

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة مولود معمري - تيزي وزو-

كلية الحقوق و العلوم السياسية

الطبيعة القانونية للخطأ الطبي الجراحي

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص
تخصص: القانون الخاص الداخلي

إشراف الأستاذة:

د/ معاشو فطة

من إعداد الطلبة:

- بوربعة محمد لمين

- قرياب عمر

لجنة المناقشة:

الأستاذة: سي يوسف زاهية-حورية، أستاذة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....رئيسة

الأستاذة: معاشو فطة، أستاذة محاضرة أ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو....مشرفة و مقررة

الأستاذة: مواسي العلجة، أستاذة مساعدة "أ"، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....ممتحنة

تاريخ المناقش: 2012/ 10/ 31

قال تعالى :

«فلا وربك لا يؤمنون حتى يُحْكَموك
فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم
حرجاً مما قضيتَ ويُسلموا تسليماً»

صِرَاقُ اللَّهِ الْعَظِيمِ

(سورة النساء - الآية 65)

شكر وعرفان

لا يستطيع الإنسان مهما بلغت ثقافته إلاّ و أن يستعين بأناس لهم من الخبرة والمنزلة و القدر
الوطني للإعانة على الطريق فيكونوا له نوراً يضيء له الطريق، وهذا ما نحب تسجيله هنا
للأستاذة المشرفة

الدكتورة "معاشو فطة"

الأستاذة التي لم تبخل علينا و قد قيل أنه جميل أن تعطي من يسألك ما هو في حاجة إليه ولكن
أجمل من ذلك أن تعطي من لا يسألك، وأنت تعرف حاجته به، فإن من يفتح يديه وقلبه للعطاء
يكون له فرح بسعيه إلى من يتقبل عطاياه والإهداء إليك أستاذتنا.

شكراً وتقديراً وعرفاناً فجزاك الله عنا خير الجزاء لأن الذي

لا يشكر العبر لا يشكر الله وهذا جود للنعمة والفضل.

كما نتقدم بالشكر الجزيل إلى كل أساتذة كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو الذين لم

يبخلوا علينا طيلة مسارنا الدراسي الجامعي وقد قيل من علمني حرفاً صرت له عبداً

وفي الأخير نشكر جميع الذين ساعدونا من قريب أو من بعيد

وجزى الله الجميع خير الجزاء.

الأهراء

إلى الأب الذي كنت أتمنى حياته، أسأل المولى عز وجل أن
يتغمره برحمته

إلى الأم الغالية، أطال الله في عمرها ورحاها،

إلى إخوتي، أخواتي،

سمير، كريمة، أنيسة

إلى

جميع أساتذتي، زملائي، أصدقائي

أهري شجرة هذا الجهر المتواضع.

محمد أمين

الله هراء

إلى

الوالدين العزيزين
أطال الله عمرهما

إلى

كل أفراد عائلتي، و عائلة كتاب، مدلل و خاصة قرياب

إلى

كل أصدقائي و كل من هو عزيز علي
إلى جميع أساتذتي، زملائي
أهري هذا العمل المتواضع.

عمر

قائمة أهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ق.م.ج	القانون المدني الجزائري
م.أ.م.ط	مدونة أخلاقيات مهنة الطب
ق.ح.ص.ت	قانون حماية الصحة و ترقيتها
ق.إ.م.إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ق.أ.ج	قانون الأسرة الجزائري
ق.ع.ج	قانون العقوبات الجزائري
ق.إ.ج	قانون الإجراءات الجزائية
ج.ر.ج.ج	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
د.ت.ن	دون تاريخ النشر
ص	صفحة
ص-ص	من الصفحة...إلى الصفحة

ثانياً: باللغة الفرنسية

Art	Article
Cass civ	Cassation civile
C A	Cour d'appel
Ch civ	Chambre civile

مقدمة

مهنة الطب من أهم المهن الإنسانية، فهي مهنة نبيلة و سامية لا غنى عنها، خاصة في عصرنا هذا الذي اشتدت فيه الأمراض خطورة و تعقيدا، في المقابل أيضا تم تحقيق عدة انتصارات في المجال الطبي.

يتوجب على الطبيب أثناء أداء هذه المهنة احترام جسم الإنسان في جميع الظروف والأحوال ، إذ يتحتم عليه أن يحافظ على أرواح الناس وسلامتهم أثناء قيامه بواجباته، لأن مهنة الطب تفرض عليه واجب أخلاقي وقانوني، وذلك ببذل أقصى الجهود عندما يقوم بمعالجة مرضاه.

تعنى مهنة الطب بالحفاظ على صحة الإنسان، هذه الأخيرة لها أهمية كبيرة في المجتمع، إذ أنها تعد عنصر أساسي في تحقيق استقراره، كما أن درجة تطور المجتمعات ومدى تقدمها تقاس بما وصلت إليه العناية الصحية في الدولة، لذلك أولت معظم الدول لهذا القطاع أهمية كبرى، فنجد المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948 نصت على أنه:

"لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة جسمه".

كما نصت المادة الثانية من إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام، والذي تمت إجازته من قبل مجلس وزراء خارجية منظمة المؤتمر الإسلامي في 5 أغسطس 1990 على أن:

"أ- الحياة هبة الله، وهي مكفولة لكل إنسان، وعلى الأفراد والمجتمعات والدول حماية هذا الحق من كل اعتداء عليه، ولا يجوز إزهاق روح دون مقتض شرعي.

ب - يحرم اللجوء إلى وسائل تفضي إلى إفناء الينبوع البشري.

ج- المحافظة على استمرار الحياة البشرية إلى ما شاء الله، واجب شرعي.

د - سلامة جسد الإنسان مصونة، ولا يجوز الاعتداء عليها، كما لا يجوز المساس بها بغير مسوغ شرعي، وتكفل الدولة حماية ذلك".¹

جاء أيضا في نص المادة 05 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان² على:

" لكل فرد الحق في الحياة وفي الحرية وفي سلامة شخصه ويحمي القانون هذه الحقوق".

¹ - نقلا عن أبو الوفا محمد أبو الوفا، العمليات الجراحية المستعجلة بين إذن المريض وضرورة العلاج الطبي الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، أيام 26 إلى 30 افريل 2009، ص5.

² - الذي اعتمد ونُشر بموجب قرار مجلس جامعة الدول العربية رقم 5427 المؤرخ في 15 سبتمبر 1997.

صدرت في الجزائر عدة قوانين حول الصحة، تهدف لحمايتها و تنظيمها، كما كرسّ المشرع الجزائري في الدستور حماية للحق في الصحة و الرعاية، من خلال المادتين 35 و 54 من دستور 1996³، فتنص المادة 35 منه على مايلي:

« يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية » .

و تضيف المادة 54 من الدستور على أن: « الرعاية الصحية حق للمواطنين ».

تؤكد كل هذه النصوص القانونية الوطنية و الدولية السالفة الذكر على أنّ الصحة مهمة جدا للسير الطبيعي للمجتمع، فالشخص عنصر ضروري فيه، فلا بد أن يكون في صحة جيدة ليؤدي وظائفه على أكمل وجه في المجتمع، في حين أن المرض هو العنصر السلبي الذي يسبب اضطرابا في توازن المجتمع، و الطب هو الوسيلة التي تضع حدا لهذا الاختلال و تساعد المريض على الشفاء.

يعتبر العمل الطبي عامل أساسي للنهوض بقطاع الصحة، هذا العمل يقوم به شخص متخصص يهدف به لتحقيق الشفاء للغير، مستندا في ذلك إلى الأصول و القواعد العلمية الطبية، أو هو ذلك النشاط الذي يتفق في كيفية وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب، و هذا العمل يتجه في ذاته إلى محاولة شفاء المريض، و الأصل أن العمل الطبي يكون علاجيا يستهدف التخلص من المرض أو التخفيف من حدته أو مجرد تخفيف الآلام عن المريض.⁴

أول الأمر كان الطبيب يقوم بنفسه بكافة الأعمال الطبية، الفحص، التشخيص و العلاج سواء العادي منه أو الجراحي، لكن مع التطور العلمي الهائل في المجال الطبي و ما تبعه من كثرة المعارف فيه و استعمال لوسائل عديدة و معقدة، أدى ذلك إلى ضرورة التخصص، فأصبح الطبيب من المستحيل عليه أن يتمكن من إتقان كل الاختصاصات و المعارف الطبية في كافة المجالات، و بذلك لم يعد الطبيب واقفا بمفرده في علاج المرضى، بل تم تقاسم هذه المهمة و أصبح يساهم معه في تحقيق ذلك أكثر من طبيب في تخصصات مختلفة و متنوعة، فنجد معه الطبيب الجراح، أخصائي التخدير، أخصائي إنعاش و غيرهم كثر من الأخصائيين.

³ - مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر عدد 76 الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996، المعدل و المتمم.

⁴ - عبد الرحمن بن صالح الطيار، المسؤولية المدنية عن خطأ الطبيب في دول مجلس دول التعاون الخليجي، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2010، ص118.

من بين الأعمال الطبية التي عرفت تطورا و استخداما كبيرا لها في عصرنا، و أصبحت من الطرق العلاجية التي يلجأ إليها بدرجة كبيرة هي الجراحة أو التدخل الجراحي، ذلك نظرا لنسب نجاحها مقارنة مع العلاج العادي و لأنه يوفر كثيرا من الوقت، ذلك أن التدخل الجراحي في كثير من الأحيان يكون الزمن المتوسط للتعافي و تحقق الشفاء فيه مشجع جدا للمرضى، مقارنة بالعلاج بالأدوية الذي يستغرق مدة أطول و عادة ما تكون احتمالات الشفاء فيه متواضعة مقارنة بالتدخل الجراحي، زد على ذلك أنه كثير من الأمراض في عصرنا علاجها الوحيد هو التدخل الجراحي.

أصبحت التدخلات الجراحية تمثل عنصرا أساسيا من مكونات الرعاية الطبية خاصة في القرن الأخير، و لما كانت الأمراض المتطلبة لإجراءات جراحية آخذة في الارتفاع، فلا شك أن تأثير التدخل الجراحي على الصحة العمومية سينمو هو أيضا، فتشير التقديرات إلى أنه يتم إجراء أكثر من 234 مليون عملية جراحية كبرى كل عام في جميع أنحاء العالم، أي بمعدل عملية واحدة لكل 25 شخص حي،⁵ و قد أحصت وزارة الصحة في الجزائر سنة 2010 تسجيل أكثر من 500 ألف عملية جراحية.⁶

رغم هذا العدد الكبير من الإيجابيات، و هذا الإعتماد الواضح على العلاج الجراحي، إلا أن هذا التدخل لا يخلو من الخطورة، و من نواحي سلبية قد تطرأ نتيجة لهذه التدخلات، ففي عصرنا اليوم باتت فيه الأخطاء الطبية تشكل هاجسا مقلقا للجميع، وتجعل الأغلبية تفكر مرارا و تكرارا قبل الذهاب لطلب العلاج من كثرة ما يسمعه عن هذه الأخطاء التي قد تكون مميتة في كثير من الحالات، ما أفقد الكثيرين الثقة في الخدمات الطبية المقدمة لهم في المستشفيات و العيادات العمومية والخاصة، ولعل غياب الإحصاءات الموضحة لنسبة الأخطاء الطبية في الجزائر يقف عائقا أمام تحديد خطورة الوضع في بلدنا.

تعد الأخطاء الطبية في بريطانيا السبب الثالث للوفاة بعد السرطان و السكتات القلبية، في أمريكا هي السبب الثامن للموت، في روسيا يذهب ضحيتها سنويا حوالي 50 ألف شخص، بينما ضحايا حوادث السير أقل من 35 ألف شخص فقط، و وفقا لدراسة جديدة أجريت في الولايات المتحدة الأمريكية، هناك ارتفاع غير مسبوق في عدد الأخطاء الطبية، ففي إحدى الإحصائيات من مستشفى أمريكي تبين أن 7% من المرضى المنومين تعرضوا إلى خطأ طبي، و أن 13% من هذه الأخطاء الطبية كان مميتا، وبينت إحدى الدراسات الأخرى أن عدد الأخطاء الطبية أدى

⁵ - منظمة الصحة العالمية، الجراحة الآمنة تنقذ الأرواح، التحالف العالمي لسلامة المرضى، التحدي العالمي الثاني المعني بسلامة المرضى، القاهرة، 2009، ص04.

⁶ - الجزائر: نصف مليون متبرع بالدم ومثلها عملية جراحية سنة 2010، موقع الإذاعة الوطنية:

<http://www.radioalgerie.dz/ar/2010-04-29-13-30-51/67-2010-06-03-08-43-07/8401--2010>

إلى وفاة 98.000 مريض، في الدانمارك مات أكثر من 5 آلاف شخص نتيجة لهذه الأخطاء الطبية سنة 2008، و قد وقع 40 ألف خطأ طبي فيها، أدى إلى ضياع 280 ألف يوم على المرضى للتعافي نتيجة لهذه الأخطاء.⁷

أما في اليابان فنتيجة لتزايد الأخطاء الطبية و المتابعات القضائية بتسجيلها 900 حالة بارتفاع 45 % في ظرف 5 سنوات، لجأت الحكومة اليابانية إلى مخطط طوارئ و مجموعة إجراءات، من بينها إلزام الأطباء الذين اخطئوا القيام إجباريا بإعادة التكوين من جديد، و من بين الخطط المطبقة أيضا هي تصوير التدخل الجراحي بالفيديو، و وضعه في متناول المريض لمزيد من الشفافية و الثقة.⁸

و في فرنسا بلغ حجم التعويضات عن الأخطاء الطبية لسنة 2008، 68.35 مليون أورو.⁹

تُظهر كل هذه الأرقام و الإحصائيات الدولية الوجه السلبي للعمل الطبي بشكل عام و العمل الجراحي على وجه الخصوص، و تشير إلى أن المخاطر و الأخطاء الطبية في ازدياد ملحوظ، و قد أضحت هذا الموضوع حديث الخاص و العام، هذا ما جعل من موضوع الأخطاء الطبية بصفة عامة، و تلك التي تقع بفعل الجراح بمناسبة التدخل الجراحي خاصة، مشكلة مجتمعية تحوز أهمية كبرى، كقانونيين و من هذا المنطلق لابد من الاهتمام بموضوع الخطأ الطبي الذي يقع فيه الجراح و في سبل ذلك، ستتم محاولة الإجابة عن إشكالية، تحديد الطبيعة القانونية للخطأ الطبي الجراحي الموجب للمسؤولية ؟

في إطار معالجة هذا التساؤل سنتطرق إلى معرفة العمل الجراحي و الالتزامات المترتبة على القائم به (الفصل الأول) ثم سنتطرق إلى الخطأ الطبي الجراحي و المسؤولية المدنية التي تتجر عن هذا الخطأ (الفصل ثاني).

⁷ -Lors d'un colloque sur la thématique de l'évaluation des pratique professionnelles organisé par la haute autorité de santé (HAS) et l'institut des droit et de santé (ISD) en mars 2008, la directrice de la supervision de l'institut national de la santé du Danemark constatait que les événements indésirables dans les hôpitaux danois représentaient 5000 décès, 40 000 erreurs reconnues, 280 000 jours d'hospitalisation supplémentaire , et que 40% de ces événement indésirables auraient pu être évités.

Voir : Magall EYMERY, Erreur médicale et responsabilité collective, adsp n° 73 décembre 2010, p05.

⁸ -Marie-Dominique FLOUZAT-AUBA et Sami-Paul TAWIL, Droits des malades et responsabilité des médecin mode d'emploi, Marabout, Italie, 2005, p76.

⁹ - Bruno Py, L'évolution de la responsabilité médicale en France : la recherche d'un équilibre Seminar on: Medical Liability Under the New Federal Law No. 10 of 2008,08-09 décembre 2009, p49. voir aussi : <http://www.oniam.fr/rapport/RapportOniam2008sem2.pdf>

الفصل الأول

المقصود بالعمل الجراحي و الالتزامات المترتبة على القائم به

لعل أهم ما يميز العمل الجراحي هو كونه يتطلب درجة كبيرة من الحرص و الحذر والتخصص و التمكن من جانب القائم به، فيجب أن تكون للجراح دراية واسعة بعلم وظائف الجسم و بالكيمياء و التشريخ، إضافة لذلك توجد ضرورة توفر وسائل عادة ما تكون حديثة و معقدة إلا على المعتادين على استعمالها، و في نفس الوقت يتسم هذا العمل الجراحي بكونه على درجة كبيرة من الخطورة، إذ انه يتم عن طريق إحداث جروح في جسم المريض وذلك بهدف علاجه، و يختلف هذا العلاج حسب نوع العلة و المرض فيكون العمل الجراحي إما بإزالة ورم، أو بوضع تركيبات صناعية في حالة الكسور الخطيرة للعظام، أو عن طريق زراعة عضو مكان آخر تالف، وغيره من الأعمال الجراحية العديدة.

يختلف هذا العمل الجراحي في طريقة إجرائه حسب نوع المرض، فالتخصص الجراحي ينقسم إلى عدة فروع جراحية نذكر منها: جراحة العيون، جراحة العظام، جراحة الأعصاب... الخ، و يجب أن يتم هذا العمل الجراحي في الأماكن المخصصة له، في غرفة خاصة تكون معقمة من الجراثيم و تحتوي على كل المعدات و التجهيزات اللازمة والضرورية للقيام بالتدخل الجراحي على أكمل وجه، و على خلاف العلاج العادي الذي عادة ما يكون معروفا من قبل العامة، فان العمل الجراحي له طابع خاص كون ليس كل الناس على دراية به، لذا لابد من تبسيط هذا التدخل، فما هي طبيعة العمل الجراحي (المبحث الأول).

تنتج عن التدخل الجراحي علاقة بين طرفين هما الجراح و المريض، و في كل علاقة بين طرفين فإنه توجد التزامات و حقوق، فالالتزامات الطرف الأول تعد حقوق الطرف الثاني و العكس صحيح، لكن نظرا لكون المريض أثناء التدخل في حالة ضعف، إذ يكون غائبا عن الوعي و لا يشعر بسير الأمور، وحتى قبل العملية يكون في حالة ضعف بسبب المرض، ونظرا لكون التزامات المريض هي التزامات بسيطة في مجملها مثل دفع مقابل العمل فهي ليست بنفس أهمية التزامات الطرف الآخر، وعليه فان التزامات الجراح هي التي تكون لها أهمية شديدة و وزن كبير كونها تمس بمصلحة معتبرة و هي حياة المريض و صحته وسلامته وعليه لابد من ذكر الالتزامات المترتبة عن هذا العمل الجراحي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: طبيعة العمل الطبي الجراحي

كتب جون لويس فار في 1928 بأن الجراحة وصلت إلى مستوى من الدقة و الإتقان أين لا يمكن تجاوزه، و بأن ما وصلت إليه هو ذروة التطور و لا يمكن كسره أو التفوق عليه.¹³

¹³-Jean-Louis FAURE au siècle dernier, quand il écrivait, en 1928 « La chirurgie a été portée à un degré de perfection qu'elle ne dépassera plus. Nous avons la certitude de tenir aujourd'hui la vérité chirurgicale, et rien ne saurait la détruire... Il n'y a plus rien à faire ; il n'y a plus rien à tenter. C'est une profonde satisfaction d'esprit de nous rendre compte=

إذا كان هذا ما وصلت إليه الجراحة في تلك الحقبة، فلا شك أن الأمر قد تجاوز ذلك في عصرنا اليوم أين بلغت فيه درجة عالية من الدقة و المهارة و النبوغ الذي لم يسبق له مثيل، بحيث أمكن تحقيق آمال كثيرة بواسطة التدخل الجراحي، و التي كانت في وقت قريب ضربا من المستحيل، فأصبح العمل الجراحي يمس تقريبا كامل جسم الإنسان و أعضائه، و ظهرت جراحات دقيقة و خطيرة كنتلك المتعلقة بالقلب و جراحات الدماغ، و إذا كان الأصل أن الجراحات لا تثير أي إشكال كونها تهدف بشكل واضح لغرض العلاج(المطلب الأول) إلا أنه توجد عمليات ذات طابع خاص نظرا لخصائصها و أهدافها و شروطها المختلفة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم العمل الطبي الجراحي

ينقسم العمل الطبي إلى مرحلتين رئيسيتين، مرحلة الكشف عن المرض و تشخيصه و التي يتم فيها فحص المريض لمعرفة العلة و الداء، ثم تأتي مرحلة العلاج، و هذه الأخيرة قد تكون بواسطة العلاج الطبي العادي أي بواسطة أدوية أو نصائح و توجيهات، وقد يتطلب علاج المريض في أحيان أخرى التدخل الجراحي، فما هو العمل الجراحي (أولا) و ما هي حدود مشروعيته (ثانيا) وما هي الشروط الواجب توافرها في هذا العمل الجراحي (ثالثا).

الفرع الأول: تعريف العمل الطبي الجراحي

الجراحة أو العمل الجراحي لغة جاءت من اللغة اليونانية (kheirourgia) وباللاتينية *chirurgiae* (وتعني العمل باليد)، فالمقطع الأول (kheir) يعني يد، و المقطع الثاني (ergon) و التي تعني عمل¹⁴، إذا الجراحة هي إحدى التخصصات الطبية المعنية بعلاج الأمراض أو الإصابات عن طريق استخدام يدي لآلات جراحية.¹⁵

و عليه يمكن تعريف الجراحة أو العمل الجراحي بأنها "ممارسة العلاج باستعمال اليد"

جاء تعريف الجراحة في الموسوعة الطبية التي اشرف على تأليفها مجموعة من الأطباء المختصين بما يلي: "إجراء جراحي بقصد إصلاح عاهة أو رتق أو عطب أو بقصد إفراغ صديد أو سائل مرضي آخر أو لاستئصال عضو مريض أو شاذ".¹⁶

=que nous assistons aujourd'hui à l'apogée ». Voir : Philippe HUBINOIS. Le chirurgien, le droit et la philosophie À propos de « Petite philosophie de la chirurgie », e-mémoires de l'Académie Nationale de Chirurgie, 2008, p81.Disponible en ligne sur : www.bium.univ-paris5.fr/acad-chirurgie .

¹⁴ - الجراحة، موقع شبكة المعرفة: <http://www.marefa.org/index.php/>

¹⁵ - Le dictionnaire Robert (édition 2003) donne la définition suivante de la chirurgie : " *partie de la thérapeutique médicale qui comporte une intervention manuelle, avec des instruments, aidée d'appareils.* "

¹⁶ - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية و الآثار المترتبة عليها، الطبعة الثانية، مكتبة الصحابة، جدة، 1994، ص 39.

يعرف منذر الفضل الجراحة *La chirurgie* : بأنها " الإجراء الذي يهدف لمعالجة المريض، و تخليصه من الآلام، و إطالة أمد الحياة و تحقيق أو محاولة تحقيق العلاج، والوصول إلى غرض جوهري في صالح الشخص بشفائه و بذل العناية في سبيل تحقيق ذلك، و يذكر البعض تعريفا للجراحة بأنها الأعمال التي تعنى بعلاج الأمراض التي لا يمكن شفاؤها إلا بالتدخل الجراحي و يكون قصد العلاج فيها ملحوظاً".¹⁷

كما تعرف الجراحة أيضا بأنها فرع من فروع الطب تعنى بعلاج المرض أو التشوهات أو الإصابات عن طريق إجراء تدخلات جراحية، و هذه الأخيرة تتشكل من إجراءات و تمر بمراحل معقدة، وتستعمل أدوات كثيرة فيها كالمقص، المشرط، المبضع، ملاقط لفقل الأوعية الدموية... الخ.¹⁸

هذه التعاريف اتفقت على أن العمل الجراحي هو عمل يدوي، و إن ظهرت حديثا جراحات تتم بالروبوت أو الإنسان الآلي إلا أن هذا الأخير يتم التحكم به و السيطرة عليه من طرف الجراح فهو العامل الأساسي للتدخل الجراحي، كما اتفقت التعاريف على انه في الجراحة لا بد من الاستعانة بوسائل و أدوات سواء كانت التقليدية منها أو الحديثة كاستخدام الليزر لإجراء جروح في المناطق الحساسة.

الفرع الثاني: مشروعية التدخل الجراحي

من أهم الحقوق التي يحميها القانون و الشريعة الإسلامية الحق في الحياة و الحق في سلامة الجسم، التي هي من أهم الحقوق للصيقة بالشخص، و هي مقصد من مقاصد الشريعة (حفظ النفس)، إلا أن الطبيب أو الجراح يأتي أعمالا عند ممارسته لمهنة الطب، تقتضي المساس بجسم الإنسان و حرمة.

فهل اتفق القانون و الشريعة حول مشروعية العمل الجراحي كما اتفقوا على حرمة الجسم، سنتطرق لمشروعية العمل الجراحي في نظر الشريعة الإسلامية (أولا) ثم وجهة نظر الفقه (ثانيا).

أولا: موقف الشريعة الإسلامية من العمل الطبي الجراحي

إن الله تعالى امتدح من سعى في إحياء النفس و إنقاذها من الهلاك إذ قال في كتابه العزيز في الآية 32 من سورة المائدة : " من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل انه من قتل نفس بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا و من أحيائها فكأنها أحياء الناس جميعا و لقد جاءتهم رسلنا بالبينات ثم إن كثيرا منهم بعد ذلك في الأرض لمسرفون" تهدف الجراحة في كثير من صورها إلى إنقاذ النفس من الهلاك، الذي هو مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية، فكثير من الأمراض يتوقف علاجها على إجراء التدخل الجراحي،

¹⁷ - نقلا عن منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة

للنشر و التوزيع، عمان، 1995، ص 5 و 6.

¹⁸ - الجراحة، موقع شبكة المعرفة: <http://www.marefa.org/index.php/>

و إلا يكون المريض عرضة لتدهور حالته التي قد تؤدي و تصل للوفاة، و عليه فالشريعة أباحت التدخل الجراحي لإنقاذ النفس.

إضافة لضرورة إنقاذ النفس توجد في الشريعة قاعدة -ارتكاب اخف الضررين- فإذا تعارضت مفسدتان (هنا مفسدة المرض من جهة و مفسدة أخرى تتمثل في جرح المريض و المساس بجسده لغرض علاجه) روعي أعظمهما بارتكاب أخفهما، ذلك أن مفسدة المرض و آلامه مفسدة متعددة متعديّة باقية و تزداد إذا لم يتم العمل الجراحي لعلاج المريض، و المفسدة الثانية هي مفسدة الآلام المؤقتة المترتبة عن الجراحة و التي تزول بمرور فترة زمنية، و عند المفاضلة بين المصالح المجتمعة في عمل واحد، إن أمكن فالأولى تحصيل المصالح جميعها، فإن تعذر ذلك حصلنا الأصلح والأفضل على حساب الأدنى و هكذا فإن مصلحة المحافظة على النفس أعظم.¹⁹

أما الدليل على مشروعية العمل الجراحي من السنة النبوية فقد وردت عدة أحاديث حول قيام النبي بالتداوي و النصح به، نذكر من بينها حديث ابن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال : " بعث رسول الله صلى الله عليه و سلم إلى أبي بن كعب طبيباً ففقطعه عنه عرقاً ثم كواه عليه" . كما ثبت أن النبي قام بالحجامة و نصح بها، و الحجامة هي من صور الجراحة في ذلك الزمان، إضافة للآيات و الأحاديث الدالة على مشروعية العمل الجراحي فقد اجمع السلف الصالح و من بعدهم على جواز و مشروعية العمل الجراحي طلباً لتحصيل المصالح المترتبة عنها، فالشريعة راعت جلب المصالح و درأ المفساد، و في الجراحة تحقيق لذلك، بوجه عام كيف يتصور حال الناس لو حرم عليهم العلاج بالجراحة سواء تعلقت النتائج بالمريض أو أهله أو المجتمع.²⁰

ثانياً: مشروعية العمل الطبي الجراحي في الفقه

اختلف الفقه في تحديد أساس هذه المشروعية في عدة نظريات و آراء، كل فئة ترى سبباً مختلفاً للإباحة و لعل من بين أهم ما درج الفقه على اعتباره أساساً لهذه للإباحة نذكر:

1- نظرية العادة :

ترى هذه الفئة أن مشروعية العمل الجراحي راجع للعادة، على أساس ما اعتاد الناس عليه في موقفهم من قبول للعمل الطبي بشكل عام و العمل الجراحي بشكل خاص ، حيث دأب الناس منذ القدم على اللجوء للعلاج و للجراحة متى دعت الحاجة لذلك إضافة إلى عدم مسألتهم الأطباء و الجراحين أثناء أداء عملهم كونه جرت العادة على مشروعيته، ولاضمان على الطبيب و الجراح الحاذق الذي عالج مريضاً وفقاً للأصول المتعارف عليها، و يقصد بالعادة في الاصطلاح القانوني تلك القاعدة القانونية التي تنشأ و تثبت باستمرارها مدة من

¹⁹ - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية و الآثار المترتبة عليها، مرجع سابق، ص 100.

²⁰ - حسن محمد المرزوقي، حكم جراحة التجميل في الفقه الإسلامي، مداخلة ضمن مؤتمر "الطب و القانون"، الجزء

الأول، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 3-5 ماي 1998، ص 725.

الزمن فتتحول هذه القاعدة إلى عرف له قوة القانون متى كانت قديمة، عامة، ثابتة، وظاهرة بين الناس، و هذا ما ينطبق على العلاج بالجراحة.²¹

2 - نظرية إنتفاء القصد الجنائي:

يكون العمل مشروعاً و تتنفي المسؤولية الجنائية عن الجراح بسبب إباحة الأعمال الطبية التي يباشرها على جسم المريض رغم كونها تمس الجسم، إلا أن ذلك المساس يكون لأجل صيانته و حمايته والحفاظ عليه حتى يسير سيراً طبيعياً، و ليس لأجل إهدار مصلحته و إيذائه، و يكون ذلك العمل الجراحي مشروعاً متى انتفى القصد الجنائي، بسبب انتفاء الاعتداء على الحق و بالتالي زوال علة التجريم و تتعين الإباحة.²²

إن السبب وراء اعتبار العمل الجراحي مشروعاً هو انتفاء القصد الجنائي، ذلك أن الجراح لا يقصد من وراء الجراحة، إصابة المريض بجروح أو أضرار إنما يهدف لمحاولة علاجه، على خلاف العمل الجنائي أين يقصد الجاني الذي يقوم بضرب أو قتل شخص إحداث أضراراً به، و قد اخذ بسبب انعدام القصد الجنائي كسبب لمشروعية التدخل الجراحي ويظهر ذلك في صدور عدة أحكام قضائية في دول كثيرة و متعددة من بينها فرنسا و مصر.²³

الفرع الثالث: شروط العمل الطبي الجراحي

وضعت القوانين الحديثة و كذلك الشريعة الإسلامية شروطاً و قيوداً لممارسة النشاط الجراحي و ذلك رعاية للطرفين، من جهة رعاية للأطباء الجراحين لدى قيامهم بعملهم وعدم مسألتهم عند مزاوله مهنتهم، و من جهة أخرى حماية و رعاية لحقوق المريض و مصالحه.

لا شك أن ممارسة العمل الجراحي يتطلب المساس بسلامة الجسم، و إحداث جروح ولما كان ذلك من الأفعال المجرمة قانوناً في صورة الضرب و الجرح، غير أنه متى توفرت شروط من بينها الترخيص القانوني للجراح الذي قام بالتدخل (أولاً) و كان الهدف من هذا التدخل هو العلاج (ثانياً) و تم العمل الجراحي برضاء المريض (ثالثاً) فهنا مصلحة المريض ثابتة، و مصلحة المجتمع نفسه قائمة و من ثمة فإن عمل الجراح لا يخضع للتجريم و المنع.

²¹ - محمد الحسيني، عمليات التجميل الجراحية و مشروعاتها الجزائية بين الشريعة و القانون، الطبعة الأولى، مركز

ابن باديس الحلي للدراسات الفقهية، دمشق، 2008، ص 54.

²² - شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي و التعويض عنها في ضوء الفقه و القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،

2005، ص 86.

²³ - محمد الحسيني، عمليات التجميل الجراحية و مشروعاتها الجزائية بين الشريعة و القانون، مرجع سابق، ص 59.

أولاً: الترخيص القانوني

يعطى هذا الترخيص لطائفة معينة من الأشخاص يطلق عليهم الأطباء الجراحون، فيمنع على غيرهم القيام بهذه المهنة، كما يمنع على هذه الطائفة من الأطباء القيام بالأعمال الطبية ما لم يُأذن لهم بمزاولة المهنة.²⁴

يكون هذا الترخيص في شكل إذن يقدم من طرف وزير الصحة، يجيز لهم بمباشرة الأعمال الطبية والجراحية التي تستند لإذن القانون، ويمنح وزير الصحة هذا الترخيص لمن تتوفر فيهم الشروط التي يحددها القانون لمباشرة الأعمال الطبية والجراحية، وهذا ما جاء في المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها²⁵ التي نصت على " تتوقف ممارسة مهنة الطبيب و الصيدلي و جراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة... "

والمادة 02 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب²⁶ التي جاء فيها " تفرض أحكام هذه المدونة لأخلاقيات مهنة الطب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو طالب في الطب أو في جراحة الأسنان أو في الصيدلة مرخص له بممارسة المهنة... "

يشترط الحصول على هذه الرخصة لأن المشرع لا يثق في غير من رخص له بمباشرة هذا العمل، والحكمة من اشتراط الترخيص لممارسة ومباشرة مهنة الطب والجراحة، هو منع أولئك الذين ليس لهم المقومات الفنية التي تؤهلهم لمباشرة تلك المهنة، وكذا منع أدعياء الطب وغير ذوي التجربة من مزاولة هذه الأعمال، لما تتطلب عليه من مساس بسلامة المريض البدنية.²⁷

إن ربط الرخصة بشخص وزير القطاع خير دليل على مدى الأهمية التي يوليها المشرع للتعامل في جسم الإنسان وصحته، إذ يحرص على تخويل هذه السلطة للمسؤول الأول عن القطاع الصحي، وذلك حتى يتأكد بنفسه أن طالب هذه الرخصة تتوفر فيه شروط وصفات معينة، فالتصرف الذي يباشره الجراح يتعلق بحياة الناس وصحتهم وكرامتهم مما يستوجب أن تضبط شروط محددة لمنح هذه الرخصة.²⁸

²⁴ - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص93.

²⁵ - قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر عدد 08 صادرة في 17 فبراير 1985، معدل و متمم.

²⁶ - مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 06 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب، ج ر عدد 52 صادرة في 08 يوليو 1992.

²⁷ - نصر الدين مروك، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2007، ص69.

²⁸ - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص100.

وشروط منح هذه الرخصة تتمثل فيما يلي:

١- حيازة الشهادة العلمية:

يرى شراح القانون أن أهم ما يتطلبه القانون لإعطاء ترخيص بمزاولة مهنة الطب، أن يكون طالبه مؤهلا علميا وحاصلا على شهادة دراسية في المجال،²⁹ فأما علمه وبصيرته بالعمل الطبي الجراحي المطلوب فإنه أمر لا بد منه لأن الجاهل للجراحة لا يجوز له أن يباشرها لما في ذلك من تعريض لحياة المريض للهلاك أو الضرر.³⁰

تتوقف ممارسة مهنة الطب على ضرورة الحصول على شهادة في الاختصاص، بالحصول على دكتوراه في الطب، فيجب مزاولة سبع سنوات في دراسة العلوم الطبية للتخرج بشهادة طبيب عام.³¹

يشترط في هذه الشهادة أن يكون مُتَحَصِّلا عليها من إحدى الجامعات الجزائرية أو شهادة معترف بها في الجزائر، ويتم الاعتراف بالشهادات الأجنبية بعد أن يحصل صاحبها على معادلتها بالشهادة الجزائرية، وتتكفل لجنة وطنية بوزارة التعليم العالي والبحث العلمي التي أنشأت خصيصا لهذا الغرض وتجتمع بصفة دورية لإعطاء معادلة الشهادات الأجنبية للشهادة الوطنية.³²

أورد المشرع شرطا خاصا يتعلق بالأطباء الأخصائيين، وهو أن يكون الطبيب الذي يرغب في مزاولة مهنة الطب في اختصاص معين حائزا على شهادة في الاختصاص الطبي الذي يرغب في مزاويلته، فالجراح بإعتباره طبيب مختص، فإضافة للشهادة العامة التي يجوز له بها ممارسة الطب العام، يجب أن يتحصل على شهادة في الاختصاص لممارسة العمل الجراحي، إذ نصت المادة 198 من ق.ح.ص.ت على أنه:

" لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي أو جراح أسنان اختصاصي أو صيدلي اختصاصي إذ لم يكن حائزا شهادة في الاختصاص الطبي، أو شهادة أجنبية معترفا بمعادلتها."

ب - عدم التعرض لعقوبة مخلة بالشرف:

إن ضرورة قيام الثقة بين المريض والطرف الذي يتولى القيام بالجراحة، تجعل الطبيب الجراح محل اعتبار، وعليه فإن الذي يرتكب جرما أخلاقيا، ويتعرض لعقوبة نتيجة لذلك

²⁹ - العيرج بورويس، المسؤولية الجنائية للأطباء، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 2/2008، ص 50 و 51. أنظر أيضا : محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 93 .

³⁰ - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية و الآثار المترتبة عليها، مرجع سابق ، ص 112 .

³¹ - كريم عشوش، العقد الطبي، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق و العلوم الادارية بن عكنون، السنة الجامعية 2000-2001، ص 21.

³² - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 101.

لا يصلح ولا يصح أن يكون محل ثقة المرضى والمجتمع، وهذا ما يبرر وضع هذا الشرط وإحجام الجهة المختصة عن إعطاء الترخيص والإذن بمزاولة المهنة لمن لم يتوفر فيه هذا الشرط وجاز سحب الرخصة منه إذا ما تعرض لعقوبة مخلة بالشرف، ذلك أن شرف مهنة الطب و الجراحة بصفة خاصة، هي موضع تقدير الخاص والعام، فقد ورد في المادة 197 من ق.ح.ص.ت : "...أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف..."

ج - القدرة على ممارسة المهنة:

أدرج المشرع هذا الشرط في المادة 197 في الفقرة 3 من ق.ح.ص.ت التي نص فيها على انه :

" تتوقف ممارسة مهنة الطبيب و الصيدلي و جراح الأسنان...بناء على الشروط التالية:

- أن لا يكون مصابا بعاهة أو بعلّة مرضية منافية لممارسة المهنة ."

ينبغي ذكر أن العاهة أو العلة هنا التي تتنافى مع ممارسة المهنة، هي تلك التي تحول دون أداء الجراح لمهامه بأكمل وجه، إذ لا يمكن لأعمى الذي حصل على شهادة علمية في تخصصه أن يكون طبيبا جراحا لتعارض هذه العاهة مع مقتضيات التدخل الجراحي، وعلى هذا فإن شرط الصحة الجيدة أو المقبولة لمزاولة المهنة لا غنى عنه للحصول على الرخصة.³³

د - الجنسية الجزائرية:

يشترط لممارسة مهنة الطب و الجراحة أن يكون الشخص حاملا للجنسية الجزائرية، غير أن المادة 197 في فقرتها 5 من ق.ح.ص.ت لم تحدد طبيعة هذه الجنسية هل هي أصلية أو مكتسبة، وعليه فيفهم أنه يأخذ بقصد الاثنتين معا.

حيث نصت فقط على: "... - أن يكون جزائري الجنسية...."

غير أن الفقرة الأخيرة من نفس المادة وضعت استثناء لشرط وجوب توفر الجنسية الجزائرية، وهو أنه يسمح في إطار المعاهدات والاتفاقيات المبرمة بين الجزائر و دول أخرى للاستغناء عن شرط الجنسية للسماح لأطباء أو جراحي هذه الدول بممارسة المهنة في الجزائر.

فجاء فيها : "...و يمكن استثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات و الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر و بناء على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة".

³³ - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 102.

هـ - التسجيل لدى المجلس الجهوي لآداب الطب وأداء اليمين:

هذه المجالس أنشأت بموجب المادة 267 فقرة 2 من ق.ح.ص.ت التي جاء فيها:

"...تنشأ مجالس جهوية لآداب الطبية من الأطباء و جراحي الأسنان..."

لابد للراغب في الحصول على ترخيص مزاولة مهنة الطب والجراحة، من القيام بالتسجيل لدى المجلس الجهوي لآداب الطب، أكدت على ذلك المادة 204 من م.أ.م.ط :

" لا يجوز لأي أحد غير مسجل في قائمة الاعتماد أن يمارس في الجزائر مهنة طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي..."

و كذا المادة 199 من ق.ح.ص.ت في :

"يجب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي مستوفي للشروط المحددة في المادتين 197 و 198 أعلاه و من أجل الترخيص له بممارسة مهنته أن يسجل لدى المجلس الجهوي لآداب الطبية المختص إقليميا المنصوص عليها في هذا القانون"

وأضافت المادة 268 مكرر من ق.ح.ص.ت على أنه:

" يلزم الأطباء وجراحو الأسنان والصيدلة الممارسون عند تاريخ صدور هذا القانون بتسجيل أنفسهم لدى المجالس الجهوية لآداب الطبية فور تأسيسها"

ما يستفاد من خلال هذه المواد، عدم جواز ممارسة مهنة الطب و الجراحة لغير المسجل لدى المجالس الجهوية لآداب الصحية، تحت طائلة التعرض لعقوبات.³⁴

زيادة على التسجيل، أصبح أداء اليمين وفقا للأنظمة المعمول بها والسارية المفعول شرط لا بدّ من توافره في الطبيب الجراح حتى يتمكن من الحصول على الترخيص لممارسة المهنة، إذ نصت على ذلك المادة 199 من ق.ح.ص.ت:

"...وأن يؤدي أمام زملائه، أعضاء هذا المجلس اليمين حسب الكيفيات المحددة بموجب التنظيم".

ومحتوى اليمين كالآتي:

"أقسم بالله العلي العظيم أن أؤدي عملي بكل أمانة وإخلاص وأن أراعي في كل الأحوال الواجبات التي يفرضها علي القانون وأحافظ على أسرار مهنتي."³⁵

³⁴ - نصت المادة 204 من م.أ.م.ط على: " لا يجوز لأي أحد غير مسجل في قائمة الاعتماد أن يمارس في الجزائر

مهنة طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي، تحت طائلة التعرض للعقوبات، المنصوص عليها في القانون."

³⁵ - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص105.

ثانياً: قصد العلاج

يجب أن يكون التدخل الجراحي لغرض تحقيق العلاج، إذ هو الغاية من ممارسة العمل الجراحي، إضافة إلى محاولة تخليص المريض من آلامه وتحسين حالته،³⁶ وقد أجمع الفقهاء على ضرورة أن يكون الغرض الوحيد من إجراء العمل الجراحي والغاية المنشودة منه هي الوصول للعلاج، وهذا هو السبب الذي من أجله رخص المشرع بممارسة هذا العمل للجراح، ويسأل إذا استهدف بعمله غرض آخر غير علاج المريض،³⁷ وعليه إذا انحرف الطبيب الجراح عن هذا الهدف لم يعد تدخله مشروعاً بسبب انتفاء قصد العلاج، وهو ما قرره المنظومة التشريعية الجزائرية في المواد 2 و 3 من قانون حماية الصحة وترقيتها، وكذا المادة 07 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب إذ نصت على أن عمل الطبيب لا يكون مشروعاً إلا إذا قصد به الدفاع عن صحة المريض البدنية أو العقلية أو التخفيف من معاناته.

أما إذا كان الهدف غير ذلك فإن العمل الجراحي لا يكون مبرراً، كما لو كان الهدف من إجراء العملية الجراحية هو إجراء تجربة علمية جديدة فقط، ففي هذه الحالة يسأل الجراح عن فعله ومسؤوليته تكون قصدية.³⁸

يشترط لجواز الجراحة أن يكون المريض محتاجاً إليها، سواء كانت حاجته إليها ضرورية بأن خاف على نفسه من الهلاك أو تلف عضو من أعضاء جسده أو كانت حاجته دون ذلك بأن بلغت مقام الضرر بسبب الأمراض ومتاعبها.³⁹

نص المشرع الجزائري في المادتين 17 و 18 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب على وجوب امتناع الطبيب و الجراح عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال علاجه، كما يُمنع عليه استعمال أي علاج جديد أو طريقة جراحية جديدة، إلا بعد إجراء دراسات ملائمة وعميقة، تحت رقابة صارمة و بعد التأكد من أن هذا العلاج سيعود بفائدة مباشرة على المريض، فالمادة 17 من م.ا.م.ط نصت على:

" يجب أن يمتنع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه أو علاجه ".

³⁶ - نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص74.

³⁷ - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء...، مرجع سابق، ص118.

³⁸ - عبد الرحمن توفيق، محاضرات في الأحكام العامة لقانون العقوبات، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، دار وائل للنشر و التوزيع، عمان، 2006، ص71.

³⁹ - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية...، مرجع سابق، ص105.

وتضيف المادة 18 من م.ا.م.ط ما يلي:

" لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة، تحت رقابة صارمة أو عند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض"

يتعين أن يكون التدخل الجراحي لقصد العلاج فقط، فهو الغاية الأساسية من مزاولة هذا العمل، إضافة لتحسين حالة المريض الصحية وتخليصه من المرض أو على الأقل التخفيف من آلامه.⁴⁰

يشترط أن يكون التدخل الجراحي لقصد العلاج ليس فقط في الحالات المرضية العادية، بل أيضا في الجراحة التجميلية التي كثيرا ما يلجأ إليها للتجميل فقط (تحسين المظهر)، وفي هذا الصدد يقرر الفقه الإسلامي توافر قصد العلاج في الجراحة التجميلية إذا كانت هي السبيل الوحيد لإزالة العيوب الجسدية التي لها تأثير على الحالة النفسية للفرد.⁴¹

ثالثا: رضا المريض:

إضافة إلى الترخيص القانوني وقصد العلاج، مشروعية التدخل العلاجي الجراحي يبقى متوقفا على وجود إذن من المريض وموافقة⁴² فاشتراط صدور الموافقة من المريض سببه أن العمل الجراحي سيقع على جسمه ومن حقه هو في الدرجة الأولى أن يقرر إجراء العملية الجراحية من عدمها.⁴³

يشترط لإباحة التدخل الجراحي أن يتم برضاء المريض أو النائب عنه قانونا، شفاهة أو كتابة، صراحة أو ضمنا، إلا أنه في الحالة الأخيرة يتعين أن يكون قاطع الدلالة على الموافقة كما لو ذهب المريض بنفسه إلى المستشفى في الميعاد المحدد له لإجراء العملية أو ذهابه بنفسه لغرفة العمليات بعد أن علم بنوع العملية التي تقتضيها حالته.⁴⁴

يعتبر الرضا الإذن الذي يعطى من قبل شخص عاقل، مدرك، قادر على تكوين رأي والإفصاح عنه، وعلى هذا فإن المريض الذي تتاح له الفرصة للاعتراض والرفض ولم يعترض ثم اختار وعلم بالحقائق هنا يكون قد توفر قبول المريض للتدخل الجراحي.

⁴⁰ - بلعيد بوخرس، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية

المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص28.

⁴¹ - مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية،

الإسكندرية، 2006، ص43.

⁴² - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء...، مرجع سابق، ص128.

⁴³ - عبد الرحمان توفيق، محاضرات في الأحكام العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص70.

⁴⁴ - محمد القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 25.

فقد نصت المادة 42 من م.ا.م.ط :

" للمريض حرية اختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته... وتمثل حرية الاختيار هذه مبدأ أساسيا تقوم عليه العلاقة بين الطبيب و المريض..." يستفاد من هذه المادة أن حرية المريض و رضاه ضروري لكل تدخل علاجي.

صدر بخصوص إذن المريض، قرار من مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة جاء فيها:

" يشترط إذن المريض للعلاج إذا كان تام الأهلية، فإذا كان عديم الأهلية أو ناقصها اعتبر إذن وليه حسب ترتيب الولاية الشرعية و وفقا لأحكامها التي تحصر تصرف الولي فيما فيه منفعة القاصر و مصلحته و رفع الأذى عنه.

على أن لا يعتد بتصرف الولي في عدم الإذن إذا كان واضحا الضرر بعديم الأهلية أو ناقصها و ينتقل الحق لغيره من الأولياء، غير انه في حالات الإسعاف التي تتعرض فيها حياة المصاب للخطر، لا يتوقف فيها العلاج على الإذن.⁴⁵

تؤكد المادة 154 من ق.ح.ص.ت ذلك :

" يقدم العلاج بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك.

يقدم الطبيب العلاج، تحت مسؤوليته الخاصة، إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لإنقاذ حياة...و يتعذر الحصول على رضا الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب."

المطلب الثاني: أعمال جراحية ذات طبيعة خاصة

إذا كانت أغلب التدخلات الجراحية متشابهة من حيث أهدافها و تكوينها، إلا أنه توجد بعض الجراحات تتميز بطابع خاص، و يتعلق الأمر بجراحة نزع و زرع الأعضاء(الفرع الأول)، و كون التدخل الجراحي في هذا النوع يمس و يقع على شخص معافى بنزع عضو من أعضائه الحيوية، و ذلك لفائدة شخص آخر مريض ينقل إليه، هنا يتحقق قصد العلاج في طرف واحد و هو المريض، أما المتبرع فإنه يتحمل فقط أخطار كبيرة أثناء التدخل و بعده و طيلة حياته نتيجة للنقص الذي سيعاني منه.

أما بالنسبة للتدخل في الجراحات التجميلية(الفرع الثاني)، كذلك هذه العمليات ذات طبيعة خاصة، إذ أنها في أغلب الأحيان لا تكون لقصد الشفاء، و يغيب فيها ظرف السرعة و الضرورة، ذلك أن المريض لا يكون في معاناة من ألأم و مرض جسدي، بل يدفعه إليها إما مرض نفسي بسبب التشوهات أو فقط رغبته في تحسين حالته النفسية و جعله راضيا عن شكله.

⁴⁵ - عثمان جمعة ضميرية، أخلاقيات الطبيب و قانون المسؤولية الطبية دراسة في ضوء الإسلام، ندوة المسؤولية الطبية في ظل القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008، الإمارات، أيام 8-9 ديسمبر 2009، ص105.

الفرع الأول: جراحة نزع و زرع الأعضاء

عرف هذا النوع من الجراحة تقدما كبيرا وانتشارا واسعا، ذلك راجع خاصة إلى السيطرة و التقليل من ظاهرة رفض الجسم للعضو المزروع، باستخدام عقاقير تثبيط المناعة كالسيكلوسبورين، وازدادت أهمية هذا النوع من الجراحة بسبب الحاجة الماسة و الملحة لنقل الأعضاء للمرضى، من منطلق كثرة الأمراض التي علاجها الوحيد أو الفعال هو إجراء الزرع، ففي الفشل الكلوي 50% من المرضى يموتون في السنوات الأولى من غسيل الكلى، إضافة إلى حاجة الكثير من المرضى لزرع النخاع و الكلى و القرنية و زراعة الكبد والقائمة طويلة... الخ⁴⁶

فما هو تعريف جراحة نزع و زرع الأعضاء (أولا) وإذا كان من الجائز شرعا و قانونا أن يتدخل الجراح في جسم الإنسان تحقيقا لمصلحة معتبرة عند هذا الأخير قد يصل لقطع جزء من جسمه لإنقاذ حياته، إلا أن الإشكال يثور حول مشروعية التدخل عندما يقوم به الجراح في جسم إنسان سليم أو في جثته تحقيقا لمصلحة علاجية لإنسان آخر (ثانيا) وضرورة إجراء هذه العملية باحترام ضوابط قانونية خاصة (ثالثا).⁴⁷

أولا: تعريف جراحة نزع و زرع الأعضاء:

يُقصد بزراعة الأعضاء " نقل عضو من جسم إنسان إلى آخر، أو نقل جزء من جسم شخص إلى الجزء المصاب في جسد المريض بهدف استبدال العضو التالف أو الغائب تماما".⁴⁸

و يهدف الزرع إلى إصلاح خسارة أو عيب في عضو من أعضاء الإنسان نتيجة لحادث أو مرض أصابه، و ذلك بواسطة عضو أو نسيج ينقل إليه، شريطة أن يكون هذا العضو المنقول حيا.⁴⁹

يوجد نوعين من النقل و الزرع للأعضاء، النوع الأول يطلق عليه الطعم الذاتي (auto-grefe) و هو الذي يكون في الحالة التي يتم فيها النقل و الزرع داخل جسم

⁴⁶ - زراعة الأعضاء ، ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، الموقع : <http://ar.wikipedia.org/wiki/>

⁴⁷ - الشيخ بابكر، المسؤولية القانونية للطبيب، دراسة في الأحكام العامة لسياسات القوانين المقارنة و اتجاهات القضاء، الطبعة الأولى، دار و مكتبة الحامد للنشر و التوزيع، عمان، 2006، ص207.

⁴⁸ - زراعة الأعضاء ، ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، الموقع : <http://ar.wikipedia.org/wiki/>

⁴⁹ - "La transplantation consiste à remplacer chez un malade un organe pathologique, par un organe sain ou supposé tel avec pour objectif de maintenir l'intégrité fonctionnelle de ce dernier. L'organe transféré est prélevé sur un cadavre, ou sujet en état de mort cérébrale, et parfois sur une personne vivante." Voir : Bruno BP, Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale, thèse pour l'obtention du grade de Docteur en Droit (Doctorat Nouveau Régime, Droit privé) , UNIVERSITE de NANCY II Faculté de Droit, de Sciences Économiques et de Gestion, présentée et soutenue publiquement le 23 octobre 1993 , p 210.

الشخص نفسه، أما النوع الثاني فهو الطعم المغاير (homo-grefe) و يكون في حالة النقل و الزرع من شخص لآخر مريض سواء كان المتبرع على قيد الحياة أو ميت.⁵⁰ يعتبر تناسب الأنسجة أمر ضروري في هذا النوع من العمليات يجب التنبيه له عند الشخصين اللذين يراد نقل العضو المعين من أحدهما للآخر، كما أنه من الضروري أيضا معرفة التناسب في كريات الدم البيضاء عند الشخصين المذكورين، فهذه الكريات بفصائلها المختلفة تقوم بدور بالغ في شأن الرفض أو القبول للأعضاء المزروعة.

ثانيا: مشروعية جراحة نزع و زرع الأعضاء:

اتفق القانون و الشريعة الإسلامية على جواز و مشروعية نقل و زرع الأعضاء فقد نظم و أباح المشرع الجزائري هذا النوع من العمليات في قانون 85-05 المعدل و المتمم و المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها في المواد من 161 الى 1/168، فقد جاء في المادة 161 منه:

" لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان و لا زرع الأنسجة...إلا لأغراض علاجية..." بمفهوم المخالفة يجوز إجراء هذه العمليات متى تعلق الأمر بأغراض علاجية.

كما أصدرت لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر فتوى مؤرخة في 20 أفريل 1972 تجيز فيها عمليات نقل الأعضاء سواء بين الأحياء أو من الموتى، حيث جاء في الفتوى: "...حيث أن هذا الإنقاذ للمريض يتم بتبرع الإنسان بجزء من جسمه و يتطوع بذلك اختيارا و احتسابا دون أن يخاف ضررا أو هلاكا..."⁵¹

صدرت عدة فتاوى أخرى حول جواز و إباحة التبرع بالأعضاء و هذا ما جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة بمكة المكرمة ما بين 19 و 28 جانفي 1985 و الذي قضى بأن أخذ عضو من جسم إنسان حي و زرع في جسم إنسان آخر مضطر إليه لإنقاذ حياته جائز و لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية.⁵²

التبرع عمل تتحقق فيه مصلحة عظيمة و إعانة، يقول الدكتور القرضاوي: " الإسلام لم يقصر الصدقة على المال بل جعل كل معروف صدقة، فيدخل التبرع ببعض البدن لنفع الغير، بل هو لا ريب من أعلى أنواع الصدقة و أفضلها".⁵³

كما اتفق الفقهاء على مشروعية عمليات نزع و زرع الأعضاء لكنهم اختلفوا و تنازعوا في اتجاهان رئيسيين لإباحة و مشروعية هذا النوع من العمليات فريق يرى أن الضرورة هي سبب مشروعية نزع و زرع الأعضاء و فريق ثاني يرى في المصلحة الاجتماعية سببا للمشروعية.

⁵⁰ - زراعة الأعضاء ، ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، الموقع: <http://ar.wikipedia.org/wiki/>

⁵¹ - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء...، مرجع سابق، ص 217.

⁵² - فضيلة اسمي قاوة، الإطار القانوني لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص 24.

⁵³ - عبد الرحمن إسماعيل الأنصاري، الضوابط الشرعية و القانونية لنقل و زراعة الأعضاء البشرية في التشريعات العربية، مداخلة ضمن مؤتمر "الطب و القانون"، الجزء الأول، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 3-5 ماي 1998، ص 369.

1 - حالة الضرورة :

إن ضرورة إنقاذ حياة مريض على وشك الموت تطغى على تكريم الميت و حظر المساس بجسده، وهذا لتستمر حياة المريض بدلا من ترك ذلك العضو ليبلَى في التراب.⁵⁴ في الشريعة توجد قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات" و عليه فحالة الضرورة تبيح استئصال و نقل الأعضاء.

يرى هذا الجانب من الفقه أن حالة الضرورة هي أساس مشروعية عمليات نزع و زرع الأعضاء البشرية متى توافرت شروطها، فعند نزع عضو من جسم شخص سليم أو متوفي لزرعه في جسد مريض إنقاذاً لحياته من موت محقق أو من خطر حال على صحته، فهنا لا مسؤولية على الجراح الذي يقوم بالعملية. تقوم حالة الضرورة على المقارنة و الموازنة بين المخاطر المراد تفاديها و الأضرار التي ستقع على المتبرع فتكون حالة الضرورة متى كان الضرر المراد تفاديه في جسم المريض اكبر من الضرر الحاصل للمتبرع.⁵⁵

2 - المصلحة الاجتماعية:

ذهب الفريق الثاني إلى إعتبار أن أساس مشروعية استئصال الأعضاء و زرعها، يقوم على فكرة المصلحة الاجتماعية، فالحق في سلامة الجسم هو المصلحة التي يعترف بها القانون و المجتمع لكل فرد، و كل اعتداء يحول دون السير العادي و الطبيعي لإحدى وظائف الجسم هو مساس بذلك الحق،⁵⁶ غير أنه عندما يوافق شخص على استئصال عضو من جسمه، فإن هذا النقل يعد مشروعاً استناداً إلى نفس المصلحة الاجتماعية التي تحمي جسم الفرد، ذلك أن موافقة المتبرع يترتب عنها منفعة للفرد و المجتمع، فعندما يتنازل عن إحدى كليتيه لمريض يعاني من فشل كلوي يهدده بموت محقق، فإن النفع الاجتماعي المترتب على عملية الزرع يزيد في مجمله عما كان عليه قبل إجرائها، ذلك أن المجتمع قد ربح حياة المريض الذي كان من الممكن أن يفقده لولا عملية الزرع.⁵⁷

⁵⁴ - خليفة مشكور، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق و العلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2000-2001، ص 100.

⁵⁵ - أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2008، ص 100.

⁵⁶ - المرجع نفسه، ص 100.

⁵⁷ - الشيخ بابكر، المسؤولية القانونية للطبيب دراسة في الأحكام العامة لسياسات القوانين المقارنة و اتجاهات القضاء، مرجع سابق، ص 209.

ثالثا: ضوابط نزع الأعضاء و زرعها

توجد عدة شروط تضبط هذا النوع من العمليات الجراحية و التي يجب أن تتوفر كلها هي:

1- موافقة المتبرع وإذن اللجنة الطبية:

أ- موافقة المتبرع:

يشترط رضا المتبرع والمستقبل للعضو معا، و هذا الرضا لا بد أن يكون حرا مستتيرا، صريحا ومتبصرا، و صادر من ذي أهلية،⁵⁸ فقد نصت المادة 162 من ق.ح.ص.ت. على: "...ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها العملية..."

يجب أن يصدر الرضا عن شخص يتمتع بملكات ذهنية و نفسية سليمة حتى يستطيع أن يكون رأيا صحيحا حول هذا النوع من التدخل الجراحي و عن الأخطار المحتملة التي قد يتعرض لها.

إذا كان المريض يترك للجراح المعالج حرية اختيار الوسائل العلاجية اللازمة لإجراء النزع أو الزرع، إلا أن هذا الأخير ملزم بتبصيره بحقيقة و طبيعة و نوع التدخل و مخاطر العلاج و النتائج المحتملة حتى يستطيع أن يقرر عن علم، بقبول أو رفض عملية الاستئصال أو الزرع حسب كل الحالة.⁵⁹

على خلاف العمل الجراحي العادي الذي يجوز فيه الرضا "الضمني" فيشترط في عمليات نزع الأعضاء أن يكون هذا القبول الصادر عن المتبرع مكتوبا و هو ما جاء في المادة 162 من ق.ح.ص.ت.:

"...و تشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة".

بالنسبة لنزع الأعضاء من الميت فلا بد من احترام إرادته فإذا صدر الرفض كتابيا أثناء حياته و هو ما نصت عليه المادة 165 من ق.ح.ص.ت.:

"يمنع القيام بانتزاع أنسجة أو أعضاء بهدف الزرع إذا عبر الشخص قبل وفاته، كتابيا، عن عدم موافقته على ذلك.."

⁵⁸ - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 227.

⁵⁹ - أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، مرجع سابق، ص 107 و 108.

أما القبول الصادر عن المتلقي أو المستقبل للعضو فلا يشترط فيه الكتابة لكن تشترط فيه شكلية معينة، نصت المادة 166 فقرة 1 من ق.ح.ص.ت على ما يلي:

"...و بعد أن يعرب المستقبل عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي قبل بها و حضور شاهدين اثنين".

إذا كان المبدأ العام صدور القبول من المتبرع أو من المريض المستقبل للعضو فانه يوجد استثناء لذلك:

- بالنسبة للمستقبل للعضو:

يمكن الاستغناء عن رضائه في الحالات التي يكون فيها في ظروف لا تمكنه من إبداء إرادته و رأيه، إذ نصت المادة 166 فقرة 2 من ق.ح.ص.ت على أنه: " و إذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن رضاه، أمكن أحد أعضاء أسرته، حسب الترتيب الأولي المبين في المادة 164 أعلاه أن يوافق على ذلك كتابيا ".

- بالنسبة للمتوفي :

نصت المادة 164 فقرة 3 من ق.ح.ص.ت "إذا لم يعبر المتوفي أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولوي التالي: الأب أو الأم ، الزوج أو الزوجة ، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الوالي الشرعي إذا لم تكن للمتوفي أسرة".

تضمنت الفقرة 4 من نفس المادة على استثناء بنصها على أنه: "غير انه يجوز انتزاع القرنية و الكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفي أو ممثليه الشرعيين أو كان التأخير في اجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو،موضوع الانتزاع".

إضافة للرضا، يشترط في كل تصرف يكون محله تبرعا أهلية التبرع،⁶⁰ و عليه لا يختلف الأمر بالنسبة للمتبرع بأحد أعضائه، فلا بد أن يكون كامل الأهلية، متمتعاً بقواه العقلية، فالقاصر أو البالغ لكن ناقص الأهلية أو عديمها لا يجوز انتزاع عضو منه، فقد ورد في المادة 163 من ق.ح.ص.ت:

" يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر و الراشدين المحرومين من قدرة التمييز..." .

غير أنه يوجد رأي سائد يعتبر بأنه لا مانع من إجازة استئصال عضو من قاصر أو محروم من التمييز في حالات معينة و بشروط خاصة هي:

⁶⁰ - نصت المادة 40 من القانون المدني الجزائري: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية و لم يحجر

عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة."

- أن لا تكون العملية مسببة لناقص أو فاقد الأهلية أي متاعب صحية.
- أن تحقق العملية لناقص أو فاقد الأهلية الاستقرار و التوازن النفسي و تقوي الرباط العاطفي و توثقه و تخلص المتبرع من الشعور بالإحباط و عقدة الذنب.
- موافقة الوالدين معا.⁶¹

يجد هذا الرأي تطبيقا واسع له في الولايات المتحدة الأمريكية، فقد صدرت في ذلك عدة أحكام و قرارات قضائية، إذ قضت محكمة كنتاكي "Kentucky" سنة 1969 في قضية تتعلق بشاب مريض بفشل كلوي، تبين أن شقيقه المريض عقليا هو الوحيد الذي يمكن نقل إحدى كليتيه له، رفض الأطباء إجراء العملية، فرفعت الأم قضية لإلزام الأطباء بإجراء العملية رغم كون المتبرع فاقد الأهلية، فحكمت المحكمة لصالح الأم و أجازت القيام بالعملية. و في قضية أخرى، أصيبت طفلة توأم في كليتها بقصور شديد مما استوجب و للحفاظ على حياتها نقل إحدى كليتي أختها الأخرى لها، رغم موافقة الوالدين، رفض الجراحون إجراء العملية لأن الطفلة قاصر لا تستطيع التعبير عن الإرادة، و عند لجوء الوالدين للقضاء، قضت محكمة كولورادو (Colorado) في حكم لها صدر سنة 1972 بجواز تبرع الأخت بإحدى كليتيها لشقيقتها المريضة بعد أن رأت المحكمة أن بين الأختين رباطا نفسيا وثيقا و انه من الأفضل أن تعيشا معا، لأن الصدمة من وفاة إحداهما يفوق أثرها ذلك النقص الذي نقص من المتبرعة.⁶²

ب - إذن اللجنة الطبية:

نصت المادة 167 فقرة 2 ق.ح.ص.ت على ما يلي :

"تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الإستشفائي ضرورة الانتزاع أو الزرع و تأذن بإجراء العملية ."

يتمثل هذا الشرط في رأي اللجنة الطبية التي تنشأ خصيصا في المستشفيات و العيادات المرخصة لها إجراء عمليات نزع و زرع الأعضاء، و يكون لها وحدها الحق في تقديم الإذن و الموافقة على إجراء العملية بعد أن تقوم بفحوصات ودراسات حول نجاح العملية، و حول ملائمة العضو للمريض.

2- أن يكون العضو المراد نقله من الأعضاء المزدوجة:

تتخصص مشروعية النقل في التنازل عن الأعضاء المزدوجة في جسم الإنسان، بحيث يقوم العضو المتبقي مقام العضو المستأصل بنفس الأداء، ولا يعتد في هذه الحالة برضاء

⁶¹ - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء...، مرجع سابق، ص 222.

⁶² - المرجع نفسه، ص ص 222-223.

الفصل الأول: المقصود بالعمل الجراحي و الالتزامات المترتبة على القائم به

المتنازل، إذا أراد التبرع بعضو حيوي من جسمه، لأن مثل هذا التنازل يعتبر تخليا عن الحق في الحياة، الذي هو ليس حقا خالصا للفرد فقط إنما في ذات الوقت حق للمجتمع.⁶³

فقد نصت المادة 162 من ق.ح.ص.ت على مايلي:

"لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر..."

يفهم من نص المادة السابقة أن العضو المتبرع به، يجب أن لا يشكل التبرع به خطرا على حياة المتبرع و صحته، ويتحقق هذا الشرط بأن يكون العضو المتبرع به من الأعضاء المزدوجة، وعليه فلا يصح و لا يجوز التبرع بالقلب لأنه ليس عضو مزدوج ولا يوجد ما يعوضه إذا فقد و تم التبرع به، فهذا تصرف غير مقبول من الناحية القانونية و من الناحية الشرعية،⁶⁴ فلا يقبل النظام الاجتماعي التبرع بعضو وحيد ضروري لاستمرار الحياة لأن ذلك يعد وفاة بالطلب أو تبرعا انتحاريا.⁶⁵

لكن هذا الشرط يكون بالنسبة للتبرع من الأحياء، أما في حالة نزع الأعضاء من الموتى فإنه يجوز نزع و نقل الأعضاء سواء المزدوجة منها أو الأحادية كالقلب والكبد...الخ

يستبدل هذا الشرط عند الاستئصال من الموتى (شرط التبرع بالأعضاء المزدوجة) بشرط آخر هو ضرورة التأكد من حصول الوفاة، فلا ينزع عضو من الميت إلا إذا تحققت واقعة الوفاة أي زوال الحياة، وعلامته إشخاص البصر و توقف القلب، استرخاء القدمين وتمدد جلد الوجه، عدا ذلك فإن استمرار التنفس وعمل القلب و النبض، دليل على الحياة.⁶⁶

أما عن تعريف الموت فكل فريق يعرفه بمنظوره، فعرفه علماء الأحياء "بأنه التوقف الكامل و القطعي لكل خلايا العمليات الفعالة للتبادل والتغير السريري".

ترك المشرع الجزائري للطبيب و ذوي الاختصاص سلطة التحقق من الوفاة و سببها وهو ما نصت عليه المادة 78 من قانون الحالة المدنية (أمر 20-70 صادر بتاريخ 19/02/1970).

" قيد الوفاة في سجلات الحالة المدنية و الدفن لا يتم إلا بعد تقديم شهادة الوفاة وسببها و أن تكون صادرة من طبيب أو من ضابط الشرطة القضائية المكلف بالتحقيق في الوفاة".

⁶³ - خليدة مشكور، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية ، مرجع سابق، ص 06 .

⁶⁴ - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء...، مرجع سابق، ص 224.

⁶⁵ - خليدة مشكور، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 04.

⁶⁶ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين في ضوء القضاء و الفقه الفرنسي و المصري، الطبعة

الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 452 .

و في نفس الإطار أشارت المادة 164 من ق.ح.ص.ت إلى أنه:

" لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة، من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون، وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية".

أما المادة 167 فقرة 3 من ق.ح.ص.ت فنصت عما يلي:

" يجب أن يثبت الوفاة طبيبان على الأقل عضوان في اللجنة و طبيب شرعي و تدون خلاصاتهم الإثباتية في سجل خاص، في حالة الإقدام على انتزاع أنسجة أو أعضاء من أشخاص متوفين"، يستفاد من كل هذه المواد أنه يجب التيقن من حدوث الوفاة من قبل اللجنة الطبية قبل إجراء أي نزع لأعضاء الميت.

3- المصلحة و إجراء العملية في المؤسسات المخصصة لها :

أ- المصلحة:

متى كان التصرف في سلامة الجسد لا يمس بمصلحة المجتمع و ليس مخالفا للقانون ولا النظام و الآداب العامة فإنه يعتبر صحيحا طالما أنه يهدف لتحقيق مصلحة مشروعة.⁶⁷

إذن يجوز أن يتبرع الإنسان بعضو من جسمه إذا لم يترتب عن اقتطاع هذا الجزء منه ضرر له و متى كان ذلك مفيدا في ظن الطبيب لمن ينقل إليه، على أن لا يؤدي استئصال العضو من المتبرع إلى عجزه.⁶⁸

يجب أن يهدف التصرف في أعضاء الإنسان لتحقيق فائدة ومصلحة مشروعة و هي علاج الشخص المريض، فالهدف العلاجي هو الذي يشكل المصلحة المشروعة، ولا يكون نزع و زرع الأعضاء مشروعا إذا كان الهدف منه هو تحقيق الربح و ليس شفاء المريض.⁶⁹

يشترط أن تكون هذه المصلحة المترتبة على نزع أو زرع العضو **جدية** و **راجحة**

- فلا تكون المصلحة **جدية** إلا إذا كان زرع النسيج أو العضو يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المريض المستقبل لهذا العضو أو على سلامته البدنية و أن لا تجدي أساليب علاجية أخرى.

- و لا تكون المصلحة **راجحة** إلا إذا كان إجراء الزرع سيؤدي غالبا لإنقاذ المريض من مرضه العضال أو إنقاذ حياته، و عليه فالمصلحة تنتفي و لا تتحقق إذا تبين أن عملية

⁶⁷ - أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، مرجع سابق، ص 108.

⁶⁸ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين...، مرجع سابق، ص 451.

⁶⁹ - خليفة مشكور، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 12.

الزرع ستؤدي إلى تعريض المريض أو المتبرع لمخاطر تزيد عن تلك التي يعاني منها أصلاً.⁷⁰

نصت المادة 166فقرة 1 من ق.ح.ص.ت: " لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية..."

تشمل هذه المصلحة الموازنة بين الأخطار و المزايا التي تطبق على الشخصين المتبرع و المستقبل حيث يتحمل الأول الأخطار فيما يستفيد الآخر من فرص النجاح ، وهذا يعني أن الفائدة أو المصلحة المراد تحقيقها يجب أن تكون ملحة للغاية من أجل تبرير الأخطار التي يتعرض لها المتبرع بل يجب أن تتجاوز فرص إنقاذ المستفيد ذلك بشكل كبير.⁷¹

ب - إجراء العملية في المؤسسات المخصصة لها :

نص المشرع على هذا الشرط في المادة 167 فقرة 1 من ق.ح.ص.ت:

" لا ينتزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية و لا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة."

وضع المشرع هذا الشرط منعا لاستغلال هذا النوع من العمليات لتحقيق الربح وتحسبا للمتاجرة بالأعضاء خاصة في العيادات الخاصة، و كذلك لممارسة الرقابة على إجراء هذه العمليات، فيجب أن تتوفر في هذه المستشفيات الموارد البشرية العالية التأهيل وكذا على إمكانيات و وسائل تسمح بإجراء مثل هذه العمليات ذات الأهمية والحساسية البالغة.⁷²

4 - عدم وجود مقابل مالي وعدم كشف هوية المتبرع:

الأصل أن التبرع لا يجب أن يكون لشخص محدد بل أن القوانين التي تنظم زرع و نقل الأعضاء في أغلب دول العالم تفرض نطاقا من السرية على هوية المتبرع و على من سينقل إليه العضو حتى بعد تمام العملية و ذلك لهدف سد كل سبل التعامل المالي في الجسم.⁷³

أ - عدم وجود مقابل مالي:

إن حظر المقابل المالي يستهدف حماية الإنسان، و ذلك حتى لا يكون المال وراء التضحية بالسلامة الجسدية، ففي ذلك حماية للجسم من مواجهة ضعف صاحبه أمام المال، وحتى في الحالة التي تجتمع فيه الرغبة لدى المتبرع بين الحصول على المال مع سبب

⁷⁰ - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء...، مرجع سابق، ص 225.

⁷¹ - خليدة مشكور، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 15.

⁷² - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 226.

⁷³ - حسام الدين كامل الأهواني، نحو نظام قانوني لجسم الإنسان، مداخلة ضمن مؤتمر "الطب و القانون"، الجزء الأول،

جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 3-5 ماي 1998، ص 166.

علاجي، فالتصرف برمته يبطل لأنه يفترض أن الدافع المالي تكون له الغلبة على غيره من الدوافع.⁷⁴

لا يجوز أن يكون انتزاع العضو أو النسيج من جسم الإنسان محلاً لمعاملة مالية، فلا بد أن يكون بدون مقابل مالي، ذلك أن أعضاء جسم الإنسان لا يمكن ولا يصح أن تكون محلاً للبيع و الشراء، وهذا غير مقبول قانوناً فلا يصح التعامل في جسم الإنسان على أنه سلعة،⁷⁵ أضف أن فكرة المقابل النقدي في التصرف بأعضاء الإنسان يعتبر مستهجنًا أخلاقياً و لا يتفق مع الكرامة الإنسانية.⁷⁶

نصت على هذا الشرط المادة 161 فقرة 2 من ق.ح.ص.ت:

" ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية و لا زرعها موضوع معاملة مالية"

ب - عدم الكشف عن هوية المتبرع:

نصت المادة 165 فقرة 2 من ق.ح.ص.ت على: " كما يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد و كذا هوية الأخير لعائلة المتبرع".

يقتضي هذا الشرط عدم الكشف عن هوية المتبرع للمستفيد، كما يمنع كشف هوية المستفيد لعائلة المتبرع، هذا الشرط مرتبط بسابقه ذلك أن المشرع ربما قصد بذلك غلق الباب أمام أي محاولة لتقاضي مقابل عن التبرع بتركه هوية المتبرع مجهولة، والسبب الثاني لوضع هذا الشرط هو للحفاظ على التوازن النفسي للمريض المستفيد من العضو و مراعاة لمشاعره، حتى لا يعيش هذا المريض بمرض نفسي آخر يقيه تحت رحمة عائلة المتبرع ومثلاً عليه بالجميل الذي صنعه قرييهم.

الفرع الثاني: الجراحة التجميلية

جراحة التجميل ليست كباقي الجراحات التي يقصد منها الشفاء من علة و مرض ، إنما الغاية منها هي إصلاح تشوه يחדش الذوق أو يثير الألم و النقمة و الاشمئزاز في النفوس، ولم يظهر هذا النوع من الجراحة حديثاً و إنما ظهر قديماً و إن كان قد عرف تطورا كبيرا في هذا العصر بالتحديد.⁷⁷

⁷⁴ - المرجع نفسه، ص 186.

⁷⁵ - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 225.

⁷⁶ - أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، مرجع سابق، ص 107.

⁷⁷ - وفاء شيعاوي، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، أعمال الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية،

كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، أيام 9 و 10 افريل 2008، ص 257.

تتعدى الجراحة التجميلية مبدأ الحق في الصحة أو الحق في سلامة الجسم إلى مبدأ الحق في الجمال⁷⁸، فما المقصود بالجراحة التجميلية (أولاً) وإن كانت المقولة السابقة صحيحة فما مدى مشروعية الجراحة التجميلية (ثانياً) وما هي شروطها أو ضوابطها (ثالثاً)

أولاً: تعريف الجراحة التجميلية :

تعددت و تنوعت التعاريف التي أعطيت لها من قبل فقهاء القانون و رجال الطب تبعاً لتعدد أنواعها و أسبابها .

يمكن القول بأن الجراحة التجميلية هي الجراحة التي تجرى لأغراض وظيفية أو جمالية، وهي بالمفهوم البسيط استعادة التناسق والتوازن لجزء من أجزاء الجسم عن طريق استعادة مقاييس الجمال المناسبة لهذا الجزء.

كلمة (Plastic) مشتقة من مصطلح إغريقي يوناني (Plastikos) ،أي التشكيليات، وتعني النحت والصياغة، أو التشكيل، وعليه فإن كلمة (Plastic) تعني يقول أو يشكل من أجل تحسين المظهر الجمالي وهو الذي يقرب من عمل الجراح التجميلي.⁷⁹

عرف بعض الفقهاء الجراحة التجميلية بأنها : " أعمال علاجية ترمي إلى تخلص الجسم من عار غير طبيعي".⁸⁰

لا يكون الغرض من الجراحة التجميلية علاج مرض عن طريق التدخل الجراحي، بل إزالة تشوه حدث في جسم المريض بفعل مكتسب أو خلقي أو وظيفي، كما عرفها بعض الأطباء المتخصصين أنها : " جراحة تجري لتحسين منظر جزء من أجزاء الجسم الظاهرة أو وظيفته إذا ما طرأ عليه نقص أو تلفاً أو تشوه".⁸¹

كما عرفها الدكتور دارتيغ " louis dartigue " بأنها :

"مجموعة من العمليات التي تتعلق بالشكل و التي يكون الغرض منها إزالة عيوب طبيعية أو مكتسبة في ظاهر الجسم البشري تؤثر في القيمة الشخصية أو الاجتماعية للفرد"⁸²، وفق هذا التعريف هذا النوع من الجراحة قد يكون اختياريًا، في حالة جراحة تحسين المنظر

⁷⁸ - Jean-Philippe BELVILLE ; La chirurgie esthétique en France , thèse de doctorat en droit , Université JEAN MOULIN LYON 3, Faculté de droit (IFROSS) ,2006, p 12.

⁷⁹ - محمد الحسيني، عمليات التجميل الجراحية و مشروعيتها الجزائية...، مرجع سابق، ص21.

⁸⁰ - مراد بن عودة حسكر، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجراحة التجميلية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، جامعة سيدي بلعباس، العدد الثالث 2007، ص126.

⁸¹ - منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 06.

⁸² - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004،

ص291. و راجع أيضاً: منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص08.

و تجديد الشباب، و قد يكون ضروريا، القصد منه إزالة العيب سواء كان في صورة نقص أو تلف أو تشوه خلقي أو مكتسب.⁸³

تتفق كل هذه التعاريف و تنصب في مجرى واحد، هو أنها تعتبر عمليات جراحية يراد منها إما علاج عيوب خلقية أو تشوهات أو عيوب حدثت على إثر حروب أو حرائق تتسبب في إيلا م أصحابها بدنياً أو نفسياً، وإما تحسين شيء في الخلقة بحثاً عن جوانب من الجمال أكثر مما هو موجود.

ثانياً: مشروعية الجراحة التجميلية

أ- مشروعية الجراحة التجميلية في الشريعة الإسلامية:

إذا كان فقهاء الشريعة لم يعرفوا جراحة التجميل بالمعنى الدقيق المتطور و بالشكل المنظم الذي بلغته في هذا العصر، إلا أنهم في الحقيقة قد عرفوا بعض تطبيقاتها، وقد أرسوا أحكامها من حيث المنع و الجواز.⁸⁴

و عليه يتم التفريق بين نوعين من جراحات التجميل بحيث تكون مشروعة في النوع الأول(الجراحة التجميلية الضرورية) و لا تكون كذلك في النوع الثاني(جراحة الترف).

* الجراحة التجميلية الضرورية:

في هذا النوع من الجراحة و إن تعلق الأمر بالتحسين و التجميل، إلا انه توافرت فيه الدوافع الموجبة للترخيص و المشروعية لأن الهدف من وراء هذا التدخل هو العلاج، يتعلق في هذه الحالة ليس بعلاج للجسم فقط بل أيضاً علاج المريض نفسياً و معنوياً، فقد يكون التشوه شديدا لدرجة انه يوحد أمام صاحبه عدة أبواب كالزواج و الرزق أو جعله محلاً للسخرية.

فلا شك أن جراحة التجميل هنا ترقى لمقام الجراحة العلاجية، و من ثم فإنه يشرع التوسيع على المصابين بالعيوب الجسمية و إزالتها بالجراحة اللازمة.⁸⁵

⁸³ - عرفت الجمعية الفرنسية لجراحي التجميل الجراحة التجميلية بأنها :

" La chirurgie esthétique est une intervention faite par l'homme et qui cherche a rendre un aspect plus agréable aux altérations non pathologiques d'un être humain.

L'imperfection qui motive la décision opératoire ne doit être la conséquence ni d'une maladie, ni d'un traumatisme, ni d'une malformation ."

⁸⁴ - أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان،

2009، ص319.

⁸⁵ - حسن محمد المرزوقي، حكم جراحة التجميل في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 728.

كون الشريعة الإسلامية لا تهدف إلى إحراج الناس أو تعذيبهم و حرمانهم مما قد يحقق لهم فائدة مشروعة، لذا أباحت الشريعة هذا النوع من التجميل في حدود إزالة الضرر، و ذلك استنادا للقاعدة الشرعية الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة و قاعدة الضرر يزال و ذلك بإباحة الشخص لعلاج عيب يتسبب في إيذائه بدنيا أو نفسيا أو بهما معا.⁸⁶

* جراحة الترف:

يطلق عليها أيضا الجراحة التحسينية، و هي التي يراد منها فقط تغير المظهر الخارجي، و تحقيق الشكل الأفضل و الصورة الأجمل، كذلك تجديد الشباب و إزالة آثار الشيخوخة، دون وجود دوافع ضرورية أو حاجة تستلزم فعل الجراحة،⁸⁷ كلما سبق ذكره هي عمليات لا تهدف لعلاج عيب في الإنسان يؤذيه و يؤلمه، و إنما تكون فقط لإشباع رغبة تعترية في التغيير، أو حتى تطلعه لفترة ثانية من الشباب و الجمال بعد تقدمه في السن.⁸⁸

يدخل هذا النوع في دائرة المنهي عنه، و نحن نعلم أن النهي يفيد الترك و الامتناع وما كان منهي عنه فهو غير جائز.⁸⁹

ب- مشروعية الجراحة التجميلية في نظر الفقه و القضاء:

كانت نظرة القضاء بشكل عام، و خاصة في فرنسا للجراحة التجميلية أول الأمر نظرة ازدراء، سخط، و كره، فقد صدرت في تلك الفترة عدة أحكام تعارض هذا النوع من الجراحة، و تركزت هذه النظرة المتشددة على أساس ما تقضي به القواعد العامة في التدخل الجراحي من اشتراط أن يكون الهدف هو لغرض العلاج.⁹⁰

لم تدم هذه النظرة طويلا، فتحت تأثير ضغوط كل من جراحي التجميل، و عوامل أخرى من بينها الحربين العالميتين، و ما انجر عنه من كثرة عدد مشوهي الحرب، كل هذه

⁸⁶ - علي داود جفال، الضوابط الشرعية و القانونية لجراحات التجميل، مداخلة ضمن مؤتمر "الطب و القانون"، الجزء الثاني، جامعة الإمارات المتحدة، من 3-5 ماي 1998، ص 1202.

⁸⁷ - حسن محمد المرزوقي، حكم جراحة التجميل في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 730.

⁸⁸ - علي داود جفال، الضوابط الشرعية و القانونية لجراحات التجميل، مرجع سابق، ص 1203.

⁸⁹ - وسند ذلك الحديث المروي عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله (ص): "لعن الله الواشمات و المستوشمات و النامصات و المتمصصات و الفالجات و المتفلجات للحسن المغيرات خلق الله".

⁹⁰ - C.A. Paris 22 janv. 1913: "Considérant, dès lors, que si, malgré cet inconvénient redoutable, le médecin ne doit pas hésiter à appliquer ce traitement, lorsque la santé du malade l'exige, et si on ne peut le rendre responsable d'accidents qu'il pouvait prévoir, mais qu'il a tout fait pour prévenir, il n'en est pas de même, lorsque, comme dans l'espèce, le médecin se trouve en présence, non pas d'un mal à guérir, mais d'une simple imperfection physique à faire disparaître ou dissimuler ; que, dans ce cas, ni l'intérêt de la science, ni l'intérêt du malade, n'exigent que, pour un si minime résultat, on risque, sinon de le faire mourir, tout au moins de changer son imperfection en un mal véritable ou de l'aggraver".

Voir: Bruno BP, Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale, op, cit, p 181.

الأسباب ساعدت على تغيير الآراء اتجاه هذا النوع من العمليات، ففي فرنسا عدل الفقه والقضاء عن رأيه المتشدد لكن مع التمييز بين حالتين :

* حالات التشوهات الجسمانية، سواء الخلقية أو تلك التي حدثت نتيجة لحوادث، هنا ترقى فيه إلى مقام العلة المرضية.

* الحالات التي يكون الغرض منها جماليا بحتا، هنا لا يكون للتدخل مبررا إلا إذا كانت هذه الجراحة لا تشكل خطرا على حياة المريض و سلامته.⁹¹

ج - موقف المشرع الجزائري من الجراحة التجميلية :

إذا كان القانون المقارن و خاصة القانون الفرنسي قد إستطاع أن يواكب التطور الحاصل في الجراحة التجميلية رغم ما كان يكنه من كره لهذا النوع من الجراحة، لانعدام وجود سبب جدي يجعل من المساس بجسم الإنسان مساسا مشروعاً، و لكون هذا التدخل يحمل من الخطورة ما يفوق في غالب الأحيان الفائدة المرجوة، إلا أن التاريخ شهد لصالح هذا النوع من الجراحة و ذلك خاصة بعد الحربين العالميتين، أين ساعد هذا النوع الجراحي في التقليل من الآثار النفسية للمشوهين و المحروقين نتيجة الحرب⁹²، و من القوانين التي كانت سباقة في الاعتراف بالجراحة التجميلية هو القانون الفرنسي.

كان المشرع الجزائري ولا يزال يلتزم الصمت بشأن هذا الموضوع، فلا توجد نصوص صريحة تتناول الجراحة التجميلية بالرغم من سبق التشريعات المتأثر بها في ذلك، و على رأسها التشريع الفرنسي.

و في ظل غياب النصوص الصريحة التي تنظم هذه الجراحة، فإنه يتم اللجوء للقواعد العامة المنظمة لمهنة الطب أو اللجوء للقواعد المتعلقة بإجراء التجارب، و إعتبار أن الجراحة التجميلية من قبيل جراحات التجريب،⁹³ و تطبق عليها الأحكام الواردة في المواد من 1/168 إلى 4/168 من قانون ح.ص.ت المضافة بالقانون 90-17⁽⁹⁴⁾.

ثالثا: ضوابط الجراحة التجميلية :

بالنظر إلى الطبيعة الخاصة التي تتميز بها الجراحة التجميلية، كونها لا تمارس في الأساس لأغراض علاجية، كما أنها عادة ما تجري في ظروف متأنية و مريحة، فليس هناك ما يبرر العجلة و التسرع أو ضعف الوسائل كون المريض (إن كان يجوز إطلاق هذا الاسم عليه) ليس مستعجلا بفعل ألام تنغص عليه، لذلك فلها شروط خاصة عن الجراحة العادية.

⁹¹ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين...، مرجع سابق، ص 438.

⁹² - D.MALICER, A.MIRAS, P.FEUGLET, P.FAIVRE, La responsabilité médicale, données actuelles, 2^{ème} édition, édition ESKA/édition LACASSAGNE, Paris, 1999, p186.

⁹³ - وفاء شيعاوي، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، مرجع سابق، ص 260.

⁹⁴ - قانون رقم 90-17 مؤرخ في 31 يوليو 1990، يعدل و يتمم القانون رقم 85-05، ج.ر. عدد 35 الصادرة في 15 غشت 1990.

1 - إعلام الخاضع للجراحة بكافة المخاطر:

إذا كان هذا الشرط مطلوب في كل الجراحات بحيث يجب على الجراح قبل إجرائه لأي عملية، إعلام المريض بالمخاطر، إلا أن الأمر في الجراحة التجميلية مختلف قليلا، فالجراح في هذا النوع من الجراحة ملزم بتبصير الخاضع لها بجميع المخاطر، ف نطاق الإعلام موسع في الجراحة التجميلية نظرا لطبيعتها الخاصة، المتمثلة في أنها ليست مدفوعة بضرورة حالة أو خطر محدد بالمريض،⁹⁵ فهي لا تهدف لعلاج مرض جسدي و إن كانت في أحيان تهدف لعلاج حالات أخرى نفسية نتيجة للتشوهات و العقد و الإحساس بالنقص.

يجب على الجراح أن يعلم زبونه بكافة المعلومات بشكل مفصل و دقيق و حتى تلك الأخطار البسيطة أو غير المتوقعة و الاستثنائية الحدوث⁹⁶، وهو ما أكدته كذلك حكم محكمة استئناف -اكس اون بروفنس - d'Aix en Provence في 30 جوان 1988.⁹⁷

2 - التخصص في المجال:

لا يسمح القانون في استعمال بعض الحقوق التي تمس حياة الأشخاص أو مصالحهم إلا لمن تتوفر فيه صفات و شروط معينة، فلممارسة الجراحة التجميلية يجب أن يكون الجراح على قدر من الكفاءة العلمية و الفنية، و يجب أن يكون متخصصا في المجال و عارفا لخبايا فنه، و عليه لا يجوز لطبيب عام أو جراح قلب القيام بجراحات تجميلية، بل فقط للمتخصصين في المجال وهو ما ورد في المادة 198 من ق.ح.ص.ت التي تنص على أنه:

" لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي أو صيدلي اختصاصي، إذا لم يكن حائزا شهادة في الاختصاص الطبي، أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها..."

⁹⁵ - Comme le précise la cour de cassation du 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** ». Voir : David PICOVSKI, Le chirurgien plasticien et la justice, Thèse présentée pour le diplôme de docteur en médecine, Université LOUIS PASTEUR, Faculté de Médecine de Strasbourg, 2002, p29.

⁹⁶ - وهذا ما جاء في حكم محكمة استئناف ليون Lyon في 8 جانفي 1981 حيث نص على:

« **Le chirurgien esthétique - devait - plus que tout autre, informer très exactement son client de tous les risques inhérents à l'opération qu'il conseille et des séquelles pouvant en résulter... Le devoir d'information ne cessant pas avec l'achèvement de l'acte opératoire** ». Voir : H. BENCHABANE, Le contrat médical met a la charge du médecin une obligation de moyens ou de résultat, revue Algérienne des sciences juridique, Economique et politique, volume 33, N°4, 1995, p770.

⁹⁷ - « En matière de chirurgie esthétique, le chirurgien est tenu d'une obligation d'information particulièrement rigoureuse et doit informer son client, non seulement des risques normaux et graves mais, de tous les risques graves ou bénins, fussent-ils exceptionnels ».

Voir: David PICOVSKI, Le Chirurgien plasticien et la justice, op, cit, p 64.

و تصنيف المادة 16 من م.ا.م.ط التي نصت على:

" يخول الطبيب و جراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص و الوقاية و العلاج و لا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم علاجاً أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز اختصاصاته أو إمكانياته إلا في الحالات الاستثنائية."

3- التناسب بين مخاطر العملية و فوائدها :

يتفق الفقه و القضاء بشكل عام، على ضرورة امتناع الجراح عن التدخل لإجراء عمليات التجميل إذا لم يكن واقفاً من وجود قدر من التناسب بين الغاية المرجوة والمخاطر الممكنة الوقوع نتيجة العملية،⁹⁸ إن شرط مراعاة التناسب في مجال الجراحة التجميلية، له أهمية كبيرة نظراً للطبيعة الخاصة لهذه الجراحة، كونها لا تهدف لعلاج الأمراض و هو الأمر الذي يتطلب أن يكون هناك مراعاة و تناسب بين الغاية المطلوبة من وراء العمل الجراحي التجميلي و بين مخاطر الوسيلة أو الوسائل المستخدمة⁹⁹، فإذا كان العيب بسيطاً فإنه يجب أن لا تكون الوسائل المستخدمة للعلاج خطيرة، وعلى الطبيب الذي يقوم بالعمليات التجميلية أن يقدر مدى تناسب تدخله مع الأخطار الممكنة الحدوث، و ليس له أن يترك الأمر بين يدي زبونه مهما كان إصراره على إجراء العملية.¹⁰⁰

يشترط إذا لمشروعية هذه الجراحة أن يغلب ظن الطبيب الجراح نجاحها، بمعنى أن تكون نسبة نجاح العملية و نجاة المريض من أخطارها و تحقق الفوائد منها أكبر من نسبة عدم نجاحها و هلاكه أو حدوث أضرار له، و بناء على ذلك لا يجوز الإقدام على هذه الجراحة إذا غلب الظن على هلاك المريض أو تضرره ذلك أن الحاجة لا تدعو إليها.¹⁰¹

نصّ المشرع الفرنسي على هذا الشرط -التناسب بين المخاطر و الفوائد- في المادة 40 من قانون أخلاقيات الطب و التي تقابلها المادة 17 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائري إذ تنص على: " يجب أن يتمتع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو العلاجية"

صدرت عدة أحكام قضائية خاصة في فرنسا تؤكد على قاعدة التناسب، فنجد محكمة النقض الفرنسية قضت سنة 1924 بأنه : " إذا كان للطبيب من حيث الأصل الحرية في استخدام وسيلة علاجية معينة...إلا أن هذا الأصل لا ينطبق مع جراحة التجميل و الذي

⁹⁸ - la jurisprudence avait considéré que cette obligation particulière pouvait aller jusqu'à l'obligation de refuser certaines interventions (Cour d'appel de Paris, 13 janvier 1959). Voir: H. BENCHABANE, Le contrat médical met a la charge du médecin une obligation de moyens ou de résultat, op. cit, p770.

⁹⁹ - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 202.

¹⁰⁰ - مراد بن عودة حسكر، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجراحة التجميلية، مرجع سابق، ص 135.

¹⁰¹ - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية و الآثار المترتبة عليها، مرجع سابق، ص 117.

يهدف منها مجرد إصلاح عيب بدني، لا شفاء المرض في حد ذاته، ومن ثم فليس من مصلحة العلم و المريض أن نسمح بتعريض هذا الأخير لخطر الموت أو خطر إصابة بالغة، في سبيل الوصول إلى تحقيق نتيجة بسيطة و غير هامة...¹⁰²

و كذا ما جاء في حكم محكمة استئناف فرساي بتاريخ 1991/02/21 أن " في الجراحة التجميلية المساس بسلامة المريض البدنية لا يمكن أن يبرر، إلا إذا تم احترام نوع من التوازن ما بين الضرر الناتج عن التدخل بالعلاج و بين النفع الذي يتمناه المريض فلا يجب على الطبيب أن يقدم على علاج أضراره تتجاوز النفع المنتظر منه".¹⁰³

المبحث الثاني: الالتزامات المترتبة عن العمل الجراحي

شهد الطب خلال عقوده الأخيرة تطوراً كبيراً وتقدماً ملحوظاً جعل البعض يقر بأن ما حدث من تطور وتقدم في هذا المجال خلال الخمسين عاماً الأخيرة يجاوز في أهميته ما تم خلال عشرين قرن من عمر الطب، و محصلة هذا التطور الطبي، وما لازمه من مخاطر أدت إلى ظهور و تطور في طبيعة التزام الجراح (المطلب الأول)

يعتبر العمل الطبي الجراحي مثل أي عمل إنساني، معرضاً للخطأ و الصواب، والطبيب لا يلزم بشفاء المريض و لا يمنع تطور المرض، ولا يتحمل تبعه الأخطار و الحوادث، و الواجب الملقى عليه هو أن يبذل العناية الكافية، وأن يصف له وسائل العلاج التي يرجى بها شفاؤه من مرضه وان يراعى الطبيب واجب الضمير و يلتزم الحيطة و الحذر ، و يلاحظ في غير الظروف الاستثنائية، أن تكون جهوده متفقة مع الأصول العلمية الثابتة.

إن طبيعة العلاقة بين المريض و الطبيب لهي أسمى من أي اعتبار آخر، و الطبيب لا يبغي من هذه العلاقة النبيلة سوى مصلحة المريض وحده. و لكي تثمر هذه العلاقة لأبد من أن يقوم الطرفين و خاصة الجراح بالوفاء بالتزاماته، و خاصة منها تلك ذات الأهمية الكبرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول: طبيعة التزام الجراح

تلعب درجة المعرفة الفنية باعتبارها ظرفاً خارجياً دوراً هاماً عند تقدير مسلك المدين بالالتزام، نظراً لأن درجة التخصص من شأنه أن يؤثر على المستوى الفني الذي يحققه المدين المحترف، لذلك فإن اختصاص المدين في المهنة يحدد المسلك المطلوب منه، فارتفاع درجة التخصص يوجب عليه أن يبذل من العناية و التبصر في تنفيذ التزامه القدر الذي يتوافق مع مستواه الفني.¹⁰⁴ وفقاً لقواعد القانون المدني فإن الالتزامات بشكل عام وانطلاقاً من محلها، تكون إما التزاماً ببذل عناية أو التزام بتحقيق نتيجة، عليه يكون المدين

¹⁰² - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين...، مرجع سابق، ص442.

¹⁰³ - D.MALICER, A.MIRAS, P.FEUGLET, P.FAIVRE, La responsabilité médicale, données actuelles, op, cit, p187.

¹⁰⁴ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003،

إما ملتزماً فقط بأن يقدم عناية و أن يبذل في سبيل تحقيقها حرصه للوصول لتلك النتيجة (الفرع الأول)، و إما ملتزماً باستيفاء واقعة محددة فيكون إلتزامه حينئذ محدداً بدقة، و لا يكون قد وفى به إلا إذا تحققت النتيجة المطلوبة (الفرع الثاني).¹⁰⁵ كما قد يكون إلتزام الجراح بين ذلك بحيث يتعين عليه بذل عناية مشددة (فرع ثالث).

الفرع الأول: إلتزام الجراح ببذل عناية

يعد الإلتزام ببذل العناية هو إلتزامٌ ببذل الجهد للوصول إلى غاية سواء تحققت هذه الغاية أم لم تتحقق، فالإلتزام هنا هو إلتزام بعمل لكن لا تضمن نتيجته و المهم فيه أن يبذل المدين في سبيل تنفيذه مقدار معين من العناية لأن النتيجة المرتقبة احتمالية بطبيعتها.¹⁰⁶

صدر لمحكمة النقض الفرنسية حكم شهير (قرار مرسى Arrêt MERCIER) في 1936/05/20 والتي أقرت فيه بأن إلتزام الطبيب بشكل عام و إن كان لا يلزمه بشفاء المريض، إلا انه يلزمه بأن يبذل لتحقيق النتيجة العناية الواجبة، لا من أي نوع كان، بل جهود صادقة، يقظة، و متفقة مع الأصول العلمية الثابتة¹⁰⁷، (أولاً) و ذلك في غير الظروف الاستثنائية (ثانياً).

أولاً: إلتزام بذل العناية في الظروف العادية:

يكاد يجمع القضاء و الفقه على أن الأصل العام في إلتزام الطبيب، أنه إلتزام ببذل عناية، بحيث انه ملزم بأن يقدم لمريضه العناية و اليقظة الواجبتين في سبيل شفائه، أما النتيجة التي هي حدوث الشفاء فهو ليس ملزماً بها، مثل الطبيب يكون الجراح ملزماً بنفس الإلتزامات العناية و الانتباه والحذر، لكن مع تشدد أكبر بحكم أن الجراح هو طبيب مختص فيكون مجبراً على الإحاطة بالمعارف اللازمة و بالقدرة على مواجهة الأخطار التي تتميز بها مهنته.¹⁰⁸

يتلخص إلتزام الجراح في بذل الجهود الخالصة، الصادقة و اليقظة التي تتفق و الظروف القائمة مع الأصول العلمية الثابتة، بهدف شفاء المريض و تحسين حالته الصحية، فكل ما على الطبيب فعله هو أن يعتني بالمريض العناية الكافية و أن يصف له من وسائل العلاج ما يرجى به شفائه من مرضه، بغض النظر إن ساءت حالته الصحية، مادام أن الجراح لم يقع في خطأ يمكن أن تترتب عليه المسؤولية.¹⁰⁹

¹⁰⁵ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين...، مرجع سابق، ص 103.

¹⁰⁶ - جاسم علي سالم الشامسي، مسؤولية الطبيب بين الإلتزام ببذل عناية و الإلتزام بتحقيق نتيجة، مداخلة ضمن

مؤتمر "الطب و القانون"، الجزء الأول، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 3-5 ماي 1998، ص 699.

¹⁰⁷ - Jean-Marie AUBY, Le droit de la santé, 1^{er} édition, Presses universitaires de France, paris, 1981, p315.

¹⁰⁸ - D.MALICER, A.MIRAS, P.FEUGLET, P.FAIVRE, La responsabilité médicale, La responsabilité médicale données actuelles, op, cit, p169.

¹⁰⁹ - قرار المحكمة العليا (غير منشور) غرفة الجناح و المخالفات، القسم الرابع، بتاريخ 30/05/1995، رقم الملف

118720 (يؤكد الإلتزام ببذل العناية في حيثياته).

و هو نفس ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 1971/12/21

" إن إلتزام الطبيب ليس التزام بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض، إنما هو ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول كما يسأل عن خطئه العادي أياً كانت جسامته".¹¹⁰

إن مرد ترجيح التزام الطبيب الجراح بأنه التزام ببذل عناية، هو كما سبق ذكره الطبيعة الاحتمالية التي تغطي على نتائج العمل الطبي، فتجعل الجراح غير ملزم بشفاء المريض، ذلك أن حدوث الشفاء متوقف على عدة اعتبارات و عوامل تخرج عن إرادة الجراح، كعامل مناعة الجسم و عامل الوراثة و حدود العلم الطبي.¹¹¹

هذا ما ورد في المادة 45 من م.ا.م.ط التي تنص على أنه:

" يلتزم الطبيب أو الجراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمريضه يتسم بالإخلاص و التفاني و المطابقة لمعطيات العلم الحديثة..."

يدخل في تحديد إلتزام الجراح مدى إتيانه أو بذله لجهود متفقة مع الأصول العلمية الثابتة، إذ لا يعقل استعماله لوسائل طبية و جراحية بدائية تخالف التطور العلمي الحديث، وإن كان لا يلتزم بإتباع طرق و استخدام وسائل محددة، إلا أنه ينبغي عليه اللجوء إلى تلك التي استقر عليها الطب والجراحة الحديثة، وله الاجتهاد في اختيار أنسب تلك الوسائل حسب حالة كل مريض و الإمكانيات المتاحة، و تطويرها بحيث تتفق و ظروفه الخاصة.¹¹²

يقصد بالأصول الطبية: " القواعد العلمية الطبية الثابتة السائدة و المتعارف عليها بين الأطباء...و حتى يعتبر الأسلوب العلمي من الأصول يجب أن يعلن هذا من قبل مدرسة طبية معترف بها و على الطبيب أن يلم بهذه الأصول العلمية وقت قيامه بالعمل الطبي أو الجراحي".¹¹³

¹¹⁰ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية: الطبيب، الجراح، طبيب الأسنان، الصيدلي، التمريض، العيادة و

المستشفى، الأجهزة الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص209.

¹¹¹ - أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية و انعكاساتها على قواعد الإثبات، المجلة النقدية للقانون و

العلوم السياسية، عدد خاص 1/2008، ص112.

¹¹² - فريدة عميري، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع " قانون

المسؤولية المهنية"، جامعة تيزي وزو كلية الحقوق، 2011، ص23.

¹¹³ - أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في النظام القانوني و الأردني و النظام القانوني الجزائري، دار

الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2008، ص 44.

إن الأصول العلمية المحددة و المقررة في مهنة الجراحة، هي الأصول التي يعرفها أهل العلم و الاختصاص (الجراحون)، بحيث لا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها ممن ينتسب إلى عملهم و فنهم.¹¹⁴

لا يعد الجراح مخلا بالالتزامه ببذل العناية الواجبة عند إجرائه للعملية الجراحية بطريقة دون أخرى، طالما أن كلا الطريقتين مسلم بهما علميا، و لا يعد مقصرا إذا إتبع قواعد فنه و لم يحدث منه إخلال ما، لكن لم يحصل من العملية على النتائج التي كان بالإمكان أن يحصل عليها جراح آخر أكثر مهارة.¹¹⁵

تتخذ العناية الواجبة من قبل الجراح اتجاه المريض مفهوم متغير و متحرك حسب تطور العلوم و تباعا لانتشار الأجهزة الطبية و الوسائل العلاجية الحديثة.¹¹⁶

و يتحدد معيار العناية بالقدر المتوسط من الدراية و المهارة و الرعاية في تطبيق المعلومات العلمية و الفنية على الحالة الواقعية بما يتفق مع صحة و مصلحة المريض.¹¹⁷

إذا قام الجراح بتنفيذ التزامه، و بذل في سبيل ذلك أقصى الجهود التي يبذلها الشخص العادي، الذي يكون على درجة من الحرص و الدراية و اليقظة، فإنه يكون قد قام بتنفيذ التزامه و بذل العناية المطلوبة و لو لم يكن التدخل الجراحي موفقا و لم يتحقق الشفاء.¹¹⁸

نصت المادة 15 من م.ا.م.ط على أنه:

" من حق الطبيب أو جراح الأسنان و من واجبه أن يعتني بمعلوماته الطبية و يحسنها."

تقتضي العناية الواجبة على الجراح، تحصيله الخبرة و إتباع الطرق العلمية و الأصول الفنية التي تمكنه من أداء عمله بكفاءة و اقتدار، ذلك أن الجراح يكون عرضة للتواجد أمام حالات متنوعة من الجراحات و لذلك فهو ملزم أن يكون مستعدا لمواجهةها، كما تتطلب العناية الواجبة من الجراح، أن يوجه اهتماما كافيا نحو متابعة كل جديد في مجال العلوم و الفنون الطبية، ذلك ما يساعده على التحكم في الطرق الجراحية الناجعة، وما عليه إلا اختيار الطريقة التي يراها مناسبة لعلاج المريض.¹¹⁹

يكون الطبيب الجراح ملزما بتقديم العناية اليقظة التي تقتضيها الظروف الخاصة للمريض و التي تتفق مع أصول المهنة و مقتضيات التطور العلمي.¹²⁰

¹¹⁴ - Marie-Dominique FLOUZAT-AUBA et Sami-Paul TAWIL, Droits des malades et responsabilité des médecins mode d'emploi, op, cit, p76.

¹¹⁵ - عبد الوهاب عرفة، الوسيط في المسؤولية الجنائية و المدنية للطبيب و الصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص31.

¹¹⁶ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين...، مرجع سابق، ص127.

¹¹⁷ - الشيخ بابكر، المسؤولية القانونية للطبيب...، مرجع سابق، ص 68.

¹¹⁸ - أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية. دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص221.

¹¹⁹ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين...، مرجع سابق، ص122.

¹²⁰ - صويلح بوجمعة، المسؤولية المدنية الطبية، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 2001، ص65.

في مجال الجراحة، إذا لم يكن الطبيب من أهل التخصص، فإنه لا يجوز له (في غير الحالات الضرورية) أن يتصدى لعلاج حالة ما دون أن يكون محيطاً بأصول ذلك العلاج و أساليبه، و التي لا يفترض في مثله الجهل بها، فهو أصلاً ممن يمتنعون الطب و تلتمس عندهم أسباب العلاج و الشفاء، وعليه فلا يسوغ أن تتعرض على يديه و بسببه صحة الناس و ربما حياتهم للخطر.¹²¹

ثانياً: التزام بذل العناية في الظروف الاستثنائية

حرصت محكمة النقض الفرنسية على التفرقة بين التزامات الجراح في الحالات العادية، التي لا يكون فيها درجة كبيرة من الخطر و التعجل، و بين تلك الحالات الإستثنائية التي قد يكون أمامها الجراح، و يقصد بالحالات الاستثنائية تلك التي تكون مصحوبة بظروف استثنائية تؤثر على الجراح، مثل ظرف السرعة و درجة الخطورة التي يكون عليها المريض، ظرف غياب الوسائل الضرورية لإجراء التدخل، في مثل هذه الحالات و إن كان الجراح دائماً ملزم فقط ببذل عناية متمثلة في اليقظة و الحرص، إلا أنه في مثل هذه الظروف يجوز له الخروج عن الأصول العلمية المتفق عليها، كما تبيح له هذه الظروف أن يتغاضى عن القيام بأعمال و إجراءات تكون من التزاماته في الظروف العادية، من تطبيقات هذا المبدأ ما أقرته محكمة النقض الفرنسية، بأن الجراح لا يكون مخلاً بالتزامه ببذل عناية بإغفاله في الظروف الاستثنائية احتياطاً كان يجب اتخاذه، إذا كان عدم إتخاذ ذلك الإجراء ليس نتيجة حتمية لوقوع الضرر.¹²²

كما تؤثر على تحديد إلتزام الجراح الظروف الخارجية التي تكون محيطة به، فالعناية الواجبة من جراح يكون محاطاً بكل الوسائل الضرورية و اللازمة لأداء عمله، ليست نفس العناية الواجبة من جراح تكون الإمكانيات غائبة تماماً أثناء تدخله، فيؤخذ بالحسبان عند تحديد مدى إلتزام الجراح، مكان إجراء العلاج و العوامل المحيطة به، فلا يستوي إلتزام الجراح الذي يمارس عمله في عيادة أو في مستشفى مزود بأحدث الوسائل و الأجهزة المساعدة لنجاح العمليات، و بين الجراح الذي يؤدي مهامه في مكان و جهة نائية لا وجود فيها لهذه الإمكانيات، غير أنه إذا لم تكن حالة المريض حرجية و كان بالإمكان نقله لمكان مجهز بالوسائل لإنجاح العملية فهنا ليس على الجراح القيام بالتدخل في غياب الوسائل إنما فقط يأمر بنقل المريض.¹²³

هذا ما ذهب إليه المادة 16 من م.ا.م.ط بنصها :

"...و لا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم علاجاً أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز اختصاصاته أو إمكانياته إلا في الحالات الاستثنائية."¹²⁴

¹²¹ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية. الطبيب، الجراح...، مرجع سابق، ص 216.

¹²² - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين...، مرجع سابق، ص 165.

¹²³ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية. الطبيب، الجراح...، مرجع سابق، ص 212.

¹²⁴ - En vertu de l'article 70 du code de déontologie français: « Tout médecin est, en principe, habilité à pratiquer tous les actes de diagnostic, de prévention et de traitement. Mais, il ne =

الفرع الثاني: إلتزام الجراح بتحقيق نتيجة

لا يكون إلتزام الجراح في كل الحالات إلتزاما ببذل العناية فقط، وإنما في حالات يجب أن يؤدي التزامه لنتيجة محددة، و هي أن لا يؤدي فعل الجراح لحدوث ضرر للمريض.

والإلتزام بتحقيق نتيجة هو الإلتزام الذي تكون فيه النتيجة مقصودة لذاتها، ولا يكون النشاط الذي يبذله المدين لتحقيق النتيجة إلا مجرد وسيلة ليست هي محل الإلتزام، فإذا لم تتحقق النتيجة كان المدين مقصرا و مخلا بالتزامه.¹²⁵

أول ما عرف القضاء الفرنسي بشأن إلتزام الطبيب و الجراح بتحقيق نتيجة، قضية نقل الدم الملوث بالسيدا، و الذي أعد بمثابة سابقة خطيرة في المجال الطبي، و بذلك كانت أولى ملامح الإنزلاق أو التحول من الإلتزام ببذل عناية إلى تحقيق نتيجة، كما تم تطبيق هذا المبدأ بشكل خاص و بدرجة أكبر فيما يخص الإصابة بالعدوى داخل غرفة العمليات أثناء التدخل الجراحي.

إن العلة من وراء نشوء هذا الإلتزام على الجراح هو كون العمل الجراحي في بعض جوانبه، يغلب عليه عنصر اليقين على عنصر الاحتمال، هذا ما يبرر الخروج عن قاعدة أن التزامه هو بذل العناية فقط إلى التزام تحقيق نتيجة وهي سلامة المريض دون الإلتزام بشفائه، يقع على عاتقه واجب عدم تعريض المريض لأي أذى جراء ما يستعمله من أدوات و ما يستخدمه من أجهزة وما يعطيه من أمصال و ما ينقله إليه من دم أثناء العملية الجراحية، فهو ملزم بسلامة المريض من كل عدوى قد تنقل إليه مرضا آخر، فهنا لا يكون محل الإلتزام هو مجرد بذل عناية، إنما إعطاء نتائج واضحة و محددة.¹²⁶

توسع القضاء في فرنسا بما يمتلكه من سلطة واسعة، في تحديد الإلتزامات التي يترتب الإخلال بها مسؤولية الجراح، بأن أنشأ مع الزمن واجبات قانونية جديدة من شأنها حماية المضرورين، خاصة في مجال المساس بالسلامة الجسدية للأفراد، و بذلك ابتعد القضاء عن النظرة التقليدية التي تقصر التزام الطبيب على مجرد بذل العناية اللازمة، بأن قام بتحليل الأعمال الطبية إلى عناصرها الأولية و التعرف عليها و استخلاص من ذلك، هل هي أعمال تستوجب فقط بذل العناية اللازمة أم لابد من تحقيق نتيجة فيها، وقد أدى هذا المسلك التحليلي إلى حصر مجال التزام بذل عناية في نطاق العلاج بمعناه الضيق، أما فيما يجاوز ذلك من أعمال تقل فيها نسبة الاحتمال التي تكاد تصل درجة اليقين، فإن إلتزام الجراح يكون فيها

=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 ». Devant cette véritable autocensure laissée aux mains des chirurgiens, les tribunaux font preuve d'une grande sévérité devant la moindre complication en cas de défaut de compétence et de qualification. Voir : David PICOVSKI, Le chirurgien plasticien et La justice, op, cit, p24.

¹²⁵ - جاسم علي سالم الشامسي، مسؤولية الطبيب بين الإلتزام ببذل عناية و الإلتزام بتحقيق نتيجة، مرجع سابق، ص

700.

¹²⁶ - أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية و انعكاساتها على قواعد الإثبات، مرجع سابق، ص115.

بتحقيق نتيجة،¹²⁷ و هي حالات نقل الدم و السوائل أثناء العمليات الجراحية و الأدوات المستخدمة في هذه العمليات كالتطاولات و الشرط و المقص، فهنا يبرز إلتزام محدد يقع على عاتق الجراح و هو أن تحقق هذه الأدوات النتيجة المرجوة منها إضافة إلى سلامة المرضى من جراء استخدام هذه الوسائل بحيث لا تسبب ضررا لهم.¹²⁸

جاء في حكم محكمة استئناف باريس بتاريخ 1999/11/10 فبالرغم من تقرير الخبراء الذي يؤكد بأن إصابة المريض بالعمى أثناء العمل الجراحي، كان سببه خللا أصاب الأوعية الدموية، ولا علاقة له بالحالة السابقة على العملية الجراحية للمريض، ولم يكن متوقعا كتطور طبيعي للحالة التي كان يعاني منها المريض أصلا، إلا انه أقر بإخلال الجراح بإلتزامه بسلامة المريض، حتى و لو كان الضرر الذي أصاب المريض لا علاقة له بحالته السابقة على التدخل، أو كانت بسبب تداعيات العمل الجراحي، و عليه و إن كان الجراح ليس ملزما بشفاء المريض، فهو ملزم بتقاضي تفاقم حالته المرضية التي قدم بها إليه.¹²⁹

يلاحظ في هذا الصدد و مع تطور العلم و استقرار بعض الأصول العلمية، أن الجراح أصبح ملزما بتحقيق نتيجة في بعض الحالات و هي:

* عندما تتصل التزاماته بواجباته الإنسانية مثل إلتزامه بإعلام المريض، الحصول على موافقته، عدم إفشاء السر المهني، متابعة علاج المريض، فهنا تكون التزامات الجراح هي تحقق الإلتزام فلا يكفي فيه مجرد بذل العناية.

* عندما تتصل التزاماته ببعض الأعمال الفنية مثل تركيب الأسنان، التركيبات الصناعية.

* عندما تتصل التزاماته بسلامة المريض و عدم تعرضه لأذى من جراء استعمال الأجهزة و أدوات الجراحة و أن لا ينقل له مرض جديد لم يكن فيه قبل التدخل بسبب سوء التعقيم أو العدوى أو الدم الملوث.¹³⁰

أولا: الأدوات و الأجهزة

نصت المادة 14 من المرسوم التنفيذي 92-276 على:

"يجب أن تتوفر للطبيب أو جراح الأسنان في المكان الذي يمارس فيه مهنته تجهيزات ملائمة و وسائل تقنية كافية لأداء هذه المهمة، ولا ينبغي للطبيب أو جراح الأسنان بأي

¹²⁷ - أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، "دراسة في القانون الجزائري و المقارن"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 187.

¹²⁸ - محمود زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية: المدنية و الجزائية، مؤسسة غبور للطباعة، دمشق، 1999، ص 44.

¹²⁹ - أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية و انعكاساتها على قواعد الإثبات، مرجع سابق، ص

118.

¹³⁰ - صويلح بوجمعة، المسؤولية الطبية المدنية، مرجع سابق، ص 72.

حال من الأحوال أن يمارس مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية".

أثناء أداء عمله يستعين الجراح بأدوات و أجهزة و وسائل عديدة، بحيث أنه لا يمكن تصور قيام عملية جراحية دون تلك الأدوات، و تشمل أدوات الحقن و أجهزة قياس نبض القلب و الضغط الدموي و ما يلحقها من طاولة العمليات و الكراسي الطبية، أدوات الجراحة كالمشرط و المقص وغيرها، إذا كان المريض لا يستطيع أن يشترط على الطبيب الجراح شفائه، فإنه من حقه أن يشترط أن تكون هذه الأدوات و الأجهزة المستعملة لتحقيق شفائه و علاجه غير خطرة على حياته، بحيث لا تتفجر أو تتكسر و تحدث ضررا للمريض.¹³¹

الجراح يعد مخلا بالتزامه إذا أصاب المريض حروق من جراء تطاير اللهب من المشروط الكهربائي، بالرغم من بذله العناية الواجبة و لم يثبت منه أي تقصير (قرار محكمة النقض الفرنسية في 28-06-1960).¹³²

في هذا الإطار صدر قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 22/11/1994، يرتب إلتزاما بالسلامة على عاتق جراح أسنان، بسبب الضرر الذي أحدثه لمريضه من جراء آلة تستخدم في جراحة الأسنان.¹³³

يقع على الجراح عبء إلتزام استخدام آلات و أجهزة سليمة لا تسبب ضررا للمريض، و الأضرار المقصودة هنا هي تلك التي تنشأ نتيجة وجود عيب أو عطل بالأجهزة و الأدوات المذكورة فقد جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 16/11/1965 بأن الجراح يعد مخلا بالتزامه و مسؤولا عن الأضرار التي أصابت المريض بسبب الهبوط المفاجئ لطاولة العمليات، فالأضرار متى كانت مستقلة عن المرض و عن العمل الجراحي في حد ذاته و ما ينطوي عليه من طبيعة فنية فإن التزام الجراح عنها هو تحقيق نتيجة.¹³⁴

L'usage du matériel de soins médicaux par le médecin met à sa charge une obligation de sécurité .¹³⁵

في هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها في 9/11/1999:

¹³¹ -H. BENCHABANE, Le contrat médical met a la charge du médecin...op, cit, p 773.

¹³² - أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية "دراسة في القانون الجزائري و المقارن"، مرجع سابق، ص190.

¹³³ - مراد بن صغير، المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، جامعة سيدي بلعباس، العدد الثالث 2007، ص55.

¹³⁴ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية. الطبيب، الجراح...، مرجع سابق، ص 219.

¹³⁵ - D.MALICER, A.MIRAS, P.FEUGLET, P.FAIVRE, La responsabilité médicale, données actuelles, op, cit, p 28.

« le contrat formé entre le patient et son médecin met a la charge de ce dernier, sans préjudice de son recours en garantie, une obligation de sécurité de résultat en qui concerne les matériels qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médical ou d'investigation ou de soins » .¹³⁶

ثانياً: نقل السوائل و الأمصال و الدم

يعرف الدم بأنه ذلك السائل الأحمر الذي يملأ الشرايين و الأوردة، و يجري في جسم الإنسان، و نظراً لأهميته العملية في المجال الطبي، و ضرورته لاسيما في العمليات الجراحية، فقد أجمعت غالبية قوانين الصحة العالمية على إجازة عمليات نقله من شخص لآخر، على أن يكون ذلك وفق شروط محددة يجب مراعاتها.¹³⁷

يعد نقل السوائل للمريض وخاصة نقل الدم في العمليات الجراحية أمر ضروري، وبدرجة أعظم في العمليات الكبرى التي يحتاج فيها المريض لتعويض ما يفقده من دماء أثناءها، كعمليات جراحة الصدر و القلب و استئصال الأورام السرطانية وغيرها، التي تؤثر على كمية الدم في جسم المريض، ففي هذا النوع من العمليات يفقد المريض جزءاً كبيراً من دمه، وهنا يكون الجراح ملزماً أثناء العملية بأن ينقل له دماً تعويضاً له عما نزفه و فقده،¹³⁸ يتعين أن يكون هذا الدم متفقاً مع فصيلة دمه، و ألا يصيبه بأضرار قد تكون جسيمة، كما يجب أن يكون سليماً خالياً من الأمراض و الفيروسات و البكتيريا، وإلا انتقلت العدوى إلى المريض المتلقي للدم، و من هنا يقع على عاتق الجراح إلتزام محدد محله تقديم دم مناسب و سليم، فيكون مخلاً بالتزامه إذا كان الدم الذي نقله إليه غير مناسب له أو ملوث بجرثومة ما، الإلتزام هنا هو التزم بتحقيق نتيجة، و هي سلامة المريض من أي داء يمكن أن يلحقه من الدم المنقول له.¹³⁹

إن الجراح لا يسأل عن مدى فعالية عملية نقل الدم و أثرها على شفاء المريض، بل يسأل فقط عن سلامة الدم، فهنا يعد مطالباً بأن لا يضيف هذا الدم المنقول علة جديدة إلى المريض الذي يعالج، وعليه يجب أن تمر عملية نقل الدم و الأمصال دون إلحاق أضرار بالمريض الخاضع لهذا العمل، و أن يتفادى فيها أي تفريط أو تساهل أو إهمال اتجاه المريض، فالتزام الجراح هنا هو إلتزام بتحقيق نتيجة، فعند قيامه بإعطاء المريض أي سائل طبي مثل الجلوكوز أو الأمصال، عليه التأكد من صلاحية هذه المحاليل و قابلية الجسم لاستيعابها و عدم نقلها أمراضاً لمتلقيها.¹⁴⁰

¹³⁶ -Anne LAUDE et Bertrand MATHIEU et Didier TABUTEAU, Droit de la santé, 2^{eme} édition, presses universitaires de France, paris, 2009, p 437.

¹³⁷ - ليندة عبد الله، طبيعة التزم الطبيب في مواجهة المريض، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 1/2008، ص161.

¹³⁸ - محمد عبد المقصود حسن داود، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري و اثر التصرف فيه في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999، ص 53.

¹³⁹ - العيرج بورويس، المسؤولية الجنائية للأطباء، مرجع سابق، ص 60 و 61.

¹⁴⁰ - ليندة عبد الله، طبيعة التزم الطبيب في مواجهة المريض، مرجع سابق، ص164.

جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية بتاريخ 29 جوان 1999 " إن الطبيب ملزم تجاه مريضه فيما يتعلق بقضايا العدوى داخل المستشفيات بالالتزام بسلامة النتيجة " ¹⁴¹.

ثالثا: التركيبات الصناعية

أدى التقدم العلمي و التقني إلى الالتجاء لوضع أعضاء اصطناعية (prothèses) كوسيلة لتعويض الإنسان عما فقد من أعضائه الطبيعية، و ما قد يصاب منها بعجز أو خلل، و يمكن أن تثير عملية تركيب الأعضاء الصناعية الالتزام من وجهتين مختلفتين :

الأولى: في مدى فعالية العضو الصناعي و اتفاه مع حالة المريض و مدى تعويضه عن النقص القائم لديه، في هذا الجانب التزام الجراح عند تركيبه للعضو يكون ببذل عناية، أي يقوم بالجهد اللازم لاختيار العضو الصناعي المناسب لوضع المريض و العمل على تهيئة العضو بالطريقة التي تتلاءم و حالته و الضعف الذي يعاني منه، و بالتالي لا يقوم تقصير الجراح إلا إذا ثبت إخلال منه. ¹⁴²

الثانية: فهي سلامة العضو و صناعته و جودته، فهنا يوجد جانب ذو طبيعة تقنية فيلتزم فيه الجراح بنتيجة و هي ضمان سلامة الجهاز و مناسبه لجسم المريض و بالتالي يعد مقصرا إذا كان العضو رديء الصنع أو لا يتفق مع مقياس الجسم أو سبب أضرارا للمريض. ¹⁴³

إن التزام أطباء العظام و المجبرين و الجراحون الذين يستخدمون قطعاً من المعادن أو اللدائن (البلاستيك)، أصبح إلتزامهم بتحقيق نتيجة، بذلك لا يلقي على عاتق المريض إثبات الخطأ، كذلك الأمر بالنسبة للطواقم التي يستخدمها جراح الأسنان. ¹⁴⁴

الفرع الثالث: إلتزام الجراح ببذل عناية مشددة

ألقى القضاء في بداية الأمر على عاتق الجراح في العمليات الجراحية إلتزاماً ضمناً بضمان نجاح العملية، و هو ما يعني اعتباره إلتزاماً بتحقيق نتيجة، فقد قضت محكمة باريس سنة 1974 بأن النتيجة وحدها التي تبرر التدخل الجراحي بهدف التجميل نظراً لأن تلك الجراحة لا تستلزمها حاجة العلاج. ¹⁴⁵

¹⁴¹ - مراد بن صغير، المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص53.

¹⁴² - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية: الطبيب، الجراح...، مرجع سابق، ص222.

¹⁴³ - أحمد حسن الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب في النظام القانوني الجزائري و الاردني، مرجع سابق، ص52.

انظر أيضاً: محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية. الطبيب، الجراح...، مرجع سابق، ص223.

¹⁴⁴ - أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 473.

¹⁴⁵ - مراد بن عودة حسكر، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجراحة التجميلية، مرجع سابق، ص137.

ميز الدكتور "هشام عبد الحميد فرج" في هذا الصدد بين حالتين لتحديد إلتزام الجراح التجميلي:

- تتمثل الحالة الأولى في كون تدخل الجراح راجع لسبب نفسي و تم التأكد من ذلك بعرضه على طبيب نفسي فهنا يكون التدخل لضرورة العلاج، و عليه يجب محاسبة الجراح على أساس إلتزامه ببذل عناية و ليس تحقيق نتيجة.

- أما الحالة الثانية إذا كانت الجراحة قد أجريت لهدف تغير ملامح الوجه فقط، كتلك التي تجرى للفنانين و المشاهير، على سبيل التمييز فقط، فإن الجراح في هذه الحالات مطالب بتحقيق نتيجة، حيث أن تلك العملية لم يقصد منها الشفاء إنما النتيجة التي أرادها الخاضع لها.¹⁴⁶

تغير موقف القضاء الفرنسي الذي أصبح يُخضع الجراحة التجميلية، لنفس الإلتزام الذي يكون في الجراحة العادية، و أقر بأن إلتزام الجراح فيها هو بذل عناية، لكن مقدار هذه العناية المطلوبة تختلف في الجراحة التجميلية، التي و إن كان الجراح فيها ليس ملزماً بضمان نجاح العملية، إلا أن العناية الواجبة مشددة فيها، تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً أكثر صدقاً و يقظة، تتفق مع الأصول المستقرة في علم الجراحة.¹⁴⁷

هذه العناية ليست كتلك الواجبة في العمليات الجراحية العادية بل هي أكثر تشدداً، و هو ما يظهر في عدة أحكام قضائية¹⁴⁸، على غرار حكم محكمة ليون في 1981/01/8، التي أكدت فيه على أن الإلتزام يجب أن يكون : " أكثر صرامة، ذلك أن الجراحة التجميلية لا تهدف نتیجتها إلى الحصول على العلاج لكن فقط تحسين و إعطاء رضا جمالي للمريض الموجود في وضعية غير مريحة " .¹⁴⁹

¹⁴⁶ - سامية بومدين، الجراحة التجميلية و المسؤولية المترتبة عنها، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون،

فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 74.

¹⁴⁷ - مراد بن عودة حسكر، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجراحة التجميلية، مرجع سابق، ص 137.

¹⁴⁸ - Sans admettre une obligation de résultat, les juges, de plus en plus, considèrent que, s'agissant de chirurgie esthétique, l'obligation de moyens du praticien doit être appréciée beaucoup plus strictement que dans le cas de la chirurgie classique. En effet, la jurisprudence est devenue exigeante sur les moyens apportés et elle a défini, pour la chirurgie esthétique, ce qu'on a communément appelé l'obligation de moyens renforcée.

C'est ce que résume l'arrêt de la cour d'appel de Nancy du 18 mars 1991 dans les termes suivants : « **en matière de chirurgie esthétique, l'obligation de moyen pesant sur le praticien doit, certes, être appréciée beaucoup plus strictement que dans le cadre de la chirurgie classique, dès lors que la chirurgie esthétique vise, non pas à rétablir la santé, mais à apporter une amélioration et un réconfort esthétique à une situation jugée insupportable par le patient** » . Voir : David PICOVSCHI, Le chirurgien plasticien et La justice, op, cit, p 31.

¹⁴⁹ - H. BENCHABANE, Le contrat médical met a la charge du médecin..., op, cit, p770.

المطلب الثاني: التزامات الجراح

تترتب عن العلاقة التي تنشأ بين الطبيب الجراح و المريض، التزامات متبادلة تقع على كاهل كل من الطرفين، و القانون يفرض على كل طرف واجب تنفيذ التزامه، فيقع على عاتق المريض التزامات بسيطة و غير معقدة، لعل أهمها هو دفع الثمن، إعطاء الجراح المعلومات الصحيحة عن حالته الصحية، ليتمكن من التشخيص الصحيح للمرض.

على خلاف ذلك فإن التزامات الطبيب الجراح ليست بسيطة نظرا لطابعها الفني مقارنة بالتزامات المريض، كما أنها التزامات شديدة الأهمية نظرا لخطورة ما قد ينجر عن الإخلال بها، في هذا السياق توجد التزامات عامة مرتبطة بالواجبات الإنسانية (الفرع الأول)، و توجد التزامات خاصة مرتبطة أكثر بالمهنة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإلتزامات المرتبطة بالواجبات الإنسانية

من أهم الإلتزامات التي يجب على جميع الأطباء بصفة عامة القيام بها وعلى وجه الخصوص الجراح، هي التزام أخذ الرضا المتبصر للمريض (أولا)، كما يجب أن يُقدّم العلاج الضروري و مساعدة المريض (ثانيا)، و كذا الإلتزام بالحفاظ على السر الطبي (ثالثا).

أولا: إلتزام الجراح بالحصول على رضا المريض

يكون على عاتق الجراح احترام نوعين من الرضا، فالأول ضروري لمشروعية المساس بجسم المريض، أما الرضا الثاني و الذي نحن بصدد دراسته، يكون بعد أن أصبح التدخل الطبي مشروعا، و يختلف اخذ رضا المريض في الحالة الأولى الذي يكون إذنا اقرب منه للرضا، و الذي يكون شرطا لمشروعية المساس بجسم المريض، فهو رضا عام يكون مرة واحدة قبل الشروع في العلاج، فيكفي أخذ إذن المريض قبل بداية التدخل الجراحي لمشروعية عمله الطبي، أما الرضا الثاني الذي هو إلتزام على عاتق الجراح و الذي يكون خاصا بحيث يجب أن يكون مستتبيرا، و هو رضا يلتزم الجراح بأخذه من المريض في كل مرحلة من مراحل العلاج وأمام كل إجراء من إجراءاته، إذ يقع إلتزام على الجراح إعلام المريض بالوقائع في كل وضع جديد، و أمام كل تغيير يطرأ على حالة المريض، ثم يتخذ المريض تبعا لذلك رضائه عن علم و تبصر.

الرضا الذي يقصد به قانونا، هو الذي لا يكون إلا بعد أن يقوم الطبيب الجراح بشرح تفصيلي للمريض عن العملية الجراحية، ذلك لكي يكون المريض على بينة من الأمر، وبالتالي يكون الرضا صادرا عنه على ضوء الواقع والحقيقة وإطلاع على نوع المرض، وماهية الجراحة التي ستجرى عليه، مخاطرها، و المضاعفات التي يمكن أن تنتج عن العملية.¹⁵⁰

¹⁵⁰ - عبد الرحمن توفيق، محاضرات في الأحكام العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص 41.

يعتبر الطبيب الجراح إذا أخذ رضا المريض، قد قام بواجبه و إلتزامه بإحترام المبادئ العالمية للحرية والعدالة و إلتزامات أخلاق مهنته، فضلا عن احترام استقلالية الفرد في اتخاذ القرارات التي تتعلق بشخصه.¹⁵¹

تخلف الرضا يترتب عنه إخلال من جانب الجراح، هذا ما يحمله تبعة المخاطر الناشئة عن الجراحة، حتى لو لم يرتكب أدنى خطأ أثناء التدخل، و تزداد أهمية الحصول على رضا المريض كلما كان العلاج الجراحي ينطوي على الكثير من المخاطر.¹⁵²

يجب أن يصدر الرضا من المريض نفسه، أن يكون حرا و على بيئة كاملة و تبصر، هذا ما أكدته المادة 7 من الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان، الذي اعتمده المؤتمر العام لمنظمة اليونسكو في 19 تشرين الأول 2005 ، والتي جاء فيها:

" لا يجوز إجراء أي تدخل طبي وقائي وتشخيصي وعلاجي، إلا من بعد إبداء الشخص المعني قبوله المسبق والحر والواعي، استناداً إلى معلومات وافية، وينبغي أن يكون القبول، حيثما اقتضى الأمر، صريحاً وأن يتسنى للشخص المعني الرجوع عنه في أي وقت شاء ولأي سبب كان، دون أن يلحقه ضرر أو أذى".¹⁵³

جاء في حكم لمحكمة مونتبلييه Montpellier بتاريخ 1949/07/05 بأنه: " يقع على عاتق الطبيب التزام بإحاطة المريض بطبيعة العلاج و مخاطر العملية الجراحية، و إلا كان مسؤولاً عن كافة النتائج الضارة من جراء تدخله و لو لم يرتكب خطأ في عمله".¹⁵⁴

يقول الفقيه Jean penneau : " إنه في الغالبية من الحالات يجب أن يأتي الإعلام قبل أي عمل طبي، حتى يسمح للمريض بالتفكير و بالشعور الصحيح تجاه العمل الطبي".¹⁵⁵

¹⁵¹ - l'arrêt TEYSSIER (Cour Cass 28 janvier 1942) selon lequel : « L'obligation de recueillir le consentement du patient est imposé par le respect de la personne humaine ».

Voir : Pierre SARGOS, Information du patient et consentement aux soins, Droit médical et hospitalier, N°30, fasc.9, Litec, Juillet 2008, p08.

¹⁵² - حسين طاهري، الخطأ الطبي و الخطأ العلاجي في المستشفيات العامة: دراسة مقارنة الجزائر - فرنسا، دار هومة، الجزائر، 2008، ص22. أنظر أيضا: محمود زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية: المدنية و الجزائية، مرجع سابق، ص382.

¹⁵³ - فواز صالح ، تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى دراسة قانونية مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25 ، العدد الثاني، دمشق، 2009، ص492 و 495.

¹⁵⁴ - زاهية حورية سي يوسف، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 2/2008، ص73.

¹⁵⁵ - مراد بن صغير، مدى التزام الطبيب بإعلام المريض - دراسة مقارنة- ، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 1/2008، ص171.

عرفت الأستاذة جاكلين باز التزام الطبيب بالإعلام بأنه: " الوسيلة الضرورية للتأكد من تعاون المريض بالنسبة للتدابير التي ينوي الطبيب اتخاذها في حالة المريض و من أجل العلاج الذي يقتضي إتباعه، و قررت بأن الطبيب يقع في خطأ إذا لم يعلم المريض عن المخاطر التي يحتملها العلاج المقترح".¹⁵⁶

يعتبر الإعلام أو التبصير الوسيلة المثلى و الناجعة للحفاظ على الثقة في العلاقة القائمة بين المريض و الطبيب، و الطبيب ملزم في إطار ذلك بأن يقدم لمريضه معلومات متسلسلة، بسيطة simples ، مفهومة فلا يجب أن تكون علمية إلى حد التعقيد، و أن تكون صادقة Loyale و تقريبية Approximative.¹⁵⁷

يشتمل هذا الإعلام إطلاع المريض على تكاليف العلاج و طبيعته و الأخطار الناجمة عن مباشرة العلاج و التطور أو الآثار الجانبية المحتملة حصولها.¹⁵⁸

نصت المادة 43 من المرسوم التنفيذي 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي".

المريض لا يستطيع أن يقبل أو يرفض تحمل المخاطر الناجمة عن التدخل العلاجي أو الجراحي، إلا بعد تبصيره بحقيقة هذا التدخل ومدى ما ينطوي عليه من مخاطر، وأي كذب أو إخفاء للحقيقة عن المريض يعتبر من قبيل الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية.¹⁵⁹

هذا و على العموم الإعلام يجب أن يكون كاملا، لكن محتواه يعتمد على خطورة الإجراء المتخذ، فمن المنطقي أن مجرد إجراء عملية بسيطة على سن، لا يكون الإعلام فيها، مثلما لو كان الإجراء المتخذ هو عملية على قلب مفتوح.¹⁶⁰

في حالات معينة قد يؤدي الإفشاء و لو ببعض المعلومات، إلى التأثير على معنويات المريض، مما قد ينعكس على حالته الصحية، هذا الأمر يجيز للجراح إخفاء بعض

¹⁵⁶ - المرجع نفسه، ص 173 و 174.

¹⁵⁷ - Comme le dit le Doyen R. SAVATIER , le médecin doit « **donner une idée raisonnable de la situation à son patient pour qu'il puisse porter un jugement raisonnable** ».

Voir : David PICOVSCHI, Le chirurgien plasticien et La justice, op, cit, p25.

¹⁵⁸ - فواز صالح، تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى دراسة قانونية مقارنة، مرجع

سابق، ص 488 و 489.

¹⁵⁹ - سالم عبد الرضا طويرش الكعبي، التزام الطبيب بتبصير المريض، مجلة جامعة ذي قار، العدد 3، كانون

الأول/2006، ص 29.

¹⁶⁰ - Jean Baptiste THIERRY, *La responsabilité médicale en Europe*, Seminar on: Medical Liability Under the New Federal Law No. 10 of 2008, 08-09 decembre 2009, p69.

المعلومات أو سردها بطريقة عامة، لأن قواعد الطب تؤكد و تلح على ضرورة إقدام المريض على الجراحة و هو مرتاح نفسياً، إذ يجب استبعاد عامل الخوف قدر الإمكان، هذا

ما جاء في نص المادة 51 من م.أ.م.ط :

"يمكن إخفاء تشخيص مرض خطير عن المريض لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب أو جراح الأسنان بكل صدق وإخلاص، غير أن الأسرة يجب إخبارها إلا إذا كان المريض قد منع مسبقاً عملية الإفشاء هذه أو عين الأطراف التي يجب إبلاغها بالأمر، ولا يمكن كشف التشخيص الخطير أو التنبؤ الحاسم إلا بمنتهى الحذر والاحتراز".

و قد راعى القضاء الفرنسي هذه المسألة، حينما أعفت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 1961/02/21 الطبيب من المسؤولية عندما هون على المريض النتائج الضارة و المحتملة للتدخل الجراحي بأن سردها بطريقة سهلة، و دون تفصيل في ذلك مراعاة لحالة المريض النفسية.¹⁶¹

ثانياً: إلتزام تقديم العلاج للمريض في خطر

تكون العلاقة بين الجراح و المريض تعاقدية غالباً، بحيث يجب في هذه العلاقة توفر التراضي، فلا يوجد نص قانوني يلزم الجراح بالقيام بجراحة للمرضى الذين يطلبون مساعدته، و الفرد لا يعد مخلاً بالتزامه إلا إذا ترك واجباً يفرضه القانون أو الاتفاق.¹⁶²

يرى جانب من الفقه بأن الطبيب و الجراح لهما كامل الحرية في قبول أو رفض الدعوة للعلاج، بحجة أنه لو وجد إلتزام قانوني أو عقدي يجبره على تلبية نداء كل مريض، لأصبح الطبيب و الجراح في حالة عبودية لا تطاق.¹⁶³

هذا ما ورد في المادة 42 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب:

"... وتمثل حرية الاختيار هذه مبدأ أساسياً تقوم عليه العلاقة بين الطبيب و المريض و العلاقة بين جراح الأسنان و المريض، ويمكن للطبيب أو جراح الأسنان مع مراعاة المادة 9 أعلاه، أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج"

الإستثناء عن قاعدة حرية الجراح في تقديم العلاج نص عليه في المادة 09 من م.أ.م.ط. إذ جاء فيها:

" يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضاً يواجه خطراً وشيكاً، أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له."

¹⁶¹ - مراد بن صغير، مدى التزام الطبيب بإعلام المريض - دراسة مقارنة -، مرجع سابق، ص 195.

¹⁶² - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، مرجع سابق، ص 185 و 186.

¹⁶³ - زاهية حورية سي يوسف، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 66.

يكون الجراح إذن ملزماً بمساعدة المريض و تقديم العلاج له، متى كان هذا الأخير في خطر و كان الطبيب في مركز المحتكر، أي في ظرف لا يوجد سواه لإسعاف المريض، سواء تعلق الأمر بظرف الزمان أو المكان أو ظرف الاختصاص الفني بحيث لا يوجد مختص غيره، يقع على عاتق الجراح أيضاً أن لا ينقطع عن معالجة المريض في وقت غير لائق وبغير مسوغ قانوني.¹⁶⁴

صدر قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1963/10/29، قضي فيه بمسؤولية الطبيب الذي ترك المريض لرعاية شخص آخر ثبت أنه مساعد طبيب غير متخصص، بالإضافة إلى رفضه الانضمام بعد ذلك إلى زملائه في تشخيص حالة ذات المريض، مما تسبب في تأخير علاجه.¹⁶⁵

تكرس هذا المبدأ في قانون العقوبات الجزائري إذ جاء في المادة 182 منه : " يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 15.000دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يستطيع بفعل مباشر منه و بغير خطورة عليه أو على الغير... كل من امتنع عمداً عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة له وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير..."

قضت محكمة التمييز الفرنسية في قرار لها بتاريخ 1998/02/06 بأنه: " كل من يمتنع بإرادته عن تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر طالما كان بإمكانه أن يقدم تلك المساعدة شخصياً أو يطلب النجدة دون أن يعرض نفسه أو أي شخص آخر للخطر، يرتكب جنحة الامتناع عن تقديم العلاج أو العون ".¹⁶⁶

ثالثاً: الإلتزام بالمحافظة على السر الطبي (المهني)

قال "سقراط" :

« il ya plus de peine a garder un secret qu'a tenir un charbon ardent dans sa bouche ».

كما قال البروفيسور "بورت" Portes في 1950 :

" Il n'y a pas de bonne médecine sans confidences, pas de confidences sans confiance, pas de confiance sans secret "¹⁶⁷

¹⁶⁴ - رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2005، ص117.

¹⁶⁵ - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، مرجع سابق، ص191.

¹⁶⁶ - نقلاً عن زاهية حورية سي يوسف، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص67.

¹⁶⁷ - P. LEPEE et H.J. LAZARINI et J. DOIGNON, Le secret professionnel en médecine du travail, édition MASSON, Paris, 1981, p 02.

إن الالتزام بالسر المهني معروف منذ القدم، فقبل أن يكون إلزاماً قانونياً فهو التزام أخلاقي و ديني، فالمصلحة العامة تفرض الإلتزام بالمحافظة على السر المهني، إذ بدونه قد لا يغامر المريض بالذهاب للأطباء و الجراحين، مادام ليس متيقن من أن أسرار حياته و جسمه في أمان، و نظراً لأهمية هذا الإلتزام و دوره في دفع المرضى إلى اللجوء للأطباء بأكثر راحة، تدخل المشرع ووضع إلتزام على عاتق الأطباء و الجراحين بالحفاظ على السر المهني.¹⁶⁸

يشتمل العمل الجراحي بالضرورة إطلاع الجراح على وقائع و معلومات تتسم بالسرية، فيقع على عاتقه إلتزام الحفاظ عليها و عدم إفشائها،¹⁶⁹ إن الاحتفاظ بالسر المهني لا يعني فقط عدم الإفشاء بل أيضاً أن لا يسمح الجراح لأحد بالإطلاع على وثائق المرضى و الوقائع و الظروف التي حدث فيها المرض غير أن السر المهني لا يشمل المريض الذي له كل الحق في الإطلاع على كل ما يتعلق بحالته.¹⁷⁰

بالنسبة لتعريف السر المهني فقد عرفه بعض الفقهاء بأنه: " كل خبر يجب أن يظل في طي الكتمان عن كل الأشخاص فيما عدا أشخاص تتوافر فيهم صفات معينة"، و عرفه فريق ثاني بأنه: " كل ما يصل لعلم الطبيب من معلومات أيا كان طبيعتها، تتعلق بحالة المريض و علاجه و الظروف المحيطة سواء حصل عليها من المريض نفسه أو علم بها أثناء أو بمناسبة أو بسبب ممارسة مهنته".¹⁷¹ أو هو الإفشاء بمعلومات كافية و محددة للغير، و يتحقق الإفشاء إذا أعلن السر مهما كان مهما أم لا، و لا يتطلب ذكر اسم صاحب السر، إنما يكفي بكشف بعض معالم شخصيته التي يمكن من خلالها تحديده، كما انه لا توجد وسيلة معينة للإفشاء إذ يكفي أن يعلن السر بأية طريقة كانت مباشرة أو غير مباشرة، شفويا أو كتابيا.¹⁷²

عرف " منير رياض حنا " السر المهني على أنه: "كل ما يضر إفشاؤه بالسمعة أو الكرامة"، فالنبا يصح أن يكون سرا ولو كان مشيناً بمن يريد كتمانها، وإنما يلزم أن يكون من شأن البوح به إلحاق ضرر بشخص ما بالنظر إلى طبيعة النبا، أو ظروف الحال، ويستوي

¹⁶⁸ - محند أكرام، المسؤولية الجنائية للطبيب من خلال التجربة المغربية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص حول

المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون و الاجتهاد القضائي، الجزائر، 2011، ص 115.

¹⁶⁹ - Pour les médecins et les chirurgiens la situation est claire l'obligation au secret est générale et absolue. Le 22 décembre 1966, La chambre criminelle de la cour de cassation répète encore : « l'obligation au secret professionnel, établie et sanctionnée par le code pénal pour assurer la confiance nécessaire a l'exercice de certaines professions ou de certaines fonctions, s'impose aux médecins comme un devoir de leur état, qu'elle est générale et absolue et qu'il n'appartient à personne de les en affranchir ». Voir : P. LEPEE et H.J. LAZARINI et J. DOIGNON, Le secret professionnel en médecine du travail, op, cit, p 06.

¹⁷⁰ - فريدة عميري، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مرجع سابق، ص 29.

¹⁷¹ - نقلا عن محند أكرام، المسؤولية الجنائية للطبيب من خلال التجربة المغربية، مرجع سابق، ص 117.

¹⁷² - عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية: الجنائية و التأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 131 و 132.

أن يكون الضرر أدبيا أم ماديا، وهناك من عرف السر المهني أنه: "عدم البوح بالشيء الذي لا يقتضي البوح به من قبل من أؤتمن عليه يلحق ضررا بمن أراد كتمانها".¹⁷³

في حين عرفه "عادل جبري محمد حبيب" على أنه الأمر الذي إذا أذيع أضر بسمعة صاحبه أو كرامته.¹⁷⁴

المشرع الجزائري في تعريفه للسر الطبي ذهب لذكر مشتملاته، بحيث نصت المادة 37 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب على:

"يشمل السر المهني كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان ويسمعه ويفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهمته"

هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في إطار حمايته للسر المهني بموجب المادة 301 من قانون العقوبات والتي تنص: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاؤها ويصرح لهم بذلك..."
كذلك المادة 16 من قانون الوظيف العمومي التي نصت على أن:

"الموظف ملزم بالسر المهني أيا كانت المهنة التي يشغلها."

و هو نفس ما ذهبت إليه المادة 1/206 من قانون حماية الصحة و ترقيتها بنصها:

"يضمن احترام شرف المريض و حماية شخصيته بكتمان السر المهني الذي يلزم به كافة الأطباء و جراحو الأسنان و الصيادلة."

لا ينقضي التزام الجراح بعدم إفشاء أسرار المريض بمرور مدة أو بوفاة المريض فهو التزام ابدى، و هو ما نصت المادة 41 من م.أ.م.ط عليه:

"لا يلغى السر المهني بوفاة المريض إلا لإحقاق حقوق."

إذا كان الأصل أن الطبيب و الجراح محظور عليهما إفشاء أسرار المريض، ما يترتب عليه المسؤولية المدنية و الجزائية، إلا انه في حالات استثنائية يجوز للطبيب و الجراح أن يفشي ما لديه من أسرار :

-إذا كانت القوانين النافذة تنص على إفشاء مثل هذا السر أو صدر قرار بإفشاءه من جهة قضائية و كان في الإفشاء مصلحة.

¹⁷³-Evidemment lorsque deux ou plusieurs praticiens collaborent ou traitement d'un malade, il est indispensable qu'ils échangent des renseignements, dans la limite de ce qui est nécessaire a la conduite des soins. Mais rien n'autorise un médecin à donner des renseignements sur ces malades à un autre médecin qui ne participe pas aux soins.

Voir : Ordre nationale des médecins, le secret professionnel des médecins, imprimerie Gaignault, 1980, p16.

¹⁷⁴ - نصيرة ماديو، إفشاء السر المهني بين التجريم و الإجازة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص10.

-إذا كان إفشاء السر بناء على طلب صاحبه أو قبوله أو كان في إفشائه مصلحة للمريض أو مصلحة للمجتمع.

-إذا كان الغرض منه منع تفشي مرض معد يضر المجتمع و يكون الإفشاء هنا للسلطة الصحية المختصة فقط.¹⁷⁵

* حالة الشهادة أمام القضاء و حالة إجازة المريض للإفشاء:

من المعلوم أن أداء الشهادة أمر واجب و إلزامي على الفرد، و هو من النظام العام لأنه يتعلق بمصلحة العدالة، و بالتالي إذا تعارضت المصلحة العامة بالمصلحة الخاصة، فإن الأولى تقديم المصلحة العامة، لكن هذا الأمر له استثناء،¹⁷⁶ الطبيب ملزم بمراعاة السر حتى أمام القاضي، و هذا الأخير لا يمكنه إجبار الطبيب على التصريح بما وصل إلى علمه من معلومات سرية حول المريض.¹⁷⁷

فقد نصت المادة 97 ق.إ.ج على أنه: " كل شخص استدعي لسماع شهادته ملزم بالحضور و حلف اليمين و أداء الشهادة مع مراعاة الأحكام القانونية المتعلقة بسر المهنة."

جاءت المادة 5/206 من ق.ح.ص.ت للنص على:

" لا يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي المدعو للإدلاء بشهادته أمام العدالة أن يفشي الأحداث المعنية بالسر المهني، إلا إذا أعفاه مريضه من ذلك".

أضافت المادة 2/206 من ق.ح.ص.ت على أنه:

" ما عدا الترخيص القانوني يكون الالتزام بكتمان السر المهني عاما و مطلقا في حالة انعدام رخصة المريض، الذي يكون بدوره حرا في كشف كل ما يتعلق بصحته." إذن يمكن للجراح إفشاء السر المهني سواء أمام القضاء للشهادة أو خارج ذلك في حالة أباح له المريض، فوجود مصلحة للمريض تقتضي الإعتراف له بحقه في إعفاء الطبيب من إلتزامه بالحفاظ على السر المهني، و المريض وحده من له الحق في السماح بالإفشاء و هو ما جاء في حكم محكمة ليون بتاريخ 1954/10/14 فقررت فيه أن الذي له أن يسمح للطبيب بإفشاء السر هو المريض فقط دون الورثة.¹⁷⁸

¹⁷⁵ - عثمان جمعة ضميرية، أخلاقيات الطبيب و قانون المسؤولية الطبية دراسة في ضوء الإسلام، مرجع سابق، ص109.

¹⁷⁶ - عبد القادر بومدان، المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء السر الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع " قانون المسؤولية المهنية"، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص63.

¹⁷⁷ - Le médecin doit garder le silence sur ce qu'il sait de ses patients même devant la justice, le juge ne peut exiger de lui qu'il se serve pour témoignage de ce qu'il a appris dans l'exercice de sa profession, le médecin ne peut pas rendre publics les renseignements qu'il possède. Voir : Ordre nationale des médecins, le secret professionnel des médecins, op, cit, p15.

¹⁷⁸ - محسن عبد الحميد البيه، التزامات الأطباء المتصلة بواجباتهم الإنسانية و الأخلاقية و الأعمال الفنية، مؤتمر"الطب و القانون"، الجزء الأول، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 3-5 ماي 1998، ص612.

* حالة الخبرة:

قد يكلف الجراح الخبير من قبل المحكمة أو من سلطة التحقيق بمهمة تتعلق بعمله، كفحص مصاب أو شخص تعرض لخطأ جراحي، و هذا لا شك يفقده الكثير من صفاته كأمين على السر و يقربه أكثر من صفة وكيل للعدالة و مساعد لها، غير أن الجراح الخبير و إن كان له الإفشاء على بعض الأسرار إلا أنه يلتزم بألا يفشي في تقريره سوى المعلومات التي تشكل إجابة محددة على الأسئلة المطروحة في قرار ندبه.¹⁷⁹

* حالة الترخيص القانوني:

نصت المادة 54 من ق.ح.ص.ت:

"يجب على أي طبيب أن يعلم فوراً المصالح المعنية بأي مرض معد شخصه، وإلا سلطت عليه عقوبات إدارية و جزائية."

إذا علم الجراح أثناء أو بسبب التدخل الجراحي بأن المريض مصاب بمرض معدي¹⁸⁰ كالسيدا (virus HIV)، الكوليرا (Choléra)، داء الكلب (Rage).. الخ فمن واجبه أن يبلغ عن ذلك، و يعد التبليغ ضرورة للحفاظ على المصلحة العامة و صحة الأشخاص المحيطين بالمريض خاصة.¹⁸¹

الفرع الثاني: الإلتزامات المرتبطة بالمهنة (الفنية)

تلعب الإلتزامات المرتبطة بالاختصاص الجراحي أي بمهنة الجراحة، دوراً هاماً بحيث هي ضرورية في كل جراحة، لعل أهم هذه الإلتزامات، واجب القيام بالفحوصات اللازمة قبل الجراحة (أولاً)، أضف لذلك واجب الإستعانة بأخصائي تخدير (ثانياً)، زيادة على ذلك واجب متابعة حالة المريض بعد العملية و حتى مجاوزته مرحلة الخطر (ثالثاً).

أولاً: إلتزام الجراح بالقيام بالفحوصات اللازمة قبل التدخل الجراحي

لتجنب مخاطر العمل الجراحي بقدر الإمكان، هناك بعض الاحتياطات التي يتعين على الطبيب الجراح مراعاتها قبل مباشرة العملية الجراحية، من بينها فحص المريض فحصاً بيولوجياً شاملاً قبل إجراء تدخل جراحي، هذا ما تقتضيه الأصول الطبية الجراحية من ضرورة إجراء فحوص أولية لاختبار حالة و وضعية المريض قبل المباشرة والشرع في العلاج الجراحي.¹⁸²

يجب أن لا يقتصر هذا الفحص على المكان أو العضو الذي سيخضع للعملية الجراحية، وإنما يمتد هذا الفحص ليشمل حالة المريض العامة للتأكد من أن حالته تسمح بإجراء العملية الجراحية و النتائج التي يترتب عليها، و يعتبر الطبيب الجراح قد أخل بالتزامه، إذا أجرى العملية الجراحية للمريض دون القيام بفحص حالته الصحية، فيعد مسؤولاً عما يمكن أن

¹⁷⁹ - علي نجيدة، التزام الطبيب بحفظ أسرار المريض، مؤتمر "الطب و القانون"، الجزء الأول، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 3-5 ماي 1998، ص 242 و 243.

¹⁸⁰ - أصدرت الجزائر قرار وزاري مؤرخ في 17 نوفمبر 1990 يتضمن الأمراض المعدية الواجب التبليغ عنها.

¹⁸¹ - نصيرة ماديو، إفشاء السر المهني بين التجريم و الإجازة، مرجع سابق، ص 77.

¹⁸² - حسين طاهري، الخطأ الطبي و الخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، مرجع سابق، ص 25 و 26.

يترتب عليه من نتائج بعد إجراء العملية، و يهدف الفحص للتأكد من حاجة هذا العضو فعلا للعملية الجراحية، فقد يكون العضو سليماً ولا يحتاج المريض لإجراء العملية ، أو قد يقوم الجراح باستئصال عضو سليم بدل العضو التالف.¹⁸³

فالجراح ملزم في هذه المرحلة بإعداد تقرير كامل عن صحة المريض، و بإخضاعه للتحاليل و الأشعة و الفحوصات المختلفة من قياس متعدد للضغط و درجة الحرارة، كما يتعين على الجراح أن يتأكد قبل إجراء العملية ما إن كان المريض على الريق (لم يتناول شيئاً ما) خاصة في العمليات التي تتطلب أن تكون معدة المريض فارغة.¹⁸⁴ كما ينبغي أن يتأكد الجراح قبل إجراء العملية مما إذا كان المريض والمصاب بجرح قد أخذ الحقنة المضادة للتيتانوس، فقد أدانت محكمة باريس جراحاً لإهماله في إجراء مثل هذا الفحص حيث توفي المريض بعد إجراء العملية متأثراً بمرض التيتانوس لعدم أخذه العلاج المضاد له.¹⁸⁵

يجب أن يكون الفحص علمياً مبنياً على أسس مهنية و فنية، و في إطار الحلول التي تسمح بها الأصول العلمية المتوصل إليها حسب المبادئ المستقرة في المهنة، و بالطبع في الحدود التي يسمح بها تخصص الجراح أو مستواه الطبي و ما يتوقع من طبيب يقظ في مستواه، يجب على الطبيب الجراح أن يقوم بفحص مريضه بدقة وعناية قبل إجراء العملية فهو يسأل عن كل ضرر يمكن أن يترتب على إهمال هذا الفحص، ويلتزم الطبيب الجراح قبل إجراء العملية للمريض بأن يستشير الطبيب المعالج، إذا لم يكن هو الطبيب المعالج حتى يشير في مدى تحمل المريض للعملية.¹⁸⁶

إذا تغاضي الجراح عن القيام بالفحوص، نظراً لشدة خطورة و إستعجال الحالة المعروضة عليه، وواجب السرعة المطلوبة، يعد غير مخلاً بالتزامه، فقد أعفت المحاكم الفرنسية الجراح من المسؤولية عن وفاة مريض أثناء العملية الجراحية نتيجة سكتة قلبية، رغم عدم قيام الجراح بالفحوص الأولية قبل الجراحة لأنه لم يكن هناك وقت لذلك فالحالة الحرجة المعروضة عليه هي التي استدعت التدخل الجراحي الفوري .¹⁸⁷

ثانياً: إلتزام الجراح بالإستعانة بأخصائي تخدير

يحتاج الطبيب الجراح أثناء قيامه بالتدخل الجراحي إلى سكون المريض و عدم تحركه، ذلك كي يستطيع القيام بعمله على الوجه المطلوب، فحركة المريض وانزعاجه و عدم الاستقرار أثناء الجراحة يعتبر عائق كبيراً يحول دون أدائها و القيام بها، فبدون التخدير قد

¹⁸³ - عادل المقدادي، الخطأ الطبي في العمليات الجراحية، موقع منتديات كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر،

<http://www.f-law.net/law/showthread.php?35395>

¹⁸⁴ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين...، مرجع سابق، ص 423.

¹⁸⁵ - المرجع نفسه، ص 421.

¹⁸⁶ - محمود زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية: المدنية و الجزائية، مرجع سابق،

ص 152.

¹⁸⁷ - حسين طاهري، الخطأ الطبي و الخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، مرجع سابق، ص 25 و 26.

يقوم المريض بحركة مفاجئة نتيجة للألم، وقد تطيش بسبب ذلك يد الجراح التي تحمل أداة حادة فتقطع عرقاً أو عضواً، فينشأ خطر أعظم من المرض الذي تم التدخل لعلاج¹⁸⁸، لذلك كله فإن الجراح يلجأ إلى وضع المريض تحت التخدير قبل مباشرة العلاج الجراحي، وهذا يحتاج إلى وسائل فائقة في العناية و التركيز، فمقادير التخدير تختلف بين شخص لآخر، من كبير لصغير، ذكر أو أنثى، بدين أو نحيف، كما وتختلف في ذات الفئة بين معتاد لبعض العادات والمشروبات وليس كذلك، كل هذه الأسباب تجعل من التخدير أساسياً لكل تدخل جراحي.

كانت عملية التخدير و لوقت طويل تمارس من قبل الجراح نفسه، أو بواسطة إحدى الممرضات التي كانت تقوم بتلك الأعمال تحت رقابة و سلطة الجراح، و بالنتيجة كان يسأل عن الحوادث التي يرجع سببها إلى التخدير، ولكن أحوال الجراحة و التخدير تغيرت في أعقاب عوامل عديدة منها ظهور طبيب مختص في التخدير و تدريس هذا الاختصاص في الجامعات و المعاهد كعلم بحد ذاته، و كذا لتطور سبل التخدير و الوسائل المستخدمة من عقاقير و أدوية مخدرة و صدور نصوص تنظيمية و أحكام قضائية تلزم الجراح بالإستعانة بأخصائي تخدير، توكل إليه مهمة التخدير و الإنعاش.¹⁸⁹

إن ظهور أخصائي في التخدير و الإنعاش و على قدر كبير من الكفاءة إلى جوار الجراح، كان من نتائجه أن أدى إلى توزيع الاختصاصات الموكلة لكل واحد منهم، فحدث استقلال مهني لطبيب التخدير عن الجراح، فأصبحت تقع على عاتق هذا الأخصائي مهمة ضمان تخدير المريض لكي لا يشعر بالألام أثناء التدخل الجراحي، و يقع على عاتقه أيضاً ضمان إفاقة المريض و إنعاشه و إخراجة من غيبوبته، إن عمل طبيب التخدير يسمح للجراح بتنفيذ العمل الجراحي بأكمل وجه دون حاجة لمراقبة المريض و حالته التنفسية و النبض و حالة الأوعية التي يتولاه أخصائي التخدير.

استقر القضاء على نحو ظاهر لإدانة الممارسات الطبية التي يلجأ إليها بعض الجراحين، و التي تتمثل في قيامهم بالتخدير بأنفسهم أو توكيل عمليات التخدير لأشخاص لا يتمتعون بالكفاءة المطلوبة، من أمثلة ذلك ما قضت به محكمة "دويه" الفرنسية، من أنه يعتبر مهملًا و أرعنا الطبيب الذي يخالف ما جرى عليه العمل بين الأطباء، من حيث الإستعانة أثناء إجراء العمليات الجراحية بشخص حاصل على دبلوم فني في التخدير، أو على الأقل ذي خبرة طويلة في فن التخدير، غير أن الجراح في هذه القضية إستعان بسيدة عاملة في مصنع و اسند إليها عملية تخدير و هو عالم أنها لا تملك دبلوم في الاختصاص و عليه إعتبر مخطئاً بالتزامه.¹⁹⁰

¹⁸⁸ - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية و الآثار المترتبة عليها، مرجع سابق، ص 282.

¹⁸⁹ - محمد بودالي، المسؤولية الجزائية للجراح و طبيب التخدير و الإنعاش، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص حول

المسؤولية الطبية في ضوء القانون و الاجتهاد القضائي، الجزائر، 2011، ص 71.

¹⁹⁰ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين...، مرجع سابق، ص 426.

كما قضت محكمة النقض المصري بتاريخ 1959/01/27 بأن قيام الطبيب بإجراء عملية جراحية تستغرق أكثر من ساعة دون الاستعانة بطبيب أخصائي تخدير، و قيامه هو بحقن المريض بمخدر، دون الإطلاع على زجاجة لمعرفة ما إذا كان هو المخدر الذي طلبه أم غيره، يعتبر إخلالاً بالتزامه و خطأً موجباً لمسؤوليته المدنية و الجنائية.¹⁹¹

يبيرر القضاء إدانته لهذه الممارسات، بالمخاطر التي يتعرض لها الشخص الخاضع للتخدير و درجة الخطورة الكبرى للمواد المخدرة المستعملة، إذ أن أي جرعة و لو بسيطة فوق أو تحت القدر المطلوب، قد تكون لها نتائج كارثية على المريض، كحوادث التشنج و الأزمات القلبية و الشلل و الغيبوبة و التي قد تصل حتى لدرجة الموت.¹⁹²

ثالثاً: التزام الجراح بمتابعة المريض

متى قبل الطبيب الجراح علاج المريض، فإنه يلتزم بمتابعته و عدم تركه أو هجره قبل انتهاء العملية و طالما أن المريض في حاجة لجهوده، تطبيقاً لذلك قضت محكمة باريس بتاريخ 1957/12/02 بأن الطبيب يكون مخلاً بالتزامه إذا توقف عن العناية بمريض خلال علاج صعب و دقيق.¹⁹³

يلتزم الجراح أن يكمل التدخل الجراحي بنفسه، بحيث لا ينقطع عن إكمالته بدون سبب و مسوغ قانوني، و يعد مقصراً و مخلاً بالتزامه إذا غادر و ترك مساعده أو احد أعضاء الفريق الطبي ينهي العملية دون أن يكون لذلك ضرورة ملحة.

لا يتوقف العمل الجراحي عند مجرد القيام بالعملية و انتهاء الجراحة، إنما تقتضي الممارسة الطبية ضرورة مراقبة ما ستسفر عنه الجراحة، و مدى نجاحتها و تحقيقها للعلاج، أو على الأقل التأكد من عدم حدوث مضاعفات للمريض من جرائها، خاصة إذا كانت طبيعة التدخل الجراحي خطرة و حرجية، وعليه يقع على عاتق الجراح إلزام مراقبة حالة المريض عقب إجراء العملية الجراحية حتى استفاقة الكاملة و مروره من مرحلة الخطر و لا بد من توفير العناية اللازمة له التي يتطلبها جسمه.¹⁹⁴

يدخل في نطاق التزام المتابعة أيضاً تقديم الجراح للنصائح و التعليمات للمريض، فيتعين عليه أن يحدد للمريض التصرفات الخطيرة التي يجب ألا يقوم بها، و تلك التي يجب أن يقوم بها، إضافة إلى النظام الغذائي الذي يتبعه، وهذا ما جاء في حكم محكمة باريس بتاريخ

¹⁹¹ - عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، طبيعة المسؤولية المدنية عن ضرر الخطأ المهني للطبيب و نطاق ضمانه في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، مؤتمر "الطب و القانون" الجزء الثاني، جامعة الإمارات المتحدة، من 3-5 ماي 1998، ص 311 و 312.

¹⁹² - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين...، مرجع سابق، ص 423.

¹⁹³ - محسن عبد الحميد البيه، التزامات الأطباء المتصلة بواجباتهم الإنسانية و الأخلاقية و الأعمال الفنية، مرجع سابق، ص 616 و 617.

¹⁹⁴ - D.MALICER, A.MIRAS, P.FEUGLET, P.FAIVRE, La responsabilité médicale, données actuelles, op, cit, p 174.

1962/06/18، قضت فيه بأن الجراح: " لا يمكنه أن يكتفي بتدخله في العمليات الجراحية اللازمة، و في إعطاء التعليمات المناسبة فقط، بل يجب عليه أيضا أن يزود المريض بكل التعليمات و النصائح التي من شأنها أن تجنب أو تخفف النتائج الأليمة و المألوف حدوثها، وفقا لردود أفعال جسده.¹⁹⁵

كما جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1999/05/27 بأن طبيب أمراض النساء مرتبط بالتزام ضمان الرقابة بعد العملية الجراحية التي خضعت لها المريضة و ذلك خاصة للتحقق من تطور النزيف الذي تطلب إخضاعها للعملية.¹⁹⁶ المتابعة تشمل رقابة كافية للمريض متى كانت حالته الجسمية أو العقلية أو النفسية تستدعي ذلك حتى لا يضر بنفسه، خاصة أمام حالة المرضى الذين يفقدون مؤقتا بعد العملية السيطرة على أنفسهم بسبب التخدير.

لكن يجب التمييز في هذا الصدد بين العناية المرتبطة بالعملية الجراحية، و بين تلك العناية العادية التي يلزم توافرها للمريض بصفة عامة دون ضرورة خضوعه لعملية، فإذا كان الجراح ملزما في النوع الأول بالعناية و المتابعة وبصفة خاصة تلك التي يجب بذلها للمريض حتى يتجاوز مرحلة الخطر، فإنه لا يلتزم في النوع الثاني بالعناية و المتابعة و الذي يكون على عاتق المستشفى أو العيادة التي يتواجد بها المريض.

المستقر عليه فقها و قضاء أن إلتزام الجراح بالعناية و الإشراف على المريض عقب العملية، كالتزامه قبل و أثناء العملية، وكل إهمال أو إغفال لهذا الإلتزام، يكشف عن جهل الجراح بواجباته التي من بينها استمرار الرعاية و بذل العناية و متابعة حالة المريض، إلى غاية تجاوزه مرحلة الخطر.¹⁹⁷

¹⁹⁵ - نقلا عن منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين...، مرجع سابق، ص 139.

¹⁹⁶ - وزنة سايكي، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مرجع سابق، ص 51.

¹⁹⁷ - رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية، مرجع سابق، ص ص 223-225.

الفصل الثاني

الخطأ الطبي الجراحي الموجب للمسؤولية المدنية

كتب « Montaigne » " الأطباء لهم الحظ في أن أشعة الشمس تنير و تظهر أعمالهم و نجاحاتهم، و أن الأرض تستر و تخفي أخطائهم"،¹ عبارة كهذه لم تعد ممكنة في عصرنا هذا، فالأخطاء الطبية و الجراحية لم تعد خافية بل بالعكس تسلط عليها الأضواء، غير أنه نظرا لطبيعة العمل الطبي الجراحي فإن هذا الخطأ الفني، يثير صعوبة من حيث أن تحديده لا يكون في متناول كل الناس لطبيعته العلمية، لذلك لابد من توضيح هذا النوع من الأخطاء (المبحث الأول).

في البداية كانت هناك آراء تتادي بإعفاء الطبيب الجراح من المسؤولية عن الخطأ الطبي الواقع منه بصفة عامة، استنادا على أن مهنة الطب و الجراحة خاصة لا يمكن أن ترقى و تتقدم دون أن يباح للطبيب الجراح الحق المطلق في أمر المريض، فلا رقيب عليه في عمله إلا ضميره، "إن الطبيب لا يعترف بأي قاضي، إلا الله ثم أقرانه من الأطباء، و لا يعترف بأي مسؤولية، إلا تلك التي يملئها عليه ضميره الأخلاقي".²

بالإضافة لذلك المريض يكون حر في اختيار طبيبه، و إن أخطأ الاختيار فلا يلوم إلا نفسه، و هذا ما يجعله مسؤولا عن الإصابة و ليس الطبيب، غير أن الواقع يبين العكس، فالقانون و القضاء لا يأخذ بذلك، فالطبيب الجراح الذين يقع في أخطاء يكون مسؤول عنها من الناحية المدنية³ (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الخطأ الطبي الجراحي

قد يتضمن الجراحة أخطاءً و مضاعفات خاصة، تختلف حسب نوعيتها ومدى خطورتها، فقد يحدث سوء ما في غرفة العمليات ويؤدي إلى حدوث مضاعفات أو أخطاء، إذ من الممكن أن يعاني المرء حساسية تجاه البنج (المخدر) من غير أن يدري، خاصة إذا كان يخضع للجراحة للمرة الأولى، إحدى المشكلات أيضا هي احتمال حصول نزف طارئ أثناء الجراحات الكبيرة، و الذي تزداد خطورته إذا لم يتم تأمين دم بديل، كما قد تحدث مشكلة في المعدات أو الأدوات المستعملة في الجراحة كأن تشكو من عيب، كما

¹ - « Les médecins ont le bonheur que le soleil éclaire leur succès et que la terre cache leurs fautes ». Cité par : David PICOVSCHI, Le chirurgien plasticien et la justice , op, cit, p06.

² - « Le médecin ne reconnaît pour juge, après Dieu, que ses pairs et n'accepte point d'autre responsabilité que celle, toute morale de sa conscience... » Réponse de l'académie de Médecine et de chirurgie au président du tribunal de Domfront (1829). Cité par : Olivier RODAT, La responsabilité chirurgicale : Evolution des concepts et des mentalités, p6.

³ - أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، مرجع سابق، ص 78.

قد تحدث التهابات أثناء العمل الجراحي و التي لا تظهر عموماً إلا بعد العملية وليس خلالها، كما قد يقع الجراح في خطأ بسبب التعب أو بسبب سوء التقدير...و غيرها من الأخطاء.

و عليه لابد من معرفة مفهوم هذا الخطأ الطبي الجراحي(المطلب الأول) ثم تفرقت هذا الخطأ الطبي الجراحي عن الحادث الطبي، و كذا تفرقت خطأ الجراح الشخصي عن خطئه ضمن الفريق الطبي(المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الخطأ الطبي الجراحي

إذا كان الخطأ الطبي الجراحي مصطلح شامل، إذ أنه يشتمل على خطأ المستشفى العام أو الخاص أو كذا العيادة العامة أو الخاصة التي تمت فيها العملية، كما قد يشمل هذا الخطأ كل من شارك في إجراء العملية من قريب أو من بعيد، إلا أننا سنتطرق فقط لتحديد خطأ الجراح بمناسبة التدخل الجراحي(الفرع الأول)، و لتقسيمات هذا الخطأ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد الخطأ الطبي الجراحي

لتحديد الخطأ الطبي الجراحي لابد من تبسيطه و تعريفه (أولاً) ثم تحديد المعيار الذي يقاس به و الذي يقدر به الخطأ الطبي الجراحي(ثانياً).

أولاً: تعريف الخطأ الطبي الجراحي

اختلف الفقهاء في تعريفهم للخطأ و من ثم تعريفهم للخطأ الطبي باعتباره لا يتميز بتعريف خاص به، و إنما مستوحى من الخطأ بوجه عام كركن لقيام المسؤولية المدنية، و على هذا الأساس عرّف بعض الفقه الخطأ بأنه " الإخلال بواجب سابق كان بالإمكان معرفته أو مراعاته " ⁴.

الخطأ الذي يُسأل عنه الطبيب هو إخلاله بواجب طبي مفروض عليه بحكم نظام مهنته والأعراف الراسخة فيها، أو عن جهله قواعد مكرسة في العلم الطبي، أو إهماله الحيطة والحذر الواجبين، أو إغفاله الأصول الفنية لممارسة مهنة الطب، أو قلة الروية والدراية. ⁵

بالنسبة لليتري Littré " الخطأ هو عبارة عن عمل انتهى بالفشل "

⁴ - زاهية حورية سي يوسف، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 60.

⁵ - نادر شافي، الطبيب بين الرسالة والمساءلة، مجلة الجيش العدد 235 - كانون الثاني، 2005، الموقع:

<http://www.lebarmy.gov.lb/article.asp?ln=ar&id=6814>

بالنسبة للاروس Larousse " الخطأ هو عدم مراعاة للمعايير و القوانين التي تنظم علم أو فن⁶

أما التعريف الذي يقترحه الأستاذ "أسامة عبد الله قايد" للخطأ الطبي، فهو: " كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد و الأصول الطبية الذي يقضي بها العلم أو المتعارف عليها نظريا و علميا وقت تنفيذ العمل الطبي، أو إخلاله بواجبات الحيطة و الحذر و اليقظة التي يفرضها القانون متى ترتب على فعله نتائج جسيمة، في حين كان في قدرته و واجبا عليه أن يتخذ في تصرفه اليقظة و التبصر حتى لا يضر بالمريض".⁷

عرّف المعهد الطبي الأمريكي الخطأ الطبي أنه هو "الفشل في إتمام عمل مقصود على الوجه المقصود، أو استعمال عمل خاطئ لتحقيق هدف ما".⁸

يعرف الدكتور محمد حسين منصور الخطأ الطبي بأنه " تقصير في مسلك الطبيب أو انحرافه ".⁹ أو هو " قيام الجراح أثناء مزاولته لمهنته بالحاق الضرر بالمريض بسبب تقصيره أو إهماله أو قلة الاحتراز أو عدم مراعاته للأنظمة، أو هو إخلال عند التصرف الإرادي بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها المشرع على كافة الأفراد فيما يباشرونه من أفعال، حرصاً على الحقوق والمصالح التي يحميها القانون، وعدم حيلولته تبعاً لذلك دون إفشاء سلوكه لإحداث النتيجة المعاقب عليها".¹⁰

الجراح باعتباره طبيب أخصائي فإن التزاماته تكون أشد، إذ يكون ملزم بواجبات الحيطة و اليقظة الملقاة على عاتق الأطباء، و كذلك واجبات الجراحين كونه متخصصا في المجال.

أما الخطأ الطبي الجراحي فيعرف بأنه " ما ينجم عن عدم قيام الجراح بالتزاماته الخاصة التي تفرضها عليه مهنته، والذي يحوي في طياته طبيعة تلك الالتزامات

⁶ - Pour Littré, « la faute est une action de faillir ».

Pour Larousse, « la faute est un manquement à une norme, aux règles d'une science ou d'une technique ». Voir : C. PAGÈS, L'obligation de résultat existe-t-elle en Orthopédie, = Evolution de la responsabilité professionnelle en Chirurgie Orthopédique, Table ronde SOFCOT – Congrès annuel 2004, p12.

⁷ - نقلا عن صحراوي فريد، الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في

الحقوق، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، 2005، ص10.

⁸ - نقلا عن وسيم فتح الله، الخطأ الطبي مفهومه وآثاره، دون دار نشر، دون مكان نشر، دون سنة نشر، ص13.

⁹ - نقلا عن كريم عشوش، العقد الطبي، مرجع سابق، ص123.

¹⁰ - نقلا عن فتيحة محمد قوراري، مسؤولية الطبيب عن الأخطاء الطبية، منتديات القانون العماني، شبكة عمان

القانونية، الموقع: <http://www.omanlegal.net/vb/showthread.php?t=7823>

الجراحية، والتي منشؤها ذلك الواجب القانوني بعدم الإضرار بالغير، بل المرجع فيها إلى القواعد المهنية التي تحددها وتبين مداها¹¹.

و عليه إذا جمعنا كل تلك التعاريف سنخرج بتعريف أكثر دقة للخطأ الطبي الجراحي، و هو أنه ذلك الخطأ الذي يقع بمناسبة أو أثناء أو عقب التدخل الجراحي، فهو إخلال بالواجبات المرتبطة بالأصول و القواعد المتفق عليها عند إجراء العمليات الجراحية، كإخلال الجراح بواجب إجراء الفحوصات للحالة العامة للمريض و التأكد من أنه في وضع يمكنه من تحمل الجراحة، أو كنسيان معدات أو أدوات جراحية في جسم المريض، أو إخلال الجراح بواجب متابعة المريض إلى غاية مجاوزته مرحلة الخطر¹²، هذه بعض الالتزامات الملقاة على الجراح، كل إخلال بها يعد خطأ طبيا من جانبه يترتب مسؤوليته.

أخيرا يجب التفرقة بين الخطأ الطبي و بين الغلط الطبي، فهذا الأخير هو عدم انتباه لا يمكن لأكثر الأطباء حرصا تفاديه، و بالتالي في العادة، هذا الغلط لا يشكل خطأ طبيا يستوجب المساءلة، مثال ذلك الغلط في التشخيص إذا كانت الأعراض المرضية مشابهة يصعب معها التوصل للتشخيص الصحيح¹³.

ثانيا: تقدير الخطأ الطبي الجراحي

1 - الأخذ بالمعيار الموضوعي:

يتجسد الخطأ الطبي المرتب لمسؤولية الجراح بإخلاله بالقواعد والأصول الطبية والفنية و الالتزامات التي تفرضها عليه مهنته، ولا يجوز القياس في الخطأ الطبي، بالاستناد إلى الرجل العادي اليقظ، بل يجب القياس على سلوك طبيب جراح نموذجي واعتماده معياراً لتقدير وقوع الخطأ الطبي، وهو أوسط الجراحين كفاءة وخبرة وتبصراً ودقة في فرع اختصاصه أو في مستواه المهني، مع الأخذ بعين الاعتبار مدى مراعاته للأصول الفنية المستقرة في مجال العمل الطبي الجراحي واتخاذ الحيلة الواجبة والروية وقيامه بواجباته المهنية، وكذا مراعاة مستواه من حيث هل هو جراح عام أم جراح متخصص، مع الأخذ كذلك بعين الاعتبار الظروف المحيطة به أثناء العمل الطبي، إذ أن العلاج في حالة الحرب يختلف عنه في حالة السلم، كما يختلف الأمر أيضا في الظرف

¹¹ - كريم عشوش، العقد الطبي، مرجع سابق، ص.123.

¹² - يبقى على عاتق الجراح بعد التدخل التزام عام هو الرقابة و المتابعة إذ قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ

1990/01/10 على: " الطبيب الجراح ملزم بعد إجراء التدخل الجراحي عن ضمان مراقبة المريض و بأفضل

الشروط، و إلا تقام مسؤوليته تجاه المريض". مشار إليه لدى : زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد

الطبي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص101.

¹³ - زاهية حورية سي يوسف، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 61.

الذي يوجد فيه الجراح أمام ضغط و كثرة المرضى عن الجراح الذي يكون في متسع و رحابة، و عليه تترتب مسؤولية الجراح عندما يثبت ارتكابه خطأ لم يكن ليرتكبه طبيب من أوسط زملائه في مهنته و اختصاصه، يجب أن يكون هذا الخطأ الطبي المرتب لمسؤولية الطبيب الجراح ثابتاً ثبوتاً كافياً أكيداً وظاهراً لا يحتمل المناقضة.¹⁴

يقصد أيضاً بالمعيار الموضوعي عند تقدير خطأ الطبيب هو أن يقارن سلوكه بسلوك طبيب من نفس تخصصه و مستواه، و هو الذي لا ينحرف عن سلوك أمثاله من الأطباء العاديين الذين لا يعتبرون من النابغين الممتازين و لا من الخاملين المهملين.¹⁵

إن المعيار الموضوعي يضع مقياساً منضبطاً صالحاً واف بالغرض، لا يستلزم البحث في خفايا النفس، كما أنه لا يختلف في تطبيقه من شخص إلى آخر، إذ يصبح التعدي أمراً واحداً بالنسبة للجميع فإذا جاوز الانحراف سلوك الناس المألوف، صار تعدياً سواء كان الشخص حاد الذكاء أو متوسط أو مفرطاً في الغباء.¹⁶

غير أن هذا المعيار لا يأخذ و لا يعتد بالظروف الداخلية للشخص موضع المسؤولية، كقدراته الشخصية، ودرجة يقظته، وظروف سنه و صحته،¹⁷ بل يأخذ فقط بالظروف الخارجية التي تحيط بالجراح عند قيامه بعمله، و استبعاد ظروفه الداخلية، و يعد ظرفاً خارجياً ما لا يتصل بالشخص في ذاته من صفات، كما هو الشأن لظرف الليل، أو ظرف المكان أو ظرف الحرارة الشديدة، ظرف غياب الوسائل اللازمة، ظرف الاستعجال و الحالات الخطرة، وعليه فإن الأخذ بالمعيار الموضوعي يعني بأن تقدير الخطأ يكون بسيط في الظروف الطارئة و لكنه يشتد في الظروف العادية.¹⁸

لا يمكن أن نجرد الطبيب و الجراح من الظروف الخارجية التي أحاطت به أثناء إجراءات التدخل الجراحي، إذ أنها ظروف عامة تتناول جميع الناس، فأى شخص معرض لمثل هذه الظروف مهما كان مقدار حرصه و عنايته، فقد يقع الجراح في ظرف خارجي، بحيث يكون أمام مريض في حالة حرجة تستدعي جراحة مستعجلة، فأمام ظرف كهذا، لا يسأل الجراح إذا لم يقم ببعض الإجراءات و الاحتياطات الواجبة في الحالات العادية، ذلك أنه قد عدل عن القيام بها ربها للوقت لظرف الاستعجال، و عليه إذا اقترن الخطأ

¹⁴ - نادر شافي، الطبيب بين الرسالة والمساءلة، مجلة الجيش العدد 235 - كانون الثاني، 2005، الموقع:

<http://www.lebarmy.gov.lb/article.asp>

¹⁵ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2006، ص147. أنظر أيضاً: بلعيد بوخرس، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مرجع سابق، ص 38.

¹⁶ - عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية: الجنائية و التأديبية، مرجع سابق، ص 29.

¹⁷ - كريم عشوش، العقد الطبي، مرجع سابق، ص124.

¹⁸ - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص160.

بظروف كهذه، وجب مراعاة تقدير الخطأ على ضوءها، فهذه الظروف تتيح للجراح أعمالاً، لو صدرت عنه في غير تلك الظروف لاعتبرت خطأ.¹⁹

2 - استبعاد المعيار الشخصي:

يقصد بالمعيار الشخصي إلزام الجراح ببذل ما اعتاد على بذله من يقظة وتبصر، ومعنى ذلك أن هذا المعيار يعتمد على البحث عن حالة الجراح الداخلية و الظروف الداخلية التي ارتكب فيها الخطأ، لمعرفة ما إذا كان السلوك الذي صدر منه أقل حيطة من سلوكه الذي يبذله في رعاية شؤون نفسه، فإن تبين أنه كان يستطيع أن يتفادى الفعل الضار المنسوب إليه، اعتبر مخطئاً، أما إذا تبين أنه لم يكن باستطاعة الجراح أن يتفادى ذلك، وثبت قيامه ببذل ما اعتاد على بذله من اليقظة والتبصر اعتبر غير مخطئ.²⁰

و الظروف الداخلية هي كل ما يتعلق بالجراح كالسن و القدرة الجسدية و الحالة الاجتماعية و النفسية.

يأخذ هذا المعيار بعين الاعتبار قدرة الجراح على دفع الضرر وأن يتناسب ذلك مع مؤهلاته الطبية والثقافية والوسائل الموضوعية تحت تصرفه، إذ لا يمكن أن يلزم بأكثر من طاقته وبشيء لا يمكنه أن يتحملة، وبناءً على ذلك فإن الوصول إلى الحقيقة وفقاً لهذا المعيار يستلزم مراقبة تحركات الجراح و تصرفاته.²¹

الفرع الثاني: تقسيم الخطأ الطبي الجراحي

أولاً: من حيث نوع الخطأ الطبي الجراحي

لقد جرى بعض الفقهاء منهم الفقيه "ديمولومب Demolomb" على تقسيم الخطأ الذي يقع فيه الأطباء إلى نوعين يتمثلان في الخطأ العادي (فرع أول)، والخطأ الفني (فرع ثاني).

لقد كانت لتفرقت الخطأ العادي عن الخطأ المهني أهمية كبيرة في الوقت الذي كان فيه القضاء يسأل الطبيب عن خطأه العادي فقط في جميع درجاته وصوره يسيراً أم كان جسيماً، أما بالنسبة للخطأ المهني أو الفني فكان الطبيب لا يسأل عنه، و قد أخذت بهذه التفرقة محكمة النقض الفرنسية في وقت من الأوقات.

¹⁹ - وزنة سايكي، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مرجع سابق، ص 27.

²⁰ - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 156 .

²¹ - بلعيد بوخرس، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مرجع سابق، ص 37.

1 - الخطأ العادي:

هو ذلك الخطأ الخارج عن ميدان أو نطاق مهنة الطب، فهو خطأ ناتج عن إخلال بالتزام مفروض على الناس كافة، بوجوب اتخاذ العناية اللازمة عند القيام بسلوك معين، قصد تفادي ما قد يؤدي إليه هذا العمل و السلوك من نتيجة غير مشروعة.²²

أو هو ما يرتكبه الطبيب الجراح عند مزاولته مهنته دون أن يكون لهذا الخطأ علاقة بالأصول الفنية لهذه المهنة، كأن يجري عملية و هو في حالة سُكر.²³

2 - الخطأ المهني:

هو ذلك الخطأ الذي يرتكبه أصحاب المهن أثناء ممارستهم لمهنتهم، فيخرجون فيه عن السلوك المهني المألوف طبقاً للأصول المستقر عليها، و خطأ الجراح المهني هو تقصير في مسلكه لا يقع من جراح يقظ و حذر من مستواه و تخصصه، تحيط به الظروف الخارجية ذاتها التي أحاطت بالجراح المسؤول.²⁴

بعبارة أخرى هو انحراف شخص ينتمي إلى مهنة معينة عن الأصول التي تحكم تلك المهنة بعدم إتباع تقاليد و أعراف و واجبات أهل هذه المهنة عند ممارسته لتلك المهنة.²⁵

ثاني: من حيث درجة الخطأ الطبي الجراحي

1 - اشتراط الخطأ الجسيم وحده لإقرار مسؤولية الجراح:

يتم النظر وفقاً لهذه الصفة حول جسامه الخطأ الطبي نفسه الصادر من الطبيب بعيداً عن طبيعته سواء كان خطأ مهني أو عادي. ووفقاً لذلك فإن الأخذ بهذا المعيار لتحديد صفة الخطأ الطبي أدى - حتى وقت قريب - إلى تضيق نطاق مسؤولية الأطباء عن مسؤولية غيرهم ، وذلك بسبب مساءلتهم على الخطأ الجسيم من أخطائهم دون اليسير منها، وقد اعتنق نظرية الخطأ الجسيم القضاء الفرنسي لفترة قريبة، وقد تأثر به القضاء

²² - اسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 190.

²³ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري: مصادر الالتزام - الواقعة القانونية - (العمل غير

مشروع، شبه العقود، و القانون)، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص 72.

²⁴ - عبد الرحمن بن صالح الطيار، المسؤولية المدنية عن خطأ الطبيب في دول مجلس دول التعاون الخليجي، رسالة

مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة

الجنائية، 2010، ص 115.

²⁵ - أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، مرجع سابق، ص 79.

المصري، فقضت المحاكم المختلطة بأن الطبيب لا يسأل عن خطئه اليسير بل عن خطئه الجسيم.²⁶

ظهرت فكرة الخطأ الجسيم مع أواخر عهد القانون الروماني، فعُرف على أنه ذلك الخطأ الذي يقتضيه الشخص القليل الذكاء والعناية، ومن ثم انتقلت هذه الفكرة إلى القانون الفرنسي القديم عن طريق الفقيه الفرنسي بوتيه الذي عرفه بأنه: " عدم بذل العناية بشؤون الغير بصورة لا تصدر من أقل الناس حرصاً وأشدّهم غباءً في شؤونهم الخاصة، وهذا الخطأ يتعارض مع حسن النية "²⁷، بينما يرى فريق آخر من الفقه أن الاختلاف بين الخطأ الجسيم واليسير يكمن في عنصر التعمد الذي ينعدم في الخطأ اليسير أي يكون غير عمدي، في حين الخطأ الجسيم يكون شبه عمدي وذلك بعدم اتخاذ لاحتياطات لتجنب حدوثه.²⁸

إن درجة جسامه خطأ الجراح تقاس بدرجة احتمال حدوث الأضرار للمريض، فتزيد جسامه الخطأ كلما كانت المخاطر كبيرة، ومع ذلك يجازف الجراح بالإجراء أو التدخل دون ضرورة ملحة فهنا لا شك أن فعله يشكل خطأ جسيماً، وعليه كلما قل احتمال وقوع الضرر كلما خفت درجة الخطأ، فلا يقاس جسامه الخطأ بالضرر الذي تحقق، إذ أن خطأ تافهاً قد يؤدي إلى حوادث كبيرة، كما يمكن لخطأ كبير أن لا يتحقق معه إلا أضرار بسيطة، وعليه فإن جسامه الخطأ تقاس بعنصر إدراك الجراح لإحتمال وقوع أضرار من جراء سلوكه وقيامه به دون اتخاذه لواجب الحذر.²⁹

2 - الخطأ اليسير كاف لمساءلة الجراح:

الخطأ اليسير هو الذي لا يقتضيه ويرتكبه شخص حازم حريص وهذا النوع من الخطأ من خلق القانون الفرنسي القديم الذي كان ينادي بمعاملة الطبيب والجراح كأبي شخص عادي فيسأل بمجرد انحرافه عن سلوك الرجل العادي،³⁰ فهو ملزم كأبي شخص عادي بعدم القيام بأفعال ترتب أضرار للغير.³¹

²⁶ - محمد عادل الأبيوكي، الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية، موقع المنتدى العربي لإدارة الموارد البشرية،

<http://www.hrdiscussion.com/hr6750.html>

²⁷ - اسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 204.

²⁸ - محمد راييس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 180.

²⁹ - سمير عبد السميع الاودن، مسؤولية الطبيب الجراح و طبيب التخدير و مساعديهم، مدنيا جنائيا إداريا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 43.

³⁰ - محمد راييس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 187.

³¹ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 143.

أو هو الخطأ الذي لا يقتصره شخص عادي في حرصه و عنايته،³² فهو الخطأ الذي لا يرتكبه رب الأسرة المعتاد le bon père de famille.³³

هذا التمييز بين الخطأ العادي و المهني الجسيم و اليسير فوق انه دقيق في بعض الحالات، لا يمكن التفرقة بينهم، و القضاء الفرنسي³⁴ و المصري لم يفرق بين أنواع و درجة الخطأ الطبي، و عليه يسأل الطبيب الجراح عن خطئه مهما كان نوعه فنياً أو عادياً، و مهما كانت درجته يسيراً كان أم جسيماً، إذ قضت محكمة استئناف مصر بأن مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود خطأ، لهذا يصح الحكم على الطبيب الذي يرتكب خطأ يسيراً و لو كان الخطأ له مسحة طبية ظاهرة.³⁵ في هذا الإطار قضت محكمة قرونوبل Grenoble الفرنسية في سنة 1946 على أن :

" الطبيب مسؤول عن الأخطاء التي تقع منه أثناء ممارسته مهنته، و كذلك عن الضرر المتسبب عن إهماله و عدم احتياظه في تشخيص الداء، و وصف الدواء، و إجراء العمليات، و لا يلزم لقيام هذه المسؤولية أن يرتكب الطبيب خطأ جسيماً، إذ لا يوجد بين نصوص القانون ما يعفي الطبيب من المسؤولية عن الخطأ اليسير متى كان هذا الخطأ واضحاً، و لا يقع من الطبيب المعتاد من أوسط رجال هذه المهنة، و في مثل الظروف الخارجية للمدعى عليه".³⁶

ثالثاً: من حيث صور الخطأ الطبي الجراحي

نصت المادة 239 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على: " يتابع طبقاً لأحكام المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات، أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه، خلال مهامه أو بمناسبة القيام بها، و يلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته، أو يحدث له عجزاً مستديماً، أو يعرض حياته للخطر، أو يتسبب في وفاته. "

³² - سمير عبد السميع الاودن، مسؤولية الطبيب الجراح و طبيب التخدير...، مرجع سابق، ص 44.

³³ - حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الاول، الخطأ، دار وائل للنشر، عمان، 2006، ص 159.

³⁴ - قرارات محكمة النقض الفرنسية في 21 يوليو 1919، قرار في 29 نوفمبر 1920، قرار في 20 مايو 1936، راجع محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني...، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 72.

³⁵ - المرجع نفسه، ص ص 72-73.

³⁶ - نقلاً عن بلعيد بوخرس، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مرجع سابق، ص 41.

المادة 239 من ق.ح.ص.ت. أحالتنا على المواد 288 و 289 ق.ع التي تم نص فيها على صور الخطأ حيث نصت:

نصت المادة 288 قانون ق.ع على: "كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 1.000 إلى 20.000 دينار."

و المادة 289 من نفس القانون نصت على: "إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 15.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين."³⁷

1- عدم الاحتياط :

يرى عبد الرحمان بن صالح الطيار بأنه هو " إقدام الشخص على أمر كان يجب عليه أن يمتنع عنه في مثل تلك الظروف إذ أن النشاط الايجابي الصادر من الشخص يتميز بعدم الحذر و بتدبر العواقب، إذا كان لابد من اتخاذ وسائل وقائية، لكن الشخص لم يتخذ الاحتياطات اللازمة رغم ضرورتها، و ذلك حتى لا يكون الفعل محفوفا بالمخاطر على غيره."³⁸

إن عدم الاحتياط هو خطأ ينطوي عليه نشاط يقوم به الفاعل، ويدل على طيش أو عدم تبصر أو عدم تدبر العواقب،³⁹ وقد يدرك الشخص في هذه الصورة الضرر المتوقع

³⁷ - كذلك نصت المادة 442 قانون عقوبات ج على: " يعاقب بالحبس من عشر (10) أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر و بغرامة من 8.000 دج إلى 16.000 دج:

1- ...

2- كل من تسبب بغير قصد في إحداث جروح أو إصابة أو مرض لا يترتب عليه عجز كلي عن العمل لمدة تتجاوز ثلاثة (3) أشهر و كان ذلك ناشئا عن رعونة أو عدم احتياط أو عدم انتباه أو إهمال أو عدم مراعاة النظم..."

³⁸ - عبد الرحمان بن صالح الطيار، المسؤولية المدنية عن خطأ الطبيب في دول مجلس دول التعاون الخليجي، مرجع سابق، ص117.

³⁹ - Imprudence: Le Chirurgien qui pratique un examen endoscopique sur une patiente à risque pour dresser un bilan de stérilité Secondaire. Patiente entre dans le coma pendant l'intervention. L'examen était déconseillé dans le cas de la victime effectué sans nécessité et sans avoir épuisé les autres moyens de recherche. (Cass. Crim., 3 décembre 1997). Cité par : Dr. Isabelle PLU, La responsabilité pénale du médecin, Séminaire Responsabilité médicale, janvier 2010, p06.

كأثر لفعله ولكنه لا يفعل شيئاً لدرئه وانتقائه. ومن أمثلة ذلك إجراء الطبيب علاجاً بواسطة أجهزة يعرف أنها معيبة،⁴⁰ أو هو عدم الاحتراز لخطر كان متوقعا و معروفا، لكن الطبيب الجراح لم يعمل على تجنبه إما جهلا منه أو نسيانا⁴¹، و يقصد به أيضا الحالة التي يقدم فيها الشخص على فعل و هو يدرك خطورته و النتيجة التي قد يؤدي إليها، مع ذلك لا يتخذ الاحتياطات اللازمة التي تحول دون تحقق النتيجة و لتقادي وقوع الضرر و أساسه هو عدم التبصر بالعواقب و النتائج الوخيمة و فيه يدرك الفاعل طبيعة عمله و ما يمكن أن يترتب عليه من ضرر أو خطر للغير، و يكون خطأ الجراح مبنيا على عدم الاحتياط في الحالة التي يجري فيها مثلا جراحة كاملة في حين كانت تكفي جراحة جزئية في مكان دقيق و دون استعانة بالأدوات اللازمة لذلك.⁴²

2- الإهمال و عدم الانتباه:

الإهمال و عدم الانتباه هو ترك لأمر واجب أو امتناع عن فعل كان من الواجب القيام به، ذلك كأن يقدم الجراح على عمل دون أن يتخذ له العدة اللازمة من وسائل العناية و الاهتمام و الوقاية، مثال ذلك إهمال الجراح مراقبة المريض بعد العملية الجراحية مما ترتب عنه حدوث مضاعفات و إضرار للمريض،⁴³ ويمكن تعريف الإهمال أيضا بأنه الإخلال بالتزام قانوني دون قصد الإضرار بالغير، وتتفاوت درجات الإهمال فقد يكون خطأ الإهمال خطأ جسيما وقد يكون خطأ يسيرا، والخطأ الجسيم هو الخطأ الذي يقع فيه حتى أكثر الناس إهمالا بحيث لا يقع إلا من شخص شديد الغباء عديم الاكتراث، في حين عرفه البعض بأنه الإهمال أو عدم التبصر الذي بلغ حدا من الجسامة يجعل له أهمية خاصة.⁴⁴

قضت محكمة السين الفرنسية "La Sienne" في 20 تموز 1907، بأن مسؤولية الطبيب لا تتعقد إلا إذا ثبت أنه خرج على القواعد العامة للحيطه و حسن التقدير التي تسري على كل ذي مهنة أيا كانت، أو ثبت إهماله و عدم انتباهه بشكل لا يتفق مع الضمان الذي تتطلبه مصلحة الناس.⁴⁵

⁴⁰ - فتية محمد قوراري، مسؤولية الطبيب عن الأخطاء الطبية، منتديات القانون العماني، شبكة عمان القانونية،

الموقع: <http://www.omanlegal.net/vb/showthread.php?t=7823>

⁴¹ - سيدهم مختار، المسؤولية الجزائية للطبيب في ظل التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص حول المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون و الاجتهاد القضائي، 2011، ص 27.

⁴² - عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، طبيعة المسؤولية المدنية عن ضرر الخطأ المهني للطبيب و نطاق ضمانه في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 312.

⁴³ - يحي عبد القادر، المسؤولية الجزائية للطبيب على ضوء القانون الجزائري و الاجتهاد القضائي، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص حول المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون و الاجتهاد القضائي، 2011، ص 49 و 50

⁴⁴ - نهاد خوري، الخطأ الطبي، <http://www.terezia.org/section.php?id=1577>

⁴⁵ - زاهية حورية سي يوسف، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 65.

" إن المقصود بالإهمال كصورة من صور الخطأ التي تقوم بها المسؤولية عن الإيذاء غير العمدى هو حصول الخطأ بطريق سلبي نتيجة ترك واجب أو الامتناع عن تنفيذ أمر ما، فتشمل هذه الصورة الحالات التي يقف فيها الجراح موقفاً سلبياً فلا يتخذ الاحتياطات التي يدعو إليها الحذر وكان من شأنها أن تحول دون حدوث النتيجة⁴⁶ .

الإهمال أيضاً هو خطأ في التصرف و في التقدير من جانب الشخص، مثال ذلك هو سوء التعاون بين الجراح و طبيب التخدير، أو هو أيضاً في عدم تطبيق العمل الطبي كما يجب، أو هو في غياب إحصاء عام عن حالة المريض قبل التدخل الجراحي.⁴⁷

إن الإهمال هو موقف سلبي من الجراح الذي لم يحم بواجب و التزام كان يتعين القيام به لمنع الخطر،⁴⁸ ففي قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2004/04/06 اعتبرت فيه أن مغادرة الطبيب قاعة العمليات، يعد إهمالاً و عدم احتياط.⁴⁹

جاء في قرار المحكمة العليا ملف 240757 الذي صدر بتاريخ 2006/06/26 من إدانة لطبيبة امتنعت عن إجراء عملية جراحية لمريض كان في حاجة إليها فوراً مما أدى إلى وفاته، و قد رفضت المحكمة العليا الطعن بالنقض الذي تقدمت به الطبيبة.⁵⁰

كما صدر قرار بتاريخ 2003/04/06 قضت فيه المحكمة العليا بأن الإخراج المبكر للمريض الذي خضع لعملية جراحية دون التأكد من حالته الصحية يعد إهمالاً و يؤدي إلى مساءلة الطبيب الجراح.⁵¹

⁴⁶ - فتية محمد قوراري، مسؤولية الطبيب عن الأخطاء الطبية، منتديات القانون العماني، شبكة عمان القانونية،

الموقع: <http://www.omanlegal.net/vb/showthread.php?t=7823>

⁴⁷ - Défaillance de comportement, de précaution, Mauvaise coordination entre chirurgien et l'anesthésiste. Non réalisation de bonnes pratiques médicales a savoir l'absence du bilan préopératoire avec consultation d'anesthésiste. Voir : F. MERAH, l'expertise et responsabilité médicale pénale, revue de la cour suprême – numéro spécial – la responsabilité pénale médicale a la lumière de la législation et de la jurisprudence, 2011, p95.

⁴⁸ - Négligence : défaut de précautions nécessaires avant, pendant ou après une intervention souvent associé à l'imprudence chirurgien et l'anesthésiste qui se sont abstenus d'ordonner le transfert d'une patiente dans un CHU alors que cette solution s'imposait en raison de l'insuffisance manifeste des possibilités techniques de l'hôpital local de la divergence de leurs diagnostics La victime, gravement blessée dans un AVP avait subi trois interventions de chirurgie viscérale est décédée le lendemain de son admission à l'hôpital. (Cass. Crim., 19 février 1997). Cité par : Dr. Isabelle PLU, La responsabilité pénale du médecin, op, cit, p08.

⁴⁹ - يحي عبد القادر، المسؤولية الجزائية للطبيب على ضوء القانون الجزائري ...، مرجع سابق، ص 51.

⁵⁰ - سيدهم مختار، المسؤولية الجزائية للطبيب في ظل التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 26.

⁵¹ - يحي عبد القادر، المسؤولية الجزائية للطبيب على ضوء القانون الجزائري و الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص

كذلك الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 29/10/1977 بحيث ورد في حيثيات حكمها أن الإهمال يكون خطأ جسيماً يؤسس مسؤولية المستشفى وذلك بسبب ترك المريض دون علاج مما أدى إلى تعفن مكان الإصابة وبتر يده.⁵²

3- الرعونة:

يقصد بها سوء التقدير أو نقص المهارة و المعرفة و الجهل بالمبادئ التي يتعين العلم بها للقيام بالعمل، سواء كان هذا العمل الذي قام به مادياً أو أدبياً، الرعونة تكشف عن قصور الفاعل و جهله بأصول المهنة.⁵³

إن كانت الرعونة تعني الطيش والخفة، فإن المقصود بها هنا عدم الحذر والدراية، وهي تنطبق على من يمارس أعمالاً فنية، ولكن تنقصه الخبرة اللازمة، ومن ذلك الطبيب إذا اتضح أن ما وقع منه يدل على عدم إلمامه بواجباته طبقاً للمبادئ العلمية السائدة في الطب⁵⁴

حالات الرعونة تقع عادة و بشكل واضح في الجراحة و عمليات التوليد،⁵⁵ و هي عادة ما تكون بقيام الطبيب أو الجراح بأعمال و أفعال تتسم بالخشونة و اللامبالاة في التعامل مع جسم المريض.⁵⁶ أو هو خطأ في عدم الحرص على الإلتقان و الدقة عند القيام بعمل أو فعل.⁵⁷

يكون خطأ الجراح أثناء تدخله مبني على الرعونة مثلاً، في الحالة التي يخلط فيها بين الأمعاء و الحبل السري، أو عندما يتسبب في قطع الشرايين في عملية جراحية دون أن يربطها كما تقتضي الأصول.⁵⁸

⁵² - كريمة عباشي ، الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية

المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، 2011، ص 113.

⁵³ - يحي عبد القادر، المسؤولية الجزائية للطبيب على ضوء القانون الجزائري و الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص

49.

⁵⁴ - فتيحة محمد قوراري، مسؤولية الطبيب عن الأخطاء الطبية، منتديات القانون العماني، شبكة عمان القانونية،

الموقع: <http://www.omanlegal.net/vb/showthread.php?t=7823>

⁵⁵ - Le "geste maladroit" et la "maladresse" du chirurgien qui occasionne une déchirure de la trachée. C.A. Lyon, 1ère Ch., 29 juin 2000, RG 1997/07885. Cité par : JF CARLOT Christian MOREL , ACTUALITES JURIDIQUES DU RISQUE MEDICAL,

<http://www.jurisques.com/jfc21.htm>

⁵⁶ - سيدهم مختار، المسؤولية الجزائية للطبيب في ظل التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 26.

⁵⁷ - F. MERAH, l'expertise et responsabilité médicale pénale, op, cit, p95.

⁵⁸ - عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، طبيعة المسؤولية المدنية عن ضرر الخطأ المهني للطبيب و نطاق ضمانه في

الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 312.

ومن أحكام محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن، إدانتها لطبيب مسندة إليه تهمة القتل الخطأ بسبب الثقب الذي أحدثه أثناء الجراحة في رحم المريضة بجهاز الشفط، ثم أمره بإيقاف فحص التجويف البطني عن طريق القسطرة والذي أمر به طبيب التخدير، وانتهاء بعدم فتح البطن جراحياً الذي كان ضرورياً لإيقاف نزيف داخلي حاد.⁵⁹

4 - عدم مراعاة الأنظمة:

كلما وقع الترك أو الامتناع خلافاً لما أمرت به القوانين و اللوائح فمن يمتنع عن فعل يفرضه عليه القانون يعد مخطئاً و مسؤولاً عن الضرر الذي يترتب عن خطئه لأن الأعمال التي يفرضها القانون، تكون لازمة التطبيق لكونها تهدف لصيانة مصالح الناس و أرواحهم، فمن يغفل عن أداء عمل من هذه الأعمال يرتكب خطأ جسيماً تقوم مسؤوليته في تعويض ما أحدثه خطئه من ضرر.⁶⁰

الامتناع عن أمر كان يجب القيام به أو الإقدام على سلوك محظور كان يجب الامتناع عن القيام به، و يتحقق ذلك عند قيام الشخص بسلوك على خلاف الذي يستلزمه المشرع في القوانين و اللوائح و القرارات أو الأنظمة الموضوعة لهدف حماية الأرواح و تقليل حدوث الأفعال الخطرة.⁶¹

يلتزم الطبيب الجراح بمراعاة الأنظمة و القوانين، خاصة تلك التي تنظم المهنة، و أهم هذه الأنظمة نذكر مدونة أخلاقيات مهنة الطب و قانون حماية الصحة و ترقيتها، فهو ملزم بعدم مخالفة ما جاء فيها، فعلى سبيل المثال نذكر:

في مجال التجريب على الإنسان الجراح قبل إجراء عمليات جراحية للتجربة لابد عليه من أخذ رأي المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب، إذ نصت المادة 3/168 من ق.ح.ص.ت: " تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية..."

في مجال أخلاقيات مهنة الطب، نصت المادة 23 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب على: " يجب أن لا يمارس الطبيب أو جراح الأسنان نشاطاً آخر يتنافى و الكرامة المهنية و التنظيم الساري".

⁵⁹ - فتية محمد قوراري، مسؤولية الطبيب عن الأخطاء الطبية، منتديات القانون العماني، شبكة عمان القانونية،

الموقع: <http://www.omanlegal.net/vb/showthread.php?t=7823>

⁶⁰ - عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية: الجنائية و التأديبية، مرجع سابق، ص

30.

⁶¹ - عبد الرحمن بن صالح الطيار، المسؤولية المدنية عن خطأ الطبيب في دول مجلس دول التعاون الخليجي، مرجع

سابق، ص 118.

في مجال مراعاة الزمالة، نصت المادة 79 من م.أ.م.ط. على: " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن لا يفتح عيادة في مبنى يمارس فيه زميل في الاختصاص نفسه إلا بترخيص من الفرع النظامي الجهوي المختص."

في مجال منع الأطباء و الجراحين من استغلال المرضى لتحقيق الربح، نصت المادة 26 من م.أ.م.ط. أيضا على: " يحظر على كل طبيب أو جراح أسنان اللجوء إلى تواطؤ بين الأطباء و جراح الأسنان و الصيدالة و أعوان الطب."

لقد ثار خلاف حول ما إذا كانت صور الخطأ تلك (الإهمال - عدم مراعاة الأنظمة و القوانين - عدم الاحتياط - عدم الانتباه) وردت على سبيل الحصر أو على سبيل المثال، غير انه عندما نلاحظ، نجد انه لا أهمية لهذا الخلاف من الناحية العملية لسببين:

أولهما: أن العبارات و الألفاظ التي أوردها المشرع أعلاه هي عبارات جد فضفاضة و يصعب تحديد مضمون كل لفظ تحديدا دقيقا.

ثانيهما: أن هناك تداخلا كبيرا بين معاني تلك العبارات و أن كل فعل أو عمل صادر من الفاعل يمكن إيجاد التكليف الذي يلائمه و الذي لا يخرج بطبيعة الحال عن إحدى هذه الصور.⁶²

المطلب الثاني: تمييز الخطأ الشخصي للجراح عما يشابهه

لابد من التمييز بين الخطأ الطبي الذي قد يقع فيه الجراح و بين الحادث الطبي و بين الخطأ الشخصي لهذا الأخير (الجراح) و بين خطأ الفريق الطبي، و تظهر ضرورة تمييز الخطأ الطبي الجراحي عن الحادث الطبي، في أن هذا الأخير له عناصره المتميزة عن الخطأ الجراحي (فرع أول)، وتلعب هذه التفرقة في تحديد المسؤول عن التعويض، ذلك أنه في فرنسا التفرقة بينها هو الذي يحدد الجهة المختصة عن التعويض، فإذا كان الفعل مكيفا على أنه خطأ طبي، فالطبيب الجراح أو هيئة التأمين المتعاقدة معه هي المسؤولة عن جبر الضرر، أما إذا اعتبر هذا الضرر ناتجا عن حادث طبي فإن التعويض يكون بإسم التضامن الوطني - الديوان الوطني لتعويض الحوادث الطبية -، أما في الجزائر يمكن تعويض الحوادث الطبية التي لا تكون نتيجة لخطأ طبي من قبل الجراح على أساس المادة 140 مكرر 1 من ق.م.⁶³

إن الطبيب الجراح لم يعد واقفا بمفرده في مسألة علاج المرضى خصوصا بعد التقدم الطبي الهائل، و تطور العلوم و الأجهزة الطبية، و تنوع السبل الفنية، فكان من

⁶² - محند أكرام، المسؤولية الجنائية من خلال التجربة المغربية، مرجع سابق، ص126.

⁶³ - نصت المادة 140 مكرر 1 من التقنين المدني على: " إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني و لم تكن

للمضرور يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر."

انعكاسات هذا التطور هو تقلص العمل الفردي في التدخلات الجراحية،⁶⁴ فعندما يكون العمل جماعيا يجب التفرقة بين أخطاء الجراح و بين أخطاء المساعدين و الأطباء(الفرع الأول).

الفرع الأول: الخطأ الطبي الجراحي و الحادث الطبي

إن لتعريف الحادث الطبي أو التداعيات الضارة و تحديد المقصود به يكتسب أهمية كبيرة، إذ يمكن على أساس هذا التعريف التمييز بين تعويض أثار تلك التداعيات الضارة، و مابين الخطأ الطبي الذي يقع أثناء مباشرة العمل الطبي، لكن يجب أن يكون هناك تعريفا دقيقا بمعنى أن هذا التعريف يجب ألا يستوعب الخطأ الطبي،⁶⁵ فعرفه الفقه بمناسبة ندوة نظمتها الجمعية الفرنسية للقانون الصحي في مجلس الشيوخ الفرنسي في مارس 1994 حيث اقترح التعريف الآتي للتداعيات الضارة : " نسبة ضئيلة من المخاطر، يتضمنها بالضرورة العلاج الطبي أو الصيدلاني، الذي يتم بطريق مشروعة، ووفقا للأصول العلمية المتعارف عليها، و التي يترتب على حدوثها عدم اكتمال الشفاء أو حدوث مضاعفات أو أثار غير مرغوب فيها ".⁶⁶

الحادث الطبي هو خطر محتمل وقوعه من وجهة النظر الطبية، و حادث غير مرغوب فيه و معروف فيه إحصائيا درجة الخطر و الذي من شأنه أن يشكل ضررا، أي أن نسبة الخطر مبنية على إحصائيات مسبقة، " فكل عمل طبي جراحي فيه خطورة و على المريض أن يقبل أو لا يقبل ذلك الخطر و لو أن هذا لا يعفي الطبيب من أخذ الحيطة في تجنبه ".⁶⁷

Madame Marion GIRER écrit que « la médecine est et restera toujours une science profondément aléatoire, s'exerçant sur un corps dont on ne peut prévoir toutes les réactions et nécessitant une adaptation à chaque cas particulier »⁶⁸

⁶⁴ - رمضان جمال كمال، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية، مرجع سابق، ص220.

⁶⁵ - l'aléa thérapeutique s'analyse comme « l'aléa lié au danger généralement mesurable sur le plan statistique mais non individuellement prévisible d'un acte médical ou para médical, susceptible de causer un dommage indépendant de tout état pathologique individuel ».

Voir : Audrey BEUN, Le principe de précaution en matière de responsabilité médicale, Lille 2 université du droit et de la santé Ecole doctorale n° 74, Mémoire de DEA droit privé général, soutenu en 2003, p84.

⁶⁶ - عبد الحميد ثروت ، تعويض الحوادث الطبية (مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي)، دار الجامعة

الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص14.

⁶⁷ - سيدهم مختار، المسؤولية الجزائية للطبيب في ظل التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 25.

⁶⁸ - Irène RANDRIANJANAKA, Le cadre juridique de l'exercice du chirurgien-dentiste : contribution à l'étude du contrat de soins, Thèse pour obtenir le grade de Docteur de l'université MONTPELLIER I, Discipline : Droit Privé, 2010, p14.

كلما زادت فرص الشفاء من الأمراض، بفضل اللجوء إلى وسائل حديثة في العلاج، ذات فعالية كبيرة، و استخدام تقنيات متقدمة في الفحص و التشخيص، كلما ازدادت مخاطر حدوث التداعيات الضارة للعلاج أو التدخل الجراحي بعيدا عن أي خطأ يمكن نسبته إلى مباشرة العمل الطبي.⁶⁹

أما التعريف القضائي فيمكن أن نستنتجه من القضاء الحديث لمجلس الدولة الفرنسي و خاصة من حكمين شهيرين، يتمثل الأول في حكم بيانشي " Bianchi " بتاريخ 09 أفريل 1993 على إثر قيام طبيب بفحص مجهري لشرابين الدماغ ترتب عنه إصابة الشخص الخاضع للعلاج بشلل كلي، في حين صدر الحكم الثاني بتاريخ 03 نوفمبر 1997 وكان على إثر واقعة وفاة طفل عقب خضوعه للتخدير الكلي، فعرفها القضاء بأنها: " نسبة الخطر التي تصاحب العمل الطبي اللازم للعلاج أو التشخيص، و التي يكون وجودها معروفا، غير أن تحققها يعتبر أمر استثنائي، ولا صلة لها بحالة المريض الأولى، و لا يمكن اعتبارها تطورا متوقعا لها، و يتخلف عنها ضرر ذو خطورة استثنائية"⁷⁰، فالتداعيات الضارة ليست في حقيقتها سوى ظاهرة، قد تكون متوقعة، لكن لا يمكن السيطرة عليها أو توقي حدوثها⁷¹، تقع خلال الأعمال الطبية اللازمة للتشخيص أو العلاج، أو إجراء عمل طبي أو جراحي.⁷²

المضروور عليه أن يثبت اجتماع 5 شروط لاعتباره ناتجا عن الحادث الطبي و من قبيل التداعيات الضارة، و هي خطر استثنائي، خطر معروف و معلوم، علاقة مباشرة بين السبب و النتيجة، أن لا تكون لحالة المريض علاقة بالضرر الحاصل، ضرر غير عادي و ذا طابع جسيم.⁷³

⁶⁹ - عبد الحميد ثروت، تعويض الحوادث الطبية (مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي)، مرجع سابق، ص14.

⁷⁰ - C'est la complication liée à un risque potentiel statistiquement connu, imprévisible individuellement, indépendant de la pathologie initiale et de son évolution mais en rapport avec l'acte médical sans lequel il ne se serait pas produit. Voir : P VAYRE, Application de la loi du 4 mars 2002 sur l'Aléa Médical, La responsabilité juridique du chirurgien, e-mémoires de l'Académie Nationale de Chirurgie Numéro spécial 2003,p10.

⁷¹ - L'aléa thérapeutique se définit comme « la réalisation, en dehors de toute faute, d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne peut être maîtrisé ». Cette définition de la Cour de cassation, en date du 8 novembre 2000. Cité par : Irène RANDRIANJANAKA, Le cadre juridique de l'exercice du chirurgien-dentiste : contribution à l'étude du contrat de soins, op, cit, p 117.

⁷² - عبد الحميد ثروت، تعويض الحوادث الطبية (مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي)، مرجع سابق، ص16.

⁷³ - la victime devait montrer la réunion de cinq conditions à savoir, le risque exceptionnel, le risque connu, un lien direct de cause à effet, l'état initial du patient sans relation avec le préjudice ultérieur, et enfin le dommage anormal et d'une extrême gravité. Voir : Isabelle=

الفرع الثاني: الخطأ الشخصي للجراح و خطأ أعضاء الفريق الطبي

الجراح ليس صانعا للمعجزات كي يقوم بجميع الأعمال التي يتطلبها العلاج وحده، لذلك كان لابد من وجود أعضاء و مساعدين يكونون معه الفريق الطبي،⁷⁴ إن استعانة الطبيب الرئيسي بمجموعة من الأطباء المساعدين كل في ميدان متخصص به عن الآخر،⁷⁵ يُصعب من تحديد دائرة الخطأ وإلى من ينسب، كنتيجة للعمل الجماعي الذي يقوم على وحدة الهدف والمصلحة المشتركة، و عليه تلعب تفرقة خطأ الجراح الشخصي عن خطأ الأعضاء الآخرين، دور أساسي لمعرفة المخل بالتزاماته و بالتالي من تترتب مسؤوليته.

يعرف الفريق الطبي بأنه : " هو مجموعة من الأطباء الحاضرين في نطاق العملية الجراحية من اختصاصات متنوعة، إذ يوجد إلى جانب الطبيب الجراح على سبيل المثال طبيب اختصاصي في التخدير و آخر متخصص في جراحة الأوعية الدموية و آخر اختصاصي في عمليات التجميل، كما هناك طبيب آخر ينتظر خروج المريض من غرفة العمليات ليقوم بإنعاشه و هذا الأخير متخصص في الإنعاش و غيرهم".⁷⁶

أولا: بالنسبة لأخطاء المساعدين

نصت المادة 73 فقرة 2 من م.أ.م.ط.على: " أما المساعدون الذين يختارهم الطبيب أو جراح الأسنان، فإنهم يعملون تحت مسؤوليتهم".

إن كان من المقرر أن علاقة التبعية لا يشترط لقيامها أن يكون المتبوع حرا في اختيار تابعه إلا انه يشترط لقيام هذه التبعية أن يكون للمتبوع على التابع سلطة فعلية في رقابته و توجيهه و هذه سلطة لا تتحقق إلا إذا اختار الطبيب هذا المساعد لمعاونته في العملية، أو تركه يتدخل فيها مع استطاعته منعه من التدخل، و على ذلك لا يعد الجراح مسؤولا عن أخطاء الفريق في مستشفى عام إذا كان هذا العضو عينته إدارة المستشفى.⁷⁷

الطبيب الجراح هو رئيس الفريق الطبي، فهو يدير و ينسق كل أنشطة مساعديه، إذ في أغلب الأحوال لا يعرف المريض سواه، و عليه يسأل الجراح في مواجهة المريض

=ALQUIER, Le Statut du patient hospitalisé en établissement de santé privé, Thèse pour le Doctorat en droit, Université PAUL CÉZANNE-AIX-MARSEILLE III, Faculté de Droit et de Sciences Politiques, présentée Le 17 juin 2011, P337.

⁷⁴ - زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص95.

⁷⁵ - أحمد حسن الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب في النظام القانوني و الأردني و النظام القانوني الجزائري، مرجع سابق، ص 77 .

⁷⁶ - زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص96.

⁷⁷ - رمضان جمال كمال، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية، مرجع سابق، ص221.

عن الأخطاء التي يرتكبها أفراد مجموعته، من ممرضات و مساعدين،⁷⁸ لذلك فهو لا يكون مسؤولاً عن خطئه الشخصي فقط، بل أيضاً عن أفعال غيره من أعضاء الفريق الطبي.⁷⁹

المرضة التي تعمل بعيادة تعد تابعة للجراح إذا وضعة تحت تصرفه أثناء إجراء العملية، فهو يعد مسؤولاً عنها كمتبوع إذا ما ارتكبت خطأ في إعطاء الحقنة التي تسبق إجراء العملية في حضوره و تحت إشرافه.⁸⁰

أما عن مسؤولية الطبيب الجراح بعد التدخل الجراحي و انتهاء عمله، فإنه يتحرر و من ثمة لا يكون مسؤولاً إلا على أخطائه الشخصية فقط، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 31 ماي 1960 بأن:

" الجراح لا يسأل عن الأخطاء التي تصدر من أفراد طاقمه، قبل العملية أو بعدها، فهو يملك توجيههم، و تبعيتهم له أثناء الجراحة، و ما عدا ذلك فإن المسؤولية تقع على عاتق العيادة أو المستشفى الذين يعملون فيه".⁸¹

ثانياً: بالنسبة لأخطاء أطباء الفريق الطبي

يعتبر طبيب التخدير عضوا مهما إلى جانب الجراح في نطاق الفريق الطبي، لأن العملية التي يشرف عليها ضرورية لإتمام العملية الجراحية بنجاح، و طبيب التخدير في أثناء ذلك قد يخطئ وبالتالي يتحمل المسؤولية، سواء مع الجراح أو مستقلاً عن هذا الأخير، سنأخذ طبيب التخدير كمثال لاستقلالية أخطاء أعضاء الفريق الطبي، و ما يطبق عليه ينطبق مع الأطباء الآخرين في الفريق، و لقد اختلف في ذلك رأيين:

الرأي الأول: تبعية خطأ طبيب التخدير للجراح

يرى أنصار هذا الرأي (تبعية خطأ طبيب التخدير للجراح) أنه لا يمكن تجاهل وجود أعمال مشتركة بين كل من الطبيب الجراح والطبيب المخدر والأطباء الآخرين الأعضاء في الفريق، لهذا ظهرت فكرة الخطأ الجماعي للفريق الجراحي، حيث يصعب تحديد مرتكب الخطأ، فهم يشتركون في القيام بعدد من الأعمال، حتى وإن لم يشترك الطبيب الجراح مثلاً في عملية التخدير، وأنه ليس من الضروري الاشتراك في الفعل

⁷⁸ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين، مرجع سابق، ص455.

⁷⁹ - زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص100.

⁸⁰ - قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 نوفمبر 1955. أشار إليه: رمضان جمال كمال، مسؤولية الأطباء و

الجراحين المدنية، مرجع سابق، ص222.

⁸¹ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين في ضوء القضاء و الفقه الفرنسي و المصري، مرجع

سابق، ص456.

المادي ، بل يكفي الاشتراك في اتخاذ القرارات ، كون الطبيب المخدر يشترك مع الطبيب الجراح في تحديد موعد التخدير، حتى وإن لم يباشر هذا الأخير عملية التخدير مع الطبيب المخدر لذا تقوم مسؤوليتهما معاً وفقاً لفكرة الخطأ الجماعي.⁸²

القضاء الفرنسي أخذ بهذا الرأي في بعض الأحكام، بموجبها أصبحت مسؤولية كل من الطبيب الجراح وطبيب التخدير مسؤولية تضامنية،⁸³ لكن لا يعني ذلك افتراض التضامن بين الطبيبين، إنما يجب البحث عن الأخطاء التي ارتكبها كل منهما على حدة باستثناء الحالات التي يكون فيها الخطأ مشتركاً بينهما، وعليه فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها بتاريخ 1970/12/20 بما يأتي:

" الطبيب الجراح يعد رئيس الفريق الطبي، بالإضافة إلى مسؤوليته عن أعماله الشخصية فإنه يمكن أن يكون مسؤولاً بالتضامن مع اختصاصي التخدير إذا ما ارتكب هذا الأخير أخطاء جسيمة وكان من الممكن تفاديها لاسيما أن الجراح لا يجهل أن فصيلة الدم لم تحدد بعد ولم تحضر قوارير الدم وكذلك كان الجراح يعلم أن اختصاصي التخدير لم يفحص المريضة لأول مرة إلا يوم إجراء العملية في قاعة العمليات، كذلك أن الجراح لم يحضر عملية نقل المريضة ويراقبها كما ينبغي والخطأ في تعيين المجموعة الدموية التي ينتمي إليها المريض ولعدم التأكد من خلو المعدة، فمثل هذه الأخطاء لم يكن بوسع محكمة النقض إعفاء الجراح من المسؤولية ".⁸⁴

اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 1960/10/18 أن الجراح الذي يتعاقد مع طبيب تخدير لإجراء عملية جراحية لمريض دون اخذ موافقة هذا المريض حول طبيب التخدير، يكون الجراح مسؤولاً عن الأخطاء التي يرتكبها هذا الأخير.⁸⁵

الرأي الثاني: إستقلالية خطأ طبيب التخدير عن الجراح

نصت المادة 73 فقرة أولى من م.أ.م.ط. على: " عندما يتعاون عدد من الزملاء على فحص مريض بعينه أو معالجته، فإن كلا منهم يتحمل مسؤوليته الشخصية."

⁸² - محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي أمام القضاء، دراسة مقارنة المصري و الفرنسي، مرجع سابق، ص153 .

⁸³ - « Les obligations du **chirurgien** ne peuvent se limiter aux seuls gestes chirurgicaux, et il se doit d'aviser l'**anesthésiste** des risques d'une anesthésie locale par injection rétro-bulbaire, compte tenu de conformation anormale de l'œil (partage de responsabilité par moitié). » Cass. Civ. I, 29 octobre 1997. Cité par : JF CARLOT Christian MOREL , ACTUALITES JURIDIQUES DU RISQUE MEDICAL, <http://www.jurisques.com/jfc21.htm>

⁸⁴ - زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص105.

⁸⁵ - أبو الوفا محمد أبو الوفا، تحديد المسؤولية الجنائية عن الخطأ في وسط الفريق الطبي، مرجع سابق، ص399.

يذهب رأي في الفقه إلى اعتبار أن كل عضو من أعضاء الفريق الطبي تربطه رابطة عقدية مستقلة بالمريض، وذلك لأن المريض لا يربطه عقد فقط بالطبيب الجراح، إنما يربطه عقد آخر مع طبيب التخدير، وهو عقد ضمني على اعتبار أنه لم يعترض على وجود طبيب التخدير، وعدم اعتراضه هذا يفترض منه وجود عقد ضمني بين الطرفين، لذلك فإن مسؤولية طبيب التخدير مسؤولية عقدية.⁸⁶

و عليه نظرا للاستقلال النسبي في الاختصاصات، فإن الطبيب الجراح لا يسأل عن أخطاء ارتكبها طبيب التخدير، و لا صلة لها باختصاصه بإجراء الجراحة، و لذا لا تقوم مسؤوليته إلا إذا ثبت خطأ شخصي ارتكبه الجراح، أو خطأ مشترك مع غيره من أعضاء الفريق الطبي.⁸⁷

قضت محكمة (اكس) الفرنسية في قرار لها سنة 1970 بما يأتي:

" إن وظائف الجراح وطبيب التخدير وطبيب الإنعاش بالرغم من اتجاهها إلى نفس الهدف فإن إحداها لا تخضع مطلقاً للآخرى وبهذا لا يمكن تقرير مسؤولية الطبيب الجراح عن أخطاء طبيب التخدير "⁸⁸.

قضت محكمة النقض الفرنسية، الدائرة الجنائية في عدة قرارات لها بأنه عند النقاء عدة أطباء في علاج مريض يتحمل كل منهم بصورة منفردة مسؤولية أخطائه.⁸⁹

يعفى الجراح من المسؤولية عن خطأ أخصائي التخدير إذا اختاره المريض و تعاقد معه.⁹⁰

هذا ما أكدته القضاء الفرنسي أيضاً في قرار أصدرته محكمة Metz الفرنسية بتاريخ 1973/03/19، إذ قضت فيه بأن الطبيب الجراح لا يعد مسؤولاً عن الأخطاء التي

⁸⁶ - زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص103.

⁸⁷ - أبو الوفا محمد أبو الوفا، تحديد المسؤولية الجنائية عن الخطأ في وسط الفريق الطبي، مرجع سابق، ص406.

⁸⁸ - زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص104.

⁸⁹ - قرارات محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 1972/06/22 و 1980/05/10 و 1986/02/30. أشار إليها: أبو

الوفا محمد أبو الوفا، تحديد المسؤولية الجنائية عن الخطأ في وسط الفريق الطبي، ندوة المسؤولية الطبية في ظل

القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008، الإمارات، من 8-9 ديسمبر 2009، ص 404.

⁹⁰ - قرار محكمة النقض الفرنسية في 1970/05/27. أشار إليه أبو الوفا محمد أبو الوفا، تحديد المسؤولية الجنائية

عن الخطأ في وسط الفريق الطبي، مرجع سابق، ص399.

تصدر من طبيب التخدير ما دام المريض لم يعترض على تواجده إذ يفترض نشوء عقد ضمني بين الطرفين⁹¹.

من هذين القرارين يتضح لنا أن القضاء الفرنسي قد أقام مسؤولية طبيب التخدير بصورة مستقلة عن الطبيب الجراح رغم عدم وجود عقد بين المريض وطبيب التخدير وذلك لأنه افترض وجود عقد ضمني بين الطرفين بدليل أن المريض لم يعترض على تواجده.

المبحث الثاني: مسؤولية الطبيب الجراح

المسؤولية بشكل عام هي حالة الشخص الذي ارتكب أمرا يستوجب المؤاخظة، فيصبح هذا الشخص مسؤولا عما ارتكبه، و تختلف أنواع هذه المسؤولية بحسب اختلاف القاعدة التي خرقها ذلك الشخص، فإذا كانت القاعدة التي خالفها أخلاقية فهنا لا يوجد جزاء، بل فقط إستتكار و إستهجان الناس،⁹² أما إذا كانت القاعدة التي خالفها الطبيب الجراح قانونية فهنا يوجد جزاء و هي أنه تترتب مسؤوليته، إما الجزائية أو المدنية أو المسؤوليةين معا، سنتطرق للمسؤولية المدنية التي قد تكون عقدية أو تقصيرية(المطلب الأول)، لكن هذه المسؤولية لا بد من إثبات الخطأ فيها، فعلى من يقع هذا العبء و كيف يتم نفي هذه المسؤولية(المطلب الثاني).

المطلب الأول: طبيعة المسؤولية المدنية للجراح

تثور المسؤولية الطبية عندما يتخلف أبناء المهنة عن بذل العناية التي تتطلبها المهنة، وقد اختلف الفقه والقضاء في طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب بين اتجاهين، اتجاه أول يضيف على هذه المسؤولية الطابع العقدي(الفرع الأول)، وفي حين أن الاتجاه الثاني يذهب إلى أن هذه المسؤولية هي ذات طبيعة تقصيرية(الفرع الثاني).

الفرع الأول: المسؤولية العقدية للجراح

إن فكرة المسؤولية المدنية العقدية الناجمة من عمل الطبيب لم يأخذ بها القضاء الفرنسي إلا بعد سنة 1936 ، أي بعد القرار الشهير الصادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936 ، المعروف بقرار مرسيني " Mercier ".⁹³

⁹¹ - زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص103.

⁹² - رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء و الجراحين، مرجع سابق، ص 04.

⁹³ - « Il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour les praticiens l'engagement, si non bien évidemment de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs, et réserve faite des circonstances exceptionnelles, conforme aux données acquises de la science, la violation, même involontaire, de cette obligation=

من المتفق عليه إذن والمستقر حديثاً بين الفقه والقضاء اعتبار مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية، مسؤولية عقدية تبعاً لوجود عقد بين الطبيب ومريضه، سواء أكان هذا العقد صريحاً أم ضمنياً، شفهيّاً أم مكتوباً، والاستثناء أن تكون تقصيرية.⁹⁴

وعليه إن طبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض تقوم على التعاقد بين الطرفين على بذل عناية معينة للمريض وهذه الطبيعة التعاقدية للعلاقة بين الطبيب والمريض مستقيضة عند الفقهاء، وهو ما نجده عند النظر في تعريف الرابطة الطبية الأمريكية للعلاقة بين الطبيب والمريض حيث جاء في لوائح أخلاقيات الطب لهذه الرابطة: "إن إنشاء علاقة بين الطبيب والمريض له طبيعة تعاقدية، ولكل من طرفي العقد أن يختار إنشاء هذه العلاقة أو النكول عنها على وجه العموم" إن الطبيعة التعاقدية للعلاقة الطبية تعني أن المسؤولية الطبية تتعلق بالسؤال عن إخلال أحد الطرفين أو كليهما بما يلزمهما العقد.⁹⁵

أولاً: وجود عقد صحيح بين الجراح و المريض

لا يمكن الادعاء بالمسؤولية العقدية إلا إذا وجد عقد بين الطرفين، و أن يكون هذا العقد صحيحاً، و إذا لم تكن بين المتضرر و المسؤول رابطة عقدية، فلا يمكن بأي حال من الأحوال مساءلة هذا الأخير عن الأضرار، التي يعاني منها الأول، و ذلك وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية، لتخلف أحد العناصر الجوهرية لتحريك المسؤولية.⁹⁶

إذا كان العقد الطبي صحيحاً فإنه يترتب آثاره القانونية كاملة، إذ تكون له قوة ملزمة و لصحة هذا العقد⁹⁷، يجب أن تتوفر في العقد الطبي حتى يكون صحيحاً جميع أركانه و شروطه كغيره من العقود، رضا خال من العيوب و صادر من ذي أهلية (أولاً)، وجود محل العقد (ثانياً)، السبب حقيقياً و غير مخالف للنظام العام (ثالثاً).

1 - الرضا:

وجود الرضا ركن في العقد إذا تخلف انهار العقد، و العقد الطبي كذلك ينعقد بمجرد تبادل المريض التعبير عن إرادته مع الطبيب غير أنه لتوفر ركن التراضي، يجب أن يكون هذا الرضا صحيحاً، كما يستلزم أن يتم التعبير عن الإرادة من شخص كامل الأهلية قانوناً.

=contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature également contractuelle... ». Cité par : N. YOUNSI- HADDAD, La responsabilité médicale des établissements publics hospitaliers, revue Idara, V.8, N°2, 1998, p14.

⁹⁴ - نادر شافي، الطبيب بين الرسالة والمساءلة، <http://www.lebarmy.gov.lb/article.asp>

⁹⁵ - وسيم فتح الله، الخطأ الطبي مفهومه وآثاره، مرجع سابق، ص03.

⁹⁶ - علي فيلال، الالتزامات - الفعل المستحق للتعويض - ، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص25.

⁹⁷ - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص394.

أ- رضا صحيح:

نصت المادة 59 من ق.م.ج على أنه " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما دون الإخلال بالنصوص القانونية ".

التراضي هو أساس العقد و قوامه، فلا يقوم بغير توافره، يجب أن يكون التعبير مطابقاً لما قصدته الإرادة الحقيقية، و أساس القبول هو مطابقته للإيجاب تمام المطابقة.⁹⁸

تنص المادة 154 من ق.ح.ص.ت على: " يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك".

تنص أيضا المادة 42 من م.أ.م.ط على: " للمريض حرية اختيار طبيب أو جراح أسنانه أو مغادرته، وينبغي للطبيب أن يحترم حق المريض هذا ، وأن يفرض احترامه ، وتمثل حرية الاختيار هذه مبدأ أساسياً تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض والعلاقة بين جراح الأسنان والمريض...".

كما جاء في نص المادة 44 من نفس المدونة (م.أ.م.ط) " يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة و متبصرة أو بموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون ...".

لصحة الرضا لابد أن يكون خاليا من عيوب الإرادة التي نصت عليها المواد من 81 إلى 91 من القانون المدني و هي الغلط، التدليس، الإكراه، الغبن الناتج عن الاستغلال.

سبق الإشارة إلى أنه لإبرام العقد الطبي لابد من توفر ركن التراضي الذي يقتضي رضا الطرفين، إذ لا يكفي فقط رضا المريض، بل يجب أن يقابله رضا الطبيب من جهة أخرى، و إن كان الأصل هو موافقة الطبيب لتقديم العلاج، فالاستثناء هو إمكانية هذا الأخير رفض تقديم العلاج في حالات.⁹⁹

بالنسبة لشكل الرضا، يمكن أن يكون الرضا صريحا أو ضمنيا و الأصل أن يكون صريحا خاصة بالنسبة للعمليات الجراحية الخطيرة.

⁹⁸ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام - التصرف القانوني -

(العقد و الإرادة المنفردة)، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص115.

⁹⁹ - نصت المادة 42 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب على مايلي: "... وتمثل حرية الاختيار هذه مبدأ أساسيا تقوم

عليه العلاقة بين الطبيب و المريض و العلاقة بين جراح الأسنان و المريض، ويمكن للطبيب أو جراح الأسنان مع مراعاة المادة 9 أعلاه، أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج ".

تنص المادة 60 ق.م.ج. على: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، و بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه.

و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

الأصل أنه لا يشترط شكل معين في هذا الرضا فيجوز للمريض في كل الأعمال الطبية أن يعبر عن موافقته بالطريقة التي يختارها، باستثناء الموافقة على عمليات انتزاع وزرع الأنسجة و الأعضاء البشرية التي تقتضي شكل معين.¹⁰⁰

فقد نصت المادة 62 من ق.ح.ص.ت. على: "...تشتراط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة"، هذا بالنسبة لرضا المتبرع، أما رضا المستقبل فله شكلية أخرى نصت عليها المادة 166 فقرة 1 من ق.ح.ص.ت. على ما يلي:

"...و بعد أن يعرب المستقبل عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي قبل بها و حضور شاهدين اثنين".

ب - الأهلية:

حتى يستطيع الفرد الإقدام على إبرام أي عقد لا بد أن تتوفر فيه تلك الإرادة المتمثلة في القدرة على اتخاذ موقف أو قرار ، وأن تكون صادرة من شخصية قانونية مؤهلة ، بمعنى أن المريض لابد أن يكون أهلاً لمثل هذا التصرف، و بالجهة المقابلة لابد من توفر أهلية الطبيب أيضاً ليصح انعقاد العقد.

الأهلية القانونية نوعان :

فيقصد بأهلية الوجوب " صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه " .

أما أهلية الأداء فتعرف بأنها " صلاحية الشخص لاستعمال الحق".¹⁰¹

الأهلية التي يعتد بها في المجال الطبي هي أهلية الأداء و التي مناطها التمييز،¹⁰² و هي صلاحية الشخص لكسب حقوق و تحمل التزامات و مباشرة تصرفات قانونية، إن

¹⁰⁰ - عبد الكريم بلعربي، محمد سعادوي، الأسس القانونية التي يقوم عليها احترام رضا المريض، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 2/2008، ص98.

¹⁰¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول ، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 283-285.

¹⁰² - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص48.

أحكام الأهلية تمس بالنظام العام في الصميم لأنها تؤثر تأثيراً بالغاً في حياة الشخص القانونية والاجتماعية.¹⁰³

تنص المادة 40 من ق.م.ج. على: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية و لم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.
و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة "

كما نصت المادة 78 من نفس القانون على أن " كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون "

عليه لكي يكون التصرف صحيحاً، يشترط خلو الأهلية من العوارض¹⁰⁴، و التي هي أمور تعتري البالغ الرشيد تؤدي إلى أن تعدم أهليته أو تنقصها و هي:

- عوارض تصيب عقل الإنسان فتعدم إدراكه و تميزه و هي الجنون و العته.
- عوارض تلحق الإنسان و تدبيره فتتقصه و هي السفه و الغفلة.¹⁰⁵

أضافت المادة 79 من ق.م.ج. على: " تسري على القصر و على المحجور عليهم و على غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة".

إذا رجعنا إلى تقنين الأسرة الجزائري فإنه يفرق بين حالتين:

- حالة عديم الأهلية: (عديم التمييز)

نصت المادة 82 من ق.أ.ج. على: " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً للمادة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة".

أضافت المادة 85 من ق.أ.ج. على: " تعتبر تصرفات المجنون، و المعتوه و السفه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه".

¹⁰³ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني...، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 157.

¹⁰⁴ - نصت المادة 42 من ق.م.ج. على " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. يعتبر غير مميز، من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة"، أضافت المادة 43 من ق.م.ج. على: "

كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد و كان سفه أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون.

¹⁰⁵ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري...، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 161.

أما المادة 81 من ق.أ.ج فتتص على: " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

- حالة ناقص الأهلية: (القاصر المميز)

نصت المادة 83 من ق.أ.ج على مايلي: " من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له و باطلة إذا كانت ضارة به و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر، و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

يتضح جليا أن إقبال القاصر المميز على الطبيب لطلب العلاج إنما يصنف هذا من قبيل الأعمال النافعة له، وبذلك يكون أهلا لإبرام عقد طبي كل قاصر مميز بلغ سن التمييز.¹⁰⁶

2- محل العقد الطبي

الواقع أن محل العقد هو محل الالتزام الذي يترتب عليه، فالعقد لا يترتب إلا التزامات، و محل الالتزام الذي يقصد به هو " الشيء الذي يلزم المدين بإعطائه أو بعمله، أو بالامتناع عن عمله".¹⁰⁷

لصحة العقد يجب العلم بالمنفعة أي المحل، و ذلك قطعاً لأن الجهالة به تؤدي حتماً إلى خصومة و نزاع، فينبغي على كلا المتعاقدين أن يقوموا بتحديد العمل الجراحي و بيانه على الوجه الذي يرفع عنه الجهالة، فيذكر اسم الجراحة نوعها نوعية الفحص وغيره.¹⁰⁸

أ- تعريف محل العقد:

يمكن تعريف محل الإلتزام بأنه " الشيء الذي يلتزم المدين القيام به، ويلتزم هذا الأخير بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما ، وقد يتمثل هذا الإلتزام في تحقيق نتيجة أو بذل عناية"¹⁰⁹، أو هو " العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها".¹¹⁰

¹⁰⁶ - كريم عشوش، العقد الطبي، مرجع سابق، ص18.

¹⁰⁷ - إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، -العقد- الإرادة المنفردة، قصر الكتاب، عام دراسي

2007/2006، ص99. أنظر أيضاً: محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري...، الجزء الأول، مرجع سابق، ص210.

¹⁰⁸ - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية و الآثار المترتبة عليها، مرجع سابق، ص 617.

¹⁰⁹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الأول، مرجع سابق،

ص408.

¹¹⁰ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري...، الجزء الأول، مرجع سابق، ص209.

بيان هذه الأمور و توضيحها للمريض يجعله على بينة من أمره ، الأمر الذي يؤدي لقطع النزاعات و الخصومات مستقبلا، و يجعل الأمور تسير في وضعها الطبيعي دون أن يستغل أحد الطرفين نظيره أو يظلمه، فالطبيب الجراح يقوم بعمله المعين، و المريض معه على وفاق تام، و لو حدث بينهما خلاف، أمكن إلزام المعتدي منهما على ما اتفق عليه في العقد.¹¹¹ محل العقد الطبي هو " ما يلتزم به الطبيب القيام به تجاه مريضه ، ويلتزم هذا الأخير بتقديم العلاج الضروري أو الحد من آلام المريض أو تخليصه منها، ويتمثل هذا الإلتزام الذي يرد على جسم الإنسان إما بذل العناية اللازمة أو تحقيق نتيجة معينة."¹¹²

ب- شروط محل العقد:

• أن يكون المحل ممكنا:

نصت المادة 93 من ق.م.ج على: "إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته... كان باطلا بطلانا مطلقا". الاستحالة المقصودة هي الاستحالة المطلقة، التي تحول دون نشأة الإلتزام،¹¹³ ويجب أن تكون الاستحالة قائمة وقت إبرام العقد، سواء كانت قانونية كعدم حصول الجراح على الترخيص لممارسة المهنة، أو استحالة طبيعية كتعهد طبيب بعلاج شخص تبين أنه متوفى، و بالتالي يكون العقد باطلا.¹¹⁴

• أن يكون المحل موجودا أو قابل للوجود:

يجب أن يكون محل العقد موجودا لقيام العقد الطبي، فعدم وجوده يستلزم انتفاء وجود العقد، وان هلك قبل التعاقد انتفى ركن المحل و كان العقد باطلا، أما إذا لم يكن موجودا، لكن يمكن أن يوجد في المستقبل كان العقد صحيحا،¹¹⁵ نصت المادة 92 فقرة 1 من ق.م.ج على: "يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلا و محققا".

• أن يكون المحل معينا أو قابل للتعيين:

يجب أن يكون محل الإلتزام معينا أو على الأقل قابلا للتعيين، فإذا كان محل الإلتزام هو شيئا معينا بالذات فيجب أن يشتمل العقد على تعيين ذاته و أوصافه تحديدا يمنع الجهالة فيه، أما إذا كان محل الإلتزام شيئا متليا فيجب أن يعين بجنسه و نوعه ومقداره،¹¹⁶ ذلك أنه إذا كان محل الإلتزام مجهولا تعذر الوصول إلى تحديده و بالتالي تنثر منازعات بشأنه

¹¹¹ - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية و الآثار المترتبة عليها ، مرجع سابق، ص618.

¹¹² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 408.

¹¹³ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري...، الجزء الأول، مرجع سابق، ص211.

¹¹⁴ - إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، -العقد - الإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص101.

¹¹⁵ - إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، -العقد - الإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص100.

¹¹⁶ - علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص71.

و من ثم فلا ينشأ الالتزام،¹¹⁷ فيكون المحل معينا إذا حدد تحديدا كافيا لبيان عناصره و مضمونه.¹¹⁸

نصت المادة 94 فقرة 1 من ق.م.ج. على: " إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه، ومقداره وإلا كان العقد باطلا".

• أن يكون المحل مشروعا:

يتمثل محل التزام الجراح في القيام بأعمال و الامتناع عن بعضها، كعدم إفشاء السر المهني، لكن يشترط فيها أن تكون مما يجوز التعامل فيه أي غير مخالفة للنظام العام أو للآداب العامة، فالأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل بحكم القانون فهي تلك التي ورد بشأنها نص خاص يمنع التعامل فيها¹¹⁹، كالأجهزة لدواعي غير علاجية ليس مشروع، نصت المادة 93 من ق.م.ج. على: " إذا كان محل الالتزام...أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا".

3 - سبب العقد:

يعتبر ركن السبب ركن جوهري لتكوين العقد الطبي، مثله مثل الأركان السابقة الذكر.

أ- تعريف السبب:

يعرف السبب بأنه " الغرض الذي انصرفت إليه الإرادة"، أو هو " الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه وراء رضاه التحمل بالالتزام"،¹²⁰ وعلى هذا فالسبب في عقد العلاج الطبي هو الغرض الذي يقصده المريض من وراء تعاقد مع الطبيب وهي الحالة الحقيقية أو المفترضة للمريض، فالمريض يرغب في معرفة طبيعة وتطور حالته الصحية، العامة، والبحث عن علاج لها من الطبيب.¹²¹

¹¹⁷ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري...، الجزء الأول، مرجع سابق، ص216.

¹¹⁸ - إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، -العقد - الإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص101.

¹¹⁹ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص73.

¹²⁰ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري...، الجزء الأول، مرجع سابق، ص222.

¹²¹ - Hannouz. A. K Hakem, Précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit- O.P.U réimpression 1992, p48.

المشرع الجزائري من خلال استقراء المادتين 97 و 98 فقرة أولى من ق.م.ج، يتبين أنه يعتد بسبب الالتزام و بسبب العقد، أي بفكرة ازدواجية السبب، كما أنه قصد الأخذ بالنظرية الحديثة التي سار عليها القضاء، فالسبب في القانون الجزائري هو الباعث الدافع للتعاقد،¹²² وقد أحسن المشرع في ذلك.¹²³

يمكن تعريف سبب العقد الطبي قياسا على المفاهيم السابقة الذكر بأنه " الباعث أو الدافع للتعاقد "،¹²⁴ أو بأنه " تلك الدوافع النفسية المتتالية، والبعيدة عن الرغبات والشهوات التي دفعت المتعاقد إلى إبرام العقد الطبي".¹²⁵

ب- شروط السبب:

- أن يكون السبب موجودا و صحيحا:
يجب أن يكون للالتزام سبب، فإذا لم يوجد له سبب كان باطلا، كما يجب أن يكون السبب صحيحا أي ليس صوريا و إلا بطل العقد، و يكون العقد صوريا إذا كان يخفي سبب آخر غير مشروع.¹²⁶
- أن يكون السبب مشروعاً:
طبقا للمادة 97 من ق.م.ج : " إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب، كان العقد باطلا".

¹²² - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول - التصرف القانوني - (العقد و الإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 1999، ص166.

¹²³ - النظرية التقليدية في السبب تحدث قصورا إذ أنها لا تؤدي إلى بطلان عقد بيع إذا كان غرض المشتري تحويل المنزل إلى محل للعب القمار، لذلك اتجه القضاء الفرنسي نحو فكرة السبب الباعث الدافع وأخذ يقضي ببطلان العقود التي يكون الباعث إليها غير مشروع فلم تقف المحاكم عند إعتبار التزام البائع بنقل الملكية سببا لالتزام المشتري بدفع الثمن، و إنها اعتبرت السبب هو نية إعداد المنزل للقمار، و في العقد العيني فلم يقتصر السبب في عقد القرض على إعتبار تسليم المقترض مبلغ القرض سببا لالتزامه برده، بل مدت بصرها إلى الباعث الذي حمل المقترض على الاقتراض، فأبطل القرض لعدم مشروعية سببه الذي كان قرضا من أجل إدارة منزل للقمار، و هكذا يتبين أن القضاء قد أدخل على نظرية السبب التقليدي تعديلا جوهريا وسع حدودها و سمح لها أن تتال بالبطلان عقودا ما كان للنظرية التقليدية أن تبطلها.

راجع: إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، -العقد - الإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص108.

¹²⁴ - كريم عشوش، العقد الطبي، مرجع سابق، ص72.

¹²⁵ - على فيلاي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد - ، مرجع سابق، ص 197 .

¹²⁶ - محمد صيري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري...، الجزء الأول، مرجع سابق، ص229.

يجب أن يكون السبب مشروعاً بحيث لا يكون مخالف للنظام العام و الآداب، إن كان الباعث أو الدافع للتعاقد يرمي إلى تحقيق هدف يخرج في هذا عن نطاق المشروعية فيعتبر باطل بطلان مطلق¹²⁷، فإن تقدم مثلاً مريض يعاني من مرض عضال لا يشفى من طبيب، ثم اتضح بعد ذلك أن الباعث أو الدافع للتعاقد، ما هو إلا لإجراء موت رحيم للمريض، فإن مثل هذا العقد يعتبر باطل لكون السبب غير مشروع، و بذلك لابد أن يكون الباعث أو الدافع للتعاقد مشروعاً حتى نكون بصدد عقد طبي صحيح.

نصت المادة 98 من ق.م.ج : " كل إلتزام مفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك.

و يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعي أن للإلتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه."

ثانياً: إخلال بالتزام عقدي سبب ضرر للمريض

حتى تتحقق المسؤولية العقدية للطبيب يجب أن يكون الضرر الذي لحق للمريض قد نشأ عن الإخلال بالتزام من الإلتزامات الواردة في العقد (خطأ عقدي).

يعرف الخطأ العقدي بصفة عامة على أنه " ما ينجم عن عدم تنفيذ المدين للإلتزامه الناشئ من العقد ".¹²⁸ أو هو "عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدى أو التأخر فيه، و يستوي أن يكون هذا التأخير عن عمد أو إهمال".¹²⁹

هذا ما أخذت به النظم الطبية المعاصرة، ففي لوائح آداب الطب الصادرة عن الرابطة الطبية الأمريكية بيان أن: " الطبيب الذي التزم بعقد مسبق ليس له الحق في رفض علاج المرضى الداخلين في لوائهم هذا العقد ".¹³⁰

نصت المادة 172 ق.م.ج على: " في الإلتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود..."، بمفهوم المخالفة فإن كل إخلال ببذل تلك العناية و الحيلة المطلوبة من الرجل العادي، يعد إخلال من المتعاقد، و هذا ما يترتب مسؤوليته العقدية.

¹²⁷ - العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، مرجع سابق، ص 167.

¹²⁸ - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الإلتزام و أحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للنشر

والتوزيع، الجزائر، 1983، ص 116.

¹²⁹ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري...، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 328.

¹³⁰ - وسيم فتح الله، الخطأ الطبي مفهومه وآثاره، مرجع سابق، ص 08.

يجب أن يكون الضرر الذي أصاب المضرور ناتجا مباشرة عن إخلال المسؤول بالتزامات رتبها العقد، و نذكر في هذا الشأن بأن الالتزامات هي من وضع و تحديد المتعاقدين غير أنه بمقتضى المادة 107 من ق.م.ج : "...و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، و العرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام".

وعليه فإذا لم يذكر المتعاقدان "الجراح و المريض" في العقد على وجوب عدم إفشاء السر المهني، فهنا الجراح يبقى مسؤولا، و للمتضرر إذن أن يدفع بالمسؤولية العقدية عند الإخلال بالالتزامات التي تضمنها العقد صراحة وكذلك تلك التي تدخل في دائرة التعاقد لكونها من مستلزمات العقد في ضوء الأحكام القانونية و العرفية و كذا العدالة و طبيعة المعاملة.¹³¹

و يقصد بعدم التنفيذ هو الانعدام الكلي لتنفيذ الالتزام، أو هو التنفيذ الجزئي أو التأخير في التنفيذ أو التنفيذ السيئ، و كما سبق الإشارة إليه يكون المتعاقد قد أخل بالالتزامه حتى و لو تعلق الأمر بالتزامات تبعية أو ثانوية.¹³²

الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية للجراح

لا تكون المسؤولية عقدية إلا إذا وجد عقد صحيح بين المضرور و المسؤول عن الضرر، و متى كان هذا الضرر نتيجة لإخلال احد طرفي العقد بالالتزام العقدي. و يترتب على هذا القول أن مسؤولية الطبيب لا تكون مسؤولية تقصيرية إلا إذا انعدمت الرابطة التعاقدية. وقد ذهب القضاء الفرنسي مدة من الزمن إلى اعتبار أن المسؤولية الطبية مسؤولية تقصيرية، فقد صدر حكم لمحكمة النقض الفرنسية في عام 1838م، قررت فيه أن مسؤولية الطبيب تقصيرية استنادا للمادتين (1382، 1383) من القانون المدني الفرنسي،¹³³ استمر الأخذ بهذا الحكم حتى بداية هذا القرن، وقد سائر الفقه الفرنسي المحاكم الفرنسية واعتبر أن المسؤولية الطبية هي مسؤولية تقصيرية، تقوم على الإخلال بواجب عام وهو عدم الإضرار بالغير.

بقي الفقه والقضاء في فرنسا يعتبران المسؤولية الطبية هي مسؤولية تقصيرية إلى أن صدر حكم محكمة النقض الفرنسية في حكم شهير لها في يوم 20 ماي 1936.

¹³¹ - علي فيلاي، الالتزامات - الفعل المستحق للتعويض - ، مرجع سابق، ص26.

¹³² - علي فيلاي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد - ، مرجع سابق، ص432.

¹³³ - Art. 1382 : "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer".

Art. 1383 : " Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence".

أولاً: تحول مسؤولية الجراح من عقدية إلى تقصيرية

من الثابت قانوناً أن المسؤولية المدنية تكون عقدية عندما يوجد عقد صحيح بين المتضرر والمتسبب بالضرر وإخلال أحد طرفي العقد بالتزام عقدي. وتكون المسؤولية المدنية تقصيرية عند وقوع الضرر خارج إطار العلاقة التعاقدية وإخلال الفاعل بالواجب القانوني العام الذي يفرض عدم الإضرار بالغير.¹³⁴ و يتصور عدم وجود عقد في حالات هي:

1- حالة غياب العقد:

نكون أمام غياب لعقد بين الجراح و المريض في حالات هي: عند تقديم الجراح لخدماته مجاناً أو عندما يتدخل بدون دعوة من المريض أو عندما يكون الجراح موظفاً بمستشفى عام.

أ- حالة تقديم الجراح لخدماته مجاناً:

الراجح عند القضاء الفرنسي هو نفي الطبيعة العقدية عن الخدمات المجانية، باعتبارها التزامات مصدرها اللباقة ولا يُحمل المدين بشأنها إلا واجبات أدبية تترتب عنها مسؤولية تقصيرية.¹³⁵

كذلك ذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى نفي الصفة العقدية عن الخدمات المجانية لأن العقد يقتضي من طرفيه الالتزام به، فالواعد بالخدمة المجانية لم يقصد ترتيب التزام في ذمته و هذه الالتزامات مبعثها اللباقة و لا تلقي على المدين سوى واجبات أدبية، فالثمن غائب بالتالي لا يوجد عقد، عليه فلا يترتب على هذه الطائفة من التدخلات المجانية سوى المسؤولية التقصيرية، لكن يُنظر هنا إلى ما انصرفت إليه نية المريض و الجراح، إما بإنشاء التزام عقدي على عاتق الجراح أو كان قصدهما أن يقوم الجراح بالعلاج مجاملة فقط، فإذا تبين وجود عقد في حالة العلاج بالمجان فإن الطبيب يكون مسؤولاً طبقاً لأحكام المسؤولية العقدية متى تحقق الخطأ من جانبه.¹³⁶

¹³⁴- نادر شافي، الطبيب بين الرسالة والمسألة، <http://www.lebarmy.gov.lb/article.asp>

¹³⁵- غير أن القضاء و الفقه الفرنسي يرى بأن التقليد الذي جرى بين الأطباء في عدم تقاضي اجر من زملائهم، يمكن أن يفسر على انه إبراء اختياري من دين بني على التبادل، و من ثم فالعقد الحاصل بين الطبيبين لا يكون من قبيل التبرع

¹³⁶- محمود زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية: المدنية و الجزائية، مرجع سابق،

ب- تدخل الجراح من دون دعوة:

في حالات يصعب كثيراً وجود عقد طبي بصدها، بالنظر لظروف السرعة التي يتم فيها التدخل الطبي أو الجراحي، نظراً لحالة الضرورة والاستعجال التي يصعب أو قد يستحيل الحصول فيها على موافقة المريض أو من ينوب عنه، ولا يكون في هذه الحالة تدخله هذا إلا التزاماً قانونياً يمس بالنظام العام، يخضع في تطبيقه للقانون وليس لبنود العقد،¹³⁷ تُعدّ حالة التدخل العاجل من قبيل الاستثناءات الواردة على حق الطبيب في اختيار مرضاه، وتبدو هذه الحالة واضحة في حالة المريض الذي يحتاج إلى تدخل طبي عاجل لا يحتمل التأخير، ففي مثل هذا التدخل لا يكون بناء على عقد بل هو أقرب إلى الفضالة و لا يغير هذا الوصف كون الطبيب الجراح قد دعي للتدخل من قبل العامة، فالعامة ليس لهم صفة في تمثيل المريض،¹³⁸ والمثال البارز على هذا هو حالة قيام الطبيب الجراح بإسعاف مريض لا يستطيع التعبير عن إرادته، وليس من الممكن الحصول على رضا ممثله في وقت مناسب، كأن يصاب شخص بسكتة قلبية في طريق عام فيسارع المارة باستدعاء الإسعاف، فينقل للعيادة أو مستشفى، أين تستدعي حالة المريض تدخل جراحي مستعجل، فهنا الجراح يقدم على التدخل الجراحي بدون دعوة من المريض، فلا وجود لعقد بينه وبين المريض، و في حالة حدوث إخلال من الجراح لا يمكن مسألتته إلا على أساس المسؤولية التقصيرية.¹³⁹

ج- جراح المستشفى العمومي:

عندما يكون الجراح موظفاً في مستشفى عمومي فإن العلاقة بين المستشفى و الجراح تكون تنظيمية،¹⁴⁰ فهنا الجراح يعتبر في مركز تنظيمي أو لائحي و أنه يخضع تبعاً لذلك للقوانين و اللوائح الخاصة بالعاملين في الدولة، و في هذا الحال لا يمكن مسائلة الطبيب الجراح إلا على أساس المسؤولية التقصيرية.¹⁴¹ صحيح أن المريض يعبر عن إرادته عند الاستفادة من العلاج الجراحي في المرفق العام، لكن لا يمكن تكييف ذلك في أي حال من الأحوال من قبيل التعاقد، لأن العقد يفترض مناقشة الشروط والالتزامات التي يتضمنها وهذا ما لا نجده في حالة العلاج بمستشفى عام، إذ للدولة تغيير شروط الدخول للمستشفى و طريقة تنظيمه وكيفية العمل فيه، دون أن يحتج عليها بحق مكتسب للمرضى، كما أن الطبيب الجراح الممارس بمستشفى عام لا يتعامل بصفته الشخصية، بل بصفته مكلف بأداء خدمة

¹³⁷ - ذهبية ايت مولود، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع

قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، 2011، ص79.

¹³⁸ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية: الطبيب، الجراح...، مرجع سابق، ص 202.

¹³⁹ - محمود زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية: المدنية و الجزائية، مرجع

سابق، 377. أنظر أيضاً: فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22 ، العدد الأول، 2006، ص127.

¹⁴⁰ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب: دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص76.

¹⁴¹ - محمود زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية: المدنية و الجزائية، مرجع سابق،

عامة، لذلك تتحدد حقوق والتزامات كل من الجراح والمريض بمقتضى اللوائح المنظمة لنشاط المرفق الصحي العام، ومؤدى ذلك انتهاء عقد يربط الطبيب بالمريض المنتفع.

في هذا الإطار قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 1969/07/03، بأنه لا يمكن مساءلة طبيب المستشفى العام إلا على أساس المسؤولية التقصيرية لأنه لا يمكن القول بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاج بل المستشفى هو المخول له تعيين الطبيب حسب حالة كل مريض.¹⁴²

كما أكدت غرفة الجنح والمخالفات للمحكمة العليا في قرار لها صدر في 1998/10/20، ملف رقم 157555، في قضية تتلخص وقائعها بأن طبيبين يعملان لدى إحدى المستشفيات العامة في الجزائر قد أخلا في التزاماتهما في معالجة المريض مما أصابه بأضرار دفعت الأخير إلى إقامة الدعوى على الطبيبين فقضت المحكمة بالآتي: " بما أن المراكز الاستشفائية تعتبر مؤسسات عمومية ذات طابع إداري ومزودة بشخصية معنوية وباستقلال مالي وعلاقتها بالأطباء العاملين فيها علاقة تنظيمية، فإن من حق المريض المتضرر إقامة الدعوى أمام القضاء العادي للمطالبة بالتعويض عما أصابه من أضرار وفقاً لما حدده تقرير الخبير بذلك".¹⁴³

و إن كان هذا الحكم يتوافق مع كون المريض لم يختار الجراح المعالج له و من ثم تنتفي المسؤولية العقدية وتتحول إلى تقصيرية، التي لا تكون إلا في الحالات التي يختار المريض فيها جراحه، على غرار الحالة التي يلجأ إليه في عيادته الخاصة فهنا لا مجال لتطبيق المسؤولية العقدية.¹⁴⁴

2- بطلان العقد:

قد يوجد عقد مبدئي بين المريض والطبيب الجراح، ورغم ذلك تكون مسؤولية الطبيب تقصيرية كون العقد باطل لعدم استيفائه لأركان وشروط صحته، كما لو تم دون الحصول على موافقة المريض¹⁴⁵ التي تشترط لصحة كل تدخل طبي، أو قام الطبيب الجراح بإجراء تدخل لا يترتب عليه أية منفعة طبية أو علاجية للمريض، كالأضرار الناتجة عن التجارب الطبية، الأمر الذي يبطل العقد لعدم مشروعية محله.¹⁴⁶

¹⁴² - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية - الطبيب، الجراح...، مرجع سابق، ص 208.

¹⁴³ - نقلا عن: زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، مرجع سابق، ص 90.

¹⁴⁴ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية: الطبيب، الجراح...، مرجع سابق، ص 204.

¹⁴⁵ - عبد الرحمن بن صالح الطيار، المسؤولية المدنية عن خطأ الطبيب في دول مجلس دول التعاون الخليجي، مرجع سابق، ص 38.

¹⁴⁶ - بلعيد بوخرس، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مرجع سابق، ص 148.

فهنا تتقلب مسؤولية الطبيب الجراح من عقدية إلى تقصيرية، إذا تبين بطلان العقد المبرم بين الطبيب الجراح و المريض، و ذلك لأي سبب من أسباب البطلان السابق الإشارة إليها.¹⁴⁷

3- عندما يكون خطأ الجراح ذا طابع جنائي:

عندما تأخذ مخالفة الطبيب الجراح لالتزامه ببذل العناية طابعا جنائيا، أي يصبح فعله منطويا تحت لواء التجريم، تكون مسؤولية الطبيب في هذه الحالة مسؤولية تقصيرية تأسيسا على أنه أخل بالتزام قانوني،¹⁴⁸ أي عندما يكون الفعل مجرما في تقنين العقوبات، تتحول المسؤولية الطبية المدنية إلى التقصيرية، وقد طبق القضاء الفرنسي هذا المبدأ في عدة مناسبات، في قضية نسيان جراح لأداة من الأدوات الجراحية في جسم المريض مما أدى لوفاته (نقض جنائي فرنسي في 12 ديسمبر 1946)، الطبيب الذي كان يتابع حالة مريضة و يعلم ما يوجد عندها من اضطرابات دموية يمكن أن تسبب نزيفا حادا عند أي تدخل جراحي، و مع ذلك أجرى التدخل دون اتخاذ أي احتياطات في هذا الشأن (نقض جنائي فرنسي في 14 جوان 1957)، ففي هذه الحالة يكون الطبيب محلا للمساءلة الجنائية أما في الشق المدني محلا للمسألة التقصيرية و ليس العقدية كونه ارتكب خطأ ذا طابع جنائي.¹⁴⁹

لقد استقر الاجتهاد القضائي في فرنسا على أنه إذا اتخذ المتضرر من خطأ طبي، نفسه مدعيا شخصيا أمام القضاء الجزائي وطالب بالتعويض، فإن الطبيب في مثل هذه الحال يكون مسؤولا، ومن ثم يلزم بدفع التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية المنصوص عنها في المادتين 1382 و 1383 من القانون المدني الفرنسي التي توافقها المادة 124 من القانون المدني الجزائري، ويعد القرار الصادر عن الغرفة الجنائية في محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1946/12/12 المرجع في هذا المجال، حيث جاء فيه أنه إذا كانت المسؤولية الطبية عقدية من حيث المبدأ، ولكنها ليست كذلك إذا كان الإخلال بالتزام يشكل جريمة، وذلك لأن سبب المسؤولية ناجم في مثل هذه الحال عن ارتكاب هذه الجريمة.¹⁵⁰

4- تجاوز حدود العقد :

الأصل أن يكون بين الطبيب الجراح و المريض عقد، لكن إذا اضطر الطبيب لإجراء عملية أخرى للمريض غير تلك المتفق عليها، كالحالة التي يتفق الجراح مع المريض على إجراء عملية ثم يتبين للجراح أثناءها و المريض في غيبوبة أنه مصاب بمرض آخر كورم

¹⁴⁷ - عبد الرحمن بن صالح الطيار، المسؤولية المدنية عن خطأ الطبيب في دول مجلس دول التعاون الخليجي، مرجع سابق، ص39.

¹⁴⁸ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب: دراسة مقارنة، المرجع السابق ص81.

¹⁴⁹ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية: الطبيب، الجراح...، مرجع سابق، ص 201 .

¹⁵⁰ - فواز صالح ، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي، مرجع سابق، ص129 .

سرطاني فيقوم بنزعه دون أخذ رضاه، في هذه الحالة و إن كان يوجد عقد في التدخل الأول، فإنه غائب في التدخل الثاني، و عليه تكون مسؤوليته في حالة وجود خطأ في التدخل الثاني تقصيرية.¹⁵¹

ثانياً: شروط المسؤولية التقصيرية

يشترط في المسؤولية المدنية توافر الخطأ والضرر والرابطة السببية بين الخطأ والضرر، أي ارتكاب الطبيب لخطأ طبي سبب و أدى إلى إلحاق الضرر بالمريض، ويجب أن يكون الضرر أكيداً ومباشراً وشخصياً، وأن يتصل سببياً بالخطأ الطبي، وقابلاً للتعويض عنه، ويُعتد بالضرر المادي الواقع على سلامة جسم الإنسان وحياته وماله نتيجة تكبده المصاريف والنفقات للمعالجة، كما يُعتد بالضرر الأدبي أو المعنوي المتمثل بالجانب النفسي أو العاطفي كالآلم الجسدي والعذاب النفسي وما يساوره من قلق وهواجس، وليس من الضروري أن يكون الخطأ الطبي هو السبب المباشر والوحيد الذي نتج عنه الضرر، بل يكفي أن يكون هذا الخطأ قد ساهم في وقوع الضرر، وأن يكون له دور في تسلسل الأسباب التي أدت إلى هذه النتيجة.¹⁵²

1 - الخطأ التقصيري

لقد تم التطرق للخطأ الطبي الجراحي فيما سبق من بحثنا، وعن كونه نتيجة سلبية قد تحدث نتيجة للتدخل الجراحي، هذا الخطأ الذي هو فني اقرب منه للأخطاء العادية كونه إخلال بالالتزامات فنية على عاتق الجراح، أما الخطأ الذي سنتناوله الآن فهو كركن من أركان المسؤولية التقصيرية أي إخلال بالتزام عدم الإضرار بالغير.

نصت المادة 124 من ق.م.ج على " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضرراً للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

الخطأ هنا "هو ما ليس للإنسان فيه قصد"¹⁵³ أو هو " كل فعل تترتب عنه نتائج لم يردّها الفاعل بطريقة مباشرة أو غير مباشرة و لكنه كان بإمكانه تجنبها".¹⁵⁴

في حين عرفه البعض بأنه هو إخلال المدين بالتزام سابق واجب عليه أو هو اعتداء على حق يحميه القانون أو بمعنى آخر اعتداء على حق مشروع.¹⁵⁵

¹⁵¹ - عبد الرحمن بن صالح الطيار، المسؤولية المدنية عن خطأ الطبيب في دول مجلس دول التعاون الخليجي ،

مرجع سابق، ص 38.

¹⁵² - نادر شافي، الطبيب بين الرسالة والمساءلة، <http://www.lebarmy.gov.lb/article.asp>

¹⁵³ - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية و الآثار المترتبة عليها ، مرجع سابق، ص481.

¹⁵⁴ - صحراوي فريد، الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص11.

¹⁵⁵ - عبد الرحمن بن صالح الطيار، المسؤولية المدنية عن خطأ الطبيب...، مرجع سابق، ص 118.

عرفه الأستاذ "سافتييه" Savatier بأنه " انتهاك لحرمة حق لا يستطيع من انتهاك حرمة أن يعارضه بحق أقوى أو مماثل".¹⁵⁶

الخطأ هو ضد الصواب و ضد العمد و الواجب، المشرع الجزائري لم يفرد تعريفا للخطأ بل ترك تلك المهمة للفقهاء و القضاء، و لقد حاول الفقهاء و شراح القانون المدني تعريف الخطأ.¹⁵⁷

يرى ديموج "Dimogue" بأن "الخطأ هو اعتداء على حق للغير مع إدراك المعتدي بأنه يعتدي على حق للغير".¹⁵⁸

في حين عرفه الفقيه الفرنسي بلانيول " Planiol " الخطأ بأنه: " إخلال بالالتزام سابق".¹⁵⁹

أما الفقيه " كبيتان " فحلل الخطأ التقصيري إلى عنصرين:

- عنصر التعدي (La culpabilité): يتمثل في العنصر المادي الموضوعي، و في مسلك يسلكه الرجل العادي أو ما يطلق عليه رب الأسرة الطيب.¹⁶⁰

- عنصر الإسناد (L'imputabilité): يقصد به أن المرء لا يسأل عن فعل التعدي إلا إذا كان مميزا.¹⁶¹

و هو ما نص عليه في القانون المدني و ذلك في المادة 125 منه " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدث بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطة إلا إذا كان مميزا". و سن التمييز يكون ببلوغ الثالثة عشرة (13) سنة،¹⁶² كما يقتضي ألا يكون مجنونا أو معتوها، وأن لا يكون وقت ارتكابه الفعل الضار فاقدا للإدراك،¹⁶³

¹⁵⁶ - إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام - الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون -، قصر الكتاب، العام الدراسي 2006/2007، ص189.

¹⁵⁷ - احمد حسن الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب في النظام القانوني و الأردني و النظام القانوني الجزائري، مرجع سابق، ص 104.

¹⁵⁸ - إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام - الفعل المستحق للتعويض...، مرجع سابق، ص189.

¹⁵⁹ « La faute est un violation d'une obligation préexistante ». Voir : Annick DORSNER-DOLIVET, La responsabilité du médecin, ed ECONOMICA, paris, 2006, p97.

¹⁶⁰ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص147.

¹⁶¹ - إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام - الفعل المستحق للتعويض، -الإثراء بلا سبب، القانون -، مرجع سابق، ص189.

¹⁶² - نصت المادة 42 فقرة 2 من التقنين المدني على: " يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة ".

¹⁶³ - إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام - الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون -، مرجع سابق، ص193.

2- الضرر

يعد الضرر ركنا من أركان المسؤولية التقصيرية و ثبوته يعتبر شرطا لازما لقيامها، و تقرير وقوع الضرر مسألة موضوعية تخضع لتقدير القضاء، ولا يكفي لوجود هذه المسؤولية أن يقع من المسؤول فعل خاطئ و إنما يجب أن يترتب على هذا الفعل ضرر يصيب الغير، و لذلك يقال لا مسؤولية و لا تعويض إذا انتفى الضرر.¹⁶⁴

أ- تعريف الضرر:

نصت المادة 02 من ق.إ.ج. على: " يتعلق الحق في الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عن جناية أو جنحة أو مخالفة بكل من أصابهم شخصيا ضرر مباشر تسبب عن الجريمة..."

أضافت المادة 3 فقرة 4 من ق.إ.ج. على: " تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جثمانية أو أدبية ما دامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية".

الضرر حالة نتجت عن فعل إقداما أو إحجاما مست بالنقص، أو بما يعنيه قيمة مادية¹⁶⁵ أو معنوية¹⁶⁶ أو كليهما للشخص المضرور، و هو الأنسب لمعنى الضرر الطبي فهو حالة نتجت عن فعل طبي مست بالأذى المريض، و قد يستتبع ذلك نقص في حال المريض أو معنوياته أو عواطفه.¹⁶⁷

¹⁶⁴ - عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية...، مرجع السابق، ص 89.

¹⁶⁵ - الضرر المادي: هو ذلك " الضرر الذي يصيب الإنسان في ماله أو جسمه أي في قابليته أو قدرته على كسب المال". راجع: محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني...، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 76. أنظر أيضا: عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية و الجنائية و التأديبية، مرجع السابق، ص 81.

أنظر أيضا: العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 145.

¹⁶⁶ - الضرر المعنوي هو " الضرر الذي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية ، فهو ما يصيب الشخص في كرامته، أو شعوره ، أو في شرفه ، أو في معتقداته الدينية ، أو في عاطفته ، وهو ما يصيب العواطف من آلام نتيجة فقدان شخص عزيز". راجع: محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني...، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 81.

أنظر أيضا: العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 148. ¹⁶⁷ - منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية و الجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004، ص 55.

الضرر الطبي هو " ما يصيب المريض من جراء الخطأ الطبي، سواء كان ذلك مساساً بسلامة جسمه من إصابته بخسارة مادية، أو إلحاق بنفسه و معنوياته آلام معنوية نتيجة ما لحقه من خسارة ¹⁶⁸ ".
 تجدر الإشارة إلى أن الضرر ليس هو عدم شفاء المريض أو عدم نجاح الجراح في

العلاج، لأن مجرد عدم تحقق الشفاء كلياً أو جزئياً لا يُكون في ذاته ركن الضرر، لأن الطبيب في العلاج لا يمكنه أن يلتزم بشفاء المريض و إنما المطلوب منه هو بذل قصارى جهده في سبيل حدوث الشفاء.

المشرع الجزائري أخذ بمبدأ التعويض على الضررين المادي و المعنوي إذ نصت المادة 182 مكرر من التقنين المدني على:

" يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة."

ب- شروط الضرر:

- أن يكون الضرر مباشراً :

لكي يكون الضرر موجبا للتعويض، يجب أن يكون مباشراً، ومعنى ذلك أن يكون نتيجة مباشرة للخطأ أو للنشاط الذي سبب الضرر، أي السبب المألوف الذي يحدث الضرر في العادة، أما السبب العارض فلا يكفي لتقرير المسؤولية ¹⁶⁹.

عرف الدكتور " عبد الرزاق أحمد السنهوري " الضرر المباشر بأنه:

" ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، ويجمع هذا المعيار بين الدقة والمرونة ¹⁷⁰ ".
 الضرر المباشر هو ما كان نتيجة حتمية وطبيعية للفعل الضار ويرتبط به بعلاقة

سببية، و لم يكن باستطاعة المضرور أن يتوقاه ببذل العناية التي يبذلها الرجل العادي، أما إذا كان باستطاعته أن يتوقاه ببذل العناية التي يبذلها الرجل العادي كان هذا الضرر غير مباشر ¹⁷¹.
 اعتبر الاجتهاد الفرنسي بتاريخ 20 جوان 1985 أن الضرر المباشر هو النتيجة الحتمية والضرورية للخطأ، ذلك كأن يصاب الشخص بشلل في ساقه إثر خضوعه لعملية جراحية، فلا يعتبر الضرر اللاحق به ضرراً مباشراً لا بد أن يكون هذا الشلل نتيجة طبيعية

¹⁶⁸ - كريم عشوش، العقد الطبي، مرجع سابق، ص 141.

¹⁶⁹ - محمد صيري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري...، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 104.

¹⁷⁰ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام...، مرجع سابق، ص 1033.

¹⁷¹ - بلعيد بوخرس، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مرجع سابق، ص ص 118-119.

لخطأ الطبيب الجراح، أي أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة بين هذا الضرر أي الشلل والخطأ المنسوب للطبيب الجراح¹⁷².

- أن يكون الضرر محققا:

يشترط في الضرر أن يكون قد وقع فعلا، أو سيقع حتما، فالضرر قد يتعدى و يشمل حتى الضرر الذي تأخرت آثاره بعضها أو كلها إلى المستقبل.¹⁷³

يعتبر الضرر محققا إذا كان حالا أي وقع فعلا، فلا يجب أن يكون احتماليا، ولكي يعد الضرر محققا وجب إثبات أن المريض كان لديه الأمل في الشفاء، وأن الضرر الذي وقع كان أثناء التدخل الطبي أو ممارسة المرفق الطبي لنشاطه، ونتيجة لعدم وفاء الطبيب بالتزامه ببذل عناية للمريض، أو نتيجة سوء العلاج الذي تلقاه في المستشفى، أو أن تصبح حالة الشخص بعد خضوعه للجراحة التجميلية أكثر تشوها وعبئا بالمقارنة عما كانت عليه قبل التدخل الجراحي،¹⁷⁴ أو تم إتلاف عضو أو إحداث جرح أو إصابة الجسم أو العقل بأي أذى هو ضرر محقق لأنه من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب و على تحمل نفقة العلاج.¹⁷⁵

قضت الدائرة الجنائية بمحكمة النقض المصرية بتاريخ 1947/06/16 بأن:

"معيار الضرر المتوقع موضوعي لا شخصي، بينما الإدعاء باحتمال وقوع الضرر لا يكفي بالبداهة، ويلزم أن يكون الضرر مؤكدا، ولو في المستقبل".¹⁷⁶

هذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 1979/03/27 بأنه " يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادي، الإخلال بمصلحة مالية للمضرور، و أن يكون الضرر محققا بأن يكون قد وقع بالفعل أو أن يكون وقوعه في المستقبل حتما".¹⁷⁷ الضرر المؤكد الوقوع هو ضرر لم يقع بعد لكن وقوعه في المستقبل مؤكدا، فالسبب تحقق لكن آثاره كلها أو بعضها تراخت إلى المستقبل.¹⁷⁸

¹⁷² - كريمة عباشي، الضرر في المجال الطبي، مرجع سابق، ص39.

¹⁷³ - فريدة عميري، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مرجع سابق، ص76.

¹⁷⁴ - كريمة عباشي، الضرر في المجال الطبي، مرجع سابق، ص32.

¹⁷⁵ - عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية: الجنائية و التأديبية، مرجع السابق، ص 30.

¹⁷⁶ - نقلا عن: كريمة عباشي، الضرر في المجال الطبي، مرجع سابق، ص33.

¹⁷⁷ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري...، الجزء الثاني، مرجع سابق ص 77.

¹⁷⁸ - المرجع نفسه، ص 78.

- أن يصيب الضرر حقا مكتسبا أو مصلحة مشروعة للمضرور:

لا يكفي وقوع الضرر حتى يطالب المضرور بالتعويض، يشترط أيضا أن يمس هذا الضرر حقا مكتسبا أو مصلحة مشروعة، غير مخالفة للنظام العام و الآداب العامة، الشخص يتمتع بعدة حقوق يحميها القانون، فنجد الحق في سلامة حياته، جسمه، سلامة ممتلكاته، و الاعتداء على أي حق من هذه الحقوق يمنح للمضرور الحق في المطالبة بالتعويض، شرط أن يكون هذا الاعتداء قد انصب على مركز قانوني جدير بالحماية، ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك.¹⁷⁹

فعلى هذا الأساس قضت محكمة التمييز الفرنسية في قرار مبدئي لها بتاريخ 1937/07/27 على أنه لإقامة المسؤولية المدنية يستوجب المساس بمصلحة مشروعة ومحمية قانونا، بمعنى أنه أجاز القانون لصاحب الحق المحمي قانونا من اللجوء إلى القضاء إذا كان الحق والمصلحة المدعى بهما مشروعين.¹⁸⁰

ج- تفويت الفرصة صورة جديدة للضرر في المجال الطبي:

استحدث القضاء الفرنسي نوعا جديدا من الضرر يتمثل في تفويت فرصة الشفاء أو التحسن، وقبل أن يتم إقراره و الأخذ به أثار بعض الصعوبات في تطبيقه من حيث التعويض، ذلك أن تفويت الفرصة ما هو إلا تقويت و تضيق لمجرد أمل غير محقق في الشفاء، الذي هو بطبيعة الحال احتمالي، رغم ذلك اتجه كل من القضاء الفرنسي و المصري إلى تقرير التعويض عن مجرد تفويت الفرصة في المجال الطبي، متى توفرت شروطها وهي أن تكون الفرصة حقيقية و جديدة، فقد جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1969/11/17 " أن عدم إعلام الطبيب الجراح للمريض عن مخاطر العملية يعتبر في حد ذاته ضررا متمثلا في تفويت فرصة الامتناع عن إجراء العملية التي تعتبر أحسن حالا من إجراءاتها بتلك المخاطر".¹⁸¹

كما قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 22 مارس 1977 بأن " القانون لا يمنع من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان للمضرور من رجحان كسب فوته عليه العمل غير المشروع، و ذلك أنه إذا كانت الفرصة فرصة أمر محتملا، فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه".¹⁸²

¹⁷⁹ - كريمة عباشي، الضرر في المجال الطبي، مرجع سابق، ص44.

¹⁸⁰ - المرجع نفسه، ص46.

¹⁸¹ - مراد بن صغير، المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ص 48-49.

¹⁸² - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري...، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 79.

3 - علاقة السببية بين الخطأ و الضرر

يعد تحديد رابطة السببية في المجال الطبي من الأمور العسيرة نظراً لتعقيد الجسم البشري وتغير حالاته وخصائصه من شخص إلى آخر، وقد تتعدد السلوكات التي تؤدي إلى نتيجة واحدة، و قد يؤدي السلوك نفسه إلى نتائج مختلفة، فقد ترجع أسباب الضرر إلى عوامل بعيدة أو خفية مردها طبيعة تركيب جسم المريض واستعداده مما يصعب معه تبيانها.¹⁸³

لا يكفي أن يكون هناك خطأ من جانب الجراح، كما لا يكفي حدوث ضرر، بل يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر، وبعبارة أخرى أن يكون الضرر ناشئاً عن الخطأ، تكتمل مسؤولية الطبيب بإثبات علاقة السببية بين الخطأ والنتيجة، يشترط حتى يسأل الجراح أن تكون النتيجة مباشرة وحتمية لذلك الخطأ الذي صدر عنه.¹⁸⁴

يجب أن يفضي هذا الخطأ إلى ضرر مرتبط به ارتباط العلة بالمعلول، بحيث لا يمكن أن يتصور حصول النتيجة الضارة لو لم يتم اقتتراف ذلك الخطأ. وعليه فإنه يجب أن تكون الإصابة تالية للخطأ وناشئة عنه، أي قيام علاقة أكيدة بين الخطأ والضرر، بحيث لو انعدمت هذه العلاقة انعدمت مسؤولية الطبيب تبعاً لذلك.¹⁸⁵

إذا اشتركت عدة وقائع في إحداث الضرر فإنه يجب استخلاص الأسباب المنتجة فقط و إهمال باقي الأسباب، و السبب المنتج هو ذلك السبب الذي يؤدي إلى إحداث نتيجة من نفس الطبيعة، بمعنى آخر السبب الذي يؤدي بحسب المجري الطبيعي للأمور إلى وقوع مثل الضرر الذي وقع، عدا ذلك فهو سبب عرضي،¹⁸⁶ فالفاعل يسأل إذا كان نشاطه هو السبب المؤثر والأقوى الذي أدى إلى تحقيق النتيجة، فالسببية قائمة ولو تدخلت عوامل أخرى.¹⁸⁷

قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 1968/11/18 بأنه " متى أثبت المضرور الخطأ و الضرر فإن القرينة قائمة على توفر العلاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور، وعلى المسؤول نفي تلك القرينة لإثبات أن الضرر نشأ عن سبب لا يد له فيه ".¹⁸⁸

¹⁸³ - منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية و الجنائية في الأخطاء الطبية، مرجع سابق، ص 61.

¹⁸⁴ - عميري فريدة، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مرجع سابق، ص 54.

¹⁸⁵ - فتحة محمد قوراري، مسؤولية الطبيب عن الأخطاء الطبية، منتديات القانون العماني، شبكة عمان القانونية،

الموقع: <http://www.omanlegal.net/vb/showthread.php?t=7823>

¹⁸⁶ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني...، مرجع سابق، ص 98.

¹⁸⁷ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين...، مرجع سابق، ص 117.

¹⁸⁸ - صويلح بوجمعة، المسؤولية المدنية الطبية، مرجع سابق، ص 73.

المطلب الثاني : عبء إثبات خطأ الجراح و كيفية نفي المسؤولية عنه

يلعب الإثبات دورا هاما في المسائل المدنية، فالحق الذي لا يمكن إثباته هو و العدم سواء، و عليه لابد عند المطالبة بالتعويض عن الخطأ الطبي الجراحي إثبات صحة الادعاء (الفرع الأول)، كذلك الأمر بالنسبة لنفي مسؤولية عن هذا الخطأ، الذي يكون في حالات معينة و بشروط (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إثبات خطأ الطبيب الجراح

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها، أو هو إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به، هذه التعاريف تتفق في مجموعها على أن الإثبات هو إقامة البرهان والدليل أمام القضاء بالوسائل المحددة قانونا على وجود واقعة متنازع عليها، فالإثبات هو تلك الحجة أو البينة المقدمة استناد إلى الوسائل التي رسمها القانون والتي تتعلق بواقعة قانونية تكون محل نزاع بين المتخاصمين أمام القضاء، و لا شك أن كل ما يقدم من الخصوم في الدعوى كأدلة وحجج، من أقوال وبراهين ومستندات وما تقوم به المحاكم من تحقيق ومناقشة للخصوم واستجوابهم، الغرض والهدف منه إقناع القاضي حتى يتمكن من الفصل في الخصومة لصالح من أيد حجته بالدليل ويسقط من حجة خصمه.¹⁸⁹

يختلف الإثبات باختلاف طبيعة التزام الجراح فإذا كان التزامه التزاما ببذل عناية، فهنا على المريض إقامة الدليل على تقصير الجراح (أولا)، أما الأعمال التي لا مجال فيها لاحتمال أين يكون التزام الجراح تحقيق نتيجة فهنا يكون عبء الإثبات على الجراح (ثانيا)، دون إهمال دور الخبرة في إثبات الخطأ و تحقق المسؤولية (ثالثا).

أولا: عبء الإثبات على المدعي (المريض)

طبقا للقواعد العامة فإنه على من يدعي تضرره من فعل معين أن يثبت وقوع ذلك بإثبات أركان المسؤولية، فالبينة على من ادعى، المريض المضرور هو من يقع عليه عبء الإثبات، فيتعين عليه إقامة البينة على ما يدعيه، عملا بالمادة 323 من ق.م.ج والتي تنص: " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين التخلص منه".

يقع على عاتق المريض في المسؤولية الطبية، فضلا عن إثبات إلتزام الجراح بعلاجه طبقا للوائح، إثبات أن الجراح لم ينفذ إلتزامه ببذل العناية المطلوبة، بأن يقيم الدليل على إهماله أو تقصيره أو قلة احترازه أو انحرافه عن أصول الفن الطبي المستقرة و أن سلوكه لم يكن متوافقا مع سلوك الجراح المعتاد من مستواه و في نفس الظروف الخارجية المحيطة

¹⁸⁹ - فريدة عميري، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مرجع سابق، ص 87.

به،¹⁹⁰ فخطأ الطبيب ليس مفترض بل واجب الإثبات، بحيث أن مجرد إصابة مريض بضرر ليس دليل على أنه كان نتيجة لخطأ الجراح، بل يتعين على المضرور إثبات وقوع الخطأ المنسوب إلى المسؤول وقيام رابطة السببية بينه وبين الضرر.¹⁹¹

قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار صدر لها في 1986 جاء فيه: "إن عدم إعلام المريض من قبل طبيبه بالعملية الجراحية ونتائجها يستلزم هذا من المريض إثبات ذلك لإقامة المسؤولية على الطبيب"، وظهر أيضا تكريس هذا المبدأ من طرف مجلس الدولة الفرنسي في قرار له في 14 جوان 1991 إذ نص فيه على: "على المريض إثبات تقصير الطبيب التابع لمستشفى القطاع العام"،¹⁹²

يقع على عاتق المريض إثبات أن الجراح لم يقيم بالالتزام المدين به، ففي مجال إثبات التزام أخذ رضا المريض، وبالرجوع إلى قضاء محكمة النقض الفرنسية نجدها قد تبنت منذ عام 1951،¹⁹³ وحتى 25 فيفري 1997 إلقاء عبء الإثبات على عاتق المريض (الدائن) على أساس أن المريض قد حصل على التبصير اللازم من الطبيب، حيث لا يكون من المتصور أن يسلم قيادة نفسه ليكون محلا لتدخل طبي أو جراحي دون أن يكون ملما بالوقائع.¹⁹⁴

¹⁹⁰ - « Si le médecin était tenu d'une obligation de sécurité-résultat en ce qui concerne l'infection nosocomiale contractée par un de ses patients, c'est à ce dernier de rapporter la preuve que l'infection dont il est atteint a été contractée dans un établissement de soins. » Cass. Civ. I, 27 mars 2001. Cité par : JF CARLOT Christian MOREL , ACTUALITES JURIDIQUES DU RISQUE MEDICAL, <http://www.jurisques.com/jfc21.htm>

¹⁹¹ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 231.

¹⁹² - فريدة عميري، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مرجع سابق، ص 92.

¹⁹³ - استقرت محكمة النقض الفرنسية منذ 1951 على إلقاء عبء الإثبات على المريض وذلك على إثر قضية تتلخص وقائعها في أن السيد "Bizon" أجريت له عملية بتر ساق نتيجة غلط في التشخيص من قبل الجراح والطبيب المعالج، رفع المريض دعوى على الطبيب مطالبا بالتعويض استنادا إلى ما ارتكبه من خطأ جسيم في التشخيص وأنهما قاما بإجراء العملية الجراحية دون الحصول على موافقته، فقضت محكمة استئناف "Agers" بإدانة الجراح لأنه وباعتباره مسؤولا عن العملية يجب عليه أن يتحقق من رضا المريض بها، ولم يقدم الدليل على أن المريض قد وافق على العملية التي أجريت له، غير أن محكمة النقض الفرنسية ألغت هذا الحكم وقررت أنه إذا كانت العلاقة بين الجراح والمريض تتضمن من حيث المبدأ إلزاما على الطبيب بعدم إجراء العملية الجراحية إلا بعد الحصول مقدما على رضا المريض لها فإنه على عاتق هذا الأخير عبء إثبات إخلال الطبيب بالتزامه هذا.

¹⁹⁴ - سالم عبد الرضا طويرش الكعبي، التزام الطبيب بتبصير المريض، مرجع سابق، ص 33.

ثانياً: عبء الإثبات على عاتق الجراح

إلتزام الجراح لا يكون في كل الحالات بذلاً لعناية، فتوجد حالات أين يكون فيها الإلتزام بتحقيق نتيجة و هو الإلتزام بالسلامة، هذا ما يبرر أن هذا الاستقرار على تحميل المريض وحده عبء الإثبات لم يستمر طويلاً، ففتح المجال أخيراً لنقل عبء إثبات بعض الإلتزامات من على كاهل المريض إلى كاهل الجراح، وذلك في حالات خاصة أهمها الإلتزام بإعلام المريض وأخذ رضاه، وإلتزامه باستعمال أدوات سليمة،¹⁹⁵ يقع عبء الإثبات في هذه الحالة على عاتق الجراح، أما المريض المضروب فيكتفي بإثبات وجود الإلتزام على عاتق الجراح و عدم تحقق النتيجة المرجوة منه.

بعد أن كانت محكمة النقض الفرنسية قد تبنت مسألة إلقاء عبء إثبات عدم التبصير على المريض، عادت وفي قرار آخر لها صدر في 1997/2/25 وألقت بموجبه عبء الإثبات على الطبيب وحده، إذ جاء في فحوى القرار أن:

" بإمكان الطبيب أن يبرهن واقعة ايجابية بتبصيره للمريض بدلاً من أن يبرهن المريض واقعة سلبية تصعب عليه" و " لما كان الطبيب يقع على عاتقه التزام خاص بالتبصير ، فإنه من المحتم عليه أن يثبت أنه قد نفذ التزامه".¹⁹⁶

في حكم آخر لمحكمة النقض الفرنسية صدر بتاريخ 1999/11/09، وسعت فيه نطاق الإلتزام بنتيجة وأكدت على أن العقد المبرم بين المريض والطبيب يلقي على عاتق الأخير التزاماً بضمان السلامة فيما يتعلق بالأدوات التي يستعملها من أجل تنفيذ العمل الطبي المتعلق بالكشف أو العلاج، والمطلوب من المريض الإشارة إلى أصل الضرر الذي أصابه،¹⁹⁷ ومعنى هذه العبارة الأخيرة، أن عبء الإثبات يلقي على عاتق الطبيب، فيما يكتفي المريض بالإدعاء بوجود الضرر الناتج عن استعمال هذه الأشياء، وما على الطبيب إلا نفي وجود الضرر، أو إرجاعه إلى السبب الأجنبي أو القوة القاهرة التي منعت من تنفيذ التزامه بتحقيق النتيجة وهي ضمان سلامة الأدوات.¹⁹⁸

يرجع السبب وراء جعل عبء إثبات التبصير على الجراح وحده، ذلك أن جعل الإثبات عبء في هذه المسألة على عاتق المريض أمراً غير منطقي، لأنه سوف يتحمل حينئذ إثبات واقعة سلبية هي عدم إعلامه بمخاطر ونتائج العمل الطبي و الواقعة السلبية يصعب إثباتها

¹⁹⁵ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية: الطبيب، الجراح...، مرجع السابق، ص 217.

¹⁹⁶ - سالم عبد الرضا طويرش الكعبي، التزام الطبيب بتبصير المريض، مرجع سابق، ص33.

¹⁹⁷ - « le contrat formé entre le patient et son médecin met a la charge de ce dernier, sans préjudice de son recours en garantie, une obligation de sécurité de résultat en qui concerne les matériels qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médical ou d'investigation ou de soins ». Cité par : Anne LAUDE et Bertrand MATHIEU et Didier TABUTEAU, Droit de la santé op, cit, p 437.

¹⁹⁸ - سالم عبد الرضا طويرش الكعبي، التزام الطبيب بتبصير المريض، مرجع سابق، ص34.

بل يكاد يكون مستحيل، لذلك يعد من الأجدر إلقاء هذا العبء على الطبيب نفسه كي يثبت واقعة إيجابية يمكن بسهولة إثباتها، فإما بحدوث الوفاء بهذا الالتزام، أو أن هناك سبباً أجنبياً منعه من ذلك كحالة الضرورة مثلاً.

ثالثاً: دور الخبرة الطبية في الإثبات

تلعب الخبرة الطبية دوراً مهماً في إثبات الخطأ الطبي الجراحي، كون هذا الأخير هو خطأ من نوع خاص، ذلك أنه ليس عامة الناس على دراية و معرفة بالأصول الفنية المستقر عليها بين الجراحين، و القاضي أيضاً نظراً لعدم تخصصه في المجال، وعدم إلمامه بالمعرفة الطبية المتخصصة، هذا ما لا يمكنه من مناقشة مثل هذه المسائل، فيعجز غالباً عن تقدير الخطأ الجراحي، نظراً لكل ذلك فإنه في أغلب الأحيان تلجأ المحكمة إلى الإستعانة بأصحاب الاختصاص و أهل الفن لكي يبحثوا في الحالات المعروضة عليهم و إعطاء آراءهم،¹⁹⁹ مع ذلك فالقاضي يحتفظ بحقه في تقدير تقارير الخبراء وله الأخذ بها أو ردها حسب قناعاته، فهي ليست ملزمة له، و مع ذلك فإنها تلعب دوراً أساسياً كونها توضح له أشياء كثيرة، لم يكن بالإمكان الإطلاع عليها من غير أهل الاختصاص و الفن.²⁰⁰

نصت المادة 125 من ق.إ.م.إ على:

" تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية وعلمية محضة للقاضي". وهو ما أكدته المادة 95 من م.أ.م.ط التي نصت على:

" تعد الخبرة الطبية عملاً يقدم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان، الذي يعينه قاضي أو سلطة أو هيئة أخرى مساعدته التقنية لتقدير حالة شخص ما الجسدية أو العقلية، ثم القيام عموماً بتقييم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية".

أوجب المشرع الجزائري على الطبيب الخبير أو جراح الأسنان الخبير قبل البدء بأي عمل خبرة إخطار الشخص المعني بهذه المهمة هذا ما نصت عليه المادة 96 من م.أ.م.ط:

" يجب على الطبيب أو جراح الأسنان الخبير، قبل الشروع في أي عملية خبرة، أن يخطر الشخص المعني بمهمته".

لا يمكن للخبير أن يجمع بين الصفتين، أن يكون الطبيب المعالج و في نفس الوقت خبيراً لنفس المريض، هذا ما نصت المادة 97 من م.أ.م.ط على:

¹⁹⁹ - احمد حسن الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب في النظام القانوني و الأردني و النظام القانوني الجزائري،

مرجع سابق، ص 115.

²⁰⁰ - نادر شافي، الطبيب بين الرسالة و المساءلة، <http://www.lebarmy.gov.lb/article.asp>

" لا يمكن لأحد أن يكون في ذات الوقت طبيبا خبيرا و طبيبا معالجا أو جراح أسنان خبيرا و جراح أسنان معالجا لنفس المريض و لا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقبل مهمة تعرض للخطر أحد زبائنه أو أحد أصدقائه أو أقاربه أو مجموعة تطلب خدماته، و كذلك الحال عندما تكون مصالحه هو نفسه معرضة للخطر".

حرية اختيار الخبير ترجع إلى إتفاق الأطراف المتخاصمة، فإذا لم يتفق على ذلك، تقوم المحكمة بتعيين خبير طبي من بين الأطباء و الذي يتميز بالنزاهة و الكفاءة العالية للقيام بهذا العمل، وفقا لما تنص عليه القوانين في ذلك،²⁰¹ إذ نصت المادة 126 ق.إ.م.إ:

" يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة".

جاء في قرار للمحكمة العليا رقم 97774 صادر بتاريخ 1993/07/07 بأن مهمة الخبير تقتصر على المسائل الفنية دون القانونية التي تدخل في اختصاص القاضي.²⁰²

كما يتعين عليه عدم الإجابة على الأسئلة التي لا ترتبط بتقنيات الطب الحقيقية، إذ نصت المادة 99 من م.أ.م.ط على ما يلي:

" يجب على الطبيب الخبير، و على جراح الأسنان الخبير، عند صياغته تقريره، ألا يكشف إلا على العناصر التي من شأنها أن تقدم الإجابة على الأسئلة المطروحة في قرار تعيينه و فيما عدا هذه الحدود، يجب على الطبيب الخبير أو جراح الأسنان أن يكتف كل ما قد إطلع عليه خلال مهمته".

يجب على الخبير الغير مقيد في قائمة الخبراء قبل البدء في أداء مهامه أن يؤدي اليمين، هذا ما نصت عليه المادة 131 من ق.ح.ص.ت: "يؤدي الخبير غير المقيد في قائمة الخبراء، اليمين أمام القاضي المعين في الحكم الأمر بالخبرة، تودع نسخة من محضر أداء اليمين في ملف القضية".

يمكن رد الخبير لكن وفق شروط وأسباب محددة و هو ما جاء في المادة 133 فقرة 2 من ق.ح.ص.ت التي نصت على: " لا يقبل الرد إلا بسبب القرابة المباشرة أو الغير مباشرة لغاية الدرجة الرابعة أو لوجود مصلحة شخصية أو لأي سبب آخر".

الفرع الثاني: نفي المسؤولية المدنية عن الطبيب الجراح

لا يمكن نفي المسؤولية إلا بإثبات انعدام الرابطة السببية و بالتالي لا يكون إعفاء الجراح من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي و أن الضرر الحاصل لم يكن مسؤولا عنه

²⁰¹ - F. MERAH, l'expertise et responsabilité médicale pénale, op, cit, p91.

²⁰² - وزنة سايكي، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مرجع سابق، ص 151.

و لا يد له فيه، يتخلص الجراح من المسؤولية إذا اثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له كحادث مفاجئ (أولاً)، أو خطأ صادر من الغير (ثانياً)، أو خطأ المضرور (ثالثاً).

هذا ما جاء في المادة 127 من التقنين المدني: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

أولاً: القوة القاهرة أو الحادث الفجائي

1- تعريف القوة القاهرة أو الحادث الفجائي:

غالبية الفقه الحديث لا يميز بينهما، ويعتبر أن القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ تعبيرين لمعنى واحد، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري الذي لم يفرق بين القوة القاهرة و الحادث الفجائي.²⁰³

يقصد بهما "حدوث أمر غير متوقع و لا يمكن مقاومته أو دفعه مما يجعل الشخص غير قادر على أداء التزامه و واجبه" و عليه متى تحققت القوة القاهرة بشروطها بحيث لم يكن بالإمكان توقعها و لا ردها و لا دفعها، أمكن للجراح دفع المسؤولية عنه.²⁰⁴

2- شروط القوة القاهرة و الحادث الفجائي:

أ - عدم إمكان التوقع:

يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مما لا يمكن توقعه، أما إذا كان من الممكن توقعه، يكون الشخص مقصراً، إذا لم يتخذ الاحتياطات اللازمة لتجنب ما يمكن أن يترتب عليه من نتائج، و هنا لا يكتفي فيه بمعيار الشخص العادي بل يجب أن يكون الحادث غير متوقع من أشد الناس حرصاً و حيلة، بذلك يكون عدم إمكان التوقع مطلقاً لا نسبياً.²⁰⁵

ب - استحالة الدفع:

لا يكفي في الحدث الفجائي أو القوة القاهرة أن يكون مستحيل التوقع، بل يجب كذلك أن يكون الحادث مستحيل الدفع و المقصود بالاستحالة هنا هي الاستحالة المطلقة سواء كانت مادية أو معنوية، و المعيار هنا موضوعي و هو معيار الشخص اليقظ.²⁰⁶

²⁰³ - عمر جبالي، المسؤولية المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 1998، ص104.

²⁰⁴ - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص315 و316.

²⁰⁵ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري...، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 113.

²⁰⁶ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري...، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص114.

كما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1988/05/25 ملف رقم 53010 انه: " من المقرر قانونا أنه إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كقوة قاهرة كان غير ملزم بتعويض الضرر."²⁰⁷

كما قررت محكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 1997/03/26: " بأن الطبيب الذي كان في حالة استحالة التنقل، لا يرتكب جنحة الامتناع عن تقديم العلاج أو المساعدة، على الرغم انه قد تم إعلامه بأن المريض في حالة خطر."²⁰⁸

ثانيا: خطأ المريض

إذا وقع خطأ من جانب المريض، و متى كان هذا الخطأ هو السبب الوحيد في حدوث الضرر له، لا يسأل الشخص عن ذلك و تتنقي مسؤوليته،²⁰⁹ الجراح من حقه أن يتوقع من المريض مسلحا سليما لا خطأ فيه و لا انحراف، و بناء عليه فإن المريض الذي لا يتبع توصيات و توجيهات الجراح قبل أو أثناء أو بعد العملية، فإن الجراح لا يعد مسؤولا ما لم يكن هناك تقصير و خطأ من طرفه، أما إذا لم يكن خطأ المريض وحده من سبب الضرر فهنا يختلف الأمر، في هذا الإطار قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 1968/01/29 بأن:

" الأصل أن خطأ المضرور لا يرفع المسؤولية و إنما يخففها، و لا يعفى المسؤول استثناء من الأصل إلا إذا تبين من ظروف الحادث أن خطأ المضرور هو العامل الأول في إحداث الضرر الذي أصابه و أنه بلغ حدا من الجساماة بحيث يستغرق خطأ المسؤول "²¹⁰.

و عليه يختلف الأمر على احد الوضعين التاليين:

- الوضع الأول:

إذا استغرق أحد الخطأين الآخر فلا يعتد بالخطأ المُستغرق، و يكون أحد الخطأين قد استغرق الآخر في حالتين:

- **الحالة الأولى:** حينما يفوق أحد الخطأين الآخر كثيرا في جسامته و ذلك كأن يكون متعمدا.

- **الحالة الثانية:** أن يكون أحد الخطأين نتيجة للخطأ الآخر، ففي هذه الحالة يجب الوقوف عند الخطأ الذي وقع أولا، ذلك أن الخطأ الأول يَجِبُ الثاني.

²⁰⁷ - وزنة سايكي، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مرجع سابق، ص60.

²⁰⁸ - زاهية حورية سي يوسف، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص68.

²⁰⁹ - عمر جبالي، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص105.

²¹⁰ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري...، الجزء الثاني، ص ص 118-120.

- الوضع الثاني:

إذا اشترك خطأ المضرور (المريض) بفعله مع فعل المدعى عليه (الجراح) في إحداث الضرر، في هذه الحالة لا تكون مسؤولية المدعى عليه كاملة، بل تنقص بقدر تدخل المدعى بفعله في إحداث الضرر، فتوزع بينها و يتحمل كل طرف نصيبه من المسؤولية.²¹¹

نصت المادة 177 ت.م.ج على : " يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بالتعويض، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه".

ثالثا: خطأ الغير

يقصد بالغير كل شخص عدا المريض و الجراح، فكل خطأ سببه الغير للمريض لا يكون الجراح مسؤولا عنه، ذلك أن هذا الضرر لا ينسب إليه، و لم يكن نتيجة لخطئه و إنما خطأ شخص آخر.²¹² تجدر الإشارة انه ليس كل خطأ للغير معفيا لمسؤولية الجراح، بل فقط الأشخاص الذين لا يكون مسؤولا عنهم، فإذا كان هذا الغير ممن هم تابعين له فإن خطأ هؤلاء يكون له اثر في مسؤولية الجراح،²¹³ و على هذا الأساس خطأ مساعد الجراح إثر تدخل جراحي لا يعد من خطأ الغير بالنسبة للجراح المسؤول عنه، و كذلك الأمر بالنسبة لرئيس الفريق الطبي اتجاه أعضائه و إن كان كل واحد منهم يتمتع بنوع من الاستقلال في دائرة تخصصه غير أن الرئيس المشرف على غرفة العمليات يعد مسؤولا عنهم.²¹⁴

و قد يشترك خطأ الغير مع خطأ الجراح، و هنا لا يخرج الأمر عن إحدى هذه الحالات:

* إذا إستغرق أحد الخطأين الآخر تكون مسؤولية المستغرق كاملة و لا يعتد بالخطأ الآخر، فإن كان خطأ الجراح هو المستغرق أي هو الجسيم هنا لا تنتفي مسؤوليته، أما إذا كان خطأ الغير هو المستغرق فهنا تنتفي مسؤولية الجراح.

* إذا أسهم كل من خطأ الغير و خطأ الجراح في إحداث الضرر و لم يكن احد الخطأين أكثر جسامة من الآخر، فإن كلا منهما ارتكب خطأ و لم يستغرق أحد الخطأين الآخر، و هو ما يطلق عليه قانونا تعدد المسؤولين، فإن في هذه الحالة يكون للضرر سببان

²¹¹ - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 321 و 322.

انظر أيضا : محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري...، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 120.

²¹² - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 329.

²¹³ - عمر جبالي، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 106.

²¹⁴ - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 332.

كل منهما له شأن في حدوثه،²¹⁵ فهنا تطبق المادة 126 ت.م.ج التي تنص على: "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، و تكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض."

²¹⁵ - عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية و الجنائية و التأديبية، مرجع السابق،

لما كانت مهنة الطب بما تُتيحه للطبيب من التصرف في جسم الإنسان وعقله وروحه هي رسالة إنسانية غايتها خدمة الإنسان، فإنه لن يضره شيء أن تمحص أعماله على ضوء التشريع والاجتهاد القضائي والفقه، فلا يتصور إعفاؤه من المسؤولية إذا ما أساء إلى مرضاه بأخطائه.

وعليه لمشروعية تدخل الجراح يجب على هذا الأخير أن يأخذ إذن من المريض، و أن يكون هذا القائم بالتدخل ممن تتوفر فيهم الشروط القانونية، من شهادة في الاختصاص وكذا الحصول على ترخيص من السلطات المعنية، كما يجب أن يكون هذا التدخل لغرض العلاج، إن توفر هذه العناصر أمر ضروري فهو من يخرج العمل الجراحي من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة و المشروعية.

ينقسم العمل الجراحي إلى عدة تخصصات، يُعنى كل اختصاص بعلاج نوع من العلل، من بين هذه الجراحات التي تم التطرق إليها كونها مختلفة في نواحي عن الجراحات العادية، هي الجراحة التجميلية و جراحة نزع و نقل الأعضاء، كونها قد لا تهدف بشكل واضح وجلي لقصد العلاج، ففي حالة الجراحة التجميلية لا يكون الهدف منها إزالة الآلام أو المرض، أما في جراحة نزع الأعضاء فإن المتبرع لا تكون له مصلحة علاجية كونه سليم الجسد، بل يكون هدفه معنوي فقط و هو مساعدة الغير.

تعتبر العلاقة بين الجراح و المريض علاقة إنسانية بدرجة أولى، و لكن العنصر المؤثر هو كونها علاقة قانونية بموجبها يلتزم الجراح ببذل عناية كأساس عام للالتزامه، على أنه يلتزم في حالات بتحقيق نتيجة بالسلامة، و هو إلزام حديث أخذ في التوسع نظرا لأن العمل الطبي في جوانب منه لم يعد فيه مجال لعنصر الاحتمال، بل أصبح في جوانب علما دقيقا بحيث أن النتائج فيه أصبحت مؤكدة مثل التحاليل المخبرية كتحديد الزمرة الدموية، زيادة على ذلك خطورة بعض الأدوات و الأجهزة تجعل الجراح مسؤول عن كل ضرر قد تسببه للمريض. قد يكون إلزام الجراح بين الالتزام ببذل عناية و تحقيق نتيجة، في حالة الجراح التجميلي يكون ملزما ببذل عناية مشددة، هذا الالتزام استحدثه القضاء الفرنسي نظرا للطبيعة الخاصة لعمليات التجميل.

قد يحدث أن يخل الجراح بالتزاماته، هذا ما يرتب خطأ من جانبه، إن الخطأ الطبي الجراحي هو ما يقع فيه الطبيب الجراح أثناء أو بمناسبة التدخل الجراحي من خلال إخلاله بالالتزام مسبق نص عليه القانون أو الاتفاق أو هو عدم بذله الجهود اليقظة التي تتفق مع الأصول العلمية لمهنة الجراحة و عدم مراعاته لقواعد الحيطة و الحذر.

تطور هذا الخطأ من مرحلة كان فيها الطبيب لا يسأل مطلقا، إلى مرحلة أصبح يسأل فيها عن خطئه العادي دون الفني، ثم إلى فترة أين أصبح يسأل عن الخطأ الجسيم فقط، ثم إلى مرحلة أصبح فيها الطبيب أو الجراح مسؤولا عن كل خطأ منه مهما كان نوعه و درجته، بل وصل الأمر إلى درجة الاستغناء عن ركن الخطأ و الاعتداد فقط

خاتمة

بالضرر أو المخاطر ولعل فكرة الحادث الطبي أهم تطبيق لبدائية التخلي عن الخطأ للتعويض عن الأضرار الناجمة عن التدخل الطبي بشكل عام و الجراحي بشكل خاص. هذا ما يكفل عدم ضياع الحقوق في حالة العجز عن إثبات الخطأ.

يعتبر ركن الخطأ الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية، لكنه لا يكفي وحده لقيامها بل لابد من حدوث ضرر سببه هذا الخطأ، و تكون مسؤولية الجراح المدنية كأصل عقدية بحكم وجود عقد بين الجراح و المريض، و في حالة انعدام هذا العقد لسبب من الأسباب تكون مسؤولية الجراحة تقصيرية على أساس المادة 124 من التقنين المدني الجزائري.

نظرا للتطورات العلمية الهائلة و التقدم التكنولوجي في المجال الطبي الجراحي، تحول أمر متابعة هذه التطورات إلى ضرورة حتمية بحيث يجب على السلطة التشريعية أن تواكب هذا التطور لتضمن رعاية أكبر في كافة الظروف، في هذا الإطار المشرع الجزائري على خلاف المشرع الفرنسي الذي نظم المسائل الطبية في قانون خاص مستقل عن الشريعة العامة "القانون المدني" هو قانون 4 مارس 2002، في حين المشرع الجزائري لم يضع قواعد خاصة فيما يتعلق بالمسؤولية الطبية إنما وضع قواعد عامة يطبق عليها القانون المدني و بعض القوانين و المراسيم المتعلقة بالصحة لذلك لا توجد قواعد محددة تحكم مسؤولية الطبيب المدنية، هذا ما قد يثير صعوبات من حيث تمييز في بعض النواحي بين المسؤولية الطبية و بين المسؤولية المدنية بشكل عام.

تكمّن الغاية من المسؤولية المدنية في تعويض المضرور، لذلك ظهرت في البلدان التي سبقتنا و عرفت فكرة التأمين على المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين في محاولة لتحقيق ذات الغاية و هي تعويض المضرور. في المنظومة التشريعية الجزائرية نجد نصوص توجب على الجراح التأمين على مسؤوليته.

نصت المادة 167 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات،¹ على:

" يجب على المؤسسات الصحية المدنية و كل أعضاء السلك الطبي و الشبه الطبي و الصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم و تجاه الغير".

كما نصت المادة 11 من مرسوم رقم 88-204 الذي يحدد شروط انجاز العيادات الخاصة و فتحها و عملها،² على:

¹ - أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 13، السنة 32، الصادرة في 08 مارس 1995.

² - مرسوم رقم 88-204 مؤرخ في 18 أكتوبر 1988، يحدد شروط انجاز العيادات الخاصة و فتحها و عملها، ج ر عدد 42، السنة 25، الصادرة في 19 أكتوبر 1988.

" يجب على كل عيادة أن تكتب تأميناً لتغطية مسؤولية المؤسسة و مستخدميها مدنياً."

رغم وجود مواد و نصوص قانونية تؤكد على ضرورة التأمين على المسؤولية بالنسبة للجراح إلا أنه بالرجوع إلى الواقع نجد أن أغلبية الأطباء و الجراحين لا يلتزمون بالتأمين على مسؤوليتهم، و عليه لابد من تجسيد هذه النصوص على الواقع للحيلولة دون ذهاب و ضياع حقوق المرضى الذين كانوا ضحايا أخطاء عجزوا عن إثباتها أو كانوا ضحايا حوادث لا ترتب المسؤولية المدنية.

قائمة المراجع

باللغة العربية

المصحف الشريف

أولا : كتب

- 1- أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
- 2- الشيخ بابكر، المسؤولية القانونية للطبيب، دراسة في الأحكام العامة لسياسات القوانين المقارنة واتجاهات القضاء، الطبعة الأولى، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
- 3- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول- التصرف القانوني - (العقد و الإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 1999.
- 4- —————، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 1997.
- 5- أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية "دراسة في القانون الجزائري والمقارن"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
- 6- أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2008.
- 7- أحمد حسن الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب في النظام القانوني و الأردني و النظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2008.
- 8- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، إسكندرية، 2003.
- 9- إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، -العقد- الإرادة المنفردة، قصر الكتاب، عام دراسي 2006/2007.
- 10- —————، الوجيز في النظرية العامة للالتزام - الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون -، قصر الكتاب، العام الدراسي 2006/2007.

- 11- **حسن علي الذنون**، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الاول، الخطأ، دار وائل للنشر، عمان، 2006.
- 12- **حسين طاهري**، الخطأ الطبي و الخطأ العلاجي في المستشفيات العامة: دراسة مقارنة الجزائر-فرنسا، دار هومة، الجزائر، 2008.
- 13- **زينة غانم يونس العبيدي**، إرادة المريض في العقد الطبي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 14- **سمير عبد السميع الأودن**، مسؤولية الطبيب الجراح و طبيب التخدير و مساعديهم، مدنيا جنائيا إداريا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 15- **شريف الطباخ**، جرائم الخطأ الطبي و التعويض عنها في ضوء الفقه و القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- 16- **رمضان جمال كامل**، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2005.
- 17- **طلال عجاج**، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004.
- 18- **عبد الحميد الشواربي**، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية: الجنائية والتأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.
- 19- **عبد الحميد ثروت**، تعويض الحوادث الطبية (مدى المسؤولية عن التدايعات الضارة للعمل الطبي)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007.
- 20- **عبد الرحمن توفيق**، محاضرات في الأحكام العامة لقانون العقوبات، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر و التوزيع، عمان، 2006.
- 21- **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول ، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- 22- **عبد الكريم مأمون**، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
- 23- **عبد الوهاب عرفة**، الوسيط في المسؤولية الجنائية و المدنية للطبيب و الصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.

- 24 - **علي فيلالي**، الالتزامات - النظرية العامة للعقد - ، موفم للنشر، الجزائر، 2008.
- 25 - **_____** ، الالتزامات - الفعل المستحق للتعويض - ، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2010.
- 26 - **علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2006.
- 27 - **عمر جبالي**، المسؤولية المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 1998.
- 28 - **محمد بن محمد المختار الشنقيطي**، أحكام الجراحة الطبية و الآثار المترتبة عليها، الطبعة الثانية، مكتبة الصحابة، جدة، 1994.
- 29 - **محمد الحسيني**، عمليات التجميل الجراحية و مشروعيتها الجزائية بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، مركز ابن باديس الحلي للدراسات الفقهية، 2008.
- 30 - **محمد حسن قاسم**، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- 31 - **محمد حسنين**، الوجيز في نظرية الإلتزام و أحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1983.
- 32 - **محمد حسين منصور**، المسؤولية الطبية: الطبيب، الجراح، طبيب الأسنان، الصيدلي، التمريض، العيادة و المستشفى، الأجهزة الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 33 - **محمد راييس**، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 34 - **محمود زكي شمس**، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية: المدنية والجزائية، مؤسسة غبور للطباعة، دمشق، 1999.
- 35 - **محمد سامي الشوا**، الخطأ الطبي أمام القضاء، دراسة مقارنة المصري و الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- 36 - **محمد صبري السعدي**، شرح القانون المدني الجزائري: مصادر الالتزام - الواقعة القانونية - (العمل غير مشروع، شبه العقود، و القانون)، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004.
- 37 - **_____** ، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام - التصرف القانوني - (العقد و الإرادة المنفردة)، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004.

- 38- محمد عبد المقصود حسن داود، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري و اثر التصرف فيه في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999.
- 39- محمد القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- 40- منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 1995.
- 41- منظمة الصحة العالمية، الجراحة الآمنة تتقذ الأرواح، التحالف العالمي لسلامة المرضى، التحدي العالمي الثاني المعني بسلامة المرضى، القاهرة، 2009.
- 42- منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين في ضوء القضاء و الفقه الفرنسي والمصري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- 43- نصر الدين مروك، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 44- وسيم فتح الله، الخطأ الطبي مفهومه وآثاره، دون دار نشر، دون مكان نشر، دون تاريخ نشر.

ثانيا: مذكرات جامعية

- 1- بلعيد بوخرس، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
- 2- خليدة مشكور، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق و العلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001.
- 3- ذهيبية ايت مولود، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
- 4- سامية بومدين، الجراحة التجميلية و المسؤولية المترتبة عنها، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

- 5- **صحراوي فريد**، الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2005.
- 6- **عباشي كريمة**، الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، 2011.
- 7- **عبد الرحمن بن صالح الطيار**، المسؤولية المدنية عن خطأ الطبيب في دول مجلس دول التعاون الخليجي، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2010.
- 8- **عبد القادر بومدان**، المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء السر الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2011.
- 9- **فريدة عميري**، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، 2011.
- 10- **فضيلة اسمي قاوة**، الإطار القانوني لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
- 11- **كريم عشوش**، العقد الطبي، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق و العلوم الادارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001.
- 12- **نصيرة ماديو**، إفشاء السر المهني بين التجريم و الإجازة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010.

ثالثاً: مقالات

- 1- أبو الوفا محمد أبو الوفا، تحديد المسؤولية الجنائية عن الخطأ في وسط الفريق الطبي، ندوة المسؤولية الطبية في ظل القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008، من 8-9 ديسمبر 2009، ص ص 387-422.
- 2- _____ ، العمليات الجراحية المستعجلة بين إذن المريض وضرورة العلاج الطبي، الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، أيام 26 إلى 30 أبريل 2009، ص ص 01-51.
- 3- أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية و انعكاساتها على قواعد الإثبات، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 1/2008، ص ص 82-125.
- 4- العيرج بورويس، المسؤولية الجنائية للأطباء، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 2/2008، ص ص 45-73.
- 5- جاسم علي سالم الشامسي، مسئولية الطبيب بين الالتزام ببذل عناية و الالتزام بتحقيق نتيجة، مؤتمر "الطب و القانون"، الجزء الأول، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 3-5 ماي 1998، ص ص 695-716.
- 6- حسام الدين كامل الأهواني، نحو نظام قانوني لجسم الإنسان، مؤتمر "الطب و القانون"، الجزء الأول، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 3-5 ماي 1998، ص ص 139-192.
- 7- حسن محمد المرزوقي، حكم جراحة التجميل في الفقه الإسلامي، مؤتمر "الطب والقانون"، الجزء الأول، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 3-5 ماي 1998، ص ص 719-734.
- 8- زاهية حورية سي يوسف، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 2/2008، ص ص 55-81.
- 9- سالم عبد الرضا طويرش الكعبي، التزام الطبيب بتبصير المريض، مجلة جامعة ذي قار، العدد 3، كانون الأول/2006، ص ص 28-40.
- 10- صالح فواز، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد الأول، دمشق، 2006، ص ص 121-156.

- 11- _____، تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى دراسة قانونية مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الثاني، دمشق، 2009، ص ص 469-506.
- 12- صويلح بوجمعة، المسؤولية المدنية الطبية، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 2001، ص ص 61-77.
- 13- عادل المقدادي، الخطأ الطبي في العمليات الجراحية، موقع منتديات كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، <http://www.f-law.net/law/showthread.php?35395>
- 14- عثمان جمعة ضميرية، أخلاقيات الطبيب و قانون المسؤولية الطبية دراسة في ضوء الإسلام، ندوة المسؤولية الطبية في ظل القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008، أيام 8-9 ديسمبر 2009، ص ص 85-131.
- 15- عبد الرحمن إسماعيل الأنصاري، الضوابط الشرعية و القانونية لنقل و زراعة الأعضاء البشرية في التشريعات العربية، مؤتمر "الطب و القانون"، الجزء الأول، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 3-5 ماي 1998، ص ص 357-409.
- 16- عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، طبيعة المسؤولية المدنية عن ضرر الخطأ المهني للطبيب و نطاق ضمانه في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، مؤتمر "الطب و القانون" الجزء الثاني، جامعة الإمارات المتحدة، من 3-5 ماي 1998، ص ص 259-313.
- 17- عبد الكريم بلعربي، محمد سعادوي، الأسس القانونية التي يقوم عليها احترام رضا المريض، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 2/2008، ص ص 91-115.
- 18- علي داود جفال، الضوابط الشرعية و القانونية لجراحات التجميل، مؤتمر "الطب و القانون" الجزء الثاني، جامعة الإمارات المتحدة، من 3-5 ماي 1998، ص ص 1189-1220.
- 19- علي نجيدة، التزام الطبيب بحفظ أسرار المريض، مؤتمر "الطب و القانون"، الجزء الأول، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 3-5 ماي 1998، ص ص 209-258.
- 20- فتيحة محمد قوراري، مسؤولية الطبيب عن الأخطاء الطبية، منتديات القانون العماني، شبكة عمان القانونية، الموقع: <http://www.omanlegal.net/vb/showthread.php?t=7823>
- 21- ليندة عبد الله، طبيعة التزام الطبيب في مواجهة المريض، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 1/2008، ص ص 148-169.

- 22- محسن عبد الحميد البيه، التزامات الأطباء المتصلة بواجباتهم الإنسانية و الأخلاقية و الأعمال الفنية، مؤتمر "الطب و القانون"، الجزء الأول، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 3-5 ماي 1998، ص ص 583-656.
- 23- محمد بودالي، المسؤولية الجزائية للجراح و طبيب التخدير و الإنعاش، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص حول المسؤولية الطبية في ضوء القانون و الاجتهاد القضائي، الجزائر، 2011، ص ص 64-103.
- 24- محمد عادل الأبيوكي، الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية، موقع المنتدى العربي لإدارة الموارد البشرية، <http://www.hrdiscussion.com/hr6750.html>
- 25- محند اكرام، المسؤولية الجنائية للطبيب من خلال التجربة المغربية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص حول المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون و الاجتهاد القضائي، الجزائر، 2011، ص ص 106-137.
- 26- مختار سيدهم، المسؤولية الجزائية للطبيب في ظل التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص حول المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون و الاجتهاد القضائي، الجزائر، 2011، ص ص 18-43.
- 27- مراد بن صغير، المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، جامعة سيدي بلعباس، العدد الثالث 2007، ص ص 41-58.
- 28- _____، مدى التزام الطبيب بإعلام المريض - دراسة مقارنة-، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 1/2008، ص ص 170-207.
- 29- مراد بن عودة حسكر، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجراحة التجميلية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، جامعة سيدي بلعباس، العدد الثالث 2007، ص ص 125-146.
- 30- نادر شافي، الطبيب بين الرسالة والمساءلة، مجلة الجيش العدد 235 - كانون الثاني، 2005، الموقع: <http://www.lebarmy.gov.lb/article.asp?ln=ar&id=6814>
- 31- وفاء شيعاوي، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، أعمال الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو أيام 9 و 10 افريل 2008، ص ص 234-274.

32- يحي عبد القادر، المسؤولية الجزائية للطبيب على ضوء القانون الجزائري و الاجتهاد القضائي، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص حول المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، الجزائر 2011، ص ص 46-61.

رابعاً: مواقع إلكترونية

- 33- الجراحة، موقع شبكة المعرفة : <http://www.marefa.org/index>
- 34- الجزائر: نصف مليون متبرع بالدم ومثلها عملية جراحية سنة 2010، موقع الإذاعة الوطنية: <http://www.radioalgerie.dz>
- 35- زراعة الأعضاء ، ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، الموقع: <http://ar.wikipedia.org/wik>

خامساً: نصوص قانونية

أ/ نصوص تشريعية

- 1- مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر عدد 76 الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996، المعدل و المتمم.
- 2- أمر رقم 66-155 مؤرخ في 08 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج. ر عدد 48، السنة الثالثة، مؤرخة في 10 جوان 1966، معدل و متمم.
- 3- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، السنة 12، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، معدل و متمم.
- 4- قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 24، السنة 21، مؤرخة في 12 جوان 1984، معدل و متمم.
- 5- قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985 يتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، ج ر عدد 08، مؤرخة في 17 فبراير 1985، معدل و متمم.

- 6- قانون رقم 90-17 مؤرخ في 31 يوليو 1990، يعدل و يتمم القانون رقم 85-05، ج.ر. عدد 35 الصادرة في 15 غشت 1990.
- 7- أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات، ج.ر. عدد 13، السنة 32، الصادرة في 08 مارس 1995.
- 8- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. عدد 21، مؤرخة في 23 أبريل 2008.

ب/ نصوص تنظيمية

- 1- مرسوم تنفيذي رقم 88-204 مؤرخ في 18 أكتوبر 1988، يحدد شروط انجاز العيادات الخاصة و فتحها و عملها، ج.ر. عدد 42، السنة 25، الصادرة في 19 أكتوبر 1988.
- 2- مرسوم تنفيذي رقم 91-106 مؤرخ في 27 أبريل 1991، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين و المتخصصين في الصحة العمومية، ج.ر. عدد 22 الصادرة في 15 مايو 1991.
- 3- مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 06 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب، ج.ر. عدد 52 الصادرة في 08 يوليو 1992.

باللغة الفرنسية

- Ouvrages

- 1- Anne LAUDE et Bertrand MATHIEU et Didier TABUTEAU, Droit de la santé, 2^{em} édition, presses universitaires de France, paris, 2009.
- 2- Annick DORSNER- DOLIVET, La responsabilité du médecin, ed ECONOMICA, paris, 2006.
- 3- D.MALICER, A.MIRAS, P.FEUGLET, P.FAIVRE, La responsabilité médicale, données actuelles, 2^{ème} édition, édition ESKA/ LACASSAGNE, Paris, 1999.
- 4- Jean-Marie AUBY, Le droit de la santé, 1^{er} édition, Presses universitaire de France, paris, 1981.

- 5- **Marie-Dominique FLOUZAT-AUBA et Sami-Paul TAWIL**, Droits des malades et responsabilité des médecins mode d'emploi, Marabout, Italie, 2005.
- 6- **Ordre Nationale des Médecins**, Le secret professionnel des médecins, imprimerie Gaignault, 1980.

- Thèses et Mémoires :

a- Thèses

- 1- **Bruno BP** ,Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale, thèse pour l'obtention du grade de Docteur en Droit (Doctorat Nouveau Régime, Droit privé) , Université de NANCY II Faculté de Droit, de Sciences Économiques et de Gestion,présentée et soutenue publiquement le 23 octobre 1993.
- 2- **David PICOVSKI**, Le chirurgien plasticien et la justice, Thèse présentée pour le diplôme de docteur en médecine, Université LOUIS PASTEUR, Faculté de Médecine de Strasbourg, 2002.
- 3- **Jean-Philippe BELVILLE**, La chirurgie esthétique en France , thèse pour le doctorat en droit , Université JEAN MOULIN LYON 3 , Faculté de Droit (IFROSS) , présenté et soutenue publiquement le 27 octobre 2006.
- 4- **Irène RANDRIANJANAKA**, Le cadre juridique de l'exercice du chirurgien-dentiste : contribution à l'étude du contrat de soins, Thèse pour obtenir le grade de Docteur de l'université MONTPELLIER I, Discipline : Droit Privé, 2010.
- 5- **Isabelle ALQUIER**, Le Statut du patient hospitalisé en établissement de santé privé, Thèse pour le Doctorat en droit, Université PAUL CÉZANNE-AIX-MARSEILLE III, Faculté de Droit et de Sciences Politiques, présentée Le 17 juin 2011.

b- memoir

- 1- **Audrey BEUN**, Le principe de précaution en matière de responsabilité médicale, Lille 2 université du droit et de la santé Ecole doctorale n° 74, Mémoire de DEA droit privé général, soutenu en 2003.

Articles

- 1- **Bruno Py**, L'évolution de la responsabilité médicale en France : la recherche d'un équilibre Seminar on: Medical Liability Under the New Federal Law No. 10 of 2008,08-09 décembre 2009, pp 31-53. Voir aussi : <http://www.oniam.fr/rapport/RapportOniam2008sem2.pdf>

- 2- **C. PAGÈS**, L'obligation de résultat existe-t-elle en Orthopédie, Evolution de la responsabilité professionnelle en Chirurgie Orthopédique, Table ronde SOFCOT – Congrès annuel 2004, pp 11-13.
- 3- **F. MERAH**, L'expertise et responsabilité médicale pénale, revue de la cour suprême –numéro spécial – la responsabilité pénale médicale a la lumière de la législation et de la jurisprudence, 2011.
- 4- **Jean Baptiste THIERRY**, La responsabilité médicale en Europe, Seminar on: Medical Liability Under the New Federal Law No. 10 of 2008, 08-09 decembre 2009, pp 55-80.
- 5- **JF CARLOT Christian MOREL**, Actualités juridiques du risque médical, <http://www.jurisques.com/jfc21.htm>
- 6- **HANNOUZ. A. K HAKEM**, Précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit- O.P.U réimpression 1992.
- 7- **Hanifa.BENCHABANE**, Le contrat médical met a la charge du médecin une obligation de moyens ou de résultat, revue Algérienne des sciences juridique, Economique et politique, volume 33, N°4, 1995, pp 765-777.
- 8- **Isabelle PLU**, La responsabilité pénale du médecin, Séminaire Responsabilité médicale, Université Paris Descartes, janvier 2010, pp 01-28.
- 9- **Magall EYMERY**, Erreur médicale et responsabilité collective, adsp n° 73 décembre 2010, pp 04-06.
- 10- **N. YOUNSI- HADDAD**, La responsabilité médicale des établissements publics hospitaliers, revue Idara, V.8, N°2, 1998, pp 09-45.
- 11- **Olivier RODAT**, La responsabilité chirurgicale : Evolution des concepts et des mentalités, pp 01-30.
- 12- **Pierre SARGOS**, Information du patient et consentement aux soins, Droit médical et hospitalier, N°30, fasc.9, Litec, Juillet 2008, pp 01-33.
- 13- **P VAYRE**, Application de la loi du 4 mars 2002 sur l'Aléa Médical, La responsabilité juridique du chirurgien, e-mémoires de l'Académie Nationale de Chirurgie Numéro spécial 2003, pp 01-32.
- 14- **Philippe HUBINOIS**, Le chirurgien, le droit et la philosophie À propos de « Petite philosophie de la chirurgie », e-mémoires de l'Académie Nationale de Chirurgie, 2008, pp 79-82. Disponible en ligne sur : www.bium.univ-paris5.fr/acad-chirurgie

فهرس المحتويات

08	مقدمة
12	الفصل الأول:
12	المقصود بالعمل الطبي الجراحي و الالتزامات المترتبة على القائم به
12	المبحث الأول: طبيعة العمل الطبي الجراحي.....
13	المطلب الأول: مفهوم العمل الطبي الجراحي.....
13	الفرع الأول: تعريف العمل الطبي الجراحي.....
14	الفرع الثاني: مشروعية التدخل الجراحي.....
14	أولاً: موقف الشريعة الإسلامية من العمل الطبي الجراحي.....
15	ثانياً: مشروعية العمل الطبي الجراحي في الفقه.....
15	1- نظرية العادة.....
16	2- انتفاء القصد الجنائي.....
16	الفرع الثالث: شروط العمل الطبي الجراحي.....
17	أولاً: الترخيص القانوني.....
18	أ- حيازة الشهادة العلمية.....
18	ب- عدم التعرض لعقوبة مخلة بالشرف.....
19	ج- القدرة على ممارسة المهنة.....
19	د - الجنسية الجزائرية.....
20	هـ- التسجيل لدى المجلس الجهوي لآداب الطب و أداء اليمين.....
21	ثانياً: قصد العلاج.....
22	ثالثاً: رضا المريض.....
23	المطلب الثاني: أعمال جراحية ذات الطبيعة الخاصة.....
24	الفرع الأول : جراحة نزع و زرع الأعضاء.....
24	أولاً: تعريف جراحة نزع و زرع الأعضاء.....
25	ثانياً: مشروعية جراحة نزع و زرع الأعضاء.....
26	1- حالة الضرورة.....

26	2- المصلحة الاجتماعية.....
27	ثالثا: ضوابط جراحة نزع و زرع الأعضاء.....
27	1- موافقة المتبرع وإذن اللجنة الطبية.....
29	2- أن يكون العضو المراد نقله من الأعضاء المزدوجة.....
31	3- المصلحة و إجراء العملية في المؤسسات المخصصة لها.....
32	4- عدم وجود مقابل مالي وعدم كشف هوية المتبرع.....
33	الفرع الثاني: الجراحة التجميلية.....
34	أولا: تعريف الجراحة التجميلية.....
35	ثانيا:مشروعية الجراحة التجميلية.....
35	أ-مشروعية الجراحة التجميلية في نظر الشريعة الإسلامية.....
36	ب-مشروعية الجراحة التجميلية في نظر الفقه و القضاء.....
37	ج-موقف المشرع الجزائري من الجراحة التجميلية.....
37	ثالثا: ضوابط الجراحة التجميلية.....
38	1- إعلام الخاضع للجراحة بكافة المخاطر.....
38	2- التخصص في المجال.....
39	3- التناسب بين مخاطر العملية و فوائدها.....
40	المبحث الثاني: الالتزامات المترتبة عن العمل الجراحي.....
40	المطلب الأول: طبيعة التزام الجراح.....
41	الفرع الأول: التزام الجراح ببذل عناية.....
41	أولا: التزام بذل العناية في الظروف العادية.....
44	ثانيا: التزام بذل العناية في الظروف الاستثنائية.....
45	الفرع الثاني: التزام الجراح بتحقيق نتيجة.....
46	أولا: الأدوات و الأجهزة.....
48	ثانيا: نقل السوائل و الأمصال و الدم.....
49	ثالثا: التركيبات الصناعية.....
49	الفرع الثالث: التزام الجراح ببذل عناية مشددة.....

51	المطلب الثاني: التزامات الجراح.....
51	الفرع الأول: الالتزامات المرتبطة بالواجبات الإنسانية.....
51	أولاً: التزام الجراح بالحصول على رضا المريض.....
54	ثانياً: التزام تقديم العلاج للمريض في خطر.....
55	ثالثاً: الالتزام بالمحافظة على السر الطبي (المهني).....
59	الفرع الثاني: الالتزامات المرتبطة بالمهنة (الفنية).....
59	أولاً: التزام الجراح بالقيام بالفحوصات اللازمة قبل التدخل الجراحي.....
60	ثانياً: التزام الجراح بالاستعانة بأخصائي تخدير.....
62	ثالثاً: التزام الجراح بمتابعة المريض.....

الفصل الثاني:

الخطأ الطبي الجراحي الموجب للمسؤولية المدنية

64	المبحث الأول: الخطأ الطبي الجراحي.....
65	المطلب الأول: مفهوم الخطأ الطبي الجراحي.....
65	الفرع الأول: تحديد الخطأ الطبي الجراحي.....
65	أولاً: تعريف الخطأ الطبي الجراحي.....
67	ثانياً: تقدير الخطأ الطبي الجراحي.....
67	1- الأخذ بالمعيار الموضوعي.....
69	2- استبعاد المعيار الشخصي.....
69	الفرع الثاني: تقسيم الخطأ الطبي الجراحي.....
69	أولاً: من حيث نوع الخطأ الطبي الجراحي.....
70	1- الخطأ العادي.....
70	2- الخطأ المهني.....
70	ثانياً: من حيث درجات الخطأ الطبي الجراحي.....
70	1- اشتراط الخطأ الجسيم وحده لإقرار مسؤولية الجراح.....
71	2- الخطأ اليسير كاف لمساءلة الجراح.....

72	ثالثا: من حيث صور الخطأ الطبي الجراحي.....
73	1-عدم الاحتياط
74	2-الإهمال و عدم الانتباه.....
76	3-الرعاية.....
77	4-عدم مراعاة الأنظمة.....
78	المطلب الثاني: تمييز الخطأ الشخصي للجراح عما يشابهه.....
79	الفرع الأول: الخطأ الطبي الجراحي و الحادث الطبي.....
81	الفرع الثاني: الخطأ الشخصي للجراح و خطأ أعضاء الفريق الطبي.....
81	أولا: بالنسبة لأخطاء المساعدين.....
82	ثانيا: بالنسبة لأخطاء أطباء الفريق الطبي.....
85	المبحث الثاني: مسؤولية الطبيب الجراح.....
85	المطلب الأول: طبيعة المسؤولية المدنية للجراح.....
85	الفرع الأول: المسؤولية العقدية للجراح.....
86	أولا: وجود عقد صحيح بين الجراح و المريض.....
86	1- الرضا.....
87	أ-رضا صحيح.....
88	ب-الأهلية.....
90	2-محل العقد الطبي.....
90	أ- تعريف المحل.....
91	ب-شروط محل العقد.....
92	3- سبب العقد.....
92	أ-تعريف السبب.....
93	ب-شروط السبب.....
94	ثانيا: إخلال بالتزام عقدي سبب ضرر للمريض.....
95	الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية للجراح.....
96	أولا: تحول مسؤولية الجراح من عقدية إلى تقصيرية.....

96	1- حالة غياب العقد.....
96	أ- حالة تقديم الجراح لخدماته مجاناً.....
97	ب- تدخل الجراح من دون دعوى.....
97	ج- جراح المستشفى العمومي.....
98	2- بطلان العقد.....
99	3- عندما يكون خطأ الجراح ذا طابع جنائي.....
99	4- تجاوز حدود العقد.....
100	ثانياً: شروط المسؤولية التقصيرية.....
100	1- الخطأ التقصيري.....
102	2- الضرر.....
102	أ- تعريف الضرر.....
103	ب- شروط الضرر.....
105	ج- تقويت الفرصة صورة جديدة للضرر في المجال الطبي.....
106	3- علاقة السببية بين الخطأ و الضرر.....
107	المطلب الثاني : عبء إثبات خطأ الجراح و كيفية نفي المسؤولية عنه.....
107	الفرع الأول: إثبات خطأ الطبيب الجراح.....
107	أولاً: عبء الإثبات على المدعي(المريض).....
109	ثانياً: عبء الإثبات على عاتق الجراح.....
110	ثالثاً: دور الخبرة الطبية في الإثبات.....
111	الفرع الثاني: نفي المسؤولية المدنية عن الطبيب الجراح.....
112	أولاً: القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.....
112	1- تعريف القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.....
112	2- شروط القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.....
112	أ- عدم إمكان التوقع.....
112	ب- استحالة الدفع.....
113	ثانياً: خطأ المريض.....

114	ثالثاً: خطأ الغير
116	خاتمة
119	قائمة المراجع
131	الفهرس

ملخص:

لقد حمى المشرع النفس البشرية واعتنى بها و أكد على عدم المساس بالجسد الآدمي، لكن من جهة أخرى أباح علاج الجسم بالتدخل الجراحي من باب الضرورة بشروط و ضوابط حيث يتدارك بهذا العلاج هلاك النفس بإتلاف جزء أو طرف منها.

إن العمل في المجال الطبي بمختلف تخصصاته يقتضي تعامل الطبيب أو الجراح مع مرضاه مما يترتب إلتزامات مهمة على عاتق الطرفين، والطب أمانة قبل أن يكون أداء لواجبات، فمن تعلمه وامتنهه أصبح مكلفا و مسؤولا بعلمه وعمله بما يترتب على ذلك من جزاء.

إن الجراحة بشكل خاص رغم التطور العلمي الكبير الذي وصلت إليه، إلا أنها معرضة لحدوث تعقيدات و أخطاء فيها، وبإعتبار أن التدخل الجراحي ليس علم دقيق، فعليه لا نستطيع أن نشترط على الجراح شفاء مرضاه، و لكن فقط أن يبذل في سبيل ذلك العناية اللازمة (عناية الرجل العادي) وأن يراعي الأصول العلمية المتفق عليها بين أقرانه الجراحين، إذا لم يحترم الجراح الإلتزامات الملقاة على عاتقه ترتب خطئه و بالتالي يكون معرضا لقيام مسؤوليته المدنية.