعل إذا وقع منه خطأ تتحقق به المسؤولية.

أرجع الأستاذ *JULIARD* سبب اتجاه القضاء إلى اعتبار الغلط مرتباً للمسؤولية شأنه شأن الخطأ بقوله: «**أنه نظراً لصعوبة التمييز بين الخطأ و الغلط اتجهت إرادة القضاء إلى حماية المريض باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة الطبية بإقرار مسؤولية الطبيب عن مجرد الغلط**»[3]، أما الدكتور عبد الرشيد مأمون ذهب إلى أنه:« **ليس من العدالة أن يعتبر كل غلط خطأ تقوم به مسؤولية الطبيب، إذ أن مثل هذه النظرة تفضي إلى وضع مزعج للأطباء، و يؤثر عليهم حال تأديتهم لعملهم** »[4]، هذا فضلا عن أنه من غير المنطقي أن نطلب من كافة الأطباء نفس الموهبة و نفس الملكة و نفس المقدرة، في مجال يبدو فيه الفن الطبي غاية في الإشكال و التعقيد[5].

أما بعد صدور قانون 4 مارس 2002 اشترط القانون طبقاً للمادة L1142-1 فقرة واحد الخطأ لقيام مسؤولية الطبيب، و بالتالي فمجرد الغلط في التشخيص أو العلاج أو الوقاية لا يرقى إلى درجة الخطأ[6] و منه عدم اعتبار الغلط مرتباً للمسؤولية[7]، و طبقا لهذا جاء قضاء محكمة النقض الفرنسية في القرار الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 2010[8] على

---

[1]- قرار محكمة استئناف مصر 1936/11/2، منشور بمجلة المحماة س 16، ص 713. كما يمكن الولوج إلى القرار عن طريق شبكة المحامين العرب موسوعة الأحكام القضائية العربية جمهورية مصر العربية محكمة النقض على الرابط التالي:
http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=EGPortal&Type=1&PFIID=282

[2] *- cour d'appel de paris 17 juin 1988*

[3] *- **HALLIEZ (Doriane),** La responsabilité personnelle civile et pénale du chirurgien esthétique. Thèse doctorale. Université. Lille 2. 2001. P 79.*

[4]- د/ عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 211.

[5] *- **Alami Drissi (Mohamed)** : la faute et l'erreur médicale en droit Marocain.*

مجلة الإشعاع: العدد التاسع، السنة الخامسة، يناير 1993، ص 10.

***Voir aussi: Hakem A.R** : Distinguer l'erreur de la faute en médecine, Maghreb Médical, N° 225- 1 Mai 1990, p : 21 et .22*

[6] ***- DEMICHEL(A). Responsabilité civile du médecin. RDSS janvier-mars 2007. P35.***

[7] ***- Alami Drissi**. Op.cit. p 13.*

[8] *- Cass. Civ 1^ére^Ch. 30 sept 2010. Pourvoi N°: 09-68372. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :*
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022880511&fastReqId=1160353099&fastPos=12

على أن: «...**الغلط في التشخيص لا يشكل خطأ بما أن الطبيب الذي لا يلتزم إلا ببذل عناية، قد تصرف طبقا للمعطيات العلمية المكتسبة، و نفس الأمر لا يعد مرتكباً لخطأ، الطبيب الذي لم يستطيع وضع تشخيص دقيق إذا كانت الأعراض تجعل هذا التشخيص صعب التحقيق خاصة**»[1]. إذن المسؤولية المدنية للطبيب لا تقوم إلا بتوافر خطأ طبي، و عليه سنتعرض إلى دراسة الخطأ الطبي بالتطرق إلى معياره تقديره، ودراجته وصوره في النقطة التالية.

ج- معيار تقدير الخطأ الطبي:

انعقد إجماع الفقه و القضاء على أن التزام الطبيب في مواجهة المريض، هو التزام ببذل عناية، سواء وَجد مصدره في القانون، أم في العقد، إذ أنه لا يلتزم بشفاء المريض، و إنما يلتزم فقط ببذل عناية في سبيل شفائه، فالمعيار الذي يقاس به سلوك الطبيب يكون معيارا واحدا، مادام أن طبيعة التزام الطبيب هي واحدة، أي بذل العناية اللازمة في سبيل شفاء المريض[2].

المعيار الذي يتخذ من سلوك الشخص العادي، مقياسا للسلوك الواجب إتباعه، هذا الشخص هو الرجل الوسط، الذي يمثل سواد الناس، أي أنه الرجل اليقظ المتبصر، فلا هو بالغبي الجاهل، و لا هو بالشديد اليقظة و الحرص[3].

- استبعاد المعيار الشخصي في تقدير خطأ الطبيب:

يقصد بالمعيار الشخصي إلزام الطبيب ببذل ما اعتاد على بذله من يقظة وتبصر، ومعنى ذلك أن هذا المعيار يعتمد على البحث عن حالة الطبيب الذي ارتكب الخطأ نفسه، لمعرفة ما إذا كان السلوك الذي صدر منه أقل حيطة من سلوكه الذي يبذله في رعاية شؤون نفسه، ليتبين من خلال ذلك إن كان يستطيع أن يتفادى الفعل الضار

---

[1] - ***« … erreur de diagnostic n'est pas constitutive d'une faute lorsque le médecin, qui n'est tenu que d'une obligation de moyens, a agi conformément aux données acquises de la science ; que de même, ne commet pas de faute, le médecin qui ne peut poser le diagnostic exact lorsque les symptômes rendent ce diagnostic particulièrement difficile à établir »***

[2] – معيار الخطأ الطبي يثار في حالة التزام الطبيب ببذل العناية، أما في حالة الالتزام بتحقيق نتيجة فسلوكه ليس بحاجة للقياس للقياس مع سلوك شخص آخر لأن مسؤوليته تتحقق بمجرد عدم تحقق النتيجة.

[3] – د/ السنهوري، المرجع السابق، بند 528.

المنسوب إليه، فإن كان كذلك اعتبر مخطئا، أما إذا كان الطبيب ليس باستطاعته أن يتفادى ذلك بعد قيامه ببذل ما اعتاد على بذله من اليقظة والتبصر اعتبر غير مخطئ[1].

يعاب على المعيار الشخصي أنه يستلزم البحث في ظروف وأحوال كل طبيب على حدا ومراقبة تصرفاته وأحواله، وهذا أمر يتعذر بلوغه في الحياة العملية[2]، ضف إلى ذلك أن هذا المعيار يجعل من الخطأ فكرة شخصية بحتة إذ يمكن لطبيبان أن يسلكا نفس السلوك ويقومان بنفس التصرفات ويكونان في نفس الظروف، إلا أن الخطأ يسند إلى أحدهما دون الآخر، ومن اعتاد اليقظة و التبصر يسأل على أقل هفوة يرتكبها، ومن اعتاد التقصير أفلت من ذلك لأنه اعتاد التقصير[3]، و بعبارة أخرى يؤدي إلى « **مكافئة من اعتاد التقصير بعدم محاسبته عن تقصيره، و مجازاة من اعتاد اليقظة على أقل هفوة يهفوها**»[4] و هذا أمر غير مقبول.

ولتجاوز هذه الانتقادات الموجهة للمعيار الشخصي، ذهب فريق من الفقه و القضاء إلى اعتماد معيار آخر مبني على معطيات موضوعية.

- الأخذ بالمعيار الموضوعي في تقدير خطأ الطبيب:

يقصد بالمعيار الموضوعي عند تقدير خطأ الطبيب أن يقارن سلوك هذا الأخير بسلوك طبيب وسط من نفس مستواه[5]، فالطبيب العادي هو الذي لا ينحرف عن سلوك أمثاله من الأطباء العاديين الذين لا يعتبرون من النابغين الممتازين و لا من الخاملين المهملين[6]، و تبعا لذلك فالمعيار الموضوعي يقتضي ضرورة الأخذ بالظروف الخارجية التي تحيط بالطبيب عند قيامه بعمله واستبعاد صفاته الذاتية وظروفه الداخلية.

يتحدد المعيار وفقاً لأنصار هذه النظرية في نطاق الشخص المعتاد الموجود في نفس الظروف الواقعة التي وجد فيها الفاعل، فإذا تبين من المقارنة بين ما صدر عن الشخص

---

[1] . د / محمد رايس: المرجع السابق، ص 156 .

[2] . د / محمد رايس: المرجع المذكور أعلاه، ص 157 .

[3] . د / وديع فرج: **مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية** ، مجلة القانون و الاقتصاد ، العدد 4 ، السنة 12 ، مصر ، ص 398 .

[4] - د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2006.

[5] . د/ محمد هشام القاسم: المرجع السابق، ص 12.

[6] . د/ علي علي سليمان: المرجع السابق، ص 147 .

من سلوك مشوب بالخطأ و بين ما يمكن أن يصدر عن الشخص المعتاد، أي متوسط الحيطة و الحذر في نفس الظروف أنه لم يراعِ الحيطة و الحذر عُدّ مخطئًا. أما إذا أثبت نفس القدر الذي يتخذه الشخص المعتاد و هو الشخص الذي يقدر الأمور و يتصرف في مواجهتها على النحو المألوف المثقف مع الخبرة الإنسانية العامة تعذر إسناد الخطأ إليه[1].

يستحيل الرجوع إلى اتخاذ يقظة الرجل العادي معياراَ لقيام الخطأ الطبي، فهناك احتياطات يغتفر للأفراد إغفالها، لا سيما أن الطبيب إذا لم يتخذها عُد ذلك إهمالاً منه لوجباته و خطأ أكيد موجباً لمسؤوليته، إذ ينتظر من الطبيب أكثر ما ينتظر من الرجل العادي، فالمريض الذي يلجأ إليه يواليه ثقته و يركن إلى درايته و يعتمد على ضميره و خبرته و اختصاصه، فيجب أن يكون الطبيب أهلا لهذه الثقة و عليه أن يراعي الواجبات التي تفرضها عليه مهنته و التي من أجلها و ضع المريض حياته بين يديه.

و من المستقر عليه فقهاً و قضاء **أن " واجب الطبيب في بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علما و دراية في الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة و الأصول العلمية الثابتة و يصرف النظر عن المسائل التي اختلف فيها أهل هذه المهنة لينفتح باب الاجتهاد فيها، فإن انحراف الطبيب عن أداء هذا الواجب يعد خطأ يستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي لحق بالمريض و يفوت عليه فرصة العلاج "[2]**

« إن معيار الخطأ، يتمثل في اعتماد سلوك طبيب نموذجي يعتمده معياراً للتقدير. فهذا الطبيب هو من أوسط الأطباء خبرة و معرفة في نطاق اختصاصه أو مستواه المهني.

---

[1]- د/ مصطفى العوجي، المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى ، مؤسسة بحسون للنشر و التوزيع، بيروت سنة 1996، ص 253. نائل عبد الرحمن صالح، ،ص 162.

[2]- نقض مدني مصري 1966/3/2 رقم 88، أشار إليه د/ البيه.مرجع سابق.ص ص 39. أنظر كذلك شبكة المحامين العرب موسوعة الأحكام القضائية العربية جمهورية مصر العربية محكمة النقض

http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=EGPortal&Type=1&PFIID=282

وهو الذي يبذل في معالجة مريضه العناية اليقظة و يراعي القواعد الطبية الثابتة، فيما عدا الظروف الاستثنائية»[1].

و من المستقر عليه تشريعيا أن: « **الأصل أن التزام كل من يمارس مهنة طبية هو التزام ببذل عناية تتفق مع الأصول العلمية المتعارف عليها و التي يبذلها من هو مساو له في مستواه المهني إذا وجد في ذات الظروف و لا يكون مسؤولا عن النتيجة التي يصل إليها المريض إذا تبين أنه يبذل العناية اللازمة لمريضه»**[2]. و رجوعا إلى تقنينا المدني نجد المادة 172 فقرة (1)[3] منه تؤكد لنا هذا المعيار، و يمكن أن تطبق على الطبيب على النحو التالي « **في الالتزام بعمل – فحص، تشخيص،...طبي- إذا كان المطلوب من المدين – الطبيب- أن يحافظ على الشيء – صحة المريض أو حياته-...فان المدين – الطبيب – يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي –الطبيب العادي الوسط أو الطبيب الاختصاصي الوسط- ولو لم يتحقق الغرض المقصود»**[4] .

فالطبيب اليقظ الذي يفترض في تصرفاته التقدير المجرد هو في حقيقة الأمر كائن مفترض بعيد عن الواقع، و المسؤول هو كائن بشري يعيش فعلاً في ظروف تحيط به، و لتحقيق المقارنة السليمة يجب أن تخرج من معالم التجريد إلى عالم الحقيقة بحيث نضع النموذج الذي اتخذناه في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول و هذه الظروف هي مستقلة عن شخصية الطبيب. و الظروف الداخلية هي الظروف اللصيقة بشخص المسؤول و المتعلقة بخصائصه الطبية و الأدبية و كل ما عداه هو من قبيل الظروف الخارجية. فالحالة النفسية و الطباع و السن و الجنس و الأمراض و الوراثة كلها ظروف

---

[1]- راجع د/ عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الطبعة الأولى سنة ، ص247، أنظر كذلك د/ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 282. أنظر كذلك: د/ عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الطبعة الأولى، 1987، بيروت، ص 122 و ما يليها.

[2]- المادة (4) اللائحة التنفيذية لقانون المسؤولية الطبية رقم 10 لسنة 2008.

[3]- – أمر 58/75 مؤرخ 26 سبتمبر 1975، يتضمن قانون المدني، ج ر عدد 78 مؤرخة 30 سبتمبر 1975 م، المعدل و المتمم.

[4]- تقابلها المادة 211 من التقنين المدني المصري، المادة 214 من التقنين المدني البحريني، المادة 212 من التقنين المدني السوري، المادة 383 من قانون المعاملات لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 5 لسنة 1985.

داخلية، أما خطورة الحالة و ما تقتضيه من إسعافات سريعة و ظروف الزمان و المكان كالبعد عن المستشفى و عدم توافر الأدوات العلاجية في مكان العلاج و قيام المساعدة التمريضية، رغم كل هذه الظروف يجب إضافة عنصر المستوى المهني للطبيب كي يكون المعيار كاملاً، مثال على ذلك يجب مقارنة الطبيب المتخصص في المدينة بطبيب آخر متخصص في نفس المدينة[1] .

و هذا المعيار الذي اعتمد في الفقه اعتمد في الاجتهاد إذ أن محكمة استئناف بيروت كرست هذا المعيار بقرارها رقم 910 الصادر بتاريخ 1967/05/18 إذ قضت«**إن الطبيب يلتزم إزاء مريضه ببذل العناية الطبية له على الصورة التي تشترطها مهنته و مقتضيات فنه. ومع هذا الالتزام و غرضه يكون معيار تبعة الطبيب موحداً سواء بحثت هذه التبعة على أساس عقدي أو على أساس تقصيري، فإن خرج الطبيب في تنفيذ التزامه عن سلوك طبيب من أوسط الأطباء كفاءة و خبرة و تبصراً و دقة في فرع اختصاصه أو في مستواه المهني فأحدث ضرراً، فإن خروجه يؤلف خطأ تقوم عليه تبعته**» .

« **و أنه عند تقدير خطأه تبعاً لهذا المعيار ينبغي أن يكون من عناصر هذا التقدير مدى مراعاة الطبيب للأصول الفنية المستقرة في مجال عمله الطبي، فإن ذهل عن هذه الأصول أو شذ عنها بعد أن أمست غير ذي جدل كان تقصيره مستتبعاً مسؤوليته من هذا الوجه. و بالتالي يسأل الطبيب عن إخلاله بواجب طبي مفروض عليه بحكم نظام مهنته و الأعراف الراسخة فيها، أو عن جهله قواعد مكرسة في العلم الطبي أو إهماله الحيطة الواجبة أو إغفاله الأصول الفنية التي تقتضيها ممارسة المهنة أو عن قلة روية أو دراية في النهج الذي التزامه في معالجة حالة طارئة أو في عملية استوجبت مداخلته و لا محل في مجال الخطأ الطبي التفريق بين خطأ جسيم و خطأ يسير لترتيب التبعة على الطبيب إذ لا يستوفي القانون لهذا التفريق، فيكفي أن يثبت على الطبيب**

[1]– راجع أيضا: د/ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 277. د/ عبد اللطيف الحسيني، المرجع السابق، ص 125. د/ وديع فرج، المرجع السابق، ص 398. د/ مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 124. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 401. د/ محسن البيه، المرجع السابق، ص 128. د/ محمود منصور، المرجع السابق، ص 19.

خطأ لم يكن ليأتيه طبيب من أوسط زملائه في مهنته أو فرعه و لم يكن له أن يقصر عن مراعاة الأصول المستقرة في فنه حتى تتحقق تبعته و إن كان خطئه بوصفه أو أثره محدوداً...»

« و أنه يجب أن يدخل في الاعتبار تحديداً للتبعة، الظرف الذي كان فيه الطبيب إذا كان مثل هذا الظرف استثنائياً و كان يتطلب تصرفاً خاصاً حتمه وضع المريض أو المكان الذي وجد فيه ».

« و لتقدير الخطأ الطبي، يجب النظر إلى صفة الطبيب و الوسائل المتاحة له، و الظروف الخارجية و الداخلية التي قام فيها بالعمل الطبي، فوقع في الخطأ، و مثال ذلك فلا يمكن أن يطلب من طبيب القرية كما يطلب من طبيب أقام عيادته في مدينة جامعية أو متطورة جداً. كذلك يوجد بين المختصين أنفسهم تفاوت في القرة العلمية، فجراح متخصص في عمليات القلب غير الجراح الذي يزيل الزائدة الدودية...»[1]

ينبغي على القاضي أن يقيم وزنا للظروف الخارجية عند تقدير خطأ الطبيب، و هي الظروف المستقلة عن شخصيته، مثل خطورة الحالة، و ما قد تستلزم من إسعافات سريعة، في ظل ظروف غير مواتية، و غير ذلك من الظروف التي لا تتعلق بشخص الطبيب سيما و أن الاعتداد بها لا يتعارض و الطبيعة الموضوعية المجردة لقياس الخطأ. أما الظروف الداخلية، كالتكوين الجسماني للطبيب، و عاداته، وصفاته النفسية، فلا يمكن الأخذ بها، أو وضعها في الاعتبار عند تقدير مسلكه، إذ هي ظروف داخلية، أو شخصية[2].

- تطبيقات قضائية:

قضت محكمة النقض المصرية بأن « **التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض، إنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة، يقظة، تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من**

[1]- د/ عبد الوهاب حومد، المسؤولية الطبية الجزائية، مجلة الحقوق و الشريعة ، السنة الأولى، العدد الثاني يونيو 1981م.

[2]- أنظر د/ حسين عامر، د/ عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، التقصيرية، ص 146.

طبيب يقظ في مستواه المهني، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، كما يسأل عن خطئه العادي، أيً كانت درجة جسامته »[1].

كما قضت على أن «... **ولما كان واجب الطبيب في بذل العناية، مناطه ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علماً و دراية، في الظروف المحيطة به، أثناء ممارسته لعمله، مع مراعاة تقاليد المهنة، و الأصول العلمية الثابتة، و بصرف النظر عن المسائل التي اختلف فيها أهل هذه المهنة، لينفتح باب الاجتهاد فيها** »[2].

قضاء المحكمة العليا الإدارية المصرية:

« **الأصل في مسؤولية الطبيب أنها لا تقوم على الالتزام بتحقيق غاية هي شفاء المريض، و إنما على الالتزام ببذل العناية الصادقة في سبيل شفائه، و واجبه في بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ في مستواه المهني علما ودراية. في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول أثناء ممارسته لعمله، ملحوظاً في ذلك كل تقاليد المهنة، و الأصول العلمية الثابتة، فإذا انحرف الطبيب عن أداء هذا الواجب، فعندئذ يعد انحرافه خطأ يستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق المريض** »[3].

كما قضت « **بأن التزام الطبيب هو التزام بذل عناية، فيسأل عن كل خطأ يقع منه جسيماً كان أو يسيراً، طبقاً للأصل العام الذي رددته المادة 164 مدني، و هو أن يسأل الشخص عن خطئه، أياً كانت درجته دون تفرقة بين درجة هذا الخطأ. و إنما المعيار في تقدير خطأ الطبيب، وتعيين مدى واجباته يكون إما بمقارنة مسلك طبيب عادي إذا وجد في مثل ظروفه الظاهرة، أو بمقارنة مسلك طبيب أخصائي مثله، إذا وجد في مثل هذه الظروف، لأن الأخصائي محل ثقة خاصة لها وزنها عند تقدير معيار الخطأ نظراً لتخصصه، كما أنه إذا كانت الحكمة تتطلب من القاضي ألا يوغل بنفسه في فحص النظريات العلمية المختلف عليها، و مناقشتها، و أن يوازن هو بينها، و يرجح**

---

[1]– نقض مدني في 1971/12/21، أشار إليه د/ عدلي خليل "الموسوعة القانونية في المهن الطبية" دار النهضة العربية، ط1، 1989، ص150. أنظر كذلك شبكة المحامين العرب موسوعة الأحكام القضائية العربية جمهورية مصر العربية محكمة النقض ***http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=EGPortal&Type=1&PFIID=282***

[2]– نقض مدني 1966/3/22، السنة 17، أشار إليه د/ عدلي خليل "الموسوعة القانونية في المهن الطبية" دار النهضة العربية، ط1، 1989، ص145. أنظر الموقع الالكتروني السابق.

[3]– نقض مدني في 1966/3/22، السنة 17، الجزء الأول، ص 636. أنظر الموقع الالكتروني السابق.

إحداها على الأخرى، ترجيحاً يبني عليه حكمه في خطأ الطبيب، و مساءلته عن هذا الخطأ، إلا أنه ليس معنى هذا أن القاضي ممنوع من تقدير الخطأ بمعياره القانوني الواجب، أو أن الطبيب لا يسأل عن خطئه الثابت و لو كان يسيراً، بل المقصود من ذلك أن القاضي يجب أن يستخلص الخطأ بمعياره المحدد آنفا من وقائع واضحة ثبت منها أن مسلك الطبيب عاديا كان أم أخصائياً، بحسب الأحوال، كان مسلكاً يتنافى مع الأصول الثابتة المقررة في المهنة، و التي يحتاج القاضي في التثبت منها إلى الخوض في مناقشة نظريات علمية، أو أساليب مختلف عليها، فإذا ما ثبت خطأ الطبيب على هذا النحو وجب مساءلته عنه، أياً كانت درجته، جسيماً كان أو يسيراً »[1].

2- طبيعة الخطأ الطبي

نحاول في هذه النقطة التعرض إلى طبيعة الخطأ الطبي بحسب اتصاله بمهنة الطب (أولا) ثم إلى خطأ الطبيب بحسب جسامته (ثانيا).

1: حسب مدى اتصاله بمهنة الطب: (الخطأ العادي و الفني):

نظراً لاختلاف المحاكم في بداية القرن الماضي بشأن مسؤولية الطبيب، قضى بعضها بمسؤولية الطبيب في جميع الأحوال، و حكم البعض الأخر بعدم مسؤوليته أصلاً ، مما أدى بالفقه القانوني للانقسام فجانب أيدّ عدم مسؤولية الطبيب و حجتهم في ذلك أنه يشترط أن يكون الفعل الذي تترتب عليه المسؤولية ممكنا تقديره على وجه التحقيق و قابلاً للجزم بثبوت وصف الخطأ و هذا ما لا يمكن توافره في الأعمال العلاجية، و عارضه جانب آخر من الفقه و حجتهم في ذلك أن نص المادتين 1382 و 1383 من ق.م.الفرنسي ورد عاماً، بحيث يجعل كل شخص مسؤول دون استثناء الأطباء ، و توسط جانب آخر من الفقه بينهما.

---

[1]- المحكمة الإدارية العليا، جلسة 1989/3/16، س 58 ق، الطعن رقم 572. شبكة المحامين العرب موسوعة الأحكام القضائية العربية جمهورية مصر العربية .المحكمة الإدارية العليا:
http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=EGPortal&Type=1&PFIID=287

و تبعاً لهذا الانقسام في الفقه، فقد اقترح "ديمولوب" هذه التفرقة، بين نوعين من الأعمال الطبية[1] التي تصدر من أي شخص، و لا شأن له فيها لصفة الطبيب، و تسمى أعمالا مادية، و الأعمال الطبية التي تصدر عن الطبيب فقط، في مباشرته لمهنته، و تسمى أعمالاً فنية.

- الخطأ العادي:

الخطأ العادي هو الخطأ الذي يرتكبه الطبيب عند مزاولته لمهنته دون أن تكون له علاقة بالأصول الفنية لمهنة الطب، أي مخالفة قواعد الحيطة والحذر المفروضة على كل الناس[2] و بعبارة أخرى هو الخطأ الناجم عن الأعمال المادية التي لا تتصل بأصول مهنة الطب و تقدر دون الاعتداد بالصفة المهنية لمن قام بها، مثل الطبيب الذي يجري عملية جراحية و هو في حالة سكر، أو أن يجري طبيب جراح عملية جراحية و يده مصابة بعجز يمنعها من الحركة، أو ينسى آلة من آلات الجراحة داخل جسم المريض أو يعتدي على مريضه بالسب أو الضرب[3]، و لقد اعتبرت مسألة نسيان أشياء في جسم المريض أثناء العمل الجراحي من الأخطاء العادية أو الموضوعية التي لا حاجة فيها إلى التقدير الفني. و لقد ذهب القضاء عندنا إلى أن نسيان شيء غريب في جسم المريضة أثناء التدخل الجراحي و المتمثل في كمادة داخل جسمها أدت إلى أضرار بالغة بها تطلبت إجراء عملية جراحية ثانية لها يعتبر خطأ جسيما يرتب مسؤولية المؤسسة الاستشفائية [4]. و يرتبط كذلك الخطأ العادي بالأعمال المنافية للشعور الإنساني، كإخلال الطبيب بواجبه في إنقاذ مريض[1].

---

[1]– د/ جاسم علي سالم الشماسي، مسؤولية الطبيب و الصيدلي، و هو بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج 1، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 3-4.

[2] . د / عبد الحميد الشواربي: مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية ، منشأة المعارف بالإسكندرية مصر 1988. ص 205 .

[3]– د/ حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية ، الجزء الأول "الضرر" ، دار وائل للنشر ، الأردن 2006، ص 158.

[4]– قرار المحكمة العليا الغرفة الإدارية تحت رقم 106721 فهرس 537 بتاريخ 10-10-1993 بين مدير القطاع الصحي بسكيكدة ضد ن. ف و الذي تتلخص الوقائع فيه أن السيدة ن. ف توجهت للمستشفى بسكيكدة بمصلحة الولادة لتضع مولودها هناك في بداية جوان 1991 و أجريت لها عملية جراحية لتغادر المستشفى بعدها في نفس اليوم بعد طمأنتها على حالتها، و بعد مدة بدأت تشتكي من آلام حادة اضطرتها إلى الإقامة ثانية بالمستشفى بتاريخ 9 جويلية 1991، و بعد الفحص تم اكتشاف وجود شيء غريب في رحمها تطلب إجراء عملية جراحية ثانية اتضح بعدها أنه قطعة قماش تم نسيانها في العملية الأولى لتلجأ

يعرف كذلك الخطأ العادي بأنه الخطأ الخارج عن مهنة الطب[2] و الذي يقع فيه الطبيب و هو يقوم بمهام مهنة دون أن يتعلق بها أي تلك الأخطاء التي يسببها نتيجة للإخلال بقواعد الحيطة و الحذر العام. ومعيار هذا الخطأ هو معيار الخطأ المعروف وهو الانحراف عن السلوك للرجل العادي[3].

- الخطأ الفني:

الخطأ المهني هو الخطأ اللصيق بالعمل الفني البحت، وهو الخروج عن القواعد العلمية والأصول الفنية التي تحكم مهنة الطب وحقائقه الثابتة ومخالفة المسلمات العلمية المعترف بها[4]، مثل تشخيص و مباشرة العلاج فقد يتطلب الأمر إلى وسائل معينة للتشخيص دون أن يلجأ إليها أو يخلط بين أنواع مختلفة في الإصابة ، مثل أن يشخص الإصابة على أنها التواء في الكوع في حين أن الإصابة هي كسر في ذلك الكوع.

و يرى "ديمولب" أن الطبيب مسؤول عن الأعمال المادية دون الأعمال الفنية، إلا أن هذه التفرقة قد تلاشت نظرا لصعوبة و دقة التمييز بين الخطأ الفني و الخطأ العادي و لعدم وجود سند قانوني لها، و لذلك اتجهت غالبية الفقه و القضاء إلى الأخذ بوحدة الخطأ الطبي لاتفاقه مع حكم القانون الذي لم يميز بين نوع و آخر من الأخطاء، سواء أكان خطأٌ عاديا أم فنيا فإن الطبيب يسأل عن الخطأ الذي ارتكبه إذا كان هذا الخطأ ناتجا عن إهمال و تقصير الأخير[5].

فالخطأ الفني يُعرف بأنه الخروج عن المبادئ التي تحكم المهنة الطبية من طرف الممارس الطبي.

المريضة إلى مقاضاة القطاع الصحي بسكيكدة أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء هذه الأخيرة الذي قضى بمسؤولية المستشفى و ألزمه بالتعويض، و بعد طعن هذه الأخيرة بالاستئناف أمام الغرفة الإدارية للمحكمة صدر القرار المذكور بتأييد القرار المطعون فيه. هذا القرار غير منشور.

[1] . د / محمد رايس: المرجع السابق، ص 177 .

[2] – –فريد عيسوس –المرجع السابق –ص09.

[3] - د/ نهاد خوري، الخطأ الطبي، يمكن الاطلاع عليه على الرابط التالي:
http://www.terezia.org/section.php?id=1577

[4] . د / بوجمعة صويلح: المرجع السابق، ص 66 .

[5] - د/ طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص 189-192.

و نظرا لتعذر التمييز بين أخطاء الأطباء العادية (المادية) وبين الأخطاء الفنية، في أحوال متعددة أصبح من العسير وصف الخطأ عادي أو أنه خطأ فني، وعلى ذلك جرى القضاء إلى تقسيم الأخطاء الطبية إلى أخطاء بسيطة وأخرى جسيمة، وهذا ما عبرت عنه محكمة "ماتز" بكل وضوح في حكم لها صادر بتاريخ 21 مارس 1867 جاء فيه ما يلي « **إذا كان الأطباء يسألون عن الأخطاء التي تقع منهم عند ممارستهم لمهنتهم، إلا أنه يلزم التفرقة بين التصرفات التي تصدر من الأطباء كأشخاص عاديين ،وتلك التي تكون ذات طابع طبي خالص حيث يلزم في هذه الحالة الأخيرة حدوث خطأ جسيم من الطبيب** »[1].

2- من حيث الجسامة: (الخطأ اليسير و الخطأ الجسيم)

فكرة الخطأ الجسيم ليست واحدة في القوانين المدنية الحديثة، فقد يراد بها الخطأ الذي يبلغ حدّاً من الجسامة يسمح بافتراض سوء نية الفاعل عند عدم توفر الدليل عليها، و قد يقصد بها تارة أخرى الإهمال أو عدم التبصر الذي يبلغ من الجسامة حدّاً يجعل له أهمية خاصة، و يقصد بها أيضاً الإخلال بواجب ثابت محقق أيضاً لا شك فيه و لا جدال بشأنه[2].

عرفته محكمة النقض الفرنسية « **بأنه إهمال خطير من طرف الدائن، يجعله لا يقوم بالالتزامات العقدية الملقاة على عاتقه**»[3].

و عرفه مشرع مقاطعة كيبيك في المادة 1474 فقرة (1) كما يلي « **لا يمكن أي شخص استبعاد أو تحديد مسؤوليته عن الأضرار المادية اللاحقة بالغير نتيجة خطأ عمدي أو خطأ جسيم، و يتمثل الخطأ الجسيم في عدم الاكتراث و عدم احتياط و إهمال جسمين**»[4].

---

[1]- فريد عيسوس –المرجع السابق –ص09.

[2]- د/ نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية " دراسة نظرية مقارنة" مجلة جامعة آل البيت الأردن، العدد 18، ص 3، 4.

[3]- نوري حامد، المرجع السابق، ص 18.

[4] - *article 1474 al 1 du C.C.Q. «* ***Une personne ne peut exclure ou limiter sa responsabilité pour le préjudice matériel causé à autrui par une faute intentionnelle ou une faute lourde; la faute lourde est celle qui dénote une insouciance, une imprudence ou une négligence grossières****. »*

- الأخذ بفكرة الخطأ الجسيم:

- رأى بعض الفقه[1] أن المسؤولية المطلقة للطبيب عن جميع أخطاءه هي فكرة غير مقبولة و غير معقولة وضارة للطبيب أو غيره من الرجال الفنيين لأنهم في حاجة إلى الطمأنينة و الثقة و حتى لا تقتل روح المبادرة فيهم و تزعزع الثقة بينهم و عملائهم[2].

- رأى جانب آخر من الفقه[3] أن الرغبة في إقصاء القضاء عن التعرض للبحث في مسائل و أمور فنية تخرج عن دائرة اختصاصه، بل هي محل جدل بين الأطباء، بعضهم البعض الآخر (الأخطاء الطبية البسيطة). بذا نعرض لبعض التطبيقات القضائية:

القضاء المصري: قضت محكمة الجيزة الجزئية بتاريخ 26 يناير 1935[4] بأن « **لمسؤولية الطبيب وجهين، أحدهما متعلق بصناعته و هو ما يعبر عنه بخطأ المهنة، و ثانيهما ليس متعلقاً بذلك، و لا شأن له بالفن في ذاته، و خطأ المهنة لا يسلم به إلا في حالات الجهل الفاضح و ما إليها، أما الثاني، فإنه لا يخضع لسلطان التقدير الفني و الطبي و الجدل العلمي، لأنه خطأ مادي، يقع فيه الطبيب، مخالفا بذلك كل القواعد المقررة طبياً. و هذا النوع من الخطأ، يقع تحت المسؤولية العامة، شأن الطبيب فيه، شأن أي شخص آخر**»[5].

القضاء الفرنسي: عبرت عنه محكمة "ماتز" بكل وضوح في حكم لها صادر بتاريخ 21 مارس 1867 حيث قضت بأنه « **إذا كان الأطباء يسألون عن الأخطاء التي تقع منهم عند ممارستهم لمهنتهم، إلا أنه يلزم التفرقة بين التصرفات التي تصدر من الأطباء *كأشخاص عاديين، وتلك التي تكون ذات طابع طبي خالص حيث يلزم في هذه الحالة الأخيرة حدوث خطأ جسيم من الطبيب*** »[6]

---

[1] - ***AMBIALET (Janine)***, *Responsabilité du fait d'autrui en droit médical, Thèse Droit Paris, 1964. P 88.*

[2]- أنظر في نفس المعنى: د/ حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية ، الجزء الأول "الضرر" ، المرجع السابق، ص 159.

[3] - ***AKIDA (M).***, *La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, Thèse Droit Lyon 1981. P 223.*

[4]- د/ فائق الجوهري، المرجع السابق، ص 362، 363.

[5]- كما قضت في حكم آخر لها على أن: «**الطبيب لا يسأل عن خطئه في تشخيص المرض أو عدم مهارته في مباشرة عملية جراحية، إلا أنه يكون مسؤولاً عن خطئه الجسيم مدنياً و جنائياً إذا ثبت أنه لم يتخذ الإجراءات التي يوجبها الفن الطبي**». أشار إليه ق/ طلال جاج، المرجع السابق، ص 209.

[6]- فريد عيسوس –المرجع السابق –ص09

قضت محكمة "السين" بأن « **مسؤولية الطبيب تقوم إذا ثبت الضرر الذي أصاب المريض، كان نتيجة خطأ جسيم منه، أو إهماله إهمالاً فاحشاً، أو عدم تحرزه، أو جهله بالأصول و القواعد التي يتعين على كل طبيب الإلمام بها حتماً** »[1].

و في حكم آخر لها حكمت بما يلي: « **يسأل الطبيب عن الضرر الذي لحق المريض، إذا كان هذا الضرر قد نشأ نتيجة خطئه الجسيم، و عدم احتياطه، و جهله بالأمور التي يجب أن يعرفها كل طبيب** »[2]

- تراجع القضاء عن اشتراط الخطأ الجسيم لقيام المسؤولية المدنية للطبيب

انطلاقا من فكرة إذا كان الطبيب أو غيره من الرجال الفنيين في حاجة إلى الطمأنينة و الثقة، فإن المريض أو غيره من العملاء في حاجة إلى الحماية من الأخطاء الفنية[3]، تراجع القضاء على فكرة اشتراط الخطأ الجسيم[4] لقيام مسؤولية الطبيب[5]، بل يكفي توافر توافر الخطأ اليسير من جانبه حتى تقوم مسؤوليته، و من التطبيقات القضائية لهذا التراجع نذكر ما يلي:

---

[1]- د/ فائق الجوهري، المرجع السابق، ص 361، 362.

[2]- د/ سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق ص 41.

[3]- رأى الدكتور السنهوري عن هذه التفرقة: « **التمييز بين الخطأ المهني في مزاولة المهنة، فوق أنه دقيق في بعض الحالات، لا مبرر له. وإذا كان الطبيب أو غيره من الرجال الفنيين في حاجة إلى الطمأنينة والثقة ، فإن المريض أو غيره من العملاء، في حاجة إلى الحماية من الأخطاء الفنية، والواجب اعتبار الرجل الفني مسؤولا عن خطئه المهني مسؤولية عن خطئه العادي، فيسأل في هذا و ذاك، حتى عن الخطأ اليسير**» د/ السنهوري، الوسيط ، مصادر الالتزام، المجلد الثاني 1981، بند 548، ص 1147-1149.

[4]- كانت مسؤولية الطبيب تقوم عن خطئه العادي بجميع درجاته و صوره يسيراً كان أم جسيماً، أما بالنسبة للخطأ المهني أو الفني، فإن الطبيب لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم المستخلص من وقائع ناطقة واضحة تتنافى مع القواعد المقررة التي لا نزاع فيها.

[5]- من تطبيقات القضائية ما قضت فيه محكمة السين في 9 جوان 1923 بأن: « **مسؤولية الطبيب تقوم إذا ثبت أن الضرر الذي أصاب المريض، كان نتيجة خطأ جسيم منه، أو إهماله إهمالا فاحشاً، أو عدم تحرزه، أو جهله بالأصول و القواعد التي يتعين على كل طبيب الإلمام بها حتماً**»، د/ فائق الجوهري، المرجع السابق، ص 361، 362.

بالنسبة للقضاء المصري: قضت محكمة الإسكندرية الكلية[1]، بوضوح في معيار الخطأ المهني، حاسمة هذا الخلاف بقولها: « **إن الطبيب الذي يخطئ مسؤول عن نتيجة خطئه، بدون تفريق بين الخطأ الهين والجسيم، ولا بين الفنيين وغيرهم، والقول بعدم مساءلة الطبيب في حالة خطأ المهنة إلا عن خطئه الجسيم دون اليسير، هذا القول كان مثار اعتراضات لوجود صعوبات في التمييز بين نوعي الخطأ، ولأن نص القانون الذي يرتب مسؤولية المخطئ عن خطئه جاء عاما غير مقيد، فلم يفرق بين الخطأ الهين والجسيم ولا بين الفنيين و غيرهم، ويسأل الطبيب عن إهماله سواء أكان خطؤه يسيرا أو جسيما فلا يتمتع الأطباء باستثناء** »[2].

كما قضت المحكمة الإدارية العليا « **بأن التزام الطبيب هو التزام بذل عناية، فيسأل عن كل خطأ يقع منه جسيماً كان أو يسيراً، طبقاً للأصل العام الذي رددته المادة 164 مدني،..**» [3].

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي: قضت محكمة " قرونوبل" Grenoble الفرنسية في 4 نوفمبر 1946 على أن: « **الطبيب مسؤول عن الأخطاء التي تقع منه في أثناء ممارسته مهنته، وكذلك عن الضرر المتسبب عن إهماله وعدم احتياطه في تشخيص الداء، ووصف الدواء، وإجراء العمليات، ولا يلزم لقيام هذه المسؤولية أن يرتكب الطبيب خطأ جسيما، إذ لا يوجد نصوص القانون ما يعفي الطبيب من المسؤولية عن الخطأ**

---

[1]– الإسكندرية الكلية 1943/12/30 –المحماة 24– رقم 35–78 . كما ورد في البيه.محسن مرجع سابق، ص39. شبكة المحامين العرب موسوعة الأحكام القضائية العربية جمهورية مصر العربية محكمة النقض:
http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=EGPortal&Type=1&PFIID=282

[2]– قررت محكمة استئناف بيروت في 18 ماي 1967 على" **أنه لا محل في مجال الخطأ الطبي للتفريق بين خطأ جسيم و خطأ يسير لترتيب التبعة على الطبيب إذ لا يستوفي القانون لهذا التفريق، فيكفي أن يثبت على الطبيب خطأ لم يكن ليأتيه طبيب من أوسط زملائه في مهنته أو فرعه و لم يكن له أن يقصر به عن مراعاة الأصول المستقرة في فنه حتى تتحقق تبعته و إن كان خطأه بوصفه أو أثره محدوداً**". أشار إليه، د/ شمس الدين عفيف، المرجع السابق، 445.

[3]– المحكمة الإدارية العليا، جلسة 1989/3/16، س 58 ق، الطعن رقم 572. شبكة المحامين العرب موسوعة الأحكام القضائية العربية جمهورية مصر العربية .المحكمة الإدارية العليا:
http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=EGPortal&Type=1&PFIID=287

اليسير متى كان هذا الخطأ واضحا، ولا يقع من الطبيب المعتاد من أوسط رجال هذه المهنة، ومثل الظروف الخارجية للمدعى عليه »[1]

القضاء القطري: قضت محكمة التمييز القطرية: « **يستوجب ثبوت مسئولية الطبيب عن خطئه المهني بصفة أكيدة واضحة ومخالفته في سلوكه عن جهل أو تهاون أصول الفن الطبي الثابتة وقواعده الأساسية التي لا مجال فيها للجدل أو الخلاف، فالعبرة ليست بوصف الخطأ يسيراً أو جسيماً ولكن بثبوته على وجه التحقيق والقطع لا الشك والاحتمال، إذ يجب استخلاصه بصورة أكيدة لا يتطرق إليها الشك من وقائع واضحة تتنافى في ذاتها مع الأصول الطبية المستقرة** ».

نخلص إلى القول أنه لمساءلة الطبيب عن خطئه الطبي، لا يتوقف على ارتكابه للخطأ الجسيم، فهذا الشرط لم يعد مأخوذا به، بل إن الفقه و القضاء هجره، و اكتفيا بوجود الخطأ سواء كان جسيما لا يغتفر أو يسيراً بسيطاً، و هذا دليل على سير اجتهاد القضاء إلى التوسيع من مظاهر الخطأ.

نرى أن مساءلة الطبيب على خطئه اليسير تشديد في مسؤوليته، و لعل السبب في ذلك يعود إلى حماية المريض الطرف الضعيف في العلاقة الطبية، لكن في نفس الوقت يعتبر إجحاف في حق الطبيب، و هذا سيؤثر سلبا على إبداعه و يبعد الثقة و الطمأنينة الضروريان لمزاولة مهنة الطب.

ثانيا: تطبيقات لصور الخطأ الطبي

بعد استعراضنا للالتزامات الطبية الإنسانية و الالتزامات الطبية الفنية في المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الأول، التي تقع على عاتق الأطباء وفقا للقوانين الصحة و مدونات أخلاقيات الطب، و أن الإخلال بهذه الالتزامات يشكل خطأ طبي، و أن استقصاء صور عملية و تطبيقية للخطأ الطبي تبدو كذلك من خلال تتبع العلاقة بين المريض و الطبيب منذ بداية العلاقة، فيبدأ الأمر أولا بمعرفة توافر الإعلام و الرضا بصدد العمل الطبي و الالتزام بالسر الطبي (أخطاء الطبيب المتعلقة بالإنسانية الطبية)،

[1] – نقلا عن د/ إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني و الخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبي، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2007، ص44.

و يأتي بعد ذلك فحص المريض وتشخيص المرض و وصف العلاج و مباشرته و الرقابة الطبية (أخطاء الطبيب المتعلقة بالفن الطبي) و ما إلى ذلك من الأمور التي تعد من لوازم العمل الطبي، وسأتعرض لبعض التطبيقات القضائية لصور الخطأ الطبي الأكثر شيوعا في الحياة العملية التي يمكن أن تصدر حسب الفروض السابقة.

1- تطبيقات لصور خطأ الطبيب المتعلقة بالإنسانية الطبية

بعد استعراضنا للالتزامات الطبية الإنسانية في المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الأول، سنورد في هذه النقطة بعض التطبيقات القضائية للأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية.

أ- الخطأ الطبي لعدم إعلام المريض

التطبيق الأول:

الخطأ الطبي في عدم إعلام المريض بمخاطر التدخل الجراحي:

قضت محكمة "أكس" Aix الفرنسية من أن: « **الجراح يعتبر مخطئًا، عندما لا ينبه المريض عن الأخطار التي يحتمل وقوعها، من جراء وسيلة التخدير التي اختارها، مع عدم حصوله على موافقته عليها، إذ أن المريض هو القاضي الوحيد، الذي يستطيع أن يحكم على أخطار التخدير و العلاج، فإما أن يقبلها بكافة نواحيها و احتمالاتها، أو يرفضها**»[1] .

التطبيق الثاني

الخطأ الطبي لعدم إعلام المريض بالعلاج الواجب إتباعه:

تتلخص وقائع الدعوى في أن أخصائي الأنف و الأذن و الحنجرة، قد ألف أن يعطي لوالدي الطفل المريض، بمجرد مغادرته للمركز الطبي، الذي يجري فيه عملية استئصال اللوزتين، قائمة بالتغذية الواجبة للمريض، و الأدوية التي يستعملها، قد ذيلها بالعبارات الآتية: " لا داعي للقلق عند حدوث ارتفاع في درجة الحرارة، أو وجود ألم بالأذن، أو تقيء دم أسود"

[1] - *Aix-Province 23 février 1949.*

و طبقاً للوقائع، فقد قام الطبيب بإجراء عملية استئصال اللوزتين لطفل في الخامسة من عمره، و انتهت العملية بنجاح، وقد قام الطبيب بفحص المريض بعد ساعة واحدة من إجراء العملية، و اصطحبته الأم إلى المنزل بعد ذلك، و معها قائمة تفصيلية بالتعليمات المذكورة، و عناوين أقرب مستشفى إلى مسكنها، عند حدوث أية مضاعفات ، و بمجرد وضع الطفل في السيارة، تقيأ قليلا من الدم الأسود، ثم خلد إلى النوم بعد ذلك في فترة ما بعد الظهر، و ظلت الأم هادئة، واضعة في الاعتبار التعليمات الموجود بالقائمة المحررة، و قضى ليلته في حالة اضطراب، إلى أن توفي بعد ذلك، بين ذراعي أمه.

و وفقا للتشريح، فإن السبب المباشر للوفاة، يرجع إلى حدوث نزيف ناشئ عن عملية استئصال اللوزتين، و قد انتهى الخبراء في تقريرهم، إلى أن وفاة الطفل مردها إلى الإهمال الطبي، بسبب عدم وجود أية رعاية طبية فعالة في الساعات التي أعقبت العملية الجراحية، و أضافوا أن هذه العمليات، يجب أن تمارس في المستشفيات، أو العيادات، و تحت إشراف طبي يستمر لمدة لا تقل عن أربع و عشرين ساعة »[1]

ب- الخطأ الطبي

لعدم الحصول على رضا المريض

تطبيق قضائي مصري: أخذ رجل زوجته إلى عيادة طبية لفحصها عن آلام حادة في رحمها، و حين وصل دورهما للفحص و جدوا طبيب و ليس طبيبة، فرفضت الزوجة أن يفحصها أو يكشفها الطبيب فحلف زوجها اليمين الشرعي، فأفهمها الطبيب بأنه سيعطيها حقنة فقط. و قبلت تحت هذا التأثير، أعطاها الطبيب حقنة مخدرة، و كشف عليها و هي تحت تأثير المخدر بمنظار. لما قامت وجدت الدم يسيل من رحمها، نقلت بسببه إلى المستشفى و ظلت فيه زمناً أجريت لها فيه عملية تفريغ للرحم.

فقررت محكمة جنايات الإسكندرية بأنه: « **إذا كان من المسلم به فقها، وقضاء أنه يجوز للطبيب في قيامه بوظيفته المرخص له بها، و في سبيل المحافظة على صحة الناس اتخاذ ما يلزم من وسائل الطب بقصد العلاج، فإن ذلك مشروط بأن يرضى المريض بذلك رضاء غير مشوب و أن يمارس الطبيب عمله في حدود قواعد المهنة**

[1]- د/ أحمد أدريوش، المرجع السابق، ص 212.

الطبية، فإذا خالف هذه السنن فقد خرج على قواعد المهنة الطبية، و وجباته كطبيب، و وجبت مسألته عن الأضرار التي يسببها للمريض »[1].

ج- الخطأ الطبي لعدم الالتزام بالسر الطبي:

التطبيق الأول

قضية كتاب السر الكبير " قضية الرئيس فرنسوا ميتران"

نشير إلى أن القرار المذكور أصدر بشأن قضية كتاب "**السر الكبير**" من منشورات بلون و من تأليف الدكتور جوبلير بمساهمة جونو حول مرض الرئيس فرنسوا ميتران المتوفى بتاريخ 8 يناير 1996 ، تتلخص وقائع القضية حسب حكم المحكمة الابتدائية المختصة في الأمور المستعجلة الصادر في 18 يناير 1996 فيما يلي:

« حيث أن الطبيب جوبلير بصفته طبيب الرئيس الفرنسي فرنسوا ميتران قام بنشر كتاب تعرض فيه إلى صحة الرئيس و هذا بعد أيام من وفاته، حيث صرح فيه أن الرئيس كذب على الرأي العام الفرنسي بشأن حالته الصحية خلال السنوات الأخيرة من حكمه.

حيث أن لكل شخص مهما كان صفته و ميلاده و وظائفه الحق في احترام حياته الخاصة.

حيث أن هذه الحماية تمتد إلى حماية المقربين عندما يستند هؤلاء على المطالبة بحق احترام حياتهم الخاصة و العائلية.

حيث أنه في هذه الحالة هم في حالة إفشاءات صادرة عن الطبيب الشخصي للرئيس فرنسوا ميتيران الذي عالجه و رافقه لأكثر من 13 سنة، و الذي يحوز على ثقة مريضه و ثقة أسرته.

و حيث أن " موت المريض لا يعفي الطبيب من السر الذي التزم به".

---

[1]- جنايات الإسكندرية، قضية رقم 340 لسنة 1938 جلسة 25 فبراير 1941. أنظر شبكة المحامين العرب موسوعة الأحكام القضائية العربية جمهورية مصر العربية محكمة النقض:

http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=EGPortal&Type=1&PFIID=282

حيث أنها تمت خرقا للنصوص التي تفرض السر المهني خاصة إن تعلق الأمر بالسر الطبي و هي قابلة أن تعرض فاعلها إلى العقوبات المنصوص عليها في المادة 226-13 من قانون العقوبات.

حيث أنها تشكل بطبيعتها تدخل فادح بشكل خاص في حميمية الحياة الخاصة العائلية للرئيس فرنسوا ميتيران و تلك الخاصة بزوجته و أولاده.

حيث أن مساس المعني لا يطاق بما أنه حصل في الأيام القليلة التي تبعت وفاة و دفن الرئيس ميتيران.

حيث أن الأمر يتعلق بتعسف موصوف في حرية التعبير مسببا إخلال واضح غير مشروع فإنه يدخل في سلطات قاضي الأمور المستعجلة بالأمر بتدابير يمكن أن توقفه أو تحدد من انتشاره،مما يعلل الأمر باتخاذ الإجراءات الكفيلة بإيقافه بما في ذلك منع مواصلة نشر الكتاب»

<u>قرار محكمة الاستئناف: الصادر في 13 مارس 1996</u>

أكدت محكمة الاستئناف باريس هذا الأمر ومنحت بالتالي للمدعين أجل شهر من أجل رفع القضية لقضاة الموضوع محددة من جهة بأنه في حالة رفع القضية من قبل هؤلاء فإن تدبير المنع من النشر تحت طائلة الغرامة التهديدية سينتج أثاره إلى غاية النطق بالقرار في الموضوع و من جهة أخرى فعدم القيام برفع القضية فإن هذا التدبير يتوقف عن إنتاج أثاره عند انتهاء أجل شهر واحد.

يذكر القرار في البداية التعريف الذي تعطيه المادة (4) من قانون أخلاقيات مهنة الطب المتعلقة بالسر الطبي و يحدد بأن " **موت المريض لا يعفي الطبيب من السر الذي التزم به**". و ذكر بعدها حوالي عشرين إفشاء يحتوي عليها الكتاب محددا الصفحات التي توجد بها و المتعلقة بالوقائع بوضوح بالسر المهني، و يشير إلى ما يلي:

« اطلع السيد جوبلير نتيجة ممارسته لمهنته كطبيب لدى فرنسوا ميتيران" أخذا بعين الاعتبار(...) أن الإفشاء المتم عن طريق نشر كتاب "السر الكبير" (Le Grand Secret) لوقائع يغطيها السر الطبي الذي يعتبر الكاتب الشريك ملزما به ذا طابع غير قانوني بكل وضوح.

أخذا بعين الاعتبار بأن السيدة ميتيران و أولاد فرنسوا ميتيران قد مسوا في صميم مشاعرهم بسبب إفشاء عناصر متعلقة بشخصية الوالد الأب و حياته الخاصة من جهة و المتعلقة بحميميتهم الخاصة من جهة أخرى و الذي أقيم علنية من قبل الطبيب الشخصي لرئيس الجمهورية المرحوم و الذي منحه هذا الأخير ثقته تحت حماية السر المهني المقام قانونا و المذكر رسميا لكل طبيب عن طريق تلاوة يمين سقراط عند دخوله المهنة.

(...) أخذا بعين الاعتبار (...) بأنه لا يمكن أن يكون لمنع نشر الكتاب إلا طابع استثنائي.

ولكن أخذا بعين الاعتبار بأنه نظرا لحجمها التحريري فإن الفقرات المذكورة من كتاب "السر الكبير" (Le Grand Secret) الناتجة عن الوقائع التي يكتسيها طابع السر المهني الذي يلزم به الكاتب الشريك لهذا الكتاب لا يمكن أن تفرق عن الفقرات الأخرى للكتاب المذكور باستثناء إفراغ هذا الأخير من محتواه المهم و بالنتيجة تشويهه.

(...) أخذا بعين الاعتبار بأن في حالة تم تسويق النسخة الأولى من الكتاب موضوع النزاع قبل النطق بالأمر المطعون فيه و في حالة التمكن بعد هذا المنطوق من إفشاء معلومات يحتوي عليها هذا الكتاب عن طريق مختلف وسائل الإعلام فإن الحالة الموجودة حاليا ليست ذات طبيعة إنهاء البلبلة غير القانونية بكل وضوح و التي ستولد من جديد إعادة نشر الكتاب المذكور.

أخذا بعين الاعتبار، بالنتيجة، بأنه من اللازم الاحتفاظ بالتدبير التحفظي المأمور به من قبل القاضي الأول.

اعتبارا من جهة أخرى بأن الطابع المؤقت إلزاما لتدبير مماثل يؤدي إلى الحد من الآثار في الوقت حسب الكيفيات الخاصة بوضع الأطراف في مقياس مناقشة النزاع الذي يختلفون فيه في أجل معقول أمام قاضي الموضوع المختص من أجل الفصل في أصل النزاع.

و في النهاية ينبغي منح المستأنفين أجل شهر، يبدأ من يوم النطق بالقرار الحالي، من أجل رفع النزاع المذكور للقاضي المذكور و القول من جهة بأنه في حالة الرفع لقاضي الموضوع في هذا الأجل فإن هذا التدبير التحفظي سينتج أثرا باستثناء أمر مخالف من قبل هذا الأخير إلى غاية منطوق قراره و من جهة أخرى و بغياب الرفع لقاضي الموضوع في هذا الأجل فإن هذا التدبير التحفظي يتوقف فورا عن إنتاج أثره»

عللت محكمة الاستئناف بباريس في قرارها المؤيد لحكم المحكمة الابتدائية في 18 يناير 1996 بتصريحها أن « **حيث أن الطبيب جوبلير بصفته طبيب الرئيس الفرنسي فرنسوا ميتران قام بنشر كتاب تعرض فيه إلى صحة الرئيس و هذا بعد أيام من وفاته، حيث صرح فيه أن الرئيس كذب على الرأي العام الفرنسي بشأن حالته الصحية خلال السنوات الأخيرة من حكمه.**

حيث قامت السيدة ميتران و السادة جون كريستوف و جلبير ميتران فضلا عن الآنسة بنجو برفع دعوى أمام قاضي الأمور المستعجلة بمحكمة باريس في 17 يناير 1996 في حق المؤلف و شركة النشر بلون ملتمسين منع مواصلة نشر الكتاب و الحكم بحجزه تحت طائلة دفع غرامة مالية ».

السر الطبي، الذي يعاقب على عدم احترامه سواء جنائيا أو مدنيا أو تأديبيا، يندرج في إطاره كل ما اطلع عليه الطبيب أثناء مزاولته لمهنته، أي ليس ما أعترف به المريض أمامه فحسب، و لكن أيضا كل ما شوهد أو سمع أو أدرك، و يقوم السر الذي يلتزم الطبيب بحفظه على علاقة الثقة التي تربطه بالمريض، و هو عنصر ضروري في الممارسة الطبية. و لا يعفي موت المريض الطبيب من التزامه بكتمان السر الذي أودع لديه » ذلك ما يعرف بالسر الطبي ما بعد الموت.

تضيف محكمة الاستئناف في قرارها البالغ الأهمية « **إن الكشف عن الوقائع التي يتضمنها السر الطبي و الذي من المفروض أن يقوم بحفظه المؤلف المشترك لكتاب**

"السر الكبير" يكتسي طابعا لا مشروعا بشكل جلي، مما يعلل الأمر باتخاذ الإجراءات الكفيلة بإيقافه بما في ذلك منع مواصلة نشر الكتاب »

وعلى إثر الطعن بالنقض المقدم من قبل شركة نشر بولون la société des éditions Plon أيدت محكمة النقض قرار الجهة الاستئنافية فيما خلص إليه[1].

فضلا عن ذلك ذهب المجلس الوطني لهيئة الأطباء بعيدا في نطاق قضية أخرى إذ صرح أن تواريخ ولوج المريض إلى المصلحة و مغادرتها لها تعد من المعطيات المندرجة ضمن السر الطبي.

كما حكمت محكمة الجنح في 5 جويلية 1996 بإدانة الطبيب جوبلير لانتهاكه للسر المهني بالحبس أربعة أشهر موقوفة النفاذ و غرامة ب 30000 فرنك فرنسي. كما أدانت الصحفي مساعد المؤلف و الرئيس المدير العام لشركة بلون بالاشتراك في نفس الجنحة و المنع بصفة نهائية من نشر المؤلف و دفع تعويض لورثة الرئيس قدره 80.000 فرنك فرنسي لأولاده الثلاثة، و مبلغ 100.000 فرنك فرنسي لزوجة الرئيس)[2].

القضية الثانية:

تسليم شهادة طبية لزوجة المريض دون إذنه

قرار المحكمة العليا الكندية COUR SUPÉRIEURE بتاريخ 1968/5/25. و تتلخص وقائع القضية في: شكوى تقدم بها المدعي(المريض) على طبيبه(المدعى عليه) للمحكمة يتهمه فيها بإفشاء سر المهنة، عندما قام بإعطاء شهادة بمرضه السري إلى زوجته، التي استخدمتها في قضية أخرى ضد زوجها. فحكمت المحكمة بأنه يعاقب بمقتضى المادة 442 عقوبات، الطبيب (المتهم) لأنه لبى طلب الزوجة للشهادة نيابة عن المريض و هذا لعرضها على طبيب أخر، فإذا كان المريض لم يطلب بواسطة زوجته شهادة عن مرضه

---

[1] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 16 déc. 1997. N° de pourvoi: 96-12762 96-12876. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007037902&fastReqId=132458104&fastPos=258

[2] - ***Elodie (JORY)**, le secret médical. Mémoire université Paris II panthéon Assas, année 2005. P 30 et 31.*

خالد خالص، مقال السر المهني للطبيب، مجلة المحامي المغربية، عدد مزدوج رقم 44 ص 413 إلى ص 430.

يكون في إعطاء هذه الشهادة إفشاء لسر المهنة الملتزم به الطبيب بناء على المادة 442 عقوبات(حيث حكمت بعقوبة سنة حبس مع وقف التنفيذ وتعويض زهيد للمدعي المدني).
وتم تأييد هذا الحكم إستئنافيا، فقام المريض (الزوج) بالطعن بالنقض في قرار المحكمة الاستئنافية أمام المحكمة العليا.
وجاءت حيثيات قرار المحكمة العليا الكندية:
حيث الطعن بني على أنه واضح من نص الشهادة المعطاة من المطعون ضده ومن طريقة العلاج المبينة بها أن مرض المدعي المدني هو من الأمراض السرية.
وقد سلم المحكمة المطعون فيه بأن المتهم أعطى هذه الشهادة إلى خصم الطاعن، وبذا تكون جريمة إفشاء السر قد تمت بغير حاجة لأن يكون الإفشاء بنية الإضرار.
ويضيف الطاعن إلى ما تقدم أن محكمة الموضوع لم ترد على ما جاء بتقرير قسم طب الشرعي الذي استفسر منه عن مدلول تلك الشهادة فأجاب بأن ما جاء بالشهادة يفيد بأن الطاعن كان مصابا بمرض سري.
وحيث أن جريمة إفشاء السر لا وجود لها في حالة ما إذا كان الإفشاء حاصلا بناءا على طلب مودع السر، فإذا طلب المريض من الطبيب بواسطة زوجه شهادة بمرضه جاز للطبيب إعطاءه هذه الشهادة، ولا يعد عمله هذا إفشاء سر معاقبا عليه، وهذا ما لا يتوافر في قضية الحال.
وحيث أن الحكم المطعون فيه قال عن واقعة تحرير الشهادة أن المتهم لا ينكر تحرير هذه الورقة، ويقول إنه حررها عن بيان علاج المدعي المدني(الطاعن) وسلمها لزوجته بناء على ما أفهمته بأن تطلبها لعرضها على أحد الأطباء الأجانب الذين حضروا إلى مقاطعة كيبك (إلى طبيب أمريكي مشارك في مؤتمر دولي نظمته وزارة الصحة)، و أن زوجة المدعي المدني كانت تحضر معه لعيادته ويفترض علمها بمرضه لذلك سلمها هذه الشهادة لمصلحة المدعي المدني نفسه، ولم تقتنع المحكمة بصحة هذا الدفاع مما أوردته من أدلة و منها شهادة زوج الطاعن، ويستفاد مما ذكر أن محكمة الموضوع اقتنعت بأن المطعون ضده حرر الشهادة لزوج الطاعن في الظروف التي بينتها في الحكم أن الطاعن وهو صاحب المصلحة في كتمان السر كان غير قابل لتحريرها، وأن زوجته لم تكن موفدة

من قبله للحصول عليها لاستخدامها لمصلحة الزوج نفسه في الغرض الذي صرحت هي به للمطعون ضده، و مادام الأمر كذلك فإن المطعون ضده ما كان عليه أن يسلمها الشهادة – على مجرد اعتقاده– أن يعطي زوج الطاعن هذه الشهادة، وبذلك تقوم جريمة إفشاء السر، وكذلك المسؤولية المدنية على هذا العمل باعتباره جريمة »[1].

2: تطبيقات لصور خطأ الطبيب المتعلقة بالفن الطبي

بعد استعراضنا للالتزامات الطبية الفنية في المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الأول، سنورد في هذه النقطة بعض التطبيقات القضائية للأخطاء المتعلقة بالفن الطبي.

أ- الخطأ في التشخيص:

وقائع القضية: كانت تعاني مريضة من آلام حادة في بطنها، و حيث أنها قامت بتقديم للطبيب معلومات كتابتاً عن الآلام التي تعاني منها و الأعراض المرضية الظاهرة، و انطلاقاً من هذه المعلومات شخص الطبيب حالتها الصحية دون إجراء فحص و تشخيص على أنها آلام عادية، و وصف علاج (دواء) أدى إلى وفاتها. قام أرملها برفع دعوى قضائية ضد الطبيب، و لتثبت من العلاقة السببية بين خطأ الطبيب و وفاة الضحية، عينت المحكمة طبيب بوصفه خبير و الذي توصل إلى أن المريضة كانت تعاني من داء القرحة المعدية ulcère d'estomac ، و ليس مجرد آلام عادية و أن الدواء الموصوف ساهم في تطور المرض و الذي أدى إلىperforation d'ulcère الذي نتجت عنه الوفاة.

فقضت محكمة "بواتيه" بقولها: « **حيث أن على الطبيب واجب انتزاع المعلومات المرضية من المريض و لا يكتفي بما يُدليه المريض، لأنه قد يكون لديه حياء أو قدراته العقلية محدودة أو يعتقد أن بعض المعلومات غير هامة.**

[1] - ***NATHALIE (CLARK)***. *La relation de confiance entre le médecin et son patient en droit civil québécois mémoire ; université Sherbrooke. 1998. P 96, 97. Voir aussi le site de la Cour supérieure du* ***Québec :*** ***http://www.tribunaux.qc.ca/c-superieure/index-cs.html***

وحيث أن اكتفاء الطبيب بالمعلومات المختصرة التي قدمتها المريضة كتابة له لكي يحدد التشخيص و يصف العلاج الذي أودى بحياتها دون فحص و تشخيص. يعد خطأ يستوجب المساءلة عن القتل بإهمال في التشخيص »[1]

و في قضية أخرى قضت محكمة "السين" الابتدائية بأنه « في **حالة الشك في التشخيص يجب الالتجاء إلى الطرق العلمية للتحقق من الحالة المرضية وإلا كان الطبيب مهملاً إهمالاً يحاسب عليه** ».

و في قضية أخرى قضت محكمة استئناف "روان" « **أن الطبيب الذي يهمل الالتجاء إلى أخذ الصور بالأشعة للتحقق من صحة التشخيص يعتبر مسؤولاً** »[2]

ب- الخطأ في العلاج:

التطبيق الأول: الإهمال في العلاج.

تتلخص وقائع القضية: أنه بتاريخ 8 ديسمبر 2002 تعرض السيد(ب. ر) لحادث سير أصيب على إثرها بعدة كسور في فخذه الأيسر نقل على إثرها إلى مستشفى محمد الخامس بالحسيمة حيث تلقى العلاجات الأولية بواسطة الدكتور(ف.ج) ثم عاد من جديد إلى نفس المستشفى بتاريخ 13 ديسمبر، حيث أحيل على قسم طب العظام و خضع للفحص من طرف الدكتور (ح.ج) الأخصائي في العظام الذي منحه أقراص "بروفنيد" ، غير أن حالته الصحية تفاقمت فتم نقله إلى مستشفى بالرباط حيث سلمت له شهادة طبية مؤرخة في 27 جانفي 2003 حددت مدة الراحة في 180 يوما، و ظل يتردد على مستشفى ابن سينا إلى أن تبين أنه شفي بإعاقة بسبب إهماله من طرف الطبيب المعالج بمستشفى... بالحسيمة، الدكتور....الذي لم يعمد على إخضاعه للعلاج الصحيح و عند

---

[1] - *tribunal de Poitiers 23 oct. 1984. Cité in:* ***LAPORTE(Sylvie),*** *la vénalité des éléments du corps humain, mémoire réalisé en vue de l'obtention du master droit filière recherche, mention droit médical université de Lille 2 – droit et santé école doctorale n° 74 faculté des sciences juridiques, politiques et sociale, année 2003-2004. P 75.*

يمكنم الولوج إلى الرابط التالي للإطلاع على قضية مشابهة لها في القضاء الفرنسي:

- Cass. Crim. 23 jan 1996. N° de pourvoi: 94-81232. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :

http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007066329&fastReqId=235070801&fastPos=50

[2] – د/ أحمد أدريوش، المرجع السابق، ص218.

الضرورة توجيهه إلى مستشفى التخصصات بالرباط و أن الدكتور... سلمه شهادة طبية مؤرخة في 26 جوان 2004 تثبت أنه تعرض للإهمال في العلاج منذ البداية نتج عنه تعفن في الرأس العلوي لعظم الورك الأيسر مما أدى إلى إصابته بإعاقة حركية، حيث تقدم أمام المحكمة الإدارية بفاس بمقال افتتاحي معفى من أداء الرسوم القضائية بمقتضى قرار منح المساعدة رقم 13 بتاريخ 2005/03/10 ملتمسا تحميل الدولة المغربية مسؤولية الأضرار الحاصلة له نتيجة الأخطاء الحاصلة له ملتمساً الحكم عليه بأدائها له تعويض ماديا قدره 600.000.00 درهم.

وبناء على الأمر بإجراء خبرة بواسطة الخبيرة ...الرمال التي ضمنت تقريرها بعد إطلاعها على الملف الطبي أن ما تعرض له هذا الأخير من تفاقم حالته الصحية ناتج أساسا عن إهمال في المراحل الأولى للعلاج بعد أن عرض نفسه على الطبيب بمستشفى محمد الخامس بالحسيمة بتاريخ 8 ديسمبر 2002. و أن المدعي قد يكون في حاجة إلى مواصلة العلاج طوال حياته محددة نسبة العجز الدائم في نسبة 40 %.

قضت المحكمة بتحميل الدولة المغربية (وزارة الصحة) مسؤولية الأضرار اللاحقة بالمدعي و الحكم عليها تبعا لذلك بأدائها لفائدة المدعي بمبلغ 200.000.00 درهم و حيث أنه من جهة أخرى فإنه بالرجوع إلى الخبرة المعتمدة[1].

التطبيق الثاني:

(إجراء العلاج الجراحي دون فحص و كشف)

تتلخص وقائع القضية: أنه بتاريخ 13 مارس 2005 تقدمت المدعوة (...) بشكوى إلى السيد وكيل الجمهورية لدى محكمة وهران كون ابنتها (فحصي جيهان) البالغة من العمر 10 سنوات أدخلتّ إلى عيادة الهناء كونها كانت تعاني من ألم في بطنها و بعد فحصها صرح لها الطبيب أنها تعاني من الزائدة الدودية و يتطلب إجراء عملية على جناح السرعة. و بعد الموافقة تم حقنها بحقنة مخدرة و من وقتها دخلت غرفة الإنعاش. حيث فتح تحقيق قضائي ضد (...) ، (...) و (...) بتهمة القتل الخطأ طبقا للمادة 288

[1]- المحكمة الإدارية بفاس،، ملف عدد 6/06/112 ، جلسة 2007/04/18، منقول من مجلة محاكم فاس، العدد 7، أكتوبر 2008، ص 7-9.

من قانون العقوبات. حيث صرح (...) أمام السيد قاضي التحقيق أن الطفلة فعلا كانت تعاني من الزائدة الدودية و في حالة متقدمة، و أنه تقرر إجراء لها عملية بعد موافقة أهلها. و أن العملية لم تتم لظروف طارئة و صرح المتهم (...) بنفس التصريحات التي أدلى بها (...)، أما المتهم (...) فقد صرح أن الخطأ خارج عن إرادته و أن الطفلة المريضة لم يقبل جسمها الحقنة و أن نسبة التخدير كانت نسبة معقولة.

حيث صدر حكم ابتدائي حضوري قضى بإدانة المتهمين بتاريخ 2005/12/10 قضى بإدانة المتهمين و عقابا لهم الحكم على كل واحد بسنة حبس مع وقف التنفيذ و 10.000 دج غرامة نافذة عن جنحة القتل الخطأ.

في الدعوى المدنية: إلزام المحكوم عليهم تحت ضمان العيادة الجراحية(الهنا) ممثلة بالسيد مسيرها بأدائها للطرف المدني تعويض مادي و معنوي مقدر بـ1.000.000,00 دج " فاستأنفه وكيل الجمهورية و المحكوم عليهم فأحيلت القضية إلى غرفة الجنح ليوم 2006/06/06 و قد حضر المتهمون و صرح المدعو (...) أن الطفلة فعلا كانت تعاني من الزائدة الدودية في حالة متقدمة جدا ناكرا الفعل المنسوب إليه.

و صرح المدعو(...) بنفس التصريحات التي ما صرح بها الطبيب الجراح (...). أما المدعو (...) فقد صرح بقوله أنه بعد قرار الطبيب الجراح تولى مهام التخذير بطريقة مهنية و كما يتطلبها. حيث بعد السماع إلى ممثل النيابة في طلباته الذي التمس تأييد الحكم المعاد و كذا قام دفاع المتهمين الذين طلبوا البراءة و دفاع الطرف المدني الذي يتقدم بطلبات إجبارية للضرر الذي أصاب والدة المرحومة و الذي قدرها بمبلغ 6.000,00 د.ج بالتضامن فيما بين المتهمين.

« وبعد المداولة قانونا اتضح من خلال المناقشات التي دارت بالجلسة و كذا محتويات الملف أن المتهمون المذكورين أعلاه قرروا إجراء العملية الجراحية للمرحومة فحصي جيهان و البالغة من العمر 10 سنوات دون اتخاذ أي إجراء أو تدبير كالتحاليل المطلوبة في مثل هذه العملية لمعرفة فصيلة الدم و التحقق من تحمل جسد الضحية للتخدير وهذا ما توصل إليه الطبيب الذي قام بتشريح الجثة و الذي جاء في تقريره انه

من المحتمل أن الوفاة كانت نتيجة التخدير مما يثبت أن المتهمين كانوا مقصرين بدليل التقرير المذكور أعلاه.

بالإضافة إلى ما ذكر أنهم لم يشخصوا حالة الضحية و تقدير حالة الاستعجال و هذه قرينة قوية على الإهمال و عدم اتخاذ العناية الكافية في مثل هذه الحالات مما يتعين القول أن تهمة القتل الخطأ ثابتة في حق المتهمين و أن قاضي أول درجة قد أصاب في تقدير واقعة الحال مما يستوجب تأييده فيما قضى »[1]. تم تأيد الحكم المعاد في جميع تراتيبه.

التطبيق الثالث:

الخطأ في تجريع دواء غير لائق بصحة المريض.

على إثر طعن بالنقض تقدم به الطبيب في القرار الصادر في مارس 1993 عن مجلس قضاء بسكرة القاضي على الطبيب المتهم ب (6) أشهر حبس غير نافذة و 2000 د.ج غرامة نافذة، من أجل قتل خطأ و هو الفعل المنصوص والمعاقب عليه بالمادة 288 من قانون الإجراءات الجزائية في قضية خطئه في تجريع *دواء البليسلين عن طريق حقن*، حيث قضت المحكمة العليا بالآتي «... ***مما ينبغي القول أن القرار المطعون فيه بيّن العلاقة السببية بين فعل المتهم ووفاة الضحية اعتمادا على تصريحات المتهم، الذي اعترف بأنه بتجريع دواء البليسلين عن طريق حقن و اعتمادا أيضا على تقرير الخبير. حيث أن الطاعن لم يأخذ بعين الاعتبار المرض الذي كانت تعاني به الضحية من قبل و أمر بتجريع دواء غير الأوفق في مثل هذه الحالة المرضية مما جعل إهماله خطأ منصوص و معاقب عليه بالمادة 288 من قانون العقوبات*** »[2].

التطبيق الرابع:

<u>الخطأ الطبي لعدم الاستعانة بطبيب التخدير أثناء العلاج الجراحي</u>

<u>القضية الأولى:</u>

[1]- قرار الغرفة الجزائية لمجلس قضاء وهران 2006/06/06 ملف رقم : 2006/1817 فهرس رقم : 2006/5166.

[2]– قرار المحكمة العليا غرفة الجنح و المخالفات بتاريخ 1995/05/30 ملف رقم 118720 الفهرس رقم 288.

تتلخص و وقائع القضية: في خضوع سيدة "س" بناء على رغبتها لعمليتين جراحيتين لتجميل صدرها، أجريت العملية الأولى في ديسمبر 1960، تحت تأثير مخدر كلي بغرض إعادة تنظيم وضع الثديين و إعادة الحلمتين إلى وضعهما الطبيعي، و العملية الثانية أجريت في يوليو 1961، بغرض إزالة الندابات الموجودة على بشرة الجلد، التي خلفتها العملية الأولى، و أجريت العملية الثانية تحت تأثير مخدر موضعي قام به الجراح بنفسه. و قد أصيبت خلاله بتشنجات عامة أدت إلى وفاتها، و وفقا لتقرير الخبراء، فإن حادث التشنجات الذي أفضى إلى وفاة المريضة، يرجع إلى إعطاء مقدار كبير من مادة التخدير (xylacaine)، و قد أدانت محكمة "باريس" الجراح التجميلي، و ورد في حيثيات حكمها *ما يلي* «... **و لو أن الغالبية العظمى من الجراحين ، يباشرون بأنفسهم عمليات التخدير الموضعي، و لا يحتاطون قبل تدخلهم الجراحي بإمكانية الاستعانة في الحال و عند اللزوم بأخصائي تخدير، إلا أن عددا منهم على الأقل يفعل ذلك، و أن الجراح الذي يغفل هذه الحيطة، يعد مرتكبا لإهمال في حالة وفاة المريضة بسبب التخدير**»

القضية الثانية:

قرار محكمة النقض المصرية « **إنه طلب إلى الممرضة و التومرجي، أن يقدما له بنجاً موضعيا بنسبة 1 %، دون أن يعين هذا المخدر، ودون أن يطلع على الزجاجة التي وُضع فيها، ليتحقق مما إذا كان هو المخدر الذي يريده أم غيره، و من أن الكمية التي حقنت بها المجني عليها تفوق إلى أكثر من ضعف الكمية المسموح بها، و من أنه قَبل أن يُجري عملية جراحية قد تستغرق ساعة فأكثر، دون أن يستعين بطبيب خاص بالمخدر، ليتفرغ هو إلى مباشرة العملية، و من أن الحادث وقع نتيجة مباشرة لإهماله و عدم تحرزه، بأن حقن المجني عليها بمحلول " البونتوكايين " بنسبة 1% و هي تزيد عشر مرات عن النسبة المسموح بها، فتسممت و ماتت – فإن ما أورده الحكم من أدلة على ثبوت خطأ الطاعن من شأنه أن يؤدي إلى ما رتبه عليها– أما ما يقول المتهم من أن عمله في مستشفى عام قائم على نظام التقسيم و التخصيص، يعفيه من يستوثق من نوع المخدر و صلاحيته، فإنه في حل من استعماله دون أي بحث – هذا**

الدفاع من جانب المتهم هو دفاع موضوعي لا تُلزم المحكمة بالرد عليه، بل إن الرد عليه مستفاد من أدلة الثبوت التي أوردتها المحكمة على خطأ المتهم و أسست عليها إدانته، و هو ما أوّلته المحكمة – بحق – على أنه خطأ طبي و تقصير من جانب المتهم، لا يقع من طبيب يقظ يُوجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، يُفيد أنه و قد حل محل أخصائي التخدير، فإنه يتحمل التزاماته، و منها الاستيثاق من نوع المخدر »[1]

التطبيق السادس: – خطأ الطبيب الناتج عن التفاعل الدوائي:

القضية الأولى:

تتمثل القضية في: أن جرعة الفينوتونين الطبيعية هي 300–400 ملغ يوميا، لكن بالنسبة لامرأة مسنة لديها سوء تغذية مع مستويات ألبومين منخفضة و وظائف كلوية متدنية تكون هذه الجرعة الطبيعية سُمية، كما أن الوصفة هو حالة امرأة عمرها 34 سنة، أدخلت إلى المستشفى(قسم الطوارئ) و لديها حمل خارج الرحم، و صف لها الطبيب 75 ملغ ميتوتريكسات عضليا لأن الجرعة المنخفضة من الميتوتريكسات تستعمل لتسميم المضغة في حالة الحمل خارج الرحم، و صرف الميتوتريكسات، ثم إدخال المريضة إلى المستشفى بعد 12 يوم بسبب التسمم بالميتوتريكسات و الذي تجلى بتثبيط شديد لنقى العظم، و سمية كبدية، و حساسية ضوئية، و كان لدى المريضة قصة دوائية سابقة بمرض كلوي اضطرها لأجراء التحليل الدموي، و عليه تكون الجرعة العادية من الميتوتريكسات عند هذه المريضة خطأ طبي يستوجب المسؤولية[2].

القضية الثانية:

تتمثل وقائع القضية في: أنه تمت مقاضاة طبيب و صيدلي و صاحب صيدلية بسبب تعليمات غير واضحة، فقد أراد الطبيب وصف إيزورديل (إيزوسوربيد دي نيترات) 20 ملغ كل ست ساعات، و لكن بسبب الخط الرديء أخطأ الصيدلي في قراءة الوصفة

[1]– نقض جنائي مصري 1959/01/27، مجموعة أحكام النقض، س 10 رقم 23 ص 93–94.

[2]- قرار المحكمة العليا السودانية، طعن رقم 2002/132، جلسة 2002/05/23، نقلاً عن د/ عبد الحميد النجاشي الزهيري، الخطأ الدوائي، رسالة ماجستير، جامعة أم درمان، 2004، ص 144.

فقرأها بلبنديل(فيلوديبين: حاصر قنوات كالسيوم مديد المفعول) 20 ملغ كل ستة ساعات، و نتيجة لذلك فقد مات المريض بذبحة قلبية، حيث أخفق الطبيب و الصيدلي و الصيدلية في تقديم الرعاية الطبية و الصيدلانية بالمعايير المنطقية، كان الصيدلي مسؤولا لأنه لم يسأل عن الخط غير الواضح أو عن الجرعة العالية رغم أن الجرعة القصوى للفيلوديبين و هي 10 ملغ كل يوم، و الصيدلية لم تعنى بتقديم الضوابط، التي يمكن أن تمنع حدوث الخطأ مثل التنبيه الدوائي الذي يمكن أن يعطي تحذيرا في حال تجاوز الجرعة اليومية القصوى. و هذا ما استوجب مساءلة الطبيب لعدم بذله العناية اللازمة عند تحريره للوصفة التي يشترط فيها أن تكون واضحة، و مساءلة الصيدلي لإهماله لواجب الرقابة على الوصفة الطبية و تنبيه الطبيب إلى خطئه في وصف الدواء[1].

ج- الخطأ في الوصفة الطبية

« تتلخص وقائع الدعوى أن "أدريان"...، البالغ ستة أسابيع قد تعرض لتسمم بسبب حمض الساليسليك نتيجة مص مخفض الحمى بـ0.50 غ المعطى خطأ من قبل تابع الصيدلية (س) بدل مخفض حمى بـ 0.10 غ الموصوف من قبل السيد (ع) الطبيب العام، قد حكمت محكمة تضاموميا، من جهة على الصيدليين و مؤمنهم و من جهة أخرى على الطبيب و مؤمنه بتعويض الأضرار المتسبب فيها للطفل و لوالديه، السيد(س) و السيد(ز) و تقسيم فيما بينهم العبء النهائي للجبر الذي يقدر بـ 60 ٪ للأولين و 40 ٪ بالنسبة للتاليين".

حيث أنه في الحدود المحددة في القانون، الطبيب حر في وصفاته التي ستكون تلك التي يرى أنها أكثر ملائمة للظرف، بأن وصفة اختصاص صيدلاني موضوع بطريقة نظامية بالسوق حسب جرعات و مقادير متبناة حسب حالة المريض لا تشكل خطأ، و أن محكمة من أجل حسم خطأ السيد "بيار"...، وصف مخفض الحمى 0.10غ للرضيع، قد اعتبرت الأدوية الموصوفة غير قابلة لمعالجة التهاب بكتيري خطير بطريقة فعالة، و أن

[1]- قرار المحكمة العليا السودانية، طعن رقم 98/140، جلسة 1998/08/20. نقلاً عن د/ عبد الحميد النجاشي الزهيري، المرجع السابق، ص 147.

اختيار مخفض الحمى كان غير ملائم بسبب اضطراب في دوران الدم، و خطر أمراض خطيرة و متلازمة ريان في سياق مرض فيروسي، و أن أحماض الساليسليك لم تعد منذ عدة سنوات من وقت الحادث الدواء المرجعي المضاد للحمى عند الرضيع في مقياس أسس أخرى مثل الباريستامول، و أن الطبيب قد وصف دواء كان يمكن أن يكون خطيرا في حالة جرعة زائدة، و أن الفصل بهذه الطريقة مثبتين بأن مخفض الحمى بـ0.10غ يمكن أن يوصف دائما للرضع و أن الطفل قد ظهر عليه تسمم حمض الساليسليك الذي لم ينجم عن متلازمة ريان syndrome de reyne و إنما نجم عن جرعة زائدة متسبب فيها مباشرة كل من الطبيب و الصيدلي، حيث أن المحكمة من أجل إقامة مسؤولية السيد " بيار" Pierre الطبيب، قد اعتبرت بأن الوصفة الصادرة عن الطبيب لم تكن موافقة لما ينص عليه قانون الصحة العمومية الذي يلزم الطبيب بالتحديد على الوصفة لقب و اسم و جنس و سن المريض و إذا لزم الأمر قامته و ووزنه، و في طب الأطفال، تأشير السن و الوزن يوافق لمعيار صفة بما أنه يسمح للصيدلي بالتوفر على عناصر المراجعة للطابع الصحيح للوصف، و أن هذا النقص في شكل الوصفة قد شكل عاملا مؤديا إلى التسمم بحمض الساليسليك الذي تعرض له الطفل و ساهم في إحداث الضرر، عن طريق تقديم الصيدلانيين خطأ لعلبة مخفض حمى بـ 0.50 غ بدل مخفض حمى 0.10 غ الموصوف بطريقة واضحة و مقروءة و لكن غير كاملة على الوصفة الطبية، فإن محكمة قد التزمت المادة 1147 من القانون المدني و المادة (8) من قانون أخلاقيات مهنة الطب، التي أدرجت في المادة R4127-8 من قانون الصحة العمومية.»[1]

د- الخطأ في الرقابة الطبية:

صدر قرار محكمة النقض المنعقدة في غرفة المشورة بتاريخ 30 ماي 1986 في القضية التي تعرف بقضية Farçat نسبتاً لاسم الطفل ضحية إهمال طبي وهذا على اثر طعن

[1] - *Cour d'appel de Montpellier du 3 juin 2009.* ***Consultez l'arrêt sur le lien suivant :*** ***http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022921653&fastReqId=2075580038&fastPos=3***

بالنقض في قرار محكمة استئناف فرساي وتتمثل هذه القضية في وفاة الطفل Alain Farçat في غرفة العمليات بمناسبة عملية جراحية لاستئصال اللوزتين amygdalectomie ، حيث أنه بعد انتهاء الطبيب الجراح من العملية غادر المستشفى وتبعه بعدها بقليل طبيب التخدير، وحيث أن هذا الأخير ترك الطفل تحت رعاية الممرضة و هذه الأخيرة تركت بدورها الطفل لوحده في الغرفة مما أدى إلى توقف قلبه وجهازه التنفسي حيث أدانت المحكمة بمسؤولية طبيب التخدير دون مسؤولية الجراح لأنه قَصّر في واجبه المتعلق بمتابعة المريض إلى غاية استفاقته وهذا يمثل حد اختصاصه و الذي تم تأيده من قبل محكمة استئناف فرساي

« **إذا كانت المتابعة اللاحقة للعملية الجراحية تقع أساساً على عائق طبيب التخدير بمقتضى تخصصه. إلا أن الجراح لا يظل بمنأى عن كل مسؤولية، حيث يقع عليه التزام عام باليقظة و الانتباه** »[1]

[1] - *Cass. Civ.30 mai 1986. L'attendu de cassation énonce que* ***« si la surveillance postopératoire incombe au médecin anesthésiste pour ce qui concerne sa spécialité, le chirurgien n'en est pas moins tenu, à cet égard, d'une obligation générale de prudence et de diligence »***

الفرع الثاني: إثبات الخطأ الطبي

إذا كانت القواعد العامة تقتضي حصول المريض المتضرر على التعويض عما أصابه من ضرر جراء مباشرة العمل الطبي، فإنه ورغم حدوث الضرر للمريض أو لأقاربه، يمكن أن لا تثور المسؤولية الطبية، إذا لم يثبت أي تقصير أو إهمال في جانب الطبيب. لذا فإن الحصول على التعويض لا يزال قانونا مرتبطا بضرورة وجود خطأ طبي ومن ثم إثبات هذا الخطأ، إذ بالرغم من التطورات و التحولات التي شهدها الطب في الخمسين سنة الماضية يبقى الأصل أن المسؤولية الطبية لا تزال تقوم على أساس الخطأ ووفقا لمبدأ البينة على من ادعى، لذا يكون على المتضرر إذا أراد الحصول على التعويض عبء إثبات ما يدعي، و عجزه عن ذلك يعني خسارته لدعواه، إذ يترتب على ذلك أن يصدر القاضي حكمه ضده و لصالح خصمه رغم هذا الأخير قد وقف موقفا سلبياً مكتفياً بمنازعة الطرف الآخر في إدعائه دون أن يكلف بإثبات صدق ما يدعيه.

و إدراكا للصعوبات التي تواجه المريض في سبيل النهوض بعبء الإثبات، و تحمله تبعة إخفاقه في ذلك، حاول الفقه و القضاء إيجاد بعض الحلول لمجابهة تلك الصعوبات، و ذلك قصد وضع حدود لذلك العبء الثقيل الملقى على عاتق المريض في دعاوى المسؤولية الطبية المرفوعة منه اتجاه الطبيب و كان الهدف من تلك المحاولات، هو إعفاء المريض من عبء إثبات الخطأ الطبي، أو على الأقل التخفيف منه.

و إذا كان القاضي لا يمكنه أن يقدر من الناحية الفنية خطأ الطبيب فإنه في ذات الوقت لا يمكن للخبير الذي يستعين به القاضي أن يضمن تقريره تقديرا قانونيا لهذا الخطأ، و لذلك فإن ما يقوم الخبير بإعداده من تقرير بشأن المهمة المحددة له يكون له دوراً مؤثراً في حكم القاضي. إذا كانت عدم خبرة القاضي بالمسائل الفنية الطبية هي التي تبرر استعانته بشخص من أهل المهنة ليوضح له المسائل الفنية التي يثيرها النزاع المعروض عليه، فمؤدى ذلك أن الخبرة لا تكون إلا تكملة ضرورية لخبرة القاضي في المجال الذي يجهله، لذلك يقال أن "الخبراء مساعدون للقضاء". وعلى الخبير في كل ذلك أن يدعم تقريره بالأصول العلمية المستقرة و أن يبين مدى خروج الطبيب محل المساءلة عنها. لذا

سنتعرض لعبء إثبات الخطأ الطبي وفقا لطبيعة الالتزام(أولا) تخفيف عب الإثبات (ثانيا) و دور الخبرة الطبية في إثبات الخطأ الطبي (ثالثا).

أولا: عبء إثبات الخطأ الطبي وفق طبيعة الالتزام

اعتبر الفقه والقضاء في بداية الأمر مسؤولية الطبيب تقصيرية، وأن عبء إثبات خطأ الطبيب يقع على عاتق المريض. واستمرا على الأخذ به بعد أن اعتبرت مسؤوليته تعاقدية كون التزام الطبيب في كلتا الحالتين هو ببذل العناية. غير أنه مع التطور العلمي ظهرت حالات أين يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة معينة مما جعل إثبات الخطأ الطبي يختلف حسب طبيعة التزام الطبيب، فالعبرة بمضمون الالتزام لتحديد من يقوم بالإثبات والطريقة التي يتم بها[1]، لذا نستعرض في نقطة (1) لعبء الإثبات في الالتزام ببذل عناية و في نقطة (2) لعبء الإثبات في الالتزام بتحقيق نتيجة.

1- عبء الإثبات في الالتزام ببذل عناية

على المريض الذي يدعي تضرره من خطأ طبي إثبات أن الطبيب التزم فعلا بتقديم العلاج له، و أن هذا الأخير لم يبذل العناية المطلوبة أثناءه، مع إثباته للضرر الذي يدعيه والعلاقة السببية بينهما[2].

وعلى هذا الأساس فخطأ الطبيب لا يجوز افتراضه لمجرد إصابة المريض بضرر لأن الخطأ واجب الإثبات، يستطيع الطبيب أن ينفيه بإقامة الدليل على أنه بذل في تنفيذ التزامه ما ينبغي من عناية، أو تدخل سبب أجنبي تسبب في إلحاق الضرر بالمريض الذي ينفي عنه مسؤوليته، فينبغي على المريض إقامة الدليل على إهمال الطبيب أو انحرافه عن الأصول المستقرة في المهنة أي أن سلوك الطبيب لم يكن مطابقا لسلوك طبيب مماثل من نفس المستوى وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخارجية المحيطة به[3].

---

[1]- د/ أحمد أدريويش، المرجع السابق، ص 241.

[2]- د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص 93.

[3]. فريد عيسوس: المرجع السابق، ص 149.

و الاتجاه السائد في الفقه و القضاء[1] يرى أن عبء إثبات الخطأ الطبي يقع على عاتق المريض، بغض النظر من وجود أو عدم وجود عقد بينه و بين الطبيب، أي سواء كنا بصدد المسؤولية التقصيرية أو العقدية ، فالمهم أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، فيكون على المريض أن يقدم الدليل على إهمال الطبيب أو تقصيره في علاجه. و قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الاتجاه بأن الطبيب لا يلتزم في مواجهة المريض بأي التزام سوى الالتزام بتقديم العناية الحذرة و المطابقة للمعطيات العلمية المكتسبة، و إذا ادعى المريض أن الطبيب قد قصر أو أهمل في تنفيذ الالتزام، فعليه أن يقوم بإثبات ذلك[2].

2- عبء الإثبات في الالتزام بتحقيق نتيجة

إذا كان الأصل في القواعد العامة للإثبات أن عبء إثبات الإدعاء يقع على عاتق المدعي، فإنه استثناء عندما يكون التزام الطبيب بتحقيق النتيجة في المسائل الفنية، فإن الأمر يتطلب تخفيف عبء الإثبات الملقى على المريض، و في مثل هذه الحالات السابقة يكفي للمريض الذي يدعي تضرره من عمل الطبيب أن يثبت وجود الالتزام على عاتق الطبيب بتحقيق نتيجة معينة، مع إثبات عدم تحققها بحدوث الضرر بسبب خطأ الطبيب. و بذلك تبقى مسؤولية الطبيب قائمة، ما لم يثبت أنه قام بتنفيذ التزامه على أكمل وجه و تحققت النتيجة المتفق عليها، أو أن النتيجة المقصودة لم تتحقق بسبب تدخل سبب أجنبي عنه، أو لخطأ المريض نفسه، أو خطأ الغير الذي حال دون تحقق النتيجة المرجوة[3].

و يخضع تقدير مدى توفر السبب الأجنبي أو خطأ المريض أو الغير إلى تقدير قاضي الموضوع الذي يراقب كل دليل إثبات يقدم أمامه و يقوم بمناقشته، ثم يقرر استبعاده و إعلان مسؤولية الطبيب، أو تقرير عدم صحة إدعاءات الطبيب و بذلك ينسب له الخطأ

---

[1] – د/ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 68.

[2] – – د/ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 68.

[3] – د/ أحمد أدرويش، المرجع السابق، ص 250.

مع تحميله المسؤولية عن الأضرار التي تلحق المريض جراء عدم تحقيق النتيجة، أو النتيجة المتفق عليها[1].

و تجدر الإشارة هنا إلى أن الطبيب في حالة الالتزام بتحقيق نتيجة لا يمكنه دفع مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي، أي بقطع العلاقة السببية بين نشاطه و الضرر الذي لحق المريض، و لا يمكنه دفع المسؤولية بإثبات أن فعله لا يشكل خطأ، لأن مسؤوليته في هذه الحالة قائمة على أساس خطأ غير قابل لإثبات العكس، في حين يمكنه دفع مسؤوليته في حالة الالتزام ببذل عناية عن طريق إثبات أن فعله لا يشكل خطأ قياساً إلى عناية طبيب معتاد محاط بالظروف التي أحاطت به، كما يمكنه، إضافة إلى ذلك، دفع مسؤوليته عن طريق إثبات السبب الأجنبي[2].

ثانيا: تخفيف عبء الإثبات

إذا كان عبء الإثبات في ذاته يمثل مشقة لكل من يلقى به على عاتقه، فهو من المؤكد يشكل مشقة زائدة في المجال الطبي، إذ يعتبر في حالات كثيرة تكليفاً بما لا يطاق و ذلك بالنظر لخصوصية العلاقة بين الطبيب و المريض من ناحية، و لظروف الممارسة الطبية من ناحية أخرى، لذا سنستعرض في هذه النقطة إلى دور و تجربة قضاء النقض الفرنسي في نقل عبء الإثبات في مجال الإعلام و ما تبعه من تكريس تشريعي(1) و كذا توجه قضاء النقض الفرنسي نحو اعتناق مسؤولية موضوعية في المجال الطبي (2) و كذا تدخل المشرع بقانون 4 مارس 2002 بإقرار المسؤولية بحكم القانون في حالات محددّة تخفيفاً لعبء الإثبات(3).

1- نقل القضاء

لعبء الإثبات في مجال الإعلام الطبي

إن إعمال القواعد العامة في تحديد المكلف بعبء الإثبات يفضي إلى جعل المريض في دعوى المسؤولية بمثابة المدعي الذي يتعين عليه بالتالي إقامة الدليل على ما يدعيه، أي إقامة الدليل على خطأ الطبيب، فعبء الإثبات وفقاً للمبادئ التقليدية يقع على عاتق

[1] – د/ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 69.

[2] – د/ أحمد أدريوش، المرجع السابق، ص 84.

المدعي، و هذا في الواقع ما لم يختلف القضاء على إعماله من حيث المبدأ، سواء في القضاء المدني أو القضاء الإداري في فرنسا، رغم هذا الموقف المبدئي و بعد الاستقرار عليه زمناً طويلا عدلت محكمة النقض الفرنسية عنه في نطاق محدد، حيث ألقت حديثاً بعبء إثبات إعلام المريض على عاتق الطبيب (المدعى عليه). لذا سنستعرض (أولا) تحديد من يقع عليه عبء إثبات توافر " الرضا المتبصر"، و (ثانيا) تطور موقف محكمة النقض الفرنسية (قرار 25 فبراير 1997) و التكريس التشريعي له.

أ- تحديد من يقع عليه عبء إثبات توافر " الرضا المتبصر":

تعتبر المادة 1315 من (ت.م.ف) التي تقابلها المادة 323 من (ت.م.ج) و المادة الأولى من قانون الإثبات المصري، أساساً للقاعدة العامة في تحديد المكلف بعبء الإثبات، و منها استخلصت قاعدة أن عبء الإثبات على المدعي (المضرور في دعوى المسؤولية الطبية) نتيجة الخطأ الطبي، فعليه إذن عبء إقامة الدليل على هذا الخطأ. و هذا ما استقر عليه قضاء النقض الفرنسي على نحو حاسم و لفترة طويلة و إلى وقت قريب على إلقاء عبء الإثبات على عاتق المريض، و ذلك منذ قرار 29 مايو 1951 الذي صدر بخصوص الطعن في حكم محكمة "Angers" الصادر في 4 مارس 1947، و قد قررت محكمة النقض في هذا القرار و على عكس ما قضت به محكمة الموضوع، أن عبء إثبات توافر الرضاء المتبصر يقع على عاتق المريض[1].

تتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا القرار في أن السيد Bisot أجريت له عملية بتر ساق نتيجة غلط في التشخيص من قبل الطبيب الجراح و الطبيب المعالج، رفع المريض دعوى على الطبيبين مطالباً بالتعويض، استنادا إلى ما ارتكباه من خطأ جسيم في التشخيص، و أنهما قاما بإجراء العملية الجراحية دون الحصول على موافقته. ذهبت محكمة استئناف إلى مساءلة الجراح، باعتباره المسؤول عن العملية، و الذي يجب عليه أن يتحقق من رضاء المريض بها، لم يقدم الدليل على أن المريض قد رضي بالعملية

[1] - *Cass. Civ 1ére Ch 29 mai 1951. Cité in* ***ANNE(Boyer),*** *l'information dans le système de santé nature et conséquences sur la relation médicale, thèse présenté a l'école doctorale sciences de l'homme et de la société, université de Limoges, 2008.p 249.*

التي أجريت له، و انتهت المحكمة من ذلك إلى إلزام الطبيب بتعويض الضرر الناتج عن تخلف هذا الرضاء.

و كما هو واضح فإن حكم محكمة الاستئناف كان متفقاً مع الاتجاه الفقهي السائد في ذلك الوقت. غير أن محكمة النقض الفرنسية ألغت هذا الحكم و قررت أنه « **إذا كان العقد الذي يبرم بين الجراح و المريض يتضمن، من حيث المبدأ التزاماً على الطبيب بعدم إجراء العملية الجراحية التي يقدر أهميتها للمريض، إلا بعد الحصول مقدما على رضاء المريض بها فإنه يقع على عاتق هذا الأخير عبء إثبات إخلال الطبيب بالتزامه بهذا الالتزام العقدي، و ذلك بعدم إعلامه بطبيعة العملية الجراحية، و عدم الحصول على رضائه بها**»[1] .

و هذا أيضا ما أكدته محكمة النقض حديثاً في قرار لها بتاريخ 4 أفريل 1995[2] بخصوص الالتزام التعاقدي بإعلام المريض[3]، حيث جاء بهذا القرار:« **أن محكمة الإستئناف، و دون قلب لعبء الإثبات قد قضت على نحو صحيح أنه يقع على عاتق المريض الذي يدعي إخلال الطبيب بالتزامه التعاقدي بإعلام المريض بطبيعة التدخل**

---

[1] - ***« Attendu que si le contrat qui se forme entre le chirurgien et son client comporte, en principe, l'obligation pour le praticien de ne procéder à une telle opération chirurgicale déterminée, par lui jugée utile, qu'après avoir, au préalable obtenu l'assentiment du malade ; il appartient toutefois à celui-ci lorsqu'il se soumet en pleine lucidité à l'intervention du chirurgien ; de rapporter la preuve que ce dernier a manqué à cette obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se préparait ; et en ne sollicitant pas son consentement à cette opération »***

[2] -***Cass. Civ1ére Ch. 4 avr 1995. Pourvoi N°: 93-13326.Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007034307&fastReqId=1313720257&fastPos=331

[3]- **تتلخص وقائع القضية في أن السيدة رونو Renault كانت تعاني من التهاب أذني مزمن ثنائي الجانب، أدى إلى سيلان تقيحي، و ضعف في السمع خاصة في الأذن اليسرى، و إلى دوار أذني المنشأ، قامت هذه السيدة باستشارة الطبيب mitard أخصائي في أمراض الأذن و الأنف و الحنجرة، حيث قام هذا الأخير بإجراء عملية جراحية لهذه السيدة على الأذن اليسرى في 2 نوفمبر 1979 ، كما قام بإجراء العملية الثانية على الأذن اليمنى في 22 ماي 1982، نتج عن هاتين العمليتين صمم شبه تام للأذن اليمنى و اليسرى، و زيادة في السيلان التقيحي من الأذن اليمنى و اليسرى و اضطراب في التوازن.**
قامت هذه السيدة برفع دعوى ضد الطبيب لعدم إعلامها بمخاطر العمليتين المتمثل في إمكانية حصول مضاعفة في الصمم، حيث أنها صرحت أنها لو كانت تعلم بمخاطر هاتين العمليتين لما أقدمت عليهما.

الجراحي و المخاطر التي يتضمنها، عبء إقامة الدليل على ذلك، و أنها بمقتضى ما لها من سلطة تقديرية قد قدرت أن (الطاعن) لم يقدم مثل هذا الإثبات»[1]

يمكن القول أنه في مجال تحديد المكلف بعبء إثبات الخطأ الطبي، لم تعمل محكمة النقض الفرنسية إلا الفقرة الأولى من المادة 1315 التي تقضي بأنه «« **يجب على من يطالب بتنفيذ التزام إثباته**»[2]، و بمعنى آخر فإن هذه المحكمة لم تلجأ، في هذا الصدد، إلى إعمال نص الفقرة الثانية من ذات المادة. و الحقيقة أن هذا القرار من محكمة النقض الفرنسية يعد تشدداً منها تجاه المريض الذي كان لزاماً عليه، بمقتضى هذا الحكم، أن يثبت واقعة سلبية مؤداها أنه لم يصدر عنه رضاء يجيز للطبيب المساس بجسده، و لا شك في صعوبة إثبات مثل هذه الواقعة السلبية، خاصة و أنه الطرف الضعيف في علاقته بالطبيب[3].

و مما يضاعف من صعوبة مهمة المريض أمران:

الأول: و يتمثل فيما يواجهه من صمت من جانب الطبيب و معاونيهن و ذلك استناداً إلى التزامهم بالمحافظة على السر المهني الذي يقتضي منهم عدم الكشف عن أي معلومة عن المرض أو العلاج تكون قد وصلت إلى علمهم من خلال المريض أو نتيجة عملهم و علاجهم له.

الثاني: و يتمثل في صعوبة الاستعانة بالخبراء الذين يواجهون– مثلهم مثل المريض في ذلك بتمسك الطبيب بالسر المهني و مع ذلك فالخبير عليه أن يبحث قدر استطاعته في الظروف التمهيدية المتعلقة بالإعداد للعمل الطبي، و ما تلا ذلك من إجراءات، مع التركيز على الاعتبارات التي أوحت بالتدخل و قبوله و تنفيذه[4].

---

[1] -*« sans inverser la charge de la preuve, la cour d'appel a justement énoncé qu'il appartient au patient d'apporter la preuve que le praticien a manqué à son obligation contractuelle de le renseigner sur la nature de l'intervention projetée et sur les risques pouvant en découler, et a souverainement estimé que Mme Y... n'apportait pas cette preuve »*

[2] - *Article 1315 al (1) du C.C.F dispose que:* ***« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver»***

[3]- د/ عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق. ص 176.

[4] - *ANNE(Boyer), l'information dans le système de santé nature et conséquences sur la relation médicale, thèse présenté a l'école doctorale sciences de l'homme et de la société, université de Limoges, 2008.p 165.*

أنظر كذلك د/ عبد الرشيد مأمون ، المرجع السابق، ص 193، د/ علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 133.

و على كل حال، فإن القاضي يفصل في الأمر متمتعاً بسلطة تقدير أدلة الإثبات التي يستعين بها المريض الذي يكون له الحق في اللجوء إلى كافة طرق الإثبات في إثبات ما يدعيه. و لاشك في أن محكمة النقض– في هذا القرار لم تتجاوز تطبيق القواعد العامة التي تقضي وفقا للمادة 1147 مدني فرنسي بأن عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعي عدم التنفيذ، و تأسيساً على ذلك فإن المريض، إذ يدعي عدم تنفيذ الطبيب هذا الالتزام، عليه أن يثبت ذلك.

و لكن يثور التساؤل عن مدى صحة تأسيس محكمة النقض الفرنسية حكمها على القواعد العامة.

و الذي يبدو في الحقيقة أن تطبيق القواعد العامة غير ذي محل، فمجال عمل تلك القواعد هو إثبات تنفيذ الالتزامات التعاقدية، و لا شك أن الأمر ليس كذلك فيما يتعلق بإثبات رضا المريض، حيث يتعلق الأمر في هذه الحالة الأخيرة بإثبات قيام العقد ذاته، لا بإثبات تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه. و بعبارة أخرى، فإنه في حالة إثبات الخطأ الطبي فإن الأمر يتعلق بمعرفة ما إذا كان الطبيب قد نفذ العقد الموجود من قبل بينه و بين المريض على نحو صحيح أم لا[1]، و هنا يكون تطبيق القواعد العامة هو الأمر المنطقي.

أما في حالة إثبات رضاء المريض، فإن الأمر يتعلق بمعرفة ما إذا كان الطبيب يتصرف بناء على عقد موجود أو بدون عقد[2]، أي أن الإثبات يتعلق هنا بقيام التعاقد ذاته، و هو ما لا يمكن معه إعمال القواعد العامة. و لعل محكمة النقض إذ طبقت القواعد العامة في الإثبات قد آثرت مصلحة الأطباء و حمايتهم لئلا يكونوا محلاً لإدعاءات زائفة من جانب بعض المرضى.

[1]– د/ علي نجيدة، المرجع السابق، ص 133.

[2]– د/ عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق. ص 51.

ب- تطور موقف محكمة النقض الفرنسية (قرار 25 فبراير 1997):

بعد استقرار دام قرابة النصف قرن، عدلت محكمة النقض على هذا الاتجاه، في قرار شهير و هام-لها في 25 فبراير 1997[1]، حيث ألقت بعبء إثبات توافر الرضا على عاتق الطبيب.

و قد كان هذا القرار بمناسبة دعوى تتلخص وقائعها في أن شخصاً يدعى Hédreul كان يعاني من آلام في المعدة، و قدر الطبيب أن هذه الحالة تستدعي التدخل الجراحي لاستئصال بعض الأورام الموجودة بمعدة المريض المذكور، و بالفعل أجرى الطبيب الجراحة مستخدماً المنظار، إلا أنه نتج عن ذلك أن أصيب المريض بثقب في أمعائه، رفع المريض دعوى تعويض على الطبيب مستنداً إلى أنه لم يبصر بالمخاطر المحتملة لهذه الجراحة risque de perforation .

عرضت الدعوى على محكمة Rennes فقضت بأن: « **على المريض أن يثبت ما يدعيه** »[2] و لما عرض الأمر على محكمة النقض ألغت هذا القرار مقررة مبدأ جديداً لها، و هو أن عبء إثبات توافر الرضاء يقع على عاتق الطبيب.

استندت محكمة النقض في هذا القرار[3] على نص المادة 1315 من التقنين المدني، حيث قررت أنه « **لما كان الطبيب يقع على عاتقه التزام خاص بالتبصير في مواجهة مريضه، فإنه من المحتم عليه أن يثبت أنه قد نفذ هذا الالتزام، و هو ما يتعين معه القول إن محكمة الإستئناف قد خالفت النص المشار آنفاً** »[4]

و بنظرة في نص المادة 1315 الفقرة الثانية التي استند إليها هذا القرار نجدها تقضي بأنه « **و بالمقابل، يجب على من يدعي أداء الالتزام، أن يؤيد ذلك بما يفيد انقضاء**

---

[1]- د/ عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق. ص 51. د/ سهير منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، سنة 1990، ص 51.

[2] - ***Cour d'appel de Rennes, 5 juillet 1994.***

[3] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 25 fév. 1997. Pourvoi N°: 94-19685. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007037245&fastReqId=1871270924&fastPos=267

[4] - ***« attendu qu'en statuant ainsi, alors que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation, la cour d'appel a violé le texte susvisé »***

التزامه»[1]. و أول ما يلاحظ بخصوص هذا النص، أنه يضع على عاتق كل من طرفي الالتزام عبء إثبات ما يدعيه، كما يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية، منذ قرار 29 مايو 1951. و حتى قرارها في 25 فبراير 1997، كانت المحكمة تطبق الشق الأول من هذا النص، و الذي يضع عبء الإثبات على الدائن(المريض) و بصدور قرار 25 فبراير 1997 الذي أحدث تغيراً جذرياً في موقف المحكمة، آثرت هذه الأخيرة تطبيق الشق الثاني من النص، و الذي يضع عبء إثبات على عاتق المدين المهني (الطبيب) ، حيث ألزمته بإثبات أداءه التزامه[2] و تواترت قرارات محكمة النقض في هذا الخصوص[3] و يمكن إثبات قيامه بهذا الالتزام بكافة وسائل الإثبات[4].

و بعبارة أخرى، كانت محكمة النقض حتى قرار 1997، تقدر أن الوضع الطبيعي و الأقرب إلى القبول، هو أن المريض قد حصل على التبصير اللازم من الطبيب، حيث لا يكون من المتصور أن يسلم المريض نفسه إلى هذا الأخير دون أن يكون قد أحيط بالحد الأدنى من الحقائق عن طبيعة العلاج و مخاطره، أما بصدور قرار 1997، فقد قدرت المحكمة أن الأصل هو سلامة المريض الجسدية، و أن هذا الأخير ليس عليه سوى أن يثبت حدوث إخلال بتلك السلامة، أما الطبيب فيجب عليه أن يثبت أنه أدى التزامه بتبصير المريض بكافة مخاطر التدخل الطبي[5].

---

[1] - ***Article 1315 al (2) du C.C.F dispose que: « Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation »***

[2] ***-« à celui qui réclame l'exécution de l'obligation ; de prouver qu'elle est été accomplie; à celui qui s'en prétend libéré, de prouver qu'elle est éteinte »***

[3] ***- Cass. Civ 1ére Ch. 14 oct. 1997. Pourvoi N°: 95-19609. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007037802&fastReqId=568863556&fastPos=8
- Cass. Civ 1ére Ch. 27 mai 1998. N° de pourvoi: 96-19161. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007041252&fastReqId=568863556&fastPos=5

[4] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 14 oct. 1997 déclare que : « La preuve de l'information donnée par le médecin à son patient peut être faite par tous moyens, et notamment par des présomptions au sens de l'article 1353 du Code civil »***

[5] – د/ سليم رستم، شرح مجلة الأحكام العدلية، بيروت، 1986، ص 59، 60.

كما تجدر الإشارة إلى أن قانون رقم 2002-303 الصادر في 04 مارس 2002 كرس قضاء النقض السالف الذكر، حيث أضافت المادة 11 منه المادة L1111-5 إلى قانون الصحة العامة التي تنص فقرتها الثالثة على أنه: « **في حالة النزاع، يمكن لمهني، أو لمؤسسة الصحة إتيان الدليل على إعلام المعني طبقاً للشروط المنصوص عليها في هذه المادة. و هذا الدليل يمكن أن يكون بأية وسيلة**»[1] ، إذ لم يغير من كيفية إثبات الالتزام بالإعلام مما يدل ذلك على إمكانية إثباته بكافة وسائل الإثبات طبقا لقرار 14 أكتوبر 1997، و كخلاصة لما سبق أن القضاء الفرنسي قد تحول تحولا كبيرا بخصوص إثبات الالتزام بالإعلام فبعد أن كان عبء الإثبات يقع على عاتق المريض الذي يلتزم بإتيان الدليل، و إقامته على أن الطبيب لم يقم بإعلامه، و هذا يتطلب جهدا كبيرا باعتبار أن المريض يصعب عليه إثبات الواقعة السلبية تجعله من غير استطاعته أن يقوم بذلك.[2].

أما بالنسبة للقضاء العربي لم نجد أي حكم أو قرار نقل عبء إثبات الالتزام بالإعلام في المجال الطبي من عاتق المريض إلى عاتق الطبيب. أمّا المجلس الأعلى المغربي قضى في قراره الصادر بتاريخ 27 أفريل 2005[3] « **من المقرر فقها و قضاء في المسؤولية العقدية أن المدين هو الذي يتحمل عبء الإثبات في حالة الالتزام الإيجابي أي القيام بعمل في حين يتحمل الدائن العبء المذكور إذا كان الالتزام سلبيا أي التزاما بالامتناع عن عمل، و بالرجوع إلى وثائق الملف يتبين أن المطلوب الباقي أحمد هو صاحب الحمام و بالتالي فهو الطرف المدعي في العلاقة التي تجمعه بالطالبة على اعتبار كونه ملزما بتوفير الظروف الملائمة لاستحمام الطالبة بشكل طبيعي في حمامه و لذلك فهو المكلف بإثبات وجود أرضية حمامه في حالة جيدة و قيامه بتنظيفها من الصابون**

---

[1]- *article L1111-5 al(3) du C.S.P.F dispose que :*« ***En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article . Cette preuve peut être apportée par tout moyen.*** »

[2]- ***François Chabas****. L'obligation médicale d'information en danger. P09.*

[3]- القرار عدد 1208 مؤرخ في 2005/04/27، الملف المدني عدد 2004/3/1/886. مجلة المجلس الأعلى المغربي رقم 66- 2006، ص 35 و 37.

و غيره من المواد المسهلة للانزلاق و السقوط و المحكمة بالرغم من اعتبارها المطلوب هو الملزم ببذل العناية المذكورة غير أنها ألزمت الطالبة بإثبات كون أرضية الحمام مبللة و توجد بها بقايا الصابون المؤدية إلى سقوطها فقلبت بذلك عبء الإثبات و جاء قرارها معللا تعليلا فاسدا مما يعرضه للنقض»[1]

و قياساً على هذا الاجتهاد فإن الالتزام بالإعلام أي القيام بعمل هو التزام ايجابي يقع الالتزام بإثبات إعلام المريض على عاتق الطبيب باعتباره المدين في هذا الالتزام.

2- توجه قضاء النقض الفرنسي نحو اعتناق مسؤولية موضوعية في المجال الطبي تخفيفا لعبء الإثبات

رأينا فيما تقدم أن عبء إثبات الخطأ الطبي يقع بحسب الأصل على عاتق المريض المضرور، و إدراكا للصعوبات التي يواجهها المريض في سبيل النهوض بهذا العبء فقد

---

[1]- حيث تفيد محتويات الملف و القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة استئناف الدار البيضاء بتاريخ 2003/07/10 في الملف عدد 02/2833 أنه بمقتضى المقال و المذكرة المودعين بابتدائية الفداء درب السلطان ادعت خيرة الداودي أنها بتاريخ 1998/06/01 كانت تستحم بحمام المدعى عليه الباقي أحمد و سقطت بسبب بقايا الصابون الموجودة على أرضيته و أصيبت بكسر في يدها اليمنى ملتمسة الحكم بتحميله كامل المسؤولية و بأدائه لها تعويضا إجماليا قدره 160000 درهم و إحلال المدعى عليها شركة التأمين أطلنطا محله في الأداء و عززت طلبها بصورة من محضر الشرطة و شواهد طبية و الأجر و الميلاد، و أجابت المدعى عليها شركة التأمين بأن المدعية هي المسؤولة وحدها فيما حدث لها بسبب خروجها من الحمام إلى قاعة الجلوس و هي مطلية بالصابون(البلدي) مما تسبب لها في الانزلاق و السقوط، و حكمت المحكمة بتحميل المدعى عليه الأول كامل المسؤولية و بأدائه للمدعية تعويضا قدره 65000 درهم و إحلال شركة التأمين محله في الأداء و استئنافه المحكوم عليه استئنافا أصليا كما استأنفته المدعية استئنافا فرعيا و قضت محكمة الاستئناف بإلغائه و الحكم بعدم قبول الطلب بناء على أن المستأنفة فرعيا لم تثبت أن المستأنف الأصلي قصر في بذل العناية المطلوبة منه و لم تدل بما يفيد أن قاعة الجلوس كانت مبللة بصفة غير عادية أو كانت بها مواد سهلت سقوطها و أنها هي الملزمة بالإثبات فلم تفعل و هذا هو القرار المطلوب نقضه.

و حيث تعيب الطالبة على القرار نقصان التعليل الموازي لانعدامه ذلك أن المطلوب صاحب الحمام هو من يدعي وجود أرضية حمامه في حالة جيدة و بالتالي فهو الذي يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه و المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه بدل أن تكلف المطلوب بإثبات ما يدعيه كلفت العارضة بذلك و في هذا الإطار يكون صاحب الحمام ملزما بتوفير العناية و الظروف الملائمة ليتمكن المستحمون من الاستحمام بشكل طبيعي و يتحمل عبء إثبات كون أرضية الحمام كانت في حالة جيدة و نظيفة من بقايا المواد المسهلة للانزلاق و السقوط.

و بالرجوع إلى وثائق الملف يتبين أن المطلوب الباقي أحمد هو صاحب الحمام و بالتالي فهو الطرف المدعي في العلاقة التي تجمعه بالطالبة على اعتبار كونه ملزما بتوفير الظروف الملائمة لاستحمام الطالبة بشكل طبيعي في حمامه و لذلك فهو المكلف بإثبات وجود أرضية حمامه في حالة جيدة و قيامه بتنظيفها من الصابون و غيره من المواد المسهلة للانزلاق و السقوط و المحكمة بالرغم من اعتبارها المطلوب هو الملزم ببذل العناية المذكورة غير أنها ألزمت الطالبة بإثبات كون أرضية الحمام مبللة و توجد بها بقايا الصابون المؤدية إلى سقوطها فقلبت بذلك عبء الإثبات و جاء قرارها معللا تعليلا فاسدا مما يعرضه للنقض.

حاول الفقه و القضاء عبر أدوات قانونية متعددة رسم حدود هذا الإسناد المبدئي للعبء الواقع على عاتق المريض المضرور في دعوى المسؤولية المرفوعة منه تجاه الطبيب أو المستشفى الذي يتلقى به العلاج، هذه الأدوات المتعددة رغم اختلاف مضمونها، اتحدت من حيث غايتها و هي إعفاء المريض من عبء إثبات الخطأ الطبي، أو على الأقل التخفيف منه .

أ- مظاهر هذا التوجه:

لم تغفل محكمة النقض الفرنسية – ولم يكن لها أن تغفل – دقة المشكلات التي تثور بخصوص ركن الخطأ في المسؤولية الطبية، فقد أدركت ضرورة التحلل، ولو جزئيا، من التقيّد بقواعد المسؤولية الشخصية التي ترتكز أساسا على الخطأ الواجب الإثبات.

وقد بدت مظاهر هذا التوجه نحو المسؤولية الموضوعية في أمرين الأول هو ميل القضاء الفرنسي نحو التوسع في تقرير قيام المسؤولية الطبية، و الثاني هو خرقه مبدأ الالتزام ببذل عناية.

1: ميل القضاء الفرنسي نحو التوسع في تقرير قيام المسؤولية الطبية " باللجوء لفكرة الخطأ الاحتمالي ":

نتعرض في هذه النقطة إلى فكرة الخطأ الاحتمالي باعتبارها أداة لتخفيف عبء الإثبات على المريض، بدءا بالأخذ بفكرة الخطأ الاحتمالي، ثم نتعرض ثانيا لتراجع قضاء النقض الفرنسي عن فكرة الخطأ الاحتمالي.

أ- الأخذ بفكرة الخطأ الاحتمالي:

مقتضى هذه الفكرة هو في استنتاج خطأ الطبيب من مجرد وقوع الضرر، وذلك خلافاً للقواعد العامة التي تتطلب من المدعي إقامة الدليل على خطأ المدعى عليه، فأساس الفكرة أن الضرر لم يكن ليقع لولا وقوع الخطأ، بالرغم من عدم ثبوت الإهمال بشكل قاطع في جانب الطبيب[1].

فإذا كانت القواعد العامة في المسؤولية المدنية توجب على المدعي إقامة الدليل على خطأ المدعي عليه فإن القضاء الفرنسي حاول تذليل الصعوبات التي يواجهها المريض

[1]- علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت– لبنان، 2006. ص 123.

في سبيل إقامة الدليل على خطأ الطبيب عن طريق استنتاجه هذا الخطأ من وقوع الضرر[1] وكان ذلك من خلال ما أطلق عليه الفقه فكرة الخطأ الاحتمالي la faute virtuelle أو الخطأ المضمر la faute incluse dans le dommage[2]. وبالتالي إحداث ثغرة في مبدأ ضرورة توافر الخطأ الثابت كركن لازم لقيام مسؤولية الطبيب[3].

وأهمية هذا الافتراض، لا تكمن في الواقع في مجرد الاعتراف بوجوده، فالقضاء في أخذه بهذه القرينة لا يجعل منها إلا قرينة بسيطة، أي قابلة لإثبات العكس من قبل الطبيب[4]، و إنما تكمن هذه الأهمية في الآثار المترتبة عليها فيما يتعلق بعبء الإثبات، إذ أنه من خلال فكرة الخطأ المحتمل، وما تتضمنه من افتراض الخطأ في جانب الطبيب، ينتقل عبء الإثبات إلى هذا الأخير. فافتراض الخطأ، أو قرينة الخطأ، إنما يعني أنه لم يعد على المضرور عبء إقامة الدليل على وجود الخطأ في جانب الطبيب المدعى عليه و إنما أصبح على عاتق هذا الأخير عبء نفي الخطأ في جانبه[5].

تطبيقاً لهذه الفكرة أيدت محكمة النقض الفرنسية[6] قرار محكمة استئناف قسنطينة الصادر في 6 مارس 1958[7] في استنتاج خطأ الطبيب الأشعة الذي لجأ إلى استخدام الأشعة لعلاج مريض يدعى FUMASOLI، و استنادا لما ورد بتقرير الخبراء من أن انفكاك أحد مسامير جهاز الأشعة نتيجة اهتزازات هذا الأخير كان الفرض الأكثر احتمالا لما أصاب المريض من ضرر، وأن طبيب الأشعة ارتكب خطأ تمثل إما في عدم إحكامه

---

[1] – د/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 29

[2] - ***OBOEUF(Odile)**, le devenir de la responsabilité médicale du fait d'autrui après la loi du 4 mars 2002, mémoire en vue de l'obtention du DEA de droit prive, université de Lille II– droit et santé faculté des sciences juridiques, politiques et sociales école doctorale n° 74, le 3 octobre 2003.P35.*

[3] - *G. Viney et P. Jourdain : « l'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la cour de cassation, JCP, 1997, I, 4016. p. 182*

[4] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 21 mai 1996. N° de pourvoi: 94-16586. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007037344&fastReqId=1195106340&fastPos=182

[5] - د/ سهير منتصر، المرجع السابق، ص 45. أنظر كذلك علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 123.

[6] -***Cass. Civ 1ére Ch. 28 juin 1960. Pourvoi N°: 58-10023. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006953502&fastReqId=1406356840&fastPos=466

[7] - *la cour d'appel de Constantine, le 6 mars 1958.*

ربط الجهاز و تثبيته بطريقة صحيحة، و إما في عدم انتباهه لمخاطر الجهاز. و يلاحظ على هذا الحكم أنه أجاز لقاضي الموضوع أن يستظهر الخطأ من واقعة ليس من الثابت على نحو قاطع أنه مصدر الضرر[1].

كما أيدت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 12 نوفمبر 1968[2] قرار محكمة استئناف باريس في 31 ماي 1966[3] في تقديرها واعتبارها ما أصاب المريض من اضطرابات، ومخاطر مؤكدة، وتركزها في أطرافه العليا، و وقت ظهور هذه الاضطرابات، ومخاطر مثل هذه الاضطرابات في حالة التدخل الجراحي، والأسباب التي يمكن تفسيرها بها، مجموعة من القرائن القوية و المحددة و المتطابقة[4]، سمحت لهم بتأكيد أن الشلل الذي أصاب المريض كان نتيجة عدم اتخاذ الاحتياطات الكافية عند إجراء التدخل الجراحي[5].

و لجأت محكمة النقض أيضاً في قرارها الصادر بتاريخ 17 جوان 1980[6] لفكرة الخطأ الاحتمالي لإقامة مسؤولية الطبيب عن إصابة عصب الفخذ أثناء عملية حقن بين العضلات injection intramusculaire على إثر الطعن بالنقض في قرار محكمة استئناف "دووي" الصادر في 24 جانفي1979[7].

إن هذه الفكرة لا تتقيد بمعيار خطأ الطبيب[8]، الذي يوجب على القاضي مقارنة مسلك الطبيب المدعي عليه بمسلك الطبيب الوسط من نفس مستواه و الموجود في ذات

---

[1]- د/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 79.

[2] - ***- Cass. Civ 1ére Ch. 12 nov. 1968. Pourvoi N°: 66-10357. Consulter l'arrêt sur le lien suivant : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006979380&fastReqId=1679031291&fastPos=403***

[3] - *la cour d'appel de paris 31 mai 1966.*

[4] -« ***elle a pu déduire de ces constatations, qui constituent, selon elle, un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes ».***

[5]– *د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 96 و 97.*

[6] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 17 juin 1980. Pourvoi N°: 79-11795. Consulter l'arrêt sur le lien suivant : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007005324&fastReqId=1132298216&fastPos=318***

[7] - *la cour d'appel de Douai 24 janvier 1979*

[8]- علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 123.

الظروف، حيث يكتفي عند الأخذ بهذه الفكرة مجرد افتراض أنه لابد و أن يكون هناك خطأ ما و إن بقي مجهولا[1].

هذه فكرة وإن كان يبدو فيها وجه التشدد إزاء الأطباء، فإنها كشفت عن إدراك القضاء لقصور القواعد القانونية التقليدية من توفير الحماية للمرضى العاجزين عن إقامة الدليل على خطأ الطبيب، فما كان على هذا القضاء إلا تطويع هذه القواعد في سبيل التخفيف من وطأة عبء الإثبات، حماية للمرضى المضرورين ومحاولة لإقامة نوع من التوازن المفقود في العلاقة الطبية بين الطبيب والمريض[2].

ب- تراجع

محكمة النقض عن فكرة الخطأ الاحتمالي:

رفضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 27 ماي 1998[3] نهج القضاء إلى أداة الخطأ الاحتمالي أو المضمر لإقامة مسؤولية الطبيب، وذكرت من جديد بوجوب قيام خطأ ثابت وواضح في جانب الطبيب، واصفتاً مفهوم الخطأ الاحتمالي أو المضمر بأنه مفهوم مغلوط[4]. وهذا بالرغم من الأهمية التي تمثلها أداة الخطأ الاحتمالي أو المضمر لصالح المضرورين من ناحية ما تتضمنه من تخليصهم من عبء إثبات الخطأ الطبي[5].

تتلخص وقائع الدعوى أنه أثناء فحص الطبيب لمولود حديث الولادة يدعى " **بيار**" عام 1961، تبين له وجود تجمع دموي درني un angiome tubéreux في الجانب الأيمن من الجبهة فأخضعه الطبيب لحقنتين بمادة Trombovar بقصد وقف تطور هذا التجمع الدموي، غير أن جزءا من المادة المستخدمة لهذا الهدف تسربت إلى *l'orbite oculaire* مسببة احتقانات شديدة نتج عنها فقدان تام لبصر العين اليمنى، وعند بلوغه سن الرشد

---

[1]- د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، 98.

[2]- علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 124.

[3] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 27 mai 1998. Pourvoi N°: 96-17197. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007041301&fastReqId=1733526012&fastPos=269

[4] - ***« Attendu qu'en statuant ainsi par référence à la notion erronée de faute incluse ».***

[5]- علي عصام غصن، المرجع السابق، 125.

أقام المضرور دعوى على الطبيب الذي باشر هذا العلاج فرفضت محكمة الدرجة الأولى دعوى المسؤولية المقامة على الطبيب استنادا إلى أن العلاج كان قد تم وفقاً للأصول العلمية المستقرة، فطعن المضرور في الحكم أمام محكمة استئناف Rennes [1] فقبلت طعنه وقررت مسؤولية الطبيب عن تعويض تلك الأضرار الناجمة عن هذا العمل الطبي المألوف أو العادي على أساس الخطأ المضمر faute incluse المستخلص من عدم مألوفية الضرر وجسامته ***anormalité du dommage*** [2]، وعند طعن الطبيب في قرار محكمة الاستئناف أمام محكمة النقض نقضت هذه الأخيرة قرار الأولى وقضت بأن:« **وجود الخطأ لا يمكن استخلاصه من مجرد عدم مألوفية الضرر وجسامته، إذ كان واجباً على محكمة الإستئناف أن تبحث ما إذا كان الجرح اللاحق بالعين ناجم عن خطأ واضح في جانب الطبيب»**[3]، واستقر قضاء النقض الفرنسي لقيام مسؤولية الطبيب لزوم ثبوت خطأ ثابت وواضح في جانبه[4] وتأكيداً لما سبق ذهب الفقه إلى أن المشرع الفرنسي بنصه في المادةL1142-1 فقرة (1) على الخطأ الطبي أساساً للمسؤولية الطبية حتى لا يتمادى القضاء في مساءلة الأطباء دون وقوع خطأ ثابت وواضح من جانبهم[5].

وعلى كل حال إنّ فكرة الخطأ المحتمل لم تكن الأداة القانونية الوحيدة التي لجأ القضاء إليها في سبيل الحد من الإسناد المبدئي لعبء إثبات الخطأ الطبي الملقى على عاتق

---

[1] - *Cour d'appel de Rennes, du 3 avril 1996.*

[2] - ***« une faute incluse dès lors qu'il y a eu anormalité du dommage et qu'un acte de soins courants a provoqué des troubles d'une gravité exceptionnelle " et qu'il importait peu que le produit se soit écoulé sur le sourcil ou se soit diffusé dans les tissus pour atteindre l'œil droit »***

[3] - ***« alors que l'existence d'une faute ne peut se déduire de la seule anormalité d'un dommage et de sa gravité, la cour d'appel, qui devait rechercher si la blessure causée à l'œil ne procédait pas d'une faute caractérisée du praticien, a violé le texte susvisé »***

[4]- ***Cass. Civ1ére Ch.15 déc. 2011.N° de pourvoi: 10-27473.Consulter l'arrêt sur le lien suivant : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024987700&fastReqId=2144219757&fastPos=1***

[5] - ***MISLAWSKI (Roger)***, *la causalité dans la responsabilité civile recherches sur ses rapports avec la causalité scientifique, thèse présenté à la faculté de droit, université de Cergy- pontoise, 2006.P 147.*

المتضرر، وإنما لجأ إلى أدوات قانونية أخرى كحصر الالتزام ببذل عناية وبالتالي توسيع مجال الالتزامات بتحقيق نتيجة[1] وهذا ما سنعترض له في النقطة التالية.

2- خرق مبدأ الالتزام ببذل عناية:

" عن طريق اللجوء إلى الالتزام بالسلامة "

إن حصر نطاق الالتزام ببذل عناية و التوسع المقابل في مجال الالتزامات بتحقيق نتيجة، كان في الواقع، الأداة القانونية الثانية للحد من الإسناد المبدئي لعبء إثبات الخطأ الطبي[2].

و قد سلك القضاء الفرنسي هذا المسلك بخصوص بعض مجالات النشاط الطبي، حيث أحدث ثغرة في مبدأ التزام الطبيب ببذل عناية و ذلك فيما يتعلق بأطباء أو المراكز العلاجية التي تقوم بتوريد منتجات أو أجهزة معينة، فقرر أن الالتزام في مثل هذه الأحوال هو التزام بالسلامة محله تحقيق نتيجة.

ففي ما يتعلق بإنتان المشفى أو العدوى، قد ثبت عن محكمة النقض في غير قرار لها[3] على أن المؤسسات الصحية المُباشرة للعمل الطبي يقع على عاتقها التزام بضمان السلامة، محله تحقيق نتيجة فيما يتعلق بإنتان المشفى، و أن هذا الالتزام لم يعد قاصرا على المؤسسات الصحية فحسب و إنما امتد ليشمل الأطباء كذلك، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية في ثلاثة قرارات صادرة عنها في يوم واحد على أنه يقع على عاتق

---

[1]- علي عصام غصن، المرجع السابق، 127.

[2]- إنّ حصر نطاق الالتزام ببذل عناية في مجال العلاج بمفهومه الضيق يعني في ذات الوقت التوسع في مجال الالتزامات بتحقيق نتيجة الملقاة على عاتق الطبيب. وهو ما يستتبع بالتالي اختلاف كيفية مساءلة الطبيب بشأن التزاماته، حيث يكفي بشأنها إثبات عدم تحقق النتيجة لقيام مسؤوليته دون حاجة لإثبات وقوع خطأ محدد من جانبه.

[3] - ***Cass. Civ1ére Ch. 29 nov. 1989. Pourvoi N°: 88-11477.Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007023603&fastReqId=1738183715&fastPos=461

- Cass. Civ1ére Ch. 28 juin 1989. Pourvoi N°: 86-19318.Consulter l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007022877&fastReqId=18378&fastPos=468
- Cass. Civ1ére Ch. 9 oct. 1985. Pourvoi N°: 83-16984.Consulter l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007015589&fastReqId=376245008&fastPos=527

المؤسسة الصحية والطبيب التزام بضمان سلامة المريض فيما يخص إنتان المشفى. حيث جاء في القرار الأول الصادر في 29 جوان 1999[1]« **إن عقد الاستشفاء و العلاج المبرم ما بين المريض و المؤسسة الصحية، يضع على عاتق هذه الأخيرة، فيما يتعلق بإنتان المشفى (العدوى)، التزم بضمان السلامة، محله تحقيق نتيجة، و ليس لها أن تتحلل منه إلا بإثبات السبب الأجنبي**»[2]

كما جاء في القرارين الثاني و الثالث الصادرين في 29 جوان 1999[3] على:« **أن الطبيب يتحمل في مواجهة المريض، فيما يتعلق بإنتان المشفى (العدوى) بالتزام بالسلامة، محله تحقيق نتيجة، ولا يستطيع أن يتحلل منه إلا بإثبات السبب الأجنبي**»[4]

و بذلك أصبح مجال الالتزام بضمان السلامة، فيما يتعلق بإنتان المشفى (العدوى)، عاماً إذ لم يعد قاصراً على الإنتان أو العدوى التي تحدث داخل غرفة العمليات، بل يشمل كل عدوى تنتقل للمريض خلال تواجده في المستشفى، و بذلك لم يعد المريض في حاجة إلى إقامة الدليل على أن العدوى قد انتقلت إليه خلال تواجده في غرفة العمليات، كما لم يعد قاصرا على العدوى التي تظهر آثارها سريعا، و هو مازال في المستشفى، بل حتى بعد خروجه منها، على ألا تطول المدة كثيرا، حتى لا تنقطع علاقة السببية، كما أن المدين

---

[1] -*Cass. Civ 1ére Ch. 29 juin 1999. Pourvoi N°: 97-14254. Consultrz l'arrêt sur le lien suivant :*
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007042438&fastReqId=1175866438&fastPos=90

[2] - « ***Le contrat d'hospitalisation et de soins conclu entre un patient et un établissement de santé met à la charge de ce dernier, en matière d'infection nosocomiale, une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère*** »

[3] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 29 juin 1999. Pourvoi N°: 97-15818. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007042439&fastReqId=1903226692&fastPos=91
- Cass. Civ 1ére Ch. 29 juin 1999. Pourvoi N°: 97-21903. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007042440&fastReqId=1679791959&fastPos=92

[4] - « ***Un médecin est tenu vis-à-vis de son patient, en matière d'infection nosocomiale, d'une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère*** »

بهذا الالتزام يشمل المستشفى و الطبيب، فسواء حدثت العدوى المرضية خلال تواجد المريض في المستشفى أو في العيادة الطبية الخاصة، فإن المسؤولية عنها تترتب، و يلتزم المسؤول بتعويض تلك الأضرار.

و في مجال زراعة الأسنان، قضت محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 1994[1] بأنه: « **إذا كان جراح الأسنان يلتزم – من حيث المبدأ – ببذل عناية فيما يخص أعمال العلاج التي يقوم بها، إلا أنه يأخذ على عاتقه التزاماً بتحقيق نتيجة، باعتباره ملتزما بتوريد منتج ما – متمثل في الأنسجة التي يزرعها للمريض – خال من العيوب**»[2]، و هو ما أكدته محكمة النقض بخصوص زراعة مادة أو نسيج داخل جسم المريض « **إذا كان محل التزام جراح الأسنان يقتصر على مجرد بذل عناية، فإنه يتحمل بالتزام محله تحقيق نتيجة إذ بصفته موردا للمواد المستخدمة في الترميم أو الزرع، فإنه يلتزم بتوريد جهاز خال من العيوب**»[3].

و في مجال نقل الدم، سلك القضاء الفرنسي ذات المسلك، بأن وضع على عاتق مركز نقل الدم التزاما بتحقيق السلامة، حيث يجب عليها أن تورد دمًا خاليا من أي عيب في غير حكم له، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 21 أفريل 2005[4] على أنه: « **يقع على عاتق مؤسسات العلاج التزام بالسلامة محله تحقيق نتيجة، مع الأخذ بكل الإجراءات المفيدة من أجل التيقن من سلامة المنتجات الدموية**

---

[1] -***Cass. Civ 1ére Ch. 22 nov. 1994. Pourvoi N°: 92-16423. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :*** ***http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007033470&fastReqId=634313104&fastPos=153***

[2] - ***Cass. Civ1ére Ch. 22 nov. 1994. Pourvoi N°: 92-16423.Consulter l'arrêt sur le lien suivant :*** ***http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007033470&fastReqId=862136041&fastPos=339***

[3] - *CA Dijon, 12 avr. 1994*

[4] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 21 avr 2005. Pourvoi N°: 03-20683. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :*** ***http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007050117&fastReqId=1339660352&fastPos=9***

الموردة و المحقونة »[1]، و تواترت أحكام القضاء في مجال نقل الدم بوضع التزام بالسلامة محله تحقيق نتيجة على عاتق المؤسسات الصحية[2]

ب- وسيلة القضاء الفرنسي لتبني مسؤولية موضوعية في المجال الطبي:

اعتنقت محكمة النقض الفرنسية فكرة التمييز بين الحادثة الطبية وبين مجرد إخفاق العلاج، و أخذت بناء على ذلك بالمسؤولية الموضوعية في الحالة الأولى و قصرت الأخذ بالمسؤولية الشخصية المؤسسة على الخطأ على الحالة الثانية، ويبدو هذا الاتجاه جلياً في قضاء المحكمة في قرارين حديثين متتابعين، لم تطبق فيهما ذات الحل تأسيساً على فكرة التمييز بين الحادثة الطبية وبين إخفاق العلاج.

و قبل أن نعرض لهذه الفكرة بالبيان، فإنه يجدر بنا أن نتفحص هذين القرارين الهامين الصادرين في 7 جانفي 1997، و 25 فيفري 1997 على الترتيب.

1-عرض قراري 7 جانفي 1997 و 25 فيفري 1997

نستعرض هنا تباعاً لقرار 7 جانفي 1997 في نقطة(أ)، و لقرار 25 فيفري 1997 في النقطة (ب).

أ- قرار 7 جانفي 1997:

وقد صدر هذا القرار[3] بمناسبة دعوى تتلخص وقائعها في أن مريضا يدعى Jean-Pierre كان يعاني من آلام في ذراعه الأيسر نتيجة ضغط واقع على أعصاب وشرايين

---

[1] - ***« Il incombe aux établissements de soins, tenus d'une obligation de sécurité de résultat, de prendre toutes dispositions utiles pour s'assurer de l'innocuité des produits sanguins fournis et transfusés »***

[2] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 22 oct. 2009. Pourvoi N°: 08-12033. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021195843&fastReqId=414019319&fastPos=6

[3] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 7 jan 1997. Pourvoi N°: 94-19497. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007037189&fastReqId=671604693&fastPos=271

الذراع عند اتصاله بالصدر، مما استدعى وفقاً لرأي الطبيب المعالج له إجراء عملية جراحية له لإصلاح وضع بعض الشاريين الواصلة بين الذراع و الصدر، و أثناء إجراء هذه الجراحة، ولتشابك وتلاحم العديد من الشرايين العصبية في هذا الجزء، قطع الجراح شريانا شديد الالتصاق بالشريان الذي تجرى الجراحة من أجله، مما أحدث نزيفا للمريض، ترتب عليه وفاته، أقامت زوجة المضرور دعوى المسؤولية وبالرجوع إلى رأي الخبراء قرروا أن الجراحة تمت وفقا للأصول الطبية السليمة، و أن الوفاة قد حدثت نتيجة تفاقم استثنائي غير متوقع في حالة المريض.

وعلى الرغم مما قرره الخبراء، إلا أن محكمة Evry الابتدائية قضت بقيام مسؤولية الجراح على أساس أنه ارتكب مسلكا غير سليم في إجراء الجراحة، وصفته بأنه يمثل رعونة و خرقا للأصول الطبية .

وفي 30 يونيو 1994[1] ذهبت محكمة استئناف باريس عكس ذلك، حيث قضت: « **بأن لم تكن هناك أية رعونة أو خطأ من جانب الجراح، و أن الوفاة قد حدثت نتيجة تفاقم استثنائي وغير متوقع في حالة المريض**»

وحين طعن في هذا القرار بالنقض ذهبت محكمة النقض إلى أن القول بانتفاء المسؤولية كما قضت محكمة استئناف باريس يمثل خرق للمادتين 1135 و 1147 من التقنين المدني[2]، وبناء على ذلك قررت أن الضرر الذي حدث للمريض قد وقع " بفعل Le fait" الجراح بقطع النظر عن ثبوت الخطأ في جانب هذا الأخير من عدمه.

و بنظرة إلى هذا الحكم، نستطيع أن نقرر و بلا تردد أننا بصدد مبدأ جديد وحاسم لمحكمة النقض و هو أن مجرد صدور " الفعل " من جانب الطبيب يكفي لقيام مسؤوليته، و لو لم يكن هذا الفعل منطويا على خطأ من جانبه، و بالتالي النتيجة المنطقية لذلك هي الاعتراف بالتزام الجراح بسلامة المريض و هو التزام بتحقيق نتيجة، و لا يبقى أمام

---

[1] - *C.A. de Paris, du 30 juin 1994 Bulletin 1997 .N° 6 p. 4.* ***« M. Y… n'avait pas commis de maladresses fautives ou non admissibles, et que le décès de M. X... en suite de cette blessure artérielle, avait pour cause une complication exceptionnelle... et donc non prévisible»***

[2] - تقضي المادة 1335 بأنه « **يجب تنفيذ العقد وفقا لما تقتضيه اعتبارات العدالة و العرف المعتبر»، كما تقتضي المادة 1147 بأن « المدين الذي أخل بالتزامه يلتزم بالتعويض سواء بسبب عدم التنفيذ أو التأخير فيه إلا إذا أثبت أن هذا الإخلال يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه ».**

الطبيب سوى إثبات السبب الأجنبي للتخلص من المسؤولية. وبعبارة أخرى، فإن وقوع حادثة طبية أو جراحية يكفي لتحقيق مسؤولية الجراح، و لو لم تنطوي هذه الحادثة على أي خطأ يمكن نسبته إليه[1].

ب- قرار 25 فيفري 1997:

صدر هذا القرار[2] بمناسبة دعوى تتلخص وقائعها في قيام جراح أثناء إجراء جراحة لمريض يعاني من انسداد الناسور بإمرار بالون مطاطي غير منتفخ، متصل بأنبوب، خلال المجرى المراد توسعته لدى المريض، اتضح ضرورة تعديل موضعه، بإفراغ الهواء منه، وأثناء القيام بذلك، تحرر البالون وانفلت من القسطرة المثبت بها وانطلق نحو الشريان السباتي، ومنه إلى أحد شرايين المخ، مما أعاق سير الدم في المخ وأفضى إلى إصابة المريض بشلل نصفي.

و على ضوء تقارير الخبرة، قضت محكمة الاستئناف " ليون" بتاريخ 10 نوفمبر 1994 بعدم وجود خطأ في جانب الطبيب، أو عيب في الجهاز المستخدم، وأن الحادث يعد من قبيل المخاطر الملازمة للنشاط الجراحي، وانتهت بناء على ذلك، إلى انتفاء المسؤولية عن الجراح.

طعن المضرور في هذا القرار بالنقض على أساس إخلال الجراح بالتزامه بتحقيق السلامة، وهو التزام محله تحقيق، فقد عاب على قرار محكمة الاستئناف أنها وقد لاحظت

---

[1]- اتبع قضاء الدرجة الأولى و الثانية قضاء محكمة النقض، حيث قضت محكمة باريس الكلية بحكمين لها بتاريخ 5 ماي 1997 و 10 أكتوبر 1997 بأنه « **إذا كانت طبيعة العقد الذي يربط بين الجراح و عميله يضع على عاتق المهني من حيث المبدأ مجرد التزام ببذل عناية، فإنه رغم ذلك يلتزم بمقتضى التزام بتحقيق نتيجة بإصلاح الضرر الذي لحق بمريضه بمناسبة عمل جراحي ضروري لعلاجه، متى كان الضرر، الذي لم يمكن معرفة سببه الحقيقي مرتبطا مباشرة بالتدخل الذي خضع له المريض و لم يكن له علاقة بحالته السابقة** »

***T.G.I de paris 5 mai 1997, 10 oct. 1997 ; cité in LAVIZZARI-SCHNEIDER (Claire)**, le médecin généraliste: interface entre le patient et la justice, thèse pour le diplôme d'état de docteur en médecine, université Claude Bernard – Lyon I faculté de médecine Lyon nord, le 13 juin 2003*

[2] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 25 fév. 1997. Pourvoi N°: 95-11205. Consulter l'arrêt sur le lien Suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007037408&fastReqId=927279362&fastPos=269

أن البالون لم يمكن إفراغه من الهواء، و أنه انفصل عن القسطرة المثبت بها، بما يتضمن أن الجهاز المستخدم كان معيباً، غير أن محكمة النقض رفضت هذا الطعن، وأيدت الحكم المطعون فيه فيما قرره من انتفاء مسؤولية الجراح على أساس أن: « **الجراح لا يلتزم اتجاه مريضه إلا ببذل عناية، وأن محكمة الاستئناف قد استخلصت من تقرير الخبرة، أنه فيما يتعلق بالحالة المرضية الماثلة، فإن التقنية المستخدمة في الجراحة، ليست فقط ضرورية، لكنها تعتبر الأفضل على ضوء المعارف الطبية، كما أثبتت أن الجهاز المستخدم (البالون) كان خالياً من كل عيب، وأن الجراح قد فحصه قبل استعماله، وأن الجراح لم يرتكب أي تقصير، ولم تصدر منه أي رعونة، لا عند وضع الجهاز في مكانه الأولي، ولا عند سحبه، كما أن العلاج قد تم بعناية ويقظة ووفقاً لمعطيات العلم والطب، وأن الطريقة المختارة في سحب الجهاز(البالون) وإزالة الهواء من الجهاز (البالون)المستخدم كانت صحيحة، فإن محكمة الاستئناف باستبعادها وجود أي خطأ سواء خلال إعداد، أو أثناء، أو بعد إتمام العمل الطبي(الجراحي)، أعطت لقرارها التسبيب السائغ، مما يتعين معه عدم قبول الطعن**»[1].

ومن جانبنا، نستطيع أن نقرر أن محكمة النقض، في هذا الحكم قد التزمت جانب الإخلاص للمسؤولية الخطئية، مؤكدة المبدأ الذي قرره حكم Mercier الشهير عام 1936 من أن التزام الطبيب في مواجهة مريضه هو بحسب الأصل التزام ببذل عناية.

---

[1] - « ***Mais attendu que le chirurgien, alors même qu'il procède à la pose d'un appareil sur la personne du patient, n'est tenu qu'à une obligation de moyens ; que la cour d'appel qui, par motifs adoptés, a retenu, au vu des conclusions des experts,*** **qu'eu égard à la** ***pathologie présentée, la technique utilisée était non seulement justifiée, mais la meilleure en l'état des connaissances médicales, a, par motifs propres, relevé que le matériel employé était exempt de vice et que le praticien l'avait vérifié avant son utilisation et avait notamment testé le ballonnet, prenant ainsi les précautions d'usage, recommandées en pareil cas ; que, se fondant encore sur les constatations des experts, elle a aussi retenu qu'aucune maladresse n'avait été commise lors de la mise en place initiale du ballonnet, puis lors de son retrait ; qu'elle a ajouté que les soins avaient été consciencieux, attentifs et conformes aux données de la médecine et de la science, la méthode choisie du retrait et du dégonflement du ballonnet ayant été judicieuse ; que la cour d'appel, qui a ainsi écarté l'existence d'une faute dans la préparation, l'accomplissement et le suivi de l'acte médical, a légalement justifié sa décision ; d'où il suit que le moyen ne peut être accueilli »***

كما يمكن أن نلاحظ أنها لم تأخذ بفكرة الحادثة الطبية التي سبق لها أن طبقتها في قرار 7 جانفي 1997، الأمر الذي دفع البعض[1] إلى التساؤل عما إذا كانت محكمة النقض تنقسم على نفسها بمثل هذه الأحكام التي يوحى ظاهرها بذلك.

الحقيقة أن الإجابة عن هذا التساؤل يكمن في فكرة التمييز بين الحادثة الطبية وبين مجرد إخفاق العلاج، تلك الفكرة التي أخذت بها المحكمة في حكميها السابقين، و التي نعرض لها حالا مفهوما وشروطا.

2-التميّز

بين الحادثة الطبية و إخفاق العلاج

نستعرض في نقطة (1) للحادثة الطبية باعتبارها المجال الطبيعي للمسؤولية الموضوعية و في نقطة (2) لإخفاق العلاج باعتباره المجال الطبيعي للمسؤولية الخطئية.

أ- الحادثة الطبية هي المجال الطبيعي

للمسؤولية الموضوعية:

يذهب البعض[2] بحق إلى أن إقرار القضاء مسؤولية غير خطئية يتعين أن يكون هو الحل واجب التطبيق في كل حالة يرجع فيها الضرر المتحقق إلى واقعة يمكن وصفها بالحادثة. ويتوقف وجود هذه الأخيرة، من ناحية، على الضرر ذاته، ومن ناحية أخرى، على العمل الطبي.

فمن الناحية الأولى، يجب ألا يكون الضرر الواقع نتيجة طبيعية متوقعة على مجرد إخفاق العلاج ، وهو ما يتحقق عندما يكون هذا الضرر ضررًا جديدا ليس من شأن التطور العادل لحالة المريض أن يأتي به، وبعبارة أكثر تحديدا، يمكن القول إن شذوذ الضرر المترتب بالنظر إلى حالة المريض والعناية المبذولة في علاجه، يستدل منه على أننا بصدد "حادثة طبية" وليس مجرد "إخفاق في العلاج."

ويمكن أن نضرب على ذلك مثلا بسيطا بحالة الشلل الكلي أو الجزئي، أو الاضطرابات العصبية الجسيمة التي تنجم عن إجراء فحص بسيط أو جراحة عادية، أو حدوث الوفاة إثر تخدير المريض أو حدوث عدوى بمرض يفضى إلى الوفاة عادة على إثر نقل دم

---

[1] - ***Viney (G) et Jourdain (P)***: op. Cité. p. 181

[2] - *Ibid., p. 184*

ومن هذه الحوادث الطبية كذلك، الإصابات التي يمكن أن تقع على أثر تدخل جراحي كالحروق و الصعق الكهربائي أو سقوط المريض من على منضدة الجراحة، ففي كل هذه الفروض السابقة لا يمكن اعتبار مثل هذه الحوادث آثار عادية للعمل الطبي المبذول من أجل علاج المريض[1]

ومن الناحية الثانية، يلزم أن يكون الضرر المتحقق راجعا إلى عمل مادي لا تقتضيه أعمال العلاج، كأن ترجع الرضوض التي تلحق بجسم المريض إلى الاستخدام السيئ للأجهزة و الآلات من جانب الطبيب، أو أن يلحق الجراح الضرر بعضو آخر للمريض خلاف العضو المراد إجراء الجراحة له.

والملاحظ في هذين الفرضين أن الضرر قد نتج عن فعل منفصل عن العمل العلاجي، وبالتالي فهو ضرر غير مترتب على مجرد إخفاق للعلاج الذي يصح أن يثار بخصوصه وحده التزام الطبيب ببذل عناية، على العكس من الضرر الذي يقع نتيجة "حادثة طبية" و الذي يتعين إخضاعه لنظام آخر[2]

و إذا أعدنا النظر في القرارين 7 يناير و 25 فيفري 1997 نجد أنه على الرغم من أنهما يتعلقان بواقعتين يصح اعتبار كل منهما حادثة طبية، إلا أن المحكمة لم تأخذ بهذا النظر إلا فيما يخص القرار الأول دون الثاني.

يؤكد نظرنا أن تحليل الواقعتين يثبت ذلك، ففي قرار 7 جانفي 1997 وهو القرار المعروف بقرار Franchot ، حدثت الوفاة نتيجة نزيف، الأمر الذي لا يمكن اعتباره تطورًا متوقعا لفشل الجراحة ويضع اعتباره حادثا طبيا وهو ما أصابت المحكمة بتقريره حيث أن غاية ما يمكن أن يترتب على فشل الجراحة هو عدم تحسن حالة المريض أو عدم منع تفاقمها أضف إلى ذلك، أن قطع شريان وهو ما أدى إلى حدوث النزيف سبب الوفاة خارج نطاق العمل الجراحي يعد عملا ماديا منبت الصلة عن أعمال العلاج الواجب بذلها للمريض، مما يمكن معه القول إن التدخل الجراحي لم يحقق الغاية المرجوة منه فحسب، و إنما ترتب عليه فضلا عن ذلك ضرر جديد لا صلة له لا بحالة المريض السابقة، و لا بالتطور المتوقع الذي كانت ستسير عليه تلك الحالة.

---

[1] - *Ibid., p. 184*
[2] - *Ibid., p 185*

ذات التحليل يمكن أن ينطبق على قرار 25 فيفري 1997 والمعروف Communauté urbaine de Lyon حيث أن انفصال البالون عن الأنبوب، و انطلاقه نحو أحد شرايين المخ و إغلاق مجرى الدم فيه، وما ترتب عليه من إصابة المريض بشلل نصفي أمر متميز تماما عن أعمال العلاج، و على الرغم من أنه لم يكن هناك أي مأخذ أو تقصير على مسلك الجراح، أو خلل أو قصور في الأداة المستخدمة، مما يقطع بأن الضرر الواقع ناشئ عن حادثة طبية، إلا أن المحكمة لم تهتد إلى ذلك، الأمر الذي يتعذر معه فهم أو تفسير حكمها في هذا الموضع[1].

و لذلك لا نستطيع من جانبنا أن نخفي شعورنا بعدم عدالة هذا القضاء أي قرار 25 فيفري 1997 تجاه المضرور الذي لم يحصل على تعويض مستحق، و الحال أنه كان ضحية لحادث وقع بالفعل، و قد كانت المحكمة في غناء عن أن تكلف نفسها عناء البحث عن مدى توافر الخطأ من عدمه.

ب- إخفاق العلاج

هو المجال الطبيعي للمسئولية الخطئية:

إذا لم يكن الضرر ناشئا عن حادثة طبية بالتحديد المتقدم، وإنما عن إخلال بالعناية الواجبة من الطبيب لمريضه، فإن مبدأ الالتزام ببذل عناية هو المبدأ المتعين إعماله في هذا الغرض. و بعبارة أخرى أن مسؤولية الطبيب في حالة إخفاق أو فشل العلاج، لا تنعقد إلا إذا كان عدم نجاح العلاج أو عدم الشفاء راجعا إلى خطأ الطبيب أو تقصيره[2].

ويبرز ذلك اعتباران، الأول هو أنه ليس من المعقول أن يفرض على الطبيب التزام عام بتحقيق نتيجة لمنافاة ذلك تجاهله لطبيعة النشاط الطبي التي تتسم بالمخاطر وعدم ثبات تقنيات ممارسة المهنة الآخذة في التطور بصورة مذهلة، وإن كان ذلك لا يحول دون القول بهذا الالتزام من تعلق الأمر بفحوص بسيطة لا يثور بخصوصها أدنى شك في ضرورة تحقق النتيجة المرجوة منها، وهذا التوازن بين الإبقاء على المسؤولية الخطئية

---

[1] - *Ibid., p. 184*

[2] - د/ عبد الحميد ثروت، تعويض الحوادث الطبية (مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي)، دار الجامعة الجديدة، مصر 2007، ص 156.

كقاعدة، والمسؤولية غير الخطئية كاستثناء يسمح للمسؤولية المدنية بأن تحتفظ بدورها الأخلاقي في ردع الأخطاء[1]

و الثاني هو أنه حتى إذا حدث ونظم المشرع مسؤولية موضوعية بعيدة عن أي خطأ من جانب الطبيب، فإنه يلزم أن يترك مجال تعمل فيه المسئولية الخطئية، حيث سيكون من المسلم به أن يتقرر حق رجوع الذمة الجماعية – سواء كانت هذه الذمة شركة تأمين أو صندوق ضمان – التي تضطلع بتعويض ضحايا النشاط الطبي على الغير المسؤول عن طريق الحلول محل المضرور، الأمر الذي قرره قانون 31 ديسمبر 1991 بخصوص تعويض ضحايا الإيدز[2]

وينحصر نطاق إعمال مبدأ الالتزام ببذل عناية في حالة إخفاق العلاج، أو عدم إحداث العلاج أثره المتوقع، فينبغي في هذه الحالة أن تقوم المسؤولية على الخطأ واجب الإثبات.

و يدخل في معنى إخفاق العلاج تلك الأضرار التي تعتبر نتائج مباشرة وحتمية للتدخل الطبي حتى و لو كانت هذه الأضرار غير عادية و استثنائية، كتلك الآثار الجانبية التي تقع بمناسبة التخدير متى كان ذلك ناشئا عن خرق من جانب الطبيب لأصول عمله[3]

و يبقى أن نقرر أننا سنظل بصدد مشكلة دقيقة تتعلق بتمييز الحد الفاصل بين الالتزام ببذل عناية و الالتزام بتحقيق السلامة، وهي المشكلة التي تبدو جلية في كل حالة يكون فيها سبب الضرر كامنا أو مجهولا.

و المتعين على القضاء، في هذا الخصوص، أن يستعين بالمعايير المتقدمة (طبيعة الضرر، الفعل الضار المجرد عن الخطأ)، كما يمكنه أن يعتبر التزام الطبيب التزاما بنتيجة حين يسعه أن يعتبر الضرر الواقع أجنبيا عن مجرد إخفاق العلاج.

ولذلك، لا يفوتنا أن نؤكد على أن هذا الاتجاه الجديد لمحكمة النقض الفرنسية، المتبنى لفكرة الحادثة الطبية، ليس من شأنه أن يذلل كل الصعوبات التي تعن للقاضي، و إن

---

[1] - ***Houet-Berg (S)*** *: « obligation de moyens ou obligation de résultat. A propos de la responsabilité médicale », th. Paris XII, 1995, no 26*

[2] - ***Vinery et p. Jourdain*** *: Op. Cité. p 186.*

[3] - *Ibid., p. 186.*

كان يمكنه أن يقرر تعويض عدد غير قليل من ضحايا الحوادث الطبية، على أن يبقى الحل الأنجع في انتظار التدخل الضروري للمشرع [1].

3- تدخل المشرع

بقانون 4 مارس 2002 بإقرار المسؤولية

بحكم القانون في حالات محددّة تخفيفاً لعبء الإثبات

نظرً لصعوبة إثبات الخطأ من قبل المريض، و كذا نظرا لتوجه قضاء مجلس الدولة وقضاء محكمة النقض في إقرار مسؤولية موضوعية أصدر المشرع الفرنسي قانون حقوق المرضى و نوعية نظام الصحة الفرنسي الصادر في 4 مارس 2002، لوضع حدّ للفوضى القضائية، و من أجل إعادة التوازن بين حقوق المرضى و حقوق الأطباء، لم يمس المشرع " الخطأ " كأساس أصيل للمسؤولية الطبية، بل أكد بصريح العبارة على أن الخطأ مازال يشترط و كأصل عام لقيام هذه المسؤولية[2]، و هو ما كان القضاء قد استقر عليه من قبل و كان حريصا من خلال كل تطوراته على التأكيد بأن الخطأ المعيار العام للمسؤولية و ما عداه ليس سوى استثناء عليه [3].

حيث أضافت المادة 98 من قانون حقوق المرضى و نوعية نظام الصحة الفرنسي[4] لعام 2002 مواد جديدة إلى قانون الصحة العامة، و من هذه المواد المادة L 1142-1 و

---

[1] - *Ibid., p. 186*

[2]- لقد علت الأصوات المطالبة للمشرع بالتدخل، خاصة بعد أن كرست نظرية المخاطر و تعددت حالتها أمام القضاء الإداري بغير أن يستطيع القاضي العادي أن يجاريه في ذلك – و لمعالجة هذا الوضع الذي أدى إلى التفريق في المعاملة بين نفس المنتفعين بذات المرفق و المصابين بالأضرار نفسها (مستشفى عام أو في مستشفى خاص) فيتساوى في تطبيقها المنتفعون بالمرفق الطبي كافة و بصرف النظر عن الطابع القانوني للقائم على خدماته– شخص عام أو خاص – و أخذا في الاعتبار بصفة خاصة أن عدم المساواة هو النتيجة الطبيعية لتغاير الاتجاهات بين القضاء الإداري و القضاء العادي – و هو تغاير محتوم في أخر الأمر، و برغم أي محاولات للتقريب بينهما في نطاق ممكن، بكون القضاء الإداري قضاء إنشائي يستطيع أن يبتدع الحلول ابتداء، ما غاب في مجال المشرع، في حين لا يستطيع القضاء العادي، كقضاء تطبيقي، إلا أن يلتزم بالقائم من التشريعات بغير مجاوزة لها أو ملء فراغها بمبادرات ذاتية منه. هذا ما أدى إلى صدور قانون حقوق المرضى و جودة النظام الصحي الصادر في 4 مارس 2002.

[3] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 3 juin 2010. Pourvoi N°: 09-66752. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022313390&fastReqId=441007947&fastPos=1

[4] - *Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale, JO du 31 décembre 2002, p. 22100.*

التي تنص على أنه: « **باستثناء الحالة التي تقوم فيها مسؤوليتهم على عيب في منتج صحي. لا يسأل محترفو الصحة، المشار إليهم في الجزء الرابع من هذا القانون، و كذا كل مؤسسة، مصلحة، أو هيئة يتم فيها إنجاز الأعمال الفردية المتعلقة بالوقاية أو بالتشخيص أو بالعلاج عن النتائج الضارة لتلك الأعمال إلا في حالة الخطأ.**

المؤسسات و المصالح و الهيئات المذكورة أعلاه مسؤولة عن الأضرار الناجمة عن إنتانات المشافي infections nosocomiales، باستثناء ما إذا أثبتت أنها ناجمة عن سبب أجنبي لا يد لها فيه »[1].

نلاحظ أن المادة L1142 –1 من (ق.ص.ع.ف) استثنت من نطاق مسؤولية الطبيب القائمة على الخطأ حالتين و هما المسؤولية الناجمة عن عيب في منتج صحي، وحالة الأضرار الناجمة عن إنتان المشافي(العدوى) التي يصاب بها المريض بسبب وجوده في المستشفى وكذلك الحال بالنسبة للمادة L1142–3 من قانون الصحة العامة، والمضافة أيضا بموجب قانون حقوق المرضى لعام 2002 و المعدل بموجب القانون الصادر بتاريخ 2004/8/9 و المتعلق بسياسة الصحة العامة الفرنسي[2]، التي استثنت من نطاق المسؤولية القائمة على الخطأ مسؤولية القائم بالبحث الطبي الحيوي حيث تبقى مسؤوليته خاضعة لأحكام المادة L1121–10 من (ق.ص.ع.ف).

نخلص مما سبق أن قانون 4 مارس 2002 جعل الخطأ أساس المسؤولية الطبية[3] وحصر المسؤولية غير الخطئية في ثلاثة حالات و سنتعرض لها تباعا.

---

[1] - *Article L1142-1 al 1 du C.S.P.F : « **I - Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute.***
Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère ».

[2] - *Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, JO du 11 août 2004, p. 14277*

[3] - ***Cass. Civ 1ére Ch.3 juin 2010. Pourvoi N°:09-66752 : « hors le cas où sa responsabilité est encourue en raison d'un défaut de produit de santé, le médecin n'est tenu de répondre des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute ; qu'il appartient au demandeur à l'action en responsabilité de prouver que le médecin n'a pas apporté des soins attentifs, consciencieux et conformes***

أ- المسؤولية الناجمة عن منتج صحي :

إذا كان تضييّق القضاء من نطاق الالتزام ببذل عناية الملقى على عاتق الطبيب بموجب عقد العلاج، وتحول شيئا فشيئًا إلى إلقاء التزام بنتيجة على عاتق الطبيب، فإن الغاية من ذلك تعويض الضحايا عن الأضرار التي لحقت بهم في نطاق عقد العلاج الطبي، وهكذا فقد عَدّ القضاء أن الطبيب المخبري ملتزماً بتحقيق نتيجة وليس بوسيلة بالنسبة لدقة نتائج التحاليل المعتادة والتي لا تخضع كثيرا لعنصر الاحتمال في مثل هذه التحاليل[1]، أما بالنسبة للتحاليل التي كانت تعد دقيقة و حساسة، فكان التزام الطبيب المخبري هو بوسيلة و ليس بتحقيق نتيجة.

والحال نفسه بالنسبة لطبيب الأسنان الذي يلتزم بتركيب طاقم أسنان اصطناعي لمريضه [2] فقد كان القضاء يميز بين نوعان من الالتزامات، التزام بوسيلة بالنسبة للأعمال التي تتم في نطاق العلاج، والتزام بنتيجة بالنسبة للأضرار التي تنجم مباشرة عن الجهاز أو الآلة أو المادة الطبية.

وفي السياق ذاته ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 9 نوفمبر 1999 بأنه يقع على عاتق الطبيب التزاماً بالنتيجة وبالسلامة بالنسبة للمادة المستعملة من أجل تنفيذ العمل الطبي في نطاق العلاج[3] و يتعلق هذا القرار بسيّدة تسمى ***Morisot*** سقطت من على الطاولة أثناء المعاينة الإشعاعية، و كانت محكمة الاستئناف قد قررت عدم مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي لحقت بها، وذلك لأنها قدرت أن الحادث وقع بفعلها. و قد أيدت محكمة النقض هذا القرار و عللت ذلك بقولها: « **حيث أنه أولا، أنه و إن كان**

---

aux données acquises de la science à la date des soins ». Consulter l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022313390&fastReqId=441007947&fastPos=1

[1] - *C.A. Toulouse, 19 déc.1959, JCP. 1960, II, 11402, note R.Savatier.*

[2] - ***Cass. Civ1ére Ch. 12 juin 1990. Pourvoi N°: 88-19742.Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007098946&fastReqId=289577171&fastPos=370.

[3] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 9 nov. 1999. Pourvoi N°: 98-10010. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007042137&fastReqId=1064403385&fastPos=212

في هذه الحال هناك عقد بين المريضة و بين طبيبها يلقي على عاتق هذا الأخير التزاما بالسلامة و بالنتيجة فيما يتعلق بالمواد التي يستعملها من اجل تنفيذ العمل الطبي المتعلق بالفحص و العلاج، و لكن يجب في مثل هذه الحال على المريضة إثبات أن الضرر ناجم عن تلك المواد»[1]. و هذا ما أكدّته أيضاً محكمة النقض الفرنسية في قرار آخر ذهبت فيه إلى أن العيادة التي قدمت المادة المطهرة للطبيب، والتي سببت حروقا من الدرجة الأولى والثانية للمريض، تعد مسؤولة عن الأضرار التي لحقت بالمريض وذلك لأن عقد العلاج الذي تم إسعاف المريض بموجبه إلى المؤسسة الطبية الخاصة يلقي على عاتق هذه المؤسسة التزاما بنتيجة و بالسلامة فيها يتعلق بالمنتجات كالأدوية التي تقدمها[2].

و كرس المشرع الفرنسي هذا الاجتهاد القضائي في المادة L1142 – 1 من قانون الصحة العامة، والتي استثنت مثل هذه الحالات من نطاق المسؤولية القائمة على الخطأ[3]، وبالتالي تعد هذه حماية و ضمانة أخرى للمرضى.

ب- المسؤولية الناجمة عن إنتان المشفى (العدوى):

يقصد بإنتان المشفى أو العدوى الإصابات التي يصاب بها المريض نتيجة وجوده في المستشفى، و قد بين القرار الصادر عن وزير التضامن والصحة والحماية الاجتماعية بتاريخ 13 أكتوبر 1988 المقصود بهذا الإنتان أو العدوى، فهي تتعلق بكل مرض سببته جراثيم و ميكروبات أصابت مريضا بعد قبوله في مؤسسة صحية للعلاج، وسواء ظهرت أعراض ذلك الإنتان (العدوى) أثناء فترة استشفاءه، أو تم التعرف عليه بعد ذلك بفحص

---

[1] - ***« Mais attendu, d'abord, que s'il est exact que le contrat formé entre le patient et son médecin met à la charge de ce dernier, sans préjudice de son recours en garantie, une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les matériels qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médical d'investigation ou de soins, encore faut-il que le patient démontre qu'ils sont à l'origine de son dommage »***

[2] - ***Cass. Civ1ére Ch. 7 nov. 2000. Pourvoi N°: 99-10342.Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007415609&fastReqId=1103639658&fastPos=196

[3]- ***Cass. Civ 1ére Ch. 3 juin 2010. Pourvoi N°: 09-66752. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022313390&fastReqId=441007947&fastPos=1

سريري، وفي هذا الحال أيضا كان الاجتهاد القضائي يلقي على عاتق الطبيب التزاماً بالسلامة والنتيجة[1]

كرس المشرع الفرنسي هذا الاجتهاد أيضا في نص المادة 1– L1142 الفقرة 1 من قانون الصحة العامة بنصها على أن: « **المؤسسات و المصالح والهيئات المذكورة أعلاه مسؤولة عن الأضرار الناجمة عن إنتانات المشافي infections nosocomiales، باستثناء ما إذا أثبتت أنها ناجمة عن سبب أجنبي لا يد لها فيه».**

يتضح أن المسؤولية تكون بحكم القانون بالنسبة للمؤسسات والمصالح والهيئات الصحية عن الأضرار التي تلحق بالمرضى نتيجة هذا الإنتان، وبالتالي استثناها من أحكام المسؤولية القائمة على الخطأ، وهذه المسؤولية غير الخطئية مقصورة في جانب المؤسسات والمصالح والهيئات الصحية دون الأطباء ولا يمكنها استبعاد مسؤوليتها إلا بإثبات السبب الأجنبي. وفي هذا قررت الغرفة المدنية لمحكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 4 أفريل 2006 [2]على أن: « **المسؤولية بقوة القانون التي على عاتق الطبيب**

---

[1] ***-Cass. Civ1ére Ch. 29 juin 1999. Pourvoi N°: 97-14254.Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007042438&fastReqId=1374952044&fastPos=219
- Cass. Civ1ére Ch. 29 juin 1999. Pourvoi N°: 97-15818.Consulter l'arrêt sue le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007042439&fastReqId=1012212295&fastPos=220
- Cass. Civ1ére Ch. 28 oct. 2010. Pourvoi N°: 09-13990. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022977614&fastReqId=2031363841&fastPos=6

[2] ***-Cass. Civ1ére Ch. 4 avr 2006. Pourvoi N°: 04-17491.Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007050190&fastReqId=64916952&fastPos=3

أنظر كذلك القرار الأتي:

- Cass. Civ1ére Ch. 14 juin 2007. Pourvoi N°: 06-10812.Consulter l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017894878&fastReqId=445107052&fastPos=2
- Cass. Civ1ére Ch. 28 oct. 2010. Pourvoi N°: 09-13990. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022977614&fastReqId=2031363841&fastPos=6

والمؤسسة الصحية فيما يخص إنتان المشفى لا تقتصر على الإنتان الخارجي المنشأ، وأن السبب الأجنبي وحده هو الذي يعفي من مسؤوليتهم»[1] يتضح من هذا القرار أن محكمة النقض لا تأخذ بالإنتان الذي يرجع إلى سبب خارجي فحسب(الإنتان الخارجي المنشأ) ، و إنما مدّته حتى إلى الإنتان الذي يرجع إلى سبب داخلي (الإنتان الداخلي المنشأ) كما نلاحظ من هذا القرار أنه خرق أحكام المادة L1142 – 1 الفقرة (1) لأن المسؤولية بقوة القانون قاصرة فقط على المؤسسات الصحية دون الأطباء. وفي قرار 28 جانفي 2010[2] طبقت محكمة النقض صحيح القانون أي ما جاء في المادة السالفة الذكر، وقصرّت المسؤولية بقوة القانون فيما يخص إنتان المشفى(العدوى) على المؤسسات الصحية دون الأطباء[3]

ضف على ذلك أن المادة R4127-71 فقرة واحد من قانون الصحة العامة[4] توجب على الطبيب أن يحرص على تعقيم الأدوات الطبية التي يستخدمها في عمله والتخلص من النفايات الطبية وفقا للإجراءات المنصوص عليها في القانون[5]، وهذا بالطبع يؤدي إلى القضاء على الأسباب التي تسبب مثل هذا الإنتان (العدوى)[6].

---

[1] - ***« La responsabilité de plein droit pesant sur le médecin et l'établissement de santé en matière d'infection nosocomiale n'est pas limitée aux infections d'origine exogène et seule la cause étrangère est exonératoire de leur responsabilité »***

[2] - ***Cass. Civ1ére Ch. 28 jan 2010. Pourvoi N°: 08-20571.Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021769491&fastReqId=743848469&fastPos=1

[3] - ***« Alors que seuls les établissements de santé voient leur responsabilité engagée de plein droit en cas d'infection nosocomiale sauf la preuve de la cause étrangère; que la responsabilité du médecin est subordonnée à la preuve d'une faute commise dans l'accomplissement de l'acte médical ; que la cour d'appel qui a retenu que la responsabilité du Docteur Y... était engagée de plein droit en matière d'infection nosocomiale a violé l'article L 1142-1-I du code de la santé publique en sa rédaction issue de la loi du 4 mars 2002 et l'article 1147 du code civil »***

[4] - *Article R.4127-71 al (1) du C.S.P.F dispose que «* ***Il doit notamment veiller à la stérilisation et à la décontamination des dispositifs médicaux qu'il utilise et à l'élimination des déchets médicaux selon les procédures réglementaires »***

[5]- ***WELSCH (Sylvie),*** *responsabilité du médecin, Letic, 2e édition, Paris 2003, P. 285 et s.*

[6] - *Arrêté du 3 juin 2002 relatif à la stérilisation des dispositifs médicaux. JO du 11 juin 2002.*

ج- مسؤولية القائم بالبحوث الطبية الحيوية

أبقت المادة 98 الواردة تحت الباب الرابع الذي جاء تحت عنوان تعويض نتائج المخاطر الصحية réparation des conséquences des risques sanitaires من القانون رقم 2002-303 الصادر بتاريخ 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية النظام الصحي الفرنسي، مسؤولية القائم بالبحوث الطبية الحيوية مستثنات من نطاق أحكام المسؤولية القائمة على الخطأ، وبالتالي أبقتها خاضعة لأحكام المادة L1121 -7 من (ق.ص.ع) التي ميزّت بين المسؤولية الناجمة عن البحوث التي لا تحقق منفعة فردية ومباشرة للشخص وتلك البحوث التي تحقق منفعة فردية ومباشرة للشخص، فنصت الفقرة الأولى من المادة المذكورة على أن:« **يلتزم القائم بالبحوث الطبية الحيوية بتعويض الشخص الذي قَبل أن يخضع لها أو ورثته، عن الأضرار التي لحقت به إذا كانت هذه البحوث لا تحقق منفعة فردية مباشرة له حتى لو لم يكن هناك خطأ، ولا يمكنه دفع المسؤولية عن نفسه بإثبات فعل الغير أو انسحاب الشخص الإرادي من التجربة** ».

أما الفقرة الثانية من المادة المذكورة فنصت على أن:« **يلتزم القائم بالبحوث الطبية الحيوية بتعويض الشخص الذي قَبل أن يخضع لها أو ورثته، عن الأضرار التي لحقت به إذا كانت هذه البحوث تحقق منفعة فردية مباشرة له إلا إذا أثبت أنه لم يخطئ، ولا يمكنه دفع المسؤولية عن نفسه بإثبات فعل الغير أو انسحاب الشخص الإرادي من التجربة**». نستنتج أن مسؤولية القائم بالبحث الطبي الحيوي وفقا للفقرة الأولى هي مسؤولية موضوعية تقوم على أساس المخاطر، وأما مسؤوليته وفقا للفقرة الثانية فهي مسؤولية تقوم على الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس.

أما قانون رقم 2004-806 الصادر في 9 أوت 2004 المتعلق بسياسة الصحة العامة[1] فقد أدخل أحكام التوجيه الأوروبي الصادر عام 2001 والمتعلق بالبحوث الطبية الحيوية في قانون الصحة العامة، ومن ثم فإن هذا القانون عدّل النظام القانوني لهذه البحوث في القانون الفرنسي، وأصبحت مسؤولية القائم بمثل هذه البحوث تخضع لأحكام المادةL1121-10 من (ق.ص.ع.ف).

[1] - *Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, JO du 11 août 2004, p. 14277*

و تنص هذه المادة بأن:« **يلتزم القائم ببحث طبي حيوي بتعويض الأضرار الناجمة عن البحث والتي تُصيبْ الشخص الذي قَبِل أن يخضع له أو بورثته، باستثناء حالة ما إذا أثبت أن هذه الأضرار غير ناجمة عن خطئه أو عن خطأ أي متدخل آخر في البحث، دون أن يكون له الحق في التمسك بخطأ الغير أو برجوع الشخص الذي قَبِل بصورة مسبقة الخضوع للبحث برضاه.**

وعند انتفاء مسؤولية القائم بالبحث، يمكن للمضرورين الحصول على التعويض طبقًا للشروط المنصوص عليها في المادة L1142-3 »[1].

ويلتزم القائم ببحث طبي حيوي بإبرام عقد تأمين، يضمن مسؤوليته المدنية طبقًا لنص المادة L.1121-10 فقرة (3) من(ق.ص.ع.ف)، وكذلك مسؤولية أي متدخل في البحث بغض النظر عن العلاقات القائمة بين المتدخلين أو القائم بالبحث، وطبقاً للفقرة (4) من المادة السالفة الذكر يشمل التأمين في مثل هذه الحال النتائج المادية للكوارث التي تعود أسبابها إلى البحث الطبي الحيوي بدءًا من تاريخ توجيه أول مطالبة للمؤمَن أو للمؤمِن خلال المدّة الممتدّة من بداية البحث وحتى انقضاء مدّة لا تقل عن عشر سنوات على انتهاء البحث. و إذا كانت الدولة هي القائمة بمثل هذا البحث فتعفى من إبرام عقد التأمين من المسؤولية المدنية، وفي كل الأحوال تخضع الدولة للالتزامات المفروضة على المؤمن عندما تكون القائمة بالبحث[2]، وهذا الالتزام بالتأمين في مجال البحث أكدته كذلك المادةR1121-5 من (ق.ص.ع.ف).

---

[1] - *Article L.1121-10 al (1) et (2 C.S.P.F dispose que :* ***« Le promoteur assume l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche biomédicale pour la personne qui S'y prête et celle de ses ayants droit, sauf preuve à sa charge que le dommage n'est pas imputable à sa Faute ou à celle de tout intervenant sans que puisse être opposé le fait d'un tiers ou le retrait volontaire de la personne qui avait initialement consenti à se prêter à la recherche.***

Lorsque la responsabilité du Promoteur n'est pas engagée, les victimes peuvent être indemnisées dans les conditions prévues à L'article L. 1142-3 »

[2] - *Article L.1121-10 al (1) et (2) et (3) du C.S.P.F dispose que «* ***La recherche biomédicale exige la souscription préalable, par son promoteur, d'une assurance garantissant sa responsabilité civile telle qu'elle résulte du présent article et celle de tout intervenant, indépendamment de la nature des liens existant entre les intervenants et le promoteur. Les dispositions du présent article sont d'ordre public.***

La garantie d'assurance de responsabilité visée à l'alinéa précédent couvre les conséquences pécuniaires des sinistres trouvant leur cause génératrice dans une recherche biomédicale, dès lors que la première réclamation est adressée à l'assuré ou à

ثالثا: دور الخبرة الطبية في إثبات الخطأ الطبي

إذا كانت الأخطاء المتصلة بالإنسانية الطبية يتم استخلاصها من قبل القضاة على ضوء الالتزامات التي تهدف إلى احترام شخصية المريض و إنسانيته، فإنّ الأخطاء المتصلة بالطب كفن أو تقنية يتم تقديرها بالرجوع إلى المعطيات العلمية المكتسبة، أو المستقرة في المجال الطبي، وهو ما يتم عادة من خلال الاستعانة بالخبرة الطبية لعدم معرفة و عدم إلمام القاضي بالأمور الفنية المتعلقة بالطب.

والمتفق عليه فقها وقضاءاَ أن القاضي يتمتع بسلطة واسعة سواء من حيث قبول الدليل أو تقدير قيمته الثبوتية. و أن الخبرة تخضع – أياً كان موضوعها– للقواعد العامة للإثبات، شأنها شأن وسائل الإثبات الأخرى[1]، ولا تشذ من حيث المبدأ عن هذا الأصل العام. وبالتالي فإن الاستعانة بالخبراء وتقدير الرأي الفني لهؤلاء أمر متروك من حيث الأساس لتقدير قاضي الموضوع. وعليه سنتناول في فقرة أولى (سلطة محكمة الموضوع في الاستعانة بالخبراء)، في حين نخصص فقرة ثانية لبحث (سلطتها في تقدير رأي الخبير الفني).

1- سلطة
محكمة الموضوع في الاستعانة بالخبراء:

يعود أمر تقدير الحاجة إلى الخبرة إلى محكمة الموضوع، فهي تلجأ عادة إلى ندب خبير لاستطلاع رأيه الفني متى قدرت أن المسألة المعروضة عليها تتطلب تعيين خبير من

---

son assureur entre le début de cette recherche et l'expiration d'un délai qui ne peut être inférieur à dix ans courant à partir de la fin de celle-ci. Pour l'application du présent article, l'Etat, lorsqu'il a la qualité de promoteur, n'est pas tenu de souscrire à l'obligation d'assurance prévue au troisième alinéa du présent article. Il est toutefois soumis aux obligations incombant à l'assureur »

[1]– نص المشرع الفرنسي في قانون 4 مارس 2002 في المادة L 1142-11 منه على وضع لائحة الخبراء لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد، و في كل مرة يتم فيها تجديدها، و يتم التأكد من توافر المعايير لدى الخبراء من حيث أهلية و نوعية الخبراء لضمان حسن سير العمل، و تطلب القانون الفرنسي ضرورة توافر ثلاث شروط في الخبير، و هي الأهلية و الكفاءة و الاستقلالية.

الخبراء المقيدين في الجدول[1] كما يمكنها حتى تعين خبير غير مقيد في الجدول[2]. حيث نصت المادة 126 من (ق.إ.م.إ.)[3] على أنه: « **يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة**»[4]، كما قررت المادة 143 من (ق.إ.ج.ج)[5] على أن: « **لجهات التحقيق أو الحكم عندما تعرض لها مسألة ذات طابع فني أن تأمر بندب خبير إما بناء على طلب النيابة العامة و إما من تلقاء نفسها أو من الخصوم**»، كما تنص المادة 219 من (ق.إ.ج.ج) على أنه: « **إذا رأت الجهة القضائية لزوم إجراء خبرة فعليها إتباع ما هو منصوص عليه في المواد 143 إلى 156** »[6]، كما يمكن القاضي تعيين المجلس الوطني أو المجلس الجهوي لأخلاقيات الطب لتقدير خطأ الطبيب حيث نصت المادة 210 فقرة (1) من (م.أ.ط.ج) على أنه: « **يمكن السلطة القضائية أن ترجع إلى المجلس الوطني و المجالس الجهوية كلما تعلق الأمر بعمل يتعلق بمسؤولية عضو من أعضاء السلك الطبي**»[7].

إذ ليس من المتعين عليها ندب خبير متى كان قد استبان لها من الأدلة المقدمة في الدعوى كفايتها للفصل فيها دون حاجة للاستعانة بخبير[8]. و إنما لها وحدها دون سواها

---

[1]- **حيث جاء فيه «...فيما يخص الوجه الرامي إلى رفض تقرير الخبرة لأن محرره لم يرد اسمه في قائمة الخبراء لوزارة العدل و لم يؤدي اليمين، فإن هذا الوجه لا يمكن الاعتداد به لأن الدكتور بن حركات هو الطبيب الشرعي المعتمد لدى مجلس قضاء قسنطينة فإنه مخول له، إعطاء رأيه حول طبيعة العلاج المعطى للمستأنف عليه و حول العملية ذاتها»**

قرار المحكمة العليا رقم 65648 الصادر بتاريخ 1990/06/30، مجلة قضائية، العدد الأول، 1992، ص.ص 132-136

[2]- تنص المادة 131 (ق.إ.م.إ) على ما يلي:« **يؤدي الخبير غير المقيد في قائمة الخبراء، اليمين أمام القاضي المعين في الأمر**».

[3]- قانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر عدد 21 مؤرخة 23 أبريل سنة 2008م.

[4]- تقابلها المادة 265 الإجراءات الجزائية الليبية، إذ تنص على أنه " للمحكمة سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم أن تعين خبيراً واحداً أو أكثر في الدعوى"

[5]- أمر 155/66 مؤرخ في08 يونيو 1966 ، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، ج ر عدد 48 مؤرخة 10 يونيو 1966م ، المعدل و المتمم.

[6]- أمر 155/66 مؤرخ في08 يونيو 1966 ، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر عدد 48 مؤرخة 10 يونيو 1966م، المعدل و المتمم.

[7]- مرسوم تنفيذي رقم 276/92 مؤرخ في 06 يوليو 1991م، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب ،ج ر عدد 52 مؤرخة في 08 يوليو 1992م.

[8]- د/ عادل حافظ غانم، حرية القاضي في مجال ندب الخبراء، مجلة الأمن العام، العدد 62 ، سنة 1973. ص 145.

حق تقدير مدى لزوم اللجوء إلى الخبير من عدمه[1]، و لا تخضع في ذلك من حيث المبدأ – لرقابة النقض باعتبار ذلك من مسائل الواقع[2]. و يتبين مما تقدم، أن لمحكمة الموضوع الالتفاف عن إجابة الطلب القاضي بندب خبير في الدعوى متى كانت الواقعة المعروضة عليها من الوضوح بمكان بحيث لا تستلزم استفتاء أهل الخبرة في شأنها. إذ أن هذا الأمر مما يدخل في صميم سلطتها فلا معقب عليها من محكمة النقض[3].

و تأكيداً لذلك قُضي بأنه متى قدرت المحكمة أن حالة معينة لا تقتضي عرضاً على الطبيب الأخصائي لأن ظروف الحادثة تشير بذاتها إلى الرأي الواجب الأخذ به، فإنها تكون بذلك قد فصلت في أمر موضوعي لا إشراف لمحكمة النقض عليه[4]. غير أنه يتعين على محكمة الموضوع، إذا رفضت طلب ندب خبير و عدم الاستجابة له، أن ترد على ذلك بأسباب سائغة تبرر رفضها هذا، أما إذا تصدت للفصل في الدعوى دون الرد على طلب الندب فإن حكمها يكون معيباً بالقصور مما يجعله مستوجباً النقض. و إذا كان بمكنة المحكمة استمداد قناعتها من مصدر آخر غير الخبرة، فلا تثريب عليها إن فعلت ذلك، و ليست ملزمة بندب خبير.

و متى كانت محكمة الموضوع قد قدرت أن الواقعة المعروضة عليها تتطلب استقصاء رأي أهل الخبرة بشأنها، فإن لها كامل الحرية في اختيار الخبير المناسب[5]، و الذي تراه

---

[1] – «**إن اختيار و تعيين خبير من اختصاص القاضي وفقا لما يقتضيه العمل في الدعوى من توضيح، فهو غير ملزم بالأخذ بطلبات أحد الأطراف المتخاصمين دون الأخر**» قرار المحكمة العليا رقم 362397، الصادر بتاريخ 2003/03/11، المجلة القضائية، العدد الأول، 2003، ص 289.

[2] – د/ محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة . 1993، ص 6،7

[3] - ***Fernando Acosta*** *; L'expertise médicale en matière de faute professionnelle, Criminologie, vol.21, N°1, 1988, P 100 .*
http://www.erudit.org/documentation/eruditPolitiqueUtilisation.pdf

[4] – د/ محمد واصل، د/ حسين بن علي الهلالي، الخبرة الفنية أمام القضاء " دراسة مقارنة"،إصدارات المكتب الفني للمحكمة العليا العمانية. السنة 2004. ص 420.

[5] – د/ محمد واصل، د/ حسين بن علي الهلالي، الخبرة الفنية أمام القضاء " دراسة مقارنة"، إصدارات المكتب الفني للمحكمة العليا العمانية. السنة 2004. ص 65.

الأصلح من غيره للاضطلاع بهذه المهمة، و يستوي الأمر في أن يكون من بين المقيدين بجدول الخبراء أو من خارجه[1] و ذلك عن طريق حكم أو قرار مكتوب[2].

وفي إطار سلطتها التقديرية في ندب الخبراء، يمكنها تعيين خبير واحد في الدعوى أو أكثر من خبير بحسب ما تقتضيه الحاجة[3]. فضلاً عن أنها تستطيع إنهاء مأمورية الخبير و اختيار آخر للقيام بالمهمة بدلاً عنه[4]. إلا أن تلك الحرية الواسعة التي يملكها قاضي الموضوع في مجال ندب الخبراء على النحو الذي تقدم بيانه، ليست مطلقة تماماً، و إنما ذلك مشروط بأن تكون المسألة المعروضة على القضاء فنية محضة[5]. فإذا كانت كذلك لا يجوز للمحكمة الحلول فيها محل الخبير[6]، بل يتعين عليها الرجوع بشأنها بشأنها للخبراء و ذوي الاختصاص كل في مجاله. فقبل البت في أية مسألة فنية، يجب على محكمة الموضوع الاستعانة بخبير يخضع رأيه لتقديرها.[7]

---

[1]– هدى محمد بن يونس، دور الخبرة في إثبات الخطأ الطبي في القانون الجنائي الليبي، المرجع السابق، ص 42.

[2]– « **من المقرر قانونا أن الأمر بإجراء خبرة لا يكون إلا بموجب قرار مكتوب، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف للقانون، و لما كان من الثابت– في قضية الحال–أن قضاة المجلس عند وضعهم القضية للتقدير أمروا بإجراء خبرة بموجب قرار شفوي يكونوا بذلك قد خرقوا القانون، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه** » قرار المحكمة العليا رقم 79863، الصادر بتاريخ 1991/09/29،المجلة القضائية، العدد الثالث، ص 95.

[3]– « **من المقرر قانونا و قضاء أن يأمر القاضي بإجراء الخبرة، و تعيين الخبير مع توضيح مهمته التي تكتسي طابعا فنيا، مع مراعاة عدم التخلي عن صلاحيات القاضي لفائدة الخبير، و لما ثبت– في قضية الحال– أن القرار المنتقد، أمر الخبير بإجراء تحقيق مع سماع الشهود، و تم الاعتماد على نتائج تقريره للفصل في الدعوى، فإن ذلك يعد مخالفا للقانون و مستوجبا للنقض و الإبطال**» قرار المحكمة العليا رقم 97774 الصادر بتاريخ 1993/07/07، مجلة قضائية، العدد الثاني، 1994، ص 108.

[4]– د/ هدى محمد بن يونس، دور الخبرة في إثبات الخطأ الطبي في القانون الجنائي الليبي، رسالة ماجستير، جامعة الفاتح، 1998. ص 23.

[5]– و المسائل الفنية التي يستلزم اللجوء بشأنها إلى الخبراء كثيرة و متنوعة و تنتمي إلى علوم و تخصصات متباينة، منها على سبيل المثال لا الحصر ما يتعلق بتحديد زمن الوفاة و سببها، و الحالة العقلية للمتهم، و تحليل الدم لأجل معرفة الزمرة الدموية ، و مضاهاة البصمات و تحقيق الخطوط، و تحديد البصمة الوراثيةDNA ، و التلاعب بمعطيات الحاسوب، و غير ذلك كثير مما لا يتسع المقام لذكره.

[6]– – د/ محمد واصل، د/ حسين بن علي الهلالي، الخبرة الفنية أمام القضاء " دراسة مقارنة"،إصدارات المكتب الفني للمحكمة العليا العمانية. السنة 2004. ص 590.

[7]– د/ أحمد إبراهيم سيد، الخبرة في المواد المدنية و الجنائية فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، 2000، ص 87.

و تأسيساً على ذلك، إذا كان الخصم قد طلب ندب خبير في مسألة ذات طبيعة فنية بحتة، و رأت المحكمة رفض طلبه هذا، فيكون متعيناً عليها و الأمر كذلك تبرير هذا الرفض تبريراً منطقياً سائغاً في أسباب حكمها بالاستناد إلى مصدر علمي قاطع في المسألة الفنية، أما إذا أغفلت ذلك، و تجاهلت الرد على طلب إجراء الخبرة أو ردت عليه رداً غير سائغ، فيكون حكمها عندئذ مشوباً بالقصور في التسبيب و الإخلال بحق الدفاع[1].

و في الإطار ذاته ذهب جانب من الفقه إلى أنه إذا كان الخطأ الطبي مادياً فإنه يجوز لمحكمة الموضوع الفصل فيها بنفسها، في حين يتعين عليها ندب خبير متخصص متى كان الخطأ فنياً[2] و في هذا قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 24 جوان 2003 بأنه: « **لا يمكن القول أن الطبيب بذل عنايته المطلوبة منه دون الرجوع إلى خبرة محددة من طرف خبير مختص في نفس المجال واستشارة مجلس أخلاقيات الطب الجهوي المنشأ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 1992/07/60، وأن القرار المطعون فيه فصل في نقطة فنية تتطلب تخصصا مهنيا للفصل فيها مما جعل تعليله غير مستساغ منطقيا و قانونيا نتيجة القصور في الأسباب الأمر الذي يؤدي إلى النقض**»[3]. كما قضي بأن ما ورد بالحكم المطعون فيه من افتعال الإصابات التي وجدت بالمجني عليهم المبينة بالتقارير الطبية و التي نسبوا إحداثها إلى المتهمين، إنما هو فصل في مسألة فنية بحتة، مما كان يقتضي من المحكمة، حتى يستقيم قضاؤها، أن تحققها عن طريق المختص فنياً وهو الطبيب الشرعي[4].

---

[1]– د/ محمد واصل، د/ حسين بن علي الهلالي، الخبرة الفنية أمام القضاء " دراسة مقارنة"،إصدارات المكتب الفني للمحكمة العليا العمانية. السنة 2004. ص 223.

[2]– د/ هدى محمد بن يونس، دور الخبرة في إثبات الخطأ الطبي في القانون الجنائي الليبي، المرجع السابق، ص 42.

[3]– قرار المحكمة العليا رقم 2972062، الصادر بتاريخ 2003/06/24،المجلة القضائية، العدد الثاني، ص 337.

[4]–د/ محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 93.

2- سلطة

محكمة الموضوع في تقدير رأي الخبير الفني

عندما ينتهي الخبير من تنفيذ مهمته فإنه يلتزم بتقديم تقرير يتضمن رأيه الفني الذي انتهى إليه، مدعماً تقريره بالأصول العلمية المستقرة و أن يبين مدى خروج الطبيب محل المساءلة عنها، و في حالة الغموض يمكن استدعاء و مناقشة الخبير أثناء الجلسة حول مضمون تقريره، أما من حيث حجية التقرير فهو يخضع لتقدير محكمة الموضوع. لذا نستعرض في النقطة (1) لدراسة سلطة في مناقشة الخبير، كما نستعرض في نقطة (2) لحرية المحكمة في الأخذ بتقرير الخبير.

أ- مناقشة الخبير:

نتناول في هذه النقطة مناقشة الطبيب الخبير(1) ومناقشة المجلس الوطني والمجالس الجهوية لأخلاقيات الطب (2)

1- مناقشة الطبيب الخبير:

يعد تقرير الخبرة دليلا من أدلة الإثبات ولكنه ليس بالدليل الحاسم في الدعوى بحيث يكون محلاً لمناقشة الخصوم[1]. وللمحكمة هذا الحق أيضا ولكن عن طريق استدعاء الخبير لمناقشته في تقريره، وهذا ما نصت عليه المادة 141 من إ م إ :« **إذا تبين للقاضي أن العناصر التي بنى عليها الخبير تقريره غير وافية، له أن يتخذ جميع الإجراءات اللازمة، كما يجوز له على الخصوص أن يأمر باستكمال التحقيق، أو بحضور الخبير أمامه، ليتلقى منه الإيضاحات الضرورية و المعلومات الضرورية** ».

وقد تستدعي المحكمة الخبير لمناقشته من تلقاء نفسها إن رأت حاجة لذلك، و قد يكون من الخصوم بعد أن يبدي كل خصم دفاعه بما تضمنه التقرير من آراء و ما وصل إليه الخبير من نتائج، بحيث يكون لكل خصم أن يدلل على صحة مزاعمه و يفسر ما غمض من العبارات بما يتفق و مصلحته، كما يجوز له أن يقدم من الأدلة التي تجعل المحكمة

[1]- د/ هدى محمد بن يونس، المرجع السابق، ص 56. أنظر كذلك د/ محمود محمد أحمد، الوجيز في الخبرة ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2003. ص 18.

لا تعتمد كليا على التقرير فيظهر لها موضع الخطأ سواء كان في البيانات أو الرأي أو عدم اتفاق النتيجة التي وصل إليها مع الأبحاث و الأعمال التي قام بها الخبير، و بهذا تستدعي المحكمة الخبير لمناقشته، و تجري المناقشة في جلسة علانية لأي دفاع يبديه الخصوم[1].

وتتركز مناقشة القاضي للخبير في إظهار الحقيقة و تطبيق القانون، وليس الدفاع على المصالح الخاصة للخصوم وإلا نكون أمام الخروج عن مبدأ حياد القاضي. فالمشرع الجزائري قدر أنه في حالة الغموض، و نقص المعلومات الضرورية، فإن الإجراء المناسب هو استدعاء الخبير لمناقشته بالجلسة و هو إجراء بسيط و يتميز بالسرعة و لا يؤدي إلى إرهاق الخصوم بالمصروفات و البطء و التأخير في الفصل في النزاع. و قد نص المشرع الفرنسي في المادة 245 من (ق.إ.م.إ) على أنه: « **يمكن للقاضي دعوة الفني لتكملة أو تحديد أو شرح المعاينات و النتائج كتابة أو بالجلسة.**

يمكن الفني في أي وقت أن يطلب من القاضي سماعه »[2]

و يلاحظ أن المحكمة ليست ملزمة بمناقشة الخبير الذي ندبته في الدعوى بل إن الأمر جوازي متروك لتقديرها لأن القاضي هو صاحب الحق المطلق في تعيين الخبراء و في عدم تعيينهم و الأخذ بما ينتهون إليه من تقارير، فإن رأت في تقرير الخبير ما يغني عن إجراء المناقشة فهذا حقها لا معقب عليه، و بالتالي لا يحتم على القاضي مناقشة الخبير، و لا تثريب عليها إذا لم تستجب إلى طلب مناقشة الخبراء مادام قد ظهر للمحكمة وجه الحق في الدعوى، و رأت أن هذا الإجراء غير منتج، بعد أن محصت طعون كل من الطرفين على تقرير الخبير و انتهت بالأدلة السائغة التي أوردتها إلى استخلاص الحقيقة[3].

---

[1]– د/ هدى محمد بن يونس ، المرجع السابق، ص 74.

[2]- *Article 245 du C.P.C.F* ***« Le juge peut toujours inviter le technicien à compléter, préciser ou expliquer, soit par écrit, soit à l'audience, ses constatations ou ses conclusions.***
Le technicien peut à tout moment demander au juge de l'entendre »

[3]– د/ هدى محمد بن يونس، المرجع السابق. ص 76.

و بالتالي لا يوجب على المحكمة الاستجابة لطلب مناقشة الخبراء الذين لم تتفق تقاريرهم مع تقرير الخبير الذي اطمأنت و أخذت به مادام ما أوردته في حكمها من أسباب يفيد أنها لم ترى حاجة إلى هذا الإجراء مع وضوح وجه الحق في الدعوى.

و إذا تعدد الخبراء جاز للمحكمة أن تكتفي استدعاء أحدهم لمناقشته دون الآخرين، و يبدي الخبير رأيه شفوياً مؤيداً بأسبابه، و توجه إليه المحكمة من تلقاء نفسها أو بناءا على طلب الخصم ما تراه من الأسئلة يفيد الدعوى.

و إذا اقتنعت المحكمة بحاجتها إلى استدعاء الخبير لاستيضاح نقطة مبهمة في التقرير أو تستجلي بعض الأمور الضرورية تحدد جلسة لمناقشته في التقرير بعد أن تستدعي الخبير لتلك الجلسة، و يحضر الخصوم بعد توجيه الدعوة لهم تطبيقاً لمبدأ المواجهة و إلا فإن الحكم يكون مشوباً بالإخلال بحق الدفاع و بالتالي يكون باطلا[1].

2- مشكلة مناقشة

المجلس الوطني و المجلس الجهوي لأخلاقيات الطب: [2]

تثور في الواقع مسألة أخرى جديرة بالوقوف عندها، و هي أنه قد يرد تقرير المجلس إلى الجهة القضائية طالبة الخبرة و يكون مشوباً بشيء من الغموض مما يتطلب أيضاً إيضاحاً من المجلس المذكور. فهل يمكن للمحكمة عندئذ استدعاء أعضاء المجلس لمناقشتهم فيما تود استيضاحه؟

إنه من الناحية النظرية الصرفة ليس ثمة ما يحول دون ذلك وفقاً لما تقضي به القواعد العامة للخبرة كما بيّنا آنفاً. إذ من الجائز استدعاء الخبير سواء بناءً على طلب الخصوم، أو أن تلجأ المحكمة إلى ذلك من تلقاء نفسها متى ارتأت لزوم استدعائه لمناقشته[3].

أما من حيث الواقع لا يتأتى القيام بمثل هذا الإجراء. إذ من المتعذر عملياً استدعاء جميع أعضاء المجلس، و بالأخص إذا تعددت طلبات الاستدعاء من أكثر من جهة

---

[1]- د/ محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 75.

[2]- للإطلاع على تكوين و اختصاصات المجلس و المقالات المتعلقة بأخلاقيات الطب و المقالات الصحفية و التقارير و مدونة أخلاقيات الطب يمكن الإطلاع عليها من خلال الرابط التالي:

http://cnomedecins-dz.com/index.php?lng=fr

[3]- د/ محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، 84.

قضائية. كما لا يمكن أن يكون الاستدعاء مقتصراً على أحد أعضاء المجلس، على اعتبار أن التقرير الذي يعده المجلس المذكور يصدر عن كامل أعضائه على الأقل نظرياً و يعبر عن وجهة نظره ككل. و هذا يقودنا إلى القول بأنه ليس من الممكن و الأمر كذلك للمحكمة أو الخصوم مناقشة المجلس فيما يبديه من رأي بشأن المسألة المحالة إليه، إذ كان ينبغي على مشرع المرسوم رقم 92-276 المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب[1] تنظيم مثل هذه المسألة و عدم إغفالها.

ب- مبدأ حرية الأخذ بتقرير الخبير.

إنّ تقرير الخبير يعد دليلاً من أدلة الإثبات في الدعوى، إلا أنه ليس بالدليل الحاسم و إنما يخضع لتقدير المحكمة. و طبقاً لهذا نصت المادة 144 من (ق.إ.م.إ) بأن:« **القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة**»[2]. و يقابله نص المادة 156 إثبات مصري، و في هذا قضت محكمة التمييز القطرية على: « **أن تقدير عمل أهل الخبرة وسلطة الترجيح بين البينات واستظهار حقيقة الواقع ووجه الحق في الدعوى هو مما يستقل به قاضي الموضوع طالما لم يخرج عن مدلولها**»[3]، و هذا هو المبدأ العام بالنسبة لرأي الخبير، فالقاضي هو سيد تقدير و لا يتقيد برأي الخبير، فمتى قررت المحكمة ندب خبير أو التزمت بذلك بموجب نص قانوني صريح أو وفقاً لما جرى عليه العمل في القضاء في حالات معينة، فإن ذلك لا يعني التزامها بأن تأخذ برأي الخبير أو مشورته، لأنه لا يقدر أن يكون إلا عنصر من عناصر الإثبات التي تخضع لتقديرها[4].

---

[1]- مرسوم تنفيذي رقم 276/92 مؤرخ في 06 يوليو 1991م، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب ،ج ر عدد 52 مؤرخة في 08 يوليو 1992م.

[2]- قانون 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. ج.ر عدد 21 مؤرخة في 23 أبريل 2008.

[3]- طعن رقم 96 لسنة 2006 تمييز مدني، جلسة 2006/12/26

[4]- د/ محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب لمسؤولية المدنية، مكتبة الجلاء الجديدة- المنصورة،ص 66.

و قد نصت معظم التشريعات على هذا المبدأ و حرصت على ذكره كالقانون الفرنسي في المادة 346 من قانون الإجراءات المدنية الجديد التي تنص على أنه: « **لا يتقيد القاضي بالمعاينات و النتائج التي يقدمها الفني** »[1]

نتاول في نقطة (أ) إلى حجية تقرير الطبيب الخبير أمام القضاء و في نقطة (ب) إلى حجية تقرير و رأي المجلس الوطني و المجالس الجهوية لأخلاقيات الطب أمام القضاء.

1- حجية تقرير الطبيب الخبير أمام القضاء:

نستعرض في نقطة (1) لحرية المحكمة بالأخذ برأي الخبير كاملا، و في نقطة (2) لحرية المحكمة بالأخذ بأجزاء من تقرير الخبير، و في نقطة (3) لحرية المحكمة برفض رأي الخبير.

أ- حرية المحكمة بالأخذ برأي الخبير كاملا:

قد تأخذ المحكمة برأي الخبير على نحو يجعل منه الوسيلة الأساسية للفصل في إسناد الضرر للخطأ الطبي، و للمحكمة أن تأخذ بأجزاء من تقرير الخبير و تطرح أجزاء أخرى[2].

و يعتبر أخذ المحكمة بالنتيجة التي انتهى إليها الخبير أخذاً بالأسس التي استخلص منها هذه النتيجة مادام أن المحكمة لم توضح أسبابا أخرى لتلك النتيجة. و للمحكمة أن تكتفي برأي الخبير متى اقتنعت بصحته[3]، و لا تكون ملزمة بالرد استقلالا على الطعون التي توجه لهذا التقرير، أو بإجابة طلب إعادة المأمورية إلى الخبير لأنها في أخذها به محمولا على أسبابه الشائعة ما يفيد أنها لم تجد في تلك الطعون ما يستحق الرد عليها بأكثر مما يتضمنه التقرير[4].

---

[1] - *Article 246 du C.P.C.F « **Le juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions du technicien**. »*

[2] – د/أحمد أدريوش، المرجع السلبق، ص 89، هامش رقم 2.

[3] – " **إذا ثبت وجود تناقض بين خبرة و أخرى و تعذر فض النزاع بين الطرفين، و جب الاستعانة بخبرة فاصلة و عدم الاقتصار على خبرة واحدة أو خبرتين تماشيا مع متطلبات العدل و الإنصاف و لما ثبت من القرار المطعون فيه أن جهة الاستئناف اعتمدت الخبرة الثانية و رجحتها على الخبرة الأولى المتناقضة معها دون تعليل كاف فإنها تكون قد أساءت تطبيق قواعد الإثبات و القصور في التسبيب، مما يعرض القرار للنقض**". قرار المحكمة العليا رقم 1998/11/18 قضية رقم 159373 المجلة القضائية العدد الثاني لسنة 1998. ص 55،56 و 57.

[4] – د/ محمد يحي مطر، مسائل الإثبات في القضايا المدنية و التجارية ، الدار الجامعية،، بيروت، د.ت. ص 77.

و لكن لا يسوغ للمحكمة أن تبني حكمها على تقرير الخبير إذا قام تعارض بين الأسباب و النتيجة التي انتهى إليها ما لم تورد المحكمة في أسباب حكمها ما يرفع هذا التعارض و بالتالي تأخذ المحكمة بنتيجة التقرير مع بناء رأيها على أسباب أخرى. و استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن قضاة المجلس بموافقتهم على خبرة متناقضة دون سماع الشهود و دون الإجابة على الدفوعات المقدمة شابوا قرارهم بنقص التعليل و حالوا دون قيام المحكمة العليا برقابتها[1].

فمتى اقتنعت المحكمة العليا بكفاية الأبحاث التي أجراها الخبير و سلامة الأسس التي بني عليها رأيه فلها أن تأخذ بتقرير الخبير كله متى رأت فيه و في باقي الأوراق ما يكفي لتكوين عقيدتها، فإذا أخذت محكمة الموضوع بتقرير الخبير و أحالت إليه للأسباب التي استند إليها فتعد نتيجة التقرير و أسبابه جزء مكملا لأسباب الحكم. و بهذا إذا نجح الخبير في المهمة المسندة إليه و ألم بجميع عناصر المأمورية و لم يخرج عن حدود النقاط المسندة إليه فإن الجهة القضائية التي انتدبته تعتمد على تقرير الخبرة كعنصر فعال أثناء الفصل في موضوع مسؤولية الطبيب[2].

و في حالة تعدد الخبراء فإن تقدير عمل أهل الخبرة و الموازنة بين أرائهم فيما يختلفون فيه مما يستقل به قاض الموضوع. و إذا انتدبت بالدعوى أكثر من خبير و أخذت بالتقارير جميعا رغم اختلافها و تعارضها فيجب عليها أن تبين كيف واءمت بين الآراء و إلا فإن الحكم يشوبه القصور في التسبيب بسبب الغموض[3].

ب- حرية المحكمة بالأخذ بأجزاء من تقرير الخبير:

إن محكمة الموضوع لها السلطة التقديرية في تقدير عمل الخبير و في الموازنة بين الأدلة التي تقدم في الدعوى للأخذ بما تطمئن إليه ببعض ما تضمنه التقرير من الآراء و تطرح الباقي.

---

[1]- د/ علي الحديدي، الخبرة في المسائل المدنية و التجارية، دار النهضة العربية، مصر 1993. ص 112.

[2]- – د/ محمد يحي مطر، المرجع السابق، ص 102.

[3]- د/ بغدادي مولاي ملياني، الخبرة القضائية في المواد المدنية، مطبعة دحلب، 1992. ص 55. انظر في نفس المعنى د/ علي الحديدي، الخبرة في المسائل المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 71.

و قد يكون إطراح الباقي يرجع إلى تجاوز الخبير ما هو محدد له في مأموريته إلى بحث موضوعات لا تهم النزاع، أو أن النتائج التي توصل إليها الخبير لا تتفق مع ما توصلت إليه المحكمة من قناعة، مستندة في ذلك على الأدلة و الأوراق المعروضة عليها، و ربما ترى عدم كفاية ما قام به الخبير في بعض الجوانب، و إذا أخذت المحكمة بجزء من التقرير فإنها لا تلتزم بأن تَرُد استقلالا على الطعون الموجهة من الخصوم ضد هذا التقرير[1].

و إذا أخذت المحكمة بالتقرير بعد أن اطمأنت إليه فليست ملزمة فيما بعد بالاستعانة بخبير أو استدعاء الخبير لمناقشته أو بإعادة المأمورية للخبير و لو طالب الخصوم ذلك[2]. و يستطيع القاضي بما له من سلطة تقديرية تفسير التقرير، و يجب على القاضي ألا يغير مضمون التقرير أثناء تفسيره و هو ما يطلق عليه الفقه الفرنسي dénaturation تفسيرا مغايرا لما جاء في تقرير الخبير[3]. أي النسخ و هو تشويه التقرير بتفسيره تفسيراً مغايراً لما جاء في تقرير الخبير[4].

ج- حرية المحكمة برفض رأي الخبير:

إذا لم تقتنع المحكمة بالنتائج التي وردت بتقرير الخبير فإنها تستطيع أن تصدر حكمها على أساس مختلف عما ورد بالتقرير[5]. و في هذه الحالة يقع على المحكمة التزام بتسبيب الحكم في حالة رفض الأخذ بنتائج التقرير، و هو التزام مستمد من(ق.إ.م.إ) لا سيما المادة (11) « **يجب أن تكون الأوامر و الأحكام و القرارات مسببة**» [6]. فيقع على

---

[1]- د/أحمد أدريوش، المرجع السابق، ص 79.

[2]- د/ عمر نبيل إسماعيل، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية و التجارية، دراسة تحليلية و تطبيقية ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2002. ص 33

[3]- د/ محمود محمد أحمد، الوجيز في الخبرة ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2003. ص 56.

[4]- د/ عمر نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص 36. د/ محمود محمد أحمد، الوجيز في الخبرة، المرجع السابق، ص 81.

[5]- كأن يكون تقرير الخبرة ناقص و غامض فإن باستطاعة المحكمة عدم المصادقة على تقرير المتعلق بها.

[6]- قانون 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. ج.ر عدد 21 مؤرخة في 23 أبريل 2008.

عاتق القاضي التزام عام بتسبيب حكمه، و لكنه ليس ملزما بإيراد الأسباب التي من شأنها تم استبعاد رأي الخبير و هو الوضع نفسه في القانون الفرنسي[1].

و يعد الحكم مسببا إذا وجدت المحكمة في الدعوى عناصر أخرى كافية لإصدار الحكم. و للمحكمة أن تحكم عكس تقرير الخبير إذا وجدت عناصر كافية ناتجة عن وجود قرائن أو تحقيق، بل يكفي لها أن تشير أن رأي الخبير منتقد، أو أن تقرير الخبرة جاء بطريقة سطحية غير معمقة، و يكفي الإشارة إلى أن الخبير تجاوز حدود مهمته، و هو ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا بأن قضاة الموضوع أساءوا تطبيق القانون عندما راحوا يصادقون على تقرير خبير تجاوز حدود مهمته[2]. و كما يجوز للمحكمة أن تعهد بالمأمورية لخبير آخر إذا كانت النتائج الفنية التي انتهى إليها الخبير غامضة و لم يجد القاضي العناصر المساعدة الكافية إذا لم يتضمن تقرير الخبير إجابة كافية لكل نقاط المأمورية[3].

و إذا تعددت التقارير في الدعوى، فتوازن المحكمة بينها و تأخذ ببعضها دون بعضها الأخر، لأن تقرير الخبير لا يعدو مجرد رأي استشاري مقدم للقاضي، و بما أن المحكمة هي الخبير الأعلى في الدعوى فرأي الخبير لا يحوز قيمة قانونية. و في هذا قضت محكمة باريس 6 فيفيري1930[4] بأن: « **القانون صريح في إعفاء القضاة من التقيد برأي الخبراء، و قد جاء النص عاماً، في هذا الصدد** »[5]

---

[1]– د/أحمد أدريوش، المرجع السابق، ص 88، هامش رقم 4. انظر في نفس المعنى د/ علي الحديدي، الخبرة في المسائل المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 79.

[2]– كأن يكون تقرير الخبرة ناقص و غامض فإنه باستطاعة المحكمة عدم المصادقة على تقرير المتعلق بها.

[3]– إذا عينت المحكمة خبيرا جديداً أو خبراء جدد فيجب عليها أن تحدد النقاط التي يجب عليهم بحثها، و الأعمال الواجب تنفيذها و أن يكون هذا التحديد دقيقاً واضحاً و شاملاً يحتوي على كل النقاط التي تساعد على تغطية النقص أو الخطأ في أعمال الخبير.

[4]– قرار 6 فبراير 1930، أورده ، أحمد أدرويش، المرجع السابق. ص 152.

[5]– تتلخص وقائع القضية في : أن طبيب كان يجري خلع ضرس لإحدى السيدات، فأفلتت من يده أداة جذب العصب، فابتلعتها السيدة، و لم تستطيع أن تتقيأها من جوفها، واحتاج الأمر إلى إخراجها بعملية جراحية، قرر الخبراء أن الطبيب لم يقع منه خطأ ما، لا في طريقة علاجه، و لا في نوع الأداة المستعملة، و أن الحادث إنما وقع نتيجة سوء حظ، و قد سهل وقوعه أن الضرس الذي كان يراد خلعه كان في نهاية الحلق مما يجعل عملية الخلع على جانب كبير من الدقة و الصعوبة، و رأت المحكمة أن الطبيب قد وقع منه خطأ في خلع الضرس الذي كان خلعه يحتاج منه، و الحال كما ذكر الخبراء، إلى مزيد من الدقة و العناية و

و تجدر الملاحظة أنه من الناحية الواقعية أن المحكمة غالباً ما تأخذ تلقائياً برأي الخبير و تجعل منه أساساً تقيم عليه قضاءها، لأن المحكمة عندما عينت الخبير إنما كان انتدابه في مسألة فنية كما سبق الذكر، ليوفر للقاضي المعلومات الفنية التي تنوره و تمنحه القناعة الشخصية بالنتيجة و الرأي الذي توصل إليه في تقريره، و بهذا يرقى تقرير الخبير ليكون دليلاً من أدلة الإثبات القانونية[1].

2- مشكلة حجية تقرير المجلس الوطني و المجالس الجهوية لأخلاقيات الطب أمام القضاء:

الأصل أن رأي الخبير أياً كان يخضع لمطلق تقدير محكمة الموضوع كما بيّنا آنفاً فهي غير مقيدة بنتيجة تقريره، كل ما في الأمر أن الرأي الفني إذا طرحته المحكمة و لم تعول عليه، يتوجب تعليل ذلك تعليلاً سائغاً، و أن يكون إطراحه مبنياً على رأي فني آخر[2]. و لكن السؤال الذي يطرح نفسه بقوة في هذا الصدد منذ بداية العمل بالمرسوم التنفيذي رقم 176/92 المتعلق بمدونة الطب[3] هو إلى أي حدّ يمكن إعمال القواعد العامة التي تحكم تقدير الرأي الفني في إطار تقدير رأي المجلس الوطني و المجالس الجهوية لأخلاقيات الطب (باعتباره خبير معنوي) بخصوص المسائل التي يفصل فيها فنياً؟

يبدو للوهلة الأولى أن هذه المسألة لا شذوذ فيها عن القواعد العامة التي تحكم تقدير الرأي الفني بوجه عام. وإشكالية تقدير رأي المجلس الوطني لأخلاقيات الطب هي نفسها

قضت عليه بالتعويض، استأنف الطبيب الحكم، استنادا إلى أن المحكمة قد أخطأت في حكمها، حيث تجاوزت تقرير الخبراء، و ادعت لنفسها من العلم أكثر مما يعلمون في مسألة علمية بحتة، و لكن محكمة الاستئناف قضت بتأيد الحكم المستأنف، وردت على ما أثاره الطبيب بشأن تجاوز تقرير الخبراء. أنظر د/ فائق الجوهري، المرجع السابق، ص 383.

[1]- د/ أحمد أدريوش، المرجع السابق ص 78. انظر في نفس المعنى د/ علي الحديدي، الخبرة في المسائل المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 91.

[2]- د/ محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، المرجع السابق، ص 33.

[3]- مرسوم تنفيذي رقم 276/92 مؤرخ في 06 يوليو 1991م، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب ،ج ر عدد 52 مؤرخة في 08 يوليو 1992م.

في القانون الليبي(المجلس الطبي) والبحريني(اللجنة الطبية)[1] والإماراتي (اللجنة العليا للمسؤولية الطبية)[2].

وفي هذا ذهب بعض الفقه إلى تأكيد هذا المعنى في أكثر من مناسبة[3]، بمقولة أن تقدير رأي المجلس الطبي يخضع لسلطة قاضي الموضوع طبقاً لمبدأ القاضي هو الخبير الأعلى أو خبير الخبراء، فله أن يُعول على الرأي الذي انتهى إليه المجلس في تقريره، و له أن يرفضه، كما أن له وفقاً لهذا الرأي أن يلجأ إلى خبير آخر[4].

ويحاول البعض من الفقه تبرير ذلك من أنه لو كانت إرادة المشرع قد انصرفت في المادة 210 من (م.أ.ط.ج) و المادة (27) من قانون المسؤولية الطبية الليبي و المادة 27/ فقرة أخيرة من المرسوم بقانون المتعلق بمزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان البحريني والمادة (16) من قانون المسؤولية الطبية الإماراتي إلى إلزام المحكمة برأي اللجنة أو المجلس لأفضى ذلك إلى أن يصبح حكم المحكمة مجرد ترديد لما تقرره اللجنة أو لما يقرره ذلك المجلس[5]. ولكن هذا الرأي لا يمكن التسليم به على إطلاقه، فلو كان المشرع يرغب في إخضاع تقرير اللجنة أو المجلس المذكور آنفاً لحكم القواعد العامة للخبرة، لما كانت ثمة حاجة لوضع حكم خاص به ضمن مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية و قانون المسؤولية الطبية الليبي والبحريني و الإماراتي.

و إذا سلمنا بأن المجلس أضحى جهة من جهات الخبرة في مجال المسؤولية الطبية متى كانت المسائل المثارة ذات طبيعة فنية دقيقة مما يستوجب عرضها على المجلس

---

[1]– تنص المادة (27) الفقرة الأخيرة « **و تختص اللجنة المنصوص عليها بالمادة (5) من هذا القانون بتقرير حدوث الأخطاء المشار إليها**»، من المرسوم بقانون رقم (7) لسنة 1989 بشأن مزاولة مهنة الطب البشري و طب الأسنان البحريني.

[2]– تنص المادة 16: « **تختص اللجنة بتقديم الرأي بناء على طلب النيابة العامة أو المحكمة المختصة أو الجهة الصحية فيما يلي:**

1- وجود الخطأ الطبي من عدمه ، مع بيان سببه والأضرار المترتبة عليه إن وجدت وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر وأية أمور أخرى تطلب منها » ، من القانون رقم 10 لسنة 2008، المتعلق بالمسؤولية الطبية الإماراتي.

[3]– مسعود محمد مادي، الخطأ الطبي و إثباته في القانون الليبي و الفرنسي، بحث مقدم للندوة الأولى حول المسؤولية الطبية في القانون الليبي التي سبقت الإشارة إليها. ص 215. أنظر هدى محمد بن يونس، دور الخبرة في إثبات الخطأ الطبي في القانون الجنائي الليبي، رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون جامعة قاريونس1998 ، ص 110.

[4]– كأن يكون تقرير الخبرة ناقص و غامض فإن باستطاعة المحكمة عدم المصادقة على تقرير المتعلق بها.

[5]– د/هدى محمد بن يونس، الرجع السابق، ص 113. أنظر في نفس المعنى د/ موسى مسعود أرحومة، قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات جامعة قاريونس 1999، ص 31.

المذكور، فإنه بالتالي وحتى على فرض أن رأي المجلس غير ملزم لا يمكن دحضه إلا بناء على رأي فني آخر، انطلاقاً من أن الخبرة الفنية لا يجوز تفنيدها إلا على أساس خبرة فنية مضادة[1].

وحتى التسليم بإمكانية ذلك وهو مستبعد في رأينا في حالة عدم الاقتناع بما جاء بتقرير المجلس، فإن هذا يفضي إلى نتيجة غير منطقية، و بالتالي ليس من المعقول أو المنطق أن تُرجح المحكمة رأي خبير واحد على رأي المجلس أو اللجنة الذي هو حصيلة رأي مجموعة من صفوة الخبراء الطبيين، إذ مهما يكن لرأي الخبير الواحد من وزن واعتبار، فلن يبلغ في قيمته العلمية مرتبة رأي المجلس أو اللجنة من حيث درجة الوثوق به[2].

و هنا نود الإشارة كذلك إلى أن النزول عند رأي المجلس والتزام المحكمة بما ورد بتقريره الفني، لا يعني أبداً انتزاع سلطتها القضائية في تقرير مسؤولية الطبيب أو نفيها كما يزعم البعض[3]. وهذا لا يعني إطلاقاً إضفاء الصفة القضائية على عمل المجلس. فدوره لا يتعدى الفصل في مسألة فنية، وهو أقدر على البت فيها، و هذا ليس افتئاتاً على سلطة القضاء وما هو من اختصاصه[4].

وباختصار فإن النزول عند رأي المجلس الوطني والمجالس الجهوية لأخلاقيات الطب[5] والمجلس الطبي أضحى أمراً يفرضه الواقع ولا سبيل لتجاهله وعدم الاعتداد به حتى وإن كان من الناحية النظرية المجردة يخضع لتقدير المحكمة شأنه شأن أي عنصر من عناصر الدعوى.

نخلص إلى، إذا كان رأي المجلس في الأصل شأنه شأن أي خبير آخر غير ملزم على الأقل نظريا للجهة التي تستفتيه، إلا أنه من حيث الواقع لا يمكن لمحكمة الموضوع

---

[1]– د/محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب لمسؤولية المدنية، مكتبة الجلاء الجديدة– المنصورة، 1993م، ص 6–7. انظر في نفس المعنى د/ علي الحديدي، الخبرة في المسائل المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 97.

[2]– إنّ تشكيل المجلس المذكور لم يكن أمراً اعتباطياً، بل روعي في ذلك اعتبارات خاصة متمثلة في عدد أعضائه من ذوي الكفاءات العالية و التخصصات الدقيقة في المهن الطبية والمهن المرتبطة بها، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على ما يوليه المشرع من أهمية لدور هذا المجلس في تقدير الخطأ الطبي وإثباته.

[3]– د/هدى محمد بن يونس، الرجع السابق، ص 112. أنظر في نفس المعنى د/ موسى مسعود أرحومة، نفس المرجع، ص 38.

[4]– د/ موسى مسعود أرحومة، المرجع السابق، ص 32. أنظر كذلك هدى محمد بن يونس، المرجع السابق، ص 147.

[5]– أنظر المادة 210 من (م. أ. ط. ج).

تجاهله، و تأسيس حكمها على أي دليل آخر. فذلك يقتضي الاستعانة بخبرة مضادة كي يتسنى دحض الرأي الذي انتهى إليه المجلس المذكور في تقريره، وهذا ما لا يمكن تصوره في أحكام المادة 210 من (م.أ.ط.ج)، إذ التسليم بإمكانية اللجوء إلى خبير آخر على فرض طرح رأي المجلس يقلل من أهمية المجلس المشار إليه، ويفضي إلى نتيجة غير منطقية، وهي استبعاد رأي صادر عن صفوة من الاختصاصيين و ترجيح رأي خبير آخر يكون في الغالب أقل خبرة و دراية. ولا يعقل أن تكون إرادة المشرع قد انصرفت إلى ذلك. و من ثم، فالنزول عند رأي المجلس، و إن لم يجد ما يسنده بشكل صريح في القانون، يبقى أمراً يفرضه الواقع العملي.

لذا لابد من إعادة صياغة المادة السالفة بما يزيل أي لبس فيما يتعلق بنطاق تطبيقها، وضرورة النص على استحداث فروع للمجالس الجهوية في نطاق كل مجلس قضائي على الأقل لأجل تخفيف العبء على المجلس الوطني و المجالس الجهوية المذكورين بحيث تؤدي دورها على الوجه المراد، و حتى تكون أكثر قرباً من الجهات القضائية، الأمر الذي ييسر استدعاء أعضائها عند الاقتضاء لمناقشتهم وإيضاح ما يستوجب إيضاحه في التقارير الصادر عنها.

المطلب الثاني: الضرر و العلاقة السببية

الضرر هو الركن الثاني للمسؤولية المدنية للطبيب، فليس يكفي لتحقق المسؤولية أن يقع خطأ، بل يجب أن يُحدث الخطأ الطبي ضرراً بالمضرور، و لا تقوم قائمة المسؤولية المدنية للطبيب بتحقق خطأ طبي و ضرر فحسب، بل لابد من قيام علاقة سببية ما بين الخطأ و الضرر، معناها أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الطبي الذي ارتكبه الطبيب المسؤول و الضرر الذي أصاب المضرور، لذا سنتناول ركن الضرر الطبي كركن ثاني في المسؤولية المدنية للطبيب و هذا في (الفرع الأول) و العلاقة السببية كركن ثالث من أركان المسؤولية المدنية للطبيب في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الضرر الطبي:

تقوم المسؤولية المدنية عقدية كانت أو تقصيرية على وجوب تعويض المضرور عما لحقه من ضرر[1]، و الضرر بوجه عام هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذا قيمة مالية أو لم يكن[2]، فهو يعد نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو التأخر في الوفاء به[3]. و هو ركن لقيام مسؤولية الطبيب، فلا يكفي مجرد وقوع الخطأ، و لا يكون هناك محل لتعويض المريض ما لم يثبت أن هذا الخطأ قد ألحق به ضررا ما. و هذا الأخير يتفرع إلى عدة أنواع أو صور (أولا) كما ينبغي أن يستجمع الضرر مجموعة من الشروط حتى يكون مستحقا للتعويض (ثانيا)

أولا: أنواع الضرر:

الضرر الطبي الذي يلحق المريض يكون إما مادياً أو معنوياً، أو فوات الفرصة، لذا نخصص النقطة الأولى للضرر المادي و النقطة الثانية للضرر المعنوي و النقطة الثالثة للتطرق لفوات الفرصة في الحياة أو الشفاء أو الولادة السليمة(تجنب الولادة المعاقة).

---

[1] – د/ أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، ط1 عمان، سنة 1987، ص 239.

[2] – د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق، ص 552.

[3] – د/ أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 552.

1- الضرر المادي:

و هو ما يصيب الشخص من ضرر يتمثل في المساس بجسده أو ماله أو بانتقاص حقوقه المالية أو بتفويت مصلحة مشروعة له، تقدر فائدتها ماليا[1].

فيتضح من هذا التعريف بأن للضرر المادي وجهان أولهما يصيب الإنسان في سلامة جسده و حياته، و يعرف بالضرر الجسدي[2]. و الثاني يمس بحقوق أو مصالح مالية للشخص فيكون له انعكاس على ذمته المالية.

فالضرر الجسدي هو الضرر الذي يمس حياة الإنسان أو سلامته، و يصيبه بضرر، قد يتمثل في جرح في الجسد، أو إحداث عاهة، أو إزهاق روح، أو التسبب بعجز دائم أو جزئي عن العمل[3]. فالضرر الجسدي في نطاق المسؤولية الطبية يمكن أن يفضي إلى وفاة المريض كنتيجة لخطأ في التشخيص، كما يمكن أن يؤدي إلى عجز جسماني كإتلاف عضو من أعضاء الجسم[4].

و قد يصاحب هذا الضرر الجسدي انتقاص في الذمة المالية للضحية، إن استوجب علاجها نفقات أو حرّمت المصاب من القدرة على العمل.

أما الضرر المالي هو أذى يصيب الجانب المالي من ذمة المتضرر(المريض) إذ يؤدي إلى إنقاص العناصر الموجبة فيها و قد عبر عن ذلك تعبيراً دقيقاً الأساتذة مازو و تانك بقولهما: « **هو كل ما يؤدي إلى إنقاص الذمة المالية للمضرور**»[5]، فيمس بمصالح له ذات صفة مالية أو اقتصادية كخسارة تحصل أو مصاريف تنفق، أو تفويت فرصة، أو ضياع كسب[6].

فالضرر المالي في المجال الطبي يقصد به الخسارة التي تصيب الذمة المالية للمضرور، و يشمل هذا الضرر ما لحق المريض من خسارة مالية كمصاريف العلاج و الأدوية و الإقامة

---

[1] – د/ حسين عامر، د/ عبد الرحيم عامر. المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ص 333.

[2] – جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية: « **كل ما يؤذي الإنسان في شرفه و اعتباره أو يصيب عاطفته و مشاعره يعد ضرر أدبي يوجب التعويض طبقاً للمادة 222/فقرة 1 من القانون المدني**» قرار رقم 1994/2/22، طعن رقم 3517 لسنة 63 ق. السنة 45. ص 5.

[3] د/ عاطف النقيب. لمسؤولية الناشئة عن الفصل الشخصي. الخطأ والضرر ص 266/259/258.

[4] – علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 180.

[5] -***Henri Léon Mazeaud et André Tunc***, *Traite théorique et pratique de La responsabilité civil délictuelle et contractuelle , To2, 6éd , Montchrestien. 1965.*

[6] – د/ عاطف النقيب. المرجع السابق، ص 266/259/258.

في المستشفى و نفقات إصلاح الخطأ[1]، بالإضافة إلى ما فات الشخص المضرور من كسب خلال تعطله عن العمل بسبب العلاج و إصلاح الخطأ الطبي كانقطاع دخله الشهري و إضعاف القدرة على الكسب أو حرمان الشخص المضرور من فرصة العمل.

2- الضرر المعنوي:

هذا النوع من الضرر يلحق بما يسمى الجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية، فقد يكون مقترنا بأضرار مادية، فيلحق العاطفة أو الشعور بالآلام التي يحدثها في النفس و الأحزان، و قد يستقل عن الضرر المادي، فيلحق أمورا أخرى غير ذات طبيعة مالية كالعقيدة الدينية أو الأفكار الخلقية[2]. وقد عرفه الدكتور السنهوري بأنه الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله، و إنما يصيب مصلحة غير مالية[3].

و للضرر المعنوي عدة صور، فقد يصيب الجسم، إذ أن الجروح التي تصيب الوجه و الألم الذي ينجم عن ذلك، و ما قد يعقب من تشويه في الوجه أو في الأعضاء، كل هذا يشكل ضررا ماديا و معنويا، إذا نتج عنه إنفاق المال في العلاج أو نقص في القدرة على الكسب المادي، و يكون ضررا معنويا فحسب إذا لم ينتج عنه ذلك[4].

كما قد يتصل بشخصية المرء و بحقوقه العائلية، و ما يؤذي الشعور و الأحاسيس، و بما يمس العرض أو السمعة و الاعتبار من قذف أو تشهير، أو ما يصيب العاطفة من حزن أو حرمان[5].

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

و كما هو ملاحظ فقد جاء هذا النص مطلقاً، لم يحدد نوع الضرر القابل للتعويض، مما جعل الفقه الفرنسي ينقسم إلى قسمين في تفسيره، فذهب الفريق الأول[1] إلى أن التعويض

---

[1] – **DORSENER DOLIVET (Annick)**, op.cit, p 141.

[2] – د/ مقدم السعيد. المرجع السابق ص 52.

[3] – د/ أحمد عبد الرزاق السنهوري. المرجع السابق الجزء الأول ص 864.

[4] – د/ أحمد عبد الرزاق السنهوري. المرجع السابق الجزء الأول ص 864.

[5] – د/ حسين عامر و د. عبد الرحيم عامر المرجع السابق ص 342.

عن الضرر المعنوي غير ممكن لأنه غير مادي، فيستحيل تقويمه نقداً، و أنه حتى لو منحنا المضرور ضررا معنويا مبلغا نقديا كتعويض عن الألم أو الحزن، فإن ذلك لا يقضي على الألم و الحزن.

و ذهب الفريق الثاني إلى التمييز بين ضرر معنوي يجوز تعويضه، و ضرر معنوي لا يجوز فيه ذلك، و اختلفوا في وضع حد لهذا التمييز، فمنهم من يقصر التعويض على الضرر المعنوي الذي يؤدي إلى ضرر مادي، و لا يعوض إلا هذا الضرر المادي وحده، و منهم من يحصر التعويض على الضرر المعنوي الذي يصيب الشرف و الاعتبار، لأنه عادة ما يجر إلى ضرر مادي، و لا يجيزه في الضرر المعنوي الذي يصيب العاطفة لأنه ضرر معنوي لا يؤدي إلى ضرر مادي[2].

و مع ذلك فإن الفقه الفرنسي الحديث يذهب إلى أخذ نص المادة 1382 على إطلاقه و بالتالي إمكانية التعويض عن الضرر المعنوي، يضاف إلى ذلك أن المشرع الفرنسي أجاز حالات خاصة للتعويض لمجرد الضرر المعنوي[3].

و يردون على النظرية الرافضة للتعويض عن الضرر المعنوي بأن الغرض من التعويض عن الضرر المعنوي، لا يقصد به محوه و إزالته، و إنما أن يستحدث المضرور لنفسه بديلا عما أصابه من ضرر، و لو كان غير ملائم فهو خير من لا شيء، و لا يصح أن يعوق هذا، التذرع بتعذر تقدير التعويض المعنوي، ذلك أن القاضي قد يستعصى عليه في بعض الأحيان حتى تقدير التعويض المادي[4].

و نفس الخلاف عرفه القضاء الفرنسي، إلا أن أغلبه سار إلى تعويض الضرر المعنوي و استقر على ذلك، و إن بقي الاختلاف في تعيين من يحق له المطالبة بالتعويض في هذه الحالة[5].

---

[1] – و ما ساهم في تأييد رأي هذا الفريق أن المذكرة الإيضاحية لتقنين 1804 الفرنسي سكت المشرع فيها عن مسألة التعويض عن الضرر المعنوي، مما استنتج معه أن ما كان يدور بخلد واضعي التقنين الفرنسي هو التعويض عن الضرر المادي فقط.

[2] – د/أحمد عبد الرزاق السنهوري. المرجع السابق الجزء الأول ص 867.

[3] – د/ السعيد مقدم. المرجع السابق ص 140.

[4] – د/ أحمد عبد الرزاق السنهوري. المرجع السابق الجزء الأول ص 867 و ما يليها. أنظر: د/ حسين عامر و د/ عبد الرحيم عامر. المرجع السابق ص 345.

[5] – د/ حسين عامر و د/ عبد الرحيم عامر. المرجع السابق ص 345.

أما في مصر، فقد استقر الفقه و القضاء على جواز التعويض عن الضرر المعنوي، لأن المشرع المصري حسم الخلاف بنصه في المادة 222 من (ت.م.م):« **يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا...**» [1] و بالتالي استند إليها القضاء المصري في أحكامه الخاصة بالتعويض عن هذا الضرر، فقد قضت محكمة مصر الكلية: « **إن الأمراض في ذاتها من العورات التي يجب سترها حتى لو كانت صحيحة، فإذاعتها في محافل عامة وعلى جمهرة المستمعين يسيء إلى بعض المرضى إذا ذكرت أسماؤهم، و على الأخص بالنسبة للفتيات لأنه يضع العراقيل في طريق حياتهن ويعرقل صفو ما لهن، و هذا خطأ يستوجب التعويض**»[2] وجاء أيضا في قرار حديث لمحكمة النقض المصرية: « **إن الضرر الأدبي يشمل كل ما يؤذي الإنسان في شرفه واعتباره أو يصيب عاطفته و مشاعره و من ثم يستحق التعويض**»[3]

و كان غرضنا من الإشارة إلى كل من التشريعين الفرنسي والمصري، أن المشرع الجزائري، قد أخذ مواد التقنين المدني عنهما، وأن القضاء الجزائري يستأنس و يستنير باجتهاد القضاء الفرنسي في هذا الصدد.

أما في الجزائر فلقد جاءت المادة 124 من (ت.م.ج) المقابلة لنص المادة 1382 من التقنين المدني الفرنسي عامة و مطلقة لا تميز بين الضرر المادي و الضرر المعنوي.

فذهب رأي في الفقه إلى أن عدم وجود نص على التعويض عن الضرر المعنوي، في التقنين المدني، لا يسوغ أن يستنتج منه انتفاء التعويض عن هذا الضرر، لأن المبدأ العام للتفسير القانوني يقضي بألا نميّز بين الضرر المادي و الضرر المعنوي، طالما أن القانون لم يميّز [4].

د/ السعيد مقدم. المرجع السابق ص 174 وقد استقر القضاء الفرنسي على ذلك منذ أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكمها الشهير بتاريخ 33/06/15 الذي أقر مبدأ وجوب التعويض عن الضرر المعنوي.

[1] – د/ أحمد عبد الرزاق السنهوري. المرجع السابق الجزء الأول ص 867. أنظر كذلك: د/ حسين عامر و د/ عبد الرحيم عامر. المرجع السابق ص 346.

[2]– محكمة مصر الكلية في 14/ 3 / 1949. أشار إليه د/ حسن الذنون، المرجع السابق، ص226، هامش رقم (2).

[3]– نقض مدني مصري، جلسة 22 فبراير 1995، رقم الطعن 3517، لسنة 62 قضائية.

و قد سبقت الإشارة إلى القرار المذكور عند بيان موقف القضاء المصري من التعويض عن الضرر المعنوي

[4] د/ علي علي سليمان. دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري ص 240/239.

لكن و بالرجوع إلى النصوص التي خصصها المشرع الجزائري للتعويض، نجد المادة 131 من التقنين المدني تنص « **يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182...**»

و بالرجوع لنص المادة 182 من نفس التقنين نجدها تنص « **إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب** » و يظهر من هذا أن المشرع الجزائري لا يأخذ إلا بالتعويض عن الضرر المادي، ذلك أن عنصري ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب هما عنصران للضرر المادي[1].

كما أن المشرع الجزائري عند أخذه لمواد التقنين المدني عن كل من التشريعين الفرنسي و المصري، اتبع مسلك المشرع الفرنسي في عدم النص على الضرر المعنوي و لم يأخذ بتوجه المشرع المصري الذي خصص نصا خاصا للتعويض عن الضرر المعنوي.

فيتضح مما سبق أن نية المشرع الجزائري اتجهت إلى عدم التعويض عن الضرر المعنوي، و إلا بما يفسر سكوته عن النص عن ذلك صراحة. لكن ما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه أغفل النص على التعويض عن الضرر المعنوي في التقنين المدني[2]، رغم أنه الشريعة العامة، و نص عليه في قوانين خاصة نذكر منها على سبيل المثال:

---

[1] – أنظر في هذا الموضوع. د/ مقدم السعيد المرجع السابق ص 163. و يفسر البعض مسلك المشرع الجزائري هذا بأن القانون المدني الجزائري الصادر في العهد الاشتراكي، لذا كان لزاما أن يتلاءم والنظرة الاشتراكية التي ترى أن التعويض عن هذا النوع من الضرر عبارة عن مصدر إثراء غير مشروع.

[2] – يرى البعض أن المشرع الجزائري جاء بحالة في التقنين المدني، نص فيها على التعويض عن الضرر المعنوي إلى جانب الضرر المادي من خلال المادة 175 التي تنص على أنه "إذا تم التنفيذ العيني، أو أصر المدين على رفض التنفيذ، حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم المدين مراعيا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن، والعنت الذي بدا من المدين".

وهذه المادة جاءت بصدد تنفيذ الالتزام عينا الذي لا يكون ملائما إلا بتدخل المدين، فهنا للدائن الحصول على حكم بإلزام المدين بالتنفيذ، وبدفع غرامة تهديدية يحدد القاضي مقدارها ومدتها وذلك للتغلب على ممانعة الدين، وباعتبار أن الحكم الصادر بالغرامة التهديدية هو حكم مؤقت، فالعلة منه تنتفي متى اتخذ المدين موقفا نهائيا، إما بوفائه بالالتزام، وإما بإصراره على التخلف ومتى اتضح الموقف للقاضي وجب عليه إعادة النظر في حكمه ليفصل في موضوع الخصومة فإذا وفى المدين بالتزامه، استبعد القاضي الغرامة التهديدية، و ألزمه بتعويض عن التأخر متى تبين له وجود ضرر، وإذا أصر المدين على عناده نهائيا وامتنع عن التنفيذ العيني، قدر التعويض الواجب عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء، وألزم المشرع القاضي من خلال المادة 175 أعلاه أن يراعي في هذا التقدير ما يكون من أمر ممانعه المدين باعتباره تعنتا فتساءل الفقه في هذه الحالة حول طبيعة التعويض عن التعنت، هل هو تعويض بأكثر من الضرر اللاحق بالدائن، فنكون هنا أمام حالة "إثراء بلا سبب"، لذا تم تفسير النص على أن مراعاة التعنت أثناء تقدير التعويض تكون باعتباره عنصرا معنويا من عناصر احتساب التعويض، فاعتبر أنه الحالة الوحيدة الذي أجاز فيها المشرع في التقنين المدني

الأمر رقم 74-15 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات[1]، و بنظام التعويض عن الأضرار المعدل والمتمم بالقانون رقم 88-31 الذي جاء في نصوصه بالتعويض عن الضرر المعنوي بسبب الوفاة لذوي الحقوق، كما نصت المادة (5) من قانون الأسرة الجزائري صراحة على ذلك " ...**إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين، جاز الحكم بالتعويض...**" [2] .

كما أنه و من خلال المادة (3) الفقرة الرابعة من تقنين الإجراءات الجزائية[3] نص على التعويض عن الضرر المعنوي حيث جاء فيها "... **تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جثمانية أو أدبية، مادامت ناجمة عن الوقائع موضوع النزاع**". يستفاد من هذا النص أن الدعوى المدنية لا تقبل إلا إذا كانت مرتبطة بالدعوى العمومية، سواء كان الضرر موضوع التعويض ماديا أو معنويا، و متى كان ذلك كان له الحق في التعويض عن الضرر المعنوي.

و لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو ما هو الحال لو أن المتضرر لم يطالب بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به جراء الجريمة أمام القاضي الجزائي، و أثر رفع الدعوى أمام القاضي المدني، فهل يسقط حقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي، بما أن القاضي المدني سيطبق في هذه الحالة قواعد القانون المدني ؟ إن الإجابة على هذا السؤال بالنظر إلى موقف المشرع الجزائري بعدم التعويض عن الضرر المعنوي هي: نعم.

لكن هذا يؤدي بنا إلى نتائج غير منطقية، ذلك أن القاعدة العامة في الاختصاص هي أن المحاكم المدنية هي المختصة بالفصل في الدعاوى المدنية، و أن اختصاص المحكمة الجزائية فيها استثناء لا يتأتى إلا إذا ارتبطت الدعوى المدنية بالدعوى العمومية.

للقاضي الحكم بالضرر المعنوي خروجا عن القاعدة العامة التي تقضي بأنه إذا استقلت الدعوى المدنية عن الدعوى العمومية يكون التعويض عن الضرر المادي. أنظر في هذا المعنى: - د/ حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المرجع السابق. هامش ص 529.

- د/ عبد الرحمان ملزي، محاضرات ألقيت على طلبة المعهد الوطني للقضاء السنة الثالثة لعام 2004/2003، متعلقة بطرق التنفيذ.

[1] – أمر رقم 74-15 مؤرخ في 30 جانفي 1974، يتضمن ، ج.ر عدد 15 مؤرخة في 19 فيفري 1974 . المعدل و المتمم.

[2] – قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة ، ج.ر عدد 24 مؤرخة في 12 جوان 1984. المعدل و المتمم.

[3] – أمر 155/66 مؤرخ في08 يونيو 1966 ، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، ج. ر عدد 48 مؤرخة 10 يونيو 1966م ، المعدل و المتمم .

لذا ففي اعتقادنا أنه من الواجب على القاضي المدني الذي ترفع أمامه دعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي أن يقبلها، و يحكم للمتضرر بالتعويض عن هذا الضرر متى توفرت شروطه، معتمداً في ذلك على أن نص المادة 124 من التقنين المدني جاء مطلقاً لم يحدد الضرر الواجب للتعويض، لأن مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة، تقتضي أن يتساوى جميع المواطنين، فمادام أن المتضرر من جريمة يحصل على تعويض عن الضرر المعنوي اللاحق به متى طالب به أمام المحكمة الجزائية، فإنه يكون نفس الحق مخولا لشخص آخر تعرض لنفس الضرر عن نفس الجريمة في أن يحصل على تعويض عنه متى طالب به أمام المحكمة المدنية.

و تأكيداً لما سبق أصدر القضاء الجزائري عدة أحكام عوض من خلالها عن الضرر المعنوي الناتج عن جريمة و الذي تم المطالبة به أمام المحكمة المدنية في شكل دعوى مدنية مستقلة عن الدعوى العمومية[1].

و كل ما تطرقنا إليه يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية التقصيرية طبقاً لنص المادة 124 من التقنين المدني، فما هو الحال عليه في المسؤولية العقدية ؟

يذهب القضاء و الفقه في فرنسا إلى أن يكون للضرر المعنوي في نطاق المسؤولية العقدية، نفس الحكم الذي يأخذه في المسؤولية التقصيرية، و السند في هذا هو نص المادة 1142 من ت.م.الفرنسي التي تقابلها المادة 176[2] من ت.م. الجزائري و التي تنص على أنه **«إذا**

---

[1] – فقد جاء في حيثيات حكم صادر عن محكمة البليدة بتاريخ 99/11/13 تحت رقم 99/207 بخصوص تعويض ذوي الحقوق عن وفاة مورثهم نتيجة جناية قتل عمدي، ما يلي: « **حيث أن وفاة الضحية نتج عنه ضرر مادي ومعنوي ألحق بذوي حقوقها حيث أن طلب المدعية أم الضحية بمبلغ 300.000 د.ج تعويضا عن الضرر المادي ومبلغ 200.000 د.ج كتعويض عن الضرر المعنوي مؤسس قانونا يتعين على المحكمة الاستجابة له** ».

أقرت المحكمة العليا في قرار لها الصادر بتاريخ 2001/01/14 التعويض عن الضرر المعنوي الذي طالب به عامل أمام القسم الاجتماعي عن التسريح التعسفي، وجاء في حيثياته: « **حيث أنه من قضاء المحكمة العليا المستقر، أن تقدير التعويض عن التسريح التعسفي يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، و لا رقابة للمحكمة العليا عليه في هذا الشأن، و يكفيه أن يعاين كما هو الشأن في دعوى الحال الطابع التعسفي للتسريح و يقدر التعويض حسب الضرر الذي لحق العامل و أن الحكم المطعون فيه يبين أن المبلغ الممنوح للمطعون ضده كان على أساس الضرر المادي و المعنوي الذي لحقه جراء التسريح التعسفي، و هذا كاف لإعطائه الأساس القانوني** ». قرار المحكمة العليا رقم 214574، الصادر بتاريخ 2001/01/14 ، المجلة القضائية، العدد الأول، 2002.. ص 195.

[2] – أمر 58/75، مؤرخ 26 سبتمبر 1975، يتضمن قانون المدني، ج ر عدد 78 مؤرخة 30 سبتمبر 1975 م، المعدل و المتمم.

استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه»، فهذا النص جاء مطلقا أيضا لم يخص الضرر المادي فقط، مما يمكن معه تفسيره على أنه يشمل الضررين المادي والمعنوي. و إذا كان تصور الضرر المعنوي في المسؤولية التقصيرية أيسر منه في المسؤولية العقدية، فإن ذلك لا ينفي إمكانية التعويض عن الضرر المعنوي في الالتزامات التعاقدية.

أما بعد تعديل القانون المدني تدارك المشرع الجزائري بضرورة سد الفراغ الموجود في القانون المدني، في وقت متأخر، أي بعد مرور ثلاثون سنة من وضع هذا القانون، حيث استحدثت المادة 43 من القانون رقم 05-10 المادة 182 مكرر[1] في (ت.م.ج) التي تنص على ما يلي: « **يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة»**[2] نخلص أنه بموجب هذا التعديل أخذ المشرع الجزائري على غرار المشرعين الفرنسي و المصري بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي و وضع حد لكل تأويل.

3- تفويت الفرصة:

إن الفرصة التي يعتبر تفويتها ضرراً محققاً واجب التعويض ذات مفهوم مزدوج، فهي احتمالية، من ناحية، و واقعية و حقيقية، من ناحية أخرى[3]. و لا ينبغي قصر النظر على أحد شقي هذا المفهوم. فلئن كانت الصفة "الاحتمالية" تضيق من نطاق الفرصة و تحد من قيمتها، و لا تجعلها جديرة بالتعويض، فإن الصفة "الواقعية" تضفى عليها قدرا من التحقق، يجعل هذا الأخير أمراً راجحاً.

و في هذا القدر من التحقق يتحدد الضرر الحقيقي الذي لحق المضرور، و الذي يتمثل في مدى و قدر الفرصة التي كان يملكها في تحقيق الكسب، فهذه الفرصة لها- و لا شك -

---

[1] – قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 44 مؤرخة في 26 يونيو 2005.

[2] – على عكس المشرع الجزائري نجد أن المشرع الكويتي وسع من نطاق الضرر المعنوي حيث نصت المادة 231 فقرة **2** « **و يشمل الضرر الأدبي على الأخص ما يلحق الشخص من أذى حسي أو نفسي، نتيجة المساس بحياته أو بجسمه أو بحريته أو بعرضه أو بشرفه أو بسمعته أو بمركزه الاجتماعي أو الأدبي أو باعتباره المالي، كما يشمل الضرر الأدبي كذلك ما يستشعره الشخص من الحزن و الأسى و ما يفتقده من عاطفة الحب و الحنان نتيجة موت عزيز عليه»**

[3] –د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة"، مجلة الحقوق الكويتية، س10، عدد 3، 1986، ص 149.

قيمة موضوعية تقدر بقدر ما تتضمنه من إمكانية لتحقيق الكسب، أي بقدر ما يتحقق لها من نصيب في "الواقع"[1].

و يمكن التمثيل لتلك الفرصة في مجال نقل الدم، بحالة ضياع فرصة على المصاب بالفيروس نتيجة نقل الدم في تحقيق مستوى اجتماعي و وظيفي أفضل، أو تحسين حالة أسرته المعيشية نتيجة عجزه عن العمل أو الإقلال منه، و كذلك تفويت فرصة على الزوج في إقامة حياة زوجية عادية نتيجة إصابة زوجته بالإيدز، و إضاعة فرصة على الزوجة في الإنجاب من زوجها المريض[2].

و من ذلك أيضاً، حالة وفاة الخطيبة أو الزوج الذي عقد على زوجته و لم يدخل بها بعد، أو إعطاء طبيب التخدير جرعة مخدر زائدة يترتب عليها شلل الابن[3]، الذي يأمل الوالدان أن يرعاهما في شيخوختهما.

و لا شك أن الفرصة الممثل لها في الأمثلة السابقة تستوعب شقي " الاحتمال" و "الواقعية"، و هو ما لا يجعلها مجرد أمل أو وهم منبت الصلة بالواقع، و تصلح- من ثم- لأن يقوم عن فواتها الحق في التعويض.

و قد استقر الفقه و الاجتهاد على القول، بأنه إذا صدر عن الطبيب خطأ فوت على المريض فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة أو تجنب الولادة غير المعاقة، فإنه يلزم

---

[1]- د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 149.

[2]- د/ محمد عبد الظاهر، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، س 10، عدد 2 يوليو 1995، ص 125 و ما بعدها.

[3] - *Cass. Crim. 24 fév. 1970.*

و قد قررت المحكمة في ذلك أنه " **إذا كان الابن قد قارب الانتهاء من تخصصه لما وقع الحادث له، فإن تعويل والده أو والدته عليه مستقبلا ليس مجرد احتمال غير قابل للتحقيق، فيكون للوالدين الحق في تعويض عن ضياع فرصة تحقيق ما عولا عليه، و يكون هذا التعويض مقابل إضاعة فرصة مشروعة للاستعانة بابن كان من المفروض أن يعمل فيما كان يتخصص فيه**" ، أورده د/ عاطف النقيب " النظرية العامة للمسؤولية الناشئة =عن الفعل الشخصي- الخطأ و الضرر، منشورات عويدات، ط 1 ، 1983، ص 291، أشار إليه كذلك د/ سعد العسبلي، المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ط1، 1994، هامش ص 283.

و في ذلك قضت محكمة النقض المصرية في قرارها بتاريخ 29 مارس 1990 بأنه « **إذا كانت الفرصة أمرا محتملاً، فإن تفويتها أمرا محقق يجيز للمضرور أن يطالب بالتعويض عنها، و لا يمنع القانون من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب من وراء تحقيق هذه الفرصة، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الأمل قائما على أسباب مقبولة** » طعن رقم 2436، س 58ق.

بالتعويض جزئياً عن الضرر النهائي الذي حل بالمريض[1]، و لذا يرعى في تقدير التعويض عن فوات الفرص مدى احتمال الكسب الذي ضاع على المتضرر من جراء تفويت الفرصة عليه، و الأمر يتسع فيه مجال الاجتهاد و يختلف فيه التقدير، و لذلك على القاضي أن يتجنب المبالغة في تقدير الاحتمال في نجاح الفرصة[2].

و في هذا السياق قضت محكمة النقض الفرنسية بأن عدم إعلام المريض[3]، بالنتائج المترتبة على قبوله بالخضوع لعملية تحمل مخاطر مؤكدة، يكون الطبيب قد حرم المريض من فرصته لتجنب تلك المخاطر، و بالتالي يكون الطبيب مسؤولا عن الأضرار الجسدية التي أصيب بها المريض[4].

و بالنتيجة مهما كان مبلغ التعويض كاملاً أو جزئياً، فإن الفقه و الاجتهاد استقر على ترتيب موجب التعويض على الأطباء، إذا كانوا بأخطائهم قد فوتوا فرصاً للشفاء أو فرصاً لإبقاء المريض على قيد الحياة أو تجنب الولادة المعاقة، و لكن بشرط ألا يتوافر الشك حول مصدر تفويت الفرصة إذ عندها لا محل لإعمال مبدأ تفويت الفرصة.

– تفويت فرصة الحياة:

قرار 27 ديسمبر 1970[5] كتطبيق قضائي

تتمثل وقائع القضية في قيام جراح و هو بصدد إجراء عملية تجميل، حيث قام بتخدير المريضة بنفسه تخديراً موضعياً دون الاستعانة بأخصائي التخدير، و أثناء إجراء العملية و

---

[1]- ***Cass. Civ 1ére Ch. 6 déc. 2007. Pourvoi N° : 06-19301 : « Le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte d'une chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé » . Consulter l'arrêt sur le lien suivant : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017582144&fastReqId=568863556&fastPos=2***

[2] – د/ عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، المرجع السابق، ص 144.

[3]- *Cass. Civ 1ére Ch. 20 janv. 2011. Pourvoi N°: 09-16931* ***« Alors en tout état de cause que la méconnaissance du devoir d'information et de conseil du médecin n'est sanctionnée que par la perte d'une chance ». Consulter l'arrêt sur le lien suivant : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023462616&fastReqId=1298355469&fastPos=5***

[4] - Cass. Civ.11 oct. 1988.

[5] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 27 Jan 1970. Pourvoi N°: 68-12782. Consulter l'arrêt sur le lien suivant : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006981004&fastReqId=1632090060&fastPos=48***

قبل نهايتها انتاب المريضة بعض التشنجات المقترنة بتوقف القلب عن عمله ممّا أدى إلى وفاتها المفاجئ.

قررت محكمة استئناف باريس بتاريخ 23 أفريل 1968[1] بمساءلة هذا الطبيب الجراح، مؤسسة قرارها على فكرة فوات الفرصة، حيث من المؤكدّ بأن عدم الاستعانة بطبيب بأخصائي التخدير و الإنعاش أدى إلى إضاعة فرصة بقاء المريض على قيد الحياة، و هذا وحده كاف للحكم على الطبيب الجراح بتعويض الضرر الناجم على ذلك رغم ثبوت إمكانية تفادي الوفاة.

رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن بالنقض، و أيدت قرار محكمة استئناف باريس، حيث أظهرت في عبارات لا تدع محلا للشك، رغبتها بتأييد فكرة فوات الفرصة في تقريرها: « **يمكن إثارة الضرر بمجرد تضييع فرصة كانت موجودة فالجراح بعدم ضمان التدخل السريع لطبيب التخدير، حرم المريضة من فرصة البقاء على قيد الحياة، المتوفاة إثر هذا الإهمال، و يلتزم بالتعويض عن هذا الضرر تجاه والدة المريضة ...**»[2]

تفويت فرصة الشفاء

قرار 14 ديسمبر 1965 [3] كتطبيق قضائي

تتلخص وقائع القضية في إصابة طفل يدعى Pierre يبلغ من العمر 8 سنوات، على إثر سقوطه أصيبت يده اليمنى، حيث شخصها الطبيب على أنها كسر بالجزء السفلي من عظم الفخذ الأيمن، و عالجه الطبيب وفق هذا التشخيص و لم يفلح الطبيب المعالج في شفاء الطفل الذي ظل يعاني من آلام مبرحة أثناء تحريك الكوع Coude، الأمر الذي أدى إلى إعادة الكشف عليه بواسطة مجموعة من الأطباء بطالب من والد المريض، و الذين شخصوا المرض على أنه ليس كسرًا بالجزء السفلي من عظم الفخذ fracture de l'humerus إنما مجرد خلع بمفصل الكوع une luxation du coude في اليد اليمنى للطفل.

---

[1] - *Cour d'appel Paris du 23 avril 1968*

« Un préjudice peut être invoqué du seul fait qu'une chance existait et qu'elle a été perdue. Un chirurgien, en s'assurant pas l'intervention immédiate d'un médecin anesthésiste, compromet la chance de survie de l'opéré, décédée à la suite de cette défaillance, et doit réparation de ce chef de préjudice à la mère de la patiente.. ».

[3] ***-Cass. Civ 1ére Ch. 14 déc. 1965. Pourvoi N°: 64-10094. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006970162&fastReqId=1345228607&fastPos=593***

رفع أولياء الطفل دعوى على الطبيب المعالج، فاستعانت المحكمة بخبيرين اللذان أودعا تقرير خبرتهما، فانتهت المحكمة إلى أنه ليس هناك علاقة سببية مؤكدة بين الخطأ الطبي و الضرر الذي لحق بالطفل، لكن محكمة استئناف باريس بتاريخ 7 جويلية 1964[1] ألغت هذا الحكم و قضت بالتعويض بحجة مفادها ثبوت قرائن خطيرة بما فيها الكفاية، محددة و مقبولة على قدر من البينة و الترابط تكفي للقول بأن الإصابة الجديدة التي لحقت بالطفل إنما كانت نتيجة مباشرة للخطأ في التشخيص الذي ارتكبه الطبيب، وقدرت مبلغ التعويض عن تفويت فرصة الشفاء chances de guérison بمبلغ 65000 فرنك فرنسي. أيدت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 ديسمبر 1965 قرار محكمة استئناف باريس.

- تفويت فرصة تجنب الولادة المعاقة:

<u>قرار 17 نوفمبر 2000</u>[2] <u>كتطبيق قضائي</u>

قبل استعراض هذا القرار المتعلق بتفويت فرصة تجنب الولادة المعاقة نستعرض حق الإجهاض لتشوه الجنين في القانون الفرنسي و العربي.

1- الإجهاض لتشوه الجنين في القانون الفرنسي:

يعطي القانون الفرنسي للمرأة الحامل رخصة اللجوء إلى الإجهاض الاختياري في طائفتين من الحالات:

<u>الطائفة الأولى</u>: <u>الإجهاض لحالة الضيق</u>: صدر القانون رقم (2001/ 588) في 4 يوليو عام 2001[3]، و الذي عدل بالمادة (L.2212 – 1)، من تقنين الصحة العامة الفرنسي، ليرفع هذه المدة إلى ما قبل نهاية الأسبوع الثاني عشر على بدء الحمل، و اللجوء إلى الإجهاض في هذه الحالة عندما تكون المرأة الحامل في حالة الضيق dans une situation de détresse ، متى توافرت شروطها و هي إمكانية متاحة للمرأة الحامل،

---

[1] - *cour d'appel de paris le 7 juillet 1964.*

[2] - ***Cass. Ass.plén. 17 nov. 2000. Pourvoi N°: 99-13701. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
<u>http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007041543&fastReqId=1312022970&fastPos=9</u>

[3] - *Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption de grossesse, JO du 5 juillet 2001*

تستقل بتقديرها تمامًا، و دون معقب عليها من أي شخص كان حتى و لو كان والد الجنين الذي تحمله في أحشائها.[1]

الطائفة الثانية: الإجهاض لأسباب طبية علاجية أو احتمال ولادة الجنين مصاباً بعاهة شديدة: ورد النص على هذه الطائفة من حالات الإجهاض الاختياري في المادة L2213-1 فقرة (1) من تقنين الصحة العامة الفرنسي، بصياغتها الجديدة، وفقًا لقانون 4 يوليو 2001م، حيث نصت فقرتها الأولى على أن «**إنهاء الحمل اختياريًا يمكن أن يحدث في أي وقت من بدء الحمل إذ أثبتت التقارير الطبية أن مواصلة الحمل يمكن أن يعرّض صحة السيّدة الحامل للخطر الشديد، أو أن هناك احتمالا كبيرًا في أن يولد الجنين مصابًا بعاهة شديدة الخطورة، استقر الرأي الطبي أن لا سبيل لعلاجها وفقًا للمتعارف عليه وقت التشخيص** ».

وهذه الطائفة تختلف عن سابقتها في أنه لا يشترط أن يتم الإجهاض قبل مضي 12 أسبوعًا من بدء الحمل، بل يمكن أن يتم في أي وقت، كما أنه يتطلب مشورة طبية، حيث يتم اللجوء سواء إلى رأي لجنة طبية، أو أبحاث وتحاليل مختبرية لمعرفة ما إذا كان الحمل يشكل خطورة على حياة الأم الحامل، أو أن الجنين يحمل من الجينات المورثة أو الحادثة ما قد يوحي بولادته معاقًا أو مصابًا بمرض وراثي لا يرجى برؤه[2].

2- الإجهاض لتشوه الجنين في القانون العربي:

نتعرض في هذه النقطة لدول العربية الرافضة للإجهاض في حال تشوه الجنين (أ) و لدول العربية المجيزة للإجهاض في حال تشوه الجنين(ب).

---

[1]- ***C.E. 31 oct. 1980. contentieux.. N° 13028. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007683557&fastReqId=1020778521&fastPos=44

أحد الأزواج الذين لجأت زوجته إلى إجهاض نفسها اختياريا في أحد المستشفيات العامة، أدعى أن المستشفى الذي باشر عملية الإجهاض قد ارتكب خطأ، على اعتبار أن الزوجة لم تكن في حالة تستدعي اللجوء إلى عملية الإجهاض لكن مجلس الدولة رفض دعواه على اعتبار أن تقدير ذلك هو أمر شخصي تقدره المرأة الحامل بكامل إرادتها.

[2] - ***BONNINGUES(Virginie)****, naissance et vie préjudiciable de l'enfant au regard de la responsabilité médicale et parentale, mémoire en vue de l'obtention du DEA de droit prive, université de Lille III, droit et de la santé, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, 2001. P 58.*

أ-الدول العربية الرافضة للإجهاض في حال تشوه الجنين:

يعتبر الإجهاض أو الشروع فيه كأصل عام جريمة معاقب عليها تطبيقا لنص المادة 304 من ق.ع. الجزائري، و استثناء يجوز الإجهاض، إذا استوجبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر شرط أن يجريه الطبيب في الهياكل المخصصة لذلك و بغير خفاء و بعد إبلاغ السلطة الإدارية تطبيقاً لنص المادة 303 من القانون نفسه، و هو ما نص عليه كذلك قانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، في المادة 72 كالتالي: « **يعد الإجهاض لغرض علاجي إجراء ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي و العقلي المهدد بخطر بالغ. يتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي بمعاينة طبيب اختصاصي**»

من خلال هذه المواد يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتعرض لحالة الجنين، مشوها أو سليما، فالمبدأ هو حظر الإجهاض، و الاستثناء هو إباحته في حالة الإجهاض العلاجي فقط، و ذلك مثله مثل القانون اللبناني و المصري و المغربي و السعودي، فلا مجال للقول بفوات فرصة إسقاط الجنين لتشوهه، لأنها لا تعتبر حقاً أو حرية مشروعة، بل هي بمثابة فعل إجرامي.

ب- الدول العربية المجيزة للإجهاض في حال تشوه الجنين:

كرست بعض التشريعات العربية الإجهاض لتشوه الجنين تشوهاً خطيراً اعتمادا على فتوى المجمع الفقهي الإسلامي[1] و من هذه التشريعات نجد:- **التشريع الإماراتي:** نصت المادة

[1] - قد أصدر المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثانية عشرة في مكة المكرمة (15- 22 رجب 1410 ه الموافق 10 – 17 – فبراير 1990) قرار خاص بحكم إسقاط الجنين المشوه خلقياً، و نصه كالتالي:

« - إذا كان الحمل قد بلغ مائة و عشرين يوماً، لا يجوز إسقاطه، و لو كان التشخيص الطبي يفيد أنه مشوّه الخلق، إلا إذا ثبت بتقرير لجنة طبية من الأطباء الثقات المختصين أن بقاء الحمل، فيه خطر مؤكد على حياة الأم، فعندئذ يجوز إسقاطه، سواء كان مشوه أم لا، دفعاً لأعظم الضررين.

- قبل مرور مائة و عشرين يوماً على الحمل، إذا ثبت و تأكد بتقرير لجنة طبية من الأطباء المختصين الثقات، و بناء على الفحوص الفنية بالأجهزة و الوسائل المختبرية، أن الجنين مشوّه تشويهاً خطيراً، غير قابل للعلاج، و أنه إذا بقي وولد في موعده ستكون حياته سيئة و آلاماً عليه و على أهله، فعندئذ يجوز إسقاطه بناء على طلب الوالدين، و المجلس إذ يقرر ذلك يوصي الأطباء و الوالدين بتقوى الله، و التثبّت في هذا الأمر. و الله ولي التوفيق »، أنظر مجلة المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، العدد السابع، السنة 1990، ص 329.

13/ فقرة (2) منه على أن «- **لا يجوز للطبيب أن يجري أية عملية إجهاض أو أن يصف أي شيء من شأنه إجهاض امرأة إلا في الحالتين التاليتين :**

2- إذا ثبت تشوه الجنين وبالشروط الآتية :

أ – أن يكون الإجهاض بناء على طلب الوالدين.

ب- ألا يكون قد مر على الحمل مائة وعشرون يوماً.

جـ أن يثبت التشوه بتقرير لجنة طبية تضم استشاريين في تخصص أمراض النساء والولادة والأطفال والأشعة.

د- أن يكون تقرير اللجنة مبنيا على الفحوص الطبية واستخدام التقنيات المتعارف عليها علمياً.

هـ- أن يكون الجنين مشوها تشوها خطيرا غير قابل للعلاج بحيث يؤدي إن ولد حيا إلى أن تكون حياته سيئة وآلاماً عليه وعلى أهله» [1]

- **التشريع القطري:** نصت المادة 17 من القانون المتعلق بمزاولة مهنة الطب البشري على أنه: « **يحظر على الطبيب إجهاض امرأة حامل إلاَّ لإنقاذ حياتها. و مع ذلك إذا لم يكن الحمل قد أتم أربعة أشهر، يجوز الإجهاض في الحالتين الآتيتين:**

أ- إذا كان بقاء الحمل يضر بصورة أكيدة بصحة الأم ضرراً جسيماً.

ب- إذا ثبت أن الجنين سيولد مصاباً - على نحو جسيم - بتشوه بدني أو قصور عقلي لا يرجى البرء منه، وبشرط أن يوافق الزوجان على الإجهاض.

و يجب أن تجري عملية الإجهاض المشار إليها في مستشفى حكومي وبقرار من لجنة طبية مشكلة من ثلاثة أطباء أخصائيين أحدهم على الأقل متخصص في أمراض النساء والتوليد.

ويصدر قرار من وزير الصحة العامة بالشروط الواجب توافرها في أعضاء اللجنة الطبية المشار إليها والإجراءات الواجب اتخاذها لإجراء هذه العملية»[2]

---

[1] – قانون رقم 10 لسنة 2008، المتعلق بالمسؤولية الطبية الإماراتي.

[2] – قانون رقم 02 لسنة 1993، يتعلق بمزاولة مهنتي الطب البشري و طب و جراحة الأسنان القطري.

يمكن القول أنه إذا توافرت الشروط المنصوص عليها آنفا سواء في القانون الإماراتي أو القطري، و أخل الطبيب بالتزامه بإعلام الوالدين بتشوه الجنين يكون قد فوت فرصة إسقاط الجنين لتشوهه، لأن فرصة إسقاطه تعتبر حقاً و حرية مشروعة.

3- استعراض قرار 17 نوفمبر 2000:

تتلخص وقائع قضية Perruche، أن السيدة Perruche ، انتقل إليها مرض الحصبة La Rubéole، و التي كانت يُحتمل كونها حامل، فلجأت إلى الطبيب الذي أكّد لها الحمل، و طلب منها إجراء تحاليل مخبرية للبحث عن مضادات المرض Anticorps rubéole ، و نظرًا لوجود تناقض في نتيجة التحليلين اللذين أجرتهما، تم إجراء تحليل المراقبة Analyse de contrôle من طرف مخبر التحاليل، ظهرت فيه نتيجة إيجابية و وجود نسبة 6/1 من مضادات المرض، ما يدل على أن السيّدة بيروش Perruche محصنة ضد هذا المرض فليس هناك احتمال تحقق خطر إعاقة الجنين، و بالتالي لا داعي لإسقاط الجنين. لذلك أنجبت السيدة بيروش Perruche بعد 08 أشهر ولدًا مصاباً بإعاقة جسيمة نتجت عن الحصبة الألمانية الوراثية، انتقلت إلى إليها أثناء فترة الحمل.

قام الزوج بيروش برفع دعوى قضائية ضد الطبيب و مخبر التحاليل، هدفت إلى تعويض الضرر الخاص الذي لحقهما بصفة شخصية، و بهدف جبر الأضرار التي لحقت طفلهما الذي ولد معاقاً.

فقد حكمت محكمة أول درجة Every سنة 1992 بمسؤولية الطبيب و مخبر التحاليل عن الأخطاء المرتكبة، لكن محكمة استئناف باريس[1] عدلت هذا الحكم، برفض تعويض الولد Nicolas Perruche لأن الضرر اللاحق به لا تربط بينه و بين الأخطاء المرتكبة علاقة سببية على سند أن: « **الضرر الذي يعاني منه الطفل(نيكولا) لا تربطه علاقة مباشرة بالأخطاء التي وقعت من جانب الطبيب و مخبر التحاليل و أن الإصابة التي لحقت به يكمن سببها الجوهري و الوحيد في فيروس الحصبة الألمانية الذي أنتقل إليه من أمه وهو ما يزال جنينًا في رحمها**»[2]

---

[1] - *cour d'appel de Paris 17 décembre 1993*

[2] - « ***l'enfant Nicolas ... ne subit pas un préjudice indemnisable en relation de causalité avec les fautes commises par des motifs tirés de la circonstance que les séquelles dont il était atteint avaient pour seule cause la rubéole transmise par sa mère*** »

و عندما عرض النزاع على محكمة النقض الفرنسية على إثر الطعن بالنقض المرفوع من قبل الزوج بيروش Perruche ضد قرار محكمة استئناف باريس بحجة أن هذه الأخيرة استبعدت رابطة السببية بين الضرر اللاحق بطفلهما و بين الأخطاء المرتكبة، قررت في 26 مارس 1996[1] بإلغاء قرار الاستئناف، استنادًا للمادة (1147) من التقنين الفرنسي، و جاء في أسباب الحكم « **أنه من الثابت أن الوالدين قد أبدا رغبتيهما في اللجوء إلى الإجهاض الاختياري، إذ ثبت إصابة الأم بالحصبة الألمانية، و أن الأخطاء التي وقع فيها الطبيب و مخبر التحاليل، قد أوجدت لديهما اعتقادًا زائفًا أن لدى الأم مناعة من الإصابة بهذا المرض، و أن الأخطاء هي في الحقيقة السبب المباشر للضرر الذي لحق بالطفل من جراء إصابة والدته بالحصبة الألمانية حال كونها حامل به»**

و عندما نظرت الدعوى من جديد أمام محكمة استئناف أورليان في 05 فيفري 1999[2] رفضت هذه المحكمة الخضوع لوجهة نظر محكمة النقض على أساس أن: « **الطفل لا يعاني من أضرار قابلة للتعويض ترتبط بعلاقة سببية مباشرة مع الأخطاء التي ارتكبها الطبيب و مخبر التحاليل**». و هكذا، نُظرت القضية مرة أخرى أمام محكمة النقض، و منعقدة انعقادًا في شكل هيئة عامة نظرًا لتمرد محاكم الاستئناف.

بيد أن الهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية تصدّت لها و ألغت هذه الأحكام، استنادًا هذه المرة إلى المادتين (1165، 1382) من ت.م فرنسي. و قررت في 17 نوفمبر 2000 [3]« **حيث أن الأخطاء التي وقعت من جانب الطبيب و مخبر التحاليل في تنفيذ العقود المبرمة بينهما و بين السيّدة الحامل، قد حرمت هذه الأخيرة من ممارسة اختيارها في وضع حد**

---

[1] ***-Cass. Civ 1ére Ch. 26 mars 1996. Pourvoi N°: 94-10951. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007293908&fastReqId=1142600873&fastPos=3

[2] *- Cour d'appel d'Orléans, du 5 février 1999*

[3] - « ***Dès lors que les fautes commises par un médecin et un laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec une femme enceinte avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues »***

للحمل لتجنب ولادة طفل معاق، فإن هذا الأخير (أي الطفل) يمكنه المطالبة بالتعويض عن الضرر الناشئ عن إعاقته، و المتسبب عن الأخطاء المذكورة أو المبينة».

يرجع سبب الضرر اللاحق بالأولياء نتيجة الولادة المعاقة إلى إخلال الطبيب في إعلامهم بالحالة الصحية للجنين، ممّا ترتب عنه اطمئنانهم بالحالة الصحيّة للجنين هذا من جهة، و من جهة أخرى، أنه لم يلفت الطبيب الأم إلى احتمالات عدم دقة عمليات تشخيص حالة الجنين، و كذا التحاليل المخبرية للسائل الرحمي، ممّا دفع الأم إلى عدم ممارسة حقها في الإجهاض بما يسمح به القانون الفرنسي لسنة 1975[1]

ثانيا: الشروط

الواجب توفرها في الضرر المستحق للتعويض:

ينبغي أن يستجمع الضرر مجموعة من الشروط حتى يكون مستحقا للتعويض، و تتمثل هذه الشروط في أن يكون شخصيا، محققا، مباشرا، وأن يمس بحق ثابت أو مصلحة مالية مشروعة و هو ما سنتعرض له تباعا في النقاط التالية:

1- أن يكون الضرر شخصيا:

و نعني بذلك أن يصيب الضرر الشخص المطالب بالتعويض عن الفعل الضار، فتتوفر فيه المصلحة الشخصية حتى تكون دعواه مقبولة. و يتحقق هذا الشرط بالنسبة للأضرار المرتدة عن الضرر الأصلي، إذ يعتبر الضرر المرتد ضررا شخصيا لمن ارتد عليه.

كما لو أصيب شخص في حادث ما أقعده عن القيام بعمله، و بالتالي يحول دون الإنفاق على من يعولهم، فلهؤلاء الحق في طلب التعويض عما لحق بكل واحد منهم من ضرر شخصي، و هذا التعويض يستقل تماما عما يطالب به الشخص العائل من إصلاح مما أصيب هو به من ضرر.

فيكون للضرر المرتد كيان مستقل عن الضرر الأصلي، و يترتب على هذا أنه يمكن لمن أصابه ضرر مرتد المطالبة بالتعويض عنه، حتى لو اتخذت الضحية موقفاً سلبياً من حقها في التعويض عن الضرر الذي أصابها أو تنازلت عنه[2].

---

[1] - *Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption médicale de grossesse, JO 18 janvier*

[2] د/ عاطف النقيب. المرجع السابق ص 340.

و إذا توفيت الضحية المعيلة لأشخاص آخرين دون أن تكون قد طالبت بحقها في التعويض فإن هذا الحق ينتقل إلى ورثتها من بعدها، فيجتمع لديهم هذا الحق مع ما لحق بهم من ضرر مرتد بسبب حادث معيلهم، إلا إذا كانت الضحية قد تنازلت عنه حال حياتها فيبقى لهم الحق في التعويض عن الضرر المرتد الذي لحق بهم، و ما يقضي به من تعويض لا يعتبر تركه، فلا يقسم بين الورثة[1]، و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1982/04/14[2] حيث جاء في حيثياته:« **إن تعويض ذوي الحقوق لا يعتبر إرثا لأن الإرث هو ما خلفه المورث من أموال كان قد جمعها حال حياته، أما التعويض عن الأضرار فهو يعطي لكل من تضرر من الحادث و لو كان غير وارث** ».

2- أن يكون الضرر محققاً:Prejudice certain

و المقصود بهذا ألا يكون الضرر افتراضيا éventuel، بل يجب أن يكون قد وقع فعلاً réalisé، أو أن يكون وقوعه مؤكداً و حتمياً و لو تراخى إلى المستقبل. و هذا ما أكده القضاء في أحكامه، فالقضاء المصري ممثلاً بمحكمة النقض المصرية عرفت الضرر المحقق بقولها « **إن الضرر يكون محققاً إذا كان واقعاً فعلاً، أو كان سيقع فعلاً، أو سيقع حتماً**»[3] كما قررت:« **أن احتمال وقوع الضرر لا يكفي للحكم بالتعويض**»[4] أما القضاء العراقي ممثلاً بمحكمة التمييز فقد سلك مسلك القضاء المصري إذ ورد في قرار لمحكمة التمييز العراقية أن:« **الضرر المطالب به يجب أن يكون محققاً و لا يكفي أن يكون محتمل الوقوع** »[5]، و جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى المغربي[1]: « **إن الضرر الذي**

1- د/ حسين عامر وعبد الرحيم عامر. المرجع السابق ص 430.

2 – قرار المحكمة العليا رقم 24770، الصادر بتاريخ 1984/04/14، المجلة القضائية، العدد الأول، 1985. ص 153

3 – نقض مصري 13 ماي 1965، المجموعة الرسمية لأحكام محكمة النقض، ع 16، رقم 93، ص 570.

4- انظر بهذا الصدد من قضاء محكمة النقض المصرية :

الطعن رقم 2225 لسنة 50 ق، جلسة 1982/6/10، الطعن رقم 148، لسنة 49ق، جلسة 1982/5/4، الطعن رقم421 لسنة 49ق، جلسة 1982/5/9، الطعن رقم 1354 لسنة 49ق، جلسة 1980/3/27. مشار إليها في:

د/ فتحية محمود قرة، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية من عام 1979- 1984، ج1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص512. وانظر أيضا: د/ أحمد محمد إبراهيم، القانون المدني معلقاً على نصوصه بالأعمال التحضيرية و أحكام القضاء وآراء الفقهاء، الطبعة الأولى، 1964، ص216.

5- قرار محكمة التمييز1464، حقوقية، في 27 / 2 / 1965، قضاء محكمة التمييز، المجلد3، ص55. و بنفس المعنى:

- قرار محكمة التمييز، 301، م1، 973 في 6 / 3 / 1974، النشرة القضائية، العدد1، السنة 5، ص67. قرار محكمة التمييز 410 ، م1 ، 975 في 30 / 10 / 1975 ، مجموعة الأحكام العدلية، العدد4، السنة 6، 1975، ص76.

يحق للشخص أن يطالب بردمه هو الضرر المحقق بأن يكون قد وقع فعلاً أو وقعت أسبابه وترامت آثاره إلى المستقبل و لا عبرة بالضرر الاحتمالي الذي قد يقع و قد لا يقع»[2]

فالضرر الحال هو الضرر الذي وقع فعلا، و تكونت عناصره و مظاهره التي توفر للقاضي معطيات تقويمه. و الضرر قد يكون نهائيا منذ وقوع الحادث، أو يصبح كذلك وقت الحكم بالتعويض بعد أن استقر، فيكون تقويم الضرر على أساس ما كان عند الحادث في الحالة الأولى، و على أساس ما استقر عليه في الحالة الثانية.

و الضرر المستقبل هو الضرر الذي تحقق سببه، و لكن لم تكتمل مقوماته في الحاضر، و إن ظهر ما يجعل حصوله في المستقبل أكيداً. و مثاله أن يصاب شخص بعطل دائم يقعده عن العمل، فعطله الدائم الذي ثبت نهائياً هو الضرر الحال، و لكن إذا كان هذا العطل سيؤدي حتماً إلى حرمان المصاب من دخل كان يجنيه، فهذا يعد من الأضرار المستقبلية.

و إذا كانت هناك إصابة في العين نتج عنها مضاعفات، تنبئ أن هناك عجزا سيحصل بها، فالقاضي يحدد التعويض عن نفقات المعالجة و عن الآلام التي لازمتها، حتى يوم حكمه، أما العجز في العين و ما يخلفه من آثار في المصاب، فتقويمها يعد من الأضرار المستقبلة.

و قد ينشأ الضرر المستقبل بعد فترة من الإصابة، بفعل مضاعفات من غير أن يكون عند حصولها منبئة بالضرر المستقبل، فيكون هذا الضرر المستقبل غير متوقعا وقت الحكم بالتعويض، فلا يدخله القاضي في حسابه عند تقديره و مثاله: أن تؤدي إصابة العامل إلى مضاعفات تسبب وفاته، دون أن يكون متوقعاً وقت تقدير التعويض أن هذه الإصابة قد تتفاقم.

– قرار محكمة التمييز، 301، م1، 973 في 6 / 3 / 1974، النشرة القضائية، العدد1، السنة 5، ص67. قرار محكمة التمييز 410، م1 ، 975 في 30 / 10 / 1975 / مجموعة الأحكام العدلية ، العدد4، السنة 6، 1975، ص76.

[1]– قرار المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، رقم 21 في 21 يناير 1976، منشور في مجلة القضاء والقانون، العدد 127، السنة 17، وزارة العدل، المملكة المغربية ، 1978، ص71

[2]– و في نفس الاتجاه فقد جاء في قرار لمحكمة التعقيب التونسية:« **من المعلوم أن التعويضات يجب أن تنال الأضرار الحالة الموجودة في وقت التعويض والتي منها سيتواصل وجوده في المستقبل، أما التي لا أصل لها في الوقت الحاضر فإن ما يتوقع وجوده في المستقبل تمر قبله عدد من الأعوام فإنها تتداخلها بدون شك الاحتمالات و الافتراضات و ليس من شأن التعويض أن ينال الأضرار المحتملة** » أنظر: قرار تعقيبي مدني 4882 في 20 ماي 1982 ، نشرة محكمة التعقيب، القسم المدني، الجزء الثالث ،1983، ص124 .

و ينبغي في هذا الإطار التمييز بين الضرر المستقبل (dommage future) و هو الذي يستوجب التعويض، و بين الضرر المحتمل (dommage éventuel) و هو لا يكفي لاستحقاق التعويض.

فالضرر المحتمل هو ضرر لم يقع، و لا يوجد ما يؤكد أنه سيقع، فيتوقف وقوعه على ظرف غير مؤكد، فهذا النوع من الضرر لا يمكن أن يكون محلا لتعويضه. إذ أنه ضرر افتراضي، و لا تبنى الأحكام على الافتراض[1]،

و قد يدق التمييز أحيانا بين ما يعتبر ضررا محققاً، و خاصة إذا كان مستقبلاً، و بين ما يعتبر ضرراً احتمالياً، و يقصد بذلك أن يتسبب شخص بخطئه في تضييع فرصة على الآخر، و مثاله تفويت فرصة استئناف حكم بسبب تأخر المحامي في تقديم الاستئناف، حرمان طالب من دخول امتحان أو موظف من دخول مسابقة للترقية، ففي هذه الأحوال يكون هناك كسب احتمالي، كان يمكن أن يتحقق، كما كان يمكن أن لا يتحقق، وجاء الفعل الضار و قضى على تحققه.

ذلك أن الكسب الذي فات لم يكن سوى مجرد أمل غير مؤكد تحققه، و من جهة أخرى فإن هذا الأمل صار مستحيلا تحققه قبل الأوان بخطأ من المتسبب فيه الذي حرم المتضرر من فرصة كان من شأنها أن تجعل له حظاً في تحقق أمله لو سارت الأمور سيرها الطبيعي[2].

في الواقع، إن مجرد تفويت فرصة للكسب قد يكون في حد ذاته محققا، إلا أن هذا الضرر لا يصح تقديره بمقدار الكسب الذي فاتت فرصته، بل بالقدر الذي كان يحتمل معه تحقق الكسب من هذه الفرصة المفوتة، فمثلا إذا تعلق الأمر بفوات ميعاد الاستئناف فإن المحكمة التي ترفع إليها دعوى التعويض تنظر إلى مدى احتمال نجاح الاستئناف لو حصل، فإذا

---

[1] د/ حسين عامر و د/ عبد الرحيم عامر. المرجع السابق ص 336. أنظر في نفس المعنى د/ حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية ، الجزء الأول "الضرر" ، المرجع السابق، ص 207.

[2] – لقد أخذت المحاكم الفرنسية في البداية بوجهة النظر الأول وقضت برفض التعويض بناءا على أن الضرر ليس محققا لأنه لا يمس بحق ثابت، وإنما يقتصر على المساس بمجرد الأمل، غير أنها عادت ورأت أن الحرمان من فرصة لا يقتصر أثره على المساس بمجرد الأمل في الفوز، بل أن فيه أيضا مساسا بالحق في انتهاز هذه الفرصة وفي محاولة الفوز، وأن سلب الحق في ذاته يعد ضررا محققا، ولو كانت نتيجته احتمالية، فقضت بأن من تسبب في تأخير تقديم أوراق مرشح في مسابقة يكون مسئولا، لا على مقابل عدم فوز المرشح في المسابقة بل عما يقابل حرمانه من فرصة دخول المسابقة فحسب، ولكن اشترط أن تكون الفرصة المفوتة حقيقية وجدية، كأن تكون حالّة أو وشيكة، فاشترطت مثلا للتعويض عن فرصة ترفيه أن تكون الترقية وشيكة وقت وقوع الحادث الذي منعها، أنظر. د/ سليمان مرقس. المرجع السابق ص 145/144/143.

ظهر أن النجاح كان مؤكدا حكم للمستأنف بتعويض يعادل قيمة الحق الذي ضاع منه، و إلا حكم له بتعويض جزئي يتناسب مع احتمال نجاحه، وإذا كان هذا الاحتمال معدوما فلا يحكم بشيء.

كذلك إذا فاتت الفرصة على شخص في الاشتراك في امتحان من أجل وظيفة، فجاء الحادث و قطع عليه فرصة الاشتراك، فإن هذا يعد ضررا أكيداً لو بدا أن الشخص قد استعد للامتحان فضاعت عليه فرصة النجاح بسبب الحادث، أما إذا ثبت أنه لم تكن لدية المؤهلات التي توفر له فرصة النجاح، فإنه لا محل لاعتبار ضياع فرصة اشتراكه في المسابقة ضرراً أكيداً[1].

3- أن يكون الضرر مباشرا:

و الضرر إما أن يكون مباشراً أو غير مباشر، والضرر المباشر إما أن يكون متوقعاً أو غير متوقعاً، و القاعدة في المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية أنه لا تعويض عن الضرر غير المباشر، بل يقتصر على الضرر المباشر فقط، مع الاختلاف ذلك أنه في المسؤولية التقصيرية يعوض عن الضرر المباشر المتوقع و غير المتوقع، أما في المسؤولية العقدية فالأصل أن يقتصر التعويض على الضرر المباشر المتوقع وحده، و لا يمتد إلى الضرر غير المتوقع، إلا إذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعا إلى غش المدين أو خطئه الجسيم[2].

أ- الضرر المباشر و الضرر غير المباشر:

أن يكون الضرر مباشرا، أي يكون ناتجاً مباشرة من خطأ الطبيب، و من ثم لا يكون هناك محل لمسائلة الطبيب إلا عن نتائج تدخله التي أدت إلى تفاقم حالة المريض، و لذلك مثلا، لا مسؤولية على طبيب كلف بعلاج شخص من داء في عينه بعد أن فقدت العين الإبصار[3]

---

[1] د/ سليمان مرقس. المرجع السابق ص 148/147. وانظر د. حسين عامر وعبد الرحيم عامر. المرجع السابق ص 337.

[2] د/ أنور سلطان. مصدر الالتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام ص 249.

[3] – يرى الأستاذ سليمان مرقس أن الضرر في كلتا المسؤوليتين يجب أن يكون مباشراً، على أساس أن هذا الشرط ليس خاصاً بالضرر، و إنما هو نتيجة حتمية لاشتراط ركن السببية.أنظر د/سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 554.

الضرر المباشر هو ذلك الذي ينشأ عن الفعل الضار، بحيث أن وقوع هذا الفعل يؤدي حتما إلى ترتب هذا الضرر و يكون كافيا لحدوثه، وهذا ما يستشف من نص المادة 182 من (ت. م.ج) التي جاء فيها: « **إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوخاه ببذل جهد معقول. غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد** ».

و المقصود بأن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أن يكون متصلا اتصالاً واضحاً بالفعل الضار، و أن يأتي كنتيجة ضرورية للفعل في ظرفه وتسلسل وقائعه[1].

فالضرر غير المباشر هو الذي يحدث نتيجة للفعل الضار الأصلي، دون أن يتصل به مباشرة، فيكون الفعل الأصلي عاملا لازماً لحصول الضرر، و لكن لا يكون وحده كافياً لإحداثه، و إنما تتدخل أسباب أخرى[2].

ب- الضرر المتوقع و غير المتوقع:

يعوض في المسؤولية التقصيرية عن كل ضرر مباشر، متوقع كان أو غير متوقع، أما في المسؤولية العقدية، فلا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع ما عدا في حالتي الغش والخطأ الجسيم فقد نصت المادة 182 من التقنين المدني في فقرتها الأخيرة على ما يلي « **غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ**

[1] د/ عاطف النقيب. المرجع السابق ص 297. وما يليها لا شك في أن دراسة الضرر المباشر وغير المباشر ترتبط بدراسة العلاقة السببية، ولا شك أيضا أن المشرع الجزائري من خلال هاته المادة، قد أخذ بنظرية السبب المنتج التي مؤداها أن الضرر المستحق للتعويض هو الذي يؤدي إليه الفعل طبقا للمجرى الطبيعي للأمور.

[2] – و مثاله أن يتسبب حادث طبي في إصابة شخص بعاهة، فيندفع إلى الانتحار لينهي حياته، فلا خلاف على أن وصف العاهة يعد ضررا مباشرا لكن الضرر الناتج عن الانتحار هو الذي يثير الخلاف، إن كان مباشرا أو غير مباشر. غير أنه لا شك أن التطبيق السليم للمادة 182 السابقة الذكر، يحول دون الربط بين الانتحار، والحادث الطبي، ذلك أنه ليس كل مصاب بتلك العاهة سيقوم بنفس التصرف، و يقدم على الانتحار، فيعد الانتحار نتيجة غير مباشرة للحادث.

جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد »[1]، و لكن ما هو المقصود بالضرر الذي كان يمكن توقعه عادة ؟

إن تحديد ما إذا كان الضرر الذي أصاب الدائن متوقعا أم غير متوقع مسألة دقيقة و حساسة، لكن الفقه وضع قواعد يتعين إتباعها عند تحديد الضرر المتوقع و هي:

لا يكفي أن يكون الضرر متوقعاً في سببه و نوعه، بل أن يكون متوقعاً أيضا في مقداره و مداه، فلا يسأل المدين إلا عن القدر المتوقع من الضرر، و هذا باعتبار أن نص المادة 182 فقرة أخيرة جاء عاماً.

و لا يقصد بتوقع مقدار الضرر أن يتم ذلك على وجه الدقة، و إنما يكفي أن يكون تقريبياً، مادام كافياً لإعلام المدين بدرجة جسامة التعويض الذي يلتزم به. إذن العبرة في توقع الضرر هي بوقت التعاقد، فلو أن المدين لم يتوقع الضرر في هذا الوقت، ثم توقعه بعد ذلك، فإنه لا يكون مسؤولا عنه لأنه لم يلتزم به وقت إبرام العقد، و هذا ما بينته المادة 182 أعلاه.

إن المعيار في توقع الضرر هو معيار موضوعي، فالضرر المتوقع هو الضرر الذي يمكن توقعه عادة، فالمقصود إذن ليس الضرر الذي توقعه المدين فعلا، أو الذي كان يستطيع توقعه، و إنما الضرر الذي كان يمكن للشخص العادي أن يتوقعه لو وجد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين. و تأسيساً على هذا، إذا أهمل المدين في تبين الظروف التي كان من شأنها أن تجعله يتوقع الضرر، فإن الضرر الحاصل يعتبر متوقعاً، قياساً على الشخص العادي. أما إذا كان عدم توقع المدين للضرر يرجع لفعل الدائن بأن كان ظرفاً خاصاً يتعلق به، لم يكن في وسع المدين توقعه، فلا يسأل عن هذا الضرر.

و اختلف الفقه في تبرير قصر التعويض على الضرر المباشر المتوقع في المسؤولية العقدية إلى جانبين:

فذهب جانب إلى أن الضرر غير المتوقع لم تشمله إرادة المتعاقدين فلا تعويض عنه، أما إذا ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما، فمسؤولية المدين تنقلب إلى مسؤولية تقصيرية تشمل الضرر غير المتوقع.

[1] – أمر 58/75 مؤرخ 26 سبتمبر 1975، يتضمن قانون المدني، ج ر عدد 78 مؤرخة 30 سبتمبر 1975 م، المعدل و المتمم

و على اعتبار أن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى المسؤولية العقدية، فقد افترض القانون أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسؤولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذي يتوقعه المدين. و يكون هذا المقدار بمثابة شرط اتفاقي يعدل من مقدار المسؤولية و يحصره في الضرر المتوقع بينما يذهب الجانب الثاني من الفقه إلى أن المسؤولية عن الضرر غير المتوقع في حالة الخطأ الجسيم و الغش لا تعدو على أن تكون عقوبة مدنية نص عليها القانون[1].

4- أن يمس الضرر بحق ثابت أو مصلحة مالية مشروعة:

و يقصد بمساس الضرر بحق ثابت للمضرور أنه لا يمكن مساءلة المعتدي إلا إذا مس اعتداؤه بحق ثابت يحميه القانون، سواء كان هذا الحق ماليا، مدنيا أو سياسيا. فلكل شخص الحق في الحياة و في سلامة جسمه، و التعدي عليهما ينشئ ضرر من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب، أو يؤدي إلى نفقات تبذل للعلاج. و قد يكون الضرر مرتدا على النحو الذي سبق شرحه، فيصاب شخص بالضرر جراء إصابة شخص آخر، كانقطاع نفقة الأب عن ابنه، نتيجة إصابته بضرر طبي أقعده عن العمل، فهذا ضرر لاحق بالحق في النفقة.

و يشترط أن تكون المصلحة مشروعة للتعويض عنها، فإذا كانت غير مشروعة فلا يعتد بها، فلا يمكن تعويض الخليلة على فقد خليلها الذي كان يتولى الإنفاق عليها، لأن هذه المصلحة تقوم على علاقة غير مشروعة[2].

---

[1] د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري. المرجع السابق، الجزء الأول، ص685. أنظر كذلك : د./عبد الحميد الشواربي. المرجع السابق، ص 311. د/ أنور سلطان. مصادر الالتزام ص 252.

[2] ومع ذلك فقد استقر القضاء الفرنسي بعد أن تضاربت آراؤه زمنا طويلا على قبول الادعاء من الخليلة شرط أن تكون علاقته بالخليلة ثابتة ومستمرة. أنظر: د/ عاطف نقيب. المرجع السابق ص 307. د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق الجزء الأول ص 858. د/ حسين عامر وعبد الرحيم عامر. المرجع السابق ص 341.

الفرع الثاني: علاقة السببية:

نتناول في هذا الفرع الركن الثالث من الأركان الواجب توفرها لقيام المسؤولية المدنية للطبيب وهي رابطة السببية، لأنه لا يكفي لتحقق المسؤولية المدنية للطبيب وقوع الخطأ الطبي وحصول الضرر الطبي فقط[1]، بل لابد من وجود علاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الحاصل للمريض، لأن الرابطة السببية شرط أساسي من شروط المسؤولية المدنية للطبيب، مع العلم أن هذه العلاقة ضرورية ومستقلة عن الخطأ والضرر، وإذا أراد الطبيب أن ينفي العلاقة السببية عليه إثبات السبب الأجنبي، وأن يرفع المسؤولية عن نفسه بما ورد في نص المادة 127 من ت.م.ج على أنه: « **إذا أثبت الشخص أن الضرر نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو من الغير، كان غير ملزم بالتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك**»[2]. و بذا سنتعرض في النقطة الأولى إلى إثبات العلاقة السببية(أولا)، و في النقطة الثانية إلى قطع العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر(ثانيا)

أولا: إثبات علاقة السببية:

يشترط القضاء المدني الفرنسي لقيام مسؤولية الطبيب من قيام علاقة سببية مباشرة وأكيدة بين خطأ الطبيب و الضرر اللاحق بالمريض[3] واشتراط التأكيد واليقين من أن

---

[1]– أنظر كذلك في نفس المعنى د/ أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه، مرجع سابق، ص 471.

[2]- أمر 58/75 مؤرخ 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن قانون المدني ، ج رعدد 78 مؤرخة 30 سبتمبر 1975 م ، المعدل و المتمم.

[3]-***« la mise en œuvre de la responsabilité du médecin suppose l'existence d'un lien de causalité direct et certain entre le fait qui lui est imputé et le préjudice »- Cass. Civ 1ére Ch. 11 juin 2009. Pourvoi N°: 07-14932. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020745807&fastReqId=1396000809&fastPos=1
- « Alors que la responsabilité est subordonnée à la preuve d'un lien de causalité direct et certain entre une faute et le préjudice dont la réparation est poursuivie; »
Cass. Civ 1ére Ch. 14 oct. 2010. N° de pourvoi: 09-68471. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022921653&fastReqId=2075580038&fastPos=3
- « Alors que la mise en œuvre de la responsabilité civile professionnelle du médecin suppose l'existence d'un lien de causalité entre la faute alléguée et le préjudice dont il est demandé réparation »

الخطأ الطبي هو السبب الضرر النهائي اللاحق بالمريض، يؤدي حتماً إلى إعفاء الطبيب من أية مسؤولية، مع العلم أن الخبرة الطبية أحياناً تعجز على إثبات العلاقة السببية اليقينية بين الخطأ الطبي والضرر اللاحق بالمريض، مما يترتب عنه آليا عدم مسؤولية الأطباء، لذا استعان القضاء الفرنسي بنظرية تفويت الفرصة كوسيلة لمواجهة الشك القائم حول علاقة السببية و بالتالي الانتقال من السببية اليقينية إلى السببية الاحتمالية. لذا نستعرض نظريات السببية التقليدية(اليقينية) في النقطة(1)، واللجوء إلى نظرية فوات الفرصة كوسيلة لتطويع ركن السببية في حالة الشك القائم حول علاقة السببية في النقطة(2).

1: نظريات السببية :

حقيقة أنه في حالة وحدة السبب(الفعل) و النتيجة(الضرر) قد يكون من السهل على القاضي استظهار وجود علاقة السببية بينهما أو انعدامها، و وحدة السبب أو النتيجة من الأمور النادرة حقيقة. فالتعدد في الأسباب هو الذي اختلفت الأفهام فيه و أدلى كل منهم بدلوه في السبب الفاعل، من بين هذه الأسباب، الذي تسند إليه النتيجة الضارة. ولقد افترقت الآراء في مسألة إسناد النتيجة الضارة إلى السبب الفاعل من هذه الأسباب المتعددة، ولقد أدى ذلك إلى تعدد النظريات في هذا الشأن فمنها من عادل بين الأسباب، ومنها من أسندها إلى السبب الأقوى، وقائل بالسبب المنتج، ونعرض لهذه النظريات القانونية بالبحث فيما هو آت من النقاط.

أ- نظرية تعادل الأسباب و تكافؤها

Théorie de l`équivalence des conditions

وضع الفقيه الألماني فون بيري Von Buri [1] أُسس هذه النظرية و لقد وجدت صدى في الفقه الفرنسي على يد مارتو Marteau و ديموج Demogue، و كان الهدف من قيامها هو وضع المعيار الذي يتم على أساسه إسناد النتيجة الضارة إلى مصدرها.

Cass. Civ 1ére Ch. 26 mai 2011. N° de pourvoi: 10-15550. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024085512&fastReqId=956855845&fastPos=3

[1]- د/ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص، 538. د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 461.

ويرى أنصار هذه النظرية أن كل سبب ساهم في إحداث الضرر بحيث لولاه ما وقع الضرر يعد سببا منتجاً له، و تتلخص في أن كل سبب له دخل في إحداث الضرر مهما كان بعيدا يعتبر من الأسباب التي أحدثت الضرر فجميع الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر متكافئة متعادلة كأن كلا منها منفرد في إحداث هذا الضرر، بمعنى أن أي سبب منها هو الذي أحدث الضرر ويكون السبب بهذا الوصف أن الضرر لم يكن ليقع لولاه فهذه النظرية توجب الاعتداد بجميع الأسباب التي اشتركت في حصول واعتبارها متكافئة في المسؤولية[1].

ولذلك فان هذه النظرية تعتبر أن كل عامل من العوامل شرطا لحدوث النتيجة دونما تمييز بين عامل و آخر من حيث قوته أو أثره بالنتيجة كما أن النظرية تحمل المسؤولية لعمل الإنساني وحده حتى لو كان مصحوبا بقوة قاهرة[2].

فإذا اشترك في الخطأ الذي أدى إلى النتيجة أكثر من طبيب فإنهم يسألون جميعا و يعتبر سببا مباشراً و لو تدخلت عدة عوامل ساعدت مع فعل الطبيب إلى وقوع النتيجة، حتى لو كان قد توقع أو كان بإمكانه أن يتوقع مثل هذه الأسباب، و تأخذ محكمة النقض الفرنسية بنظرية (تعادل الأسباب) كمعيار للسببية فكل العوامل التي ساهمت في إحداث الضرر بدور ملحوظ يجب أن تتحمل نصيبها في التعويض[3].

وقد وجهت انتقادات للنظرية السابقة في أنها تؤدي إلى إرهاق المضرور و ضياع حقه، و لكن ما يلاحظ من الرجوع إلى أحكام القضاء الفرنسي أنه كلما ارتقى الضحايا أو ورثتهم سلم النزاع و انتقلوا إلى درجة قضائية أعلى كلما انحصرت المسؤولية وقل عدد الملزمين بتعويض الضرر بحيث في النهاية تتركز المسؤولية في شخص واحد أو شخصين، تحت مسمى، الإخلال بالالتزام بالإفضاء، أو الالتزام بالسلامة(أطباء، مستشفيات، مراكز الدم)[4].

---

[1]– المعايطة، عمر منصور، المسؤولية المدنية و الجنائية في الأخطاء الطبية، مرجع سابق، ص 61.

[2]– الحياري، أحمد، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص 136– 137.

[3]– عبد الحميد، ثروت، تعويض الحوادث الطبية، مرجع سابق، ص 131– 133.

[4]– عبد الحميد ثروت، تعويض الحوادث الطبية، مرجع سابق، ص133.

و دليل على ما قيل هو حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية في 12 أفريل 1995 حيث كانت المسؤولية في البداية تقع على عاتق ثلاثة أشخاص أمام محكمة باريس، و لكنها تركزت في النهاية على شخص واحد أمام محكمة النقض و غالبا ما يكون أكثر قدرة على تحمل التعويض، كما لو كان خاضعا لنظام التأمين الإجباري من المسؤولية[1].

و أيضا وجدت هذه النظرية تطبيقا لها في مصر أمام محكمة النقض المصرية بالقرار رقم 10/22/بتاريخ 1941/1/23 حيث قررت" **بأن تعدد الأخطاء يوجب قيام مسؤولية كل من أسهم فيه سواء كان سببا مباشرا أو غير مباشرا أدى إلى وقوع النتيجة** "[2].

و نجد كذلك اجتهاد محكمة التمييز الأردنية في القرار رقم 330/ 2004 بتاريخ 2004/4/19، قد أخذ بنظرية تعادل الأسباب « **بمعنى أنه يجب أن يكون هنالك رابطة سببية بين فعل الجاني و بين الأسباب و العوامل الأخرى التي يجهلها الفاعل و التي أدت إلى الوفاة و بحيث لا يسأل عن النتيجة متى كان من المؤكد أنها ستحدث حتى لو لم يقع الاعتداء** »[3].

ب- نظرية السبب المنتج (الفعال):

Condition adéquate

صاحب هذه النظرية الفقيه الألماني " فون كريس Von Kreis " و مقتضاها أننا نستعرض جميع الأسباب التي لها دخل في إحداث الضرر و نميّز فيها بين السبب العارض و السبب المنتج، و نعتمد السبب المنتج وحده سببا للضرر فهو السبب المألوف لإحداث الضرر حسب المجرى الطبيعي للأمور، و خلافه السبب العارض الذي وجوده أو غيابه لا يغير من الموضوع شيئاً[4].

---

[1]- المرجع السابق، ص133.

[2]- سعد أحمد محمود، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه، مرجع سابق، ص 483.

[3]- قرار محكمة التمييز الأردنية، تميز جزاء رقم 2004/330، تاريخ 2004/4/19. www.adaleh.com.

[4]-

و بهذا الاتجاه قررت محكمة ليون الفرنسية في القرار رقم 2/1014 بتاريخ 1971/5/25 من أن الطبيب الجراح و المستشفى الخاص غير مسؤولين عن وجود حالة شاذة و لم يكن يعلم بها أو يتوقعها الطبيب، فقطع شريان السباتي أثناء إجراء عملية جراحية للمريض في البلعوم، و بسبب أن الوريد لم يكن في موقعه، و هذا سبب كاف لإعفائهم من المسؤولية و لو ثبت أن هناك خللا في الأجهزة الطبية و لم يكن ذا أثر على وفاة المريض[1].

و أيضا فقد اتجه القضاء المصري حاليا إلى الأخذ بالسبب المنتج حيث قررت محكمة النقض المصرية في القرار رقم 51/1247/ بتاريخ 1982/6/24 **بأن « ركن السببية في المسؤولية التقصيرية مناط تحققه توافر السبب المنتج دون السبب العارض، و لو اقترن به »**[2]. كما أخذت بها محكمة التمييز القطرية في قرارها **« لما كانت رابطة السببية في المسئولية التقصيرية تقوم على الخطأ المنتج للضرر، و كان الخطأ الذي أثبته الحكم في حق الطاعن الثاني مما تقدم بيانه كافياً لإحداث النتيجة الضارة بالصورة التي تمت بها مستغنياً بذاته عن مساهمة الأخطاء الأخرى التي نسبها الحكم إليه، فإن نسبة تلك الأخطاء إليه – و أياً كان وجه الرأي فيها يكون مجرد استطراد زائد عن حاجة الدعوى يقوم الحكم بدونه ويكون النعي عليه في خصوصها غير منتج »**[3]. كما نجد تطبيق لذلك في القضاء السوري حيث جاء في قرار لمحكمة النقض السورية على أن: **« إذا اجتمع السبب العارض و السبب المنتج وجب الوقوف عند السبب المنتج و إهمال السبب العارض»**[4]

---

[1]– المحتسب بالله ، بسام، المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية، مرجع سابق، ص 257. و للمزيد، الحيارى، أحمد، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص 130.

[2]– منصور، محمد، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 175– 176.

نقض مدني مصري رقم1247 /51 بتاريخ 1982/6/24، و التشريعات المصرية 2009/1/15، مرجع سابق. قاعدة الاجتهادات: www.arablegalportal.org

[3]– تمييز مدني رقم 96 لسنة 2006 جلسة 26 ديسمبر 2006. شبكة المحامين العرب موسوعة الأحكام القضائية العربية موسوعة الأحكام القطرية. محكمة التمييز

http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=QAJudgByCourtes&FIID=344

[4]– قرار رقم 2448 تاريخ 1964/01/31، مجلة المحامون، عدد 11 لسنة 1964، ص 318.

2 – " نظرية فوات الفرصة "وسيلة القضاء في تطويع ركن السببية

لمواجهة الشك وعدم اليقين الذي يطغى على رابطة السببية بين الخطأ الطبي والضرر، قرر القضاء الفرنسي أن يجد ملجأ لتيسير مهمة إثباتها عن طريق استعمال نظرية فوات الفرصة، والتي تمت ملائمتها مع موضوع المسؤولية الطبية. ونتعرض هنا لنظرية فوات الفرصة قبل قانون 4 مارس 2002 (1) وبعد هذا القانون (2)

أ- اللجوء إلى فوات الفرصة قبل قانون 4 مارس 2002:

فيما يخص ركن السببية اشترط القضاء المدني لقيام مسؤولية الطبيب من قيام علاقة سببية مباشرة وأكيدة بين خطأ الطبيب والضرر اللاحق بالمريض، ونظراً لعجز النظرية التقليدية[1] أحياناً في إقامة الرابطة السببية بين الفعل والضرر لجأ القضاء المدني الفرنسي لفكرة أو نظرية تفويت الفرصة لإقامة السببية بين فوات الفرصة والخطأ لتعويض المضرورين، والحقيقة أن هذه الفكرة تقف ورائها اعتبارات عملية تتمثل في منح المريض وهو الطرف الضعيف قدراً أكبر من الحماية بتخفيف عبء الإثبات عنه، خاصة في حالات التدخل الجراحي التي يتعذر عليه فيها إثبات السببية، ولذلك فهي تعد إحدى وسائل إعادة التوازن المفقود في العلاقة بين الطبيب والمريض.

ويرى بعض الفقه أن هذه الفكرة تقوم على أساس الشك في وجود السببية، شكاً يحمل المسألة من نطاق السببية اليقينية إلى نطاق السببية الاحتمالية[2]، وذلك على أساس أنه يكفي للحكم على الطبيب بالتعويض أن يثبت أنه قد أضاع على المريض فرصة بقائه على قيد الحياة، أو فرصة سلامته الجسدية، دون أن يتأكد القاضي من أن خطأ الطبيب هو السبب[3].

والقاضي عند تقديره للفرصة الضائعة يقيم العلاقة السببية بين الخطأ والضرر بالاستعانة بعنصر الاحتمال الذي يتم تقديره حسابيا استناداً إلى الخبرة الطبية، فإذا بينت هذه الأخيرة أن علاجاً ما يؤدي إلى 80 % من نسبة الشفاء، فإن ذلك يعد دليلا

---

[1] – سهير منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية، ص 105.

[2] - ***ROGER Mislawski**, thèse; la causalité dans la responsabilité civile recherches sur ses rapports avec la causalité scientifique, université CERGY-PONTOISE, année 2006. P 266.*

[3] – سهير منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية، ص 108.

معقولا، والذي وإن كان لا يصل إلى حد اليقين، إلا أنها نسبة تصل إلى حد الترجيح المعقول، الذي يكون كافيا لتقرير أن خطأ الطبيب فوت فرصة الشفاء على المريض.

أما القضاء الجنائي المقارن لا يقبل إلا بالسببية المباشرة والأكيدة ولا يعترف بتفويت الفرصة كأساس للتعويض لتعارضها مع مبادئ القانون الجنائي لاسيما مبدأ الشرعية ومبدأ قرينة البراءة [1]، وتأكيداً لما سبق قررت محكمة النقض البلجيكية في قرارها الصادر بتاريخ 23 سبتمبر 1974 على أن:« **نسبة 10% الباقية تعتبر كسبب طبيعي للوفاة والتي على رغم من ضآلتها، فهي تبث الشك في علاقة السببية مما يتعيّن الحكم ببراءة الطبيب**»[2]، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 9 جانفي 1979 أنه: « **إذا كان خطأ الطبيب قد ضيّع على المريض فرصة الشفاء، إلا أن ذلك لم يكن السبب المؤكد للوفاة** »[3]

ب- التراجع

النسبي عن فوات الفرصة بعد قانون 4 مارس 2002:

تعتبر نظرية فوات الفرصة في المجال الطبي بمثابة الوسيلة القضائية التي تيسّر مهمة إثبات رابطة السببية بين الخطأ الطبي والضرر اللاحق بالمريض، ويكون ذلك عندما يتصدى القاضي لوضعية عدم التأكيد العلمي، ويبرر بواسطتها التعويض الممنوح للضحية أو ورثتها.

لكن بصدور بقانون 4 مارس 2002، تقلص مجال تطبيق نظرية فوات الفرصة كوسيلة لإقامة السببية النسبية بين الخطأ الطبي و الضرر وذلك من ناحيتين:

---

[1] - ***ROGER Mislawski***, *thèse; la causalité dans la responsabilité civile recherches sur ses rapports avec la causalité scientifique, université CERGY-PONTOISE, année 2006. P 258.*

[2] - ***-ANNE(Boyer)***, *l'information dans le système de santé nature et conséquences sur la relation médicale, thèse présenté a l'école doctorale sciences de l'homme et de la société, université de Limoges, 2008.p 135.*

[3] - *Cass. Crim, 9 jan. 1979 :* ***« Si la faute du médecin avait fait perdre au malade une chance de survie, elle n'était pas la cause certaine de la mort »***
Cass. Crim. 9 jan 1979. Pourvoi N°: 77-15362. Consulter l'arrêt sur lien suivant : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007057498&fastReqId=915913278&fastPos=106

- في مجال الإخلال بالإعلام:

إذا كانت النتائج المفيدة لمصلحة المرضى، التي أتى بها قرار 25 فيفري 1997 والمتمثلة في جعل عبء إثبات تنفيذ الالتزام الطبي بالإعلام على عاتق الطبيب، لا يمكن إنكارها، وكانت لذلك محلا لتأييد جانب كبير من الفقه هذا من جهة، ومن جهة ثانية أدى هذا حتماً إلى لجوء الأطباء للكتابة باعتبارها الوسيلة الآمنة و المثلى لإثبات تنفيذهم لهذا الالتزام[1]، فمن خلال هذه الكتابة الموقعة من المريض، سيتوافر لدى الطبيب الوسيلة الأكيدة لتفادي المنازعة من قبل المريض بشأن إعلامه و هذا بالاستعانة بها عند الحاجة، كدليل مؤكد لإثبات قيامه بتنفيذ هذا الالتزام.

إذن لا شك أن هذا التحول في مجال عبء إثبات تنفيذ الالتزام بإعلام المريض يشكل خطوة هامة في سبيل حماية المريض إزاء ما يصادفه من صعوبات في سبيل النهوض بعبء إثبات الخطأ الطبي الذي يقع أصلا على عاتقه، وهذا التحول القضائي الذي كرسه المشرع في المادة L1111-2 من ق. ص.ع.ف[2] المضافة بالمادة (11) من قانون 4 مارس 2002 يشكل كذلك خطوة هامة في حماية الطبيب من الرجوع عليه على أساس فوات الفرصة لأن قبل هذا التحول القضائي و التشريعي كان المحامون يلجئون في تأسيس طلبات تعويض المرضى على أساس فوات الفرصة التي وَجدت في نطاق الإعلام المجال الخصب لتطبيقها، كما أنه حسب الأستاذ P. JOURDAIN تُجنب القضاة عناء البحث عن إقامة الرابطة السببية اليقينية بين الخطأ والضرر[3]، و

---

[1]- *Article L1111-2 al 8 du C.S.P.F* ***« En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen. »***

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

Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser ».

[3] - P.JOURDAN. RTD 1989. P 81.

بالتالي كلما وجد دليل كتابي لدى الطبيب بإعلام مريضه لا يمكن القاضي اللجوء إلى نظرية فوات الفرصة نتيجة عدم إعلام المريض. و بالتالي انتفاء المسؤولية في جانب الطبيب لانتفاء الخطأ الطبي.

– ضمان الأضرار الناجمة عن الحادثة الطبية

باسم التضامن الوطني بمقتضى المادة L1142-1 الفقرة الثانية:

نتيجة غياب نظام خاص لتعويض ضحايا الحوادث الطبية، تم استعمال نظرية فوات الفرصة أمام القضاء العادي كحيلة لطلب التعويض عن الضرر اللاحق بفعل وقوع الحادثة الطبية، وذلك بالاستناد إلى فوات فرصة تجنب الخطر العلاجي كونه مرتبط لا محالة بالحادثة الطبية. فالمضرور بمقتضى هذه المادة يلجأ مباشرة للحصول على التعويض في إطار التضامن الوطني مؤسساً طلبه على الحادث الطبي، مجنباً نفسه اللجوء إلى القضاء نتيجة تعقد و طول الإجراءات، و هذا كفيل بانحصار نظرية فوات الفرصة. حيث نصت المادة L 1142-1 فقرة (2) على التعويض عن الحوادث الطبية باسم التضامن الوطني: « **عندما لا تقوم مسؤولية مهني أو مؤسسة أو مصلحة أو هيئة المشار إليهم في الفقرة الأولى، أو صانع منتجات صحية، فإن أي حادث طبي un accident médical أو علة علاجية المنشأ une affection iatrogène أو إنتان المشفى infection nosocomiale يعطي المريض، أو لورثته في حالة وفاته، الحق في تعويض الأضرار باسم التضامن الوطني، عندما تكون هذه الأضرار ناجمة مباشرة، عن الأعمال المتعلقة بالوقاية أو التشخيص أو العلاج، و تكون قد أدت بالنسبة للمريض إلى نتائج استثنائية بالنظر إلى حالته الصحية و كذلك التطور المتوقع لها، و أن تمثل هذه النتائج طابعاً جسيماً يحدده مرسوم، و يقدر طابع الجسامة بالنظر إلى فقدان القدرة الوظيفية، و نتائجها على الحياة الخاصة و المهنية، هذه النتائج التي تقدر بعد الأخذ بالحسبان بصورة خاصة نسبة العجز الدائم بالكيان الجسدي و النفسي أو مدة التوقف المؤقت عن النشاط المهني أو مدة العجز الوظيفي المؤقت**» [1].

[1]- Article L1142-1 al II du C.S.P.F dispose que : « ***Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits***

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي اشترط بموجب نص المادة السالفة المضافة بالقانون 4 مارس 2003 أن تتعدى نسبة العجز التي يعاني منها المريض 25 % لكي يستفيد من التعويض، و حددها المرسوم الصادر في 4 أفريل 2003 بنسبة 24%.

يلاحظ أن المشرع الفرنسي عند وضعه لنظام خاص بتعويض الحوادث الطبية قد وضع حداً جزئياً لنظرية فوات الفرصة، التي تبقى ممكنة التطبيق بالنسبة للأضرار التي تقل جسامتها عن 24 % خاصة إذا أغفل الطبيب الكتابة لإثبات تنفيذه للالتزام بالإعلام.

ثانيا: قطع علاقة السببية:

نص المشرع الجزائري على السبب الأجنبي في المادة 127 من ت.م.ج[1] على أنه: «**إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك** »[2]

كما نص في المادة 138/ 2 من ت.م.ج[3] على أنه: « **يعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة** »[4].

فالسبب الأجنبي الذي يقطع العلاقة السببية بين الخطأ الطبي و الضرر اللاحق بالمريض هو كما جاء في المادتين السالفتين (1) القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ force majeure ou cas fortuit (2) خطأ المضرور faute de la victime (3) خطأ الغير faute d’un tiers، ويعرف السبب الأجنبي بأنه كل أمر لا يد فيه

---

n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'incapacité permanente ou de la durée de l'incapacité temporaire de travail»

[1]- أمر 58/75 مؤرخ 26 سبتمبر 1975، يتضمن قانون المدني، ج ر عدد 78 مؤرخة 30 سبتمبر 1975 م ، المعدل و المتمم.

[2]- تقابلها المادة 165 من ت.م مصري

[3]- أمر 58/75 مؤرخ 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن قانون المدني ، ج رعدد 78 مؤرخة 30 سبتمبر 1975 م ، المعدل و المتمم.

[4]– تقابلها المادة 178 من ت.م. مصري،

للطبيب ويكون هو السبب في إحداث الضرر ويترتب عليه انتفاء مسؤوليته كلها أو بعضها. وسنستعرض تباعاً كل من هذه الأسباب الثلاثة كصور للسبب الأجنبي.

1- القوة القاهرة أو الحادث الفجائي:

إنّ المشرع الجزائري لم يعرف القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ على غرار المشرعين المصري و الفرنسي[1] و إنما أشار إليهما فقط في المادتين 127 و 138/ف2 من ت.م.ج باعتبارهما صورتين مترادفتين للسبب الأجنبي، أمّا النص العربي للمادة 138/ف2 فقد أشار إلي الحالة الطارئة بدلا من الحادث المفاجئ هذا من جهة.

و من جهة أخرى القوة القاهرة و الحادث الفجائي شيء واحد، بالرغم من أن بعض الفقهاء قد اعتبرهما مختلفان، فقالوا: « **أن القوة القاهرة هي الفعل الذي يستحيل دفعه**»، بينما الحادث الفجائي هو «**الحال الذي لا يمكن توقعه**»[2]، و فسروا بالقول أن القوة القاهرة حدث مصدره من الخارج و لا يتصل بنشاط المدعي مثل العاصفة أو الزلزال بينما الحادث الفجائي يأتي من الداخل و يكون متصلا بنشاطه، كما في حالة انفجار آلة أو احتراق مادة، إلا أن الإجماع الفقهي لا يفرق بينهما إذ قال مازو: « **إنّ عبارة الحادث المفاجئ ما هو إلاّ مرادف لكلمة القوة القاهرة...والقوة القاهرة هي واقعة مجهولة غير ممكن توقعها ولا دفعها**»[3]. أمّا الأستاذ سليمان مرقس فقد عرّف القوة القاهرة والحادث المفاجئ فقال: « **القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ, تعبيران مختلفان يدلان على معنى واحد يقصد به أمر غير متوقع حصوله وغير ممكن تلافيه, يجبر الشخص على الإخلال بالتزام**»[4]. و قد عرّفتهما محكمة النقض الفرنسية بأنّهما: « **كل حادث خارجي يحدث فجأة فلا يستطيع الشخص توقعه و لا درؤه** »[5].

---

[1]- على خلاف القانون التونسي الذي عرّف القوة القاهرة في الفصل 283 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية بأنّها: « **القوة القاهرة لا يتيسر معها الوفاء بالعقود, هي كل شيء لا يستطيع الإنسان دفعه كالحوادث الطبيعية من فيضان ماء, قلة أمطار وزوابع وحرائق وجراد أو كهجوم جيش العدو أو فعل الأمير ولا يعتبر السبب الممكن اجتنابه قوة قاهرة إلاّ إذ أثبت المدين انّه استعمل كل العزم في درئه وكذلك السبب الحادث من خطأ متقدم من المدين, فإنّه لا يعتبر قوة قاهرة** ».

[2]- د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج2، 482.

[3]- جدي نسيمة، القوة القاهرة في القانون المدني الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 2005-2008. ص 35.

[4]- د/ سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية ، مرجع سابق، ص 491 و 492..

[5]- *Cass. Civ 1^ére^Ch. 29 oct. 1985. Pourvoi N°: 95-11205* : « ***La force majeure ou le cas***

أمّا المحكمة العليا فقد عرّفت القوة القاهرة بأنّها: « **حدث تتسبب فيه قوة تفوق قوة الإنسان, حيث لا يستطيع هذا الأخير أن يتجنبها أو أن يتحكم فيها, كما تتميز القوة القاهرة أيضا بطابع عدم قدرة الإنسان على توقعها**»[1].

إذن يشترط في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي لكي تنفى علاقة السببية، عدم إمكانية توقع[2] من قبل الطبيب وكذلك أن يستحيل عليه دفعه[3] أيضا وفي هذا تقول محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 1976/1/29« **القوة القاهرة بالمعنى الوارد في المادة 165 من القانون المدني تكون حرباً أو زلزالاً أو حريقاً، كما قد تكون أمراً إدارياً واجب التنفيذ، بشرط أن يتوافر فيها حالة استحالة التوقع و استحالة الدفع، و ينقضي بها التزام المدين من المسؤولية العقدية، و تنتفي بها علاقة السببية بين الخطأ و الضرر في المسؤولية التقصيرية، فلا يكون هناك محل للتعويض في الحالتين** »[4]، فإذا توفرت هذه الشروط ينتج عنها انتفاء العلاقة السببية و قطعها بين الخطأ المنسوب للطبيب والضرر الواقع على المريض و لا يكون هناك مجال للمريض للمطالبة بالتعويض[5] ، أما إذا اشتركت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مع خطأ الطبيب المدعى عليه في وقوع الضرر، فلا محل هنا لتوزيع المسؤولية، لأن القوة القاهرة لا يمكن نسبتها إلى شخص آخر يشترك مع الطبيب المدعى عليه في تحمّل المسؤولية، وبناء عليه يتحمل الطبيب المدعى عليه وحده المسؤولية كلّها[6]، لأن القوة

---

fortuit suppose nécessairement un événement extérieur à l'activité du débiteur de l'obligation ». *Consulter l'arrêt sur le lien suivant :*
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007016116&fastReqId=53703227&fastPos=11

[1]– قرار ا للمحكمة العليا (الغرفة التجارية) بتاريخ06/11/ 1990، في ملف رقم 65920 مجلة قضائية ،عدد2، لسنة 1991.

[2]– عدم إمكانية التوقع هو عدم إمكان التوقع ثانية لا عدم التوقع إطلاقا، لأن القول بأن عدم التوقع إطلاقا يؤدي إلى خروج حوادث كثيرة من دائرة القوة القاهرة كالزلازل و الحروب.

[3]– أما المقصود باستحالة الدفع هي الاستحالة المطلقة سواء كانت مادية أو معنوية، أما إذا كانت استحالة نسبية، أي قاصرة على المدعى عليه دون غيره، فلا يعتبر قوة قاهرة أو حادثا فجائياً.

[4]– طعن مدني 423 لسنة 41 ق جلسة 1976/1/29 س 27 ص 343. مشار إليه من طرف د/ إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب و الصيدلي فقهاً و قضاء، دار الكتب القانونية مصر– المحلة الكبرى 2007. ص 108.

[5]– د/ صفاء خربوطلي، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص145.

[6]– د/ منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه و القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 145.

القاهرة سبب من أسباب الإعفاء وليست سبب من أسباب التخفيف. وفي هذا قضت المحكمة العليا بأنه: « **من المقرر قانوناً أنه إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كقوة قاهرة، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر**»[1].

كما تجدر الإشارة إلى أنه يجوز للمريض (الدائن) أن يشترط مسبقا على تحمل الطبيب (المدين) تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة[2]، وفي هذه الحالة يقوم الطبيب (المدين) بدور المؤمن لمصلحة الدائن، ويعد هذا التشديد في مسؤولية الطبيب ضمانة أخرى له باعتباره الطرف الضعيف في العقد الطبي.

2. خطأ المريض(المضرور):

إنّ الحديث عن فعل المضرور كسبب أجنبي معفي للمسؤولية، يقودنا إلي التطرق الاختلاف الذي احتوته المادتين127 و138/ف2 من القانون المدني الجزائري، لأنّ المادة 127 أشارت إلي خطأ الضحية أمّا المادة138 /ف2 فقد أشارت إلي فعل الضحية, مع ما ينتج عن ذلك من أثار مختلفة[3].

لكن مع صراحة نص المادة 2/138 من القانون المدني الجزائري, فإنّ المقصود بفعل المضرور هو السلوك الخاطئ والسلوك الغير خاطئ للمضرور. وفي نظرنا كان على المشرع الجزائري أن يحيل على المادة127 من القانون المدني فيما يخص, أسباب إعفاء الحارس من مسؤوليته وبالتالي يأخذ بخطأ الضحية بدلا من فعلها كسبب لإعفاء الحارس من مسؤوليته، لأن السلوك العادي للمضرور لا يمكن بأي حال أن يهدم الرابطة السببية بين فعل الشيء والضرر الحاصل، بل تبقي هذه العلاقة قائمة ولا تتهدم إلاّ إذا كان المضرور تسبب بخطئه في إيقاع الضرر.

---

[1]– قرار بتاريخ 1988/5/25، ملف رقم 53010، المجلة القضائية العدد الثاني 1992. ص 11.

[2]– تنص المادة 178 فقرة (1) ت.م جزائري التي تقابلها المادة 217 فقرة (2) ت.م مصري على أنه: « **يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة** ».

[3]– نجد جذور هذا التعارض في الاختلاف الفقهي بين أنصار خطأ المضرور و أنصار فعل المضرور كسبب معفي من المسؤولية, فبينما يري أنصار الخطأ أنّ هذا الأخير هو وحده الذي بإمكانه أن يقطع العلاقة السببية بين الضرر و فعل الشيء. فالسلوك العادي للمضرور لا يمكنه أن يقطع هذه العلاقة، كما أنّه ليس من العدالة أن يحرم المضرور من التعويض مع أنّه لم يرتكب أي خطأ. لذلك فقد نصّت القاعدة العامة للإعفاء من لمسؤولية المدنية على خطأ الضحية بدلا من فعلها كسبب للإعفاء من المسؤولية. أمّا أنصار الاتجاه الثاني، فهم يرون أنّ فعل المضرور سواء كان خاطئا أو غير خاطئ كاف لأن يهدّم الرابطة السببية بين فعل الشيء والضرر الحاصل, متى توفر فيه شروط السبب الأجنبي.

خطأ المريض يؤدي إلى قطع علاقة السببية إذا كان وحده هو السبب في حدوث الضرر، ويعتبر في حكم السبب الأجنبي، و يعفي الطبيب من المسؤولية عن الخطأ الحاصل[1]، و مثال ذلك أن يكون السبب في فشل علاج المريض هو المريض نفسه، بحيث أن الضرر الواقع سببه خطأ المريض نفسه و ليس الطبيب ، بحيث أن المريض قام بتناول أدوية أو أشياء منعه عنها الطبيب أو امتنع عن أخذ العلاج وفقا لتعليمات الطبيب، فهذا العمل سبب أكيد في قطع علاقة السببية[2]. فقد نص المشرع الإماراتي في المادة 14 فقرة (2) [3] على أنه: « **لا تقوم المسؤولية الطبية إذا كان الضرر بسبب فعل المريض نفسه أو رفضه للعلاج أو عدم إتباعه للتعليمات الطبية الصادرة إليه من المسؤولين عن علاجه، أو كان نتيجة لسبب خارجي** »[4] و لكن إذا ساهم المريض نفسه في إحداث الضرر مع خطأ الطبيب فان النتيجة ليست إعفاء الطبيب من المسؤولية بشكل كامل، بل تخفيض قيمة التعويض المحكوم به على الطبيب، وقد نصت على ذلك المادة 177 من (ت.م.ج) على أنه:« **يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه**»[5].

والجدير بالذكر أن القضاء الفرنسي يفرق بين فرضيتين بخصوص خطأ المضرور على أساس أنه: إذا استجمع خصائص القوة القاهرة فانه يقطع علاقة السببية ويعفي الطبيب من المسؤولية تماماً، أما إذا لم يستجمع خطأ المضرور خصائص القوة القاهرة بل اقتصر دوره على مجرد المساهمة في وقوع الضرر فان الإعفاء عن المسؤولية يكون جزئياً[6]. ولكن هناك حالات معينة تؤدي إلى عدم الاعتماد على خطأ المريض كسبب لقطع علاقة السببية ومثال ذلك أن يقوم الطبيب بإجراء عملية لمريض وهو

---

[1]– د/ حسن الأبراشي، حسن، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية في التشريع المصري و المقارن، مرجع سابق، ص205.

[2]– منصور، محمد حسين، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 120

[3]- القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008، المتعلق بالمسؤولية الطبية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

[4]- كما نص المشرع الليبي في المادة 24 من قانون المسؤولية الطبية رقم 17 لسنة 1987 على أنه: « **لا تقوم المسؤولية الطبية إذا كان الضرر ناشئاً عن رفض المريض للعلاج أو عدم إتباعه للتعليمات الطبية رغم نصحه بالقبول و ذلك كله دون الإخلال بحكم البند (ب) من المادة السادسة من هذا القانون**».

[5]– أمر 58/75 مؤرخ 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن قانون المدني ، ج ر عدد 78 مؤرخة 30 سبتمبر 1975 م ، المعدل و المتمم.

[6]- – نقض مدني فرنسي ، 19 أكتوبر 1991، مشار إليه لدى عبد الحميد ، ثروت، تعويض الحوادث الطبية، مرجع سابق، ص 143.

ليس بحاجة لها، حتى لو رضي هذا المريض بالعمل الطبي المنوي إجراءه عليه مع علمه المسبق بنتائج هذه العملية، بحيث أنه لا يمكن أن يحمل رضائه بالضرر أنه اتفاق مع الطبيب لإعفائه من المسؤولية[1].

وإذا كان أحد الفعلين نتيجة الفعل الآخر فلا يعتد إلا بالفعل الضار الذي وقع أولا، فإذا كان فعل المدعي نتيجة لفعل المضرور فلا تتحقق مسؤولية المدعي عليه نظرا لانعدام رابطة السببية بين فعل المدعي عليه والضرر الذي لحق بالمضرور، وإن اشترك فعل المضرور مع فعل المسؤول ولم يستغرق أحدهما الآخر فنكون بصدد الفعل المشترك والمدعي عليه لا يتحمل مسؤوليته كاملة، فالأصل في الفعل المشترك أن يتحمل كل فاعل بنسبة نصيبه في الفعل[2].

3. خطأ الغير:

يستطيع الطبيب التحلل من المسؤولية إذا أثبت أن الضرر الذي أصاب المريض يرجع إلى خطأ الغير. لأنه إذا كان هذا الأخير هو السبب الوحيد في حدوث الضرر[3]، أعفي الطبيب كلياً من المسؤولية. أمّا إذا ثبت أنّ خطأ الغير قد أسهم إلى جانب خطأ الطبيب في إحداث الضرر، فيوزّع التعويض عليهما بالتساوي، إلا إذا أمكن تحديد درجة جسامة الخطأ، فيوزع التعويض حسب جسامته، ويستطيع المضرور (المريض) أن يطالب بالتعويض كلّ من ساهم في إحداث الضرر بالتضامن طبقاً لنص المادة 126[4] من ق.م.ج على أنه « **إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض** »[5].

---

[1]– منصور، محمد حسين، المسؤولية الطبية ، مرجع سابق، ص 274.

[2]– المرجع السابق، ص 274.

[3]– د/حسن الأبراشي، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية في التشريع المصري و المقارن، مرجع سابق، ص 202–203.

[4]– أمر 58/75 مؤرخ 26 سبتمبر 1975، يتضمن قانون المدني، ج ر عدد 78 مؤرخة 30 سبتمبر 1975 م، المعدل و المتمم.

[5]– لا يوجد في التقنين المدني الفرنسي نص يأخذ بالتضامن إذا تعدد المسؤولون عن الفعل الضار كما هو الحال في التقنين المدني الجزائري في المادة 126، لذلك ابتدع القضاء الفرنسي ما يسمى بالالتزام بالتضاممي.

ولكن رابطة السببية لا تنقطع بفعل الغير في مواجهة الطبيب إذا كان الأخير مسؤولا عن أفعال الغير، لأننا هناك سنكون بصدد مسؤولية الطبيب عن أفعال تابعية préposés ولا يجوز له التنصل من المسؤولية تجاه المضرور، سواء كان الغير من مساعدي هذا الطبيب أو ممن اختارهم بطريقة مباشرة للعمل، ومثال ذلك أن الطبيب يتحمل مسؤولية خطأ طاقم التخدير والتمريض الذين اختارهم للعمل معه[1]. وإذا اشترط الطبيب عدم مسؤوليته عن عدم تنفيذه لالتزامه الراجع لخطئه أو لخطأ الأشخاص الذين يستخدمهم substituts في تنفيذ التزامه، فيعد الشرط عديم الأثر لأن كل اتفاق يتعارض مع سلامة جسم الإنسان يكون باطلاً[2].

أخيرا نخلص إلى القول أن البحث في العلاقة السببية و إثباتها و قطعها ضمن دائرة المسؤولية الطبية هي عملية شاقة و صعبة و معقدة، لأن أساس موضوعها جسم الإنسان و قوة تحمله للمرض و مضاعفاته، و كل مرض محاط بالكثير من الأسرار والغموض، وكثيرا ما تختلف تطورات المرض و مضاعفاته بحيث يصبح أكثر الأطباء خبرة غير قادرين على الحكم على الوضع الصحي للمريض، و السبب الحقيقي في تدهور وضعه الصحي[3]، وفي الكثير من الأحيان تحدث حالات وفاة ويقال أن السبب هو خطأ طبي وبعد التشريح يتبين عكس ذلك وأن الموضوع بعيد جدا عن مضاعفات المرض، وهذا الوضع يؤدي إلى صعوبة كبيرة يعاني منها القاضي ورجال القانون في الحكم على هذه المواضيع، فيما يؤثر على المرض والعلاج ليس دائما يمكن الحكم به على نفس الحالة بل يختلف ويصعب بالتالي تتبع أركان المسؤولية الطبية وإثباتها، و بالأخص علاقة السببية.

---

[1]– د/ الصغير، قيس، المسؤولية المهنية الطبية في السعودية، مرجع سابق، 184–185.

[2]- د/ محتسب بالله بسام، المرجع السابق، ص 300.

[3]– د/ عبد السلام، التوتنجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية و في القانون السوري و المصري و الفرنسي، مرجع سابق، ص 169.

المبحث الثاني: آثار المسؤولية المدنية للطبيب

إذا توافرت أركان المسؤولية المدنية للطبيب من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما تحققت المسؤولية، و ترتب عليها آثارها، و وجب على المسؤول تعويض الضرر الذي أحدثه بخطئه. فالتعويض إذن هو الحكم الذي يترتب على تحقيق المسؤولية، وهو جزاؤها. ويسبق ذلك دعوى المسؤولية ذاتها، ففي أغلب الأحوال لا يسلم المسؤول بمسؤوليته، ويضطر المضرور إلى أن يقيم عليه الدعوى. لذا سنستعرض في هذا المبحث للتعويض عن المسؤولية المدنية للطبيب في(المطلب الأول) ولضمان المسؤولية المدنية للطبيب في (المطلب الثاني) بما أن الأطباء ملزمون باكتتاب تأمين لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير.

المطلب الأوّل:

التعويض عن المسؤولية المدنية للطبيب

نتعرض في هذا المطلب إلى دعوى المسؤولية المدنية للطبيب في(الفرع الأول) والجهة المختصة بنظر دعوى المسؤولية وتقادم الدعوى في(الفرع الثاني)

الفرع الأوّل: دعوى المسؤولية المدنية للطبيب

تعد الدعوى الوسيلة القانونية لاقتضاء الحق في جبر الضرر[1] اللاحق بالمريض أو ذويه جراء خطأ طبي أو خطأ علاجي. وفي هذا المطلب سأحاول دراسة أطراف هذه الدعوى، والاختصاص بنظرها.

أولا: أطراف دعوى المسؤولية المدنية للطبيب

كأصل عام أطراف دعوى المسؤولية الطبية هم المدعي (المريض) والمدعى عليه (الطبيب)، إلاّ أنه هناك حالات أين يتم إدخال المسؤول المدني في الخصام باعتبارها(شركة التأمين).

1: المدعي:

وهو كل من أصابه ضرر مباشر نتيجة خطأ طبي أو خطأ علاجي، وبالتالي فالمدعي في المسؤولية المدنية للطبيب هو المريض أو ذووه في حالة وفاته. ولا تقبل دعوى

[1]- مكيد حنان، المرجع السابق، ص 34

المدعيّ إلاّ إذا توافرت فيه كافة شروط قبول الدعوى[1]. ولا يشترط في الحالة التي يكون فيها المدعي المتضرر في حالة وفاة المريض من بين ورثة هذا الأخير، ذلك أنّ تعويض ذوي الحقوق لا يعتبر ارث لأنّ الإرث هو ما خلفه المورث من أموال كان قد جمعها حال حياته. أما التعويض عن الأضرار فهو يعطي الحق لكل من تضرر من الحادث [2]، وارث كان أم غير وارث.

ولقد حدد القانون رقم 31/88 المؤرخ في 1988/07/19 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات و بنظام التعويض عن الأضرار، ذوي حقوق الضحية في حالة وفاة ضحية حادث سير جسماني و ميز بينهم سواء في حالة وفاة الضحية البالغة أو القاصرة [3].

– في حالة وفاة ضحية بالغة: الزوج أو الأزواج، الأب و الأم في حالة عدم ترك الضحية زوج و ولد.

– في حالة وفاة الضحية القاصرة: الأب و الأم.

2–المدعى عليه:

المدعى عليه في المسؤولية الطبية هو المسؤول عن الضرر اللاحق بالمدعي. وقد يكون المدعى عليه هو الطبيب المخطئ أو الممرض أو أحد المساعدين، و إذا كان الطبيب تابعا لمستشفى عام أو خاص، فإنّ كلا من الطبيب والمستشفى يكونا مسؤولين قبل المريض وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية للطبيب عن خطئه الشخصي والمستشفى باعتباره متبوعا يسأل عن أعمال تابعيه وفقاً للمادة 136 من ت.م.ج.

3– المسؤول المدني:

(شركة التأمين)

أما شركة التأمين: فطبقا للمادة **167** من الأمر رقم **95–07** المؤرخ في **25** جانفي **1995** المتعلق بالتأمينات التي تقضي بأنه يجب على المؤسسات الصحية المدنية و كل

2– المادة 13 من ق إ.م.إ.ج " لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه."

[2] – مكيد حنان، المرجع السابق، ص35.

[3] – مكيد حنان، المرجع السابق، ص36.

أعضاء السلك الطبي و الشبه الطبي و الصيدلاني و الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأمينا لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير.

وبالتالي طبقا لمقتضيات هذه المادة فكل طبيب يعمل لحسابه الخاص وكل مستشفى خاص ملزم بدفع مبالغ التأمين التي تعد كضمان للمرضى في حالة إصابتهم بأذى من جراء الممارسين الخواص.

وبالتالي على المضرور من العمل الطبي عند رفع دعوى قضائية لابد من إدخال شركة التأمين باعتبارها ضامنة التعويض .

وفي هذا قضى المجلس الأعلى المغربي في 4 ماي 2005[1] بما يلي:« **إن العقد المبرم بين شركة التأمين و بين المصحة لضمان الأضرار التي تصيب المرضى بسبب الأخطاء المرتكبة من طرف الأطباء العاملين بها يخول للمرضى المذكورين ولو لم يكونوا أطرافا في عقد التأمين حق رفع الدعوى المباشرة على الشركة لتعويض الأضرار اللاحقة بهم وفقا للقواعد المبنية على الاشتراط لمصلحة الغير التي تبيح لهذا الغير المطالبة باسمه من المتعهد بتنفيذ التزامه نحوه مادامت إرادة طرفي عقد التأمين قد انصرفت إلى ترتيب حق التعويض لفائدة مرضى المصحة في ذمة المتعهدة شركة التأمين.**

ولذلك فالقرار المطعون فيه الذي قبل على هذا الأساس دعوى المطلوبة في النقض الرامية إلى الحكم على شركة التأمين بتعويض الضرر الذي أصابها بالمصحة المؤمن لها إثر عملية جراحية للحويصلة الصفراء الناتج عنها شلل في ذراعها الأيمن يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا ولم يخرق مقتضيات الفصل 228 من قانون الالتزامات والعقود المحتج به»[2]

---

[1]- القرار عدد 1327 المؤرخ في 2005/5/4، الملف المدني عدد 2004/3/1/530، مجلة المجلس الأعلى المغربي رقم 63-2005 ص 47-50.

[2]- تتلخص القضية فيما يلي: ادعت بتيتي أمينة أن المدعى عليه الدكتور العراقي فاروق أجرى لها بتاريخ 1998/11/13 بمقر المدعى عليها مصحة زرهون بالدار البيضاء عملية جراحية للحويصلة الصفراء أصيبت إثرها بشلل في ذراعها الأيمن ملتمسة الحكم على المدعى عليهما المذكورين تضامنا بينهما بأدائهما لها تعويضا على الضرر اللاحق بها حددته في مبلغ مائة ألف درهم مع إحلال المدعى عليها شركة التأمين الملكي محلهما في الأداء و عززت دعواها بشهادة طبية و برسالة إخبارية و أجابت المدعى عليها شركة التأمين بأن المدعية تعتبر غيرا بالنسبة لعقد التأمين الذي أبرمته مع مصحة زرهون و لا يحق لها توجيه الدعوى عليها و أن المؤمن لها وحدها هي صاحبت الحق في إدخالها في الدعوى و أن الطبيب المعالج للمدعية إذا ارتكب خطأ يجب أن يتحمل وحده مسؤوليته باعتباره مستقلا عن المصحة و يمارس عمله بحرية و يختار طرق العلاج الملائمة لمرضاه و ليس مستخدما و لا تابعا للمصحة التي لا يمكن أن تسأل إلا عن ضرر منشآتها و أدواتها علاوة على أن العارضة لا تؤمنه

ثانيا- الاختصاص بنظر دعوى المسؤولية المدنية للطبيب و تقادمها

قبل رفع دعوى المسؤولية على الطبيب لابد من تحديد الجهة المختصة بنظر دعوى المسؤولية المدنية للطبيب (1) وتقادم دعوى هذه المسؤولية (2).

1- الاختصاص بنظر دعوى المسؤولية المدنية للطبيب

تخضع دعوى التعويض في إطار المسؤولية الطبية شأنها شأن دعوى التعويض في إطار المسؤولية المدنية لقواعد الاختصاص النوعي(أ) وكذا لقواعد الاختصاص المحلي(ب).

أ: الاختصاص النوعي:

يقصد به، ولاية الجهة القضائية على مختلف دراجاتها بالنظر في نوع معين من الدعاوى المرفوعة إليها، بمعنى أن الاختصاص النوعي هو توزيع القضايا بين الجهات القضائية المختلفة على أساس نوع الدعوى، وقد نظم ق.إ.م.إ قواعد الاختصاص النوعي سواء بالنسبة للقضاء العادي أو الإداري. كرس المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الاختصاص للمحاكم و المجالس، فحدد لها مواد قانونية خاصة.

-القسم المدني (الدعوى المدنية):

حددت المادتين 32[1] و 33[2] من ق.إ.م.إ الاختصاص النوعي للمحاكم، واعتبرته المادة 36[3] من نفس القانون من النظام العام، حيث تقضي الجهة القضائية تلقائيا بعدم الاختصاص النوعي في أية مرحلة كانت عليها الدعوى.

وبالرجوع إلى أحكام المادتين 32 و 33 من ق.إ.م.إ نجد المشرع الجزائري أكد بأن المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام، وتتشكل من أقسام.

ملتمسة الحكم بإخراجها هي و المصحة من الدعوى و أرفقت جوابها بعقد التأمين و بعد إجراء الخبرة بواسطة الدكتور عبد الرزاق الغطاس حكمت المحكمة على المدعى عليهما الدكتور العراقي و مصحة زرهون بأدائهما لفائدة المدعية تعويضا محددا في مبلغ ثمانين ألف درهم مع الفوائد القانونية من تاريخ الحكم مع إحلال المدعى عليها شركة التأمين الملكي المغربي محل مؤمنيها في الأداء، و استأنفته هذه الأخيرة و قضت محكمة الاستئناف بتأييده بناء على أن الثابت من عقد التأمين أن الضمان يشمل الأغيار و الأضرار اللاحقة بالمرضى من جراء الأخطار المحتملة و الأخطاء المرتكبة من طرف الأطباء التابعين للمصحة و هو ما اصطلح عليه في الفقه و القانون بالاشتراط لمصلحة الغير.

[1]- راجع المادة 32 من ق.إ.م.إ

[2]- راجع المادة 33 من ق.إ.م.إ

[3]- راجع المادة 36من ق.إ.م.إ

يسعى المريض المضرور سواء بنفسه إذا كان متمتعا بأهلية التقاضي، أو نائبه في حالة ما إذا كان قاصراً، أو ورثته في حالة وفاته إلى رفع دعوى قضائية أمام الجهة القضائية المختصة، بمعنى رفعا أمام القسم المختص.

ولما كانت دعوى المدعي المضرور تتعلق بجبر الضرر، فبالرجوع إلى المادة 32 من ق.إ.م.إ فإن القسم المختص هو القسم المدني سواء كانت الدعوى مدنية بحتة أو كانت مدنية تبعية.

وترفع الدعوى المدنية من قبل المدعي المضرور ضد الطبيب المخطئ، أو المستشفى الخاص[1] باعتبارها شخص من الأشخاص المعنوية الخاصة[2]، تخضع للقانون الخاص، ويختص القسم المدني للمحكمة بالفصل في دعوى التعويض التي يرفعها المدعي المضرور.

- قسم الجنح أو المخالفات (الدعوى المدنية التبعية):

تنص المادة 3/ فقرة واحد (من ق.إ.ج) على ما يلي: « **يجوز مباشرة الدعوى المدنية مع الدعوى العامة في وقت أمام الجهة القضائية نفسها، و تكون مقبولة أيا كان الشخص المدني أو المعنوي المعتبر مسؤولا مدنيا عن الضرر**»

يقصد بالدعوى المدنية التبعية تبعية الدعوى المدنية للدعوى العمومية من حيث الإجراءات الخاضعة لها و من حيث مصيرها، ذلك أن تبعيتها من حيث الإجراءات تعني أن قانون الإجراءات الجزائية هو الذي تخضع له الدعوى المدنية التبعية و ليس قانون الإجراءات المدنية، ويعني تبعيتها من حيث مصيرها، أن القضاء الجزائي ملزم بالفصل في الدعويين العمومية و المدنية التبعية لها بحكم واحد.

---

[1]- المؤسسة الاستشفائية الخاصة كانت تسمى بالعيادة الخاصة في ظل المرسوم التنفيذي رقم 88-204 مؤرخ في 18 أكتوبر 1988، المحدد لشروط إنجاز العيادات الخاصة و فتحها و عملها، ج.ر عدد 42 المؤرخة في 1988/10/19. الملغى بمقتضى المادة 45 من المرسوم التنفيذي رقم 321/07، المؤرخ في 22 أكتوبر 2007، المتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة و سيرها، ج ر عدد 67، مؤرخة في 24 أكتوبر 2007م.

[2]- تعرف المؤسسة الاستشفائية الخاصة بأنها مؤسسة علاج و استشفاء تمارس فيها أنشطة الطب و الجراحة بما فيها طب النساء و التوليد و أنشطة الاستكشاف، و تتمتع المؤسسة الاستشفائية الخاصة بالشخصية المعنوية و توضع تحت المسؤولية الفعلية و الدائمة لمدير تقني طبيب و تزود بلجنة طبية، و تحدد طاقة الاستيعاب الدنيا للمؤسسة الاستشفائية الخاصة بسبعة أسرّة، و يجب عليها أن تضمن خدمة دائمة و مستمرة. أنظر فيذلك المواد من 2 إلى 5 من المرسوم التنفيذي رقم 321/07 المذكور أعلاه.

أما إذا قام المدعي المضرور من جراء خطأ الطبيب الذي يشكل جريمة، بتحريك الدعوى العمومية، و في نفس الوقت يرفع دعوى مدنية أمام القاضي المدني، فيكون هذا الأخير ملزم بوقف الفصل في الدعوى المدنية إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية طبقاً لقاعدة "الجزائي يوقف المدني" ويكون القاضي المدني ملزم بحجية الحكم الجزائي على المدني، وهذا ما أكدته المادة 4[1] من ق.إ.ج لتفادي التناقض الذي يقع بين الحكم المدني والحكم الجنائي.

فمثلا إذا كان خطأ الطبيب يشكل جريمة معاقب عليه في قانون العقوبات، كما لو قام بإفشاء سر المريض، فيشكل هذا جريمة معاقب عليها[2]، فإذا رفع المريض شكوى ضد الطبيب أمام القاضي الجزائي، وفي الوقت نفسه رفع دعوى التعويض أمام القاضي المدني فهذا الأخير ملزم بوقف الفصل في دعوى التعويض إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية، كما يتعين على القاضي المدني أن يأخذ بعين الاعتبار عند الفصل في الدعوى المدنية ما قضى به الحكم الجزائي، بمعنى يرتبط بحجية الحكم الجزائي و هذا لتفادي صدور حكمين متناقضين، إلا أن ارتباطه ليس مطلقا بل يرد عليه قيدين[3]:

– لا يتقيد القاضي المدني بالتكييف القانوني الذي أعطاه القاضي الجزائي للوقائع، فمثلا إذا توفي المريض أثناء خضوعه للعملية الجراحية و صدر الحكم الجزائي ببراءة الجراح، لأن الوقائع التي تثبت فيها لا تشكل من الناحية الجزائية بأنها فعل معاقب عليه، فلا يتقيد القاضي المدني بهذا التكييف الجزائي، بل عليه الأخذ بالتكييف المدني الذي يفترض التقصير في جانب الجراح.

– كما لا يتقيد بالحكم الجنائي إلا بالوقائع الضرورية لصدور الحكم، ويستبعد كل الوقائع غير الضرورية.

---

[1]– المادة 4 من ق.إ.ج تنص كما يلي: «**يجوز أيضا مباشرة الدعوى المدنية منفصلة عن الدعوى العمومية غير أنه يتعين أن ترجئ المحكمة المدنية الحكم في تلك الدعوى المرفوعة أمامه لحين الفصل نهائيا في الدعوى العمومية إذا كانت قد حركت**»

[2]– المادة 235 من ق.ص.ت تنص كما يلي: « **تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات على من لا يراعي إلزامية السر المهني المنصوص عليه في المادتين 206و 2026 من هذا القانون**»

[3]– مكيد حنان، المرجع السابق، ص41.

ب: الاختصاص الإقليمي.

حددت المواد من 37 إلى 40 من ق.إ.م.إ الاختصاص الإقليمي للجهات القضائية، ويقصد به الاختصاص المحلي أي الحيز الجغرافي الذي تختص كل محكمة بالنظر والفصل في المنازعات التي تثور فيه و الذي يتم تحديده عن طريق التنظيم[1].

لا يعتبر الاختصاص الإقليمي من النظام العام، وبالتالي يجوز للأطراف الاتفاق على خلافه إلا في حالات استثنائية وردت على سبيل الحصر في المادة 40[2] من ق.إ.م.إ وباعتباره ليس من النظام العام، فلا يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، كما يتعين على الخصوم وفقا للمادة 47[3] من ق.إ.م.إ إثارته قبل أي دفاع في الموضوع.

إذا طبقنا قواعد الاختصاص الإقليمي على المنازعات الطبية، فطبقا للمادة 37[4]السالفة الذكر يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وفي حالة تعدد المدعى عليهم يؤول الاختصاص طبقاً للمادة 38[5] من(ق.إ.م.إ) للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم، ونصت أيضا المادة 5/40 من نفس القانون عما يلي:

« **و في المواد المتعلقة بالخدمات الطبية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها تقديم العلاج** »

بالرجوع إلى الفقرة الخامسة من المادة 40 السالفة الذكر، فإن القسم المدني الموجود على مستوى المحكمة التي تم في دائرة اختصاصها تقديم العلاج هو المختص بالمواد المتعلق بالخدمات الطبية.

أما إذا كان مرتكب الفعل الضار هو المستشفى، فيؤول الاختصاص إلى الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم الخدمات، و هذا ما أكدته الفقرة الخامسة من المادة 804 من ق.إ.م.إ بنصها كما يلي: «...**في مادة الخدمات الطبية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم الخدمات**»

---

[1]– يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص 40.

[2]– راجع المادة 40 من ق.إ.م.إ.

[3]– راجع المادة 47. من ق.إ.م.إ.

[4]– راجع المادة 37 من ق.إ.م.إ.

[5]– راجع المادة 38 من ق.إ.م.إ.

ويختص القضاء الإداري بالنظر في دعاوى التعويض المرفوعة ضد المستشفى، إذ أنه بالرجوع إلى المادة 800[1] من (ق.إ.م.إ) منحت الاختصاص النوعي للجهات القضائية الإدارية، إذ تختص المحاكم الإدارية[2] بالنظر في القضايا التي يرفعها المدعي المضرور ضد المستشفى العام يختص بالنظر فيها القضاء الإداري، باعتبار أن المستشفى طبقا للمادة 800 السالفة الذكر و المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 97-466 [3] مؤسسة عمومية ذات طابع إداري[4].

2- التقادم:

لقد سوى المشرع الجزائري في مدّة التقادم بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في المادتين 133، 308 من(ت. م.ج) و جعلها خمسة عشرة سنة في كلتا المسؤوليتين. فالمادة 133 تنص على ما يلي « **تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمسة عشر سنة من يوم وقوع الفعل الضار**»[5]، وتنص المادة 308 على ما يلي:« **يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية**»، فالتقادم واحد سواء بالنسبة لتقادم الدعاوى المرفوعة ضد الأطباء أو الدعاوى المرفوعة ضد المستشفيات، سواء كانت عامة أو خاصة: حيث تقادم هذه الدعاوى يكون بانقضاء 15 سنة [6].

---

[1]- المادة 800 من ق.إ.م.إ تنص على ما يلي:

" المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية.

تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها"

[2]- تبقى الغرف الإدارية على مستوى المجلس القضائي هي المختصة إلى حين تنصيب المحاكم الإدارية على أرض الواقع.

[3]- مرسوم تنفيذي رقم 97-466 مؤرخ في 2 ديسمبر 1997، يحدد قواعد إنشاء القطاعات الصحية و تنظيمها و سيرها، ج.ر عدد المؤرخة في 10 ديسمبر 1997.

[4]- مرسوم تنفيذي رقم 321/07، مؤرخ في 22 أكتوبر 2007، يتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة و سيرها، ج ر عدد 67، مؤرخة في 24 أكتوبر 2007م.

[5]- عدلت هذه المادة بمقتضى المادة 38 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر عدد 44 مؤرخة 26 يونيو 2005م ، حيث كان النص القديم كالآتي: « **تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمسة عشر سنة من يوم وقوع العمل الضار" و ما نستخلصه هو أن التعديل مسّ فقط كلمة العمل و تم تغييرها بكلمة الفعل»**

والأصل في حساب مدّة التقادم يكون من يوم وقوع الفعل الضار، وحتى يتسنى للمضرور الحصول على التعويض جعل مجلس الدولة الجزائري حساب التقادم من تاريخ العلم بوقوع الفعل الضار، وليس من يوم وقوع الفعل الضار، حيث جاء ضمن حيثيات قراره[1] الصادر بتاريخ 2000/01/31.

« حيث أنه يستخلص من أوراق الملف، بأنّ العملية الجراحية قد تمت في سنة 1966، وأنّ هذه الدعوى لم ترفع إلاّ خلال سنة 1995.

و حيث أنه حركت هذه الدعوى عندما اكتشفت الآلام بسبب وجود الإبرة التي نسيت في بطن المستأنف عليها بعد العملية الجراحية، و بالتالي فلا يمكن القول بأنه يوجد تقادم لأنّ الدعوى رفعت عند اكتشاف الآلام، و بالتالي الدفع غير مجدي و ينبغي أن لا يؤخذ بعين الاعتبار». ولا فرق في تقادم دعوى المسؤولية الطبية سواء كانت عقدية أم تقصيرية في القانون الجزائري.

أما المشرع الفرنسي فكان يخضع تقادم دعوى المسؤولية المدنية للطبيب قبل قرار ميرسيه إلى التقادم التقصيري وتخضع دعواه لأحكام المادة 2270-1 الفقرة 1 ت.م.ف التي تنص على أنه « **تتقادم دعاوى المسؤولية المدنية اللاعقدية بمضي 10 سنوات ابتداء من وقوع الضرر أو من تفاقمه** »[2]. أما إذا كانت المسؤولية عقدية يكون التقدم ب 30 سنة أي التقادم الطويل وهذا طبقاً للمادة 2262 من (ت.م.ف)[3]، أما إذا كانت المسؤولية الطبية ذات طبيعة إدارية فيكون التقادم ب 4 سنوات.

وحساب مدة التقادم في المسؤولية التقصيرية طبقاً للمادة 2270-1 فقرة 1 (ق.م.ف) يبدأ من تاريخ وقوع الضرر أو من تاريخ تفاقمه، أما في المسؤولية العقدية طبقاً للمادة 2262 من (ت.م.ف) لم يحدّد تاريخ بدء سريان التقادم مما يعطي القاضي الفرنسي سلطة

---

[1] - قرار مجلس الدولة في 2000/01/31 قضية مدير القطاع الصحي شي قفاره بمستغانم ضد بن سليمان فاطمة، نقلا عن د/ آث ملويا حسين بن الشيخ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، دار هومه، الجزائر، 2002، ص 237-241 .

[2] - *Article 2270-1 al 1 du C.C.F* « ***Les actions en responsabilité civile extracontractuelle se prescrivent par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation.*** »

[3] - *Article 2262 du C.C.F* ***« Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi. »***

تقديرية في تحديد تاريخ بدء سريانه، فيفسر أحيانا بما يتفق ومصلحة المريض باعتباره الطرف الضعيف في العقد الطبي وبالتالي تشديد في مسؤولية الأطباء هذا من جهة، ومن جهة أخرى يمكن أن يفسر بما يتفق ومصلحة الطبيب تخفيفاً لمسؤوليته. وهذا يؤدي إلى تضارب الجهة القضائية مع نفسها ومع الجهات القضائية الأخرى في تحديد تاريخ بدء سريان التقادم.

أما بعد قانون 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى وجودة الخدمات الطبية: وحدّ المشرع الفرنسي مدة التقادم في المسؤولية الطبية و جعلها تتقادم بعشرة سنوات و هذا طبقا **للمادة L1142-28** الفقرة 1 التي تنص على أنه:« **تتقادم الدعاوى الرامية لمساءلة ممتهنو الصحة أو المؤسسات الصحية العامة أو الخاصة فيما يتعلق بأعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج ، بعشرة سنوات من تاريخ جبر الضرر»**[1]

أما حساب مدة التقادم في القانون الفرنسي يكون من تاريخ جبر الضرر وفقاً للمادة السالفة الذكر[2]، وجبر الضرر، يعني البرء والتئام الجروح النهائيين[3].

---

[1] - *Article L1142-28 du C.S.P.F* ***« Les actions tendant à mettre en cause la responsabilité des professionnels de santé ou des établissements de santé publics ou privés à l'occasion d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins se prescrivent par dix ans à compter de la consolidation du dommage ».***

[2] - ***« Alors que, les actions tendant à mettre en cause la responsabilité des professionnels de santé ou des établissements de santé publics ou privés à l'occasion d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins, qu'elles soient engagées par les victimes directes ou indirectes du dommage, se prescrivent par dix ans à compter de la consolidation du dommage de la victime directe ; que la Cour d'appel qui a jugé prescrite les actions des parents de Magali X..., victimes indirectes du préjudice subi par leur fille, tout en jugeant recevable l'action exercée au nom de leur fille, victime directe, dont le préjudice s'est trouvé consolidé bien après l'accouchement, a violé l'article L1142-28 du Code de la santé publique »***

- Cass. Civ 1ére Ch. 9 déc. 2010. N° de pourvoi : 09-70356. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023223243&fastReqId=1875806312&fastPos=22

[3]– مصطلح جبر الضرر أصله قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي حيث أورده المشرع الفرنسي في أكثر من موقع في القانون الضمان الاجتماعي:

أما المشرع المصري: أخضع تقادم الدعوى المسؤولية التقصيرية للمادة 172 من ق.م. مصري التي تقضي بأنه:« **1- تسقط دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بحدوث الضرر، وبالشخص المسؤول عنه، وتسقط هذه الدعوى في كل حال بانقضاء خمسة عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع.**

2- على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية» ، هذا يشير إلى فرضين:

الفرض الأول: إذا كانت الدعوى المدنية غير ناشئة عن جريمة و إنما تستند إلى خطأ تقصيري لا يخضع لأي نص من النصوص العقابية، تتقادم الدعوى بمرور ثلاث سنوات من يوم العلم الحقيقي وليس الظني الذي يحيط بوقوع الضرر وشخص المسؤول عنه، أو خمسة عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار[1].

الفرض الثاني: أن تكون الدعوى المدنية ناشئة عن جريمة، لم تسقط هذه الدعوى بانقضاء المواعيد المذكورة سالفًا، بل تظلّ قائمة إلى أن تسقط الدعوى الجنائية بالتقادم،

L141-1, L341-3 al 1, L443-1 al 1, L442-6 , L441-6, L433-1, L 371-2 al 4, l341-1et 2, L951-10 al 5.

و يقابله في القانون الجزائري المادة 23 و 24 من قانون 83-13 المؤرخ في 2 يوليو سنة 1983، يتعلق بحوادث العمل و الأمراض المهنية، ج.ر عدد 28، مؤرخة في 5 يوليو سنة 1983.

[1]- قضت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في 8 ماي 2005 بأن: «**النص في المادة 172-1 من القانون المدني على أن "تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبشخص المسؤول عنه.**

وتسقط هذه الدعوى في كل حال بانقضاء خمسة عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع". وكان المراد بالعلم لبدء سريان التقادم الثلاثي الوارد بهذا النص - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو العلم الحقيقي الذي يحيط بوقوع الضرر وشخص المسئول عنه باعتبار أن انقضاء ثلاث سنوات من يوم هذا العلم ينطوي على تنازل المضرور عن حق التعويض الذي فرضه القانون على الملتزم دون إرادته مما يستتبع سقوط دعوى التعويض بمضي مدة التقادم ولا وجه لافتراض هذا التنازل من جانب المضرور وترتيب حكم السقوط في حالة العلم الظني الذي لا يحيط بوقوع الضرر أو بشخص المسئول عنه، واستخلاص علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض متى كانت الأسباب التي بني عليها استخلاصه من شأنها أن تؤدي عقلا إلى النتيجة التي انتهى إليها». طعن رقم 6937 لسنة 72ق، ، جلسة 8 ماي 2005.

وذلك تجنباً لسقوط الدعوى المدنية مع بقاء الدعوى الجنائية. إذ لا يعقل أن توقع على الجاني عقوبة جنائية دون التمكن من إلزامه بالتعويض، لأن هذا الأخير أقل خطراً من العقوبة[1] أما تقادم الدعوى العقدية يكون طبقاً للمادة 374 التي تنص على أنه:« **يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات ورد عنها نص خاص في القانون...**».

[1]– د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، بند 625، ص 134.

الفرع الثاني:

التعويض عن المسؤولية المدنية للطبيب

إن لقاضي الموضوع في تقدير التعويض سلطة واسعة من حيث فهم وتكييف الوقائع المادية، وتقدير مقدار الضرر، ومن ثم تحديد مقدار التعويض عنه بغير معقب من المحكمة العليا، وإنما لهذه الأخيرة الرقابة على ما يقوم به قاضي الموضوع من الاعتداد بعناصر تقدير التعويض، فليس له أن يختار منها ما يريد اختياره، ويغفل ما يريد إغفاله من بين هذه العناصر. بذا نستعرض لسلطة قاضي الموضوع في تقدير التعويض(أولا) ، لرقابة المحكمة العليا عليه (ثانيا).

أولا:

سلطة قاضي الموضوع في تقدير التعويض:

متى تبين لقاضي الموضوع قيام شروط المسؤولية المدنية للطبيب، حكم بالتعويض، ولقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تحديد الطريقة التي يتم بها التعويض من جهة، وفي تقديره من جهة أخرى بغير معقب عليه من المحكمة العليا.

فعندما ترفع أمام القاضي دعوى للمطالبة بالتعويض، وجب عليه في مرحلة أولى أن يفهم الوقائع المطروحة أمامه، وفي مرحلة ثانية تكييفها بتطبيق النص القانوني الملائم عليها من خلال التأكد بأنها كافية لتشكل أركان المسؤولية المدنية ليتأتى له في مرحلة ثالثة تقدير التعويض على اعتبار أنه لا تعويض بدون مسؤولية ولا تقدير حيث لا تعويض[1]، على أن يحدد بطريقة موازية الطريقة التي يتم بها هذا التعويض.

ويختار القاضي طريقة التعويض من خلال تحديد ما هو الأنسب لإصلاح الضرر معتمدا في ذلك على نص المادة 132 من التقنين المدني التي جاء فيها: «**يعين**

---

[1]– جاء في حيثيات قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2000/03/28 تحت رقم 231419 «**حيث أنه إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره بعد مناقشة المسؤولية عن الفعل والضرر والعلاقة السببية وأما تقديره فإنه يبقى سلطة تقديرية لقضاة الموضوع لا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك...**» المجلة القضائية، عدد خاص لسنة 2003 ص627.

القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا.

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

فيستبين من هذه المادة أن طريقة إصلاح الضرر تختلف حسبما تكون الظروف الملابسة لحالة النزاع المطروح، وبما يبدي المضرور في طلباته عنها، كما أنها تختلف في نطاق المسؤولية العقدية عنها في نطاق المسؤولية التقصيرية.

فإذا كان التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية التعاقدية، فعلى النقيض من ذلك لا يكون لهذا الضرب من التنفيذ إلا منزلة الاستثناء في نطاق المسؤولية التقصيرية.

فالتنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض المالي هو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية[1]، والتعويض يكون إما عينيا أو بمقابل:

فالتعويض العيني هو إصلاح الضرر بإزالة مصدره من أصله، وهو غير التنفيذ العيني لذا نجد مجاله في المسؤولية التقصيرية دون المسؤولية التعاقدية[2].

ذلك أن التنفيذ بطريق التعويض في المسؤولية العقدية لا يتأتى إلا إذا استحال التنفيذ العيني، إما بأن كان مستحيلا مطلقا لخطأ من المدين بأن استدعى الأمر تدخله

---

[1] د/ حسين عامر وعبد الرحيم عامر. المرجع السابق ص 527.

[2] ويذهب بعض الفقهاء –وهو رأي وجيه– إلى أن التنفيذ العيني يختلف عن التعويض العيني، فالأول محله المسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية فبالرجوع إلى المواد التي خصصها المشرع المدني الجزائري للتنفيذ العيني، نجدها تبحث عن كيفية تنفيذ الالتزامات العقدية فقط دون إشارة للمسؤولية التقصيرية، إضافة إلى أن الدائن في المسؤولية العقدية عندما يلجأ إلى القضاء ملتمسا الحكم له بالتنفيذ العيني، فهو يلتمس إلزام المدين بتنفيذ عين الالتزام المحدد في العقد، وإذا أصدر القاضي حكما بذلك، فلا يكون قد أصدر حكما بالتعويض للمضرور، وحتى إذا ما رتب له تعويضا عن التأخر في الوفاء بالالتزام الأصلي إلى جانب التنفيذ العيني، فهذا التعويض لا يغير من حقيقة الالتزام الأصلي وتنفيذه.

أما التعويض العيني فمجاله المسؤولية التقصيرية ويحمل في طياته معنى التعويض لأن الحكم الصادر به لا يقصد تنبيه المدين إلى تقاعسه وحثه على تنفيذ التزامه السابق عينا، وإنما الحكم الصادر هنا يتضمن أن المدين قد أخل بواجب عدم الإضرار بالغير، فيتعين إصلاح هذا الضرر بتوقيف هذا الإخلال، وهذا هو التعويض العيني وهو ما قصده المشرع بنصه في المادة 132 على "غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف، بناءا على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه". أنظر فؤاد قواف كلة رسالة بعنوان آثار المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الجزائري "الدعوى والتعويض" لسنة 76/75 ص 129. وأنظر أيضا مقدم السعيد. المرجع السابق ص 225/224.

شخصيا لكنه امتنع عن ذلك، أو كان مستحيلا نسبيا لأنه إذا تم فمن شأنه أن يرهق المدين دون أن يترتب على عدم القيام به ضرر جسيم للدائن، وهذا تطبيقا لنص المادة 176 التي جاء فيها «**إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن تنفيذ التزامه** ...»، فيكون تعويض الضرر الناجم هنا تعويضا بمقابل وليس تعويضا عينيا[1].

والتعويض العيني يتجسد في المسؤولية التقصيرية من خلال إصلاح المتسبب في الضرر عينا وليس بمقابل.

أما التعويض بمقابل فهو الذي يصلح في المسؤولية العقدية متى استحال تنفيذ الالتزام عينا وهو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية لاستحالة التعويض العيني في أغلب الأحيان. وهو قد يكون نقديا أو غير نقدي، يكون لقاضي الموضوع سلطة كاملة في اختيار نوع التعويض الأنسب لإصلاح الضرر[2].

فالتعويض النقدي يكون في أغلب حالات المسؤولية التقصيرية، وفي بعض حالات المسؤولية العقدية[3]، وقد يأخذ صورة مبلغ إجمالي يدفع دفعة واحدة، أو مقسطا حسب الظروف، أو في صورة إيراد مرتب لمدة معينة أو لمدى الحياة، وقد يقترن بتقديم تأمين يقدره القاضي، أو بإيداع مبلغ كاف لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به [4].

قضت محكمة التمييز الأردنية في قرارها حول بأن: « **يسأل الطبيب عن إلحاقه تشوهاً في وجه المجني عليه و يلزمه بتكاليف عملية التجميل لإعادته إلى ما كان عليه إضافة إلى ما حكمت به المحكمة بتعويض عملاً بالمادتين 266 و 274 من القانون المدني الأردني** »[5].

---

[1] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. المرجع السابق الجزء الأول ص 824/823.

[2] .د. حسين عامر وعبد الرحيم عامر. المرجع السابق ص 531.

[3] د. مقدم السعيد. المرجع السابق ص 231.

[4] – أما التعويض غير النقدي، فمثاله في المجال التعاقدي ما جاءت به المادة 119 من التقنين المدني، فيكون للدائن مطالبة المدين الذي لم يوف بالتزامه بعد إعذاره بفسخ العقد مع التعويض إذا اقتضى الحال ذلك، فيكون الفسخ وسيلة للتعويض غير النقدي. ومثاله في المسؤولية التقصيرية أن يأمر القاضي بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعي عليه الذي ارتكب فعل السب والقذف، وهذا النشر يعد تعويضا غير نقدي. أنظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. المرجع السابق الجزء الأول ص 967.

[5]– قرار محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق، 95/424، مجلة نقابة المحامين، 1995، ص 2689.

ومتى تبينت للقاضي الطريقة المناسبة لإصلاح كافة الأضرار اللاحقة بالمتضرر، سعى لتقدير التعويض عنها وله في سبيل الوصول إلى هذا الهدف –كما أسلفنا– سلطة مطلقة، فهو غير ملزم بنصاب معين أو بمبلغ ثابت لجبر هــذه الأضرار، وإنما له كامل الصلاحية.

إلا أن هذه السلطة أو الصلاحية تحكمها ضوابط معينة، لأنها لا تعتبر حالة نفسية يحكم من خلالها القاضي حسب أهوائه وميولاته، فتقدير التعويض هو مسألة موضوعية وقانونية، تستوجب على القاضي عند الاضطلاع بها استبعاد كل إجحاف أو مغالاة فيلتزم فقط بالضرر الفعلي ويقدر التعويض بقدره.

وفي سبيل تحقيق ذلك مكن المشرع القاضي بموجب المادة 125 وما يليها من ق.إ.م.إ.ج من اللجوء إلى ذوي الخبرة والاختصاص[1]، إذا استعصت عليه أي مسألة يكون من شأن الكشف عليها إما إعطاء الوصف الحقيقي أو التكييف القانوني للوقائع بما فيها تحديد جسامة الضرر، ما لم يكن الأمر يتعلق بما يدخل في سلطته. ذلك أن الخصوم ملزمين بتقديم الوقائع، في حين يلتزم القاضي بتطبيق القانون على الواقع المعروض عليه، ولا يجوز له أن يفوض فيه أحدا غيره[2].

وللقاضي اعتماد ما وصل إليه الخبير في تقريره وله رفضه، كما بإمكانه الأمر بخبرة مضادة للوقوف على الضرر الفعلي[3].

---

[1]. تجدر الإشارة في هذا الصدد أن القاضي متى تكونت لديه عناصر تقدير التعويض فهو غير ملزم باللجوء إلى الخبرة، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 93/03/31، ملف رقم 97860 –غير منشور– أورده الأستاذ عمر بن سعيد في كتابه الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني ص 69، وجاء فيه «**حيث أن المادة 182 من القانون المدني تنص على أنه إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره.**

حيث أن الضرر المشار إليه في القرار لم يوجد أي نص مقدر لتعويضه، وبالتالي فإن تقديره يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي، وعليه فإن مراقبته غير خاضعة لسلطة المحكمة العليا، وإن تعيين خبير من أجل تقدير الضرر غير ملزم للقاضي إذا كانت عناصر التعويض كافية في الملف تسمح للقاضي بتقدير الضرر الناتج، ولهذا فإن القرار المطعون فيه جاء على أساس قانوني، ومسبب مما يستوجب رفض هذا الوجه ورفض الطعن»

[2].د. عمر زودة –المرجع السابق–

[3].ولكن ذهبت المحكمة العليا إلى أنه متى تعلق الأمر بمسائل فنية صرفه، فلا يمكن للقاضي استبعاد خبرة إلا بخبرة مضادة، فقد جاء في حيثيات قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 83/05/11، ملف رقم 28312 ما يلي «**حيث أن قضاة الموضوع وإن كانوا غير ملزمين برأي الخبراء وغير مراقبين من طرف المجلس الأعلى تقدير التعويض إلا أنهم ملزمون بتسبيب حكمهم تسبيبا لا يتناقض مع الوثائق الفنية الصرفة، ذلك أن تقدير نسبة العجز المقدرة من طرف الأطباء هي عملية فنية نخرج عن**

فتقدير أعمال الخبير أمر تستقل به محكمة الموضوع ولا رقيب عليها فيها من المحكمة العليا، كما وضع المشرع مجموعة من العناصر والمعايير أوجب على القاضي الاعتماد عليها للوصول إلى تقدير التعويض بما يتناسب والضرر، فلا يجوز له أن يستبعد عنصرا منها أو يضيف لها عناصر جديدة[1]، وهو يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا.

وتتمثل هذه العناصر في وجوب مراعاة: ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب.

و الظروف الملابسة ومدى حسن النية.

- معيار الخسارة الواقعة والكسب الفائت:

تنص المادة 182 من التقنين المدني على ما يلي «**إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ...**».

فيتضح من نص هذه المادة أن القاضي ملزم عند تقديره للتعويض في المسؤولية العقدية أن يدخل في حسابه ما لحق الدائن من ضرر وما فاته من كسب، وهذا المعيار قديم إذ عرفه القانون الروماني[2].

والمقصود بالخسارة اللاحقة الضرر المباشر الذي لحق حقا أو مصلحة مشروعة للمضرور. أما الكسب الفائت فيحص كل الثمرات الطبيعية للشيء المتلف أو محل الالتزام و الأرباح المتوقعة في المسؤولية العقدية، يضاف إليها الأرباح غير المتوقعة في المسؤولية التقصيرية طالما كانت محققة[3]، بأن يتأكد المضرور أنه كان سيحصل عليها لو تم تنفيذ الالتزام، أو لو لم يقعده الفعل الضار عن هذا الكسب.

فهذان العنصران يستعملهما القاضي في المسؤولية العقدية، بتقدير ما أصاب الدائن من ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي، أو بسبب تأخره في هذا التنفيذ، ثم يقدر بعد ذلك ما فات الدائن من كسب.

اختصاص عمل القضاة، ولا يمكن تنفيذها أو الإقلال من نسبة العجز المقدرة إلا بواسطة طبيب آخر ...» الاجتهاد القضائي ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ص 53.

[2]- د/ مقدم السعيد. المرجع السابق ص 256.

[3]- د/ فؤاد قواف كلة. المرجع السابق.

وهذان العنصران لا تستأثر بهما المسؤولية العقدية بل يجب الاعتداد بهما في نطاق المسؤولية التقصيرية، ذلك أن نص المادة 182 من التقنين المدني وإن كان قد جاء بصدد التعويض عن المسؤولية العقدية، إلا أنه جاء مطلقا مما يبيح ضمنيا تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية عما لحق المضرور من ضرر، وما فاته من كسب، فللمصاب في حادث أن يعوض عما أصابه في جسمه من ضرر وألم وما بذل من مال في سبيل علاجه، وهذا كله تتضمنه الخسارة اللاحقة به، كما أن لهذا المصاب الحق في أن يعوض عن الكسب الذي ضاع عليه[1]، فإن كان عاملا أو تسبب الحادث في قعوده عن العمل فيدخل في الكسب الفائت ما كان سيجنيه من عمله طوال المدة التي سيقعد فيها عن العمل.

كذلك ما نصت عليه المادة 566 من التقنين المدني من تمكين رب العمل من التحلل من العقد وإيقاف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من مصروفات، وما أنجزه من أعمال وهو ما يعرف بالخسارة اللاحقة وكذا ما كان يستطيع كسبه لو أتم العمل، وهنا يظهر عنصر ما فاته من كسب[2].

وغني عن البيان أنه لا يكون ثمة محل للتعويض إذا لم يصب الدائن بضرر، فلم يفته كسب ولم تلحقه خسارة، لأن التعويض لا يتقرر إلا إذا تحققت المسؤولية بعناصرها الثلاث.

وتبعا لذلك يتعين على المتضرر طبقا للقواعد العامة إثبات الضرر بعنصرية الكسب الفائت والخسارة اللاحقة ليتأتى تقدير التعويض،

- معيار الظروف الملابسة ومدى توفر حسن النية:

تنص المادة 131 من التقنين المدني «**يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملابسة ...**».

والظروف الملابسة هي الظروف التي تلابس المضرور، ويقصد بها الظروف الشخصية والصحية والعائلية والمالية التي تحيط بالمضرور، وهذه تقدر على أساس ذاتي لا على

---

[1]- د/ حسين عامر وعبد الرحيم عامر. المرجع السابق ص 538.

[2]. هذا التعويض يترتب في رأينا على أساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية، لأنه متى تحلل رب العمل من العقد، فإن العقد يصبح كأن لم يكن، ولا يستطيع الانعدام أن يرتب أثرا، هو التعويض، وإنما يترتب التعويض على فعل رب العمل في حل العقد وهو الفعل الضار أو الخطأ.

أساس موضوعي مجرد فننظر إلى المضرور نظرة شخصية، لأن التعويض يهدف إلى جبر الضرر الذي أصاب المضرور بالذات دون غيره، فيدخل في الظروف الشخصية حالة المضرور الجسمية والصحية، فالانزعاج الذي يصيبه من حادث يكون ضرره أشد مما يصيب شخصا سليم الأعصاب[1].

والأعور الذي أصيبت عينه السليمة كان الضرر الذي يصيبه أفدح من الضرر الذي يلحق شخصا أصيبت إحدى عينيه السليمتين[2].والرسام الذي يصاب في أصابعه التي يرسم بها ويتقوت منها يكون ضرره أكبر من غير الرسام. والضرر الذي يلحق براقصة في رجلها فيؤدي إلى عرج يقعدها عن الرقص أفدح من غير الراقصة.

ويكون محلا للاعتبار حالة المضرور العائلية والمالية، فمن يعول زوجة وأطفالا يكون ضرره أشد من الأعزب الذي لا يعول إلا نفسه، ولكن هذا لا يعني أنه إذا كان المضرور غنيا، يقضى له بتعويض أقل مما لو كان فقيرا، إذ أن العبرة بجبر الضرر، وهذا الضرر يتحدد باختلاف الكسب، فمن كان كسبه أكبر كان الضرر الذي يحيق به أشد[3].

أما الظروف الشخصية التي تلابس المسؤول فقد اختلف الفقه حولها على رأيين رأي يذهب إلى عدم الاعتداد بها والرأي الثاني يذهب إلى وجوب أخذها بعين الاعتبار.

ويستند أصحاب الرأي الأول إلى أن التعويض يحدد قدره بالضرر، وهذا الضرر يتعلق بالمضرور وليس بالمسؤول ذلك أنه إذا كان المسؤول غنيا لم يكن هذا سببا ليدفع تعويضا أكثر، وإذا كان فقيرا لم يكن سببا ليدفع تعويضا أقل[4].

أما الرأي الثاني فيذهب إلى وجوب الاعتداد بها لأن نص المادة 131 السابقة الذكر جاء مطلقا بغير تخصيص لمضرور دون المسؤول. إضافة إلى أن مصطلح الظروف الملابسة ينطوي على جسامة الخطأ، الذي لابد أن يراعى أثناء تقدير التعويض دون أن يكون هو الاعتبار الوحيد، فقد يترتب ضرر يسير على خطأ جسيم، كما أنه قد يحدث

---

[1]. د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري. المرجع السابق. الجزء الأول ص 971.

[2]– د/ علي علي سليمان. المرجع السابق ص 217.

[3]– د./عبد الرزاق أحمد السنهوري. المرجع السابق. الجزء الأول ص 973/972.

[4]– د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري. المرجع السابق. الجزء الأول ص 973/972.

ضرر بالغ بسبب خطأ يسير، وإنما تؤخذ جسامة الخطأ في الاعتبار مع بقية ظروف الدعوى[1].

من ذلك ما فعله المشرع عندما قرر أن المدين في المسؤولية العقدية لا يسأل إلا على خطئه المتوقع، ومع ذلك فإذا ارتكب غشا أو خطأ جسيما ترتبت مسؤوليته على خطئه غير المتوقع أيضا[2].

كذلك ما جاءت به المادة 126 من التقنين «**إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض**».

فقد يتعدد المسؤولون عن العمل غير المشروع، بأن ينسب إلى كل منهم خطأ يساهم في إحداث ذات الضرر، فيمكن للقاضي استنادا لهذه المادة أن يوزع المسؤولية بالتساوي، كما له أن يحدد نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض، وبديهي أن أساس التقسيم في هذه الحالة هو مدى جسامة الخطأ.

وهو ما يتناسب والعدالة فمتى استطاع القاضي أن يحدد مدى جسامة الخطأ لكل من الفاعلين، فلا يعقل أن يوزع المسؤولية بالتساوي فيما بينهم، في الوقت الذي يكون خطأ أحدهم جسيما بينما خطأ آخر يسيرا.[3]

كذلك إذا ساهم المضرور بخطئه في إحداث الضرر، فإن ذلك يوجب تخفيف المسؤولية برفع جزء من التعويض عن كاهل المسؤول، وقد يعفى تماما من التعويض، وذلك حسب مدى جسامة الخطأ المنسوب للمضرور، فتنص المادة 177 من التقنين المدني «**يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه**»، فتكون جسامة الخطأ الصادر من المسؤول محل اعتبار في تحديد نصيبه في التعويض، وتوزيع المسؤولية بينه وبين المضرور[4].

والرأي الراجح أنه متى تحققت المسؤولية قدر التعويض بقدر جسامة الضرر لا جسامة الخطأ، هذا كأصل، ولا يجوز في نظري الخروج عن هذا الأصل أي بالاعتداد بالظروف

---

[1]–د/ حسين عامر وعبد الرحيم عامر. المرجع السابق ص 540 ←542.

[2]– د/ حسين عامر وعبد الرحيم عامر. المرجع السابق ص 540 ←542.

[3] –د/ .محمد ابراهيم دسوقي. المرجع السابق ص 461 وما يليها.

[4]– د/ محمد ابراهيم دسوقي. المرجع السابق ص 461 ←464.

الملابسة للمسؤول بما فيها جسامة الخطأ إلا إذا ورد نص قانوني يبيح للقاضي ذلك، ويلزم القاضي بتطبيقه، كما هو الحال في الأمثلة التي سبق الإشارة إليها.

وبالنسبة لرأي القضاء عندنا، فإن المحكمة العليا تذهب في عدة قرارات لها إلى الاعتداد بالظروف الملابسة للمضرور دون المسؤول.

حيث جاء في قرار[1] صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1993/01/06 ما يلي«... **وأنه ينبغي على قاضي الموضوع أن يستجيب لطلبات المطعون ضدهم للتعويض عن الأضرار اللاحقة بهم جراء فقدان قريبهم، فإنه ملزم مع ذلك بذكر العناصر الموضوعية التي تمكنه من تحديد التعويض وهي على وجه الخصوص سن الضحية ونشاطه المهني، ودخله الدوري أو أجره ...»**[2].

ولكن ما يلاحظ على هذه القرارات أنها وإن كانت تعتد بالظروف الملابسة للمضرور إلا أنها تقيسها بمعيار موضوعي وليس ذاتي ويستفاد ذلك مما جاء في القرارات من أن القاضي ملزم بذكر "العناصر الموضوعية" ويستبعد العناصر الشخصية، وهذا في نظرنا يخل بقاعدة وجوب التناسب بين التعويض والضرر الفعلي اللاحق بالمضرور، لأن الضرر شخصي ويختلف من شخص إلى آخر فلا يمكن قياسه بنظره مجردة عن الذاتية، مما يؤدي إلى حصول شخصين على نفس التعويض استنادا لهذه العناصر الموضوعية، رغم أن الضرر اللاحق بكل منهما يختلف في جسامته وما يؤيد هذا الرأي عندنا أن المشرع عندما ألزم القاضي بوجوب الاعتداد بالظروف الملابسة لم يحدد له وجوب تقديرها طبقا لعناصر موضوعية.

لأنه متى اكتفى القاضي بالاعتداد بالظروف الموضوعية فقد معيار الظروف الملابسة معناه والهدف الذي قرر لأجله وهو محاولة الوصول إلى تقدير للتعويض يناسب الضرر اللاحق.

---

[1] – قرار صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا. ملف رقم 87411 بتاريخ 1993/01/06. أنظر نشرة القضاة عدد 50 ص 55

[2] – كما جاء أيضا في قرار لها صادر بتاريخ 1999/07/14... **كان يجب على قضاة الموضوع في حالة إثبات المسؤولية على عاتق سائق القطار وبالنظر إلى القانون رقم 90-35 أن يذكروا العناصر الموضوعية التي تساعد على تحديد مختلف التعويضات بدقة وتفصيل مثل سن الضحية ومهنتها ودخلها ونوع الضرر** ..." قرار صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا. ملف رقم 183066 غير منشور أورده د/ مختار رحماني في مقال له بعنوان المسؤولية المدنية عن نقل الأشخاص بالسكة الحديدية على ضوء الفقه والقضاء. المجلة القضائية العدد الأول لسنة 2001 ص 101.

كما أن عنصر مراعاة **حسن النية** يدخل في اعتقادنا ضمن الظروف الملابسة المتعلقة بالمسئول، ولكن لا يمكن الأخذ به بصفة مطلقة إلا إذا جاء نص قانوني صريح بوجوب الاعتداد به، كما وضحناه سابقا.

ولقد تعرضت مختلف التشريعات لعنصر حسن النية كما أوردها المشرع الجزائري في عدة مواضع من التقنين المدني.

على أنه تجدر الإشارة إلى أنه كأصل لا دخل لحسن النية في توافر المسؤولية، فتتوافر المسؤولية ولو حسنت نية المسؤول مادامت أركانها قائمة من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما[1]، وقد يقصد بحسن النية الاستقامة والنزاهة والإخلاص وانتفاء الغش، كما في الحالة التي تنص عليها المادة 107 الفقرة الأولى من التقنين المدني "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية..." ، فيجب أن تتوفر حسن النية عند تنفيذ العقد فيستبعد المتعاقدان كل معنى للغش، وإذا أخل أحدهما بالتزامه وترتب مسؤوليته فإن التعويض يختلف قدره بحسب ما يكون من حسن نية الفاعل أو سوئها، فيكون التعويض كاملا جابرا لجميع الأضرار في حالة ارتكاب خطأ جسيم أو غش طبقا للمادة 182 الفقرة الأخيرة من التقنين المدني. فيسأل المدين عن الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع ويعوض عنهما، أما إذا كان المدين حسن النية فلا يكون ملزما إلا بما كان متوقعا من الضرر[2].

ونشير في هذا السياق أن تقدير حسن النية وتحديدها يتم من خلال مراعاة الظروف الخارجية للشخص، وذلك قياسا على مسلك الرجل العادي في يقظته وذكائه فللقاضي في تقدير حسن النية أو سوئها أن يدخل في اعتباره مدى إدراك المدين بالالتزام للأمور، وقلة تجاربه أو انعدامها، وإذا كانت الظروف الخارجية المحيطة به من شأنها أن تجعله يعلم بحقيقة الأمر أولا[3].

---

[1]– د/ حسن عامر وعبد الرحيم عامر –المرجع السابق– ص 544.

[2]–د/ حسين عامر وعبد الرحيم عامر. المرجع السابق ص 542 ← 558.

[3]– د/ حسين عامر وعبد الرحيم عامر. المرجع السابق ص 542 ← 558.

ثانيا:

رقابة المحكمة العليا

سبق لنا أن بينا في المطلب الأول من هذا المبحث أن لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تقدير التعويض دون معقب عليه من المحكمة العليا.

إلا أنه وإن كان هذا التقدير يدخل في سلطة قاضي الموضوع، فهذا لا يعني أن محكمة الموضوع لا تخضع مطلقا لرقابة المحكمة العليا، إذ يجب على القاضي أن يبين في حكمه عناصر وشروط الضرر الذي يقضي من أجله بالتعويض، وذلك حتى يتسنى للمحكمة العليا مراقبة صحة تطبيق القواعد المتعلقة بالتعويض[1]، ومن جهة أخرى رقابة مدى أخذ القاضي لعناصر تقدير التعويض السابق شرحها بعين الاعتبار.

1- رقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر وشروطه:

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

ولئن 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 تهيمن عليها المحكمة العليا، لأن هذا التعيين هو من قبيل التكييف القانوني للواقع[2].

ويعتبر استيفاء الضرر للشروط الواجب توفرها لاستحقاق التعويض مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا، من هذا كون الضرر ماسا بحق أو مصلحة مشروعة، وتكييفه بأنه ضرر محقق حال أو مستقبل أو بأنه إحتمالي، ووصفه بأنه ضرر مادي أو ضرر معنوي.

إلا أن الملاحظ في الواقع العملي أن القضاة لا يحددون عناصر الضرر ولا شروطه في أحكامهم فلا يبينون نوع الضرر إذا ما كان ماديا أو معنويا، مباشرا أو غير مباشر، محققا أو احتماليا، متوقعا أو غير متوقع، والأمثلة في هذا الصدد كثيرة منها ما جاء في

---

[1]- د/ مقدم السعيد. المرجع السابق ص 253.

[2]-د/ سليمان مرقص. المرجع السابق ص 184.

حيثيات حكم صادر عن محكمة البليدة بتاريخ 2000/05/20 تحت رقم 2000/209:
«حيث أن إخلال المدعي عليها بالتزام تعاقدي قد ألحق ضررا بالمدعية، مما يتعين القول بأن طلبها الرامي إلى الحصول على التعويض مؤسس قانونا...».

فالحكم جاء خاليا من تحديد للضرر الذي لحق المدعي عليها، في عناصره أو شروطه، مما يجعله حكما معيبا قابلا للنقض، وقد جاء في هذا الشأن في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2002/07/25 ما يلي: **«حيث أن قضاة الاستئناف اكتفوا بحساب الغرامة المحكوم بها من طرف القاضي الاستعجالي فقط، في حين أنه وبناءا على المادة 471 من قانون الإجراءات المدنية، يلتزم قضاة الموضوع بتحديد الضرر وتقديره قصد مراجعة وتصفية الغرامة»**[1].

كما نقضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 86/07/08 حكما صادرا عن محكمة الجنايات صرح بعدم أحقية والد الضحية في التعويض عن وفاة ابنه لأن هذا الأخير كان تحت نفقة والده بدعوى عدم تضرره، دون أن تبين نوع الضرر، فقد جاء في حيثيات هذا القرار.

«حيث أنه تبين من مطالعة الحكم المطعون فيه أن القضاة أسسوا قضاءهم لإبطال دعوى والد الضحية على كون هذه الأخيرة كانت تحت نفقتها وأنه لم يلحقه أي ضرر.

وحيث أن الضرر يكون إما مادي أو معنوي.

وحيث أن القضاة راعوا في الدعوى الحالية سوى الجانب المادي فقط.

وعليه فإنهم لم يحيطوا بالدعوى من جميع جوانبها، وجاء بذلك قضاءهم ناقضا...»[2].

---

[1]. ملف رقم 215762 صادر بتاريخ 2002/07/25. مجلة قضائية العدد الأول لسنة 2002 ص 279.

[2]. ملف رقم 42308 قرار صادر بتاريخ 86/07/08. المجلة القضائية العدد الأول لسنة 1990 ص 254.

وأنظر كذلك في هذا الشأن قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 07 جوان سنة 83 ملف رقم 25878 فقد جاء في أحد حيثياته «... **حيث أنهم أغفلوا الإشارة إلى العجز الحقيقي الذي أصاب الضحية مكتفين بذكرهم أن الضحية أحضرت عدة شهادات طبية بدون أي إيضاح للأضرار التي أصابت الضحية بالذات ووصفه تلك الأضرار وذكر هل هي دائمة أو مؤقتة**". أنظر مجلة الاجتهاد القضائي ص 72. كذلك ما جاء في قرار صادر بتاريخ 98/7/28 رقم 198831 «...**كما يجب تحديد كل ضرر وتقدير تعويضه وهو ما لم يفعله الحكم المطعون فيه مما يجب معه نقضه**» مجلة قضائية عدد خاص لسنة 2003 ص593.

2- رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض:

إن للمحكمة العليا ممارسة الرقابة على ما تقوم به محكمة الموضوع من الاعتداد بعناصر تقدير التعويض وفقا لما سبق شرحه أنفا، وليس لمحكمة الموضوع أن تختار ما نريد اختياره أو إغفاله من بين هذه العناصر، وهذا هو المبدأ.

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

فالأولى هي مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع وفقا لما توضح له من جسامة أو يسر الضرر، دون رقابة عليه من المحكمة العليا، ولكن كيفية تحديد هذه الجسامة أو اليسر، بمعنى كيفية تطبيق القانون على الواقع هو الذي يكون محل رقابة المحكمة العليا، وتنصب هذه الرقابة على مدى احترام القاضي للعناصر والمعايير التي وضعها المشرع أمام القاضي للوصول إلى تقدير للتعويض بما يتناسب الضرر.

فإذا كان القاضي بصدد تطبيق معيار الخسارة اللاحقة والكسب الفائت فعليه أن يبين الواقعة الموضحة في الدعوى المثبتة، التي تصدق عليها وصف الخسارة أو الكسب.

وفيما يتعلق بمعيار الظروف الملابسة، ومن وجوب اعتداد القاضي بالظروف الشخصية للمتضرر في حالته الشخصية والعائلية والمالية، فعلى القاضي أن يبين الواقعة التي تفيد إصابة الشخص بضرر في ذمته المالية، دخله، عدد الأشخاص الذين يعيلهم. وهذه كلها تخضع لرقابة المحكمة العليا لأنها من قبيل التكييف القانوني للوقائع.

فقد جاء في قرار صادر بتاريخ 2001/02/14[1] عن المحكمة العليا ما يلي «**حيث أنه من قضاء المحكمة العليا المستقر أن تقدير التعويض عن التسريح التعسفي يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في هذا الشأن، ويكفيه أن يعاين كما هو الشأن في دعوى الحال الطابع التعسفي للتسريح ويقدر التعويض حسب الضرر الذي لحق العامل، وأن الحكم المطعون فيه يبين بأن**

وجاء أيضا في قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ 2000/3/28 تحت رقم 231419 «...**وحيث يتبين من القرار المطعون فيه أنه لم يحدد نوعية التعويض المقضى به هل هو عن الضرر المادي أم عن الضرر المعنوي ومعلوم أنه لا يجوز دمجهما معا...، الأمر الذي يشكل قصورا في التسبيب ينجر عنه النقض...**» مجلة قضائية عدد خاص 2003 ص627.

[1]. ملف رقم 214574 قرار صادر بتاريخ 2001/02/14. مجلة قضائية العدد الأول لسنة 2002 ص195.

المبلغ الممنوح للمطعون ضده كان على أساس الضرر المادي والمعنوي الذي لحقه جراء التسريح التعسفي، وهذا كاف لإعطائه الأساس القانوني».

فلم يشترط هذا القرار أن يضمن القاضي في حكمه العناصر التي استعملها للوصول إلى تقدير التعويض بما يتناسب والضرر، بل اكتفى بوجوب معاينة الطابع التعسفي للتسريح، والضرر المادي والمعنوي الناتج عنه.

ومع ذلك فإن المحكمة العليا في قرارات أخرى لها تأخذ بالمبدأ المذكور أنفا وتوجب ذكر العناصر التي اعتمدها القاضي في الوصول إلى تقدير التعويض فقد جاء في قرار صادر بتاريخ 2002/07/25[1] ما يلي:« **إن قضاة المجلس منحوا للمطعون ضده تعويضا بسبب الضرر به نتيجة منعه من مواصلة الأشغال واعتمدوا في ذلك على عناصر تقرير الخبرة وعلى محضر معاينة المحرر بتاريخ 96/11/17 وأن هذا التقدير يدخل ضمن سلطتهم لا رقابة عليهم في ذلك من طرف المحكمة العليا»**

وجاء أيضا في قرار لها صادر بتاريخ 1994/05/24: « **من المبادئ العامة في القانون أن التعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل، وعلى القضاة أن يبينوا في أحكامهم الوسائل المعتمدة لتقدير تلك التعويضات، ومن ثم فإن القضاء وبخلاف ذلك يعد خرقا للقانون، ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع منحوا تعويضات هامة دون تحديد العناصر التي اعتمدوا عليها في تقديرهم للتعويض يكونوا بذلك قد خرقوا القواعد المقررة قانونا ومتى كان كذلك استوجب قرارهم النقض»**[2]

كما اشترطت في عدة قرارات صادرة عنها وجوب تحديد الظروف الملابسة وأناطتها بتلك التي تلابس المضرور فقط، مما يمكن معه القول بأن المحكمة العليا تأخذ بالرأي القائل بوجوب الاعتداد بالظروف التي تلابس المضرور دون المسؤول، فنقضت في هذا الشأن عدة قرارات لم تبين ظروف المضرور.

---

[1]– ملف رقم 215762 قرار صادر بتاريخ 2002/07/25. مجلة قضائية العدد الأول لسنة 2002 ص 279.

[2]– قرار المحكمة العليا ، المؤرخ في 1994/05/24، ملف قضية رقم 109568، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد 01، ص123.

فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة بتاريخ 1993/01/06 [1] «... **وأنه ينبغي على قاضي الموضوع أن يستجيب لطلبات المطعون ضده للتعويض عن الأضرار اللاحقة به جراء فقدان قريبهم، فإنه ملزم مع ذلك بذكر العناصر الموضوعية التي تمكنه من تحديد التعويض وهي على وجه الخصوص سن الضحية ونشاطه المهني، ودخله الدوري أو أجره. في حين أن قضاة المجلس لم يذكروا أي معلومة في هذا الشأن، بحيث أن المحكمة العليا أضحت عاجزة عن ممارسة رقابتها على قضائهم**».

وجاء في قرار لها صادر بتاريخ 1999/07/14 عن الغرفة المدنية:«... **كان يجب على قضاة الموضوع في حالة إثبات المسؤولية على عاتق سائق القطار وبالنظر إلى القانون رقم 90-35 أن يذكروا العناصر الموضوعية التي تساعد على تحديد مختلف التعويضات بدقة وتفصيل مثل سن الضحية ومهنتها ودخلها ونوع الضرر أو الأضرار اللاحقة بالمستحقين، وأن يخصصوا تعويضات معينة لكل واحد من هؤلاء المستحقين**»[2].

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

---

1. قرار صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا: ملف رقم 87411 قرار صادر بتاريخ 1993/01/06. أنظر نشرة القضاة عدد 50 ص 55.

2. ملف رقم 183066 قرار صادر بتاريخ 1999/07/14. غير منشور أوردة الأستاذ مختار رحماني في مقال له بعنوان المسؤولية المدنية عن نقل الأشخاص بالسكك الحديدية على ضوء الفقه والقضاء، مجلة قضائية العدد الأول لسنة 2001 ص 101.

أنظر أيضا قرار صادر بتاريخ 1983/06/07، ملف رقم 25878 جاء فيه «... **فإنه بالرجوع إلى القرار المنتقد والحكم الذي أيده فيتبين أن قضاة الموضوع لم يبينوا فيهما عناصر التقدير التي ارتكزوا عليها لتمديد مبلغ التعويض الممنوح للضحية.**

حيث أنهم أغفلوا فيها الإشارة إلى العجز الحقيقي الذي أصاب الضحية مكتفين بذكرهم أن الضحية أحضرت عدة شهادات طبية بدون أي إيضاح للأضرار التي أصابت تلك الضحية بالذات ووصفه تلك الأضرار، وذكر هل هي دائمة أو مؤقتة.

وحيث أن قضاة الموضوع قد أغفلوا أيضا ذكر سن الضحية الذي هو عنصر من عناصر التقدير ومدة انقطاعها عن العمل، ومبلغ أرباحها اليومية أو الشهرية وغير ذلك من عناصر التقدير ليتأتى للمجلس الأعلى أن يجري مراقبته على القضاء الذي أتي به القرار المنتقد، وبما أن هذا القرار قد أغفل إبراز كل هذه العناصر فإنه لم يبرر قضاءه بتسبيب سليم ولم يرتكز في تحديد مبلغ التعويض عن أي تعليل قانوني مما جعل أن هذا الوجه الثالث في محله أيضا»

أنظر الاجتهاد القضائي ص 72/71.

فقد جاء في قرار صادر بتاريخ 1981/12/10[1] ما يلي «**حيث أنه إذا كان يتعين على قضاة الموضوع أن يعللوا قرارهم من حيث منح التعويض وهذا بذكر مختلف العناصر التي اعتمدوا عليها في ذلك فإن الوضع يختلف إذا كان الأمر يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي.**

حيث بالفعل أن التعويض عن مثل هذا الضرر يرتكز على العنصر العاطفي الذي لا يحتاج بحكم طبيعته إلى تعليل خاص مما يجعل القرار لا يحتاج من هذه الناحية إلى تعليل خاص علما بأن رقابة المجلس الأعلى في هذا المجال تهدف أساسا إلى التأكد من عدم تشويه الطابع المعنوي للضرر المعوض عنه».

وكذلك ما جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1992/02/18[2] « **حيث أنه بخصوص التعويضات المعنوية فإن منحها يدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع وهي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا».**

---

[1]. ملف رقم 24500 قرار صادر بتاريخ 81/12/10. مجلة الاجتهاد القضائي ص87.

[2]. ملف رقم 78410 قرار صادر بتاريخ92/02/18. نشرة القضاة عدد 48 ص145.

وجاء أيضا في قرار صادر بتاريخ 2000/3/28 ملف رقم 231419 « **حيث أنه إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره...**» مجلة قضائية عدد خاص لسنة 2003 ص593.

المطلب الثاني: ضمان المسؤولية المدنية للطبيب

بما أن الأطباء وأصحاب المنشآت الطبية ملزمون بالتأمين من مسؤوليتهم المهنية، فإنه يثور التساؤل حول مدى تغطية التأمين لكافة الأضرار التي قد تصيب المرضى المتعاملين مع الأطباء ومع المنشآت الصحية، ففي بعض الأحوال قد يلحق هؤلاء ضرر دون وجود ثمة خطأ طبي، ففي هذه الأحوال يثور الشك حول استحقاق هؤلاء للتعويض. لذا سنستعرض في هذا المطلب لدور التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب في(الفرع الأول) ومدى كفاية التأمين في تغطية كافة الأضرار التي تلحق بالمرضى في(الفرع الثاني).

الفرع الأول:

دور التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب

لقد فرضت مختلف التشريعات على الطبيب كغيره من أصحاب المهن الحرة اكتتاب تأمين لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية تجاه مرضاه وتجاه الغير حماية للطبيب وكفالة لحقوق المرضى، وسنستعرض في هذا الفرع للتأمين من المسؤولية المدنية للطبيب(أولا) وضمان الأضرار الناتجة عن الخطأ الفردي للطبيب وتوزيع الضمان في حالة وقوع الخطأ داخل الفريق الطبي، حين يكون كل عضو من أعضاء الفريق الجراحي قد أبرم تأميناً من المسؤولية لدى مؤمن مختلف(ثانيا).

أولا: التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب

نستعرض في هذا النقطة لأهمية التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب وهذا بالنسبة للمرضى وللأطباء أنفسهم (1) ونتكلم في نقطة ثانية عن إلزامية التأمين من المسؤولية المهنية في القانون الجزائري والمقارن (2).

1-أهمية التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب:

انتشر التأمين من المسؤولية المهنية في معظم الدول العربية، وهو عقد[1] كسائر عقود تأمين من المسؤولية المدنية ضد الأخطاء والأخطار، يؤمن بواسطته المؤمن للمؤمن له

[1]- تغطي هذه الوثيقة المسئولية المدنية الناجمة عن الوفاة أو أيه إصابة مدنية، أو أي ضرر مادي أو معنوي يلحق بأي شخص بسبب خطأ من الأخطاء المهنية الناشئة عن ممارسة المهنة الطبية والمهن المرتبطة بها.

تعويض الأضرار الناجمة عن رجوع الغير عليه بالمسؤولية، ويتعهد المؤمن بتغطية المسؤولية الطبية كاملة من الأضرار الواقعة على المريض.

فالتأمين على المسؤولية المهنية للأطباء عن الأضرار التي تلحق بالمريض نتيجة الخطأ الطبي باعتباره الخطأ الذي يرجع إلى الجهل بأمور فنية يفترض في كل من يمارس المهنة الإلمام بها، أو كان هذا الخطأ راجعاً إلى الإهمال أو عدم بذل العناية اللازمة، فإذا قامت المسؤولية في جانب الطبيب تكون شركات التأمين ملزمة بحسب العقود التي أبرمتها مع الطبيب أو القطاع الصحي الخاص بدفع تعويض للمريض، وتعوض شركة التأمين بحسب نسبة التأمين المعتمدة في العقد، ومن هذا المنطلق يكون قانون التأمين قد كفل حماية الطبيب والمريض والمستشفى الخاص على حد سواء[1].

وفي ظل التطور الهائل الذي حصل في المجال الطبي، ونتيجة لزيادة استعمال الأجهزة والأدوات الطبية، وتفاقم الأخطاء الطبية التي تحمّل المرضى عناء نتائجها لزمن طويل، بسبب توزيع المسؤولية على أعضاء الفريق الطبي والفرق المساندة له، تم إيجاد نظام إلزامي للتأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، هدفه توفير الدعم الكافي للأطباء ولإيجاد مزيد من الابتكارات وعدم الحدّ من قدراتهم في التوجه إلى كل ما هو جديد، والمساهمة في الرفع من مستوى أدائهم المهني ويخلق لديهم شعوراً بالأمان والطمأنينة في أداء واجباتهم بما يكفل الرفع من مستواها والتفوق في أدائها وتشجيع المبادرات الفردية والأنشطة الطبية الأخرى و ذلك بتغطية الأخطاء والأضرار الناجمة عن ممارسة الأعمال الطبية وفقاً للأصول المتعارف عليها دون خوف من شبح المسؤولية. وتوفير الأمان للمرضى وطمأنتهم بأن الالتجاء إلى الأطباء وحدوث خطأ طبي ليس مجازفةً مجهولٌ مصيرها، لأن في نظام التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء ما يوفر لهم التعويض المناسب إذا ما نتج عن المعالجة الطبية أخطاء أودت بقدراتهم أو حدّت منها[2].

---

[1] - ***TOUCHARD (Vincent)*** *; le dualisme juridictionnel en matière d'hospitalisation d'office état des lieux, problèmes et perspectives, mémoire en vue de l'obtention du master ii droit public fondamental , université Montesquieu – bordeaux iv , droit, sciences sociales et politiques, sciences économiques et de gestion, année universitaire 2005-2006. P 87.*

[2] – يحق الرجوع على المؤمن له في وثيقة تأمين المسئولية الطبية بقيمة ما أدته شركة التأمين من تعويض في الحالات الآتية :

2: إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية لطبيب:

وتحقيقاً لهذا الغرض، ولكفالة حصول المضرورين على التعويض المناسب، وحماية للأطباء وصوناً لممارسة المهن الطبية، ألزم قانون الصحة العامة الفرنسي في المادة L1142-2 المضافة بالمادة 98 من القانون رقم 2002-303 المؤرخ في 4 مارس 2002 الأطباء وجميع المؤسسات الصحية، بالتأمين الإجباري من المسؤولية المدنية والإدارية، حيث تنص المادة L1142-2 الفقرة (4) من قانون الصحة العامة على أن « **تأمين المؤسسات و المصالح و الهيئات المذكورة في الفقرة الأولى يغطي أجراءها العاملين ضمن حدود المهمة الممنوحة لهم، حتى لو كان هؤلاء يتمتعون بالاستقلال في ممارسة فن الطب** »[1].

أمّا المشرع الإماراتي فقد نص في المادة 25 من قانون المسؤولية الطبية على أنه: **«يحظر مزاولة المهنة بالدولة دون التأمين ضد المسؤولية عن الأخطاء الطبية لدى إحدى شركات التأمين المرخص لها في الدولة.**

وتتحمل المنشأة الصحية التي تستقبل طبيباً زائراً مسؤولية التعويض عن خطئه الطبي في مواجهة المضرور، وذلك دون إخلال بحقها في الرجوع على مرتكب الخطأ.

ويتعين على الجهات الخاضعة لأحكام هذه المادة أن توفق أوضاعها خلال ستة أشهر من تاريخ سريان أحكام هذا القانون.

وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط اللازمة لتنفيذ أحكام هذه المادة »[2]

– إذا حصل الضرر نتيجة فعل متعمد من المؤمن له .

– إذا حصل الضرر من المؤمن له نتيجة قيامه بعمله وهو في حالة سكر أو تحت تأثير مخدر.

– إذا مارس المهنة بدون وثيقة، أو بوثيقة مزورة أو عقد التأمين بناء على بيانات أو معلومات غير صحيحة أو إخفاء وقائع أو معلومات جوهرية.

[1] - *l'article L. 1142-2 alinéa 4 C.S.P.F* ***« L'assurance des établissements (…) couvre leurs salariés agissant dans la limite de la mission qui leur a été impartie, même si ceux-ci disposent d'une indépendance dans l'exercice de l'art médical ».***

[2] – لقد أحسن المشرع الإماراتي صنعا عندما نص في المادة 25 على وجوب التأمين ضد المسؤولية الطبية، بل و حظر ممارسة مهنة الطب في داخل الدولة دون إبرام هذا التأمين لدى شركة تأمين مرخص لها العمل في الدولة ، أما لو صدر الخطأ الطبي من

كما نصت المـادة 26 على أن:« **يلتزم صاحب المنشأة بالتأمين على مزاولي المهنة العاملين لديه عن مسؤولية الأخطاء الطبية ويتحمل نسبة (80%) كحد أدنى من قيمة قسط التأمين السنوي ويتحمل مزاول المهنة باقي قيمة هذا القسط.**

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

أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد نصت المادة 167 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات على أنه « **يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأمينا لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير**»[1]، كما أكدت المادة (6) من المرسوم التنفيذي رقم 07 -321 على أنه:« **يتعين على المؤسسة الاستشفائية الخاصة اكتتاب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية للمؤسسة ومستخدميها ومرضاها** »[2]

أما جزاء عدم التأمين، فقد فرض قانون الصحة العامة الفرنسي عقوبة الغرامة، والمنع من الممارسة الطبية، في حالة عدم الالتزام بالتأمين من المسؤولية، وهذا ما نصت عليه المادة L1142-25 فقرة واحد[3]« **يعاقب على الإخلال بإلزامية التأمين المنصوص عليه في المادة L1142-2 بغرامة تقدر ب 45000 أورو.**

طبيب زائر فحمل المشرع المنشأة الطبية مسؤولية التعويض عن خطئه، ثم يجوز لها بعد ذلك أن تعود بما أدته على ذلك الطبيب، و في ذلك مراعاة لمصلحة المضرور من الخطأ الطبي. د/ مدحت محمد محمود عبد العالي، مقال المسؤولية المدنية للطبيب الناشئة عن الخطأ الطبي، مجلة معهد التدريب و الدراسات القضائية، ص 94.

[1]- أمر رقم 07/95 مؤرخ في 25 يناير 1995 ، يتعلق بالتأمينات ، ج ر عدد 13 مؤرخة 08 مارس 1995 م.

[2]- مرسوم تنفيذي رقم 07-321 مؤرخ في 10 شوال عام 1428 الموافق 22 أكتوبر سنة 2007 يتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة و سيرها، ج ر عدد 67 مؤرخة في 12 شوال 1428 الموافق 24 أكتوبر 2007.

[3] - *Article L1142-25 du C.S.P.F dispose que* « ***Le manquement à l'obligation d'assurance prévue à l'article L. 1142-2 est puni de 45 000 Euros d'amende.***
Les personnes physiques coupables de l'infraction mentionnée au présent article encourent également la peine complémentaire d'interdiction, selon les modalités prévues par l'article 131-27 du code pénal,…»

كما يعاقب الأشخاص الطبيعيين على ارتكابهم الجريمة المذكورة في هذه المادة، أيضا بعقوبة تكميلية بالمنع حسب الكيفيات المنصوص عليها في المادة 131-27 من قانون العقوبات...»[1]، و دخل هذا الجزاء مجال التطبيق، بموجب القانون رقم 1577-2002، الصادر في 30 ديسمبر 2002م، و المتعلق بالتأمين من المسؤولية المدنية الطبية l'assurance responsabilité civile médicale والذي حدد أول يناير 2004م، تاريخ بدأ المساءلة القانونية للأطباء عن الإخلال بواجب التأمين.

أما جزاء عدم التأمين وفقاَ للمادة 184 فقرة (1) من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات[2] نصت على أن: « **يعاقب على عدم الامتثال لإلزامية التأمين المنصوص عليه في المواد 163إلى 172 و 174 أعلاه بغرامة مالية مبلغها 5000 د.ج إلى 10000 د.ج** »، نلاحظ أن هذا الجزاء جزاء رمزي، وليس بجزاء حقيقي كما هو في قانون الصحة الفرنسي، إذ لابد على المشرع الجزائري من وضع جزاء أكثر صرامة بالنسبة للإخلال بإلزامية التأمين، وحسنا فعل المشرع الإماراتي بجعل الالتزام بالتأمين شرط ضروري ولازم للحصول على الترخيص لممارسة المهنة، وبالتالي ممارسة المهنة دون تأمين يتابع هنا الطبيب بممارسة المهنة بصفة غير مشروعة.

ثانيا: ضمان الأضرار

أتعرض في هذه النقطة إلى ضمان الأضرار الناتجة عن الخطأ الفردي للطبيب(1) وتوزيع الضمان في حالة وقوع الخطأ داخل الفريق الطبي (2)

1-ضمان الأضرار الناتجة عن الخطأ الفردي:

تنص المادة R 4127-8 من قانون الصحة العامة الفرنسي على أن الطبيب حرّ في تحرير وصفاته بالشكل الذي يعتقد بأنها الأكثر ملائمة لحالة المريض، وهذا هو مبدأ

---

[1]- أما الجزاء التأديبي فلقد نصت المادة L 1142-2 فقرة (6): « **يمكن المحكمة التأديبية في حالة الإخلال بإلزامية التأمين المنصوص عليها في هذه المادة، أن تنطق بعقوبات تأديبية** »

[2]- - أمر 07/95 مؤرخ في 25 يناير 1995 ، يتعلق بالتأمينات ، ج ر عدد 13 مؤرخة 08 مارس 1995 م.

الحرية العلاجية الذي يعطي الطبيب الحرية في اختيار وصفاته، و يعد هذا المبدأ من أهم المبادئ التي يقوم عليها قانون الصحة العامة الفرنسي [1].

واستنادا إلى ذلك فإن الطبيب يستطيع أن يقوم بجميع الأعمال المهنية، ومع ذلك، فإنه لا يجوز للطبيب الاختصاصي أن يقوم إلا بالأعمال التي تدخل في اختصاصه. وهذا ما ذهبت إليه المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 12 تاريخ 1970/01/07 المتضمن قانون مزاولة المهن الطبية السوري والتي تنص على أنه:« **ينحصر عمل الأخصائي في مجال اختصاصه فقط ويحدد وزير الصحة بقرار تنظيمي الأعمال الفنية الأخرى التي يجوز له مزاولتها مما هو قريب من اختصاصه** »[2].

وهذا ما أكدته أيضاً المادة R4127-70 من قانون الصحة العامة الفرنسي، ويستخلص من ذلك أنه إذا قام الطبيب بعمل لا يدخل في اختصاصه فإنه يعدُّ مسؤولاً عن الضرر الذي يلحق بالمريض نتيجة ذلك، فالطبيب ملزم بممارسة مهنة الطب في مجال تخصصه[3]، وتأكيدا لهذا نصت المادة (16) من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 من م.أ.ط.ج[4] على أنه:« **يخول الطبيب و جراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص و الوقاية و العلاج، و لا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدما علاجاً أو يواصله أو يقدم و صفات في ميادين تتجاوز اختصاصه أو إمكانياته إلا في الحالات الاستثنائية** »

وترتيبا على ذلك تضمن شركات التأمين المسؤولية المهنية للأطباء عن أخطاءهم الفردية

---

[1] - *PALEY-VINCENT(Catherine), responsabilité du médecin, Masson, Paris 2002, P 47, contrat médical, DPBB, op.cit, n°91 et s, P. 710.*

[2] – استنادا إلى هذه المادة صدر القرار رقم 41/ت تاريخ 1970/5/7 يحدد الأعمال الفرعية التي يجوز للطبيب الاختصاصي أن يمارسها بالإضافة إلى اختصاصه. و يستثنى من حكم المادة 12 المشار إليها في المتن ما جاء في المادة 11 من نظام واجبات الطبيب و آداب المهنة السوري: « **يحظر على الأطباء و أطباء الأسنان مباشرة الأعمال الطبية و الجراحية التي تستوجب الاختصاص إلا في حالات الإسعاف الضرورية التي تعرض حياة المريض للخطر شريطة عدم وجود الأخصائي في المنطقة** »

[3] - *Article R.4127-70 du C.S.P.F qui dispose que : « **Tout médecin est, en principe, habilité à pratiquer tous les actes de diagnostic, de prévention et de traitement. Mais il ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, entreprendre ou poursuivre des soins, ni formuler des prescriptions dans des domaines qui dépassent ses connaissances, son expérience et les moyens dont il dispose** »*

[4] – مرسوم تنفيذي رقم 276/92 مؤرخ في 06 يوليو 1991م، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر عدد 52 مؤرخة في 08 يوليو 1992م.

وأخطاء المساعدين وهذا حماية للمرضى وحماية للمهنة الطبية، بشرط ألا يتجاوز الطبيب حدود تخصصه فالتأمين يغطي المسؤولية المهنية للطبيب في مجال تخصصه، وفي حال تجاوز الطبيب الأجير المهمة المنوط بها وفقاً للمادة L1142-2 فقرة 4 من (ت.ص.ع.ف) بنصها:« **يغطي تأمين مهني الصحة والمؤسسات والمصالح والهيئات المشار إليها في الفقرة الأولى أجراءها المتصرفون في حدود المهمة التي تسند لهم حتى وإن كان هؤلاء يتوفرون على استقلال في ممارسة مهنة الطب**»، يمكن شركة التأمين التنصل من تغطية المسؤولية المدنية، بمعنى أن تدفع أمام القضاء بسقوط ضمان المؤمن الذي تجاوز حدود المهمة المنوط بها، وكتطبيق لهذا، قضت محكمة استئناف باريس بتاريخ 12 فيفري 1992[1] بمسؤولية طبيب الفم médecin stomatologiste عن خطأ ارتكبه عند ختان طفل مسلم لا يتجاوز عمره (8) أيام وهذا بتاريخ 6 ديسمبر 1987، حيث حُمل المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي المرتكب الذي ألحق أضرارا بالطفل، حيث استبعدت المحكمة الاستئنافية شركة التأمين المسماة La médicale de France على أساس أن النشاط الوحيد والقانوني المغطى تأمينياً هو نشاط طب أمراض الفم activité de stomatologie، وحيث أنه لم يصرح لشركة التأمين بممارسته لعملية الختان إلى جانب عمله الأصلي إلا بعد حدوث عدة أخطاء تُجاوز حدود اختصاصه. وعلى إثر الطعن بالنقض المرفوع من قبل الطبيب أيّدت محكمة النقض الفرنسية قرار الجهة الاستئنافية وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 6 ديسمبر 1994[2] بقولها: « **حيث أن محكمة الاستئناف قد ذهبت إلى أن محل عقد التأمين المبرم بواسطة المؤمن له يتحدد في طب أمراض الفم، وأنه لم يصرح للمؤمن بممارسته لنشاط طبي آخر المتمثل في الختان العلاجي و العلاجات المرتبطة به، ولما كان هذا النشاط الأخير لا يندرج ضمن التغطية التأمينية لعقد التأمين مما يتعين معه التصريح بعدم قبول الطعن**»

---

[1] - *Cour d'appel de Paris, du 12 février 1992*

[2] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 6 déc. 1994. N° de pourvoi: 92-17767. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007033700&fastReqId=129065654&fastPos=295

.

2- توزيع الضمان في حالة وقوع الخطأ داخل الفريق الطبي:

أ : وضع المشكلة:

لا تكون هناك مشكلة إذا كان كل من الجراح و طبيب التخدير قد أبرم تأمينا من المسؤولية لدى نفس المؤمن، فإذا رجع المريض على هذا الأخير بالضمان، فلا تثور أي صعوبة لأنه يضمن مسؤولية أعضاء الفريق الجراحي جميعاً.

إنما تثور المشكلة حين يكون كل عضو من أعضاء الفريق الجراحي قد أبرم تأمينا من المسؤولية لدى مؤمن مختلف، حيث يرجع المريض على أكثر من مؤمن، وتثور بين هؤلاء- أي المؤمنين المتعددين- مشكلة توزيع الضمان بينهم، لأن ذلك يقتضي- أولا- تحديد مدى التزام كل مؤمن بالضمان إلى جانب المؤمنين الآخرين.

ب: اتفاق 28 يونيو 1976:

تم هذا الاتفاق بين كافة شركات التأمين التي تُعنى بالتأمين من المسؤولية الطبية، وكان الهدف المتوخى منه كما حددته تلك الشركات هو:« **إدارة الكوارث الناشئة عن المسؤولية المدنية الطبية فيما يتعلق بالجراحين وأطباء التخدير ومؤسسات العلاج الخاصة**»[1].

و قد جاءت بنود هذا الاتفاق على النحو التالي:

1- **بالنسبة لمؤمن المسؤولية المدنية للجراح:** يكون هو الملتزم بالضمان متى كانت الكارثة ناشئة عن إجراء الفحوص السابقة عن التدخل الجراحي متى كانت تدخل في تخصصه، والتدخل الجراحي ذاته والآثار المباشرة له، والمسؤولية عن التخدير إذا تم بواسطة ممرضة أو أي شخص آخر غير متخصص في أعمال التخدير.

[1]- ***LAPORTE(Sylvie)*** *; la vénalité des éléments du corps humain, mémoire réalisé en vue de l'obtention du master droit filière recherche, mention droit médical université de Lille 2 – droit et sante école doctorale n° 74 faculté des sciences juridiques, politiques et sociale, année 2003-2004. P 177.*

2- بالنسبة لمؤمن المسؤولية المدنية لطبيب التخدير: يكون هو الملتزم بالضمان متى كانت الكارثة ناشئة عن الفحوص السابقة على التدخل الجراحي و المتعلقة بفحص انتظام عمل القلب و التنفس و فحوص الدم، أيضا الفحوص المتعلقة بالتحقق من سلامة أدوات التخدير، و وضع المريض على منضدة العمليات فيما عدا الضرورات الخاصة التي يقدرها الجراح بالنسبة لهذا الوضع، أفعال التخدير بالمعنى الفني، أفعال الإنعاش و المتابعة المباشرة للمريض حتى إفاقته نهائيا من تأثير التخدير.

3- **بالنسبة لمؤمن المسؤولية المدنية لمؤسسة العلاج:** يكون هو الملتزم بالضمان متى كانت الكارثة ناشئة عن الأدوات و الأجهزة الموجودة في قاعة العمليات و ذلك ما لم يكن الحادث قد وقع بسبب خطأ في الاستعمال، تنفيذ الفحوص و الإعداد السابق و اللاحق على العملية الجراحية و كذلك الحوادث التي ترجع مباشرة إلى القصور الوظيفي كالقصور في عدد أو كفاءة القائمين بالعمل الطبي، أو القصور في تجهيز و إعداد أدوات و أجهزة العلاج.

يلاحظ على هذا الاتفاق أنه يجرى تقسيم المسؤولية بالنظر إلى اللحظة التي وقع فيها الحادث، كما أنه من الجدير بالملاحظة كذلك، أنه ليس اتفاقا تحكميا يتجاهل اتجاهات القضاء، فهو ليس إلا انعكاسا لهذه الأخيرة، فالبنود التي تضمنها لا تبتعد عما يقرره القضاء في هذا الشأن، و إنما كل ما قصد هذا الاتفاق إلى تقريره هو قطع النزاع الذي يثور بين المؤمنين و بين الأطباء فيما يتعلق بتحديد الأفعال التي تقيم مسؤولية الآخرين، و تثير بالتالي ضمان الأولين[1].

و أيا ما كان الأمر، فقد رئينا أن القضاء الفرنسي في آخر مراحل تطوره- أو تردده- قد أخذ بالمسؤولية التضامنية بين أعضاء الفريق الجراحي بالرغم من تقريره استقلال كل منهم، و ذلك على أساس وجود التزام متبادل بالمشورة بينهم.

[1] - *Voir les articles du C.S.P.F : D6124-97, D6124-98, D6124-99, D6124-100, D6124-101.*

الفرع الثاني: مدى كفاية التأمين في تغطية كافة الأضرار التي تلحق بالمرضى

على الرغم من أن الأطباء و أصحاب المنشآت الطبية يكونوا ملزمين بالتأمين على مزاولي المهنة لديهم ضد المسؤولية عن الأخطاء الطبية سواء كانوا زائرين أو كانوا من العاملين لديهم، فإنه يثور التساؤل حول مدى تغطية التأمين لكافة الأضرار التي قد تصيب المرضى المتعاملين مع الأطباء و المنشآت الصحية. ففي بعض الأحوال قد يلحق هؤلاء ضرر دون وجود ثمة خطأ طبي. ففي هذه الأحوال يثور الشك حول استحقاق هؤلاء للتعويض و هذا ما سنتناول في نقطة أولى إلى عدم تغطية التأمين من المسؤولية لكافة الأضرار التي قد تصيب المرضى (أولا)، و في نقطة ثانية نحو تغطية شاملة لكافة الأضرار الناتجة عن التعامل مع مزاولي مهنة الطب مستعرضاً فيها تجربة القانون الفرنسي (ثانيا).

أولا:عدم تغطية التأمين من المسؤولية لكافة الأضرار التي قد تصيب المرضى

بعد أن استعرضنا طبيعة مسؤولية مزاولي مهنة الطب، و الخطأ كأساس لقيامها، فإننا سوف نبحث في هذا مسألة مدى تحقيق التأمين أهدافه التي تتمثل في حماية المضرورين من المرضى و المتعاملين مع المنشآت الصحية بكافة عناصرها.

كما ذكرنا سالفاً فإن مواد المتعلقة بتأمين من المسؤولية كما هو واضح من اسمها تقتصر على وجوب التأمين من مسؤولية مزاولي مهنة الطب، ومن ثم فإنه إذا ثبت أن الطبيب لم يخطئ وفقا لتقدير القاضي فلا يستحق المضرور صرف مبلغ التأمين و إن أصابه ضرر.

و لكن قد يثور التساؤل عن كيفية إصابة المتعامل مع مزاولي مهنة الطب بأضرار رغم أن الأطباء قاموا بأداء واجبهم وفقا لما تقتضيه أصول مهنة الطب؟ و الواقع أنه من المتصور ذلك في الكثير من الأحوال منها على سبيل المثال: الأضرار التي قد تلازم أعمال الوقاية و العلاج و التشخيص، والأضرار الناتجة عن المنتجات الطبية المعيبة، وهو ما سنتناوله فيما يلي:

أ: الأضرار الناتجة عن الأخطار
التي قد تلازم أعمال الوقاية أو العلاج أو التشخيص:

وفقا للمادةL1142-1 فقرة (1) من قانون الصحة العامة الفرنسي، و طبقا للمادة (14) من قانون المسؤولية الطبية الإماراتي و المادة (23) من قانون المسؤولية الطبية الليبي، و التقنين المدني الجزائري و المصري لا يكون الطبيب مسؤولا إلا عن خطئه متى كانت تربطه بالضرر علاقة سببية أما في الحالات التي لا يثبت فيها أي خطأ مهني فلا يكون الطبيب مسؤولاً بتعويض الأضرار التي أصابت المرضى أو المتعاملين مع الجهات التي تقدم الخدمات الطبية. و على الرغم من أن هذا المبدأ له ما يبرره من الناحية النظرية فإنه قد يترتب عليه من الناحية العملية حرمان الكثير من المضرورين من الحصول على التعويض اللازم لجبر الأضرار التي لحقتهم، رغم أن هؤلاء من أشد المضرورين حاجة إلى هذا التعويض وذلك للمعاناة التي يتحملونها كمرضى وكمضرورين نتيجة التعامل مع الأطباء و الجهات التي تقدم الخدمات الطبية.

فقد يصاب المريض أثناء تلقيه إحدى الخدمات الطبية بضرر ليس راجعا لخطأ مهني وإنما إلى المخاطر التي قد تصاحب عمل من أعمال الوقاية أو التشخيص أو علاج الأمراض.[1] ومنها الأضرار التي تحدث نتيجة حادث طبي، و إنتان المشافي[2] وبالتالي لا تنطبق قواعد المسؤولية الطبية على مثل هذه الحالة.

---

[1] –« Aléa thérapeutique » وقد عرفت محكمة النقض الفرنسية هذه الأضرار بأنها: « **المخاطر الملازمة للعمل الطبي التي تحدث للمريض دون وجود أي خطأ من الطبيب – أو من يقوم بالعمل الطبي ويصعب السيطرة عليها** » أنظر:

- Cass. Civ 1ére Ch. 8 nov. 2000. N° de pourvoi: 99-11735. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007042233&fastReqId=1600961017&fastPos=43
- Cass. Civ 1ére Ch. 17 nov. 2011. N° de pourvoi: 10-24688. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024819330&fastReqId=119773069&fastPos=3

[2] *- les accidents médicaux, les affections iatrogènes et des infections nosocomiales.*

و يقصد ب

Les affections iatrogènes ***« Le dommage subi par un patient lié au traitement délivré (médicaments, soins…)***

و يقصد ب

ب: الأضرار الناتجة عن المنتجات الصحية:

من المتصور أن تترتب أضرار للمتعاملين مع الأطباء و الهيئات و المؤسسات الصحية نتيجة لاستخدام من يزاول مهنة الطب إحدى المنتجات المعيبة والتي لا يكون عيبها ظاهرًا كأن تكون فترة الصلاحية المذكورة عليها سارية، فإنه تقوم المسؤولية في هذه الحالة نتيجة تعيب المنتج، أما في حالة عدم تعيب المنتج فإن الأضرار التي قد تحدث نتيجة المخاطر الملازمة للعلاج و التشخيص، فإنه من الصعوبة بمكان حصول ضحايا هذه المنتجات على التعويض عن الإصابات و الأضرار الناتجة عن العلة العلاجية الناجمة عن تعاطي العلاج المقرر كالأدوية و العقاقير الطبية affection iatrogène.

ثانيا: نحو تغطية
شاملة لكافة الأضرار التي تلحق بالمرضى

إنّ مختلف التشريعات تشترط الخطأ الطبي لكي تترتب المسئولية الطبية و بالتالي لا يغطي التأمين كافة الأضرار التي قد تلحق المرضى المتعاملين مع مزاولي مهنة الطب، وسوف نتناول في هذه النقطة و ذلك من خلال استعراض تجربة القانون الفرنسي في هذا الشأن.

أ: التعويض عن الأضرار التي قد تنتج عن المخاطر التي تلازم أعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج:

كان للقضاء الفرنسي كعادته دور خلاق لسد النقص التشريعي و تجلى ذلك في مجال المسؤولية الطبية، فمن خلال سلطته في تفسير النصوص القائمة من أجل تطوير قواعد المسؤولية المدنية كي تتلاءم مع مقتضيات التطور التي يشهدها المجتمع سيما في السنوات الأخيرة التي زادت فيها أضرار المتعاملين مع مزاولي مهنة الطب.

Les infections nosocomiales ***« Une infection qu'apparait à la suite d'une hospitalisation alors qu'elle était absente à l'hôpital »***

V. CHARBONNEAU (C), Présentation du titre 1er – Solidarité envers les personnes handicapées - sur le site : http://fjpansier.com/ARTICLES%.Présentation de la loi sur le droit des malades.html

فإذا كانت محكمة النقض الفرنسية قد أكدت في أكثر من حكم لها على أنه يلزم لكي يحكم على مرتكب الخطأ بالتعويض أن يكون الخطأ المرتكب قد ساهم بطريقة مباشرة في حدوث الضرر[1]، فإذاً في ذات الوقت أقرت حق المضرور في الرجوع على الطبيب على أساس فوات الفرصة في أن يحسن من حالته الصحية أو أن يشفي من مرضه أو أن ينجو من العاهة التي لحقت به، إذ ثار الشك حول سبب وقوع الضرر كما في الحالات التي يكون الخطأ المرتكب مقترنا بما يحدث من تطور طبيعي متوقع للحالة المرضية أو إذا اقترن هذا الخطأ بالمخاطر الملازمة لكل عمل طبي[2]، ولذلك فقد قضت في حكم لها سنة 2002 بأن الطبيب يكون مسؤولا عن التعويض عن فوات فرصة المولود في أن يولد سليما من الإصابات التي حدثت له و المترتبة بوجه خاص عن نقص الأكسجين اللازم له في الفترة السابقة على ولادته، وذلك على الرغم من أن الخبراء لم يمكنهم تحديد ما إذا كان من اللازم إجراء ولادة قيصرية مبكرًا للأم لتجنب حدوث هذه الأضرار أم لا [3].

كما قضت أيضا بأن تقصير الطبيب في التزامه بإخبار المريض بحقيقة حالته الصحية يكون قد فوت عليه الفرصة في اتخاذ القرار المناسب لكي يتخلص من آلامه، و أن الضرر المترتب على هذا التقصير يختلف عن الضرر الجسدي المترتب عن الخطأ

---

[1] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 30 sept 1997. N° de pourvoi: 95-16500. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007038502&fastReqId=1770652145&fastPos=262

[2] – راجع :

DUVAL ARNOULD (M), *La Responsabilité civile de professionnels de santé.*

[3] – - ***Cass. Civ 1ére Ch. 10 juillet 2002. N° de pourvoi: 01-10039. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007043113&fastReqId=983013772&fastPos=162

حيث قضت بأن:

« C'est par une appréciation souveraine du préjudice consécutif à la faute du praticien qu'une cour d'appel ayant que les experts qui n'avaient pu déterminer si la pratique d'une césarienne faite de manière précoce aurait permis d'éviter, à coup sûr, les lésions dont souffre aujourd'hui l'enfant, à néanmoins conclu que l'erreur de diagnostic et l'abstention thérapeutique qui en était résulté avaient été à l'origine d'une perte de chance, pour l'enfant de naitre de toutes lésions et notamment d'éviter les conséquences de l'hypoxie fœtale qu'il présentée avant sa naissance ».

المهني، غير أن الضرر المتمثل في فوات الفرصة لا يكون متحققا في الحالة التي لا يكون المريض فيها مؤهلا لأن يبدي رأيا بالموافقة أو برفض العمل الطبي[1]. و من البديهي أن تتوافر رابطة السببية بين التقصير في الإخبار وبين الضرر المحقق، ولهذا فإذا كان سبب الضرر الذي أصاب المريض غير معلوم أو كان نتيجة للمخاطر الملازمة للعلاج و التشخيص[2]، فلا يكون الطبيب مسؤولا عن فوات فرصة المريض في تحسين حالته الصحية [3]. ويتم تقدير التعويض عن فوات الفرصة بمقدار الفرصة الضائعة وليس بمقدار الفائدة المنتظرة إذا ما تحققت هذه الفرصة.[4]

وهكذا فقد جعل القضاء التربة صالحة أمام المشرع لوضع القانون 4 مارس 2002 الخاص بحقوق المرضى و بجودة أداء الخدمات الطبية [5]. و يتميز هذا القانون بالعديد من المزايا لا يتسع المقام لذكرها، و لكن سوف نستعرض بإيجاز كيف عالج المشرع الفرنسي المشكلة المطروحة.

فبصدور القانون المذكور و الذي أدخل العديد من التعديلات على تقنين الصحة العامة، فاجتمعت للمرضى سبل الحماية القانونية من الأضرار التي قد تصيبهم نتيجة لتعاملهم مع الأطباء والجهات التي تقدم الخدمات الطبية، في أية مرحلة من المراحل التي تقدم فيها تلك الخدمات، سواء في مرحلة الوقاية من الأمراض أم تشخيصها أم العلاج منها.

فقد وضع القانون آلية لتعويض المضرورين سواء نتجت الأضرار التي أصابتهم عن خطأ مهني أم عن المخاطر التي قد تلازم أعمال الوقاية و التشخيص و العلاج ، و رغبة من المشرع الفرنسي في حصول المضرورين على التعويض، أضاف بالمادة (98) من

---

[1] – ***Cass. Civ 1^ére^Ch. 7 fév. 1990. N° de pourvoi: 88-14797. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007022948&fastReqId=215154368&fastPos=374

[2] - Aléa thérapeutique

[3] – - راجع :
DUVAL ARNOULD (M)*, La Responsabilité civile de professionnels de santé et des établissements de santé privés. op. cit. P9.*

[4] *- Civ. 1^re^, 16 juillet 1998, Bull. n° 160.*

[5] *- – Loi n° 2002 – 303 du 04 mars 2002 relative aux droit des maladies et à la qualité du système de santé, JO 5 mars 2002.*

قانون 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى و نوعية نظام الصحة الفرنسي مواد جديدة إلى قانون الصحة العامة، و من هذه المواد المادة L 1142-1 فقرة (2) التي تنص على أنه: « **عندما لا تقوم مسؤولية مهني أو مؤسسة أو مصلحة أو هيئة المشار إليهم في الفقرة الأولى، أو صانع منتجات صحية، فإن أي حادث طبي un accident médical أو علة علاجية المنشأ une affection iatrogène أو إنتان المشفىinfection nosocomiale يعطي المريض، أو لورثته في حالة وفاته، الحق في تعويض الأضرار باسم التضامن الوطني، عندما تكون هذه الأضرار ناجمة مباشرة، عن الأعمال المتعلقة بالوقاية أو التشخيص أو العلاج، وتكون قد أدت بالنسبة للمريض إلى نتائج استثنائية بالنظر إلى حالته الصحية و كذلك التطور المتوقع لها، وأن تمثل هذه النتائج طابعاً جسيماً يحدده مرسوم، ويقدر طابع الجسامة بالنظر إلى فقدان القدرة الوظيفية، و نتائجها 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]

حيث فرقت المادة L1142-1 بين التعويض على أساس قواعد المسؤولية المدنية وبين الضمان، وما يهمنا هنا التعويض على أساس الضمان وذلك على النحو التالي:

[1]- Article L1142-1 al II du C.S.P.F dispose que : « ***Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'incapacité permanente ou de la durée de l'incapacité temporaire de travail*** »

1- التعويض عن أضرار الحوادث الطبية

و إنتانات المشافي الناجمة عن عمل من أعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج:

قد يصاب المريض أثناء تلقيه إحدى الخدمات الطبية بضرر لا يرجع إلى خطأ مهني و إنما إلى المخاطر التي قد تصاحب أعمال الوقاية و التشخيص و علاج الأمراض[1]، و بالتالي لا تنطبق قواعد المسؤولية المدنية على مثل هذه الحالة[2]، كحالة الأضرار اللاحقة بالمريض نتيجة إنتان مشفى بمناسبة استشفاء المريض في مستشفى عام أو خاص[3]، وكذا الأضرار اللاحقة بالمريض نتيجة الحادث طبي، واستقر الفقه الفرنسي في الندوة التي نظمتها الجمعية الفرنسية للقانون الصحي في مجلس الشيوخ الفرنسي في شهر مارس 1994 على تعريف الحادث الطبي بأنه: « **نسبة ضئيلة من المخاطر، يتضمنها بالضرورة العلاج الطبي أو الصيدلاني، الذي يتم بطريقة مشروعة، ووفقا للأصول العلمية المتعارف عليها، والتي يترتب على حدوثها عدم اكتمال الشفاء أو حدوث مضاعفات غير مرغوبة**»

---

[1] – Aléa thérapeutiques و قد عرفت محكمة النقض الفرنسية هذه الأضرار بأنها: " **المخاطر الملازمة للعمل الطبي التي تحدث للمريض دون وجود أي خطأ من الطبيب – أو من يقوم بالعمل الطبي – و يصعب السيطرة عليها** " أنظر:

- Cass. Civ 1ére Ch. 8 nov.2000. N° de pourvoi : 99-11735. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007042233&fastReqId=858970062&fastPos=44

[2] *-Cass. Civ 1ére Ch. 18 sept 2008. N° de pourvoi: 07-13080. « **En présence d'une lésion accidentelle d'un nerf, lors d'une intervention chirurgicale sur un organe situé à proximité du nerf lésé, laquelle constituait un risque inhérent à l'intervention chirurgicale pratiquée sur le patient, la cour d'appel a pu retenir, après avoir relevé que les techniques utilisées par le praticien étaient conformes aux données acquises par la science, que le dommage s'analysait** **en un aléa** **thérapeutique, des conséquences duquel le chirurgien n'est pas contractuellement responsable** »*
Vous pouvez Consulter l'arrêt sue le lien suivant :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019512539&fastReqId=1123406722&fastPos=8

[3] ***-Cass. Civ 1ére Ch. 13 sept 2011. Pourvoi N°: 11-12536. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :***
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024567704&fastReqId=663568986&fastPos=1

و عرفه مجلس الدولة الفرنسي في مجال مسؤولية المستشفيات العامة، و ذلك من خلال حكمين شهرين و هما حكم Bianchi الصادر عام 1993، و حكم hôpital joseph Imbert d'Arles على النحو التالي:

« نسبة المخاطر التي تصاحب العمل الطبي اللازم للعلاج أو التشخيص، والتي يكون وجودها معروفا، غير أن تحققها يعتبر أمرا استثنائيا، ولا صلة لها بحالة المريض الأولى ولا يمكن اعتبارها تطورا متوقعا لها ويتخلف عنها ضرر ذو خطورة استثنائية»[1]

هذا عن تعويض أضرار الحوادث الطبية، أما عن تعويض العلل العلاجية **affection iatrogène** هذا ما سنراه في النقطة التالية.

2- التعويض عن أضرار العلل العلاجية الناجمة عن عمل من أعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج:

ففي 19 ماي 1998، أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 389 لسنة 1998 بشأن المسؤولية عن المنتجات المعيبة[2]، الذي يعد بمثابة خطوة هائلة نحو تعويض المضرورين من استخدام السلع المعيبة، و قد احتوى هذا القانون على ثمان عشرة مادة أضيفت إلى المادة 1386 من القانون المدني الفرنسي[3].

و أهم ما يميّز هذا القانون، أن المسؤولية وفقا له هي مسؤولية غير خطئية، حيث تتحقق بقوة القانون[4]، و لا يعفي المنتج منها و لو أثبت سلامة سلوكه[5]، ومن ناحية أخرى، فإن مسؤولية المنتج وفقا لأحكام هذا القانون تتحقق سواء كان مرتبطا بعقد مع المستهلك

---

[1]- عبد الحميد ثروت، المرجع السابق، ص 13 و 14.

[2] - وذلك تفعيلا للتوجيه الذي أصدره مجلس المجموعة الأوروبية في 1998/07/25 إلى الدول الأعضاء بهدف التقريب بين النصوص التشريعية و التنظيمية والإدارية في الدول الأعضاء فيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة.

[3] - حول بيان أحكام هذا القانون تفصيليا راجع: فتحي عبد الرحيم عبد الله - نظام تعويض الأضرار التي تلحق بأمن وسلامة المستهلك في القانون المدني المصري المقارن. - نظام تعويض الأضرار التي تلحق بأمن وسلامة المستهلك في القانون المدني المصري و المقارن - بحث منشور في مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق - جامعة المنصورة - السنة 25 - عدد أبريل 1999.

[4] فطبقا لهذا القانون أصبح المنتج - وفقا للمادة 11/1386 من القانون المدني - مسئولا بقوة القانون ما لم يثبت أنه: لم يطرح المنتج المعيب للتداول، أو أن العيب لم يكن موجودًا في تاريخ وقوع الضرر أو أنه اشترى المنتج في تاريخ لاحق، أو أن حالة المعرفة العلمية و الفنية عند طرح المنتج للتداول لم تسمح بالكشف عن وجود عيب به.

[5] - فالمنتج وفقا للمادة 10/1386 يكون مسئولا عن العيب ولو ثبت أن المنتج تم تصنيعه طبقا لأصول وقواعد المهنة، أو كان محلا لإذن إداري.

أم لا[1]، فلا يوجد فرق بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية، و تطبيقا لذلك، فقد تم الأخذ بمفهوم واسع عند تحديد الأشخاص الخاضعين لأحكام القانون، فالمادة 6/1386 حددت المنتج بأنه: الصانع لمنتج كامل، أو لبعض مكوناته، و المنتج لمواده الأولية، و يعتبر في حكم المنتج : من يضع اسمه أو علامته التجارية على المنتج، و المستورد له داخل الإتحاد الأوروبي. و وفقاَ للمادة 7/1386 يكون حكم المنتج: كل من البائع و المؤجر و المورد[2].

و الاستثناء الوارد بنص المادة L 1142-1 متعلقاً بالمنتجات الصحية إلا أن مشرع قانون 4 مارس 2002 ارتأى هذه المنتجات في النطاق العام لتطبيق قانون 19 ماي 1998 والأحكام التي أوردها هذا القانون في هذا الخصوص مدرجة بحسب المادة الأولى منه في القانون المدني وكمواد مكررة للمادة 1386 من هذا الأخير بشأن المسؤولية عن المنتجات المعيبة ويكون المنتج معيبا في تطبيق هذا القانون وبحسبه lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitiment s'attendre و التي تشغل بالتطبيق له في جانب المنتجين تجاه المضرورين من عيب المنتج بقوة القانون de plein droit متى أثبت المضرور الضرر و العيب الذي شاب المنتج و علاقة السببية بين العيب و الضرر وما لم يثبت المنتج قيام أحد الأسباب المسوغة لإعفائه من المسؤولية والمتضمنة بصفة أساسية، وباستبعاد خطأ الغير، عدم عرض المنتج للتداول- عدم تخصيص المنتج أصلا للبيع أو التوزيع بأي شكل – عدم وجود العيب في المنتج لدى عرضه للتداول أو حصوله بعد ذلك – عدم ارتقاء مستوى المعارف العلمية و الفنية القائم لدى طرح المنتج للتداول إلى درجة تمكن من اكتشاف وجود العيب- رجوع العيب إلى ذات وجوب مطابقة المنتج لقواعد إلزامية تشريعية أو لائحية – خطأ المضرور أو تابعه. مع ذلك فتح قانون 4 مارس 2002 بابا للتعويض عن مخاطر الأدوية على أساس مبدأ التضامن الوطني في حدود معينة وعندما لا تتوافر شروط التعويض وفقا للقانون 19 ماي

---

[1] راجع نص المادة 1/1386 من القانون المدني الفرنسي.

[2] ويكون للبائع والمؤجر و المورد الحق في الرجوع على المنتج خلال سنة من تاريخ المخاصمة القضائية. راجع نص المادة 7/1386.

1998، عن الإصابات أو المخاطر الناتجة عن تعاطي العلاج المقرر كالأدوية و العقاقير الطبية affection iatrogène.

وجوب أن تكون المضار الناتجة في مجالات هذه الطوائف من المخاطر مرجعها إلى أعمال الوقاية و التشخيص و العلاج فإن تحديد الأعمال الطبية بهذا النطاق يتميز بالسعة حيث يستوعب العمل الطبي في مختلف مظاهره، من ناحية، و يبعد عنه ما ليس بطبيعة العمل الطبي، من ناحية أخرى[1]. ومدّ النظام الجديد إلى المخاطر الناتجة عن الأدوية و العقاقير الطبية و بتفسير موفق بين قانوني 4 مارس 2002 و 19 ماي 1998 من هذه الناحية يسمح باستيعاب الحالات التي لا تتوافر فيها شروط مسؤولية المنتجين بقوة القانون وفقاً لقانون 1998 و مع ذلك تتوافر الأضرار الناتجة عنها على نفس موصفات الاستثنائية و الخطورة المميزة للأضرار محل التعويض بقانون 4 مارس 2002 .

فيما يتعلق بطابع الاستثنائية و الخطورة الواجب أن تتسم به الأضرار المعوَّض عنها بالنظام الجديد، فإن:

اشتراط أن تكون هذه الأضرار غير عادية في منظور حالة المريض الأصلية أو تطوراها المتوقع، اشتراط خطورة الآثار التي يجب أن تنطوي عليها هذه الأضرار على كيان المريض الجسماني و الوظيفي سيوجه النظام الجديد لفائدة و تحديد القانون لحد أقصى لا يتجاوز 25% ضبطا للمعيار الموضوعي للعجز الدائم المسوغ للتعويض، و الذي يتعين على المرسوم الذي أوكل القانون إلى الحكومة إصداره لتنظيم الأمر التزامه، مرده إلى حرص المشرع على تفادي أي اختلاف في التقدير بهذا الخصوص، من ناحية، و تفادي تحديد الحكومة لنسبة أعلى تضيق بها من نطاق المستفيدين بالنظام الجديد، من ناحية

[1] - ***Alexandre(Dumery)*** *; la responsabilité du fait des médicaments, mémoire en vue de l'obtention du DEA de droit prive, université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, faculté de droit et de science politique année universitaire 2002-2003. P 105.*

أخرى. و إضافة معيار شخصي إلى هذا المعيار الموضوعي قائم على مؤثرات الضرر على القدرات الوظيفية للجسم و الحياة الخاصة و المهنية[1].

ب- شروط و إجراءات تعويض الأضرار

الناجمة عن المخاطر التي تلازم أعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج:

من الأهداف الأساسية لصدور القانون المتعلق بحقوق المرضى لعام 2002 هو تلبية طلبات المضرورين من الحادث طبي un accident médical أو العلة العلاجية المنشأ une affection iatrogène أو إنتان المشفى infection nosocomiale المطابق للقانون الذين لم يكن يحق لهم الحصول على تعويض عن طريق المسؤولية الطبية و ذلك لانعدام ركن الخطأ، لذلك فقد قرر المشرع وضع نظام للتعويض في هذه الحالة يستند إلى التضامن الوطني وفقا لما طالبت به جمعيات ضحايا الحوادث الطبية منذ سنوات عدة، و هذا النظام مكرس في المادة L1142-1 من قانون الصحة العامة. و تطبيق هذه الأحكام الجديدة على الحوادث الطبية أو العلل العلاجية المنشأ أو إنتانات المشافي الناجمة عن أعمال الوقاية و التشخيص و العلاج التي تمت بدءًا من 5 سبتمبر 2001 حتى لو كان التعويض عن الأضرار الناجمة عن هذه الحوادث محل دعوى تنظر أمام القضاء ما دام لم يصدر قرار قطعي فيها، طبقا لما نص عليه القانون رقم 2002/1577 تاريخ 30 ديسمبر 2002، في المادة الثالثة منه [1].

تنص الفقرة الثانية من المادة L1142 -1 من قانون الصحة العامة الفرنسي على أنه عندما لا يمكن إثبات مسؤولية الطبيب أو المؤسسات و الأقسام و الهيئات الطبية المنصوص عليها في الفقرة الأولى، أو منتج المواد الصحية، فإن الحادث طبي un accident médical أو العلة العلاجية المنشأ une affection iatrogène أو إنتانات المشفى infection nosocomiale تعطي الحق للمضرور في الحصول على تعويض باسم التضامن الوطني، عندما تكون هذه الحوادث أو العلل أو الإنتان مرتبطة مباشرة

---

[1] - ***LAPORTE (Sylvie)*** *; la vénalité des éléments du corps humain, mémoire réalisé en vue de l'obtention du master droit filière recherche, mention droit médical université de Lille 2 – droit et sante école doctorale n° 74 faculté des sciences juridiques, politiques et sociale, année 2003-2004. P 96.*

[1]- هذا القانون منشور في الجريدة الرسمية الفرنسية ، العدد الصادر بتاريخ 31 -12 -2002.

بأعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج، و ترتب عليها بالنسبة للمضرور نتائج غير عادية و تمثل درجة من الخطورة. و من أجل ذلك أنشأت المادة L1142 – 22 المكتب الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية و العلل العلاجية المنشأ و إنتانات المشافي المرتبط بوزارة الصحة [2]

و يقوم هذا المكتب بتعويض الأضرار الناجمة الناجمة عن الحوادث الطبية و إنتان المشافي و العلل العلاجية[1]، وقد نظمت المادة L. 1142–17 وL1142-22 أحكام هذا المكتب وذلك من حيث المقصود به و الغرض من إنشائه وتشكيله.

المقصود بالمكتب الوطني للتعويض عن الأضرار المترتبة على الحوادث الطبية و الأضرار التي تحدث أثناء العلاج ومن إنتان المشافي (العدوى في المستشفيات) و

الغرض من إنشائه: حددت الفقرة الأولى من المادة L.1142-22 المقصود من هذا المكتب حيث عرفته بأنه مؤسسة عامة خاضعة لإشراف وزير الصحة، تختص بالتعويض عن الأضرار المترتبة عن الحوادث الطبية و الأضرار التي تحدث أثناء العلاج و إنتان المشافي (العدوى التي تحدث في المستشفيات) وذلك في إطار التضامن القومي[2].

تشكيل المكتب: وفقا للفقرة الثانية من المادة L.1142-22 يدار هذا المكتب من خلال مجلس إداري يصدر بتشكيله قرار من مجلس الدولة الفرنسي، و يكون نصف أعضاء المجلس من ممثلين عن الدولة، و النصف الآخر من ممثلين عن الأشخاص الذين

---

[2]– و قد حدد المرسوم رقم 2003 – 140 المؤرخ في 19–02–2003 القواعد المتعلقة بتكوين هذا المكتب، وبوظيفته، وهذا المرسوم منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 21 –02 –2003.

[1] - ***Cass. Civ 1ére Ch. 11 mars 2010. Pourvoi N°: 09-11270. Consultez l'arrêt sur le lien suivant : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021967605&fastReqId=1682293939&fastPos=9***

[2] – وقد نصت الفقرة الأولى من المادة L. 1142–22 على :

« ***L'office national d'indemnisation des accident médicaux des affections iatrogènes et des infections est un établissement public à caractère administratif de l'Etat, placé sous tutelle du ministre chargé de la santé. Il est chargé de l'indemnisation au titre de la solidarité nationale, dans les conditions définies au II de l'article L. 1142-1 et l'article L. 1142-17 , des dommages occasionnés par la survenue d'un accident médical, d'une affection iatrogène ou d'une infection nosocomiale ainsi que des indemnisations qui lui incombent, le cas échéant , en application des articles L.1142-15 et L. 1142-18*** »

يتعاملون مع الجهات التي تؤدي خدمات طبية، وممثلي تلك الجهات، وممثلين عن شركات التأمين من الأمراض[1]، ووفقا للفقرة الثالثة من المادة ذاتها يرأس هذا المجلس الإداري رئيس المكتب الذي يتم تعيينه بقرار رسمي.[2]

إيرادات ومصروفات المكتب: حددت المادة L. 1142-23 إيرادات المكتب الوطني للتعويض وكذلك مصروفاته، فالإيرادات حددتها الفقرة الثالثة من تلك المادة و تتمثل في : حصة المكتب الواردة إليه من التأمين الاجتماعي وفق القيمة التي يتم تحديدها سنويا طبقا للقانون المنظم له، و المصروفات التي يتم دفعها مقابل الخبرة الطبية، وحصيلة العقوبات المالية التي يقررها القاضي على شركات التأمين في الحالات التي يكون المبلغ المعروض منها في حالة التسوية الودية لا يمثل تعويضا كاملا عما أصاب المدعي من ضرر وحصيلة الدعاوي التي يحل بمقتضاها المكتب محل المهني أو المنشأة التي تقدم خدمات صحية في الحالات التي يدفع فيها بدفع قيمة التعويض ويقدر أن المسؤولية المدنية قد توافرت في جانب المهني أو المنشأة[3].**أما عن سبل إنفاق موارد المكتب** فقد

---

[1] – فقد نصت الفقرة الثانية من المادة L.1142-22 على:

« L'office est administré par un conseil d'administration dont la composition est fixée par un décret en Conseil d'Etat. Il comprend ,outre son président, pour moitié des représentants de l'Etat et pour moitié des personnalités qualifiées ainsi que des représentants des usagers, des professionnels et établissements de santé, des organismes d'assurance maladie et du personnel de l'office. »

[2] – حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة L.1142-22 على:

« Le Président du conseil d'administration et le directeur de l'office sont nommés par décret »

[3] – حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة L.1142-23 على:

Les recettes de l'office sont constituées par :

1-Une dotation globale versée par les organismes d'assurance maladie dans des conditions fixées par décret. La répartition de cette dotation entre les différents régimes d'assurance maladie s'effectue dans les conditions prévues à l'article L. 174-2 du code de la sécurité sociale. Le montant de cette dotation est fixé chaque année par la loi de financement de la sécurité sociale ;

2- Le produit des remboursements des frais d'expertise prévus aux articles L. 1142-24-4, L. 1221-14, L. 1142-14 et L. 1142-15 .

3- Le produit des pénalités prévues aux articles L. 1142-14 ,L. 1142-15, L. 1142-24-6 et L. 1142-24-7

حددتها الفقرة الثانية من المادة L. 1142-23 و هي على النحو التالي: التعويضات التي يتم دفعها لضحايا الحوادث الطبية و الأضرار الناجمة عن العلل العلاجية المنشأ و إنتان المشافي، و المصاريف اللازمة لإدارة هذا المكتب وكذلك اللجان الإقليمية للتوفيق، و رسوم الخبرة الطبية[1].

1- شروط استحقاق التعويض باسم التضامن الوطني:

يستفيد من التعويض باسم التضامن الوطني ضحايا الحوادث الطبية أو العلل العلاجية المنشأ أو إنتانات المشافي، عندما لا تتوافر أركان المسؤولية بالنسبة لممتهن العمل الصحي، أو مؤسسة صحية أو صانع لمنتج صحي، إذاً يتعلق الأمر هنا بتعويض نتائج ما نسميه بالضرر أو الاحتمال العلاجي، ومع ذلك فإن المشرع تجنب استخدام هذا المصطلح لأن الفقه لم يتفق بعد على تعريف له، وبالمقابل فإن المشرع لم يبين المقصود من الحوادث الطبية، أو العلل العلاجية المنشأ أو إنتانات المشافي.

إضافة إلى الأضرار التي لا يمكن أن تؤدي إلى قيام المسؤولية الطبية فإن منذ صدور القانون رقم 2002/ 1577 المؤرخ في 30/ 2002/12[2] والذي عدل المادة L1142-1 فقرة (2) من قانون الصحة العامة[3] يمكن أيضا تعويض الأضرار الناجمة عن

4- Le produit des recours subrogatoires mentionnés aux articles L. 1221-14, L. 1142-15 , L. 1142-17

[1] – – نصت الفقرة الأولى من المادة L.1142-17 على:

« Les charges de l'office sont constituées par :

1- Le versement d'indemnités aux victimes d'accidents médicaux ,d'affections iatrogènes et d'infections nosocomiales en application des dispositions du présent chapitre ;

2- Les frais de gestion administrative de l'office et des commissions régionales.

3- Les frais des expertises diligentées par la commission. régionales.

[2] – هذا القانون منشور في الجريدة الرسمية الفرنسية ، العدد الصادر بتاريخ 13- 12- 2003

[3] – نص هذه المادة باللغة الفرنسية هو الآتي:

(***Sans préjudice des dispositions du septième alinéa de l'article L. 1142-17, ouvrent droit à réparation au titre de la solidarité nationale 1° Les dommages résultant d'infections nosocomiales dans les établissements, services ou organismes mentionnés au premier alinéa du I de l'article L. 1142-1 correspondant à un taux d'incapacité permanente***

إنتانات المشافي باسم التضامن الوطني عندما يستحق فيها شرط الحساب المنصوص عليها في المادة 1 – L1142 من قانون الصحة العامة[1] وحتى تعطي هذه الحوادث الحق في التعويض يجب أن تتوافر فيها الشروط التي نص عليها القانون وهي:

أولا: انتفاء الخطأ: لكي يستفيد المضرور من التعويض باسم التضامن الوطني لابد من أن لا يقوم الخطأ في جانب الطبيب أو الهيئة أو المؤسسة الصحية.

ثانيا: أن يتعلق الضرر المراد تعويضه بحادث طبي أو علة علاجية المنشأ أو إنتان المشفى خارج نطاق الخطأ.

ثالثا: شرط السببية بين الأضرار المدعى بها وأعمال الوقاية والتشخيص والعلاج: يشترط طبقا لنص المادة 1 –L1142 من قانون الصحة العامة أن تكون الأضرار المدعى بها ناجمة مباشرة عن عمل من أعمال التشخيص أو الوقاية أو العلاج بمعنى توافر رابطة السببية بين الضرر والنشاط الطبي.

---

supérieur à 25 % déterminé par référence au barème mentionné au II du même article, ainsi que les décès provoqués par ces infections nosocomiales;

2º Les dommages résultant de l'intervention, en cas de circonstances exceptionnelles, d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme en dehors du champ de son activité de prévention, de diagnostic ou de soins.)

[1]- نص هذه المادة باللغة الفرنسية هو الآتي:

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

II. - Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'incapacité permanente ou de la durée de l'incapacité temporaire de travail»

و تجدر الإشارة إلى أن اشتراط المشرع الفرنسي أن يكون الضرر اللاحق بالمريض ناتجاً عن أعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج دليل على أنه لا يأخذ بالأضرار اللاحقة بالمريض الناجمة عن أعمال لا تهدف إلى علاجه، كما هو الشأن بالنسبة لجراحة التجميل التحسينية.

رابعاً: النتائج غير العادية للأضرار: يجب أن يكون الضرر اللاحق بالمريض غير عادي تماشياً مع حالة المريض الصحية الأولية، بمعنى أن الضرر استثنائي غير متوقع. ويهدف هذا الشرط إلى التمييز بين ما ينتج من إخفاق العلاج وتطور الحالة المرضية للمريض وبين ما ينجم عن الحادث الطبي.

خامساً: شرط الجسامة: الحق في التعويض باسم التضامن الوطني مقصور على الأضرار التي تساوي أو تجاوز حدا معنيا من الجسامة محدد بمرسوم، أما الأضرار التي لا يتوافر فيها هذا الشرط لا يمكن المضرور أن يحصل على أي تعويض مادامت أن أركان المسؤولية الطبية غير متوافرة.

حيث نصت المادة L 1142-1 فقرة (2) 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]

اشترط المشرع الفرنسي بموجب نص المادة L1142-1 من قانون 4 مارس 2002، أن تتعدى نسبة العجز التي يعاني منها المريض 25% حتى يستفيد من التعويض وحددها المرسوم الصادر في 4 أفريل 2003 بنسبة 24%.

نرى أن هذه النسبة، تؤدي إلى تقليص عدد ضحايا الحوادث الطبية أو العلل العلاجية المنشأ أو إنتانات المشافي المستفيدة من صندوق التضامن الوطني، بحيث أنه إذا كانت

[1]- Article L1142-1 al II du C.S.P.F dispose que : « ***... caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'incapacité permanente ou de la durée de l'incapacité temporaire de travail***»

نسبة الضرر اللاحق بالمريض أقل من 24 %، لا يتم تعويضه، وإذا تعدى الضرر هذه النسبة، فيتم تعويض المضرور تعويضا كاملا[1]

2- إجراءات التسوية الودية:

وضع القانون رقم 2002-303 الصادر في 4 مارس 2002 إجراءات للتسوية الودية تقوم بها لجان جهوية تسمى اللجان الجهوية للمصالحة والتعويض(CRCI) ، وهذه اللجان مكلفة أيضاً بتسهيل حل النزاعات الأخرى بين أصحاب المهن الصحية وزبائنهم وكذلك المؤسسات الصحية ومنتجي المنتجات الصحية، طبقا لما جاء في المادة L1142-5 وما يليها من قانون الصحة العامة.

لا يستفيد من هذه الإجراءات لتسوية النزاع ودياً إلا ضحايا الحوادث الطبية والعلل العلاجية المنشأ وإنتان المشافي الذين يتوافر في الضرر الذي لحق بهم الشروط المطلوبة في القانون، وبالمقابل فإن اللجوء إلى هذه الإجراءات هو أمر اختياري بالنسبة للمضرور، ويمكن له أن يفضل رفع الدعوى أمام القضاء المختص(المدني أو الجزائي)، كما يمكن له أن يقوم بالإجراءين معا، أي أن يطالب بحل النزاع ودياً وفي الآن ذاته يرفع الدعوى أمام القضاء المختص .

---

[1]- نص هذه المادة باللغة الفرنسية هو الآتي:

(Dans chaque région, une commission régionale de conciliation et d'indemnisation est chargée de faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales, ainsi que des autres litiges entre usagers et professionnels de santé, établissements de santé, services de santé ou organismes ou producteurs de produits de santé mentionnés aux articles L. 1142-1 et L. 1142-2.

Toutefois, un arrêté du ministre chargé de la santé et du ministre chargé de la sécurité sociale peut instituer une commission interrégionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales compétente pour deux ou Plusieurs régions. La commission siège en formation de règlement amiable des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales et en formation de conciliation.

Dans le cadre de sa mission de conciliation, la commission peut déléguer tout ou partie de ses compétences à l'un de ses membres ou à un ou plusieurs médiateurs extérieurs à la commission qui, dans la limite des compétences dévolues, disposent des mêmes prérogatives et sont soumis aux mêmes obligations que les membres de la commission.)

إذن يتعين على المريض بعد توافر الشروط السالفة الذكر إتباع إجراءات معينة قصد الحصول على هذا التعويض.

أ/ اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض (CRCI) :

تتكون هذه اللجنة برئاسة قاضي إداري أو مدني ويكون في عضويتها ممثلون عن المرضى و الزبائن، وممثلون عن أصحاب المهن الصحية و المسؤولين عن المؤسسات و كذلك ممثلون عن المكتب الوطني للتعويض والمؤمنين، طبقاً لما جاء في المادة L1142-6 فقرة (1) وحدد المرسوم رقم 2003 / 140 الصادر بتاريخ 19/ 2/ 2003 كيفية تشكيل هذه اللجان و آلية عملها.

وتنعقد هذه اللجان الجهوية إما لحل النزاعات ودياً، أو للمصالحة، وعندما تنعقد للمصالحة يمكن لها أن تفوض كلا أو جزءا من اختصاصها إلى وسيط مستقل أو أكثر، طبقا لما جاء في المادة L1142 – 5 الفقرتان(2) و(3).

ب/ عرض النزاع على اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض (CRCI)

نصت المادة L1142-7 فقرة(1) المضافة بالمادة 98 من القانون رقم 2002-303 المؤرخ في 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام 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)**، ويجب أن يكون الطلب مرفقاً بالأدلة، ولا سيما تقرير طبي يبين بدقة الأضرار التي لحقت بالمضرور، وهذا طبقاً لما جاء في المادة R795-49 من قانون الصحة العامة المضافة بالمرسوم رقم 2003 / 140.

كما يلتزم الشخص المضرور (المخطر) بإعلام اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض بكل الإجراءات القضائية المتعلقة بنفس النزاع التي أخطرت بها، كما يلتزم أيضاً إذا كانت الدعوى على مستوى المحاكم بإعلام القاضي عن إخطاره اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض وهذا طبقاً للفقرة (2) من المادة L1142-7 ق.ص.ع.

ج/ رأي اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض(CRCI)

قبل أن تصدر الجنة الجهوية رأيها يمكن أن تجري خبرة بالشروط المذكورة في المادة L1142-12 وهذا طبقاً للمادة L1142-9، فإذا قررت اللجنة، بعد إجراء الخبرة، أنه لا يتوافر في الضرر شرط الجسامة، عليها أن تعلن عدم اختصاصها وتبليغ الأطراف بذلك.

وإذا قررت اللجنة أن الشروط المطلوبة قانونا متوافرة ولاسيما شرط الجسامة الوارد في الفقرة (2) من المادة L1142-1، تصدر اللجنة رأياً حول ظروف الضرر وأسبابه ومدى الأضرار، وكذا نظام التعويض المطبق وهذا طبقا لنص المادة L1142-8 ويجب أن يصدر رأيها في أجل (6) أشهر من تاريخ إخطارها، كما يجب أن يبلغ إلى الشخص المُخْطِر وكل الأشخاص المعنيين بالنزاع و إلى الديوان المؤسس بالمادة L1142-22.

كما تقوم اللجنة بإخطار السلطة المختصة بالمتابعة التأديبية لمعاينة الإخلالات التي من شأنها أن تكون محل متابعة تأديبية وهذا طبقا للمادة L1142-8 فقرة (4)

وإذا كانت الأضرار ناتجة عن إنتان المشفى بمثل طابع الجسامة المقرر بالمادة L1142-1-1، تقوم اللجنة دون تأخير بإخطار السلطة المختصة المذكورة بالمادة L6115-3 وكذلك الديوان المؤسس بنص المادة L1142-22 بهذا الإنتان وهذا طبقا للمادة L1142-8 فقرة أخيرة.

وإذا قدرت اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض أن الضرر يدخل ضمن أحكام الفقرة (1) من المادة L1142-8 تقيم مسؤولية ممتهن الصحة، مؤسسات، وهيئات الصحة المذكورة في المادة L1142-1 أو منتج المنتجات الصحية المذكورة في المادة L1142-2 ، يجب أن يبلغ الرأي إلى مؤمن المسؤول عن الضرر الذي يجب أن يتقدم بعرض للمضرور أو ذوي حقوقه في أجل(4) أشهر تبعاً لاستلام رأي اللجنة و هذا في حدود سقف الضمان لعقود التأمين *plafonds de garantie des contrats d'assurance*، وقبول العرض من المضرور يعد صلح في مفهوم أحكام المادة 2044 من (ق.م.ف) وهذا طبقاً للمادة L1142-14 فقرة (7).

وفي هذه الحال يجب أن يتم دفع التعويض خلال مدة شهر بدءا من تاريخ وصول القبول إلى المؤمن، وإذا تأخر الدفع عن تلك المدة يترتب على المسؤول دفع فوائد عنها ضعف المعدل القانوني لها طبقاً للمادة للفقرة (8) من المادة L1142-14 ق.ص.ع.

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

وفي حالة سكوت المؤمن أو إذا رفض تقديم عرض، أو إذا كان المسؤول غير مؤمن عليه، فإن المكتب الوطني للتعويض يأخذ على عاتقه دفع تعويض للمضرور، ويحتفظ بحقه في الرجوع على المسؤول أو على مؤمنه، طبقا لما جاء في المادة L1142 -1 من قانون الصحة العامة.

وعندما تقرر اللجنة بأن الأضرار قابلة للتعويض باسم التضامن الوطني، يجب تبليغ الرأي الصادر عنها إلى المكتب الوطني للتعويض الذي يجب عليه أن يدفع التعويض طيقا للإجراءات نفسها المطبقة على المؤمن والمشار إليها وفق ما جاء في المادة L1142-17 من قانون الصحة العامة.

د/ الطعن برأي اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض(CRCI)

أناطت المادةL1142-14 فقرة (8) من (ق.ص.ع) المضرور حق رفض الرأي الصادر عن اللجنة الجهوية، وعليه في مثل هذه الحال أن يرفع دعوى المطالبة بالتعويض أمام الجهة القضائية المختصة، وبالمقابل لا يمكن لمؤمن المسؤول عن الضرر أو الصندوق الوطني للتضامن أن يعترضا على هذا القرار إلا بعد دفع التعويض للمضرور، وبعد ذلك يكون الاعتراض بموجب دعوى الحلول *action subrogatoire*، وإذا كان المؤمن يعتقد أن مسؤولية المؤمن عليه غير متحققة فإنه يحق له أن يحل محل هذا الأخير فيرفع الدعوى على الغير المسؤول عن الضرر أو على الصندوق الوطني للتضامن حسب الحال للمطالبة بالتعويض الذي دفعه للمضرور، وطبقاً للمادة L1142 – 17 فقرة (7)

من قانون الصحة العامة يحق للصندوق الوطني للتضامن الرجوع على المسؤول عن الضرر سواء كان أحد ممتهني الصحة، أو مؤسسة صحية أو منتج المنتجات الصحية، إذا كان يرى خلافاً لرأي اللجنة أن مسؤوليته متحققة نتيجة لتوافر أركانها.

هذا كله بالنسبة للمشرع الفرنسي أما المشرع الجزائري لم ينص على إنشاء صندوق خاص لتعويض ضحايا الحوادث الطبية والعلل العلاجية المنشأ وإنتان المشفى الناجم عن أعمال ترتبط بالوقاية والتشخيص والعلاج في حالة انتفاء خطأ الطبيب أو المستشفى، وإنما اكتفى في المادة 140 مكرر(1) من ق.م.ج بالإشارة إلى تكفل الدولة بتعويض المضرور عن الضرر الجسماني اللاحق به في حالة انعدام المسؤول، ولم يكن للمضرور أي يد في الضرر اللاحق به.

فعلى خلاف الصندوق الخاص بالتعويضات، الذي يتكفل بتحمل كل أو جزء من التعويضات المقررة لضحايا الحوادث الجسمانية أو ذوي حقوقهم في حالة انعدام المسؤول، ويكون مصدر الحادث ناتج عن المركبات.

فحبذا لو أن المشرع الجزائري حدد على غرار المشرع الفرنسي الصندوق الذي يتكفل بتعويض المضرور في حالة انعدام المسؤولية لانتفاء الخطأ، كما فعله بالنسبة لحوادث المرور.

الخاتمة:

عرفت المسؤولية المدنية للطبيب تطوراً مهم و كبير منذ صدور القانون المدني الفرنسي عام 1804، و المعروف بقانون نابليون، و الذي لم يكرس نصاً خاصاً لهذه المسؤولية و نتيجة لذلك كانت محكمة النقض الفرنسية تعدّ هذه المسؤولية ذات طبيعة تقصيرية منذ قرار 18 جوان 1835 في قضية السيد Guigne ضد الطبيب THOURET-NOROY، إلا أن هذه المحكمة أحدثت أول تغيّير و تطور مهم في هذه المسؤولية منذ قرار 30 ماي 1936 عندما عدّت مسؤولية الطبيب عن الضرر الذي ألحقه بالمريض الذي اختاره بمرضاه و الناجم عن العلاج ذات طبيعة عقدية وهذا حماية للمريض لأن الالتزام في المسؤولية التقصيرية هو التزام وحيد يتمثل في بذل عناية و يترتب عليه التزام المريض إقامة الدليل على خطأ الطبيب. كما ابتدع القضاء حلول لمشكلة المسؤولية العقدية والتقصيرية عن فعل الغير نظرا لاصطدامهما بمبدأ الاستقلال المهني للطبيب، كما استعمل القضاء الالتزام بالسلامة أساساً للمسؤولية العقدية للطبيب عن فعل الأشياء التي يستعملها في تنفيذ التزامه.

أما التزامات الطبيب تجاه المريض نظمها المشرع الفرنسي بطريقة رائعة كتفصيله للالتزام بالإعلام و الالتزام بالحصول على رضا المريض و كذا بالسر المهني و الملف الطبيب وهذا التحديد و التفصيل الدقيقين للالتزامات حماية للمريض عند إخلال الطبيب بها حيث يسهل على القاضي الوصول إلى تحديد الخطأ وبالتالي تقرير مسؤوليته، وكذلك يعد حماية للأطباء لمعرفتهم حدود عملهم و بالتالي معرفة مسؤوليتهم، أما المشرع الجزائري نظم هذه الالتزامات في قانون حماية الصحة وترقيتها وفي مدونة أخلاقيات الطب لكن

ليس بالطريقة التي تمكن القضاء من الوصول إلى تحديد الخطأ الطبي بصفة واضحة على عكس المشرع الفرنسي.

أما عن طبيعة الالتزام فقد أجمع الفقه والقضاء على أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية كأصل وفي هذا حماية للأطباء و التزام بتحقيق نتيجة كاستثناء حماية للمرضى.

أما بالنسبة لركن الخطأ اعتبره الفقه والقضاء الفرنسيين قبل قانون 4 مارس 2002 أساساً للمسؤولية الطبية وهذا حماية للأطباء وللمهنة، كما انتقل القضاء من المساءلة عن الخطأ العادي إلى الخطأ المهني ومن الخطأ الجسيم إلى الخطأ اليسير حماية للمرضى. ونتيجة صعوبة النهوض بالإثبات الذي يقع على عاتق المضرور قام القضاء بتطويع الخطأ من أجل تسهيل حصول المضرورين على التعويض و هذا كان بنقل عبء الإثبات في مجال الإعلام، وكذا اللجوء إلى فكرة الخطأ الاحتمالي والتي هجرتها محكمة النقض واعتبرتها مفهوما مغلوط، وكذا توسيع نطاق الالتزام بتحقيق نتيجة باللجوء إلى الالتزام بالسلامة، كما تدخل المشرع الفرنسي بقانون 4 مارس 2002 بإقرار المسؤولية الخطئية كأصل حماية للأطباء واستثناء مسؤولية بقوة القانون في حالات محدّدة وهي المسؤولية الناجمة المنتج الصحي و عن البحث الطبي وإنتان المشفى و هذه الحالة الأخيرة مقصورة على الهيئات و المؤسسات الصحية فحسب وهذا حماية للمرضى، هذا التوسع الكبير في مسؤولية الطبية أدى بشركات التأمين إلى مراجعة عقود التأمين المبرمة مع الأطباء لضمان مسؤوليتهم المدنية ورفع أقساط التأمين وكذا رفض تأمين مسؤولية الأطباء في بعض التخصصات مثل الجراحة التجميلية.

وحماية للأطباء وللمهنة جاء قانون 4 مارس 2002 ليؤكد بصريح العبارة على أن الخطأ يُشترط وكأصل عام لقيام هذه المسؤولية. وهو ما كان القضاء قد استقر عليه من قبل

وكان حريصاً من خلال كل تطوراته في المجال على التأكيد بأنه المعيار العام للمسؤولية وما عداه ليس سوى استثناء عليه. و حماية للمرضى وسع المشرع بهذا القانون من نطاق العمل الطبي ليشمل أعمال الوقاية prévention والتشخيص diagnostic و العلاج soins و البحث investigation

أما بالنسبة للتشريعات العربية لقد نجح المشرع الليبي في تعريفه للخطأ الطبي في المادة 23 من قانون رقم (17) لسنة 1986م بشأن المسئولية الطبية الليبي، عكس المشرع الإماراتي في المادة 13 و 14 من قانون المسؤولية الطبية لسنة 2008، والمشرع السعودي في المادة 27 من النظام الجديد لمزاولة المهن الصحية السعودي، أما المشرع الجزائري والمصري لم يتعرضا أصلا للخطأ الطبي لا في قانون الصحة العامة أو في مدونة أخلاقيات الطب.

أما عن الخبرة الطبية تثور مشكلتها في حالة تعيين القاضي المجلس الوطني أو الجهوي لأخلاقيات الطب كخبير(خبير معنوي) لتحديد الخطأ الطبي هل القاضي يمكنه من الناحية المنطقية استبدال الخبير المعنوي وتعين طبيب مسجل في جدول الخبراء في حالة عدم اقتناع القاضي بالتقرير الذي وصل إليه المجلس هذا من جهة، ومن جهة ثانية عدم إمكان استدعاء كامل أعضاء المجلس للاستنارة برأيهم لذا على المشرع أن يتدخل في هذا الأمر بإناطة الخبرة الطبية إما إلى الخبراء المقيدين في جدول الخبراء لدى المحاكم و المجالس القضائية و إما إلى المجلس الوطني أو مجلس طبي تابع إلى المجلس الوطني لأخلاقيات الطب أو يتبع وزارة الصحة كما فعل المشرع الإماراتي و السعودي و البحريني و أن يحدد إجراءات الخبرة أمامه.

أما قيمة الخبرة، فإنه إذا كان رأي المجلس الوطني أو الجهوي لأخلاقيات الطب في الأصل شأنه شأن أي خبير آخر غير ملزم على الأقل نظريا للجهة التي تستفتيه، إلا أنه من حيث الواقع لا يمكن لمحكمة الموضوع تجاهله، وتأسيس حكمها على أي دليل آخر. فذلك يقتضي الاستعانة بخبرة مضادة كي يتسنى دحض الرأي الذي انتهى إليه المجلس المذكور في تقريره، وهذا ما لا يمكن تصوره في أحكام المادة 210 من (م.أ.ط.ج)، إذ التسليم بإمكانية اللجوء إلى خبير آخر على فرض طرح رأي المجلس يقلل من أهمية المجلس المشار إليه، ويفضي إلى نتيجة غير منطقية، وهي استبعاد رأي صادر عن صفوة من الاختصاصيين و ترجيح رأي خبير آخر يكون في الغالب أقل خبرة و دراية.

أم بالنسبة لركن الضرر قام القضاء بتوسيع مفهوم الضرر ليشمل كذلك فوات الفرصة و هذا حماية للمريض باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة الطبية، أما بالنسبة لركن السببية و نظراً لعجز نظريتا السببية أحيانا في إقامة الرابطة السببية بين الأضرار اللاحقة بالمرضى والأخطاء الطبية لجأ القضاء الفرنسي إلى تطويع العلاقة السببية و ذلك باللجوء إلى فكرة فوات الفرصة كوسيلة لتبرير تعويض المضرورين، وبالتالي الانتقال من سببية تقليدية يقينية إلى سببية نسبية و احتمالية، ولكن بعد صدور قانون 4 مارس 2002 تراجعت نظرية فوات الفرصة لأسباب التالية:

أولا: حالة لجوء الطبيب إلى الكتابة في مجال الإعلام: لأنه إذا كانت النتائج المفيدة لمصلحة المرضى، والتي أتى بها حكم 25 فبراير 1997 و المتمثلة في جعل عبء إثبات تنفيذ الالتزام الطبي بالإعلام على عاتق الطبيب، لا يمكن إنكارها، هذا التحول القضائي الذي كرسه المشرع في المادة L1111-2 من ق. ص.ع.ف المضافة بالمادة 11 من قانون 4 مارس 2002 يشكل كذلك خطوة هامة في حماية الطبيب من الرجوع

عليه على أساس فوات الفرصة لأن قبل هذا التحول القضائي والتشريعي كان المحامين يلجئون في تأسيس طلبات تعويض المرضى على أساس فوات الفرصة التي وجدت في نطاق الإعلام المجال الخصب لتطبيقها، كما أن القضاة تجنبهم عناء البحث عن إقامة الرابطة السببية اليقينية بين الخطأ والضرر، وبالتالي كلما وجد دليل كتابي لدى الطبيب بإعلام مريضه لا يمكن القاضي اللجوء إلى نظرية فوات الفرصة نتيجة عدم إعلام المريض. وبالتالي انتفاء المسؤولية في جانب الطبيب لانتفاء الخطأ.

ثانياً: أوصد قانون 4 مارس 2002 الباب في استعمال نظرية فوات الفرصة أمام القضاء العادي كحيلة لطلب التعويض عن الأضرار اللاحقة بفعل وقوع الحادثة الطبية وذلك بالاستناد إلى فوات فرصة تجنب الخطر العلاجي كونه مرتبط لا محالة بالحادثة الطبية و هذا بإنشاء الصندوق الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية و العلل العلاجية المنشأ وإنتانات المشافي.

أما فيما يخص التعويض فقد وحدّ قانون 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى وجودة الخدمات الطبية: مدة التقادم في المسؤولية الطبية سواء كانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية وجعلها تتقادم بعشرة سنوات من تاريخ جبر الضرر وهذا يعد حماية نوعية وجديدة للمرضى.

وفي ظل التطور الهائل الذي حصل في المجال الطبي، ونتيجة لزيادة استعمال الأجهزة والأدوات الطبية، وتفاقم الأخطاء الطبية التي تحمّل المرضى عناء نتائجها لزمن طويل، بسبب توزيع المسؤولية على أعضاء الفريق الطبي والفرق المساندة له، تم إيجاد نظام إلزامي للتأمين من المسئولية المدنية للأطباء، لتوفير الدعم الكافي للأطباء و لإيجاد مزيد من الابتكارات وعدم الحدّ من قدراتهم في التوجه إلى كل ما هو جديد دون خوف من شبح

المسؤولية، وتوفير الأمان للمرضى وطمأنتهم بأن الالتجاء إلى الأطباء وحدوث خطأ طبي ليس مجازفةً مجهولٌ مصيرها، لأن في نظام التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء ما يوفر لهم التعويض المناسب إذا ما نتج عن المعالجة الطبية أخطاء أودت بقدراتهم أو حدّت منها

وتحقيقاً لهذا الغرض، وكفالة لحصول المضرورين على التعويض المناسب، جعلت التشريعات التأمين إلزامي، وأحسن المشرع الإماراتي في جعل التأمين من المسؤولية الطبية شرط لمنح الترخيص لممارسة الطب وحماية لممارسة المهن الطبية، كما ألزم القانون الفرنسي الصادر في 4 مارس 2002م، الأطباء وجميع المؤسسات الصحية، بالتأمين الإجباري عن المسؤولية المدنية والإدارية (المادة L1142-2 من قانون الصحة العامة، المضافة بالقانون رقم 303-2002، وقد فرض القانون عقوبة الغرامة بمبلغ 45000 أورو، والمنع من الممارسة الطبية، في حالة عدم الالتزام بالتأمين من المسؤولية، بموجب القانون رقم 1577-2002، الصادر في 30 ديسمبر 2002م، والمتعلق بالتأمين من المسؤولية المدنية الطبية l'assurance responsabilité civile médicale و الذي حدد أول يناير 2004م، تاريخ بدأ المساءلة القانونية للأطباء عن الإخلال بواجب التأمين. وهذا لضمان مسؤولية الأطباء سواء الخطئية أو بقوة القانون، أما عن حالات الأضرار اللاحقة بالمرضى غير الناجمة عن الخطأ كالحوادث الطبية و العلل العلاجية المنشأ وإنتان المشفى نتيجة عمل من أعمال الوقاية والتشخيص والعلاج يتم تعويضها من قبل الصندوق الوطني لتعويض الحوادث الطبية والعلل العلاجية المنشأ و إنتان المشفى باعتباره آلية تعويض ووسيلة تكميلية لضمان الأضرار الطبية في حالة عدم قيام مسؤولية الطبيب أو الجهة الصحية المدعى عليها وهذا يعد حماية وضمانة أخرى

للمرضى وللأطباء، أما المشرع الجزائري فقد ألزم الأطباء بالتأمين من مسؤوليتهم المهنية إلا أنه يلاحظ عدم فعالية جزاء عدم التأمين بالنظر لمداخيل المهنة. كما لم ينص على إنشاء صندوق خاص لتعويض الأضرار الناجمة عن الحوادث الطبية و العلل العلاجية المنشأ وإنتان المشفى نتيجة عمل من أعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج غير الناجمة عن الخطأ. أو على الأقل التدخل بتفعيل المادة 141 مكرر(1) من التقنين المدني وذلك بإنشاء صندوق وطني لتعويض الأضرار الجسمانية كآلية تعويض ووسيلة تكميلية لضمان الأضرار بما فيها الطبية في حالة عدم قيام مسؤولية الطبيب أو الجهة الصحية المدعى عليها.

التوصيات:

يجب على المشرع الجزائري وضع قانون خاص بالمسؤولية الطبية محددا فيه:

- التزامات الأطباء(حقوق المرضى) تفصيلا يسهل على المرضى من معرفة حقوقهم ومعرفة الأطباء للإلتزاماتهم.
- طبيعة التزام الطبيب.
- وضع قواعد خاصة بالطب عن بعد(حصر الأعمال الطبية عن بعد، التزامات الطبيب عن بعد خاصة: الإعلام، الرضا، الملف الطبي الالكتروني، السر الطبي لأن الأعمال الطبية المنجزة عن بُعد تكون عن طريق جهاز يستعمل تكنولوجيات الإعلام و الاتصال).
- وضع عبء إثبات الالتزام بالإعلام على عاتق الأطباء.
- جهة الخبرة: نظرا للإشكالات التي تثيرها المادة 210 من (م.أ.ط) على المشرع الجزائري أن ينيط مهمة القيام بها إما إلى الخبراء المقيدين في الجدول وإما إلى المجلس الوطني أو الجهوي لأخلاقيات الطب أو مجلس طبي يتبع وزارة الصحة. وإما إعادة صياغة المادة السالفة بما يزيل أي لبس فيما يتعلق بنطاق تطبيقها.
- على المشرع الجزائري تفعيل جزاء عدم التأمين من المسؤولية وذلك برفع عقوبة الحبس والغرامة.
- على المشرع الجزائري إنشاء صندوق خاص لتعويض ضحايا الأضرار الطبية غير الناجمة عن الخطأ. و ذلك بفتح حساب تخصيص خاص في كتابات الخزينة بعنوان: 'صندوق تعويض ضحايا الحوادث الطبية "، أو على الأقل التدخل بتفعيل المادة 141 مكرر(1) من التقنين المدني وذلك بإنشاء صندوق وطني لتعويض الأضرار الجسمانية كآلية تعويض و ذلك بفتح حساب تخصيص خاص في كتابات الخزينة بعنوان ' صندوق تعويض ضحايا الأضرار الجسمانية".

قائمة المراجع :

الكتب:

1- د/ **أحمد حسن عباس الحياري**، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص، في ضوء نظام القانون الأردني و النظام القانوني الجزائري ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،الأردن 2005.

2- **د/ أحمد شرف الدين**، مسؤولية الطبيب "مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة "، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القضاء الكويتي و المصري و الفرنسي1986.

3- **أحمد محمود سعد**، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه "دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه و القضاء المصريين و الفرنسيين" د د ن . د ت.

4- **د/ أسامة سراس**، شريعة حمورابي و أصل التشريع في الشرق القديم، دار علاء الدين، الطبعة الثانية، دمشق، 1993.

5- د/ أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب من الناحية الجنائية و المدنية، المكتب الجامعي الحديث، 2007.

6- **د/ إبراهيم سيد أحمد**، الوجيز في مسؤولية الطبيب و الصيدلي فقها و قضاء، دار الكتب القانونية، مصر 2007.

7- د/ إبراهيم علي حماوي الحلبوسي، الخطأ المهني و الخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية "دراسة قانونية مقارنة "، طبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان 2007.

8- **د/ بسام محتسب بالله**، المسؤولية الطبية و الجزائية بين النظرية و التطبيق، الطبعة الأولى ، دار الإيمان ، دمشق- بيروت 1984.

9- **د/ حسن عبد الباسط جميعي**، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة ، دار النهضة العربية ، القاهرة2000 .

10- د/ حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية ، الجزء الأول "الضرر" ، دار وائل للنشر ، الأردن 2006.

11----------،المبسوط في المسؤولية المدنية ، الجزء الثاني "الخطأ" ، دار وائل للنشر ، الأردن 2006.

12----------،المبسوط في المسؤولية المدنية ، الجزء الثالث "الرابطة السببية " ، دار وائل للنشر ، الأردن 2006.

13----------، المبسوط في المسؤولية المدنية ، الجزء الرابع " المسؤولية عن فعل الغير"، دار وائل للنشر ، الأردن 2006.

14----------، المبسوط في المسؤولية المدنية ، الجزء الخامس " المسؤولية عن الأشياء"، دار وائل للنشر ، الأردن 2006.

15- **د/ رائد كامل خير**، شروط قيام المسؤولية الجزائية الطبية، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس، لبنان 2004.

16- د/ **رمضان جمال كامل** ، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية ، الطبعة الأولى ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، مصر- 2005.

17- د/ زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي "دراسة مقارنة "، دار النهضة العربية ، القاهرة - 2007.

18- **د/ سمير عبد السميع الأودن** ، مسؤولية الطبيب الجراح و طبيب التخدير و مساعديهم مدنيا – وجنائيا و إداريا ، منشأة المعارف السكندرية 2004.

19- **د/ العربي بلحاج**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء 2 ، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع – الإثراء بلا سبب – و القانون)، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الأولى، الجزائر 2001.

20- **ق/ طلال عجاج**، المسؤولية المدنية للطبيب"دراسة مقارنة"، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان 2004.

21- د/ مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1992.

22- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الثاني ، نظرية الالتزام بوجه عام "مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2002.

23- د/ **غادة فؤاد مجيد المختار**، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

24- **د/ المستشار عز الدين الدناصوري و د/ عبد الحميد الشواربي**، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، الطبعة الخامسة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، مصر 1996.

25- **د/عبد الحكم فودة**، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دراسة تحليلية على ضوء الفقه و قضاء النقض ، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية بالمنيا. د، ت.

26- **عبد الرشيد مأمون**، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.

27- **عبد السلام التونجي**، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية و في القانون السوري و المصري و الفرنسي ، دار المعارف ، لبنان .

28- **عشوش كريم**، العقد الطبي ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر 2007.

29- **د/ علي علي سليمان**، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري ،"المسؤولية عن فعل الغير –المسؤولية عن فعل الأشياء "، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر 1994.

30----------، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994.

31- ---------- ، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر- 1990.

32- **د/العربي شحط عبد القادر**، الإثبات في المواد الجزائية ، دار الهدى عين مليلة ، د.ت.

33- **د/ عبد الحميد ثروت**، تعويض الحوادث الطبية "مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي"، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2006.

34- **د/ عبد اللطيف الحسيني**، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الطبعة الأولى ، الشركة العالمية للكتاب ، لبنان 1987.

35-د/ **عدلي خليل**، الموسوعة القانونية في المهن الطبية ، طبعة منقحة ومزيدة، دار الكتب القانونية ، مصر 2006.

36- **علي عصام غصن**، الخطأ الطبي، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت – لبنان –2006.

37- **د/ محمد عبد الطاهر حسين**، المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان، دار النهضة العربية القاهرة 2004.

38- **د/ محمد حسين منصور**، المسؤولية الطبية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية 2006.

39- **د/ محمد حسين منصور**، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 1999.

40- **د/ محمد حسن قاسم**، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2006.

41- **د/ محمد رايس**، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر 2007.

42- **د/ محمد فؤاد عبد الباسط**، تراجع فكرة "الخطأ" أساسا لمسؤولية المرفق الطبي العام ، منشأة توزيع المعارف بالإسكندرية ،2006.

43- د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية) العمل غير المشروع – شبه العقود – و القانون)، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر 2004.

44- **د/ محمد المنجي**، دعوى التعويض عن المسؤولية المدنية بصفة عامة، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف بالإسكندرية 1999.

46- **ق/ محمد واصل، ق/ حسين بن علي الهلالي**، الخبرة الفنية أمام القضاء "دراسة مقارنة"، المكتب الفني المحكمة العليا لسلطنة عمان، 2004.

47- د/ **منصور عمر المعايطة**، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبيّة، الطبعة الأولى، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، 2004.

48- **د/ مصطفى العوجي**، القانون المدني، الجزء الثاني "المسؤولية المدنية "، الطبعة الثانية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان 2004.

49- **موفق علي عبيد**، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن 1998.

الرسائل و المذكرات:

الرسائل:

1- د/ أحمد **ادريوش**، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، محاولة في تأصيل فقه القضاء أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص من كلية الحقوق بجامعة محمد الخامس بالرباط 1989.

2 - **د/ فائق الجوهري**، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول، دار الجوهري للطباعة و النشر، مصر.

المذكرات:

1- **أسماء سعيدان**، التزام الطبيب بإعلام المريض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر ، 2000-2001.

2- رضا جداوي، الخبرة القضائية في القانون المغربي، رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، جامعة الحسن الثاني المحمدية، المغرب 2004.

3- **فريد عيسوس**، الخطأ الطبي و المسؤولية الطبية "دراسة مقارنة"، مذكرة لنيل درجة الماجستير ، فرع العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق- بن عكنون- جامعة الجزائر، 2003.

4- عزالدين حروزي، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري و المقارن "دراسة مقارنة"، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع العقود و المسؤولية ،كلية الحقوق- بن عكنون- جامعة الجزائر 2003.

5- **نبيلة نسيب**، الخطأ الطبي في القانون الجزائري و القانون المقارن، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق- بن عكنون- الجزائر 2002.

6- **هدى محمد بن يونس**، دور الخبرة في إثبات الخطأ الطبي في القانون الجنائي الليبي، رسالة ماجستير، جامعة الفاتح، 1998.

المقالات:

1- أحمد دغيش، عبد الرزاق بولنوار، التزام الطبيب بإعلام المريض، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المنظم بكلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، أيام 9 و 10 أبريل 2008، ص ص 77-91 .

2- **أحمد هديلي**، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية و انعكاساته على قواعد الإثبات، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المنظم بكلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، أيام 9 و 10 أبريل 2008، ص ص 56-76.

3- أ، **أحمد هديلي**، استقلال القاضي في تقدير الأخطاء المرتبطة بالإنسانية الطبية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية العدد(3) لسنة 2007، ص ص239- 250.

4- د/ زاهية حورية سي يوسف كجار، الخطأ الطبيب كركن في المسؤولية المدنية، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المنظم بكلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، أيام 9 و 10 أبريل 2008، ص ص 11-24.

5- **عبد الله محمد علي الزبيدي**، مسؤولية الطبيب المعالج العقدية عن أخطاء معاونيه في القطاع الخاص، مجلة الحقوق الكويت ، العدد (3) سبتمبر 2005، ص ص263-317.

6- **د/ عادل حافظ غانم**، حرية القاضي في مجال ندب الخبراء، مجلة الأمن العام، العدد 62، سنة 1973. ص ص 102-118.

7- **د/ صويلح بوجمعة**، المسؤولية الطبية المدنية، المجلة القضائية ، العدد (1) لسنة 2001، ص ص61-77.

8- د/ محمد بودالي، المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري و القضاء العادي، المجلة القضائية العدد (1) لسنة 2004، ص ص17-36.

9-.....، القانون الطبي وعلاقاته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، العدد(3) لسنة 2007، ص ص9-39.

10- د/ محمد رايس، المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المنظم بكلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، أيام 9 و 10 أبريل 2008، ص ص 25- 49.

11- **د/ محمد محمد أبو زيد**، نحو إرساء القضاء الكويتي لأحد مبادئ المسؤولية الطبية "معيار خطأ الطبيب"، مجلة الحقوق الصادرة عن الجامعة الكويتية العدد (3)السنة (22) سبتمبر 1996، ص ص321-343.

12- أ، **محمد فتاحي**، الخطأ الطبي والمشكلات التي يثيرها في نطاق المسؤولية المدنية ، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد(3) لسنة 2007، ص87-98.

13- أ. **مراد بن صغير** ، المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد(3) لسنة 2007، ص ص41-57.

14- أ. **مراد بن عودلة حسكر**، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجراحة التجميلية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد(3) لسنة 2007، ص ص125-146.

15- **مصطفى معوان**، المسؤولية الإدارية للطبيب عن الأعمال الطبية الاستشفائية، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد (2)- 2005، ص ص149-195.

16- **د/ نصر الدين مروك**، "المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، الجزء 37- رقم 3 - 1999، ص ص9-44.

17- **وفاء شعاوي**، المسؤولية المدنية لطبيب جراحة التجميل، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المنظم بكلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، أيام 9 و 10 أبريل 2008، ص ص 562-274.

القوانين :

الدستور :

1- دستور1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 438/96 مؤرخ في 07 ديسمبر 1991، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76، مؤرخة في 08 ديسمبر 1996، معدل ومتمم.

النصوص التشريعية و التنظيمية:

النصوص التشريعية:

1- أمر 155/66 مؤرخ في08 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر عدد 48 مؤرخة 10 يونيو 1966م، المعدل و المتمم.

2- أمر 156/66 مؤرخ في08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49 مؤرخة 11 يونيو 1966 م، المعدل و المتمم.

3 - أمر 58/75 مؤرخ 26 سبتمبر 1975، يتضمن قانون المدني، ج ر عدد 78 مؤرخة 30 سبتمبر 1975 م، المعدل و المتمم بالقانون رقم 10/05 مؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر عدد44 مؤرخة 26 يونيو 2005م.

4- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر عدد 24، مؤرخة في 12 جوان 1984، المعدل و المتمم.

5- قانون رقم 05/85 مؤرخ في 16 فبراير 1985م، يتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، ج ر عدد 08 مؤرخة في 17 فبراير 1985م، المعدل و المتمم.

6- أمر 07/95 مؤرخ في 25 يناير 1995 ، يتعلق بالتأمينات ، ج ر عدد 13 مؤرخة 08 مارس 1995 م.

7- قانون 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر عدد 21 مؤرخة في 23 أفريل 2008.

النصوص التنظيمية:

1- مرسوم رقم 204/88 مؤرخ في 18 أكتوبر 1988 ، يحدد شروط انجاز العيادات الخاصة و فتحها و عملها، ج ر عدد 42 مؤرخة في 19 أكتوبر 1988 م المعدل والمتمم.

2- مرسوم تنفيذي رقم 107/91 مؤرخ في 27 أبريل 1991م، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالمستخدمين شبه الطبيين، ج ر عدد 22 مؤرخة في 15 مايو 1991م المعدل و المتمم.

3 - مرسوم تنفيذي رقم 276/92 مؤرخ في 06 يوليو 1991م، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب ،ج ر عدد 52 مؤرخة في 08 يوليو 1992م.

4- المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 مايو 2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة. ج.ر عدد 31، مؤرخة 14 مايو 2006.

4- مرسوم تنفيذي رقم 465/97 مؤرخ في 02 ديسمبر 1997 م، يحدد قواعد إنشاء المؤسسات الاستشفائية المتخصصة و سيرها، ج ر عدد 81 مؤرخة في 10 ديسمبر 1997م، المعدل و المتمم.

6 - مرسوم تنفيذي رقم 236/99 مؤرخ في 19 أكتوبر 1999م، يحدد كيفيات تطبيق أحكام المادة 201 من القانون رقم 05/85 المعدل و المتمم.

7- مرسوم تنفيذي رقم 140/07 مؤرخ في 19 مايو 2007، يتضمن إنشاء المؤسسات العمومية الاستشفائية و المؤسسات العمومية للصحة الجوارية و تنظيمها و سيرها، ج ر عدد 33، مؤرخة في 20 مايو 2007م المعدل و المتمم.

8- مرسوم تنفيذي رقم 204/07 مؤرخ في 30 يونيو 2007، يحدد قواعد إنشاء المؤسسات الاستشفائية المتخصصة و تنظيمها و سيرها، ج ر عدد 43 ، مؤرخة في 01 يوليو 2007م.

9- مرسوم تنفيذي رقم 321/07، مؤرخ في 22 أكتوبر 2007، يتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسيرها، ج ر عدد 67، مؤرخة في 24 أكتوبر 2007م.

10- مرسوم تنفيذي رقم 09-116 مؤرخ في7 أبريل 2009، يحدد الاتفاقيات النموذجية المبرمة بين هيئات الضمان الاجتماعي والأطباء، ج ر عدد 23 مؤرخة في 19 أبريل 2009م.

11- مرسوم تنفيذي رقم11-235 مؤرخ في3 يوليو 2011، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الأعوان الطبيين في التخدير والإنعاش للصحة العمومية، ج ر عدد 38 مؤرخة في 6 يوليو 2011.

12- مرسوم تنفيذي رقم 11-236 مؤرخ في 3 يوليو 2011، يتضمن القانون الأساسي للمقيم في العلوم الطبية، ج ر عدد 38 مؤرخة في 6 يوليو 2011.

قرارات المحكمة العليا:

1- قرار المحكمة العليا رقم 24770، الصادر بتاريخ 1984/04/14، المجلة القضائية، العدد الأول، 1985.

2- قرار المحكمة العليا رقم 53010، الصادر بتاريخ 1988/05/25، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1992.

3- قرار المحكمة العليا رقم 65648، الصادر بتاريخ 1990/06/30، مجلة القضائية، العدد الأول، 1992.

4- قرار المحكمة العليا رقم 65136، الصادر بتاريخ 1991/02/26 المجلة القضائية، العدد الثاني، 1993.

5- قرار المحكمة العليا رقم 79863، الصادر بتاريخ 1991/09/29، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1992.

6- قرار المحكمة العليا رقم 97774، الصادر بتاريخ 1993/07/07، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1994.

7- قرار المحكمة العليا رقم 97774، الصادر بتاريخ 1993/07/07، المجلة قضائية، العدد الثاني، 1994.

8- قرار المحكمة العليا رقم 118720، الصادر بتاريخ 1995/05/30، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1996.

9- قرار المحكمة العليا رقم 18892، الصادر بتاريخ 1995/12/26، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1996.

10- قرار المحكمة العليا رقم 362397، الصادر بتاريخ 2003/03/11، المجلة القضائية، العدد الأول، 2003.

11- قرار المحكمة العليا، رقم 2972062، الصادر بتاريخ 2003/06/24، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2003.

القوانين العربية:

المغرب:

1- ظهير رقم 1.96.123، الصادر في21 أغسطس 1996، يتعلق بتنفيذ القانون رقم 94-10 المتعلق بمزاولة الطب، ج ر عدد 4432 مؤرخة في 21 نوفمبر 1996.

2- مرسوم رقم 2.97.421، الصادر 28 أكتوبر 1997، يتعلق بتطبيق القانون رقم 94-10 المتعلق بمزاولة الطب، ج ر عدد 4532 مؤرخة في 6 نوفمبر 1997.

البحرين:

1- القانون رقم (4) لسنة 1973م بشأن مراقبة التداول في المواد والمستحضرات المخدرة واستعمالها وتعديلاته.

http://www.moh.gov.bh/arabic/PDF/Lgislations/Legislations-1973-4.pdf

2- القانون رقم (3) لسنة 1975م بشأن الصحة العامة وتعديلاته

http://www.moh.gov.bh/arabic/PDF/Lgislations/Legislations-1975-3.pdf

3- القانون رقم (7) لسنة 1989م بشأن مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان
http://www.moh.gov.bh/arabic/PDF/Lgislations/Legislations-1989-7.pdf

4- مرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2001 يتعلق بإصدار القانون المدني.

http://www.wasmia.com/laws/civilian/civilian03.pdf

عمان:

1- مرسوم سلطاني رقم 96-22، يتعلق بإصدار قانون مزاولة مهنة الطب البشري و طب الأسنان.

2- مرسوم سلطاني رقم 08-68، يتعلق بإصدار قانون الإثبات في المعاملات المدنية و التجارية.

3- مرسوم سلطاني رقم 08-119، يتعلق بتعديل بعض أحكام قانون مزاولة مهنة الطب البشري و طب الأسنان الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 22-1996.

الأردن:

1- قانون نقابة الأطباء الأردنية لسنة 1972، ج ر رقم 2357 المؤرخة في06-05-1972.

2- قانون نقابة أطباء الأسنان لسنة 1972، ج ر رقم 2357، مؤرخة في 06-05-1972.

3- القانون المدني الأردني قانون مؤقت رقم 43 لسنة 1976، ج ر رقم 2645 مؤرخة في01-08-1976، الذي أصبح قانونا دائما بالإعلان المنشور في ج ر رقم 4106 المؤرخة في 16-03-1996.

4- قانون رقم 54-2002 المتعلق بالصحة العامة الأردني، ج ر رقم 4561 المؤرخة 28-08-2002.

لبنان:

1- قانون رقم 1994-288 يتعلق بالآداب الطبية اللبناني، ج ر رقم 9 مؤرخة في 3 آذار 1994م.

2- قانون رقم 2004-574 المتعلق بحقوق المرضى و الموافقة المستنيرة اللبناني ج ر رقم 9 مؤرخة في 12 فبراير 2004 م.

الإمارات العربية المتحدة:

1- قانون رقم 05-1985، يتعلق بالمعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية.

2- قانون رقم 10 لسنة 2008، المتعلق بالمسؤولية الطبية الإماراتي.

3- اللائحة التنفيذية لقانون المسؤولية الطبية رقم 10 لسنة 2008.

مصر:

1- قانون رقم 131 لسنة 1948، يتعلق القانون المدني المصري.

2- لائحة آداب مهنة الطب الصادرة بقرار وزير الصحة و السكان رقم 238 لسنة 2003 بتاريخ 5 سبتمبر 2003م.

قطر:

1- قانون رقم 02 لسنة 1983، يتعلق بمزاولة مهنتي الطب البشري و طب و جراحة الأسنان القطري.

2- القانون المدني القطري رقم 22 / 2004 م.

الكويت:

1- قانون رقم 17 لسنة 1960، يتعلق بإصدار قانون الإجراءات و المحاكمات الجزائية الكويتي.

2- مرسوم بالقانون رقم 39 لسنة 1980، يتعلق بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية الكويتي.

3- القانون رقم 67 لسنة 1980، يتعلق بإصدار القانون المدني الكويتي.

OUVRAGES :

OUVRAGES GENERAUX :

*1- **BENCHABANE (Hanifa)**, L'aléa dans le droit des contrats, O.P.U, Alger, 1992.*

*2- **VINEY (Geneviève)** et **JOURDAIN (patrice)**, traite de droit civil, les conditions de la responsabilité, L.G.D.J et DLTA, Paris, 2éme édition, 2002.*

3- ----------, Traité de droit civil ; les effets de la responsabilité. L.G.D.J et DELTA, paris, 2éme édition, 2002.

*4- **WELSCH (Sylvie)**, responsabilité du médecin, Litec et Lexis Nexis, Paris, 2éme édition, 2003.*

Thèses :

*1- **Ambialet (Janine)**, responsabilité du fait d'autrui en droit médical, thèse droit paris, 1964.*

*2-**ANNE(Boyer)**, l'information dans le système de santé nature et conséquences sur la relation médicale, thèse présenté a l'école doctorale sciences de l'homme et de la société, université de Limoges, 2008.*

*3- **BRUNEAU (Laurent)**, contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant. Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, université des sciences sociales de Toulouse, faculté de droit de Toulouse, 2005.*

*4- **CLEMENTINE (Giroud)**, les registres médicaux et la confidentialité, thèse présenté à la faculté des études supérieures, université Montréal ; canada ,2003.*

*5- **COFFINET-FRETIGNY(Gaëlle)**, l'indemnisation des dommages causes par une chose en matière contractuelle, thèse faculté de droit et science politique, université Reims champagne-Ardenne, 2008.*

*6-**FARGIER (Jean),** la communication médicale professionnelle sur internet, thèse pour le diplôme d'état de docteur en pharmacie 2003, universite Claude bénard – Lyon I faculté de pharmacie*

institut des sciences pharmaceutiques et biologiques, année 2004.

*7-**GUILLAUME (Rousset),** l'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé, thèse présenté a la faculté de droit (IFROSS), universite jean moulin Lyon III, 2007.*

***-8 HALLIEZ (Doriane)**, La responsabilité personnelle civile et pénale du chirurgien esthétique. Thèse doctorale. Université. Lille 2. 2001.*

***9-HOCQUET-BERG (Sophie).** Obligation de moyens ou obligation de résultat ? À propos de la responsabilité civile du médecin. Thèse doctorale : Université Paris 2. Année 1997.*

*10- **JEAN-PHILIPPE (Belville**), la chirurgie esthétique en France, thèse présenté à la faculté de droit (IFROSS), université jean moulin Lyon III, 2006.*

***11-KAMKAR(Caroline)**, les limites de la faute: essai sur la détermination de l'obligation de moyens en matière médicale, thèse pour le doctorat en droit, université jean moulin Lyon III faculté de droit (IFROSS), 2006.*

*12- **MISLAWSKI (Roger)**, la causalité dans la responsabilité civile recherches sur ses rapports avec la causalité scientifique, thèse présenté à la faculté de droit, université de Cergy- pontoise, 2006.*

*13- **PHANEUF (André)**, responsabilité du dentiste en matière de soins non thérapeutiques, thèse, présenté à la faculté de droit, université Sherbrooke, canada, 1998.*

*14- **PY (Bruno)**, recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale, thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit (doctorat nouveau régime, droit prive) , université de Nancy ii faculté de droit, de sciences économiques et de gestion , année 1993.*

Mémoires :

*1- **ANAÏS (Gabriel)**, la personne de confiance dans la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, mémoire en vue de l'obtention du DEA de droit prive, faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille iii, année universitaire 2002-2003.*

*2-**BEUN(Audrey),** Le principe de précaution en matière de responsabilité médicale, Mémoire en vue de l'obtention du DEA*

de droit privé général, Lille 2 université du droit et de la santé école doctorale n° 74, année universitaire 2002-2003.

*3-**BONNINGUES(Virginie)**, naissance et vie préjudiciable de l'enfant au regard de la responsabilité médicale et parentale, mémoire en vue de l'obtention du DEA de droit prive, université de Lille III, droit et de la santé, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, année 2000-2001.*

*4- **CLARK (Nathalie),** la relation de confiance entre le médecin et son patient en droit civil québécois: impact de la reforme des services de sante et des services sociaux, mémoire présenté pour l'obtention du grade de maitre en droit (LL.MM.), université de Sherbrooke faculté de droit programme de maitrise en droit de la sante, année 1998.*

*5-**DUASO CALES (Rosario)**, la protection des données personnelles contenues dans les documents publics accessibles sur internet: le cas des données judiciaires, mémoire présenté à la faculté de droit, université Montréal, 2002.*

*6– **DUMERY (Alexandre),** la responsabilité du fait des médicaments, mémoire en vue de l'obtention du DEA de droit prive, université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, faculté de droit et de science politique année universitaire 2001-2002.*

*7-**GOEDERT (Mélanie)**, l'image du procès dans les yeux du médecin, mémoire en vue de l'obtention du DEA de droit prive, université Nancy 2, faculté de droit, sciences économiques et gestion, année universitaire 2003-2004*

*8-**JACQUES RAMSAY (M.d),** la responsabilité médicale au Québec: un constat et une analyse des avenues de reforme», mémoire présenté pour l'obtention du grade de maitre en droit (ll.mm.), université de Sherbrooke faculté de droit programme de maitrise en droit de la sante, année 1998.*

*9- **JEAN-DENIS (Pellier),** le principe de l'unité des fautes civile et pénale a l'épreuve de la loi du10 juillet 2000, mémoire présenté a la faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille université Paul Cézanne – Aix-Marseille III, année, 2004/2005.*

*10– **JORY (Elodie)**, le secret médical, mémoire en vue de l'obtention du DEA de droit privé, université paris II Panthéon*

Assas, DESS droit sanitaire et social, année universitaire 2004-2005.

*11- **JULIE (Samuël)**, Entre Hippocrate et De Coubertin les obligations professionnelles des médecins face au dopage sportif, mémoire présenté à la faculté de droit, université Montréal, canada, 2008.*

*12- **KADIMA-KABEYA(Stanislas)**, l'expertise médicale devant le tribunal : étude législative comparée du droit québécois et du droit français, mémoire pressente pour l'obtention du grade de maitre en droit (LL.MM.), université de Sherbrooke, maitrise en droit de la santé, année 1997.*

*13–**LAPORTE(Sylvie)**, la vénalité des éléments du corps humain, mémoire réalisé en vue de l'obtention du master droit filière recherche, mention droit médical université de Lille 2 – droit et santé école doctorale n° 74 faculté des sciences juridiques, politiques et sociale, année 2003-2004.*

*14-**LAVIZZARI-SCHNEIDER (Claire)**, le médecin généraliste: interface entre le patient et la justice, thèse pour le diplôme d'état de docteur en médecine, université Claude Bernard – Lyon I faculté de médecine Lyon nord, le 13 juin 2003.*

*15- **LUSSIER (Christiane)**, les caractéristiques du consentement de la victime en matière d'infractions contre les personnes: à la recherche d'un équilibre entre l'autonomie de la volonté et l'ordre public, mémoire présenté pour l'obtention du grade de maitre en droit (LL.MM.), faculté de droit université Laval, année 1996.*

*16- **LOIR (Romain)**, les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français de contrats, mémoire en vue de l'obtention du DEA de droit des contrats, école doctorale n° 74 - Lille II, année universitaire 2001-2002.*

*17- **MANAOUIL(Cécile)**, la responsabilité du médecin du travail, mémoire en vue de l'obtention du DEA de droit social, université du droit et de la santé – Lille III, année 1999 –2000.*

***18– MARZEC (Emilie),** les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 dans le domaine de la responsabilité médicale, mémoire en vue de l'obtention du DEA de droit prive, Lille 2, université du droit et de la sante école doctotorale n° 74, année universitaire 2002-2003.*

*19- **MORIN (Sophie)**, la place des droits du patient a l'intérieur de la conception actuelle de l'obligation de renseigner en matière médicale, mémoire présenté pour l'obtention du grade de maitre en droit (LL.MM.)- Institute of comparative Law MC Gill université, Montréal, année 1999.*

*20- **OBOEUF(Odile)**, le devenir de la responsabilité médicale du fait d'autrui après la loi du 4 mars 2002, mémoire en vue de l'obtention du DEA de droit prive, université de Lille II– droit et santé faculté des sciences juridiques, politiques et sociales école doctorale n° 74, le 3 octobre 2003.*

*21- **ROMAINE(Brunati)**, santé mentale et responsabilité pénale, mémoire présenté à la faculté de droit, université Panthéon-Assas, 2010.*

*22- **SAILLY (charlotte)**, responsabilité médicale et parentale face à « l'enfant préjudice » une étude de droit comparé, mémoire en vue de l'obtention du DEA de droit prive, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales université de Lille 2, année universitaire 1998-1999.*

*23- **SOUPLET(Isabelle)**, la perte de chances dans le droit de la responsabilité médicale, mémoire dans le cadre du DEA de droit public, université de Lille II, droit et de la santé, faculté des sciences juridiques , politiques et sociales, année 2002.*

Articles :

*1- **BESTAWOROS (Alain)**, la responsabilité civile des résidents en médecine et de leurs commettants, revue collection de droit, Barreau de Québec, tome 64, pp1-56, in :*
http://www.barreau-qc/pdf/publications/revue/2004.pdf

*2- **DAGENAIS (Catherine)**, la responsabilité contractuelle du fait d'autrui en droit médical et hospitalier, revue themis, volume 32,n°01,Thémis ; 1998, pp01-75 , in :*
http://www.themis. umontreal.ca

*3- **DESLAURIERS (Patrice),** la responsabilité médicale et hospitalière, revue collection de droit, barreau de Québec, vol 04, 2006-2007, pp116-137, in :*
http://www.barreau-qc/pdf/publications/revue/2007.pdf

*4- **SAVATIER (René)** ; la responsabilité médicale en France, (aspect de droit prive), revue internationale de droit compare, vol 28, n° 03, 1976, pp 493-510, in : http://www.perssé.fr*
5- TORELLI (Maurice). L'obligation du médecin de respecter les données acquises et actuelles de la science. R.C.L.J. 2001. pp 122-141.
***6- VERNON (Palmer)** : Trois principes de la responsabilité sans faute. . R.I.D.C.Vol 39 N° 4. Oct.-déc.1987.pp825-838.in : http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1987_num_39_4_2783*

LEGISLATION FRANCAISE :

Codes français :

1- code des assurances

2- code civil

3- nouveau code de procédure civile

4- code de déontologie médicale

5- code pénal

6- code de la santé publique

Lois et décrets :

Lois :

- Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption médicale de grossesse, JO 18 janvier 1975.
- Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption de grossesse, JO du 5 juillet 2001.
- Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO du 5 mars 2002.

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

- *Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JO du 7 août 2004.*

- *Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, JO du 11 août 2004.*

Décrets :

- *Décret n° 94-1050 du 5 décembre 1994 relatif aux conditions techniques de fonctionnement des établissements de santé en ce qui concerne la pratique de l'anesthésie et modifiant le Code.*

2- décret portant application de l'article 83 de la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 et relatif aux procédures d'autorisation d'exercice des professions de médecin, chirurgien dentiste, sage-femme et pharmacien.

3- décret n°2010-1229 du 19 octobre 2010, relatif à la télémédecine.

Arrêts :

- *Arrêté du 3 juin 2002 relatif à la stérilisation des dispositifs médicaux. JO du 11 juin 2002.*

فهرس الموضوعات.....	الصفحة
مقدمة:.....	1
الفصل الأول: طبيعة مسؤولية و التزام الطبيب.....	8
المبحث الأول: طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب في القضاء والفقه الفرنسي والعربي.....	8
المطلب الأول: طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب في القضاء والفقه الفرنسي.....	9
الفرع الأول: تبني القضاء الفرنسي للطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب.....	9
الفرع الثاني: تأيّيد الفقه الفرنسي لطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب.....	15
المطلب الثاني: طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب في القضاء والفقه العربي.....	16
الفرع الأول: طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب في القضاء العربي.....	16
أولا- التزام بعض القضاء بالطبيعة العقدية أصلا و بالطبيعة التقصيرية استثناءا.....	16
1- الالتزام بالطبيعة العقدية أصلا.....	17
أ- تكييف العلاقة.....	17
- تكييف العلاقة بأنها علاقة تعاقدية.....	17
- تكييف العقد بأنه عقد من نوع خاص و غير مسمى.....	19
ب- قضاء النقض العربي.....	22
2- الالتزام بالطبيعة التقصيرية استثناءا.....	25
ثانيا- التزام بعض القضاء بالطبيعة التقصيرية فحسب.....	28
ثالثا- إحجام بعض القضاء العربي من تحديد طبيعة مسؤولية الطبيب.....	31
الفرع الثاني: ميل الفقه العربي لطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب.....	36
المطلب الثاني: مشكلة مسؤولية الطبيب عن فعل غيره من الأطباء و الأشياء.....	39
الفرع الأول: مشكلة مسؤولية الطبيب عن فعل غيره من الأطباء.....	40
أولا: مشكلة المسؤولية العقدية للطبيب عن فعل غيره من الأطباء داخل الفريق.....	40
المرحلة الأولى : مسؤولية الجراح العقدية عن خطأ طبيب التخدير.....	41

المرحلة الثانية: استقلال كل من الجراح وطبيب التخدير بخطئه عن الأخر.....	45
المرحلة الثالثة: مسؤولية الفريق الطبي	47
المرحلة الرابعة: العودة إلى تأكيد استقلال كل من الجراح و طبيب التخدير بمسؤوليته مع تقرير وجود التزام متبادل بينهما بالمشورة.....	50
ثانيا: مشكلة المسؤولية التقصيرية للطبيب عن فعل غيره من الأطباء داخل الفريق الطبي..	53
1- استقلال كل من الجراح و طبيب التخدير بخطئه التقصيري عن الآخر.....	53
- استقلال كل طبيب في تخصصه.....	53
- التطبيق القضائي.....	55
2-المسؤولية التقصيرية المشتركة لأعضاء الفريق الطبي.....	58
- المنطقة المشتركة بين أعضاء الفريق الطبي.....	58
- الأخذ بفكرة المسؤولية عن الخطأ المشترك.....	58
- تطبيقات قضائية للخطأ المشترك لأعضاء الفريق الطبي.....	59
الفرع الثاني: مشكلة المسؤولية العقدية للطبيب عن فعل الأشياء.....	65
المرحلة الأولى: جمع قضاء النقض الفرنسي بين أحكام المسؤولية العقدية و التقصيرية.....	65
المرحلة الثانية: استبعاد مسؤولية الطبيب عن فعل الأشياء نظراً لصعوبة الفصل بين فعل الطبيب وفعل الآلات والأجهزة.....	68
المرحلة الثالثة: اعتماد الالتزام بضمان السلامة كأساس لمسؤولية الطبيب عن الأضرار اللاحقة بالمريض جراء استعمال الآلات والأجهزة.....	70
المبحث الثاني: التزامات الطبيب.....	73
المطلب الأول:التزام الطبيب الإنساني والفني.....	73
الفرع الأول: الالتزام الإنساني.....	73
أولا: التزام الطبيب بإعلام المريض(حق المريض في الإعلام).....	74

1- مصدر التزام الطبيب بإعلام المريض.....	74
2- مضمون الإعلام.....	79
3- ملازمة وامتداد الالتزام بالإعلام لكل مراحل العمل الطبي.....	80
4- من حيث صفات المعلومات.....	82
5- نطاق التزام الطبيب بإعلام المريض من حيث مخاطر العمل الطبي.....	85
-التحول القضائي فيما يتعلق بنطاق إعلام المريض من حيث مخاطر العمل الطبي.....	88
- التحول التشريعي فيما يخص نطاق الالتزام بالإعلام من حيث مخاطر العمل الطبي.....	89
6- الإعفاء من الالتزام بالإعلام.....	90
ثانيا- التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض(حق المريض في الموافقة على العلاج)...	93
1- مضمون التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض.....	93
2- أوصاف الرضا محل الالتزام.....	96
3- نطاق التزام الطبيب بالحصول على موافقة المريض.....	97
أ- الأشخاص محل التزام الطبيب بالحصول على رضائهم.....	97
ب- الأعمال الطبية محل الالتزام بالحصول على الرضا.....	101
ثالثا- التزام الطبيب بالسر الطبي(حق المريض في احترام حياته الخاصة).....	102
الفرع الثاني: الالتزام الفني.....	109
أولا: التزام بالتشخيص.....	109
ثانيا: التزام بالعلاج.....	112
ثالثا: التزام بالرقابة.....	119
المطلب االثاني: طبيعة التزام الطبيب.....	123
الفرع الأول: التزام الطبيب ببذل عناية(الأصل).....	123
أولا:التزام الطبيب ببذل عناية طبقا للقضاء والتشريع الفرنسي.....	124
أ- التزام الطبيب ببذل عناية طبقا للقضاء الفرنسي.....	125

ب- التكريس التشريعي للالتزام ببذل عناية في التشريعي الصحي الفرنسي.....	128
ثانيا: التزام الطبيب ببذل عناية طبقا للقضاء والتشريع الصحي العربي.....	129
أ- التزام الطبيب ببذل عناية طبقا للقضاء العربي.....	129
ب-التكريس التشريعي للالتزام ببذل عناية في التشريعي الصحي العربي.....	134
الفرع الثاني: التزام الطبيب بتحقيق نتيجة(الاستثناء).....	143
أولا: الأعمال المخبرية واستعمال الأشعة.....	143
ثانيا: نقل الدم	145
ثالثا: جراحة التجميل.....	147
رابعا: استعمال الأدوات والأجهزة.....	155
الفصل الثاني: قيام المسؤولية المدنية للطبيب.....	164
المبحث الأول: أركان المسؤولية المدنية للطبيب.....	164
المطلب الأول: الخطأ الطبي(خطأ الطبيب).....	165
الفرع الأول: مفهوم الخطأ الطبي.	165
أولا: الخطأ الطبي.....	167
1- تعريف الخطأ الطبي و معياره و مشكلة تمييزه عن الغلط	167
أ- التعريف الفقهي و التشريعي للخطأ الطبي.....	168
1- التعريف الفقهي للخطأ الطبي.....	168
2- التعريف التشريعي للخطأ الطبي.....	169
- تعريف المشرع السعودي.....	172
- تعريف المشرع الإماراتي.....	172
- تعريف المشرع الليبي.....	173
ب- مشكلة التمييز بين الخطأ الطبي والغلط.....	174
ج- معيار تقدير الخطأ الطبي.....	179

- استبعاد المعيار الشخصي في تقدير خطأ الطبيب.....	179
- الأخذ بالمعيار الموضوعي في تقدير خطأ الطبيب.....	180
- تطبيقات قضائية.....	184
2 : طبيعة الخطأ الطبي.....	186
أ- حسب مدى اتصاله بمهنة الطب (الخطأ العادي والفني).....	186
- الخطأ العادي.....	187
- الخطأ الفني.....	188
ب- من حيث الجسامة(الخطأ اليسير والخطأ الجسيم).....	189
- الأخذ بفكرة الخطأ الجسيم.....	190
- تراجع القضاء عن اشتراط الخطأ الجسيم لقيام المسؤولية المدنية للطبيب.....	191
ثانيا: تطبيقات لصور الخطأ الطبي.....	193
1- تطبيقات لصور خطأ الطبيب المتعلقة بالإنسانية الطبية.....	194
أ- الخطأ الطبي لعدم إعلام المريض.....	194
ب- الخطأ الطبي لعدم الحصول على رضا المريض.....	195
ج- الخطأ الطبي لعدم الالتزام بالسر الطبي.....	196
2: تطبيقات لصور خطأ الطبيب المتعلقة بالفن الطبي.....	202
أ- الخطأ في التشخيص.....	202
ب - الخطأ في العلاج.....	203
ج - الخطأ في الوصفة الطبية.....	209
د - الخطأ في الرقابة الطبية.....	210
الفرع الثاني: إثبات الخطأ الطبي.....	212
أولا: عبء إثبات الخطأ الطبي وفق طبيعة الالتزام.....	213
1- عبء الإثبات في الالتزام ببذل عناية.....	213

2- عب الإثبات في الالتزام بتحقيق نتيجة.....	214
ثانيا: تخفيف عبء الإثبات.....	215
1- نقل القضاء لعبء الإثبات في مجال الإعلام الطبي.....	215
أ- تحديد من يقع عليه عبء إثبات توافر " الرضا المتبصر".....	216
ب- تطور موقف محكمة النقض الفرنسية (قرار 25 فيفري 1997)	220
2- توجه قضاء النقض الفرنسي نحو اعتناق مسؤولية موضوعية في المجال الطبي تخفيفا لعبء الإثبات.....	222
أ- مظاهر هذا التوجه.....	224
1: ميل القضاء الفرنسي نحو التوسع في تقرير قيام المسؤولية الطبية " باللجوء لفكرة الخطأ الاحتمالي ".....	224
أ- الأخذ بفكرة الخطأ الاحتمالي.....	224
ب- تراجع محكمة النقض عن فكرة الخطأ الاحتمالي.....	227
2- خرق مبدأ الالتزام ببذل عناية "عن طريق اللجوء إلى الالتزام بالسلامة"	229
ب- وسيلة القضاء الفرنسي لتبني مسؤولية موضوعية في المجال الطبي.....	232
1-عرض قراري 7 جانفي 1997 و 25 فيفري 1997.....	232
أ- قرار 7 جانفي 1997.....	232
ب- قرار 25 فيفري 1997.....	234
2-التميّز بين الحادثة الطبية و إخفاق العلاج.....	236
أ- الحادثة الطبية هي المجال الطبيعي للمسؤولية الموضوعية.....	236
ب- إخفاق العلاج هو المجال الطبيعي للمسئولية الخطئية.....	238
3- تدخل المشرع بقانون 4 مارس 2002 بإقرار المسؤولية بحكم القانون في حالات محددّة تخفيفاً لعبء الإثبات.....	240
أ- المسؤولية الناجمة عن منتج صحي.....	242

ب- المسؤولية الناجمة عن إنتان المشفى (العدوى)	243
ج- مسؤولية القائم بالبحث الطبي الحيوي.....	246
ثالثا: دور الخبرة الطبية في إثبات الخطأ الطبي.....	248
1- سلطة محكمة الموضوع في الاستعانة بالخبراء.....	248
2- سلطة محكمة الموضوع في تقدير رأي الخبير الفني.....	253
أ- مناقشة الخبير.....	253
1- مناقشة الطبيب الخبير.....	253
2- مشكلة مناقشة المجلس الوطني والمجلس الجهوي لأخلاقيات الطب	255
ب- مبدأ حرية الأخذ بتقرير الخبير.....	256
1- حجية تقرير الطبيب الخبير أمام القضاء.....	257
أ- حرية المحكمة بالأخذ برأي الخبير كاملا.....	257
ب- حرية المحكمة بالأخذ بأجزاء من تقرير الخبير.....	258
ج- حرية المحكمة برفض رأي الخبير.....	259
2- مشكلة حجية تقرير المجلس الوطني والمجالس الجهوية لأخلاقيات الطب أمام القضاء..	261
المطلب الثاني: الضرر والعلاقة السببية في المسؤولية المدنية للطبيب.....	265
الفرع الأول: الضرر الطبي.....	265
أولا: أنواع الضرر.....	265
1- الضرر المادي.....	266
2- الضرر المعنوي.....	267
3- تفويت الفرصة.....	273
أ- تفويت فرصة الحياة " قرار 27 ديسمبر 1970 كتطبيق قضائي".....	275
ب- تفويت فرصة الشفاء " قرار 14 ديسمبر 1965 كتطبيق قضائي".....	276
ج- تفويت فرصة تجنب الولادة المعاقة "قرار 17 نوفمبر2000 كتطبيق قضائي".....	277

1- الإجهاض لتشوه الجنين في القانون الفرنسي.....	277
2- الإجهاض لتشوه الجنين في القانون العربي.....	278
أ-الدول العربية الرافضة للإجهاض في حال تشوه الجنين.....	279
ب-الدول العربية المجيزة للإجهاض في حال تشوه الجنين.....	279
3-استعراض قرار 17 نوفمبر 2000.....	281
ثانيا: الشروط الواجب توفرها في الضرر المستحق للتعويض.....	283
1- أن يكون الضرر شخصيا.....	283
2- أن يكون الضرر محققا.....	284
3- أن يكون الضرر مباشرا.....	287
أ- الضرر المباشر و غير المباشر.....	287
ب- الضرر المتوقع و غير المتوقع.....	288
4- أن يمس الضرر بحق ثابت أو مصلحة مالية مشروعة.....	290
الفرع الثاني: العلاقة السببية.....	291
أولا: إثبات العلاقة السببية.....	291
1: نظريات السببية.....	292
أ- نظرية تعادل الأسباب و تكافؤها.....	292
ب- نظرية السبب المنتج (الفعال)	294
2 - " نظرية فوات الفرصة "وسيلة القضاء في تطويع ركن السببية.....	296
أ- اللجوء إلى فوات الفرصة قبل قانون 4 مارس 2002.....	296
ب- التراجع النسبي عن فوات الفرصة بعد قانون 4 مارس 2002.....	297
- في مجال الإخلال بالإعلام.....	298
- ضمان الأضرار الناجمة عن الحادثة الطبية باسم التضامن الوطني بمقتضى المادة L1142-1 الفقرة الثانية.....	299

ثانيا: قطع علاقة السببية.....	300
1. القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.....	301
2. خطأ المريض(المضرور).....	305
3. خطأ الغير.....	305
المبحث الثاني: آثار المسؤولية المدنية للطبيب.....	307
المطلب الأوّل: التعويض عن المسؤولية المدنية للطبيب.....	307
الفرع الأوّل: دعوى المسؤولية المدنية للطبيب.....	307
أولا: أطراف دعوى المسؤولية المدنية للطبيب.....	307
1: المدعي.....	307
2-المدعى عليه.....	308
3- المسؤول المدني(شركة التأمين).....	308
ثانيا- الاختصاص بنظر دعوى المسؤولية المدنية للطبيب و تقادمها.....	310
1- الاختصاص بنظر دعوى المسؤولية المدنية للطبيب.....	310
أ: الاختصاص النوعي.....	310
- القسم المدني (الدعوى المدنية).....	310
- قسم الجنح و المخالفات (الدعوى المدنية التبعية).....	311
ب: الاختصاص الإقليمي.....	313
2- تقادم دعوى المسؤولية المدنية للطبيب.....	314
الفرع الثاني: التعويض عن المسؤولية المدنية للطبيب.....	319
أولا: سلطة قاضي الموضوع في تقدير التعويض.....	319
ثانيا: رقابة المحكمة العليا.....	329
1- رقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر وشروطه.....	329
2 - رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض.....	331

المطلب الثاني: ضمان المسؤولية المدنية للطبيب.....	335
الفرع الأول: دور التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب.....	335
أولا: التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب.....	335
1-أهمية التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب.....	335
2: إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية لطبيب.....	337
ثانيا: ضمان الأضرار.....	339
1-ضمان الأضرار الناتجة عن الخطأ الفردي.....	339
2- توزيع الضمان في حالة وقوع الخطأ داخل الفريق الطبي.....	342
أ : وضع المشكلة.....	342
ب: اتفاق 28 يونيو 1976.....	342
الفرع الثاني: مدى كفاية التأمين في تغطية كافة الأضرار التي تلحق بالمرضى.....	344
أولا:عدم تغطية التأمين من المسؤولية لكافة الأضرار التي قد تصيب المرضى.....	344
أ: الأضرار الناتجة عن الأخطار التي قد تلازم أعمال الوقاية أو العلاج أو التشخيص.....	345
ب: الأضرار الناتجة عن المنتجات الصحية.....	346
ثانيا: نحو تغطية شاملة لكافة الأضرار التي تلحق بالمرضى.....	346
أ: التعويض عن الأضرار التي قد تنتج عن المخاطر التي تلازم أعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج.....	346
1- التعويض عن أضرار الحوادث الطبية و إنتانات المشافي الناجمة عن عمل من أعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج.....	350
2- التعويض عن أضرار العلل العلاجية الناجمة عن عمل من أعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج.....	351
ب- شروط وإجراءات تعويض الأضرار الناجمة عن المخاطر التي تلازم أعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج.....	354

1- شروط استحقاق التعويض باسم التضامن الوطني.....	357
2- إجراءات التسوية الودية.....	360
أ- اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض (CRCI)	361
ب-عرض النزاع على اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض(CRCI)	362
ج- رأي اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض(CRCI)	362
د- الطعن برأي اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض(CRCI)	363
الخاتمة.....	365
التوصيات	372
قائمة المراجع.....	373
فهرس المحتويات.....	393

الملخص:

لأجل إعادة التوازن لطرفي العلاقة الطبية و ذلك بحماية حقوق المرضى و حقوق الأطباء، طوّع القضاء القواعد العامة للمسؤولية مستعملا عدّة أدوات قانونية، مدعوماً في ذلك من الفقه، وذلك بإقرار المسؤولية المدنية العقدية حماية للمريض، لأن الالتزام في المسؤولية المدنية التقصيرية هو التزام وحيد يتمثل في الالتزام ببذل عناية، و جعل الالتزام ببذل عناية كأصل وهذا حماية للطبيب و للمهنة . و بالمقابل قام بالتوسع في مجال الالتزامات بتحقيق نتيجة لصالح المريض، كما أقر أن الخطأ كأصل عام أساس المسؤولية المدنية للطبيب وهذا حماية له و للمهنة. و حماية للمرضى انتقل من المساءلة عن الخطأ العادي إلى الخطأ الفني و من الخطأ الجسيم إلى الخطأ اليسير، استعمل فكرة الخطأ الاحتمالي و ذلك باستنتاج الخطأ من وقوع الضرر التي سرعان ما تخلى عنها، استعمل الالتزام بالسلامة، ووسع من مفهوم الضرر بتعويضه على فوات الفرصة، و استعمل نظرية فوات الفرصة للتطويع ركن السببية. و تعميقاً لهذا و لكفالة تعويض المضرورين و حماية الأطباء من آثار المسؤولية المدنية تدخلت التشريعات بإلزامية تأمين الأطباء لدى شركات التأمين وإنشاء صندوق التضامن الوطني لتغطية الأضرار غير الناجمة عن الخطأ الطبي.

Résumé

.Afin de rétablir l'équilibre à la relation médicale, à la protection des droits des patients et les droits des médecins , la jurisprudence a apprivoisé les règles générales de la responsabilité en utilisant plusieurs outils juridiques, soutenu par la doctrine , en adoptant la responsabilité civile contractuelle au profit du patient, car l'obligation dans la responsabilité civile délictuelle est de moyens, et prendre en principe l'obligation de moyens comme protection pour les médecins et la profession. En contrepartie a élargi la portée des obligations de résultat au profit du patient, également reconnu que la faute est le fondement de la responsabilité civile du médecin est protection pour lui et pour la profession. Et pour la protection des patients, a passé de la responsabilité de la faute grave à la faute simple, en utilisant l'idée de la faute virtuelle qui l'a été rapidement abandonnée, utilisant de l'obligation de sécurité, et étendu la notion de dommage par le recours à la perte de chance, utilisant la théorie de la perte de chance pour aménager la causalité. Et approfondissement de cela et pour assurer la réparation des préjudices du patient, et la protection des médecins contre les conséquences de la responsabilité civile, les législations se sont intervenues en rendant l'assurance obligatoire, création du fond de solidarité nationale pour indemniser les dommages non imputables au médecin.